

广东广信君达律师事务所

广州总部

地址 (Add): 广东省广州市天河区珠江东路6号周大福金融中心
(广州东塔) 29层、10层
邮编 (P.C.): 510623
总机 (Tel): (020) 37181333
邮箱 (E-mail): etr@etrllawfirm.com

上海办公室

地址 (Add): 上海市黄浦区复兴路1号申能国际大厦409A
邮编 (P.C.): 200011
总机 (Tel): (021) 63338893
邮箱 (E-mail): etrsh@etrllawfirm.com

深圳办公室

地址 (Add): 深圳市福中三路诺德金融中心14J
邮编 (P.C.): 518038
总机 (Tel): (0755) 82376655
邮箱 (E-mail): etrsz@etrllawfirm.com

珠海办公室

地址 (Add): 珠海市香洲区凤凰北路2099号安广世纪大厦
2302室
邮编 (P.C.): 519000
总机 (Tel): 0756-2627093
邮箱 (E-mail): etrzh@etrllawfirm.com

东莞办公室

地址 (Add): 东莞市东城区东莞大道11号环球经贸中心二单元701
邮编 (P.C.): 523000
总机 (Tel): (0769) 81866338
邮箱 (E-mail): etrdg@etrllawfirm.com
gxjd0769@163.com

佛山办公室

地址 (Add): 佛山市桂城街道天佑三路3号C座4楼401-402单元
邮编 (P.C.): 528000
总机 (Tel): (0757) 86330251
邮箱 (E-mail): etrfs@etrllawfirm.com

广州南沙办公室

地址 (Add): 广州市南沙区金隆路26号715房
邮编 (P.C.): 511457
总机 (Tel): (020) 38471181
邮箱 (E-mail): etrns@etrllawfirm.com

广州花都办公室

地址 (Add): 广州市花都区迎宾大道185号嘉华广场商业办公楼B座502
邮编 (P.C.): 510800
总机 (Tel): (020) 86808388
邮箱 (E-mail): etrhd@etrllawfirm.com
传真 (Fax): 36884966

美国洛杉矶办公室

地址 (Add): 411 E Huntington Dr. Ste 206, Arcadia, CA, USA
邮编 (P.C.): 91006
总机 (Tel): 13556027743
邮箱 (E-mail): info@panglawyer.com
stacy@panglawyer.com

马来西亚吉隆坡办公室

地址 (Add): Level 5, Wisma Hong Leong, 18, Jalan Perak,
50450 Kuala Lumpur, Malaysia.
邮编 (P.C.): 50450
手机 (Tel): (603)21668662(6 Lines) (6012)2020829
邮箱 (E-mail): mchai@mchai.com.my

柬埔寨金边办公室

地址 (Add): #10, St. 596, Boeng Kak II, Toul Kork Phnom
Penh 12152, Kingdom of Cambodia
邮编 (P.C.): 12152
总机 (Tel): (077)222885
邮箱 (E-mail): info@meng.legal

北京办公室

地址 (Add): 北京市朝阳区亮马桥路42号光明饭店写字楼1303室
邮编 (P.C.): 100125
总机 (Tel): (010) 84418406
邮箱 (E-mail): etrbj@etrllawfirm.com

武汉办公室

地址 (Add): 湖北省武汉市武昌区中北路汉街总部国际A座3107室
邮编 (P.C.): 430071
总机 (Tel): (027) 66661333
邮箱 (E-mail): etrwh@etrllawfirm.com

海南琼海办公室

地址 (Add): 海南省琼海市博鳌镇东山路5号二楼
邮编 (P.C.): 571434
电话 (Tel): (0898) 62609691
18907536567
邮箱 (E-mail): etrqh@etrllawfirm.com

中山办公室

地址 (Add): 中山市火炬开发区凯茵新城领峰18二期1幢1A
邮编 (P.C.): 528437
总机 (Tel): (0760) 88306610
邮箱 (E-mail): etrzs@etrllawfirm.com

清远办公室

地址 (Add): 清远市新城连江路五十三号宏辉大厦二层
邮编 (P.C.): 511518
总机 (Tel): (0763) 3876678
邮箱 (E-mail): etrqy@etrllawfirm.com

梅州平远办公室

地址 (Add): 梅州市平远县大柘镇平城南路56号司法局大楼二楼
邮编 (P.C.): 514600
总机 (Tel): (0753) 8893933
邮箱 (E-mail): etrpy@etrllawfirm.com
传真 (Fax): (0763) 8823968

珠海横琴办公室

地址 (Add): 珠海市横琴新区琴政路466号商业楼624房
邮编 (P.C.): 519000
总机 (Tel): 13711501139
邮箱 (E-mail): etrhq@etrllawfirm.com

日本东京办公室

地址 (Add): 日本国东京都港区西新桥1丁目20-3虎之门法曹大厦
7011室【〒105-0003 東京都港区西新橋1丁目2
0番3号 虎ノ門法曹ビル7011号室】
邮编 (P.C.): 105-0003
总机 (Tel): (03) 35975951
邮箱 (E-mail): wx_chen@weixionglawyer.com

澳大利亚悉尼办公室

地址 (Add): Suite 482, Level 5, 311-315 Castlereagh St,
Sydney NSW 2000
邮编 (P.C.): 20000
总机 (Tel): (02) 9211 8876
邮箱 (E-mail): wilson.shen@shenslawyers.com.au
传真 (Fax): (02) 9211 8870

泰国曼谷办公室

地址 (Add): 34th Floor The Ninth Tower A 33/4 Rama IX
Road, Huaykwang Sub-District, Huaykwang
District, Bangkok
邮编 (P.C.): 10310
手机 (Tel): 13798071717
(66)958611717
邮箱 (E-mail): shidatuo@dtlasean.com

信任的力量

全国法律服务行业文明服务窗口

全国优秀律师事务所



本期要目

- 广信君达成立疫情防控法律服务团 / 品牌部（党委办）
- 疫情防控期间企业最常见问题的法律分析 / 杜晓佳
- 疫情期间，上市（挂牌）公司涉疫生产经营的信息披露标准 / 石其军律师团队
- 疫情防控工作期间行政应急措施如何行使 / 苏东海
- 在英小留学生包机回国相关法律问题分析 / 王晓华、唐浩森
- 新证券法下的跨境并购及杠杆收购融资要点分析 / 全朝晖、吴震宇
- 谈诉讼策略对诉讼胜败的关键作用 / 杨恒勤
- 由一宗离婚案引发的八宗民刑案 / 史萍
- 专业批发市场合同诈骗的界定及风险防范指引 / 梁沐周、廖国冬

总第103期

2020

1

全面提高依法防控依法治理能力

当前，疫情防控正处于关键时期，依法科学有序防控至关重要。

这次疫情发生以来，各级党委和政府党中央统一领导下，积极开展防控工作，取得初步成效，但也有些地方和部门面对突如其来的疫情进退失措，出台的一些防控措施朝令夕改，一些地方甚至出现了严重妨碍疫情防控的违法犯罪行为，群众对此不满意。实践告诉我们，疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控，在法治轨道上统筹推进各项防控工作，全面提高依法防控、依法治理能力，保障疫情防控工作顺利开展，维护社会大局稳定。

坚持依法防控，要始终把人民群众生命安全和身体健康放在第一位，从立法、执法、司法、守法各环节发力，切实推进依法防控、科学防控、联防联控。要完善疫情防控相关立法，加强配套制度建设，完善处罚程序，强化公共安全保障，构建系统完备、科学规范、运行有效的疫情防控法律体系。要抓紧修订完善野生动物保护法律法规，健全执法管理体制及职责，坚决取缔和严厉打击非法野生动物市场和贸易，从源头上防控重大公共卫生风险。要严格执行疫情防控和应急处置法律法规，加强风险评估，依法审慎决策，严格依法实施防控措施，坚决防止疫情蔓延。要加大对危害疫情防控行为执法司法力度，严格执行传染病防治法及其实施办法、野生动物保护法、动物防疫法、突发公共卫生事件应急条例等法律法规，依法实施疫情防控及应急处理措施。要加强治安管理、市场监管等执法工作，加大对暴力伤害医务人员违法行为的打击力度，严厉查处各类哄抬防疫用品和民生商品价格的违法行为，依法严厉打击抗拒疫情防控、制假售假、造谣传谣等破坏疫情防控的违法犯罪行为，保障社会安定有序。要依法规范捐赠、受赠行为，确保受赠财物全部及时用于疫情防控。要依法做好疫情报告和发布工作，按照法定内容、程序、方式、时限及时准确报告疫情信息。要加强对相关案件审理工作的指导，及时处理，定分止争。要加强疫情防控法治宣传，组织基层开展疫情防控普法宣传，引导广大人民群众增强法治意识，依法支持和配合疫情防控工作。要强化疫情防控法律服务，加强疫情期间矛盾纠纷化解，为困难群众提供有效法律援助。

各级党委和政府要全面依法履行职责，坚持运用法治思维和法治方式开展疫情防控工作，在处置重大突发事件中推进法治政府建设，提高依法执政、依法行政水平。各有关部门要明确责任分工，积极主动履职，抓好任务落实，提高疫情防控法治化水平，切实保障人民群众生命健康安全。

——摘自 习近平总书记2020年2月5日在中央全面依法治国委员会第三次会议上的讲话

目 录

一、依法战“疫”

- 01 广信君达成立疫情防控法律服务团 / 品牌部（党委办）
- 02 疫情期间，上市（挂牌）公司涉疫生产经营的信息披露标准 / 石其军律师团队
- 07 疫情防控期间企业最常见问题的法律分析 / 杜晓佳
- 11 疫情之下货物买卖合同履行的法律问题 / 朱滔、张卓
- 14 新冠肺炎疫情下，对编造、故意传播虚假恐怖信息罪的法律探讨 / 苏曼娜
- 17 新冠疫情下企业合同责任的法律分析与建议 / 孙君元
- 21 疫情防控工作期间行政应急措施如何行使 / 苏东海

二、理论研究

- 25 在英小留学生包机回国相关法律问题分析 / 王晓华、唐浩森
- 28 新证券法下的跨境并购及杠杆收购融资要点分析 / 全朝晖、吴震宇
- 35 股东投资贵在进退有“道”——探讨有限公司股东退出机制 / 蒋修贤
- 39 新《证券法》正式施行 代表人诉讼制度成亮点 / 吴少荣
- 42 决胜法庭之外：案例研究的思路与方法 / 杨超男
- 46 封闭与开放：股东优先购买权之边界 / 黄梦圆

三、以案说法

- 49 谈诉讼策略对诉讼胜败的关键作用 / 杨恒勤
- 52 由一宗离婚案引发的八宗民刑案 / 史萍
- 55 专业批发市场合同诈骗的界定及风险防范指引 / 梁沐周、廖国冬
- 61 “阿柴枸杞”美术作品著作权维权获赔28万元——著作权案件赔偿额如何认定 / 苏曼娜

四、律所大事记

五、党团文体建设

六、律师责任社会

七、业绩展示

八、荣誉荟萃

《信任的力量》编委会

主 办：广东广信君达律师事务所
主 任：王晓华
副 主 任：章 勋、邓传远、苏东海
委 员（按姓氏笔画排序）：
王春平、尤德卫、史 萍、
闪 涛、庄伟燕、刘 智、
孙俊杰、杨超男、肖硕彬、
张成勇、张雪芳、张 蓉、
陈伟雄、赵俊峰、钟智芬、
黄福轩、慕亚平

执行主编：王永航
责任编辑：朱惠婷、王 婕
美工排版：黄嘉铭
本刊地址：广州市天河区珠江东路6号广州
周大福金融中心29楼、10楼

联系电话：（020）37181333
传 真：（020）37181388
投稿邮箱：ppb@etrlawfirm.com
网 址：www.etrlawfirm.cn

广信君达成立疫情防控法律服务团

2020年，新型冠状病毒疫情的发生、蔓延以及疫情防控工作对国内外的社会经济活动造成重大影响，存在大量由此而引发社会矛盾问题的风险，而法治就是增强“社会免疫力”、提高“整体战斗力”的良方。2月11日，中共广东广信君达律师事务所委员会、广东广信君达律师事务所组建疫情防控法律服务团，充分发挥律师职能作用与专业优势，做好“非常时期”的法律服务，为我国坚决打赢疫情防控的人民战争、总体战、阻击战，为经济发展和社会稳定贡献力量。

广信君达疫情防控法律服务团设有行政、民商事、劳动、合同、校园、涉外、刑事、医疗与环境、知识产权（维权）等多个特定领域法律服务小组。累计撰写了近百篇疫情防控相关的法律专业文章，部分文章受到广州市司法局、市工商联、市劳动保障学会等主管部门及行业协会的转载、采用。本所在做好事务所疫情防控研究部署与工作落实的同时，充分发挥疫情防控法律服务团作用，通过为党委政府防控疫情决策提供法律依据，现场或在线为防控疫情中所发生的法律问题提供免费的法律服务，撰写法律政策解读文章等方式，积极开展疫情防控普法宣传，引导广大人民群众增强法治意识，助力复工复产，为疫情防控提供法治保障和服务。



疫情期间，上市（挂牌）公司涉疫生产经营的信息披露标准

前言

新冠疫情的爆发，引起了一系列的社会连锁反应，全国各地医院抗疫物资告急成为抗疫最迫切的问题，面对物资供应紧张的局面，不可避免的是尽快解决复产扩产的现实需求，以缓解抗疫物资紧缺以及维持生活物资的正常供应。另一层面，抗疫药物的研发、生产工作迫在眉睫，各级别的研究机构不断放出有效药物、有效配方的信号，对疫情的最终控制释放积极信号，但同时也为资本市场的稳定带来了冲击。

在疫情期间，不乏上市（挂牌）公司通过发布临时公告以及通过深交所“互动易”、上交所“e互动”等平台发布参与抗疫物资研发、生产等情况，但由于部分信息尚达不到披露临时公告的标准，交易所在疫情期间已经发出了多份问询函、监管函，对上市公司进行监管。有鉴于此，本文就疫情期间上市（挂牌）公司信息披露被监管问询或被处罚的情况进行总结概括，并在此基础上结合相关规定分析上市（挂牌）公司进行涉疫生产经营相关信息披露的标准。

一、涉疫情生产经营相关信披概况

每一次风口的出现，都有上市公司通过“蹭热点”的方式做“市值管理”。在本次“新冠疫情”期间，上市（挂牌）公司中信息披露被关注、问询或采取监管措施的情况主要如下：

（一）永太科技（002326）因瑞德西韦研发信息提前披露被采取监管措施

2月3日，永太科技在深交所“互动易”平台上回复投资者问答称“公司有涉及武汉新冠肺炎相关药物及中间体”。2月4日，永太科技发布《股价异动公告》，称“近期公司得知吉利德公司在研药物Remdesivir（瑞德西韦）可用于治疗新型冠状病毒肺炎，公司正积极与吉利德公司等下游客户接洽，寻求可能的合作机会，但本次接洽是否能达成合作尚存在不确定性。”2月5日，永太科技在“互动易”平台回复投资者称：“研究发现



石其军律师

吉利德科学在研药物Remdesivir（瑞德西韦）与公司现有产品链契合度高，通过研发人员实验室研究和中试化生产，可快速研发生产高级中间体片段，为缓解疫情控制做出贡献”、“公司已收到吉利德关于相关抗病毒药物高级中间体业务询盘”。

2月6日，深交所中小板公司管理部对永太科技下发《关注函》，称上述“互动易”回复时间早于《股价异动公告》披露时间，要求说明存在违反信息披露公平性的情形，是否存在利用“互动易”平台迎合市场热点、影响公司股价的情形。当日，永太科技回复《关注函》称不存在上述情形。2月20日，中小板公司管理部对永太科技作出《监管函》，认为永太科技就上述事项在“互动易”平台的答复时间早于《股价异动公告》披露时间，违反了深交所《股票上市规则》规定的信息披露公平原则（第2.1、2.7、2.8、2.15条）。

从二级市场表现看，在永太科技于2月3日在“互动易”平台公开透露尚不存在的意向交易情形后连续五个交易日，永太科技的股价都涨停。

（二）博瑞医药（688166）因披露瑞德西韦仿制研发情况收到上交所关注函

2月12日，博瑞医药发布《关于抗病毒药物研制取得进展的公告》称，公司近日成功仿制开发了瑞德西韦原料药合成工艺技术和制剂技术，已经批量生产出瑞德西韦原料药，瑞德西韦制剂批量化生产正在进行中；公司对瑞德西韦仿制研发视为自身所承担的社会责任。2月13日，公司收到《关于股票交易异常波动的问询函》；2月14日，公司披露《异动公告》称，除披露研发进展、业绩预告及媒体传闻公司侵犯吉利德公司专利权外，公司不存在影响公司股票交易异常波动的重大事项。

从二级市场表现看，博瑞医药发布《关于抗病毒药物研制取得进展的公告》后，公司股价连续两天涨停，涨幅40%。

（三）海南海药（000566）瑞德西韦药物信息前期公告不完整，前后信息差异较大

2月15日，海南海药发布《关于抗病毒药物研制取得进展的公告》称，公司已经完成瑞德西韦制剂的第一批生产，并已具备年产350万支的规模化生产能力。公司通过与国内外合作伙伴的紧密合作，已进行瑞德西韦制剂的中试生产，可批量生产瑞德西韦50mg、100mg两种剂型。公司可以根据国家的安排和社会的需要，在符合相关法律法规的前提下随时安排生产。2月17日，海南海药又发布《风险提示公告》称，现阶段，公司和国内外合作伙伴生产的瑞德西韦原料药和制剂主要为临床前期研究和临床研究的试验样品，不会用于投入市场销售。

从二级市场看，再因2月15日为周末，2月17日为发布该公告后的第一个交易日，海南海药封死涨停板；但在风险提示公告发布后连续两个交易日下跌。

（四）安诺其（300067）因消毒剂扩产项目被深交所问询

2月2日，公司在深交所“互动易”平台上回复投资者称，本次疫情对消毒剂的需求会增加，公司全资子公司江苏安诺其有年产500吨消毒剂过硫酸氢钾的生产线，复工后会增加利润；2月7日，在“互动易”平台回复投资者称，公司已向江苏安诺其所属园区提交消毒剂复产申请，但目前还没有收到可以复工的回复。2月10日，安诺其发布《关于投资建设“年产10000吨广谱消毒剂单过硫酸氢钾复合盐项目”的公告》称，恰逢当前

新型冠状病毒导致的肺炎疫情蔓延，公司决定在烟台安诺其新建年产10000吨单过硫酸氢钾复合盐项目，利用现有基础设施，扩大生产规模；同日，公司收到深交所《问询函》，要求说明单过硫酸氢钾复合盐在新冠肺炎防控中的具体应用领域、说明最近两年公司单过硫酸氢钾复合盐的产能产量销量等、是否存在主动迎合市场热点、炒作公司股价的情形等。2月14日，公司回复称目前尚无官方资料显示单过硫酸氢钾复合盐对新型冠状病毒有杀灭作用，但对传染性支气管炎冠状病毒等有杀灭作用；公司不存在主动迎合市场热点、炒作公司股价的情形，公司从2013年开始一直从事单过硫酸氢钾复合盐的研发、生产和销售，仅因2018年下半年园区整顿导致停工至今；因为肺炎疫情促使加快筹建消毒剂项目。

遗憾的是，自2月3日以来，安诺其在二级市场表现都不够强势，这可能也和其多次“蹭热点”行为有关。据统计，安诺其可以称为是“概念股之王”，包括区块链、柔性屏、消毒剂、芯片等，都是时下比较时髦与热门的题材。

（五）延安必康（002411）未披露口罩业务及资质等信息被交易所采取监管措施

2月4日，延安必康披露《关于全资孙公司投资建设口罩等疫控防护产品生产线的公告》称，建成8条口罩生产线，建1条免洗手液生产线，但未披露公司尚未取得口罩生产资质的影响。2月18日，深交所中小板公司管理部下发《监管函》，称公司未披露上不存在口罩生产业务、尚未取得相关生产资质等可能对股价产生重大影响的重要信息，存在信息披露不完整的情形，违反了信息披露的真实、准确、完整、及时原则。

延安必康在披露口罩生产线项目后，股价连续两个涨停，后逐步回落，大股东在此期间连续被动减持耐人寻味。

上市（挂牌）公司“蹭热点”行为的动机集中表现为拉抬股价，尤其是部分股东减持前，对于此种行为，监管部门应当加强监管。加强对“蹭热点”行为监管，应当注重对信息披露内容质量的监管，但从目前的现状来看，上市公司“蹭热点”违规信披后，监管部门仅依靠监管函进行批评教育，对上市公司形成不了威慑力，屡屡再犯的，屡屡再犯的情况不在少数。我们建议，

对于屡次“蹭热点”信披违规的行为，应当记入上市公司及信披义务人的诚信档案，并作为其后续减持、再融资或任职资格等的消极因素，而对于影响较大的，应当及时报告证监会立案调查，同时建立健全集体诉讼制度，从而平衡投资者与上市公司的力量。

二、涉疫情生产经营相关信披的标准与规制

在上市公司日常经营过程中，关于某事项是否需要披露，我们认为，除了法定报告外，其他事项应当以对公司造成了较大影响为前提，符合披露标准的情况下才进行披露，如果尚不能判断是否存在影响的，如只是存在口头意向，则不适宜披露。由此可见，影响资本市场稳定的情况更多发生于上市公司自身，因此在资本市场法治化过程中，我们不能单方面强调投资者教育，而要同时加强上市公司及其员工的教育工作。

根据信息披露管理办法、股票上市规则、挂牌业务规则、信息披露规则等规定，上市（挂牌）公司进行信息披露应当遵循原则性规定与具体事项规定，经整理，具体如下：

（一）上市（挂牌）公司信息披露应遵循的原则

上市（挂牌）公司信息披露应当遵循的原则包括真实性原则、准确性原则、完整性原则、及时性原则、重大性原则以及公开性原则，详述之：

原则	内容
真实性	应当以客观事实或者具有事实基础的判断和意见为依据，如实反应客观情况，不得有虚假记载和不实陈述
准确性	应当使用明确、贴切的语言和简明扼要、通俗易懂的文字，不得含有任何宣传、广告、恭维或者夸大等性质的语句，不得有误导性陈述；预测信息应当合理、谨慎、客观
完整性	内容完整、文件齐备，格式符合规定要求，不得有重大遗漏
及时性	应当在规定的期限内披露所有对公司股票交易价格可能产生较大影响（科创板：对投资决策有较大影响的）的信息（重大性原则）
公平性	同时向所有投资者公开披露重大信息，确保投资者可以平等地获取同一信息，不得私下单独披露、透露或泄露

上交所主板、科创板，深交所主板、中小板、创业板与股转系统的信息披露原则大抵是相同的。按照不同的分类标准，信息披露原则又可以分为强制性披露与自愿性披露。所谓强制性信息披露，即证监会、交易所认为的对股票交易价格有重大影响的信息，应当披露；

而所谓自愿性信息披露，指的是上市公司或相关信息披露义务人主观认为的可能对股票交易价格有重大影响的信息；对于股转系统，因市场层级不同实施的信息披露规定存在差异，而较低市场层级的挂牌公司可以自愿原则适用更高市场层级的信息披露要求。但无论是强制性，亦或是自愿性，都应当遵循上述原则，按照同一标准予以披露，避免选择性信息披露。

从实践来看，较多上市（挂牌）公司在信息披露方面会违反公平性原则，该原则的实务操作要点在于应当通过规定的披露平台进行的信息披露，在指定媒体披露之前，不宜通过其他公共媒体进行披露，也不能通过新闻发布会或者答记者问等形式替代信息披露。科创板在信息披露的公平性原则上处理相对灵活，允许上市公司和相关信息披露义务人在确有需要的情况下，在非交易时段通过新闻发布会、媒体专访、公司网站、自媒体等方式对外披露信息，在下一交易时段开始前在指定媒体披露即可。

（二）上市（挂牌）公司涉新冠疫情生产经营相关信息披露事项具体标准

根据证监会《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》（证监办发〔2020〕9号）规定，各上市（挂牌）公司应从保护投资者知情权出发，依法依规做好相关信息披露工作，真实、准确、完整、及时地披露投资者决策所需信息。结合上市（挂牌）公司信息披露的基本原则，就上市（挂牌）公司涉“新冠疫情”生产经营相关信息披露的具体标准整理如下：

1. 抗疫物资生产项目等重大项目的信息披露

新冠疫情期间，较多的上市（挂牌）公司通过新建抗疫物资项目或复产抗疫物资项目等方式，开展新业务或新增对外投资。从信息披露的标准来看，原则上该等项目如金额达到下述标准的，均应当及时披露：

（1）交易涉及的资产总额占上市公司最近一期经审计总资产的10%以上，该交易涉及的资产总额同时存在账面值和评估值的，以较高者作为计算数据（上交所主板：提供担保除外）；

（2）交易标的（如股权）在最近一个会计年度相关的营业收入占上市公司最近一个会计年度经审计营业收入

入的10%以上，且绝对金额超过1000万元（创业板：500万）；

(3) 交易标的(如股权)在最近一个会计年度相关的净利润占上市公司最近一个会计年度经审计净利润的10%以上，且绝对金额超过100万元（新三板精选层：150万）；

(4) 交易的成交金额（含承担债务和费用）占上市公司最近一期经审计净资产的10%以上，且绝对金额超过1000万元（创业板：500万）；

(5) 交易产生的利润占上市公司最近一个会计年度经审计净利润的10%以上，且绝对金额超过100万元（新三板精选层：150万）。

科创板、新三板精选层与上述标准主要有两点差异，都与市值挂钩：(1) 第四项净资产比较指标不同，科创板与新三板精选层以上市公司市值为准，具体表述为“交易的成交金额占上市公司市值的10%以上”；(2) 新增交易标的最近一个会计年度净资产占上市公司市值的标准，即“交易标的（如股权）的最近一个会计年度净资产净额占上市公司市值的10%以上”；(3) 新增交易标的最近一个会计年度净资产占上市公司市值的标准，即“交易标的（如股权）的最近一个会计年度净资产净额占上市公司市值的10%以上”。

而新三板基础层、创新层相对简单，包括交易涉及总资产与成交金额占公司总资产10%以上（基础层：20%），交易涉及净资产或成交金额占公司净资产绝对值10%以上（基础层：20%），且超过300万元。

2. 抗疫物资采购、销售等重大合同的信息披露

针对日常经营过程中的抗疫物资的采购、销售，原则上不需要披露。但创业板、科创板上市公司在日常经营过程中，如采购、销售口罩、防护服、消毒液原材料的金额达到下列标准的，应当及时披露：

(1) 交易金额占上市公司最近一期经审计总资产的50%以上，且绝对金额超过1亿元；

(2) 交易金额占上市公司最近一个会计年度经审计营业收入或营业成本的50%以上，且超过1亿元；（创业板仅适用此条：主营业务收入50%以上，绝对金额超过1亿元）；

(3) 交易预计产生的利润总额占上市公司最近一

个会计年度经审计净利润的50%以上，且超过500万元；

(4) 其他可能对上市公司的资产、负债、权益和经营成果产生重大影响的交易。

3. 关联方采购、销售、捐赠抗疫物资的信息披露

由于关联交易涉及利益输送的可能性较大，即便是抗疫物资采购、销售和赠与，都有可能被认为是为上市（挂牌）公司承担成本、转移利润的不当行为。监管机构对关联交易的“有罪推定”，使得相较于非关联交易，关联交易的披露标准更低，具体标准为：

(1) 与关联自然人的交易：30万元以上（上市公司提供担保除外）；

(2) 与关联法人的交易：300万元以上（深交所创业板：100万元），且占公司最近一期经审计净资产绝对值0.5%以上（上市公司提供担保除外）（科创板：总资产或市值0.1%以上）。

根据新三板挂牌公司信息披露业务规则，对于无需审议的关联交易，免于进行单项披露，仅需要每年进行预计，以及在年度报告、中期报告中按照当期实际发生的关联交易情况进行披露。

4. 相关事项进展情况的披露

上市（挂牌）公司应当持续披露重大事项的进展或变化情况：

(1) 董事会、监事会及股东大会就重大事项形成的决议情况；

(2) 意向书或者协议的主要内容；及时披露发生重大变化或者被解除、终止的情况和原因；

(3) 被有关部门批准或者否决的情况；

(4) 逾期付款的原因和付款安排；

(5) 交付或者过户情况；未如期完成的原因、进展情况和预计完成的时间，并每隔30日公告一次进展情况，直至完成交付或者过户；

(6) 该重大事项发生可能对公司股票交易价格产生较大影响的其他进展或者变化的，及时披露进展或者变化情况（如重要在研产品或项目取得阶段性成果或研发失败等）。

综合分析本文第一部分引用的案例，交易所下发监管函或问询关注函的核心原因在于部分公司的信息披露行为不符合信息披露的原则，如永太科技违反了信息披

依法战“疫”

露的公平性原则；延安必康违反了真实、准确、完整、及时性原则；博瑞医药、海南海药并未获得吉利德公司授权，瑞德西韦尚未完成三期临床，也无法上市销售，信息披露涉嫌违反真实性原则；安诺其尚未取得江苏消毒剂项目复产批准，提前发布复产对公司有利的消息，也存在违反准确性原则的嫌疑。

从合规角度分析，目前仅有科创板上市公司允许在特定需要的情况下可以通过其他公开途径率先披露，尔后再通过指定媒体及时补充披露，永太科技作为深交所中小板上市公司，其研发瑞德西韦仿制药的项目应当在指定媒体率先披露；延安必康通过临时公告的形式披露新的投资项目方式是正确的，但没有按照上市规则披露可能存在的风险，即资质风险；博瑞医药、海南海药拟实施新的项目，应当披露项目进展情况，但也应当披露风险，同时应当保持信息披露的准确性；安诺其同样应当在取得复产同意后披露，或在烟台项目签署意向书、权力部门批准后进行披露。

经过全国人民的共同努力，人们对新冠疫情的认识逐步加深，检测技术不断提高，出院比例逐步攀升，全面控制疫情已出现曙光。在本次阻击新冠肺炎的战役“疫”中，我们体会到制度的完善是社会稳定的基础，同时也是市场稳定的基础。对于资本市场，目前最迫切需要的是，由有技术有能力的上市（挂牌）公司主动承担社会责任，为防控新冠肺炎提供生产力，而非上市（挂牌）公司借此发布虚假消息，扰乱市场秩序。

【作者简介】

石其军律师团队，主要提供证券与资本市场法律事务服务，服务内容包括但不限于公司运营规范法律服务、上市公司法律服务、证券业务、非上市公司融资服务等。



追逐美景 执行顾问乔胜军 摄

疫情防控期间企业最常见问题的法律分析

编者按

新型冠状病毒感染的肺炎疫情下，国务院及地方各级政府、相关部门相继出台了一系列防范措施包括延长春节假期、推迟复工日期等，关系着千万企业和职工的切身利益。本文就疫情防控期间企业最常见的法律问题，从合同履行、劳动用工管理和税收缴纳等方面进行法律分析，以期对企业有所裨益。

一、疫情防控期间企业合同履行方面的法律分析

新冠肺炎疫情的法律性质认定与企业的合同履行密切相关。

（一）新冠肺炎疫情在法律上的性质认定

新冠肺炎疫情在法律上的性质属于不可抗力事件。根据法律的规定，不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。新型冠状病毒疫情是属于具有重大影响的突发性新型传染病，政府为防控疫情采取停工停产等管控措施，符合法律规定的不能预见、不能避免且不能克服的“不可抗力”特征。（依据《民法总则》第180条及《合同法》第117条）

（二）新冠肺炎疫情构成不可抗力，是否意味着免除一切合同责任？

是否免除合同责任，取决于是否因不可抗力导致不能履行合同义务。新冠肺炎疫情作为不可抗力，是否构成合同解除免责事由，与合同履行期限、合同履行内容、疫情影响程度及因果关系等相关，引发的法律后果主要有两种：1.部分或全部免责：因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。本次疫情及其防控措施与合同的履行不能存在因果关系，并根据不同地区所采取的防疫措施、不同类型的合同以及其影响履行合同义务的范围，确定是否构成不可抗力以及影响程度，来确定可免除的违约责任。（依据《合同法》第117条）2.解除合同：因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。如果疫情虽造成了合同履行困难，但未导致不能实现合同目的的，则无权解除合同。（依据《合同法》第94条）

（三）企业作为承租人，能否以不可抗力为由要求延长租期、减免租金或解除合同的问题



杜晓佳律师

承租人以不可抗力为由主张不承担租赁合同责任，必须满足因不可抗力不能履行租赁合同的条件，需要根据租赁房屋的性质和疫情影响的程度来区分处理。1.对于网吧、电影院、剧场、KTV等政府明令暂停营业的娱乐场所，承租人因政府行政强制措施致使租赁合同在一定期间无法履行，租赁合同目的无法实现，所以承租人可要求适当延长租期、减免租金，但以此要求解除合同的一般不予支持。2.对于写字楼等办公用途房屋，虽然多地政府出台了延迟复工措施，但在复工之前客观上出租人并不限制承租人继续使用办公用房，各地的疫情防控措施也没有要求对特定商场、写字楼进行封闭、停业，虽然疫情客观上影响了承租人的经营收入，但与租赁合同的履行并无直接关系，所以办公用途房屋的承租人原则上不能以疫情为由要求减免租金或解除合同。3.目前多地出台了复工复产扶持措施鼓励减免企业租金，但对非国有经营用房的租赁合同，是鼓励而非强制性要求。同时在司法实践中，无论适用不可抗力还是情势变更制度均非常谨慎，对于因疫情导致租赁合同履行受限的问题，建议双方尽量通过友好协商的方式进行解决，并保留因疫情导致合同履行不能的证据。

（四）企业因疫情影响无法按时归还商业贷款的应对措施

针对受疫情影响多数企业面临无法按时复工恢复生产，进而可能将承担较大的金融借款还款压力的现状，

银保监会等五部委发布了《关于进一步强化金融支持防控新型冠状病毒感染肺炎疫情的通知》（银发〔2020〕29号）规定：“对受疫情影响较大的批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等行业，以及有发展前景但受疫情影响暂遇困难的企业，特别是小微企业，不得盲目抽贷、断贷、压贷。对受疫情影响严重的企业到期还款困难的，可予以展期或续贷。通过适当下调贷款利率、增加信用贷款和中长期贷款等方式，支持相关企业战胜疫情灾害影响”，假如企业因疫情影响无法按时归还银行贷款，可依据上述的政策及时向对应的商业银行等金融机构咨询了解相应的信贷政策安排，申请延期还款，缓解企业资金压力。

（五）企业作为卖方不能履行合同的法律应对措施

按照法律的规定，发生不可抗力导致合同履行不能时，需履行及时通知、提供证明、减轻损失扩大等法定义务，所以当疫情造成企业合同履行障碍时，为防止损失进一步扩大，建议采取以下应对措施：1.先与合同相对方进行沟通、协商一致采取折中措施或解除合同，此为法律风险最小。2.如合同中有约定发生疫情是解除合同的条件，可单方解除合同。3.如没有约定，但因疫情影响导致无法履行合同义务、无法实现合同目的，也可单方解除合同。4.解除合同应及时向对方发送解除合同的通知，尽量以EMS邮件、电子邮件、电话录音等多种方式通知到位并保存证据。（依据《合同法》第118条）

（六）企业作为买方合同的法律应对措施

在合同相对方可能因疫情影响造成合同违约的情况下，作为买方合同的企业也应主动采取督促履行、变更或解除合同、要求提供担保等应对措施，以实现及时止损：1.先确认对方是否有继续履约的能力，并注意收集相关证据。2.如对方因疫情确实无法履约，应及时发送函件以督促对方明确是否解除合同。3.如对方仍有履约能力，应及时发函督促对方履行，避免对方恶意拖延或解除合同。4.如对方恶意解除合同的，应在合同约定的异议期限内向法院起诉，无约定的则在收到解除合同通知之日起三个月内起诉。5.对于买方尚未支付的货款，可以行使不安抗辩权以暂停支付，并要求对方提供具有履行能力的证据和担保；对方未提供的，可解除合同。

（依据《合同法》第119条）

（七）企业因疫情导致合同履行不能所需准备的证据材料

疫情可能会导致合同履行的障碍，以及对追究合同相对方违约责任产生更加的困难和经历更长的周期，因此企业应评估合同相对方可能受疫情影响的程度提前进行应对。除合同另有约定外，建议参考以下方面着手准备：1.政府要求延期开工，或政府要求企业先行生产抗疫物资的文件资料。2.道口封闭、受阻的通知、照片和视频等交通受阻的证明材料。3.履行合同的主要人员因感染新冠肺炎接受治疗、隔离或者医学观察的证明材料。4.原材料产地在疫情严重区域，或因疫情防控导致原材料供应不足的证据材料。5.因疫情导致合同履行不能的其他有关证据。

二、疫情防控期间企业劳动用工方面的法律分析

（一）企业对于因疫情未能复工的职工的应对措施

1.在2020年1月31日至2月2日的春节延长假期期间，企业应按职工正常休假处理，职工在休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入；但符合规定不受复工限制的企业在此期间安排职工工作又不能安排补休的，按照不低于职工本人日或小时工资的200%支付工资报酬。2.在2020年2月3日至2月9日的延迟复工期间，企业按照停工、停产处理，并应当按照劳动合同规定的标准支付职工工资。但符合规定不受延迟复工限制的企业在此期间安排职工工作的，应当依法支付职工工资。其中，企业在休息日安排职工工作又不能安排补休的，按照不低于职工本人日或小时工资标准的200%支付工资报酬。3.若职工于2020年2月10日起仍因疫情无法复工的，经与职工协商一致，企业可以优先考虑安排职工带薪年休假，职工在休带薪年假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。4.若职工未复工时间较长的，企业经与职工协商一致，可以安排职工待岗，待岗期间企业按照不低于当地最低工资标准的80%支付基本生活费。

（二）企业对于职工因担心疫情而拒绝上班的应对措施

1.企业依法复工后，职工仅因担心疫情内心感到恐惧而拒绝上班的，企业应从人性化角度出发对其进行安抚和心理疏导，消除其恐慌情绪，引导职工逐步进入正

常工作状态。2.经沟通协商一致，企业也可以职工休年假、事假等方式处理。3.如确实无法安抚的，经沟通后职工可主动辞职，或双方协商一致解除劳动合同。4.无法协商的，企业可以依据规章制度的规定书面通知职工返岗，仍拒不返岗的，企业可按照规章制度的规定依法处理。

（三）职工正式复工前需居家自我隔离的工资确定

从法律性质而言，职工按单位的要求在正式复工前居家自我隔离属于服从单位的临时性安排，企业可先与职工就居家自我隔离的期限、工资或生活费进行协商；若双方协商不一致，企业可以安排符合需要隔离条件的职工进行居家隔离，但职工在此期间应享受与正常工作相同的工资收入。

（四）职工被隔离期间、医学观察期间的工资发放以及劳动合同到期的处理

根据国家防疫要求，新冠肺炎感染按照甲类传染病管理，对新冠病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间的工资待遇，由所属企业按正常工作期间工资支付，并不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与职工解除劳动合同。在此期间，劳动合同到期的，分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。（依据《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》）

（五）企业可否拒绝确诊痊愈的职工返岗工作或解除劳动合同的问题

不可以拒绝返岗工作或解除劳动合同。任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人。因此，职工患有新型冠状病毒肺炎后被治愈的，企业没有合法理由，不得拒绝其返岗工作，为避免劳动纠纷和健康安全起见，建议企业可与职工通过书面友好协商达成一致意见，给予痊愈职工一定的假期，或双方协商一致解除劳动合同。（依据《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》

《中华人民共和国传染病防治法》第16条）

（六）企业因疫情影响导致生产经营困难的劳动用工应对措施

企业因受疫情影响导致生产经营困难的，可以通过

与职工协商一致采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、待岗等方式稳定工作岗位，尽量不裁员或者少裁员。鼓励受疫情影响的企业考虑向劳动行政部门申请综合计算工时制度，采取集中工作、集中休息方式保持正常生产经营。符合条件的企业，可按规定享受稳岗补贴。（依据《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》

《广东省人力资源和社会保障厅关于积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情做好劳动关系相关工作的通知》）

（七）企业因疫情影响导致停工停产的工资支付

企业停工停产在一个工资支付周期内的，企业应按劳动合同规定的标准支付职工工资。超过一个工资支付周期的，若职工提供了正常劳动，企业支付给职工的工资不得低于当地最低工资标准。职工没有提供正常劳动的，企业应当发放生活费，生活费标准按各省、自治区、直辖市规定的办法执行。（依据《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》《工资支付暂行规定》第12条）

三、疫情防控期间企业税收缴纳方面的法律分析

（一）企业因疫情所遭受的损失可否进行企业所得税的税前扣除的问题

可以进行企业所得税的税前扣除。企业纳税人在疫情自然灾害等不可抗力因素造成的损失以及其他损失，在减除责任人赔偿和保险赔款后的余额，依照国务院财政、税务主管部门的规定进行扣除，应该提供相关职能部门固定资产毁损、报废的鉴定报告，按税收相关规定的实际确认或者实际发生进行申报扣除，不得提前或延后扣除。（依据《中华人民共和国企业所得税法》第8条、《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第32条、《国家税务总局关于发布企业资产损失所得税税前扣除管理办法的公告》）

（二）企业的公益性捐赠支出可否抵扣企业所得税的问题

可以抵扣企业所得税。企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，可在计算应纳税所得额时扣除；超过年度利润总额12%的部分，可结转以后3年内计算应纳税所得额时扣除。（依据《中华人民共和国企业所得税法》第9条）

（三）企业受疫情影响，可否申请延期办理纳税申报的问题

可以申请延期办理纳税申报。根据《国家税务总局关于优化纳税缴费服务配合做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作的通知》，对按月申报的纳税人、扣缴义务人，在全国范围内将2020年2月份的法定申报纳税期限延长至2月24日；在2020年2月份申报纳税期限延长后，受疫情影响办理仍有困难的，还可依法申请进一步延期。

（四）企业受疫情影响，可否延期缴纳税款的问题

可以延期缴纳税款。企业纳税人因疫情等不可抗力因素发生较大损失，正常生产经营活动受到较大影响，不能按期缴纳税款的，经省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局批准，可以延期缴纳税款，但是最长不得超过3个月。申请延期缴纳税款，纳税人应当在缴纳

税款期限届满前提出申请，税务机关应当自收到申请延期缴纳税款报告之日起20日内作出批准或者不予批准的决定。不予批准的，从缴纳税款期限届满之日起加收滞纳金。（依据《中华人民共和国税收征收管理法》第27条、《税收征收管理法实施细则》第37条）

【作者简介】

杜晓佳，本所合伙人律师，广东财经大学授课导师，市律协文化法律专业委委员，省法学会法律风险管理理事，执业领域：复杂商事案件、经济刑事辩护及风控、公司治理及法律顾问。



众星望月 欧阳晓军律师 摄

疫情之下货物买卖合同履行的法律问题

编者按

疫情及防疫措施对企业的正常经营活动，尤其对买卖合同的履行产生影响。国际方面，2020年1月31日，世界卫生组织（WHO）宣布新冠肺炎疫情构成国际关注的突发公共卫生事件（PHEIC），部分国家和地区对来自中国的人员、船舶、货物等采取管制措施，导致我国作为出口大国，国际贸易方面受到较大冲击；国内方面，受防控措施和复工时间影响，制造业、服务业等领域的民营企业、中小微企业面临更大冲击。对此，本文拟以新冠疫情对货物买卖合同的履行所产生的影响及应对为中心，探讨不同履约情形下，可能涉及的法律风险问题。买卖合同主体应当及时了解法律风险，作出合法应对，力争减轻和避免损失。

一、“新冠肺炎”疫情对国际贸易合同履行影响及应对

因疫情影响，部分境外公司可能会因为疫情而拒收货物，或者因为我国企业延迟复工、检疫增多、航路延误甚至取消，而主张变更甚至解除合同、并相应主张中国卖方承担违约责任。在这种情况下，很多企业会考虑申请中国国际贸易促进委员会（“贸促会”）出具“不可抗力”事实性证明^[1]来作为部分或全部免除违约责任的“免死金牌”。但企业需明确的是：贸促会出具的是与不可抗力“有关的事实”的证明，意在证明有关事实的发生，而非在法律上认定该事实是否必然构成不可抗力。其属事实性证明，而非法律认定。后续是否构成“不可抗力”，达到当事人部分甚至全部免除责任的效果，还需要根据当事人合同约定的适用法律规定、合同约定以及个案具体事实认定。

因此，取得贸促会出具的“不可抗力”事实性证明，并不必然地产生“不可抗力”下免除履行合同责任的法律效果。国际贸易中，外贸企业应根据交易相对方、进出口贸易合同文本适用法律以及货物种类、合同履行情况的不同，具体应对。

法律应对：首先，外贸企业应对处于履约期限内的外贸合同进行梳理，内部评估受到防控措施影响，可能



朱滔律师



张卓实习律师

无法按期生产交货的订单。建议各企业根据自身情况合理预计生产周期，协同考量上游企业安排提供原材料的能力。如可能出现迟延履行情形，建议及时与合同相对方进行友好沟通，协商以书面形式延长交货期，降低后期出现违约索赔的可能性。

其次，对于临近交付日的货物应提前安排运输及仓储，尽量避免延迟交付。因交通受阻、物流延缓等客观因素影响，货物交付可能需要耗费更多时间。故建议各企业应提前测算特殊时期的货物在途时间，尽可能提前安排货物出口，密切关注国内外机场、港口的运营管理情况，尽量减少履约成本的增加。

最后，如因疫情导致违约风险较大，且暂无法采取其他措施控制风险时，可酌情考虑结合受疫情影响的严重程度以遭受“不可抗力”为由与合同相对方协商解除合同或一定程度上免除违约责任。此时，**第一步需考察合同适用法律的问题，有以下4种可能出现的合同约定情形供参考：**

1.如合同约定适用中国法，则上述援引不可抗力的建议符合法律规定

(1) 外贸合同文本中已约定重大疫情属于“不可抗力”并相应约定“不可抗力”情形下的合同变更或责任免除事宜的，企业应及时向相对方发出通知，将此次疫情情况，及其导致企业无法正常履约的影响明确告知

疫情情况，及其导致企业无法正常履约的影响明确告知相对方，并可向贸促会申请办理的“不可抗力”事实性证明，一并发送合同相对方，以便按照合同中的“不可抗力”条款及相关法律规定执行。

(2) 外贸合同文本中未约定疫情属于“不可抗力”范围及约定相应合同变更或责任免除事宜的，则可援引法定的不可抗力规定。应尽量提供不可抗力事实性证明、新冠肺炎疫情直接导致合同目的不能实现的因果关系证明，尽到及时通知义务和避免损失扩大义务，减少涉诉风险。

2.如合同约定适用域外法，则要根据适用的准据法和合同约定来具体分析

(1) 合同文本中约定“不可抗力”，且合同约定的适用法律为中国域外法律时：

在合同的主体是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国，签约主体的营业地所在国为不同国家，且未明示予以排除适用的情况下，根据约定可以援引《联合国国际货物销售合同公约》第79条的规定主张不可抗力[2]。核心在于确定疫情防控措施到底在多大程度上影响了合同的履行（即是否可以克服困难按期履行），操作上主要看如何搜集证据来证明要求延迟履行的期限适当性及尽到及时通知合同对方的义务；在合同主体不满足适用《联合国国际货物销售合同公约》的条件时，卖方应特别注意约定的“不可抗力条款”的合理运用，按照契约自由原则，基于合同条款与国外买方进行积极沟通。

(2) 合同文本中未约定“不可抗力”，且合同约定的适用法律为中国域外法律时：

部分英美法系及少数大陆法系国家并未在立法层面承认“不可抗力”这一概念，相近的概念是“合同落空”或“合同受阻”。此时，建议还是采取事先与合同相对方协商的方式，从本次疫情“不可预见、无法避免、不可控制”三个方面一定时间内向对方作出及时、准确通知，力争变更合同约定或延长履行期限。否则，认定合同落空的标准更加严格，受特殊事件影响一方主张免责也更为困难。

二、“新冠肺炎”疫情对国内货物买卖合同履行影响及应对

对国内买卖双方来说，均有可能存在因疫情防控措施导致买卖合同目的无法实现的情况。需考虑对合同履行影响程度进而选择适用“不可抗力”或“情势变更”来作为抗辩理由。

1.作为卖方无法按时供货

(1) 如果疫情对卖方运输等环节造成不能克服障碍，导致无法履行合同。

法律应对：由于交通管制措施造成的不能预见、不能避免以及不能克服的阻碍，可将此次疫情作为不可抗力事件。若遇到此种情况，卖方应当及时和买方进行联系沟通，将合同不能履行的情形告知买方，并提供不可抗力的证明。当然，买卖双方亦可通过协商一致对送货时间重新约定，双方按照变更后的合同履行义务即可。

(2) 如果延迟复工等防控措施对卖方生产环节造成障碍，导致无法履行合同。

法律应对：若合同约定的履行期限在延迟的复工日期间，因国家政策的强制性，合同当事人可以主张不可抗力免除相应的责任，应注意及时向买方发送通知。内容包括：详细说明构成不可抗力事件和情况、事件或情况对其合同义务已经或将要形成的障碍、有效证明文件、预计不可抗力消除的时间等。当然，如果可以顺延合同履行期限的，建议按顺延期限处理；若合同约定的履行期限在复工日之后，因合同仍能继续履行，只因为卖方延迟复工原因导致生产无法按原合同的预期进行。这种情形下的合同履行显然对卖方不公平，卖方极有可能因为交货时间延迟导致承担违约责任。因此卖方可以与买方协商，援引情势变更对合同内容进行相应变更。

2.作为买方不能及时付款

首先要看合同的具体约定，是先付款后交货还是先交货再付款。如果先付款再交货的情况下，虽然对方可能会因为疫情略微延迟交货，但一般情况下不影响买方的先付款义务，价款支付一般不得以不可抗力主张免除付款义务。确因疫情影响导致支付延期或按约支付显失公平的，可以援引情势变更协商延期支付。

如果是先交货再付款的，一般会约定在交货后多长时间内付款，此时可以按照合同约定的条款实行，待对方交货后再付款。卖方已经履行完毕货物交付义务的，买方通常不得以不可抗力免除履行金钱给付的违约责任。

三、小结

基于上述分析，本文认为新冠肺炎疫情可能但不必然构成不可抗力或情势变更，具体如何认定必须结合个案情况进行。总体来讲，对于因受新冠肺炎疫情影响，客观履行不能的合同，受疫情影响一方应及时以通知方式行使解除合同的权利，防止损失扩大；对于不存在履行障碍，但因新冠肺炎疫情导致履行结果明显不公平的，受疫情影响一方应积极与合同相对方协商变更合同，亦可诉诸法律救济途径，请求法院根据公平原则变更或解除合同。

无论是适用不可抗力制度还是情势变更制度，建议先尽量通过平等协商的方式解决问题，同时需要保留因疫情导致不能履行合同或对履行合同造成实质影响的证据（如封锁交通、限制货物交易、停止营业的行政措施公告、中国贸促会商事认证中心出具的与不可抗力相关的事实性证明等）并及时采取有效措施减少双方损失。

注释

[1] 不可抗力事实性证明书，是指由中国贸促会及其授权的分、支会应申请人的申请，对与不可抗力有关的事实进行证明出具文书，出具后可作为当事人可以部分或全部免除不履行、不完全履行和迟延履行合同的责任的证明。

[2] CISG第1条：This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States. CISG第79条第1款：A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequence.

【作者简介】

朱滔，本所专职律师，长期专注于劳动人事、建设工程、企业治理等领域，拥有深厚的法学理论素养和丰富的从业经验。

张卓，本所实习律师，主要从事于公司治理与风险防范、合同纠纷、公司纠纷。



逐 合伙人杨学光律师 摄

新冠肺炎疫情下，对编造、故意传播 虚假恐怖信息罪的法律探讨

引言

新型冠状病毒肺炎疫情严峻下，部分民众在网络上散布虚假新闻，引起社会恐慌。2020年1月23日，吴某在微信朋友圈散布“北京市顺义区后沙峪空港医院出现首例新型肺炎”的虚假信息，随后被公安机关刑事拘留。吴某的行为是否构成编造、故意传播虚假恐怖信息罪呢？该罪与编造、故意传播虚假信息罪、寻衅滋事罪、危害公共安全罪有何区别？

一、编造、故意传播虚假恐怖信息罪

编造、故意传播虚假恐怖信息罪是指编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的行为。“编造”是指凭想象创造、捏造。我国刑法第二百九十一条之一第一款规定：“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处五年以上有期徒刑。”《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第六条规定“虚假恐怖信息”，是指以发生爆炸威胁、生化威胁、放射威胁、劫持航空器威胁、重大灾情、重大疫情等严重威胁公共安全的事件为内容，可能引起社会恐慌或者公共安全危机的不真实信息。本罪实务中较常见的犯罪行为是宣称在某处安装或携带炸药，将炸飞机、炸地铁、炸政府办公楼等，导致社会恐慌，公安出动大量警力疏散人员和排查炸药，严重影响社会秩序，该类案件判决刑期多数在6个月到1年之间。

笔者认为，因新型肺炎具有人传人的特征，群众一听都非常害怕。吴某编造、散布北京市顺义区后沙峪空港医院出现首例新型肺炎，该行为与声称在医院安装炸药的威胁程度相当，属于散布“重大疫情”的虚假恐怖信息，导致住院患者人心惶惶，人民群众远离该医院，以致于医院及有关部门需要安排人力排查和核实情况，严重扰乱社会秩序，构成编造、故意传播虚假恐怖信息

罪。根据北青社区报的报道，公安机关也是以涉嫌“编造、故意传播虚假恐怖信息罪”将吴某刑事拘留的。

二、2003年“非典型肺炎”疫情期间散布虚假信息 的案例

案例1：黄旭、李雁编造虚假恐怖信息案【法宝引证码 CLI.C.227561】

2003年4月25日，被告人黄旭在北京市发生“非典型肺炎”疫情期间，为了报复肖某，编造了肖某出现发烧、咳嗽等“非典型肺炎”症状的虚假事实，指使被告人李雁两次拨打北京“120”急救中心电话。北京急救中心派急救车前往肖某所在的汉威大厦出诊，致使该公司及在厦内办公的其他单位人员误以为汉威大厦内有人患有“非典型肺炎”，造成大厦内人员恐慌，严重影响了大厦的正常秩序，亦干扰了“120”急救中心的正常工作。

北京市第二中级人民法院经审理认为，黄旭、李雁的行为均已构成编造虚假恐怖信息罪，黄旭明知北京市正在发生“非典”疫情，而利用人们对于“非典”疫情存在的恐惧心理，编造他人有“非典”症状的恐怖信息，致使医务人员到汉威大厦出诊，给该大厦内的工作人员造成极大恐慌，严重扰乱了社会秩序。法院最终判决被告人黄旭犯编造虚假恐怖信息罪，判处有期徒刑六个月；被告人李雁犯编造虚假恐怖信息罪，判处拘役三个月，缓刑六个月。

案例2：黄群威编造虚假恐怖信息案【法宝引证码 CLI.C.168718】

被告人黄群威于2003年4月，借当时北京市“非典型性肺炎”疫情高发期易引起人们心理恐慌之机，在无任何事实依据的情况下，编造题为《绝对可靠消息，上海隐瞒了大量非典病例》《中国已因非典而正式进入了经济危机》的文章，使用家中电脑，通过其住宅电话以拨号方式登陆互联网，在“搜狐网站”新闻评论网页和“西路网站”的“海阔天空”等论坛中，多次上网传

播，谎称我国上海市已因“非典型性肺炎”死亡数百人、全国死亡3000多人，鼓动尽快储备物品，制造恐怖气氛，严重扰乱了社会秩序。法院最终认为，被告人黄群威在我国人民共同抗击“非典型性肺炎”疫情的特殊时期，故意捏造虚假的恐怖信息并故意在互联网上发表、传播，严重扰乱了社会秩序，其行为已构成编造、故意传播虚假恐怖信息罪，依法应予惩处，对黄群威判处有期徒刑三年。

三、编造虚假恐怖信息，但尚未大量传播或引起社会恐慌，是否构成编造虚假恐怖信息罪？

2008年王某在网络发布对昆明公交车爆炸负责，并宣称将在北京实施爆炸的帖文，帖文被网络管理人员过滤删除，未被他人点击。但是公安组织大量警力排查并组织将王某抓获。江苏省扬州市中级人民法院在审理该案二审【（2008）扬刑一终字第0072号】认为，公安、武警、卫生检疫等国家职能机关的正常工作秩序应包括在社会秩序的范畴之内。如果行为人编造、散布恐怖信息对公安机关的正常工作秩序造成影响，公安人员为侦破案件付出大量的人力和物力，给公安机关的正常工作秩序造成严重干扰，即使行为人编造、散布的信息的网络阅读量较少或者在较短的时间内被网络管理者删除，也应构成编造虚假恐怖信息罪。

四、本罪与编造、故意传播虚假信息罪的区别

编造、故意传播虚假信息罪是指编造虚假的险情、疫情、灾情、警情，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是上述虚假信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的行为。2001年12月29日施行的《刑法修正案三》增加了刑法第二百九十一条之一的编造、故意传播虚假恐怖信息罪，而编造、故意传播虚假信息罪则是2015年11月1日实施的《刑法修正案九》才确定的罪名，作为刑法第二百九十一条之一的第二款。说明随着网络信息时代的发展，有必要从制裁虚假“恐怖信息”扩展到制裁更多“严重危害社会秩序”的“虚假信息”。

编造、故意传播虚假恐怖信息罪与编造、故意传播虚假信息罪的犯罪客体均是正常的社会秩序。编造、故

意传播虚假信息罪的客观方面仅指编造虚假的险情、疫情、灾情、警情四种情形，并且是“在信息网络或者其他媒体上传播”，严重扰乱社会秩序的行为。编造、故意传播虚假恐怖信息罪主要引发的是对重大公共安全方面的恐慌，编造、散布的是会威胁不特定多数人的生命健康财产等重大公共安全的虚假信息，危害后果更为严重。因此，两罪的法定刑不同：编造、故意传播虚假信息罪的法定刑为“严重扰乱社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处五年以上有期徒刑。”编造、故意传播虚假信息罪的法定刑为“严重扰乱社会秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”

2020年2月6日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》（以下简称“两高”、“两部”的意见）第二大点第六条第一款规定：编造虚假的疫情信息，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是虚假疫情信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的，依照刑法第二百九十一条之一第二款的规定，以编造、故意传播虚假信息罪定罪处罚。两高、两部的意见仅提及“虚假的疫情信息”，并未提及“虚假的重大疫情信息”，但该意见并非排除“编造、传播重大疫情、重大灾情，可能引起社会恐慌或者公共安全危机的虚假信息，严重影响社会秩序的行为，构成编造、故意传播虚假恐怖信息罪”的情形。

五、本罪与“网络谣言型”寻衅滋事罪的区别

寻衅滋事罪常被称为口袋罪、“兜底型”罪名，是指行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，进行扰乱破坏，情节恶劣的行为。寻衅滋事罪的犯罪客体也是公共秩序。客观方面则是在公共场所无事生非，进行扰乱破坏，情节恶劣的行为。此次两高、两部的意见第二大点第六条第二款提到“编造虚假信息，或明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，依照刑法第二百九十三条第一款第四项

的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。”刑法第二百九十三条第一款第四项规定“在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。”说明网络秩序也是公共秩序，“信息网络空间”可解释为“公共场所”，在信息网络上散布虚假信息，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，也可能构成寻衅滋事罪。

六、本罪与以危险方法危害公共安全罪的区别

编造、故意传播虚假恐怖信息罪的犯罪客体是公共秩序，以危险方法危害公共安全罪的犯罪客体是公共安全。编造、故意传播虚假恐怖信息罪是侵犯公共秩序的犯罪，并且只有在严重扰乱社会秩序才能构成本罪，一般与危害公共安全罪不存在想象竞合的情况。当然，如果在人员高度集中的场合，虚假恐怖信息的编造或传播可能造成瞬间秩序大乱、人员踩踏等惨剧的发生，危害公共安全，则编造、故意传播虚假恐怖信息就存在同时构成“以危险方法危害公共安全罪”的问题，应按照想象竞合犯，择一重刑处罚。

结 语

新型冠状病毒肺炎疫情期间，编造、传播疫情、灾情的虚假信息容易引起社会恐慌，其影响不容小觑，行政和司法机关对于编造、故意传播虚假信息、虚假恐怖信息的行为必然会从严从重处罚。此次两高、两部的意见也明确要依法严惩妨害疫情防控的各类违法犯罪。

【作者简介】

苏漫娜，本所专职律师，专注于知识产权法律事务，包括知识产权民事诉讼、行政诉讼及刑事案件。



旋回 合伙人杨学光律师 摄

新冠疫情下企业合同责任的法律分析与建议

2020年1月，新型冠状病毒感染的肺炎疫情爆发以来，包括武汉市在内的多个城市发布了“封城”通告，[1]随后各省市政府陆续发布延迟复工通知，除特殊行业外，复工时间不早于2020年2月9日24时。[2]

疫情的突然发生和各地政府相关防控政策的出台，势必会对合同的履行造成一定的影响，这也是许多企业都急切关心的问题。本文拟结合法律规定与判例，尝试对新冠疫情下企业合同履行责任问题进行回答，并提出具体处理建议。

本文要点如下：

1.企业认为合同受疫情影响未能正常履行的，不能高枕无忧地认为可以免除违约责任；

2.企业可以结合以下原则自行进行免责初步判断：可以免责的前提是，疫情对合同的履行产生了确定的、具体的影响，并且这种影响造成了合同部分或全部不能履行；

3.即使上述条件成就，企业仍需尽到通知对方及避免损失扩大的义务，否则仍可能承担部分违约责任；

4.违约责任的免除，并不意味着不需要承担损失，合同双方存在损失的，应根据公平原则由双方共同承担。

一、责任能否免除

《合同法》第一百一十七条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。”

也就是说，如果疫情构成不可抗力的，可以构成免责事由。

人们一般第一印象可能是，某一事件是否属于不可抗力应是客观的。例如，一直被拿来与本次新冠疫情进行对比的2003年SARS事件，如果属于不可抗力，所有法院均应统一标准在裁判中将该事件认定为不可抗力，并依据该认定对法律责任的承担作出划分。

然而，经过案例检索，可以发现各地法院对SRAS事件是否属于不可抗力，存在不同认识。[3]



孙君元

而回归到《合同法》第一百一十七条第二款规定的不可抗力的定义——“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”——是否构成不可抗力确实并不能一概而论。因为合同签订时间与当事人身份的不同，会导致“不能预见”与“不能避免”的程度发生变化。

例如，如果在武汉的当事人于2019年11月末签订合同，约定2020年3月交付一批加工类货物，货物常规的加工时间为2个月，交货方若逾期交货的，可以主张新冠疫情构成不可抗力，免除违约责任。

但如果合同签订于2020年2月末，疫情于2020年3月即得到控制，逾期交货方关于新冠疫情构成不可抗力的主张，则很可能不会被支持。因为签订合同时，新冠疫情已经发生，当事人应预计到疫情对合同履行的影响。

该观点也得到了部分法院的支持，如沈阳市中级人民法院在（2005）沈民（2）房终字第802号民事判决书中认为“虽然2003年春夏之间我国爆发“非典”疫情，但新中城公司在与张晓薇签订《协议书》时（2003年5月26日）应当预见“非典”疫情可能对其正常施工造成影响，但其仍然在《协议书》中约定在2003年9月底将商品房交付张晓薇，……故在本案中不能免除新中城公司承担全部逾期交房的违约责任，所以新中城公司的此项上诉主张，本院不予支持。”[4]

另举一例，即使当地采取了“封城”措施，但该措施对于个人居家即可履行的简单设计合同，应不会造成多大的影响，应不属于不可抗力。

对于非法律专业的当事人来说，牢记《合同法》中不可抗力的定义并不十分必要。可以凭借一般的常识和基本的公平正义观对是否构成不可抗力进行初步判断。

不可抗力免责规则实际上可以解释为法定“责任特赦”，即正常条件下，只要合同未履行，则未履行方就要承担违约责任（无过错责任原则），但法律规定在不可抗力条件下，任何一方对合同不能履行均无过错，责任被法律免除。在此，讨论是否构成不可抗力，归根结底，要看新冠疫情对合同履行构成了什么样的影响。其中的核心是，新冠疫情对合同的履行具有直接的、具体的影响，则构成不可抗力的可能性相对较大，仅具有抽象的、心理影响的事件，很可能不构成不可抗力。可以预见的情况是，未来一段时间内会有大批合同纠纷诉至法院，相当一部分当事人会以不可抗力为由进行免责抗辩。法院会结合每个合同的个性进行针对判断，谨防部分当事人“浑水摸鱼”。

在郭跃峰、张红朝与刘艳伟股权转让纠纷一案中，涉案双方签订协议约定转让具有采矿权的标的公司股权，在协议签订后不久，上级主管机关发布通知要求停止涉案煤矿的井下隐患整改作业活动。受让方主张上级主管机关通知属于不可抗力，因此拒绝支付后续转让款。最高法院认为“因煤层气公司2010年12月10日发布的紧急通知仅要求案涉煤矿从即日起停止井下隐患整改作业活动，而未要求即行关闭案涉煤矿，即，未排除案涉煤矿未来恢复整改作业、从事生产经营的可能，故该通知并未产生《退股协议》无法继续履行、合同目的无法实现的法律后果。故对郭跃峰、张红朝以政府要求停止隐患整改活动系不可抗力，导致《退股协议》无法履行、合同目的不能实现的主张，本院不予支持。”[5] 整改作业活动必然会对公司的经营产生一定的影响，最高人民法院未将相关事由认定为不可抗力的根本原因为，该事由不会对股权转让产生足够直接的影响。

二、通知及避免损失的扩大

《合同法》第一百一十八条规定，“当事人一方因

不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”

根据该规定，遭遇不可抗力事件，导致合同无法正常履行的一方应及时通知对方，以便对方采取措施，避免损失的扩大。而在通知与磋商期间，遭受不可抗力的一方也不宜贸然再增加履行成本，否则可能会独自承担该部分的费用。通知的内容应包括不可抗力事件的基本情况，合同是否可以继续履行；若可以继续履行，履行期间、价格的变更方案；若无法继续履行，合同解除以后，善后事宜的处理等内容。

根据《合同法》第九十四条第一款的规定，因不可抗力致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。因合同缔结以后，双方当事人应首先按照诚实信用原则，在最大程度上履行合同，所以只有当确实达到合同目的无法实现程度的时候，当事人才可以行使解除权。

司法实践中，法官关于合同目的是否无法实现的自由裁量空间较大。一般来说，超过合理等待期限的迟延履行属于合同目的无法实现的情形之一。

中国国际贸易促进委员会已经在官方微信公众号发布通知，受疫情影响导致国际贸易合同或承包合同无法履行的，可以向该会申请出具不可抗力证明。

2月2日，湖州市贸易促进委员会出具了全国首份不可抗力证明。[6]

但在法院认定构成不可抗力的当事人双方均为中国企业的合同纠纷当中，并不以取得不可抗力证明为不可抗力的认定前提，如殷文敏与三亚长源物业发展有限公司商品房预售合同纠纷一案[7]、烟台都汇房地产开发有限公司与青岛天弈公关顾问有限公司演出合同纠纷一案中，法院认定构成不可抗力，但判决书中均未涉及不可抗力证明的出具[8]。

三、按照公平原则承担各自损失

需要提醒读者注意的是，上述所提及的《合同法》第一百一十七条规定的“部分或者全部免除责任”，指的是违约责任，并非双方损失。因不可抗力调整合同内容进而继续履行或者解除合同的，合同当事人双方均很可能存在损失，对于双方的损失应按照公平原则各自承

担。

相关的法律依据可以参照《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》的相关规定。该《通知》为最高院针对非典疫情后司法裁判出台的专门通知，虽然该《通知》已经失效，但可以预见的是其中大部分观点，应会被继承。《通知》第三条第三款规定，“由于‘非典’疫情原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，可以根据具体情况，适用公平原则处理”。

广东省高级人民法院副院长胡鹰在出席广东省政府新闻办举行第12场疫情防控新闻发布会亦表示，“因政府采取防控措施导致合同无法履行，或者由于疫情影响致使合同目的无法实现的，首先要保障相关当事人的民事请求权，同时要根据具体案情，结合当事人约定、所在地疫情的影响程度等因素，综合考虑合同是否解除及损失承担，总体应当适用公平原则处理。” [9]

损失的内容包括为履行合同产生的费用，而因为本合同迟延或解除引起的向第三人的赔偿款项，也可能属于损失范围之内。

相关裁判精神可以参照最高院做出的一份关于“情势变更”的民事判决，因厦门市人民政府宣传缓建涉案项目，涉案《勘察设计及设备采购总承包合同》因“情势变更”而解除，发包人无须赔偿承包人的可得利润损失，但应赔偿项目开工、停工缓建期间承包人支出的费用、已支付的分包商预付款、承包人向第三人支付的赔偿款等。 [10]

四、总结与建议

本次新冠疫情对企业正常的生产经营产生不小的影响，可能会导致利润下降，增加企业生存压力。企业除了要尽量降低成本，开拓新的创收途径外，还需要对此前已经签订合同的履行情况及法律责任的承担给予必要的关注。

结合本文，提供建议如下：

1. 对企业已经签订正在履行的合同进行系统梳理，并组织营销、法务、财务、外部法律顾问对在手合同或订单进行“会诊”。

2. 结合合同签订的时间、内容等因素判断新冠疫情

是否对合同履行产生了直接的、具体的影响，评价合同目的是否无法实现，不能履行有无免责可能；如能继续履行，是否会产生明显的不公平。

3. 对于具备履行条件的合同，遵照诚实信用原则，最大程度努力履行。

4. 确实因受到新冠疫情影响，导致合同履行出现障碍的，应尽早告知合同相对人，尽量优先通过协商方式就合同内容调整或解除事宜展开沟通。

5. 对需要承担适当的损失建立心理预期，积极履行善后事宜。

注解

[1]如《武汉市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部通告（第1号）》“为全力做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作，有效切断病毒传播途径，坚决遏制疫情蔓延势头，确保人民群众生命安全和身体健康，自1月23日10时起，武汉全市城市公交、地铁、轮渡、长途客运暂停运营；无特殊原因，市民不要离开武汉；机场、火车站离汉通道暂时关闭。恢复时间另行通告。”

[2]如《广东省人民政府关于企业复工和学校开学时间的通知》第一条“本行政区域内各类企业复工时间不早于2月9日24时，涉及保障城乡运行必需（供水、供电、油气、通讯、公共交通、环保、市政环卫等行业）、疫情防控必需（医疗器械、药品、防护用品生产运输和销售等行业）、群众生活必需（超市卖场、食品生产、物流配送等行业）和其他涉及重要国计民生、供港供澳及特殊情况急需复工的相关企业除外。用人单位应当依法保障员工合法权益。”

[3]《疫情面前，对商业物业的租赁合同履行影响几何？》，郝瀚、卢宇浩、林冠岑，“中伦视界公众号”、《新冠肺炎疫情对合同履行的影响及其应对》，朱华芳、郭佑宁，“天同诉讼圈公众号”。

[4]张晓薇与上诉人沈阳新中城房产开发有限责任公司因房屋买卖合同纠纷一案，（2005）沈民（2）房终字第802号民事判决书。

[5]郭跃峰、张红朝与刘艳伟股权转让纠纷申请再审民事裁定书，（2013）民提字第170号。

[6]《一纸或减3000万损失！浙江出具全国首份疫情不可抗力证明》，“浙江新闻公众号”。

[7]殷文敏与三亚长源物业发展有限公司商品房预售合同纠纷上诉案，（2005）三亚民一终字第79号。

[8]参见烟台都汇房地产开发有限公司与青岛天弈公关顾问有限公司演出合同纠纷一审民事判决书，（2017）鲁0612民初1679号。

[9]《广东高院：因政府采取防控措施致合同无法履行，适用公平原则处理》，
[https://ycpai.ycwb.com/amucsite/pad/index.html?from=groupmes-](https://ycpai.ycwb.com/amucsite/pad/index.html?from=groupmessage&isappinstalled=0#/detail/640091?site2)
[sage&isappinstalled=0#/detail/640091?site2](https://ycpai.ycwb.com/amucsite/pad/index.html?from=groupmessage&isappinstalled=0#/detail/640091?site2)最后
访问时间：2020年2月6日。

[10]参见中国电力工程顾问集团中南电力设计院有限公司、腾龙芳烃（漳州）有限公司建设工程合同纠纷二审民事判决书，（2018）最高法民终106号。

【作者简介】

孙君元，本所专职律师，中山大学法学硕士。专业领域：公司治理与风险防范、合同纠纷、公司纠纷、劳动纠纷。



西山的云 谭朗薇律师 摄

疫情防控工作期间行政应急措施如何行使

2020年1月20日，国家卫健委宣布经国务院批准，将武汉市发生的新型冠状病毒性肺炎（下称新冠肺炎）纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，按照甲类传染病进行预防、控制措施，标志着新冠肺炎防控工作纳入法治轨道。

疫情防控战打响后，广东省及多个省、市启动突发公共卫生事件一级响应；武汉市作出了封城等行动，各地也按照突发事件应急预案要求采取封闭小区、限制人员流动、强制隔离等多项行政应急措施，取得了明显的效果。但是在疫情防控工作中，有些地方存在“一刀切”、层层加码，盲目照搬疫情严重地区做法，未划定疫区时擅自作出封城决定；有些基层单位擅自关闭村庄、镇，设卡拦截、挖断道路，造成交通中断；有的直接以工作部门的名义发征用通知，扣留、征用发往省外的防护物资；个别部门对企业复工实行严苛的行政审批：有地方单位对七个省的外来务工人员一律劝返。凡此种种，表明行政应急措施同样需要规范行使。

习近平总书记于2020年2月5日指出要“全面提高依法防控、依法治理能力，为疫情防控工作提供有力法治保障”，要求各级党委和政府坚持运用法治思维和法治方式开展疫情防控工作。为此，研究和探讨新冠肺炎疫情防控工作中，行政应急措施如何更好地行使，具有现实性、紧迫性、必要性。

现试从行政应急措施的启动前提、行使主体、形式与体现、实施程序等问题进行探讨。

一、行政应急措施的法律规定

行政应急措施肯定是在应急状态下行使的，依照相关的法律规定，应急状态并不是“紧急状态”，因为紧急状态是宪法明文规定的，有严格要求。

《中华人民共和国宪法》明确由全国人大常委会决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态并由中华人民共和国主席宣布；国务院有权决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。

根据《中华人民共和国突发事件应对法》第三条及《突发公共卫生事件应急条例》第二条规定可知，对突然发生，造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重



苏东海律师

大传染病疫情、群体性不明原因疾病、重大食物和职业中毒以及其他严重影响公众健康的事件是突发公共卫生事件。广东省率先启动突发公共卫生事件一级响应后，其他省市纷纷也启动，各地进入应急状态。

据此可以明确新冠肺炎疫情是特别重大（I级）突发公共卫生事件，新冠肺炎疫情防控工作是应急状态。

行政应急措施又称紧急措施、应急措施，与紧急处置与救援权、临时性应急措施密切关联，就行政机关而言，行政应急措施只能是行政主体在应急状态下作出的应急行政行为，实际上，就是在突发事件应急状态中依照法律或法律的授权行使突发事件预案中赋予的相关临时性的应急措施等。对此，有明确的法律规定。

如《中华人民共和国突发事件应对法》第四十八条至第五十七条规定了应对突发事件采取应急处置措施，包括：封锁有关场所、道路；禁止或者限制使用有关设备、设施，关闭或者限制使用有关场所，中止人员密集的活动等。

《中华人民共和国传染病防治法》第三十九条至第四十九条规定了疫情控制措施，包括对患者等隔离治疗；封闭可能造成传染病扩散的场所；封锁疫区等。类似的应急措施还有《突发公共卫生事件应急条例》以及《国家突发公共卫生事件应急预案》等规定。

地方立法也作了授权，如广东省人大常委会于2020年2月11日紧急立法通过《关于依法防控新型冠状病毒肺炎疫情切实保障人民群众生命健康安全的决定》，授

权县级以上地方人民政府可根据疫情防控需要，在医疗卫生、防疫管理、隔离观察、道口管理、野生动物管理等多个方面作出临时性应急管理措施。

值得注意的是，《中华人民共和国行政强制法》第三条第二款规定：“发生或即将发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件或者社会安全事件等突发事件，行政机关采取应急措施或者临时措施，依照有关法律、行政法规的规定执行。”

行政应急措施由法律规定，具有紧急性、临时性、强制性、程序特别性等特点。

二、行政应急措施的启动前提

行政应急措施不是在平时状况下使用的，而是有法定条件的。《中华人民共和国突发事件应对法》第四十八条指出“突发事件发生后，履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府应当针对其性质、特点和危害程度，立即组织有关部门，调动应急救援队伍和社会力量，依照本章的规定和有关法律、法规、规章的规定采取应急处置措施。”，《突发公共卫生事件应急条例》《国家突发公共卫生事件应急预案》均规定突发事件发生后，启动应急响应状态，县级以上各级人民政府采取相应紧急措施。

根据新冠肺炎疫情按照以上规定启动应急响应，是行政应急措施的启动条件。行政应急措施应是由的法定行政主体（包括授权主体）在以上法定的条件下行使。

三、行政应急措施的行使主体

一般而言，县级以上人民政府是行政应急措施的行使主体，但根据《突发公共卫生事件应急条例》第三条、第四条等规定，在突发事件发生后，应当成立的专门应急处理机构。如疫情发生后，国务院设立全国突发事件应急处理指挥部，省、自治区、直辖市人民政府成立地方突发事件应急处理指挥部。全国突发事件应急处理指挥部及县级以上地方人民政府设立的突发事件应急处理指挥部是应急状态下行使行政应急措施的行政主体。

此外，现场指挥官也是行政应急措施的行使主体，属于法律授权主体。如《广东省突发事件应急条例》第三十六条“突发事件应急处置工作实行现场指挥官制度。……，现场指挥官有权决定现场处置方案，协调有关单位和部门的现场应急处置工作，调度现场应急救援队伍”，《广东省突发公共事件总体应急预案》《广东省突发事

件现场指挥官制度实施办法（试行）》分别对现场指挥官的制度及职权作了相应的规定。

县级以上人民政府职能部门是行政应急措施的行使主体，如国家市场监督管理总局发布先后发布了多个公告，要求依法从重从严从快打击涨价、哄抬价格等违法行为。广东省市场监管局联合省生态环境、卫生健康、公安、农业农村等十多个政府部门部署执法专项行动，打击野生违规交易及非法制售口罩等防护用品违法活动。

综上，县级以上人民政府及其依法成立相应的突发事件应急指挥部（应急处理机构）、现场指挥官、县级以上人民职能部门均是行政应急措施的行使主体。

四、行政应急措施主要体现

在应对突发事件中，行政应急措施多见于公告、通告、决定、通知或指导意见等表现形式，如广东省委全面依法治省委员会办公室于2020年2月4日印发《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控应急行政执法工作的指导意见》，明确规定了七类应急执法措施和九类重点执法领域，对指导疫情执法起到重要作用。

行政应急措施呈现多类型特点，如应急强制措施类、应急执法措施类、应急征用类、应急统筹类、应急受益措施类、应急决定类等。

从本次疫情战中，我们看到，行政应急措施突出体现以下四类，包括应急强制措施、应急执法措施、应急征用措施、应急受益措施。现归纳：

（一）应急强制类措施。是在应急状态下行政机关行使的对行政相对人的人身权、财产权的具有强制力的限定措施。如《中华人民共和国突发事件应对法》《中华人民共和国传染病防治法》《突发公共卫生事件应急条例》规定，可以行使包括划定疫点或疫区措施、封锁场所、道路、疫点疫区措施、强制隔离治疗措施、强制疏散措施等，具体可见《中华人民共和国突发事件应对法》第四十九条第一款第（一）至（四）和（十）项、《中华人民共和国传染病防治法》第三十九条、第四十二条第一款第（一）至（三）和（五）项、第四十三条第二款等、《突发公共卫生事件应急条例》第三十三条等。

（二）应急执法措施。就是对应急状态下扰乱市场秩序、社会秩序的违法行为作从严重处理的执法行为。《中华人民共和国突发事件应对法》第四十九条第一款第（八）项、

第(九)项规定对外囤积居奇、哄抬物价、制假售假等干扰破坏应急处置工作等扰乱市场秩序、社会秩序的从严惩处。按照国务院发布的《价格违法行为行政处罚规定》对违反价格法的规定可处50万元以上300万元以下的罚款的规定,结合国家市场监督管理总局发布有关坚决维护防疫用品市场价格秩序公告的相关要求,在疫情中对关乎国计民生的防护用品如口罩进行哄抬物价的,作顶格处罚。如北京市丰台区市场监管局针对一药店在疫情发生不久,把N95口罩从200元一盒进货抬到850元高价出售,构成哄抬物价,处以顶格300万元罚款。据不完全统计,已有家乐福、大润发、华润万家等29家商家因疫情期间涉及哄抬物价等违法行为被各地监管部门处罚超2000万元。

(三) 应急征用措施。要注意与行政征收的区别。征收与征用是不一样的。虽都是属于行政强制措施,但对于征用而言,并未改变物的所有权,而征收意味着所有权性质的改变;这是征用与征收的根本区别。征用只是对物的使用权作临时让渡,归征用单位临时享有,事后由征用单位返还和并予以补偿。如《中华人民共和国突发事件应对法》第十二条规定“有关人民政府及其部门为应对突发事件,可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后,应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。”

广州市人大常委会2020年2月11日紧急立法的《关于依法全力做好新冠肺炎疫情防控工作的决定》规定:

“市、区人民政府可以在必要时依法向单位或者个人临时征用疫情防控所需的房屋、场地、交通工具以及相关设施、设备,要求相关企业组织相应的疫情防控物资和生活必需品的生产、供给。临时征用房屋、场地、交通工具以及相关设施、设备的,应当向被征用的单位或者个人发出应急处置征用令并做好登记造册工作,并依法予以补偿,能返还的,应当及时返还。”

疫情中武汉市要建“方舱医院”,征用体育馆、会展中心、运动中心等公共场所作为临时医院病区,并为执行“应收尽收、不漏一人”的防控令征用私人的宾馆、酒店、大厦、商城、大楼等作集中收治隔离场所。

(四) 应急受益措施。简言之,受益性是体现对行政相对人给予权益或减免义务的,而应急受益性措施就是在应急状态下所作出的给予权益或减免义务的行政措

施。与此相对的是损益性行政行为即强制性措施。如果说,行政行为就是行政主体为谋求公共利益所作的法律上的行为,则受益性行为更多的是体现公共利益与个体利益的和谐统一。

《中华人民共和国传染病防治法》第六十二条规定:“国家对患有特定传染病的困难人群实行医疗救助,减免医疗费用。……。”《中华人民共和国突发事件应对法》第六十一条也规定国务院根据受突发事件影响地区遭受损失的情况,制定扶持该地区有关行业发展的优惠政策。受突发事件影响地区的人民政府应当根据本地区遭受损失的情况,制定救助、补偿、抚慰、抚恤、安置等善后工作计划并组织实施等。

本次疫情,武汉市卫健委副主任彭厚鹏介绍,凡确诊为新型冠状病毒患者,除医保报销外,医疗费全由政府兜底。国务院先后推出了分类推动企业复工复产、建立企业应对疫情专项帮扶机制,减免国有物业租金、下调贷款利率、延期还本付息、完善税收减免政策等临时性支持措施,并作出了阶段性减免企业社保费、实施企业缓缴住房公积金政策决定。上海市给予中小企业减免租金。广东省出台了支持疫情防控和复工复产税费政策指引等多项惠企助力复工复产措施;交通运输部宣布于2020年2月17日零时起至疫情防控结束,全国收费公路免收车辆通行费。

应急受益性措施包括行政奖励(激励)、行政给付(扶持)、行政确认(减免)、行政特别许可(绿色通道)等对快速恢复社会秩序、经济秩序有极为重要作用。

五、行政应急措施的必要程序

有人认为应急状态下的行政措施都是可以“任意”作出的,比喻为“紧急无法治”,基于紧迫性、应急性立马作出,无需程序,这样的观点是欠妥的。虽然行政应急措施不需要依照平时的相关程序,应对疫情可以有权采取措施,但不等于有权采取任何措施,行政应急措施的实施仍然需要在法治的轨道上进行,遵循必要的程序。

首先,行政机关采取的行政应急措施并非凭空想象、“拍脑袋”之作,而是根据《中华人民共和国突发事件应对法》《突发公共卫生事件应急条例》《国家突发公共事件总体应急预案》等设立的具体内容和程序启动的。

其次,实施行政应急措施,不同的行政主体有着不

同的权限。如《突发公共卫生事件应急条例》第三条规定，对于重大突发公共卫生事件的处置权由国务院设立的全国突发事件应急处理指挥部统一领导、统一指挥。对武汉市作出“封城”决定的，决定权不在地方人民政府，根据《中华人民共和国传染病防治法》第四十三条的规定，要报由国务院决定。

应急征用是有具体程序规定的，《广东省突发事件应对条例》第三十七条规定，县级以上人民政府依法实施应急征用，应当向被征用的单位或者个人签发应急处置征用令并做好登记造册工作等。

疫情中，一些地方的不当做法已受到监督和纠正。如某地级市政府工作部门对输往外省的防疫物资直接采取应急征用措施，根据《中华人民共和国传染病防治法》《中华人民共和国突发事件应对法》等相关规定，实施应急征用的行政主体应当为国务院或县级以上地方人民政府，而非政府工作部门，最终被上级行政机关予以纠正。某县级市未被划定为疫区自行决定“封城”，即被上级部门撤销决定。有个别地方的行政管理机构，对于来自七个省份的外来人员一律进行劝返，妨碍了人员的正常流动和企业复工，受到了上级机关的监督纠正。可见，行政应急措施的行使仍应当遵循必要的程序。

此外，实施行政应急措施还应当注重比例原则和考虑特殊的救济处理。应急状态下对于比例原则的考虑，既要从目的的正当性、适当性、必要性等考虑，也要根据应急状态的发展态势进行调整，如状态紧急时，可能更多的考虑是整体利益，以牺牲局部利益换取整体利益；当局面趋缓时，需对比例原则综合考虑。国务委员、公安部党委书记、部长赵克志在2020年2月18日针对当前个别地方在疫情防控工作中存在的简单粗暴等问题，强调要严格规范公正文明执法，严禁过度执法、粗暴执法。

对行政应急措施的请求救济权，基于诉讼时效可能中断等诸因素考虑，不能单纯按平时的法律规定处理。最高人民法院副院长江必新在《紧急状态与行政法治》中写道：“无救济即无权利。赋予行政相对人对于紧急行政权一定程度的抵抗权和请求救济权，是一个世界性的趋势”，但仍要注意几个问题，并认为，“行政相对人的请求救济权一般应以事后或紧急状态结束后行使为宜”。

广东省高级人民法院在2020年2月9日出台的《关于

依法审理新冠肺炎疫情防控期间民事行政案件的通告》中指出，对承担相关医疗、防疫用品等疫情防控工作的机构、企业涉讼时可酌情解除或变更强制措施等。

行政应急措施是应急状态下的紧急措施、临时措施，是特别的行政行为，但不是“法外之地”，要遵循法治思维，按照行政应急原则秩序保护的价值取向，体现行政权的集中与扩张、公益优先兼顾私利、效率优先兼顾公平等，行政应急措施的终极目标还是离不开合理地运用行政权在公共利益与保护行政相对人的权利之间的平衡，只有兼顾公共利益与个体利益、兼顾公共秩序与个体秩序，对资源、人力配置做合理的安排，才是恰当的运用。行政应急措施终究是属于紧急行政权范畴，在遵循其独有的原则时，也要受到相应的规制。法治不是对应急状态必须“高抬贵手”。新冠疫情下行政应急措施的行使，仍应符合全面落实依法治国方略及遵守宪法及其他法律、法规，不具有“超宪性”“超法性”。

习近平总书记对疫情防控工作作出重要讲话时强调“始终把人民群众生命安全和身体健康放在第一位”，应服务于保障人民生命健康安全和社会持续、稳定发展的根本目的，这应是疫情防卫战的最根本价值取向。习近平总书记在主持中央全面依法治国委员会第三次会议时强调“疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控，在法治轨道上统筹推进各项防控工作，保障疫情防控工作顺利开展。”

新冠肺炎疫情防控工作，对国家治理体系和治理能力是一次重大考验，需要健全和完善国家应急管理体系。对行政应急措施的行使作探讨和研究，是对行政应急制度研究的重要补充，也是完善中国应急管理学的重要内容。

我们坚定地相信，在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，中国人民必将取得抗击新冠肺炎疫情的最终胜利。

【作者简介】

苏东海，本所高级合伙人律师，执业三十年，现任广东省司法厅、广东省市场监督管理局（知识产权局）、广州市人民政府等多家政府机构、事业单位法律顾问。先后荣获省、市律协颁发约20项奖项、广东省司法厅嘉奖令1项。

在英小留学生包机回国相关法律问题分析

背景概况

新冠疫情席卷全球，截至2020年4月1日，处于亚欧大陆另一端的英国确诊人数超过25474例，累计死亡1793例。疫情日益严重下的英国已于3月20日起关闭所有中小学校，滞留在此的小留学生备受关注。

党中央高度重视和关心海外中国留学生人员的健康和安 全，尤其是在英的中国小留学生，约1.5万居世界首位。党中央非常重视这个特殊群体，使领馆也努力帮助他们解决目前的困境。根据外交部发布的最新消息，中国驻英大使馆正组织小留学生们在伦敦时间4月2日从伦敦乘机直飞山东济南，此次包机仅限孩子乘坐，相关费用自理。外交部发言人在4月1日举行的外交部例行记者会上介绍，外交部正在积极协调民航等部门，将于明天增加临时航班赴英国，为确有困难的海外学子归国提供便利。

此前，百名英国小留学生家长联名向中国外交部、驻英大使馆递交了《关于对滞留在英国的未成年中国小学生开展领事保护的申请》，请求政府包机接回小留学生，引发部分网友的不同意见。我们不应忘记，也不应忽视，留学生这个特殊群体为国家民族做出的贡献。

就近而言，在此次疫情发生之初，广大海外同胞尤其是留学生心系祖国，主动捐款捐物，体现了宝贵的爱国情怀。再往前追溯一百多年，留学生是中国近代史上不可忽略的一个角色群体，如当年考取庚子赔款而留美的中国学生，在后来的几十年间成了中国学术界最闪亮的明星，包括清华大学校长梅贻琦、大名鼎鼎的胡适、语言学家赵元任等，以及后来的中国科技界很有建树的许多专家，都成为了中国现代化进程中强有力的中坚力量。

从现实而言，接回正处于水深火热中的在英小留学生刻不容缓。小留学生在英国无法得到应有保护，英国政府和英国民众未对疫情引起足够重视，依然有大部分英国人“酒照喝，舞照跳”。这与欧洲人潜在意识不无关系：在部分欧洲人的逻辑中，只有生病的人才会戴口



王晓华律师



唐浩森实习律师

罩。因此戴口罩出门的小留学生们成为当地“另类”。疫情发生以来，国外超市等发生驱逐戴口罩的中国人事件也屡见不鲜。其次，由于学校关闭，许多小留学生无法继续寄宿学校，部分住宿家庭明确拒绝接收中国留学生。即便有寄宿家庭，他们也不能给小留学生群体们提供充足有效的防护措施，小留学生群体感染的风险依然存在。加之国际航班的缩减，回国机票一票难求，部分12周岁以下的孩子更因无人陪伴而无法购票，这些情况更是让小留学生群体的回国路“雪上加霜”。

实际上，即使在疫情发生之前，这些小留学生们也面临着比同龄人大得多的学习和居住压力。笔者一曾于2001-2003年间赴英国伦敦东伦敦大学留学并获得硕士学位。因课程对语言的需要，加入过英国校方开办的语言班。通过和班级中的许多青少年留学生们长达一年多的相处，笔者深刻体会到这个特殊群体的不易之处：受当时英国政府限制中国留学生在银行开户政策的影响，只能带现金上学的小留学生们极易发生被偷盗的情况；许多针对小留学生群体的中介机构大多尽不到全托全管的义务，而寻找合适的寄宿家庭又并非易事，许多小留学生的日常生活和健康都无法保障，甚至被诈骗、被部分当地人恶意歧视。因对该情况触动极大，笔者回国后还曾在2004年提出过以保障和改善小留学生群体生活为主题的提案。

笔者二2016年赴英留学并就读于爱丁堡大学法学院。留学海外这不仅是对个人学习能力的考验，也是对生活自理能力等综合能力的一次锻炼。如何平衡繁重的学业与生活是每个留学生都必须面对的问题。对“小留

学生”群体来说，他们更是在小小年纪经历了一次“人生大考”。疫情当前，越来越多的海外“大留学生”群体已经行动起来响应号召，给予小留学生群体们更多力所能及的帮助和支持。

笔者观点

笔者认为，在当下世界性公共卫生危机面前，没有国家可以独善其身。秉承“人类命运共同体”的意识，我们必须携起手来，众志成城，共克时艰。作为漂泊在异国他乡的小留学生们，理应在法律上受到保护。具体来说，关于该问题，可以尝试从以下几个法律角度进行分析：

（一）民事法律关系层面

1. 正确处理小留学生与寄宿家庭的关系

英国官方对于监护人有强制性的要求，凡父母双方不是英国公民或在英国陪读，如果孩子未满18周岁，必须在英国当地指定合法的监护人或监护公司，来代替父母履行监护义务。在英国私立学校，学生是不允许单独外出的，即便是学校组织的外出活动，也必须提前让监护人知晓。因此，寄宿家庭（Homestay）的家长并不等同于监护人，寄宿家庭只为孩子提供食宿，并没有义务照顾孩子，不享有孩子的监护权。

在英国，可选择的监护人有学校提供的监护服务、专业的监护机构（英国本土公司或华人监护机构）、专业监护个人等。英国《2016年特别监护有关规定(修正版)》《1989年儿童保护法》《2002年赡养及儿童保护法》等法律明确规定，未满18周岁全日制留学生必须配备合法的监护人。监护人每天24小时随时待命处理紧急情况，例如突发疾病、交通意外、财物损失、国际航班延误，以及校园内的状况等。英国法定假期比较多，寄宿学校一般在周末或假期不允许学生住校，学生就需要到监护人那里居住，孩子生病也需监护人帮忙看病。因此，针对仍滞留在英国的小留学生，因学校停课，与寄宿家庭、监护人三方都保持联系沟通是非常重要的。

2. 与学校及时沟通，确保学业完成

应当提醒家长注意的是，对于尚未完成学业的小留学生，应当关注一系列后续需处理的问题。如回国是否影响小留学生的学业，作为学生签证的担保方，学校对

学生出勤有严格的管理。如果学生经常旷课、请假导致出勤率不达标，校长有责任将情况上报至英国出入境管理部门，严重的可能会直接取消签证。因此，一定要和校方沟通好并做好安排，并关注签证有效期等问题。

3. 建议购买相关保险

根据最新消息，从英国回国的第一批小学生必须签署《责任承诺书》，其中包含“本人自愿承担未成年子女搭乘临时商业航班回国过程中的任何风险”等内容。而机票里面含有的保险一般是航空公司因自身的责任造成航空旅客人身伤亡，应对航空旅客赔偿的责任保险，但它是航空公司为自己的承运责任购买的保险，并不是替乘客购买的人身险。因此，为了给自己提供人身意外保障，最好在出发前为小留学生购买一份航空意外险，它是保险公司为航空旅客专门设计的一种针对性很强的商业险种，保险期限从被保险乘客踏入保单上载明的航班班机的舱门开始到飞抵目的港走出舱门为止。

（二）行政法律关系层面

根据行政法相关理论，行政法律关系的客体指行政法律关系中当事人权利，义务所指向的对象。实施领事保护的主体是政府等行政机关，在国外是驻外使领馆。当中国公民、法人的合法权益在所在国受到侵害时，中国驻当地使领馆依法向驻在国有关当局反映有关要求，敦促对方依法公正、妥善处理，从而维护海外中国公民和法人的合法权益。作为驻外使领馆，其所依据的法规主要包括公认的国际法原则、有关国际公约、双边条约或协定以及中国和驻在国的有关法律法规。而作为行政相对人的中国公民的合法权益主要包括：人身安全、财产安全、合法居留权、合法就业权，法定社会福利、人道主义待遇等。

因此，笔者认为，结合当下特殊情况，我们可以初步认为驻英大使馆与包括小留学生群体在内的中国公民形成了某种准行政法律关系。具体来说：

《国家安全法》第33条规定，国家依法采取必要措施，保护海外中国公民、组织和机构的安全和正当权益，保护国家的海外利益不受威胁和侵害。笔者也注意到，在《中国领事保护和协助指南》中类似的规定也清晰可见：凡是依照《中华人民共和国国籍法》具有中国国籍者，都可以得到中国政府的领事保护。换句话说，只要

是中国公民，无论是定居国外的华侨，还是临时出国的旅行者；无论是大陆居民，还是香港、澳门和台湾同胞，都是我们提供领事保护的对象。

2018年公布的《中华人民共和国领事保护与协助工作条例（草案）》（征求意见稿）第十四条提到：驻在国发生武装冲突、政治动乱、严重自然灾害、恐怖袭击等重大突发事件，中国公民因人身安全受到严重威胁需要帮助时，驻外外交机构和驻外外交人员应当及时了解核实有关情况，敦促驻在国有关部门采取有效措施，保护中国公民人身安全。在确有必要且具备条件的情况下，可联系、协调有关组织或者机构提供救助；该征求意见稿第二十一条详细规定了关于费用的承担问题：中国公民、法人和非法人组织获得领事保护与协助的，应当自行承担其食宿、交通、通讯、医疗、诉讼费用及其他应由个人承担的费用。

（三）国际法律层面

国家作为参与国际法律关系的重要主体之一，中英两国在国际法大框架内均应受到相应约束。从法律层面而言，小留学生们作为中国公民，理应享有其应当享受的各项权利，中英两国都有义务和责任从国际法律层面面对他们实施有效的保护，具体来说：

结合《维也纳领事关系公约》第五条的规定分析，一旦中国公民在当地所享有的合法权益受到侵害，中国驻外使、领馆有责任在国际法及当地法律允许的范围实施领事保护。

针对保障儿童权利问题，联合国于1989年决议通过《儿童权利公约》，该条约是具有法律约束力的国际性约定，适用于全世界18岁以下的任何人。1991年12月第七届全国人民代表大会常务委员会第23次会议批准了《儿童权利公约》，从此《儿童权利公约》成为我国广泛认可的国际公约。该公约提到的儿童权利多达几十种，如姓名权、健康权、医疗保健权、受父母照料权、隐私权、表达权等。

笔者也注意到，根据联合国国际人权公约的相关规定，其实际上将《世界人权宣言》中规定的权利以法律形式固定成为具有约束力的国际条约，各缔约国应承担法律上的权利和义务，这对国际政治和国际法产生了广泛而深远的影响。我国于1979年开始派观察员出席联

合国人权委员会，1982年成为该委员会正式成员国。我们应该看到，人权本身不是国际法创设的，国际法只是通过国家的合作，尊重和保护有关权利或促进其更好地实现。其中，生存权和发展权是最基本的人权。而小留学生群体，毋庸置疑，应当享有最基本的人权。

总 结

小留学生们始终是国家的骨肉，是祖国未来建设的中坚力量。小小年纪的他们远渡重洋，有家难回，这份成长的记忆也许是刻骨铭心的。在当前特殊情况下，任何一个看到孩子们无助眼神的人都不会无动于衷。总而言之，接回小留学生们是政府应尽的责任，危难时刻，祖国已经行动起来，为他们提供最坚实的保护。

【作者简介】

王晓华，本所高级合伙人律师、主任，留英法学硕士，省政协常委、省公安厅常年法律顾问、中南财经政法大学广州校友会会长、广州市律师协会前会长、第九届全国青联委员、第十六届（广州）亚运会火炬手。

唐浩森，本所实习律师，英国爱丁堡大学法学院国际经济法硕士。2017年加入广信君达，现为高级合伙人闪涛律师涉外法律服务团队实习律师。

新证券法下的跨境并购及杠杆收购融资要点分析



全朝晖律师



吴震宇实习律师

2018年以来，中国对外投资总体持平稳发展，主要呈现以下特点：1. “一带一路”沿线国家投资合作推进；2. 境外投资方式创新显现（如实物投资），跨境并购为主要手段；3. 对外投资行业结构持续优化（非房地产化）。

跨境并购，所需资金量大，外部融资需求强，主要包括债务融资、权益融资、混合型融资工具等，并以债务融资方式购买目标企业的资产和/或股权，通过增加并购企业财务杠杆来完成并购交易。下文为大家带来【跨境并购杠杆收购融资要点分析】，以期为企业及人士提供有益参考。

一、杠杆收购融资概述	<ul style="list-style-type: none"> (一) 背景介绍 (二) 特点与优势（行为共识） (三) 主要模式（交易结构） (四) 实施条件（尽调清单）
二、杠杆收购融资担保模式	<ul style="list-style-type: none"> (一) 相关政策 (二) 内保外贷 (三) 内保外贷模式 (四) 内保外贷模式综述
三、流程及要点分析	<ul style="list-style-type: none"> (一) 非约束性报价阶段 (二) 约束性报价阶段 (三) 签署股权买卖协议之时或之前 (四) 重要条款分析 <ol style="list-style-type: none"> 1. 先决条件 2. 财务资助（反向） 3. 股权质押 4. 账户设立与监管 5. 放款前提条件 6. 强制提前还款 7. 消根承诺例外情形——“允许的”信息披露免责条款 8. 违约事件
四、新《证券法》实施后的影响	<ul style="list-style-type: none"> (一) 证券跨境监管管理 (二) 承担信息披露义务连带赔偿责任范围扩大 (三) 投资者保护机构的强制调解、支持诉讼制度 (四) 行政和解制度 (五) 证券服务机构从事证券服务业务备案管理规定（征求意见稿）

一、杠杆收购融资概述

（一）背景介绍

杠杆收购融资的实质是，收购企业通过采用申请贷款、发行债券、利用商业信用等筹措资金，以目标企业的资产、现金流、分红、股东贷款等支持偿还债务，并以收购主体和/或关联方以及目标企业的资产、股权、信用为债权人提供担保或保证的融资方式。

据具体交易情况不同，并购贷款金额通常占并购交易总对价的50%-70%，剩余部分可能通过股权融资的方式来实现或者用股东贷款的方式来补足，该等股权融资或者股东贷款一般会被要求从属于银行贷款。如果贷款由中国商业银行提供，根据《商业银行并购贷款风险管理指引》（银监发[2015]5号），并购交易价款中并购贷款所占比例不应高于60%，并购贷款期限不超过七年。

（NDRC）国家发展和改革委员会于2015年9月发布了《关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知》（发改外资[2015]2044号），“本通知所称外债，是指境内企业及其控制的境外企业或分支机构向境外举借的、以本币或外币计价、按约定还本付息的1年期以上债务工具，包括境外发行债券、中长期国际商业贷款等。”“企业发行外债，须事前向国家发展改革委（以下简称国家发改委）申请办理备案登记手续，并在每期发行结束后10个工作日内，向国家发改委报送发行信息。”

（二）特点与优势（行为共识）

1. 筹资收购企业只需投入少量资金便可获得较大金额的银行贷款以用于收购目标企业，即杠杆收购融资财务杠杆比率非常高，十分适合自有资金不足又急于扩大生产规模的企业进行融资；2. 以杠杆融资方式进行企业兼并改组，有助于促进企业进行兼并、改组，是迅速淘汰经营不良、效益低下的企业的一种有效途径，同时效益好的企业通过收购、兼并其他企业能壮大自身的实力，进一步增强竞争能力（稍后有案例）；3. 对银行而言，因有拟收购企业的资产和将来的收益力做抵押，因而贷款的安全性有较大的保障，银行乐意提供该等贷款；筹资收购企业利用杠杆收购融资有时还可以得到意外的收

益，这种收益主要来源于所收购企业的资产增值，因为在收购中，为使交易成功，被收购企业资产的出售价格一般都低于资产的实际价值；4.杠杆收购由于有企业经营者参股，因而可充分调动参股者的积极性，提高投资者的收益能力。

（三）主要模式（交易结构）

杠杆收购融资，是十分灵活的融资方式，采用不同的操作技巧，可设计不同的财务模式。常见的杠杆收购融资财务模式主要有以下几种：

典型的杠杆收购融资模式，即筹资收购企业主要通过借款来筹集资金，以达到收购目标企业的目的。在这种模式下，筹资企业一般期望通过几年的投资，获得较高的年投资报酬率（目标公司长期利差）。

杠杆收购资本结构调整模式，即由筹资企业评价自己的资本价值，分析负债能力，再采用典型的杠杆收购融资模式，以购回部分本公司股份的一种财务模式（收购公司中期利差）。

杠杆收购控股模式，即企业不是把自己当作杠杆收购的对象来考虑，而是以拥有多种资本构成的杠杆收购公司的身份出现。具体做法：先对公司有关部门和其子公司的资产价值及其负债能力进行评价，然后以杠杆收购方式筹资，所筹资金由母公司用于购回股份，收购企业和投资等，母公司仍对子公司拥有控制权。企业以杠杆收购融资方式完成收购活动后，需要按规模经济原则进行统一经营，以尽快取得较高的经济效益，在企业运营期间，企业应尽量做到用所收购企业创造的收益偿还杠杆贷款，偿还方式与偿还办法按贷款合同执行，同时还要做到有一定的盈利。（投资实际经营组合）。

（四）实施条件（尽调清单）

1.企业经营较稳定，收益水平一直较高。主要为经营者的管理水平和能力，企业的综合管理水平；2.企业具有比较明显的市场竞争优势，产品的市场占有率较高，产品和销售市场多元，能够抵御经济的周期波动；3.企业财务状况比较良好，负债率较低，有比较充足的流动资金，并且有良好流动性。在偿还收购负债期间，没有大的资产更新改造；4.企业现金流量比较稳健，预期有稳定的现金流入以偿还到期的债务；5.有合理健全的企业长期发展计划。

二、杠杆收购融资担保模式

（一）相关政策

国家外汇管理局（“外汇局”）于2014年5月发布了《跨境担保外汇管理规定》（汇发[2014]29号），按照担保当事各方的注册地，跨境担保分为内保外贷、外保内贷和其他形式跨境担保。

外汇局分别于2017年1月、11月发布了汇发[2017]3号文及《关于完善银行内保外贷外汇管理的通知》（汇综发[2017]108号），以下简称《通知》，就银行内保外贷业务的外汇监管以正式发文的形式重申了跨境担保系列法规的外汇监管要求，对于跨境融资市场仍然广泛采用的内保外贷交易结构产生了重大的影响。

《跨境担保外汇管理操作指引》规定了相关备案登记及变更登记流程。

（二）内保外贷

境内银行的内保外贷业务是指，境外银行作为贷款人，向境外收购主体（借款人）提供贷款，境内银行接受境内企业的定向存款或保证金质押，境内银行向境外银行开具SBLC（备用/担保信用证-Standby letters of credit），在此基础上为境内企业的境外关联方提供担保，市场上也称为“内存外贷”。

《通知》主要针对“银行内保外贷业务”，即主要规范以银行为担保人的情况，实践中多体现为以银行保函或SBLC担保境外贷款或发债的交易结构。

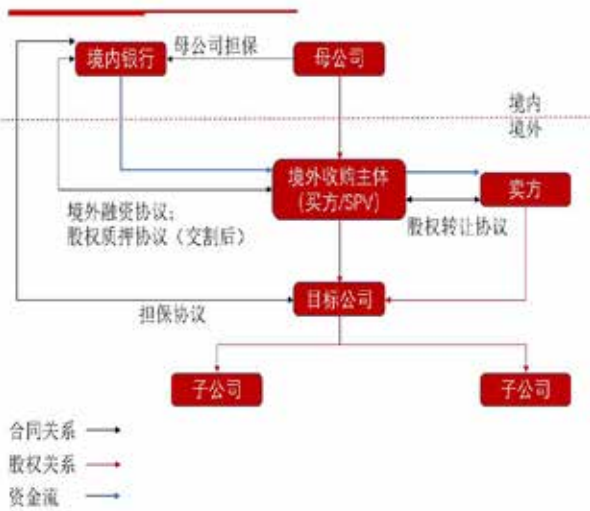
《通知》要求银行严格审核债务人主体资格的真实合规性，并留存相关审核材料备查，针对境内居民直接或间接控制的境外机构，应当重点审核其是否符合境外投资相关规定。《跨境担保外汇管理规定》《跨境担保外汇管理操作指引》曾明确应该重点关注“履约倾向存疑”的内保外贷交易，《通知》进一步强调该原则，还列出了具体的审核标准。

另外，如果内保外贷业务接受反担保的，还应增加对反担保资金来源及其合理性等进行一系列审核。一方面，境内银行无法再高枕无忧地基于境内反担保开展类似于资金出境通道的内保外贷业务，另一方面也对并购主体及其关联公司提出了更高的要求。

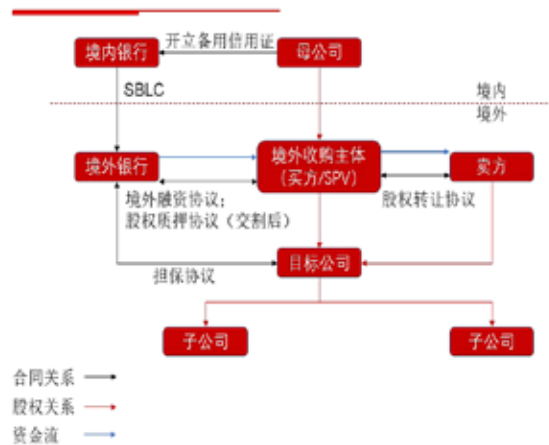
（三）内保外贷模式

理论研究

内保外贷模式之一：



内保外贷模式二：



境内银行作为贷款人，向境外收购主体(借款人)提供并购贷款，境内母公司向境内银行提供担保或提供定向存款或保证金质押，市场上也认为这是“内存外贷”的一种形式。

《通知》实施后，对于公司自身直接向境外机构提供担保是否也应适用《通知》的要求？我们理解答案是肯定的，外汇局自身采取的审核标准不会低于其要求银行采取的审核标准，即外汇局逐笔为作为担保人的境内企业办理内保外贷登记时，也将参照该《通知》的标准和原则进行审核。因此，“内存外贷”业务模式也将面临严格的境外主体资格、ODI程序合法性审查。

(四) 内保外贷模式综述

外管局跨境担保备案概览

外管局跨境担保备案概览	
目的	• 规范跨境担保行为，防范跨境担保风险，维护国家金融安全，促进跨境贸易和对外投资发展，便利企业融资，支持实体经济
适用范围	• 境内企业为境外企业、境外企业为境内企业、境外企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保
担保类型	• 履约担保、融资担保、其他担保
跨境	• 境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保
方式	• 境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保
备案流程	• 境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保，境内企业为境外企业提供担保

三、流程及要点分析

(一) 非约束性报价阶段

杠杆收购融资的第一阶段是非约束性报价阶段。此阶段，买方需要向卖方出具资金支持方签署的意向性融资文件，表明资金支持方有意意向向买方或其关联方提供并购资金支持。

这份意向性融资文件通常是银行出具的一份高度信心函(Highly Confident Letter)或者意向函(Letter of Intent)。二者在内容和形式上类似，通常包含以下内容：支持该并购交易；未来提供资金支持的特定条款和条件；以及有信心未来提供上述可使用的资金支持。

银行在这一阶段融资文件项下提供资金的义务，可以是具有约束力的也可以是没有约束力的，银行提供最终的资金支持取决于其内部信贷审批的结果。因而，银行更像是在做一项陈述，而不是承担一项合同义务。

(二) 约束性报价阶段

卖方和并购主体(目标公司)进入到正式启动交易安排阶段(Kick off)后，买方需要向卖方和目标企业提供具有很强资金确定性的融资方案，以使对方确信，一旦与买方签署股权买卖协议，买方将有足够的确定资金来完成项目的交割。

本阶段需要的融资文件包括贷款承诺函(Commitment Letter)，作为贷款承诺函附件的融资主要条款清单(Term Sheet)以及费用函(Fees Letter)。该融资条款清单的内容需要详细、明确，能够完整反映可能影响借款人提款的所有情形，通常包含以下内容：1.相关方；2.款相关的一般约定；3.贷款相关的其他约定。

在贷款融资阶段，并购方、出售方和融资银行就会对贷款融资函和条款清单进行艰苦的磋商和谈判。最

终签署的贷款融资函和条款清单,对正式融资文件的起草和谈判具有非常强的约束力和指导性,因此交易的任何一方须认真对待贷款融资函和条款清单。

在典型跨境并购融资的贷款承诺函和条款清单中,有以下条款值得注意: 1.资金确定性条款(certain funds provisions); 2.违约贷款人条款(defaulting lender provisions); 3.清理期间(Clean-up Period)条款; 4.明确市场(Clear Market)或排他性(Exclusivity)条款。

【案例】

2007年7月12日,瀚森特种化学品公司(Hexion Specialty Inc)与亨斯迈聚氨酯公司(Huntsman Corporation)达成《股权购买协议》。根据该协议,作为收购方的瀚森将为本次收购支付总计106亿美元的价款,德意志银行纽约分行与瑞士信贷承诺为瀚森的本次收购提供不少于65亿美元的贷款。

收购协议签订后,亨斯迈受原油天然气价格上升以及金融危机的影响,损失惨重。原定于2008年4月5日完成的并购交易,因为并购双方以及其与融资银行之间的诉讼,被一再推迟。2008年12月15日,双方终于达成合意,终止了此前的收购协议。而终止的重要原因就是原本向瀚森承诺贷款的德银与瑞信拒绝根据其出具的贷款承诺函为本次收购提供贷款。

2008年12月19日,瀚森发布公告称德银与瑞信同意向瀚森支付3.25亿美元的违约金,以补偿瀚森终止并购交易需付给亨斯迈的分手费。本案中,融资银行就是以代替收购方支付分手费的方式承担了违约责任。

(三) 签署股权买卖协议之时或之前

此阶段涉及到的融资文件通常包括境内外两部分,包括贷款协议、担保协议、承诺函(如需)及相关账户协议等。融资文件签署前和之后,借款人需要在境内外律师的协助下,确保所有的提款条件都在收购交割之前得以满足,确保交割的完成。就此满足重大条件完成地的当地律师(如中国律师或其他主要经营所在国/地的律师)。[clear opinion – final and conclusive]及重大交易协议和纠纷处理拟定的交易安排律师(如境外律师及部分中国律师)地位十分重要。

企业需要综合考虑跨境并购融资中,资金确定性、

政策法律及救济方式可行性、公司治理、融资规模、融资成本、资本结构、时间要求等多个因素。其中最为重要的因素是资金确定性,即需要使卖方相信收购主体拥有充足的资金实现交割。

经各方正式签署的贷款融资函和条款清单是正式融资文件的起草和谈判的基准。原则上,正式融资文件必须符合贷款融资函和条款清单的要求。

我们注意到,贷款融资函中有时会包含“本贷款融资函受制于正式融资文件的条款和条件”类似条款,或在正式融资文件中出现完整协议(entire agreement)条款。在此情形下,谈判双方要特别小心,以免辛辛苦苦在贷款融资函中争取到的有利条款在正式融资文件中被搬回去。

正式融资文件数量众多,通常包括融资协议、担保文件及附属协议等。为便于交易各方谈判,有时候会在贷款融资函中约定正式融资文件须采用市场通行格式(如LMA或APLMA格式)附之数据化及系统集成化。

(四) 重要条款分析

在典型的跨境并购融资文件中,有以下条款值得注意:



1.先决条件

先决条件特别需要关注,直接关系到融资是否可以及时发放和并购交易能否顺利交割。

跨境并购融资中有一些特殊的先决条件,如涉及中国政府允许中国企业对外投资的备案或批准(ODI Certificate),若并购标的涉及美国,则美国外资投资委员会(CFIUS)审批等。

市场中存在这样的实例,一个中国企业(中海油)通过境外SPV收购美国境内油气田的项目,最终因未获CFIUS审批而导致无法交割。

2. 财务资助（反向）

财务资助（反向）是普通法项下一个特有的概念，指目标公司为收购方提供包括资金、信用、担保等财务方面资助的行为。考虑到目标公司向收购方提供财务资助以便收购目标公司股份的行为将影响到目标公司其他股东的利益，也可能导致目标公司资产的流失，英美等普通法司法管辖区域禁止财务资助。

作为例外，允许目标公司通过清洗豁免(White-wash Waiver)提供财务资助。通常而言，清洗豁免需满足以下条件：a. 经目标公司特别股东大会表决通过；b. 经目标公司董事会表决通过，且董事须出具公司有偿付能力的声明(solvency statement)；c. 提供的财务资助的金额不得超过目标公司净资产或总资产的一定比例(如5%)。越来越多的普通法司法管辖区域，将财务资助的适用仅限于公众公司(public company)。

3. 股权质押

项目中的股权质押可能涉及目标公司下属结构层次(包括目标集团所有重要子公司100%股权质押)。

该等股权质押有利于防止目标公司私自处置下属重要子公司股权，稳定目标集团股权关系。同时，如果借款人方面出现违约事件，重要子公司的股权质押有助于银团在第一时间归集重要子公司向其上层持股公司的分红，这对于以目标集团分红为主要还款来源的融资尤为重要。

此外，在重要子公司股权上设立股权质押，有利于银团在借款人方面出现违约事件的情形下，通过控制与质押股权相关的决策权，控制重要子公司；且股权质押协议下一般所包含的禁止质押人以不当行为导致质押股权贬损等条款(preservation)也有助于稳定重要子公司资产与运营，降低银团风险。

4. 账户设立与监管

账户的设立与监管一般包含两个方面：其一、管控贷款资金的使用用途，即贷款资金专用账户；其二、管控还款来源，归集还款资金，即偿债准备金账户及目标公司分红账户。

如果项目的主要还款来源为目标集团分红，银团可要求借款人方面设立目标公司分红账户，并对其进行质押与监管的主要目的在于管控、归集还款资金。

银团还可要求借款人方面设立借款人分红账户，并对其进行质押与监管，除了管控、归集还款资金的作用外，还有利于银团及时把握分红限制条款的落实情况。

5. 放款前提条件

放款前提条件文件可有助验证贷款人独立尽调的成果以及借款人在信贷协议中所做出陈述的真实性。如果在项目中，卖方拟剥离其部分业务并出售给买方。则从银团角度，其希望在放款以前，借款人不仅可以提供文件证明并购交易已经满足有关政府核准、备案等并购交割前提条件相关要求，也希望借款人可以提供文件证明卖方业务剥离进度。

对于这种情况，建议采取这种处理方案：a. 作为提款前提条件，借款人方面出具董事确认函，以确认卖方的业务剥离方案已在所有重大方面取得了买方集团的内部批准；b. 为提高贷款资金的安全性，作为提款前提条件，借款人应提供公证人信函(notary letter)该函应令银团满意并明确约定，如并购交割不成功(如业务剥离未按照股权购买协议约定于并购交割日在重大方面完成)，贷款资金应退回至已经质押给银团的贷款资金专用账户；c. 证明业务剥离在重大方面已经完成相关文件，将作为提款后续条件，由借款人提供给银团方面。

6. 强制提前还款

与违约事件不同，强制提前还款的发生一般不会触发借款人在其他信贷协议下的交叉违约(严重违约)(Cross default)。并购融资中，触发强制提前还款的事件主要分为两类：一类事件规定如果借款人“退出”目标集团(如控制权变更)，则由于信贷所依赖的基础不再存在，借款人应提前还款；另一类事件规定如果借款人通过资产处置、保险赔偿、上市资金募集、并购对价调整等获得的资金，应在该等所得范围内(例外情形除外)，进行提前还款。

值得注意的是，信贷协议的消极承诺部分会对借款人进行资产处置等行为予以一定程度的限制。但是作为强制提前还款触发事件的“资产处置”仅是较为笼统的定义，并未对“资产处置”进行较多的限制性规定。在此情形下，如果借款人对目标集团资产进行了处置，该处置行为必须符合资产处置消极承诺中所允许的处置行为，否则意味着违约的发生，而非触发强制提前还款。

7. 消极承诺例外情形——“允许的”信息披露免责条款

以降低风险为目的，信贷协议项下的消极承诺会在资产处置、兼并收购、财务负债等方面对集团成员加以限制，但会规定若干例外情形（即“允许的”条款）。从借款人角度，其应重点关注例外情形，防止因消极承诺而影响其实际生产经营或未来发展计划。从贷款人角度，其在不影响借款人实际经营或发展的前提下，也应注意风险控制与防范。

下列情形一般属于消极承诺的例外情形：a. 以正常商业条款为基础并在正常经营过程中的行为（如正常贸易往来中向客户提供的贸易信贷）；b. 其他“允许的”条款中已经提及并明确允许的情形；c. 在信贷协议签署日以前已经存在的情形（“过去的代价不是对价”）；d. 在一定额度范围内所发生的或经贷款人事先同意的事项（如允许集团成员在一定额度范围内提供担保）。

关于目标集团成员之间的资产处置、负债、消极担保等事项，是否应均归为“允许的”条款，我们理解，应该具体问题具体分析。

以目标集团成员之间的资产处置为例，如果在项目中，银团作出信贷决策所依赖的因素主要是借款人的还款能力及作为义务人的重要子公司的运营及分红能力。则银团允许发生在义务人之间的资产处置。

但如果资产处置方是非义务人（主要是关联方），银团允许发生在非义务人之间的资产处置，而对于非义务人向义务人处置资产，银团特别要求该等资产处置应以公允价值为基础，以防止非义务人以不适当的方式转移义务人的资产。此外，银团不允许义务人向非义务人处置资产。

8. 违约事件

在“违约事件”条款项下，当特定情况发生且持续时，贷款人有权要求提前还款（及不再进一步放款）。贷款人的该等权利使得其在“违约事件”发生时，有更好的理由与借款人协商，如要求借款人提供额外担保。

“违约事件”并非与过错相关（如“违约事件”中的“征用”事件，主要是政府行为，与借款人或集团成员的过错并无关联），而是进行风险预警，即“违约事件”的发生意味着风险程度发生变化。鉴于此，贷款人

有理由在“违约事件”发生且持续时，要求借款人提前还款或与其进一步协商。

争议处理条款在LOT时就应事先详尽筹划（谈判、调解【调解人及机构】、仲裁【Seat of Arbitration vs. Venue of Settlement】、诉讼及其是否节省、联通及便捷的有效执行方式）（Escalating clause- 多元化纠纷处理律师思维）。

在信贷协议中，“违约”与“违约事件”是什么关系呢？具体而言：a. 违约发生，借款人即负有通知贷款人违约发生的义务；b. 违约发生并持续，贷款人即无义务进一步放款（在贷款并非一次性放款、而是多次放款的信贷交易中）；c. 如借款人发出“违约”通知，借款人可在“宽限期”对违约进行补救；如违约未在“宽限期”内获得补救，“违约事件”发生；d. “违约事件”发生并持续，将导致贷款人有权拒绝进一步放款，并有权要求加速还款。

四、新《证券法》实施后的影响

（一）证券跨境监督管理

2019年12月28日，第十三届全国人大常委会第十五次会议审议通过修订后的《中华人民共和国证券法》（以下简称新“《证券法》”）。2019年12月29日，经中华人民共和国主席令（第三十七号）签发，新《证券法》全文予以公布，将于2020年3月1日起施行。

新《证券法》第二条第四款规定：在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。

如企业拟通过境外证券发行进行杠杆收购融资，则需要注意不得扰乱境内市场秩序、损害境内投资者合法权益。

新《证券法》第一百七十七条规定：国务院证券监督管理机构可以和其他国家或者地区的证券监督管理机构建立监督管理合作机制，实施跨境监督管理。

境外证券监督管理机构不得在中华人民共和国境内直接进行调查取证等活动。未经国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门同意，任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料。

如企业拟在境外发行证券或者进行证券交易活动，则需要注意区分境内、境外证券业务活动有关的文件和资料。

（二）承担信息披露义务连带赔偿责任范围扩大

新《证券法》第八十五条规定：信息披露义务人未按照规定披露信息，或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，信息披露义务人应当承担赔偿责任；发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员，应当与发行人承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

新《证券法》新增发行人的控股股东、实际控制人承担信息披露义务连带赔偿责任。

新《证券法》对发行人的信息披露工作提出了更高的要求，发行人应在跨境并购的各关键节点做好尽职调查及信息披露工作。

（三）投资者保护机构的强制调解、支持诉讼制度

新《证券法》第九十四条：投资者与发行人、证券公司等发生纠纷的，双方可以向投资者保护机构申请调解。普通投资者与证券公司发生证券业务纠纷，普通投资者提出调解请求的，证券公司不得拒绝。

投资者保护机构对损害投资者利益的行为，可以依法支持投资者向人民法院提起诉讼。

截至2019年12月底，投服中心共提起支持诉讼案件24件（其中法院受理19件），股东诉讼1件；支持诉讼诉求金额约1.14亿元，获赔总金额约5536.7万元；已接受全国9家法院虚假陈述损失核定委托，涉及14家上市公司、超3000位的投资者，核定损失金额3.6亿余元。

（四）行政和解制度

新《证券法》第一百七十一条规定：国务院证券监督管理机构对涉嫌证券违法的单位或者个人进行调查期间，被调查的当事人书面申请，承诺在国务院证券监督管理机构认可的期限内纠正涉嫌违法行为，赔偿有关投资者损失，消除损害或者不良影响的，国务院证券监督管理机构可以决定中止调查。被调查的当事人履行承诺

的，国务院证券监督管理机构可决定终止调查；被调查的当事人未履行承诺或者有国务院规定的其他情形的，应当恢复调查。具体办法由国务院规定。国务院证券监督管理机构决定中止或者终止调查的，应当按照规定公开相关信息。

2019年4月24日，中国证监会发布〔2019〕11号公告称：中国证监会与高盛（亚洲）、北京高华证券以及高盛亚洲和高华证券的相关工作人员等9名行政和解申请人于2019年4月23日达成行政和解协议，申请人交纳行政和解金1.5亿元人民币，并采取必要措施加强相关公司的内控管理，证监会依照规定终止对申请人有关行为的调查、审理程序。这是自2015年2月中国证监会发布《行政和解试点实施办法》四年多来首个成功达成证券执法和解的案例。

【作者简介】

全朝晖，本所高级合伙人律师，法学硕士，执业31年，司法部“全国千名涉外律师人才库”成员，广东省“涉外律师领军人才”。具有英国特许仲裁员协会会员资格、中国税务师执业资格及中国贸促会，香港、新加坡、日本、中证监投服中心等专业调解员。专注于资本市场、金融财税、跨境投资及其多元化争议处理。

吴震宇，本所实习律师，华南农业大学公共管理学院管理学学士、中山大学法学院法律硕士。主要从事公司治理、基金管理、境内外投资与并购等法律事务。

股东投资贵在进退有“道” ——探讨有限公司股东退出机制



蒋修贤律师

摘要：有限责任公司的股东须按认缴资本出资，股东不能像普通合伙一样要求退伙，也不能直接“开除”股东，导致在现行法律框架之下，当出现经营管理上的分歧等情况时，很难要求强制股东退出，使公司陷入僵局、决策层分裂，甚至导致公司倒闭清散。为解决股东退出难的问题，本文从务实角度出发，理论结合实践案例，以期探讨“股东退出”机制的构建。

关键词：公司僵局；股东退出；股权转让；股权回购

一、概述

（一）股东退出机制的概念

股东退出机制，是有限责任公司依据公司法和公司章程建立的股东退出公司的一种治理制度，股东退出公司，该股东原所持有的股权由其他股东受让或由公司进行“股权回购”[1]。具体而言，股东退出，是有限责任公司的股东退出或转让出所持公司的全部股权，不再享有公司股权的一种行为。有学者认为“股东退出，是指股东在法定或约定条件成立时收回投资并退出公司的一种法律行为”[2]。然而，这一观点是值得商榷的。

首先股东退出不一定存在收回投资的结果。其次股东退出，不仅指股东基于自愿前提下的股东转让退出，还包括股东被动退出公司的情形。

（二）有限责任公司“股东退出难”的典型情形

1. 股东违约不按出资协议、公司章程履行投资义务

如果某些股东没有履行出资或投资、增资义务，在公司对外负债的情况下，全体股东都有可能要就该未出资股东的未出资过错，向债权人承担责任，进而直接导致公司资金紧张、经营困难，然而，守约方股东却难以直接让该股东退股或减股。

2. 股东实施违法和违反章程规定的禁止性行为

当担任公司管理层的股东实施违法犯罪行为，例如，职务侵占、挪用，职务受贿，侵害泄露公司重要秘密等，或违反忠诚义务损害公司利益，违反竞业禁止义务，公司章程或股东协议中又没有设置相关的股东除名机制，就会导致公司遭受难以弥补的损失。

3. 投资方与管理层股东的利益冲突

在新设公司或者接受财务投资的公司中，若财务投资者[3]（天使、风投等）持股比例过高，实施经营者、管理层的持股比例过少，就会导致公司发展之后股权比例失调，产生利益分配上的矛盾。

4. 创业公司股东须退出的几种情形

创业公司的创始股东一般掌握公司的核心技术、知识产权、资源，并担任公司董事长、总经理等高管，其如丧失合格管理者身份，其股权理应退回。如，离职；离婚，创始人股东的婚姻的变故可能导致股东变更或公司实际控制人变更，为此，一些投资机构甚至要求“公司创始人的婚姻变动须经公司董事会批准”，此系所谓“土豆条款”[4]；失去民事行为能力；死亡；犯罪限制人身自由；因个人失信[5]被列入信用黑名单；签订“业绩对赌条款”[6]未达预期等情况。

由此，公司股东享受法定的股东权利，很难实现股东被动的退出，那么“防患于未然”设置股东“退出机制”，是解决股东退出困境的必然选择。

二、“股东退出”机制之法律依据

依据现《公司法》及最高人民法院关于《公司法》相关司法解释，有限责任公司的股东退出的合法路径，

一般包括股权转让、要求公司回购、公司减资、股东解散公司等方式，这也是设计股东退出机制的法律依据。

（一）股权转让

《公司法》第七十一条第一款规定有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权，公司股东可通过股东转让的形式，实现股东的退出。

（二）股权回购

依据公司法第七十四条规定，如存在法定情形，股东可请求公司按照合理价格收购其股权，另外如公司章程和股东投资协议有约定，不违反强制性法律规定，笔者认为应是具有法律效力的。

（三）公司减资

依据《公司法》第三十七股东会行使下列职权：

（七）对公司增加或减少注册资本作出决议。股东会可以在该股东自愿的前提下，通过减少该股东的注册资本，从而达到该股东退出的目的。

（四）解散公司

依据《公司法》第一百八十条、第一百八十二条规定之情形，比如出现公司营业期限限至、公司被吊销、责令关闭、分立合并等特殊情况，或者经营管理发生严重困难，请求依法解散公司。

（五）除名退出

根据公司法司法解释（三）第十七规定，有限责任公司股东未履行出资义务或抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，在合理期间内仍未履行的，公司可将该股东除名。

三、股东退出机制之务实构建

从我国《公司法》对公司的设立、法人治理结构、议事规则的实践设计层面看，其人合性远大于资合性。体现了公司股东结构闭锁性的特点[7]。针对“不合规”股东难以退出的情形，在不能自愿协商股权转让，公司又不符合解散清算等情形，那么必须事先建立股东退出机制，以解决股东退出难的困境。笔者认为，公司建立股东退出机制，须遵循如下四个方面的基本原则：

（一）股东退出机制：强调制度设立先行

公司章程是“意思自治原则在公司法领域的具体体现，作为公司内部治理的总章程，其科学合理程度直接

决定着公司的治理水平。在制定公司章程时，应当构建完善的股东退出机制，对将来公司经营管理过程中可能产生的股东退出情形事先做出规定”[8]。投资协议是各方股东的明文契约，公司章程是备案在工商局，是公司管理制度的“宪法”，具有法定权利和权威性。构建股东退出机制，首先应在股东投资契约、公司章程中明确约定，这是对股东权利的保护，也是对股东权利的限制，必须由股东出于自愿前提下的承诺，出资协议中必须予以明确承诺，公司章程是公司制度性的最高权务制度性文件，因此章程亦应明确规定股东退出的内容，以保证公司适用该项制度，除此，还可以在公司的《股东会议事规则》《股权管理办法》《规章制度》等文件中明确规定“退出机制”，以及在上述规则制度中制订退出的具体执行办法和细则，以保护退出机制的有效运作。

（二）股东退出机制：必须具有合规性和可操作性

1. 制度设立不得违反法律强制性规定

公司设立“股东退出”机制，不得违反《公司法》关于股东权利强制性规定。如公司法第四条规定“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”亦不得违法对股东“除名”、变相“架空”损害股东权利，不得侵害的股东个人人身权利。比如《婚姻家庭法》中离婚男女双方对婚内财产的平等分割权，又如《民法总则》规定的民事主体的基本权利，结婚权、继承权等基本权利，不得限制股东或股东家属对股权的分割和分家析产、继承的权利，对虽涉及刑事犯罪，但未限制人身自由的股东，强行除名等不合理做法等，除不得违反法律强制规定之外，还不得损害公司或债权人的权利。合法性，是保障退出机制的合规、合理的良性制度。

2. “股东退出”制度须具有可操作性

如规定未履约“出资”或违反出资协议、犯罪或信用严重影响公司运作的股东，或章程其他特别规定的情形，需要该股东“退出”股东会，须尽量按照“依据章程、协商妥善”作为基本原则。比如，以合理价格，由公司回购或由公司其他股东受让，或者由公司减资进行，避免以召开股东会决议直接“除名”方式；而解散公司、破产清算是以损失公司为代价的无奈之举，对公司和股

东而言，都是“玉石俱焚”的灾难性后果，因此，设置退出机制，尽量体现自愿、公平、合理的基本原则，在自愿基础上适用股权转让、公司回购等方式，避免强制性、硬性的除名、诉讼方式退出。

（三）退出股权对价，应体现奖罚差别原则

设置股东“退出”的合理对价，包括公司回购的对价，亦是股东退出机制的核心内容。股权回购“该制度能够调整公司资本结构和股权结构，满足其长期经营的需要，维持公司稳定，保护股东利益”[9]，因此设置好合理的退出对价机制，对实现股东退出机制的重要组成部分。股东“退出”时的股权无论是基于协商解决的自由转让，还是依据制度实施的强制回购，受让方须给予合理的对价，承认退出股东的历史贡献，同时对违约、损害公司权益、未达到业绩标准等有损公司利益的股东，应相应减低其对价或零对价，实行有差别的对价标准，鼓励对有贡献者，处罚损害公司利益者，为了防止股东退出公司却不同意退出股权，可以在规则中设定较高的违约金，增加违约成本，对于可通过协商自愿转让股权的，可予以一定溢价奖励。

（四）完善公司治理，是建立退出机制的基础

公司须完善治理结构，这是有效执行退出机制的基石。公司除了要完善的公司治理机制、构建高效的治理机构之外，还要实现公司股东会与董事会、总经理的管理层分离、分权。“承担有限责任的股东应当将公司的经营管理权让渡给公司经营管理者（董事会、总经理），否则，股东滥用有限责任可以预见必然会发生。因此，现代公司出现了所有权与经营权相分离的情况，这也正是公司治理的理论基础。”[10]同时公司领导管理层要倡导和贯彻公司法治文化，重视公司法治文化的建设。“企业文化既是企业改革发展的强大精神推动力，也是创新企业思想政治工作的有效途径。”[11]公司的实际控制人、股东会，就要依据公司法、章程，建立按“规则出牌”治理文化，倡导依制度治理公司，保障股东会、董事会按章程规定的规则规范做出决议，形成公司制度文化，避免专权、一言堂。那么作为公司治理机制的重要部分——股东退出机制，就能得到公司法治文化、规章制度的支撑，方可有效运作，实现制度设立的初衷。



晨曦 执行顾问乔胜军 摄

四、结语

实践中，常常出现的股东恶斗、股东会僵局、股东退出难等现实问题，公司必须设置的股东退出机制，以保护公司利益，也有利于各股东争议的解决。总之，设置股东退出机制，也是完善公司治理机制的重要部分，对于保障公司持续、健康的发展具有重要意义。

【参考文献】

- [1] 股权回购，又称股权赎回，是指公司依照法律规定从股东手中买回自己股权的行为。
- [2] 唐忠辉：有限责任公司股东退出机制法律问题研究[D]，兰州商学院，2013。
- [3] 财务投资者，是通过去投资行为取得经济上的回报，最大化短期获得的投资者，其本身一般并不参与企业的经营管理。参见，宋云鹏、魏加宁：战略投资者与财务投资者投资行为比较：基于合作博弈Shapley值的分析，数学的实践与认知，2013（23）。
- [4] “土豆条款”是在土豆原首席执行官王微与配偶杨蕾离婚事件后，投资界总结经验教育提出的。参见，土豆的公司章程和婚姻法之解，https://www.sohu.com/a/133215551_611026。
- [5] 《国家发展改革委办公厅 人民银行办公厅关于对失信主体加强信用监管的通知（发改办财金〔2018〕893号）》第八条：“追溯失信单位负责人责任，建立失信单位负责人责任追溯制度。法人和非法人组织被列入黑名单和重点关注名单的，要对其法定代表人(或主要负责人)和负有责任的相关人员进行问责。”
- [6] 对赌协议是一种估值调整机制（Valuation Adjustment Mechanism, VAM），是投融资双方达成融资协议时，基于未来可能出现的不同情况对双方权利和义务的约定在双方约定评判标准之后的一种动态的价值调整机制。参见，王振家：中国企业对赌协议的动机和经济后果研究，首都经济贸易大学，2013。
- [7] 李建，付毓：有限公司股东单方减资退出机制探析[J]，中国律师，2016（2），第75页。
- [8] 刘银燕：有限责任公司股东退出的法律问题研究[J]，河南牧业经济学院学报，2018(05)，第60-64页。
- [9] 毋济民：我国有限责任公司股权回购法律制度研

究[D]，昆明理工大学，2018。

[10] 唐渊斌：论我国公司治理中监督机制的完善[J]，法制与经济，2017(08)，第69-70页。

[11] 周凡卜：企业文化建设与提升企业竞争力论析[J/OL]，中国商论，2019(01)，第213-214页。

【作者简介】

蒋修贤，本所合伙人律师，西南政法大学法学学士、中国政法大学法学硕士，任中国广州仲裁委员会仲裁员、广州市国土资源和房屋管理局法律专家等；其执业领域主要包括公司法、房地产、并购投资、诉讼仲裁业务等。



一步一阶一境界 合伙人李东伦律师 摄

新《证券法》正式施行 代表人诉讼制度成亮点



吴少荣律师

自2015年4月初次审议起，经历将近五年四轮审议之后，2019年12月28日第十三届全国人大常委会第十五次会议审议通过了修订后的《中华人民共和国证券法》（以下简称“新《证券法》”），修订后的新《证券法》已于2020年3月1日起施行。

作为资本市场的“根本大法”，新《证券法》突出强调了投资者权益保护，特别是中小投资者权益保护这一主线，并在第六章新设“投资者保护”专章，第六章从第八十八条到第九十五条共8个条文，内容包括：投资者适当性管理；区分普通投资者和专业投资者，做出不同的权益保护安排；建立上市公司股东权利代为行使征集制度；完善上市公司现金分红制度；规定债券持有人会议和债券受托管理人制度；先行赔付制度；建立普通投资者与证券公司纠纷的强制调解制度；具有中国特色的代表人诉讼制度等。

鉴于我国证券市场投资者数量高达1.5亿人，其中95%以上为中小投资者。投资者作为资本市场的源头活水，投资者保护工作直接关系亿万人的切身利益，同时影响着资本市场健康长远发展。本文重点对第九十五条证券民事赔偿代表人诉讼规定进行讨论。

一、代表人诉讼制度

新《证券法》第九十五条第一款规定：“投资者提起虚假陈述等证券民事赔偿诉讼时，诉讼标的是同一种

类，且当事人一方人数众多的，可以依法推选代表人进行诉讼。”

对此，早在2003年2月1日施行的《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第三部分诉讼方式第十二条至第十六条就对单独诉讼和共同诉讼的操作方式进行规定，其中第十四条规定：“共同诉讼的原告人数应当在开庭审理前确定。原告人数众多的可以推选二至五名诉讼代表人，每名诉讼代表人可以委托一至二名诉讼代理人。”而2007年修正的《民事诉讼法》第五十三条也已规定代表人诉讼制度。

鉴于证券民事赔偿诉讼案件中，遭受损害的通常是不特定的投资者，少则几百人上千人，多则上万人甚至数十万人。据此因同一侵权行为而受到侵害，基于相同的事实而提出的民事赔偿请求，人数众多的投资者完全可以同一种类标的进行共同诉讼，并推选代表人进行诉讼。本次新《证券法》将《民事诉讼法》中的代表人诉讼制度引入实体法，目的是为受损害投资者依法维权提供清晰的法律依据。

该规定在证券领域投资者索赔中面临的优势与不足分别是：

优势：近年来证监会加大监管力度对违法行为作出处罚后，证券民事赔偿诉讼开始进入高发期，人民法院有限的司法资源已经无法按照一案一立、一案一审的传统案件审理方式对该类案件进行处理，因此推广共同诉讼案件审理的集约化和诉讼经济势在必行。

不足：鉴于我国中小投资者居多，个案可索赔金额较少，且诉讼耗时费力等原因，大多数投资者即使明知遭受损害的情况下也不会主动行使权利。因此一般情况下证券民事赔偿大多由维权律师征集而来，在诉讼过程中由法院一案一立并在诉讼过程中采取合并审理，对于原告推选代表人进行诉讼的形式在实践中极少出现，导致该制度有名无实。

二、人民法院依职权启动的代表人诉讼

新《证券法》第九十五条第二款规定：“对按照前款规定提起的诉讼，可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者的，人民法院可以发出公告，说明该诉讼请求的案件情况，通知投资者在一定期间向人民法院登记。人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的投资者发生法律效力。”

上述条款则是将《民事诉讼法》第五十四条第一款规定的当事人一方众多且在起诉时人数不确定，由人民法院启动程序发出公告通知权利人的诉讼制度引入证券民事赔偿诉讼。虽然《民事诉讼法》第五十四条该规定自2007年已写入《民事诉讼法》，但在证券民事索赔领域，人民法院至今却从未启动过该程序。

而在新《证券法》审议通过前的2019年11月8日，最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《会议纪要》”）第六部分关于证券纠纷案件的审理第80条至第83条对法院启动代表人诉讼制度作出指引：

第一，人民法院在多名投资者就同一虚假陈述行为提起诉讼时，认为可以采取代表人诉讼方式审理的，在立案登记阶段可以根据起诉状所描述的要点包括虚假陈述的数量、性质及其实施日、揭露日或者更正日等时间节点进行区分，符合条件的可以作为共同原告统一立案登记；

第二，在发出公告通知权利人前，则应当对信息披露义务人的行为是否构成虚假陈述的行为，虚假陈述行为是诱多还是诱空，以及虚假陈述的实施日、揭露日或者更正日等案件基本事实进行审查；

第三，在权利登记的期间届满后，根据情况选定代表人。

鉴于《会议纪要》已明确提出：“有条件的地方人民法院可以选择个案以《民事诉讼法》第54条规定的代表人诉讼方式进行审理，逐步展开试点工作”“保障投资者能够便捷、高效、透明和低成本地维护自身合法权益，为构建符合中国国情的证券民事诉讼制度积累审判经验，培养审判队伍”，相信为落实《证券法》及最高人民法院《会议纪要》，相关人民法院将会择机启动该程序。但是，司法中立性的要求及民事诉讼不告不理的

原则，决定由人民法院主动公告通知权利人登记参加诉讼难以成为常态。

三、中国式的证券集体诉讼制度

新《证券法》第九十五条第三款在第一、二款的基础上规定：“投资者保护机构受五十名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。”

首先，具备条文中投资者保护机构的具体资格，需要日后由证监会进一步明确，但作为证监会下属的中证中小投资者服务中心有限责任公司（以下简称“投服中心”），则是既有符合条件的投资者保护机构。投服中心于2014年12月由上海证券交易所、深圳证券交易所等机构发起成立，归中国证监会直接管理，其职责主要包括：受投资者委托，提供调解等纠纷解决服务；为投资者提供公益性诉讼支持及其相关工作等。

2019年12月28日，新《证券法》修订通过后的第一时间，投服中心在其官网发表了《发挥投资者保护机构独特作用，积极实践符合中国国情的证券集体诉讼制度》，该文内容称：“投服中心作为专门的投资者保护机构，将依据《证券法》赋予的职责，践行公益投资者保护职能，妥善推动证券群体性诉讼机制落地，切实维护投资者及上市公司合法权益：……适当时机选取典型案例启动代表人诉讼，增强证券领域投资者司法救济效果，开创证券维权新模式，切实发挥投资者保护机构的示范引领作用。”

其次，在受五十名以上投资者委托，并为经证券登记结算机构确认的权利人向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外的规定，确立了“默示加入、明示退出”的诉讼原则。

新《证券法》修订发布后，该规定被广泛定义为中国式的证券集体诉讼制度，被认为是此次修订的最大亮点。所谓中国式其实是相对美国的证券集团诉讼，美国证券集团诉讼则通常由律师主导，而证券集团诉讼案件索赔金额巨大，律师费采取“比例收费法”，即按诉讼收益的一定比例来支付给律师，因此产生一批专业律师积极寻找各类证券违法行为并发动诉讼，导致集

团诉讼的滥用。我国立法者为避免美国证券集团诉讼的弊端，规定由投资者保护机构作为法定诉讼代表人来主导诉讼，这应该是中国式集体诉讼与美国证券集团诉讼的最重要区别。

但是，该规定将面临两个问题：一是作为投资者保护机构的投服中心，已明确其作用是发挥引领示范作用，据此其不可能从事大量此类代表人诉讼工作。日后如何发挥市场的作用，扩大投资者保护机构数量，有待证监会根据日后的实践情况进一步明确；二是引入“默示加入、明示退出”制度，对于出现虚假陈述等违法行为的上市公司，其必将面临索赔金额数十倍规模的激增，由此可能将出现经济实力不够雄厚的上市公司因一场诉讼而走向破产。

让我们在日后拭目以待，对此投资者保护机构提起的代表人诉讼制度的发展。

【作者简介】

吴少荣，本所专职律师。毕业于中山大学法学院，获经济法学硕士学位，同时具有证券从业资格。专注于股权、证券及理财投资纠纷领域的法律事务。



静谧秘境 合伙人徐颖雯律师 摄

决胜法庭之外：案例研究的思路与方法

只要有法的地方，都可以在不同形式和程度上看到先例的迹象。——卡尔·卢埃林[1]

很多时候，律师团队在接到案件后所做的第一项重要工作就是案例研究。好的案例研究可以帮助主办律师迅速找准案件关键问题，进而制定出应对策略。本文是在实然基础上的讨论，我们关注的问题不是中国是否或应否建立遵循先例制度，也不是中国各级法院的法官是否会按照指导性案例制度援引指导性判例进行裁判，而是聚焦于案例对法官裁判构成的实际影响，从而分析如何有效利用案例，提高预测能力和办案效果。

案例研究：为什么重要？

法律工作离不开判断和预测。法律的基本功能之一就是让人们能够预测行为的结果，进而起到规范作用。如何提高预测能力？当我们受理一宗案件，当事人提供了基本情况和基础证据材料，作为律师，我们需要给当事人提供基本的法律分析与处理建议。进入办案阶段，主办律师需要提出可供执行的应对策略。这些工作，都建立在预测的基础之上。可以说，应对的前提是预测，而预测的前提是经验。案例研究就是获得间接经验。因此，有好的案例研究，才会有好的预测。

预测，不是基于法律如何规定，而是基于法律如何被解释和适用。在生活中，我们从事法律职业也好，作为普通的社会公众也罢，了解法律对某一事项如何规定固然重要，但更重要的是进一步了解如何解释和适用这项法律规定。例如，即便我们没受过专门的法律训练，也会知道一般情况下，一个人实施了侵害他人人身或者财产的行为，需要负法律责任，在民事法律系统里面，这个责任形式之一就是要赔偿损失。但再进一步把这种法律观念应用到某个具体社会活动中，比如错误申请查封引起的损害赔偿责任，如何判断申请人申请查封行为是错误的？如何判断他主观上存在故意或者重大过失？这在法律条文中是没有的。侵权责任法中关于这种一般侵权就一句话：行为人因过错侵害他人民事权益，应当



杨超男律师

承担侵权责任。作为律师该如何去开展工作？一个必经的途径是，看看最高人民法院关于错误查封引起的损害赔偿责任案例如何适用法律和进行解释的。

我们进行案例研究时，看似在研究某一个或每一类案件的判决，但这一个或一类判决书的意义却不止于个案。虽然法官在个案判决书中对权利义务确定指向的是具体的当事人，但是法官在说理部分对判断的论证，是判决正当化的过程，也是判决根基之所在，其所体现出的价值取向，已经超出了个案的影响范围，成为法律职业共同体、一般社会成员预测和行事的“标尺”。

我国并非判例法国家，先例对法院裁判不具备法律上的拘束力。但在实际工作中，每一个案件、每一个法律从业者都受到先例的影响。最高院不断完善指导性案例制度已经明确，指导性案例具有事实上的拘束力，法官审理类似案件应当参照而未参照的，必须说明理由。即便不是指导性案例，在我国司法实践中，法官在审判中参照先例也是一种客观存在的事实。

之所以法官在没有正式建立判例制度的情况下判案时会自觉或不自觉地参照先例，其重要原因在于，一方面，诉讼制度中的审判监督关系使得下级法院法官不得不尊重上级法院的判决，否则其判决可能会被上诉改判或撤销；另一方面，不少法院把二审改判、发回重审率

作为法官业绩考核的一个指标，在这种现实的压力下，也必然导致下级法院的法官对上级法院的判决给予足够重视和尊重。[2]

所以，台湾著名法学学者王泽鉴先生说，“中国的法律已经由立法的成就走向法律的解释适用，而这个法律的解释适用是在建立在案例的比较和普及之上的”。[3]

案例研究：我们要做什么？

我们研究案例，绝不是单纯寻找个案在具体事实上的形似程度，这世界上也不可能存在“两片完全相同的树叶”。而是要在抽象的法律规范与个案事实之间建立“链接”，这个链接，就是可类型化的事实。比如《合同法》第113条规定了损失赔偿包括合同履行后可以获得的利益，正好在一个合同纠纷中，我们的当事人希望索赔可得利益损失，通过案例研究发现，我们法院支持可得利益损失的前提是当事人事先已经在合同中约定了预期利益，这个预期利益的约定就是类型化的事实，它帮助我们建立个案与法律规范之间的联系。

在案例研究中，我们希望能够寻找到法官通过案例创制的规则。再以错误申请查封引起的损害赔偿案件为例，通过最高院的案例研究，我们可以归纳出几种判断申请人主观上存在过错的规则：1.超额查封，即查封标的明显超出受保护债权的范围；2.超期查封，即诉讼案件已经审结，申请人已经败诉，但仍不申请解除查封措施；3.查封对象错误，即查封财产并非被申请人财产，而是案外人依法享有的财产；4.以及是否胜诉，并不是判断申请人是否存在主观过错的因素。除了围绕申请人的申请保全行为来判断其主观状态外，我们还可以在经办案件中提炼出一项新的规则，即申请人在本诉的主观状态可以直接用于判断其申请保全行为是否存在过错。例如，申请人在本诉中败诉，是因为其未尽合理注意义务导致合同无效，此时，未尽合理注意义务的主观状态也将被用于判断申请保全行为的正当性，构成申请人主观上的过失。

找到这样的规则，我们就能在应对财产保全引起的损害赔偿纠纷案件过程中有的放矢。作为原告方，我们的任务必然是运用这些规则去论证申请人申请保全行为存在主观过错。作为被告方，我们的任务是通过这

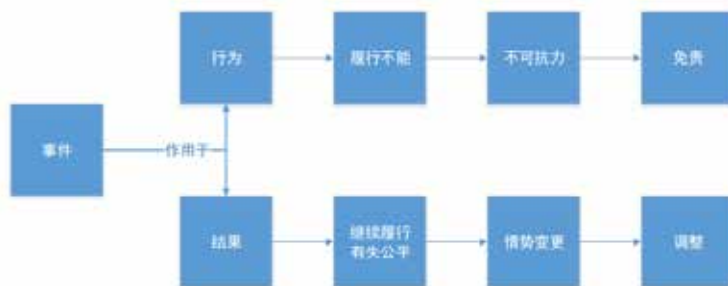
些规则阻却原告关于申请人主观状态的推定。

再如本次新冠肺炎疫情对社会各个领域产生重要影响。其中，在合同领域，我们会将非典时期的法院案例拿来研究，据此判断法院对疫情是否构成免责事由的态度。通过案例检索并进行筛选，可以发现，法院对新冠疫情的定性并非一成不变，而是情势变更和不可抗力兼而有之。倘若我们就此止步，显然案例的研究结果并未产生启发性的规则指引，我们的任务是提炼规则并将其作为“类规范”来适用。

举例而言，东莞一家西餐厅，春节期间接受预定，部分客户通过网络预定并支付了定金，疫情暴发后，东莞市政府通知关闭餐厅、酒吧等场所。此时，对于餐厅而言，继续向顾客提供堂食服务已不可能，其是否要向顾客承担责任？关闭时间超过一个月，餐厅未营业，未取得收入，其是否能向房东主张免租或减租？

在此我们看到，同样的政府行为，对西餐厅前后两个环节的影响是不同的。在前一个环节，政府禁令直接导致餐厅无法提供服务，履行合同不能；在后一环节，政府禁令并未对餐厅支付租金构成阻碍，但是继续按照原合同支付租金，明显有损公平原则。

在这类案例研究中，我们能够提取的有用规则是关于疫情是否构成不可抗力或情势变更的法院认定规则。通过统计分析，我们发现，事件直接作用于合同履行行为，并且导致履行不能，则法院会认定属于不可抗力事件，并据此免除履行不能一方的责任；事件未作用于合同履行的行为而是作用于合同履行的结果，合同能够继续履行，但继续履行明显有失公平，则法院会认定属于情势变更，并据此对合同进行调整。逻辑关系图如下：



理论研究

这样的规则可以超越个案的特殊性，升格为规范指引，从而帮助准确理解和适用法律文本。在此，需要再次强调的是，案例研究的目的是就事论事，而是研究如何将类型化事实与法律规范连接起来，其成果应当是一个一般化的规则。当这些一般化的规则确立后，如何准确提出诉讼请求、如何调查和搜集证据、如何展开有效的辩驳，是不是就更容易解决了？

在案例研究中，我们要关注裁判结果差异化的影响因素。在实践中，“同案未必同判”现象普遍存在，但在最高司法机关通过司法解释、案例指导制度、批复、通知、纪要等非传统法源统一裁判尺度的不懈努力下，“同案同判”的目标虽尚未达成，至少已是趋势。同样的类型化事实，同样的演绎推理，得出的结果有差异，则必然存在“干预变量”（Intervening Variable）。此时，我们的任务除了前文所述提取规则，还要找到这个干预变量。比如，土地租赁合同的租赁期限超过20年是否有效？

对这一问题，佛山南海法院与广州市各区法院的裁判结果存在明显差异。前者在多个判决中均援引《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》的规定，集体建设用地租赁期限不得超过同类用途国有土地使用权出让年限，即不超过50年均视为有效，而后者则在多个判决中援引《合同法》第52条的规定，认为超过20年的部分无效。

通过对比分析，可以发现，2015年2月27日，全国人大常委会授权国务院在试点地区暂时调整实施有关法律法规，佛山南海名列其中，这意味着试点地区可以暂时调整适用《土地管理法》，“在符合规划、用途管制和依法取得的前提下，允许存量农村集体经营性建设用地使用权出让、租赁、入股，实行与国有建设用地使用权同等入市、同权同价”。所以，《土地管理法》调整实施对当地法院裁判构成了直接影响，而与此相反，广州市在2015年10月12日发布的《广州市集体建设用地使用权流转管理办法实施细则》中规定，对于工业（仓储）、商业、旅游、娱乐、办公以及其他非住宅用途的集体建设用地，租赁年期不得超过20年。后者虽不是法律、行政法规，仅属于地方政府部门的规范性文件，但其体现了该地区未来一段。

找到干预变量，可帮助我们更容易预测案件走向，并因地制宜制定诉讼策略。前述集体建设用地租赁期限问题，如案件发生在广州，在广州地区法院管辖之下，如何应对？如果案件发生在佛山南海或其他区域，由南海区法院或者其他区法院管辖，又应如何应对？作为律师，通过对比分析，答案就显而易见。

案例研究：我们怎么做？

不同团队，不同律师，对案例研究过程和成果的要求是不同的，自然有方法繁简之差别，却难以孰优孰劣来定论。不过，我相信，万变不离其宗。既然案例研究的作用在于帮助我们提高预测能力和办案效果，我们就以此为目标，来优化措施：

第一，案例研究一定要提取规则（细则）。如果一个案例研究图表的内容是相关判例和裁判结果的简单提炼，而没有对案件事实类型化，更没有在类型化事实与法律规范之间架设通道，那么，这样的成果表单，还是一个半成品。主办律师必须再进行案情的对比分析，结合法院的说理，来判断其能否作为本案的参考，在团队作战的情况下，显然这是重复劳动。如何提取规则？我们建议对标个案事实，通过案例类型化，结合裁判文书说理，得出法律适用结果。比如，在一个厂房租赁合同承租方违约的案件中，我们通过类型化事实，可以提取出这样的裁判规则：出租方按照承租方的定制要求提供特定租赁物，承租方单方违约解除合同，出租方可以索赔租赁物空置损失。看到这样的规则，作为出租方的律师就知道下一步如何提诉讼请求，如何强化己方证据。作为承租方的律师，也就知道如何结合现有证据展开辩驳。提取规则过程如下图所示：



第二，找准干预变量。我们的案例研究成果表单中不仅要有规则提取，紧随其后还要列明干预变量。当发现十个判决样本，出现了三个不同的裁判结果，这时候主办律师就应当对干预变量重点考察。但每个案件的干预变量不宜过多，应是类型化后的提炼，否则陷入个案细节，案例研究又陷入个案差异化的泥淖。如前文述，对于集体建设用地使用权有效租赁期限认定结果的干预变量是地方性土地管理政策。

案例研究成果表单

序号	时间	法院	审级	提取规则	干预变量	结果
1	2017	佛山中院	二审	土地租赁合同租期超过 20 年部分无效	佛山南海 2015 年被列入《土地管理法》调整实施试点	不超过 50 年即可

第三，利用案例的原则是“求同不求异，就高不就低”。意思就是案例研究首先要从同一法院案情大致相同的案件入手，其次选择从高级别法院案例入手。在笔者代理的多个系列案件中，主审法官都明确表示，同案一定同判，即便后案主审法官与前案不同，现在也很难出现同一法院对类似案件作出不同判决的极端情形。当然，不是说其他地区不同法院的判决不重要，有时候其他地区法院的说理论证甚至能够让本案处理别有洞天，即便没有论证启示，差异化现象可帮助我们提前预知本案诉讼的风险，以便及时向当事人披露。



注释

[1] Jones, Harry W. et al, Legal Method. Cases and Text Material, Mineola: the Foundation Press, Ltd, 1980, 3.

[2] 于同志：《“案例指导”何以发生》，载《法律适用》2017年第10期。

[3] 王泽鉴：“比较法、判例研究和实例研习”，载“中国民商法网”，网址：

<http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47617>，登陆时间：2020年3月4日。

【作者简介】

杨超男，本所专职律师，暨南大学/柏林自由大学法学博士。

封闭与开放：股东优先购买权之边界



黄梦圆律师

前言

股东优先购买权制度是维持股东自由转让股权的财产权益和其他股东人合性的利益平衡的司法制度。同等条件的设置，平衡转让股东、老股东、第三人三方的利益，既保护了公司的人合性也保障了股权的正常流通。

《公司法司法解释四》列举了数量、价格、支付方式、期限作为衡量同等条件的核心要素，因此在实践中对“同等条件”边界的把握就成为重中之重。

股东在对外转让股权时，首先应按照《公司法》等相关法律法规的规定履行通知义务。其次在获得过半数股东同意的前提下，应按照已确定的股权转让条件进行股权转让，其他股东在接受已确定条件时可行使优先购买权。最后对外转让股权确认的条件应是真实存在，如转让方和受让方为了规避其他股东行使优先购买权而恶意串通损害其他股东权益的，则相关的协议存在被认定为无效的风险。

其他股东在同等条件下享有优先购买权，《公司法》及《公司法司法解释四》对于股权对外转让时同等条件的解释中只提出了数量、价格、支付方式、期限等因素，却没有给出具体标准，想必亦是考虑到在实践中不断对“同等条件”赋予新的内涵，引致股东行使优先购买权的边界也不断发生变化。

本文将主要从有限责任公司股东对外转让股权中数量及价格两个因素进行主要阐述，公司章程对股权转让另有规定的不在本文讨论之列。

一、同等条件使用的前提条件

股东对外转让股权时，首先应当按照《公司法》第七十一条的规定将拟对外转让股权的数量及价格等条件通知其他股东，在得到过半数股东同意转让后，其他股东如接受该股权转让条件的，则可行使优先购买权。

一般情况下，仅一个股东对外转让股权，不附加其他条件，转让方和受让方按照确定价格进行股权转让，则股东在行使优先购买权时对于同等条件一般不会产生分歧或者争议，但是当股权转让涉及到多个股东将股权打包进行转让给某一个人或者在转让股权时受让方除支付股权转让款外仍需附带其他条件时，则转让方、受让方及其他股东之间很大可能会对同等条件边界问题产生争议。这就需要在实践中对同等条件的内涵进行释明，避免产生争议，对股权转让涉及的各方造成损害。

二、同等条件中的数量同等

股权转让中的数量同等的问题存在争议，主要是涉及多个股东将股权打包对外进行股权转让，公司股东是否可就其中部分转让股权按照整体价格中计算出属于该部分股权的价格进行购买的问题。在司法实践中，只要股东明确该转让的股权是整体打包转让的，则其他股东欲行使优先购买权，亦应对该整体股权进行受让，而不能拆开整体股权进行部分受让。

浙江环益资源利用有限公司、谢建林股权转让纠纷（案号：（2016）浙01民终5128号）一案中，谢建林和其他股东就其股权转让和高能公司达成的转让意向为包括谢建林股权在内的合计51%的股权以9588万元的价格一并转让给高能公司，另八名自然人已就整体转让51%大地公司股权书面通知环益公司，并告知其可以行使优先购买权，已经保障环益公司权利。在该转让条件下，环益公司提出仅受让谢建林个人的股权，并不属于在同等条件下受让股权。因为谢建林个人的股权转让和其他股东的股权转让不可分割，其个人的股权转让系和其他股东的股权一并转让为条件，该定价也是针对合计51%股权的整体定价，无法确定每个股东的股东在该整体定价中对应的价格。环益公司就其要求受让的5%

股权至今也无法明确相应对价，比照是否属同等条件的前提亦缺失。如谢建林个人的股权单独转让给环益公司，导致其他股东股权转让给高能公司的条件不成就，原定的转让目的无法实现，其他股东正当权益受损，谢建林依约也要承担由此给其他股东造成的损失，其利益也会受损，故环益公司提出的受让条件与高能公司提出的受让条件给转让股东造成的获益结果亦不同等。

另外，受让方整体受让51%的股权，可以取得转让公司的控股权，整体转让的利益明显高于分拆转让的利益，因此整体转让也可被认为是同等条件之一。环益公司仅单独对5%股权行使优先购买权不符合同等条件的要求，应视为其放弃了优先购买权。

为什么司法实践中不支持其他股东对转让股权中的部分股权行使优先购买权，主要有以下两个原因：

第一，限制了转让股东整体转让股权的自由。基于有限公司的人合性，公司法要求对外转让时优先照顾老股东利益，赋予老股东优先购买权；但优先购买权的行使前提在于接受转让股东提出的条件；优先购买权的行使，也不能限制转让股东整体转让股权的自由。

第二，可能导致受让方无法实现受让股权的目的。整体受让股权不单单是取得股权的意义，更大的意义在于取得公司的控制权，如果将蕴含控制权的股权予以拆分，对买卖双方的利益都将受到侵害。受让方的目的在于取得控制权，一旦整体的股权被拆分的，其受让股权部分的整体价值将大幅衰减，进而导致买卖双方的目的无法实现。

三、同等条件中的价格同等

股权转让的价格同等，意味着老股东应当以等于或者高于第三人价格的条件行使优先购买权，同时还应将其他能够通过对价进行衡量的因素加以考虑，而不仅仅指股权转让价格。

覃喜华、阳春市永基电站有限公司股权转让纠纷（案号：（2017）粤17民终703号）一案，阳春市永基电站有限公司召开股东会会议前通过电话通知覃喜华，阳春市永基电站有限公司履行通知的义务，并在会后将股东会决议转让股权的事宜告知覃喜华。则《阳春市永基电站有限公司股东会决议》符合公司法规定的程序，属

于合法有效。此外，黄维炯等11名自然人股东与范绍坤、江振娟于2014年12月30日签订的《阳春市永基电站有限公司股权转让合同》是双方当事人的真实意思表示，未违反法律和行政法规的禁止性规定，合法有效，受法律保护。

覃喜华在得知阳春永基电站的股东于2014年12月23日召开股东会议讨论股东转让股权事宜后明确表示不购买黄维炯等11名自然人股东转让的股权，视为放弃优先购买权。同时，在阳春永基电站股东于2014年12月23日召开的股东会中，设置了受让黄维炯等11名自然人股东转让股权的条件为需提供借款100万元给阳春永基电站，且范绍坤、江振娟实际已提供了借款100万元给阳春永基电站。而覃喜华不同意提供借款100万元给阳春永基电站，没有达到黄维炯等11名自然人股东转让股权时与受让方约定的同等条件，因而不享有优先购买权。

李文荣、吴蓬苗股权转让纠纷（案号：（2017）浙01民终2004号）一案中，吴蓬苗与赵理光签订《股权转让协议》《关于〈股权转让协议〉的补充协议》。李文荣在收到股权转让通知时明确表示在同等价格条件下行使优先购买权。根据我国公司法第七十一条规定，股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意；经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。因此，股东的优先购买权属于法定权利，且该优先购买权应当限定在同等条件下。对于同等条件的认定，一般应以出让股东与受让人之间合同确定的转让价格为标准。案涉股权的转让价格包括650万元股权转让款以及对华越公司对外负债的担保责任，因此李文荣要求以650万元购买转让股权不属于在同等条件的范围行使优先购买权。

但对于转让条件中有关“对华越公司对外负债向债权人承担连带清偿责任”是否存在出让方与第三人恶意串通、故意阻碍其他股东行使优先购买权的问题，基于现有证据无法认定华越公司的对外负债情况，因此受让方“对华越公司的对外负债向债权人承担连带清偿责任”的约定缺乏真实的债务基础。故吴蓬苗与赵理光签订的《股权转让协议》及《关于〈股权转让协议〉的补充协议》无效，则该股权转让的行为因缺乏有效的生效

条件而归于无效。

本案中，法院认可同等条件可以包含股权转让方与受让方之间关于股权转让价格之外约定的能用对价衡量的其他因素，但如果该因素无法提供相应的证据予以证实则存在被认定为无效的风险。

通过以上两个案例的分析可知，关于在股权转让中价格同等的因素不仅仅指股权转让的价格，还应包括其他可以用对价来予以衡量的因素，包括受让方对转让方公司的借款或对转让方公司的对外负债承担连带责任等，但是无论是借款给公司还是对公司对外负债承担连带清偿责任，均应在股权转让时是真实存在的。

四、同等条件中的其他因素

（一）支付方式等同

《公司法司法解释四》规定其他股东在行使优先购买权时与受让方向转让方支付对价的支付方式等同，主要目的在于保障转让股东能够及时、足额的获得股权转让价款的权利，因此其他股东有权按照转让股东与受让方之间约定的支付方式行使优先购买权。一般情况下，转让方不能要求其他股东在行使优先购买权时使用的支付方式严格于其与受让方约定的支付方式，或者改变其之前与受让方约定的股权转让价款的支付方式，除非获得其他股东同意。

（二）支付期限等同

《公司法司法解释四》规定其他股东在行使优先购买权时与受让方向转让方支付对价的支付期限等同，主要目的在于限制老股东在行使优先购买权的时候支付股权转让款的支付期限不得晚于第三人的支付期限。但，如果转让方与受让方之间约定的支付期限存在明显的不合理的情况，则其他股东可以向人民法院提起诉讼的方式保护自己的正当权利，人民法院也应当根据股权转让款的金额大小、其他股东的支付能力强弱等条件来综合判断合理的支付期限。

（三）其他可作为同等条件考虑的因素

对于同等条件的认定，一般应以出让股东与受让人之间合同确定的转让价格为标准。但该转让价格明显是基于出让股东与受让人之间存在的合法关系（如双方之间存在投资关系、业务关系或经济利益关系）、特别约

定（如承诺承担公司债务、引进项目、对公司进行增资等）等因素而确定的相对优惠的转让价格，这些转让价格以外的因素应当作为价格条件一并予以考虑。如请求行使优先购买权的股东仅单纯要求按照出让股东与受让人之间的转让价格行使优先购买权，其本身又不能提供或接受相应的价格以外的条件，则不能认定属于同等条件。（上海市高级人民法院《关于审理股东请求对公司股份行使优先购买权引发纠纷案件的研讨意见》沪高法民二[2004]13号）。

【作者简介】

黄梦圆，本所专职律师，参加四年以上法律工作，三年以上专职律师执业经验，具有较丰富的法律服务经验。



广州白鹅潭 合伙人苏东海律师 摄

谈诉讼策略对诉讼胜败的关键作用



杨恒勤律师

诉讼策略在很大程度上会直接影响诉讼结果。律师在诉讼策略上的选择也会在较大范围内改变当事人的最终处境。诉讼策略的选择，显示了律师在案件案情掌握上的技术性和法律分析上的专业度。

2017年下半年，笔者团队办理过一单涉及到18套商品房的排除执行案件。案件当事人黄某找到笔者团队，带来排除执行的执行异议的败诉裁定书，涉及上个世纪九十年代的以物抵债，请笔者团队分析。这个执行异议的申请人是黄某堂弟的七位继承人，该纠纷发生时为上世纪90年代，排除的标的价值在当时约为450万，现在已超过3000万。在笔者团队接受该案时，当事人处于执行异议之诉的一审已败诉之处境。而到2019年10月，该案经历了三个执行异议、两个执行异议之诉一审、一个执行异议二审，最终广东省高级人民法院的执行异议二审终审判决排除了18套房屋的执行。本案处理最终有美满结局，笔者团队认为跟精妙的诉讼策略设计有很大关系。本文以该案为例，以证明诉讼策略在诉讼中的关键作用。

一、案情介绍

1997年，佛山市南海某集团实业公司（以下简称“某实业公司”）在建设某花园项目中将给水工程交付黄某（黄先生兄弟的父亲）施工。此后，由于某实业公

司建设资金出现问题，在给水工程未完工情况下，某实业公司先后将某花园项目中17套房屋抵押给黄某，以此向黄某担保完成给水工程；另以某商铺抵偿欠付黄某的工程款1737750元。前述抵押行为及以物抵债行为曾经佛山市南海区人民法院民事调解书予以确认。此后，双方为确保给水工程完工，又于2004年3月签订《协议书》，再次达成协议由某实业公司将该18套房屋（以下简称“涉案房产”），全部卖给黄某作为冲抵某实业公司欠黄某工程款4463184元，黄某不得再向某实业公司主张债权，双方债权债务完结。该协议中确定黄某可以自行处理上述房产，可以选择评估及拍卖方式实现。此后，黄某与某实业公司将上述房产委托佛山市的一家拍卖行进行拍卖，由黄某堂弟竞拍成功。

此后，双方为确保给水工程完工，又于2004年3月签订《协议书》，再次达成协议由某实业公司将该18套房屋（以下简称“涉案房产”），全部卖给黄某作为冲抵某实业公司欠黄某工程款4463184元，黄某不得再向某实业公司主张债权，双方债权债务完结。该协议中确定黄某可以自行处理上述房产，可以选择评估及拍卖方式实现。此后，黄某与某实业公司将上述房产委托佛山市的一家拍卖行进行拍卖，由黄某堂弟竞拍成功。

被执行人某实业公司因拒不履行生效判决书确定的还款义务，申请执行人广州某商业银行股份有限公司支行（以下简称“某商行支行”）向广州市中级人民法院申请对某实业公司的财产进行强制执行。广州市中级人民法院于2015年4月执行裁定查封登记在某实业公司名下的案涉18套房产，总建筑面积为1434.58 m²。

案外人黄某于2017年2月就该执行裁定提出执行异议，请求法院解除对案涉房产的查封，并停止评估、拍卖。黄某称依据南海区法院作出的民事调解书，黄某可以自行处理上述房产，可以选择评估及拍卖。此后，黄某将上述房产拍卖由黄某堂弟竞拍成功，故黄某认为案涉房产属于黄某堂弟所有。

针对案外人黄某提出的异议，广州市中级人民法院在2017年作出执行裁定书，裁定驳回案外人黄某的

异议申请。法院认为，虽然黄某在2004年3月与某实业公司达成协议，以案涉房产抵偿工程款债权，并以公开拍卖的方式转让给黄某堂弟，但案涉房产至今仍登记在某实业公司名下。现黄某承认通过拍卖已实现工程款债权，上述房产的所有权属于黄某堂弟所有，即黄某在本案中就对案涉房产没有主张排除执行的实体权利，因此，黄某不具备提出案外人异议的主体资格。

黄某堂弟于2004年3月与佛山市某拍卖行签订《拍卖成交确认书》，成功竞拍得案涉房产。黄某堂弟于2011年4月去世，其7位继承人针对执行裁定提出执行异议，认为黄某堂弟于2004年3月通过拍卖取得案涉房产，请求解除执行裁定对案涉房产的查封。针对案外人黄某堂弟的7位继承人提出的异议，广州市中级人民法院2017年作出执行裁定书，驳回了其异议申请，认为委托拍卖合同的合法性及效力存在问题，须进行实体审理后才能确认，而执行部门并无权对实体内容进行审查。况且，7位案外人也无法提供黄某堂弟竞买后支付拍卖款的凭证。故不符合《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》第二十八条规定，裁定驳回其异议申请。

综上，案外人黄某因没有主张实体权利的资格而被裁定驳回。案外人黄某堂弟的7位继承人因其不能证明委托拍卖合同的合法性及效力和不能提供黄某堂弟竞买成交后支付拍卖款的凭证而被裁定驳回。此时黄某找到了笔者团队。

二、诉讼策略的确定

笔者接受案外人黄某的委托对案件进行分析，认为若继续由黄某堂弟的7位继承人主张权利则不能证明其对案涉房产享有物权请求权，黄某堂弟竞买成交后支付拍卖款作为关键的证据此时缺失，故很难从证据和事实上支持黄某排除执行的请求。排除执行的诉讼目标在法律上和事实上均无法实现。

经过笔者团队多次研究，注意到，虽然无证据证明黄某竞买成交后支付拍卖款，但是黄某是通过以物抵债的形式取得房屋的部分权利，其以物抵债的行为可以视为黄某已经支付了购房款，黄某作为申请排除执行的主体存在排除执行的法律依据和事实依据。但鉴于前述执

行裁定已经裁定黄某不享有案外人异议的资格，所以想要让黄某主张排除执行，首先要使其获得案外人异议的资格。故，本案的诉讼策略应发生根本性的改变，即由原先以黄某堂弟的继承人作为排除执行的申请主体转为由黄某作为排除执行的申请主体，同时采取法律手段使黄某享有案外人异议资格。经过与客户研究分析，最终团队设计了以下诉讼策略：

第一，让黄某堂弟的7位继承人继续不服异议裁定提起案外人异议之诉，其目的是以一份生效的判决确认黄某堂弟的7位继承人并不享有对案涉房产的物权。2017年11月，广州市中级人民法院作出民事判决认定根据拍卖成交确认书、佛山市南海拍卖行发给黄某堂弟的函件等证据只能证明黄某堂弟的7位继承人对案涉房产享有债权请求权，并不能证明其对案涉房产享有物权请求权。

第二，让黄某与黄某堂弟的7位继承人签订和解协议。和解协议的内容为：基于民事判决书认定黄某堂弟不享有案涉房产的产权，黄某堂弟当初购买案涉房产取得产权的目的因生效判决而无法实现，黄某堂弟与黄某通过拍卖成立的房屋买卖关系不能成立，黄某退回黄某堂弟所支付的购房款，黄某堂弟的7位继承人将房屋移交给黄某。由此，黄某收回房屋占有权。通过上述诉讼策略的设计，黄某与案涉房产产生利害关系，从而获得案外人异议的资格。

三、案件的实际处理过程

在上述准备工作完成后，黄某正式与笔者团队签订了《民事委托合同》。2018年3月，笔者作为代理人代案外人黄某提出执行异议申请。异议的审查过程基本证明了笔者的判断。广州市中级人民法院审查后在2018年作出了执行异议裁定，裁定中止对案涉房产的执行。申请执行人某商业银行支行不服该裁定，向广州市中级人民法院提起执行异议之诉的诉讼。

在诉讼过程中，笔者提供代理意见认为依据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条规定黄某享有排除执行的权利。理由为：首先，根据黄某提交的与某实业公司于2004年3月签订的《协议书》，某实业公司同意将案涉房产

全部卖给黄某作为冲抵所欠黄某工程款4463184元，黄某不得再向某实业公司主张债权，双方债权债务完结。

《协议书》约定抵偿的工程款明确，抵债房产清楚，黄某以放弃债权的方式支付房款，某实业公司以转让房产为对价免付工程款。因此，该以房抵债协议的效力和后果等同于买卖合同，可以认定在人民法院查封之前已签订合法有效的买卖合同，已支付了全部价款。

其次，根据2017年民事判决确认及佛山市某物业管理有限公司出具的证明，黄某堂弟的若干继承人已实际占有案涉房产。由此可以证明，黄某在拍卖案涉房产后已将案涉房产交付给买受人。由此亦可认定，黄某交付案涉房产前已实际占有案涉房产。

最后，据某实业公司出具《情况说明》，该司对案涉房产抵偿黄某以冲抵某实业公司拖欠的工程款4463184元是确认的，而某实业公司在《情况说明》中亦称因其司资不抵债，对于以物抵债的业主，无法协助其开具相应的购房发票，未能协助办理过户手续。故可以认定非因黄某自身原因导致案涉房产未办理过户登记。

四、法院的最终裁判

针对某商行支行的起诉，广州市中级人民法院2018年作出民事判决书，认为本案黄某对案涉房产享有足以阻止执行标的转让、交付的实体权利，故驳回原告某商行支行的诉讼请求。

原告某商行支行不服广州市中级人民法院做出的该民事判决书，向广东省高级人民法院提起上诉，广东省高级人民法院2019年作出民事判决书，判决驳回原告的上诉请求，维持原判。

五、本案诉讼策略点评

本案当事人黄某虽然在2004年3月与某实业公司达成以案涉房产抵偿工程款的协议，并通过公开拍卖方式转让给黄某堂弟，但案涉房产仍登记在某实业公司名下，黄某又承认通过拍卖已实现工程款债权，此时，黄某不具备案外人异议主体资格。因此，本案最关键的是通过诉讼策略设计让黄某取得案外人异议资格。

为何选择黄某提案外人异议申请？因为若以黄某堂

弟的7位继承人提案外人异议之诉，希望得到中止执行的判决结果机会为零。一方面，其无法证明委托拍卖合同的合法性及效力，另一方面，其无法提供黄某堂弟竞买后支付拍卖款的凭证。而相反，根据民事调解书、黄某与某实业公司于2004年3月签订的《协议书》等证据，能够证明黄某与某实业公司之间以房抵债的事实。因此，在案外人异议之诉的过程中黄某只需论证以房抵债能排除执行即可。

如何使黄某取得案外人执行异议的资格？首先，让黄某堂弟的7位继承人对2017年裁定提案外人异议之诉，以此达到认定其不享有物权的事实；再以买卖合同目的不能实现为由与黄某签订和解协议，认定原买卖合同不成立，买卖双方返还原物。至此，黄某取得案外人异议的资格。

综上，本案诉讼策略决定了裁判结果。通过本案诉讼策略的设计，为黄某守住18套房产的所有权，目前按市场价值估算大概为3000万。如若不然黄某只能依据普通债权向某实业公司主张4463184元的工程款，而某实业公司已经进入破产程序、债务众多，债权清偿的概率几乎为零。因此诉讼策略避免了黄某陷入债权无法实现清偿的困境，实现由0到3000万的不可思议的转折。

【作者简介】

杨恒勤，本所高级合伙人律师，中山大学法律硕士。其团队在诉讼、执行领域较有经验，擅长重大执行案件的处理；同时主要从事投融资、投资资金法律业务、互联网金融等非诉讼领域业务。

由一宗离婚案引发的八宗民刑案



史萍律师

“我希望你们能将我的故事写出来，让更多人学会保护自己，不再犯我这样的错误。”张女士说道。经过几年的诉讼，她已由初见时的沮丧、痛苦变得冷静、淡然。

离婚纠纷案

张女士与邓先生原为夫妻，双方2008年共同设立了一家公司，邓先生（法定代表人）负责对外营销，张女士负责内部管理。经过多年努力，二人将公司经营得有声有色，虽规模不大，但利润较为可观。于2015年底，邓先生以张女士照顾家庭为由，让其放弃公司管理工作，张女士原以为回家过上家庭主妇的生活。未曾想2016年3月偶然发现丈夫与第三者长期保持男女关系，他们不仅拍摄了婚纱照，还生育了一个女儿，并拥有共同的住所，邓先生经常出入该住所。张女士几经努力仍然无法挽回丈夫的心，遂准备提起离婚诉讼，经过律师帮其梳理财产时发现，原来丈夫早就做着离婚准备。

根据我们的初步判断，如果能调解，一方面会减少张女士对邓先生的怨恨，另一方面也会减少邓先生的诉累，避免双方持续长时间的“战争”。但是几经努力发现，对方丝毫没有调解意向，于是张女士向法院提起了离婚诉讼，并要求一并分割夫妻共同财产。

起初，张女士并不清楚夫妻共同财产部分有哪些。之前出于对丈夫的信任，张女士离开公司，邓先生最初每月会拿回几千元现金给张女士作为家用，但并不清楚公司其他收入去向，也从未过问。当张女士提出离婚，

想让邓先生将夫妻共同财产拿出分割时，邓先生不置可否。于是乎，我们申请律师调查令查到了邓先生名下自2015年开始多个账户的银行流水。流水显示，其个人账户多次从公司账户转入大额资金，有的资金去向他个人的其他账户，大多数则去向不明。由此，我们又申请调取了其收款的账户流水，从而要求法庭调查这些资金的最终去向和用途。

案件经过三次庭审，持续将近一年时间（期间延长审限），或许是对方感觉有些疲惫，最终在法院的主持下仅就解除婚姻关系及部分财产的分割达成了调解，张女士没有拿到属于自己的全部财产，于是引发了一系列案件。

第一案：张女士与他人股权转让纠纷案

在与张女士最初的沟通中，其不经意提到大概2年前，邓先生以业务发展需要为由，让张女士将其名下部分股权分别转让给梅某及何某处（张女士均不认识二人）。在我们的提示下，张女士找到了两份股权转让协议，协议约定了张女士出让股权的份额和价格，但张女士本人从未收到过股权转让款。离婚案件立案后，张女士即起诉两位股权受让人支付转让款。证据确凿，邓先生出庭时对是否收到转让款不置可否，法院支持了张女士的诉讼请求。

值得一提的是，案件进入执行阶段后，法院未能查到财产线索，我们多方努力终于找到二人所在的单位，并将此信息告知执行法官，二人最终迫于压力履行了付款义务。

律师提示：在夫妻存续期间，双方通常都有基本的信任，配偶极少会仔细阅读和追问一方拿回的材料，因为拿捏不好可能会伤害双方的感情，但是过度的信任可能会侵害自己的权益。在此建议夫妻一方让另外一方签署文件时，能够基于尊重进行简单释明，另一方最好能浏览并拍照或者复印留存，涉及到自己权益的要及时跟进，以免遗忘难以救济。

第二案：张女士股东知情权纠纷案

因离婚财产的分割涉及公司股权的处理，张女士有必要了解公司目前的经营情况和财务情况，但是邓先生

拒绝告知。此时，邓女士才领悟到邓先生在2015年让张女士回归家庭只不过是為了摆脱张女士的监管转移财产罢了。因此张女士在起诉股权转让纠纷案后不久，委托我们向公司发出函件，请求查阅财务资料，但却未得到回应。2017年7月张女士将公司诉至法院，要求公司提供相关财务资料供本人查阅、复制。审理期间，恰逢最高人民法院颁布公司法解释四，该解释对股东知情权作了比较详细的规定，法院依此支持了张女士的全部诉讼请求。在法院的强制执行下，会计师、律师查阅复制了自公司设立之日起的章程、决议及财务会计报告，并查阅了会计账簿和会计凭证（原始凭证、记账凭证）。

律师提示：实践中，类似张女士夫妇这种同为公司股东的状况极其普遍，通常是一人负责经营管理，另一人辅助或者基本不参与经营管理，也有双方都参与的情形。这时双方都要考虑参与或者不参与管理的利弊，可以在专业人士的帮助下，通过法律文书或者法律行为保护自己的权益，以免事后救济出现阻力或者增加救济成本。

第三案：张女士丈夫涉嫌职务侵占、虚开增值税发票案

就在查阅、复制公司上述资料的过程中，我们发现，在邓先生经营管理公司期间，公司虚开了大量发票（律师发函到开票单位核实后确认虚空），且伪造记账凭证、多列支出。公司本身经营化工类产品，规模不大，人数不多，但是在某超市购买扫把之类的劳保费用每月达到几十万元。另外虚构工人人数，虚开工资，甚至将去世的哥哥作为员工记账领取工资，逃避了数额巨大的税款，大笔资金流向邓先生的个人账户后不知去向。为此，张女士向公安部门和税局提出控告和举报，目前案件正在调查中。

律师提示：当今社会，离婚案件引发刑事案件已不罕见，曾经轰动一时的某明星离婚案，该明星最终将自己的经纪人送进了监狱。很多人士在经营企业时不能遵纪守法，也给自己埋下了隐患。如今在税务透明以及法律对股东知情权的保护下，公司经营更要合法合规，随时经得起检验。

第四案：公司起诉张女士借款纠纷案

令张女士没有想到的是，自己也收到了法院的传票，原来是公司起诉要求她还款。邓先生在2016年曾以公司经营需要为由购买林肯车一辆（实际一直是邓先生使用），并声称登记在张女士名下最为安全，张女士毫不犹豫答应。当时邓先生声称现金都在公司暂不便取出，于是让张女士出具借条向公司借款支付购车首期款，剩下购车款以张女士的名义向银行贷款。张女士认为公司的钱就是家里的钱，无所谓怎么提取，所以不假思索地签署了借条。最让张女士恼火的是，这些年张先生偶尔拿给张女士的家用，也是让张女士出具借条给公司，现在公司却一并起诉张女士要求还款，并查封了张女士名下的房产。

为此，我们协助张女士梳理了其向公司所借款项，认为这些借款并非张女士的个人借款，一部分是双方的夫妻共同债务，一部分是邓先生给予张女士的生活费无需偿还（当时股东仅为张女士夫妇），并以该思路整理了相应的诉讼策略。最终法院在综合双方质证意见及认真调查询问后，支持了我们的上述观点。但此时张女士已经恨透了邓先生。

律师提示：家庭财产与企业财产混同，是许多企业普遍存在的现象，也存在很多风险。很多企业家认为企业就是我的家，企业的财产就是我的财产。但从法律的角度看，企业的归企业，家庭的归家庭，二者财产应作出区分及隔离。尤其是当大股东出现婚姻纠纷时，很可能会严重影响公司的经营，这种案例屡见不鲜。

第五案：银行起诉二人偿还车贷纠纷案

如前案所述，以张女士名义购买林肯车的贷款，因张女士在离婚期间没有任何收入来源，自然无能力偿还贷款，银行也查封了其名下的房屋，并将二人告上法庭，张女士的征信因此受到严重影响。

庭审中，邓先生否认该借款与自己有关。但经法庭调查，涉案债务发生于婚姻关系存续期间，而邓先生作为公司法定代表人和实际经营人出具借条给张女士，且借款用途明确为购买林肯车，张女士在邓先生明知且同意以公司名义借款的情况下购买车辆用于共同生产经营，有时亦用于家庭的共同生活，该债务属于夫妻共同债务，法庭最终判决二人共同偿还上述贷款。

律师提示：在夫妻关系存续期间，无论以哪方名义借款，如果债权人能够证明该款项是为共同生产经营或生活所需而使用，则法院可以认定为夫妻共同债务。本案中债权人虽不能举证，但张女士能够举证证明，则法院完全可以依此作出判决。

第六案：第三人起诉张女士借款纠纷案

正当我们以为前述纠纷告一段落时，张女士又来电称收到了某区法院的开庭，房屋也第三次被查封。“史律师，之前我真的不好意思跟你说这事”。原来，张女士在发现丈夫出轨之初，一时没了头绪，到处咨询求助，邻居华姐声称其在北京的男朋友可以帮忙，并要求张女士提取现金40万元给其男朋友帮助调查和聘请北京律师，但是张女士根本没有这么多现金，此时华姐的男朋友称可以介绍一位罗先生借款给她。张女士遂出具借条并取得借款，随后将该40万支付给华姐及其男朋友，现罗先生起诉张女士要求归还到期借款。

当张女士将这些情况向我们陈述时，我们立刻警觉到这极有可能涉嫌诈骗，于是申请法庭将案件移送公安机关处理。但法院坚持作出判决，又因无法认定该笔债务为夫妻共同债务，从而判令由张女士个人承担。

律师提示：当你无力支付款项，对方却介绍熟人借款给你时，应当警觉是否存在套路，而债权债务比较清楚的情况下，法院也只能判决归还借款。此时打输官司的张女士如何讨回40万，唯有依靠刑事案件去查明处理了。

第七案：第三人涉嫌诈骗张女士财物案

张女士拿到上述判决后，多次试图与华姐及其男朋友联系要求退款，但均遭到各种推堂和躲避。于是我们在协助张女士收集、固定与本案有关的证据材料，准备好充足的报案材料后，陪同张女士到公安机关报案，公安机关很快予以立案。后在侦查过程中，经过几番周旋，第三人最终将骗取的款项如数归还给张女士，总算挽回损失。

律师提示：当发现丈夫有婚外情后，很多女性都是又气又恨，但又手足无措，很容易盲目轻信他人，导致钱财被骗。严重的甚至因为取证方式不当给自己带来牢狱之灾。但是如果身边有律师朋友引导，合法取证、合

法维权，或许能达到较好的效果。

第八案：离婚后财产纠纷案

如前所述，张女士在离婚案件中，仅对解除婚姻关系及部分财产进行了分割，其余财产的分割、债务承担还需另诉处理。经过多番查证、整理，张女士于2019年8月提起了离婚后财产分割诉讼。

目前案件进行了第一次庭审，由于财产较多且较为复杂，本案还会再次开庭审理。对于张女士来说，经过一次次的出庭，她已经不再纠结案件的结果。一边争取自己的权益，一边努力工作，好好生活。

律师提示：财产分割案件，重中之重是掌握初步财产线索，以便申请法院查明相应财产从而进行分割，因此夫妻日常相处之间，也应留意财产情况，保留相应证据。

结语

也许，张女士还会面临第九个、第十个案件，但这些都不是我们想要看到的。也许有人会问：不是案件越多越好吗？其实，对于绝大多数家事律师来说，都希望能够通过调解的方式化干戈为玉帛，但毕竟双方曾经夫妻一场，未来可能还会因为孩子见面交往。本案中，双方都因为诉累付出了大量的时间、精力、金钱。如果当初能和解，可能再见亦是朋友。

当然，在各种名人和身边亲朋离婚案件的影响下，也有越来越多的人意识到婚姻存在的风险。为了避免各种矛盾和伤害的出现，在婚前婚后通过专业人士的帮助，运用协议、遗嘱、保险、信托等工具做好财富的管理和规划，让爱变得更加纯粹和长久，成为许多高净值人群的选择。

【作者简介】

史萍，本所合伙人律师、财富管理传承专业部副部长，省律协婚姻家庭委员会委员，广州仲裁委员会仲裁员，从事法律工作18年。专注于婚姻、继承和家族财富管理问题的实务研究。

专业批发市场合同诈骗的界定及风险防范指引

一、研究背景

(一) 专业批发市场合同诈骗罪研究的现实意义

广州作为千年商都，是服装、皮具、水产、果蔬、干货、药材等行业的重要批发集散地。广州的专业批发市场以其功能明晰、区域性强、产品集中、数量充足、门类齐全而闻名中外。每年吸引来自国内及世界各地客商到广州批量采购，从而有效地推动了广州经济尤其是旅游服务业的发展。

但长期以来，许多专业批发市场的交易习惯仍处于落后、原始的状态，许多专业市场管理非常不规范，商场、商户法律意识淡薄，常常以交易习惯代替法律，具体表现在：其一，实际交易过程中，在未核实对方的真实身份信息的情况下，便运行与对方进行交易；其二，在对方的欺诈下或自身存在侥幸心理，不签订购销合同或签订不规范；其三，部分商户出具《付款承诺书》或《对账单》内容不够完善，缺少管辖条款、违约责任、未载明具体的交易时间、交易品种等；其四，恶意采购方利用了交易产品具有出货量、货期供应集中、保存期短、保鲜要求高不宜长时间持有等交易特点，采取赊账或者炒货的交易模式，导致巨额货款（数百万或者数千万元）被拖欠或者被恶意转移；其五，在商品货物交易中，大部分的商户并不清楚交易对方的财产线索，也未要求对方提供任何担保，在强制执行程序过程中很难执行到款项等等。以上种种导致许多商户被“老赖”拖欠巨额货款，在维护自身合法权益时无法提供充足的证据材料，民事纠纷、民事欺诈案件也越来越多。

而刑事合同诈骗在各专业批发市场中更加常见。行为人通过虚构主体、冒用他人名义、隐瞒真实的履行能力、提供虚假的担保等手段进行交易，在收受对方给付的货物后逃匿，致使诸多商户无法追回货款。

合同诈骗犯罪在各专业批发市场发生的频率高、金额大已经是共性，笔者团队服务的客户之一——广州某果蔬批发市场近年来，曾经多次发生涉案货款金额超过千万元，牵连数十家供应商被恶意拖欠或者恶意转移，导致商家无法追回货款，资金链条断裂，多年积累起来的



梁沐周律师



廖国冬实习律师

产业瞬间化为乌有的经济纠纷。

如何避免合同诈骗，采取何种保障方式和法律措施，对保障广州各大专业批发市场诸多商户的切身利益，营造广州高度发达的营商法治环境具有重要现实指导意义。

新冠肺炎疫情笼罩下的广州专业批发市场，正迎来了艰难时刻。因体量大、从业人员多，再加上跨地流动频繁、人群容易集聚，批发市场疫情防控难度大，所以复工复产的要求尤为严格。除了积极应对新冠疫情，常见于各大专业批发市场的法律纠纷亦接踵而来，尤其是涉嫌刑事合同诈骗罪的买卖合同类法律纠纷为甚。了解这些纠纷，对于判断行为性质，预防风险发生具有重要意义。下面先对此类纠纷作选取部分情况一个数据分析，以期从中发现一些共性及个性，使之风险防控更为精准。

(二) 全国合同诈骗罪案件的数量 (2015年至2019年)

1. 检察院受理的案件数量

笔者在人民检察院案件信息公开网上进行检索，在2015-2019五年期间，共检索到20821份合同诈骗罪案件的起诉书和不起诉决定书，其中起诉书为18556份，

以案说法

不起诉决定书为2265份，不起诉率为10.88%。

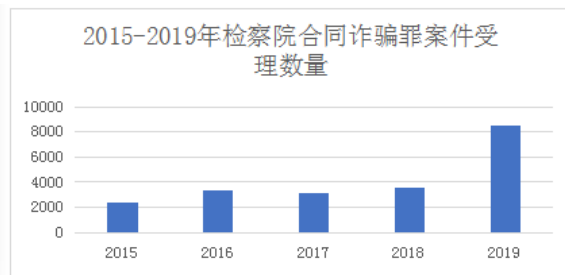


2.全国法院案件受理的数量

而在中国裁判文书网检索并统计发现，同时期的合同诈骗罪案件在进入法院阶段后，共有27290份判决书，其中无罪判决有160份，无罪判决率为0.59%。



3.全国检察院受理案件数量年份比较



从上图可知，在2015-2019年期间，合同诈骗罪案件的数量逐年上升，其中2019年高达8472件，是2018年的2倍多，五年间合同诈骗罪案件在全国平均每天十起以上，可以说合同诈骗案件是司法实践中高发的刑事案件之一。

因此，如何准确把握合同诈骗罪，厘清罪与非罪，对于及时打击犯罪，保证社会秩序，维护国家、集体和个人利益，促进社会主义市场经济的发展具有现实的必要性和紧迫性。

鉴于前述合同诈骗存在的普遍性及判断的紧迫性，本文拟结合有关案例进行分析，并在此基础上提出准确界定合同诈骗的解决方案。

二、案例分析及合同诈骗罪的构成

(一) 案例基本情况

广州市某水果商行（以下简称“某水果商行”）系广州某果菜批发市场的供应商（该市场为中国最大的果蔬批发专业市场）。2017年6月5日，梁某签署了《采购商入场承诺书（广州某果菜批发市场）》，明确市场交易习惯为：采购商或采购商的代理人直接到供应商档口处看货、订货并当场提货，约定期限内供应商向采购商发送对账结算单，供应商核对无误后付清货款，异议部分双方通过电话、微信、短信等多种方式沟通解决。同日，梁某出具《授权委托书》授权谢某在该市场代为进行采购、提货、验收等买卖交易行为。

2019年1月8日至2月2日，谢某以“委托人”梁某的名义与广州某水果商行签署了8份《水果买卖合同（提货单）》合计424360元并已提货。

本案中，实际采购商及实控人均均为谢某，但并未签署《采购商入场承诺书》，仅在《水果买卖合同（提货单）》中签署了“长沙老谢”（昵称）、“谢某”取走

货物后一直下落不明，且未支付任何货款。

本案中，“委托人”为梁某，“代理人”为谢某，根据民事代理的规定，其代理行为法律后果应由“委托人”梁某承担即负责支付货款。但本案的实际采购商及受益人均均为“代理人”谢某，其以“委托人”梁某的名义与某水果商行签订水果买卖合同后，取得货物即逃匿而拒不付款，最终，谢某的行为被认定为合同诈骗罪。该类案例为笔者团队的常年服务的果蔬、皮具和服装等广州专业批发市场常见的法律纠纷，笔者从代理的客户2019年度多个买卖合同纠纷中，节选了其中一个典型的合同诈骗的交易行为进行分析。

（二）合同诈骗罪的构成

1. 概念

《刑法》第224条规定，“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，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。”

合同诈骗罪是指以非法占有为目的，通过虚构事实与隐瞒真相等手段，诱使对方与行为人签订、履行合同，骗取对方当事人财物数额较大的行为。

另外，根据广东省高级人民法院印发《关于办理破坏社会主义市场经济秩序犯罪案件若干具体问题的指导意见》的规定，个人进行合同诈骗犯罪定罪量刑的数额标准为：广州、深圳、珠海、汕头、佛山、中山、东莞、江门市及其所辖市、县、区以5万元以下为“数额较大”，5万元以上不满50万元为“数额巨大”，50万元以上为“数额特别巨大”。湛江、茂名、惠州、潮

州、揭阳、汕尾、梅州、河源、肇庆、韶关、清远、阳江、云浮及其所辖市、县、区以4万元以下为“数额较大”，4万元以上不满40万元为“数额巨大”，40万元以上为“数额特别巨大”。广州铁路运输各级法院审理犯罪地在广东省内的合同诈骗案件，按照犯罪行为发生地的标准掌握；犯罪地在广东省以外的案件，按照本《意见》第21条第二款的标准掌握。

单位进行合同诈骗犯罪定罪量刑的数额标准为：数额在50万元以下为“数额较大”，50万元以上不满300万元为“数额巨大”，300万元以上为“数额特别巨大”。

2. 构成要件

（1）**违法（客观）构成要件**：在合同签订、履行过程中，使用欺诈手段，骗取对方当事人数额较大的财物的行为。根据《刑法》第224条，欺骗行为包括：

- （1）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；
- （2）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；
- （3）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；
- （4）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；
- （5）以其他方法骗取对方当事人财物的。合同诈骗罪侵犯的客体既包括国家、集体、他人的公私财物所有权，也包括我国社会主义市场经济秩序及合同管理秩序。

（2）**责任（主观）构成要件**：直接故意且主观上具有非法占有他人财物的目的。该非法占有的目的既可以存在于签订合同之时，也可以存在于履行合同的过程中。以下情形可以认定具有非法占有目的：1) 挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款、定金或保证金，致使上述款物无法返还的；2) 使用对方当事人的货物、货款、预付款、定金或保证金进行违法犯罪活动的；3) 合同签订后，以支付部分货款、开始履行合同为诱饵，骗取全部货物后，在合同规定的期限内或者双方约定的付款期限内，无正当理由拒不支付其余货款的；4) 收到对方货款后，不按合同规定或双方约定组织货源，而是用于冒险投资的等。

（三）合同诈骗罪的本质特征

从上述对合同诈骗罪构成要件分析可知，合同诈骗

罪的行为人虚构事实、隐瞒真相的根本目的在于非法占有对方的财物，其并未有真实交易、履行的意图。由此可见，主观目的即行为人是否具有非法占有他人财物的目的，是合同诈骗罪最本质的特征，对于界定合同诈骗罪具有重要作用。

（四）对谢某的行为定性为合同诈骗罪的分析

1. 客观（违法）构成要件

客观（违法）构成要件包括危害行为、行为对象、危害结果、时间、地点、构成身份等。合同诈骗罪的主要客观（违法）构成要件是危害行为，即在合同签订、履行过程中，骗取对方当事人数额较大的财物的行为。具体表现为在合同签订、履行过程中，实施欺骗行为使对方产生错误认识或维持、强化当事人的错误认识，被骗人基于该错误认识处分了财产。

本案中，谢某假借“委托人”梁某的名义与某水果商行签订水果买卖合同，使某水果商行对合同的交易方产生错误认识，即误以为合同的交易方为梁某，某水果商行基于该错误认识将价值424360元的货物交付给谢某。该行为符合《刑法》第224条规定的以“冒用他人名义签订合同”的方法骗取对方当事人数额较大的财物。

2. 责任（主观）构成要件

责任（主观）构成要件包括故意、过失、目的、动机等。合同诈骗罪的主要责任（主观）构成要件是非法占有的目的。

本案中，其一，谢某假借“委托人”梁某的名义与顺行水果商行签订水果买卖合同，而实际采购商及受益人均均为谢某，其本质在于使其“代理”的效果归属于“委托人”梁某，亦即将支付货款的义务归属于“委托人”梁某，从而逃避债务，据此可知，谢某在签订合同时就已经有非法占有的目的。其二，梁某、谢某均无任何实际履行合同的行为，谢某逃匿拒不支付任何货款的行为亦表明其具有非法占有的目的。

综上，谢某客观上具有“冒用他人名义”签订合同，骗取对方当事人数额较大的财物的行为，主观上有非法占有的目的，依法构成合同诈骗罪。

三、合同诈骗罪界定方法及相关法律建议

批发市场的业务有数量大、交易方式简单、从业人员构成复杂和法律意识不足等特点，交易行为涉及刑事诈骗，对商户、市场而言都是巨大的伤害。当前，既要最大限度控制疫情影响，又要妥善复工复产，这就要求各专业批发市场的管理者、商户在交易过程中应更为慎重，防止在复工复产中因法律意识淡薄，急于交易导致出现毁灭性风险。

（一）合同诈骗罪现实界定方法：判断行为人是否具有非法占有他人财物的目的

从前述可知，行为人是否具有非法占有他人财物的目的，是合同诈骗罪最本质的特征。而行为人的客观表现（行为）在一定程度上能反映出其内心的真实意图。因此，判断行为人是否具有非法占有他人财物的目的，可以从行为人的以下几个客观表现（行为）进行把握：

（1）确定合同签订、履行过程中行为人虚构事实、隐瞒真相的具体内容。若以虚构的单位或冒用他人名义签订合同的，其主观上就很可能具有非法占有他人财物的目的，构成合同诈骗罪。

（2）判断行为人在签订合同时有无实际履行合同的能力。若行为人在签订合同时具有完全或部分的履行能力，自始至终并无任何履行行为或虽有部分履行行为，但其是为了诱骗对方当事人继续签订和履行合同从而占有对方财物的，应当认定为合同诈骗罪。若行为人具有完全或部分的履行能力，同时也有积极的履行行为，但因其他原因致使合同并未能完全履行的，应认定为民事欺诈，应通过民事诉讼进行争议解决。若当事人签署合同前后都无任何履行能力，仍实施欺诈行为占有对方财物的，应当认定为合同诈骗罪。若当事人无履行能力，但在签订合同后经过各种努力，积极履行合同的，无论履行情况如何，则会认定为民事欺诈。

（3）判断行为人有无实际履行合同的行为。合同诈骗当事人无实际履行合同的行为或虽有部分履行行为，但其是为了诱骗对方当事人继续签订和履行合同从而占有对方财物。

（4）确定行为人对“取得”的财物的处置情况。合同诈骗的行为人在“取得”对方财物后绝大多数都是用于挥霍或从事违法犯罪活动、偿还高利贷、逃匿等。

（5）查明合同当事人未履行合同的原因。若合同

当事人有履行能力但不履行合同，即仅仅是因为自己的主观原因而拒绝承担合同义务，可以认定行为人具有非法占有的目的，构成合同诈骗罪。

(6) 确定行为人对承担违约责任的态度。利用合同进行诈骗的行为人，一般会转移财产并进行逃匿，使对方当事人遭受重大损失。

(二) 对预防刑事诈骗的法律建议

1. 商户在签订合同前必须认真审查对方当事人的主体身份及合同的履行能力。对于自然人，应审查个人身份证，了解其资信状况，是否存在违法犯罪记录等；对于法人，应审查其营业执照、资质等级、商标权利证书、法定代表人身份证、法定代表人身份证明。对于法人委托的除法定代表人以为的受托人，还应审查授权委托书、身份证明、授权范围等。

针对不签订购销合同或合同签订不规范，不清楚交易方的真实身份信息等情况，建议商户在交易前，其一，应核实对方的真实身份信息，应要求对方提供身份证复印件等身份证明材料，身份证复印件等身份证明材料应注明相关联系方式、银行卡账户等，还应要求对方在其身份证复印件签名摁手印。其二，在签订购销合同

时，应尽量避免出现“昵称”的情况，即使需要签“昵称”也应在“昵称”后签署真实姓名，此外，也应要求对方在签名处摁手印。

2. 商户应认真核查合同的条款。在签订合同时应应对合同的主体、合同的合法性、合同双方的具体权利义务是否明确且对等、签订合同的目的能否实现等方面严格核查。

对《付款承诺书》或《对账单》，其一，应载明管辖条款，如“若未按时支付货款，供应商有权向市场所在区人民法院提起诉讼”；其二，应载明违约责任，如“逾期付款的，每逾期一日，按未付金额的日万分之五支付逾期违约金”；其三，应明确具体的交易时间、交易品种及未付的具体金额。其四，应将对方身份证复印件作为《付款承诺书》或《对账单》的附件。

3. 商户、市场管理者应该对“受托人”假借“委托人”身份签订合同的情况高度重视。在专业批发市场中，委托人安排公司员工、亲戚或者临时雇员进行采购的情况非常常见，其一，应掌握委托人、受托人的真实身份信息、联系方式、委托手续齐全；其二，在合同或者交易单据中应该明确“受托人或者其他保证人对本合



乐在其中 执行顾问乔胜军 摄

同项下的委托人的所有债务承担连带责任”；其三，商场应该及时变更新受托人的身份信息。

4.商户应采取主动的法律保护措施。涉及民事欺诈的，应该积极采取诉讼和财产保全措施，第一时间控制风险并保障自身的合法权益。涉及刑事合同诈骗的，应该积极收集有关证据，到公安机关报案处理，涉及集体涉案的，还需要联合有关受害人，取得批发市场业主和街道等有关部门的支持。

5.市场管理者加强管理措施，提高违约、违法者交易成本。笔者团队在过去的服务工作中，已经协助客户合理妥善解决了多宗纠纷，对于涉及民事欺诈的交易者采取多种限制措施：在行业内进行通报、限期禁止入场交易、提存预付款、冻结保证金、提供担保物、增加保证人等措施。对于涉及需要刑事立案处理的多宗合同诈骗的刑事案件，律师协助市场、商户积极到公安机关刑事报案处理，根据处理的结果来看，短时间内对整个交易市场产生了巨大的震慑作用，大宗交易卷货“跑路”的现象得到了遏制。

6.市场管理者需要组建高效有力的市场管理部门。市场管理部门可施行企业化管理，其本身不在市场从事经营性活动，其职责包括但不限于安排交易摊位，规定和完善市场交易规则，对市场的商户及采购商进行登记及资格的初步审查，协助处理市场的经营、合同等纠纷。从整个市场的实际出发，通过市场管理部门提供的各种服务，并由市场管理部门进行统一组织协调，可以使专业批发市场的建设发展同国家的经济发展战略、产业发展政策相协调，从而推动专业市场向高水平、高层次方向发展。

7.设立律师顾问制度。律师可协调市场管理部门起草、完善有关市场交易准则，交易合同模板等，通过提供法律专题讲座，对商户进行普法宣传，提高商户的风险把控意识，从而维护市场的交易安全，保障商户的切实合法利益。

8.市场管理者需与公安机关、街道办、社会综合治理部门建立良好的沟通渠道。鉴于这类纠纷案件涉及的金额大、商家多，非常容易造成社会维稳事件，且许多商家法律意识还不强，经常采取恶意催收、暴力催收等手段来追回自己的债权，从而引火烧身，触犯法律。

故，与公安机关、街道办、社会综合治理部门等职能部门建立良好等沟通渠道，及时邀请有关职能部门进行法制宣传、纠纷调解、案件处置，达到纠纷的解决和社会治理的和谐统一。

【作者简介】

梁沐周，本所专职律师，法学学士，管理学硕士。主要服务领域包括以国家机关、国企为主的常年和专项法律顾问、政府决策、职务犯罪预防、投融资与并购等。

廖国冬，本所实习律师，法学学士。就职期间参与多家国家机关、事业单位、国企的常年和专项法律顾问工作。

“阿柴枸杞” 美术作品著作权维权获赔28万元 ——著作权案件赔偿额如何认定



苏嫚娜律师

2020年2月12日，广州市越秀区人民法院就海豚创品（广州）科技有限公司（简称“原告”）诉上海某服饰股份有限公司及其多个子公司（简称“被告”）侵害著作权纠纷一案，判决被告停止侵害“阿柴枸杞”美术作品（下图）著作权并赔偿原告损失28万元及诉讼费13832元。一审判决后，被告没有上诉，及时支付全部的赔偿款。



美术作品“阿柴枸杞2018日常篇四（10）”
（登记号：川作登字-2019-F-00006745）

关于“阿柴枸杞”：网红表情包

“阿柴枸杞”是西风（艺名）设计师的作品。该作品于2018年11月20日创作完成，随后在四川省版权局进行登记。2018年11月29日西风在微博（发表该作品，并

于2018年12月29日将作品在内的系列作品上传至QQ、微信的表情包平台。“阿柴枸杞”多个系列的表情包深受网友的喜爱，下载量很高。西风也将该“阿柴枸杞”系列作品上传至全球最大的社交网络Facebook（中文称“脸书”）上，受到国外众多网友的喜爱。2019年初，西风将该作品授权给原告用于生产、销售服装并有权提起维权。

一、启动维权：原告索赔一百万

2019年4月份，西风的微博粉丝在被告上海某服饰股份有限公司（上市公司）的服装品牌专卖店看到印有“阿柴枸杞”的T恤并告知西风。西风知道被告的抄袭行为之后，委托了原创易安（广东）信息技术有限公司提供全案知识产权维权咨询顾问方案。该公司在接受委托后，随即组成由调查人员、公证机构和知识产权律师组成的专业维权团队。维权团队先后在全国各地（北上广、武汉、泸州、兰州等）通过现场购物取证，取得大量的一手的侵权证据。

2019年6月，苏嫚娜律师代理原告到越秀法院正式立案，要求被告停止侵权并赔偿原告100万元，同时申请了财产保全。

2020年2月12日，广州市越秀区法院作出一审判决。法院认为：

1.原告提交了西风的作品登记证书和微博的发表记录，可以证明西风享有涉案作品的著作权，原告经西风授权有权提起本案诉讼。

2.原告主张著作权利《阿柴枸杞2018日常篇四（10）》是Q版小柴犬的拟人化系列美术作品，涉案作品为Q版柴犬蹲坐地上，举起右爪，说“Hi”的平面艺术造型作品，其构图及表达具有独创性，并能以某种有形形式复制的智力成果，属于著作权法保护的美术作品。

3.法院对原告提交的公证书及时间戳购物取证证据均予以采信，认为可以证明被告在全国多个地方销售涉案的T恤。

4.关于赔偿数额，法院参照原告提交的被告2018年度报告所记载的服装毛利率64.41%为标准，以及被告自行提供的《加工承揽合同》《采购订单》以及《结算明细表》所记载的采购数量，以及侵权T恤的零售价，再结合原告作品的知名度及维权成本等因素，酌定被告向原告赔偿28万元并承担部分诉讼费。

一审判决后，被告没有上诉，很快就支付了赔偿款。这也是得益于本案申请了财产保全，法院成功冻结了被告的银行存款100万元，促使被告及时履行判决，本案圆满结束。

二、著作权案件赔偿额如何认定

《中华人民共和国著作权法（2010）》第四十九条规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十五条规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。

《广东省高级人民法院关于审理侵害影视和音乐作品著作权纠纷案件若干问题的办案指引》指出，如果在权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，一般情况下美术作品每幅的赔偿额在5000元至15000元之间。同时特别说明，确定侵害美术作品著作权的赔偿标准时，应重点考虑作品独创性水平和侵权作品的是否商业使用等情形。著名美术家的作品应提高赔偿数额。

（一）本案的赔偿金额较高，主要有以下三个因素：

1.本案提交大量资料证明涉案作品的知名度较高。

例如：涉案作品用于微信的表情包，下载数量大；涉案作品在微博发表，关注的微博粉丝数量较多；涉案作品在一些知名网站、报纸上发布；涉案作品已经授权给部

分生产商用于商业用途，知名度和商业价值较高。

2.本案对侵权人的取证较为广泛，证明被告的侵权范围广。原告在全国各地（北上广、武汉、泸州、兰州等）购物取证，向法院提交公证书、可信时间戳认证证书，证明被告的专卖店分布在全国各地，侵权范围广。

3.适当推算被告的获利，证明被告的侵权获利较多。本案原告主张两种计算方案，第一种是按照涉案服装品牌的门店数量、销售额、毛利率（依据被告的年度报告），以每家门店销售10件T恤，平均单价110元，毛利率64.41%，图案的占比50%计算，被告的侵权获利超过100万元。第二种方案是按照被告提交的一份订单上面的T恤数量2963件进行计算。订单显示涉案T恤的采购价格为25元，在实体门店的销售价格为129元，被告每件赚取差价104元，因此被告的获利超过30万元。并且这仅是被告方在2019年6月的一份采购订单，原告提交的公证书证明被告是从2019年4月开始销售侵权T恤，因此其生产订单不止一份，其获利不止30万元。最终，法院考虑到被告旗下的服装品牌款式较多，法院采纳被告提交的订单数量，按照实际进仓数量为2963件，零售价为114-129元，参考被告2018年度报告所载毛利率64.41%为标准计算，获利金额约为24万，再综合其他因素，酌定赔偿金额为28万元。

（二）本案是否有适用知识产权惩罚性赔偿制度

本案判赔28万元主要是依据被告的侵权获利，并没有适用惩罚性赔偿制度。惩罚性损害赔偿是为了补偿受害人遭受的损失、惩罚和遏制不法行为。适用惩罚性赔偿制度的两个要件是故意侵权和情节严重。本案难以证明被告是故意侵权或重复侵权，被告在收到起诉资料之后也立即删除销售涉案T恤的链接，将侵权产品下架，因此，本案并没有适用惩罚性赔偿制度。

近几年，经常有人表示中国将引入知识产权惩罚性赔偿制度，实际上该说法并不准确。2012年12月25日，最高人民法院发布的《关于知识产权审判工作情况的报告》就建议建立惩罚性赔偿制度，增强对反复侵权、恶意侵权行为的制裁效果。2014年05月01日实施的《中华人民共和国商标法（2013）》第六十三条规定：对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照权利人的实际损失、侵权人的获利或商标许可使用确定数额

的一倍以上三倍以下确定赔偿数额（2019年4月23日新商标法修改为一倍以上五倍以下）。可见，我国的商标法早已采用了惩罚性赔偿制度。最高人民法院在2016年11月28日发布的《关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》也强调加大知识产权保护力度，依法推进惩罚性赔偿制度的适用。很多法院的知识产权判例，也已经对“恶意侵犯，情节严重的”的情形适用惩罚性赔偿制度，提高赔偿金额。

三、结语

国家一直重视对知识产权的保护力度，近几年大城市的知识产权案件的判赔金额也有明显的提升。国务院在2019年12月4日发布的《关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意見》再次提及“健全知识产权侵权惩罚性赔偿制度，完善诉讼证据规则、证据披露以及证据妨碍排除规则。”因此，知识产权权利人应该积极维权，维护自身的合法权益。很多盗版者不仅是抄袭设计、技术，盗版产品的质量也令人担忧，会对正品的商誉、销售情况造成严重影响。因此，我们不应让抄袭者肆意妄为，需要给他们上好知识产权教育课。

【作者简介】

苏燮娜，本所专职律师，专注于知识产权法律事务，包括知识产权民事诉讼、行政诉讼及刑事案件。



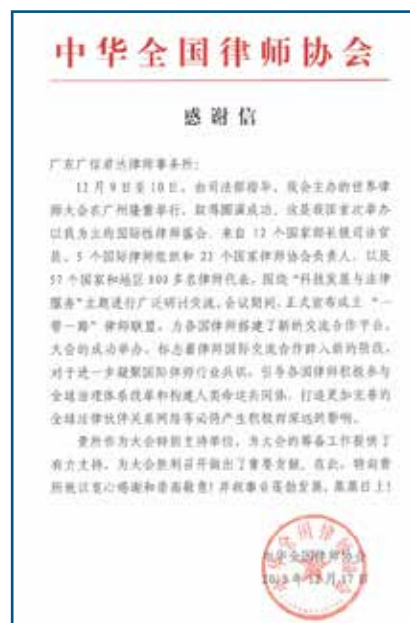
父爱如山 合伙人许红学律师 摄

广信君达大事记 (2019.12-2020.4)

本所为世界律师大会召开提供支持 获中华全国律师协会感谢信

2019年12月，由司法部指导、中华全国律师协会主办的世界律师大会在广州隆重举行并取得圆满成功。本所是世界律师大会特别支持单位，并选派了9名涉外律师担任大会的志愿者，为大会的筹备开展提供了有力支持和专业服务，获得中华全国律师协会感谢信。

大会期间，本所连续接待了国际律师协会运营总监乔·贝尔、肯尼亚律协会长艾伦·怀亚基·吉舒希、泰国皇家律协副主席塔斯奈·柴克旺、阿塞拜疆律协会长阿纳尔·巴盖罗夫、英格兰和威尔士大律师公会会长理查德·保罗·艾特肯斯以及来自印度、柬埔寨、印度尼西亚、韩国、越南、加拿大、阿尔巴尼亚、新加坡等国家和地区的律师代表。本所还与柬埔寨 MENG & ASSOCIATES 律师事务所签订了战略合作协议，设立柬埔寨金边办公室，积极推进与“一带一路”沿线国家和地区法律服务机构的务实合作。



本所“二十七年正青春 携手共进创未来” 2020新年报告会圆满举行

2020年1月10日，本所“二十七年正青春 携手共进创未来”新年报告会在广州瑰丽酒店隆重举办，总所全体员工、分支机构代表及行业领导与嘉宾等1000余人欢聚一堂。报告会上，律所主任、管委会、监事会、党委分别总结2019，谋划2020；表彰与鼓励勇于担当、甘于奉献的员工；司法行政主管部门、行业领导及各界嘉宾莅临指导关怀，如沐春风；联欢晚会环节，好戏连连、精彩纷呈，使人陶醉于广信君达文化。正青春，创未来，鼓舞着全所律师继续脚踏实地、携手相助，只争朝夕、不负韶华！



本所成功举办“打造粤港澳大湾区法律服务共同体”研讨会

2020年1月21日，本所与香港何君柱律师楼联合主办“打造粤港澳大湾区法律服务共同体”研讨会。香港何君柱律师楼高级合伙人、香港律师公会前会长何君尧，中国广州仲裁委员会李珊秘书长，法治广东研究中心主任宋儒亮，本所慕亚平律师、闪涛律师作为主讲嘉宾从政策层面、法学教育层面、法律实践层面、粤港澳大湾区的长远发展等多角度、全方位开展探讨，展开思维的碰撞、观点的交锋，为与会人员进一步开拓了打造粤港澳大湾区法律服务共同体的思路，为大湾区的协同发展提供智力支持。

本所举办“面对外国恶意诉讼，我们该如何面对？”国际法研讨会

针对一些国家的个别议员、律师、民间组织试图污蔑指责中国隐瞒疫情为全球带来灾难，向所在国家地方法院提起诉讼向中国索要巨额赔偿的情形，以及部分国家对中国悄然发动贸易战、科技战、金融战、舆论战的情况，2020年4月10日，本所举办“面对外国恶意诉讼，我们该如何应对？”国际法研讨会。本所全朝晖律师、慕亚平律师、闪涛律师、钟智芬律师、张由律师、罗剑雯律师作为分享嘉宾，同现场参与的30多位律师一道，聚焦全球疫情引发的新问题及我国面临的新问题与挑战的应对之策展开研讨，我所近百位律师线上观看研讨直播。



广信君达党团文体建设

市律师行业党委专职副书记龙晓林莅临本所调研指导

2020年1月2日，广州市律师行业党委专职副书记龙晓林、党委委员朱宝莲莅临本所调研指导党建工作。龙晓林副书记表示，本次走访主要就基层党组织党建工作的基本情况、存在问题和下一步的工作计划开展调研。

在听取本所党建工作汇报及党员对律师行业党建工作的意见建议后，龙晓林副书记充分肯定广信君达党建工作取得的成绩，认为律所领导班子高度重视党建工作，党委班子队伍强，党建思路清晰、措施扎实、成效显著，走出了具有广信君达特色的党建工作路子。希望广信君达党委把握市律师行业党建全统领建设年的重要契机，在党建工作方面多作思考、多推举措、多出成效，努力打造律师事务所特色党建品牌，为我市律师行业党建工作提供可复制、可推广的经验。坚持以党建带队建，发挥党员先锋模范作用。坚持以党建促所建，以党务强业务，推动律师事务所各项工作全面发展、全面进步，努力推动市律师行业党建工作出新出彩。



寓爱国情怀于音符，广信君达合唱团参加广州律师春晚

2020年1月18日，“逐梦守初心 奋进启新篇”2020年广州律师春晚在广东粤剧艺术中心拉开帷幕。全市各家律师事务所及律师云集舞台，携手打造一场音乐与文化的饕餮盛宴。本所作为支持单位之一，组织合唱团在寒冬里炽情表白祖国，献唱《和祖国在一起》。合唱团成员们将热爱祖国、讴歌祖国的情怀传唱得淋漓尽致，充分表达与祖国生死相依的情感连接，牵动着现场观众的心弦，引发了无数人深挚热烈的爱国共鸣。



这场战“疫”，少不了广信君达人的身影

2020年是不平凡的一年，新冠肺炎疫情暴发后，14亿中国人民上下一心、同舟共济、全力以赴，迅速掀起了一场疫情防控阻击战，并赢得了阶段性胜利。广信君达党委与广信君达带领着全所律师积极应对，承担社会责任。在这场战“疫”，少不了法律人的身影。

2020年2月上旬，由中国法学会主办的《民主与法制》周刊采访了本所，了解本所参与疫情防控的各项工作，于3月16日报道了相关内容。文章被中宣部“学习强国”选用，被中国律师网、广州市律师协会官网转载，受到关注。

两轮募捐活动，全所合伙人、律师、助理、行政人员积极响应。两次募集善款共计31万元，所得款项分别定向捐赠至武汉市慈善总会、广东省慈善总会、广州市慈善会等慈善机构，为一线医护人员抗击疫情出一份力。

此外，本所多位律师还通过社会组织发动爱心捐赠，向武汉中南医院、广医附属第一医院、南方医院等多家医院以及广州市越秀区城管和综合执法局等部门捐赠医用口罩、护目镜、消毒酒精等物资。

3月底，由于疫情在全球持续蔓延，为共克时艰，广信君达向本所12家境外机构和友好合作单位捐赠了二批防护物资。



疫情期间，本所疫情防控法律服务团撰写了近百篇疫情防控法律文章及开展线上培训、相关普法活动，为企业复工复产提供法律意见和建议，为政府做疫情防控决策提供法律依据。

本所村（社区）法律顾问主动到社区或在微信群线上值班，为外来务工人员、老年人、妇女、居民有关请求支付劳动报酬、解除劳动合同、解决债权纠纷、房屋租赁纠纷、婚姻家庭纠纷、人身损害赔偿纠纷等问题无偿提供指引和解答；发挥专业优势精心编撰指引，聚焦基层疫情防控工作，助力打赢疫情防控阻击战。本所肖硕彬律师团队刘宜静等律师及律师助理编撰了《村（居）法律顾问工作指引》，陈小英、张哲、黄福轩、凌浩峰等律师及律师助理共同编撰《广州市内村（社区）新冠肺炎疫情防控相关文件汇编指引》，供司法所、居委、居民

发动全所力量捐款捐物达31万元，身体力行 驰援支持抗疫一线

2020年1月30日和2月7日，本所及党委先后发起

查阅参考。

本所青年律师助理赖小峰（中）来到社区工作站主动请缨，以志愿者身份参与社区防控疫情封闭管理工作。1月24日到2月26日期间，上门排查返穗湖北籍人员、对出入社区人员进行体温测量、开展防疫法治宣传。

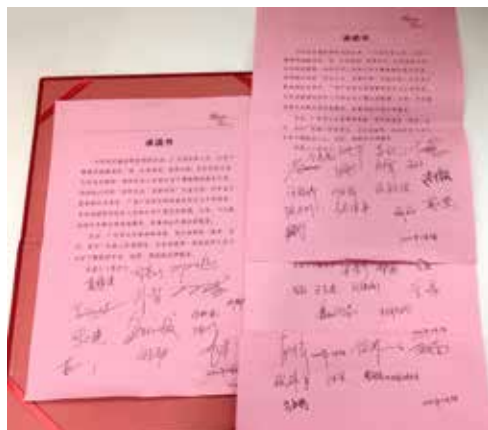


感恩·尽责——本所为广东援鄂医护人员、公安干警及直系亲属提供两年免费法律咨询、民事诉讼代理服务

为了向广东省全体援鄂医护人员、公安干警表示致敬，2020年4月8日，广信君达党委与事务所联合举办“感恩·尽责”承诺书签字仪式，设立专项资金，组织和倡导全所律师为援鄂医护人员、公安干警及其配偶、父母、子女提供两年免费法律咨询、民事诉讼代理法律服务，并报请有关部门审批。

加大支持口罩呼吸机扩能增产——省政协常委王晓华律师紧急建议

2020年2月7日，本所主任王晓华律师作为省政协常委，向省政协提出紧急提案和建议——《关于解决口罩及呼吸湿化治疗仪供应不足问题的紧急建议》，受到各级部门的重视，并得以落实。王晓华律师根据国家和广东省相关法律法规、政策，积极主动与具备疫情防控物资生产能力的企业沟通协商，了解企业面临的实际困难，与行政机关充分沟通，协助企业尽快完成行政审批问题，争取落实扶持政策，帮助企业有序复工复产，安全进行防疫物资生产。



为各级党委、政府、部门重大决策提供法律意见，当好“智囊团”

为广州市人民政府、广东省公安厅、广东省司法厅、广东省政协办公厅、广东省住房和城乡建设厅、广东省人民政府国有资产监督管理委员会、广东省市场监督管理局(知识产权局)、广东省人力资源和社会保障厅、广东省核工业地质局、广州市政协、广州市司法局、广州市城市管理和综合执法局、广州市文化广电旅游局、广州开发区金融工作局、佛山市人民政府金融工作局、连州市财政局等政府部门及公共事务单位提供优质、高效的法律服务，为建设法治政府和推进依法行政贡献力量。

积极拓展涉外法律服务市场，为我国企业“走出去”提供法律保障

- 1.为珠海市忠诚海乐商务服务有限公司提供境外发行债券专项法律服务
- 2.为日丰企业集团有限公司与某埃塞俄比亚公司于埃塞俄比亚合资设立企业提供咨询服务
- 3.为广州乐欣母婴用品有限公司提供越南商标注册申请专项服务
- 4.为AVT International Limited提供转让项目审查专项服务
- 5.为广州市粤盛工贸有限公提供与The Hudson-Sharp Machine Company BVBA买卖合同纠纷服务
- 6.为国泰君安证券(香港)有限公司提供广州地铁境外发行票据专项法律服务
- 7.为沙特阿拉伯王国驻广州总领事馆办公室提供专项法律服务
- 8.为SK.DAYA INTERNATIONAL CO., LIMITED提供顾问服务
- 9.为VMD.DAYA INTERNATIONAL CO.,LTD提供顾问服务
- 10.为Nikyang Enterprise Limited (力扬企业有限公司)及各内陆办事处提供顾问服务
- 11.为HANSTAR HARDWARE INTERNATIONAL

LIMITED提供顾问服务

12.为Krishak Bharati Co-Operative Ltd.提供执行印度5仲裁服务

.....

为企业、事业单位、社会组织的良性、快速发展保驾护航，为我国构建推动经济高质量发展体制机制、建设现代化经济体系贡献专业力量：

- 1.助力广州地铁成功发行20亿元地铁客运收费收益权资产支持票据(ABN)
 - 2.助力广州地铁集团发行2亿美元境外债
 - 3.助力番禺交投发行中期票据15亿元取得《接受注册通知书》
 - 4.助力中船防务重大资产重组项目获证监会无条件过会
 - 5.助力“洁特生物”成功登陆上交所科创板
 - 6.助力肇庆高新控股圆满完成股权、资产收购项目
 - 7.助力奥园集团发行2020年5年期25月4亿元公司债券
 - 8.助力连州市政府专项债券成功发行
-

为广州市道路扩建工程管理中心、中国科学院广州能源研究所、广东省三防物资储备中心、广州市南沙区科学技术协会、广州市环境技术中心、广州市规划和自然资源自动化中心、南越王宫博物馆等事业单位提供法律服务

为中国南方航空股份有限公司、广州万力集团资产管理有限公司、广州工控科技产业发展集团有限公司、广州市建材发展集团有限公司、广州广电运通金融电子股份有限公司、广州长运集团有限公司、汉宇集团股份有限公司、珠海和品健康科技有限公司、中石油昆仑燃气有限公司广东分公司、广州市第三市政工程有限公司、广东广物产业投资基金管理有限公司、广州市浪奇实业股份有限公司、梧州黄埔化工药业有限公司、广州金融控股集团有限公司、珠海润都制药股份有限公司、广东广核置业有限公司等上市公司、国有企业提供法律服务。

荣耀属于昨天，历史照亮未来

The glories belong to yesterday, and the history illuminates the future

- 1996年，广信君达获司法部授予的“全国法律服务行业文明服务窗口”称号
- 1998年，广信君达获司法部授予的全国首批“部级文明律师事务所”称号
- 2005年，广信君达获中华全国律师协会授予的“全国优秀律师事务所”称号
- 2008年，广信君达担任第16届亚运会组委会唯一常年法律顾问
- 2007、2012年，广信君达被广州市司法局、广州市律师协会评选为广州市十佳律师事务所
- 2012年，广信君达合并改制为广东省第一家采用特殊的普通合伙组织形式的大型综合性律师事务所
- 2013年，广信君达被广州市政府评选为律师行业唯一的广州市总部企业，并成为律师行业唯一的广州市总部经济协会副会长单位
- 2013年，广信君达被《中国当代涉外律师》评选为最具影响力中国涉外百强律师事务所
- 2013年，广信君达荣获广东省人民检察院、广东省司法厅、广东省律师协会第三届广东省公诉人与律师控辩大赛广东律师团体一等奖
- 2014年、2016年，广信君达获广州市律师协会2012-2015年度广州市律所管理优秀奖
- 2014年，广信君达获得专利代理、商标注册、版权登记等知识产权代理资格
- 2016年，广信君达获《亚洲法律杂志》年度十佳成长律所大奖
- 2016年，广信君达成立广东省首家、全国第八家律所党委
- 2016年、2017年，广信君达党委被广东省律师协会党委评为全省律师行业参与村（社区）法律顾问工作先进党组织
- 2017年，广信君达党委被广东省司法厅党委评定为广州唯一的广东省律师行业党的建设工作省级示范点
- 2018年，广信君达被广东省律师协会评选为广东省涉外律师事务所库
- 2018年，广信君达党委被中华全国律师行业党委评选为全国律师行业先进党组织
- 2018年，广信君达荣获广州市律师协会第九届运动会团体总分第一名
- 2016、2017、2019年，广信君达获《亚洲法律杂志》（ALB）“年度中国南部律师事务所”大奖
- 2019年，广信君达团支部被共青团委授予广东省五四红旗团支部
- 2019年，广信君达被广东省企业联合会、广东省企业家协会评选为广东省诚信示范企业（2017-2018 连续两年）
- 2019年，广信君达“公司/商事”领域入选“2020钱伯斯中国法域中资律所影响力”榜单
- 2016、2017、2019年，广信君达获《商法》“中国（广东）卓越律所”大奖
- 2020年，广信君达入选The Legal 500广东广州推荐律所 Tier 1
- 2020年，广信君达获《商法》卓越综合实力律所（大湾区）奖及“资本市场”“结构性融资/资产证券化”“税务”“教育行业”“保险与再保险”“互联网及电商”领域卓越律所大奖

