

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《民法典》宣讲团 / 品牌部（党委办）
- 探讨民法典个人信息保护的新亮点 / 苏耀云、曾恺
- 探讨《民法典》视域下预约合同的违约责任问题 / 孙君元、杨超男
- 浅谈《民法典》婚姻家庭编中的十点变化 / 韩欣欣、杨挺
- 侵犯商标专用权判定的重要要素——浅谈商标授权确权行政案中对类似商品（服务）的认定 / 苏东海
- 新《民事证据规定》学习体会-关于自认、举证期限、证人及书证提出命令规则 / 孙俊杰、罗颖彤
- 《区块链信息服务管理规定》核心要点速览与简析 / 闪涛
- 探究夫妻债务纠纷——以黎某民间借贷案为例 / 葛磊
- 如果瑞幸咖啡财务造假发生在国内证券市场 / 窦婉云、叶世宝、张强

总第103期

2020

2

广东省钟南山医学基金会

给志愿者的感谢信

广东广信君达律师事务所：

您好！

自新冠肺炎疫情发生以来，基金会坚决响应落实党和政府的号召，积极发挥慈善组织的力量，为各疫区定向募集捐赠抗击疫情所需物资。

苟利国家生死以，岂因祸福避趋之。在这关键时刻，广大志愿者挺身而出，或奔赴前线、或积极投身抗疫后勤保障的志愿服务中，形成一股抗击新冠病魔的强大合力。在抗疫战线上，他们奔跑的身影、每一次默默的付出，都成为抗疫战斗不可磨灭的印记。

您作为广大志愿者中的一员，践行“奉献、友爱、互助、进步”的志愿服务精神，积极参与基金会接收捐赠物资、后勤保障等工作，为打赢疫情防控阻击战奉献了爱心和力量！在您的支持下，基金会抗疫的工作取得了突出的成绩，得到了社会各界的肯定和认可。

你们平凡的志愿服务，为抗疫胜利做出了不平凡的贡献！

在此，基金会全体同事向您表示衷心的感谢和最崇高的敬意！

诚挚祝福您幸福安康！万事如意！



目 录

一、走进民法典

- 01 广信君达成立《民法典》宣讲团 / 品牌部 (党委办)
- 02 探讨《民法典》个人信息保护的新亮点 / 苏耀云、曾恺
- 05 《民法典》实施后与保证方式有关的规则变化 / 蓝家俊
- 08 浅谈《民法典》婚姻家庭编中的十点变化 / 韩欣欣、杨挺
- 11 探讨《民法典》视域下预约合同的违约责任问题 / 杨超男、孙君元

二、理论研究

- 15 董高违反竞业禁止义务，同业公司是否承担连带责任？ / 何静
- 18 侵犯商标专用权判定的重要要素——浅谈商标授权确权行政案中
对类似商品（服务）的认定 / 苏东海
- 25 新《民事证据规定》学习体会-关于自认、举证期限、证人及书证提
出命令规则 / 孙俊杰、罗颖彤
- 31 《区块链信息服务管理规定》核心要点速览与简析 / 闪涛
- 34 论仲裁的可拒绝问题 / 张蓉、云梦梦
- 38 创业板注册制——与科创板审核若干差异 / 官招阳

三、以案说法

- 40 跨境联控疫情助力外商投资项目 / 全朝晖
- 44 探究夫妻债务纠纷——以黎某民间借贷案为例 / 葛磊
- 50 如果瑞幸咖啡财务造假发生在国内证券市场 /
窦婉云、叶世宝、张强
- 55 关于虚拟股权纠纷的法律问题思考——以广州雪霸
公司诉盘某案为例 / 朱滔、潘婉婷
- 58 优先承租权的权利内涵和行使方式 / 谢昕、刘洁

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《民法典》宣讲团

民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的重大成果。民法典颁布实施对于完善中国特色社会主义法治体系、推进国家治理体系和治理能力现代化，切实维护好广大人民的根本利益，促进社会公平正义具有重要意义。律师是宣传民法典的主力军，为了让民法典走到群众身边、走进群众心里，统一、有序、扎实做好民法典的宣传贯彻和实施工作，本所成立《民法典》宣讲团。目前宣讲团已开展了多次民法典学习、宣传活动：

1.组织本所财富管理传承专业部举办“解读民法典-婚姻继承编”沙龙活动，部门理事会成员及多位律师参与。

2.广信君达党委理论学习中心组2020年第一次学习(扩大)会议，学习民法典内容。

3.携手南沙区民政局婚姻登记处开展“监护制度在儿童权益保障中的运用专题讲座”，就《民法典》监护制度下儿童权益保障的形式与内容作分享、交流。

4.受邀为广东省航运集团有限公司开展《民法典》专题法治讲座，以提高党员干部的法律素养，增强法律风险防范意识。

5.受邀为广东生态工程职业技术学院开展《中华人民共和国民法典》宣讲大会。

6.受黄埔区老人院邀请，针对老年人普遍关心的继承问题，开展《民法典》宣讲沙龙。

7.与省社科院文化产业所开展党建交流暨民法典交流学习。

8.受邀参加广州市司法局、广州市法宣办、广州市律师协会、广州市广播电视台法治频道联合推出的《说法》栏目民法典系列特别专题，为群众解读《民法典》的亮点新规及其重要意义。节目在电视媒体和抖音等自媒体平台推出，受到广泛关注。

9.受邀为从化区人民政府办公室开展《民法典》专题法治讲座，提升干部法律素养，促进依法行政。

10.受邀赴广东省河源监狱宣讲《民法典》，逾500名干警、5000名服刑人员通过现场、视频直播等方式参

与。并参加河源监狱“学习贯彻民法典”座谈会，对各干警所提问题作出回应，对“如何学好用好民法典，提高服刑人员法律意识”提出有益建议。

11.受邀为中交融资租赁(广州)有限公司举办“九会议纪要、民法典等新规更迭，融资租赁和商业保理行业该如何应对”专题法律培训，以提升公司业务水平，防范融资租赁与商业保理行业法律风险。

.....



探讨民法典个人信息保护的新亮点

编纂一部真正属于中国人民的民法典，是新中国几代人的夙愿。我国曾于1954年、1962年、1979年和2001年先后四次启动民法制定工作，直至党的十八届四中全会提出“编纂民法典”，经过几年艰苦细致的立法工作，即将迎来瓜熟蒂落的一刻。与诞生于启蒙时代的《法国民法典》和工业时代的《德国民法典》相区别的是，我国民法典制定于日新月异的移动互联网时代。新时代下个人信息保护的重要性日益紧迫，被称为“社会生活的百科全书”的民法典也明确规定了个人信息权益保护的基本规则，可谓我国民法典的一大亮点。

本文将结合全国人大常委会副委员长王晨在2020年5月22日第十三届全国人民代表大会第三次会议上作《中华人民共和国民法典（草案）》（简称“《民法典（草案）》”）说明和《民法典（草案）》具体条文及草案的前后变化作有关探讨。

一、明确了个人信息属于人格权

《民法典（草案）》涉及人民生活的衣食住行、生老病死、生产经营等方方面面，与百姓生活息息相关，而这其中又何尝离得开个人信息呢？

然而，有不少观点认为：个人信息是一种新型公法权利，不应在调整平等主体之间法律关系的民法典中规定，更不应在人格权编中与隐私权一起规定。其他国家的民法典尚未有如此规定，而是通过特别单行法单独规定的。

或者又认为：个人信息不属于民事基本权利范畴，因为个人信息是人社会交往必须“让渡”的，无法从传统民法权利的角度界定个人信息权利属性，非财产权，也无法从具体人格权角度解释。

而上述观点没有被《民法典（草案）》直接采纳。

第一，《民法典（草案）》第5章“民事权利”第111条规定：自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

从体系上看，《民法典（草案）》第111条规定在



苏耀云律师



曾恺律师

第109条“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”和第110条“自然人生命权等具体人格权”之后，但放在财产权、继承权、数据权益和网络虚拟财产权益等规定之前，表明成为民事主体所享有的基本权利之一，立法意图已把个人信息保护法律定位表露无遗。

第二，《民法典（草案）》第四编人格权编第1章一般规定第989条明确：本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系。

接着第999条规定：为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等；使用不合理侵害民事主体人格权的，应当依法承担民事责任。

可见，《民法典（草案）》明确了从人格权角度对个人信息进行保护。而在人格权编第6章隐私权和个人信息保护中，则在此基础上，进一步区分了个人信息与隐私权的保护，比如第1034条明确规定了个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

因此以上《民法典（草案）》关于个人信息保护的规定充分证明个人信息虽然没有明确为具体人格权，但是具备人格权的基本属性。《民法典（草案）》明确将个人信息作为民事主体的基本权利，从人格权角度进行了保护，并与隐私权作了相应区分。

笔者认为，《民法典（草案）》上述规定背后的出

发点和本质是为了更好维护民事主体的人格尊严和人格自由。因为自然人不仅以物理“肉体”形式存在，经历了移动互联网高速发展后，在互联网上可找到每个人留下的痕迹，通过各种个人信息来勾勒和区分每一独立的个体，个人信息的内涵和外延由此得到极大扩张。之前单独保护姓名权、名称权和肖像权等也属于个人信息的具体人格权，但已跟不上信息时代发展的脚步，如今侵害个人信息比以往更“便捷”。而滥用个人信息的背后是无视人格尊严和自由。

确认个人信息属于民事主体享有的人格权益，确认民事主体对个人信息享有控制权与个人信息合理使用和自由流动并不冲突。

“天赋人权”的《法国民法典》中没有人格权保护的规定，20世纪初的《德国民法典》仅规定部分人格权。但不代表德法两国个人信息权不属于人格权范畴，只是因为历史因素的限制，当时没有加以规定，后来通过判例修补漏洞，个人信息权利早已是欧洲的基本人权。我国民法典人格权编是直面移动互联网时代个人信息保护严峻问题的直接体现。

二、明确区分隐私权保护与个人信息保护

与《民法总则》仅规定隐私权受保护不同，《民法典（草案）》直接明确了隐私权的定义：

隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。并且，界定个人信息中的私密信息首先适用隐私权保护规定，没有规定的，适用有关个人信息保护规定，将两者区分开。在我国司法审判中，对于个人信息侵权的案件，法院一般通过归结为侵犯具体人格权，如姓名权、肖像权、名誉权或隐私权来进行保护，并可以适用精神损害赔偿。但违反约定处理不涉及上述具体人格权的个人信息行为屡见不鲜，如单纯倒卖个人信息，法院目前一般不会直接认定侵犯个人信息的侵权责任。

但既然民法典明确个人信息属于人格权益，也明确个人信息与隐私权的区分，意味着侵犯个人信息将直接承担侵权责任。民法典上述规定为后续构建个人信息侵权制度，包括归责原则、举证规则和损害赔偿等奠定了基础。

三、调整了个人信息“处理”的概念

在基本概念使用上，《网络安全法》第41条规定“收集、使用”两个主要行为概念：

网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则。《民法总则》第111条，仅规定“收集、使用、加工、传输个人信息”的行为：任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息。2019年的《民法典（草案）》审议稿第10035条使用“收集和处理”的表述：收集、处理自然人个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度收集、处理。今年的《民法典（草案）》审议稿进一步借鉴欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）处理（Processing）的概念，在第10035条中把“收集行为”纳入“处理行为”之内，调整为：

处理自然人个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

- （一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；
- （二）公开处理信息的规则；
- （三）明示处理信息的目的、方式和范围；
- （四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。最新审议稿扩大了“处理行为”的内涵范围，包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等全生命周期。不仅如此，GDPR规定了“数据（信息）控制者”和“数据（信息）处理者”的不同，我国《民法典（草案）》仅规定了“信息处理者”，该“信息处理者”概念包括了GDPR“数据控制者”。从各国立法规定来看，信息控制者是指单独或联合决定个人信息的目的和方式的主体；而信息处理者是为信息控制者处理个人信息的主体，如受控制者委托进行处理活动。两者从事的行为不同，权利义务也不同，分别承担不同的合规义务。

相比较而言，我国《民法典（草案）》规定下的信息处理者可能承担较重的合规义务。不过还要看后续个人信息保护法如何具体规定。

四、增加个人信息合理“处理”的免责情形

不少学者认为，部分个人信息本身是公开的，比如姓名、生物识别等信息，若民法典将个人信息纳入人格权益之中，难免要求处理个人信息的行为需征得信息主体的同意，这反而会影响到社会交往的正常运行，大大降低工作效率。

但这种担心是多虑的。《民法典（草案）》第10036条规定下列处理个人信息情形可免责：

处理自然人个人信息，有下列情形之一的，行为人不承担民事责任：

（一）在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为；

（二）合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外；

（三）为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为。

上述规定了三种免责情形，包括知情同意、自行或已公开信息和为维护公共利益或该人的合法权益。群众无需担心正常社会交往所进行的处理个人信息行为，民法典也兼顾了个人信息的合理自由流动。

需要注意的是：因国家安全、公共安全、刑事犯罪侦查和其他重大合法事由的情况下处理自然人的个人信息均属于同意的例外。如因新冠疫情防控所需，根据《传染病防治法》《突发事件应对法》《突发公共卫生事件应急条例》处理个人信息也属于免责情形。

《民法典（草案）》的上述规定亮点在于：即便同意或具备其他合法处理个人信息的事由，也要“合理”处理个人信息。实质上，“合理”相当于目的限制原则，超出原始处理个人信息的目的就是不合理，属于非法处理个人信息。

五、为制定个人信息保护法留下空间

在日新月异的移动互联网时代，作为民事基本法的民法典无法规定的太过细致，否则将很快落后时代。所以，我国在民法典制定后还会单独制定个人信息保护法。2020年5月22日全国人大常委会副委员长王晨在《民法典（草案）》说明中明确：第四编第六章在现行有关法

律规定的基础上，进一步强化对隐私权和个人信息的保护，并为下一步制定个人信息保护法留下空间。

2020年5月25日，全国人大常委会工作报告“下一步主要工作安排”中指出，要制定个人信息保护法、数据安全法等专门法。届时，我国可能参照其他国家设立专门、独立的个人信息保护机构，该机构有独立的监管、执法权力，那么我国目前个人信息被侵犯后的事后救济机制将得到完善，个人信息事前保护机制有待建立，意味着我国将进入个人信息保护新时代。

【作者简介】

苏耀云，本所专职律师，专注于网络安全、数据合规与隐私保护。

曾恺，本所专职律师，专注于数据合规和个人信息保护。



禾雀花 许晓行律师 摄

《民法典》实施后与保证方式有关的规则变化

序言

坊间流传一句耳熟能详的话：“欠债还钱，天经地义。”债权人慷慨解囊，借钱给你以解燃眉之急，承担还钱的责任也实属应当。但现实中基于朋友的猜疑、关系的疏淡、利益的驱使，很多时候对借款方会产生些许不信任，以至于需要借款方提供相应的担保物进行担保借款，或需相应的保证人保证，以防债务人不能偿还借款。

保证人与债务人（被保证人）之间存在复杂的法律关系，如债务人不偿还借款时保证人是否需要为借款承担清偿责任？保证人是否必须偿还全部债务？保证人是否有权利抗辩？保证人还款后是否有权向债务人追偿？这一系列问题对当事人行使合法权益造成了极大困扰。为此，笔者将浅谈《民法典》实施后保证方式有关的规则变化的法律问题。

一、保证合同和保证方式

（一）保证合同

《民法典》第六百八十一条规定：“保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。”

上述规定的保证方式属于“保证合同”的规定，也即“人保”。债务人外的第三人以自己的信用作为保证，保证债务的履行。当债务人不履行债务时，债权人享有请求保证人“代为履行”以及“追偿”的权利。若保证人以其财产担保则不属于上述规定中的“人保”，而属于《担保法》中关于抵押权、质权的范围，本文暂不予讨论。

（二）保证方式根据《民法典》第六百八十六条规定：“保证的方式包括一般保证和连带责任保证。”一般保证责任以及连带责任保证为保证的两大方式，但对于保证人的权利与义务却有明显的不同，其主要区别如下：



蓝家俊实习律师

1.一般保证责任与连带责任保证先诉抗辩权之分

一般保证责任中，保证人享有先诉抗辩权。也即在未达到“债务人不能履行债务”的前提下，保证人可以依法行使先诉抗辩权，拒绝承担依保证合同。“债务人不能履行债务”是指债权人需要行使追偿权利达到以下条件：（1）借款期限届满，债务人不还款；（2）必须通过诉讼或仲裁的方式向法院或仲裁委提起诉讼或仲裁，行使相应的诉讼权利；（3）取得相关机关有效判决或裁决，依据该判决或裁决申请强制执行完毕后，仍然不能清偿完毕债务人所负有的债务。

当同时具备以上条件时，债权人才可以向保证人请求保证的责任，偿还债务人不能清偿的补充责任。若不具备以上条件，担保人可以行使先诉抗辩权以对抗债权人，拒绝承担相应的保证责任。

连带责任保证中，保证人不享有先诉抗辩权。当保证债务履行期届满之日，债务人不履行到期债务的，对债务人负有保证责任的保证人有清偿的义务，也即债权人不仅可以先向债务人请求履行债务，也可以向保证人保证其范围内的保证债务，而不能像一般保证责任中的保证人一样拒绝履行。

2.一般保证责任与连带责任保证承担保证责任范围不一致

一般保证责任中，保证人仅对债务的清偿承担补充的保证责任，在债务人不能偿还的限额内承担补充责任。

连带责任保证中，保证人与债务人对债务的承担责任的为“不真正连带责任”，并非补充责任。不真正连带责任是指，在债务的清偿中，可分为两方面：一为“对外”，二为“对内”。对外是指债务人与保证人之间相对于外部的债权人来说，单独视为一个个体，二者承担同等责任，不会因其身份产生差异；对内是指保证人在对于债权人与债务人之间的借款合同关系并不承担最终责任，仅仅是作为“中间人”的角色。当保证人对债务承担保证责任后，因其不是债务的最终责任人，被担保的债务人才能是，所以保证人可以向债务人全额追偿。

二、《民法典》与现行《担保法》中关于保证方式的变化

（一）相同点：当事人约定债务人不能履行债务时，保证人承担保证责任的方式均为一般保证

《民法典》第六百八十七条第一款规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。”

《担保法》第十七条第一款规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。”

《民法典》与《担保法》均规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。”也即如保证人在保证合同或借款合同等有效文件上注明有“如债务人不能履行债务时，保证人承担保证责任”等字样的，均为一般保证责任，也即享有先诉抗辩权。

（二）异同点：无约定或约定不明中保证人保证方式有所改变

《民法典》第六百八十六条规定：“保证的方式包括一般保证和连带责任保证。当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”

《担保法》第十九条规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”

《担保法》第十八条第一款规定：“当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。”

《民法典》第六百八十八条第一款规定：“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。”

细读上述四条法条，发现《民法典》与《担保法》在对于当事人保证方式没有约定或者约定不明确的范围内做出了较大的修改，由此导致保证人究竟承担连带责任保证或一般保证责任，也发生了一定的变更，这是需要我们认真审视的一个重要内容。

《担保法》第十九条规定的内容：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”此条款对于在合同中无约定或者约定不明确的保证方式，一律视为连带责任保证。根据上文分析可知，连带责任保证中保证人不仅无先诉抗辩权，也对债务的清偿起到“不真正的连带责任”，属于保证责任“较重”的一种情形。

《民法典》第六百八十六条的规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”将上述规定与《担保法》第十九条对比，得出当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，所产生的保证方式不一致的结论。《民法典》规定无约定或约定不明确的保证方式为一般保证责任，而《担保法》则将其无约定或约定不明确的情况视为连带保证责任。《民法典》此项规定相当于赋予了无约定或约定不明确的保证人享有“先诉抗辩权”以及“补充责任”的权利，因为连带责任保证中保证人不仅无先诉抗辩权，也对债务承担“不真正连带责任”，此项规定的制定，更加侧重保障保证人的合法权益，让受益的债务人承担最大的清偿风险。

《民法典》第六百八十八条第一款规定：“当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。”保证人成立连带责任保证的情形仅为明确约定保证责任方式为连带责任保证，若无约定保证方式为连带责任保证或无约定、约定不明的，都不能将保证人列为连带责任保证人，而应当依据《民法

典》第六百八十六条的规定，按照一般保证承担保证责任。

三、结合案例说明保证方式约定不同的法律后果

张三向李四借款10万元，王五作为保证人提供保证，王五在保证方式中约定不一样，会产生不同的保证责任，分别如下：

（一）王五仅在借款合同中注明保证人王五，未做任何解释

《民法典》实施以前，王五此举属于依据《担保法》第十九条规定的内容，“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”属于连带责任保证，不享有先诉抗辩权以及承担“不真正连带责任”。《民法典》实施后，王五则依据《民法典》第六百八十六条的规定变为“一般保证人”，依法享有“先诉抗辩权”，以及仅承担补充责任。

（二）王五在保证中注明“若张三不能偿还借款时，王五承担保证责任”

《民法典》与《担保法》都一致规定此举为“一般保证责任”。张三不能偿还借款时，债权人李四向王五主张保证责任时，王五可以行使先诉抗辩权，待债权人取得依法强制执行张三财产后仍不能清偿完毕债务时，王五才须承担相应的补充责任。

（三）王五在保证中注明“王五对张三的债务承担连带责任”

根据《民法典》第六百八十八条第一款规定，当事人可以约定保证方式为连带责任保证，因此王五此约定有效，王五成为连带责任保证人。在张三不能偿还债务时，李四可以请求张三和王五承担清偿责任，由于保证人王五无“先诉抗辩权”，不能仅以此为由抗辩，但是王五承担清偿责任后，可以向张三追偿承担的保证部分。

四、结语

《民法典》中更改了《担保法》中保证人对于保证方式无约定或约定不明的相关规定，但对于“一般责任保证”与“连带责任保证”的含义并未多做改变。值得肯定的是，在以后的司法实践中，产生的新问题有可能会对此加以约束，立法总是在实践中进步的。

保证方式的改变与进步，一方面可以更好地加大债务人的责任，另一方面也尽到了保障保证人的合法权益。但是对于善意的债权人来说，可能就是一件“坏事”了，其所承受合法的风险相较以前有所增大。因此对于债权人、债务人、保证人三方之间，合理利用、完善、明确保证合同中的约定，可以更加好的促进债权的健康化发展，保障自己合法权益的同时，相互扶持。



万马奔腾 合伙人徐颖雯律师 摄

浅谈《民法典》婚姻家庭编中的十点变化

《民法典》在国家法律体系中的地位仅次于《宪法》，是老百姓的基本行为准则，法官裁判民商事案件的基本依据。相较于现行的《民法通则》《婚姻法》等法律，它有了许多重要的新规定，这些新规定与我们的日常生活息息相关。下面，笔者为大家浅谈《民法典》婚姻家庭编中的十点变化。

一、明确了亲属、近亲属、家庭成员的概念

第一千零四十五条 亲属包括配偶、血亲和姻亲。

配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。

一直以来，《民事诉讼法》《刑事诉讼法》等法律对亲属、近亲属和家庭成员的表述不尽相同，在实务中容易产生混乱。作为法制统一的国家，我国应对重要的基本概念作明确规定。

二、删除了禁婚疾病之规定。疾病作为婚姻无效的事由被删除，变为不如实告知可撤销

第一千零四十八条 直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。

第一千零五十一条 有下列情形之一的，婚姻无效：

- (一) 重婚；
- (二) 有禁止结婚的亲属关系；
- (三) 未到法定婚龄。

第一千零五十三条 一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

现行《婚姻法》第七条规定：“患有医学上认为不应当结婚的疾病，禁止结婚。”《母婴保健法》第八条规定：“婚前医学检查包括对严重遗传性疾病、指定传染病及有关精神病的检查。”可见，医学上认为不应当结婚的疾病主要包括以上三种疾病。而《婚姻法》的这条规定剥夺了一部分群体的结婚权利。

随着现代社会医学技术日益发达，很多以前被认为传染性很强或者严重遗传性的疾病，在现有技术条件下可以得到有效的控制和治疗。这部分群体对结婚权利的呼声越来越高。但因生理因素就剥夺他们结婚的权利，显



韩欣欣律师



杨挺实习律师

然是不公平的，也与我国结婚自由的原则格格不入。

同时，患有重大疾病的一方在婚前需尽到告知另一方的义务，否则另一方可以申请撤销婚姻，以保障配偶对于婚前重大疾病的知情权。

需要注意的是，《民法典》没有对“重大疾病”作进一步的详细解释，在实务中还有待立法解释或最高院作出相应的司法解释。

另外在实务中，对于身患重大疾病的一方，如何举证证明已经尽到告知义务，存在现实的难题。在此提醒身患重大疾病的一方，在告知另一方时，应留下证据。

三、请求撤销婚姻只能向法院提起，婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿

第一千零五十二条 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻。

第一千零五十四条 婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。

现行《婚姻法》规定可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销婚姻。实际上，婚姻登记机关作为行政机关，在进行结婚、离婚登记时只做形式上的审查，不做实质审查，没有办法判断当事人是否受胁迫或有其他情形难以处理婚姻撤销案件。撤销婚姻是重大事项，关系到当事人（尤其是申请人的配偶）的切身利益，需经过专业的法律审查才能作出裁判。因此，只能由法院来裁决婚姻撤销案件是合理的。

四、明确了劳务报酬、投资收益为夫妻共同财产

第一千零六十二条 夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金、劳务报酬；
- (二) 生产、经营、投资的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

《婚姻法司法解释(二)》中已经明确一方以个人财产投资取得的收益属于“其他应当归共同所有的财产”，此次民法典以法律的形式加以确定，同时将“劳务报酬”也明确为共同财产。

五、明确了夫妻共同债务的认定原则

第一千零六十四条 夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

六、可以向法院提起诉讼确认亲子关系

第一千零七十三条 对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。

对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。

本条规定初步确定了亲子关系确认和否认制度，但在实务中如何具体施行，有待进一步的实践观察和研究。

确认亲子关系最直接的方式是做亲子鉴定。笔者认为，实务中应对亲子鉴定制度作进一步的解释（或者说限制），不能随意启动亲子鉴定程序。要在有正当目的性及初步的证据前提下，方能启动。

举个例子供大家思考：一个男子甲对一个已婚妇女乙实施了强奸，而后甲被判入狱10年。10年后，甲出狱，发现乙和乙的丈夫丙有一个9岁的儿子丁，且丁的长相酷似甲。甲怀疑丁是自己的亲生骨肉。此时，甲可以向法院提起诉讼，要求对丁启动亲子鉴定吗？丁成年后也发现甲的长相和自己酷似，丁可以提起诉讼申请亲子鉴定吗？

七、规定了离婚冷静期

第一千零七十七条 自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

本条规定了登记离婚中的冷静期，也许是婚姻家庭编中最具争议的一条，引起社会强烈反响，反对之声不绝于耳。很多人认为离婚冷静期的设置破坏了离婚自由，增加了协议离婚的难度。

从全球范围看，我国的离婚制度是相对宽松的。据中国法学会专家的表述，社会上存在大量冲动离婚的现象，甚至有人“今天离婚，明天复婚”；近年来因为买房、落户等政策的影响，涌现出许多滥用离婚自由的情况。因此专家们建议设置离婚冷静期，以此降低离婚率，限制滥用离婚自由，其社会效果还有待考察。

第一千零七十九条 夫妻一方要求离婚的……经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

本规定为诉讼中的离婚冷静期。在实务中，诉讼离婚往往过程比较漫长，第一次诉讼判离的概率极低。按照现行的《民事诉讼法》规定，判决不准离婚和调解和好后的离婚案件，没有新情况、新理由的，要等六个月后才能再次起诉。但即使是第二次起诉，法院也不一定会判离，可能还要起诉第三次、第四次……本条名义上规定了一年的冷静期，但实际上只要满足“判决不准离婚后，分居满一年”的条件，是必然要判决离婚的，大大降低了法官的裁判难度。

然而，不排除一种可能：法院为了减少法官工作量，第一次受理离婚案件时，大概率不予判离，等再次受理时再审查是否满足“分居满一年”的条件，满足则可以径行判离，不满足则再审查夫妻关系是否破裂。如此一来，诉讼离婚之路有可能会变的更加艰难。

八、明确了离婚时孩子归属的两大原则

第一千零八十四条 离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双

方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

现行《婚姻法》规定，离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。

实务中，孩子出生后，有的妇女因为奶水不足或其他原因，并不能直接哺乳孩子。加之法律并没有明确哺乳期的时长。在某些案件中，法院就以此为由将两周岁以内的孩子判给男方抚养。

为了有效保障妇女的权利，《民法典》将“哺乳期内的子女”改为“不满两周岁的子女”，表述更为精确，实务中更有可操作性。

至于什么是最有利于未成年子女的原则，则不仅要考虑夫妻双方的经济实力、综合实力，还要考虑有利于未成年子女身体和心理的健康成长。换句话说，不再是单纯的“谁的条件更好，谁就能争得抚养权”了。

九、新增重大过错损害赔偿请求权

第一千零九十一条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- (一) 重婚；
- (二) 与他人同居；
- (三) 实施家庭暴力；
- (四) 虐待、遗弃家庭成员；
- (五) 有其他重大过错。

2018年，王宝强和马蓉的离婚案在全国闹得沸沸扬扬。众所周知，马蓉婚内出轨被坐实。但是在离婚分割财产时，马蓉并没有因为婚内出轨而少分财产。按照《婚姻法》，王宝强确实不能因为马蓉出轨之事实而提起损害赔偿。此事引起社会热议，很多人为王宝强报不平。

本条规定增加了重大过错损害赔偿，让人眼前一亮，但能否将“婚内出轨”列入重大过错范畴，实务中还有待考察，需要立法解释或司法解释阐明究竟是什么其他重大过错，姑且拭目以待。

十、最多可以收养两名子女；收养条件有所变化

第一千零九十八条 收养人应当同时具备下列条件：

- (一) 无子女或者只有一名子女；

- (二) 有抚养、教育和保护被收养人的能力；
- (三) 未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；
- (四) 无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；
- (五) 年满三十周岁。

第一千一百条 无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女。

第一千一百零二条 无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。

随着我国二胎政策的开放，收养规定也随之变化。符合条件的收养人最多可以收养两名子女。为了更好的保护被收养人利益，收养人除了有抚养、教育被收养人的能力外，还需有保护被收养人的能力，且无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。

第一千一百零二条 将男性收养女性更改为无配偶者收养异性，在某种程度上体现了男女平等，也能进一步保护男性被收养人的权益。

以上是《民法典》婚姻家庭编中，笔者认为较为突出的十点变化，其中有的是《民法典》首创，有的是将现有的司法解释升格为法律。正所谓“顺势而为，如水推舟”，这些变化正是顺应社会发展而做出的。作为中华人民共和国的公民，我们也应当及时掌握这些变化，并在实务中加以运用，保护自己、保护家人。

【作者简介】

韩欣欣，本所专职律师，广东财经大学法律硕士。主要从事土地房地产、公司诉讼及非诉业务、婚姻家庭、劳动仲裁等领域。曾办理多宗涉及土地征收房屋安置、国企、上市公司商事诉讼。

杨挺，本所实习律师，转业军官，曾为军队律师。毕业于原解放军理工大学，曾任恒大地产法务员。

探讨《民法典》视域下预约合同的违约责任问题

《民法典》第四百九十五条关于预约合同的规定，是在对《买卖合同司法解释》第二条吸收改造基础上形成的，但对于违反预约合同的责任承担形式仍缺少具体规则。在司法实务中，由于缺少制度供给，导致法院在预约合同有关案件中裁判观点并不统一，甚至在最高院刊发的公报案例中存在相反的裁判观点。[1]本文通过对既往有关预约合同案例进行分析研究，对各种裁判观点进行归纳、总结，提出在《民法典》现有制度下预约合同条款设置和争议处理的应对建议。

一、关于预约合同的法律规定

《买卖合同司法解释》第二条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”

《民法典》第四百九十五条规定：“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”如上文所述，《民法典》基本上延续了《买卖合同司法解释》中的表述方式，规定了预约合同为当事人之间关于在未来订立合同的协议。对于违反预约的法律后果，原本《买卖合同司法解释》设置了两条救济路径：一为请求违约方承担合同违约责任，二为解除预约合同并主张损害赔偿。《民法典》虽未明确可以解除预约合同并赔偿损失，但解除合同并主张损害赔偿应默示包含在违约方的违约责任当中，所以可以说《民法典》关于预约合同违约责任的规定延续了《买卖合同司法解释》的路径。

但是无论《民法典》还是《买卖合同司法解释》，都没有对司法实务中存在问题予以回应——违约责任的承担方式是损害赔偿还是强制缔约？赔偿范围仅是为预约合同支付的磋商成本还是包括了信赖利益？下文通过实证研究，对司法实务中预约合同违约责任形式及存在



杨超男律师



孙君元律师

的问题予以梳理。

二、预约合同的违约责任

根据《民法典》和《买卖合同司法解释》的规定，当事人违反预约合同的，应承担相应违约责任，但如何承担违约责任是必须面对的实际问题。尤其是守约方是否有权要求法院判令继续履行？若预约合同解除的，守约方是否有权要求违约方赔偿本约履行利益等，在司法实践中存在较大争议。经梳理，既往案例中确定的违约责任承担方式可以大致分为：**强制缔约、强制履行、赔偿本约履行利益、赔偿信赖利益**四类。

1. 强制缔约

当事人双方签订预约合同之目的，是为了签订本约合同。因此，一方当事人违约时，较多守约方希望法院判令强制缔约，其实质为要求违约方继续履行预约合同，直至签订本约合同。

可以说，是否支持强制缔约，是预约合同违约责任最大分歧所在。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十条的相关规定，债务的标的不适于强制履行，属于守约方可以要求继续履行的例外情形。缔结合同并非一般金钱债务，对当事人双方配合程度要求较高，若判令强制缔约，执行难度较大，且预约合同中很可能不具备本约合同中的全部条款，大部分条款仍需要当事人双方的进一步协商，判决继续履行可能缺乏法律及事实基础。因此部分从业人士并不赞成判决继续履行。[2]

不支持继续履行的观点也得到了一些地方性法律的

支持，如《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》明确规定，守约方请求法院判令强制签订房屋买卖合同的，不予支持。[3]

但司法实践中也存在判令继续履行的案例，如在(2011)思民初字第11825号郭志坚诉厦门福达地产投资有限公司买卖合同纠纷一案中，法院判令被告按照预约合同的约定，与原告签订本约合同。

“被告厦门福达地产投资有限公司于本判决生效之日起十日按《意向书》之约定，确定‘福达里’安置房的一个车位，与原告郭志坚签订关于‘福达里’安置车位的《买卖合同》，按15万元的价格将‘福达里’安置房的一个车位销售给原告。”[4]

2. 强制履行

判令违约方强制履行，应属于预约合同违约责任中的例外情形。构成该情况的前提为，虽当事人双方签订的文件名为预约合同或者具备部分预约合同的外观要件，但实质上其已经具备了本约合同的主要内容，而应被认定为本约合同。在本约合同已经缔结的情况下，守约方有权要求违约方继续履行本约合同。

相关法律依据如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条的相关规定：“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。”

相关案例如在(2014)民二终字第25号辽宁方圆国家标准样品油有限公司、乌鲁木齐石油化工总厂西峰工贸总公司买卖合同纠纷二审一案中，最高院认为当事人双方签订的合同包括了生效条件、权利义务、产品价格等正式内容，应被认定为正式合同。

“关于协议书性质的问题。本院认为，2003年9月19日的协议书有具体的标的物、合同生效条件、权利义务、产品价格、发货手续、计量方法、结算方式、质量要求、免责条款等，且福利公司与方圆公司签订的供货合同中明确约定了该协议书是供货合同的补充。因此，该协议书为双方签署的正式合同，原审认定为‘框架协议’，并无不当。”[5]

3. 赔偿本约履行利益

本约履行利益是否可以支持，也是预约合同违约责任中较大的分歧所在，在司法裁判中，甚至存在截然相反的观点。

根据上文提及的《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第五条的相关规定，赔偿范围似乎仅包括信赖利益损失，而不包括本约履行利益。

广州市中院在(2019)粤01民终14550号吕青、广东合汇集团有限公司商品房预约合同纠纷二审一案中明确表示，房价上涨损失属于签订正式合同后可得利益，在未签订正式合同的情况下，不应得到支持。

“因双方未签订正式商品房买卖合同，吕青也未支付房款，故吕青要求赔偿房屋价格上涨的差价损失，相当于要求获得签订正式商品房买卖合同后实际获得房屋的可得利益，其该请求没有法律依据，应不予支持。”[6]

王利明教授亦明确提出，因预约合同与本约合同存在明显的性质不同，违反预约合同的损害赔偿范围不能完全等同于违反本约合同的赔偿。由于本约合同还没有成立，未产生可得利益，所以违反预约合同不应当赔偿可得利益的损失，否则是对违反预约合同和违反本约合同的责任的混淆。[7]

但无锡市中院在(2012)锡民终字第0024号陈荣根诉江阴兰星公司、钱树忠买卖合同纠纷二审一案中持有完全相反的观点，其认为作为预约合同义务人的开发商如违反预约合同，其所应负的责任在性质上属违约责任。要合理维护守约方的权益，须使其利益状态达到签订预约合同所约定的本约签订时的状态。[8]

4. 赔偿信赖利益

信赖利益赔偿是使守约方之处境回到合同（未信赖允诺）前，即赔偿所谓的消息损失（成本费用支出等）。[9]赔偿信赖利益应是预约合同违约责任的底线，但信赖利益如何计算存在一定不确定性。

如在上述(2019)粤01民终14550号吕青、广东合汇集团有限公司商品房预约合同纠纷二审一案中，广州市中院自由裁量认定违约方按照守约方已支付房款的一倍（3万元）赔偿守约方的损失。

“因吕青起诉赔偿未提及订约费用等信赖利益损失，一审法院判令合汇公司在返还定金之外向吕青赔偿房屋差价损失15万元，依据不足。合汇公司上诉要求对此予

以改判，本院予以采纳。虽然吕青在本案未请求双倍返还定金，但其要求合汇公司在返还定金之外赔偿损失，则合汇公司应当返还定金并支付相当于一倍定金的赔偿金额，并自约定签约期届满之日即2016年10月5日起计付利息。” [10]

在(2016)粤06民终3165号叶绍明与佛山市南海东屋置业开发有限公司商品房预约合同纠纷二审一案中，佛山市中院观点可以总结为，违约方以收取的款项为基数，按照同期贷款利率向守约方支付利息，以作为信赖利益损失。

“对叶绍明请求东屋公司以238412元为本金自1999年11月11日（叶绍明支付最后一笔购房款的时间）起至实际清偿之日止按中国人民银行同期同类贷款利率计付利息予以支持。” [11]

三、律师建议

在《民法典》现有规则下，预约合同违约责任承担方式的法律规定对司法实践支撑不足，未来该类型案件

的裁判结果仍会存在一定的争议与不确定性。为了应对该情况，笔者从法律从业者的角度，提出如下建议：

1.妥善起草预约合同

如上文所述，即使文件名为预约合同，但其实质内容为本约合同的，仍会被认定成本约合同，若存在违约行为时，违约方可能需要按照违反本约合同来承担违约责任。因此，建议在起草预约合同时，明确其合同性质，明确在未来某一时间点方才签订本约合同，避免出现可能被认定为本约合同的模糊表述或歧义条款。

2.在预约合同中明确约定违约责任

根据《民法典》第四百九十五条第二款的相关精神，预约合同中约定了违约责任的，守约方可以要求违约方按照预约合同约定承担违约责任。

违约责任的约定应该合理、具体。如违约金数额不宜过高、不宜约定守约方有权强制违约方订立正式合同等。但是，对于当事人为了磋商、订立预约合同以及准备订立本约合同所支付的成本，以及因违反预约合同造成的损失范围，则可以尽量约定清晰。



看，月亮婆婆出来啦！ 合伙人许红学律师 摄

3. 谨慎确定诉讼请求

预约合同的违约责任在司法实践中存在一定争议，但较多从业人士认为守约方无权要求强制缔约。若以强制缔约作为诉讼请求，并且在法官释明的情况下仍不变更的，存在诉讼请求被驳回的风险。同时，实践中，法院对预期利益损失持谨慎态度，主张本约履行利益损失，尤其是过高的本约履行利益损失，也存在不被法院支持的风险。

4. 正确看待意向书、备忘录的性质

协议的性质属于预约还是本约，还是当事人订约前的磋商记录，实践中，法院往往用“形式+实质”的判断标准进行审查。《民法典》用“认购书、订购书、预定书等”的表述，意味着预约合同通常表现为但不局限于这几种形式。即便如此，也仍要审慎对待意向书、备忘录，这类文书记载内容通常为当事人合作意向或者磋商记录，其可能成为日后订约的纲领性文件，但都不具备锁定未来必然订约的作用。如果当事人的目标是锁定未来订约，则建议避免使用意向书、备忘录类文件。

注释

[1] 参见《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，耿利航，载《法学研究》，2016年第5期。

[2] 参见《新能源项目中预约合同与本约合同的区分及相关责任辨析》，程世刚等，载金杜研究院公众号。

[3] 《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第五条规定，“当事人一方无正当理由不履行预约合同约定的签约义务，守约方请求人民法院判决强制签订房屋买卖合同的，不予支持。预约合同约定的定金等违约责任明显不足以弥补守约方的信赖利益损失，守约方请求增加赔偿的，可予支持。”

[4] 参见（2012）厦民终字第1277号郭志远诉厦门福达地产投资有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书，载《人民法院案例选》2013年第1辑（总第83辑）

[5] 参见（2014）民二终字第25号辽宁方圆国家标准样品油有限公司、乌鲁木齐石油化工总厂西峰工贸总公司买卖合同纠纷二审民事判决书。

[6] 参见（2019）粤01民终14550号吕青、广东合汇集团有限公司商品房预约合同纠纷二审民事判决书。

[7] 参见《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》，王利明，载《法商研究》，2014年第1期。

[8] 参见（2012）锡民终字第0024号陈荣根诉江阴兰星公司、钱树忠买卖合同纠纷二审民事判决书，载《人民法院案例选》2013年第2辑（总第84辑）。

[9] 参见《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，耿利航，载《法学研究》，2016年第5期。

[10] 参见（2019）粤01民终14550号吕青、广东合汇集团有限公司商品房预约合同纠纷二审民事判决书。

[11] 参见（2016）粤06民终3165号叶绍明与佛山市南海东屋置业开发有限公司商品房预约合同纠纷二审民事判决书。

【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。

孙君元，本所专职律师，中山大学法学硕士。主要从事于公司治理与风险防范、合同纠纷、公司纠纷、劳动纠纷等。



恭王贵犬 黄丽芬实习律师 摄

董高违反竞业禁止义务，同业公司是否承担连带责任？



何静律师

《公司法》第148条明确董事、高级管理人员（下称“董高人员”）违反忠实义务时，其所任职的公司享有归入权。现实中，往往存在董高人员新设、自营一家与原任职公司业务相似的公司（下称“同业公司”），此类董高竞业禁止纠纷中，原告一方面主张归入权，另一方面常以共同侵权为由，将董高人员以及同业公司作为共同被告起诉到法院，要求同业公司对董高人员的损害赔偿义务/归入义务承担连带责任。审判实务中是否支持原告对同业公司承担连带责任的诉求，仍存在一定的争议。

本文通过“北大法宝”网站以“归入权”、“连带责任”作为关键词进行搜索，对法院此类案件的裁判文书进行详读、分析，结合我们的实际工作经验，总结法院裁判规则，供大家参考。

经过抽样分析，法院倾向性认为，同业公司无须在归入权情境中承担连带责任，但不排除少数法院笼统地认为董高人员与同业公司具有共同侵权行为，从而判定二者应承担连带责任。具体裁判规则可以见如下几大类型：

一、认定董高人员未违反忠实义务，进而否定了同业公司承担连带责任的基础

该种裁判规则下，法院并未对同业公司是否为连带责任的担责主体进行论述，而是直接认定原告未能举证

证明董高人员违反了忠实义务，进而使同业公司丧失了承担连带责任的基础。

公报案例如，在最高人民法院（2012）民四终字第15号判决中，一审法院江西省高院认为同业公司是董高人员违反忠实义务的获利主体，因此判定同业公司承担连带责任。二审中最高院认为，董高人员不存在夺取商业机会等违反忠实义务的行为，自然也无从论起同业公司的连带责任。

二、明确归入权的行使对象仅为公司董高人员，将同业公司排除在担责主体之外

此种裁判规则为目前的审判主流观点，在该种裁判规则下，法院认为同业公司连带责任应以《公司法》第148条规定的归入权为基础，不能将二者完全割裂。而根据《公司法》第148条的规定，归入权的担责主体仅为公司董高人员，不包括同业公司，同业公司也当然无须承担连带责任。

在湖北省高级人民法院（2017）鄂民终3078号判决中，裁判要旨载明“公司行使归入权应满足以下要件：一是行使对象为公司董事、高级管理人员。二是行为人存在违反法定义务的特定行为。三是行为人获得收入。四是行为与收入之间存在因果关系”。同时湖北省高院在判决中关于认定同业公司是否承担连带责任的论述部分，认为：“《中华人民共和国公司法》已明确归入权的行使对象为董事、高级管理人员，其任职公司非责任主体，原告请求同业公司承担连带责任无法律依据”。

在山东省高级人民法院（2015）鲁商终字第532号判决中，山东省高院认为：“关于泰威公司是否应与李家滨共同承担责任的问题。上诉人东方公司上诉主张，泰威公司与李家滨构成共同侵权，应当共同承担责任。本院认为，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定：‘董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有’。根据公司法的以上规定，违反忠实义务的赔偿责任主体仅为侵权的董事、高级管理人员，并不包括其所就任的公司”。

三、认为要求同业公司承担连带责任的法律关系与主张归入权的法律关系性质不同，不属于本案调处的范围，故对原告要求同业公司承担连带责任的诉求不予支持

该种裁判规则下，法院认为归入权与连带责任承担系两种不同的法律关系、不同的权利，应当适用不同的法律依据分别主张，无法在一个判决中予以处理，原告可另循法律途径解决。

据广州市中级人民法院（2019）粤01民终18951号判决，法院认为：“思永公司上诉主张度房公司和鼎竺公司构成共同侵权，应承担连带责任。但思永公司对王玲行使归入权和要求上述两公司承担侵权责任属于不同的权利，应当适用不同的法律依据分别进行主张。度房公司和鼎竺公司是否构成共同侵权，思永公司应当依据侵权责任法的规则，举证证明侵权人存在过错行为、被侵权人存在客观损失以及行为与损失间存在因果关系等。本案中，思永公司并未就此提供相应证据，一审对此不予调处，并无不当，故对思永公司此项上诉主张，本院不予支持”。

四、认为同业公司从事的商业活动属于其合法意思自治的市场竞争行为，否定同业公司的行为构成民事侵权，从而否定了同业公司的连带责任

该种裁判规则下，法院认为同业公司属于独立商业主体，其所作出的商业行为经过了同业公司自身的独立决策，并非因董高人员控股、管理同业公司而使其丧失独立的法人资格，从而也不能将董高人员与同业公司无条件绑定在一起，更不能将二者的法律责任混为一谈。

在福州市中级人民法院（2016）闽01民终4041号判决中，法院认为：“对于索信公司（注：此为同业公司）责任问题，连带责任作为民事责任之一，分为法定连带责任与约定连带责任。本案不属于约定连带责任，而法定连带责任必须法律明确规定，如共同侵权行为之连带责任、共同危险行为之连带责任等。宋慰云虽有利用其职务便利，以索信公司名义与杭州信雅达公司签订同类业务合同，但索信公司与杭州信雅达公司之间的业务往来、签订合同行为属于当事人合法意思自治的市场竞争行为，不能认定索信公司与睿矽微公司客户签订合

同的行为构成了民事侵权。因此，对于睿矽微公司要求索信公司承担连带赔偿责任的请求，没有法律依据，不予支持”。

济南市中级人民法院（2018）鲁01民终3965号判决中，一审法院认为：“山东科派斯公司系尹坡林、卢峰违反公司法规定自营的与济南鼎恒公司同类业务的公司，是尹坡林、卢峰利用职务便利侵害济南鼎恒公司利益行为的工具和实际获益者，根据公司法规定，他人侵害公司合法权益，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。因此，山东科派斯公司对于尹坡林、卢峰应承担的损害赔偿责任承担连带责任”。二审法院认为：“虽然山东科派斯公司的发起人马玲、胡秀红分别与尹坡林、卢峰系夫妻关系，具有密切关系，但山东科派斯公司与济南鼎恒公司系彼此独立的经营主体，对济南鼎恒公司不负有忠实义务和勤勉义务，不应承担法律责任，故济南鼎恒公司要求山东科派斯公司承担赔偿责任缺乏事实和法律依据”。

五、认为若主张同业公司承担连带责任，需证明董高人员与同业公司属于恶意串通，否则对于同业公司承担连带责任的诉求不予支持

该种裁判规则下，要求原告提供充分证据证明同业公司与董高人员存在恶意串通、共同故意损害原告/原任职公司利益，但因该等恶意串通、共同故意的主观恶意证明难度较大，此类关于同业公司承担连带责任的诉求通常不被法院支持。

在上海谷诏服饰有限公司诉谷口某某损害公司利益纠纷案中，法院认为：“至于原告要求第三人世蒂公司承担连带责任一节，因未提供充分证据证明第三人与被告属于恶意串通、共同故意损害原告利益，故原告此项诉请，法院不予支持”。

六、认为董高人员与同业公司具有共同侵权行为，二者应承担连带责任

此种裁判规则运用得较少，在该种裁判规则下，法院认为董高人员的意志对于同业公司具有决定性作用，二者为利益共同体，具有共同侵权行为，因此同业公司应对董高人员的损害赔偿义务承担连带赔偿责任。

在北京市第一中级人民法院(2010)一中民终字第10249号判决中,法院认为:“丛爱民系京泰公司的控股股东,京泰公司的注册资金来源于丛爱民挪用全泰公司的资金,其设立后的唯一冶炼项目即为涉案的ATIBIR公司项目,丛爱民的意志对于京泰公司具有决定性作用,二者在侵犯全泰公司商业机会的过程中为利益共同体,具有共同的侵权行为。因此,京泰公司应对丛爱民的上述损害赔偿义务承担连带的赔偿责任”。

律师评析

实务中,若董高人员另设同业公司经营的,几乎所有的原告都会将董高人员和同业公司作为共同被告,要求二者承担连带责任,对此,原告通常的理由是董高人员与同业公司构成共同侵权。通过以上裁判规则分析,我们可以看到,且不论归入权与共同侵权属于不同的法律关系,法院通常也不会仅以董高人员与同业公司具有控制关系而简单认定二者构成共同侵权,从而判定二者承担连带责任。笔者赞同以上主流裁判观点,并对此进行了如下补充思考:

1.董高人员夺取交易机会、违反竞业禁止义务等其实也是一种侵权行为,之所以原告通常以《公司法》第148条规定的归入权为由要求董高承担责任,是因为该条的适用条件较为简单,只需要证明董高人员存在《公司法》第148条列举的行为即可。但若原告以侵权为由要求董高承担侵权责任,则原告须充分阐述侵权四要素,证明难度较大。笔者认为,若原告一旦主张归入权,则随后同业公司的连带责任也必须固定在归入权项下去考量。

2.根据《公司法》第148条的规定,归入权的赔偿基数是董高人员违反忠实义务所获得的收入,而根据《侵权责任法》的相关规定,同业公司承担侵权责任的赔偿基数是对原任职公司造成的实际损失,二者不可等同,因此在赔偿基数完全不同的前提下,要求承担连带责任,将二者混为一谈,明显缺乏合理性。

3.《公司法》以保护法人独立主体资格为主,以特殊情况下突破法人独立性为例外。若仅以董高人员作为同业公司的主要管理人员、控股股东或实际控制人为由,认为同业公司完全被董高人员控制,是董高人员实施损

害原任职公司利益的傀儡、帮凶,从而认定二者存在恶意串通或共同侵权的,则是突破了同业公司的法人独立性,严重违背了《公司法》的立法宗旨。

4.《公司法》第151条第3款规定“他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼”。在本篇文章所谈及的此类案件中,若原告主张同类公司侵犯原有公司合法权益的,完全可以引用此条款的规定,但是此条款并未提及连带责任。由此可见,在原告已经起诉要求董高人员承担归入义务及排除共同侵权适用空间的情况下,要求同业公司承担连带责任缺乏法律依据。

【作者简介】

何静,本所专职律师,武汉大学法学硕士。专业领域包括IPO、并购重组、投融资等。



路在远方 合伙人许红学律师 摄

侵犯商标专用权判定的重要要素

——浅谈商标授权确权行政案中对类似商品（服务）的认定



苏东海律师

商标授权确权行政纠纷案件（以下称“商标行政案”）主要指这五类案件即相对人或者利害关系人因不服国务院工商行政管理部门商标评审委员会（现为国家知识产权局）作出的商标驳回复审、商标不予注册复审、商标撤销复审、商标无效宣告及无效宣告复审等行政行为，向人民法院提起诉讼的案件。

近年来商标行政案不断增多。根据最高人民法院新闻发布会通报，从2002年到2009年，北京市第一中级人民法院共审结商标行政案一审为2624件，而2013年就达到2161件；2014年更增加到7951件。2015年后北京知识产权法院受理各类知识产权案件中约73%是商标行政案达5501件。最高人民法院发布一份2019年度报告中提及全年共审结各类知识产权案3254件，其中商标案件965件。授权是对申请商标注册专用权的准予许可，行政争议的确权是对商标专用权的确认与保护，而是否构成商标侵权是商标行政案中的处理重点，特别是使用与注册商标相同或近似的商标的情形下，对类似商品（服务）的认定是商标侵权判定的重要因素。最高人民法院在分析2019年审理的知识产权案件的基本特点时认为商标行政案件中的商标近似和商品类似的判断仍然是主要焦点问题之一。商标行政案中，判定商标侵权的，其法律后果是商标注册申请被驳回、不予注册、撤销注册商标专用权、宣告商标专用权无效等。但是，

对于类似商品(服务)如何认定，在立法上、司法实践上都经历了一个复杂的过程，尤其是在审判实践活动中因个案的认定不同，判决结果大相径庭，使类似商品服务认定纷呈复杂。2001年版的《商标法》历经多年后于2013年8月30日作第二次修订，该商标法（2014年5月1日实施）中的第五十七条第二款作了新的规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：……在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；……”把商标侵权认定由修法前的近似判断增加为混淆判断。

事实上，最高人民法院在2002年颁布法释【2002】32号文《关于审理商标民事纠纷适用法律若干问题的解释》（以下称“民事意见”）和2010年颁布法发【2010】12号文《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》（以下称“行政意见”）均把“容易造成混淆”、“容易导致混淆”作为判断标准。2017年最高人民法院发布的法释【2017】2号文《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（以下称“行政规定”）把商品的类似程度作为是否容易导致混淆的重要判断因素之一。因此，研究和探讨类似商品（服务）的认定，是判断是否容易导致混淆的关键，也是判定是否构成商标侵权的重要因素。反之的理解是，判断容易导致混淆的也是可以认定为类似商品（服务）的。

一、关于认定类似商品（服务）的法律适用

（一）《商标法》（2019年4月23日实施）第五十七条第二款“未经商标注册人的许可，在同一种商品上适用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上适用与其注册商标相同或近似的商标，容易导致混淆的。”

（二）《商标法实施条例》（2014年5月1日实施）第七十六条“在同一种商品或者类似商品上将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的，属于商标法第五十七条第二款规定的侵犯注册商标专用权的行为。”

(三) “行政意见”即《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第十五条“人民法院审查判断相关商品或者服务是否类似，应当考虑商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费群体等是否相同或者具有较大的关联性；服务的目的、内容、方式、对象等是否相同或者具有较大的关联性；商品和服务之间是否具有较大的关联性，是否容易使相关公众认为商品或者服务是同一主体提供的，或其提供者之间存在特定联系。

《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考。”

(四) “行政规定”即《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十二条“当事人依据商标法第十三条第二款主张诉争商标构成对其未注册的驰名商标的复制、摹仿或者翻译而不应予以注册或者应予无效的，人民法院应当综合考量如下因素以及因素之间的相互影响，认定是否容易导致混淆：1. 商标标志的近似程度；2. 商品的类似程度；3. 请求保护商标的显著性和知名程度；4. 相关公众的注意程度；5. 其他相关因素。商标申请人的主观意图及实际混淆的证据可作为判断混淆可能性的参考因素。”

(五) “民事意见”即《关于审理商标民事纠纷适用法律若干问题的解释》第十一条“商标法第五十二条第（一）项规定的类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。商品与服务类似，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。”第十二条“人民法院依据商标法第五十二条第（一）项的规定，认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考。”

根据“行政意见”第14条“人民法院在审理商标授权确权行政案件中判断商品类似和商标近似，可以参照《关于审理商标民事纠纷适用法律若干问题的解释》的相关规定”。因此，“民事意见”对“行政意见”作参

照使用。

二、对类似商品（服务）的一般理解

先谈一下对“同一商品”的理解，根据最高人民法院联合最高人民检察院、公安部2011年颁发的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》指出，“同一种商品”是指名称相同的商品以及名称不同但指同一事物的商品。相对于“同一商品”而言，“类似商品”的理解，在法律上并无具体明确的含义，而是由诸因素判断的。最高人民法院在（2011）知行字第37号驳回再审申请通知书中作了阐述，“商标法设置商品类似关系，是因为商标主要是商品类别进行注册、管理和保护。在商标授权确权和侵权判定过程中，进行商标法意义上相关商品是否类似的判断，并非作相关商品物理属性的比较，而主要考虑商标能否共存或者决定商标保护范围的大少。避免来源混淆是商品类似关系判断时要坚持的一项基本原则”。时任北京市高级人民法院知识产权审判庭庭长陈锦川主编、北京市高级人民法院知识产权审判庭编著的《商标授权确权的司法审查》（以下称“《司法审查》”）指出，“判断是否构成‘混淆之虞’时，所要确定的不是商品是否类似，而是商品的类似程度及其对混淆之虞判断的影响。”

对类似商品（服务）的理解还可细分为“商品与商品的类似、服务与服务的类似、商品与服务的类似。”（见中国法制出版社《知识产权法焦点难点指引》陈勇、蒋强、乔平、王茜著）。

“民事意见”指出判断类似商品，应从商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面（以下称“五要素”）相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆。而“行政意见”除“五要素”相同外，还增加了“较大的关联性”，即与上述“五要素”有较大关联性的商品也是类似商品。而《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》（以下称“两分表”）是可以作为参考依据。可见类似商品（服务）的认定确实复杂，无法用简单语言归纳概括。但仍可以从相关的规定、司法实践中归纳主流观点、经验法则、生活常理、交易习惯及“两分表”中判断。

三、对类似商品（服务）认定的考虑因素

对类似商品（服务）认定应当考虑商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等是否相同或基本相同，也需要考虑诉争商标近似情况，最终判定的标准应当是，如果让诉争商标共存的，是否会导致相关公众对商品的来源产生混淆、误认。类似商品（服务）的认定考虑因素纷呈复杂，若以客观、主观标准说划分看，可以简单地归纳为一般的客观标准和综合判断的主观标准。

（一）一般的客观标准

《司法审查》指出在最高人民法院“啄木鸟图形”商标争议案的意见作出之前，实践中还存在商品类似关系认定的“客观标准说”，该观点认为“商品之间是否具有类似关系是客观点，不受商标的显著性、实际使用、知名度、商标使用人的主观状态所干扰”。在司法实践中，客观标准说主要是依据“两分表”作为判断，往往会认为“两分表”已将商品和服务划分为不同的组群。对类似商品（服务）组群内的商品可认定是类似商品（服务），是可以供商标审查人、代理人、申请人、使用人日常判断商品服务是否类似的主要依据和参考工具。一些知名的审判专家也认为最高人民法院肯定了“两分表”对于判断商品（服务）类别具有重要的指引作用。事实上在审理的一些案件中，“两分表”是较重要的裁判参考依据。如“中银通”商标侵权纠纷一案，原告金柯商务咨询（深圳）有限公司（以下简称“金柯公司”）于1994年4月发行“中银通”优惠卡，于1996年2月取得了“中银通”图形和文字商标，核定类别为第41类，即培训、夜总会、娱乐信息、俱乐部服务、娱乐、游览信息。之后又增加第9类，磁性识别卡核准。

后来，金柯公司发现香港中银集团旗下13间银行，发行了标有“中银”字样的磁性卡。金柯公司认为构成商标侵权，提起诉讼。被告中银集团答辩认为：1.原告核准的是商品商标，不是银行的服务商标；2.中银卡不是用来销售的，所有权归银行，实际是一项金融服务，应是第36类；3.原告核定类别为第41类、第9类，与中银卡分属不同类别；4.银行在36类使用中银标识，与原告在第41类、第9类使用中银通标识，彼此间不构成类似商品或服务。金柯公司反驳认为，被告发行的标有

“中银”字样的储蓄卡与原告发行的“中银通”优惠卡均是磁性卡，就可以断定是同类商品。物理属性相同，均经过磁性加工；均通过特定联系发向特定客户，如原告优惠卡是派给在原告消费的客户，而被告的储蓄卡也是在银行开户后取得的。这些卡皆通过磁性识别实现功能，二者功能类似，以上均符合类似商品的认定。案经深圳中级人民法院审理后认为，金柯公司核准的“中银通”商标在第41类、第9类，其发行的“中银通”磁性卡是一种服务打折的优惠工具，没有金融服务功能。而中银集团发行的“中银卡”，具有储蓄提款功能的，实际就是金融服务功能，属于第36类保险金融服务类。且金柯公司的“中银通”磁性卡服务内容主要是为培训、夜总会、娱乐信息、俱乐部服务、娱乐、游览信息等客户提供打折优惠，与中银集团向不特定对象发行的“中银卡”，两者相关公众不同，用途不同、功能不同，不能简单以具有使用磁性卡物理属性作为同一商品认定，在参考“两分表”判断后，作出判决认定二者不构成类似商品（服务）。双方均服判没有上诉。

“两分表”虽然可以在大多数情况下得到法院的尊重，但不是唯一的依据而是参考。《司法审查》指出“商标授权确权行政案件意见第十五条和‘啄木鸟图形’商标争议案的意见都明确认可商标类似关系认定的‘主观标准说’，即在认定商品是否类似时考虑商标的显著性、实际使用、知名度、商标使用人的主观状态等因素影响，因此‘客观标准说’在实践中已经式微。由于‘两分表’对相关商品或服务的划分属于上位概念，不可能穷尽相关类别项下的所有产品和服务，需要根据社会经济发展的实际情况适时进行更改或补充，不应机械地将其认为判案的主要依据。”（见市律师协会编《捍卫智慧 智见未来 广州知识产权大律师经典之作》“林某某诉钜强公司侵害注册商标专用权案评析”）

（二）一般认识的综合判断标准

对相关公众一般认识的综合判断的理解可以说是最纷呈复杂的，也是最多种多样的。《司法审查》提到“在商标异议、争议和后续诉讼以及侵权诉讼中进行商品类似关系判断时，……，更多考虑实际要素，结合个案情况进行认定。“行政意见”“民事意见”均提及“五要素”和“两关系”即特定关系和较大的关联关系。综

合判断确实存在很多主观性，也会使案件结果出现一波多折的情况，可以说综合判断就是主观判断标准。虽然如此，仍然可以通过司法实践的裁判主流观点作扼要的归纳，以使判断要素相对直观。

1. 认真区分两者商品(服务)不同的相关公众、用途与目的等，不能被一些类似的表面内容或方式所困惑，从而正确地辨别出是否构成类似商品(服务)。如“非诚勿扰”告“非诚勿扰”商标侵权一案就是出现了因审判机关看法不同而一波三折的结果。

原告金阿欢取得“非诚勿扰”注册商标，核定类别是交友婚介。而江苏电视台也使用“非诚勿扰”标识，并开展以宣传婚介、婚姻观念为主要内容的电视节目并大受欢迎，成为王牌节目，有很高的收视率。金阿欢认为江苏电视台举办非诚勿扰节目，作为大型婚介节目，突出宣传“非诚勿扰”是对电视节目名称作为商标性使用，该名称与金阿欢的民事商标相同，金阿欢认为其开展交友婚介服务与江苏电视台开展的婚恋交友节目，服务内容是相同的，相关公众会认为与金阿欢所经营的公司有关。因此，认为构成类似商品(服务)。一审法院认为原告核定的是第45类，江苏电视台核定的是第41类，两者从服务内容、方式、对象等综合考察，相关公众一般认为两者不存在特定联系，不会造成混淆，不属于类似商品服务，不构成侵权。金阿欢不服，上诉深圳中院。二审法院认为，虽金阿欢核定的是第45类交友婚介服务，但江苏电视台“非诚勿扰”内容仍是大型婚恋交友，无论从服务目的、内容、方式、对象等判定，均是提供征婚、相亲、交友等服务，与金阿欢核定的服务内容相同。由于金阿欢已作为商标使用，且江苏电视台的知名度影响，相关公众会认为江苏电视台的节目与金阿欢的公司有特定联系，造成反向混淆。江苏电视台通过“非诚勿扰”的播出收取大量广告费，足以证明是为了盈利为目的的商业使用，不能只考虑“非诚勿扰”在电视上播放的外在形式而忽视该节目的内容和目的。即使是电视节目，也会因服务的内容或目的相同，而使相关公众认为具有特定的联系，造成混淆、误认。因此，认为构成类似商品(服务)并撤销一审判决，改判江苏电视台构成侵权。江苏电视台对此不服提出再审，案经广东省高级人民法院作出审理后认为，江苏电视台“非

诚勿扰”节目经过长期的宣传和使用，已使相关公众认为该节目与江苏电视台及其下属江苏卫视建立了联系。同时，节目的内容更多是借助相亲交友场景、演示等活动使社会公众在娱乐放松休闲的同时了解社会交友的价值观，引导健康向上婚恋观、人生观。服务目的旨在向社会公众提供娱乐消遣的文化活动，通过节目的收视率和关注度获取赞助等经济收入，服务对象是不特定的广大观众。而金阿欢所核定第45类交友婚介活动，是为满足特定个人的婚配需求而提供的中介服务。服务目的是为促成婚恋配对获取经济收入。服务内容方式包括管理相关人员需求信息、提供咨询服务建议、传递意向信息等中介服务。服务对象是有特定婚恋需求的人员。两者无论是服务目的、内容、方式、对象等均有明显区别。以相关观众一般认知，能够清晰区分电视文娱节目与现实中的婚介服务活动，不会误认为两者具有特定联系。不能仅凭体裁形式的相似性，就认为两者之间构成类似商品(服务)。

高院判决还认为金阿欢没有长期大量使用“非诚勿扰”作为婚介服务，而无法获得显著性。反观江苏电视台的“非诚勿扰”节目，经过长期热播，作为娱乐、消遣节目为公众所熟知。即使涉及交友婚介内容，相关公众也会作出清晰区分，不会认为两者服务来源构成混淆或误认。因此再审判决认为不是类似商品(服务)，不构成商标侵权。

2. 要考虑经营渠道、消费群体是否具有重合或较大的关联度。如“龟博士”商标授权确权行政一案【最高人民法院(2015)行提字第3号】此前也是出现了一波三折的认定。北京龟博士汽车清洗连锁有限公司(以下简称“龟博士公司”)持有被异议商标为第3167289号“龟博士”商标，拟申请增加注册使用服务为第37类。后经商标局核准删减了8项，并最终核定异议商标指定的服务项目为：车辆加润滑油；车辆维修。特多瓦公司持有引证商标第908487号“龟博士”商标，半隆中心为“龟博士”用品的独家总代理。在异议期内，半隆中心与特多瓦公司向商标局提出异议申请，未果，进入异议复审后，商标评审委员会于2010年12月27日作出第38951号裁定，对被异议商标不予核准注册。龟博士公司不服，提出商标授权确权行政诉讼。北京市第一中级

人民法院经审理认为：实践中“车辆维修”服务提供者在提供服务时亦可能会使用“汽车上光蜡、清洗液”等商品，故如果在上述商品或服务上均使用“龟博士”商标，则将可能使相关公众误认为二者系由同一主体提供或提供者之间具有特定联系，从而产生混淆误认。因此判决驳回龟博士公司起诉。

龟博士公司不服并提出上诉，认为：被异议商标指定使用的“车辆维修”服务与引证商标核定使用的“汽车上光蜡、清洗液”商品未构成类似商品或服务，二者所对应的销售渠道和消费对象也不一样，相关公众不会产生混淆，不应被认定为近似商标。

北京市高级人民法院经审理后认为：根据龟博士公司提交证据，表明其在汽车维修上大量使用“龟博士”商标，并获得一定的荣誉，因此可证明龟博士公司在汽车维修上使用“龟博士”商标已有一定知名度。同时，被异议商标指定使用在“车辆维修”服务上，引证商标核定使用在“汽车上光蜡、清洗液”等商品上，前者的服务对象、服务场所、服务方式与后者商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费群体亦有所不同；其认为引证商标是商品商标，而龟博士公司申请的被异议商标是服务商标。两商标不构成近似商标。二者也不是类似商品（服务），因此，撤销一审判决。特多瓦公司不服，向最高人民法院申请再审。

最高人民法院经审理后认为：认定商品或者服务是否类似，应以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断，《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考，并认为如果同一商标分别使用在不同的商品或服务上，会使相关公众认为上述不同的商品或服务系由同一主体提供，或其提供者之间存在特定联系，则可以认定不同的商品或服务之间存在特定联系，或者容易造成混淆。具体到本案，判断被异议商标的“车辆加润滑油、车辆维修”服务与引证商标的“汽车上光蜡、清洗液”商品是否类似，亦应看涉案“龟博士”商标如同时使用在上述商品或服务上是否会使相关公众认为其系由同一主体提供或提供主体之间具有特定联系。实践中“车辆加润滑油、车辆维修”服务和“汽车上光蜡、清洗液”商品均属车辆维修、保养范畴，因“车辆加润滑油、车

辆维修”服务提供者在提供服务时亦可能会使用“汽车上光蜡、清洗液”等商品，二者的服务场所、销售场所及消费对象存在同一性可能，故如在上述商品或服务上均使用“龟博士”商标，以相关公众的一般交易观念和通常认识而言，则可能使相关公众误认为二者系由同一主体提供或提供者之间具有特定联系，从而产生混淆误认。因此，“车辆加润滑油、车辆维修”服务及“汽车上光蜡、清洗液”商品属于类似商品或服务。最终，最高人民法院撤销北京高院二审判决，并维持一审判决。

3.实际场景应用发生变化时也能动态地改变“五要素”及“两关系”的认定。

笔者曾经碰到这样一个案例，引证商标核定在出租汽车服务上使用，被异议商标核定在酒精、消毒剂上使用。两者在需求、消费群体、生产渠道、用途等均明显不同。引证商标面向的相关公众是司机和乘客。被异议商标面向的相关公众是医院、清洁公司。两者没有特定联系或较大关联度。然而，新冠疫情出现后，为了抗疫需要，出租汽车上大多会配备酒精、消毒剂。而一些出租车乘客也会随身携带消毒用品。这样原本没有特定联系的二者也建立了相关联系，具有较大关联性。因此，很有可能会被认定为类似商品（服务）。当然，如被异议商标知名度小，没有被大量地使用，且与引证商标并没有在同一区域内使用的情况下，相关公众并不会认为混淆，这样的话就未必会被认定为类似商品（服务）。由此可见，对类似商品（服务）的认定标准并不是静态的，而是有可能随着实际应用场景的变化而发生改变。

四、针对不构成类似商品（服务）的一些抗辩理由

1.结合商标不构成近似进行抗辩，并对“五要素”和“两关系”进行详细逐一比对是能够排除混淆误认可能的。如果与注册商标不相同或不构成近似的情况下，则不存在对类似商品（服务）的认定。因此若要抗辩不构成类似商品（服务），首先是对诉争商标与引证商标是否相同或近似进行抗辩，其次才是针对商品（服务）在“五要素”和“两关系”进行对比，以相关公众的一般认识进行综合判断，是否存在较大的关联。事实上，许多不构成侵权的抗辩也是通过上述思路得以成功的。本人曾承办的“三禾百味”文字加图形组合商标标识与

“三禾”注册商标不构成近似的商标侵权纠纷系列案（共21宗）就是通过以上思路成功抗辩。引证商标“三禾”商标注册权人认为其商标享有一定知名度，虽在外地从事的日式餐厅服务，但因被控侵权商标标识“三禾百味”文字加图形组合商标标识在广州使用于21间连锁店经营西关传统美食粥粉面，是近似商标，二者经营的都是餐饮服务，二者构成类似商品（服务），认为被控侵权商标标识侵犯商标专用权，要求索赔100万。

经分析，虽同属《分类表》中第43类餐饮服务，但两者在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费群体、内容、方式、经营者均存在较大差异，相关公众能够明显区分，想选择广州西关传统美食粥粉面服务的消费者不会前往日式餐厅消费，经营日式餐厅的不可能同时经营传统粥粉面，且分属两个不同地域，相关公众不会混淆误认。同时，“三禾百味”文字加图形组合商标标识与“三禾”注册商标也不构成近似。最终一、二审法院均认为西关传统美食与日式餐厅服务不是类似商品（服务），“三禾百味”文字加图形组合商标不构成侵权。此系列案件承办结果受到好评，本人荣获2013年度市

律协业务成果奖。

2.对技术特别复杂专业的领域，法官对“两分表”的依赖使用程度会较大，如按“两分表”很可能构成类似商品（服务）。因此，若要抗辩成功，需要根据大量的生活常理，充分运用经验法则还原诉争商标的商品在用途、功能、销售渠道等存在较大差异，不会引起相关公众混淆误认。一些特殊类型案件通过运用这个方法可以成功地确认为不侵权。如在林某某诉钜强公司侵害商标专用权一案中也是经过了多次的反复的诉讼，最终在最高人民法院再审中得以确认为不侵权。此案的特殊性在于，原被告双方使用的是技术、种类领域都十分复杂的机械。原告林某某作为引证商标专用权人，获得了0726类的核定即包括注塑机、塑料注射成型机等。而被诉商标专用权人钜强公司，获准使用的类别为0713类，即缝纫、制鞋工业用机械，而其涉嫌侵权的产品是注塑机、塑料成型机。因此，原告有理由认为钜强公司实际使用的机械就是属于0726类核定类型，是类似商品，构成侵权。而钜强公司欲证明不构成侵权的，需证实其实际使用的注塑机、塑料成型机属于制鞋机械归于



两竿落日溪桥上，半缕轻烟柳影中 合伙人许红学律师 摄

其核准类别0713类。因为钜强公司享有在先使用权，当在先注册商标核定使用的商品如与在后注册使用的商品构成相同或类似时，就会出现商标权利冲突。此时，只有在先商标权核定的范围不与在后核定的商标构成类似，才能获得保护。向最高院申请再审时，钜强公司通过大量的举证证实了各种各样更富技术含量的机械用于制鞋工业，不断扩展制鞋机械的外延，包括注塑机、塑料注射成型机，也是制鞋机器能够成为制鞋机械即0713类商品构成类似商品，因此可以逆向认定钜强公司作为在先注册商标在实际使用的商品符合核定的类别和范围，具有合法性，不构成对在后商标的侵权。此案入选了“2015年中国十大最具研究价值知识产权裁判案例”候选案例以及“2015年广东律师十大知识产权诉讼典型案例”，得到行业内的广泛关注，并由“知产宝”收纳入典型案例库。

其他抗辩考虑可从在先权利主张、商标的显著性、不同的商品有着不同的注意力、是否在核准范围内使用及另案主张不构成商标侵权、对商标申请“撤三”、无效宣告、要求认定恶意诉讼等诉讼策略进行。

五、结语

商标和标志是商标法的基本理论范围，对类似商品（服务）的认定也是商标法理论的范畴。商标作为商品的标记，具有特殊指代的功能。最根本是便于相关公众识别来源，包括标志内容及指代商品的来源功能，二者不可缺少。对商标侵权的最根本的考虑是如让诉争商标与引证商标共存的情况下，是否容易导致相关公众混淆误认。如《司法审查》指出的，所谓商品（服务）是否类似，其实质不是仅仅追求对类似的认定，而是通过对类似的程度判断是否容易导致混淆。即商品的类似程度及其对混淆的判断影响，所谓“混淆之虞”，既不是“实际混淆”，也不是“也许会混淆”，而是“多半会混淆”。

类似商品（服务）的认定不论从立法还是从司法实践看都会有着不断的变化，且会不断丰富和完善。对商标侵权判定的正确认定，在处理商标授权确权行政案件中具有重要的作用，而类似商品（服务）的认定对判断是否容易导致混淆的情况是商标侵权判定的重要因素之

一。因此，研究和探讨类似商品（服务）的认定在商标授权确权行政案件中具有十分重要的意义。从这个角度看，本文的一些浅见如能为相关法律工作者提供一些启发，则不失为笔者的初衷。

参考文献

1. 最高人民法院民事审判第三庭 曹建明主编《知识产权审判指导》（2006年第1辑）
2. 法律出版社 唐安邦主编《知识产权判案解析》
3. 《北京天驰君泰律师事务所商标法律服务中心经典案例》（第二版）
4. 中国法制出版社 陈勇、蒋强、乔平、王茜著《知识产权法焦点难点指引》
5. 最高人民法院民事审判第三庭 编《知识产权审批指导与参考》（第8卷）
6. 中国法制出版社 北京市高级人民法院知识产权审判庭 编著 陈锦川主编《商标授权确权的司法审查》
7. 知识产权出版社 广州市律师协会 编《捍卫智慧 智见未来 广州知识产权大律协经典之作》
8. 法律出版社 中国人民大学律师学院组编《知识产权律师实务》
9. 中国法制出版社 孔祥俊副主编《最高人民法院知识产权审判案例指导》（第二辑）

【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。

新《民事证据规定》学习体会—— 关于自认、举证期限、证人及书证提出命令规则



孙俊杰律师



罗颖彬律师

引言

2020年5月1日起开始施行新《民事证据规定》，新《民事证据规定》在现有的法律法规的基础上增加了新的规则，对律师办案具有重大意义。本文旨在结合法理及现有规定，对新《民事证据规定》略作浅薄研究。

一、新《民事证据规定》中的自认规则

（一）自认规则的历史演变

2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“2001证据规定”）第八条第一款规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”对自认的基本内涵，以及不适用自认规则的情况进行界定。第二款规定：“对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。”对默示自认的方式进行规定。第三款规定：“当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的承认。”规定了代理人自认的规则以及排除代理人承认的情形。第四款规定：“当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，

或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。”规定了自认的撤回制度。

2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“2015民诉解释”）第九十二条第一款规定：“一方当事人在法庭审理中，或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，对于己不利的事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证证明。”规定了作出自认的形式包含口头和书面两种方式。第二款规定：“对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用前款自认的规定。”在2001证据规定的基础上增加了不适用自认的情形。

新《民事证据规定》在2001证据规定和2015民诉解释的基础上，结合司法实践，对自认规则进行了修改和补充。

（二）新《民事证据规定》中关于自认规则的新规定

1. 自认的效果

（1）对当事人产生拘束力。即一方当事人对另一方主张对其不利的事实一经作出承认的声明或表示，负有举证责任的对方当事人即无需对该事实举证证明，而且除特定情形外，作出自认的当事人也不能撤销或否认其自认；（2）对法院产生拘束力。即对于当事人自认的事实，法院原则上应当予以支持，不能作出与自认事实相反的认定，无法定情形不能否定自认的效力；（3）自认行为对一、二审及再审均有效力。

2. 自认的分类

（1）根据自认主体作出于己不利事实陈述的明示和默示，自认可分为自认和拟制自认：一般来说，自认是明示方式作出的，包含通过当事人直接陈述于己不利的事实和承认其他方陈述的于己不利的事实。（第三条）此外还存在以默示方式的自认，称为拟制自认。拟制自认指对对方主张的于己不利的事实不承认不否认，

在法院释明后仍不承认不否认，视为自认。（第四条）

（2）根据自认作出的场合，可分为诉讼中的自认和诉讼外的自认：诉讼中的自认，指当事人在诉讼过程中，对对方陈述的不利于己的案件事实的承认。诉讼外的自认，是指当事人在诉讼过程以外对不利于己的事实承认。（3）完全自认与附条件自认：完全自认是指不附加条件地、单纯承认部分事实，否认其他事实的情形。其承认的部分构成自认，不承认的部分不构成自认。附加条件的自认，是指对于自认有所附加或限制。（第七条）（4）根据作出自认的表达形式，可把自认分成口头方式和书面方式。可在庭审上通过口头方式自认，也可在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中进行自认。（第三条）

3. 自认作出的时间

在诉讼全过程，包含证据交换、询问、调查过程。

4. 不适用自认的情形

（1）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（2）涉及身份关系的；（3）涉及民事诉讼法第五十五条规定诉讼的；（4）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（5）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的；（6）自认的事实与已经查明的事实不符。（第八条）（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十六条）

5. 可以撤销自认的情形，符合以下之一

（1）经对方当事人同意的；（2）自认是在受胁迫或者重大误解情况下作出的。（第九条）

6. 拟制自认的效力

有学者从禁反言角度论述拟制自认的效力，“在一定条件下，拟制自认也应当遵循禁止反言规则，即在审判人员向其阐明既不承认也不否认、不明确表示意见的行为将依法视为自认，并将由其承担自认引起的不利法律后果后，该当事人仍然不明确表态的，应遵循禁止反言规则，其后来作出的否认该事实和主张相反事实的行为无效”，认为拟制自认是当事人在庭上以默示方式作出了确认，应产生自认的效力，根据禁止反言规则，除非有正当理由，否则在其后的诉讼中依然发生自认的效力。新《民事证据规定》仅仅对拟制自认的概念作出规

定，而对于庭审中，达到何种程度可以认为属于拟制自认，当事人跨阶段作出的否认能否排除拟制自认的效力等问题上，暂时未有详细规定。有学者对在庭审中的迟延否定，是否能排除拟制自认的适用问题有以下看法，“拟制自认是否成立，原则上在口头辩论终结时由法院做出判断。如果当事人并不是因为主观上的故意而未对对方当事人所主张的事实提出争议，而是客观上错过规定的时机，譬如在争点及证据整理程序后提出的攻击防御方法而遭到法院驳回时，这个事实是否可以视为拟制自认呢？通说认为，只要当事人能提出其迟延提出之正当理由的，应该不成立拟制自认，反之则可以成立”，即其认为只要有迟延的正当事由，就不成立拟制自认，否则应当认定为成立拟制自认。

7. 委托代理人的自认

在民事诉讼中，委托代理人作出行为的效果归于被代理人。委托代理人在当事人的授权范围内代理当事人行使诉讼权利，承担诉讼义务，代为履行诉讼行为，法律后果归属于当事人。诉讼代理人在庭审中作出的自认，视为当事人的自认，但当事人在场明确否认的，不视为自认。并且诉讼代理人的自认不再区分特别授权和一般授权，其自认的范围仅仅受到授权委托书的限制，对授权委托书明确排除的事项，诉讼代理人的自认不视为当事人的自认。（第五条）

8. 共同诉讼中的自认

（1）普通共同诉讼，因共同诉讼人相互独立，自认仅对作出自认的当事人发生法律效力。（第六条）（2）必要共同诉讼，诉讼标的是共同的，是一种不可分之诉。部分共同诉讼人作出自认，其他共同诉讼人否认的，作出否认意思表示的共同诉讼人不发生自认的效力。若其他共同诉讼人既不承认也不否认，经法院释明后仍不承认也不否认，则视为全体的自认。（第六条）

9. 附加条件的自认效力的认定

判断当事人的陈述是否属于自认，不能仅根据其部分的主张作出不利的推定，而应当需要根据不可分性原则，从整体上进行考量。关键需考虑承认事实与附加事实之间的关联性，是否属于一个整体，主要分为两类：一是当事人一方在承认对方所主张的事实时，附加独立的攻击或防御方法。承认事实与附加事实具有关联性，

比如承认事实建立在附加事实的基础之上，则应当把承认事实与附加事实作为一个整体考察，不能断章取义认为对承认事实部分属于自认。实际上，其对对方当事人的陈述并未承认，仍需对方当事人举证。因此，这种情形的承认并未起到免除对方当事人举证责任的效力，故不能以自认对待。二是一方当事人承认对方当事人陈述的不利于己事实的同时，又以与对方当事人主张的事实不具有法律上关联性另一事实进行独立的攻击或防御，因为承认事实与附加事实相互独立，具有可分割性，当事人对于己不利事实的承认构成自认。

10. 诉讼外自认的效力

诉讼外的自认仅为一种证据材料，并无诉讼中自认的效力。案例：湖北省汉川市人民法院经审理后认为，被告杨林堤防段举证的前案判决书虽然是公文书证，但其相关证明内容属于诉讼外自认，且与原告主张的两被告共同销售涉案林木存在利害冲突。该自认的效力范围只及于两被告，杨林堤防段不能以此对抗原告的主张。在涉案林木系两被告共有且共同委托拍卖，被告杨林堤防段事后也认可并结算了原告所付价款的情况下，系其对所主张的买卖关系举证不能。本案中，自认指向的事实涉及自认方和自认相对方以外的第三方，且与其存在利益冲突，除非经第三方认可，否则对该第三方无拘束力。诉讼外自认，即便与他方主张的事实相符，也只能作为法院依自由心证认定案件事实的资料，由法官判断其证明力，并不能产生他方援引此项自认而免除其举证责任的效果。对于诉讼外的自认，我国现行民事诉讼法及有关司法解释均未作出规定。根据辩论主义的基本原理，作为判决基础的事实必须是经当事人主张的事实，裁判所依据的事实受当事人主张的约束和限制。对当事人没有主张的事实，不能作为裁判依据。自认规则限定在庭审中适用，要求经过双方当事人在场，经过严谨的庭审程序，无争议，才能双方当事人以及法院形成拘束力。诉讼外发生的自认，“诉讼外协商过程中的自认，降低了双方在纠纷中的对抗性，在此特殊阶段的自认事实不等同于案件事实本身，不具备承认于己不利事实的证明效力”，且“对于诉讼外发生的当事人承认，由于作出的时间、背景、场合不同，自认人在作出自认时与诉讼中所处的地位及维护的利益均不相同，缺乏相应法

律程序的保障，仅能够具有一般的证据效力，不能直接免除对方当事人的举证负担”，因此自认规则只能在诉讼中适用，只有在诉讼中，当事人主张的事实经过严格的诉讼程序被双方当事人所认可，才能对双方当事人以及法院形成拘束力。

11. 调解、和解程序中的自认

诉讼外协商、和解过程中作出陈述或承认亦不能适用自认规则。在调解或和解时，一方所作自认既可能是对客观事实的认可，也可能是一种妥协和让步。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零七条规定：在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实，不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据，但法律另有规定或者，事人均同意的除外。该条旨在鼓励当事人以调解和解等方式解决纠纷，并且赋予了当事人无须担忧调解、和解中的言辞从而可以更好地促成调解或和解。因此，调解不成进入审判程序时，在调解中对不利于己事实的承认不可认为是自认，该承认的内容既不能约束法院，也不能约束自认人，不能免除对方当事人的举证责任，且不能在以后的诉讼中作为对自认人不利的证据使用。如在调解或和解过程中对事实的认可能够发生自认的效果，必然违反诚实信用原则。因此，在调解或和解阶段的自认事实不等同于案件事实本身，不具备承认于己不利事实的证明效力。

二、新《民事证据规定》中的举证期限

（一）举证期限的历史演变

2001证据规定中第三十三条规定：“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。”规定了法院送达的材料以及举证期限的确定方式。

2015民诉解释第九十九条规定：“人民法院应当在审理前的准备阶段确定当事人的举证期限。举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。人民法院确定举证期限，第一审普通程序案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的限制。”，在2001证据规定的基础上细化了第一审程序和二审程序的举证期限。第一百条规定：“当事人申请延长举证期限的，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。申请理由成立的，人民法院应当准许，适当延长举证期限，并通知其他当事人。延长的举证期限适用于其他当事人。申请理由不成立的，人民法院不予准许，并通知申请人。”规定了当事人申请延长举证期限的情形。第二百六十六条规定：“适用简易程序案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但不得超过十五日。被告要求书面答辩的，人民法院可在征得其同意的基础上，合理确定答辩期间。”规定了简易程序的举证期限。第二百七十七条规定：“小额诉讼案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但一般不超过七日。”规定了小额诉讼的举证期限。

新《民事证据规定》对2001证据规定和2015民诉解释进行整合，统一在同一条法规内规定第一审程序、第二审程序、简易程序以及小额诉讼案件的举证期限，在结构上更科学、统一、和谐，并且在此基础上，还新增了特殊情形下的举证期限。

(二) 新《民事证据规定》中关于举证期限的新规定

1. 举证期限的确定

(1) 举证期间可以由当事人协商并经法院准许后确定。(第五十一条) (2) 法院指定举证期限：第一审普通程序不得少于十五日，第二审案件不得少于十日。适用简易程序审理的案件不得超过十五日，小额诉讼案件的举证期限一般不得超过七日。(3) 举证期限届满后，一方须提供反驳证据或者对已提供证据的瑕疵补正，可以再次确定举证期限。(第五十一条)

2. 申请延长举证期限

须在举证期届满前，向人民法院提出书面申请。(第五十四条)

3. 特殊情况下的举证期限

(1) 提出管辖权异议，举证期限中止，自驳回管辖权异议的裁定生效之日起恢复计算；(2) 追加当事人、有独立请求权的第三人或者无独立请求权的第三人参加诉讼的，为新参加诉讼的当事人确定举证期限，适用于其他当事人；(3) 发回重审的，酌情确定举证期限；(4) 当事人增加、变更诉讼请求或提出反诉的，重新确定举证期限；(5) 公告送达的，举证期限自公告期届满之次日起计算。



眷念 合伙人杨学光律师 摄

三、新《民事证据规定》中的证人规则

(一) 证人规则的历史演变

2001证据规定第五十三条规定：“不能正确表达意志的人，不能作为证人。待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可作为证人。”规定了证人的资格范围。第五十四条规定：“当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满十日前提出，并经人民法院许可。人民法院对当事人的申请予以准许的，应当在开庭审理前通知证人出庭作证，并告知其应当如实作证及作伪证的法律后果。证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。”规定了证人出庭的申请以及证人费用的负担。第五十五条规定：“证人应当出庭作证，接受当事人的质询。证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，可视为出庭作证。”规定了证人出庭基本原则，但非强制要求。第五十六条规定：“《民事诉讼法》第七十条规定的“证人确有困难不能出庭”，是指有下列情形之一的：1.年迈体弱或者行动不便无法出庭的；2.特殊岗位确实无法离开的；3.路途特别遥远，交通不便难以出庭的；4.因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；5.其他无法出庭的特殊情况。前款情形，经人民法院许可，证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。”规定了属于证人确有困难不出庭的情形。第五十七条规定：“出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的，可以其他表达方式作证。”规定了特殊人群聋哑人的作证方式。

2015民诉解释第一百一十七条规定：“当事人申请证人出庭作证的，应当在举证期限届满前提出。符合本解释第九十六条第一款规定情形的，人民法院可以依职权通知证人出庭作证。未经人民法院通知，证人不得出庭作证，但双方当事人同意并经人民法院准许的除外。”规定了证人出庭依申请和依职权的两种情形。第一百一十八条规定了：“民事诉讼法第七十四条规定的证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用，按照机关事业单位工作人员差旅费用和补贴标准计算；误工损失按照国家上年度职工日平均工资标准计算。人民法院准许证人出庭作证申请的，应当通知

申请人预缴证人出庭作证费用。”规定了证人出庭作证的费用问题。第一百一十九条规定：“人民法院在证人出庭作证前应当告知其如实作证的义务以及作伪证的法律后果，并责令其签署保证书，但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。证人签署保证书适用本解释关于当事人签署保证书的规定。”第一百二十条规定：“证人拒绝签署保证书的，不得作证，并自行承担相关费用。”规定了证人出庭作证的程序。

新《民事证据规定》对证人资格作出了更为准确的界定，并且将证人出庭作为证人证言的效力条件，并在2001证据规定和2015民诉解释的基础上，整合了证人出庭申请、证人出庭的程序等内容。

(二) 新《民事证据规定》中关于证人规则的新规定

1.对证人的要求：不能正确表达意思的人，不能作为证人。（第六十七条）无民事行为能力人、限制行为能力人可以在相适应的范围内做证人。

2.原则上证人需要出庭作证。无正当理由未出庭的，证人的证言不得作为定案的根据。出庭作证含义：双方当事人都在场的诉讼过程任一阶段。（第六十八条）

3.证人出庭作证的申请书，要在举证期限届满前提交。（第六十九条）

4.法院批准与否的条件：出庭作证的事项与待证事实是否有关，有没有通知证人出庭作证的必要。（第七十条）

5.证人作证的程序：当庭作证的，签署保证书并宣读。但无民事行为能力人和限制民事行为能力人无需此步。（第七十一条）以书面方式作证的，签署保证书；视听传输技术或者视听资料方式出庭的，签署保证书并宣读。（第七十七条）

6.证人确有困难不能出庭，可以申请书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。提交申请书，载明不能出庭的具体原因。（第七十六条）确有困难的理由：（1）因健康原因不能出庭的；（2）因路途遥远，交通不便不能出庭的；（3）因自然灾害等不可抗力不能出庭的；（4）其他有正当理由不能出庭的。（《中华人民共和国民事诉讼法》第七十三条）

四、新《民事证据规定》中的书证提出命令

(一) 书证提出命令的历史演变

2015民诉解释第一百一十二条规定：“书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。”第一百一十三条规定：“持有书证的当事人以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百一十一条规定，对其处以罚款、拘留。”初步规定了书证提出命令。

新《民事证据规定》在此基础上，继续细化，规定了申请的方式、应当提交书证的情形以及拒绝提交的后果，进一步完善了书证提出命令的相关规定。

(二) 新《民事证据规定》中关于书证提出命令的新规定

1. 依申请：依一方当事人申请，法院责令对方当事人提交。（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十二条）

2. 提交的申请书上，须载明以下内容：（1）书证名称或者内容（须明确、具体）；（2）书证证明的事实（须与待证事实有关联性）；（3）事实的重要性（须对裁判结果有实质性影响）；（4）对方当事人控制该书证的根据及应当提交该书证的理由。（第四十五条）

3. 控制书证的当事人应当提交书证的情形：（1）控制书证的当事人在诉讼中曾经引用过的书证；（2）为对方当事人的利益制作的书证；（3）对方当事人依照法律规定有权查阅、获取的书证；（4）账簿、记账原始凭证；（5）人民法院认为应当提交书证的其他情形。（第四十七条）

4. 控制书证的当事人不提交书证的后果：（1）若控制书证的当事人无正当理由拒不提交书证，认定对方当事人所主张的书证内容为真实；（第四十八条）（2）以妨碍对方当事人使用为目的，毁灭有关书证或者实施其他致使书证不能使用行为的，认定对方当事人主张以

该书证证明的事实为真实。（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十三条）

新《民事证据规定》对自认规则、举证期限、证人规则、书证提出命令等内容通过整合、归纳已有法律法规，并进一步系统地细化适用的规则，加强了法规的适用性，并体现出了民事证据规则的灵活性与包容性。

参考文献

1. 《最高人民法院〈新民事诉讼证据规定〉理解与适用》（上下两册）（人民法院出版社）
2. 《民事诉讼法论文选辑》（台北：五南图书出版公司）
3. 《试论民事诉讼中的禁止反言规则》（赵根喜）
4. 《民事诉讼中自认规则的理论及适用》（作者：龙志军）
5. 《中国民商法实务论坛论文集》
6. 《外国民事证据制度研究》（作者：张卫平）
7. 《诉讼外限制性自认的效力》（作者：杨夏）

【作者简介】

孙俊杰，本所合伙人律师，全国律协公司法专业委员会委员，专注于公司法领域。

罗颖彤，本所专职律师，专注于合同法、劳动法和公司法。

《区块链信息服务管理规定》核心要点速览与简析

关键词：区块链 人工智能 大数据 智能合约
涉外法律服务 专业律师

前言

随着越来越多国家和地区公开倡导将区块链技术应用到实体经济中，我国也正向区块链规范管理迈出新的更大的步伐。为了进一步规范区块链信息服务活动，促进区块链信息服务健康有序发展，2019年1月10日国家互联网信息办公室发布《区块链信息服务管理规定》（以下简称“《管理规定》”），并于同年2月15日起开始实施。

我国互联网信息办公室成立于2011年5月，其主要职责包括：落实互联网信息传播方针政策和推动互联网信息传播法制建设，指导、协调、督促有关部门加强互联网信息内容管理，依法查处违法违规网站等。本次出台的《管理规定》是根据《中华人民共和国网络安全法》《互联网信息服务管理办法》和《国务院关于授权国家互联网信息办公室负责互联网信息内容管理工作的通知》制定的部门规章，该《管理规定》是我国第一部针对区块链信息服务进行监管的重要规范性文件。

《管理规定》正式生效后，我国区块链行业会有哪些变化？本文将从“监管对象”“监管方式”和“法律责任”三大核心要点为读者进行分享与简析。

一、监管对象

《管理规定》第二条规定：“在中华人民共和国境内从事区块链信息服务，应当遵守本规定。法律、行政法规另有规定的，遵照其规定。本规定所称区块链信息服务，是指基于区块链技术或者系统，通过互联网站、应用程序等形式，向社会公众提供信息服务。本规定所称区块链信息服务提供者，是指向社会公众提供区块链信息服务的主体或者节点，以及为区块链信息服务的主体提供技术支持的机构或者组织；本规定所称区块链信息服务使用者是指使用区块链信息服务的组织或者个人。”



闪涛律师

由此可见，《管理规定》对区块链提供者的范围做出一定限制。换言之，区块链信息服务提供者包括：1. 向社会公众提供区块链信息服务的主体；2. 向社会公众提供区块链信息服务的节点；3. 为区块链信息服务的主体提供技术支持的机构或者组织。这三类服务提供者均属于《管理规定》管辖范围，均需要受到《管理规定》的约束。

首先，如何理解“向社会公众提供区块链信息服务的节点”中的“节点”是值得读者思考的。学界认为区块链“节点”通常指接入区块链网络的计算机系统，包括但不限于手机、台式机和服务器。实践中，可由普通钱包用户、区块链矿工、多人协作等方式来操控节点。在区块链运用的特殊共识机制背景下，“超级节点”是否需要纳入《管理规定》管辖范围的问题，目前学界仍然存在着争议。笔者认为，应否纳入监管，应综合考虑节点的开放性、公众服务属性、区数据结构、算力等方面。

其次，自然人是否可以在区块链信息服务提供相关技术支持也是值得关注的。可以看到的是，在本次《管理规定》框架下，自然人为区块链信息服务提供相关技术支持的情况未被该规定认可。监管机构偏向认为个人并不具有提供技术支持的能力。换言之，如果自然人希

望提供区块链技术支持，首先需要在现有法律框架内注册成为“机构或者组织”。

再者，《管理规定》所称“技术支持”的概念与外延也需进一步明晰。从广义上说，“技术支持”范围较广，既可以包括区块链技术，也可包括和区块链相关、交叉的技术，比如大数据和人工智能等。它们在实践中也极有可能为区块链信息服务的应用提供必要支持。因此，该种“支持”在何种程度、何种层面、何种类型上属于被《管理规定》纳入的范畴，还需要进一步明确。

二、监管方式

《管理规定》第七条规定：“区块链信息服务提供者应当制定并公开管理规则和平台公约，与区块链信息服务使用者签订服务协议，明确双方权利义务，要求其承诺遵守法律规定和平台公约。”

《管理规定》第十一条规定：“区块链信息服务提供者应当在提供服务之日起十个工作日内通过国家互联网信息办公室区块链信息服务备案管理系统填报服务提供者的名称、服务类别、服务形式、应用领域、服务器地址等信息，履行备案手续。区块链信息服务提供者变更服务项目、平台网址等事项的，应在变更之日起五个工作日内办理变更手续。区块链信息服务提供者终止服

务的，应当在终止服务三十个工作日内办理注销手续，并作出妥善安排。”

由此可见，《管理规定》对区块链信息服务提供者进行两种监管。换言之，区块链监管需要自律监管，还需他律监管。

从自律监管层面看，结合《管理规定》的规定，区块链信息服务提供者应当制定并公开管理规则和平台公约，与区块链信息服务使用者签订相关服务协议并明确双方权利义务，遵守相关承诺、法律规定和平台公约。笔者认为，相对于法律、行政法规的强制性规范来说，管理规则和平台公约都具有其独特的自律性和自治性。在区块链信息服务提供者自律监管的过程中，专业律师在区块链信息服务提供者制定公开管理规则、平台公约的过程中可以扮演不可或缺的重要作用。在区块链、人工智能、大数据背景下，法律服务行业也在与时俱进。专业律师利用自身专业法律知识，结合区块链信息服务提供者在制定管理规则、平台公约过程中的法律服务需求，在法律智能合约框架下参与并完成起草、修改、完善相关规则、公约、交易合同等各个环节，为区块链信息服务提供者提示相应的法律风险，为其在区块链信息服务中保驾护航。

从他律监管层面看，主要涉及名称、服务类别、服



蓝调 刘国源律师 摄

务形式、应用领域、服务器地址等信息需要实施备案管理并定期查验。同时，区块链信息服务提供者应当在每年规定时间登录区块链信息服务备案管理系统，提供相关信息。即《管理规定》所包含的监督是从“出生”到“死亡”的全过程监管。在简政放权与政府职能转变的大背景下，我们可以清晰地看到：备案信息审查、备案信息变更、备案编号标注、备案信息定期查验等方式已经取代了作为行政许可的审批制度。这种转变，使区块链信息服务提供者的备案成为了一种形式上的普通行政管理服务，只需要相关政府加强管理即可。

当然，我们希望监管部门能够逐步建立更加具备可操作性的规则，遵循公开、公平、公正原则，明确和完善进入和退出服务相关机制，做好服务质量监管，从最大程度上保护服务使用者的合法权益。

三、法律责任

通读《管理规定》相关条款不难发现，违反《管理规定》相关条款，区块链信息服务提供者将在以下几种情形下承担相应法律责任：

第一种：没有落实信息内容安全管理责任；安全技术条件和应急处置能力不达标；没有制定用户管理的公开管理规则和平台公约；上线新产品、新应用、新功能没有进行安全评估；出现新情况，没有及时变更备案；备案编号没有公开展示；被发现有信息安全隐患，没有整改；发布内容和日志没有保存或者没有保存法定时长的；没有配合监督检查或者设置群众举报制度的。

第二种：制作、复制、发布、传播法律、行政法规禁止的信息内容的。

第三种：未按照本规定履行备案手续或者填报虚假备案信息的。

由此可见，《管理规定》强调违反相关规定将由国家和省、自治区、直辖市互联网信息办公室依据本规定和有关法律（如：《中华人民共和国网络安全法》）、行政法规予以相应处罚。处罚种类包括：1.警告；2.责令限期改正，改正前应当暂停相关业务；3.拒不改正或者情节严重的，处一定数额罚款；4.构成犯罪的，依法追究刑事责任。

当然，笔者认为，处罚不是最终目的。重点还应追

根溯源，从顶层设计的角度推动区块链监管体系建设，严格坚守维护“国家安全、社会秩序、他人合法权益”三条底线，做到执法必严，违法必究。

综上，随着区块链技术的不断发展和相关监管层面的不断深入，其调整对象、调整内容、调整方法也在不断优化完善。当务之急，是对《管理规定》中较为模糊的概念、术语、内容作进一步解释和释明，并根据区块链技术发展趋势及时作出符合区块链发展的调整。

【作者简介】

闪涛，本所高级合伙人律师，广东外语外贸大学法学院教授、硕士研究生导师，全国律协涉外法律事务领军人才库人选，司法部“全国千名涉外律师人才名录”人选，司法部、全国律协“一带一路”跨境律师人才库首批成员、“一带一路”项目沙特阿拉伯国别协调人、埃塞俄比亚国别协调人。闪涛律师团队专注于涉外法律服务、公司法务、并购等领域。

论仲裁的可拒绝问题



张蓉律师



云梦梦律师

根据国内现有法律规定和一般认识，当事人之间发生争议且无法协商一致解决，只要当事人之间达成了法律上有效的仲裁协议，应当依法提交约定的仲裁机构仲裁解决。但在国内仲裁实践中存在下述情形：虽然当事人约定了有效仲裁条款，但是出于种种现实原因，或是基于成本考量或是因为矛盾极端尖锐，案件客观上不能推进并导致相关争议无法通过仲裁得以解决。

此时，是否允许仲裁机构或仲裁庭拒绝仲裁？拒绝仲裁的必要性以及理论和实践依据为何？如何通过立法和制定仲裁规则建立其一种机制加以规范？本文将就以上问题展开讨论。

一、现状分析：仲裁可拒绝性的必要性

（一）仲裁员、仲裁机构与当事人关系 VS 法院与当事人关系

有观点认为，仲裁庭和当事人之间的关系构成合同关系，仲裁员在接受被任命为仲裁员时，与当事人（包括委任方与非委任方）之间产生了服务合约，即仲裁员裁决双方当事人之间存在的争议。[1]笔者认为，仲裁员被当事人选定或者仲裁机构指定为仲裁庭成员后，仲裁员向当事人提供仲裁服务，和当事人之间成立的是仲裁服务合同关系；仲裁机构向当事人提供仲裁程序管理服务，仲裁机构也是作为仲裁服务的提供者，和当事人之间成立的也是仲裁服务合同关系。

而在民事诉讼中，当事人与法院之间是一种审判法律关系。民事审判过程是法院行使司法权的过程，法官

是依法行使国家审判权的审判人员，这与仲裁有着很大区别。

（二）国内仲裁现实中出现的通常有必要拒绝仲裁的情形

1. 案件标的小，仲裁不经济，当事人不能承受仲裁成本

仲裁虽然具有公益性、非营利性、独立性、民间性的特征，但从费用基本构成看，仲裁与诉讼相比较费用较高。根据仲裁员、仲裁机构与当事人之间的服务合同关系，仲裁员、仲裁机构向当事人提供仲裁服务，当事人应向仲裁员支付报酬，向仲裁机构支付管理费。

虽然依据1995年国务院办公厅公布《仲裁委员会仲裁收费办法》（国办发〔1995〕44号）规定，国内仲裁机构收取的国内案件仲裁费用均由案件受理费和案件处理费两部分组成，并非按照国际仲裁界分别按管理费、仲裁员报酬及实际开支来计收仲裁费用的方法，但仲裁费用实际上包含了管理费、仲裁员报酬及实际开支等，这些均由当事人自己承担。在法院的诉讼程序中，诉讼费用主要包括案件受理费以及调查取证等活动等活动产生的其他费用等，而法官及书记员等其他人员的费用均由国家承担。因此，从基本费用构成看，仲裁费用一般是高于诉讼费用的。

对于争议标的小的案件，选择仲裁容易存在不经济性。这里，以ofo用户退押金事件为例分析。

根据《ofo小黄车用户服务协议》（2018年12月17日更新），用户与ofo发生争议时只能在中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲委）进行仲裁，而根据贸仲委《仲裁规则》申请仲裁需要预缴的6100元仲裁费。ofo押金分为99元与199元两档，倘若用户选择通过仲裁要求ofo退还押金，意味着其为了99元或199元的押金，需先预缴6100元的仲裁费。[2]由于维权成本高昂，使大部分普通用户望而却步。

也有用户希望通过诉讼途径维权，曾有用户因车辆及收费问题将ofo的运营公司北京拜克洛克科技有限公司（以下简称拜克洛克公司）起诉至北京海淀区法院，拜克洛克公司提交了《ofo小黄车用户服务协议》，提

出管辖异议。北京海淀区法院认为，双方通过用户注册协议已经约定了双方因使用ofo服务所发生的争议由贸仲委仲裁，根据《仲裁法》相关规定，驳回了前述用户的起诉。该用户上诉后，二审法院北京市第一中级人民法院维持了一审法院的裁定。[3]

ofo押金争议事件的特殊性在于其争议金额较小、涉及多地区用户，通过仲裁维权则成本高昂，但由于用户与ofo约定了仲裁协议，法院也无管辖权，使得用户的维权陷入两难境地。

由于仲裁机构的定位在于处理高标的、大型民商事纠纷，对于此类标的小涉及范围广的案件采取合并审理或合并仲裁难度较大，且由于仲裁申请人人数众多，对于仲裁机构、企业、社会来说可能造成巨大的成本，收费过低也无法覆盖办案成本，存在不经济性，而法院对于这类案件的处理相对来说程序更加完善。由于让当事人一方主动放弃仲裁较为困难，可以尝试由仲裁庭或仲裁机构拒绝仲裁此类案件，从而使得法院获得管辖权，以解决当事人的维权难题。

2.矛盾的极端尖锐性不适合民间性质的仲裁方式解决

由于仲裁具有灵活性和非正式性，很大程度上只适用于那些有着解决纠纷的共同目的的当事人之间。如果当事人双方的矛盾发展到极端尖锐时，当事人可能会利用各种手段和方法拖延仲裁程序，在仲裁程序中不予配合，甚至还可能出现骚扰仲裁员及威胁仲裁员人身安全等现象，甚至导致按照仲裁规则多次选定仲裁员后，仲裁员均拒绝仲裁或退出仲裁的情形，仲裁庭无法组成，仲裁程序难以进行，仲裁裁决无法作出。

司法权的各项功能是人类政治文明发展过程中逐步积淀下来的，司法权自身的配置和运行方式有着合理科学的设计，……具有在运行中保持着客观上不受干扰、主观上无倾向性的理性本质。[4]从制度设计来看，民事审判具有终局性、强制（执行）性、保障性的特点，[5]民事审判程序严格，并有国家强制力保证，对具有极端尖锐性的矛盾，通过民事审判程序解决更为合适。

二、理论思考：仲裁可拒绝性的根据和实践

（一）仲裁可拒绝性的理论根据

1.法官不得拒绝裁判与仲裁的可拒绝性

西方有法谚“法官不得拒绝裁判”。亦有国外法学家说“任何法律秩序都不能容忍有责任的审判员拒绝审判，因这种拒绝将使未解决的冲突变成公开的对抗”。[6]在国家治理系统中，司法权承担着保护市场主体、社会组织 and 公民合法权利最后一道防线的重要使命，所以法官不得拒绝裁判，否则当事人的冲突与纠纷将无法得到解决。

有学者认为，在纠纷解决体系建设中，各种纠纷解决机制围绕“诉讼”为中心，形成以诉讼为中心的纠纷解决体系。从当事人的角度来看，各种纠纷解决方式是平行关系，当事人可以作出选择，但是诉讼在整个纠纷解决机制中的定位是“最后一道防线”，其不仅承担着纠纷解决的职能，还发挥着对其他纠纷解决方式的引导和监督的职能。[7]

虽然仲裁和诉讼都是纠纷解决的途径和手段，但二者在性质和功能上具有本质区别。

仲裁具有民间性，对于程序更加灵活，不像法院要求严格。仲裁的民间性和属于社会化解解决纠纷方式的性质不会因为有的仲裁机构是官办机构而改变，仲裁解决纠纷的结果虽然客观上和判决效果一样，但仲裁机构的地位仍与法院存在差别，不能直接适用“法官不得拒绝裁判”的原则来约束仲裁庭或仲裁机构。

2.进一步分析

有人主张一旦当事人达成有效的仲裁协议，仲裁机构不得加以拒绝。主要理由为以下三点：（1）持合同说观点的人认为，仲裁机构制定的仲裁规则是关于仲裁服务的要约，当事人选定仲裁机构和仲裁规则的有效协议构成有效承诺，当事人与仲裁机构间的仲裁服务合同成立，仲裁机构不得拒绝；（2）持社会责任说观点的人认为，仲裁机构有解决纠纷的社会责任，不得拒绝仲裁；（3）持纠纷无解说观点的人认为，如果纠纷不通过仲裁解决，法院又会因为当事人之间有仲裁条款而无管辖权，导致纠纷得不到解决等。综合比较上述观点，具体分析如下：

首先，当事人之间的仲裁协议属于涉他合同，当事人双方之间的约定对双方具有约束力，但是否对约定的仲裁机构或仲裁庭产生服务合同效力，还需得到仲裁机

构或仲裁庭作出明确的意思表示同意受案才产生效力。从合同的角度来看，仲裁机构或仲裁庭有拒绝订立合同的权利。

其次，双方一旦选定某个仲裁机构并就仲裁规则的适用和仲裁机构达成一致意见，仲裁规则构成约束仲裁机构及双方当事人关于仲裁程序的合同内容，需要当事人双方的配合，如果当事人不配合反而极力抵制仲裁程序，故意拖延或破坏仲裁程序的，构成对仲裁规则的违反，即构成违约，因当事人的违约行为导致仲裁服务合同的目的不能实现，作为守约方的仲裁庭或仲裁机构享有解除权，可以拒绝仲裁。

再者，所有纠纷解决机制的目的是解决当事人之间的纠纷，仲裁是多元化纠纷解决机制中的一种纠纷解决方式，如果仲裁案件客观上确实存在无法推进的障碍，纠纷无法得到解决，也应赋予仲裁机构或仲裁庭结束这种僵局的权利，不影响当事人通过其他解决方式化解纠纷。

最后，仲裁是纠纷解决“第一道防线”中的一种方式，但法院诉讼程序在整个纠纷解决机制中承担着的“最后一道防线”的职能。[8]虽然目前《民事诉讼法》第一百二十四条已经规定了“依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁”，但此种情况应当理解为案件还未经仲裁机构或仲裁庭审查或拒绝，当事人即向法院提起诉讼，法院不予受理，这也是充分尊重当事人在法律允许的范围内首先选择非诉讼方式解决纠纷。如果因仲裁案件客观上确实存在无法推进的障碍，纠纷无法得到解决，仲裁机构可以拒绝仲裁，此时由法院发挥“最后一道防线”的功能。

（二）仲裁可拒绝性的实践依据

如果不得拒绝，那么国内仲裁实践中，有的仲裁机构会通过提高收费设立门槛等的做法依据何在？国际仲裁实务中因当事人不能承担仲裁成本而中止程序的惯常做法根据何在？在国内仲裁中因当事人矛盾尖锐或高度不配合和抵制难以完成仲裁的情形又如何解决？

1. 仲裁收费的提高

由于没有仲裁拒绝机制，很多仲裁机构通过提高仲裁收费解决办案成本问题，也直接提高了仲裁的最低门

槛。以北京仲裁委员会公布的2019版《北京仲裁委员会仲裁规则》（以下简称新规则，2019年9月1日正式施行）对仲裁费用的修改为例，由于按照原有规则（以下简称2015年规则）的收费标准，一些小标的案件收取的仲裁费用难以覆盖办案成本，为了解决这一问题，新规则提高了最低收费标准，将2015年规则中的最低收费标准5100元（包括100元案件受理费和5000元案件处理费）提高至17000元（包括12000元仲裁员报酬和5000元机构费用）。[9]

对于标的较小而仲裁费用远高于标的额的案件，虽然当事人之间存在有效仲裁协议，但由于成本的考量，当事人无法承担仲裁费用，仲裁程序无法启动，纠纷得不到解决，未解决的纠纷逐渐积累可能产生更多负面影响。虽然仲裁一直主张尊重当事人的意思自治，但是也肩负帮助当事人解决纠纷的社会责任，如果可以将此类案件交与更适合处理此类型案件的法院解决，也有利于当事人之间纠纷的解决。

2. 国际仲裁中不支付仲裁成本的“中止”程序

在国际仲裁中，败诉方要补偿胜诉方合理的律师/仲裁费用，为保证被申请人如果胜诉可以拿回自己合理的仲裁费用，被申请人可以要求申请人给予费用担保。而在仲裁费用高昂的情况下，出现很多仲裁庭作出费用担保的命令，申请人就不再推进，整个仲裁不了了之的情况。而为了应对这种情况，国际仲裁中的做法是申请人如果不在指定期限内履行，期限一到就会中止仲裁，申请人在中止后一段合理时间内仍不合作，就有可能“永久性的中止”，索赔随之告终。[10]上述做法实际上也属于仲裁庭拒绝仲裁的实践。虽然我国目前并无费用担保的制度，但是国际仲裁实务中的惯常做法也为仲裁的可拒绝性提供了实践依据。

三、制度建议：仲裁拒绝机制的架构

（一）建立相关规则并明确相关衔接机制

建议相关立法机构开展调研工作，在《仲裁法》中明确赋予仲裁机构或仲裁庭拒绝裁判的自主权并明确行使情形和规则。同时相关法律中应明确拒绝仲裁后与诉讼的衔接机制，即仲裁在被仲裁机构或仲裁庭以正当理由拒绝后，法院不得以存在有效仲裁条款而拒绝受理。

如：存在下列情形之一的，仲裁机构经审查后可作出不予受理的决定。当事人在仲裁庭作出不予受理的决定后向法院起诉的，法院不得以当事人之间存在有效仲裁条款而拒绝受理：1. 电商网络平台与用户订立有效仲裁协议的，由于公司经营问题等情形导致数量较多用户申请退回押金或其他费用的，用户提交仲裁申请后，经仲裁机构审查后，认为案件更适合由法院审理的；2. 当事人签订了有效仲裁协议，但由于当事人之间矛盾极端尖锐，如按照仲裁规则选定两轮（可商榷）仲裁员后，仲裁员均拒绝仲裁或退出仲裁导致仲裁庭无法组成的；3. 其他可以不予受理的情形。具体的情形可根据科学调研的结果进行确定。

（二）仲裁机构应在法律规定范围内作出可操作性规定

相关法律法规调整之后，仲裁机构应在《仲裁规则》中作出可操作性规定。为了避免仲裁机构不当扩大不予受理案件范围，建议在《仲裁法》规定的框架内严格按照限定的范围进一步细化相关操作。

注释

[1] 杨良宜、莫世杰、杨大明：《仲裁法》，法律出版社2006年版，第7页。

[2] 黄姝静：“1300万ofo用户退押金陷维权困局：起诉恐驳回，仲裁费太高”，参见财经杂志微信公众号，载https://mp.weixin.qq.com/s/fCUpb0MOX-7n6LWa_vFOBvw，2020年2月17日访问。

[3] 汤民华：“用户起诉‘ofo小黄车’法院为何管不了？”参见最高人民法院司法案例研究院，载<https://mp.weixin.qq.com/s/FWOS-i8ExK-KT-H9-YQVCLQ>，2020年2月17日访问。

[4] 沈德咏等：“国家治理视野下的中国司法权构建”，载《中国社会科学》2015年第3期。

[5] 曹士兵、杨小利：“‘审判中心论’鼎革与续造中国民事审判”，载《中国应用法学》，参见法学学术前沿微信公众号，载<https://mp.weixin.qq.com/s/Cqa-lzNGexvHF-w66CALmOA>，2020年2月13日访问。

[6] [美] 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社2002年版，第139页。

[7] 上引书。

[8] 前引 [5]，曹士兵、杨小利文。

[9] 详见“关于《北京仲裁委员会仲裁规则》及附录收费标准的修改说明”，载http://www.360doc.com/content/19/0720/12/2753294_849937083.shtml，2020年2月13日访问。

[10] 前引 [1]，杨良宜、莫世杰、杨大明书，第38页。

【作者简介】

张蓉，本所合伙人律师，专注于处理公司法、合同法等领域纠纷。

云梦梦，本所专职律师，专注于处理公司法、合同法等领域纠纷。



萌态 合伙人杨学光律师 摄

创业板注册制——与科创板审核若干差异

创业板原预计不会那么早施行注册制，但4月27日中央深改委突然通过创业板试点注册制方案，证监会发布创业板注册管理办法、交易所就创业板上市规则征求意见，一系列规则箭在弦上。

本文简要梳理创业板审核规则，可以大体了解创业板注册制发行审核程序的面貌，将之与科创板审核规则对比，同时作简要评述如下：



官招阳律师

项目	创业板	科创板
板块定位	【创新】1. 主要服务成长型创新创业企业，支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合；2. 依靠创新、创造、创意开展生产经营。	【科技】1. 持符合国家战略，拥有关键核心技术，科技创新能力突出，主要依靠核心技术开展生产经营；2. 依靠核心技术开展生产经营。
审核关注	认为符合发行条件、上市条件和信息披露要求的。	-
上市标准	1. 【净利润】最近两年净利润均为正，且累计净利润不低于人民币5000万元；2. 【预计市值+净利润】预计市值不低于人民币10亿元，最近一年净利润为正且营业收入不低于人民币1亿元；3. 【预计市值+营收】预计市值不低于人民币50亿元，且最近一年营业收入不低于人民币3亿元；4. 【净利润】红筹+特殊表决权；净利润为正。	1. 【预计市值+净利润/营收】预计市值10亿，最近两年净利润均为正且累计不低于5000万，或预计市值10亿，最近一年净利润为正且营收1亿；2. 【预计市值+营收+研发投入】预计市值15亿，最近一年营收2亿，且最近三年累计研发投入占最近三年累计营收比例15%；3. 【预计市值+营收+经营净现金流】预计市值20亿，最近一年营业收入3亿，且最近三年经营活动产生的现金流量净额累计1亿；4. 【预计市值+营收】预计市值30亿，且最近一年营收3亿；5. 【预计市值+技术优势】预计市值40亿，主要业务或产品需经国家有关部门批准，市场空间大，目前已取得阶段性成果。医药行业企业有一项核心产品二期临床，其他企业具备明显的技术优势；6. 【净利润无要求】：红筹+特殊表决权。
中介机构要求	证券服务机构应当严格遵守法律法规、中国证监会依法制定的监管规则、执业准则、职业道德守则、本所依法制定的业务规则及其他相关规定， 建立并保持有效的质量控制体系、独立性管理和投资者保护机制 ，严格执行内部控制制度，对其专业职责有关的业务事项进行核查验证，履行特别注意义务，审慎发表专业意见。	证券服务机构应当严格遵守依法制定的业务规则和行业自律规范，严格执行内部控制制度，对其专业职责有关的业务事项进行核查验证，履行特别注意义务，审慎发表专业意见。
审议程序	【新增暂缓审议】发行人存在尚待核实的重大问题，无法形成审议意见的，经会议决议，上市委员会可以对该发行人的发行上市申请暂缓审议，暂缓审议时间不超过二个月。对发行人的同一发行上市申请，上市委员会只能暂缓审议一次。	-
中止上市表述	中国证监会作出注册决定后至股票上市交易前，发生重大事项，可能导致发行人不符合发行条件、上市条件或者信息披露要求的，发行人应当暂停发行；已经发行的， 中止上市 。本所发现发行人存在上述情形的，有权要求发行人 中止上市 。发行人及其保荐人应当将上述情况及时报告本所并作出公告，说明重大事项相关情况 & 发行人将暂停发行、 中止上市 。	中国证监会作出注册决定后至股票上市交易前，发生重大事项，可能导致发行人不符合发行条件、上市条件或者信息披露要求的，发行人应当暂停发行；已经发行的， 暂缓上市 。本所发现发行人存在上述情形的，有权要求发行人 暂缓上市 。发行人及其保荐人应当将上述情况及时报告本所并作出公告，说明重大事项相关情况 & 发行人将暂停发行、 暂缓上市 。

一、创业板与科创板的定位存在明显差异

科创板出台的背景是科技兴国、科技强国，2018年是国家科技领域比较难受的一年，被卡脖子的事件频频出现，科创板的构想正是基于内忧外患的存在，内忧

是新旧动能转换，国家经济高质量发展需求，外患就是技术输入遭遇掣肘，受到国外科技强国牵制；而创业板的定位与科创板差异化明显，科创板强调的是科技，而创业板强调的是创新，包括“新技术、新产业、新业态、

新模式”。目前科创板面对六大行业，包括新一代信息技术、高端装备、新材料、新能源、节能环保以及生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业的科技创新企业；创业板支持的是支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合的企业，因上市推荐指引尚未发布，未来可能会有明确说明。中央深改委指出创业板与科创板要差异中竞争发展，目前科创板接收的企业，除了在科创属性评价指标体系发布后申报的企业，之前申报的企业也大体能够坚持科技属性，被否决的博拉网络等或许属于模式的创新，符合创业板，但不符合科创板；此前在科创板折戟的企业，建议筹备创业板。

二、创业板明确审核关注事项

深交所对审核的关注事项包括发行条件、上市条件和信息披露合规性，虽然上交所实际上也是关注这些内容，但相比之下创业板的表述指引性更加明确。发行条件、上市条件以及信息披露要求分别在不同的规定中有所体现，在核准制下，按照规定由交易所审核上市，但实质上市条件的审核工作落到了证监会发审委身上，交易所对上市条件的审核只是走个程序；在注册制下，发审委的部分职权转移到交易所，交易所审核通过之后，再由证监会履行注册环节，实际注册环节也是在审核，只是关注的事项包括了发行条件、上市条件、信息披露以及交易所审核过程，注册环节审核工作不会事无巨细发文，一般会挑前期重点关注的事项发问。由于证监会注册环节要求是20个工作日出具结果，但由于没有说明超过20个工作日的后果内容，这也导致注册环节审核时间不可期待。

三、上市条件存在差异

创业板的上市条件与科创板的上市条件差异明显，差异最大的是创业板基本都要求净利润为正，而科创板对净利润的要求相对较低。

同时，除红筹与特殊表决权企业外，创业板的上市指标仅有三类，主要包括最近两年累计净利润5000万元以上的企业、预计市值10亿元以上且最近一年净利润为正且营收1亿以上的企业、预计市值50亿元以上且最近一年营收3亿元以上的企业。在本次上市条件修改

前，对拟在创业板上市的企业净利润要求是最近两年累计1000万元以上，但本次修订将门槛提高到了5000万元，虽然以前窗口指导意见也有类似要求，但本次明确提高净利润指标，目前排队的企业是否需要评估自身条件，再做打算，需要看深交所的态度。

四、对中介机构要求有所加重

以信息披露为中心的注册制更加强调中介机构看门人的角色。最近几日，上交所对部分科创板申报企业进行现场督导，其中不乏主动终止，也不乏被采取自律监管措施的中介机构；本次创业板审核规则要求中介机构建立并保持有效的质量控制体系、独立性管理和投资者保护机制，对中介机构的从业能力提出来较高的要求，应该包括中介机构的体量，可以猜想，未来监管层应是更加欢迎大机构从事证券类业务，即便现在对资质已无前置许可。

此外，创业板的跟投制度回归理性，科创板要求保荐机构子公司强制跟投，不区分行业，凡是保荐的企业，均需要根据发行规模跟投2%-5%不等，这对券商的压力很大，但也有符合投资者期待的一面；相较之下，创业板只要求对未盈利、红筹架构、特殊表决权以及高价发行的四类公司强制跟投，料想这是券商争取的结果，但区分推荐企业实施强制跟投不得不说更为理性，也显得市场更为成熟。

【作者简介】

官招阳，本所专职律师，主要从事公司证券领域速冻与非诉讼法律实务，具有较丰富的从业经验。

跨境联控疫情助力外商投资项目

序言

新冠疫情正在境内外蔓延，情势依然严峻。截至4月6日，疫情已经蔓延至200多个国家和地区，确诊病例总人数约150多万，并仍有上升势头；境外输入及其关联或无症状确诊情况在境内外主要国际性城市亦仍处严峻态势。新冠疫情爆发以来，我国境内多个城市亦采取了限制人员流动和有条件复工等应急措施，包括中国在内的全世界多个国家和地区也纷纷采取了不同等级针对境内外人员出入境及物流等的限制。在疫情防控阻击战及复工复产（下称“疫控复工”）等社会经济运行重振重朔背景下，很多企业为达到上述疫控复工两不误，如何以包括商事调解在内等法治手段协助疫控复工，实施企业及其利益相关方风控等制度化解工具，从而不致某类合同履行受阻而诱发进一步的“次生”灾害呢？这些法治手段及制度化解工具，对疫控复工及重振重塑经济运行，确是不可或缺、不可替代。

此外，要清晰认识到本次新冠疫情爆发不仅突然，而且持续时间长，影响范围广。2003年中国爆发了“非典”，但本次疫情与“非典”相比，仅在确诊人数方面就远远超过了“非典”病例确诊数（8422例）。

2020年1月30日，世界卫生组织宣布将本次疫情列为“国际关注的突发公共卫生事件”（PHEIC），成为《国际卫生条例（2005）》发布以来的第六次PHEIC。根据以往经验，一旦被纳入PHEIC，则需再次进行多次评估，才可将事件取消（或需要数月甚至一年以上时间）。故此，在全球疫情彻底结束前，从事国际贸易、境内外投融资及合作服务等跨境业务的企业会受到很大冲击。除了合同违约风险外，企业及利益相关方还要考虑由此带来的一系列连锁反应。

近日，联合国网站发布了好消息，即继新加坡与斐济批准《新加坡调解公约》（下称“新加坡公约”）后，卡塔尔已于2020年3月12日批准了公约。根据公约的相关规定，《新加坡公约》将于第三个国家批准后的6个月后，即于2020年9月12日正式生效。能让上述因



全朝晖律师



陈聪发律师

调解而产生的和解协议能纳入《新加坡公约》适用范围，并如《承认及执行外国仲裁裁决公约》《法院选择协议公约》《承认及执行外国民商事判决公约》一般，具备异域执行效力当意义不凡。很明显，如能运用好国际商事调解较常用的促进式调解，比起非中立强势的评估式调停，或更能让调解员促使争议跨境当事方进入调解并直至和解状态。因为新加坡公约更强调探寻争议的内在原因及“自我救赎”调解过程的参与度，以确保争议各方接受和解协议的实质效果。这样的话，涉及或是借鉴新加坡公约项下的各类法治工具及其在疫控复工中的实践会是境内及国际范围内集中的议题，这对于该公约及其相关的商事调解制度在日后的长远发展也是十分有益的。

2020年1月30日至2月底，笔者作为中国贸促会、中国国际商会调解中心调解员并与本所陈聪发律师、曹利兰律师等工作组成员应邀参与了诉前商事谈判调解，化解了一起疫情期间外商投资合同争议案，助力当事人快速解决争议，受到各方好评。

一、案例摘要

（一）申请人（甲方）为境外公司，拟以现金方式分两阶段支付乙方持有的目标公司股权转让款。

（二）被申请人（乙方1及乙方2）为丙方公司的100%合法股东。在协议签署时，已向丙方实缴全部

出资，合计持有丙方100%股权。而丙方是一家我国境内合法注册成立并有效存续的有限公司，也是本次的并购的目标公司。各方通过协商，于2019年10月就乙方向甲方溢价转让其持有目标公司股权之事宜协商一致，并签订了《股权收购协议》。根据《股权收购协议》的约定，甲方拟分二期支付80%股权转让款，其中第一期股权转让款为人民币X亿元，甲方应在2020年2月份将第一期股权转让款转到双方的共管账户中，乙方应在2020年1月完成股权的变更手续，乙方完成股权变更手续后，方可要求甲方从共管账户中向其支付X亿元股权转让价款。

因2020年1月中旬受境内正式公布疫情影响，根据我国疫情防控的需要，甲方人员均被要求在家办公，无法持有效公章到该省开设共管账户。经甲方与乙方沟通，涉及到付款方式是否由“付款到共管账户”变更为“直接付款到对方股东账户”，但由于付款方式的变更，甲方作为投资者代表担心X亿元的首期价款付款到乙方股东账户的方式存在一定的风险；与此同时，上述事宜将直接涉及甲方付款及乙方依约正常营运等更重大的争议问题。

二、案例分析及评估

（一）依一般商事行为及律师业务视角，从启动商事行为的谈判自决到不得不完全托付给“高人”的处理及决断，或者说，从非讼至诉讼，其递进过程大致是：

- 1.启动事件-谈判-制定文件、执行
- 2.矛盾、磋商
- 3.争议、调解
- 4.纠纷、和解
- 5.仲裁、诉讼

因此，上述一般合理商事人的处事流程规律乃至社会行为心理疏导等都是以利益为基础的，递进程度越高，该商事关系当事人的处理化解成本也越高。为此，在有某些外力因素介入（如本次疫控复工等）原商事合同的情况下，及时推进商事各方在以上递进中的各个过程，及早让规范的商事谈判调解提前嵌入尤为重要。就此，在所谓正规的“调解”或“和解”之前，我们工作组成员一旦收到邀请，即需首先立案（或预备立

案）开档，并通过“谈判”技巧与各方当事人代表沟通，归纳双方的基础问题并分析处理，理出有关谈判调解案件的程序及方式。就本案，协商调解工作组各成员在阅读双方的上述事件的资料宗卷后认为，在前期沟通中仍需通过“谈判”的技巧让当事人给出正面的关键的信息，包括：1.第一时间披露自己的独立性身份并应证明各方当事人的合法主体。“调-诉-调-诉”及“调-仲-调-仲”融合模式是当今境内外较有认知的多元化纠纷融合模式。但对仲裁员、调解员乃至代理律师因同一争议身份混同时的中立性、保密性问题及因融合不当所产生的可否顺利获得执行效力等问题确不容忽视。

因此，首先明确各方主体地位，并请各方说明及提交有效的主体授权证明文件为程序的起始。这是诚信及正当程序的开始。就如《新加坡公约》所言，调解是“无权对争议当事人强加解决办法的情况下，协助当事人设法友好解决其争议的过程”，由此，我们更要将这个过程的开始，视为明确的、正确的、认真的开始；2.由当事人自己评估解决方案。就此调解员可能在某些“会议流程”上需要花一段时间进行说明，目的也是让各方各自决定需要处理的问题，让这些问题能像“地图”一般明晰地展现在他们眼前，并让他们在接下来的诚信交流中最能获利；3.有什么将会对产生的后果提供相关保障。鉴于本案交易额较大，双方当事人高度关注。未来的商业发展、维持良好的投融资关系，确保各方的声誉，也都是各方认同的方向；4.案件标的额较大且涉及外商投资企业的内外部风险控制，经常有专业人士代表当事人进行处理，因此，是否由当事人自行决定甚至是否为“假调解”而延误时间，对于调解员来说，此等信息对称的有关判断是事前必须要做的功课。

（二）鉴于在疫情期间不能谋面，故调解员与各方通过微信，电话及电邮等非接触沟通，给予各方及代理律师沟通的时间，而调解员本人则应归纳双方的共同基础及聚焦列举的问题：

1.各方都自愿以谈判、调解方式解决。在商事调解中，如确能达成和解协议或补充协议，较大几率的情况是双方会自行遵守，无需通过任何其它司法途径处理，否则各方将该调解案又托付给“高人”进行处理及决断（如是否构成法律默示中涉及“不可抗力”的免责理

由等)，有关法律成本反而会更高；2.投融资合同中的大部分条款无争议，在调解前可以确定“无争议的事实”；3.申请人与被申请人之间都希望有更长期的合作关系，未来能带来较高额度的折现资金回报（如乙方）及未来购入资产的市场溢价（如甲方）等，这些是各方继续合作可带来的真实利益。

总之，疫情问题虽不能被本案各方所左右，但经调解员了解，这其实并不是本案情势的根本原因。因为这样的系统性风险对于本案各方仍是局部的，具体来说，本案存在更多的非系统风险（即如何处理及执行合同）仍然是可以由本案具体各方通过专门协商，从而减少交易成本，是可以予以克服并共同面对和处理的。

三、谈判调解实践

涉案当事人及其律师代表均为资深的投资人及专业代表，为此，作为谈判调解人员需有如下考虑：

（一）评估处理案件需采用的谈判调解技巧，以促进各方自主决定及程序的公允为方向。一项外商投资股权博弈事项，涉及一般商务事宜，也涉及交易习惯、风格、法律要求及当时当地政府政策要求等事宜。有的可以通过明示条款方式自由约定、充分协商，有的则需先研究清晰方可订立，尤其是涉及到具体法律及政府政策等法律默示内容的清晰与否，并尽量以法律明示的方式予以书面表达。为此调解员要充分让双方当事人及其代理人陈明相关交易节点，将专业的评估内容转化为可作选择的协商谈判节点。例如，在调解起始时，我们已了解到甲方是外商投资企业，原股权转让协议中表明，其境内投资需严格遵守外汇管理相关规定，据此，若调解过程中各方变更了有关协议安排，会否涉及甲方本身、乙方及目标公司在时间节点等方面的规则调整？就此案中的具体事实问题，应以“专业人处理专业事”的态度，由两位来自不同文化背景和知识经验的调解员进行“联盟调解合作”，尤其在跨境商事调解方面，这是很重要的举措。《新加坡公约》也认为，调解程序促进双方决定的公允性是“不论使用何种称谓或者进行过程以何为依据”。谈判调解员如果是某个领域的专业人士或管理者，需时常关注及检查自己是否落入了本人专业或管理背景所驱使的个人认知偏好陷阱中去。当然，联盟调解

也需一定的知识集中度，各方对跨境法律、调解服务及投融资知识有共同规律的认知及办案经验是必要的，这对整体气氛及局面引导有重要帮助。

（二）与双方当事人及代理人沟通中，全面使用问题清单的方式，让当事人决定其自身的需求。有关工作清单的目的，要因人因事而异，调解员的阅读沟通能力十分重要，要在各类文件及当事人提供的实物实证中，将共同基础问题及具体事务要点问题分开，以便先由外入里，以便再由内到外。让其有序地充分表达，这是重中之重。例如，在本案谈判调解过程中，有代表认为，受疫情影响，根据华南及华东某省疫情防控指挥部的要求，甲方均被要求在家办公，无法持有效公章到该省开设共管账户。该问题是否构成了“不可抗力”等法律问题展开了争议，甚至还言及需安排出具“不可抗力”证明，以兹佐证等等。就此，即使当时境内还疫情肆虐，调解员并不以自己的判断为转移，而是在流程上及时分别征询各方当事人及代理律师意见。此后反馈的真正事实是在华东该市开设账户并无障碍，仅是甲方考虑到员工的人身安全问题，不冒险指派员工到当时的疫区出门办公；连身处华东该市的乙方及目标公司也有这样的顾虑。为此，所谓不可抗力问题就不需花费时间和精力了。

（三）对于调解行为准则尤其是具体流程、方式技巧规范等内部建设，其中可能会涉及较多心理、社会等学科的交叉训练，以及调解员及其调解机构的经验积累问题，国际上尚未有通用一致的结论，故《新加坡公约》对调解员商事调解机构的资质条件、调解方式并无列举规定。因此，与双方当事人及双方代理律师沟通时，要更多地鼓励他们，在谈判调解环节中，真正让双方自己解决纠纷。而调解员的重要作用仍是利益的认知者及流程的引导者。

（四）在事实及情绪方面充分给予“正能量”是谈判调解中一种必要的技巧。不仅之于书本，而且更是个人经历、机构支持等综合因素及其实践的集合。例如耐性、谦卑、善行好问、务实等调解员道德行为规范需要在实践中积累起来，才能有效适合地传递出去。

（五）对各方提交的专业方案，或涉及不少法律诉讼、国际投融资等其他专业实操的成本测试问题。提供专家方案，对于某领域个案的专家高额收费可能是有利

的，但一般而言，对当事者包括专家本身的长期持续发展却未必有利。所以通过调解进行相关测试，该项能力不可或缺。其中通过共同会议沟通、私聊、有目标的可开放式的问题，让双方当事人围绕交易成本（包括要素成本、机会成本）等共同认知范畴进行充分协商谈判，让各方的知识工具能找到交集，并及时将复杂多维的问题（如投资者背后的各类分析及诉求，乙方及其目标公司当前或未来执行合同的其他成本或挑战等等）降低到一些维度，不断拉近距离，展望好未来，减少本案的处理成本，最后达到冲刺时应及时收官，以便达成书面和解协议。

四、以补充协议形式，调整达成了和解

（一）经历了三轮协商，我们就题述股权转让款支付方式及先决条件的纠纷达成了和解，变更了支付款项方式，即由原股权转让的共管方式转变为由甲方直接向乙方指定的账户支付转让款；

（二）作为交换条件，就上述款项的支付期限和步骤达成了和解，并变更为三步走的稳健作法，即X亿元由原来的两次支付，变更作2020年1月底、2月底及3月底前为三个基础付款期限，分三次支付；同时仍重申及确定乙方受款的先决必要条件，即应办理股权变更登记的手续；

（三）基于目前疫情环境，各方同意依据双方律师的磋商认可意见，以《合同法》、《电子商务法》确认的以电子方式签署的补充文本被视为有效的文件；

（四）涉及申请人及被申请人的律师费及其他费用达成了各自负担的安排；

（五）各方同意各承担50%调处费用；

（六）经双方代表协商后草拟了补充协议，经由独立指派的调解机构审阅认为稳妥有效，各方自愿履行了需要支付的款项并终结了其它解决纠纷程序。

五、结束语

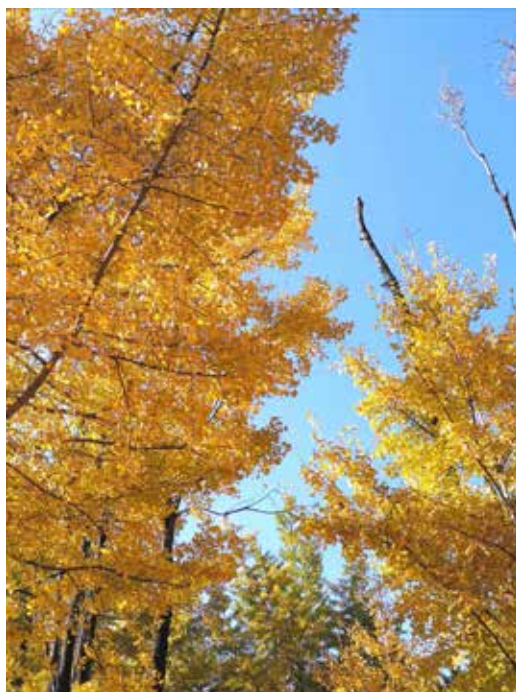
以上是我们及所在的律师谈判调解工作组，助力成功谈判调解X亿元境外企业投资协议争议案的经历和体验，目前协议各方已依约履行了上述款项的交收。有关分享的目的是在目前疫情尚属严峻的全球关注背景下，仍可切实为外商投资项目追求疫控复工、参与稳定跨境

投融资市场两不误，提供扎实可靠之多元化危机处理的法治保障。笔者认为此次争议如果不是通过商事谈判调解的方式来及时解决，它可能产生的时间成本和费用增加会诱发其他更多的跨境不确定因素，由此可见，商事调解及其程序的正当在解决此类纠纷时有其独特优势。

【作者简介】

全朝晖，本所高级合伙人律师，法学硕士。具有英国特许仲裁员协会会员资格（MCI Arb.）、中国税务师执业资格（CTA）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和境内外部分仲裁委仲裁员。执业三十一年，现为司法部“全国千名涉外律师人才库”成员，广东省“涉外律师领军人才”。专注于资本市场、金融财税、跨境投资及其多元化争议处理。

陈聪发，本所专职律师，广东工业大学法学院法学学士。主要从事公司治理、证券发行、私募股权、境内外投资与并购事务。



金秋银杏 合伙人徐颖雯律师 摄

探究夫妻债务纠纷——以黎某民间借贷案为例

一、摘要

本案当事人为原告黎某、被告一曹某、被告二李某（下称原告、被告一、被告二）。被告一于2017年6月以商品房代售为由向原告借款100万元，一个月后被告一又向原告以商品房急需资金周转为由，向原告再借100万元，两次借款从约定期限至今仍未清还，故原告诉请法院裁判被告一应当返还借款200万以及逾期所生孳息。本文基于上述之借贷事实，分析案件争议焦点并分析背后可能的原因，希望类似案件在法律界能够得到重视并寻求最佳处理方法。



葛磊律师

二、案件争点

本案争执事项为被告一与原告之间借贷关系，被告二是否应连带负此债务责任，以下分成小点论述：

1.第一，被告一向原告借款时，被告一和被告二已登记结婚。第二，某房地产代理有限公司成立时，公司经营范围包括房地产开发经营、房地产咨询服务等，被告一和被告二分别为股东，明显该公司为两人为共同生活而共同创建并经营的公司。第三，在该公司成立七个月后，被告一就先后向原告借款共计200万，借款用途分别是商品房代售业务、购置商品房，且根据一审庭审中法官的询问及被告一的陈述，证实被告一借款实际用于支付公司员工的佣金，也再次佐证了其第一笔借款用于某房地产公司经营；第四，被告一的两笔借款均系在公司存续期间发生，被告二作为公司法定代表人、财务负责人兼被告一的妻子不可能不知道。下表为本案件大事纪录：

由上述时间轴可看出，被告一、二于2016年12月2日登记结婚，于2016年11月9日成立某房地产代理有限公司，股东分别为曹某（认缴180万），李某（认缴120万）。2017年2月16日财务负责人由梁某变更为李某；2017年2月16日执行董事兼经理由梁某变更为李某；法定代表人由梁某变更为李某。

2.根据《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第二条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》中的“用于夫妻共同生产经营”首先是经营行为要有共性，即夫妻双方均参与经营管理。其次“用于”一词，包括直接用于夫妻共同生产经营的情形，或者用在生产经营有关联的辅助事件或为生产经营做准备的阶段都可以认定为“用于夫妻共同生产经营”。

3.某房地产代理公司属于被告一和被告二共同经营的公司，而被告一将所借原告200万用于该房地产代理公司，被告一和被告二均参与该房地产代理公司的经营管理，这完全符合《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》中的“用于夫妻共同生产经营”的情形，足以证实夫妻共同经营的事实。



4.被告二主张没有与被告一共同生活，且对被告二没有针对经济来源提出相关证据，应承担举证不能的法律后果。根据《民事诉讼法》第七十六条规定：“当事人对自己的主张只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。”

5.被告二于庭审中指出，其与母亲一起生活，自己并没有工作，自己以及孩子的日常生活开销都是由母亲提供，被告一与自己共同生活但没有提供经济支持。但并没有提供相关证据，故有理由推定被告一、被告二共同经营某房地产代理有限公司的收益是被告一、二共同生活的经济来源。

三、根据上述案例，我们针对两点讨论

(一) 2018年《最高人民法院关于处理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的出现造成过往已判案件对比现在案件两者间裁判标准不一且混乱难辨。

《最高人民法院关于处理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》于2018年1月8日由最高人民法院审判委员会第1731次会议通过并且公布,自2018年1月18日起施行，夫妻连带债务案例不胜枚举，夫妻恶意串通逃避债务最常见的就是通过离婚的方式，将所有的财产给其中一方，而债务则归另一方。等到债权人上门要债的时候，就以自己已离婚，并且无任何财产为借口，导致债务人无财产可供执行，以达到逃避债务的目的。被执行人给付义务未清偿完毕前，通过离婚途径将应分得的夫妻共同财产以及其个人财产的全部或大部分放弃分割给对方所有，或赠与给子女所有，同时自己承担全部或大部分债务，致使权利人无法实现债权的行为，均属通过离婚途径规避债务的行为。但对于债权人而言，若是属于夫妻共同债务，即使夫妻离婚约定债务由其中一方承担，但这样的约定也是不能对抗债权人的。也就是说，这种情况下，是可以向另一方追债，要求其实际偿还夫妻共同债务，故此第二条规定目的为防御夫妻间为躲避追讨而产生同谋虚伪意思表示，因为夫妻即为关系最亲密之人，为避免另一半债责或是想巧取利益，极有可能两人串通好脱产至一方名下或是另寻他法规避债务，损害他人债权。

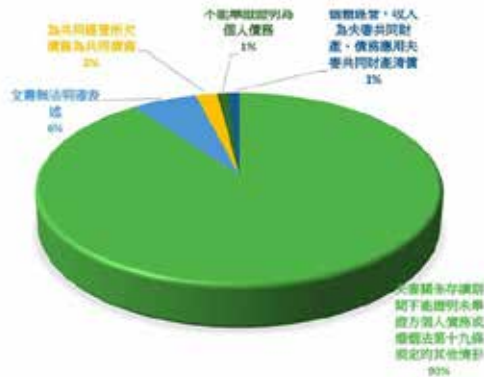
为何认定夫妻较易发生互相通谋虚伪意思表示呢？传统上，夫妻之结合，是以长久生活为目的，其内心联系紧密，无需过度描写即可得知，光是一群组织犯罪众人能因一金钱或商业利益，组成共同体，互相扶持完成犯罪行为况论夫妻之关系相较于此又更为紧密，彼此所有的利益共同处又更多，若有通谋行为亦属正常，况且夫妻朝夕相处，为了对方的事业或快乐从事一些非法行为亦属常理，只要符合两人实质利益，对对方于其他错误行为的容忍性又更高。故事实上认为一对夫妻完全不会有通谋虚伪情形乃不够理性的思考及短见；又如所谓法学理论上给予夫妻特别情形的权利，即夫妻之宥恕权。宥恕权系指夫或妻于某些情状下，如夫妻对情感不忠，或是伤害，欺骗等行为给一方机会原谅另一方，学说上认为没有必要以最严苛方式处断之，立法者皆心知肚明夫妻间会有如此宽宥行为，那完全认为夫妻间必定是清白、毫无联络或是串通亦是违背理性及法理的思考。

学说报告显示，在2018年1月《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》以前，认定共同债务的比率呈上升趋势，其中，法院在民间借贷纠纷案件中将诉争债务认定为夫妻共同债务的比率最高，相比之下离婚纠纷中，举债方与未举债方可在诉讼中就借款是否用于夫妻共同生活进行较为公平的对抗，法官对共同债务的认定占比明显于民间借贷纠纷，以2016年提及第24条的民间借贷纠纷一审判决文书为样本分析可见，88.73%的案件法院认定债务人主张的债务为夫妻共同债务，仅10.02%的案件法院认定为个人债务，且离婚纠纷案件六成以上，法院认定一方主张的债务为夫妻共同债务。以下图表表明法院认定是夫妻共同债务或是个人债务的解释理由以及占成比例：



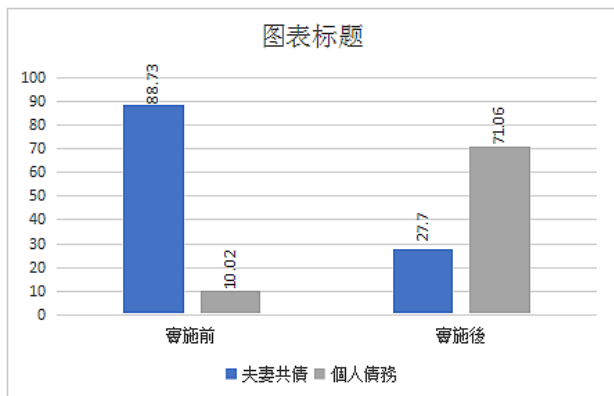
夫妻共同债务

以案说法



个人债务

正是由于债务用还是未用于夫妻共同生活均难以举证或是证据的证明力均不高，因此案件中是否用于夫妻共同生活的证明责任分配直接影响债务性质的认定，法院对于举证责任分配的索异性、举证责任的不可预见性导致当事人不能预见自己的诉讼行为后果，也是第24条被当事人诟病的重要原因。如何规范此类举证责任分配问题将有益于裁判尺度的统一，需要经过严谨的筛选及安排，且不可能完全划分出精确的分界线。



《解释》实施前债务认定表

然而于2018年1月颁布《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》以后，

人民法院认定为夫妻共同债务占27.7%，认定为个人债务的为71.6%，可见此解释一出，认定夫妻共同债务的概率大幅下降，司法审判中对夫妻共同债务的认定标准越趋严格化，但此种改变是否过与不及，而且案件于上诉后二审改判率偏高，一审认定为个人债务经上诉后维持原判的占83.1%，二审改判为夫妻共同债务为16.9%；而一审认定为夫妻共同债务的经上诉后维持原判觉得有29.3%，二审法院认定为个人债务的高达70.7%，其中对于“超出日常生活需要”的债务，债权人举证非常艰难且成功率微小，债权人举证成功使得被认定为夫妻共同债务的仅有4.1%，其余皆因未举证不能而被驳回声明，从上述所有数据可得知目前的举证以及债务种类认定依旧非常凌乱以及困难，对于当事人以及法律的公平性影响巨大。

从上述图表可得知，2018年初的这份解释对于裁判的不稳定性以及变动性颇大，使民众对法律的不可动摇性产生怀疑，并且因为此种不稳定性必然衍生出许多不公平的个案，造成上诉、再审的比例提高，耗费司法资源以及产生对婚姻、交易安全的动乱，不仅劳民伤财而且令当事人无所适从，法官在法律金字塔中扮演相当重要的角色，其地位位阶皆在顶端，不只有人民赋予的审判权，更有自由裁量空间得以自由心证，其实此种问题光是套进此解释的公式，是无法解决各式各样的问题的，最关键还是需要公平公正的法官用心审理，充分的运用独立公正的审判权才能根本的解决问题，否则只是治标不治本，问题将会持续存在并且越来越严重，若单单依靠解释就妄想解决所有案例，那么又与工匠有何区别呢？

综上，2018年1月颁布的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第二条规定：“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院应予支持。”此司法解释对夫妻身份关系、财产关系适用法律等问题更加详细的做出规范，随着中国经济社会的快速发展，城乡居民家庭财产结构发生很大变化，现实生活中夫妻双方申

通对抗债权人或者夫妻一方与债权人串通对付另一方等案例时有发生，使夫妻债务的认定成为非常复杂的问题，使法院审理夫妻债务案件难度随之加大。原法律、司法解释虽然已有防范夫妻双方串通损害债权人利益和夫妻一方与第三人串通损害另一方利益的风险，但有关夫妻共同债务认定标准、举证证明责任等方面的问题仍然没有得到根本解决，成为社会广泛关注的问题。夫妻间规避行为将损害经济秩序、社会稳定和司法权威，其危害不容忽视，实务中不仅存在夫妻一方以个人名义在婚姻关系存续期间将债务举债给另一方配偶造成配偶经济损害的情况，也存在夫妻合谋以离婚为手段将共同财产分配给一方将债务分配给另外一方藉以达到避债、损害债权人利益目的的情形。此种问题首先，规避执行对中国经济发展成果产生破坏力。无论是自然人还是信贷机构，只有当法律保障在借贷人不履行义务的情况下他们借贷的款项仍能够迅速肯定地得到偿还时，才会同意给予借贷。债权人的利益不能得到有效的保护，意味着交易存在很大的风险，没有人敢放心交易，市场秩序将变得混乱，经济发展将逐渐陷入停滞。其次，由于债务人规避执行，债权人花费大量金钱、精力和时间得到判决确认的债权迟迟不能兑现，审判机关和审判活动将受到藐视，法律将不被信任，所以对于以离婚转移财产来达到规避执行的行为，必须加以规制，否则不仅影响法院执行工作进行和难以保障债权人利益，还给还婚姻管理体制带来混乱，不利于社会稳定。所以关于夫妻共同债务认定更应小心谨慎的判断，以维护交易安全以及健全婚姻制度。

(二) 目前婚姻制度下引发财产混同后若要分产清算，分别财产制能够预先防御共同财产制容易引发的争端。

由上述案例及观点可知，中国的婚姻财产制度采婚后混同制，亦即夫妻婚后视为共同财产，是指在婚姻关系存续期间夫妻所共同拥有的财产，一般来说视生产力发展水平和人们的收入情况，生产水平、收入越高，规定的共同财产范围越小。而家庭功能的组织生产、组织消费、扶养扶助以及妇女的经济地位都深远的影响此制度的发展。其实共同财产范围越宽乃因文化传统“同财共居”、“夫妻一体”才导致了现今的夫妻财产采共同

财产制。所谓夫妻关系存续期间，是指夫妻结婚后到一方死亡或者离婚之前这段时间，这期间夫妻所得的财产，除约定的外，均属于夫妻共同财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。夫妻一方对夫妻存续期间的财产的处分，需征得配偶的同意。

共同财产制出现的弊端有：

- 1.不能保障夫妻的独立人格和经济地位；
- 2.无法确实保障交易安全；
- 3.容易导致财产管理权纠纷；
- 4.婚姻关系终止分割共同财产时易产生不公平的情形；
- 5.保护弱势一方易产生投机行为而其中。

共同制度又分为：

- 1.一般共同制：婚前、婚后、动产、不动产皆为夫妻共有，法律另有规定的除外；
- 2.动产及所得共同制：婚前动产及婚后所得财产为夫妻共有，排除婚前所有不动产；
- 3.婚后所得共同制：婚后所得所有财产为夫妻共有，法律另有规定除外；
- 4.劳动所得共同制：仅以婚姻关系存续期间的劳动收入作为共同财产，其他财产归个人。

财产特征就其时间的限定性。即从领取结婚证开始，到解除夫妻关系为止的婚姻关系存续的整个期间的劳动所得、生产经营所得、投资所得、知识产权的收益、继承和赠与所得，以及其它合法所得都是夫妻共同财产。即使双方未同居、或分居两地，也不论财产是一方或者双方分别管理、使用，只要是婚后所得财产，就是夫妻共同财产，如工资，奖金，是最具有时间性的。另外就是仅局限于所有权范畴的财产的归属利益。即有形的实物、现金和可预见的收益。财产权属的界定分为权利类型包括：所有权、用益物权、抵押权、质权、继承权（继承在婚姻关系存续期间开始的）、知识产权等；以及所得与原财产的关系：个人所得财产与共同财产发生混同的，推定该财产为共同财产，主张有个人财产份额的负举证责任。

然而此种法律规定是否真能实践公平，是否合乎比例原则上有疑义，婚后财产、债务皆混同似乎太过于框架定性要求绑住夫妻，要为另一个完全行为能力人对

金钱所做的处分负责，容易导致过于苛刻的条件是另一方被迫负债或是在婚姻中不平等的付出，退万步言，交易安全之保护、合同相对性既然皆如此重要，财产、债务混同此种法治的强制似乎与一些法理对冲，在事实上也引申出许多问题，更遑论恶意的主观意识将会衍生复杂且吊诡的事端，若是刻意将两个完全行为人捆绑视为一体共同负责或承担一方单独行为的后果，是否太过于简单粗暴并且失去了个人独立的自主呢？为此，若想避开诸多问题，只要是夫妻未以书面契约约定财产制者，直接视为法定财产制或是分别财产制较为妥适。两者中心思想皆为夫妻财产各自保有所有权、管理与使用权，债务也各自负担，为法定财产制与分别财产制的差别在于法定财产制当夫妻离婚或配偶死亡后，财产净值较少的一方，可获得夫妻剩余财产差额的一半。

法定财产制分为两种：婚前(不纳入分配)和婚后(不能证明为婚前或婚后财产者，推定为婚后财产)各自管理、使用、收益、处分权、所有，各自对其债务负清偿之责。债权人亦无法请求你替配偶清偿债务，婚后财产登记在谁的名下即属于谁拥有所有权。但是仍然不妨碍剩余财产差额分配请求权的行使。

而若当婚姻(法定财产关系)消灭时夫或妻现存之婚后财产，扣除婚姻关系存续所负债务后，如有剩余情形，其双方剩余财产之差额，应平均分配。但有失公平者，法院得调整或免除且不列入分配之财产：因继承或其他无偿取得之财产及慰问金，如配偶过世，先剩余财产分配后(免税)，再行遗产分配。

分别财产制即为个人造业个人担，和法定财产制不同在于没有剩余财产差额分配的问题，其他皆相同。

法定财产制、分别财产制和共同财产制三者相较之下，法定财产制以及分别财产制就直接将许多婚后财产问题解决，不需再耗费司法资源以及精力处理合离分产官司，更何况若是以法定财产制加以规范，必能有效且预先的防范夫妻间可能存在通谋虚伪意思表示恶意躲债、分产不公等问题；婚姻乃爱情纯粹的结合本不该牵扯金钱，如果能不强制的视为婚后财产皆发生混同，就不必担心是否对方是因为金钱才和自己领证，也不用担心分开后问题纠缠不清，立法者应再三思索于法的安定性以及社会制度的简单性而言应如何才是最大利益，若

一直墨守成规而无视社会快速变迁带来的变动以及改变，仅是遵循传统思想以及封建思想，势必被时代的脚步淘汰，孰重孰轻应了然于心。

四、结论

“欠债还钱，天经地义”，如今社会民间、官方借贷关系多如牛毛且越趋复杂，法律条文不断修改为因应纠纷快速变化的脚步，能适时的给予保护，在判断是否为连带债务的先前要件应为是否用于共同生活，扶持家庭生活经济来源，对于想利用法律对他人恶意借贷不偿还，甚至透过通谋虚伪意思表示刻意避开债务，皆为惹起法所不容许的风险，不应受法律保护；反观那些生活困苦却因为另一半加深生活压力的弱势族群才是法律需要实现正义的对象，尤其近几年来卡债族，夫或妻负债的一方，银行或债务清理公司常常藉由剩余财产分配请求权，代位向夫或妻一方请求剩余财产分配，造成弱势的一方无法保有财产，被迫拿出来拍卖清偿负债一方的债务，造成很多家庭的悲剧，离婚诉讼中，对于在婚姻关系存续期间内以一方名义所负的债务，其应该由夫妻双方共同承担还是一方承担的问题，在司法实践中往往采用由举债的那一方举证证明其将债务用于夫妻间共同生活，即「夫妻共同生活标准」处理此类问题。如果举债一方不能证明其将债务用于共同生活，则应承担举证不能的不利后果，由其本人来承担该笔债务，与配偶一方无关。实务上又因为举证责任关系到责任承担主体，在处理夫妻间债务问题上常用到的法律还包括《婚姻法解释二》第24条，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。即如果夫妻一方能够证明债权人或债务人在当初借款时就约定为个人债务，或者夫妻一方能够证明，债权人知道夫妻之间就财产约定为各自所有的，该笔债务即可认定为一方债务，但此种情况是不可能举证明的，所以造成许多法律认定的困难以及窘境；况且此种问题与处理离婚诉讼中债务承担认定不同，当涉及到第三人合法债权时，怎样认定债务的承担主体应较为谨慎，因为其关系到债权人及配偶方的利益，又何

来交易安全以及稳定经济呢？

司法实践中在处理此问题时，往往采用“婚姻关系存续期间标准”来认定真正的债务人，即如果举债的配偶能够证明该笔债务并没有用于夫妻间的共同生活，则其可以不承担偿还的责任，如果其不能予以证明，则该笔债务即被认定为夫妻间共同债务，由夫妻双方共同偿还。根据法律规定及司法实践，我们可以总结得出被认定为夫妻共同债务的一般情形，主要有：

1.经夫妻双方一致同意，以夫妻双方的名义对外借款的，应由夫妻双方共同偿还，不论该笔债务是由一方使用还是双方使用。

2.虽然是以夫妻一方的名义举债，但该笔费用确实用于夫妻间的共同生活，或者其共同经营的收益用于夫妻共同生活的，即视为夫妻共同债务。

3.即使双方没有用于夫妻间的共同生活，但是确系用于子女的抚养或者老人的赡养，则也应视为夫妻间共同债务，双方共同偿还。

4.婚姻关系存续期间，以夫妻共同财产从事合法的经营活动，因经营失败造成亏损而形成的债务，不管是夫妻一方经营所致，还是双方共同经营的结果，皆应被认定为夫妻间共同债务。

5.如果夫妻一方从事的活动是非法的或明令禁止的，只要配偶一方没有做出明示的反对，即认定为夫妻共同债务。综上，在认定夫妻共同债务的问题上，我们可以从两个角度入手，即是否用于夫妻共同生活和是否经过配偶方的同意，二者缺一不可。

随着离婚率的升高，夫妻间的各种矛盾及财产分割皆诸见报端，在离婚问题上，主要的纠纷在于子女抚养及财产分割上。在婚姻关系存续期间，配偶间并不会想到会有对簿公堂的一天，在现有的法律制度内，证据的多少以及证明力的大小就显得尤为重要。当真的需要就承担债务的问题据理力争之时，厘清相关的法律规定及适用原理才能更好地保护自己的合法权益。

婚后财产混同除了无法保障夫妻双方因为其中一人对外法律行为而造成损害共同财产，不公平的结果，况且现今司法解释看法讲解不一，在混乱的情况下很难统一意见，若是想要改善婚前婚后分财产的麻烦，我们认为还是以分别财产制为主，法定财产制为辅较为妥当。综

上，为因应现今社会经济、婚姻等多方因素，法定财产制或是彻底的分别财产制应当较为适合且在离婚诉讼中不需要耗费大量司法资源处理分算财产、还债纠纷，法律之立法目的亦应着重在消除此种不公平，实践法治社会保护弱势之真义。

二审最终根据高度盖然性的证明标准，结合双方的举证及诉讼表现，最终认定为夫妻共同债务，成功撤销一审判决第二项，并改判两被告共同偿还债务。本案是对借钱不还的老赖行为的公正审判，也体现了法治的真谛。

【作者简介】

葛磊，本所合伙人律师，广州仲裁委员会仲裁员。其团队主要从事于金融、合同法、公司法、私募基金、企业并购重组等领域，具有较丰富的法律实务经验及综合素质。



探索 合伙人杨学光律师 摄

如果瑞幸咖啡财务造假发生在国内证券市场



窦婉云律师



叶世宝律师



张强律师

案情简介

Case Summary

2019年5月赴美上市的瑞幸咖啡于2020年4月2日发布公告，承认其2019年第二季度到第四季度的销售收入存在虚增，金额达22亿元。该消息很快在各大媒体传遍，各路财经和法律专家、知名学者纷纷发表意见和观点，对本案的缘由和走向进行分析。

On April 2, 2020, Luckin Coffee (a company going public in the USA) released an announcement, admitting fabricated sales revenue for quarters 2 through 4 in 2019 amounting up to RMB2.2 billion. Such news spread quickly among various media, with numerous legal experts and famous scholars expressing their viewpoints on its origin and development.

文章立意

Theme

本文所要探讨的是，如果瑞幸咖啡造假行为发生在国内证券市场，根据我国现行法律法规和规则框架，瑞幸咖啡及其控股股东、实际控制人，以及董事、监事和高级管理人员可能承担哪些责任。

The theme of this Article is to discuss on what

liabilities to which Luckin and its controlling shareholders, actual controllers, directors, supervisors and senior executives would be held accountable under the prevailing Chinese laws, regulations and rules should such fabrication be committed in Chinese securities markets.

法律责任与律师观点

Legal Liabilities & Lawyers' Viewpoints

根据我国现行有关证券发行、交易、信息披露等相关法律法规、规章和司法解释等，刑事责任方面，瑞幸咖啡可能涉嫌违规披露、不披露重要信息罪；民事责任方面，其可能需要对投资者承担证券虚假陈述的民事赔偿责任；行政责任方面，可能面临监管部门依照2019年12月通过并于2020年3月1日起施行的新《证券法》作出的行政处罚，包括最高达1000万元的罚款和市场禁入措施。以下对该几项责任予以阐述。

In light of the prevailing Chinese laws, regulation, administrative decrees and judicial interpretations on securities issuance, trading, information disclosure, and so forth: as to criminal liabilities, Luckin would be a suspect of the crime of irregular disclosure / non-disclosure of material information; as to civil liabilities, Luckin might

be held liable for damages suffered by investors as a result of securities-related misrepresentation; as to administrative liabilities, Luckin might be subjected to administrative sanctions imposed by the regulatory authority under the new Securities Law as adopted in December 2019 and effective as of March 1 2020, including but not limited to fines up to RMB10,000,000.00 and market access bans.

一、刑事责任方面，公司可能涉嫌违规披露、不披露重要信息罪

I. Potential Criminal Offence of Irregular Disclosure / Non-disclosure of Material Information

《刑法》第一百六十一条规定：依法负有信息披露义务的公司、企业向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他入利益，或者有其他严重情节的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。

Article 161 of the Criminal Law provides that, where a company or enterprise with information disclosure obligation (i) provides the shareholders or the general public with false financial statements or financial statements omitting material facts, and (ii) has caused severe damages to the interests of the shareholders or other persons or is of other grave circumstances, imprisonment not exceeding three years or detention shall be imposed on its directly responsible persons in charge and other directly responsible persons, with fines ranging from RMB20,000 to RMB20,000 in addition thereto or in lieu thereof.

该条是关于违规披露、不披露重要信息罪的规定。

The aforesaid is about the offence of irregular disclosure / non-disclosure of material infor-

mation.

具体到瑞幸咖啡的财务造假案件，如果案件由证监会调查结束，认为涉嫌犯罪并移送公安机关，公安机关查实瑞幸咖啡存在虚增收入和利润行为，并严重损害股东或其他人利益或者有其他严重情节，公司将涉嫌违规披露、不披露重要信息罪，参与本次造假事件的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可能需要依法承担刑事责任。

In the present case, should CSRC upon investigation find a potential crime and transfer the case to PSB and should PSB in turn find (i) fabrication of revenue and profit by Luckin, and (ii) severe damages to the shareholders / other persons or other grave circumstances, the company would become a suspect of irregular disclosure / non-disclosure of material information and its directly responsible persons in charge and other directly responsible persons involved in such fabrication might by law be subjected to criminal liabilities.

2017年证监会查处江苏雅百特科技股份有限公司财务造假案件时认为，根据《刑法》及《最高人民法院 公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》的有关规定，雅百特的行为涉嫌构成违规披露、不披露重要信息罪，并根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》及有关规定，将案件移送公安机关。公司实际控制人陆永犯违规披露重要信息罪，被判处有期徒刑九个月，缓刑一年，并处罚金十五万元，而当年财务造假的关键人物之一李马松犯违规披露重要信息罪，被判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金十万元。

In the course of its investigation in 2017 into Jiangsu Yabaite Technology Co., Ltd. financial fabrication case, CSRC (i) found that, by the Criminal Law and the Provisions of the Supreme People's Procuratorate and the Ministry of Public Security on Threshol for Filing Criminal

Case by Public Security Authorities (II), Yabaite was suspected of irregular disclosure / non-disclosure of material information, and (ii) transferred the case to PSB by the Provisions on Transfer of Potential Crime Cases by Administrative Enforcement Organs. LU Yong, actual controller of the company, was convicted of irregular disclosure of material information and was sentenced to nine months imprisonment (on probation of one year) and a fine of RMB150,000.00; LI Masong, one of the key personals in the foresaid fabrication, was convicted of irregular disclosure of material information and was sentenced to six months imprisonment (on probation of one year) and a fine of RMB100,000.00.

二、民事责任方面，信息披露义务人可能要承担虚假陈述的民事责任

II. Potential Information Disclosure Obligor Misrepresentation Civil Liabilities

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。该条是对上市公司信息披露义务人的证券市场虚假陈述民事责任的原则性规定。

Article 85 of the new Securities Law provides that, where (i) an information disclosure obligor fails to disclose information as required, or (ii) any misrepresentation, misleading statement or material omission exists in any announced securities issuance document, periodical report, interim report or other information disclosure documentation and results in losses of investors in securi-

ties transactions, the information disclosure obligor shall bear compensatory liabilities and the issuer's controlling shareholders, actual controllers, directors, supervisors, senior executives and other directly responsible persons as well as the sponsors, underwriters and their directly responsible persons shall bear joint and several compensatory liabilities with the issuer unless they can show that there is no fault on their part. Said provision sets forth information disclosure obligors' securities market false representation civil liabilities in general.

另外根据《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》规定，证券市场投资人以信息披露义务人违反法律规定，进行虚假陈述并致使其遭受损失为由，而向人民法院提起诉讼的民事赔偿案件的，人民法院应当受理，这类案件中的被告包括发起人、控股股东等实际控制人，发行人或者上市公司及相关中介机构等。赔偿责任的范围则以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限，包括投资差额损失及投资差额损失部分的佣金和印花税。

The Several Provisions of the Supreme People's Court on Trial of Civil Compensatory Cases Arising from Securities Market Misrepresentation further provides that, where securities market investors claim civil compensations before the People's court on the ground that information disclosure obligor's misrepresentation in breach of law results in their losses, the Court shall entertain the case, with the respondents to include, among others: (i) the actual controllers like promoters, controlling shareholders and so forth, (ii) the issuer or listed company, and (iii) the intermediaries concerned. Damages are confined to investors' actual damages resulting from the misrepresentation, including spread of investment values as well as commissions and stamp duties in relation thereto.

三、行政责任方面，瑞幸咖啡及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能承担巨额罚款，有关人员可能被处以市场禁入措施

III. Potential Administrative Sanctions on Luckin, Its Directly Responsible Persons and Other Directly Responsible Persons Such as Heavy Fines and Market Access Bans

前述江苏雅百特财务造假案件中，证监会查实该公司于2015年至2016年9月，通过虚构巴基斯坦公交工程项目、虚构国际贸易和国内贸易等手段，累计虚增营业收入达5.8亿元，虚增利润约2.6亿元，依据修订前《证券法》决定对其处以顶格罚款60万元，对直接负责的主管人员陆永处以30万元顶格罚款，并采取终身市场禁入措施。

In the aforesaid Yabaite financial fabrication case, CSRC found that, from 2015 to September 2016, the company has falsely increased revenue by up to RMB580,000,000.00 (or profits by up to RMB260,000,000.00) by fabricating Pakistan public transportation engineering projects, international trade deals and domestic trade deals and, by the Securities Law yet amended, decided to impose (i) RMB600,000.00 of maximum fine on the company, (ii) RMB300,000.00 of maximum fine on the directly responsible person in charge, and (iii) market access ban for life.

根据修订后的《证券法》第一百九十七条第二款，信息披露义务人报送的报告或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告，并处以一百万元以上一千万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以五十万元以上五百万元以下的罚款。发行人的控股股东、实际控制人组织、指使从事上述违法行为，或者隐瞒相关事项导致发生上述情形的，处以一百万元以上一千万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处以五十万元以上五百万元以下的罚款。

In light of Article 197.2 of the Securities Law as amended, in the event of misrepresentation,

misleading statement or material omission in a report submitted or information disclosed by an information disclosure obligor, the resulting sanctions shall be: (i) orders for rectification, (ii) warnings, and (iii) fines ranging from RMB1,000,000.00 to RMB10,000,000.00; in addition to warnings, fines ranging from RMB500,000.00 to RMB5,000,000.00 shall be imposed on the directly responsible persons in charge and other directly responsible persons. Where the issuers' controlling shareholders or actual controllers have organized or instigated the aforesaid fabrication or have caused such circumstances by covering up relevant matters, fines ranging from RMB1,000,000.00 to RMB10,000,000.00 shall be imposed on them; fines ranging from RMB500,000.00 to RMB5,000,000.00 shall be imposed on the directly responsible person in charge and other directly responsible person.

此外，新《证券法》第二百二十一条对上市公司的财务造假案件中的有关责任人员，规定采取证券市场禁入的措施，根据涉案的具体情况，市场禁入措施的期限从一定期限内禁入到终身禁入。

Furthermore, Article 221 of the new Securities Law sets forth securities market bans on responsible persons in financial fabrication cases, with fixed terms or life terms on the basis of the particular circumstances.

虽然瑞幸咖啡系在开曼注册，但瑞幸咖啡财务造假，主要就是瑞幸咖啡(中国)的财务造假。考虑到瑞幸咖啡的造假规模和情节，因此带来的恶劣社会影响，以及监管层严厉打击财务造假的决心，我国证监会对瑞幸咖啡(中国)、本案相关责任人员采取行政处罚措施的可能性较大。

Although Luckin is incorporated in Cayman Islands, its financial fabrication is substantially that of Luckin (China). Taking into consideration (i) the scale and circumstances of Luckin's fabri-

以案说法

cation, (ii) the adverse social impact, and (iii) the determination of the regulatory authority on cracking down upon financial fabrications, it is very likely for CSRC to sanction Luckin (China) and the responsible persons concerned.

【作者简介】

窦婉云，本所合伙人律师，专注于公司、股权和资产投资、涉外业务。

叶世宝，本所合伙人律师，专注于涉外法律服务、仲裁、公司业务。

张强，本所专职律师，国家二级翻译，专注于涉外法律服务、公司业务。



星天外 合伙人杨学光律师 摄

关于虚拟股权纠纷的法律问题思考 ——以广州雪霸公司诉盘某案为例

前言

随着经营理念和公司管理模式的创新与发展，股权激励成为现代公司治理的重要制度之一。为了最大限度地激发员工的积极性，实现员工利益和公司效益的挂钩，公司与员工签订一系列协议，约定在员工达成一定条件后授予其相应的财产性激励。但在实践过程中，可能因双方约定不明或者一方拒不履行而产生纠纷，司法实务中就该纠纷的性质是合同纠纷亦或劳动争议，尚未达成共识。因虚拟股权激励在众多股权激励方案中较为普遍且特殊，故本文以广州雪霸公司诉盘某一案为例，以期对虚拟股权纠纷的性质作出准确界定。



朱滔律师

潘婉婷律师

一、案情简介

盘某系广州雪霸公司的高级管理人员。其在职期间，广州雪霸公司依据《公司股权激励制度》对盘某实行股权激励方案，双方约定盘某在业绩达标后享有所有者权益增值部分的分红权利，但不享有重大决策参与权、管理者选择权等权利，也不得出售或转让股权。同时，双方对分红款的履行及竞业禁止、商业秘密保护等违约责任进行了约定。此后广州雪霸公司以盘某违反公司股权激励制度侵害公司合法权益为由，向广州市南沙区人民法院起诉，要求盘某退还分红款项并赔偿损失。

二、案件审判结果及理由

一审法院认为，广州雪霸公司的诉求与劳动仲裁重叠，属劳动争议，应当先经仲裁前置程序。广州雪霸公司未经劳动争议仲裁前置程序向人民法院提起民事诉讼，与劳动争议调处的程序法律法规关于劳动争议应当先行仲裁的规定相悖，故裁定驳回广州雪霸公司的起诉。二审法院认为，盘某基于自身工作表现及广州雪霸公司《公司股权激励制度》的规定获得激励股权，但仅享有对所有者权益增值部分的分红权利，不享有重大决策参与权、管理者选择权等权利，也不得出售或转让股权，故不属于公司法规定的股东。广州雪霸公司的《公

司股权激励制度》载明案涉分红款用于激励对公司有贡献的员工，同时对分红款的履行及竞业禁止、商业秘密保护等违约责任进行了约定。广州雪霸公司在实际操作中系根据盘某的工作考核情况计付具体分红款数额，该分红奖励基于双方的劳动关系产生，故广州雪霸公司以盘某违反公司股权激励制度侵害公司合法权益为由，要求盘某退还分红款项并赔偿损失，系双方当事人履行劳动关系过程中产生的权利义务纠纷，属劳动争议，应当先经仲裁前置程序。现广州雪霸公司未经劳动争议仲裁前置程序向人民法院提起民事诉讼，与劳动争议应当先行仲裁的相关法律规定相悖。故认定广州雪霸公司的上诉请求不能成立，一审裁定适用法律正确，依法驳回上诉，维持原裁定。

三、案件评析

（一）虚拟股权激励纠纷的特殊性

虚拟股权激励是指公司授予达成一定条件的员工一种“虚拟”的股权。被激励的员工可以据此获得一定数量的分红权和股价升值收益权，但不享有所有权、重大决策参与权、管理者选择权，不能转让与出售。一般情况下，被激励的员工无需支付对价，在离开公司时自动

失效。此外，授予虚拟股权无需到工商部门或证券交易部门登记，无需更改公司章程和股东名册，可实现股份的所有权和收益权分离，保持现有股东对公司的实际控制权。也正因如此，选择行权的员工并未改变其与公司的法律关系，并未因此成为公司的正式股东，只能享有依附在股权中的分红收益权，这种分红收益基于员工的激励考核目标完成情况确定，更类似于劳动报酬。

（二）虚拟股权激励纠纷的法律性质

虚拟股权激励应当作为员工薪酬的一种形式，实质上是一种因劳动关系而产生的附条件和附期限的劳动报酬。因虚拟股权激励产生的纠纷应属于劳动争议。

首先，虚拟股权的获得原因体现了用人单位对劳动者激励管理的劳动关系典型特征。参考案例中，广州雪霸公司是基于与盘某订立了劳动关系，同时考虑到盘某在任职高级管理人员期间对公司生产经营做出的贡献和业绩，将其纳入《公司股权激励制度》激励对象。此外，劳动关系是实施虚拟股权激励的前提，一旦被激励对象离开企业，其将自动丧失获得分红权和股价升值收益权。虚拟股权的获得原因充分体现了劳动关系中用人单位对劳动者基于身份关系及劳动成果予以福利或奖励的管理特征。

其次，虚拟股权的行权条件体现了劳动者接受用人单位管理的劳动关系典型特征。一般情况下，为了维持与激励对象劳动关系稳定及提高激励对象工作积极性和能动性，促进公司业绩和提升公司价值，公司将设置取得股权与行权的条件，要求激励对象按其任岗职位的要求为公司工作。若激励对象不能胜任所任工作岗位或者绩效考核不合格，公司将取消授予激励对象当期的虚拟股权。此外，如激励对象在绩效考核期间存在触犯法律、违反职业道德、泄露公司机密、因失职或渎职等行为损害公司利益或声誉等情形，其被授予的虚拟股权也将被取消。可见，虚拟股权授予的条件是劳动者在劳动中的成果需符合公司要求及劳动者不得存在损害公司利益或声誉行为，这也体现了劳动关系中用人单位对劳动者管理的典型特征。

最后，虚拟股权应视为用人单位为劳动者提供福利待遇的一部分。被授予虚拟股权的员工在达成一定条件下可获得一定数量的分红权和股价升值收益权，但不享

有所有权、重大决策参与权、管理者选择权，不能转让与出售，并非公司的正式股东。此外，在股权激励实践中，员工被授予虚拟股权往往无需支付对价或以大幅低于市场价格的股权激励价格购买虚拟股权的资格。根据《广东省工资支付条例》的相关规定，工资一般包括：各种形式的工资（计时工资、计件工资、岗位工资、职务工资、技能工资等）、奖金、津贴、补贴、延长工作时间及特殊情况下支付的属于劳动报酬性的工资收入等，虚拟股权赋予员工的分红权和股价升值收益权应属于公司薪酬体系的组成部分。因此，虚拟股权实质上属于附条件的具有经济性福利的薪酬，是用人单位为劳动者提供福利待遇的一部分。

（三）虚拟股权激励纠纷的法律适用

基于上述对虚拟股权激励纠纷法律性质的研究，应当将基于虚拟股权激励所产生的纠纷认定为劳动争议进行司法适用。

一是程序法适用。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第五条规定：“劳动争议案件应经仲裁前置程序，如对仲裁裁决不服的，可提起诉讼。”司法实践中，虚拟股权激励纠纷往往伴随着劳动合同解除、违约金、服务期的约定、竞业限制的约定等问题。将虚拟股权激励纠纷纳入劳动争议范畴进行处理，有利于仲裁员和法官全面、综合考量案涉的各类因素，查明案件事实，准确把握争议焦点。

二是实体法适用。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条规定：“在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。”因此，将虚拟股权激励纠纷纳入劳动争议范畴下，如因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定引发虚拟股权激励纠纷的，用人单位负有举证责任。

四、虚拟股权激励纠纷的处理建议

(一)注意保护劳动者权益

根据《中华人民共和国劳动合同法》(下称“《劳动合同法》”)第三十七条规定:“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。”和第三十八条规定:“用人单位有过错的,劳动者可以立即解除劳动合同,无需履行先行告知义务。”实践中,用人单位往往在虚拟股权激励方案中约定服务期限、离职限制、违约金等条款,试图将劳动者与用人单位牢牢捆绑,上述行为涉嫌侵犯劳动者自主选择职业的权利。因此,在审理虚拟股权激励纠纷时,应重点审查劳动关系解除的原因,排除企业恶意解聘的可能性。

虚拟股权激励作为薪酬制度的构成之一,具有附属性、可变性的特点。用人单位在实施虚拟股权激励方案的过程中,应保障被激励人员依法享有的取得劳动报酬、享受社会保险和福利的权利,上述基本权利不因被激励对象已享有分红权和股价增值收益权而丧失。因此,在审理虚拟股权激励纠纷时,不宜将被激励的劳动者进行特殊的分层分类处理,而应与一般劳动者一视同仁,按照相关法律规定和案涉企业的相关规章制度进行审查。

(二)虚拟股权激励的目标实现

企业应结合自身所处的行业特点、发展阶段和现有资源,确定切实可行的虚拟股权激励方案。其次,应结合科学的考核体系执行虚拟股权激励方案。如果考核指标的细化和量化程度不够,考核结果很可能会失去公平性且无法达到激励目的。最后,应结合现有薪酬体系,使得股权激励所得利益加上公司薪酬及福利水平达到或者超过同行业平均水平,以期发挥激励效果。

(三)积极构建劳资合作理念

自2008年《劳动合同法》生效实行以来,劳动者的权益保障得到了改善。暨《劳动合同法》生效后新的十余年,应致力于构建劳资合作理念,营造劳资双方通力合作、互利互赢,实现各自利益最大化的社会环境,缓解劳资冲突、促进劳资合作,实现资方和劳方由利益矛盾体向利益共同体的转变。

五、结语

本文开篇参考广州市中级人民法院关于广州雪霸公司诉盘某的裁判案例,分析了虚拟股权激励纠纷应属劳动争议范畴,应适用劳动争议解决机制和相关法律法规规定。该类型纠纷不应脱离劳动争议调处的法律规范范畴,裁判机关在审理过程中须注意对劳动者权益的保护,企业在制定激励方案时应充分考虑方案的可行性分析。在新的时代背景下,全社会应逐步从劳方利益倾斜保护理念向劳资合作理念转变,缓解劳资矛盾,促进社会和谐。

参考文献

- [1]章晓明.公司股权激励纠纷裁判理念反思[J].经济法论坛,2018,20(01):27-39.
- [2]范围.公司股票期权激励争议处理研究[J].当代法学,2016,30(02):102-109.
- [3]王蓓,刘珂.论股权激励计划中劳动者的身份转换与权益保障——以富安娜股权收益纠纷案为切入点[J].四川大学学报(哲学社会科学版),2015(03):140-147.
- [4]陈元.股权激励纠纷精解[J].中国卫生人才,2018(04):41-46.

【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。

潘婉婷,本所专职律师,专注于劳动人事、建设工程、企业治理、民商事争议解决等领域,拥有较深厚的法学理论素养,为客户提供全面的方案和见解。

优先承租权的权利内涵和行使方式

优先承租权是不少租赁合同中约定的条款，但是优先承租权应当如何行使和保护，出租人和承租人可能存在不同理解。笔者团队近期代理的一起租赁合同纠纷案件（以下简称“本案”）中，核心争议点之一即是出租人和承租人双方对承租人是否已丧失优先承租权、出租人是否保护了承租人的优先承租权有着完全不同的意见。本文将从该案例出发，对优先承租权的法律性质、优先承租权中“同等条件”的理解、出租人对承租人优先承租权的保障、承租人行使优先承租权的权利限制等问题进行详细的法律阐释，并对优先承租权应如何行使提出相关法律建议。

一、案情简介

A公司（出租人）与B公司（承租人）签订了一份商用房屋租赁合同，租赁物业位于广州市区，租赁物业面积为5000平方，合同期限自2015年1月1日至2019年12月31日，并约定“合同届满时，如A公司愿意继续出租，在同等条件下，B公司享有优先承租权；合同期满前6个月由承租人B公司向A公司提出续租申请”。

2019年5月1日，A公司通知B公司合同期满之后将收回物业另做他用，B公司提出希望优先承租，但A公司和B公司就期满后是否续租事宜未能协商一致。2019年9月起B公司开始拖欠租金、水电费等费用，2019年11月15日A公司以在产权交易所公开挂牌的方式对租赁物业进行招租，租赁期为10年，A公司根据该租赁物的出租评估价设定物业后续出租的底价80元/平米，设定后续物业承租人需满足注册资本实际缴纳500万元等承租人资质条件，也写明了B公司对该物业享有优先承租权。A公司员工在公司挂牌招租前一天微信告知B公司负责对接租赁事宜的员工A公司租赁物业公开挂牌的日期和承租人参与竞价的网站链接地址。后B公司报名参与了挂牌，但由于B公司不满足A公司对新承租方设定的实缴注册资本的竞价资质条件，未能成功竞价及中标。现A公司起诉B公司拖欠租金和水电费等费用，B公司向法院反诉A公司损害了其租赁合同项下



谢昕律师



刘洁律师

的优先承租权。

二、对优先承租权涉及的有关法律问题的分析

（一）优先承租权的法律性质

优先承租权并非法定权利，我国法律并没有对该权利进行明文规定，但是民事主体之间可以通过合同对该权利予以约定，因此优先承租权是一种合同约定的权利。

出租人和承租人在租赁合同中约定租赁合同期满后，如出租人继续对外出租物业承租人享有优先承租权，则承租人享有依据与出租人的优先承租权合同条款约定而获得租赁期满后续租的优先缔约请求权，即对于租赁物来说，如续租时存在多个承租人的情况时，在同等条件下，优先承租权人享有优先与出租人订立租赁合同的缔约请求权。但优先承租权不得对抗出租人对于租赁房屋的所有权（即出租人对租赁房屋的占有权、使用权、处分权和收益权），只能对抗同等条件下的其他承租人。且优先承租权也不具备单方形成新租赁合同的效力，享有优先承租权的人必须要与出租人订立了租赁合同后才取得承租人的地位。

（二）优先承租权中“同等条件”的理解

关于如何理解优先承租权中的“同等条件”，首先应当查明租赁合同中是否就优先承租权同等条件进行了具体、明确的约定，有约定从约定；其次，如租赁合同中约定了优先承租权及同等条件，但是约定过于笼统、

简单的情况下，合同双方当事人可参照法院在类案中对待优先承租权的同等条件的认定，正确地理解和行使该权利。

1. 价格相同是否等同于“同等条件”？

广州市中院审理的高某与某学校教育服务公司房屋租赁合同纠纷（案号：（2019）粤01民终15214号）中，原告高某（优先承租人）与被告教育服务公司（出租人）签订的合同中约定，租赁期满后在同等条件下优先给原告续约，后原告采用招投标方式对租赁房屋进行招标，原告也参与了投标，但因综合评分较低而没有中标。原告以被告侵犯了原告的优先承租权为由提起诉讼。

对于优先承租权中的“同等条件”，法院认为根据原被告双方确认的《公开招标标准招标文件》，价格仅为评分的一个部分，即使原告的投标价格最高，也不意味原告在其他方面具有超过其他投标人的优势，而根据《综合评分汇总表》显示，原告的综合评分排在所有投标人的最后，被告并未侵犯原告的优先承租权。

因此，笔者认为原承租人在主张优先承租权时，不能笼统的将“同等条件”中的“条件”直接等同于“价格”。上述案件中，虽然原告（原承租人）投标价格最高，但是综合评分较低，根据出租人后续通过公开招投标设定的承租人评选规则，原告（原承租人）也没有达到实现优先承租权所要求的“同等条件”。

2. 合同未明确约定时，如何理解“同等条件”？

湖北某商贸有限公司诉某古城村村民委员会房屋租赁合同纠纷（案号：（2017）鄂2828民初400号）中，合同双方约定原房屋租赁合同期满后，在同等条件下，被告继续出租房屋，原告享有优先承租权。之后，被告采用了招投标的方式重新选择承租人，原告因投标标底低于第三人而未中标，认为被告侵害了原告的优先承租权。

法院认为，该案件中的同等条件，必须是同等地参与招、投标活动，同等地遵循招、投标规则，只有在竞标结果一致时，同等条件才会完全出现，原告才能享有优先承租权。被告为了使原租赁房屋物权利益最大化，采取招投标方式公开招租，是对其绝对物权的一种行使方式，原告享有的优先承租权不能与其对抗，而只能以同等条件对抗第三人。原告只有参与招标投标才有取得

同等条件对抗第三人的机会，如不参与则视为对优先承租权的放弃。

通过以上优先承租权有关“同等条件”的法院认定意见，可见在租赁合同没有对优先承租权进行明确约定何为“同等条件”、或者是仅仅是简单约定承租人到期后享有优先承租权的情况下，承租人的优先承租权的行使应以具备“同等条件”为前提条件，且“同等条件”中的“条件”不应当被直接等同于“价格”或其他单一要素。“同等条件”应当被理解出租人提供给优先承租权人的条件和出租人与第三人达成的租赁条件相同，不仅包括租赁价格、资金支付方式、租赁期限等，还包括与租赁关系相关的承租人资质（是否满足设定的公司资金实力要求、是否存在失信记录等）、其他交易条件限制（例如承租人是否存在违约等）。只有当优先承租权人可以提供与第三人同等的承租条件，即原承租人在承租资质、承租价格、其他各方面承租条件均与其他承租人一样时，出租人才应当优先出租给优先承租人。

（三）出租人对承租人优先承租权的保障

在租赁合同关系中，如果租赁合同中约定了承租人的优先承租权，承租人是行使优先承租权的权利主体，出租人有合同义务保障优先承租权人的权利。笔者将通过以下案例总结出出租人对承租人行使优先承租权的具体合同保障义务。

广东某建材有限公司诉某产权交易中心有限责任公司财产损害赔偿纠纷（案号：（2017）粤民申6575号）案中，原告作为承租人以被告未向其通知招标地点、时间、内容等事项为由，主张被告与产权交易中心恶意串通损害其优先承租权。该案中，法院认为被告作为出租人已告知原告拟将租赁物通过公开市场方式出租，原告可到公共资源交易中心办理相关手续；被告亦在某日报上刊登了《产权交易公告》，并将《物业租赁项目信息公告表》于该中心网站上发布，因此法院认定被告未损害原告的优先承租权。

在杭州中院审理的章某诉某日报报业集团房屋租赁合同纠纷（案号：（2019）浙01民终4058号）中，原告以其并未参加招投标为由，向法院主张招投标结束后，被告未告知原告网络最终报价，即便重新签订租赁合同，原告对租赁房屋也有优先承租权。

法院认为，虽然原告享有合同约定的优先承租权，但原被告双方后续签订的《关于延长租赁期限的申请》中约定，如被告未参与招标或中标，应当立即腾退房屋。租赁合同届满之前，被告已告知原告其将通过招标方式选定新承租人。因此，原告主张其在招投标结束后，根据中标价格仍然享有优先承租权与原告向被告所做承诺不符，法院不予采信。

上述两个案例中有关出租人对承租人优先承租权的保障，法院均认为因出租人向承租人履行了提前通知义务，未损害承租人的优先承租权。即在原租赁合同届满前，出租人选择继续出租房屋时，应当提前通知优先承租人招租事宜。同时，笔者认为，为了更好的保障承租人的优先承租权、尽可能避免不必要的纷争，出租人亦应该在重新招租的过程中及时向意向方披露出租房屋上的优先承租权。在原承租人满足出租人的招租要求、其提出的承租条件等于甚至是优于出租人与第三人达成的全部租赁条件时，出租人应当按照合同约定保障原承租人的优先承租权。

（四）承租人行使优先承租权的权利限制

承租人作为行使优先承租权的权利主体，往往因为疏忽了主张该权利的限制条件而丧失了权利。在前文对优先承租权性质的阐释中，笔者提到优先承租权是基于合同约定产生的权利而非法定权利，承租人享有优先与出租人订立租赁合同的缔约请求权，但该权利不得对抗出租人的物权。笔者将通过以下案例说明承租人行使优先承租权时的具体权利限制，供有关权利人予以参考。

1. 优先承租人不得限制出租人后续选择承租人的方式和招租条件

河南一中院审理的陈某与某管理局房屋租赁合同纠纷（案号：（2018）豫96民终824号）中，原告陈某（优先承租人）与被告某管理局（出租人）签订的合同中约定了原告享有优先承租权。租赁合同期满前，被告对租赁房屋公开招标，原告称被告设定了具有相关经营资质的法人方有竞标资格，被告未取得经营资质的法人资格，不具备竞标资格，被告侵犯了原告的优先承租权。关于被告是否侵犯了原告的优先承租权，法院认为，被告对租赁房屋公开招标，在招投标过程中设定了具有相关经营资质的法人方有竞标资格，并不违反法律的强

制性规定。原告参与投标说明原告知情且同意按照招投标设定的程序和条件参与投标竞标。

笔者认为，租赁合同虽然约定了承租人享有优先承租权，但租赁合同并没有对租赁期满后出租人选择承租人的方式进行明确的限制约定时，出租人作为租赁房屋的所有人有权在租赁合同期满后，采取招投标、三家以上比价、双方协商或者其他方式招租，优先承租权人不得限制出租人后续选择承租人的方式和招租条件。因为，原告享有的优先承租权不能对抗被告的物权，而只能以同等条件对抗第三人的缔约请求权。因此，优先承租权人并无权限制出租人后续招租时选择何种方式招租，亦无权要求出租人降低招租标准。

2. 优先承租权人需按照合同约定及时向出租人请求优先承租，否则可能丧失优先承租权

广东某建材有限公司等诉某产权交易中心有限责任公司财产损害赔偿纠纷（案号：（2017）粤民申6575号）案中，涉案《租赁经营合同书》约定原告享有优先承租权的前提是在租赁合同期满前三十天内向被告提出书面申请。但原告并未履行提前书面申请的合同义务，因此法院认为原告不再享有合同约定的优先承租权。

上述两个案例中的承租人原本均享有租赁合同项下的优先承租权，却因为没有充分理解优先承租权的性质或没有按照合同约定及时向出租人提出续租申请而丧失了该项权利。因此，如优先承租权人想与出租人续约，应当按照租赁合同的时间约定提前向出租人提出书面续租申请，并积极按照出租人的招租要求和招租方式做好相关承租准备，因为在租赁合同没有约定的情况下，毕竟承租人并无权限制出租人后续选择承租人的方式和招租条件，故只有积极按照出租人确定的招租方式和条件去满足承租条件，才有可能享受到同等条件下的优先承租权。

三、题述案例分析意见和关于如何保护和行使优先承租权的建议

（一）题述案例分析意见

笔者认为，本文题述案例中，因为租赁合同期满前双方并未就租赁期满后续租事宜达成一致，出租人A公司在租赁物业挂牌前一天以微信告知B公司租赁物业公开竞价招租事宜，并在公开挂牌网站上披露了B公司对

出租房屋享有优先承租权，总体来说笔者认为A公司已经按照《租赁合同》的约定保护了B公司的优先承租权。且B公司在挂牌期内参与了竞价报名，B公司以其行为表明其知悉挂牌事宜并认可通过挂牌招租的方式确定后续承租人，故B公司应当遵守公开挂牌竞价规则，挂牌结果对B公司具有约束力。且A公司在租赁房屋公开挂牌招租中设定了具有相关公司注册资本实缴资质要求的法人方有竞标资格，该条件设定并不违反有关法律的强制性规定，且该条件设定也是为了保证后续租赁合同履行过程中承租人按时支付租金的履约能力，故A公司对承租人设定的该招租条件对于B公司和其他潜在承租人来说都是平等的。B公司因自身出资实力不足的原因导致其不具备行使优先承租权的同等条件，从而丧失了行使优先承租权的权利。

因此，笔者认为在题述案例中，A公司并未损害B公司的优先承租权。

（二）优先承租权应当如何保护和行使的建议

基于以上实例分析和有关优先承租权的法院司法审判实践，对于出租人和承租人应如何约定好租赁合同中的优先承租权、出租人应当如何保障承租人优先承租权、承租人应当如何行使优先承租权，笔者提出如下建议，供租赁合同双方予以参考。

1. 租赁合同对优先承租权的约定

租赁合同中一般会包含优先承租权相关条款，但通常约定过于简单，容易引发合同纠纷。因此笔者建议在租赁合同中对优先承租权条款尽可能明确约定以下内容：

- （1）承租人行使优先承租权的“同等条件”的具体含义（即约定清楚承租人满足何种条件视为构成“同等条件”）；
- （2）出租人后续招租时对原承租人的提前通知义务；
- （3）承租人请求优先承租的提前申请义务；
- （4）租赁期满后承租人是否有权对出租人后续选择承租人的方式进行限制（例如双方是否需要事先协商续租，协商超过30天就续租未能达成一致出租人方可选择其他公开招租方式等）；
- （5）承租人丧失优先承租权的具体情形（例如租赁合同规定一旦承租人逾期支付租金即视为承租人自动放弃优先承租权）；
- （6）出租人违反优先承租权约定的违约责任；
- （7）承租人违反优先承租权约定，租赁期满后无理由占用租赁物的违约责任等。

2. 出租人如何保护承租人的优先承租权

（1）书面通知义务

在原租赁合同中约定了优先承租权的前提下，原租赁合同届满前，出租人拟对租赁房屋进行招租的，出租人应当按照租赁合同的约定时间或者提前合理时间（如提前15--30日），将合同期满后的继续招租方式、招租时间等招租信息以书面方式（如邮件、挂号信）告知优先承租人；其中，以公开招拍挂方式或者公开竞价进行招租的，还应当告知承租人具体投标/竞价网页地址、投标/竞价联系方式、邮箱地址等相关信息。

（2）披露优先承租权享有的权利信息

在原承租人享有优先承租权的前提下，出租人应当在招租过程中向各承租意向方公开和披露优先承租权事宜，即告知所有意向方原承租人享有对该出租物业同等条件下的优先承租权。

3. 原承租人应当如何行使优先承租权

（1）首先，承租人有续租意向的，应仔细查阅原租赁合同，确认是否含有申请续约的相关条款，如有，应当按照合同约定的时间期限或者在租赁期满前合理时间内（建议至少提前30天）以书面方式向出租人提出续约申请，并确保出租人按期收到该书面申请；

（2）其次，原承租人应当主动与出租人进行沟通，及时了解出租人的后续出租意向及出租条件；

（3）最后，按照出租人公布的招租信息和条件积极准备并参与招租活动，方可在满足同等条件下取得优先承租权。

【作者简介】

谢昕，本所合伙人律师，法学硕士，广东省法学会知识产权学会理事。曾在知名A+H股国有上市集团公司和H股上市集团公司担任过多年法务总监。主要从事公司证券业务、投资并购、公司风控与合规管理等领域的法律业务处理和研究。

刘洁，本所专职律师，香港中文大学普通法学硕士，北京林业大学法学学士。主要从事公司证券、投资并购、知识产权风险控制等业务。

广信君达大事记

本所开展管理发展战略规划优化升级项目，并赴深圳、杭州、上海、北京15家知名品牌律所交流学习

日前，为巩固既有发展成果，再上发展新台阶，本所启动战略发展及管理策划咨询服务项目，进一步优化内部治理架构、建立长期可持续发展机制，并借助行业专业咨询机构力量，确保本所战略发展规划的客观性、科学性、前瞻性和全局性。同时，为了解、学习、借鉴兄弟律师事务所的先进管理经验，本所成立调研团依次赴深圳、上海、杭州、北京共15家知名品牌律所交流学习，对我国律师行业发展的现状和区域特色有了新的了解与感知，增强了本所在新时代谋求更高发展的决心和动力。



本所成功举办运营管理优化升级研讨会暨合伙人会议

2020年5月30日至31日，本所举行运营管理优化升级研讨会暨合伙人会议，合伙人们分组围绕事务所运营管理优化升级方案，进行头脑风暴，群策群力。通过本次大会，合伙人认识到事务所改革是形势使然，既势在必行，又恰逢其时。对事务所优化升级的重点方向达成共识，将凝聚更强大的合力和决心，共同推动事务所的前进步伐。



本所率先举办《民法典》学习讲座 吸引律师同行踊跃参与

2020年6月9日，为全面把握《民法典》的立法背景和特色，准确理解《民法典》的立法目的和原意，推进保障《民法典》的学习和应用，本所联合广东省法学会民商法学研究会举办“中国民法典的特色与亮点——《民法典》的导读与学习”专题讲座，本所亦开始掀起学习、研究、宣讲《民法典》的热潮。并成立了《民法典》宣讲团。



活动诚邀中国法学会商法学研究会副会长、广东省法学会民商法学研究会会长、中山大学法学院教授周林彬，广东省法学会民商法学研究会常务副会长、中山大学立法研究中心主任、中山大学法学院教授于海涌担任主讲嘉宾。广州市司法局党委书记、局长廖荣辉，广东省委政法委二级巡视员、省法学会专职副会长兼秘书长姜滨，广州市律师行业党委专职副书记龙晓林出席活动。



同时，为树立律师行业新时代楷模，引领行业发展方向，引导和激励律所和广大律师以先进典型为榜样，广州市律师协会评选了10家“2016-2019年度广州市优秀律师事务所奖”，本所名列其中。由广州市司法局及市律师协会领导在大会闭幕式上为获奖单位颁发证书、牌匾。



本所获评为2016-2019年广州市优秀律师事务所，邓传远当选新一届市律协副会长

2020年6月29日至30日，广州市第十届律师代表大会第一次会议顺利举行。本所邓传远、闪涛、孙俊杰、张成勇、张雪芳、张蓉、陈伟雄、洪树涌共8位律师代表参加大会，认真审议提案、积极建言献策。大会选举产生新一届第十届市律协理事会、监事会，其中本所邓传远律师当选副会长。



广信君达党团文体建设

广信君达党委理论学习中心组深入学习贯彻全国“两会”精神和民法典

为深入学习全国“两会”精神，发挥律师职能作用，积极学习宣传实施民法典，让律师队伍成为普法宣传的中坚力量，根据广州市律师行业党委的部署和要求，结合本所党委工作安排，2020年6月23日，中共广东广信君达律师事务所委员会在党团活动室召开党委理论学习中心组2020年第一次学习（扩大）会议。

党委理论学习中心组对全国“两会”精神和民法典进行系统学习，各参会人员充分发言，达到了学习目的，增强了政治意识，强化了理论思维。会议结合本所战略发展和管理规划工作，就进一步贯彻《广州市律师行业党的建设三年行动实施方案（2018—2020年）》作相关部署。



广信君达党委举行庆祝中国共产党成立99周年暨“七一”表彰大会

2020年7月1日，值此中国共产党建党99周年华诞之际，中共广东广信君达律师事务所委员会举行庆祝中国共产党成立99周年暨“七一”表彰大会。为大会对2019-2020年度广信君达先进基层党组织、优秀

共产党员、优秀党务工作者进行颁奖。学习先进典型事例，获奖代表发言依次作先进事迹报告。党委书记章勋为与会党员讲述党课，并就庆祝中国共产党成立99周年暨“七一”表彰大会作总结讲话，希望受表彰的党员同志珍惜荣誉、再接再厉、扎实工作、争创佳绩，充分发挥党员先锋模范作用，用坚定的信仰、信念、信心，先进的事迹，“以点带面”影响更多的党员群众。



广信君达第一党支部与市委组织部人才工作处、省社科院文化产业所开展结对共建

广信君达第一党支部注重支部活动的鲜活性、党务业务的契合性，着重开展了跨行业的结对共建和专题学习会，曾与团市委宣传部、市委组织部人才工作处、省社科院文化产业所、海珠公证处、俄罗斯秋明创业代表团、启航教育（广州）公司等开展形式多样的结对共建活动。其中，在与市委组织部人才工作处、省社科院文化产业所结对共建中，第一党支部分别会同对方学习《民法典》的编撰历程、《民法典》的现实意义、《民法典》的特色亮点等内容，营造了党务业务双向交流、学习宣传贯彻《民法典》的良好氛围。



发表的重要讲话和全国“两会”精神，学习《民法典》，给入党时间为6、7月的支部党员过“政治生日”。党委书记章勋、副书记邓传远、组织委员黄福轩代表党委向党员送上了诚挚的祝福，为他们送上了“政治生日”贺卡，并希望各位党员时刻牢记自己是一名共产党员，践行党的宗旨，永葆共产党员的先进性。主题党日活动增强了党组织的凝聚力，强化了党员宗旨意识，让组织生活“活”了起来。

广信君达第二党支部、第七党支部联合举办纪念建党99周年暨“政治生日”主题党日活动的

2020年7月3日下午，广信君达第二党支部、第七党支部专题学习习近平总书记在全国“两会”期间

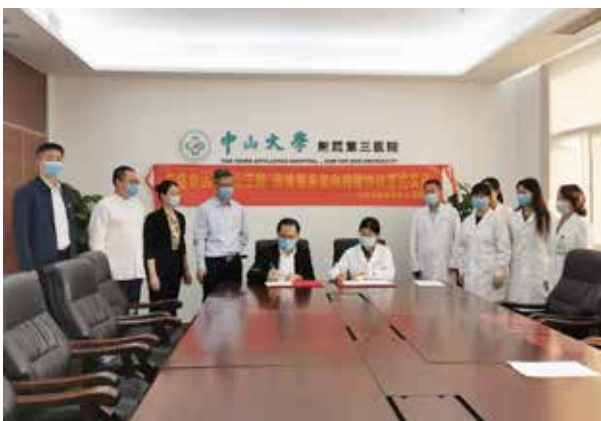


国旗下的誓言 合伙人苏东海律师 摄

践行社会责任 投身公益活动

日前，为向广东省全体援鄂医护人员、公安干警表示敬意，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，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。4月22日，经有关主管部门审批同意，本所可以为相关医疗服务人员提供以上服务，服务范围将包括本省直属及21个地市的277家医疗机构逾2400位援鄂医护人员。4月28日，本所与南方医科大学南方医院、中山大学附属第三医院先后举办法律服务定向捐赠仪式。

截至目前，本所李立、孙俊杰、朱斌雄、许文滔、宋儒亮、张泽平、张泽宇、林泳填、徐颖佳、朱斌雄、黄蓉、马淑君、王珺琪、龙柏辰、杜剑慧、何小锐等近40名律师为我省援鄂医护人员提供了60余次法律服务。



6月22日上午，广东省钟南山医学基金会与本所举行法律顾问签约仪式，由基金会负责人周荣教授与本所王晓华主任签约。7月9日上午，钟南山院士为本所颁发常年法律顾问聘书。



本所律师积极参与公益法律服务，践行社会责任

本所鼓励律师主动促进基层社会治理，进社区、进校园、到军营，普法宣传，送法下乡，主动为身边群众办实事做好事。截至目前，本所百余名律师担任了全省各县市263个村（社区）的法律顾问，推进法律服务进村（社区），使群众足不出户就能享受到免费优质的法律服务，也是我省加快构建覆盖城乡的公共法律服务体系的具体实践。

本所还积极配合广东省法律援助处、广州市法律援助处，越秀区、白云区、荔湾区、天河区等法律援助中心等中心工作，组织律师自愿报名参与区法律援助中心值班接待，通过网站解答、接听电话、现场接待等方式为群众提供法律咨询等服务，共办理法律援助案件上千宗，律师参与广东法律服务网平台服务上百人次。且为广东公益恤孤助学促进会、广州残疾者英语培训中心等公益机构提供无偿法律顾问服务。



本所人大代表、政协委员律师充分发挥专业职能，积极建言献策

广州市第十五届人民代表大会第五次会议于2020年6月6日召开，广州市人大常委会表彰了2019年度履职积极代表、优秀代表议案建议、办理代表建议先进单位和个人。其中，本所刘善巧律师、庄伟燕律师作为广州市第十五届人大代表荣获“2019年度履职积极代表”称号。

2020年6月22日下午，中国人民政治协商会议第十四届广州市番禺区委员会第五次会议在番禺区会议中心开幕。本所孙俊杰律师作为番禺区政协常委出席会议，并针对番禺区停车位少、停车难的问题，向番禺区政协提出提案和建议——《加强我区立体智能停车楼建设，改善市民停车难》，提案于6月在番禺区政协立案。



为各级党委、政府、部门提供优质法律服务，当好“智囊团”

为广州市人民政府、广东省司法厅、广东省公安厅、广东省政协办公厅、广东省市场监督管理局(知识产权局)、国家知识产权局专利局广州代办处、广东省人民政府国有资产监督管理委员会、广东省人力资源和社会保障厅、广东省住房和城乡建设厅、广东省核工业地质局、广州市政协、广州市司法局、广州市规划和自然资源局、广州市市场监督管理局、广州市人民政府国有资产监督管理委员会、广州市农业农村局、广州市体育局、广州市文化广电旅游局、连州市财政局、茂名市司法局、广州市住房和城乡建设局、广州开发区金融工作局、广州市城市管理和综合执法局、广州市南沙区大岗镇人民政府、广州市南沙区东涌镇人民政府、清远市清城区人民政府、佛山市人民政府金融工作局等政府部门提供优质、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MICRON EYEWEAR MANUFACTORY CO., LTD 提供主板上市服务
- 2.为广东省圣保能源科技发展有限公司提供美国公司并购项目服务
- 3.为广州洛旗餐饮管理有限公司提供向日本公司购买字体著作权专项法律服务
- 4.为广东泽瑞药业有限公司提供涉外法律服务
- 5.为中国奥园集团股份有限公司提供境外发行债券专项法律服务
- 6.广信君达助力宝武集团完成跨国股权交易反垄断审查
- 7.助力广州地铁集团发行2亿美元境外债
- 8.助力利华控股集团于香港联交所主板成功上市
- 9.为某国有企业在东南亚地区的房地产建设与投资提供全程法律服务

- 10.为某国有企业在巴基斯坦瓜达尔自贸区工程建设项目提供全程法律服务
- 11.为某国有企业在澳洲并购项目提供法律咨询服务
- 12.为某国有企业非洲吉布提自由贸易区基础设施投资项目提供专项法律服务
- 13.为某国有企业越南某工业园区投资项目提供专项法律服务

.....

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.助力中船防务重大资产重组项目顺利实施完成
- 2.助力朝阳科技首次公开发行股票并于中小板上市
- 3.助力腾越建筑发行广东首单民营建筑类企业疫情防控债
- 4.承办中国奥园2020年发行4月6亿美元2024年到期6月35%优先票据项目
- 5.助力广物控股集团发行2020年5年期7亿元公司债券
- 6.入围中国石油润滑油公司维权打假服务商库

.....

为广东省钟南山医学基金会、广州市房屋交易监管中心、广州市天河区退役军人事务局、广州住房公积金管理中心、广州市文化馆、广东省第一强制隔离戒毒所等事业单位提供法律服务。

为广东广粮实业有限公司、广州建筑集团有限公司、广州市公共交通集团有限公司、广东朝阳电子科技股份有限公司、广东海大集团股份有限公司、广州华正投资管理有限公司、广东顺德控股集团有限公司、光丽科技控股有限公司、广州市金珠江化学有限公司、广东番禺大桥有限公司、航天云网数据研究院(广东)有限公司、广州市人民印刷厂股份有限公司、易事特集团股份有限公司、广州中国市长大厦管理有限公司、广州创赢广药白云山知识产权有限公司、广州南联航空食品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



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