

# 法

人和人

# 视界



人和人律师事务所  
RENHEREN LAW FIRM





主编

江帆

副主编

高科 / 王琳森 / 罗伯武 / 游飞 / 雷惠媛

张容 / 张劲松 / 张如泉 / 晏军 / 刘展伟 / 梅刚 / 卢四海

编委

廖耀祖 / 李小峰 / 李设球 / 张杰 / 曾志玲 / 黄珍 / 贺湘君 / 江鸣

责任编辑

于翠

美术编辑

江卓欣

—— 知行合一 止于至善 ——



人和人律师事务所  
RENHEREN LAW FIRM



C 长沙  
HANGSHA



L 娄底  
LOUDI



H 怀化  
UAIHUA



C 郴州  
HENZHOU



Y 永州  
ONGZHOU



Z 张家界  
HANGJIAJIE



Z 株洲  
HUZHOU



X 湘潭  
IANGTAN



S 深圳  
HENZHEN



S 邵阳  
HAOYANG



C 常德  
HANGDE



Y 岳阳  
UEYANG



H 海口  
AIKOU

## 人和人释义

一人为人，势单力薄；

二人为从，相辅相成；

**人和人**为众，众志成城！

人和，以和为贵，合乎人心，为仁由己

和人，以人为本，依法治国，本治国固

**人和人**，以诚为要，和为桥梁，人人为公

## 人和人使命

用法律创造价值 让法治深入人心

## 人和人愿景

聚焦政府与商事主体，成为社会认可、

行业尊重、客户信赖、员工幸福的全国领先律所

## 人和人价值观

知行合一，止于至善

以客户为中心，以奋斗者为本

坚持自我批评



## 在人和人，遇见更好的自己

◆文/江帆

在奔流不息的人生旅途中，无论是痛苦的经历，还是幸福的回忆，所有经过的一切都已经定格成为了历史。而人生最大的精彩，并非凝固于历史的当下——它依然托寄在可能的未来之中。对于未来，倘若我们还坚持着各种美好的期待，那便需要不断地创造出一个更好的自己。

一个更好的自己——这既是对当下自我的深度超越，也是对未来自我的理想把握，既是对自我可能的无限自信，也是对自我发展的不倦追求。每个人都期待着创造一个更好的自己，每个人也都能够创造出一个更好的自己。对于律师而言，创造出一个更好的自己，并在这种创造中将自身的本能升华为人性的自由，将个体的欲望凝固成人格的丰满，将自我憧憬的法治蓝图化作人类文明的大厦丰碑——这，无疑是我们应当赋予律师人生意义的最高价值。

然而，“人最大的敌人是你自己”。挑战自己、超越自己、塑造一个更好的自己是每个人对自身完美状态的深度自知与终极追求，但却需要付出艰辛奋争甚或浴火涅槃的代价。人最难的不过是战胜自己，最容易的不过是原谅自己，怠惰自得总归是庸人常态。一个更好的自己并非妄自玄想的镜花水月，亦非虚无空构的幽灵幻像，没有风刀霜剑的千锤百炼，没有寒逼暑炙的万般磨砺，更好的自己又将从何而来？

因此，作为律师自我发展的理想状态，不断地创造出一个更好的自己不仅是我们的梦寐以求的伟大目标，同时也是一个主体素质结构与客观现实环境不断相互改变、相互适应的革命过程。在这个过程中，律师不仅需要倾注个体的全部经验与智慧，同时也需要寻求外在环境的容纳与发展平台的支撑。一个更好的自己并不是个体单纯的本质与能力在自身内部的先验规定和抽象发展，它的成就需要律师在现实的环境中不断汲取一切可能的扶持力量。这样，当我说出“在人和人，遇见更好的自己”这样一句简短话语之时，“人和人”的所有人都瞬间激动了、沸腾了……

“在人和人，遇见更好的自己”——

这是我对自身十年发展，对律所十年成长的回顾与总结。十年前那个稍带懵懂、略含青涩、时而惆怅的我遇到了更好的自己，十年前那个蹒跚起步、摸索前行、间或迷惘的人和人律师事务所也遇到了更好的自己。十年里的“望断天涯路”，十年里的“为伊消得人憔悴”，我们终于在十年之后的“灯火阑珊处”都欣喜地遇见到了更好的自己。

“在人和人，遇见更好的自己”——

这也是“人和人”对所有汇集在“人和人”旗帜之下的同仁精英们的真诚期待。“更好的自己”绝非仅指历史相对的自我进步，它拒绝一切自我陶醉式的怠惰与自我欺骗式的满足。“一个更好的自己”必须在一群“更好的他/她”中得到映射与证明。在“人和人”，无论是已然功成名就的资深大律，还是尚在起航的律界新秀，“他/她”都在努力地成为更好的自己。身处这样一支充满了理想与追求的“人和人”队伍之中，你，只有“更好”，除了“更好”，别无选择！

“在人和人，遇见更好的自己”——

这更是“人和人”对所有融汇于“人和人”伟大目标之下的一切人的庄严承诺。经过十年的成长，“人和人”已经形成了自己独特的价值文化与发展模式。“知行合一，止于至善”的“人和人”依靠着真诚紧密的团队合作，依靠着永无止境的求美精神将为期待着遇见更好的自己的每个人打造坚实的发展基础，营育最佳的成长环境。有了“人和人”的陪伴与支撑，在成为更好的自己的艰辛道路上，你，并不孤独！

如今，“人和人”的发展正如歌似火，分所建设正如火如荼，一大群期待着遇见更好的自己的精英同仁汇集在“人和人”的旗帜之下，共同书写着“人和人”更加精彩的传奇未来。而对于“头戴荆棘王冠，手握正义之剑”的律师而言，极致主义是我们应有的人生态度。“更好的自己”永在出发，“遇见更好的自己”没有止境，在“人和人”，我们都会遇见更好的自己！



## · 目录 ·

6 在人和人，遇见更好的自己 ◆文/江帆

---

### >> 诉讼篇

14 民事申请再审，你了解多少？ 文 / 高言

19 第三人撤销之诉，起诉条件如何认定？ 文 / 高言

24 执行异议之诉理解与实务 文 / 高言 刘友谊 谢欣健

31 执行异议之《执行和解协议》与恢复执行 文 / 张家界分所

36 固定总价合同工程未完工情形下造价鉴定中“按比例折算”规则的适用 文 / 戴领

41 公益诉讼证据及其运用 文 / 张南宁

### >> 行政篇

50 《信访工作条例》解读及新旧对照表 文 / 黄珍 欧铭

61 从行政法的特点看行政履职风险防范 文 / 行政顾问部

64 政府采购 | 投诉处理发现投诉事项外问题咋办？ 文 / 黄珍

67 投诉、举报和信访行为的可诉性探析 文 / 杨伟

70 第三方给未中标供应商提供了虚假的投标资料，供应商该不该罚？ 文 / 向志华

74 浅谈“史上最严”《安全生产法》第114条之规定 文 / 赵沙

## >> 公司篇

- 81 以“管资本”为主，浅谈湖南省属监管企业投资监督管理体系的建立与完善 文 / 杨雅晴
- 89 房地产项目挂靠关系中的物权归属之争 文 / 朱葛瑜
- 94 关于有限责任公司小股东股权退出路径的思考 文 / 蔡璐
- 97 浅析有限责任公司人格否认的法律风险与防范措施 文 / 李月婷
- 103 砂石矿业企业法律尽职调查关注要点 文 / 蔡璐
- 107 《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准的理解与适用 文 / 张南宁
- 113 未提反请求的仲裁裁决被撤销后可否继续使用原仲裁条款？——兼论《仲裁法》第九条的适用 文 / 张南宁
- 116 新形势下企业环保合规如何做？ 文 / 企业顾问部

## >> 政府经济篇

- 121 2022年湖南省地方政府专项债用途调整五大特点
- 125 2022年湖南省地方政府新增专项债券发行全貌（918个项目，累计发行1486亿元）

## >> 数据合规篇

- 137 欧盟《数据治理法案》解读及对我国政务数据开放的启示 文 / 贺湘君 蒋芷翌
- 143 新基建之“数字政府”的数据安全及个人信息保护之道 文 / 贺湘君 蒋芷翌
- 148 “大数据杀熟”，消费者不再任人宰割 文 / 国际与知识产权部

## >> 涉外篇

- 157 湖南自贸区制度建设及创新初探 文 / 贺湘君

- 161 数字人民币的法律性质及国际化应用探讨 文 / 贺湘君 朱美琪
- 167 域外执行四千万——中国民事调解书首次在澳大利亚获得承认和执行 文 / 曹晴
- 170 企业特殊纳税调整的法律要求和实操指导——基于地域特殊优势 文 / 贺湘君 朱美琪
- 180 在华经商——湖南省外商投资优惠政策与投资形式比较 文 / 贺湘君 朱美琪
- 196 国际贸易合同风险避雷指南系列——不可抗力条款设置 文 / 国际与知识产权部
- 204 涉外民商事案件诉讼指南（一）——管辖篇 文 / 国际与知识产权部
- 217 涉外民商事案件诉讼指南（二）——委托代理篇 文 / 国际与知识产权部
- 226 涉外民商事案件诉讼指南（三）——证据篇 文 / 国际与知识产权部

## >> 刑事篇

- 235 企业刑事合规：缘起与路径 文 / 张南宁
- 248 涉案企业刑事合规的法律困境及立法走向 文 / 张南宁
- 254 刑事辩护的法逻辑分析：以谢某涉嫌贩卖毒品案为例 文 / 张南宁
- 258 虚开发票类犯罪认定中的几个问题 文 / 张南宁
- 264 已废止的前罪刑罚还需继续执行吗？——一桩投机倒把罪案引发的现实思考 文 / 张南宁

## >> 金融证券篇

- 269 湖南省 14 个市州上市奖励政策大全 文 / 卿媛媛
- 280 新三板、北交所、沪深所股票交易税收优惠大比拼 文 / 金融证券业务部
- 283 图解上市公司股权激励 文 / 杨天婷
- 288 选对上市之路，IPO 成功的第一步 文 / 杨天婷

295 窥深圳知识产权 ABS 的繁荣，寻湖南首单知识产权 ABS 文 / 朱丽

300 2022 年 1-8 月国内 A 股上市公司再融资成色几何？ 文 / 刘亚萍

311 关联交易占比过高，是否会成为企业 IPO 的障碍？ 文 / 李玉荇

---

## >> 知识产权篇

317 我国长视频知识产权在东南亚各国的维权路径 文 / 魏轲

322 谈电视节目模式的知识产权保护 文 / 梁雅婧

---

## >> 法治民生篇

333 最高法案例引发的思考：愿就业歧视，不再是你我的痛 文 / 张杰 高言

338 用人单位应积极履行防治性骚扰的法律义务 文 / 潘萍

341 人身保险合同中如实告知义务的判断 文 / 杨伟

345 《民法典》的医疗卫生相关条文解读 文 / 林思雅

351 “高空抛物”案件中物业的责任承担 文 / 薛辰鸽

354 工伤认定探析 文 / 杨伟

357 婚前出资买房，房子究竟算谁的？ 文 / 谭思迪

361 “借名买房”中的实际购房人如何维护自身合法权益 文 / 丁会原

364 什么是跳单？别以为能轻易“买单”！ 文 / 付倩云

367 代驾小哥电瓶车引爆客户爱车，赔偿责任如何划分？ 文 / 唐粤婷

370 借条“保证”有学问，责任约定要当心 文 / 粟湘铃

373 “互联网+”模式下劳动关系问题探析——以滴滴网约车为例 文 / 曹磊 宋梦叶

>> 企业文化篇

377 初入人和人的我们：拥抱律所文化 文 / 品牌宣传部

381 初入『人和人』的实习生：隔窗窥景，我看见我未来的模样 文 / 廖宇盛

# 诉讼篇

## 民商诉讼

## 民事申请再审，你了解多少？

◆文 / 高言

现行《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）规定：当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审。法律明确了当事人不服生效裁判的合法救济途径，但在实践中，有的当事人并不能正确理解该规定的实质意义、程序等，还有的不申请再审反而向人大、检察院等部门进行信访申诉。基于此，笔者立足实践，从三个方面与读者共同解读立法本义，理解、学习民事案件申请再审程序等，以期能正确运用法律保护合法权益。

### 一、民事申请再审与申诉

1991年施行的《民事诉讼法》，虽规定了当事人申请再审的权利，但是对于申请再审的构成要件、审查程序并没有明确规定，实务中申请再

审与申诉两者基本没有明确区分，申请再审权的程序保障不足。申请再审与申诉难以区分。2007年《民事诉讼法》修改后，在民事领域，对申请再审案件的构成要件和审查标准已经有了较为明确的规定。此后，全国人大常委会于2012年、2017年、2021年分别对《民事诉讼法》进行了修改。之所以《民事诉讼法》要对申请再审程序进行如此详细明确的规定，简而言之，就是要解决申诉难、申请再审难的问题，要解决“诉”“访”分离的问题，要解决“信访不信法”的问题，要解决申请再审有法可依的问题，以切实保障当事人合法维权的利益，维护社会大局稳定，促进经济建设的发展。

掌握申请再审知识，首先要分清民事申请再审与申诉两者的联系与区别。申诉属于广义的信

访范畴。两者的联系与区别，可作如下简要归纳：

第一，两者都是以否定生效裁判为目的。

第二，申请再审权是《民事诉讼法》规定的当事人享有的诉讼权利，而申诉仅是一项广泛的公民民主权利。前者是通过诉讼程序（《民事诉讼法》）规范与保障，后者是一项宪法性权利，没有相应程序性规定。申请再审案件，是当事人符合法定申请再审条件，从而适用再审审查程序进行审查的案件；当事人提出的再审申请不符合法定条件的，则在必要情况下，可以作为申诉案件处理。

第三，申请再审必须符合一定的条件，申诉则没有条件限制。前者对应当具备的申请再审权利、应当在法定期限内提出申请、应当依据法定事由提出申请、应当向有管辖权的法院提出申请等等，法律有明确规定，符合上述条件的，人民法院应当（必须）受理并依据法定程序进行审查（即通常所说再审审查）。而后者则不一定受理并进行相应的复查（注意不是审查）。

第四，申请再审只能向法院提出，申诉还可以向人大等部门提出。

第五，适用的程序不同。申请再审是生效裁判进入再审的法定途径，而申诉只是检察院抗诉、法院依职权再审的线索来源，其本身不能直接引起再审。前者有明确的，较为严格的规范的程序要求，包括受理程序、审查方式、审查期限、裁判文书等，明确了审查程序以裁定书作为结案方

式。后者则多为人民法院进行审判监督的一项内部工作，其复查期限、方式、驳回申诉文书等尚无法定程序和要求。

第六，在法定申请期限内，不申请再审而申诉的，法院会告知依法申请再审而不会处理申诉事项。此将“诉”“访”严格分离。

## 二、再审审查与再审审理

### （一）再审程序的阶段划分

我国现行的司法实践中，再审程序实际上包括三个阶段：申请再审受理法官负责形式要件的审查，并登记立案，为第一阶段。再审审查法官负责立案后对于再审事由是否存在的审查和裁定进入再审（或裁定驳回），为第二阶段。前面两个阶段为再审审查阶段。目前，我国立法和司法实践中讲的“民事再审审查程序”（简称再审审查），实质上包括了上述前两个阶段，即对于再审申请是否符合法定要件的审查阶段和再审申请是否具备再审事由的审查阶段。对已裁定再审的案件进行审判，为第三阶段（再审审理）。三个阶段则总构成为“再审程序”。

### （二）再审审查与再审审理的联系与区别

#### 1. 两者的联系

再审审查程序与再审审理程序都属于《民事诉讼法》规定审判监督程序。再审审查是连接当事人申请再审与再审审理的桥梁，是再审审理的前置程序，它的审查结果，直接决定着生效裁判

能否进入再审。于此，原生效裁判经再审审查后，进入再审审理程序，再作出新裁判的过程，就构成了完整的再审程序。实际上，这句话就已经将两者的关系，概括地进行了说明。

## 2. 两者的区别

第一，程序的启动途径不同。再审审查程序，是因当事人的再审申请而启动。没有当事人的再审申请，自然就没有人民法院的依法审查。再审审理程序，则不但可以由申请再审启动，还可以由人民法院依职权自行启动或通过检察院抗诉而启动。

第二，管辖的法院不同。根据《民事诉讼法》的规定，负责审查当事人再审申请的是作出生效裁判的法院或其上一级人民法院，而再审审理则可以根据不同情况由最高人民法院、作出生效裁判的上级人民法院、原审人民法院等进行。

第三，审查（审理）的范围不同。根据《民事诉讼法》的规定，再审审查仅针对当事人申请再审的事由（也就是平时讲的“事由性审查”，并非全案审查，即只要符合《民事诉讼法》第二百零七条规定情形的其中一项，就必须进入再审，无论最后再审审理结果是否改判），而再审审理则是针对原生效裁判全案。前者的范围要小于后者。

第四，审查（审理）的方式不同。《民事诉讼法》对再审审查的方式没有作出具体规定。为此，相关司法解释明确了再审审查可以根据审查

案件的需要决定是否询问当事人（有新证据的事由除外，此情形司法解释规定应当询问）。考虑到再审审查仅是再审审理的前置程序，并不对当事人的实体权利义务进行处分，所以采用上述灵活的审查方式既提高了司法效率，又不致于损害当事人的诉讼权利。而再审审理是对当事人权利义务的重新确定，本身就相当于一审或者二审，《民事诉讼法》明确规定再审应当严格地按照一审或二审的法定程序进行。因此，较之再审审查，再审审理的方式显然要更为严格和规范。

第五，裁判文书的形式不同。不论是驳回再审申请还是案件进入再审，再审审查的处理结果一般是以裁定的形式作出。而再审审理则按照一审或二审程序，处理结果根据案件情况既有可能是裁定，也有可能是判决。如果当事人在再审过程中达成调解协议，还可以由法院制作调解书。

## 三、法院会如何进行再审审查

当事人申请再审，就要细读细研法律，要了解法院如何进行审查，结合实践，笔者在下文共同来了解一下。

第一，法院对申请再审受理的审查。法院会对当事人提出的再审申请是否符合法定要件进行审查（即前述的第一阶段）。审查范围包括：

### 1. 再审申请书的形式和内容是否合乎要求。

比如表明如何不服裁判，表明应当如何撤销或者变更原裁判及本案如何判决，表明再审事由、理由等等（最高法院已编写了当事人《民事再审申

请书》样式)。法院对不符合要求的,会责令重写,当事人坚持不修改的,则可能会裁定驳回再审申请。

2. 再审申请是否逾越法定的再审期间。法院会审查当事人的申请再审是否在《民事诉讼法》第二百一十二条规定的期限内提出。一般应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出,存在有第二百零七条第一项(即:有新的证据,足以推翻原判决、裁定的)、第三项(即:原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的)、第十二项(即:据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的)、第十三项(即:审判人员审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的)规定情形的,自知道或者应当知道之日起六个月内提出。逾期提出,法院会裁定驳回再审申请。

3. 申请再审的裁判是否已经生效,是否属于准予申请再审的裁判。有一部分判决和大多数的裁定不允许申请再审的(裁定只有二类裁定可以申请再审:不予受理、驳回起诉;督促程序、公示催告程序、破产等非讼案件则不被允许)。对未生效的裁判,法院不会受理,坚持申请再审的,可能会裁定驳回再审申请。

4. 再审理由是否属于法定的申请再审事由。该“事由”只能是《民事诉讼法》第二百零七条规定十三种情形之一或以上的事由。“自创”的申请再审事由,则不会被受理(或责令改正);坚持以此申请再审的,会被裁定驳回再审申请。

5. 申请再审人是否适格,即是否为确定裁判既判力主观范围拘束的当事人。

6. 申请再审的法院,对该案有无再审管辖权。法院认为无再审管辖权的,告知当事人向有管辖权法院申请再审或移送至有管辖权的法院。

第二,法院对有无法定再审事由的审查。经审查,符合条件的,法院立案后会进入前述审查第二阶段,即有无法定再审事由的审查阶段。

再审事由为申请再审之特别诉讼要件之一。申请人所主张的再审事由,与《民事诉讼法》不符的,其申请再审为不合法,应当在第一阶段予以驳回(或责令改正后重新提交)。其主张的再审事由,是否与《民事诉讼法》第二百零七条相符,为第二阶段审查内容。

在此阶段,审查范围仅限于法定的再审理由,不审查再审的对象(即生效裁判)有无错误。法院审查认为再审事由不存在的,为申请再审无理由,会以裁定驳回,不得继续进行本案的审理。(这也是前述申请再审与申诉的区别,申诉是对全案复查)此阶段,如为查明相关事实的,可以询问当事人,但不是要求每案必须询问,视案情实时处置。

《民事诉讼法》第二百一十一条规定,法院应当在收到再审申请书之日起三个月内审查完毕。符合《民事诉讼法》第二百零七条规定的情形之一的,裁定再审;不符合规定的,裁定驳回再审申请。值得注意的是,一旦法院裁定驳回再审

申请，则只能向检察院申请检察建议或抗诉，而不能再次申请再审。

此外，《民事诉讼法》对调解书的申请再审等内容作出特别的规定，鉴于篇幅不在本文探讨。

### 特别提示

基于前文所述，律师事务所律师代理民事申请再审案件，应当注意如下要点：

第一，应当关注管辖法院。《民事诉讼法》对申请再审管辖法院作了明确规定，一般可以向上一级人民法院申请再审，但有两类案件也可以向原审法院申请：一方人数众多（包括公民、法人和其他组织）的案件、双方当时均为公民的案件。在两类案件情形下，应根据有利于委托人利益原则确定合适管辖法院。

第二，应当关注申请再审期限。切不可因疏忽而超期申请再审，以致损害委托人利益。

第三，应撰写高质量再审申请书。文书的质量在一定程度上决定了法院审查效率和审查结果。最高法院编写了当事人文书篇，应严格按照格式撰写，否则可能会被责令改正。文书务必写明明确的申请再审事由；务必围绕具体再审事由和个案情况，而不应笼统写“原审认定事实错误，适用法律不当”；务必不要大篇幅摘抄原裁判内容，重点放在申请再审本身内容；务必要从案件争议焦点、实体权利构成要件展开整体而有逻辑

的论述，不要断章取义攻击原裁判个别词句表述。

第四，应当提供全面的证据材料。法院受理再审申请后，不一定会进行询问，法院电子卷宗可能因技术问题无法看清，因此，为确保案件顺利裁定再审，应尽可能将全部证据材料分内类造册提交。

第五，应当珍惜询问程序。一旦法院决定或经申请决定询问，律师应当做好充分准备，应以庭审态度对待询问程序。

第六，应当注意可能收费的情形。一般情形下，申请再审案件无需缴纳案件受理费，但以有新证据申请再审，法院审查决定再审的案件，则应依据《人民法院诉讼收费办法》第九条的规定缴纳案件受理费。



# 民商诉讼

## 第三人撤销之诉，起诉条件如何认定？

◆文 / 高言

**前言：**在司法实践中，当事人通过虚假诉讼等手段，利用法院生效的裁判文书直接损害案外第三人合法权益的情形时有发生。为保护因客观原因未参加诉讼而受生效裁判损害的案外第三人的程序权利和实体权利，我国在2012年对《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）进行修正时，第一次增加了第三人撤销之诉制度。鉴于当时法律规定对此不明确具体，实践操作性不强，难以形成统一的见解并将其合理有效地适用，2014年12月，最高法院修正《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法司法解释》），对第三人撤销之诉作出了进一步规定。2020年12月，最高院修改《民事案件案由规定》，才正式将“第三人撤销之诉”作为特殊诉讼程序案件的案由予以确定。

当时作为全新制度的第三人撤销之诉，我国法律制度中并无太多司法经验可以借鉴。但该制度的设立又尤为重要，笔者依据法律规定并立足于司法实践，对涉及该制度实务问题进行探析，能对本律所专业发展以及“第三人”的自我保护作出微薄贡献，则未负行文初衷。

本文主要侧重于第三人撤销之诉的性质与定位、起诉条件等涉及实务方面的问题。

### 一、第三人撤销之诉的性质与定位

根据诉的请求的性质和内容不同，诉分为确认之诉、给付之诉和形成之诉（也称为“变更之诉”），第三人撤销之诉属于形成之诉。

形成之诉，是指原告通过判决设定、变更或消灭权利或者法律关系。第三人撤销之诉是一种

事后的特殊救济程序，针对的是已经发生法律效力裁判的。作为一种事后非常的救济措施，应严格限定第三人撤销之诉的适用条件。案外第三人不服生效裁判在程序的选择上一般有两种类型，独立型和再审型。独立型是指不依赖任何既有程序专门为利益受损的第三人设立的，旨在撤销判决不利部分的诉讼程序；再审型是以再审为依托，案外人以自己的名义向原受案法院提请重新审理的一种诉讼程序。我国规定的第三人撤销之诉属于独立型，是一个全新的独立的撤销之诉。相比之下，因再审程序中当事人在原诉讼中行使过一定的诉讼权利，故第三人撤销之诉的门槛比再审程序要低一些。

第三人撤销之诉是赋予案外人对错误生效裁判的自我救济程序。《民事诉讼法司法解释》将其规定在第一审程序后面，作为单独一节，未特别规定的，应适用普通程序规定。但从具体程序设定上看，最高法院已充分考虑其与审判监督程序之间的共性，确立了审判监督程序优先适用的原则，即：凡是能够通过审判监督程序解决的，原则上按照审判监督程序走，第三人撤销之诉程序作为最后的司法救济程序。

## 二、第三人撤销之诉的起诉条件

虽《民事诉讼法司法解释》将其规定在第一审程序之后作为单独一节进行规定，但其不同于普通民事诉讼，其起诉条件不应适用《民事诉讼法》第一百二十二条的规定，应当独立适用《民事诉

讼法》第五十九条的规定。《民事诉讼法司法解释》第二百九十二条，实际上对第三人撤销之诉起诉条件作了明确规定，包括主体、程序、实体条件三个方面。切入实务，下文逐一探讨研究分析。

### （一）起诉条件之：主体条件。

第三人撤销之诉的适格主体的范围直接关系到该制度适用面的宽窄，对其加以探究有助于该制度在司法实务中的有效运用。其中，对原告适格的限制过多可能会影响制度设计目的的实现，而对原、被告适格不加以必要限制则可能使制度被滥用甚至是演变成恶意诉讼，从而彻底背离保护合法权益受损害的第三人的目的。

#### 1、第三人撤销之诉的适格原告。

根据《民事诉讼法》第五十九条第三款的规定，第三人撤销之诉的适格原告仅限于因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的第三人。

依据《民事诉讼法》第五十九条第一款、第二款规定，第三人分为有独立请求权第三人和无独立请求权第三人。所谓有独立请求权的第三人，是指对当事人之间的诉讼标的的全部或者一部分，以独立的实体权利人的资格提出诉讼请求而参加诉讼的人。所谓无独立请求权第三人是对当事人双方的诉讼标的虽然没有独立的请求权，但是案件处理结果同他有法律上的利害关系，可以申请参加诉讼或者由人民法院通知参加诉讼的



题。实践中，该事由经常被提出。笔者认为，由人民法院通知第三人参加诉讼，只适用于无独立请求权第三人，而不能适用于有独立请求权的第三人参加诉讼情形，有独立请求权的第三人以此为证明其无过错的理由不能成立。一般讲，无独立请求权的第三人在法院未通知其参加诉讼时，可以作为其无过错的初步判断标准，但同时还要看该第三人对诉讼的了解情况以及参加该诉讼的必要性，若能够证明该第三人对诉讼非常清楚，对诉讼结果与其利害关系能够作出判断，其未参加诉讼的，则可以确定其自身存在明显过错，此时，该第三人则不能以此为由提起第三人撤销之诉。

2、程序条件关键点之二：自知道或者应当知道其民事权益收到损害之日起六个月。为避免对法律关系造成长期的不稳定，维持裁判的公信力，法律对第三人提起撤销之诉的起诉期限做了必要的限制。此限制条件源于《民事诉讼法》第五十九条第三款的规定，此规定所设期限与当事人申请再审的期限一样，都是不变期间，不适用延长、中止、中断的规定。对于知道或者应当知道的界定，是以第三人知悉对生效法律文书损害其民事权益事实为标准，应当根据生效判决、裁定、调解书是否送达第三人，执行时是否涉及该第三人，以及该第三人与案件当事人之间的关系等具体情形进行判断。撤销之诉期间的起算，可能晚于法院文书生效时间，但不能早于生效时间。若超过六个月期间，第三人提起撤销之诉的，法

院则会不予受理。

3、程序条件关键点之三：管辖法院。第三人撤销之诉是对发生法律效力判决、裁定、调解书不服而提起的非常规救济程序，故应由作出发生法律效力判决、裁定、调解书的法院管辖。如需撤销的是一审法院的裁判，则由一审法院管辖处理；如需撤销的是二审法院的裁判，则由二审法院管辖处理。这样的规定最主要的考虑是基于便利原则，笔者认为，作出原生效裁判、调解书的人民法院是最了解案情的法院，第三人撤销之诉确定由原生效裁判、调解书的人民法院审理有利其充分自身的优势查清事实，也有利于节约宝贵的司法资源。《民事诉讼法》第五十九条对管辖法院作出的特别规定，实际上就是确定了专属管辖原则，此时不应适用民事案件地域管辖、级别管辖的规定。

### （三）起诉条件之：实体条件。

第三人撤销之诉的实体条件，实际包括三个方面内容，下文分别述之。

1、实体条件关键点之一：要明确第三人撤销之诉的客体问题，即第三人撤销之诉中原告得请求法院撤销的对象。依据《民事诉讼法》第五十九条第三款规定，第三人撤销之诉的撤销的对象，是人民法院已经发生法律效力的判决、裁定和调解书。这里已经明确了对象是人民法院制作的文书，并不包括仲裁部门的裁决书、调解书等。

实务中值得注意的几个方面：一是对于符合《民事诉讼法》第五十九条第三款规定和《民事诉讼法司法解释》第二百九十二条规定的条件，对再审生效判决、裁定、调解书，也可以提起第三人撤销之诉。二是对于调解书，也包括《民事诉讼法》第一百零一条规定，达成调解协议后未出具调解书的调解结案的案件。三是对于下列情形案件，人民法院将不予受理：适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等费用程序处理的案件；婚姻无效、撤销或者解除婚姻关系等判决、裁定、调解书中涉及身份关系的内容；《民事诉讼法》第五十七条规定的未参加登记的权利人对代表人诉讼案件的生效裁判；《民事诉讼法》第五十八条规定的损害社会公共利益行为的受害人对公益诉讼案件的生效裁判。

2、实体条件关键点之二：有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书部分或者全部内容错误。判决、裁定、调解书部分或者全部“内容”，系指判决、裁定的主文，以及调解书中处理当事人权利义务的结果。内容错误应当仅限于实体处理内容而不包括程序内容。

第三人提起撤销之诉时，应当提交证据，以证明生效判决、裁定、调解书内容错误的事实。这要求第三人除了要提出其诉讼请求外，还必须同时提交证明其主张事实的证据。实践中应注意的是：起诉时提交的证据材料，不能等同于经审理以后，人民法院经查证属实足以证明生效裁判内容错误的证据；起诉时必须提交相应的证据材

料，但不一定要求在立案审查时要对该证据材料查证属实。

3、实体条件关键点之三：生效判决、裁定、调解书的错误内容损害第三人的民事权益。也就是说生效判决、裁定、调解书内容错误造成了第三人民事权益的损害，这就要求错误内容与第三人民事权益的损害之间存在因果关系，简而言之，就是指第三人与生效裁判内容要有法律上的利害关系。

对于第三人的民事权益，依据最高法院观点，主要包括《民法典》中规定的生命权、健康权、肖像权、婚姻自主权、所有权、著作权、股权、继承权等等人身、财产权益。

实务中值得注意的是：就普通债权而言，原则上不适用第三人撤销之诉；但对于法律有明确规定给予特别保护的债权，则可以适用该制度，如建设工程价款优先权、船舶优先权等法律规定的享有法定优先权的债权，又如债权人撤销权、破产债权撤销权等法律明确规定享有法定撤销权的债权。

**后记：**对于第三人撤销之诉，目前法律规定已趋于完善，上文仅就该制度部分内容进行了探析，诸如请求中止执行，法院立案审查程序、审理程序等，鉴于篇幅未一一涉及。

## 民商诉讼

## 执行异议之诉理解与实务

◆文 / 高言 刘友谊 谢欣健

**前言：**《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）（1991年颁布）第二百零八条就案外人对执行标的提出异议的情形进行了规定，依据该规定，案外人虽有权对执行标的提出异议，但该异议由执行员进行审查而非由审判部门进行审查，也未规定具体程序。此虽有利于提高执行效率，操作便捷，但难以有效保障当事人和其他利害关系人的程序权利和实体权利，亦未充分认识到审判权与执行权的关系，在执行程序中对当事人的实体权益进行判断不当，鉴于此，2007年全国人大常委会对《民事诉讼法》进行了修改，第一次明确了执行异议之诉。2008年最高法院出台《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》，明确了执行异议之诉的具体内容为案外人执行异议之诉、申请人执行异议之诉及执行分配

方案之诉，同时规定执行异议之诉的具体应用问题。2011年，《民事案件案由规定》确定了该案由。此后2012年、2017年、2021年，全国人大常委会先后对《民事诉讼法》进行修改，但均保留了执行异议之诉的相关内容，相关司法解释对法律适用问题先后进行了进一步明确规定。

该制度的规定较早，提起执行异议之诉的案件不在少数，但在实务中，笔者发现司法工作者对该制度研究颇少，对该制度的法律、司法解释规定不能正确理解适用，故此，笔者进行一下实务归纳整理。《民事案件案由规定》（2022年修改）亦明确了执行异议之诉分为案外人执行异议之诉、申请人执行异议之诉及执行分配方案之诉。本文侧重实践中较为常见的案外人执行异议之诉、申请人执行异议之诉两种类型进行探讨分

析，对实践中少见的执行分配方案之诉未予探讨分析。能对律所同行的作业有所帮助，能对关注律所的友朋有所启迪，则欣之慰之。

### 一、执行异议的概念及分类

人民法院裁判文书生效后，胜诉方提出执行申请，往往有当事人（主要是被执行人）、利害关系人等对该执行向人民法院提出异议。只有正确理解执行异议的概念及分类，才能更好地理解执行异议之诉。

依异议针对程序性权利和实体性权利的不同，执行异议分为对执行行为异议（《民事诉讼法》第二百三十二条）和对执行标的异议（《民事诉讼法》第二百三十四条）。

#### （一）对执行行为异议

该执行异议的关键点在于“行为”二字（如执行中的查封、扣押、罚款、拘留等行为）。执行行为异议，是指执行案件的当事人、利害关系人（关于如何界定“当事人”和“利害关系人”，最高院并未作明确规定，《北京市高级人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序部分及其司法解释若干问题的指导意见（试行）》第五条第二款的规定可供参考），依据《民事诉讼法》第二百三十二条规定，认为“执行行为”违反法律和司法解释规定，可以向负责执行的法院提出书面异议。人民法院自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。在执行行为异议程序

下，当事人、利害关系人对裁定不服的救济途径为，自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议。该执行行为的异议和上一级法院复议程序，仍属于执行程序的一部分，在法院内部的分工上，也一般由执行部门审查。

值得注意的是：在执行行为异议、复议程序下，不可能产生“执行异议之诉”。在人民法院对“执行行为”异议进行审查处理后，无论支持与否，当事人、利害关系人就此提起执行异议之诉的，人民法院会不予受理。

#### （二）对执行标的异议

该执行异议的关键点在于“标的”二字。对执行标的的异议也即通常所说的“案外人异议”，是指在执行过程中，案外人对于执行依据所确定的执行标的的主张自己享有实体上的权利，而请求法院对该实体上法律关系进行裁判，以阻止法院对执行标的的进行强制执行的一种救济途径。

依据《民事诉讼法》第二百三十四条，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。此时，案外人、当事人对裁定不服的，不能向上一级法院进行复议，此与对执行行为异议的后续维权完全不同。

### 二、执行异议之诉产生的情形

在上述案外人对执行标的提出异议后，人民

法院则会作出支持与否的裁定。案外人、当事人对该裁定不服，有不同救济途径，会不会产生“执行异议之诉”，要视不同情形而定：

1. 案外人、当事人认为原判决、裁定（这里的原判决、裁定系指据以执行的生效法律文书，而非指针对执行标的异议所作的裁定）错误的，依照审判监督程序办理。原判决、裁定是否错误，主要指原判决、裁定是否涉及执行标的。例如：张三与李四物权确认纠纷，法院判决张三对争议房屋享有物权，张三在法律文书生效后申请执行。此时，王五提出执行异议，认为该判决所涉房屋为其所有。人民法院经审查，若该理由成立的，则法院会裁定中止对该标的（即案涉房屋）的执行；若该理由不成立的，则法院会裁定驳回王五的执行异议。法院裁定中止执行，张三可能会不服；法院裁定驳回王五的执行异议，王五可能会不服。

值得注意的是：因为生效判决已对争议房屋（执行标的）进行了确权，王五的执行异议无论是否得到支持，此时，王五可在法定期限内向法院申请再审，按审判监督程序办理。当然，李四亦可依法申请再审。此种情形下，不可能产生“执行异议之诉”。

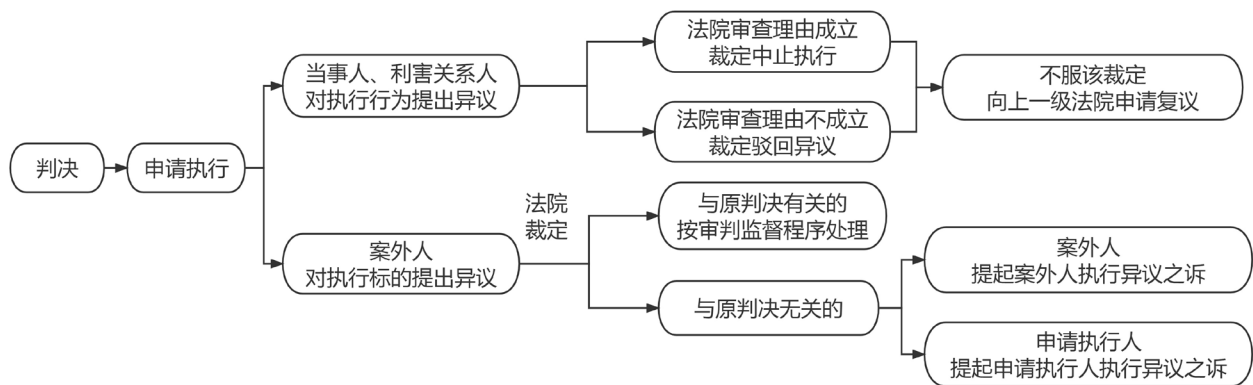
2. 案外人、当事人认为与原判决、裁定无关的（主要指原判决、裁定不涉及执行标的），可以自裁定书送达之日起十五日内向法院提起执行异议之诉。这时，才会产生本文关注的“执行异

议之诉”。

例如：张三与李四买卖合同纠纷案，法院判令李四向张三支付货款100万及利息。张三在判决生效后申请执行，法院查封李四现住房屋1套（无产权证或有产权证但登记在他人名下），王五此时对该执行标的（房屋）提出异议，认为该房屋属其所有，以阻却执行。人民法院依据《民事诉讼法》第二百三十四条经审查，若该理由成立的，则法院会裁定中止对该标的（即案涉房屋）的执行；若该理由不成立的，则法院会裁定驳回王五的执行异议。因原判决仅对张三、李四的债权进行确定，并未对执行标的（房屋）进行确权，争议的房屋与原判决无关。所以，（1）若王五的理由得到法院支持（裁定中止执行）的情形下，张三作为申请执行人就此可以提起“申请执行人执行异议之诉”，在主张认定该房屋属李四所有的情形下，诉请准予执行该房屋；（2）若王五的理由得不到法院支持（裁定驳回异议）的情形下，王五作为案外人就此可提起“案外人执行异议之诉”，诉请不得执行该房屋并可诉请确认该房屋属王五所有。

由此，在案外人对执行标的提出异议情形下，人民法院经审查作出裁定后，且与原判决裁定无关时，才可能产生执行异议之诉的两种情形：“案外人执行异议之诉”和“申请执行人执行异议之诉”。值得注意的是：向人民法院提起的诉讼，是以案外人对执行标的的异议为前置程序的诉讼。

为直观理解，笔者根据法律规定及实务，制作视图如下，以期更直观了解执行异议之诉产生的情形。



### 三、执行异议之诉管辖法院的确定

2007年全国人大常委会对《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）修改时第一次明确了执行异议之诉，而未确定执行异议之诉的管辖问题，但在2008年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第十八条、第二十二条进行了规定，即案外人、当事人所提执行异议之诉均由执行法院管辖。其后的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法司法解释》），依然保留了该规定。因此，当前案外人、当事人所提执行异议之诉均由执行法院管辖，实质上确定了该类诉讼的专属管辖。

最高法院确定该类案件由执行法院管辖，基于如下考虑：

1. 执行异议之诉直接影响到执行程序的进行，有执行法院进行审理，更有利于审判与执行部门有效的沟通信息，提高效率，有利于防止案外人和被执行人恶意串通逃避执行。若该诉不由执行法院专属管辖，则会割裂该诉与已进行的执行的关系，容易造成审判和执行的混乱。

2. 从内部分工来看，执行异议之诉由执行法院的审判部门审理，并非由执行部门审查，审理的核心内容是当事人之间的权属纠纷，并不存在执行人员自己审查自己的执行行为的问题。

3. 当事人对执行法院作出的执行异议之诉判决、裁定不服的，可以上诉，因此，专属管辖并不会影响司法公正和当事人权益保护。

4. 若依照《民事诉讼法》关于管辖的一般规定确定管辖法院，则该类诉讼的管辖法院可能是执行法院的下级法院，此时如当事人提起上诉，反而可能要由执行法院作出终审判决，不利于保护当

事人权利。

5. 执行异议之诉由执行法院管辖也是大陆法系国家和地区的通例。

实务中应当注意三点：

1. 既然《民事诉讼法司法解释》确定了执行异议之诉属于专属管辖，但该专属管辖与一般地域管辖之专属管辖不同，其管辖非常明确，即由执行法院专属管辖，因此，受理法院不能以执行异议之诉争议标的金额达不到该院的级别管辖标准为由，将案件指定由下级法院管辖。

2. 存在委托执行情形时，鉴于执行异议之诉的目的在于通过审判排除执行，执行异议之诉由受委托法院（即执行法院）管辖为当。

3. 对于指定执行情形下，执行异议之诉亦应由受指定的法院管辖，这样亦与《民事诉讼法司法解释》确定执行法院管辖保持了一致。

#### 四、执行异议之诉的起诉条件

虽《民事诉讼法》规定案外人和申请执行人可以提起执行异议之诉，但并未规定具体的起诉条件，是否只要符合《民事诉讼法》第一百二十二条规定的起诉条件即可呢？答案是否定的。《民事诉讼法司法解释》为解决实践中可能存在的人民法院立案条件掌握不一致的情况，该司法解释第三百零三条和第三百零四条针对案外人、申请执行人所提执行异议之诉的起诉条件进行了明确规定。下文分别述之。

#### （一）案外人执行异议之诉的起诉条件

1. 起诉条件之一：必须符合《民事诉讼法》第一百二十二条规定的起诉条件。即原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；有明确的被告；有具体的诉讼请求和事实与理由；属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。案外人执行异议之诉属于民事诉讼的一种，要求符合《民事诉讼法》规定的起诉条件自是当然，不予赘述。值得注意的是，若案外人向非执行法院提起诉讼，则人民法院会以不受该院管辖为由不予受理。

2. 起诉条件之二：必须案外人的执行异议申请已经被人民法院裁定驳回。依据《民事诉讼法》第二百三十四条规定，该条件是案外人执行异议之诉受理的前提条件。确定该条件的目的在于减少案外人诉累，节约司法资源，提高执行效率。在实践中，案外人对执行标的提出异议的情形不同，执行机构对执行异议进行前置审查，可以审查掉一大批确无不要进入诉讼程序的争议，有益于执行效率的提高。人民法院在审查案外人执行异议之诉案件时，会特别关注该条件。

3. 起诉条件之三：必须有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关。

（1）由于案外人执行异议之诉的目的在于排除人民法院对特定执行标的的执行，故除其他诉讼请求外，必须要有明确的排除对执行标的执

行的诉讼请求。依据最高人民法院颁布的文书样式(当事人参考样式),第一项诉讼请求应载明:“1. 不得执行……(写明执行标的)”。例如,王五提出的诉讼请求为:“1. 不得执行坐落于XXX街道XX号的房屋”。

值得注意的是:案外人在明确提出排除对执行标的执行的诉讼请求时,还可以就其对执行标的所享有的权利提起确权之诉,如王五提出的诉讼请求为:“1. 不得执行坐落于XXX街道XX号的房屋;2. 请求确认该房屋为王五所有”。但,不能在案外人执行异议之诉中单独就执行标的提起确权之诉,如王五提出的诉讼请求仅仅为:“请求确认坐落于XXX街道XX号的房屋为王五所有”。因为,该单独的诉讼请求属于另诉了,不属于执行异议之诉,只要符合《民事诉讼法》第一百二十二条规定的起诉条件即可,不需要符合本条件。

(2)案外人提出的诉讼请求,必须与原判决、裁定无关。最高法院认为,在执行标的与执行依据所确认标的相同的情形下,如原判决判令被执行人向申请执行人交付特定物,此时执行标的错误实质上不是执行行为本身存在错误,而是执行依据(原判决)错误,仅仅排除执行行为并不足以保护案外人对该标的所享有的实体权益,在这种情况下,则需要对错误执行依据进行纠正。因此,案外人提出的诉讼请求,若与原判决、裁定有关的,则应提起案外人申请再审之诉或第三人撤销之诉。只有案外人提出的诉讼请求与原判决、

裁定无关的情形下,案外人才可以提起案外人执行异议之诉。如人民法院生效判决已判令李四偿还张三借款80万元及利息,执行法院误以为李四现居住房屋为其所有(在未办或已办产权证情形下均有可能),对该房屋采取强制执行措施,此时,因生效判决并未对涉案房屋所有权进行认定并判决,实际所有权人王五则可依法提起案外人执行异议之诉,王五所提诉讼请求与生效判决无关,符合起诉条件。

4. 起诉条件之四:必须自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。案外人收到对执行标的书面异议被驳回裁定后,为了不影响执行效率,不妨碍申请执行人及时实现权利,则应尽快提起案外人执行异议之诉。实务中应当注意:(1)起诉时间起算点为案外人收到执行异议裁定。没有收到裁定,则无从谈起提起执行异议之诉。(2)十五日为不变期间。不应适用中断、中止的规定。笔者认为,对于该期间届满的最后一日是法定节假日的情形,还是应适用《民事诉讼法》关于期间的规定,以法定节假日后的第一日为期间届满的日期。

以上四个条件缺一不可,不能仅满足其中一项或几项就提起诉讼。人民法院会在审查同时满足该四个条件后,才会依法立案。值得注意的是:实务中,依据最高法院观点,对诉前财产保全、诉讼财产保全以及先予执行措施所作裁定,不能提起执行异议和执行异议之诉,只能提起复议。

## (二) 申请执行人执行异议之诉的起诉条件

1. 起诉条件之一：必须符合《民事诉讼法》第一百二十二条规定的起诉条件。上文已分析，不赘述。

2. 起诉条件之二：必须以案外人执行异议申请，人民法院裁定中止执行。此与案外人执行异议之诉刚好相反，需以案外人执行异议申请，人民法院裁定中止执行方可启动申请执行人执行异议之诉。

3. 起诉条件之三：必须有明确的对执行标的继续执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关。

(1) 必须有明确的对执行标的继续执行的诉讼请求。由于申请执行人执行异议之诉的目的在于反对人民法院对特定执行标的的中止执行，故必须要有明确的对执行标的继续执行的诉讼请求。依据最高人民法院颁布的文书样式（当事人参考样式），诉讼请求应载明：“准许执行……（写明执行标的）”。例如，张三提出的诉讼请求为：“准许执行执行坐落于XXX街道XX号的房屋”。

值得注意的是：1. 此与案外人执行异议之诉不同的是，该诉讼只能提出该一项诉讼请求，申请执行人虽可以被执行人对执行标的享有权利为由请求继续执行，但不能代位被执行人提出对被执行标的进行确权的诉讼请求。2. 由于被执行人在执行异议之诉中无诉讼利益，最高法院认为其无权提起执行异议之诉。

(2) 申请人提出的诉讼请求，必须与原判决、裁定无关。上文已分析，不赘述。

4. 起诉条件之四：必须自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。上文已分析，不赘述。

同样，以上四个条件缺一不可，不能仅满足其中一项或几项就提起诉讼。人民法院会在审查同时满足该四个条件后，才会依法立案。



## 执行异议之《执行和解协议》与恢复执行

◆文 / 张家界分所

### 一、问题的提出

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十条第一款规定 [1]、《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第一条第一款规定 [2]、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十六条规定 [3]，即意味着在民事案件的执行过程中，申请执行人和被执行人可以达成《执行和解协议》，从而变更生效法律文书确定的权利义务主体、履行标的、期限、地点和方式等内容，同时导致民事执行程序的中止。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十七条规定 [4]，在一般情况下，如果被执行人按照《执行和解协议》的约定履行了自身的义务，则申请执行

人无权申请恢复执行，但如被执行人违反《执行和解协议》的约定，则申请执行人可以向人民法院申请恢复执行，同时《执行和解协议》已履行的部分予以相应扣除。

在司法实践中，关于《执行和解协议》的履行问题并非是被执行人按约履行完毕或不履行的情况，还会存在特殊情况，如“当申请执行人违反《执行和解协议》约定的情况下申请恢复执行，是否应当恢复执行”、“《执行和解协议》签署于执行程序开始之前，且《执行和解协议》已经履行完毕，申请执行人能否申请执行”、“申请执行人与被执行人对《执行和解协议》的内容产生争议，客观上已无法继续履行的，申请执行人能否申请恢复执行”等，此种情况下改如何处理？本文将参照最高人民法院发布的指导性案例、答

复、相关法律规定阐述特殊情况下《执行和解协议》和恢复执行问题的处理方案。

## 二、当申请执行人违反《执行和解协议》约定的情况下申请恢复执行，是否应当恢复执行

在司法实践中，《执行和解协议》一般仅仅只会约定被执行人应当于某某时间向申请执行人支付一定金额的款项，但也存在《执行和解协议》中出现申请执行人需要履行相关义务的约定，而该项约定涉及被执行人能够顺利履行《执行和解协议》，即申请执行人存在先履行义务。若根据《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第九条规定 [5]，当出现被执行人一方不履行《执行和解协议》的情况，申请执行人即可申请恢复执行，但被执行人一方不履行《执行和解协议》的原因是因为申请执行人违反《执行和解协议》约定的先履行义务从而导致出现被执行人一方不履行《执行和解协议》的情况，那么此种情况下申请执行人是否有权申请恢复强制执行。

答案是否定的。

《最高人民法院执行工作办公室关于在执行中当事人双方达成〈执行和解协议〉后申请执行人反悔能否恢复原判决执行的请示的答复》载明“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条<sup>①</sup>第二款和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 266 条<sup>②</sup>的规定，《执行和解协议》达成后，在一方当事人反悔的情况下，人民法院恢

复对原生效法律文书执行的前提条件是，对方当事人申请。因为，执行中的和解协议是双方当事人在法院主持下自愿达成的，该和解协议是双方当事人对自身权利义务的处分，体现了民法中的契约自由和意思自治的原则。一旦达成和解协议并履行，即变更了原生效法律文书的内容。虽然现行法律和司法解释规定了双方当事人都有反悔的权利，但恢复执行原生效法律文书并不是必然的，而是要有“对方当事人”的申请，否则不能恢复执行。本案中，因“对方”为被执行人，在其履行《执行和解协议》，并不申请执行原生效法律文书的情况下，不得恢复执行原判决。”（注<sup>①</sup>《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条已修改为第二百三十条；<sup>②</sup>《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 266 条已被最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 467 条取代）

即说明申请执行人如需申请恢复原判决的执行，需被执行人存在违反《执行和解协议》的约定或不履行《执行和解协议》约定的情况，如果是申请执行人违反《执行和解协议》的约定或因申请执行人的原因导致被执行人无法履行《执行和解协议》，则人民法院对于申请执行人的恢复执行申请应当予以驳回。

## 三、《执行和解协议》签署于执行程序开始之前，且《执行和解协议》已经履行完毕，申请执行人能否申请执行

最高人民法院指导案例 119 号：安徽省滁州

市建筑安装工程有限公司与湖北追日电气股份有限公司执行复议案

### 案情简介

安徽省滁州市建筑安装工程有限公司（以下简称滁州建安公司）与湖北追日电气股份有限公司（以下简称追日电气公司）建设工程施工合同纠纷一案二审期间，两公司达成《执行和解协议》，《执行和解协议》签订后，追日电气公司向最高人民法院申请撤回了上诉。此后追日电气公司按照《执行和解协议》履行了相关款项的支付义务，履行完毕。但滁州建安公司在追日电气公司履行完《执行和解协议》之后又向青海高院申请强制执行。关于人民法院是否应当恢复执行，两公司产生争议。

### 法院裁判观点：

最高人民法院认为案涉《执行和解协议书》虽然是执行外的和解，但追日电气公司以当事人自行达成的《执行和解协议书》已履行完毕为由提出执行异议的，人民法院可以参照《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第十九条的规定对和解协议的效力及履行情况进行审查，进而确定是否终结执行。且在追日电气公司已经履行完毕案涉《和解协议书》的情况，该案应当终结执行。

### 结论：

执行外签署的《执行和解协议书》可以参照

《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第十九条对执行案件进行审查，若《执行和解协议书》已经履行完毕，则人民法院应当终结执行。

### 四、申请执行人与被执行人对《执行和解协议》的内容产生争议，客观上已无法继续履行的，申请执行人是否可以申请执行原生效法律文书

最高人民法院指导案例 124 号：中国防卫科技学院与联合资源教育发展（燕郊）有限公司执行监督案

### 案情简介：

联合资源教育发展（燕郊）有限公司（以下简称联合资源公司）与中国防卫科技学院（以下简称中防院）合作办学合同纠纷案的执行过程中，两公司达成《执行和解协议》，但《执行和解协议》约定的内容较为复杂，且两公司就《执行和解协议》的履行产生争议，此后十余年时间内《执行和解协议》未履行完毕。之后联合资源公司向人民法院申请恢复执行。关于人民法院是否应当恢复执行，两公司产生争议。

### 法院裁判观点

涉案《执行和解协议》的部分内容缺乏最终确定性，导致无法确定该协议的给付内容及违约责任承担，客观上已无法继续履行，《执行和解协议》在实际履行中陷入僵局，双方各执己见，一直不能达成关于资产收购的一致意见，导致本案长达十几年不能执行完毕。如以存在和解协议

约定为由无限期僵持下去，本案继续长期不能了结，将严重损害生效裁判文书债权人的合法权益，人民法院无理由无限期等待双方自行落实和解协议，而不采取强制执行措施。

### 结论

当《执行和解协议》的部分内容缺乏最终确定性，并在客观上导致无法继续履行的后果，不应以存在《执行和解协议》为由导致双方的无限期僵持，人民法院应当恢复执行。

### 五、案件恢复执行后，被执行人按照《执行和解协议》履行，申请执行人予以接受，且《执行和解协议》履行完毕的，人民法院是否应当终结执行

最高人民法院指导案例 126 号：江苏天宇建设集团有限公司与无锡时代盛业房地产开发有限公司执行监督案

### 案情简介：

江苏天宇建设集团有限公司（以下简称天宇公司）与无锡时代盛业房地产开发有限公司（以下简称时代公司）建设工程施工合同纠纷一案的执行过程中天宇公司与时代公司达成《执行和解协议》，后因时代公司未履行《执行和解协议》，天宇公司向人民法院申请恢复执行。在人民法院恢复执行之后，时代公司继续履行《执行和解协议》，且天宇公司予以接受，出现《执行和解协议》履行完毕的情况。此后，在该案执行过程中，天宇公司与时代公司就人民法院是否应当终结执

行产生争议。

### 法院裁判观点

最高人民法院认为，虽然时代公司未严格按照《执行和解协议》履行自身义务，但天宇公司在明知时代公司的履行已经超过约定期限的情况下仍一一予以接受，视为天宇公司认可时代公司的超期履行，在时代公司履行完《执行和解协议》约定的一系列主要义务的情况下，本案宜认定和解协议已经履行完毕，不予恢复执行。

### 结论

在《执行和解协议》履行过程中，虽然被执行人存在逾期履行的行为，但申请执行人予以接受的，视为申请执行人认可被执行人超期履行的行为，若被执行人将《执行和解协议》履行完毕，则人民法院应当不予恢复执行。

### 注释：

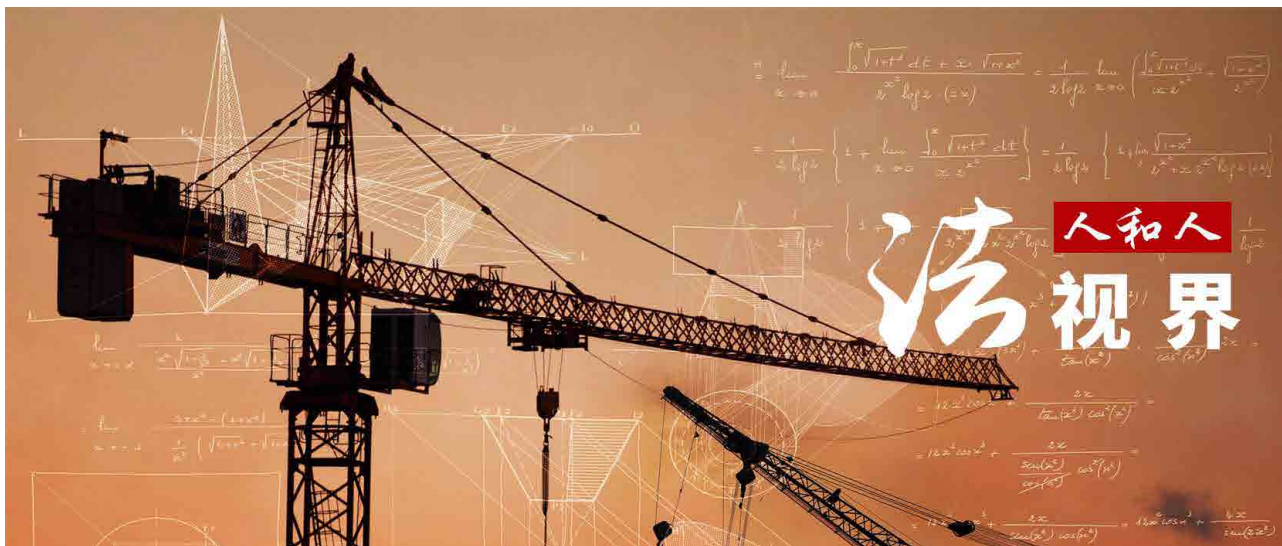
[1] 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十条 在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。

[2] 《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第一条 当事人可以自愿协商达成和解协议，依法变更生效法律文书确定的权利义务主体、履行标的、期限、地点和方式等内容。

[3] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十六条 申请执行人与被执行人达成和解协议后请求中止执行或者撤回执行申请的，人民法院可以裁定中止执行或者终结执行。

[4] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百六十七条 一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

[5] 《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第九条 被执行人一方不履行《执行和解协议》的，申请执行人可以申请恢复执行原生效法律文书，也可以就履行《执行和解协议》向执行法院提起诉讼。



## 固定总价合同工程未完工情形下造价鉴定中“按比例折算”规则的适用

◆文 / 戴领

**前言：**近年来建工争议高发，其中大多数属于造价结算争议。但由于造价争议专业性、技术性较强，裁判机构往往需要借助鉴定机构解决造价专业性问题，故案件中启动鉴定的比例较高。建工争议日益出现“打建工官司就是打司法鉴定”的趋势。在造价鉴定中不同的鉴定方法将导致截然不同的鉴定意见。于代理人而言，代理过程中实质化介入造价鉴定有助于取得令客户满意的代理效果。人和人律师事务所“法律+造价”服务团队对建工争议解决中的焦点问题将持续关注与探讨。

固定总价合同即俗称的总价包干合同，意味着合同总价在约定的风险范围内不调整，承包人应按合同约定的固定的造价总额完成约定的工程

量。一旦发包人与承包人存在结算争议，按最高院建工司法解释第二十八条的规定，一般不予启动司法鉴定。但该条规定亦存在例外情形，即重大设计变更、设计变更与合同内工程量无法区分、工程未完工。上述情形下，当事人可申请通过造价鉴定解决争议。随之而来的焦点问题是，在工程未完工条件下造价应当如何确定？目前审判实践中一般适用的是“按比例折算”规则。

### 一、“按比例折算”规则

“按比例折算”规则是指通过鉴定确定已完工程的工程量占全部工程量的比例，再乘以合同约定的固定总价款得出已完工程的工程价款。根据整理，地方高院业已形成的“按比例折算”审判规则如下表所示。

| 序号 | 规则名称                               | 文号            | 内容  |
|----|------------------------------------|---------------|---|
| 1  | 广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见 | 粤高法发(2011)37号 | <p>第五条 建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以建设工程施工合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，不予支持。</p>  |
| 2  | 北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答 | 京高法(2012)245号 | <p>第13条 固定总价合同履行中，承包人未完成工程施工的，工程价款如何确定？</p> <p>建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。</p>                           |
| 3  | 四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答 | 川高法民一(2015)3号 | <p>第25条 约定工程价款实行固定总价结算的施工合同在未全部完成施工即终止履行的工程价款如何结算？</p> <p>约定工程价款实行固定总价结算的建设工程施工合同在未全部完成施工即终止履行，承包人已施工的工程质量合格，承包人要求发包人支付工程价款的，由双方协商确定已施工的工程价款，协商不成的，由鉴定机构根据工程设计图纸、施工图纸、施工签证、交接记录等资料以及现场勘验结果对已完成工程量占合同工程量比例计算系数，再用合同约定的固定价款乘以该系数确定发包人应付的工程价款。</p> |
| 3  | 重庆市高级人民法院关于建设工程造价鉴定若干问题的解答         | 渝高法(2016)260号 | <p>第11条第(6)点规定：建设工程为未完工程的，应当根据已完工程量和合同约定的计价原则来确定已完工程造价。如果合同为固定总价合同，且无法确定已完工程占整个工程的比例的，一般可以根据工程所在地的建设工程定额及相关配套文件确定已完工程占整个工程的比例，再以固定总价乘以该比例来确定已完工程造价。</p>   |

|   |                                  |                                 |   |
|---|----------------------------------|---------------------------------|---|
| 4 | 河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理            | 冀高法<br>(2018) 44<br>号           | 第 12 条 建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，  |
|   | 指南                               |                                 | 但应以合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。即由鉴定机构在同一收费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数，确定工程价款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，人民法院不予支持。  |
| 5 | 江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答 | 江苏省高级人民法院审判会议纪要<br>【2018】3<br>号 | <p>第 8 条 固定总价合同履行中，承包人未完成工程施工的，工程价款如何确定？</p> <p>建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，发包人同意并主张参照合同约定支付的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一收费标准下计算出已完工程部分的价款占整个合同约定工程的总价款的比例，确定发包人应付的工程款。但建设工程仅完成一小部分，如果合同不能履行的原因归责于发包人，因不平衡报价导致按照当事人合同约定的固定价结算将对承包人利益明显失衡的，可以参照定额标准和市场报价情况据实结算。</p> |

从以上内容看“按比例折算”规则似乎已成定论。盖因该规则充分尊重合同前期协商过程中双方通过充分竞争形成的合意，即体现为鉴定中考虑承包方的让利率。且能很好地解决没有合同价款组成明细或工程量清单报价文件的问题，而因此成为一般规则。入选中国建设工程造价管理协会工程造价司法鉴定典型案例的南京市六合区人民法院审理的原告南京利邦化工有限公司诉被告中国核工业第五建设有限公司建设工程施工合同纠纷一案即是该原则的全面体现。

那么该规则是否存在例外情形呢？最高院建工司法解释理解与适用中提出除开“按比例折算”外，也可根据实际完成的工程量，以建设行政主管部门颁发的定额取费核定工程价款。此种思路未被普遍采用的原因在于固定价合同在谈判时已充分竞争，如按定额据实计算，则已完工程价款+未完工程价款将远大于固定总价，无论先计算哪一部分则必然会对一方有利一方不利。但正因如此，在特定情形下的司法裁判中才有适用的空间。

## 二、“按比例折算”规则的例外

最高院公报案例青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司提出的裁判思路更符合特定条件下实质的公平正义。该案合同关于计价的约定为建筑面积乘以固定单价。该约定的外在形式虽然与固定总价不一样，但其计价的前提与固定总价一致即均是基于合同完全履行。

鉴定机构第一步先按设计施工图纸算出总面积再乘以合同固定单价计算出总价。第二步按照设计施工图纸套用青海省定额计算出预算总价，并将第一步与第二步价格相比得出下浮比例。第三步用定额算出已完工程量造价并乘以下浮比例由此得出鉴定意见。

但只要对合同解除的原因追根溯源便会发现，本案是由于发包方隆豪公司单方面拖欠进度款而引发的合同解除。如不考虑该因素仍适用“按比例折算”规则鉴定，则貌似考虑了合同约定的让利率，实则对承包人明显不公，发包人反而因不当行为而获利，与“任何人不得从其不当行为中获利”法治基本原则冲突。

造成上述情况的原因便是不平衡报价。建设工程投标中不平衡报价是承包人的常用策略之一，指的是在不提高总体报价影响投标评分的前提下适当调整分部分项报价，比如能较早收到进度款的项目提高对应报价等。建设工程按施工顺序可分为工程地下部分（如桩基工程）、结构施

工部分（如主体工程）、安装装修部分（如装饰装修工程）。在工程基础和主体部分需要投入大量的人材机，成本往往较高，利润较低，而在后期装饰工程阶段则利润较高。为了提升在工程招投标中报价的竞争力，报价必然要综合各种阶段来制定。如前所述按建筑面积乘以固定单价的前提是基于整个工程顺利完成，如果单就主体工程进行报价，其每平米固定价必然要远高于合同约定。因发包人致使工程无法顺利完工，而承包人又只完成利润较低的阶段时，原合同约定的按建筑平方米固定单价计价方式已失去计价的前提和不平衡报价的基础，如仍用按比例折算规则将使承包人利益严重受损。

综合以上因素，最高院对一审判决进行改判。最高院认为对于约定了固定价款的建设工程施工合同，双方如未能如约履行，致使合同解除的，在确定争议合同的工程价款时，既不能简单地依据政府部门发布的定额计算工程价款，也不宜直接以合同约定的总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工工程预算价格的方式计算工程价款，而应当综合考虑案件的实际履行情况，并特别注重双方当事人的过错程度和司法判决的价值取向等因素来确定。

实际上，住建部发布的国家标准《建设工程造价鉴定规范》（GB/T 51262-2017）与上述公报案例裁判要旨亦不谋而合。其第 5.10.7 条规定：总价合同解除后的争议，按以下规定进行鉴定，供委托人判断使用：

1、合同中有约定的，按合同约定进行鉴定；

2、委托人认定承包人违约导致合同解除的，鉴定人可参照工程所在地同时期适用的计价依据计算出未完成工程价款，再用合同约定的总价款减去未完工程价款计算；

3、委托人认定发包人违约导致合同解除的，承包人请求按照工程所在地同时期适用的计价依据计算已完工程价款，鉴定人可采用这一方式鉴定，供委托人判断使用。

可以看出，目前普遍被鉴定机构在鉴定中适用的《建设工程造价鉴定规范》旨在引导裁判机构及鉴定机构区分不同情形以确定造价。首先，如合同中对未完工情形下结算有特别约定的当然从约定，但从实践看来较少有合同对此有明确约定。其次，在承包人违约的情形下，可先用定额计算未完部分，再用合同总价减未完部分，这样将使得承包人所得价款较少。最后，如果在发包人违约的情形下，承包人可以要求适用定额计算据实计算，这样计算的造价将比按比例折算高。在案件中，裁判机构可以运用该鉴定规则使当事人利益不致严重失衡。回过头再看江苏高院建工问题解答第8条中的但书，实际已采纳该观点。

### 结语：

如何在固定总价工程未完工情形下确定造价，各级裁判机构经过多年的探索已形成较为明确的规则即一般情况下“按比例折算”。《建设工程造价鉴定规范》对此提出区分合同解除原因

适用不同鉴定方法，部分裁判机关亦表示认同。

但往往在具体案件中，造成合同解除的原因错综交织，还伴随着工程资料不全、施工完成界面不清晰等情况，鉴定难度较高。此时更应根据工程未完工的原因及各方当事人过错程度来针对性地适用造价鉴定规则，以实现利益衡平及实质的公平正义。

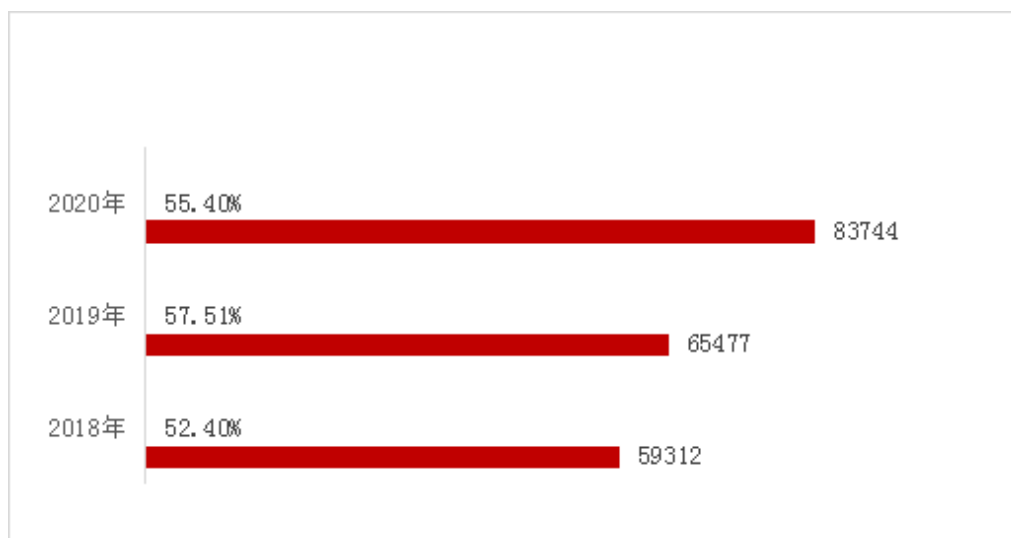


## 公益诉讼证据及其运用

◆文 / 张南宁

(依据张南宁博士 2022 年 7 月 25 日在云南文山市检察系统综合素能提升班上的讲课录音整理而成)

我国目前公益诉讼的主要领域是生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护和国有土地使用权出让四大领域，但主要集中在环资领域，如下图所示。



2018年,环资领域的公益诉讼立案59312件,占全年案件总量的52.4%。2019年,受新冠疫情的影响,环资领域前11个月立案65477件,占案件总量的57.51%。2020年,环资领域的公益诉讼立案83744件,占全年案件总量的55.4%。

## 01 公益诉讼举证责任

### 1.1 环境公益诉讼的证明对象

在环境污染侵权案件中适用的是举证责任倒置，即由被告（污染者）就不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。但环境民事公益诉讼并不是纯粹的举证责任倒置，而是举证责任分配问题，即原告需要提供存在污染行为以及损害后果的证据，并就污染行为与损害后果之间的关联性提供初步证明材料：

(1) 初步证明被告的行为损害社会公共利益或者具有损害公共利益的重大风险的证据：指标异常；主要污染物名称、排放方式、排放浓度和总量、超标排放情况以及防治污染设施的建设和运行情况，可以请求被告提供相关的数据和信息等。

(2) 污染行为客观存在的证据：污染源的环境监测报告、排污申报表、企业生产记录、环保设施运行记录、环境污染损害事故报告、环境影响报告书、环境突发事件调查报告、环境保护行政主管部门及其他环境监察机构的调查材料、环境污染事故调查处理报告、有关录像、录音、照片等。

(3) 证明环境公益受到或有可能受到损害的证据：被损害的水体、土地、空气及其环境的检测、检验、监测报告，声环境质量监测报告，被侵权致死的动植物的实物及其检测、检验或鉴

定报告，以及相关的音像资料、照片等。不特定多数自然人的医疗诊治报告、重金属中毒鉴定报告，以及其他因环境污染造成的人身损害鉴定报告等。

(4) 证明环境公益受损害程度的证据：证明生态环境资源损失，应急处理费用、污染修复费用、生态环境污染恢复费用等，以及主管机关出具的调查报告、检验检测报告，物价部门或市场管理机构出具的价格证明，鉴定评估机构出具的评估报告等。

(5) 初步证明损害行为与环境公益损害后果之间存在因果关系的证据：环境保护行政主管部门及其委托的环境监察机构和其他负有环境保护监督管理职责的部门的调查处理报告，法定鉴定机构出具的鉴定报告，及有关专家出具的鉴定意见、已就污染行为被判处刑事处罚的判决书或裁决书等。

### 1.2 法院取证

在民事诉讼中，当事人因客观原因不能自行收集证据的，就可以申请人民法院调查和收集证据。公益诉讼秉承的法院职权主义审理理念，不但要求法院在取证上承担更多的义务，还赋予法院作为进行鉴定的主体义务。根据现有的《环境民事公益诉讼司法解释》内容来看，涉及到法院依职权调查取证的条文是第14条，“对于审理环境民事公益诉讼案件需要的证据，人民法院认为必要的，应当调查收集。对于应当由原告承担

举证责任且为维护社会公共利益所必要的专门性问题，人民法院可以委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”除此之外，公益诉讼中的原被告还可以向法院申请通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者就因果关系、生态环境修复方式、生态环境修复费用以及生态环境受到损害至恢复原状期间服务功能的损失等专门性问题提出意见等。这些规定同样适用于人民检察院提起的行政公益诉讼。

## 02 公益诉讼证据收集

### 2.1 证据收集技术

#### 2.1.1 更新和拓宽调查取证方式

相比民事诉讼，公益诉讼的证据收集更为复杂。可以利用“互联网+”技术，破解案件线索发现难、评估难和管理难等诸多现实问题。《公益诉讼办案规则》中明确规定检察机关调查取证过程中除了使用照相机、执法记录仪等传统办案设备之外，还可以利用无人机、卫星遥感等现代技术，以克服时空隔离导致的调查取证障碍。在借助无人机进行勘验取证时要更加慎重规范：一是坚持有证驾驶；二是按规定申请飞行空域；三是所取得的照相、录像等资料，特别是提供给法院的证据材料一定要规范封存固定，确保其原始性和真实性。

另外，依据《公益诉讼办案规则》第四十四条的规定，人民检察院可以依照规定组织听证，听取听证员、行政机关、违法行为人、行政相对

人、受害人代表等相关各方意见，了解有关情况。听证形成的书面材料是人民检察院依法办理公益诉讼案件的重要参考。但是这里的“书面材料”是不是可以作为证据来使用仍不太明确。如果可以作为证据，那它的证据属性是什么？这是值得进一步探讨的问题。

#### 2.1.2 收集环境公益诉讼证据的途径和方法

总体上来讲，环境公益诉讼的证据收集可以从两个层面展开。

一是让有关机构提供或者帮助收集证据，主要方法有：（1）申请政府信息公开；（2）委托环境监测机构、科研单位对排污单位的排污情况和受害者所处环境进行监测，取得监测报告；（3）委托鉴定评估机构、司法鉴定机构进行因果关系鉴定；（4）请公证人机构对自行取证样品和受损失情况进行公证；（5）向有关专家咨询，请求提供专家意见（庭审时可申请作为专家证人）；（6）申请法院调取证据。

二是当事人自己收集证据，主要方法有：（1）现场调查，拍摄影像；（2）邀请专家进行现场调查和收集污染和损害样品；（3）邀请媒体记者一起进行现场调查；（4）访问周围居民，对污染破坏情况作证，可以通过律师制作调查笔录；（5）与其他环保组织合作收集证据；（6）为取得民事诉讼证据提起一个行政诉讼。

### 2.2 现场勘验规范

由于受人力、物力和财力等诸方面因素影响，检察机关更倾向于使用询问、调查问卷、走访以及谈话等强制性较弱的调查方式，很少运用现场勘验、仪器检测或者无人机等技术性调查手段，从而导致其难以应对生态环境类案件中证据材料难获取、损害后果和数额难衡量以及被调查主体不配合等诸多现实困境。

而环境公益诉讼中，现场勘查是非常重要的一个程序。按照法律法规规定，勘验现场过程中，应由两名以上的检察人员进行，同时邀请相关人员参加见证，勘验结束时检察人员和参与见证的人员在勘验笔录签名或盖章。因此，勘验现场时，应当邀请对方当事人或其他见证人员参加，如对方当事人拒绝参加的，应将此情况详细记录，并通过照相、录像等手段对这一情况进行固定。

## 2.3 证据的转换

### 2.3.1 刑事证据转换为民事公益诉讼证据

按照有关规定，刑事诉讼中据以定案的证据只要能够证明损害社会公益，均可作为民事公益诉讼的证据。但要注意两点：（1）刑事案件中证明没有犯罪的证据，或无法证明其犯罪的证据，但依照民事诉讼法，其行为损害或可能损害社会公益的，应当作为民事公益诉讼的证据进行收集；（2）仅有被告人供述或一个孤立的证据，无法证明其犯罪，但结合其他证据能够证明被告人损害或可能损害社会公益，也可作为民事公益诉讼证据进行收集。

### 2.3.2 行政执法证据转换为民事公益诉讼证据

行政执法中收集的证据可以作为行政公益诉讼中的证据。一方面，从行政机关的行政处罚决定中，收集行政机关履职尽责、行政相对人违法，以及行政机关处罚行政违法行为所依据的事实和证据；另一方面，从行政相对人对行政处罚的态度、执行情况，包括行政复议、行政诉讼、交纳罚款、采取整改措施等收集相关证据。

### 2.4 专家意见可作为证据

《公益诉讼办案规则》第三十四条规定，人民检察院办理公益诉讼案件的证据包括书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、当事人陈述、鉴定意见、专家意见、勘验笔录等。这表明在公益诉讼中，专家意见是一种法定的证据形式。

专家意见是检察机关在公益诉讼办案中，邀请专业技术人员或该行业、领域的专家、学者、教授、工程技术人员等，通过咨询、座谈、会商、调查、勘验等方式查明相关情况，就社会公益多方面受损情况或某一方面情况出具意见书的统称。这是检察机关在办案中因鉴定难、鉴定贵、鉴定机构少、鉴定周期长所采取的权宜之计。此外，《公益诉讼办案规则》第三十五条还规定，人民检察院办理公益诉讼案件，可以采取以下方式开展调查和收集证据：咨询专业人员、相关部门或者行业协会等对专门问题的意见。该条规定更是将公益诉讼的意见证据扩展到了咨询专业人员、相关部门或者行业协会。

## 2.5 检察公益诉讼调查核实权的强制性保障

### 2.5.1 检察机关调查取证权的行使程序

在线索发现阶段，检察机关可以利用案件线索管理平台进行自动筛查，获取初步调查取证的结果，并形成《初步调查报告》，从而判断是否立案，预判调查取证的困难和风险，进一步确定调查取证的方向、范围和流程等。先行调查生态环境相关部门的执法情况。通过了解相关部门的履职情况，可向其提出针对性的检察建议，督促其纠正违法行为或履行环境监管职责。若相关部门采取有效措施，实现了保护生态环境的目标，则可终结调查取证。若相关部门履职仍不足以维护生态环境利益，检察机关则继续调查侵权主体的相关情况。

### 2.5.2 调查核实权存在的问题

检察公益诉讼中的“调查核实”，是指检察机关在办理公益诉讼案件过程中，所开展的证据收集分析和案件事实的核实等行为或者活动。就当前实际情况来看，虽然《人民检察院组织法》第21条规定了检察机关行使法律监督职权的调查核实权，但并未对调查核实的对象、手段、方式作出具体规定，而且在司法实践中缺少相应的保障机制和规范化行使的规定，造成调查核实权在实际运用中难以有效发挥作用。

尽管《人民警察法》《人民检察院司法警察条例》等现行法对调查核实权的保障一直规定有直接性强制措施，如检察院的司法警察在妨害调

查核实权的特定情形下有紧急处置权和警械武器使用权。但是这些权力能否在公益诉讼中使用仍然是一个非常有争议的问题。按照有关规定，人民检察院开展调查和收集证据不得采取限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等强制性措施。在检察公益诉讼试点阶段，也曾有文件载明“调查核实不得采取限制人身自由以及查封、扣押、冻结财产等强制性措施”。尽管如此，检察机关完全可以用好处分建议权等间接性强制措施，有助于让监察机关、公安机关、行政机关更为了解、理解、支持检察公益诉讼。

### 2.5.3 完善路径

一是制定司法解释的路径。检察公益诉讼作为一种保护公益的新诉讼类型，不能完全被基于私益保护的民事诉讼和行政诉讼的框架容纳，尤其是行政公益诉讼和传统民事诉讼监督大不相同。从这个角度来说，有必要在司法解释层面对检察机关公益诉讼调查核实权明确加以规定，提升检察机关开展调查核实的正当性、权威性、严肃性。应在原有民事、行政诉讼监督调查核实手段基础上，通过司法解释把办案指南等内部文件赋予检察机关复制、查阅、勘验物证、现场和咨询专业人员、相关部门或者行业协会等调查核实手段固定下来。

二是完善保障机制的路径。（1）要完善政策保障。被调查单位配合检察公益诉讼调查核实工作，要求给予支持，提供便利，不得推诿、阻挠、

隐匿文件资料。要制定对行政机关不予配合的惩罚措施。(2) 完善经费保障。目前, 检察公益诉讼案件类型大多是生态环境和食品药品安全领域, 专业性、科技性比较强, 这就需要运用无人机、检测仪、大数据平台等高科技产品。这些领域的案件大多需要专业的鉴定评估, 鉴定费用等也需要统筹考虑。要将调查核实所需的办案经费纳入财政预算。(3) 完善外部协作机制。要注重通过大数据和人工智能等技术, 探索建立行政执法信息和检察公益诉讼的信息共享平台, 提升检察公益诉讼发现案件线索、及时研判和处置、协同作战的水平和能力。与相关行政机关建立重大情况通报制度、联席会议制度, 促进行政执法与检察公益诉讼有效衔接, 有效拓展检察公益诉讼案件的调查核实链条, 增加调查核实措施的延展性。

### 03 公益诉讼证据规则

#### 3.1 一般规则

(1) 推定规则: 被告无正当理由拒不提供证据时的推定。法院要求被告提供, 被告拒不提供的, 可以做出不利于被告的推定。

(2) 对自认的限制: 原告在诉讼过程中承认的对己方不利的事实和认可的证据, 法院认为损害社会公共利益的, 应当不予确认。

(3) 当事人申请通知有专门知识的人出庭, 就鉴定人作出的鉴定意见或者就因果关系、生态环境修复方式、生态环境修复费用以及生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损

失等专门性问题提出意见的, 人民法院可以准许。前款规定的专家意见经质证, 可以作为认定事实的根据。

(4) 质证规则: 民事案件的质证主要是围绕证据的真实性、合法性、关联性展开, 但公益诉讼涉及鉴定报告和专家意见, 在质证时还需要对数据结果的可靠性和准确性进行质证。

#### 3.2 在先判决的证据效力

(1) 一般免证。已为公益诉讼生效裁判认定的事实, 因同一侵权行为受到损害的消费者或受害人提起私益诉讼, 原告、被告均无需举证证明, 但当事人对该事实有异议并有相反证据足以推翻的除外。

(2) 对被告不利规则。民事公益诉讼生效裁判认定被告存在不法行为或承担侵权责任, 因同一侵权行为受到损害的消费者或受害人提起私益诉讼, 原告主张适用的, 法院可予支持, 但被告有相反证据足以推翻的除外。被告主张直接适用对其有利认定的, 法院不予支持, 被告仍应承担相应举证证明责任。

### 04 环境公益诉讼鉴定

环境公益诉讼涉及广泛的科学技术知识, 具有较强的专业性、复杂性、多样性, 例如在认定环境污染事实存在与否时, 法庭需要专业的环境监测机构提供的监测数据予以证明; 在判断侵害行为与损害结果的因果关系以及损害后果的量化

方面，也有赖于专业的环境鉴定评估机构出具的评估。环境鉴定相对于法医学鉴定、微量物证鉴定等传统鉴定来讲，仍属于新型鉴定类别。目前，环境鉴定机构主要有环保行政部门和环境科学研究相关机构成立，但大部分鉴定机构还没有取得司法鉴定资格。

据统计，目前全国从事环境司法鉴定资质的机构不超过十家。环保部在下属事业单位内设立了环境规划院环境风险与损害鉴定评估研究中心、中国环境监测总站环境污染损害鉴定技术中心、中国环境科学学会环境污染损害鉴定评估中心，但是这些机构均未获得司法鉴定资格。2014年环保部印发《环境损害鉴定评估推荐机构名录（第一批）》，向全社会推荐了第一批12家环境损害鉴定评估推荐机构。面对全国环境事件高发的现实，这些机构的数量远远不能满足需要。

## 05 专家意见的规范与应用

### 5.1 专家意见的相关规定

2021年6月29日，最高人民检察院颁布了《人民检察院公益诉讼办案规则》（以下简称《规则》），其中《规则》第34条关于公益诉讼证据的规定，明确专家意见是人民检察院办理公益诉讼案件的9种证据种类之一。

“两高”和公安部、司法部、生态环境部于2019年2月颁布的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》：“14.关于鉴定问题。……涉及案件定罪量刑的核心或者关键专门性问题难

以鉴定或者鉴定费用明显过高的，司法机关可以结合案件其他证据，并参考生态环境部门意见、专家意见等作出认定。”

2020年12月颁布的《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第15条规定：“当事人申请通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者就因果关系、生态环境修复方式、生态环境修复费用以及生态环境受到损害至恢复原状期间服务功能的损失等专门性问题提出意见的，人民法院可以准许。前款规定的专家意见经质证，可以作为认定事实的根据。”

### 5.2 专家意见的背景

生态环境公益损害成因复杂多样，相关事实极易流失，难以有效固定，而对鉴定的及时性、准确性要求非常高，正因为如此造成鉴定难、鉴定贵、鉴定周期长，制约了检察机关难以快速启动公益诉讼监督程序以保护国家利益和社会公共利益免受侵害。然而，我国目前符合资质要求并经生态环境部官方推荐的鉴定机构目前仅有42家，远远满足不了环资领域公益诉讼办案需求；而检察机关原有的鉴定机构，由于技术人员缺乏、设备不对口、业务转型尚需时日，短期内也难以以为公益诉讼办案提供有效的鉴定服务。在这种情况下，用什么方式破解公益诉讼鉴定供给难的问题，专家意见就成为比较理想的替代手段。

### 5.3 专家意见的内涵

公益诉讼办案中运用的专家意见是指专业技术人员或该行业、领域的专家、学者、教授等，根据检察机关提供的各种材料，通过咨询、座谈、会商、调查等对案件事实深入研究，并按照一定的程序和规范，对公益损害情况运用专业知识和科学理论进行分析、论证并出据结论性意见。但是专家意见程序上的单方发起及其他问题引发了适用上的疑虑。专家意见与鉴定意见的另一个重要区别在于，专家意见一般以个人名义提交，而鉴定意见则以单位的名义出具。

### 5.4 专家意见的规范与运用

#### 5.4.1 专家意见适用的主要情形

一是鉴定的方法和手段上不可能时。比如，非法砍伐森林给固碳释氧、涵养水源、净化环境、保持土壤、生物多样性保护、休闲旅游服务等生态服务功能造成的损害，难以用具体的鉴定方法来查明。

二是鉴定对象流失或不存在时。主要是一些案件的损害事实难以获取，鉴定无对象。比如，空气和水污染，由于客观原因在污染时没有及时取样或量化，因空气和水的自净功能，过后再进行取样鉴定或量化已经不可能，这种情况也可采用专家意见。

三是在价值对比上鉴定所带来的经济社会价值过低时。环境公益诉讼案件中，鉴定费少则几万几十万，多则上百万甚至上千万，远超鉴定所带来的经济社会价值，这种情况可采用专家意见。

四是办案时限上不可能时。一般情况下，鉴定耗费的时间长，导致办案周期也会变长，公益诉讼案件办理超期会让公共利益无法及时受到保护，在这种情况下可选择专家意见，提升办案质效。

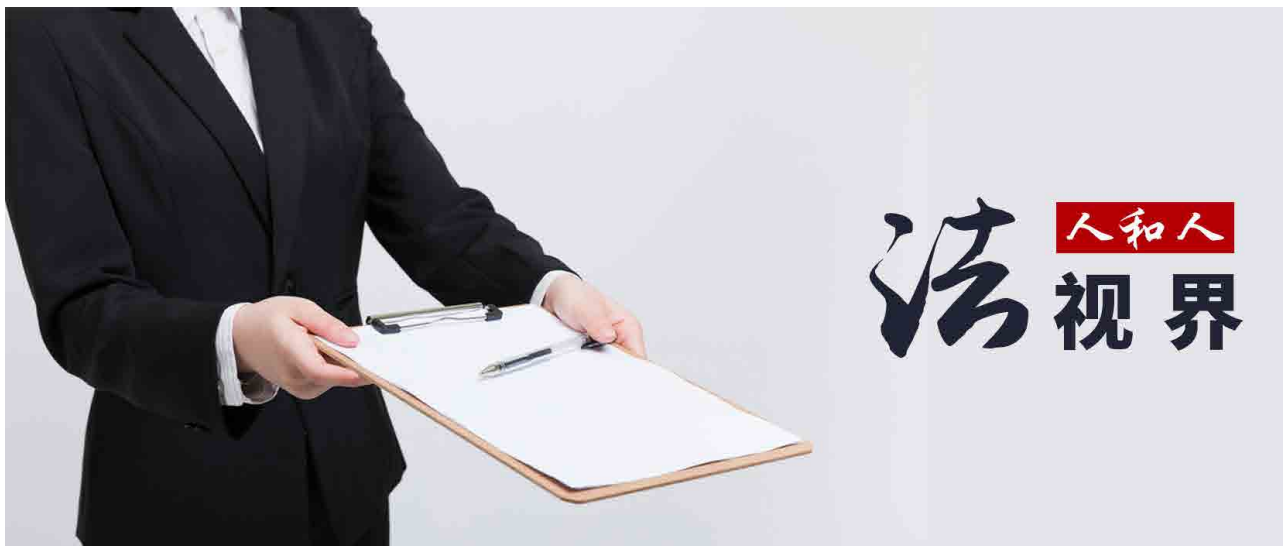
#### 5.4.2 专家意见的严谨与规范

首先，要明确专家的选任资格和条件。基本条件是要热心公益、能够按要求完成论证工作，5年内没有学术不端、公德失范和违法违纪记录，有中等或相当于中等以上专业技术职称，在本专业领域有较好的研究造诣、研究成果或实践案例。

其次，专家意见书要素要齐全。主要包括：

(1) 委托事项的来源要明示；(2) 专家成员组成，社会职务、专业领域和资质要列明；(3) 对检察机关提供事实材料的论证分析，现场调查、走访行政机关、询问相关人员等要给予简要说明；(4) 论证分析过程，这一部分是关键和重点，要层次清晰、逻辑严谨、重点突出、科学有据、通俗易懂；(5) 论证结论要观点鲜明，无理解上的歧义；(6) 签名要正规，易于辨认；(7) 视情可以有附件，主要包括专家的研究成果、论证时无法展开的科学依据、相关概念和原理解释说明等。

# 行政篇



## 《信访工作条例》解读及新旧对照表

◆文 / 黄珍 欧铭

《信访工作条例》（以下简称《条例》）于2022年1月24日中共中央政治局会议审议批准，2022年2月25日中共中央、国务院发布，并将于5月1日起正式施行。同时，旧条例《信访条例》（2005年1月10日中华人民共和国国务院令431号公布）废止。从行政法规到中央文件，《条例》的出台是新时代信访工作制度改革的重要成果。笔者结合国家信访局负责人就《信访工作条例》答记者问以及新旧条例对比为您解读《条例》。

### 第一部分 《信访工作条例》解读

#### 一、《条例》出台的意义

《条例》以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的重要思想，总结党长期以来

领导和开展信访工作经验特别是党的十八大以来信访工作制度改革成果，坚持和加强党对信访工作的全面领导，理顺信访工作体制机制，进一步规范 and 加强信访工作，是新时代信访工作的基本遵循。

#### 二、《条例》的主要内容

《条例》共六章50条。第一章为总则，计6条，分别为《条例》的制定目的和依据、适用范围、对信访工作的地位组作用、指导思想、主要原则及工作要求。第二章为信访工作体制，计10条，确立了党领导下的信访工作体制和格局，明确党委、政府、信访工作联席会议、信访部门以及各方力量在信访工作中的定位和职责，同时明确了信访工作保障措施。第三章为信访事项的提出和受理，计10条，规定了信访事项提出的方式，

各级机关、单位如何受理信访事项以及信访秩序。第四章为信访事项的办理，计11条，规定了信访事项办理的形式、渠道、程序和方式，体现了党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关等处理信访事项不同的程序要求。第五章为监督和追责，计10条，健全了信访工作监督机制，分别规定各级党委和政府、信访部门开展专项督查、年度考核评价、年度报告和结果运用机制，并对责任追究的情形和方式等作出明确规定。第六章为附则，计3条，明确《条例》的参照执行范围、解释机构和施行日期。

### 三、《条例》明确了信访工作适用范围及原则

《条例》明确适用于各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关以及群团组织、国有企事业单位等开展信访工作。值得注意的是，《条例》未沿用原《信访条例》第十四条将信访指向对象限定为有关组织、人员的职务行为的规定，但《条例》并未对信访事项的范围做明确规定，实践中，建议信访工作人员结合诉访分离、依法分类处理信访诉求的相关规定予以判断。

《条例》明确了信访工作的五个原则：坚持党的全面领导、坚持以人民为中心、坚持落实信访工作责任、坚持依法按政策解决问题、坚持源头治理化解矛盾。

### 四、《条例》理顺了信访工作体制

《条例》以专章的形式明确健全党领导信访工作的体制机制，构建党委统一领导、政府组织落实、信访工作联席会议协调、信访部门推动、各方齐抓共管的信访工作格局。

在党委统一领导方面，明确党中央加强对信访工作的集中统一领导，规定地方党委领导本地区信访工作，贯彻落实党中央决策部署，执行上级党组织部署要求，统筹信访工作责任体系构建，支持和督促下级党组织做好信访工作。在政府组织落实方面，规定各级政府贯彻落实上级党委和政府以及本级党委部署要求，履行组织各方力量及时妥善处理信访事项，研究解决政策性、群体性信访突出问题和疑难复杂信访问题等职责。在信访工作联席会议协调方面，规定中央信访工作联席会议统筹协调、整体推进、督促落实全国信访工作，同时进一步规范地方信访工作联席会议的设置和运行。在信访部门推动方面，规定党委和政府信访部门是开展信访工作的专门机构，承担受理、转送、交办信访事项，协调解决重要信访问题，督促检查重要信访事项的处理和落实等工作职责，同时规定其他机关、单位应当根据信访工作形势任务明确负责信访工作的机构或者人员。在各方齐抓共管方面，规定各级党委和政府以外的其他机关、单位应当做好各自职责范围内的信访工作，拓宽完善社会力量参与信访工作的制度化渠道。《条例》还从信访部门建设、干部教育培训、经费支持等方面明确信访工作保障措施。

### 五、《条例》完善了信访事项的受理、办理程序

根据信访事项性质的不同，《条例》区分建议意见类、检举控告类、申诉求决类事项，分别明确了受理办理程序，保证合理合法诉求依照法律规定和程序就能得到合理合法的结果。

（一）针对建议意见类信访事项，规定有权处理的机关、单位应当认真研究论证；同时规定各级党委和政府应当健全人民建议征集制度，主动听取群众的建议意见。

（二）针对检举控告类信访事项，规定纪检监察机关或者有权处理的机关、单位应当依规依纪依法接收、受理、办理和反馈，党委和政府信访部门应当按照干部管理权限向有关部门和负责同志通报、报送反映干部问题的信访情况。

（三）针对申诉求决类事项，进一步细分为六种情形进行处理：一是涉法涉诉事项办理程序，适用于审判机关、检察机关、公安机关；二是仲裁程序，适用于仲裁部门；三是办理党员申诉等事项的党内程序，适用于党的机关；四是办理行政复议等事项的行政程序；五是依法履行查处违法行为职责，适用于行政机关；六是不属于以上情形的事项，听取信访人陈述事实和理由，并调查核实，出具信访处理意见书，适用于所有机关、单位。对属于第六种情形的事项，信访人可以申请复查复核。

### 六、《条例》规定了信访工作监督体系

《条例》构建了包括监督责任、监督机制、责任追究在内的监督体系。一是强化信访工作督查，规定党委和政府组织专项督查，信访工作联席会议及其办公室、信访部门根据工作需要开展督查，党委和政府督查部门将疑难复杂信访问题列入督查范围。二是强化信访工作考核，规定党委和政府每年对信访工作情况进行考核、通报，注重考核结果运用。三是强化信访部门提出改进工作、完善政策和追究责任“三项建议”的职责，建立信访情况报告制度，做好与巡视巡查工作、干部监督工作的衔接等。

### 七、《条例》出台后各级党委、政府、机关单位亟需完善哪些配套措施？

#### （一）地方党委和政府应及时建立健全：

>> 信访工作联席会议机制

>> 信访信息分析研判、重大信访问题协调处理、联合督查等工作机制

>> 联合接访工作机制（市、县级党委和政府）

>> 信访督查专员制度

>> 信访工作支持和保障，所需经费列入本级预算

>> 人民建议征集制度

>> 专项督查

>> 信访工作情况考核

>> 领导班子和有关领导干部综合考核评价

>> 信访情况年度报告（党委和政府信访部门）

## （二）各级机关、单位应建立健全：

>> 社会力量参与信访工作的制度化渠道

>> 年轻干部和新录用干部到信访工作岗位锻炼制度

>> 将信访工作作为党性教育内容纳入教学培训（各级党校（行政学院））

## 第二部分 新《信访工作条例》与旧《信访条例》对比表

与原《信访条例》条款一致部分为划线标注，新增或修改部分为加粗标注。

| 新旧对照表  |  |
|--|--|
| 原《信访条例》  | 新《信访工作条例》  |
|  | 第一章 总则   |
| 第一条 为了保持各级人民政府同人民群众的密切联系，保护信访人的合法权益，维护信访秩序，制定本条例。  | 第一条 为了坚持和加强对信访工作的全面领导，做好新时代信访工作，保持党和政府同人民群众的密切联系，制定本条例。  |
| 第十四条 信访人对下列组织、人员的职务行为反映情况，提出建议、意见，或者不服下列组织、人员的职务行为，可以向有关行政机关提出信访事项：<br>（一）行政机关及其工作人员；<br>（二）法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织及其工作人员；<br>（三）提供公共服务的企业、事业单位及其工作人员；<br>（四）社会团体或者其他企业、事业单位中由国家行政机关任命、派出的人员；<br>（五）村民委员会、居民委员会及其成员。<br>对依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的投诉请求，信访人应当依照有关法律、行政法规规定的程序向有关机关提出。<br>第十五条 信访人对各级人民代表大会以及县级以上各级人民代表大会常务委员会、人民法院、人民检察院职权范围内的信访事项，应当分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出，并遵守本条例第十六条、第十七条、第十八条、第十九条、第二十条的规定。<br>第四十九条 社会团体、企业事业单位的信访工作参照本条例执行。 | 第二条 本条例适用于各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、监察机关、审判机关、检察机关以及群团组织、国有企事业单位等开展信访工作。   |
|  | 第三条 信访工作是党的群众工作的重要组成部分，是党和政府了解民情、集中民智、维护民利、凝聚民心的一项重要工作，是各级机关、单位及其领导干部、工作人员接受群众监督、改进工作作风的重要途径。  |
|  | 第四条 信访工作坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，贯彻落实习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的重要思想，增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”，牢记为民解难、为党分忧的政治责任，坚守人民情怀，坚持底线思维、法治思维，服务党和国家工作大局，维护群众合法权益，化解信访突出问题，促进社会和谐稳定。   |
|  | 第五条 信访工作应当遵循下列原则：<br>（一）坚持党的全面领导。把党的领导贯彻到信访工作各方面和全过程，确保正确政治方向。<br>（二）坚持以人民为中心。践行党的群众路线，倾听群众呼声，关心群众疾苦，千方百计为群众排忧解难。<br>（三）坚持落实信访工作责任。党政同责、一岗双责，属地管理、分级负责，谁主管、谁负责。<br>（四）坚持依法按政策解决问题。将信访纳入法治化轨道，依法维护群众权益、规范信访秩序。<br>（五）坚持源头治理化解矛盾。多措并举、综合施策，着力点放在源头预防和前端化解，把可能引发信访问题的矛盾纠纷化解在基层、化解在萌芽状态。 |

|   |  |
|---|--|
| <p>第三条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当做好信访工作，认真处理来信、接待来访，倾听人民群众的意见、建议和要求，接受人民群众的监督，努力为人民群众服务。</p> <p>各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当畅通信访渠道，为信访人采用本条例规定的形式反映情况，提出建议、意见或者投诉请求提供便利条件。任何组织和个人不得打击报复信访人。</p>   | <p>第六条 各级机关、单位应当畅通信访渠道，做好信访工作，认真处理信访事项，倾听人民群众建议、意见和要求，接受人民群众监督，为人民群众服务。</p>  |
|   | <p>第二章 信访工作体制</p>  |
| <p>第四条 信访工作应当在各级人民政府领导下，坚持属地管理、分级负责，谁主管、谁负责，依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合的原则。</p>  | <p>第七条 坚持和加强党对信访工作的全面领导，构建党委统一领导、政府组织落实、信访工作联席会议协调、信访部门推动、各方齐抓共管的信访工作格局。</p>   |
|   | <p>第八条 党中央加强对信访工作的统一领导：</p> <p>（一）强化政治引领，确立信访工作的政治方向和政治原则，严明政治纪律和政治规矩；</p> <p>（二）制定信访工作方针政策，研究部署信访工作中事关党和国家工作大局、社会和谐稳定、群众权益保障的重大改革措施；</p> <p>（三）领导建设一支对党忠诚可靠、恪守为民之责、善做群众工作的高素质专业化信访工作队伍，为信访工作提供组织保证。</p>   |
|   | <p>第九条 地方党委领导本地区信访工作，贯彻落实党中央关于信访工作的方针政策和决策部署，执行上级党组织关于信访工作的部署要求，统筹信访工作责任体系构建，支持和督促下级党组织做好信访工作。地方党委常委会应当定期听取信访工作汇报，分析形势，部署任务，研究重大事项，解决突出问题。</p>   |
| <p>第五条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当科学、民主决策，依法履行职责，从源头上预防导致信访事项的矛盾和纠纷。</p> <p>县级以上人民政府应当建立统一领导、部门协调，统筹兼顾、标本兼治，各负其责、齐抓共管的信访工作格局，通过联席会议、建立排查调处机制、建立信访督查工作制度等方式，及时化解矛盾和纠纷。</p> <p>各级人民政府、县级以上人民政府各工作部门的负责人应当阅批重要来信、接待重要来访、听取信访工作汇报，研究解决信访工作中的突出问题。</p> | <p>第十条 各级政府贯彻落实上级党委和政府以及本级党委关于信访工作的部署要求，科学民主决策、依法履行职责，组织各方力量加强矛盾纠纷排查化解，及时妥善处理信访事项，研究解决政策性、群体性信访突出问题和疑难复杂信访问题。</p>  |
|   | <p>第十一条 中央信访工作联席会议在党中央、国务院领导下，负责全国信访工作的统筹协调、整体推进、督促落实，履行下列职责：</p> <p>（一）研究分析全国信访形势，为中央决策提供参考；</p> <p>（二）督促落实党中央关于信访工作的方针政策和决策部署；</p> <p>（三）研究信访制度改革和信访法治化建设重大问题和事项；</p> <p>（四）研究部署重点工作任务，协调指导解决具有普遍性的信访突出问题；</p> <p>（五）领导组织信访工作责任制落实、督导检查等工作；</p> <p>（六）指导地方各级信访工作联席会议工作；</p> <p>（七）承担党中央、国务院交办的其他事项。</p> <p>中央信访工作联席会议由党中央、国务院负责同志以及有关部门负责同志担任召集人，各成员单位负责同志参加。中央信访工作联席会议办公室设在国家信访局，承担联席会议的日常工作，督促检查联席会议议定事项的落实。</p> |
|   | <p>第十二条 中央信访工作联席会议根据工作需要召开全体会议或者工作会议。研究涉及信访工作改革发展的重大问题和重要信访事项的处理意见，应当及时向党中央、国务院请示报告。</p> <p>中央信访工作联席会议各成员单位应当落实联席会议确定的工作任务和议定事项，及时报送落实情况；及时将本领域重大敏感信访问题提请联席会议研究。</p>   |
|   | <p>第十三条 地方各级信访工作联席会议在本级党委和政府领导下，负责本地区信访工作的统筹协调、整体推进、督促落实，协调处理发生在本地区的重要信访问题，指导下级信访工作联席会议工作。联席会议召集人一般由党委和政府负责同志担任。</p> <p>地方党委和政府应当根据信访工作形势任务，及时调整成员单位，健全规章制度，建立健全信访信息分析研判、重大信访问题协调处理、联合督查等工作机制，提升联席会议工作的科学化、制度化、规范化水平。</p> <p>根据工作需要，乡镇党委和政府、街道党工委和办事处可以建立信访工作联席会议机制，或者明确党政联席会定期研究本地区信访工作，协调处理发生在本地区的重要信访问题。</p>  |

|  |   |
|--|---|
| <p>第六条 县级以上人民政府应当设立信访工作机构；县级以上人民政府工作部门及乡、镇人民政府应当按照有利工作、方便信访人的原则，确定负责信访工作的机构（以下简称信访工作机构）或者人员，具体负责信访工作。</p> <p>县级以上人民政府信访工作机构是本级人民政府负责信访工作的行政机构，履行下列职责：</p> <p>（一）受理、交办、转送信访人提出的信访事项；</p> <p>（二）承办上级和本级人民政府交由处理的信访事项；</p> <p>（三）协调处理重要信访事项；</p> <p>（四）督促检查信访事项的处理；</p> <p>（五）研究、分析信访情况，开展调查研究，及时向本级人民政府提出完善政策和改进工作的建议；</p> <p>（六）对本级人民政府其他工作部门和下级人民政府信访工作机构的信访工作进行指导。</p>                        | <p>第十四条 各级党委和政府信访部门是开展信访工作的专门机构，履行下列职责：</p> <p>（一）受理、转送、交办信访事项；</p> <p>（二）协调解决重要信访问题；</p> <p>（三）督促检查重要信访事项的处理和落实；</p> <p>（四）综合反映信访信息，分析研判信访形势，为党委和政府提供决策参考；</p> <p>（五）指导本级其他机关、单位和下级的信访工作；</p> <p>（六）提出改进工作、完善政策和追究责任的建议；</p> <p>（七）承担本级党委和政府交办的其他事项。</p> <p>各级党委和政府信访部门以外的其他机关、单位应当根据信访工作形势任务，明确负责信访工作的机构或者人员，参照党委和政府信访部门职责，明确相应的职责。</p> |
| <p>第十三条 设区的市、县两级人民政府可以根据信访工作的实际需要，建立政府主导、社会参与、有利于迅速解决纠纷的工作机制。</p> <p>信访工作机构应当组织相关社会团体、法律援助机构、相关专业人员、社会志愿者等共同参与，运用咨询、教育、协商、调解、听证等方法，依法、及时、合理处理信访人的投诉请求。</p>   | <p>第十五条 各级党委和政府以外的其他机关、单位应当做好各自职责范围内的信访工作，按照规定及时受理办理信访事项，预防和化解政策性、群体性信访问题，加强对下级机关、单位信访工作的指导。</p> <p>各级机关、单位应当拓宽社会力量参与信访工作的制度化渠道，发挥群团组织、社会组织和“两代表一委员”、社会工作者等作用，反映群众意见和要求，引导群众依法理性反映诉求、维护权益，推动矛盾纠纷及时有效化解。</p> <p>乡镇党委和政府、街道党工委和办事处以及村（社区）“两委”应当全面发挥职能作用，坚持和发展新时代“枫桥经验”，积极协调处理化解发生在当地的信访事项和矛盾纠纷，努力做到小事不出村、大事不出镇、矛盾不上交。</p>                   |
|  | <p>第十六条 各级党委和政府应当加强信访部门建设，选优配强领导班子，配备与形势任务相适应的工作力量，建立健全信访督查专员制度，打造高素质专业化信访干部队伍。各级党委和政府信访部门主要负责同志应当由本级党委或者政府副秘书长（办公厅（室）副主任）兼任。</p> <p>各级党校（行政学院）应当将信访工作作为党性教育内容纳入教学培训，加强干部教育培训。</p> <p>各级机关、单位应当建立健全年轻干部和新录用干部到信访工作岗位锻炼制度。</p> <p>各级党委和政府应当为信访工作提供必要的支持和保障，所需经费列入本级预算。</p>   |
|  | <p>第三章 信访事项的提出和受理</p>   |
| <p>第二条 本条例所称信访，是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式，向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，依法由有关行政机关处理的活动。</p> <p>采用前款规定的形式，反映情况，提出建议、意见或者投诉请求的公民、法人或者其他组织，称信访人。</p>   | <p>第十七条 公民、法人或者其他组织可以采用信息网络、书信、电话、传真、走访等形式，向各级机关、单位反映情况，提出建议、意见或者投诉请求，有关机关、单位应当依法依规处理。</p> <p>采用前款规定的形式，反映情况，提出建议、意见或者投诉请求的公民、法人或者其他组织，称信访人。</p>  |
| <p>第三条 任何组织和个人不得打击报复信访人。</p> <p>第九条 各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当向社会公布信访工作机构的通信地址、电子信箱、投诉电话、信访接待的时间和地点、查询信访事项处理进展及结果的方式等相关事项。</p> <p>各级人民政府、县级以上人民政府工作部门应当在其信访接待场所或者网站公布与信访工作有关的法律、法规、规章，信访事项的处理程序，以及其他为信访人提供便利的相关事项。</p> <p>第十条 设区的市级、县级人民政府及其工作部门，乡、镇人民政府应当建立行政机关负责人信访接待日制度，由行政机关负责人协调处理信访事项。信访人可以在公布的接待日和接待地点向有关行政机关负责人当面反映信访事项。</p> <p>县级以上人民政府及其工作部门负责人或者其指定的人员，可以就信访人反映突出的问题到信访人居住地与信访人面谈沟通。</p> | <p>第十八条 各级机关、单位应当向社会公布网络信访渠道、通信地址、咨询投诉电话、信访接待的时间和地点、查询信访事项处理进展以及结果的方式等相关事项，在其信访接待场所或者网站公布与信访工作有关的党内法规和法律、法规、规章，信访事项的处理程序，以及其他为信访人提供便利的相关事项。</p> <p>各级机关、单位领导干部应当阅办群众来信和网上信访、定期接待群众来访、定期下访，包案化解群众反映强烈的突出问题。</p> <p>市、县级党委和政府应当建立和完善联合接访工作机制，根据工作需要组织有关机关、单位联合接待，一站式解决信访问题。</p> <p>任何组织和个人不得打击报复信访人。</p>                                    |
| <p>第十七条 信访人提出信访事项，一般应当采用书信、电子邮件、传真等书面形式；信访人提出投诉请求的，还应当载明信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。</p> <p>有关机关对采用口头形式提出的投诉请求，应当记录信访人的姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。</p> <p>第十九条 信访人提出信访事项，应当客观真实，对其所提供材料内容的真实性负责，不得捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。</p>  | <p>第十九条 信访人一般应当采用书面形式提出信访事项，并载明其姓名（名称）、住址和请求、事实、理由。对采用口头形式提出的信访事项，有关机关、单位应当如实记录。</p> <p>信访人提出信访事项，应当客观真实，对其所提供材料内容的真实性负责，不得捏造、歪曲事实，不得诬告、陷害他人。</p> <p>信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关、单位的上级机关、单位又提出同一信访事项的，上级机关、单位不予受理。</p>  |

|   |  |
|---|--|
| <p>第十六条 信访人采用走访形式提出信访事项，应当向依法有权处理的本级或者上一级机关提出；信访事项已经受理或者正在办理的，信访人在规定期限内向受理、办理机关的上级机关再提出同一信访事项的，该上级机关不予受理。</p> <p>第十八条 信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有关机关设立或者指定的接待场所提出。</p> <p>多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过5人。</p>   | <p>第二十条 信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有权处理的本级或者上一级机关、单位设立或者指定的接待场所提出。</p> <p>信访人采用走访形式提出涉及诉讼权利救济的信访事项，应当依照法律法规规定的程序向有关政法部门提出。</p> <p>多人采用走访形式提出共同的信访事项的，应当推选代表，代表人数不得超过5人。</p> <p>各级机关、单位应当落实属地责任，认真接待处理群众来访，把问题解决在当地，引导信访人就地反映问题。</p>   |
| <p>第十一条 国家信访工作机构充分利用现有政务信息网络资源，建立全国信访信息系统，为信访人在当地提出信访事项、查询信访事项办理情况提供便利。</p> <p>县级以上地方人民政府应当充分利用现有政务信息网络资源，建立或者确定本行政区域的信访信息系统，并与上级人民政府、政府有关部门、下级人民政府的信访信息系统实现互联互通。</p> <p>第十二条 县级以上各级人民政府的信访工作机构或者有关部门应当及时将信访人的投诉请求输入信访信息系统，信访人可以持行政机关出具的投诉请求受理凭证到当地人民政府的信访工作机构或者有关部门的接待场所查询其所提出的投诉请求的办理情况。具体实施办法和步骤由省、自治区、直辖市人民政府规定。</p>  | <p>第二十一条 各级党委和政府应当加强信访工作信息化、智能化建设，依法依规有序推进信访信息系统互联互通、信息共享。</p> <p>各级机关、单位应当及时将信访事项录入信访信息系统，使网上信访、来信、来访、来电在网上流转，方便信访人查询、评价信访事项办理情况。</p>   |
| <p>第二十一条 县级以上人民政府信访工作机构收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在15日内分别按下列方式处理：</p> <p>(一)对本条例第十五条规定的信访事项，应当告知信访人分别向有关的人民代表大会及其常务委员会、人民法院、人民检察院提出。对已经或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的，不予受理，但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定程序向有关机关提出。</p> <p>(二)对依照法定职责属于本级人民政府或者其工作部门处理决定的信访事项，应当转送有权处理的行政机关；情况重大、紧急的，应当及时提出建议，报请本级人民政府决定。</p> <p>(三)信访事项涉及下级行政机关或者其工作人员的，按照“属地管理、分级负责，谁主管、谁负责”的原则，直接转送有权处理的行政机关，并抄送下一级人民政府信访工作机构。</p> <p>县级以上人民政府信访工作机构要定期向下一级人民政府信访工作机构通报转送情况，下级人民政府信访工作机构要定期向上一级人民政府信访工作机构报告转送信访事项的办理情况。</p> <p>(四)对转送信访事项中的重要情况需要反馈办理结果的，可以直接交由有权处理的行政机关办理，要求其在指定办理期限内反馈结果，提交办结报告。</p> <p>按照前款第(二)项至第(四)项规定，有关行政机关应当自收到转送、交办的信访事项之日起15日内决定是否受理并书面告知信访人，并按要求通报信访工作机构。</p> | <p>第二十二条 各级党委和政府信访部门收到信访事项，应当予以登记，并区分情况，在15日内分别按照下列方式处理：</p> <p>(一)对依照职责属于本级机关、单位或者其工作部门处理决定的，应当转送有权处理的机关、单位；情况重大、紧急的，应当及时提出建议，报请本级党委和政府决定。</p> <p>(二)涉及下级机关、单位或者其工作人员的，按照“属地管理、分级负责，谁主管、谁负责”的原则，转送有权处理的机关、单位。</p> <p>(三)对转送信访事项中的重要情况需要反馈办理结果的，可以交由有权处理的机关、单位办理，要求其在指定办理期限内反馈结果，提交办结报告。</p> <p>各级党委和政府信访部门对收到的涉法涉诉信件，应当转送同级政法部门依法处理；对走访反映涉诉问题的信访人，应当释法明理，引导其向有关政法部门反映问题。对属于纪检监察机关受理的检举控告类信访事项，应当按照管理权限转送有关纪检监察机关依规依纪依法处理。</p>   |
| <p>第二十三条 信访人按照本条例规定直接向各级人民政府信访工作机构以外的行政机关提出的信访事项，有关行政机关应当予以登记；对符合本条例第十四条第一款规定并属于本机关法定职权范围的信访事项，应当受理，不得推诿、敷衍、拖延；对不属于本机关职权范围的信访事项，应当告知信访人向有权的机关提出。</p> <p>有关行政机关收到信访事项后，能够当场答复是否受理的，应当当场书面答复；不能当场答复的，应当自收到信访事项之日起15日内书面告知信访人。但是，信访人的姓名(名称)、住址不清的除外。</p> <p>有关行政机关应当相互通报信访事项的受理情况。</p>   | <p>第二十三条 党委和政府信访部门以外的其他机关、单位收到信访人直接提出的信访事项，应当予以登记；对属于本机关、单位职权范围的，应当告知信访人接收情况以及处理途径和程序；对属于本系统下级机关、单位职权范围的，应当转送、交办有权处理的机关、单位，并告知信访人转送、交办去向；对不属于本机关、单位或者本系统职权范围的，应当告知信访人向有权处理的机关、单位提出。</p> <p>对信访人直接提出的信访事项，有关机关、单位能够当场告知的，应当当场书面告知；不能当场告知的，应当自收到信访事项之日起15日内书面告知信访人，但信访人的姓名(名称)、住址不清的除外。</p> <p>对党委和政府信访部门或者本系统上级机关、单位转送、交办的信访事项，属于本机关、单位职权范围的，有关机关、单位应当自收到之日起15日内书面告知信访人接收情况以及处理途径和程序；不属于本机关、单位或者本系统职权范围的，有关机关、单位应当自收到之日起5个工作日内提出异议，并详细说明理由，经转送、交办的信访部门或者上级机关、单位核实同意后，交还相关材料。</p> <p>政法部门处理涉及诉讼权利救济事项、纪检监察机关处理检举控告事项的告知按照有关规定执行。</p> |
| <p>第二十四条 涉及两个或者两个以上行政机关的信访事项，由所涉及的行政机关协商受理；受理有争议的，由其共同的上一级行政机关决定受理机关。</p> <p>第二十五条 应当对信访事项作出处理的行政机关分立、合并、撤销的，由继续行使其职权的行政机关受理；职责不清的，由本级人民政府或者其指定的机关受理。</p>   | <p>第二十四条 涉及两个或者两个以上机关、单位的信访事项，由所涉及的机关、单位协商受理；受理有争议的，由其共同的上一级机关、单位决定受理机关；受理有争议且没有共同的上一级机关、单位的，由共同的信访工作联席会议协调处理。</p> <p>应当对信访事项作出处理的机关、单位分立、合并、撤销的，由继续行使其职权的机关、单位受理；职责不清的，由本级党委和政府或者其指定的机关、单位受理。</p>   |

|   |  |
|---|--|
| <p>第二十六条 公民、法人或者其他组织发现可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息时，可以就近向有关行政机关报告。地方各级人民政府接到报告后，应当立即报告上一级人民政府；必要时，通报有关主管部门。县级以上地方人民政府有关部门接到报告后，应当立即报告本级人民政府和上一级主管部门；必要时，通报有关主管部门。国务院有关部门接到报告后，应当立即报告国务院；必要时，通报有关主管部门。</p> <p>行政机关对重大、紧急信访事项和信访信息不得隐瞒、谎报、缓报，或者授意他人隐瞒、谎报、缓报。</p> <p>第二十七条 对于可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，有关行政机关应当在职责范围内依法及时采取措施，防止不良影响的产生、扩大。</p>       | <p>第二十五条 各级机关、单位对可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，应当及时报告本级党委和政府，通报相关主管部门和本级信访工作联席会议办公室，在职责范围内依法及时采取措施，防止不良影响的产生、扩大。</p> <p>地方各级党委和政府信访部门接到重大、紧急信访事项和信访信息，应当向上一级信访部门报告，同时报告国家信访局。</p>  |
| <p>第二十条 信访人在信访过程中应当遵守法律、法规，不得损害国家、社会、集体的利益和其他公民的合法权利，自觉维护社会公共秩序和信访秩序，不得有下列行为：</p> <p>(一)在国家机关办公场所周围、公共场所非法聚集，围堵、冲击国家机关，拦截公务车辆，或者堵塞、阻断交通的；</p> <p>(二)携带危险物品、管制器具的；</p> <p>(三)侮辱、殴打、威胁国家机关工作人员，或者非法限制他人人身自由的；</p> <p>(四)在信访接待场所滞留、滋事，或者将生活不能自理的人弃留在信访接待场所的；</p> <p>(五)煽动、串联、胁迫、以财物诱使、幕后操纵他人信访或者以信访为名借机敛财的；</p> <p>(六)扰乱公共秩序、妨害国家和公共安全的行为。</p> | <p>第二十六条 信访人在信访过程中应当遵守法律、法规，不得损害国家、社会、集体的利益和其他公民的合法权利，自觉维护社会公共秩序和信访秩序，不得有下列行为：</p> <p>(一)在机关、单位办公场所周围、公共场所非法聚集，围堵、冲击机关、单位，拦截公务车辆，或者堵塞、阻断交通；</p> <p>(二)携带危险物品、管制器具；</p> <p>(三)侮辱、殴打、威胁机关、单位工作人员，非法限制他人人身自由，或者毁坏财物；</p> <p>(四)在信访接待场所滞留、滋事，或者将生活不能自理的人弃留在信访接待场所；</p> <p>(五)煽动、串联、胁迫、以财物诱使、幕后操纵他人信访，或者以信访为名借机敛财；</p> <p>(六)其他扰乱公共秩序、妨害国家和公共安全的行为。</p>   |
| <p>第四章 信访事项的处理</p>  |  |
|   | <p>第二十七条 各级机关、单位及其工作人员应当根据各自职责和有关规定，按照诉求合理的解决问题到位、诉求无理的思想教育到位、生活困难的帮扶救助到位、行为违法的依法处理的要求，依法按政策及时就地解决群众合法合理诉求，维护正常信访秩序。</p>   |
| <p>第二十八条 行政机关及其工作人员办理信访事项，应当恪尽职守、秉公办事，查明事实、分清责任，宣传法制、教育疏导，及时妥善处理，不得推诿、敷衍、拖延。</p> <p>第二十九条 行政机关工作人员与信访事项或者信访人有直接利害关系的，应当回避。</p>  | <p>第二十八条 各级机关、单位及其工作人员办理信访事项，应当恪尽职守、秉公办事，查明事实、分清责任，加强教育疏导，及时妥善处理，不得推诿、敷衍、拖延。</p> <p>各级机关、单位应当按照诉讼与信访分离制度要求，将涉及民事、行政、刑事等诉讼权利救济的信访事项从普通信访体制中分离出来，由有关政法部门依法处理。</p> <p>各级机关、单位工作人员与信访事项或者信访人有直接利害关系的，应当回避。</p>   |
| <p>第八条第一款 信访人反映的情况，提出的建议、意见，对国民经济和社会发展或者对改进国家机关工作以及保护社会公共利益有贡献的，由有关行政机关或者单位给予奖励。</p> <p>第二十九条 信访人反映的情况，提出的建议、意见，有利于行政机关改进工作、促进国民经济和社会发展的，有关行政机关应当认真研究论证并积极采纳。</p>   | <p>第二十九条 对信访人反映的情况、提出的意见建议类事项，有权处理的机关、单位应当认真研究论证。对科学合理、具有现实可行性的，应当采纳或者部分采纳，并予以回复。</p> <p>信访人反映的情况、提出的意见建议，对国民经济和社会发展或者对改进工作以及保护社会公共利益有贡献的，应当按照有关规定给予奖励。</p> <p>各级党委和政府应当健全人民建议征集制度，对涉及国计民生的重要工作，主动听取群众的意见建议。</p>   |
| <p>第二十三条 行政机关及其工作人员不得将信访人的检举、揭发材料及有关情况透露或者转给被检举、揭发的人员或者单位。</p>  | <p>第三十条 对信访人提出的检举控告类事项，纪检监察机关或者有权处理的机关、单位应当依规依纪依法接收、受理、办理和反馈。</p> <p>党委和政府信访部门应当按照干部管理权限向组织（人事）部门通报反映干部问题的信访情况，重大情况向党委主要负责同志和分管组织（人事）工作的负责同志报送。组织（人事）部门应当按照干部选拔任用监督的有关规定进行办理。</p> <p>不得将信访人的检举、揭发材料以及有关情况透露或者转给被检举、揭发的人员或者单位。</p>  |
| <p>第三十一条 对信访事项有权处理的行政机关办理信访事项，应当听取信访人陈述事实和理由；必要时可以要求信访人、有关组织和人员说明情况；需要进一步核实有关情况的，可以向其他组织和人员调查。</p> <p>对重大、复杂、疑难的信访事项，可以举行听证。听证应当公开举行，通过质询、辩论、评议、合议等方式，查明事实，分清责任。听证范围、主持人、参加人、程序等由省、自治区、直辖市人民政府规定。</p>   | <p>第三十一条 对信访人提出的申诉求决类事项，有权处理的机关、单位应当区分情况，分别按照下列方式办理：</p> <p>(一)应当通过审判机关诉讼程序或者复议程序、检察机关刑事立案程序或者法律监督程序、公安机关法律程序处理的，涉法涉诉信访事项未依法终结的，按照法律法规规定的程序处理。</p> <p>(二)应当通过仲裁解决的，导入相应程序处理。</p> <p>(三)可以通过党员申诉、申请复审等解决的，导入相应程序处理。</p> <p>(四)可以通过行政复议、行政裁决、行政确认、行政许可、行政处罚等行政程序解决的，导入相应程序处理。</p> <p>(五)属于申请查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法权益职责的，依法履行或者答复。</p> <p>(七)不属于以上情形的，应当听取信访人陈述事实和理由，并调查核实，出具信访处理意见书。对重大、复杂、疑难的信访事项，可以举行听证。</p> |

|   |  |
|---|--|
| <p>第三十二条 对信访事项有权处理的行政机关经调查核实，应当依照有关法律、法规、规章及其他有关规定，分别作出以下处理，并书面答复信访人：<br/>（一）请求事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，予以支持；<br/>（二）请求事由合理但缺乏法律依据的，应当对信访人做好解释工作；<br/>（三）请求缺乏事实根据或者不符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，不予支持。<br/>有权处理的行政机关依照前款第（一）项规定作出支持信访请求意见的，应当督促有关机关或者单位执行。</p> | <p>第三十二条 信访处理意见书应当载明信访人投诉请求、事实和理由、处理意见及其法律法规依据：<br/>（一）请求事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，予以支持；<br/>（二）请求事由合理但缺乏法律依据的，应当作出解释说明；<br/>（三）请求缺乏事实根据或者不符合法律、法规、规章或者其他有关规定的，不予支持。<br/>有权处理的机关、单位作出支持信访请求意见的，应当督促有关机关、单位执行；不予支持的，应当做好信访人的疏导教育工作。</p>  |
|   | <p>第三十三条 各级机关、单位在处理申诉类事项过程中，可以在不违反政策法规强制性规定的情况下，在裁量权范围内，经争议双方当事人同意进行调解；可以引导争议双方当事人自愿和解。经调解、和解达成一致意见的，应当制作调解协议书或者和解协议书。</p>   |
| <p>第三十三条 信访事项应当自受理之日起 60 日内办结；情况复杂的，经本行政机关负责人批准，可以适当延长办理期限，但延长期限不得超过 30 日，并告知信访人延期理由。法律、行政法规另有规定的，从其规定。</p>   | <p>第三十四条 对本条例第三十一条第六项规定的信访事项应当自受理之日起 60 日内办结；情况复杂的，经本机关、单位负责人批准，可以适当延长办理期限，但延长期限不得超过 30 日，并告知信访人延期理由。</p>  |
| <p>第三十四条 信访人对行政机关作出的信访事项处理意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内请求原办理行政机关的上一级行政机关复查。收到复查请求的行政机关应当自收到复查请求之日起 30 日内提出复查意见，并予以书面答复。</p>  | <p>第三十五条 信访人对信访处理意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内请求原办理机关、单位的上一级机关、单位复查。收到复查请求的机关、单位应当自收到复查请求之日起 30 日内提出复查意见，并予以书面答复。</p>   |
| <p>第三十五条 信访人对复查意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内向复查机关的上一级行政机关请求复核。收到复核请求的行政机关应当自收到复核请求之日起 30 日内提出复核意见。<br/>复核机关可以按照本条例第三十一条第二款的规定举行听证，经过听证的复核意见可以依法向社会公示。听证所需时间不计算在前款规定的期限内。<br/>信访人对复核意见不服，仍然以同一事实和理由提出投诉请求的，各级人民政府信访工作机构和其他行政机关不再受理。</p>                     | <p>第三十六条 信访人对复查意见不服的，可以自收到书面答复之日起 30 日内向复查机关、单位的上一级机关、单位请求复核。收到复核请求的机关、单位应当自收到复核请求之日起 30 日内提出复核意见。<br/>复核机关、单位可以按照本条例第三十一条第六项的规定举行听证，经过听证的复核意见可以依法向社会公示。听证所需时间不计算在前款规定的期限内。<br/>信访人对复核意见不服，仍然以同一事实和理由提出投诉请求的，各级党委和政府信访部门和其他机关、单位不再受理。</p>                                    |
|   | <p>第三十七条 各级机关、单位应当坚持社会矛盾纠纷多元预防调处化解，人民调解、行政调解、司法调解联动，综合运用法律、政策、经济、行政等手段和教育、协商、疏导等办法，多措并举化解矛盾纠纷。<br/>各级机关、单位在办理信访事项时，对生活确有困难的信访人，可以告知或者帮助其向有关机关或者机构依法申请社会救助。符合国家司法救助条件的，有关政法部门应当按照规定给予司法救助。<br/>地方党委和政府以及基层党组织和基层单位对信访事项已经复查复核和涉法涉诉信访事项已经依法终结的相关信访人，应当做好疏导教育、矛盾化解、帮扶救助等工作。</p> |
|   | <p>第五章 监督和追责</p>   |
|   | <p>第二十八条 各级党委和政府应当对开展信访工作、落实信访工作责任的情况组织专项督查。<br/>信访工作联席会议及其办公室、党委和政府信访部门应当根据工作需要开展督查，就发现的问题向有关地方和部门进行反馈，重要问题向本级党委和政府报告。<br/>各级党委和政府督查部门应当将疑难复杂信访问题列入督查范围。</p>  |
| <p>第七条 各级人民政府应当建立健全信访工作责任制，对信访工作中的失职、渎职行为，严格依照有关法律、行政法规和本条例的规定，追究有关责任人员的责任，并在一定范围内予以通报。<br/>各级人民政府应当将信访工作绩效纳入公务员考核体系。<br/>第八条第二款 对在信访工作中做出优异成绩的单位或者个人，由有关行政机关给予奖励。</p>  | <p>第三十九条 各级党委和政府应当以依法依规及时就地解决信访问题为导向，每年对信访工作情况进行考核。考核结果应当在适当范围内通报，并作为对领导班子和有关领导干部综合考核评价的重要参考。<br/>对在信访工作中作出突出成绩和贡献的机关、单位或者个人，可以按照有关规定给予表彰和奖励。<br/>对在信访工作中履职不力、存在严重问题的领导班子和领导干部，视情节轻重，由信访工作联席会议进行约谈、通报、挂牌督办，责令限期整改。</p>   |

|   |  |
|---|--|
| <p>第三十八条 县级以上人民政府信访工作机构对在信访工作中推诿、敷衍、拖延、弄虚作假造成严重后果的行政机关工作人员，可以向有关行政机关提出给予行政处分的建议。</p> <p>第三十七条 县级以上人民政府信访工作机构对于信访人反映的有关政策性问题的，应当及时向本级人民政府报告，并提出完善政策、解决问题的建议。</p> <p>第三十六条 县级以上人民政府信访工作机构发现有关行政机关有下列情形之一的，应当及时督办，并提出改进建议：</p> <p>(一) 无正当理由未按规定的办理期限办结信访事项的；</p> <p>(二) 未按规定反馈信访事项办理结果的；</p> <p>(三) 未按规定程序办理信访事项的；</p> <p>(四) 办理信访事项推诿、敷衍、拖延的；</p> <p>(五) 不执行信访处理意见的；</p> <p>(六) 其他需要督办的情形。</p> <p>收到改进建议的行政机关应当在 30 日内书面反馈情况；未采纳改进建议的，应当说明理由。</p> | <p>第四十条 党委和政府信访部门发现有关机关、单位存在违反信访工作规定受理、办理信访事项，办理信访事项推诿、敷衍、拖延、弄虚作假或者拒不执行信访处理意见等情形的，应当及时督办，并提出改进工作的建议。</p> <p>对工作中发现的有关政策性问题的，应当及时向本级党委和政府报告，并提出完善政策的建议。</p> <p>对在信访工作中推诿、敷衍、拖延、弄虚作假造成严重后果的机关、单位及其工作人员，应当向有管理权限的机关、单位提出追究责任的建议。</p> <p>对信访部门提出的改进工作、完善政策、追究责任的建议，有关机关、单位应当书面反馈采纳情况。</p>  |
| <p>第三十九条 县级以上人民政府信访工作机构应当就以下事项向本级人民政府定期提交信访情况分析报告：</p> <p>(一) 受理信访事项的数据统计、信访事项涉及领域以及被投诉较多的机关；</p> <p>(二) 转送、督办情况以及各部门采纳改进建议的情况；</p> <p>(三) 提出的政策性建议及其被采纳情况。</p>   | <p>第四十一条 党委和政府信访部门应当编制信访情况年度报告，每年向本级党委和政府、上一级党委和政府信访部门报告。年度报告应当包括下列内容：</p> <p>(一) 信访事项的数据统计、信访事项涉及领域以及被投诉较多的机关、单位；</p> <p>(二) 党委和政府信访部门转送、交办、督办情况；</p> <p>(三) 党委和政府信访部门提出改进工作、完善政策、追究责任建议以及被采纳情况；</p> <p>(四) 其他应当报告的事项。</p> <p>根据巡视巡察工作需要，党委和政府信访部门应当向巡视巡察机构提供被巡视巡察地区、单位领导班子及其成员和下一级主要负责人有关信访举报，落实信访工作责任制，具有苗头性、倾向性的重要信访问题，需要巡视巡察工作关注的重要信访事项等情况。</p>                         |
| <p>第四十条 因下列情形之一导致信访事项发生，造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照有关法律、行政法规的规定给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p> <p>(一) 超越或者滥用职权，侵害信访人合法权益的；</p> <p>(二) 行政机关应当作为而不作为，侵害信访人合法权益的；</p> <p>(三) 适用法律、法规错误或者违反法定程序，侵害信访人合法权益的；</p> <p>(四) 拒不执行有权处理的行政机关作出的支持信访请求意见的。</p>   | <p>第四十二条 因下列情形之一导致信访事项发生，造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依规依纪依法严肃处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p> <p>(一) 超越或者滥用职权，侵害公民、法人或者其他组织合法权益；</p> <p>(二) 应当作为而不作为，侵害公民、法人或者其他组织合法权益；</p> <p>(三) 适用法律、法规错误或者违反法定程序，侵害公民、法人或者其他组织合法权益；</p> <p>(四) 拒不执行有权处理机关、单位作出的支持信访请求意见。</p>   |
| <p>第四十一条 县级以上人民政府信访工作机构对收到的信访事项应当登记、转送、交办而未按规定登记、转送、交办，或者应当履行督办职责而未履行的，由其上级行政机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。</p>  | <p>第四十三条 各级党委和政府信访部门对收到的信访事项应当登记、转送、交办而未按照规定登记、转送、交办，或者应当履行督办职责而未履行的，由其上级机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依规依纪依法严肃处理。</p>   |
| <p>第四十二条 负有受理信访事项职责的行政机关在受理信访事项过程中违反本条例的规定，有下列情形之一的，由其上级行政机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：</p> <p>(一) 对收到的信访事项不按规定登记的；</p> <p>(二) 对属于其法定职权范围的信访事项不予受理的；</p> <p>(三) 行政机关未在规定时间内书面告知信访人是否受理信访事项的。</p>  | <p>第四十四条 负有受理信访事项职责的机关、单位有下列情形之一的，由其上级机关、单位责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依规依纪依法严肃处理：</p> <p>(一) 对收到的信访事项不按照规定登记；</p> <p>(二) 对属于其职权范围的信访事项不予受理；</p> <p>(三) 未在规定时间内书面告知信访人是否受理信访事项。</p>  |
| <p>第四十三条 对信访事项有权处理的行政机关在办理信访事项过程中，有下列行为之一的，由其上级行政机关责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：</p> <p>(一) 推诿、敷衍、拖延信访事项办理或者未在法定期限内办结信访事项的；</p> <p>(二) 对事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的投诉请求未予支持的。</p>  | <p>第四十五条 对信访事项有权处理的机关、单位有下列情形之一的，由其上级机关、单位责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依规依纪依法严肃处理：</p> <p>(一) 推诿、敷衍、拖延信访事项办理或者未在法定期限内办结信访事项；</p> <p>(二) 对事实清楚，符合法律、法规、规章或者其他有关规定的投诉请求未予支持；</p> <p>(三) 对党委和政府信访部门提出的改进工作、完善政策等建议重视不够、落实不力，导致问题长期得不到解决；</p> <p>(四) 其他不履行或者不正确履行信访事项处理职责的情形。</p>   |
| <p>第四十四条 行政机关工作人员违反本条例规定，将信访人的检举、揭发材料或者有关情况透露、转给被检举、揭发的人员或者单位的，依法给予行政处分。</p> <p>行政机关工作人员在处理信访事项过程中，作风粗暴，激化矛盾并造成严重后果的，依法给予行政处分。</p> <p>第四十五条 行政机关及其工作人员违反本条例第二十六条规定，对可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息，隐瞒、谎报、缓报，或者授意他人隐瞒、谎报、缓报，造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p> <p>第四十六条 打击报复信访人，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分或者纪律处分。</p>   | <p>第四十六条 有关机关、单位及其领导干部、工作人员有下列情形之一的，由其上级机关、单位责令改正；造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依规依纪依法严肃处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任：</p> <p>(一) 对待信访人态度恶劣、作风粗暴，损害党群干群关系；</p> <p>(二) 在处理信访事项过程中吃拿卡要、谋取私利；</p> <p>(三) 对规模性集体访、负面舆情等处置不力，导致事态扩大；</p> <p>(四) 对可能造成社会影响的重大、紧急信访事项和信访信息隐瞒、谎报、缓报，或者未依法及时采取必要措施；</p> <p>(五) 将信访人的检举、揭发材料或者有关情况透露、转给被检举、揭发的人员或者单位；</p> <p>(六) 打击报复信访人；</p> <p>(七) 其他违规违纪违法的情形。</p> |

|   |   |
|---|---|
| <p>第四十七条 违反本条例第十八条、第二十条规定的，有关国家机关工作人员应当对信访人进行劝阻、批评或者教育。</p> <p>经劝阻、批评和教育无效的，由公安机关予以警告、训诫或者制止；违反集会游行示威的法律、行政法规，或者构成违反治安管理行为的，由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p> <p>第四十八条 信访人捏造歪曲事实、诬告陷害他人，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。</p> | <p>第四十七条 信访人违反本条例第二十条、第二十六条规定的，有关机关、单位工作人员应当对其进行劝阻、批评或者教育。</p> <p>信访人滋事扰序、缠访闹访情节严重，构成违反治安管理行为的，或者违反集会游行示威相关法律法规的，由公安机关依法采取必要的现场处置措施、给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p> <p>信访人捏造歪曲事实、诬告陷害他人，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p> |
|   | <p>第六章 附则</p>   |
| <p>第五十条 对外国人、无国籍人、外国组织信访事项的处理，参照本条例执行。</p>  | <p>第四十八条 对外国人、无国籍人、外国组织信访事项的处理，参照本条例执行。</p>   |
| <p>第五十一条 本条例自2005年5月1日起施行。1995年10月28日国务院发布的《信访条例》同时废止。</p>  | <p>第四十九条 本条例由国家信访局负责解释。</p>   |
|   | <p>第五十条 本条例自2022年5月1日起施行。</p>   |

# 行政履职风控

## 从行政法的特点看行政履职风险防范

◆文 / 行政顾问部

行政主体在履行行政职责过程中，会面临各种各样的风险。其中，有一类风险是行政法固有风险。分析行政法本身潜在的履职风险，预防“灰犀牛”事件发生，有现实意义。

### 一、行政法固有特点归纳

行政法和刑法、民法等部门法相比，主要有以下三个方面的特点：

1、法源众多。在我国，依通说，行政法的法源有宪法、法律、行政法规和规章以及条约和法律解释。相关司法解释还把具有普遍约束力的决定、命令，规定为行政行为和司法审判的依据。在审判实践中，法治政府建设纲要等国家公共政策也是司法审查行政行为合法与否的依据。众多法源对应的是调整范围广泛，行政法不仅要规范

行政组织，还要规范行政作用。

2、数量最多。行政法表现为众多的单行法、国家政策以及规范性文件等，其数量超过所有其他部门法之和。以规范性文件为例，全国各级有权机关每年制定的规范性文件数量总和是一个非常惊人的数字。数量最多对应的是性质繁杂，各种行政法规范的性质极不相同。

3、变化频繁。行政法规范是反映社会现象最快，变迁最频繁的规范。

法源众多、数量最大以及变化频繁等特点结合在一起，导致了行政法法典化最为困难。在1986年前后，我国行政立法组也曾有过起草一部行政法典的设想，后来也放弃了这一努力，转而制定了《行政诉讼法》。目前，世界上制定了行

政法典的国家寥若晨星。荷兰的《行政法通则》采用分阶段立法模式，首先规定最需要解决的问题，然后不断加入新内容，别具一格，但至今尚未完成。

## 二、行政法固有特点蕴涵的履职风险分析

1、法源众多，数量最多，变化频繁，法典化最困难的特点，注定行政法规产生层级冲突、法域冲突、时际冲突、特别冲突等各种冲突不可避免。行政法规相互“掐架”，实施行政管理选择依据不当会产生履职风险。

2、尽管行政法规的体系非常庞大，在行政管理活动中仍会遇到法律依据盲区的难题。一是因为社会发展太快，行政法规的制定速度赶不上时代前进的步伐。二是因为立法机关为每一种详细的事态制定精确的法规是不可能的，也是没有必要的。法条有尽，而事情无穷。法律既要限制行政权力扩张，也要保持行政权力应有的灵活性。在理论上，行政管理遇到法律盲区是会一直存在的。除此之外，立法漏洞等原因也会出现未覆盖的盲区。比如《行政许可法》只规定了行政许可的程序，没有规定注销行政许可的程序。积极行政要求行政机关不能坐等立法或者文件出台才去履行职责，实施行政管理遇到依据盲区时处理不当，也会产生履职风险。

3、法律非解释不能适用。数量最多的行政法规存在解释滞后的问题。以《行政处罚法》为例，该法第57条第2款规定，对情节复杂或

者重大违法行为给予行政处罚，行政机关负责人应当集体讨论决定。何谓“情节复杂”，又何谓“重大违法”，哪些人是“行政机关负责人”，何谓“集体讨论”，在没有明确解释之前，法律规定都是模糊的。行政履职对模糊的行政法规范把握不准会在不知不觉中产生履职风险。

## 三、应对策略

我国现行行政诉讼体制，实行的是司法最终原则。即行政机关作出的行政行为是一种预设效力，一旦进入行政诉讼程序，就要接受司法审查，并以司法审查的生效裁判为最终结论的行政诉讼制度。德沃金在《法律帝国》一书里说：“法院是法律帝国的首都，法官是法律帝国的王侯。”在此背景下，各级人民法院的法官在长期的行政审判实践中，从成千上万的行政法规中提炼出基础性原理、准则和基本精神，用来裁判疑难行政争议案件。法官提炼出的基础性原理也是行政履职风险防范的重要工具，法官用提炼出的基础性原理解决疑难行政争议的方法也是行政主体应对履职风险的策略。

### 1、行政法规冲突的权衡要看上位法的立法精神

法的位阶并不能解决行政法规的所有冲突问题，比如规范性文件与规章冲突的问题，再比如同一位阶的法律规范冲突问题等。在田永诉北京科技大学颁发毕业证和学位证一案中（《最高人民法院公报》1999年第4期），法官用一般法理来解决疑难行政法规冲突问题，即学校实施

减损学生权益的行政管理行为，不能只看本校的管理规定，还要考量本校规定是否符合上位法的立法精神。据此推理出一般规范性文件不得与行政规章相抵触的裁判规则。《全面推进依法行政实施纲要》（国发[2004]10号）在借鉴吸收发展的基础上进一步完善成了合法行政原则。行政职权来源于法，并受制于法。行政主体实施行政管理，要依据法律、法规、规章的规定进行，越权无效。行政主体作出减少相对人合法权益或者增加相对人义务的行政行为时，一定要有法律、法规的明文规定，坚持法无授权不可为。

## 2、作出损益性行政行为要保障相对人的参与权

最高人民法院在审理射阳县红旗文工团诉该县文广新局注销文化许可纠纷一案（《最高人民法院公报》2018年262期）中释明，虽然现行法律对行政许可注销行为的程序没有具体规定，但行政机关注销行政许可时仍应遵循程序正当原则，向相对人说明行政行为的依据、理由，以充分保障当事人的知情权和陈述申辩权。行政机关在注销行政许可前未告知行政相对人，未听取行政相对人的陈述申辩，违反了程序正当原则。最高人民法院用行政参与原则来填补注销行政许可程序空白的法律漏洞，行政主体当然可以用来填补损益性行政行为的程序盲区，防范履职风险。

## 3、以实现行政管理目的为限，尽可能的减少相对人的损失

现有行政法规对不同主体、不同矿种的矿业权在垂直投影上存在部分重叠，开采标高互不

影响的情形如何处理并不明确。最高人民法院在审理郴州饭垄堆矿业公司诉国土资源部行政复议决定案的裁判文书中，用以下法理裁判争议：一是坚持依法行政和有错必究是法治的基本要求，但法治并不要求硬性的、概无例外的撤销已经存续的、存在瑕疵甚至是违法的行政行为，而是要求根据不同情况作出不同处理。二是确需撤销的，在达到行政管理目的的前提下，应当将相对人的合法权益减损降到最低。三是不考虑行政相对人信赖利益保护的撤销行为是不完整的。行政管理活动遇到实体法盲区时，适用前述法理或者按照前述法理进行推理防范行政履职风险是完全可行的。

**结语：**分散的行政法并不是杂乱无章的堆砌，而是有一种灵魂将其贯穿统一在一起。用来稳定行政法，协调冲突，优化立法。这种灵魂不是写在纸面上的，只有行政法具体规范不能解决问题时，才从幕后走到前台。



## 政府采购 | 投诉处理发现投诉事项外问题咋办？

◆文 / 黄珍

政府采购信息报

2022年8月15日 星期一 责任编辑:赵志明 投稿邮箱:caigou2003.com 标讯:biaoxun@caigou2003.com 新闻:010-88587089-666 发行:010-88589106 广告:010-88587089-886

7

[操作与实务]

■ 案例细点评

### 投诉处理发现投诉事项外问题咋办？

■ 黄珍

#### 关键词

- 投诉范围
- 投诉处理
- 监管职责

#### 案例回放

A 供应商因对某大学“斑马鱼养殖系统采购项目”质疑答复不满,向财政部提起投诉。财政部受理投诉后,发现两个投诉外问题:一是评审现场录音录像显示,评审专家发表了倾向性言论;二是涉案项目招标文件有关同类项目业绩的要求前后描述不一致,导致供应商在准备投标文件时标准不明确,影响相关供应商得分。财政部作出《政府采购投诉处理及监督检查决定书》,驳回投诉,鉴于采购过程出现了影响采购公正的违法违规行,责令某大学废标,责令代理机构就

同类项目业绩的要求前后描述不一致的问题限期改正。对评审专家违反评审纪律发表不当言论的行为另行处理。A 供应商不服,经复议被维持后,向法院提起诉讼。

法院审理认为,被诉处理决定系财政部基于其政府采购监管职责,在投诉事项审查过程中依职权所作认定及处理,与政府采购质疑与投诉程序系属不同程序范畴,该认定及处理并未对 A 供应商合法权益产生不利影响。A 供应商与该部分内容缺乏行政法上的利害关系,该部分内容合法性不属于本案审查范围。

#### 问题引出

在投诉处理中,发现投诉事项以外的问题应如何处理?

#### 专家点评

根据《政府采购法》第十三

条,财政部门是法定的政府采购监督管理部门。政府采购投诉处理是依照《政府采购法》第五十五条“质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内作出答复的,可以在答复期满后十五个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉”之规定履行投诉处理职能,性质上属于行政裁决行为。2019年9月,“政府采购投诉处理”被列入国务院第一批部门行政裁决事项。根据《政府采购法》第五十八条,投诉人对政府采购监督管理部门的投诉处理决定不服或者政府采购监督管理部门逾期未作处理的,可以依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。由此可以得出两点结论:一是政府采购监督管理部门作出投诉处理决定的行为是具有可诉性的具体行政行为;二是作为投诉人的质疑供应商具有该类行政诉讼的原告主体资格。而

监督检查是依照《政府采购法》第五十九条“政府采购监督管理部门应当加强对政府采购活动及集中采购机构的监督检查”之规定,依法可以定期或者不定期对采购人和采购代理机构进行监督检查,也可以在处理采购业务时对相关采购项目开展检查。

那么,在投诉处理审查过程中,发现投诉事项以外的问题应如何处理呢?本案中,财政部以《政府采购投诉处理及监督检查决定书》的形式,在同一份决定文书中分别作出了投诉处理决定和监督检查决定。财政部门遇到此类情形时,可参考采用。

另外,根据《政府采购法》第五十八条,投诉人对政府采购监督管理部门的投诉处理决定不服或者政府采购监督管理部门逾期未作处理的,可以依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。如果财政部门在同一决定文书中分别作出投诉处理决定和监督检查决定的,投诉

人可否对监督检查部分内容提起行政复议或行政诉讼呢?结合本案裁判意见可知,财政部门基于政府采购监管职责,在投诉事项审查过程中依职权所作认定及处理,与政府采购质疑与投诉程序系属不同程序范畴,如果该认定及处理对投诉人的合法权益未产生不利影响,则投诉人与该部分内容缺乏行政法上的利害关系,不能对此部分内容提起复议和诉讼。关键在于,监督检查决定的认定及处理是否对投诉人合法权益产生不利影响。

#### 法规适用

##### 《政府采购法》

第十三条 各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门,依法履行对政府采购活动的监督管理职责。

各级人民政府其他有关部门依法履行与政府采购活动有关的监督管理职责。

关键词

投诉范围 投诉处理 监管职责

## 案例回放

A 供应商因对某大学“斑马鱼养殖系统采购项目”质疑答复不满，向财政部提起投诉。财政部受理投诉后，发现两个投诉外问题：一是评审现场录音录像显示，评审专家发表了倾向性言论；二是涉案项目招标文件有关同类项目业绩的要求前后描述不一致，导致供应商在准备投标材料时标准不明确，影响相关供应商得分。财政部作出《政府采购投诉处理及监督检查决定书》，驳回投诉，鉴于采购过程出现了影响采购公正的违法违规行，责令某大学废标，责令代理机构就同类项目业绩的要求前后描述不一致的问题限期改正。对评审专家违反评审纪律发表不当言论的行为另行处理。A 供应商不服，经复议被维持后，向法院提起诉讼。

法院审理认为，被诉处理决定系财政部基于其政府采购监管职责，在投诉事项审查过程中依职权所作认定及处理，与政府采购质疑与投诉程序系属不同程序范畴，该认定及处理并未对 A 供应商合法权益产生不利影响。A 供应商与该部分内容缺乏行政法上的利害关系，该部分内容合法性不属本案审查范围。

## 问题引出

在投诉处理中，发现投诉事项以外的问题应如何处理？

## 专家点评

根据《政府采购法》第十三条，财政部门是法定的政府采购监督管理部门。政府采购投诉处理是依照《政府采购法》第五十五条“质疑供应商对采购人、采购代理机构的答复不满意或者采购人、采购代理机构未在规定的时间内作出答复的，可以在答复期满后十五个工作日内向同级政府采购监督管理部门投诉”之规定履行投诉处理职能，性质上属于行政裁决行为。2019年9月，“政府采购投诉处理”被列入国务院第一批部门行政裁决事项。根据《政府采购法》第五十八条，投诉人对政府采购监督管理部门的投诉处理决定不服或者政府采购监督管理部门逾期未作处理的，可以依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。

由此可以得出两点结论：一是政府采购监督管理部门作出投诉处理决定的行为是具有可诉性的具体行政行为；二是作为投诉人的质疑供应商具有该类行政诉讼的原告主体资格。而监督检查是依照《政府采购法》第五十九条“政府采购监督管理部门应当加强对政府采购活动及集中采购机构的监督检查”之规定，依法可以定期或者不定期对采购人和采购代理机构进行监督检查，也可以在处理采购业务时对相关采购项目开展检查。

那么，在投诉处理审查过程中，发现投诉事项以外的问题应如何处理呢？本案中，财政部以《政府采购投诉处理及监督检查决定书》的形式，在同一份决定文书中分别作出了投诉处理决定和

监督检查决定。财政部门遇到此类情形时，可参考采用。

另外，根据《政府采购法》第五十八条，投诉人对政府采购监督管理部门的投诉处理决定不服或者政府采购监督管理部门逾期未作处理的，可以依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。如果财政部门在同一决定文书中分别作出投诉处理决定和监督检查决定的，投诉人可否对监督检查部分内容提起行政复议或行政诉讼呢？

结合本案裁判意见可知，财政部门基于政府采购监管职责，在投诉事项审查过程中依职权所作认定及处理，与政府采购质疑与投诉程序系属不同程序范畴，如果该认定及处理对投诉人的合法权益未产生不利影响，则投诉人与该部分内容缺乏行政法上的利害关系，不能对此部分内容提起复议和诉讼。关键在于，监督检查决定的认定及处理是否对投诉人合法权益产生不利影响。

### 法规适用

《政府采购法》第十三条 各级人民政府、财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责。各级人民政府其他有关部门依法履行与政府采购活动有关的监督管理职责。

(本文刊发于《政府采购信息报》)



# 法视界

人和人

## 投诉、举报和信访行为的可诉性探析

◆文 / 杨伟

随着公民意识的觉醒，投诉、举报和信访日益成为当事人表达诉求的重要方式，而现实中的行政机关接到当事人的投诉、举报和信访后不知道怎样分别正确处理，有的干脆置之不理。个别行政机关及其工作人员的“怠政”、“懒政”现象，会损害人民政府的形象和公信力。因此，研究投诉、举报和信访行为的可诉性问题，具有十分重要的现实意义。

有这样一个案例：某驾驶员培训服务有限公司以某文化用品有限公司进行违法建设，对其练车场的正常使用造成影响为由，向其所在街道社区和某区城市管理行政执法局等多个机关进行举报。但以上机关对其所反映事项均无任何处理。后某驾驶员培训服务有限公司将某文化用品有限公司违法建设的问题举报至某市委信访办，市委

信访办将举报材料转至某市行政执法局，后市行政执法局对其作出《某驾驶员培训服务有限公司反映的问题应由区行政执法局处理》的答复，并将举报材料转至区行政执法局，但直至某驾驶员培训服务有限公司起诉时止，区行政执法局仍未对该公司的举报作出任何答复和处理，故某驾驶员培训服务有限公司以区行政执法局为被告，向法院提起行政诉讼，要求判令被告履行法定职责。

对于此案的处理，有两种不同的意见：第一种意见认为，根据国务院《信访条例》的规定，信访工作机构依据《信访条例》作出的登记、受理、交办、转送、承办、协调处理、监督检查、指导信访事项等行为，对信访人不具有强制力，对信访人的实体权利义务不产生实质影响，不具有可诉性。行政机关应当依法履行法定职责，不履行

法定职责的，应当承担相应的责任。但这并不意味着行政机关所有不履行职责的行为都属于行政诉讼受案范围，也不意味着人民法院能够通过司法审查方式来监督行政机关履行所有其应尽的职责和义务。国务院《信访条例》第三十四条和第三十五条对信访事项的处理程序有明确的规定，对信访事项的答复不是可诉的行政行为，原告某驾驶员培训服务有限公司选择通过信访方式解决其所请求事项，就应当按《信访条例》的规定申请复查和复核，而不能提起行政诉讼。第二种意见认为，法定职责必须为基于公民、法人或其他组织的符合条件的申请，行政机关依法应该实施某种行为或履行某种法定职责，而行政机关无正当理由却拒绝作为也是违法行为。本案中，对某驾驶员培训服务有限公司的申请，某区行政执法局具有法定查处职责，案件也归其管辖。某区行政执法局在法定期限内未作出处理，构成行政不作为。

笔者同意第二种意见，举报，是将违法行为或者违法线索告知有关行政机关。举报对行政机关无所求，仅是反映情况；投诉，是要求行政机关处理违法行为。投诉是对行政机关有所求，除反映违法行为和线索等情况外，还包括处置违法，要求被投诉人赔偿的诉求；信访是一种相对人表达诉求，行政机关予以处理的机制和渠道。信访人可以通过书信、电子邮件、走访等多种形式表达诉求，包括反映情况（涵盖举报）、提出建议意见或者投诉。举报投诉和信访针对的对象不同，

不存在交叉关系，应适用不同的处理程序和处理要求。行政机关依据国务院《信访条例》作出的处理意见不属于行政诉讼受案范围，但是对于行政机关以信访答复的形式行使《信访条例》之外行政管理职权的行为，不能因其在信访程序中作出而排出于行政诉讼受案范围。当事人能否对因投诉举报引起的争议提起行政诉讼，需要满足以下两点：一、当事人对行政机关的履职行为具有利害关系；二、被诉行政机关具有查处的法定职责。首先，当事人对行政机关的履职行为必须具有利害关系。《行政诉讼法》第二十五条规定“行政行为的相对人以及其他与行政行为具有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第十二条规定，“与行政行为有利害关系”包括，“…（五）为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的”。是否具有利害关系，最重要的是当事人的投诉举报是基于“维护自身合法权益”这一点。根据实践中投诉举报的类型来看，我们可以把其分为两类。一类是维护公益性的，针对与其自身利益并无直接关联的违法行为进行投诉举报；另一类是因违法行为侵犯其自身权益，为维护自身权益而向行政机关投诉举报。基于上述司法解释，我们可以得知，只有为了维护自身权益而向行政机关进行投诉举报，因行政机关的不作为，才可以提起行政诉讼。单纯公益性的投诉举报，根据新修订的《行政诉讼

法》，在生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域，针对行政机关不作为行为，人民检察院可以依法向法院提起诉讼。而如果个人想通过自行提起行政不作为诉讼，法院一般认为行政机关的不作为行为与当事人不具有利害关系，而不受理。其次，被诉行政机关具有查处的法定职责。并不是所有投诉举报，行政机关都应当作出查处。比如，一般自然人之间债务纠纷，打110报警的话，就不会处理，但因为债务纠纷引发了肢体冲突，上升到治安问题的话，那就属于公安机关管辖。因此，当事人在进行投诉举报时，应向有职权的行政机关要求查处。如何认定一个行政机关是否具有相应查处职权呢？应当是在法律、法规或者规章中，明确赋予行政机关行使行政管理职责的规定。另外，一般情形下对当地违法行为具有查处职责管辖权的是区、县一级行政机关，如果当事人向省一级行政机关进行投诉举报，那很有可能就被归入到信访举报中去，此时如要起诉省级行政机关不作为，就缺乏事实与法律依据。

虽然投诉举报是实践中监督政府机关、维护当事人权益的一种重要方式，但具体到个案中，当事人是否能够通过提起行政不作为之诉来寻求法律救济，主要是看当事人所投诉举报事项是否是为了维护其自身合法权益，被诉行政机关是否具有法定查处职责，是否归其管辖。



## 第三方给未中标供应商提供了虚假的投标资料， 供应商该不该罚？

◆文 / 向志华

中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于推进社会信用体系建设高质量发展促进形成新发展格局的意见》。在这些意见中明确指出，要通过信用监管和信用服务提高全社会的诚信水平。同时还提出，通过弘扬社会主义核心价值观促进崇尚诚信、践行诚信良好文化的形成。在政府采购活动中，供应商作为市场主体应该是诚实且值得信赖的，要以诚实守信的态度履行其权利和义务。根据近日中国政府采购网公布的行政处罚案例来看，因供应商没有遵守诚信规则的处罚案件占比很高，其中以提供虚假材料谋取中标为典型，本文围绕着提供虚假材料谋取中标的一起案例展开分析。

### 一、案例简介

政府采购货物公开招标项目中，A 供应商用 B 公司产品参加投标，B 公司为证明产品符合采购需求向 A 供应商提交产品资料。由于制作标书时间比较紧急，A 供应商在编制时未进行充分全面的审核，直接将 B 公司提供的产品资料放进标书。根据评标结果，A 公司未中标。后，有其他供应商对该项目进行质疑、投诉，经财政部门调查发现 B 公司提供的一项证书为虚假，该证书在招标文件中被设置为偏离项且是评分因素，另查明该证书于 2019 年开始已经取消审批不再颁发。A 供应商则主张该虚假证书为 B 公司提供，其并不知情。A 供应商是否构成提供虚假材料谋取中标？A 供应商应该受到处罚吗？

### 二、分析意见

根据《中华人民共和国政府采购法》第七十七条第一款第一项之规定，提供虚假材料谋取中标，对供应商处以罚款、列入不良行为记录名单、禁止参加政府采购活动，有违法所得的没收违法所得，情节严重的吊销营业执照；构成犯罪的追究刑事责任。从该条规定可以看出，提供虚假材料谋取中标行为有明确的罚则规定，但是没有对违法的情形或者违法的构成进行细化规定，使得执法过程中难以把握对这一行为的认定。那么，第三方给未中标供应商提供了虚假资料，供应商是否应该受到行政处罚，还需要从以下几个方面进行梳理：

### （一）虚假材料的认定

政府采购法律、行政法规、部门规章并未规定虚假材料的情形或者含义。有的专家认为，只要供应商提供的材料与实际情况不相符合，就应视为虚假材料[1]。财政部在回复相关留言时表示，关于虚假材料的认定需要结合相关证据材料、行为目的、危害后果进行综合判断，再根据判断作出相应的处罚。根据提供虚假材料谋取中标的案例来看，提供伪造、变造的材料是虚假材料的典型情形，除此之外还有提供真实材料但虚构了事实等情形。伪造、变造的材料本身不具有真实性比较容易判断，但是以虚构事实为基础提供真实材料就需要对客观不存在的事实进行调查确认，具有一定的难度，它需要基于案件收集的证据以及掌握的事实来做出全面客观地判断。

### （二）提供虚假材料谋取中标，需不需要供应商具备主观故意

根据《行政处罚法》第三十三条第二款之规定，如果当事人有足够的证据证明没有主观故意，就不进行行政处罚。根据这项规定可以看出，主观故意已成为行政处罚的要素之一。一方面，如果行为人在申辩其主观上没有故意但无法提供证据或者提供的证据不能证明时，就可以根据客观上的违法行为推定行为人具有主观过错，从而给予行政处罚。另一方面，行为人能够提供充足的证据证明主观没有过错，即便是违法行为的证据确凿，也不得对行为人作出行政处罚。在政府采购活动中追究政府采购法律责任时，对“提供虚假材料谋取中标”的认定亦应当符合《行政处罚法》主观归责原则，但财政部门对供应商存在主观过错进行举证存在一定难度，在举证责任方面应采取过错推定原则，由供应商提供证据证明自己不存在过错[2]。第三方出具的虚假材料是本案的介入因素，导致从表面看上去供应商的主观故意的因素没有那么大，在这种情况下还需要考虑供应商具有审查材料真实性的义务。

由于一份投标材料的数量是比较大的，评审专家在评审时不可能逐一核实。在政府采购活动中，会要求供应商提供关于材料的承诺函，承诺对材料进行审查并对材料真实性负责。审查义务的存在，要求供应商对非其直接制作的投标文件的真实性负责。因此，供应商认为自身其没有提供虚假材料的主观故意，需要足够的证据证明其

已经履行对投标材料内容进行了审慎审查。如果供应商对其不具备故意的主张无法举证证明抑或是不能做出合理解释，那么就应当认定供应商对材料未进行审查，供应商就需要承担过错责任。如果供应商能够提供证据证明在能力范围内已经竭尽所能地对材料真实性进行审查，但还是没有发现材料属于虚假，也应当认定供应商积极履行了审查义务，不应认定供应商具备过错或者故意，不应对其进行处罚。

### （三）取得中标结果应不应该作为违法行为的构成要件

对“谋取中标”有两种理解：“谋取中标”可以解释为设法取得中标，强调的是为实现目的而付诸行动，但不管目的有没有实现；“谋取中标”解释为谋取中标的结果，不仅要有谋取的行为还要产生谋取的结果。因此，需不需要具备中标结果是值得分析的。

关于违法性的本质，是要追求结果的实现还是行为的发生争议已久。[3] 根据结果无价值论的观点，认为违法性的根据是因为产生了恶果。根据行为无价值论的观点，认为违法性的根据是因为行为本身是恶的。在提供虚假材料谋取中标的案件中，结果无价值论是评价“提供虚假材料谋取中标”的结果，不仅具有行为的违法性还具有法益侵害性，同时对这两种因素进行评价，更能保障当事人的权利。而行为无价值论，是评价“谋取中标”的目的，即评价行为的主观违法性，这又回到前面所讲的主观故意问题，只要行为具备

主观违法性，不论是否取得中标的结果，都具备可谴责性。

### （四）招标文件将取消的证书作为偏离项设置，对本案的影响

招标文件将已经取消的证书作为偏离项检查设置，属于事后投诉处理调查发现的问题。在供应商制作标书时，出于尽量符合招标文件要求的目的，将第三方的相关证书编制进投标文件，供应商按照规定完成递交标书的行为，那么供应商提供虚假材料谋取中标的行为即告完成。[4] 投标文件是按照招标文件的要求进行编制的，是为了响应招标文件的相关需求而存在的，无论所提交的证书材料是否能设置、是否对评审得分产生影响，供应商按照招标文件的要求提供材料最终是要实现中标的目的，对中标结果产生积极的推动作用。因此，当供应商提供虚假材料的行为发生后，该行为对政府采购的秩序已经产生负面的影响，如果因为事后查明该虚假证书是本不应当作为评审因素而不予以处罚，不利于打击和预防此类违法行为。

### 三、供应商该不该罚的问题

根据《行政处罚法》第三十三条第一款之规定，违法行为（情节）轻微，并及时改正，且未产生危害后果，不予行政处罚；初次违法，且危害后果轻微，并及时改正，可不予行政处罚。根据该条第三款之规定，对依法不予行政处罚的违法当事人，行政机关应进行教育。从这两款来看，

明确不罚轻罚的事项，体现行政处罚兼具处罚与教育的功能，亦体现了慎罚与柔性执法的思想。根据《政府采购法》来看，在政府采购活动中，供应商提供虚假材料谋取中标，是供应商不诚信的行为，违背了诚实信用原则，对采购秩序也产生负面的影响，具有可谴责性，应当受到行政处罚。然而，根据《行政处罚法》的立法目的来看，并非所有的违法行为都应当受到处罚，有必要结合行为人的目的和危害后果等做出综合判断。行政执法应当慎重，对于违法行为要坚持教育与惩罚相结合，不能机械执法，不加区分地进行处罚。即使对法律明确规定应处罚的事项或者情形，也需符合比例原则，做到过罚得当。

#### 四、结语

诚实信用是作为政府采购立法的基本原则之一，但是供应商在参加采购活动时通过借用资质、提供虚假材料谋取中标等违背诚信原则的情形却比较常见，甚至成为采购领域的顽瘴痼疾。因此，在构建法治营商环境的进程中，要积极鼓励并加快推进诚信投标建设，对虚假行为综合考虑相关因素后进行处理处罚，进一步促进开放有序、公平竞争的采购环境的形成。

#### 注释:

[1] 陈泽坤.论《政府采购法》中的“以提供虚假材料谋取中标、成交”[J].中国政府采购,2018,(11):49-55.

[2] 林日清,蓝可新.《行政处罚法》对财政机关政府采购行政执法带来的挑战[J].中国政府采购,2021(06):64-68.

[3] 王颖斐.政府采购“提供虚假材料谋取中标”的法理探索[J].中国招标,2020(10):11-13.

[4] 邓浩.在《中华人民共和国行政处罚法》修改背景下,对认定提供虚假材料谋取中标成交行为的思考[J].中国政府采购,2021(08):75-79.



## 浅谈“史上最严”《安全生产法》第 114 条之规定

◆文 / 赵沙

### 前言：

随着我国交通事业的发展，交通领域发生的生产安全事故呈现逐年递增的趋势，为了加强安全生产工作、防止和减少生产安全事故的发生，《安全生产法》不断地修改完善，现行的《安全生产法》被称为“史上最严”。

关于《安全生产法》（2021 修正）第一百一十四条（原《安全生产法》（2014 修正）第一百零九条）之规定的理解和适用在实践中存在颇多争议，即对道路交通领域发生生产安全事故负有责任的生产经营单位是否能予以行政处罚、如何进行行政处罚才符合法律的规定及相关立法精神，笔者作出如下探究。

### 一、案例对比

案例一：该案例是笔者曾承办的一起案件。

主要内容为：2019 年张家界安顺出租车有限公司（以下简称“安顺公司”）驾驶人员引发一起交通事故，死亡 1 人，直接经济损失 70 万元。经事故调查组调查，由区政府作出批复认定该起事故是一起生产安全责任事故，安顺公司系涉案事故的责任单位。张家界市永定区应急管理局以区政府对事故调查情况的批复为主要依据，对安顺公司展开调查，认定安顺公司的行为违反了《安全生产法》（2014 修正）（以下简称“原《安全生产法》”）第四条、第二十五条第一款的规定，遂根据原《安全生产法》第一百零九条第（一）项的规定，决定对安顺公司进行罚款 21 万元的行政处罚。

安顺公司不服，向慈利县人民法院提起行

政诉讼。法院经审理认为安顺公司作为生产经营单位，安全生产教育和培训不到位，对本案事故的发生负有责任，应当按照原《安全生产法》第一百零九条的规定进行处罚，驳回安顺公司的诉讼请求。安顺公司遂上诉至张家界市中级人民法院，张家界市中级人民法院认为交通事故发生的直接原因是涉案安顺公司驾驶人员违反道路交通安全法规造成的，结合安全生产法的立法精神和最高人民法院（2010）行他字第12号答复要旨，以发生事故的间接原因是安顺公司在安全生产教育和培训缺乏落实负有管理责任为由，适用原《安全生产法》第一百零九条的规定对于安顺公司进行处罚明显不当，撤销了张家界市永定区应急管理局作出的《行政处罚决定书》。之后，张家界市永定区应急管理局向湖南省高级人民法院提起再审，湖南省高级人民法院认为，本案中交通事故发生的直接原因是涉案事故驾驶员违反道路交通安全法规驾驶机动车，张家界市永定区应急管理局以涉案事故的间接原因系安顺公司对安全生产教育和培训缺乏落实为由，认定安顺公司对涉案事故负有管理责任，并据此依据原《安全生产法》第一百零九条的规定对安顺公司作出被诉行政处罚决定，适用法律错误，驳回了张家界市永定区应急管理局的再审申请。

案例二：该案例笔者将其作为参考在承办案例一时向各级法院予以提交。2017年长沙某出租汽车有限公司（以下简称“某公司”）驾驶人员引发交通事故，造成4人死亡，3人受伤，直接

经济损失323.7万元。经事故调查组调查，由长沙市人民政府作出批复认定该起事故是一起生产安全责任事故，某公司系涉案事故的责任单位。长沙市应急管理局以市政府对事故调查情况的批复为主要依据，对某公司展开调查后认定某公司的行为违反了原《安全生产法》第二十二条第（二）、（五）、（六）项、第二十五条第一款的规定，遂根据原《安全生产法》第一百零九条第（二）项的规定，决定对某公司进行罚款55万元的行政处罚。

某公司不服，向长沙市岳麓区人民法院提起行政诉讼，长沙市岳麓区人民法院经审理认为长沙市应急管理局作出的《行政处罚决定书》认定事实清楚，程序合法，适用法律正确，驳回某公司的诉讼请求。某公司遂上诉至长沙市中级人民法院，提出依据最高人民法院（2010）行他字第12号答复的意见，L市应急管理局处罚不当，请求依法改判。长沙市中级人民法院经审理认为，该答复是最高人民法院在2010年10月27日对个案的答复，《安全生产法》（2014修正）明确规定了应急部门对负有责任的生产经营单位进行行政处罚的职权，因此本案应适用现行的《安全生产法》，驳回某公司的上诉，维持原判。某公司不服该行政判决，向湖南省高级人民法院申请再审，省高院亦认为最高人民法院（2010）行他字第12号答复是对于个案的答复，且2014年12月1日实施的《安全生产法》第一百零九条新增了应急部门对事故责任单位具有行政处罚权，发生

生产安全事故，负有责任的生产单位除要承担相应的赔偿等责任外，还需要承担相应的行政责任，事故调查小组作出的事故调查报告认定某公司系涉案事故的责任单位，某公司应对涉案事故承担相应行政责任，遂驳回了某公司的再审申请。

上述两案例体现了法院对于最高人民法院（2010）行他字第12号答复及《安全生产法》（2014修正）第一百零九条（新《安全生产法》第一百一十四条）的规定持有的不同看法，且由于观点的不同导致两案判决结果截然相反，笔者结合相关实践经验对于最高人民法院（2010）行他字第12号答复及《安全生产法》的相关规定作出如下探讨。

## 二、关于最高人民法院（2010）行他字第12号答复的探讨

最高人民法院（2010）行他字第12号答复要旨为：“运输企业违反《安全生产法》第二十一条规定的，应急部门可以适用《安全生产法》第八十二条第三款予以处罚。未履行安全生产教育和培训义务不是发生交通事故直接原因的，应急部门适用《生产安全事故报告和调查处理条例》第三十七条对相关运输企业实施行政处罚不妥。”《生产安全事故报告和调查处理条例》第三十七条规定为：“事故发生单位对事故发生负有责任的，依照下列规定处以罚款：（一）发生一般事故的，处10万元以上20万元以下的罚款；……”而原《安全生产法》第一百零九条

规定为：“发生生产安全事故，对负有责任的生产经营单位除要求其依法承担相应的赔偿等责任外，由安全生产监督管理部门依照下列规定处以罚款：发生一般事故的，处二十万元以上五十万元以下的罚款；……”原《安全生产法》第一百零九条规定吸收了《生产安全事故报告和调查处理条例》第三十七条规定的内容，加大了事故成本。2021年9月1日实施的新《安全生产法》更是进一步加大对事故责任单位的处罚力度，其中第一百一十四条规定为：“发生生产安全事故，对负有责任的生产经营单位除要求其依法承担相应的赔偿等责任外，由应急管理部门依照下列规定处以罚款：（一）发生一般事故的，处三十万元以上一百万元以下的罚款；……”

法院若结合最高人民法院（2010）行他字第12号答复要旨进行裁判，往往认为事故发生的直接原因是生产经营单位人员违反道路交通安全法规，生产经营单位对安全生产教育和培训缺乏落实是事故发生的间接原因，不是事故发生的直接原因，不应当适用原《安全生产法》第一百零九条规定进行处罚。

然而，随着《安全生产法》的不断完善，笔者认为法院无需结合最高人民法院（2010）行他字第12号答复的内容进行裁判。

第一，该答复是最高院对个案的答复，并不具有普遍的约束力，且该答复提及的均是2002年的《安全生产法》的相关规定，2014年12月1

日实施的《安全生产法》对之前的法律有重大调整，其中第一百零九条属于新增条款，且2021年9月1日实施的新《安全生产法》第一百一十四条在吸收原《安全生产法》第一百零九条的基础上更是进一步加大了处罚力度。

第二，该答复认为，运输企业违反2002年《安全生产法》第二十一条规定的，应急部门可以适用2002年《安全生产法》第八十二条第三款予以处罚。该答复的内容混淆了事故责任单位应当承担的责任与未发生事故但未履行安全生产教育培训义务单位应当承担的责任。假设两单位均未履行安全生产教育培训义务，其中一单位发生了生产安全事故，造成重大社会影响，另一单位未发生生产安全事故，若两单位处以同等的行政处罚，在一定程度上使事故调查组对事故的调查认定及政府对事故调查作出的批复形同虚设，使应急部门对生产安全事故的行政处罚权有名无实。

第三，该答复没有区分事故责任人员的交通事故责任与生产经营单位应当承担的行政责任，采用直接的因果关系论，认为责任单位非造成事故的直接原因，不应承担事故责任，而只需承担一般的管理之责。笔者认为安全生产责任事关人民生命和财产安全，直接原因是交通事故之责，是不可控制的，而间接原因是生产安全事故责任单位的管理之责是可约束、可调整的，只有合理的划分直接原因和间接原因，承认间接原因也应当处罚，才能在交通运输领域发生交通事故后全面调查事故发生的深层次原因，把生产经营单位

的安全生产责任落到实处。且新《安全生产法》（2021修正）第十六条的规定明确了国家实行生产安全事故责任追究制度，追究生产安全事故责任单位和责任人员的法律责任，其在原《安全生产法》（2014修正）第十四条的基础上，增加追究生产安全事故责任单位的内容，正是彻底查清事故原因，依法追究责任的体现。

### 三、关于新《安全生产法》第一百一十四条规定的探讨

1. 该条款是针对“发生生产安全事故”的生产经营单位实施的行政处罚。根据《生产安全事故报告和调查处理条例》第三十二条第二款的规定：“有关机关应当按照人民政府的批复，依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故发生单位和有关人员进行行政处罚。”故认定是否属于生产安全事故的关键是负责事故调查的人民政府批复的内容，若负责事故调查的人民政府在批复中指出该事故为安全责任事故，则满足该条款“发生生产安全事故”的前提，负责事故调查的人民政府作出的批复包含事故原因、性质及责任的认定，以及相关处理意见，具有可诉性，若被处罚的责任单位主张该事故并非属于生产安全事故，或对批复中关于事故原因、责任等认定不服，应当先行提起行政诉讼，申请撤销负责事故调查的人民政府作出的批复，否则应急部门有权根据批复的内容实施行政处罚。

2. 该条款中何谓“负有责任”，笔者认为有两方面：第一，该条款的处罚力度不断加重，从

立法的意图来说，是严格落实生产经营单位的行政责任。如前所述，新《安全生产法》第十六条将生产安全事故责任单位纳入生产安全事故责任追究范围之内，正是承认间接原因也应当处罚体现。再者，国家安全监管总局办公厅于2012年11月29日作出的《关于广东省汕尾市“4.4”较大道路交通事故行政处罚有关问题的复函》亦认为：“在安全生产事故调查中，直接原因是指是否当事人实施的、直接造成事故发生的原因，间接原因是指有相关企业、单位和监管部门未全面履行职责而造成事故发生的原因，直接原因和间接原因都是造成事故发生的重要原因。”只要是造成事故发生的重要原因，生产经营单位都应当“负有责任”，且若采取直接原因才可处罚的因果关系论，减轻了事故单位的法律责任，若采取间接原因也应当处罚的因果关系论，更能与《安全生产法》强调内部管理的重要性，强化事故责任单位的管理责任的目的是内容保持一致。第二，若采取间接原因也应当处罚的因果关系论，是否全部的间接原因均可处罚？在《安全生产法》中，关于生产经营单位的安全生产责任未落实的情况颇多，有驾驶员不具有从业资格、车辆改装、超载等等企业管理责任未落实等情形，明显属于事故的“硬伤”，也有未制定安全生产管理制度，未对从业人员进行安全生产教育和培训等情形，并不明显属于事故的“硬伤”，但同样属于企业管理责任未落实的情形，笔者认为无论是否属于“硬伤”，均是安全生产责任的重要一环，任何

一处未落实，均是引发生产安全事故的重要原因，事故单位均有着不可推卸的法律责任。

3. 该条款是按照事故责任的大小划分责任，对于“发生生产安全事故”的生产经营责任单位采取打包处罚的方式，并非按照《安全生产法》中未落实安全生产责任的一般规定进行逐条的单项处罚。该条款将事故的大小划分为四个等级，一般事故、较大事故、重大事故以及特别重大事故，并依据事故的责任大小对应罚则，而并非是根据未落实安全生产责任的大小对应罚则，故不能对事故责任单位按照违反《安全生产法》中未落实安全生产管理责任的内容进行单项处罚。以生产经营单位未对安全设备进行经常性维护、保养和定期检测为例，若该单位发生一般生产安全事故，根据新《安全生产法》第一百一十四条的规定，应当处三十万元以上一百万元以下的罚款，若该单位未发生生产安全事故，根据新《安全生产法》第九十九条的规定，应当责令限期改正，处五万元以下的罚款；逾期未改正的，处五万元以上二十万元以下的罚款。可见单项处罚的力度明显低于事故责任的处罚力度，若将生产安全事故责任的特殊规定按照违反安全生产管理之责的一般规定处罚，未体现因生产安全事故产生的行政责任与一般管理之责的划分，也未体现《安全生产法》严格依法认定、适度从严的原则。

#### 四、结语

新《安全生产法》被称为史上最严《安全生

产法》，加大了对违法行为的经济处罚。倘若对新《安全生产法》第一百一十四条产生误读误判，势必会影响应急部门对道路交通领域生产安全事故的行政处罚权，造成安全生产责任无法落到实处，影响安全生产。以上是笔者结合实务经验对最高人民法院（2010）行他字第12号答复及《安全生产法》相关条款的理解，望各位共同探究。

# 公司篇



## 以“管资本”为主，浅谈湖南省属监管企业投资监督管理体系的建立与完善

◆文 / 杨雅晴

**引言：**近年来，为深入贯彻落实省委、省政府关于深化国资国企改革的决策部署，国资监管机构迎来重大职能转变，新一轮的国企改革也逐步走向深水区，先有湖南省国资委修订《湖南省属监管企业投资监督管理办法（试行）》（湘国资[2020]27号），后有湖南省人民政府办公厅修订《湖南省省属国有企业违规经营投资损失责任追究办法》（湘政办发〔2022〕10号）。国有企业如何建立与完善企业投资监督管理体系，杜绝违规经营，防范化解重大风险，防止国有资产流失，逐步成为近年来国企改革工作的重中之重。笔者将以“管资本”为主的视角出发，结合自身多年专注服务于湖南国资国企的实践经验，浅谈湖南省属监管企业投资监督管理体系的建立与完善。

### 一、以“管资本”为主的国资监管体制演变历程

#### 第一阶段：计划经济体制下的政企合一

1988年颁布《全民所有制工业企业法》，其中规定全民所有制企业的财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理。企业按照政府的指令性计划，完成生产工作及物资供应，厂长通常由政府主管部门委任或者招聘。

#### 第二阶段：“管人管事管资产”的国资监管体制建立与形成

1992年，党的十四大确定建立社会主义市场经济体制，开启了从计划经济到市场经济的新元年。1993年《宪法修正案》将“国营经济”修正

为“国有经济”，“国营企业”修正为“国有企业”，完成了“国营”到“国有”的历史变革。

2009年5月1日，《中华人民共和国企业国有资产法》开始施行，从法律地位上标志“管人管事管资产”相结合的国资监管新体制正式建立形成。

### 第三阶段：以“管资本”为主的国资监管体制逐步确立

2017年，国务院办公厅转发《国务院国资委以管资本为主推进职能转变方案的通知》（国办发〔2017〕38号），在中央企业中落实国务院国资委“以管资本为主”的国资监管职能转变。

2019年，党的十九届四中全会关于形成以管资本为主的国有资产监管体制的决策部署。同年，湖南省国资委依据相关文件精神，制定本省国资监管机构职能转变方案。

2019年9月17日，湖南省人民政府办公厅《关于转发湖南省国资委以管资本为主推进职能转变方案的通知》（湘政办发〔2019〕45号），标志着“管人管事管资产”的国资监管体系转变为“管资本为主”的国资监管体系。

## 二、投资监督管理办法的修订与适用

### （一）修订背景

为进一步简政放权，推进国资监管机构以管资本为主的职能转变，加强湖南省属监管企业投资监督管理，湖南省国资委经党委会审议通过，颁布全面修订后的《湖南省属监管企业投资监督管理办法（试行）》（湘国资〔2020〕27号）（以下简称27号文）。

### （二）适用范围

湖南省属监管企业境内对外投资。

境外投资：湖南省属监管企业境外投资，应适用湖南省国资委另行制定的《湖南省国资委监管企业境外投资监督管理暂行办法》

自有项目：湖南省属监管企业自主投资项目如需引入非国有资本，可适用湖南省国资委、湖南省发改委、湖南省财政厅、湖南省人社厅《关于鼓励和规范省属国有企业投资项目引入非国有资本的意见》（湘国资〔2017〕102号）。

### （三）适用对象

湖南省国资委代表省政府履行出资人职责的省属国有独资、国有全资或国有控股的企业。

|          |  |
|----------|--|
| 国有独资企业   | 《公司法》第六十四条第二款：本法所称国有独资公司，是指 <b>国家单独出资</b> 、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。               |
| 国有全资企业   | 《企业国有资产交易监督管理办法》第四条政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业 <b>直接或间接合计持股为 100%的国有全资企业</b> ；               |
| 国有绝对控股企业 | 在企业的全部资本中，国家资本（股本）所占比例大于 50%的企业。   |
| 国有相对控股企业 | 在企业的全部资本中，国家资本（股本）所占的比例虽未大于 50%，但相对大于企业中的其他经济成分所占比例的企业（相对控股）；或者虽不大于其他经济成分，但根据协议规定，由国家拥有实际控制权的企业（协议控制）。 |

## 三、湖南省属监管企业投资管理制度体系建立程序与主要内容

### （一）建立程序

湖南省属监管企业投资监督管理制度体系的建立程序如下：

（1）根据 27 号文的相关规定，结合本企业实际，建立投资管理相关制度。企业投资管理相关制度不得与 27 号文的内容冲突。

（2）投资管理相关制度应当经董事会审议批准后实施，并同时报送省国资委备案。

（3）省国资委可对企业备案的投资管理制度提出修改、完善或整改意见，企业应根据省国资委所提出的意见修改完善或整改到位。

### （二）主要内容

根据 27 号文的相关规定，湖南省属监管企业建立投资管理制度体系包括但不限于以下内容：

- 1、投资应遵循的基本原则；
- 2、投资管理流程（含项目提出、项目尽调、项目建议、项目论证、项目决策、项目实施、项目监督、项目验收、项目评估、项目违规或重大损失追责、项目储备及项目库建设等）、管理部门及相关职责；
- 3、投资负面清单制度；
- 4、投资风险管控制度；
- 5、投资项目入库或启动的基本标准（含最低限额值）；
- 6、投资论证程序、论证组织机构及其职责；
- 7、投资决策程序、决策机构及其职责；
- 8、投资实施程序、实施机构及其职责；
- 9、投资监督程序、监督机构及其职责；
- 10、投资项目完成、中止、终止或退出制度；
- 11、投资项目后评价制度；
- 12、投资违规或重大损失责任追究制度；
- 13、投资项目提出、尽调、论证、决策、实施、监督、追责过程中的利益关系人回避制度。参与项目尽调、论证、决策的企业内部人员如存在与项目合作方、交易相对方、资产竞购方和项目各

方所选聘中介机构及其从业人员存在利益关联关系，应履行主动申明义务并申请回避；

- 14、对提供法律、审计、评估、论证、策划等服务的中介机构（包括外脑、智库）的选聘及监督制度；
- 15、对所属企业投资活动的授权、监督与管理制度；
- 16、战略、规划、投资等内部专业队伍建设管理制度；
- 17、投资信息化管理制度。对列入特别监管负面清单项目、负面清单外企业自主决策项目；对传统产业技术改造升级项目、战略新兴产业投资项目、优势产业链“补链、强链、延链”投资项目、军民融合投资项目、与中央企业对接合作项目、境外投资项目、重大科技攻关投资项目实行分类填报和动态监测，并出具半年和年度例行分析报告或特定专项分析报告。

### （三）投资项目决策或报审的必要条件

根据 27 号文的相关规定，湖南省属监管企业投资项目决策或报审的必要条件包括但不限于以下内容：

- 1、综合尽职调查报告（包括资产、产权、财务、生产经营、内控、研发、人事、法律等状况）及特定的专项尽职调查报告；
- 2、项目可行性研究报告（含风险分析及防控报告），涉及专业性强、复杂程度高的项目，

应提供独立的风险分析及防控报告和项目可行性研究报告的外部专家评审意见；

3、企业党委会表达相关意见的会议纪要；

4、企业董事会决议，必要时需提供董事会会议记录；

5、企业监事会（如有）对项目决策程序和内容的意见；

6、涉及股权投资的，应提供内部法务部门意见书或法律意见书；如以控股为目的，还应提供并购重组方案；

7、涉及资产对价的，应出具资产评估报告；

8、涉及矿产资源开发的，应出具在资源储量管理部门备案的详勘级别资源勘查报告；

9、投资项目合作各方或交易相对方基本达成一致意见的待签协议或合同文本；

10、项目决策或报审需要提供的其它资料。

#### 四、省属监管企业重大投资项目监管流程

##### （一）事前监管

##### 1. 制订企业发展战略规划

省属监管企业应根据 27 号文的相关规定，对接国家、区域、本省及行业发展战略，根据省属国有资本布局结构优化调整规划，对标国内外先进企业，结合本企业实际，制订企业发展战略规划。

##### 2. 设定负面清单，实施分类监管

省属监管企业应当在湖南省国资委发布的省属监管企业投资负面清单的基础上，结合企业实际，制定本企业更为严格具体的投资负面清单。

|                         |                           |
|-------------------------|---------------------------|
| <b>禁止类</b> 投资项目与禁止类投资主体 | 一律 <b>不得投资</b>            |
| <b>特别监管类</b> 投资项目和投资主体  | 企业应报省国资委履行 <b>出资人审查</b>   |
| <b>负面清单之外</b> 的投资项目     | 由企业根据战略规划依法依规 <b>自主决策</b> |

省属监管企业投资负面清单的内容在保持相对稳定前提下，可由省国资委适时动态调整。

### 3. 明确投资决策机制，实行统一管理

投资决策向下授权的企业管理层级原则上不超过一级（负面清单另有规定的除外），向子企业投资决策授予的权限须低于省国资委的授权权限。

### 4. 编制年度投资计划

(1) 省属监管企业应当按照本企业发展战略规划和已履行法定决策或报审程序的项目来编制年度投资计划（含年度投资预算）。

(2) 企业未纳入年度投资计划的投资项目原则上不得投资，确需追加投资项目的应调整年度投资计划并经省国资委批准。

(3) 企业应当于每年2月底前将经董事会审议通过的年度投资计划报送省国资委（规划发展处）备案。

(4) 对存在问题的，省国资委在收到年度投资计划报告（含调整计划）后的30个工作日内，予以书面意见反馈。企业应根据省国资委意见作出修改。

### 5. 用好用活相关政策

如省属监管企业需要与民营资本进行合作（包括但不限于项目投资、股权投资等），因可能存在国有资产流失的风险，根据27号文的相

关规定，应当从严审批。

如确实需与民营资本合作的，一方面可以考虑在本企业的投资项目中引入社会资本，可依据《关于鼓励和规范省属国有企业投资项目引入非国有资本的意见》（湘国资〔2017〕102号）的相关规定，依法依规在项目中引入民营资本。

另一方面，可考虑直接设立一个国有全资的项目子公司，依据《湖南省属监管企业混合所有制改革操作指引》（湘国资改革〔2020〕42号）的相关规定，将民营资本以战略投资者的身份引入。除了降低审批难度之外，还可以利用混改中的税收、土地等优惠政策，为企业的发展带来实利。

## （二）事中监管

1. 根据27号文的相关规定，省属监管企业应当定期对实施、运营中的投资项目进行跟踪分析，针对外部环境和项目本身情况变化，及时进行再决策，并将调整后的年度投资计划报送省国资委。

2. 省属监管企业每年一、二、三季度末的次月10日前将季度投资完成情况报送省国资委。主要包括：固定资产投资、股权投资、重大投资项目完成情况。

列入国家、省级重点项目名单的投资项目实施情况，可根据需要实行即时专项报送制度。

3. 省属监管企业应根据27号文的相关规定，编制半年和年度投资情况分析报告，并分别于当

年7月31日前、下一年1月31日前报送省国资委。主要包括：投资总体完成情况；投资效果分析；重大投资项目进展情况；投资后评价工作开展情况；投资存在的主要问题及建议。

4. 省国资委将对进行中的省属监管企业重大项目随机抽查。

### （三）事后监管

#### 1. 后评价专项报告

根据27号文的相关规定，省属监管企业每年应对已完成的重大投资项目开展后评价，形成后评价专项报告。股权收购项目在完成股权交割1年后、固定资产（含技改）投资项目在预计投产期2年后、战略性新兴产业或科技创新投资项目在完成验收3年后开展投资后评价。

#### 2. 对重大投资项目进行专项审计

审计重点包括但不限于：重大投资项目决策、投资方向、资金使用、投资收益、投资风险管理等。

#### 3. 投资风险管理

省国资委指导督促省属监管企业加强投资风险，委托第三方咨询机构对企业投资风险管理评价体系进行评价，并及时反馈评价结果。

#### 4. 责任追究

省属监管企业违反27号文规定，未履行或未正确履行投资管理职责造成国有资产损失以及其他严重后果的，应依照《湖南省省属国有

企业违规经营投资损失责任追究办法》（湘政办发〔2022〕10号）等有关规定，追究相关人员的责任；涉嫌犯罪的，依法移送司法机关处理。

## 五、企业违规投资责任追究及企业刑事合规从宽制度

### （一）企业违规投资责任追究

2022年2月25日，湖南省政府办公厅修订的《湖南省省属国有企业违规经营投资损失责任追究办法》（湘政办发〔2022〕10号）第十五条规定：企业经营管理人员任职期间对企业重大决策，在重大决策过程或执行中，违反相关规定造成国有资产损失或者其他严重后果的，应当追究相关责任人的终身责任。

第十六条规定：相关事项属于尽职合规免责事项清单的，根据有关规定和程序予以容错；属于贯彻落实党和国家重大决策部署、省委省政府及国有资产监管机构重要工作安排，非人为因素产生的正常损失的，按“三个区分开来”可免责。

### （二）企业刑事合规从宽制度

2021年，最高人民检察院下发的《关于开展企业合规改革试点工作方案》，湖南省被列为第二批试点省份。

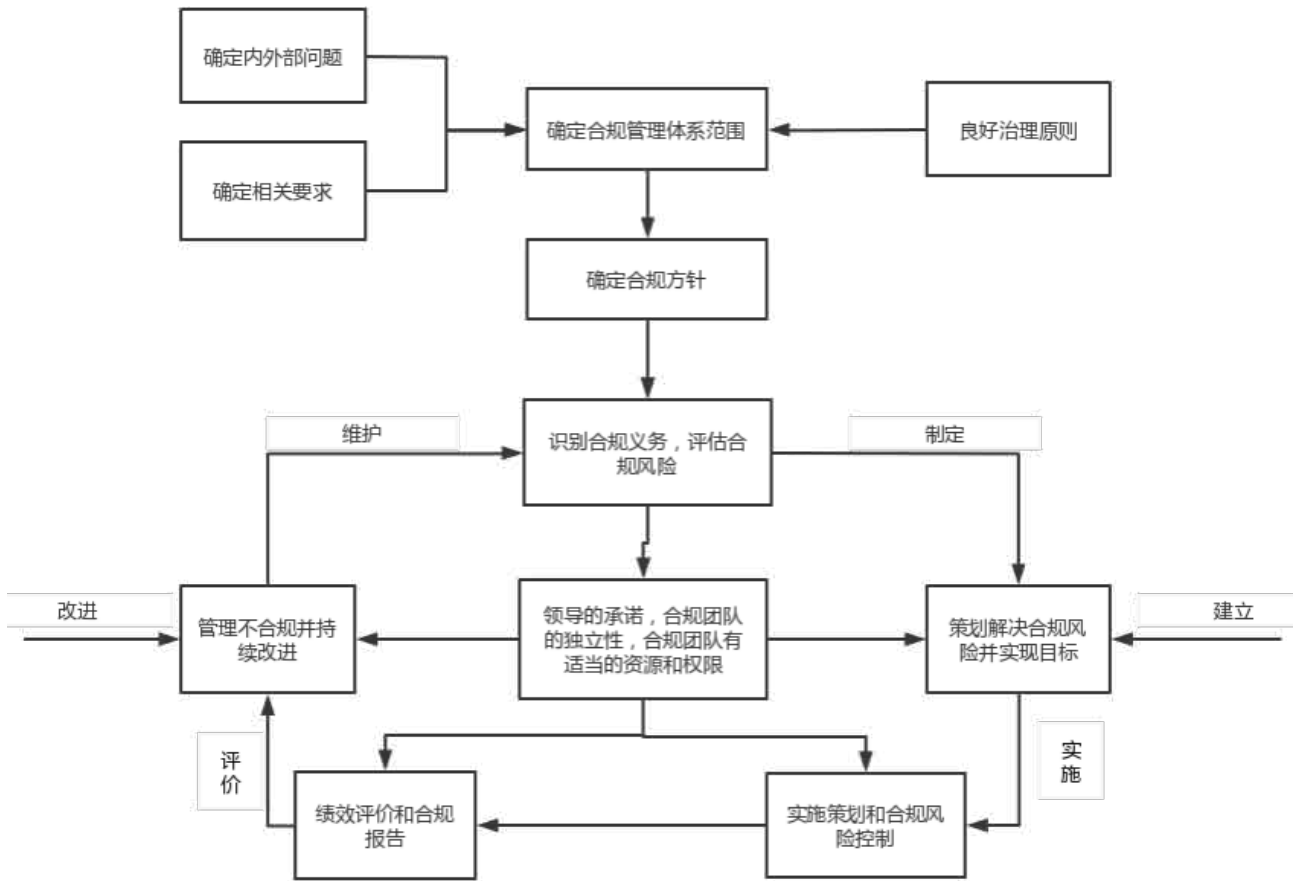
2021年7月9日，湖南省人民检察院、湖南省司法厅、湖南省财政厅、湖南省生态环境厅、湖南省国资委、湖南省税务局、湖南省市场监督管理局、湖南省工商业联合会、湖南省贸促会等9家单位印发《关于成立湖南省涉案企业合规第

三方监督评估机制管理委员会的通知》（湘检发[2021]4号），并在《涉案企业合规管理体系建设、有效性评估和审查办法》中确定了合规从宽制度。

【合规从宽制度】涉案企业认罪认罚并承诺实行或者改进合规管理的，人民检察院可以对其合规管理体系建设提出意见或者建议，并监督其实施，根据其合规管理体系建设的有效性作出从宽处理，包括作出不起诉决定，提出从轻、减轻或者适用缓刑的量刑建议，向主管行政机关提出从轻处罚的检察建议等。

湖南省属国有企业刑事合规体系建设正在如火如荼地开展。

合规管理体系流程图如下：



企业刑事合规体系的建立与有效性评价相关论述，将以系列文章的形式详细展开，敬请期待！

## 房地产

## 房地产项目挂靠关系中的物权归属之争

◆文 / 朱葛瑜

在过往乃至现今房地产开发市场中存在部分不具备房地产开发经营资质的民事主体采用借用有资质房企的资质的方式经营房地产开发项目，双方所签订协议实质性质为借用房地产开发资质合同，又称“挂靠”合同（以下统一简称为：“挂靠”合同）。本文以期通过结合案例针对“挂靠”合同效力及“挂靠”房地产项目的物权归属等问题作一些探讨，以期对这一特殊房地产开发模式中的固有风险进行一定释明。在此特别说明，本文仅针对借用房地产开发资质的“挂靠”行为展开分析，对于借用建设工程资质的“挂靠”行为分析并不具有参考性。

### 一、“挂靠”合同性质及效力分析

#### （一）“挂靠”合同性质分析

“挂靠”合同在现实生活中出现的起因是由

于房地产开发收益的迅速增长，使一部分原先并不从事房地产开发业务的投资人产生从事房地产项目开发的想法。但基于种种考量部分投资人并无意愿成立有资质的房企或与有资质房企合作开发房地产项目，继而选择通过“‘挂靠’有资质房地产开发企业”这一模式来开发房地产项目。在这种“挂靠”开发模式中，双方签订“挂靠”合同，挂靠方（以下称为：实际权利人）向被挂靠方（以下称为：名义权利人）缴纳管理费，将房地产项目登记于名义权利人名下，借用名义权利人的名义开发经营房地产项目的同时，自担项目风险，独享项目收益。对于“挂靠”开发模式是否可行这一问题，首先需要对“挂靠”模式的基础——“挂靠”合同进行分析。而在判断“挂靠”合同的效力之前，应当明确“挂靠”合同的性质为何种合同。

首先，“挂靠”合同关系并非合作开发房地产合同关系。“挂靠”合同中名义权利人出借房地产开发资质的行为已取得实际权利人缴纳的“挂靠”管理费的合同对价，而“挂靠”项目的利润与风险皆由实际权利人承受，因此并不能认为名义权利人以提供房地产开发资质作为出资与实际权利人形成具有“共同投资、共享利润、共担风险”特征的合作开发房地产关系。

其次，“挂靠”合同多数名为内部承包合同，但因实际权利人负责“挂靠”项目所有投入，享有项目全部收益，对于项目所用地块的土地出让金等费用亦由实际权利人承担。而合同一般亦会约定在项目开发至一定节点时，名义权利人有义务将“挂靠”项目的产权变更登记于实际权利人名下。因此在多数情况下“挂靠”合同最终的履行效果较为接近常见的产权转让合同。

最后，根据“挂靠”合同的主权利义务关系可知，名实权利人之间实质形成借用资质的关系，故而“挂靠”合同应系一种以借用房地产开发资质为主要内容的无名合同。

综上，“挂靠”合同性质虽是一种借用房地产开发资质的合同，但在一定条件下可以参照产权转让合同对其进行处理。

## （二）“挂靠”合同效力分析

上文已明确“挂靠”合同的主权利义务关系是一方出借房地产开发资质，收取管理费，另一方借用资质开发房地产。因此关系到“挂靠”

合同是否有效的关键问题是合同中关于“借用房地产开发资质”的主体约定是否会导致“挂靠”合同无效的问题。对于这一问题，有观点认为：《城市房地产管理法》及《中华人民共和国城市房地产开发经营管理条例》对于从事房地产开发的主体明确作出了限制性规定，即只有符合相应条件的企业才能向工商管理部门申请登记设立房地产开发企业，成为从事房地产开发经营的主体。而相关限制性规定究其立法目的是，房地产开发领域与国计民生和社会公共安全关系甚大，故而通过实行市场准入许可限制来加强对该行业的管理，这样做不仅有利于保障社会面不特定购房者的合法权益，也能促进房地产行业健康发展。而“挂靠”行为对于房地产开发整体行业的管理秩序存在危害性，对于“挂靠”项目的质量合格亦无法提供有效保证，极易使购房者的合法权益受到损害，不利于城市房地产的管理，与促进房地产行业健康发展的立法初衷背道而驰。因此可以得出结论：未取得房地产开发资质的民事主体通过签订“挂靠”合同从事房地产开发业务的，违反了《城市房地产管理法》等相关法律法规的强制性规定，应当认定“挂靠”合同无效。

笔者认为以上观点太过绝对。

首先，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》内容可知，“违反强制性规定的民事法律行为无效”中所称强制性规定限于“效力性强制性规定”，违反管理性强制性规定的，人民法院应当根据具体情形认定合同效力。“挂靠”合同

中“借用房地产开发资质”的约定虽然与《城市房地产管理法》第三十条、《城市房地产开发经营管理条例》第五条、第九条、第三十四条等规定相违背，但上述规定的主要内容系明确房地产开发经营行业的“市场准入”资格，明显具有管理性强制性规定的特征。其中《城市房地产开发经营管理条例》第三十四条规定对于无开发资质或超越开发资质开发房地产项目的主体亦给予了行政处罚的法律后果，即本身并无开发资质的主体从事房地产项目开发的行为相关法律、行政法规规定通过行政行为对其予以规范，并不表示“挂靠”合同因违反上述强制性规定而应被认定无效。即上述法律、行政法规皆未直接否定借用房地产开发资质合同的效力。由此可以认为“挂靠”合同所违反的强制性规定系管理性强制性规定。同时从相关规范性文件来看，对于借用房地产开发资质这一行为，国家虽然采取限制或不鼓励的态度，但并未明确否定过“挂靠”合同的效力，因此“挂靠”合同并不当然无效。

其次，在实际权利人签订“挂靠”合同的合同目的是为了规避有关房地产开发资质的行政管理开发经营房地产项目。从房地产开发资质具体要求与建设工程资质具体要求不同可见，开发资质所要求条件对项目开发成否并不起决定性作用。故并不能绝对认为，不具备房地产开发资质的市场主体就不具备开发房地产项目的实际能力。而从过往市场实际情况来看，房地产开发经营的成否主要取决于土地能否合理利用及开发资

金充裕与否，因此不具备相应房地产开发资质与房地产项目开发失利并无强关联关系。同时，基于“挂靠”合同的签订，在项目开发失败时实际权利人实质上亦需承担相应责任，故而在现实生活中并不存在实际权利人可以通过签订“挂靠”合同来逃避房地产开发风险的现实可能性。然而实际权利人因自身开发项目登记在名义权利人名下，故其在“挂靠”项目物权归属方面需要承担巨大风险。因在这种双方权利义务并未显著失衡但合同一但无效易造成合同一方的利益严重受损的前提下，基于民事行为应当尽量尊重合同双方意思自治的原则，在合同约定并未违反效力性强制性规定的情况下，轻易否定“挂靠”合同的效力并不妥当。

最后，通过“挂靠”合同相关最高法判例 [1] 进行检索可知，最高法并不支持“挂靠”合同因违反强制性规定而无效这一观点。根据“同案同判”原则，各级人民法院在司法活动中亦不宜轻易对“挂靠”合同效力作否定性评价。

综上，否定“挂靠”合同特别是已经履行完毕的“挂靠”合同效力，既无法律、行政法规的明确规定，也不能达到衡平合同签订方权利义务的效果，在合同正常履行情形下亦不具有否定合同无效的必要性。但轻易否定“挂靠”合同效力在短期内对房地产开发市场的稳定性有可能造成较大的负面影响。因此在个案当中应当根据个案的特殊情况审慎否定“挂靠”合同的效力，且在一般情况下不宜认定“挂靠”合同无效。

## 二、“挂靠”房地产项目的物权归属问题分析

“挂靠”房地产项目相关权利主要系目标地块的土地使用权及在地块之上的房屋所有权（在建工程所有权）。而关于“挂靠”项目的物权归属问题笔者认为需要区分为两个阶段进行讨论，第一阶段讨论实际权利人与名义权利人之间的物权归属，第二阶段讨论实际权利人与名义权利人的债权人之间的物权归属。

### （一）实际权利人与名义权利人之间的“挂靠”项目物权归属问题分析

实际权利人与名义权利人基于“挂靠”合同的签订，双方形成借用房地产开发资质关系。典型“挂靠”合同一般约定，名义权利人不承担项目风险亦不享有项目收益。在这种情况下，虽然“挂靠”项目的相关物权登记在名义权利人名下，但实际对项目的投资、开发、建设等工作都由实际权利人来完成。即在典型的“挂靠”关系中，名义权利人与实际权利人之间所形成的权利义务安排仅为由名义权利人提供房地产开发资质，实际权利人实际借用资质开发房地产并支付借用资质费用。这种借用关系中虽然开展民事活动主体名义上是名义权利人，但根据“挂靠”合同的约定，实际权利人实质承担了民事活动中的相应责任。

综上，实际权利人依据“挂靠”合同约定，可以要求名义权利人将“挂靠”项目的相关物权转移至其名下，即其基于“挂靠”合同对名义权利人享有“挂靠”项目相关物权的债权。故在名

义权利人与实际权利人之间，可以认为“挂靠”项目物权实质归属于实际权利人所有。

### （二）实际权利人与名义权利人的债权人之间的“挂靠”项目物权归属问题分析

实际上通过签订“挂靠”合同开发房地产项目的风险除了项目开发本身存在的正常商业风险外，“挂靠”行为本身会使实际权利人在“挂靠”项目的物权归属方面面临项目物权“旁落”的巨大风险。实际权利人需要面对“当名义权利人的债权人对登记在前者名下的‘挂靠’项目申请强制执行时，其对项目所享有的民事权益是否足以排除强制执行”这一问题。在先对这一问题提出结论：实际权利人并不享有足以排除债权人所申请强制执行的民事权益。以下对该结论作出的依据展开论述。

首先，根据上文所述，实际权利人所享有的民事权益系基于“挂靠”合同而享有的合同债权，而债权人申请强制执行的权利基础系担保物权或普通债权。合同债权作为普通债权在权利顺位上并不优先于担保物权或普通债权，即实际权利人享有的合同债权并没有被优先保护的依据。

其次，实际权利人享有权益的“挂靠”项目登记在名义权利人名下，是对“挂靠”合同约定履行的结果，对于作为善意第三人的债权人并不发生效力。而债权人基于公示物权登记申请执行名义权利人名下的“挂靠”项目符合公示公信原则，故其利益应当优先于实际权利人仅对名义权

利人享有的权益被法律所保护。

最后,虽然并无法律、行政法规规定对“挂靠”合同效力明确作出否定性评价,但是探究包括《中华人民共和国城市房地产管理法》、《城市房地产开发经营管理条例》在内的相关法律、行政法规的规定可以得出,国家对于借用房地产开发资质这一行为,明显采用禁止、限制至少是不鼓励的态度的结论。因此实际权利人借用资质开发房地产的行为本身存在过错,并具有被特别保护的价值。故实际权利人并不享有足以排除债权人所申请的强制执行的民事权益,通过案例检索可知,最高法案例中也作出了相同结论的判决 [2]。

故而当实际权利人面临这种权利归属困境时,虽然有权基于“挂靠”合同向名义权利人主张“挂靠”项目相关物权,但因为“挂靠”项目物权已经成为执行标的,已不具有将项目变更登记至其名下的现实可能性。而在一般情况下,名义权利人亦已不具有承担赔偿责任实际权利人的损失或返还“挂靠”项目的投资款项等责任的能力。因此在这种局面下实际权利人有较大可能性需要实质承受“无法收回项目投资,亦无法享有‘挂靠’项目物权”的终局结果。

综上所述,可以看出采取借用资质的形式进行房地产开发容易面临极高的非正常商业风险,任何一个节点的错漏都可能导致全盘皆输,因此对其中风险进行精确识别就显得尤为重要。但从整个市场走向来看,依法依规进行房地产项目的

开发经营是规避不必要商业风险的根本之策,也是未来房地产开发市场发展的必然方向。

#### 注释:

[1] 最高人民法院 (2012) 民抗字第 17 号; 最高人民法院 (2021) 最高法民申 1618 号。

[2] 最高人民法院 (2021) 最高法民申 1618 号。



# 法和人 视界

## 关于有限责任公司小股东股权退出路径的思考

◆文 / 蔡璐

本所近期参与了多起有限责任公司股权退出的纠纷解决，发生纠纷的原因主要为：股东之间经营理念差异但又达不到法定的公司僵局的情形，同时，公司发生亏损，但又达不到各方股东同意公司进行解散的条件。此种情况，在现行法律框架下，如前期股权投资未设置有效退出机制，小股东很难实现股权退出。具体分析如下：

### 一、能实现股权退出的法定情形

#### （一）股权转让退出

根据《中华人民共和国公司法》第七十一条的规定：有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他

股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

采取股权转让方式退出的，则必须有第三方股东受让股权，而在公司持续亏损的情况，很难引进第三方股东，故采取该方案如无第三方股东受让小股东股权，则无法完成退出。

#### （二）股权回购退出

根据《中华人民共和国公司法》第七十四条的规定：有下列情形之一的，对股东会该决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

1、公司连续五年不向股东分配利润，而公

司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

2、公司合并、分立、转让主要财产的；

3、公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

公司回购股权必须在上述特定情形下方可主张，在一般的股权退出纠纷中，一般不符合上述情形。

### （三）公司减资退出

通过减资可以完成股权退出。

根据《中华人民共和国公司法》第一百七十七条：公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。根据《中华人民共和国公司法》第七十一条的规定，公司减资需要三分之二以上表决权股东同意。

如通过减资方式退出股权，面临三分之二表

决权股东同意及债务清偿或提供担保的障碍。

### （四）公司解散退出

通过公司解散可以完成股权退出。

根据《中华人民共和国公司法》第一百八十、一百八十二条的规定，公司解散情形包括：

1、公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；

2、股东会或者股东大会决议解散；

3、因公司合并或者分立需要解散；

4、依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

5、公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的。

就解散退出，就下述两种情况进行分析：

#### （1）股东会决议解散

根据《中华人民共和国公司法》第七十一条的规定，公司解散需要三分之二以上表决权股东同意。作为小股东，无法实现。

#### （2）公司解散之诉

根据《中华人民共和国公司法》第一百八十二条规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他

途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。在具有百分之十以上表决权的情形下，且穷尽其他途径无法解决公司僵局的情形下，提起解散公司之诉还需证明公司存在以下情形之一：

(1) 公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；

(2) 股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；

(3) 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；

(4) 经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

故，采取公司解散之诉的方式实现股权退出，存在举证困难及诉讼流程复杂的局面，退出目的较难实现。

### 二、关于有效实现股权退出的建议

根据上述分析，在现行法律框架下，小股东要实现股权退出存在较大障碍。笔者结合股权投资及股权纠纷的实务处理案例，提出如下建议：

1、在股权投资协议中，设置股权退出机制。

有效的退出机制为实际控制人或大股东回购股权。具体可以做如下约定：在一方股东违约及约

定的公司僵局情形或未达到预期收益（对赌条款）时，设置实际控制人或大股东的回购条款，并同时约定股权回购的价格计算方式，以免后续产生争议。

2、在《公司章程》约定公司解散情形。在《公司章程》的设计中，往往会忽略公司章程可以规定“公司解散的其他事由”，故在公司章程中要预设相关情形。

### 三、结语

综上，就法律风险控制而言，宜未雨而绸缪，毋临渴而掘井。



## 浅析有限责任公司人格否认的法律风险与防范措施

◆文 / 李月婷

**前言：**公司法人人格否认制度是指在承认公司具有法人人格的前提下，对特定法律关系中的公司法人人格的机能加以否认，使得债权人可以直接追索公司背后成员责任的法律制度。当发生股东利用公司法人制度，滥用公司人格，损害公司债权人的合法权益的行为时，在不必要全面否认公司法人的情况下，就特定的案件或场合，否定公司法人人格的机能，将公司与其股东在法律上视为同一体，而责令股东直接为公司承担债务的一种制度创设。对公司法人人格的否认常常发生在公司资本严重不足和法人人格混同的场合。一方面是公司股东抽逃出资造成公司资本严重不足。另一方面，发生公司法人人格混同是指公司的业务、财产与股东自身的业务、财产混同，导致公司空壳化；当公司对债权人负有法定或约定

义务时，其以公司法人人格为掩护，主张由公司承担，从而损害债权人的权益。认定公司人格与股东人格是否存在混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产。

在实务中，股东个人财产与公司财产混同是很多投资人会犯的错误。误认为公司在其控制之下，公司财产即个人财产，任意从公司拿走财产归个人使用是非常常见的现象，实际上这样做会给股东个人带来巨大法律风险。

**实务案例：**公司使用股东个人账户接受公司的款项，被法院认定为股东个人财产与公司财产混同，股东依法对公司债务承担连带责任。

**案情简介：**

A公司的股东为陈\*和陈\*朝，其中陈\*出

资 489.6 万元，陈\*朝出资 38.4 万元，陈\*担任公司法定代表人。

2011 年 9 月，A 公司向 B 公司承建钢结构厂房。2012 年 1 月 10 日、2012 年 1 月 20 日，B 公司将钢结构工程款汇至陈\*个人账户，陈\*个人出具了《收条》。后 A 公司在工程维修过程中发生事故，造成 B 公司厂房及厂内大部分物品被烧毁。

2013 年 8 月 21 日，B 公司向 \*\* 人民法院起诉，请求判令 A 公司、陈\*、朱\* 共同赔偿其损失。后 \*\* 人民法院作出生效判决，判令 A 公司赔偿 B 公司经济损失 6283921 元。法院在执行过程中，发现 A 公司没有财产可供执行。

B 公司提起诉讼，请求陈\*、陈\*朝对 A 公司的公司债务承担连带清偿责任。一审 \*\*\* 人民法院判决支持了原告的诉讼请求。陈\* 不服，提起上诉，二审判决维持原判。

法院经审理认为：

本案一审双方当事人争议焦点是：陈\*、陈\*朝作为 A 公司股东是否应当对公司债务承担连带清偿责任。

一审法院认为：法人人格独立是公司法的基本原则，人格否认是公司制度的例外。A 公司股东为陈\* 和陈\*朝，其中陈\* 出资 489.6 万元，陈\*朝出资 38.4 万元。本案主要审查的是陈\*、陈\*朝作为 A 公司股东的行为是否已使 A 公司

丧失了独立的法人人格。A 公司不是一人公司，根据“谁主张、谁举证”的举证责任分配原则，陈\*、陈\*朝与 A 公司财务人格混同的举证责任原则上应当由公司债权人承担举证责任，但公司债权人能够提供初步证据证明股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任，因公司经营情况的证据由公司及股东掌握而无法进一步提供证据予以证明，根据公平原则和诚实信用原则，一审法院确定股东与公司是否存在人格混同的举证责任由公司股东承担。本案 B 公司已初步举证证明 2012 年 12 月 31 日 A 公司年末资产总额 565.05 万元、但 \*\* 人民法院在执行业已生效的 (\*\*\*) \* 民初字第 \*\*\* 号民事判决书发现 A 公司没有财产可供执行，陈\* 个人账户直接收取 A 公司的工程款，故陈\*、陈\*朝作为公司股东应对公司资产如何合理损耗以及其个人收取公司款项作出合理举证及说明。陈\* 提供的 A 公司 2013 年及 2014 年 1 月 -3 月的记账凭证显示其大部分记账凭证不是正式发票而是收款收据，特别是 2014 年的记账凭证全部是收款收据，其在经营过程中存在财务制度不完善、记账凭证不规范情形，记账凭证及审计报告也无法显示其公司资产从 2012 年年末起是如何合理损耗。且陈\* 也未能就其个人账户收取公司款项后是否将款项占为己有及如何区分其公司财务与个人财产作出合理说明，其后果导致相应的资产从公司转移给股东时，股东并未向公司交付等值的资产或权益，即存在股东抽逃出资。陈\* 抗辩 2013 年年检报告是委托第三方制作并送检

的、因其工作繁忙无暇认真核对年检材料才会导致2013年年末年检有500多万元资产的主张依法不能成立。陈\*抗辩其资产在经营过程中因聘请员工及场地租金增长导致亏损，但是其提供的审计报告与记账凭证未能有效充分证实其资产的合理损耗，依法应承担举证不能的法律后果。

综上，因陈\*未能举证证明其个人财产与公司财产不存在混同、A公司经营管理过程中其公司资产流向及如何合理损耗，其股东行为已使A公司丧失独立法人人格。B公司主张陈\*、陈\*朝滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人利益要求公司股东对公司债务承担连带责任的诉求，具有事实和法律依据，一审法院依法予以支持。陈\*朝经合法传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，依法缺席审理和判决。据此，一审法院依照《中华人民共和国公司法》第二十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十四条之规定，判决：陈\*、陈\*朝应于判决生效之日起十五日内连带清偿A公司对B公司所负的债务5650538.51元。

陈\*对一审法院判决不服，提起了上诉。

二审期间，双方当事人均未提交新证据。陈\*除对一审认定A公司指派朱\*、朱\*到B公司进行维修，\*\*人民法院在执行(2013)\*民初字第\*\*\*号民事判决书过程中，发现A公司没有财产可供执行的事实有异议外，对一审认定的其他事实没有异议。B公司对一审认定的事实没有异

议。双方当事人对一审查明事实无异议部分，本院予以确认。对当事人二审争议的事实，本院将结合争议焦点的分析予以认定。

本案二审争议焦点是：陈\*是否应对A公司的债务承担连带责任。本院认为，根据《中华人民共和国公司法》第三条的规定，公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。本案中，A公司是有限责任公司，B公司要求陈\*对公司债务承担无限连带责任的依据是认为作为股东的陈\*滥用公司的独立人格和有限责任。《中华人民共和国公司法》第二十条对股东需对公司债务承担连带责任的情形作了明确的规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为主要包括两类：一是利用公司法人人格规避合同或法律义务的行为，二是公司人格形骸化的行为。本案中，B公司举证证明A公司与其法定代表人陈\*存在财务混同的情形，从而导致A公司人格形骸化，丧失独立人格。B公司提供了2012年1月10日、2012年1月20日该公司将钢结构工程款汇至A公司法定代表人陈\*个人账户的汇款凭证和陈\*个人出具的《收条》为证。陈\*确认上述两笔款项是A公司的工程款，但其未对该笔工程

款为何汇入其个人账户作出合理解释，也未对该笔款项的去向作出说明。上述事实足以让人对A公司与陈\*财产是否相互独立产生合理怀疑。此种情况下，陈\*作为A公司法定代表人、控股股东，完全有可能也有义务对A公司是独立法人、拥有独立财产，能够独立承担民事责任承担举证责任。但从陈\*一审提供的证据材料看，A公司的财务账册资料不仅缺失严重（A公司目前仅存2013年和2014年1-3月的记账凭证，2013年以前和2014年4月之后公司的财务账簿资料，陈\*均以公司搬迁遗失为由未予提供），而且存在记账凭证不规范的情形，并且，这些记账凭证也不能体现陈\*收取的工程款是否有进入公司账户并用于公司的经营开支，根本无法证明A公司的财产独立于陈\*个人财产，A公司具有独立法人人格的事实。与此同时，陈\*提供的A公司2013年和2014年1-3月的《审计报告》显示，A公司的资产从2012年的565.0538万元到2013年的650.0215万元再到2014年3月底的14.4125万元，变化巨大。但对于2014年A公司资产锐减的事实，陈\*目前所能提供的记账凭证全部都是收款收据，未附相关款项支出凭证，仅凭上述收款收据也无法证明A公司的资产是如何合理损耗的。鉴于A公司存在财务账簿缺失、财务管理混乱、公司资产流向不明等情况，并造成B公司对A公司债权至今无法得到清偿，本院认为，B公司主张陈\*、陈\*朝滥用公司法人独立地位和股东有限责任，损害公司债权人利益的理由成立，一审判令陈\*、

陈\*朝对A公司债务承担连带责任，于法有据，本院予以维持。

陈\*不服二审法院判决，申请了再审。

本案再审审查的主要问题是：一、二审判决认定陈\*与A公司连带承担案涉债务是否有误。

《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”公司法人人格是公司有限责任制度的基石，只有在符合前述规定的情况下才能予以适用，就此而言，陈\*申请再审主张的“若要否定其独立人格，需要严格审查并适用，不得任意扩大适用范围”有相应的理论依据。就本案而言，B公司主张陈\*滥用公司法人独立地位和股东有限责任，应与A公司连带承担案涉债务，为此提供了A公司的相关工商注册信息，2012年度A公司年检报告表、资产负债表，\*州市中级人民法院协助执行通知书、执行庭证明，转账电子回单及陈\*个人出具的《收条》等证据材料，可以证明陈\*为A公司控股股东、A公司2012年年末资产总额565.05万元、A公司没有财产可供执行、陈\*个人账户直接收取A公司的工程款等基本事实。基于B公司提供的前述证据材料以及所证明的事实，二审判决认为“足以让人对A公司与陈\*财产是否相互独立产生合理怀疑”，有相应的依据。而且，基于陈\*提交的反驳证据，A公司在2013年、2014年1-3

月期间的审计报告和2013年、2014年的记账凭证，进一步证明A公司的财务账册资料不仅缺失严重（A公司目前仅存2013年和2014年1-3月的记账凭证，2013年以前和2014年4月之后公司的财务账簿资料，陈\*均以公司搬迁遗失为由未予提供），而且A公司的资产从2012年的565.0538万元到2013年的650.0215万元再到2014年3月底的14.4125万元，变化巨大。而对于2014年A公司资产锐减的事实，陈\*目前所能提供的记账凭证均为收款收据，未附相关款项支出凭证，无法证明A公司的资产是如何合理损耗的。

由此，一、二审判决基于陈\*为A公司法定代表人、绝对控股股东，A公司财务账簿缺失、财务管理混乱，公司资产流向不明，陈\*代收公司工程款，致使B公司对A公司债权至今无法清偿等案件事实，认定B公司主张陈\*滥用公司法人独立地位和股东有限责任，损害公司债权人利益的理由成立，判决陈\*对A公司欠付B公司的债务承担连带责任，有基本的事实和法律依据，并无明显不当。

**律师点评：**本案中，法院认定股东个人财产与公司财产混同主要依据是陈\*作为A公司股东，滥用公司的独立人格和有限责任。对于不是一人有限责任公司的公司，公司股东与公司人格混同的举证责任原则上应当由公司债权人承担，但公司债权人能够提供初步证据证明股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任的，法院可确定该举证责任由公司股东承担，股东未对公司款项汇入

个人账户作出合理解释，应当证明公司财产独立于个人财产，否则应对公司债务承担连带责任。

但值得注意的是，并非股东使用个人账户接收了公司款项，股东就要对公司债务承担连带责任。公司股东仅存在单笔转移公司资金的行为，尚不足以否认公司独立人格的，不应该依据《中华人民共和国公司法》第二十条第三款判决公司股东对公司的债务承担连带责任。但该行为客观上转移并减少了公司资产，降低了公司的偿债能力，参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十四条关于股东抽逃出资情况下的责任形态之规定，可判决公司股东对公司债务不能清偿的部分在其转移资金的金额及相应利息范围内承担补充赔偿责任。

#### 法律风险防范建议：

1. 建立全面的财务管理制度；完善公司内部的财务管理制度，股东账户不应与公司账户混同，股东不得随意支取公司资金，划清股东个人财产与公司财产的界限。

2. 设立严格的信息公示制度；公司的各种交易也应采用书面形式记载于公司的文件中，从而规范股东行为，防止股东滥用公司法人独立地位造成公司利益受损。

3. 按时完成纳税申报材料或缴税证明；企业每年的税务申报及缴纳凭证等材料不仅可以在一定程度上反映公司的经营状况以外，还能够明股

东个人财产独立于公司财产。

**结语：**对于公司股东而言，哪怕是个人独资公司的股东，或者是家族企业的股东，也不要误以为没有其他股东的约束和监督，就可以将公司收入或财产直接转入个人账户。用个人账户接收公司款项，或者公司款项转入个人账户，这是很多投资人容易犯的错误，一旦公司对外负有债务，公司经营状况恶化的，且股东不能说清资金去向，这时股东可能就不是有限责任了，而是要对公司债务承担连带责任，所以广大投资人还是应当规范经营，这是避免法律风险最好的方法。

### 法律依据：

1.《中华人民共和国公司法》第二十条：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

2.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十四条：股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。

公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。



## 砂石矿业企业法律尽职调查关注要点

◆文 / 蔡璐

笔者团队近期参与了多起砂石矿业企业的投资项目，矿业企业与其他行业相比，有其特殊的行业属性和监管属性，投资前期的尽职调查亦区别于其他行业。本文简要论述砂石矿业企业法律尽职调查重点关注板块。

### 一、核查基础资质

砂石矿业企业要符合合法开采加工的条件，所涉及的资质条件非常严格，具体如下：

#### （一）采矿许可证

《采矿许可证》的有效及存续是矿业企业合法开采的基础性资质。如目标企业的《采矿许可证》在有效期内，则需考虑有效期限，在该有效期限内，是否具备投资价值，当然，《采矿许可证》可以延续办理，《采矿许可证》的有效期限根据大、

中、小型矿而有不同；如目标企业的《采矿许可证》已失效，则需考虑《采矿许可证》是否可以延续，影响的因素包括当地政府是否出具政策文件明确该矿属于保留矿或关停矿、其矿区范围是否在当地政府的矿规范范围内、矿区范围或周边是否有国家、省、市重点规划项目，影响到该矿业企业的持续发展等。在《采矿许可证》无法有效存续的情况下，该矿业企业无投资价值。

#### （二）林地手续

矿区开采需办理《使用林地审核同意书》。根据《中华人民共和国森林法》第三十七条及第七十三条第一款的规定，矿藏勘查、开采以及其他各类工程建设，应当不占或者少占林地；确需占用林地的，应当经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，依法办理建设用地审批手续。根

据该规定，要求矿业企业占用林地开采办理建设用地审批手续，但在实际操作中，矿业企业就林地使用未办理建设用地手续，一般获得《使用林地审核同意书》即进行开采。另，《使用林地审核同意书》的有效期限为2年，超出期限的，需重新办理。

如《使用林地审核同意书》需重新办理的，则应根据各省市林地审批的相关规定，排除是否存在影响林地手续办理的不利因素，包括是否涉公益林（含后续扩建范围内）、林木等级、是否符合生态保护要求、是否属于高速、铁路、大江大河的可视范围等。

### （三）采伐许可

林地手续办理后，需对林木进行采伐，需根据《中华人民共和国森林法》办理采伐许可，方可采伐林木。

### （四）安全生产许可

矿区开采需办理《安全生产许可证》，《安全生产许可证》下发应首先办理《安全设施设计批复》，大部分矿业企业获得了《安全设施设计批复》后便开始进行开采，该行为不符合法律规定。应急管理部门下发《安全设施设计批复》是要求矿业企业根据批复的设计内容完成安全设施建设，在建设过程中可以因安全设施建设的需要进行零星开采，而不得大量开采。在安全设施建设验收合格后下发《安全生产许可证》。

### （五）环评及排污许可

矿业企业生产、加工需获得环评批复，并办理《排污许可证》。根据绿色矿山建设要求，矿山生产、生活废水综合利用率或治理率以及达标排放率均有要求。

### （六）水保批复

矿业企业新建需办理水保批复，如后续生产规模扩大，根据《开发建设项目水土保持方案编报审批管理规定》，项目单位应及时修改水土保持方案，并按程序报原批准单位审批。

### （七）项目用地

矿业企业用地性质及手续办理存在法律与矿业企业实际操作层面的难题，在矿业企业生产过程中，矿地矛盾较为突出，“合法采矿 违法用地”的现象较多。矿业企业用地涉及到开采区用地、加工区用地、办公场地用地、弃土堆放用地、矿产品堆放用地、进场道路用地等各种用地情形。基于采矿许可证颁发年限不长、弃土堆放方案调整、矿区资源的有限性以及各地政策调整等各种不确定情形，如全部办理国有建设用地手续，对矿业企业成本过高；如全部办理临时用地手续又不符合法律规定，某一用地情形符合办理临时用地要求的，临时用地的年限又被限制；根据2022年11月28日自然资源部颁布的《自然资源部关于做好采矿用地保障的通知》相关规定，办理集体建设用地是较符合实际的选择，但暂在实操层面落地还有探索空间。基于此，为降低企业用地

成本，又考虑当地工农矛盾处理，部分矿业企业采取“以租代征”该不合法的方式过渡。因此，在项目用地方面的调查要核查每一部分用地现在采取的用地方式，根据实际情况判断风险，并提出处理意见。

除以上资质外，还需要考虑是否已经完成绿色矿山建设，并验收通过。

## 二、核查运营资质

矿业企业生产经营业务主要分为开采、加工及运输。该三部分内容大部分矿业企业采取对外承包经营的方式。针对开采、加工及运输，亦需要核查承包方的相应资质。

### （一）开采、加工

大部分矿业企业开采及加工的承包方为同一主体，根据《非煤矿山外包工程安全管理暂行办法》第十九条的规定，矿山开采承包单位应当依法取得非煤矿山安全生产许可证和相应等级的施工资质，并在其资质范围内承包工程。

### （二）运输

《中华人民共和国道路运输条例》规定，道路运输需办理经营资质。矿业企业将运输承包的，需选择有道路运输经营资质的单位，如选择无资质单位或个人，造成第三人财产、人身损失或司机自身财产、人身损失的，矿业企业需承担责任。

在尽职调查过程中，如发现承包单位资质不符合要求的，需考虑《承包合同》的变更、解除

及后果。

## 三、了解工农矛盾

矿业企业的工农矛盾较为突出。工农矛盾本身不是法律尽职调查的重点，但基于矿业企业的特殊性，需关注这一板块内容。

### （一）相关协议

了解为解决当地工农矛盾，矿业企业采取了哪些方式。此处可能涉及租赁协议、分红协议、捐赠协议、修路协议等类型的协议，需了解该部分协议的履行情况及后续是否需长期履行。或未签署正式的协议，但约定俗成的定期支付相关费用，需了解该部分费用的金额及后续是否需长期支付等。

### （二）涉访涉诉

查询与信访相关的网站，如红网等，了解是否涉及群众举报、投诉等相关事宜。

### （三）安全防护距离

矿业企业生产对安全防护距离有规定。以小型露天开采矿山为例，根据《小型露天采石场安全管理与监督检查规定》，矿区周边300米范围内不得有生产生活设施。该防护距离的规定亦将影响到周边工农矛盾的处理。

## 四、深度核查债务

以往，笔者在参与其他行业尽职调查过程中，对实际控制人或股东的个人债务关注度不会

过高。通过接触相关民营矿业企业，其内部财务管理多错杂紊乱，“法人混同”现象常见。故针对该类型企业，对实际控制人或股东个人的债务应重点关注，该部分债务可能会被认定为企业债务，或实际需要目标企业承担该笔债务的偿还责任。

### 五、了解行业相关

依笔者个人拙见，法律尽职调查工作在众多非诉讼业务中属于相对有趣的业务板块，参与该类型的业务可以了解各类型行业的运作方式。当然，对于行业的深入了解，亦有利于后续投资方案及风险防控方案的设计。对于矿业企业，在尽职调查过程中，可以要求目标企业提供《资源开发利用方案》《矿山地质环境综合防治方案》《地质调查报告》《绿色矿山建设方案》等与矿山本体相关的资料，深入了解该矿的资源储量、开采方式等内容。

### 六、结语

以上，笔者简要归纳了砂石矿业企业法律尽职调查应关注的要点，当然，法律尽职调查的另一个有趣之处在于，不同的企业有其不同的特点，所有法律作业方案都应当根据面对的企业、企业家而做出不同的调整。



## 《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准的理解与适用

◆文 / 张南宁

**【导读】**2022年5月25日，中国中小企业协会颁布了我国首个《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准，自2022年7月1日起正式实施。我所张南宁博士作为《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准起草人之一，全程参与了标准的起草和研讨。该标准现已经向社会公开发布实施。为了让企业和广大从事企业合规事务的朋友们能准确理解和适用该标准，我所特邀张南宁博士对该标准的理解和适用进行详细解读。

### 01 有效性评价团体标准起草的时代背景与意义

在《“十四五”促进中小企业发展规划》的指导下，中小企业越来越成为国民经济和社会发展的生力军，但与此同时，中小企业的合规经营并没有具有针对性的指导标准。随着工信部提出

的“百十万千”工程和“一起益企”中小企业服务行动，制定《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准（以下简称《评价标准》），推动中小企业合规体系建设，加快提升中小企业合规经营管理水平，保障中小企业持续健康发展成为了时代的选择。《评价标准》旨在规范中小企业合规管理体系有效性评价活动、引导和促进其合规管理体系建设、提升合规管理能力、识别和防范合规风险、建设合规文化。其意义主要体现在：

(1) 有助于推动中小企业进行合规文化建设。合规评价的进行助推企业合规体系的建立与完善，使企业建立合规体系的实质价值大于形式价值，从而促使企业形成合规文化。

(2) 有助于中小企业建设科学有效的合规体系。与大型企业相比，中小企业的合规基础薄弱。通过标准化的合规体系评价的梳理和整合，进一步强化企业的合规基础，促成企业合规体系的再造与提升。

(3) 填补了国内在中小企业合规评价认证标准化建设方面的空白。《评价标准》是我国首部关于中小企业合规管理体系有效性评价的团体标准，是中小企业合规体系建设的里程碑，它提供了一套全面且完善的中小企业合规管理体系的评价方法论，为中小企业合规体系的建立提供可参照依据，使企业不断发现和纠正合规中的偏差，促进企业合规体系的不断完善。

《评价标准》的出台既符合中小企业当前发展阶段实际，同时也具备中小企业合规建设长远发展的前瞻指导意义。《评价标准》公布实施将切实促进中小企业的合规经营和高质量发展，护航中小企业规范发展，为中小企业高质量发展提供坚实保障。

## 02 有效性评价团体标准的起草经过

中国中小企业协会企业合规研究院等作为起草单位提出的中小企业合规评价认证标准《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准于2021年10月18日正式启动并召开了第一次专家组会议，对起草工作作出了具体安排。2021年12月18日举办第二次专家组会议，对反馈意见进行讨论。2021年12月27日举行了《中小企业合规管

理体系有效性评价》团体标准起草核心专家组专项分享（线上），主题为“国际合规管理体系标准和国内应用”。2021年12月30日专家组成员、《企业合规管理体系指南》国家标准起草人刘红霞，做主题为【企业合规管理有效性评估的一般要素与特点】的专项分享（线上），与会的起草人就与企业合规管理有效性评估相关的问题进行了讨论。期间协会搜集了起草人的反馈意见，汇总整理成报告给专家组，为三稿的修改做准备。2022年4月9日中国中小企业协会《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准第三次专家研讨会召开，与会专家与起草人、起草单位代表，围绕《评价标准》第二稿展开讨论，聚焦中小企业合规体系建设，共探中小企业合规管理之道。其中，与会专家针对合规管理机构设置与职责配置、合规风险识别、合规风险监控、合规风险应对与管理优化、合规文化评价等章节的修改，从不同角度分享了真知灼见。2022年4月27日由中国中小企业协会发起起草的《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准已完成征求意见稿的编制，公开征求意见。2022年5月22日，中国中小企业协会《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准专家评审会以线上会议形式圆满召开。根据专家评审意见，《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准报协会领导批准后将向社会发布。2022年5月25日，中国中小企业协会的T/CASMES 19—2022《中小企业合规管理体系有效性评价》团体标准在国家标准院网站正

式发布，自2022年7月1日起正式实施。

### 03 有效性评价团体标准的特点

作为合规有效性评价的一个尺度，《评价标准》具有以下几个特征：

(1) 及时性。随着大合规时代的到来，企业合规已经成为企业生存与发展的关键一环。但是对于企业的合规管理体系是否运转有效没有评判的标准。《评价标准》的发布及时地填补了国内在中小企业合规评价认证标准化建设方面的空白。

(2) 针对性。《评价标准》针对中小微企业的行业特点，总结出行业合规经验、建立行业合规标准，在合规风险识别、应对和持续改进等重要环节上提供了基本的方法遵循，分级分类的标准能够让企业在合规建设与运行中针对性地适用。

(3) 系统性。《评价标准》不仅仅提出了一个标准，而是从评价的总体原则、评价方法和内容、评价流程、机构设置和职责配置、合规风险识别与应对、举报报告机制，以及合规文化建设等方面全方位地对中小企业合规管理体系等有效性进行评价，是一个完整的评价系统。

(4) 可操作性。为了更细致地引导和促进中小企业管理体系建设，《评价标准》围绕合规管理机构设置和职责配置、合规风险识别和应对改进评价、合规文化建设三方面设置了细化的指

标，企业可依据自身情况在指标范围内灵活制定合规方案，保障企业合规体系落地执行之后能够行之有效。

(5) 权威性。《评价标准》的起草邀请了国内在企业合规领域的资深专家、学者和法律实务人员参与，由最高人民检察院理论研究所的谢鹏程所长和北京大学法学院的陈瑞华教授等著名专家领衔的超过500人的团队共同完成，汇集了我国企业合规领域的全部智慧。

### 04 有效性评价团体标准的主要内容

《评价标准》根据《中华人民共和国标准化法》、《团体标准管理规定》和《中国中小企业协会团体标准管理办法（试行）》和企业合规管理体系有效性评价的具体要求来设计内容，主要包括：

(1) 总体原则。《评价标准》规定了四个原则，即全面性原则、差异性原则、明确性原则、可证实性原则和引导性原则。全面性原则是指评价标准和评价内容全面反映了企业合规建设中涉及的不同问题。差异性原则是考虑到了中小企业的差异，针对其合规需求与合规承载力设定评价内容和标准。明确性原则是指评价方法、流程的明确和评价标准的明确。特别是针对每项合规评价内容，都设定了具体的评价指标。可证实性原则是指评价机制和评价指标可证实，且评价的过程和结论也能够得到客观证实。引导性原则是将标准制定的最终价值引导到优化企业合规管理，持续

改进合规体系。

(2) 评价方法和内容。《评价标准》采取的方法包括文件审阅、问卷调查、访谈调研、飞行检查、穿行测试、感知测试、模拟运行。评价内容侧重于对合规机构、风险识别、风险应对、持续改进、合规文化建设等进行评估，对比其他的企业合规建设内容，没有一味求大求全，选取中小企业合规经营中共通的重点制度作为评价内容，考虑到了中小企业合规建设的差异性。

(3) 评价流程。《评价标准》根据评价工作的进行的工程，设置了一个连贯的评价流程，如下图所示：



(4) 机构设置和职责配置。《评价标准》根据体系适当性、独立性和权威性的基本要求，明确了合规管理机构设置的要求和合规领导机构职能，并提出了履职独立性要求。同时，明确合规管理部门、合规专员、合规联络员的具体职责。

(5) 合规风险识别与应对。《评价标准》建立了合规义务识别机制，包括该机制的实施，该机制实施的保障以及合规义务识别机制的实施效果。合规风险识别、应对和持续改进流程如图所示：



(6) 举报、报告和持续改进机制。《评价标准》设置了三大机制，即举报、报告和改进机制。举报机制包括受理举报的机构、举报渠道等。合规报告机制的构建包括合规报告的对象、内容、形式、周期、流程等制度以及合规报告真实性、客观性和全面性的要求。持续改进机制包括制定合规整改措施和违规问责制度，即指定人员跟踪和评估合规风险的变化，持续调整或更新管控措施。在实施上，要求及时整改不合规行为、定期或不定期对持续改进机制有效性进行评审。

(7) 合规文化建设。《评价标准》规定了合规文化建设的基本标准为各个层级、各领域员工所具备的合规知识、合规意识、合规信念和合规行为。具体内容包括合规承诺，合规教育，对不合规行为的反应、行为习惯的改变、顾客或者客户对其合规形象的印象。

### 05 有效性评价团体标准的适用

《评价标准》根据《中小企业促进法》等相关法律和《关于促进中小企业健康发展的指导意见》《“十四五”促进中小企业发展规划》等政策，参照 ISO 37301:2021《合规管理体系要求及使用指南》等规定制定。在适用时需要注意以下三个方面的问题：

(1) 关于适用范围和条件。依据《评价标准》的第一条，本标准适用于中小微企业自身开展合规管理体系有效性评价，也适用于国家机关、行业协会、认证机构等相关方面对中小微企业合规

管理体系有效性的评价。也就是说任何评价主体对中小微企业合规管理体系有效性评价时，都可以使用这一标准。这是一种以对象来确定范围的方式。《评价标准》并没有具体规定适用的条件，但按照该标准制定的目的，企业在任何条件下都可以依据该标准进行自我评价。如果企业涉案，也可以依据该标准对企业合规整改的情况进行评价。

(2) 关于适用程序。合规管理体系有效性评价一般包括评价准备、评价实施和评价报告三个阶段。在评价准备阶段，组建评价小组，制定评价方案，明确评价目的、范围、评价方法、需要收集的信息和数据、分工、进程等要求。在评价实施阶段，评价小组按照评价机制和评价指标实施评价。对于评价实施过程中发现的重大问题及重要评价结论，评价小组需要与被评价的企业主要负责人进行沟通，就相关问题进行核实。在评价报告阶段，评价小组根据评价实施情况，出具评价报告。

(3) 关于评价指标的使用。《评价标准》设置了比较完备的评价指标体系，包括合规管理机构设置和职责配置评价指标体系、合规风险识别、应对和持续改进的评价指标体系和合规文化建设的评价指标体系。每个指标体系有分为一级指标和二级指标，并对二级指标进行了定性描述。但是在实际操作过程中，如何对二级指标进行评价或赋值，《评价标准》却没有具体规定，也无法具体规定。这一点在起草过程中争议较大。笔

者认为，在实际操作过程中，可以根据各指标的特点进行数值分配，然后对照被评价企业的具体情况进行赋值。最后根据总体的数值情况给出评价意见。

《评价标准》的发布仅仅是我国中小企业合规建设有效性评价的一个开端。在标准的适用过程中肯定会遇到一些问题。随着《评价标准》的不断完善，我国中小企业合规建设有效性评估将越来越科学合理，《评价标准》在我国中小企业合规建设中发挥更大的作用。

### 【参考链接】

协会发布新闻：<https://www.ca-sme.org/content/Content/index/id/33885>

团标官网信息：<http://www.ttbz.org.cn/StandardManage/Detail/61797/>

标准文本链接：<http://www.ttbz.org.cn/Pdfs/Index/?ftype=st&pms=61797>



## 民事仲裁

# 未提反请求的仲裁裁决被撤销后可否继续使用原仲裁条款？ ——兼论《仲裁法》第九条的适用

◆文 / 张南宁

很多人认为，依据《仲裁法》第九条第二款规定“裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉”，如果裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行后，当事人就该纠纷没有重新达成仲裁协议，那么只能向人民法院起诉。果真如此吗？我们先来看一个案件。

### 一、基本案情

某职业学院与某投资公司于2010年5月签订了《合作协议》，约定由某投资公司投资6000万元组织实施某职业学院新校区学生公寓的施工建设，投资回报以收取学生25年的住宿费方式

进行。某投资公司除按合同约定投入6000万外，还额外以借贷方式投入9000余万。项目交付使用后，某职业学院依约向某投资公司支付了6年的住宿费，但因双方就6000万以外的回报款产生了纠纷，职业学院就未再向投资公司支付住宿费回报。

2018年12月24日，某职业学院向仲裁委员会提起仲裁，以本项目招投标系量身定做，违反国家强制性规定为由，请求确认《合作协议》无效，退回投资款。仲裁庭审理后作出裁决确认《合作协议》无效，并在投资公司没有提出请求要求支付2年的住宿费1200万元的情况下，裁决由职业学院支付欠付投资公司2年的住宿费1200

万元。职业学院认为，在投资公司没有提出请求要求支付2年的住宿费1200万元的情况下，仲裁庭裁决由职业学院支付欠付投资公司2年的住宿费1200万元属于超裁，于是向法院申请撤销。法院审查后，以裁决的事项并不属于职业学院在涉案仲裁中提出的仲裁请求事项，投资公司在该案仲裁过程中亦未提出请求要求职业学院向其给付已到期投资回报的反请求为由，撤销了该裁决。超裁裁决被撤销后，2021年9月10日，投资公司就6000万以内的投资回报款向仲裁委员会提起仲裁。仲裁委员立案受理后，职业学院依据《仲裁法》第九条以重复仲裁为由向法院申请确认仲裁条款无效。

本案的争议焦点为当事人未提仲裁请求的超裁裁决被撤后，原仲裁协议是否有效，即当事人未提反请求的仲裁裁决被撤销后是否还可以继续仲裁？

## 二、如何理解《仲裁法》第九条

《仲裁法》第九条规定的是“仲裁一裁终局”制度。其中第一款规定裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。接着第二款规定，裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。可见，第二款是以第一款为前提的。“一裁终局”是指由当事人申请后，经过仲裁庭审理并作出裁决的一

个完整程序。如果没有经过当事人的申请，即使作出仲裁裁决，这显然不是一个完整的仲裁程序。

另一方面，《仲裁法》第九条中提及的被撤销的“裁决”是指《仲裁法》第五十八条的情形，即（1）没有仲裁协议的；（2）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（3）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（4）仲裁裁决所依据的证据是伪造的；（5）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（6）仲裁员在仲裁该案时有索贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的；以及（7）违背社会公共利益的。这里值得注意的是一个问题是，当事人未提请求的超裁裁决，或者没有仲裁协议的裁决，或者裁决的事项不属于仲裁协议的范围的裁决属不属于“仲裁委员会无权仲裁”？依据第五十八条规定，显然，没有仲裁协议的裁决，或者裁决的事项不属于仲裁协议的范围的裁决，不属于“仲裁委员会无权仲裁”。否则第五十八条的第一项和第二项就产生了矛盾。当事人未提请求的超裁裁决，也不属于“仲裁委员会无权仲裁”。“仲裁委员会无权仲裁”仅仅是指《仲裁法》第三条规定的“婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷，以及依法应当由行政机关处理的行政争议”不能仲裁。

## 三、当事人未提仲裁请求的超裁裁决被撤后是否适用《仲裁法》第九条

依据上述分析，当事人未提仲裁请求的超裁裁决被撤后，显然不适用《仲裁法》第九条。

首先，在后续的仲裁申请中，投资公司系首次就6000万元投资对应的住宿费回报提起仲裁请求，不属于就“同一纠纷”重复仲裁。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百四十七条关于“重复诉讼”的规定，只有同时符合下列条件的，构成重复起诉：

（一）后诉与前诉的当事人相同；（二）后诉与前诉的诉讼标的相同；（三）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。由于投资公司未提出过反请求，那么就不存在“同一请求”的问题。值得注意的是，在后续的仲裁中，投资公司请求的不仅仅是被撤销裁决涉及的2年的住宿费，还有后面十几年的住宿费。

其次，6000万元对应的住宿费回报款的争议，未经历过完整的仲裁程序，不适用《仲裁法》第九条一裁终局的规定。《仲裁法》第九条规定的是“仲裁一裁终局”制度，第二款是以第一款为前提的。“一裁终局”是指由当事人申请后，仲裁委裁决的一个完整程序。所以，该条规定的是在当事人提起仲裁申请后，仲裁裁决被撤销的，才适用第二款。而投资公司未提仲裁请求的超裁不是一个完整的仲裁程序，故本案不能适用该条。

另外，裁决因为超裁而被撤销，过错在于仲裁庭，投资公司不因他人的过错而丧失仲裁的权利。这是一个基本的法理。

#### 四、余论

超裁裁决是否能被撤销本身存在争议。基于《仲裁法》第九条的现有规定，超裁裁决被撤销后，能否继续使用原仲裁条款也容易出现错误认识。因此，不仅要对被撤销的裁决进行具体明确的规定，还要对哪些裁决被撤销的情况下，是否继续使用原仲裁条款也要做出明确。



## 新形势下企业环保合规如何做？

◆文 / 企业顾问部

### 引言

随着“绿水青山就是金山银山”被写入党章，在“十四五”时期，我国生态文明建设进入以降碳为重点战略方向、推动减污降碳协同增效、促进经济社会发展全面绿色转型的关键时期，生态文明建设和环境治理被置于更加重要的战略位置。

### 生态环境法律法规体系

我国生态环境法律 15 部，行政法规 32 部，现行国家生态环境标准总数已达 2202 项，其中强制性标准 201 项，我国生态环境领域法律法规体系基本形成。（数据来源 2021 年 11 月 25 日生态环境部新闻发布会）

### 生态环境执法数据统计

2021 年 1-12 月，全国共下达环境行政处罚决定书 13.28 万份，罚没款数额总计 116.87 亿元，案件平均罚款金额 8.8 万元。行政处罚案件数量排名前五的省份为：河北、江苏、广东、山东、河南。罚款金额排名前五的省份为：山东、广东、江苏、河北、浙江。（数据来源 2022 年 1 月 22 日生态环境部执法情况通报）

湖南省生态环境执法案件数据

| 年份   | 行政处罚决定书 | 行政处罚金额          | 涉新环保法 4 个配套办法案件 |      |       |              |
|------|---------|-----------------|-----------------|------|-------|--------------|
|      |         |                 | 查封扣押            | 限产停产 | 移送拘留  | 涉嫌污染犯罪移送公安机关 |
| 2020 | 2361 份  | 14121.047<br>万元 | 36 件            | 21 件 | 238 件 | 40 件         |
| 2021 | 2793 份  | 21586.822<br>万元 | 41 件            | 21 件 | 222 件 | 52 件         |

(数据来源于湖南省生态环境厅行政执法总体情况报告)

从湖南省生态环境部门近两年的行政执法数据来看，2021 年生态环境部门作出的行政处罚决定书较 2020 年增长 18.30%，行政处罚金额增长 52.87%。分析其增长的主要原因：一是 2021 年生态环境部门法律、法规和制度不断完善；二是行政监管、刑事司法和公益诉讼联动机制的建立；三是生态环境行政执法力度不断增强，中央和地方环保督察狠抓环境违法行为，“双随机、一公开”方式开展生态环境保护执法检查不断增加。

## 企业环保合规的主要内容

### (一) 企业设立阶段。

1. 依法进行环境影响评价。企业在建设活动之前，对建设项目的选址、设计和建成投产使用后可能对周围环境产生的不良影响进行调查、预测和评定，提出防治措施。

2. 依法履行“三同时”环境保护制度。建设项目中防治污染的设施，应当与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。防治污染的设施应当符合经批准的环境影响评价文件的要求，企业不得擅自拆除或者闲置。

3. 做到依法持证排污。依照法律规定实行排污许可管理的企业，应当依照《排污许可管理条例》规定申请取得排污许可证；未取得排污许可证的，不得排放污染物。

4. 执行危险废物经营许可。从事危险废物收集、贮存、处置经营活动的企业，应当依照《危险废物经营许可证管理办法》的规定，领取危险废物经营许可证。

### (二) 企业经营阶段。

1. 依法披露企业环境信息。企业应当根据《企业环境信息依法披露管理办法》的要求建立健全环境信息依法披露管理制度，规范工作规程，明确工作职责，建立准确的环境信息管理台账，妥善保存相关原始记录，科学统计归集环境信息。

2. 依法开展自行监测及安装自动监测设备。重点排污单位应当按照国家有关规定和监测规范安装使用监测设备，保证监测设备正常运行，保存原始监测记录。

3. 积极改善生产工艺，提高资源利用效率，提高清洁生产能力。不断采取改进设计、使用清洁的能源和原料、采用先进的工艺技术与设备、改善管理、综合利用等措施，从源头削减污染，提高资源利用效率，减少或者避免生产、服务和产品使用过程中污染物的产生和排放，以减轻或者消除对环境的危害。

4. 遵守应急管理规定。企业应当按照国家有关规定制定突发环境事件应急预案，报环境保护主管部门和有关部门备案。在发生或者可能发生突发环境事件时，企业应当立即采取措施依法处置。

5. 依法缴纳环保税。根据《中华人民共和国环境保护税法》的规定，在我国直接向环境排放应税污染物的企业为环境保护税的纳税人，应当依法缴纳环境保护税。

6. 依法开展后评价。企业在项目建设、运行过程中产生不符合经审批的环境影响评价文件的情形的，应当组织环境影响的后评价，采取改进措施，并报原环境影响评价文件审批部门和建设项目审批部门备案。

### 环保合规对企业的积极影响

1. 企业环境权益管理。结合企业情况，通过节约能源，降低碳排放，做好水权、排污权、碳排放权等各类资源环境权益的开发与管理（回购、借贷、债券、抵质押等），为企业带来新的经济增长。

2. 获得监管部门支持。在企业 IPO、再融资和并购重组审核中，证监会将进一步加大对环保问题的重点关注，积极支持符合条件的绿色企业利用资本市场做强做优做大。

3. 获得环境保护守信激励政策优惠。生态环境部门会根据企业环境行为信息，按照规定的指标、方法和程序，对企业环境行为进行信用评价，确定信用等级，并向社会公开。根据《企业环境信用评价办法》的规定，环保诚信企业，可享受十项激励性政策。

### 环保不合规对企业的负面影响

1. 污染环境、破坏生态承担侵权责任。《中华人民共和国民法典》第一千二百二十九条规定：“因污染环境、破坏生态造成他人损害的，侵权人应当承担侵权责任”。侵权人违反法律规定故

意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

2022年1月22日最高人民法院发布了《关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》（法释〔2022〕1号）对人民法院审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿进行了明确的规定。

2. 污染环境、破坏生态承担生态环境损害赔偿责任。《中华人民共和国民法典》第一千二百三十五条规定：“违反国家规定造成生态环境损害的，国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用：（1）生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失；（2）生态环境功能永久性损害造成的损失；（3）生态环境损害调查、鉴定评估等费用；（4）清除污染、修复生态环境费用；（5）防止损害的发生和扩大所支出的合理费用”。

3. 污染环境、破坏生态承担刑事责任。《中华人民共和国刑法》在第六章第六节【破坏环境资源保护罪】中规定了对于：违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境；违反国家规定，将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置等环境违法行为的刑事责任。

**结语：**企业是生态环境保护的责任主体，随着国家对生态文明建设的不断深化，企业应当重视环保合规管理，认真加强生态环境保护法律法规的学习，及时识别环境法律风险，以谋求企业的长远发展。

# 政府经济篇

# 政府专项债

## 2022年湖南省地方政府专项债用途调整五大特点

◆文 / 黄珍

近年来，随着专项债发行规模逐步加大，资金闲置和使用违规等问题非常普遍，专项债资金用途调整的需求也不断增加。2018年以来，财政部多次印发文件建立并不断完善专项债资金用途调整制度体系。2021年9月8日，财政部印发《地方政府专项债券用途调整操作指引》（财预〔2021〕110号）对项目调整条件、原则、程序、执行管理、信息公开、监督管理进行了细化规定。该指引明确“专项债券资金使用，坚持以不调整为常态、调整为例外。”省级财政部门原则上每年9月底前可集中组织实施1到2次项目调整工作，负责汇总各地调整申请，统筹研究提出包括专项债务限额和专项债券项目在内的调整方案，于10月底前按程序报省级政府批准后，报财政部备案。

2022年11月17日，湖南省财政厅发布《关于调整部分专项债券用途的公告》首次调整专项债券资金用途。本次调整调出项目23个，调入项目共计22个，调整已发行债券期数25期，调整金额307530.4724万元，调整金额占原发行金额的58.86%。从资金使用情况来看，涉及全额调整的项目7个，占比29.1%，专项债券期数8期，占比32%。回顾2022年湖南省地方政府专项债券用途调整情况，呈现出以下五大特点：

### 一、调整项目涉及2020年发行债券最多，其次为2021年发行的债券

从债券发行年度来看，调整涉及的债券大多数为2020年发行的专项债券，2021年为其次。其中，涉及全额调整发行金额的数量共计8期，均为2020年和2021年，分别为2020年5期，

2021年3期。具体见下图：



## 二、本次调整涉及 8 个地市，长沙调出项目、调整金额最多

2022年湖南省进行用途调整的地市共8个，其中长沙调整项目11个，数量最多，调整金额168923万元；其次为益阳、郴州，同为3个项目，调整金额分别为20739.8924万元和10967.58万元。另外湘潭调整项目1个，调整金额50000万；怀化调整项目1个，涉及发行期数2期，调整金额1100万元。其中涉及全额调整的项目8个，分别涉及长沙、常德、益阳、郴州和怀化5个地市，调整原因主要有新冠疫情对文旅产业造成的不利影响、项目在实施过程中发生重大变化，无专项债资金需求以及项目停止建设等。



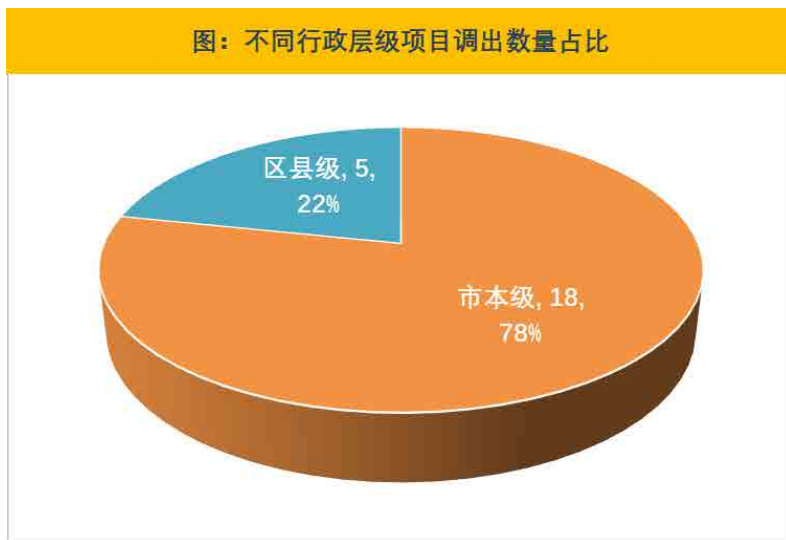
图：各地市涉及全额调整债券期数对比



### 三、市本级项目调整较多，区县调整、跨地区调整项目较少

本次进行用途调整的项目 23 个，从行政层级调整方向来看，用途调整均为相同层级之间调整，且 78% 的项目为市本级项目，绝大多数调向项目效益更高的产业园区基础设施项目以及项目进度更快的棚改项目。其中跨地区调整发生在长沙市本级与湘潭市本级之间。

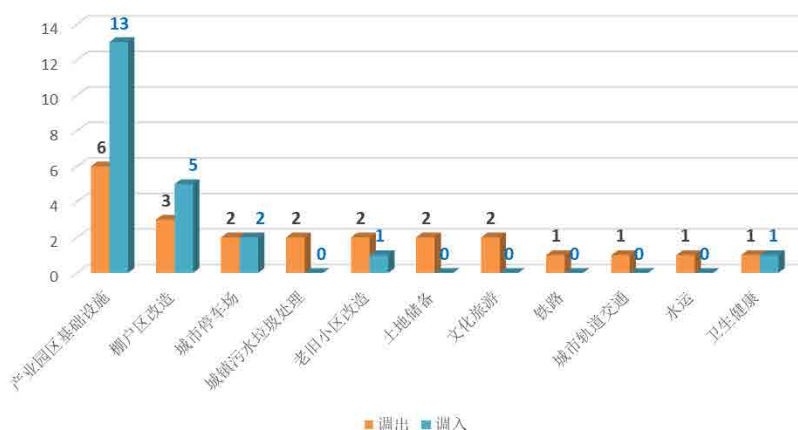
图：不同行政层级项目调出数量占比



### 四、跨领域调整为主，绝大多数调向产业园区基础设施项目

调整前项目用途涉及产业园区基础设施、文化旅游、老旧小区改造、棚户区改造和城市停车场，同领域调整项目 12 个，发生在棚户区改造和停车停车场项目、产业园区基础设施项目；跨领域调整项目 17 个，调向项目效益更高、资金需求相对更高的产业园区基础设施项目、项目进度更快的棚户区改造项目及城市停车场项目。（以上项目数据存在重叠，主要原因在于部分项目一对多、多对一调整）

图：市本级用途调整项目调出、调入对比



### 五、从调整原因来看，“钱等项目”“资金趴在账上闲置”的情形较多

《地方政府专项债券用途调整操作指引》第五条明确专项债券资金可以申请调整的具体情形包括：（一）项目实施过程中发生重大变化，确无专项债券资金需求或需求少于预期的；（二）项目竣工后，专项债券资金发生结余的；（三）财政、审计等发现专项债券使用存在违规问题，按照监督检查意见或审计等意见确需调整的；（四）其他需要调整的。

结合财政部《地方政府专项债券用途调整操作指引》明确的可申请调整情形，2022年湖南省地方政府专项债项目平衡方案中载明用途调整情况如下：一是竣工后专项债券资金发生结余的项目有5个；二是项目实施过程中发生重大变化，确无专项债券资金需求或需求少于预期的有5个；三是其他原因调整的项目9个，主要包括项目停止建设、项目建设进度滞后、项目业主发生变化，建设资金由社会资本方出资、项目所需资金不存在缺口，导致资金闲置、新冠疫情不可抗力的不利影响可能造成项目效益大幅降低，影响债券到期兑付等原因。从以上原因可看出，前期部分专项债项目存在“钱等项目”“资金趴在账上闲置”等问题，难以尽快形成实物工作量。依法及时调整专项债用途能有效提高资金使用绩效，发挥专项债拉动有效投资的作用。

### 结语

总体来看，调整部分专项债券项目资金用途对于加快盘活债券资金存量、避免资金闲置浪费、增强投资拉动经济能力都有着更为积极的作用，同时也折射出地方政府对专项债项目规划和管理不到位。建议各地方政府要强化专项债项目的前提评估和准备工作，做好前期设计和谋划，切实保证项目的稳定性和可行性，避免非正常因素的项目调整导致追责。



## 2022 年湖南省地方政府新增专项债券发行全貌 (918 个项目，累计发行 1486 亿元)

◆文 / 黄珍 李洁 欧铭

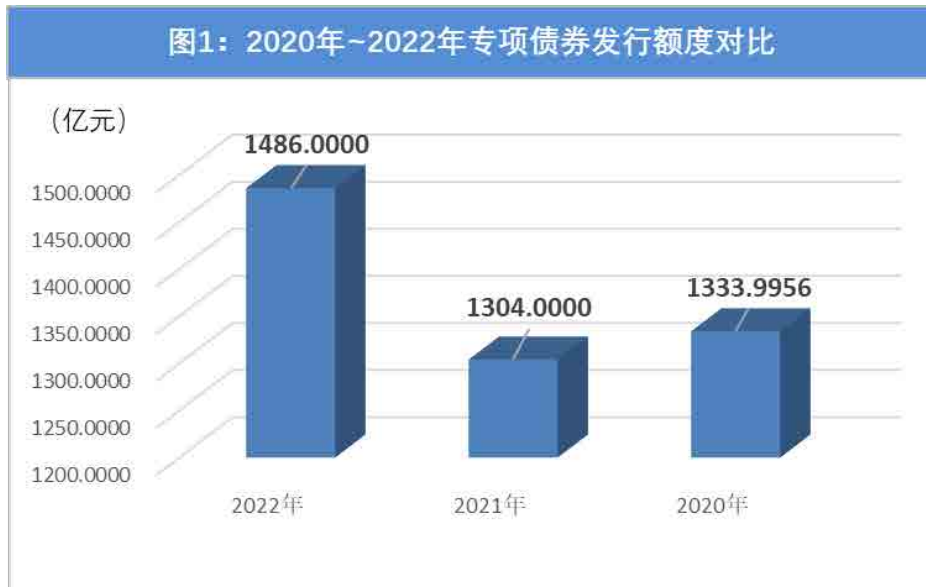
2022 年，疫情反复、国际局势动荡，经济下行压力持续增加，地方政府专项债券成为积极财政政策最直接有效的重要抓手，不但新增额度达到历史高位且发行节奏也明显前置，使用频率也较之以往明显提速。早发行、早下达、早使用、早形成实物工作量已成为 2022 年地方政府专项债券的时代标签。

2022 年湖南省地方政府新增专项债券共发行 142 期，累计发行总额 1486 亿元，囊括 5 年期、7 年期、10 年期、15 年期、20 年期、30 年期。

### 一、2022 年湖南省地方政府新增专项债发行概况

#### 发行规模创新高

按照中央“依法盘活地方存量专项债务限额支持重大项目建设”部署，财政部三批下达湖南省新增专项债务限额 1463 亿元，是近年来规模和力度最大的一年。加上上年结转今年发行的 23 亿元，2022 年湖南省地方政府新增专项债券发行规模达到 1486 亿元，较 2021 年同比增长 13.95%，发行规模创历史新高。



### 发行节奏明显前置

2022年湖南省地方政府新增专项债券发行节奏明显前置,截至10月底,除9月底下达的75亿元外,前期发行的1388亿全部在6月底发行完毕,全部新增专项债券支出进度达95%,是最快的一年,为加快形成实物工作量进而稳投资稳增长提供了有力支撑。

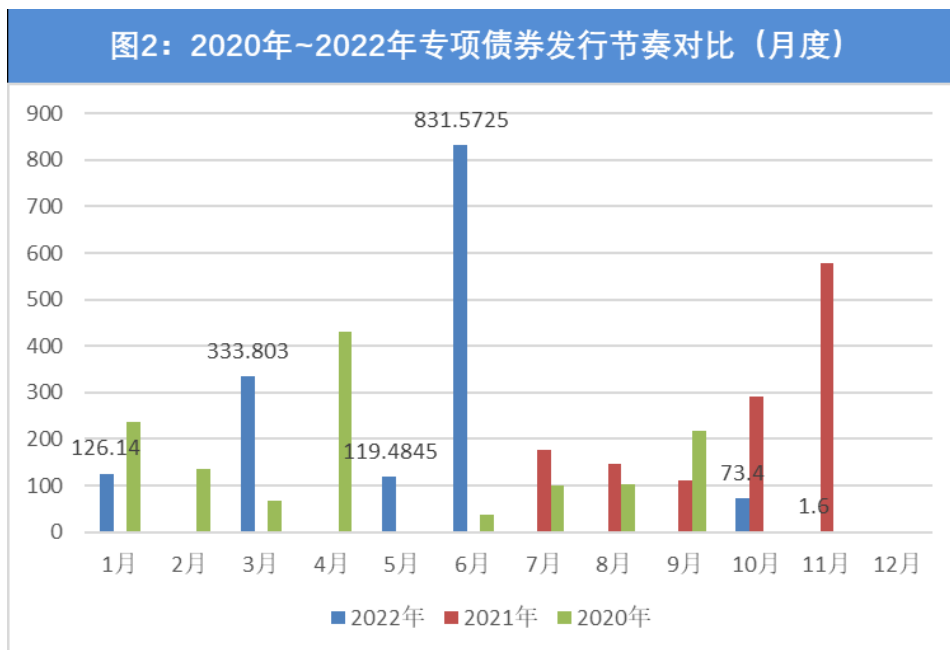
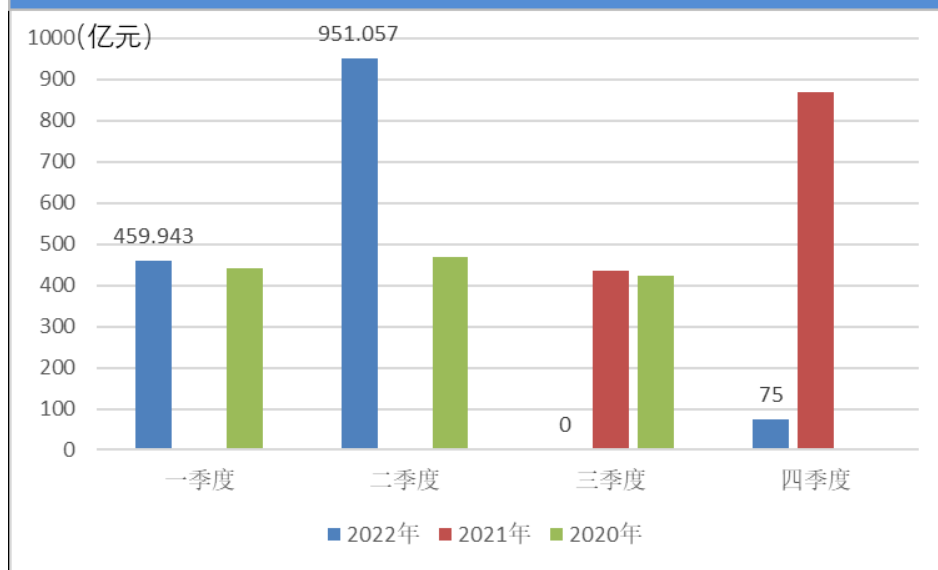


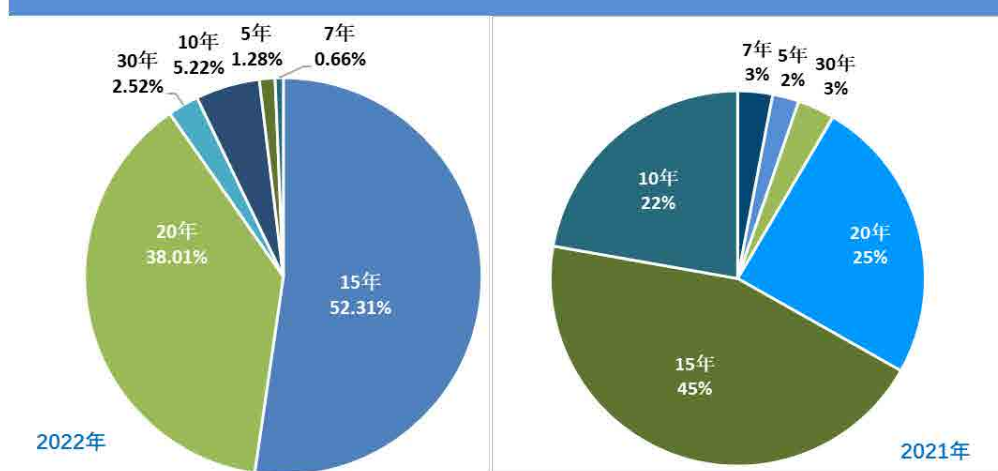
图3:2020年~2022年专项债券发行节奏对比 (季度)



### 平均发行期限延长

2022年, 由于期限相对较长的专项债发行较多, 湖南省地方政府专项债平均发行期限由14.76年延长至15.68年, 发行长期化趋势延续。从专项债期限结构占比看, 以15年期为主, 较之2021年占比回升6.69个百分点至52.31%, 次之为20年期, 较之2021年占比回升13.01个百分点至38.01%。10年及以上期限专项债整体占比较上年进一步上升约4个百分点至98.06%。

图4: 2021年~2022年各期限专项债券发行规模对比



### 平均发行利率下降

受利率中枢波动下行、发行市场化程度提升等影响，2022年地方债发行利率波动下降。专项债平均发行利率 3.05%，同比下降 24.66BP（基点）。

图5：2021年~2022年各期限新增专项债券发行平均利率对比



## 二、2022年湖南省地方政府新增专项债发行结构

### 发行品种同比：园区建设专项债券比例上升

2022年湖南省地方政府新增专项债券共发行 1486 亿元，发行品种包括园区建设、社会事业、交通基础设施建设、水务建设、农林水利、保障性安居工程、城乡冷链等物流基础设施 7 类专项债券。其中发行品种前三为园区建设、社会事业、交通基础设施：园区建设专项债券 716.4980 亿元、占比 48%，同比增长 6%；社会事业专项债券 257.6004 亿元，占比 17%，同比下降 4%；交通基础设施建设 190.1456 亿元，占比 13%，同比下降 2%。

图8-1：2022年新增专项债发行品种占比

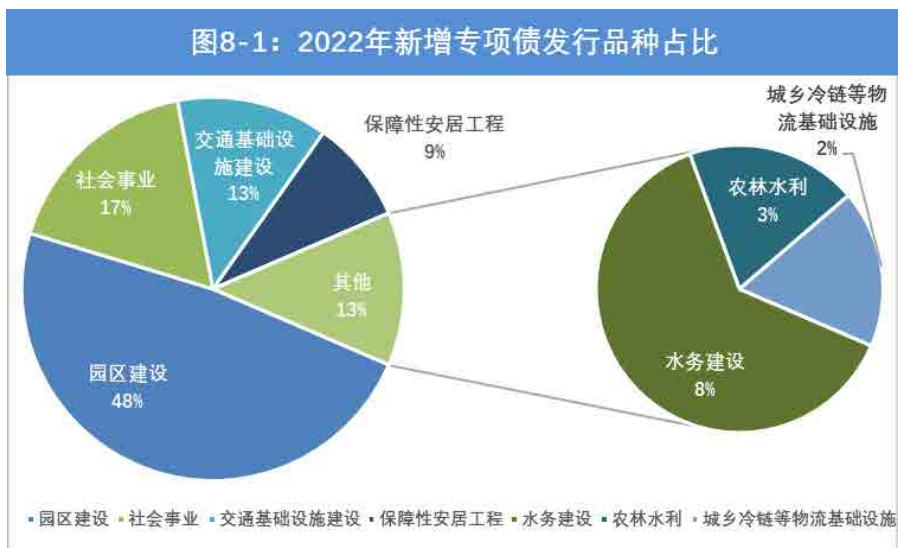
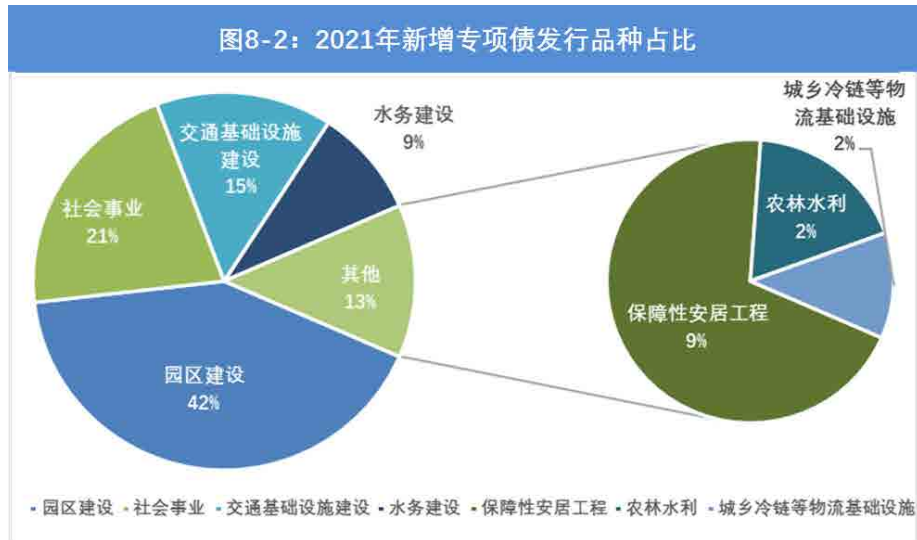


图8-2：2021年新增专项债发行品种占比



### 区域类比：长沙市一枝独秀，占据全省近五分之一份额

从发行区域来看，2022年湖南省地方政府新增专项债券在省本级和14市州成功发行1486亿元，其中长沙市发行最高，发行288.5633亿元，发行规模占全省发行规模的19.42%，其次是湘潭市发行163.2317亿元、岳阳市发行112.87亿元。

图6：2022年各区域新增专项债发行规模、项目数量对比



从行政层级来看，除长沙县发行额高于长沙市本级外，其余市州市本级均远远高于其他县市区。

图7：省本级及各市州发行额一览表

| 区域         | 发行额            | 区域         | 发行额            | 区域         | 发行额            | 区域          | 发行额           | 区域         | 发行额            |
|------------|----------------|------------|----------------|------------|----------------|-------------|---------------|------------|----------------|
| <b>省本级</b> | <b>2975795</b> | <b>岳阳市</b> | <b>1128700</b> | <b>郴州市</b> | <b>752700</b>  | <b>怀化市</b>  | <b>985200</b> | <b>邵阳市</b> | <b>811450</b>  |
| <b>长沙市</b> | <b>2885633</b> | 市本级        | 435800         | 市本级        | 140000         | 市本级         | 424600        | 市本级        | 319000         |
| 市本级        | 626200         | 临湘市        | 202600         | 北湖区        | 117700         | 澧浦县         | 81200         | 邵东市        | 84800          |
| 长沙县        | 805573         | 汨罗市        | 140400         | 永兴县        | 78100          | 沅陵县         | 74100         | 洞口县        | 69800          |
| 望城区        | 476860         | 平江县        | 109000         | 宜章县        | 74500          | 洪江市         | 64900         | 新邵县        | 58100          |
| 浏阳市        | 436300         | 岳阳县        | 68700          | 桂阳县        | 72200          | 麻阳县         | 45400         | 武冈市        | 57900          |
| 宁乡市        | 269100         | 华容县        | 62000          | 安仁县        | 53600          | 会同县         | 44200         | 新宁县        | 49600          |
| 芙蓉区        | 51800          | 湘阴县        | 41100          | 资兴市        | 50000          | 辰溪县         | 43400         | 隆回县        | 40900          |
| 开福区        | 70600          | 岳阳楼区       | 34100          | 嘉禾县        | 48300          | 芷江县         | 41800         | 绥宁县        | 40700          |
| 天心区        | 29600          | 君山区        | 19500          | 临武县        | 45000          | 新晃县         | 41100         | 邵阳县        | 27150          |
| 雨花区        | 65600          | 云溪区        | 15500          | 苏仙区        | 28500          | 靖州县         | 37400         | 城步苗族自治县    | 27100          |
| 岳麓区        | 54000          | <b>益阳市</b> | <b>801500</b>  | 桂东县        | 23600          | 通道县         | 36200         | 北塔区        | 17300          |
| <b>株洲市</b> | <b>967200</b>  | 市本级        | 316600         | 汝城县        | 15300          | 中方县         | 29500         | 双清区        | 12000          |
| 市本级        | 343700         | 安化县        | 103600         | 绥宁县        | 5900           | 鹤城区         | 18900         | 大祥区        | 7100           |
| 茶陵县        | 94800          | 赫山区        | 97700          | <b>永州市</b> | <b>1063100</b> | 保靖县         | 1500          | <b>娄底市</b> | <b>8086100</b> |
| 石峰区        | 91300          | 桃江县        | 93700          | 市本级        | 338600         | 凤凰县         | 1000          | 市本级        | 331600         |
| 醴陵市        | 89200          | 沅江市        | 74500          | 宁远县        | 128700         | <b>湘西州</b>  | <b>489600</b> | 娄星区        | 180000         |
| 天元区        | 66000          | 资阳区        | 51900          | 道县         | 96800          | 湘西州本级       | 137100        | 新化县        | 130600         |
| 芦淞区        | 64300          | 南县         | 51700          | 祁阳市        | 83600          | 吉首市         | 65700         | 涟源市        | 80500          |
| 荷塘区        | 63800          | 宁乡市、益阳市本级  | 32900          | 东安县        | 64600          | 保靖县         | 52900         | 双峰县        | 70800          |
| 攸县         | 58700          | 大通湖区       | 11800          | 零陵区        | 62800          | 龙山县         | 50500         | 冷水江市       | 15100          |
| 渌口区        | 58500          | <b>常德</b>  | <b>1049800</b> | 慈山县        | 60600          | 永顺县         | 43200         | <b>衡阳市</b> | <b>911600</b>  |
| 澧陵县        | 38900          | 市本级        | 327800         | 江华瑶族自治县    | 59400          | 花垣县         | 37100         | 市本级        | 469900         |
| <b>湘潭市</b> | <b>1632317</b> | 湘潭县        | 181500         | 冷水滩区       | 53400          | 凤凰县         | 35400         | 衡南县        | 79900          |
| 市本级        | 1425217        | 攸县         | 112800         | 新田县        | 40600          | 古丈县         | 27400         | 衡阳县        | 64000          |
| 湘潭县        | 70600          | 鼎城区        | 76600          | 双牌县        | 38900          | 泸溪县         | 21400         | 祁东县        | 62700          |
| 韶山市        | 42700          | 石门县        | 75400          | 江永县        | 30200          | 泸溪县         | 16100         | 衡东县        | 56800          |
| 湘乡市        | 31600          | 汉寿县        | 70800          | 金洞管理区      | 4900           | 凤凰县         | 2800          | 耒阳市        | 44100          |
| 雨湖区        | 36200          | 津市市        | 54100          |            |                | <b>张家界市</b> | <b>477900</b> | 常宁市        | 38600          |
| 岳塘区        | 26000          | 武陵区        | 43400          |            |                | 市本级         | 266900        | 衡山县        | 37200          |
|            |                | 临澧县        | 40900          |            |                | 慈利县         | 75500         | 南岳区        | 18100          |
|            |                | 安乡县        | 40600          |            |                | 永定县         | 67100         | 蒸湘区        | 13800          |
|            |                | 西洞庭管理区     | 10000          |            |                | 桑植县         | 60600         | 珠晖区        | 11000          |
|            |                | 西湖管理区      | 9100           |            |                | 武陵源区        | 7800          | 雁峰区        | 9000           |
|            |                | 安乡区        | 6800           |            |                |             |               | 石鼓区        | 6500           |

### 资金投向类比：产业园区配套建设、卫生健康、城镇老旧小区改造排名前三

2022年湖南省地方政府新增专项债券共发行918个公益性项目，重点投向产业园区配套建设、卫生健康、城镇老旧小区改造、城市停车场、教育等24个领域，新增新能源、新型基础设施领域。

表 1：投向领域、项目数量及发行额

| 投向领域          | 项目数量 | 发行金额（亿元） |
|---------------|------|----------|
| 产业园区基础设施      | 291  | 709.428  |
| 卫生健康          | 126  | 121.0609 |
| 城镇老旧小区改造      | 83   | 91.6057  |
| 城市停车场         | 70   | 74.3458  |
| 教育（学前教育和职业教育） | 61   | 50.5495  |
| 供水            | 54   | 65.2217  |
| 文化旅游          | 46   | 67.18    |
| 城镇污水垃圾处理      | 50   | 56.1186  |
| 其他社会事业        | 26   | 16.1     |
| 城乡冷链等物流基础设施   | 24   | 34.1     |
| 棚户区改造         | 22   | 32.2     |
| 水利            | 20   | 16.63    |
| 铁路            | 9    | 42.1098  |
| 农业            | 9    | 19.99    |
| 收费公路          | 6    | 35       |
| 保障性租赁住房       | 5    | 5.82     |
| 养老            | 6    | 2.35     |
| 地下管廊          | 2    | 4.57     |
| 水运            | 2    | 3.02     |
| 城市轨道交通        | 2    | 12.9     |
| 公共租赁住房        | 1    | 0.2      |
| 机场（不含通用机场）    | 1    | 22.4     |
| 林业            | 1    | 0.6      |
| 天然气管网和储气设施    | 1    | 2.5      |

2022年安排专项债资金10亿元及以上的项目12个，体现了集中债券资金办大事，加大了对中央和省委省政府部署的重要政策、重点区域的支持力度，如长株潭三地都市圈建设、湖南自贸区建设。

表 2：使用 2022 年专项债券 10 亿元以上的重点项目

| 序号 | 市州  | 县市区 | 投向领域     | 2022年安排专项债10亿元以上的重点项目            | 项目金额<br>(亿元) |
|----|-----|-----|----------|----------------------------------|--------------|
| 1  | 长沙市 | 长沙县 | 产业园区基础设施 | 中国（湖南）自由贸易试验区黄花国际贸易港智慧物流一期建设项目   | 30           |
| 2  | 长沙市 | 市本级 | 机场       | 长沙机场改扩建项目                        | 22.4         |
| 3  | 常德市 | 市本级 | 铁路       | 常益长铁路常德站及配套基础设施建设项目              | 21           |
| 4  | 益阳市 | 市本级 | 产业园区基础设施 | 益阳国家级高新区通信装备及零部件研发生产基地项目（一期）     | 15           |
| 5  | 岳阳市 | 市本级 | 产业园区基础设施 | 岳阳临港高新技术产业开发区新一代数字信息技术产业园基础设施期项目 | 14.6         |
| 6  | 湘潭市 | 市本级 | 产业园区基础设施 | 湘潭经济技术开发区智能装备制造产业孵化基地建设项目        | 12.73        |
| 7  | 株洲市 | 市本级 | 产业园区基础设施 | 株洲高新技术产业园区配套设施项目                 | 11.97        |
| 8  | 怀化市 | 市本级 | 产业园区基础设施 | 怀化市省级经济开发区承接产业转移标准化厂房及配套设施项目二期   | 11           |
| 9  | 怀化市 | 市本级 | 收费公路     | 靖州至黎平（湘黔界）公路项目                   | 10           |
| 10 | 岳阳市 | 临湘市 | 产业园区基础设施 | 临湘工业园沿江化工企业退出和转型升级发展项目           | 10           |
| 11 | 长沙市 | 市本级 | 城市轨道交通   | 长沙市轨道交通1号线北延线一期工程                | 10           |
| 12 | 长沙市 | 娄星区 | 产业园区基础设施 | 娄星产业开发区涟钢周边环境综合整治区域基础设施建设项目      | 10           |

### 专项债用作资本金同比：项目数量、投向领域较 2021 年有所减少

在政策持续强调发挥专项债“四两拨千斤”作用、加强金融机构配套融资支持、带动扩大有效投资的要求下，2022 年专项债用作项目资本金的项目 5 个（市本级 4 个，县市区 1 个），用作资本金数额 13.4332 亿元，资金投向领域集中在收费公路和水利。2021 年专项债用作项目资本金的项目 9 个（市本级 7 个，县市区 2 个），用作资本金数额 24.13 亿元。同比 2021 年项目数量和用作资本金数额均有所减少。

从投向领域来看，2022 年专项债用作项目资本金的项目集中在收费公路和水利。2021 年专项债用作项目资本金的项目集中在城镇污水垃圾处理、供水、城市轨道交通、城市停车场、铁路、机场。同比 2021 年，投向领域有所减少。

表 3：2022 年湖南省地方政府专项债用作项目资本金的项目

| 序号 | 市州      | 项目名称              | 发行金额<br>(亿元) | 总投资金额<br>(亿元) | 用作资本金数额<br>(亿元) | 市场化融资金额<br>(亿元) |
|----|---------|-------------------|--------------|---------------|-----------------|-----------------|
| 1  | 怀化市本级   | 靖州至黎平(湘黔界)公路项目    | 10.0000      | 56.4911       | 1.6317          |                 |
| 2  | 宁乡市、益阳市 | 宁乡至韶山项目           | 3.2900       | 47.3142       | 3.29            |                 |
| 3  | 永州市本级   | 湖南省萍天天河水库扩建工程灌区项目 | 2.0000       | 40.1831       | 1               | 2.00            |
| 4  | 衡阳市本级   | 祁东归阳至常宁莲塘项目       | 7.0000       | 33.2780       | 6.0415          |                 |
| 5  | 长沙县     | 江背至干杉公路项目         | 1.4700       | 21.5090       | 1.47            |                 |

表 4：2021 年湖南省地方政府专项债用作项目资本金的项目

| 序号 | 辖区    | 项目名称                   | 项目总投资<br>(亿元) | 发行金额<br>(亿元) | 用作资本金数额<br>(亿元) | 项目市场化融资金额<br>(亿元) |
|----|-------|------------------------|---------------|--------------|-----------------|-------------------|
| 1  | 长沙市本级 | 长沙市新开铺污水处理厂二期改扩建工程     | 4.11          | 1.00         | 1.00            |                   |
| 2  | 长沙市本级 | 长沙市花桥污水处理厂改扩建工程(三期)    | 11.57         | 0.50         | 0.50            |                   |
| 3  | 长沙市本级 | 长沙磁浮东延线接入T3航站楼工程项目     | 27.87         | 5.30         | 5.30            | 13.69             |
| 4  | 长沙市本级 | 长沙城市智慧公交停车设施项目         | 8.17          | 2.00         | 2.00            |                   |
| 5  | 永州市本级 | 永州市冷水滩河东污水处理厂及配套工程(一期) | 4.25          | 2.00         | 1.00            |                   |
| 6  | 常德市本级 | 常德市高铁枢纽站站前南北广场建设项目     | 18.30         | 6.53         | 1.83            |                   |
| 7  | 长沙市本级 | 长沙市第二水厂扩建工程            | 11.15         | 2.00         | 2.00            | 0.59              |
| 8  | 长沙县   | 长沙县城乡供水一体化项目           | 5.88          | 0.50         | 0.50            |                   |
| 9  | 长沙县   | 长沙机场改扩建项目              | 429.67        | 10.00        | 10.00           | 114.84            |

### 市场化配套融资同比：项目数量和金额减少，区域更为集中

《国务院关于印发扎实稳住经济一揽子政策措施的通知》(国发〔2022〕12号)强调，在依法合规、风险可控的前提下，财政部会同人民银行、银保监会引导商业银行对符合条件的专项债券项目建设主体提供配套融资支持，做好信贷资金和专项债资金的有效衔接。

中国债券信息网披露数据显示，2022年市场化融资参与专项债项目24个，市场化配套融资金额446.6961亿元，配套比例平均27.78%，且基本上集中在长沙市，较之2021年项目数量和金额都有所减少，区域更为集中，反映了2022年长沙市以外的其他地市项目市场化融资难度更大。

2022年市场化配套融资项目资金投向领域集中在园区建设、城乡冷链等物流基础设施、城市轨

道交通、城镇老旧小区改造、机场、水利等领域。配套比例园区建设平均 27.91%，其中宁乡市现代农业三产融合示范区项目配套比例最高达 53%，交通基础设施建设平均 28.83%，其中长沙市轨道交通 1 号线北延线一期工程配套比例最高达 43.63%，城乡冷链等物流基础设施平均 35.3%，其中长沙（金霞）物流枢纽建设（二期）项目配套比例最高达 40.85%。

表 5：2022 年专项债市场化配套融资投向领域、配套比例

| 区域          | 项目数量 | 项目总投资金额     | 发行金额  | 项目市场化融资金额 | 市场化融资配套比例 |
|-------------|------|-------------|-------|-----------|-----------|
| 长沙市         | 22   | 1560.960251 | 91.32 | 444.0211  | 28.45%    |
| 产业园区基础设施    | 17   | 1023.679724 | 56.06 | 286.92    | 28.03%    |
| 城市轨道交通      | 1    | 61.109164   | 10    | 26.6645   | 43.63%    |
| 城乡冷链等物流基础设施 | 2    | 43.433212   | 2     | 15.33     | 35.30%    |
| 城镇老旧小区改造    | 1    | 3.064951    | 0.86  | 0.27      | 8.81%     |
| 机场（不含通用机场）  | 1    | 429.6732    | 22.4  | 114.8366  | 26.73%    |
| 株洲市         | 1    | 6.734449    | 2.8   | 0.675     | 10.02%    |
| 产业园区基础设施    | 1    | 6.734449    | 2.8   | 0.675     | 10.02%    |
| 永州市         | 1    | 40.1831     | 2     | 2         | 4.98%     |
| 水利          | 1    | 40.1831     | 2     | 2         | 4.98%     |
| 总计          | 24   | 1607.8778   | 96.12 | 446.6961  | 27.78%    |

表 6：2021 年专项债市场化配套融资投向领域、配套比例

| 区域          | 项目数量 | 项目总投资金额     | 发行金额   | 项目市场化融资金额  | 市场化融资配套比例 |
|-------------|------|-------------|--------|------------|-----------|
| 长沙市         | 22   | 1550.364828 | 113.52 | 454.866854 | 29.34%    |
| 产业园区基础设施    | 14   | 437.637048  | 41.54  | 158.08     | 36.12%    |
| 城市轨道交通      | 1    | 27.868459   | 5.3    | 13.688459  | 49.12%    |
| 城乡冷链等物流基础设施 | 1    | 12.340494   | 3      | 2.47       | 20.02%    |
| 供水          | 1    | 11.151408   | 2      | 0.585695   | 5.25%     |
| 机场（不含通用机场）  | 4    | 987.311454  | 55.08  | 260.3152   | 26.37%    |
| 水运          | 1    | 68.80858    | 3      | 21.5275    | 31.29%    |
| 文化旅游        | 1    | 11.503914   | 4.5    | 1.2        | 10.43%    |
| 娄底市         | 2    | 73.5968     | 11.35  | 7          | 9.51%     |
| 产业园区基础设施    | 2    | 73.5968     | 11.35  | 7          | 9.51%     |
| 永州市         | 2    | 80.3662     | 4      | 4          | 4.98%     |
| 水利          | 2    | 80.3662     | 4      | 4          | 4.98%     |
| 岳阳市         | 1    | 25.080986   | 1      | 17         | 67.78%    |
| 产业园区基础设施    | 1    | 25.080986   | 1      | 17         | 67.78%    |
| 株洲市         | 1    | 6.734449    | 1.19   | 0.675      | 10.02%    |
| 产业园区基础设施    | 1    | 6.734449    | 1.19   | 0.675      | 10.02%    |
| 总计          | 29   | 1742.399802 | 131.96 | 486.541854 | 27.92%    |

### 三、2023 年新增专项债预测及展望

2022 年 12 月 16 日，中央经济工作会议强调突出做好“三稳”工作，“积极的财政政策要加力提效”。2023 年 1 月 4 日财政部部长刘昆接受采访时表示，2023 年将合理安排地方政府专项债券规模，适度扩大专项债券资金投向领域和用作资本金范围，持续形成实物工作量和投资拉动力，推动经济运行整体好转。专项债投向领域和用作资本金范围扩大，有利于扩充适用于专项债的项目数量。但是积极的财政政策要“提效”，对项目要求也更加精准，这就要求各地方政府必须坚持“资金跟着项目走”，进一步提升项目储备质量及数量，加快合格项目储备，推动项目尽快形成实物工作量。同时，在稳增长压力下，专项债仍将保持较快的发行节奏，各地方政府要用好用足专项债，提升资金使用效率，避免后续用途调整常态化。

2022 年年底湖南省财政厅发布《2023 年一季度湖南省地方政府债券发行安排表》明确一季度拟发 500 亿元，额度上不及 2022 年发行计划 643 亿元，与 2022 年一季度实际发行 459.943 亿元基本持平。2023 年第一批专项债预计在春节后即将开启，各地方政府可提前做好项目储备，尤其是重点项目要积极做好项目谋划、备好申报材料，为争取专项债券成功发行做好准备。

注：报告数据来源于中国债券信息网、2023 年湖南省级预算报告。

# 数据合规篇



## 欧盟《数据治理法案》解读及对我国政务数据开放的启示

◆文 / 贺湘君 蒋芷翌

### 引言

数据开放、共享和利用是实现数据价值的重要手段。涉及公共服务的数据由于其自身的特殊性，在价值的实现上会受到一定程度的阻碍，需要在制度和实践层面上对实现其价值进行支持、推动和规范。《欧盟数据治理法案》对欧洲公共数据的共享和利用有重要作用，同时也对我国政务数据开放的规范和治理有着借鉴意义。

### 一、近年来欧盟数据保护相关的主要立法和文件

自2018年《通用数据保护条例》生效以来，欧盟陆续发布了多个数据保护相关的法律和文件，大体可以分为三类。第一类是战略性文件，内容主要是围绕欧盟历史以及未来5-10年内实现

数字经济相关的政策措施和投资策略，例如《欧盟数据战略》《欧盟人工智能白皮书》等；第二类是针对不同类型或数据流通方式而制定的相关法律，例如《通用数据保护条例》《非个人数据自由流动条例》《开放数据和公共部门信息再利用指令》《欧盟数据治理法案》《数据法案》等；第三类是关于谷歌、Meta等数字服务提供商的权利义务以及市场竞争规则的相关法律，如《数字内容指令》《数字市场法案》《数字服务法案》等。为便于对近年来欧盟数据保护相关立法和文件形成体系性认知，以及对其中具体内容的进一步研究，我们对上述法律和文件作如下简要梳理：

| 名称   | 时间   | 主要内容                          |
|--|--|-------------------------------|
| 《通用数据保护条例》<br>General Data Protection Regulation, GDPR   | 2018.5.25 生效                                 | 针对欧盟境内居民的个人数据和隐私保护规定          |
| 《非个人数据自由流动条例》<br>Regulation on the Free Flow of Non-personal Data                                  | 2019.5 生效                                    | 针对保障非个人数据的跨境和跨信息系统流动的规定       |
| 《数字内容指令》<br>Digital Content Directive  | 2019.5.22 发布                                 | 针对数字内容合同的合规性判断标准以及权利救济体系的规定   |
| 《开放数据和公共部门信息再利用指令》<br>Directive on open data and the re-use of public sector information           | 2019.6.20 发布                                 | 针对欧洲地区可重用数据跨境使用的规定            |
| 《欧盟数据战略》<br>A European Strategy for Data   | 2020.2.19 发布                                 | 针对欧盟未来五年实现数字经济所需的政策措施和投资策略    |
| 《欧盟人工智能白皮书》<br>White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust | 2020.2.19 发布                                 | 针对促进人工智能发展和处理相关技术应用风险的投资和监管政策 |
| 《数字市场法案》<br>Digital Markets Act, DMA   | 2020.12.15 发布草案<br>2022.3.24 欧洲理事会和欧盟委员会达成一致 | 针对欧盟单一市场和全球范围内数字服务平台竞争环境的规定   |
| 《数字服务法案》<br>Digital Service Act, DSA   | 2020.12.15 发布草案                              | 针对数字用户基本权利保障和建立数字服务平台治理空间的规定  |
| 《欧盟数据治理法案》<br>European Governance Data Act, DGA  | 2020.11.25 发布草案<br>2022.4.6 欧洲议会通过           | 针对增加数据可及性以开发新产品和服务的规定         |
| 《数据法案》<br>Data Act, DA   | 2022.2.23 发布草案                               | 针对数据流转障碍和引导、促进数据利用的规定         |

## 二、《数据治理法案》的立法背景和主要内容

### （一）两大战略性文件的实践结果

《欧洲数据战略》与《欧洲人工智能白皮书》两份报告强调建设欧洲“共同数据空间”和“单一数据市场”，并且《欧盟数据战略》第五部分“战略（The strategy）”中的建立“数据访问和使用的跨部门治理框架”总结了四项实现该目标的关键措施（Key actions），其中第一项就是“在2020年第四季度为欧洲共同数据空间的治理提出立法框架”[1]，《数据治理法案》正是这第一项关键措施的实践结果。《数据治理法案》在现有数据市场中树立了良好的框架作用，其让数据交换不再受到物理存储空间的影响，为涉及多方权利的公共数据规范了统一的二次利用指引。

### （二）三项数据共享机制的构建

《数据治理法案》出台之前，欧盟在数据共享过程中经常会出现因缺乏对数据共享的信任，而产生难以重复使用相关数据的障碍，导致数据使用的成本过于高昂。《数据治理法案》的核心宗旨就是要通过构建数据共享机制，提升数据共享服务，增强数据的可用性。为实现这一宗旨，《数据治理法案》主要构建了公共数据再利用、数据共享服务和数据利他三大机制。

#### 1、公共数据再利用机制

《数据治理法案》从数据类别、禁止独占、再利用条件、费用、主管机构、单一信息点六个

部分构建公共数据再利用机制，主要包括以下几个方面的内容：（1）不强制公共部门许可数据再利用，不免除公共部门对数据的保密义务。（2）原则上禁止公共数据的独家许可或最终目的和效果是限制数据再利用的行为，除非是为提供符合一般普遍利益的服务或产品所必须，且期限不得超过三年、理由应当公开。（3）公共数据的再利用应当遵循技术安全、知识产权、保密、向第三国转让等方面的条件。（4）允许公共部门收取费用，但费用应当符合非歧视性、比例原则和客观合理，且不能限制竞争。（5）应当指定专门负责公共数据许可的主管机构。（6）确保公共数据的再利用条件和费用相关信息可通过单一信息点获得。

#### 2、数据共享服务机制

数据共享服务机制主要是从通知制度、共享条件、主管部门、合规监管和例外情形五个方面来进行构建。主要内容包括：（1）应当履行通知义务的共享服务包括：数据持有者（法人）与潜在数据用户之间的中介服务、寻求利用其个人数据的数据主体与潜在数据用户之间的中介服务和数据合作服务。（2）通知的义务主体、程序、内容、管理和费用收取。（3）数据共享服务应当遵循目的、用途、标准、程序和技术安全等方面的条件。（4）应当指定负责执行通知制度的主管部门，并且该主管部门应当根据具体需求与其它相关部门进行信息互通，以及按规定履行对数据共享服务提供者的监督和管理义务。

### 3、数据利他机制

数据利他机制的核心内涵是鼓励数据持有者基于公共利益同意他人处理和利用与其相关的数据，并通过设立“数据利他组织”以推动数据共享。例如个人基于公共目的提供部分个人通讯数据和医疗数据，可用于预测某地治安状况和制定某些疾病的诊疗方案。《数据治理法案》构建数据利他机制的内容主要包括：（1）从事数据利他活动的组织应当具备相关资质，并遵循登记和注册程序。（2）在透明度要求下，从事数据利他活动的实体应当按要求保留记录和向主管部门提交活动报告。（3）应当指定负责组织登记的主管部门，并且该主管部门应当按规定履行对数据利他组织的监督和管理义务。（4）通过实施法案制定统一的基于数据利他的数据收集同意书。

#### 三、《数据治理法案》对我国政务数据开放的启示

与欧盟《数据治理法案》中的“公共部门数据（public sector data）”相类似 [2]，我国通常所说的“政务数据”，是指政府部门以及法律、法规授权具有公共管理或服务职能的事业单位和社会组织在履行公共职能时收集、生成和管理的数据，包括直接或者通过第三方依法采集、依法授权管理和因履行职责需要依托政务信息系统形成的数据。近年来，我国政务数据开放无论是在立法层面还是在各级政府实践层面已产生部分成果，但在这过程中还普遍存在数据结构差异明显、

标准不统一、质量参差不齐、开放共享不足等问题，一些政府部门对数据资源“不敢开放、不能开放、不愿开放”，甚至极个别相关主体还存在数据灰色交易和数据滥用的现象。通过对欧盟《数据治理法案》的解读，能够获得对我国政务数据开放治理的如下几点启示。

#### （一）制定和完善政务数据开放相关法律和政策

与《通用数据保护条例》专注于个人数据和隐私保护不同，《数据治理法案》是专门针对公共数据共享而进行规则设计，其中数据类别涉及农业、健康、金融/银行、能源、交通、可持续发展/环境、公共服务、智能制造等多个领域，对数据类别、开放机制、规范条件、主管部门、监督管理、费用收取等方面均作出了细致规范。然而，我国《数据安全法》虽然设有专章（第五章）对“政务数据安全与开放”进行规定，但相关表述均属于原则性和概括性内容，目前并没有国家层面的、具有针对性、可操作性的规则出台。随着我国“数字政府”建设的不断加强 [3]，随着“智慧政务”“互联网+政务”等模式的发展，多领域、多行业、多数据种类的数据汇集和开放问题已经日益凸显。因此，对于我国政务数据的开放，亟需借鉴《数据治理法案》的方式，在不同的公共政务领域制定细化的数据开放细则，依据我国的政务数据及政务服务发展的实际情况，对数据权属、开放共享机制、费用收取、技术安全、救济方式、责任承担等方面进行细致规定，为相关主体的具体实践提供依据和解决方案。

## （二）进一步厘清政务数据开放主管部门的职责范围

“指定主管部门”是《数据治理法案》三大机制内容中的重要部分，其规定了公共数据再利用、数据共享服务、数据利他三大机制下对应的政府主管部门、职责范围，以及其对相关主体的监督管理职权，同时还规定了相关主体在上述机制中应当履行的义务。同样，我国政务数据开放过程中，往往也会涉及不同政府部门、事业单位、公共服务机构、企业、个人等多个复杂主体。不同主体由于在自身性质、数据类别、主营业务、主管部门等方面都存在较大不同，导致数据开放共享时会产生许多问题。然而在此过程中，相关政府机构、数据主管部门和相关社会主体之间的权责并不清晰。因此，我们可以借鉴《数据治理法案》的思路，细化不同数据场景下数据开放行为所涉及的政府及对应主体的权责要求，一方面可以加强对数据开放共享的管理和监督，为各方主体提供指引；一方面可以更好地提升和发挥政府平台的作用，为数据持有者、数据共享服务提供者和潜在用户等相关主体提供数据流转的官方规范，提高政务数据资源整合和利用能力，从而最大程度发挥政务数据资源的价值。

## （三）统一规范政务数据标准和处理环境

统一规范数据标准和处理环境是《数据治理法案》关于“提供数据共享服务的条件”中的另一项重要内容。简言之，数据共享服务提供商应当确保其提供的数据符合当地统一标准；数据共

享服务应置于单独的法律实体中。[4] 实践中，数据标准不统一将直接导致政务数据变成“孤岛”；从数据利用的角度看，碎片化的数据、重复数据、以及一数多源等问题，均是政务数据融合、治理、利用过程中的障碍。因此，建立统一规范的政务数据标准和处理环境，确立关键共性标准值，无疑对政务数据的高效汇集和利用起到至关重要的作用，它可以更好地实现不同政务数据库之间的互联互通，提升主管部门对政务数据的整合及利用能力，提高数据关联和分析水平。同时，在规范独立的处理环境下，保证政务数据开放共享的安全性，构建可靠的政务数据开放共享网络。

## 结语

近年来，国家领导人在两会和政府工作报告等重要场合中多次作出“政府数据要尽最大可能公开”“加快政府信息系统互联互通，打通信息孤岛”等相关重要指示，并且各级政府已经在政务数据开放共享、价值挖掘等方面开展各类实践，我国对于政务数据公开的规范和治理有着紧迫的现实需求。因此，在充分借鉴欧盟等其它国家和地区立法和实践的基础上，应当从制度的顶层设计到具体操作层面对我国政务数据开放进行全面的构建和完善，以期打造新型智慧数字政府建设的“中国路径”。

## 注释：

[1] See A European strategy for data 5 (A).

[2] 根据《数据治理法案》第2条第(11)

项定义，“公共部门机构（Public Sector Body）”是指国家、地区或地方当局、受公法管辖的机构，或由一个或多个此类当局或一个或多个此类受公法管辖的机构组成的协会。See Data Governance Act, Article 2 (11). 这与我国通常所说的政务数据的内涵相似。

[3] 习近平主持召开中央全面深化改革委员会第二十五次会议强调，加强数字政府建设是创新政府治理理念和方式的重要举措，对加快转变政府职能，建设法治政府、廉洁政府、服务型政府意义重大。

[4] See Data Governance Act, Article 11 (1), (4).

（本文刊发于《长沙律师》2022年第2期）



## 民事诉讼

# 新基建之“数字政府”的数据安全及个人信息保护之道

◆文 / 贺湘君 蒋芷翌

“新基建”，即“新型基础设施建设”，在2018年12月21日中央经济工作会议中被第一次提及，会议中指出：要加强人工智能、工业互联网、物联网等“新型基础设施建设”。根据中国信息通信研究院测算，“十四五”期间我国新基建投资将达到10.6万亿，占全社会基础设施投资10%左右。新基建已逐步成为推动数字经济发展的主要基础引擎。

### 一、新基建的实质是数字化建设

根据官方的进一步解释，新基建指发力于科技端的基础设施建设，主要包括5G基建、特高压、城际高速铁路和城际轨道交通、新能源汽车充电桩、大数据中心、人工智能和工业互联网七大领

域。可以看出，新基建的实质是信息数字化的基础设施建设。并且，在这七大领域中，5G基建、大数据中心、人工智能和工业互联网四个领域可以说是完全以数据为核心；特高压、城际高速铁路和城市轨道交通三个领域也需要以数据为重要支撑。因此，新基建为数字经济创造更多数据生产要素的同时，也对数据治理提出了更多挑战。

除此之外，随着我国以《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》为基础的数据安全及个人信息保护法律体系逐步构建，以及相关监管部门的执法愈趋严格，数据合规在新基建中的重要性日益凸显。尤其是新基建的统筹推进离不开政府的积极作为，这既是基础设施建设的内在特性和建设特点，也是实现目标和解决困难的

必然路径。因此，梳理《数据安全法》《个人信息保护法》中与政府相关的特别规定，以及厘清政府在新基建中与数据相关的主要角色和责任，对政府在新基建中合规履职、实现数据的有效治理有着至关重要的意义。

### 二、《数据安全法》《个人信息保护法》中与政府相关的主要规定

#### （一）两大法律对政府的适用范围？

根据《数据安全法》第二条和《个人信息保护法》第三条的规定，只要是在中国境内以及境外特定情形下开展数据处理活动及其安全监管，或处理自然人个人信息的，均适用该两部法律。因此，政府在从事数据处理活动及其安全监管，或处理自然人个人信息时，完全适用该两部法律的规定。除此之外，由于政府自身的特殊性质，两部法律中有针对政府的特别规定，例如《数据安全法》第五章、《个人信息保护法》第二章第三节等，该部分的内容对于政府从事上述数据相关活动直接并且优先于其他规定适用。但需要注意的是，这并不意味着特别规定中未提及的，或者其他与特别规定不冲突的条款被排除适用，政府仍然需要遵循其他与数据安全和个人信息保护的相关规定。

#### （二）两大法律对政府处理数据的重点要求有哪些？

##### 1、对政府收集和使用数据的要求

根据《数据安全法》第三十八条的规定，政

府收集和使用数据的范围是其法定职责，条件和程序是依照法律、行政法规规定，并且对在其履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息数据负有保密义务，不得泄露或者非法向他人提供。

##### 2、对政府委托他人处理数据的要求

根据《数据安全法》第四十条的规定，政府委托他人建设、维护电子政务系统，以及存储、加工政务数据，须经过严格的批准程序，并且还须监督受托方依照法律、法规的规定和合同约定履行相应的数据安全保护义务，不得擅自留存、使用、泄露或者向他人提供政务数据。

##### 3、对政府公开数据的要求

根据《数据安全法》第四十一条和第四十二条的规定，除依法不予公开的，政府应当遵循公正、公平、便民的原则，按照规定及时、准确地公开政务数据。除此之外，政府还应当制定政务数据开放目录，构建统一规范、互联互通、安全可控的政务数据开放平台，推动政务数据开放利用。

##### 4、对政府处理个人信息的要求

根据《个人信息保护法》第三十四条和第三十五条的规定，政府处理个人信息的范围和限度是其法定职责，权限和程序是依照法律、行政法规规定。并且，除本法第十八条第一款规定的情形，或者告知将妨碍国家机关履行法定职责的，

政府应当履行告知义务。

### 5、对政府存储个人信息的要求

根据《个人信息保护法》第三十六条的规定，政府须在中国境内存储个人信息；确需向境外提供的，须进行安全评估。

#### (三) 政府数据处理行为不符合要求的法律后果

政府及其工作人员未依法履行数据安全和个人信息保护义务的，根据相关法律规定可能承担如下四类后果：

1、行政处分。根据《数据安全法》第四十九条和《个人信息保护法》第六十八条的规定，政府不履行数据安全保护或个人信息保护义务的，以及履行数据安全监管或个人信息保护职责的政府工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分；

2、行政处罚。根据《数据安全法》第五十二条和《个人信息保护法》第七十一条规定，违反《数据安全法》《个人信息保护法》构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；

3、民事责任。根据《数据安全法》第五十二条《个人信息保护法》第六十九条的规定，违反《数据安全法》《个人信息保护法》给他人造成损害的，依法承担民事责任；

4、刑事责任。根据《数据安全法》第五十二条和《个人信息保护法》第七十一条的规

定，违反《数据安全法》《个人信息保护法》规定构成犯罪的，依法追究刑事责任。除此之外，根据《刑法》第二百五十三条之一（侵犯个人信息罪）的规定，违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

### 三、政府在新基建不同场景下的主要角色和合规指引

#### 场景一：数据控制者

在C市“大数据金融服务平台建设项目”中，C市政府委托金融服务机构D在金融服务领域处理政务数据，此时C市政府即为数据控制者，也称委托处理者。数据控制者对数据具有合法的处理、使用、共享和转让的权利，其将数据提供至第三方，委托第三方按照数据控制者的意志处理信息。在新基建信息化建设项目中，政府作为数据控制者的情况最为常见。

政府作为数据控制者一般需要注意如下合规事项：

- 1、应当经过严格的批准程序；
- 2、通过制定相关实施细则等政府文件，或通过合同条款对受托方的责任、义务等进行明确规定；

3、监督受托方依照法律、法规的规定和合同约定履行相应的数据安全和个人信息保护义务。

### 场景二：数据直接收集者

在A市“智能婚姻登记建设项目”中，A市新入如需办理结婚登记，只需在选定的婚姻登记处经进行人脸识别比对、拍照留存电子档案、录入指纹和签名即可。此时A市各区县婚姻登记处即为个人信息的直接收集者。简言之，当政府对信息主体的信息进行直接采集时即成为数据直接收集者。

政府作为数据的直接收集者一般需要注意如下合规事项：

1、严格按照法定职责收集和使用，除法律另有规定外，超越法定职责范围收集和使用数据需要获得被收集者授权同意；

2、应当告知被收集者，除法律另有规定、或告知将妨碍政府履行法定职责的除外；

3、严格按照法律、行政法规规定条件和程序收集和使用；

4、不得泄露或者非法向他人提供其在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息数据。

### 场景三：数据共享和转让接受者

在B市“大数据+智慧医疗建设项目”中，

B市疾控中心、卫健委、医保局等接受各医疗机构共享和转让的不同医疗数据，并对这些数据进行分析处理和使用，从而在病例统计、诊断分析、药品监控、医保支付、健康管理等方面提高全市医疗服务水平。此时B市疾控中心、卫健委、医保局等即为数据共享和转让接受者。也就是说，数据共享和转让接受者未直接向信息主体采集信息，而是接收来自其他信息收集者或者信息控制者的信息，并对该等信息按照自己的意志进行处理和使用。

政府作为数据共享和转让接受者一般需要注意如下合规事项：

1、要求提供方具有信息合法来源；

2、对信息合法来源具有审慎的核查义务；

3、要求提供方列明信息授权同意的具体范围；

4、超出授权范围的应当征求信息主体的再次授权。

### 场景四：数据平台管理者

在E市“数字政务平台建设项目”中，E市政府委托信息科技公司F建设、维护数字政务平台，E市数据资源管理部门对平台进行日常运营和管理，包括平台运营整体方向、业务办理模式、自身信息收集、第三方接入者等。此时，E市数据资源管理部门即为数据平台管理者。换言之，数据平台管理者是指为数据控制者或者数据收集

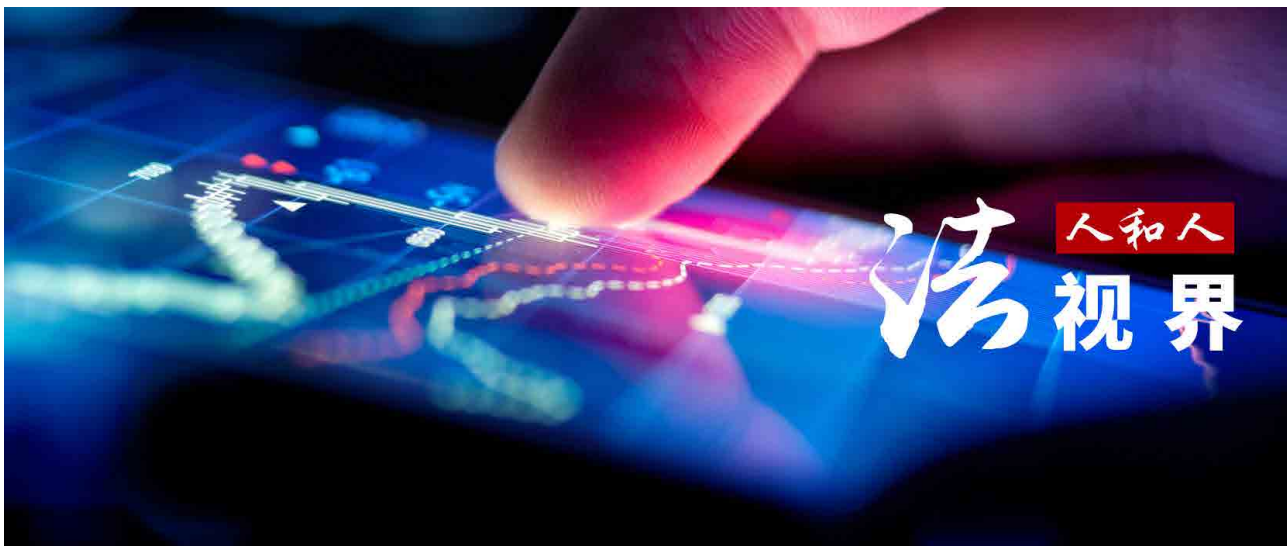
者等（可以是平台管理者自己）提供信息收集、处理、使用的平台，负责管理及规范入驻平台的角色数据收集、处理及使用等行为，一般也是整个项目的主要责任方。

政府作为数据平台管理者一般需要注意如下合规事项：

- 1、通过制定实施细则等政府文件，或通过合同建立平台运营管理制度，规范各主体的权利、义务和责任；
- 2、建立数据安全和个人信息保护机制；
- 3、制定和完善平台运营管理所需的如制度规范、授权文件、各主体间协议、隐私政策等各类文件。

#### 四、小结

重视并做好新基建中各领域的合规，既是政府依法履行数据安全及个人信息保护义务的必然要求，也是打造数字政府、构建智慧政务、发挥数据资产价值、促进数据产品应用、推动数据交易等的合规基础。新基建中的数据合规需要在数据的收集、归集、存储、加工、传输、共享、开放、利用等关键节点进行合规论证与把关，尤其需要注意公共数据共享、开放及个人敏感信息的处理。此时，在数据合规相关法律运用、数据技术底层逻辑和政府运营三个方面都有成熟经验的专业化数据合规律师团队，将为政府在新基建中的数据合规履职提供极大的支持、保障和助力。



## “大数据杀熟”，消费者不再任人宰割

◆文 / 国际与知识产权部

“大数据杀熟”这个词首次引爆网络是在2017年12月。网友廖先生无意中发现，自己出差常年住宿的酒店房间价格在380-400元之间，而用朋友的账号查看时，同一房间价格仅300元左右。[1]无独有偶，2020年3月，一豆瓣用户表示，天猫超市88VIP看到的商品价格居然比普通会员还高。同款豆奶，88VIP显示的价格为73.3元，非88VIP显示的价格才62.8元。[2]人们纷纷发现自己在电商平台购买物品或服务时，都曾被“大数据杀熟”。

### 一、何谓大数据“杀熟”？

“大数据杀熟”，通常是指互联网商家利用自己所拥有的用户数据，对老用户实行价格歧视[3]，以致同样的商品或服务，老客户看到的价格比新客户要贵许多的情形[4]。

2021年1月7日，中国消费者协会在北京召开“网络消费领域算法规制与消费者保护座谈会”。会议上，中国消费者协会明确指出，如今“大数据杀熟”的表现形式已不再局限于“不同人不同价”的价格歧视，目前通过对算法技术的应用还发展出以下几种类型：

一是定向推荐。互联网平台通过监测、分析消费者的消费轨迹，如浏览过的页面、广告、商品服务等，有针对性地对消费者推送商业营销。[5]二是控制评价。为了获得好评，平台经营者通过刷单等方式，编造虚假高分评价；或者隐匿中评、差评，使真实评价无法呈现，破坏经营者之间的公平竞争和误导消费者。[6]三是制定排名。平台经营者声称基于好评、销量、回购等制定各类商品服务排名榜，引导消费者选购；但消费者

难以知晓榜单实际排列规则。[7] 混淆竞价排名与自然排名，左右消费者决策的现象时有发生。[8] 四是非透明抽奖。线上平台开展的抽奖活动，仅公示中奖概率，但抽奖过程、算法程序不透明，实际中奖概率无法被公众知悉。[9] 五是分配流量。互联网平台利用所处优势地位通过算法在流量分配、搜索排名等方面设置障碍和限制，控制平台内经营者开展交易，影响公平竞争和消费者选择。[10]

根据中消协以上所列类型，不难发现，“大数据杀熟”的内涵外延已拓展，但就其本质仍是互联网平台利用算法技术对消费者个人信息过度采集和随意使用，造成信息不对称，以左右消费者决策。

## 二、消费者维权难

线上交易中，互联网商家与消费者并非直接接触，与传统交易场景中双方现场不断磋商的模式不同，消费者对于经营者的定价通常没有议价权。[11] 尽管许多消费者已发现自己被“杀熟”，但是互联网商家是大数据的占有者，具有绝对优势地位，消费者在明知“大数据杀熟”违法的情形下，仍难以保障自身合法权益。消费者维权困难主要体现在以下几个方面：

### 1、举证困难

案例：在刘某、北京某科技有限公司侵权责任纠纷案 [2019) 湘 01 民终 9501 号] 中，刘某认为某科技公司对其多收取的 1 元钱外卖配送费是

“大数据杀熟”区别定价，侵犯了其知情权、公平交易权等。二审法院认为刘某应当对某科技公司存在价格欺诈行为负举证责任，但是本案中刘某只是提供了某科技公司在刘某下单时比其同事多收 1 元的配送费的证据，但某科技公司的外卖配送费是动态调整的，订单量大时配送费上涨，而刘某与其同事下单时间并不一致，两者的配送费不具有可比性。最终二审法院驳回了刘某的上诉请求。

从上述案件可以看出，法院将“大数据杀熟”行为的举证义务分配给了消费者而非平台经营者。但实际生活中，“配送费”这种基于市场动态调整定价的费用收取规则是由互联网平台经营者制定的，且相关数据的收集与处理也由互联网平台经营者掌控，消费者难以掌握上述有效信息以佐证自身诉求。

另外，在日常消费场景中，消费者不可能预料到有侵权行为发生，因此不可能会在同一时间，用不同的账户，下内容完全相同的订单，或者难以找到这样的订单。由此看来，只要涉案价格处于合理波动范围内，就很难认定经营者存在杀熟行为。[12] 弱势方的消费者被科以了过重的举证责任。

### 2、救济渠道不健全

当前，常见的处理消费者“大数据杀熟”问题的救济渠道主要有以下几种：（1）互联网经营平台内部制度设置的投诉渠道；（2）广播电

视媒体曝光；（3）向消费者协会投诉举报；（4）向市场监督管理局投诉举报；（5）向法院起诉。

第一种救济方式，很明显依托的是互联网经营平台内部纠错体系，对问题整体解释的话语权仍掌握在互联网经营平台手中。消费者只能期待平台方能给出合理地解决方案，十分被动。此外，这种投诉渠道通常都是针对单个案例协商解决，所谓“摆平一个算一个”，对平台方的惩处力度较小，鲜有平台方会意识到“大数据杀熟”行为的违法性而杜绝此类行为的继续发生。

第二种通过媒体曝光的救济方式，其目的在于引起社会广泛关注，降低互联网经营平台的品牌信誉度，号召更多地人抵制不良商家。这种救济方式是否真的能有效维护消费者的权益是无法确定的，这取决于最后造成的社会效应大小。同时，新闻热度也具有一定的时效性，一旦避过了风头，若未受到实际性的处罚，平台方再度实施“大数据杀熟”行为也不无可能。

第三种救济模式，很多消费者都会误以为消费者协会具有查处职能，实质上消费者保护协会仅仅是一个对商品和服务进行社会监督的社会组织。根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第三十七条第一款第（五）项“消费者协会履行下列公益性职责：……（五）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解。”消费者协会收到消费者的投诉后，只能进行调查调解。换言之，消费者协会对实施“大数据杀熟”行为的平台方

构不成威胁，若平台方“脸皮够厚”，调解不成，“大数据杀熟”行为仍将继续进行。

第四种和第五种救济方式可以说是最为有效的了，但正如上文所述存在着举证难的障碍。另外在《价格违法行为行政处罚规定》修订以前，并未有法律法规对“大数据杀熟”行为制定明确的处罚规则，且大数据这一特殊互联网科技属性，也给行政执法能力提出了更高要求。因此即便是投诉举报至市场监督管理局也可能达不到消费者理想的维权效果。

关于起诉至法院，我国暂未对该领域建立明确的公益性集体诉讼制度，当前仍是依靠单个消费者针对个案去起诉的模式。这种模式下由于举证难、维权成本高等诸多问题，胜诉率极低，即便胜诉影响范围也十分有限。

### 三、多维度制度管控

“大数据杀熟”维权虽存在着诸多困难，但国家并未放任“大数据杀熟”行为的无序扩张。针对维权难问题，近年我国逐步出台了一系列举措，计划于制度建设上严厉打击该毒瘤。

#### 1、辨别标准

2021年2月7日，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称《平台经济反垄断指南》）正式发布。《平台经济反垄断指南》第十七条指出，“大数据杀熟”行为的核心在于“差别待遇”。

该《平台经济反垄断指南》的发布对辨别“大数据杀熟”行为以及分析实施“大数据杀熟”行为的平台经济经营者是否具有市场支配地位、是否构成不正当竞争具有重要指导意义。

相关规定：

《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第十七条：差别待遇

具有市场支配地位的平台经济领域经营者，可能滥用市场支配地位，无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇，排除、限制市场竞争。分析是否构成差别待遇，可以考虑以下因素：

（一）基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件；

（二）实行差异性标准、规则、算法；

（三）实行差异性付款条件和交易方式。

条件相同是指交易相对人之间在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别。平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。

平台经济领域经营者实施差别待遇行为可能具有以下正当理由：

（一）根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例，实行不同交易条件；

（二）针对新用户在一定期限内开展的优惠活动；

（三）基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易；

（四）能够证明行为具有正当性的其他理由。

## 2、经济处罚

2019年1月1日，《中华人民共和国电子商务法》（以下简称《电子商务法》）正式生效。《电子商务法》首次明确“大数据杀熟”行为为违法行为并且明确制定了处罚规则。对于“大数据杀熟”行为，最高可在没收违法所得的基础上并处五十万的罚款。

2021年7月2日，国家市场监督管理总局发布《价格违法行为行政处罚规定（修订征求意见稿）》（以下简称《处罚规定》）。上一次修订《处罚规定》还是2010年，相较于上次的修订，本次征求意见稿的亮点，是新增了“新业态中的价格违法行为”内容，[13]如大数据杀熟、电商低价倾销等，更为贴合当今社会的经济活动，十分与时俱进。

《处罚规定》针对“大数据杀熟”行为，在没收违法所得的基础上，还可以并处违法所得最高5倍的罚款；没有违法所得的，仍可并处违法行为发生期间销售额最高10%的罚款；情节严重

的将面临停业整顿、营业执照被吊销的境况。

2021年8月17日，市场监管总局发出《关于〈禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）〉征求意见的通知》（以下简称《网络不正当竞争规定》）向社会公众征求意见，该征求意见稿从商业经营活动的角度点明了“大数据杀熟”的违法性，其侵害的是消费者的知情权、选择权、公平交易权等。关于对“大数据杀熟”行为的处罚，《网络不正当竞争规定》沿用的是《反不正当竞争法》中的罚则，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的，最高可处三百万元的罚款。

综上可看出，《电子商务法》和《反不正当竞争法》对罚款金额的范畴是以数额来划分的，而《处罚规定》则是用百分比来确定的，在一定程度上可以说《处罚规定》相较于上述两个法律惩罚力度更大，威慑力更强，因为没有具体金额上限。但是在规定的行为具有包含关系时，处罚仍应依据上位法进行。总的来说，《电子商务法》、《处罚规定》、《网络不正当竞争规定》的相继出台真可谓是“蛇打七寸”，给予了“大数据杀熟”违法行为经营者一记重拳。

相关规定：

#### （1）电子商务

《中华人民共和国电子商务法》第十八条：电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，

应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项，尊重和公平保护消费者合法权益。

《中华人民共和国电子商务法》第七十七条：电子商务经营者违反本法第十八条第一款规定提供搜索结果，或者违反本法第十九条规定搭售商品、服务的，由市场监督管理部门责令限期改正，没收违法所得，可以并处五万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，并处二十万元以上五十万元以下的罚款。

#### （2）价格歧视

《中华人民共和国价格法》第十四条第（五）项：经营者不得有下列不正当价格行为：……（五）提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视。

《价格违法行为行政处罚规定》（修订征求意见稿）第五条：【价格歧视】经营者违反价格法第十四条第（五）项的规定，提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者实行价格歧视的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得5倍以下的罚款；没有违法所得的，给予警告，可以并处违法行为发生期间销售额1%以上10%以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，或者吊销营业执照。

#### （3）反不正当竞争

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第二十一条：经营者不得利用数据、

算法等技术手段，通过收集、分析交易相对方的交易信息、浏览内容及次数、交易时使用的终端设备的品牌及价值等方式，对交易条件相同的交易相对方不合理地提供不同的交易信息，侵害交易相对方的知情权、选择权、公平交易权等，扰乱市场公平交易秩序。

交易信息包括交易历史、支付意愿、消费习惯、个体偏好、支付能力、依赖程度、信用状况等。

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》第三十五条：经营者违反本规定……二十一、二十二条的，由市场监管部门依据反不正当竞争法第二十四条的规定处罚。

《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十四条：经营者违反本法第十二条规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的，由监督检查部门责令停止违法行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。

### 3、个人信息保护

“大数据杀熟”的显著特征就是对消费者个人信息的分析与利用，因此从源头上保护好个人信息就显得尤为重要。2021年11月1日，《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）千呼万唤终生效。《个保法》明确提到“自动化决策不得对个人在交易价格等条件上实行不合理的差别待遇”，这一表述与《平台经济反垄断指南》遥相呼应，同时也点明了“大数据杀熟”

的操作路径来自于“自动化决策”。这也就是说，对自动化决策进行有效规制就能在最大程度上限制“大数据杀熟”的产生。《个保法》第二十四条对此作出了详细规定。

除了《个保法》，国家互联网信息办公室秘书局、工业和信息化部办公厅、公安部办公厅、国家市场监督管理总局办公厅联合印发的《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》、全国信息安全标准化技术委员会发布的《信息安全技术个人信息安全规范》以及上海市市场监督管理局发布的《上海市网络交易平台网络营销活动算法应用指引（试行）》等规范性文件、国家标准都对个人信息处理提出了明确要求，全方位地严控了个人信息被滥用，阻击了“大数据杀熟”发生。

相关规定：

《中华人民共和国个人信息保护法》第二十四条：个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。

通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求个人信息处理者予以说明，并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化

决策的方式作出决定。

《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》第三条第 6 款：“以下行为可被认定为‘未经用户同意收集使用个人信息’……6. 利用用户个人信息和算法定向推送信息，未提供非定向推送信息的选项。”

《信息安全技术个人信息安全规范》第 7.5 条第 b) 项：根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务搜索结果的个性化展示的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项。

《上海市网络交易平台网络营销活动算法应用指引（试行）》第九条：网络交易平台经营者利用消费者个人信息开展网络营销活动算法应用时，应当按照《个人信息保护法》的规定，不得对消费者在交易价格、交易机会等交易条件上实行不合理的差别待遇……

#### 四、总结

互联网经济的兴起、大数据时代的来临，不良商家利用大数据非法牟利的活动日渐普遍，“大数据杀熟”就是其中的典型。大多数消费者由于信息不对称，甚至不清楚自己已被“杀熟”，而小部分发现端倪的消费者又面临着举证难、救济渠道不健全等问题而无法维护自身权益，仿若“待宰羔羊”。国家并未坐以待毙，当发现有关“大数据杀熟”的系列问题已严重影响我国民众正常消费时，从对“大数据杀熟”的辨别、个人信息

的保护以及反不正当竞争等方面制定了系列制度，形成一套严密的组合拳对“大数据杀熟”行为进行打击。其中的经济处罚更是打击在了经营者的要害上。有了制度做保障，我国消费者将不再任人宰割，真正地享受大数据时代带来的红利。

#### 注释：

[1] 贝贝. 大数据杀熟你怎么看. 百思特购物网. <https://www.best73.com/news/40588.html>

[2] 随风远走. 天猫超市大数据杀熟 88VIP 价格比普通用户高?. 贤集网. [https://www.xianjichina.com/special/detail\\_441741.html](https://www.xianjichina.com/special/detail_441741.html)

[3] 胥雅楠、王倩倩、董润、汪辛怡、吴峥.“大数据杀熟”的现状、问题与对策分析. 改革与开放. 2019 年第 1 期. P15.

[4] 朱昌俊. 光明日报：大数据杀熟，无关技术关乎伦理. [https://baike.baidu.com/reference/22456755/c50f0zCfavivlL1DDMHZSpf\\_si4iOUPyCD9Xn-DaH8SKss5xoCKjQbo2vHex93FLbWWue2TDnVAj8AaCSA2aNNL25zpkCxyvmAqbg8MUNsSq9dbN9WLc700e](https://baike.baidu.com/reference/22456755/c50f0zCfavivlL1DDMHZSpf_si4iOUPyCD9Xn-DaH8SKss5xoCKjQbo2vHex93FLbWWue2TDnVAj8AaCSA2aNNL25zpkCxyvmAqbg8MUNsSq9dbN9WLc700e)

[5] 任翀. 权威发布：大数据杀熟，每个人都已经遇到，不只是偷偷提高价格……. 上观. <https://export.shobserver.com/baijiahao/html/332805.html>

[6] Ibid.

[7] Ibid.

[8]Ibid.

[9]Ibid.

[10]Ibid.

[11] 遇到“大数据杀熟”，你应当怎样维权？· 环球网· <https://hope.huanqiu.com/article/42H6SbYvJVh>

[12]Ibid.

[13] 《价格违法行为行政处罚规定》迎修订，遏制大数据杀熟意义大· 澎湃新闻· <https://xw.qq.com/cmsid/20210704A03VHU00>

# 涉外篇

# 涉外法律服务

## 湖南自贸区制度建设及创新初探

◆文 / 贺湘君

建立中国（湖南）自由贸易试验区（以下简称自贸试验区）是党中央、国务院作出的重大决策，是新时代推进改革开放的重要战略举措。国务院印发的《中国（湖南）自由贸易试验区总体方案》中，对湖南自贸区提出的目标是以制度创新为核心，以可复制可推广为基本要求，全面落实中央关于加快建设制造强国、实施中部崛起战略等要求，发挥东部沿海地区和中西部地区过渡带、长江经济带和沿海开放经济带结合部的区位优势，着力打造世界级先进制造业集群、联通长江经济带和粤港澳大湾区的国际投资贸易走廊、中非经贸深度合作先行区和内陆开放新高地。

依据国务院印发的《中国（湖南）自由贸易试验区总体方案》目标，结合人和人国际团队的市场服务经验，我们从以下几个方面来探讨湖南自贸区的制度建设及创新思路：

### 一、寻求制度创新的建设思想和方向

依据湖南省自身的地理、经济及文化特点，借鉴国内已有自贸区的制度，对标国际先进的规则和思路，探寻更贴近自身自贸区发展的措施、方式及寻求更多的改革自主权。因此，对制度创新的理解可以分为以下几个步骤：

1. 对本土现有政策的重新审视和完善，补充与自贸区相关的政策及体制配套，便于现有机构和法人团队对本土现有政策有更加灵活及深刻的认识、运用；

2. 深化推动现有制度的改革，特别是增加对机会性、创新性经济贸易活动的认可和支持；

3. 借鉴国内外自贸区的现有模式，从制度层面接纳更加多样化的市场主体、商品服务及交易

模式；

4. 灵活结合大数据及互联网所带来的便利，对自贸区内活动提供更优质的数字化便利及更高效、精准的处理流程；

5. 发挥已有保税区、空港、陆港等模块的成果，从联动自贸区及各港区建设进行创新性的探索 and 改革。

## 二、建立可复制可推广的制度要求

湖南自贸区应当坚持先行先试，长沙片区力争走在前头。在制度创新的基础上，以长沙为重点和先行区域，逐渐探索出一条符合中部省份、符合一二线城市及具有当地典型产业特点的自贸区制度建设路子，而后推广至岳阳片区及郴州片区。

首先，可复制、可推广，要求坚持社会主义市场经济的改革方向，总体目标不能变，但实现手段可灵活运用。要处理好政府与市场的关系，基于自身特点为各类主体和产业大胆配置政府资源。

其次，可复制，可推广，要求依据中国特色社会主义经济制度来规范和弥补普世市场经济的不可控性和风险性，以政府这只“看得见的手”来指引市场经济这只“看不见的手”。只有充分发挥中国特色社会主义经济制度的独特性、先进性和前瞻性，灵活运用价格机制、供求机制、竞争机制等市场经济工具，合理把握市场自由发展

与政府管控的平衡，方可形成可复制、可推广的好模式、好制度。

最后，也是最重要的，是坚持走中国特色社会主义法治道路，以法治思维和法治方式来建设自贸区的制度，在社会主义法律体系的框架内建设具有地方鲜明特色的自贸区。在自贸区的制度建设中，我们应当始终牢记制度的合法性、适用性、灵活性，重在对现有法律原则和规则的深入理解和进一步运用和宣贯。如果自贸区的制度建设游离在法律体系之外，或者希望以灰色地带、擦边球的方式获取自贸区利益，那么该制度是不适格的、是无法进行复制和推广使用的，也不符合湖南自贸区的根本性、长远性利益需求。

## 三、有针对性地发挥中部省份过渡优势

为了更加贴近实体经济、产业情况，建议湖南自贸区可以从以下几个方面考虑发挥自身优势的制度建设：

1. 在政府监管体系和办法的基础上，建立符合实际需求的清单管理制度，出台鼓励清单和负面清单：结合自身特色产业，分析其他自贸区的现有负面清单，提高清单制定过程的透明度，加快自贸区准入政策的出台和管理，并对准入后的发展过程进行可持续性的监管和优化，提高自贸区发展的可控性和协调性。

2. 自贸区特色制度的目标应当致力于提升省内的经济协调能力，依据三个片区的发展战略规划来制定自贸区制度。例如，建立第三产业开放

目录，对产业进一步细分，加快升级传统第三产业和打造针对中部过渡省份的新型第三产业，探索高端服务业与粗放型服务业的有机结合，逐渐改变中部省份产品和经济结构单一的劣势，提高省内经济的整体协调性和抗压能力，以制度推动产业升级和转型。

3. 做好沿海及西部产业经济转移承接方面的制度准备，为连接东西部融合经济发展发挥湖南自贸区应有的作用。例如，有针对性制定物流、高铁货运等方面的准入、扶持政策，就能够很直接地发挥上述作用，并且也有利于提升省内现有的调控及流通能力。再比如，完善水路、海关等配套制度，也有利于湖南作为中部省份、为融合东西部经济发展发挥更广阔的作用。

#### 四、有针对性的重点产业集群政策

基于《中国（湖南）自由贸易试验区总体方案》的中心思想，建议对以下产业方向进行深化制度改革：

1. 重工业（制造业）产业及相关上下游产业培养的政策：湖南的机械制造业一直是一张名片，制造业产业的特点之一就是上下游产品及连带服务较多，可以作为一个整体产业链集群进行打造。尽快出台配合度较高、执行模式较好的政策，可以为现有制造业带来更低成本的零部件、辅助加工、物流等，更可以吸引制造业对应的相关产品企业，扩大制造业市场，提高制造行业整体供求环境，打造湖南省内制造业内循环集群。

2. 文化产业，特别是互联网文创产业集群政策：基于湖南文化市场的厚实基础，适于引进更多的互联网文创产业形成气候群，出台相关版权引进、版权出口、知识产权质押和融资、商标品牌保护等相关政策是关键，也是必经的一环。文化产业的持续繁荣，可以为湖南自贸区带来持续的影响力和创造力。

3. 深度探寻粤港澳服务业集群：针对粤港澳大湾区的服务，在湖南大地上已经存在很长时间，但是，如何更加精准地提供特色服务、高效服务，是在当前需要深入思考的问题。这不仅是湖南自贸区的要求，也是湖南自身经济发展的要求。自贸区政策的制定应当是在仔细研究粤港澳相关产业及政策的需求之后，作出“贴身定制”的服务业政策，且提供的“湖南服务”也需是具有产业性优势的服务。首先，解决人员流动问题是第一步。例如，制定详细的港澳及外籍人员在湘工作准入及管理制度、出台相关便利政策；出台三地重要法律证照、文件、学历等互认、衔接使用的制度。其次，提高引进资金及资金进出的便利性。例如，结合配套的自贸区税收政策，出台港澳本地企业资金来往的便利规则。最后，建立吸引周边区域的经贸主体在自贸区落地的政策。可以设置包括资金出入境的账户规则、电子商务企业跨境交易的资金及货物往来便利规则等等。

#### 五、完善国际投资走廊政策

坚持与国际通行规则接轨，是当前世界经济

迈入新一轮全球化发展时期，国际投资贸易规则及世界经济秩序都必须遵循的发展方向。湖南自贸区要在中部自贸区中打出亮眼的好牌和制定具有更加有竞争力的制度，就必须坚持与国际通行的规则接轨，打造适合于国内外市场经济主体、产业、产品、服务的自贸区模式。

湖南自贸区基于自身中部省份情况和产业特点，可以考虑将配适国际通行规则放在发展基本自贸区功能实现后的第二步，将现有优势与国际相关产业规则发展方向进行匹配，打造与沿海自贸区、自贸港相衔接的制度体系和政府监管体系，最终夯实基础，为湖南直接面向世界走出去、引进来探索可行性的经验和办法。

### 六、中非经贸深度合作特色政策

可以借助办好中国—非洲经贸博览会的契机，针对非洲经贸在以下几个方面进行政策及制度的深挖：

1. 农业产业的政策制度：制定准入制度和配套政策，支持包括国内农业品种，特别是杂交及转基因品种的推广种植，粮食回购；非洲良品的引进培育，成果转化及返回非洲；非洲优良农副产品的引进及向全国推广。

2. 非洲法律服务市场政策制度：制定准入制度和配套政策，支持自贸区内法律服务机构、咨询机构等对非洲地区提供法律服务、咨询服务等，并重点实施中非法律培训，助推相关经济贸易合作。

3. 文化产业的政策制度：制定准入制度和配套政策，利用湖南文创产业优势，支持中国文化向非洲的输出。

（本文刊发于《湖南律师》2022年第6期）



## 数字人民币的法律性质及国际化应用探讨

◆文 / 贺湘君 朱美琪

2020年11月，长沙获批成为数字人民币试点城市。湖南省深入贯彻落实“三高四新”战略，积极拥抱数字经济发展，在长沙市全力推进数字人民币试点工作，搭建数字人民币使用场景，目前取得了一定成效。截至今年10月中旬，全市已落地试点场景26类，涵盖生活缴费、餐饮消费、交通等多个领域，累计开立个人钱包约1202万个、对公钱包约27万个，累计交易金额约42亿元。[1]个人以及市场经济的各个主体，尤其是开展国际货物买卖、国际物流服务等跨境业务的企业，都需要做好准备积极迎接数字人民币时代的全面来临。

### 一、数字人民币的法律性质分析

#### 1、什么是数字人民币

依据中国人民银行《中国数字人民币的研发进展白皮书》的阐释：数字人民币是中国人民银行发行的数字形式的法定货币，由指定运营机构参与运营，以广义账户体系为基础，支持银行账户松耦合功能，与实物人民币等价，具有价值特征和法偿性。

#### 2、数字人民币与其他虚拟货币的区别

1) 数字人民币是一种法定的主权货币。根据《中国人民银行法（修订草案征求意见稿）》第十九条，人民币包括实物形式和数字形式。这表明，数字人民币是中国主权货币的电子化形式，以国家信用为背书。

相比而言，其他虚拟货币是不具有法定货币属性的。例如，同为加密数字货币的比特币，没

有特定的货币发行机构，它是依据特定算法，通过大量的计算而产生的，因此不具有主权货币的法律地位。

2) 两者法律地位不同，监管要求也不同。国家鼓励、支持数字人民币有序发展，而对其他虚拟货币则持严厉监管态度。例如，中国人民银行、工业和信息化部、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会联合发布的《关于防范比特币风险的通知》、中国人民银行、中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会、保监会联合发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》等相关文件，均要求各金融机构、支付机构不得买卖比特币等虚拟货币；不得直接或间接为虚拟货币提供定价、交易、清算等服务；不得承保相关保险业务等。在行业规范领域，也出台了严控虚拟货币的规定。如：中国互联网金融协会、中国银行业协会、中国支付清算协会《关于防范虚拟货币交易炒作风险的公告》明确规定，各金融机构、支付机构均不得开展虚拟货币与人民币、外币间的兑换服务。

3) 数字人民币与纸质人民币保持 1:1 比例兑换，在各商业银行均可进行兑换；而虚拟货币与纸质人民币的兑换比例受市场波动影响。虚拟货币不是一般等价物，而是价值相对性的表现形式，或者说是表现符号。其特性在于对不确定性价值、相对价值进行表示。因此，虚拟货币的币值受到供求关系、可购买内容等的影响而无法保证与纸

质人民币 1:1 兑换。

### 3、数字人民币的法律保护分析

通过上述对比，我们可以得知，数字人民币的法律性质与纸质人民币相同，均为种类物，不存在履行不能的可能性。而对于比特币等其他虚拟货币，中国现行监管政策仅承认其为一种特殊的“虚拟商品”，既有的司法判例多将其认定为应当受到法律保护的“民事利益”，但尚未形成统一的保护尺度与标准。

我们可以通过这样一个例子来更加形象地展现上述性质特征：若 A 向 B 借了一万元数字人民币，当 A 出现逾期不归还的情况时，B 可以通过向法院起诉要求 A 返还一万元人民币及其利息（无论归还的是数字人民币形式还是纸质人民币形式）。而如果情况变成了 A 向 B 借了一万个比特币，B 起诉要求 A 归还，在中国目前的司法实践中，则会产生多种结果：有的法院会判决 A 归还一万个比特币（存在因比特币灭失而履行不能的可能性），有的法院会判决 A 归还一万个比特币对应价值的人民币（计算时点也不尽一致，可能导致所计算出的应还人民币有天壤之别），有的法院会支持利息，有的则不会。

可见，虚拟货币与对应的法定流通货币金额之间的价值实现，始终存在不确定性，且与兑换时点（常见争议焦点）具有较大关系。而有国家信用做支撑的数字人民币则可以得到法律更加明确、全面的保护。当然，我们也应该注意到，在

国际贸易中，数字人民币的价值也并非固定不变：它也会受到外汇汇率波动、通货膨胀等的影响而发生币值变动。但这种变动通常相对平稳且与其主权国家的政治、经济情况能基本保持协同。而其他虚拟货币则会呈现更大的不稳定性，甚至出现短时间内暴跌或暴涨的情形。

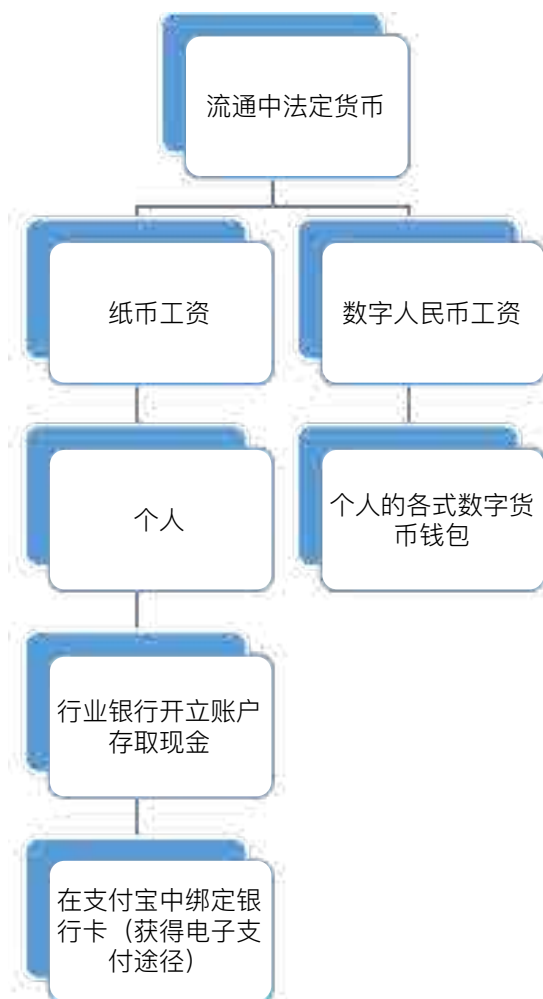
## 二、数字人民币与现代电子支付方式相结合的市场应用分析

电子支付方式是指个人、法人等用户利用各种安全电子支付手段把支付信息传递给银行等相应处理机构，并完成价值转移的过程。主要的电子支付方式包括网上支付、电话支付、移动支付等，例如支付宝、西联汇款等就是国内国际常用的电子支付方式。目前电子支付方式较为普遍的应用场景是：用户可以将银行账户里的钱或者从他人处收到的钱放进电子支付账户，使用时通过电子账户支取。大多数电子支付方式就像是我们的钱包或是中介机构，会要求用户绑定或关联银行卡，例如支付宝、Apple Pay、PayPal 等。

而数字人民币是钱本身，既可以放在 VISA 卡等国际通用银行卡或支付宝、云闪付等电子账户 APP 里，也可以放在 IC 卡、智能手表、支付手套等电子支付硬件里。在中国大陆没有申办银行账户的用户，比如短期来华的境外居民，就可以在不开立大陆银行账户的情况下，使用数字人民币进行交易。若该用户想用微信、支付宝等电子支付方式付款，则必须有大陆地区的银行账户

做支撑。相较之下，数字人民币的应用场景将更为多样、便捷。

为了更直观地了解数字人民币在电子支付中的应用，我们以下图的工资发放为例，展示了纸质人民币与数字人民币两种应用场景：



值得注意的是，在实际生活中，现金类支付凭证存在使用风险。例如，放在钱包里的纸质人民币可能被盗、公交车乘客投放的硬币可能不是法定货币而是价值较低的游戏币、收款方收到的支票系伪造或变造的等等。数字人民币与现金类支付凭证一样，也存在一定的使用风险。例如，数字人民币在电子支付方式的应用中，放有数字人民币的IC卡可能被盗；通过“双离线”支付完成交易后才发现买方无支付能力。不过这些风险可以通过不断完善数字人民币相关法律制度以及相关电子支付规范来降低。例如，对不同支付方式下数字人民币额度的管控。根据中国人民银行《中国数字人民币的研发进展白皮书》对数字人民币钱包的设计框架来看，钱包会根据用户身份识别强度分为不同等级的钱包。根据实名的强弱程度设置不同的单笔、单日交易及余额限额。

“双离线”支付技术也会主要在乘坐公交车等小额支付上应用。换言之，当数字人民币使用者支付较大金额时，就需要高强度的身份验证，支付较小金额时可实现免密一键支付。这意味着即便承载数字人民币的硬件被盗，也无需担心有较大金额的损失。这一管控举措不但保障了交易的便捷性，更有效保障了支付安全。

### 三、企业及个人使用数字人民币的优势分析

#### 1、降低交易成本

《G20 数字普惠金融高级原则》倡导各国探索发行数字法定货币对普惠金融的益处，鼓励金

融行业为难以获得金融服务的群体提供低成本、能够用于数字支付的基础性交易账户。《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》提出要有序推进数字货币研发，提升金融科技水平，增强金融普惠性。国家发行数字人民币出于提升普惠金融发展水平的非赢利目的，坚持数字人民币流通中现金的定位。因此，日常经济活动中使用数字人民币进行支付、提现数字人民币至银行账户、纸质人民币与数字人民币互兑等均不需要手续费、并且可以即时进行结算办理，这将降低企业的经营成本、提高经营效率，从而促进国内大循环畅通，有力支撑中国数字经济长远发展。

#### 2、覆盖范围广泛

目前国内最普及的电子支付方式是支付宝和微信，国际上最常见的是 PayPal 和 Apple Pay，但这些支付方式覆盖范围仍有扩大空间。目前数字人民币尚在国内试点中，但从长远来看，因其主权货币的法律地位，境内各机构不得拒收数字人民币。而随着中国综合国力的进一步增强，与中国相关的数字金融服务、电子商务服务的国际普及率和服务质量也将进一步提升。尽管目前在海外购物、餐饮等各类支付场景中，已经可以使用支付宝、微信等电子支付方式。但有着国家信用作背书的数字人民币势必将覆盖更广应用范围。

#### 3、保障隐私安全

电子支付应用平台相当于交易的中间方，资

金从一方通过平台流入另一方。因此电子支付机构会留存、掌握个人、企业通过该平台开展的全部交易动向、细节等，例如个人敏感信息、消费偏好、企业交易情况等。而数字人民币支持可控匿名，遵循“小额匿名、大额依法可溯”的原则，其所收集的信息除法律法规明确规定外，不提供给第三方或其他政府部门。因此，使用数字人民币有利于进一步保护个人信息及企业数据隐私。举例来说，如果个人通过第三方电子支付平台扫描二维码在商场购买了一件隐私物品，其购物信息会在第三方电子支付平台留存。而如果其使用存储了数字人民币的可视化 IC 卡购买该物品，则可以保障匿名性。

但是，也要注意央行会留存数字人民币序列号等信息，对大额可疑交易进行监控，以满足防范电信诈骗、反洗钱、反腐败等监管要求。

#### 四、数字人民币的国际化

使用数字人民币有利于推动人民币国际化。尽管央行当前计划将数字人民币主要应用于零售支付场景，但也指出数字人民币具备跨境使用的技术条件，希冀能够通过数字人民币探索改善跨境支付。中国人民银行数字货币研究所已与香港金融管理局签署合作备忘录，同时加入国际清算银行创新中心 (BISIH) 牵头的多币种法定数字货币桥 (mCBDC Bridge) 项目，[2] 共同探索多边央行数字货币跨境实践。

##### 1、数字人民币的国际化现状和趋势

尽管尚在试点之中，数字人民币的国际化之路已经迈出了坚实步伐。已经有中国香港居民成功使用数字人民币在深圳市跨境缴纳个人所得税。今年 5 月，数字人民币在海南跨境进口电商企业——国免（海南）科技有限公司使用并完成支付，这是数字人民币在海南首次应用到跨境进口电商支付场景并成功落地。[3] 根据 mCBDC Bridge 于 2021 年 11 月发布的用例手册，22 家境内外金融机构及组织参与了该期测试，交易总额超过 20 亿元人民币。测试业务包括利用法定数字货币进行跨境保险费支付及索赔支付、债券发行、外汇交易、贸易结算、多边清算等等。

基于前文数字人民币的应用分析及优势分析，我们认为，将有越来越多的个人和企业跨境交易中使用数字人民币。后续类似跨境支付场景的应用将会更加功能化和多元化，从 B2C 向 C2G、G2B、B2B 等多领域扩展。比如个人可以在境外使用数字人民币消费、支付水电等各类账单、申报纳税、缴纳行政罚款等。企业可以使用数字人民币进行跨境结算、兑汇、发行数字公司债券、缴纳企业税费等。

##### 2、数字人民币在国际经济交往中将提高交易效率并降低信用成本

国际贸易中的各方处在黑暗森林之中，对彼此是否诚信抱有怀疑，因此需要各种中介机构来为彼此的信用状况背书。这就会导致国际贸易的手续繁杂费时，资金流转效率变低，贸易成本增

加。数字人民币中蕴含的数字证书体系、数字签名及部分区块链技术可以使得交易本身极难篡改并不可抵赖，从而有效降低交易双方的信用成本，提高贸易效率。无需代理行、清算行等中间机构自然也能双方节省下手续费和服务费，降低交易成本。

### 3、数字人民币对国际贸易及金融的深远影响

当今世界各国跨境转账、换汇结算等主要使用的是美国的 SWIFT 系统。用数字人民币直接交易可有效降低各国对 SWIFT 系统的依赖性。对于参与跨境交易的中国企业来说，更是能够获得更为熟悉的中国法律保护。尽管这一愿景的实现仍然有赖于中国经济实力和国际话语权的进一步提升以及贸易和金融的进一步开放等，但数字人民币的现实应用为人民币国际化提供了技术基础，也为打破以美元为核心的世界经济贸易体系提供了可能。

## 五、总结

数字人民币的广泛应用是历史发展对货币形态更新的必然要求。既是国家在全球数字经济时代面对社会公众进一步享受电子金融服务、多样化支付需求的合理回应，也是国家全面深化改革，构建金融有效支持实体经济的体制机制，从而构建高水平社会主义市场经济体制的重要举措，对于建设社会主义强国、建立国际政治经济新秩序具有重要意义。个人与企业均可以积极参与数字人民币的普及应用，享受崭新时代带来的美好生活。

### 注释：

[1] 《长沙打造“三一科学城”数字人民币特色示范园区》，九派新闻，2021年10月21日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1714175711350073562&wfr=spider&for=pc>。

[2] 中国人民银行《中国数字人民币的研发进展白皮书》，2021年7月，第19页。

[3] 《人民日报》海外版、新华社，记者张鑫超，2021年5月19日。

（本文刊发于《长沙律师》2022年第1期）



# 域外执行

## 域外执行四千万——中国民事调解书首次在澳大利亚获得承认和执行

◆文 / 曹晴

2022年6月7日，澳大利亚新南威尔士高院在 Bank of China Limited v Chen [2022] NSWSC 749 案件当中首次确认了中国民事调解书在澳大利亚具备判决的效力并裁定执行。自此，这个标的额为四千多万人民币的案件在国内寻求执行受阻之后终于获得域外承认和执行。



Supreme Court  
New South Wales

|                          |   |
|--------------------------|---|
| Medium Neutral Citation: | Bank of China Limited v Chen [2022] NSWSC 749 |
| Hearing dates:           | 18 February 2022                              |
| Date of orders:          | 7 June 2022                                   |
| Decision date:           | 07 六月 2022                                    |
| Jurisdiction:            | Common Law                                    |
| Before:                  | Harrison AsJ                                  |

基于国际法中司法主权原则，一国法院作出的判决只在其本国具有既判力和执行力，若想在外国发生效力，则必须得到该国的承认和执行。承认与执行外国法院判决对于国际民商事诉讼的重要性不言而喻，如果得不到一国法院的承认和执行，当事人付出再高代价赢得的判决也可能只是废纸一张。从这个意义上讲，执行外国法院生效判决既是各国之间相互尊重主权和司法礼让的具体体现，也是实现当事人既判利益的“最后一公里”。

国际法上承认和执行外国法院判决一般依据条约或互惠原则。根据我国《民事诉讼法》第 281 条的规定，当事人可以直接向有管辖权的中级人民法院申请对外国法院作出的生效裁判予以承认和执行。除对于承认外国离婚判决，无需以国际条约、互惠关系为前提，中国法院承认外国民商事判决首先审核两国是否有承认和执行外国法院判决的条约，如果没有条约则看是否有互惠情形。中国与越南、意大利、希腊、匈牙利、乌兹别克斯坦等 37 个国家签订了 37 个民商事司法协助条约，且全部都是大陆法系国家。针对英美法系国家，需要依据互惠原则来认定外国判决的承认和执行。互惠情形的认定有法定互惠和实际互惠两种，法定互惠即互惠的法定情形，指有制定法规定的互惠情形。实际互惠则需要在他国司法体系中有真实存在的承认我国法院判决的案例。Bao v Qu; Tian (No 2) [2020] NSWSC 588 案中，澳大利亚于 2020 年 5 月第一次承认了中国法院

的判决，标志着澳大利亚法院的判决是可以在中国基于互惠原则得到承认和执行的。

就全世界来说，各个国家在承认和执行外国判决有不同的原则。有的国家如同中国一样是一看条约二依互惠规则。有的国家只承认条约约定，比如荷兰。有的国家比照国内判决的承认和执行，比如美国。与其他国家相比，美国对外国判决的承认和执行是依据各个州的法律来裁定的。各个州主要依据 (1) The Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act(UFMJRA), (2) The Restatement III, (3) The Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act(UFCMJRA) 三个统一法规范来审查。

从 Bank of China Limited v Chen [2022] NSWSC 749 来看，澳大利亚对于外国判决的承认和执行依据制定法和普通法两条路径来实现。法院在审查外国判决的承认和执行时，首先审查是否符合外国判决可在澳大利亚根据《1991 年外国判决法案》(Foreign Judgments Regulations 1991) 的指定或根据普通法执行。这里的指定适用于一个被指定为实质管辖权互惠的国家。中华人民共和国尚未在此指定中。因此本案需要援引普通法关于外国判决执行的判例来裁定。

根据澳大利亚普通法，满足下列要求时，外国判决能够得到承认和执行：

(1) 外国法院必须对被告行使必要类型的管辖权（也称为“国际意义上的管辖权”）；

(2) 判决必须是终局的和结论性的；

(3) 在任何执行的判决中，债权人和被告之间必须具有该判决当事人的身份；

(4) 判决必须有一个固定的、已清算的金额。

法院认定本案符合(1)(4)两条，争议的焦点集中在民事调解书(MTS)是否是澳大利亚法意义下的判决(judgment)。虽然民事调解书(MTS)并不是中国民事诉讼法意义下的判决，但最终澳大利亚的法官认定民事调解书具有澳大利亚普通法的判决性质。法官在文意和判例两个方面做了解释。“The Encyclopaedic Australian Legal Dictionary, LexisNexis, defines judgment as the determination of a court in legal proceedings.”《澳大利亚法律百科词典》将判决定义为法院在法律程序中的决定。换句话说，法院的判决或命令是由行使法院的管辖权而产生的结果。管辖权一词的主要含义是决定的权力。还援引了多个包括英属哥伦比亚、香港和新西兰等普通法系国家承认民事调解书(MTS)具有判决效力的判例，体察民事调解书(MTS)是不是澳大利亚法律背景下的判决。最终认定中国民事调解书在澳大利亚具有判决效力。

随着中国更高水平对外开放战略的进一步实施、“一带一路”建设的不断深入，平等民商事主体之间的跨境交易和投资大量增加，国际民商事纠纷增多，在本国或者在外国申请承认和执行外国法院判决的案件数量也有所增长。作为国

际司法协助的主要内容，承认和执行外国法院生效判决对于增强各国法院判决的国际流动性，促进各国司法交流与合作具有十分重要的意义。此次澳大利亚新南威尔士高院承认中国民事调解书的判决效力，对我们未来在普通法系国家寻求判决的执行有着重大的意义。它是对我国民事调解制度效力的一种域外认定，提升了民事调解效力的国际流动性，在促进大陆法系和普通法系的司法交流与合作方面有着十分积极的意义。

## 跨国企业税务筹划

# 企业特殊纳税调整的法律要求和实操指导—— 基于地域特殊优势

Legal Requirement and Practical Instruction of Special Tax Investigation and Adjustment towards Enterprises  
—Based on Location Specific Advantages

◆文 / 贺湘君 朱美琪

### 1. Introduction

#### 1. 导语

China has maintained the second largest State of foreign direct investment importer in recent years. [1] And with fast development of economy and constant improvement of purchasing power, China has become “the global market”. However, like many other developing countries, most affiliates of the multinational enterprise (“MNE”) groups in China perform only a single function, such as manufacturing, distribution, Research & Development,

and services, which only earns a markup for simple activities. For example, according to Report 2017 from World Intellectual Property Organization, the parent company captures 42 percent of the profits from each iPhone 7, meanwhile the Chinese workforce only captures 1 percent.[2]

近年来，中国保持第二大外国直接投资进口国的外商投资体量。随着经济的快速发展和购买力的不断提高，中国也已有“全球市场”之称。然而，与许多发展中国家一样，跨国集团的大多数中国附属公司只履行单一职能，如制造、分销、

研发和服务，仅通过简单的活动赚取微薄的加成利润。例如，根据世界知识产权组织 2017 年报告，每销售一台 iPhone7 所赚取的利润中，母公司能获得 42%，而中国劳动力仅能获得 1%。

The globalization of economies and trade gives the MNE groups the opportunity to deploy entities with different functions in different jurisdictions. The MNE groups may refine their global allocation of resources and factors of production by utilizing the specific environment in each jurisdiction to make extremely high profits. Correspondingly, the concept of LSAs emerged. These LSAs make unique contributions to the profit and are difficult to be replaced. However, those host countries normally can only obtain tax amount from a very small proportion of the profit. This will cause the wrong match between the profit generation and the economic essence and distort the distribution relationship between relevant countries, which does not conform to the requirement of substantive fairness in taxation.

经济和贸易的全球化使跨国集团有机会在不同的管辖地域内部署具有不同职能的实体。跨国集团可以通过利用每个地域的特定环境来优化其全球资源和生产要素的配置，从而赚取高额利润。相应地，地域特殊优势的概念应运而生。这些地域特殊优势对企业利润具有独特贡献且难以被替代。但是，东道国通常只能从很小一部分利润中获得税收。这将导致利润与经济实质的错误匹配，

扭曲相关国家之间的分配关系，也违背了税收实质公平的要求。

Facing this situation, China stated in United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries the view that LSAs shall be taken into consideration when allocating profits among related parties in addition to adjustments on the ground of the arm's length principle ( "ALP" ). And China stands on the position that the LSAs shall be regarded as a factor for making comparability analysis and adjustments. This view may be helpful to solve the tax base erosion problem in developing countries and thus is significant to protect their interest. Taking LSAs into consideration will improve the accuracy of assessment of contribution by each jurisdiction. The adjusted profit allocation will be more coincident with the economic essence. The global economy can therefore develop in a more balanced status and the world will have the opportunity to go to co-prosperity in the long term. Although the National People's Congress and its Standing Committee have not yet amended the relevant provisions of Enterprise Income Tax Law or issued high-level laws, the State Taxation Administration ( "STA" ) has issued a series of normative legal documents expressing its consideration and regulation of LSAs. Companies may pay attention to those requirements, in order to plan tax legally.

面对上述状况，我国曾在《联合国发展中国家转让定价操作手册》中表明，在关联方之间分配利润时，除基于独立交易原则进行调整外，还应考虑地域特殊优势，将地域特殊优势作为进行可比性分析和调整的一个因素。这种观点可能有助于解决发展中国家税基流失问题，对保护发展中国家的利益具有重要意义。考虑地域特殊优势将提高评估每一地域利润贡献度的准确性，调整后的利润分配将更符合经济实质。从而，全球经济可以在更加平衡的状态下发展，世界将有机会走向共同繁荣。尽管人大及其常委会尚未修订《企业所得税》相关条文或出台高位阶法律，但国家税务总局已发布了一系列规范性文件，表达了对地域特殊优势的考虑与规制。企业应该注意这些要求，以便进行税务筹划。

## 2. Definition of LSAs

### 2. 什么是地域特殊优势？

LSAs are “advantages from production arising from assets, resource endowments, government industry policies and incentives, etc. which exist in specific localities.” [3] More specifically, LSAs mainly include location savings and market premiums. Location savings are the costs saved by carrying on the same business in different markets, in other word, the net cost saving when the MNE groups deploy its business operations in a low-cost jurisdiction. Such costs can be the cost of labor, raw materials,

transportation or rent, the cost of environmental protection or the cost of social security, etc. For example, China is regarded as the “global factory” in recent years. Small electronic product manufacturers like Foxconn establish factory in Mainland of China to take advantage of a mass of well-educated but low-cost labor and a well-developed chain of suppliers. According to data provided by the US Bureau of Labor Statistics,[4] the average hourly compensation cost in manufacturing in 2009 was estimated at USD 1.74 in China, which is way much lower than that of USD 15.06 in Korea and USD 30.03 in Japan, though slightly higher than that of USD 1.70 in the Philippines. The electronics manufacturer also enjoys a “well-developed chain of suppliers”, as another measure of a cost saving factor that would allow easier access to parts and other resources.[5]

地域特殊优势是指“特定地区存在的资产、资源禀赋、政府产业政策和激励等产生的生产优势”。更具体地说，地域特殊优势主要包括地域节约和市场溢价。地域节约是指在不同市场开展相同业务所节省的成本，即跨国集团将其业务运营部署在低成本地域时所节省的净成本。这些成本可以是劳动力、原材料、运输、租金、环境保护或社会保障等的成本。例如，中国近年来被称为“全球工厂”。富士康等小型电子产品制造商在中国大陆设立工厂，以利用大量受过良好教育但成本低廉的劳动力和发达的供应链。根据美国

劳工统计局提供的数据，2009年中国制造业平均每小时薪酬成本估计为1.74美元，远低于韩国的15.06美元和日本的30.03美元，但略高于菲律宾的1.70美元。富士康还享有“完善的供应商链”，这是衡量成本节约因素的另一项措施，即可以更轻松地获取零件和其他资源。

A market premium is the “additional profit derived by an MNE by operating in a jurisdiction with unique qualities impacting on the sale and demand of a service or product” .[6] Market environments that generate such a premium contain many factors, including but not limited to market size, local policies, market access, consumption habits, cultural influence and inelasticity of demand. Such market premium in developing countries benefits the MNE groups in many industries. The automotive industry might be an appropriate example in China. The foreign automotive manufacturers and sellers may take advantage of:[7]

I. Chinese consumers’ general preference to foreign brands and imported products – this general preference, as opposed to loyalty to a specific brand, creates opportunities for MNEs to charge higher prices and earn additional profits on automotive products sold in China;

II. Huge, inelastic demand for automotive vehicles in China due to the large population and growing wealth of the population;

III. Capacity constraints on the supply of domestically assembled automotive vehicles;

IV. Duty savings from the lower duty rates on automotive parts (e.g., 10%) compared to imported vehicles (e.g., 25%) – when MNEs manufacture products in China as opposed to importing the products from outside of China, they are able to generate overall savings from the lower duty rates, even if the MNEs incur manufacturing costs and sell their domestically-manufactured products at a lower sales price compared to a foreign-manufactured vehicle; and

V. A large supply of high quality, low costs parts manufactured by suppliers in China.

市场溢价是指“跨国企业通过在具有影响服务或产品销售和需求的独特品质的地域运营公司而获得的额外利润”。产生这种溢价的市场环境包含诸多因素，包括但不限于市场规模、当地政策、市场准入、消费习惯、文化影响和稳定的需求。发展中国家的这种市场溢价使许多行业的跨国集团受益。在中国，汽车行业正是一个鲜明的例子。中国境内的外资汽车制造商和销售商可以利用以下优势：

(1) 中国消费者对外国品牌和进口产品的普遍偏好。与对特定品牌的忠诚相反，这种普遍偏好为各跨国公司均创造了提高在中国销售汽车产品的价格和赚取额外利润的机会；

(2) 由于人口众多且人均财富不断增长，中国对汽车的需求巨大且稳定；

(3) 中国国产整车供应能力有限；

(4) 与进口整车关税税率（一般为 25%）相比，汽车零部件的关税税率（一般为 10%）较低。当跨国公司在 中国 制造汽车而不是从中国境外进口汽车时，即使跨国公司产生制造成本并以比在外国制造的车辆更低的销售价格出售其在中国境内制造的产品，它们也能够因较低的零部件税率而整体受益；

(5) 大量由中国供应商制造的高质量、低成本零件。

### 3. Related Provisions in Normative Legal Documents

#### 3. 规范性法律文件有什么要求？

Public Notice on Matters Regarding Refining the Filing of Related-Party Transactions and Administration of Contemporaneous Transfer Pricing Documentation ([2016] No. 42) uses a broader concept, that is the location specific factors, and lists cost saving and market premium as example. It is expressly pointed out that the enterprises shall take location specific factors into consideration when ascertain the transaction pricing and proceed value chain analysis:[8] the enterprises shall analyze location specific factors from labor cost, environment cost, market size, market competition degree, purchasing

power of consumers, the substitutability of goods or service, government regulation and so on, and the enterprises shall assess the measurement and attribution of value creation contributed by location specific factors.

《关于完善关联申报和同期资料管理有关事项的公告》使用了含义更宽泛的术语，即地域特殊因素，并列出了成本节约和市场溢价为例。国家税务总局明确指出，企业在确定关联交易定价和进行价值链分析时应考虑地域特殊因素的贡献：企业应从劳动力成本、环境成本、市场规模、市场竞争程度、消费者购买力、商品或劳务的可替代性、政府监管等方面进行分析。

Public Notice on Matters Regarding Enhancing the Administration of Advance Pricing Arrangements ([2016] No. 64) also reflect that Chinese tax authorities emphasize and attach importance to LSAs. The enterprises shall make brief statement about whether there exists LSAs such as cost savings or market premiums during the pre-filing meeting period.[9] If the tax authority and the enterprise conclude primary consensus during the pre-filing meeting period, the enterprise shall submit the draft advance pricing arrangement ( “APA” ) application. And the draft shall contain the consideration of LSAs.[10] When the tax authority analyzes the draft, it shall assess whether the enterprise’s consideration of LSAs is sufficient.[11] If the enterprise’s LSAs consideration is sufficient

and reasonable, the tax authority may accept and dispose this enterprise's application in priority.[12]

《关于完善预约定价安排管理有关事项的公告》也体现了中国税务机关对地域特殊优势的重视。企业应在预备会谈期间简要说明是否存在成本节约或市场溢价等地域特殊优势。税务机关与企业预备会谈期间达成初步共识的，企业应提交预约定价安排申请草案。草案应包含对地域特殊优势的考虑。税务机关在分析草案时，应评估企业对地域特殊优势的考虑是否充分。如果企业考虑地充分合理，税务机关可以优先受理和处理该企业的申请。

In the latest Public Notice on Matters Regarding Summary Procedure of Unilateral Advance Pricing Arrangements ([2021] No. 24), STA continue insists that summary procedure of APAs may applicable to companies only if they considered LSAs like location savings and market premiums in their application reports.

在最新发布的《关于单边预约定价安排适用简易程序有关事项的公告》中，国家税务总局继续坚持要求企业申请报告中包含对成本节约、市场溢价等地域特殊优势的考虑，方能适用简易程序达成单边预约定价安排。

Public Notice on Issuing the Administrative Measures for Special Tax Investigation and Adjustment and Mutual Agreement Procedures ([2017] No. 6)

provides guidance for applying LSAs consideration in special tax investigations and adjustments. Generally speaking, the tax authority has four steps to address the LSAs issue: (1) identify if a LSA exists; (2) determine whether the LSA generates additional profit; (3) quantify and measure the additional profits arising from the LSA; (4) determine the transfer pricing method to allocate the profits arising from the LSA. [13] As for the application scenario, for examples, if the chosen comparable enterprise locates in different economic environment from the investigated enterprise when the tax authority assesses whether the related-party transactions of the investigated enterprise comply with ALP, it shall analyze the location specific factors, make relevant adjustments and choose reasonable transfer pricing method to reflect location specific factors' contribution to profit.[14]

《特别纳税调查调整及相互协商程序管理办法》为在特殊税务调查和调整中应用地域特殊优势考虑提供了指导。一般来说，税务机关通过四个步骤来解决地域特殊优势问题：(1) 识别是否存在地域特殊优势；(2) 判断地域特殊优势是否产生额外利润；(3) 量化和衡量地域特殊优势产生的额外利润；(4) 确定转让定价方法来分配地域特殊优势产生的利润。至于具体应用场景，例如税务机关在评估被调查企业的关联交易是否符合独立交易原则时，如果被选择的可比企业与被调查企业所处的经济环境不同，应分析所在地特殊因素，

进行相关调整，并选择合理的转让定价方法，以反映地域特定因素对利润的贡献。

The more important application of LSAs adjustment might be in choosing the transactional net margin method ( “the TNMM method” ) or profit split methods as transfer pricing method. The TNMM method is the most often used transfer pricing method in China.[15] It was used in 79.33% of APAs signed between 2005 to 2019. And the most often used profit level indicator is the Full Cost Mark-up ratio (used in 96 out of 208 APAs). Therefore, though seems to be too much technical, it might be helpful to consider how the tax authorities would make adjustments when applying this method. For example, because the core indicator is the cost and the LSAs in China provide cost saving, the tax authorities shall make adjustment to reflect such contribution if the comparable enterprise is foreign. The first step is to ascertain a FCMUs (Full Cost Mark Up) of the comparable. Assume the median FCMU of the comparable is 8 per cent, the Chinese taxpayer’ s cost base was 100, the average cost base for the company’ s same business in developed countries was 150 for example. The second step is to calculate the difference between the two cost bases, that is 50. Next, multiply the arm’ s length FCMU by the cost bases difference. It is 4 in the present scenario, and here we get the additional profit arising from location saving. Finally, the

reasonable profit allocation can be calculated on the base of the LSA.

地域特殊优势调整更重要的应用可能是选择交易净利润法或利润分割法作为转让定价方法。交易净利润法是中国最常用的转让定价方法。2005年至2019年签署的预约定价安排中有79.33%使用了交易净利润法。最常用的利润水平指标是完全成本加成率（208个预约定价安排中有96个使用）。因此，虽然看起来技术性太强，但了解税务机关在应用此方法时具体会如何进行调整可能有所帮助。例如，由于核心指标是成本，中国的地域特殊优势提供了成本节约，如果可比企业是外国企业，税务机关应进行调整以反映这种贡献。第一步是确定可比产品的完全成本加价。假设可比企业的完全成本加价中位数为8%，中国纳税人的成本基数为100，公司在发达国家同类业务的平均成本基数为150。第二步是计算两个成本基数的差值，即50。接下来，将完全成本加价乘以成本基数的差值。在当前假设中得到数值4，即成本节约带来的额外利润。最后，可以在地域特殊优势的基础上计算出合理的利润分配。

## Steps and Calculations[16]

|    | Steps   | Calculations                 |
|----|---|------------------------------|
| 1. | Calculate the arm's length range of FCMUs based on foreign comparable, mostly in developed countries  | Assume the median FCMU is 8% |
| 2. | Calculate the difference between the cost base of the Chinese taxpayer (e.g. 100) and the average cost base of the foreign companies (e.g. 150) | $150 - 100 = 50$             |
| 3. | Multiply the arm's length FCMU (e.g. 8%) with the difference in the cost bases (50)   | $8\% \times 50 = 4$          |
| 4. | The resulting profit is the additional profit (i.e. 4) attributable to China for location savings   | 4                            |
| 5. | Determine the total arm's length profit for the Chinese taxpayer  | $4 + 8\% \times 100 = 12$    |
| 6. | Determine the adjusted arm's length FCMU for the Chinese taxpayer   | $12 / 100 = 12\%$            |

## 步骤和计算：

|    | 步骤   | 计算                        |
|----|--|---------------------------|
| 1. | 根据国外（主要是发达国家）可比数据计算独立交易原则下完全成本加价的范围        | 假设可比企业的完全成本加价中位数为 8%      |
| 2. | 计算中国纳税人成本基数（如 100）和外国公司的平均成本基数（如 150）之间的差异 | $150 - 100 = 50$          |
| 3. | 将完全成本加价（如 8%）与成本基数的差异（50）相乘                | $8\% \times 50 = 4$       |
| 4. | 由此计算出的利润是因中国地域成本节约而产生的额外利润（即 4）            | 4                         |
| 5. | 确定中国纳税人根据独立交易原则应得的总利润                      | $4 + 8\% \times 100 = 12$ |
| 6. | 为中国纳税人确定调整后的符合独立交易原则的完全成本加价                | $12 / 100 = 12\%$         |

The profit split methods are suitable for the situations that both of the enterprise and its related-party made unique contribution to the value creation[17] or the local enterprises have important intangible assets. [18] Though the profit split methods were only used in 10 APAs in China so far, the tax authorities expressed their expectation for more frequently applying, especially in cases where exist LSAs.[19] Marketing intangibles and LSAs are commonly closely linked in developing countries.[20] The MNE groups need the big market and local entities' contributions in China to improve the value of their intangible assets. Such contributions shall be reflected and compensated when applying the profit split methods. Though there is no official guidance in practical exercise, it is predictable that the profit split methods containing LSAs consideration will become more

and more popular in China.

利润分割法适用于企业及其关联方均对价值创造做出独特贡献或当地企业拥有重要无形资产的情况。虽然目前我国仅在10个预约定价安排中采用了利润分割法，但税务机关明确表示希望更频繁地应用此法，特别是在存在地域特殊优势的情况下。在发展中国家，营销无形资产和地域特殊优势通常密切相关。跨国集团需要中国的庞大市场和当地实体的贡献来提高其无形资产的价值。此类贡献应在采用利润分割法时予以反映和补偿。虽然在实际操作中暂无官方指导，但可以预见，包含地域特殊优势考虑的利润分割方法在中国会越来越流行。

#### 4. Conclusion

#### 4. 总结

In conclusion, challenged by the cross-border flow of production factors and the global layout of MNE groups, the Chinese tax authority advocates that, in order to curb the tax base erosion, LSAs must be considered when distributing profits among affiliated entities. Tax policies are massive and complicated. Once tax non-compliance occurs and is subject to audit penalties, it will bring a devastating blow to the reputation of the company. Therefore, we recommend that companies may cooperate with professional teams to legally lower their tax burden.

总的来说，面对生产要素跨境流动与跨国集

团全球布局，中国税务机关为遏制税基流失主张在关联企业间进行利润分配时须考虑地域特殊优势。税务政策琐碎繁杂。而一旦企业发生税务不合规、受到稽查处罚，对企业的声誉将会带来毁灭性打击。因此，建议企业与专业团队合作，合法降低税负。

#### 注释：

[1]United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report (2020), p. 12.

[2] World Intellectual Property Organization, World Intellectual Property Report 2017 – Intangible Capital in Global Value Chains, p. 102.

[3]Update of the United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Country Practice: China, E/C.18/2020/CRP.40 Add.1, 4.2.3.1.

[4]The US Bureau of Labor Statistics, International Comparison of Hourly Compensation Costs in Manufacturing, 2011.

[5]Li, Jinyan, International Taxation in China: A Contextualized Analysis, 10.5.6.3.

[6]Update of the United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, E/C.18/2020/CRP.40 Add.1, 4.2.3.3.

[7]Ibid, 4.2.3.6.

[8]Public Notice of the State Administration of

Taxation [2016] No. 42, Public Notice on Matters Regarding Refining the Filing of Related-Party Transactions and Administration of Contemporaneous Transfer Pricing Documentation, Article 14(iii).

[9]Public Notice of the State Administration of Taxation [2016] No. 64, Public Notice on Matters Regarding Enhancing the Administration of Advance Pricing Arrangements, Article 5.

[10] Ibid, Article 6.

[11] Ibid, Article 7.

[12]Ibid, Article 16.

[13]Update of the United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Country Practice: China, E/C.18/2020/CRP.40 Add.1, 4.2.3.4.

[14]Ibid, Article 27.

[15]SAT, China Advance Pricing Arrangement Annual Report (2019), p. 24.

[16]Update of the United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Country Practice: China, E/C.18/2020/CRP.40 Add.1, 4.2.3.9.

[17]Public Notice [2017] No. 6, Article 21.

[18]Li, Jinyan, International Taxation in China: A Contextualized Analysis, 10.5.6.3.

[19]SAT, China Advance Pricing Arrangement Annual Report (2019), p. 24, 25.

[20]UN Department of Economic & Social Affairs, United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2013), Sec. 10.3.4.1.

# 外商投资

## Foreign Investment

### 在华经商——湖南省外商投资优惠政策与投资形式比较

Doing Business in China—Preferential Policies for Foreign Investors in Hunan Province and Investment Forms Comparison

◆文 / 贺湘君 朱美琪

According to World Investment Report 2022 issued by United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the global foreign direct investment (FDI) reached 1.6 trillion USD in 2021, returning to pre-pandemic levels. As one of the major destinations of the global investment market in recent years, China is still favored by investors from all over the world. China's FDI continued to grow to 181 billion USD in 2021, remained the second recipient of FDI in the world for five years. According to the 2022 China Business Climate Survey released by the China-U.S Chamber of Commerce, 60 percent of its member enterprises said they would further increase their investment in China. As of 2021, there are 1.04 million

foreign-invested enterprises in China and they actually utilized FDI over 2.4 trillion USD.

联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 发布的《2022 年世界投资报告》显示，2021 年全球外国直接投资 (FDI) 达到 1.6 万亿美元，恢复到了疫情前的水准。中国，作为近年来全球投资市场的主要目的地之一，仍然备受各国投资者的青睐。2021 年，中国对外直接投资保持增长，达到了 1810 亿美元，连续 5 年位居世界第二。根据中美商会发布的《2022 年中国商业环境调查报告》，60% 的会员企业表示将进一步增加在华投资。截至 2021 年，在华外商投资企业 104 万家，实际使用外资超过 2.4 万亿美元。

With the deepening of China's economic

structural reform and the steady progress in the joint pursuit of the Belt and Road Initiative, China will further open its arms, lighten administrative supervision and introduce preferential policies. China's market has significant potential and unlimited business opportunities, but it also contains various risks.

随着中国经济体制改革的深入推进与共建“一带一路”的稳步前行，中国将进一步对外开放，减轻行政监管力度，出台优惠政策。中国市场潜力巨大，商机无限。但同时也存在着各种风险。

This series of articles aims to briefly introduce laws and regulations regarding foreign-related business, sort out the problems that international friends may encounter when investing in China, especially in Hunan, and provide some risk prevention and control measures. Our team sincerely hopes to help foreign investors to avoid risks and achieve profits. And this first article will introduce the legal requirements of initiating an enterprise in China, some preferential policies in Hunan, and type of enterprises that foreign investors can choose.

本系列文章旨在简要介绍与外商投资相关的法律法规，梳理国际友人在中国，尤其是在湖南投资时可能遇到的问题，并提出一些风险防控措施。我们团队诚挚希望帮助外国投资者规避风险，实现盈利。本篇文章将介绍在中国创办企业的法

律要求、湖南省相关优惠政策以及外国投资者可以选择的企业类型。

## Legal Requirements

### 法律要求

The Foreign Investment Law of the People's Republic of China and its Implementing Regulation are the current valid fundamental law to clarify the legal right and obligation of foreign investors. The core mechanism is “pre-establishment national treatment plus negative list”, which means foreign investors can invest the industry and enjoy the same treatment as Chinese as long as the industry is not in the negative list.

《中华人民共和国外商投资法》及其实施条例是现行有效的明确外国投资者权利和义务的基础性法律。它的核心机制是“准入前国民待遇加负面清单”，即只要拟投资行业不在负面清单内，外国投资者就可以投资该行业，并享受与中国投资者同等的待遇。

The negative list normally changes annually and it specifies what kind of business that foreign investors cannot do or their equity proportion shall be limited. Along with that China's market opens more and more, the negative list gets shorter year after year. The current valid list is the 2021 version which was issued in 27th, December, 2021 and came into force in 1st, January, 2022. The restricted items reduced to

31 kinds. This new version cancels the restrictions over automobile manufacture industry. Since then, foreign investors can freely initiate whole vehicle manufactural enterprises without equity proportion and enterprises' amount limit. Most remained limitations are set out of national security or special resource protection. For instance, Chinese equity in the new wheat varieties selective breeding and seed production business shall be no less than 34%, and the new maize varieties selective breeding and seed production business shall be controlled by Chinese. Medical institutions are limited to joint ventures. You are welcomed to consult us for other detailed limitations.

通常来说，负面清单每年都会变化。它明确规定了外国投资者不能从事哪些行业或者从事哪些行业存在股权比例的限制。随着中国市场的不断开放，负面清单也在逐年缩减。现行有效的清单是2021年版本，该版本于2021年12月27日发布，于2022年1月1日生效。所限项目减少到31种。这一新版本取消了对汽车制造业的限制。此后，外国投资者可以不受股权比例与开设企业数额的限制，自由创办整车制造企业。清单中仍然存在的限制大多针对国家安全或特殊资源保护。如：中方在小麦新品种选育和种子生产中的股比应不低于34%，玉米新品种选育和种子生产应由中国控股；医疗机构仅限于合资企业。欢迎您向我们咨询关于此类限制的详细信息。

## Preferential Policies in Hunan

### 湖南省的优惠政策

President Xi came up with “three highlands and four new missions” strategy when he inspected in Hunan province, which means he hopes that Hunan will become a national important advanced manufacturing highland, scientific and technological innovation highland with core competitiveness and reform and opening-up highland in inland areas. Following this instruction, Hunan has introduced many regulations and policies to promote open economic, which provides foreign investors more convenience and chance to making profit.

习主席在视察湖南省时提出了“三高四新”战略，希望湖南成为国家重要先进制造业高地、具有核心竞争力的科技创新高地、内陆地区改革开放高地。根据这一指示，湖南出台了许多促进开放型经济的法规和政策，为外国投资者提供了更多的便利与机遇。

First, Hunan has most open platforms in middle provinces of China. China-Africa Economic and Trade Expo is a remarkable example. The exhibitors will be exempted from import duties, VAT and consumption tax for the import link for their imported exhibits sold within the tax-free quota during the exhibition period. The exhibits that enjoy import tax incentives includes 20 categories of commodities including animal and

plant products, handicrafts, rubber products, carpets, and jewelry.

首先，湖南是中国中部地区开放平台最多的省份。中非经贸博览会就是一个良好的例子。展览期间，参展企业在免税限额内销售的进口展品，免征进口税、进口环节的增值税和消费税。享受进口税收优惠的展品包括动植物产品、手工艺品、橡胶制品、地毯、珠宝首饰等 20 种商品。

Second, Hunan designated China (Hunan) Pilot Free Trade Zone with three regions, which are Changsha region, Yueyang region and Chenzhou region. In Free Trade Zone, enterprises may benefit from those special lightened regulation policy and innovation system. For instance, Changsha region is the first one in China to adopt 1×1×1 blending mode, which means intensive development of international mail, international express, cross-border e-commerce business. Based on this mode, the clearance time is reduced by 50% averagely. And e-commerce enterprises' operation cost was reduced by 30% according to data of 2021. In Chenzhou region, thanks to the facilitation of foreign exchange receipts and payments in cross-border trade, the time needed is reduced to only one day from one week. More detail governmental preferential policies will be introduced one region by one region in our later articles.

其次，湖南省划定了中国（湖南）自由贸易试验区，分为长沙、岳阳、郴州三个片区。在自贸区，企业能从特殊的宽松监管政策与创新制度中获益。比如，长沙片区在国内率先采用 1×1×1 混合模式，即集约发展国际邮件、国际快递、跨境电商业务。在此模式下，清关时间平均减少 50%。2021 年数据显示，电商企业运营成本降低 30%。在郴州地区，由于跨境贸易外汇收付的便利化，其所需时间从一周缩短到一天。更多详细的政府优惠政策将在我们后面的文章中按片区逐一介绍。

Third, China's National Development and Reform Commission and the Ministry of Commerce issued the Catalogue of Industries for Encouraging Foreign Investment (2022 Version) draft in 10th, May, 2022, which adds 238 more items and extends applicable scope for 114 items compared to the 2020 version. In that draft, Hunan lists 44 items that local government recommends and encourages to invest according to the above mentioned “three highlands and four new missions” strategy. The encouraging industries mainly focus on manufacture (clothes production, manganese zinc deep processing, key components of large construction machinery manufacture, etc.), technology R&D (special high-quality glass technology development, thermal management system and control system of new energy vehicle R&D, optoelectronics materials, electronic

materials, electronic components development and processing, etc.) and industries related to culture (comic creation, production and derivative development, etc.). Hunan also introduced preferential policies especially targeting those industries for encouraging foreign investment. For instance, the export tax rebates of those new initiated manufactural foreign trade enterprises in Free Trade Zone can be accelerated according to the upper management category after the export enterprises' management category is assessed. For advanced manufacturing industries, and film and television culture enterprises, their export tax rebate claims shall be done within 2 working days. And enterprises can claim it online. These policies will lower enterprises' cash and operation burden greatly.

第三，2022年5月10日国家发展改革委、商务部印发了《鼓励外商投资产业目录（2022年版）（征求意见稿）》，新版较2020年版增加了238个项目，扩大了114个项目的适用范围。其中，湖南根据上述“三高四新”战略，列出了44个地方政府鼓励投资的项目。这些项目主要集中在制造业（服装生产、锰锌深加工、大型工程机械关键零部件制造等）、技术研发（特种优质玻璃技术开发、新能源汽车热管理系统及控制系统研发、光电子材料、电子材料、电子元器件开发加工等）、文化相关产业（漫画创作、生产和衍生品开发等）。湖南还特别针对这些行业出台了鼓励外商投资的优惠政策。例如，对自贸区内新

办的生产型出口企业在按规定评定出口企业管理类别后，可按上一级管理类别加快办理出口退税。对先进制造业和影视文化企业，出口退税申请应当在两个工作日内完成。企业可以在网上申请办理上述业务。这些政策将大大降低企业的现金负担和经营负担。

## Investment Forms Comparison

### 投资形式比较

Natural person, enterprise and other organization can invest in China in their own name. Foreign investors can get equity, shares, property shares or other rights of existing enterprises within China by merger, acquisition, or other means. Investing the existing enterprises definitely has some advantages. First, there is no need to wait for the registration process and the basic structure of the company was established already. Second, normally the company is running for a period. Therefore, investors can do business directly and utilize the existing devices and customer resources. However, on the bad side, the financial situation might not be real and clear. And the old shareholders may cheat investors in other aspects, such as employee situation, legal compliance situation, etc. Inconsideration of that, we normally recommend investors to do due diligence targeting the company, at least.

自然人、企业和其他组织可以以自己的名义

在中国投资。外国投资者可以通过并购或其他方式获得中国境内现有企业的股权、股份、财产性权益或其他权利。投资现有企业当然有一定的优势。首先，无需等待注册程序且公司治理的基本结构已经建立。其次，公司通常已经运行了一段时间。因此，投资者可以直接开始经营，利用现有设备和客户资源。然而，它的缺点是，公司的财务状况可能不真实或较为模糊。而原股东可能在其他方面，如员工情况、法律合规情况等，欺骗投资者。考虑到这一点，我们通常建议投资者至少要对公司进行尽职调查。

Foreign investors can initiate new enterprises, too. They may initiate companies and partnerships in China in accordance with law. As for company, there are limited liability companies or joint-stock limited companies for choice. The differences of these two kinds are as follow.

外国投资者也可以创办新的企业，可以依法在中国设立公司或合伙企业。就公司而言，可以选择建立有限责任公司或者股份有限公司。二者区别如下：

|  | <b>Limited Liability Company</b>  | <b>Joint-stock Limited Company</b>  |                     |  |
|--|---|---|---------------------|--|
| <b>Shareholders' Amount</b>                  | No more than 50   | There is no amount limitation for shareholders. However, <b>promoters</b> shall be no less than 2 and no more than 200, and half of them shall have residence in China.   |                     |  |
| <b>Responsibility Burden of Shareholders</b> | Subscribed capital contribution   | Their shares  |                     |  |
| <b>Initiating Process</b>                    | Initiators shall subscribe capitals   | A joint-stock limited company may be established by the way of promotion or stock floatation. For a joint-stock limited company established by stock floatation, the shares subscribed by the promoters shall not be less than 35 % of the total shares normally.         |                     |  |
| <b>Registered Capital</b>                    | Registered capital is the amount that initiators subscribed and no minimum amount requirement normally. Initiators can subscribe capital contribution when the company is set up and actually pay it before the deadline as they committed. | <table border="1"> <tr> <td>Formed by promotion</td> <td>The registered capital shall be the capital stock subscribed for by all its promoters. Before all its promoters have fully paid for their subscriptions, the company may not offer shares to</td> </tr> </table> | Formed by promotion | The registered capital shall be the capital stock subscribed for by all its promoters. Before all its promoters have fully paid for their subscriptions, the company may not offer shares to |
| Formed by promotion                          | The registered capital shall be the capital stock subscribed for by all its promoters. Before all its promoters have fully paid for their subscriptions, the company may not offer shares to  |   |                     |  |

|                                     |   |   |  |
|-------------------------------------|---|---|--|
|                                     |   |   | other investors.   |
|                                     |   | Established by stock floatation   | The registered capital shall be the total actually paid capital stocks registered with the company registration authority. |
| <b>Structure Setting</b>            | No mandatory requirement of setting board of directors and board of supervisors   | Board of directors is mandatory required and there shall be 5 to 19 members. Board of supervisors is also mandatory required and there shall be at least 3 members. At least one third supervisors shall be employee representatives. |  |
| <b>Share Transfer</b>               | No special limitation normally. However, alteration registration in Administration for Industry and Commerce and alteration of register of shareholders are required. | Many limitations. For example, the shares of a company held by the promoters of this company shall not be transferred within 1 year after the date of the establishment of the company.   |  |
| <b>Degree of Financial Openness</b> | No need for announcement  | When it publicly issues new stocks, it shall publish its financial reports. And a listed company shall publish its financial reports once every six months in each fiscal year.   |  |

|        | 有限责任公司     | 股份有限公司   |
|--------|------------|--|
| 持股人数   | 不超过 50 人   | 对股东没有数量限制。但发起人不得少于 2 人，不得超过 200 人，且其中半数要在中国境内有住所。    |
| 股东责任承担 | 以认缴资本额为限   | 以所持股份为限  |
| 创立过程   | 创始人应当认缴资本。 | 股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。采用募集方式设立的股份有限公司，发起人认购的股份 |

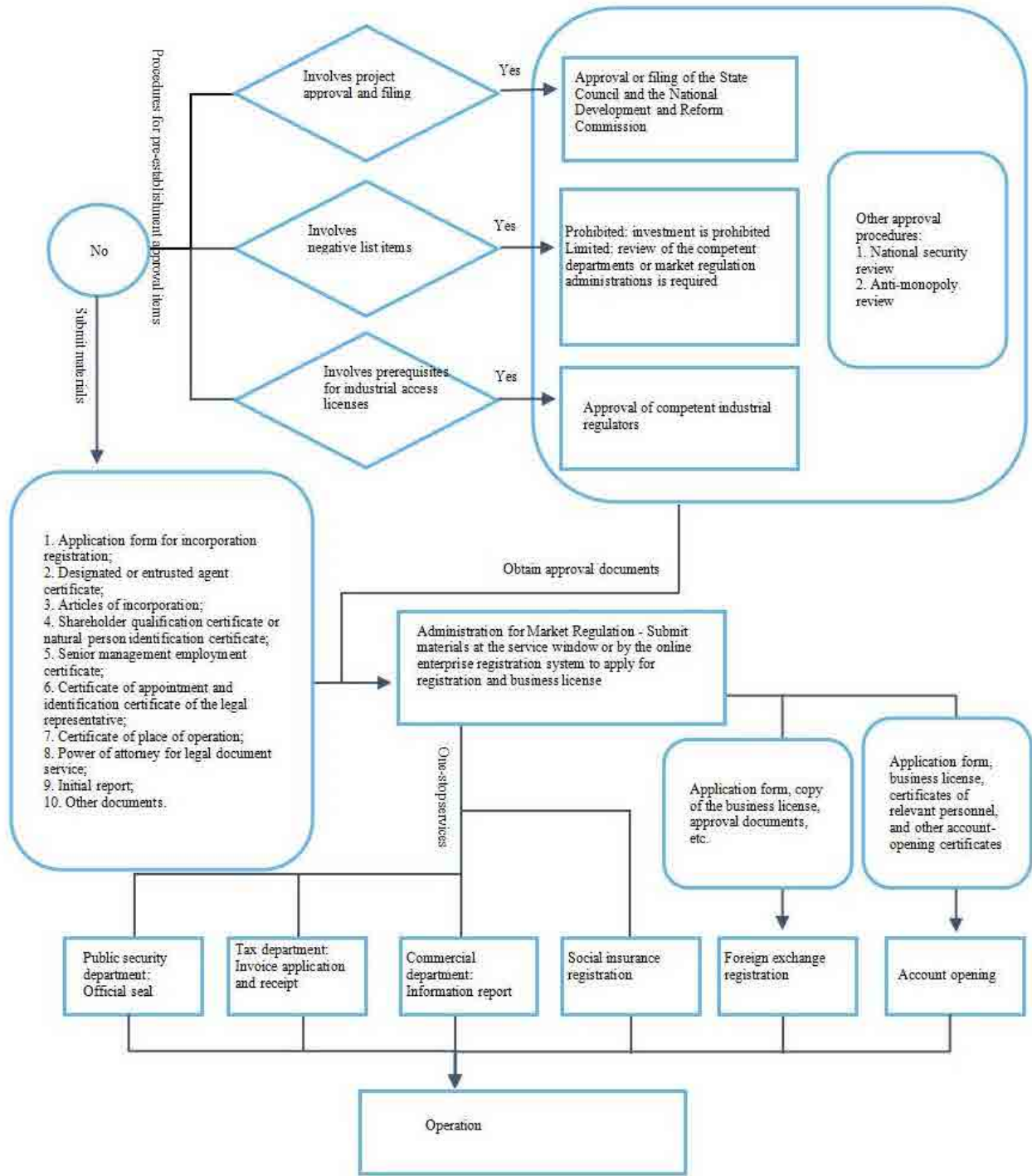
|          |   |  |   |
|----------|---|--|---|
|          |   | 通常不得少于股份总数的百分之三十五。   |   |
| 注册资本     | 注册资本为创始人认缴的金额，一般不设最低限额。发起人可以在公司成立时认缴出资，并在以后按承诺的截止日期前实际缴纳出资。 | 发起设立   | 注册资本为全体发起人认缴的股本。在所有发起人付清认购款之前，公司不得向其他投资者发行股票。 |
|          |   | 募集设立   | 注册资本为公司登记机关登记的实缴资本总额。                         |
| 结构设置     | 不强制要求设立董事会和监事会  | 设立董事会是强制性的，成员 5 至 19 人。设立监事会亦是强制性的，监事会成员不得少于三人。监事应当至少有三分之一为职工代表。 |   |
| 股份转让     | 通常没有特殊限制。但必须在工商登记机关办理变更登记并完成股东名册变更。                         | 有许多限制。例如，该公司发起人所持有的公司股份，自公司成立之日起 1 年内不得转让。                       |   |
| 财务状况公开程度 | 无需公告  | 公开发行新股前，应当公告财务报告。上市公司应当在每一会计年度内每六个月公布一次财务报告。                     |   |

We can clearly see that joint-stock limited companies suffer more strict restrictions. Therefore, we normally recommend our clients to choose limited liability companies and design the articles of association elaborately at the beginning of their business.

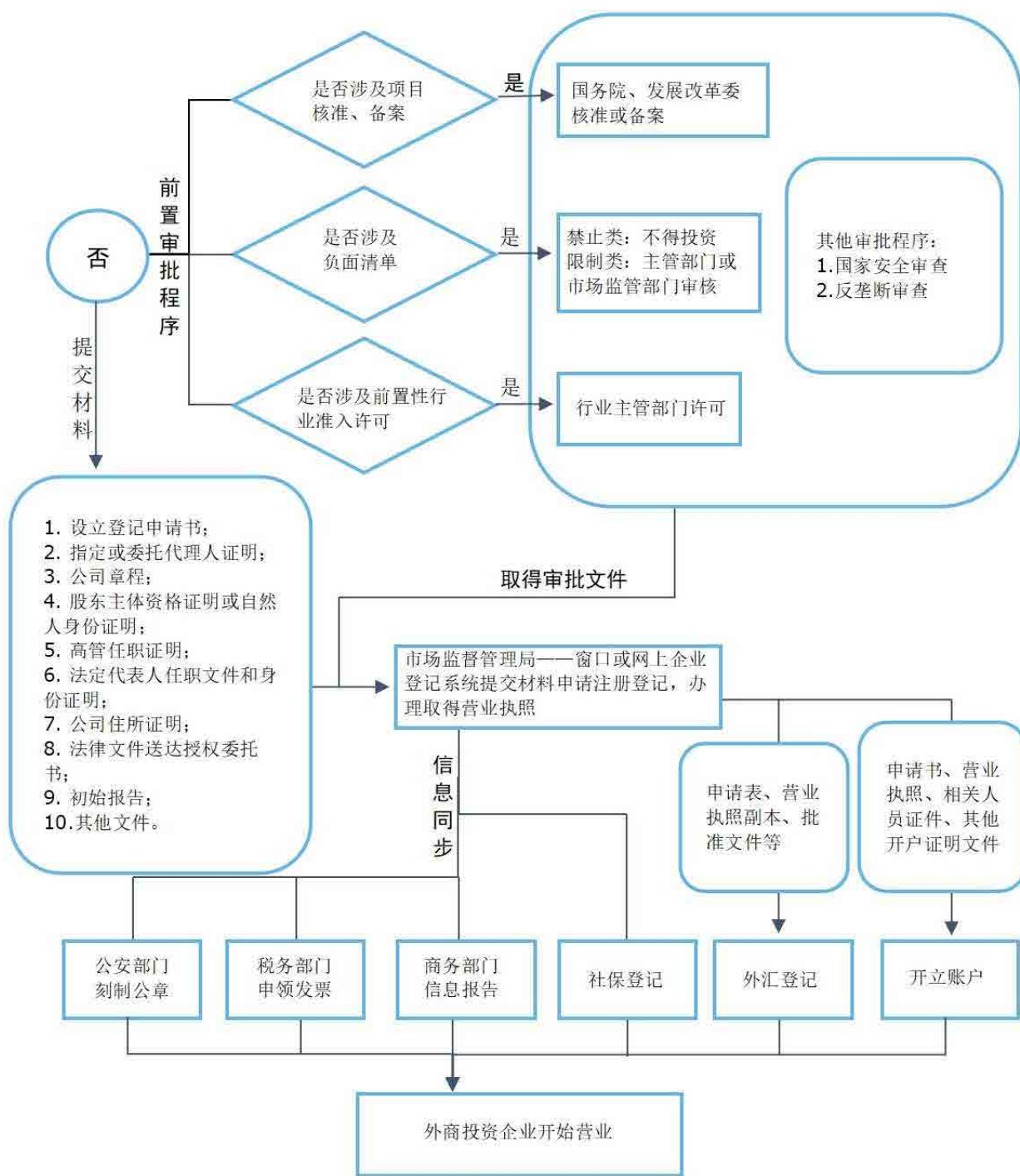
我们可以清楚地看到，股份有限公司受到更严格的限制。因此，我们通常建议客户在创业之初选择有限责任公司，并精心设计公司章程。

The detailed registry and modification process are as follow.

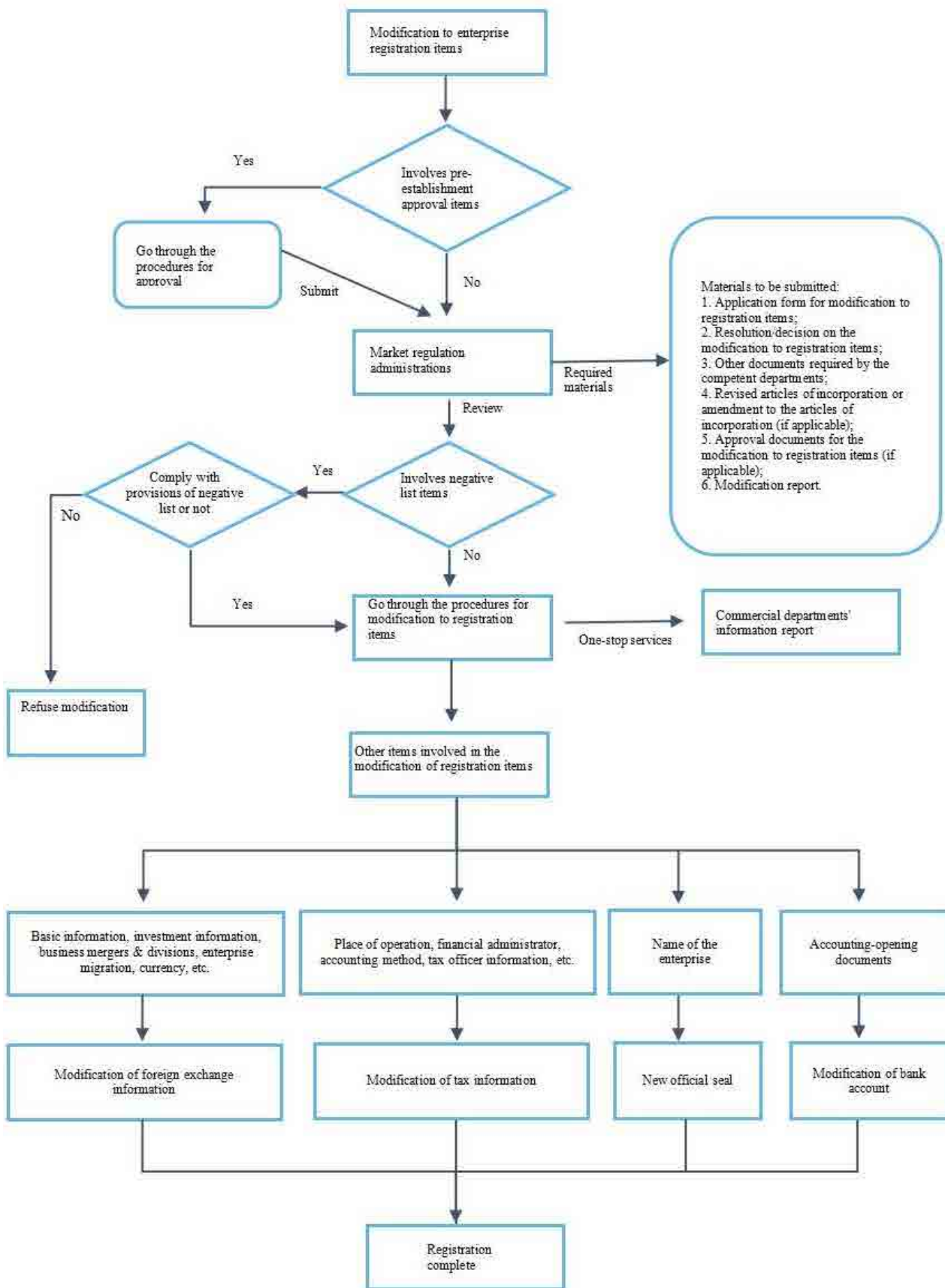
详细的公司注册和变更流程如下：



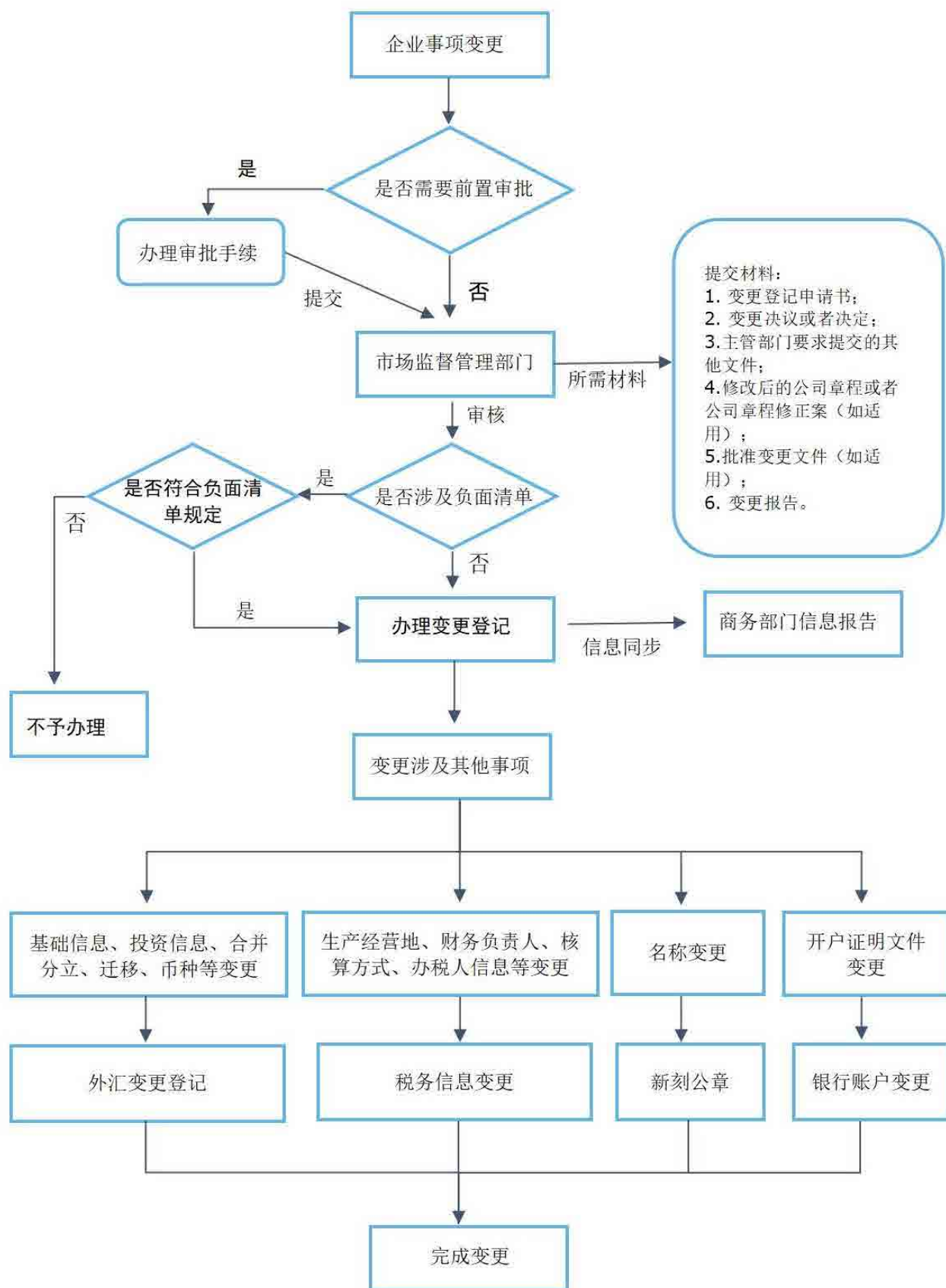
(From Ministry of Commerce of PRC)



(图片来源：中华人民共和国商务部)



(From Ministry of Commerce of PRC)



（图片来源：中华人民共和国商务部）

Partnership enterprise is also a common business form in China. Chinese law has lower requirement on partnership. If the application material is sufficient and suitable, the enterprise registration department normally will issue the license on the spot. It includes two kinds, which are general partnership enterprises and limited liability partnership enterprises. In general partnership enterprises, every partner shall bear unlimited joint and several liabilities for the debts of the partnership enterprise, which means a creditor can ask any partner to clean all debts at his. After the partner setting the compensation, he has the right to recover from other partners on the part exceeding his proportion. A limited liability partnership enterprise shall be formed by at least one general partner and limited partners. In limited liability partnership enterprise, the general partners shall bear unlimited joint and several liabilities for the debts and the limited partners bear the liabilities only to the extent of their capital contributions. A written partnership agreement is also needed to establish a partnership enterprise, which shall include the name and address of the main business operation place, the purpose and business scope of partnership, the ways and amount of capital contribution by partners and the time limit for payment, the profit distribution and loss sharing, etc.

合伙企业也是中国常见的一种商业形式。中国法律对合伙企业的要求较低。如果申请材料充

分且符合要求，企业登记部门一般会当场发放许可证。它包括普通合伙企业和有限责任合伙企业两种类型。在普通合伙企业中，每个合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任，即债权人可以要求任何合伙人以自己的名义清偿其全部债务。合伙人偿付后，对超出其内部约定比例的部分，有权向其他合伙人追偿。有限责任合伙企业由至少一名普通合伙人和一名有限合伙人组成。有限责任合伙企业的债务由普通合伙人承担无限连带责任，有限合伙人以其出资额为限承担责任。设立合伙企业，还应当有书面的合伙协议，协议内容包括主要经营场所的名称、地址、合伙企业的宗旨和经营范围、合伙人的出资额和出资期限、利润分配和亏损分担等。

Besides difference in liability burden, another difference between limited liability companies and partnership enterprises is the initiator amount. One person (natural or legal, domestic or foreign) can initiate one-person limited liability company, which means the company only has one shareholder, though one natural person is allowed to establish merely a one-person limited liability company, and this company shall not establish any more one-person limited liability company. There shall be at least two people to initiate a limited liability company, though the decision rights and the profit distribution rights of some partners can be restricted by the partnership agreement.

有限责任公司与合伙企业除责任承担不同之

外，另一差异在于创始人人数。一人（国内或国外的自然人或法人）可以创办一人有限责任公司，即只有一个股东的公司。但是一个自然人只能成立一个一人有限责任公司，且该一人有限责任公司不能再设立新的一人有限责任公司。创办合伙企业则至少需要两人，虽然可以通过合伙协议限制部分合伙人的决策权和利润分配权。

Another important difference is the tax burden. The limited liability companies registered in China is a resident of China, which shall pay enterprise income tax before profit distribution (except one-person limited liability company). The basic tax rate is 25%. In the recent years, China's government has introduced some preferential policies. For example, there are common preferential policies for small and low-profit enterprises as follow, who engaged in non-restricted and non-prohibited industries, and meet these three conditions at the same time: the annual taxable income does not exceed 3 million RMB, the number of employees does not exceed 300, and the total assets do not exceed 50 million RMB.

另一个重要的区别是税负。在中国境内注册的有限责任公司是中国居民，在利润分配前应缴纳企业所得税（一人有限责任公司除外），基本税率是 25%。近年来，中国政府出台了一些优惠政策。例如，从事国家非限制和禁止行业，且同时符合年度应纳税所得额不超过 300 万元、从业人数不超过 300 人、资产总额不超过 5000 万元这三个条件的企业，可以享受以下优惠政策：

| Taxable Income   | Taxable Income | Tax Rate | Actual Tax Burden |
|--|----------------|----------|-------------------|
| The part that not exceed 1 million RMB                           | Count at 12.5% | 20%      | 2.5%              |
| The part that exceeds 1 million RMB but not exceed 3 million RMB | Count at 25%   | 20%      | 5%                |

| 应纳税所得额                  | 应纳税所得额      | 税率  | 实际税负 |
|-------------------------|-------------|-----|------|
| 不超过 100 万元的部分           | 减按 12.5% 计算 | 20% | 2.5% |
| 超过 100 万元但不超过 300 万元的部分 | 减按 25% 计算   | 20% | 5%   |

In detail, if a limited liability company's annual taxable income is 2.6 million RMB, the enterprise income tax shall be paid is 0.105 million RMB  $[112.5\% \times 20\% + (2.6 - 1) \times 25\% \times 20\%]$ . If there are no such preferential policies, the tax shall be paid is 0.65 million RMB  $[2.6 \times 25\%]$ . Apart from these common policies, there also are other preferential policies for small-scale taxpayer, technology SMEs, etc.

具体来说，如果某有限责任公司年度应纳税所得额为 260 万元的，其应纳企业所得税税款为 10.5 万元  $[100 \times 12.5\% \times 20\% + (260 - 100) \times 25\% \times 20\%]$ 。如果无该优惠政策，则需要缴纳 65 万元  $(260 \times 25\%)$ 。除了这些政策外，还有针对小规模纳税人、科技型中小企业等主体的优惠政策。

After paying enterprise income tax, the company can distribute profit in accordance with law and articles of association. Normally, the investor who maintain profit distribution which is not based on shares of listed company shall pay individual income tax at 20% rate. However, a good news is that currently natural foreign investors are exempted from paying individual income tax for stock dividend and bonus share from foreign invested companies.

公司缴纳企业所得税后，可以依照法律和公司章程的规定分配利润。投资者取得非上市公司股份股息、红利的，一般按 20% 的税率缴纳个人所得税。但目前外籍自然人取得的外商投资企业

的股息、红利免缴个人所得税。

One-person limited liability company and partnership enterprise are similar when paying tax. Both of them shall divide the profit according to the agreed proportion or capital contribution proportion after deducting the cost and fees and before paying tax. Every partner shall respectively pay his own tax for his business income using excess progressive rates between 5% ~ 35%. Because this kind of income shall be regarded as business income, instead of stock dividend or bonus share, foreign investors cannot enjoy the exemption.

一人有限责任公司和合伙企业在纳税方面是相似的。两者在扣除成本和费用后，在纳税前，先按照约定的比例或出资比例分配利润。每个合伙人应按 5%~35% 的超额累进税率分别缴纳自己部分的税款。由于这类收入属于经营收入，而非股息或红利，外国投资者不能享受前述免税待遇。

In conclusion, invest forms in China is various, and each form has its own advantages and unfavorable aspects. The final decision shall comply with investors' business plan and style. We are delight to give you professional advice according to your personal need.

总之，在中国，投资形式是多种多样的，每种形式都有优劣。最终决定应符合投资者的商业计划和风格。我们很乐意根据您的个人需要为您

提供专业的建议。

## Epilogue

### 结语

China's market is full of potential and risk, our team is committed to help you in your international business with comprehensive and full-process legal services. In next article of this series, we will introduce the risk in distribution business and how can the contract be designed. Please stay turn.

中国市场潜力与风险并行，我们的团队致力于为您的国际业务提供全方面、全流程的法律服务。在本系列的下一篇文章中，我们将介绍经销业务中的风险与合同设计。敬请期待。



## 国际贸易合同风险避雷指南系列——不可抗力条款设置

Guide on Avoiding Risks of International Trade Contracts——Force Majeure Clause Setting

◆文 / 国际与知识产权部

The term force majeure is originated from French Civil Code.[1] Until today, it is still diagramed in the term of the French word “force majeure” in international trade. A force majeure clause is an exemption from liability in certain circumstances.

不可抗力一词起源于法国民法典 [1]，时至今日，国际贸易中不可抗力仍用法语词汇 “Force Majeure” 表示。不可抗力条款是一种在特定情况下的免责条款。

For the definition of force majeure, the internationally accepted law is United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, article 79(1) of which states: "A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if

he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences." While China relies primarily on Civil Code of the People's Republic of China, in which Article 180 provides that "A person who is unable to perform his civil-law obligations due to force majeure bears no civil liability…… ‘Force majeure’ means objective conditions which are unforeseeable, unavoidable, and insurmountable. " In comparison with the definition of force majeure in United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, what have been stated in Civil Code of the People's

Republic of China is clearer, more intuitive and more general. It should be noted that before the relevant matters can be considered as force majeure events, the three elements of unpredictability, externality and insurmountable should be satisfied in the mean time.

对于不可抗力定义，国际上普遍认可的法律是《联合国国际货物销售合同公约》，其第79条第(1)款规定：“当事人对不履行义务不负责任，如果能证明此种不履行义务是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”我国则主要依据的是《中华人民共和国民法典》，其第一百八十条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。……不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”相较于《联合国国际货物销售合同公约》，我国《民法典》对不可抗力的定义更明晰、直观且更具概括性。需特别注意的是，不能预见、不能避免和不能克服这三大特性应当被同时满足，才可认定相关事项属于不可抗力事件。

## I. Salient points in setting out force majeure provisions

### 一、不可抗力条款设置要点

#### I. Scope of force majeure situations

##### (一) 不可抗力情形覆盖范围

In practice, all kinds of emergencies emerge

in endlessly. Due to the high generalization of the definition of force majeure, according to which, the parties to the contract may not be able to make a precise judgment on whether the impediment that has occurred is an exempt matter. Therefore, force majeure events are often clarified by enumeration in international trade contracts.

实践中各类突发状况层出不穷，由于不可抗力定义的高度概括性，合同当事人可能无法根据其定义对已发生的阻碍事件作出是否属于免责事项的准确判断，因此国际贸易合同中常以列举的方式对不可抗力事件予以明晰。

According to the ICC FORCE MAJEURE CLAUSE (2020), the recommended events of force majeure to be agreed upon are as follows.

(1) Natural disaster or extreme natural event such as earthquakes, typhoons, tsunamis, heavy rainfall, snowstorms, cold waves, gales, sandstorms, etc;

(2) Plague, epidemic;

(3) War (whether declared or not), hostilities, invasion, act of foreign enemies, extensive military mobilisation;

(4) Civil war, riot, rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, act of terrorism, sabotage or piracy;

(5) Act of authority whether lawful or

unlawful, compliance with any law or governmental order, expropriation, seizure of works, requisition, nationalisation;

(6) General labour disturbance such as boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises;

(7) Explosion, fire, destruction of equipment, prolonged break-down of transport, telecommunication, information system or energy.

根据《ICC FORCE MAJEURE CLAUSE》(2020)，推荐约定的不可抗力事件如下：

(1) 自然灾害或极端自然天气，如地震、台风、海啸、暴雨、暴雪、寒潮、大风、沙尘暴等；

(2) 瘟疫、流行病；

(3) 战争（无论是否宣战），敌对行动，入侵，外敌行动，大规模军事动员；

(4) 内战，暴乱，叛乱和革命，军事政变或篡权，暴动，恐怖主义行为，破坏或海盗活动；

(5) 合法或非法的政府行为，如政府或其他权力机关发布法律规定，政府命令（如因“国家安全”、“外交政策”等因素被禁止交易等）、征收或其他国有化行为、征用、查封、扣押、冻结，以及包括对象为货币在内的金融资本政策、贸易限制、关闭运河、禁运、制裁；

(6) 普遍的劳工骚乱，如抵制，罢工和封门，

怠工，工厂和场所的占领；

(7) 爆炸，火灾，设备损坏，运输、电信、信息系统或能源的长期崩溃。

In addition, please note that the parties should take into account the specific mode of transaction and the risks that may occur in connection with it in order to abridge the force majeure events mentioned above.

[2] Especially in the context of COVID-19 pandemic and the intensification of the Russian-Ukrainian conflict, force majeure clauses should focus on listing circumstances in relation to pandemic and war. The enumeration should be clear and specific.

另请注意，当事人应结合具体交易模式及与之相关可能发生的风险，来对上述不可抗力事件进行删减。[2] 特别是在如今新冠疫情大流行及俄乌冲突激化的大背景下，在设置不可抗力条款时，应着重列举有关疫情与战争方面的不可抗力情形，且该列举应当明确具体。

## II. Notification Obligation

### (二) 通知义务

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, article 79(4) thereof provides: "The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time

after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt." Article 590 of Civil Code of the People's Republic of China provides that ".....The party unable to perform the contract due to force majeure shall promptly notify the other party to mitigate the losses that may be caused to the other party, and shall provide proof of the force majeure within a reasonable period of time." The performance of notification obligation is crucial in the event of force majeure. For the party who is unable to perform the contract timely notification to the other party will not only reduce liability to some degree, but also reduce unnecessary losses to the other party.

《联合国国际货物销售合同公约》，其第79条第（4）款规定：“不履行义务的一方必须将障碍及该障碍对其履行能力的影响通知对方。如果另一方当事人在不履行义务的一方当事人知道或本应知道该障碍后的合理时间内没有收到通知，则该另一方当事人应承担因未收到通知而造成的损害赔偿责任。”《中华人民共和国民法典》第五百九十条规定：“……因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”在遇到不可抗力事件时，通知义务的履行非常关键。及时通知未受不可抗力影响的一方合同当事人不仅能在一定程度上减轻自身违约责任，同时也能减少对方不必要的损失。

In order to protect the rights and interests of the party not affected by force majeure as far as possible, special attention should be paid to the following two time limits when setting out the notice obligation provisions.

First, notification of force majeure should be given within a reasonable time when the party affected by the force majeure event "knows or should have known". Please make sure that "should have known" is reflected, otherwise it may create the ground of defenses for the party claiming an exemption for the reason of delayed notification. The party may claim that it had late knowledge of the force majeure event and that it is therefore not liable for any loss caused to the other party before the notice was given.

Secondly, the law states that notice is to be given "within a reasonable time", but in practice, "reasonable time" is difficult to determine and everyone's interpretation differs. Therefore, it is recommended that when drafting contractual provisions, the period for such "reasonable time" should be specified, for example, within 14 days of knowing or should have known the event of force majeure.

为了尽可能地保护未受不可抗力影响一方当事人的权益，在设置通知义务条款时，应特别注意以下两点时间限制：

第一，不可抗力通知应于受不可抗力事件影

响的一方在“知道或应当知道”的合理时间内发出。一定要体现出“应当知道”，否则容易给要求用不可抗力免责的一方迟发通知的抗辩理由。该方可称其是很晚才知晓不可抗力事件发生的，因此其可不承担发出通知前因不可抗力给合同相对方所造成的损失。

第二，法条内表述，通知为“合理时间内发出”，但实践中，“合理时间”难以确定，每个人的理解皆不相同。因此，建议在起草合同条款时，明确该“合理时间”的期限，例如：知道或应当知道不可抗力事宜的 14 日内。

### III. Burden of proof

#### (三) 举证义务

The application of a force majeure clause does not, of course, merely require that the other party be notified of the clause. Statutory obligations of which also include providing evidence that the performance of the contractual obligations cannot be continued in the event of force majeure. Therefore, it is essential to require the other party to provide proof under the related circumstances when setting out contractual provisions, which also effectively reduces the abuse of the clause.

想要适用不可抗力条款免责，自然不是通知对方一下就可以不承担相应责任的。提供遇到不可抗力事件无法继续履行合同义务的证明也是法定义务之一。因此，在合同条款设置时，要求对

方提供相应证明的内容也必不可少，这样也有效降低了滥用不可抗力条款的可能性。

### IV. Legal consequences

#### (四) 法律后果

What are the legal consequences of the application of a force majeure clause? There is no doubt that a party who notifies the other party within a reasonable time and has sufficient evidence of force majeure is not liable for its own non-performance of the contract. However, will the contract then continue, be extended, suspended or terminated? It has not been specified by law, therefore left to the parties to the contract to determine. In the event that the parties to the contract are unable to determine the situation in advance, it is recommended to agree that if force majeure affects the contract for more than 60 days, either party shall be entitled to terminate the contract and the parties shall negotiate alternative measures.

成功适用不可抗力条款后，会有引起怎样的法律效果呢？在合理时间内通知对方且有充足证据证明不可抗力情形的一方，无须为自身的不履行合同义务行为承担责任的效果是毋庸置疑的。那么该合同是继续履行、延长、中止还是终止呢？法律对此并没有明确规定。此类法律效果就由合同双方当事人来确定。对于合同双方当事人无法在事前确定的情形，则建议约定：如果不可抗力影响超过 60 天，任何一方有权解除本合同，

双方另行协商处置措施。

## II. Model clauses

### 二、示范条款

The following is a demonstration force majeure clause for reference only, and the specific contents shall be adjusted according to the contents of the contract.

i. The force majeure events means unforeseen events not controlled or prevented by the Parties, such as war, political turmoil, flood, drought, typhoon, fire, earthquake, explosion, epidemics, change in laws or policies, labor disputes (including but not limited to strike, slowdown, lockout or sabotage), severe shortage of oil, gas, electricity or raw materials that prevents Seller from continuing normal operation; or acts(s) or non-action of other third parties, such as the relevant governmental authorities, the forwarding agent(s), insurance company or shipping company. A party's lack of funds shall not be a force majeure event.

ii. Either party shall not be liable for failure to perform or timely perform any of its obligations hereunder due to force majeure events. However, the Party affected by the Force Majeure event shall notify the other Party within 14 days by letter, fax or E-mail after it knows or should know the occurrence of force majeure and provide relevant supporting documents of the occurrence of force majeure.

iii. The party claiming to be affected by force majeure shall take all reasonable measures to reduce the losses, damage or consequences caused by the force majeure event. Otherwise, the party will be liable for the "enlarged portion of loss".

iv. If the force majeure event lasts for more than 60 days, either party shall have the right to terminate this Contract and both parties shall negotiate the disposal measures separately.

以下为仅供参考的示范性不可抗力条款，具体内容仍应根据自身合同内容进行调整：

1. 不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的事件，如战争、政治动乱、水灾、干旱、台风、火灾、地震、爆炸、疫情、法律或政策变更、劳工争议（包括但不限于罢工、怠工、停工或蓄意破坏）以及因油、气、电、原材料的严重匮乏阻止卖方继续正常经营的事件；或者其他第三方的作为或不作为，如相关政府部门、代理、保险公司或船运公司。一方缺少资金非为不可抗力事件。

2. 任何一方若因不可抗力事件导致其不能履行或不能及时履行本合同项下的任何义务，该方不承担责任。但该方应在知晓或应当知晓不可抗力发生之日起14日内通过信件、传真或电子邮件的方式通知另一方，并提供遇到不可抗力事件的相关证明文件。

3. 宣称受不可抗力影响的一方应当采取一切

合理手段降低因不可抗力事件导致的损失、损害或后果。否则，该方将对“损失扩大部分”承担责任。

4. 如果不可抗力影响超过 60 天，任何一方有权解除本合同，双方另行协商处置措施。

### III. Typical case study

#### 三、典型案例

Basic facts of the case: Company A sold a batch of aquatic products to Company B. Company B claimed that the sale and purchase contract between Company A and Company B was terminated due to Company C, a downstream company processing aquatic products, was affected by the epidemic and claimed that it was exempted from liability based on force majeure. In order to prove that the losses claimed by Company A were excessive, Company B submitted evidence that it had since purchased similar goods from others.

基本案情：A 公司向 B 公司出售一批水产品货物，B 公司由于其与供应链下游的水产品加工企业 C 公司的买卖合同受疫情影响解除，遂主张解除 A、B 公司间的买卖合同，并主张其基于不可抗力免责。为证明 A 公司主张的损失过大，B 公司又提交了其于此后向他人购买同类货物的相关证据。

Court opinion: ‘Force majeure’ means objective conditions which are unforeseeable,

unavoidable, and insurmountable. The prerequisites for a party to be exempted from liability under the provisions of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods or the Civil Code include i) the existence of an obstacle or objective circumstance beyond the party's control, preventing the party from performing its contractual obligations; ii) the obstacle or objective circumstance could not be foreseen at the time of the conclusion of the contract. In this case, Company A claimed that the termination of the contract was caused by the epidemic and that it should be exempted from liability. The Court held that the contract was signed between 27 March and 31 March 2020 and the epidemic had already started when the contract was signed, so Company A could foresee the impact of the epidemic on the performance of the contract when it signed the contract. Therefore, the court did not support the claim that company A should be exempted from liability.

法院认为：不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。当事人依据《联合国国际货物销售合同公约》或《民法典》的规定免责，前提条件之一是存在该当事人不能控制的障碍或客观情况，导致该当事人不能履行合同义务，且其在订立合同时不能预见上述障碍或客观情况。本案中，A 公司主张合同解除系因疫情的原因造成，其应当免责。本院认为，本案合同签

订于2020年3月27日至3月31日之间，合同签订时疫情已经开始流行，A公司在签订合同时能够预见到疫情对合同履行的影响。A公司未履行涉案买卖合同，却在2020年7月另行购买了同类货物，A公司关于不履行本案合同系因疫情造成的主张与该事实相悖。因此，对于A公司提出的其应免责的主张，法院不予支持。

#### IV. Summary

#### 四、总结

Force majeure clause is an essential clause in almost every international trade contract. It will have no impact on the performance of the contract under normal circumstances, while an incalculable impact on the profit and loss of the parties is possible to be caused when the event of force majeure occurs. Therefore, it is essential to set out force majeure clauses in a legitimate and reasonable approach in the protection of the interests of the parties.

不可抗力条款几乎是每一个国际贸易合同的必备条款，正常情况下对合同的履行不会产生任何影响，然而一旦遇到不可抗力所规定情形，它将对各方的损益产生不可估量的影响。因此，合法、合理的设置不可抗力条款对保障各方利益至关重要。

#### 注释:

[1] Guo Yanghui. The elements and criteria of force majeure. China Courts. 郭扬辉. 不可抗力的构成要件与判断标准. 中国法院网.

<https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/01/id/1172505.shtml>

[2] Li Yanshan, Ding Yuzhi. How to Seek Certainty in Uncertainty (III) - An Example of Drafting Force Majeure Clauses in Contracts. 李燕山、丁禹之. 如何在不确定中寻求确定性(三)——以起草合同中不可抗力条款为例.

[http://www.east-concord.com/zygd/Article/20223/ArticleContent\\_2751.html](http://www.east-concord.com/zygd/Article/20223/ArticleContent_2751.html)

# 涉外诉讼

## Foreign-related Litigation In Mainland Of China Law

## 涉外民商事案件诉讼指南（一）——管辖篇

Guidance of litigation in foreign-related civil and commercial legal cases in Mainland of China (1) — Jurisdiction

◆文 / 国际与知识产权部

Preface

### 一、前言

With China's accession to the World Trade Organization (WTO), the corresponding wave of globalization is driving the rapid development of dispute resolution in foreign-related civil and commercial cases in Mainland of China, and it is getting more and more common that Chinese courts hear foreign-related civil and commercial cases.

This series of articles will share topics such as jurisdiction, entrusted litigation, evidence, notice, and execution of foreign-related civil and commercial cases in Mainland of China. And this article will focus

on analyzing and studying the jurisdiction of foreign-related civil and commercial cases.

自中国加入世界贸易组织（WTO）以来，相应的全球化浪潮推动中国涉外民商事案件争议解决快速发展，中国法院审理涉外民商事案件愈发普遍。

本系列文章将就涉外民商事案件的管辖、委托诉讼、证据、送达、执行等主题进行分享，本期将着重分析研究涉外民商事案件的管辖。

How to determine whether a dispute is a foreign-related case

### 二、如何确定纠纷是否属于涉外案件

Interpretations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning Application of the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships (I) stipulates that: Where a civil relationship falls under any one of the following circumstances, the people's court may determine it as foreign-related civil relationship: 1. where either party or both parties are foreign citizens, foreign legal persons or other organizations or stateless persons; 2. where the habitual residence of either party or both parties is located outside the territory of the People's Republic of China; 3. where the subject matter is outside the territory of the People's Republic of China; 4. where the legal fact that leads to establishment, change or termination of civil relationship happens outside the territory of the People's Republic of China; or 5. other circumstances under which the civil relationship may be determined as foreign-related civil relationship. In practice, as long as any of the above elements are satisfied, the dispute can be identified as a foreign-related case.

《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第一条规定, 民事关系具有下列情形之一的, 人民法院可以认定为涉外民事关系: (一) 当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人; (二) 当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外; (三) 标的物在中华人民共和国

领域外; (四) 产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外; (五) 可以认定为涉外民事关系的其他情形。在实践中只要满足以上任一要素, 就可认定纠纷为涉外案件。

In addition, according to Article 551 of Interpretations of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China and Article 5 of Provisions of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning Jurisdiction over Civil and Commercial Cases Involving Foreign Elements, the people's courts may apply the special provisions on foreign-related civil procedures with reference to civil litigation cases involving the Hong Kong and Macao Special Administrative Regions and Taiwan.

另外, 根据《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》(下称《民诉法解释》) 第五百五十一条和《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第五条的规定, 人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件, 可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。

### Jurisdiction in foreign-related cases

### 三、涉外案件的管辖

#### Subject Matter Jurisdiction

### (一) 级别管辖

Major foreign-related cases are under the jurisdiction of the Intermediate People's Court

#### 1、重大涉外案件由中级人民法院管辖

Article 17 of the Civil Procedure Law stipulates that "unless otherwise stipulated in the Law, basic people's courts shall have jurisdiction as courts of first instance over all civil cases." and Article 18 thereof stipulates that "intermediate people's courts shall have jurisdiction as courts of first instance over the following types of civil cases: 1. major cases involving foreign parties; 2. cases with significant impact in the areas over which the courts exercise jurisdiction; and 3. cases determined by the Supreme People's Court to come under the jurisdiction of the intermediate people's courts." However, ordinary foreign-related cases are still under the jurisdiction of the courts of first instance.

《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》）第十七条规定的“基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。”以及第十八条规定的“中级人民法院管辖下列第一审民事案件：（一）重大涉外案件；（二）在本辖区有重大影响的案件；（三）最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。”普通的涉外案件仍由一审法院管辖。

As to what constitutes a "major foreign-related

case", Article 1 of the Interpretations of the Civil Procedure Law stipulates that major foreign-related cases shall include cases whose subject matter in dispute is of a large amount, cases of complicated circumstances, and cases of significant impact, such as a case where one side thereto has a large number of parties concerned.

对于何为“重大涉外案件”，《民诉法解释》第一条规定：重大涉外案件，包括争议标的额大的案件、案情复杂的案件，或者一方当事人人数众多等具有重大影响的案件。

#### Centralized jurisdiction for some cases

#### 2、部分案件集中管辖

Provisions of the Supreme People's Court on Some Issues Concerning the Jurisdiction of Civil and Commercial Cases Involving Foreign Elements stipulates that the following civil and commercial cases involving foreign elements shall be subject to the jurisdiction of specified people's courts: (1) cases on disputes over contracts or torts involving foreign elements; (2) cases on disputes over letters of credit; (3) cases on application for revocation, recognition and compulsory enforcement of international arbitration award; (4) cases on examination of the effectiveness of the relevant clauses of civil and commercial arbitration involving foreign elements; (5) cases on application for recognition and compulsory

enforcement of the civil and commercial judgments and orders rendered by foreign courts. The specified people's courts include: (1) the people's court of an economic and technological development zone (such a zone shall be established under the approval of the State Council); (2) the intermediate people's court at the locality of a provincial or autonomous regional capital or a municipality directly under the Central Government; (3) the intermediate people's court of a special economic zone or a city directly under the State planning; (4) any other intermediate people's court designated by the Supreme People's Court; (5) the higher people's court. The scope of regional jurisdiction of the above said intermediate people's courts shall be determined by the higher people's court at their locality. When the jurisdiction of cases on civil and commercial disputes involving parties from Hong Kong or Macao Special Administrative Region or Taiwan Region shall also be handled by the courts with reference to these Provisions.

《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》规定了①涉外合同和侵权纠纷案件；②信用证纠纷案件；③申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；④审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；⑤申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件的第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖：①国务院批准设立的经济技术开发区人民法院；②省会、

自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院；③经济特区、计划单列市中级人民法院；④最高人民法院指定的其他中级人民法院；⑤高级人民法院。上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。如果涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，也参照该规定处理。

Combined with Notice of the Supreme People's Court on the Clarification of the Criteria for Subject Matter Jurisdiction of Foreign-Related Civil and Commercial Cases of the First Instance and Related Issues of Centralized Management and Notice of the Supreme People's Court on the Adjustment of the Criteria for the Jurisdiction of Civil Cases of the First Instance by the High People's Court and the Intermediate People's Court, author sorted out the criteria for subject matter jurisdiction of High People's Court and the Intermediate People's Court for the first instance in foreign-related civil and commercial cases and listed as follows.

结合《最高人民法院关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知》与《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》，笔者就涉外民商事案件中高级人民法院和中级人民法院一审的级别管辖标准梳理如下：

| No. | Region  | High Court          | Intermediate People's Courts in municipalities, provincial capital cities, cities with independent planning and special economic zones | Other Intermediate People's Courts |
|-----|---|---------------------|--|------------------------------------|
| 1   | Beijing, Shanghai, Jiangsu, Zhejiang, Guangdong   | 5 billion and above | 20 million and above   | 10 million and above               |
| 2   | Tianjin, Hebei, Shanxi, Inner Mongolia, Liaoning, Anhui, Fujian, Shandong, Henan, Hubei, Hunan, Guangxi, Hainan, Sichuan, Chongqing |                     | 10 million or more   | 5 million and above                |
| 3   | Jilin, Heilongjiang, Jiangxi, Yunnan, Shaanxi, Xinjiang   |                     | 5 million and above  | 2 million and above                |
| 4   | Guizhou, Tibet, Gansu, Qinghai, Ningxia   |                     | 2 million and above  | 1 million and above                |

Note: cities with independent planning include Shenzhen, Qingdao, Ningbo, Dalian and Xiamen; Special Economic Zones include Hainan, Shenzhen, Zhuhai, Shantou, Xiamen, Kashgar and Horgos.

| 序号 | 地区  | 高院管辖    | 直辖市以及省会城市、计划单列市、经济特区所在地的市中级人民法院 | 其他中院     |
|----|---|---------|---------------------------------|----------|
| 1  | 北京、上海、江苏、浙江、广东                                | 50 亿元以上 | 2000 万以上                        | 1000 万以上 |
| 2  | 天津、河北、山西、内蒙古、辽宁、安徽、福建、山东、河南、湖北、湖南、广西、海南、四川、重庆 |         | 1000 万以上                        | 500 万以上  |
| 3  | 吉林、黑龙江、江西、云南、陕西、新疆                            |         | 500 万以上                         | 200 万以上  |
| 4  | 贵州、西藏、甘肃、青海、宁夏                                |         | 200 万以上                         | 100 万以上  |

注：计划单列市包括深圳、青岛、宁波、大连、厦门；经济特区所在地包括海南、深圳、珠海、汕头、厦门、喀什、霍尔果斯。

## Territorial jurisdiction

### (二) 地域管辖

## Contract or property dispute litigation

## 1、合同或财产纠纷诉讼

With regard to the determination of the court of jurisdiction for foreign-related civil contract disputes, if the defendant is a nature person in Mainland of China/ a legal person in Mainland of China/ an overseas person who has a residence permit or other proof that his or her habitual residence is in Mainland of China, he or she may sue in the place of domicile or habitual residence of the defendant in accordance with the provisions of Article 21(1) of the Civil Procedure Law.

对于涉外民事合同纠纷的管辖法院的确定问题，如果被告是中国大陆人/中国大陆法人/有居住证或其他能证明其经常居住地为中国大陆的境外人士的，可以按民事诉讼法第二十一条第一款的规定在被告住所地或经常居住地起诉。

However, if the defendant does not have a domicile in the territory of the People's Republic of China, according to Article 272 of Civil Procedure Law of the People's Republic of China, where an action is instituted against a defendant without a domicile within the territory of the People's Republic of China concerning a dispute over a contract or rights and interests in property, if the contract was executed or performed within the territory of the People's Republic of China, or the subject matter of the action is located

within the territory of the People's Republic of China, or the defendant has distrainable property within the territory of the People's Republic of China, or the defendant maintains a representative office within the territory of the People's Republic of China, the action may come under the jurisdiction of the people's court of the place where the contract was executed, the place where the contract was performed, the place where the object of action is located, the place where the distrainable property is located, the place where the tort was committed or the place where the representative office is domiciled.

但如果被告在中国境内没有住所，按《民事诉讼法》第二百七十二的规定：因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

In addition, for some special contracts, Article 273 of Civil Procedure Law stipulates that an action instituted for a dispute arising from the performance in the People's Republic of China of a Sino-foreign equity joint venture contract, a Sino-foreign cooperative joint

venture contract or a contract for Sino-foreign cooperative exploration and development of natural resources shall come under the jurisdiction of the people's courts of the People's Republic of China.

另外，对于一些特别的合同，《民事诉讼法》第二百七十三条规定：因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

### Litigation regarding personal relations

## 2、人身关系诉讼

For general personal relations lawsuits, Article 22 of the Civil Procedure Law provides that litigations concerning the status of persons who do not reside within the territory of the People's Republic of China shall be under the jurisdiction of the people's court located in the place where the plaintiff has his domicile, if the plaintiff's domicile is different from his habitual residence, the lawsuit shall be under the jurisdiction of the people's court located in the place of the plaintiff's habitual residence.

针对一般人身诉讼，《民事诉讼法》第二十二条规定，对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地人民法院管辖，原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖。

With regard to matrimonial proceedings, in conjunction with the provisions of Articles 13 to 17 of Interpretation of the Supreme People's Court concerning the “Civil Procedure Law of the People's Republic of China”, author have sorted out the rules on jurisdiction when both parties are of Chinese nationality and listed as follows.

针对婚姻诉讼，结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十三条至第十七条的规定，笔者就当事人双方均为中国国籍时的管辖情况梳理如下：

| Nationality                             | Place of marriage   | Habitual Residence  | Court of Jurisdiction  | Statutes  |
|---|---|---|--|---|
| Both parties are of Chinese nationality | China   | Abroad (Overseas Chinese)   | 1. the people's court in the location where the plaintiff is domiciled.<br>2. the people's court in the location where they were married or where either husband or wife last resided in China.  | Interpretations of the Civil Procedure Law Article 13 |
|   | Abroad  | Abroad (Overseas Chinese)   | 1. the people's court in the location where the plaintiff is domiciled.<br>2. the people's court in the location where either husband or wife was originally domiciled or last resided in China. | Interpretations of the Civil Procedure Law Article 14 |
|   | China or abroad   | a party living in China and the other living abroad                           | the people's court in the location where the party living in China is domiciled (either party files a lawsuit is acceptable)   | Interpretations of the Civil Procedure Law Article 15 |
|   | China or abroad   | both parties are Chinese citizens and are living abroad but not settled there | the people's court in the location where the plaintiff or defendant was originally domiciled   | Interpretations of the Civil Procedure Law Article 16 |
|   | China or abroad   | Both parties are settled abroad   | the people's court located in the place where the defendant has his domicile   | Civil Procedure Law Article 23                        |
|   | China or abroad (the lawsuit filed between a divorced couple for division of their properties in China) | Abroad  | the people's court in the location where their major properties are located  | Interpretations of the Civil Procedure Law Article 17 |
|   |   |   |  |   |

Note: For the definition of overseas Chinese, please refer to Article 1 of the Regulations on Defining the Status of Overseas Chinese Returning Family Members of Foreigners.

| 国籍     | 婚姻缔结地                    | 经常居住地      | 管辖法院                                  | 法律依据           |
|--------|--------------------------|------------|---------------------------------------|----------------|
| 双方均为中国 | 中国                       | 国外（华侨）     | 1、定居国法院；<br>2、婚姻缔结地法院或一方在国内的最后居住地人民法院 | 《民事诉讼法解释》第13条  |
|        | 国外                       | 国外（华侨）     | 1、定居国法院；<br>2、一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院；  | 《民事诉讼法解释》第14条  |
|        | 中国或国外                    | 一方国外，一方国内  | 国内一方住所地人民法院都有权管辖（任意一方提起诉讼均可）          | 《民事诉讼法解释》第15条  |
|        | 中国或国外                    | 双方均在外国但未定居 | 原告或者被告原住所对人民法院                        | 《民事诉讼法解释》第16条、 |
|        | 中国或国外                    | 双方定居中国     | 被告住所地人民法院                             | 《民事诉讼法》第23条    |
|        | 中国或国外（已经离婚，仅就国内财产分割提起诉讼） | 国外         | 主要财产所在地人民法院管辖。                        | 《民事诉讼法解释》第17条  |

注：华侨的定义参考《关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定》第一条 [1]

Special circumstances: principle of inconvenient jurisdiction

#### 四、特殊情形：不方便管辖原则

After a Chinese court has accepted a party's suit, the defendant may object to jurisdiction based on the principle of inconvenient jurisdiction. Article 530 of the Interpretation of the Civil Procedure Law provides that "the people's court may dismiss the filing of a lawsuit by the plaintiff and inform the plaintiff to bring the lawsuit with a more convenient foreign court if the following situations have been satisfied at the same time: (1) The defendant raised the request that the case shall be handled by a more convenient foreign court, or proposed oppositions to the jurisdiction; (2) The parties concerned have no agreement on selecting a court of the People's Republic of China as the competent court; (3) The case is subject to no exclusive jurisdiction of the court in the People's Republic of China; (4) The case involves no interests of the nation, citizens, legal entities or other organizations in the People's Republic of China; (5) Main facts in dispute in the case has

not occurred within the boundary of the People's Republic of China, and the case shall not be governed by laws of the People's Republic of China, due to which the people's court may confront substantial difficulties in terms of ascertaining facts and applying laws when trying the case; (6) A foreign court enjoys exclusive jurisdiction upon the case and would try the case in a more convenient manner". The defendant could therefore raise a plea of jurisdiction before the receiving court on the ground of "inconvenient jurisdiction" of the mainland court. If the defence is established, the plaintiff's action will be dismissed. However, the conditions for the application of the inconvenient jurisdiction are more stringent and the parties have to prove that all of the six conditions set out in Article 530 have been met.

中国法院受理一方的起诉后,被告可依据“不方便管辖原则”提管辖异议。《民事诉讼法解释》第五百三十条规定“涉外民事案件同时符合下列情形的,人民法院可以裁定驳回原告的起诉,告知其向更方便的外国法院提起诉讼:(1)被告提出案件应由更方便外国法院管辖的请求,或者提出管辖异议;(2)当事人之间不存在选择中华人民共和国法院管辖的协议;(3)案件不属于中华人民共和国法院专属管辖;(4)案件不涉及中华人民共和国国家、公民、法人或者其他组织的利益;(5)案件争议的主要事实不是发生在中华人民共和国境内,且案件不适用中华人

民共和国法律,人民法院审理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难;(6)外国法院对案件享有管辖权,且审理该案件更加方便”。因此,被告可以内地法院“不方便管辖”为由,向受理法院提出管辖抗辩。若抗辩理由成立,原告的起诉将被驳回。但不方便管辖原则的适用条件较为严格,当事人需举证证明同时满足第五百三十条规定的6项条件。

#### Quick search of Hunan's territorial jurisdiction in foreign-related cases

#### 五、湖南涉外案件地域管辖速查

A search of the territorial jurisdiction of foreign-related cases in Hunan's prefectures shows that most civil and commercial cases of first instance involving foreign countries, Hong Kong, Macao and Taiwan are under the jurisdiction of the intermediate people's courts of the prefectures, and some district/county people's courts also confer jurisdiction over civil and commercial cases of first instance involving foreign countries, Hong Kong, Macao and Taiwan, as detailed in the following table.

经检索湖南各地级市涉外案件的地域管辖可知,大部分一审涉外、涉港澳台民商事案件由各地级市中级人民法院管辖,部分区/县基层人民法院也赋予一审涉外、涉港澳台民商事案件管辖权,详见下表:

| Region                                       | Court of First Instance   | Legal Basis  | Cases   |
|--|---|--|---|
| Changsha                                     | People's Court of Tianxin District, People's Court of Yuelu District, People's Court of Changsha County(Changsha Economic and Technological Development Zone) | [2009] Min Si Tazi No. 35, [2009] Min Si Tazi No. 21, Min Si Tazi [2007] No. 29  |   |
| Yiyang                                       | Intermediate People's Court of Yiyang   | National Standards for the Jurisdiction of High People's Courts and Intermediate People's Courts of Provinces, Autonomous Regions and Municipalities in Civil and Commercial Cases of First Instance |   |
| Yueyang                                      | Intermediate People's Court of Yueyang  | Min Si Tazi (2007) No. 18  | (2022)Xiang 06 Min Final 1147                     |
|  | People's Court of Yueyanglou District   | [2014] Min Si Tazi No. 13  |   |
| Loudi  | Intermediate People's Court of Loudi  | No. 47 [2013] Min Si Tazi  |   |
| Changde                                      | Intermediate People's Court of Changde  | No. 17 [2010] Min Si Tazi  | (2020)Xiang 07 Civil Final 958                    |
|  | People's Court of Linli County  | [2012] Min Si Tazi No. 25  |   |
| Zhuzhou                                      | Intermediate People's Court of Zhuzhou  | Min Si Tazi (2007) No. 18  | (2022) Xiang 1024 Min Re No. 2                    |
| Hengyang                                     | Intermediate People's Court of Hengyang   | Min Si Tazi (2007) No. 18  | (2019) Supreme Court Civil Jurisdiction Final 506 |
| Xiangtan                                     | Intermediate People's Court of Xiangtan   | [2012] Min Si Tazi No. 55  |   |
| Chenzhou                                     | Intermediate People's Court of Chenzhou   | [2009] Min Si Ta Zi No. 21   |   |
| Shaoyang                                     | Intermediate People's Court of Shaoyang   | [2009] Min Si Ta Zi No. 21   |   |
| Huaihua                                      | Intermediate People's Court of Huaihua  | [2008] Min Si Ta Zi No. 36   |   |
| Yongzhou                                     | Intermediate People's Court of Yongzhou   | [2005] Min Si Ta Zi No. 25   |   |
| Zhangjiajie                                  | Intermediate People's Court of Zhangjiajie  | [2005] Min Si Ta Zi No. 25   |   |
| Xiangxi Tujia and Miao Autonomous Prefecture | Intermediate People's Court of Xiangxi Tujia and Miao Autonomous Prefecture   | [2008] Min Si Ta Zi No. 36   |   |

| 地区         | 一审法院                               | 依据   | 案例               |
|------------|------------------------------------|--|------------------|
| 长沙         | 天心区人民法院、岳麓区人民法院、长沙县人民法院（长沙经济技术开发区） | 〔2009〕民四他字第35号、〔2009〕民四他字第21号、民四他字〔2007〕第29号 |                  |
| 益阳         | 益阳市中级人民法院                          | 全国各省、自治区、直辖市高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准        |                  |
| 岳阳         | 岳阳市中级人民法院                          | 民四他字(2007)第18号                               | (2022)湘06民终1147号 |
|            | 岳阳楼区人民法院                           | 〔2014〕民四他字第13号                               |                  |
| 娄底         | 娄底市中级人民法院                          | 〔2013〕民四他字第47号                               |                  |
| 常德         | 常德市中级人民法院                          | 〔2010〕民四他字第17号                               | (2020)湘07民终958号  |
|            | 临澧县人民法院                            | 〔2012〕民四他字第25号                               |                  |
| 株洲         | 株洲市中级人民法院                          | 民四他字(2007)第18号                               | (2022)湘1024民再2号  |
| 衡阳         | 衡阳市中级人民法院                          | 民四他字(2007)第18号                               | (2019)最高法民辖终506号 |
| 湘潭         | 湘潭市中级人民法院                          | 〔2012〕民四他字第55号                               |                  |
| 郴州         | 郴州市中级人民法院                          | [2009]民四他字第21号                               |                  |
| 邵阳         | 邵阳市中级人民法院                          | [2009]民四他字第21号                               |                  |
| 怀化         | 怀化市中级人民法院                          | [2008]民四他字第36号                               |                  |
| 永州         | 永州市中级人民法院                          | [2005]民四他字第25号                               |                  |
| 张家界        | 张家界市中级人民法院                         | [2005]民四他字第25号                               |                  |
| 湘西土家族苗族自治州 | 湘西土家族苗族自治州中级人民法院                   | [2008]民四他字第36号                               |                  |

## CONCLUSION

### 六、结语

In conjunction with the analysis of the jurisdiction of foreign-related cases and the understanding the differences in the jurisdiction systems, the parties to foreign-related cases may agree to choose the appropriate jurisdictional court in accordance with their specific situation, provided that the provisions of hierarchical and exclusive jurisdiction are not violated.

结合本文对涉外案件管辖的分析，涉外案件当事人在了解管辖制度的差异后，可针对具体情况协议选择合适的管辖法院，但不能违反级别管辖和专属管辖的规定。

**注释：**

[1] 华侨是指定居在国外的中国公民。

（一）“定居”是指中国公民已取得住在国长期或永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于18个月。

（二）中国公民虽未取得住在国长期或者永久居留权，但已取得住在国连续5年以上（含5年）合法居留资格，5年内在住在国累计居留不少于30个月，视为华侨。

（三）中国公民出国留学（包括公派和自费）在外学习期间，或因公务出国（包括外派劳务人员）在外工作期间，均不视为华侨。

I. Overseas Chinese are Chinese citizens who are designated to reside abroad.

(a) "settled" means that Chinese citizens have obtained long-term or permanent residence in the country of residence, and have resided in the country of residence for two consecutive years, with a total stay of not less than 18 months within two years.

(B) Chinese citizens have not obtained long-term

or permanent residency in the country of residence, but has obtained the country of residence for more than five consecutive years (including five years) legal residence status, within five years in the country of residence for a cumulative period of not less than 30 months, as Chinese nationals.

(C) Chinese citizens studying abroad (including publicly funded and self-funded) during the period of study abroad, or work abroad for official purposes (including expatriate laborers), are not considered Chinese nationals.

# 涉外诉讼

Foreign-related Litigation of An Agent  
In Mainland Of China

## 涉外民商事案件诉讼指南（二）——委托代理篇

Guidance of Litigation in Foreign-related Civil Cases in Mainland of China (2)—Entrustment of An Agent

◆文/国际与知识产权部

### Introduction

#### 一、前言

According to Article 270 of Civil Procedure Law of the People's Republic of China, foreigners, stateless persons, foreign enterprises and organizations who need to appoint lawyers to act on their behalf in bringing or responding to a lawsuit in a people's court must appoint lawyers of the People's Republic of China. Therefore, if aforesaid parties need lawyer, they can only entrust Chinese lawyer to represent the litigation. And compared with ordinary civil litigation, the entrustment procedure of foreign-related civil litigation is more strict. This paper mainly expounds how to effectively handle the corresponding

entrustment procedures for foreign civil parties in foreign-related cases and participate in the litigation in Chinese courts.

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十条规定，外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。因此，涉外案件如需委托律师则只能委托中国律师代理诉讼，且相较于普通民事诉讼，涉外民商事诉讼的委托程序较为严格。本文主要阐述涉外案件中境外民事主体如何有效办理相应委托手续，参与中国法院诉讼。

### Identification of foreign-related cases

#### 二、涉外案件的认定

In Article 1 of the Interpretation of Some Issues Concerning the Application of the Law Applicable to Foreign-Related Civil Relations of the People's Republic of China, it is stipulated that the people's court can identify foreign-related civil relationship if the civil relationship has any of the following elements: (a) if one party or both parties are foreign citizens, legal persons or other organizations, stateless persons; (2) the habitual residence of one or both parties is outside of the territory of the People's Republic of China; (3) the subject matter is outside of territory of the People's Republic of China; (4) The legal facts giving rise to, altering or abolishing the civil relationship occur outside of the territory of the People's Republic of China; (5) other elements that can be recognized as foreign-related civil relationships. In practice, as long as any of the above elements are satisfied, the dispute can be identified as a foreign-related case.

《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第一条规定:民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。在实践中

只要满足以上任一要素,就可认定纠纷为涉外案件。

In addition, according to Article 551 of the Interpretation of the Civil Procedure Law and Article 5 of the Provisions on Several Issues Concerning the Litigation Jurisdiction of Civil Cases involving Foreign Interests, the people's courts may refer to the special provisions on the application of civil procedure procedures concerning foreign interests when hearing civil litigation cases related to Hong Kong Special Administrative Region, Macao Special Administrative Region and Taiwan Region.

另外,根据《民事诉讼法解释》第551条和《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第五条,人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件,可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。

Identification documents for entrustment procedures

### 三、委托手续之身份证明文件

According to Article 521 of the Interpretation of the Supreme People's Court on the application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, foreigners participating in litigation shall submit to the people's court passports and other certificates to prove their identity. The proof of identity submitted to the people's court by a foreign enterprise or organization to participate in a lawsuit shall be notarized by the

notary office of the country in which it is located and certified by the embassy or consulate of the People's Republic of China in that country, or it shall go through the certification procedures prescribed in the relevant treaties concluded between the People's Republic of China and the country in which it is located.

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百二十一条规定，外国人参加诉讼，应当向人民法院提交护照等用以证明自己身份的证件。外国企业或者组织参加诉讼，向人民法院提交的身份证明文件，应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

For foreigners who are able to participate in litigation in Mainland of China, they can directly submit their passports, entry and exit certificates and other documents used to prove their identity, without notarization, certification or relevant certification procedures. However, for foreigners outside Mainland of China, they have to go through relevant notarization and certification procedures for their identity documents.

1、对于能在中国参加诉讼的外国人，可直接提交护照、出入境证明等用以证明自己身份的证件，无需进行公证、认证或履行相关证明手续。

但对于在境外的外国人则需要对身份证明文件办理相关公证、认证手续。

If a foreign enterprise or organization submits its identity certificate to Chinese people's court, it shall be notarized by the notary office in the country where it is located and certified by Chinese embassy or consulate in that country, or perform the relevant certification procedures stipulated in the relevant treaties concluded between China and the country where it is located.

2、外国企业或组织向我国人民法院提交身份证明文件，均需要所在国公证机关公证和我国驻该国使领馆认证，或者履行我国与该所在国订立的有关条约中规定的相关证明手续。

A power of attorney for the entrustment procedure

#### 四、委托手续之授权委托书

If the overseas civil party needs to go through the authorization and entrustment formalities in litigation cases, it mainly goes through the following ways:

境外民事主体如在诉讼案件中需要办理授权委托书，则主要通过以下几种方式：

Certificate of Chinese Embassy or consulate

##### (一) 使领馆证明

According to Article 62 of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, a power of attorney mailed or entrusted by a citizen of the

People's Republic of China residing abroad must be certified by Chinese embassy or consulate in that country. If there is no Chinese diplomatic or consular mission, it shall be certified by the diplomatic or consular mission of a third country that has diplomatic relations with the People's Republic of China, and then by the diplomatic or consular mission of the People's Republic of China in that third country, or by the local patriotic overseas Chinese organization.

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十二条：侨居在国外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由与中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

In short, if a Chinese person living abroad needs to go through the entrustment procedures, if the power of attorney is signed outside China, the Chinese embassy or consulate in that country must certify it. If there is no embassy or consulate in the country of residence, two certificates are required: the first is the certificate of the embassy or consulate of a third country that has diplomatic relations with China; the second is the certificate of the Chinese embassy or consulate in the third country, or the certificate of the local patriotic overseas Chinese organization.

简言之，侨居国外的中国人如需办理委托手续，若该授权委托书在中国境外签署，侨居国有使领馆的，则必须经中国驻该国使领馆证明。侨居国没有使领馆的，则需要两个证明，第一是由与中国有外交关系的第三国驻该国使领馆证明；第二是中国驻该第三国使领馆证明或者当地爱国华侨团体证明。

## Notarization and Certification

### (二) 公证和认证

According to Article 271 of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, if foreigners, stateless persons, foreign enterprises and organizations who has no domicile within the territory of the People's Republic of China appoint lawyers or other appropriate persons of the People's Republic of China to present lawsuit, and if the above foreign civil parties mail or entrust, from outside the territory of the People's Republic of China, the power of attorney to lawyers or other appropriate persons, the power of attorney shall be proved by the notary office, and then authenticated by the embassy or consulate of the People's Republic of China in that country, or shall be performed through the certification procedures in the relevant treaties concluded between the People's Republic of China and that country.

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百七十一条规定：在中华人民共和国领域内没

有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

Therefore, foreigners, stateless persons, foreign enterprises and organizations who have no domicile in China need to go through the following entrustment procedures:

因此，在中国没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织如需办理委托手续：

If the power of attorney is signed outside China, it must be notarized by the notary office of the country where it is located, and then certified by the Chinese embassy or consulate in that country.

1、若该授权委托书在中国境外签署则必须经所在国公证机关公证以及中国驻该国使领馆认证，条约另有约定的从其条约。

If the power of attorney is signed in China, the above overseas certification procedures are not required, but it is also necessary to provide proof that the power of attorney is signed in China.

2、若该授权委托书在中国国内签署则无需上述境外证明程序，但也需对该授权委托书系在

国内签署举证。

Signed in the witness of Judge or notarized domestically

### (三) 当面签署或国内公证

According to Article 523 of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, it stipulates that if a foreigner, a representative of a foreign enterprise or organization signs a power of attorney in the witness of a judge of a people's court and authorizes an agent to conduct a civil action, the people's court shall recognize it.

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百二十三条的规定：外国人、外国企业或者组织的代表人在人民法院法官的见证下签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼的，人民法院应予以认可。

And according to Article 524, if a foreigner, a representative of a foreign enterprise or an organization signs a power of attorney within the territory of the People's Republic of China to authorize an agent to conduct a civil action, and the power of attorney has been notarized by a notary office in the People's Republic of China, the people's court shall recognize it.

第五百二十四条规定：外国人、外国企业或

者组织的代表人在中华人民共和国境内签署授权委托书，委托代理人进行民事诉讼，经中华人民共和国公证机构公证的，人民法院应予以认可。

Therefore, if a foreigner, a representative of a foreign enterprise or organization signs a power of attorney face to face in a Chinese people's court, there is no need to go through the notarization procedure. If it is signed in China, it shall be notarized by a Chinese notary office.

因此，外国人、外国企业或者组织的代表人在中国法院当面签署授权委托书的可以无需办理公证手续，在中国境内签署的则需经中国的公证机构公证。

### Online Video Witness

#### (四) 线上视频见证

According to Article 5 of the Provisions of the Supreme People's Court on Providing Online Filing Services for Cross-border Litigants, online video witness shall be initiated by judges, and the judges, cross-border litigants and entrusted lawyers shall be online simultaneously. The cross-border litigants shall use the common language of the People's Republic of China or have translators. The judge shall confirm whether the entrusted lawyer and his law firm and the entrusted act are truly the expression of the true intention of the cross-border litigants. Under the video witness of the judge, the cross-border litigants

and entrusted lawyers sign the relevant entrusted agency documents, and there is no need to go through the procedures of notarization, certification and forwarding. After online video witness, the entrusted lawyer can carry out online filing, online payment and other matters on behalf of the cross-border litigants.

根据《最高人民法院关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的若干规定》第五条规定：线上视频见证由法官在线发起，法官、跨境诉讼当事人和受委托律师三方同时视频在线。跨境诉讼当事人应当使用中华人民共和国通用语言或者配备翻译人员，法官应当确认受委托律师和其所在律师事务所以及委托行为是否确为跨境诉讼当事人真实意思表示。在法官视频见证下，跨境诉讼当事人、受委托律师签署有关委托代理文件，无需再办理公证、认证、转递等手续。线上视频见证后，受委托律师可以代为开展网上立案、网上交费等事项。

The cross-border litigants in the above Provisions include foreigners, residents of the Hong Kong Special Administrative Region, the Macao Special Administrative Region and Taiwan, Mainland citizens whose habitual residence is abroad or in Hong Kong, Macao and Taiwan, and enterprises and organizations registered abroad or in Hong Kong, Macao and Taiwan.

该规定的跨境诉讼当事人，包括外国人、香

港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民、经常居所地位于国外或者港澳台地区的我国内地公民以及在国外或者港澳台地区登记注册的企业和组织。

According to the above provisions, cross-border litigants can complete online video witness through China Mobile Micro Court, and relevant entrusted agency documents are unnecessary to be notarized, certified, forwarded and other procedures. But the new rules only cover civil cases of first instance. Other litigation procedures such as second instance, retrial and filing still need to be notarized and certified in accordance with traditional procedures.

由以上规定可知，跨境诉讼当事人可以通过中国移动微法院，在线完成委托代理视频见证，有关委托代理文件无需再办理公证、认证、转递等手续。但该新规适用的范围仅包括一审民事、商事起诉。二审、再审立案等其他诉讼程序仍需按照传统程序办理相应公证、认证。

## Overseas remote video notarization

### (五) 海外远程视频公证

The Notice of the General Office of the Ministry of Justice on Promoting the Pilot Work of Overseas Remote Video Notarization stipulates that, declaration, entrustment (including property, equity, inheritance and other property affairs), marital status, nationality, name, birth, death, kinship, no criminal record,

experience, education, certificate (license), signature on the document, seal, text compliance notarization can apply for overseas remote video notarization.

《司法部办公厅关于推进海外远程视频公证试点工作的通知》规定：声明、委托（包括涉房产、股权、继承等财产类事务）、婚姻状况、国籍、姓名、出生、死亡、亲属关系、无犯罪记录、经历、学历、证书（执照）、文书上的签名、印鉴、文本相符公证等可申请办理海外远程视频公证。

But the applicable objects of remote video notarization only includes the persons from Mainland of China who has the nationality of the People's Republic of China and already live long-term in the country (refers to have been in the country for 180 days in a row, or have a permanent, long-term residence credentials on the country, or have long-term visa, such as work visa, study visa and so on) in which pilot place of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China locates. If the person needs other personnel to provide language or behavior assistance and cannot communicate directly with the notary officer, overseas remote video notarization is not applicable.

但远程视频公证的适用对象仅包括：具有中华人民共和国国籍的大陆地区居民，并在外交部试点馆的所在国长期居住（指已在所在国连续停留达 180 天，或已获得所在国永久、长期居留身

份证件，或工作、学习等长期签证的情形）。当事人需要其他人员提供语言或行为辅助，不能直接与公证员交流的，不适用海外远程视频公证。

The notary offices in Hunan Province can carry out overseas remote video notarization of the pilot organizations include Changsha Notary Office, Changsha Hua-xiang Notary Office, and Chenzhou City Fucheng Notary Office.

湖南省可以进行海外远程视频公证的试点机构为：长沙市长沙公证处、长沙市华湘公证处、郴州市福城公证处。

#### One-time authorization procedures for foreign parties

#### 五、外国当事人一次性授权手续

Article 8 of the Meeting Minutes of the National Forum on Foreign-Related Commercial and Maritime Adjudication stipulates, if a foreign party authorizes an agent to represent more than one case or more than one procedure in one case at a time, and the authorization has gone through the notarization and certification procedures prescribed in the agreement on judicial assistance, the agent shall have the right to engage in the act of agency within the scope of authorization and the validity period of the power of attorney. If the other party raises an objection on the ground that the authorized agent has not gone through the notarial certification or certification procedures for a single case or procedure, the people's court shall not

support it.

《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第八条规定：外国当事人一次性授权诉讼代理人代理多个案件或者一个案件的多个程序，该授权办理了公证认证或者司法协助协定规定的相关证明手续，诉讼代理人有权在授权委托书的授权范围和有效期内从事诉讼代理行为。对方当事人以该诉讼代理人的授权未就单个案件或者程序办理公证认证或者证明手续为由提出异议的，人民法院不予支持。

Therefore, authorization procedures for multiple cases or multiple procedures of one case shall only need to handle a notarization certification one time, and unnecessarily re-handle notarization certification for a single case or procedure.

由此可知，多个案件或者一个案件的多个程序的一次性授权手续可以只需要办理一次公证认证，无需就单个案件或程序再重新办理公证认证。

#### Conclusion

#### 六、结语

Compared with ordinary civil litigation, the procedures of foreign-related civil litigation are much more complicated, especially the identification and entrustment procedures mentioned in this paper. In addition, due to the impact of the epidemic, it takes a lot of time and money to handle notarization,

certification, and transfer procedures in institutions of various countries. However, with the rapid development of the Internet, remote video notarization/witness has also begun to be applied to foreign-related cases, and makes the parties of foreign-related cases also enjoy the convenient and efficient filing service.

涉外民商事诉讼的程序相较于普通的民商事诉讼要复杂的多，尤其是本文提到的身份证明以及委托手续较为复杂，加之受疫情影响，在各国机构办理公证、认证、转递等手续需要耗费不少的时间和金钱成本。但随着互联网的快速发展，远程视频公证 / 见证也开始应用到涉外案件中，这让涉外案件当事人也享受到了同等便捷高效的立案服务。

# 涉外诉讼

Foreign-related Litigation of An Agent  
In Mainland Of China

## 涉外民商事案件诉讼指南（三）——证据篇

Guidance of Litigation in Foreign-related Civil Cases in Mainland of China (3) — Evidence

◆文 / 国际与知识产权部

### Introduction

#### 一、前言

When talking about the extra-territorial evidence in foreign litigation, we generally think that notarization and authentication are necessary. Undeniably, notarization and authentication are the most secure ways to fix the effect of extra-territorial evidence. But as a team of lawyers who deal with foreign-related legal affairs, we also know that notarization and authentication are not easy—not only time-consuming but also with high cost. And, according to the Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Proceedings, notarization and authentication are not a mandatory requirement

for the presentation of evidence outside the territory.

This article mainly describes how to deal with different types of extraterritorial evidence in foreign civil cases.

涉外诉讼中的域外证据，大家一般会想到需要公证认证。不可否认，公证认证是固定域外证据效力最稳妥的方式。但作为涉外律师团队，我们也深知公证认证的不容易，不仅耗时长而且成本也不低。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中规定公证认证对于域外证据的出示也并非强制性要求。本文主要阐述涉外民商事案件中，不同类型的域外证据在诉讼中如何处理。

### Identification of extra-territorial evidence

#### 二、域外证据的认定

Extraterritorial evidence generally refers to the evidence provided by the parties in civil litigation and formed outside the territory of the People's Republic of China. However, according to the provisions of Article 1, Paragraph 2 of the Guidelines of Tianjin High People's Court on Some Issues concerning the Examination of Extraterritorial Evidence in Civil and Commercial Litigation, the evidence may not be deemed as extraterritorial evidence if it involves extraterritorial elements during the formation process but is ultimately formed within the territory of the People's Republic of China due to factors such as receipt, acquisition, arrival and completion.

域外证据一般是指在民商事诉讼中由当事人提供的、在中华人民共和国领域外形成的证据。但是，根据《天津市高级人民法院关于民商事诉讼域外证据审查若干问题的指南》第一条第二款规定可知，证据在形成过程中虽涉及域外，但因接收、取得、到达、完成等因素，最终不可变更地形成于中华人民共和国领域内的，可以不认定该证据为域外证据。

### Official Documentary Evidence

#### 三、公文书证

It is stipulated in Article 16 of the Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Proceedings that if the official documents provided by the parties are formed outside the territory of the

People's Republic of China, the documents shall be certified by the notary office of the country where the parties are located, or go through the certification procedures stipulated in the relevant treaties concluded between the People's Republic of China and the country where the parties are located. Any evidence formed outside the territory of the People's Republic of China involving personal identity shall be certified by the notary office of the country where it is located and authenticated by the diplomatic and consular missions of the People's Republic of China in that country, or the certification procedures stipulated in the relevant treaties concluded between the People's Republic of China and the country where it is located shall be fulfilled. If the evidence provided by a party to a people's court was formed in Hong Kong, Macao or Taiwan, the relevant certification procedures shall be carried out.

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十六条规定：当事人提供的公文书证系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关证明，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，应当经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳

门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

As can be seen from the above regulations, official documents in extra-territorial evidence shall be certified by notary office, and evidence of identity relationship shall go through two procedures: notarization and authentication. In addition, evidence made in Hong Kong, Macao and Taiwan also shall go through the certification procedures. In this series of articles, "Guidance of Litigation in Foreign-related Civil Cases in Mainland of China (2)——Entrustment of An Agent", it is also mentioned that official documents and identity documents shall be notarized and certified to be valid. However, there are exceptions to the notarization of official documentary evidences: On January 24, 2022, the Supreme People's Court issued the Meeting Minutes of the National Court Symposium on Foreign-related Commercial Maritime Trials, which clarified that if the authenticity of documents and certificates outside the territory can be checked through the Internet or if both parties have no objection to the authenticity of documents and certificates, relevant notarization or certification procedures can be exempted.

由以上规定可知，域外证据中的公文书证需经公证机关证明，身份关系证据必须经公证 + 认证两个手续，此外港澳台行成的证据也需履行证明手续。在本系列文章《涉外民商事案件诉讼指南（二）——委托代理篇》中也有提及公文书证

以及身份证明文件必须经公证认证才有效。但公文书证的公证认证也有例外情形：2022年1月24日，最高人民法院发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》，明确了如果域外公文书证可以通过互联网方式核查公文书证的真实性或者双方当事人对公文书证的真实性均无异议的，可免于相关公证或证明程序。

Electronic evidence such as website, email or Wechat records

#### 四、网站、邮件或微信聊天记录等电子证据

The electronic evidence available on the website

##### （一）网站上公开的电子证据

Article 4 of the Guidelines of Xiamen Maritime Court on Several Issues concerning the Collection and Examination of Extraterritorial Evidence provides that "the electronic data information publicly released on extraterritorial websites and the extraterritorial electronic data information extracted with the permission of the data rights holder may be collected online in China through appropriate means". For such electronic data, some courts accept online evidence collection in China through appropriate means.

《厦门海事法院关于域外证据取证和审查若干问题的指南》第四条规定“域外网站上公开发布的电子数据信息和数据权利人许可提取的域外电子数据信息，可以在境内通过适当方式在线取

证”。此类电子数据，部分法院接受在境内通过适当方式在线取证。

Email, wechat record, whatsapp record, etc

## (二) 电子邮件、微信聊天、whatsapp 聊天等

In international trade disputes, E-mail is very likely to be extremely important evidence. In principle, most courts accept the way of in-court display of such evidence, while a few courts accept the way of video recording or online connection verification for authenticity. For example, in the judgment of the sales contract dispute case of HamaGmbH&CoKG Co., Ltd. v. Yongkang Kangteng Film and Television Equipment Co., LTD., regarding the email exchanges in the mailbox, the judge agreed that the plaintiff could conduct remote operation with the employees of the plaintiff company in Germany in court. After checking the email contents in court, the authenticity of the email exchanges between the plaintiff and the defendant employees was determined.

在国际贸易纠纷中，电子邮件等聊天证据很有可能是极其重要的证据，该类证据原则上大部分法院接受当庭展示的方式，少部分法院接受录屏，或在线连线验证的方式核验真实性。例如，在亚玛有限两合公司（HamaGmbH&CoKG）诉永康市康腾影视设备有限公司买卖合同纠纷案判决书中就邮箱中的邮件往来，法官同意原告当庭与远在德国的原告公司员工进行远程操作，经当

庭查看邮件内容从而认定了原告员工与被告员工邮件往来内容的真实性。

Judgment, order, etc made by foreign court

## 五、外国法院作出判决、裁定等

According to Article 15 of the Conference Minutes of the National Court Symposium on Foreign-Related Commercial Maritime Adjudication, it stipulates that if a party submits a legally effective judgment or order made by a foreign court or an arbitration award made by a foreign arbitration institution as evidence, the people's court shall organize both parties to examine and confirm after cross-examination. However, the facts confirmed by the foreign judgment, order or arbitration award shall not belong to the counterparts mentioned in the provisions of paragraph 1 of Article 93 of the judicial Interpretation of the Civil Procedure Law. If a party claims that the judgment, written order or arbitration award cannot be used as evidence solely on the ground that the judgment, written order or arbitral award has not been recognized by the people's court, the people's court shall not support it.

《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第15条规定“一方当事人将外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁机构作出的仲裁裁决作为证据提交，人民法院应当组织双方当事人质证后进行审查认定，但该判

决、裁定或者仲裁裁决认定的事实，不属于民事诉讼法司法解释第九十三条第一款规定的当事人无须举证证明的事实。一方当事人仅以该判决、裁定或者仲裁裁决未经人民法院承认为由主张不能作为证据使用的，人民法院不予支持”。

According to the above article, the facts confirmed by civil judgments and rulings made by foreign courts or arbitration awards made by foreign arbitration institutions may not have to be notarized or authenticated, but shall be examined and confirmed after cross-examination.

由该法条可知，对于外国法院做出的民商事判决、裁定或者外国仲裁机构作出的裁决所认定的事实，可以不经公证、认证等手续，但应组织质证后进行审查认定。

#### Translation of foreign evidence

### 六、外文证据的翻译

Article 17 of the Civil Procedure Law stipulates that "when a party provides documentary evidence or explanatory materials in a foreign language to a people's court, a Chinese translation shall be attached." However, when trying a case, the International Commercial Tribunal of the Supreme People's Court may leave it to the parties to decide whether translation of the foreign evidence submitted by the parties is necessary, and the International Commercial Tribunal may not restrict it.

《民事诉讼法》第十七条规定“当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本”。但最高人民法院国际商事法庭在审理案件时，对当事人提交的外文证据是否必须提供翻译件可以交由双方当事人决定，国际商事法庭可以不予限制。

In addition, as for the selection of a translation agency, according to Article 525 of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, parties may jointly entrust a translation agency if they disagree with the translation, and if they cannot reach an agreement, the decision shall be made by the court. The translation of the Chinese version varies according to the requirements of each court. For example, in Shanghai Maritime Court, the parties can translate by themselves, but most courts require that the translation must be carried out by a qualified translation company.

此外，关于翻译机构的选择上，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第525条规定，当事人对翻译件有异议的，可以共同委托翻译机构，无法达成一致的，由法院确定。该中文译本系由谁翻译，根据每个法院要求而不同。比如上海海事法院，可以由当事人自己翻译，但大部分法院要求必须由有资质的翻译公司进行翻译。

"Wall jumping" evidence without notarization, certification

### 七、未经公证、认证的“翻墙”证据

The so-called "wall jumping" refers to the behavior of accessing the blocked network content by bypassing the corresponding IP blocking, content filtering, domain name hijacking, traffic restriction, etc. In order to ensure national cyber security and better manage the Internet environment in an orderly and standardized way, China has promulgated a series of laws and regulations and built the "National Great Firewall of China" to implement targeted blocking of individual and specific overseas websites. At present, the evidence is mainly in the field of intellectual property infringement.

所谓“翻墙”是指绕过相应的IP封锁、内容过滤、域名劫持、流量限制等，以实现访问被屏蔽的网络内容的行为。我国为保障国家网络安全、更好地实现对互联网环境的有序规范治理，出台了一系列法律法规并构筑了“中国国家防火墙”，对境外个别网站及具体网页施行定点屏蔽。目前翻墙证据多集中在知识产权侵权领域。

According to Article 6 of the Interim Regulations of the People's Republic of China on the Administration of International Networking of Computer Information Networks, it stipulates that "If a computer information network is directly

connected to an international network, it must use the international inward and outward channels provided by the national Public telecommunications Network of the Ministry of Posts and Telecommunications, and any organization or individual may not establish or use other channels for international networking." And Article 106 of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China stipulates that "Evidence formed or obtained by means of seriously infringing upon the legitimate rights and interests of others, violating prohibitive provisions of the law or seriously violating public order and good customs shall not be used as the basis for ascertaining the facts of a case". In practice, the legality of wall-jumping evidence in civil procedure has been controversial. At present, the court is likely to believe that the behavior of "wall-jumping" is prohibited by the relevant administrative regulations, and, through the manner of breaking the network control measures in the normal channel, accessing the website which are not legally accessed in the Mainland of China violates the regulations of the administration. However, a small number of courts believe that the above behavior does not violate the prohibitive provisions of the law, so the evidence should not be excluded as illegal one.

《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》第6条规定：“计算机信息网络

直接进行国际联网，必须使用邮电部国家公用电信网提供的国际出入口信道。任何单位和个人不得自行建立或者使用其他信道进行国际联网。”

以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第106条规定“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”。实践中，翻墙证据在民事程序中的合法性一直备受争议。目前法院的判例倾向认为：“翻墙”行为被相关行政法规所禁止，通过“翻墙”的方式，以非正常渠道突破网络管制措施，对在我国大陆地区不能自由访问的网站进行访问，违反了行政性管理规定。但也有少部分案例认定未违反法律的禁止性规定，不宜作为非法证据进行排除。

If the evidence from “Wall-jumping” has been notarized or notarized (or authenticated) outside China, the court usually will recognize its legality. However, not all notary officers are willing to notarize websites which need to “jump the wall” to access, and notarization outside China is a time-consuming and costly process.

如果翻墙证据经过公证或在域外进行公证（认证）程序，法院通常会认可其合法性。然而，并非所有公证员都愿意对需要翻墙才能访问的网站进行公证，而域外公证认证更是一个耗时长、费用高的过程。

## Conclusion

### 八、结语

From the above analysis, it can be seen that different types of extraterritorial evidence are dealt with in different ways in civil litigation: (1) Extraterritorial official documents shall be notarized or performed treaty procedures without authentication; (2) Evidence involving identity relation elements outside China shall be notarized or performed treaty procedures and authenticated by the consulate; (3) Extra-territorial general evidence and some electronic evidence shall be notarized or authenticated, and their authenticity shall be cross-examined. The revision of the provisions on the notarization and authentication of extra-territorial evidence in the Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Proceedings has adapted to the different needs of practical cases, and also solved the problems of difficult and expensive notarization and certification of some extra-territorial evidence. However, it should be noted that even if the evidence is notarized, the notarization and certification procedures only meet the requirements of the legal form of the evidence outside China, and notarized and authenticated evidence also shall be cross-examined in court and then combined with other evidences so that the extraterritorial evidence could be used as a basis for the decision.

由以上分析可知，不同类型的域外证据在民商事诉讼中的处理方式不同：（1）域外公文书证，需办理公证或履行条约手续，无需认证；（2）域外涉及身份关系的证据，需办理公证或履行条约手续，并办理领馆认证；（3）域外一般性证据以及部分电子证据，无需公证、认证，其真实性需通过质证。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中对域外证据公证认证规定的修改，适应了实务案件的差异性需求，也解决了部分域外证据公证认证难、公证认证贵问题。但提醒注意，即使证据进行了公证认证，该公证认证手续仅满足对该域外证据法定形式要件的要求。经过公证认证的证据还需在法庭质证，并结合其他证据方能作为定案依据。

# 刑事篇



## 企业刑事合规：缘起与路径

◆文 / 张南宁

**【卷首语】**自上个世纪 70 年代以来，作为公司治理方式的企业合规机制，逐步被纳入政府行政监管和刑事执法的制度体系中，成为对涉案企业进行行政监管激励和刑法激励的重要手段。2022 年 4 月 2 日上午，最高人民检察院会同全国工商联专门召开会议正式宣布，涉案企业合规改革试点在全国检察机关全面推开。最高检张军检察长特别强调：“原则上有条件的县级检察院，今年都要大胆探索，尝试办理几件企业合规改革案件。”在合规要求和监管政策必将密集出台的背景下，企业应当尽早建立刑事合规管理体系，以应对更大的合规浪潮所带来的冲击。为了使企业能全面了解企业刑事合规的缘起与路径，我们将分三期刊出我所张南宁博士的文章《企业刑事合规：缘起与路径》。

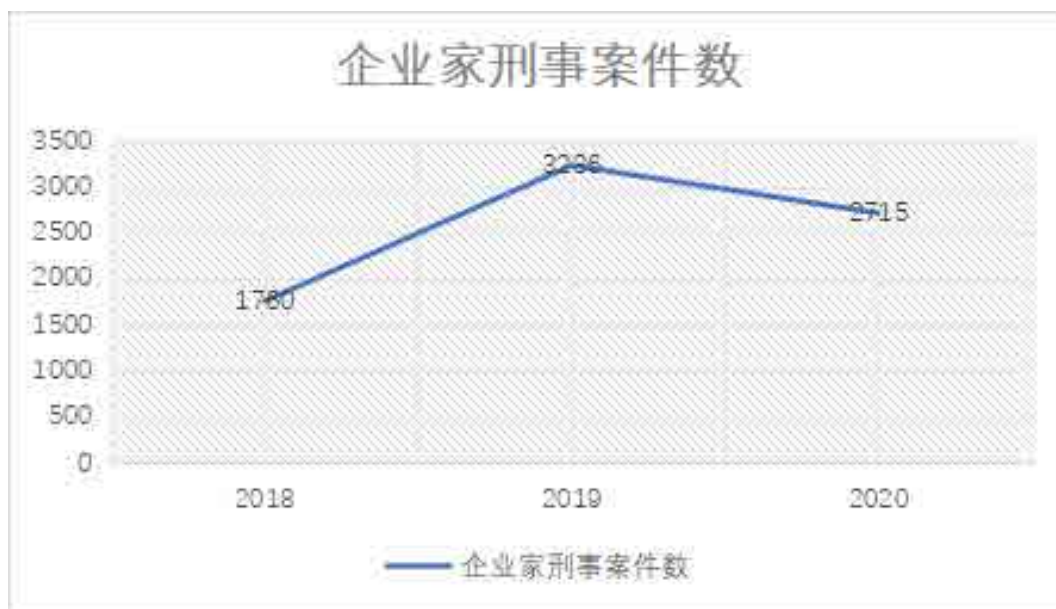
### 01 我国企业刑事风险现状：以湖南为例

《2018-2020 年湖南省企业刑事犯罪分析报告》基于 2018 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日，中国裁判文书网公开上传的湖南省刑事案件一审判决数量共计 143157 份进行统计分析湖南企业这三年的涉案情况。其中，检索出与企业家犯罪相关的案件共计 7711 件，占整体刑事犯罪比例为 5.39%；企业家刑事犯罪触犯总人次达 15809 人次。<sup>[1]</sup>

#### 1.1 湖南省 2018—2020 年企业犯罪总体数量和趋势

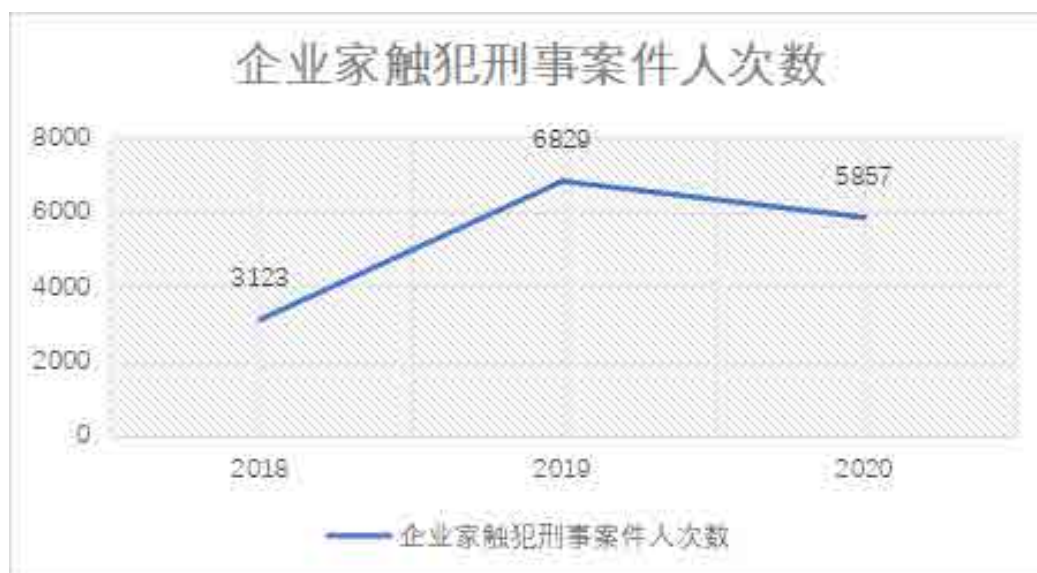
##### (1) 2018—2020 年企业刑事犯罪案件数

在 2018—2020 年三年期间，企业刑事犯罪的案件数分别为 2018 年 1760 件，2019 年 3236 件，2020 年 2715 件。



#### (2) 2018-2020 年企业刑事犯罪人次数

在 2018—2020 年三年期间，企业家触犯刑事案件的人次数分别为 2018 年 3123 人次，2019 年 6829 人次，2020 年 5857 人次。



## 1.2 企业犯罪地域分布

在 2018 年 -2020 年三年期间，在湖南省 14 个市州所公布的企业家刑事犯罪案件的触犯次数地域分布如下：

表格 1 2018—2020 年湖南省企业家刑事犯罪地域分布

| 地域    | 触犯人次       | 占比     |
|-------|------------|--------|
| 长沙市   | 2681       | 16.96% |
| 娄底市   | 1501       | 9.49%  |
| 邵阳市   | 1470       | 9.30%  |
| 岳阳市   | 1389       | 8.79%  |
| 常德市   | 1183       | 7.48%  |
| 郴州市   | 1028       | 6.50%  |
| 益阳市   | 1044       | 6.60%  |
| 衡阳市   | 1000       | 6.33%  |
| 永州市   | 943        | 5.96%  |
| 株洲市   | 935        | 5.91%  |
| 湘潭市   | 934        | 5.91%  |
| 怀化市   | 845        | 5.35%  |
| 湘西自治州 | 534        | 3.38%  |
| 张家界市  | 322        | 2.04%  |
| 总计    | 15809 (人次) |        |

其中，长沙市的企业家刑事犯罪案件数量最多，达 2681 件，占到了全省企业家刑事犯罪总数的 16.96%。张家界市的企业家刑事犯罪案件最少，仅为 322 件，占全省企业家刑事犯罪总数的 2.04%。

此外，剩下 12 个市州的企业家刑事犯罪数量分别为娄底市 1501 件，占比 9.49%；邵阳市 1470 件，占比 9.30%；岳阳市 1389 件，占比 8.79%；常德市 1183 件，占比 7.48%；郴州市 1028 件，占比 6.50%；益阳市 1044 件，占比 6.60%；衡阳市 1000 件，占比 6.33%；永州市 943 件，占比 5.96%；株洲市 935 件，占比 5.91%；湘潭市 934 件，占比 5.91%；怀化市 845 件，占比 5.35%；湘西土家族苗族自治州 534 件，占比 3.38%；张家界市 322 件，占比 2.04%。

## 1.3 企业家刑事犯罪的罪名分布

我们对涉及企业家刑事犯罪的判决进行了全方位的梳理，统计出 7711 件企业家刑事案件、15809 人次的企业家刑事犯罪中，共涉及 108 个罪名。其中名列前 30 的罪名分布如下：

表格 2 2018—2020 年湖南省企业家刑事犯罪罪名分布

| 序号 | 罪名                             | 触犯频次（人次） |
|----|--------------------------------|----------|
| 1  | 诈骗罪                            | 4332     |
| 2  | 非法吸收公众存款罪                      | 1229     |
| 3  | 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪              | 1166     |
| 4  | 强迫交易罪                          | 868      |
| 5  | 非法经营罪                          | 770      |
| 6  | 组织、领导传销活动罪                     | 684      |
| 7  | 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、<br>抵扣税款发票罪 | 628      |
| 8  | 非法采矿罪                          | 623      |
| 9  | 合同诈骗罪                          | 544      |
| 10 | 敲诈勒索罪                          | 506      |
| 11 | 受贿罪                            | 500      |
| 12 | 职务侵占罪                          | 488      |
| 13 | 串通投标罪                          | 409      |
| 14 | 伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章<br>罪       | 392      |
| 15 | 行贿罪                            | 379      |
| 16 | 贪污罪                            | 376      |
| 17 | 开设赌场罪                          | 335      |
| 18 | 组织、领导、参加黑社会性质组织罪               | 320      |
| 19 | 销售假冒注册商标的商品罪                   | 295      |
| 20 | 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪                | 290      |
| 21 | 伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印<br>章罪      | 282      |
| 22 | 挪用资金罪                          | 263      |
| 23 | 非法占用农用地罪                       | 258      |
| 24 | 污染环境罪                          | 255      |
| 25 | 集资诈骗罪                          | 240      |
| 26 | 拒不执行判决、裁定罪                     | 224      |
| 27 | 生产、销售伪劣产品罪                     | 223      |
| 28 | 信用卡诈骗罪                         | 205      |
| 29 | 非国家工作人员受贿罪                     | 204      |
| 30 | 拒不支付劳动报酬罪                      | 175      |

其中，诈骗罪以数倍于排名第二罪名的频率高居企业家刑事犯罪的榜首，成为湖南省企业家最容易触发的刑事犯罪罪名。其次，值得注意的是非法吸收公众存款罪以 1229 次的高发频率占据第二，

说明在企业经营活动中“融资难”的问题并没有得到解决。此外，组织、领导传销活动罪以 684 次的频率占据第六，这也说明在湖南省内企业在经营模式的采用上缺乏相应的法律认识。以及传统高发的虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪也以 628 次的频率高居第七，湖南省企业的税收规范程度也亟待进一步提升。

#### 1.4 企业家被判无罪的情况

2018 年—2020 年三年期间，湖南省 15809 人次的企业家刑事犯罪中，仅有 12 人次被法院宣判无罪，无罪率仅为 0.0759%。具体被宣告无罪的罪名分布如下：

表格 3 2018—2020 年湖南省企业家刑事犯罪被宣告无罪罪名分布

| 罪名           | 被宣告无罪次数 |
|--------------|---------|
| 非法经营罪        | 1       |
| 非法占用农用地罪     | 3       |
| 合同诈骗罪        | 1       |
| 拒不执行判决、裁定罪   | 1       |
| 销售假冒注册商标的商品罪 | 1       |
| 信用卡诈骗罪       | 1       |
| 诈骗罪          | 4       |

被宣告无罪的企业家刑事犯罪概率非常非常低，表明企业家因为刑事犯罪被诉至法院后，脱罪的可能性非常低。其中，诈骗罪有四例无罪判决，一是因为诈骗罪的基数较大，二是因为诈骗罪其较为宽泛的规定，导致不同的行为存在罪与非罪的争议。

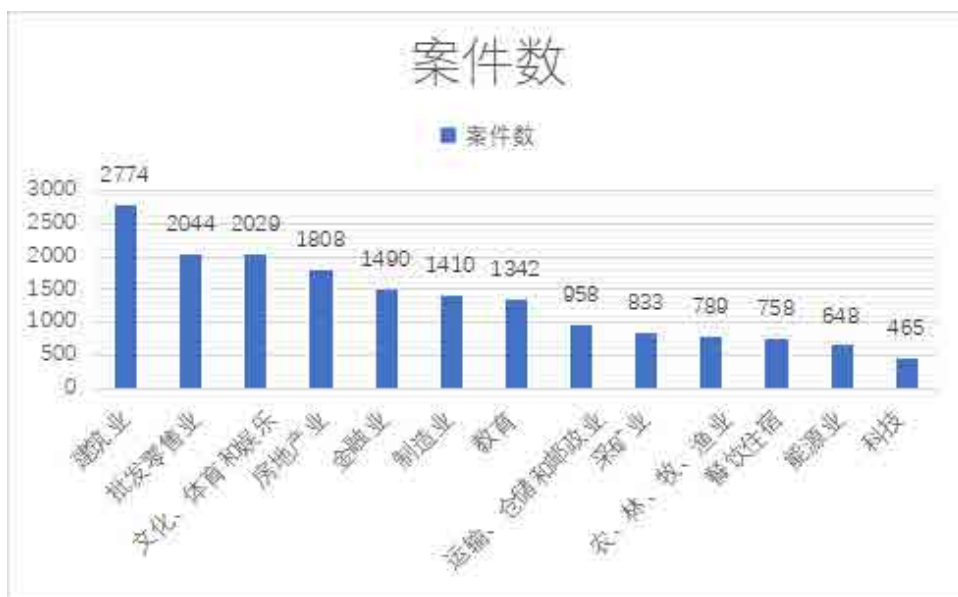
#### 1.5 企业家刑事犯罪的行业分布

在 2018—2020 年三年的企业家刑事犯罪中，散布于 13 个行业中，其中，不少案件因为牵连不同行业的主体，涉及不同的行业。具体的行业分布如下：

表格 19 2018—2020 年湖南省企业家刑事犯罪行业分布

| 行业        | 2018年—2020年 |
|-----------|-------------|
| 农、林、牧、渔业  | 789         |
| 采矿业       | 833         |
| 制造业       | 1410        |
| 能源业       | 648         |
| 建筑业       | 2774        |
| 批发零售业     | 2044        |
| 运输、仓储和邮政业 | 958         |
| 金融业       | 1490        |
| 房地产业      | 1808        |
| 教育        | 1342        |
| 科技        | 465         |
| 餐饮住宿      | 758         |
| 文化、体育和娱乐  | 2029        |

在 2018 年至 2020 年三年期间，湖南省企业家刑事犯罪发生的行业频次如下：



其中，湖南省建筑行业在三年期间发生企业刑事案件的数量为 2774 件，居于所有行业之首，为刑事案件高发行业。科技行业刑事案件三年发生数量为 465 件，居于所有行业之末。其他发生频率从高到低的行业依次是批发零售业 2044 件；文化、体育和娱乐行业 2029 件；房地产业 1808 件；金融业 1490 件；制造业 1410 件；教育业 1342 件；运输、仓储和邮政业 958 件；采矿业 833 件；农林牧渔业 789 件；餐饮住宿 758 件；能源业 648 件。

## 1.6 企业涉案成因分析

企业涉案具有很多方面的因素，主要有以下几种原因：

(1) 合规重心有偏差。企业一般将合规重心放在刑事风险的识别和研判上。尽管“风险识别”是刑事合规中最为重要的举措之一，但是其本身并不具有防范风险、化解风险的功能。例如，什么样的交易安排可能被认定为商业贿赂、什么样的销售模式可能被认定为传销。但很难融入到交易决策、合同审查、内部尽调等经营管理环节。又如，在对外贸易中，企业的业务人员擅自决定采用虚假申报的方式走私货物，利润归属公司，最后引发刑事案件时，涉案公司、公司的最高管理层，该如何证明自身已尽监管职责，并未授权或默许业务人员从事违规行为？如果现有的合规制度不能为公司及高管提供充分的无罪证明，那么相关公司及高管就极有可能被追究刑事责任。因此，定位于“风险识别”的合规管理制度，注定无法在风险发生时为企业及高管提供切实有效的保护方案。

(2) 合规准据不全面。在我国的立法中，何为“直接负责的主管人员”、何为“直接责任人员”、何为“明知”或“应当知道”、何为“情节严重”？这些都没有明确的界定，在司法实务中各地的操作标准也不统一，给企业的风险识别工作带来困难。还有对于涉案行为是个人行为还是单位行为、企业及高管对涉案行为是否具有决

定、批准、授意、纵容或默许等事实的判断，司法机关具有较大的自由裁量空间。

(3) 顶层管理者缺位。在合规职能的配置上，多数企业倾向于将法务部门或者合规部门作为承担合规职能的首要选择。将合规制度和企业的执行层相结合，偏重于通过合规行为规范、员工手册、商业伙伴管理规则等制度文件来实现刑事合规。这种合规策略具有两个特征：一是企业治理架构层级越往下，承担的合规义务越多；二是形成合规管理制度和公司既有治理制度并列而行的态势，两者交集较少。在这种模式下，决策层或者最高管理层较少参与到具体合规事务中，相应的，合规管理更多体现在专项的合规制度文件中，而在其他公司治理制度中，基本无法体现刑事合规的具体内容。这样的合规方案会带来两个问题：首先，这种合规策略无法彻底抵御合规风险，由于缺乏最高管理层细致化的参与和监管，在执行层落实具体制度时，其效果可能存在偏差，甚至可能出现合规制度无法落地的局面。其次，危机事件，都是因具体业务或具体经营活动所引发，而直接实施涉案行为的，往往都是执行层面的员工，而最高管理层通常并未直接参与风险行为。但司法机关主要关注公司及高管。如果此时由于企业的公司治理缺乏刑事合规配置，那么在出现风险时，企业及最高管理层就极易被推定为参与了犯罪行为。例如，某企业针对环境保护专门制定了合规制度，对基层员工也设定了多项环保合规义务，但是在具体经营活动中，某部门负责人

为了节省成本，擅自决定非法处置危险废物，最终造成环境污染事故。在案件侦办中，由于公司治理制度缺乏刑事合规内容，因此，企业及最高管理层难以证明自身已尽到内部监管义务、并未授权或纵容相关犯罪行为。考虑到犯罪所得利益已归属公司，因此司法机关最终也对企业及最高管理层立案侦查。

因此，企业刑事合规的重中之重，其实并不在于设置各类花哨而创新的合规模式，而是要在能够代表企业、代表最高管理层的公司治理中融入刑事合规元素，不仅要将在刑事合规制度融入企业执行层，还要将刑事合规制度融入决策层、管理层，最终实现刑事合规和公司治理的融合，为企业提供切实可行的刑事风险防范机制。

## 02 企业刑事合规的必要性

### 2.1 企业刑事合规的演变

#### 2.1.1 国外企业刑事合规（Criminal Compliance）的历史演变

合规是指用于发现并预防企业内部犯罪的内部控制机制，并被规定为联邦对企业进行量刑时的重要参考因素，即如果企业因其代理人违法被起诉定罪，企业进行了有效的合规的事实可以使企业减轻刑罚。20世纪90年代初，在一些跨国企业集团严重违规事件时有发生背景下，美国开始把合规引入刑法典。1991年美国联邦量刑委员会颁布的《联邦组织量刑指南》。随后，美国司法部和证券交易委员会颁布了《<反海外腐败

法>官方指南》以及《萨班斯法》，与《量刑指南》一同形成了美国完整的刑事合规法律体系，成功地使合规经历了从理念到制度，从法律到预防和制止犯罪行为的体系的发展过程。

几乎同时的欧洲，刑事合规业开始崭露头角。英国设立了独立罪名“商业组织预防贿赂失职罪”，但只要该组织能够证明其已经制定了“充分程序”以预防行贿行为发生的，就可以成为抗辩事由。法国通过了《萨宾第二法案》。随后，西班牙、意大利等国家也确立了刑事合规制度。甚至在南非、印度等发展中国家也在特定领域制定了刑事合规制度。

随着众多国家纷纷在刑事立法中引入合规概念，企业合规也因此日益脱离原来单纯的企业自我管控民事、行政法律风险这一狭隘的传统意境，升级为体现国家运用刑事手段强力引导和推进企业合规以收到预防企业犯罪与促进企业健康发展双重功效的全新制度设置。

20世纪90年代后期，世界上很多国家实现了企业犯罪刑事责任的预防转型。可见刑事合规是全球化的要求，是世界各国面临的必然趋势，各国都应当在各自的背景下，结合各自的情况，形成具有本国特色的刑事合规制度。

#### 2.1.2 我国企业刑事合规的兴起

在我国早期的企业合规管理主要是民商法层面或者劳动法层面的法律风险。之后随着反腐败、反舞弊监管趋势的加强，企业开始对诸如商业贿

赂、职务侵占等专项性的刑事合规问题有了更多关注。2017年我国相继发生了“安达信案”和“中兴事件”，正式拉开了我国企业刑事合规的大幕。

“中兴事件”源于2017年3月中兴公司与美国政府达成的刑事和解，中兴公司为此支付了将近9亿美元的刑事和民事罚金，另外还留了3亿美元的暂缓处罚，即七年之内中兴公司按照规矩做事，并且接受美国政府对其合规业务的调查，可能这3亿美金就不罚了。笔者几年前曾经参与办理的葛兰素史克（GSK）商业贿赂案大部分的被告被判处了缓刑，其实质也是企业刑事合规的尝试，只不过当时没有使用这一术语而已。

时至今日，对于涉及财务管理、劳动用工、产品质量、投融资、环境保护、证券交易等刑事责任全体系的合规问题，也开始被逐步纳入刑事合规管理体系中。目前，“企业合规”受到我国决策层的高度重视，中央各部委密集发布了一系列企业合规的指导性文件。《反不正当竞争法》等立法已规定了“合规激励机制”。最高人民检察院于2021年12月8日印发的《企业合规典型案例（第二批）》为进一步加强企业合规改革试点工作，积极推进第三方监督评估机制适用提供了参考借鉴。陈瑞华教授指出，对于企业来说，如何优化企业犯罪的法律控制模式，强化“非罪化”治理的功能与价值——包括实体上的无罪判定和程序上的“出罪”处理，将企业的外部责任由刑事处罚转变为其他性质的法律责任，尽量减小“标签效应”带来的负面影响，建立刑事合规

体系就显得尤为重要。

## 2.2 企业刑事合规的意义

### 2.2.1 企业刑事合规是企业合规的重要组成部分

在当前我国刑法规定中，对于构成单位犯罪的企业，大多数会面临“双罚”的法律后果。在笔者曾经办理的某组织领导黑社会案件中，该企业曾是当地的明星企业，纳税大户。但是由于企业长期不重视合规建设，尤其是不重视刑事合规问题，企业的生产经营中出现了围标、高利转贷、非法拘禁、行贿、私刻印章等违法犯罪行为。最终企业的法定代表人被定罪，公司近20亿元的资产被没收。现在越来越多的企业已经意识到企业刑事合规是企业合规中一个非常重要的组成部分。

### 2.2.2 刑事合规是促进企业自主性守法的有效途径

企业守法自我监管机制，由于缺少了刑事制度的强力引导与激励，其实际运行往往沦为形式化的合规或投机取巧的合规，既难以在企业层面促进法的普遍遵守，更无助于有效预防和减少企业犯罪。笔者前几期办理的某银行涉嫌非法经营案中，银行票据部门未严格审查票据中介伪造的开户资料而为其设立通道账户，进行票据买卖，涉案金额高达1700多亿元人民币，导致公安机关以涉嫌非法经营罪对该银行票据部总监进行了立案侦查。尽管经过律师的努力，该案最终被公安机关撤销，但银行还是遭受了很大的损失。尽管银行业的合规已经比其他行业要规范很多，但

该案表明银行在刑事合规机制中仍存在漏洞。所以，如果企业建立了完善的刑事合规管理体系并且运转良好，那么企业就会在这个体系中自主守法。

### 2.2.3 刑事合规是企业防范刑事法律风险的重要途径

企业刑事风险具有严重性、易发性的特点。我国调整市场经济的法治模式是以刑法为主导的控制型经济管理模式。国家法律在企业管控上有着明显的刑事主导倾向，形形色色的罪名为企业布控了“严密法网”，稍有不慎就可能涉嫌犯罪。据统计我国现行刑法 452 条法律条文中，规定有 469 个具体罪名，其中有 164 个罪名存在单位犯罪的设置，而公司、企业等经济实体作为“单位”最为常见的组织形式，即便仅考虑公司、企业自身触犯刑法、涉嫌犯罪的情况，也存在 160 多个刑事风险点，并且触及到企业运营中的各个方面。而且，我国刑法规定了很多“空白罪状”，给司法机关作刑事处理留下较大的自主空间。司法体制机制的滞后性也给企业法律风险的事后救济带来难题。此外，在司法实务中，由于民刑与交叉带来的刑事风险也屡见不鲜。

可见，刑事合规不是传统企业合规的翻版，而是企业合规的高级发展形态，是从企业自主性的违规风险管控向企业刑事风险国家防控的重大升级转变，是企业合规发展到一定阶段的必然产物。

### 2.2.4 刑事合规是企业出罪的主要方式

刑事合规在实现企业“非罪化”治理中的核心价值在于：一个企业涉嫌犯罪后，如果建立并实施了有效的合规计划，就能以其作为无罪抗辩事由，争取不被定罪或者宽大处理的结果。企业假如建立或者实施了有效的合规计划，司法机关可以对其作出无罪处理，这就是合规出罪制度。企业即便构成犯罪，假如建立或者愿意实施合规管理体系，司法机关也可以作出宽大刑事处罚，甚至对于愿意积极配合、认真补救并作出合规承诺的涉案企业，检察机关可以与其达成暂缓起诉协议，或者达成不起诉协议。

## 03. 企业刑事合规的实现路径

### 3.1 构建有效的企业刑事合规管理体系

构建有效合规管理体系需要遵守三个重要原则：

(1) 独立性原则。不仅合规人员要保证其独立性，合规机构的设置、岗位的设置、汇报关系、制度机制等都要保持它的独立性。

(2) 全面覆盖性原则。合规设计的覆盖面一定要贯穿公司整个经营活动，纵向到底，即合规要把公司从公司总部到最末端的部门都要纳入到合规的范围。

(3) 有效性原则。依据企业合规风险的程度和范围建立相适应的合规管理体系，而且应当运转有效。

### 3.2 制定科学的合规计划书

刑事合规计划可分为专项合规计划和有效合规计划。前者是企业为防范特定的刑事法律风险所建立的专门性合规计划。例如，针对企业存在的虚开增值税专用发票、侵犯知识产权等违法犯罪行为，在进行制度整改过程中，应该建立一套专门性的合规计划，如税收征管合规计划、知识产权保护合规计划等等。合规计划的作用表现在：一是有效防范合规风险；二是有效识别违规犯罪行为；三是发生违规行为后，能够有效地应对，有效地补救，有效地整改。2021年6月，最高人民检察院联合司法部、财政部、生态环境部等8家单位出台的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》明确提出涉案企业提交的合规计划应“主要围绕与企业涉嫌犯罪有密切联系的企业内部治理结构、规章制度、人员管理等方面存在的问题”展开，“弥补企业制度建设和监督管理漏洞，防止再次发生相同或者类似的违法犯罪”。

### 3.3 实施有效的企业合规整改

最高人民检察院会同全国工商联在2022年4月2日的会议上透露，涉案企业合规改革适用的案件类型，包括公司、企业等市场主体在生产经营活动涉及各类犯罪案件，既包括公司、企业等实施的单位犯罪案件，也包括公司、企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施的与生产经营活动密切相关的犯罪案件。那么，涉案企业的合规整改也应当针对以上人员。对于一个涉嫌犯罪的企业而言，一旦被纳入合规监督考

察的对象，一般应引入四项基本的合规整改要素：一是在认罪认罚的前提下停止犯罪行为，积极配合刑事追诉行动，采取补救挽损措施，处理责任人；二是查找犯罪原因，发现造成犯罪发生的制度漏洞、管理隐患和治理结构的缺陷；三是针对上述漏洞、隐患和缺陷，进行有针对性的制度纠错和管理修复，切断犯罪发生的因果链条，避免同一犯罪的再次发生；四是建立一种整体的、全面的和长远的预防犯罪机制，引入有针对性的专项合规管理体系。

在快播案中，最终法院认为：“快播公司明知快播网络服务系统被用于传播淫秽视频，但出于扩大经营、非法牟利目的，拒不履行监管和阻止义务，放任其网络平台大量传播淫秽视频，具有明显的社会危害性和刑事违法性，应当依法追究刑事责任。”这段描述中，虽然没有提及合规问题，但实际上表明，快播公司的内部治理或者内部管控是无效的。因此，判定快播公司有罪。<sup>[2]</sup>在后续的合规整改过程中，借鉴公司法中大小股东制衡的理论，特别要求该企业修改《章程》，建立切实可行的监事制度，明确赋予担任监事的小股东对于公司财务账簿的检查权，使其可以充分行使监督权，有条件发现并制止违规转移公司资金的行为。同时督导企业有针对性地调整《费用支出管理制度》《财务管理办法》《员工手册》等相关内容，力求相关制度能够符合公司的发展现状，并落地执行。

### 3.4 聘请专业的刑事合规律师团队

企业刑事合规专业性非常强，需要专业的刑事合规律师团队或者刑事法律顾问。刑事法律顾问的作用有：一是对企业的重大经济行为和决定进行监管，以有效避开刑事犯罪风险；二是帮助企业建立内部对刑事风险防控机制；三是帮助企业识别企业在经营的各个阶段可能发生的刑事法律风险，并提出防范措施；四是协调与政府行政管理部门、公安、监察及司法部门的关系，配合相关部门的工作；五是企业涉案时实现企业的“非罪化”处理。据此，我们可以归纳企业刑事合规律师的主要工作内容分为三个方面：

#### (1) 一般性刑事合规（事前的刑事合规）。

目的是为了提升企业及其从业人员的刑事法律风险意识，建立企业刑事法律风险识别与评估机制，包括以下几个方面内容：一是，对现有企业规章制度的刑事风险点进行查找、梳理，发现企业章程规范等方面的法律漏洞，评估企业的经营或交易行为中的法律风险，防止出现刑事法律风险；二是，在企业设立、投资、经营、交易等各个方面提出避免法律风险的建议和意见，代表企业与其他相关单位协调关系、协商对策；三是，为企业及其相关从业人员进行合规培训，提供刑事合规咨询报告；四是，定期或不定期为企业进行法律风险评估，对企业进行刑事法律风险事项进行调查并出具报告；五是，结合企业所在行业暴露出来的刑事法律风险态势，对企业未来的刑事风险进行及时提醒和警示；六是帮助企业创立合规部门并树立合规意识、培育合规文化。

#### (2) 特定问题的合规（事中的刑事合规）。

特定问题的刑事合规，是指企业及其从业人员即将面临刑事指控，开始配合调查等等。主要有三个方面的工作：一是，刑事法律风险的诊断，通过对企业或者其从业人员从事的相关活动是否涉及刑事法律风险进行全面调查，对相关交易和经营活动的细节进行了解和分析，判断是否构成犯罪；二是，提出防范刑事风险的方案，针对各项交易和经营行为，根据法律规定，明确指出这些交易、经营等行为是否会触犯了刑法；三是，提出进一步完善企业刑事合规管理体系的建议以及具体补救措施，减少企业发生刑事风险的概率，减轻企业和相关责任人的刑事风险责任。

#### (3) 刑事调查的应对（事后的刑事合规）。

在企业或员工被刑事立案后，刑事法律顾问对主要工作包括：一是帮助企业及其从业人员了解可能涉嫌的罪名、犯罪构成要件、罪与非罪、量刑轻重的界限；二是帮助企业及其从业人员熟悉刑事诉讼程序流程；三是向企业及其从业人员讲解基本的证据规则；四是协助企业及其从业人员分清无罪证据与有罪证据，指导企业及时向侦查机关提供证明自己无罪或者罪轻的证据；五是制定合规计划书，帮助企业进行有效的合规整改。五是为企业或涉案员工提供有效的刑事辩护，争取不起诉或从宽处理。

#### 注释：

[1] 《2018-2020年湖南省企业刑事犯罪分析

报告》系笔者在湖南天地人律师事务所工作期间团队成员曾好婕律师和吴沅旻律师带领实习生经过近一个月的紧张工作而制作。在此感谢两位律师及团队成员的的辛劳付出！

[2] 2012年8月，深圳市公安局对快播公司进行检查，给予行政警告处罚，并责令整改。随后，深圳市公安局将违法关键词和违法视频网站链接发给快播公司，要求其采取措施过滤屏蔽。快播公司于是成立网络安全监控小组，在一周内投入使用“110”不良信息管理平台。但在深圳网监验收合格后，小组原有4名成员或离职或调到其他部门，“110”平台工作基本搁置，检查屏蔽工作未再有效进行。2013年，深圳市南山区广播电视局执法人员对快播公司开展调查，找到了可播放的淫秽视频，并对快播公司进行了行政处罚。但快播公司随后仅提交了一份整改报告，其“110”平台工作依然搁置，检查屏蔽工作依然没有有效落实。



## 涉案企业刑事合规的法律困境及立法走向

◆文 / 张南宁

2022年4月2日上午，最高人民检察院会同全国工商联专门召开会议正式宣布，涉案企业合规改革试点在全国检察机关全面推开。目前司法实务将企业合规整改视为对涉案企业合规不起诉主要依据认罪认罚。可见，目前的涉案企业刑事合规遭遇到了法律上的困境，需要在总结试点经验的基础上，在立法层面确立涉案企业刑事合规的法律体系。

### 01 企业刑事合规的价值取向

治理和预防企业犯罪是国家治理体系和治理能力现代化的重要内容。惩罚企业可能会直接损害无辜股东、合伙人等实际出资人的利益，还可能间接损害无辜员工、合作方的利益。

为缓解追究企业刑事责任与经济发展和国计民生保障之间的矛盾，近年各国开始对企业犯罪

轻缓化的司法探索，注重以个人责任替代企业责任，或对一些企业犯罪案件从宽处理。例如，在美国，《联邦组织量刑指南》规定的合规计划的七项法定标准为企业的自我监管与自我约束提供了法定框架和标准。企业刑事合规不仅避免涉罪企业因定罪判刑而濒临倒闭，更在于推动企业合规计划的建立和实施，从而改变企业的治理结构，提升企业竞争力，实现预防企业犯罪之目的。所以，企业刑事合规计划不仅成为企业犯罪量刑的重要衡量因素，而且还成为起诉与否的关键性因素。对建立并实施有效合规计划的涉案企业，可以与检控方达成不起诉协议或暂缓起诉协议。通过这些措施换取涉罪企业的结构性改革，给予涉案企业的宽大处理，也是从宽处理或免除刑事责任的承诺。可见，刑事合规的价值在于国家通过不起诉、缓起诉等程序分流，或者实体法上的量

刑减让，给予企业一定程度的激励举措，鼓励企业在日常经营管理中履行安全生产、数据保护、财务披露、反商业贿赂等合规义务，将风险防患于未然。轻缓化已经是现代刑事法治文明发展的基本趋势。

我国企业犯罪形势严峻，企业合规意识严重不足。特别是在当前保护主义上升、世界经济低迷、全球市场萎缩的外部环境下。将企业的事前合规作为阻却犯罪的事由或者从宽处罚的事由也已成世界性趋势。中国企业特别是涉外企业要想在对外开放中实现更好发展，就需要顺应国际潮流，加快建立健全刑事合规制度。

## 02 涉案企业刑事合规的法律困境

近几年，在我国开始了企业刑事合规的探索，出台了诸多以保护企业为导向的司法政策，进行了“合规不起诉”程序的构建试验。但由于我国《刑法》并未具体规定如何认定单位责任，《刑事诉讼法》也未规定相对独立的单位诉讼程序。

目前，我国企业合规试点主要依据《刑事诉讼法》第177条第2款规定的相对不起诉与以及第15条规定的认罪认罚制度。在司法实践中检察机关通常以涉案自然人可能判处3年以下有期徒刑为前提条件，并以对自然人审查起诉的期限为标准确定合规监管的期限。主流观点认为有效刑事合规计划能够成为实体抗辩事由的理论支撑，可以被视为刑法学通说强调的单位犯罪的主观过错要件。尽管将企业刑事合规计划作为减轻

刑事责任、从轻处罚的考虑因素符合我国现有的刑事法理论，但将有效刑事合规计划作为实体出罪的理由在我国尚存争议。作为对犯罪企业提起公诉、进行刑事责任判定和刑罚裁量的法定因素，实践中检察官往往需要对企业合规计划的设置和实施状况进行评估，从而展开对企业的诉讼与量刑活动。因此，从立法上解决涉案企业刑事合规面临的法律困境迫在眉睫。

## 03 涉案企业合规刑事立法研究现状

在企业刑事合规试点工作开展的同时，我国理论界对涉案企业刑事合规的立法问题也进行了一些研究。

李勇在《企业附条件不起诉的立法建议》中提出，认罪认罚从宽与合规从宽具有相通之处，为企业附条件不起诉找到了制度基础；未成年人犯罪附条件不起诉实践，以及检察机关探索企业犯罪不起诉的经验做法，为立法积累了经验。提出在《刑事诉讼法》第182条之后增加“第一百八十二条之一”和“第一百八十二条之二”，对企业附条件不起诉的适用条件和考察程序等作出规定。

杨宇冠在《企业合规与刑事诉讼法修改》一文中认为目前《刑事诉讼法》中相关条文，特别是关于不起诉的条文还不能完全适应企业合规不起诉的需要，造成企业合规不起诉，以及后期监管难以顺利进行和发展。提出我国《刑事诉讼法》可以增加企业合规特别程序，立法机关可以制定

企业合规的专门法律，参与企业合规的各部门可以联合或单独发布企业合规规范性文件。

杨帆在《企业合规中附条件不起诉立法研究》一文中认为，我国企业合规附条件不起诉的建立存在现实基础、制度优势，可通过对未成年人附条件不起诉的程序改造以及刑法中企业犯罪刑事责任的配套调整，完成对企业合规附条件不起诉的具体制度、程序设计，从而为企业合规提供程序法治保障。

赵运锋在《刑事合规附条件不起诉立法思考和内容构建》一文中提出刑事合规附条件不起诉在我国具有一定的实践经验，在域外也有相对成熟的立法规定，可以为我国刑事立法提供有效的借鉴和支持。从制度设计上看，刑事合规附条件不起诉立法应该聚焦于适用范围、适用对象、考核期限及评价机制等方面。

李奋飞在《“单位刑事案件诉讼程序”立法建议条文设计与论证》中认为为解决责任主体的双重性、表意机制的代议性、集体财产的共有性、诉讼行为的代行性等带来的固有诉讼问题，确保单位刑事案件的妥善处理，宜在“特别程序”一编中设立“单位刑事案件诉讼程序”作为第二章。“单位刑事案件诉讼程序”除了包括合规附条件不起诉等核心条款以外，还涵盖办理单位刑事案件的方针与原则、诉讼代表人、强制性措施、责任主体分离追诉等基础条款，以对单位刑事案件的诉讼程序进行“全流程”规范。

周振杰在《企业合规的刑法立法问题研究》中提出企业合规刑法立法应围绕“企业刑事责任”与“合规计划”两个核心展开，通过将企业刑事责任客观化、适用推定原则体现“严”；通过将合规计划的有效实施规定为定罪量刑情节、增设单位缓刑等方式实现“宽”。

这些研究为我国涉案企业刑事合规立法提供了一定的参考。

#### 04 涉案企业合规刑事立法的走向

2022年4月2日上午，最高人民检察院会同全国工商联专门召开会议正式宣布，涉案企业合规改革试点在全国检察机关全面推开。最高检张军检察长特别强调：“原则上符合条件的县级检察院，今年都要大胆探索，尝试办理几件企业合规改革案件。”基于司法实践的需要，涉案企业合规刑事立法必须要尽快启动，而且立法走向必定是从实体法、程序法和司法解释三个层面建立一套完整的、可操作性的法律系统，即有必要在刑法中明确对符合条件的涉案企业进行从宽处理，同时在程序法和司法解释中确立企业刑事合规特别程序，明确对涉案企业附条件不起诉、暂缓起诉、撤回起诉的适用条件和具体操作。

##### 4.1. 刑法上的原则性规定

按照现行《刑法》的章节排列体序，常见的企业犯罪罪名集中分布在危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪等章中，且并无零散分布的特征。这种立法例完全可以覆

盖 2018 年国有资产监督管理委员会颁行的《中央企业合规管理指引(试行)》所确立的市场交易、安全环保、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权等企业合规重点领域。因此在《刑法》中增设“单位犯罪的处罚原则”条款是可行的：当单位已经制定并实施防范犯罪发生的措施时，可以依据合规措施的完备程度、有效程度等，对其从轻、减轻或免除处罚。这一原则的法理基础在于如果对涉案企业一律处罚，那么将会阻滞经济、科技的前进，为兼顾犯罪治理与社会进步，只要企业在力所能及范围内尽到最大限度的注意义务，以规避危害结果的发生，那么即使最后发生危害结果，也可以作出无罪或罪轻处理。

#### 4.2 诉讼法中的特别程序

我国目前还没有针对企业犯罪案件的特别诉讼程序。不过，国家已经充分认识到了对企业犯罪轻缓化处理的必要性，出台了一系列司法政策以实现“软性”推动。基于现有诉讼法体系，可考虑在《刑事诉讼法》中增设“企业刑事合规特别程序”，对监管主体、监管对象、有效性评估的主体以及监管期过后如何处理等基本问题进行规定。

(1) 企业附条件不起诉程序。我国《刑事诉讼法》所规定的不起诉共有五种情况，分别为法定不起诉、酌定不起诉、证据不足不起诉、附条件不起诉和特殊不起诉。这五种不起诉主要是针对自然人犯罪的。有人认为我国既有的酌定不

起诉、附条件不起诉程序都忽视了人民法院的地位，出罪决定由检察机关单独作出，相当于直接赋予了检察机关对企业“无罪宣判权”。笔者认为在现代诉讼构造下，不起诉并不侵犯法院审判权，因为法院审判权是基于检控方的起诉才有的。还有法院享有的是排他行的定罪权，而不是出罪权。

鉴于企业犯罪与自然人犯罪不同，不起诉适用到企业合规案件的司法治理中，需要进行一些修改或者授权。企业附条件不起诉在立法设计上需要重点规定适用条件和范围、合规考察、决策程序等。附条件不起诉的条件主要包括：企业及其负责人必须承认指控的事实，如实报告企业的违法违规行为，必须制定企业合规计划，必须进行整改，公司积极采取补救措施进行法益修复。积极配合司法机关的调查、检察机关的监督。检察机关可指定或委派监督员对企业合规情况进行监督和审查。企业附条件不起诉的决策程序应当由检察机关决定，引入公开听证程序，在考验期内，遵守相关规定的，考验期满后由检察机关作出相对不起诉决定；考验期内违反相关规定，没有实现合规计划目标的，由检察机关撤销附条件不起诉决定，提起公诉。

(2) 企业犯罪暂缓起诉程序。针对企业犯罪建立独立的暂缓起诉程序，检察机关与涉罪企业达成出罪协议，但是出罪协议需要经过法院的实质性审查才能生效。我国企业犯罪司法政策发生的轻缓化转变，使其具备了进一步将企业非犯

罪化的理念基础，一些涉罪企业应当能够通过暂缓起诉程序实现分流出罪。为此，将来可以考虑在企业刑事合规特别程序中构建企业犯罪暂缓起诉程序。针对企业犯罪建立独立的暂缓起诉程序，检察机关与涉罪企业达成出罪协议，但是出罪协议需要经过法院的实质性审查才能生效。

(3) 撤回起诉程序。对于已经起诉到法院的涉案企业，企业整改如果达到协议所规定的目标，则由检察机关向法院提出撤回起诉，如果时间仍然不够，也需要通过制定法律法规，延长企业合规起诉和审判时间，或者直接规定企业合规监管时间不计入审判期限。法院在接到检察机关的撤回起诉的协议后，如果认为符合法律规定以及情理，可以同意暂缓审判或者裁定准予撤回起诉。

(4) 第三方监管程序。没有进入刑事诉讼程序的企业，以及已经结案的企业，根据我国《刑事诉讼法》第180条及相关规定，检察机关没有职责和义务对企业合规进行监管，更没有必要参与企业合规监管的日常工作。因此，需要通过第三方独立合规监管人的模式对相关企业进行监管。监管期限可以规定为一年以上三年以下。监管人费用应当由企业支付。为了保证监管人的独立性，可以由企业将相关费用转给监管委员会，再由委员会支付给独立监管人。

#### 4.3 司法解释的精细化量刑

刑法和刑事诉讼法中没有涉及到的需要进一

步利用司法解释的功能在量刑精细化上的作出规定。我国由企业构成的146个犯罪中，法定最高刑在五年之上的罪名有110个，同时，绝大部分罪名的最低法定刑在三年有期徒刑及以下，具备适用缓刑的可能性。因此，不需改变《刑法》中的刑罚配置，而应当通过司法解释来释放量刑精细化的空间。我国既行的司法解释制定模式是以类罪名为分类，几乎所有的企业合规重点领域罪名均可被已颁行的司法解释所涵盖，因而可以在现行司法解释里增设有关量刑激励的细致规定。例如，《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》可考虑增加“当单位建立起有效的廉洁培训、检举报告、定期审查等反贿赂合规措施时，可以对其从轻、减轻或免除处罚”。又如，关于合规计划评估考察的内容，从立法的角度来说，没有必要在刑事诉讼法中对评估的具体内容和流程进行规定，可以由最高人民检察院单独或会同国务院相关部委制定实施细则。可以借鉴美国司法部2019年4月30日颁布的《公司合规程序评估》，检察官对公司合规程序的评估要点主要包括：(1) 合规程序设计是否合理，包括风险评估、政策和程序、培训和沟通等；(2) 合规计划是否得到有效实施；(3) 合规程序是否在实践中发挥作用。

#### 05 结语

在企业刑事合规试点大规模展开试点的同时，涉案企业合规的刑事立法应当随之而行。美国、英国、加拿大、法国、西班牙、意大利、澳

大利亚等均制定了企业合规的专门法律法规，或修改了相关法律。至于我国是否需要制定一部单独的《中华人民共和国企业合规法》呢？笔者认为这不是最重要的，最重要的是涉案企业刑事合规要有法律依据，而且这些法律依据必须与刑法、刑事诉讼法有机衔接。

## 刑事诉讼

## 刑事辩护的法逻辑分析：以谢某涉嫌贩卖毒品案为例

◆文 / 张南宁

**【摘要】** 本文基于笔者在办理谢某涉嫌贩卖毒品案中发现的逻辑错误为基础，运用刑事辩护的法逻辑分析方法，着重分析该案中命题逻辑、道义逻辑、谓词逻辑的具体运用。最后得出结论认为法律的生命在于实施，而实施依靠逻辑。

**【关键词】** 贩卖毒品案；刑事辩护；法逻辑分析

## 一、引言

我国司法实践中的逻辑错误层出不穷。这里面除了有立法的原因，更主要的是法律实务人员缺乏基本的逻辑训练。例如，笔者曾办理的谢某涉嫌贩卖毒品案就是一例。谢某因贩卖4公斤麻古被公安机关刑事拘留。证据材料显示公安机关对谢某共进行了4次讯问。其中的第一次讯问没

有同步录音录像；第二次询问有同步录音录像；后续两次均没有同步录音录像。谢某称首次讯问遭到侦查人员刑讯逼供。侦查机关在案件现场收缴毒品时未当场称量封存，没有查获现场的图像记录资料，对不同包装内的毒品未分别封存、称量、取样送检。公诉人认为有被告人的指认照片，同时对于没有分别送检，公诉人给出的理由是既然是同一批次来源于同一上线的毒品，不需要分别封存、鉴定。经过法院审理后，一审法院以贩卖毒品罪判处谢某死刑，缓期两年执行。本文在接下来的部分将结合该案，对刑事辩护进行法逻辑分析。

## 二、刑事辩护的法逻辑分析

本案的辩护需要用到《刑事诉讼法》第一百二十三条（以下简称“第一百二十三条”）

的规定，“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像；对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像。录音或者录像应当全程进行，保持完整性”。在该案的刑事辩护中涉及到命题逻辑、谓词逻辑、道义逻辑和模态逻辑。

### （一）命题逻辑

命题逻辑是我们交流的基本逻辑。命题是一个非真即假（不可兼）的陈述句，也即这个陈述句表的内容可决定是真还是假，而且或是真的或是假的，只能取其一；不可能同时又真又假，也不可能既不真也不假。通过判断命题是否包含“与”“或”“非”等一类联结词，又可将命题分为简单命题和复合命题。简单命题不可再分割；而复合命题，顾名思义即把一个或几个简单命题用“与”“或”“非”等联结词联结后所构成的新的命题。用命题作逻辑演算，还需要采用数学手法将命题符号化。命题一般用大写字母表示，如采用大写字母P、Q表示命题。命题的真值则用大写字母T（真值为真）和F（真值为假）来表示，有时也分别用1和0来表示。而常用的五个逻辑联结词与符号表示分别为否定词 $\neg$ 、合取词 $\wedge$ 、析取词 $\vee$ 、蕴涵词 $\rightarrow$ 和双条件词。其中，蕴含逻辑的基本规则是：

如果 $\neg A$ ，那么 $\neg B$ ，则

如果 $\neg B$ ，那么 $\neg A$

本案中，“对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像”，那么，如果“没有对讯问过程进行录音或者录像”，是不是就“不能判处无期徒刑”呢？当然这里实际上涉及到下文要讨论的其他逻辑。

### （二）谓词逻辑

在谓词逻辑中，命题被拆分成个体词、谓词和量词等非命题成分。个体词是可以独立存在的事或者物；谓词则是用来刻画个体词的性质的词，即刻画事和物之间某种关系表现的词；量词，是在命题中表示数量的词，量词有两类：全称量词（ $\forall$ ），表示“所有的”或“每一个”；存在量词（ $\exists$ ），表示“存在某个”或“至少有一个”。在命题逻辑中，量词不是逻辑形式的决定因素；而在谓词逻辑中，量词被看作一种逻辑表达，它决定了语句的逻辑形式。通常全称量词可以省略，而存在量词不能省略。

“对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像”，这里就涉及谓词逻辑。在本案的辩护中，基于本案涉案毒品数量大，辩护律师提出，第一次讯问、第三次、第四次讯问没有录音或者录像。那么，依据该条规定，本案不能对谢某判处无期徒刑以上刑罚。公诉机关回应说，法律规定“对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者

录像”，但没有规定每一次都要对讯问过程进行录音或者录像。依据谓词逻辑，法律语句“应当对讯问过程进行录音或者录像”，这里“讯问过程”是个体词，而量词在该句中进行了省略。依据谓词逻辑中量词的省略规则，即只有全称量词可以省略，而存在量词不能省略，可知该句中省略的只能是全称量词。因此，若将量词补充进去，只能是“应当对所有的/每一次讯问过程进行录音或者录像”，而不会是“应当对至少一次讯问过程进行录音或者录像”。

### （三）道义逻辑

道义逻辑是一种非标准的模态逻辑。它研究“应当”“可以”或“许可”“禁止”这样一些道义概念的逻辑。本案涉及《刑事诉讼法》第一百二十三条的规定，即“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像；对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像”。这里的“可以”和“应当”涉及道义逻辑。道义逻辑的规则是：

“不应当不A”等值于“许可A”

“不许可不A”等值于“应当A”

“应当A”等值于“禁止不A”

“禁止A”等值于“应当不A”

本案中，很多人把“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录

像”，理解为“也可以不对讯问过程进行录音或者录像”。依据道义逻辑，“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像”，其意思为“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，不应当不对讯问过程进行录音或者录像”。所以，把“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像”，理解为“也可以不对讯问过程进行录音或者录像”，是违反道义逻辑的。事实上，法律明确规定的是“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像”，从未规定“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以不对讯问过程进行录音或者录像”。“可以不对讯问过程进行录音或者录像”不是法律所规定的，而是人们通过推理得出。

### （四）模态逻辑

“对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像”还涉及模态逻辑。对于模态逻辑来说，表达命题的模态形式，除了使用与命题逻辑相同的变项和一些联结词如否定词 $\neg$ 、合取词 $\wedge$ 、析取词 $\vee$ 、蕴涵词 $\rightarrow$ 和双条件词等来表示外，还必须引入模态的常项，如必然性（用 $\square$ 表示）或偶然性（用 $\diamond$ 表示），这些符号也被称为模态算子。于是， $\square p$ 表示“必然的p”， $\diamond p$ 表示“可能的p”，且两个算子可以互相定义如下：

$\square p$ （必然的p）等价于 $\neg \diamond \neg p$ （非可能

的非 p)

◇ p (可能的 p) 等价于  $\neg \square \neg p$  (非必然的非 p)

但是模态算子与命题逻辑中的联结词不同， $\square$ 或 $\diamond$ 都不是真值联结词，即不能由其中的支命题来决定关于它们的复合命题是否具有唯一真值。本案中，侦查机关在案件现场收缴毒品时未当场称量封存，没有查获现场的图像记录资料，对不同包装内的毒品未分别封存、称量、取样送检。公诉人认为有被告人的指认照片，同时对于没有分别送检，公诉人给出的理由是既然是同一批次来源于同一上线的毒品，不需要分别封存、鉴定。那么到底所查获的毒品是否就是谢某贩卖的呢？依据现有证据，只可能是，非必然是。若世界上每一个命题非真即假，则不存在不确定性。但是现实却是，现实世界中充满不确定性，不是总是能够用绝对的真或假来描述。这时，我们可能还要借用概率逻辑将这种“不确定性”引入对事件的描述中。

### 三、结论：法律的生命在于实施，而实施依靠逻辑

霍姆斯 (Holmes) 法官曾说“法律的生命并非在于逻辑而在于经验”。这一名言误导了众多的缺乏逻辑训练的法律人。博登海默认为霍姆斯法官所关注的乃是如何“确定人们应当受其支配的规则”的问题，而不是在讨论这样一种情况，即法官有责任按照某一明显应适用于一个诉讼案件的法律规则来审判该案件。在这种性质的情形

中，形式逻辑是作为平等、公正执法的重要工具而起作用的。它要求法官始终如一地和不具偏见地执行法律命令。虽然演绎逻辑并不能解决法律秩序中最为棘手的问题，但是这并不意味着逻辑与经验之间的相互关系是对立或相背的。如果我们不是完全无视道德与社会方面的考虑，也不是错误地把逻辑认为是“机械式”(clock—work)的推理行为，那么我们就一定能够得出结论说，逻辑和经验在行使司法职能过程中与其说是敌人，毋宁说是盟友。[1] 通过本案的法逻辑分析，笔者认为，法律的生命在于实施，而实施离不开逻辑。

#### 注释：

[1][美]博登海默《法理学法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，1999年版，第496-497页



## 虚开发票类犯罪认定中的几个问题

◆文 / 张南宁

**【前言】** 发票是一切单位和个人在购销商品、提供或接受服务以及从事其他经营活动中，所开具和收取的业务凭证。不如实开具发票的一种舞弊行为，纳税单位和个人为了达到偷税的目的或者购货单位为了某种需要在商品交易过程中开具发票时，在商品名称、商品数量、商品单价以及金额上采取弄虚作假的手法，甚至虚构交易事项虚开发票。由于虚开发票行为的罪与非罪边界并被泾渭分明，导致不同机关对虚开发票行为的认定与处理产生较大差异。本文对虚开发票类犯罪实务中的类型、犯罪行为 and 虚开数额的认定及立案与处罚等相关问题进行了探讨。

### 一、虚开发票类犯罪的类型

虚开发票类犯罪主要有三种类型，即虚开增值税专用发票、虚开用于出口退税、抵扣税款的

其他发票和虚开普通发票。

#### 1. 虚开增值税专用发票

“增值税专用发票”，是指国家税务部门根据增值税征收管理需要，兼记货物或劳务所负担的增值税税额而设定的一种专用发票。增值税专用发票不仅具有其他发票所具有的记载商品或者劳务的销售额以作为财务收支记账凭证的功能，而且是兼记销货方纳税义务和购货方进项税额的主要依据，是购货方据以抵扣税款的证明。正因为增值税专用发票具有可以抵扣税款的功能，所以，增值税专用发票实施的近几年，一些不法分子为谋取暴利，千方百计地利用虚开发票进行偷税、骗取国家税款，给国家财政收入造成重大损失，严重干扰了国家税收改革的正常进行。

#### 2. 虚开用于出口退税、抵扣税款的其他发票

根据第十届全国人大常委会第十九次会议2005年12月29日所做的立法解释,“出口退税、抵扣税款的其他发票”,是指除增值税专用发票以外的,具有出口退税、抵扣税款功能的收付款凭证或者完税凭证。比如,农林牧水产品收购发票、废旧物品收购发票、运输发票以及海关出具的代征增值税专用发票缴款书等,还有征课消费税的产品出口所开具的发票也可以作为出口退税的凭证。

### 3. 虚开普通发票

普通发票,即“第二百零五条规定以外的其他发票”,是指除增值税专用发票或者其他具有退税、抵扣税款功能的发票以外的发票。对于虚开其他发票的行为,1997年刑法没有单独规定罪名。为了进一步加强发票管理,加大对虚开发票行为的打击力度,维护正常的经济秩序,2011年通过刑法修正案(八)将虚开第二百零五条规定以外的其他发票的行为规定为犯罪。

## 二、虚开发票类犯罪行为的认定

对于发票的管理和使用,有关法律法规做了严格规定。《中华人民共和国发票管理办法》规定,所有单位和从事生产、经营活动的个人在购买商品、接受服务以及从事其他经营活动支付款项时,应当向收款方取得发票。取得发票时,不得要求变更品名和金额。开具发票应当按照规定的时限、顺序、栏目,全部联次一次性如实开具,并加盖发票专用章。但在实践中,一些单位和个人为了

获取非法利益,采取以虚假身份注册多个公司的方式,用貌似合法的经营和纳税为掩护,从税务机关大量套购骗领发票,在无实际经营业务的情况下,从事虚开发票活动,采取“大头小尾”、“阴阳票”等手段虚开发票,有些甚至直接用伪造的假发票虚开。

依据最高人民法院关于适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的若干问题的解释,“虚开增值税专用发票”的行为包括:(1)没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人自己、介绍他人开具增值税专用发票;(2)有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票;(3)进行了实际经营活动,但让他人自己代开增值税专用发票。

实践中,“虚开发票”主要有两种情况:一种是根本不存在商品交易,无中生有,虚构商品交易内容和税额开具发票,然后利用虚开的发票抵扣税款;另一种是虽然存在真实的商品交易,但是以少开多,达到偷税的目的。在虚开发票类犯罪的认定中,虚开发票的行为主要有四种,即为他人虚开、为自己虚开、让他人自己虚开和介绍他人虚开。“为他人虚开”是指行为人本人无商品交易活动,但利用所持有的上述发票,采用无中生有或者以少开多的手段,为他人虚开发票的行为。其中也包括以往所说的“代开”发票

的行为。这里规定的“他人”既包括企业、事业单位、机关团体，也包括个人。“为自己虚开”，是指利用自己所持有的上述发票，虚开以后自己使用，如进行抵扣税款或者骗取出口退税。“让他人为自己虚开”是指要求或者诱骗收买他人为自己虚开上述发票的行为。“介绍他人虚开”是指在虚开上述发票的犯罪过程中起牵线搭桥、组织策划作用的犯罪行为。

实践中遇到的一种情况是，有货代开能否认定为刑法意义上的虚开？在有货代开的情况下，虽然增值税专用发票受票人与增值税专用发票开票方的开票人之间并不存在货物交易或者提供服务与接受服务的关系，但增值税专用发票受票人与其他人之间却存在货物交易或者提供服务与接受服务的关系。有货虚开的开票人明知自己与受票人之间没有进行货物交易或者提供服务和接受服务而开具增值税专用发票，从这个意义上说，其行为似乎具有虚开的性质。然而，在受票人并没有造成国家税款损失的情况下，这种虚开行为亦不能以虚开增值税专用发票罪论处。[1]

对于“挂靠”式代开，2015年6月11日最高人民法院研究室对公安部经济犯罪侦查局《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见的复函中区分了挂靠和非挂靠两种情形，其中挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物，被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的，不属于《刑法》第二百零五条规定的虚开

增值税专用发票；行为人利用他人的名义从事经营活动，并以他人名义开具增值税专用发票的，即便行为人与该他人之间不存在挂靠关系，但如行为人进行了实际的经营行为，主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家增值税款损失的，也不宜认定为《刑法》第二百零五条规定的虚开增值税专用发票。显然，上述《复函》不仅将挂靠方以被挂靠方名义，向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，向受票方开具增值税专用发票的行为排除在虚开之外，而且将挂靠方以自己名义向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，被挂靠方向受票方纳税人开具增值税专用发票的行为同时排除在虚开之外。因此，有货代开不能认定为虚开。

实践中遇到的另外一种情形是，对开、环开是否属于刑法意义上的虚开？对开是指在行为双方没有货物交易的情况下，互相开具的增值税专用发票价格相同，税款一致，而方向相反，双方增值税的进项税额和销项税额刚好可以完全抵消。在对开的情况下，两家公司分别为对方开具不存在真实交易货物或者应税服务的增值税专用发票，且增值税专用发票的金额是同等的。同等金额的对开由于对开双方公司都在已经缴纳进项税的情况下开具增值税专用发票，因此，双方以此发票进行抵扣，国家税款并没有实际损失。环开是循环开票，开票公司之间形成闭环。环开其实是拉长版的对开，在性质上与对开完全相同。

在开票税额相同的情况下，由于各公司都已经缴纳进项税，因此利用虚开的增值税专用发票进行抵扣，国家税款并没有实际损失。因此，开票金额相等的对开、环开也不属于刑法意义上的虚开。

### 三、虚开发票数额的认定

《最高人民法院关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知》关于虚开增值税专用发票罪的三档量刑标准为：虚开的税款数额在五万元以上的，以虚开增值税专用发票罪处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额在五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额较大”；虚开的税款数额在二百五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额巨大”。可以看到，虚开增值税专用发票罪是以其虚开的税款数额多少为标准来定罪量刑的。结合以骗取税款为目的的要件，认定虚开税额应当以该部分虚开客观上造成国家税款流失的数额为限。[2]

司法实践中，对于无实际生产经营的行为人既为他人虚开销项发票，又让他人自己虚开进项发票的，一般按其中虚开数额较大的一项计算虚开的数额；认定其给国家造成损失的数额，应当以销项受票人已经实际向税务机关抵扣的数额计算，并扣除行为人已向国家缴纳的税款和退赔的款项。因为，当虚开的销项税额大于进项税额时，由于虚开的进项税额无真实的纳税义务，不会给国家税收利益造成损失，故将数额较大的销

项税额认定为虚开税款数额，即足以认定对国家税收可能造成的损失；当虚开的进项税额大于销项税额时，由于此时仍然存在行为人为他人虚开销项税额，从而致使国家税收利益遭受损失的危险，为正确反映客观案件事实，故应将数额较大的进项税额认定为虚开税款数额。

### 四、虚开发票类犯罪的立案与处罚

虚开的手段则多种多样，比如大头小尾开阴阳票、改变品目、使用地税营业税发票开国税业务发票，甚至使用假发票等。虚开的目的，可能是为了赚取手续费，也可以是通过虚开发票少报收入，偷税、骗税，甚至是用于非法经营、贪污贿赂、侵占等违法犯罪活动。这里的发票，既包括真的，也包括伪造、变造的普通发票。对于尚不属于“情节严重”或者“情节特别严重”的一般虚开其他发票的行为，尚不够刑罚处罚的，可以根据《中华人民共和国发票管理办法》的规定，由税务机关没收违法所得；虚开金额在1万元以下的，可以并处5万元以下的罚款；虚开金额超过1万元的，并处5万元以上50万元以下的罚款。税务机关在处理这些行为的过程中，如果发现其虚开发票的行为已经构成犯罪的，应当依法移送司法机关追究刑事责任。虚开税款数额十万元以上的，属于“数额较大”。因虚开上述发票致使国家税款被编五万元以上的属于“其他严重情节”。

依据《最高人民法院、公安部关于公安机

关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）的补充规定》第二条规定，虚开刑法第二百零五条规定以外的其他发票，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）虚开发票一百份以上或者虚开金额累计在四十万元以上的；（二）虽未达到上述数额标准，但五年内因虚开发票行为受过行政处罚二次以上，又虚开发票的；（三）其他情节严重的情形。虚开普通发票，情节严重的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节特别严重的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

有观点认为，虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪属于行为犯，因为根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》和《最高人民法院关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》的规定，虚开税款数额一万元以上的或者虚开上述发票致发国家税款被骗取五千元以上的，构成本罪。但是，2020年7月22日，最高人民检察院印发《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》提出，对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理。也就是说，在主观

上没有骗取国家税款的目的或者在客观上没有造成国家税款损失的不能认定为本罪。例如，有货虚开的受票人因为其本身有货，因而其受票行为不会给国家税款造成损失，因而不能认定为虚开。

对虚开增值税专用发票刑事案件定罪量刑的数额标准，一般参照《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕30号）第三条的规定执行，即虚开的税款数额在五万元以上的，以虚开增值税专用发票罪处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额在五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额较大”；虚开的税款数额在二百五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额巨大”。另外，因虚开增值税专用发票致使国家税款被骗取5万元以上的属于“有其他严重情节”，因虚开增值税专用发票致使国家税款被骗取30万元以上的属于“有其他特别严重情节”。利用虚开的增值税专用发票实际抵扣税款或者骗取出口退税100万元以上的，属于“骗取国家税款数额特别巨大”；造成国家税款损失50万元以上并且在侦查终结前仍无法追回的，属于“给国家利益造成特别重大损失”。利用虚开的增值税专用发票骗取国家税款数额特别巨大、给国家利益造成特别重大损失，为“情节特别严重”的基本内容。

## 五、结语

发票与企业的实际经营活动是息息相关的，但发票的开具和使用有着规范的管理要求和严格的法律约束。单位和个人的虚开发票行为会造成国家的税收损失，从而侵害国家的税收管理秩序。为了有效地打击犯罪，维护国家的税收管理秩序，保障企业的正常生产经营，在处理虚开发票类犯罪时，应当严格依法遵循是否造成国家税收损失的判断标准对案件作出处理。

#### 注释:

[1] 陈兴良,“虚开增值税专用发票罪的不法性质与司法认定”,载《法律科学(西北政法大学学报)》,2021年第4期。

[2] 参见“孙伟虚开增值税专用发票案”,载《人民司法·案例》,2019年第5期。

## 刑事诉讼

## 已废止的前罪刑罚还需继续执行吗？

## ——桩投机倒把罪案引发的现实思考

◆文 / 张南宁

**【导读】**随着刑法的修改，有些罪名被新修订的刑法认为不构成犯罪，但罪犯是否还要继续服刑成为热点话题。现有法律对这一问题没有具体规定，导致许多罪犯仍在继续服刑，这显然与刑法理论相冲突。通过立法解决这一问题是必然趋势，但立法是个漫长的过程。为了及时实现正义，需要法院依据法理作出裁定，或者由最高法院通过指导案例或司法解释给出明确的指引。

## 01 陈年旧案

1993年5月，隶属于原煤炭工业部的某煤炭销售运输总公司的总经理郭某为邹某从中煤公司调剂出200万美元留成额度，让邹某进行交易。邹某将上述美元留成额度倒卖给中化公司，得人民币749万元。1994年6月7日，北京市中院以

投机倒把罪判处郭某死刑，剥夺政治权利终身；判处邹某犯投机倒把罪，判处死刑，缓期两年执行。邹某经减刑后，刑期至2026年4月15日止。

笔者注意到类似的案子还有很多。比如：南宁市梁某某因犯流氓罪于1983年10月27日被广西壮族自治区容县人民法院判处有期徒刑十三年。1983年11月30日下午，梁某某趁服刑劳动地突发大火时借机逃脱近34年之后被抓获。尽管流氓罪已被取消，但法院认为，根据《中华人民共和国刑法》第十二条第二款规定：“本法实施以前，依照当时的法律已经作出的生效判决继续有效”。即当初犯罪时被认定的罪名，经过法院判决后，应该将判决执行完毕。因此，对梁某某原判流氓罪的刑罚仍需继续执行。[1]

无独有偶，还有中国“最后一个流氓”牛玉强案。1983年，刚过18岁的牛玉强和他的朋友郑某在中秋节看中了一个路人的帽子。因为年纪小，就一起去抢路人的帽子。但是抢劫并不顺利，牛玉强和郑只好和路人打起来，然后又与十个流氓组成菜刀队，甚至做了黑面具供他们使用。牛玉强被法院以流氓罪判处了死缓。尽管“流氓罪”早已从刑法条文中永久删除，但他仍服刑至2020年2月21日。[2]

## 02 争议问题

关于已废止的前罪刑罚还需继续执行的问题存在较大的争议。无论是梁某案还是牛玉强案，法院都根据《中华人民共和国刑法》第十二条第二款规定：“本法实施以前，依照当时的法律已经作出的生效判决继续有效”，认为当初犯罪时被认定的罪名，经过法院判决后，应该将判决执行完毕。因此，对梁某某和牛玉强原判流氓罪的刑罚仍需继续执行。

学术界也有同样的观点。比如，有学者认为，九七版刑法明确规定，本法施行以前依照当时法律作出的生效判决继续有效。所以，当初犯罪时被认定的罪名，经过法院判刑后，就应该将判决执行完毕。除非有证据证明当初的案件有错误才可撤销原判决，否则原判决一定要继续执行下去，这就是罪刑初定的立法和司法原则。[3]

但是，原中国青年政治学院教授、北京天问律师事务所律师周泽则认为，如果根据新刑法不

构成犯罪，或者只需要负较轻的刑事责任，而其过去已经被判处刑罚或判了较重刑罚的，有必要对他们的行为重新评价。依据现行法律不构成犯罪的，应立即释放。如果根据现行法律仍然认定为犯罪的，则应该依据新刑法来进行定罪量刑。否则有悖于我国刑法罪刑法定的原则。[4]

除此之外，一个奇怪的现象是，在笔者的一项调查中，很多非法律专业人士都认为，在罪名被取消后，未执行完毕的刑罚不应当继续执行。但是他们给不出专业的理由，仅凭内心的良知和常识作出判断。

## 03 刑罚适用

那么，刑罚究竟如何适用？我们需要回到刑罚的目的和功能。

### 3.1 刑罚的目的和功能

刑罚的目的，是指人民法院对犯罪分子适用刑罚追求的社会效果。这一目的的主要内容是预防和减少犯罪。刑罚目的主要通过一般预防和特殊预防两种方式来实现。特殊预防是指通过对犯罪分子适用刑罚改造他们，预防他们重新犯罪。一般预防是指通过对犯罪分子适用刑罚，警戒社会上可能实施犯罪的人，并教育广大人民群众积极参与预防和制止犯罪。另一方面，刑罚的功能主要体现在惩罚、威慑、改造和安抚几个方面。显然，对于罪名被取消后的服刑行为不能实现刑罚的以上目的和功能。

### 3.2 刑罚的法律适用逻辑

从法律适用角度上来看，笔者认为，以适用《刑法》第十二条“本法实施以前，依照当时的法律已经作出的生效判决继续有效”来得出“罪名被取消后刑罚仍需继续执行”的结论存在一个基本的逻辑错误。因为这一条规定解决的只是之前的判决效力问题，而刑罚的执行是另一个问题。有效判决只是刑罚执行的一个基本依据，并不是刑罚执行本身，更不是刑罚执行的全部。所以，仅以“本法实施以前，依照当时的法律已经作出的生效判决继续有效”来得出“罪名被取消后刑罚仍需继续执行”的结论是草率的。而且，罪名取消后仍要继续服刑与我国的刑法理念相背。

很多非法律专业人士对罪名被取消后刑罚仍需继续执行非常的不理解。他们不是基于法律规定，而是基于常识认为，既然现在都不认为是犯罪了，为什么还要坐牢？正如周光权教授所言，我国刑法学似乎越来越脱离公众的生活常识。[5]

#### 04 解决思路

从以上案例可以看出，尽管九七版刑法取消了投机倒把罪，是中国社会法制化进程的极大进步，但是这种进步被继续服刑消解掉了。那么如何解决这个问题呢？由于罪名取消后刑罚的处理比较复杂，需要识别不同情形。依据我国的刑罚理念，如果按照新法，构成更重的刑罚，则不需要处理。如果按照新法构成更轻的刑罚，则可通过刑事裁定变更刑罚。如果按照新法不构成犯罪，

理论上讲，则至少有以下三种路径：

1. 特赦。特赦是指国家元首或者最高国家权力机关对已受罪刑宣告的特定犯罪人免除其全部或部分刑罚的制度。国家机关会公布被赦人的名单，仅赦刑而不赦罪。我国1954年宪法规定了大赦和特赦，并将大赦决定权赋予全国人民代表大会，特赦的决定权赋予了全国人大常委会，大赦令和特赦令由国家主席发布。1975年、1978年和现行宪法都只有特赦的规定，这表明中国已经取消了大赦制度。根据中国现行宪法第67条和第80条的规定，特赦经全国人大常委会决定，由国家主席发布特赦令。建国后，我国共实行过九次特赦。特赦的对象基本上只限于战争罪犯。除第一次特赦包括部分反革命罪犯与普通刑事犯外，其他几次特赦的对象都是战争罪犯。特赦的范围是一类或几类犯罪人，而不是个别犯人。所以，对于个案来说，特赦似乎不是很现实。

2. 增设减刑条件。《刑法》第七十八条规定了减刑条件与限度。减刑的条件包括：（1）阻止他人重大犯罪活动的；（2）检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；（3）有发明创造或者重大技术革新的；（4）在日常生产、生活中舍己救人的；（5）在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；（6）对国家和社会有其他重大贡献的。而且，减刑以后实际执行的刑期最低期限也做了规定。显然，现有的减刑规定无法解决这一问题。那么就需要从立法上增加新法不构成犯罪的减刑条件和程序。

3. 增设刑罚执行完毕裁定程序。针对新法不构成犯罪的特殊情况,依据现有的刑法理论,可设立刑罚执行完毕裁定程序来裁定刑罚已经执行完毕。具体启动程序,可以由当事人申请,也可以由法院依职权启动,还可以由检察机关依据法律监督职责启动。

## 05 结语

新刑法不构成犯罪还要继续服刑与刑法理论相冲突。通过立法解决这一问题是必然趋势,但立法是个漫长的过程。在最高人民法院没有通过指导案例或司法解释给出明确指引的情况下,基于“有规则适用规则,没有规则适用原则,没有原则适用法理”的法律适用理论,为了及时实现正义,法院可以运用法理作出裁定。

## 注释:

[1][http://www.nanningmq.jcy.gov.cn/yasf/201808/t20180808\\_2319404.shtml](http://www.nanningmq.jcy.gov.cn/yasf/201808/t20180808_2319404.shtml) 服刑人员脱逃 34 年后,《刑法》已废止的前罪刑罚还需继续执行吗?

[2]<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1686113936147805217&wfr=spider&for=pc> 他是新中国最后一位流氓犯,18岁就被判死缓,后来结局如何

[3]<http://www.jiaodong.net/wenfa/system/2010/12/02/011022913.shtml> 男子被以“流氓罪”判死缓 罪名废除后仍在服刑

[4] 同上。

[5] 周光权:《论常识主义刑法观》,载《法制与社会发展》(双月刊),2011年第1期第85页。

# 金融证券篇

## 金融证券

## 湖南省 14 个市州上市奖励政策大全

◆文/卿媛媛

在企业改制上市的过程中，通过清产核资等一系列过程，帮助企业明晰产权关系、规范纳税行为、完善公司治理、健全公司内部控制制度，能够推动企业规范发展，建立起现代化的企业治理结构和内控体系。而且，企业能够公开发行上市，说明企业的成长性、市场潜力以及发展前景得到认可，对企业品牌是一个非常好的宣传，为企业在整个市场带来了更多的关注和市场影响力。进入资本市场后，企业就有了持续融资的通道和连续获得资本的机会。上市后公司还可以通过配股、增发、发行可转换债券等方式进行低成本的持续融资，借助股权融资独特的“风险共担，收益共享”的机制实现股权资本收益最大化。

为了积极抢抓国家全面推行注册制改革的政策机遇，加快推进湖南省企业境内外上市，提高直接融资比重，降低融资成本，帮助企业利用资

本市场做强做优、提质增效，湖南省人民政府对 2025 年前省内企业上市做了规划，并出台了一系列奖励与扶持政策。

## 一、湖南省中小企业上市规划

湖南省人民政府于 2022 年 1 月 11 日印发《湖南省企业上市“金芙蓉”跃升行动计划（2022-2025 年）》。“金芙蓉”跃升行动计划到 2025 年，全省境内外上市公司数量达到 200 家以上，总市值 3 万亿元以上，直接融资总额增长 50% 以上，资产证券化率提高 5% 以上，居中部省份前列，暂无上市公司的市州实现零的突破。其中，长沙市新增上市公司不少于 40 家，株洲市、岳阳市不少于 8 家，益阳市、常德市、湘潭市、衡阳市不少于 5 家，郴州市、永州市、怀化市、邵阳市不少于 3 家，张家界市、湘西州、娄底市不少于 2 家。全省现有国家级产业园区实现上市公司全

覆盖。

省内各市州根据“金芙蓉”跃升行动的目标，结合各地具体情况分别制定了相应的计划：

| 所属市州 | 企业上市具体规划   |
|------|--|
| 长沙市  | 到 2025 年，长沙市力争全市新增上市公司不少于 40 家。其中，长沙高新区新增上市公司不少于 7 家，长沙经开区新增上市公司不少于 4 家，望城区、浏阳市、宁乡市新增上市公司分别不少于 4 家（含辖内国家级园区），芙蓉区、天心区、岳麓区、开福区、雨花区新增上市公司分别不少于 3 家（含辖内省级园区），长沙县新增上市公司不少于 2 家。全市省级以上园区实现新增上市公司全覆盖。   |
| 株洲市  | 到 2025 年末全市上市公司达到 30 家，其中，天元区新增上市公司不少于 4 家，芦淞区、荷塘区、石峰区、株洲经开区、醴陵市不少于 2 家，渌口区、攸县、炎陵县、茶陵县不少于 1 家。   |
| 湘潭市  | 到 2022 年末，全市境内外上市企业数量达到 7 家。到 2025 年末，全市境内外上市企业数量达到 10 家以上，力争达到 15 家。<br>其中，湘潭高新区、湘潭经开区均新增上市企业不少于 2 家，雨湖区、岳塘区均新增上市企业不少于 1 家，湘潭县、湘乡市、韶山市均实现上市企业“零突破”。   |
| 岳阳市  | 到 2025 年，全市上市公司超过 20 家。其中 2022 年岳阳县、岳阳经开区分别新增上市公司 1 家；2023 年湘阴县、云溪区、城陵矶新港区分别新增上市公司 1 家；2024 年湘阴县、汨罗市、岳阳经开区、云溪区分别新增上市公司 1 家；2025 年平江县、华容县、屈原管理区、城陵矶新港区分别新增上市公司 1 家。<br>到 2025 年，全市新三板挂牌企业超过 18 家。其中 2022 年汨罗市、岳阳经开区分别新增 1 家新三板挂牌企业；2023 年湘阴县、汨罗市、城陵矶新港区分别新增 1 家新三板挂牌企业；2024 年平江县、华容县、湘阴县、岳阳经开区分别新增 1 家新三板挂牌企业；2025 年岳阳县、临湘市、岳阳楼区、君山区、城陵矶新港区分别新增 1 家新三板挂牌企业。 |
| 衡阳市  | 到 2022 年底，全市新增境内外上市公司 2-3 家；到 2025 年，全市境内上市公司数量达 30 家左右。   |
| 常德市  | 力争到 2025 年，全市境内（外）上市公司数量达到 10 家以上。其中，常德经济技术开发区、常德高新技术产业开发区各新增 2 家以上，其他区县市各新增 1 家以上；常德市推进开放强市产业立市打造优势产业链三年行动计划（2021—2023 年）明确的 21 条产业链企业中新增 8 家以上。另外，全国中小企业股份转让系统（以下简称“新三板”）及湖南股交所挂牌企业数量达 60 家以上，进入省上市后备企业资源库企业数量达 80 家以上，进入市上市后备企业资源库企业数量达 100 家以上。  |

|      |  |
|------|--|
| 永州市  | <p>到 2025 年，永州市计划实现冷水滩区、祁阳市、江华瑶族自治县、永州经开区各新增 1 家上市公司，确保完成省下达的任务。到 2026 年，零陵区新增 1 家上市公司；宁远县、道县、东安县、新田县、双牌县、蓝山县、江永县各新增 1 家上市辅导备案企业。</p> <p>2022 年，全市新增 1 家企业新三板挂牌、12 家企业完成股份制改造、12 家企业在湖南股交所挂牌；确定重点培育上市企业不少于 15 家，其中冷水滩区、祁阳市、江华瑶族自治县各推荐不少于 2 家，其他县区、永州经开区各推荐不少于 1 家；净增省级上市后备企业 10 家、市级上市后备企业 20 家。</p> |
| 益阳市  | <p>2021-2025 年，省级上市后备企业资源库数量动态保持在 30 家以上，境内外上市公司达到 16 家，持续壮大“益字号”上市板块，企业上市工作保持全省前列，各区县（市）实现境内外上市公司全覆盖（大通湖区除外）。</p>   |
| 张家界市 | <p>力争到 2025 年，全市优选储备上市后备企业达 50 家以上，股改并在湖南股权交易所挂牌企业达 30 家以上，全国中小企业股份转让系统（新三板）挂牌企业达 5 家以上，上市公司达 3 家以上。</p>   |
| 郴州市  | <p>力争到 2023 年底全市新增 1 家上市公司，到 2025 年底全市上市公司在现有 3 家基础上至少翻一番，达到 6 家；挂牌企业在现有基础上至少翻一番，北交所达到 4 家、湖南股交所达到 32 家。</p>   |
| 怀化市  | <p>到 2025 年，全市境内外上市公司数量达到 8 家以上。2022 年起，每年至少 2 家企业到湖南证监局辅导报备；2023 年新增至少 1 家、2024 年新增至少 2 家、2025 年新增至少 3 家上市公司。到 2025 年末，各县市区各培育至少 1 家上市公司、怀化高新区和怀化经开区各培育至少 2 家上市公司。</p>  |
| 娄底市  | <p>力争到 2025 年企业上市实现“破零倍增”，在境内外上市企业达 3 家以上。</p>   |
| 湘西州  | <p>2025 年末确保全州新增境内外上市公司 3 家，力争境内外上市公司总量达到 6 家，其中吉首市、泸溪县和湘西高新区确保各新增 1 家上市公司，花垣县、永顺县、湘西高新区力争各新增 1 家；凤凰县、古丈县、保靖县和龙山县各新增 1 家企业报湖南证监局辅导备案；“新三板”挂牌企业达到 20 家，湖南股交所挂牌企业达 60 家左右，进入全省上市后备企业资源库企业数量累计达 40 家以上。</p>   |

## 二、湖南省中小企业上市奖励 / 补助政策

为落实“金芙蓉”跃升行动计划，湖南省各市州积极响应，出台了各项扶持政策，鼓励中小企业上市：

### （一）各地政府对中小企业上市的财政补贴或奖励

| 省/市州 | 政策文件                                       | 具体扶持政策  |
|------|--|---|
| 省级   | 《湖南省企业上市“金芙蓉”跃升行动计划（2022-2025年）》           | <p>1、省财政对已在湖南证监局辅导验收的企业，给予200万元补助资金，对科创板上市企业再奖励100万元；</p> <p>2、对在香港、美国等资本市场上市的公司，参照企业A股上市补助政策给予资金补助；</p> <p>3、对收购省外上市控制权并将注册地迁至我省的企业，省财政给予200万元的一次性补助资金。各市州人民政府要根据实际，健全覆盖企业股份制改造、上市、并购重组等方面的政策措施，对企业股份制改造、重组过程中的新增成本给予奖补、缓交等优惠政策，降低上市成本。</p>  |
| 长沙市  | 《长沙市加快推进企业上市“岳麓登峰”行动实施方案（2022-2025年）》      | <p>1、对在A股首发上市的企业分3个阶段给予总额600万元的上市费用奖补；对科创板上市企业再补助400万；</p> <p>2、对注册地和主要纳税地在我市的企业，登陆境外主板并实现融资的，一次性给予600万元的上市费用奖补；</p> <p>3、对在新三板创新层挂牌且完成定增（含优先股）金额不低于1000万元的企业，给予100万元的挂牌费用奖补。</p>   |
| 株洲市  | 《株洲市推进企业上市“金芙蓉”跃升行动实施方案》《关于进一步加快企业上市的若干意见》 | <p>1、对在沪、深证券交易所上市的企业，按“二三五”比例分阶段（即向湖南证监局辅导备案、申报上市材料并获受理、发行上市三个阶段）给予总额1000万元补助，待企业成功上市后可按不超过30%用于奖励企业管理团队及技术骨干。首发募集资金超过10亿元的，再按超过部分5%给予补助，最高不超过1000万元；</p> <p>2、对在北京证券交易所上市的企业，按“二三五”比例分阶段给予总额500万元补助，之前享受的新三板挂牌补助相应扣除。对成功转板至沪、深证券交易所上市的北交所企业，在给予500万元补助；</p> <p>3、对在沪、深证券交易所借壳上市或在香港、美国等境外主流资本市场上市且在株洲本地纳税的企业，给予一次性1000万元补助。对总部注册地迁入株洲市并完成工商、纳税登记关系变更且在株洲本地纳税的上市公司，承诺不搬离本市，给予一次性1000万元补助。同时享受株洲市招商引资相关政策；</p> |

|     |                                 |  |
|-----|---------------------------------|--|
|     |                                 | <p>4、对在全国中小企业股份转让系统（新三板）基础层和创新层挂牌的企业，给予 100 万元补助；</p> <p>5、对在湖南股权交易所股改板、科技创新专板挂牌的企业，每家给予 20 万元补助，其中涉农企业每家给予 10 万元补助。企业挂牌当年税收不得低于 2 万元，其中涉农企业当年税收不得低于 1 万元。</p>   |
| 湘潭市 | 《湘潭市企业上市“金芙蓉”跃升计划（2022-2025 年）》 | <p>1、对申请在沪深证券交易所上市的市城区企业（以下补助对象均指市城区企业）分阶段给予共计 1000 万元的前期费用补助。其中，对已完成股份制改造并在湖南证监局进行辅导报备的，每家企业补助 300 万元；对已向中国证监会或证券交易所报送上市申请材料并被受理的，每家企业补助 300 万元；对成功挂牌上市的，每家企业补助 400 万元。</p> <p>2、对在香港、美国等境外主流资本市场上市的市城区企业，按照上市融资额的 1% 给予一次性财政补助，融资额以人民币为计算单位，采用上市日的当期汇率进行换算，最高不超过 500 万元。</p> <p>3、对借壳上市或收购市外上市公司控制权，并将上市公司注册地迁至我市市城区的企业，给予一次性奖励 200 万元。</p> <p>4、对在全国股转公司基础层挂牌的，每家企业补助 50 万元；在创新层挂牌的，每家企业补助 100 万元；创新层挂牌企业赴北京证券交易所成功挂牌上市的，每家企业再补助 400 万元；</p> <p>5、北京证券交易所挂牌企业成功转板至沪深证券交易所挂牌的，每家企业再补助 500 万元。</p> <p>6、对在湖南股交所标准板和特色专板挂牌的，每家企业补助 20 万元；在成长板挂牌的，每家企业补助 15 万元；企业挂牌实际支付中介费用（含挂牌费用）小于省、市两级补助累加金额的，按实际支付中介费用（含挂牌费用）减去省级补助的差额部分进行补助。</p> <p>7、对成功引进投资机构进行股权投资的企业，按照投资金额的 0.5% 进行补助，每家企业补助不超过 100 万元。</p> <p>企业在不同层次资本市场挂牌的，按照就高不就低的原则进行补助，不重复补助。</p> |

|     |                                      |   |
|-----|--------------------------------------|---|
| 岳阳市 | 《岳阳市人民政府办公室关于大力实施企业上市“金芙蓉”跃升行动计划的通知》 | <p>1、通过湖南证监局辅导验收的拟上市企业，在香港联交所、纽约证交所、纳斯达克证交所、伦敦证交所新上市的企业，收购市外上市控制权并将上市公司注册地址迁至我市的企业，由市财政对以上三类企业给予适当经费补助，其中入驻岳阳楼区、云溪区、岳阳经开区、南湖新区的企业补助 200 万元，入驻其他县市区的企业补助 100 万元。</p> <p>2、对在新三板挂牌的企业，市财政给予 30 万元补助。</p>  |
|     | 《岳阳市人民政府办公室关于加快推进企业上市工作的通知》          | <p>1、对通过湖南证监局辅导验收的拟上市企业，在香港联交所、纽约证交所、纳斯达克证交所、伦敦证交所上市的企业，异地借壳上市后将上市公司注册地址迁至我市的企业，由市财政给予适当经费补助，其中岳阳楼区、云溪区、岳阳经开区、南湖新区的企业补助 200 万元，其他县市区的企业补助 100 万元。同时，企业所在地县市区政府（管委会）给予不低于 200 万元的补助。</p> <p>2、对在新三板挂牌的企业，市财政给予 30 万元补助，所在地县市区政府（管委会）给予不低于 50 万元的补助；对完成股份制改造并在湖南股交所挂牌的企业，市财政给予 20 万元补助，所在地县市区政府（管委会）给予不低于 30 万元的补助。</p> |
| 衡阳市 | 《关于落实企业上市“金芙蓉”跃升行动的工作方案》             | <p>纳入衡阳市上市后备企业名单，且获得衡阳市国有相关产业基金入股的企业，在湖南证监局完成辅导报备手续后，以报备前一年实缴数为基数，至上市日止，每年新增企业所得税、增值税而形成的新增市县（区）税收贡献部分，由受益财政参照贡献额度给予补助，补助期限不超过三年。衡阳市上市后备企业名单每年进行动态调整，调整出名单的企业不再享受该政策。</p>   |
| 邵阳市 | 《沪深北证券交易所上市补助》                       | <p>1、拟申报境内首发上市的企业，分三个阶段奖补每家企业 200 万元；</p> <p>2、在沪深北交易所首发上市、借壳上市的企业，上市成功后，一次性奖补每家企业 500 万元；</p> <p>3、将注册地和纳税地从外地迁入邵阳的境内上市公司，实行“一事一议”，一次性奖补 500-1000 万元。</p>  |

|     |                    |  |
|-----|--------------------|--|
| 常德市 | 《常德市企业上市“双倍增”行动方案》 | <p>1、企业上市补助：在证券公司、会计师事务所、律师事务所等上市（挂牌）中介机构的辅导下，向湖南证监局申请辅导报备并通过辅导验收的，市财政补助企业 200 万元；向中国证监会或证券交易所提出 IPO 申请过会的，市财政补助企业 300 万元；在境内（外）证券市场实现 IPO 上市的，市财政补助企业法定代表人或高管团队成员（具体名单由企业提供）500 万元。企业采用买壳、借壳方式上市，并将上市公司注册地迁至我市的，市财政补助企业 1000 万元（其中 500 万元补助企业法定代表人或高管团队成员）。</p> <p>2、挂牌补助：在“新三板”挂牌的企业，市财政补助企业 50 万元；在湖南证监局辅导验收的“新三板”精选层申报企业，市财政补助企业 150 万元；在“新三板”精选层挂牌的企业，市财政补助企业 300 万元；“新三板”精选层挂牌企业转证券交易所上市，市财政补助企业法定代表人或高管团队成员 500 万元。企业从挂牌转境内（外）上市的，按照补助标准的差额进行补助；企业在不同层次资本市场挂牌的，按照就高不就低的原则进行补助，不重复补助。</p> <p>3、在湖南股交所挂牌的企业，市财政按照企业挂牌前实际支付给中介机构服务费的 50% 给予补助，补助总额不超过 20 万元。</p> <p>4、中介费补助。积极支持上市后后备企业资源库企业的股份制改造，不断规范企业自身管理。上市后后备企业资源库企业聘请有资质的证券公司等中介机构完成股改并取得股份有限公司营业执照的，市财政给予中介费补助，补助金额 20 万元。</p> |
|     | 《常德市推进企业上市奖励办法》    | <p>1、企业上市辅导期间，企业新增税收地方留存部分由受益财政全额奖励给企业用于技术改造和人才引进，奖励期为三年辅导期。</p> <p>2、企业在沪深主板、上海证券交易所科创板、深圳证券交易所创业板、北京证券交易所上市的，市政府奖励上市公司董事长一辆价值约 100 万元的轿车。</p> <p>3、企业上市后三年内，企业集团总部高管人员（董事长、总经理、监事长、副总经理、董事会秘书）个人所得税地方留存部分，由受益财政给予全额奖励。</p> <p>4、企业成功上市后，市政府对证券公司、会计师事务所、律师事务所等中介机构分别给予 50 万元、20 万元、20 万元奖励。</p>  |

|     |                                       |   |
|-----|---------------------------------------|---|
|     | 《常德市推进企业上市奖励办法》                       | <p>1、企业上市辅导期间，企业新增税收地方留存部分由受益财政全额奖励给企业用于技术改造和人才引进，奖励期为三年辅导期。</p> <p>2、企业在沪深主板、上海证券交易所科创板、深圳证券交易所创业板、北京证券交易所上市的，市政府奖励上市公司董事长一辆价值约 100 万元的轿车。</p> <p>3、企业上市后三年内，企业集团总部高管人员（董事长、总经理、监事长、副总经理、董事会秘书）个人所得税地方留存部分，由受益财政给予全额奖励。</p> <p>4、企业成功上市后，市政府对证券公司、会计师事务所、律师事务所等中介机构分别给予 50 万元、20 万元、20 万元奖励。</p> <p>5、市域外上市公司将注册地和纳税登记地迁入我市的，市政府奖励上市公司董事长一辆价值约 100 万元的轿车，在资金、土地等政策方面按“一事一议”原则依法给予支持。</p> |
| 永州市 | 《永州市落实企业上市“金芙蓉”跃升行动计划工作方案（2022-2026）》 | <p>1、对中心城区企业上市给予总计 1500 万元补助，其中辅导验收通过后给予 700 万元补助，企业成功上市再给予 800 万元补助。</p> <p>2、对在香港、美国等资本市场的主板市场上市的中心城区企业，以及引进市外上市公司、收购市外上市公司控制权并将注册地迁至我市中心城区的企业，参照 A 股上市补助政策给予资金补助。</p> <p>3、对中心城区企业在新三板挂牌给予 100 万元补助，在湖南股交所股改板挂牌给予 30 万元补助、科技创新专板挂牌给予 15 万元补助。</p> <p>上述补助资金由市区按现行财政体制税收分享比例承担。</p>   |
| 益阳市 | 《关于进一步推动全市上市公司高质量发展的实施方案》             | 对在沪深北交易所 A 股上市的企业，根据上市进度分阶段予以奖励。完成上市辅导并经湖南证监局验收通过的，给予 100 万元奖励；向中国证监会或证券交易所提出 IPO 申请过会并成功上市的，给予 200 万元奖励。   |

|      |                                     |  |
|------|-------------------------------------|--|
| 张家界市 | 《张家界市落实企业上市“金芙蓉”跃升行动计划实施方案》         | <p>1、根据企业境内首发上市工作进度分阶段给予 1000 万元补助：湖南证监局辅导验收通过给予 200 万元补助，申报上市材料并获受理给予 200 万元补助，发审过会给予 200 万元补助，首发上市成功给予 400 万元补助。</p> <p>2、对企业在境外成功上市且首发上市融资额 1500 万美元以上的企业，一次性给予 200 万元补助；</p> <p>3、对企业在新三板挂牌，一次性给予 100 万元补助；</p>  |
|      |                                     | <p>4、对企业在湖南股权交易所科技创新专板挂牌，给予 20 万元补助；</p> <p>5、对企业完成股改并在湖南股权交易所标准板、成长板挂牌，分别给予 20 万元、15 万元补助。</p>  |
| 郴州市  | 《郴州市推进企业上市“破零倍增”五年行动计划（2021-2025 年） | <p>1、企业上市奖励：对注册地在我市，在境内证券市场成功上市的企业给予总额 200 万元奖励，该项奖励分步实施，其中：企业通过中国证监会湖南证监局辅导验收，奖励 100 万元；企业通过中国证监会核准并发行上市，奖励 100 万元。对在北交所成功上市的企业给予总额 100 万元的一次性奖励；对北交所上市一年后成功转板主板、科创板、创业板上市的企业再给予总额 100 万元的一次性奖励；对注册地在我市，在境外主要证券交易所成功上市的企业，按实际募集资金金额的 2% 给予奖励，最高奖励 200 万元；对注册地迁入我市的上市公司和北交所上市企业，正常经营且依法在我市纳税的，分别给予一次性奖励 200 万元、100 万元。</p> <p>2、北交所挂牌奖励。对在北交所基础层、创新层挂牌并实现直接融资 500 万元以上的企业，按其实际支付中介费用的 50% 给予每家企业不超过 50 万元的一次性奖励。</p> <p>3、区域性股权市场股改挂牌奖励。对在湖南股交所科技创新专板、文化创意专板、先进制造专板挂牌的企业，给予 30 万元的一次性奖励；对完成股改并在湖南股交所标准板挂牌的企业，给予 15 万元的一次性奖励；对完成股改并在湖南股交所成长板挂牌的企业，给予 10 万元的一次性奖励。</p> |

|     |  |  |
|-----|--|--|
| 怀化市 | 《怀化市推进企业上市“金芙蓉”跃升行动实施方案（2022-2025年）》、《怀化市帮扶工业企业十条措施》 | <p>对在新三板、湖南省股权交易所挂牌交易的企业，一次性分别补助100万元、50万元。</p> <p>对拟在沪深交易所首次公开发行股票并经中国证监会正式受理申请材料的企业，补助50万元；经中国证监会核准发行股票并成功上市的企业，再补助100万元。</p>  |
| 娄底市 | 《娄底市人民政府办公室关于加快推进企业上市的若干意见》                          | <p>1、对申请在沪深证券交易所首发上市企业按推进环节分阶段给予共计300万元（科创板350万元）的前期费用补助。企业在中国证监会湖南监管局上市辅导备案后，补助200万元；企业向中国证监会递交上市申报材料并获受理后，补助100万元（科创板150万元）。</p> <p>2、对借壳（兼并重组）在沪深证券交易所上市和境外主板上市的企业，或者收购市外上市公司控制权并将上市公司注册地迁至我市的企业，给予一次性奖励300万元。</p> <p>3、对在我市注册设立的第一家在上海证券交易所、深圳证券交易所上市的企业，市财政另一次性奖励1000万元（由原来的奖励给企业调整为包括用于奖励作出突出贡献的企业董事、监事和高级管理人员）。</p> <p>4、对在新三板挂牌的企业奖励50万元，进入精选层的奖励60万元。</p> <p>5、对在湖南股权交易所股改挂牌的企业奖励30万元，在科技创新专板挂牌的企业奖励40万元。</p>   |
| 湘西州 | 《湘西自治州推进企业上市“金芙蓉”跃升行动工作方案（2022-2025年）》               | <p>1、拟在证券交易所上市的企业，分阶段给予总额1000万元补助。其中，经湖南证监局辅导验收合格后，州财政补助200万元；经证监会发审委或交易所上市委审核通过的，州财政给予800万元补助（其中500万元补助企业法定代表人或高管团队成员，具体名单由企业提供）。</p> <p>2、企业在合法的前提下采用买壳、借壳方式上市，并将上市公司注册地迁至我州且承诺10年内不外迁的，州财政一次性补助1000万元。</p> <p>3、在“新三板”挂牌进入基础层的企业，州财政补助100万元；对符合条件由基础层首次调整进入创新层的企业，州财政补助10万元；对首次挂牌进入创新层的企业，州财政补助110万元。</p> <p>4、对在湖南股交所文化产业专板、科技创新专板、专精特新专板挂牌的企业，州财政给予15万元补助，企业在后续过程中完成股改，州财政再给予15万元补助。</p> <p>5、州级上市后备企业资源库入库企业聘请有资质的证券公司等中介机构完成股改并取得股份有限公司营业执照的，州财政补助20万元。</p> |

## （二）其他扶持政策

除上述财政奖励或补贴外，各市人民政府还采取了其他一系列举措，助力中小企业顺利上市：

### 1、提高办事效率

对于企业上市过程中有关事项的办理均建立“绿色通道”，对于拟上市企业的项目审批、土地房产变更、资产转让、税费减免以及产权确认等历史遗留问题，依法依规办理募投项目审批、经营许可、产权股权登记等事项，各相关部门对企业上市相关事项简化程序、特事特办、限时办结，及时为企业出具上市所需各类合规证明文件。

### 2、支持人才引进

对上市公司、拟上市企业为引进高层次急需紧缺人才支付的一次性住房补贴、安家费、科研启动经费等支出，落实国家企业所得税税前扣除政策。

### 3、企业股份制改造过程中财税扶持

企业股份制改造过程中，以未分配利润、盈余公积和除股票溢价发行以外的其他资本公积转增注册资本缴纳的个人所得税，或者在企业改制、重组过程中，对于同一实际控制下的股权调整与转让、持股方式的变更（如直接持股变为间接持股）等重组情形缴纳的个人所得税和企业所得税，由受益财政给予奖励。

## 结语

在湖南省积极践行“金芙蓉”跃升行动的背

景下，各级政府大力支持企业上市，省级、市级政府均制定了一系列力度比较大的财政补贴与奖励政策，降低企业上市成本，并在企业上市办事流程等各方面开设“绿色通道”，为企业上市加油助力。

通过上市融资迅速做强做大规模，在激烈的市场竞争中取得产业优势，抢占行业市场地位，以巩固企业优势，这是资本经济发展赋予中小企业的机遇。在2022年整个中国资本市场注册制快速发展以及成立北交所的大时代下，中小企业尤其是仍被融资所困的优质中小企业应当抓住机遇走向资本市场，借助资本市场迎来跨越式的发展。



## 新三板、北交所、沪深所股票交易税收优惠大比拼

◆文/金融证券部

**摘要：**北交所的税收政策在一定程度上减轻了股东的税收负担，也在一定程度上增加了北交所的流动性和灵活性。

听说隔壁老王的公司新上了北交所，以后老王的股息分红可以免 20% 的个税，是真的吗？

北交所自去年 11 月首开市的 81 家企业发展起，截至今年 4 月底，北交所上市的 89 只股票今年合计成交金额达 881.1 亿元。有换手就有交易，有交易就有税收，交易北交所股票会产生哪些税收以及是否有税收优惠，与之前的新三板相比税收优惠是否不同，都是投资人关心的问题。

根据《北京证券交易所税收政策适用公告》(2021 年第 33 号公告)，北交所股票交易涉及的税种主要是 4 类——个人所得税、企业所得税、增值税、印花税。区分交易类型（分红、转让）和交易主体（自然人、法人）具体如下：

### 1、假如我是北交所企业自然人股东小王

公司要分红了，免个税吗？

全免，但需持有股票 1 年以上

股份要转让了，免个税吗？

免，但需要是非原始股；原始股，20% 个税

股份要转让了，免增值税吗？

免！

股份要转让了，免印花税吗？

不免，转让方 1/1000

### 2、假如我是北交所法人股东王公司

公司要分红了，免企业所得税吗？

免，但需持有 12 个月以上。

股份要转让了，免企业所得税吗？

不免，一次性纳入年度所得。

股份要转让了，免增值税吗？

不免，一般纳税人 6%，小规模 3% 差额税。

股份要转让了，免印花税吗？

不免，转让方 1/1000

北交所的优惠政策从前可以往新三板企业看，从后可以往沪深交易所企业看，它有着承前启后的中间角色影像，那么涉及到股权、股票分红交易的史上最全税收优惠总结来了：

| 投资者类型 | 交易类型 | 涉税品种  | 公众公司          |               |   | 非公众公司         |
|-------|------|-------|---------------|---------------|---|---------------|
|       |      |       | 新三板           | 北交所           | 沪深所   |               |
| 个人投资者 | 股票分红 | 个税    | 免<br>(1年以上)   | 免<br>(1年以上)   | 上市前限售股10%<br>上市后取得：持有1年免<br>(与新三板、北交所统一差别化税率) | 20%           |
|       | 转让股票 | 个税    | 免<br>(非原始股)   | 免<br>(非原始股)   | 免<br>(非限售股)                                   | 20%           |
|       |      | 增值税   | 不明确<br>(做法不一) | 免             | 免   | 不纳税           |
|       |      | 印花税   | 1‰            | 1‰            | 1‰  | 0.5‰(双边)      |
| 企业投资者 | 股票分红 | 企业所得税 | 免<br>(无时间限制)  | 免<br>(12个月+)  | 免<br>(12个月+)                                  | 免<br>(无时间限制)  |
|       | 转让股票 | 企业所得税 | 按股权转让<br>所得纳税 | 按股权转让<br>所得纳税 | 按股权转让所得纳税                                     | 按股权转让所得<br>纳税 |
|       |      | 增值税   | 6%/3%差额<br>纳税 | 6%/3%差额<br>纳税 | 6%/3%差额纳税                                     | 不纳税           |
|       |      | 印花税   | 1‰            | 1‰            | 1‰  | 0.5‰(双边)      |

总结：【1】沪深所上市企业的股东只有股票分红时与新三板、北交所企业有纳税细微差异，其余均保持一致。

【2】非公众公司的自然人股东在分红和股转时会涉及 20% 的个税，其余均与公众公司保持一致。

注：其实交易主体还有第三种分类——合伙企业，文章为了简化篇幅未一并展示，合伙企业涉

及的增值税和印花税与法人股东一致，只有在涉及所得税时需要穿透至合伙企业的最终权益人来区分个税和企业所得税政策，有细微差异。

### 文章涉及的政策汇总：

1. 《关于继续实施全国中小企业股份转让系统挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策的公告》（财政部、国家税务总局、证监会公告 2019 年第 78 号）
2. 《关于个人转让全国中小企业股份转让系统挂牌公司股票有关个人所得税政策的通知》（财税〔2018〕137 号）
3. 《财政部国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2016〕36 号）
4. 《营业税改征增值税试点过渡政策的规定》
5. 《财政部 国家税务总局 证监会关于实施全国中小企业股份转让系统挂牌公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》（财税〔2014〕48 号）
6. 《关于在全国中小企业股份转让系统转让股票有关证券（股票）交易印花税政策的通知》（财税〔2014〕47 号）
7. 《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》（国发〔2013〕49 号）
8. 《财政部 国家税务总局 证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》（财税〔2010〕70 号）
9. 国家税务总局关于企业取得财政转让等所得企业所得税处理问题的公告（国家税务总局公告 2010 年第 19 号）
10. 《财政部国家税务总局 证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税〔2009〕167 号）
11. 涉及税种的单行条例。

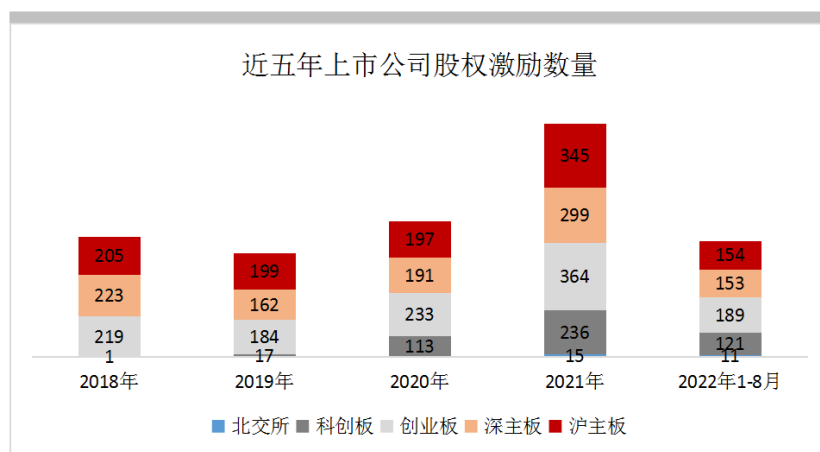


## 图解上市公司股权激励

◆文/杨天婷

股权激励是企业为了激励和留住核心人才而推行的一种长期激励机制，它有助于将公司核心人才利益与公司利益高度绑定，从而提高核心人才留存率与工作积极性。我们耳熟能详的众多公司，如华为、小米、阿里等，在发展壮大的过程中都离不开股权激励作用。

由于其能很好缓解公司所有权与经营权分离的委托代理问题，股权激励也越来越成为众多上市公司的选择。考察近5年上市公司股权激励数据，可以看到上市公司股权激励整体呈上升趋势，尤其是21年有一个飞跃式增长。考虑到疫情下公司现金流紧张问题和未来社会科技人才的竞争，股权激励在上市公司中将会愈发常见。

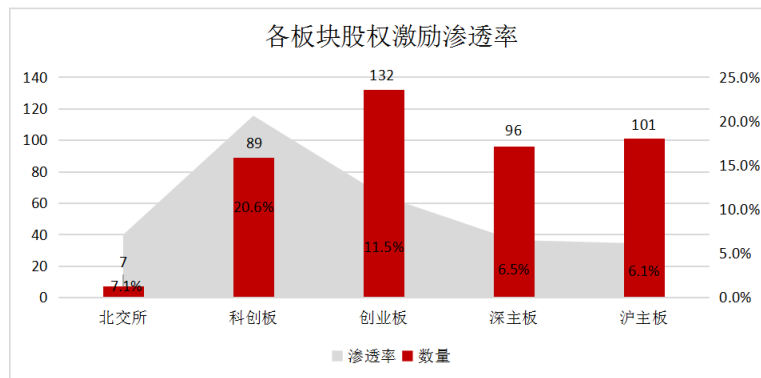


数据来源：同花顺 IFIND

时间截止：2022年8月31日

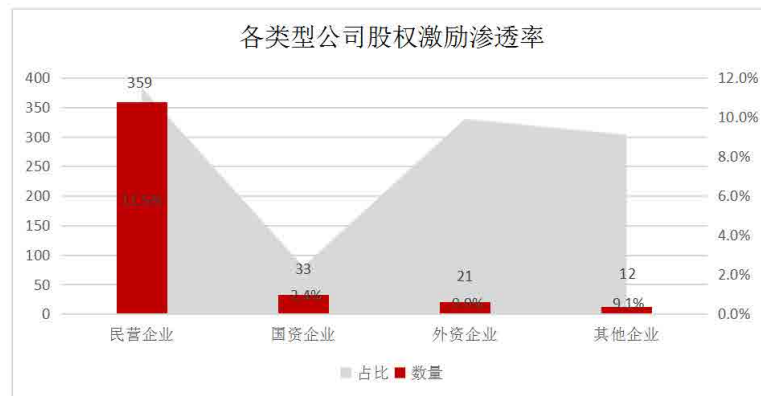
一、股权激励公司

总的来说，股权激励多发生在竞争激烈的新兴领域，尤其是高速成长期的公司，成熟的资源资金密集型企业股权激励相对较少。从近半年数据也可以看出，科创板创业板与民营企业股权激励渗透率较高，这类企业大多位于电子、机械设备、电力设备、医药生物等行业，依赖技术创新，对人才需求旺盛。而传统大型国企已依托政策、资源、资金等建立其企业自身的优势，对于股权激励也就没有那么热衷。



数据来源：同花顺 IFIND

时间截止：2022年1月1日-6月31日



数据来源：同花顺 IFIND

时间：2022年1月1日-6月31日



数据来源：同花顺 IFIND

时间：2022年1月1日-6月31日

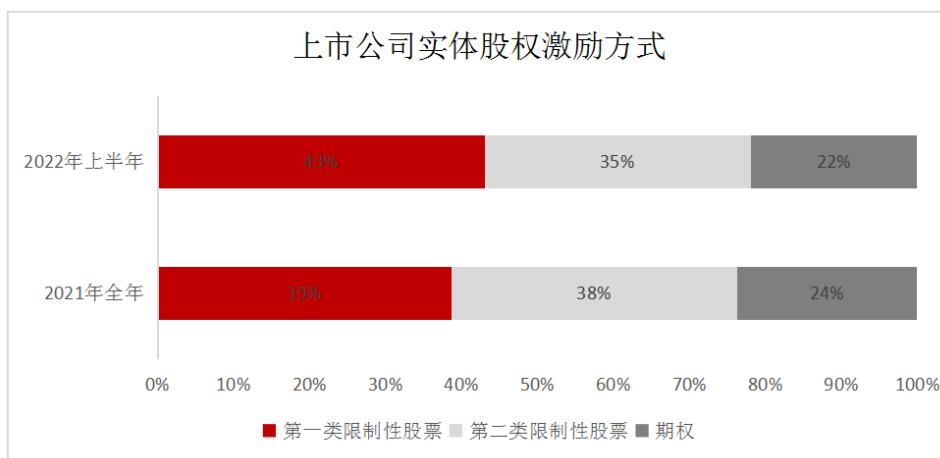
## 二、股权激励方式

股权激励的方式有多种，我们可以从是否实质上成为公司股东而简单分为实体股权与虚拟股权两种。

虚拟股权，顾名思义，并非法律意义上真正的股权，是指公司授予激励对象一定数额的具有股权某特征的虚拟化股份，被激励对象不需要出资就可以享受到公司价值的增长。持有这种股权的人，不在股东名册上登记，不是法律意义上的公司股东，无须办理股权变更登记，被激励者并不享有相应的表决权、转让权和继承权，仅享有对应份额的分红权，并且在离开公司时自动失效。例如，华为就以虚拟股权激励为主，员工只有分红权，不享有实际股权表决权，员工一旦离职就会失去分红权利。

这种股权激励一方面操作比较简单，另一方面不会分散企业的决策权，被较多企业使用。但它的弊端也很明显，激励对象只是拥有公司增长部分价值，因此想要有较大吸引力，就对公司盈利分红能力提出了较高的要求，否则激励作用不强。

因此，也还有很多上市公司选择实体股权激励，同样也是我们上文数据中的股权激励。从近半年数据来看，上市公司采取实体股权激励时，多选用限制性股票进行股权激励。这类股权激励特点是上市公司按照预先确定的条件授予激励对象一定数量的本公司股票，激励对象只有在工作年限或业绩目标符合股权激励计划规定条件的，才可出售限制性股票并从中获益，从而使激励对象的利益在较长一段时间内与公司高度绑定。



数据来源：同花顺 IFIND

时间：2021年1月1日-6月31日

目前，针对以上股权激励，证监会发布了《上市公司股权激励管理办法》进行规范。同时，科创板与创业板的股权激励还要满足交易所发布的《上海证券交易所科创板股票上市规则》、《深圳证券交易所创业板股票上市规则》等规定。

这些法律法规对以上三类股权激励的限制有所不同，主要存在板块、价格、数量等方面限制差异：

|      | 第一类<br>限制性股票  | 第二类<br>限制性股票   | 股票期权  |
|------|---|--|---|
| 定义   | 激励对象按照股权激励计划规定的条件，获得的转让等部分权利受到限制的本公司股票  | 符合股权激励计划授予条件的激励对象，在满足相应获益条件后分次获得并登记的本公司股票                                  | 上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的条件购买本公司一定数量股份的权利  |
| 板块限制 | 所用板块均可适用  | 仅限科创板与创业板  | 所用板块均可适用  |
| 出资时点 | 授予阶段出资购买  | 归属阶段出资购买   | 行权阶段出资购买  |
| 价格限制 | 授予价格不得低于股票票面金额，且原则上不得低于下列价格较高者：<br>（一）股权激励计划草案公布前1个交易日的公司股票交易均价的50%；<br>（二）股权激励计划草案公布前20个交易日、60个交易日或者120个交易日的公司股票交易均价之一的50% | 授予激励对象限制性股票的价格，低于市场参考价50%的，应符合交易所有关规定，并应说明定价依据及定价方式。出现前款规定情形的，公司应当聘请独立财务顾问 | 行权价格不得低于股票票面金额，且原则上不得低于下列价格较高者：<br>（一）股权激励计划草案公布前1个交易日的公司股票交易均价；<br>（二）股权激励计划草案公布前20个交易日、60个交易日或者120个交易日的公司股票交易均价之一 |
| 数量限制 | 上市公司全部在有效期内的股权激励计划所涉及的标的股票总数累计不得超过公司股本总额的10%  | 公司可以同时实施多项股权激励计划，公司全部在有效期内的股权激励计划所涉及的标的股票总数，累计不得超过公司股本总额的20%               | 上市公司全部在有效期内的股权激励计划所涉及的标的股票总数累计不得超过公司股本总额的10%  |
| 销售限制 | 分期解除限售，每期时限不低于12个月  | 分期解除限售，每期时限不低于12个月，获益条件包含12个月内任职期限的，登记后可不设置限售期                             | 分期行权，每期时限不低于12个月  |
| 核心优势 | 适用企业范围广   | 除第一类限制性股票优势外，授予的时候无需出资，实操性强  | 具有是否行权自主选择权   |

总的来说，选择哪种激励方式，是选择单一方式还是组合方式，并没有统一的标准。上市公司设计股权激励方案时，除了结合自身所属板块限制性规定外，还需要考虑该方案的激励效果，计算企业激励成本等。

#### 总结:

企业家松下幸之助有言“企业最大的资产是人”。在现今科技革新，技术进步，企业竞争白热化的背景下，如何留住人才无疑是每个企业所有者需要思考的问题，同样也将会有更多地上市公司将股权激励这一人才激励方式纳入到自己的考虑范围。



## 选对上市之路，IPO 成功的第一步

◆文/杨天婷

### 一、A 股上市可选之路

目前我国多层次资本市场格局由场内和场外两个市场组成，场内市场包括上海证券交易所、深圳证券交易所以及北京证券交易所，三大交易所下又开设了主板、创业板、科创板和北交所等上市板块，这也就构成了企业 A 股上市的所有可选路径。

#### 1. 各上市板块差异化定位与偏向企业类型

| 交易所 | 板块           | 板块定位及特色   | 公司类型                      |
|-----|--------------|---|---------------------------|
| 上、深 | 主板<br>(核准制)  | 目标企业为相对成熟企业，具有较大的资本规模以及稳定的盈利能力，包括国民经济支柱产业、传统产业等。  | 国企、相对成熟的企业等               |
| 上   | 科创板<br>(注册制) | 面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求。优先支持符合国家战略，拥有关键核心技术，科技创新能力突出，主要依靠核心技术开展生产经营，具有稳定的商业模式，市场认可度高，社会形象良好，具有较强成长性的企业。同时兼顾新业态企业和新模式企业。 | 新一代信息技术、高端装备、新材料、新能源等行业企业 |

|   |              |  |                      |
|---|--------------|--|----------------------|
| 深 | 创业板<br>(注册制) | 服务于成长型创新创业企业，支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合的企业，包括模式创新、业态创新企业等。                             | 具有创新的高成长性的<br>民营中小企业 |
| 北 | 北交所<br>(注册制) | 不仅包括以制造业为主的“专精特新”中小企业，也包括战略新兴产业中创新能力突出的中小企业、向专业化和价值链高端延伸的生产性服务业企业、向高品质和多样化升级的生活性服务业企业。 | 创新型中小企业              |

## 2. 各板块在审企业整体情况

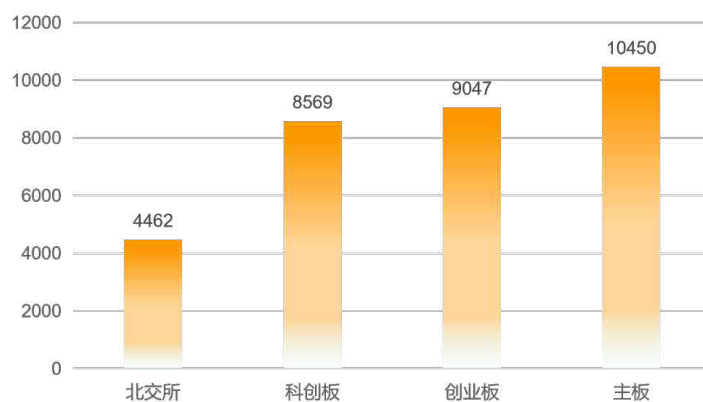
截至上半年，境内市场各板块 IPO 在审企业共计 1086 家。其中，深交所 593 家（深市主板 147 家，创业板 446 家），上交所 354 家（沪市主板 167 家，科创板 187 家），北交所 139 家。

今年上半年，A 股 IPO 新增受理 556 家企业。其中，深交所 251 家（深市主板 71 家，创业板 180 家），上交所 190 家（沪市主板 83 家，科创板 107 家），北交所 115 家。

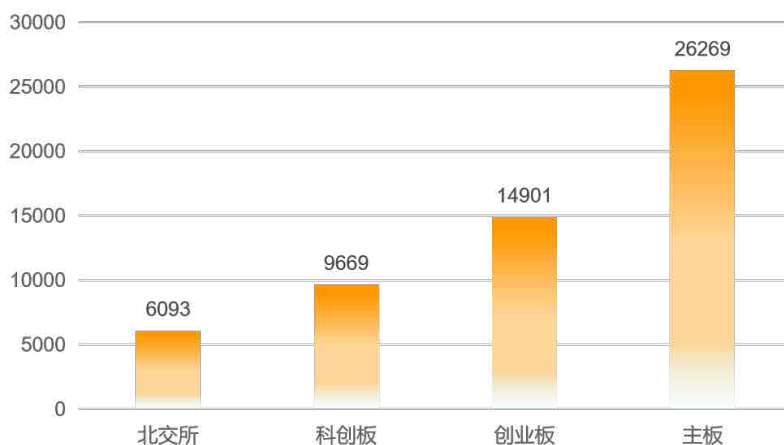
| 序号 | 板块   | 已申报未过会 | 已过会未注册 | 在审合计 |
|----|------|--------|--------|------|
| 1  | 沪市主板 | 158    | 9      | 167  |
| 2  | 深市主板 | 129    | 18     | 147  |
| 3  | 科创板  | 124    | 63     | 187  |
| 4  | 创业板  | 344    | 102    | 446  |
| 5  | 北交所  | 135    | 4      | 139  |
|    | 总计   | 890    | 196    | 1086 |

## 3. 各板块新上市公司业绩情况

2021年企业上市前一年净利润中位数（单位：万元）



2021年企业上市前一年净利润平均值（单位：万元）



## 二、各板块上市核心指标对比图

### 1. 主板

| 板块 | 行业资格 | 主体资格  | 财务要求   |
|----|------|---|--|
| 主板 | 不限   | 1、主体类型：依法设立并存续的股份有限公司；<br>2、经营年限：连续经营三年以上；<br>3、主营业务：最近三年内没有发生重大变化；<br>4、董事、高级管理人员：最近三年内没有发生重大变化；<br>5、实际控制人：最近三年内没有发生变更。 | 1、净利润：最近三个会计年度净利润为正，累计净利润超过3000万元；净利润按扣除非经常性损益前后较低的损益计算；<br>2、收入：最近三个会计年度经营活动产生的现金净流量超过5000万元；最近三个会计年度累计营业收入超过3亿元人民币的；<br>3、股本总额：发行前股本总额不低于3000万元；<br>4、资产：期末无形资产(扣除土地使用权、养殖权、矿业权等)占净资产的比例不高于20%；<br>5、其他：最近一期末不存在未弥补亏损。 |

## 2. 科创板

| 板块  | 行业资格  | 主体资格   | 财务要求  |
|-----|---|--|---|
| 科创板 | <p>1、新一代信息技术领域，主要包括半导体和集成电路、电子信息、下一代信息网络、人工智能、大数据、云计算、软件、互联网、物联网和智能硬件等；</p> <p>2、高端装备领域，主要包括智能制造、航空航天、先进轨道交通、海洋工程装备及相关服务等；</p> <p>3、新材料领域，主要包括先进钢铁材料、先进有色金属材料、先进石化化工新材料、先进无机非金属材料、高性能复合材料、前沿新材料及相关服务等；</p> <p>4、新能源领域，主要包括先进核电、大型风电、高效光电光热、高效储能及相关服务等；</p> <p>5、节能环保领域，主要包括高效节能产品及设备、先进环保技术装备、先进环保产品、资源循环利用、新能源汽车整车、新能源汽车关键零部件、动力电池及相关服务等；</p> <p>6、生物医药领域，主要包括生物制品、高端化学药、高端医疗设备与器械及相关服务等；</p> <p>7、符合科创板定位的其他领域。</p> <p>8、禁止房地产和主要从事金融、投资类业务的企业在科创板上市。</p> | <p>1、支持和鼓励科创板定位规定的相关行业领域中，同时符合下列4项指标的企业申报科创板上市：</p> <p>(1) 最近三年研发投入占营业收入比例5%以上，或最近三年研发投入金额累计在6000万元以上；</p> <p>(2) 研发人员占当年员工总数的比例不低于10%；</p> <p>(3) 形成主营业务收入的发明专利5项以上（软件行业不适用该要求，需研发投入占比应在10%以上）；</p> <p>(4) 最近三年营业收入复合增长率达到20%，或最近一年营业收入金额达到3亿元。</p> <p>2、支持和鼓励科创板定位规定的相关行业领域中，虽未达到前述指标，但符合下列情形之一的企业申报科创板上市：</p> <p>(1) 发行人拥有的核心技术经国家主管部门认定具有国际领先、引领作用或者对于国家战略具有重大意义；</p> <p>(2) 发行人作为主要参与单位或者发行人的核心技术人员作为主要参与人员，获得国家科技进步奖、国家自然科学奖、国家技术发明奖，并将相关技术运用于公司主营业务；</p> <p>(3) 发行人独立或者牵头承担与主营业务和核心技术相关的国家重大科技专项项目；</p> <p>(4) 发行人依靠核心技术形成的主要产品（服务），属于国家鼓励、支持和推动的关键设备、关键产品、关键零部件、关键材料等，并实现了进口替代；</p> <p>(5) 形成核心技术和主营业务收入的发明专利（含国防专利）合计50项以上。</p> | <p>发行人申请股票首次发行上市的，应当至少符合下列上市标准中的一项，发行人的招股说明书和保荐人的上市保荐书应当明确说明所选择的具体上市标准：</p> <p>(1) 预计市值不低于人民币10亿元，最近两年净利润均为正且累计净利润不低于人民币5000万元，或者预计市值不低于人民币10亿元，最近一年净利润为正且营业收入不低于人民币1亿元；</p> <p>(2) 预计市值不低于人民币15亿元，最近一年营业收入不低于人民币2亿元，且最近三年累计研发投入占最近三年累计营业收入的比例不低于15%；</p> <p>(3) 预计市值不低于人民币20亿元，最近一年营业收入不低于人民币3亿元，且最近三年经营活动产生的现金流量净额累计不低于人民币1亿元；</p> <p>(4) 预计市值不低于人民币30亿元，且最近一年营业收入不低于人民币3亿元；</p> <p>(5) 预计市值不低于人民币40亿元，主要业务或产品需经国家有关部门批准，市场空间大，目前已取得阶段性成果。医药行业企业需至少有一项核心产品获准开展二期临床试验，其他符合科创板定位的企业需具备明显的技术优势并满足相应条件。</p> |

## 3. 创业板

| 板块  | 行业资格   | 主体资格   | 财务要求  |
|-----|--|--|---|
| 创业板 | <p>“负面清单”管理：<br/>以下行业原则上不支持其申报在创业板发行上市，但与互联网、大数据、云计算、自动化、人工智能、新能源等新技术、新产业、新业态、新模式深度融合的创新创业企业除外：<br/>(一) 农林牧渔业；(二) 采矿业；(三) 酒、饮料和精制茶制造业；(四) 纺织业；(五) 黑色金属冶炼和压延加工业；(六) 电力、热力、燃气及水生产和供应业；(七) 建筑业；(八) 交通运输、仓储和邮政业；(九) 住宿和餐饮业；(十) 金融业；(十一) 房地产业；(十二) 居民服务、修理和其他服务业。</p> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1、依法设立且合法存续的股份有限公司；</li> <li>2、持续经营时间应当在3年以上，有限公司整体变更为股份公司可连续计算；</li> <li>3、注册资本已足额出资，历次资本变化已经履行程序。以非货币资产出资的，资产已经过户；</li> <li>4、公司主要资产不存在重大权属纠纷；</li> <li>5、最近2年内，公司主营业务、董事、高级管理人员不发生重大变化。公司实际控制人不发生变更；</li> <li>6、股权清晰，股份不存在重大权属纠纷。</li> </ol> | <p>发行人申请股票首次发行上市的，应当至少符合下列上市标准中的一项，发行人的招股说明书和保荐人的上市保荐书应当明确说明所选择的具体上市标准：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 最近两年净利润均为正，且累计净利润不低于人民币5000万元；</li> <li>(2) 预计市值不低于人民币10亿元，最近一年净利润为正且营业收入不低于人民币1亿元；</li> <li>(3) 预计市值不低于人民币50亿元，且最近一年营业收入不低于人民币3亿元。</li> </ol> |

## 4. 北交所

| 板块  | 行业资格   | 主体资格   | 财务要求   |
|-----|--|--|--|
| 北交所 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1、发行人应当结合行业特点、经营特点、产品用途、业务模式、市场竞争力、技术创新或模式创新、研发投入与科技成果转化等情况，在招股说明书中充分披露发行人自身的创新特征。</li> <li>2、发行人属于金融业、房地产业企业的，不支持其申报在本所发行上市。</li> <li>3、发行人生产经营应当符合国家产业政策。发行人不得属于产能过剩行业（产能过剩行业的认定以国务院主管部门的规定为准）、《产业结构调整指导目录》中规定的淘汰类行业，以及从事学前教育、学科类培训等业务的企业。</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1、具备健全且运行良好的组织机构；</li> <li>2、具有持续经营能力，财务状况良好；</li> <li>3、最近三年财务会计报告无虚假记载，被出具无保留意见审计报告；</li> <li>4、依法规范经营；</li> <li>5、发行人及其控股股东、实际控制人存在下列情形之一的，发行人不得公开发行股票： <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 最近三年内存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；</li> <li>(2) 最近三年内存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为；</li> <li>(3) 最近一年内受到中国证监会行政处罚。</li> </ol> </li> </ol> | <p>市值及财务指标应当至少符合下列上市标准中的一项：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 预计市值不低于2亿元，最近两年净利润均不低于1500万元且加权平均净资产收益率平均不低于8%，或者最近一年净利润不低于2500万元且加权平均净资产收益率不低于8%；</li> <li>(2) 预计市值不低于4亿元，最近两年营业收入平均不低于1亿元，且最近一年营业收入增长率不低于30%，最近一年经营活动产生的现金流量净额为正；</li> <li>(3) 预计市值不低于8亿元，最近一年营业收入不低于2亿元，最近两年研发投入合计占最近两年营业收入合计比例不低于8%；</li> <li>(4) 预计市值不低于15亿元，最近两年研发投入合计不低于5000万元。</li> </ol> |

## 补充：新三板创新层挂牌条件

| 板块     | 行业资格 | 主体资格  | 财务要求   |
|--------|------|---|--|
| 新三板创新层 | 不限   | <p>1、依法设立且存续满两年。有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算；</p> <p>2、业务明确，具有持续经营能力；</p> <p>3、公司治理机制健全，合法规范经营；</p> <p>4、股权明晰，股票发行和转让行为合法合规；</p> <p>5、主办券商推荐并持续督导；</p> <p>6、全国股份转让系统公司要求的其他条件。</p> | <p>挂牌公司进入创新层，应当符合下列条件之一：</p> <p>(1) 最近两年净利润均不低于 1000 万元，最近两年加权平均净资产收益率平均不低于 6%，截至进层启动日的股本总额不少于 2000 万元；</p> <p>(2) 最近两年营业收入平均不低于8000 万元，且持续增长，年均复合增长率不低于 30%，截至进层启动日的股本总额不少于 2000 万元；</p> <p>(3) 最近两年研发投入累计不低于2500 万元，截至进层启动日的 24 个月内，定向发行普通股融资金额累计不低于4000万元（不含以非现金资产认购的部分），且每次发行完成后以该次发行价格计算的股票市值均不低于 3 亿元。</p> <p>(4) 截至进层启动日的120个交易日内，最近有成交的60个交易日的平均股票市值不低于 3亿元；采取做市交易方式的，截至进层启动日做市商家数不少于4 家；采取集合竞价交易方式的，前述60个交易日通过集合竞价交易方式实现的股票累计成交量不低于100万股；截至进层启动日的股本总额不少于5000万元。</p> |

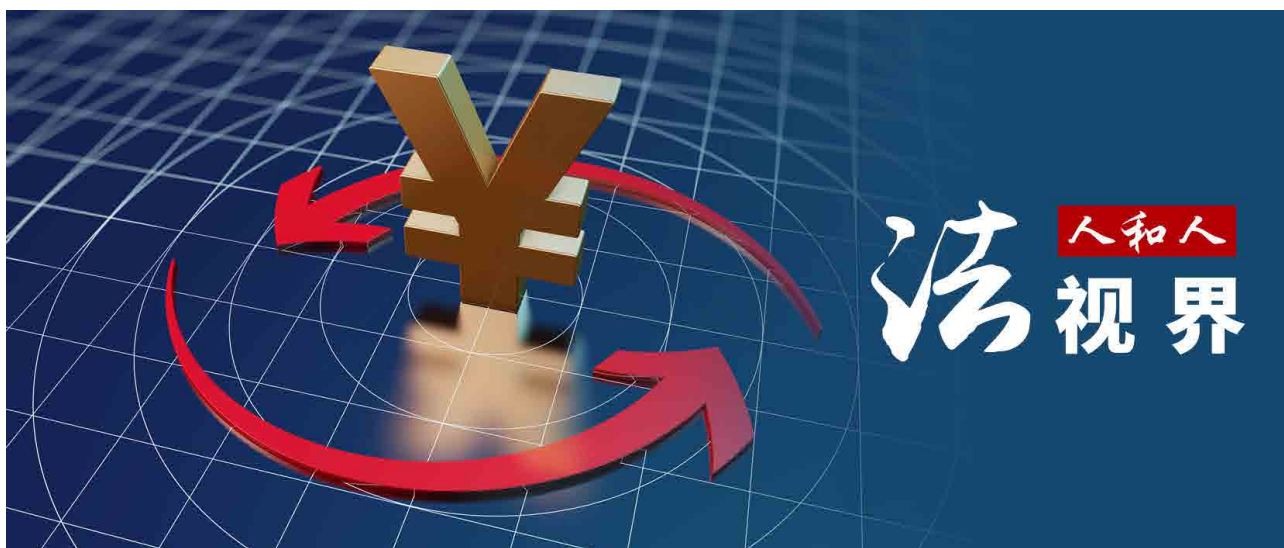
补充：新三板基础层挂牌条件

| 板块     | 行业资格 | 主体资格   | 财务要求   |
|--------|------|--|--|
| 新三板基础层 | 不限   | 1、依法设立且存续满两年。有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算；<br>2、业务明确，具有持续经营能力；<br>3、公司治理机制健全，合法规范经营；<br>4、股权明晰，股票发行和转让行为合法合规；<br>5、主办券商推荐并持续督导；<br>6、全国股份转让系统公司要求的其他条件。 | 1、最近两个完整会计年度的营业收入累计不低于1000万元；因研发周期长导致营收少于1000万元，但最近一期末净资产不少于3000万元的除外；<br>2、报告期末股本不少于500万元；<br>3、报告期末每股净资产不低于1元/股。 |

#### 律师建议：

1. 一个企业选择哪个板块上市是一个综合性的判断，但财务数据是企业第一个需要回答的问题。通过统计数据可以看出净利润小于8,000万元的企业申报科创板和创业板较多，净利润在1亿元以上的企业申报主板较多。

2. 北交所作为新开设的市场体现出了更大的业绩包容性，净利润低于5,000万元成功登录科创板、创业板难度较大，更匹配北交所上市企业整体情况。



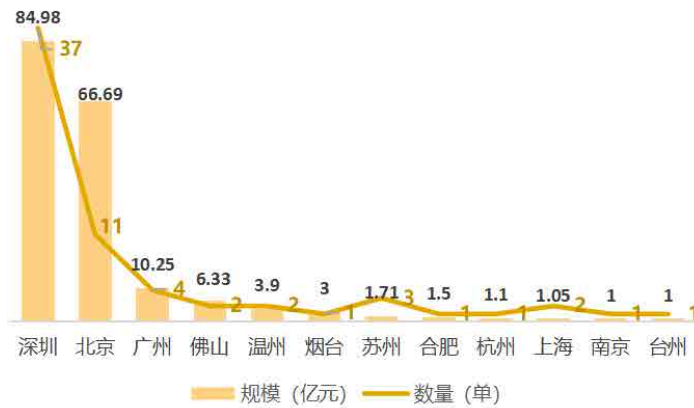
## 窥深圳知识产权 ABS 的繁荣，寻湖南首单知识产权 ABS

◆文/朱丽

在鼓励创新，倡导“中国智造”的背景下，为“智慧孵化”提供经济支持尤为重要。对企业来说，知识产权仅作为一种无形资产，直接向银行等机构抵押融资具有一定的困难性，而资产证券化正好解决了这一融资痛点，“知产”变“资产”，盘活了存量知识产权资产、增强了知识产权资产的流动性。

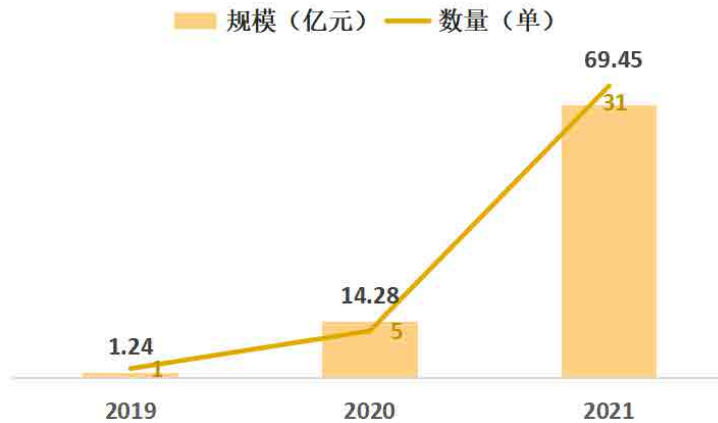
知识产权证券化属于资产支持证券（简称 ABS）的形式之一，发起人将缺乏流动性、但能产生可预期现金流的知识产权，通过一定的结构安排，对资产中风险与收益要素进行分离和重组后，转移给一个特设目的载体（SPV），并依托该载体发行以该知识产权所产生的现金流为支撑的证券的过程。

深圳市一直走在全国科技创新的前列，截止 2021 年底，其知识产权证券化项目也遥遥领先于其他城市（发行项目数量占全国 60%）。以深圳发行数据为“他山之石”，可以更精准攻湖南之“玉”，本文从深圳所有发行项目的发行规模、发行地区、参与机构、发行场所、基础资产类型、底层知识产权类型等方面对深圳市知识产权证券化项目进行全方位分析，供本省企业前沿参考，带动本省知识产权证券化产品的繁荣。



### 1. 发行时间与规模

深圳市知识产权证券化项目起步于2019年，截止2021年12月31日，共发行知识产权证券化产品37单，累计发行规模84.97亿元。2019年到2021年之间发行数量和规模迅猛增长。



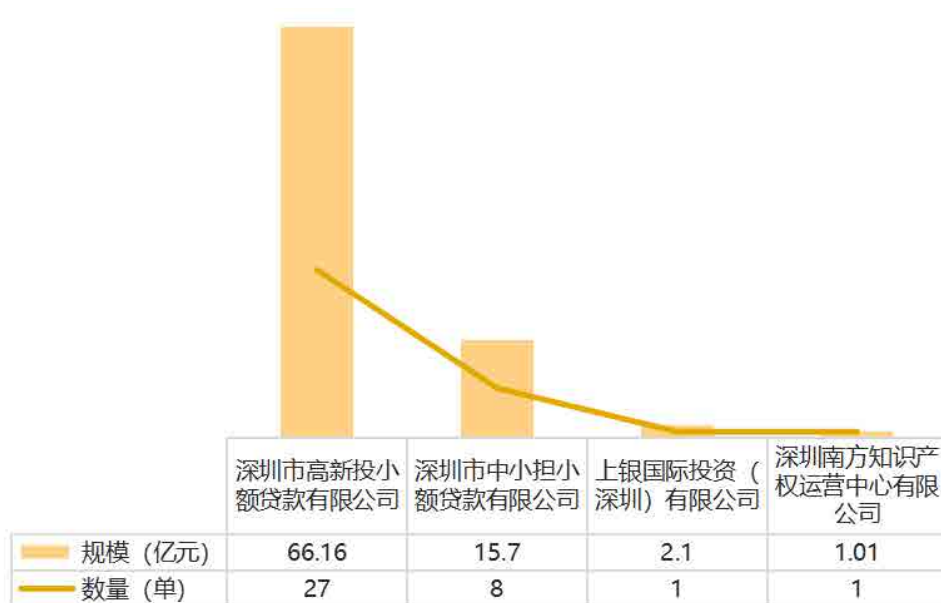
### 2. 所在市辖区

深圳市知识产权证券化项目除6个项目未以市辖区命名外，其余项目均以市辖区命名。南山区的发行规模和数量是最大的，随后的是宝安区、龙华区等。

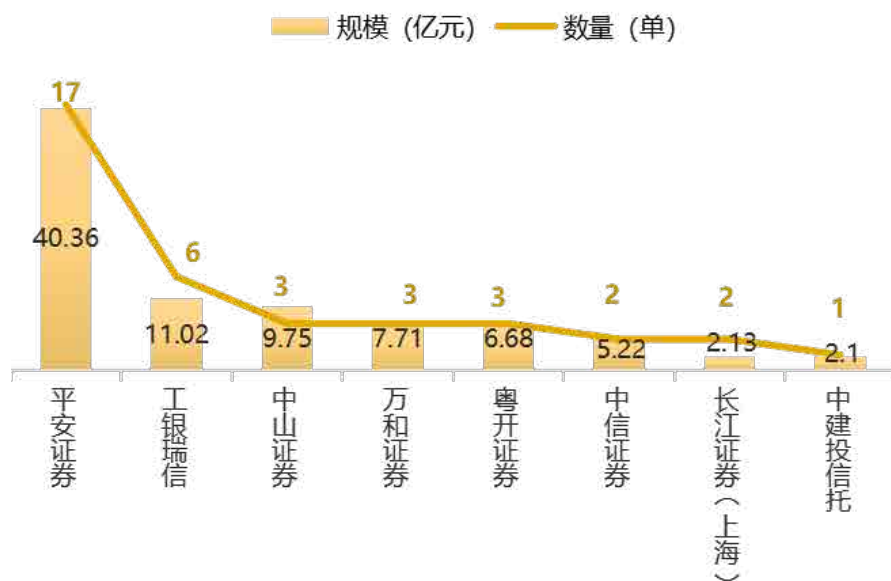


### 3. 参与机构

从原始权益人/发起人来看，共涉及4家，深圳市高新投小额贷款有限公司27单、深圳市中小担小额贷款有限公司8单，剩余两家各1单，发行规模占比情况如下：

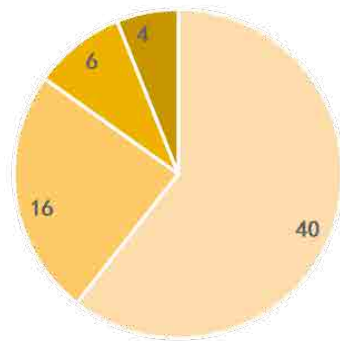


从计划管理人/发行人来看，共涉及8家，主要为平安证券股份有限公司及工银瑞信投资管理有限公司。



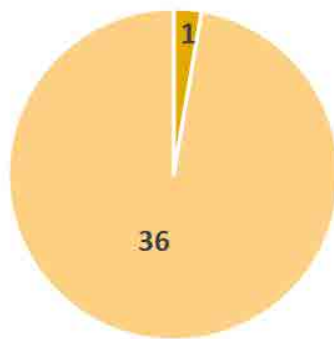
### 4. 基础资产类型

目前从全国发行项目来看，基础资产主要分为4大类：知识产权质押贷款应收本息、知识产权二次许可应收许可费、知识产权售后回租应收租金、知识产权转让应收账款。



■ 知识产权质押贷款应收本息    ■ 知识产权二次许可应收许可费  
■ 知识产权售后回租应收租金    ■ 知识产权转让应收账款

从基础资产类型来看，深圳首创知识产权质押贷款应收本息作为发行基础资产后，复制到温州、杭州、台州。深圳仅 1 单为专利许可使用费支付请求权（知识产权二次许可应收许可费），其余 36 单均为贷款（知识产权质押贷款应收本息）。



■ 知识产权二次许可应收许可费    ■ 知识产权质押贷款应收本息

### 5. 底层知识产权类型

从全国发行的 66 个项目底层知识产权类型来看，主要分为七种类型：

| 底层知识产权类型          | 项目数量 |
|-------------------|------|
| 纯专利               | 28   |
| 以专利为主同时包含计算机软件著作权 | 24   |
| 纯版权               | 4    |
| 以专利为主同时包含专有技术     | 2    |
| 纯商标               | 1    |
| 以专利为主同时包含商标       | 1    |
| 总计                | 66   |

深圳发行 37 个项目中，底层知识产权类型主要是两类：纯专利、以专利为主同时包含计算机软件著作权。

| 底层知识产权类型          | 典型代表      |
|-------------------|-----------|
| 纯专利               | 深科创2021-1 |
| 以专利为主同时包含计算机软件著作权 | 宝高2021-1  |

## 6. 流通市场

从流通市场来看，仅 1 单为银行间市场，其余 36 单均为深交所。监管机构仅 1 单为交易商协会，其余为证监会。

## 7. 债券期限

从债券期限来看，1 单为两年，31 单约为 1 年，5 单为 1 年以内。预期到期日在 2021 年 12 月 31 日前的有 6 单，其中 3 单项目状态为到期，3 单项目状态为存续。

## 8. 总结

由于数据来源以及保密因素限制，仅对深圳市知识产权证券化项目信息进行上述简要分析，本文中所载数据及分析结论仅供参考，也欢迎对知识产权证券化感兴趣的各方人士共同探讨。

（数据及信息来源：企业预警通 APP、北京智慧财富知识产权金融研究院，全文数据统计截止时间 2021 年 12 月 31 日。）

## 金融证券

## 2022年1-8月国内A股上市公司再融资成色几何？

◆文/刘亚萍

企业经营和发展都离不开资金作为基石，再融资已成为上市公司资金的重要来源之一。2020年证监会发布再融资新规，开启了资本市场再融资新篇章。根据公开披露资料显示，2022年1-8月国内A股市场共完成上市公司再融资260余单，融资规模达到5200多亿元，同比去年融资规模有所下滑（其中湖南省4家上市公司完成再融资发行，融资规模为49.86亿元）。本文从再融资种类、发行条件及发行上市情况等方面对上市公司再融资进行全方位的分析。

## 一、上市公司再融资概况

## (一) 品种分类

目前，我国上市公司再融资的方式主要包括配股、公开增发、非公开发行、可转换债券、优先股、公司债券、企业资产证券化等。前述再融资方式，以融资的性质来分类可以分为股权融资、债权融资、股债混合融资以及结构融资四类。

表1：上市公司再融资品种分类

| 类别     | 融资方式          |
|--------|---------------|
| 股权融资   | 配股            |
|        | 公开增发（增发）      |
|        | 非公开发行股票（定向增发） |
| 债权融资   | 公司债券          |
| 股债混合融资 | 可转换公司债券（可转债）  |
|        | 优先股           |
| 结构融资   | 企业资产证券化       |

下文主要分析股权融资与股债混合融资两类再融资方式的相关问题。

## （二）规则体系

2020年2月14日，证监会发布再融资新规，全面统一主板、创业板的再融资主要规定。截至目前，我国上市公司再融资适用的主要规定如下：

表 2：我国上市公司再融资适用的规则体系

| 层级   | 规则名称                                      | 生效时间       | 适用板块       |
|------|---|------------|------------|
| 法律   | 《中华人民共和国公司法》                              | 2018.10.26 | 通用         |
|      | 《中华人民共和国证券法》                              | 2020.03.01 |            |
| 部门规章 | 《上市公司证券发行管理办法》                            | 2020.02.14 | 主板         |
|      | 《创业板上市公司证券发行注册管理办法（试行）》                   | 2020.06.12 | 创业板        |
|      | 《科创板上市公司证券发行注册管理办法（试行）》                   | 2020.07.03 | 科创板        |
|      | 《北京证券交易所上市公司证券发行注册管理办法（试行）》               | 2021.11.15 | 北交所        |
|      | 《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法（试行）》        | 2021.11.15 |            |
|      | 《上市公司非公开发行股票实施细则》                         | 2020.02.14 | 主板、创业板、科创板 |
|      | 《发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求》             | 2020.02.14 |            |
|      | 《再融资业务若干问题解答》                             | 2020.06.10 |            |
| 行业规范 | 《深圳证券交易所创业板上市公司证券发行上市审核问答》                | 2020.06.12 | 创业板        |
|      | 《深圳证券交易所创业板上市公司证券发行上市审核规则》                | 2020.06.12 |            |
|      | 《深圳证券交易所关于做好创业板上市公司适用再融资简易程序相关工作的通知》      | 2020.06.19 |            |
|      | 《上海证券交易所科创板上市公司证券发行上市审核问答》                | 2020.07.03 | 科创板        |
|      | 《上海证券交易所科创板上市公司证券发行上市审核规则》                | 2020.07.03 |            |
|      | 《上海证券交易所关于做好2020年科创板上市公司适用再融资简易程序相关工作的通知》 | 2020.07.03 |            |
|      | 《北京证券交易所上市公司证券发行上市审核规则（试行）》               | 2021.11.15 |            |

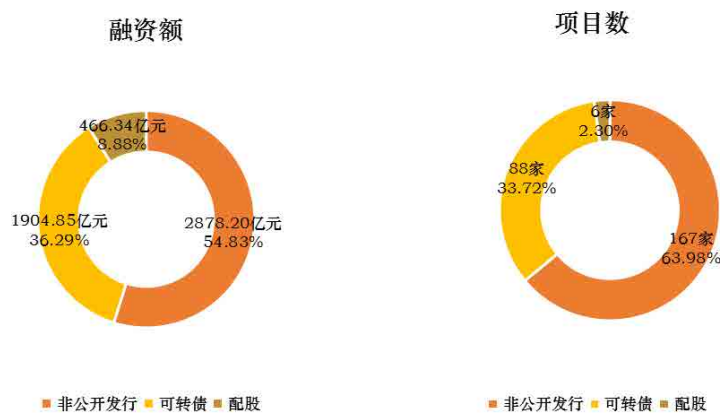
## 二、2022年1-8月上市公司再融资市场概况

### （一）已发行上市情况

## 1. 发行规模

截至 2022 年 8 月 31 日，上市公司再融资募集资金总额为 5249.39 亿元，已完成发行 261 家。其中：非公开发行依然是上市公司股权融资首选，共计 167 家，募集资金总额为 2878.20 亿元，占据整个再融资市场规模的 54.83%；可转债发行为 88 家，募集资金总额为 1904.85 亿元；配股融资共 6 家，募集资金总额为 466.34 亿元。公开增发和优先股无人问津，非公开发行目前仍是上市公司再融资的主力工具。

图 1：2022 年 1-8 月国内 A 股上市公司再融资方式分布情况

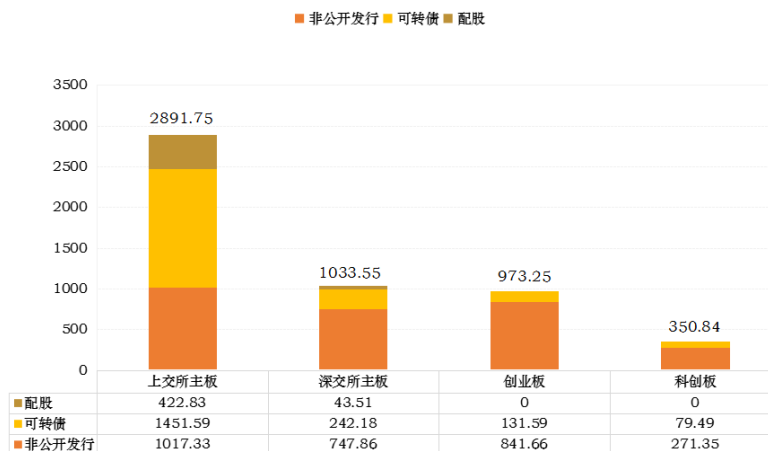


## 2. 板块分布

从上市板块来看，截至 2022 年 8 月 31 日，已完成的上市公司再融资项目融资金额最多的是上交所主板，募集资金金额为 2891.75 亿元；其次是深交所主板，募集资金金额为 1033.55 亿元；再次是创业板，募集资金金额为 973.25 亿元；再次是科创板，募集资金金额为 350.84 亿元。北交所暂无完成的再融资项目。

图 2：2022 年 1-8 月国内 A 股上市公司再融资各板块分布情况

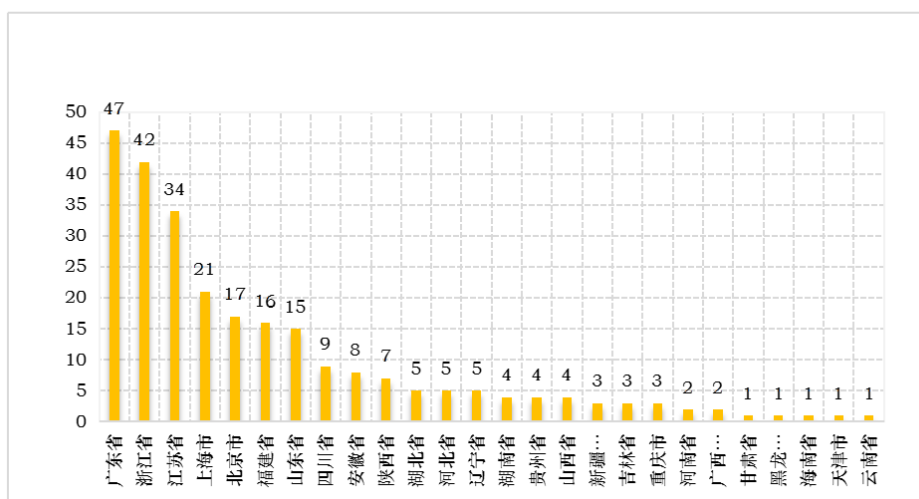
单位：亿元



### 3. 区域分布

根据上市公司注册地统计，截至 2022 年 8 月 31 日，合计 26 个省（包括直辖市）完成了 261 家上市公司再融资项目。其中广东省、浙江省、江苏省、上海市、北京市分别有 47 家、42 家、34 家、21 家、17 家上市公司完成了上市公司再融资项目，位居前五。

图 3：2022 年 1-8 月全国省（直辖市）上市公司再融资发行项目数排名

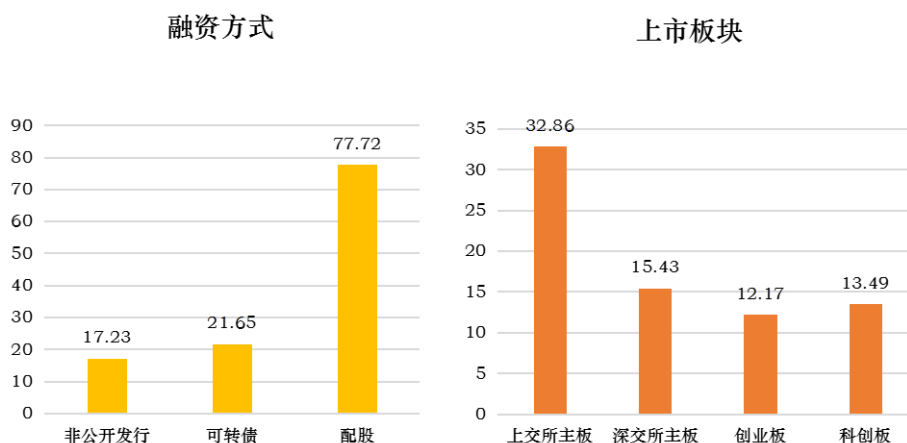


### 4. 募集资金分布

截至 2022 年 8 月 31 日，已完成的上市公司再融资项目融资金额最高的是兴业银行可转债，募集资金金额为 500 亿元；融资金额最低为久吾高科非公开发行，募集资金金额仅为 1.03 亿元。从融资方式来看，上市公司再融资项目募集资金平均值配股最高为 77.72 亿元；从上市板块来看，上市公司再融资项目募集资金平均值上交所主板最高为 32.86 亿元。

图 4：2022 年 1-8 月国内 A 股上市公司再融资平均募资情况

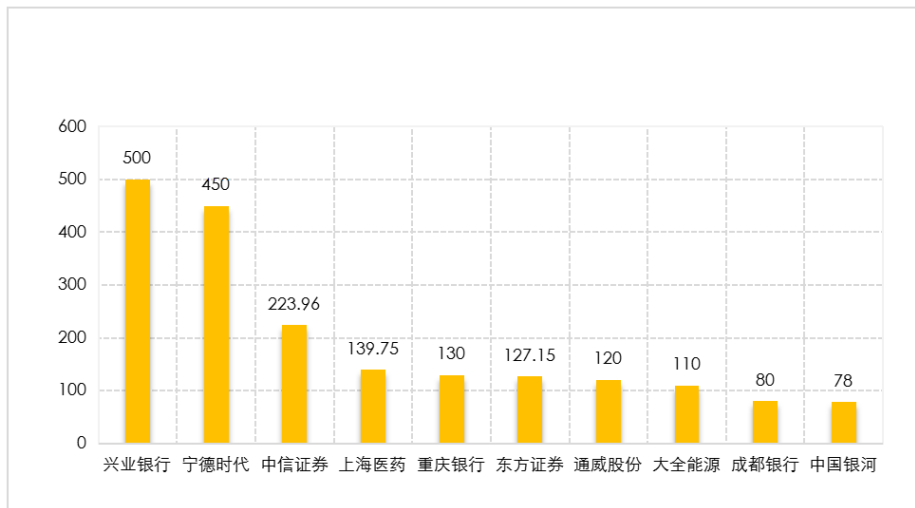
单位：亿元



从募集资金金额来看，截至 2022 年 8 月 31 日，已完成的上市公司再融资项目中，募集资金前 10 名企业的募集资金总额达 1958.86 亿元，占比上市公司再融资募集资金总额的 37.32%。

图 5：2022 年 1-8 月国内 A 股上市公司再融资募集资金情况（前十名）

单元：亿元



## （二）证监会发审会审核情况

2022 年 1-8 月，国内 A 股再融资市场通过发审会审核 282 家（含 2 家北交所审核）、未通过审核 8 家，审核通过率 97.24%。

表 3：2022 年 1-8 月国内 A 股上市公司再融资被否项目情况

| 序号 | 融资方式  | 公司简称 | 上市板块  | 所属行业             | 注册地 | 计划募集总额<br>(亿元) |
|----|-------|------|-------|------------------|-----|----------------|
| 1  | 可转债   | 龙元建设 | 上交所主板 | 土木工程建筑业          | 浙江省 | 12.52          |
| 2  | 可转债   | 长鸿高科 | 上交所主板 | 化学原料和化学制品制造业     | 浙江省 | 6.8            |
| 3  | 可转债   | 博睿数据 | 科创板   | 软件和信息技术服务业       | 北京市 | 2.55           |
| 4  | 非公开发行 | 合力泰  | 深交所主板 | 计算机、通信和其他电子设备制造业 | 福建省 | 28.7           |
| 5  | 非公开发行 | 上海亚虹 | 上交所主板 | 专用设备制造业          | 上海市 | 3.37           |
| 6  | 可转债   | 益生股份 | 深交所主板 | 畜牧业              | 山东省 | 8.9            |
| 7  | 配股    | 鲁抗医药 | 上交所主板 | 医药制造业            | 山东省 | 10             |
| 8  | 非公开发行 | 大业股份 | 上交所主板 | 金属制品业            | 山东省 | 6              |

注：博睿数据为科创板首家再融资被否项目。

表 4：北交所开市以来再融资审核通过的项目情况

| 序号 | 股票代码   | 公司简称 | 所属行业         | 注册地 | 受理日        | 批复出具时间     | 计划募集总额（亿元） |
|----|--------|------|--------------|-----|------------|------------|------------|
| 1  | 839167 | 同享科技 | 有色金属冶炼和压延加工业 | 江苏省 | 2022.02.09 | 2022.05.13 | 1.05       |
| 2  | 836826 | 盖世食品 | 农副食品加工业      | 辽宁省 | 2022.04.28 | 2022.07.14 | 1.6        |

注：同享科技为北交所开市以来首单注册完成的再融资项目。

除被否外，在项目实际操作中存在项目审核期间撤回以及审核通过后上市公司终止申请的情形。

2022年1-8月，国内A股市场撤回再融资申请59家。

### （三）湖南辖区上市公司再融资情况

截至2022年8月31日，湖南辖区4家上市公司完成再融资，募集资金总额合计49.86亿元，以下是湖南辖区已完成再融资的上市公司：

表 5：2022年1-8月湖南辖区上市公司再融资项目情况

| 序号 | 股票代码   | 公司简称 | 上市板块  | 融资方式  | 所属市县 | 募集总额（亿元） |
|----|--------|------|-------|-------|------|----------|
| 1  | 603883 | 老百姓  | 上交所主板 | 非公开发行 | 长沙市  | 17.40    |
| 2  | 300035 | 中科电气 | 创业板   | 非公开发行 | 岳阳市  | 22.06    |
| 3  | 002982 | 湘佳股份 | 深交所主板 | 可转债   | 常德市  | 6.40     |
| 4  | 688059 | 华锐精密 | 科创板   | 可转债   | 株洲市  | 4.00     |

注：以上所有数据来源于上市公司公告、吾道科技以及上交所、深交所、北交所、证监会官网等，由于公开披露数据可能滞后，统计数据和实际情况可能存在差异。

### 三、上市公司再融资发行条件

由于行业定位不同各板块再融资发行条件各有不同，主板再融资条件最为严格；创业板与科创板再融资条件较为相似，受注册制影响，条件相比主板略为宽松；北交所主要面对专精特新中小企业，再融资条件则进一步宽松且新颖。

表6：上市公司再融资发行条件对比

| 主板（核准制） |   |  |
|---------|---|--|
| 发行条件    | 公开发行证券<br>/向不特定对象发行   | 非公开发行<br>/向特定对象发行  |
| 一般条件    | <p>1. 组织机构健全、运行良好；</p> <p>2. 盈利能力具有可持续性（最近三个会计年度连续盈利；最近24个月内曾公开发行证券的，不存在发行当年营业利润比上年下降50%以上的情形）；</p> <p>3. 财务状况良好（最近三年及一期财务报表未被注册会计师出具保留意见、否定意见或无法表示意见的审计报告；被注册会计师出具带强调事项段的无保留意见审计报告的，所涉及的事项对发行人无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除；最近三年以现金方式累计分配的利润不少于最近三年实现的年均可分配利润的30%）；</p> <p>4. 上市公司最近36个月内财务会计文件无虚假记载，且不存在重大违法行为；</p> <p>5. 上市公司募集资金的数额和使用应当符合规定。</p> | — —  |
| 消极条件    | <p>1. 本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏；</p> <p>2. 擅自改变前次公开发行证券募集资金的用途而未作纠正；</p> <p>3. 上市公司最近12个月内受到过证券交易所的公开谴责；</p> <p>4. 上市公司及其控股股东或实际控制人最近12个月内存在未履行向投资者作出的公开承诺的行为；</p> <p>5. 上市公司或其现任董事、高级管理人员因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规被中国证监会立案调查；</p> <p>6. 严重损害投资者的合法权益和社会公共利益的其他情形。</p>   | <p>1. 本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏；</p> <p>2. 上市公司的权益被控股股东或实际控制人严重损害且尚未消除；</p> <p>3. 上市公司及其附属公司违规对外提供担保且尚未解除；</p> <p>4. 现任董事、高级管理人员最近36个月内受到过中国证监会的行政处罚，或者最近12个月内受到过证券交易所公开谴责；</p> <p>5. 上市公司或其现任董事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规被中国证监会立案调查；</p> <p>6. 最近一年及一期财务报表被注册会计师出具保留意见、否定意见或无法表示意见的审计报告。保留意见、否定意见或无法表示意见所涉及事项的重大影响已经消除或者本次发行涉及重大重组的除外；</p> <p>7. 严重损害投资者合法权益和社会公共利益的其他情形。</p> |
| 募集资金要求  | <p>1. 募集资金数额不超过项目需要量；</p> <p>2. 募集资金用途符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理等法律和行政法规的规定；</p> <p>3. 除金融类企业外，本次募集资金使用项目不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；</p> <p>4. 投资项目实施后，不会与控股股东或实际控制人产生同业竞争或影响公司生产经营的独立性；</p> <p>5. 建立募集资金专项存储制度，募集资金必须存放于公司董事会决定的专项账户。</p>  |  |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 特别规定 | <p><b>配股：</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 拟配售股份数量不超过本次配售股份前股本总额的30%；</li> <li>2. 控股股东应当在股东大会召开前公开承诺认配股份的数量；</li> <li>3. 采用证券法规定的代销方式发行；</li> <li>4. 控股股东不履行认配股份的承诺，或者代销期限届满，原股东认购股票的数量未达到拟配售数量70%的，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还已经认购的股东。</li> </ol>   | — — |
|      | <p><b>增发：</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 最近三个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6%。扣除非经常性损益后的净利润与扣除前的净利润相比，以低者作为加权平均净资产收益率的计算依据；</li> <li>2. 除金融类企业外，最近一期末不存在持有金额较大的交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人款项、委托理财等财务性投资的情形；</li> <li>3. 发行价格应不低于公告招股意向书前20个交易日公司股票均价或前一个交易日的均价。</li> </ol>   | — — |
|      | <p><b>可转债：</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 最近三个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6%。扣除非经常性损益后的净利润与扣除前的净利润相比，以低者作为加权平均净资产收益率的计算依据；</li> <li>2. 本次发行后累计公司债券余额不超过最近一期末净资产额的40%；</li> <li>3. 最近三个会计年度实现的年均可分配利润不少于公司债券一年的利息；</li> <li>4. 可转换公司债券每张面值一百元，期限最短为一年，最长为六年，利率由发行公司与主承销商协商确定；</li> <li>5. 应当委托具有资格的资信评级机构进行信用评级和跟踪评级，资信评级机构每年至少公告一次跟踪评级报告；</li> <li>6. 公开发行可转换公司债券，应当提供担保，但最近一期未经审计的净资产不低于人民币15亿元的公司除外。</li> </ol> | — — |

## 创业板/科创板（注册制）

| 发行条件   | 公开发行证券<br>/向不特定对象发行   | 非公开发行<br>/向特定对象发行  |
|--------|---|--|
| 一般条件   | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 具备健全且运行良好的组织机构；</li> <li>2. 现任董事、监事和高级管理人员符合法律、行政法规规定的任职要求；</li> <li>3. 具有完整的业务体系和直接面向市场独立经营的能力，不存在对持续经营有重大不利影响的情形；</li> <li>4. 会计基础工作规范，内部控制制度健全且有效执行，财务报表的编制和披露符合企业会计准则和相关信息披露规则的规定，在所有重大方面公允反映了上市公司的财务状况、经营成果和现金流量，最近三年财务会计报告被出具无保留意见审计报告；</li> <li>5. 最近2年盈利，净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算依据；【此条款为创业板独有，科创板不涉及】</li> <li>6. 除金融类企业外，最近一期末不存在金额较大的财务性投资。</li> </ol> | — —  |
| 消极条件   | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 擅自改变前次募集资金用途未作纠正，或者未经股东大会认可；</li> <li>2. 上市公司及其现任董事、监事和高级管理人员最近三年受到中国证监会行政处罚，或者最近一年受到证券交易所公开谴责，或者因涉嫌犯罪正在被司法机关立案侦查或者涉嫌违法违规正在被中国证监会立案调查；</li> <li>3. 上市公司及其控股股东、实际控制人最近一年存在未履行向投资者作出的公开承诺的情形；</li> <li>4. 上市公司及其控股股东、实际控制人最近三年存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪，或者存在严重损害上市公司利益、投资者合法权益、社会公共利益的重大违法行为。</li> </ol>   | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 擅自改变前次募集资金用途未作纠正，或者未经股东大会认可；</li> <li>2. 最近一年财务报表的编制和披露在重大方面不符合企业会计准则或者相关信息披露规则的规定；最近一年财务会计报告被出具否定意见或者无法表示意见的审计报告；最近一年财务会计报告被出具保留意见的审计报告，且保留意见所涉及事项对上市公司的重大不利影响尚未消除。本次发行涉及重大资产重组的除外；</li> <li>3. 现任董事、监事和高级管理人员最近三年受到中国证监会行政处罚，或者最近一年受到证券交易所公开谴责；</li> <li>4. 上市公司及其现任董事、监事和高级管理人员因涉嫌犯罪正在被司法机关立案侦查或者涉嫌违法违规正在被中国证监会立案调查；</li> <li>5. 控股股东、实际控制人最近三年存在严重损害上市公司利益或者投资者合法权益的重大违法行为；</li> <li>6. 最近三年存在严重损害投资者合法权益或者社会公共利益的重大违法行为。</li> </ol> |
| 募集资金要求 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 应当投资于科技创新领域的业务；【科创板独有】</li> <li>2. 符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理等法律、行政法规规定；</li> <li>3. 除金融类企业外，本次募集资金使用不得为持有财务性投资，不得直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；【创业板独有】</li> <li>4. 募集资金项目实施后，不会与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业新增构成重大不利影响的同业竞争、显失公平的关联交易，或者严重影响公司生产经营的独立性。</li> </ol>   |  |

## 特别规定

## 可转债：

1. 上市公司发行可转债，应当符合下列规定：

- (1) 具备健全且运行良好的组织机构；
- (2) 最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息；
- (3) 具有合理的资产负债结构和正常的现金流量。

2. 上市公司存在下列情形之一的，不得发行可转债：

- (1) 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；
  - (2) 违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金用途。
- 上市公司发行可转债，募集资金除不得用于弥补亏损和非生产性支出外，还应当遵守上述募集资金要求的规定。

上市公司年度股东大会可以根据公司章程的规定，授权董事会决定向特定对象发行融资总额不超过人民币3亿元且不超过最近一年末净资产20%的股票，该项授权在下一年度股东大会召开日失效。

## 北交所

| 发行条件 | 公开发行证券<br>/向不特定对象发行  | 非公开发行<br>/向特定对象发行  |
|------|--|--|
| 一般条件 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 具备健全且运行良好的组织机构；</li> <li>2. 具有持续经营能力，财务状况良好；</li> <li>3. 最近三年财务会计报告无虚假记载，被出具无保留意见审计报告；</li> <li>4. 依法规范经营。</li> </ol>  | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 具备健全且运行良好的组织机构。</li> <li>2. 具有独立、稳定经营能力，不存在对持续经营有重大不利影响的情形。</li> <li>3. 最近一年财务会计报告无虚假记载，未被出具否定意见或无法表示意见的审计报告；最近一年财务会计报告被出具保留意见的审计报告，保留意见所涉及事项对上市公司的重大不利影响已经消除。本次发行涉及重大资产重组的除外。</li> <li>4. 合法规范经营，依法履行信息披露义务。</li> </ol>   |
| 消极条件 | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 发行人及其控股股东、实际控制人最近三年内存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；</li> <li>2. 发行人及其控股股东、实际控制人最近三年内存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为；</li> <li>3. 发行人及其控股股东、实际控制人最近一年内受到中国证监会行政处罚。</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 上市公司或其控股股东、实际控制人最近三年内存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪，存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为。</li> <li>2. 上市公司或其控股股东、实际控制人，现任董事、监事、高级管理人员最近一年内受到中国证监会行政处罚、北交所公开谴责；或因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或者涉嫌违法违规正被中国证监会立案调查，尚未有明确结论意见。</li> <li>3. 擅自改变募集资金用途，未作纠正或者未经股东大会认可。</li> <li>4. 上市公司或其控股股东、实际控制人被列入失信被执行人名单且情形尚未消除。</li> <li>5. 上市公司利益严重受损的其他情形。</li> </ol> |

**可转债：**

1. 上市公司发行可转换为股票的公司债券，应当符合下列规定：
  - (1) 具备健全且运行良好的组织机构；
  - (2) 最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年的利息；
  - (3) 具有合理的资产负债结构和正常的现金流量。
2. 上市公司存在下列情形之一的，不得发行可转债：
  - (1) 对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；
  - (2) 违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金用途。

**授权发行：**

根据公司章程的规定，上市公司**年度股东大会**可以授权董事会向特定对象发行**累计融资额低于1亿元且低于公司最近一年末净资产20%的股票**，该项授权的有效期不得超过上市公司下一年度股东大会召开日。

**储架发行：**

上市公司申请向特定对象发行股票，可**申请一次注册，分期发行**。自中国证监会予以注册之日起，公司应当在3个月内首期发行，剩余数量应当在12个月内发行完毕。**首期发行数量应当不少于总发行数量的50%**，剩余各期发行的数量由公司自行确定，每期发行后5个工作日内将发行情况报北交所备案。

**自办发行：**

上市公司向**前10名股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员及核心员工**发行股票，**连续12个月内发行的股份未超过公司总股本10%且融资总额不超过2000万元的**，无需提供保荐人出具的保荐文件以及律师事务所出具的法律意见书。

按照前款规定发行股票的，董事会决议中应当明确发行对象、发行价格和发行数量，且**不得存在**以下情形：

1. 上市公司采用授权发行方式发行；
2. 认购人以非现金资产认购；
3. 发行股票导致上市公司控制权发生变动；
4. 本次发行中存在特殊投资条款安排；
5. 上市公司或其控股股东、实际控制人，现任董事、监事、高级管理人员最近一年内被中国证监会给予行政处罚或采取监管措施、被北交所采取纪律处分。



## 关联交易占比过高，是否会成为企业 IPO 的障碍？

◆文/李玉荃

### 导语

关联交易在企业发展过程中是非常普遍的现象，但关联交易的合法合规性问题，向来都是中介机构辅导企业 IPO 以及监管机构进行 IPO 资料审核的关注重点。关联交易占比过高，是否会成为企业 IPO 的障碍？这个问题需要从以下几个方面进行解答。

### 一、IPO 对关联交易的定义

根据《上市公司信息披露管理办法》的定义，上市公司的关联交易，是指上市公司或者其控股子公司与上市公司关联人之间发生的转移资源或者义务的事项。关联人包括关联法人（或者其他组织）和关联自然人。

具有以下情形之一的法人（或者其他组织），为上市公司的关联法人（或者其他组织）：

1. 直接或者间接地控制上市公司的法人（或者其他组织）；
2. 由前项所述法人（或者其他组织）直接或者间接控制的除上市公司及其控股子公司以外的法人（或者其他组织）；
3. 关联自然人直接或者间接控制的、或者担任董事、高级管理人员的，除上市公司及其控股子公司以外的法人（或者其他组织）；
4. 持有上市公司百分之五以上股份的法人（或者其他组织）及其一致行动人；
5. 在过去十二个月内或者根据相关协议安排在未来十二个月内，存在上述情形之一的；
6. 中国证监会、证券交易所或者上市公司根据实质重于形式的原则认定的其他与上市公司

有特殊关系，可能或者已经造成上市公司对其利益倾斜的法人（或者其他组织）。

具有以下情形之一的自然人，为上市公司的关联自然人：

1. 直接或者间接持有上市公司百分之五以上股份的自然人；
2. 上市公司董事、监事及高级管理人员；
3. 直接或者间接地控制上市公司的法人的董事、监事及高级管理人员；
4. 上述第 1、2 项所述人士的关系密切的家庭成员，包括配偶、父母、年满十八周岁的子女及其配偶、兄弟姐妹及其配偶，配偶的父母、兄弟姐妹，子女配偶的父母；
5. 在过去十二个月内或者根据相关协议安排在未来十二个月内，存在上述情形之一的；
6. 中国证监会、证券交易所或者上市公司根据实质重于形式的原则认定的其他与上市公司有特殊关系，可能或者已经造成上市公司对其利益倾斜的自然人。

## 二、IPO 对关联交易的审核

2020 年 6 月 10 日，中国证券监督管理委员会发行监管部发布《关于发行审核业务问答部分条款调整事项的通知》，形成《首发业务若干问题解答（2020 年 6 月修订）》，其中对关联交易的审核做出明确规定：

问题 16、首发企业报告期内普遍存在一定比例的关联交易，请问作为拟上市企业，应从哪些方面说明关联交易情况，如何完善关联交易的信息披露？中介机构核查应注意哪些方面？

答：中介机构在尽职调查过程中，应当尊重企业合法合理、正常公允且确实有必要的经营行为，如存在关联交易的，应就交易的合法性、必要性、合理性及公允性，以及关联方认定，关联交易履行的程序等事项，基于谨慎原则进行核查，同时请发行人予以充分信息披露，具体如下：

(1) 关于关联方认定。发行人应当按照《公司法》《企业会计准则》和中国证监会的相关规定认定并披露关联方。

(2) 关于关联交易的必要性、合理性和公允性。发行人应披露关联交易的交易内容、交易金额、交易背景以及相关交易与发行人主营业务之间的关系；还应结合可比市场公允价格、第三方市场价格、关联方与其他交易方的价格等，说明并摘要披露关联交易的公允性，是否存在对发行人或关联方的利益输送。

对于控股股东、实际控制人与发行人之间关联交易对应的收入、成本费用或利润总额占发行人相应指标的比例较高（如达到 30%）的，发行人应结合相关关联方的财务状况和经营情况、关联交易产生的收入、利润总额合理性等，充分说明并摘要披露关联交易是否影响发行人的经营独立性、是否构成对控股股东或实际控制人的依赖，是否存在通过关联交易调节发行人收入利润或成

本费用、对发行人利益输送的情形；此外，发行人还应披露未来减少与控股股东、实际控制人发生关联交易的具体措施。

(3) 关于关联交易的决策程序。发行人应当披露章程对关联交易决策程序的规定，已发生关联交易的决策过程是否与章程相符，关联股东或董事在审议相关交易时是否回避，以及独立董事和监事会成员是否发表不同意见等。

(4) 关于关联方和关联交易的核查。保荐机构及发行人律师应对发行人的关联方认定，发行人关联交易信息披露的完整性，关联交易的必要性、合理性和公允性，关联交易是否影响发行人的独立性、是否可能对发行人产生重大不利影响，以及是否已履行关联交易决策程序等进行充分核查并发表意见。

问题 38：部分首发企业客户集中度较高，如向单一大客户销售收入或毛利占比超过 50% 以上，在何种情况下不构成重大不利影响？

答：发行人来自单一大客户主营业务收入或毛利贡献占比超过 50% 以上的，表明发行人对该单一大客户存在重大依赖，但是否构成重大不利影响，应重点关注客户的稳定性和业务持续性，是否存在重大不确定性风险，在此基础上合理判断。

对于非因行业特殊性、行业普遍性导致客户集中度偏高的，保荐机构应充分考虑该单一大客户是否为关联方或者存在重大不确定性客户，是

否为异常新增客户；客户高度集中是否可能导致对其未来持续盈利能力存在重大不确定性的重大疑虑，进而影响是否符合发行条件的判断。

对于发行人由于下游客户的行业分布集中而导致的客户集中具备合理性的特殊行业（如电力、电网、电信、石油、银行、军工等行业），发行人应与同行业可比上市公司进行比较，充分说明客户集中是否符合行业特性，发行人与客户的合作关系是否具有一定的历史基础，有充分的证据表明发行人采用公开、公平的手段或方式独立获取业务，相关的业务具有稳定性以及可持续性，并予以充分的信息披露。

针对因上述特殊行业分布或行业产业链关系导致发行人客户集中情况，中介机构应当综合分析考量以下因素的影响：一是发行人客户集中的原因，与行业经营特点是否一致，是否存在下游行业较为分散而发行人自身客户较为集中的情况及其合理性。二是发行人客户在其行业中的地位、透明度与经营状况，是否存在重大不确定性风险。三是发行人与客户合作的历史、业务稳定性及可持续性，相关交易的定价原则及公允性。四是发行人与重大客户是否存在关联关系，发行人的业务获取方式是否影响独立性，发行人是否具备独立面向市场获取业务的能力。

同时，保荐机构应当提供充分的依据说明上述客户本身不存在重大不确定性，发行人已与其建立长期稳定的合作关系，客户集中具有行业普遍性，发行人在客户稳定性与业务持续性方面没

有重大风险。发行人应在招股说明书中披露上述情况，充分揭示客户集中度较高可能带来的风险。符合上述要求，一般不认为对发行条件构成重大不利影响。

从规则解读来看，监管机构对发行企业关联交易占比过高问题的审核重点，并不是交易占比是否超过某个数值，而是在交易的合法性、合理性、公允性和必要性等方面，中介机构基于谨慎原则进行充分核查和信息披露即可。

### 三、案例

#### （一）浙江天地环保科技股份有限公司（以下简称“天地环保”）——2021年9月，三轮问询后终止科创板申报

天地环保为浙能电力旗下专业从事环保综合治理的高新技术企业，主要从事大气污染治理及固废处理业务。报告期内，天地环保向关联方采购粉煤灰及脱硫石膏等固体废弃物，占同类交易比例分别为99.24%、98.03%、99.21%和98.87%。天地环保从电厂取得发电产生的粉煤灰、脱硫石膏等固体废弃物后进行综合利用，生产水泥掺合剂、混凝土添加剂、加气混凝土砌块等产品进行对外销售，并对剩余无法利用的固废进行无害化处理。报告期内，天地环保固废处理业务毛利占营业毛利的比重分别为60.14%、69.57%、58.65%和54.89%。

在第一轮问询函中要求发行人说明：（1）结合可比市场公允价格、第三方市场价格、关联方与其他交易方的价格等，说明关联交易的定价

依据及公允性，是否存在对发行人或关联方的利益输送；（2）从关联方取得固体废弃物关联交易相关业务的可持续性。

在第二轮问询函中关于固废处理业务提问：根据首轮询问的回复，不同区域的粉煤灰等固废处理市场差异度较大，相关价格可比性较低。2018年9月，对浙江省、江苏省、上海市、江西省区域内10家非浙能电力旗下的燃煤电厂进行了调研，但回复未明确周边电厂固废处置价格的具体时点及价格变化情况，回复亦未明确向第三方销售粉煤灰的具体时点及调价情况。请发行人说明：（1）按区域进行价格比较，并结合区域内调研电厂固废价格的具体时点及价格变化情况及幅度，说明是否能充分合理说明公司从关联电厂取得固体废弃物关联交易价格的公允性，以及签订10年长期固定价格合同的合理性及公允性；（3）明确说明向第三方销售固废的具体时点及调价情况，并比较说明关联交易与非关联交易价格存在差异的原因及合理性。

#### （二）北京石头世纪科技股份有限公司（以下简称“石头科技”）——2019年4月，三轮问询后成功挂牌科创板

石头科技的主营业务是研发和生产智能清洁机器人及其他智能电器。报告期内，石头科技与小米集团的交易金额占公司主营业务收入的比重较大，分别为100.00%、90.36%和50.17%。小米通讯负责产品的宣传、销售工作，小米集团同时为发行人股东、最大客户以及分销渠道。

在第一轮问询函中要求发行人说明：（1）

补充披露和小米的具体合作模式、交易定价原则及公允性、利益分配机制等，并结合小米与生态链其他主要企业合作模式的对比分析，说明小米与公司的合作是否符合小米模式的惯常商业逻辑；（5）详细披露公司销售客户集中的相关风险。

在第二轮问询函中要求发行人说明：（1）请对比同类商品市场价格说明关联交易价格的公允性，并明确对关联交易价格是否公允、是否存在影响独立性或者显失公平的关联交易发表核查意见；（2）请发行人补充披露共有专利的发明创造过程，各方投入的人员、资源等情况，知识产权由公司小米共有的原因及合理性，并从技术角度分析并披露与小米共有知识产权的技术升级改造是否主要依赖或受制于小米，公司自有品牌生产对小米是否存在技术依赖。

在第三轮问询函中要求发行人说明：请保荐机构结合发行人产品单位成本与同行业公司的比较及对整体成本的影响、期间费用率尤其是销售费用率与同行业的比较及对期间费用的影响等实际因素，结合问题 4 的题干全面审题，量化分析与小米合作对发行人成本、费用、销售等方面的积极影响。

### （三）问询函回复对比

在问询函的回复中，天地环保和石头科技的保荐机构都对关联交易的相关提问进行了详细的解释，主要从以下几个方面进行解释：

1. 说明关联交易的必要性和合理性；

2. 结合可比市场公允价格、第三方市场价格、关联方与其他交易 3. 方的价格等，说明关联交易的公允性；

4. 经常性关联交易具有逐年下降的趋势，偶发性关联交易不具有持续性；

5. 公司的业务经营及持续发展与关联方不存在相互依赖；

6. 未来减少并规范关联交易的相关措施。

最终，天地环保终止科创板申报，而石头科技成功挂牌科创板，可见关联交易占比过高并不一定会成为企业 IPO 的障碍，监管机构更关注的是保荐机构对关联交易的必要性、合理性和公允性做出的解释是否充分合理，尤其是在注册制的审核模式下，对于关联交易的金额大小和占比多少，有了更大的包容和解释的空间。

# 知识产权篇



## 我国长视频知识产权在东南亚各国的维权路径

◆文/魏轲

### 一、引言

长视频一般指超过半个小时的视频，以影视剧或综艺节目为主，其区别于众多视频分享网站主打的短视频，与后者多由用户自己制作不同。长视频主要由专业公司完成制作，其版权的获得和保护至关重要。随着中国影视产业的迅猛发展，知识产权这一影视核心资源的商业价值不断受到市场追捧。重利之下，影视行业知识产权纠纷层出不穷，剧本抄袭、海报剽窃、盗版播放等新闻屡见不鲜，我国电视剧、综艺节目等资源的侵权行为在海外时有发生。

### 二、我国影视海外输出的历程及现状

自上世纪 80 年代以来，我国就已经开始向海外输出国产剧，典型的有《西游记》《红楼梦》《三国演义》等。近年来，随着我国文化“走出

去”战略不断加强，国产影视作品“出海”类型更加丰富，影响力不断扩大。2019 年国家广电总局公布的一项数据显示，国产电视剧已出口到全球 200 多个国家和地区。而根据国家统计局公布的 2012 年至 2016 年我国电视节目出口量，向亚洲地区的出口电视剧数量平均在 200 部以上，呈逐年增高趋势。同时，在亚洲地区中，向东南亚国家出口电视剧数量远多于韩国、日本。中国影视剧在东南亚热播，除了地理相邻、文化相通、情感相融等因素外，更深层次的原因是中国经济的快速增长和文化软实力的不断增强。

作为国内电视行业的标杆，湖南卫视是国内最早关注电视行业版权保护的单位之一，也是最早积极研究拓展海外版权布局和维权的单位之一。湖南卫视早就成立了专门部门，负责综艺节目方面的版权引进、本土化制作和模式、成片输

出，并与荷兰 Endemol、Talpa，英国 Fremantle，美国 Disney，德国 Red Arrow 等国际模式巨头及英国 BBC、ITV，韩国 MBC，泰国 True TV 等多家国外电视媒体保持着长期友好合作关系。早在 2008 年，湖南卫视自主研发的综艺节目《挑战麦克风》第一季节目模式泰国正大集团就已购买，成为国内第一家把团队自主研发创新的节目模式销往全球的电视台。同期在越南，纵使湖南卫视没有设立官方渠道，该台的镇台剧集《还珠格格》还是被当地很多民间机构自主制作越南语的版本。

然而，在影视作品的出海过程中，如何对享有著作权的影视内容进行全方位的权利保护，无疑是每个正在或将要经历“出海考验”的专业公司的工作难点之一。本文将以前述影视作品和综艺节目等长视频为例，结合东南亚不同国家的具体情况，探索在自媒体时代，我国“出海”长视频版权在东南亚地区主要国家的保护路径及方式。

### 三、我国影视公司在东南亚主要国家的长视频版权维权途径

东南亚地区有菲律宾、柬埔寨、老挝、马来西亚、缅甸、泰国、文莱、新加坡、印度尼西亚、越南共十个国家。其中，除柬埔寨、缅甸外，其余八个国家与我国同为伯尔尼公约组织成员。因此，我国的影视作品一旦在前述八个国家遭遇侵权，可以依据《伯尔尼公约》并结合当地的立法司法等具体情况开展维权行动。但是，上述东南

亚十国的国情、经济文化发展差异巨大，能够采取的维权路径也不尽相同。依据我们以往的经验，权利人在长视频版权维权方面所面临的主要困难有：（1）由于语言和文化的差异，难以通过关键字的搜索查询、及时发现侵权行为；（2）侵权平台的服务器架或运营设在其他国家和地区，难以准确找到监管国家和地区；（3）各国的发展不一，无统一的模式参考。

一般来说，经济发达国家和地区的知识产权立法、司法和执法的制度、机构、模式往往比较健全和完善，权利人可以通过多种途径进行维权，如新加坡。相对应的，经济较弱的国家和地区在立法司法层面还存在着许多不足和欠缺，权利人的维权之路充满艰辛和不确定：例如泰国、越南、马来西亚、菲律宾以及印度尼西亚，权利人在这些国家的维权效果不甚明显。但值得我们也注意到，随着各国经济文化的发展，打击盗版侵权的解决方案和模式也正在逐步建立。

针对上述不同国家的情况，我们将进行具体分析：

#### 1. 新加坡

东南亚十国中，新加坡作为发达国家，其在司法制度建设方面较为完善，同时各类维权实践也已逐步在当地展开。以美国二十世纪福克斯公司（Twentieth Century Fox）为例，该公司多年前已启动知识产权的全球布局，新加坡即为其在东南亚地区的战略布局点：通过加入当地行业组织、

发动行业力量，联合其他权利人共同推动诉讼的方法，推动自身维权工作在新加坡落地，也取得了良好的成效。因此，“新加坡模式”是非常值得借鉴和学习的。

## 2、泰国

通常来说，权利人在海外发现侵权行为时，首先采取的最为经济的措施就是委托当地律师签发律师函或警示函。一般情况下，普通侵权人在收到前述信函后，将主动停止侵权行为。如果侵权行为仍在继续，则权利人可以考虑通过行政或司法手段来维护自身的合法权益。

泰国法院的民事诉讼一审的平均审理时间大约为 18-24 个月，权利人维权的时间和经济成本较高。因此，泰国正在进一步推进版权相关的立法和司法体系建设，如新发布了 2022 年《版权法修正案》。本次修正案设立了针对网络平台上侵犯版权材料的删除机制。该机制允许版权所有人在网络平台上直接对侵犯版权的作品采取行动，而无需通过传统的法院程序。简单来说，先由版权所有人向服务提供商发出删除通知，以删除或限制对此类侵权作品及其引用或超链接的访问权限。在收到通知后，服务提供商必须立即按照版权所有人的要求行事，并通知被指控侵犯版权的相关服务用户。通过以上渠道，权利人可以在短时间内肃清盗版现象、减少持续侵权带来的后续损失，但不足之处就在于遭受较大损失时，权利人无法通过上述渠道获得一定的经济赔偿，

也无法从根本上打击和解决侵权问题。

因此，权利人在遭受较大损失的情况下，我们向客户建议同步准备通过民事诉讼的渠道来挽回一定的损失。泰国早在 1996 年即颁布了《知识产权及国际贸易设置法及诉讼程序法》，在全国各地设立多处知识产权及国际贸易法院，专门审理知识产权和国际贸易纠纷的一审案件。但是该体系在全国范围内尚未完全建立，目前全国各地的知识产权侵权纠纷均可由“中央知识产权及国际贸易法院”专门管辖。因此，权利人可以通过向该法院提起民事诉讼的方式，维护自身在泰的权益。

具体来说，若权利人采取民事诉讼的手段，先要提交诉状，载明诉讼原因、法律依据和请求。如委托泰国当地律所代理，则需要权利人提供经过国内公证和被泰国大使馆/领事馆认证的授权委托书。实践中，大约在开庭一个月后，审判长会以口头形式宣告判决，书面的正式一审判决则将在几周后公布。针对民事案件的一审判决，双方当事人可以在宣布判决之日起 1 个月内或在法院许可批准的延长期限内，向上诉法院的专门案件、知识产权和国际贸易案件部提出上诉。

除了民事诉讼外，如果案情重大、复杂且可能符合刑事诉讼标准，权利人还可以申请当地有关政府机关（向警察局报案，然后由警察局移交检察院）提起公诉，或提起刑事自诉（程序基本同民事诉讼）。

### 3、越南

越南的知识产权保护一直维持较高的标准，2005年颁布了国内首部《知识产权法》，并于2009年和2019年进行修订与补充，在权利保护范围，权利内容等方面基本上与《伯尔尼公约》、《知识产权与贸易的有关协定》等多个国际版权保护公约相一致。

侵权行为发生后，我们通常结合使用律师函、行政救济及司法救济方式，以达到双方谈判协商解决纠纷案件的目的。权利人可以请求该国主管机关（文化、体育和旅游部下属的越南版权局）以行政方式处理侵权行为，也可以向有管辖权的法院或者仲裁院提起诉讼，保护其合法权益。

在我们过往的普遍实践中，越南的大部分知识产权侵权案件都是通过行政手段处理。如果要采取行政手段维权，权利人须向当地主管部门提出处理侵权行为的书面请求。该请求应当包括知识产权所有人的身份证据和证明被诉侵权行为的证据。经主管部门审查后，如果证实了该侵权行为，主管当局将对侵权者发出制裁决定，包括警告或终止侵权行为命令。

但需要注意的是，行政手段最大的缺点是行政当局不能判决损害赔偿金，无法对权利人予以一定的经济补偿。同时，行政手段虽然程序简单、快捷，但处罚不高，导致案情严重时，对侵权行为的打击力度较弱、对权利人的保护程度差强人意。因此，在出现重大侵权纠纷时，民事诉讼就

成了最主要的选择。

针对上述情况，我们认为，虽然向法院提起民事诉讼的行动往往是非常低效的，并且是一个漫长而花费昂贵的过程，但是能够对盗版情况予以严厉打击、对权利人起到更好的保护效果。权利人选择民事诉讼方式的，须在知道或者应当知道侵权之日起三年内向省级民事法院（专属管辖涉外事项）提交一份附有所有必要文件的起诉书，其中完成国内公证和越南大使馆/领事馆文件认证手续的授权委托书是必要文件之一。法院将检查该起诉书是否满足立案的程序要求。如果符合要求，法院将受理案件并发出预付法院费用通知书，有关费用须在7天内支付。在收到付款后，法院将举行诉前调解、证据交换和法庭审理来处理案件。根据越南法律规定，法院应当在案件受理后约2-6个月内做出判决。然而在实践中，一件民事诉讼案件通常需要12至18个月的时间。

### 4、菲律宾

菲律宾早在2004年发布的第9285号法案，即《2004年替代性争议解决法（Alternative Dispute Resolution Act of 2004）》中，指示所有政府机构鼓励并积极推动使用替代性争议解决（ADR）作为解决争议的有效工具。自2011年起，菲律宾知识产权局就通过其下属的法律事务局开始实施行之有效的ADR计划，主要以行政裁决或调解的方式处理版权侵权纠纷。根据我们处理相关案件的实践证明，此计划一是极大缓解了法

院审理诉讼的压力，二是提供一条更为便利、有效的途径，让权利人避免旷日持久且代价高昂的诉讼。

## 5、印度尼西亚

根据印度尼西亚的相关法律法规，发现侵权行为后，权利人可以向警察机关报案，同时通过诸如替代性争议解决方式、仲裁或向该国的商业法院提起诉讼等寻求救济。权利人在寻求救济时，可以提出补偿或赔偿的请求，也可以申请商业法院发出禁止令，以防止侵权情况进一步扩大。如以诉讼的方式寻求救济，该国商业法院将在收到起诉材料后的90天内作出判决，但是相关的律师费用和诉讼成本无法要求侵权方承担。因此，诉讼的时效性和权威性虽然较好，但其成本不能明确。

## 6、其他国家

余下的马来西亚、文莱、缅甸、老挝以及柬埔寨五国，或是网络传播尚未普及，或是知识产权保护意识薄弱，或是立法司法层面严重滞后，权利人的维权工作暂无实践经验可以参考学习，需要随着前述各国在经济文化、立法司法等各个方面的发展，进一步探索维权途径。

## 结语

对于希望拓展海外市场，尤其是东南亚市场的国内企业来说，刚进入新的市场之时，由于对当地本土情况的熟悉程度不高，深入本地化探索

势必花费高昂的时间成本和经济成本。因此，往往可以通过融入当地的行业组织或是寻找利益共同体，例如加入亚洲视频产业协会（AVIA）的反盗版联盟（CAP），通过集体力量获取维权讯息、推进维权工作，可以更有效地助推海外维权工作的开展。

## 知识产权

## 谈电视节目模式的知识产权保护

◆文/梁雅婧

电视节目整体制作中，其模式在创造经济价值与彰显文化价值中发挥着举足轻重的作用，大大提高了国民经济生活与文化生活水平。随之，各国向电视制作行业的发展迈出前进步伐，引发了电视节目模式版权购买热潮。但与此同时带来的是源源不断的侵权纠纷。

受制于立法滞后性，各国对于此类纠纷至今没有统一的理论基础和实践做法，电视节目模式的法律保护依旧面临着重重困难。不完善的电视节目模式法律保护体系阻碍着电视制作行业的发展。为了推动我国电视行业走向繁荣昌盛，必须对电视节目模式法律保护方式进一步完善与探究。但由于电视节目模式并非一个严格意义上的法律概念，究竟该如何定义，至今在国内外未形成公认结论，各国司法实践也不尽相同。因此，解决电视节目模式的法律保护问题，首先应当厘

清电视节目模式的基本定义与法律定位。

在此背景下，笔者以对《中国好声音》纠纷案的思考为引，试图在“要素组合说”电视节目模式定义的理论下，结合相关研究现状和司法实践，对其要素作为相关法律所保护的客体进行探讨，以完成法律保护机制的构建，该机制是以知识产权体系为主，以《反不正当竞争法》作为补充而形成的。

### 上篇：由《中国好声音》纠纷案引发的思考

#### 1. 案情介绍

《中国好声音》是由上海灿星文化传播有限公司（以下简称“灿星公司”）制作的大型明星真人选秀节目，该节目版权来自荷兰 Talpa 公司的《The Voice Of》。2012年，《中国好声音》首次在浙江卫视电视平台进行播出。

最初，灿星公司以40万美元买进了《The Voice Of》的版权。其与荷兰Talpa公司合作至2016年后欲协商续约，但荷兰Talpa公司以“节目播出后收视率剧增，其所附加的广告利润也再创新高”为由，要求对版权费用进行调整，要大幅度提高收费金额。除此之外还提出新的要求，附加条件以打包销售的形式增加。最终，这场交易以双方终止合作而告终。

紧随其后，浙江唐德影视股份有限公司（以下简称“唐德公司”）遂抓住机会，立刻与Talpa公司进行了联系，并以6000万美元购买了为期4年的《The Voice Of》版权。签订合同后，Talpa公司发送给了灿星公司“终止合作公函”，其中明确指出：自2016年1月8日起，正式宣告终止了与灿星公司制作的《中国好声音》节目合作关系，并对此之前出售的节目版权进行处理，采取全部收回的做法。灿星公司在接到终止通知后，只能选择继续制作《中国好声音》第五季节目。

在此之后浙江卫视联合灿星公司做出重大举措，申请注册了《中国好声音》电视节目名称，以此作为自己的商标，并在微博公众平台上对这一节目进行了大肆宣传。Talpa公司随即表现了对此举的不满，但浙江卫视与灿星公司却不以为然。2016年1月15日，Talpa公司向香港高等法院申请，对星空华文公司发布了临时禁令，该公司属于梦响强音和灿星两家公司的关联公司。2016年2月5日，Talpa公司提出仲裁申请，对香港国际仲裁中心提出要求，关于《中国好声音》

电视节目模式权利纠纷的问题要进行解决处理。唐德公司在同年6月提出诉讼，由北京知识产权法院受理，诉讼请求为灿星公司及世纪丽亮（北京）国际传媒公司赔偿其5亿余元，并申请了行为保全，理由为两家公司侵犯了其商标权，且属于不正当竞争。北京知识产权法院经过调查研究后，在6月20日做出行为保全的裁定，对灿星与世纪丽亮国际传媒两家公司提出要求，即立刻终止与《中国好声音》电视节目相关的一系列行为。

《中国好声音》在接到裁定后，不得不更改了节目名称，以《中国新歌声》的名义进行各种活动，而且不得使用原来的节目标志，所进行的更改是彻底性的。我们针对更名前后的节目进行分析，不难发现，在《中国新歌声》节目所设置的内容中，导师盲选仍然被采用，而且仍然作为最具特色的内容而存在，虽然对转椅转身这一动作进行了调整，所设置的新模式为转身后转椅向前滑动，但与《中国好声音》相比，并不能使一般受众将两档节目区分开来。香港国际仲裁中心2017年3月针对《中国好声音》的名称权利作出了裁决，该节目的汉语版权归荷兰Talpa公司所有。在此之后，由国家工商行政管理总局商标评审委员会做出了无效认定，裁定江卫视关联公司注册《中国好声音》是无效的，被涉及的相关商标的数量为28个。

事情进行到此，都以为关于《中国好声音》的纠纷问题已被解决，但事实并非如此，2017年

5月，浙江广播电视台再一次以唐德公司和其北京分公司向浙江省高级人民法院提起了诉讼，浙江广播电视台的诉求是进行索赔，数额高达1.2亿人民币，其理由是两家公司有严重的不正当竞争行为存在。

当事各方在进行诉讼时付出了大量的精力和财力，要打官司的过程中各方都感到疲惫不堪，对电视节目也产生不利影响。对于唐德公司而言，其所付出的诉讼成本和纠纷解决的周期是最终的胜诉判决所无法弥补的。2018年6月25日，各方当事人终于选择以达成和解终结了此场长达两年的纠纷，《中国新歌声》将改回《中国好声音》，并在7月份如期播出。

### 2. 引发的思考

上述案例涉及到了多种案由，包括由《中华人民共和国民法典》（下文简称为《民法典》）（合同编）所调整的版权买卖关系、由《中华人民共和国商标法》（下文简称为《商标法》）所调整的电视节目名称商标的注册及无效商标的认定，还有《中华人民共和国反不正当竞争法》（下文简称为《反不正当竞争法》）所规制的“傍名牌搭便车”行为。即便存在这么多法律对它的规制，最终该案仍以和解而告终，且多方当事人也并未收获一个最佳的结果。

很明显，在目前的法律体系下，电视节目模式并未得到一个完整的保护，仅仅通过《商标法》来享有相应的电视节目名称权并不能保证该电视节目的实质与内涵也受到相应保护。同时《民法

典》中买卖双方的权利义务关系具有局限性，并不能完全规制第三方的抄袭行为，而《反不正当竞争法》中所规制的“混淆行为”也因“电视节目模式的实质”尚无统一定论而难以认定。因此，在电视节目模式的法律保护现行体制下，寻求最佳亦或说是更多更好的保护手段为当务之急。

在上述案情中，独独没有涉及到的“侵犯了著作权”或者“侵犯了专利权”的案由，由此可见，我国《中华人民共和国著作权法》（下文简称为《著作权法》）与《中华人民共和国专利法》（下文简称为《专利法》）目前还未将电视节目模式明确规定在保护客体范围内，而是否能够适用该两部法律来保护电视节目模式，也是法学界与司法实践所争议之话题。

### 中篇：电视节目模式的性质与定位分析

上篇笔者以《中国好声音》被诉侵权案为例，在深入分析案情后，剖析了该案在司法领域呈现出的问题，并针对电视节目模式的法律保护问题展开了讨论。本篇笔者将话题深入到电视节目模式的性质与定位分析，以为电视节目模式的具体法律保护机制设定一个大前提。

#### 1. 理论界对电视节目模式性质与定位的不同观点

在对电视节目模式进行深入研究后发现，关于是否能成为《著作权法》与《专利法》保护客体的问题仍然存在较大争议，究其本源是要厘清电视节目模式的性质与定位，是否被包括在两部法律的保护范畴内。而电视节目模式——一个从

电视制作行业中抽取出来的非法律概念，其真正的含义如何？至今在理论上说法不一。

笔者将其主要归纳为以下三种观点：

第一种是架构说。即在电视节目模式这一“骨架”的支撑下，还要把“血肉”添加进去，所要表达的内容必须要体现出独创性的特点。电视节目模式与表达内容相结合后便形成了电视节目。美国作家协会所述定义也正是该类观点的体现，从电视节目的模式来看，其流程框架是固定和具体的，必须把节目的总体特征体现出来，使一般受众能够将其区分开来，不会混淆于其他节目。

第二种是规则说。即电视节目模式作为一种人为制定的“规则”，保持其固定化的本质不变，各地可以结合具体情况制作出相应的电视节目，不受不同地域经济文化背景的限制。中国传媒大学胡智锋教授对该种定义的内涵进行过细致描述，认为可以视电视节目为标准样板，该模式已经通过验证而且较为成熟，其规则和套路都是特定的，同时还要把创造理念和程序规则等内容体现出来，彰显出审美空间的内在张力以及艺术创造的魅力，而且还有外在动力存在，体现出与时代同行的精神价值取向等内容。

第三种是要素组合说。各种类型的节目要素在一定逻辑的作用下所形成的组合体，从要素的来源来看，是经过对电视节目的提炼而产生，以电视节目效果预期为依据对各要素进行组合后形成的形态，即称之为电视节目模式。英国学者提出自己的看法，遵循“要素组合说”来定义电视

节目模式，指的是对一个电视节目进行总结，把多个不可变要素提取出来并进行组合，这些要素组合为节目创意而服务，以此作为电视节目的核心内容。

## 2.“要素组合说”定义下的电视节目模式

笔者意在下文中分析三大观点对电视节目模式的法律保护利弊后，斟酌选择合适的定义，探究本文的电视节目模式的法律保护机制。

以“架构说”为基础，虽然能够对电视节目模式和节目的关系进行说明，但不可否认的是局限性仍然存在。通过对电视节目模式的外延进行探讨，不应仅仅将其定义为“框架”，显然不能包含其全部要素。再者，在电视节目模式属于“作品”还是“思想”仍处于争议之时，直接将其定义为“架构”，也是不符合《著作权法》的法理的。事实上，随着电视节目模式的发展，其内涵早已有了扩大和延伸，从单一传统的舞美设计和故事情节安排，演变成了各要素与经济、政治乃至文化化的有机结合体。因此，仅以“框架”来定义电视节目模式，显然这种方式是不恰当的。

可以看到“规则说”更具说服力，对电视节目模式的基本特点做出清晰的阐述，这对我们深入了解其性质与定位具有深刻的意义，但关于其本质却仍未涉及与剖析，对于司法实践而言，不利于对电视节目模式更加全面的法律保护，故笔者对其保持扬弃的态度，暂不赞同这种概念解释。

转而再看“要素组合说”，在该理论中，

把电视节目模式作为一个整体来进行研究，确定是由各个不同要素所组成，这些要素经过别具一格的创意打磨便形成多种类的各有特色又便于区分的电视节目。从微观层面来看，电视节目模式的组成要素涵盖了多方面的内容，此种定义法为拓宽电视节目模式的法律保护渠道提供了新的思路，意味着可以将各个具体要素抽离出来单独保护。由于电视节目模式并非固定的，而属于不断发展和扩充的动态模式，在深入研究之后可以看到，虽然电视节目模式的“元素”标准在司法实践中难以统一，但可以通过不同法律的修正与完善在不同的时期内调整相应的大致标准。

综上所述，“架构说”“规则说”均存在局限之处，故笔者意在“要素组合说”的定义下来具体探究电视节目模式的法律保护机制。

### 下篇（一）：建立以知识产权法体系为主的法律保护模式

从电视节目制作行业的实际情况来看，可以确定其发展态势是迅猛的，但是与其相关法律法规的不完善，电视节目模式侵权纠纷日益增多却诉诸无口。笔者在下篇中将从《著作权法》《专利法》《商标法》三个司法层面进行探讨，针对电视节目模式的知识产权法体系进行研究，分别对不同的法律保护模式进行阐释。

按照“要素组合说”，电视节目模式从模式的最初形成到电视节目的成功录制，其全过程不仅可以视为一个整体，还可以将其划分为具体的各个部分，将这些具体要素进行准确区分与定位，即可合理归纳于相应的法律保护客体范畴之中。

具体作以下分析理解。

#### 1. 运用《著作权法》保护电视节目模式具有可行性

在“要素组合说”视域下来探讨电视节目模式是否为《著作权法》的保护客体，应该逐一确定其具体要素是否为符合作品特征的其他智力成果。

作品特征即作品的构成要件，主要包括独创性、可复制性和属于人类的智力成果（当然该项在本文中不具备探讨的价值）。

独创性是指智力成果应系作者从无到有，独立创作完成，且需要体现出作者独特的智力判断和选择的个性特征。在对劳动成果能否构成“作品”进行判断时，以此作为核心要件。独创性所强调的是“独”，要求作者具有独立构思的能力，并完成智力成果的创造，但需注意，只要系其本人独立创作完成的作品，即使完全相同，也不应排除其独创性的特征。如果是借鉴前人智力成果的创新性构思，与前作品相比较有着根本的差别，新生作品是完全独立的，比如演绎作品和汇编作品。独创性的“创”，要求人类意识能够在智力成果中体现出来，该独立创作承载着一定的完整性，所体现出的文化价值具有可塑性，或者其他意义存在。“独”与“创”两者的关系是极为密切的，作为构成要件是每个作品都必须具备的。

可复制性是指作品必须可以通过某种有形形式表现出来，从而被他人所感知，使其能够被复制、重复利用和传播，这是作品可展现性，同

时还是可传播性的体现。作品具有可复制性的特点，同时这也是作品经济与精神价值的重要保障，也是作品受法律保护的基础。从本质上看，作品不能仅仅停留在头脑中或者抽象的停留在思想范畴，比如创意、观点、构思则不满足这一特征。

从作品特征的角度看，电视节目模式的流程图、舞台美术设计方案及游戏规则等要素应当受到《著作权法》的保护。“流程”实际上是工业领域的一个概念，国际标准化组织在在 2000 年质量管理体系标准中给出的定义是为“流程是一组将输入转化为输出的相互关联或相互作用的活动”。既然本质是一项活动，那么电视节目的流程设置自然可以做成一套节目整个播出过程的方案，这套方案既是设计者的独立创作，又以一种可复制可传播的文本形式所呈现，自然满足作品的特征。舞台美术设计即“舞美设计”，具有很强的技术性和对物质条件的依赖性，到如今发展成了与演员表演融为一体的舞台剧作品。而“游戏规则”当然也是由设计者将构思表达于有形载体上的智力成果了。在著作权法中，关于所保护的客体特征有着具体的说明，对电视节目模式进行探讨，可以确定的是受保护客体的特征这三种组成要素都是具备的。

美国的 shechanV.MTVnetworks 案便体现了这一构想。《激光突袭战》这部电视节目是由原告创造的，他认为电视节目《遥控器》是对自己作品的抄袭，所以诉讼主张是被告节目侵犯了自己电视节目模式版权。这是典型的维权案例，原告

举证的难度很大，因为两个节目的主要道具是不同的，一个是激光枪，一个是遥控器，显然不符合实质性相似的原则。最后的裁决是在原先所制定的电视节目中，存在大量的独创性元素，属于版权保护的范畴，但是在认定侵权行为时要遵循“实质性相似”原则。虽然本案以败诉告终，但至少存在了“要素组合说”定义下电视节目模式保护的司法实践参照。

## 2. 运用《专利法》也能共同构筑起一道“防火屏障”

尝试运用《专利法》探求对电视节目的保护，早在 2001 年时出现一个典型案例。北京电视台对《梦想成真》这部综艺节目提出专利申请，却以被国家知识产权总局驳回而告终，申请被保护的客体是电视节目模式这个整体，由此可知在当时的情况下，电视节目模式这个整体尚不作为专利保护的客体，但是并不意味着不能开创出《专利法》保护电视节目模式的先河。电视节目模式是否受《专利法》保护，应具体分析其各个组成要素是否符合发明、实用新型及外观设计专利的授权条件。

本文中《专利法》对电视节目模式保护的设计也不是作为整体实现的，仍然是对电视节目模式的某些符合条件的要素进行拆分性保护。理论上存在观点认为，电视节目模式不应被授予专利，因其不符合专利的特征，不可能是对客观世界的改造。但笔者认为这种理解具有很明显的片面性，我们可以试图换一个角度来看问题。

首先，对整个电视节目模式而言，它并不是

改造世界的结果，而是其内部各要素的规则性有机融合，如果将其视为一种“游戏规则”，也同我国《专利法》不予保护的“智力活动的规则与方法”相似。其次，那么能否将电视节目模式视为商业方法而对其保护呢？这需要进一步阐明。保护商业方法并不意味着保护所有的商业方法，同理，保护电视节目模式也不意味着保护所有电视节目模式。电视节目模式虽然可以大致明确其具体流程，但实际运作时，操作者的主观能动性较强，呈现出来的电视节目效果也不尽相同，进而导致标准判定也有一定困难，故《专利法》对电视节目模式全部保护是不切实际的。可是，在“要素组合说”的电视节目模式定义下，其包含的有关元素可以得到保护，比如布景外部设计、节目物品制作方法等要素，就具有外观设计专利及发明专利可考虑授权的条件。

综上，在法治社会的不断发展过程中，要不断拓宽对权利人的保护渠道，努力促成《专利法》对电视节目模式的保护。

### 3. 运用《商标法》锦上添花也未尝不可

电视节目行业领域内已有不少《商标法》保护电视节目模式的案例，如中央电视台曾经把类似“焦点访谈”“东方时空”等栏目名称进行了商标注册。但值得注意的是，这类新闻话题节目本身并不具备独特的模式，即没有被模仿的价值。一是这类节目形式内容单一且固定；二是受政治因素的影响，其被模仿乃至侵权的概率不值一提；三是被注册成为商标的只是节目名称，与

严格意义上的电视节目模式的法律保护并没有必然联系。

运用《商标法》对电视节目模式进行保护时，可以采取把符合条件的各个元素注册为商标这种简单而有效的方式。电视节目模式作为一个整体而言要得到《商标法》全面的保护是难以实现的，但是将电视节目模式拆分为几大要素，让其中的电视节目名称和特定LOGO作为《商标法》保护客体却是可行的。笔者认为，电视节目模式制作团队制作出各类电视节目以及与电视台进行电视节目交易的行为可以认定为服务类的经营活动，故当电视节目模式制作团队有取得商标专用权的需要时，能够向商标局提出商标注册申请且在符合法律规定的情况下应当获得批准，从而获得相应的商标专用权。起初，许多制作团队并没有十分关注电视节目名称和某些特定LOGO的商标注册保护，随着某些电视节目的知名度升高，一些不法分子恶意抢注的行为侵犯到了制作商的合法权益，其维权渠道却很受限制。如果电视节目模式为了处于《商标法》的保护之下，电视节目制作团队可以提前对其节目名称和特定LOGO进行商标注册。

比如本文第一部分所涉及的《中国好声音》侵权纠纷案中，由英文名称“The voice of China”而引出的V字手与麦克风的图案组合就是极具《中国好声音》特色的电视节目形象代表，这样一个具有代表性的LOGO与《商标法》中第八条规定相符，包括辨识度很高的“The voice

of China”歌声。再比如湖南卫视的亲子综艺《爸爸去哪儿》在播出后，好评热潮不断，收视率不断提高，带来的便是其节目名称本身及节目内的配乐的高度识别性，符合《商标法》的注册要求。

尽管《商标法》不能够全面保护电视节目模式整体，但将电视节目模式中更多的能够作为《商标法》保护客体的 LOGO、标志、声音等注册商标进行保护，能够为逐步完善电视节目模式中的其他要素的法律保护奠定良好的基础。

## 下篇（二）：建立以《反不正当竞争法》为补充的法律保护机制

笔者认为《反不正当竞争法》可以作为兜底性法律为电视节目模式从法律层面进行保护。在该法律的第二条对不正当竞争行为做出明确的说明，经营者没有遵循此法律，对其他经营者的合法权益造成损害，扰乱社会经济秩序的行为都属于不正当竞争的范畴。实施该法律，其目的是为了对市场竞争公平秩序进行维护，在当消费者和经营者的权益被侵害时，要对不正当竞争行为进行惩罚，对权利人的合法权益予以保护。当知识产权法体系存在法律漏洞无法进行具体适用时，则可以通过《反不正当竞争法》来维权。

在《反不正当竞争法》第二章中明确列举了不正当竞争行为的种类，因此我们可以根据电视节目模式的定义与特征，从混淆行为、侵犯商业秘密及该法的基本原则（即“一般条款”）等三个角度对电视节目模式进行保护。

### 1. 禁止混淆行为

根据《反不正当竞争法》第六条关于“混淆行为”的相关规定，其可适用于同类电视节目模式的纠纷中。电视节目中所体现的创意与观众对该节目的认知度存在根本联系，如果有其他同类节目为了提高收视率，而模仿、抄袭、复制了这些特色元素，使一般群众混淆了两档节目，在这种情况下，如果制作人的电视节目是先播放的，则可以依据该条款向法院提出申请，由法院对此行为发出禁止的要求。

比如在第一部分中所提的《中国好声音》真人选秀节目中，转椅盲选元素是节目的特色，如果在同类型音乐选秀节目中也利用了此元素，普通受众则会产生误解，认为两个节目之间有关联存在，甚至可以产生误解，认为这是一个节目，所以被界定为混淆行为被严令禁止使用。但是如果此元素出现在真人秀、脱口秀等节目时，观众不会将其混淆，在对电视节目模式进行保护时则此条款不具备适用性。

### 2. 以商业秘密形式保护

欲将电视节目模式认定为“商业秘密”，其必须具有秘密性、价值性和保密性。价值性很好理解，电视节目模式交易热潮与其伴随产生的抄袭风足以说明其具有强大的商业价值，但其是否具备秘密性与保密性却是备受争议的。

大部分学者秉持“电视节目模式并不具备两性”的观点。他们认为，没有被披露过而且公众

并不了解的信息属于商业秘密的范畴。电视节目没有正式播出之前，外界并不了解制作方式和具体内容，为了防止节目模式被泄露，可以通过此条款进行保护。对于已经播出的电视节目，已经不被列为商业秘密的范畴，失去了成为《反不正当竞争法》的权利客体的资格。司法实践中大部分的该类侵权纠纷也是由此而产生。

但笔者却不认同这一观点，虽然电视节目的播放程度不利于某些显而易见的要素（如流程图、背景音乐和角色特征）保密性与秘密性的保护，但对于电视节目中的具体细节，比如灯光如何进行照射、在何种情形下使用何种舞台美术设计，这些都是无法通过仅观察表象而得知的。因此，在这一分析下电视节目模式是可以认定为商业秘密的。相对应，创作团队可通过签订保密协议，电视节目流程图及所有相关设计都成为保密范畴的内容，从源头上对电视节目模式加以有效的保护。

### 3.“一般条款”的保护路径

在《反不正当竞争法》中发挥着“一般条款”作用的是该法第二条第一款、第二款的规定，作为经营者在进行生产经营活动过程中，对于自愿、平等、公平、诚信的原则必须要遵守，不得违背法律和商业道德。不正当竞争指的是在进行生产经营活动时，没有遵循本法律的规定，扰乱市场竞争秩序的同时，导致其他经营者或消费者遭受损失，这种损害他人合法权益的行为都属于不正当竞争行为的范畴。该条文简意赅的“自愿”“平

等”“公平”“诚信”的内容，体现着法律原则的一般性，故也可以适用在对电视节目模式的保护上。

实践中，当案情所涉及的行为并非《反不正当竞争法》明确列举的不正当竞争行为，但又严重危害市场竞争秩序时，可通过此条进行规制，故而也体现出《反不正当竞争法》充分发挥其补充性规范与调整的作用。比如，就电视节目模式的抄袭和模仿而言，其不仅扰乱市场竞争秩序，还影响同类型节目的收视率、广告收入；若该原创节目在我国市场上还具有相当知名度的话，问题则会更加严重：抄袭者借着普通观众对原创节目的良好品质的合理信赖，故意使观众对品质产生错误的联想，以此为手段来达到招揽观众的目的。从其危害来看体现在两个方面，一、原创方所蒙受的经济损失是巨大的；二、对于原创来说，抄袭者是不正义的。即使这种行为难以界定为混淆，但也与商业道德相背离，属于不公平竞争手段，《反不正当竞争法》一般条款对其具有规制权。

最后，还要充分考虑到商业行为本身有其特殊性，相互参考和模仿是不可避免的，立法者要注意到这一点，在考量利益时必须慎重。要明确《反不正当竞争法》的核心，即维持自由竞争秩序。抄袭模仿他人成果的行为必须要对其加以规范，并对抄袭行为做出界定，做出是否违背自由竞争秩序的判断。最高人民法院所提出的意见我们要予以遵循，即要把法律原则的灵活性和适应性发挥出来，同时还要避免出现随意性的问题，

妨碍市场自由和公平竞争的情况要避免出现。

## 结语

《中国好声音》的侵权之争虽然已落下帷幕，但同类型的综艺类节目的侵权纠纷时有发生，全社会对电视节目模式知识产权保护的重要性有了初步的认识，并予以高度关注。但是由于我国对电视节目模式的法律体制不够完善，不能有效的保护节目版权方的利益，由此可知为了从司法层面对对电视节目模式予以更好保护，需要建立更加完善的法律体系。

笔者综合我国电视节目模式保护上存在的问题，认为在对我国电视节目模式进行保护时，可以从两个方面来对其路径进行完善：第一，经过对电视节目模式进行研究，确定具体组成要素，从而分类分别纳入《著作权法》《专利法》及《商标法》的保护范围；第二，充分发挥《反不正当竞争法》的补充作用，加大对电视节目模式版权的保护力度，对电视节目产业的发展要予以高度重视。

本文认为，电视节目模式是一个组合概念，其囊括多种组成要素，明晰了各不同要素作为知识产权法体系及《反不正当竞争法》的保护客体，并结合相关案例辅佐证明之，为电视节目模式的法律保护寻求更完整的路径。相信随着社会科技的进步和学界更加深入的研究与探索，关于电视节目模式保护的法律法规将会陆续出台并逐渐趋于完善。

# 法治民生篇



## 最高法案例引发的思考：愿就业歧视，不再是你我的痛

◆文/张杰 高言

2022年7月6日，最高法院发布了第185号指导性案例『闫佳琳诉浙江喜来登度假村有限公司（以下简称喜来登公司）平等就业权纠纷案』，引起了笔者对就业歧视（平等就业权）问题的思考：就业歧视有哪些表现形式？最高法院发布该案例的积极意义在哪里？本文结合该案例针对就业歧视（平等就业权）问题作一些探讨。

### 一、指导性案例

（一）基本案情：2019年7月，喜来登公司通过智联招聘平台向社会发布了一批公司人员招聘信息，其中包含有“法务专员”“董事长助理”两个岗位。2019年7月3日，闫佳琳通过智联招聘手机App软件针对喜来登公司发布的前述两个岗位分别投递了求职简历。闫佳琳投递的求职简历中，包含有姓名、性别、出生年月、户口所在地、现居住城市等个人基本信息，其中户口所在地填

写为“河南南阳”，现居住城市填写为“浙江杭州西湖区”。据杭州市杭州互联网公证处出具的公证书记载，公证人员使用闫佳琳的账户、密码登陆智联招聘App客户端，显示闫佳琳投递的前述“董事长助理”岗位在2019年7月4日14点28分被查看，28分时给出岗位不合适的结论，“不合适原因：河南人”；“法务专员”岗位在同日14点28分被查看，29分时给出岗位不合适的结论，“不合适原因：河南人”。闫佳琳因案涉公证事宜，支出公证费用1000元。闫佳琳向杭州互联网法院提起诉讼，请求判令喜来登公司赔礼道歉、支付精神抚慰金以及承担诉讼相关费用。

（二）裁判结果：杭州互联网法院作出（2019）浙0192民初6405号民事判决：一、被告喜来登公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告闫佳琳精神抚慰金及合理维权费用损失共计10000元；

二、被告喜来登公司于本判决生效之日起十日内，向原告闫佳琳进行口头道歉并在《法制日报》公开登报赔礼道歉（道歉声明的内容须经本院审核）；逾期不履行，本院将在国家级媒体刊登判决书主要内容，所需费用由被告喜来登公司承担；

三、驳回原告闫佳琳其他诉讼请求。宣判后，闫佳琳、喜来登公司均提起上诉。杭州市中级人民法院作出（2020）浙01民终736号民事判决：驳回上诉，维持原判。

（三）裁判要点：用人单位在招用人员时，基于地域、性别等与“工作内在要求”无必然联系的因素，对劳动者进行无正当理由的差别对待的，构成就业歧视，劳动者以平等就业权受到侵害，请求用人单位承担相应法律责任的，人民法院应予支持。第185号指导性案例载明：本案中，喜来登公司以地域事由要素对闫佳琳的求职申请进行区别对待，而地域事由属于闫佳琳乃至任何人都无法自主选择、控制的与生俱来的“先赋因素”，在喜来登公司无法提供客观有效的证据证明，地域要素与闫佳琳申请的工作岗位之间存在必然的内在关联或存在其他的合法目的的情况下，喜来登公司的区分标准不具有合理性，构成法定禁止事由。故喜来登公司在案涉招聘活动中提出与职业没有必然联系的地域事由对闫佳琳进行区别对待，构成对闫佳琳的就业歧视，损害了闫佳琳平等地获得就业机会和就业待遇的权益，主观上具有过错，构成对闫佳琳平等就业权的侵害，依法应承担公开赔礼道歉并赔偿精神抚慰金及合理维权费用的民事责任。

## 二、什么是就业歧视

上述案例涉及一个关键词“就业歧视”。现实生活中，就业歧视无处不在，实际上就是剥夺了就业者的平等就业权。笔者考虑，为了更好地理解最高法院发布该案例的宗旨，有必要先对就业歧视相关问题进行一下归纳整理。

（一）含义：就业歧视是指没有法律上的合法目的和原因而基于种族、肤色、宗教、政治见解、民族、社会出身、学习方式、性别、户籍、残障或健康状况、年龄、身高、语言等原因，采取区别对待、排斥或者给予优惠等任何违反平等权的措施侵害劳动者劳动权利的行为。

（二）就业歧视的具体表现。在实际生活中，就业歧视表现形式五花八门，但归纳起来主要有如下主要几类：1. 性别歧视。这是现实中较为突出的就业歧视之一，突出的是女性在就业市场上遭遇的性别歧视，招聘中明确限制性别的比比皆是。有的单位虽表面未对性别作出明确限制，但一进入面试程序就“男性优先”。但有些用人单位根据自己的意愿只招收女性或者女性优先，这也可能构成对男性劳动者的歧视。2. 户籍制度与城乡就业歧视。固定的户籍制度从制度上支持了劳动力市场的就业歧视，增加了流动就业迁移成本和流动成本，限制了劳动者在平等基础上自主选择业的权利。3. 年龄歧视。中国人口众多，就业结构出现年轻化的趋势，有的用人单位在招聘时规定了几近苛刻的年龄条件，将一大批年龄较大的求职者排斥在外，越来越多的企业在招聘员工

时，将用人的年龄限定在 35 岁以下。甚至有的单位采用强迫的方法使达到一定年龄的受雇者自动离职或者退休，或者当受雇者达到一定年龄，其升迁就受到影响。4. 身高歧视。有的用人单位往往对求职者的身高做出硬性规定，身高未“达标”的求职者，连面试机会都被剥夺。还有的单位规定身高 160 厘米以下的男性不得当教师。5. 学历歧视。随着人才市场上硕士博士学历的求职者增多，“本科出身论”也开始盛行，出现了博士求职者被“查三代”的现象。即使硕士、博士都出自“名门”，若本科不幸“沦落”到二本或非 985、211 院校，用人单位只需一则招聘简章，就能轻松让你出局。6. 其他。劳动者在就业过程中可能还遭受其他歧视，例如地域歧视、经验歧视；有的公司在招收销售人员时就要求血型为 O 型；姓氏歧视，一个体经营户拒绝录用一位姓舒的男性，原因是因为其姓与“输”谐音，对于生意人来说不吉利。如此等等，不一而足。

### 三、平等就业权的保护

破除就业歧视，保护就业者的平等就业权，法律没有规定吗？答案是否定的。笔者对涉及该权利的法律规定进行了梳理，中国现行法律体系中，针对就业歧视的法律规定主要由以下法律规范构成：

1. 《中华人民共和国宪法》。这是国家根本大法，该法第三十三条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”，它为平等就业奠定了原则和精神基础。该法第四十二条规定：“中

华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”

该法第四条、第三十六条、第四十八条还分别规定了少数民族、有宗教信仰的人、妇女的平等地位及法治原则等，包含了平等就业的含义。

2. 《经济、社会和文化权利国际公约》。这是中国批准的国际条约，该条约第六条和第七条也规定了工作权。

3. 其他法律规定。（1）《中华人民共和国劳动法》第十二条规定：“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”；该法第十三条特别强调妇女享有与男子平等的就业权利，在录用职工时，除国家规定不适合妇女的工种或岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或提高对妇女的录用标准。（2）单行法律《妇女权益保障法》也包含着平等工作权的规范。（3）《中华人民共和国就业促进法》（2015 年修正）第三条规定：“劳动者依法享有平等就业和自主选择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。”该法第二十六条还规定：“用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。”

由此看出，无论是国家根本大法还是单行法律，均对保护劳动者的平等就业权做了相应规定。但过去到现在还依然大量存在就业歧视现象，从这个角度看，依法治国任重道远，全民学法、守法非一夕可实现。

#### 四、第 185 号指导性案例的积极意义

我国非案例法国家，但在实践中形成了案例指导制度，即以发布案例的形式指导下级法院的审判工作、统一司法裁判尺度的一种工作机制。指导性案例本身具有的正确的决定性判决理由和经最高审判组织确定认可的程序安排，共同构成了指导性案例在司法运用中的说服力和指导作用，其拘束力是内在的、事实上的作用，而不能直接作为裁判依据适用。指导性案例在司法运用中定位为指导，体现在法官履行审判职责，形成内心确认时，对法官裁判同类或类似个案产生影响。第 185 号指导性案例的发布，无疑对全国法院类案的处理具有很强的现实指导意义。

第 185 号指导性案例载明：平等就业权是劳动者依法享有的一项基本权利，既具有社会权利的属性，亦具有民法上的私权属性，劳动者享有平等就业权是其人格独立和意志自由的表现，侵害平等就业权在民法领域侵害的是一般人格权的核心内容——人格尊严，人格尊严重要的方面就是要求平等对待，就业歧视往往会使人产生一种严重的受侮辱感，对人的精神健康甚至身体健康造成损害。据此，劳动者可以在其平等就业权受到侵害时向人民法院提起民事诉讼，寻求民事侵权救济。

闫佳琳向喜来登公司两次投递求职简历，均被喜来登公司以“河南人”不合适为由予以拒绝，显然在针对闫佳琳的案涉招聘过程中，喜来登公司使用了主体来源的地域空间这一标准对人群进

行归类，并根据这一归类标准而给予闫佳琳低于正常情况下应当给予其他人的待遇，即拒绝录用，可以认定喜来登公司因“河南人”这一地域事由要素对闫佳琳进行了差别对待。《中华人民共和国就业促进法》第三条在明确规定民族、种族、性别、宗教信仰四种法定禁止区分事由时使用“等”字结尾，表明该条款是一个不完全列举的开放性条款，即法律除认为前述四种事由构成不合理差别对待的禁止性事由外，还存在与前述事由性质一致的其他不合理事由，亦为法律所禁止。何种事由属于前述条款中“等”的范畴，一个重要的判断标准是，用人单位是根据劳动者的专业、学历、工作经验、工作技能以及职业资格等与“工作内在要求”密切相关的“自获因素”进行选择，还是基于劳动者的性别、户籍、身份、地域、年龄、外貌、民族、种族、宗教等与“工作内在要求”没有必然联系的“先赋因素”进行选择，后者构成为法律禁止的不合理就业歧视。劳动者的“先赋因素”，是指人们出生伊始所具有的人力难以选择和控制的因素，法律作为一种社会评价和调节机制，不应该基于人力难以选择和控制的因素给劳动者设置不平等条件；反之，应消除这些因素给劳动者带来的现实上的不平等，将与“工作内在要求”没有任何关联性的“先赋因素”作为就业区别对待的标准，根本违背了公平正义的一般原则，不具有正当性。

杭州市中级人民法院以闫佳琳受到就业歧视，平等就业权受到侵害的事实为依据，以《中华人民共和国就业促进法》为准绳，作出了生效

判决，最高法院将该案例作为指导性案例予以发布，对全国法院审判实务提供统一尺度，此无疑是在宣告：劳动者应依法保护自己的就业平等权；凡存在就业歧视、剥夺劳动者就业平等权的企事业单位、社会团体等，均属违法且必将受到法律的制裁。

从某种意义上讲，第 185 号指导性案例是受到就业歧视劳动者的“保护伞”。笔者亦坚信：“就业歧视”这个与时代格格不入的名词，即将永远告别我们，不再是我们的痛。

## 防治性骚扰

## 用人单位应积极履行防治性骚扰的法律义务

◆文/潘萍

近日，最高人民法院发布 181 号指导性案例，裁判要点指出：“用人单位的管理人员对被性骚扰员工的投诉，应采取合理措施进行处置。管理人员未采取合理措施或者存在纵容性骚扰行为、干扰对性骚扰行为调查等情形，用人单位以管理人员未尽岗位职责，严重违反规章制度为由解除劳动合同，管理人员主张解除劳动合同违法的，人民法院不予支持。”

作为法律实践和法学理论相结合的典范示例，181 号指导性案例不仅为机关、企业、学校等单位直观领会民法典第一千零一十条蕴含的法律原则和法治精神提供了鲜活教材，而且从法律评价的角度为用人单位适当履行防治性骚扰义务提供了行为指引。

## 一、民法典对“性骚扰”的法律规制模式

综合当前世界各国和地区的立法实践，有关性骚扰行为的法律规制模式主要包括两种：职场保护主义模式和人格权保护主义模式。其中，在以美国、英国、加拿大、澳大利亚为立法代表的职场保护主义模式下，性骚扰被视为是“性别歧视”的特殊类型，需要通过法律规制的性骚扰行为以发生在工作场所为限。而在以欧盟、德国、以色列为立法代表的人格权保护主义模式下，性骚扰被视为是“侵权行为”的特殊类型，行为的侵害对象是受害人的人格尊严。从而，法律应当规制的性骚扰不限于发生在工作场所，只要涉及“性”的因素的侵害行为符合侵权责任的构成要件，就应当受到法律的否定性评价。

我国民法典将性骚扰条款规定在“人格权编”中，即已明确把性骚扰界定为侵犯受害人人格权的侵权行为。民法典第一千零一十条除明确“性

骚扰损害责任”是指违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，行为人应当承担的民事责任外，还规定机关、企业、学校等单位负有防止和制止行为人利用职权、从属关系等实施性骚扰的义务。同时，最高人民法院也为性骚扰受害人寻求司法保护提供了更加明晰的法律指引，在民事案件案由“侵权责任纠纷”部分增加规定第三级案由“性骚扰损害责任纠纷”，并释明用人单位违反相应义务需要承担民事责任的纠纷也要适用该案由。从而，对于性骚扰行为的法律规制，我国采纳的是人格权保护主义基本立场，兼采职场保护主义模式。该模式体现了不分行为发生场所，概括性禁止对他人实施性骚扰，同时也从法律责任层面强制规定了用人单位建立健全反性骚扰工作机制的法定义务。

## 二、用人单位预防和制止性骚扰的义务类型

工作场所是性骚扰的高发场域，职场性骚扰通常具有不易察觉的隐蔽特征，行为人往往会利用其与受害人之间存在的职权关系或者从属关系实施性挑逗、性要挟甚至性胁迫等行为，处于不平等地位的受害人则容易基于多重因素考量而选择沉默和隐忍，自力救济的结果往往需以被动离职或主动辞职为代价。此外，职场性骚扰会给受害者造成不同程度的心理伤害，致使其产生不安、疑虑、恐惧、困扰、担忧等不良情绪反映，很难通过职业工作确立自身的人格尊严、人格自由，其身体权、健康权甚至隐私权、名誉权等均有可能受到连锁损害。为强化对受害人的权利保

护，民法典第一千零一十条重视整合用人单位的力量，结合单位对员工的监督管理权能，明确规定了机关、企业、学校等单位应当承担防止和制止性骚扰的义务。具体而言，用人单位应当承担的法定义务类型主要包括两种：

一是合理预防义务。该义务要求用人单位在进行企业合规管理制度建设时，应当公开发布禁止实施性骚扰的行为规范，并规定性骚扰防止措施、申诉程序及惩戒办法等，以此明确单位的价值导向和相应救济机制。民法典虽然尚未规定用人单位在职场性骚扰中所应承担的责任形态，但根据侵权责任原理，用人单位未尽合理预防义务的，受害人可以将侵权人和单位列为共同被告，主张单位承担相应民事责任。

二是及时救济义务。该义务要求用人单位一旦知悉有性骚扰事件发生，就应当积极作出反应，以适当方式处理受害人投诉，并采取有效的补救措施，运用惩戒手段终止骚扰行为。而用人单位的及时救济义务，必然需要现实转化为相关管理人员的履职行为。最高人民法院181号指导性案例为用人单位提供的行为指引是：对于不适当履行制止性骚扰义务的管理人员，用人单位有权以违反有关规章制度为由解除劳动合同。

## 三、用人单位应当建立健全防治性骚扰的工作机制

有观点认为，职场性骚扰行为不仅侵害了他人的的人格权，而且侵害了他人的平等就业权和工作环境权。而根据就业促进法的相关规定，用人单位应当保障劳动者的合法权益，应当向劳动者

提供平等的就业机会和公平的就业条件。并且，性骚扰的存在也会客观降低员工的工作效率，破坏单位的工作氛围、人际关系，削弱员工对单位的归属感和信赖感等。尤其在性别议题日益受公众瞩目的时代背景下，性骚扰事件一旦发生，将会严重影响用人单位的商业信誉和企业形象。所以，用人单位应当立足履行法定义务和建设企业文化的双重目标，建立健全防治性骚扰的工作机制：

首先，用人单位应当在管理制度和员工手册中明示性骚扰是严重违纪行为，列明具体禁止的性骚扰行为方式，设置“其他严重违反公序良俗和社会道德行为”的兜底条款，同时将“实施严重的性骚扰行为”规定为解除劳动合同的情形之一，并明确规定性骚扰投诉程序、受理机构、处理流程与处罚细则。

其次，用人单位应当建立由高管人员、工会组织和员工代表三方组成的专门机构，明确其防治处置性骚扰行为的工作职责，并对机构成员进行专项知识培训、性别意识培训、隐私保护培训以及处置技巧方法培训等。

再次，用人单位应当以法治思维和法治方式正确处置性骚扰事件，要善于兼听则明、广泛调查，要注意保护投诉员工的个人隐私，要重视证据收集和证据固定，保障投诉员工以及提供证人证言的其他人员不被报复，要注意克服受害者“有错论”，保障其劳动权益不受侵害。

此外，用人单位还应当创造良好的工作环境，在不侵犯员工隐私权的前提下，安装能够覆盖全场的监控设备，尽可能提高工作场所的透明度。

## 保险争议解决

## 人身保险合同中如实告知义务的判断

◆文/杨伟

近年来，随着我国保险业的快速发展，保险合同纠纷案件不断增加，由此引发的问题日益突出。与一些国家相比，我国的保险行业起步较晚，在运营过程中不可避免地会走弯路，在业务承保方面，许多保险公司都会出现在承保时条件说得很宽泛，结果理赔时却开始审查客户投保时是否存在限制条件，出现“打马后炮”的行为。维护投保人的保险利益，保障保险人的社会经济效益，平衡投保人与保险人之间的利益，对保险行业的繁荣发展有着重要的意义。

## 案情简介

2018年11月1日，吴某（曾从事过保险工作，在其他两家保险公司投保了人身保险）与某人寿保险公司签订了人身保险合同，约定：投保人和被保险人为吴某，险种为某重大疾病保险，保险期间为终身，交费年限为15年，基本保险

金额为15万元，期交保险费为8240元。投保时身体健康，且符合承保条件的人，均可作为本合同的被保险人。在本合同生效或最后复效日（较迟者为准）起180日内，被保险人因意外伤害事故以外的原因导致身故或患本合同约定的重大疾病的，保险公司不承担责任，退还本合同已交保险费，本合同终止。这180日的时间称为等待期。如被保险人在等待期后发生本合同约定的保险事故，保险公司按下列方式给付保险金：首次重大疾病医疗保险金……首次重大疾病住院医疗保险金……首次重大疾病住院前后急诊医疗保险金……。如果投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险公司决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险公司有权解除合同。如果投保人故意不履行如实告知义务，对于本合同解除前发生的保险事故，保险

公司不承担给付保险金的责任，并不退还保险费。如果投保人因重大过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，对于本合同解除前发生的保险事故，保险公司不承担给付保险金的责任，但应当退还保险费。

同日，吴某依约支付了保险费 8240 元。2018 年 11 月 14 日，吴某在《投保确认单》上签名，但《投保确认单》上“告知事项”内容系电子勾选，均为“否”。2019 年 6 月 25 日，吴某因患甲状腺疾病就诊，经某医院诊断结论为甲状腺结节，同年 6 月 27 日在该医院住院治疗，次日出院，出院诊断为甲状腺恶性肿瘤，共花医疗费用 16546.03 元。

后吴某向该人寿保险公司申请保险赔付，保险公司在走理赔程序时，吴某告知了其分别于 2018 年 1 月 9 日、3 月 5 日在某健康管理有限公司门诊部进行了体检，体检结论为吴某患有牙结石、颈椎骨质增生、尿酸碱度增高、尿亚硝酸盐阳性、子宫内膜增厚、乳腺小叶增生、肝囊肿（多发）、宫颈囊肿（多发）疾病。

2019 年 7 月 30 日，保险公司向吴某送达了《理赔解约通知书》，以吴某分别于 2018 年 1 月 9 日、3 月 5 日体检异常结果在订立保险合同时未在投保“告知事项”第 5 项告知该公司，严重影响了本公司的承保决定为由，决定解除保险合同，不退还保险费。保险公司赔付给了吴某保险金 11273 元。

吴某不服上述处理决定，诉至法院，请求法

院确认人寿保险公司与吴某签订的人身保险单继续有效；人寿保险公司赔付给原告保险金 15 万元，扣除已经赔付的保险金 11273 元，还应当支付保险金 138727 元。

对于此案的处理，有两种不同的意见：

第一种意见认为，本案的保险合同已经解除。吴某在投保时，需要在《投保确认单》中的【告知事项】部分自行申报被保险人吴某的健康状况，吴某对全部需告知事宜选择填报了“否”。保险合同成立并生效后，吴某缴纳了第一期保险费 8240 元。在刚好过 180 天的等待期后的 1 个月，吴某即去医院查出患有重大疾病，时间点上较为巧合。人寿保险公司遂派理赔员进行理赔走访调查，调查中获取了吴某在投保前分别于 2018 年 1 月 9 日、3 月 5 日进行体检的体检报告，两份体检报告均显示体检结果异常，吴某在订立保险合同时进行了隐瞒，未能如实告知保险公司。本案中，吴某身为保险从业人员，应当熟知不告知其在多家保险公司投保且在体检有异常的情形，足以影响保险公司是否承保、如何确定承保条件和保险费率的决定。保险公司并非医疗机构，没有权利也没有能力去审查被保险人吴某的身体状况和既往病史。吴某没有按要求如实填写投保确认单，已违反如实告知义务，保险公司具有合同解除权，其解除合同的行为有效。法院应当判决驳回吴某的诉讼请求。

第二种意见认为，本案中，人寿保险公司主张吴某未履行如实告知义务，隐瞒了体检查出的

异常结果。首先，吴某在其体检报告并没有关于问诊身体状况异样的记录，直至2019年6月25日，吴某在某医院就诊并进行X线诊断，确认为“甲状腺肿瘤（双侧、乳头状癌）”，由此可见，吴某在保险公司投保时并不知晓相关病程，更不存在明知瞒报的情况。其次，保险公司在订立保险合同同时完全有能力审查被保险人的身体状况以及既往病史、投保情况，甚至要求吴某进行体检，以决定是否承保以及保险费率，可见，保险公司未尽审查义务。最后，保险公司提供的证据无法证明其在承保时对投保人吴某的询问内容，不应苛求投保人主动、无限的告知义务。吴某虽在纸质《投保确认单》上签字，但保险公司未提供证据证明告知事项勾选系吴某本人填写。因此，吴某未违反如实告知义务，保险公司不具有合同解除权，法院应当判决吴某与某人寿保险公司签订的人身保险合同继续有效；根据双方合同关于首次重大疾病医疗保险金的约定以及吴某因案涉保险事故花费的实际情况，保险公司应当向吴某支付的保险金为11273元，保险公司已支付此款，驳回吴某的其他诉讼请求。

笔者同意第二种意见。根据《中华人民共和国保险法》第十六条第一款规定：订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知；以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释》第六条规定：投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。当事人对询问范围及内容有争议的，保险人负举证责任。保险人以

投保人违反了对投保单询问表中所列概括性条款的如实告知义务为由请求解除合同的，人民法院不予支持。但该概括性条款有具体内容的除外。

我国保险立法采取的是询问告知主义模式，投保人并非履行无限告知义务。如实告知的意义在于帮助保险人判断是否同意承保或确定保险费率。就保险合同能否订立而言，保险人具有最终的决定权，而且保险公司对影响保险合同订立的事项比投保人具有更专业的知识，更清楚哪些因素可能会影响到承保。因此，法律赋予保险人询问权，对影响承保的重要事项进行询问。对保险人没有询问的事项，投保人没有告知不构成对告知义务的违反。

本案中，吴某的告知义务是在订立合同中应将保险标的重要事实情况反馈给人寿保险公司，保险公司再据此决定是否承保并调整保险费率。吴某是否存在故意或因重大过失未履行告知的行为应予综合考量。吴某在投保前在其他保险公司的投保情况并不当然的影响保险人的承保行为，且保险公司在订立保险合同时完全有能力审查被保险人吴某的身体状况以及既往病史、投保情况，以决定其是否承保及保险费率（此时如果保险公司担心客户带病投保还可以主动要求客户进行体检，确认客户的身体是否健康再决定是否承保，但投保人客户不是必须要主动进行体检）。保险公司在给吴某签发保险单之前，其业务员就已向吴某进行了询问是否患有保险合同上列明的重大疾病，吴某如实回答没患有上述重大疾病，

此时吴某确实没有患有保险合同上列明的重大疾病。电子勾选告知并非吴某本人操作，都是由保险公司的业务员完成。业务员的所有提问吴某都一一做了回复，最终得到保险公司认可并同意承保。吴某履行了如实告知的义务。

### 结语

在人身保险合同中，关于如实告知义务有以下两点需要注意：

**一、投保人如实告知的范围。**应当以保险人提出的具体、明确的询问内容确定投保人承担如实告知义务的范围。确定投保人履行如实告知义务的范围，应当从以下两个方面进行考量。一是保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问，对于保险人未询问的情况，投保人无需主动告知，且该询问内容应是具体的、明确的，对于概括性询问及兜底性条款，如“其他应告知事项”之类的问题，投保人若回答不全面或不予告知，不应视为未履行如实告知义务。二是限于投保人知悉的情况。保险人提问的内容如果超出了投保人知道或者应当知道的情况，保险人不得据此主张投保人未履行如实告知义务。

**二、保险人询问内容的证明。**通常情况下，保险人会以投保人已在告知事项表上签字确认来主张自己已向投保人进行过询问及询问内容。在审判实践中，若投保人在告知事项表上签字确认，法院一般都会认定保险人已经进行过询问，告知事项表上的回答为投保人真实意思表示，除非有相反的证据足以推翻。投保人将自身健康状况如实告知保险人，保险人同意承保，向投保人发送保险合同、保险单等，投保人对保险利益产生了合理信赖。发生保险事故时，保险人应当按照保险合同约定向投保人承担保险责任。



## 《民法典》的医疗卫生相关条文解读

◆文/林思雅

为正确处理医疗损害责任纠纷案件，推动构建和谐医患关系，促进卫生健康事业发展，《民法典》中部分条文涉及到医疗卫生领域，尤其是在第七编第六章医疗损害责任部分，提到涉医部分共十一条，每一条内容都和医疗机构及医务人员直接相关。通过整理、解读相关法条可以帮助患者、医疗机构及医务人员更好地理解自己的权利与义务，应对争议时各方能更好地进行沟通、协调。

有鉴于此，笔者将《民法典》中与医疗卫生相关的条文进行整理，同时与之前的《侵权责任法》第七章进行对比，并简单地分析指出相关变化。详列法条及个人理解如下：

### 一、禁止抵押的财产范围（涉及医疗机构设施）

第三百九十九条 下列财产不得抵押：

- （一）土地所有权；
- （二）宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权，但是法律规定可以抵押的除外；
- （三）学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；
- （四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- （五）依法被查封、扣押、监管的财产；
- （六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

解读：本条规定了公益性事业单位的财产如疾控中心等类似机构不可进行变卖和抵押，《民法典》将“医院”改为“医疗机构”，是在法律

制度上支持第三方检验等民营医疗机构的市场化发展。

## 二、《民法典》人格权编对医疗卫生领域的相关规定

第九百九十六条 因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

解读：本条规定了违约精神损害赔偿。原《合同法》规定违约责任和侵权责任竞合只能择一而诉。根据本条规定，违约行为造成精神损害可以直接适用精神损害赔偿责任进行救济。如果是提起的医疗服务合同之诉，那么就可以在符合本条情形时要求院方承担精神损害赔偿。

另外，本条与《民法典》侵权责任编第1183条的关系为：第1183条是普通规定，本条是特别规定，具有优先适用的效力。

第一千零五条 自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的，负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。

解读：本条规定的法定救助义务保护的范围限于生命权、身体权、健康权，其他人格权不在此限。

特殊职业如医生具有法定救助义务，比如《执业医师法》第二十四条规定：“对急危患者，医师应当采取紧急措施进行诊治；不得拒绝急救处置”，以及《医疗机构管理条例》第三十一条规

定“医疗机构对危重病人应当立即抢救。对限于设备或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊病情急危重患者至医院就诊，无论其是否缴纳医疗费用或其他情形，医疗机构都应该实施紧急救治”。至于急危重患者的判断标准以《国家卫生和计划生育委员会办公厅关于印发需要紧急救治的急危重伤病标准及诊疗规范的通知》为准。

第一千零六条 完全民事行为能力人有权依法自主决定无偿捐献其人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。任何组织或者个人不得强迫、欺骗、利诱其捐献。

完全民事行为能力人依据前款规定同意捐献的，应当采用书面形式，也可以订立遗嘱。

自然人生前未表示不同意捐献的，该自然人死亡后，其配偶、成年子女、父母可以共同决定捐献，决定捐献应当采用书面形式。

解读：本条规定了有权决定捐献人体细胞、组织、器官和遗体的主体，必须是完全民事行为能力人。

第一千零七条：禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。

违反前款规定的买卖行为无效。

解读：本条是禁止买卖人体组成部分的规定。任何人体细胞、人体组织、人体器官以及遗体，都不是交易的对象。安徽怀远一起非法摘取器官案中，11名死者肝肾被非法摘取，6名被告人中

有4名医生涉案，最终被判故意毁坏尸体罪。

但出于救助他人的高尚目的，自然人可以将自己的身体组成部分或者遗体捐献给他人或者公益组织，这不属于买卖。

第一千零八条 为研制新药、医疗器械或者发展新的预防和治疗方法，需要进行临床试验的，应当依法经相关主管部门批准并经伦理委员会审查同意，向受试者或者受试者的监护人告知试验目的、用途和可能产生的风险等详细情况，并经其书面同意。

进行临床试验的，不得向受试者收取试验费用。

第一千零九条 从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。

解读：以上两条是《民法典》人格权编新增对医学临床试验活动进行严格规范、对人体基因、胚胎等科研活动的严格限定。跟随生物科技和医疗科技的飞速发展，《民法典》也创新增加了权利保护的内容，从民事立法角度对医疗科研领域的人格权益保障给予了正面回应。

### 三、《民法典》侵权责任编关于医疗损害责任部分

第一千一百七十九条 侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理

费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

解读：本条规定了人身损害赔偿项目。医疗费包括挂号费、检查费、药费、治疗费、康复费等费用。既包括已经发生的费用，也包括将来确定要发生的费用。医疗费应根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证，结合病历和诊断证明等相关证据确定。

第一千二百一十八条 患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。

解读：本条规定了医疗损害的过错责任与替代责任。基于医务人员与医疗机构之间的聘用、劳务等法律关系，医务人员的医疗行为造成患者损害的，应由医疗机构对患者承担民事责任。即医务人员在诊疗过程中的过错属于职务行为，应当由其所服务的医疗机构承担赔偿责任。

在举证责任分配上，医疗损害责任案件适用过错责任原则，即患者在诊疗活动中受到损害，应当由患者承担相应举证责任，患者应提供证据证明医疗机构或者医务人员具有过错，医疗机构才承担责任。诊疗活动包括诊断、治疗、护理等环节。

第一千二百一十九条 医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时

向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意；不能或者不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其明确同意。

医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

解读：本条规定了医疗机构对于医疗风险、医疗方案的告知、说明义务。对比之前的《侵权责任法》，本条将“书面同意”修改为“明确同意”，体现出了告知方式的改变，不再限定于书面形式的告知，医务人员可根据实际情况采取口头、录音录像等形式，只要取得了患方的明确同意，即符合法律规定。“明确同意”是指患者或家属要明确表示对整个治疗内容的理解，实际上是对医疗机构提出了更高的要求，不仅是形式上要求签字，实质上也要求将治疗内容进行告知并取得明确同意。实践中，有的医生会让患者或家属亲笔书写“对病情了解”，“同意手术方案”，“积极要求手术”等字眼，并签名，以表示他明确知道并且同意进行治疗。

第一千二百二十条 因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。

解读：本条规定了医疗机构紧急救助措施。对于本条中的“不能”如何理解，《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定了下列情形可以认定为“不能取得患者近亲属意见”：（一）近亲属

不明的；（二）不能及时联系到近亲属的；（三）近亲属拒绝发表意见的；（四）近亲属达不成一致意见的；（五）法律、法规规定的其他情形。前款情形，医务人员经医疗机构负责人或者授权的负责人批准立即实施相应医疗措施，患者因此请求医疗机构承担赔偿责任的，不予支持。

第一千二百二十一条 医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。

解读：本条规定了医务人员未尽相当诊疗义务情形下医疗机构的替代责任。医务人员的注意义务就是应当尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务。医疗行为具有未知性、专业性等特点，本条规定的诊疗义务可以理解为一般情况下医务人员可以尽到的，通过谨慎的作为或者不作为避免患者受到损害的义务。

第一千二百二十二条 患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，推定医疗机构有过错：

（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；

（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；

（三）遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。

解读：本条规定的是过错推定责任，一般情

况下的过错推定责任的举证责任分配原则是，举证责任倒置，即在上述三种情形下，患方不需要就医疗机构的过错承担举证责任，而是由医疗机构就其在此三种情形下无过错承担举证责任。同时本条中对于病历管理新增“遗失”扩大了推定过错责任的适用范围，这也要求医疗机构对病历资料的加强管理；新增“违法”销毁，更加精确，便于实践操作。

第一千二百二十三条 因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的，患者可以向药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的药品上市许可持有人、生产者、血液提供机构追偿。

解读：本条规定了因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害的赔偿义务主体。相较之前的《侵权责任法》，本条增加了“药品上市许可持有人”是与新修订的《药品管理法》增加的药品上市许可持有人制度相适应，便于两部法律的同步实施。本条中“缺陷”的含义，可以参考《产品质量法》第46条的规定，即“是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准”。

第一千二百二十四条 患者在诊疗活动中受到损害，有下列情形之一的，医疗机构不承担赔

偿责任：

（一）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；

（二）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；

（三）限于当时的医疗水平难以诊疗。

前款第一项情形中，医疗机构或者其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。

解读：本条规定了医疗机构不用承担赔偿责任的三种情形。增加了“在诊疗活动中”，限定了医疗机构承担责任的范围。

第一千二百二十五条 医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录等病历资料。

患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的，医疗机构应当及时提供。

解读：本条规定了医疗机构及其医务人员对病历资料的填写、保管和提供义务。本条删除了对“医疗费用”资料的保管责任，与《医疗机构病历管理规定》（2013年版）《病历书写规范》等卫生法规相一致，强调对医疗诊疗活动本身的记录。同时增加“及时”是对现实中存在的医疗机构拖延提供病历所作的限制规定，可以有效避免医疗纠纷。

第一千二百二十六条 医疗机构及其医务人

员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。

解读：本条规定了医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密责任。本条增加了对个人信息的保护，与《民法典》中前面关于个人信息的规定进行呼应，进一步加强对患者的隐私、个人信息的双重保护。“个人信息”，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，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。

第一千二百二十七条 医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查。

解读：本条规定了不必要检查禁止义务。不必要的检查，一般是指由医疗机构提供的超出患者个体和社会保健实践需求的医疗检查服务，医学伦理学界把它称之为“过度检查”。过度检查的纠纷属于医疗损害责任纠纷，患方应提供治疗的不必要性和不合理性的相应证据。同时医疗机构应该加强对医务人员的职业道德教育，引导并约束医务人员根据诊疗规范和患者实际情况实施医疗行为，避免过度医疗。

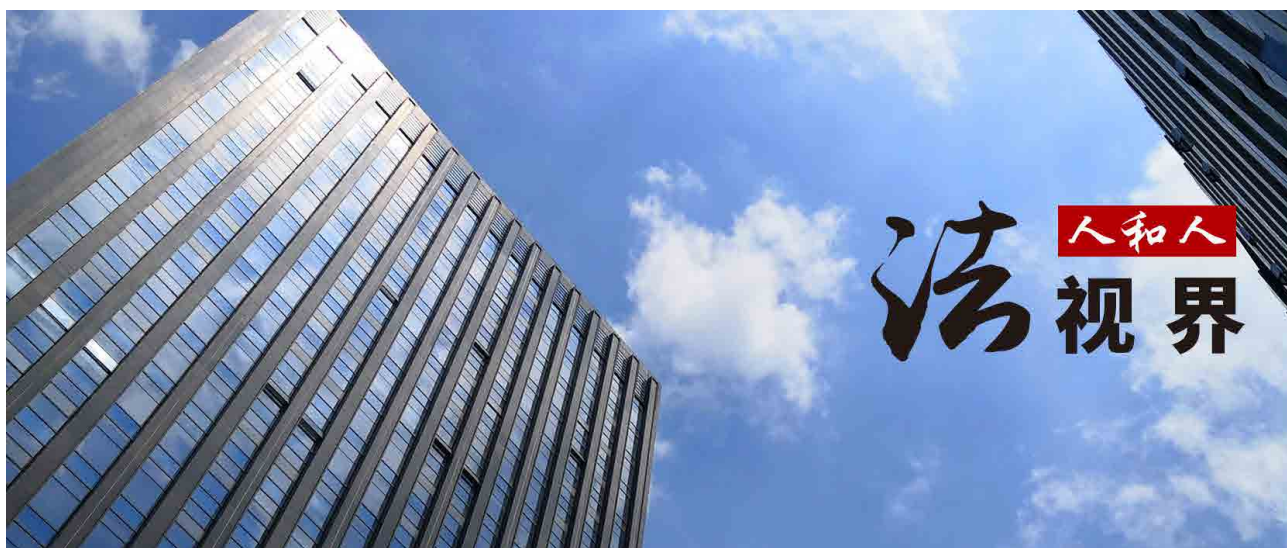
第一千二百二十八条 医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。

干扰医疗秩序，妨碍医务人员工作、生活，

侵害医务人员合法权益的，应当依法承担法律责任。

解读：本条规定了对医疗机构及其医务人员合法权益的法律保护。增加了“侵害医务人员合法权益”的兜底性责任条款，强化并进一步回应了对医务人员的法律保护。这里的法律责任不仅仅包括民事赔偿责任，还涉及行政责任和刑事责任。

以上为《民法典》中关于医疗卫生领域的所有法条内容及初步解读。上述条款体现了立法者在解决医患问题上的良苦用心，既考虑到患者的合法权益，同时也强化了对医务人员的保护力度。本篇旨在帮助患者、医疗机构及医务人员在《民法典》时代下更好地理解自己的权利与义务，以明法促进医疗纠纷的高效、公平解决。如有理解不到位之处，还望批评指正。



## “高空抛物”案件中物业的责任承担

◆文/薛辰鸽

有数据表明，一个30克的鸡蛋从4楼抛下来会让人起肿包，从8楼抛下可以让人头皮破损；18楼抛下可以砸破行人的头骨，从25楼抛下可以让令人当场死亡。从已发生的事故来看，将高空抛物视为全民公敌当真不为过。随着城市化的不断发展，高空抛物问题危害性越来越大，社会舆论关注度也越来越高，但相对应的，相关立法也在不断得到完善。

### 一、高空抛物相关立法的发展

在刑事立法方面，2019年11月，最高人民法院印发《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》，正式将高空抛物定义为违法行为，明确规定对于故意高空抛物者，根据具体情形按照以危险方法危害公共安全罪、故意伤害罪或故意杀人罪论处。2021年2月，《最高人民法院

（七）》规定了高空抛物罪罪名。2021年3月1日，最新刑法修正案（十一）生效，“高空抛物”正式入刑。

在民事立法方面，2010年7月1日开始施行的《侵权责任法》第87条规定：“从建筑物抛掷物品或坠落的物品造成他人损伤的，难以确定具体侵权人的，除可证明自己不是侵权人的，由可能加害的建筑使用人给予补偿。”2021年生效的《民法典》第一千二百五十四条规定：“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。”

### 二、物业服务企业在“高空抛物”中的责任承担

物业服务企业在高空抛物案件中的责任承担，第一次出现在2019年11月最高法院印发的《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》第12条中：“物业服务企业不履行或者不完全履行物业服务合同约定或者法律法规规定、相关行业规范确定的维修、养护、管理和维护义务，造成建筑物及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落致使他人损害的，人民法院依法判决其承担侵权责任。有其他责任人的，物业服务企业承担责任后，向其他责任人行使追偿权的，人民法院应予支持。物业服务企业隐匿、销毁、篡改或者拒不向人民法院提供相应证据，导致案件事实难以认定的，应当承担相应的不利后果。”其中不仅规定了物业服务企业在高空抛物案件中由于未履行或未完全履行其义务而带来的侵权责任，同时也规定了物业服务企业在调查过程中不履行提供证据相关义务的责任。《民法典》中第一千二百五十四条第二款也正式明确地对物业服务企业的责任承担进行了规定：“物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任”。

一般侵权责任的构成要件包括了行为、因果关系、损害结果以及主观过错。其中行为包括作为与不作为，过错包括故意与过失。物业服务企业在高空抛物中的侵权行为属于不作为的侵权行为，也即物业服务企业要先负有作为义务，并且未履行或未完全履行其作为义务，导致了高空抛

物或坠物事件发生，才应当承担责任。

《民法典》第1254条是立法者在总结实践经验的基础上，对高空抛物致人损害的侵权制度的进一步补充和完善。该条款采取综合治理的思维模式，解决各方利益平衡失当的问题，保障社会利益，维护社会秩序。该条正式明确了物业服务企业在高空抛物案件中的责任承担，让物业服务企业承担了违反安全保障义务的侵权责任，扩大了高空抛物侵权责任的主体范围，体现了我国民法以权利为本位的特点，表明了侵权责任强调对于受害人的权利予以救济的立法宗旨。责任主体的增加使得受害人在权利受到侵害后获得赔偿的可能性增大，让受害人多了一条寻求救济的途径，也可以充分调动物业服务企业预防和治理高空抛物的积极性。另外，强调建筑物管理人的安全保障义务，在某些情形下还有利于查清真正的侵权人。比如，2019年7月14日，山东烟台盛鑫物业管理有限公司所辖的富春山居小区某楼某住户从室内将啃食的玉米棒子扔出，砸伤了正在室外带孩子的行人。事后该物业公司发出通告，指出警方正在对相关物证进行DNA检测，请肇事者主动自首，否则将对全楼住户做DNA检测并由肇事者承担全楼所有人员的DNA检测费用。通告发出不久后，肇事者主动登门道歉，由此便及时查清了责任人。虽然建筑物管理人在查清责任人后仍可能因为没有尽到相应的管理义务而承担责任，但在责任人承担主要责任之后，建筑物管理人所承担的责任份额便会大幅度减少，有效激励了建筑物管理人积极履行安全保障

义务或协助警方查清责任人，以使高空抛（坠）物侵权责任的承担方式更为公平合理。

### 三、物业服务企业承担责任的相关案例

司法实践中，高空抛物案件能够确定直接侵权人的，物业服务企业如未履行或未充分履行其安全保障义务，也应承担未履行安全保障义务情况下的补充赔偿责任。2021年4月，厦门市海沧区人民法院宣判一起高空抛物案，物业公司因违反民法典关于安全保障义务的规定，被判承担20%的补充赔偿责任。2019年10月25日中午，海沧区居民曹某在小区内的晾晒区（物业指定）被一高空抛下的窗户把手砸到头顶，事发后当事人家属立即报警，并同时将相关情况告知物业公司。物业公司随后派人随同民警上门调查核实，确认窗户把手系10岁的李某从邻近楼幢10楼的公共走廊窗户处抛下，李某述称该窗户把手原放置于公共走廊窗台上。曹某受伤后被送往医院治疗。治疗结束后，曹某起诉要求李某及李某母亲、物业公司连带赔偿其各项损失共计12万余元。

在庭审中，物业公司辩称其与李某不构成共同侵权，其是物业管理者，最多只是补充责任，不是连带责任。海沧区法院审理后认为，本案系发生于民法典施行前的侵权责任纠纷，原则上应适用《民法典》施行前的法律、司法解释的规定，但关于各方当事人争议的物业公司在高空抛物情形下是否需要承担责任问题，《民法典》施行前的法律、司法解释并无明确规定而《民法典》作出了规定，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》第三条的规定，此种情况可以适用《民法典》的规定。

《民法典》第一千二百五十四条第二款规定：

“物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止从建筑物中抛掷物品等情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任”。依此法律规定，物业公司负有防止高空抛物的安全保障义务。该案中，曹某的受伤虽系李某从高空抛下窗户把手所致，但窗户把手在案发前放置于公共走廊的窗台上，该位置属于物业公司负有管理、维护义务的范围。物业公司作为小区建筑物管理人，对放置于公共区域窗台上的窗户把手未及时清理，也未能举证证明其在事发前有设置“禁止高空抛物”等的安全警示标志，应认定其未尽到安全保障义务，致使本案事故发生。因此，法院综合物业公司的过错程度，最终酌定物业公司对本案损害后果承担20%的补充赔偿责任。

高空抛物因其隐蔽性和随意性，成为“悬在城市上空的痛”。民法典对此树立起鲜明价值导向和行为规范，倒逼物业做好风险防范处置，主动出手拦截高空抛物，这对于化解高空抛物这一城市顽疾具有现实意义，有利于切实维护群众“头顶上的安全”，更好保障居民合法权益。



## 工伤认定探析

◆文/杨伟

经过四十多年的改革开放，我国经济飞速发展，与此同时工伤事故频发，工伤事故和职业病已经严重威胁到劳动者的生命和健康。而工伤认定，是整个工伤认定法律制度程序的第一道程序，是工伤保险制度的一个核心范畴，也是决定受伤职工或者其近亲属是否可以享受工伤保险待遇的关键因素。因此，笔者结合案例，从界定工伤认定的概念、构成工伤的要件等方面提出自己的一些见解，让大家对工伤认定有更好的了解。

案例简介：A公司是某工程项目的总承包方。第三人李某到该项目工地从事木工工作，某日李某在该项目工地工作时，遇工地油漆作业，李某持续在油漆喷雾中工作两个多小时，后眼睛不适，次日被送至B医院救治，又转至C医院治疗，出院诊断为右眼角膜溃疡、右眼前房积脓、左眼外伤史、左眼角膜白斑等病症。李某出院后向某市

疾病预防控制中心申请职业病鉴定，该中心出具的职业病诊断证明书的诊断结论为“无职业性化学性眼灼伤”。后李某向某市人力资源和社会保障局申请工伤认定，该市人力资源和社会保障局经调查核实后作出《认定工伤决定书》，认定李某受伤符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定，予以认定为工伤。A公司不服，向法院提起行政诉讼。

对于此案的处理，有两种不同的意见：

第一种意见认为，根据我国《工伤保险条例》第十四条规定：“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的……”《工伤认定办法》第十七条规定：“职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，社会保险

行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据，依法作出工伤认定决定”。

本案中，李某系A公司承包工程项目的务工人员，因在该项目工地工作时遭遇油漆喷雾环境伤害，导致眼睛受伤，其受伤情形符合上述法律规定。在工伤认定程序中，A公司虽不认可李某受伤系工伤，但未提供充分证据予以证明，某市人社局依据调查核实情况予以认定为工伤并无不当。A公司虽然主张李某眼部受伤不构成职业病，不应认定为工伤。根据《工伤保险条例》规定，因工作遭受事故伤害与患职业病属于工伤保险保障的两类不同的情形，职工受伤害情形不构成职业病，并不能推定其不属于因工作遭受事故伤害的情形。根据某市人社局调查笔录，与李某同班组当天一起工作的其他工人均出现了眼部不适情况，可证明油漆喷雾环境对李某造成伤害。

第二种意见认为，行政机关作出的行政行为主要证据不足的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决行政机关重新作出行政行为。本案中，现有证据无法判定李某的眼部受伤是因工作原因还是因其自身眼部外伤导致，某市人社局作出案涉认定工伤决定主要证据不足，依法予以撤销并责令市人社局重新作出工伤认定决定。

笔者同意第二种意见，工伤认定是劳动行政部门依据法律的授权对职工因事故伤害（或者患职业病）是否属于工伤或者视同工伤给予定性的行政确认行为。工伤认定是一种行政确认行为，确认的结果有四种：是工伤，非工伤，视同工伤，

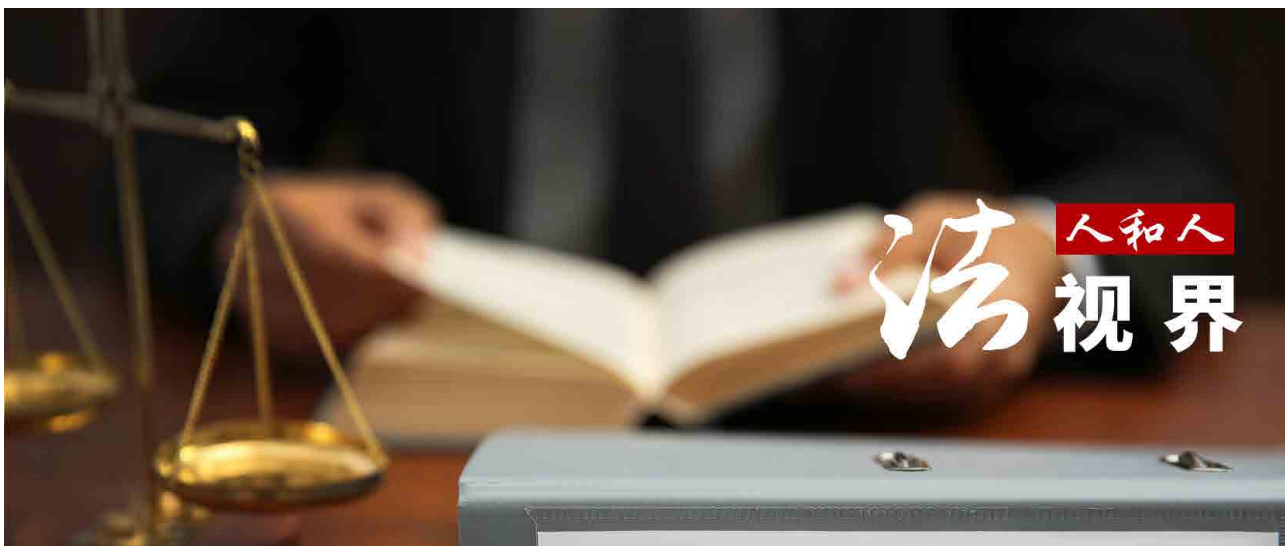
不视同工伤。“不申请，不认定”是工伤认定程序的特点，单位、职工或其近亲属一方对工伤认定结论不服的，可以选择申请行政复议或者进行行政诉讼。

根据我国《工伤保险条例》规定，用人单位职工有以上情形之一的都可以认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（四）患职业病的；（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。职工有下列情形之一的，也视同工伤：（一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；（二）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；（三）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

我国《工伤保险条例》并未直接界定工伤的概念，但我们可以从《条例》第一条规定：“为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险，制定本条例”，

不难看出，我国将工伤定义为：“因工作遭受事故伤害或者患职业病”，构成工伤的要件：1、职工与用人单位之间存在劳动关系；2、职工必须遭受有人身损害的事实存在；3、职工的损害必须是在从事与工作相关的过程中发生的。

《工伤保险条例》列举了法定的工伤类型，由于事故的复杂性，列举式不可能穷尽一切的伤害情形，所以对事故的发生都要不同案件不同处理以适应瞬息万变的社会，这就要求执法者在实践中予以裁量了。首先要找到伤害发生的所有原因，然后再判断哪个原因在这个过程中占主要地位，以此来确定是否属于工伤。本案中，现有证据无法判定李某的眼部受伤是因工作原因还是因其自身眼部外伤导致，某市人社局作出案涉认定工伤决定主要证据不足，法院应依法予以撤销并责令市人社局重新作出工伤认定决定。



## 婚前出资买房，房子究竟算谁的？

◆文/谭思迪

2021年1月1日，《中华人民共和国民法典》正式实施，新增的“离婚冷静期”立马成为舆论关注的焦点，引发了国民更多关于结婚、离婚如何更好保障自己权益的思考。当下离婚率越来越高，离婚纠纷更是让人心身疲惫。而房子和婚姻有着千丝万缕的联系，对于大多数人来说一套房子是多年积蓄。今天我们就来聊聊这个话题，婚前购房就是婚前财产吗？婚前购房出资方式的不同对认定是婚前个人财产还是夫妻共同财产有影响吗？

首先，我们了解一下哪些是夫妻共同财产，哪些又属于夫妻一方的个人财产？

民法典第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产

权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。

民法典第一千零六十三条 下列财产为夫妻一方的个人财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

婚前个人财产是指婚前个人所有的货币及一般的生产投资、生活资料归个人所有。婚前购置房屋的出资形式多样，也就意味着如果离婚，房屋的权属也会有不同。但总得来说民法典对于婚前财产和父母出资有了更明确的认定与保护。

通过接下来几种常见的情况，我们来了解一下如何避免在婚前购房时权利受损。

案例一：张先生的父母在其婚前为其全款购买了一套房屋，且登记在张先生名下，请问该房产是否为张先生的个人财产？

如婚前全款购买该房产，办理了产权登记并登记在张先生名下，该房产毫无争议是张先生的婚前个人财产。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释（一）》第31条，民法典第一千零六十三条规定为夫妻一方的个人财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。需要注意的是，购房时间通常以支付房款的时间为准，即使是婚前付款、婚后领取房产证，依旧视作婚前财产。

若在婚后张先生的父母全款为他购买一套房屋，即使登记在张先生一人名下，未明确约定是对张先生一人的赠与，也将按照夫妻共同财产进行认定。

案例二：张先生的父母为张先生支付了首付款购买了一套房产，并以张先生的名义向银行办理了抵押贷款。房屋登记在张先生名下，婚后由张先生和李女士用夫妻共同财产进行还贷，该房屋归属如何认定？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释（一）》第78条，夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人

财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归登记一方，尚未归还的贷款为不动产登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据民法典第一千零八十七条第一款规定的原则，由不动产登记一方对另一方进行补偿。

也就是说婚前支付首付款，婚后由夫妻二人共同还贷，离婚时可以协商房屋归属与补偿问题。司法实践中离婚时一般将房产判归产权登记方所有（即张先生），并由张先生支付剩余贷款。尽管房子在个人名下，但增值与配偶共同还贷有密不可分的关系，一人独享房屋升值带来的利益是显失公平的。所以婚内夫妻双方共同还贷及房屋增值部分按夫妻共同财产处理，由张先生对李女士进行补偿。

案例三：张先生的父母在张先生和李女士婚前全款购置一套新房，并登记李女士名下，请问离婚时该房屋归属如何认定？

首先要清楚，这套房屋为什么登记在李女士名下。第一可能是单纯的赠与，房屋归属于李女士。第二可能是以结婚为目的的赠与，这就需要对“以结婚为目的”与“父母全款出资”进行举证。同时会根据出资一方家庭经济状况综合考虑全款赠与房屋的可能性。当证据链完整时，实务中大多会将该房屋认定为夫妻共同财产。但是如果婚

姻关系存续期间很短，法官会考虑真实出资情况进行分割。

案例四：张先生和李女士的双方父母在婚前共同出资购买了一套房产，房产登记在张先生和李女士双方名下。该房屋归属如何认定？

一般按夫妻共同财产处理，不等于夫妻平均分配。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释（一）》第29条，当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。该条文明确的仅是婚前双方父母出资的归属，并未涉及所购置房屋的所有权归属问题。在实务中一般按照出资比例共同共有。

案例五：张先生与李女士相恋多年，张先生在婚前全款购买一套婚房，结婚后李女士用自己的积蓄精心装修，还购置了全套家具家电。后因家庭琐事导致感情破裂诉至法院离婚，该房屋归属如何认定？

房子仍归张先生所有，由张先生补偿李女士装修和家具家电费。在司法实践中，买房的钱是谁的？什么时候出资购买的？这是认定夫妻共同房产的两大核心要素，而装修、家电等不作为房产分配的主要考虑因素，只会通过金钱方式进行补偿。

但是往往房产在日益增值，装修家电却随着使用损耗日渐贬值。面对这种情况我们如何保障自己的权利呢？首先，在结婚买房时，双方可以对将购买房屋、家具、装修等使用资金的来源以及权属通过书面方形式保留证据。其次，应尽量避免直接选择一方买房、一方装修的方式购置婚前房屋，可以选择双方共同出资的方式购置新房共同出资装修，明确出资比例，并将房屋登记在双方名下。这样可以避免很多纠纷和麻烦。

案例六：李女士与丈夫张先生2015年登记结婚，未生育子女。婚前，其丈夫全款购买了价格为40万的房屋一套，并登记在自己名下。婚后，王女士用自己婚前住房公积金账户上的10万元对该房屋进行了装修。2019年，其丈夫将该房屋以80万元的价格出售，其中包含婚后装修费用及购买的家具电器费用。2022年初，二人婚姻破裂，李女士将丈夫诉至法院，要求判决离婚，并分割夫妻共同财产，其中包括其丈夫出售市中心房屋所得的收益。

#### (1) 夫妻一方个人财产在婚后产生的收益如何处理？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释（一）》第26条，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。本案中，张先生婚前购买房屋用于两人婚后居住，并非投资，故其出售房屋后的增值部分为自然增值，应归其丈夫个人所有。如果两人结婚后，该房屋用于出租，由于租赁行为本身需要投入时间、精力、

劳动，和单纯的银行利息不同，出租方还有维修房屋的等义务，租金的获取与房屋本身的管理状况密切相连，所以租金属于经营性收入，应认定为夫妻共同财产。

### (2) 夫妻一方的住房公积金或住房补贴是否属于夫妻共同财产？

根据《民法典》婚姻家庭篇第 1062 条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金、劳务报酬和生产、经营、投资的收益以及继承或者受赠的财产应当归共同所有的财产。另外根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第 25 条规定，婚姻期间，一方以个人财产投资取得的收益以及双方取得的住房补贴、住房公积金、基本养老金、破产安置补偿费等属于《民法典》中“其他应当归共同所有的财产”。所以本案中李女士用其婚前所有的个人公积金进行装修，属于个人财产，所以离婚时应将公积金出资部分分割给李女士。



## 民事诉讼

# “借名买房”中的实际购房人如何维护自身合法权益

◆文/丁会原

近些年以来，中央及各级政府时常强调“房住不炒”，为此出台了一系列政策及规定以调控房价。但是在实践中，“借名买房”的行为时有发生。“借名买房”的表现形式为房屋实际购房人（借名人）与不动产登记的所有权人（出名人）不一致，究其原因可分为四类：一、规避限购政策；二、获得贷款审批或贷款优惠；三、获得特定购房优惠或减少税费；四、隐匿财产信息以逃避债务。目前，尚未有明确的法律及司法解释来明确“借名买房”的行为，且各地裁判规则不一，因此实际购房人该如何保障自己的合法利益？本文通过对相关案例研究，梳理出几点重要问题。

### 一、关于借名买房的认定规则

根据《中华人民共和国民事诉讼法》解释第108条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确

信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。”在司法实践中，判定借名买房法律关系是否成立，人民法院需要考虑多种情形：是否存在书面或口头借名约定；无书面的借名约定是否符合常理；首付款项及按揭还款实际出资方是谁；购房合同、发票、不动产权证等相关材料的实际保管人是谁；标的房屋的实际居住或使用人是谁，水电燃气及物业管理等日常费用的实际支付人是谁。通过完整的事实链条，对借名买房事实的证明标准达到了高度可能性，人民法院才会判定成立借名买房法律关系。

在王秀信等与苏玉萍合同纠纷 [1] 一案中，北京市第一中级法院认为借名买房系指当事人约定一方以他人名义购买房屋，并将房屋登记在他人名下，由借名人实际享有房屋权益。借名买房是一种典型的“名实不符”的行为。在缺乏书面

协议的情况下，认定当事人之间是否存在借名买房关系，应当综合以下四点进行判断：房屋的出资、房屋的占有使用、购房票据及产权证书的持有以及对于借名买房有无合理解释。本案中，涉案房屋虽系以王秀信名义购买，但购房款及相关的税费均系由苏玉萍支付。同时，涉案房屋自交付后一直由苏玉萍掌控并实际占有使用，房屋产权证、房款及税费的原始票据亦均由苏玉萍持有，且苏玉萍亦自房屋交付至今一直交纳涉案房屋的物业费等日常费用支出，购买后王秀信、苏玉敏一直未占有使用。基于以上事实，法院认为苏玉萍已就其与王秀信、苏玉敏之间存在借名买房关系的主张完成举证证明责任，且足以确信双方之间借名买房关系的存在具有高度可能性，故法院认定苏玉萍与王秀信、苏玉敏之间存在借名买房合同关系。

## 二、借名买房的效力认定

根据《民法典》的规定，在行为人具有相应的民事行为能力，意思表示真实，不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗的情形下，借名买房合同原则上有效，但具体情况还应结合借名买房的真实原因判断。借名买房合同是否有效，直接决定了借名人能否对房屋主张权利。

### （一）违反法律的强制性规定的借名买房合同无效。

借名人为了隐匿、转移资产以逃避债务或者进行洗钱等非法目的而借名买房，甚至以借名买房为手段进行虚假诉讼。

### （二）对于政策性房屋的借名买房合同原则上无效。

政策性房屋对房屋购买者的资质有严格的审查和公示程序，且由于保障性住房具有公共利益属性，借名购买这类房屋合同由于违反《民法典》的规定而无效。陈燕、罗文珠经济适用房转让合同纠纷一案[2]中，法院认为经济适用房属于政府保障性住房，需要一定的购置资格，罗文珠与陈燕两人明确知晓陈燕无购置资格，仍签订《房屋赠与合同》及《互换住房协议》，将罗文珠的购置资格非法转让给陈燕，违反了经济适用房相关政策，扰乱了正常的市场交易秩序，故确认双方签订的《房屋赠与合同》、《互换住房协议》无效。

### （三）对于规避国家限购政策的借名买房合同的效力，司法实践中还存在较大争议。

如黄育平、蒲小务与刘金星合同纠纷民事一案[3]中，经东莞市中级人民法院审理，黄育平、蒲小务确认二人本来是夫妻关系，现在是离异状态，二人均从事房屋中介业务。可见，黄育平、蒲小务充分熟悉东莞市房地产政策以及市场需求，结合二人与刘金星签订的《借用名额购房协议书》第一条第1项载明：“由于广东省楼市新政策（最新房屋限购政策）出台，甲方（黄育平、蒲小务）不具备购房资格”，故以刘金星的名义购买案涉房屋，并用刘金星的名义申请按揭贷款及后续相关信用贷款的事实，可以推知，黄育平、蒲小务在签订《借用名额购房协议书》之时并不具备购房资格，并且意欲以刘金星的名义申请按

揭贷款和后续相关信用贷款以获取供楼款。黄育平、蒲小务与刘金星签订《借用名额购房协议书》的目的，已偏离正常住房需求以及存在明显投机性购房的目的，故认定黄育平、蒲小务与刘金星签订的《借用名额购房协议书》因违反公序良俗而无效。

而在吴学军、麦秀珍合同纠纷 [4] 一案中，却又出现截然相反的判决结果。本案中广州市中级人民法院审理认为，吴学军、麦秀珍采取借名购房的方式购买涉案房屋，主要是为了规避房地产限购政策，而房地产限购政策是政府为实现“保障房地产市场平稳健康发展，抑制投资投机性购房需求，引导房产交易回归居住属性”的公共政策目标而对房地产市场进行宏观调控的一种手段。因此，为规避限购政策的借名购房行为不属于违反法律、行政法规的强制性规定的情形，应为合法有效。

#### （四）对于规避信贷政策的借名买房合同一般认定有效。

当事人为获取银行贷款、降低首付款比例或贷款利率而借名买房，以此来向银行申办贷款，虽违反了银行的信贷监管政策，但该行为规避的是银行贷款限制及利率政策，且房屋贷款属于实物抵押贷款，金融风险通常相对较低，不能据此认定该行为侵犯了公共利益，故此类借名买房合同通常认定有效。

### 三、总结

目前，对于借名买房这一行为尚没有明确的

法律规定和一致的裁判观点，且基于个人基本生活需要、保障个人生存权及现实中各类复杂因素等，实践中无法避免借名买房这一行为的出现，因此借名买房中的实际购房人更应关注自身合法权益的保护。

通过先前的司法实践，已经在借名合同的效力认定、认定规则等方面形成了明显共识，且前述最高院争议个案亦对此进行了遵循，所谓统一的裁判标准已经相对明确，希望通过相关立法规范和实务审判指引，使实际购房人的合法权益能得到充分保护，使公民财产权得到保障。

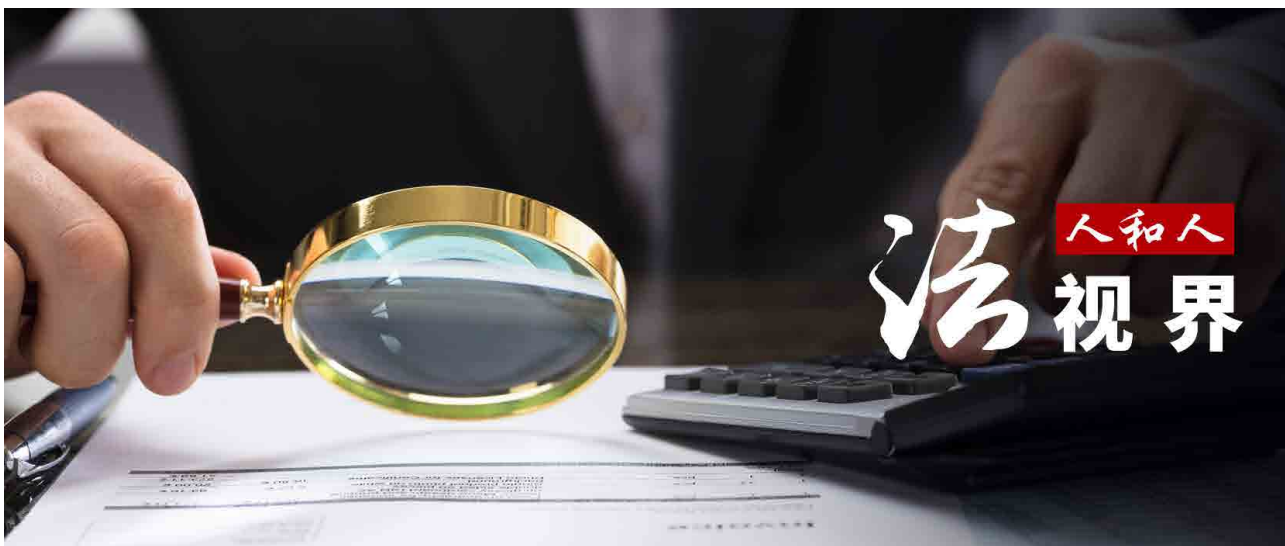
#### 参考文献：

[1]（案例）详见 (2022)京 01 民终 2392 号判决书

[2]（案例）详见 (2017)赣 07 民终 2496 号判决书

[3]（案例）详见 (2021)粤 19 民终 13549 号判决书

[4]（案例）详见 (2019)粤 01 民终 3062 号判决书



## 什么是跳单？别以为能轻易“免单”！

◆文/付倩云

近日，一位化名为H的房产经纪人在网络上发布一篇文章，爆料张某夫妇买房跳单。据这名房地产经纪人所述，在2019年6月21日和22日，张某夫妇在其引导下到现场两次看房，只是后期两人以不喜欢该房源的理由拒绝购买，而中介人员随后发现，张某夫妇实际上跳过了他购买了这套房子。该事件一经发酵，便在网络上引起了轩然大波。

### 什么是跳单？

“跳单”通常是指买卖或租赁双方通过中介居间服务取得联系之后，避开中介自行成交或委托其他中介成交，从而逃避或少付中介费的行为。在《民法典》颁布之前，法院判断一行为是否属于“跳单”主要结合当时的《合同法》相关规定、双方当事人签订的合同、契约精神以及诚实信用原则。在2021年1月1日《民法典》颁布后，“跳

单”行为在法律上有了明确的规定，首次将“跳单”行为上升到了法律层面，这不仅保障了中介人的权益，而且严格限制了违背契约精神的违法行为。

### 相关法条链接：

《中华人民共和国民法典》第九百六十五条规定：

委托人在接受中介人的服务后，利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕开中介人直接订立合同的，应当向中介人支付报酬。

《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》第三条规定：

民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损

当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。

### 如何判断“跳单”行为？

一种行为要定义为“跳单”行为，首先得理解什么是中介合同。根据《中华人民共和国民法典》第九百六十一条规定：中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。因此，判断是否为“跳单”，主要为以下要点：

第一，看中介合同是否已经生效，并且中介人按照中介合同的约定提供了交易机会或者媒介服务。如果中介合同没有生效或者中介人没有按约提供服务，那么“跳单”行为也就无从说起。

第二，看中介合同生效之后，委托人是否因为中介人提供的交易机会或者媒介服务从而与他人订立合同。

案例一：上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案

裁判要点：房屋买卖居间合同中关于禁止买方利用中介公司提供的房源信息却绕开该中介公司与卖方签订房屋买卖合同的约定合法有效。但是，当卖方将同一房屋通过多个中介公司挂牌出售时，买方通过其他公众可以获知的正当途径获得相同房源信息的，买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，其行为并没有利用先前与之签约中介公司的房源信息，故不构成违约。

裁判理由：中原公司与陶德华签订的《房地产求购确认书》属于居间合同性质，其中第2.4条的约定，属于房屋买卖居间合同中常见的禁止“跳单”格式条款，其本意是为防止买方利用中介公司提供的房源信息却“跳”过中介公司购买房屋，从而使中介公司无法得到应得的佣金，该约定并不存在免除一方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的情形，应认定有效。根据该条约定，衡量买方是否“跳单”违约的关键，是看买方是否利用了该中介公司提供的房源信息、机会等条件。如果买方并未利用该中介公司提供的信息、机会等条件，而是通过其他公众可以获知的正当途径获得同一房源信息，则买方有权选择报价低、服务好的中介公司促成房屋买卖合同成立，而不构成“跳单”违约。本案中，原产权人通过多家中介公司挂牌出售同一房屋，陶德华及其家人分别通过不同的中介公司了解到同一房源信息，并通过其他中介公司促成了房屋买卖合同成立。因此，陶德华并没有利用中原公司的信息、机会，故不构成违约，对中原公司的诉讼请求不予支持。

第三，委托人在接受中介人的服务后，是否利用中介人提供的交易机会或者媒介服务，绕开中介人直接订立合同。

案例二：北京智趣家科技有限公司与北京明睿东方信息咨询有限公司中介合同纠纷案

裁判理由：从履行情况考察，从明睿公司履行中介服务内容来看，能够显示中关村创投公司

对于承租房屋的信息来源以及现场看房服务由明睿公司完成，可认定明睿公司已经向承租方进行报告订立合同的事宜以及提供与订立合同最密切相关的推荐和看房服务，且该情况亦告知并登记于委托方即智趣家公司，明睿公司已履行中介服务之义务；从中介服务的义务范围考察，在其他普通涉及中介服务的中介合同履行过程中，价款的最终确定也要基于出租方和承租方的协商和沟通，并非由中介方来确定价格，中介方亦难以对价款起到决定性作用，其仅起到提供交易信息和促成交易作用即可。本案从证据中能够认定明睿公司提供中介服务后未即刻促成的原因并不在明睿公司，而在智趣家公司。具体而言，明睿公司在提供带看服务并和智趣家公司对接后，因智趣家公司临时将每平方米调高价格，导致租赁双方未在当时签订租赁合同，而最终租赁双方在绕过明睿公司后确定的价格还低于调价前最初价格，故智趣家公司的临时调价行为存在故意阻却当时交易成功的嫌疑。所以，即使本案中最终租赁合同的价款合意及合同签订，系TCL公司和中关村创投公司之间系战略合作关系或领导层协商影响，并不能否定明睿公司完成中介服务并积极促成交易之客观事实。



## 代驾小哥电瓶车引爆客户爱车，赔偿责任如何划分？

◆文/唐粤婷

事件：2022年3月11日广东惠州，一名代驾小哥的电瓶车在客户的轿车后备箱爆燃。事故发生后，诸多社会人士都关注一个焦点——车辆保险到底赔不赔？什么险种能赔？如果不赔的话，谁承担车主的损失？

律师分析：

### 一、本事故涉及哪些民事主体？

车主、代驾公司、代驾人和保险公司。

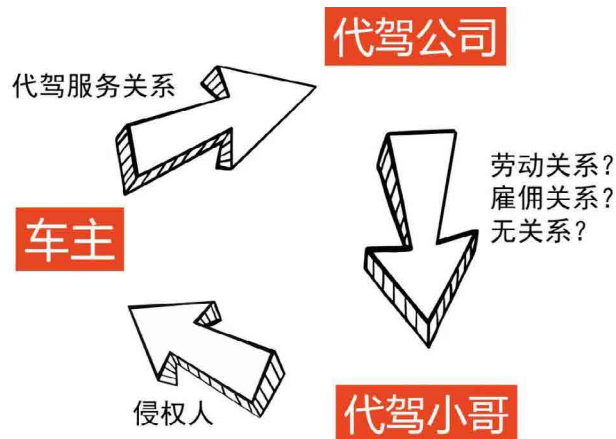
### 二、车主给爱车购买的保险赔哪些？

首先可以确定的是购买的机动车交通事故责任强制保险（以下简称“交强险”）和商业第三者责任险（以下简称“三责险”）都不会对本事故造成的损害进行赔付。因为不管是交强险还是三责险，赔偿范围都是针对本车人员、被保险人以外的受害人、第三者的人身或者财产损失，本事故中车主的轿车本身就是受损车辆，并不存在以外的受害人或者第三者，所以保险公司不会对车主车辆的损失进行赔偿。

其次需要注意车主是否购买了车损险这种汽车商业保险，如果购买，那么车损险有可能对车主的车辆损失进行赔付。车损险中，保险人或其允许的驾驶人员在使用保险车辆过程中，因火灾、爆炸、

自燃（加投自燃险）造成保险车辆的损失，保险人负责赔偿，但是值得注意的是保险免责条款中明确指出，因被保险人或驾驶人员的故意行为造成的损失不属于保险赔偿范围。

### 三、车主、代驾小哥和代驾公司三方之间的法律关系？



如上图所示，我们可以了解到三方之间存在的法律关系。值得注意的是代驾公司和代驾小哥之间关系的认定直接影响背后赔偿责任的分配问题。

### 四、代驾小哥和代驾公司需不需要赔？怎么赔？

本事故属于一般的侵权责任纠纷，侵权人自然是代驾小哥，根据《民法典》第 1165 条的规定，行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。但是，代驾小哥背后的代驾公司在此事故中需不需要先进行赔付？区分情形分析如下：

1、代驾小哥和代驾公司之间属于劳动关系或者雇佣关系，那么根据《民法典》第 1191 条的规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。”故代驾公司需要就本事故造成的损害先行向车主进行赔偿，后向存在故意或者重大过失的代驾小哥追偿，代驾小哥不需要直接向车主赔偿。特别说明一下：《民法典》第 1191 条中的“用人单位”虽然是从《劳动法》和《劳动合同法》中借鉴而来，但其内涵和外延更广，不区分用人单位与劳动者之间是否存在劳动关系。而且“工作人员”也包括临时的雇佣人员，所以雇佣关系责任适用该条并无不当。

2、代驾小哥和代驾公司之间没有关系，代驾公司仅是提供中介服务，这种情况下，代驾公司无需承担赔偿责任，代驾小哥作为侵权人直接向被侵权人车主进行赔偿，如果代驾小哥购买了第三方责任险，本事故发生后将由第三方责任险先进行赔付。

关于代驾公司是否赔付问题分享另一个思路：

案号为（2018）沪民申440号上海市高级人民法院民事裁定书中这样表述：根据《中华人民共和国合同法》第四百零六条规定（《民法典》第929条），有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。亿心宜行公司作为受托人提供的是有偿代驾服务，其指派的驾驶员在代驾过程中发生交通事故且负全责，属于因受托人的过错给委托人造成损失的情形，应当赔偿委托人损失。至于亿心宜行公司系因雇佣关系抑或合作关系指派代驾驾驶员提供代驾服务，并不影响本案所涉法律关系的判定，也不影响其作为受托人向委托人承担合同约定及法律规定的责任。

3、如果本案中代驾小哥系“黑代驾”，那代驾公司无需进行赔付。“黑代驾”为了取得车主的信任方便接单，通常会穿着正规企业的代驾马甲，在网上购买可以调节公里数的计费软件，大部分车主难以分辨。这种情况下系代驾小哥的个人行为，代驾公司可以不承担本案事故责任。

#### 律师建议：

1、完善代驾行业立法，明确监管主体，界定代驾从业人员资格、服务范围以及责任，规范市场交易行为。有了法律制度的约束，才会助力代驾行业更加良性健康地发展。

2、严格规范代驾服务行业，制定标准的代

驾服务合同，加强对代驾人员的资格审查，完善培训考核机制，记录代驾人员的通勤设备，如果是三无电瓶车，强制代驾人员更换。

3、车主在需要代驾时请选择正规有营业资质的代驾公司或平台，不要选择“黑代驾”。

4、代驾人员购买电瓶车时，须详细了解电瓶车的维护方法和注意事项，避免发生因保管不当造成的事故。



## 借条“保证”有学问，责任约定要当心

◆文/栗湘铃

根据原先《担保法》第19条规定，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

《民法典》改变了这一规定，《民法典》第686条第2款规定，当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。这一修改降低了保证人的责任，加大了债权人在订立保证合同时的审慎义务，即未明确约定连带保证的，即认定为一般保证。

但是在认定对保证方式“没有约定”和“约定不明”时要多加注意，在某些情况下，所谓的“约定不明”，也会导致保证人承担连带责任保证，从而导致保证人丧失一般保证的先诉抗辩权。

以下例举三个案例以作说明：

案例一：2021年2月1日，王某与李某、

A有限公司签订了《收益权转让及服务协议》和《收益权转让清单》。其中约定，收益权转让价款150000元，转让期限为六个月，预期年化收益率为7.7%。杜某在其后签字并承诺：“本人杜某经手王某投资150000元（壹拾伍万元整）业务，本人承诺保证按期兑付，如李某、A有限公司到期不履行债务，本人承担王某的全部损失，此承诺负有法律效力。”（本案例根据天津市第三中级人民法院（2021）津03民终255号案例改编）

案例二：2021年2月1日，游某、林一某向赵某借款100000元，并出具一份《借条》给赵某，该借条的主要内容为“兹有本人游某、林一某今向赵某借款人民币（大写）壹拾万元整（¥100000元）（借款人已确认收到全部款项）。还款时间：2021年12月6日。若到期借款人不能履行还款义务，则担保人归还借款本金十万元以及支付相

应的利息利率，利率按月利息的两分计算。”游某、林一某在该借条的右下方借款人一栏签下姓名，林二某在该借条的左下方担保人一栏签下姓名。

案例三：被告周某某因资金周转所需，于2019年12月19日向原告蔡某某借款60000元，并向原告蔡某某书写借条一份，载明“今借蔡某某现金60000元，大写陆万元正（整）”。双方约定借款期限自2019年12月19日至2020年12月19日。被告周某某在“借款人”处签字，被告张某某在“担保人”处签名。

在上述所例举的三个案例中，从字面上看，在保证方式的约定上都没有写明是“一般保证”还是“连带责任保证”，那此时是否可以依据《民法典》第686条第2款规定统一推定为一般保证，保证人都享有先诉抗辩权？答案是否定的。

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释（以下简称“民法典担保制度司法解释”）第二十五条规定，“当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不能履行债务或者无力偿还债务时才承担保证责任等类似内容，具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为一般保证。

当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容，不具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为连带责任保证。”

在上述所举案例一中，保证人杜某在协议中签字承诺“本人承诺保证按期兑付，如李某、A有限公司到期不履行债务，本人承担王某的全部损失。”此保证内容虽然未明确写明保证方式，但是不属于保证人在主债务人确实不能履行债务时才承担保证责任，而是含有保证人在主债务人不履行债务时即承担保证责任的意思表示，不具有债务人应当先承担责任的意思表示，应当将其认定为连带责任保证。

而在上述所例举的案例二中保证人林二某在协议中约定“若到期借款人不能履行还款义务，则担保人归还借款本金十万元以及支付相应的利息利率”，其中的“不能履行还款义务”“则……”属于民法典担保制度司法解释第二十五条第一款所规定的情形，应当认定为一般保证。

以上两个案例中，都未明确写明保证方式，一个表述为保证人在债务人不能履行债务时才承担保证责任，另一个表述为保证人在债务人不履行债务时才承担保证责任，虽然只有一字之差，但是认定结论却迥然不同。

在上述所例举的案例三中，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》第一条规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。涉案合同于2019年12月19日签订，法律事实发生在《中华人民共和国民法典》实施前，应适用当时的《中华人民共和国合同法》、《中

《中华人民共和国担保法》等相关法律的规定，在原、被告对保证方式没有约定或约定不明的情况下，被告张某某应按连带责任保证承担保证责任。

综上所述，在对保证方式是一般保证还是连带责任保证没有明确写明的情况下，首先要考虑涉案合同是否是民法典施行前所签订，其次在阅读合同具体条款的过程中，要考虑保证人是否具有债务人应当先承担责任的意思表示，再予以判定，而不能在合同没有具体写明是“一般保证”或者“连带责任保证”这几个字的情况下，就根据《民法典》第686条第2款规定直接推定为一般保证。

最后，为了更好地维护自身权益，建议债权人与保证人在签订保证合同时明确约定保证方式，以减少不必要的争议，避免造成巨大的损失。

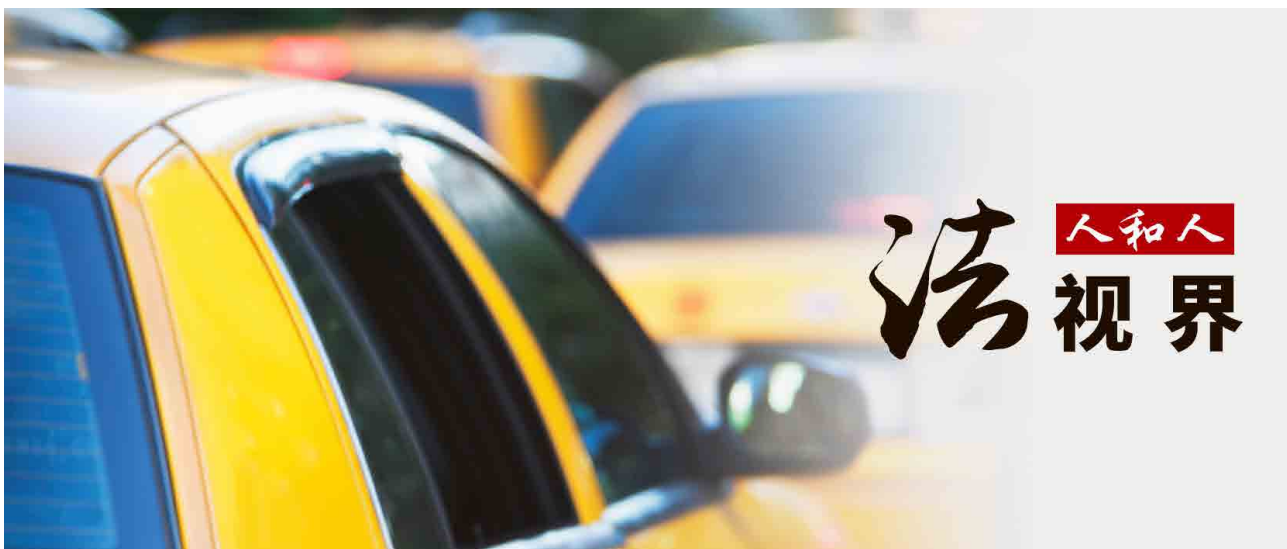
部分名词解释如下：

1. 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

2. 当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。

3. 先诉抗辩权，是指在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能

履行债务前，保证人对债权人可以拒绝承担保证责任。其原理是，保证合同是主债权债务合同的从合同，是对主债权进行的担保。主债务是主债务人自己的债务，是主债务人本来应当自己履行的债务，该债务是第一位债务，是原生债务，是本来债务，因此，该债务首先应当由主债务人自己履行。只有在主债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人才应当履行债务或者承担责任。除非保证人明确表明放弃该权利即首先应当由债务人履行的权利，即承担连带责任，否则保证人只承担第二位的保证责任。因此，法律赋予一般保证人先诉抗辩权。



## “互联网+”模式下劳动关系问题探析—— 以滴滴网约车为例

◆文/曹磊 宋梦叶

随着第三次科技革命的持续发酵，“互联网+”平台飞速发展，以滴滴、美团为代表的共享经济融入人们的生活，增加了就业岗位，促进了市场经济的发展。但在一定程度上，共享平台公司与从业人员之间的权利义务突破了传统的就业模式和劳动关系框架，冲击了现有的社会保障制度。由于“互联网+”时代下劳动权利义务被过度分解，举证责任分配不明确以及法官自由裁量权等原因，造成劳动关系难以确定。如何正确引导“互联网+”时代下劳资关系的健康发展，及时解决“互联网+”时代下劳动关系认定问题带来的纠纷，成为互联网经济发展中的重要课题。

传统模式下，劳动关系从形式、实质两个方面加以认定：《劳动合同法》第十条规定“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”《劳动法》

第十六条规定，劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议。据此可知，判断劳动者与用人单位是否存在劳动关系，首先要从劳动合同的签订入手。同时，《劳动合同法》第七条规定，“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。”这表明劳动关系的建立，不仅要具备形式要件，实质要件也同等重要。根据原劳动部《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定，实务中实质要件主要参考以下几点：劳动者是否实际接受用人单位的管理与安排；劳动者的主要收入是否来源于该用人单位支付的工资与报酬；劳动者从事的劳动活动是否是用人单位的经营业务组成部分；生产资料由用人单位提供还是自行提供；劳动者提供的劳务是连续性还是一次性等。

“互联网+”，顾名思义就是在互联网上发展起来的新兴经济模式，是传统行业依托互联网并与其深度结合的产物，最终实现资源优化配置。以滴滴为代表的网约车专车运营模式，挑战了传统的交通方式，有效提高了闲置车辆的使用率，既方便了出行者又提高了私家车车主的收入。以滴滴网约车为例分析得出，“互联网+”的就业模式与传统的劳动模式既有相似之处，又在传统劳动关系模式上有一些突破。传统劳动关系由用人单位提供生产资料例如生产设备、办公地址等，而本文涉及到的“互联网+”模式下的网约车司机一般都是自己提供网络用车，相当大的一部分人只是赚取车辆维修费用而进行兼职。同时，互联网企业的经营范围与司机从事的运输驾驶工作也不一致，我们所知的滴滴的出租车软件就是由北京小桔技术有限公司开发和运营，其在工商登记机关以技术开发业务为主要经营活动进行登记，而非出租车业务，因此并不是一般意义上的交通运输企业。在滴滴司机的管理上，与传统出租车等公共交通行业相比，工作过程中的人身自由和驾驶员的自由程度大大提高，相比传统行业更具有独立性和开放性，滴滴司机的接单时间、接单与否均是由其自由选择和支配。没有固定的工作时间、工作地点，滴滴平台的规定也多是交易规则，而不是人事管理制度。目前，部分大城市对于作为运营的网约车辆的车型和品牌正在逐步提高准入门槛，且司机对于车辆的维修、保险费用等需自行负责，这在一定程度上更加大了网约车司机的成本。此外，网约车平台对于司机的

薪资福利上，没有作出最低工资保障，也就是说网约车司机的收入完全靠接单带来的提成，而该提成的获取需要先从平台扣除一部分“管理费”。

另一方面，新兴“互联网+”与传统劳动关系模式又存在相似之处。实务中经常出现如下案例：网约车司机张某在驾驶私家车前往一名网约车乘客设定的始发地点时，发生交通事故，并导致另一人受伤。从法律关系上看，乘客通过滴滴打车，滴滴确认乘客订单，一旦乘客坐上滴滴便和滴滴网约车平台成立客运合同关系。根据《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第十六条之规定，网约车平台公司承担承运人责任，滴滴公司应当承担赔偿责任。因此一旦发生事故，乘客只需要找到滴滴即可直接追究滴滴平台的责任。司机有故意或者重大过失，滴滴事后可以向司机追偿。反观劳动法律关系致人损害的相关法律规定，《民法典》第一千一百九十一条规定：“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。”可见，对于网约车公司的事故责任，参考适用了劳动法对于用人单位的责任承担的规定。

以上论述体现了法律在某些情况下没有紧跟经济发展步伐的新问题，法官在裁量是否存在劳动关系的问题上还有很大的任意性。为适应新时代经济社会的快速开展，十九大报告提出提高就业质量的新目标，即强调“加强对灵活就业，新

就业形态的扶持”，“保障非正规就业劳动者权益，实现更高质量的就业”。因此，对“互联网+”劳动关系的审度，是出于对网约车司机的利益考虑，更好地规范网约车运营过程中事故的追责问题，以及对平台合法运行的监管，有助于平台对工作人员的良性管理以及平台的稳健发展。

在“互联网+”法律关系问题上，学界形成如下观点：以网约车为例，提出制定独立承包人制度、合作经营等来应对互联网对传统劳动关系的挑战；按照传统的劳动关系模式，结合形式、实质要件，案件中直接认定为属于或者不属于劳动关系；或者顺应“互联网+”与经济、生活相融合的趋势，结合对劳动关系和劳务关系的理解，将滴滴网约车为代表的新型“互联网+”模式的平台和司机之间认定为劳务关系。可见，“互联网+”模式下互联网平台与从业人员之间的法律关系确立标准并非单一，要视具体情况而定。首先，核对平台的经营范围，发布的信息和工作人员的工作内容进行梳理，例如滴滴平台的工商注册营业范围是以提供信息服务为主，所以应当考虑平台企业是信息服务还是实际掌控劳动资源分配。其次，从实质角度判断“从属性”特征。为顺应互联网经济热潮，相比考虑“依附性”特征，“依附性”的强弱程度更为重要，如判断依据不仅仅考虑工作人员受制于在平台的工作时间或者工作地点，也可以根据平台提供或者二者相互约定的履行方式加以判断。再次，报酬给付是否具有连续性、是否为劳务提供者的主要收入来源、工作收入水平与平台的薪酬制度是否有直接

关系。最后，平台对于从业人员提供者服务的全过程是否尽到了各项管理，包括平台内部规定和评价机制对从业人员是否有约束，平台对其是否实施奖惩、进行培训以及进入和退出的管理等。除此之外，在必要情况下也可以参考德国、日本的域外经验。在新形势的拉动下，立法方面应当更加完善好劳动法律制度、社会保障制度、相关责任追究的规定等，对于网约车、美团等互联网经济发展头部企业，应当主动肩负起健康发展经济的行业带头责任，将劳动法律矛盾、纠纷弱化，加强内部管理，在发展自身的同时，减轻社会风险，及时把握政策和实事动向，为涌现更多的新型经济用工企业做榜样。司法领域，应当增加对于新型用工关系的包容性，实务中应当做到在贯穿劳动法基本原则的前提下做到具体问题具体分析，平衡劳资双方的利益冲突。

“互联网+”劳动模式是将互联网与传统模式的深度结合形成新的商业模式，从生产要素的角度来看，“互联网+”劳动模式只改变劳动力与生产资料的结合方式，而没有改变两者结合的性质。目前，无论是国内还是在海外，都没有应对“互联网+”劳动模式的可行性法律，在一定程度上看出法律滞后于经济社会的发展。因此对于新萌芽的共享经济应该有所创新，以新型的法律规则来正确引导“互联网+”模式行业的正确发展，形成和制定符合新兴经济模式的法律条文，并保障其在实践中依法实施。权衡和保护各方利益、实现劳动者权益有所保障，最终实现经济发展和社会和谐进步的共赢局面。

# 企业文化篇



## 初人人和人的我们：拥抱律所文化

◆文 / 品牌宣传部

习近平总书记指出，文化自信是更基本、更深沉、更持久的力量。这一重要思想成为人和人律师事务所用人和人文化滋润新人成长的指导思想。在这一思想指导下，人和人尤其注重文化建设，形成了独具特色的人和人文化，律所领导也尤其重视用人和人文化引导教育员工，增强员工对人和人文化的认同。用创始人江帆主席的话来说，对于来所求职的新人，知识与能力固然重要，但最重要的是对人和人文化的认同。据此，律所加强了人和人文化的教育和传承，通过多方努力，取得了一定成效。在人和人文化的熏陶下，新人提高了对人和人文化的认识，增强了对人和人文化的认同，开始自觉践行人和人文化。

### 01 认识人和人文化

#### 人和人释义：

一人为人，势单力薄

二人为从，相辅相成

人人为众，众志成城

人和，以和为贵，合乎人心，为仁由己

和人，以人为本，依法治国，本治国固

人和人，以诚为要，和为桥梁，人人为公

#### 人和人使命：

用法律创造价值

让法治深入人心

#### 人和人愿景：

聚焦政府与商事主体，成为社会认可、行业尊重、客户信赖、员工幸福的全国领先律所

### 人和人价值观

知行合一，止于至善

以客户为中心，以奋斗者为本

坚持自我批评

在人和人创立之初，创始人江帆就对“人和人”三个字做了阐释，并思考确立了人和人“知行合一，止于至善”的价值追求，一直延续至今。经过十多年的努力和成长，人和人的使命、愿景、价值观逐渐丰富和完善，它是人和人文化的核心，是人和人存在的意义，它能保证人和人的方向不会偏离。因此，让每一个新进员工认识人和人文化是第一步。

如律师助理 @肖晖明 所言，“这场不限于以人和人文化为内容的培训，又再一次地提醒了自己，为什么选择律师行业、为什么选择加入人和人。”

“一人为人，势单力薄；二人为从，相辅相成；人和人为众，众志成城”，此主“人”之义。“人和，以和为贵，合乎人心，为仁由己；和人，以人为本，依法治国，本治国固；人和人，以诚为要，和为桥梁，人人为公”，此主“和”之义。“和”承载了中华民族的基本精神，在此，也融进了我所的文化内核，要求与当事人之“和”、律所内部之“和”、同行竞争之“和”。“人和人”作为不可拆分的整体，不论是前三句主“人”

之释义，还是后三句主“和”之释义，都阐释了在这个社会上“人和人”的密切联系。

律师助理 @苏骏 “‘人和人’中间的和字，其精髓所在：和美，和谐，和顺。结合到日常工作中，我真切感受到了整个团队内部的美对工作效率和质量的极大影响，只有和美，工作环境才能安定，同事关系才能亲近，无形中工作的效率和质量才会大大提升。”

律师 @王奥林 “‘一人为人，势单力薄；二人为从，相辅相成；人和人为众，众志成城’，人和人强调团队协作，独木难成舟，一个人的力量是有限的，但一群人的力量，却可以达到1+1>2的效果。”@王红 “这充分体现了团队力量的重要性，单打独斗不成器候，团队协作事半功倍。”

律师助理 @卿媛媛 “人和人提倡的团队协作、共同发展的理念吸引了我，最后也非常荣幸与律所之间实现了双向奔赴。众人的力量一定是强大的，凝聚力对团队的发展至关重要，所有的力量拧成一股绳，大家的目标一致、方向一致、利益一致，一定会给整个律所以及每个个体带来更好的发展。”

很显然，“团队”“协作”已然成为新员工在认识人和人文化之后形成的一个共同认知，这也是人和人最基本的价值理念。

### 02 认同人和人文化

文化认同，是指个体被群体的文化影响的一

种感受。习近平总书记强调，“文化认同是最深层次的认同”。对人和人文化的认同，其核心是对人和人基本价值的认同，是凝聚这个团队共同的精神纽带，是人和人延续百年的精神基础。

律师助理 @肖晖明 “‘知行合一’是本人微信号的由来，曾被问及座右铭的当下，我选择了这四个字。‘知’来自于过去对同样的事件做出的‘行’，通过行动改变思想，便会出现新的‘知’，再以新的‘知’指导未来的‘行’，换个更简单的说法，就是将‘知’与‘行’内化为本能。‘止于至善’体现了中国哲学的特征，‘明明德’在于自我检讨、自我修正，‘亲民’在于设身处地，最后可以‘止于至善’。这也与我所贯彻‘以客户为中心’服务理念相映衬——员工先有自身品德及专业修养，然后才能站在客户立场寻求最优的解决方案，最后成就彼此。”

律师助理 @苏骏 “人和人的价值观让我有深刻的共鸣，尤其是‘知行合一’这一点与我的生活经历达到了高度统一。理论与实践的结合，缺一不可，特别是不能空谈，也不能一个劲的蛮干。”

律师助理 @卿媛媛 “‘知行合一，止于至善’强调的是以卓越为核心，实现理论与实践的高度统一，这是职场人的必修课。努力将理论联系实践，以诚信之心待人接物，以成为优秀的‘大律师’为奋斗目标。”

@何为 “‘协作’不仅是对于团队、公司的融入，不可忽视的还有在群体中找寻自己的位

置。如此看来，从觉察自己、剖析自己，到最终培养自身的核心竞争力，每一步皆不可或缺。我很幸运，有机会在人和人遇到了许多对我心怀善意的人，我也非常感激能与大家相遇，我期待一个未来会变得更加坦率、自然的自己，我相信，假以时日，我也会和所有的‘人和人’人一样。”

人，以群分，以类聚。人们在和与自己有共同价值的人一起工作时，会找到归属感，会倾向于展现自己最优秀的一面，正所谓“志同道合”。因此，人和人坚信，共同的价值观，可以激发出强大的团队凝聚力。我们希望经过不断地潜移默化后，每一位新进员工都能逐渐接受、认同人和人文化，并内化为团队共同的价值观。

### 践行人和人文化

人和人的价值主张十分明确，并因之形成了各类操作型规范和强化型规范。可以说，人和人的价值观建设已经渗透到了日常经营管理过程中的每一环节，并且在不断丰富和完善。

律师 @尹艳凯 “人和人以理论与实践的高度统一为价值追求，这要求我们在实际的工作中，对待自己、对待工作，一定要有高标准、严要求。除了学习本职工作的专业技能之外，我们还要加强通识性知识的学习，更要善于把自己已学理论和实践结合起来，不断更新并提升自己的专业技能，提高自身竞争力。唯有如此，才有可能更作为一名‘精且专’的‘人和人’人、法律人。”

“现如今，专业分工越来越细、市场竞争越

来越激烈，合作变的越来越重要。一个人能力总是有限的，总有力所不能及的地方，团结才有力量。团队成员之间相互取长补短，精诚合作，才会把事情做的更好，甚至出现意想不到的效果，这也就是‘人人为众，众志成城’的文化价值体现。”

律师 @王奥林 “人和人强调团队协作。虽然团队成员的工作都有相对的独立性，但若是每个人只顾自己，不顾他人，从长远的角度来看，团队的发展，只会走下坡路，而最终也导致个人的发展严重受限。因此，唯有‘众志成城’，方能战无不胜。”

“作为律师而言，法律理论固然重要，但若要达到为当事人定纷止争的目标，仅站在理论的角度无疑是纸上谈兵，必须消除理论与实践的差距，将两者合二为一。而要做到知行合一，我认为方法论也十分重要。其中较为关键的是要坚持自我总结，做到‘一日三省吾身’，从失败中汲取经验，并将经验运用到下一次实践当中，方能‘以客户为中心’，方能‘止于至善’”。

“国有国法，家有家规，而律所也应当有相应的规章制度，正所谓‘不以规矩，不能成方圆’，科学的制度与奖惩机制能够强化团队成员对组织价值观的接受和遵循，能够充分调动大家的积极性和创造性，能够切实保障个体的合法权益和实现律所的长久利益，同时也能够规范成员行为。作为一名律师，对外应当信仰法律，对内应当遵守律所的规章制度，怀着感恩之心，不断雕琢自

我。”

@王红 “职场赛道的变换，我唯有用奋斗者的初心加倍努力才能尽快融入律所，成为一名合格的‘人和人’人，为律所发展贡献自己的一份力量。”

律师助理 @卿媛媛 “在事业的道路上，我坚定地选择了律师行业，我希望能发挥自己的所学所长，在实现自我价值的同时，也成长为一个对律所、对行业、对社会有价值的人。”

律师助理 @苏骏 “在接下来的日子里，我想我会保持这份本心不断前进，本着时间是检验真理的唯一标准，我确信对于人和人的理念和认同感会随着时间不断加深。我也深深地期待着，在人和人能遇到更好的自己。”

再回到最开始的问题，“为什么选择律师行业？为什么选择人和人？”我们希望得到的回答永远是志同道合，哪怕答案来得迟一点，需要等待久一点，我们都愿意耐心守候。因为，人和人始终相信：先有价值观，后有凝聚力。



## 初入『人和人』的实习生：隔窗窥景，我 看见我未来的模样

◆文/廖宇盛

**编者按：**为响应国家对广大青年去基层开展社会实践的号召，帮助更多青年学子开拓成才之路，促进青年人才与律师行业高质量发展的良性互动。人和人律师事务所自成立伊始，积极与团省委、湖南省青联以及国内各大高校开展律所开放日、暑期实习计划等活动，支持大学生开展社会实践，已累计接收实习生400余名，辐射省内外100多所高校。

下面让我们去听听关于在人和人的实习收获实习生是怎么说的吧！

廖宇盛

实习单位：人和人（株洲）律师事务所

实习岗位：律师助理

学校：中南财经政法大学

### 一、前记

转眼间，我的暑期实习生活就要告一段落了。

回想我第一日来律所面试——端坐在前台边的沙发上等待时，头脑里紧张地猜测面试的问题，

心里既充满走出象牙塔的局促与慌乱，又有着走入新生活获得新体验的期待与兴奋，这般青涩情形在我回忆里已是恍若经年，但默默里算着，实习的日子不过一月。

一月虽短，但我确实经历了许多不曾经历的，体会了许多不曾体会的。

若我任由着这一月的时光从手中溜去，滴在时间的流里，不留声影，岂不是对这段时光与相遇之人的辜负，那真该头涔涔而泪潸潸了。

而纯粹的记录显然也是不够的，更需反思、自省。就像高中时期我每考试一次便要复盘一次，看看自己的疏漏，记录自己的错题，如此便不至于在同一个地方反复摔倒。

批判的意义不在于当下而在于未来，不在于否定而在于进步，故“不惜以今日之我，难昔日之我”。在这种种必然之驱使下，我写下这篇《实习报告》，汇报我这一月以来实习的成果，也浅谈些许个人见解与收获。

### 二、实习初体验

我的实习单位是湖南人和人（株洲）律师事务所，实习期间我担任的是律师助理的职务。

律师助理的工作虽然是一种辅助性工作，但也需要参与案情的分析，代理思路、策略的制定，尤其是能够对部分相关法律问题进行研究并汇报给办案律师，这比起我之前在法院做的整理卷宗、复印文件那些工作，已经可以算得上是站在法律实务的第一线上了。

伴随着工作内容的实质化，我同时也感受到了肩上陡然增加的责任与使命。正如在司法机关里广为流传的那句话：“我们办的不仅是案子，更是别人的人生。”

我坚信这句话能普遍适用在所有法律工作者身上，这其中尤其包括律师。律师作为当事人诉讼代理人，为维护当事人的合法权益而发声，是当事人在诉讼中最信赖的人，理应承担起这份神圣职业赋予的勤勉义务与忠实义务。

挑战与机遇总是相伴而生，在巨大的挑战之下，我也迎来了我的快速成长期。

在实习期内，我一共参与了5起民事纠纷的代理（建工领域：监理合同纠纷、建设工程合同纠纷；公司领域：股权转让纠纷；房地产领域：房地产开发经营合同纠纷；借款领域：民间借贷纠纷）、4起刑事案件的代理（串通投标罪、窝藏罪、行贿罪、非法采矿罪），跟进了1个顾问单位业务（进场、尽职调查等）。

最终我共协助完成了5份法律意见书和1份辩护意见的写作，独立完成了3份研究报告、2份书面的案例检索报告、1份阅卷梳理记录，草拟了1份民事起诉状及证据清单，并协助办案律师，做好日常的校稿、检索等工作。

| 类别   | 序号 | 项目名称          | 项目内容                          |
|------|----|---------------|-------------------------------|
| 诉讼项目 | 1  | 监理合同纠纷案       | 提出调解方案、促进双方和解                 |
|      | 2  | 股权回购系列案       | 对顾问公司的股权回购事宜提出法律意见，作诉前准备      |
|      | 3  | 建设工程合同纠纷案     | 整理证据、作起诉准备                    |
|      | 4  | 民间借贷纠纷案       | 职业放贷构成犯罪的法律研究                 |
|      | 5  | 物业产权转让合同纠纷    | 对顾问公司的产权转让合同被解除事宜提出法律意见，作应诉准备 |
|      | 6  | L某某串通投标罪一案    | 缓刑制度研究                        |
|      | 7  | Z某某窝藏罪一案      | 形成辩护意见                        |
|      | 8  | T某某行贿罪一案      | 阅读、梳理案卷材料                     |
|      | 9  | D某某非法采矿罪一案    | 非法采矿罪罪名研究、形成提交给检察院的法律意见       |
| 非诉项目 | 10 | 工作对接会议        | 双方碰面，商讨工作内容及对接模式              |
|      | 11 | 尽职调查          | 出具债权收购事宜的法律意见                 |
| 其他活动 | 12 | 实习生面试         | 进行面试                          |
|      | 13 | 迎新会           | 自我介绍、展示                       |
|      | 14 | “两官评议”评查表整理   | 文件梳理汇总                        |
|      | 15 | 人民调解委员会宣讲材料优化 | 修改、优化PPT                      |
|      | 16 | 撰写实习报告        | 回顾、总结                         |

### 三、收获

林徽因在《窗子以外》中刻画的“骄傲的学者”的形象始终警醒着我，“不管你的窗子朝向哪里望，所看到的多半则仍是在你窗子以外，隔层玻璃，或是铁纱！隐隐约约你看到一些颜色，听到一些声音。

如果你私下满足了，那也没有什么，只是千万别高兴起说什么接触了，认识了若干事物人情，天知道那是罪过！”

见过不一定真的见过，体会也不一定真的懂得，实习终究不是正式执业，我所体会的，所感念的也终究跳脱不出一个在校学生的视角与立场，因此我也就不在实习收获中大谈些经验、教义，只谈些象牙塔的窗内之景，万望包涵与指导。

在我看来，法学生与律师之间仍隔着一扇大大的铁纱窗，只有具备了能打破这铁纱窗的能力与素质，法学生才能真正成长为一个优秀的律师。

我说的此能力，无关乎专业知识的熟练掌握，在我看来，扎实的法学基础是法学生与律师都应当具备的，“不积跬步无以至千里”，法学素养本就是法律人漫长的学习生涯中一点点积累而来。

窃以为法学生与律师之间真正的差距，在于对法律事实的探索与剖析。在我有限的认识中，似乎所有法学院考试的案例题都是这样的模式：给出题干，规定既定的条件，让学生在一个清晰无比的客观事实里分析法律关系，得出结论。

在这样的模式中，诉讼中最重要的元素，支撑那些清晰无比的法律事实的证据隐身了。

如果我们将律师办案也类比成做题：

第一，律师们得到的不是一个既定的题干，而是当事人提供的一大摞的证据。如果当事人提供的证据不足或者至关重要的证据当事人没有主动提供，律师们还要主动询问和引导来丰富自己的“题干”。

第二，律师们也无法直接得到既定条件，而需要自己通过研究证据来提取总结。看证据是一门技术活，庞杂的证据中既有有效信息也有无效信息，想要在某些合同、补充协议、施工设计图、签证单、发票以及其他种种证据中快速获取进行法律分析所需的条件，需要经年累月的经验中生出的敏锐。在实习过程中，我深切地体会到这点，多少次我还抱着一大堆我连名称都没听过的证据材料抓耳挠腮时，带教律师们就已经清晰地将证据材料梳理一遍了。

第三，律师永远不会像开了上帝视角一般得到一个清晰无比的客观事实，律师只能通过现有证据得到法律事实。而当没有证据或者证据不足、不够充分有力时，律师还面临着在一个模糊的法律事实上进行分析的情形。因此，律师得出的法律意见和结论前面总是要加上一个“假如事实如此”的前提，有时也不免分类讨论，再根据案件具体情况进行策略选择。

上面所述这些，我想大多数法学生也都是在走出校门之后，成为一个真正优秀的律师之前，在执业中才慢慢学会的。既知差距，我以后也将有意识地去寻找机会锻炼自己的这些能力。

#### 四、致谢

咀嚼着这一个月回忆，首先，我要感谢张如泉律师一个月以来精心的关照与无时无刻的言传身教。

在专业层面上，我犹记得在法顾单位的工作对接会上，您对金融方面非诉业务的驾轻就熟，对于对方提出的需求完全能接得住，理得清，讲得明。

专业的沉淀与自信的风范让我感受到了优秀法律人身上闪烁的人格魅力。

在待人接物，职场礼仪方面，我也是从一身学生气的愣头青学会了别人给你倒茶时要行叩手礼，会议和客户接待如何安排座次等。

人是社会性的，我想这些知识的重要程度也不亚于专业知识的积累。韩愈在《师说》里写道：“师者，所以传道授业解惑也。”感谢主任对我这个小小实习生的传道授业解惑，让我在一个月里有了不小的进步。

其次，我也很感谢所里的律师哥哥姐姐、行政姐姐们，他们在我实习期间也给了我耐心的帮助和温暖的关爱。

我想，职场也不全是像电视剧里演的勾心斗角、尔虞我诈，也会有像人和人律所一样，大家都亲密无间，偶尔开开玩笑扯扯闲天，有什么好吃的一起分享，有什么艰巨的工作一起分担的家庭式的团队。

最后，我也要向我的姐姐廖思异律师表达我真挚的感谢，她不仅是我与人和人之间的桥梁，更是我专业道路上的导师，给予我最多的帮助和教导。

在与她共事期间，我也明白了一个法学生和一个优秀的执业律师之间还隔着哪些东西，我也会朝着她的方向努力，甚至或许在未来的某年，超越，创造自己的一番天地。







人和人律师事务所

■ 人和人律师事务所 [www.rhrlawyer.com](http://www.rhrlawyer.com)

**长沙** ADD: 长沙市岳麓区梅溪湖路 56 号国际研发中心 12 栋人和人律师大厦  
TEL:0731-84156148 | E-mail:jiangfan@rhrlawyer.com

**娄底** ADD: 娄底市娄星区月塘街大汉吉星汇 A 座 27 楼  
TEL:0738-8808859 | E-mail:loudi@rhrlawyer.com

**怀化** ADD: 怀化市鹤城区南环路富域城写字楼 12 层  
TEL:0745-2235088 | E-mail:hh@rhrlawyer.com

**郴州** ADD: 郴州市郴州大道与郴江路交汇处第一国际金童座 15 层  
TEL:0735-2288831 | E-mail:chenzhou@rhrlawyer.com

**永州** ADD: 永州市冷水滩区育才路帝王广场 7 栋 3 层  
TEL:0746-8225566 | E-mail:yz@rhrlawyer.com

**张家界** ADD: 张家界市永定区永定大道东城首座 1 栋 2 层  
TEL:0744-2823888 | E-mail:zjj@rhrlawyer.com

**株洲** ADD: 株洲市天元区庐山路 399 号华晨国际 11 栋 26 层  
TEL:0731-28821555 | E-mail:zhuzhou@rhrlawyer.com

**湘潭** ADD: 湘潭市岳塘区河东大道 88 号建鑫国际二期 2 号楼 30 层  
TEL:0731-55550148 | E-mail:xt@rhrlawyer.com

**深圳** ADD: 深圳市福田区滨河大道 5022 号联合广场 A 座 4208 室  
TEL:0755-82734380

**邵阳** ADD: 邵阳市双清区建设路口柏林国际写字楼 10 楼  
TEL:0739-5325024 | E-mail:sy@rhrlawyer.com

**常德** ADD: 常德市武陵区三闾路博奥大楼六层  
TEL:0736-7718139; 7718137 | E-mail:cd@rhrlawyer.com

**岳阳** ADD: 岳阳市岳阳楼区金鹤东路 219 号万象瑞城 4 栋 21 楼  
TEL:0730-8558666 | E-mail:yy@rhrlawyer.com

**海口** ADD: 海南省海口市美兰区和平大道 20 号鹏晖国际大厦 20 楼 A  
TEL:0731-84156148