



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2021年06月

庆祝中国共产党成立 100 周年



中伦文德法律研究院

内部资料
免费交流



2021年3月中旬，北京中伦文德香港胡百全（前海）联营律师事务所林威主任与梁新越律师莅临中伦文德（昆明）律师事务所参观交流。为强化涉外法律服务队伍建设，增加通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野的高素质涉外精英律师团队，立足于大湾区的中伦文德胡百全（前海）律师事务所与立足于云南自贸区的中伦文德（昆明）律师事务所，将会在涉外法律业务上强强联合，一起推动中伦文德律师集团国际业务发展。



河北省雄安新区招标投标协会于2021年3月29日召开成立大会暨第一届会员大会，中伦文德天津分所高级顾问，兼职律师南开大学法学院博士生导师何红锋教授被选举为会长，与雄安新区党工委委员、管委会副主任傅首清一起为协会揭牌。



2021年4月7日，原高泽所王涛主任、魏旭兰副主任及团队成员20多人集体加盟中伦文德·长沙欢迎仪式在律所会议室举行。中伦文德·长沙田学军主任携律所合伙人出席欢迎仪式。原高泽所王涛主任、魏旭兰副主任及团队的加盟，将进一步增强中伦文德·长沙为客户提供专业法律服务的广度和深度。借此契机，中伦文德·长沙刑事法律事业部正式成立。



在建党一百周年来临之际，为庆祝中国共产党建党100周年，进一步加强党史学习教育，中伦文德各所党支部积极启动建党百年系列活动，组织开展党史学习教育。如“牢记初心使命，当好人民律师”主题的党课线上会议、学习教育《百炼成钢：中国共产党的100年》、“缅怀先烈不忘初心，植树造林青山常在”的党建+团建活动等。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

06/2021

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

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2021-06

事 务 所 文 化 论 坛

- 3 关于建党 100 周年的祝福语 李 铮
4 律师的三重境界 方登发
5 我们的一百年
——庆祝中国共产党诞生一百周年 魏大忠 许 潞
10 哲学法专题之八: 听领导讲话
——法律推理中的语言范式和法律范式 娄耀雄
14 为了一个委托 崔发明

外 国 法 律

- 16 放弃幻想, 认真面对
——也谈美国“2021 年战略竞争法案” 陈 文

刑 事 合 规

- 21 企业刑事合规制度系列专题
——为什么要进行企业刑事合规性审查? 郝 伟 田卓亚

刑 事 法 律

- 27 一起无罪判决引发的法律思考 (之二)
——开展侦查实验引发问题及完善建议 娄 爽 杨利娜

境 外 投 资

- 31 国有企业境外投资法律实务要点
——以投资柬埔寨为例 李云海 陈 希

破 产 法 律

- 35 民事和解制度在破产清算程序中的实践应用 陈康康

公 司 法 律

- 39 认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人的法律问题探讨 陈禄堂 朱 峰

金 融 法 律

- 47 银行业金融裁判与执行前沿问题研究 (上) 姚正旺 沈德凤

CONTENTS

网络安全法律

- 53 《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》
简要解读及风险提示 徐云飞 祝文君
- 56 《网络交易监督管理办法》解读及操作指引
武坚 钟濠洋 王梦婷

融资租赁法律

- 61 《民法典》将融资租赁合同纳入担保范畴
对融资租赁法律实务的影响 陈禄堂 耿亚杰

虚拟币

- 65 一封邮件引发的思考
一比特币的法律属性简析 王向阳 郭彦

劳动法律

- 69 职场电子监控与员工隐私权保护之
冲突与平衡 胡高崇 蒋倩倩

合同法

- 72 激光器设备买卖合同案例分析 侯佳 傅林放

房地产法律

- 76 房地产并购项目中原有合同处理之实务研究
李敏 姚思婧 张晓萌

医美圈

- 81 医美的围城亟待合规来破局 宋成 曹阳 孙淘

软件领域

- 84 合理使用原则在软件领域的突破
— Oracle 诉 Google Java SE API 侵权案分 于禄

人文风采

- 90 写在高考前 方登发
- 91 梦想 崔发明

事务所快讯

- 92 事务所快讯 编辑部



李铮律师，中伦文德律师事务所
党支部书记、主任。

□李 铮/文

关于建党 100 周年的祝福语

从 1921 年到 2021 年，中国共产党完成了百年跨越！中伦文德律师事务所“学党史、见行动”活动，也在如火如荼地开展着。中伦文德以党的创立、发展、壮大，从一个成功走向另一个成功的经验为参照，以土地革命路线，统一战线、武装斗争和党的建设三大法宝为学习教材，以“中大至正 伦理求是 文以载道 德信为本”为律所发展理念，沿着多元案源开发和重视律师个人发展的路线，充分团结一切可以依靠和借鉴的力量，尽可能地培育、吸纳和包容更多优秀律师，不断加强律所的组织建设、业务建设、律师间合作建设和财务分配制度建设，不断提高客户服务质量和体验，为把中伦文德打造成为中国的知名品牌律师事务所，打造成为中国的百年老店律师事务所，打造成为一家大型的、综合性的、优秀的、国际的一流律师事务所，而不懈奋斗！



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

律师的三重境界

□方登发/文



方登发

王国维先生在他的《人间词话》中说到了成就事业和学问的三种境界。从事律师工作近三十年，我认为这三种境界也是从事律师工作必然经历的三重境界。

律师的第一重境界：“昨夜西风凋碧树。独上高楼，望尽天涯路。”

这是王国维先生讲的第一境。语出北宋词人晏殊的词《蝶恋花·槛菊愁烟兰泣露》。原词的内容是：“槛菊愁烟兰泣露，罗幕轻寒，燕子双飞去。明月不谙离恨苦，斜光到晓穿朱户。昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路。欲寄彩笺兼尺素，山长水阔知何处？”

从词的表面内容看是通过移情入景写离愁别恨，实则写词人对功名前程的追寻与探索。我们从事律师工作，也是对人生、对社会进行反复思索和追寻后作出的选择。有时，人生的道路千万条，大路朝天，我们茫然不知所措，但觉“地势极而南溟深，天柱高而北辰远”，不知如何起步；有时，无路可走，到处碰壁，正如李白所发出的感叹：“欲度黄河冰塞川，将登太行雪满山”。从上大学选专业开始，我们就在思考在探索，我们为什么要学法律；学了法律，开始工作或创业时，我们还在进一步地探索，我们为什么要从事律师工作。人生的目标、时代的召唤、社会与国家的需要，让我们做出了从事律师行业的正确选择。“携来百侣曾游，忆往昔，峥嵘岁月稠”，一百年前的中国，一批风华正茂的有志青年，他们“指点江山、激扬文字”，“问苍茫大地谁主沉浮”，正是这第一

种境界。我们从事律师工作也要经历这个阶段与境界。这个阶段和境界的实质是立志，是方向，是决心，是不怕孤独与寂寞的探索与追寻。哪怕天涯望断，哪怕高楼独倚，哪怕西风凋零，当我们寻找到从事律师工作这个法律人的道路与方向时，“山长水阔”也就变成“柳暗花明”了，从此我们不再觉得报国无门。我们曾感叹“无路请缨，等终军之弱冠”，现在则是“有怀投笔，慕宗悫之长风”了。至此，律师的第一境界出矣。

律师的第二重境界：“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴。”

这是王国维先生讲的第二境。语出北宋柳永的词《蝶恋花·伫倚危楼风细细》。原词的内容是：“伫倚危楼风细细，望极春愁，黯黯生天际。草色烟光残照里，无言谁会凭栏意。拟把疏狂图一醉，对酒当歌，强乐还无味。衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴。”

此词似写春愁难消，也是词人在表达他对人生目标孜孜以求的过程与坚定的意志。在确定要将律师这个行业作为事业来做，作为人生的目标来追求后，我们就一往无前地奋斗下去。“今日长缨在手，何时缚住苍龙”，何等的壮志豪情。我们年青时，“穷且益坚，不坠青云之志”；如今年青不再则“老当益壮，宁移百首之心”。每一个案件、每一个项目，无不要求律师全身心投入。律师与非律师的本质区别，除了学没学法律这个专业特征之外，更多的区别点在于能否下得了功夫。“板凳要坐十年冷，文章不写一句空”是用来形容文人的，用来比喻律师也恰如其分。台上十分钟，台下十年功，法庭上的振振有词、涛涛不绝与镇定自若，正是“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”所下功夫的回报。就每一个案件的准备而言，从基础材料的整理分析，到法理、法律、法规与政策的研究，再到司法解释与学者的论述，还有相关案例的比对，无不要求律师条分缕析、穷尽一切。正如《诗经》里写“如切如磋，如琢如磨”。除了专业技术，律师的每一案件或非诉项目，还有考虑方方面面：这个代理意见和法律方案对当事人权利的保护是否周全，对律师和律所自身

有无风险，其社会效果和影响是否正面和积极，甚至要考虑到是否涉及国家安全和国际影响等等。无论是律师执业的全过程，还是具体每一项律师业务的深入有效进行，正是这么一个“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”的过程。用“锲而不舍、金石可镂”也就是钉钉子的精神来形容律师的功夫再恰当不过的了。经过“既窈窕以寻壑，亦崎岖而经丘”的求索过程，我们终将看到“木欣欣以向荣，泉涓涓而始流”的壮美景象。至此，律师的第二境界出矣。

律师的第三重境界：“众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在，灯火阑珊处”

这是王国维先生讲的第三境。语出南宋辛弃疾《青玉案·元夕》。原词的内容是：“东风夜放花千树。更吹落、星如雨。宝马雕车香满路。凤箫声动，玉壶光转，一夜鱼龙舞。蛾儿雪柳黄金缕。笑语盈盈暗香去。众里寻他千百度。蓦然回首，那人却在，灯火阑珊处。”

经过奋斗、求索、追寻、坚守与坚持，人生的境界豁然开朗了。先前是“云青青兮欲雨”、“水澹澹兮生烟”，甚至是“列缺霹雳，丘峦崩摧”与惊涛骇浪，如今一切烟消云散了，但见“洞天石扉，訇然中开。青冥浩荡不见底，日月照耀金银台。”荆棘终化坦途，冰雪融为清泉，泪水浇得花开。当年的矢志不渝、当年的负重前行、当年的不知所措、当年的百折不挠、当年的斗志昂扬、当年的寻寻觅觅，如今是“行到水穷处、坐看云起时”。回首来时路：曾有“关山难越，谁悲失路之人”的悲壮，也曾有登临泰山顶，“一览众山小”的风景；曾有“行路难、行路难，多歧路、今安在”的感慨，也曾有“即从巴峡穿巫峡，便下襄阳向洛阳”的青春欢歌。到这个时候，您作为一名律师，终于发现了律师的真谛，发现了律师的价值与意义。律师的价值不在于鲜花夹道，不在于勋章绶带，就在于当事人一声真诚的谢意；不在于声名遐迩，不在于富贵财帛，就在于看到社会在法治的轨道上徐徐前行。也许到那个时候，我们已是苍颜华发，但不会有“塞上长城空自许、镜中双鬓已先斑”的悲凉，也没有“多情应笑我，早生华发”“空叹”

人生如梦”，倒有几许“也无风雨也无晴”的豁达了。“回首向来萧瑟处”，“一蓑烟雨任平生”。此谓律师的第三境界矣。

律师的养成与修为是一个持之以恒的过程，这三重境界既可以贯穿于律师养成与修为的全过程，也可是一个案件、一个项目，我们律师要经历的进程。正如荀子如言：“积土成山，风

雨兴焉；积水成渊，蛟龙生焉；积善成德，而神明自得，圣心备焉。”十多年前，我提出律师的八字方针，“人品、性格、专业、敬业”，是达到上面三重境界的必由之路。只要我们律师用心不躁，守心如一，就能在立志有为后，锲而不舍，有所作为，达到人生的至美之境。那时，蓦然回首的你正会心一笑。





□魏大忠 /文

魏大忠律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人；中华全国律师协会环境、资源与能源法专业委员会委员；北京市律师协会宪法专业委员会主任、刑法专业委员会委员；北京市法学会环境与资源法委员会理事；曾获得“北京市律师行业奥运工作专业贡献”。



□许 璐 /文

许璐，北京市中伦文德律师事务所实习律师，法律硕士，曾任职于北京市王玉梅律师事务所、北京盘古氏投资有限公司等。主要从事于企业法律顾问、知识产权等相关业务。

我们的一百年 ——庆祝中国共产党诞生一百周年

为什么要做律师？

这是一个有情怀的问题。我曾经问过很多人，得到的答案也是五花八门：有人说，是缘于从小对律师职业的向往；也有人说，是因为这个职业受人尊重又体面；更有人说，当年文科专业的选择面很窄，没有更好的选择；甚至还有人说，律师可以挣大钱……

不同年龄的律师，处在不同的时代背景下，他们的回答有所不同。不过值得庆幸的是，大家都出生在新中国，成长于五星红旗下。如果还处于那个被称为“讼师”的年代，大家还愿意选择这个职业吗？

律师的“前世”

“讼师”是类似于律师的职业。在“民刑不分”的中华传统法律体系中，讼师没有合法地位，也不具备良好的形象，往往被视为社会的添乱者，最善于颠倒黑白、播弄是非，是贪婪、狡黠、奸诈的代名词。

造成如此局面的原因，大抵有三方面。一是中国传统文化中的“非讼”、“无讼”的观念。《易经》中就有“讼则终凶”的话，认为打官司是件可怕的事。在这样的价值观下，讼师是一种遭到人们的唾弃的行当。二是官府刻意打压、丑化。由于诉讼的专业性强，且当时人们的文化普及率低，讼师的存在既十分必要，又可能影响官府办案结果，所以讼师与官府间的恩怨情仇关系较为复杂。三是诉讼制度落后。经济基础决定上层建筑。封建时代末期，随着商品经济的不断发展，法律已经无法满足、甚至限制了社会经济的发展，导致讼师的路也越走越歪。

讼师受到多重打压，在一种畸形社会夹缝中生存和发展，注定了悲剧的命运。试问彼时的文人，谁又愿意将讼师作为追求和向往的职业呢？

律师的“今生”

新中国的律师 1949—2012

如果说新中国律师是在五星红旗下茁壮成长的孩子，那么中国共产党就是伟大的母亲。没有党，就没有新中国的律师。

新中国成立后，中国共产党领导中国建立了新的法律制度和律师制度。1954年新中国第一部《宪法》以及《人民法院组织法》的颁布，社会主义法律制度和律师制度开始推行。此时的律师制度，主要是仿效“社会主义老大哥”苏联模式，将律师纳入国家公职范围。

成长总是伴随着阵痛，经历了漫长的特殊时期，新中国法律和律师终于在中共十一届三中全会后迎来了新生。1979年，新中国第一部刑法和刑事诉讼法颁布，标志着开始走上社会主义法制道路、律师制度重新确立。

改革开放后，中国社会发生了巨大的变化。在中国共产党的领导下，中国的法律制度和律师制度，也随着经济的发展不断推进。从发扬社会主义民主、健全社会主义法制，到建立社会主义民主政治、实行法治，法律理念和体系日趋成熟和完备。律师制度逐步形成国家和社会的二元格局，开始参与社会竞争、与国际通行观念和做法“接轨”。

与此同时，律师在人们心目中的地位也发生了翻天覆地的变化，甚至一度超过了法官，成为中国最懂法的人。律师对职业充满了热情。一方面是由于法律体系不断改革和完善，如刑法、三大诉讼法、律师法的制定和修改，真正做到了有法可依。从法制到法治，国家法律的生态环境发生变化，对律师的性质和执业条件、律师的权利和义务、律师协会、律师的法律责任等内容作了系统规定。另一方面，对律师体制不断的探索和改革，律师行业越来越规范、步入发展快车道。如改革律师资格授予制度，完善律师事务所组织形式、探索改革律师管理体制、允许外国律师事务所在中国设立办事机构、探索建立法律援助制度……

如果在此阶段，对诸位律师提出，为什么做律师这个问题。答案应该是从朴素的正义观、司法英雄的崇拜，到功利目的，之间来回转变。律师的身份，也从法律人到生意人之间，来回转变。这样的回答十分符合大时代背景，体现

了经济迅猛发展给律师行业带来的迷茫和困惑。

新时代的律师

十八大以来，中国法治和中国律师，在中国共产党的领导下，翻开了崭新的篇章。

首先，习近平同志提出“法治兴则国家兴，法治强则国家强”的理念，明确表示国家重视法治、法治昌明，是国泰民安的基础和保证。在几代人强国兴国的伟大目标和迫切愿望下，社会主义法治理念和全面依法治国的提出，顺应了时代的发展。

其次，十八大以来，中国一跃成为世界第二大经济体，国家精准扶贫工程如火如荼，并取得了巨大成绩。经济基础的改变，迫切要求上层建筑——法律制度进行跨越式的改革和发展。于是，《民法典》等一大批适应当下国情的法律法规应运而生。

新的局面，不仅对律师行业带来新的挑战，也同时带来了前所未有的发展机遇。中国律师行业精神饱满、斗志昂扬，踏上改革与发展的新征程。截至2019年底，全国执业律师的数量规模已经达到47.3万多人，分属于全国约3.2万家律师事务所。1.5万多家党政机关、人民团体和3000多家企业开展了公职律师、公司律师工作。律师已经成为中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，是国家法治文明进步的重要标志。

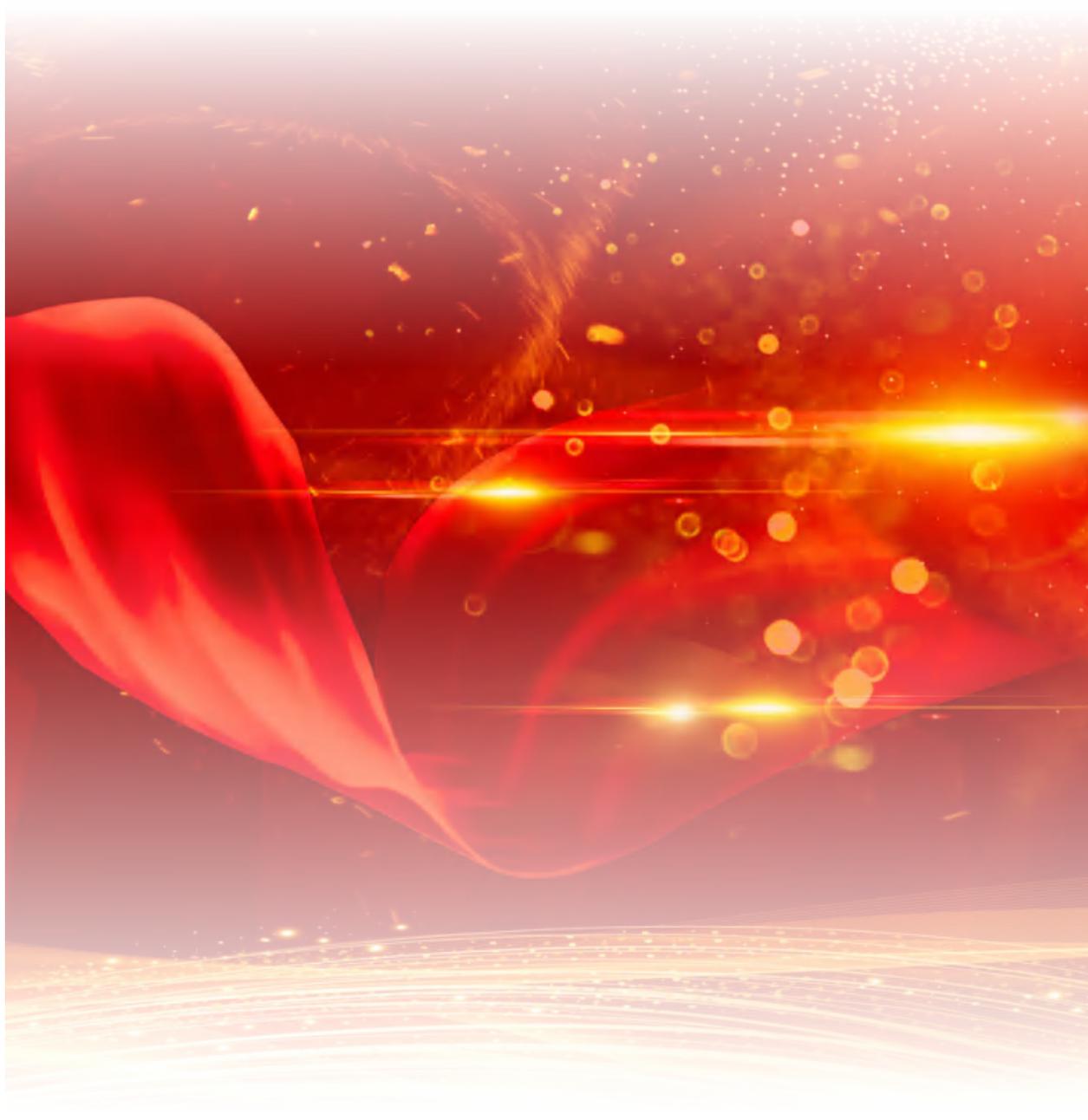
新时代下的律师，在面临挑战和机遇的双重压力，幸而有中国共产党的法治理念作为思想武器，让我们面对复杂多变的社会形势却不迷茫。每个社会角色都肩负着诸多的社会责任。律师作为法律正确实施的维护者、法治思想的传播者和正当权益的捍卫者，不能仅仅为了获得利益，而是应当将法律人对公平正义的渴望，融入到工作中去，承担更多的社会责任。

古时候药店门口都挂着这样的对联：但愿世间人无病，宁可架上药生尘。医者仁心，怀揣着悬壶济世的情怀。律师该有怎样的情怀呢？孔子说：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。”中国传统文化认为，无论是最好的社会状态。这与当今和谐社会理念不谋而合。当下社会的

“无讼”，不能再简单被理解为拒绝诉讼、不需要律师的朴素社会观念。而是应当将“无讼”，融入到法律、风俗习惯、伦理道德等调节社会关系的整体框架中去，抵御道德退化，对抗“世风日下”。律师在这样依法治国与以德治国相结合的思想下，切勿将自己的职业定义为“唆讼”的讼师，每一位律师都应该坚持对职业存有敬畏心、对法治事业保持使命感、对法律的信仰始终不变，将和谐社会和中国梦作为更高的追求。

一代又一代的中国律师，都怀揣着对这份职业的憧憬和情怀，每一位律师都负将这样的情怀传承下去的责任。有了兼济天下的情怀，律师执业的道路才能走的更远。中国的法治，才能在一代又一代法律人的共同努力下逐步完成，复兴中华的伟大目标才能最终得以实现。

中伦
文德



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

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。

哲学法专题之八：听领导讲话 ——法律推理中的语言范式和法律范式

□ 娄耀雄/文

“一个不带有价值判断的公理化的法律科学不可能存在”这一主张可以被下述主张代替：一种纯演绎的法律系统不可能存在，并且“法律的任务不是为了产生逻辑上精确的判断，而是为了得出合理的判断”。

——约瑟夫·霍尔维茨



娄耀雄

有些人，一听就知道是领导，这个群体有特定的语言范式。“范式”这个概念是由美国科学史专家托马斯·库恩提出的，他当时用的词是paradigm，指一个领域的科学共同体接受的一组假说、理念、定理和研究方法的总和，它们构成该领域的共同信念和看待世界的方式。比如，在“日心说”出现之前，天文学家会对一切不符合“地心说”的证据做出解释，以维护“地心说”的共同信念；直到反常积累到一定程度，对已有范式（“地心说”）的修补无济于事，范式转变就会发生，科学共同体需要换一种思维方式，建立新范式来解释包含这些反常的世界。

法律范式是法律共同体普遍接受的信念，包括法律系统（概念、规则、原则、价值和知识体系的总和），以及法律共同体信念（法律职业者共同的价值观、行为准则、法律理念、行为习惯和行业传统）。法律推理是在一个法律系统中、以特定语言范式进行的逻辑推理。

语言范式、法律范式和法律系统是什么？法律推理是如何在特定法律系统中、以特定语言范式推进的？正是本文试图揭示的。

一、语言范式

语言范式是一个群体表现出的标志性语风。语言范式，作为一种外在的形式化语言特征，是由群体的价值观、职业、使命、习惯、传统等意义系统决定的。比如，淘宝商家为了招揽客户和获得好评，语言范式逐渐变成了：口语化的简单句（几乎不用从句）、大量用“亲”以显热情（不管亲不亲，都叫“亲”）、滥用撒娇卖萌的助词（“嗯呢”、“哈”、“的呢”、“哦”）以表殷勤。

下面，我们谈谈领导的语言范式。领导的使命是聚拢追随者、并以最小的成本驱动他们完成一项事业。撇开个人语速、惯用语、腔调等个性化因素，领导群体的语言范式具有以下特征：

1. 以销售希望为基调。与商业推销类似，只不过领导推销的是希望，这使得他们很容易区别于使用严谨语风的学者群体。领导的承诺只是为了拴住追随者，如果不落在纸上，几乎不可能兑现；

2. 惯用数字和介词结构。领导讲话会大量运用数字（比如，两个禁止、三个原则、四个宗旨）和介词结构（比如“为”和“于”，为基础、为目标、为根本；立足于、着眼于、贯穿于），以制造鼓噪效果。

3. 大量使用特定后缀和前缀的词语。比如革命化、年轻化、集约化、有序化、常态化；出发点、切入点、落脚点、着眼点、结合点，以标榜内容的科学和缜密；

4. 大量使用不可置疑的祈使句，比如，要突出XX重点、坚定XX信念、盯住XX目标、落实XX要求、养成XX风气、发挥XX作用、树立XX观念，以此增加动员效果；

5. 擅于使用模糊化概念的口号，比如，“人民是不可战胜的”、“正义会迟到但不会缺席”。谁是“人民”？怎么样才算“正义”？这些模糊概念让任何一句断言听起来都永远正确。

6. 以无法证伪的断言做停顿或结尾，比如，“我们的目标一定能够实现！”在没有加入时间的前提下，这句断言不可证伪，因为目标可以一直在“实现中”。又如，“我们迈向胜利的脚步不可阻挡！”，“不可”讲的是一种对世权，我们从哪里获得的这种权利？别人侵犯了这种对世权（实施了阻挡）又会承担什么责任？不可证伪的口号听起来鼓舞人

心，但经不起理性的推敲。

与自然科学的范式不同，语言对待反常的态度不是范式转变，而是范式进化。在“反常”刚出现时，旧语言范式排斥它、不情愿地吸纳它，从而保持自身稳定；当反常积累到一定程度后，旧语言范式无法“经常性地不情愿吸纳”（歧视性吸纳），语言范式进化就发生了。语言中的“反常”表现为外来词汇、句法、声调和语风，比如，发生于元和清时代的汉语对蒙语和满语的吸收，就表现出了先排斥后改变的特征；另外，从现在普通话对粤语中的“炒鱿鱼”、“埋单”、“靓女”、“搞定”、“空姐”、“香港脚”词汇的吸收，也可以发现语言范式进化的痕迹。上世纪七十年代末，北方地区对粤语词汇是歧视的，称其为鸟语、蛮语，八十年代中期逐渐接受，到了九十年代，流行歌手都喜欢用“广东腔”说话，以给人来自广东、香港的错觉；于是，“广东腔”成了流行歌手的语言范式，比如，他们故意不读轻声（“我们晚上吃什么东西”中，“们”、“上”、“么”、“西”都重读），故意使用尖团音（普通话语音中已经将尖音并入团音，尖团不分，粤语中区分尖团音，比如“尖锐”、“千万”、“先生”）。

二、法律范式 = 法律系统 + 法律共同体信念

法律范式是法律人看待世界的方式，包括法律系统——法律概念、规则、原则、价值和知识体系的总和，以及法律共同体信念——法律人共同的价值观、行为准则、法律理念、行为习惯、行业传统、职业操守、为人处世风格、学习习惯和社会担当精神。法律范式在法律职业化教育中被培养出来，是法律活动，如推理、判决、事实发现、调解、谈判的起点，并构成了法律职业共同体的精神、信念和行为规范。

与语言范式类似，法律范式也没有自然科学范式的转换（除非遇到类似新中国推翻了国民党时期的法律体系，重建法律体系），只有进化。法律对待“反常”的一贯做法就是通过解释已有法律系统，使之可以应对反常；待反常积累到一定程度，法律系统不得不进化，针对反常的新法就诞生了。比如，网络刚出现时，并没有建立“信息网络传播权”这个概念，网络侵犯著作权是通过扩大解释已有著

作权法中的“复制权”来认定侵权的；待网络侵权普遍化后，著作权法开始修改（范式进化），增加了“信息网络传播权”。

法律范式在法律推理活动（包含审判和谈判中的推理）中，可以简化为一个法律系统。这个系统剥离了法律范式中法律共同体的信念特征，只保留法律系统特征，是非诉谈判的推理起点，也是法官说服案件当事人和公众，其判决合情、合理、合法的推理起点。

1. 非诉中的法律系统，构成谈判双方对话的起点。这个系统由现有法律规范、强制性技术标准、行业惯例、对未来的共同担心（共同焦虑条款）以及相关判例等共同约束构成。这个系统在双方的意念里搭建了一个虚拟背景，类似一座理性世界的毛坯房，是双方谈判的基础。谈判的目的就是如何装修这个毛坯房。为何律师之间谈判比两个当事人直接谈判更容易达成一致？因为同行之间有更多的共同语境，毛坯房更完善，装修就更简单；而当事人之间由于缺乏共同的理念、原则、知识背景，毛坯房就更粗糙，可能只是一个框架结构，装修的工作量巨大。

2. 诉讼中的法律系统，除了非诉中法律系统的元素外，还多了博弈各方共同认可并接受约束的诉讼法和证据法。诉讼中搭建这个法律系统，是为了完成两项工作：

(1)以共同接受的诉讼法和证据法，创造事实证明的语境；从而在此背景下，进行“讲故事比赛”，

看谁能说服法官或陪审团己方版本的“事实”更可信，对方版本的“事实”不可信；

(2)以共同接受的实体法（排除诉讼法和证据法）、司法解释、判例、法律原则和概念，以及法官和陪审团确认的法律事实为元素，搭建法律适用的语境。在这个背景中，各方说明应该如何适用法律，才能彰显法律的价值目标——公平正义。在大陆法系，事实发现不是一个独立的程序，它和法律适用两项工作混合在一起进行，诉讼双方都要在共同接受的程序法和证据法框架下，证明自己所讲的故事版本为真、对方的版本为假，以及按照自己的“事实”版本、适用自己主张的法律才能彰显法律的价值目标——公平正义。

三、法律系统和法律推理

法律推理是在一个法律系统中、以特定语言范式为工具进行的逻辑推理，其有两个特征：

其一，在法律系统中进行。这个系统是说服者和听众共同认可的概念、规则、原则、价值和知识体系的总和，构成推理的各方共同约束。

其二，以特定语言范式为工具。法律推理比形式逻辑推理要复杂得多，其包含着价值判断等实体内容，而不只是纯粹形式上的推理。因此，法律推理的语言范式既有形式逻辑推理风格（三段论、条件从句、归纳和类比语言等），也有价值评价的叙述风格，包括目的解释、原意解释、文意分析、道德评价等。

与其说，法律推理是一个“证明”过程，不如说是一个“说服”过程。从逻辑上“证明”一个事实是否发生，是不可能的。我们可以从逻辑上证明三角形内角和是180度，但无法证明张三杀了人。“证明”张三杀人的过程就是“说服”陪审团相信张三杀人的过程。同样道理，有关法律适用，也无法从逻辑上“证明”如何适用法律更能实现法律的价值，而是“说服”法官相信应该怎么做。逻辑证明用于理性事实（三角形内角和是180度），而自



然事实（天是否下过雨）、人为事实（张三是否杀过人）和道德评价（应该如何）不是逻辑证明的论域，而是信仰（说服确信）的论域。

然而，这并不是说法律系统中的“证明”（说服确信）不包括逻辑证明；只是说，逻辑证明是法律“证明”（说服确信）的手段之一，而不是全部。事实发现和法律适用都会用到逻辑证明。以法律适用为例，其看起来是一个典型的三段论：大前提是法条，小前提是已经查证的法律事实，判决就是结论。不过，我们应该注意到，上述逻辑证明（演绎推理）同样存在非形式逻辑，表现在：

1. 为何适用这个大前提（法条），而不是其他。当几个法条都可以适用，就要依赖冲突规范选择准据法；如果没有冲突规范，就要靠价值判断，说明选择哪个准据法更能实现法律价值。

2. 如果没有法条可以适用，就需要恰当归类。这涉及概念解释问题——如何解释相近规范中的概念，使之包含本案情形。

3. 涵摄是否准确。确定小前提（法律事实）是否与大前提（法律规范）中的事实一致。在三段论中，也就是确定小前提的中项是否与大前提的中项一致。这是一个概念解释问题——如何认定文字表述一致的上述两项，实质上指向同一事物。

法律证明是一个在法律系统中推进的“说服”过程，包括少量的形式逻辑和大量的价值判断（非形式逻辑）。在所有推理方法中，只有演绎推理（三段论）可以保证绝对真，而归纳推理、类比推理只能保证或然真。然而，考虑到法律“证明”（说服确信）是在各方认可的法律系统中进行的，大量概念、规则、原则、价值和法律知识体系构成各方的共同信念，故而，法律系统中的归纳推理和类比推理，在说服确信程度上可以逼近绝对真。也就是说，使用归纳和类比推理可以说服法官或陪审团某个版本的故事（法律事实）“肯定”为真；如果它为假，则会颠覆对这个法律系统的基本信念。

四、法律共同体信念和文化基因

除法律系统外，法律范式还包括法律共同体信念，具体说就是，法律人共同的价值观、行为准则、法律理念、行为习惯、行业传统、职业操守、为人处世风格、学习习惯和社会担当精神。

英国科学家理查德·道金斯在《自私的基因》中说，在语言、观念、信仰、行为方式等的传递中，有着和生物进化过程中传递生命信息的基因类似的东西。他将其称之为 meme。meme 可以被视为文化基因，其传递的是文化范式。如同生物基因在个体间传承一样，文化范式在一个共同体内被不断传承。

我们看到，二百年前英国律师的行业传统、职业操守和社会担当精神，与现在的律师所差无几。法律共同体信念的传承，保证了一国法治精神的延续和执业活动的稳定。法律人换了一代又一代，但法律精神不变。这就如同，我们可以死去，但基因不死，会一代代传下去。

换乘

我喜欢反刍动物
随时品味咽下的味道

我喜欢仰望星光
看它捎来几百万年前的另一个世界

我喜欢山里的回声
听过去的呐喊被岩石撞碎，
挣扎着逃回

我喜欢旧人
分开后，有关我的记忆，
由她保管

怀旧，
因为离终点越来越近
生命是停不下来的通向死亡的列车
到站后，
除了名字，什么都带不走

好在，基因会换乘下一代列车，
继续坐下去
我只是它的载体

崔发明律师，男，汉族，1966年12月9日出生，河南新乡人，中共党员，武汉大学法学博士，原国家高级检察官，全国检察机关专家人才库成员，国家“双千计划”特聘专家，河南师范大学法学院副院长（国家“双千计划”挂职），河南省检察职业学院兼职教官，郑州航空工业管理学院文法学院特聘教授。北京中伦文德（郑州）律师事务所高级合伙人。研究方向：刑法学、刑事诉讼法、证据法学、物证技术学等。科研情况：参编学术专著1部，主持省部级科研课题2项（结题），发表论文20余篇。

为了一个委托

□崔发明/文



崔发明

在去年冬季接到一个老朋友电话，老朋友的一个亲戚因为和他人发生点小矛盾发生打架斗殴，双方都受了伤被关在看守所。老朋友亲戚的家人心急如火，不知道孩子在看守所里面的情况如何，更关心孩子的伤情，不知道孩子的伤情如何，家人们见不到孩子也更希望孩子能早点出来，便于家人们照顾以便早日恢复。但朋友的家人属于典型的传统家庭，还算属于老实巴交的农民，没和与公检法打过交道，一时不知所措。他们通过老朋友找到我，并办理了相关委托手续，他们希望我能利用专业知识为他们的孩子进行辩护，希望孩子能少判一点，也希望我能进到看守所看看孩子的情况，毕竟孩子还受着伤。他们边说边哭，我也为之动容，心里想：一定不会辜负他们的委托与期望，因为代理的每一个案件都可能是他们一家人遇到的第一个案件，也可能会影响他们的一生，换句话说：代理委托人的每一个案件，就是代理他们的一生。

由于委托人家人们比较着急，我也顾不上天气的寒冷。那时正值深冬，早起五点起床去异地看守所，深冬早晨五点多大街上空无一人，寒风凛冽。我坐上高铁到郑州后，再坐地铁5号线再转1号线然后再打的半小时，历时近三个小时终于在八点前赶到看守所排队回见，接下来就是在寒冷中排队，



庞大的会见队伍有二百人左右，历经种种繁杂的会见手续，十一点整我被安排在 301B 室等待会见，终于要轮到我了，心中无比的喜悦。然而，看守所工作人员突然告诉我的当事人还在医院住院，心中滋味只有自知。不行，我今天一定要见到当事人，这不仅是对委托人、当事人的负责，更是对我自己从事律师行业的负责。我立即到几个办理窗口询问如何会见在医院的嫌疑人，经过反复打听，终于找到了能为我指点迷津的人。此人很好、有耐心，反复给我讲解去医院会见的要领和详细路线，顾不上肚子饥饿，立即打车去医院，经过近一个小时的路程终于在十二点半到达医院的五楼监室，经过扫码审核，说理言情，终于同意让会见。

当我的当事人出现在我的面前时，我真的想告诉他会见的不易！经过近二个小时的会见，详细到没有任何问题要问，在看守的再三催促下询问完毕！当我看着委托人哭泣的泪水和满意的笑容，我觉得付出的一切都值得！法律的价值不单单是惩罚，更多的应该体现法律的温暖，一种正义和善良，无论是公安、检察、法院，还是律师，无论是刑事或是民事！





□ 陈 文/文

陈文律师，北京市中伦文德律师事务所创始合伙人、董事长。北京大学法学博士、司法部瑞士圣加仑大学国际经济法研究所访问学者；中国国际商会调解中心调解员；中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程与房地产专业仲裁员；北京市土地学会法律委员会主任；北京市优秀律师；北京市人民政府专家顾问团顾问；全国优秀律师；国家发改委促进一带一路工作中心法律顾问。

主要从事金融、房地产和公司的法律事务。

放弃幻想，认真面对 ——也谈美国“2021年战略竞争法案”

2021年4月美国国会参众两院在117次国会第一次会议上通过了主要涉及中国的“2021年战略竞争法案”（以下简称法案）。这个法案内容比较多，应该说很全面，在美国历史上也是第一次这样全系统的，全方位的，全景式的，纲领性的论述在战略上对中华人民共和国进行全面遏制并与之竞争。

中国人民是很善良的，总是把美国想象的很好。在川普任总统期间，川普政府及其官员采取了很多过激的反华政策和活动，我们大多数人都认为川普是个疯子，只要他的任期届满不再连任总统的话，那么下一届新总统总会改变他的许多偏激的做法，中美关系就会逐步得到改善。拜登担任总统，新政府开始执政，尽管拜登政府总的情况没有川普政府那样生硬和偏激，但事实证明拜登政府更是老奸巨猾，深藏不露。其对待中国的政策和态度更是狡猾晦涩！相比较川普政府来说，川普政府的过激政策的特点是“美国第一”，“让美国再次强大。”在国际上美国接二连三退出一些国际组织和条约，与东盟和欧盟的关系都处理的不太好。使得西方联盟国家不知所措！这样反倒给了我们中国很多机会。而拜登上台执政以来，拜登政府在国际社会上喊出“美国回来了”！

标志着美国又要回到西方盟国大家庭中。拜登执政之后，紧锣密鼓与五眼联盟，日本，印度东南亚国家和台湾地区，欧盟，甚至伊朗和俄罗斯等国进行沟通与联系，恢复过去退出的条约关系，联合一切可以联合的国家共同遏制和抵制中国。这时才让我们中国人看到了一个真实的美国，也理解了基辛格博士为什么说“中美关系再也回不到从前了”这句话的意义。

这次“战略竞争法案”从政治的高度和论述了中国的发展及对美国的威胁，为了落实竞争法案里的许多细节，法案要求在参众两院内专门设立了特别委员会以负责和指导在全世界范围内全面遏制和对付中国，连总统和国务卿都要按时向特别委员会作出工作报告。这个法案分层次，分区域，从太空竞争到北极控制，从太平洋到印度洋，从南美洲到中东地区，北非及到所有非洲国家，从南美洲到欧洲，从第一岛链到第三岛链，从日本到澳大利亚，从钓鱼岛控制到威胁中国南海岛礁建设，从叫嚣保护台湾到干涉中国香港，新疆的内政，从制裁中国国有企业到干涉一带一路的建设和华为5G建设，不一而足。法案俨然以救世主的身份出现，以视自己为联合国主席的身份出现，要代表和指导所有与中国有贸易往来，

有投资关系的国家及与中国有海洋或陆地资产争议的国家如日本，越南，菲律宾，马来西亚，印度等国要围追堵截中国！这个法案洋洋洒洒多达281页。可以说是立体的，全方位的，分步骤的，分区域，分地区的在海陆空，外太空，在政治，经济，军事，国际贸易领域全面对抗中国。要扶持美国及其他国家的新闻媒体，并且有计划的对各方面安排经费资金，甚至培训有关国家和地区的军队，召开同盟国会议，可以说是用尽各种手段和方法设下天罗地网来对付中国！

可能会有朋友问道为什么美国要这样对待我们，我们没有怎么着美国啊？他们为什么要联合全世界那么多国家要来遏制我们中国的发展？我们中国人是善良的，是热爱和平的，美国和西方联盟为什么热衷于干涉我们中国的事情，要回答这个问题还真不是那么简单，其实这是一个非常

复杂的问题。

造成中美关系今天这种对立局面应该说是有很多复杂的多层次的原因。对于中国的和平崛起或和平发展，应该说在美国方面，尤其在美国政府和参众两院的决策者们来说肯定有很多误读或误解。在中国改革开放的这四十三年里，美国政府对中国的认识可以说是分成两个阶段：第一个阶段是1978年至2008年，在这个30年的初期阶段可以说客观上讲美国对中国的改革开放还是给与了各方面的支持，无论是在投资领域，贸易领域，科学技术领域，教育培训领域，资本市场等领域都是比较友好的，难怪那时有人比喻中美是“夫妻关系”。因为在那个时期，中国的经济，科技，教育，GDP总量，军队国防等都处在一个初中级发展阶段，从各方面对美国都不构成威胁。当然这个阶段中美之间也有过南海撞机事件，南斯



拉夫大使馆被轰炸事件等，但那时的美国并没有把中国当作一个竞争对手，反而当作一个合作伙伴看待，因为那时美国的竞争对手是俄罗斯。那时的中国也没有发展到像今天这样能在阿拉斯加会晤中与美国公开叫板！所以尽管双方之间有矛盾有分歧，但双方都本着是合作伙伴的基础上最后达到妥协的。最主要的原因还是那时的中国在各方面还是比较弱的，不足以引起美国领导层的重视。

但在第二个阶段，也就是从 2008 年至 2021 年的今天，美国政府及参众两院逐步意识到中国的强大和咄咄逼人！从 1978 年改革开放开始到 2008 年这三十年的积累，可以说是厚积薄发，中国的 GDP 跃然成为仅次于美国的世界第二，中国仅广东省一地的 GDP 就超过了俄罗斯全国的 GDP。中国的航空母舰已经建了三艘，第四艘航母也已经在船坞里了。中国也成功登月和火星着陆！中国华为的 5G 建设也如火如荼，中国的东风 26 和电磁炮也相继亮相，中国的歼 20 四代机也早已驰骋蓝天，第五代战机也正在研发当中。我们在经济、国防、科技等方面的发展都是我们和平发展的一个侧面，我们先进的国防武器研制成功，从来都是用与自身的国防安全，我们从来没有侵略过别人的领海或领土。但对于中国在最近十余年的在经济，科技，国防等领域的快速发展，美国很多所谓精英或高层人士却得出了错误的理解，也可以说是误读误解或误判。他们认为中国发展起来了，尤其是在国防军事武器方面的发展，显然是在与美国叫板，要在亚洲地区和东海及南海寻求地区霸权。中国在科学技术方面的快速发展被美国方面解读为偷窃美国的专利技术和知识产权。中国对美国的贸易顺差也被错误解读为偷走了美国人的工作机会和损害了美国的利益。

因为所站的角度不同，做出的分析与判断也会不一样。所以在川普总统执政期间，中国政府多次与美方政府会晤谈判以期沟通，我们的善意和友好一次次地被否定。尽管如此，我们还是去善意的理解美国的种种致我们尴尬的方案。所以我们总认为他们在很多方面对我们有误解，因为我们的本意是好的，我们并没有要与美国对抗，

我们始终对美国是友好的。我们有几十万的学生在美国留学，我们有很多人在美国定居。就是因为中国人很认可美国，我们想当然的也认为美国人也认可我们，也会对我们友好的。可是，那已经是昨天的事了。“中美关系再也回不到从前了”。基辛格的话语重心长，耐人寻味，有很长时间我们中国人就是不理解，为什么会这样呢？下面我们就分析一下中美分歧的最本质的原因。

我们列举一下下面一些导致中美双方必然走向对手的几个关键问题。

1. 台湾问题。台湾岛是我国不可分割的岛屿，是中国领土的一部分。1979 年中美建交时有三个联合公报，美方承认台湾是中国的领土，承认世界只有一个中国，就是中华人民共和国。但实际上美国又制定了与台湾关系法，甚至与日本，台湾签订了三方安保条约！最近美方频繁派代表造访台湾，更加恶劣的是竟然派美军空降旅到台湾进行军事培训。最近又派空军飞机送三名议员到台湾进行非法活动，又不断出售给台湾先进武器和反导系统，以制衡中国大陆。

在台湾问题上中国绝不会妥协，美日干涉我国统一大业我们绝不会答应的。而现在“战略竞争法案”却把台湾当作一个重点，美国有计划有步骤，有资金安排，有军队训练以保护台湾免遭中国大陆统一。甚至还计划安排台湾加入联合国。这个矛盾就是一个不可调和的矛盾。

2. 钓鱼岛自古就是中国领土。二战后 1945 年占领琉球群岛的美军建议由中国托管，由于当时中国内战无暇顾及。导致美国把琉球群岛和钓鱼岛交给日本管辖。但这都不能改变钓鱼岛是属于中国的客观事实。在 1972 年 5 月 15 日美国将琉球群岛的主权移交日本时，将钓鱼台列岛的行政管辖权也交给日本。美日签订有美日防护条约，如果日本和中国就钓鱼台问题发生战争，美国会站在日本一方维护日本的利益。钓鱼岛自古就是中国的领土，连琉球群岛在清朝时也是中国的领土。所以在钓鱼岛的主权与归属问题上是没有商量的余地的！所以美国支持日本占有中国的领土钓鱼岛是一个不可调和的问题，也是一个不能妥协的矛盾。

3. 中国南海问题。南海从古自西周，西汉时期以来就是中国的海域，直到上世纪70年代开始，才有越南，菲律宾，马来西亚等国相继出兵侵占了南沙部分岛礁，引发南海争端！菲律宾和马来西亚等国家都是二战之后才正式建国的，当年中国正式统治和管辖南海海域时他们还没有出现国家的概念，现在竟然也跳出来与我们争夺南海权益。虽然南海面积有350多万平方公里，南海的南端离我们大陆海岸线有2000多公里，但这都不能影响和削弱南海是我们中国所管辖海域的事实。几千年以前和几百年以前就是如此，在当今中国如此强大的情况下更应该是如此。我们最近几年在南海岛礁上吹泥建岛宣誓主权，以捍卫和维护我们南海及其所属岛礁的主权是我们神圣的职责和使命。而美国联合五眼联盟和印度，日本，法国等国家组成联合舰队不断骚扰南海，挑衅我们的底线。这次战略竞争法案又把南海作为重点，在未来五年内，拨出专门经费预算，部署航母舰队，集中海陆空力量，大肆挑战我南海岛礁及管辖海域！美国唯恐南海不乱，不断以主持正义者的身份去挑拨南海附近国家与中国对着干。在南海及南海岛礁问题上中国与美国有不可调和的矛盾。中国在南海岛礁上的建设和国防部署都是美国的眼中钉，肉中刺！

4. 香港特别行政区是中华人民共和国的领土，香港如何治理仍然是中国的内政！可是这个战略竞争法案却要干涉香港的治理。并且要在未来的五年里拨出专门经费支持那些乱港人员。他们打着民主、自由和人权的旗号，实质上是在干着分裂中国的反动勾当。

5. 新疆是我国西部面积最辽阔的省份，也是维吾尔族和其他少数民族聚集的省份！少数民族地区的治理是一个非常复杂的问题，我国政府从来都是高度重视民族团结的问题。但在治理民族事务过程中也不排除惩治一些违法犯罪的少数民族中的败类，但这都是我们主权国家的内政！而美国的战略竞争法案却把干涉我国新疆事务当作其标榜民族，自由的大旗。并授权特别委员会研究出相关方案，以期在他们认为合适的时间策划新疆动乱。像香港和新疆的事务都是我们的内政，我们决不允许美国在这里指手画脚！在这些问题

上根本没有讨论的余地，更没有妥协的余地！

6. 战略竞争法案还特别提到我国践行的“一带一路”战略，他们认为我国践行的一带一路是对现行的国际投资和国际经济贸易制度和秩序的挑战，是要把中国的模式向国外输出，并呼吁各国联合起来抵制中国。对于中国援助非洲国家，帮助非洲国家建设基础设施的行为，该法案却认定为中国在掠夺非洲自然资源，让非洲国家依赖中国，从而在经济上甚至政治上依附中国。法案对于中国在非洲的活动也设计出一整套应对措施。从人才培养，到政治宣传，再到美元渗透等一系列组合拳。对于中国和南美等国家的经济合作，美国更是忧心忡忡。认为拉丁美洲是美国的后院，不容中国染指。中国对中东及北非的投资与贸易也被该法案解读为在这些地区颠覆和危及美国的利益，挑战已存在的国际正常秩序。该法案要求特别委员会都一一做出具体应对方案。

7. 制裁中国企业，该法案认为中国政府对国有企业给予政府补贴，对国企给予特殊金融支持。在税收上给予优惠。这样中国国企在国际市场上竞争就具有最大优势，这就破坏了国际市场的公平竞争原则，还认为许多国企参与国防武器和军事设施的研制与生产，要制定制裁这些国企的措施。不但对国企，就是对像华为这样的民企，他们也不放过，他们认为华为的5G技术和设施是威胁西方国家信息和公民隐私与国家情报安全，煽动各国联合排斥华为公司的5G建设。事实上最近几年，尤其是拜登执政后，已有几十家国企遭到了美国的制裁。

从以上该法案所干涉我国的方方面面，可以看出美国是在处心积虑要来全面封杀中国。

如果说以前美国遏制中国或制裁中国只是临时性的或偶然性的，那么在该法案通过后美国如果再遏制中国和制裁中国，那将在美国是依法的，有制度性的，有系统性的，有计划和有安排的制裁。

在该法案的最后几个部分还是要求特别委员会安排要与中国军队方面进行谈判，目的是尽量减少双方误判，减少不必要的摩擦，避免军事冲突，避免战争。在机会合适时将邀请俄罗斯和中国三方面进行谈判，限制发展核武器和常规武器

的研制与发展，避免军事冲突和战争。从法案的这些条款里可以看出美国到目前还没有丧心病狂到要敢于公开发动战争的地步，还基本上是停留在遏制与战略竞争层面上。

纵观该法案内容的形成，可以得出，美国议会之所以能够通过该法案，显然在某种程度上部分对中国的政策和国家行为的误判和误解，而这些误判和误解又很难在短时间内予以消除。由于双方在语言，文化，政治等许多领域的差异，导致这样的误判和误解确实是在所难免，但在另外一些部分，则是不折不扣的政治分歧。比如台湾问题，钓鱼岛问题，南海问题，香港和新疆问题，一带一路问题和中国国企发展问题及华为 5G 问题及中国科技水平的快速发展及中国国防军事力量的迅速崛起。这些都是关系到中国要发展要生存的根本性问题，因为美国国会的精英们已经看到了中国已经发展壮大的客观事实，所以就迫不及待地干脆撕破了其所谓的国际正义，民主的假面具。明知干涉我国内政是违反国际法的，明知支持台湾独立是违反中美三个联合公报的，明知南海和钓鱼台岛在历史上就是中国的，非但不坚持正义支持中国，反而为虎作伥支持日本和台湾及南海区域各国，这就是明目张胆的与中国挑战，这就暴露出了美国的真实面目。美国一直提到的所谓中美贸易逆差问题，知识产权问题等都只是借口，都不是中美之间的主要问题，最主要的问题就是美国最关心的政治问题——就是遏制中国发展！

这个针对中国的战略竞争法案已经在美国国会通过，这就标志着今后的美国将会依法把中国当作第一竞争对手。蚍蜉撼树谈何易！实际上美国是在做他们根本做不到的事！对于当前的中美关系中中国的现状应该说是“两岸猿声啼不住，轻舟已过万重山！”我们改变不了美国，就像他们改变不了我国一样。我们应该清醒的认识到，中美关系不可能再回到从前了。我们所能做的就是改变自己，我们只能变得更强大，强大到足以让美国不敢轻易对我们采取任何措施。

我们首先要练内功，我们要在国内建造一个良好的环境，这个环境不仅利于国企发展，而且也利于民企发展和生存，国企民企都是共和国的

儿子。只有企业发展了，壮大了，才能给国家交更多的税，国家有了源源不断的税收，才能有实力发展经济，国防，教育，科研等一系列的领域。

努力在国内形成一个宽松的和谐的政治和社会环境，让大家深感到祖国大家庭的温暖，从而吸引更多的海外华人，留学生，科学家，知识分子，回归祖国。留住更多的有产阶级人士留在国内发展。

制定优惠的政策吸引全世界的科学家，技术人才和投资机构到中国发展，把全世界各大学与科研机构的研究成果吸引到中国来落地。在科技领域里与美国开展全面竞争。

总之，从现在起，不管你愿意还是不愿意，美国与我们的全面竞争已经开始，我们的思想和行动也要及时到位。我们已经比较顺利的发展了 43 年，未来还会这么顺利吗？我们应该把困难想得再多一点，我们应该根据当前的形势，适当调整我们的战略，我们也应该制定我们自己的对美国的全面战略竞争法案，我们不能对此无动于衷。来而不往非礼也！你美国专门制定了对中国全面竞争的战略法案，我们也应对制定我们对待美国和西方的战略竞争法案。这是一个非常严肃认真的事，事关我国未来三十年到五十年能否持续健康发展的大事情！事关我们每个中国人未来是否还能够健康幸福生活和生存的问题。我们要对美国战略竞争法案里的每一方案都要有破解之法。对于美国的所谓五眼联盟，及美国对欧盟和印度及东南亚联盟之间的条约或互盟，我们认为都不是铁板一块，对我们来说都有可乘之机，也就是说有分化的可能。就是美国本身，也分不同阶层，分化瓦解当属可能。我们要开启我们大国的智慧，要加强我们的硬实力，同时我们更应该发展我们的软实力！只有这样我们才能够把美国的这个专门针对我们的战略竞争法案抵御在八千里之外，最终能在这场全面较量之中胜出！

中伦
文德



□ 郝 伟/文

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



□ 田卓亚/文

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

企业刑事合规制度系列专题

—— 为什么要进行企业刑事合规性审查？

前言

市场经济环境下，企业经营者成为经济社会中最具活力、最广泛的主体，是社会财富的创造者。我们不可忽视的是，以企业为主体的刑事犯罪也越来越多，并有逐年上升的趋势。这其中有多种原因，但其中最主要的还是与企业自身的刑事风险意识不够有直接的联系。企业犯罪所造成的社会影响是巨大的，有可能会给企业带来灭顶之灾。

在我国当前法律体系框架内，企业面临的法律责任分为民事责任、行政责任和刑事责任三种。在实践中，大部分企业针对民事责任及行政责任制定了相应的内部风险防控机制，而却忽略了刑事责任，企业内部往往没有完善的预防和筛查机制。一般的民事责任和行政处罚对于企业而言都不至于产生毁灭性的打击，但刑事责任的发生对于企业产生的影响往往是无法逆转的。那么如何避免企业遭受刑事指控或成为刑事案件的被害人，应当成为企业经营发展首先要解决的问题。

一、什么是企业刑事合规性制度？

刑事合规是指企业在现有法律体系框架内通过遵守刑事法律规范，建立刑事风险内控机制，主动预防、诊断、发现刑事风险，将企业经营的全部活动与刑事责任的有无及轻重相挂钩的一种刑事责任法律风险事前预防和筛查机制。其核心内容包括刑事合规尽职调查、经营行为的刑事合规审查、刑事报案、配合刑事调查及刑事合规专题讲座等。

通过刑事合规可以有效的规范企业经营活动、防范企业刑事法律风险、避免企业受到刑事责任追究，为企业面临的刑事风险提供成熟的预防方案、化解方法和应对措施，建立具有预防违法犯罪功能的内部治理结构和单位犯罪预防对策、措施。通过对企业内控机制与刑事法律法规之间的适应性、内控制度的合理性、合法性和有效性的评估改进，增强企业发展软实力、改善治理结构、增强核心竞争力。

通过刑事合规可以较快的形成企业刑事责任

法律风险防范意识和思维，寻找企业日常运营和管理过程中的刑事责任风险点和行为高压线，主动防控颠覆性的刑事风险，预防犯罪行为的发生。形成具有效用性及特定性的刑事合规计划的治理理念，激发企业主动预防犯罪和避免刑事责任的积极性和主动性，激发自主预防动力，实现刑事责任的企业内部监管，推动企业从“要我预防”向“我要预防”积极转变。

二、企业刑事合规性制度的由来

企业合规最初源于美国，通过企业内部的监管和法律外部的规制两方面，实现对刑事法律风险的规避。一开始企业合规作为银行业的行业自律和企业自我监督的一种企业行为，企业合规本质上是一种企业的内部管理，从企业诞生之初就一直存在。德国著名学者齐白教授认为“合规计划规定的是一种法定的，又是伦理的或其他的，预定目标的遵守程序”。

我国 2018 年 7 月 1 日生效的《合规管理体系指南》指出，“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。”也就是企业合规，不仅仅包括国家正式出台的各项法律制度，同时也包括基于行业特点，从该领域的实践经营出发，遵守各行业的行业规范，更甚至于市场交易中形成的以诚实守信为核心的商业道德。

随着企业犯罪逐渐攀升，政府监管与法律的介入，企业合规开始对刑法的外部规制转向了企业自身内部进行犯罪预防，由此产生了企业刑事合规制度。国际组织以及各国立法文件中，其对于刑事合规的定义大都采用《联邦组织量刑指南》的规定，即“用于预防、发现和制止企业违法犯罪行为的依据”。我国学者也认为，刑事合规是借助刑事司法手段，避免企业或者企业员工相关的违法行为，国家通过法律规定或者刑事政策予以规定，以法律手段评估和预防企业的刑事风险，从而达到预防企业犯罪的目的。

三、企业刑事合规制度的基本内容

虽然企业刑事合规被多个国家或者国际组织发布的文件所提及，但企业刑事合规由哪些内容

构成，还缺乏清晰明确的界定。在此方面《美国联邦量刑指南》为构成企业犯罪的指标和要求进行了详细的表述，作为定罪量刑的依据。结合其他国家和地区对于刑事合规具体规定，一般认为，刑事合规制度包括以下内容：

1、分析企业经营中可能存在的刑事法律风险

企业想要进行企业刑事合规建设，就需要对外部的刑事法律规范所熟悉，在企业经营中对企业的全部经营环节和企业在开展业务中的各种刑事法律风险做全面的分析、调查或者咨询。

例如，对全体员工进行刑事法律的教育与培训，调查企业在经营中可能会触及的刑法罪名，如非法集资罪、生产、销售伪劣产品罪等一系列的罪名，使其意识到各种犯罪可能会遭受的刑罚处罚，清楚的知道基于自身开展业务所面对的刑事风险，从而有目的的进行犯罪预防，完善符合企业自身的合规制度，避免遭受严厉的刑事处罚。

2、将刑事合规纳入企业合规

企业经营中所面对的法律事项是多种多样的，但是，企业刑事合规确实是企业法律事务的基础环节，也更加是企业法律事务的核心。因此，企业可指定专门的管理人员进行刑事合规的监督与执行，确保公司刑事合规业务的开展与实施，实现内部与外部的统一。将刑事合规的理念全面贯彻到企业经营中的全部工作流程中，突出其核心的地位，保证企业立于不败之地。

3、合理的设置企业获取刑事法律风险渠道

企业通过内部举报、调查制度，完善各种渠道，全面完善刑事风险事先预防机制。企业刑事合规不仅仅是犯罪者本身的事先预防与事后补救，需要企业的全体员工进行监督，对于企业自身不能发现或者难以发现的犯罪行为，在程序公正透明的制度下，企业的其他员工往往是最早可以发现犯罪事实的，建立事先防范机制是法律风险防控最有效、最低成本的防控方式。通过完善各种渠道对于风险信息的发掘，可以全方位的监

督企业各个环节的合法执行，梳理企业危机意识，真正做到防患于未然。

4、普及企业在生产经营管理中的刑事风险意识

企业生产经营管理中，人是最大的风险。企业的生产经营总是多个自然人活动的集合体，企业经营总是伴随着自然人的业务开展。从根源出发，规避自然人刑事风险这一“量变”的可能性，企业总体的刑事风险规避这一“质变”可能性就能得到有效的控制。企业应重视全体员工的合规意识，要实现这一目标，必然要依靠企业负责人及全体员工依法办事，依章办事，需要全体员工在主观上就要认识到合规的重要性并且在客观上严格遵守自身行为。同时，考虑到社会经济发展的速度以及外部法律规范的不断更新完善，以及企业员工的人员流动，这种培训或者教育机制应当长期并且固定存在，确保法律风险规避的有效性。

5、建立企业刑事犯罪应对体系

对于企业内部的违规行为，若达不到违法犯罪的程度，企业也应该通过一定的惩戒措施，既给予违规者以警示，又给予企业其他员工以警醒，避免企业走向更危险的道路。对于刑事风险的预防，对一些已经存在的刑事风险事实，不能被动的等待或者通过事后惩罚达到犯罪预防的目的，企业应该积极寻找化解途径。

例如，企业在面对高管违规经营的情形下，企业刑事合规应当及时介入，按照事先制定的合理合规政策，对其员工的违规行为进行处理，对刑事风险进行诊断和预测，提供风险防控方案；对于遵守企业合规制度的高管以及员工，适当的鼓励也可以推进公司合规文化的形成，避免刑事风险的发生。

四、企业常见的刑事责任风险类型

1、企业设立的刑事风险

根据《公司法》的规定，我国对公司的设立实行登记制度，只有在取得合法登记、领取相关

证照后，公司才能依法经营。

企业设立可能涉及的刑事责任：

《刑法》第158条【虚报注册资本罪】：申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，构成虚报注册资本罪。

《刑法》第159条【虚假出资、抽逃出资罪】：公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，构成虚假出资、抽逃出资罪。

2、企业用工的刑事风险

一般的劳动纠纷属于民事范畴，由民法调整。但我国《刑法》针对企业非法用工的情况作出了约束，并设立了以下相关罪名：

《刑法》第244条【强迫劳动罪】：以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的，构成强迫劳动罪。

《刑法》第244条之一【雇佣童工从事危重劳动罪】：违反劳动管理法规，雇用未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的，构成雇佣童工从事危重劳动罪。

《刑法》第276条之一【拒不支付劳动报酬罪】：以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，构成拒不支付劳动报酬罪。

3、企业经营中的契约刑事风险

市场经济中，企业是参与经济活动中最重要的社会主体之一，而经济活动本身以契约或合同的形式表现出来。契约或者说合同的完全履行，依靠的是法律为后盾。企业经营活动中为获取利润而采取的各种经济行为必须贯彻契约精神，做到契约自由和诚实守信，否则企业的生产经营就会存在各种风险，甚至刑事风险。

《刑法》167条【签订、履行合同失职被骗罪】：

国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的，构成签订、履行合同失职被骗罪。

《刑法》第 224 条【合同诈骗罪】：有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物的，构成合同诈骗罪。

比如：行为人签订和履行合同过程中的某些行为具有欺骗性，可能会陷入刑事风险当中。

4、企业融资中的刑事风险

随着企业的发展，需要资金的不断注入。通常，企业需要借助借贷、证券发行、证券交易等渠道获得更多的资金支持。融资过程中的刑事风险不可小觑。

(1) 证券融资

《刑法》第 160 条【欺诈发行股票、债券罪】：在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，构成欺诈发行股票、债

券罪。

《刑法》第 161 条【违规披露、不披露重要信息罪】：依法负有信息披露义务的公司、企业向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他入利益，或者有其他严重情节的，构成违规披露、不披露重要信息罪。

《刑法》第 179 条【擅自发行股票、公司债券罪】：未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，构成擅自发行股票、公司债券罪。

《刑法》第 180 条【内幕交易、泄露内幕信息罪】：证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的，构成内幕交易、泄露内幕信息罪。



（2）金融贷款

企业向金融机构贷款是融资的重要途径之一，但不可忽略贷款融资中可能的刑事风险。主要涉及的刑事犯罪有：

《刑法》第 175 条【高利转贷罪】：以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，构成高利转贷罪。

《刑法》第 175 条之一【骗取贷款、票据承兑、金融票证罪】：以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的，构成骗取贷款、票据承兑、金融票证罪；

《刑法》第 193 条【贷款诈骗罪】：以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，构成贷款诈骗罪。

（3）其他途径融资

其他方式融资，一般是指除了证券融资，金融贷款外，如融资租赁、联营、合资，以及向不特定的社会公众募集资金和吸收存款等的融资行为。要注意的是，不论采取哪种方式，都必须依法进行。否则，很可能会引发刑事风险。常见的罪有：

《刑法》第 176 条【非法吸收公众存款罪】：非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，构成非法吸收公众存款罪；

《刑法》第 192 条【集资诈骗罪】：以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，构成集资诈骗罪。

集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的最主要区别在于有无非法占有的目的。通过威科先行搜索“非法吸收公众存款”，显示刑事案件 17 万多条，可以说风险系数是相当的高。

5、企业财税刑事风险

依法纳税是企业的义务，但现象是，进项发票虚开非常严重，都叫它“暴力虚开”。在我国发票规则是这样的：只要开票企业异常、失联，开出去的发票，从第一张到最后一张，全部作废，可以说是一颗不定时炸弹。一旦炸开，税务机关就找进项发票接受方补税。

那么，企业涉税刑事法律风险主要以下几个：

《刑法》第 201 条【逃避缴纳税款罪】：纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的构成逃避缴纳税款罪。

注：逃避缴纳税款罪取代了原来的偷税罪，加大了税务机关的权限和责任。也就是说，加大了行政处罚的力度，减少了刑事处罚的范围，所以一定要把握好与税务机关的前期沟通。

《刑法》第 202 条【抗税罪】：以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，构成抗税罪。

《刑法》第 203 条【逃避追缴欠税罪】：纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，构成逃避追缴欠税罪。

《刑法》第 204 条【骗取出口退税罪】：以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，构成骗取出口退税罪。

《刑法》第 205 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，构成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罪。

《刑法》第 205 条之一【虚开普通发票罪】：虚开本法第二百零五条规定以外的其他发票，情节严重的，构成虚开普通发票罪。

《刑法》第 207 条【非法出售增值税专用发票罪】：非法出售增值税专用发票的，构成非法出售增值税专用发票罪。

《刑法》第 208 条【非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪】：非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的，构成非法购买增值税专用发票罪。

《刑法》第 210 条之一【持有伪造的发票罪】：明知是伪造的发票而持有，构成持有伪造的发票罪。

6、知识产权刑事风险

知识产权属于无形资产，在科技引领时代的大背景下，知识产权越来越发挥它的重要地位，而侵犯知识产权的现象铺天盖地。主要常见的罪

有：

《刑法》第 213 条：假冒注册商标罪；

《刑法》第 214 条：销售假冒注册商标的商品罪；

《刑法》第 215 条：非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪；

《刑法》第 216 条：假冒专利罪；

《刑法》第 217 条：侵犯著作权罪；

《刑法》第 219 条：侵犯商业秘密罪。

7、职务类犯罪

中国是一个人情社会的国家，加之人性的弱点被无限放大、利用，从而导致职务犯罪的屡屡高发，这是值得我们特别关注的一个重要法律风险之一。

刑法对职务类犯罪的规制，比较常见的罪有：

《刑法》第 271 条：职务侵占罪；

《刑法》第 272 条：挪用资金罪；

《刑法》第 163 条：非国家人员受贿罪；

《刑法》第 164 条：对非国家人员行贿罪；

《刑法》第 389 条：行贿罪。

8、生产、销售过程中的刑事风险

《刑法》第 140 条至 150 条专门设立生产、销售伪劣商品罪一节，足以说明，国家立法对企业的生产、销售质量品质提出了很高的要求。

本节常见的罪有：

《刑法》第 140 条：生产、销售伪劣产品罪；

《刑法》第 141 条：生产、销售假药罪；

《刑法》第 142 条：生产、销售劣药罪；

《刑法》第 143 条：生产、销售不符合卫生标准的食品罪；

《刑法》第 144 条：生产、销售有毒、有害食品罪；

《刑法》第 145 条：生产、销售不符合标准的卫生器材罪；

《刑法》第 146 条：生产、销售不符合安全标准的产品罪；

《刑法》第 147 条：生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪；

《刑法》第 148 条：生产、销售不符合卫生

标准的化妆品罪。

9、其他刑事风险

《刑法》第 135 条：重大劳动安全事故罪。

注：此类案件主要集中在建筑施工、消防安全、危险化学品安全等领域。民营企业往往重视成本控制，易忽视安全生产投入、技能培训以及监督管理。所以，企业要强化安全生产意识，加大事故的预防，严格执行与企业安全生产相关的法律法规、标准规范、安全操作流程，防患于未然。

《刑法》第 162 条：妨害清算罪；

《刑法》第 162 条之一：隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪；

《刑法》第 162 条之二：虚假破产罪；

《刑法》第 191 条：洗钱罪；

《刑法》第 223 条：串通投标罪；串通投标犯罪的门槛很低，即便他人与你分享信息，也不能以此分取好处。否则，可能就涉罪了。

《刑法》第 225 条：非法经营罪。

《刑法》第 230、231 条：逃避商检罪；

《刑法》第 294 条：组织、领导、参加黑社会性质组织罪；

《刑法》第 338 条：污染环境罪。

注：环境污染犯罪严重危害生态环境，威胁人民群众身心健康。近年来，环保部门和公检法各部门力量联动，形成环境资源保护工作合力，加强环境公益诉讼，加大刑事打击力度，环境污染者也付出了沉重代价。企业在追求发展速度与利益的同时，应提高环境守法意识。积极改进技术，加大环境污染防治的投入，有利于企业长期良性循环发展。

五、结语

现如今，企业经营者已逐步树立起对于民商事法律风险防范的意识。但在我国迅速发展的经济体系下，刑事法律风险的防范也应视为企业经营活动的必不可少的环节。企业逐步树立企业刑事法律风险的合规审查意识才可以在经济迅猛发展的今天使企业在合规经营的道路上越走越远。



□ 娄爽/文

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



□ 杨利娜/文

杨利娜律师，北京中伦文德（天津）律师事务所律师，毕业于中南大学，具有证券、基金从业资格，自2012年开始律师工作，具有丰富的司法实践经验，工作态度严谨，沟通能力强，具备良好的法学专业功底和充分的执业经验。主要业务为公司事务、金融业务、企业改制等非诉领域，代理合同纠纷、建设工程纠纷、保险纠纷、家事纠纷、劳动争议等重大民商事诉讼仲裁案件。

一起无罪判决引发的法律思考（之二） ——开展侦查实验引发问题及完善建议

前言：

2018年10月16日16时许，任某驾驶车辆驶入工作单位地下车库入口通道时，与躺卧此处的张某碰撞致其死亡。公诉机关以任某构成过失致人死亡罪为由诉至法院，建议量刑一至二年有期徒刑。北京中伦文德（天津）律师事务所娄爽、杨利娜律师作为此案的辩护律师，坚持作无罪辩护，共历时十四个月，终获无罪判决。据了解，这是近十年来，天津市和平区人民法院作出的首例无罪判决案件。

该案办理过程历经勘查实验、证人出庭、侦查实验、数次庭审等多项程序，历时较长、辩护艰难，期间发生很多值得回忆的情节，引发了相关的法律思考。例如，该案在审判阶段，公安机关组织开展了侦查实验，却得出了错误的结论，险些误导法院作出不公判决，也凸显了侦查实验的诸多问题。对此，笔者依据相关法律法规，对

侦查实验相关条件设定、程序、适用等问题进行简要探讨，并提出完善建议，希望能为规范刑事案件案件的办理工作带来有益的启示。

问题一，侦查实验的功能作用有所偏离

根据《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》第六十九条第一款规定，为了证实现场某一具体情节的形成过程、条件和原因等，可以进行侦查实验。因此，侦查实验的基本功能，是为了能够帮助办案机关查明案情。

具体而言，侦查实验的功能定位应包括以下几个方面：（一）还原案件真实性。通过侦查实验，演示重现案件事实的经过，以模拟实验或者情景再现的方式，验证某一与案件相关的事实或现象是否真实存在，或者是否真实发生及其发生需要具备什么条件，从而客观还原案件的真实性。（二）判定主体同一性。通过开展侦查实验进行比较分析，从而推断行为主体是否在场，是否有能力造

成后果或达到目标。(三) 验证证据真实性。在侦查实验的过程中, 将现有证据和案件细节甄别核对, 如证据真实可靠充分, 相应的侦查实验结果才能更为准确, 也可印证证据的真伪及关联性。(四) 增加破案可能性。通过侦查实验, 进一步推演案件发生的结果和趋势, 推测作案的手段及工具, 由此来寻找未曾发现的线索和犯罪证据, 从而推动案件的成功侦破。

在本案中, 公安机关开展侦查实验, 目的主要在于还原案件真实性, 即希望能够通过重新演示案件事实的经过, 来确定被告人是否有罪。但令人生疑的是, 在侦查和审查起诉阶段, 公安机关均以“无法还原客观事实”为由拒绝犯罪嫌疑人的实验申请, 却在庭审过程中突然决定开展侦查实验, 而在此时, 公诉方的全部证据均已经过辩方质证且处于诉讼效果的不利地位, 公安机关开展的侦查实验, 令人感觉目的更多在于帮助公诉人补充证据, 确定被告人有罪, 而非客观公正还原事实, 这无疑是对侦查实验功能作用的操作偏离。

问题二, 侦查实验的启动程序不够规范

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十五条、《人民检察院刑事诉讼规则》第二百条规定, 相应经公安机关负责人批准、经检察长批准, 可以进行侦查实验。

在本案中, 侦查实验是在审判阶段, 经过证据质证和一次庭审后, 法庭突然通知由公安机关组织开展的。在审判阶段开展侦查实验, 由公安机关组织开展是否符合程序, 值得研讨。此外, 进行侦查实验的前提, 为在必要的时候, 但并没有具体的规定, 对于“在必要的时候”这一规定进行细化和解释。这使得侦查机关的自由裁量权很大, 甚至成为侦查机关滥用侦查权的挡箭牌。虽然在司法实践中, 曾有过犯罪嫌疑人(被告人)或辩护人申请公安机关开展侦查实验被批准^[1], 但很多时候, 犯罪嫌疑人(被告人)或辩护人的申请很难被同意。即便实验结果有利于被告人, 也发生过公诉方以审批程序非法为由拒绝予以采纳的情况。

问题三, 侦查实验的适用主体欠缺合理

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十五条的相关规定, 为了查明案情, 在必要的时候, 经公安机关负责人批准, 可以进行侦查实验。同时, 根据《人民检察院刑事诉讼规则》第二百条的相关规定, 为了查明案情, 必要时经检察长批准, 可以进行侦查实验。可见, 侦查实验的适用主体为公安机关或者检察机关。

但是, 这样规定侦查实验的适用主体在合理性方面是有欠缺的。首先, 我国享有侦查权的主体除了公安机关、检察机关, 还包括国家安全机关、军队保卫部门、监狱、海关缉私部门等, 只规定侦查实验的适用主体为公安机关或者检察机关, 显然将其他单位排除在外, 而其他部门在侦查过程中如果需要开展侦查实验, 则需要公安机关负责人或检察长的批准, 显然不合理。其次, 前述经过公安机关负责人或检察长批准, 更多体现的是内部审批制, 而相应对侦查实验的任务、要求、证据材料等前期审查、过程监督及责任落实上存在流于形式化的情况。再次, 对于侦查实验适用的证据材料或设定条件存在争议, 或在庭审阶段, 对于案件事实调查存在争议, 法院能否组织开展侦查实验, 辩护人根据案件情况严格依据相应条件开展的模拟实验能否作为证据, 在现时立法环境下或审判实践中, 很难得到支持。如侦查实验作为公安机关、检察院的专属权利, 以及相应结论作为定案依据, 无疑会产生该专属权利的选择、任意适用, 无法对其形成有效监督和对辩护权的合法保障, 更不利于查明案件事实。

问题四, 侦查实验的条件设定缺乏客观

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第九十一条第二款规定, 侦查实验的条件与事件发生时的条件有明显差异, 或者存在影响实验结论科学性的其他情形的, 侦查实验笔录不得作为定案的根据。另, 《公安机关刑事案件现场勘验检查规则》第七十一条规定, 侦查实验应当符合以下要求: “.....(二) 侦查实验的时间、环境条件应当与发案时间、环境条件基本相同; (三) 侦查实验使用的工具、材

料应当与发案现场一致或者基本一致；必要时，可以使用不同类型的工具或者材料进行对照实验；（四）如条件许可，类同的侦查实验应当进行二次以上；（五）评估实验结果应当考虑到客观环境、条件变化对实验的影响和可能出现的误差；……”

在本案中，案发时间为10月份，天气阴，只有外部行驶路线、涉案车辆，对于进入地下车库的人员状态等情况均未有客观证据；而本案中侦查实验的组织开展时间为4月份，天气晴，在外部行驶路线可更为准确的情况下未严格设定路线；驾驶员虽身高类似但驾驶员在案发时的真实驾驶状态未能还原，被告人在案发时不存在预知预判及有针对性关注某一角度；躺卧人员的具体状态包括躺卧的位置、具体姿势、是否变动等均未明确证据予以客观设定；相应直接影响侦查实验结论。但侦查机关在审批及组织开展时，均未合理审查落实该侦查实验的条件。

侦查实验的条件设定在一定程度上也是案件事实的争议焦点，无论是在刑事诉讼中的哪一阶段，侦查实验的条件设定直接影响其作为证据的能力。公安机关或检察院在开展侦查实验时直接以其证据标准予以设定条件，以相应结论作为依据，本身是对犯罪嫌疑人/被告人、辩护人甚至是法官相应权利或审查的限制；更何况，就实践而言，相应侦查实验条件的设定缺乏审查、评判机制。

问题五，侦查实验的操作程序不够规范

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十五条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第九十一条第一款、《人民检察院刑事诉讼规则》第二百零一条、《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百一十六条第二款规定，主要规定侦查实验应制作笔录、参加人员签名，必要时进行录音或录像；必要时可聘请专业人员参加，也可以要求犯罪嫌疑人、被害人、证人参加。但这样的规定过于宽泛宏观，没有统一的实践操作规范，对有序开展侦查实验起不到切实有效的规范作用。

在实践中，开展侦查实验可以聘请具有专门知识的人参加实验，也可以邀请见证人在场，但必要情况的审查，专家专业水平要求、见证人的资格审查、其他人员参加、侦查实验条件落实及确认、相应实验是否有效、相应人员操作行为等并未有具体规范；尤其对辩护人参加侦查实验没有进行规定，很容易造成控辩双方力量不均衡。实践中，即使作为侦查机关，对于如交通类案件也需要邀请相应专业人员予以指导，以保障侦查实验的科学性，在不具备专业人员指导等情况下作出的侦查实验结论将存在差异。如无明确操作规范要求的情况下，犯罪嫌疑人/被告人的权益保障无从谈起。



问题六，侦查实验的救济措施难以实现

人民检察院对侦查实验等笔录存在疑问的，根据《人民检察院刑事诉讼规则》第三百三十六条规定，人民检察院可以要求调查人员或者侦查人员提供获取、制作的有关情况，必要时也可以询问提供相关证据材料的人员和见证人并制作笔录附卷，对物证、书证、视听资料、电子数据进行鉴定。

但实践中，存在犯罪嫌疑人/被告人申请侦查实验被拒绝；侦查实验启动时，公安机关或检察院可以通知要求犯罪嫌疑人、被害人、证人参加，也可以不通知；犯罪嫌疑人、被害人、证人在实验过程中发现侦查实验条件设定与其认知的条件不一致，无法提出异议；对侦查实验结论有异议，无法申请再次侦查实验或难获支持，以及其他种种问题，却暂未发现及时有效的救济措施。

根据《人民检察院办理刑事申诉案件规定》第二十九条规定，对与案件有关的勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录和鉴定意见，认为需要复核的，可以进行复核，也可以对专门问题进行鉴定或者补充鉴定。但前述规定是适用于刑事申诉案件，即针对人民检察院诉讼终结的刑事处理决定或者人民法院已经发生法律效力刑事判决、裁定不服，向人民检察院提出的申诉；显然并不具有及时、有效性。

当然，可根据《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第九十一条规定，对侦查实验笔录进行全面质证，以达到侦查实验笔录不得作为定案根据的目的；这也是现时救济方式。但在实践中，存在一个重大的问题，就是公安机关在开展侦查实验的时候，很可能采取闭门实验的方式，辩护人最终看到的只是侦查实验笔录，这无形中给辩护人质证产生了障碍。

问题七，侦查实验的问责机制不够健全

对于刑事案件来说，侦查实验的结论非常重要，甚至会直接决定罪与非罪的判决结果，影响当事人的未来人生。因此，不规范的侦查实验、错误的实验结论，不仅可能影响个案的公正审理，还可能影响司法程序的顺利推进，危害社会公正。

但遗憾的是，目前尚没有相关规定，对错误的侦查实验结论给予专门的救济途径，对于得出错误实验结论的公安机关及相关人员也没有问责规定，相应侦查机关、侦查人员无法客观、规范、准确地作出合法、科学的侦查实验结论，违背了公平公正客观的原则。

关于对完善侦查实验制度的相关建议

综合开展侦查实验引发的上述问题，进一步完善侦查实验制度、规范侦查实验工作已成为刑事领域亟需解决的重要问题。对此，笔者建议，进一步加强对侦查实验的细化规定，对侦查实验制度予以充分完善。（一）明确适用主体及其资格条件，提高参与侦查实验人员的素质能力和资格条件，对于可能影响公正实验的人员予以排除，明确辩护人到场监督和参与，以保证实验的科学性与规范性。（二）规范申请程序和前提条件，保证当事人对于侦查实验的申请权利，促进侦查实验前提条件的客观化和标准化，落实分析、比较等评估、审查确认过程。（三）完善实验步骤和程序，形成完整、统一、规范的侦查实验行为，确保实验结果的合法性、证据的有效性。明确侦查机关在实验开始之前，制定详细的实验计划，包括实验目的、时间、地点、环境条件、参加者和具体分工安排、实验的方法和具体步骤、实验的记录、实验的警戒制度等。（四）健全审查监督机制，扩展相关救济措施，对侦查实验笔录的制作主体是否合格、人员是否充分参与、记录的格式内容是否正确、实验条件是否高度还原、实验方法是否科学恰当、实验程序是否正当等作出详细规定。对有瑕疵的笔录证据应当要求说明情况，合理说明，可以补正后使用，否则予以排除^[2]。（五）健全问责机制，对造成侦查实验结论错误的相关单位和个人，结合错误的严重程度和影响后果，予以相应的问责处罚，对涉嫌违规违法行为予以坚决追究。

注释：

[1] 参见罗国华涉嫌故意杀人案，安徽金亚太律师事务所王亚林、黄奥律师申请侦查实验

[2] 米双鹏，侦查实验笔录的审查与运用——对办理的一起污染环境案的思考[J]，中国检察官 2018（12）：62-65



□ 李云海/文

李云海律师，毕业于东北师范大学、比利时鲁汶大学和中央民族大学，获得多媒体技术与虚拟现实专业硕士学位、经济法法学硕士学位和法学博士学位，九三学社社员，现为北京市中伦文德律师事务所合伙人律师，中伦文德金融法律专业委员会主任。李律师的主要业务领域为金融、房地产、重组并购、IT、诉讼仲裁。



□ 陈希/文

陈希，实习律师，毕业于对外经济贸易大学和约翰霍普金斯大学，获得经济学学士学位、日语学士学位和医疗管理MBA学位，主要业务领域为金融、房地产、私募基金等法律事务。

国有企业境外投资法律实务要点

——以投资柬埔寨为例

2021年1月21日，商务部公布2020年我国对外非金融类直接投资为7597.7亿元，同比下降0.4%。在逆全球化和保护主义抬头的背景下，中国在“一带一路”沿线国家的投资合作稳步推进。2020年，我国企业对“一带一路”沿线58个国家非金融类直接投资177.9亿美元，同比增长18.3%，占同期总额的16.2%，较上年提升2.6个百分点，主要投向新加坡、柬埔寨、越南、泰国、老挝、马来西亚、印尼、菲律宾、阿联酋和哈萨克斯坦等国家。

在对外直接投资监管层面，中国企业境外投资需经商务部门对境外投资行为审批、发改部门对境外投资项目核准或备案，以及银行外汇登记三大环节。作为国有企业，境外投资还需要根据企业公司章程、当地国资监管规定报上级产权单位、履行出资人职责的国资监管部门决策。

东南亚是海上通道和陆上通道的必经之路，“一带一路”的核心区域。在东盟十国中，柬埔寨又是“一带一路”的重要支点。本文根据实操案例，结合国有企业境外投资相关规定以及柬埔寨

当地法律法规，就国有企业在柬埔寨投资法律实务要点进行分析。

一、国有企业境外投资监管要点

国务院国有资产监督管理委员会（下称“国务院国资委”）于2017年1月7日公布并施行《中央企业境外投资监督管理办法》（国有资产监督管理委员会令第35号，下称“国资委35号令”），对国务院国资委履行出资人职责的国家出资企业进行境外投资时应当遵循的原则、境外投资监管体系建设、境外投资的事前、事中、事后管理、风险管理以及责任追究等进行规定。2017年6月12日，财政部印发《国有企业境外投资财务管理办法》（财资[2017]24号，下称“财政部24号令”），于2017年8月1日起实施。该办法规定国有企业境外投资财务管理应当贯穿境外投资决策、运营、绩效评价等全过程，国有企业应当建立权责利相统一、激励和约束相结合的境外投资管理机制。

1、国有企业境外投资决策流程

国有企业的境外投资决策流程一般包括：企业内部初步决策—投资必要性研究—国资委立项—可行性研究论证、尽职调查、资产评估、商务谈判、专家评审—国资委审批—国有企业董事会、股东（大）会最终决策。

在此过程中，国有企业通常需要根据公司章程、当地国资监管规定，向上级产权单位、国资监管部门报送请示报告、尽调报告、可研报告及专家评审意见、资产评估报告、风险评估报告、项目融资方案（如有）、境外投资交易结构、项目公司或平台公司设置、人员安排等方案、合作方介绍及资信证明文件等资料。

2、国有企业境外投资的原则性规定

国资委 35 号令要求国有企业境外投资应当聚焦主业，原则上不得在境外从事主业范围之外的投资。除此之外，部分地方国资委还规定国有企业境外投资应当符合企业中长期发展规划，并对投资后将造成企业资产负债率的比例、单笔投资额不得超过企业上年度经审计净资产的比例、内部收益率等进行要求。

特别需要注意的是，多数地方国资委要求对尚未按规定完成决策程序的境外投资项目，国有企业不得正式投标或缴纳保证金，不得签订具有法律约束力的相关合同、协议或意向书，不得进行实际投资。

二、国有企业境外投资监管要点之发改委

根据 2017 年 12 月 26 日发布、2018 年 3 月 1 日生效的《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令 11 号，下称“发改委 11 号令”），投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目，包括涉及敏感国家和地区、敏感行业的项目，实行核准管理。涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目，即不涉及敏感国家和地区且不涉及敏感行业的项目，实行备案管理。实行备案管理的项目中，投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美

元以上的，备案机关是国家发改委；3 亿美元以下的，备案机关是投资主体注册地的省级政府发改部门（注：有部分省份按投资额度将备案权限下放到市级部门）。

三、国有企业境外投资监管要点之商务部

根据商务部于 2014 年 9 月 6 日发布、2014 年 10 月 6 日生效的《境外投资管理办法》（下称“商务部 3 号令”），商务部和省级商务主管部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理。企业其他情形的境外投资，实行备案管理。

四、国有企业境外投资监管要点之国资委

根据《中央企业境外投资监督管理办法》（国有资产监督管理委员会令 35 号）第三章第十二条的规定，列入中央企业境外投资项目负面清单特别监管类的境外投资项目（投资额在 20 亿美元（含）以上的境外特别重大投资项目），中央企业应当在履行企业内部决策程序后、在向国家有关部门首次报送文件前报国资委履行出资人审核把关程序。中央企业应当报送以下材料：

- （一）开展项目投资的报告；
- （二）企业有关决策文件；
- （三）项目可研报告（尽职调查）等相关文件；
- （四）项目融资方案；
- （五）项目风险防控报告；
- （六）其他必要的材料。

国资委依据相关法律、法规和国有资产监管规定等，从项目风险、股权结构、资本实力、收益水平、竞争秩序、退出条件等方面履行出资人审核把关程序，并对有异议的项目在收到相关材料后 20 个工作日内向企业反馈书面意见。

五、国有企业境外投资监管要点之外管局 / 银行

根据《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》（汇发〔2015〕

13号), 境外直接投资项下外汇登记手续改由银行审核办理, 国家外汇管理局及其分支机构通过银行对直接投资外汇登记实施间接监管。境内企业设立或控制的境外企业在境外再投资设立或控制新的境外企业, 无需办理外汇备案手续。

实操过程中我们了解到, 部分银行对资金出境业务进行严格监管, 超过特定金额, 即便企业已经取得境外投资批准证书、完成外汇登记手续, 也需要在提报外管局额度审批后方才办理资金出境。对于“新增客户”, 银行一般需要进行基本的开户尽调、国有企业境外投资专项调查, 甚至需要客户经理上门核实公司资质和实力情况, 出具专项报告后方才进行外汇额度审批。超过银行

自身内设风控标准的拟出境资金, 还要提交外管局进行大额申报, 外管局的审批时限较难把控。

六、柬埔寨投资相关法律要点

笔者最近实操了某大型国有企业在柬埔寨的投资项目, 依据与柬埔寨律师就柬埔寨法律体系、外商投资准入、公司治理机制等有关法律制度进行的沟通交流, 介绍柬埔寨投资相关法律要点如下。

(一) 柬埔寨法律体系概述

柬埔寨为民法法系国家, 主要法律渊源为成文法, 在先的判决对之后的判决不构成法律



上的先例，没有法律约束力。现行有效的法律体系，由宪法、国际条约和公约、法律、皇家法令、次级法令、政府规定、决定、通知及省级法令组成。

柬埔寨于2004年加入世界贸易组织(WTO)，属于东南亚国家联盟(东盟)的成员国并签署了《东盟综合投资协议》(ASEAN Comprehensive Investment Agreement)，WTO及东盟项下各根本性条约文件对柬埔寨具有约束力。柬埔寨与中国之间于1996年签署了《关于促进和保护投资协定》。

柬埔寨加入了《承认及执行外国仲裁裁决公约》(纽约公约)，公约其他成员国(包括中国大陆和香港)的商事仲裁裁决，在柬埔寨受到承认与执行(但公约及柬埔寨法律规定的例外情况除外)。柬埔寨与中国之间没有民商事司法互惠安排，没有承认与执行中国法院判决的法律依据。柬埔寨已经与中国大陆、香港分别签署了避免双重征税协定。

(二) 柬埔寨外商投资限制与行业准入

柬埔寨制定有《投资法》和《投资法实施条例》，但其仅管辖合格投资项目，并对合格投资项目提供一定的投资优惠和激励措施。除《投资法实施条例》负面清单中列明的无论外国还是柬埔寨本国投资者均不允许进入的产业(例如精神药物和麻醉药物的生产/加工、使用国际条例或世界卫生组织禁止的化学物质生产影响公众健康和环境的有毒化学品、农业杀虫剂/杀虫剂和其他商品等)，其他商业领域都没有外国投资者准入限制、国籍限制、或股比限制。

但是按照柬埔寨《土地法》和《关于向外国人提供共有建筑私有单元所有权的法律》的规定，外资持股超过49%的企业，不可以直接持有柬埔寨土地、或柬埔寨区分共有式公寓大厦地下层和地上第一层(G层)所有权，但外资控股企业仍然可以通过短期租赁(不超过15年)、永久租赁(15年或以上租期)等方式承租物业，也可以在土地

所有权上设定抵押权、质押权、地上权，也可以购买柬埔寨区分共有式公寓大厦的G层以上楼层，但总面积不能超过该大厦的70%。

(三) 柬埔寨劳动合规要求

柬埔寨《劳动法》规定，柬埔寨公司所有员工均需要在国家劳动和职业培训部(Ministry of Labor and Vocational Training)进行申报，具备工作卡(Employment Card)。

雇佣外籍员工的企业必须提前一年向劳动和职业培训部提交雇佣计划并获得名额批准。外籍员工应在劳动职业培训部完成劳动登记并申领外国劳工证，且应持有有效的普通签证(商务签证)。按照内政部移民总局的管理要求，所有外国人均需在在内政部外国人管理系统(Foreigner Presence in Cambodia)上完成登记(居住地房东负责登记)，才能申请签证延期。除另有批准，外籍员工数量不得超过柬埔寨员工数量(而非所有员工总数)的10%，特定职位员工还有进一步具体要求。

六、结语

国有企业境外投资，既要符合国资监管机构对其内部决策、风险管控的要求，又要遵循国有企业境外投资主管部门对投资备案/审核程序的相关规定，还要注重最终目的所在国政治、经济、文化、社会、市场、法律、政策等风险，对投资项目进行全面评估。对外投资需要企业更为谨慎以及法律服务机构更为专业，本所律师代理的安徽省外经建设(集团)有限公司诉东方置业房地产有限公司保函欺诈纠纷案，入选2019年最高法发布的“一带一路”建设专题指导性案例之109号。



□ 陈康康/文

陈康康律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所高级合伙人。毕业于西北政法大学，2013年开始加入北京市中伦文德（深圳）律师事务所，具有中国律师执业证、中国证券投资基金业从业证书、证券从业资格，现担任深圳市破产管理人协会业务发展委员会第一届委员。业务领域：公司投融资与并购、破产清算与重组、诉讼与仲裁。

民事和解制度在破产清算程序中的实践应用

我国《企业破产法》规定了破产清算、重整、和解三个不同的程序，一个案件在和解不成或者重整失败后均应宣告债务人破产，债务人一旦被宣告破产，标志着债务人成为破产人，债务人财产成为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权成为破产债权，破产案件不可逆转地进入破产清算程序，也就意味着不能再回到重整或者和解程序。

但是，笔者作为管理人负责人近期办理完毕一件宣告破产后由债务人与全体债权人自行达成和解协议并终结破产程序的案件，该案件对宣告破产后民事和解制度的适用，提供了很好的个案参考。

一、基本案情

经债权人申请，执行法院深圳市罗湖区人民法院以深圳市某珠宝公司不能清偿到期债务为由，将某珠宝公司移送深圳市中级人民法院（以下简称“深圳中院”）进行破产清算。深圳中院依法裁定受理某珠宝公司破产清算一案，并指定管理人对某珠宝公司进行破产清算。

（一）【某珠宝公司基本情况】

深圳某珠宝公司成立于2011年，注册资本500万元，主要经营黄金、铂金、钻石、镶嵌饰

品的生产加工、购销及贸易业务，法定代表人为蒋某；公司股东为唐某（持股比例70%），蒋某（持股比例30%）。

因某珠宝公司对外提供担保，承担连带保证责任，债权人诉请法院要求某珠宝公司承担连带责任，某珠宝公司因未履行生效法律文书确定的义务，被债权人申请法院强制执行，因查无其他财产可供执行，经债权人申请，执行法院罗湖法院以某珠宝公司不能清偿到期债务为由，将某珠宝公司移送深圳中院进行破产清算。

（二）【债权审核情况】

在破产清算过程中，管理人共受理了债权申报3家，该3家债权人分别为深圳市某融资有限公司、某黄金投资发展有限公司、深圳市某担保有限公司，受理申报债权总额人民币11541万元，管理人审查确认并报深圳中院裁定认可的债权总额为人民币10674万元，均为无财产担保的普通债权。

（三）【债务人财产情况】

经管理人调查，某珠宝公司名下财产主要为1套住宅房产和2辆小轿车。

（四）【宣告破产情况】

2019年12月23日，管理人根据对债务人债权审查情况以及财产调查情况，向深圳中院递交了宣告破产申请书，深圳中院依据管理人对现有财产及破产债权的调查结果，认定某珠宝公司不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务，符合法定破产条件，于2020年1月20日作出裁定，宣告某珠宝公司破产。

(五)【私下和解情况】

在某珠宝公司宣告破产后、破产财产分配前，某珠宝公司股东唐某为了让公司继续存续，继续进行经营，在未告知管理人和深圳中院的情况下，遂以股东唐某个人名义分别与3家债权人就债权债务的处理自行达成了3份《债务和解协议》约定管理人将破产财产的拍卖变价款分配后，唐某再另行向其中2家债权人支付部分和解补偿款后，3家债权人则豁免债务人某珠宝公司剩余债务的偿还责任。

二、宣告破产后能否和解

笔者作为管理人负责人了解到和解协议是各方自愿、公开、透明协商的结果，并未损害各方当事人的合法权益，遂向深圳中院报告有关债务人与全体债权人达成债务和解的相关情况。

但是，正如开篇所提到的，宣告破产后是否还能由债务人和债权人达成和解？若可以，那在宣告破产的情况下，后续破产程序该如何进行？

(一)【破产和解】

破产和解的法律性质为和解契约，和解协议是由债务人提出申请，经债权人会议同意和经法院认定的一种契约。债务人提出和解协议草案的行为为邀约，债权人会议通过和解协议的行为为承诺，债权人与债务人通过彼此妥协、互相谅解形成的意思表示为和解协议成立要件，法院裁定认可为和解协议的生效要件。破产和解契约的形成是债权人妥协的结果。^[1]破产和解的特点在于债权人会议的多数决。

根据我国《企业破产法》规定的申请破产和解期间为申请破产时直接申请和解或者在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民

法院申请和解。而最高院2018年3月4日印发的《全国法院破产审判工作会议纪要》第24条则设定了更为严格的破产宣告及程序转换限制规则，其中明确规定：“债务人被宣告破产后，不得再转入重整程序或和解程序。”这一规定为利害关系人之间就是否同意重整或和解的博弈，设定了更为严格的规则。

(二)【民事和解】

民事和解的特点在于债务人与全体债权人达成和解协议，无须将清算程序转为和解程序，法院进行必要审查后可裁定认可并终结破产程序。过去在深圳曾有允许在破产宣告后又转为重整程序的案例，但案件是在旧破产法实施期间进入破产程序的，此前企业未能得到利用重整程序获得挽救的机会，所以存在新旧破产法衔接期间特殊适用的问题，不能简单类比。^[2]

破产中的民事和解是破产清算程序的退出，审查的重点在于程序是否公开透明，和解协议内容是否公平公正等。我国《企业破产法》第105条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的，可以请求人民法院裁定认可，并终结破产程序。”该105条虽然是规定在《企业破产法》第九章“和解”程序中，但该条规定却为在破产程序中适用民事和解制度提供了一定的法律依据。

尽管《全国法院破产审判工作会议纪要》第24条规定债务人被宣告破产后，不得再转入重整程序或和解程序，但是学界对于宣告破产后是否可以再进行和解是持肯定态度的，特别是中国人民大学王欣新教授在《〈全国法院破产审判工作会议纪要〉要点解读》文章中，也认为如果在被宣告破产后，确实需要保留债务人企业的存续，可以适用《企业破产法》第九章“和解”程序中的第105条规定。

(三)【本案适用】

本案中，债务人债权债务关系简单，仅3家债权人，债权结构单一，均为无财产担保的普通债权，且债务人并非因为自身经营管理不当，而系因对外担保产生连带担保责任而引发巨额债

务，进而导致破产，债务人也希望通过与全体债权人的和解，解除镣铐，恢复经营。债务人与全体3家债权人在某珠宝公司被本院宣告破产后提出的和解申请，如严格适用前述破产和解的规定，则无法适用破产和解制度，违背了债务人与债权人的真实意愿，消极地宣告债务人破产，使资源无法发挥出应有的社会效益。本案中，债务人某珠宝公司为著名珠宝首饰品牌的授权经销商，在业内有一定的名气，具有挽救希望和挽救价值，虽然已经被宣告破产了，但在债务人和全体债权人都达成一致和解协议的情况下，理应尊重债务人和全体债权人的和解意愿，挽救企业，使其恢复生机，继续经营。

因此，适用《企业破产法》第105条的规定，

裁定认可债务人与全体债权人自行达成的和解协议并终结破产程序，不仅可以灵活地适用破产程序中的民事和解制度，了结债权债务关系，而且可以充分地维护债务人和全体债权人的正当权益，实现实质公平，进而保障市场对资源的配置效用。

三、本案和解进展

(一)【重新协商、草拟、制定破产债务和解协议】

由于某珠宝公司股东唐某与3家债权人签署的《债务和解协议》是以股东唐某个人名义签订，并未告知管理人和深圳中院，且其中内容并未对



破产费用和共益债务作出安排。因此，在深圳中院主审法官的要求下，由管理人主导债务人某珠宝公司和全体3家债权人协商、草拟、制定《破产债务和解协议》其中内容主要包括：

- 1、全体3家债权人作为甲方，债务人某珠宝公司作为乙方，管理人作为丙方；
- 2、明确可供分配的破产财产总额；
- 3、对破产案件受理费、拍卖费用、管理人执行职务的费用、管理人报酬等破产费用作出清偿安排；
- 4、再对全体3家债权人的普通债权，按债权比例作出和解清偿安排；
- 5、之后，再由债务人另行向其中2家债权人支付部分和解补偿款；
- 6、在全体3家债权人收到管理人支付的清偿款和债务人支付的补偿款后，全体3家债权人豁免某珠宝公司全部剩余债务偿还责任，全体3家债权人与债务人之间的债权债务关系即告终结，全体3家债权人不再对债务人主张其他任何权益。

（二）【审查各方关于破产债务和解协议的真实意愿】

《破产债务和解协议》定稿后、签署前，由管理人向深圳中院书面报告相关和解情况和清偿安排，深圳中院收到管理人书面报告后，经审查认为，某珠宝公司具备挽救价值，为审查各方关于和解协议的真实意愿，深圳中院特别组织全体债权人、债务人进行听证，当庭调查和解协议是否为各方自愿、公开、透明协商的结果，是否损害各方当事人的合法权益。

（三）【签订、履行破产债务和解协议】

听证结束后，债务人与管理人、全体3家债权人重新签署了正式的《破产债务和解协议》协议签署后，由管理人按照协议约定将破产财产进行清偿，债务人再安排向2家债权人支付部分和解补偿款，全部3家债权人收到上述款项后，向管理人出具债务和解清偿确认书。

（四）【裁定认可破产债务和解协议，终结

破产程序】

《破产债务和解协议》履行完毕后，根据管理人申请，依照《企业破产法》第105条的规定，深圳中院于2020年12月15日依法作出《民事裁定书》裁定认可某珠宝公司与管理人及3位债权人达成的《破产债务和解协议》并终结某珠宝公司破产清算程序。

（五）【管理人向债务人移交】

破产清算程序终结后，管理人按照安排向债务人移交相关证照、公章、账册等资料文件，由债务人继续进行经营。

四、本案意义

破产清算程序终结后，某珠宝公司顺利从破产程序中依法退出，并回到市场经济环境当中继续进行经营，本案最终实现了法律效果与社会效果相统一。同时，本案对破产程序中民事和解制度的深度适用具有参考意义，特别是对宣告破产后民事和解制度的适用，提供了很好的个案参考。

后记

在笔者发稿之时，笔者注意到广州市天河区人民法院近日也审结了广州法院首例在破产清算程序中引入债务和解的案件，^[1]同样是在债务人被宣告破产后，在破产清算程序中引入和解模式，促成债务人与债权人之间达成债务和解，待债务清理完毕后予以终结破产清算程序，虽然目前还无法获知天河法院所依据的法律规定，但从笔者办理的上述某珠宝公司案件经验来看，天河法院应当也是采用民事和解制度，适用的是《企业破产法》第105条的规定，可见民事和解制度在破产案件中已然获得了不少实践应用。

参考文献：

- [1] 张钦昱，《破产和解之殇——兼论我国破产和解制度的完善》，华东政法大学学报 2014年第1期
- [2] 王欣新，《〈全国法院破产审判工作会议纪要〉要点解读》，法治研究 2019年第5期
- [3] https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_11447309



□ 陈禄堂/文

陈禄堂律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人。西北政法大学法学学士，中国政法大学法学研究生。曾在工商银行从事信贷工作，拥有工行信贷员资格，曾参与工商银行大量不良资产的清收和处理工作。主要从事领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。



□ 朱峰/文

朱峰，北京市中伦文德律师事务所律师助理，毕业于中国政法大学，取得法学学士学位。2021年通过法律职业资格考试，获得法律职业资格。主要从事领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。

认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人的法律问题探讨

【引言】

2013年《公司法》取消了法定资本制，变实缴制为认缴制。该制度的实施降低了公司的融资成本，激发了投资积极性，与我国当下资本市场快速、灵活的发展方向相契合。^[1]然而认缴资本制确立后，出资期限的设定也已纳入股东自治的范围内。因为取消了对公司注册资本以及法定的股东出资期限的限制，股东在公司章程中可以自主约定出资期限，这就导致新的问题的涌现，股东为了逃避出资责任故意约定过长期限，不仅损害了债权人利益，而且不利于交易的稳定和安全。

当顶层的制度设计向一方倾斜时，相对方的权利救济往往会面临窘境。^[2]如此一来，如何保护债权人的利益便尤为重要。反观当下法院执行程序中，对于如何追加未实缴出资的股东为被执行人尚缺乏相对确定的判定标准。尤其是在未实缴出资股东于认缴期限届满前转让股权的情形下，立法的阙如导致理论纷争不断，实践中问题频发。本文将“认缴期限是否届满”和“是否

存在股权转让”为分类标准，系统梳理认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人的判定标准，以期保护债权人利益、防止恶意逃债、维护法律公平和公信力，维护交易公平。

一、追加未实缴出资股东为被执行人的基础性问题

（一）预设前提

民事审判程序的功能在于通过审理裁判使争议的实体法律关系得以确定，民事强制执行程序的功能在于实现所确定的民事权利义务关系，从“名”到“实”。在执行程序中，被执行人不能清偿债务的情形出现时，债权的实现会受到阻碍。此时，在执行程序中追加案外人显得尤为重要。司法实务中，由于追加被执行人涉及案外人的实体权益，执行法院追加被执行人要严格遵循法律的规定，不得随意追加。而当公司法人作为被执行人时，一般只有在公司股东未履行或未完全履行出资义务之时才存在被追加为被执行人的可能

性。这也是本文探讨认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人的预设前提和基础。

公司成立并具备充足的资金储备是保障公司对内正常运营的物质基础和对外交往的信用基础。^[3]在这个基础上,可以确保市场经济安全有序的发展,制约股东权利、防止股东滥用公司法人人格。^[4]公司注册资本实行认缴制并不意味着减轻股东对公司的出资义务,而是基于降低公司融资成本、鼓励创新创业的考量,使公司股东的出资义务成为一种“附期限”的付款义务。^[5]

(二) 规范基础问题

在执行程序中,法院追加未实缴出资股东为被执行人的法律依据目前较为欠缺。除《公司法》第28条^[6]在股东的出资义务上进行了宣示性规定以及《破产法》第35条^[7]规定了破产程序中股东出资认缴期限加速到期外,其他规定均集中于司法解释的范畴。其中《公司法解释三》第13条^[8]和第18条^[9]分别就股东未履行或者未全面履行出资义务以及股东未依法履行出资义务即转让股权两种情况是否可以要求股东承担补充赔偿责任以及出资义务进行了规定。而《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第17条^[10]和第19条^[11]也分别就股东未缴纳或未足额缴纳出资和未依法履行出资义务即转让股权两种情况是否可追加股东为被执行人进行了规定。此外,《九民纪要》中关于股东出资加速到期的内容,在实践中也起到了一定的指导意义。

从现有法律规范上看,关于追加未实缴股东为被执行人的相关依据较为分散,难成体系,无法涵盖应当追加股东为被执行人的所有情形。这也直接造成司法实践中大量应当追加的案件,明知股东应当承担责任却囿于没有相关法律依据而无法追加的情况。

(三) 理论基础问题

认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人本质上是公司债权人为了实现债权所采用的一种方式,如此便需要具备请求权基础。结合现有相关法律法规不难发现,《公司法解释三》的相关规

定实际上借鉴了《民法典》第535条^[12]有关债权人代位求偿制度。对未出资股东系公司的债务人,公司的债权人可以替代公司直接向未出资等具有瑕疵出资的股东行使权利。同时有观点认为,可以借鉴美国法定债务说来解释公司债权人的请求权。法定债务说将股东缴纳认缴资本的义务合理地解释为“法定债务”,并将其视作特殊规定,无须从传统民商法中寻找理论正当性。^[13]如此一来,无论股东的出资期限是否届满,皆可在执行程序中追加为被执行人。

上述第二种观点虽然可以很好解决追加未实缴出资股东为被执行人的问题,但是显然缺乏理论正当性,并且与中国法律制度难以自洽。然而第一种观点面临的问题在于,代位求偿权行使的基础是公司怠于行使到期债权,而此时股东的认缴期限尚未届满,便不具备行使的条件。^[14]如此,在认缴期限未届满的股东如何追加为被执行人这一问题上便存在理论争议。

二、追加未实缴出资股东为被执行人的类型化探讨

从已掌握的文献资料来看,学界对于认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人这一问题,基本局限于某个具体方面的研究与论证,尚缺乏对于这一问题的系统分类以及分类梳理。本文将在股东均未实缴的前提下,以认缴期限是否届满和公司股东是否存在转让股权的情况为两个分类标准,具体区分为以下几种类型进行分类探讨,以期对司法实务提供参考和借鉴。

(一) 认缴期限届满

当股东于认缴期限届满时仍未履行或未完全履行出资义务,已经构成瑕疵出资。^[15]根据《公司法司法解释三》第13条的规定:“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持。”即法律规范赋予公司的债权人以代位权。基于此,公司的债权人可以替代公司直接向未出资等具有瑕疵出资的股东主张债权。在这种情况下,因为法律有明确规定所以争议不大,一般对于未完全履行

出资义务的股东可以直接追加为被执行人。

（二）认缴期限届满 + 转让股权

认缴期限届满后，股东仍未完全履行出资义务的，是对其出资义务的违反，构成瑕疵出资。转让瑕疵出资的股权即为瑕疵出资股权转让。2011年出台的《公司法解释三》^[16]正式确定了瑕疵出资股权的可转让性并肯定了其转让的效力，更进一步地明确了股东未履行或未全面履行出资义务即转让股权的后续出资承担问题。在没有相关立法的情况下，该解释在处理认缴期限届满股权转让后的出资责任问题上起到了至关重要的作用。但在我国没有相关立法的前提下，便对认缴期限届满而未履行出资义务即转让股权后的出资责任作出司法解释，也有失妥当。实践中，股东于认缴出资到期后未实缴出资而转让股权的，《公司法解释三》第18条的适用得到普遍承认。结合《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第19条的内容，追加原股东为被执行人具有请求权的基础。

但是问题在于，法律没有明确规定应当追加原股东还是转让后的股东作为被执行人。基于法律规范的目的性解释，并使用文义解释和体系解释的方法，立法者的原意应该倾向于追究原股东瑕疵出资责任。因此，建议追加原股东作为被执行人，现股东明知未按期实缴出资或者在协议中明确承担出资义务的也可以同时追加为被执行人。

（三）认缴期限未届满

1. 当下认缴出资制下，股东出资责任能否加速到期

在认缴期限未届满然而股东又不存在股权转让的情况下，认缴期限是否可以加速到期，使股东提前承担出资义务以保护债权人的合法权益？关于这一问题，根本上是由股东出资期限利益与债权人权益保护之间的冲突所引发。^[17]在现有的法律规定中，有两处规定了股东的出资义务应当加速到期，一处是《公司法解释（二）》第22条，另一处是《破产法》第35条。它们都要求尚未履行或未完全履行的出资人缴纳认缴的出资，而与出资期限是否已经届满无涉。但这两处有关加速到期的规定，仅仅适用于公司解散时进行清算或者公司进入破产程序，显然不适用于非破产状态下的出资期限未到期情形。^[18]

从相关案例的检索结果来看，在司法实践中，由于考虑到公司股东出资的期限利益，而不宜随意加重股东的责任，所以法院对出资期限加速到期持非常保守的态度，只有少数案例中债权人的请求能得到法院支持。同时，债权人的举证义务比较重，且完成举证需要消耗极高的法律成本。^[19]值得注意的是，关于这一问题不同法院的掌握的尺度也不尽相同，存在相似案件却不同判的情况。^[20]

2. 理论争议

目前理论界就股东认缴期限未届满能否加速



到期追究股东出资责任，有以下三种学说。主流的肯定说认为：公司在存续过程中，股东的出资期限虽未到，但是股东对公司的发展有着期限的利益，当公司出现债务危机时，股东则丧失期限利益，此时应当追加股东为被执行人以保护债权人的利益。^[21]否定说认为：股东承担补充赔偿责任的前提之一是股东未履行或者未全面履行出资义务，而认缴制度下股东出资期限是法律许可的范围，若扩张解释“未履行”义务范围包括未到认缴期限的股东，则加重股东责任，不应当追加其为被执行人。^[22]折衷说观点认为应结合实际情况看是否股东出资责任加速到期。在没有明确的法律依据和司法解释，则不得要求股东承担补充责任。同时折衷说认为，当公司即将面临破产危机时，申请公司破产会损害债权人利益，应当加速到期股东出资责任。

3.《全国法院民商事审判工作会议纪要》中加速到期制度的情况

2019年11月8日，最高院印发关于《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民纪要》”）的通知，其中就股东出资加速到期的问题做出规定。在注册资本认缴制下，股东原则上依法享有期限利益，但有两种例外情形：“（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。”然而，司法实践中各地法院在适用《九民纪要》中加速到期制度时也并不统一。

4. 建议处理方式

原则上，股东认缴期限未届满时，主张追加未履行或未完全履行出资义务的股东为被执行人，因为需要举证证明其具备破产的情形或已经进入破产程序，故而具有较大难度。但若出现《九民纪要》第6条中规定的两种例外情况，在法律没有明确依据可以追加股东的情况下，按照目前的法律规定可以先申请追加，在被驳回追加申请后通过执行异议之诉追加未届出资期限的股东。笔者认为，在这种情况下如果在追加阶段足以判断股东符合法律规定承担出资责任的情况下，立法部门可以出台相关法律规定直接追加，这就避

免执行局在明知应当承担责任却无权追加而作出不予追加的尴尬情形。被追加股东不服的可以提起执行异议之诉，其他的抗辩权可以通过提起执行异议之诉进行主张，足以保证其权利。

（四）认缴期限未届满 + 转让股权

关于这一问题首先要厘清认缴期限届满前和届满后转让股权的区别。在认缴期限届满后出现股权转让的，应属瑕疵股权的转让行为，根据相关法律规定是确定违法的，因此可以根据《公司法解释三》第18条等规定追加转让股权的原股东或转让后的股东为被执行人。然而《公司法解释三》第18条的规定是建立在部分认缴制基础上的，其只解决认缴期限届满后的股权转让引发的出资责任，因而不能处理出资期限未届满的股权转让而引发的出资责任。^[23]认缴期限未届满而未足额缴纳出资的股权，符合《公司法》、公司章程或出资协议的规定，并没有违反出资义务，所以对于认缴期限未届满即转让股权后的出资责任问题目前尚缺法律的明确规定。

认缴期限未届满股东即转让股权引发的出资责任纠纷没有可以依据的法律规范，不仅不能为人们的相关行为提供指引，还增加了司法审判的难度，同时也不利于商事交易的简便快捷。^[24]法律空白增加了人们选择行为的机会，但也会诱发部分主体尤其是商事主体利用这一法律漏洞为自己谋取非法利益。那么在出现立法空白的前提下，若股东在认缴期限届满前转让股权是否应当承担出资责任，又该如何判定，这是接下来要重点论述的问题。

三、认缴期限届满前转让股权的出资责任分析与判定

（一）司法现状

诚如前文所述，因为《公司法解释三》第18条的规定只适用于判定认缴期限届满后的股权转让所引发的出资责任，对于认缴期限届满前的股权转让行为从目前的法律制度上看是合法的，因此追加认缴期限未届满的股权转让人和受让人为被执行人于法无据，如此一来也造成实践中的种

种乱象。

1. 法律适用错误

关于《公司法解释三》第18条第一款的适用问题已于前文论述，其并不适用于认缴期限届满前转让股权的情况。然而在实践中，诸多案例引用该条规定径行裁判，加重了股东责任，严重损害公司股东的期限利益。例如在“刘春海与杭州灵渠实业有限公司、上海华诚经贸集团有限公司民间借贷纠纷案”^[25]案中，法院依据《公司法解释三》第18条第一款的规定判决股权转让方与受让方对出资承担连带责任。

2. 承担出资责任的主体与形式不明

在出资未届期限而股东转让股权的情况下，承担出资义务的涉及到两方主体，即股权的转让人和股权的受让人。当公司财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，究竟应当由哪一方承担出资义务，是连带责任还是补充责任，关于这些问题法律并无明文规定。实践中，法院存在大约四种裁判观点，分别为转让人承担出资责任^[26]、受让人承担出资责任^[27]、转让人与受让人共同承担出资责任^[28]以及回避态度未说明由谁承担出资责任^[29]。

3. 缺乏对债权人的保护

实际上，法院在处理债权人申请追加未届出资期限的股东为被执行人时，往往会表现得非常谨慎，很少支持债权人的请求。而无论是在诉讼或是执行程序中，债权人为实现债权所付出的成本是极其高昂的。首先，若股东为逃避债务将股权转让给不具备清偿能力的第三人或以其他方式减少公司资产，由于其具有隐蔽性很难被债权人所察觉，这对权利行使非常不利；其次，债权人在申请追加具有期限利益的股东为被执行人时，负有证明涉事股东存在恶意串通、转移资产等有损债权实现行为的举证责任，承担着较高的败诉风险；最后，由于没有相关法律规定，债权人主张权利的渠道并不明确，无疑也提高了债权人的金钱与时间成本。

(二) 理论争议

学术界与实务界在未届出资期限而转让股权而由谁来承担出资责任这一问题上，很长时间以

来，并未形成相对确定的观点，并呈现针锋相对的态势。

1. 肯定说

肯定说认为，应当由股权转让人承担出资责任。持有该观点的学者认为，股东出资的法定义务是一项恒定义务，不因股权流转而消灭，也就是说只要曾取得过公司股东的身份，就负有向公司出资的义务，具有法定性和强制性。^[30]除非法律明确规定，否则该义务不发生转移。^[31]而且从比较法上，德国也认可转让股东不能通过股权转让而从出资债务中脱离，出资责任具有法定性。^[32]

2. 否定说

否定说认为，应当由股权受让人承担出资责任。持有这一观点的学者认为，股权转让合同本质上是一种商事合同，而商事主体具有较高的缔约能力，在不违反法律的强制性规定时，应当优先尊重当事人的意思自治。此外，转让股权是股东的基本权利之一，股权转让应遵循股权概括性转让原则，股权转让的同时股权上的义务也随之转让，其中包括出资义务的转移。^[33]

3. 折衷说

折衷说并不选边，而倾向于分情况进行综合判断。持有该观点的学者主张，应当以债权形成时间为权利保护的分界线，主张出资义务的承担应考虑外部债权人对出资的信赖利益。股东出资信息已通过公示登记系统向市场进行充分披露，外部债权人应在交易前关注企业出资信息。若债权形成的时间在未届出资期限的股权转让后，则债权人并不具有可资保护的信赖利益，遂其要求转让股东承担出资义务的诉请不应得到支持。^[34]

(三) 建议遵循的判定规则

总体上看，理论界对该问题形成的三种主流观点都有其合理性但也存在不足之处。肯定说过分强调股权转让方的出资义务，这样的做法无疑会加重股东的负担，降低市场的活力，与资本认缴制的初衷不符，同时对于企业股东出资信息的公示造成一定难度。否定说概然地认为应当由股权受让人承担出资责任，但忽视了对于转让人和受让人主观心态的判断，没有考虑恶意转让股权

的情况。折衷说没有确定的标准，实践中很难有效应用。因此，建议将判定的规则分为一般和特殊进行阶层化处理。

1. 一般规定

一般而言，当认缴期限未届满出现股权转让时，基于股权概括性转让的原则，应当优先由受让人承担该部分股权的出资责任。同时，考虑到出资责任具有一定的人身依附性或法定性，股权转让人不可从出资责任人中脱离。因此股权转让人仍应承担一定的出资责任，但应明确为受让人不能履行出资义务的补充责任。^[35]若股权转让人承担了根据股权转让协议应由受让人承担的出资责任后，根据公平原则，应当有权向股权的受让人追偿。从性质上看，此处的追偿权属于《公司法解释三》第18条第2款的类推适用。

2. 特别规定

由股权受让人承担出资责任、转让人承担补充责任的原则性规定，其适用于转让人如实告知股权及出资情况的前提下发生的股权转让。若缺少对于特殊情形的分析，实际上难以对债权人形成周延的保护。具体包括以下几方面：（1）转让人以欺诈等手段，致使受让人基于错误认识受让股权的，应当由转让人承担最终出资责任；（2）转让人与受让人恶意串通，以转让股权的方式逃避债务的，则由二者对出资承担连带责任。

在执行程序中，为更加全面保障债权人的合法权益，避免股东恶意逃债，可以将债权形成时间、企业经营情况、股东间关于出资的约定、原股东主观是否恶意等情况纳入考虑范围，判断追加原股东还是现股东作为共同被执行人。在无法判断时，可以同时追加为被执行人。

（四）对于部分反对观点的反驳

为了使上文提出的判定规则实现逻辑上的自治，有几个关键问题是避不开的，在此进行说明，同时对相应观点进行反驳。

1. 关于出资义务是否具有可转让性

有部分观点认为，当认缴期限未届满时，应当由转让人承担出资责任的主要原因在于出资义务属于法定义务而不具有可转让性。^[36]如果任由股东通过股权转让将出资义务转由股权受让人

承担，将减损公司交易相对方的信赖利益，不利于债权人权益的保护。

但是出资义务具有可转让性的观点更具合理性。首先，股东在公司设立或增资时对公司的认缴意思表示在民法上属于为自己设定负担行为，标志着债权债务关系的建立。^[37]因此，作为特殊债务的出资义务也应当具有转让性。其次，股权转让合同属于商事合同，缔约双方具有较高的注意义务和缔约能力，应当充分尊重交易双方的真实意思，充分保障意思自治，在不违反法律法规的强制性规定的情况下肯定其对于出资义务转让的相关约定。再次，若规定由转让人承担出资责任，其不能很好解决连续股权转让的问题，同时对于企业公示也造成一定的难度。最后，在排除恶意串通等行为的情况下，既然受让人已经取得瑕疵股权，就应该独立承担该瑕疵股权的全部权利义务。但无论瑕疵出资股东是否出让自己的股权，出让几次，该股东仍然要对公司债务负补充清偿责任。^[38]

2. 关于股权转让合同相对性问题

有部分观点认为，股权转让合同既然属于合同的一种，那么就要遵循合同相对性的约束，不得对合同以外的民事主体科以负担。^[39]所以，尽管股权发生转让，但是原股东仍然须对未实缴的出资承担责任，以保护债权人的利益。

关于这个问题，需要分情况予以回应。若交易关系发生于股权转让之前，股东的变更确实会影响公司交易相对方即债权人的利益。但需要强调的是，本文所提出的判定规则在一般情形下并不免除股权转让人的出资义务，只是尊重股权转让双方的合同意思自治，可以由受让人优先承担出资义务，出现履行不能的方可由转让人承担补充责任。此外，在实行资本认缴制的市场环境下，公司内部出现股东的变更应属常见现象，公司交易相对方应当对这一情况有基本的预判。若交易关系发生于股权转让之后，此时公司交易相对方作为理性的民事主体，应当对公司的股权结构、出资情况等负有审查和注意义务。如此一来，由股权受让人承继原股东的出资义务，也符合对债权人信赖利益保护的需要。

四、完善追加未实缴出资股东为被执行人的合理化建议

（一）完善追加未实缴出资股东为被执行人的相关立法

结合前文论述，我国在追加未实缴出资股东为被执行人问题上，尤其是针对认缴未到期前转让股权的情形，相关法律规定并不明确。如此一来，实践中大量应当追加股东为被执行人的案件，法官常常因为没有法律明确依据而裁定不予追加，致使债权人的权利实现阻碍重重。现阶段，在法律尚存空白的情况下，可以先通过制定司法解释和程序性规定的方式对债权人进行救济，同时也可作为制定法律的前置程序进行试验。最终通过制定相关法律的方式，明确追加未实缴出资股东为被执行人的具体判定规则以及责任承担方式。

（二）统一追加未实缴出资股东为被执行人的裁判规则

为了解决追加未实缴出资股东为被执行人在实践中的矛盾情况，统一和确定的裁判规则是不可或缺的。结合前文论述，无论是对于股东出资加速到期还是出资期限届满前出现股权转让的，较好的处理方式都是分为一般和特殊进行阶层化处理，以保证裁判规则在逻辑上的周延性，最终实现对债权人权益的完整保护。

关于股东出资加速到期这一问题，原则上应当保护股东出资的期限利益，不宜加重股东的负担，但在出现九民纪要以及其他法律规定的特殊情形也可主张认缴期限加速到期，以未履行出资义务为由追加该股东未被执行人。而当认缴期限届满前发生股权转让的，一般情形下，原则应尊重当事人的意思自治，由股权受让人承担后续的出资义务，原股东承担补充责任。但若出现股权转让人存在欺诈、和恶意串通等情形的，也可转而由股权转让人承担最终的出资责任或者股权转让双方对出资承担连带责任。同理，在执行程序中，债权人可藉由出资责任的分担规则确定追加相应主体为被执行人。当然，裁判规则的建立与

法律制度的完善是一脉相承的。

（三）增设股权转让人的追偿权制度

结合前文论述，在认缴出资期限届满前发生股权转让的情形下，应当优先追加股权受让人为被执行人，转让人承担补充责任。但在没有法律明确规定可以追加转让人或被转让人为被执行人时，实践中存在大量援用《公司法解释三》第18条和《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第19条进而追加转让人为被执行人的案例。而当股权转让人承担了出资责任，在现有法律框架下却没有相应的救济措施。股权转让人既要接受瑕疵股权转让时较低的对价，又要承担受让人不能履行出资义务时的出资补充赔偿责任，这样的做法不符合利益平衡原则。因此，建议赋予瑕疵股权转让后又承担出资义务的转让人向受让人追偿的权利。^[40]

（四）建立合理的股东出资催收机制

股东出资是公司资本的主要来源，资本充足是交易安全和稳定的重要保障。而在现行认缴资本制下，股东享有在认缴期限届满前履行出资义务的期限利益，却缺乏相应的催缴机制，导致债权人保护不足以及公司资金运作困难。^[41]在实践中，股东怠于出资而公司怠于履行催收义务的情况比比皆是。在现行法律规定下公司并不需要对此承担责任，因此需要提高公司催收的积极性。笔者认为我国可以借鉴国外的相关立法经验，由《公司法》规定通过股东会决议等方式加速股东出资义务，但也需要同时对此进行一定的限制，以满足股东之间的权利义务平等性和公平性的要求。

五、结语

本文在论述认缴制下追加未实缴出资股东为被执行人的相关问题时，首先对该问题在立法和理论上的争议与困境进行分析说明。进而以认缴期限是否届满和公司股东是否存在转让股权的情况为两个分类标准，对该问题进行了类型化的研究和探讨，其中着重对认缴期限届满前转让股权的类型进行重点分析，最终建设性地提出在此情

形下出资责任的判定规则。最后，笔者结合立法与实践现状，提出了现阶段追加未实缴出资股东为被执行人的合理化建议，以期对我国立法与实践应用有所助益。

参考文献：

(一) 专著类

1. 李建伟：《公司法学》，中国人民大学出版社 2011 年版。
2. 施迎华：《股东未履行出资义务情形下的若干法律问题探讨》，人民法院出版社 2017 年版。

(二) 期刊类

1. 路畅：《资本认缴制下瑕疵出资的法律责任分配制度》，载《云南民族大学学报》2019 年第 1 期。
2. 黄耀文：《认缴资本制度下的债权人利益保护》，载《政法论坛》2015 年第一期。
3. 赵旭东：《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》，载《法学研究》2014 年第 5 期。
4. 朱蕴慈：《法定最低资本额制度与公司资本充实》，载《法商研究》2004 年第 1 期。
5. 立方律师事务所：《出资义务到期前转让股权，原股东是否对公司债务承担补充清偿责任？》，载《威科先行法律信息库》。
6. 房国宾，周代顺：《认缴制下股东出资义务加速到期机制研究——基于公司资本制度改革视角的分析》，载《时代法学》2019 年第 5 期。
7. 田小娟：《认缴制下股东出资加速到期问题研究》，载《时代法学》2019 年第 6 期。
8. 虞冲：《加速到期制度可追加的未出资股东类型》，载《法制博览》2020 年 6 月（下）。
9. 李书辉：《认缴制下股东出资责任问题研究》，载《法制博览》2020 年 1 月（上）。
10. 黄婷婷：《论认缴制下股权转让后的出资责任》，中南财经政法大学 2019 年硕士学位论文。
11. 林芳，金玉：《瑕疵出资股权转让时受让人的责任承担及救济》，载《长春理工大学学报》（社会科学版）2016 年第 6 期。
12. 张军强，张煜：《认缴制背景下瑕疵股权转让后股东出资责任承担问题研究》，载《北京政法职业学院学报》，2019 年第 3 期。
13. 蒋大兴，叶林，刘凯湘等：《认缴资本制语境下的股权转让与出资责任》，载《人民司法》2017 年第 13 期。
14. 罗小丹：《浅析认缴制下出资未到位即股权转让后的出资责任》，载《法制博览》2020 年 3 月（上）。
15. 丁勇：《认缴制后公司法资本规则的革新》，载《法学研究》2018 年第 2 期。

(三) 裁判文书

1. 三河市人民法院（2016）冀 1082 民初 137 号。
2. 广东省深圳市福田区人民法院（2014）深福法民二初字第 3042 号。
3. 嘉兴市中级人民法院（2017）浙 04 民终 1929 号。
4. 宁波市中级人民法院（2018）浙 02 民终 61 号。
5. 杭州市西湖区人民法院（2016）浙 0106 民初 3679 号。

注释：

- [1] 路畅：《资本认缴制下瑕疵出资的法律责任分配制度》，载《云南民族大学学报》2019 年第 1 期，第 156 页。
- [2] 黄耀文：《认缴资本制度下的债权人利益保护》，载《政法论坛》2015 年第一期，第 162 页。
- [3] 赵旭东：《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》，载《法学研究》2014 年第 5 期。
- [4] 朱蕴慈：《法定最低资本额制度与公司资本充实》，载《法商研究》2004 年第 1 期。
- [5] 立方律师事务所：《出资义务到期前转让股权，原股东是否对公司债务承担补充清偿责任？》，载《威科先行法律信息库》，第 1 页。
- [6] 《公司法》第 28 条：股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。
- [7] 《破产法》第 35 条：人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。
- [8] 《公司法解释三》第 13 条第 2 款：公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充清偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。
- [9] 《公司法解释三》第 18 条：有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条

第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。受让人根据前款规定承担责任后，向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的，人民法院应予支持。但是，当事人另有约定的除外。

- [10] 《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第 17 条：作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。
- [11] 《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第 19 条：作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。
- [12] 《民法典》第五百三十五条：因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。
- [13] 房国宾，周代顺：《认缴制下股东出资义务加速到期机制研究——基于公司资本制度改革视角的分析》，载《时代法学》2019 年第 5 期，第 28 页。
- [14] 田小娟：《认缴制下股东出资加速到期问题研究》，载《时代法学》2019 年第 6 期，第 79 页。
- [15] 李建伟：《公司法学》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 187-188 页。
- [16] 参见《公司法解释三》第 18 条
- [17] 田小娟：《认缴制下股东出资加速到期问题研究》，载《时代法学》2019 年第 6 期，第 76 页。
- [18] 房国宾，周代顺：《认缴制下股东出资义务加速到期机制研究——基于公司资本制度改革视角的分析》，载《时代法学》2019 年第 5 期，第 28 页。
- [19] 施迎华：《股东未履行出资义务情形下的若干法律问题探讨》，人民法院出版社 2017 年版，第 129-130 页。
- [20] 虞冲：《加速到期制度可追加的未出资股东类型》，载《法制博览》2020 年 6 月（下），第 12-13 页。
- [21] 李书辉：《认缴制下股东出资责任问题研究》，载《法制博览》2020 年 1 月（上），第 26 页。
- [22] 田小娟：《认缴制下股东出资加速到期问题研究》，载《时代法学》，2019 年 12 月第 17 卷第 6 期，第 77 页。
- [23] 黄婷婷：《论认缴制下股权转让后的出资责任》，中南财经政法大学 2019 年硕士学位论文，第 2 页。
- [24] 黄婷婷：《论认缴制下股权转让后的出资责任》，中南财经政法大学 2019 年硕士学位论文，第 7-8 页。
- [25] 三河市人民法院（2016）冀 1082 民初 137 号。
- [26] 广东省深圳市福田区人民法院（2014）深福法民二初字第 3042 号。
- [27] 嘉兴市中级人民法院（2017）浙 04 民终 1929 号。
- [28] 宁波市中级人民法院（2018）浙 02 民终 61 号。
- [29] 杭州市西湖区人民法院（2016）浙 0106 民初 3679 号。
- [30] 林芳，金玉：《瑕疵出资股权转让时受让人的责任承担及救济》，载《长春理工大学学报》（社会科学版）2016 年第 6 期，第 45 页。
- [31] 张军强，张煜：《认缴制背景下瑕疵股权转让后股东出资责任承担问题研究》，载《北京政法职业学院学报》，2019 年第 3 期，第 33 页。
- [32] 立方律师事务所：《出资义务到期前转让股权，原股东是否对公司债务承担补充清偿责任？》，载《威科先行法律信息库》，第 3 页。
- [33] 蒋大兴，叶林，刘凯湘等：《认缴资本制语境下的股权转让与出资责任》，载《人民司法》2017 年第 13 期，第 105 页。
- [34] 立方律师事务所：《出资义务到期前转让股权，原股东是否对公司债务承担补充清偿责任？》，载《威科先行法律信息库》，第 3 页。
- [35] 路畅：《资本认缴制下瑕疵出资的法律责任分配制度》，载《云南民族大学学报》2019 年第 1 期，第 158 页。
- [36] 罗小丹：《浅析认缴制下出资未到位即股权转让后的出资责任》，载《法制博览》2020 年 3 月（上），第 174 页。
- [37] 丁勇：《认缴制后公司法资本规则的革新》，载《法学研究》2018 年第 2 期，第 156 页。
- [38] 路畅：《资本认缴制下瑕疵出资的法律责任分配制度》，载《云南民族大学学报》2019 年第 1 期，第 158 页。
- [39] 张军强，张煜：《认缴制背景下瑕疵股权转让后股东出资责任承担问题研究》，载《北京政法职业学院学报》，2019 年第 3 期，第 32 页。
- [40] 张军强，张煜：《认缴制背景下瑕疵股权转让后股东出资责任承担问题研究》，载《北京政法职业学院学报》，2019 年第 3 期，第 36 页。
- [41] 田小娟：《认缴制下股东出资加速到期问题研究》，载《时代法学》2019 年第 6 期，第 80 页。





□ 姚正旺/文

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



□ 沈德凤/文

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

银行业金融裁判与执行前沿问题研究（上）

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

一、金融借款合同的利率在司法审判时是否受限于新的民间借贷利率上限问题

（一）新民间借贷司法解释及其批复的有关规定

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（2020 第二次修正，以下简称《新民间借贷司法解释》）第一条规定：“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通的行为。经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。”《最高人民法院关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复》中规定：“一、

关于适用范围问题。经征求金融监管部门意见，由地方金融监管部门监管的小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织，属于经金融监管部门批准设立的金融机构，其因从事相关金融业务引发的纠纷，不适用新民间借贷司法解释。”

在《新民间借贷司法解释》和《最高人民法院关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复》中，最高人民法院明确，经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用《新民间借贷司法解释》；经征求金融监管部门意见，由地方金融监管部门监管的小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织，属于经金融监管部门批准设立的金融机构，其因从事相关金融业务引发的纠纷，不适用《新民间借贷司法解释》。

《新民间借贷司法解释》第二十五条规定：“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。

前款所称‘一年期贷款市场报价利率’，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。”因此，民间借贷合同中，双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分将难以获得法院的支持。《新民间借贷司法解释》第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，人民法院不予支持。”

（二）金融借款合同的利率是否受限于新的民间借贷利率上限问题

从《新民间借贷司法解释》第一条规定的适用范围看，银行等经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用《新民间借贷司法解释》。但是否意味着金融借款的利率在司法审判中完全不受民间借贷利率上限的影响，目前仍然存在一定的疑问。

《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》（法发【2017】22号）第二条规定：“严格依法规制高利贷，有效降低实体经济的融资成本。金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率24%的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。规范和引导民间融资秩序，依法否定民间借贷纠纷案件中预扣本金或者利息、变相高息等规避民间借贷利率司法保护上限的合同条款效力。”2019年11月14日，最高人民法院对外发布第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）中规定：“人民法院在审理借款合同纠纷案件过程中，要根据防范化解重大金融风险、金融服务实体经济、降低融资成本的精神，区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准。”在最高人民法院之前出台的《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》中，最高人民法院明确提出，金融借款合

同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率24%的部分予以调减的，应予支持；但《九民纪要》中，最高人民法院又明确应当区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准，那么金融借贷利率在司法审判时是否受限于新的民间借贷利率上限（金融借款合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍），尤其在约定了复利且长期未归还金融借款时金融借款的年利率已超过金融借款合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的情形下，以及金融借贷的“规则与利率标准”应作何解释。

《九民纪要》第五十一条规定：“金融借款合同纠纷中，借款人认为金融机构以服务费、咨询费、顾问费、管理费等为名变相收取利息，金融机构或者由其指定的人收取的相关费用不合理的，人民法院可以根据提供服务的实际情况确定借款人应否支付或者酌减相关费用。”同样，对于此处金融机构以服务费、咨询费、顾问费、管理费等为名变相收取的利息，如果金融借贷双方均有以服务费、咨询费、顾问费、管理费等为名变相支取利息的意思，法院在司法审判时是否还需受限于新的民间借贷利率上限确定借款人应否支付或者酌减相关费用。

（三）最高人民法院的有关裁判案例

在最高人民法院作出的裁判案例中，最高人民法院对金融借款的利率也存在不同的裁判取向。

在天津隆侨商贸有限公司诉国联信托股份有限公司等金融借款合同纠纷案（案号为（2013）民二终字第124号）、金沙县农村信用合作联社等与方先成、姜荣昌等金融借款合同纠纷案（案号为（2016）最高法民终707号）、梅州地中海酒店有限公司等金融借款合同纠纷再审案（案号为（2018）最高法民再54号），最高人民法院在裁判时适用《关于进一步推进利率市场化改革的通知》确认金融借款无利率上限；在上海九川投资（集团）有限公司等金融借款合同纠纷申请再审案（案号为（2015）民申字第3538号）、青岛中豪汽车销售有限公司、青岛楚贺集团有限公

司金融借款合同纠纷案（案号为（2018）最高法民终 267 号）、内蒙古银行股份有限公司呼和浩特武川支行、李亚卿金融借款合同纠纷案（案号为（2018）最高法民再 66 号）中，最高人民法院在裁判时直接适用民间借贷利率规则；在山西柳林宏盛聚德煤业有限公司等金融借款合同纠纷上诉案（案号为（2017）最高法民终 927 号）中，最高人民法院在裁判时参照适用民间借贷利率规则。

（四）意见建议：

因此，金融借贷的利率在司法审判时是否受限于新的民间借贷利率上限，以及《九民纪要》中金融借贷的“规则与利率标准”应作何解释，金融借款利率上限是否存在可统一适用的司法裁判规则，建议最高人民法院会同人民银行等金融监管部门（征求其意见）通过司法解释、审判工作会议纪要、指导性案例等形式予以进一步明确。

二、保理合同纠纷的管辖权问题

由于保理合同纠纷至少涉及基础合同和保理合同两份合同，管辖权规则不够明确，实践中因管辖权发生争议的案件较多，管辖权异议在保理合同纠纷中比较普遍。特别是在保理人同时起诉债务人和债权人的案件中，如果保理合同和基础合同约定的管辖法院不一致，甚至分别约定了法院和仲裁管辖，法院将不得不对管辖问题进行审查，各地司法实践中对管辖法院的确定持不同观

点，具体管辖法院的认定标准不一。

（一）在保理人同时起诉债务人和债权人的案件中管辖法院的不同观点

观点一：认为应当依据基础合同来确定管辖。理由是保理合同以基础合同的债权转让为前提，保理人在叙做保理业务时应当知晓基础合同的管辖约定，理应受到基础合同管辖条款的约束。例如《天津市高级人民法院关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要（一）》（以下简称《天津会议纪要（一）》）第五条第四款规定“保理商向债权人、债务人及担保人一并主张权利的，应当根据债权人与债务人之间的基础合同确定管辖。”

观点二：认为应当依据保理合同来确定管辖。其认为保理业务是资金融通与债权转让相结合的金融业务形式，已有一定的业务标准，具有较强的整体性。同时，保理合同法律关系涉及多方主体，若分散审理，案件事实及各方权利义务较难准确查明及定性。为了方便诉讼，减轻当事人讼累，宜根据保理合同的约定确定管辖法院一体审理。例如《深圳前海合作区人民法院关于审理前海蛇口自贸区内保理合同纠纷案件的裁判指引（试行）》（以下简称《深圳前海规则》）第六条规定“保理商将债权人、债务人作为共同被告，根据保理合同约定向有管辖权的人民法院起诉后，债务人提起管辖权异议的，不予支持。”

观点三：认为保理合同和基础合同管辖约定不一致的应当分案审理。例如《湖北省高级人民法院民二庭当前商事审判疑难问题裁判指引》（以下简称《湖北裁判规则》）第 30 条第 3 款规定“保理合同当事人之间存在保理合同和基础合同的双重法律关系，对于是否必须合并审理、根据保理合同还是基础合同法律关系



确定管辖尚无法律规定。如果不存在管辖争议，保理合同和基础合同纠纷可以并案审理。一律按照基础合同或者保理合同确定管辖都缺乏充分的依据。如果保理合同和基础合同由不同法院管辖则应当分案审理。”

（二）意见建议：

保理合同当事人之间存在保理合同和基础合同的双重法律关系，保理商一并起诉时，对于管辖的确定的问题，按照《天津会议纪要（一）》的思路，除非保理商、债权人和债务人三方另有约定，否则按照基础合同确定管辖；《深圳前海规则》明确规定，由保理合同确定管辖；而《湖北裁判规则》则规定如果保理合同和基础合同由不同法院管辖则应当分案审理。

《民法典》并未对此明确规定，但是按照《民法典》第七百六十九条“本章没有规定的，适用本编第六章债权转让的有关规定”的思路，是否可以解读为没有三方约定的，按照基础合同确定管辖，仍待明确。建议最高人民法院出台司法文件明确，在保理人同时起诉债务人和债权人的案件中，如果保理合同和基础合同约定的管辖法院不一致，甚至分别约定了法院和仲裁管辖的案件中，如何确定具体的管辖法院（比如明确“应当依据保理合同来确定管辖”），以统一管辖标准。

三、银团贷款诉讼主体问题

在相当一部分银团贷款业务中，《银团贷款合同》对诉讼主体没有明确限制性约定，但《银团内部合作协议》中对于诉讼主体有明确约定，即代理行职责为当银团会议决议决定通过诉讼追究借款人的违约责任时，由代理行负责全权代理银团各贷款人向借款人提起诉讼。在这种情况下，参加行依据《银团贷款合同》单独提起诉讼，是否符合诉讼主体资格。

在安徽泗县农村商业银行股份有限公司与安徽逸顿国际大酒店有限公司、陈森借款合同纠纷案件（铜陵市铜官区人民法院（2019）皖0705民初657号）中，濉溪农商行是银团贷款的参加行，在借款人安徽逸顿国际大酒店有限公司逾期偿还本金和利息时，单独提起诉讼要求法院依据《银

团贷款合同》判决偿还拖欠本息。法院经审理认为，濉溪农商行作为《银团贷款合同》贷款人成员，在签订《银团贷款合同》的同时又与各贷款人共同签订了《银团内部合作协议》一份，该协议第十二条规定“任何银团成员对借款人提起和进行任何争议解决法律程序的权利应当通过代理行（社）组织进行，……”故濉溪农商行作为原告提起本案诉讼主体不适格，依法应当驳回其起诉。

在司法审判中，有法院认为，根据《银团内部合作协议》中的约定，参与行无法依据《银团贷款合同》提起诉讼，因为参与行的诉讼主体不适格。但该问题还存在一定的不合理之处，一是依据合同相对性，参与行与借款人依据《银团贷款合同》直接发生了债权债务关系；二是《银团内部合作协议》仅具有内部效力，参与行对牵头行或代理行及其他参与行作出的不直接起诉的承诺，不能突破合同相对性影响到参与行依据《银团贷款合同》对外向债务人行使诉权，但牵头行或代理行及其他参与行可依据《银团内部合作协议》追究起诉的参与行的违约责任。

意见建议：

建议最高人民法院明确，《银团内部合作协议》中由牵头行或代理行代表银团诉讼的约定，不能突破合同相对性，影响参与行依据《银团贷款合同》直接对外向债务人行使诉权。

四、执行异议之诉中不动产受让人与优先权人的权利对抗问题

（一）《执行异议和复议规定》适用分析

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议和复议规定》”）第二十七条规定：“申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，但法律、司法解释另有规定的除外。”

《执行异议和复议规定》第二十八条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的

不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；

（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。”

《执行异议和复议规定》第二十九条规定：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；

（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”

（二）《执行异议和复议规定》第二十七条但书条款适用分歧

关于《执行异议和复议规定》第二十八条、第二十九条是否属于第二十七条的但书条款，司法实践对此亦莫衷一是，从而导致了同案不同判的裁判结果。

在新疆聚鼎典当有限责任公司、阿亚提·阿卡依申请执行人执行异议之诉一案【案号：(2017)最高法民申 2270 号】中，最高人民法院基于《执行异议和复议规定》第二十八条规定，认为虽然登记的抵押权确实享有一定的优先权，但与购买人的利益冲突时，在符合该规定情形且权利能够排除执行的情况下，应优先保护购买人的利益。

而在李光红、中国农业银行股份有限公司重庆九龙坡支行申请执行人执行异议之诉【案号：(2019)最高法民申 1684 号】中，最高人民法院基于《执行异议和复议规定》第二十七条、第二十八条的立法目的，认为第二十八条关于一般不动产买受人在何种情形下能够排除基于对出卖人的强制执行程序的规定，解决的是在执行程序中买受人对所买受不动产的权利保护与基于金钱

执行债权人的权利保护发生冲突时，基于对正当买受人合法权利的特别保护之目的而设置的特别规则，这在一定程度上已经是对债权平等原则和合同相对性原则的突破，故一般而言，该种情形下的买受人对于所买受不动产的民事权益并不能够排除申请执行人基于在先成立的抵押权的强制执行。

前述所列举的(2017)最高法民申 2270 号案例是司法实践中惯常的一种裁判方法，在满足《执行异议和复议规定》第二十八条规定的四要件的情况下，不动产买受人得排除抵押权人对案涉标的的强制执行。然则，(2019)最高法民申 1684 号案例则从另一个角度分析“该规定解决的是在执行程序中买受人对所买受不动产的权利保护与基于金钱执行债权人的权利保护发生冲突时，基于对正当买受人合法权利的特别保护之目的而设置的特别规则”，直言之，《执行异议和复议规定》第二十八条规定适用的前提条件是需满足“金钱债权”的执行案件。

在河南商水农村商业银行股份有限公司、高春生申请执行人执行异议之诉一案【案号：(2018)豫民申 710 号】中，即便是裁判文书仅涉及抵押权人对抵押财产享有优先受偿权，而未产生直接的金钱给付义务，法院仍然适用《执行异议和复议规定》第二十八条的规定，在各方当事人之间进行权利大小的比较和平衡。

（三）意见建议：

上述关于《执行异议和复议规定》第二十八条、第二十九条是否属于第二十七条的但书条款，司法实践对此理解不一，导致类似案件在不同法院判决结果不一致，甚至在最高人民法院相隔较近的类似案件中也作出了完全相反的规定，出现众多同案不同判的裁判结果，引发实务界何为“非金钱债权”问题的思考。建议最高人民法院明确界定“金钱债权”与“非金钱债权”内涵。

五、对退赔被害人损失在破产清算程序中有无优先权问题

（一）刑事退赔优先原则

最高院在《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条中对执行分配中刑事退赔优

先原则进行了规定，但在《破产法》中，刑事被害人并没有优先受偿的依据，破产法中申报的债权除却优先债权外皆为普通债权，分配顺序按比例受偿。

融资类经济犯罪有以下几个共同点：涉案金额大、被害人众多、债务严重资不抵债、赃款用以投资及置业居多、多种法律关系混杂、资产与其他债务混同、资产处置与破产程序交叉。而退赔被害人损失在破产程序中的清偿顺位，在破产法中尚未有明确法律规定。也因此，刑事退赔在破产清偿中的顺位存在不同的观点，司法实践中争议较大。

1、赃款赃物不属于债务人合法财产，不应纳入破产债权范围。

《破产法》的立法精神，是为了保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序。破产法调整的范围是债权债务人的合法权益。《刑法》第六十四条规定对于“违法所得，应当依法予以追缴或者责令退赔”。违法所得不属于合法权益，不该由破产法进行调整。另外，最高院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十条“对赃款赃物、赃款赃物投资或者置业、赃款赃物与其他合法财产共同投资或者置业，对因此形成的财产中与赃款赃物对应的份额及其收益，人民法院应予追缴”也有表述。从上述法律规定可以看出，赃款赃物本就属于被害人的合法财产，刑事程序可以使得被害人被侵害的合法财产通过刑事追缴的方式得以救济。

2、多个法律规定及会议纪要法理支持

2013年7月，浙江省高级人民法院印发的《关于在审理企业破产案件中处理集资类犯罪刑民交叉若干问题的讨论纪要》（浙高法民二（2013）7号，以下简称《浙江破产案件纪要》）规定“管理人根据企业破产案件和相关集资类犯罪刑事案件的情况，拟定针对以下财产的附条件的分配方案：（1）解除刑事查封、冻结措施后交由企业破产程序分配的财产；（2）刑事诉讼程序终结后追回的财产；（3）不属于涉集资类犯罪赃款赃物，依法发还的债务人企业合法财产”。可见，该《浙江破产案件纪要》将刑事涉财类财产与普通债务人财产进行了区分。赃款赃物是可以从破产财产

中剥离出来的，应有别于破产法中规制的债权债务人所享有的合法权益，退赔被害人损失应区别于普通破产程序。虽然浙江高院的《浙江破产案件纪要》为地方性文件，但该文件体现的刑法中关于“赃款赃物应予以追缴并发还被害人”的精神值得借鉴。

2014年《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条规定受偿顺位应该是：（1）人身损害赔偿中的医疗费用；（2）优先受偿债权；（3）退赔被害人的损失；（4）其他民事债务；（5）罚金；（6）没收财产。2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部在联合印发的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第九条中指出“退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行”。2020年3月12日，江苏高院为了提高执行质量与效率，保护当事人及参与分配债权人的合法权益，制定了《关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见》其中第十一条也明确，执行财产涉及非法集资刑事案件涉案财物的，退赔非法集资参与人的损失部分，应当优先于其他民事债权以及罚金、没收财产予以执行。

可见，在刑民交叉的情况下，退赔被害人损失应优先其他债权。倘若将被害人损失归属于一般债权，在破产程序中进行调整，否认刑事退赔的优先性，这有悖于破产法中针对合法财产进行调整的立法背景，如此会导致实务中法律适用的混乱。

（二）意见建议：

由于在刑事案件特别是融资类经济犯罪（如非法吸收公众存款、集资诈骗罪）资产处置与破产程序交叉，而退赔被害人损失在破产程序中的清偿顺位，在破产法中尚未有明确法律规定。也因此，刑事退赔在破产清偿中的顺位存在不同的观点，司法实践中争议较大。建议最高人民法院明确退赔被害人损失应优先其他债权。

（未完待续）





□ 徐云飞/文

徐云飞律师，中伦文德律师事务所合伙人，网络安全与数据合规专业委员会主任。主要执业领域：数据合规、电信及互联网监管、反垄断及反不正当竞争、投资并购、劳动、国有资产管理和其他一般公司法务。



□ 祝文君/文

祝文君律师，中伦文德律师事务所律师，主要执业领域：数据合规、电信及互联网监管、劳动、和其他一般公司法务。

《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》简要解读及风险提示

国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局于2021年3月22日联合发布了《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》(以下简称“《规定》”)，《规定》在《中华人民共和国网络安全法》(以下简称“《网络安全法》”)第四十一条[1]的基础上，对个人信息收集的必要范围做出了更细化的规定，为企业在实务操作中，衡量个人信息收集范围合法合理化作出了指引。

一、立法的必要性——在部门规章的层面上明确了移动应用(文中简称“APP”)必要个人信息的具体范围

随着大数据、人工智能的纵深发展和推广应用，数据日渐成为企业的重要资产。为了获得更加精准的算法，取得更高的经济效益，APP运营者天然地倾向于获得更多的个人信息，实务中侵害个人信息主体合法权益的行为(如超范围收集)也普遍存在。

《网络安全法》规定了合法、正当、必要的个人信息收集原则，但并未明确“必要”的边界。《规定》出台之前，全国信息安全标准化技术委员会(以下简称“信安标委”)陆续发布了《信息安全技术 个人信息安全规范》(以下简称“《个

人信息安全规范》)、《网络安全实践指南-移动互联网应用基本业务功能必要信息规范》(以下简称“《必要信息规范》”)、《信息安全技术 移动互联网应用(APP)收集个人信息基本规范(草案)》(以下简称“《个人信息基本规范(草案)》”)等一系列标准(含草案)。《个人信息安全规范》作为个人信息保护领域的基本国家标准，明确规定了“最小必要”的个人信息安全基本原则。《必要信息规范》和《个人信息基本规范(草案)》两项标准均列明了个人信息收集的最小必要范围，为企业实务操作提供指引。但鉴于前述标准均为推荐性国家标准，并不具备强制力，在法律法规层面仍然缺乏明确的依据。即，虽然存在上述法规标准，但就什么是“必要”的个人信息在法律法规层面仍然缺乏具体、明确的规则，导致相关市场主体在遵守该等规则时面临无“法”可依的状况。并且，虽有前述规定，在《规定》出台时，市场上仍然存在大量强行收集非必要个人信息并将是否授权收集该等个人信息与APP初始化绑定的情况(即用户不同意授权APP收集与APP基础功能无关的个人信息就无法使用APP的基础功能)，该等现象也亟需从法律层面加以规制。

《规定》在法律性质上属于部门规章。《规定》

首次从法律法规层面初步明确了 APP 可收集的“必要”个人信息的范畴，确立了相对具体、明确的规则，为后续的监管及实务操作提供了法规层面的支撑。

二、《规定》的立法亮点与未明之处

1、立法亮点

(1) 明确了 39 类常见 APP 的基本功能服务及必要个人信息范围

《规定》对地图导航、网络约车、即时通信等 39 类常见类型 App 收集必要个人信息的范围进行了穷尽式列举，对比前述国家标准不仅新增了旅游服务、网络游戏、学习教育等 17 项类型分类，并且就必要个人信息的收集范围做出了更加严格的限制。《规定》根据各项业务类别的基本功能服务，确定了必要个人信息的收集范围。区别于之前“数据主体同意即自认个人信息收集及处理后果”的个人信息收集及处理方式，《规定》尝试从 APP 运营者的角度进行监管，将判断个人信息是否为必要收集的责任归于运营者，可以在很大程度上解决目前滥用数据主体授权原则造成的个人信息被过度收集的问题。

(2) APP 不得因用户不同意提供非必要个人信息，而拒绝用户使用其基本功能服务

《规定》第四条明确规定了，App 不得因为用户不同意提供非必要个人信息，而拒绝用户使用其基本功能服务，该条对目前 APP 常用的一揽子捆绑授权协议针对性的进行了规定。除此之外《规定》还列明网络直播类、在线影音类、短视频类等 13 项 APP 类别，数据主体可以在不提供任何个人信息的前提下，使用产品的基础功能。即允许用户以游客的方式使用相关产品，APP 运营者不得设置基础功能使用门槛，以强制获取用户同意个人信息收集的授权。

(3) 部分须进行身份验证的 APP，用户手机号码被认定为唯一的必要信息

对于需收集数据主体个人信息并进行身份验证的 APP，《规定》删除了原《常见类型移动互联网应用程序（App）必要个人信息范围（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”）中“或

其他真实身份信息（App 提供者提供多种选项，由用户选择其一）”的表述，明确了必要个人信息为“注册用户移动电话号码”，该规定将进一步解决目前 APP 运营者对于用户的身份验证信息重复收集的情况。

(4) 将小程序纳入监管范围

对比之前的《必要信息规范》《个人信息基本规范（草案）》以及《征求意见稿》《规定》第二条明确规定“App 包括移动智能终端预置、下载安装的应用软件，基于应用软件开放平台接口开发的、用户无需安装即可使用的小程序”，首次将小程序纳入必要个人信息收集的监管范围。

2、《规定》未明之处

(1) 《规定》所列举必要个人信息范围与其他法律法规的衔接

《规定》对比《必要信息规范》及《个人信息基本规范（草案）》删除了一部分个人信息收集权限，其中《个人信息基本规范（草案）》的最少信息定义为“保障某一服务类型正常运行所必需的个人信息，包括与服务类型直接相关，一旦缺少将导致该类型服务无法实现或无法正常运行的个人信息，以及法律法规等规范性文件要求必须收集的个人信息”[2]，而《规定》的必要个人信息定义为“保障 App 基本功能正常运行所必需的个人信息，缺少该信息 App 无法提供基本功能服务”[3]。通过对比可以看出《规定》删除了“法律法规等规范性文件要求必须收集的个人信息”，例如网络支付类必要个人信息的收集，《规定》删除了“网络日志 [4]、客户操作行为 [5]”等相关法律法规规定的 APP 运营者需收集保存的个人信息。后续《规定》如何与相关的法律法规进行衔接，有待相关部门进一步做出说明。

(2) APP 业务交叉的个人信息（非必要个人信息）及未归类的 APP 收集权限及方式

《规定》采用穷尽式列举的方式将 APP 可收集的个人信息范围进行了明确的规定，且未有兜底性条款。但在实务中存在业务交叉的 APP（如运动健身类 app 很多带有购物商城等功能）如

何进行个人信息的收集，即非必要个人信息的收集权限及方式，《规定》本次并未进行相关说明。但在《个人信息基本规范（草案）》中明确指出“当同一 app 有 2 种或 2 种以上服务类型时，app 应允许用户逐项开启和退出服务类型，开启或退出的方式应易于操作。”根据现有 APP 的发展趋势，拥有巨型用户量级的 APP 通常都具有多而全的业务功能，针对业务交叉的 APP 该如何根据《规定》进行数据的收集及合规性审查，有待相关部门进一步做出规定。

另，《规定》中未列明或后续出现新类型 APP 该如何进行必要个人信息的收集，该点尚未明确，有待相关部门进一步做出规定。

（3）未明确服务类型的最小权限范围

在《个人信息基本规范（草案）》中除了规定了各类型 APP 最少信息的收集范围，还同时针对 Android 6.0 及以上的危险权限，给出了服务类型的最小权限范围。在 Android 系统的逻辑中权限的作用主要是保护 Android 用户的隐私，Android 系统设计的原则为，在默认的情况下，APP 应当都没有权限执行对其他 APP、操作系统或用户有不利影响的任何操作。故 Android 系统上的 APP 一般需要用户开通权限授权以获取用户个人信息。本次《规定》并未就权限获取范围做出规定，虽然限定了必要个人信息的范围，但并不当然等同限制了 APP 运营者获取用户相关权限，在此层面仍存在个人信息泄露的风险。

三、企业合规风险提示

《规定》对比《征求意见稿》新增了关于法律责任的规定，即第六条“任何组织和个人发现违反本规定行为的，可以向相关部门举报。相关部门收到举报后，应当依法予以处理”。目前我国对于超出必要限度收集个人信息的移动运营商的相关法律责任主要规定在《网络安全法》第六十四条 [6]，包括了罚款、责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照等相关处罚。2020 年 7 月 23 日工信部发布了《工业和信息化部关于开展纵深推进 APP 侵害用户权益专项整治行动的通知 工信信管【2020】164 号》随后开展了一系列 APP

整治行动，大批 APP 因“违规收集 / 使用个人信息”被下架。《规定》出台后，随着必要个人信息边界的明确化，相关 APP 运营者应当及时根据业务调整必要个人信息的收集方式并完善用户隐私政策，如短视频、新闻资讯类 APP 应当及时添加游客模式，以使用户在无需注册及提供个人信息的情况下使用基础功能。

四、结语

《规定》将于 2021 年 5 月 1 日正式生效，《规定》作为个人信息保护法律体系搭建期的一次尝试，既是对《网络安全法》中个人信息收集必要范围的细化，也是对近年来 APP 过度收集个人信息的市场乱象的回应。可以预见，后续的个人信保护相关的配套制度文件还将陆续跟进出台，相关执法活动也会逐渐增多。我们建议相关方密切关注后续的立法和执法活动，相应调整内部的合规体系，修改相关合同文本，降低可能遇到的法律风险，中伦文德也将对该领域持续跟踪观察。

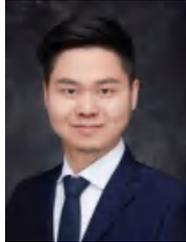
注释：

- [1] 《网络安全法》第四十一条 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，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。
- [2] 《信息安全技术移动互联网应用（App）收集个人信息基本规范》3.4 最少信息：保障某一服务类型正常运行所必需的个人信息，包括与服务类型直接相关，一旦缺少将导致该类型服务无法实现或无法正常运行的个人信息，以及法律法规等规范性文件要求必须收集的个人信息。
- [3] 《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》第三条 本规定所称必要个人信息，是指保障 App 基本功能服务正常运行所必需的个人信息，缺少该信息 App 即无法实现基本功能服务。具体是指消费侧用户个人信息，不包括服务供给侧用户个人信息。
- [4] 《网络安全法》第二十一条 国家实行网络安全等级保护制度。网络运营者应当按照网络安全等级保护制度的要求，履行下列安全保护义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权访问，防止网络数据泄露或者被窃取、篡改：……（三）采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于六个月
- [5] 《非银行支付机构网络支付业务管理办法》第十六条 对于客户的网络支付业务操作行为，支付机构应当在确认客户身份及真实意愿后及时办理，并在操作生效之日起至少五年内，真实、完整保存操作记录。客户操作行为包括但不限于登录和注销登录、身份识别和交易验证、变更身份信息和联系方式、调整业务功能、调整交易限额、变更资金收付方式，以及变更或挂失密码、数字证书、电子签名等。
- [6] 《网络安全法》第六十四条 网络运营者、网络产品或者服务的提供者违反本法第二十二条第二款、第四十一条至第四十三条规定，侵害个人信息依法得到保护的权利的，由有关主管部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。违反本法第四十四条规定，窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款。



□ 武 坚/文

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



□ 钟濠洋/文

钟濠洋，实习律师，中国政法大学法学学士、法律硕士，曾挂职贵州省安顺市中级人民法院办公室副主任，曾在昌平区人民法院工作、曾任罗马尼亚布加勒斯特大学讲师，具有较强的法学研究能力和实务能力。执业领域：公司业务、房地产与建设工程、民商事争议解决等。



□ 王梦婷/文

王梦婷，中伦文德律师事务所律师助理，TMT专业委员会委员，四川大学法学院法学学士，美国范德堡大学法学院法学硕士。

《网络交易监督管理办法》解读及操作指引

2021年3月15日，国家市场监督管理总局（以下简称“市场监管总局”）正式公布了《网络交易监督管理办法》（以下简称“新《办法》”），新《办法》于2021年5月1日起实施。新《办法》细化了《电子商务法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》中关于平台经济的垄断、不正当竞争、个人信息保护、消费者权益保护等多方面的内容。新《办法》一经公布，可以预见除传统电商平台以外，提供直播带货、社交电商的企业今年将面临更加严格的司法与监管环境。为帮助各类网络交易经营者进行合规管理与风险防控，主要从以下方面对新《办法》部分规定进行分析、解读，并制定相应的操作指引。

一、网络交易经营者的身份认定

新《办法》第七条第一款规定：“网络交易经营者，是指组织、开展网络交易活动的自然人、法人和非法人组织，包括网络交易平台经营者、

平台内经营者、自建网站经营者以及通过其他网络服务开展网络交易活动的网络交易经营者。”

网络交易平台经营者，一般指为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务的网络交易经营者。如为经营者提供网络经营场所、商品浏览、订单生成、在线支付等网络交易平台服务的提供者，属于网络交易平台经营者。

平台内经营者，一般指通过网络交易平台开展网络交易活动的网络交易经营者。如在淘宝、天猫、抖音等开设店铺以开展网络交易，属于平台内经营者。

自建网站经营者，一般指自己本身建有网站平台，在自建的网站上开展网络交易活动的网络交易经营者。如在自建的APP商城中出售商品或经营业务，属于自建网站经营者。

需注意本款规定了兜底条款：“以及通过其他网络服务开展网络交易活动的网络经营者”，

表明新《办法》对于网络交易经营者的身份认定较为宽松，如果企业仅为其用户提供广告、导流或其他技术类服务，而非参与用户交易，一般仅视为网络服务提供者，无需履行平台责任。

二、网络交易经营者应具有经营资质

新《办法》第八条第一款规定：“网络交易经营者不得违反法律、法规、国务院决定的规定，从事无证无照经营。除《中华人民共和国电子商务法》第十条规定的不需要进行登记的情形外，网络交易经营者应当依法办理市场主体登记。”需注意新《办法》所述的“无证无照经营”还包括未依法取得有关行政许可。对于网络交易经营者，特别是通过自建网站从事网络交易的企业而言，除需依法在市场监督管理部门登记并取得营业执照外，还应当根据所从事的具体交易类型和内容，向有关行业主管部门申请办理相应的行政许可。

【操作指引】建议网络交易经营者结合自身业务，依法办理市场主体登记、增值电信业务经营许可证、网络文化经营许可证、信息网络传播视听节目许可证等行政许可。如属于个人销售自产农副产品、家庭手工业产品，或个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动时，则不需要进行登记。

三、网络交易经营者应公示主体信息

新《办法》第十二条第一款规定：“网络交易经营者应当在其网站首页或者从事经营活动的主页面显著位置，持续公示经营者主体信息或者该信息的链接标识。鼓励网络交易经营者链接到国家市场监督管理总局电子营业执照亮照系统，公示其营业执照信息。”如网络交易经营者公示的信息发生变更的，应当在十个工作日内完成更新公示。企业应当公示其营业执照登载的统一社会信用代码、名称、企业类型、法定代表人（负责人）、住所、注册资本（出资额）等信息。该规定与线下的实体店有异曲同工之处，办理完营业执照需要在自己的网店店铺内公示。目前淘宝、抖音等平台都可以通过将营业执照绑定到店铺的形式来进行公示。

【操作指引】建议网络交易经营者依照要求在自身网站首页公示营业执照或链接标识，并在信息变更时及时更新。

四、个人信息收集与使用的基本原则

新《办法》第十三条规定：“网络交易经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。网络交易经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。”由此可见，“告知-同意”原则本意在于保护个人信息主体的知情权以及个人对信息的处理权。需注意网络交易经营者不得采用一次概括授权、默认授权、与其他授权捆绑、停止安装使用等方式，强迫或者变相强迫消费者同意收集、使用与经营活动无直接关系的信息。收集、使用个人生物特征、医疗健康、金融账户、个人行踪等敏感信息的，应当逐项取得消费者同意。

新《办法》第十四条规定：“除依法配合监管执法活动外，未经被收集者授权同意，不得向包括关联方在内的任何第三方提供。”当前，数据越来越成为市场经济主体的重要商业资源和核心竞争力，消费者的用户信息、用户行为数据等更是可以挖掘巨大价值的宝库。收集这类信息确实有利于实现用户体验的提升和业务模式的创新，但目前更不容忽视的，是平台乃至较大规模的普通经营者都在屡屡试探合规的底线，尽可能多收集个人信息，而不管是否必要，甚至通过滥用个人信息不当获利。如仅片面追求形式上的合规，采取万字长文隐私政策、不同意则不能使用服务等变相强制授权手段，不仅实质上与立法本意相悖，并且于现实中也随时存在违规的风险。

【操作指引】建议网络交易经营者在收集用户个人信息时，应严格遵循最小必要原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，主动向用户释明需收集、使用的各项信息内容，并且取得用户的书面同意。

五、定向推送商业性信息的规定

新《办法》第十六条规定：“网络交易经营

者未经消费者同意或者请求，不得向其发送商业性信息。网络交易经营者发送商业性信息时，应当明示其真实身份和联系方式，并向消费者提供显著、简便、免费的拒绝继续接收的方式。消费者明确表示拒绝的，应当立即停止发送，不得更换名义后再次发送。”新《办法》第十六条规定体现出对网络交易定向推送商业营销信息采取严格监管的态度。现实中，铺天盖地的邮件、短信等商业信息让消费者不堪其扰，然而对其的治理始终存在定性难等问题。新《办法》则直接设置了具体的、可执行的行为准则，细化了网络交易经营者的义务，相信将有助于还消费者一片清朗的个人空间。

【操作指引】建议网络交易经营者在发送商业性信息时应取得用户同意，明示身份和联系方

式，并向用户提供显著、简便、免费的拒绝继续接收的方式。

六、关于捆绑和搭售的显著提示义务

新《办法》第十七条对于网络交易经营者的提示义务进一步明确与加强，要求网络交易新业态的经营者以显著方式提醒消费者注意捆绑和搭售的商品或服务，不得将搭售商品或者服务的任何选项设定为消费者默认同意。新《办法》第十七条承接《电子商务法》第19条和《消费者权益保护法》第9条的规定，保障了消费者的自主选择权。

【操作指引】建议网络交易经营者减少捆绑销售和搭售商品或服务，例如销售手机搭售套餐等。如确因商业需要捆绑或者搭售的，应当明确



告知消费者，并且由消费者自行勾选相应服务或商品，而不是由系统默认设置为同意捆绑或搭售。可以针对搭售或者捆绑销售，设置优惠价格，引导消费者选择搭售或者捆绑销售。

七、自动展期应提醒消费者注意

新《办法》第十八条规定：“网络交易经营者采取自动展期、自动续费等方式提供服务的，应当在消费者接受服务前和自动展期、自动续费等日期前五日，以显著方式提请消费者注意，由消费者自主选择；在服务期间内，应当为消费者提供显著、简便的随时取消或者变更的选项，并不得收取不合理费用。”该条款针对的是网络交易经营者推出的自动续期服务。针对各类包月包年服务，商家通常会推荐消费者勾选连续包月包年服务并且自动续费。现实中经常出现消费者选择自动续费后就将此遗忘，平台在扣款日前不加提示或通知便直接扣费，等消费者再次记起时，已经产生了大量的服务费用。新《办法》通过对自动展期、自动续费等行为进行规范，保障消费者知情权。

【操作指引】如网络交易经营者需要针对用户推出自动续费套餐服务时，应当在套餐续费前免费通知其续费事宜，并为消费者提供随时可以取消或变更的选项。

八、平台对数据的记录和保存

新《办法》第三十一条规定：“网络交易平台经营者对平台内经营者身份信息的保存时间自其退出平台之日起不少于三年；对商品或者服务信息，支付记录、物流快递、退换货以及售后等交易信息的保存时间自交易完成之日起不少于三年。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”

本条规定在《电子商务法》第三十一条规定的基础上，细化了平台经营者应当记录和保存的数据内容，除商品或服务信息外，还补充了平台内经营者的身份信息，并明确交易信息包括支付记录、物流快递、退换货以及售后等信息。

新《办法》第二十八条规定：“网络交易平台经营者修改平台服务协议和交易规则的，应当完整保存修改后的版本生效之日前三年的全部历

史版本，并保证经营者和消费者能够便利、完整地阅览和下载。”该条是国内立法首次就平台服务协议和交易规则历史版本的保留期限作出的强制性规定，因此建议网络交易经营者据此完善上述文件（包括个人信息保护政策）在平台上的保存和公示机制。

【操作指引】对于网络交易经营者而言，在设定和向消费者告知个人信息的保存期限时，需确保满足上述最短保存期限的要求，可积极采用云平台等数据储存方式实现长效、有序的保存。

九、直播平台将面临的合规要求

新《办法》第二十条规定：“通过网络社交、网络直播等网络服务开展网络交易活动的网络交易经营者，应当以显著方式展示商品或者服务及其实际经营主体、售后服务等信息，或者上述信息的链接标识。且要求网络直播服务提供者对网络交易活动的直播视频保存时间自直播结束之日起不少于三年。”本条的适用对象包括平台内提供直播服务的经营者。

【操作指引】为保障海量视频数据的存储安全，建议网络交易经营者采取一系列技术和管理措施以保存直播视频等内容，最大程度尽到网络安全和数据安全保障义务。同时，由于直播视频中必然包含个人信息，甚至敏感个人信息，经营者还需要考虑法律法规对于个人信息的特别要求，例如处理敏感个人信息需逐项取得消费者同意等。新《办法》的施行可能会给各网络交易经营者带来更高的监管要求，因此建议持续关注相关立法和监管动态，并提前着手进行准备。

十、格式条款的细化规定

新《办法》第二十一条规定：“网络交易经营者向消费者提供商品或者服务使用格式条款、通知、声明等的，应当以显著方式提请消费者注意与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。”格式条款又称霸王条款，严重损害消费者的权益，新《办法》第二十一条对此作出了禁止性的规定，以此更好地保护消费者的合法权益。《民法典》第496条增加了关于格式条款提供方的说明义务，将提示说明义务的

范围扩大至“免除或减轻格式条款提供方责任等与对方有重大利害关系条款”。新《办法》第二十一条结合网络交易的特点，将“免除或减轻格式条款提供方责任等与对方有重大利害关系条款”进一步细化为“与消费者有重大利害关系的内容”，并“按照消费者的要求予以说明”。

【操作指引】对于法律规定由网络交易经营者承担的对其所提供的商品或者服务应当承担的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用、赔偿损失等责任，不能通过格式条款进行免除，也不得排除或者限制消费者提出修理、更换、退货、赔偿损失以及获得违约金和其他合理赔偿的权利。需要注意的是，“最终解释权归经营者”这种条款或者字样，以后应尽量避免使用，以免受到市场监督管理部门的处罚。

十一、终止网络交易要求

新《办法》第二十三条规定：“网络交易经营者自行终止从事网络交易活动的，应当提前三十日在其网站首页或者从事经营活动的主页面显著位置，持续公示终止网络交易活动公告等有关信息，并采取合理、必要、及时的措施保障消费者和相关经营者的合法权益。”随着互联网的快速发展，一些网站由于各种原因进行了关停和重组，比如2012年团购网站出现了倒闭潮，致使很多已经团购的消费者得不到赔偿。该规定旨在规范一些商家经营不善“跑路”的现象，给消费者更充足的时间处理售后事宜。

【操作指引】网络交易经营者计划推出网络交易平台前，应提前至少三个月公示，做好善后安排。

十二、对网络交易经营者的监管与惩戒

新《办法》第三十四条规定：“网络交易平台经营者需根据市场监督管理部门的要求，提供有关的平台内经营者身份信息，商品或者服务信息，支付记录、物流快递、退换货以及售后等交易信息。网络交易平台经营者应当提供，并在技

术方面积极配合市场监督管理部门开展网络交易违法行为监测工作。应及时协助市场监督管理部门依法查处网络交易违法行为，提供其掌握的有关数据信息。如市场监督管理部门发现网络交易经营者有违法行为，依法要求网络交易平台经营者、其他服务提供者采取措施制止的，网络交易平台经营者、其他服务提供者应当予以配合。”

新《办法》第三十七条规定：“市场监督管理部门依法对网络交易经营者实施信用监管，将网络交易经营者的注册登记、备案、行政许可、抽查检查结果、行政处罚、列入经营异常名录和严重违法失信企业名单等信息，通过国家企业信用信息公示系统统一归集并公示。对存在严重违法失信行为的，依法实施联合惩戒。”新《办法》引入信用监管惩戒，对存在严重违法失信行为的依法实施联合惩戒的方式，由于行业的特质，失信惩戒对企业声誉和消费者口碑的不良影响，让企业的每一步行为都在阳光下进行。

新《办法》第三十八条规定：“网络交易经营者未依法履行法定责任和义务，扰乱或者可能扰乱网络交易秩序，影响消费者合法权益的，市场监督管理部门可以依职责对其法定代表人或者主要负责人进行约谈，要求其采取措施进行整改。”根据该规定，网络交易经营者违反新《办法》的规定，负责人可能被市场监管局约谈。

总结

《网络交易监督管理办法》的出台体现出未来一段时间内，互联网交易监管的主要目标和特点仍集中于压实平台责任、防止资本无序扩张、加强对于个人信息和消费者权益的保护。因此无论对于网络平台还是平台内经营者，都需遵循“合理必要”、“技术向善”、“透明正当”的原则。建议网络交易经营者在之后的经营中，谨慎、全面地按照新《办法》完善相应的合规工作，树立良好的企业和社会形象。



□ 陈禄堂/文

陈禄堂律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人。西北政法大学法学学士，中国政法大学法学研究生。曾在工商银行从事信贷工作，拥有工行信贷员资格，曾参与工商银行大量不良资产的清收和处理工作。主要从事领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。



□ 耿亚杰/文

耿亚杰律师，北京市中伦文德律师事务所律师，毕业于清华大学，取得法律硕士学位。2007年通过司法考试获得法律职业资格，2017年执业。曾在光大银行从事信贷，先后在信达金融租赁公司等5家机构任风控律师、法律合规部门负责人等职务。主要从事领域为融资租赁法律服务、不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务以及公司常年法律顾问业务。

《民法典》将融资租赁合同纳入担保范畴 对融资租赁法律实务的影响

2021年1月1日生效的《民法典》在原《物权法》规定的基础上进一步完善了担保物权制度，扩大了担保合同的范围，明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能，增加规定担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。

《民法典》第三百八十八条：设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。《全国人大常委会关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》（以下简称《草案说明》）：“扩大担保合同的范围，明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能，增加规定担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同”。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释，第一条“因抵押、质押、

留置、保证等担保发生的纠纷，适用本解释。所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷，适用本解释的有关规定。”这一规定对融资租赁法律实务主要产生以下几方面的影响：

一、将融资租赁纳入担保是性质上视同抵押还是对租赁物按照实现担保物权的方式对待？

《民法典》第410条（抵押权的实现方式）：债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与其协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

根据这条的规定，将融资租赁纳入担保主要是以实现担保物权的方式对待。

《草案说明》阐明：“融资租赁、商业保理是具有担保功能的非典型担保合同”。《民法典》388条规定担保合同包括其他具有担保功能的合同。所以，融资租赁合同和商业保理合同是担保合同，应参照《民法典》担保合同的规定理解适用。

如何理解融资租赁合同作为担保合同的从属性？《民法典》第三百八十八条同时规定，担保合同是主债权债务合同的从合同。如果融资租赁合同是担保合同，那么对应的主债权债务合同是什么合同？是直租融资租赁模式项下的买卖合同还是售后回租项下的转让合同？直接租赁项下的买卖合同是出租人（债权人）与供应商之间的合同，不是出租人与承租人之间产生主债权债务关系的基础合同，因此不可能作为主合同。同样，售后回租项下的转让合同也不是主债权债务关系的基础合同，也不是主合同。

出租人与承租人之间主债权债务关系是租金支付关系，产生该关系的合同只能是融资租赁合

同本身。那么，融资租赁合同到底是主合同还是从合同？

貌似哪种模式都难以解释得通。

因此，融资租赁纳入担保应理解为主要是以实现担保物权的方式对待，而不是性质上视为抵押。

二、融资租赁法律关系中出租人对于租赁物的所有权被弱化

在融资租赁法律关系中，租赁物所有权属于出租人，租赁物交付给承租人使用，以租赁物本身为租金债权提供担保，租赁物具有担保功能这一点毋庸置疑。关键的问题在于融资租赁合同的这种担保功能在《民法典》中如何体现？

理论和实务界一般认为融资租赁的担保功能主要体现在《民法典》第七百四十五条和第七百五十八条。

第七百四十五条：“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”此条呼应第三百八十八条，对原《物权法》第一百



零六条善意取得制度的弥补，赋予登记法律效力，目的在于保护第三人交易安全。

业界关于第七百四十五条谈的比较多，此条主要增加了以登记公示作为对抗善意第三人的要件，删除了“租赁物不属于破产财产”的表述。

这“一增一减”，弱化了出租人对租赁物的所有权，突出了租赁物的担保物权功能。

《民法典》第七百五十八条：当事人约定租赁期限届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但是无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。

当事人约定租赁期限届满租赁物归出租人所有，因租赁物毁损、灭失或者附合、混合于他物致使承租人不能返还的，出租人有权请求承租人给予合理补偿。维护债务人利益。

第七百五十八条规定了出租人行使取回权后对租赁物的清算义务，即“收回租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以请求相应返还。”

第七百四十五条和第七百五十八条通过为出租人设定登记和清算义务，突出了租赁物的担保物权属性，维护了第三人交易安全和债务人利益，但是回避了融资租赁公司最主要、最核心的主债权担保实现问题，甚至某种程度上有弱化的倾向。

担保物权的核心功能是指，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人享有就担保财产优先受偿的权利。

举例说明，当银行贷款逾期时，债权银行可以同时起诉债务人和抵押人，在同一个诉讼中主张债权和担保物权，并就抵押物优先受偿。

而在融资租赁法律关系中，在《民法典》引入担保功能说前，融资租赁公司作为出租人只能在以下权利中选择其一：（1）主张债权，即全部租金；或者（2）主张物权，即解除合同收回租赁物（合同法 248 条）。痛点是两种诉求不能够在一次诉讼中解决。

此外，由于租赁物所有权归属融资租赁公司，对自有财产查封保全也存在法律障碍。这是融资租赁诉讼中租赁物保全的难点和痛点。

三、纳入动产担保合同，出租人对于租赁物的取回权将受限

融资租赁的生命力在于出租人对租赁物的所有权，在承租人违约或破产时，出租人有权取回租赁物。主要体现在《民法典》第七百五十二条，沿袭了原《合同法》第二百四十八条的规定：“承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。”《破产法》第三十八条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。”

如果将融资租赁视为担保，将引起不同的后果。

将融资租赁纳入担保，参考了国际规则，为租赁物权实现担保功能提供了操作途径，但因为我国法律禁止“流质”，如果将融资租赁视为担保，按照担保规则，出租人对于租赁物的取回权将受限。

根据《民法典》“物权编”第四百零一条，抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

而国际立法允许“流质”，即使纳入担保交易也不影响担保权人对于租赁物的取回。

比如，《开普敦公约》第八条 担保权人的救济：

1. 发生第十一条规定的不履行的，担保权人（债权人）

可以在被担保人过去任何时候已经同意的限度内实施下述

任一种或多种救济：

(a) 占有或者控制作为担保物的任何标的物；

(b) 出售或者出租任何此类标的物；

(c) 收取或者领受因管理或使用任何此类标的物而产生的收入或盈利。

第九条 以标的物清偿：赎回

1. 在发生第十一条规定的不履行情况之后的任何时候，担保权人和所有利害关系人可以约定将担保利益项下的任何标的物的所有权（或者

担保人对该标的物享有的任何其他权利)让渡给担保权人(债权人),以清偿担保的债务。

另一方面,在破产的情况下,融资租赁视为担保对出租人取回权的影响更加明显。

首先,抵押财产属于抵押人的破产财产。《破产法》第109条规定对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利。

其次,原生效法律明确规定“融资租赁租赁物不属于承租人的破产财产”。原《合同法》第二百四十二条规定“出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的,租赁物不属于破产财产。”而新出台的《民法典》删去了“租赁物不属于破产财产”的表述。

上述条文的变化,使得融资租赁法律关系中,出租人对于租赁物的所有权属性被弱化,将之纳入担保合同,而强调了其担保属性。

四、统一登记系统将进一步完善

《民法典》删除了有关担保物权具体登记机构的规定,为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间。

依据2021年1月1日实施的《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》(国发〔2020〕18号)规定:

以下动产的权利登记可以在中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统(简称“中登网”)办理:

- (一) 生产设备、原材料、半成品、产品抵押;
- (二) 应收账款质押;
- (三) 存款单、仓单、提单质押;
- (四) 融资租赁;
- (五) 保理;
- (六) 所有权保留;
- (七) 其他可以登记的动产和权利担保,但机动车抵押、船舶抵押、航空器抵押、债券质押、基金份额质押、股权质押、知识产权中的财产权质押除外。

尤其是原来一些在工商局办理的抵押登记,改由中登网办理登记,手续上简便了很多。比如工业生产线是常见的融资租赁租赁物,作为风控手段,我们往往要求作为租赁物的生产线抵押给出租人。但按照原来规定,生产设备抵押在当地工商局办理,而各地工商局对政策掌握标准不一,导致抵押登记办理手续复杂、流程繁琐,还有的甚至办不下来抵押登记,导致租赁物抵押这一风控措施难以落实。

现在,生产设备改由中登网办理,出租人只需要在网上操作即可,与办理租赁物登记的流程类似,极大简便了办理手续,使得融资租赁的租赁物抵押更方便落实。

另外,与登记制度配套,《民法典》明确实现担保物权的统一受偿规则:

第414条 同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿:

- (一) 抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序;
- (二) 抵押权已经登记的先于未登记的受偿;
- (三) 抵押权未登记的,按照债权比例清偿。

其他可以登记的担保物权,清偿顺序参照适用前款规定。

由此可以推导出,作为其他可以登记的担保物权,融资租赁的物权,同一财产向两个以上债权人抵押或租赁的,清偿顺序参照使用前款规定。无论是融资租赁所有权还是抵押权,登记都非常重要,它决定了债权的清偿顺序优先级,是权利保护的重要步骤。

综上所述,《民法典》对于融资租赁法律关系中出租人对租赁物的物权定性是所有权还是担保物权,这将对融资租赁法律关系产生重要影响。目前来看,出租人对租赁物的所有权属性被弱化,担保属性被强化;破产情况下,出租人对于租赁物的取回权受限。另外,在此背景下,出租人落实租赁物登记操作的重要性彰显。





□ 王向阳/文

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



□ 郭彦/文

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

一封邮件引发的思考 ——比特币的法律属性简析

挖矿热和炒币的疯狂到了极致，相信您看完便知。

一、引子

决定写这篇要从一封邮件说起。前天查收邮件时发现一封 SPAM 邮件，当时心想不是开票的，就是卖货的，反正没有新鲜的内容，于是决定删除。不过在删除前，按习惯还是点开查看，以防万一。现在想起来要感谢自己的良好习惯了。

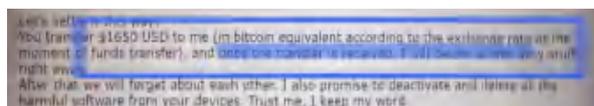
点开邮件的瞬间，映入眼帘的是“payment from your account”，“很有气势的标题！多半是骗子！”笔者想。邮件标题截图如下：

但是好奇心引笔者继续往下看。看来是个英文不错的骗子，通篇使用英语，且行文流畅、逻辑清晰。（注：因现在骗子手段高超，借用各种科技，不能确定对方的国籍，也不能确定对方身在何处，更不能确定对方的母语，只能从邮件内容判断其英文水平）

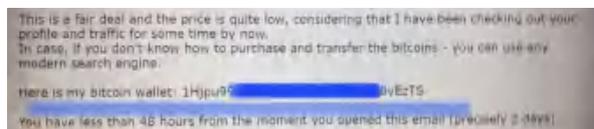
全文大意就是她/他使用了木马软件进入了笔者的所有电子设备，并且获取了笔者全部的照

片、视频、音频 blablabla。为了笔者着想，笔者需要转给他钱，以保平安！

各位！重点来了！笔者需要转给他的钱以美元计，或者以比特币计！总额是 1650 美刀或者等值于 1650 美刀的比特币！“真厉害！看来这个骗子是炒币客！也没准是炒币缺钱，出来行骗？为何只要 1650？这个数有什么特别的含义？”笔者思忖。相关内容截图并标出重点如下：



接下来，他/她不忘留下收款钱包，当然是比特币钱包了！怕笔者不知道怎样操作，还提醒可以使用现代搜索引擎查询。对方称这是一笔相当划算的交易，价格如此低廉，笔者应该立马转账给他/她！相关邮件截图如下：



注：保险起见，笔者将其比特币钱包地址覆盖处理，各位懂得，此处不赘述。

说实话，邮件看到这里，我笑出了声，并自言自语“与时俱进的骗子！实锤！”不过仔细想想，本以为自己不加入炒币大军就不会受其干扰，但现实不是，今日邮件就是一例证。再看看币圈的消息，不知道从何时起就已成为财经博主分析的重点了，如同分析股市和债市一样重要。连狗狗、柴犬、牛、鲸……都成了可以用来挖、用来炒的币了！变化太快，躲开、观望可能就永远地被动离开了。

于是笔者决定加入其中，也就有了今天的这篇小文。当然，加入的方式有多种，不一定在矿机前，也不一定在一串串的代码中。作为一个法律人，还是更适合处理文字内容，就先从法律文书入手，看看在我国境内与比特币、狗狗币有关的案件以及我国境内各级人民法院对待比特币的态度。此处需要说明，鉴于目前币的品种众多，笔者只选取了比特币和近期火热的狗狗币、柴犬

币以及矿机作为核查对象。至于动物园里的其他币以及其他名称很诱惑的币没有纳入本次核查范围。

二、法律文书汇总及分析

经核查，共查询到 2800 多篇判决书。不出所料，各地、各级人民法院对比特币、狗狗币、矿机的认定也不尽相同。

1. 涉及狗狗币的法律文书

该类案件较少，估计与狗狗币诞生相对较晚有关。法律文书包括民事案件文书和刑事案件文书。

1) 民事案件文书

最早的民事判决书是 2018 年 10 月的一份文书。比较有意思的是，无论是物权纠纷，还是合同、无因管理、不当得利纠纷，人民法院对狗狗



币基本上持否定的态度，认定其为“不合法物”，与其有关的投资、委托、理财均不受国家法律保护。在民事案件法律文书中有一份比较厉害的民事裁定书，于2019年3月做出。人民法院认定“狗狗币交易不应受到法律保护，所产生的纠纷，不属于法院受理民事诉讼的范围”，直接裁定驳回了原告的起诉。

2) 刑事案件文书

与狗狗币有关的刑事判决书，最早的一份是2019年12月的文书。根据刑事判决书的记载，与狗狗币有关的最多的犯罪是组织领导传销组织罪，涉及此内容的文书超过了半数。

2. 涉及比特币的法律文书

涉及比特币的法律文书较多，截止笔者查询日有2491篇，除占了零头的行政案件、执行案件的文书外，其余为民事判决书和刑事判决书，占比近100%。

1) 民事案件文书

最早的民事判决书是2014年1月的一份文书。与涉及狗狗币案件不同，人民法院对比特币的态度，一种是否定态度，另一种是不完全的否定。

在否定态度方面，人民法院认为比特币“不是货币当局发行，不具有法偿性和强制性等货币属性，并不是真正意义上的货币，不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通、使用，故与此不合法物有关的投资、交易不受我国法律保护”

而另一方持不完全否定态度，即在法币属性上，与持否定态度的一方观点一致，也认为比特币“不具有法偿性和强制性等货币属性，不具有与货币等同的法律地位”。但在财产属性上做了肯定的论述，即比特币是“虚拟商品，具有一定的价值，我国现行法律和行政法规也未规定禁止持有比特币。相关人员在网站注册、登录并存有比特币，其对账户内的虚拟商品拥有财产权。”

2) 刑事案件文书

涉及比特币的最早的刑事判决书是2014年7月的文书。至于刑事案件案由，排在前三的是诈骗罪、盗窃罪和走私、贩卖、运输、制造毒品罪。

说实话，笔者看到数据也挺诧异，本以为会是非法吸收公众存款罪、组织领导传销组织罪、洗钱罪等破坏金融管理秩序类犯罪或扰乱市场秩序类犯罪较多，但竟然是侵犯财产类犯罪和扰乱社会管理秩序类犯罪排在前端。

通过查看判决书，笔者发现诈骗罪、盗窃罪多是利用比特币交易诈骗他人钱财、盗窃电力资源等犯罪，而不是直接诈骗或盗窃被害人的比特币或类似的行为，笔者认为，这类犯罪较多涉及比特币的生产、交易环节，更易实施。而随着技术的发展，相关被告人会使用更符合时代特性的方法，实施更为新型的犯罪，比如：采用ICO、IFO、IEO，甚至IMO等类金融的方式，才呈现了如上结果。

看过以上判决书，本以为因年度不同，距今稍远的时期，比特币的量较小、狗狗币尚未出现，且大众对此认知较少、参与度也不高，造成人民法院对待此事物持谨慎或否定态度。但实际不如此，就在2021年的案例中，笔者也看到了部分人民法院对比特币、狗狗币的不予认可。而且，笔者也未看到对比特币、狗狗币的性质清晰的分析和论述，即使是持不完全否定态度的人民法院，只是直接给了结论，未有比较详细的分析。可真是不查不要紧，一查不是吓一跳，而是近乎哭晕在键盘上。

三、现行规定概述

除案例外，笔者还是查看了与比特币有关的规定。提到现行规定，就必须要有五部委的通知和七部委的公告以及最近三大协会的公告，这应该是目前直接提及比特币、代币的两部规范性文件。此外，还有中国互联网金融协会发布的一项风险提示，是基于ICO和IMO模式的风险警示。

笔者不想在此重述规定的内容，有兴趣的朋友可以自行查询获取。但总结五部委的通知、七部委的公告以及三大协会的公告，核心意思是比特币并不是真正意义的货币，其应当是一种特定的虚拟商品，不具有与货币等同的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用；禁止非法融资。

虽然五部委的通知和七部委的公告以及最近

三大协会的公告主要从金融监管角度予以规范，但其中提到了比特币为“虚拟商品”，且该内容也为人民法院在相关判决书中使用。而且，部分人民法院在判决书中也使用了“虚拟货币”的概念。于是笔者做了进一步查询，在《中华人民共和国民法典》中找到了类似的规定，即“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”不过问题又来了，比特币非为法定货币，抛开其他不说，仅就比特币自身而言，其在我国是合法，还是非法？如果是非法，其作为“虚拟商品”是否应受到保护？《民法典》中的网络虚拟财产是否包括比特币、狗狗币？

从第三方机构对《民法典》的解读看，对网络虚拟财产的法律属性也有多个学说，各家都有自己观点，而且也没有提及比特币、狗狗币。这样看来，目前并没有一个对比特币、狗狗币法律属性的官方界定。

四、笔者进一步分析

笔者认为，要分析比特币、狗狗币的法律属性，还需要看看他们的名称由来以及生产过程。

1. 比特币的名称由来

我们之所以称作“币”，应是源于英文 coin，无论是 bitcoin，还是 dogecoin，其中 coin 被翻译为“币”。而恰巧按我们的习惯，容易把“币”与货币相连，才会使人首当其冲地认为比特币、狗狗币是货币，这也是一些案件受害人上当受骗的原因之一。

2. 比特币的生产过程概述

比特币的产出需要挖矿，而挖矿需要矿机。比特币“由矿工挖矿生成，矿工可以由身处全世界任何地点的任何人担任，挖矿是指矿工根据设计者提供的开源软件，提供一定的计算机算力，通过复杂的数学运算，求得方程式特解的过程，求得特解的矿工得到特定数量的币种奖赏。其物理形态为成串复杂数字代码。该类币种的总量恒定，具备稀缺性；其由网络节点的计算生成，和

法定货币相比，没有集中的发行方，不受任何中央银行和金融机构控制。”

3. 比特币的法律属性

分析比特币的生产过程，笔者认为，比特币不完全符合物权和债权的性质，理由如下：

1) 比特币不完全具备物权属性

矿工需要借助他人设计的软件、具备超强算力的矿机才能完成运算，这与物权人可依自己的意思对标的物直接支配，无需他人的意思或行为介入的特性不符合，故比特币不适宜归为物权。

2) 比特币不完全具备债权属性

虽然比特币通过预设的程序制造，但矿工挖矿也需要耗费时间和体力，反复解谜，并与其他矿工竞争，才有可能挖到矿，并不是只要挖就有结果；而且，比特币具备点对点、去中心化的特性，在挖矿过程中也没有明确的相对方，这样看其也不符合债权的特点。

再者，矿工使用矿机，可以自采、也可以租赁；挖矿同样可以自行开展，也可以委托他人开展，这时会存在债的关系，不过这不是涉及比特币自身的债的关系，也不能证明比特币自身具备债权的性质。

结合上面的分析，笔者认为比特币既不完全具备物权的属性，也不完全具备债权的属性。其生成的过程更像游戏进阶，故将比特币界定为是生存于网络空间的一项“筹码或商品”，认定它的财产权属性是不是更适合。基于此，既能解释开采、持有、通过互联网转让比特币的行为，也便于理解对比特币持肯定态度的人民法院的裁判思路。

至于合法、非法的问题，笔者认为涉及了另外一个话题，在上文也提及，即 ICO、IFO、IEO、IMO 的问题，不在本文中分析。

时代瞬息万变，或许随着进一步的研究，笔者会调整今日的观点，如同我们的法律也在不断地修订，以期满足各种新型案件的需求。笔者成此文，供学习交流。



□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、劳动雇佣与员工激励、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，审理千余起案件，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、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。

职场电子监控与员工隐私权保护之冲突与平衡

在企业用工管理和经营活动中，出于强化合规管理、保护公司商业秘密等方面的需要，许多用人单位开始尝试安装职场电子监控软件对员工在工作场所使用办公电话、办公电脑等行为进行数据收集与存储。此类监控软件通常会自动收集与存储员工因使用办公电话、办公电脑等设备而产生的相关数据，且在软件捕捉到相关敏感数据（例如：违规通话、违规浏览无关网页等数据）后，还会提醒相关数据管理人员对敏感数据进行核查以确认是否存在潜在的违规违纪行为。在此种情形下，职场电子监控软件所收集的数据会成为用人单位认定员工存在严重违规违纪行为（例如：电话沟通中违规泄露公司商业秘密），甚至与员工解除劳动关系的重要依据。但值得注意的是，此种职场电子监控是否涉及对员工隐私权的侵犯，目前还存在一定的争议。一方面，用人单位主张其系基于合法的目的对员工的工作情况进行监督；而另一方面，受到监控的员工往往认为此类数据收集的范围已经涉嫌侵犯其个人隐私。这就产生了两种权利的冲突与平衡问题，导致近年来员工起诉用人单位侵犯隐私权的诉讼时有发生。

一、冲突 —— 职场电子监控与员工隐私权保护之争

我国对于公民的隐私权进行了明确的立法保护。例如，我国《民法典》第一千零三十二条规定：“自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。”；《民法典》第一千零三十三条规定：“除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施下列行为：（一）以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁；（二）进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间；（三）拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动；（四）拍摄、窥视他人身体的私密部位；（五）处理他人的私密信息；（六）以其他方式侵害他人的隐私权。”基于上述法律规定，考虑到职场电子监控软件所具有的无差别化及自动化信息收集的特征，员工如在办公场所利用办公工具进行私人活动，其所产生的数据也将被自动收集，此种情形下，员工隐私权也相应

的存在被侵害的风险。

就职场电子监控软件收集员工个人信息所可能产生的隐私权侵权风险而言，笔者的初步结论是：第一，在用人单位能够避免所存储的员工个人信息泄露的情况下，现有职场电子监控软件被判侵犯员工隐私权 / 个人信息权的可能性较低，但并不能完全排除用人单位承担法律风险；如在出现数据泄露且给相关员工造成经济损失或严重后果的情况下，用人单位对此承担相应的民事或行政责任的可能性较高。详述如下：

（一）不涉及存储数据泄露的情况下，用人单位在办公电话及电脑中安装监控软件等行为被判侵犯员工隐私权 / 个人信息权的风险较低

首先，尽管目前法律层面对于用人单位安装职场电子监控软件收集员工信息的行为是否属于侵犯员工隐私权 / 个人信息权的问题尚无明确规定，现有司法实践中员工针对办公监控软件的诉讼案件量也相对较少，但从已有的案例来看，司法机关倾向于认为：用人单位在办公电话及电脑中安装监控软件等行为一般不构成对员工隐私权 / 个人信息权的侵犯；司法机关倾向于认为用人单位对企业内部员工进行个人信息收集、存储及必要情况下的核实，是企业自我管理的正当行为。例如，在《修玉婵、海阳市融昌塑编包装有限公司隐私权纠纷案》中，一审及二审法院均认为用人单位在办公电脑中安装监控软件，以及下载、保存员工使用办公电脑时的微信、QQ 聊天信息的行为，主观上没有过错，不构成侵犯员工的隐私权。

尽管如此，笔者也认为用人单位在办公电话及电脑中安装监控软件等行为并非完全不存在法律风险。从现有诉讼的情况来看，就职场电子监控问题，员工起诉用人单位侵犯其隐私权的理由主要有二：其一，员工主张用人单位个人信息收集行为未经员工本人同意，故构成侵权。考虑到部分用人单位可能会忽视取得员工对其个人信息收集的书面同意这一环节，则一旦员工以侵犯隐私权为由起诉用人单位，且员工拒不承认曾经收到过用人单位个人信息收集的相关通知或

以曾对前述收集通知提出异议为由进行抗辩，则此种情况下用人单位需承担相应的举证责任（包括但不限于：提供载有发布通知内容的文件，通知送达员工等相关证据）去证明员工本人知情且取得了员工的同意。如用人单位未能提供前述证据，则不排除用人单位在此类诉讼中承担民事侵权责任的风险。其二，员工可能主张其系在非工作时间 / 因私使用办公电脑或办公电话而被收集了个人信息，故用人单位的行为属于超过必要范围和限度而收集个人信息的侵权行为。此种情况下，尽管现有司法观点倾向于认为用人单位因不具有侵权的故意而不属于侵权行为，但考虑到案例检索的有限性及司法裁判尺度的灵活性，笔者认为不能完全排除用人单位在此种情形下被判承担侵权责任的风险。

（二）如出现存储个人信息泄露等问题并给员工造成损失或其他严重后果，则用人单位可能会被判承担一定的行政及民事责任

《民法典》第一千零三十八条的规定：信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。作为个人信息的收集、存储方，用人单位负有个人信息的安全防护义务。如用人单位因内部服务系统中的安全漏洞，或因内部管理不严造成个别员工违规查看并披露用人单位所存储的员工个人信息，且给相关被泄露个人信息的员工造成经济损失或其他严重后果的，则根据《民法典》第一千一百六十五条（“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”）、《个人信息保护法（草案二次审议稿）》第六十五条（“违反本法规定处理个人信息，或者处理个人信息未按照规定采取必要的安全保护措施的，由履行个



实现企业行使用工管理权与员工个人隐私保护之间的平衡：

其一，就个人信息征集事项取得员工的书面同意。例如，可向员工送达《员工信息收集告知书》并取得员工签字同意的回执。同时，用人单位应当在前述文件中告知及明确如下信息：1、个人信息采集的范围、使用方式；2、如员工因私使用办公电

人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，给予警告；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。有前款规定的违法行为，情节严重的，由履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。”）及六十八条（“个人信息权益因个人信息处理活动受到侵害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。前款规定的损害赔偿责任按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额。”）的规定，用人单位可能因此承担一定的行政责任（罚款）及民事责任（就因个人信息泄露而给相关员工造成的损失向员工进行赔偿）。

二、平衡——关于规避用人单位职场电子监控法律风险的实操建议

针对前述法律风险，笔者认为用人单位可以采取以下措施进行适当规避，从而在一定程度上

实现企业行使用工管理权与员工个人隐私保护之间的平衡：

其二，完善用人单位内部关于个人信息收集、查看、存储及删除等相关流程的操作规范，重视对于数据管理岗位的员工权限的分级和监管，避免数据管理岗位的员工因操作不当、操作违规等行为导致所存储的员工个人信息外泄。

其三，对所存储的员工个人信息按照敏感程度实行分级分类管理，并采取相应的加密等安全措施，防范和降低可能发生的信息不当泄露风险事件。

其三，对所存储的员工个人信息按照敏感程度实行分级分类管理，并采取相应的加密等安全措施，防范和降低可能发生的信息不当泄露风险事件。

三、结语

随着企业用工管理的不断发展与公民权利意识的强化，职场电子监控下企业用工自主权与个人隐私权之间的冲突始终难以完全避免。笔者认为，用人单位应当充分意识到职场电子监控所可能带来的潜在法律风险，尽可能尊重员工在信息收集层面的知情权，依据相关法律法规及必要性原则合理收集员工信息，并履行对所收集信息数据的安全保障义务，从而于潜在的冲突中寻求各方权利与利益的平衡点，努力实现职场和谐稳定。

中伦
文德



□ 侯佳/文

侯佳，山东大学晶体材料国家重点实验室博士毕业，现任杭州电子科技大学教师，兼职律师；熟悉激光技术与器件，围绕新型晶体材料和二维可饱和吸收材料的表征与测试、非线性频率变换及超快激光技术和器件开展了广泛而深入的研究。



□ 傅林放/文

傅林放律师，高级合伙人。浙江旅游职业学院教授，校纪委委员、学术委员会委员。北京中伦文德（杭州）律师事务所律师、创始合伙人；2014年-2016年担任省治水办宣传组副组长；浙江省委、省政府：2015年度全省“五水共治”工作先进个人。

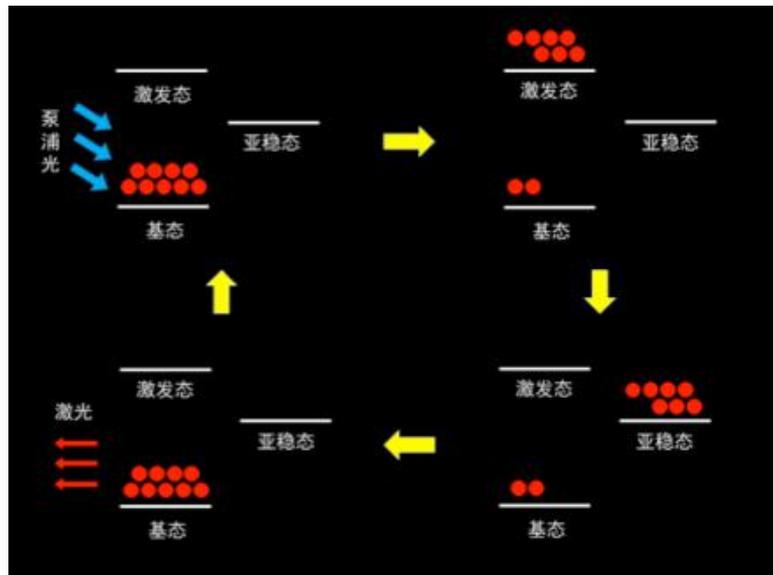
激光器设备买卖合同案例分析

概要：激光技术一直都是“高精尖”技术的代表，然而也正是由于激光技术的“高精尖”特性，相关产品在销售和使用过程中也会由于对于某些技术指标理解不一致或者约定不明确等原因而产生纠纷。基于此类产品技术含量高的特点，合同双方应负高于普通买卖合同的注意义务，尤其是对于技术更加了解的一方更应承担更多的解释说明义务，此外相关设备中可以构建日志系统，对设备的运行与操作状态进行记录，以便在产生矛盾时可以明晰各方责任。

激光的全称为受激辐射光放大，是20世纪一项重大发明，被称为“最快的刀”、“最准的尺”、“最亮的光”，其在民用、科研、军事等领域有着广泛的应用。其基本原理如图所示，原子中的电子吸收能量后从低能级跃迁到高能级，再从高能级回落到低能级的时候，所释放的能量以光子的形式放出。被引诱（激发）出来的光子束（激光），其中的光子光学特性高度一致。

近几年来，中国科技行业受到

国际排挤和打压，尤其是电子芯片制造成为我国高端制造业的一大短板。这其中一项非常重要的设备就是光刻机，出口光刻机受到西方国家的严格控制，而光刻机的基础就是极紫外激光加工技术。在紫外加工过程中，紫外激光高能量光子直接打断材料化学键，紫外光束与材料相互作用产生光子消融过程，避免了长波长激光加工引起的热致缺陷和不足，属于“冷加工”范畴，加工出





的产品可以达到精细、光滑的效果。而即使是利用红外或可见光激光依靠局部集中加热使物质融化或气化的方式进行“热加工”，其与传统机械加工相比也具有光加工精度高、加工效率高、材料利用率高、加工速度快、经济效益高等特点。可见，激光技术一直都是“高精尖”技术的代表。

然而，也正是由于激光技术的“高精尖”特性，相关产品在销售和使用过程中也会由于对于某些技术指标理解不一致或者约定不明确等原因而产生纠纷。本文对一起激光器设备买卖合同纠纷进行了分析，对其中与技术有关的矛盾点进行了解构，并针对激光器设备类买卖行为的纠纷避免给出了一些建议。

一、基本案情

2010年10月11日，莱克公司向东方激光公司签订协议，约定东方激光公司向莱克公司提供一台NEL-2000M型激光器和一台C-25冷水机组。并约定如激光器有重大质量问题，被告同意退货换货。双方在技术附件中对约定额定输出功率为2000W，最大输出功率为 $\geq 2100W$ ，功率稳定度为 $\leq \pm 2\%$ 长期。

2011年11月16日，莱克公司认为激光器控

制功率与显示功率不匹配，东方激光公司于当年11月24日到现场维修，处理结果是激光器正常，双方经测试确认了CNC输入功率和激光器输出显示功率。

莱克公司认为激光器功率偏差太大，波动值大，超过了约定的 $\leq \pm 2\%$ 长期功率稳定度，应属重大质量问题，要求退货，东方公司拒绝。随后莱克公司诉至法院，法院最终驳回了莱克公司的诉讼请求。

二、案件分析

1. 有关激光不稳定度的争议

在本案中，双方经测试确认在莱克公司的机床CNC输入功率800W时，激光器输出显示功率为1010W，输入功率1100W时，输出显示功率为1336W，输入功率1400W时，输出显示功率为1614W，输入功率2000W时，输出显示功率为2072W。据此，莱克公司认为激光器功率偏差太大，波动值大，即输出和输入相差太大，超过了约定的 $\leq \pm 2\%$ 长期功率稳定度，应属重大质量问题，要求退货。

关于激光辐射功率和功率不稳定度的定义

和计算方法，规定在中华人民共和国国家标准 GB/T 13863-2011 中。具体计算方法为：

按照公式（1）计算功率平均值

$$\bar{P} = \frac{\sum_n P_i}{n} \quad (1)$$

按照公式（2）计算功率标准差

$$\Delta P_{st} = \sqrt{\frac{\sum_n (P_i - \bar{P})^2}{n - 1}} \quad (2)$$

按照公式（3）计算功率不稳定性

$$\Delta P_1 = \frac{2 \times \Delta P_{st}}{\bar{P}} \times 100\% \quad (3)$$

简单来说，功率不稳定性可以理解为激光器在某一固定输入功率下，其功率随着时间波动的情况。激光功率波动的原因可能来自于多个方面，比如输入电功率波动、机械振动、测量装置本身的偏差等。

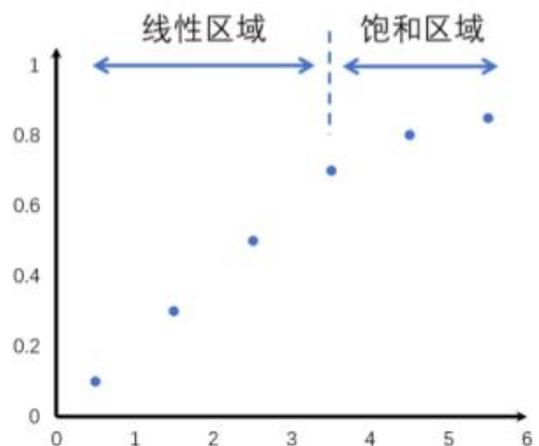
回到本案，莱克公司和东方激光公司在买卖合同附件中约定激光不稳定性小于等于 2%。该约定属于双方意思表示合意，且没有违反国家效力性强制规定等合同无效的情形，属合法有效约定。然而，莱克公司将不稳定性理解为激光器在不同输入功率下输入功率与输出功率比值的变化程度，这显然是错误甚至是荒唐的。莱克公司据此认定激光器有重大质量问题也就无法得到支持，法院最终的裁判结果也与此情况相符。

2. 有关输入功率与输出功率的争议

激光器是将电能转化为光能的装置。根据能量守恒定律，某一系统输出的能量必然小于等于其输入的能量。实际上，一般激光器由电能转化为光能的效率为 5%~35%。在本案中，东方激光公司应莱克公司要求，于 2011 年 11 月 24 日到现场维修，并在双方在场确认的情况下对 CNC 输入功率和激光器输出功率进行了测试。然而测试结果却是令人大跌眼镜。输入功率 800W 时，输出显示功率为 1010W；输入功率 1100W 时，输出显示功率为 1336W；输入功率 1400W

时，输出显示功率为 1614W；输入功率 2000W 时，输出显示功率为 2072W。就算是显示功率与实际功率有所偏差，也实在是差得离谱。作为 CNC 设备的一部分，激光器输出功率本应该比整个 CNC 设备的输入功率小，然而测试结果却是相反的。激光器输出功率比整个设备的输入功率还要大，违反了能量守恒定律这一基本规律。更加不可思议的是，作为专业技术人员，东方激光公司的工作人员竟然还对该测试进行了确认。该确认某种程度上促进了莱克公司提起诉讼，因为东方激光公司的技术人员并没有对其中的技术指标进行正确的解释，反而加深了莱克公司对激光器有重大质量问题的印象。

而关于输入功率与输出功率是否应呈线性关系的问题，东方激光公司给出了解释：“受激光器原理决定，激光器输出功率与放电电流不存在线性对应关系”。该表述是不严谨的。从整个输出功率区间来看，输出功率与输入功率的确不是线性关系。但在一般情况下，输出功率根据输入功率的大小分为线性和非线性两个阶段。如下图所示，在输入功率较小时，输出功率会随着输入功率的增大而线性增大；当输入功率较大时，受到热效应等因素的影响，输出功率进入饱和阶段，输入输出对应关系不再线性。



3. 是否应当对莱克公司的定金损失进行赔偿

莱克公司提出，在购买东方激光公司产品后，与第三方卓一公司签订合同，然而因激光

设备不合格，向卓一公司赔付了20万元的定金。如果本案中确因东方激光公司产品问题而导致莱克公司不能向卓一公司如约交付合同约定的产品，莱克公司可以诉请根据东方激光公司和莱克公司双方责任大小，承担向卓一公司赔付20万元的定金责任。然而，本案中东方激光公司的产品并无重大质量问题，并不存在解除合同的事实基础。因此，莱克公司与第三方卓一公司签订了合同，最终没有履行，所产生的定金责任，需自行承担。

三、建议

法律不可能事无巨细地对各项事物进行规定，否则法律就会变得极其繁冗与复杂。针对科技含量较高的产品的买卖行为，法律只能在买卖合同项下对双方的权益进行基本的保护，毕竟其本质是基本的交易行为。然而，对于技术含量较高的产品，在充分尊重双方意思表示的前提下，更加了解技术的一方应尽可能向不了解技术的一方履行更多义务，否则容易产生纠纷。以激光器产品为例，整个系统较为复杂，涉及光学系统、电气系统、相应的软件等多个系统进行配合，技术附加值高，从而单值较高。对于购买方来说，其花费较大的代价购买一套设备，心理预期上会将产品看作是耐用品，且可能会将基于传统机械设备的耐用性和操作容错率高的印象迁移至激光系统，其结果为，一方面可能会减少对某些关

键参数（例如连续工作时间、激光功率稳定度等）的忽略，另一方面在使用时可能不会按照激光系统应有的操作流程和环境进行使用。发生上述情况后，产品性能自然是没有达到购买方的心理预期，从而对销售方产生信赖危机，将发生的问题归因于产品质量问题。针对该问题，我们提出以下建议：

1. 买卖合同中应尽可能详细地描述达到购买方某一需求指标时激光器设备其它指标情况，例如达到某一功率时激光的不稳定度、重复频率、脉宽等；

2. 明确激光设备工作时应处的环境；

3. 可能完善激光器控制系统，在用户进行违规操作时自动拒绝错误指令并发出警告甚至锁死机器；

4. 构建日志系统对激光器运转状态进行记录，对用户进行的开关、按键、旋钮、软件等操作进行记录，以便在激光器出现故障后进行回溯

总之，基于激光器设备的精密性和复杂性，合同双方应负高于普通买卖合同的注意义务，以期达到（1）引导合同订立双方在合同订立阶段减少对某问题约定的模糊性；（2）即使产生纠纷也能在纠纷解决阶段有充足、可靠的证据来明确各方责任。从而以减少发生纠纷的可能性，最终达到促进社会和谐，节约司法资源的目的。

中伦
文德





李敏律师，中伦文德律师事务所高级合伙人律师，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

□李敏/文



姚思婧律师，中伦文德律师事务所律师，毕业于北京工商大学，主要从事房地产、信托等业务。

□姚思婧/文



张晓萌律师，中伦文德律师事务所律师助理，毕业于西南政法大学，主要从事房地产、金融业务。

□张晓萌/文

房地产并购项目中原有合同处理之实务研究

当前国内房地产行业的并购^[1]越来越常见。通过并购，并购方可获得目标地块、目标项目的开发经营权限，进一步扩大在房地产领域中的市场占有率以及市场优势，有的并购方出于公司未来发展的长远考虑，以并购方式获得管理团队等其他特有资源。由于房地产开发项目的自身特点，通常工程浩大、程序繁琐、涉及主体众多，在整个开发建设期间需要签订大量的合同。对于被并购的标的项目已经签订的合同（以下简称“原有合同”）如何妥善处理，关系到并购能否成功进行，也是并购方特别是并购方律师需要重点关注的问题。本文即结合我们在参与房地产并购业务中的有关实务经验就原有合同的处理问题进行简要的总结和梳理。

一、房地产开发项目中需签订的合同概述

房地产开发项目通常的流程如下：土地获取—开发策划—前期准备—项目设计—项目施工—项目营销—物业接管—项目收尾^[2]。在上述流程中，房地产开发项目主要会签署土地获取类合同、设计采购施工类合同、运营销售类合同、融资类合同等。

1、土地获取类合同：为获取项目地块，以出让方式为例，项目公司（建设单位）需要与出

让人（例如当地自然资源管理部门等相关单位）签订相应的土地使用权出让（转让）合同。如果是项目公司股东竞买取得土地的，通常还需有自然资源管理部门、项目公司及其股东签署相应的主体变更协议。如果存在合作竞买该项目地块的情形，通常合作方之间还会就合作事项签署项目投资合作框架协议、意向书等。同时，部分项目（特别是产业勾地等类似项目）中还存在项目公司或其股东与当地政府部门签署的招商引资类的协议，也往往会对土地相关事项进行明确的约定。此外，如果项目地块涉及未达到净地标准、未完成拆除或者一二级联动项目的，不排除还需与政府相关部门签订代建合同、拆迁补偿安置相关协议等。

2、设计采购施工类合同：房地产项目正式进入建设施工环节后，需要设计公司、供货方、施工单位、监理单位等多方主体的服务以保证项目顺利推进，因此这一阶段可能存在大量的勘察设计服务合同、采购合同、建设工程施工合同、承包（分包）合同、监理合同、咨询服务合同等。

3、运营销售类合同：为了项目后续的经营、管理及收益，开发商一般与物业服务企业签订物业服务管理合同，与业主订立商品房预售合同、商品房买卖合同等运营销售类合同，如涉及商业

体，开发商一般还会签订相关招商代理协议、租赁协议等。

4、融资类合同：房地产开发具有周期长、资金量大的特点，开发商通常需要进行融资获取充足的开发资金，例如向银行申请开发贷款等，因此一般会与银行、信托公司及其他金融机构签订贷款合同等融资类合同。

5、日常经营类合同：除了上述类型的合同，实务中项目公司通常还会签订办公场所租赁合同、劳动合同等日常经营事务有关的合同。

二、房地产并购业务中妥善处理原有合同的重要意义

（一）妥善处理原有合同对房地产并购业务的成功具有重要意义

由于目前很多房地产并购活动发生在房地产项目开发建设期间，并购方在进入该项目之前，相当一部分合同已经处于成立生效或履行状态。虽然以股权并购方式进行的房地产并购不会改变原有合同的权利义务外观，但对于并购方而言，原有合同可能会对其今后的权利义务承担产生重大影响，并从实质上影响其并购收益及并购目的的达成。

1、妥善处理原有合同能够最大程度降低因并购产生的债务风险。原有合同可能对作为合同当事方的项目公司设定了较多的义务责任或权利限制，例如拆迁补偿安置合同中项目公司需支付的补偿安置费用、采购合同中需支付的相应货款。



并购活动前期及时全面地发现这些原有合同及其所约定的项目公司义务，并与原股东就此开展商业谈判，能够帮助并购方最大程度减轻原有合同带来的债务风险，避免因不合理的债务承担而造成的损失。

2、妥善处理原有合同有利于合理控制并购交易对价。房地产并购交易的定价基准建立在对项目公司及房地产项目全面评估的基础上，其中原有合同中的债权债务应当作为关键的评估因素。考虑到房地产并购业务周期长、前期投入大、风险性高的特点，通过全面了解原有合同，并就相关权利义务履行问题与原股东展开商谈，能够帮助并购方在确定交易对价时获得更多主动权，将并购交易对价控制在较为合理、理想的范围。同时，若并购方在并购后拟解除原有合同（例如并购方解除总包合同并更换总包单位等情形），那么解除合同所应承担的违约金等也应作为并购交易对价的考虑因素。

3、对于并购在建项目而言，合理解决原有合同有利于保证目标项目工程进展顺利。并购前期，并购方与原股东就合同执行问题达成一致意见，妥善分配权利义务，能够有效避免在后续合同履行过程中出现纷争、阻碍项目进度。

（二）房地产并购业务中原有合同处理不当可能出现的通常问题

房地产并购中如果对于原有合同处理不当，可能会给交易双方造成利益损失，甚至直接导致并购交易的失败。就并购方而言，对原有合同处理不当可能发生以下三个方面的风险：

1、交易成本增加。如果并购方在前期调查阶段未能全面发现和了解原有合同状况，未能根据原有合同的履行情况合理判断原有合同的履行成本等，在其完成并购交易、成为项目公司股东后，不得不承担原有合同的履行义务及相关责任。这将导致一方面并购方需要承担原有合同中相应的对价支付义务以及潜在的违约责任，例如待支付的货款、到期的借款、土地出让中欠缴的税费、违约金等；另一方面，并购方在后续履行原有合同时亦须支付履行过程中产生的材料、管理、劳务等费用，这些合同义务负担都可能显著增加并

购方的实际交易成本。

2、法律风险负担。由于原有合同的签订主体为项目公司，无论因并购交易项目公司的股权结构发生如何变化，项目公司仍需承担原有合同的相关债务和责任，且项目公司股东的更替也不得对抗外部的权利人。另外，项目公司在对外融资时通常会以目标项目所在土地之土地使用权以及在建工程为融资人提供抵押担保。如果前期并购双方未就原有合同债务、抵押担保责任承担等问题作出明确安排，厘清相关责任，一旦原有合同履行中发生纠纷、违约责任或司法行政责任，并购方将难以摆脱因此产生的法律责任风险，同时目标项目还存在被债权人处置的风险。

3、项目工程延误。现阶段，以在建工程项目作为交易标的的房地产并购业务占据相当大的比例，原有合同的处理不当可能会对在建项目的房地产并购造成更大的不良影响。在地块获取、工程设计、工程施工等阶段签订的合同对于项目工程进展具有重要意义，倘若因并购双方在交割前对于原有合同（例如总包合同等施工合同）安排不当，双方及合同相对方一旦就义务履行和责任承担问题发生争议，将对目前项目工程监督以及工期等产生直接影响，进而存在可能影响工程交付等一系列的问题。

综上所述，本所律师认为，房地产并购业务在实践中往往涉及大量的各类合同，并购交易中双方能否合理高效地解决原有合同问题，将对并购方的债务风险承担、交易成本确定以及目标项目工程进展产生实质性影响，因此并购交易双方应对原有合同进行充分尽调，并根据实际情况就原有合同问题作出详细安排。

三、房地产并购业务中原有合同的通常处理方式及利弊分析

根据我们参与大量房地产并购项目的经验来看，房地产并购过程中对于原有合同问题通常有以下几种处理方式：

（一）并购完成后项目公司继续履行原有合同

并购完成后项目公司继续履行原有合同应当

是房地产并购业务中最常见的方式，即并购后对于尚未履行完毕的合同由项目公司继续履行并负担相应法律责任。此外，也有部分合同或合同条款是并购方进入项目公司后必须继续执行的，例如土地出让合同以及项目公司与当地政府主管部门签署的框架协议中关于项目投资强度、开竣工时间进度、是否存在自持部分等相关约定。

此种方式下并购方在取得目标项目后承继履行原有合同，能够直接参与到项目工程的开发建设中，提高并购工作的效率，但其弊端主要在于并购方可能会面临较大的或有债务风险。

（二）并购完成前由项目公司负责解除原有合同或完成原有合同的结算及支付义务

当并购方不愿意承继原有合同或者承继原有合同不符合并购方的实际需要和商业考量的情况下，可能需要项目公司先行负责解除原有合同。比较常见的是并购方为知名的房地产开发企业，其对于收购的房地产项目在品质、成本控制等方面有更严格的要求，那么项目公司已经签约的设计单位、施工单位、分包单位等可能不符合并购方的要求，此种情况下并购方往往会要求项目公司在并购完成前负责解除相应的原有合同，并将其作为并购或支付交易价款的前提条件之一。另外，若原有合同已经基本履行完毕，并由原股东负责出资完成结算，也需由项目公司先行负责完成原有合同的结算。

此种方式有利于降低并购方的债务风险以及利于并购方按照自身的标准继续对项目进行开发建设，但其弊端主要在于可能增加并购方的收购成本，并可能会由于解除合同所需的时间增加并购的周期进而影响并购效率，甚至在项目公司负责先行解除原有合同的过程中不排除会产生额外的纷争和法律风险。

（三）并购完成后项目公司负责解除原有合同

当并购方不愿意承继原有合同或者承继原有合同不符合并购方的实际需要和商业考量，而原股东又没有能力负责解除原有合同或未协商一致的情况下，并购方也可在并购后自行解除部分原

有合同。此种情况相比较于上述第（二）种情况可以提高并购的效率，迅速完成项目的交割，但往往会增加并购方的交易成本，同时若合同相对方不同意解除合同，还存在产生纠纷的风险。因此该种情况下，并购方需要在并购前对原有合同的约定以及解除原有合同的可行性和成本进行充分的评估。

需要说明的是，上述处理方式为房地产并购业务实践中对于原有合同常见的处理方式，实践中也还存在其他的一些做法，并且同一个房地产并购项目中，也可能基于不同的合同，针对性地采取不同的处理方式。

四、房地产并购业务中对原有合同的处理建议

为了减少原有合同处理不当给并购方及目标项目带来的负面影响，确保并购活动的成功执行，对于原有合同的审查、处理、追踪应当贯穿房地产并购业务的全过程。结合实践中的经验，我们建议：

（一）尽职调查阶段落实原有合同的具体情况

尽职调查阶段是全面发现、深入了解原有合同的关键阶段，并购方应当采取多种途径调查原有合同情况，以期对原有合同实现较为彻底的落实和掌握。

1、通过核查合同台账的方式对项目公司原有合同进行初步梳理和审查，确认原有合同的具体类型、数量、签订时间、履行情况、付款情况等。

2、对原有合同进行直接审查。并购交易对手及项目公司应当向并购方提供原有合同的原件，确保所提供的原有合同全面、真实、无遗漏。并购方在审查原有合同时，需要全面了解合同的权、责、利分配情况，重点关注对项目公司及其股东的权利限制和义务责任负担以及违约责任的约定，并准确把握合同约定的履行节点。

3、对合同支付凭证进行审查。根据对原有合同的审查，对于标的额较大以及比较重要的合同，应核查项目公司的支付凭证以判断项目公司是否按照合同约定的履行节点进行支付。

4、采取走访项目公司人员及合同相对方、实地考察等方式，确认合同的现阶段履行状况，并对合同的未来履行作出合理预估。

（二）并购协议谈判和签约阶段建议尽可能明确原有合同的处理方式，并要求原股东承担兜底责任或者要求原股东提供必要的增信措施

针对尽职调查阶段获取的原有合同情况，在并购协议谈判和签约阶段，建议并购方尽可能明确原有合同的处理方式，并要求原股东承担兜底责任，甚至可以要求原股东提供必要的增信措施，以缓冲原有合同对并购方的风险。其中主要的方式包括：

1、要求原股东就原有合同事宜作出承诺。并购方可要求原股东在双方签署的股权转让协议、意向书及框架协议等文件中就原有合同作出承诺，并将项目公司全部未履行完毕的原有合同清单作为协议附件，确认项目公司及项目中原有合同的情况，保证不存在其他任何未披露合同及权利限制或义务负担。

2、要求原股东就原有合同事宜提供担保。在原有合同数量多、义务负担大的情况下，无论由并购方还是原股东负责继续履行合同都可能存在较高的履行成本及违约风险，此时并购双方可协商一致，由原股东实际控制人、关联公司或第三方为原有合同的履行提供担保，在原股东或并购方发生违约时承担连带责任，从而减少对目标项目的不利影响。

3、在并购交易文件中设置分期支付条款。并购双方可协议约定分期支付交易对价，例如可将原有合同中特定事项履行完毕、原有合同终止、供应商与项目公司签订的书面解除文件及解除费用结算的证明等作为支付部分并购价款的先决条件。

4、在并购交易文件中约定对价调整机制^[3]。由于原有合同可能存在尚不能确定的或有债务问题，对于项目公司及项目的价值评估可能存在虚高，因此双方可设定对价调整机制，如果因原有合同履行而对并购方形成额外的成本增加、处罚、责任承担或其他形式的损失，双方可按照事先约定的交易对价调整方式重新计算并确定合理的并

购交易对价。

5、针对由并购方执行、原股东清算的方式，需要重点就清算事宜作出明确安排。双方应当在协议中详细约定并购方的承继履行义务、原股东的配合协助义务，同时约定原股东的清算进度节点，并根据清算进度进一步安排付款节点。此外也建议要求原股东就清算事宜作出承诺，并对此设置专门的违约条款。

6、针对解除原有合同的方案，具体实施的关键在于避免合同解除带来的违约责任承担及纠纷问题。对此，并购方可与原股东在交易文件中明确约定，与原有合同解除相关的违约责任及纠纷后果应当由原股东承担，另外如果是并购方负责解除原有合同，还需约定原股东为合同解除提供必要的协助。

（三）并购交接阶段注意及时对合同签订、履行情况进行审查

在针对原有合同展开尽职调查并就原有合同的处理方式达成协议后，并购交接阶段需进一步对合同的订立、生效及履行进行全方位的核查。

1、将原有合同的最新相关材料与前期尽调结果比对，及时发现异常。并购交接阶段有必要对原有合同文件、合同台账以及相关财务证明进行细致核查，将最新的合同相关材料与前期尽调相对比，审查是否存在新增内容、是否存在财务证明与台账无法对应等情况，一旦发现异常情况应及时调查并解决。

2、重点核查基准日至交割日期间是否存在新发生的合同或债务。在此期间发生的合同或债务容易被忽略，具有较高的发生争议的风险，因此需要并购方格外予以关注。如订立协议期间双方已就此问题作出安排，交接期间需要核查是否发生了新合同或债务，如是，双方应按协议约定履行上述合同或债务。如果并购双方未对此问题事先约定，则并购方应当在发现新的合同或债务后及时与交易对手协商解决。

3、进一步确认合同的履行临期节点，避免发生违约情形。在约定原有合同继续履行的情况下，并购交接阶段需要排查合同的各个临期节点，例如在交接前后时间到期的贷款、借款、税费支

付，并在期限内按照协议约定履行相关义务，避免因疏于对履行节点的确认而产生违约行为。

4、关注新发生的合同纠纷。重大的合同纠纷很可能在短期内对项目公司及项目造成实质性影响，进而使得并购活动的未来走向发生重大变化。并购交接阶段，并购方需要重点关注在此期间围绕原有合同是否发生了纠纷，并就应对合同纠纷带来的后果以及后续商业安排的调整与交易对手进行协商。

（四）并购后注意解决原有合同履行及处置过程中的法律问题

在房地产并购交易完成后，并购方仍需对原有合同予以关注，对于继续履行的原有合同，项目公司及并购方均应按照合同要求继续履行合同，并与合同相对方积极沟通；对于项目公司负责解除的合同，并购方则需重点确认原有合同中的权利义务已经终结或在预期内能够终结，确保此后不会就原有合同产生其他任何责任承担或纠纷，并及时妥善解决合同处置过程中的法律问题。

总之，实践中，对于原有合同的关注和妥善处理需要贯穿房地产并购业务的全流程，做到尽职调查阶段全面发现、协议签订阶段明确安排、并购交接阶段充分复核、并购完成后持续追踪。

五、总结

综上所述，原有合同的处理问题对房地产并购业务具有重要意义，需要并购方及其中中介机构在整个并购流程中予以格外关注和持续追踪。因此本所律师建议，并购方应立足具体项目中交易实际情况，结合自身需要，对原有合同处理事宜作出合理安排，以期实现房地产并购交易目的并降低和控制并购风险。

注释：

- [1] 限于文章篇幅，本文仅对股权并购方式相关问题进行分析。
- [2] 参见《<房地产开发流程>》，包含7大专业，126个关键节点，载“地产一课堂”微信公众号：<https://mp.weixin.qq.com/s/4AZwTphnLX9eCicNDxxIQ>，最后访问时间：2021年5月14日。
- [3] 参见傅真神：《房地产股权并购—如何防控债务风险》，载个人图书馆网站：http://www.360doc.com/content/18/0410/07/35771783_744345543.shtml，最后访问时间：2021年5月14日。





□ 宋 成/文

宋成律师，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所合伙人，西南医科大学临床医学、医事法学学士，暨南大学法律硕士。熟悉医药领域投融资、合规控制、私募、争议解决相关法律服务。



□ 曹 阳/文

曹阳律师，北京市中伦文德（成都）律师事务所合伙人及执行主任，具有十余年丰富执业经验。曹阳律师在公司业务、投融资、重大民商事代理等领域有着丰富的经验。其服务的客户涉及医疗、医药、教育等多个领域。



□ 孙 淘/文

孙淘律师，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所合伙人，中国法国工商会（华南）特别顾问，武汉仲裁委仲裁员，长沙仲裁委仲裁员，司法部干名涉外律师人才，中国电视剧制作产业协会法务委员，专业领域：能源、基建、物流、教育、医疗、文娱领域的国际并购，国际争议解决。

医美的围城亟待合规来破局

医美产业嘿火爆！2018年成都亮剑打造医美之都，今年4月8日海南自由贸易港跟进打造高端医美产业，事隔数日深圳提出打造国际医美之都的口号。与层层拔高的引导政策相对应，医美产业上游，医美概念指数节节攀升；医美产业的中游，中国医美企业从2014年2384家增长到2020年8007家；医美产业的下游，除传统的美容院渠道，新增了很多APP作为医美客户的引流渠道。

医美产业欣欣向荣，中伦文德医美领域的律师业务也很繁忙。纷繁复杂的case背后，我们不仅看到了产业的兴起，更看到产业的痛点，尤其是中游产业的痛点。中游产业是医美全产业链的中流砥柱，表面风光无限、现金流充足，但实际平衡完各方利益后所剩无几。今天咱们就聊一聊主要环节的合规痛点，就聊两块钱的。

第一关，医美的医疗机构资质

医疗美容是指使用药物以及手术、物理和其

他损伤性或者侵入性手段进行的美容。根据《医疗机构管理条例》等法规的规定，医疗美容机构包括美容医院、医疗美容门诊部、美容整形外科诊所、医疗美容诊所，前述医美机构都应获得《医疗机构执业许可证》才可以开门迎客。美容美发机构、美容会所等仅仅能够开展与医疗不相关的生活美容。医生个人工作室若没有取得医疗机构执业许可进行医美活动则存在巨大风险，不怕事大的除外。

即便机构取得了执业许可，诊疗行为仍然存在非常多的限制，比如，医美中的干细胞疗法。根据《医疗技术临床应用管理办法》的规定，新技术进入诊疗阶段受到严格的限制，即便获得技术专利也并不意味着可以直接进入临床使用。

如果属于已经成熟的美容外科手术项目，手术项目又分为一~四级，只有具备相应机构等级和条件，才能开展对应级别的手术。也不是哪个美容机构都可以给你削骨、抽脂或隆xiong。而且的而且，如果医美机构可以抽脂，不代表医生

当然可以实施这个手术，还需要医生具有资质、符合手术分级的要求。

哎，这才说第一关，我已经瘦不了了，前路漫漫。

第二关，主诊医师的资质

医美的医生应该取得主诊医师资格。根据《医疗美容服务管理办法》的规定，主诊医师资格条件比较苛刻，同时满足：①具有医师资格并注册；②具有相关临床学科工作经历，美容外科应具备美容外科或整形外科6年以上工作经历，美容牙科应具备口腔或美容牙科5年以上工作经历，美容中医和美容皮肤应具备中医和皮肤病专业3年以上工作经历；③经过医疗美容专业培训或进修并合格，或已从事医疗美容临床工作1年以上；④省级卫生行政部门规定的其他条件。

主诊医师因稀缺而成为机构抢夺的资源。首选当然是把你的机构作为第一注册地（俗称专职），但缺陷是，费钱。次选是主诊医师到机构实施“飞刀”，也就是需要的时候过来手术，人力成本骤然下降。但应当按照法规的要求进行多点执业的备案。但公立医疗机构的主诊医生，或许不方便到民营机构办理多点执业备案，理论上可以通过邀请会诊的方式完成。但是，会诊需要邀请、被邀请的医疗机构实施，收费却无法合法直接支付给手术的主诊医师，相当尴尬。并且会诊中实施的手术的等级应该和邀请机构的等级一致，否则不符合手术分级管理的要求。

还有一些机构邀请韩国的整形大咖斯密达，

台湾的资深整形师嘞~，为客户提供国际水平的医美服务。按照法规的规定，应当办理港澳台或外国医师来华行医的备案，否则机构可能被行政处罚。当然，外来和尚是不是就把经念好，在此不论。

第三关，医美产品中的医疗器械

医美新产品在市场中层出不穷，乱花迷眼。但医美产品很多属于医疗器械，国家按照医疗器械相关法律法规严管。以鼻唇沟除皱使用的注射用修饰透明质酸钠凝胶（俗称玻尿酸）为例，按照第三类医疗器械管理，获得国产医疗器械产品注册的品种仅9个，进口医疗器械产品注册的品种仅13个。高端客户常常需要国外最新的产品，但往往暂时没有通过CFDA许可，面临合法性问题。

2月10日丁香园出了一篇文章《“抗衰神器”热玛吉背后的资本狂欢》文中提到美国一名整形外科医生发明的热玛吉，现在已经是第五代产品，前四代产品按照第三类医疗器械进入中国，办理了进口医疗器械产品注册，但市场上充斥着各种山寨产品。经过查询，注册的产品名称为射频治疗仪，用途是用于对身体、面部及眼周皱纹的非侵入性治疗。原理是射频电流受电阻的影响而转化为热能发生治疗作用，但存在皮肤灼伤的风险，需要医疗手段干预。

那类似的射频治疗仪能够合法上市么？若定位为普通生活用品，无需进行医疗器械产品注册。若宣称有诊断治疗作用，则应该按照医疗器械监

督管理办法的规定办理产品注册，而且目前类似产品按照第三类医疗器械监管。若是进口射频治疗仪，还应该办理进口医疗器械产品注册。因此，若医美机构使用没有注册的医疗器械，哪怕是使用宣称属于生活美容的器械也存在被高额罚款的风险。

曾几何时，某成都机构使用所谓韩国进口的激光治疗仪，货值金额50万，因产品没有进



口注册被食药监局处以 5 倍以上 20 倍以下罚款。事后，机构负责人说，曾经有一个合规设备我们没有考虑，现在我们追悔不及。这样的故事不断上演。

第四关，医美的广告宣传

广告法禁止广告中使用国家级、最高级、最佳这样的断言，避免误导消费者。并且广告法和医疗广告管理法规规定，医疗广告不得含有表示功效、安全性的断言或者保证；发布医疗广告应该获得主管部门的审查。但医美机构恰恰与广告密不可分，广告合规很难周全。除了上述行为，机构为了展示主诊医师的水平，常常注明其具有海外工作经验，获得海外某些机构的认证或表彰等等，但需要提供真实的文件备查。

医美机构侵犯肖像权的情况常常出现。根据北京二中院发布的信息，自 2012 年起到 2017 年 7 月，该院共审理医疗美容机构涉嫌侵犯明星肖像权案件 61 件，均为二审案件，约占肖像权纠纷案件的 40%，涉及明星 20 余人，涉案医美机构 30 余家。民法典已经开始实施，法律加大了人格权包括肖像权的保护力度，法条中删除了侵权认定中的“以营利为目的”；这里特别提示：使用肖像权应该充分重视获得肖像权人的同意。

反不正当竞争法修订后，除了需关注虚假宣传或引人误解宣传、混淆行为，医美机构更应当充分重视商业回扣问题。根据法律的规定，向交易相对方支付折扣或向中间人支付佣金的，应当如实入账，否则涉入商业贿赂风险，这对长期以来需向渠道商支付高比例佣金的医美机构来说无疑也是一把达摩克利斯之剑。

说到这里，越来越感觉医美机构太多问题啦。

第五关，医美的收费之痛

最最最头痛的问题是，钱！有医美机构向客户收取一定金额的预付款，而根据法规的要求应当向商务部门申请单用途商业预付卡备案，还需满足发行资金量限额、第三方资金存管等合规要求。机构收取预付款后，若不能提供医美服务的，应该将依法将剩余的款项及时退还客户，否则可能因客户集体维权而触发集资诈骗的刑事犯罪风

险。

医美机构收费应依法入账，根据税法的规定纳税。但很多机构考虑到税负过重，以及上述提到的向中间人支付佣金的问题，通过各种途径规避。韩国医美产业发达，税收问题已经成为韩国医美的头等问题。

医美的发达也催生了另一个衍生行业，医美分期付款。因通过分期付款的方式，医美机构获得了客户，按照贷款金额获得一定比例的款项，消费款项由客户分期偿还。因机构实际获得的收入大大低于表面收入，使得机构在医疗环节的投入不足，若整形失败，医美机构需要退还全部款项，甚至需要进一步赔偿。这样畸形的模式会给医美机构的资金链造成断裂式打击！

第六关，医美的诊疗过程应规范

过了五个关，最后一关客户最关心，但是管理上存在极大提升的空间。证明机构诊疗过程合法合规的证据就是病历，但普遍对病历不够重视，因为似乎医美就医不是病，但弄坏了真要命。若是门诊案例应当有完整的门诊病历，门诊病历由客户自行保管。若是住院案例，应该形成完整的住院病历。

《医疗美容服务管理办法》规定，执业医师对就医者实施治疗前，必须向就医者本人或亲属书面告知治疗的适应症、禁忌症、医疗风险和注意事项等，并取得就医者本人或监护人的签字同意。这一规定实际比民法典之规定要求更高，也就是所有医美就医者在实施治疗前都应知情、同意。当然，涉及手术、操作、特殊检查、特殊治疗的时候更应该履行知情同意制度。实务中几个能做到？

唠叨了这么久，行业人士已泪如雨下了，咱们太难了！常言道，干一行恨一行。但医美还是一个很好的行业，一来上中下游产业有很多产出，国家不能全靠房地产拉动吧？二来确实可以让眼前景色更加美好，心情更好一点。因此，我们希望医美中游产业能够冲破围城，步入正轨，持续繁荣。在下一期，我们将推出赋能医美机构的文章，敬请期待。



□于 禄/文

于禄律师，中伦文德杭州律师事务所律师，十余年技术工作经验，五年多律师执业经验；熟悉软件、集成电路（芯片）、互联网、自动化等有关的数字化技术。具有程序员、架构师、硬件工程师、网络工程师等从业经验，曾担任美国Cisco、Oracle及Redhat授权讲师，并作为Linux核心工程师，在德国SUSE（上海）工作一年半。有海外工作背景；专业领域：专做与前述技术有关的各种案件，如：买卖合同、尽调技术咨询、技术方案可行性分析、系统安全咨询、专利、计算机犯罪等，会使用德、法等外语。

合理使用原则在软件领域的突破

——Oracle 诉 Google Java SE API 侵权案分析

一、主旨概述

任何法律制度及立体系经常需要协调两个利益冲突，即：公益和私益，著作权领域亦不例外。著作权制度本质上是通过赋予著作权人一定时期对作品的各种优先和垄断性权利（通常可以转化为经济利益）这一方式来鼓励人们创建更多优秀的精神文化产品。传统上对于著作权都存在一定的限制，这种限制无一例外都是授权非商用目的使用者在不妨碍著作权人行使其权利的合理限度内无偿使用其作品（也称“合理使用”）。

但是，这一合理限制在计算机软件著作权领域则有进一步的扩展，表现为：即便是出于商用目的，也存在合理使用原则。

二、合理使用原则

根据《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》（Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works）第九条第一款第二项中明示了合理使用原则，其内容为：“It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does

not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.”（译文：“本同盟成员国法律得允许在某些特殊情况下复制上述作品，只要这种复制不损害作品的正常使用也不致无故侵害作者的合法利益。”），此条即是著作权法领域之“三步检验法”之来源，该原则实际上体现了对著作权人赋以权利的同时，亦对其科以一定社会义务，以体现公益与私益之有效平衡。故根据权利义务对应原则来看，合理使用原则即是对著作权的合理限制。传统上，这种合理使用均限定在非商业化应用中，商业化应用显然不在此范围内。这一点可从我国及其它国家立法中得到验证。

我国现行《著作权法》第二章第四节“权利的限制”中第二十二条、第二十三明确列举了合理使用（对著作权的限制）的类型，这些使用无一例外都是非商业化的目的，如个人学习、教育、科研、新闻报道、义务教育等。

德国《著作权及相关权利法》（《Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte》）中第六章“Schranken des Urheberrechts durch gesetzlich erlaubte Nutzungen”（译文：基于法律许可而对著作权的限制）“也明确列举了若

干种精神内核与我国《著作权法》趋同的合理使用规定，这些包括：44a Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen（译文：临时的复制）§ 45 Rechtspflege und öffentliche Sicherheit（译文：司法和公共安全）§ 45a Menschen mit Behinderungen（译文：残疾人【使用】）§ 45b Menschen mit einer Seh- oder Lesebehinderung（译文：有视听障碍之人【使用】）§ 46 Sammlungen für den religiösen Gebrauch（译文：汇编为宗教使用）§ 47 Schulfunksendungen（译文：学校电台广播）§ 48 Öffentliche Reden（译文：公开演讲）等。

《美国版权法》（Copyright Law of the United States）第 107 条“Limitations on exclusive rights: Fair use”中也明确传统合理使用的若干判断标准，典型的如：“the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes:”，其显然是以使用是否带有商业属性及牟利目的为标准。

以上可见，我国及德、美的著作权方面立法完全与《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》在合理使用条款上保持高度一致。然而，在 Oracle 诉 Google Java API 侵权一案中，该原则适用的前提明显被突破，亦即：即使在以牟利为目的商业应用，仍然可以适用合理使用原则（fair use）。

三、oracle 诉 google 案件中对传统合理使用原则的突破

（一）预备知识

1、什么是 Java SE API？

Java 是一种在全球范围内得到广泛用、生态非常完美、应用领域非常广、简单易学的一门编程语言。与传统其它编程语言（如 C 语言、C++ 语言、C# 语言、COBOL 语言等）相比，它的独门绝学是：编译一次、到处运行。该特性为程序员和经营者提供了极大的便利，节约了巨大成本。该编程语言可以为各种各样的计算机编写软件，从大型机、PC 服务器、笔记本电

脑到各种各样的嵌入式设备（如智能手机、工控设备、数字电视、玩具等），用途广泛。Google 收购 Android 后，考虑到 Java 语言生态好、全球程序员数量多，所以将它移植到 Android 操作系统中。这个过程类似于：当你要发表一篇文章时，你使用英语发表比使用德语更能得到受众，因为全球懂英语的人数远多于德语。Java 语言有三个版本：Java ME、Java SE、Java EE。Java ME 用于嵌入式设备，Java SE 用于工作站和桌面机，Java EE 用于服务器。

API 是 Application Program Interfac（应用程序函数接口），是一组计算机函数，这些函数可以用来进行数学计算、绘图、播放声音、网络通信等，程序员开发新程序（APP）时，需要调用各种各样的 API 来编写新程序。把 API 按一定思路堆积起来形成 APP（application，应用程序）的过程，类似于将积木块堆积安装起来形成新玩具的过程。每种编程语言一般都提供给程序一定量的 API 供程序员调用。

Java SE API 就是 Java 语言提供给程序员调用的函数，里面包括了写一个应用程序需要用到的所有基础功能。如前所述，由于 Java 语言的使用者（程序员）非常多，所以懂得 API 的程序自然非常多，具体见图 1（2021 年 1 月全球编程语言排行榜）。

这意味着：如果一个企业选择使用 Java 开发，那么它将很容易招聘到这种程序员，用人成本低，且项目中的技术问题也容易得到解决。

Jan 2021	Jan 2020	Change	Programming Language	Ratings	Change
1	2	▲	C	17.38%	+1.61%
2	1	▼	Java	11.96%	-4.93%
3	3		Python	11.72%	+2.01%
4	4		C++	7.56%	+1.99%
5	5		C#	3.95%	-1.40%
6	6		Visual Basic	3.84%	-1.44%
7	7		JavaScript	2.20%	-0.25%
8	8		PHP	1.99%	-0.41%
9	18	▲	R	1.90%	+1.10%
10	23	▲	Groovy	1.84%	+1.23%
11	15	▲	Assembly language	1.64%	+0.76%
12	10	▼	SQL	1.61%	+0.10%
13	9	▼	Swift	1.43%	-0.36%
14	14		Go	1.41%	+0.51%
15	11	▼	Ruby	1.30%	+0.24%

图 1 2021 年 1 月全球编程语言排行榜

2、一个 API 的定义包括哪几部分？

一个 API 的定义包括两部分：声明代码 (declaring code) 和实现代码 (implementing code)。声明代码是用来调用实现代码的入口，在数量比重中，声明代码最多不超过 3 行。实现代码则可能从 1 行到几千行甚至上万行都有可能。声明代码表明这个 API 如何被程序员调用，实现代码则表明这个 API 如何进行功能操作。

一个熟练的程序员一定会记住许多 API 声明代码，但不可能也没必要记住 API 实现代码，API 实现代码通常被当作黑匣子，程序员只需要学习如何使用声明代码，即可以调用它编写新程序。

(二) 案情介绍

2010 年，Oracle 花 74 亿美元收购 Sun Microsystems 公司 (Java 的设计者及版权人)，此后几个月之内，Oracle 向 the Northern District of California 地区法院对谷歌提起了诉讼，指控后者非法地从 Java 中复制了约 11500 行代码到 Android 操作系统内使用，并认为此行为同时侵犯了其版本及专利，经过约 6 周聆讯程序，法院驳回了 Oracle 的专利请求 (该请求此后再未进入司法程序)。此后经审判程序，地区法院判决 Oracle 败诉，理由是：Google 复制这些代码中仅包含部分 Java API 声明 (declaring code)，不论这部声明代码是否有创造性，因为 Google 并没有复制这部分 Java API 的实现代码 (implementing code)，相反其自行重新编写了这部分代码，且与实现代码相比，声明代码所占比重完全可以忽略。同时，Java API 声明代码是任何一名经过培训的 Java 程序员必须用到的编码技能，这种代码显然不受版权法保护。

Oracle 随后向联邦巡回法院上诉，而联邦巡回法院则判决 Oracle 胜诉，核心理由是：“[t] here is nothing fair about taking a copyrighted work verbatim and using it for the same purpose and function as the original in a competing platform.” (译文：基于同样的【商业】目的使用，一字不变的把【他人的】受版权保护的作品拿走，并在同一个竞争平台上按同样功能使用，不构成合理使

用)。的确，事实上 Google 将 Java API 中的代码原封不动的复制过去作商业化应用，而且没有任何修改创新，联邦巡回法院的观点认为这是标准的侵权行为。

随后，Google 公司上诉到美国联邦最高法院 (Supreme Court)，后者对此展开近三年的程序处理，随后于 2021 年 4 月 5 日做出判决：Google 的行为构成合理使用，不构成侵权。

(三) 简要分析

本案的核心焦点是：在商业化应用中以盈利为目的，将它人拥有版本 (著作权) 的计算机软件部分复制到自己的产品中并发布牟利，是否构成侵权或是合理使用？

1、按传统观点，这的确是标准的侵权行为。

我们都知道，传统上计算机软件盈利的主要模式就是通过以各种形式授权复制副本使用。未经软件版权人 / 著作权人许可，擅自复制全部或部分计算机软件，不论是源代码还是目标代码均构成侵权。

以我国《计算机软件保护条例》第八条之规定视角，Google 的复制行为侵犯了 Oracle 的复制权、发行权。德国《著作权及相关权利法》亦有异曲同工之规定，该法第 69 条规定：“Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten: 1. die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form.” (译文：权利人独占性地享有对于【计算机程序自行】实施或是授权他人【实施】下列行为的权利：以任何方法和形式，永久地或临时地复制一个计算机程序的全部或部分)，以此视角看，Google 在商业应用中复制 Oracle 的代码，并发行使用，显然构成侵权。这种行为本质上与未经许可复制它人的文学作品中的一部分或全部并无本质区别。

2、美国联邦最高法院认为 Google 的行为构成合理使用 (fair use)，理由如下：

根据《美国版权法》(Copyright Law of the United States) 第 107 条 “Limitations on exclusive

rights: Fair use “之规定，判断这种行为是否构成合理使用，考虑下列四个因素：

“(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

(1) 针对第一个方面：the nature of the copyrighted work: (被复制部分受保护作品的属性)

判决中认为，Google 复制的 11500 行代码中仅包括 API 声明代码，并不包括实现代码，仅有声明代码根本无法驱动计算机工作。如果要驱动计算机工作则必须有实现代码，单纯有声明代码，完全没有任何功能。Google 虽然复制了 Java SE API 的声明代码，但是并没有复制其实现代码，相反，Google 是在 Oracle Java SE API 的声明代码基础上，重新编写了自己的实现代码。故而，Google 没有侵权 Oracle Java SE API 的实现代码权利。同时，实现代码是一个 API 中最关键且占主要部分的。

至于声明代码，它主要体现了设计者的对 API 的合理分类、排列思维，这种思维类似于个人将不同的物品分类放在不同柜子的不同抽屉里，并编写的目录页。它是一种思维体现，问题是美国版权法明示版权不保护思维，故而 Google 复制这部分 Java SE API 代码属于思维型，不受版权法保护。

(2) 针对第二个方面，the purpose and character of the use, (使用的特征和目的)

判决认为：Google 复制这部分声明代码，主要不是因为这部分代码本身具有极大的商业价值及专业性，而是因为考虑到：在全球范围内，大量的程序员通过自学或培训掌握了这些 API 的使用，在 Android 中引入 Java SE API 会使得 Android 更较容易得到更多程序员支持，它们因为熟练掌握 Java SE API 声明代码而可以直接为 Android 系统开发程序，无须额外学习，这样

Android 系统瞬间获取了数量巨大的程序员资源。

而且，Java SE API 之所以如此普遍，有个重要原因是：Sun 公司发明 Java 后，将包括 API 在内的整个 Java 软件包全部开源，供社区及商业化公司免费下载学习使用，这是为什么全球有众多程序员和企业选择学习、研究 Java 的一个重要原因。反面的例子是 Microsoft 公司的 Visual Studio 系列开发工具，其生态及用户基数显然没有 Java 多，因为其持续坚持传统闭源的商业化路线，导致其软件昂贵，需要购买，由此限制了其程序员的数量及应用范围。

故而 Google 所考虑的问题，不仅仅是它自己的私益，客观上也涉公益。对于如果支持 Oracle 的诉求所带来的危害，判决中这样描述：“Given the costs and difficulties of producing alternative APIs with similar appeal to programmers, allowing enforcement here would make of the Sun Java API’s declaring code a lock limiting the future creativity of new programs. Oracle alone would hold the key.”，也就是说，如果支持 Oracle 的诉讼请求，那么它将成为整个 Java 的超级垄断者、独占者，因为 API 是整个 Java 开发的基础和程序入口，如果 Oracle 胜诉，则一定可以得出结论：整个美国所有各行各业的企业都将没有选择地屈服于 Oracle 的版权大棒之下，而这一大棒不但违背前面开源诚信原则，且会损害版权保护的鼓励创新原则。法律首重诚信，其次鼓励创新，更重要的是反对资源垄断。

(3) 针对第三个方面，the amount and substantiality of the portion used (复制代码的数量和质)

Google 复制的 Java SE API 代码仅占整个 Java SE 工具的百分之零点以下，且不是核心代码，因为 Java SE 的核心部分是其 JVM 及编译器、调试器等，Java API 声明代码（注意：不包括实现代码）仅仅是一个简单地声明，它甚至无法驱动计算机工作，它更像是一个建议而非具体的行动方案或是解决方案，故而其商业价值并不是太大，至于众多的程序员学习使用这套 API 这一效果本身并不能视作 Java SE API 本身的价值，

而是由于其前期其采取开源免费使用政策，如果它前期不采取这些开源政策，那么不会有这么多程序学习研究 Java。

(4) 针对第四个方面: the effect of the use upon the potential market (市场影响)

判决中提到,在 Sun 公司被 Oracle 收购之前,其曾经试图使用包括 Java 在内的一系列软件抢占嵌入式设备(智能手机、仪器仪表、家电等)市场,但数次努力均以失败告终。相反 Google 的 Android 在嵌入式设备市场相当成功。

再者,Java SE 占领的是工作站、服务器市场,而 Android (含 Java SE API 声明代码)占领的是嵌入式设备市场(包括手机在内),两个市场互不冲突,故而 Google 虽然复制了 Java SE API 到 Android 中使用,但没有损害 Oracle 基于 Java SE 版权而应有的市场利益。

基于以上四个原因,最终 Google 胜诉,判决认定其复制部分 Java SE API 源代码到 Android 中的行为不构成对 Oracle Java SE 版权的侵权行为。此外,值得注意的是:在美国最高院审理案件期间,包括 IBM、facebook 在内的众多大厂商均向法院提交了法律意见,支持 Google 的诉讼行为,可谓是舆论一边倒的典型。

3、判例创新

本案特殊之处在于:它确立了在商业应用环境下也可以存在合理使用的规则。这是对传统合理使用规则的典型突破。而这一判决本身又高度体现了判例法系的法官造法行为,用以解决立法滞后于市场变化的问题。

四、由本案引发的思考

(一) 计算机软件著作权保护的主体

首先,其保护对象应当包括源代码和目标代码(私益)。

多数计算机程序存在形式有两种:源代码和目标代码(二进制),少量编程语言仅有源代码,没有目标代码。显然,这两类代码都是软件著作权保护的具体对象。按这一标准,Google 部分复制了 Java SE API 源代码的行为属于典型的侵权行为,但美国联邦法院却判决其没有侵权行为,

支持该判决的客观理由首先不是因为公益大于私益或诚信,而是这段源代码仅是声明代码,它只体现一定的思维,且无法直接驱动计算机工作。由此可以得出一个结论:计算机软件著作权保护的主体绝对不是所有的代码,而应当仅仅是那部分可以驱动计算机工作的那部分代码。

如果一段代码完全不能驱动计算机工作,那么尽管它使用计算机编程语言表达,而对它的保护与对能驱动计算机工作的代码保护显然不同,前者的保护更像是对待传统文学艺术作品的保护。

也就是说:驱动性(驱动计算机系统工作)是其该权利保护对象的必备特征,也正是驱动性的存在,各国在它的保护上,都有特别的规定或情况。我国为此专门制定了《计算机软件保护条例》德国则是在其《著作权及相关权利法》中专门设置一章关于计算机软件的特别规定,该法第八章明示了关于“计算机程序的特别规定”(Besondere Bestimmungen für Computerprogramme)。美国《版权法》第一百零一条专门界定了计算机程序的特殊内涵: A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result。(译文:计算机程序是一组语句或指令,它可以被直接或间接用于让计算机产生某种结果)。注意,该《版权法》中对于其它八种作品并未作特殊定义。源代码语句被翻译成机器指令后,即可以驱动计算机工作,据此,以上定义突出印证了计算机程序的“驱动性”这一特点,同时也表明了计算机软件著作权/版权保护的主体包括 statements(源代码中的“语句”)和 instructions(目标代码中的“指令”)。

其次,保护对象包括传统的诚信和激励创作(公益)

正是因为计算机软件是一种具有与传统文学艺术类作品不同属性的作品,美国国在 1974 年成立了 National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU),该组织专门研究其《版权法》是否适用于计算机软件,后于 1978 年确定了《版权法》适用于计算机程序

的保护，但其同时确立了”版权的保护应当以激励创新为限度“这一原则。

同时，在计算机程序世界版权有另一种分类：开源与闭源。开源的模式通过是让使用者自由下载使用程序，著作权人通过提供服务和技术支持来获利，因此开源与盈利并不冲突，它能较好地实现利益平衡。开源的软件如果变成闭源，则不能违背其之前的承诺，此即为诚信原则。正是因为Java前期开源，才导致众多学习者、使用者，而后期突然要通过版权保护收费，无疑是对前期开源承诺的违背。法律不应当支持这种背信行为，为了保护公益而对私益适当限制有其正当性。

（二）计算机软件保护内容是否应当包括思想

我国传统观点认为计算机程序（软件）主要保护有形载体，不保护其实现的思想，后者需要申请专利。对于著作权/版权只保护载体不保护思维，在《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第二条明确了作品必须固定下来：It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to prescribe that works in general or any specified categories of works shall not be protected unless they have been fixed in some material form.（译文：二、本同盟各成员国得通过国内立法规定所有作品或任何特定种类的作品如果未以某种物质形式固定下来便不受保护。），德国《著作权及相关权利法》第六十九条明示了对于软件著作权的保护不及于想法、原理：Der gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen.（译文【本法授权的】保护不适用于：【设计】计算机程序时基于的那想法、原理。美国版权法第一零二条第b项也有类似规定：In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

但是，任何一个计算机程序内一定包括思想，这种思想在专业上称之为“算法”，这种算法具体分为两类：通用算法和非通用算法。而盗用计算机程序有两个角度：一是盗版算法、二是盗版代码。如果软件著作权不保护思想（即：算法），则根本无法防住前面一种盗版，再得，即便是后者，没有一定的思想保护，证明侵权也是存在困难和模糊地带。

而使用专利方法保护计算机软件存在以下严重问题：

- 1、软件的开发申请专利，专利的技术材料就必须公开，这是开发者不愿看到的。
- 2、软件开发申请专利需要支付费用，而且获得专利后每年还需要支付一定的维持费用，从经济角度考虑，不能产生较好经济效益的软件开发是不会选择专利保护的。
- 3、软件开发申请专利保护需要符合专利的新颖性、创造性、实用性的条件，符合这些条件的软件在软件产品中还是占少数的。
- 4、专利的申请及审查需要两三年的时间，有些软件市场生命周期较短就不适于专利保护。但是对于系列软件的开发商而言，每一版本的软件虽然市场生命周期不长，版本升级也只是对原有软件的不完善，软件的核心技术方案是不变的，这类软件还是适合申请专利保护的。（参见最高人民法院《浅析计算机软件的著作权与专利权冲突》）

从这一观点出发，Oracle Java SE API实际上体现了一定的设计思维，只是因不满足前述”驱动性“，故无法按计算机软件的方式保护。

五、总结

本案中对于计算机软件的合理使用原则实现了突破，从传统的限于非商用领域延伸至商用领域，是一个大胆的创新。同时，也直接引发了关于计算机软件保护的问题，现行立法应当加入“计算机软件著作权/版权的”驱动性“定义和要求，同时应当在专利之外引入对软件算法的独立保护。

写在高考前

方登发/文



云开浩荡泛重光，
牛斗直出透万方。
白塔凌空层绿翠，
金台耀日众华芳。
通衢至简行而广，
曲水连天碧且长。
又是一年高考季，
厉兵秣马桂冠香。

序言：

芒种时节，高考将至。

明天就是高考了，祝愿考生们创佳绩、夺桂冠，实现自己的人生理想。

长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。

梦 想

崔发明/文

头枕高铁站，
脚踏熊耳河，
酣睡中兴路，
梦在云海间。
看红日东升，
观列车飞驰，
评四海是非，
论天下英雄，
望飞龙在天，
谈笑凯歌还。

事务所快讯

▲ 2020年雄安新区建设专项债券

河北省人民政府2020年雄安新区建设专项债券二期98亿债券公示发行，中伦文德律师事务所在继服务2020年雄安新区建设专项债券一期发行后，担任本次二期债券发行的特聘专项法律顾问。由本所陈文董事长、甄庆贵副董事长，石家庄分所李照华主任牵头，组建了由北京总所合伙人李志平律师和石家庄分所合伙人王淑英律师等资本市场资深律师为主的法律服务团队，全程参与项目法律顾问工作，为项目提供了专业的法律服务。

▲ 北京中伦文德（大连）律师事务所与大连市现代电子商务服务产业协会举行合作签约仪式

2021年3月11日，北京市中伦文德（大连）律师事务所与大连市现代电子商务服务产业协会在位于大连市西岗区的外贸企业、跨境电商孵化基地举行了合作签约仪式。北京市中伦文德（大连）律师事务所主任陈申蕾与大连市现代电子商务服务产业协会会长赵亮出席签约仪式，并签约本次的合作协议。

▲ 中伦文德常州分所成功助力德励达完成股改

中伦文德（常州）律师事务所作为江苏德励达新材料有限公司IPO辅导律所机构，已经于2021年3月15日顺利协助江苏德励达新材料有限公司股份制改造完成，名称变更为江苏德励达新材料股份有限公司。本次法律服务由中伦文德顾青、戴明、傅琬及各自团队成员共同提供并完成法律服务。

▲ 共营产品，提升法律顾问服务研讨会

2021年3月17日下午，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所举办了本年度第一场内部研讨会，本次会议由合伙人李信言律师组织发起并主持，会议主题为“探讨共营产品，提升法律顾问服务”。出席会议的有副主任、高级合伙人周力思律师、高级合伙人王翎入律师、孙淘律师、合伙人梁新越律师、何理律师以及其他律师和助理们。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所合伙人陈建军律师应邀参加太原市旅游条例专家论证会

2021年3月18日上午，北京中伦文德太原律师事务所合伙人陈建军律师，应太原市人大法制委邀请，参加了《太原市旅游条例》修订草案征求意见稿的专家论证会。陈律师从修改稿的体例结构、章节融合，与上位法的协调冲突、具体表述等方面参与了讨论，具体在立法目的的完善、旅游规划与资源保护的融合、明确特色旅游的规定、完善旅游者权利义务、增加对于行业垄断和线上旅游监管、增加补充法律责任等具体方面，提出了修改意见和修改思路。

▲ 中伦文德助力顺丰泰森2021年第一期、第二期超短期融资券发行

2021年3月18日、19日，顺风控股（股票代码002352）全资子公司深圳顺丰泰森控股（集团）有限公司（以下简称“顺丰泰森”）成功面向合格投资者公开发行2021年度第一期、第二期超短期融资券，一、二期发行规模共计10亿元人民币。中伦文德在继2020年服务顺丰泰森超短期融资券发行的基础上，继续作为顺丰泰森的专项特聘法律顾问，为2021年度第一期、第二期超短期融资券发行提供专业法律服务。中伦文德为本次发行提供专业法律服务的团队成员为合伙人李志平律师，及孙熙婕律师，律师助理马克。

▲ 2021企业刑事合规专题讲座成功举办

3月19日下午，2021企业刑事合规讲座之“诈骗类犯罪的非法占有故意认定问题研究”专题讲座在杭州物联网

产业孵化器会议室成功举办。本次讲座由杭州市公安局滨江分局主办，北京中伦文德（杭州）律师事务所、滨江区企业刑事合规促进会承办，特邀浙江大学国家制度研究院特约研究员，互联网法律研究中心主任高艳东副教授作主题讲座。

▲ 中伦文德天津分所多名律师被最高人民检察院聘为“民事行政检察专家咨询网”专家

2021年3月，最高人民检察院聘请中伦文德天津分所高级合伙人郭明、唐震、袁伟明以及合伙人刘冬军、兼职律师李德华为“民事行政检察专家咨询网”专家并向每一位受聘律师颁发《专家聘书》。今后各位律师将依托全国统一运行的检察机关民事行政案件专家咨询网，助力各地检察机关高效办理疑难复杂案件。

▲ 北京市中伦文德（常州）律师事务所召开习近平法治思想专题学习宣讲会

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，深刻领会习近平法治思想的精髓要义，2021年3月22日，北京市中伦文德（常州）律师事务所召开习近平法治思想专题学习宣讲会。顾青主任主持讲座并讲话。顾主任带领大家学习了习近平法治思想的主要内容。

▲ 北京市中伦文德（西安）律师事务所携其成员来到北京展开“大使馆交流”之旅

2021年3月25日至3月26日，北京市中伦文德（西安）律师事务所携其成员来到北京，相继前往摩洛哥大使馆、肯尼亚大使馆、白罗斯大使馆与利比亚大使馆，与摩洛哥经济参赞瑞达·伊德里西、肯尼亚驻华大使萨拉·塞雷姆、白罗斯驻华大使先科·尤里及利比亚参赞莫巴卡威进行了亲切友好交流，用法律助力经贸合作，推进“一带一路”建设。开拓眼界，增长阅历，为机遇做准备，为未来埋伏笔。此次大使馆交流之旅，本着“共商、共享、共建”的宗旨，利用覆盖全国23座城市的律所品牌优势，抓住一切向出走、向前进的机遇，将手中广泛的商业资源运用起来，向各国大使及参赞发出经济贸易上的投资与合作邀请。

▲ 北京金诚同达律师事务所同仁莅临中伦文德天津分所参观交流并作《青年律师六维成长之路》专题讲座

2021年3月29日，北京金诚同达律师事务所创始合伙人于德彬律师带领何东阁律师、孔令扬律师一行莅临中伦文德天津分所参观交流，并由何东阁律师为中伦文德天津分所青年律师举行了《青年律师六维成长之路》专题讲座。讲座开始前，中伦文德天津分所高级合伙人、执行主任张世明律师进行了简要发言，衷心欢迎金诚同达的各位同仁莅临中伦文德天津分所交流。

▲ 北京师范大学博士生导师黄晓亮教授、中伦文德高级合伙人许波律师做客大型互动式普法栏目《给你说法》

2021年3月30日，北京师范大学博士生导师、中伦文德刑事法研究院常务副院长黄晓亮教授，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应邀做客内蒙古电视台大型互动式普法栏目《给你说法》。许波律师与黄晓亮教授致力于刑事法领域的研究，在《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（以下简称“修正案”）生效后，在节目中对修正案的相关条款进行了全面的解读，并在互动环节回答了连线网友的提问。

▲ 中伦文德助力国企亦庄控股完成对A股上市公司麦克奥迪的控制权收购

中伦文德代表北京亦庄投资控股有限公司（以下简称“亦庄控股”）收购麦克奥迪（厦门）电气股份有限公司（股

票代码：300341，以下简称“麦克奥迪”或“上市公司”)控制权交易已于2021年3月30日完成过户登记，麦克奥迪控股股东变更为亦庄控股，实际控制人变更为北京经济技术开发区管理委员会。中伦文德代表收购方亦庄控股，为其达成收购麦克奥迪控制权的交易、向国家市场监督管理总局反垄断局进行经营者集中申报、向北京市国资委申请国有股份管理方案审批以及完成上市公司股权交割等事项提供了全方位、全流程的法律服务。

本次交易主要牵头合伙人为翟冰律师，合伙人刘晓琴律师、林威律师协助负责本次交易的尽调、交易文件起草、商业谈判工作；合伙人赵冰凌律师和资深顾问孙长征律师负责本次交易涉及的反垄断审查申报工作；同时钟沈亚律师、李小妮律师、张聪潇律师和马文俊律师亦为本次交易提供了法律服务与深度支持。

▲ 北京中伦文德（长沙）律师事务所助力常德市桃源县城市建设投资开发有限公司2021年非公开发行公司债券

2021年4月，由北京中伦文德（长沙）律师事务所公司证券部胡卫律师和蒋秉坤律师全程提供专项法律服务的常德市桃源县城市建设投资开发有限公司2021年非公开发行公司债券顺利获得上海证券交易所审核通过，主办券商为西南证券，发行募集资金5亿元人民币。本次债券发行，北京中伦文德（长沙）律师事务所受常德市桃源县城市建设投资开发有限公司委托，指派公司证券部胡卫律师和蒋秉坤律师担任发行人律师提供全程法律服务。

▲ 中伦文德荣登2021年度LEGALBAND网络安全与数据合规领域中国顶级律所排行榜

LEGALBAND于2021年4月14日发布《2021年度LEGALBAND中国顶级律师排行榜》榜单，中伦文德网络安全与数据合规领域荣登顶级律所排行榜。中伦文德合伙人，中伦文德网络安全与数据合规专业委员会主任徐云飞律师凭借卓越的业务能力及客户的高度评价入选网络安全与数据合规领域中国顶级律所排行榜。

▲ 中伦文德西安律师事务所主任丁国昌先生出席斯里兰卡国家新年庆典活动

2021年4月14日，应斯里兰卡驻华大使帕利塔科霍纳博士邀请，中伦文德西安律师事务所主任丁国昌先生前往北京，出席了斯里兰卡国家新年庆典活动，共同欢庆这一佳节。斯里兰卡原名“锡兰”，语意为“光明富饶的乐土”。

每年公历的4月13日及14日是斯里兰卡一年一度最重要的传统节日一僧伽罗和泰米尔传统新年。斯里兰卡的新年被认为是春季的开端，和中国的春节类似。此时正值农业丰收的季节，也有喜庆丰收之意。

▲ “企业刑事合规改革试点”主题研讨会在中伦文德（长沙）律师事务所成功举办

为推动企业刑事合规理论研究和实践工作，4月15日下午，由中南大学法学院案例研究中心主办、中伦文德（长沙）律师事务所协办的“企业刑事合规改革试点”主题研讨会在我所会议室成功举办。我所主任田学军律师致欢迎词，对与会嘉宾的到来表示热烈的欢迎。研讨会以“企业刑事合规改革试点的政策背景、现实意义和司法应对”为讨论主题。

▲ 中伦文德入围ALB年度劳动与就业律师事务所大奖

4月16日，亚洲法律杂志(Asian Legal Business)公布SSQ二零二一年ALB中国法律大奖入围名单，中伦文德律师事务所入围ALB年度劳动与就业律师事务所大奖。中伦文德劳动与雇佣团队长期为国有企业、外资企业及互联网公司提供法律咨询及劳动雇佣争议解决服务，在劳动法领域，特别是处理招聘入职、绩效管理、解除与终止劳动关系、批量裁员以及竞业限制与股票期权激励纠纷等相关事宜方面积累了丰富的经验。

▲ 中山、江门涉外法律服务人才培训班顺利举办

2021年4月16日至18日，由中山市司法局、江门市司法局、中山市律师协会、江门市律师协会联合主办，广东外语外贸大学法学院、广东涉外法治人才教育培训基地承办的“2021年涉外法律服务人才培训班”在广东外语外贸大学举行。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所林威主任为学员做了主题为《中企海外投资风险防控》的主题培训，分享了去年疫情期间中企海外并购的市场变化，海外并购的基本流程和制度设计，最后探讨了作为中国律师如何更多有效地参与海外市场并购等内容。

▲ “民法典实施后的企业合规——人力资源与财税角度”研讨会成功举办

《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)已于2021年1月1日正式实施，依照新法重新审视企业的合规管理变得更加重要。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所与TMF Group联合举办的“民法典实施后的企业合规——人力资源与财税角度”研讨会，于2021年4月20日下午在广州星寰国际商业中心T2办公楼17楼会议室成功举办。

▲ 云南大学法学院党委书记、博士生导师高巍教授莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所交流指导

2021年4月21日下午，云南大学法学院党委书记、博士生导师高巍教授莅临北京市中伦文德（昆明）律师事务所交流指导。严锦主任及律所部分高级合伙人对高巍教授的来访表示热烈的欢迎，并简要介绍了北京市中伦文德（昆明）律师事务所的建所理念、愿景和初心，随后高巍教授对“青年律师的培养”进行指导。

▲ 网络安全与数据合规专委会内部交流会在京举行

中伦文德网络安全与数据合规专委会内部交流会于2021年4月23日在北京总所顺利召开，北京总所于斐、武坚、王敦平、胡洁、王楠、赵鹏丽、李晓娟、马宏敏（线上）、重庆分所阳坤艳（线上）等律师参与会议并就相关问题进行了热烈地讨论。交流会以杭州野生动物园“人脸识别第一案”及“魔蝎爬虫案”为切入点，就个人信息收集、使用的最小必要原则等数据合规相关问题展开了热烈讨论，并就网络安全与数据合规业务开拓事宜进行探讨。

▲ 北京市中伦文德（常州）律师事务所与江苏佰腾科技有限公司签订战略合作协议

2021年4月23日，北京市中伦文德（常州）律师事务所与江苏佰腾科技有限公司举办战略合作签约仪式，在政协领导的见证下签署了战略合作协议。

▲ 段优律师受邀分享“非洲与东南亚市场跨境电商法律风险防范”

4月27日，“2021东南亚和非洲市场商事法律培训班”在永州开班，湖南省贸促会副会长余炳锐、永州市政府副秘书长邓海波等领导出席会议并讲话。此次培训班由湖南省贸促会主办，湖南国际商会、永州市贸促会联合承办，永州市贸促会会长蒋旭军全程主持，旨在帮助企业深入了解东南亚、非洲市场的投资和贸易机遇，并充分发挥商事法律服务的作用。北京中伦文德（长沙）律师事务所高级合伙人兼涉外业务负责人段优律师受邀就“非洲与东南亚市场跨境电商法律风险防范”进行主题分享。

▲ 2021年辽宁省“绿书签行动”启动仪式

2021年4月28日，由辽宁省“扫黄打非”办公室主办，各市“扫黄打非”办公室与新华书店北方图书城协办的2021年辽宁省“绿书签行动”活动启动仪式在沈阳北方文化新谷举办，北京市中伦文德（沈阳）律师事务所高级合伙人李法婕律师、辽宁大学法学院副教授姚旭老师受邀到场参加。

▲ 北京中伦文德（杭州）律师事务所深入开展法治公益共建活动

为传承发展新时代“枫桥经验”，不断创新服务举措，北京中伦文德（杭州）律师事务所（下称中伦文德所）和杭州市公安局上城区分局望江派出所（下称望江派出所）联合开展共建活动，以根本性解决人民矛盾为目标、牢固树立以人为本的理念，多元化化解矛盾，不断提升人民群众满意度和幸福感。4月28日上午，共建签约仪式在望江派出所成功举行，中伦文德所陈红于一行8人参加仪式。

▲ “职务犯罪刑事实务研讨” 讲座在中伦文德（长沙）律师事务所成功举办

2021年4月29日，由中南大学法学院案例研究中心主办、中伦文德（长沙）律师事务所协办的“职务犯罪刑事实务研讨”讲座成功举办。本次讲座特邀益阳市人大法制委员会副主任聂资钝为主讲人，案例研究中心执行主任王涛律师主持，案例研究中心执行主任刘刚教授、研究员魏旭兰律师、蒋曦律师、杨帆律师及我所刑业务部全体律师、其他特邀嘉宾参加讲座。

▲ “云南专精特新企业服务专项行动启动仪式” 在北京市中伦文德（昆明）律师事务所成功举办

4月29日下午，“云南专精特新企业服务专项行动启动仪式”在北京市中伦文德（昆明）律师事务所成功举办。云南省中小企业服务中心、昆明市中小企业服务中心、昆明市中小企业公共服务窗口平台相关领导出席启动仪式，100余位昆明市成长性好、创新能力强、市场竞争优势突出的中小微企业代表到现场参加活动。

▲ 云南通标检测有限公司和北京中伦文德（昆明）律师事务所签订战略合作协议

2021年5月12日云南省通标检测有限公司和北京中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称我所）[文德律格]律师团队，在昆明同德广场269写字楼48层我所大会议室签订战略合作协议。云南通标检测有限公司成立于2017年，总部郑州，在陕西、云南、山西、贵州等地设有分支机构。是一家集食品、农产品、畜牧、水质、化妆品、环境、公共卫生、饲料、培训于一体的检验检测专业技术机构。

▲ 北京中伦文德（长沙）律师事务所成功入选湖南省国资委法律服务中介机构备选库

近日，湖南省人民政府国有资产监督管理委员会对外发布了《湖南省国资委关于公布2021年度法律服务中介机构推优备选库入库名单的通知》北京中伦文德（长沙）律师事务所再次成功入选。本次再次成功入选湖南省国资委法律服务中介机构备选库，是湖南省国资委对北京中伦文德（长沙）律师事务所法律专业水平及服务质量的认可。

▲ 中伦文德圆满完成中国大唐集团2020年度债务融资工具 TDFI 注册及发行工作

2020年5月，中伦文德北京总所接受中国大唐集团有限公司（以下简称“大唐集团”）委托，为其银行间债券市场债务融资工具成熟层一类企业（TDFI企业）注册及2020年度债务融资工具产品发行工作提供法律服务，发行规模共计约200亿元人民币。接受委托后，由中伦文德执行合伙人夏欲钦律师、合伙人王向阳律师及团队成员共同为大唐集团提供本次法律服务，并圆满完成上述工作。

中伦文德负责本次项目的签字律师为夏欲钦合伙人律师、王向阳合伙人律师，团队成员包括郭彦彦律师、刘祺律师、赵萍律师、葛黎腾律师助理、梁泽健律师助理。在提供法律服务过程中，中伦文德律师团队与发行人、承销商、审计机构、评级机构密切配合，为客户提供了高效、专业、全方位的法律服务。

▲ 法律助力两国经贸合作发展

2021年5月16日上午九点，塞内加尔公使马马杜·萨拉来到中伦文德（西安）律师事务所进行参观交流。本次

交流主要围绕助力中国“一带一路”、法律助力两国经贸合作发展展开。“一带一路”沿线国家和地区历史文化传统、政治制度、法律制度、经济发展等方面的差异较大，随着各方投资贸易合作、人员往来的增加，各种跨国法律纠纷不断出现，沿线国家的企业和人民对高质量法律服务的需求迅速增长，法律服务是“一带一路”建设的重要保障。

▲ 江西银行股份有限公司宜春分行王建副行长一行莅临我所考察交流

5月17日，江西银行宜春分行副行长王建、宜春分行合规部总经理张华、宜春分行风险管理部袁卫平一行3人来北京中伦文德（长沙）律师事务所考察交流，北京中伦文德（长沙）律师事务所主任田学军律师、律所党支部书记彭维汉律师、高级合伙人詹庆丰律师参加本次接待和交流活动。

▲ 北京中伦文德（长沙）律师事务所成功入围湖南长银五八消费金融法律服务机构候选人

5月20日，湖南长银五八消费金融股份有限公司发布法律服务机构入围采购项目入围候选人公示，北京中伦文德（长沙）律师事务所成功入选。

▲ 中伦文德合伙人受聘担任大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）第六届仲裁员

近日，大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）召开第六届委员会换届会议并举行揭牌仪式，标志着大连仲裁国际化、专业化改革进入到一个全新阶段。

会议总结了第五届委员会工作情况，宣布了改革后的新一届仲裁员聘任决定并颁发聘书。中伦文德李铮律师、朱登凯律师、林威律师、滕云律师、刘玉红律师、陈申蕾律师被聘为第六届大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）仲裁员。

▲ 中伦文德入选交银金融租赁有限责任公司律师库

近日，由中伦文德北京总所执委会主任、高级合伙人朱登凯律师团队牵头，天津分所主任、高级合伙人张世明律师团队，前海联营所主任、高级合伙人林威律师团队，上海分所高级合伙人滕云律师团队共同参与了交银金融租赁有限责任公司境内律师事务所采购项目的投标活动。凭借为大型商业银行、金融租赁公司提供法律服务经验的优良业绩，配置完善的专业服务团队和服务体系，中伦文德近期收到中标通知，成功入选交银金融租赁律师库。

▲ 中伦文德荣获《商法》杂志“银行与金融”卓越律所大奖

近日，知名法律媒体《商法》杂志（China Business Law Journal）公布了其评选的“商法卓越律所大奖2021”榜单。中伦文德凭借在“银行与金融”领域取得的优异成绩，揽获“银行与金融”卓越律所大奖。

▲ 中伦文德王志坚律师为成都市税务局稽查局进行法治培训

近日，成都市税务局稽查局开展《稽查大讲堂》法治培训讲座。北京市中伦文德律师事务所一级合伙人、成都分所主任王志坚律师应邀作为主讲人进行了题为《新修订行政处罚法及其对税务行政处罚的影响》授课。

▲ 中伦文德天津分所律师、实习律师、律师助理参加天津市司法系统各机关、团体庆祝建党100周年文艺节目排练与录制工作

为迎接建党100周年，天津市司法系统各机关、团体结合天津司法战线工作特点创作了一批具有时代特色、彰显天津法律工作者精神风貌的文艺作品。

中伦文德天津分所作为天津优秀律师事务所，积极参与了本次天津市律师协会参演节目的排练及演出录制工作，借此机会为迎接建党100周年作出一份贡献。律师于紫薇，实习律师刁博文、陈凤婷，律师助理葛滨歌、胡学海参加了合唱节目《天耀中华》用自己优美的歌声向党

的百年华诞献礼。

▲ 中伦文德天津分所值此六一儿童节之际为多家社会公益机构进行捐款

感恩无处不在，回报不分大小。为回馈社会，中伦文德天津分所于六一国际儿童节来临之际向天津市儿童福利院、“善缘花舍”爱心组织、天津市宜童自闭症研究服务中心、天津市心语自闭症与脑瘫儿童康复服务中心等社会公益机构进行捐款，并且赠送生活用品、学习用品及多种玩具，以缓解公益机构的资金压力，为孩子们提供物质帮助。

▲ 北京市中伦文德（常州）律师事务所为常州龙城金谷运营管理有限公司提供常年法律顾问服务

日前，北京市中伦文德（常州）律师事务所与常州龙城金谷运营管理有限公司签订了法律顾问合同，为常州市首个基金产业集聚区提供持续性法律服务。

▲ 中伦文德律师受聘担任深圳市龙华区人民政府常年法律顾问

近日，中伦文德（深圳）律师事务所副主任、高级合伙人程海群律师受聘担任深圳市龙华区人民政府法律顾问。这是中伦文德（深圳）律师事务所自2012年以来连续第九年受聘担任深圳市龙华区人民政府法律顾问。

▲ 中伦文德深圳所受聘担任深圳市龙华区民治街道法律顾问单位

2021年5月，经过深圳市龙华区民治街道办事处严格的遴选程序，北京市中伦文德（深圳）律师事务所（以下简称“中伦文德深圳所”）正式受聘作为2021年度深圳市龙华区民治街道法律顾问单位。中伦文德深圳律师事务所张茜律师代表政府法律事务部参加民治街道政府法律顾问工作座谈会暨政府法律顾问授牌仪式。

▲ 北京市中伦文德律师事务所上海分所担任跨境继承纠纷案件的中国法专家证人，证词获得澳洲新南威尔士高等法院的采信

北京市中伦文德律师事务所上海分所资深合伙人李大泓律师及资深律师张力在一起跨境遗产继承纠纷案件中受邀作为中国法专家证人向澳大利亚新南威尔士州高等法院出具中国法意见并获澳洲法官采信，最终协助诉讼当事方赢得胜诉判决。

▲ 上海律协受市国资委委托开展上海市属国企房屋租赁纠纷法治体检，喜获好评

北京市中伦文德律师事务所上海分所主任陈永兴律师担任上海律协房地产业务研究委员会副主任，也是上海律协评定的房地产法律服务行业专业律师，陈律师尤其擅长商业房地产法律服务并获得业内肯定。此次上海律协接受国资委委托，由上海律协房地产业务研究委员会承担上海市属国企房屋租赁案件法治体检工作，陈律师作为组长之一参与了此项的主要工作，喜获好评。

▲ 云南大学法学院与北京市中伦文德（昆明）律师事务所签订战略合作协议

2021年5月20日下午，云南大学法学院与北京市中伦文德（昆明）律师事务所（以下简称：中伦文德昆明分所或我所）战略合作签约仪式在我所举行。云南大学法学院（以下简称：云大法学院）党委书记高巍教授、副院长赵春玉副教授，中伦文德昆明分所严锦主任、执委会执行主任侯雄伟、高级顾问李成、高级合伙人黄婧、章晓琳、滕振辉、谭晶，青年律师代表张艺馨、张戈文等参加了签约仪式。

▲ 中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所上榜 ALB《亚洲法律杂志》华南地区优秀律所

5月21日，《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business)首次发榜，公布2021年ALB China区域市场（华南地区）

排名榜单，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所（以下简称“P&Z”）凭借大湾区内多语种涉外法律服务团队及多法域执业律师，高效提供一站式全球法律服务等优势登上榜单。ALB华南榜单分为两个类别：华南本地律所与非华南本地律所，每个类别有15家律所入选，最终上榜律所共有30家。

▲ 北京市中伦文德（西安）律师事务所受邀为西安市铁一中学学生进行青少年普法公益活动

5月22日下午，北京市中伦文德（西安）律师事务所受邀为西安市铁一中学的学生进行青少年普法公益活动。本次普法活动在西安市铁一中学会议室开展，其目的在于将中伦文德（西安）律师事务所“服务为民的红心天秤党建”落到实处，让律师参与普法活动有新的方向，同时提高青少年的法治教育水平。北京市中伦文德（西安）律师事务所姚玲律师为此次普法活动的主讲人。

▲ 北京市中伦文德（西安）律师事务所律师出席“smile with me（和我一起微笑）”慈善艺术展

“国之交在于民相亲，民相亲在于心相通。”主题为“smile with me（和我一起微笑）”的慈善艺术展日前在保加利亚共和国大使馆举办。本次慈善活动是由保加利亚驻华大使格里戈尔·波罗扎诺夫阁下及其夫人 Kamelia Kiriy 和移民儿童基金会一起组织的，目的在于重申保护儿童健康成长的重要性、为需要救助的儿童筹措资金贡献爱心以及促进儿童公益慈善事业的发展。参加本次慈善活动的有大使及其配偶、外交官和我国官方来宾以及北京市民及其家属等各界人士。北京市中伦文德（西安）律师事务所的高级合伙人周敏律师作为代表出席了本次活动。

▲ 2021 中伦文德·华夏杯高尔夫友谊赛成功举办

2021年5月24日，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）在东方天星俱乐部举办“中伦文德·华夏杯高尔夫友谊赛”。中伦文德创始人、董事长陈文律师对全体参赛嘉宾表示热烈欢迎。陈文律师、华夏保险陈卓经理先后发表致辞。开球仪式由中伦文德高尔夫球会会长甄庆贵律师主持。近80名高尔夫球友在秋日煦的阳光下，挥洒激情，畅谈友谊。

▲ 北京中伦文德（长沙）律师事务所成功入选中南传媒法律服务中介机构备选库

近日，中南出版传媒集团股份有限公司官网系统发布《中南传媒确认法律服务中介机构备选库首批入选名单》北京中伦文德（长沙）律师事务所田学军、段优、彭维汉、欧俊凡、刘雅容律师等组成的专业团队成功入库。

▲ 北京中伦文德（长沙）律师事务所受邀参加湖南财政经济学院实践教学基地授牌仪式暨法科生应用能力培养研讨会

5月27日，湖南财政经济学院实践教学基地授牌仪式暨法科生应用能力培养研讨会在学院会议室召开，北京中伦文德（长沙）律师事务所管委会主任王涛律师出席授牌仪式。湖南财政经济学院公共管理学院院长宁国良教授主持本次研讨会，湖南财政经济学院党委副书记刘寒波教授致辞，湖南财政经济学院公共管理学院副校长郭国强教授为基地授牌。

▲ 北京中伦文德（长沙）律师事务所新一届管委会正式成立

为进一步提升律所管理、服务水平，推进一体化管理进程，适应律所和业务发展的需要，经合伙人会议决议一致通过，北京中伦文德（长沙）律师事务所正式成立律所新一届管委会。王涛律师为管委会主任，李青律师、段优律师、魏旭兰律师、彭维汉律师为管委会副主任。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所成功入选山西金控集团
律师事务所备选库项目

近日，北京中伦文德太原律师事务所执行副主任、合伙人赵峰律师团队牵头下，经过闫文娟、宋璐鹏、崔生芸等律师的精心准备，通过竞标成功入选山西金融投资控股集团有限公司律师事务所备选库，拟为山西金控集团及所属公司提供包括常年法律顾问、项目投融资、公司并购、公司改制重组、债券发行、公司设立清算、破产重整、代理诉讼仲裁案件等法律服务，入库期限三年，从2021年1月1日起至2023年12月31日止。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所与太原市城南公证处就
“律师+公证”业务合作方式举行工作会谈

北京中伦文德太原律师事务所与太原市城南公证处签署《协同深化公共法律服务合作协议》后，2021年5月21日，北京中伦文德太原律师事务所刘银栋主任，张秋峰副主任以及家事委主任刘朝霞律师、副主任冯峥律师、闫艳军律师，与太原市城南公证处太原市城南公证处陈秀峰主任、燕翠萍副主任，周英娟、柴兆亮、董国强等公证员再次举行工作会谈，就如何进一步开展“律师+公证”业务进行了深入探讨。

▲ 北京中伦文德太原律师事务所与中国人寿保险股份有
限公司山西省分公司、太原分公司续签常年法律顾问

近日，北京中伦文德太原律师事务所（以下简称中伦文德太原分所）与中国人寿保险股份有限公司山西省分公司、太原分公司续签常年法律顾问，继续由中伦文德太原分所执行主任冀云峰律师团队提供法律服务。中伦文德太原分所已经为中国人寿山西分公司担任十余年常年法律顾问。冀云峰律师团队以专业、敬业、优质高效法律服务，赢得客户认可。

▲ 中伦文德重庆律师事务所高级合伙人凌忠实律师相继
受聘担任广州仲裁委员会、青岛仲裁委员会仲裁员

近日，根据官方公告，中伦文德重庆律师事务所高级合伙人凌忠实律师相继受聘担任广州仲裁委员会、青岛仲裁委员会仲裁员。

▲ 中伦文德重庆律师事务所在行动

4月17日，中伦文德重庆律师事务所党支部组织党员律师与非党员律师积极参加中国狮子联会四川新火服务队举办的“关爱城口县特殊教育学校儿童”活动，党员律师曾杰、周雪琴、王奎、温娟娟等积极响应，携带小孩参与活动，通过义卖、捐款赠物等方式，以实际行动关爱特殊儿童，传递爱心。并借此机会培养下一代的社會责任感，倡导互助互爱及无私奉献的精神。

▲ 北京市中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任
林威律师一行来访中伦文德重庆律师事务所交流座谈，
共话发展

2021年5月14日上午，北京市中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所（以下简称“前海分所”）主任林威律师一行到访中伦文德重庆律师事务所（以下简称“重庆分所”）交流座谈，分享国际业务的拓展与发展、青年律师的业务开拓与成长。重庆分所主任朱代恒与部分合伙人进行了热情接待，重庆分所律师积极参加交流座谈会议。朱代恒主任与部分合伙人陪同林威律师一行首先参观了重庆分所办公环境，包括接待室、党建墙、文化墙、办公区域、会议室等功能区。

▲ 丁志刚律师加入北京市中伦文德（大连）律师事务所

近日，丁志刚律师加入北京市中伦文德（大连）律师事务所，为事务所的发展注入了新鲜血液。丁志刚律师主要从事私募基金、新三板挂牌、公司治理及合规、常年法律顾问等法律业务。

▲ 北京市中伦文德（郑州）律所携手平原示范区科技和
工业信息化局开展法律培训、助力企业发展活动

为加强企业法律风险防控意识，帮助企业解决在经营发展过程中遇到的法律问题，5月26日，北京市中伦文德（郑州）律师事务所应新乡市平原示范区科技和工业信息化局邀请，在平原示范区中兴智慧产业园会议室为示范区部分企业进行法律知识培训。主讲人杨围娜律师就企业经营中涉及到的相关法律问题进行讲解。

▲ 中央民族大学法学院领导访问中伦文德，双方商讨开
展战略合作

2021年5月27日下午，北京市中伦文德律师事务所（“中伦文德”）主任李铮律师、副主任薛媛媛、执委张海军律师及中央民族大学法学院（“民大法学院”）毕业生、合伙人李佳欣律师，李小鹏律师，在北京总所19层会议室接待了来访的民大法学院院长韩轶教授、院办主任刘伟涛老师、团支部书记于达尔罕老师及院办杨杰老师。

▲ 中伦文德顺利中标中国人寿法律咨询服务供应商（总
部律师库）项目

2021年6月1日，北京市中伦文德律师事务所（“中伦文德”）凭借丰富的法律服务经验，顺利中标中国人寿保险股份有限公司（“中国人寿”）法律咨询服务供应商（总部律师库）项目。本次中标价格按小时计费，服务期限为三年，服务内容包括上市公司日常运营中所涉及的各种法律问题咨询（包括但不限于劳动、人事、工商、税务、投资、上市合规事宜等）。

▲ 北京市中伦文德（西安）律师事务所走进西安市莲湖
民族幼儿园开展公益普法活动

6月2日下午，北京市中伦文德（西安）律师事务所受到莲湖公安分局青年路派出所邀约一起走进西安市莲湖民族幼儿园，为小朋友、老师和家长开展公益普法活动。中伦文德（西安）公益普法活动在律所主任丁国昌律师的大力支持和推动下，将律所“服务为民的初心”落到实处。本次公益普法为进一步维护儿童合法权益，增强儿童和家长的安全防范意识和自我保护能力，同莲湖区青年路派出所联合一起为西安市莲湖民族幼儿园组织开展了一场以“防范电信网络诈骗”和“关爱儿童，反对拐卖”为主题的公益普法宣传活动。

▲ 中伦文德副董事长、总所高级合伙人李刚律师应邀赴
中国兵器工业集团有限公司参加“中央企业控股上市
公司专题培训”

近日，中伦文德副董事长、总所高级合伙人李刚律师作为下属上市公司独立董事应邀赴中国兵器工业集团有限公司参加国务院国有资产监督管理委员会组织的“中央企业控股上市公司专题培训”，该培训旨在落实国务院印发《国务院关于进一步提高上市公司质量的意见》培训内容包括上市公司公司治理的最新要求、“三分开两独立”上市公司独立性问题、上市公司董事长、总经理履职过程中可能面临的法律责任和义务、投资者关系管理、中小投资者保护等。

▲ 中伦文德与 GRATA 国际律所洽谈国际工程承包与投
融资法律服务合作

2021年6月9日下午，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人朱中华律师及其工程法律团队部分成员，在北京总所21层会议室接待了来访的GRATA国际律师事务所负责中国业务的合伙人 Gulnur 女士，并就正在洽谈合作的项目以及今后合作事宜进行了深入交流。





2021年4月20日，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所与中山的广东申诺律师事务所成功举行合作签约仪式。签约仪式上，中伦文德律师集团副董事长、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任林威律师介绍了本所的情况，对大湾区涉外法律服务的开展情况进行了分析，希望通过本次合作整合湾区西部资源，共同提高湾区西部城市涉外法律服务的水平和能力。



2021年5月15日，北京市中伦文德律师事务所上海分所合伙人段庆喜律师，受邀参加由上海外国语大学、中国社会科学院拉丁美洲研究所主办的一“比较法视野下的西葡与拉美法制”学术研讨会（下称“研讨会”）。段庆喜律师作为特邀评议人，针对研讨会上各发言人的论文分享进行了评议。



2021年5月15日-16日，由共青团西北政法大学委员会、西北政法大学教务处与西北政法大学科研处主办，西北政法大学法律服务中心承办，中伦文德（西安）律师事务所独家冠名的第七届“中伦文德杯”完美落幕。此次竞赛主要分为开幕仪式、预选赛、校内赛、高校联赛、颁奖典礼五个环节。



2021年5月20日下午，中伦文德2021年专业委员会工作会议及2020年度工作表彰会圆满举行，本次会议通过线上和线下相结合的模式进行，总结和盘点了上一年度各专业委员会取得的优秀成绩，表彰先进。获得本次表彰的优秀专业委员会包括网络安全与数据合规专业委员会、破产重组法律专业委员会、资本市场专业委员会、私募投资基金法律专业委员会、刑事法研究院及保险法专业委员会。



2021年5月26日是中伦文德天津分所成立十七周年的日子，为庆祝中国共产党成立一百周年，天津分所借成立十七年所庆的契机，5月27日至30日期间，天津分所合伙人律师带领所内高级顾问、律师、律师助理、行政人员、党员及家属共计一百零四人赴杭州与中伦文德杭州分所同仁进行了友好亲切的交流活动，同时开展党建活动、进行团队建设，游览祖国大好河山。



2021年6月10日，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）2021年上半年新晋合伙人入伙宣誓仪式在中伦文德第八会议室隆重举行。11名2021年上半年加入、晋升成为中伦文德合伙人的中青年律师们，与中伦文德其他同事们共60余人齐聚一堂。中伦文德执委会委员、高级合伙人张海军律师主持了该仪式。中伦文德集团副董事长、高级合伙人方登发律师，中伦文德主任、执委会委员、高级合伙人李铮律师先后发表致辞。

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·里昂·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