



新老管理层合影

继往开来、同舟共济

中伦文德管理层履新新闻发布会成功召开

2020年8月27日,北京市中伦文德律师事务所(以下简称中伦文德)2020年第二次合伙人大会暨中伦文德管理层履新新闻发布会在中伦文德北京总部顺利召开。会上宣布了中伦文德新一届执委会管理成员名单,新一届执委会成员均为70后、80后中青年,平均年龄41岁。

经中伦文德董事会研究决定,任命70后李铮律师为新一届事务所主任,70后朱登凯律师为事务所执委会主任,夏欲钦律师、田磊律师、张海军律师、薛媛媛行政主管为执委会执委。

中伦文德与北京师范大学法学院"战略合作与学术交流座谈会 暨兼职教授及校外研究生导师聘任仪式"隆重举行

2020年9月3日上午,中伦文德与北京师范大学法学院"战略合作与学术交流座谈会暨兼职教授及校外研究生导师聘任仪式"在北师大隆重举行。

会上,参会人员围绕"法律教学、科研与实务关系研讨"进行了热烈交流。北京师范大学法学院将为中伦文德提供法学教育资源支持,而中伦文德也将为法学院提供司法实践经验和学生实习机会,双方的合作有望为社会主义法治建设作出更多的积极贡献。

梁迎修教授代表北师大法学院向陈文律师颁发了兼职教授 的聘书,向张海军律师颁发了校外研究生导师的聘书。





中伦文德正式启动大案要案中心

2020 年 9 月 3 日,中伦文德大案要案中心第一次全体会议顺利召开。中伦文德大案要案中心于 2019 年成立,经过了长期的筹备,今日正式启动。中伦文德高级合伙人、大案要案中心执行主任黎学宁律师主持了本次会议。中伦文德创始合伙人、董事长陈文律师出席会议并进行了讲话。

北京总所主任李铮律师、北京总所执委会主任朱登凯律师、中伦文德大案要案中心主任甄庆贵律师、天津分所主任温志胜律师、上海分所主任陈永兴律师分别发表讲话。



中伦文德太原所党支部组织开展主题党日活动

2020年7月6日,中伦文德太原分所党支部组织广大党员和入党积极分子赴右玉开展庆祝中国共产党成立99周年纪念活动,回顾了中国共产党奋斗99周年的光辉历程,认真学习贯彻习近平总书记视察山西讲话的重要精神,进一步激励广大党员不忘初心,牢记使命,砥砺前行。

目录

CONTENTS



Zhonglun W&D Law Firm 2020-09

Zhonglun W&D Law Firm

09/2020

主编:陈文 执行主编: 方登发

编 委: 李 刚 甄庆贵 夏欲钦

李 铮 林 威 王志坚

李熙华 温志胜 王爱国 刘银栋 余树林 洪国安

王长江

责任编辑: 熊美琦

电 话: 64402232

传 真: 64402915

図 排: www.zhonglunwende.com

地 址: 北京市朝阳区西坝河南路1号

金泰大厦19层、10层、21层

邮 编: 100028

事务所文化论坛

3 讲述中伦文德的品牌故事——中伦文德之和睦 李 铮

5 律师、律师事务所、律师行业的人性与规律 温志胜

共 抗 疫 情

12 关于延长入京人员隔离期的紧急建议 陈文

13 关于对无症状感染者进行强制隔离的紧急建议 陈文

月度人物

14 刑事律师贵在有奉献精神 熊美琦

商事犯罪专栏

19 虚开增值税专用发票的罪与罚 郝 伟 舒秋月

25 "通道业务"的刑事风险 李 赫

29 从刑法主观性规定角度杜绝非法取证现象 冯杰

32 涉药刑事犯罪研究 汪 倩 程丽莉

海外法律

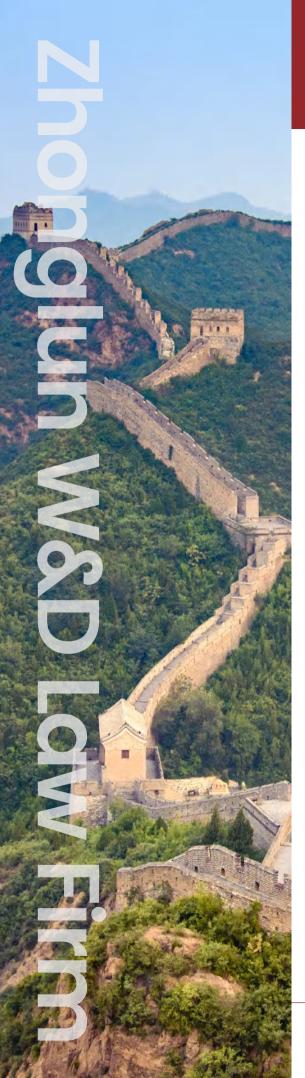
37 海外法律服务的新契机 王雍方

保险法律

40 疫情肆虐,保险公司有权赠与保险吗? 戴宏坤

45 从全球保险巨头安盛AXA被判赔巴黎餐厅

新冠损失探析营业中断险 李政明 任雅茹



CONTENTS

企业上市法律

51 农业企业IPO过程中集体土地的合法合规问题 张彦周

证 券 法

56 新三板挂牌公司首例缩股浅析 甄庆贵 和 谦

劳 动 法 律

60 用人单位如何应对劳动者继续履行劳动合同的权利主张 ——以北京地区案例为样本 胡高崇 蒋倩倩

网络安全与数据合规

66 集团内部开展个人信息汇聚融合的合规要点分析

徐云飞 李 楠

知识产权法律

69 就腾讯公司诉微信食品公司和小小树公司侵害商标权 及不正当竞争纠纷一案谈对驰名商标的反淡化保护 于 斐

破产法律

73 谁是被破产条例救赎的那个人?

刘瑞娜

医药法律

77 植入业务流程的药品研发合规管理 王志坚 康 琪

人文风采

81 雨后荷花

方登发

事务所快讯

82 事务所快讯

编辑部



李铮律师,中伦文德事务所主任、执委会委员、高级合伙人。北京理工 大学法学学士,对外经济贸易大学国际法学硕士,阿姆斯特丹大学国际与欧 洲贸易法学硕士。主要执业领域:跨境投资法、公司法、娱乐业法、房地产 法和金融法。

讲述中伦文德的品牌故事

一 中伦文德之和睦

□李 铮/文



李 铮

中伦文德合伙人之间的和睦, 在业界是出了 名的! 虽然是典型的合伙制律所, 但合伙人之间 的合作特别多,而且都贯彻了一个"敬"字,一 个"让"字。"敬"是互敬,"让"是让利。当然, 一个律所和一个家庭一样, 兄弟姐妹之间和睦的 时间久了, 总会有些矛盾。没有对错, 只有立场 不同。所谓,没有马勺不碰锅沿儿的,又所谓, 君子和而不同!

中伦文德的办法是,站在对方的角度想想, 站在全体合伙人的角度想想, 站在律所的角度想 想,再把我们的想法告诉大家,一切问题就迎刃 而解了!

按照我们的创始合伙人、董事长陈文律师的 说法, 合伙人的关系在某种程度上, 比家人的关 系还要亲, 荣辱与共! 大家都给这个品牌增砖添 瓦,来日中伦文德的品牌就一定会更加辉煌!

中大至正

在中伦文德工作过的人都有一个突出的感 觉,就是风气特别正!这是陈文律师等创始人打 造的中伦文德的"灵魂"。凡是跟这个"灵魂" 契合的人,都留下来了,凡是想搞些事情,与这 种理念不相容的人最终都离开了。因为其他原因

3



离开中伦文德,而又因为认同这种理念再次回到中伦文德工作的同事也不在少数!风气正,就是正能量,也是我们的立所之本!其实大家心里都有一杆秤,知道什么是正,什么是邪,但如果能把正气贯彻到律所管理的每个角落,也是一件非常不容易的事情!

伦理求是

一直以来,中伦文德形成了一套不设限的人才培养机制,中青年律师的成长通道畅通!陈文董事长培养的众多合伙人现在都成为了中伦文德的顶梁柱,律所每年都是来的人多,走的人少,国内分所和海外联营伙伴越来越多就是很好的客观例证。年轻合伙人、律师、助理及行政人员等,都有很好的人文工作环境,不会有任何桎梏,限制你才华的发挥。只要你有能力,中伦文德都会支持你实现纵向提升,让大家在自己的领域,充分施展!

文以载道

制度管所,是中伦文德一直提倡的理念!国家讲依法治国,我们讲依法治所。律师是一个对规则极为敏感的群体,也是对规则非常尊重的群

体。只要有制度,制度是出以公心制定的,大家都会遵守。不遵守的,该谴责的谴责,该追责的追责,大家都没有二话。从这个角度来讲,说律师是守法的模范也不为过! 万一针对一些事情有了争议,根据制度还有所内的仲裁等争议解决方式,合伙人的自身权益可以得到救济!

德信为本

律所最终是要面向市场的,是要接受客户检验的!中伦文德律师致力于不辜负客户的每一次信任,站在客户的角度,站在客户行业的角度,深入研讨和把握客户的需求,不局限于一城一地,从全局的角度,为客户提供综合解决方案,多角度选择方案。对内,我们不断地加强培训,提高每个中伦文德律师的单兵作战和大兵团作战能力,将服务能力产品化,产品标准化,致力于打造和实现,中伦文德的标准就是行业一流标准的目标。而且,要每次服务、每项产品的质量都符合这一标准。

千里之行,始于足下!任何事情,做起来都比想象中的要容易!我们相信信仰的力量,我们相信行动的力量,我们相信依靠每一个中伦文德人的力量!我们共创美好明天!



温志胜律师,中国政法大学法学学士。中伦文德律师集团副董事长, 中伦文德天津分所创始合伙人、主任。天津市律师协会第七届、第八届副 会长。执业领域:金融、家族信托、房地产及建设工程、公司事务、保 险、海事海商、涉外贸易及投资、商事纠纷等方面的诉讼、仲裁等。

律师、律师事务所、律师行业的人性与规律

□温志胜/文



温志胜

时光荏苒, 自律师制度恢复以来已有 41 年, 而我从事这份自己喜爱的职业也有23年之久。 恰逢教师节,恰逢9.11,都是特别值得纪念、怀 念的日子。我入行23年,担任律师事务所主任 16年,在律师协会也已经担任了两届副会长,在 此就三律之间的关系发表一些拙见供同行参考。 在前行道路上, 我感受最深的还是关于人性与科 学行业规律这两方面的理解与感悟。

首先, 律师职业与行业之所以蓬勃发展, 40 年由几百名律师发展到最新数字48万名律师, 全国 3.8 万多家律师事务所,就在于这个职业符 合人性的特点, 追求真善美、追求自由, 提供人 性的安全底线, 能追求到法律安全保护与保障, 而且永远没有天花板,没有在体制内的一些困扰。 无论是精神上的尊重还是财务上的自由, 付出了 就能得到相对的回报。在恪守法律、职业道德的 前提下, 你能呼吸到自由的空气, 有权利说"不"。

不一定什么都要拥有,但有权利说"不"就 是最重要的自由之一。此外,一定要尊重科学规 律。任何职业、行业都有其特定或通用的规律。 比如, 芯片行业的摩尔定律, 体育界的一万次规 律。当然不乏天才,但那是特例,律师界也不乏 天才, 但那不是规律。我们说的规律是指具有一 定普遍的指导意义的律师事务所、律师业发展的、 可持续的规律。

农有三农,农村、农业、农民工;律有三律, 律师事务所、律师业、律师。律师的发展规律体 现在3、5、8、10年。不同年级的从业律师,需 求不尽相同。三年是个门槛, 许多人入行不到三 年就转行了,大家可以看你身边正在跨越"三年 门槛"的律师,还有多少坚守下来。而入行五年



就是转为专业的律师。五年给了人足够的思考时间与试错机会,能够找到自己的方向,思考自己是做团队、做律师事务所,还是独自打拼。笔者就是从业五年后心不由主,在校友的支持和朋友的帮助下,2004年开始了创业之路。

有律师评判者把八年拿掉了,是因为五年时 认准了方向,八年只是一个精进过程,如同练武 之人,如同围棋国手。但从事律师十年,绝对是 一个最大的坎。因为你无论你有的是一手好牌亦 或烂牌,都需要整理而且要打出去,输赢在你, 责任自担。律师的 3、5、8、10 规律还体现在你 的 GDP 水平上,究竟属于哪个级别,尤其在一 线城市之外从业,级别代表着实力,还意味着是 带领 3 个人的团队还是 5 人、10 人的团队。

律师业已经越来越有规律了,因为不少先行者、探索者已经将商业模式移植于律师业。比如一定要有品牌,要有规模,要有专业,要有核心竞争力。二八法则、一九法则,头部法则等,我不反对,其他行业医院、教育行业早已走过的路,

律师业不过是重复罢了。但我反对"三律"过度的商业化,毕竟律师业是特殊行业,特殊就在于它是底线行业之一,绝对不能只用 GDP 做指标。法治环境是最好的营商环境,是社会发展的指标,健康发展。律师业是法治环境系统中最重要的子系统之一。

如同鞋子与脚,如同婚姻,适合自己的就是最好的。青年人找到自己喜爱的职业,从业之初进入优秀的律师事务所,跟随优秀的律师工作此乃青年之幸。最后,万丈高楼平地起,能够从事符合人性的、自己喜欢的行业,找到与自己三观一致的人并肩作战,可持续的、快乐的、健康发展的就是幸福的人。

千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。每一天的工作都让我热血澎湃,每一次的挑战都令我斗志昂扬,这一路经历风雨、经历辉煌,至今我仍对自己选择的律师职业保有一颗赤诚与热爱之心。士不可以不弘毅,不管多么险峻的高山,总是会为不畏艰难的人留下一条攀登的路。 **中**



娄耀雄律师,中伦文德北京总所合伙人,北京大学法学院法学博士, 美国叶史瓦大学卡多佐法学院LLM;中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员; 纽约律师协会会员。

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

哲学法专题之五: 句法里的人生

□ 娄耀雄/文

言辞的意义是直接了知的,是准确地、明晰地被掌握的,一般并不搀入想象作用。这是理性对理 性说话, 理性在自己的领域内说话。

---叔本华



娄耀雄

科班出身的律师和半路出家的律师, 在法律 知识上没太大差异, 甚至后者由于勤奋和会学习, 比前者懂得还多;但前者身上散发的法律精神, 后者很难培养。区别二者并不困难, 就像鉴别贵 族时,不看财富,看对雪茄、名画、红酒的品鉴力。 法律精神是法律共同体的凝聚力, 半路出家的律 师缺乏法律共同体的归属感, 总觉得是在人家的 地盘混饭吃。

法律精神是在法律酱缸中浸泡的结果。在黄 瓜里拌上盐和调料,与在酱缸中腌制几年的味道, 一吃就知道。法律精神包括对正义的感觉、对人 性的体察、对社会热点问题的关注、参与维权的 热情、主导社会活动的领袖气质。

然而, 酱缸也有副作用, 那就是长期置身某 种语境下罹患的职业病。科班出身的律师不仅习 惯性使用某种句法, 其人格也因此改变。本文就 谈谈法律语言对法律工作者人格的影响。本文的 研究对象限于工匠型律师,排除资源调动型律师, 因为后者的主要工作是市场开拓、社会活动和调 动资源, 其语言范式更像是商人或政治家, 而与 法律技术无关。

一、酱缸文化与合同语言

法学院是一个酱缸,四年的浸润将法律精神浸入骨髓。这种精神,从内在视角看,就是头脑被格式化为"权利、义务、责任",对一切问题的解读都从这三者开始;从外在视角看,就是语言范式的转变,他们的文章充满了三段论:规则是大前提,事实是小前提,结论不言自明;唯一需要论证的就是,小前提(本案事实)是否符合大前提的触发条件(规则中的假定部分)。

非诉讼律师是制度工程师,或者说是制度工匠。他们不仅要看透历史(以往交易)、了解现实(当前需求),更重要的是规划未来。合同里不仅要描绘未来的蓝图,更要设计偏离蓝图后的惩戒。一份好合同,就像一幅美术作品,一笔都不能多、一笔也不能少一一写多了,空增谈判成本;写少了,当某种未来突袭,退路却不在眼前。

设计合同时,律师脑子里必须有一个清晰的"应该"的未来。拟合同的过程就是把应然世界通过合同语言搬运到纸上。这个应然世界是由法律、经验、事实、预想和客户担忧搭建的:

- 1. 法律: 对专门事项的法律规范属于红线 范围,不可改变;
- 2. 经验:自己累积的以往 N-1 次设计经验, 是搭建本次应然世界的物料;
- 3. 事实: 当事人介绍的事实是"鉴于"部分中既定的过去,是定格的历史,虽对未来有实质性影响,但不是设计的客体。律师只设计未来,不设计过去——"过去"是供诉讼律师解释的客体;
- 4. 预想: 体现了律师的主要功力, 他们必 须充分设想未来的风险, 并站在客户立场为此设 计应对方案,以保障交易按照"应该"的方向发展;
- 5. 客户担忧:客户直觉暗示了未来最可能 出现争议的地方,律师必须缜密设计、充分防范。

二、应然世界及其搬运工

草拟合同的过程类似计算机编程,要把脑子 里的应然世界,用语言定格下来,然后搬运到纸 上。合同里的应然世界,与计算机程序里的应然 世界有两个差异:其一,搭建合同里应然世界的 物料,大多是律师不能改变的,比如法规的强制性规定、双方已形成的合意、行业惯例等;而搭建程序里应然世界的物料全是编程者的头脑风暴。从这个角度看,写合同更像是把各方面的不可更改的"必须的应然"整合在一起;编程序却是只受逻辑约束的一次艺术创作。其二,二者应然世界里被设计的客体不同,合同设计的是权利(行为的自由)、义务(行为的强制)和责任(不为义务后的新义务);计算机程序设计的是机器行为本身。

如果说,建构应然世界需要经验、对法律规 范和事实的了解以及想象力,那么,把应然世界 运至现实世界只需语言。在搬运律师头脑里的应 然世界过程中, 语言的苍白无力不影响搬运效果, 你可以多找几个搬运工,或让一个搬运工多跑几 趟。这不同于搬运哲学家意念里的"不可言说" 之物,和文学家意念里的"怎么也说不清的"场景。 语言是为现实世界发明的, 思想世界没有自己的 语言, 其表达只能借用现实世界的语言。在借不 到合适载体的时候,就出现了思想上的"不可言 说",比如,就疼痛的严重、快乐的高潮、幸福 的绵延,除了比喻或类比(二者都属于借用载体). 没有准确的表达方式。文学上的"怎么也说不清 的",由两种因素造成:其一,心理描写就是思 想描写,同样存在语言传达上的天然缺陷——找 不到合适的载体; 其二, 文学受到美的形式约束, 不能容忍无限次表达的尝试;于是,在有限表达 的约束条件下,"说不清"则无法避免。

然而,合同语言回避了思想和文学的语言缺陷。合同说的全都是现实世界的未来蓝图——"形而下"在未来应该的模样,不存在思想或心理描





述; 并且合同不受语言美的约束, 只要感觉说不 清,就可以换一种方式重复表达,甚至举一个例 子。你可能会问, 既然语言可以把应然世界说清 楚,为何还需要法律解释?法律解释是另一回事, 与语言的天然缺陷无关, 法律解释的原因是立法 者以为自己说清了,但随着事物发展、技术进步 和社会变迁,语言背景变了,出现了歧义——新 内涵或内涵模糊,或当时无法预计的场景发生后 出现了规则真空。

语法规范语言的运输,就像交通法规范货车 运输一样。语法包含词法和句法,后者决定了句 子的基本结构,包含陈述句、疑问句、祈使句、 感叹句。我们还以合同和计算机程序为例,说明 句法差异。合同规划权利、义务和责任, 使用陈 述句; 而程序规划机器行为, 每一句指令都是祈 使句。在合同的陈述句中, 对权利、义务和责任 的描述有专门的谓词:权利使用"有权"、"可以"、 "允许"等谓词;义务使用"必须"、"应"、"不得" 等谓词;责任是建构一个新义务,通过规定一个 充分条件下的假言判断(如果,那么)中的后件 (那么)来实现,故,谓词同义务里的谓词。

三、句法里的人生

什么人用什么语言。通过语言, 可以判断说 话的人。用"亲"、"哈"、"耶"、"额"装亲昵的, 巧言令色、善于表演;不断插入"也就是说"的人, 思维不缜密或脑子爱断片, 用口头语给脑子换缓 冲时间; 爱用"先听我说"的人, 控制欲强。

反过来说也对:语言决定人生。说久了某种 语言, 生活也就随了这种语言。比如, 习惯了百 度 AI, 一进家门就说"小度小度", AI 答道"在呢", 你说"打开空调"、"打开电视"等等。用久了祈 使句,人变的一点也不温和,总像是在使唤下人。 对于律师, 说多了某种语言, 人格也就随了这种 语言。这就不难理解,经常说"不"的诉讼律师 具有否定性、攻击性和陷阱性人格, 经常说"应 该""有权""必须""不得"的非诉讼律师,具 有完美主义、悲观主义和不宽容的人格。

工作语言对人格的改变, 可以看作语言职业 病,这是酱缸文化的副作用。根据它,很容易在 刚入道不久的律师中分辨出谁是科班出身、谁是

半路出家, 二者的句法习惯和人格特征有明显差 异。这并不是说, 半路出家的律师对此有免疫力, 在律所做久了, 他们也会罹患这种职业病, 不过 症状会轻些, 因为毕竟没在酱缸里腌过。

1. 诉讼律师——否定性、攻击性、陷阱性 人格

诉讼律师的工作就是用证据做道具讲故事, 并说服法官相信他的故事是真的, 对方讲的故事 是假的。否定,是他的工作方式;只有否定对方 的证据、观点、推论、证人可信性, 他自己的故 事才能占上风。

诉讼是智慧的搏击,与拳击类似,两个人在 台上打,遵守特定的竞赛规则(诉讼法、证据法), 观众们(陪审团)在台下看,由一个裁判(法官) 决定输赢。拳击用身体打,诉讼律师用智力打。 无论用什么工具, 打败对方才能赢, 所以, 攻击 性是诉讼律师必要的品格。

中国律师的陷阱性人格不如英美法系的诉讼 律师严重,后者要在交叉询问中给对方证人挖坑, 以否定证言的证明力或证人品格。所以,不要跟 诉讼律师斗嘴,他们是专业的,逗着逗着你就给 绕进去了, 他们说话就像下棋, 布局在五句后。

2. 非诉讼律师——完美主义、悲观主义、 不宽容

对于合同,没有最好,只有更好;改过八遍 的合同,再改第九遍还能发现不完美的地方。这 源于两个方面, 其一, 随着非诉律师对应然世界 的理解加深, 其设计精度也在加强, 虽然路口、 桥梁、建筑不会大改了,但路灯、花园、垃圾箱, 每次都会有更好的位置。应然的世界, 因为看不 到,没有最好;同样因为看不到,设计师每次改 进后的成就感,不可言说——如切如磋,如琢如 磨, 流连忘返。其二, 语言把应然世界搬运到现 实世界的运输方式和路径, 会不断改进, 越来越 精准。语言的无穷性赋予了合同表述不断改进的 可能性。完美主义总是忽略效率,一遍一遍地改, 合伙人一遍一遍地催;律师拖延不见得是坏事, 就像完美主义的女士化妆,一遍遍重来,迟到已 不是试探, 而成了习惯。

非诉讼律师工作时通常阴沉着脸,若有所思。他们看到的都是陷阱,即使发生的概率只有万分之一。因为一旦出现他们料想不到的制度性风险,他们就失职了。作为客户的智力保镖,盈利与他们无关,而一旦出现风险,就是他们的责任。所以,他们必须把未来的风险考虑穷尽,并为其设计对策。他们是悲观主义者,眼里只有风险,就像医生,每天见到的都是病人、挣扎、痛苦、死亡。并不是这个世界多么不健康,而是健康与医生无关,健康的人不去医院。同样,这个世界也不是遍布陷阱,而是坦途与律师无关,顺境中的人想不起律师。律师向往度假,那是因为长时间在阴暗中睁大了双眼,需要蓝天、山巅和飞鸟提醒自己:世界还有合同之外。

非诉律师往往不宽容,主要原因有三:其一,由语言搭建的应然世界必须缜密、精确,模糊表

述、用词不准会产生歧义,为日后争议埋下伏笔。对表达的吹毛求疵会延伸到对人的态度。其二,与律师相依为命的应然世界,是一个超道德的世外桃源:恶意会招致不能承受之重(合同终止、惩罚性赔偿)、每次违约都要承担明确的责任。于是,他们不能宽容现实世界的不择手段、承诺不兑现、小人得势、君子抑郁。其三,如果对对方的错误不作出回应,就有违客户的重托,所以,在审合同和谈判中,他们睁大了双眼给对方挑毛病。谈判中,吹毛求疵有时只为换来对方对另一个条款的妥协,睚眦必报只为让客户感觉到自己物有所值。律师谈判中的不宽容,是执业中有意张扬的优点,也是生活中不随和的缺点。不过,他们会为每次不宽容找到无可辩驳的证据。你看,连职业病也闪耀着智慧的光芒。

神的律师

湖影中波光潋滟,震碎了纳西索斯的脸。 他的律师指着天,应然世界在上边。 纳西索斯死后, 按照律师的设计,处理他的财产——水仙花、影子和湖水: "水仙花(narcissus)"的所有权归自恋者,弗洛伊德有解释权; 影子有条件赠与欧几里得,只要他一直活在二维空间; 律师自己留下了湖水,那是他撤离这个世界的退路。 他终究要离开这个世界,回到天上。湖是天的眼。 他与全世界作对、攻击了一切,只剩这—— 一面湖水 到时候,齐秦用这首歌接他走

在实然的世界里,他被无视 在应然的世界里,他是上帝,他设计一切 他设计了无数的死后、违约后,合同终止后, 但不知自己身后的设计师是谁 就像马斯克领到台上表演的那头植入了脑芯片的猪





共抗疫情



2020年9月中旬,中国的中小学、幼儿园,包括首都北京在内的各级各类学校都已经先后正式开学,这是一个非常值得庆祝的事情,这是当前中国恢复正常生活最直接、最重要的写照。正如9月7日,世卫组织专家所言,中国成功控制住疫情,值得庆贺。

为了控制疫情,恢复正常生活,中国政府、中国医护人员乃至中国普通公民都曾付出了太多的艰辛和努力。

即使我们只是一个最普通的老百姓,但在中国政府以及专业人士的引导下,我们都曾以各自的方式对抗着疫情。哪怕我们能作的只是微不足道:我们为中国政府摇旗呐喊,我们为医护人员落泪,我们老老实实戴上不太习惯的口罩,在一段时期内将自己隔离......

或者我们干脆拿起笔杆子, 献出一个个也许并不成熟、也不确定的建议

为了纪念那些在疫情中做出伟大牺牲的医护人员,2月15日,中伦文德创始人陈文律师向国务院提交了一封《关于国家应尽快安排专门机构撰写新冠肺炎白皮书和建立新冠病毒纪念碑的建议》并刊登在《中伦文德法律评论》》月刊。之后,陈文又先后向蔡奇书记提交了《关于延长入京人员隔离期的紧急建议》《关于对无症状感染者进行强制隔离的紧急建议》以及《关于再次对境外入京人员延长隔离期和对无症状感染者进行强制隔离的建议》。

6月7日,中国政府发布《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》白皮书,真实记录中国抗疫艰辛历程。陈文闻此消息后,将中国政府的该条消息在微信群里转发。

本刊 9 月刊, 再次收录陈文撰写的两篇建议, 以铭记中国人民团结一致共抗 疫情的伟大精神, 并庆贺今日的美好生活。

中伦文德编辑部 2020 年 9 月 16



关于延长入京人员隔离期的紧急建议

尊敬的蔡奇书记:

北京的新冠病毒防疫情况在您的领导下,已经连续多日取得本地新增病例零增长,只是不断有境外零星输入病例的较好情况。但最近由于境外或外地入京人员仅在入京隔离 14 天期满,在解除隔离几天以后又有新发病例,导致发生与输入病例相关联的本地新增病例产生,使得防疫情况出现新的复杂局面。

而且这起与输入病例关联的本地新增病例情况非常严重。这起家庭聚集性病例是在 4 月 15 日确诊的。首发病例是 3 月 24 日从美国回京,集中隔离 14 天之后出现症状。该病例 4 月 8 日隔离期满回家,两天后即 10 号(也就是第 16 天)出现症状,第 19 天就诊(13 号),第 20 日确诊(14 号);该确诊病例的母亲,弟弟和外公则在第 21 天(15 号)确诊。北京疾控中心通报,截止 4 月 16 号,初步判断有 62 名密切接触者,正在采取相关医学隔离观察措施。

类似这种隔离期满后又出现确诊病例并导致与输入病例相关联的新增病例在广州和哈尔滨等地也不断出现。鉴于此种情况,我们紧急建议将入境回京或外地入京的医学隔离观察期延长一周,即为 21 天。并在第 20 天时要做核酸检查,这样就可以减少因为隔离期满 14 天后又出现新发病例的可能性。

延长隔离期从 14 天到 21 天虽然增加了被隔离者的经济和财务成本,但对北京整个地区的防控成本确是非常有益的。因为 14 天这个相对较短时间的隔离对整个社会造成的损失太大,一旦出现 14 天以后确诊病例将会把整个北京的前期防控措施都给打破,同时也会使社会防控成本大大上升。

因为北京是首都,每天都有从全世界各地和全国各地进入北京的大量人员,携带新冠病毒者较多,且无症状感染者也会存在,如果还沿用14天的隔离期会大大增加新冠病毒在北京地区再次传染的危险。

疫情之初确定的 14 天隔离期也是在根据当初的情况设定的隔离期限,现在新冠病毒在变异,在发展,14 天隔离期满后又确诊的病例不断出现,所以国家要及时调整隔离期限,这样会大大节省全社会的防疫成本,也会有效的快速降低确诊病例和抑制本地新增病例出现的风险。

我们同时建议政府可以给被隔离者由于新增加的 7 天隔离期所付出的成本给予补贴或资助,这样能使得被隔离者易于配合政府完成隔离期工作。

建议人: 陈文律师

工作单位: 北京市中伦文德律师事务所

2020年4月18日



关于对无症状感染者进行强制隔离的紧急建议

尊敬的蔡奇书记:

到目前为止,北京乃至全国的抗击和防止新冠病毒疫情的工作出现了明显的效果,当前我们的防疫工作面临两个方面的威胁或挑战,如稍有疏忽就会前功尽弃。一个方面的挑战是输入病例;这个方面北京由于是首都,首当其冲,已经体验到了输入病例的严重后果,对此我已经写了关于延长隔离期到 21 天的紧急建议。另一个方面的挑战或威胁是来自无症状感染者(核酸检查长期呈阳性)。这些无症状感染者虽经医学核酸检查显示阳性,但由于自身身体特殊状况,使得他们自己没有马上发病或在一段期间没有发病,也许自身有抗体或没有抗体,但这些无症状病毒

感染者虽自己没有发病,但确在与其家人或他人的接触过程中能够把新冠病毒传染给他们,而被传染者就不一定是无症状感染者了,他们可能很快就会发病,也可能又变成了新的无症状感染者。这样就会一传十,十传百,又形成了新的感染源。

面对这样的无症状感染者,目前我们的做法是让这些人回家自行隔离或不再对他们进行严格医学监督,这就造成了极大的隐患。针对这样的情况,我建议政府要采取紧急措施,把所有经医学核酸检查出来的无症状感染者统一进行隔离,由政府出资,提供一切医疗设施和生活设施,进行医学隔离观察和治疗,等到我们研发出防疫疫苗以后再对他们统一解除隔离。

政府这样做虽然临时限制了这些极少数无症状感染者的人身自由和生活自由,但确换来了 99.999% 的大多数人的生活自由和生命安全和健康保障。否则任由这极少数的无症状感染者自由放任,这就好比安放了若干枚潜伏的定时炸弹,一旦病毒酝酿爆发,那后果就不堪设想。

这里不存在所谓人道主义或有关歧视问题,这是关系到 99.999% 健康人群的安全问题, 所以恳请蔡奇书记和有关领导充分考虑该建议的实质,尽快实施对无症状感染者的统一政府 隔离制度,从而确保我们前几个月的防疫抗疫成果。

建议人: 陈文律师

工作单位: 北京市中伦文德律师事务所

2020年4月25日

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

刑事律师贵在有奉献精神

□ 熊美琦/文

2019年11月,北京市中伦文德律师事务所 高级合伙人、中伦文德刑事法研究院院长许波律 师和中国著名法学家、"人民教育家"高铭暄教 授等一大批业界精英一起应邀出席了由国际刑法 学协会(AIDP) 主办、在意大利罗马路易斯大 学举行第二十届国际刑法学大会。据许波介绍, 中伦文德是应邀参加该等最高规格国际刑法学盛 会的第一家中国大型律师事务所。

能出席这次刑法学大会,并成为国际刑法 学协会(AIDP)的正式注册会员,对许波这位 专注于刑事领域的律界翘楚来说是一种荣誉,也 是一种鞭策。看起来很有绅士范的许波,给自己 定下一个硬性的规定:"哪怕有百分之一的希望, 也必须付出百分之百的努力, 全力以赴办理好每 一起案件, 切实维护当事人的合法权益。"

刑事律师要有奉献精神

追本溯源, 身为律师的许波一直津津乐道他 的母亲。

许波的母亲开明、淳朴、孝顺老人更是远近 闻名, 当地电视台和妇联曾到家里登门采访。许 波认为是母亲的言传身教培养了他坚韧的品格, 教会他为人要坦荡包容, 要有担当奉献精神。而 这些都是一位刑事律师应该具有的意志品质和职 业操守, 因为很多时候, 刑事律师的当事人遭遇 的都是苦大仇深的"大事"。

许波是兰州大学 2007 级法律硕士, 毕业多



许 波

年他依然惦记着在兰州大学求学期间的两位"良 师"。

一位是兰州大学法学院前院长刘志坚老师, 刘老师深厚的法律底蕴、严谨的治学风格以及高 尚的人格魅力都深深地感染着他; 另一位是兰州

月度人物

市中级人民法院的肖法官, 肖老师做人低调正直, 专业能力非常强。虽然许波只是在肖老师所在的 刑事审判庭有过短暂的实习经历, 但肖老师正直 的为人与专业的知识相辉映, 给许波留下了非常 深刻的印象。许波介绍说,这两位"良师"对他 此后的工作、生活和做人都产生了深远的影响。

无论是讲他成为法律人的艰难成长之路,还 是在谈他办理的一起又一起刑事案件, 许波都在 强调刑事律师职业操守和专业技能的重要性。"你 所做的每一件事、付出的每一分努力, 客户都能 看得见、摸得着,感同身受。""看到百分之一的 希望, 付出百分之百的努力, 敢于扬法律正义之 剑,维护当事人合法权益。这就是刑事律师的情 怀和担当。"许波如是说。

承担责任,付出艰辛,也意味着要牺牲自身 更多的时间和精力。"作为一名律师、很难做到 家庭、工作两者兼顾, 解决矛盾的办法只能以事 业为重。"许波说。

在 2013 到 2014 年初, 许波在银川同时办理 两起重大刑事案件犯罪, 前后二十余次从北京飞 往银川, 落地后除了吃饭、睡觉就是频繁地往来 于看守所、司法机关(公安机关、人民检察院和 人民法院)和宾馆之间。

那段时间, 许波把自己关在宾馆里, 闭门不

出,专心阅卷、写辩护意见,一待就是一周、两周。 许波每天工作到深夜, 经常熬通宵。有几次许波 刚刚睡下,突然间又想起某一点或几点自认为好 的辩护思路,他于是迅速起床记下来,唯恐遗漏。

有艰辛付出,有辛勤汗水,也有沉甸甸的收 获。在许波律师的不懈努力下, 演员钱某某涉嫌 诈骗案最终实现无罪辩护。

许波还讲述了发生在2013年令他记忆深刻 的一段经历。在许波还没有加入中伦文德之前, 有一位来自陕西的农村妇女, 儿子远在几千里之 外当兵戍边, 丈夫因工伤事故重度残疾。当时, 许波想方设法通过律师事务所、媒体等渠道为该 陕西妇女提供无偿法律援助, 但终因各种原因还 是未能实现她的合理诉求。

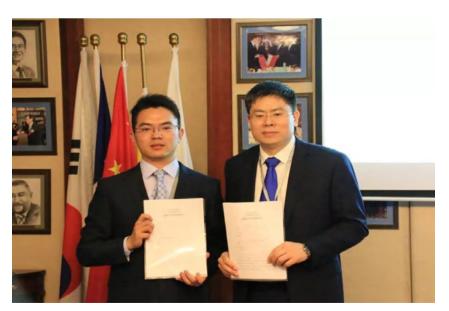
这件事令许波深感遗憾,也很自责!虽然近 年来他成功办理了不少影响力大甚至轰动全国的 案件,但时至今日他仍对未能为那位陕西农村妇 女依法维权而耿耿于怀。

"没有不留遗憾的人生,但我们应当用自身 的专业知识努力使我们的工作和人生不留遗憾。 正因如此, 我觉得才需要我们法律人敢于秉承正 义,维护当事人的合法权益,在法治社会建设中 贡献专业价值。"许波义正辞严地说。

"办案过程异常艰辛,但结果令人满意"

2018年1月27日. 河北 省廊坊市城南医院院长张毅 医牛在遭受当地黑恶势力长 期欺凌、威逼后, 在求助无 门的情况下, 悲愤地从自己 的办公室窗户坠楼身亡,震 动了社会, 引发广泛关注。

该案轰动全国, 而在背 后为被害方张某奔走的. 是 众多的兰大校友和社会正义 之士, 尤其是中伦文德陈文 董事长、许波、中伦文德合 伙人刘培峰律师等专业法律 人临危受命,坚决拿起法律 武器维护张院长及家属的合 法权益。该案后来被称为"京



2019年1月26日,许波(右一)受邀出席首届企业合规与风险管理 论坛并与万合企业合规研究院签署战略合作协议

津冀扫黑除恶第一案"。

该案重大疑难复杂,影响 极其恶劣,涉案人员多,办案 周期长。

在审判阶段连续八天的审判工作(庭前会议三天,正式开庭五天),连许波这位执业多年的资深律师都倍感紧张。从早晨八点开庭一直持续到晚上八九点钟,中午只有半个小时左右的午餐时间,八天下来,性格坚韧的许波却近乎崩溃。

该案犯罪团伙最终被依法 认定为黑社会性质组织犯罪集 团,首要分子被告人杨某某数 罪并罚被判处有期徒刑二十五 年(基层法院能够判处的最高

刑期)并处没收个人全部财产,参与犯罪的其他 被告人均被判处刑罚。二审法院维持原判。

功夫不负有心人,让许波倍感欣慰的是,该 案最终取得了令人满意的结果,产生了积极的社 会影响,有力维护了当事人的合法权益。

除了河北省廊坊市城南医院院长张毅坠楼案以外,许波办理的案件还有多例堪称经典。如内蒙银行武川支行与自然人李某某担保合同纠纷最高人民法院申请再审案,为内蒙银行武川支行挽回经济损失五千万元。最高院再审改判案例成为该类案件裁判的典型判例。又如,在一起某公司高管涉嫌非法开设赌场案中,许波担任该案某犯罪嫌疑人/被告人的辩护律师,最终成功为被告人实现轻罪辩护,并为解决被冻结银行账户解冻事宜提供有力法律支持,仅此一项,可为该公司挽回数千万元的经济损失。

法律是国家赋予公民的一把自卫之剑。"法律必须被信仰";"维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会公平正义。"许波表示,作为一名职业律师,他的执业信念可以用以上两句话来概括。

近期,许波团队同时在处理几起重大案件, 进展都迫在眉睫。其中,某著名科学家的名誉权 维权案判决在即。另外,许波在一起涉嫌涉黑涉



2019 年 11 月许波(右一)应邀参加国际刑法学协会(AIDP)第二十届国际刑法学大会期间,与国际刑法学协会主席 John Vervale 先生合影

恶集团犯罪案中担任该犯罪集团首犯的辩护律师。该案件为中央巡视组挂牌督办的特一类涉黑涉恶重大集团犯罪案件,鉴于该案高度保密,他不便透露任何案情细节。

定位清晰,精于深耕

已经执业逾 10 年的许波是于 2013 年 7 月份 加入中伦文德的,此时许波最大的变化就是在律师执业的专业化、精细化的道路上向前迈进了一大步——从"庞而杂"向"专而精"转化。

许波对个人的职业规划有很清晰地定位。他将自己及团队的执业领域主要定位在刑事案件的辩护与代理、企业刑事合规体系建设(事前预防、事中应对、事后救济),以及重大商事案件的诉讼与仲裁(仅限于房地产和建设工程和金融领域)。近年来,金融市场乱象频出,许波勤于涉猎金融领域的刑事法律业务。

2019年12月,广东珠海市举办了经济犯罪"理论检视与司法认定学术研讨会",两岸三地的著名法学专家学者、实务界领军人物 200 多人参加了本次研讨会,许波律师也应邀参加。在该次学术研讨会上,许波就"金融犯罪案件中相关个罪的理论与实务探讨"做了主题分享,引发了与会专家学者的热议。

梅耶·罗斯柴尔德曾经说过:"只要我能控



制一个国家的货币发行,我不在乎谁制定法律。" 在许波看来, 律师办好金融领域的刑事案件, 有 利于提升中国法治社会的建设, 金融领域的刑事 法律业务无疑是刑事律师最为重要的执业领域。

从"庞而杂"到"专而精",是许波勤于耕 耘的结果。但许波的这段"工匠之路"并非一蹴 而就,期间也经历了一番波折和深思。

在律师行业内、刑事业务被称为是"律师业 务刀尖上的舞蹈"。刑事案件、特别是重大集团 犯罪案件, 法律关系复杂, 涉案人员多, 案卷有 的多达几百本卷, 工作量相当大, 另外当事人面 临失去人身自由的时候往往期望值也比较高,这 无疑加重了刑事案件的办理难度和刑事律师的压 力。

2013 到 2014 年间, 许波在银川办理了演员 钱某某涉嫌诈骗案, 虽然案件办理过程中充满艰 辛和法律风险, 但许波坚持不懈为当事人做无罪 辩护并终获成功。

这起刑事案件的成功辩护对许波触动很大, 使他深切认识到刑事律师对社会的价值: "刑事 律师并非如一些人传闻的那样难有作为, 完全可 以通过自己专业知识、卓有成效的辩护 / 代理工 作维护当事人的合法权益。"

对许波来说,中伦文德是他个人律师职业发 展中遇到的最优质的平台, 为他刑事业务的"专 而精"提供了强有力地支持。

中伦文德于2017年成立了中伦文德刑事法 研究院(以下简称刑事法研究院),由中伦文德 律师集团陈文董事长亲自主导, 许波和中伦文德 执委会委员高级合伙人朱登凯律师牵头设立。刑 事法研究院成立大会暨首届高端论坛于 2017 年 9 月举办, 陈文董事长、方登发主任、甄庆贵副主 任、朱登凯律师等中伦文德执委会多名成员参加, 数名高校、司法机关、企业以及相关领域专家莅 临成立大会现场。

"由于无先前成功经验可供借鉴,刑事法研 究院成立之初困难重重,如成立之初的人手、资 金的严重不足。"许波解释说。

经过几年的探索发展, 刑事法研究院逐步 发展壮大, 由小到大、由弱到强。有多名学术界 领军人物担任刑事法研究院高级学术顾问,同时

刑事法研究院聘请到北京师范大学刑事法律研究 院、中国社会科学院大学、中国政法大学等高校 教授、专家学者们担任研究院高级研究员,并定 期举办"中伦文德刑事法研究院高端论坛",邀 请国内刑事法律界的著名专家学者、公检法司工 作人员以及相关实务领域专家开展学术交流和实 务研讨。

有了刑事法研究院提供的强大理论支撑和实 践指导,中伦文德刑事律师团队在"专而精"上 更是有了大跨步跃进。

谈及刑事法研究院的发展历程, 许波特别提 到了朱登凯和黄晓亮教授这两位刑法研究院的主 力军。"我有幸和朱登凯律师、黄晓亮教授两位 志同道合的好兄弟一起共同支撑起中伦文德刑事 法研究院的发展,他们敢于担当、做事有格局。" 许波毫不谦逊地用一句话来形容他与朱登凯、黄 晓亮他们三人之间的关系: "在一起的时候是黄 金搭档,分开的时候是黄金分割。"

如今, 中伦文德刑事法研究院已初具规模, 在业界具备一定的影响力,在客户群体中享有良 好的口碑。

对于中伦文德刑事法研究院的下一步发展, 许波有以下三点考虑:第一,不断发展壮大刑事 法研究院刑事律师团队队伍, 以刑事法研究院高 级学术顾问团队、优质高校资源为依托,以大量 的实务案例为抓手,努力提高刑事法研究院刑事 律师团队的理论水平和实务能力; 第二, 根据广 大客户需求和律师刑事业务发展的需要,助力客 户企业加强企业刑事合规体系建设, 使企业的刑 事法律风险防控由原来单一的"事后救济"模式 转变为"事前预防、事中应对、事后救济"的综 合、全面、一体化的刑事法律风险防控模式; 第 三, 在经济日益全球化的今天, 刑事辩护律师要 具备国际化视野,加强同国际同行的学术、实务 技能方面的交流,为"走出去"、"进得来"的企 业可能面临的刑事法律风险保驾护航。

2020年6月12日,中伦文德举行中伦文 德商事犯罪研究中心成立大会,这标志着中 伦文德商事犯罪研究中心正式成立。

本期商事犯罪专栏,由中伦文德几位 资深律师供稿,分别从虚开增值税专用发 票、"通道业务"的刑事风险、涉药刑事犯 罪研究及刑法的主管规定角度深人阐述商事 犯罪中可能涉及到的前沿法律问题,供大家 学习、探讨。作者:北京总所合伙人郝伟、 律师助理舒秋月、北京总所合伙人李赫、北 京总所合伙人冯杰、成都分所合伙人汪倩律 师、成都分所律师程丽莉。





□郝 伟/文

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



□舒秋月/文

舒秋月,律师助理,河北大学法学硕士,主要从事民商事诉讼,熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策,曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、企业合规审查项目等。

虚开增值税专用发票的罪与罚

摘要:增值税发票分为普通发票和专用发票, 其中专用发票具有抵扣税款或退税功能。虚开增 值税专用发票是对企业经营管理者适用频率最高 的罪名之一,也是商事犯罪领域最常见的罪名之 一,该罪于1997年《刑法》颁布时设置,规定 在危害税收征管罪中,法定最高刑罚为死刑。

随着经济社会和司法实践的发展,国家税收征管体系、管控措施不断完善,虚开增值税专用发票的犯罪成本提高,对国家税收的危害性相比以前大大降低,继续保留死刑设置不再符合罪刑相当的原则。同时,我国法治理念的发展及对人权保护程度的提高,税收秩序与生命权利相比,生命权显然更应受到优先保护。因此我国在 2011 年颁布施行的《刑法修正案八》中删除了虚开增值税专用发票罪的死刑规定,最高可以判处无期徒刑,即便如此,其法定刑在同节危害税收征管罪中仍是最重的罪名之一。

本文通过对虚开增值税专用发票罪的沿革进行梳理,同时结合司法实践案例对此罪的构成要件及定罪处罚规则进行系统分析,以期帮助读者了解该罪的发展历程及定罪量刑规则,有效防范相关刑事法律风险。

一、历史沿革

1994年,我国开始实行增值税税制改革,我国实行的增值税实际上是"以票控税"的思路,即"销售必开票、扣税必有票、计税必靠票、审计必查票"^[1]。由于税制改革后,增值税发票具有抵扣税款的作用,此后便出现了虚开增值税专用发票的行为。

虚开增值税专用发票罪在我国的发展大体上可分为3个阶段,1997年之前,虚开增值税专用发票罪尚未规定在刑法中,该罪定罪处罚的依据为全国人大常委会1995年颁发的《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》(以下简称"《决定》");1997年《刑法》颁布后,该罪正式入刑,基本沿用了全国人大常委会1995年《决定》的内容,此后定罪处罚的依据为刑法,最高刑为死刑;2011年《刑法修正案(八)》颁行后,删除了有关死刑的规定。

针对虚开增值税专用发票罪的具体适用问题,最高院先后制定了司法解释,分别为《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》(法发【1996】30号)、《人

民法院量刑指导意见(试行)》(法发【2010】36号) 及《关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关 问题的通知》(法【2018】226号)。

1、1995年《决定》

1995年10月30日,全国人大常委会《决定》第一条^[1]对虚开增值税专用发票罪的定罪处罚进行了规定,该罪的表现形式有四种:(1)为他人虚开:(2)为自己虚开:(3)让他人为自己虚开:(4)介绍他人虚开。

该罪的刑罚有四档,分别为:(1)三年以下有期徒刑或者拘役并处罚金二万以上二十万元以下;(2)三年以上十年以下有期徒刑并处罚金五万元以上五十万元以下;(3)十年以上有期徒刑或者无期徒刑并处没收财产;(4)无期徒刑或死刑并处没收财产。

《决定》中规定该罪判处无期徒刑或死刑的构成要件如下:(1)有虚开行为;(2)行为目的是骗取国家税款;(3)数额达到特别巨大,情形特别严重;(4)行为给国家利益造成特别重大损失。

在当时特定的时代环境下,增值税专用发票全部是手工开票,税款征纳过程中存在着巨大的偷逃税款的空间^[2],由于发票管理水平和税务管控措施有限,虚开增值税专用发票抵扣或骗取税款的犯罪成本低,而虚开行为泛滥给国家税收造成重大损失。为维护国家税收利益,全国人大常委会对虚开增值税专用发票的犯罪行为进行严厉打击,法定最高刑甚至为死刑,并规定对犯罪集团的首要分子从重处罚。

2、1996 年最高院法发 [1996] 30 号司法 解释

1996年10月17日,最高院根据全国人大常委会的《决定》并结合司法实践,制定了《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》(法发【1996】30号),该司法解释第一条^[2]对虚开增值税专用发票罪的具体法律适用问题进行了细化,对虚开行为、虚开的税款数额较大、数额巨大、

数额特别巨大等具体情形作出了规定。

根据该司法解释的规定,虚开行为在《决定》基础上进行了细化,包括:(1)没有货物购销或接受劳务而虚开;(2)有货物购销或服务,开具发票的数量或金额不实;(3)虽有实际经营活动,但让他人为其代开。

在定罪处罚上,虚开税款数额1万元以上的,或者虚开行为致使国家税款被骗取5千元以上的构成虚开增值税专用发票罪;虚开税款数额10万元以上的,属于"数额巨大";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"。

3、1997年《刑法》

1997 年《刑法》进行修订时,吸收了《决定》和司法解释的规定,将虚开增值税专用发票罪规定在刑法第二百零五条^[3],定罪处罚与《决定》内容基本一致,但有所增删,删除了犯罪集团首要分子的规定,增加了单位犯罪的相关规定,规定单位犯此罪的,对单位判处罚金,对直接负责的主管人员和其他责任人员追究相应的刑事责任。

4、2011年《刑法修正案(八)》

2011 年,我国《刑法》进行第八次修正,关于虚开增值税专用发票罪,此次修正案第三十二条规定删去刑法第二百零五条第二款"有前款行为骗取国家税款,数额特别巨大,情节特别严重,给国家利益造成特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产",即删除了关于虚开增值税专用发票法定最高刑可判处死刑的规定,由此形成了我国当前关于虚开增值税专用发票罪的规定。

5、2018年最高院法[2018]226号司法 解释

2018年8月22日,最高院发布《关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知》



(法【2018】226号),自该通知下发之日起,法院在审判中不再参照执行法发【1996】30号第一条关于虚开增值税专用发票的定罪量刑标准。

对虚开增值税专用发票刑事案件定罪量刑的数额标准,可以参照《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^[4]的执行规定,虚开税款数额5万元以上的,构成此罪;虚开税款数额50万元以上,属于"数额较大",数额在250万元以上的,属于"数额巨大"。

二、废除死刑的原因

通过前文对虚开增值税专用发票罪相关法律 法规进行梳理,可以发现该罪呈现入罪标准不断 提高,刑罚不断减轻的发展趋势,最明显的变化 是该罪不再适用死刑,发生此种变化的原因主要 有以下几点:

1、适用死刑不符合罪刑相当的立法精神

虚开增值税专用发票罪不适用死刑可从两方 面进行分析,一是从死刑设置的目的进行分析, 二是结合刑法中关于危害税收征管罪的其他犯罪 进行整体分析。

(1)根据我国刑法第四十八条的规定,死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。死刑作为最为严厉的刑罚手段,只有对社会危害性极高的极其严重的犯罪才能够适用死刑。生命权作为人的基本权利,必须具有足够充分的理由才能以国家公权力予以剥夺。虚开增值税专用发票侵害的法

 不再符合罪刑相当的立法精神。

(2)在1997年颁布的《刑法》中,危害税收征管罪共有11个罪名,虚开增值税专用发票罪和伪造并出售伪造的增值税专用发票罪规定了死刑。与其他危害税收征管的犯罪相比,对虚开增值税专用发票罪规定死刑明显不符合罪刑适应的原则。从危害国家税收征管秩序的方式来看,以暴力、胁迫等方式破坏税收征管秩序的行为,其社会危害性远高于虚开增值税专用发票的行为,而《刑法》第202条抗税罪的法定最高刑为7年有期徒刑。

1997年《刑法》将虚开增值税专用发票罪与虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为并列规定,说明二者社会危害性相当。《刑法》第209条伪造、变造用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票犯罪的法定最高刑为7年以上有期徒刑,虚开行为与伪造变造行为相比,显然后者的社会危害性更大,但法定刑较轻。对于虚开增值税专用发票继续适用死刑,明显违反罪刑相适应的原则。

2、法治理念的发展,人权保护程度提高

随着我国依法治国和司法领域改革的不断深入,法律领域更加注重对人权的保护,生命权是人的基本权利,税收征管秩序与人的生命权相比,显然是生命权居于优先地位。我国《刑法》及《刑事诉讼法》的历次修正,都在不断强化人权保护理念,保持刑法的谦抑性,尊重人的生命和自由。对虚开增值税专用发票罪继续适用死刑显然违背



人权保护理念。

3、国家税收管控体系完善

虚开增值税专用发票罪设置死刑时,我国尚处于市场经济的摸索阶段,税收征管体系尚不完善,发票防伪功能有限。虚开行为会给国家税收造成严重损失,就当时的价值选择来看,保持稳定的经济和社会秩序具有十分重要的意义。虚开增值税专用发票的行为严重扰乱了市场经济存,危害了国家税收征管体系,具有严重社会危害性,因而具有处罚的必要性和正当性。随着我国社会主义市场经济体系的逐步建立,税收征管体系逐步完善,监管措施更为严格,虚开增值税专用发票的行为骗取或抵扣税款的犯罪目的税专用发票的行为骗取或抵扣税款的犯罪目的税专用发票的社会危害性较该罪名设置之时已经明显降低,没有继续适用死刑的必要。

三、现行规定

1、《刑法》

虚开增值税专用发票罪规定在《刑法》第二百零五条 [5], 该条第一款对定罪处罚规则作出了规定: (1) 一般虚开行为, 判处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处二万以上二十万元以下罚金; (2) 虚开税款数额较大或者有其他严重情节的, 判处三年以上十年以下有期徒刑, 并处五万元以上五十万元以下罚金; (3) 虚开税款数额巨大或者有其他特别严重情节, 判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产; 第二款对单位犯罪作出了规定,对单位判处罚金并追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任; 第三款对虚开的表现行为进行了规定, 虚开"是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。"

2、最高院法[2018]226号司法解释

目前关于虚开增值税专用发票罪现行有效的司法解释是法【2018】226号,根据该司法解释的规定,虚开税款数额5万元以上的,达到此

罪定罪量刑的标准:虚开税款数额 50 万元以上,属于"数额较大",数额在 250 万元以上的,属于"数额巨大"。

3、最高人民检察院的通知

2020年7月24日,最高人民检察院发布《关于印发 < 最高人民检察院关于充分发挥检察职能服务保障"六稳""六保"的意见 > 的通知》。该通知中指出:注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限,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,依法作出不起诉决定的,移送税务机关给予行政处罚。

四、定罪量刑规则

笔者以"虚开增值税专用发票"为关键词,通过威科先行数据库进行检索,共检索出刑事判决书 23852份,下文结合部分案件对虚开增值税专用发票罪的具体构成要件进行分析。

1、虚开行为

实践中的虚开行为主要有如下情形:

第一,没有货物购销或者没有提供或接受应 税劳务、服务而为他人、为自己、让他人为自己 开县增值税专用发票。

第二,虽然有货物购销,或者提供或接受应 税劳务、服务,但为他人、为自己、让他人为自 己开具与购买方、销售方名称及纳税人识别号, 货物、劳务、服务名称、规格型号、单位、数量、 单价、金额、税率、税额,开票日期等实际经营 情况不符的增值税专用发票。

第三,进行了实际经营活动,但违反规定让销售方以外的第三方为自己或者为他人开具增值税专用发票。

第四,介绍他人虚开增值税专用发票。

成立虚开增值税专用发票罪的行为要件是有"虚开"的行为,没有虚开行为无法构成此罪。

在衡水市中级人民法院(2018) 冀 11 刑终 229 号刑事判决书^[6]中,法院认定被告人作为购



货方与销售方存在真实交易,且发票的货物数量、金额及税额等内容与实际相符,没有证据证明被告人知道销售方提供的发票系非法手段取得,且没有骗取国家税款的目的。在本案中,行为人从他人处取得虚开的增值税专用发票,构成善意取得,没有虚开行为且不具有骗取国家税款的目的,不构成虚开增值税专用发票罪。

2、犯罪主体

虚开增值税专用发票罪的主体可以是单位, 也可以是自然人,单位犯此罪的,对单位处以罚 金,同时追究直接责任人员的刑事责任。

3、犯罪主观方面

行为人的主观方面是故意,虚开具有骗取国家税款的目的,无此犯罪目的,不能构成虚开增值税专用发票罪。一般的虚开,如代其他人如实开票、粉饰经营业绩、套用他人资金等为目的的代开、环开、对开增值税专用发票行为,客观上不会造成国家税款的流失^[3]。

著名法学家陈兴良早在2004年发表的文章^[4]中就认为:"虚开增值税专用发票罪属于非法定的目的犯,如果行为人主观上没有抵扣税款的目的,只是一般的虚开,它不会侵犯税收征管制度,是一般的违反发票管理的行为,不能构成本罪"。

最高院在(2016)最高法刑核 51732773 号刑事裁定书^[7]中,认定行为人虚开增值税专用发票不具有骗取国家税款的目的,不构成虚开增值税专用发票罪。

同样,在河北省张家口市宣化区人民法院(2018)冀0705刑初128号刑事判决书^[8]、青岛市中级人民法院(2017)鲁02刑再2号刑事判决书^[9]中,因行为人仅找其他公司实施了代开发票行为,在不能证明其具有骗取抵扣税款或帮助他人骗取抵扣税款故意的情况下,不构成虚开增值税专用发票罪。

4、犯罪客观方面

行为人虚开增值税专用发票的行为客观上造 成国家税款损失。行为人虚开增值税发票和其他 发票行为必须满足危害税收征收行为可能威胁到 国家税收利益的犯罪客体 [5]。

在上海市闸北区人民法院(2013)闸刑初字第791号刑事判决书^[10]中,行为人虽有虚开行为,但与交易相对方有实际经营活动产生,且相对方已经依法缴纳全部税款,国家税款并未受到损失,被告人不构成虚开增值税专用发票罪。

在天津市和平区人民法院(2016)津 0101 刑初 288 号刑事判决书 [11] 中,法院认为检察院指控的证据不能证实行为人虚开增值税发票抵扣的税额以及给国家造成的损失,也不能认定被告人偷税、漏税的主观目的,不以虚开增值税专用发票罪论处。

在广东省佛山市中级人民法院(2017)粤 06 刑初 32、33 号刑事判决书 [12] 中,被告单位不具 有骗取国家税款的目的,未造成国家税款损失, 其行为不构成虚开增值税专用发票罪。被告单位 的主管人员或直接责任人,均不应当以虚开增值 税专用发票罪追究其刑事责任。公诉机关指控各 被告单位、各被告人犯虚开增值税专用发票罪的 罪名不成立。

需要说明的是,该案系发回重审的案件,在 原审中法院认定被告单位及主管人员及直接责任 人员均构成虚开增值税专用发票罪,对单位处以 罚金,同时判决有关人员有期徒刑,在当事人将 案件上诉至广东高院后,高院作出发回重审的裁 定,中院经重审后作出无罪判决。

在北京市第二中级人民法院(2019)京02 刑终113号刑事判决书^[13]中,因不能证明行为 人赵某客观上造成国家税款损失,不构成虚开增 值税专用发票罪。

5、入罪标准

根据现行有效的司法解释,虚开增值税专用发票罪的入罪标准为虚开数额5万元。在上海市高级人民法院(2017)沪刑终7号二审刑事判决书^[14]中,行为人虚开数额为4.6658万元,因虚开增值税专用发票罪的入罪标准由虚开税款数额一万元调整为五万元,上海高院根据从旧兼从轻的原则,改判被告人无罪。

五、结语

通过对虚开增值税专用发票进行系统梳理, 可以发现, 该罪较设立之初, 社会危险性已经显 著降低,入罪标准不断提高,法定最高刑已删除 了死刑。司法实践中认定该罪也更加注重实质构 成要件, 在有"虚开"行为的同时, 需要综合判 断行为人主观上是否具有骗取国家税款的目的, 客观上是否造成国家税收损失。对于不具备犯罪 目的或客观上没有造成国家税款损失的, 在司法 实践中难以被认定为虚开增值税专用发票罪。

虽然行为人虚开增值税专用发票的行为可 能不被认定为刑事犯罪, 但并不意味着不需承担 任何法律责任. 虚开增值税专用发票的行为妨害 了正常的发票管理秩序, 行为人仍会面临行政处 罚。因而,企业经营管理人员在生产经营过程中, 应做到守法经营,遵守法律底线,避免因虚开增 值税专用发票的行为而被给予行政甚至是刑事处 罚。

参考文献:

- [1] 连逸夫.虚开增值税专用发票罪之"虚开"行为辨析[1].山西财政税务专科学校 学报 2018 20 (04):54-60
- [2] 李延光, 處开增值税专用发票的违法与犯罪界限[1], 山东国资, 2020 (06): 100-
- [3] 孙立平,吴秀尧.几种新型虚开增值税专用发票行为的法律探讨[J].税务研 究,2014 (9).
- [4] 陈兴良.不以骗取税款为目的的虚开发票行为之定性研究[J].法商研究,
- [5] 熊波,欧明艳.虚开增值税专用发票罪的行为结构与数额认定[1].人民司 法,2019 (05):11-14.

注释:

- [1]《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》:"一、虚开增值 税专用发票的,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;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑, 并处五万元以上五十万元以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情 节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处没收财产。有前款行为骗取国家 税款、数额特别巨大、情节特别严重、给国家利益造成特别重大损失的、外天期 徒刑或者死刑,并处没收财产。虚开增值税专用发票的犯罪集团的首要分子,分 别依照前两款的规定从重处罚。虚开增值税专用发票是指有为他人虚开、为自己 虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票行为之一的。"
- [2] 最高院法发 [1996] 30 号司法解释:"一、根据《决定》第一条规定,虚开增值 税专用发票的,构成虚开增值税专用发票罪。具有下列行为之一的,属于"虚开 增值税专用发票": (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、让他人为自己、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、让他人为自己、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, 但让他人为自己代开增

值税专用发票。虑开税款数额1万元以上的或者虑开增值税专用发票致使国家税 款被骗取5千元以上的,应当依法定罪处罚。虚开税款数额10万元以上的,属于"虚 开的税款数额较大"。具有下列情形之一的,属于"有其他严重情节":(1)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;(2)曾因虚开增值税专用 发票受过刑事外罚的: (3) 具有其他严重情节的。虚开税款数额 50 万元以上的。 属于"虚开的税款数额巨大"。具有下列情形之一的,属于"有其他特别严重情节": (1) 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; (2) 虚开的税 款数额接近巨大并有其他严重情节的;(3)具有其他特别严重情节的。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。虚开增值税专用发票犯罪分子与骗取税款犯罪分子均应当对虚开的 税款数额和实际骗取的国家税款数额承担刑事责任。利用虚开的增值税专用发票 抵扣税款或者骗取出口退税的,应当依照《决定》第一条的规定定罪处罚;以其 他手段骗取国家税款的, 仍应依照《全国人民代表大会常务委员会关于惩治偷税、 抗税犯罪的补充规走》的有关规定定罪处罚。"

- [3] 1997年《刑法》第二百零五条:"虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、 抵扣税款的其他发票的,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: 虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的, 处三年以上十年以下 有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他 特别严重情节的。外十年以上有期徒刑或者无期徒刑。并外五万元以上五十万元 以下罚金或者没收财产。有前款行为骗取国家税款,数额特别巨大,情节特别严 重,给国家利益造成特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。单 位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接 责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役;虚开的税款数额较大或者有其他严重 情节的,处三年以上十年以下有期徒刑;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严 重情节的, 外十年以上有期徒刑或者无期徒刑。虚开增值税专用发票或者虚开用 于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票,是指有为他人虚开、为自己虚开、让他 人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。"
- [4]《最高人民法院关于审理骗取出口很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:"骗取国家出口退税款5万元以上的。为刑法第 二百零四条规定的"数额较大";骗取国家出口退税款50万元以上的,为刑法 第二百零四条规定的"数额巨大";骗取国家出口退税款 250 万元以上的,为刑 法第一百零四条规定的"数额特别巨大"。"
- [5]《中华人民共和国刑法》第二百零五条:"【虚开增值税专用发票、用于骗取出口 退税、抵扣税款发票罪】虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣 税款的其他发票的。外三年以下有期徒刑或者拘役。并外二万元以上二十万元以 下罚金; 虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的, 处三年以上十年以下有期 徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他特别 严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下 罚金或者没收财产。单位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责 的主管人员和其他直接责任人员。外三年以下有期待刑或者拘役: 虚开的税款数 额较大或者有其他严重情节的, 处三年以上十年以下有期徒刑; 虚开的税款数额 巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。虚开增值 税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票,是指有为他人虚 开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。"
- [6] (2018) 冀 11 刑终 229 号刑事判决书
- [7] (2016) 最高法刑核 51732773 号刑事裁定书
- [8] (2018) 冀 0705 刑初 128 号刑事判决书
- [9] (2017) 鲁 02 刑再 2 号刑事判决书
- [10] (2013) 闸刑初字第 791 号刑事判决书
- [11] (2016) 津 0101 刑初 288 号刑事判决书
- [12] (2016) 粤 06 刑初 32. 33 号刑事判决书 [13] (2019) 京 02 刑終 113 号刑事判决书
- [14] (2017) 沪刑终7号刑事判决书







□李 赫/文

李赫律师,北京市中伦文德律师事务所合伙人,商事犯罪研究中心副主任,大案要案中心秘书长。业务领域涉及商事犯罪、商事争议解决、公司及并购、私募股权投资、家族财富传承等。

"通道业务"的刑事风险

"通道"或者说"通道业务"当前普通存在 于各行各业之中,很多身处其中的人都或多或少 的觉察到了其中可能存在着不确定的风险,但是 又少有人能说清这其中到底潜藏着什么样的暗 礁。本文将从商事犯罪的角度来解读"通道业务" 中潜藏的刑事风险。

一、"通道业务"与"通道费"

"通道"或"通道业务"通常也被称为"走账业务",是第三方公司或者个人利用自有银行账户进行资金往来的行为。它并不基于真实的业务往来,其最终目的是为了避税、套现或躲避监管等。通俗地说就是 A 为达到避税、套现或躲避监管等目的,借用 B 的账户接受来自 C 的支付行为。

上面提到的"通道"或者说"通道业务"同样包含了通常所说的金融领域的通道业务。即,银行把名义上的代客理财资金通过过桥银行投向信托,信托再投向企业,企业再通过合同安排,通过借道非银金融机构走账,最终将收益权"原状返还"给银行。于是:银行实现了资产出表,绕开了表内监管,获取了贷款高利息;企业融到了资本发展了生产;非银金融机构收取了无风险的通道费用(牌照租金)。

其实不论从哪个角度来说, 通道业务都不是

一个法律概念。其内含和外延都随着实践的发展 而不断的发生变化 。

在"通道业务"中, A公司会支付给B公司一定的费用, 此时的B公司就是"通道公司", 而这笔费用我们就称为"通道费"。这里的"通道费"根据实践中的情况,可以理解为"手续费"、"好处费"、"顾问费""咨询费"等多种形式, 其实质就是为了报答"通道公司"提供的方便, 其本身无重大问题, 但结合走账款的性质、"通道费"的支付方式以及通道公司的经营模式等, "通道业务"本身就可能涉及很多的刑事风险, 是众多商事犯罪中普遍存在的, 一个非常突出的环节。

二、"通道业务"的刑事风险

据不完全统计,与"通道业务"相关的刑事罪名主要包括:对单位行贿罪、职务侵占罪、虚开发票罪、虚开增值税专用发票罪、对非国家工作人员行贿罪、非国家工作人员受贿罪、行贿罪、贪污罪、非法经营罪、挪用公款罪、签订、履行合同失职被骗罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪等十几种。

具体而言,在A公司与通道公司B公司之间的转账行为中,根据A、B公司的性质、转账款的性质、"通道费"的支付以及通道公司的经营模式等因素,A、B公司均可能涉及到不同的

犯罪。如对于 A 向 B 支付的"通道费", A、B 公司均可能构成行贿罪、受贿罪、对非国家工作 人员行贿罪及非国家工作人员受贿罪; 若通道公 司 B 为接收转账款,通过虚假合同等方式开具与 实际经营业务情况不符的发票, 那么其可能构成 虚开发票罪、虚开增值税专用发票罪; 如转账款 涉及毒品、走私、贪污受贿等, 那么通道公司可 能会涉及到洗钱罪;如B公司在未取得支付结算 业务许可的情况下, 利用公司账户非法为他人提 供单位银行结算账户转个人账户服务, 那么通道 公司 B 可能涉及到非法经营罪; 对于 A、C 公司 来说、高管及工作人员为达到侵占公司财产的目 的, 委托通道公司进行秘密走账, 支付通道公司 "通道费", 最终将账户财产据为己有, 很可能涉 及贪污罪或者职务侵占罪, 而通道公司明知其目 的而为其提供方便,可能被认定为共犯。本文将 以"通道业务"及"通道费"中上述刑事风险作 为重点分析。

三、关于"通道业务"中刑事犯罪的司 法认定

1. 非国家工作人员受贿罪的认定

从该罪构成要件上来看, 犯罪主体是特殊主 体, 即公司、企业或者其他单位的工作人员。侵 犯的客体是国家对公司、企业以及非国有事业单

位、其他组织的工作人员职务活动的管理制度。 主观方面表现为故意。客观方面表现为利用职务 上的便利, 索取他人财物或非法收受他人财物, 为他人谋取利益,数额较大(5000元以上)的行为。

首先,结合"通道业务"中通道公司收取的"通 道费"的特点,可看出,能否认定为本罪关键看 通道公司及其工作人员收取的"通道费"是否符 合"索取他人财物或非法收受他人财物"这一条 件。在一般的受贿当中, 收受他人财物往往是在 账外暗中进行, 账外即不入正规的财务账薄, 暗 中即不在合同或发票中明确表示。因此,认定"通 道费"属于受贿的赃款主要看"通道费"的支付 方式是否是账外暗中进行。

其次,"通道业务"中是否为"为他人谋取 利益"也是本罪认定的重要标准。"为他人谋取 利益"属于一种主观目的、若"通道公司"及其 工作人员主观上没有为其他公司或个人谋取利益 的目的,一般不会认定为本罪。

参考案例:(2017)渝0106刑初1004号(2017) 赣 05 刑终 121 号

2. 虚开增值税专用发票罪的认定

从本罪构成要件上来看, 本罪的主体均为一 般主体, 本罪侵犯的客体是国家对增值税专用发 票的管理制度, 主观方面表现为故意, 在客观方 面表现为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、让他人为自己、介绍他 人开具增值税专用发票或者即使有货物购销或提 供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人 为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值 税专用发票或者进行了实际经营活动, 但让他人 为自己代开增值税专用发票的行为。

结合"通道业务"的特点,可看出,目前很 多"通道公司"的走账行为一般通过签订虚假合 同等方式,没有货物购销或者没有提供或接受应 税劳务而为他人或让他人为本公司开具增值税专 用发票,此种行为侵犯了国家税收管理制度,符 合虚开增值税专用发票罪的构成要件。因此,认 定此罪的关键是发票所依据的合同是否真实有 效。

参考案例:(2015) 巴刑二初字第7号、(2016) 内 0402 刑初 77 号

3. 洗钱罪的认定

根据《中华人民共和国刑法》第一百九十一 条的规定, 洗钱罪是指明知是毒品犯罪、黑社会 性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪 污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗 犯罪的违法所得及其收益,为掩饰、隐瞒其来源 和性质, 而提供资金账户的, 或者协助将财产转 换为现金、金融票据、有价证券的,或者通过转 账或者其他结算方式协助资金转移的, 或者协助 将资金汇往境外的,或者以其他方法掩饰、隐瞒 犯罪所得及其收益的来源和性质的行为。

认定为此罪, 首先要明确本罪的行为对象为 毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯 罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩 序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其收益。上 游犯罪必须为上述7种情况,才可能被认定为洗 钱犯罪。

其次,本罪行为方面表现为:(1)提供资金 账户的;(2)协助将财产转换为现金、金融票据、 有价证券的;(3)通过转账或者其他结算方式协 助资金转移的;(4)协助将资金汇往境外的;(5) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源 和性质的。

再次, 此罪要求当事人主观上明知。对于

明知的认定,应当结合当事人的认知能力,接触 他人犯罪所得及其收益的情况, 犯罪所得及其收 益的种类、数额,犯罪所得及其收益的转换、转 移方式以及被告人的供述等主、客观因素进行认 定,一般以下情况认定为明知:(1)知道他人从 事犯罪活动, 协助转换或者转移财物的; (2) 没 有正当理由, 通过非法途径协助转换或者转移财 物的;(3)没有正当理由,以明显低于市场的价 格收购财物的;(4)没有正当理由,协助转换或 者转移财物, 收取明显高于市场的"手续费"的; (5) 没有正当理由, 协助他人将巨额现金散存于 多个银行账户或者在不同银行账户之间频繁划转 的;(6)协助近亲属或者其他关系密切的人转换 或者转移与其职业或者财产状况明显不符的财物 的;(7)其他可以认定行为人明知的情形。

结合"通道业务"的特点,为他人走账的行 为能否认定为洗钱罪首先要看该笔账款的性质是 否为上述7种上游犯罪所得,并且"通道公司" 无正当理由转移该笔账款,即主观上"明知"。 在此种情况下,"通道公司"很可能被认定为洗 钱犯罪。

4. 非法经营罪的认定

2019年2月1日起施行的《最高人民法院最 高人民检察院关于办理非法从事资金支付结算业 务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的 解释》(法释[2019]1号),明确了"非法经营罪" 中"非法从事资金支付结算业务"的具体情形。 同时对以上行为的量刑标准予以了重新量化。也 就是说利用企业账户虚构支付结算, 公转私套取 现金, 支票套现等行为, 不再仅仅是涉及违规使 用账户、隐匿收入、偷逃税款等涉税问题, 还可 能构成非法经营犯罪。

该解释中明确了非法从事资金结算业务的具 体情形,以下三种情形均构成非法经营犯罪:(1) 使用受理终端或者网络支付接口等方法, 以虚构 交易、虚开价格、交易退款等非法方式向指定付 款方支付货币资金的;(2)非法为他人提供单位 银行结算账户套现或者单位银行结算账户转个人 账户服务的;(3)非法为他人提供支票套现服务 的。

在数额上,非法经营数额在 500 万元以上的,违法所得数额在 10 万元以上的构成"情节严重"。非法经营数额在 2500 万元以上的;违法所得数额在 50 万元以上的构成"情节特别严重"。曾因非法从事资金支付结算业务受过刑事追究;二年内因非法从事资金支付结算业务受过行政处罚;拒不交代涉案资金去向或者拒不配合追缴工作,致使赃款无法追缴的;造成其他严重后果的,认定"情节严重"和"情节特别严重"的标准为上述标准的 50%。

该《解释》是一个明显的信号,可看出国家对于从事资金结算业务有了更严格的要求。因此,从事"通道业务"的公司对于该规定应当足够重视,利用企业账户虚构支付结算,公转私套取现金,支票套现等行为,如收取"通道费"数额足够,可能会被认定为非法经营罪,且收受的"通道费"达到10万元构成情节严重,数额达50万元以上构成情节特别严重。

参考案例: (2019) 京 0109 刑初 76 号、(2016) 粵刑终 1512 号

5. 职务侵占罪的认定

本罪主体为特殊主体,包括公司、企业或者 其他单位的人员。犯罪客体是公司、企业或者其 他单位的财产所有权。在主观方面是直接故意, 且具有非法占有公司、企业或其他单位财物的目 的。客观表现为利用职务上的便利,侵占本单位 财物,数额较大的行为。

认定此罪,必须是利用自己的职务上的便利,必须有侵占的行为,达到数额较大的程度如果仅有非法侵占公司、企业及其他单位财物的行为,但没有达到数额较大的标准,则也不能构成本罪。

结合"通道业务"的特点,该犯罪一般常见于委托走账公司(A、C公司)的高管及工作人员。该高管及工作人员为达到侵占公司财产的目的,委托通道公司进行秘密走账,支付通道公司"通道费",最终将账户财产据为己有。此种情况,该工作人员涉嫌职务侵占罪,而通道公司很可能被认定为共犯。

参考案例: (2016) 黑 0103 刑初 7 号、(2018) 苏 0703 刑初 8 号

四、刑事风险的规避

1. 企业角度

作为企业来讲,基于合作、私人关系等帮助他人短期走账,从事套现等业务行为,其中面临的刑事风险一定要加以重视。一是对于"通道业务"要注意在走账过程中开具的发票,不能通过签订虚假合同等方式,在没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务的情况下为他人或让他人为本公司开具增值税(专用)发票;二是要注意走账款的性质是否为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪等7种上游犯罪所得;三是关注走账行为是否构成利用企业账户虚构支付结算,公转私套取现金,支票套现等行为。

2. 高管及工作人员角度

在通道公司(B公司)及委托走账公司(A、C公司)的工作人员角度,也应当注重该业务中可能存在的刑事风险,不能仅以该业务为职务行为而掉以轻心。一是对于"通道费"的收取,注意不要在账外暗中进行,最好以正常服务的名目记录在会计账目中,否则通道公司的高管及工作人员存在被认定为非国家工作人员受贿的潜在风险。二是要注意走账款的性质是否为上述7种上游犯罪,否则公司高管及业务办理人员很有可能涉及洗钱犯罪。三是要注重委托走账业务的目的,若明知该笔转账款涉及贪污以及职务侵占等目的而为其提供方便的,则很有可能被认定为共犯。

通过上文简要的分析,我们可以看到当前这个普通存在于各行各业之中的"通道业务"存在着巨大的法律风险,特别是刑事风险。身处其中的各种主体在享受"通道"带来的便利时,应当严格按照法律的规定,依法行事、依法办事、依法处事。





冯杰律师,中国人民公安大学法学硕士,十余年公安工作经验。中伦文德刑事法研究院副院长、商事犯罪研究中心副主任, 北京市公安法制研究助理研究员。冯杰代理的多起刑事案件以不 捕不诉结案。

□冯 杰/文

从刑法主观性规定角度杜绝非法取证现象

2020年8月4日,被关押了26年的张玉环被宣告无罪释放,一石击破千层浪,有关逼供、诱供等非法取证问题再次被热议。对于逼供、诱供产生的原因及防范办法已经有了很多论述,比如近期有文章把防止冤假错案的方法归纳为八个方面,我完全赞同。但是这些观点还不够深入,还没有触及到本质,我认为刑法中过多的主观方面的规定是产生逼供、诱供等非法取证现象最深层次的原因,犯罪构成的主观方面不修改,刑讯逼供、诱供等非法取证现象就不会根除。

一、当前国内外刑法对主观方面规定的 情况

犯罪的主观方面是指犯罪主体对自己的行为 及其危害社会的结果所抱的心理态度。它包括罪 过(即犯罪的故意或者过失)以及犯罪的目的和 动机这几种因素。^[1] 我国刑法及刑法理论坚持主 客观相统一原则和犯罪构成"四要件"学说,因此, 为了证明某种行为构成犯罪,主观方面的证据不 可或缺。换句话说,只有客观方面的证据,没有 主观方面的证据不能证明构成犯罪。

(一) 刑法中的主观性规定

以故意犯罪主观上的"明知"为例,有学者统计:在1979年《刑法》中有5个条文在6处涉

及到"明知"的规定,而在1997年《刑法》中,则大幅度增加到30条33处,其中1条完全延续了1979年《刑法》的方式,在总则14条对故意犯的认识因素中进行规定,至于其余的29个条文,均规定在分则中。后来,在《刑法修正案》(三)、(五)、(七)和(八)中,又用5个条文对分则的6处新增加了"明知"的内容。综上所述,在我国目前的刑事立法中,共有35个条文在39处涉及到"明知"的规定。[2]

刑法分则中相当多的条文对主观方面的犯罪"目的"也有规定,如在盗窃罪和诈骗罪中有"以非法占有为目的"的主观要求,在赌博罪中有"以营利为目的"主观要求,在受贿罪中有"为他人谋取利益"的主观要求,在行贿罪中有"谋取不正当利益"的主观要求。

(二)世界其他国家的刑法在减少主观性 规定

目前,不少国家考虑到侦查的难度,在刑法规范的设计上减少主观性规定,为侦查机关获取证据提供便捷途径。如英国 1916 年《防止贿赂法》第2条规定的腐败推定条款,即"一个同公共组织订立合同或试图订立合同的人只要向公务员支付报酬,就视为腐败行为"。这样的刑法规范设计没有主观方面的规定,便于侦查,也有助于加

强对腐败的打击。又如《德国刑法典》第331条, 受贿系指"公务员或从事特别公务人员对现在或 将来职务上行为要求、期约或收受利益"或"法官、 仲裁人对现在或将来裁判上职务行为, 要求、期 约或收受利益"。但是,"行为人期约或收受利益, 并非其所要求, 而系经主管官署于其职权范围内 事先予以允许, 或对行为人事后立即提出之报告 予以追认者."不认为是受贿。这样的受贿罪规 定比我国的受贿罪有更宽泛的外延,没有"为他 人谋取利益"的条款,便于司法操作,便于侦查。[3]

二、过多的主观要求可能引发侦查机关 去逼供、诱供

司法实践中证明行为人主观的心理状态是一 件很困难的事情。一般说来主观方面的心理状态 可以通过行为人具体实施的客观行为来分析、判 断,但是主观方面作为行为人的一种隐秘的内心 活动,难以准确通过客观行为来判明,只有拿到 了口供司法机关才彻底放心。假如客观证据不充 分, 行为人再矢口否认或拒不供认, 可能就无法 获取主观方面的证据, 完成不了定罪任务。为了 获取证明犯罪所需要的主观方面的证据, 在当前 公安一手包办的封闭讯问的环境下, 采取逼供或 诱供等行为,突破行为人心理获取口供是最便捷 和有效的取证方法。这就是刑讯逼供屡禁不止的 根本原因,即使没有"命案必破"的政治压力,

因为犯罪构成中主观方面的明确要求, 侦查人员 本能地具有获取主观证据的原始动力。

以一个非常普通的交通事故案例来说明警方 诱供的冲动有多么强烈。某天夜里22时许王某 驾驶机动车右转弯不让直行的自行车优先通行, 两车发生接触后自行车驾驶人倒地, 王某听到了 左侧后视镜的轻微响声并发现其向内折叠, 于是 前行20米后停在路边,落下左车窗向后观察未 发现异常, 以为后视镜刮到了道边的树枝, 就对 车上的人说可能刮到了树枝, 然后驾车离去。交 警认为王某有逃逸行为,但是认定逃逸的前提是 要证明王某主观上明知发生了事故。于是交警诱 导说在道路上不管碰到什么都是交通事故,那怕 是一根树枝,有的古树很值钱,碰伤了树枝国家 有损失, 也是交通事故。在具有经验优势的交警 的诱导下王某的主观心态就从不知道事故发生转 化成明知事故发生,这样王某就被诱进了"筐"。 在"以侦查为中心"的现实司法实践中案卷笔录 具有权威性,一旦形成笔录,再想挽回败局难如 登天。

三、完善可反驳的客观推定制度

当然,犯罪构成主观要件的修改并非一朝一 夕就能完成, 为了保证司法办案, 又能切实减少 逼供、诱供等非法取证现象的发生, 笔者认为应 该完善可以反驳的客观推定制度,该制度由客观







推定制度发展而来。

(一) 客观推定制度

在我国早期的司法解释中已经确立了认定主观的客观推定制度。如《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》(1992)第八条规定:认定窝赃、销赃罪的"明知",不能仅凭被告人的口供,应当根据案件的客观事实予以分析。客观推定制度的确立一定程度上减轻了对主观证据的依赖,能引导民警在不能获取口供的情况下尽可能地获取客观证据,以充足的客观证据来证明主观,对逼供、诱供行为的减少有一定的积极作用。

(二) 可反驳的客观推定制度

客观推定制度有自己的不足,使用不当会出现绝对化,后来的司法解释在确立客观推定制度的同时增加了除却规定,即允许被告人反驳。以《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》为代表,该解释将司法实践中反映普遍和成熟的客观事实予以列举,供司法机关推定使用,以消除司法机关在认定该问

题时的顾虑,同时规定推定必须是可辩解的,加上"但有证据证明确实不知道的除外"的规定。这样,允许被告人反驳,以便有效防止客观推定的绝对化,如果被告人有证据证明自己确实不知道时,则推定其"明知"的结论不成立。

结尾

杜绝逼供、诱供等非法取证现象是法律界的 共同目标,无论是什么身份的被告人,无论其涉 嫌的案子轻重大小,大家不愿意看到任何一个人 被逼供或诱供。我们期待着刑法中主观方面的规 定逐步减少,也期待奔忙在侦查破案一线的警官 遏制非法取证的冲动,全面收集客观证据,准确 地使用可反驳的客观推定制度去探求行为人的主 观心态,不逼供、不诱供,避免抓错好人,放纵 坏人的悲剧再次发生。

注释:

- [1] 高铭暄、马克昌主编《刑法学》(第三版) 113页。
- [2] 王新, 北京大学, 《法制与社会发展》, 2013年第1期第66页。
- [3] 许尚金, 浙江省宁波市北仑区人民检察院, 《人民检察》, 2008年第12期第41页。





□汪 倩/文

汪倩律师,中伦文德成都分 所合伙人律师。四川大学哲学学 士,四川大学法学硕士(刑法专 业方向)。主要业务领域:一般 公司法律事务、各类民事诉讼、 刑事辩护和代理。



□程丽莉/文

程丽莉律师,四川大学民商法学硕士,有法律大数据与药品、医疗器械生产企业的合规建设经验,熟悉公司法、合同法、侵权责任法等,擅长投融资、合规体系搭建、法律大数据领域的法律业务。

涉药刑事犯罪研究

2019年12月1日,新修订的《药品管理法》 正式实施,对比之前在可能构成犯罪的不同的法 律责任条款中分别以"构成犯罪的,依法追究刑 事责任"的表述,新修订的《药品管理法》仅在 第一百一十四条对可能构成犯罪的以"违反本法 规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任"进行综 想定,构成犯罪的,依法追究刑事责任"进行综 合表述,改变了之前分别表述的方式,所以,对 具体什么行为可能构成犯罪,需要进一步根据《刑 法》及相关司法解释予以判断,这不仅给行政执 法者在行刑衔接问题的处理上提出了更高的要求,也对被监管对象提出了更高的守法要求。

根据《药品管理法》第十一章与《刑法》的相关规定,目前涉药的刑事犯罪主要包括:生产、销售假药罪、生产、销售劣药罪、非法经营罪、提供虚假证明文件罪、虚假广告罪以及与(商业)贿赂相关的罪名,下面将对这些涉药的刑事犯罪予以具体分析。

一、生产、销售假药罪

《药品管理法》第一百一十六条与《刑法》 第一百四十一条分别规定了生产、销售假药的行 政处罚与刑事处罚。

根据《刑法》第一百四十一条、第一百五十

条与《最高人民法院、最高人民检察院关于办理 危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解 释》的规定,只要生产、销售假药即达到生产、 销售假药罪的立案标准,个人犯罪的,处三年以 下有期徒刑或者拘役,并处罚金,单位犯罪的, 对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和 其他直接责任人员处3年以下有期徒刑或者拘役, 并处罚金。

同时,关于生产、销售假药罪的其他量刑情 节或标准的具体规定,根据《最高人民法院、最 高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适 用法律若干问题的解释》第一条、第二条、第三 条、第四条的规定:

1. "对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金"中的"对人体健康造成严重危害"主要包括:(1)造成轻伤或者重伤的;(2)造成轻度残疾或者中度残疾的;(3)造成器官组织损伤导致一般功能障碍或者严重功能障碍的;(4)其他对人体健康造成严重危害的情形;"其他严重情节"主要包括:(1)造成较大突发公共卫生事件的;(2)生产、销售金额二十万元以上不满五十万元的;(3)生产、销售金额十万元以上不满二十万元,并具



有本解释第一条规定情形之一的;(4)根据生产、销售的时间、数量、假药种类等,应当认定为情节严重的。

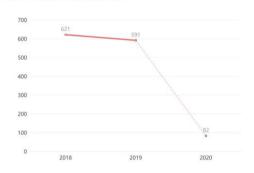
2. "致人死亡或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产"中的"其他特别严重情节"主要包括: (1)致人重度残疾的; (2)造成三人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的; (3)造成五人以上轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的; (4)造成十人以上轻伤的; (5)造成重大、特别重大突发公共卫生事件的; (6)生产、销售金额五十万元以上不满五十万元,并具有本解释第一条规定情形之一的; (8)根据生产、销售的时间、数量、假药种类等,应当认定为情节特别严重的。

3. "应当酌情从重处罚"的情节有:(1)生产、销售的假药以孕产妇、婴幼儿、儿童或者危重病人为主要使用对象的;(2)生产、销售的假药属于麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、避孕药品、血液制品、疫苗的;(3)生产、销售的假药属于注射剂药品、急救药品的;(4)医疗机构、医疗机构工作人员生产、销售假药的;(5)在自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等突发事件期间,生产、销售用于应对突发事件的假药的;(6)两年内曾因危害药

品安全违法犯罪活动受过行政处罚或者刑事处罚的;(7)其他应当酌情从重处罚的情形。

时间分析可视化

全文: 医 全文: 药 全文不包含: 医药 案由: 生产、销售假药罪 裁判日期 2018-01-01至2020-09-12 文书类型: 判决



图为近三年生产、销售假药罪判决数量 的不完全统计

二、生产、销售劣药罪

《药品管理法》第一百一十七条与《刑法》 第一百四十二条分别规定了生产、销售劣药的行 政处罚与刑事处罚。

根据《刑法》第一百四十二条与《最高人民 法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑 事案件适用法律若干问题的解释》第五条第一款、 第二条的规定,生产、销售劣药罪的立案标准为 "对人体健康造成严重危害",即:(1)造成轻伤 或者重伤的:(2)造成轻度残疾或者中度残疾的;



(3) 损障障对重人以徒额下的金责他的保证的人。 3 有售倍犯上刑 50%金对并主接服务 10 并以,单位其人任知,以处上单位判直员人任力,以外,单位其人任务。 3 有售倍犯处接和员人人员的。 4 年期金以罪罚负其处

3年以上10年以下有期徒刑,并处销售金额50% 以上2倍以下罚金。

同时,关于生产、销售劣药罪的其他量刑情 节或标准的具体规定,根据《最高人民法院、最 高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适 用法律若干问题的解释》第五条、第二条、第四 条第一项至第五项、第五条第三款、第一条的规 定:

1. "后果特别严重的,处十年以上有期徒刑 或者无期徒刑,并处销售金额百分之五十以上二 倍以下罚金或者没收财产"中的"后果特别严重" 包括:(1)致人死亡的;(2)致人重度残疾的;(3) 造成三人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤 导致严重功能障碍的; (4) 造成五人以上轻度残 疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;(5) 造成十人以上轻伤的; (6) 造成重大、特别重大 突发公共卫生事件的。

2. "应当酌情从重处罚"的情节有:(1)生产、 销售的劣药以孕产妇、婴幼儿、儿童或者危重病 人为主要使用对象的;(2)生产、销售的劣药属 于麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射 性药品、避孕药品、血液制品、疫苗的;(3)生 产、销售的劣药属于注射剂药品、急救药品的;(4) 医疗机构、医疗机构工作人员生产、销售劣药的; (5) 在自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社 会安全事件等突发事件期间, 生产、销售用于应 对突发事件的劣药的; (6) 两年内曾因危害药品 安全违法犯罪活动受过行政处罚或者刑事处罚; (7) 其他应当酌情从重处罚的情形。

三、非法经营罪

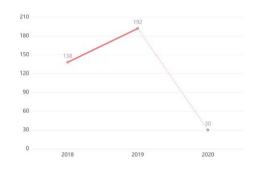
《药品管理法》第一百一十五条与《刑法》 第二百二十五条分别规定了非法进行药品经营的 行政处罚与刑事处罚。

根据《刑法》第二百二十五条与《最高人民 法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑 事案件适用法律若干问题的解释》第七条的规定, 非法经营罪的立案标准为"扰乱市场秩序,情节 严重的",即:(1)违反国家药品管理法律法规, 未取得或者使用伪造、变造的药品经营许可证, 非法经营药品,非法经营数额在十万元以上;(2) 违反国家药品管理法律法规,未取得或者使用伪 造、变造的药品经营许可证, 非法经营药品, 违 法所得数额在五万元以上的。个人犯罪的,处5 年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处违法所 得1倍以上5倍以下罚金,单位犯罪的,对单位 判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直 接责任人员处5年以下有期徒刑或者拘役,并处 或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金。

同时,关于非法经营罪(药品)的其他量刑 情节或标准的具体规定,根据《最高人民法院、 最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件 适用法律若干问题的解释》第七条的规定:"情 节特别严重的,处五年以上有期徒刑,并处违法 所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产"中的 "情节特别严重"包括:(1)违反国家药品管理法 律法规, 未取得或者使用伪造、变造的药品经营 许可证, 非法经营药品, 非法经营数额在五十万 元以上;(2)违反国家药品管理法律法规,未取 得或者使用伪造、变造的药品经营许可证, 非法 经营药品,违法所得数额在二十五万元以上的。

时间分析可视化

全文不包含: 医药费 全文: 医 全文: 药 全文: 未取得 案由: 非法经营罪裁判日期: 2018-01-01至2020-09-11 文书类型: 判决



图为近三年涉药非法经营罪判决数量的不完全统计

四、提供虚假证明文件罪

《药品管理法》第一百二十三条与《刑法》 第二百二十九条分别规定了提供虚假证明文件的 行政处罚与刑事处罚。

根据《刑法》第二百二十九条与《最高人 民法院、最高人民检察院关于办理药品、医疗器 械注册申请材料造假刑事案件适用法律若干问题 的解释》的规定,提供虚假证明文件罪的立案标



准为"情节严重",即:(1)在药物非临床研究或 者药物临床试验过程中故意使用虚假试验用药品 的;(2) 瞒报与药物临床试验用药品相关的严重 不良事件的;(3)故意损毁原始药物非临床研究 数据或者药物临床试验数据的;(4)编造受试动 物信息、受试者信息、主要试验过程记录、研究 数据、检测数据等药物非临床研究数据或者药物 临床试验数据,影响药品安全性、有效性评价结 果的; (5) 曾因在申请药品、医疗器械注册过程 中提供虚假证明材料受过刑事处罚或者二年内受 过行政处罚、又提供虚假证明材料的;(6)其他 情节严重的情形。个人犯罪的, 处五年以下有期 徒刑或者拘役,并处罚金,单位犯罪的,对单位 判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直 接责任人员处五年以下有期徒刑或者拘役、并处 罚金。

值得注意的是:(1)药物非临床研究机构、药物临床试验机构、合同研究组织的工作人员,故意提供虚假的药物非临床研究报告、药物临床试验报告及相关材料,索取或者非法收受他人财物的,以提供虚假证明文件罪处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;同时构成提供虚假证明文件罪和受贿罪、非国家工作人员受贿罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚;(2)药品注册申请单位的工作人员,故意使用虚假药物非临床研究报告、药物临床试验报告及相关材料,骗取药品

批准证明文件生产、销售药品的,应当依照刑法第一百四十一条规定,以生产、销售假药罪定罪处罚。

五、与(商业)贿赂 相关的系列犯罪

《药品管理法》第 一百四十一条、第 一百四十二条与《刑 法》第一百六十四条、 第三百八十九条、第 三百九十三条、第 三百八十七条等分别规定了行贿受贿的行政处罚 与刑事处罚。可能构成的刑事犯罪有: 行贿罪、 对非国家工作人员行贿罪、单位行贿罪、对单位 行贿罪等。

根据《刑法》第一百六十四条与《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条第三款、第七条的规定,对非国家工作人员行贿罪的立案标准是"数额较大",即6万元。

根据《刑法》第三百八十九条、第三百九十条与《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第七条的规定,行贿罪的立案标准是:(1)行贿数额满3万元;(2)行贿数额满1万元不满3万元的,如果有如下情形的:a.向三人以上行贿的;b.将违法所得用于行贿的;c.通过行贿谋取职务提拔、调整的;d.向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿,实施非法活动的;e.向司法工作人员行贿,影响司法公正的;f.造成经济损失数额在五十万元以上不满一百万元的。

根据《刑法》第三百九十三条与《最高人民检察院关于行贿罪立案标准的规定》。单位行贿罪的立案标准是:(1)行贿数额满 20 万元;(2)行贿数额满 10 万元不满 20 万元,如果有如下情形的: a. 为谋取非法利益而行贿的; b. 向三人以

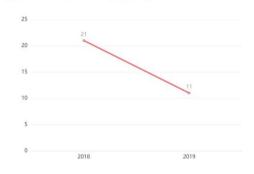


上行贿的; c. 向党政领导、司法工作人员、行政 执法人员行贿的; d. 致使国家或者社会利益遭受 重大损失的。

根据《刑法》第三百九十一条与《最高人民检察院关于行贿罪立案标准的规定》。对单位行贿罪的立案标准是: (1) 个人行贿数额满 10 万元; (2) 单位行贿数额满 20 万元; (3) 个人行贿数额不满 10 万元,或单位行贿数满 10 万元不满 20 万元,如果有如下情形的: a. 为谋取非法利益而行贿的; b. 向三人以上行贿的; c. 向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的; d. 致使国家或者社会利益遭受重大损失的。

时间分析可视化

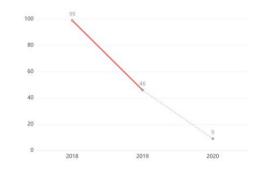
全文: 医 全文: 药 全文不包含: 医药费 案由: 对非国家工作人员行贿罪 裁判日期: 2018-01-01至2020-09-11 文书类型: 判决



图为近三年涉药对非国家工作人员行贿罪判决数量 的不完全统计

时间分析可视化

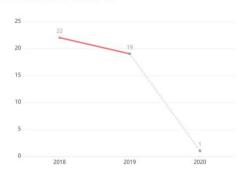
全文: 医 全文: 药 全文不包含: 医药费 全文不包含: 毒品 案由: 行贿罪年份: 2020|2019|2018 文书类型: 判决



图为近三年涉药行贿罪判决数量的不完全统计

时间分析可视化

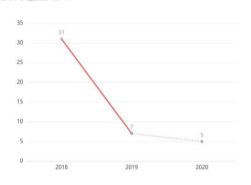
全文: 医 全文: 药 全文不包含: 医药费 案由: 单位行贿罪 裁判日期: 20 18-01-01至2020-09-11 文书类型: 判决



图为近三年涉药单位行贿罪判决数量的不完全统计

时间分析可视化

全文: 医全文: 药全文不包含: 医药费 案由: 单位受贿罪 裁判日期: 20



图为近三年涉药对单位行贿罪判决数量 的不完全统计

目前,涉药的刑事犯罪主要包括上述相关罪 名,本文也对上述相关犯罪的立案标准等予以列 明与阐释,以期在行刑衔接的问题上不仅给行政 执法者也给《药品管理法》的被监管对象以参考。





<u>王雍方,北京大学法学博士,中伦文德律师事务所海峡两岸</u> 法律事务部主任。

□王雍方/文

海外法律服务的新契机

一带一路倡议(下简称"倡议")可能是全球化发展到现在最重要的一个倡议,中美贸易战的发生,让全球化与反全球化的矛盾彻底浮上台面,而"倡议"则为全球化下一个阶段提出了可行的路线及方向。"倡议"涉及的国家从一开始的65个国家,到现在已有136个国家和30个国际组织,签署了195份政府间合作协议,商签等相关国家。[1]由于地区跨度非常大,法律环境甚为复杂,除了语言障碍之外,各国本身政治、交和等多元性的差异,都对"倡议"的推动带来极高的风险与挑战。就法律服务而言,不可法系之间的差异,各国本身法律制度的差异,都对于欲投入相关法律服务的提供者,带来了的挑战,同时却也提供了新的机遇。

一、海外法律服务新蓝海

推进"倡议"建设,中国将充分发挥国内各地区比较优势,实行更加积极主动的开放战略,加强东中西互动合作,全面提升开放型经济水平。 [2] 因此,"倡议"与国内的经济发展是相互促进及补充的。中国企业走出去,法律人要充分认识到海外法律环境的差异。海外的法律环境非常复杂,海外法律服务市场的80%被英、美、法甚至日本的法律专业人士占据着,这个市场特别大,

将来中国的法律服务人才要能够在国际法律服务市场上去竞争。^[3]对于律师而言,这是一个法律服务的新蓝海,如果要推动"倡议",在国际商业活动中,法律保护必须先行,这就注定了"倡议"产生巨大的法律服务需求。这需求也考验着"倡议"法律服务提供者的能力。

二、常规海外法律服务往"倡议"海外 法律服务转变

过去的海外法律服务,属于商业活动的海外法律服务,是跟随企业的脚步,就企业、商业有明确需要后而提供相应的法律支持。"倡议"海外法律服务更多的将是开拓、挖掘与协调,律师提供法律服务需要站到前沿的位置,发现机会、落实路径并调处好所有相关的法律准备工作。这是具有引领角色的时期与机会,这也是律师难得展现专业视野、高度及能力的舞台。

三、双边多边的法律保障

"倡议"战略必须充分重视法治建设,对"倡议"建设而言,法律保障是基础性的、必不可少的关键要素。只有在合理有效的法律框架下,才能充分协调和规范各方行为,促进双边和多边合作,实现"倡议"战略下的各方共赢。^[4]"倡议"所彰显的是国际商业的共赢共享,因此,在法律

服务提供的要求上,更重视的是协作与互助。国际社会交往,更重视的是国与国之间的关系,跨国企业与本地企业之间的约定与协议。为达到这个目标,需细腻与谨慎处理跨国事务,可以预见,这将大幅度增加对于国际商业律师的要求?需求。

四、差异带来的风险

现值中国经济转型期间,"倡议"为中国的经济发展带来了新的动能及增长点,市场的外扩,确实为转型中的中国带来了新机遇及动能。但中国本土企业离开过去熟悉的商业环境,跨入"倡议"全新的领域,首先面对的是"倡议"覆盖的国家与地区,政治、宗教、人文、社会、与经济环境各不相同,跨度很大,不同于中国的单一市场,即使过去各地存在某种程度的保护主义,但仍然在统一的政府管理下保持相当的统一性。

"倡议"代表的新市场与新机遇的同时,相 伴而来的即是多元化所带来的是各种形式的商业 风险。即使中国加入WTO进入第20个年头, 中国对世界的了解和世界对中国的了解仍然有着 一定程度认知上的差异, 也不全面, 而近来中美 贸易战可以视为此矛盾的表面化, 因此近来当中 国大陆企业在走出去的时候, 虽然可以看到一些 成功的案例, 但也可以看到因误解和误判所衍生 的商业纠纷, 而产生不好的影响。归结原因, 主 要一是文化不同, 二是习俗有别, 三是制度有 分歧, 四是法律存差异。而境外商业活动和跨境 人员交流最先触碰到的制约因素是法律,即使国 际上存在通行的准则, 但在个案上都必须在深入 了解相关法律规范后才能进一步推进商业活动, 况且很多发生的法律问题最终还需在所在国解 决,一旦因缺乏完善的法律风险评估而出现了问 题,往往难以及时有效地解决,这也将导致公司



企业在境外的商业活动遭遇重大损失[5]。

五、业务范围广泛

"倡议"所涉及的法律服务项目,非常丰富 及繁杂,以下就涉及的商业活动可能需要重点关 注的法律服务种类及范围试列举如下:

1. 传统商业活动法律事务: (1) 物流(海商保险)、(2)知识产权、(3)不动产、(4)金融、(5)国际税法、(6)资产管理、(7)国际贸易、(8)国际投资。

2. 前沿法律事务: (1) 电子商务、(2) 共享 经济、(3) 区块链、(4) 人工智能、(5) 云端、(6) 生技医药、(7) 新创。

3. 重点产业: (1) 基础建设、(2) 健康绿能、(3) 环境安全、(4) 加盟连锁、(5) 休闲旅游、(6) 文教旅游。

4. 境外商业活动安全保护:(1) 商业合规、(2) 公共关系、(3) 风险控制、(4) 争端解决。

由此可知,"倡议"可能涉及法律服务的种类及范围相当广泛,相关领域研究的人员及有能力提供相应法律服务的人力需求十分庞大,未来将随着"倡议"的深化需要大量的人力投入这个领域及市场。

六、服务要求再提高

面对"倡议"庞大的商业活动需要,除了可以预见需要大量的专业的律师参与,而"倡议"涉及的国家十分众多,不同法系、法域交织,客户因商业产生的法律服务需求,通常要求及时与专业,因此,法律服务提供的精准、细腻程度与时间掌握将是服务品质竞争与优劣的关键。除了语言的差异外,而如何选择、对接并有效与当地相关专业人士及机构联系、沟通与协作,并保持服务的整体性与一致性,是能否顺利提供服务与完成客户委托的基础。

七、境外法律服务支持机构的再整合

为了及时、专业及有效的提供"倡议"中所 涉及的法律服务,境外当地法律服务支持机构的 选择与合作会成为一个必须慎重的重要因素。目前可以看到更多是搭配过去有合作案件的律师、律所或机构的引荐或配合,但可以预期,更深化的整合、结盟甚至是共同经营将随着各式各样及各个国家区域案件的增加逐步的产生更紧密合作的需求。除了律师、会计师、其他专业人士或投资、财务或顾问公司同业或异业服务据点的共同设立、使用、合营或联合办公室等方式,为客户建立及提供单一窗口及品牌的服务外,各专业、团体或联盟的再结盟,可能是可以更快程度整合及协调服务内容与水平,覆盖因"倡议"而新产生服务需求的可行模式。

八、结语

作为后全球化时代最重要的一个"倡议", 在美国选择退出全球化组织,中国提出"倡议"的构想,其实也就承继了继续推动全球化的火炬,这个"倡议"得到这么多的国家的支持与参与,证明了这是肩负众望,而且必须成功。而在新冠病毒疫情仍然全球高烧不退的现在,尤其有其时代的意义与价值。然而,继续追求与深化全球化的愿望是美好的,但现实却是充满荆棘与挑战。在国际情势急遽转变的格局下,新的市场开拓及新的商业行为的运作,其实是每个专业人大都无法回避的挑战。中国律师在过去几十年的商业活动发展中已成功扮演了自己在时代中应许的角色。接下来,相信在这个全新的时代里,更需要携手并进,承先启后,为企业提供更好更优质的法律服务。

注释:

- [1] 一带一路": 从中国倡议到全球共识 (https://bajjahao.bajdu.com/s?id=1645796 474656397377&wfr=spider&for=pc)
- [2] 李伟主编:《"一带一路"沿线国家安全风险评估》,中国发展出版社,2015年版。 第7页。
- [3] 杨积堂、周悦、刘苍瑜:《"一带一路"国际合作的服务需求供给定位》,北京联合大学学报(人文社会科学版),2017年第57期,第121页。
- [4]"一带一路"法律研究大幅升温(www.sohu.com/a/128319910_114731,2017.3.9)
- [5] 杨积堂、周悦、刘苍瑜:《"一带一路"国际合作的服务需求供给定位》,北京联合大学学报(人文社会科学版),2017年第57期,第120页。



□戴宏坤/文

<u>员,现为中伦文德</u>

戴宏坤律师,1989年毕业于中国对外经济贸易大学,1991年 毕业于英国皇家保险学院,1992年成为英国皇家保险学会ACII会 员,2012-2016为中国保监会保险消费者权益保护工作社会监督 员,现为中伦文德律师事务所合伙人。

疫情肆虐,保险公司有权赠与保险吗?

一场突如其来的新冠肺炎疫情在武汉爆发,在全国肆虐,传播速度之快、范围之广、危害之深,完全出乎人们的想象。随之,保险业反应迅速,为抗疫医护人员等各类社会群体赠与保险,受到了欢迎和关注。截至 2020 年 2 月 24 日,保险业向抗疫一线人员赠与保险总计保额达到 11.58 万亿元,数据相当可见。究竟,保险公司是否有权赠与保险,我们一起来讨论。

一、回顾赠与保险的事件背景

疫情发生后,银保监会下发通知,要求各保险公司可以在风险可控的前提下适当扩展保险责任,以在疫情防控关键期发挥保险保障作用。据不完全统计,先后有80家保险公司赠送各种保险产品,保额由10万到100万元不等,保险期限有1个月、3个月,甚至半年或更长。还有不少保险公司,基于疫情对现有保险合同进行了责任扩展。

根据银保监会 2020 年 2 月 24 日公布的数据,保险行业累计向抗疫一线人员捐赠总计保额 11.58 万亿元的保险保障。新型冠状病毒肺炎疫情发生以来,为切实保护被保险人利益,银监会两次下发通知,一方面积极鼓励保险公司捐赠保险,并豁免一些捐赠保险品种的限制;另一方面,严格规范保险捐赠行为,要求产品符合信息披露的要

求,提取准备金、签订合同和出具保单,包括做好服务,特别是对捐赠保单的及时理赔。

根据中国保险行业协会披露,截止 2020 年 3 月 27 日,保险行业抗疫专属理赔累计 155747 件,累计赔付金额 2.79 亿元。人身保险公司方面累计赔付 1.77 亿元,财产险公司方面累计赔付 1.02 亿元。保险行业捐款、捐物累计达 3.76 亿元。

关于保险赠与,国内保险公司 20 几年前就有赠与保险的案例,并以此作为自我宣传的广告,例如,XXX 保险公司赠与保险给运动员冠军。对于保险公司赠与保险的行为,笔者一直持怀疑的态度,这次大规模的保险赠与行为,促使笔者对此展开深入研究,并与有关保险专家进行沟通和探讨。

其实,对于这次保险公司大规模的保险赠与 行为,国内学者和专家中也产生了截然不同的声 音。例如,中国保险学会法律专业委员会主任、 和泰人寿保险股份有限公司总裁李玉泉认为:

1. 保险合同是等价有偿合同,"没有对价,就没有保险"。不交保费,保险合同难以成立,也不构成保险。

2. 保险是"一人为众,众为一人",是建立 在大数法则和概率论基础上的,必须通过风险评估、确定概率、厘定费率、测算保费,以保费为 基础建立保险赔偿或补偿基金,没有保费,保险



是无源之水、无本之木。

而中国银保监会广东监管局副局长、现借调 任银保监会法规部副主任刘学生则认为,赠送保 险跟其他赠与财物或服务一样, 在法律行为性质 上并没有特殊性。就此种行为, 无论是合同法还 是保险法,都无禁止性规定;既不违反公序良俗, 也无其他法定无效条件约束、法无禁止即可为。 只要保险公司解决赠送的成本问题, 赠送保险在 保险法理上就是可行的[1]。

中国人寿金融研究院资深研究员卫新江则认 为. 1. 赠送保险可能有损股东、现有保户和公司 的利益; 2. 赠送行为未必符合上市公司监管和股 份公司法人治理的要求。

作为保险学者、中国保监会消费者权益保护 工作监督员和法律工作者, 笔者尝试从保险基本 原理和法律规定出发, 分析保险公司的保险赠与 行为(仅限于人身保险),与各位同仁探讨。

二、赠与行为的相关法律规定

1. 什么是赠与?

"赠与"是赠与人将自己的财产无偿给予受 赠人、受赠人表示接受的一种行为,这种行为的 实质是财产所有权的转移。赠与行为一般要通过 法律程序来完成, 即签订赠与合同(或口头合同 等其它形式)。法律术语称这种合同为诺成性合 同,顾名思义就是只要"承诺"就可以"成立"。

赠与合同是典型的无偿合同和单务合同,即 赠与人无对价而支付利益,受赠人不负担任何对 待给付义务既可获得利益,这一合同关系导致合 同双方的权利义务严重违反公平和等价有偿的交 易原则。

2. 保险是否可以成为赠与标的?

《合同法》第185条规定:"赠与合同是赠与 人将自己的财产无偿给予受赠人, 受赠人表示接 受赠与的合同。"所以,可以赠与的标的应该是 "自己的财产",也就是属于自己所有并可以支配 的财产。

我国许多学者认为,赠与合同移转的是标的 物之所有权。因此,赠与的标的物可以是各种法 律不禁止的实物、货币和有价证券,同时还包括 各种无形资产,例如知识产权、股权等,当然也 包括像发生事故后保险公司给予被保险人经济补 偿的索偿权利。因此, 笔者认为, 保险可以成为 赠与合同标的。

3. 谁可以成为保险赠与人?

我国《保险法》第十条规定,保险合同是投 保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投 保人是指与保险人订立保险合同, 并按照合同约 定负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保 人订立保险合同,并按照合同约定承担赔偿或者 给付保险金责任的保险公司。

保险赠与就是在投保人与被保险人不是同一 人的情况下, 由投保人支付保险费, 与保险公司 签订保险合同, 而保险索偿权益则由被保险人享 受的行为, 也就是只有投保人可以成为保险赠与 人。

那么, 保险公司能不能成为投保人呢? 显然 不能,保险公司自己作为投保人与自己签订保险 合同, 从法理上就讲不通。因此, 保险公司赠与 保险只能通过免除投保人应缴纳保险费而实现。 但问题是,保险公司能不能免除投保人的缴费义 务而赠与保险呢?下节做进一步探讨。

三、保险基本原理

1. 传统上保险具有互助性功能, 但现代保 险互助性功能被弱化。

现代保险的最早形式源于海上保险。公元前 九百多年, 在腓尼基人居住的罗得岛, 由于贸易 发展较快,逐步形成了一些惯例,并制定了法规。 《罗地安海商法》规定"凡是为减轻轮船载重而 抛弃的货物,如果是为了全体利益而做出牺牲, 应当由得益各方分摊归还", 意即一人损失, 其 他受益人要给予补偿。

保险的萌芽状态是以经济补偿为目的的互助 合作组织,即由一些有共同要求、面临同样危险 的人组成, 以预交分摊金的方式建立后备金来补 偿意外损失。对于同一保险险种设立一个资金池, 投保人统一支付保险费到该资金池, 根本目的是 团体共济。

笔者认为,从传统意义上讲,保险公司是保费资金池的管理者,而不是保费资金的所有者,例如互助保险公司、船东互保协会,正因为此类保险公司不是保费资金的所有人,保险公司无权赠与或免除本来应支付到保险资金池的保险费而赠与保险。

但是,随着公司法的逐步完善,建立在现代公司法基础上的保险公司与过去传统的保险公司相比较,在法人治理结构上发生了变化,其对应的现代保险制度的理念也随之发生了变化。现代保险公司是严格建立在《公司法》规定基础上的,具有独立的资产,即需要符合最低注册资本金的要求,例如,我国《保险法》第69条规定,保险公司最低注册资本金是实缴货币资本2亿元人民币。因此,保险资金池的资金首先是保险公司的自有资金,而不是投保人缴纳的保险费,从这个角度讲,现代保险的互助性功能弱化了。

2. 传统上保险是一种风险分散机制,但现代保险公司是风险交换中心。

保险是社会公共秩序有序稳定的重要工具之一,是集合、分散危险于保险公司从而为被保险 人偶然发生的损失提供损失补偿或给付保险金,即集合众人财力救助个人于危难。

尽管现代保险公司是独立法人,有自己的自有资金,但是投保人所缴纳的保险费仍然是主要的保险金来源,如果允许保险公司随意赠与保险,就使得被赠与人在未缴纳保费的情况下享受了别人缴纳保费所带来的保障,与保险设立的初衷相违背。

对于保险共同体而言,保险费是建立保险基金的源泉,保险人是否有偿付能力,取决于它所收取的保费总额是否能够弥补它所承担的全部赔偿责任。保险是预防、转移、集合危险的集合体,但要获得这种预防、转移、集合危险的效果必须支付相应的对价,以使被转移、集合者有能力承担危险所带来的损害。而赠与无形中增加了保险人所要承担的风险,削弱了保险人承担危险的能力,甚至造成无法履约的后果,因此保险公司的保险赠与行为必须在确保承付能力的前提下,受

到严格监控和限制。

3. 保险费厘定应遵循科学原则。

一个合理的保险险种费率是建立在科学的精算基础之上的。在厘定保险费时,不可能给保险赠与留出一定空间。新冠肺炎属于罕见的流行病,在厘定费率时不可预见,所以不在保险承保设计范围之内,更不可能事先给新冠肺炎疫情期间的抗疫医护人员和特殊人群的人身保险赠与留出空间。

对于某一人身保险险种或保险产品,在保费 厘定时,对于同等风险的被保险人其基本费率是 等同的,但因为被保险人个体存在差异,因此保 险费应当根据风险大小而有所调整,保费与风险 成正比。

而对于抗击新冠肺炎的武汉医务工作者或特殊人群而言,其暴露感染风险极高,患病后果也往往十分严重,当他们成为被保险人时,保险公司很有可能面临巨额保险赔款。即使保险公司愿意担负起社会责任,冒风险承保,也应当按照费率厘定原则收取相应的高额保费。而免费保险赠与无疑损害了其他被保险人的利益,损害公平原则,增加了该保险资金池入不敷出的风险。

4. 保险承保的是意外事故、意外风险,而不是确定的风险。

对于确定发生的风险或事故,保险公司应当 采取合理措施,谨慎评估风险,不予承保或提高 保费。在新冠肺炎疫情大面积爆发且短期内无法





消除的现状下,新冠肺炎就是一个确定的风险, 在此情况下,保险公司不但不拒保或提高保险费, 反而免费赠与保险给医护工作人员或其他特定人 员,这种做法打破了保险资金池的风险平衡,明 知不可为而为之, 陡然增加了风险, 损害了原有 被保险人的利益,完全违背了"承保意外风险" 的保险基本原理。

四、我国有关法律、法规对保险赠与的 规定

1. 保险具有社会公益性。

我国《保险法》第四条规定,从事保险活动 必须遵守法律、行政法规, 尊重社会公德, 不得 损害社会公共利益。保险是建立在"我为人人, 人人为我"这一理念基础之上的一种风险分散制 度, 其基本原理是集合风险、分散风险, 根本目 的是团体共济。以众人协力、合理分摊为基础, 即为保险公益性的体现。保险的公益性,不仅仅 体现在注重保险业的社会责任或公共责任、修正 保险公司过分追求营利性的弊病,还表现在保险 本身在社会生活中应发挥稳定社会秩序, 促进社 会和谐的作用。赠与保险,似乎就与众人协力、 合理分摊的基本原理相违背[2]。

2015年1月23日. 原中国保监会就人身保 险赠送行为发布了《关于规范人身保险公司赠送 保险有关行为的通知》(保监发【2015】12号)。 该通知的第二条规定: 人身保险公司赠送的人身 保险产品仅限于意外伤害保险和健康保险,且保 险期间不能超过1年。对每人每次赠送保险的纯 风险保费不能超过100元,以公益事业为目的的 赠送保险不受此金额限制。第三条规定: 人身保 险公司赠送的人身保险产品应当符合《人身保险 公司保险条款和保险费率管理办法》的有关规定。 显然,本次保险公司赠与保险集中行动中,违反 了该通知的有关规定。保险公司为感染风险极高 或者明知已经感染的新冠肺炎抗疫医护人员和特 殊人群免费赠与保险,不仅损害被保险人的利益, 也损害了保险公司的股东利益, 属于违法、违规 行为。

2. 保险具有有偿性。

保险合同的有偿性具体表现在, 保险人收取 保险费的对价, 是承担相应的保险责任, 而被保 险人要获得保险保障则必须以投保人交纳保险费 作为对价[3]。我国《保险法》第二条规定,本法 所称保险,是指投保人根据合同约定,向保险人 支付保险费, 保险人对于合同约定的可能发生的 事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金 责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达 到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险 金责任的商业保险行为。

保险合同的双务有偿性特征使得赠与保险的 合理性受到质疑。因为赠与保险使得被赠与人在 没有支付对价的情况下得到了保险、没有付出义 务而获得保障,与保险合同双务有偿性相违背。 保险费缴纳, 是保险合同成立后投保人应当履行 的合同义务。在保险合同中, 当事人的有些权利 是不容放弃的, 比如保险人放弃合同约定的收取 保险费的权利,因其有悖于保险原理[4]。同时, 也损害了保险公司股东的合法利益, 属于违法行 为。

3. 人身保险投保需要履行严格的法定程序。

根据我国银保监会的有关规定, 投保人身保 险,必须进行面签等严格程序。例如,我国《健 康保险管理办法》第三十九条规定, 保险公司销 售健康保险产品,应当以书面或者口头等形式向 投保人说明保险合同的内容, 对有关事项作出明 确告知,并由投保人确认。而我国《保险法》第 三十四条规定, 以死亡为给付保险金条件的合同, 未经被保险人同意并认可保险金额的, 合同无效。 在投保人或被保险人被隔离的情况下, 如何取得 投保人的合法投保手续;按照我国《保险法》第 十六条规定如实履行告知义务, 又如何征得被保 险人的同意,这是个尖锐的法律问题。保险公司 不能因为疫情而豁免投保人或被保险人遵从法定 手续的义务, 否则投保无效, 保险合同并不成立。 保险公司明知不可为而为之, 违反了审慎原则, 保险监管机构也不应当默许这种做法, 因疫情的 特殊背景而为违法行为开绿灯。

五、结论

银保监会法规部副主任刘学生认为,只要保险公司解决了赠送的成本问题,赠送保险在保险法理上就是可行的。对此,笔者部分认同,部分不认同其观点。

首先,保险公司赠与保险免除了投保人缴纳保险的义务,但是按保险原理,该部分空缺的保险费仍然需要有人代为交纳,因此笔者同意刘学生副主任关于需要解决该部分赠与保险对应的"成本"问题的观点。但是,笔者认为,既然是保险公司赠与保险,显然保险公司是赠与人,保险公司必须得以自己可以支配的自有资金来支付这个保险"成本"。另外,保险公司支付的这个"成本",也需要遵循保险基本原理,根据风险程度来交纳,不能因为自己是保险公司本身而打折扣。

其次,在疫情肆虐,存在几乎确定性赔付风险的情况下,保险公司应根据行业惯例最好不予承保。因为此时支付的保费"成本"无法弥补保险人"巨额赔付"的风险支出。如此,保险公司承保就违反了公平原则,违背了保险基本原理。

也有的学者持"保险公司通过保险资金投资功能,保证足够的偿付能力"观点认可保险公司赠与保险,笔者也同样存怀疑态度。

首先,保险资金运用与承保是两个不同的概念,保险公司能不能赠与保险首先涉及的是承保问题,我们不能以"偿付能力"概念偷换"保险赠与"概念;其次,对于保险资金运作,客观地讲,任何公司也无法保证保险资金投资必然盈利,或者盈利能覆盖保险赔付。投资就有风险,国际上保险资金运作失败的案例比比皆是。我们不应期望通过保险资金运作来解决保险赠与的"成本"问题,遵从保险基本原理才是正解,否则就是本未倒置。

中国保险学会法律专业委员会主任、和泰人 寿保险股份有限公司总裁李玉泉和银保监会法 规部副主任刘学生都赞同由保险公司内部员工 筹款,为抗疫一线的医护人员购买保险的做法。 本人认为,这在法理上是可行的,在遵循保险原 理的前提下也赞同这一公益做法,但这已不是保 险公司本身的保险赠与行为,不属于本文讨论的 范畴。

根据以上分析,笔者认为,一般情况下保险公司是可以个别赠送保险的,但是是有条件的,即赠与应当在发生保险事故之前,并且需要限制在一定范围之内,即保险公司的偿付能力不能因此受到影响,保险的基本原理和法律法规应得到遵守。而我国保险公司在今年新冠肺炎肆虐的背景下集中性的、大面积的赠与保险行为,不仅违反了《公司法》中公司法人治理的一般性规定,更是从根本上违背了保险基本原理,进而一方面违反《保险法》的规定,另一方面也违反了中国保监会投保人身保险的程序性要求和保险公司赠与人身保险的有关规范性要求,不建议提倡,更不应当鼓励。

保险是舶来品,在国外已经发展了几百年的时间,而在我国发展只有短短几十年时间,因此我们对保险的理解难免存在片面性,甚至错误认识,包括我们最初的《保险法》和《海商法》条文中都存在一些错误保险概念。只是后来随着许多国内学者到国外进修,国内同行与国外同行和专家教授进行沟通交流等,国内业界对保险理念有了更准确、更深入的认识,一步步修正和修改了一些保险法律、法规条文,国内保险业才日趋成熟,并与国外逐步接轨。

对于突发的新冠肺炎,笔者建议,采用目前 国际上比较普遍的做法,即在现有保险的基础上 扩展保险承保范围,升级保障范围和服务,提供 额外补贴等,而不是保险公司采用直接赠与保险 的做法。

本文无意去批评和质疑保险公司的社会责任和担当初衷,只是笔者认为,保险公司凡事仍须遵循保险行业的客观规律,追求保险的本质和本源要求,依法、依专业办事,减少随意性,提高诚信度,提高业务合规性,方能对得起广大保险客户对保险公司的信任。

注释:

- [1] 刘学生,《保险理论与实践》. 2020年.第3期。
- [2] 吴兆如,易文祯,《无偿保险赠与研究》,《法制与社会》.2011年.09(中)。
- [3] 贾林青. 保险法. 中国人民大学出版社. 2007年版. 第110页。
- [4] 黎建飞,王卫国. 保险法教程,北京大学出版社,2009年版,第82页, 第19页。







□李政明/文

李政明律师,中伦文德高 级合伙人、保险研究院院长,中 国保险学会法律委员会副主任, 中国保险保障基金风险评估专家 委员会专家委员, 中国法学会保 险法学研究会理事, 北京仲裁委 员会仲裁员。主要执业领域: 保 险、资本市场/证券、不动产与 建设工程等。



□ 仟雅茹/文

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

从全球保险巨头安盛 AXA 被判赔巴黎餐厅 新冠损失探析营业中断险

一、案例概况

2020年5月22日, 巴黎商事法院就原 告餐饮业者斯蒂芬·马尼戈尔德(Stéphane Manigold) 与被告法国安盛集团(Axa France) 之间的保险合同纠纷下达判决, 要求 法国安盛集团赔偿斯蒂芬·马尼格尔因新冠疫 情而关闭期间的经营损失约5万欧元。

餐饮业是直接受到疫情严重打击的行业, 虽然可以通过外卖途径勉强弥补一点损失。但 对大多数餐饮业者而言, 这次打击无疑非常致 命。法国餐饮业从三月中旬被迫关闭以来,也 面临前所未有的巨大压力, 斯蒂芬·马尼戈尔 德是众多餐饮业者中的一员, 其经营管理的四 家餐厅都被迫关闭, 再加上巴黎房租、人力成 本高昂, 此次的最后一根救命稻草就是保险。 法院经过一个多小时的审理, 裁定斯蒂芬·马 尼戈尔德胜利,安盛集团被判赔偿其因新冠疫 情造成的营业损失, 无疑对他来说是莫大的安 慰;面对采访记者,非常激动,一度哽咽。虽 然本次案情所涉金额不大, 但对千千万万的餐 饮业者而言,可能具有示范及标杆意义。

作为本案被告的法国安盛集团是全球最大 的保险集团, 也是全球第三大国际资产管理集 团。安盛集团首家公司于1816年在法国成立, 经过近两百年的发展和多项收购及合并活动, 安盛已成为全球首屈一指的保险集团,业务网 络覆盖全球五大洲逾50个国家及地区,全球职 员及保险代理人约11万名, 主要业务即保险及 资产管理。本案中安盛集团的法律代表基德律 师事务所(Gide)律师辩护称此次疫情关闭乃 餐饮业者的自愿行为,且通常行政关闭只涉及 个别餐馆;餐饮业者斯蒂芬·马尼戈尔德认为, 安盛集团如果不赔偿其营业中断损失,就是不 履行保险合同的行为, 要依法承担违约责任。

法院听取各方意见后判决认为: 3月14 日, 法国国家卫生紧急状态法案颁布(L' arret du 14 mars 2020 portant diverse mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus COVID-19), 要求停止接待公众或顾

客, 实质属于行政关闭, 而并非餐饮业者自愿 选择关闭 (Ils ont pas de choix)。餐厅因此 遭受损失属于营业中断险的赔偿范围, 保险公 司应该赔偿因此造成餐馆营业停顿而带来的两 个半月的损失5万欧元。

二、巴黎餐厅获赔案例之营业中断险的 主要内容

1. 营业中断险的概念和特征

此案所涉及的营业中断险(Business Interruption Insurance) 属于附加险种、又称 "利润损失保险",一般依附于财产保险或及其 损坏险等险种之上,是一种扩大的保险;主要 承保企业因物质财产遭受损失而导致营业受到 干扰或暂时中断而遭受损失的风险; 一般是遭 受自然灾害或意外事故造成企业生产停顿或营 业中断而带来的间接损失, 即预期毛利润的损 失和营业中断期间仍需要支付的必要费用;必 要时也可以增加第三者受灾原因造成的中断损 失。

双方签订营业中断保险合同,通常,营业 中断保险条款的第三条会做出如下规定: 在保 险期间内,被保险人因物质损失保险合同主险 条款所承担的风险造成营业所使用的物质遭受 损失,导致被保险人营业受到干扰或中断,由 此产生的赔偿期间内的毛利润损失, 保险人按 照本保险合同的约定负责赔偿。需要提醒注意 的是, 常规的营业中断险并不能因此次疫情获 得赔偿,一般的营业中断险的保险责任并不包 括因行政命令或疫情导致的停工, 即使企业购 买了营业中断险,可能也无法得到保险公司的 赔偿。

但本案中餐饮业者斯蒂芬,马尼戈尔德向





法院主张的正是自己因疫情期间行政命令关闭 餐厅所造成的营业中断两个半月期间的损失。 这是因为斯蒂芬·马尼戈尔德所投保的营业中 断险具有如下三大特征:第一,该商业中断保 险是用于补偿因某些原因(例如火灾或自然灾 害)停业而遭受损失的保险。第二,营业中断 险的赔偿包括运营费用,如必要时转移到临时 地点、工资、税金和贷款等费用。第三,如果 因政府行为导致业务暂时停止,企业蒙受损失; 例如法国政府在 COVID-19 疫情爆发后,政府 强制关闭所有非必要业务。这一情况也适用营 业中断险。

2. 营业中断险的保险责任

尽管营业中断保险单是单独的保单, 但由 于营业中断保险是以财产险、财产一切险或机 器损坏险为基础的, 因此基础保单承保的风险 就是营业中断保险承保的基本风险。即财产险 项下的营业中断保险是以财产险的责任范围为 基础;机器损坏险的利润是以机器损坏险的责 任范围为基础的。同样, 营业中断保险的除外 责任与其基础保单的除外责任是一致的。此案 中餐饮业者斯蒂芬·马尼戈尔德与法国安盛集 团签订了保险合同, 要求安盛集团就营业中断 期间的损失承担赔偿责任属于财产险项下的保 险责任。

当然, 实践中以机器损坏险为基础主张营 业中断险的保险责任也是有的。在(2017)晋 01 民终 661 号中国平安财产保险股份有限公司 山西分公司与中国人民财产保险股份有限公司 太原市城北支公司保险纠纷二审民事判决书中, 涉及到的营业中断险的保险责任就是以机器损 坏险为基础的, 保险单号 ××× 营运期保险明细 表列明:保险类别为营运保险包括财产一切险、 机器损坏险以及因此引起的毛利润损失;被保 险人为太原钢铁(集团)比欧西气体有限责任 公司; 保险人主承保方为中国人民财产保险股 份有限公司太原市城北支公司, 其他共保方中 国人寿财产保险股份有限公司山西省分公司、 中国平安财产保险股份有限公司山西分公司; 保险金额 247210 万元, 其中营运财产中机器设

备 141874 万元; 扩展条款包括财产一切险和 / 或机器损坏险共47项,营业中断险共13项。

也可以同时投保机器损坏保险项下的营业 中断险和财产一切险项下的营业中断险。例如, (2016) 赣 0202 民初 170 号中国平安财产保险 股份有限公司上海分公司、中国太平洋财产保 险股份有限公司青岛分公司等与江西景德半导 体新材料有限公司保险纠纷一审民事裁定书中. 原告平安财保上海分公司与原告太平洋财保青 岛分公司、人保南京分公司、大地财保营业部 组成共保体, 承保了财产一切险、机器损坏险、 现金险、公众责任险、雇主责任险、营业中断 险(机器损坏保险项下)、营业中断险(财产一 切险项下)。保险期间为2012年11月10日零 时至2013年11月9日24时止。保险费总额为 2722444.93 元。保险费的支付时间为 2012 年 12 月 10 日前支付 50%, 其余 50% 于 2013 年 10 月 10 日前一次性付清。

3. 营业中断险的赔偿期间

营业中断险的赔偿期间是指自物质保险发 生之日起,被保险人的营业结果因该物质保险 损失而受到影响的期间, 但该期间最长不得超 过保险合同约定的最大赔偿期。发生约定的保 险事故后,被保险人申请赔偿时,按照保险人 的要求提供有关账表、账表审计结果或其他证 据所付给被保险人聘请的注册会计师的合理的、 必要的费用(简称审计费用), 保险人在本保险 合同约定的赔偿限额内也负责赔偿。

4. 营业中断险的赔偿金额

尽管营业中断险保单以基础保单为前提, 但其保额与基础保单保额截然不同。通常,营 业中断保险的赔偿金额由三部分组成: 毛利润、 工人工资、审计师费用。而保险合同中也会对 此有所约定,下面以毛利润为例进行分析:

(1) 毛利润赔偿

毛利润投保额与赔偿期有关,赔偿期为12 个月或低于12个月的,投保金额以上年毛利润 为基础, 高于12个月赔偿期的, 则投保金额的 基础应相应提高。例如、赔偿期为18个月、则 投保金额的基础为上年毛利润的1倍半。如果 是新开张企业投保,则投保金额以预计的年毛 利润为基础。由于出险后要赔的是承保后1年 或更长时间的利润损失, 因此必须在上一年的 基础上考虑其他一些因素,以确定保额。

(2)毛利润的计算

一般的保险合同会对毛利润及维持费用进 行如下规定: 本保险合同所称毛利润是指按照 下列公式计算的金额:毛利润=营业利润+约 定的维持费用,或毛利润=约定的维持费用-营业亏损×约定的维持费用÷全部的维持费用。 本保险合同所称维持费用是指被保险人为维持 正常的营业活动而发生的、不随被保险人营业 收入的减少而成正比例减少的成本或费用。约 定的维持费用由投保人自行确定, 经保险人确 认后在保险合同中载明。除另有约定外,上述 公式所用的会计措辞的含义与被保险人会计账 表中的含义一致。

(3)毛利润计算的考虑因素

通常需考虑的因素主要有三个:一是生产 趋势。市场水平上升,销售额增加,毛利润也 随之增加; 二是通货膨胀。因通货膨胀而使物 价上升,销售额增加,毛利润也相应增加;三 是赔偿期长短。生产趋势、通货膨胀与赔偿期 长短关系密切,赔偿期越长,则毛利润变化越大。 本案中餐饮业者斯蒂芬,马尼戈尔德向法国安 盛集团主张的赔偿金额就是在毛利润7万欧元 的基础上综合考虑以上因素计算出餐厅两个半 月的损失5万欧元。

5. 营业中断险的责任免除

即使是营业中断险的条款、保险公司一般 仍会在合同中作出如下约定,即保险人不负责 赔偿下列损失:一、投保人、被保险人的故意 或重大过失行为产生或扩大的任何损失;二、由 于物质损失保险合同主险条款责任范围以外的 原因产生或扩大的损失; 三、地震、海啸及其 次生灾害产生或扩大的损失; 四、由于政府对 受损财产的修建或修复的限制而产生或扩大的 损失; 五、恐怖主义活动产生或扩大的损失; 六、 本保险合同载明的免赔额或本保险合同约定的 免赔期内的损失。

而营业中断保险的免赔额通常有以下两种: 一种是规定具体数字的绝对免赔额,如每次事 故 5000 元; 另一种是时间免赔额, 即规定事故 发生后的头几天的利润损失. 保险公司不予负 担。如每次事故4天,即双方达成一致的出险 期间中任意 4 天的利润损失(具体根据合同规 定). 保险公司不予负责。实践中对免赔事项 及金额可能作出如下约定:1、免赔:每次事故 绝对免赔率为人民币 1,000 元或损失金额的 5%, 两者以高者为准,每次事故免赔为5个工作日; 2、约定的维持费用包括员工工资; 3、保险项目 包括: 毛利润、员工工资、审计费用。

6. 有效营业中断险理赔的注意事项

第一,知道保险事故发生后,被保险人应 当尽力采取必要、合理的措施以修理、修复营 业所用的受损的物质财产, 尽快恢复营业以防 止或减少因营业受到干扰或营业中断所造成的 损失, 否则, 对因此扩大的损失, 保险人不承 担赔偿责任; 第二, 立即通知保险人, 并书面 说明事故发生的原因、经过和损失情况;故意 或因重大过失未及时通知, 致使保险事故的性 质、原因、损失程度等难以确定的, 保险人对 无法确定的部分, 不承担责任, 但保险人通过 其他途径已经及时知道或应当及时知道保险事 故发生的除外; 第三, 保护事故现场, 允许并 目协助保险人进行事故原因和损失情况的调查, 以及对被保险人相关的会计凭证和账表的检查, 对于拒绝或妨碍保险人进行上述调查或检查导 致无法确定事故原因或核实损失情况的, 保险 人对无法核实的部分不承担赔偿责任。

三、营业中断险的重要性因疫情在全球 凸显

1. 巴黎商事法院判决全球保险巨头安盛 AXA 赔偿疫情损失掀波澜

巴黎商事法院判决全球保险巨头安盛AXA 赔偿餐饮业者斯蒂芬·马尼戈尔德餐厅的疫情 损失在欧美国家引起了巨大的轰动,媒体争相





报道、特别是餐饮业者斯蒂芬·马尼戈尔德情 绪也较为激动,接受了一些采访,对他以及其 他众多餐饮业者而言,这次赔偿可能具有起死 回牛或雪中送炭的意义, 也可能具有星星之火 可以燎原的意味。当然, 保险业巨头及许多保 险公司对因疫情损失而进行赔偿也已展开游说, 如果保险行业赔偿因疫情所造成的损失, 或将 是拯救了众多其他企业而最终断送保险行业, 金额巨大、覆盖面范围之广是保险行业无法承 受之重。法国保险业联合会 (FFA) 就曾指出, 疫情在法国造成的损失高达6000亿欧元,数额 过于巨大,保险公司根本无法赔偿。

2. 餐厅与其他公司欲效仿

但这也并不意味着保险公司对所有因疫情 造成的损失都不予赔偿,类似餐饮业者斯蒂 芬·马尼戈尔德所签订的保险合同,对营业中 断造成的损失予以赔偿也是保险公司义不容辞 的责任, 是双方签订合法有效的保险合同的必 然结果, 都要受其约束。本次疫情对类似斯蒂 芬·马尼戈尔德的餐饮业者所造成的损失,可 能相比没有投保的餐饮业者而言, 相对较小, 保险集团安盛公司也透露,只有约18000个合同 包括赔偿经营损失, 且即使大多数合同包含经 营损失赔偿条款,一般也排除了疫情发生的情 况, 所以可以获得索赔的企业还是凤毛麟角的, 但此次判决无疑点燃了希望。

3. 营业中断险因新冠疫情地位大涨

特别是这次疫情对全球的经济打击都前所 未有,世界银行报告显示,预计2020年全球经 济将下滑 5.2%, 这将是二战以来最严重的经济 衰退, 航空业、石油业、钢铁产业、旅游餐饮 业等都受到巨大冲击。营业中断险自18世纪末

产生至今, 发达国家企业普遍热衷购买, 特别 是"9·11"恐怖袭击后的各类保险赔偿额将近 400 亿美元, 其中营业中断保险赔偿占比高达 33%. 用以补偿企业营业中断损失、帮助企业恢 复生产、保障企业持续稳定发展。另据法媒评价, 营业中断险的地位又一次提升到了新的高度, 对大型企业而言, 营业中断的风险是不可忽视 的, 也是企业运营中最大最常见的风险, 必须 予以合理规避。

四、疫情中营业中断险加速我国企业复 工复产

1. 营业中断险在我国占比极低

我国于20世纪90年代中期引入了营业中断 保险, 但长期处于较为边缘化的发展状态, 企 业的购买热情不高。由于此次疫情影响,一些 提前投保营业中断险的企业也尝到了甜头,但 总体来说,营业中断险的覆盖范围不够,营业 中断险的投保率极低,投保企业数量稀少。根 据银保监会数据显示, 2019年企业财产险保费 占财产保险行业保费的比例不足 4%, 而营业中 断险作为附加险,比例就更低了,企业只能自 担风险;这可能也是一次惨痛的教训,想必营 业中断险以后会迎来新一波的增长。

2. 疫情中营业中断险有所发展,推动企 业复工复产

我国在一边抗击疫情的同时, 还要推动企 业复工复产,也担心病毒的二次传播。为此, 多个省份积极推动保险产品落地, 特别是营业 中断险, 受到广泛关注。如海南省疫情初始, 在2月中下旬就为100家重点企业投保、保费 由海南省财政厅按保费的70%予以补贴,企业 自担30%。每家企业保险金额200万元,保险 期限6个月,单家企业保费12万元。上海市临 港新片区企业复工防疫保险产品也于2月中下 旬正式落地,产品由太保产险推出,其上海分 公司签发首张保单,得到了临港新片区管委会 政策支持对保费有50%的补贴。

五、我国营业中断险发展之路在何方

1. 多灾多难环境下提倡大力发展营业中 断险

营业中断险的重要性是不言而喻的, 尤其 我国是制造业大国,制造业企业众多,营业中 断往往损失惨重。另外, 我国也是自然灾难频 发的国家, 水灾、火灾、台风、地震等气象灾 害和地质灾害都会导致营业中断。因此, 企业 对营业中断险的认识必须提升高度,营业中断 的影响可能是毁灭性的, 不仅是严重的经济损 失, 很可能是一蹶不振与彻底失败。为企业所 拥有的财产或机器设备购买保险, 一旦灾难发 生,可以从容应对,不会带来严重损失;可以 利用保险赔偿有利地应对灾难,降低损失,灾 难后才有余力慢慢恢复。

2. 营业中断险继续前进之五点倡议

因此, 必须首先充分认识营业中断险的重 要性与必要性、将因自然灾害或意外事故发生 停工或延期的风险转移给保险公司, 避免资金 短缺、现金流断裂,保障企业在风险中的运营, 可持续发展。第二,加大营业中断险的宣传力度, 大多数企业甚至不知道这一保险的存在, 有很 大限度和范围的受众盲区, 必须通过宣传片或 讲座等方式加大宣传。第三,加强多部门合作, 整合保险业、企业与公共资源、各部门相互协 调保险资金政策支持,减轻企业保费支出的压 力, 带动保险公司产品推广, 同时帮助广大企 业可持续发展。第四,加快保险营业中断专业 人才队伍建设、保险公司组织在职人员定期进 行业务培训,亦可加大与国外高精尖保险人才 的交流,通过银保监会、高等院校和保险公司 的共同努力与合作, 提升营业中断险人才的专 业素质。第五,提升保险公司的专业保险产品 研发能力,参照欧美成熟保险产品的设计,开 发新型保险产品或改进已有保险产品,拓宽保 险覆盖范围, 灵活精准满足企业实际需求。







张彦周律师,中伦文德律师事务所的高级合伙人,公司证券 业务委员会副主任,内核委员会委员,浙江大学法律硕士,具有 15年以上的证券/资本市场法律服务从业经验。主要执业领域包 括: 企业境内外上市、企业并购重组、上市公司再融资等。

□张彦周/文

农业企业 IPO 过程中集体土地的合法合规问题

一、概述

对于农业企业来说, 土地既是其主要生产工 具, 也是其重要资产, 是企业赖以生产发展的物 质基础。在农业企业 IPO 过程中, 土地合法合规 问题关乎公司资产的完整性和合法性, 同时也是 判断公司持续经营能力的重要指标。《首发业务 若干问题解答》明确规定,发行人存在使用或租 赁使用集体建设用地、划拨地、农用地、耕地、 基本农田及其上建造的房产等情形的, 保荐机构 和发行人律师应对其取得和使用是否符合《土地 管理法》等法律法规的规定、是否依法办理了必 要的审批或租赁备案手续、有关房产是否为合法 建筑、是否可能被行政处罚、是否构成重大违法 行为出具明确意见,说明具体理由和依据。因此, 农业企业在 IPO 过程中,应当特别注意其集体土 地的合法合规问题。

从目前我国的土地制度来看,土地权属和土 地用途是划分土地类型的两个标准。根据《中华 人民共和国土地管理法(2019年修正)》(以下简 称《土地管理法》) 第2条, 中华人民共和国实 行土地的社会主义公有制, 即全民所有制和劳动 群众集体所有制。我国土地以土地权属为标准, 分为两类:一类为国有土地,一类为集体所有土 地。我国土地从用途上可以分为三类:农用地、

建设用地、未利用地。《土地管理法》第4条的 规定, 农用地是指直接用于农业生产的土地, 包 括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等; 建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地、包括 城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利 设施用地、旅游用地、军事设施用地等; 未利用 地是指农用地和建设用地以外的土地。

我国法律对集体所有制下不同用途的土地规 定了不同的取得、流转以及使用的规则, 本文将 从不同用途的土地入手, 研究农业企业 IPO 过程 中集体土地的合法合规问题。

二、集体农用地的合法合规问题

集体农用地指集体所有的, 土地用途为农用 地的土地,包括集体所有的耕地,林地、草地、 农田水利用地、养殖水面等。农业企业在生产过 程中, 普遍会使用到集体农用地。农用地因为其 特殊的属性以及我国切实保护耕地的基本国策, 在农业企业 IPO 过程中受到特别关注,监管审核 部门主要围绕着使用集体农用土地以及取得土地 程序是否合规、是否严格遵守集体农用土地的用 途要求、出租方是否为土地的合法权利人、租赁 集体土地是否需履行相关决策或审批程序等问题 予以反馈关注。



(一) 集体农用地的取得是否合法合规

根据《中华人民共和国农村土地承包法(2018 年修正)※以下简称《土地承包法》》第3条规定, 国家实行农村土地承包经营制度。农村土地承包 采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不 宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩 等农村土地, 可以采取招标、拍卖、公开协商等 方式承包。第9条规定,承包方承包土地后,享 有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留 土地承包权, 流转其承包地的土地经营权, 由他 人经营。也就是说, 家庭承包的土地, 其承包权 与经营权可分离。

《土地承包法》还规定, 承包方可以自主决 定依法采取出租(转包)、入股或者其他方式向 他人流转土地经营权。对于农业企业来说,取得 集体农用地使用权有两种途径, 一是从农村家庭 承包的土地中取得经营权,二是采取招标、拍卖、 公开协商等方式, 承包不宜采取家庭承包方式的 荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地。农业企业 应当特别关注其取得集体农用地是否符合以下流 程:

取得方式	流程	依据
从农村家庭和中取得经营权	(1)签订流转合同系备(2)经营记流案(担经为五年以上的)	《土地承规定、 第36条决 包 知 和 他 经 案 说 自 转 式 权 向 解 表 决 包 知 说 是 它 的 说 的 说 的 说 的 说 的 说 的 说 的 说 的 说 的 说 的

采取招标、 拍卖、公开 协商等方式 承包

(1) 经本集体 经济组织成员 的村民会议三 分之二以上成 员或者三分之 二以上村民代 表的同意,并 报乡(镇)人 民政府批准。

程序

《土地承包法》 第49条规定,以其他方 式承包农村土地的,应 当签订承包合同, 承包 方取得土地经营权。当 事人的权利和义务、承 包期限等, 由双方协商 确定。以招标、拍卖方 式承包的, 承包费通过 公 开 竞 标 、 竞 价 确 定; 以公开协商等方式承包 的, 承包费由双方议定。 第52条规定,发包方将 农村土地发包给本集体 (2)履行有关 经济组织以外的单位或 者个人承包,应当事先 经本集体经济组织成员 的村民会议三分之二以 上成员或者三分之二以 上村民代表的同意,并 报乡(镇)人民政府批准。

参考案例: 煌上煌 [002695] 《反馈意见》中 重点问题 8: 请保荐人、律师对下列问题进行核 查并发表专项意见:(1)、发行人生产经营所需部 分土地采取承包、租赁方式的合法合规性, 主要 包括但不限于承包土地、水面、农村土地从事生 产经营是否涉及改变农用地用途,是否已履行必 要的审批、批准或登记手续, 承包租赁行为的程 序和效力是否合法合规, 是否已经取得有权机关 及政府主管部门的意见。

大康牧业[002505]《反馈意见》中重点问题 6: 请保荐人、律师对下列问题进行核查并发表 专项意见:(1)发行人生产经营及募投项目所需 部分土地采取租赁方式的合法合规性, 主要包括 但不限于租赁农村土地从事生产经营是否涉及改 变农用地用途, 是否已履行必要的审批、批准或 登记手续, 上述租赁行为的程序和效力是否合法 合规, 是否已经取得有权机关及政府主管部门的 意见;(2)土地采用租赁方式对公司持续经营是 否会产生重大不利影响。

(二) 集体农用地的使用是否合法合规

我国实行土地用途管制制度。使用土地的单 位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的 用途使用土地。《土地承包法》第38条规定、土



地经营权流转应当遵循不得改变土地所有权的性 质和土地的农业用途,不得破坏农业综合生产能 力和农业生态环境的原则。2020年5月22日, 国务院自然资源部办公厅发布《关于加强国土空 间规划监督管理的通知》,其中提到"坚持农地 农用,严禁借农用地流转、土地整治等名义违反 规划搞非农建设、乱占耕地建房等, 坚决杜绝集 体土地失管失控现象"。因此,农业企业取得集 体农用地土地经营权后, 必须严格依照土地规划 用途使用土地、未经依法批准不得将农用地用于 非农建设。农业企业在 IPO 过程中, 其是否合法 合规地按土地规划以及承包合同的约定使用土地 会受到着重关注。

农业企业在取得农用地经营权后, 为了符合 其生产的要求, 会对土地进行改造。若该改造过 程涉及农用地转为建设用地的,应当办理农用地 转用审批手续。若仅仅涉及设施农业用地的,则 按农用地管理,不需办理农用地转用审批手续。

《国土资源部、农业部关于进一步支持设施 农业健康发展的通知》规定,在以农业为依托的 休闲观光项目以及各类农业园区, 涉及建设永久 性餐饮、住宿、会议、大型停车场、工厂化农产 品加工、中高档展销等的用地, 不属于设施农用 地范围, 按非农建设用地管理。确需建设的, 必 须符合土地利用规划, 依法办理建设用地审批手 续。在土地利用总体规划确定的建设用地范围内, 因设施农业项目发展需要,申请按建设用地使用 土地的, 可按建设用地管理, 并依法办理建设审 批手续。

《国土资源部、农业部关于促进规模化畜禽 养殖有关用地政策的通知》规定,其他企业和个 人兴办或与农村集体经济组织、农民和畜牧业合 作经济组织联合兴办规模化畜禽养殖所需用地, 实行分类管理。畜禽舍等生产设施及绿化隔离带 用地, 按照农用地管理, 不需办理农用地转用审 批手续; 管理和生活用房、疫病防控设施、饲料 储藏用房、硬化道路等附属设施, 属于永久性建 (构)筑物,其用地比照农村集体建设用地管理, 需依法办理农用地转用审批手续。

参考案例:华英农业[002321]在公司首次 公开发行股票并上市的律师工作报告披露据:发

行人在潢川县境内的农村集体土地上建设的19 个养殖场内有部分永久性建筑物。信阳市人民政 府以《信阳市人民政府关于潢川县 2007 年度第 一批乡镇建设农用地转为建设用地的批复(信政 土 [2007]195号)和《信阳市人民政府关于潢川 县 2007 年度第二批乡镇建设农用地转为建设用 地的批复》(信政土[2008]4号), 批准发行人所 属 19 个养殖场内永久性建筑物占用的农用地转 为集体建设用地。经19宗集体建设用地所在地 的村民委员会村民会议 2/3 以上村民代表同意后, 发行人与该 19 宗集体建设用地所在地的村民委 员会分别签署了《集体建设用地使用权租赁合 同》取得了该19宗集体建设用地的使用权、发 行人现已取得该19宗集体建设用地的《集体土 地使用证》。

(三) 小结

集体农用地的合法合规问题主要围绕集体农 用地的取得、流转以及使用的规范性展开。实际 开展尽职调查中, 在取得标的公司的农村土地承 包、租赁文件后,结合访谈了解情况,首先初步 判断属于直接承包农村土地方式,或者是属于租 赁流转农村土地方式, 再根据承包、租赁的不同 要求,进一步核查相关要件是否齐备。若实际操 作中,已发生事实情况与上述规范要求不符的, 还需补足相关程序、文件、或取得相关政府部门 的补充确认。此外,就具体案例的特殊情况,还 另做其他补充核查,如就土地使用用途是否合规 进行核查并取得政府部门的确认、就承包方的土 地承包经营权证书取得情况进行核查并走访政府 部门等事宜。

三、集体建设用地的合法合规问题

集体建设用地指集体所有的, 土地用途为建 造建筑物、构筑物的土地。农业企业 IPO 过程中 应当特别注意其集体建设用地的取得和使用是否 符合《土地管理法》等法律法规的规定、是否依 法办理了必要的审批或租赁备案手续、有关房产 是否为合法建筑、是否可能被行政处罚等。

2019年,《土地管理法》进行修订,法条修 改前后对于建设用地转让的态度截然不同。修订 前的《土地管理法》(2004)规定:"任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。"根据《土地管理法》(2004)的规定,除非农业企业的性质属于乡镇企业,否则其无法申请使用集体建设用地。

2019 年修订的《土地管理法》第 63 条规定, 土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业 等经营性用途,并经依法登记的集体经营性建设 用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式 交由单位或者个人使用,并应当签订书面合同, 载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土 地用途、规划条件和双方其他权利义务。《土地 管理法》(2019)允许集体土地的所有权人通过 出让、出租等方式将集体经营性建设用地交由其 他单位或个人使用,

因此,农业企业若不是乡镇企业,其在 2019年之前取得集体建设用地,是存在瑕疵的。应当依照《土地管理法》(2019)的规定重新按照法定流程办理相关手续。参考案例:科迪乳业

 $[002770]^{[1]}$.

(一) 集体建设用地的取得是否合法合规

2019年修订的《土地管理法》第63条规定, 土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业 等经营性用途,并经依法登记的集体经营性建设 用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式 交由单位或者个人使用,并应当签订书面合同, 载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土 地用途、规划条件和双方其他权利义务。企业应 当关注其取得集体建设用地是否合法合规:

1. 查阅土地用途, 确认土地性质

企业取得集体经营性建设用地前,应当查阅 土地利用年度计划中关于土地的用途的记载。《土 地管理法》规定,土地利用年度计划应当对集体 经营性建设用地作出合理安排。同时,企业应当 查阅土地登记,确认土地是经依法登记的集体经 营性建设用地。

2. 村民表决

《土地管理法》第 63 条规定,集体经营性建设用地出让、出租等,应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意。



3. 签订书面合同

书面合同应当载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他 权利义务。

从反馈意见与案例检索来看,部分IPO的企业在取得集体建设用地的过程中,未履行村民决策程序,存在瑕疵。依据《土地管理法》第84条规定,擅自将农民集体所有的土地通过出让、转让使用权或者出租等方式用于非农业建设,或者违反本法规定,将集体经营性建设用地通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用的,由县级以上人民政府自然资源主管部门责令限期改正,没收违法所得,并处罚款。

参考案例:在浙江万马[300698]首次公开发行并在创业板上市的补充法律意见书(三)中,发行人律师披露:"经发行人说明并经本所律师核查,临安市太湖源镇金岫村二组、三组并未根据《中华人民共和国农村土地承包法》第四十八条的规定,事先经村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,亦没有报乡(镇)人民政府批准,因此本所律师认为发行人取得该等土地使用权承包经营的方式不符合《中华人民共和国农村土地承包法》的规定。"

在文科园林 [002775] 首发补充法律意见书 (二)中,发行人律师披露:土地承包及林权证 的取得符合法律的规定根据《土地管理法》第 十五条的规定, 农民集体所有的土地由本集体经 济组织以外的单位或者个人承包经营的, 必须经 村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村 民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。《农 村土地承包法》第三十二条规定, 通过家庭承包 取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、 互换、转让或者其他方式流转。因此,农民集体 所有的土地和村民个人承包的土地若双方遵循自 愿、有偿原则, 并履行必要的程序, 即可向集体 经济组织以外的单位承包或者转让。因此,发行 人可以成为农村集体经济组织土地承包经营权的 主体。如上所述,发行人所承包林地均与承包林 地所属村村民委员会或村民小组成员签订了土地 承包经营合同, 并已取得土地所属各村村民代表 大会三分之二以上村民代表的同意, 且通过了所 在乡镇人民政府的批准,其土地承包及流转符合 我国法律的规定。

(二) 小结

集体建设用地与集体农用地不同,2019年修订的《土地管理法》删除了"农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设"的规定,结合《民法典》及修改后《土地管理法》的规定,允许集体土地的所有权人通过出让、出租等方式将集体经营性建设用地交由其他单位或个人使用,即从法律层面肯定了集体经营性建设用地使用权的流通性。结合审核要点与案例来看,农业企业在IPO过程中,应当关注其取得的集体经营性建设用地是否符合规划并经依法登记;土地的出租、出让是否经集体经济组织三分之二以上成员或村民代表同意;确认其是否按规划用途使用土地。对于缺少村民表决文件的,应当补全相关村民会议文件。

四、总结

审核部门对农业企业 IPO 过程中集体土地合法合规问题的审查主要围绕集体土地的取得、流转以及使用的规范性展开。近些年,我国农村集体土地制度进行了重大改革,目前形成了"三权分置、经营权流转"的格局。对于"三权分置"后的农业企业来说,其取得集体土地使用权的限制更少,但仍应当严格按照有关规定的要求,合法合规地取得、流转以及使用集体土地。

注释:

- [1] 科迪乳业 [002770] 反馈:请补充说明并披露:各宗集体建设用地土地使用权的取得时间、取得方式、说明各取得方式的履行程序,签署的相关合同或协议的具体内容,是否符合土地管理法等法律法规规定,充分揭示相关风险。
 - 1、科迪集团及科迪乳业属于乡镇企业: 1) 科迪集团及科迪乳业是以当地农民为投资主体的企业; 2) 科迪集团及科迪乳业是在当地乡镇举办的企业; 3) 科迪集团及科迪乳业是承担支援农业义务的企业。
 - 2、公司使用农村集体建设用地履行了相关的法律程序: 1) 经商丘市人民政府批准办理了农用地转建设用地审批; 2) 村委会经相关农户授权后与公司签订了土地流转合同; 3) 取得建设用地规划许可证; 4) 取得集体土地使用证。
 - 3、虞城县国土资源局出具《关于河南科迪乳业股份有限公司使用农村集体建设 用地情况的说明》,认定取得土地合法合规。



□甄庆贵/文

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



□和 谦/文

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

新三板挂牌公司首例缩股浅析

2019年9月3日,全国中小企业股份转让系 统(下称"新三板"或"股转公司")挂牌公司"武 侯高新"(证券代码:871326)披露公告称、经股 转公司审核, 批准武侯高新实施缩股方案。这标 志着新三板出现缩股第一案。

而就在武侯高新开展缩股的过程中, 该公司 又披露了其向中国证监会四川监管局提交股票公 开发行并上市辅导备案的公告。由此推测、武侯 高新的缩股行为和后续 IPO 计划存在着不容忽视 的联系。

一、何为缩股

(一) 缩股的概念

根据《公司注册资本登记管理规定》 股份 有限公司采取募集设立方式设立的, 注册资本为 在公司登记机关依法登记的实收股本总额, 其数 额的计算公式如下:

注册资本 / 股本总额 = 股份数量 x 股票面值

缩股是指, 在不改变股票面值的情况下, 减 少股份公司的股份数量,相应减少注册资本,但 股份公司的净资产并不发生变化 [1]。缩股的示意 如下:

注册资本/股本总额(↓)=股份数量(↓) x 股票面值 (→)

与之相近的一个概念是"合股",是指在股 份公司注册资本不变的情况下减少股份数量而使 面值增加。合股的示意如下:

注册资本/股本总额(→)=股份数量(↓) x 股票面值(↑)

(二) 缩股和减资的区别

我们经常听到"增资扩股"这一说法,与之 对应的是"减资缩股"。公司股东将其出资(现 金或实物)注入公司,并取得代表其出资的股权 或股份,股东出资则计入资产负债表中的"实收 资本"或"资本公积"科目。公司的减资或增资 行为,是股东出资发生了变化,资本结构发生变 动。体现在登记层面,则相应变更公司注册资本。

若只减少公司注册资本及其所对应的股本 总额,却不减少股东出资,即为本文要讨论的缩 股。缩股和减资分别是登记层面和资本层面的两 种行为。

目前, 缩股的法律性质是否属于减资还存在



争议。一种意见认为,尽管缩股未改变公司的净 资产, 但改变了股本总额, 需要对注册资本进行 变更登记, 而且实务中缩股通常按照减资的程序 进行。因此作者认同该种意见,倾向缩股属于形 式上的减资。

二、为何缩股

有限公司减资缩股的案例较为常见, 但单纯 的缩股案例几乎未见。因缩股对于有限公司来讲 并不存在现实意义。但对于公众公司而言, 缩股 案例并非罕见。公众公司可以通过缩股对公司市 值进行影响,配合进行资本市场上的一系列操作。

(一) 改善公司的财务指标

缩股的首要作用即为改善公司财务结构, 优 化公司财务指标。2019年8月8日,武侯高新 披露《国泰君安证券股份有限公司关于成都武 侯高新技术产业发展股份有限公司拟实施缩股 的合法合规性意见》。武侯高新缩股前总股本为 1,334,292,571 股, 按照 5:1 的比例进行等比缩股 后,相当于每股折算为0.2股,股本总额变更为 266,858,514 股,每股面值不变。股票前收盘价由7.80 元/股变动为39.00元/股。公司缩股后总股本 减少, 使得每股净资产从 1.87 元变动为 9.35 元, 每股收益从 0.04 元变动为 0.18 元。武侯高新缩股 后,降低了市盈率和市净率,提升了公司的投资 价值,有利于日后提高股票发行价格,从而有利 于提高公司的持续经营能力。在二级市场价格低 迷, 每股财务指标较低时, 通过缩股还可导致股 价上涨,对于稳定市场预期,增加公司的持续发 展能力有较好的促进作用,对于公众公司市值的 正向调节具有一定的积极作用。

(二) 避免"面值退市"

交易所股票上市规则中设置了"面值退市" 制度,即连续20个交易日(不包含公司股票停 牌日)的每日股票收盘价均低于股票面值。自 2018年首家上市公司被面值退市以来,因此退市 的上市公司数量在逐年递增。

从武侯高新缩股后的股价变动情况来看,缩 股后公司股票收盘价得到显著提升。上市公司若

面临面值退市的风险,考虑采取缩股来保壳也是 一种备选方案。但是想要从根本上扭转困境,最 终还是要靠上市公司业绩的不断提升。

三、依何缩股

"缩股"这一概念并未在《公司法》中出现。 实际操作中, 多是按照《公司法》中关于减资的 规定程序办理。

在法律及行政法规层面,《公司法》第 一百七十七条规定,"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。"

《公司登记管理条例》第三十一条第二款规 定,"公司减少注册资本的,应当自公告之日起 45 日后申请变更登记,并应当提交公司在报纸上 登载公司减少注册资本公告的有关证明和公司债 务清偿或者债务担保情况的说明。"

应当注意,通知债权人和在报纸上公告是并 行要求, 非选择性要求。即通知债权人和公告债 权人两个行为公司均需作出。

除上述规定外,全国中小企业股份转让系统 对于缩股行为作出操作性要求, 但也仅是针对两 网公司及退市公司作出的。

《关于两网公司及退市公司股票除权除息、 缩股相关事项的通知》"二、股票缩股"规定,"(一) 股票发生缩股等情况,全国股份转让系统在缩股 股权登记日(B股为最后交易日)的次一转让日 (以下简称缩股日),参照除权参考价计算公式调 整该股票当日开盘参考价。全国股转公司另有规 定的除外。

"(二)在缩股日,股票简称不变。

"(三)公司应于实施方案的缩股股权登记日 (B股为最后交易日)前披露方案实施公告。"

法规层面对于缩股的规定非常之少, 那么参 考监管视野下公众公司开展的缩股案例,对于指 导实践就具有现实意义。

四、如何缩股

本节以武侯高新的实际操作为例,简述公众 公司在新三板挂牌公司是如何缩股的。

(一) 国资批复

由于武侯高新涉及国有资产,实施本次缩股程序前,需要按照国有资产监管的相关规定报经国资监管部门批准。

2019年5月14日,武侯高新收到成都市武侯区国有资产监督管理和金融局作出的《关于同意武侯高新技术产业发展股份有限公司等比例缩股相关事项的批复%公司于2019年5月15日对此事项予以公告。

(二) 召开董事会

收到国资批复同日,武侯高新召开第一届董事会第二十一次会议,审议通过了《关于实施缩股的议案》《关于于中介机构签订服务协议的议案》。2019年5月15日,武侯高新披露了该次董事会决议公告、关于拟实施缩股预案的公告。

缩股预案显示,公司拟以现有总股本1,334,292,571 股为基数,按5:1 的比例对实施缩股方案股权登记日登记在册的全体股东进行等比例缩股。缩股完成后,公司总股本为266,858,514股,每股面值仍为人民币1元,公司总股本减少1,067,434,057股,减少的股本计入公司的资本公积。缩股的股份扣减及零碎股的处理由中国结算统按照缩股比例自动扣减每个股东的所持股份,由缩股所产生的零碎股参照权益分配所产生的零碎股处理。

召开本次董事会的同时,公司完全可以将修订公司章程的议案(将缩股后的注册资本变更)一并提交临时股东大会。然而公司是在取得股转公司的同意函后,才将修订公司章程的议案重新提交公司决策机构审议。这对本次缩股没有造成实质影响,仅将缩股事项的完成周期相应延长。

(三)公司股票暂停转让

公司申请于审议缩股的股东大会的股权登记日(2019年5月23日)的次日起股票暂停转让,最晚恢复转让时间为2019年7月24日。

作者注意到,该公司因重大事项停牌的时间 是在董事会之后的股东大会股权登记日次日。根 据《全国中小企业股份转让系统挂牌公司暂停与 恢复转让业务指南(试行)》、《全国中小企业股 份转让系统挂牌公司信息披露细则》的有关规定, 重大事项的停牌应当在重大事项开始之前,在这 一问题上,重大资产重组的停牌时间也可加以印证。

按此规定,武侯高新的停牌时间应当在缩股 预案公告披露前。然而实际过程中,公司的停牌 时间却是在预案公告披露后的股东大会股权登记 日。这一做法的合规性有待进一步查证。

(四) 持续信息披露

公司在披露缩股预案后,每周需披露重大事项进展公告。公司股票暂停转让后,每十个转让 日需披露股票暂停转让的进展公告。

此后,由于缩股程序时间较长,公司在暂停转让即将到期之日,办理了延期暂停转让手续,同时将每五个转让日披露一次股票暂停转让的进展公告。

(五) 召开股东大会

2019年5月30日,公司召开临时股东大会, 审议通过了《关于实施缩股的议案》、《关于于中 介机构签订服务协议的议案》、公司开始缩股的 实施程序。

(六) 通知、公告债权人

2019 年 5 月 31 日,公司披露了《关于实施缩股通知债权人的公告》。公告称,公司根据《公司法》第一百七十七条的规定履行债权人公告程序。债权人需在有效申报期间内,凭有效债权证明文件及凭证向公司申报债权。债权人如逾期未向公司申报债权,不会因此影响其债权的有效性,相关债务(义务)将由公司根据原债权文件的约定继续履行。公司将于近期通过书面、电话等方式通知债权人并在报纸上刊登公告。可见,武侯高新的本次缩股也是依据《公司法》关于减资的规定程序办理的。

2019年6月1日,公司在四川日报刊登了《成都武侯高新技术产业发展股份有限公司减少注册

资本公告》。

2019年6月6日,公司通过中国邮政向债权 人以挂号信的形式递送了债权人通知,通知中阐述了会议召开流程与结果,并告知股东可以以书 面形式提出要求公司清偿债务或提供相关担保。

2019年7月15日结束债权申报,截至该日, 无债权人要求公司清偿债务或提供相关担保。

(七) 披露中介机构意见

2019 年 8 月 8 日,武侯高新披露了主办券商出具的合法合规性意见、律师事务所出具的法律意见书、会计师事务所出具的专项核查报告。

关于中介机构意见的内容与格式要求,股转公司未发布相应的业务指引。相关中介意见,均由出具方根据审慎原则出具,对真实性、准确性、完整性负责。

(八) 股转公司审核

2019年9月3日,公司收到股转公司出具的《关于同意成都武侯高新技术产业发展股份有限公司实施缩股的函 X 股转系统函 [2019] 4109号),股转公司对本次缩股程序及信息披露予以认可,同意本次缩股方案。

(九) 披露缩股实施公告

2019年9月16日,公司披露了《缩股实施公告》,确定股权登记日为2019年9月20日。

作者注意到,公司在披露《缩股实施公告》当日的2019年9月16日以及9月18日、9月19日,分别披露了《关于实施缩股的重大事项提示性公告》。至于为何连续披露提示性公告,公司仅称为"根据要求",但未披露具体要求的内容,或许是股转公司窗口指导要求,有待进一步查证。

(十) 证券登记结算机构办理登记

2019年9月23日,公司收到中国证券登记结算有限公司北京分公司下发的武侯高新2019年9月20日证券持有人名册,根据该名册公司缩股股份登记事宜已完成。

(十一) 工商变更登记

根据公司另行召开的临时股东会议决议,

2019年9月23日,公司完成修订章程的工商变更登记手续。

(十二) 股票恢复转让

2019年9月25日,公司披露公告,经股转公司批准,将于9月26日开市恢复股票转让。

本案是一件典型的国资背景公众公司办理缩 股的案例。作者赞成缩股按减资程序办理。实践 中,办理其他类型的减资事项时,也可参照该程 序办理。

五、缩股后转板

前文提到,武侯高新在实施缩股的过程中,向当地证监局提交了股票公开发行并上市辅导备案的申请。2020年4月2日,证监会受理了武侯高新首次公开发行股票并在创业板上市的申请材料。截至本文刊登之日,武侯高新正处于上市审查阶段。

事实上,处于新三板的环境下,如果不是出于 IPO 的目的,挂牌公司是没有动力进行缩股的。新三板没有面值退市的要求,仅是为了改善财务指标,对于非公开发行的挂牌公司来说,并不具有现实意义。

但如果挂牌公司拟进行 IPO,以武侯高新缩股股前超过 13 亿的股本总额来看,在公司每股收益率较低的情况下,势必会造成 IPO 后股本越来越大,而发行价格却较低的情形,甚至发行价低于面值而无法发行。即便勉强按面值发行,行情下行时,仍可能被面值退市。另一方面,新三板的缩股流程相对于创业板来讲,相对更为方便和快捷。因此,武侯高新在申请上市辅导前这个时间点进行缩股,对于其进行 IPO 是合适的也是必要的选择。

挂牌公司如果有转板 IPO 的计划,并且符合股本总额较大、每股收益水平较低的情况,可以考虑申报前实施缩股。

注释:

[1] 与减资不同,缩股在减少公司注册资本的同时,将所对应的财务实收资本科目做相应调减,将调减部分计入资本公积科目。因此,公司的净资产并不发生变化。





□胡高崇/文

胡高崇, 中伦文德北京总 所合伙人律师,主要业务领域涵 盖争议解决、劳动雇佣与员工激 公司合规及企业法律顾问服 务。加入中伦文德之前,胡律师 曾长期在北京市某法院从事审判 工作,审理干余起案件,类型涵 盖合同纠纷、劳动争议等。



□ 蒋倩倩/文

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

用人单位如何应对劳动者继续履行 劳动合同的权利主张

-以北京地区案例为样本

前言

《劳动合同法》第四十八条规定, 用人单位 违法解除或终止劳动合同, 劳动者要求继续履行 劳动合同的,用人单位应当继续履行,除非劳动 合同已经不能继续履行。即在用人单位违法解除 或终止劳动合同后, 劳动者要求继续履行的, 只 要不存在不能继续履行的情形, 用人单位就应当 继续履行。而对于劳动合同不能继续履行的情 形, 司法实践中不同地区的法院有不同的裁判标 准, 笔者将以北京地区为例, 对不能继续履行的 情形以及被判继续履行后用人单位需要承担的 经济成本进行分析,并站在用人单位角度,提出 应对策略。

一、劳动合同违法解除或终止后继续履 行的前提条件

(一) 劳动者要求继续履行劳动合同 根据《劳动合同法》第四十八条的规定、继 续履行劳动合同的前提是劳动者提出继续履行 的要求,用人单位违法解除或终止劳动合同后的 选择权在劳动者: 劳动者可以要求用人单位支付 违法解除或终止劳动合同的赔偿金, 也可以要求 用人单位与其继续履行劳动合同。在王家凤与世 优社(北京)项目管理中心有限公司劳动争议二 审案【(2019) 京 03 民终 13319 号】中,法院认为: "根据离职交接单载明情况,王家凤在双方劳动 关系解除后已经进行了工作交接并对工资、社保 进行了结算,王家凤在2018年2月与世优社公 司翁松林之间的短信往来中亦未提出要求继续 履行劳动合同,足以证明王家凤客观上已经接受 了劳动关系解除的事实。"因此、劳动者未提出 继续履行的要求, 可能表现为明确表示拒绝继续 履行,或者未明确拒绝继续履行但采取实际行动 表示接受劳动关系解除或终止的事实, 例如主动 办理离职手续或者离职后入职新的用人单位。此 时,即使客观上有继续履行的条件,但是判决继 续履行也没有实际意义, 用人单位只需支付劳动 者违法解除或终止劳动合同的经济补偿金,而无



需与其继续履行劳动合同, 亦无需支付劳动者解 除后的工资待遇损失等款项。

因此, 判决继续履行劳动合同的首要前提是 劳动者提出继续履行的主张, 下一步再考量劳动 合同是否具备继续履行的条件。

- (二) 劳动合同不存在不能继续履行的情 形
- 1. 以劳动合同仍能客观履行标准为基本判断 尺度

根据《劳动合同法》第四十条规定、劳动合 同订立时所依据的客观情况发生重大变化、致使 劳动合同无法履行, 经用人单位与劳动者协商, 未能就变更劳动合同内容达成协议的, 用人单位 提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额 外支付劳动者一个月工资后, 可以解除劳动合 同。因此, 在劳动合同解除或终止后, 如果客观 情况发生重大变化致使劳动合同无法履行,用人 单位与劳动者也就无需继续履行。

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争 议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用 问题的解答》(以下称"《解答》")明确"客观情 况发生重大变化"是指劳动合同订立后发生了用 人单位和劳动者订立合同时无法预见的变化,致 使双方订立的劳动合同全部或者主要条款无法 履行,或者若继续履行将出现成本过高等显失公 平的状况,致使劳动合同目的难以实现。一般包 括下列情形:(1)地震、火灾、水灾等自然灾害 形成的不可抗力;(2)受法律、法规、政策变化 导致用人单位迁移、资产转移或者停产、转产、 转(改)制等重大变化的;(3)特许经营性质的 用人单位经营范围等发生变化的。

需要注意的是,上述法律、法规、政策变化 导致的用人单位发生重大变化应当是客观条件 发生变化所导致的必然结果。而用人单位在正常 经营过程中, 为应对市场变化、改善公司经营效 益所做出的经营策略改变、部门调整等,即使客 观上出现了单位迁移、资产转移、岗位裁撤等情 况, 也系用人单位为追求企业利润而主动采取的 经营性决策,不属于不以双方意志为转移、致使 劳动合同无法履行的"重大客观情况变化"。例

如, 在华瑞科力恒(北京)科技有限公司与乔晓 东劳动争议一审案【(2019)京0105民初63448号】 中, 朝阳区法院认为, 华瑞科力恒公司主张的乔 晓东所在的部门及岗位被撤销是其基于公司经 营状况及工作安排, 为应对市场变化而出于主观 故意所做的调整,而其作为经营者及管理者,在 与乔晓东订立劳动合同时,对市场可能产生的波 动及牛产经营策略可能产牛的变化应当有所预 见, 故基于公司经营状况及部门职能调整作的部 门撤销,不属于不可抗力的情形,亦不属于继续 履行劳动合同将出现成本过高等显失公平的状 况及致使劳动合同目的难以实现的情形。因此, 在实践中, 如果用人单位仅仅以劳动者所在部门 或者岗位被裁撤作为劳动合同继续履行的抗辩, 将难以得到法院支持。

目前对于劳动合同不能继续履行的情形已 经有比较成熟的规定,例如《解答》中第九条有 比较全面的列举: "(1) 用人单位被依法宣告破 产、吊销营业执照、责令关闭、撤销,或者用人 单位决定提前解散的;(2)劳动者在仲裁或者诉 讼过程中达到法定退休年龄的;(3)劳动合同在 仲裁或者诉讼过程中到期终止目不存在《劳动合 同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合 同情形的;(4)劳动者原岗位对用人单位的正常 业务开展具有较强的不可替代性和唯一性(如总 经理、财务负责人等),且劳动者原岗位已被他 人替代,双方不能就新岗位达成一致意见的;(5) 劳动者已入职新单位的;(6)仲裁或诉讼过程中, 用人单位向劳动者送达复工通知, 要求劳动者继 续工作,但劳动者拒绝的;(7)其他明显不具备 继续履行劳动合同条件的。"

2. 兼顾劳动合同履行双方存在主观互信基础 上述《解答》中除了列举情形之外, 还设置 了兜底条款,将其他不能继续履行的情形囊括其 中。因为除了要客观上具备劳动合同继续履行的 条件外,通常还需要审查劳动合同履行双方的主 观态度,一般而言是指用人单位与劳动者双方之 间是否还存在继续履行的信任基础。根据笔者检 索到的北京地区的案例,法院认定劳动合同履行 双方丧失信任基础的情况有:

• 双方矛盾激烈、无法调和

例如, 在刘绍河与北京龙佳兴业建材经营 部、北京城建道桥建设集团有限公司劳动争议一 审案【(2017) 京 0117 民初 3092 号】中, 法院认为: "因劳动关系具有较强的人身依附性,结合本案 的具体情况, 刘绍河自受伤后一直未继续工作, 龙佳经营部称已不再经营, 且现在双方矛盾激 烈,客观上已经不能继续履行劳动合同。"又如, 在北京奇安信科技有限公司与王敏劳动争议二 审案【(2019) 京 02 民终 12173 号】中, 法院认为: "根据奇安信公司与王敏提交的证据,结合双方 的庭审陈述及表现,双方产牛纠纷以来,矛盾不 断激化与升级,进行沟通时存在根本性分歧,且 王敏的岗位已由他人替代, 双方之间据以建立或 继续履行劳动合同所必需的信赖基础已破裂、合 作基础已丧失, 双方之间的劳动合同已难以维系 和履行。"劳动合同具有较强的人身依附性,用 人单位与劳动者之间如果存在严重的矛盾, 将导 致工作难以开展或者继续履行成本过高, 也就没 有判决双方继续履行的必要。

• 劳动者存在过失导致信任基础丧失

在闫佳丽与景联盟(北京)科技有限公司劳动争议一审案【(2018)京0108 民初573号】中,法院认为,劳动者的工作岗位为财务人员,其错误地转达不法分子的信息,应当认定为在工作中存在过失行为,导致双方间信任基础丧失,因此对劳动者要求继续履行劳动合同的请求不予支持。

• 劳动者存在违背诚实信用原则的行为

在郑自强与摩根大通亚洲咨询(北京)有限公司、第一创业摩根大通证券有限责任公司劳动争议二审案【(2017)京02民终6959号】中,法院认为:"考虑郑自强作为投资银行部门执行总经理,其工作性质需要经常进行业务招待并申请报销,现郑自强存在的多次不实报销行为已经导致双方信任基础丧失,双方的劳动合同不具备继续履行条件,故对郑自强要求撤销《解除劳动合同通知书》、恢复劳动关系、继续履行劳动合同的请求,本院不予支持。"此种信任基础丧失与劳动者的工作性质有较大的关系。

但在实践中,对于信任基础是否丧失,法院 享有较高的自由裁量权,用人单位的主张也可能 得不到法院的支持。法官在审理过程中往往会结合案件实际情况例如双方在解除或终止劳动合同后的具体表现等进行综合考量。

二、劳动合同违法解除或终止后被判继 续履行时用人单位的经济成本

(一) 违法解除或终止之日至劳动合同恢 复履行期间的工资损失

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第二十四条规定: "用人单位作出的与劳动者解除劳动合同的处理决定被劳动仲裁委或人民法院依法撤销后,劳动者主张用人单位给付上述处理决定作出后至仲裁或诉讼期间的工资,应按以下原则把握: (1)用人单位作出的处理决定仅因程序方面存在瑕疵而被依法撤销的,用人单位应按最低工资标准向劳动者支付上述期间的工资; (2)用人单位作出的处理决定因在实体方面存在问题而被依法撤销的,用人单位应按劳动者正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。"上述规定为北京地区处理劳动者工资损失的基本原则。

1. 违法解除或终止的决定因程序方面存在问题而被依法撤销的

违法解除或终止的决定因程序方面原因导致被撤销,指的是用人单位解除或者终止劳动合同存在程序上的瑕疵,例如用人单位作为解除或者终止依据的规章制度没有经过民主程序公示,或者解除通知书缺少劳动者签字确认,或者没有经过民主程序等。在此情形下,用人单位一般需要按照最低工资标准向劳动者支付损失补偿。

2. 违法解除或终止的决定因实体方面存在问题而被依法撤销的

违法解除或终止的决定因实体方面原因导致被撤销,指的是用人单位解除或者终止劳动合同因缺乏实体性依据(比如未能提供证据证明劳动者存在过错等)而被认定为违法解除。在此情形下,劳动者非因自身原因未能提供劳动,用人单位应当按劳动者正常劳动时的工资标准向其支付违法解除或终止之日至劳动合同恢复履行



期间的工资待遇损失。

劳动者提供正常劳动时的工资待遇可能有 多个部分构成,包括基本工资、绩效工资、奖金 津贴、餐饮交通补贴等。根据以往裁判案例,法 院一般支持的部分有:

• 丁 资

劳动者的工资包括基本工资和绩效工资的, 用人单位应当对两部分损失均予以支付。即使劳 动者未提供正常劳动,但这该种状况是由于用人 单位违法解除或者终止劳动合同所致,因此应当 由用人单位承担不利后果, 其在支付工资补偿时 扣除绩效工资的做法一般不会得到法院支持。例 如, 在赖永亮等劳动争议二审案【(2016)京01 民终 5088 号】中, 法院认为: "鉴于赖永亮未再 到岗正常工作系京北方信息技术公司违法解除 双方劳动关系所致, 故法院据赖永亮正常工作期 间的日绩效工资情况核算其2015年12月24日 至 2016 年 2 月 29 日期间绩效工资。"

• 承诺奖金或承诺年终奖

承诺奖金或承诺年终奖是指用人单位与劳 动者在劳动合同中约定或者在规章制度中规定 劳动者在职期间享有的固定福利待遇, 不同于根 据绩效考核发放的年终奖。劳动者未提供正常劳 动非因自身原因所致, 因此应当视为其在违法解 除或终止之日至劳动合同恢复履行期间提供了 正常劳动,应当按照正常标准享有相应的工资 待遇,上述固定福利待遇应当予以支付。例如, 在陶红与福建省华渔教育科技有限公司等劳动 争议一审案【(2019) 京 0108 民初 55278 号】中, 法院认定: "因华渔北分公司违法解除劳动合同, 导致陶红在2017年及2018年未能正常提供劳动, 责任应由华渔北分公司承担, 故华渔北分公司应 按照录用意向书的标准支付陶红 2017 年度奖金 105,000 元及 2018 年度奖金 105,000 元。"

过节费也属于承诺奖金的范畴。例如, 在中 信并购基金管理有限公司与胡珺劳动争议二审案 【(2019) 京 03 民终 15653 号】中, 一审法院认定 双方应当继续履行劳动合同,而胡珺作为中信并 购公司在册员工应当享受公司的相关福利待遇, 二审法院查明,中信并购公司认可存在元旦过节 费 1000 元、春节过节费 2000 元。因此,中信并 购公司应当支付胡珺 2017 年元旦过节费、春节 过节费。

法院不予支持的部分一般包括:

• 餐补等根据实际出勤发放的补贴

在北京暴风魔镜科技有限公司与刘秀菊劳 动争议一审案【(2018) 京 0107 民初 17420 号】中, 法院认为:"刘秀菊未能提供证据证明暴风魔镜 公司应支付未出勤期间每日餐补的证据, 目根据 刘秀菊产假期间亦未支付餐补的情况, 可以认定 餐补系正常出勤才可获得,餐补已支付至2018 年4月4日、故对其主张自2018年4月1日至 恢复劳动关系之日餐补的诉讼请求,本院不予支 持。"因此,对于根据劳动者实际出勤发放的补 贴,由于劳动者客观上没有出勤或者提供正常劳 动, 因此用人单位无需支付相应的款项。

• 未休年假工资

在陶红与福建省华渔教育科技有限公司等 劳动争议一审案【(2019)京0108民初55278号】 中, 法院认为:"就未休年假工资一节, 2017年 12月5日至2019年6月30日期间, 陶红未向华 渔北分公司提供劳动,责任虽在华渔北分公司, 但在判决已经支持陶红所主张 2017 年 12 月 5 日 至 2019 年 1 月 5 日期间工资损失的情况下,其 再行要求华渔北分公司支付上述期间未休年假 工资之请求, 缺乏事实及法律依据, 本院不予支

• 具有奖励激励性质的奖金

具有奖励性质的待遇奖金, 属于用人单位 自主经营权的范畴, 用人单位有权自主决定。例 如年终绩效奖金, 用人单位一般根据全年经济效 益和对员工工作业绩进行综合考核后, 向员工发 放。而在劳动合同解除或者终止后, 虽非因劳动 者自身原因, 但是客观上确实没有提供劳动, 用 人单位无法对其进行绩效评估, 也就无需向其支 付相应的奖金。例如,在微软(中国)有限公司 等劳动争议二审案【(2019) 京 01 民终 4861 号】 中, 劳动者的工资中包含不固定月份发放的节日 津贴、销售激励奖金预付、销售激励奖金、年终 绩效奖金、年终销售奖金等, 具备奖励激励的性 质, 法院认定微软公司应向杨海燕支付工资损失 的标准应为固定构成的月基本工资及住房补贴,

而不包括上述奖励激励性质的奖金。又如,在大众汽车(中国)投资有限公司等劳动争议二审案【(2020)京03民终705号】中,关于管理层奖金的情况,法院认为:"双方签订的《劳动合同》约定奖金根据劳动者个人绩效及大众集团与公司绩效评估发放,大众公司对发放管理奖金的数量享有自由裁量权,现大众公司不同意支付奖金、法院不持异议。"

(二) 对于工资损失,法院应具有一定的 自由裁量权

笔者认为,上述会议纪要中的规定为原则性规定,对于违法解除或终止之日至劳动合同恢复履行期间的工资损失,法院在遵循原则之外,应具有一定的自主裁量权,即在实际审理过程中并非完全按照最低标准或者正常劳动时的工资标准进行裁判。法院还应当考量劳动合同双方的过错程度等各种因素,综合判断,对工资损失金额作出调整,以便作出公平的裁判。

例如,如果劳动者对于用人单位做出违法解除的决定存在一定过错,或者劳动者存在故意长时间不维权、拖延诉讼等恶意行为,用人单位可以主张劳动者对于自身损失亦需要承担一定的责任,请求法院对于工资的金额进行调整。

三、劳动合同解除或终止后被诉继续履 行的抗辩策略

未雨绸缪,有备无患。笔者建议用人单位在单方解除或者终止劳动合同时,要充分评估相关决定的法律风险,做好防范措施,避免被认定为违法解除或终止,同时也为劳动纠纷发生后的举证提供有力的支持,具体而言,用人单位可以从实体和程序两方面入手增强单方解除劳动合同的合法性:

• 实体合理性

解除劳动合同在劳动关系层面系对劳动者 最为严厉的处罚,用人单位在适用规章制度中有 关解除劳动关系的条款时应当慎重考虑对劳动 者违纪行为的认定及处罚是否有理有据,是否得 当。

对于严重违纪行为, 用人单位需要进行详细

且切实可行的规定,如果仅作模糊性规定,一般 难以得到法院的支持。例如在北京奇安信科技有 限公司与王敏劳动争议二审案【(2019)京02民 终 12173 号】中, 法院认为, 用人单位在《员工 手册》严重违纪行为的规定中未就"严重不道德 行为"的"严重"程度做出明确界定,并且在一 般违纪行为中也有"对客户、员工态度或行为不 当,包括言语牛硬、推卸责仟、不文明行为等" 类似的规定, 员工在班车上因开窗关窗的琐事发 生争议,其行为与《员工手册》中"散播谣言、 恶语中伤、侮辱、骚扰、威胁、恐吓公司、员工 或家属"的行为的影响和恶劣程度有所区别,其 行为尚达不到严重违纪的程度。而对于明显不属 于严重违反规章制度的情形,即使在相应条款中 进行了约定也可能被法院认定为缺乏合理依据, 导致被认定为违法解除劳动合同。

因此,建议用人单位在劳动合同或者员工手册等规章制度中规定违纪情形时,采用"概括+列举"的方式作出明确规定。例如,可以在"严重违纪,用人单位可以解除劳动合同"的情形中对可能的合理情形予以详尽的列举。

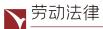
•程序正当性

用人单位解除或终止劳动合同所依据的员工手册等实体性依据,需要经过民主程序进行公示或者经劳动者签字确认其对该规章制度知悉,否则可能因为程序上存在瑕疵导致被认定为违法解除。因此,建议用人单位对于员工手册等规章制度及时、充分地公示,并留存相应的公示证据。

而在被认定劳动合同违法解除或终止之后, 对于劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位 可以从以下路径进行抗辩:

1. 劳动合同到期终止且不存在应当订立无 固定期限劳动合同的情形

劳动合同在纠纷解决过程中到期终止且不存在应当订立无固定期限劳动合同的情形,也就没有判决继续履行的必要。对于劳动合同在判决作出或生效之前到期的,法院往往会判决撤销解除劳动合同通知书,劳动合同履行至到期之日终止,实际上在判决生效后也无需继续履行,但是对于到期之前应当继续履行期间的工资损失,用



人单位应当予以支付。

2. 原岗位被撤销或者安排其他劳动者,无 法就新的工作安排达成一致

原岗位对用人单位的正常业务开展具有较 强的不可替代性和唯一性(如总经理、财务负责 人等), 而原岗位已被他人替代, 或者原岗位被 撤销或外包,双方不能就新岗位达成一致意见, 在此种情形下,用人单位可以抗辩称劳动合同不 具备继续履行的条件。例如, 在刘思然与北京友 好创嘉投资管理有限公司北京蓝天苑门诊部劳 动争议二审案【(2017) 京 03 民终 7410 号】中. 法院认为, 原岗位具有较强的唯一性及不可替代 性,用人单位在解除或终止劳动合同期间招录新 的客服经理,正常开展工作,是企业正常运营及 业务开展所必要的, 在此情况下也就已经不具备 继续履行的条件。又如,在劳动争议张雷二审案 【(2020) 京 03 民终 4365 号】中, 法院认为: "张 雷认可途家在线公司将其工作岗位外包的事实, 双方不能就新岗位达成-致意见, 途家在线公司 明确表示与张雷的劳动合同无法继续履行, 此种 情形应认定为'劳动合同确实无法继续履行'。"

但是如果用人单位仅以原岗位被裁撤或者已经安排其他劳动者为由主张不具备继续履行的条件,法院一般不予支持。此时,用人单位需要进一步举证证明已经与劳动者进行过新岗位的协商,且双方不能达成一致意见。

3. 劳动者入职新的用人单位

劳动者入职新的用人单位,客观上也就不具备继续履行的条件,但此种抗辩理由的关键在于举证存在一定的难度。一般而言,可以依据招退工记录与社保、公积金、个税记录、保险记录等材料认定劳动者是否入职新的用人单位。

但是需要注意,《解答》第十条规定,不能 仅以社会保险缴纳记录作为认定劳动者与新单 位形成劳动关系的依据。因而,在北京地区仅凭 社保缴纳记录不足以充分证明劳动者已经与新 的用人单位建立了劳动关系。此时举证责任转 移,由劳动者证明其与新用人单位之间不是劳动 关系。若劳动者不能提出反证,则依据其与新用 人单位之间的社保缴费记录确认劳动者与原用 人单位"劳动合同确实无法继续履行"。新用人单位不是案件当事人的,劳动者与新用人单位之间的社保缴费记录仅为"劳动合同确实无法继续履行"的裁判理由,不应径行裁判劳动者与新用人单位之间是否形成劳动关系。

北京地区也存在相应的案例,例如在北京丽舍恒隆生活贸易有限公司与李红霞劳动争议二审案【(2020)京03民终1260号】中,法院认为,"丽舍恒隆公司虽主张李红霞在2016年9月之后已与其他多家用人单位建立了劳动关系,并提交李红霞社会保险个人权益记录证明其主张,但李红霞对丽舍恒隆主张的事实作出了合理性解释,并对其解释提交了相应证据。在丽舍恒隆公司未提交其他有效证据佐证的情况下,其现有证据不足以证明李红霞已入职其他单位,双方劳动合同无法继续履行的事实,故本院对于丽舍恒隆公司该上诉主张不予支持。"因此,建议用人单位从涉案劳动者同事家人的录音、微信聊天等多种可能路径进行证据挖掘,综合各种证据材料进行举证。

4. 劳动者拒绝继续履行,或者接受劳动合同解除或终止的事实

《解答》中第九条不能继续履行的情形中第 六项规定: "仲裁或诉讼过程中,用人单位向劳 动者送达复工通知,要求劳动者继续工作,但劳 动者拒绝的。" 此种抗辩理由实际上为劳动者拒 绝继续履行的体现,用人单位需要对于复工或要 求到岗的通知书予以留存,以便充分举证。对于 其他劳动者拒绝继续履行或者接受劳动合同解 除或终止事实的情形,用人单位同样需要注意证 据留存。

5. 信任基础丧失等其他情形

法院对于用人单位与劳动者的信任基础是 否丧失具有一定的自由裁量权,此对于此种抗辩 理由,建议用人单位充分挖掘双方已经缺少互信 的证据材料,包括劳动者解除之后对于公司的言 论、劳动者是否存在入职其他用人单位的可能, 以及劳动者与其上级领导或者下级之间的合作 关系等等。



□ 徐云飞/文

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



二李 楠/文

李楠实习律师, 中国政 法大学法律硕士,中伦文德律 师事务所律师助理, 中伦文德 网络安全与数据合规专业委员 会成员。业务领域包括投资并 购、电信及互联网监管、网络 安全与数据合规、劳动和其他 一般公司法务等。

集团内部开展个人信息汇聚融合的合规要点分析

在大数据时代的背景下,融合是大数据的价 值所在。对于持有海量数据的集团而言, 集团内 不同企业间业务线数据的融合,将有效提升大数 据的内涵价值和商业价值,提高集团的核心竞争 力。因此, 集团内数据的收集、融合和分析将成 为集团持续发展的关键牛命线。

跟随市场发展的脚步, 国家市场监督管理总 局、国家标准化管理委员会于2020年3月6日 正式发布了推荐性国家标准《信息安全技术 个 人信息安全规范》[1](GB/T 35273-2020)(2020 年10月1日实施)(以下简称"《个人信息安全 规范》")。该规范增加了关于"基于不同业务目 的所收集个人信息的汇聚融合"(第7.6条)的合 规监管规定。根据该规定及《网络安全法》有关 规定, 我国现行法律法规允许个人信息控制者在



符合一定条件时进行个人信息的汇聚融合,即企 业应事先获得个人信息主体的有效授权, 遵循最 小必要原则, 并应针对集团内部个人信息共享行 为和汇聚融合行为事先开展个人信息安全影响评 估。本文现从汇聚融合的定义、合规要点及建议 以及行业实践等角度展开如下分析。

一、汇聚融合的定义

目前在中国个人信息保护领域的主要法律法 规中"汇聚融合"一词并未正式出现,《个人信 息安全规范》虽然对个人信息汇聚融合提出要求, 但并未明确汇聚融合的定义及应用场景。根据国 家标准《智慧城市 数据融合 第一部分: 概念模 型》(GB/T 36625.1-2018)(2019年5月1日实施) 中数据融合的定义(3.1 数据融合:集成多个数 据源以产生比任何单独数据源更有价值信息的讨 程)以及中国信息通信研究院安全研究所数据安 全研究部有关官员在"数据互联互通与安全发展" 高峰论坛暨"数据治理和网络安全研究联盟"2020 年度论坛发表的公开讲话, 我们理解, 从狭义而 言, 汇聚融合主要指企业内部不同业务线的数据 "打通"实现共享、融合;从广义而言,汇聚融 合还包括集团内不同关联企业间的数据融合以及



集团内企业与集团外第三方的数据融合。

二、个人信息汇聚融合的合规要点及建议

(一) 获得个人信息主体的有效授权

根据《网络安全法》第41条规定, 网络运 营者收集、使用个人信息,应当明示收集、使用 信息的目的、方式和范围, 并经被收集者同意。 该规定较为原则,《个人信息安全规范》第5.4条 和第9.2条进一步明确选择同意问题,即个人信 息控制者收集或共享个人信息,应向个人信息主 体告知收集、使用、共享个人信息的目的、方式 和范围等规则,并事先获得个人信息主体的授权 同意(涉及个人敏感信息或个人生物识别信息的, 应征得个人信息主体的明示同意)。《个人信息 安全规范》第7.6条[2]从汇聚融合角度对个人信 息主体的有效授权问题进行了规定: 个人信息控 制者对基于不同业务目的所收集个人信息进行汇 聚融合,应遵守第7.3条关于个人信息使用的目 的限制(即使用个人信息时,不应超出与收集个 人信息时所声称的目的具有直接或合理关联的范 围);因业务需要,确需超出与收集个人信息时 所声称的目的具有直接或合理关联的范围使用个 人信息的,应再次征得个人信息主体明示同意。

根据上述规定,我们建议,企业作为个人信息控制者在收集、共享个人信息时应就汇聚融合征得个人信息主体的授权同意,超出收集时声称目的范围汇聚融合的,则应征得个人信息主体的明示同意。如集团内子公司所从事业务种类较多,则应事先对业务线进行梳理,厘清不同业务线所需个人信息的类型及数据处理目的等,向用户告知个人信息汇聚融合的目的、方式和范围并征得其授权同意,涉及个人敏感信息或个人生物识别信息的,应征得个人信息主体的明示同意。对各子公司收集的个人信息进行汇聚融合时超出收集个人信息时声称的使用目的范围的,应再次征得个人信息主体明示同意。

但根据《个人信息安全规范》第 7.3 条注释和第 9.2 条规定,以下两种情形,企业无需再次征得个人信息主体的同意:(1)将所收集的个人信息用于学术研究或得出对自然、科学、社会、

经济等现象总体状态的描述,属于与收集目的具有合理关联的范围之内;(2)个人信息控制者共享、转让经去标识化处理的个人信息,且确保数据接收方无法重新识别或者关联个人信息主体的信息。

关于征得同意的方式,我们建议,如为业务办理所需的汇聚融合,企业可以弹窗、跳转页面或链接的方式通过隐私政策(或个人信息保护政策)告知个人信息主体并获得个人信息主体的授权同意或明示同意^[3];如为提供个人信息控制者产品或服务附加功能而展开的汇聚融合,则应通过单独文本将可能涉及的产品或服务、汇聚融合的目的、范围以及拒绝的后果等内容告知个人信息主体。

(二)遵循个人信息汇聚融合的最小必要 原则

个人信息控制者收集个人信息的,除应征得个人信息主体同意外,还应遵循《网络安全法》第41条规定的必要性原则,即网络运营者收集、使用个人信息,应当遵循合法、正当、必要的原则。《个人信息安全规范》第4条^[4]和第5.2条^[5]对上述必要性原则进行进一步解释,即在收集个人信息时应满足直接关联、最低频率和最少数量的要求,个人信息保存应为实现目的所必需的最短时间,目的达成后,应及时对个人信息作出删除或匿名化处理。

随着集团内拟开展的汇聚融合所涉个人信息 收集范围的扩大,必要性原则也将面临挑战,如超出汇聚融合目的的合理范围后,可能会被认定 为超出提供产品和服务的目的过量收集个人信息,如企业对集团内子公司各业务线的个人信息进行汇聚融合后生成用户画像或用于广告营销,因该汇聚融合不属于子公司各业务线提供核心业务产品和服务所必需,可能存在违反必要性原则的情况。因此,建议企业从个人信息主体的视角出发,重新建立个人信息的汇聚融合与为用户提供增值服务的必要关联。

(三) 开展个人信息的安全影响评估

除上文提出的要求外,集团在拟开展汇聚融



合之前还应当对可能涉及的个人信息范围进行审查,确保不包含法律禁止对外共享的数据和用途。同时,个人信息控制者和个人信息接收方应对拟开展汇聚融合所涉个人信息履行如下义务:

- 1. 根据《个人信息安全规范》第 9.2 条(个人信息共享、转让)的规定,个人信息控制者向集团内关联公司共享个人信息前,应开展个人信息安全影响评估,并依评估结果采取有效的保护个人信息主体的措施。
- 2. 根据《个人信息安全规范》第 7.6 条规定, 集团内个人信息接收方应根据汇聚融合后个人信 息所用于的目的,开展个人信息安全影响评估, 采取有效的个人信息保护措施。

三、行业实践

经查阅小米、抖音、淘宝、优酷、蚂蚁金服 等行业龙头企业的隐私政策, 我们发现, 现阶段 少有隐私政策明确规定汇聚融合相关事官, 隐私 政策中的相关表述多止步于与集团内部关联公司 或第三方的共享以及公司内部个人信息的使用。 其中小米规定可能进行信息结合及其目的, 承诺 将提供具体控制机制并授予个人信息主体拒绝 权; 抖音的规定主要还是共享, 但在形成间接人 群画像方面实际上涉及到了汇聚融合。上述规定 均较为原则、未来可能需要进一步细化。淘宝和 优酷关于选择同意的规定更为具体, 明确将另行 向用户说明对应信息的收集目的、范围及使用方 式,且在征得用户明示同意后收集、使用。此外, 淘宝、优酷、蚂蚁金服的隐私政策中部分条款, 从其表述看, 主要还是止步于个人信息的共享, 未提及汇聚融合的问题。

基于上述分析,如企业计划在 集团内开展个人信息汇聚融合,我 们建议企业应梳理集团各子公司的 业务条线,确保数据来源的合法性 和一致性,明确汇聚融合可能形成 业务及相应所需的个人信息,在此 基础上完善隐私政策或个人信息主体有效授 权问题;从个人信息主体的角度, 企业应建立起汇聚融合行为与为个 人信息主体利益之间的必要关联.

以满足最小必要的要求;并应针对集团内部个人信息共享行为和汇聚融合行为事先开展个人信息安全影响评估。此外,如企业拟开展的汇聚融合涉及个人金融信息的,还应遵循推荐性行业标准《个人金融信息保护技术规范》(JR/T 0171—2020)中的有关规定。

上述建议是针对集团内部汇聚融合提出的一般性建议,对于从事特定行业的企业而言,还应符合该行业的特殊要求(如有)。

注释:

- [1] 虽然《网络安全法》是现阶段有关个人信息保护的核心法规,但是该法规有关个人信息的规定较为原则,关于个人信息保护的具体规定更多地体现在国家推荐性标准《个人信息安全规范》中。《个人信息安全规范》作为推荐性国家标准,虽无法律上的强制执行力,但结合其出台背景和行业实践,我们理解在现阶段《个人信息安全规范》应作为企业网络安全和数据合规的重要指引和监管部门开展相关执法工作的重要依据。
- [2] 《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273-2020) 7.6 基于不同业务目的 所收集个人信息的汇聚融合
- 对个人信息控制者的要求包括: a) 应遵守 7.3 的要求; b) 应根据汇聚融合后个人信息 所用于的目的,开展个人信息安全影响评估,采取有效的个人信息保护措施。
- [3] 个人信息控制者应通过隐私政策向个人信息主体告知汇聚融合的目的及其他法律规定的内容并征得其授权同意或明示同意(就个人敏感信息而言)。就共享个人生物识别信息而言,贵司还应设置单独的个人生物识别信息保护规则或共享声明告知个人信息主体相应内容,并征得个人信息主体的明示同意。
- [4] 《信息安全技术 个人信息安全规范》 (GB/T 35273—2020) 4 个人信息安全基本原则
 - 个人信息控制者开展个人信息处理活动应遵循合法、正当、必要的原则,具体包括: ...d) 最小必要——只处理满足个人信息主体授权同意的目的所需的最少个人信息类型和数量。目的达成后,应及时删除个人信息。
- [5] 《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T 35273-2020) 5.2 收集个人信息的最
 - 对个人信息控制者的要求包括: a) 收集的个人信息的类型应与实现产品或服务的业务功能有直接关联; 直接关联是指设有上述个人信息的参与,产品或服务的功能无法实现; b) 自动采集个人信息的频率应是实现产品或服务的业务功能所必需的最低频率; c) 间接获取个人信息的数量应是实现产品或服务的业务功能所必需的最少数量。





于斐律师,中伦文德高级合伙人,北京市律师商标法律专业 委员会委员,中伦文德知产产权法律业务中心委员,担任政府机 构、国有企业、外资企业、互联网企业的法律顾问,长期专注于 公司、证券及知识产权法律业务领域的实务和研究工作,在同行 及客户中享有较高声誉。

□于 斐/文

就腾讯公司诉微信食品公司和小小树公司侵害商标权及不正当竞争纠纷一案谈对驰名商标的反淡化保护

驰名商标是企业的高端核心竞争力,可口可 乐总裁曾说过,可口可乐公司即使在一夜之间倒 闭,只要有可口可乐这个品牌存在,他也能让可 口可乐公司在一夜之间再建立起来。随着国内企 业在国际市场上披荆斩棘、乘风破浪,也越来越 认识到品牌建设的重要性,进一步加大了拿起法 律武器对"商标"、"字号"等实施保护的力度。 另一方面,人民法院围绕服务创新驱动发展战略, 积极发挥知识产权司法保护的主导作用,为持续 改善营商环境、促进科技创新提供了有力保障。 近年来,一些经典案例的司法裁判极为值得借鉴 和研究。本文将就腾讯公司诉微信食品公司和小 小树公司侵害商标权及不正当竞争纠纷一案,简 单地谈一谈对驰名商标的保护尤其是反淡化保护 的有关问题。

一、基本案情回顾

2017年9月8日,腾讯科技(深圳)有限公司、腾讯科技(北京)有限公司(合称腾讯公司),以深圳市微信食品股份有限公司(简称微信食品公司)在网站上公开宣传和推广"微信食品"线上商城、生态体验餐厅、社区生活营行等服务,并通过小小树(深圳)网络科技股份有限公司(简称小小树公司)运营的微信食品商城提供食品类

商品的电子交易平台:同时,在线下经营标注"微信食品"、"WECHAT FOOD"店招及标识的社区生活营行、生态体验餐厅、生态体验会所等。此外,还在"微信食品"手机应用程序、相关微信公众号、购买百度广告及其他相关市场推广活动中大量使用"微信食品"等标识。在餐厅、线上线下商城、产业园、医疗美容院、选美比赛、营销活动、招商加盟等相关服务上大量使用与涉案商标极为近似的"微信食品"等标识,构成对腾讯公司商标侵权为由,将其诉至北京知识产权法院。北京知识产权法院经过一审审理,判决微信食品公司、小小树公司停止侵犯"微信及图"驰名商标及"Wechat"驰名商标专用权的行为,并赔偿经济损失一千余万元。

腾讯深圳公司、腾讯北京公司和微信食品公司均不服一审判决,向北京市高院提起上诉。二审法院北京市高院经过审理,判决支持了腾讯公司关于被控侵权行为的认定及损害赔偿的部分上诉请求,同时认为"一审判决部分认定虽有不当,但并不足以支持微信食品公司的上诉请求"。

二、法院裁判要旨

本案历经法院的一审和二审,时间长达两年 之久,原被告双方提交的证据汗牛充栋,案件争

议焦点众多, 充分展现了知识产权类案件千头万 绪、错综复杂的特点。但总括来看, 法院裁判围 绕的主要争议焦点是:一是腾讯公司商标是否应 该被认定为驰名商标;二是微信食品公司和小小 树公司是否侵害了腾讯公司享有的商标专用权; 三是微信食品公司的涉案行为是否构成不正当竞 争; 四是民事责任应该如何承担。

为此,一审法院北京知识产权法院从腾讯公 司推出"微信"的移动端即时通讯应用程序的时 间、用户数、使用规模、宣传报道、受保护记录 等多个方面,综合相关公众知晓程度、商标使用 持续时间、宣传工作的持续时间、程度和地理范 围以及该商标作为驰名商标受保护的记录等有关 因素,认定涉案"微信及图"商标构成驰名商标。 进而、认定微信食品公司在餐饮类服务、开设线 下超市、开设线上商城的侵权行为和小小树公司 在"网上商城、为商品和服务的买卖双方提供在 线市场"服务侵权行为。在判决中更是专门指出 "无论是基于营销策略还是其它考量的因素,任 何商业主体在宣传推广活动中所使用的言辞应当 表述准确、所使用商业数据应当务求客观真实。 宣传的内容在对外彰显公司自身经营业绩的同 时,也可以作为计算侵权获利的依据",以此为 基础, 采取比照相关类似服务盈利情况, 并结合 行业的利润率等方法推算了侵权获利数额。

二审法院北京市高院更是进一步在一审的基 础上,综合考虑驰名商标的显著性和知名度、相 关公众的重合程度以及标志的近似程度, 驰名商 标权利人的经营情况以及被控侵权行为中商标的 使用方式,认定"相关公众能够将微信食品公司 在餐饮类服务(即包括"饭店、餐馆"服务、"餐饮" 服务)、开设线下超市(即"超市"服务)、开设 线上商城(即"网上商城、为商品和服务的买卖 双方提供在线市场"服务)、在湖北区家岭建设 的物流园中突出使用"微信食品"商标、主办的"美 丽有约"等线下宣传活动中使用"微信"商标等 实施的被控侵权行为中涉及的"微信"、"微信食 品"、"WFCHATFOOD"商标与涉案驰名商标 建立相当程度的联系,而且也存在相关公众将被 控侵权行为所涉及的服务或商品的来源与腾讯深 圳公司、腾讯北京公司建立错误联系的可能性。 因此,上述行为破坏了"微信"和"×××"与腾 讯深圳公司、腾讯北京公司在计算机程序(可下 载软件)、计算机软件(已录制)、信息传送等服





务或商品上的唯一对应关系,足以减弱驰名商标的显著性,致使腾讯深圳公司、腾讯北京公司的利益受到损害。"

三、关于对驰名商标的反淡化保护

本案件中,一审法院和二审法院均认定腾讯公司依法持有涉案第9085979号"微信及图"商标、第15519249号"微信及图"商标、第10079843号"Wechat"商标以及第10079848号"Wechat"商标为驰名商标,同时认定微信食品公司和小小树公司的行为构成了对驰名商标的侵害,并对腾讯公司持有的"微信等四枚商标"给予了反淡化的保护。

(一) 驰名商标反淡化保护的法律依据

《商标法》(2013年修订)第十三条第三款的 规定: 就不相同或者不相类似商品申请注册的商 标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的 驰名商标, 误导公众, 致使该驰名商标注册人的 利益可能受到损害的,不予注册并禁止使用。《最 高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠 纷案件应用法律若干问题的解释》(简称《驰名 商标司法解释》) 第九条第二款规定: 足以使相 关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的 联系, 而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标 的市场声誉,或者不正当利用驰名商标的市场声 誉的,属于商标法第十三条第二款规定的"误导 公众, 致使该驰名商标注册人的利益可能受到损 害"。该条所指商标法系 2001 年修正的商标法, 对应于 2013 年修正的商标法第十三条第三款的 规定。基于上述规定, 损害他人已注册的驰名商 标专用权的三种情形分别为: 在不相同或者不类 似商品上使用驰名商标,减弱驰名商标显著性, 贬损驰名商标的市场声誉以及不当利用驰名商标 的市场声誉。

(二) 给予驰名商标反淡化保护的原因

我国商标法规定了商标权人积极使用商标的 权利和排除他人侵犯商标权的权利,即商标权人 的专用权和禁用权,赋予权利人禁用权意在于维 护其专用权,而权利人所享有的专用权与禁用权 均体现了对商标功能的维护与发挥。传统的商标 制度是以"禁止混淆"的理论来搭建的,那么商 标最核心的功能,就在于其能够区分商品或服务 的来源。如果仅仅就此而言, 商标权人的专用权 和禁用权的边界目标是一致的,如果将他人拥有 的注册商标作为商标使用, 易造成消费者对产品 或者服务来源的混淆,属于侵犯注册商标专用权 的行为。传统混淆理论认为具有商标使用行为是 侵犯注册商标专用权的先决条件,认定"商品来 源存在混淆的可能"是商标保护的基础。也就是 说, 传统混淆理论在无混淆可能时, 不保护商标 权的权利,因为传统混淆理论认为无混淆时无侵 害。事实上,对只具有识别功能的商标,这一理 论确实没问题, 但对具备内在价值的驰名商标而 言,由于科技进步推动了国际国内贸易的发展, 商业交易新形式的出现,市场的扩大和商业广告 的流行,商标权人为塑造和维护驰名商标的品牌 效应付出了巨大成本。为维持这种品牌宣传效 果,让商标在消费者心目中的形象不受到干扰和 破坏, 就成了权利人最为重要的利益诉求, 此时, 商标权利人需要的禁用权边界远大于其专用权的 边界, 在此情况下, 即使是"无混淆", 实际上 仍可能侵害权利人的利益。这正是传统商标混淆 理论的局限所在, 也正是商标反淡化理论应然而 牛的根本原因。

因为驰名商标具有的显著性和良好声誉还蕴 含着的显著广告效应, 越来越多的侵权者并不会 直接简单地在自己商品上标注一个与驰名商标类 似的商标以混淆消费者, 而是把他人驰名商标作 为自己产品的系列名称,或者用他人驰名商标来 描述自己产品,使得消费者误以为侵权者的产品 与驰名商标权人具有某种联系, 其后果就是会产 生逐步减弱驰名商标与权利人的唯一对应关系, 导致驰名商标标识的显著性减弱。因此,即使涉 案行为不会造成消费者对涉案商品或服务的来源 产生混淆, 但能让消费者将商品或服务与驰名商 标产生某种联系,产生逐步减弱驰名商标标识显 著性的后果,则仍然可能破坏商标权人的禁用权, 进而构成对驰名商标专用权的侵犯。可见,由于 普通商标与驰名商标发挥的商标功能的广度与深 度不同,导致二者所具有的商标专用权与禁用权



范围有别,进而针对二者的侵权后果会有所不同,对于普通商标,着重在于破坏商标权人禁止混淆商品来源的权利,是以"混淆商品来源"为后果对商标专用权的侵犯,即混淆式侵权;而对于驰名商标还存在另一种情形,更应当着重在于破坏商标权人禁止淡化商标显著性的权利,是以"淡化商标显著性"为后果对驰名商标专用权的侵犯,即淡化式侵权。

在商标侵权中行为人对商标的使用应以妨碍 商标功能的正常发挥为条件。关于商标使用的含 义,已生效的北京市高级人民法院(2015)高民 (知)终字第1038号民事判决曾提出过商标使用 的概念: "正是基于商标使用行为在商标法中所 具有的重要意义, 我国商标法特别规定了商标使 用。《中华人民共和国商标法》第四十八条规定: 本法所称商标的使用, 是指将商标用于商品、商 品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商 标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,用 于识别商品来源的行为。"可见,该生效判决亦 是从我国商标法第四十八条的规定中探寻有关商 标使用的含义。前述规定对商标的使用的概念的 确定基于传统混淆理论, 体现了商标的识别功能 的价值。毋庸置疑的是商标最基本的功能是区分 识别功能,因此,从商标的该项功能之视角理解, 所谓商标使用,即指在商业活动中,将已注册商 标作为商标使用,用于识别商品来源,防止混淆, 可称为识别性商标使用。但是, 对于驰名商标的 淡化式侵权, 虽然也存在对商标的使用行为, 却 并不要求以此为前提。实践中还常出现这类情形,

即使用者仅在自己的产品、包装、广告宣传中使 用他人商标, 但是使用者使用他人商标并不是想 以该商标来标明自己产品或服务的来源,相反, 使用者会在自己产品上标明自己注册的商标,表 现为对驰名商标具有的广告功能所蕴含的价值的 破坏, 这类情形明显有别于前述商标使用行为, 从其发挥商标广告功能的角度出发, 其实质上仍 然属于"商标使用",可称之为广告性商标使用。 由上分析可见,识别性商标使用与广告性商标使 用均属于商标使用,随着经济发展和实践积累, 驰名商标侵权的前提条件不再仅仅是识别性商标 使用行为,还包括了广告性商标使用行为,两者 区别主要体现在: 在识别性商标使用行为中, 被 诉侵权人是将权利人的商标当作"识别标识"来 使用,目的是使消费者对来源产生混淆,属于混 淆式侵权; 而在广告性商标使用行为中, 被诉侵 权人并没有把权利人的驰名商标当作识别标识使 用, 而是将其用于包装、宣传中, 起到广告作用, 甚至被诉侵权人在其商品或服务中还标注了自己 的商标以表明其正确来源,后果在于淡化驰名商 标的显著性,仍然属于淡化式侵权。

无论如何,法律的保护边界仍然是有限度的,对于商海中鏖战的企业而言,更为重要的是,企业自身应强化知识产权保护意识和自主创新能力,充分发挥知识产权关键作用,有效运用知识产权重要砝码来提升企业自身竞争优势,进而深入挖掘企业知识产权中蕴含的巨大商业价值,使之成为企业竞争的制胜法宝。



刘瑞娜,中伦文德深圳分所合伙人律师,复旦大学法学硕士。刘律师擅长业务领域包括股权投资、破产清算重整等诉讼及非诉业务,为深圳法院指定破产企业管理人负责人。

□ 刘瑞娜/文

谁是被破产条例救赎的那个人?

内容简介: 2020 年 8 月 26 日,深圳市经济特区 40 周年生日之际,《深圳市经济特区个人破产条例》(以下简称"《个人破产条例》)作为今年关注度最高的法规之一正式发布。立法为何要打破传统的"欠债还钱,天经地义"的传统思维,调整各方权利义务关系?谁是个人破产条例的真正受益方?谁是应被个人破产条例救赎的那个人?带着这些问题,笔者结合近几年从事破产法律业务的体会解读一下《个人破产条例》

关键词:《个人破产条例》、诚实而不幸,创业创新

2020 年 8 月 26 日,深圳市经济特区 40 周年生日之际,《深圳市经济特区个人破产条例》(以下简称"《个人破产条例》")作为今年关注度最高的法规之一正式发布。这部法规的诞生充满了争议、质疑、波折,但也不乏支持和赞许。全国首个个人破产法规在深圳"破冰",体现了深圳作为中国特色社会主义先行示范区具有的敢为人先,先行先试的创新精神。

在 2020 年 9 月 5 日深圳市破产管理人协会 主办的《个人破产法系列讲座》中深圳市人大 法工委主任刘曙光将个人破产法律制度誉为社 会主义市场经济制度的最后一块基石,可见《个 人破产条例》作为我国首部个人破产法规的重要 性。 但是,这部法规的质疑一直没有停止过,被质疑的其中一个原因是个人被宣告破产经过考察期后获得债务免除,债权人的债权很可能就归零。这就颠覆了中国人传统思维中的"欠债还钱,天经地义","父债子还"等根深蒂固的传统思维。立法为何要打破这种思维,调整各方权利义务关系?谁是个人破产条例的真正受益方?谁是被个人破产条例救赎的那个人?带着这些问题,笔者结合近几年从事破产法律业务的体会来解读一下《个人破产条例》

一、《个人破产条例》的价值取向和立法理念

1、救济诚实而不幸的债务人,防止恶意 逃债

根据深圳市人大常委会法工委编写的《〈深 圳经济特区个人破产条例〉解读》。个人破产制度从某种意义上来说,是为诚实而不幸的债务人 提供了一种可期待、可信赖的保障。因此,个人破产立法要树立的基本价值导向是,只有诚实守信的债务人,在不幸陷入债务危机时,才能获得个人破产制度的保护,并帮助其从债务危机中解脱出来,重新参与社会经济活动,创造更多财富。对于恶意逃债或者实施破产欺诈的债务人,不仅

不能通过破产逃避债务,还要通过法律手段加以 预防和惩治。

2、合理调整债务人、债权人以及其他利 害关系人的权利义务关系。

救济诚实而不幸的债务人, 防止恶意逃债 是个人破产制度最基本的价值理念。但是, 如果 仅仅如此, 可能还无法让社会大众接受这样的制 度。个人破产制度还有一个价值取向就是合理调 整债务人、债权人以及其他利害关系人的权利义 务关系。

在一般的债权债务关系中,债务人获得债权 人提供的资金或者其他财产后就可以固定地收 取利息或者其他固定收益(比如租金)。至于资 金或财产使用过程中的风险,通常是全部由债务 人来承担的。个人破产制度的出台就改变了原来 的这种权利义务关系以及风险分担方式,导致债 权人在债务人破产的时候可能需要承担风险,从 而导致直接的损失。这就是破产制度给债权人带 来的消极后果。

但是,我们也不要忽视破产制度同样也能给 债权人带来以下一些积极的影响:

(1) 个人破产制度能够避免个别清偿,能够避免债务人恶意逃债。

根据《个人破产条例》第二章申请和受理的规定,如果是债务人本身申请破产,那么他在申请的时候应该如实陈述其和家庭的财产状况,提供债权债务清册。如果是债权人申请债务人破产,那么债权人可以向管理人提供债务人的债权债务清册,管理人通过法院鹰眼系统可以了解到债务人的基本状况。个人破产制度促使了债权人能够得到公平的对待,避免债务个别清偿。

(2)债权人可以通过和解或者重整制度避免 债权全部或者部分被消灭,尽可能地挽回损失。

《个人破产条例》第八章和第九章分别规定 了重整制度和和解制度。有未来可预期收入的债 务人,可以依照本条例向人民法院申请重整。债 务人可以依照本条例直接向人民法院申请和解。 通过和解或者重整制度,给债务人一个出路,帮 助债务人东山再起,也避免了债权人的债权全部 得不到偿还。 在现实生活中,普遍存在执行不能的情形,赢了官司拿不到钱的风险一直都是普遍存在的。对于债权人来说,当债务人陷入债务危机的时候,很可能自己的债权就是"死欠"。即使债权人往往采用各种方式追讨,甚至把债务人列入被执行人黑名单,对于丧失清偿债务能力的债务人来说,弥补债权人的损失是难以实现的。债务人都不了身,导致还不了债权人的钱,还不了债权人的钱,导致债务人翻不了身,这就形成了一个恶性循环,各方都无法得到解脱。个人破产制度在某种程度上说是给各方当事人找一条出路,解开死结,促进债务人经济重生,尽可能的挽回债务人的损失。否则,把债务人逼到跳楼,债权人又能得到什么呢?

(3)为诚实但不幸的市场主体提供遭遇债务 危机的后续保障,为个人创业者解除后顾之忧, 促进大众创业、万众创新。

如果能够充分地理解到这一层面的立法目的,社会大众应该能够更好地接受个人破产制度。个人破产制度并非中国首创。市场经济发展比较成熟的国家和地区如英国、美国、德国、日本以及我国香港、台湾地区都制定了个人破产方面的法律法规。据报道,现行美国总统特朗普多次被宣告破产,竟然在70多岁当上了美国总统。西方(美国)对于失败的包容性,我们可以管窥一斑了。

我国《企业破产法》自 2007 年 06 月 01 日 实施以来,公司作为主要的市场主体,其设立运 营和退出整个制度是越来越完善的。公司的有限 责任制度得到了有效的保护。但是由于个人破产 制度的长期缺失,很多公司的债权人习惯性地迫 使公司的股东、实际控制人或者负责人作为公司 债务的连带保证人。公司的有限责任转化成了个 人的无限责任,一旦公司遭遇经营风险,公司的 股东、实际控制人或者负责人就陷入了债务的泥 潭。

在市场经济高度发展的的深圳,以个体工商户或者个人名义参与市场经济的比重也是相当大的。据统计,截至2020年1月底,在深圳登记设立的商事主体已达329.8万户,其中个体工商户123.6万户,占比为37.5%。除此之外,还有

大量自我雇用的商事主体以微商、电商、自由职业者等形式广泛参与市场经济活动。这些从商的个人,一旦在市场上遭遇风险,在市场经济中承担的是无限责任。

一旦陷入债务泥潭,创业者将背负沉重的精神和物质压力,必然也会殃及家人。改革开放以来因为创业失败而自杀的创业者比比皆是。这是社会的悲剧!没有哪一方会在这样的悲剧中得利!

创业精神是一种勇士精神,我们国家和社会 在鼓励创业创新的同时,也应该为其设置好相应 的救济制度。我们每一个人,自己或者家人都有 可能成为创业者,个人破产制度将为失败的创业 者留一条活路,从而促使更多的人大胆地创新创 业,从而促进社会和经济不断进步和发展。

二、谁是被个人破产条例解救的那个人?

根据《个人破产条例》第二条,在深圳经济特区居住,且参加深圳社会保险连续满三年的自然人,因生产经营、生活消费导致丧失清偿债务能力或者资产不足以清偿全部债务的,可以申请破产清算、重整或者和解。这些有资格申请破产的个人已经在深圳形成稳定的工作、生活和财产关系,与其相关的财产登记、社会保障等信息已基本完善。这就在一定程度上杜绝了"破产移民"。

以上是申请破产的形式要件。此外,还有一个重要条件,申请破产人必须是"诚实而不幸的人"。在申请破产时,债务人必须如实申报个人材料债务人提出破产申请的,应当向人民法院提交下列材料:(一)破产申请书、破产原因及经过说明;(二)收入状况、社保证明、纳税记录;(三)个人财产以及夫妻共同财产清册;(四)债权债务清册;(五)诚信承诺书。债务人应当自人民法院受理破产申请裁定书送达之日起十五日内向人民法院和管理人如实申报本人及其配偶、未成年子女以及其他共同生活的近亲属名下的财产和财产权益。

债务人恶意逃避债务是全社会深恶痛绝的 行为,为避免债务人出现这种行为,《个人破产

条例》设计了一系列制度:一是建立个人破产登 记制度, 及时、准确登记个人破产重大事项, 并 依法向社会公开个人破产相关信息; 二是规定在 人民法院审查破产申请时, 发现申请人基于转移 财产、恶意逃避债务、损害他人信誉等不正当目 的申请破产的,或者有虚假陈述、提供虚假证据 等妨害破产程序行为的, 人民法院应当裁定不予 受理破产申请; 三是在人民法院已经受理但尚未 宣告破产时,发现申请人有前述情形的,人民法 院应当裁定驳回破产申请; 四是债权人或者其他 利害关系人在任何时候发现债务人通过欺诈手 段获得免除未清偿债务的,均可以申请人民法院 撤销免除未清偿债务的裁定; 五是债务人违反条 例规定,存在第一百六十七条规定七种行为的, 由人民法院依法予以训诫、拘传、罚款或者拘留, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。《个人破产条 例》尽可能在制度上堵死恶意逃避债务的行为。

三、个人破产的代价是什么?

个人因为生产经营、生活消费陷入债务泥潭,那么个人的过错应当是主要原因。在个人存在重大过错的情况下,要想得到救赎必然要付出相应的代价。债务人通过个人破产获得债务免责的同时,也将受到消费、职业资格、收入分配等相关行为的限制。

1、消费行为限制

《个人破产条例》第二十三条规定了八种禁止消费行为:(1)乘坐交通工具时,选择飞机商务舱或者头等舱、列车软卧、轮船二等以上舱位、高铁以及其他动车组列车一等以上座位;(2)在夜总会、高尔夫球场以及三星级以上宾馆、酒店等场所消费;(3)购买不动产、机动车辆;(4)新建、扩建、装修房屋;(5)供子女就读高收费私立学校;(6)租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公;(7)支付高额保费购买保险理财产品;(8)其他非生活或者工作必需的消费行为。

2、借贷额度限制

根据《个人破产条例》第二十一条的规定, 进入破产程序后, 债务人借款一千元以上或者申

请等额信用额度时,应当向出借人或者授信人声 明本人破产状况。

3、职业资格限制

根据《个人破产条例》第八十六条的规定, 自人民法院宣告债务人破产之日起至依照本条 例免除债务人未清偿债务之日止,债务人不得担 任上市公司、非上市公众公司和金融机构的董 事、监事和高级管理人员职务。

4、除豁免财产以外的财产,债务人应全部由管理人接管在优先清偿破产费用和共益债务后用于清偿债务。

由于个人破产的主体是自然人,即使是破产,自然人也同样享有生存权。为了保障债务人的基本生存权、《个人破产条例》第三十六条列出了七种豁免财产类别,其中前两类的具体分项和各分项具体价值上限标准由市中级人民法院另行制定。同时规定,除勋章或者其他表彰荣誉的物品、专属于债务人的人身损害赔偿金、社会保险金以及最低生活保障金外,豁免财产累计总价值不超过二十万元,以保障债务人及其家庭在无房产情况下的一段时间内基本生活需要,包括租房费用、基本生活费用和基本生活资料。

除了豁免财产以外的财产为破产财产,债务 人应当如实向法院及管理人申报,破产财产按照 法律规定的程序在优先清偿破产费用和共益债 务后用于清偿其他债务。

5、考察期

自人民法院宣告债务人破产之日起至依照条例免除债务人未清偿债务之日止,为免除债务人未清偿债务的考察期限,即考察期。《个人破产条例》规定考察期为三年,考察期间,债务人应当继续履行人民法院作出的限制行为决定规定的义务,并履行条例规定的债务人其他义务,如果违反规定,人民法院可以决定延长考察期,但延长期限不超过二年。

6、免除债务的例外

如果自然人仍具备劳动能力,即使是被宣告

破产经过了考察期,某些债务仍然是得不到免除的。可见,对于被宣告破产的自然人来说,债务的免除并不是说绝对的。

《个人破产条例》第九十七条列举了八种不得免除的债务:

- (一)因故意或者重大过失侵犯他人身体权或者生命权产生的损害赔偿金;
- (二)基于法定身份关系产生的赡养费、抚养费和扶养费等;
- (三)基于雇用关系产生的报酬请求权和预付金返还请求权;
- (四)债务人知悉而未记载于债权债务清册的债务,但债权人明知人民法院裁定宣告债务人破产的除外;
 - (五)恶意侵权行为产生的财产损害赔偿金;
 - (六)债务人所欠税款;
- (七)因违法或者犯罪行为所欠的罚金类款项;
 - (八) 法律规定不得免除的其他债务。

前款规定的债务,因债务人丧失或者部分丧失劳动能力,不予免除将导致债务人及其所扶养人生活长期极其困难的,债务人或者管理人可以向人民法院申请部分或者全部免除。

结语:

《个人破产条例》的出台意味着我国破产制度得到进一步完善。个人破产制度的完善是我国市场经济成熟的一个标志。自然人通过破产获得债务免除并不是没有代价的,债务的免除也不是绝对的。《个人破产条例》对债务人救赎的同时也对于其过错予以相应的惩戒。这些惩戒和代价也是一个现代社会公民对于自己的行为后果理所当然的担当,更是一个诚信的人应有的责任!诚实地面对失败,勇敢地承担后果,这才是不幸但诚实的人,这才是值得被破产条例救赎的人!





□ 王志坚/文

王志坚律师,中伦文德成都分所主任,2013-2020"钱伯斯"医药健康领先律师,2015-2020legalband医疗和生命科学领先律师,Legalband2020年度客户首选合规多面手15强。



□康 琪/文

康琪,成都中医药大学博士,同时具有律师、执业药师 和专利代理人资格,中伦文德 成都所顾问。

植入业务流程的药品研发合规管理

摘要: 近年来医药行业的整体创新能力逐步 增强, 但由于药品研发包含药物临床前研究和药 物临床研究的众多环节, 其研发流程中任一环节 出现问题都可能会影响药品的安全有效和稳定可 控。同时,由于药品研发流程中涉及的法律法规 及政策繁杂,容易发生不合规的行为,这些不合 规行为轻则导致药品研发失败不能获取一系列行 政批准或 / 和承担民商事法律风险, 重则还可能 涉及行政处罚甚至刑事犯罪。因此, 本文提出研 发合规到方法应该是: 从实时监控预警的角度进 行药品研发流程的合规管理,分析药品研发合规 管理构成要素,以大数据分析及数据挖掘的方式 细化药品研发各个环节所涉及的法律风险, 系统 分析这些法律风险的成因和化解这些风险的实时 解决措施, 并结合计算机程序设计语言编制的理 论和方法, 建立和实施植入药品研发环节的合规 管理应用软件以实现不同研发阶段的各类法律风 险的实时预警提示及风险化解。

关键词: 药品研发、法律风险、合规、应用软件

一、引言

近年来我国药品上市许可人制度及创新药物 优先审评审批等鼓励医药创新的政策陆续出台, 各类新药的申报数量均有所增加,相应的专利申 报数量也有较大幅度的提高。同时, 社会分工 的进一步专业化促使一批以提供新药临床前和 / 或新药临床研究服务的 CRO(Contract Research Organization) 企业逐步成长起来, 医药行业的 整体创新能力逐步增强。但是药品研发包含药物 的发现与筛选、项目立项及临床研究、临床试验、 药品评审及药品再评价等多个环节, 在药品研发 流程中任何一个环节出现问题都可能会影响药品 的安全有效和稳定可控。同时, 由于药品研发流 程中涉及的法律法规及政策众多, 药品研发环节 可能会存在一系列的不合规行为,这些不合规行 为轻则导致药品研发失败不能获取一系列行政批 准或 / 和承担民商事法律风险, 重则还可能涉及 行政处罚甚至构成刑事犯罪。同时, 因为药品的 特殊性, 药品行业的合规风险点多、风险大、专 业性强,往往风险被识别时已经较难挽回或者挽 回代价大。因此,本文提出药品研发合规管理应 该从实时监控预警的角度进行, 植入药品研发业 务流程,以此来避免或降低药品研发过程中的各 类法律风险。

二、药品研发环节及其法律风险

(一) 药品研发的主要环节

药品研发环节主要包括药品临床前研究和

药品临床研究两部分。药品临床前的研发环节 [1],[2]包括药物的发现与筛选、药物验证、临床前药效及安全性评估、处方工艺研究、中试研究、工艺验证、质量标准研究及稳定性试验研究等(图一)。药品临床研究环节 [3-6]包括临床申报、新药的 I-III 期临床研究及仿制药的一致性评价等(图二)。

临床前研究的主要环节					
药物筛选	药物验证	临床前药效及安全性评估	处方及工艺研究		
活动化合物的探索和靶标验证	初步药效学验证	临床前药效学研究	处方工艺研究 (原料 及制剂)		
化合物 (API) 合成		药理学研究	中试研究		
		毒理研究	工艺验证		
		非临床药代动力学研究	质量标准研究		
			稳定性试验研究		

图 1 药品临床前研究的主要环节

申报临床	临床研究	申报注册	获批生产	上市后再评价		
药学研究申报资料	仿制药一致性评价	申报注册资料准备	生产批件	再注册		
临床研究设计	一期临床 (新药)	研制现场核查	原料药GMP认证	四期临床 (新药)		
	二期临床 (新药)	生产现场核查	制剂上市生产	药物经济学评价		
	三期临床 (新药)	CDE审评过程中的沟通				
		发补内容的研究				

图 2 药品临床研究的主要环节

(二) 药品研发环节的法律风险

药品研发阶段的法律风险包括民商事法律风险,行政风险和刑事风险。民商事法律风险分为违约风险与侵权风险,临床前研究阶段主要有技术转让纠纷,临床研究过程中主要有药品申报单位与CRO企业/试验药品生产企业/药品检验机构之前的纠纷。行政风险包括药品不能获得行政许可(药品临床批件、药品生产批件等)和承担行政处罚(吊销临床试验机构的资格、三年内不受理其申报该品种的药品注册申请等)。涉及的刑事风险主要包括故意提供虚假证明文件罪(药物非临床研究机构、药物临床试验机构、合同研究组织的工作人员,故意提供虚假的药物非临床研究报告、药物临床试验报告及相关材料)和生产、销售假药罪(药品注册申请单位的工作

人员,故意使用虚假药物非临床研究报告、药物临床试验报告及相关材料,骗取药品批准证明文件生产、销售药品)。

以药品技术转让环节为例,涉及到的民商事法律风险包括技术委托时的知识产权(包括后续改进)归属,技术资料真实性及保密义务,原辅料是否有合法来源,且价格是否合理、供应稳定,生产工艺等是否能满足受让方产业化要求(成功放大生产),转让方能否指导受让方连续生产出符合药监部门要求的样品等。行政风险包括药品转让方的相关技术未能满足国家药品监督管理部门的规定,不能获得药品临床批件或药品生产批件等,此外如果技术转让方或技术受让方编造或者无合理解释地修改受试者信息以及试验数据、试验记录、试验药物信息的应承担三年内不受理其申报该品种的药品注册申请等行政处罚,同时构成故意提供虚假证明文件罪。

(三) 不合规行为的动机分析

药品研发环节的不合规行为的动机主要分为疏忽、错误、偶发性不合规、常规性不合规和故意造假五大类。以上五类动机过错和危害均呈递增状态。疏忽,系指系统及管控均无问题,仅因操作者偶发性原因导致的意外,很容易解决且不具有重复性。错误,是指因系统过于复杂又缺乏有效控制而导致的无心之错误。偶发性不合规,系在应对突发性事件时发生的不恰当处理。常规性不合规,主要指为了减少工作量或资金使用并已经形成常规流程但主观上并不追求错误结果。故意造假,是指故意串改或伪造数据。

三、合规管理应植入药品研发业务流程

(一) 合规管理植入药品研发业务流程到 必要性

由于药品研发的环节繁杂,相关法律法规及药品审批审评的政策众多,在不同的研发环节涉及的法律风险有所不相同,有些环节只涉及某一类型的法律风险,有些环节可能涉及多个类型的法律风险,甚至同一药品研发环节,不同情况下(技术转移或自主研发)其涉及的法律风险不同。



此外、五种不同动机的不合规行为的防范方 式也不同。怎样避免那些事前能够或不能够意识 到的非故意风险?怎样避免那些事后很难弥补的 非故意风险?怎样让不知道不合规行为后果的故 意违规行为者能够意识到后果(公司有人能意识 到不合规的后果不等于所有工作环节上的人员均 能意识到)。在笔者曾经代理的一起药品技术转 计合同纠纷中, 双方约定了里程碑付款方式, 后 合同因故终止。但由于在双方尚属友好阶段的时 候, 为了保住转让方的临床批文, 受让方出具了 并不影响药品研发质量的虚假文件。然而该文件 却能证明某一里程碑阶段已实现, 最终受让方被 判决支付了不应该支付的里程碑付款。

因此, 药品研发过程中的风险合规管理在满 足一般的风险合规管理体系的基础上, 还应当根 据不同的环节予以动态监控。

(二) 合规管理的设立要求

2018年7月1日,《合规管理体系指南 ※ GB/ T 35770-2017/ISO19600:2014) 实施。在该《指南》 [7]的引言中指出:"合规是组织可持续发展的

基石。近年来, 国际社会和各国政府都致力于建 立和维护开放、透明、公平的社会秩序, 与此同 时我国全面推进依法治国, 在这样的背景下, 组 织越来越多地关注其面临的合规风险以及如何实 现合规。合规意味着组织遵守了适用的法律法规 及监管规定, 也遵守了相关标准、合同、有效治 理原则或道德准则。若不合规, 组织可能遭受法 律制裁、监管处罚、重大财产损失和声誉损失, 由此造成的风险,即为合规风险"。该标准以良 好治理、比例原则、透明和可持续性原则为基础, 给出了合规管理体系的各项要素以及各类组织建 立、实施、评价和改进合规管理体系的指导和建 议。它的实施与应用将为我国从事医药研发的企 业或机构建立并运行合规管理体系, 识别、分析 和评价合规风险, 改进合规管理流程, 应对和管 控合规风险提供指导和建议。建立是前提,实施 是必要条件,而"有效"则是关键,建立和实施 都必须是有效的。我们理解这样的药品研发合规 管理需要具备以下条件: 遵守法律法规的规定; 合乎《合规管理体系指南》这一国家标准;合乎 医药行业准则;与企业的实际研发模式行为相一



致;根据不同的研发环节予以动态监控并予以风 险预警。

(三) 合规管理的植入方式及特点

通过大数据分析及数据挖掘的方式细化药品 研发各个环节所涉及的法律风险, 在绘制风险地 图的基础上, 系统分析这些法律风险的成因和化 解这些风险的实时解决措施,并结合计算机程序 设计语言编制的理论和方法,建立和实施植入药 品研发环节的合规管理应用软件,该应用软件可 以与在现有各类型药品研发阶段研发数据提取软 件兼容基础上, 实现不同研发阶段的各类法律风 险的实时预警提示。

植入药品研发环节的合规管理的最大特点在 于将必须遵守的法律法规、国际标准、国家标准、 行业准则等相关合规义务对应地融入到药品研发 不同环节的日常操作中, 合规管理应用软件可根 据不同的研发环节予以动态监控合规风险并予以 识别预警及提示化解方法(合规管控),业务的 培训也是合规的培训,让每一位一线药品研究人 员都能参与到研发合规进程中, 让合规过程与工 作过程合二为一。

这种方法合理性的逻辑在于, 一方面研发相 关人员存在不能全面掌握体系化的法律(合规意 识不足,对民事法律掌握不好没有相应风险意识) 从而把握合规风险的问题, 更严重的是知道存在 合规风险但在工作进行中往往业务优先, 忽略合



规风险, 等到合规风险外化时就有可能无法逆转; 另一方面合规或法务人员 / 外聘律师对业务不熟 悉、没有能力也没有机会介入到业务流程去进行 合规管控。植入药品研发环节的合规管理能够较 好地解决这些问题。

四、结论

创新是引领发展的第一动力。在国家实施创 新驱动战略的大背景下,在遵循药品科学监管规 律,着力改革顶层设计,聚焦药品质量提高和鼓 励药物创新的基础上, 近年监管部门连续出台实 施了一系列改革政策措施, 如《关于改革药品医 疗器械审评审批制度的意见》《关于促进医药产 业健康发展的指导意见 %《健康中国 2030 规划 纲要》、《国务院办公厅关于印发药品上市许可持 有人制度试点方案的通知》、《关于深化审评审批 制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》等,从 政策层面和执行层面鼓励研发和创制新药,提出 创新驱动, 开发合作的指导意见, 激发制药企业 的创新活力。在国家重视创新药、推进仿制药获 得一致性评价之时, 医药企业的研发热情空前, 但由于药品研发过程繁复, 且涉及的法律法规及 政策众多, 其实时合规问题亟待解决。药品研发 行业须适应形势变化,改变现有法律风险的管理 方式,将法律纠纷事后处理的方式前置为法律风 险事先防范植入药品研发业务流程中, 提高合规 意识,把合规作为药品研发可持续发展的基石和 经营的条件, 建立和实施有效的药品研发合规管 理体系, 为我国药品研发质量的不断提高作出贡 献。

参考文献:

- [1] 张 琼,李建平,质量风险管理在药品临床前研究研制现场核查中的运用摸索「川 上海医药 . 2018.
- [2] 王明珠. 我国药品安全风险管理研究 [D]. 沈阳药科大学, 2008.
- [3] 李见明. 我国创新药物临床试验现状及风险管理评价体系研究 [D]. 中南大学,
- [4] 薛薇、董凡、李可欣、我国新药临床试验的风险管理模式探讨[1],中国药物警戒、 2014.11 (8): 488-491.
- [5] 王杰松, 刘刚, 吴久鸿. 药物临床试验的风险与管理 [J]. 中国药房, 2008 (31): 2406-2407
- [6] 王巍,陈玉文. 浅议新药研发中药物临床试验方案的风险管理 [J]. 药学与临床研 穷. 2015 (5): 514-517.
- [7] GB/T 35770-2017/ISO19600; 2014. 合规管理体系指南[S]





雨后荷花

方登发/文









雨后荷花放欲燃,

熏风摇曳动波澜。

远香四溢来天外,

娇艳一枝下宇寰。

柳映云飞潭碧影,

鱼翔鸟戏水萦环。

竹林飒飒幽深处,

草舍茅亭好系船。

端午假日, 雨后得闲。步出城阙, 碧影深潭。

清香四溢, 荷花欲燃。鱼翔鸟戏, 竹林花团。

茅亭草舍,兰渚小船。苍茫烟云,古道雄关。

事务所快讯

▲中伦文德陈文董事长、滕云律师、赵嘉炜律师荣登【界面 金榜 100 强】榜单

近日,界面新闻公布【界面金榜 100强】2020年度律师事务所排名榜单。中伦文德董事长陈文律师凭借卓越表现和客户的认可,荣获最佳律所领军人物。中伦文德合伙人滕云律师、中伦文德合伙人赵嘉炜律师分别荣登新锐律师 Top100 榜单。

▲ 中伦文德助力北京红珊瑚资产管理有限公司顺利通过私募 基金管理人登记

日前,中伦文德作为北京红珊瑚资产管理有限公司(以下简称"北京红珊瑚")的私募基金管理人登记专项法律顾问,成功助力北京红珊瑚通过私募基金管理人登记。中伦文德作为北京红珊瑚专项法律顾问,为本次私募基金管理人登记提供了专业法律服务,包括在基金小镇注册成立到私募基金管理人登记。

▲ 中伦文德助力中国人寿发起设立国家中小企业发展基金有限公司

2020 年 6 月, 中伦文德成功助力中国人寿保险股份有限公司(以下简称"中国人寿")发起设立国家中小企业发展基金有限公司。

本所私募基金专业委员会主任、高级合伙人王敦平律师、 赵伟伟律师、刘晨实习律师作为本项目专项法律顾问,全程 参与中国人寿作为股东之一发起设立国家中小企业发展基金 有限公司(私募基金管理人及母基金)的工作。

▲ 中伦文德助力深圳迅雷大厦封顶

2020年6月18日上午,迅雷集团总部办公基地——迅雷大厦项目主体结构在深圳南山科技园片区正式封顶。中伦文德自2015年10月起受聘担任迅雷总部大厦建设项目的专项法律顾问,全程参与了该总部大楼的建设,提供了全方位的法律服务。

本项目律师团队由本所房地产与建设工程专业委员会主任、高级合伙人张海军担任负责人,成员包括孙雪律师、周健律师、耿晓云律师等。

▲ 北京链石科技有限公司破产清算案第一次债权人会议成功 在线召开

2020年6月18日,北京链石科技有限公司破产清算案(下称"链石科技")第一次债权人会议(下称"一债会")通过网络会议形式成功召开。链石科技管理人项目组组长刘培峰律师,以及项目组成员张娇茹、郝旭、付启珅、崔艺小、相星驰参加了一债会。

2020年5月13日,中伦文德接受北京市一中院的指定,担任链石科技管理人,接受指定后,中伦文德管理人小组立即组织成立了链石科技管理人项目组,并于2020年6月18日成功组织召开一债会。

▲中伦文德助力国家中小企业发展基金有限公司成功设立

2020年6月22日,国家中小企业发展基金有限公司(以下简称"母基金公司")在上海成功注册成立,注册资本为357.5亿元人民币。

中伦文德副主任、高级合伙人李铮律师、李莹律师、昌 满意律师全程参与母基金公司设立工作,协助搭建母基金公 司组织架构、修订母基金公司《章程》《发起人协议》。作为法律顾问参与母基金公司发起人大会等,为母基金公司设立提供全方位的法律支持。

▲ 中伦文德应邀参加自然资源部和农业农村部某政策风险评估专家座谈会

2020年7月9日上午,中伦文德应邀参加自然资源部和农业农村部某政策的风险评估专家座谈会。参加本次会议的主要有自然资源部和农业农村部相关司局、中国国土勘测规划院、中国人民大学、中国农业大学、首都经济贸易大学、中国社会科学院农发所等单位的领导及学者专家,中伦文德作为自然资源部的常年法律顾问单位应邀参加本次座谈。

▲中伦文德助力河北省人民政府成功发行 2020 年雄安新区建设专项债券

近期,河北省人民政府成功发行2020年雄安新区建设专项债券(一期)——2020年河北省政府专项债券(十九期)并在交易所上市交易,本期债券为30年期固定利率附息债,规模为150亿元,债券利率为3.76%。中伦文德担任本次债券发行的特聘专项法律顾问。

本项目由中伦文德陈文董事长、甄庆贵副董事长, 石家 庄分所李熙华主任牵头, 主办律师为北京总所合伙人李志平 律师和石家庄分所合伙人王淑英律师。

▲ 中伦文德高级合伙人黎学宁律师、合伙人李赫律师、宋艳 华律师被聘为北海仲裁委员会 / 北海国际仲裁院仲裁员

日前,中伦文德高级合伙人黎学宁律师、合伙人李赫律师和宋艳华律师被聘为北海仲裁委员会/北海国际仲裁院仲裁员。中伦文德大案要案中心成立于2019年1月,由资深律师、前法官、著名学者等组成,旨在集合总所与二十余家分所优秀争议解决律师,集中力量办大案要案,此次中伦文德首批受聘为仲裁员的三位律师均出自大案要案中心,对中伦文德律师所进一步提升商事争议解决水平具有重大的意义。

▲ 中伦文德太原分所党支部组织开展主题党日活动

2020年7月6日星期一,中伦文德太原分所党支部组织广大党员和入党积极分子赴右玉开展庆祝中国共产党成立99周年纪念活动,回顾了中国共产党奋斗99周年的光辉历程,认真学习贯彻习近平总书记视察山西讲话的重要精神,进一步激励广大党员不忘初心,牢记使命,砥砺前行。

▲ 中伦文德太原分所刘银栋主任和合伙人张燕律师在中国金茂集团太原公司开展"城中村改造"主题法律讲座

2020 年 7 月 10 日,中伦文德太原分所刘银栋主任和合伙 人张燕律师应邀在中国金茂集团太原公司开展以"城中村改 造"为主题的专题法律讲座及现场答疑。

▲ 中伦文德太原分所合伙人陈建军律师参加《太原市社会用字管理办法》修订专家论证会

2020 年 7 月 10,中伦文德太原分所合伙人陈建军律师,应邀参加太原市司法局组织的关于《太原市社会用字管理办法》修订论证稿的专家论证会议,陈建军律师提出了适用新的汉字和拼音使用规范作为管理依据,调整管理部门的相应职责,调整已变更名称的部门名称表述,增加管理汉字使用的范围等修改意见。



▲ 中伦文德太原分所执行主任冀云峰为山西省保险行业协会 举办的山西省保险机构合规岗位人员培训班讲授《民法典 与保险实务》

2020 年 7 月 16 日, 山西省保险行业协会举办山西省保险 机构合规岗位人员培训班, 来自各保险公司省级分公司和太 原机构合规岗位人员 80 余人参加培训。中伦文德太原分所执 行主任冀云峰律师受邀为培训班学员讲授《民法典与保险实 务》

▲ 中伦文德太原分所助力晋城市农信社风险资产清收处置反 击战

7月18日,中伦文德太原分所合伙人陈建军、霍喜军律师赴晋城参加晋城市农村信用社召开集中开展风险资产清收处置法律工作事项咨询会。对司法清收过程中涉及的持续性问题进行专题讲解,并对参会各行社领导提出的不良清收相关法律问题进行现场解答。

▲ 中伦文德太原分所召开 2020 年度第二次高级合伙人会议

2020年7月26日,中伦文德太原分所召开2020年度第二次高级合伙人会议。会议由太原分所刘银栋主任主持,执行主任冀云峰、党支部书记邓建成、副主任郝晓明、张秋峰、张蕊、孟唐西、赵峰以及霍喜军、陈建军、张燕、谢高辉、张保新、冯冬梅等高级合伙人参加会议。

▲ 中伦文德太原分所应邀参加太原市人大法制委员会组织的 立法修改专家论证会

2020年7月29日上午,中伦文德太原分所应邀参加太原市人民代表大会法制委员会组织的立法修改专家论证会,太原分所合伙人陈建军对《太原市城市供水管理办法》《太原市城市节约用水条例》《太原市发展新型墙体材料条例》《太原市养老机构条例》《太原市雷电灾害防御条例》五部法规的修改进行讨论论证。

▲ 中伦文德太原分所合伙人律师孟唐西副主任受省律协安排 开展律师参与"扫黑除恶"专项斗争辩护与代理工作调研 活动

2020年7月30日、31日,山西省律师协会刑事法律专业委员会秘书长、中伦文德太原分所合伙人、副主任、刑委会主任孟唐西,根据省律协安排,按照省律协《关于开展律师参与扫黑除恶辩护代理工作专题调研活动的通知》(晋律办【2020】41号文件)要求,赴长治、晋城进行走访调研。

▲ 山西市场导报社与中伦文德太原分所签订聘请常年法律顾 问合同

2020年7月,山西市场导报社与中伦文德太原分所签订聘请常年法律顾问合同,太原分所指派合伙人冀云峰执行主任律师团队为山西市场导报提供法律服务。律师团队将在合同管理、知识产权、预防风险、劳动关系等各个领域发挥律师优势,为报社提供专业、优质、高效的法律服务。

▲ 中伦文德太原分所与山西财经大学法学院推进双方深入合作

2020 年 7 月 31 日,中伦文德太原分所与山西财经大学法学院双方就签订战略合作协议事宜进行了深入交流。双方议定将设立专门教学、科研、业务论坛常设联系机构,推进落实全国首创的卓越法律人才"十年育才跟踪计划";将中伦文德太原分所选定为山西财经大学法学院本科生、研究生实习实践双向基地,太原分所将选派资深的专业律师担任山西财经大学法学院的实习实践指导教师。

▲ 中伦文德长沙分所组织开展学习总书记讲话精神主题党课 学习

为庆祝中国共产党建党 99 周年,7月1日下午,中伦文德长沙分所党支部、中共湖南湘鼎律师事务所党支部的全体党员和入党积极分子在律所党员活动室共同开展习近平总书记关于"贯彻落实好新时代党的组织路线,不断把党建设得更加坚强有力"讲话精神的主题党课学习。

▲中伦文德长沙分所与长沙市麓山公证处签订战略合作协议

2020 年 8 月 20 日, 长沙市麓山公证处与中伦文德长沙分所"牵手"深度合作——签署战略合作协议,签约仪式在中伦文德长沙分所会议室隆重举行。长沙市麓山公证处公证员李卓然,中伦文德长沙分所主任田学军律师、副主任宋长红律师等领导出席此次签约仪式。

▲ 中伦文德长沙分所卢静律师受聘成为湖南省消费者委员会 第一届律师团律师

为贯彻落实《中华人民共和国消费者权益保护法》和《湖南省消费者权益保护条例》赋予的职责,充分发挥律师在保护消费者合法权益中的积极作用,进一步推动我省消费维权事业发展,经过公开招募、资料初审、面试审核等环节,湖南省消费者委员会主导成立了湖南省消费者委员会第一届律师团,聘请中伦文德长沙分所卢静律师在内的19名执业律师为湖南省消费者委员会第一届律师团律师,聘期两年。

▲ 中国银行天津市分行副行长何锦芳女士—行莅临中伦文德 天津分所参观交流

2020 年 8 月 19 日上午,中国银行天津市分行副行长何锦芳女士带领行政事业部总经理宫奕雪女士、和平支行行长张鋆女士及市分行公司部副总经理张春宝先生等一行莅临中伦文德天津分所参观交流,天津分所创始合伙人、主任温志胜律师,高级合伙人、执行主任张世明律师,合伙人黄冀蒙律师、张凌霞律师以及阎愚博士等一同进行接待,双方进行了热情友好的交流。

▲ 中伦文德集团海事海商团队律师受邀撰写《国际比较法律指 南 ---- 航运法 2020》中国法部分

近日,《国际比较法律指南--航运法2020》(The International Comparative LegalGuide -Shipping Law 2020)由英国专业法律出版集团(Global Legal Group)出版,该出版物的语言为英文。

中伦文德集团海事海商团队中的袁伟明律师(天津分所高级合伙人)及范海涛律师(上海分所合伙人)共同受邀撰写了本出版物的"中国法"部分。

▲ 中伦文德资本市场专业委员会成立大会在京举行

2020 年 8 月 26 日,中伦文德举行中伦文德资本市场专业委员会成立大会,这标志着中伦文德资本市场专业委员会的正式成立。中伦文德北京总所李志平律师任中伦文德资本市场委员会主任、杭州分所张彦周律师和北京总所刘晓琴律师任委员会副主任。中伦文德资本市场专业委员会是中伦文德下设的专业性研究机构。

▲ 中伦文德助力 2020 中国国际服务贸易交易会成功举办

2020 年 9 月 4 日,中国国际服务贸易交易会(以下简称"服贸会")在北京开幕,本届服贸会以"全球服务,互惠共享"为主题,共有 140 余家国际组织、驻华使馆、商协会及 2000 余家境内外企业参展参会。

中伦文德为本次服贸会提供了全程法律服务,从服贸会前期筹备工作直至会议圆满结束。律师团队为中伦文德合伙 人李云海律师、张晓濛律师、李婷婷律师等。

▲ 中伦文德助力 "蓓芙实业" 收购 "贝拉吉奥" 完成反垄断 申报

近日, 蓓芙实业发展有限公司("蓓芙实业")与贝拉吉 奥控股有限公司("贝拉吉奥")达成收购合作意向, 蓓芙实 业拟收购贝拉吉奥控制性权益("本次交易"), 并完成交割。

中伦文德为本次交易涉及的经营者集中交易(反垄断) 申报提供了专业法律服务,项目组成员为中伦文德上海分所 的黄敏律师、汪阳律师、朱洪雷(实习律师)。

▲ 中伦文德助力泰森控股发行短期公司债券

近日,顺丰控股全资子公司深圳顺丰泰森控股(集团) 有限公司收到证监会的批复,同意泰森控股向专业投资者公 开发行不超过 20 亿元的短期公司债券注册。

中伦文德为本项目提供法律服务,该项目由合伙人李志 平、王敦平主办,项目组成员还包括律师孙熙婕和赵伟伟。

▲ 中伦文德中标财通证券股份有限公司外聘律师事务所备选 库扩容项目

近日,由中伦文德北京总所合伙人刘培峰律师牵头,与创始合伙人陈文律师、合伙人李敏律师、合伙人刘晓琴律师、合伙人魏瑾华律师共同组成的法律服务团队,积极参与财通证券股份有限公司(简称"财通证券")组织的招标活动,在多家参与竞标律师事务所中脱颖而出,成功中标财通证券外聘律师事务所备选库扩容项目。

▲ 中伦文德天津分<mark>所与中</mark>国银行天津南开支行开展党建互建 座谈交流活动

2020年9月4日下午,中国银行股份有限公司天津南开支行党委书记陈大川、行长宋艳云、副行长刘红梅、综合管理部主任宋险峰、高级客户经理王月茹等一行来访,并与中伦文德天津分所共同开展党建互建活动。我所党支部书记、创始合伙人、主任温志胜律师带领合伙人黄冀蒙律师,执业律师王西巧仙、刘媛,行政主管王静对陈书记一行进行了热情的接待。

▲ 中伦文德天津分所成功中选中铁建金融租赁有限公司法律服务商框架协议采购项目

近日,中伦文德天津分所通过参与比选,凭借专业的律师团队、完善的服务体系、丰富的法律服务业绩,成功中选中铁建金融租赁有限公司法律服务商框架协议采购项目,成为入选本项目的8家律师事务所之一。

▲ 中伦文德天津分所成功中选中铁(天津)轨道交通投资建设有限公司常年法律顾问服务项目

近日,中伦文德天津分所通过竞争性磋商响应,凭借专业的律师团队、完善的服务体系、丰富的法律服务业绩,成功中选中铁(天津)轨道交通投资建设有限公司常年法律服务洗聘询价采购项目。

▲ 中伦文德常州分所参加公共法律服务产品创新大赛并获奖

为进一步完善常州市公共法律服务产品供给体系,2020年8月1日,常州司法行政举办了第二届公共法律服务产品创新大赛。中伦文德常州所研发的公共法律服务产品《企业合同管理专项法律服务》。由戴明律师进行了现场演示,该产品最终荣获优秀产品奖。

▲ 中伦文德常州分所助力科维控股发行境外美元债

2020 年 8 月 24 日, 江苏科维控股集团有限公司(Jiangsu Kewei Holding Group Co., Ltd.)(以下简称"科维控股")成功定价发行 Reg S、1 亿美元、无评级、3 年期的、以江苏银行常州分行提供备用信用证作为增信措施的高级无抵押债券,并于 2020 年 8 月 27 日完成交割。中伦文德常州分所在本项目

中担任发行人境内法律顾问。本项目由中伦文德常州所主任 顾青牵头,项目组成员还包括常州分所权益合伙人张鋆、资深律师冯一丰以及律师夏宝兰、曹佳、莫丽娟。

▲ 中伦文德常州分所协助常州武智汇创投资管理有限公司完成私募基金管理人备案登记

经常州武智汇创投资管理有限公司(以下简称"委托人")委托,由中伦文德程晓鹏律师牵头,傅琥作为项目负责人,组建了由许艳青、丁甜甜、汤佳尧、顾真组成的专家团队,对委托人进行了尽职调查并出具了法律意见书,于2020年6月15日帮助委托人完成了在中国证券投资基金业协会(以下简称"中基协")的私募基金管理人备案登记。

▲ 中伦文德长沙分所与长沙市麓山公证处签订战略合作协议

2020 年 8 月 20 日, 长沙市麓山公证处与中伦文德长沙分所"牵手"深度合作——签署战略合作协议, 签约仪式在中伦文德长沙分所会议室隆重举行。长沙市麓山公证处公证员李卓然, 中伦文德长沙分所主任田学军律师、副主任宋长红律师等领导出席此次签约仪式。

▲ 中伦文德上海分所与瑞金二路街道党建联建签约

2020年9月9日,为进一步加强瑞金二路街道与中伦文 德律师事务所上海分所党建联建工作,推进党建联建合作, 丰富党建工作内涵,创新党建工作方式,中伦文德律师事务 所上海分所党支部书记陈永兴与上海市黄浦区瑞金二路街道 党工委副书记程扬勇就双方党建联建正式签约。

▲中伦文德上海办公室助力"乐心医疗"(300562)实施 2020 股票激励计划

"乐心医疗"实施 2020 年限制性股票激励计划 (草案), 并于 2020 年 8 月 25 日公告。

在深交所创业板注册制改革新规则实施之初,中伦文德 上海办公室率先为"乐心医疗"本次股票激励实施提供合规 性法律服务,在较短时间内完成了各项工作,以严谨、细致、 专业的服务态度获得了客户的充分肯定。

▲ 中伦文德上海分所成功入选上海国际港务(集团)股份有限公司律师库

近日,中伦文德上海分所成功入选上海国际港务(集团)股份有限公司(简称"上港集团")律师库,成为该集团及其下属企业的律师库成员。本次投标由段庆喜律师团队牵头负责,本次入库展现了我所律师团队为大型国企提供法律服务的专业水准和丰富经验。

▲ 中伦文德上海分所助力知名脱口秀艺人池子与笑果文化"和平分手"

近日,中伦文德上海办公室作为知名脱口秀艺人池子的 代理律师,帮助客户与上海笑果文化传媒有限公司解决了演 艺经纪合约纠纷和劳动关系纠纷。提供本次专业法律服务的 律师为中伦文德上海分所高级合伙人滕云律师、资深合伙人 李大泓律师,合伙人张岱元律师、合伙人赵嘉炜律师,以及 徐晨玉律师等。

▲ 中伦文德上海分所助力国银租赁完成八架飞机融资项目

近日,中伦文德上海分所高级合伙人滕云律师团队协助 国银金融租赁股份有限公司及其附属公司(作为所有权人、 出租人及融资人,下称"国银租赁")与中国进出口银行达成 八架飞机融资合作项目(下称"本项目")。本项目涉及的八 架飞机目前均处于租赁期间内,承租人分别为长龙航空、厦 门航空及东方航空。



▲ 2020 年 8 月 6 日, LEGALBAND《2020 年度客户首选:合规多面手15 强》榜单正式发布。北京市中伦文德律师事务所医药健康专业委员会主任、成都所主任王志坚律师凭借近年来在合规服务的业绩荣登榜单。王志坚律师2013-2020连续八年被"钱伯斯"评为医药健康领域领先律师、2015-2020连续六年被 legalband 评为医疗与生命科学领域领先律师。



▲ 2020 年 8 月 26 日,中伦文德举行中伦文德资本市场 专业委员会成立大会,这标志着中伦文德资本市场专 业委员会的正式成立。中伦文德北京总所李志平律师 任中伦文德资本市场委员会主任、杭州分所张彦周律 师和北京总所刘晓琴律师任委员会副主任。



▲ 2020 年 9 月 8 日下午,中伦文德上海分所金晓刚律师在北京总所第 8 会议室举办了"制药行业和法律服务价值"研讨会。中伦文德高级合伙人李铮律师主持了本次研讨会。会上,金晓刚律师围绕"制药行业"发表演讲,对制药行业相关业务进行解析。



▲ 2020 年 8 月 6 日,中伦文德召开网络安全与数据合规专业委员会成立大会,大会由网络安全与数据合规专业委员会秘书长吕焱律师主持。中伦文德律师集团董事长陈文律师出席大会并发表讲话。网络安全与数据合规专业委员会主任徐云飞律师做了题为《网络安全与数据合规法律体系与实践》的讲座。



▲ 2020 年 7 月 27 日,中伦文德商事犯罪研究中心在京举行了"商事犯罪中的通道问题"研讨会。中伦文德商事犯罪研究中心副主任李赫律师做了《商事犯罪中的通道问题》的专题发言。研讨会由商事犯罪研究中心主任郝伟律师主持。



▲ 2020 年 9 月 10 日上午,重庆市司法局副局长熊世明先生、重庆市律师协会会长袁小彬先生等一行 18 人在成都市司法局局长薛志明先生陪同下莅临中伦文德成都分所、香港胡百全律师事务所成都代表处考察。中伦文德成都分所执行主任曹阳律师,香港胡百全律师事务所成都代表处高级经理俞浩先生向考察团介绍了中伦文德和香港胡百全律师事务所的联营情况。

主 编: 陈 文 执行主编: 方登发

编委会: 李刚 甄庆贵 夏欲钦 李 铮 林 威 王志坚 李熙华 温志胜 王爱国 刘银栋 余树林 洪国安 王长江

中伦文德律师事务所 ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京、上海、广州、深圳、成都、石家庄、天津、武汉、太原、济南、西安、南京、厦门、前海、香港、伦敦、巴黎、里易、利雅得、柏林、汉堡

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层

19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing,

100028

总机(Tel): (010)64402232 传真(Fax): (010)64402915 www.zhonglunwende.com