

大成律师

2012年 第一期

DACHENG LAW REVIEW



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所



《大成律师》编委会成员

主 编：李寿双

执行主编：李观保

副 主 编：范兴成 徐昌荣 郭 辰

编 辑：（按姓氏拼音排列）

毕建伟 丁 岩 李 雪

李 虹 刘 靖 梁笑准

王嘉希 王京鹤 王丹丹

翁 飞 邬 丁 张志勇

张世红 张 馨 张 颖

赵中星

美术设计：兰正设计

《大成律师》邮箱：dclsr@dachenglaw.com



目 录

卷 首 语2

热点追踪

对赌协议专题 3

立法新知

改革商事登记制度，创建市场监督和社会诚信体系12

关于保险人明确说明义务与保险合同解释规则的修改建议17

专题研究

不动产融资的历史回顾、现行状况与未来展望24

欧盟反垄断调查对国有企业的规则适用32

合并控制中限制性条件的确定35

实务研究

外国投资者来华签证、就业、居留法律实务概论40

药品技术转让应注意的几个法律问题47

论劳动者单方解决劳动合同的法定程序50

承认与执行外国仲裁裁决的若干程序性问题53

案例研习

公司副总要求签订无固定期限劳动合同的一则案例分析59

中美公司简繁体“采乐”注册商标纠纷案法理评述62

从传奇案看网络游戏作品的法律保护69

谈为第三人设立受让权的股权转让协议82

法律时评

程序性辩护是最好的辩护85

CONTENTS

卷首语



前段时间浏览了《中国慈善家》对招商银行行长马蔚华的访谈，聊了中国企业的道势术，很有共鸣。古往今来，欲成事者，不外乎将术、道、势三者相结合，而三者结合所产生的威力足以震动寰宇。大成作为一家建所20周年的中国大所，面临一个新起点，其道势术又在哪里呢？有幸借《大成律师》的重新出版，分享个人的一些粗陋的见解，算是抛砖引玉了。

道势术，这三个字的意思分别为：术，方法。术，法也。——《广雅》；道，方向，志向。不得通其道，故述往事，思来者。——司马迁《报任安书》；势，力量；威力。夫六国与秦皆诸侯，其势弱于秦。——宋·苏洵《六国论》。

什么是我们的道？我们的方向和志向在哪里？我想这应该是我们大成的价值观所在。这种价值观，我们越是对它们反复思考，它们所引起我们的敬畏和共鸣就越是充溢我们的心灵，如同高悬头顶的灿烂星空。我们要建立一所规模化、规范化、专业化、品牌化、国际化的律师事务所。进一步而言，我们要建立一家极致专业化的顶级大所，并积极主动以最专业的服务、最专业的行动为中国法治社会的建设添砖加瓦贡献力量，甚至要敢于以专业的见解引领社会的潮流发展，促进社会进步，创造社会价值。

我们的势是什么呢？做事要着眼于当下，立足于现实。一切的想法如果脱离现实，不管星空如何灿烂，那也只有仰望的份了。我们既要分析大成的现实，也要分析同行业的现实。国际和国内同行在很多方面依然有很多值得我们学习的地方，换言之，总有一些方面我们与全世界范围内的最优秀者还存在差距。

既然如此，我们的术在哪里？要共铸大成，方法只有走专业化道路。任何以人为核心的企业，其管理是否模块化，其作业是否流程化，其运作是否团队化，都将直接影响到企业的长远发展。大成有二十一个专业领域，我们要扎扎实实做好专业化的工作，并将其模块化、流程化，搭建专业化知识、法律专业服务人才的自动化流水生产线。只要沉下心来，踏踏实实做最基础的工作，做最精细的分工，做最透彻的研究，发扬共享奉献的团队精神，我们是能够做出有目共睹的成绩的。所有模块化、流程化产品的不断完善和积累，融合开放的精神，必将打造出无以伦比的专业化，做到真正的“娴熟自如”。

我想《大成律师》的再次出发，其唯一宗旨无非是为大成的专业化贡献自己的一点力量。我们将尽最大努力彰显大成的专业水准，营造专业氛围，鼓励专业文章。我们将根据大成二十一个专业的划分，逐步完善我们的编辑队伍，因此我们非常欢迎有志之士踊跃加入我们的队伍。万事开头难，还希望各位同仁朋友能多提意见，多出专业文章，让我们为大成的专业化道路贡献自己的微薄之力！

李观保

对赌协议专题

——从对赌协议的有效无效之争， 到诉讼对非诉的启示

钱红骥 李寿双 沈永熙 李观保 杨帆 等



今年上半年，海富与世恒公司之间的一起诉讼引起了轩然大波：媒体纷纷称之为“对赌协议被判无效之首例”，各种分析和猜测纷至沓来。甘肃省兰州市中级人民法院、甘肃省高级人民法院虽然判决结果有所差异，但都同样地否定对赌协议本身的效力，而借用法律对协议的性质予以认定。诉讼双方还在焦急地等待着最高人民法院的判决，其他业界人士也在隔岸观望：对赌协议是否已然注定了无效的命运？风投业界“还敢对赌”吗？这起诉讼还未尘埃落定，但从现阶段来看，二审法院的判决结果与其引起的猜测、恐慌，足以让我们回头重新检讨“对赌协议”在中国的使用问题。■

一、案件介绍

■ 案件经过

2007年11月1日前，甘肃众星锌业有限公司(以下简称众星公司)作为甲方、海富公司作为乙方、迪亚公司作为丙方、陆波作为丁方，共同签订一份《甘肃众星锌业有限公司增资协议书》(以下简称《增资协议书》)，其中约定：甲方注册资本为384万美元，丙方占投资的100%，各方同意乙方以现金2000万元人民币对甲方进行增资，占甲方增资后总注册资本的3.85%，丙方占96.15%。依据本协议内容，第二项业绩目标约定：甲方2008年净利润不低于3000万元人民币。如果甲方2008年实际净利润完不成3000万元，乙方有权要求甲方予以补偿，如果甲方未能履行补偿义务，乙方有权要求丙方履行补偿义务。补偿金额=(1-2008年实际净利润/3000万元)×本次投资金额。第四项股权回购约定：如果至2010年10月20日，由于甲方的原因造成无法完成上市，则乙方有权在任一时刻要求丙方回购届时乙方持有之甲方的全部股权，丙方应自收到乙方书面通知之日起180日内按以下约定回购金额向乙方一次性支付全部价款。若自2008年1月1日起，甲方的净资产年化收益率超过10%，则丙方回购金额为乙方所持甲方股份对应的所有者权益账面价值；若

自2008年1月1日起，甲方的净资产年化收益率低于10%，则丙方回购金额为(乙方的原始投资金额-补偿金额)×(1+10%×投资天数/360)。

2009年6月，众星公司经甘肃省商务厅批准，到工商部门办理了名称及经营范围变更登记手续，名称变更为甘肃世恒有色资源再利用有限公司。据工商年检报告登记记载，众星公司2008年度生产经营利润总额26,858.13元，净利润26,858.13元。

2009年12月，海富公司向原审法院提起诉讼，请求判令：世恒公司、迪亚公司、陆波向其支付协议补偿1998.2095万元并承担本案诉讼费及其它费用。

■ 一审法院判决及依据

一审法院认为，根据双方的诉辩意见，案件的争议焦点为：

1、《增资协议书》第七条第(二)项内容是否具有法律效力；

2、《增资协议书》第七条第(二)项内容如果有效，世恒公司、迪亚公司、陆波应承担补偿责任。

法院审查认为，《增资协议书》系双方真实意思表示，但第七条第(二)项内容即世恒公司2008年实际净利润完不成3000万元，海富公司有权要求世恒公司补偿的约定，不符合《中华人民共和国中外

合资经营企业法》第八条关于企业净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配的规定；同时，该条规定与《公司章程》的有关条款不一致，也损害公司利益及公司债权人的利益，不符合《中华人民共和国公司法》第二十条第一款的规定。

因此，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条(五)项的规定，该条由世恒公司对海富公司承担补偿责任的约定违反了法律、行政法规的强制性规定，该约定无效，故海富公司依据该条款要求世恒公司承担补偿责任的诉请，依法不能支持。

据此，甘肃省兰州市中级人民法院判决驳回海富公司的全部诉讼请求。

■ 二审法院判决及依据

海富公司不服一审法院判决，上诉至甘肃省高级人民法院。

二审法院认为，海富公司等四方当事人在《增资协议书》第七条第(二)项就业绩目标进行了约定，该约定仅是对目标企业盈利能力提出要求，并未涉及具体分配事宜，故并不违反法律规定。

参照《最高人民法院<关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答>第四条第二项关于“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效”之规定，《增资协议书》第七条第(二)项该部分约定内容，因违反《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项之规定应认定无效。

海富公司除已计入世恒公司注册资本的114.771万元外，其余1885.2283万元资金性质应属名为投资，实为借贷。虽然世恒公司与迪亚公司的补偿承诺亦归于无效，但海富公司基于对其承诺的合理信赖而缔约，故世恒公司、迪亚公司对无效的法律后果应负主要过错责任。根据《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定，世恒公司与迪亚公司应共同返还海富公司1885.2283万元及占用期间的利息，因海富公司对于无效的法律后果亦有一定过错，如按同期银行贷款利率支付利息则不能体现其应承担的过错责任，故世恒公司与迪亚公司应按同期银行定期存款利率计付利息。

据此，二审法院一审判决，改判甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司于本判决生效后30日内共同返还苏州工业园区海富投资有限公司1885.2283万元及利息（自2007年11月3日起至付清之日止按照中国人民银行同期银行定期存款利

法律依据：

《中华人民共和国中外合资经营企业法》第八条：净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配。

《中华人民共和国公司法》第二十一条第一款：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项：有下列情形之一的，合同无效：（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

《最高人民法院<关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答>第四条第二项:企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效。除本金可以返还外，对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴，对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。

率计算）。

目前，二审判决已经生效，世恒有色资源再利用有限公司不服二审判决，向最高人民法院申诉。

二、访谈内容

1. 基本概念

问：什么是对赌协议？

杨帆律师：对赌协议是一个舶来品，其英文名字为Valuation Adjustment Mechanism，按照字面翻译就是一个估值调整机制，它广泛运用在融资、债券、兼并收购等资本运作领域，因为中国IPO市场高速增长，同时又存在特殊的约束制度，对赌协议就似乎成了IPO领域，PE们的著名手段。

对赌协议产生的根源来自于企业未来盈利能力的确定性，目的是为了尽可能地实现投资交易的合理和公平。它既是投资方利益的保护伞，又对融资方起着一定的激励作用。所以，对赌协议实际上

是一种财务工具，是对企业估值的调整，是带有附加条件的价值评估方式。

问：可以举个例子吗？

杨帆律师：比如，一家公司今年的利润是2000万，企业家预计明年的利润将达到4000万；而投资人依照其财务模型和经营规模认为其明年的利润是3000万；企业家坚持按照4000万的利润来估值融资，那么投资人就有必要设置对赌协议，因为他已经按4000万利润来溢价投资，如果利润达不到预期额度，就应当进行对估值调整。

问：跟“赌”有什么关系吗？

杨帆律师：还是有实质区别的。对赌协议本质上是一种期权，是投资方与融资方在达成者融资协议时，对于未来不确定的情况进行一种约定。如果约定的条件出现，投资方可以行使一种权利；如果约定的条件不出现，融资方则行使一种权利。从法理角度看，对赌行为属于附条件的民事法律行为，用于投资估值。称之为“赌”，大概是因为其中“不确定情况”的存在，但实际上PE与企业的利益不是对立，而是一致的。达到预期目标，是双赢；未达到，则是双输。

问：对赌协议都分为什么形式？

沈永熙律师：对赌可以分为现金对赌和股权对赌，在国外，股权对赌为多。国外的对赌协议通常涉及财务绩效、非财务绩效、赎回补偿、企业行为、股票发行和管理层去向六个方面内容。但目前，国内的对赌协议较国外仍相对单一。通常采取财务绩效（如收入、利润、增长率）为单一指标，以股权为筹码，确定个对赌双方的权利和责任。近几年，对赌协议也呈现出多样化的趋势。一些对赌协议分为几年进行，根据业绩情况不断进行调整。例如每年业绩达到某个指标执行一个操作，有的则是一次性对赌，约定在上市前公司的价格。

对赌形式	达到目标	未达到目标
财务绩效	如企业实现一定销售额、总利润或税前利润、净利润或利润率、资产净值或几年内的复合增长率等财务性指标，则投资方按照事先约定的价格进行第二轮注资（或出让一部分股权给管理层）。	如企业收入未能达标，则管理层转让规定数额的股权给投资方，且投资方对公司的管理控制加强，如：增加董事会席位等。
	如企业能够让超过约定数量的顾客购买产品并得到正面反馈，则管理层获期权。	如企业完成新的战略合作或者取得某些重要的专利，则投资方进行第二轮注资等失。
非财务绩效	若企业能按约定回购投资方股权，则投资方在董事会获得多数席位或累积股息将被降低。	若企业无法按约定回购投资方股权，则投资方在董事会获得多数席位或累积股息将被提高。
赎回补偿	若某项特定的新技术成功产业化，则投资方转让规定数额的股权给管理层。	若企业无法在一定期限聘任新的CEO，投资方在董事会获得多数席位。
企业行为	如果企业在约定的期限内未能实现上市，投资方有权要求股东一致同意将企业出售，且各股东委托投资方全权处理与出售企业有关的一切事宜。	如果企业成功获得其他投资，并且股价达到，则各股东授予投资方全权处理与出售企业有关事宜的代理权终止。
上市时间	若管理层实现公司经营目标，则投资方需按照约定的条件追加一定额度的投资。	若管理层因未实现公司经营目标或因其他约定的事由而离职或被解雇，则其将丧失未到期授予的员工股或其他期权激励计划
管理层去向		

2. 对赌协议在中国业界的现状

问：在中国PE对“对赌协议”的使用程度如何？真的是“不对赌无PE”吗？

杨帆律师：在融资、债券、兼并收购等资本运作领域都有对赌协议的存在，特别是中国近年高涨

的IPO行情带来的PRE-IPO投资。其显著特点就是“全民PE热潮”和PE采用的各种舶来机制。的确有“无对赌不PE”的说法，现在中国的PE/VC市场，对赌协议已经相当普遍，一度几乎达到了七八成的地步，只是随着近一两年PE机构的过度膨胀，议价能力的削弱，对赌协议的占比有所下降，但至少一



沈永熙，投资并购部高级合伙人，擅长私募股权投资、并购、国际工程承包法律服务、境外投资、国际贸易纠纷仲裁、诉讼及重大争议纠纷解决。



杨帆，投资并购部律师，擅长私募股权基金（设立及其投资）、境内外IPO、信托业务等业务。

半项目仍然若隐若现的都存在有各种花样的对赌方式。

李寿双律师：我认为这里面多少有些炒作的成分。一方面这句话的绝对性非常吸引眼球，一方面用这句话说出来似乎就想用对赌的普遍性来证明其合理性。从中国现状来说，PE对对赌协议的确有很深的依赖。因为我们总会认为学美国的东西是先进的，是国际惯例，很多律师也比较机械地拿来一套模板，在上面修修改改就用了。这是一种未经反思的模仿，但是未必抓住了PE的本质。就像杨帆律师说的，对赌的目的是为了保护投资人的利益并激励融资方，但是对赌不是也不可能成为唯一的方式。所以我认为对“对赌协议”应该保持一种冷静理智的态度，不能就此说明“对赌协议”是“惯例”，所以有强大的合理性。我建议大家都去反思一下这种现象产生和其中的本质。

3. “海富”案件

问：“海富”案件中双方协议为何被判无效？

杨帆律师：一审的判决依据是对赌协议不符合《中华人民共和国中外合资经营企业法》第八条关于企业净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配的规定，违反强行规定无效；二审的判决依据是对赌协议实质构成了《最高人民法院〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉中“名为联营实为借贷”，协议无效的情形。海富公司选择与目标公司进行对赌，并不是传统的“股东间对赌”，而是采取了现金对赌的方式，这就让协议具有浓厚的债权色彩，这是造成对赌条款被甘肃高院法院判决无效的重要原因。但是我对这个结果保留态度，我认为一审二审判决准确性有待商榷。

李观保律师：首先，中国法律法规中没有对“对赌协议”的性质和效力进行规定，“对赌协议”是一种“射幸合同”，所以中国的法律落后于商业发展是个很无奈的现实。另外，国家监管部门、司法机构对商务实践了解得不多，所以对这些条款的判断跟业内人士会有很多不一样的地方。这也是我们的司法体制决定的——法官每年审理三四百个案子，根本没有时间在庭上庭外仔细研究并接受较新的理论和实践。

李寿双律师：最明显的原因就是条款设计有问题。就像杨帆律师说的，法院看到企业在承担回购的义务，且约定了固定的数字，这就属于“保底条款”了，保证了股东的收益，股东没有承担任何投

资风险。另外，一审二审的法院虽然依据的法律和理由有所不同，但相同点是都否认了这个条款的有效性，背后的原因，我认为是“公平”问题。因为法官认为不公平，所以会按照公平的逻辑来寻找该协议无效的理由。

钱红骥律师：首先，这个是苏州的企业到西北投资，案子的主审又在西北，法院可能会倾向于维护当地企业的权益；第二，现行的法律没有给对赌协议进行规定，也是给了法官寻求其他法律进行审判一个机会；第三，当时的协议有一个很大的缺陷，就是被投资的公司对投资人承担责任。这几方面的原因可能就促使了这样一个判决。如果目标公司对股东承担责任，从现行法律上是有一定风险的，可能带来无效的后果。

但二审法院将回购理解为“名为投资实为借贷”这一点不准确。它是一种选择权，当条件出现或者到了某个时点，我是可以“行权”的，我也可以选择不要回购，如果不回购，我就是实实在在的股东身份。那我们就是真实合资。“无效”应该是自始无效，不因为我选择行权就变成了借贷，而不选择行权就成了合资。另外，参照“联营”的司法解释，也非常牵强，联营是指双方并没有实质性的增资合资等，但这个案子已经有了合资，而且有关部门已经批准了。

我认为，这个无效不应该是整个协议的无效，而只是与目标公司约定的部分无效，跟原股东之间的协议应该是有效或者他们之间进行解决。无效产生的后果，也应该由过错方来承担，这个案例是应该由投资方和原股东共同来承担，而非只是投资方来承担。现在判决是整体无效。投资方跟股东的任何约定是不存在强制性规定的问题。这对投资方是不太公平的。

沈永熙律师：我基本同意前几位律师的观点。总体来说，海富案件中的“对赌条款”是存在缺陷的，或者说，并不是严格意义上的对赌。第一，只规定没达到业绩如何，但未规定如果超过对方如何行权，单方行权，这让条款本身就带有债权性质；第二，对赌的主体不是股东，而是公司；第三，这个是业绩对赌，而不是股份。

另外，判决本身也存在问题。尽管一二审法院做出了截然不同的判决，但是均认定对赌条款无效，区别在于一二审法院适用法律有异。相比之下，二审判决认定资本溢价形成的资本公积名为投资实为借贷显然适用法律有误。《企业会计制度》第82条明确，资本公积包括资本溢价，而“资本（或股本）溢价，是指企业投资者投入的资金超过

其在注册资本中所占份额的部分”。资本公积属于公司的资产，任何人包括股东均不得随意处置，否则将损害债权人的利益。海富投资作为专业的PE机构，溢价进入甘肃世恒符合法律规定，难以认定海富投资出资2000万而仅占有3.85%的股权属于显失公平或重大误解。

问：既然不符合对赌协议的一般惯例，签订协议的时候，双方律师为何会忽略这一点？

沈永熙律师：投资者最终是想获利退出，而非成为企业的股东或经营者。投资企业之前对企业不了解，再详细的尽职调查也很难纠正信息不对称的情况，因为市场环境、企业的成长性、盈利的估值等。而这个案件中，双方得以达成协议，是熟人介绍，据说是尽职调查基本没做。所以签订协议的时候就非常容易流于形式。这个是企业需要非常需要注意的事情！

李寿双律师：对实际的情况，我们只能猜测一二。原告律师在起草协议的时候也是为了客户考虑，比如只有股东回购恐怕不够保险，那就把企业也加上。逻辑可能是，回购方越多越好；其次，环境不同，前几年经济还好的时候，企业急于寻找投资方，而投资方急于找项目，所以有很多条款都是因为急于促成合作大家协商妥协的结果，认为只要双方约定、你情我愿了，按照合同办事就没有问题。

4. 对赌协议的命运

问：很多人因此很惶恐，认为对赌协议从此可能无效了。几位如何看这个问题？

杨帆律师：从中国现行法来讲，并未对“对赌协议”效力进行明确规定，从民法“法无明文规定即合法”原则出发，只要不损害他人、集体、国家利益，不违反公序良俗，为什么不合法呢？业界也将之戏称为“周瑜打黄盖”。

PE/VC阶段，对赌协议属于企业家与投资人在“契约精神”下的“君子协定”，比如蒙牛对赌，双赢固然是最好，但是如永乐、太子奶的对赌，企业家即使是输掉对赌，都还是按照协议出让股权，总的来说，PE特别是PRE-IPO阶段，融投双方都还是颇具“契约精神”，按约定办事。

申诉到最高院的“海富事件”是全国首例对赌协议被判无效的案件，最高院对本案尚未定论。即使此案对赌无效，也不意味着对今后对赌协议的

普遍否定，毕竟我国是大陆法系，单一判例不具代表性；此外，甘肃高院判决依据“名为联营实为借贷”是否准确，还有待商榷。我们不能根据“海富事件”得出对赌协议无效并放弃今后所有估值调整机制，对赌的生命力就是其市场需求。

钱红骥：对于新生事物，一般法院都采取不受理、不处理或暂缓受理的态度，等待最高院调研之后出一个意见然后再判。这个案子没有请示最高院，而是直接做出判决，所以最终结果到最高法院不一定会怎么样。现在这个情况未必是最终结果。对赌协议对法院来说确实是新生事物，案件最终结果应该是有调整空间的。

实践当中，许多回购其实是在发生的，大多数协议还是得到了履行的。如果按照二审法院这么审判，那是不是这些已经被履行的条款是可撤销的？所以这样是不合适的。参照整个投资的数量来讲，应该是大多数对赌协议来履行的是远远大于这种纠纷的。另外，这个案子的代表性也比较强，最高法院如果按照二审法院的思路来审判，那么，现行投资形式都会产生影响，不只是PE，还有信托等等。所以，我认为最高院也应该会注意到这一点。

李寿双：任何条款和制度都会改变的，即使是我们认为的国际惯例。我们学的这一套机制是美国金融危机前的东西，现在美国也在不断调整，那么我们也应该根据国情和现有的法律框架进行调整。法律改革就另说，我们也不能老去要求法官“与时俱进”。作为律师，我们的基本职责是根据现有法律法规，并在现有的法律框架下面做事。所以这件事，如果说对赌协议在中国司法制度下被判无效，那么企业和律师就需要改换思路，在其他路径下积极寻找保护自己的条款和相适应的机制。我刚才说了，对赌不是唯一可以保护投资人的协议。

李观保：从我个人观点来说，我认为对赌本身还是有效的。一般来讲，合同有效性就四个要件。第一，主体合格，有民事行为能力；第二，意思表示真实；第三，不违背诚信原则，不违背公序良俗；第四，相关格式要件，比如合资合同相关部门批了才有效。投资人投资给企业，本来就是你情我愿的事情；另外，双方也请了专业律师，双方可以有充分的机会探讨条款潜在的各种可能。从公平的角度看的话，乍一看可能是不太公平，但是从实践、商业角度来讲，对赌协议如果真实体现了价值调整的话，实质上也是公平的。如果用公式算出来，业绩不够，企业的实际价值的确跟估值不一样，投资比例要想保持不变的话，那就需要调整。返还资金是应该的



李观保，投资并购部高
伙，擅长私募股权、外商投
资、证券等业务。



钱红骥，投资并购部高
伙，擅长外商投资和并购、重
大投资并购争议解决等业务。

当然这也要看形式、条款怎么写。这个案子具有个性，被判无效，如杨帆律师所说，主要是因为条款设计的问题。其实对赌如果不违反中国法律中某些基本禁止性规定的情况下，我个人认为还是可以有效的。举两种变通方式，应该就可以避开法院认定无效的情况：第一，如果溢价投资，一部分资金进入注册资本，一部分进入资本公积金，还的部分可以从资本公积金还，这应该就是有效的；其二，如果涉及到注册资本的回购，那就走公开的公告程序。重点是，将对赌还原到价值调整机制这个作用上，我相信还是有效的。

杨帆律师：其实现在在中国就存在因特殊的法律环境对对赌协议进行变通的情况。证监会曾经在2011年多次的保荐代表人培训中明确指出，“对赌协议在上会前必须终止执行”。因此，对赌协议在上市之前就必须做出调整。我所看到的有三种变形：一种变形就是在上市之前形式上清理对赌协议，而将对赌协议转入地下，披露的主合同符合证监会规定，而补充合同才包括回购、估值调整等对赌条款，甚至，只是股东间的君子协定；而第二种变形，就是在公开层面进行的“技术处理”。比如创业板公司机器人招股书披露，2008年5月，沈阳自动化所、公司核心管理团队以及金石投资三方签署定向增发协议。该协议包含了对赌内容，而对赌的对象却是拟上市公司高管，避开了传统的对赌“新老股东”定义。然后其对赌内容不是新老股东之间股权交易，而是股权的公开减持和高管奖励；还有一种改头换面的技巧，即转换为可转债。比如，一家浙江拟上市公司的招股书披露，2009年4月增资扩股，由此获得一笔来自VC/PE的投资款。但该款项却在2008年就到了该公司账上，列为其他应付款中拟投资款。而该笔款项的占用情况和资金成本却并未披露。这实际上隐含着一种可转债的对赌：若当业绩达标时，PE就增资入股；若不达标，则以委托贷款计高利率。所以，其实还是有些发挥空间的。就像刚才李寿双律师说的，我们需要在现有法律框架下进行调整。

问：最高法院的判决还无法推测。但是证监会对上市前对赌协议有这样明确的态度，是否能够说明，在中国的现有法律条件下，对赌协议的“不合法性”？

杨帆律师：监管层目前的确正密切关注拟上市公司存在的PE对赌协议问题，并要求保荐机构敦促发行人在上会之前须对PE对赌协议进行清理；具体而言，上市时间对赌、股权对赌协议、业绩对赌协

议、董事会一票否决权安排、企业清算优先受偿协议等五类协议已成为IPO审核的禁区。当然，并非所有的对赌协议对发行人IPO均构成实质性障碍。以首批创业板挂牌企业之一的机器人为例，其PE股东金石投资曾于2008年5月入股时承诺，如机器人核心管理团队能在2008年、2009年、2010年连续三年保持27%的年复合净利润增长率并实现成功上市，将向管理团队每人奖励20万元。

我认为，首先，监管层希望发行人股权是相对稳定且明确的，但对赌协议可能导致股权结构产生重大变化；其次，监管层或许同时由于担心现金对赌的存在，在发行人上市融资成功后，资金的用途或会被控股股东拿去偿还PE，从而损害小股东的利益；此外，在对赌协议中通常存在盈利预测条款，可能刺激管理层颠覆短期经营方式，导致上市后业绩“大变脸”，所以赌现金、赌股权都是明显违背首发办法的。但是如果对赌协议不对发行人股权、业绩、经营、现金流产生任何不利的影响，就不会构成IPO障碍。

5. 纠纷背后，全面反思

问：跳出个案的话，为什么对赌协议会在中国产生这么多的争论、陷入模棱两可的窘境？

李寿双律师：首先，外在的经济环境改变了，这是外因。经济好的时候，大家协商协商就解决了这些问题，都不会去法院打官司；经济不好的时候，基金的日子不好过，企业的日子也不好过，那大家就会打官司了。投资当中的经济纠纷是有潜伏期的，因为我们投资行业本身也就是这几年的事情，大批量的投资基本都是发生在大前年、前年和去年，去年经济可能比较好，大家看不到矛盾和问题，现在就恰好到了执行阶段，矛盾就大了。原来谈判的时候利益一致、是经济共同体，现在利益冲突白热化，就会翻脸不认人，矛盾自然也就大了。比如说基金，一般约定都是五年七年的时间，基金也就是这三四年比较热门，可能到了五年六年之后，大家找GP要回报的时候，GP可能会说，我这个干的不行，没有回报，亏了甚至赔了、全部没了，那么LP肯定不干，肯定要追究责任，到了那个时候，我们认为LP免责的条款是不是还能免责？或者站在LP角度说，基于这些条款还能不能保护自己的利益？这是我们要思考的一个角度，也是我们作为律师马上就要面对和应对的问题。

另外，对赌协议在中国引进之后，根本还未经

过司法上的检验。美国的风险投资合同中，这些条款都是在司法实践中检验过的，条款是一点点总结而出的。比如有些条款写进合同，但是在打官司中发现，这些条款不能执行，所以后来就弃之不用或者进行更改。原来有些条款也可能没有，但经过探索和总结就会出现。行之有效的条款，基本是起过冲突并在司法中经过检验是有效的。但是移植到中国来，同样的条款在中国法院却未必有效。可能现在大家认为，从法理和国外的司法实践来说是有有效的，律师以为就是有效的，你也可能都能找出一套有效的理由来。但是从法律逻辑解释是一回事，当你处于对抗状态的时候是另外一回事。从司法执行机构或者仲裁庭会怎么判断这件事？得去从他的角度来考虑这个是否有效。对中国来说，对赌条款、回购等，好多问题都没有明确的答案。

李观保律师：的确，因为经济的原因，投资争议投资纠纷肯定会越来越多。尤其是涉及到跨境投资的时候，这种纠纷就更难解决，权利也很难得到行使。就风险投资来说（VC），最先是美元融资，VIE架构或是境外上市红筹架构，所有权利的安排都在境外的公司，对赌、优先回购等等的安排都是境外安排，然后再通过国内的架构把国内的权益装到境外，所以境外架构的对赌就包含两个层面的意思，一个层面是境外的合法性，另一个层面是境内执行。可能在境外是合法的，但是境外的对赌到了国内该怎么办？在境外打诉讼的话，一两年就过去了，那个时候国内的资产早就转移了。所以这种纠纷，尽管可能在境外打赢官司/仲裁，但是已经没有资产可以执行了。特别是VIE架构之下，境外只是个壳，没有任何钱，资产都在国内，你怎么能促使他们把国内的钱分到国外去？执行起来很难做。

问：如果说从前的对赌协议未经过司法实践的检验，那么经过这次检验，律师应该有怎样的认识呢？

李寿双律师：虽然法官对商业实践不懂，但其实他们也在学习、做这方面的课题研究。前一段时间就有一位最高院的法官在向我咨询相关的问题。而且我认为很重要的一点是，法律制度容易改变，但法律文化、法律逻辑的差异就比较难改变。我们国家的法官“民事合同”的思维比较强，就比较容易从平等主体、公平的角度去理解；但我们学习的英美法系，商事合同比较多，只要自由约定、大家认可的就可以执行。所以，中国法官看到英美法系这套东西，就老觉得“不公平”。法律逻辑对一个人做出司法决策的影响是非常大的。比如，你对比

一下，在英美留学的和在法国德国台湾留学的人法律逻辑可能就很不一样；或者非诉和诉讼律师的法律逻辑就是不一样的。比如我在做律师的时候这么想，我做仲裁员的时候还会按照这套逻辑来做。这是很微妙的差异，但是律师心里首先必须清楚这一点。

其二，律师应该反思自己所运用的这一系列的条款规则。作为律师，你是要基于现有的法律法规去做事情，法律改革那是另外的问题，但是现有的法律和司法就是这样，你为什么不去考虑问题呢？公司法既然不支持，那么为什么一定要用这个来保护投资者利益呢？为什么不能从“同股同权”的角度去考虑保护利益呢？你不应该反思吗？凭什么叫说你的这套逻辑就是对的呢？别人就是错的呢？记者就应该写一篇“律师你不应该反思吗”。

我们多数人想问题，都会把自己置于一个有利的地位来考虑问题，我们是先进的，国际惯例等等。但律师应该成为一个问题的解决者，而非更多问题的制造者；你不能老让别人改变，别人改变也不是你律师的责任。你应该跳出自己的立场、自己的逻辑去做反思。你要基于现实来维护投资人的利益，这就是律师需要在“新”的环境下探讨的“新”问题。美国很多条款都在改变。为什么国外律所做得好呢？他们经常就研究追踪这些条款的变化。一定要收管理费吗？一定要给20%的分成吗？都没有定式，都在改变。我们学的这些东西还都是美国金融危机之前的东西。我们是不是应该根据我们自己的法律体制来做些改变和调整呢？我鼓励我们的律师，尤其是年轻的律师，不要总是做跟随者，而要做适当的调整者和改变者。

问：其投资人岂不是面临着一个很大的风险？在较为保守的法律文化和日新月异的商业手段之间，不确定性好像更大了。

李寿双律师：但是，要想一想如今这个局面是怎么造成的？其实往深了说，投资人不是完全无辜的，他们是有责任的。泡沫期的PE，一定要像现在这么干吗？我们没有抓住PE的本质，却总在利用制度的“漏洞”——本来人家没有漏洞。现在的投资模式就是这样，套用国外的做法，猛砸一笔钱，不计成本地扩张市场，然后抛给公众、抛到美国去，套住一大批人，自己就跑了。比如某租车公司，二十个亿的销售额，连两三百万的利润都没有，租车的价格低于成本价，恶性竞争，靠投资人的钱不计成本地开拓市场，成了一种盈利模式。这就是投资人搞出来的啊！PE应该这么干吗？国外未必这么



李寿双，投资并购部高
伙，擅长基金设立、私募股
权、并购、A股和境外红筹上
市等业务。

干。企业好多都垮了，好多不盈利，而且根本没有盈利的可能性。投资人套现了就跑了。投资人你说保护自己，这种模式那种模式，你这种投资行为不值得反思吗？

李观保律师：对，这是商业理念的问题。你想打造什么样的商业社会？你是想为这个社会做点有价值的事情、打造一些有价值的企业、为这个社会带来更多价值、方便和优惠，还是说想挣笔钱就走人，这是投资理念不同。很多投资人，都是从摩根斯坦利、高盛这些投行出来的，他们不管长远价值，就只看短期利益。当然这也有个很现实的因素，对基金来讲，确实有5-7年的压力。所以，这个问题深入挖掘的话，每个方面都能上升到人性，你想过一个怎样的人生，怎样的生活？得到什么样的评价？从价值观来说，现在盛行的这一套投资理念的确需要反思和批判。我个人很欣赏有远见有理想的人，像乔布斯的理想是为了带来卓越有价值的产品，结果把钱顺路挣了。商人也不应该仅仅为了赚钱而赚钱！

问：所以，律师能在这样的商业社会、这样的法律体系下做些什么呢？

沈永熙律师：其实本案的“对赌协议”只是涉及到VC、PE整个过程中非常小的一个条款。在中国做VC、PE涉及到两个法域的冲突，远比很多人认为的复杂得多。作为律师首先要对这一点有清醒的认识，设计每一个条款的时候都要考虑到在中国法律框架下怎么写，设想将来一旦涉及到争议的话，谈判不能解决，进入到诉讼阶段，这个条款是否可以得到中国法律的保护。如果法律只是成为一个给LP看的文件就没有意思了。以后出现争议肯定越来越多。争议过程中怎么采取法律行动更有利，怎么样冻结资产、查封账户，怎样迫使对方坐下来谈判，让投资者把这个事儿做好。按照诉讼来做，一旦进入诉讼该怎么做。条款也按照诉讼背景来做。一旦出现问题或纠纷，这个是真正的法律“武器”。

李寿双律师：是的，对于法律文化的差异，律师一定要有意识，而且要意识到，这种差异不仅仅是法系之间的差异、律师和法官之间的差异，其实也存在于非诉律师和诉讼律师之间的差异。非诉律师要在谈判阶段就考虑到诉讼中可能出现的问题。像我们做非诉做久了，我们一般想到的就是，谈判的结果本身是商业交易，怎么会显失公平呢？但是诉讼律师对这些就很熟，保底条款、名为投资实为借贷这些，他们会更接近与法官的思维。所以，跳

出自己所站的位置，跳出思维定势，非诉律师从诉讼律师的角度去考虑条款的性质和执行问题，这类纠纷也许就会少一些。

但是对于目前的商业模式，律师能做的就是选定位置，扮演角色，在不违背道德法律的情况下，尽自己的努力为客户服务。

李观保律师：我现在就在跟一位诉讼律师合作一个项目，私募股权投资的法律风险防控。其实理念就是“以始为终”，在谈判的一开始就把合同执行问题考虑进去。非诉律师要考虑到，你写很多优美的条款都是海市蜃楼，法官不看。还不如只写那些法官看的那几句。所以非诉律师和诉讼律师可以在这个方面携手，一定会让业务提升一个档次。而且，这种合作是大成所的优势所在，是我们大有可为的地方。

在美国，律师可以做议员、当法官，很快就可以参与到立法中，把自己的理念转化为司法实践。但国内没有表现的空间，律师对社会的贡献和影响力太小。中国律师如果对立法能有些参与会比较好。但现实是，我们只能在现有的框架下、司法实践中，给客户充分的提示，他们接受与否就是另外一回事。

不过，我认为律师还是要有一些理想，对现实是你要有清醒的认识，同时要有所表达。我研究生已故导师何美欢老师就提出“商法救国”理念。她大概的意思是说，不是有了商法就能救国，也不是只有商法才能救国，但是商法绝不只是营私牟利的工具，只要正确理解商法，有远见地运用它，是可以产生非常大的价值和贡献的。所以我认为作为律师，在很多现实因素面前，还是可以有超越性的。

三、补充资料——国内的对赌协议各种代表案例

1. 对赌成功经典：蒙牛案



2002年，蒙牛获得了摩根士丹利的A轮投资，其中即带有对赌条款——如果2003年蒙牛业绩达到设定目标，则实行股权转让。2003年蒙牛业绩达标后，通过条款的兑现，摩根士丹利的股权从9.4%上升至51%，实现了对公司的控制。

2004年，蒙牛获得摩根士丹利、鼎晖等机构的B轮投资，其中亦附带有新的对赌条款——2004到

2006年的三年中，如果蒙牛的年销售收入复合增长率不低于50%，将获得投资机构一定股份的受让，如果不到50%则要将额外股份出让给机构投资者，或支付相应现金。

实际上，蒙牛的发展状况远远超过了对赌协议的目标，2004年蒙牛的销售收入增幅高达77%，净利润增长超过90%。2005年，蒙牛和投资机构提前终止了对赌协议，并兑现约定承诺。

蒙牛的案例被认为是中国第一例成功的对赌交易。企业虽然支付了一部分股权，但是获得了所需要的大笔资金，可以有效抢占市场，而投资者通过对赌协议控制风险，并激励了管理层的业绩。

2. 对赌“失败”的案例：中华英才网



继2005年、2006年美国在线招聘巨头美国巨兽(Monster)公司收购中华英才网45%股权后，2008年10月8日，Monster和中华英才网联合在京宣布，前者以现金1.74亿美元收购了中华英才网剩余的55%股份。自此，中华英才网被Monster100%控股。在100%控股之前，Monster已经持有中华英才网45%的股权。2005年2月，Monster公司曾出资5000万美元买下中华英才网40%的股份;并承诺，如果中华英

才网在三年里不能上市，Monster有义务购买其超过51%的股份。

3. 中国式变通对赌：天津汽模



2008年2月签协议，但2007年4月就获得了资金。天津汽模解释这是两笔协议，即VC/PE先对公司进行了委托贷款，随后再进行增资入股。

事实真相不得而知，但这极有可能是一笔附带可转债安排的对赌协议，当业绩达标时，创投就增资入股；若不达标，则委托贷款的利率加倍。根据过会经验，现在监管层的态度是，若你历史上没有‘污点’，就不太会多问题；若有，就是要不断核查不断论证，项目风险陡增。因此，类似的技术处理种类不少，都是中国特色。



责任编辑：张颖

改革商事登记制度， 创建市场监督和社会诚信体系

——记全国第一部商事登记地方性规章制度 《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》的诞生

肖硕彬

一、横琴新区商事登记制度改革的依据和事件表

2011年11月24日，珠海市人大常委会颁布了《珠海经济特区横琴新区条例》，规定横琴新区可以在企业登记制度上进行改革创新，对横琴新区实施工商登记改革做了原则性规定，为横琴商事登记改革提供了特区立法的效力来源。

2012年3月10日，国家工商总局发布《关于支持广东加快转型升级、建设幸福广东的意见》，明确规定在横琴新区作为开展统一商事登记改革的试点。

2012年3月15日，广东省政府印发了《关于加快横琴开发的若干意见》（粤府[2012]30号文）授予横琴在企业发展、企业登记等方面的部分省一级经济管理权限，支持横琴实施企业登记制度创新。

2012年5月18日，广东省工商局代起草《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法（试行）》函件报珠海市政府。

2012年5月23日，珠海市政府常务会议以政府规章的形式审议通过了《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》，明确了横琴商事登记制度的具体内容。

2012年5月28日，横琴新区工商局成立，成为实施《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》的主要载体。

2012年5月28日，《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》正式颁布实施。

二、横琴新区商事制度改革的主要内容

（一）实行企业主体资格登记与经营项目许可相分离的登记制度。

商事主体履行商事登记程序即取得商事主体资格，属于一般经营项目的，由工商部门直接登记商事主体，属于许可经营项目的，凭审批许可部门审批文件或者许可证经营。营业执照原则上只记载与商事主体资格相关的必要法律事项，不再记载商事主体的经营范围，也不再审查特定经验范围所要求的行政许可。

（二）实行注册资本认缴制度。

实收资本不作为登记事项，无需提交验资证明。商事登记机关只登记公司认缴的注册资本，不再登记公司的实收资本，也不再收取验资证明文件。股东的出资方式、出资额、出资时间、非货币出资的缴付比例等均由股东自行约定，并记载于公司章程。

（三）实行住所与经营场所独立制度。

商事主体的住所与经营场所可以不一致，降低住所证明审查条件，可以“一照多址”，也可以“一址多照”。

（四）实行商事主体年度报告制度。

横琴新区不再实行年检验照制度，商事主体在网络平台上自助完成年报备案工作，公示其上一经营年度的主要经营活动、注册资本实际到位情况及资产负债等情况。

（五）实行商事主体除名制度。

广东省佛山市顺德区、深圳前海、珠海横琴在中央政策的支持下，近期陆续对商事登记制度进行了大胆的探索和改革，笔者作为大成（珠海）律师事务所筹办组成员之一，有幸亲身参与了珠海经济特区横琴新区商事登记制度的研究、起草、审议等全过程，见证了《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》的诞生和颁布。《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》是横琴新区为深化改革开放的一次积极探索，响应和践行广东省委汪洋书记“第一个吃螃蟹”的号召，率先通过经济特区立法变通执行国家相关法律法规规定，为横琴新区建立符合社会主义市场经济体系，又与国际接轨的新型社会管理体系和公共服务体系的国际化、法制化营商环境提供了有力的支持和保障。现将有关内容作出简要梳理，以便大家了解。■

改革退出机制，取消逾期年检直接吊销执照的做法，对连续两年不按规定提交年报的商事主体，商事登记机关可予以除名。增加信息公示环节，发挥信用惩戒作用，同时对商事主体确因疏忽等原因给予救济帮助。对符合条件的商事主体，可在被除名届满两年前申请恢复。

（六）实行商事登记公示制度。

构建统一的商事主体登记许可及信用信息公示平台，将商事主体基本登记信息、基本备案信息、年报信息、注册资本实缴验资信息及其他相关信息予以集中统一公示。

（七）实行公司秘书制度。

公司秘书负责公司股东会议和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股东资料的管理，负责向社会公众披露应当公开的公司信息，并接受政府行政部门查询公司的相关情况。

（八）推行网上登记制度。

通过网络进行申报、受理、审查、发照、存档等登记活动，所形成的电子档案和纸质档案具有同等法律效力。推行与纸质营业执照具有同等法律效力的电子营业执照。

三、横琴新区商事登记管理办法的特色和不足

宽进严管，将侧重事前的静态管理变为侧重事后的动态管理，实行“宽进”的登记制度体系和“严管”的监督制度体系是横琴新区商事登记制度的根本特色。主要包括：

“宽进”登记制度主要有：商事主体资格登记与经营资格相分离，企业注册不再登记经营范围；实行有限责任公司注册资本认缴制度，不再登记实收资本，无需提交验资证明；降低住所证明审查条件，商事主体的住所与经营场所可以不一致，同一地址可以作为多个企业的住所，既可以“一照多址”，也可以“一址多照”。

“严管”监督制度主要有：不再实行年检验照，由商事主体每年向商事登记机关提交年度报告；明确监管边界，实行“谁审批（许可），谁监管”的监管制度；改革商事主体退出机制，不再实行吊销营业执照，推行商事登记除名制度，并辅之以信息公示制度；实行统一的商事主体信息公示和有限责任公司的公司秘书制度。

虽然政府和媒体对横琴新区商事登记制度改革给予了高度评价，社会对横琴新区商事登记管理办法给予了高度关注和期望，并在管理办法颁布前，相关部门对商事制度进行了调研，号称做到“在内地不是内地，非港澳更像港澳”，打造“特区中的特区”制度，但毕竟属于新制度的探索，时间短，

经验浅，笔者认为与港澳地区商事登记制度相比较，仍存在着诸多不足之处：

（一）商事主体资格与经营资格相分离制度：仍然区分一般经营项目和许可经营项目。

（二）注册资本认缴制度：仍然保留注册资本实缴制，以及需要符合《公司法》的相关规定按比例缴纳到位。

（三）注册地址和经营地址相分离制度的不彻底，仍然需要由横琴管委会相关部门出具住所使用证明，才能“一址多照”和“一照多址”。

（四）网上申报制度：目前仍未有统一的网上申报平台，做到申报、受理、发照、存档完全电子化。

（五）公司秘书制度：未能明确公司秘书制度的具体规定和要求。

（六）信息公示制度：目前暂未建立统一的信息公示平台，如何公示及公示执行情况仍有待观察。

（七）按横琴新区登记办法注册成立的商事主体在全国其他地区如何认可和接轨暂时没有明确规定。

按照横琴新区管委会牛敬主任的说法，管理办法出台了一批全国首创式的商事登记制度，为横琴新区推动和构建服务型政府、责任型政府、法治型政府、效能型政府和廉洁型政府进行了一次重大和积极的尝试，为创建市场监督体系和社会诚信体系进行了积极探索。

效果如何，我们拭目以待。

【法条】 珠海经济特区横琴新区商事 登记管理办法

第一章 总则

第一条 为构建法治化、国际化营商环境，根据《珠海经济特区横琴新区条例》及有关法律、行政法规规定，结合珠海经济特区实际，制定本办法。

第二条 在珠海经济特区横琴新区内的商事登记以及相关的监督管理适用本办法。本办法未作规定的，适用有关法律、法规的规定。

第三条 商事登记是指申请人为设立、变更或者终止商事主体资格，向商事登记机关提出申请，由商事登记机关予以登记的行为。

商事主体是指公司、非公司企业法人及其分支机构。

第四条 珠海市横琴新区工商行政管理部门是横琴新区的商事登记机关。

第五条 申请人申请商事登记，应当按规定提交申请材料，一并出具书面承诺书，声明申请材料真实。

申请商事登记所需提交的材料，由商事登记机关予以公示。

商事登记机关对申请人提交的材料进行形式审查，对材料齐全、符合法定形式的，准予登记。

第六条 横琴新区实行个体工商户豁免登记制度。自然人从事经营活动的，无需办理个体工商户登记，直接办理税务登记。涉及许可经营项目的，经许可批准后凭许可审批文件经营。

第二章 商事主体资格

第七条 商事主体资格登记事项包括：

- （一）名称；
- （二）住所、经营场所；
- （三）法定代表人（负责人）姓名；
- （四）注册资本；
- （五）商事主体类型；
- （六）有限责任公司股东或股份有限公司发起人的姓名或者名称，及其认缴的出资额。

商事登记机关应当将登记事项记载于商事登记簿上。

第八条 商事登记推行网上申报、受理、审查、发照、存档的登记模式。电子档案和纸质档案具有同等法律效力。

商事登记机关推行电子营业执照，电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。商事主体根据需要，可以申请商事登记机关颁发纸质营业执照。

第九条 申请人办理商事登记，可以不申请名称预先核准。

第十条 商事主体设立前依法应当报经批准的以及国家规定的专营专卖行业，申请登记时应当向商事登记机关提交相关批准文件。

第十一条 商事主体的经营范围分为一般经营项目和许可经营项目。

经营范围由商事主体通过章程载明。章程中载明的经营范围参照《国民经济行业分类》及有关规定的类别表述。

第十二条 一般经营项目是指不需批准，商事主体可以自主经营的项目。商事主体领取营业执照后，凭营业执照经营一般经营项目。

第十三条 商事主体在营业执照经营范围栏加注“一

般经营项目自主经营”。

第十三条 许可经营项目是指依法应当报经有关部门批准的项目。

许可经营项目应当依法向许可审批部门提出申请，经许可批准后凭许可审批文件经营。

经许可的经营项目不需向商事登记机关申请登记。商事登记机关在营业执照经营范围栏加注“许可经营项目凭许可审批文件或者许可证件经营”。

第十四条 商事主体以其主要办事机构所在地为住所，经营场所是其从事经营活动的营业场所。

商事主体的经营场所可以与住所不一致。

第十五条 商事主体申请住所和经营场所登记时，只需提交对住所和经营场所享有使用权的证明，商事登记机关不审查住所和经营场所的法定用途及使用功能。

依法应当取得相关部门许可审批方可经营的经营场所，商事主体应当依法向相关许可审批部门提出申请，经许可批准后凭许可审批文件经营。

第十六条 商事主体可以在住所以外增设经营场所，并报商事登记机关登记。

商事主体的经营场所不在其商事登记机关辖区内的，应当申请设立分支机构。

第十七条 在横琴新区的办公区域内，经横琴新区管委会相关部门出具住所使用证明的，同一地址可以作为多家商事主体的住所。

第十八条 有限责任公司实行注册资本认缴制，其注册资本为全体股东认缴的出资额。股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

商事登记机关不登记有限责任公司的实收资本，不收取验资证明文件。商事登记机关在营业执照实收资本栏加注“横琴新区实行注册资本认缴制，不登记实收资本”。法律、行政法规和国务院决定对特定主体的实收资本另有规定的，从其规定。

第十九条 有限责任公司可以向商事登记机关申请实收资本备案。申请备案的，应当提交验资报告。

第二十条 有限责任公司股东的姓名或者名称、以及认缴和实缴的出资额、出资时间及出资方式等出资事项由股东约定，并记载于公司章程。股东实际缴付出资后，由公司向股东出具《出资证明书》。

注册资本缴付情况的真实性由公司及其股东负责。

第三章 年度报告

第二十一条 商事登记实行商事主体年度报告制

度，不实行年检验照制度。

商事主体应当每年向商事登记机关提交年度报告。

第二十二条 商事主体提交年度报告的时间为每年3月1日至6月30日。

当年设立登记的商事主体，自下一年起提交年度报告。

第二十三条 年度报告内容应当包括商事主体登记事项的变化情况、注册资本的实缴情况、取得经营项目许可审批的情况、主要从事的经营项目和资产负债及损益情况。

第二十四条 商事主体通过网上报送年度报告，一并提交承诺书，声明年度报告内容真实。

第二十五条 商事主体未按规定提交年度报告的，商事登记机关应当记入商事登记簿。

第四章 商事主体除名

第二十六条 商事主体连续两年未按规定提交年度报告的，商事登记机关将其从商事登记簿中除名，记入商事主体除名名录。

第二十七条 商事主体被除名未满两年，且符合以下条件之一的，可提出恢复申请，由商事登记机关审查核实后，从商事主体除名名录中删除，重新记载于商事登记簿：

- （一）证明除名事由不存在的；
- （二）按规定补交年度报告的。

第五章 商事登记监管

第二十八条 商事主体的经营范围、经营场所涉及许可审批事项的，由负责许可审批的相关行政管理部门负责监管；应当取得而未取得许可审批从事相关经营活动的，由相关许可审批部门负责依法予以查处。

一般经营项目由相关职能部门依职责进行日常监管，其中应取得而未取得营业执照，擅自以商事主体从事经营活动的，由商事登记机关依法予以查处。

许可经营项目由许可审批部门履行监管职责；许可经营项目涉及多个许可审批部门的，各许可审批部门依据法律、法规的规定，履行各自职责范围内的监管职责；相关行政管理部门对一般经营项目及许可经营项目应当在职责范围内履行监管职责。

第二十九条 商事登记机关和许可审批部门应当采取建议、辅导、提醒、规劝、示范、警示、告诫、公示公开等行政指导行为，加强对商事主体的监管，引导其合法守信经营。

第六章 信息公示

第三十条 横琴新区管委会应当建立统一的商事主体信息公示平台。相关部门应当通过信息公示平台实现商事主体、许可审批和监管信息互通，并将信息予以公示。

第三十一条 横琴新区管委会应当公示辖区内的许可经营项目目录。

第三十二条 商事登记机关应当公示下列信息：

- (一) 商事登记簿的登记事项及备案信息；
- (二) 商事主体提交年度报告的有关情况；
- (三) 商事主体除名名录；
- (四) 商事主体被查处情况；
- (五) 商事主体注销情况；
- (六) 其他应当予以公示的事项。

第三十三条 许可审批部门及有关单位应当公示与商事主体相关的行政许可审批及监管情况等信用信息。

第三十四条 商事主体应当及时在信息平台如实公示其章程、经营范围、注册资本缴付和经营场所等信息及其变动情况。

章程应当载明法律、行政法规规定的事项，制定或修订章程应当符合法定程序。

第三十五条 有限责任公司应当设公司秘书，负责公司股东会议和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股东资料的管理，向社会公众披露应当公开的公司信息，并接受政府行政部门查询公司的相关情况。

公司秘书制度应当在章程中规定，并向社会公示。

公司秘书的姓名及公司秘书变更情况，公司应

当向商事登记机关备案。

第三十六条 商事主体的信息涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的不得对外公示。

第七章 法律责任

第三十七条 商事主体不公示或不如实公示本办法第三十四条和第三十五条规定的内容的，由商事登记机关责令限期改正，可以并处3万元以下的罚款。

商事主体违反本办法第五条第一款和第二十四条的规定，提交的材料(年度报告)与其声明不符的，由商事登记机关责令限期改正，可以并处3万元以下的罚款；法律、法规另有规定的，从其规定。

第三十八条 相关部门违反本办法规定的，依法追究相关责任。

第三十九条 商事登记机关、许可审批部门及有关单位，未按照本办法第三十二条和第三十三条的规定公示信用信息的，由横琴新区管委会协调处理，情节严重的，追究相关责任。

第八章 附则

第四十条 本办法实施前已领取营业执照的企业，适用本办法进行监管。

企业可依照本办法向商事登记机关申请换发商事主体营业执照。

第四十一条 个人独资企业和合伙企业参照本办法执行。

第四十二条 本办法自2012年5月24日起施行。

责任编辑：赵中星

作者简介

肖硕彬

大成律师事务所广州办公室律师、合伙人

毕业于华南师范大学政法系；曾任职于香港吴少鹏律师事务所、香港何君柱律师楼、何君柱律师楼内地联营机构广东仁言律师事务所工作、国信联合律师事务所；2011年加盟北京大成律师事务所广州分所成为合伙人。

专业领域：并购重组、涉外民事争议、公司

•

关于保险人明确说明义务与保险合同解释规则的修改建议

马涛

在保险合同争议案件中，保险人明确说明义务的履行和保险合同解释规则一直以来都是保险法学界与司法实务界关注的重点和难点问题，2009年新保险法修订颁布后，虽然对相关条款进行了修订，但缺少详细、可操作的指引。最高人民法院于今年发布了《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》（征求意见稿），向社会公开征求意见，笔者主要就上述两个问题提出修改建议，力图结合保险法学理和司法实践两方面提出更具有可操作性的立法建议。□

最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》（征求意见稿）中，与保险人明确说明义务直接关联的条款主要包括第十条至第十三条，另外有关保险合同格式条款的解释规则与保险人明确说明义务有密切关联，主要有第十九条和第二十条，为便于分析和表述，在此一并提出建议。

一、对征求意见稿第十条的修改建议

征求意见稿第十条规定，“保险合同责任免除条款包括除外责任条款、免赔额、免赔率、比例赔付、解除或中止合同等部分或全部免除或限缩保险人责任的条款。”

该条是对免责条款的范围界定，该条与保险法第十七条第二款¹相对应，与修订前所用的“保险人责任免除条款”的表述方式相比，修订后的保险法采用了“保险合同中免除保险人责任的条款”的表述方式为立法扩充解释提供了弹性空间，在征求意见稿中，免除保险人责任条款的范围包括“除外责任条款、免赔额、免赔率、比例赔付、解除或中止合同等部分或全部免除或限缩保险人责任的条款”，本人认为对于列举事项，征求意见稿的界定基本是准确的，而对于概括事项，在表述方式上似有不当之处。原因如下：

（一）本条名称和内容上分别使用“免责条

款”或“保险人责任免除条款”，在表述上不一致，与保险法第十七条所使用的“保险合同中免除保险人责任的条款”的表述方式也不一致，以上有关条文中免除保险人责任的条款名称不统一，可能会在实务中导致认识上的混乱。另外，从内容看，本条所列举的免责条款，主要是指保险合同格式条款约定的免除保险人责任的条款，本条采用“免责条款”的表述方式也容易与保险法规定的免除保险人责任的条款相混淆。因此，本人建议在该条中增加一款“本解释所称保险合同的免责条款，是指保险法第十九条第二款规定的保险合同中免除保险人责任的条款，不包括保险法规定的免除保险人责任的条款。”

（二）本条概括事项的目的是明确的，但表述方式有欠缺，前半部分提到了部分或全部免除保险人责任内容，后半部分又用限缩责任这种表述方式，不利于澄清实质与形式的关系。是否可以这样理解，征求意见稿按照“实质重于形式”标准，将保险合同中不列入免责条款项下，但对于保险人责任实质上进行了限缩的内容归入了责任免除条款。如此，不如将表述方式改为“部分或全部免除等实质上限缩保险人责任的条款”，语义上也更为通顺达意。

（三）对于免除保险人责任的条款和法定无效格式条款的关系未予说明，保险法第十九条规定了保险人提供的格式条款无效的情形，该条与合同法第四十条关于格式条款无效的规定一致，体现了立法对格式条款的规制，保护了相对人的权益。然

¹ 2009年保险法第十七条第二款规定，“对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明，未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”

而免除保险人责任的条款与法定无效格式条款有着明显区别。免除保险人责任的条款通常包括以下情形：1、是对特殊风险的排除，例如对战争、暴动、核辐射等风险免责；2、是法律规定的免责情形，例如被保险人故意制造的保险事故的，保险人免责；3、是基于保险人对轻微损失的排除，例如免赔额、免赔率等；4、是对于保险标的未发生全部损失时保险人责任的部分免除，例如比例赔付等；5、是保险人通过行使解除权或中止权免除责任，例如保险人在保险法规定的行使解除权和中止权之外另行约定解除或中止合同的条款。而法定无效格式条款的情形包括：1、保险人排除其法定义务，如排除明确说明义务的履行，或规定保险人行使解除权不受法定期限限制等；2、加重相对人的责任，例如要求相对人主动履行告知义务等；3、排除相对人法定权利，例如要求相对人放弃对第三人的赔偿请求权，或是要求相对人放弃未到期收取的保险费或保单现金价值等。综上，说明免除保险人责任的条款与法定无效格式条款有着本质区别，如果仅规定免除保险人责任的条款，而不对法定无效格式条款予以说明，可能会使人们混淆二者含义。另外，本条中“解除或中止合同”之规定与上述法定无效免责条款第1种情形易于混淆，本条所指解除或中止合同似应界定为“格式条款在保险法规定的保险人法定解除权和中止权之外另行约定解除和中止合同情形的”，建议在本条后加一款“本条所称保险合同的免责条款不包括保险法第十九条规定情形的格式条款，对于存在保险法第十九条规定情形的格式条款，应当认定该格式条款无效。”¹

二、对征求意见稿第十一条的修改建议

征求意见稿第十一条规定，“保险人以法律、行政法规的禁止性规定作为保险合同免责条款的，可以免除保险人对该条款的提示和明确说明义务。”

征求意见稿认为该条规定是法定免责合同化说明义务的履行，本人认为该条是关于免除保险人提示和明确说明义务之履行的情形，不如在名称上直接规定本条为“免除保险人提示和明确说明义务之履行的情形”更合理，而且语义明确，通俗易懂。从征求意见稿的形成过程看，该条应当经过了反复修改才形成，与初稿相比，最大的变化在于，“保险人以法律、行政法规规定免责的情形”（以下简

称法定免责情形）下，不得免除保险人提示和明确说明义务之履行，仅保留了“保险人以法律、行政法规的禁止性规定作为保险合同免责条款的”（以下简称法定禁止性规定），保险人得免除提示和明确说明义务。本人认为，征求意见稿将法定免责情形去掉似有不妥，理由如下：

（一）法定免责情形与法定禁止性规定之间不存在包含关系。所谓法定免责情形主要指保险法中



规定的保险人在特定情形下可以免于承担赔付保险金的责任，例如被保险人故意制造保险事故，或是投保人故意杀害、伤害被保险人等情形，保险人得以免责的情形；或是被保险人违反危险增加通知义务情形下，保险人依法不承担赔偿保险金的责任。法定禁止性规定则是指在法律、行政法规中有明确禁止性规定的，行为人违反该规定要承担刑事责任或行政责任，例如醉酒驾车即属禁止性规定，违反该规定者须承担刑事责任。²可见在法定免责情形与法定禁止性规定二者之间并不存在包含关系。

（二）法定免责情形与法定禁止性规定都是为排除相对人道德风险而设定的，对比二者，可以看出，无论哪一种情形下，保险合同中投保人、被保险人、受益人违反上述法律规定，通常主观恶意明显，或是具有重大过失，从根本上动摇了保险合同成立的基础，不当扩大了保险人应承担的风险责任，因此行为人要法律上承受否定性评价后果。但二者之间也存在区别，法定免责情形下，通常在保险法中直接规定了保险人免责，而在违反法定禁止性规定情形下，通常由责任人承担行政或刑事责任，保险法并不直接规定保险人免责，主要通过保险合同条款约定免责。征求意见稿前后表述的分歧，³主要原因可能正在于此。

² 刑法修正案(八)对刑法第一百三十三条补充规定，“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。”

³ 最高院之前内部的征求意见稿认为法律、行政法规规定免责的情形作为保险合同的免责条款的，也应免除保险人的提示和明确说明义务。

然而，立法所传递的价值评价和政策导向也应当引起重视，实际上无论在哪一种情形下，以上被保险人或受益人不能获得保险金赔付的情形，都是公众所熟知的常识，如果将二种情形区分对待，仅规定违反法定禁止性规定的情形下，保险人得以免除履行提示和明确说明义务，而在法定免责情形下，保险人又需要严格履行提示和明确说明义务，似有加重保险人义务的倾向。尽管二者分属不同规范，但在价值判断上取向一致，而立法对于二者作出不同规定，可能对于公众产生误导，于立法所传递的价值评价标准不相吻合。

（三）保险法中法定免责情形并不多见，主要体现在保险法第二十七条、第四十三条至四十五条、第五十二条、第六十一条等规定中，而在其他法律、行政法规中，直接规定保险人免除责任的情形非常罕见，原因在于其他法律、法规往往只规定了责任人的行政或刑事责任，通常不会涉及到保险人的责任。因此之前的征求意见稿中有关“法律、行政法规规定免责的情形”的表述并不准确，建议将本条修改为“保险人以保险法规定保险人免责的情形，或者以法律、行政法规的禁止性行为作为保险合同的免责条款的，可免除保险人对该条款的提示和明确说明义务”。

三、对征求意见稿第十二条的修改建议

征求意见稿第十二条第一款规定，“保险合同订立时，保险人对保险合同中的免责条款在保险单等保险凭证上的显著位置以文字或符号等明显标志作出足以引起投保人注意的提示的，人民法院可以认定其履行了免责条款的提示义务。”

第二款规定，“保险人对于合同中有关免责条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向投保人做出一般人能够理解的解释的，人民法院可以认定保险人履行了保险法第十七条第二款规定的‘明确说明义务’。”

第三款规定，“保险人对是否履行了明确说明义务负举证责任。投保人在相关文书上对保险人履行了符合前款要求的明确说明义务予以签字或者盖章认可的，人民法院可以认定保险人履行了该项义务。但另有证据证明保险人未履行明确说明义务的除外。”

该条主要针对保险法第十七条作出说明，保险法第十七条共分两款，第一款规定保险人提供的格式条款的情形下，在订立保险合同时，保险人负有说明义务；¹第二款规定了对于保险合同中的免责条

¹ 保险法第十七条第一款规定，“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。”该条第二款规定，“对保险合同中免除保险人责

款，保险人负有提示和明确说明义务，并且明确了保险人未尽提示或明确说明义务的法律后果，即该条款不产生法律效力。基于保险法中诚实信用原则和保险合同附合性特点，保险法第十七条第一款和第二款都作出规定，在“订立保险合同”或“订立合同时”，保险人须承担上述法定义务。该义务的性质应为先合同义务，不允许保险人以约定方式排除，而此项义务的履行，不以投保人提出询问为条件，因此具有法定性和主动性的特点。但比较保险法前后两款规定，可以看出对于一般格式条款和免除保险人责任的条款，保险人履行义务的方式存在区别，对于格式条款，保险人须在“投保单”上附格式条款内容，并向投保人说明合同内容；对于免除保险人责任的条款，保险人应当在“投保单、保险单或者其他保险凭证上”作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款作出明确说明。综上，本人认为，征求意见稿第十二条规定有部分内容需要修改。具体理由陈述如下：

（一）征求意见稿第十二条共三款，第一款针对保险人履行提示义务的要件作出了补充规定，主要有两个条件，一是提示的外形，应当在保险单等保险凭证上的显著位置作出提示，二是提示的方式，要用足以引起投保人注意的文字或符号等明显标志作出提示。本人认为征求意见稿关于提示方式的规定较为恰当，但在提示外形上似与保险法规定存在冲突，征求意见稿上要求保险人在“保险单”等保险凭证上作出提示，根据保险法第十三条规定，“投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证。”可见签发保险单是保险合同成立后，保险人应承担的附随义务。前文已述及，保险人的提示义务为先合同义务，保险人的提示义务应当在保险合同订立时履行，另外保险法第十七条亦规定，保险人应当在“投保单、保险单或者其他保险凭证上”作出足以引起投保人注意的提示，因此保险人履行提示义务应以投保单为主要依据，考虑到保险合同订立方式的特殊性，保险人可以保险单上具有提示外形来证明在保险合同订立时已经履行了提示义务，但应以投保人证明保险人未尽提示义务为例外。建议在本款中加一句，“投保人证明保险人未履行提示义务的除外。”

（二）征求意见稿第十二条第二款的规定，主要针对保险人履行明确说明义务的方式作出补充规定，保险人明确说明义务的履行方式有形式标准

任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明，未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”

和实质标准之分，依形式标准，该义务的履行形式上只要由保险人主动向投保人作出即可；而依实质标准，该义务的履行还需要投保人明确理解格式条款的含义，因此，实质标准对于保险人的要求更为严苛。最高院研究室曾发文对保险人明确说明义务的履行方式进行规范，规定除对免责条款履行提示义务外，还应将免责条款的概念、内容及法律后果等，以书面或口头方式向相对人作出解释，以使相对人明了该条款的真实含义和法律后果。因此，可以认为征求意见稿采纳了实质标准，一是要求对免除保险人责任条款的“概念、内容及其法律后果”进行解释，二是要求保险人向投保人做出“一般人能够理解的解释”，即采用了民商法中所谓的“常人”标准。

然而，随着保险行业的不断发展，人们对于保险条款的认知程度较以往已经有了较大提高，而一些特殊的投保人由于掌握有特殊的知识或技能，例如保险行业的从业人员等，对于免除保险人责任条款的理解程度高于常人，另外，保险公司自身作为投保人投保的情形也并非不可能。因此，保险人究竟以何种方式履行说明义务，要视免除保险人责任条款本身的含义，以及投保人的具体情形来判断，不能机械地作出规定。本人认为，可以在本款后增加一句“如保险人能举证证明投保人对于免除保险人责任条款的理解高于一般人的，保险人仅承担提示义务。”

（三）征求意见稿未对保险法第十七条第一款的法律后果作出解释，存在法律漏洞。保险法第十七条第一款规定，“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。”此款仅规定保险人对其提供的格式条款应履行说明义务，而没有规定保险人未履行说明义务的法律后果。而我国合同法第三十九条规定，“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”该条规定了格式条款提供方仅对免除或限制其责任的条款负有说明义务。如格式条款提供方未履行说明义务，根据合同法司法解释二第九条规定，¹相对人可申请撤销该格式条款。另外合同法第四十条列举了格式条款无效的情形。

¹ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第九条规定，“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。”

从以上规定来看，合同法对于格式条款的规制，主要针对格式条款中免除或限制提供方责任的条款，以及对于格式条款无效的情形作出了规定。从法理来看，前者主要指格式条款提供方故意不履行说明义务或作出不实说明，导致相对人获得信息不对称，从而产生意思表示上瑕疵，因而相对人有权申请变更或撤销合同。后者主要指格式条款内容与法律法规强制性规定不符，因而自成立起无效。此外，征求意见稿第九条规定，“投保人投保时未履行如实告知义务构成欺诈的，保险人依据《合同法》第五十四条规定行使撤销权的，人民法院应予支持。”为了保障投保人与保险人之间利益平衡，有必要对保险人的欺诈行为进行规制。投保人可以从自身利益出发，申请撤销保险合同的法律效力，或是选择不申请撤销，继续认可保险合同产生法律效力。鉴于此，本人建议在征求意见稿第十二条增加一款，“如保险人提供的格式条款不属于保险合同的免责条款，并且不存在保险法第十九条规定的无效情形的，而保险人未履行说明义务构成欺诈的，投保人依据《合同法》第五十四条规定行使撤销权的，人民法院应予支持。”或将本条放入征求意见稿第九条中作为第二款。

四、对征求意见稿第十三条的修改建议

征求意见稿第十三条规定，“续保或同一投保人与同一保险人连续二次以上签定同种类保险合同，合同免责条款内容一致且保险人有证据证明曾就相同的免责条款向投保人履行过明确说明义务的，可免除保险人的明确说明义务。”

该条是保险人履行明确说明义务的除外情形，适用条件非常严格，适用此条要满足三个条件，一要求续保或同一投保人与同一保险人连续二次以上签订同种类合同，二要求合同免责条款内容一致，三要求保险人有证据证明以前就相同免责条款履行过明确说明义务。从以上规定来看，实务中可能产生争议之处在于：1、如何判断合同免责条款内容一致？是要求文字内容完全一致？还是要求含义上一致，文字表述上可以有所区别？2、如果保险人之前就免责条款履行了明确说明义务，而之后报批或备案的保险合同条款发生了改变，那么双方再次签订保险合同的免责条款在文字表述上可能不一致，此时，保险人也就不可能“就相同免责条款”履行明确说明义务。鉴于上述原因，本人认为，从立法精神来看，保险人只要对免除其责任的条款履行过明确说明义务，使投保人明了该条款的含义，再次订立保险合同时可不再履行明确说明义务，而

不必拘泥于该条款在文字表述上是否完全一致，因此本条规定的适用条件对于保险人过于严苛，建议本条修改为“续保或同一投保人与同一保险人连续二次以上签定同种类保险合同，合同免责条款内容的含义一致且保险人有证据证明曾就含义相同的免责条款向投保人履行过明确说明义务的，可免除保险人的明确说明义务。”

五、对征求意见稿第十九条的修改建议

征求意见稿第十九条共两款，主要针对保险法第三十条格式条款解释规则的适用方式进一步规范。¹

（一）征求意见稿第十九条第一款规定，“当事人对保险人提供的保险合同格式条款有争议的，人民法院应当依照保险合同所使用的语句、合同的相关条款、交易习惯等对格式条款予以解释；仍有两种以上解释的，应当做出有利于被保险人和受益人的解释。”

该款是对格式条款不利解释规则适用的限制。一般认为，格式条款解释规则的正确适用位次为：首先应适用目的解释方法，以保险合同本身及附件（如投保单）中发现的当事人意图应居于统治地位。在探究当事人的真实意图时，应综合采用文义解释、上下文解释、补充解释等辅助方法，只有在运用目的解释及相关辅助方法仍不能正确解释保险合同条款的情况下，不利解释规则的适用方为可能。司法解释基本上采纳了上述观点。本人认为该条第一款的规定较为妥当。

（二）征求意见稿第十九第二款规定，“当事人通过协商对保险人提供的保险合同格式条款进行添加或修改而形成的合同条款，不属于前款规定的格式条款。”

该款是对格式条款与非格式条款的界定，从内容来看，强调了当事人通过“协商”方式对格式条款进行“添加或修改”形成的合同条款，不属于格式条款。

但对于保险人在投保单或保险单上以“特别约定”、“特别声明”方式作出约定的，是否属于非格式条款似乎难以确定，一些地方法院对此尝试进行规范，例如江苏省高院出台了《江苏省高级人民法院关于审理保险合同纠纷案件若干问题的讨论纪要》，该纪要认为如保险人在保险单上以“特别声明”或“特别约定”等方式对保险条款的相关内

¹ 保险法第三十条规定，“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。”

容单方作出变更，限制被保险人权利或限缩保险人义务的，对投保人、被保险人、受益人不发生法律效力，但保险人能证明“特别声明”或“特别约定”取得了投保人同意的除外。本人认为，是否属于格式条款，关键在于对格式条款的添加修改是否体现了双方合意，这也是本款强调“协商”的原因所在。如果投保单和保险单中都记载了“特别声明”或“特别约定”事项，投保人签字或盖章表示认可的，应当认定当事人通过协商形成了合同条款，不属于格式条款。

另外，对于非格式条款是否还需要保险人履行明确说明义务，本款的规定似不明确。本人认为，本款放在保险合同解释规则中，可理解为如协商形成合同条款不属于格式条款，不应再适用不利解释规则，也不需要保险人履行说明义务；然而，协商形成的免责条款即使不属于格式条款，是否还需要保险人履行提示和明确说明义务，按照现行法规定应不能免除。建议在本款之后加一款，“对于保险合同当事人协商形成的保险合同免责条款，保险人应当按照保险法第十七条第二款规定，履行提示和明确说明义务，对于协商形成的免责条款之外的其他条款，保险人无需履行说明义务。”

六、对征求意见稿第二十条的修改建议

本条共两款，是关于保险合同中格式条款专业术语的解释规则，按照保险合同是否对专业术语作出解释区分为两种情况，分别确定了对专业术语的解释规则。

（一）第一款规定，“保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险专业术语作出的解释符合专业意义，或者解释虽不符合专业意义，但有利于被保险人和受益人的，人民法院应当根据保险合同的解释确定该专业术语的意义。”

该款主要针对保险合同格式条款对非专业术语作出了解释的情形，本款解释似乎有些难以理解，何为“非保险专业术语作出的解释符合专业意义”，其所指可能主要针对格式条款中一些语义含混，或易产生歧义的内容，例如人寿保险中的“保险费自动垫交”，健康保险中的“观察期”等非法律专业术语在实践中经常引发争议。但问题在于，什么是保险专业术语，什么是非保险专业术语，什么是专业意义，本身就有待进一步解释确定。因此，本人认为，尽管征求意见稿在价值判断上与现行保险法保持一致，即对格式条款的解释进行规制，防止保险人利用术语解释不履行其应尽的法定义务。但在立法技术上该规定语义不清，容易产生

歧义。本人认为，征求意见稿所使用的“保险专业术语”与“非保险专业术语”在概念界定上并不清晰，是容易产生歧义的原因，建议对其进行修改，改用“保险法专业术语”与“非保险法专业术语”进行界定，建议将该款修改为“保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险法专业术语作出的解释符合保险法规定，或者解释虽不符合保险法规定，但有利于被保险人和受益人的，人民法院应当根据保险合同的解释确定该专业术语的意义。”

（二）第二款规定，“保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险专业术语未作出解释的，人民法院应当根据保险法第三十条的规定进行解释。”

该款主要针对保险合同格式条款对非专业术语没有作出解释的情形，基于上述理由，建议将本款修改为“保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险法专业术语未作出解释的，人民法院应当根据保险法第三十条的规定进行解释。”

条 款	原文内容	修改意见
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 条（ 保 险 法 第 十 七 条， 免 责 条 款 的 范 围 界 定）	保险合同责任免除条款包括除外责任条款、免赔额、免赔率、比例赔付、解除或中止合同等部分或全部免除或限缩保险人责任的条款。	保险合同的免责条款包括除外责任条款、免赔额、免赔率、比例赔付、保险人提供的格式条款在保险法规定的保险人法定解除权和中止权之外另行约定解除和中止合同情形等部分或全部免除等实质上限缩保险人责任的条款。 本解释所称保险合同的免责条款不包括保险法第十九条规定情形的格式条款，对于存在保险法第十九条规定情形的格式条款，应当认定该格式条款无效。 本解释所称保险合同的免责条款，是指保险法第十九条第二款规定的保险合同中免除保险人责任的条款，不包括保险法规定的免除保险人责任的条款。
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 一 条（ 法 定 免 责 合 同 化 说 明 义 务 的 履 行 ）	保险人以法律、行政法规的禁止性规定作为保险合同免责条款的，可以免除保险人对该条款的提示和明确说明义务。	保险人以保险法规定保险人免责的情形，或者以法律、行政法规的禁止性行为作为保险合同的免责条款的，可免除保险人对该条款的提示和明确说明义务
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 二 条 第 一 款（ 保 险 法 第 十 七 条， 保 险 人 提 示 和 明 确 说 明 义 务 的 履 行 方 式 及 举 证 责 任 ）	保险合同订立时，保险人对保险合同中的免责条款在保险单等保险凭证上的显著位置以文字或符号等明显标志作出足以引起投保人注意的提示的，人民法院可以认定其履行了免责条款的提示义务。	保险合同订立时，保险人对保险合同的免责条款在保险单等保险凭证上的显著位置以文字或符号等明显标志作出足以引起投保人注意的提示的，人民法院可以认定其履行了提示义务。投保人证明保险人未履行提示义务的除外。
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 二 条 第 二 款	保险人对于合同中有关免责条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向投保人做出一般人能够理解的解释的，人民法院可以认定保险人履行了保险法第十七条第二款规定的“明确说明义务”。	保险人对于保险合同中有关免责条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向投保人做出一般人能够理解的解释的，人民法院可以认定保险人履行了保险法第十七条第二款规定的“明确说明义务”。如保险人能举证证明投保人对于免责条款的理解高于一般人的，保险人仅承担提示义务。

司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 二 条 第 三 款	保险人对是否履行了明确说明义务负举证责任。投保人在相关文书上对保险人履行了符合前款要求的明确说明义务予以签字或者盖章认可的，人民法院可以认定保险人履行了该项义务。但另有证据证明保险人未履行明确说明义务的除外。	本款无修改建议。 建议在第三款之后增加一款：如保险人提供的格式条款不属于保险合同的免责条款，并且不存在保险法第十九条规定的无效情形的，而保险人未履行说明义务构成欺诈的，投保人依据《合同法》第五十四条规定行使撤销权的，人民法院应予支持。
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 三 条（ 明 确 说 明 义 务 的 除 外 情 形 ）	续保或同一投保人与同一保险人连续二次以上签定同种类保险合同，合同免责条款内容一致且保险人有证据证明曾就相同的免责条款向投保人履行过明确说明义务的，可免除保险人的明确说明义务。	续保或同一投保人与同一保险人连续二次以上签定同种类保险合同，合同免责条款内容含义一致且保险人有证据证明曾就含义相同的免责条款向投保人履行过明确说明义务的，可免除保险人的明确说明义务。
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第十 九 条（ 保 险 法 第 三 十 条， 保 险 合 同 的 解 释 ）	当事人对保险人提供的保险合同格式条款有争议的，人民法院应当依照保险合同所使用的语句、合同的相关条款、交易习惯等对格式条款予以解释；仍有两种以上解释的，应当做出有利于被保险人和受益人的解释。 当事人通过协商对保险人提供的保险合同格式条款进行添加或修改而形成的合同条款，不属于前款规定的格式条款。	前两款无修改建议 建议在前两款之后增加一款： 对于保险合同当事人协商形成的保险合同免责条款，保险人应当按照保险法第十七条第二款规定，履行提示和明确说明义务，对于协商形成的免责条款之外的其他条款，保险人无需履行说明义务。
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第 二 十 条 第 一 款（ 保 险 法 第 三 十 条， 对 专 业 术 语 的 解 释 ）	保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险专业术语作出的解释符合专业意义，或者解释虽不符合专业意义，但有利于被保险人和受益人的，人民法院应当根据保险合同的解释确定该专业术语的意义。	保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险法专业术语作出的解释符合保险法规定，或者解释虽不符合保险法规定，但有利于被保险人和受益人的，人民法院应当根据保险合同的解释确定该专业术语的意义。
司 法 解 释 征 求 意 见 稿 第 二 十 条 第 二 款	保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险专业术语未作出解释的，人民法院应当根据保险法第三十条的规定进行解释。	保险合同对保险人提供的格式条款中使用的非保险法专业术语未作出解释的，人民法院应当根据保险法第三十条的规定进行解释。

责任编辑：王丹丹

作者简介

马 涛
大成律师事务所常州办公室律师
中南财经政法大学本科，苏州大学研究生。曾任职于江苏省益同盛律师事务所，江苏联盛律师事务所常州分所，并长期担任江苏技术师范学院商学院讲师，主要从事民商法学方面的研究和司法实务。
专业领域：保险、合同、票据



不动产融资的历史回顾、 现行状况与未来展望

陈 凌

近年来,国家对房地产业逐步实施了一系列宏观调控政策,特别是日趋严格的土地和金融信贷政策,使得房地产业遭遇了前所未有的资金困境。为解决融资困难,房地产业开始探求多元化的融资渠道,诸如上市、信托、基金、以及私募融资等形式开始频繁地出现,而房地产融资也成为业内最受关注的议题,有关其创新的理论探讨与实践尝试也必将成为今后一个时期房地产业的主旋律。

本文通过对不动产融资的历史回顾和现行状况的总结与分析,以及对国际上不动产融资模式介绍,展望了我国未来不动产融资模式的发展前景,以期有助于我们更好地认识房地产融资市场,了解其现存的困境,并及时地把握不动产融资市场的发展趋势。■

一、历史回顾

(一) 几种主要不动产融资方式的发展历程

1、 银行贷款

由于国内金融市场不发达,国内银行贷款贯穿于土地储备、交易、房地产开发和房产销售的全过程,是中国房地产市场各种相关主体的主要资金提供者,是目前最为普遍和重要的不动产融资方式。其他融资方式,如上市融资、债券融资、房地产信托融资以及房地产基金融资等所占的比重十分微小。

从企业统计的角度来看,房地产企业的开发资金主要包括自有资金、银行贷款、建筑企业垫资和预售款四个部分,而预售款中的大部分来自于银行对个人的住房消费贷款,开发商的自有资金和建筑企业垫资也大多间接来自银行贷款。因此房地产开发企业对银行的依赖程度相当高。

如前所述,银行贷款是一种传统的房地产融资方式。主要包括:地产开发贷款、企业流动资金贷款、商品房建设贷款、房产经营贷款、建筑贷款、材料设备补偿贸易贷款、房地产贴息贷款、房地产消费贷款等。



(1) 地产开发贷款

地产开发贷款是指银行支持城镇综合开发和经济开发区建设的贷款,主要用于土地开发,包括土地补偿费、耕地占有税等。

(2) 房地产开发企业流动资金贷款

房地产开发企业流动资金贷款,简称房地产开发贷款,是银行对经营房地产的企业所发放的用于流动资金的贷款。主要用于垫付城镇的开发或者旧城改造项目所需要的生产性流动资金,不能用于开发企业自身固定资产的投资,也不能作为开发项目的投资性贷款。

(3) 商品房建设贷款

商品房建设贷款是指银行为推进城市综合建设和住房商品化而发放的专项贷款。重点是住房建设、旧城改造及其他商品房项目。

(4) 房产经营贷款

房产经营贷款是指对从事房屋租赁、房产交易、房屋维修和装饰以及其他服务性活动的独立经营、自负盈亏的房产经营企业发放的经营性贷款。主要用于房屋出租、房屋修缮、房屋装饰和房屋交易。

(5) 建筑贷款

建筑贷款是指银行对建筑企业在兴建楼宇过程中遇到资金不足时发放的贷款。

(6) 商品房建筑材料、设备补偿贸易贷款

补偿贸易是指一方向另一方提供购置机器、设备、技术等所需的资金,另一方在企业组织生产后以产品或商定的其他产品来偿还资金的一种易物贸易。此贷款期限一般为1-2年,最长为3年。

(7) 房地产贴息贷款

房地产贴息贷款是指国家下达规定贷款额度,由银行来发放,但其利息由国家财政补贴的房地产贷款支付。期限为1-3年,分为全贴息和半贴息:前者指国家承担借款单位应付的全部利息,半贴息是指由国家承担借款单位应付利息的一半。

(8) 房地产消费贷款

房地产消费贷款主要包括:购建住房贷款和改造维修贷款、个人住房消费贷款和集体住房消费贷款、住房抵押贷款、住房担保贷款和住房抵押担保贷款、固定利率住房贷款、浮动利率住房贷款和连动式利率住房贷款。

自2001年以来,随着政府对金融调控的利剑频频出鞘,房地产企业融资面临前所未有的挑战,银行信贷这一融资渠道,呈现或紧缩或放缓的特点。总结近十年的相关政策如下:

2001年6月,中国人民银行发布《关于规范住房金融业务的通知》,通知要求,对未取得四证的项目,不得发放任何形式的贷款,且企业自有资金不得低于项目总投资的30%。

2010年4月17日,国务院下发《关于坚决遏制部分城市房价过快上涨促进房地产市场平稳健康发展的实施意见》,该《意见》要求,对存在土地闲置及炒地行为的房地产开发企业,商业银行不得发放新开发项目贷款。

进入到2011年,接连出台的信贷紧缩政策更是全面地限制了银行系统对房地产业资金支持:

6月23日,银监会首次公开要求银行减少房地产贷款,而各大银行早已开始自行缩减房地产贷款的数量;

8月26日,银监会预警商业银行地产贷款风险。银监会主席刘明康公开表示,加强对商业物业抵押贷款、个人消费等非住房类贷款的监测。同时,继续对商业地产和二三线城市房地产风险保持“关注和警觉”;

9月8日,银行提高土地一级开发贷款门槛。银行为了控制风险,不再对土地一级开发贷款业务发放“信用贷款”。土地项目贷款的取得必须以“抵押贷款”方式,即土地储备中心必须以能够证明产权完整清晰的土地进行抵押。

从以上宏观调控政策和信贷政策逐步紧缩的态势上来看,尽管银行贷款是不动产融资最为重要的一个手段,但随着一系列政策的实施,银行贷款融资已日趋严峻。据了解,除少数知名大型房地产企业外,一般的房地产企业很难拿到商业银行的授信额度。面对现今有关房地产业各项紧缩的宏观调控政策和信贷政策,通过银行贷款的方式融资是不乐观的。

2、 个人购房贷款

个人购房贷款也是一种比较传统的融资方式。在我国,其最早出现在九十年代初。回顾个人购房贷款的历史发展,主要有以下标志性事件:

1991年5月,《上海住房制度改革实施方案》正式出台实施,上海初步形成了住房制度改革的基本框架,此举也标志着公积金制度的建立。这一方案的实施,在当时对全国房改产生了巨大而深远的影响。

1992年5月,上海住房公积金发放了我国第一笔个人购房贷款。标志着个人住房贷款进入初始阶段。

1994年5月,中国人民银行公布《住宅担保贷款管理试行办法》,为按揭业务提供了法律依据,同时这也是房地产金融的一大突破。

1998年5月,中国人民银行正式推出《个人住房贷款管理办法》。该办法的颁布实施,推进了全国住房制度改革的进一步深化,促进住宅业成为新的经济增长点。

1999年2月,中国人民银行颁布《关于开展个人消费信贷的指导意见》,标志着贷款买房的概念开始登录中国内地。随之,新一轮房地产牛市开始正式启动。

在房地产业轰轰烈烈地发展过程中,个人住房贷款也不可避免地随着房地产宏观调控政策和信贷政策而相应收紧:

2003年6月5日,中国人民银行发布《关于进一步加强房地产信贷业务管理的通知》(银发[2003]121号),规定对购买高档商品房、别墅或第二套以上(含第二套)商品房的借款人,适当提高首付款比例,加强房地产信贷,不再执行优惠住房利率规定。这是新一轮房地产牛市后首次抑制房地产过热的措施。

2010年4月20日,银监会主席刘明康要求,个贷业务方面要实行动态、差别化管理的个人住房贷款政策,严格限制各种名目的炒房和投机性购房。银行应根据市场、区域和借款人信用状况,贷款利率严格按风险定价,对首付成数实行动态、审慎管理。确保购房真实自住与交易背景,贷前审查应履行“面测、面试和居访”程序,严厉打击假按揭以及非法集资行为。

2011年4月19日,中国银行表示,由于信贷规模受控,其在2011年将适度收紧房地产个人按揭贷款,但不会停止发放个人房贷。

3、 上市融资

除传统的银行贷款和个人购房贷款之外,房地产企业的融资手段还包括上市融资。上市融资包括国内上市融资和海外上市融资两种方式。我国房地产企业的上市融资是在80年代末90年代初的时候开始酝酿和筹集的。

万科是我国第一家上市的房地产企业，万科A股于1991年1月29日在深圳证券交易所正式挂牌交易。次年11月，我国第一家上市民营房地产公司——海南新能源股份公司所发行的流通A股在深圳证券交易所上市交易。

在当时，房地产业的发展可谓如火如荼，“开发区”热、圈地热全国盛行，1993年达到顶点。为控制房地产业发展过热的状况，当年6月23日，国务院宣布终止房地产公司上市，规定房地产公司不得上市融资，釜底抽薪控制银行资金进入房地产业。

自1993年起至2001年的八年间，除北辰实业因准备较早，于1997年5月作为第一家内地房企在香港挂牌上市之外，房地产公司的上市融资之路基本无法走通。直至2001年3月，北京天鸿宝业房地产股份有限公司在上海证券交易所上市，这标志着长达八年之久的房地产公司上市禁令解冻。一个月后，金地集团上市，从此揭开了新一轮房地产市场快速发展的序幕。

到2007年10月，潘石屹的SOHO中国房地产有限公司正式登陆香港联交所。内地房地产企业纷纷赴港上市，由此掀起了一场赴港“上市潮”。

但是从2008年开始，上市融资亦随着房地产的宏观调控政策而逐渐趋紧。近年来，国务院和中国证监会对房地产企业的上市融资不断进行规制：

2008年3月20日，中国证监会发行部表示，中国证监会支持优质房地产企业通过IPO或借壳上市等方式，通过资本市场实现做大做强。但对募集资金用于囤积土地、房源，或用于购买开发用地等的IPO，将不予核准。

2010年4月17日，国务院下发《关于坚决遏制部分城市房价过快上涨促进房地产市场平稳健康发展的实施意见》。意见要求：加强对房地产开发企业购地和融资的监管，对存在土地闲置及炒地行为的房地产开发企业，商业银行不得发放新开发项目贷款，证监部门暂停批准其上市、再融资和重大资产重组。

房地产公司境外上市，依然严格按照2006年商务部等发布的10号文《关于外国投资者并购境内企业的规定》予以限制。个别实现境外上市的房地产公司，均为10号文发布之前已得到国家有关主管部门受理的企业，10号文颁行之后，没有新批房地产企业间接境外上市。

2011年5月13日，证监会发布《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定(征求意见稿)》。该征求意见稿指出，借壳上市拟按照在

产权清晰、治理规范、业务独立、诚信良好、经营稳定和持续经营记录等方面执行与首次公开发行趋同的标准，要求拟借壳资产(业务)持续两年盈利。

鉴于频频出台的各项紧缩政策，房地产企业欲通过银行贷款、个人购房贷款和上市融资等传统方式来实现融资已是步履艰难，所以如发行债券、房地产信托、房地产基金等其他新兴的融资手段开始逐渐显现出来。

4、 债券融资

我国企业从20世纪80年代中期就开始通过债券进行融资。经过20余年，中国的企业债券市场虽然在不断发展，但是相较于股票市场和发达国家与新兴市场国家的债券市场仍然相对滞后。由于中国的企业债券市场运作机制不完善,近年来国家对企业债券的发行始终控制得比较严格。其中,房地产项目因其具有的资金量大、风险性高以及流动性差等特点,获得发行债券的机会就更为不易。因此，中国债券融资在房地产开发资金来源中所占的比重一直很低。

以下，对我国房地产企业债券融资的历史发展作一个简要回顾：

1987年3月，国务院颁布《企业债券管理暂行条例》。同年，国家计委首次编制了全国企业债券发行计划。1990年，债券发行纳入国民经济和社会发展计划，国家计委将债券融资作为固定资产投资来源渠道，并与人民银行联合制定了额度申报制度及管理办法。随后债券的发行开始骤增。

房地产企业债券最早出现在1992年。由于后来接连出现企业债券到期无法偿还的事件，国家采取严厉措施限制企业发行债券，尤其是严格限制房地产企业发行债券。

从1993年-1998年间，国家禁止房地产企业发债融资，期间房地产企业没有公开发债。

进入到2007年8月，《公司债券发行试点办法》出台，之后一些公司陆续发行了公司债券，但由于债券融资对筹资的房地产企业要求较高，一般房企不易获得审批。近二十年来，发行债券的房地产企业可谓屈指可数，仅有为数不多的大型房地产企业得以成功发债。如：2008年保利房地产集团发行公司债券，融资金额43亿元；2008年，万科集团发行公司债，发行金额59亿元；2009年，龙湖地产发行公司债，发行金额14亿元。

自2011年起，债券融资向保障房倾斜。北京市2011年批准500亿元债券融资额度，其中北京市保障房投资中心获发105亿元，北京市国管中心获发100亿元。目前住总集团、首开集团和金隅集团都

在申请发行保障性住房专项企业债。

5、 房地产信托

相对银行贷款而言，房地产信托计划的融资具有降低房地产开发公司整体融资成本、募集资金灵活方便及资金利率可灵活调整等优势。由于信托制度的特殊性、灵活性以及独特的财产隔离功能与权益重构功能，可以财产权模式、收益权模式以及优先购买权等模式进行金融创新，使其成为较为高效的融资方式之一。

我国房地产信托业的兴起是从1986年开始的，中国国际信托投资公司成立房地产信托投资子公司以后，北京、天津、上海、太原等一些城市相继涌现出一批房地产信托投资公司。

从1988年到1998年的十年间，我国对信托公司进行了五次大规模的清理和整顿，使信托公司的数量降到58家。

2001年10月1日，《中华人民共和国信托法》颁布实施；2002年6、7月份，又先后发布了《信托投资公司管理办法》和《信托投资公司资金信托业务管理暂行办法》。“一法两办”的出台，对房地产信托业起到了规范作用，标志着我国信托业务从此将走上健康发展之路。

2003年，自央行121号文件及一系列房地产银行信贷紧缩政策发布以来，信托业利用自身的优势和特点，与房地产业迅速地结合。据不完全统计，从2003年到2004年，全国共发行房地产信托163只，融资额达175.8亿元。

但是自2011年开始，为控制房地产投资过热，银监会对信托公司的房地产业务采取了全面紧缩的措施，房地产信托受到了新一轮的限制：

6月底，银监会要求今后信托公司凡涉及到房地产的相关业务都需要逐笔报批。

7月中下旬，银监会对信托公司进行了“窗口指导”。已有20余家信托公司暂停了房地产信托业务，并提高了权益转让类产品的净资本比例。同时，出于风险把控的目的，四大行在操作和审批层面实际已经暂停了房地产信托业务。

8月，银监会非银行金融机构监管部主任柯卡生撰文指出，监管层正密切关注房地产市场最新变化，高度关注信托公司流动性风险、市场风险和政策性风险，并督促信托公司加强项目后期尽职管理工作，保证项目安全运行。

9月21日，部分地区开始限定房地产信托规模占比。部分地区的银监局要求，辖区内信托公司的房地产信托资产规模不得超过信托资产总规模的30%。

虽然房地产信托仅作为开发商的一个补充性融资渠道，信托资金在房地产融资中所占比重较小，但房地产市场的风险累积可能加剧房地产信托系统性风险的积累。随着房地产信托的融资规模日益增加，监管层已开始关注房地产信托可能存在的风险，并加大对房地产信托业务的监控力度。

有鉴于此，未来监管层有可能更加注重对融资方资质的监管。信托公司也将更加严格的选取项目方，提高房地产信托门槛。比如，提高开发商的自有资金比例、选择实力强的房企、地段好的项目进行信托融资等。

6、 房地产基金

美国是世界上最早成立房地产投资基金的国家之一。20世纪60年代,美国出现了由房地产专业机构管理的房地产投资基金,其在汇集众多投资者的资金后进行房地产投资。随着运作模式的不断成熟和运作规模的不断扩大,房地产基金几乎已经渗入美国每一个大中城市的房产经营活动中。房地产基金的发展为房地产业的发展提供了高效的融资渠道,成为连接金融和房地产两大行业的纽带。

我国的房地产基金尚处于探索初期，目前可分为三大流派：一是大型开发商作为基金管理人筹集的地产基金,如金地集团的稳盛投资及由万科、万通、建业、南都和龙湖等众多实力派开发商共同发起的中城联盟；二是从大型开发商或金融机构中分离出来,成立的独立并市场化运作的地产基金,如盛世神州、信业基金；三是由金融机构成立的基金，如由全国工商联房地产商会牵头组织、中国建设银行大力支持的建银精瑞公租房基金。

回顾房地产基金在中国的发展，早在1991年，就有外资基金到中国探路，但大部分都处于观望状态。1995年，我国通过了《设立境外中国产业投资基金管理办法》，鼓励国外风险投资公司来华投资。从1995年到2004年的近十年间，很多风投机构进入中国，如凯雷、KKR、红杉等或直接进入，或在中国设立办公室。

据相关统计数据表明，截至2003年末，证券市场已有6000亿左右的私募基金，这些资金借财务管理公司、投资公司等形式而存在，大量的境外资金包括专业资金在内都愿意投资中国房地产。

进入到2011年，由于银行信贷不断收紧，房地产企业开始开拓新的融资渠道，私募房地产基金有崛起态势。统计显示，截至2011年三季度末，已有新募私募房地产投资基金22只，募集到位32.25亿美元。

2011年9月，《基金法》修改进入实质性阶

段，公募基金、私募基金、股权投资都纳入到调整范围之中，该法同时还要求恰当处理政府监管与行业自律的关系。

通过对几种主要不动产融资方式发展历程的分析，可以看出房地产基金相较于其他融资方式的门槛较低，已成为一些房地产企业主要考虑的新融资渠道。但不可否认的是，目前大多数房地产基金依然青睐大型、知名地产商，中小型地产商很难获得私募资金的投资。

(二) 不动产融资的阶段特点

自改革开放以来，中国房地产经历了起步阶段、发展阶段、调整阶段和市场化阶段，房地产融资方式在不同的发展阶段也具有不同的特点。

1、我国在房地产起步阶段的融资特点是全面依赖银行信贷。（1978年-1990年）

1978年后我国开始进行住房制度改革，经历了前期探索、租金改革、筹资模式改革和房地产金融市场化改革等不同改革阶段。以房改金融为特点，一是信贷规模迅猛扩张，二是通过政策性金融措施推进房改的深化，三是建立了房地产金融机构，初步产生了房地产金融产品，为房地产金融的全面市场化创造了条件。

在此期间，房地产企业的融资方式十分有限，除自有资金和民间借贷以外，银行信贷几乎是唯一的融资渠道。房地产开发资金过多依赖于银行贷款，使房地产投资的市场风险和融资信用风险不可避免向商业银行集结。为避免系统性风险进一步扩大，从1989年开始，国家实施宏观调控，采取紧缩银根、压缩开支的措施，房地产业受到冲击。

2、我国在房地产发展阶段的融资特点是上市融资崭露头角。（1991年-1993年）

自1991年开始，全国盛行“开发区”热、圈地热，商业银行通过绕规模贷款，违规拆借和自办公司等用于圈地、炒地，到1993年达到顶点。1992年，邓小平南巡讲话和党的十四大召开，以沿海大中城市为代表的房地产业迅速发展。房地产公司开始选择上市融资的方式筹集地产开发及经营的资金，如万科集团和海南新能源股份公司等均在深圳证券交易所挂牌交易。

3、我国在房地产调整阶段的融资特点是融资渠道全面收缩。（1993年-1997年）

由于房地产市场发展过热，1993年下半年进入调整阶段。因经济过热导致通货膨胀，银行出现大量不良资产，国家开始实行适度从紧的政策，房地产业成为调控重点。1993年6月23日，国务院宣布终止房地产公司上市，规定房地产公司不得上市

融资。1996年,房地产投资增速仅为2.11 %，至1997年跌至谷底，房地产投资出现负增长。

4、我国在房地产市场化阶段的融资特点是新兴多种融资手段。（1998年至今）

1998年7月3日，国务院发出《关于进一步深化城镇化住房制度改革加快住房建设的通知》，做出停止住房实物福利性分配的突破性决定。2002年后，房地产市场全面进入个人购房时代，住房产业化、市场化水平大大提高。尤其是自2011年新一轮调控以来，低成本融资模式几近终结，包括万科、保利在内的大型优质地产商也难以从银行获得贷款，成本高昂的海外融资、债券融资、房地产信托、私募股权基金、民间借贷等形式，成为一部分房企的融资来源。

二、不动产融资的现状情况

(一) 银行信贷资金是当前房地产企业的主要资金来源。

从表面上的资金来源结构分析，2003年是一道分水岭。1997-2003年，房地产国内贷款在房地产投资中的比重一直保持在20%左右的水平，2003年国家出台了《关于进一步加强房地产信贷业务管理的通知》，即“121号文”，随后又实行了一系列的调控政策，导致银根紧缩，银行贷款比重明显下降，2004年国内贷款比2003年下降了近5个百分点，房地产自筹资金和其他资金来源比例近年来持续提高。

在以银行信贷为主要融资渠道的年份，房地产行业的资金成本一般可以控制在10%以内，但是由于目前房地产企业很难从银行获得授信，银行借贷的成本相应上浮了10%左右。及至2011年，一些房企通过银行信贷方式的融资成本甚至高达20%以上。

(二) 以上市融资和债券融资为主的直接融资所占比例很小。

1、股票市场融资现状

目前我国约有房地产开发企业3万余家，而在深沪两地以房地产为主业的上市公司仅80家左右(2003年为76家)，房地产上市公司占全部房地产开发企业的比例仅为2‰~3‰。即使是已经上市的房地产公司，由于其业绩的波动性比较大，也只有很少一部分公司具备再融资的条件。对存在土地闲置及炒地行为的房地产开发企业，证监部门暂停批准其上市、再融资和重大资产重组。房地产公司境外上市亦予以限制。

2、企业债券融资现状

在过去的七八年间，债券融资在房地产企业全

部资金中所占比重呈下降趋势。目前债券融资仅占房地产企业全部资金的极小一部分，即使在所占比例最高的1999年，也不过2‰。2003年，债券融资仅为0.3亿元，所占比例接近于零。

3、房地产投资基金和房地产信托等其他直接融资现状

统计资料显示，目前通过房地产信托方式筹集到的资金仅占房地产融资的1%。由于我国没有《产业投资基金法》，目前尚无严格意义上的房地产基金，个别属于试验性质的房地产基金并未形成规模。此外，从2011年6月份开始，银监会发文要求严控房地产信托业务发行，并对已发行的房地产信托进行跟踪调查，很多信托公司暂停了房地产信托业务。但是，房地产信托仍然是绿城、恒大、万科等大型房企的重要融资手段。从目前的形势来看，基金与信托的融资成本已上升至20%以上。

(三) 外资在房地产融资中所占比例呈下降趋势

尽管我国房地产业利用外资的数量在2001年之后呈上升趋势，但利用外资在整个融资渠道中所占的比重却呈现不断下降趋势。2008年外商投资所占比重仅占房地产开发总投资的1.6%。2010年1-8月我国房地产企业资金来源中利用外资的比例仅占比1%。

由于我国尚不允许外资直接投资国内房地产业，外资多以间接方式进入：一是和国内公司合作，联合投资开发房地产；二是以通过收购中国银行业不良资产的形式间接进入中国房地产市场；三是和国内公司合资成立房地产开发基金。

(四) 宏观调控之后，房地产企业开始尝试多元化融资

为了抑制房地产投资过热，防范银行信贷风险，同时也为了配合宏观经济的整体调控，政府采取了一系列房地产宏观调控措施。这些紧缩性的宏观政策，使对银行信贷依赖性极强的房地产开发商的资金链非常紧张，不得不开始多渠道融资的尝试。

综合我国不动产融资的各种方式，目前可供房地产企业选择的融资渠道主要有：上市、债券、信托、基金、REITs、合作开发、企业并购、股权融资、国外贷款、民间借贷、典当融资、金融租赁等。

以房地产信托为例，从2002年信托业务重开到2003年央行“121号”文件出台的一年时间内，全国信托公司推出的房地产类信托产品只有20只。“121号文”下发之后，仅2003年第四季度一个季度内，全国就发行了房地产信托37只，产品数量和

募集金额都直线上升。房地产融资渠道多元化趋势在后来的房地产开发投资快报中也得到体现，仅2004年就有59家公司发行了100多个品种，规模达到60亿元左右，筹资额度122.15亿元。2005年1月至8月，房地产信托市场又相继推出了61个房地产信托计划，总资金规模70.2亿元。

总体来看，我国房地产融资渠道仍然比较单一，房地产企业的资金来源仍以银行贷款为主。特别是对比银行贷款最多不超过房地产总投资40%的国际通行标准，我国房地产企业对银行的依赖度过高。一旦房地产经济发生波动，房地产企业的经营风险将转变为银行的金融风险，进而影响国家的金融安全。为此，必须尽快建立房地产多元化融资机制，分散和化解房地产金融风险。

三、未来展望——对国际上不动产融资模式的成果借鉴

(一) 外国模式介绍

1、美国模式

美国模式的特点是以房地产证券化融资为主，主要品种是房地产信托投资基金(REITs)，其最早发展于20世纪70年代，根据收入来源的不同，可以分为权益型REITs、抵押型REITs和混合型REITs三种基本类型，并衍生出伞形REITs(Umbrella Partnership REITs)和子REITs(Down-REITs)。目前，约有300家REITs在持续运作中，所管理的资产总值超过3000亿美元。

2、德国模式

德国模式的特点是以房地产储蓄融资为主，成立专门从事房地产信贷业务的金融机构，主要包括建房互助储金信贷社、储蓄银行和抵押银行。

德国的房地产储蓄融资体系采取专款专用、以存定贷和利率固定的经营方式。“专款专用”是指储蓄银行资金的用途只能是为参加住房储蓄的居民提供构建住房贷款；“以存定贷”是指居民要得到住房储蓄银行的贷款，必须在该银行有相应的存款；“利率固定”是指住房融资体系的存款和贷款利率都是固定不变的。

3、新加坡模式

新加坡模式以建立房地产社会福利基金为主，以公积金和住房抵押贷款相结合为特点。在新加坡，既可以通过独具特色的公积金制度来解决个人买房的融资问题，同时，房地产发展商也可向银行、金融公司和邮政储蓄信贷机构贷款，银行还可以通过建立具有独立法人资格的子公司进行直接开发。这成为新加坡房地产业重要的融资渠道。

新加坡公积金制度融通保障房建设的基本运作模式是：首先，由中央公积金局向中央政府购买政府债券；然后，由中央政府拨款和贷款给建屋发展局；最后，由建屋发展局负责保障房的建设、配租和配售。

其中，拨款的资金主要用于租房津贴，贷款则分为建房贷款和购房贷款。其中建房贷款用于保障房的建设，购房贷款则以优惠组屋抵押贷款的形式发放给符合条件的购房者。

(二) 趋势未来展望

随着中国经济的发展和人民生活水平的提高，以及城市化建设的不断加快，作为国民经济支柱的房地产行业也将迎来新的发展机遇，并具有巨大的融资需求。但是，由于国内外在微观主体的性质、经济体制和社会制度等方面的不同，且融资制度的变迁有一个历史继承、逐步发展的过程，所以，应该在借鉴国际融资方式的基础上，以历史的观点、现实的态度、未来的眼光，来发展我国的融资模式。具体建议如下：

第一，鼓励融资模式多元化，大力发展房地产基金、房地产信托、房地产债券等直接融资方式，改善房地产融资倚重银行贷款的局面，分散融资风险。

根据目前地产融资现状，未来一段时间，房地产基金将成为未来地产融资的主要趋势。因为房地产基金除了能够拓宽房地产行业的融资渠道，更有利于分散房地产市场的金融风险，还可以对整个房地产开发、经营模式产生重要影响。预计房地产信托业务管理办法也会在近期有所突破，而直接融资环境的改善将很快提上议事日程。

对于开发周期长、投资额度大的房地产企业，发行债券是一种较好的选择。为了使债券融资成为房地产企业主要的融资渠道之一，国家应尽快出台鼓励发行公司债券的措施，吸引社会剩余资金投资房地产业，具体包括扩大债券发行主体、推行房地产债券利率市场化、健全房地产企业债券信用评级体系、发展和培育房地产债券的市场体系、增加相应的避险工具等。

第二，房地产抵押贷款证券化是主流发展模式，完善相关法律法规，逐步发展房地产信托投资基金（REITs）。

资产证券化是构建房地产金融资产流通市场的前提条件，巨额的房地产资产经过证券化之后就可以实现分割交易，极大地改善资产流动性。由于住房抵押贷款信用风险相对较小，资产质量较高，因而证券化的住房抵押贷款将成为流通市场的主流品种。房地产抵押贷款的证券化过程应由抵押债权

者、政府担保机构、债券发行人、投资者以及中介机构共同参与完成。实现房地产证券化，可以使中国逐步建立起完备的房地产金融市场。其中，二级市场以“购买抵押”的方式为一级市场长期贷款的发放者提供一个资金回笼的场所，加速其资金周转，能够继续发放更多的抵押贷款，为更多的购房者提供充足的住房贷款资金。

就发展趋势而言，我国的房地产信托正在从一般的集合资金计划向美国的REITs模式靠拢。如果能够突破产业基金立法缺失和信托政策限制，发展我国的房地产投资信托基金是完全可能的。到时候，信托资金募集对象将大大增加，普通投资者也可以分享房地产发展中的稳定利润，而与此同时信托资金将在房地产融资方面发挥更加重要的作用。

第三，规范管理民间借贷，防范风险，同时适当发展典当融资、金融租赁等多种补充融资途径。

近几年，由于房价持续上涨，房地产业成为民间资本投资的主要选择之一。在民间借贷盛行的温州和鄂尔多斯等地，借贷资金的利率已高达25%-30%，远远超过“民间借贷的利率最高不得超过银行同类贷款利率4倍”的国家规定。2011年8月，银监会主席刘明康表示，目前沿海地区约有3万亿元人民币的银行贷款并未实际流向用款企业，而是流入利率更高的民间借贷市场。一些国有担保公司、财务公司也利用国有银行的资产，偷偷放高利贷。2011年10月3日，温家宝总理在浙江调研时指出，要切实防范金融风险，加强对中小企业民间借贷的监管和引导，采取有效措施遏制高利贷化倾向，妥善处理企业之间担保、企业资金链断裂问题。

在规范管理民间借贷的同时，我国应以适当发展典当融资、金融租赁等多种融资途径为补充。在租赁业比较发达的美国、英国等西方国家，融资租赁业年平均增长达30%，成为仅次于银行信贷的第二大融资方式。

第四，引进国外经验，例如建立专门从事房地产信贷业务的金融机构等，使国际间优秀的融资管理模式服务于中国。

西方发达国家在住房金融领域的成功实践，得益于市场经济发展历史长，各种制度建设完备，同时相关机构设置的多元化也为普通居民的住房金融问题提供了帮助。其中，建立专门从事房地产信贷业务的金融机构就是重要经验之一。例如，美国的储贷协会、加拿大的按揭和住房公司、日本的住宅金融公库、德国的住宅互助储金信贷社等。这些专业金融机构在解决普通居民住房方面发挥了重要作用。

与商业银行兼营住房贷款不同，这些机构专

业从事住房金融业务，在政策优惠、制度安排上具有优势。而且，专业的住房金融机构一般都会获得政策的支持，比如在资金运行上，采取强制储蓄，利率则不受中央银行货币政策的干预，采取低利政策，从而保证住房贷款稳定性，降低贷款者的还款波动风险。

从国际经验看，我国应该建立专门的住房金融机构，并以此为主体解决普通消费者的住房金融需求，改变目前以商业银行为主的局面。目前，各地的住房公积金管理中心具有这种专业住宅储贷机构的雏形。政府可以在此基础上，对公积金管理中心进行相应改制，成立住宅储蓄银行，采取强制储蓄与自愿储蓄相结合的方式筹集信贷资金，实行资金封闭运行，政府给予住宅储蓄银行一定的财政补贴，保证机构的正常运行。当然，设立专业化的住房金融机构，并不排除商业银行对住房信贷的兼营业务。一个成熟的住房金融市场，必然是一个多元化的市场。

第五，提供优惠政策，鼓励地产企业强强联合，抵御市场融资风险。

联合开发是房地产开发商和经营商以合作方式对房地产项目进行开发的一种融资方式。这种方式能够有效降低投资风险，实现商业地产开发、商业网点建设的可持续发展。

国家应提供优惠政策，鼓励地产企业间实现联盟合作、统筹协调，这可以使双方获得稳定的现金流，有效的控制经营风险。而且，通过地产企业强强联合的方式还可以实现各开发环节的整合和重新定位，通过品牌组合产生经营优势，抵御市场的融资风险。

相信随着金融体系的不断发展和完善，以及防范和化解商业银行风险的需要，房地产主要依赖于银行贷款的单一间接融资渠道的状况将会不断被改善，中国房地产融资多元化将成为今后房地产业融资的重要趋势。

责任编辑：梁笑淮

作者简介

陈 凌

大成律师事务所北京办公室律师、高级合伙人

毕业于中国人民大学法律系，担任北京市律协房地产开发法律事务专业委员会委员，北京市律师协会并购法律事务专业委员会委员。

专业领域：房地产、并购重组、诉讼与仲裁



欧盟反垄断审查 对国有企业的规则适用

戴健民

随着中国鼓励企业“走出去”的战略之实施，越来越多的国有企业成为海外并购的主力军。中国国有企业在欧盟进行并购或投资时，往往面临反垄断审查程序的挑战。欧盟委员会就国有企业适用《欧盟并购控制条例》有若干特殊的规则。欧盟委员会对涉及中国国有企业的经营者集中交易进行反垄断审查之时，会适用上述特殊规则，也会审查中国国有企业的特殊情况，如其与中央国资委和地方国资委之间关系，以及国有企业之间的关系。本文将从欧盟对欧洲国有企业的相关实践以及上述涉华交易案出发，分析欧盟委员会在欧盟并购控制制度下对中国国有企业采取的审查规则，以试图为中国国有企业进行海外并购提供一些指导。■

一、欧盟对欧洲国有企业的审查规则

“国有企业”这一概念并非中国所独有。早在《欧盟并购控制条例》(EU Merger Regulation)(以下简称“《并购条例》”)制定之时，立法者已经考虑到许多欧盟成员国存在并将长期存在公有行业(public sector)，如能源、金融、机车制造等，由国家拥有上述行业中大部分公司的所有权。因此，《并购条例》中针对涉及国有企业的并购交易作出了明确规定：对公有行业和私有行业采取非歧视原则，《并购条例》公平的适用于公有行业和私有行业中的企业。因此，当一项涉及国有企业的交易：(1)构成“集中交易”，即涉及相当长的时期内控制权的实质性改变；并且(2)达到《并购条例》规定的营业额标准时，欧盟委员会即有权对该项交易实施并购控制审查。

然而，针对国有企业适用《并购条例》，存在以下特殊规则：

1. 控制权和国家权力

欧盟委员会认定“集中交易”的一个重要因素是“控制权是否将在相当长的时期内发生实质性改变”。《并购条例》将“控制权”定义为：施加决定性影响的可能性。一般而言，一个私人企业或

个人拥有对另一企业的控制权，其可出于商业目的行使这种控制权以影响该企业的商业策略或战略决定等；而当国家拥有一个企业的股份时，它一方面可以行使上述私人股东的控制权，另一方面可以通过持有的股份来行使公共权力。例如，国家通常是大型能源企业的股东，其主要目的并非获取经济利益，而是以其持有的股份所对应的投票权来限制能源企业作出不利于公共利益的决策。

《欧盟合并管辖通告》(Commission's Consolidated Jurisdictional Notice, 以下简称“《管辖通告》”)明文规定：国家若仅出于保护公共利益之目的行使权力，而非行使一般股东权利，则该种权力不构成《并购条例》项下的“控制权”。

Tractebel/Distrigaz(II)案¹很好的体现了这一规则的适用。在交易实施之前，Distrigaz SA由比利时政府(通过其控股企业SNI)和Tractebel共同控制。通过交易，比利时政府将其持有SNI的全部股份转让给另一企业AVH，而AVH随后将SNI持有的Distrigaz SA的股份转让给Tractebel。交易各方在协议中约定，比利时政府将保留特定的Distrigaz股份，以使得其就Distrigaz的下列决定具有否决权：(1)导致投票权发生变更并可能损害公共利益的Distrigaz股权转让，且转让的股权达到5%或以上；(2)可能导致

¹ 案号IV/M.493-Tractebel/Distrigaz(II), 1994年9月1日

能源行业公共利益受到损害的Distrigaz战略资产转让或变更；以及(3)投资方案、商业计划和预算报告中违反国家能源政策的决定。针对比利时政府的上述否决权，欧盟委员会认为：比利时政府在交易完成后不再作为Distrigaz的股东行使权利，而仅仅保留了维护公共利益的国家权力。因此，比利时政府不再是Distrigaz的共同控制人之一，Distrigaz成为由Tractebel单独控制的企业。

综上，当国家收购企业股份是出于实施公共权力，且(1)该等收购行为以保护公共利益为目的；(2)国家实施权力之目的并非对企业的经济活动产生决定性影响，则该等并购交易并非“集中交易”，因此不适用并购条例。

2. 控制权的变更

判断一项交易是否构成“集中交易”，除须考虑“控制权”外，还须考虑该等“控制权”是否在长期的基础上发生实质性“变更”。就各国通常实践来看，私人企业的内部重组行为不被认定为“集中交易”，这是由于该等交易往往不存在控制权的变更。

而关于国有企业获得被同一国家或同一公共机构控制的另一国有企业的控制权的交易是否构成集中，欧盟委员会在《管辖通告》中阐明了这一问题。

《管辖通告》引入了一个新的概念“经济体(Economic Unit)”，即能够独立决定其商业行为和经营策略的经济团体。被同一国家或公共机构控制的国有企业间发生的并购交易是否构成“集中交易”，关键的在于该等国有企业是各自构成独立的经济体，还是共同构成同一个经济体或同一个经济体中的一部分。

同一经济体内部的国有企业间发生收购或兼并，由于不会导致控制权发生变更，因此不构成并购审查制度项下的“集中交易”。同时，对于特定国有企业来说，被国家或公共机构拥有或控制的事实，并不会自动将其归为非独立经济体。从此前的案例来看，欧盟委员会将综合考虑下列因素，作出判断：

该等国有企业是否可以独立于国家或其他国有企业，制定自己的商业计划、预算方案和/或经营策略；

国有企业的董事是否由国家指定，以及该国控制的国有企业的管理层之间是否存在关联性；

是否采取了足够的措施以保证同行业中的该等国有企业不会分享敏感商业信息；

该等国有企业的决策权是否由中央或地方的国

家机关享有，以及该等国有企业与其他公共企业的有效竞争程度如何。

目前，欧盟委员会并未阐明判断特定国有企业是否构成独立经济体的考虑因素及标准。除上述因素外，欧盟委员会还将根据交易的具体情况作出判断。欧盟委员会在此问题的上的方法论为：首先考虑国有企业是否具有独立的决策权；如果答案为否定，则分析作为该国有企业最终控制人的政府部门以及受该政府部门共同控制并应当归为同一经济体的其他国有企业。这一方法论原本从对欧盟国有企业进行的并购审查中发展起来，后逐渐也适用于非欧盟国有企业，其中包括中国的国有企业。

3. 集中方营业额的计算

与中国《反垄断法》的规定一致，《并购条例》也以集中双(各)方的营业额总和为基础规定了并购审查的启动标准，同时规定，若参与集中的经营者属于“集团”成员之一，则其营业额的计算应当包括该集团中所有成员的营业额总和¹。《管辖通告》第187段规定的构成一个“集团”的经营者基本与中国的现行实践一致，即：(1)参与集中的经营者本身；(2)参与集中的经营者直接或间接控制的其他经营者；(3)直接或间接控制参与集中经营者的其他经营者；(4)直接或间接控制参与集中经营者的经营者直接或间接控制的其他经营者；(5)集团内部两个或两个以上经营者共同控制的其他经营者。

然而，上述规则对国有企业存在例外。《管辖通告》第194段阐明，若特定国有企业与其他国有企业不存在任何协同关系，则依据《并购条例》第5条第4款之目的，计算其营业额时不应当计入其他国有企业的营业额；若多个国有企业共同受到同一独立商业决策权的控制，则依据《并购条例》第5条第4款之目的，该等国有企业的营业额应当合并计算。

因此，当审查涉及国有企业的集中交易时，欧盟委员会将首先判断参与集中的国有企业是否具有独立的决策权；若答案为否定，欧盟委员会将进一步确认最终享有该独立决策权的政府部门以及该政府部门控制的其他国有企业，并将该等国有企业的营业额计入参与集中的国有企业的营业额总和。一般而言，国有企业作为控股公司的，其下属各国有子公司将被视为受同一独立商业决策权的控制。

二、《并购条例》对中国国有企业的适用

中国的国有企业通常由中央政府或省级/地方政

¹ 《并购条例》第5条第4款。

府所有。国务院国有资产监督管理委员会(“国资委”)/其地方分支机构被授权代表中央政府/地方政府对国有企业进行管理和监督。因此,欧盟委员会的审查重点在于中国国有企业与中央/地方国资委之间,以及他们彼此之间的关系,即国有企业是否构成独立于中央/地方国资委的经济体,以及在同一相关市场中活跃的中国国有企业是否构成彼此独立的经济体。

从2011年欧盟委员会审查的涉华国有企业并购案的结果来看,结论均为:所有中国国有企业在相关市场的市场份额的总和也不构成显著地位,集中交易并不会改变相关市场的竞争结构,因此无需考虑参与集中的国有企业是否为独立经济体的问题。由此可见,尽管已审查多例涉华国有企业并购案,欧盟委员会尚未就参与交易的中国国有企业与在同一相关市场中活跃的其他中国国有企业是否归于同一独立经济体作出定论。

然而,值得注意的是,在蓝星/埃肯碳素案和帝斯曼/中化集团案中,欧盟委员会对其在未来类似案件中可能采取的立场给出了重要暗示:

在蓝星/埃肯碳素案中,蓝星是中国化工集团(“中国化工”)的子公司,而中国化工由中央国资委控制。为了证明中国化工是一个具有独立决策权的经济体,申报方提出的一个重要论据是:地方国资委独立于中央国资委,因此地方国资委控制的国有企业也独立于中央国资委控制的国有企业。

欧盟委员会认为,“确实没有任何迹象表明地方国资委及其监管下的国有企业会与中央国资委及其附属公司形成一个经济体”¹。集中后的蓝星/埃肯碳素将不会排除和限制地方国资委管理的国有企业与中央国资委管理的国有企业之间的竞争。这一结论表明欧盟委员会倾向于不将地方国资委管理的

国有企业与中央国资委管理的国有企业视为单一的经济体。

在随后的帝斯曼/中化集团案中,欧盟委员会通过调查中国相关法律法规和中央国资委网站上的相关信息,发现中央国资委拥有中化集团100%的股份。欧盟委员会由此认为,中央国资委“实际上有权干涉中化集团的战略性商业行为,包括批准其合并或其他商业决策”²。从该等表述中可以看出,欧盟委员会似乎更倾向于将中央国资委和中化集团视为同一个经济体。这似乎是向将中央国资委控制的所有国有企业认定成为一个经济体迈进了一步。

三、对中国国有企业的启示

欧盟委员会认为涉及建立一个“独立”经济体(尤其是国有企业)的法律规定或合同条款并不足以构成认定该经济体具备“独立性”的证据。欧盟委员会将关注该等国有企业的商业行为,以找出任何显示其与相关市场内其他国有企业或私人企业不完全竞争的证据。

即使能够认定国有企业的独立性,欧盟委员会还将关注该国有企业的结构和/或关系网是否会为其带来显著的市场地位,尤其是在集中程度较高或市场准入门槛较高的行业。

从现有案例来看,欧盟委员会的审查决定注重实用性,也较为谨慎。在集中对相关市场造成的竞争影响并不显著时,欧盟委员会避免作出所有国有企业构成一个经济体的审查决定。然而,对于今后在欧盟进行申报的中国国有企业来说,若集中之后可能产生竞争担忧,则可能面临着较大的证明其“独立性”的举证责任。

责任编辑:王京鹤

² 欧盟委员会, Koninklijke DSM/Sinochem Group/JV, 案号: COMP/M.6113, 第16段

¹ 欧盟委员会, China National Bluestar Group/Elkem, 案号: COMP/M.6082, 第31段

作者简介

戴健民

大成律师事务所上海办公室律师、合伙人

毕业于中国政法大学,后在英国布里斯托大学获法学硕士学位,工作语言包括普通话、英语和粤语。目前,其是国际律师协会反垄断委员会委员、环太平洋律师协会竞争委员会成员、上海律师协会的国际投资与反垄断业务研究委员会委员,以及亚洲竞争法论坛的成员。

专业领域:反垄断与竞争法合规、并购交易申报、私人反垄断诉讼



合并控制中 限制性条件的确定

韩伟 范兴成

对并购交易进行反垄断审查是世界各国反垄断执法的重要内容,附加限制性条件批准则是合并控制的主要方式之一。并购交易可能导致的反竞争效果,可以通过对交易附加限制性条件来避免。确定限制性条件的过程中,企业是提出限制性条件建议的义务人。执法部门基于有效性、比例性、可执行性、可监督性以及不产生新的竞争问题等标准对附条件建议进行评估,市场测试则是最重要的评估方法。

前言

2012年5月19日,中国商务部发布公告,宣布在附加限制性条件的基础上批准谷歌公司收购摩托罗拉公司移动业务。谷歌收购摩托罗拉移动业务是近年全球最受瞩目的并购交易之一,商务部的公告意味着该交易在反垄断申报方面,获得了美国、欧盟以及中国这三大反垄断司法辖区的批准,从而为交易的顺利进行铺平了道路。企业的并购交易为何需要政府的反垄断规制呢?这是因为企业并购可能对市场竞争带来负面影响。世界主要国家往往都确定了企业并购反垄断审查制度,即合并控制制度。审查过程中,对于一些可能对市场竞争造成严重损害的交易,执法部门往往以附加限制性条件为前提批准交易进行,限制性条件也被称为救济措施。《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第29条便明确了附条件批准制度。从2008年《反垄断法》实施以来,截至2012年8月,我国商务部累积附条件批准了15起交易。尽管执法中出现了系列案例,但我国实际上还缺乏规范附条件批准的完善制度,商务部目前便在研究起草《关于经营者集中附加限制性条件的规定》(以下简称《附条件规定》)。就《附条件规定》的内容而言,笔者认为关键是要确定一套机制去规范特定案件中限制性条件如何被最终确定下来,即限制性条件的确定机制。本文从限制性条件的建议主体及建议时限、限制性条件建议的评估标准与评估方法几个

方面展开,对合并控制中的限制性条件确定机制进行了初步的探讨。

一、附条件建议的主体

理论上而言,对特定并购交易进行反垄断审查时,限制性条件建议可以由交易当事人和执法部门提出。但从美、欧等主要反垄断司法辖区的做法来看,执法部门一般不会主动就特定的交易提出限制性条件建议,而是由交易当事人提出。也即是说,反垄断执法部门在限制性条件的提议方面,处于被动的角色。这种被动角色的合理性根植于对市场适度干预的理念。当交易当事人认识到其交易无法获得执法部门的无条件许可后,下一步是放弃交易还是争取通过附加限制性条件而获得审批,这属于交易当事人的自由。宏观上看,这属于市场自治范畴。考虑到政府的有限理性以及政府失灵的可能性,执法部门不适合主动依职权对合并交易设计特定的限制性条件,以避免不当干预和过度干预。

从美、欧立法与实践来看,执法部门是在交易当事人提出限制性条件建议后,再去评估提议的方案能否有效处理交易可能导致的反竞争效果。提出限制性条件在美、欧一般被称为“承诺”(Commitment),这表明限制性条件本质上是并购交易方为获得执法部门反垄断审查的通过而作出的让步,因此并购交易的当事人,即并购企业是限制性条件的提议主体,或者说是限制性条件提议的义

务人。

需要指出的是，执法部门对交易可能导致的反竞争效果的判断，实际上很大程度上决定了限制性条件的范围和性质。欧盟竞争总司的Gotz Drauz就曾提到：“设计与提出救济措施建议的最终义务属于当事人而非欧委会，但欧委会对于待解决的竞争问题的评估，直接决定了救济措施的范围。”¹

二、附条件建议的时限

就交易当事人提出限制性条件的时限而言，一般在并购审查程序的任何阶段企业都可以提出。有些案件中，考虑到案件审查法定期限的约束，执法部门可能在明确竞争关注后，会要求当事人在其要求的期限之内提出。EDP/ENI/GDP案中，为消除欧委会对交易的竞争关注，企业在审查期间多次提出限制性条件建议，但都未获得欧委会认可。2004年12月3日合并企业第四次提出条件建议，欧委会指出，由于该建议提交时间过晚，距离委员会计划对最终决定进行讨论的会议时间只剩三个工作日，这导致委员会没有充足的时间对建议进行评估，同时考虑到新建议与前几次建议没有实质性区分，因此，这一次的建议将不被视为委员会最终决定的基础。²

企业一般是在执法部门对交易进行了实质性分析，确定交易可能导致的反竞争效果之后，再提出限制性条件建议。这种情况下，当事人往往可以针对执法部门具体的竞争关注，提出相匹配的限制性条件建议。当事人提出建议后，执法部门需要评估，评估过程中执法部门可能会提出具体的修改意见，或者只是表明对限制性条件建议不满意。这种情况下，当事人需要对最初的限制性条件建议进行修改，然后提出新的方案。合并企业这种与执法部门商谈的过程可能会循环多次，直到在限定的期限内让执法部门满意为止。

有些案件中，交易方甚至可能在执法部门提出正式的竞争关注之前，就主动向执法部门提出限制性条件建议，或者与执法部门就限制性条件的建议进行初步商谈。这种情况一般发生在交易方自身意识到执法部门对交易会存在竞争关注。为了确保执法部门更早、更顺利地作出许可决定，交易方经过权衡，认为主动与执法部门提早就限制性条件的设计进行沟通，最符合交易方的利益。有些案件中，在法定的审查期限内，企业的限制性条件建议始终都无法让执法部门满意，交易最终可能就会被执法

部门所禁止。

三、附条件建议的评估标准

执法部门在评估限制性条件方案时，要基于一定的标准去判断交易方提出的附条件建议是否值得被接受。执法部门的评估标准不仅涉及限制性条件的有效性，还涉及条件的比例性、可执行性、可监督性以及不导致新竞争问题等几个方面。

（一）有效性

“有效性”标准强调的是，提议的限制性条件必须能够处理好并购交易导致的反竞争效果，消除交易对相关市场有效竞争可能带来的过度损害。要评估限制性条件建议是否有效，执法部门必须结合企业的状况、相关市场特性等个案环境进行分析。欧委会2008年《合并救济通知》指出，承诺必须能完全消除执法部门的竞争关注。欧委会将结合市场的结构和特点，以及提议的救济措施的类型、规模和范围等因素，去评估提议的救济措施能否消除竞争关注。³

很多案件中，执法部门评估后认为当事人提出的限制性条件建议并不足以消除其确认的竞争关注。比如Nordic Satellite Distribution案中，欧委会认为当事人提出的有关放弃它们在瑞典卫星基地转发点特定权利的限制性条件建议，对于竞争问题的处理在短期内不会起作用，因为当事人仍然控制该基地的另外10个转发点。

⁴Ryanair/Aer Lingus案中，欧委会认为交易方提出的开放相关机位的承诺无法有效的修复竞争，因为受交易影响的航线在市场进入方面的障碍，除了机场的拥塞，还涉及合并企业有很强的商标影响力、其拥有的都柏林机场的大基地以及Ryanair公司的低成本运营模式。所以，欧委会认为不论在限制性条件中设计多大范围的机位开放，都不足以使得一个能对合并后企业造成有力约束的企业进入市场。该案中，Ryanair还提出了系列的行为性条件建议，包括将Aer Lingus的短途航空票价降低10%，取消Aer Lingus对长途航空的燃油附加费，保留Aer Lingus商标，并将两个企业的商标持续独立运营，控制重叠路线航班频率的上升等内容。欧委会经过评估也拒绝了这些提议，认为这些措施没有直接处理被确认的竞争关注，并且这些限制性条件的作用甚至可能是减少竞争，而非促进竞争。⁵

³ Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

⁴ Nordic Satellite Distribution, Case IV/M.490, Commission decision of July 19.1995(1996 O.J. L53/20), para. 154.

⁵ Case COMP/M.4439, Commission decision of June 27, 2007(2008 O.J. C47/09), paras. 1186-1226.

（二）比例性

“比例性”标准是执法部门评估限制性条件建议的一项基本标准，即对交易附加的限制性条件应与竞争问题的严重程度相一致，即限制性条件与交易可能导致的反竞争效果在程度上合乎比例。

在欧盟，欧委会的决定必须满足比例性要求，比例性是欧盟竞争法的基本原则之一，它要求执法部门执行共同体法律的措施必须符合法律追求的目标，不要超出必要的程度。¹依据比例性标准，当存在多项可选措施时，执法部门应选择最简单的、造成的不利影响与执法目标不冲突的措施。²BaByliss SA案中，欧盟普通法院指出，如果商标的许可足以阻止市场支配地位的产生或者加强，那么欧委会要求当事人剥离相关市场中的商标，就违反了比例性原则。

³在涉及产品重叠的横向合并案件中，附加资产剥离类的结构性条件一般最容易彻底地处理竞争问题。然而，资产剥离很容易导致救济过度，因此在很多案件中，执法部门会基于比例性标准去设置适当的限制性条件，而不会武断地要求当事人进行资产剥离。Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio案中，欧委会发现为商业卫星服务的“跟踪遥测命令子系统”（TTC）以及命令接受器市场中，合并交易将创造一项近乎垄断的市场地位。当事人并未提出资产剥离的承诺，只是承诺向市场上既存的一个或多个空间设备供应商，提供一项有关TTC系统以及命令接受器领域专有技术、制造工艺以及知识产权的非排他性许可。欧委会经过评估发现：首先，TTC系统以及命令接受器业务不是独立的业务单位，而是与其他资产混合在一起；其次，重叠的产品只占相关生产资产中的小部分产出，营业额也不高；最后，重叠的市场也很小。因此，欧委会认为该案适用资产剥离的确没有必要，并且是不合比例的。⁴

（三）可执行性

“可执行性”强调的是限制性条件实施的便利性与可行性，执法部门应尽量选择简单易行的限制性条件方案。一般认为，限制性条件的执行期限越长，其可执行性就越不确定。欧委会2008年《合并救济通知》指出，因为市场竞争条件只有在承诺被履行后才能得以维持，承诺必须能在较短期限内有

¹ Germany v. Parliament and Council, Case C-380/03, 2006 E.C.R. I -1 1573, para. 144.

² easyJet v. Commission, Case T-177/04, 2006 E.C.R. II -1931, para. 133.

³ BaByliss SA v. Commission, Case T-114/02, 2003 E.C.R. II -1279, para. 173.

⁴ Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, Case COMP/M.3680, Commission decision of April 28, 2005, paras. 117-118 and 120-129.

专题研究

效实施。⁵

ENI/EDP/GDP案中，为消除欧委会的竞争关注，合并企业于2004年10月28日、11月17日、11月26日、12月3日提出了四次限制性条件建议，除第四次建议因时限问题欧委会没有进行充分评估外，欧委会经过评估，认为当事人建议的限制性条件的可执行性都非常不确定，因为这些建议过于复杂，并且不具有适当性。该案由于当事人没有提出令欧委会满意的限制性条件建议，最终交易被禁止。⁶合并企业上诉至法院，但法院指出，欧委会有权去判定当事人是否证实了其提议的承诺可以解决反竞争问题，并会考虑承诺无法完全被执行的不确定性。⁷

Ryanair/Aer Lingus案中，欧委会拒绝了Ryanair有关剥离在Heathrow机场特定机位的承诺提议。欧委会拒绝这一建议很重要的原因是，欧委会考虑到Aer Lingus的特定少数股东持有的否决权，可能会阻止机位日后的转让，所以欧委会认为Ryanair能否实际执行该承诺，存在很大的不确定性。⁸

（四）可监督性

限制性条件可行性的判断还要考虑对限制性条件进行有效监督的可能性。⁹对于当事人提议的限制性条件建议，原则上执法部门应选择那些不需要持续对其执行进行监督的建议。很多案件中，执法部门拒绝当事人提议的限制性条件方案的主要原因就是它们的执行很难被监督。欧委会《合并救济通知》提出，资产剥离一旦完成就不需要任何进一步的监督措施，但其他类型的救济措施则需要有效的监督机制，从而确保承诺的效果不会被当事人所减损甚至消除。因此，对于非资产剥离类救济措施，欧委会只接受那些设置了有效监督机制的救济措施提议。行为性条件的执行往往比较难以监督，比如开放承诺经常形式上非常复杂，监督起来非常困难。因此，交易方如果向执法部门建议开放承诺之类的限制性条件，这类限制性条件建议一般需要包含可行的监督机制。¹⁰

MCI WorldCom/Sprint案中，为消除欧委会的竞

⁵ Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

⁶ ENI/ EDP/GDP, Case COMP /M.3440, Commission decision of December 9, 2004, paras.610-913.

⁷ EDP v. Commission, Case T-87/05, 2005 E.C.R. II -3745, paras. 62.65.72.102.

⁸ Ryanair/Aer Lingus, Case COMP/M.4439, Commission decision of June 27, 2007(2008 O.J. C47/09), paras. 1227-1233.

⁹ F. Lévêque and H. Shelanski (eds), Merger Remedies in American and European Union Competition Law, Cheltenham, UK and Northampton, MA , USA: Edward Elgar,160-171.

¹⁰ Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

争关注，合并企业提出了限制性条件建议，承诺剥离Sprint的互联网业务，欧委会经过评估，认为合并企业提出的附条件建议不足以消除交易可能导致的反竞争效果，最终还是禁止了该交易。欧委会之所以拒绝合并企业的限制性条件建议，其中一个重要原因就是条件实施的监督过于复杂，几乎无法实现。该案中，如果执法部门接受当事人提出的附条件建议，就需要委托监督受托人去对网络传输、局部访问以及其他操作支持系统协议的实施进行监督，还必须监督合并后企业不以任何形式去阻碍被剥离业务的发展与独立。欧委会认为，监督需要耗费大量的人力，且具备相关专业技能，监督人还需要拥有很大的监督职权。欧委会认为，即使能找到具备相应能力的监督人，监督任务的复杂性还是使得限制性条件有效实施的不确定性过高。¹

（五）不产生新的竞争问题

对特定并购交易附加的限制性条件如果不合适，可能会产生新的竞争问题。要求附加的限制性条件不产生新的竞争问题，强调的是执法部门必须充分考虑限制性条件本身可能给市场竞争带来的负面影响，避免因附加的条件不当，给市场竞争造成损害。欧盟普通法院就指出，当适用《欧盟合并控制条例》时，欧委会不能同意那些违背竞争规则，损害共同体市场有效竞争维持或发展的承诺。这种情况下，欧委会必须对承诺与市场的兼容性进行评估。²

附加业务剥离类限制性条件时，如果将一项业务剥离给一个在相关市场上市场势力比较明显的竞争对手，这就可能导致买家获得业务后具备很强的市场势力而损害相关市场的竞争。此外，有些类型的行为性条件，本质上对市场竞争机制造成不良影响的风险就很高，执法部门对这类限制性条件的适用就需要特别慎重。比如，直接对交易完成后的企业的产品价格或服务质量进行约束的行为性条件，这类限制性条件直接对市场竞争机制的运作过程进行了干涉，如果限制性条件方案的设计不够合理，就很可能给市场有效竞争带来负面影响。因此，执法部门在评估当事人提出的限制性条件建议时，很重要的一个方面就是确保附加的限制性条件本身不会给市场竞争带来损害。

四、附条件建议的评估方法

对于当事人建议的限制性条件方案，执法部门

¹ MCI WorldCom/Sprint, Case COMP/M.1741, Commission decision of June 28.2000(2003 O.J. L300/1), paras 402,403.

² Royal Philips Electronics NV v. Commission, Case T-119/02, 2003 E.C.R. II -1433, para. 216.

可以通过已经掌握的相关信息进行内部评估，也可以适当的方式征求第三方意见，甚至通过正式的市场测试进行评估。

市场测试是美、欧执法部门对当事人提议的限制性条件进行评估的最重要的方法，它往往通过问卷调查的方式进行。执法部门通过市场测试去获取第三方（如交易方的客户、竞争对手或者供应商）对合并企业提议的限制性条件的看法非常重要。对于市场测试这种评估方法，我们可从两个方面来认识。一方面，我们应该充分认识到市场测试的重要性。首先，市场测试可以解决信息不对称问题，让执法部门有机会了解市场参与者的观点；其次，第三方可以通过市场测试了解限制性条件方案，避免条件确定后再提出异议；最后，市场测试能给交易申报方与执法部门之间的进一步商谈提供良好基础。

另一方面，我们也应认识到市场测试本身只是工具，它并非必经环节，执法部门可以结合个案的具体环境去决定是否需要进行正式的市场测试。特别是，如果特定司法辖区的案件审查期限太短，或者缺乏灵活性，则很多案件可能无法保障有充足的时间进行正式的市场测试。这种情况下，最好是设置特殊的程序规则，允许第三方参与确定限制性条件的执法程序，比如利益第三方经申请可以查阅案卷和非保密信息，并提出自己的意见等。

很多案件中，执法部门的最终决定很大程度上都依赖了市场测试中第三方对限制性条件的建议。比如在Group 4 Falck/Securicor案中，由于市场测试显示一个可靠的安全服务供应商应该提供整套的保安服务，所以欧委会最终要求当事人将包括电子保安服务在内的整套保安业务都给剥离掉。³

一些案件中，执法部门基于市场测试获得的对限制性条件方案的否定性评价，拒绝了当事人提议的限制性条件方案。比如在Total Fina/Elf Aquitaine案中，由于第三方对当事人提出的限制性条件建议作出了否定性评价，欧委会最终主张将一方当事人的子公司完全剥离掉。虽然欧委会认为这一剥离要求超出了消除竞争性产品重叠导致的竞争问题的严格范围，但这一剥离方案还是被视作为是确保资产剥离可行性所必需。⁴

结语

对并购交易附加限制性条件批准，可以在维护

³ Group 4 Falck/Securicor, Case COMP/M.3396, Commission decision of May 28, 2004, para. 148.

⁴ TotalFina/Elf Aquitaine, Case IV/M.1628, Commission decision of February 9, 2000(2001 O.J. L143/1),319, 362.

市场有效竞争与促进企业健康发展之间获得平衡。完善的企业并购附条件批准制度中，必不可少的一个环节便是限制性条件的确定机制。通过本文的梳理我们可以认识到，限制性条件确定机制由两部分内容构成，即限制性条件的建议机制以及对限制性条件建议的评估机制，我国未来出台的《附条件规定》应该重视这方面的内容。

责任编辑：赵中星

作者简介

范兴成

大成律师事务所重庆办公室律师、高级合伙人

毕业于西南政法大学，后获得西南政法大学经济学硕士及英国威尔士大学工商管理硕士学位。

为重庆市法学会民法经济法、国际经济法研究会常务理事，重庆市律师协会金融证券专业委员会委员以及重庆海外联谊会港澳分会企业家会员。

专业领域：公司投融资、并购重组、证券

韩伟

西南政法大学法学硕士，中国社会科学院研究生院法学博士，中国科学院大学博士后。

专业领域：竞争法、知识产权法



外国投资者来华签证、就业、居留法律实务概论

邹荣标

外国投资者来华签证、就业、居留法律事务是介于外商投资和移民法律服务领域的一项独特业务。由于我国移民法立法和实践相对落后，目前学术界对该领域尚无较为系统的理论研究和探讨，律师界也没有该项非诉讼法律服务进行有效挖掘和探索。本文作者从外国投资者这一独特主体出发，以多年对该业务的实践认识为基础，立足于相关实在法进行梳理和总结，对该项业务进行系统性概述，并就业务实践提供一些参考性建议。全文由前言、主文、结束语等部分构成。主文分为五章，分别对外国投资者来华签证、就业及居留以及律师办理上述业务的工作技巧等进行阐述。■

前 言

外商投资业务中经常困扰外国投资者¹的一个问题是自然人投资者以及法人投资者委派的董事、经理等高级管理人员办理来华签证、就业证和居留许可问题。该问题的处理牵涉到中国驻外使领馆、国内外事部门、公安机关出入境管理部门、外国人就业主管部门以及外商投资审核主管机关、工商登记机关等各部门之间的协调配合和交叉管理。办理该项业务涉及的法律依据既有全国人大、人大常委制定的法律、国务院行政法规，也有大量各部委制定的规章和内部工作规程。同时，该业务的办理还受到我国外事政策调整、国际关系变化的影响，主管部门在办理业务时经常要优先适用国际公约，遵循国际惯例，法律问题相当复杂。由于这些证照能否顺利办理直接影响到外商投资企业能否顺利设立和开办，也很大程度地影响外商来华投资的积极性。因此，如何全面掌握复杂的法律规定，有效解决该业务的棘手问题具有很重要的现实意义。

¹ 本文所指的外国投资者仅指不具有中国国籍的国外来中国大陆投资的自然人或者法人，不包括香港、澳门和台湾地区的来华投资者以及外国华人、华侨。

外国投资者的签证、就业、居留业务属于移民法律服务领域的一个部分。该业务具有显著的涉外性，办理业务的律师除了要掌握必备的法律知识，还要了解一些外事礼仪，掌握一定的办案技巧。目前学术界还很少对此问题专门论述的文章。该领域的学术研究和理论探讨几乎处于空白状态。本文作者通过多年承办外商投资业务中对该项业务的积极探索与总结，并对我国对该领域工作的实在法规定进行梳理，对该问题进行全面系统性阐述，以作为办理此项业务同仁的的参考。

第一章 外国投资者来华签证法律业务

一、签证业务简介

一旦外国投资者产生来华投资的意向，无论是法人还是自然人，他们必然要本人或派人到中国来调研、签约、开办或者管理企业。这就发生外国人到中国的签证问题。根据中国法律规定，外国人入境，应当向中国的外交代表机关、领事机关或者外交部授权的其他驻外机关申请办理签证。¹中国的主管机关根据外国人申请入境的事由以及外国人来中国的身份和所持护照的种类签发不同的签证，有外交签证、礼遇签证、公务签证和普通签证²。来华投资的外国人申请的签证属于普通签证。普通签证也有多种：（一）D字签证发给来中国定居的人员；（二）Z字签证发给来中国任职或者就业的人员及其随行家属；（三）X字签证发给来中国留学、进修、实习6个月以上的人员；（四）F字签证发给应邀来中国访问、考察、讲学、经商、进行科技文化交流及短期进修、实习等活动不超过6个月的人员；（五）L字签证发给来中国旅游、探亲或者其他私人事务入境的人员，其中9人以上组团来中国旅游的，可以发给团体签证；（六）G字签证发给经中国过境人员；（七）C字签证发给执行乘务、航空、航运任务的国际列车乘务员、国际航空器机组人员及国际航行船舶的海员及其随行家属；（八）J-1签证发给来中国常驻的外国记者，J-2字签证发给临时来中国采访的外国记者。³一般外国投资者要申请的签证是F商务签证和Z职业签证。

¹ 参见《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第六条。

² 参见《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第十条、《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第四条。

³ 参见《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第四条。

外国人来华F签证可以到中国驻外使领馆申请，也可以在入境后向口岸签证机关申请，但是，口岸签证机关不得受理执行特别规定国家的公民的签证申请。⁴目前我国经公安部授权的口岸签证机关设立在下列口岸：北京、上海、天津、大连、福州、厦门、西安、桂林、杭州、昆明、广州（白云机场）、深圳（罗湖、蛇口）、珠海（拱北）。⁵口岸签证机关和公安机关出入境管理部门也不得签发Z字职业签证。外国人来华的职业签证要向中国的外交代表机关、领事机关或者外交部授权的的其他驻外机关申请。

二、签证通知函业务

外国投资者申请签证需要提供中国国内被授权单位的函电，也就是通常所说的签证通知函，有时候可能是会展组织的邀请函。国内被授权单位是指经我国外交部授权可以签发邀请外国人入境通知函的单位和组织，包括地市级以上外事侨务办、地方政府、大型国企、国际商务组织和原外经贸委授权的一些代理机构等等。授权单位还分一类被授权单位和二类被授权单位。如果外国投资者要申办Z字职业签证，则需要一类被授权单位的函电。二类被授权单位可签发F签证和L签证的邀请函。不同种类的签证也有一个归口管理的问题。比如国内的出入境管理部门一般不签发D字定居签证和Z字职业签证。

签证属于外事业务，外国投资者申办签证常常会受到中国外交政策调整的影响。比如，中国2008年奥运会期间，为了国家安全考虑就收紧外国人来华签证政策，即使很多外国人取得被授权单位的邀请函电，但中国驻外机关也可以其他理由拒绝发给签证。外交政策中，国与国之间讲究对等原则，外国人来华办理签证有时候还会受到两国关系变化而造成签证被拒的情形。从目前的趋势看，因为全球化的过程，国际关系日益复杂，打击国际恐怖组织的任务更加艰巨，我国对外国人来华签证的政策趋于从紧，中国驻外机关对签证申请资料审查更加严格，并逐步取消二类被授权单位签发邀请函电的授权；另一方面，该项业务也更加规范化，尽量减少签证工作的随意性和随机性。

三、外国投资者所涉签证业务

常见的外商来华投资有四种情形：一、因为公

⁴ 《外国人口岸签证工作规范》第五条规定：口岸签证机关不得受理阿富汗、伊朗、伊拉克、土耳其、斯里兰卡、巴基斯坦、尼日利亚7个国家公民的签证申请。

⁵ 参见《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第二条。

司的战略布局和规模扩展，需要在中国设立外资企业；二、原来就与中国国内的企业有贸易往来或合作关系，考虑到公司业务发展或为了与关联企业更紧密合作，决定在中国国内设立外资企业；三、纯粹基于对中国经济发展的良好预期，两眼一抹黑就到中国开疆辟土来的；四、原来只是想来中国旅游或其他目的，到中国后萌生到中国投资的想法。前面两种外国投资者可通过与他们有业务关系的国内企业向本地外事办申请签证通知函，取得签证函后持有效护照到中国驻该国的使领馆或者其他代表机构申请签证。后两种外国投资者可寻求一些国际商务组织的帮助获得邀请函，也可以通过互联网结识国内的涉外单位，请求国内单位帮助申请签证通知函。当然，如果初次来华，通过旅行社办理L字旅游签证入境也是个好办法。很多来中国做贸易的外国人最初都是持旅游签证入境，到中国后认识国内的贸易伙伴，才由国内贸易伙伴代其申请商务签证。

持F签证来华的外国投资者最大的问题在于可以在华停留的时间较短。根据外国人入境出境管理法律法规的相关规定，出入境管理部门可以签发有效期6个月以内零次、一次、二次签证，对于一些特殊情况，可以签发6个月或1年多次签证，但外国人入境之日起每次在华停留期连续累计最长不超过1年¹。但是通常情况下，持F签证入境的外国人每三个月就要到境外签发一下再入境。对于一些执行特别规定的国家公民，则持F签证的外国人一次签证只能停留30日，最多只能续签二次²，这样的规定对工作紧张的商务人士来说浪费时间增加麻烦和费用不说，更严重的是妨碍商务活动顺利进行，很不利于投资项目的开办和管理。

此外，中国政府严格禁止未取得Z字签证和《就业证》的外国人在中国就业³，持F签证的外国投资者如果不将F签证变更为Z签证，其参与所投资企业的管理将受到限制。因此，外国投资者来华投资后如果要参与公司管理，出任公司的董事或者经理，就必须申请Z签证。只有取得Z字职业签证和劳动就业行政主管部门的就业证才可以向中国政府申请居留许可，顺顺当地开办企业和参与公司的管理工作。

第二章 外国投资者在中国就业法律事务

¹ 参见《外国人签证和居留许可工作规范》第十三条。

² 参见《外国人签证和居留许可工作规范》第三十三条。

³ 参见《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第十九条，《外国人在中国就业管理规定》第八条。

一、外国人在中国就业管理法律特征

外国投资者来华开办企业，参与公司管理或者出任公司的法定代表人或者外国企业委派到其常驻代表机关的首席代表、代表在中国开展工作必须依法取得职业签证。职业签证的取得与外国人向中国政府主管部门申请就业证密不可分。

外国人就业行政主管部门是劳动就业主管机关。外国人就业管理是一项介于行政管理与外交事务之间的边缘性行政法律事务。其工作方式和原则除了受法律和行政法规的规制外，还很大程度受到一国外交政策的影响，法律问题非常复杂。

对于外国人到本国就业，各国都可以基于主权原则和保护本国公民就业的考虑，对外国人就业管理制定适合本国国情的制度。同时，国家还会基于国家安全的考虑以及双边、多边关系的变化、根据对等原则调整外国人就业政策。

二、我国对外国人在中国就业管理的立法沿革

我国改革开放三十年来，对外国人在华就业政策的发展变化巨大。该领域的变迁几乎见证了这三十年改革开放的历史。立法上，我国对外国人在中国就业管理经历了一个从无法可依到各部门协调管理，最后由劳动保障部制定规章归口管理的过程。政策上，经历了从前二十年鼓励外商来华投资放宽外国人在中国就业，到后十年逐步对外国人在中国就业制度化管理，施行收紧政策，加强监管的过程。

1978年到1985年期间，我国对外国人来华就业管理基本处于立法空白的状态。

1985年11月22日全国人大常委会发布的《中华人民共和国外国人入境出境管理法》和1986年12月27日公安部、外交部联合发布的《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》对外国人在华就业问题订立了一条禁止性规范和授权性规范。⁴但是，该等规范仅对外国人在华就业的归口管理部门做了明确授权，对管理操作规范却没有具体规定。

1987年10月5日劳动人事部和公安部联合颁发《关于未取得居留证件的外国人和来中国留学的外

⁴ 《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第十九条规定：未取得居留证件的外国人和来中国留学的外国人，未经中国政府主管机关允许，不得在中国就业。《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第四十四条规定：对未经中华人民共和国劳动部或者其授权的部门批准私自谋职的外国人，在终止其任职或者就业的同时，可以处1000元以下的罚款；情节严重的，并处限期出境。对私自聘用外国人的单位和个人，在终止其雇用行为的同时，可以处5000元以上、5万元以下的罚款，并责令其承担遣送私自雇用外国人的全部费用。该《实施细则》第二十八条规定：《外国人入境出境管理法》第十九条所称的中国政府主管机关是指中华人民共和国劳动部。

国人在中国就业的若干规定》，该规定可视为中国政府对外国人在华就业进行管理的首个具有一定操作性的法律渊源。

1996年5月1日劳动部颁发的《外国人在中国就业管理规定》【劳部发（1996）29号】开始施行，1987年10月5日颁发的《关于未取得居留证件的外国人和来中国留学的外国人在中国就业的若干规定》同时废止。该规定对外国人在中国就业的条件、申请和审核程序、劳动管理、法律责任等作出详细规定。直至现在该法规仍是劳动行政主管部门据以管理外国人在华就业的最重要的法律依据。

1998年12月7日劳动和社会保障部办公厅下发《关于加强外国人在中国就业管理工作有关问题的通知》【劳社厅发（1998）19号】，进一步要求将外国人在中国就业管理工作纳入法制化轨道，并要求各级劳动保障部门高度重视，加强管理，严格审批程序和手续，把好外国人入境就业关，堵住非法就业渠道。该通知可视为中国政府收紧外国人在中国就业政策的标志。

2005年以后，随着北京奥运会的临近，为了加强国家安全保护工作，外国人在中国就业的政策再度收紧。劳动保障部陆续收回部分地级市劳动保障局对外国人在中国就业的审核权，除个别国务院授权的单列市外，外国人在华就业工作审核批准工作均由各省劳动保障厅受理执行。

三、外国投资者办理就业证程序

根据《外国人在中国就业管理规定》和目前中国政府主管部门的实际做法，办理外国人就业证主要分就业和任职两种情形。前种是指外资企业的法定代表人、董事、监事，外国企业常驻代表机构的首席代表、代表以外的外国人受聘于国内用人单位，并签署合法有效的《劳动合同》后，由用人单位向劳动行政主管部门申请该受聘外国人在中国就业许可的就业情况。外国人在中国就业，首先需取得劳动行政主管部门颁发的就业许可。在取得就业许可后，可凭就业许可、一类被授权单位的签证通知函及聘用单位的合法证件到中国驻该国的使领馆或者其他驻外代表机关申请Z签证。取得Z签证后，再回到颁发就业许可的主管部门办理就业证。

后种情形是外国投资者在中国设立外资企业后，该外资企业的法定代表人或者外国投资者委派到外资企业任职的法定代表人、董事、监事以及外国企业在华常驻代表机构的首席代表、代表可以凭《批准证书》、《营业执照》、《外国企业常驻代表机构登记证》、《外国企业常驻代表机构工作

实务研究

证》及任职文书等相关证照向主管部门直接申请就业证。

外国人在中国就业申请就业许可，必须符合下列条件¹：（一）年满18周岁，身体健康。具体操作上，主管部门要求拟聘用外国人提供由出入境检验检疫局出具的《健康证明》；（二）具有从事其工作所必须的专业技能和相应的工作经历。具体操作上，主管部门要求拟聘用外国人提供大学以上的毕业证书或者相关的技师证和工作履历，其目的是在同等条件下优先照顾本国公民对同样职位的就业机会并确保引进国外高素质人才。但是对于拟聘用外国人的学历证明和技师证效力和真实性审核，目前劳动行政主管部门尚未制定统一的审核标准。因此，主管部门的工作人员对国外获得的大学学历是否认可以及对国外形成的技师证的效力认定以及如何鉴别其真实性等都缺乏统一的认识。在实际工作中只能采取从宽原则进行认定。（三）无犯罪记录。该无犯罪记录证明由拟聘用外国人本国住所地警署或相关职权部门出具，并需经该国外交部认证司认证真实性。目前，主管部门尚未要求该证明文件需经中国驻该国使馆认证。（四）有确定的聘用单位；（五）持有有效护照或者能代替护照的其他国际旅行证件。对于聘用单位，《外国人在中国就业管理规定》第三十四条还明确禁止个体经济组织和公民个人聘用外国人。

《外国人在中国就业管理规定》第十条规定：凡符合下列条件之一的外国人可免办许可证书，入境后凭职业签证及有关证明直接办理就业证：（一）按照我国与外国政府间、国际组织间协议、协定，执行中外合作交流项目受聘来中国工作的外国人；（二）外国企业常驻中国代表机构的首席代表、代表²。该条虽然规定这符合这两个条件的可以免办就业许可，但是两者情形各有不同，因为其中还隐含一个前提条件，就是该外国人必须持有职业签证。前文所述，外国人到中国申请职业签证必须到中国驻所在国使馆办理。目前还没有对中国使馆给外国人签证的专门立法，这方面的工作一般遵循外交部门制定的内部的工作规程办理。而且因为外交政策调整和双边关系的变化，使馆签证的条件和原则可以随时会进行调整，甚至与签证官个人的工作作风也有关系，随意性很大。

对于按照我国与外国政府间、国际组织间协议、协定，执行中外合作交流项目受聘来中国工作的外国人，其签证通常有所关联的中国政府机

¹ 参见《外国人在中国就业管理规定》第八条。

² 参见《外国人在中国就业管理规定》第十条。

关或国际组织来协调处理，获得职业签证还比较容易。外国企业常驻中国代表机构的首席代表、代表要获得职业签证则还需要一些周折。一般而言，外国企业常驻中国代表机构的首席代表可以凭《外国企业常驻代表机构登记证》、《外国企业常驻代表机构工作证》以及有效护照等相关证照到使馆申请，而且还要本人亲自到场，回答签证官的询问。在证件真实性无疑且不存在其他疑虑的情况下可以获得职业签证。外国企业常驻代表机构的一般代表还是和外资企业的其他高级管理人员一样要先申请就业许可。在取得就业许可以后，凭一类被授权单位的签证函电和其他相关有效证件才能到中国驻外使馆申办职业签证。在取得职业签证后，外国人再回到申请就业许可的主管机关申办就业证。

四、外国人就业证管理制度

劳动行政部门对就业证实行年检。用人单位聘用外国人就业每满一年，应在期满前三十日内到劳动行政部门发证机关为被聘用的外国人办理就业证年检手续。逾期未办的，就业证自行失效。如果外国人在发证机关规定的区域内变更用人单位但仍从事原职业的，须经原发证机关批准，并办理就业证变更手续。外国人离开发证机关规定的区域就业或者在原规定的区域内变更用人单位且从事不同职业的，须重新办理就业许可手续¹。

第三章 外国人来华居留法律事务

一、外国人在中国居留制度简介

外国人居留管理是国家对外国人在我国居留及与之相关的事务行使管辖权的一种行为，是公安出入境管理的重要部分，也是出入境管理主管机关代表国家行使主权的重要体现。

根据国际移民法理论，居留是指合法进入一国国境的外国人，依照入境国的法律规定在该国境内停留或者居住。是否允许外国人居留，允许哪些外国人居留以及居留期限有多久，完全由接受国根据本国的安全、政治、经济、文化及社会发展的需求和国际形势独立自主决定。任何国家都没有义务接受外国人在本国居留。因此，国际社会对外国人的居留管理比较通行的做法是实行“外国人居留登记”和“外国人居留许可”两项制度，其核心是通过对外国人居留证件的管理来限制外国人的居留期限。

我国根据入境外国人法律地位的不同把外国

¹ 参见《外国人在中国就业管理规定》第二十四条。

人分为享有外交特权与豁免权的外国人和普通外国人，也包括无国籍人。外国投资者的居留管理属于后者。公安机关出入境管理部门对外国人在中国停留和居住进行管理，具有如下特征：一、各级公安机关出入境管理部门系经国家授权代表国家对本区域的外国人停留、居住行为进行管理，该管理活动是行政管理；二、管理机关不仅对外国人居留进行管理，而且对外国人在居留期间的违法犯罪活动具有管辖权；三、外国人居留管理属于涉外工作，具有公开性和强制性的特点。公开性表现在管理机关是国家授权的机关，其管理行为应根据我国法律法规、国际公约、双边条约，并参考有关的国际惯例进行。强制性是指外国人办理居留许可是强制性的，必须符合法定的条件，履行一定的程序，而且时间上也有明确的限制²。

根据国际移民法的理论，结合我国出入境管理的法律制度与公安机关出入境管理部门对外国人居留管理的实践，对普通外国人在我国居留管理可分为以下几类：

第一类是短期停留，指持旅游签证、访问签证、乘务签证、临时采访签证（J-2）以及过境签证，在我国停留不超过6个月的外国人，可在其签证有效期内在中国停留，无须办理居留许可。

第二类是临时居留，指持有职业签证、学习签证、记者签证（J-1）入境，拟在中国居留六个月以上不满一年的，需要办理外国人临时居留许可。

第三类长期居留，指持有职业签证、学习签证、记者签证（J-1）入境，拟在中国居留一年以上，但有一定居留期限的，需办理外国人居留许可。

第四类永久居留，指符合《外国人在中国永久居留审批管理办法》之规定，依法获得《外国人永久居留证》的外国人。

二、外国投资者在华居留期间法律事务

外国投资者在华居留法律事务主要有两个部分：一、代为申请居留许可；二、处理外国投资者在华居留期间常见法律事务。

一般来说，代为申请的居留许可种类主要是长期居留许可，也有一些申请外国人永久居留证的，但此类业务较少。办理外国人居留许可的主管机关是外国人任职或就业所在的地市级公安机关出入境管理部门。申请人提出申请要提供以下文件和证照：（一）外国人临时住宿登记证（原件），该证明由外国人住宿的酒店或宾馆提供。如果丢失了，也可以要求酒店再给开一张。如果外国人到中国后

² 参见王涛：《外国人居留管理探析》，《求实》2006年第一期，第202页。

住宿在所任职或就业的公司宿舍或者居民住宅，则必须到住所地的公安派出所办理临时住宿证明；（二）外国人任职或就业单位的公函；（三）已获得的《外国人就业证》；（四）外国人任职证明文件或者外国企业常驻代表机构首席代表、代表《工作证》¹。对已满18周岁的外国人自入境之日起首次申请1年以上有效期居留许可的，还需提供健康证明。负责对外国人进行健康检查、复查、对健康证明书确认的卫生医疗部门是当地的卫生检疫部门，没有卫生检疫部门的，是当地行政部门和公安机关共同指定的县级以上卫生医疗部门。对境外公立医院以及经公证的私立医院签发的健康证明无法确认的，可以要求申请人提供当地的卫生医疗部门出具的确认证明²。此外，出入境管理部门还根据情况，有权要求外国人本人到场接受询问，核实有关情况³。

申请永久居留主要根据国务院2003年12月13日批准，公安部、外交部第74号令2004年8月15日发布的《外国人在中国永久居留审批管理办法》办理。永久居留资格是一国政府依据本国法律规定，给予符合一定条件的外国人在本国居留而不受居留期限限制的一种资格。外国人在居留国享有永久居留资格，所取得的合法居留的身份证件，就是人们通常所称的“绿卡”⁴。《外国人在中国永久居留审批管理办法》共29条，分别对外国人申请在中国永久居留的资格条件、申请材料、审批程序、审批权限、取消资格等方面作出了明确规定。根据这一办法规定的申请条件，外国人申请在中国永久居留资格适用对象主要是在对中国经济、科技发展和社会进步有重要推动作用的单位任职的外国籍高层次人才，在中国有较高数额直接投资的外国籍投资个人，对我国有重大突出贡献或国家特别需要的人员，以及夫妻团聚、未成年人投靠父母、老年人投靠亲属等家庭团聚人员。根据“办法”第六条、第七条的规定：申请在中国永久居留的外国投资者应当遵守中国法律，身体健康，无犯罪记录，并符合下列条件之一：（一）在中国直接投资、连续三年投资情况稳定且纳税记录良好的；（二）在中国担任副总经理、副厂长等职务以上或者具有副教授、副研究员等副高级职称以上以及享受同等待遇，已连续任职满四年、四年内在中国居留累计不少于三年且纳税记录良好的；（三）对中国有重大、突出贡献以及国家特别需要的。实际操作中，外国投资者在中

¹ 参见《外国人签证和居留许可工作规范》第十九条。

² 参见《外国人签证和居留许可工作规范》第二十四条。

³ 参见《外国人签证和居留许可工作规范》第三十三条。

⁴ See <http://www.sina.com.cn> 2004年08月20日10:30 中国网

国投资实际缴付的注册资本金应当符合下列条件之一：（一）在国家颁布的《外商投资产业指导目录》鼓励类产业投资合计50万美元以上；（二）在中国西部地区和国家扶贫开发工作重点县投资合计50万美元以上；（三）在中国中部地区投资合计100万美元以上；（四）在中国投资合计200万美元以上⁵。

外国投资者在华居留期间的法律事务可以涵盖很多方面。从大的方面说可以包括外国人在中国的生老病死、衣食住行都会遇到相应的法律服务要求。作为外国投资者提供法律服务的律师主要从以下几个方面为客户提供法律服务：（一）提醒外国投资者办理住宿的法律风险。外国人在宾馆、饭店住宿要注意办理临时住宿登记表。如果在中国居民家中住宿，在城镇的，须于抵达后24小时内，由留宿人或者本人持住宿人的护照、证件和留宿人的户口薄到当地公安机关申报，填写临时住宿登记表；在农村的，须于72小时内向当地派出所或者户籍办公室申报。如果违反规定，公安机关可以对不办理住宿登记或者不向公安机关申报住宿登记或者留宿未持有效证件外国人的责任人处警告或者50元以上，500元以下罚款⁶。（二）如外国投资者在中国居留期间发生工作单位变更、住所变更、证件遗失等情况时，及时提醒外国投资者申请相应证照变更。证件有效期满前，及时提醒外国投资者办理延期手续，以免发生不必要的行政处罚。（三）如果外国投资者在中国发生出生、死亡事件时要及时申报。根据《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第二十六、二十七条的规定：在中国出生的外国婴儿，须于出生后1个月内由其父母或者代理人持出生证明向当地公安局申报，办理登记手续。外国人在中国死亡，其家属或者监护人或者代理人须于3日内持死亡证明向当地公安局申报并缴销死者的居留证件或者签证。非正常死亡的，有关人员或者发现者应当立即向公安机关报告。（四）作为外国投资者的律师，还要经常向其告知中国法律知识和新的法律法规，引导并确保其在中国投资、就业、居留等符合中国法律的规定，避免不必要的法律风险。

第四章 律师办理外国投资者签证、就业、居留等法律业务工作技巧

办理外国投资者签证、就业、居留等法律业

⁵ 参见《外国人在中国永久居留审批管理办法》第六条、第七条。

⁶ 参见《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第四十五条。

务涉及的行政主管部门多，依据的法律、行政法规、部门规章繁杂，而且很多时候要掌握国际关系的知识、了解国际公约、双边条约和国际惯例。很多工作都具有涉外性的特征，与我国外事工作联系紧密，因此办理此类业务要特别注意工作技巧和沟通方式。

首先，作为提供这方面法律服务的专业律师要充分理解和掌握办理业务所依据的法律法规、部门规章以及相关国际公约、国际惯例。对受委托的业务能否办理、办理程序以及所需的工作日要心中有数，这样才能做得成功且不误事。

其次，平时要多了解时事政治，留意国际政治、经济的动态，了解国内经济、政治的变化，注意外交政策动向。这样才能把握业务涉及的行政主管部门的办事原则和心理特征，有效推进业务的成功办理。

最后，办理这项业务的律师尤其要注意着装、仪表和礼仪，并注意语言沟通技巧。因为这项业务的涉外性，很多时候都具有外事业务的特征。外事工作很重要的一项就是注意礼仪和仪表。律师办理业务时着装得体，既是对客户的尊重，也是对办事工作人员的尊重，也说明律师对工作的重视。同样的，庄重得体的着装也会得到客户的欣赏和工作人员的尊重。

在办理业务中，语言沟通也是很重要的。办事中对待工作人员的语气要显得尊重和诚恳。因为这项业务所涉行政主管部门较多，各部门在适用规定和工作规程上经常会有冲突的地方，而且会发生部

门之间对认定同一法律文件标准不一致的情况。这时候，作为律师不要和办事人员争执，而是要用诚恳的语气与他们探讨，耐心向他们解释其他部门的说法，以及自己对法律规定的理解。如果还是无法说服经办人员，也无需着急，可以用探讨的口气问能不能和他们的分管领导沟通一下，通过这样的方式往往解决起来更容易。切忌在经办人员争执不下后就私下去找他们领导往下压，这样可能会给以后的工作带来更大的阻力。办事时要显得落落大方，从容淡定，动作可以慢一点，无需急促。一个毛毛糙糙办事匆匆忙忙的律师，客户是不会欣赏的。如果律师在处理略显对抗的工作状况中能够迸发出几分急智和幽默，客户对你服务的满意度将骤然提高。

结束语

外国投资者来华签证、就业和居留法律业务属于移民法律业务中的一部分。由于我国移民法立法的滞后以及律师非诉讼业务拓展的局限性，我国律师在移民法律服务领域所提供的服务非常单一、零散。律师对该项业务的理论研究和实践探索非常缺乏。本文仅从外国投资者这一特殊主体的法律业务角度出发对相关实在法规定进行梳理和总结并实践操作提供一些经验性的建议，尚不能构成一个完成的理论体系。笔者相信随着全球经济一体化和国际交流日益广泛，移民法律服务将越来越受到律师业的重视，与此相伴而生的理论和实务研究也将越来越成熟和完善。

责任编辑：张馨

作者简介

邹荣标

大成律师事务所厦门办公室律师、合伙人

厦门大学法律硕士

专业领域：涉外法律、并购与重组、金融法律、知识产权



药品技术转让 应注意的几个法律问题

李洪奇

药品技术转让，是指药品技术的所有者按照《药品技术转让注册管理规定》的要求，将药品生产技术转让给受让方药品生产企业，由受让方药品生产企业申请药品注册的过程。

就法律关系而言，药品技术转让本应属于买卖合同范畴，受《合同法》及其司法解释调整。但由于我国对药品企业和药品本身均实行行政许可制度，而药品技术转让必然导致某些行政审批事项的变更，因此，药品技术转让在“合同自由原则”之上，还要满足行政审批规定的限制性条件，甚至与企业股权结构相关联。

把“药品技术转让”定义为“申请药品注册的过程”是我国药品管理法律制度的要求。为了保持与《药品管理法》和《药品注册管理办法》的立法统一，药品技术转让必须通过药品补充申请程序，取得《药品补充申请批件》及新的药品批准文号，以便有效监督和管理。然而，这种规定无疑增加了药品技术转让的复杂性和不确定性，造成了一些企业的困扰和误解。

为帮助企业认清药品技术转让的法定程序、法律关系及其法律风险，避免产生不必要的法律纠纷，本文从实务角度提醒企业决策者注意以下几个法律问题。

一、药品技术转让应当进行可行性研究和尽职调查

通常情况下，完成一个药品技术转让项目需要三个阶段。

（一）第一阶段：签订《药品技术转让意向书》

该阶段考虑的内容主要包括：药品技术转让的禁止性规定；拟转让药品技术的独占性、竞争性和预期收益；品种的市场定位和产品周期；工业生产与商业流通的总体安排；目标公司履约能力和信

誉；地方政府倾向性意见和可能涉及的行政程序等。《药品技术转让意向书》应包括：技术转让条件；交易安排；共管账户或担保；排他性协商；保密条款；正式文件签署的成就条件等。

（二）第二阶段：签订《药品技术转让协议》
该阶段至少要完成三项主要工作：尽职调查、内部决策和正式谈判。

1、尽职调查。要查清转让方公司沿革、治理结构、股权比例、资质证书、技术证明、经营状况、资产评估、财务审计、法律风险等，重点对药品技术的合法性、有效性和实用性进行核查，包括药品技术审批机关和审批时间、是否由地方标准转为国家标准、是否曾经或正在生产、品种剂型是否与受让方《药品生产许可证》载明的生产范围一致、是否准备一次性转让品种所有规格等。

2、内部决策。要解决风险评估、可行性研究报告、内部审批手续等。

3、正式谈判。要对《药品技术转让协议》的具体条款进行约定，包括项目名称；技术的内容、范围和要求；对价的形式（现金、资产、股权或其他）；履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；技术情报和资料的保密；风险责任的承担；验收标准和方法；价款、报酬或者使用费及其支付方式；税负承担；违约金或者损失赔偿的计算方法；解决争议的方法；名词和术语的解释等。

（三）第三阶段：履行《药品技术转让协议》

该阶段要按照协议约定的交易步骤转移技术和支付对价，是药品技术转让能否成功的关键，也是对药品技术“验收标准和方法”的检验。若要保证协议顺利履行，就要把“验收标准和方法”约定得具体、详细、便于操作，协议双方应当参照《合同法》和《药品技术转让注册管理规定》的有关条款，约定“转让方应当将转让品种的生产工艺和质量标准等相关技术资料全部转让给受让方，并指

导受让方试制出质量合格的连续3个生产批号的样品，保证技术的实用性”，避免发生歧义。

以上三个阶段是相互联系，密不可分的，任何一个环节出现问题都将影响转让协议的签订和履行。企业决策者应当重视可行性研究和尽职调查工作，做出合理计划和安排。

二、药品技术转让方必须是药品技术的真正所有者

药品技术的证明文件包括《专利证书》、《新药证书》、《药品注册批件》（“药品批准文号”）、《进口药品注册证》和《医药产品注册证》等，但持有这些证书，并不必然证明药品技术就是有效的和实用的。受让方需要认真审查这些证书的所有权、实用性和法律状态，以免造成协议无效或侵权纠纷。

由于《专利证书》和《新药证书》可以是多个不同主体共同所有，且不限于药品生产企业，因此，转让药品专利申请权、药品专利权或新技术时受让方务必取得共同所有权人的书面同意。

《专利法》规定，“两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人”。《药品技术转让注册管理规定》则规定，“对于仅持有《新药证书》，但未取得药品批准文号的新药技术转让，转让方应当为《新药证书》所有署名单位。对于持有《新药证书》并取得药品批准文号的新药技术转让，转让方除《新药证书》所有署名单位外，还应当包括持有药品批准文号的药品生产企业”。

与《专利证书》和《新药证书》不同，《药品注册批件》（“药品批准文号”）、《进口药品注册证》和《医药产品注册证》按规定只颁发给某一个符合要求的药品生产企业，非生产企业无权取得，故理论上不应当出现药品技术权属争议。但实践中，确实存在一些药品研发机构或其他不具资质的单位假借生产企业名义提交药品注册申请，由生产企业“代为”取得药品批准文号的情形，即通常说的“代落文号”行为。

由于这种“技术合作”明显“违反法律、行政法规的强制性规定”，属于无效法律行为，因此，“隐名”技术所有者的权益得不到法律保护，处理不当极易产生权属和利益纠纷。所以，转让此类药品技术时必须解决权利归属及合法性问题，签订协

议时受让方应当要求转让方书面保证技术权利没有瑕疵或不存在潜在的纠纷。

三、药品技术转让不等于药品批准文号转让

药品批准文号，是指药品行政机关依据法定审批程序，批准企业生产某种新药或者仿制药，并在批准文件上标注的该药品的专有编号。《药品管理法》第三十一条规定，“生产新药或者已有国家标准的药品的，须经国务院药品监督管理部门批准，并发给药品批准文号”。

药品批准文号是药品生产合法性的标志。按规定，“每种药品的每一规格发给一个批准文号。除经国家药品监督管理局批准的药品委托生产和异地加工外，同一药品不同生产企业发给不同的药品批准文号”。药品批准文号应标注在药品包装的外标签以及用于运输、储藏的包装的标签上。除极个别药品，药品包装的外标签上只有一个药品批准文号。

正因为药品批准文号是药品生产合法性的标志，所以一些企业直接把药品批准文号等同于药品技术，甚至以《药品批准文号转让协议》代替《药品技术转让协议》，把批准文号当作合同标的物，导致协议无效和撤销。

在我国，药品技术可以有条件转让，但药品批准文号不能转让，药品技术转让后，转让方原药品批准文号必须注销，由受让方申请新的药品批准文号。

四、药品技术转让的交易设计必须符合法律规定

药品技术转让的本质属于“合同法律关系”，首先应当符合《合同法》、《专利法》的相关规定，其次符合《药品技术转让注册管理规定》的要求。

（一）《合同法》将技术转让分为“专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可”四种类型，并对转让方和受让方的权利、义务和法律责任做出了原则性规定。《专利法》则对专利技术转让的形式要件做出规定，“转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效”。所以，涉及药品专利技术转让的，协议双方应及时依法完成登记程序。

（二）《药品技术转让注册管理规定》将药品技术转让分为新药技术转让和药品生产技术转让，并对两类技术转让注册申报的条件作出规定，简而

言之，可以分为三种情况：

1、取得《新药证书》的品种，可以在不同条件下按新药技术转让或者药品生产技术转让。

2、未取得《新药证书》但持有《药品注册批件》（“药品批准文号”）的品种，只能按药品生产技术转让，且要满足“一方持有另一方50%以上股权或股份，或者双方均为同一药品生产企业控股50%以上的子公司”的要求。

3、已获得《进口药品注册证》的品种，其生产技术可以由原进口药品注册申请人转让给境内药品生产企业。

实践中，第一种情形和第三种情形比较容易操作，但第二种情形比较复杂，特别是当协议双方不能够或不愿意进行股权转让，无法达到控股50%以上的时候，药品技术转让就遇到了法律障碍。

突破法律障碍的通行做法是设立“厂外车间”。依据2003年国家食品药品监督管理局药品注册司《关于部分车间独立为药品生产企业后品种归属问题的复函》（食药监注函[2003]56号）“厂外车间被独立为药品生产企业后，原在该车间合法生产的品种，在品种产权明晰的前提下，仍然在该车间生产的，可按变更药品生产企业名称的补充申请办理品种划转手续”。转让方和受让方共同出资设立厂外车间，通过GMP认证后，生产拟转让的品种，然后以存续分立的方式将厂外车间独立为药品生产企业，转让方退出，拟转让的品种归受让方所有。

当然，利用“厂外车间”方式完成药品技术转让对于不同区域的受让方而言，无异于“异地建厂”，甚至要作出“委托生产”等安排，经营风险不容忽视。

（三）《药品技术转让注册管理规定》还对药品技术转让做出了禁止性规定，分为不得转让和不予受理两种情形。

1、不得转让或限制转让的情形。

麻醉药品、第一类精神药品、第二类精神药品

原料药和药品类易制毒化学品不得进行技术转让。第二类精神药品制剂申请技术转让的，受让方应当取得相应品种的定点生产资格。放射性药品申请技术转让的，受让方应当取得相应品种的《放射性药品生产许可证》。

2、不予受理或不予批准的情形。

下列药品技术转让注册申请不予受理，已经受理的不予批准：

（1）转让方或受让方相关合法登记失效，不能独立承担民事责任的，如公司《营业执照》被吊销或注销、《药品生产许可证》或《药品GMP证书》过期等；

（2）转让方和受让方不能提供有效批准证明文件的；

（3）在国家中药品种保护期内的，保护期标注在《中药保护品种证书》上，一级品种为30年、20年、10年，二级品种7年，期满后申请延长；

（4）申报资料中，转让方名称等相关信息与《新药证书》或者药品批准文号持有者不一致，且不能提供相关批准证明文件的；

（5）转让方未按照药品批准证明文件等载明的有关要求，在规定时间内完成相关工作的；

（6）经国家食品药品监督管理局确认存在安全性问题的药品。

以上这些药品技术转让禁止性规定非常重要，是协议双方防范合同法律风险的重要内容。

近年来，随着医药产业重组并购节奏加快，药品技术转让已经成为医药企业战略扩张、结构调整的重要手段。药品技术转让是一个复杂系统工程，需要从战略、财务、市场、运营、法律等方面综合考虑各种因素，除了前述几个应该注意的法律问题外，还应注意国家经济规划、地方产业政策、不同地区行政审批等问题，所有这些问题都会对药品技术转让的成败产生重要影响。

作者简介

李洪奇

大成律师事务所北京办公室律师、高级合伙人

毕业于北京医科大学临床医学系，后获得中国政法大学第二学位，在英国诺丁汉大学学习国际经济法。拥有执业医师和执业律师资格。北京市律师协会医药卫生法律专业委员会主任，中国卫生法学会常务理事，世界医学法学大会(World Congresson Medical Law)中国区委员，中国医药企业管理协会特聘律师，中国医师协会医疗风险管理委员会委员，卫生法学国际研究院客座教授。

专业领域：医药卫生



责任编辑：毕建伟

论劳动者单方解除劳动合同的法定程序

——《劳动合同法》第三十八条的理解和适用

《劳动合同法》第三十八条第一款对劳动者单方解除劳动合同应当遵守何种法定程序规定的不明确，主要争议集中在应当适用即时解除还是预告解除。对相关劳动法律法规和立法历史进行分析，结合《劳动合同法》的立法精神，从保护劳动者权益的社会政策出发，建议《劳动合同法》第三十八条第一款适用即时解除。■



翁飞

一、《劳动合同法》第三十八条应适用即时解除还是预告解除

劳动者单方解除劳动合同应当遵守何种法定程序，这在劳动争议纠纷案件中是一个无法绕开的重要问题。所谓劳动者单方解除劳动合同，是指劳动者单方向用人单位提出解除劳动合同，包括劳动者主动提出或因用人单位的过错被动提出解除劳动合同两种情形。

对劳动者单方解除劳动合同的法定程序，《劳动合同法》第三十八条第一款规定：“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形”。第二款规定：“用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位”。

上述条款在立法技术上存在一些瑕疵，容易令人误解¹。比如，在符合劳动合同法第三十八条第

一款规定情形下，劳动者是否可以即时解除劳动合同？如果不能即时解除，是否需要事先告知用人单位？事先告知是否一定要提前三十天？告知是否要采取书面形式？劳动者没有事先告知，是否构成违法解除劳动合同，应当承担何种责任？目前这些问题并不能从相关的劳动法律法规、司法解释、部门规章等规范性文件中找到明确答案。这给劳动者单方解除劳动合同造成一定的麻烦，给劳动者合法权益的保护带来不确定的风险。

二、实践中与《劳动合同法》第三十八条相关的典型问题

实践中有的用人单位以劳动者没有履行正常的离职手续为由，不开具离职证明，有的案例中还涉及到用人单位不转移档案等情形，从而给劳动者寻找工作或者入职新的单位造成实际困难。

劳动者还可能无法得到经济补偿或赔偿金，甚至对用人单位承担赔偿责任。比如，某员工以建筑施工单位没有及时足额支付劳动报酬，任意降低薪酬为由，不事先通知用人单位而单方离职，用人单位一般会主张劳动者在离职程序上存在过错，提出的理由通常是，劳动者没有事先告知用人单位，违法解除劳动合同，严重违反单位的规章制度；擅离职守或擅自离岗、无故旷工、严重失职，不办理工作交接手续，耽误单位的正常工作进行，给用人单位造成了损失等。用人单位如此主张的目的是，根据劳动合同法第三十九条用人单位可以单方解除劳动合同的条款，即严重违反用人单位的规章制度

的；严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的，说明用人单位解除劳动合同的合法性，或者劳动者对劳动合同终止或解除也存在过错，借此少支付或者不支付经济补偿，甚至要求劳动者赔偿违法解除劳动合同的经济损失。

另外，如果劳动者没有履行告知用人单位的程序，而双方都缺乏对劳动合同的解除或终止的相关证据，用人单位还可以主张劳动关系继续有效，要求继续履行双方之间的劳动合同，这样可以回避劳动关系违法解除的问题，进而避免支付经济补偿或违约金。如果劳动者不来正常履职，用人单位再以严重违反规章制度为由，解除劳动合同。

三、两种对立观点的评析

综合来讲，对第三十八条最常见的争议有两种。

第一种观点认为，第三十八条第一款六种情形下，劳动者也应当遵循预告解除的程序，即按照《劳动合同法》第三十七条之规定，劳动者提前三十天以书面形式通知用人单位，试用期内提前三日通知的要求，否则劳动者单方解除的行为在程序上就是违法的。

其理由如下：首先，从相关法律条文的角度看，第三十八条第二款明确规定了劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位的两种情形，由于第二款是特别规定，那么“立即解除，不需事先告知”的规定显然不适用第一款规定的六种情形。因此有理由推论出，该六种情形下，劳动者解除劳动合同，需要履行事先告知的程序，劳动者不可以（无权）立即解除劳动合同。

其次，从相关的劳动法律来看，比如《劳动法》第三十二条规定了“劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同”的三种情形，其中第一项已经被现行《劳动合同法》明文修改，即试用期内劳动者不可以随时通知用人单位解除劳动合同，而是提前三日通知。第二项为《劳动合同法》第三十八条第二款重申强调，用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的，劳动者可以随时解除劳动合同。而第三项“用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的”被略作修改，被拆散调整至第三十八条第一款的六种情形之中，这种条文上的细微调整在一定程度上可以说立法者的态度，该种情形下劳动者不可以随时通知用人单位解除劳动合同，而应当遵循预告解除的程序。

再次，从立法的历史看，2007年《中华人民共和国劳动合同法（草案）》第三十六条规定，劳

实务研究

动者除提前三十日通知用人单位即可解除劳动合同外，劳动者在用人单位未按照劳动合同约定提供劳动条件、未按时足额支付劳动报酬或者未依法为劳动者缴纳社会保险费等六种情形下，可以随时通知用人单位解除劳动合同；用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，无需通知用人单位。但是正式颁发施行的《劳动合同法》第三十八条将“随时”两字删除，这一点至少是表明立法者的原意不是劳动者该六种情形下可以“随时”解除劳动合同。

最后，从现行的规定而言，原劳动部办公厅《关于劳动者解除劳动合同有关问题的复函》（劳办发[1995]324号）“劳动者违反提前三十日以书面形式通知用人单位的规定，而要求解除劳动合同，用人单位可以不予办理。劳动者违反规定给原用人单位造成经济损失，应当依据有关法律、法规、规章的规定，按劳动合同的约定承担赔偿责任”。原劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发[1996]354号）第十八条规定：“职工解除劳动合同，应当严格按照《劳动法》的规定，提前三十日以书面形式向用人单位提出。职工自动离职属于违法解除劳动合同，应当按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》承担赔偿责任”。也就是说，即使用人单位存在第三十八条的情形，劳动者以此为理由提出离职，在三十日之内用人单位没有批准而劳动者擅自离职，用人单位可以根据依法制定的规章制度进行处理¹。

第二种观点认为，第三十八条第一款六种情形下，劳动者可以随时解除劳动合同，无需履行预告解除的程序。

其理由如下，首先，从立法技术的角度看，《劳动合同法》第三十七条规定了“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”。既然第三十八条第一款六种情形也要遵守该规定，那么这六种情形单列出来就没有任何意义。单列出来的立法设计表明第三十八条第一款六种情形不需要遵守第三十七条的规定。

其次，从保护劳动者的权益角度出发，赋予劳动者在用人单位存在过错、违法违规的情形下随时解除劳动合同的权利，可以促使和监督用人单位更好的遵守劳动法律法规，对用工不规范的用人单位而言也是比较有效的威慑。第三十八条第一款的六种情形，是用人单位违反法律规定，侵犯了劳动者

¹ 徐鸣：《浅析〈劳动合同法〉第38条第一款规定》。http://nc.jxzfz.gov.cn/Html/deyj/2008/10/451320081008114200.html 最后访问时间2012年10月12日。

的合法权益，劳动者在合法权益被侵害的情形下被迫提出解除劳动合同，是合法正当的维权行为，对此不应设置有附加条件。

最后，最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院劳动争议司法解释（三）的理解与适用》一书¹中，归纳了五种劳动者可以即时解除劳动合同的主要情形，该五种主要情形下用人单位还应当支付经济补偿金。该书作者明确支持第三十八条第一款的六种情形下，劳动者可以随时解除劳动合同的观点。这不妨看作是法官的一种学理解释来作为参考。

四、评析结论

仔细研读法条，可以看出劳动者单方解除劳动合同应当遵循的法定程序，立法采取的是分情形的递进式的规定，劳动者解除劳动合同应当遵循的程序上的限制，对应着用人单位的过错程度。用人单位的过错越严重，劳动者解除劳动合同的程序限制就越少。

对劳动者解除劳动合同应当遵循的程序这一问题，可以归纳如下：

第一，一般情形下，即用人单位完全合法合规，不存在任何过错的情形下，劳动者单方解除劳动合同应当遵循的程序是，提前三十天以书面形式通知用人单位，试用期提前三天通知。

第二，用人单位存在过错的情形下，即在《劳动合同法》第三十八条第一款的六种情形下，劳动者可以解除劳动合同，但是需要事先告知用人单位。这里的“事先”，从时间上来说，劳动合同法并没有明确规定要达到“提前三十日”的严格标准。因此从理论上而言，提前一天、一周或十天，都可以被视之为“事先”。对“事先”这一规定的时间要求，有关机构可以从立法或司法的层面做

出解释，以澄清在理解和适用上引起的混乱。这里的“告知”，劳动合同法也没有明确规定应当达到“书面形式”的严格标准。

第三，用人单位存在严重过错的情形下，即在《劳动合同法》第三十八条第二款的两种情形下，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。劳动者单方解除劳动合同的同时，需要告知用人单位。换言之，告知用人单位解除劳动合同的同时，劳动合同发生解除的效力。

五、建议

综上所述，第三十八条存在诸多问题，主要集中在“事先”的时间要求和“可以立即解除”情形的理解，建议相关部门出台劳动者依据第三十八条解除劳动合同的操作程序的细则规定。从保护劳动者合法权益的政策角度考虑，明确第三十八条第一款的六种情形下，劳动者随时可以解除劳动合同，不需事先告知用人单位。近期十一届全国人大常委会第二十七次会议初次审议了《中华人民共和国劳动合同法修正案（草案）》，《最高人民法院关于劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）（征求意见稿）》也处在征求社会各界意见的阶段，但是都没有涉及到本文探讨的劳动者单方解除劳动合同应当遵守的法定程序这一问题。预计正式出台的法律和司法解释在这一条款上也不会做出修改。

对劳动者而言，鉴于当前司法实践对此条的理解还存在争议的现状，即使在用人单位存在过错的情形，劳动者最好尽量遵守提前三十天书面通知用人单位解除劳动合同的规定，以彻底避免用人单位动辄以劳动者没有遵守解除劳动合同的法定程序进行辩解的可能。劳动者和用人单位应加深对相关条文的理解，弄清楚条文背后的制度安排和实践惯例，以做出更符合自身利益的选择。

¹ 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院劳动争议司法解释（三）的理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第126-127页。

责任编辑：王嘉希

作者简介

翁飞

大成律师事务所北京办公室律师

西北政法大学法学学士、美国密苏里大学法学硕士。参加编写《劳动合同：文本与注释》（北京大学出版社，2012年待出）。

专业领域：资本市场、公司、劳动纠纷

承认与执行外国仲裁裁决的若干程序性问题

蔡滢炜

1958年《纽约公约》并未对各国法院承认及执行外国仲裁裁决的程序性问题作出统一规定，而是将这一问题留给各缔约国的国内立法。申请人向中国法院提起承认及执行外国仲裁裁决的申请时，应遵守中国法院处理此类案件的程序性法律和规则。但是，由于立法的欠缺和滞后，中国法院处理承认与执行外国仲裁裁决案件的程序性规则在很多方面不够明确，实践中仍有一些问题亟待通过立法或司法解释的方式加以规定或澄清。本文尝试对当前中国法院审理承认与执行外国仲裁裁决案件的有关程序问题作简要介绍，并指出其中存在的问题，希望对相关的研究者和从业者有所裨益。

1958年《纽约公约》对承认及执行外国仲裁裁决程序的法律适用作出了以下规定：“各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力，并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行之，承认或执行适用本公约之仲裁裁决时，不得较承认或执行本国仲裁裁决附加之过苛条件或征收过多之费用”。可见，承认及执行外国仲裁裁决的具体程序应适用被请求执行国的法律，同时公约对执行地国适用本国程序规则执行公约裁决进行了两方面的约束：(1)承认及执行外国仲裁裁决时给予国民待遇，而不能较执行国内裁决附加更苛刻的条件；(2)承认及执行外国仲裁裁决时不得较执行国内裁决征收更高的费用。

申请人向中国法院提起承认及执行外国仲裁裁决的申请，应遵守中国法院处理此类案件的程序性法律和规则。在中国，法院受理一方当事人承认及执行外国仲裁裁决后，首先要根据《纽约公约》对申请进行审查，符合承认及执行条件且不违反中华人民共和国法律的基本原则或者社会公共利益的，法院会作出承认及执行的裁定，不符合承认及执行条件的，法院会裁定驳回其申请。但是，中国法院处理承认与执行外国仲裁裁决案件的程序性规则在有些方面仍然模糊不清，实践中仍有一些问题亟待通过立法或司法解释的方式加以明确。

一、申请人的身份限制

向中国法院提出承认与执行一项外国仲裁裁决的只能是该仲裁裁决的当事人，实践中可能出现外国仲裁裁决中判令当事人向仲裁员支付仲裁员费用的情形，但因仲裁员不是仲裁裁决的当事人，所以

其无权申请承认与执行该裁决中有关仲裁员费用的部分，不过有关仲裁员可以单独就仲裁员费用以仲裁裁决为依据向有管辖权的人民法院另行提起诉讼，此诉讼在性质上属于合同之债诉讼。

二、申请承认与执行的期限

作为一项请求权，申请承认及执行一项外国仲裁裁决必须在裁决执行地国家法律规定的诉讼时效内提起，超过诉讼时效提起承认及执行外国仲裁裁决的请求法院可不予支持。在中国，法律对承认及执行外国仲裁裁决的时效期间规定的较短，而且执行国内仲裁裁决与承认及执行外国仲裁裁决的时效期间是相同的。

根据2007年修改的《中华人民共和国民事诉讼法》，在中国申请承认与执行一项外国仲裁裁决，不再区分申请人是自然人还是法人或者其它组织，而且申请执行的诉讼时效从原来的六个月/一年统一延长至两年。修改后的《民事诉讼法》被认为已经在现有的法律框架内尽可能地延长了申请承认与执行外国仲裁裁决的期限。降低了原有规定的不合理性。不过即使是这样，那些习惯了较长诉讼时效的外国当事人 在向中国法院提出承认与执行申请时仍然需要保持足够的注意，以免因为疏忽而导致申请被驳回的不利后果。

值得指出的是，中国法律对申请承认与执行外国仲裁裁决的时效期间规定过短，不仅引起许多外国当事人的抱怨和不满，也对中国仲裁机构所作仲裁裁决在外国的承认及执行产生了不良影响。中国浙江省轻工进出口公司（以下简称浙江公司）在日

本法院申请承认及执行中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)仲裁裁决时就遭遇了外国当事人根据互惠原则提出的诉讼时效对等的抗辩。虽然该案日本法院最终没有支持申请人的抗辩,但申请承认与执行外国仲裁裁决的时效期间过短的问题,确实值得引起足够的重视。

三. 申请期限的起算

前面提到,根据修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》第215条,向中国法院申请承认与执行外国仲裁裁决的期限,从仲裁裁决规定履行期间的最后一日起计算;法律文书规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算;法律文书未规定履行期间的,从法律文书生效之日起计算。要注意的是,该法条改变了最高人民法院在麦考·奈浦敦有限公司申请承认和执行仲裁裁决一案以及瑞士邦基有限公司申请承认和执行英国仲裁裁决一案中的观点。在上述两案中,最高人民法院认为,如果国际仲裁裁决中没有关于履行期限的内容,则应当给当事人一个合理的履行期限,故从仲裁裁决书送达当事人第二日起计算较为合理,而不应从仲裁裁决作出之日起计算承认及执行的期限。

四. 在期限内提出申请,但资料不全的情形

如果申请人已在法律规定的期限内提出了承认与执行外国仲裁裁决的申请,但不能提供法院要求的完整资料,中国法院会给予一定的宽限。2004年7月5日,最高人民法院在《关于不予执行国际商会仲裁院10334/AMW/BWD/TE最终裁决一案的请示的复函》中指出:如果申请人确系在申请执行期限内提交了申请,则即使其提交的材料不完备,法院也不应直接裁定拒绝承认和执行本案裁决,而应明确告知当事人,并限定一个合理的时间让其补正,如其在限定的合理时间内拒绝补正,则应考虑以其申请不符合立案条件为由驳回其申请。

不过,这里“合理的时间”如何掌握,并无更进一步详细的标准,而是留给管辖法院自由裁量。另外,实践中如果申请人在法院给予的宽限期内仍然没有补正材料,恐怕不会是因为“拒绝补正”,而是因为宽限期内仍然无法完成相关手续,如果申请人确因客观原因无法补正,法院能否再次给予宽限,这个问题最高人民法院并未给出答案。

五. 管辖法院

提起承认及执行外国仲裁裁决的申请,申请人首先要正确选择对裁决执行有管辖权的国家和该国对案件有管辖权的法院。对承认及执行外国仲裁裁决案件有管辖权的法院,一般是被执行人的住所地国家的法院,或者被执行人财产所在地国家的法院。

但在向被申请人住所地国家法院或者被申请人财产所在地国家法院提起承认及执行外国仲裁裁决申请时,还必须符合执行地国家关于地域管辖和级别管辖的规定。

根据最高人民法院《关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》(1987年4月10日法(经)发〔1987〕5号),依纽约公约向我国法院申请承认和执行在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决,应由我国下列地点的中级人民法院受理:被执行人为自然人的,为其户籍所在地或者居所地;被执行人为法人的,为其主要办事机构所在地;被执行人在我国无住所、居所或者主要办事机构,但有财产在我国境内的,为其财产所在地。

此外,2002年3月1日最高人民法院《关于涉外民事案件诉讼管辖若干问题的规定》,对管辖法院作了新的规定,即第一审涉外民事案件(包括承认与执行外国仲裁裁决)由下列人民法院管辖:(一)国务院批准设立的经济技术开发区区人民法院;(二)省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院;(三)经济特区、计划单列市中级人民法院;(四)最高人民法院指定的其他中级人民法院;(五)高级人民法院。(上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。)

结合上述两项规定,请注意以下两点:第一,并非所有中级人民法院都有权管辖外国仲裁裁决的承认与执行,该法院必须享有涉外案件管辖权。第二,前述管辖法院有选择次序。只有当被申请人在中国内地没有住所、居所或者主要办事机构时,才应由被执行财产所在地法院管辖。

六. 申请承认及执行外国仲裁裁决应提交的法律文书

《纽约公约》对向缔约国法院申请承认及执行外国仲裁裁决时应提交的法律文书做了原则性规定。

“一、声请承认及执行之一造,为取得前条所称之承认及执行;应于声请时提具:(甲)原裁决之正本或其正式副本,(乙)第二条所称协定之原本或其正式副本。二、倘前述裁决或协定所用文字非为援引裁决地所在国之正式文字,声请承认及执行裁决之一造应备具各该文件之此项文字译本。译本应由公设或宣誓之翻译员或外交或领事人员认证之”。

注意,《纽约公约》第4条的规定没有囊括提起承认及执行外国仲裁裁决需提交的法律文书以及需要公证、认证的材料。实践中,除上述文件外,中国法院一般还会要求外国申请人在提起承认及执行外国仲裁裁决时提交:1.承认和执行仲裁裁决申请书;2.申请人的身份证明文件。申请人为自然人

的,应当载明其姓名及住所;为法人或者其他组织的,应当载明其名称及住所,以及其法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所;3.证明案件事实的证据;4.聘请法院地国家律师的授权委托书;5.被申请人财产线索。这些文书和材料都需要以中文作出或者翻译成中文,其中仲裁裁决书、订有仲裁条款的合同或者仲裁协议书、申请人身份证明材料、聘请法院地国家律师的授权委托书还需要先由公证机关或者公证员进行公证,之后再由外交、领事人员进行认证。

七. 立案程序的具体办理

一个需要注意的例外情况是,目前在香港特别行政区按香港《仲裁条例》所作出的裁决以及国际商会仲裁院等国外仲裁机构在香港特别行政区作出的仲裁裁决无需中国法院承认其效力,当事人可直接向中国法院申请强制执行。除此之外,其他外国仲裁裁决(包括澳门特别行政区仲裁机构及仲裁员按照澳门特别行政区仲裁法规在澳门作出的民商事仲裁裁决)均须首先得到我国法院的承认(认可),方可予以强制执行。

由于现行法律中对于外国仲裁裁决承认与执行案件的立案程序缺乏具体的操作性规范,在我国现行的审执分离的司法体制下,各地法院在实践中的具体作法并不统一。在有些法院,当事人被要求向法院执行庭合并提出承认与执行外国仲裁裁决的申请,由执行庭一并审查,最后由执行庭作出承认与执行外国仲裁裁决的裁定书。在另外一些法院,立案庭会一并受理当事人关于承认与执行外国仲裁裁决的申请,经审判庭审查后作出承认并执行该仲裁裁决的裁定,然后交由执行庭予以强制执行。还有一些法院会要求当事人先向立案庭提出承认外国仲裁裁决的申请,经审判庭审查承认后作出对外国仲裁裁决的效力予以承认的裁定,然后由申请人向执行庭申请执行外国仲裁裁决,最后由执行庭作出执行裁定。

笔者认为,第二种作法最有利于保护申请人的合法权益,同时也符合“审执分离”的司法原则。在最短的时间内取得承认和执行外国仲裁裁决的裁定书,才能有效避免被申请人转移财产逃避债务,使仲裁裁决得到及时的执行。由执行庭对承认与执行外国仲裁裁决的申请作出裁定的做法明显有违“审执分离”的原则,而要求当事人分别向法院内部两个部门提出申请,则不仅会造成时间成本的增加,也为裁决的执行增加了不确定性。

八. 诉前财产保全

如果在提起承认及执行外国仲裁裁决的申请的

同时,甚至在提起承认及执行外国仲裁裁决之前,申请人可以采取诉前救济措施,申请法院查封、冻结或者扣押被执行人的财产,就能有效防止被执行人转移财产使胜诉的仲裁裁决无法执行。大陆法系国家诉前保全的一般做法是仲裁程序结束后,胜诉一方当事人以仲裁裁决书为依据,在申请强制执行仲裁裁决之前向法院提起诉前保全。在美国,外国一方当事人不仅在获得胜诉的仲裁裁决后可以提出诉前保全,而且在仲裁程序过程中亦可以提出诉前保全,寻求临时救济措施,确保仲裁裁决的执行。

很遗憾,中国现行法律在这个问题上没有作出规定,现实中承认及执行外国仲裁裁决案件的申请人向中国法院提出的对被申请人的财产采取保全措施的申请也会被法院以无法律依据为由不予支持。这不能不说是一个重大的法律漏洞。对申请承认与执行外国仲裁裁决的外方当事人来说,情况尤其不利。向中国法院申请承认与执行外国仲裁裁决的外国当事人,往往在仲裁阶段并未从被申请人处获得财产担保或者即使获得了担保也不在中国境内,而且被申请人(一般都是中国公司)往往也只在中国境内有财产,考虑到中国法院对承认与执行外国仲裁裁决案件的审查一般会耗时数月甚至更久,如果被申请人企图通过转移资产达到逃避执行的目的,他将有充足的时间从事这项行为。

我们认为,这个问题应该引起外国当事人的足够重视。如果作为交易对象的中国公司资信不足,在仲裁地(比如伦敦)又没有财产,那么申请人取得一项胜诉的外国仲裁裁决之后,其在中国的执行将面临极大的风险,如果被申请人恶意逃避债务的话,申请人将缺乏有效的手段阻止其行为,最终会使胜诉裁决成为一张“空头支票”。在这种情况下,我们建议外国当事人选择中国的涉外仲裁,因为只有这样才能在仲裁阶段通过中国法院对被申请人实施财产保全。以便为将来的执行获得保障。

九. 听证程序设置

根据最高人民法院《关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》第四条,“我国有管辖权的人民法院接到一方当事人的申请后,应对申请承认及执行的仲裁裁决进行审查。”这样的规定太过于简单,立案后法院是按照民事诉讼的一般程序还是书面审查程序进行审查?法院是否需要开庭审理?是否需要给予被申请人充分的答辩机会?是否应就被申请人提出异议设置期限等?是否需要将合议庭意见上报审委会讨论?这些问题在现行的法律和司法解释中都没有明确的答案。

2007年6月4日,最高人民法院印发了《关于加

强人民法院审判公开工作的若干意见》。这份文件的第19条规定：“对办案过程中涉及当事人或案外人重大权益的事项，法律没有规定办理程序的，各级人民法院应当根据实际情况，建立灵活、方便的听证机制，举行听证。”根据这一文件精神，实践中，大多数中国法院会在承认及执行外国仲裁裁决的案件中召开听证，听取申请人和被申请人双方陈述的事实和理由，以决定是否作出承认和执行外国仲裁裁决的裁定，只有少部分法院会仅进行书面审查即作出裁定。关于听证会的具体程序，现行法律法规及司法解释层级方面尚无统一规范，不过中国目前已有北京、上海、海南等十几个省市的高级人民法院制定了执行听证程序的规范性文件，至少在这些地区听证程序是有明确规范的。

十. 收费和审查期限

1998年10月21日最高人民法院《关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限问题的规定》【法释（1998）28号】中对中国法院依照纽约公约规定，承认和执行外国仲裁裁决的收费及审查期限问题作出规定如下：

一、人民法院受理当事人申请承认外国仲裁裁决的，预收人民币5 0 0 元。

二、人民法院受理当事人申请承认和执行外国仲裁裁决的，应按照《人民法院诉讼收费办法》有关规定，依申请执行的金额或标的价额预收执行费。如人民法院最终决定仅承认而不予执行外国仲裁裁决时，在扣除本规定第一条所列费用后，其余退还申请人。

三、人民法院受理当事人申请承认和执行外国仲裁裁决，不得对承认和执行分别两次收费。对所预收费用的负担，按照《人民法院诉讼收费办法》有关规定执行。

四、当事人依照纽约公约第四条规定的条件申请承认和执行外国仲裁裁决，受理申请的人民法院决定予以承认和执行的，应在受理申请之日起两个月内作出裁定，如无特殊情况，应在裁定后六个月内执行完毕；决定不予承认和执行的，须按最高人民法院法发〔1995〕18号《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》的有关规定，在受理申请之日起两个月内上报最高人民法院。

从以上规定可以看出，向中国法院提出承认及执行外国仲裁裁决的申请有两种方式，第一种是仅提出承认外国仲裁裁决的申请，第二种是同时提出承认以及执行外国仲裁裁决的申请。第一种情况较为少见，当事人只要求承认却不要求执行一项外国仲裁裁决可能在以下两种情形下发生：1. 当事人

在中国正在进行诉讼或仲裁，但其中有关争议正是先前已经进行的某项外国仲裁的标的。此时已获有利裁决的一方当事人会提出有关争议已经解决的抗辩，并将之前的仲裁裁决作为证据，但该证据的证明力须以中国法院承认该仲裁裁决为前提，因此他需要首先向中国有关法院提出承认该外国仲裁裁决效力的申请。2. 外国仲裁裁决已经生效，但裁决中裁定的履行期限尚未届满，申请人考虑到中国法院的审查需要时间，为避免不必要的迟延，于是在裁决生效后立即向中国法院申请承认，之后待裁决中裁定的履行期限届满后再向中国法院申请执行仲裁裁决。

实践中更为常见的是上面提到的第二种情形，即当事人同时提出承认以及执行外国仲裁裁决。在大多数情况下，当事人之所以向中国法院申请承认与执行一项外国仲裁裁决，往往是因为仲裁裁决作出后，被申请人未履行裁决，而且被申请人在甚至仅在中国拥有财产。在这种情况下，提出申请时仲裁裁决裁定的履行期限已经届满，而中国法院一旦承认该项裁决，裁决就获得了和中国法院国内判决一样的法律效力和执行力，当事人因此没有必要将承认与执行申请分开进行。

根据上述规定，如果当事人仅提出承认外国仲裁裁决的申请，中国法院的收费是500元人民币。如果当事人同时提出承认以及执行外国仲裁裁决的申请，中国法院会依申请执行的金额或标的价额收取执行费，承认部分的申请费将不再收取。根据2007年4月1日起开始施行的《诉讼费用交纳办法》，执行费的交纳标准是：

1. 没有执行金额或者价额的，每件交纳50元至500元。

2. 执行金额或者价额不超过1万元的，每件交纳50元；超过1万元至50万元的部分，按照1.5%交纳；超过50万元至500万元的部分，按照1%交纳；超过500万元至1000万元的部分，按照0.5%交纳；超过1000万元的部分，按照0.1%交纳。

在最高人民法院的上述规定中，实施审查的法院被要求对外国仲裁裁决“决定予以承认和执行的，应在受理申请之日起两个月内作出裁定，如无特殊情况，应在裁定后六个月内执行完毕；对决定不予承认及执行，应根据内部报告制度在受理申请之日起两个月内上报最高人民法院。”然而，在实际操作中，两个月内作出裁定的要求很难被严格遵守，而且最高人民法院的规定还存在一个严重的漏洞，即地方法院如果决定不予承认及执行，其将不予承认及执行外国仲裁裁决的意见逐级上报至最高

人民法院后，最高人民法院应当在多长时间内审查完毕未作规定。这就意味着，最高人民法院对地方法院不予承认及执行外国仲裁裁决意见的审查是没有时间限制的，任凭最高人民法院的自由裁量。这很容易造成审查时限的随意性，实践中也确实出现了外国仲裁裁决申请承认及执行案件审查长达7年的真实案例。

从已经公开的中国法院拒绝承认及执行外国仲裁裁决的案例来看，这类案件的审查时间都是以年或者数年来计算的，“内部报告”制度的运行效率可见一斑。在法院作出承认外国仲裁裁决效力的裁定之前，外国仲裁裁决在我国并不具有强制执行效力，即使在最顺利的情况下，即法院在最高人民法院规定的两个月期限内作出了裁定，此期间也足够被申请人转移财产，或者发生被申请人发生重大经营亏损导致破产等种种无法预知的影响被申请人清偿能力的状况，使得申请人请求法院执行外国仲裁裁决的根本目的无法实现。

十一. 裁决书的内容

实践中，中国法院在审查承认与执行外国仲裁裁决申请后，作出的裁决书可分为以下几种情形：

1. 法院裁定：“对…仲裁裁决予以承认并对该仲裁裁决予以执行。”如GRD Minproc有限公司与上海飞轮实业有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案（上海市第一中级人民法院(2007)沪一中民五商初字第116号民事裁定书）

2. 法院裁定：“对…仲裁裁决的法律效力予以承认。”这种情况一般发生在当事人仅向中国法院提出承认外国仲裁裁决申请的案件中，但也可能是当事人应法院要求先提出承认外国仲裁裁决的申请，经法院裁定对外国仲裁裁决的效力予以承认后转入执行庭办理的情形，如中国矿产有限责任公司与印度那夫巴拉特出口有限公司承认外国仲裁裁决案（武汉海事法院(2010)武民商外初字第30号民事裁定书）。

3. 法院裁定：“承认…仲裁裁决书的效力，被申请人应于本裁定书送达之日起30天内履行仲裁裁决的付款义务，逾期不履行，法院将强制执行。”这种情况一再发生（如蕙兰瑜伽信托与广州环娱影视制作有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案、东地物产私人有限公司与浙江天台鑫星橡胶有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案等），令人感到困惑。从理论上讲，承认外国仲裁裁决，是为了赋予该裁决在中国境内与中国国内生效判决一样的既判力。中国法院既然承认外国仲裁裁决的效力，就应该像对待本国生效法院判决一样立即执行

该仲裁裁决，法院在仲裁裁决裁定的履行期限已经届满的情况下，又给予被执行人30天的宽限期，实际上构成了对仲裁裁决的改判。法院的这种做法既没有任何的法律依据，也严重损害了申请人的权益。

4. 法院裁定承认仲裁裁决的效力，但不予执行。这种情况可能发生在当事人向中国法院提出承认及执行仲裁裁决的申请后，法院查明该裁决实际已在中国境外得到执行，或者该仲裁裁决在中国已不具有执行的可能性，如被执行人主体已经消亡且无权利义务继受人等。

5. 法院裁定：“对…裁决不予承认与执行。”如果中国法院查明本案中存在纽约公约中规定的可不予承认与执行外国仲裁裁决的七种情形之一的，中国法院会作出前述裁定（如荷兰国际运输合同管理公司申请执行伦敦仲裁裁决案）。

十二. 上诉制度

在承认及执行外国仲裁裁决程序中，一国法院对申请承认及执行的外国仲裁裁决进行审查，如果外国仲裁裁决存在《纽约公约》或者本国法律规定的拒绝承认及执行情形，法院会以判决或者裁定方式作出不予承认与执行的决定。对不予承认与执行的判决或者裁定是否允许上诉，《纽约公约》并没有作出明确规定，而主要由各国国内立法加以解决。

各国法律在这个问题上规定不一，允许上诉的国家有之，不允许上诉的国家亦有之。不过根据本文作者统计，在英国、美国、新加坡、香港等英美法系国家/地区，以及德国、法国、瑞士、日本等大陆法系国家，拒绝执行外国仲裁裁决的法院判决或者裁定或者承认及执行外国仲裁裁决的判决或者裁定可以提出上诉。

在中国，是否承认与执行外国仲裁裁决的法院决定以裁定形式作出，根据民事诉讼法第140条，拒绝承认与执行外国仲裁裁决的裁定是不可以提出上诉的。这种制度安排的后果是，一项外国仲裁裁决能否在中国得到承认与执行完全取决于受理申请法院的判断，该法院做出的任何民事裁定都是终审裁定，不受任何权力的监督。

在中国加入纽约公约的初期，一些地方法院以地方利益或者本地企业利益为标准权衡外国仲裁裁决的承认及执行，为保护地方利益或者本地企业利益拒绝承认及执行符合执行条件的外国仲裁裁决。法院实行地方保护主义，采用的主要手段就是滥用公共政策。这是因为中国法律将公共政策表述为“社会公共利益”，但对什么是“社会公共利益”，法律又没有明确的界定，从而赋予了法官很大的自由裁量权。实践中，曾经出现过法官任意扩

张自由裁量权，对“社会公共利益”作宽泛的解释，甚至将本地某个国有企业利益解释为“国家的经济利益和社会利益”。

1995年8月28日最高人民法院发布了《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》，将不予执行涉外仲裁裁决以及拒绝承认及执行外国仲裁裁决的决定权上收最高人民法院。根据这一通知，如果中国法院认为仲裁裁决具有不予执行的情形的，在法院做出裁定不予承认与执行之前，必须将其报请上级法院进行审查，如此类推，层报至最高人民法院，只有最高人民法院也认为应当不予承认与执行，方能裁定拒绝承认与执行该项外国仲裁裁决。

“内部报告”制度是对上诉制度的技术性替代，它实际上把监督法院对涉外与外国仲裁裁决司法审查程序的权力赋予上级人民法院，但是与上诉制度不同的是，该监督程序仅能由上级法院主动启动，当事人或检察院均无权对法院作出的相关裁定提出异议。

不可否认，在中国目前的实际情况下，作为“权宜之计”，“内部报告”制度确实起到了遏制地方保护主义倾向，促进地方法院正确理解和适用纽约公约的作用。不过，“内部报告”制度的缺陷和弊端也是非常明显的。

首先，这一制度和我国现行的法律原则相抵触。“内部报告”制度将拒绝承认及执行外国仲裁裁决案件的终审权上收到最高人民法院，中级人民法院和高级人民法院在审理此类案件时决定权被架空，变成了“预审”法院。当中级人民法院拟拒绝承认及执行外国仲裁裁决时，必须将其意见上报高级人民法院，如果高级人民法院同意拒绝承认与执行，则由高级人民法院转报最高人民法院，是否拒绝承认及执行外国仲裁裁决，由最高人民法院定夺。最高人民法院审判委员会对地方人民法院的意见进行讨论，作出决定，然后将其意见以“批复”、“复函”的形式发布，中级人民法院再根据最高人民法院“批复”、“复函”作出裁定，但裁定书并不显示最高人民法院“批复”、“复函”。

作者简介

蔡滢炜

大成律师事务所北京办公室律师

武汉大学法学学士，英国南安普顿大学法学硕士。中国海商法协会会员，北京市律师协会电信与邮政专业委员会委员，首届北京市优秀留学归国律师，首届英国大律师公会BCTS项目律师，“国际仲裁法律服务网”主编。

专业领域：海事海商、国际工程、国际仲裁

从表面上看拒绝承认及执行外国仲裁裁决的裁定是中级人民法院作出的，但实际上最高人民法院变成了案件的一审法院，这显然违反了中国法律关于审级制度的规定。

其次，“内部报告”制度本身的公正性是可疑的。它并没有给予双方当事人平等的机会。当中级人民法院审查认为仲裁裁决不存在《纽约公约》规定的拒绝承认及执行的情形，它可以自行裁定承认及执行外国仲裁裁决，该裁定一经作出，即刻生效，败诉一方当事人即使认为法院裁定存在错误，也没有任何申辩的机会，法律救济的途径到此终结。可是，如果法院认为外国仲裁裁决存在《纽约公约》规定的拒绝承认及执行的情形，拟裁定不予执行，则中级人民法院要上报高级人民法院，高级人民法院要再报最高人民法院，由最高人民法院作出是否承认及执行的最终决定。可见，中国法院实际上是免费为外国仲裁裁决的申请执行人提起了“上诉”和“申诉”，这对于被申请人而言显然是不公平的。而且，如果中级人民法院裁定承认及执行外国仲裁裁决，当事人不服人民法院作出的裁定，不得上诉、不得提出再审，人民检察院也不能提出抗诉，这显然与“司法监督”和“两审终审”的立法原则相悖。

最后，现行的“内部报告”制度缺乏期限约束。根据现行规定，对决定不予承认及执行的，应在受理申请之日起两个月内上报最高人民法院，但最高人民法院应当在多长时间内审查完毕却未作规定，最高人民法院没有对自身作出约束。这就是说，最高人民法院对地方法院不予承认及执行外国仲裁裁决意见的审查是没有时间限制的，何时作出决定，全凭最高人民法院的自由裁量。实践中，案件审查经年累月的现象屡见不鲜。例如在德国旭普林国际有限责任公司申请承认和执行国外仲裁裁决案中，当事人旭普林公司于2004年8月17日向无锡市中级人民法院申请强制执行该仲裁裁决，此后历经两年无锡市中级人民法院才于2006年7月19日做出不予执行的民事裁定。本书中之前提到的审查期长达7年的承认及执行案件则更是令人感到震惊。

责任编辑：张 馨



公司副总经理要求 签订无固定期限劳动合同 的一则案例分析

杨傲霜

公司副总经理作为用人单位的高级管理人员，适用于相关劳动法律法规，同时又因为其身份的特殊性，《公司法》中亦有特别规定，实践中会因此发生竞合。此外，虽然《劳动合同法》规定了劳动者符合条件的可以要求签订无固定期限劳动合同，但是对无固定期限劳动合同中其他条款在协商不能达成一致的情形下如何确定未作明确规定。

笔者通过代理一起劳动争议案件并以本案法院判决为基础对上述问题进行分析，供大家商榷。■

案情简介：

叶某在上海某外资公司已经连续工作了十年，十年间从科长、部门经理最终升职至公司副总经理。2010年9月，叶某与公司签订最后一份劳动合同，其中载明：合同期限从2010年10月1日起至2011年9月30日止，担任公司副总经理一职，每月工资5万元，另有年终奖考核。

2011年9月5日，公司董事会做出决议，决定：叶某劳动合同到期后不再担任公司副总经理职务，若叶某愿意续订劳动合同的，工作岗位为财务部经理，每月工资根据部门经理级别确定。

2011年9月16日，叶某书面提出要求与公司签订无固定期限劳动合同。次日，公司回函载明：公司同意与您签订无固定期限合同，经公司董事会决议，届时您不再担任公司副总经理一职，新岗位为财务部经理，每月工资2.6万元。同时，公司将一式两份的劳动合同交叶某签署，但叶某拒绝。数日后，公司再次将约定岗位与工资的劳动合同送达叶某，叶某书面回函：愿意与公司签订无固定期限劳动合同，但对新岗位与工资数额无法接受，不同意签订劳动合同。

2011年9月30日，公司向叶某发出双方劳动合同于2011年9月30日终止的退工证明并支付了终止劳动合同经济补偿金。

叶某对劳动合同关系终止不服，提起劳动争议仲裁后又诉至法院，要求：1) 与公司签订无固定

期限劳动合同；2) 恢复原副总经理岗位与每月5万元的工资标准。庭审中，公司提供财务部经理已经招用他人的证据材料。最终，法院以叶某拒绝与公司签订无固定期限劳动合同，且财务部经理已经雇佣他人客观亦无法继续履行无固定期限劳动合同为由，对叶某的请求均不予支持。

案情分析：

劳动争议案件一般涉及标的小，案情简单，而本案不仅涉案标的较大，并涉及多重的法律关系及劳动法律疑点难点。在此，笔者作分析如下，以供大家参考。

一、关于《公司法》与《劳动合同法》之竞合

目前，我国尚未将劳动者如国外某些国家一样分类为资方劳动者（例如：总经理、人力资源部经理）与劳方劳动者（普通员工）。因此，无论公司高级管理人员还是普通劳动者，除公司法定代表人之外，均在劳动法律法规调整范围之下。本案中，叶某作为公司副总经理，并与公司签订劳动合同，同时受《公司法》与《劳动合同法》两部法律的调整。

根据《公司法》规定，公司董事会有权任免公司总经理、副总经理。根据《劳动合同法》规定，

工作内容（岗位）是劳动合同的必备条款之一；公司与劳动者协商一致的，可以变更劳动合同内容，变更劳动合同应当采用书面形式。实践中，总经理、副总经理在劳动合同履行过程中，如果公司因生产经营需要，通过董事会决议免除其职务的，就会产生《公司法》与《劳动合同法》竞合问题，即《公司法》规定董事会可以单方面免除总经理、副总经理职务，而《劳动合同法》规定，公司就劳动合同中工作内容（岗位）的变更，必须与劳动者协商一致。在此种情形下，公司应当适用何部法律呢？笔者认为，《公司法》与《劳动合同法》在法律渊源上均属于同一阶层，《劳动合同法》是为了明确劳动合同双方当事人的权利和义务制定的法律，其通篇规定均涉及劳动合同关系的建立、履行及终结；而《公司法》是为了规范公司组织和行为而制定的法律，其为保护公司自主经营权，赋予公司董事会对总经理、副总经理享有任免权，此系区别于公司高级管理人员与普通劳动者的特别规定。根据《立法法》规定，同一机关制定的法律，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定。据此，笔者认为，《公司法》相较《劳动合同法》而言，对公司总经理、副总经理的任免具有单方决定权，是特别规定，无须根据《劳动合同法》规定与劳动者协商一致。本案中，公司董事会决议在叶某最后一份劳动合同期满时免除其副总经理职务，即便在最后一份劳动合同履行期内免除其职务，亦符合法律规定，并不存在违法变更叶某劳动合同之嫌。

二、关于无固定期限劳动合同条款的确定

根据《劳动合同法》规定，劳动者连续在公司工作满十年的，劳动者提出要与公司签订无固定期限劳动合同的，公司应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。本案中，叶某在公司工作满十年后有权要求与公司签订无固定期限劳动合同，公司无权拒绝。

然而本案双方争议焦点是，公司就无固定期限劳动合同的劳动报酬、工作岗位等内容的确定是否也必须接受叶某的提议或者延续双方上一份劳动合同的约定呢（问题一）？如果双方对续订无固定期限劳动合同的内容无法达成一致的情形下，应当如何处理呢（问题二）？

针对问题一，公司具有协商权。

本案中，叶某已经在公司连续工作满十年，他向公司提出签订无固定期限劳动合同的要求，公司予以同意，双方达成一致，但是双方就合同其他内

容不能协商达成一致。笔者认为，根据《劳动合同法》第十四条规定，劳动者在公司连续工作满十年的，劳动者提出续订，公司应当订立无固定期限劳动合同。此项规定可显示，法律仅强制规定劳动者有权要求与公司签订期限为无固定期限的劳动合同，但未强制规定劳动者有权单方面决定劳动合同的其他内容。且根据《劳动合同法》第三条规定：订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等、自愿、协商一致、诚实信用的原则。据此，法律对无固定期限劳动合同中的条款仍赋予公司与劳动者进行协商一致确定的权利。

针对问题二，对劳动合同条款不能达成一致的问题。

实践中，如果公司在签订无固定期限劳动合同时变更上一份劳动合同的工作岗位、劳动报酬等合同条款而劳动者不同意的，往往导致无固定期限劳动合同无法签订并实际履行的困境。本案即遭遇这一问题。针对此种情形，笔者认为，可以分两种途径解决。

首先，如果劳资双方就无固定期限劳动合同中劳动报酬、劳动条件等条款无法协商一致时，可以引用《劳动合同法》第十八条作为解决方式，即劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，公司与劳动者可以重新协商；协商不成的适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者是集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

其次，双方就无固定期限劳动合同中劳动报酬、劳动条件以外的条款协商不能达成一致的情形，目前劳动法律法规尚无明文规定。笔者认为，鉴于公司对劳动者具有用工管理权，公司与劳动者处于管理与被管理的地位，故公司在与劳动者签订无固定期限合同时，有权根据生产经营的实际需要向劳动者提出变更上一份劳动合同中诸如工作岗位等内容，与劳动者进行协商。但为避免公司以此种方式迫使劳动者无法接受并签订无固定期限劳动合同，恶意规避法律义务，公司应当就变更上一份劳动合同内容的必要性与合理性承担举证责任，否则不得随意变更。与此同时，公司提供的新工作岗位等相关新合同内容也必须具有合理性与公平性。例如：本案中，叶某任公司副总经理之前是财务部经理，故，重新安排其从事财务部经理一职，并无不妥。但是，如果安排叶某担任财务部专员，很可能有失妥当。据此，如果公司能够满足上述条件，则

劳动者不得无理拒绝，否则公司有权以劳动者不与公司订立劳动合同为由，终止劳动合同关系，或者根据规章制度对劳动者进行处罚。

重要法律条文

《中华人民共和国劳动合同法》

第十四条 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

第十七条 劳动合同应当具备以下条款：

（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；

（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；

（三）劳动合同期限；

（四）工作内容和工作地点；

（五）工作时间和休息休假；

（六）劳动报酬；

（七）社会保险；

（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；

（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

第十八条 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

《中华人民共和国公司法》

第四十七条 董事会对股东会负责，行使下列职权：（九）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项。

责任编辑：丁岩

作者简介

杨傲霜

大成律师事务所上海办公室律师

曾任上海某区劳动与人事仲裁员多年，后任上海某知名劳动法专业律师事务所合伙人律师，至今专注于人力资源合规与劳动争议处理已达8年。现任上海市律协劳动法律关系研究委员会委员，上海市法学会劳动法研究会委员。

专业领域：人力资源合规、劳动争议



中美公司简繁体“采乐”注册商标 纠纷案法理述评

朱兰春

发生在世界五百强的美国强生公司和中国民营企业佛山市圣芳（联合）有限公司之间的简繁体“采乐”注册商标纠纷案，历时十年，屡经反复。案经国家工商行政管理总局商标评审委员会、安徽省巢湖市中级人民法院、广东省佛山市中级人民法院、广东省高级人民法院、北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院和最高人民法院九次裁决，终于落下漫长帷幕，中国民营企业已被司法认定为驰名商标的简体“采乐”注册商标，多次被裁决撤销，最终提审获胜。此案的特殊性，在民法学界和知识产权法学界均引发巨大的法理争议，江平、王家福、郑成思、刘春田等著名学者纷纷发表看法。鉴于该案的经典性，已入选中国法院知识产权司法保护十大案件（2009）、最高人民法院知识产权案件年度报告（2009）、最高人民法院知识产权审判案例指导（2010）、中国知识产权指导案例评注（2011）。■

一、案情简介

简繁体商标均注册 埋下争议 总祸根

1992年2月21日，美国强生公司向国家工商行政管理局商标局申请注册第627498号繁体的“采樂”商标，该注册申请于1993年1月30日被核准，指定使用的商品为第5类人用局部抗菌剂。自1994年开始，经强生公司授权许可，西安杨森公司在“酮康唑洗剂”商品上使用了未经核准注册的简体“采乐”商标，并在市场上销售。

1997年8月6日，南海市梦美思化妆品有限公司向国家工商行政管理局商标局申请注册第1214187号简体的“采乐CAILE”商标，该注册申请于1998年10月14日被核准，指定使用的商品为第3类香皂、洗发香波、浴液、洗面奶、牙膏、化妆品等。

2002年6月20日，经国家工商行政管理总局商标局核准，南海市梦美思化妆品有限公司将“采乐CAILE”商标转让给佛山市圣芳（联合）有限公司（下称圣芳公司）。

第一次异议被驳回

1998年11月13日，强生公司向国家工商行政管理局商标评审委员会提出商标争议申请，要求撤销简体的“采乐CAILE”注册商标。主要理由是，其繁体“采樂”商标注册在先，业经使用已具有较高的知名度，应依《巴黎公约》有关规定予以保护。

被争议人的简体“采乐”商标，与繁体“采樂”商标相比，除文字书写方式上存在不同，读音、含义完全相同，属于违反诚实信用原则、以复制方式将他人已为公众熟知的商标进行注册，应予撤销。

商标评审委员会经审查，于1999年12月2日作出商评字（1999）第2873号《“采乐CAILE”商标争议终局裁定书》。该裁定书认为，争议人强生公司在先注册的商标与被争议人在后注册的商标，指定使用商品分别为人用局部抗菌剂和香皂、浴液、护发素、化妆品等，两者属于不同商品类别的非类似商品。鉴于争议人强生公司的注册商标所具有的知名度和其所具有独创性的局限，该商标尚不能在非类似商品上排斥他人使用及注册“采乐”商标，其所提争议理由不能成立，“采乐CAILE”商标应予维持。

强生公司另行注册简体“采乐”商标

第一次异议被驳回后，强生公司意识到，仅仅注册繁体“采乐”商标是不够的，还应当立即申请注册简体“采乐”商标。2000年1月24日，强生公司向国家工商行政管理总局商标局申请简体“采乐”商标注册。2001年3月21日，国家工商行政管理总局商标局核准其简体“采乐”注册商标，注册号为1541897号，指定使用商品仍为人用局部抗菌剂类。

第二次异议再被驳回

在申请简体“采乐”商标注册的同时，2000年7月3日，强生公司向国家工商行政管理总局商标评审委员会提出撤销注册不当商标申请，再次要求撤销简体的“采乐CAILE”注册商标。主要理由是，其已于1993年在中国取得繁体“采樂”注册商标，西安杨森公司系其在中国的商标许可使用人，自1994年开始，在去头屑药品上对“采乐”商标进行了长期而广泛的使用、销售和宣传，“采乐”洗剂可以作为洗发香波的替代品，与被争议人注册商标名下的商品，面对的同为洗发护发产品消费者，因此极易使消费者混淆。被争议人系恶意抄袭其有较高知名度的注册商标，已构成以欺骗或其他不正当手段取得注册，根据《商标法》第27条规定，被争议人的简体“采乐”注册商标应予撤销。

商标评审委员会经审查，于2001年9月12日作出商评字（2001）第3858号《“采乐CAILE”商标撤销注册不当申请终局裁定书》。该裁定书认为，商标评审委员会经审查认为，强生公司的繁体“采樂”注册商标用于药品商品，而药品商品本身具有特定的销售渠道和消费群体，申请人未提供足够证据证明通过宣传使用其商标，已为普通化妆品商品的消费者熟知，亦缺乏足够证据证明被申请人商标的注册使用已使消费者产生误认，也缺乏足够证据证明被申请的商标系对申请人商标的恶意抄袭模仿，其所提撤销注册不当商标理由不能成立，“采乐CAILE”商标应予维持。

第三次异议：咸鱼翻身 终获支持

2002年8月20日，强生公司向国家工商行政管理总局商标评审委员会第三次提出撤销申请，请求撤销简体“采乐CAILE”注册商标。主要理由是，简繁体商标使用的商品类似，简体“采乐CAILE”商标的注册使用易使消费者产生误认，而强生公司的“采乐”商标自1994年开始在中国使用，在争议商标注册之前，早已成为知名品牌，根据新《商标法》第14条之规定，请求将其“采乐”商标认定为驰名商标，并根据有关保护驰名商标的规定，撤销简体“采乐CAILE”注册商标。

商标评审委员会经审查，于2005年6月23日作出商评字（2005）第1801号《关于“采乐CAILE”商标争议裁定书》。该裁定书认为，强生公司在此次评审申请中，就争议商标申请注册前，引证商标在中国市场的销售宣传以及二者并存引起实际混淆后果，提交了新的证据，并要求依据《商标法》第13条给予引证商标以驰名商标的保护。鉴于强生公

司提出了新的事实和理由，其评审申请应予受理。圣芳公司要求终止审理此案，不予支持。

关于驰名商标问题，强生公司在申请理由中明确提出要求依据《商标法》第13条认定其为驰名商标，并撤销争议商标。经查，引证商标经其许可由西安杨森公司专用于酮康唑洗剂商品。1994年“采乐”酮康唑洗剂产品进入市场，1995年销量达160万盒，1996年达250万盒，至1997年累计销量已达400万盒，销售范围遍布全国20余个省市。同时，西安杨森公司还通过电视、报刊、杂志等对“采乐”洗剂进行广告宣传，宣传范围遍布全国多个省市。通过宣传使用，“采乐”酮康唑洗剂作为一种去头屑药物洗剂具有了较高知名度，在争议商标申请注册前已为相关消费者熟知。因此，引证商标应被认定为驰名商标。

关于商品混淆问题，药品和普通化妆洗涤用品主要功能分别为治疗和普通洗涤养护，产品性质不同，生产和销售渠道各异，二者分属不同类别，但西安杨森公司长期将“采乐”商标使用于酮康唑洗剂商品，该洗剂的主要功能是药物治疗头屑。而在洗发水市场，去屑为洗发水常见宣传功能，对于患有头皮屑的消费群体，在选择专门药物的同时，一般也会选用具有去屑功能的日用洗发用品，加之二者均为液体洗剂，性状和使用方式相近，故使用相同商标的洗发水易被公众接受为以原有商品药用功能为基础的新的洗发用品，二者在性质和功能上具有特定关联。

“采乐”一词虽由他人首先在饲料商品上使用，并非强生公司独创，但“采乐”不是汉语中的固有词汇，与普通词汇相比仍具有较强的显著性。鉴于引证商标在相关公众中具有较高知名度，并已与西安杨森公司生产的去头屑药物洗剂产生了紧密联系，将相同文字商标使用于去屑洗发商品易使消费者认为，“采乐”洗发水具有与“采乐”药物洗剂相似的药物去屑功能，或该产品系西安杨森公司的系列产品或与西安杨森公司合作生产。强生公司提供的行业评论文章表明，争议商标使用于去头屑洗发水商品，已实际误导相关公众，产生了不良市场后果。争议商标已构成对他人驰名商标的复制摹仿，并实际误导公众，其注册和使用损害了强生公司的合法权益。在争议商标的其他指定使用商品上（香皂、浴液等）使用与引证商标相同文字的商标也极易误导公众，使消费者误认为冠以争议商标的商品系由西安杨森公司提供，或认为与西安杨森公司存在某种联系，从而给强生公司的利益造成损害，故争议商标应予撤销。

半路里杀出多个程咬金

然而，谁也没有料到，就在商标评审委员会作出第三次裁定前十天，圣芳公司的“采乐CALLE”商标已被法院认定为驰名商标。而且，法院裁判文书的生效时间，也早于商标评审委员会第三次裁定书的生效时间。

2002年以前，中国对驰名商标的认定只有行政方式一种途径。2002年，最高人民法院发布《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，其中第22条规定：“人民法院在审理商标纠纷案件中，根据当事人的请求和案件的具体情况，可以对涉及的注册商标是否驰名依法作出认定。”从此，确立了驰名商标认定的司法途径。

2005年6月13日，在另起商标侵权案件中，安徽省巢湖市中级人民法院（2005）巢民三初字第15号的生效终审判决，将圣芳公司的“采乐CALLE”商标认定为驰名商标。该生效案例随即被上报收入《人民法院生效判决认定的驰名商标统计表》（统计时间范围：2001年7月至2005年10月），并公开刊载于《中国商标报告》2006年第1卷。

值得注意的是，在2005年间，还有三家中高级法院，先后审理过强生公司、西安杨森公司与圣芳公司互诉注册商标侵权和不正当竞争案件。其中，圣芳公司诉西安杨森公司就“采乐”注册商标不正当竞争纠纷一案，业经佛山市中级人民法院、广东省高级人民法院审理，判决西案杨森公司构成不正当竞争，立即停止在其生产和销售的“采乐”酮康唑洗剂外包装、说明书及所有广告宣传中的引人误解的虚假宣传。而强生公司、西安杨森公司诉圣芳公司侵犯注册商标专用权、不正当竞争纠纷一案，北京市第一中级人民法院受理后，在审理过程中，强生公司、西安杨森公司又向法院提出撤回起诉，被依法核准撤诉。

二、法院裁决

一审裁决结果

圣芳公司对国家工商行政管理总局商标评审委员会的第三次裁定不服，向法院提起行政诉讼。北京市第一中级人民法院审理后认为，本案焦点可归纳为：

- 1、商标评审委员会受理第三次商标争议案，是否违反法定程序？
- 2、强生公司提出的商标争议申请，是否超过法定争议期限？
- 3、引证商标在争议商标注册申请日以前，是

否构成驰名商标？

4、争议商标是否构成对引证商标的复制、摹仿，以及争议商标注册在香皂、洗发香波、洗面奶、护发素等商品上，是否会误导公众，致使强生公司利益可能受到损害？

一审法院认为，关于第一个问题，根据中国商标法实施条例第35条之规定，商标评审委员会对商标评审申请已经作出裁定或者决定的，任何人不得以相同的事实和理由再次提出评审申请。因此，判断商标评审委员会受理第三次商标争议案是否违反法定程序的关键在于，本次商标争议申请的事实和理由，是否均与前两次争议申请的事实和理由相同。由于强生公司在第三次商标争议申请中，提供了用以证明其使用“采乐”商标的产品的销售数量、广告费用等，属于在前两次争议申请中并未提交的证据，因而其在本次商标争议申请中主张的事实，与前两次争议申请中主张的事实不完全相同，故不属于以相同的事实和理由再次提出评审申请。

关于第二个问题，《商标法》第41条第2款规定，已经注册的商标，违反本法第13条、第15条、第31条规定的，自商标注册之日起五年内，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销注册商标。强生公司提出商标争议的理由包括争议商标的注册违反了《商标法》第13条、第31条的规定，且争议商标系于1998年10月14日被核准注册，故其争议期为自该日起五年内，即至2003年10月13日止。现强生公司于2002年8月20日提出撤销请求，并未超过法定的撤销期限。

关于第三个问题，判断引证商标是否驰名主要应当考虑该商标的使用、宣传和在相关公众中的知名度等情况。强生公司并无使用、宣传引证商标“采樂”的证据，其提供的均系“采乐”商标的使用和宣传的证据。因此，判断引证商标是否构成驰名的前提是，强生公司对于“采乐”商标的使用和宣传，是否可以认为是对引证商标“采樂”的使用和宣传。虽然强生公司实际使用的系“采乐”商标，但该商标与其注册的引证商标仅存在“乐”与“樂”的简繁体差异。作为纯文字商标，其主要识别特征一般不会因文字的简体和繁体的变化产生本质区别。强生公司的实际使用方式并未改变引证商标的显著性，相关公众不会将“采乐”作为一个区别于引证商标“采樂”的新商标来认知，“采乐”与“采樂”均标示了相同的商品来源。因此，强生公司在商品上使用并宣传“采乐”商标的行为，可以认为是对引证商标“采樂”的使用与宣传。

根据强生公司提供的证据，可以证明其通过授

权许可的方式对“采乐”商标进行了持续的使用和大规模的广告宣传，其销售和广告范围覆盖了中国的大部分地区，该商品的较大销售量在一定程度上足以说明消费者对“采乐”商标的认知程度，获得了较高知名度，在争议商标注册之前已为相关公众所熟知，根据《商标法》第14条的规定，可以认定为驰名商标。

关于第四个问题，争议商标由文字“采乐CALLE”组成，其中文字“采乐”为该商标的显著部分，引证商标由文字“采樂”组成。争议商标的显著部分与引证商标的差异仅为“乐”字的简繁体区别，这一差别不会使相关公众对二者的文字组成、读音或者含义的理解产生差异，因此，争议商标构成对引证商标的复制和摹仿。

争议商标核定使用商品为第3类香皂、清洁剂、洗发香波、护发素、洗面奶、浴液、牙膏、香料、皮革保护剂、化妆品，引证商标核定使用的商品为第5类人用局部抗菌剂。前者主要为日常洗涤用品，后者为医用洗剂。二者的原料、主要功能、生产和销售渠道等均存在差异，属于不同的商品类别。但是，由于二者均为洗涤类商品，引证商标长期使用于专门用于杀灭有害真菌的酮康唑洗剂商品，该洗剂的主要功能是“药物治疗头屑”；而在洗发香波市场，“去屑”为这类商品常见的宣传功能之一。二者在性质、功能上具有特定关联，消费对象亦存在相同的可能性，在引证商标已为相关公众熟知的情况下，将“采乐”文字商标使用于去屑洗发水商品，易使消费者认为“采乐”洗发水具有与“采樂”药物洗剂相似的药物去屑功能，或该商品与强生公司或者西安杨森公司存在某种关系，可能使强生公司的利益由此遭受损害。圣芳公司提出的争议商标通过使用已经构成驰名商标的主张，不能改变该商标注册违反《商标法》有关规定的的事实，不能成为其注册争议商标合法的理由，遂于2007年5月11日作出（2005）一中行初字第793号行政判决书，判决维持商标评审委员会的第三次裁定书。

二审裁决结果

北京市高级人民法院认为，依照《中华人民共和国立法法》第84条的规定，法律不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权益而作的特别规定除外。本案中，争议商标注册于1998年10月14日，而新《商标法》第13条规定的五年争议期限则应自2001年12月1日起实施，此前对于已经注册的商标并无争议期限的规定。强生公司于2002年8月20日提出本次撤销注册不当商标申请，并未

超过五年争议期限，圣芳公司关于强生公司提出本次撤销申请已经超过争议期限的主张不能成立。

经强生公司许可由西安杨森公司实际使用的“采乐”商标，与第627498号引证商标“采樂”仅在字形外观上有简繁体之别，但二者的读音、含义完全相同，存在着一一对应关系，实际上系同一商标，而且西安杨森公司实际使用简体“采乐”商标并未改变引证商标的显著性，圣芳公司关于二者系不同商标的主张不能成立。本案争议商标于1998年10月14日核准注册，强生公司于1998年11月13日依据修改前的《商标法》第27条第2款，第一次提出商标争议裁定申请，又于2000年7月3日依据修改前的《商标法》第27条第1款及其实施细则第25条之规定，第二次提出撤销注册不当商标申请。强生公司前后两次提出申请适用了不同的法律条款，分属两个相互独立的程序或救济途径。2002年8月20日强生公司依据新《商标法》第13条第2款，第三次提出撤销申请，并且提交了新的证据，增加了新的事实、理由和请求，商标评审委员会受理强生公司第三次提出的撤销申请，没有违反一事不再理的原则，并无不当，商评委裁定书及一审判决认定事实清楚、适用法律正确、审理程序合法，遂于2007年12月18日作出（2007）高行终字第404号终审行政判决书，驳回上诉，维持原判。

提审裁决结果

鉴于系涉外案件，不仅案情复杂，且法理争议巨大，最高人民法院裁定提审此案，并于2009年10月22日作出终审判决，判决撤销北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院两审判决，撤销国家工商行政管理总局商标评审委员会第三次作出的商标争议裁定。值得高度注意的是，该终审判决书中的如下法理表述，体现了最高法院对目前商标争议案件的倾向性认识，有极强的现实指导意义。

关于注册商标争议的时限点从何时起算，最高人民法院认为，该院《关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》第五条的规定，是对修改前与修改后商标法衔接时期的商标评审行政案件的法律适用问题所作出的特殊规定，其中规定部分修改前商标法适用时期的事项按照修改后商标法相关规定审查，适用的前提是在修改前商标法适用时期未解决的争议，商评委在修改后商标法实施以后作出复审决定或者裁定，当事人不服向人民法院起诉的情形。本案涉及的商标争议在修改后的商标法实施前已经有过终局裁定，不属于前述司法解释第五条规定的情形，不应该适用该司法解释的规

定。国家工商局商标评审委在已作出终局裁定之后，再行受理并作出撤销商标的裁定，违反了相关法律原则。

关于《商标法》修改后，是否有溯及力，即可否推翻此前商评委的终局裁定，最高人民法院认为，在已有1999年12月、2001年9月商评委两次终局裁定之后，强生公司援引2001年修改后的商标法，仍以商标驰名为主要理由申请撤销争议商标的注册，商评委再次受理并作出撤销争议商标的裁定，违反了一事不再理原则。2001年修改后的商标法不能溯及该法修改前已受终局裁定拘束的商标争议。不能再以修改后的法律有新规定为理由对已决事项重新启动程序，否则，会冲击形成的法律秩序，打乱在当事人之间已经依法形成的利益格局，使当事人无所适从，也有损生效裁定的权威性和公信力。

关于简繁体商标究竟是不是同一商标，最高人民法院认为，强生公司的“采乐”产品作为药品只在医院、药店出售，与普通洗发水在产品性质、生产和销售渠道等方面有着明显的区别，圣芳公司的“采乐”不可能进入医药流通领域，消费者可以辨别。因此，圣芳公司在洗发水等日化用品上注册使用争议商标，不足以误导公众，不足以损害强生公司在药品商标上的利益，两个商标在药品和日化品的各自相关市场中可以共存。强生公司虽然在药品类别上注册了引证商标，但是其在洗发水等日化品市场并没有合法的在先利益，法律也不会为强生公司在药品上的商标预留化妆品市场。



三、律师点评

一个注册商标，对其异议两次均被终局驳回，已被司法认定为驰名商标，但最终又被行政裁决撤销商标注册，而且还是行政裁决否决了司法裁决，并且这种行政否决又得到另一司法裁决的连续肯定，然而该司法裁决又被最高司法机关提审否决。这种极为特殊的商标争议案例，在国内尚属首例。此前，只有一起司法裁决撤销已被行政认定为驰名商标的案例，即江西巨元医药生物工程有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠

纷案（参见商评字[2004]第3021号《关于“21金维他及图形”商标争议裁定书》、北京市第一中级人民法院[2004]一中行初字第727号行政判决书、北京市高级人民法院[2005]高行终字第122号行政判决书。一、二审法院具体判决内容引自北京法院网：<http://bjgy.chinacourt.org/public/search.php>。）因此，本案引起了法学界的高度关注，也引发了极大的争议。已故著名知识产权学者郑成思教授、原中国政法大学校长江平教授、中国社会科学院法学所王家福研究员、中国社会科学院法学所副所长陈甦研究员、中国社会科学院法学所邹海林研究员、中国社会科学院知识产权研究中心李明德教授、中国人民大学法学院刘春田教授、清华大学知识产权法研究中心王兵教授等，均对此案发表了不同的看法。

作为本案的承办律师，我认为，如下三点基本法理问题，尤富争议，其中反映出来的法律思维的价值取向，值得深入探讨：

1、涉及新旧《商标法》交接时，注册商标争议的时限点应区别对待

2001年12月1日实施的新《商标法》，第13条规定了五年的商标注册争议期限。然而，这个时限从何时起算？是从新《商标法》实施时起算，还是从争议商标注册时起算？这个问题既涉及到新旧《商标法》的适用，也涉及到《立法法》“不溯及既往”条款的理解。

在早于本案前下判的日本“蜡笔小新”注册商标争议案中，也同样涉及到商标争议的时限问题。国家工商总局商标评审委员会和北京市第一中级法院均认为，利害关系人应当在争议商标注册之日起五年内提出撤销要求，而非新《商标法》实施之日起计算时限。然而，北京市高级人民法院推翻了一审判决，认为起算时间应自新《商标法》生效之日即2001年12月1日起计算，否则对在先权利人不公平。因此，有了“蜡笔小新”的在先案例，本案的时限起点自然遵循先例。

然而，2002年1月21日起施行的最高人民法院《关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》第6条规定：“当事人就商标法修改决定施行时已满一年的注册商标发生争议，不服商标评审委员会作出的裁定向人民法院起诉的，适用修改前商标法第27条第2款规定的提出申请的期限处理；商标法修改决定施行时商标注册不满一年的，适用修改后商标法第41条第2款、第3款规定的提出申请的期限处理。”

最高人民法院的这一司法解释，显然注意到

了，商标注册争议时限的起算点，因涉及新旧《商标法》的交接，其时限起算点应区别对待，不能一刀切，应视其注册时，距新《商标法》是否满一年而有所不同。

本案中美国强生公司请求依据2001年12月1日生效的新《商标法》，请求确认其引证商标于1997年8月6日之前，即争议商标注册时已构成驰名。这一请求隐含的法律前提是，修改后的商标法，依法具有溯及力，虽于2001年12月1日起生效，但可溯及至1997年8月6日之前，作为认定强生公司引证商标在1997年8月6日之前是否驰名



的法律依据。据此，首先应予确认，强生公司提出的请求事项，其所依凭的法律前提能否成立？即：修改后的商标法是否具有溯及力？在这个关键问题上，一、二审法院无论是在“蜡笔小新”商标案中，还是在本案中，均统一适用新《商标法》实施时起算争议时限，却未提供必要的法理论证，也与最高人民法院的上述司法解释不符。

2、适用旧《商标法》作出的终局裁定，不能在新《商标法》实施后被推翻。

在新《商标法》实施前，按照旧《商标法》第29条的规定，商标评审委员会的裁定是终局的。新《商标法》实施后，司法裁判取代了行政裁定，成为终局裁决。然而，新《商标法》实施后的行政裁定或司法裁判，能否推翻此前旧《商标法》框架下的行政终局裁定？如何认识旧《商

标法》中行政机关终局裁定的既判力？

本案中，一个值得注意的现象是，无论是商标评审委员会，还是一、二审法院，均没有直接否定商标评审委员会前两次的终局裁定。换言之，前两次的终局裁定，并没有被依法撤销。事实上，在旧《商标法》中，也根本不存在撤销行政机关终局裁定的法律程序。那么，行政终局裁定的既判力，能否在新《商标法》实施后被司法裁决所否定呢？这实际上仍涉及到《立法法》中“不溯及既往”条款的理解。

按照《立法法》第84条的规定，只有为了更好地

地保护公民、法人和其他组织的权益而作的特别规定时，才可以溯及既往。据此，这一特别规定不仅应当是明确的，而且也应当是法律层次的。明确了这个法理基础，那么，在后的司法裁决推翻先前的终局裁定的既判力，似缺乏足够的法律依据。仅仅抽象地谈论在先注册权利人的公平，而不展示裁判的论证过程，不易令人信服。

其实，本案中还有一个隐而未发的法律问题，一直未被各方所触及，即商标评审委员会曾先后作出过三次裁定。而在旧《商标法》中，行政裁决是终局的。既然如此，何以会有多次终局裁定？多次终局裁定本身，是否已涉嫌程序违法？多次终局裁定之间，又以何者为最后的终局？这些扑朔迷离的问题，不应轻易忽视。值得注意的是，该案承办法官最新发表的评析文章中，已经意识到这一法律漏

洞，并明确指出，商评委的后两次案件受理及其裁定，与旧《商标法》规定的行政裁决终局性原则相悖，显属不当（参见奚晓明主编：《中国知识产权指导案例评注》下册，中国法制出版社2011年版）。笔者相信，这一观点在相当程度上反映出最高人民法院的认识倾向。

3、简繁体分别注册使用的商标，不是同一个法律商标。

本案中，无论是商标评审委员会，还是一、二审法院，均认为简体“采乐”商标与繁体“采樂”商标实际上是一回事，不过是简繁体区别而已。繁体“采樂”商标可以简化使用，简体“采乐”也可以代表繁体“采樂”商标。所谓简繁体商标，只是同一商标的不同用法而已。这种简繁体商标不分的法律意识值得反思。

从知识产权的角度看，商标作为一种重要的财产权利，其识别标志必然是法定的。准确地理解这种法定性，必须摆脱传统的惯性思维。如以通常眼光看，某个字的简繁体之间，仅字形相异而已，读音、含义完全相同，理解起来毫无歧义，因为都是一个字，就是一回事。然而，生活逻辑不同于法律逻辑。这种普通的常识性思维，远异于严格的法律思维，很难把握并理解识别商标财产的法定性。

商标财产的法定识别标志就是其注册号。不同的注册号基于不同文字的特征，不同文字的特征又基于构成元素的不同安排。同一文字的简繁体商标，一经分别核准注册，即获得各自法定的识别标志，就是两个不同的注册商标，就是两件不同的法定财产。正是这一个个不同的注册号码，区分出一个个不同的注册商标，进而确定了整个商标财产体系的权利秩序。

本案中，“采乐CAILE”商标和“采樂”商标，均获核准注册，各有不同的注册号。强生公司还另行注册了“采乐”商标，并获得新的注册号。这说明，国家工商行政管理局商标局并不认为“采乐”商标和“采樂”商标是同一个商标，不仅不是一回事，反而认为这是两个不同的商标，可以分别核准注册。既然如此，已注册的繁体商标，就不能想当然地以简体方式使用，反之亦然。同样，以未核准的简体方式使用商标，并不代表是合法使用已核准的繁体注册商标。商标的简繁体之间，不仅是不同商标的区别，也是不同财产的区别，更是不同权利的区别，绝不能随意混淆。非以法定方式使用注册商标的行为，不应得到商标法的保护。

责任编辑：张世红

作者简介

朱兰春

大成律师事务所深圳办公室律师、高级合伙人

南京大学法学博士。现任深圳市福田区政协委员、深圳市地税局特约监察员、广东省第九次律师代表大会代表，深圳市律师协会党代表、人大代表、政协委员专门委员会委员；具上市公司独立董事任职资格。

专业领域：知识产权、公司、合同



案例研习

从传奇案看

网络游戏作品的版权保护

王章伟

本文的目的是探讨网络游戏作品的版权保护问题，论文以传奇案为切入点，分析网络游戏作品的性质，认为网络游戏是计算机程序运行后在屏幕上产生的结果，计算机程序是基础，在屏幕上显示的游戏作品是客户最终所需要。网络游戏作品的实质是在计算机程序的驱动下结合了数字形式的文字、图形、声音、动画、音响、情节并能被用户以交互式访问的作品，其结构应为数据库，但作为一种互动性极强的作品，尤其是电脑游戏的核心在于架构、情节、画面、配乐等，其实质上应该是一种类似于电影的多媒体作品。网络游戏由于具有交互性的特点，使其与传统的影视作品有所区别，但这种区别并不能改变其应该受到版权法保护的实质。从版权保护的角度而言，网络游戏作品可以有两种不同形式的法律保护——即作为对计算机程序的保护与对作为屏幕上输出的图像音像作品的保护。

论文采取中外对比的方法，先是回顾了国外计算机软件的版权保护案例，介绍了美国法院通过判例确立的“思想”与“表达”的区分规则，在一个时期确立的SSO规则，随着实践的发展对SSO规则的限制，最终确立的“抽象”“过滤”“对比”三步判断法，然后对比分析了国内现有规定，指出国内规定的不足及应借鉴的方面。

对于屏幕上输出的图像音像作品的保护，论文介绍了国外判例对这种作品的保护，“思想”与“表达”的区分规则，结合国内的规定及司法实践中的不同看法，以传奇案为例，分析了这种新型多媒体作品可版权性，具体保护范围，国外判例对国内司法实践的借鉴。论文将网络游戏作品的类型划分为美术作品、人物造型、作品情节、作品名称、数据文件，并对不同类型的作品保护分别作了分析。对网络游戏作品的侵权认定方法，论文介绍了国外的三步认定法和两步法，结合国内的司法实践，指出国内应借鉴之处。

对于采取计算机程序保护和对屏幕上输出的游戏作品保护的利弊得失，论文认为既可以按照计算机软件起诉被告侵权，也可以按屏幕显示的游戏作品起诉侵权，还可以两者同时起诉，只是由于对权利人构成竞争威胁的主要是屏幕显示的游戏作品，且对计算机软件的侵权判断更专业，难度更大，耗时较长，不可测因素较多，因此，司法实践中，原告更愿意选择屏幕显示的影像作品来起诉侵权。■

一、《传奇》案情简介

（一）案情简介

韩国 Wemade Entertainment Co., Ltd 和 Actoz Co., Ltd. 共同拥有MMORPG 网络游戏 Legend of Mir II (《传奇2》)和 Legend of Mir III (《传奇3》)的著作权，二者各占50%权益。2001年6月29日，Actoz公司代表著作权人许可上海盛大网络发展有限公司为《传奇2》中文版中国大陆独家运营商。2003年6月，盛大推出《传奇世界》。Wemade 和 Actoz 认为，《传奇世界》的角色、道具、技能、操作方法、功能设置等与《传奇2》完全相同，《传奇2》的怪物、NPC、场景等也被《传奇世界》抄袭。盛大针对《传奇2》的玩家进行《传奇世界》的宣传，还将《传奇2》73区、74区的玩家“升区”至《传奇世界》，“升区”后玩家可保持原有的角色、名称、级别、装备、技能和积分。Wemade以著作权侵权和不正当竞争侵权为由

提起诉讼。Actoz公司后加入诉讼。诉讼请求为确认构成著作权和不正当竞争侵权。金钱赔偿请求将另行起诉。

（二）案件的焦点问题

1、网络游戏作品的作品类型

被告认为，网络游戏通过计算机软件运行，所以属于软件作品，应当通过软件比对进行判定。

原告认为，网络游戏作品是新型作品，属于技术领域。计算机软件仅仅是实现网络游戏运行的手段，不同的软件可以运行完全相同的游戏，应当通过游戏作品内容的对比进行判定。

2、网络游戏作品的保护范围

被告认为，网络游戏作品保护其软件。

原告认为，除软件外，网络游戏作品的具有独创性的作品内容受保护。作品内容包括角色、道具、技能、NPC、怪物等的名称、形状、价格、参数项及参数值的设定，以及场景、情节、游戏操作具体方法及设置、功能设置、界面设置等。

二、关于网游作品的性质分析

要分析网络游戏作品的性质，先要了解什么是网络游戏，一般来讲，网络电脑游戏指利用TCP/IP、IPX、UDP等协议，通过直接电缆、局域网及广域网等网络中介进行的，显示于不同终端的、供单人或多人同时或者同步进行的电脑游戏，包括该游戏著作权人发布的游戏补丁、相关数据资料等。

对网络游戏作品的性质，诚如本案原被告所代表的，有两种观点，一种认为网络游戏作品其实质是计算机程序，应按保护计算机程序的相关法律来保护；另一种则认为网络游戏的最终表现是显示在屏幕上的影像类艺术作品，应按著作权法中的艺术类作品来保护。

事实上，要分析网络游戏作品的性质，关键是弄清网络游戏作品到底是如何产生的。我们知道，网络游戏是计算机程序运行后在屏幕上产生的结果，换言之，计算机程序是基础，在屏幕上显示的游戏作品是计算机程序运行的结果。因此，依笔者所见，网络游戏作品可以有两种不同形式的法律保护——即作为对计算机程序的保护与对作为图像音像制品的输出保护。

为什么游戏作品可以享有两种不同形式的版权保护——对作为文字作品的代码（和非文字结构部分）保护与对作为图像音像制品的输出保护。答案就在于计算机程序的独特性，版权保护的软件程序实际上人类无法读懂，但是当程序由计算机来读时，计算机显示的不是代码本身而是基于代码的

屏幕显示。因为输入计算机的内容与输出的内容没有外形上的相似之处，如果版权保护只限于保护程序码，那么计算机软件就易于被其他程序员“复制”，从而编写出他们自己的代码，产生类似的甚至相同的屏幕显示，而不需要承担法律责任。因为屏幕显示是用户可以看到的全部内容，所以如果允许他人随意复制显示的内容，就会极大的削弱版权保护的价值。

因此，对网络游戏作品的版权保护，可以用两种方式，一是对计算机软件的保护，一是对屏幕上显示的游戏作品的保护。权利人可以同时采取两种方式保护，也可以选择一种对自己有利的方式保护。在国外的司法实践中，通常也认为网络游戏作品除具有软件著作权外还具有艺术类著作权。

网络游戏作品作为计算机软件的保护方式，依我国著作权法的规定，软件指的是计算机程序和文档。计算机程序指的是为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或符号化语句序列，包括源程序和目标程序。文档指的是用自然语言或形式化语言所编写的文字资料与图表，用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法。

对计算机程序的保护模式，人们作过很多探讨。由于计算机软件的工具性特点，人们首先想到的是专利法，然而专利法遇到了很大的挫折，主要原因有：一是专利法要求软件具有新颖性、创造性、实用性，但大多数软件很难达到这一标准；二是发明专利在得到应用授权之前，要经过严格审查。这种审批持续时间须将发明内容充分公开，这项规定对软件所有人而言是很难作到的，只要他人了解到了软件程序中的思想、结构就可以开发出具有同样功能的新的软件来，公开软件程序反而失去了保护软件的意义；三是专利所具有的高度独占性，在很大程度上不利于其他软件开发者在现有软件基础上进一步创新。

在专利法保护模式遇到重大挫折后，学者也试图利用商标法、反不正当竞争法和商业秘密法进行保护，但这三种保护只能成为软件保护的辅助手段发挥作用，而不能成为主要手段。经过一系列尝试，软件的版权法保护成为主流。这也正是本文下面所要重点论述的。

但版权法的保护模式同样存在着缺陷。首先版权法所提供的保护范围是不充分的。其次如何合理界定软件作品表达形式的具体范围极为困难。版

权法的侵权认定要求区分思想与表达，这种区分对软件作品来说是非常困难的。再次，传统版权法保护期限一般都是作者终生加50年，软件的更新速度快，如此长的保护是没有必要的，反而会阻碍技术进步。最后，版权法的侵权制裁措施太轻，软件复制很容易，且成本极低，而软件的工具性使其经济价值很高，成为许多盗版者铤而走险的原因。

虽然计算机软件的版权保护模式处于国际主流地位，但可以看到这种模式仍然存在着自身的缺陷。因此，各国司法界出现了放宽软件专利审查标准，由版权法保护向专利法保护的回归现象。理论和实践都已证明：传统的版权法保护模式主要缺陷在于“不足”；而单纯的专利法保护模式主要弊端在于“太过”。因此，郑成思先生建议建立软件保护的工业版权保护制度，把版权保护方法和专利保护方法结合起来，取二者之长，去二者之短，形成一种新的软件保护制度。

上面分析了对于计算机软件保护方法的利弊得失，而对于屏幕上显示的网络游戏作品的保护，法律并无明确规定，我们该如何认识呢？

我国著作权法第三条列举了八种形式的作品，即文字作品；口述作品；音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；美术、建筑作品；摄影作品；电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；计算机软件。《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》第二条也列举了多种作品形式。显然，网络游戏作品包括上述诸多作品形式，却又不能简单地归属于任何一种形式。这是否意味着网络游戏作品不属于著作权保护的作品呢？笔者认为，答案是否定的。

首先，网络游戏虽然是一种计算机软件，但计算机程序不过是电脑游戏的表达手段，电脑游戏的本质却在于表达结果。网络游戏作品是在计算机程序的驱动下结合了数字形式的文字、图形、声音、动画、音响、情节并能被用户以交互式访问的作品，其结构应为数据库，但作为一种互动性极强的作品，尤其是电脑游戏的核心在于架构、情节、画面、配乐等，其实质上应该是一种类似于电影的多媒体作品。所谓多媒体是指利用数字化技术集合至少两种以上的不同类型信息，如文字、声音、图片、摄影等于同一储存媒介，使得利用者可以利用其交互式的功能依自己的喜好与需求选择读取的顺序甚至评论、修改、补充作品内容。多媒体目前并不被承认为新的著作权客体，各国著作权法对多媒体基本上没有特别的规定。许多国家的判例认为可

将多媒体作品以电影作品、视听作品加以保护。如美国法院曾经把游戏中的声音和图像分开来采用著作权保护，后来的美国知识产权方面的白皮书建议把游戏作为视听作品。在德国更早些时候的判例将游戏作为电影来保护。

但游戏作品与传统的视听作品一样吗？游戏作品作为一种多媒体，其用户可以根据自己的想象力和能动性作出不同的选择，从而产生不同的视觉形象、场景设置和结局，这一点是游戏类艺术作品与传统的电影或视听作品明显区别。这使得游戏作品可以独立于视听作品而成为独立的作品类型。那么这种独立的作品类型能得到我国法律的保护吗？

我国著作权法第三条规定的概括性条款——“法律、行政法规规定的其他作品”，《伯尔尼公约》第二条规定的概括性条款——“‘文学艺术作品’一词包括科学和文学艺术领域内的一切作品”。从上面的法律和公约不难看出，作品不论其表现方式或形式如何，只要其符合作品的条件，就可以得到立法上的支持。网络游戏作品如果符合作品的条件，当然也应当受到著作权法的保护。

其次，网络游戏的界面设计及实现往往需要大量投资，其图像、音响、人物、情节等都反映了游戏的独创性。独创性是判断构成作品的重要标准。因此，网络游戏作品只要符合作品的独创性条件，就应该受到著作权法保护。

三、网络游戏作为计算机软件的版权保护

如前所述，网络游戏作品可以作为计算机软件来进行版权保护，下面就具体分析网络游戏作品作为计算机软件的具体保护范围及侵权认定方法。

（一）关于思想与表达

1、国外的判例

思想与表达是版权法的基本原理之一，在许多国家的法律中都有相关规定。如美国版权法第102(b)条、TRIPS及《世界知识产权组织版权条约》中都强调版权不保护思想，只保护表达，但在思想与表达之间划一条界限是一件棘手的事情，勒尼德法官曾提到“没有人确定过那条界限，也没有人能够作到。”计算机程序的实用性本质使得思想从表达形式中的抽离更加复杂。

美国是最早倡导对计算机软件进行版权保护的国家，也是软件业大国，因此，美国对计算机软件的保护对世界各国非常有借鉴意义。美国作为判例法国家，通过一系列判例确立了计算机程序的软件保护范围。

在Whelan公司诉Jaslow公司案中，上诉法院将程序运行的方式作为思想的表达。在Computer Assocs公司诉Altai公司一案中，美国第二巡回上诉法院指出，Whelan一案中法院将程序的总体上的用途等同于程序的思想的公式论述不充分。法院强调，由于计算机软件本质上的功用性，从表达中提取出思想的工作变的更加复杂了，在软件版权案件中，思想与表达二分法应当受到更加严密的关注。最后，法院确定在不同的层次上都有思想，每个子程序也有其思想。可见，思想在软件中是复杂的，多形态的。

在美国Apple Computer,Inc.诉Microsoft Corp.一案中，下列因素被联邦地方法院认为是思想：

- ①在界面中使用象征性的桌面。
- ②使用视窗显示多重图像和使用户和程序之间能有交互性。
- ③使用图表象征办公环境中熟悉的物件。
- ④通过控制这些图表作为给出指令和操作程序的方法。
- ⑤使用菜单容纳信息以节省屏幕空间。
- ⑥以对象的打开和关闭作为获取信息或菜单的方法。

在这些设计思想中，许多都具有独创性，但版权法难以对其提供保护。以专利法对其保护似更为合适。

2、国内规定的分析

我国的《计算机软件保护条例》第2条规定，该条例所保护的客体为计算机软件，亦即计算机程序和文档。同时，第4条、第6条还提出了软件保护的条件：即软件必须是由开发者独立开发的，具有原创性，且该软件必须已经固定在某种有形物体上；软件的保护不能扩大到开发软件所用的思想、数学概念、发现、原理、算法、处理过程和运行方法。

同时，《条例》第3条还对计算机程序作了定义，规定同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。因此，可以认为《条例》将源代码和目标代码视为程序的文字部分，对源程序和目标程序采取同样的著作权保护。

《条例》第6条虽明确规定“思想、处理过程、操作方法或者数学概念等”不受版权法保护，但该规定只是一个原则性规定，在实践中如何运用，在非文字侵权的软件侵权纠纷如何区分思想与表达，并没有形成系统的方法。

（二）软件的非字面部分是否得到保护——SSO规则的确立

在Whelan Associates,Inc. v. Jaslow Dental Laboratory,Inc 中，Jaslow公司在分析研究Whelan公司软件的基础上，用另一种高级语言编出功能相同的软件，这并非版权法中保护的对表达的复制，然而，Jaslow公司行为却被判侵权，法院判决认为，著作权法对计算机程序的保护，不应限于字面部分的保护，对于非字面部分，如结构、顺序、组织等也应受到保护。法院引用了美国著作权法权威Nimmer的意见，认为书籍或者戏剧的著作权不应当仅限于字面层面，他人擅自抄袭其中的情节或者布局设计也构成对其侵害，因此，对计算机程序的保护也应当扩及结构、顺序、组织部分。

对该判例的评论是：法院的判决背离了版权法只保护表达，不保护思想的一般原则。显然，很多人把结构、顺序、组织看作是“思想”，而判决使这些都成了“表达”。

问题是，软件公司花大量精力研制的软件结构、顺序、组织是软件的创意还是表达方式？依此判决，软件结构、顺序、组织是软件的表达，应受到法律的保护。实际上，在多数国家，甚至美国的很多法律学者中，也认为此案扩大了版权的保护范围，招致美国和国际的广泛批评，并认为该判决是一种越权判决行为，混淆了版权保护与专利保护的区分。尽管如此，在随后的一段时间内，该案所确立的规则在美国法院仍占据了主导地位。

在软件开发过程中，对要达到功能的软件所作的表达，绝大部分依赖作者的构思，这种构思是一种能够得到软件所要求的功能的步骤，是一种解决问题的方法，只有小部分依赖于作者将流程图转变为代码的编程技巧。针对同一功能设计构思不同，程序表达的方式也不同。保护软件的思想内容与保护软件的表达形式同样重要，而对于思想内容，版权法显得无能为力。编程过程中构思蕴涵着作者大量的创造性劳动，程序作品的思想与表达关系密切。

（三）对SSO规则的限制——三步判断法的确立

1992年在Computer Associate v. Altai 案中，法院坚持了思想与表达二分原则，法院引述R.Davis博士的证词说，通常计算机程序均可有数个子程序及子程序的子程序组成，每个子程序至少有一个“思想”。因此，所谓一个程序仅含有一个思想的理念是不对的。同样地，一项程序当中也并非只有一个“结构要素”，在程序的每一个层次上都有相应的“结构”要素。以往判例中那种认为程序的“结构、顺序和组织”必然构成程序作品的“表

达”的看法是没有根据的。为了确定两个程序是否实质相似，法院把“尼科尔诉环球电影公司”一案创立的“抽象判断规则”适用于计算机程序，提出了一套新的判断规则——三步判断法。它指的是在判断某一被告的程序是否侵犯原告程序的版权时，应分三步进行，而不能判定只要“结构、顺序、组织”相同，就一定构成侵权。根据三步测试法，法院认为被告与原告结构上的相似性完全出于硬件规格和功能的考虑，因此，并没有侵犯原告的著作权。

在此之后又有一系列案例对SSO规则提出了质疑，并最终确立了“三步判断法”即“抽象——过滤——对比测试法。”

第一步：抽象

首先通过类似反向工程的方法解剖指控他人侵权的原告程序，分离其中各个层次的抽象因素，通过抽象，程序通常可分为6个递增的层次，即：目标码，源代码，数据结构，算法或者模块，程序结构，主要功能。随着抽象层次逐级上升，越来越多的功能（即思想）被突出出来，能被推定为表达的东西越来越少，但这些通常的层次不会适用于所有程序，一般来讲专家证言将会对程序的抽象有所帮助。

第二步：过滤

抽象测试之后，各个层次不同的抽象元素需要过滤，这个过程需要在每一个层次的抽离中，审查结构成分以确定它们是否为“思想”或者是否出于效率考虑，从而是该思想的必要附随；审查是否因程序的外在因素所要求，或者是否属于公共领域，因而是不可保护的表达形式。显然，最高层次的抽象是程序的功能，不受版权法保护，被过滤；最低层次是源代码和目标代码，对其完全复制或实质相似都可能构成侵权。对中间层次的过滤通常非常重要。对于一个复杂的程序，可能在每一个层次都会有许多抽象元素，对每一层次的抽象元素过滤都应考虑以下要素：

1、效率支配的部分

虽然从理论上讲，程序员可能有无数种实现程序特定功能的方式，但是，对效率的考虑可能缩小实际的选择范围，而可能只选择一、两种切实可行的表达方式。当只有几种有限的表达一个特定思想的方式时，复制版权语言不构成侵权。这个原则的基本原理是：如果实质上只有一种表达思想的方式，那么思想与表达方式就是不可分的，版权就不能阻止对该表达形式的复制。为了避免版权人垄断思想，这样的表达形式就不应受到保护。

2、外部因素支配的部分

尼默教授指出，“在许多情况下，编写一个在具体计算环境下实施特定功能的程序而不利用标准技术工艺几乎是不可能的。”这是由于程序员的设计自由经常被外部因素所限制而造成的，诸如用作特定程序运行的计算机机械规范；与要设计的程序一同运行的其他程序的兼容性要求；计算机制造商的设计标准；接受服务的行业要求；计算机行业内广为接受的编程常规做法。

3、取自公共领域的部分

公共领域的材料可以随意取用，不能被任何一个作者独占，即使包含在一个有版权的作品中。因此，在进行实质相似分析的最后审查前，法院必须将这类材料从声称被侵权的程序中过滤出来。

4、事实

版权法拒绝保护事实，没有人可以声称对事实具有独创性。在程序中，事实常常存在于数据结构或者源代码或者目标代码的文字表达中，虽然事实本身不能受到著作权保护，但对特定事实的选择或者编辑如果具有足够的独创性可以受到版权法保护，比如数据库。

第三步：对比

一旦法院将所有的“思想”，或因效率或外在因素决定的部分，或取自公共领域中的材料从声称被侵权的材料中挑选出来，那剩下的就是可以保护的表达形式了。从作品的版权价值方面来说，这就是金块。

（四）对我国的借鉴

软件侵权案件，大多数是对软件的直接复制（盗版），关于非文字部分的软件侵权纠纷案例在我国很少，事实上，即便在美国之外的其他国家这种性质的软件纠纷也很少出现，这反映了国际计算机法律界在这个问题上的看法不尽一致。

美国是世界软件业大国，在处理软件侵权案件中积累了丰富的经验，我国在软件侵权的判定方面可以借鉴美国的经验，应用三步判断法“抽象——过滤——对比测试法”来判断软件是否构成侵权。事实上，在司法实践中，如北京汉王科技有限公司诉台湾精品科技股份有限公司计算机软件侵权案中，当事人即是在有意使用“抽象——过滤——对比测试法”。我国法院在进行软件非文字侵权的判断时，也应遵循“接触加实质相似”原则。所谓“接触”，是指被控侵权软件的创作人有可能、有机会、有时间、有能力接触或者曾经接触过原告的软件并对其表达方式有一定的了解。如果不存在接触的可能，则根据著作权保护原创性的原理，即使两个软件存在实质性相似，也不能认定抄袭或者侵

权；而“实质相似”，是指被控侵权的软件在表达方式上与原告的软件存在实质性相似，法院在判断两个软件是否实质性相似时，所使用的判断法则应是“抽象——过滤——对比测试法。”

四、网络游戏作为艺术类作品的版权保护

（一）网络游戏作品可版权性分析

1、国外判例分析

Stern Electronnics ,Inc v. Kaufman 案

该案中，在Stern 公司的Scramble游戏中，屏幕显示的是一艘宇宙飞船横向移动穿过六个不同的场景，会遇到各种障碍困难，随着场景的变化，游戏者的行进路程越来越难，得分越来越难。第一个场景描述有多山地带、导弹基地核燃料库，游戏者可控制飞船的高度速度，决定何时发射炸弹，何时用激光摧毁敌方进攻的导弹飞机，游戏者要炸掉导弹基地，要炸掉燃料库，还要躲避从地面发射的导弹，避免撞上大山。但这只是第一个场景，在后面的场景中，危险还包括发射导弹的敌机和像乌龟一样的宇宙空间。场景是彩色的，伴有战场上的声音。

被告认为原告无权对Scramble游戏中的图像和声音获得版权，其理由是：音像显示的内容受到游戏参与者的影响，在游戏过程中，图像出现在屏幕上的顺序因游戏者采取的行动不同而不同，比如，如果游戏者没能避开敌人的射击，他的宇宙飞船就会被击毁……，这种音像作品既没有固定于任何有形的固定载体上，也不是版权法要求的独创作品。

地区法院的判决认为：游戏者的参与并不会使音像作品失去版权的资格。毫无疑问，在每一次游戏中，游戏场景和声音的顺序都不相同，这取决于游戏者选择的飞船航行路线、飞行速度及发射炸弹和激光的时间和准确率，尽管如此，游戏中出现的许多场景与出现的顺序都是不变的，包括飞船的外形（形状、颜色、大小）、敌机、地面导弹基地、燃料库以及导弹基地、燃料库、地形出现的顺序都不变，另外还保持不变的是，每当游戏者成功的摧毁敌机或设备或没有躲过敌人的导弹或激光时的伴音。的确，正如上诉人所称，如果游戏者的飞船在完成整个旅程之前就被摧毁了，一些场景和声音就看不到听不见了。但是图像是固定的，如果游戏者每一次都能够使飞船在空中保持足够多的时间，那么就可以看到游戏的全部场景和声音。游戏的大部分场景和声音以相同的顺序不断重复出现，可以作为音像作品受到版权保护。

Scramble案确定了网络游戏作品可以享有两种不同形式的版权保护——源程序和目标程序可以作为文字作品受到保护，屏幕显示（计算机程序的输出）可以作为音像或者图像作品受到保护。

但是，承认这些事实并不能告诉我们屏幕显示的什么部分被认为是可获得版权的表达形式。

2、国内的规定及实践中不同观点的分析

根据最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条“受著作权法保护的作品，包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围，但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果，人民法院应当予以保护。”

上述解释明确了各类作品的数字化形式在我国受保护的法律依据，网络游戏作品的绘图、图画、图像部分（如游戏界面的视觉设计）应当受到著作权保护。因为网络游戏的界面设计及实现往往需要大量投资，其图画、绘图、图像成分、人物造型反映了游戏的独创性，属于影像类艺术作品的数字化形式，依据上述解释规定，其理应受到我国法律保护。

实践中有人认为由于游戏者的参与，每一次游戏都是一个独创作品。他们主张一次特定播放的游戏录像带只能得到对其原始显示的保护。这个理由其实站不住脚，因为每一次游戏中重复出现的同一顺序的无数场景与声音使其不攻自破。

又有人认为所有一再出现的音像特征都是由事先编制好的计算机程序决定的，所以该音像显示没有独创性，这个主张也毫无根据，因为该音像显示的视听特征明显具有独创性变化，足以使该显示取得版权，虽然构成该显示的书面程序独立存在，但其本身可以获得版权。可以取得版权的主张不会因为该音像作品和计算机程序都体现在同一个游戏组件中而不成立，就像一个录音带既录制了音乐作曲又录制了声音一样，并不影响其获得授权。从上述司法解释看，游戏背后的计算机程序应当得到保护，符合条件的屏幕显示艺术类作品部分也应当得到版权保护。

3、《传奇》网络游戏作品符合可版权性

传奇是一款基于Internet网络的在线角色扮演游戏（RPG）。在这款游戏中，所有的情节的发生、经验值的取得以及各种打猎、采矿等活动都是在网络上即时发生的。

传奇为了给玩家一个真实世界感觉，游戏中包

括了白天、黑夜、贸易，物品等观念。游戏中可以通过采矿、打猎等来获得货币，利用这些货币来进行贸易。整个游戏是一个充满了魔力，具有东方色彩的极具冒险性的网络在线游戏。游戏故事的表现通过图画、绘图、图像成分、人物造型等来实现，游戏中人物角色（如战士、魔法师、道士）、道具（如武器、服饰）、物品（如药品、书籍等）、技能、场景、情节、怪物等构成了游戏作品的内容，能够体现游戏的独创性，根据我国《著作权法实施条例》第2条“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”及最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条“受著作权法保护的作品，包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围，但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果，人民法院应当予以保护。”的规定，传奇游戏应属于类似于影像类艺术作品的数字化形式。

（二）网络游戏作品的保护内容—思想与表达的区别

1、国外案例分析

（1）Atari,Inc. v. Amusement World, Inc. 案

在该案中，Atari 公司诉被告“Meteors”游戏对其“Asteroids”游戏构成侵权，这两款都是关于小行星的游戏。法庭对两游戏表面相似性分析并不满意，也没有把重点放在双方的行为上，而是列出了两游戏间22处不同的设计和9方面不同之处。法庭在确定原告游戏保护范围的过程中认为，这两款游戏之间的相似之处大部分是不可避免的，而不可避免的相似性并不构成侵权，否则就会给予原告对这种思想的垄断。当原告主张其游戏的特定表达具有著作权时，并未排斥他人使用小行星游戏的思想，而只是保护独特的游戏思想表达方式及设计特征，如屏幕上显示的符号标记、这些符号标记在屏幕上移动的方式、以及配合游戏发出的音效等。只要采取不同的表达方法，被告有权使用同样的游戏思想（如小行星），比如采用不同的符号和标记、符号和标记采取不同的移动方式、以及不同的音效等。法庭进而认为：两游戏之间大量的相似之处并不意味着一定构成侵权，而必须确定这种相似的表达形式是任何小行星类游戏所不可避免的的游戏的基本思想；由于飞船射击小行星这类游戏不可避免地具有这些类似的表达形式，因此不构成侵权。

该案是将“思想-表达”二分法应用于视频游

戏的一次尝试，法庭突破了以往的案例，调查了原告是否对作品的“思想”主张了著作权保护，并用“思想-表达”二分法分析了两游戏是否实质上相似，法庭认为：不可避免的相似性并不构成侵权，否则就会给予原告对这种思想的垄断。当原告主张其游戏的特定表达具有著作权时，法律只保护这种特定表达，并不排斥他人使用该游戏的思想。

（2）Apple Computer ,Inc. v. Microsoft Corp 案

Lisa 和Macintosh 是 Apple 计算机，都具有苹果公司作为音像作品注册的具有版权的图形用户界面，当Microsoft 公司发布带有类似的图形用户界面Windows1.0时，Apple 公司提出抗议，结果双方达成许可协议，协议微软现在和将来有权使用并再许可他人使用由Windows1.0产生的演绎作品，微软公司的被许可人惠普公司引进了New Wave1.0，随后New Wave3.0，这些版本与Windows共同使用，使得计算机更容易使用。苹果公司认为这些版本超出了许可证的范围，使得Windows成为巨无霸，侵犯了其版权。

法院认为，因使用共同的思想而产生的相似处不可受到保护，否则第一个产生想法的人就会垄断市场，苹果公司不能因图形用户界面的想法而获得专利权的保护。地区法院的结论是：作品从整体上只能享有有限的保护，应该对作品进行比较，审查是否基本相同，这个结论是适用分析解剖法的结果。根据许可协议，微软和惠普有权使用被苹果公司诉称被抄袭内容的绝大部分。对于剩下的部分，地区法院在Windows2.03版和3.0中没有查明有未经许可的、可以保护的表达形式上的相似处，只在其中发现少量的未经许可的受保护的表达形式上的相似。因此，针对提起的侵权主张必须依据微软对苹果公司独特的选择和排列的抄袭事实。按照Harper House和Frybarger案的判决，除非作品几乎相同，否则不能认定为侵权。

第九巡回上诉法院裁定地区法院在确定Windows 和New Wave1 相似点的来源、决定被许可的部分、区分思想与表达、通过分解未经许可的表达并滤除不受保护的部分以决定苹果公司的版权范围的做法是适当的。法院正确查明几乎所有的相似处要么是许可的内容，要么是基本思想及其明显的表达形式，因此其作出的非法复制只存在于作品从整体上几乎相同时的结论是正确的。

（3）Altari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp 案

该案是关于网络游戏著作权保护的重要案例。原告Altari公司的游戏名称“Pac-man”，被告游戏

名为“K.C.Munchkin”，它们均是关于迷宫的游戏。该案一审地区法院判决侵权不成立，但是第七巡回上诉法院在二审中推翻了地区法院的一审判决，认为被告确实侵犯了原告的“Pac-man”的著作权。上诉法院认为：首先，被地区法院采信的“两款游戏显著区别点清单”并不足以使两款游戏显著的相似性忽略不计；第二，对于相关的无鉴别力的普通观众和游戏玩家来说，视频游戏细节上的微小区别难以引起注意；第三，侵权行为的焦点在于受保护的表达之间的相似性，而不是这两个游戏运作的方式。最后，法庭还注意到，被告“K.C.Munchkin”游戏的开发和发展历史也提供了两游戏之间相似性的进一步证据。

法院在该案中所作出的突破还包括：提出了“实质相似加接触”可以证明“复制”的存在，其中“实质相似”的证明应采取“普通观察者测试”的方法，并应着重于游戏整体感觉的比较；至于确定网络游戏受著作权保护的部分，法庭综合了“抽象法”和“过滤公有领域内容”两个工具，发现原告与被告的游戏之间很多相似特征都不应受到著作权法保护；另外，上诉法院还以原告与被告游戏中人物角色之间的相似性来认定侵权，并提出当人物角色的设计具体到受著作权法保护的程度上，就应享有著作权。

2、国外司法实践观点的小结

网络游戏作品的版权保护同样要适用“思想-表达”二分法，即在作品中，著作权保护的是思想的表达，而不是抽象的思想本身。然而要区分思想与表达并不容易，特别是在一种新的媒体中。从国外的判例看，以下步骤会有助于区分思想与表达：

（1）原告必须指出他的作品与被告作品之间被指称相似那部分的原始资料。

（2）用分析解剖法，如果有必要，请专家作证，法院必须确定被诉相似的部分是否受版权保护，当涉及许可协议时，法院还必须确定哪一部分是经过允许的复制。许可的范围一经确定，不受保护的思想一定要从可能得到保护的表达形式中分离出来；然后，对于该表达形式，法院必须从普通消费者的角度出发，适用涉及特定载体中相关的限制原则。

（3）在分割出被控相似处和考虑了可能的表达范围之后，法院必须确定原告的版权范围。

关于分析解剖的过程，有以下几个原则：

- 当一个思想和表达无法区分，或“合并”时，对表达的保护只能及于几乎相同的复制。
- 当电子游戏中相似的表达部分是实际上必不

可少的，或至少是处理一特定思想的标准时，它们被视为思想，因此不受版权保护

- 根据游戏载体的技术要求，这些必不可少的思想的表达形式，只能在对抗几乎相同的复制方面受到保护。例如，涉及的视频显示是由两个格斗士进行的空手道比赛，其中一个着红色短裤，另一个着白色短裤，两个人的动作一样，有一个裁判，两个人的得分一样，由于这些显示是空手道体育项目本身所具有的特征，因此不受保护。

- 独创性是限制保护范围的另一个原则，版权保护只扩大到作品中作者独创的那些组成部分，但原本不受保护的组成部分因独创性的选择和排列而可能受到保护。如汇编作品的大部分是由不受保护的部分组成，所以只有在表达形式的全部被盗用才可能受到保护，对这种作品提供的就是弱保护。

- 公有领域排除：在比较时应排除公有领域中的内容。

3、国内规定的分析

北京市高院《关于审理著作权纠纷案件若干问题的解答》也指出“著作权法对作品的保护，其保护的并非作品所体现的主题、思想、情感及科学原理等，而是作者对这些主题、思想、情感及科学原理的表达或表现。其次，著作权法保护的表达或表现不仅指文字、图形等最终形式，当作品的内容成为作者表达思想、主题的表现形式时，作品内容亦受著作权法保护；当这种表达是公知的，或者是唯一的形式时，则不受著作权法保护”。从上述的《解答》中可以明确以下三点：

第一，我国司法实践也借鉴了“思想-表达”二分法，即著作权法不保护作品的思想，对于作品具有独创性的表达和表现，给予著作权保护。

第二，当内容成为思想的表达形式时，内容也能受到著作权保护。

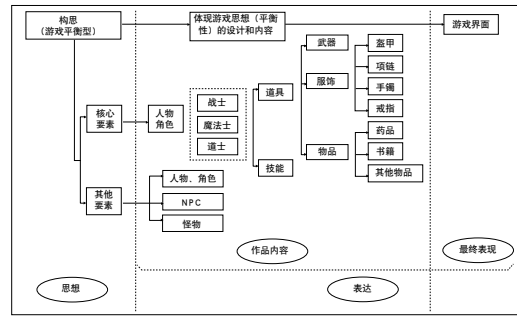
第三，版权保护的表达应过滤掉属于公有领域的内容及属于唯一形式的表达。

然而，对思想与表达具体如何划分还缺乏有进一步的规则，而美国的判例为我们提供了一定的借鉴，因此，在实践中我们可以参考国外案例确定的判断规则。

4、传奇案中“思想-表达”二分法的应用

传奇案中，原告认为，除软件外，网络游戏作品的具有独创性的作品内容受保护。作品内容包括角色、道具、技能、NPC、怪物等的名称、形状、价格、参数项及参数值的设定，以及场景、情节、游戏操作具体方法及设置、功能设置、界面设置等。下面是传奇案原告代理人对传奇游戏中思想与

表达的划分：



从上表我们可以看出，游戏的思想是具有东方色彩的极具冒险性的故事，游戏中人物角色（如战士、魔法师、道士）、道具（如武器、服饰）、物品（如药品、书籍等）、技能、场景、情节、怪物等构成了作品的内容，依原告的观点，这些内容也正是作品的表达形式。依北京市高院的《解答》，著作权法保护的表达或表现不仅指文字、图形等最终形式，当作品的内容成为作者表达思想、主题的表现形式时，作品内容亦受著作权法保护。

五、软件保护与艺术类作品保护的比较分析

在对网络游戏的版权保护问题上，可以同时采用两种方法，即软件保护 and 艺术类作品保护，但在司法实践中，权利人一般不太愿意直接用计算机软件提起侵权诉讼，而更倾向于用艺术类作品保护，其原因在于：

首先，在网络游戏作品中，计算机程序虽是基础，游戏作品只是在屏幕上显示的程序运行结果，但真正与权利人构成竞争的是在屏幕上显示的影像作品，权利人并不关心被告的软件程序是否实质相似，关心的是屏幕上显示的影像作品是否实质相似，因为这个会真实的影响到其客户。即使被告的计算机程序与原告不同，只要屏幕上显示的影像作品相同或相似，就可能影响到原告的商业利益，从根本上讲，原告是想禁止被告屏幕上显示的影像作品与己相同或近似。

其次，游戏软件计算机程序代码是否相同，可以通过其外观感受较明显、直观地体现出来。虽然从技术上讲相同功能的游戏软件包括外观感受可以通过不同的计算机程序来实现，但是鉴于游戏软件的特点，两个各自独立开发的计算机游戏软件，其场景、人物、音响等恰巧完全相同的可能性几乎是不存在的，从游戏所表达出来的场景、人物、音响、情节更容易判断是否构成侵权。

再者，对于复杂的程序来说，三步测试法会非

常烦琐，耗时费力，而且经常需要作鉴定报告，如北京汉王科技有限公司诉台湾精品科技股份有限公司计算机软件侵权案中，汉王公司申请对侵权软件的相似性作出鉴定，北京市高级人民法院于2002年10月18日委托科技部知识产权事务中心进行鉴定，2003年9月26日鉴定报告书才出来。

另外，在用三步测试法时，可能会过滤掉应当保护的重要信息，许多有意义的元素可能被过滤掉，导致最终对比的两个软件相似性所剩无几，无法对软件提供有效的保护。

在传奇案中，原告的代理人和计算机专家在开庭前曾看过被告的游戏软件程序，看后认为被告的程序与原告有很多不同，因此原告在起诉时没有按计算机软件侵权之诉的案由，要求法院确认被告侵权，而是按屏幕显示游戏作品的方式来起诉被告，可能这也是出于对上述因素的考虑，因为做侵权认定费时费力，且结果未卜，为确保胜诉及从根本上遏止对手的竞争，按屏幕显示游戏作品起诉侵权更为有利。

六、网络游戏作品中保护类型分析

（一）游戏中美术作品的保护

计算机网络游戏除了运行游戏的这些代码之外，还包括很多大量的美术作品在内。包括场景的设计，武器的外观设计，人物的造型等等。这些美术作品只要具有独创性，不属于公有领域的内容，且不属于唯一形式的表达，则应受到版权保护。

（二）游戏中的人物造型的保护

游戏中人物美术设计可能构成著作权保护，这个没有什么大的争议。如美国迪斯尼公司诉北京出版社、北京少年儿童出版社新华书店总店北京发行所侵犯著作权案中，北京市第二中级人民法院认定：美国迪斯尼公司对本案涉及的卡通形象米奇老鼠、灰姑娘、白雪公主、小飞侠、班比、小飞象、白花狗爱丽丝等美术作品享有版权，未经该公司授权，对上述卡通形象的商业性使用属于侵权行为。但是除此之外，如果具备一定的条件，人物本身是否可能成为著作权法保护的客体，在我国似还没有过这类案例，网络游戏人物如果含有一些独创性的表达，包括通过人物的所思、所想、所做，刻画出一个有个性的人物，应该可以对其形象进行著作权保护。但动画人物中所受保护的特征是否局限于人的外观，能否延伸到人的行为方式、性格特征等，则是一个有待探讨的问题。

（三）游戏中的情节的保护

作品情节是属于作品的思想还是属于作品的

表达是有争议的，一种观点认为，作品情节实际上是思想内容和表达方式的混合状态，故不能简单地将之归结为思想内容或表达方式，而应具体分析，参照的标准就是独创性，如果作品情节体现了作者的独特性，则属于作品的特殊表达方式，应受著作权法保护；如果作品情节仅属于公有领域的一般情节或仅仅是对客观事实的描述，则属于思想内容部分，不予著作权法保护。笔者同意这种观点。

计算游戏当中通过玩家的操作，可能产生一个比较跌宕起伏的故事。大部分游戏作品的故事都是虚构的，如本案中传奇的故事情节就是虚构的。笔者认为虚构的情节应该受到法律保护，因为虚构的情节融入了作者的创作性劳动，具有独创性，并非著作权法不保护的作品的思想、原理和作品所描述的客观事实本身，如风景、动物、植物、调查资料、数据、法律条文、历史故事等。虚构的情节本身属于作品的一种特殊表现形式，通过它来体现作者一定的创作思想，而不仅仅是作品的内容。在传奇案中，网络游戏《传奇2》的游戏架构设计了“战士”、“魔法师”和“道士”三种各具特色的职业，不同角色可以组成特定的集体——“行会”，以“攻城”这一情节作为一个终极情节。《传奇世界》的游戏架构也设定了“战士”、“魔法师”和“道士”三种角色，不同角色也可以组建特定的集体——“行会”，也把攻城这一情节作为一个终极情节。这种相似性实际上已经构成了对原告作品的外在表达的剽窃。

当然，相同主题里的通用情节、人物、场景等不应受著作权保护，任何人在同一主题的作品里都可使用，因为这种情节缺乏独创性，缺乏著作权保护的必要性。

另外，一部作品的情节如果援引处于公有领域的作品情节而创作，该作品情节也不应受到著作权保护，如以历史人物为题材的文学、戏剧、电影作品，如以汉高祖刘邦、诸葛亮、康熙皇帝等历史故事编写戏剧、编电子游戏等，这些题材因为属于社会公共财富，不是作者自己独立创作的产物，缺乏独创性，任何人都可以使用，因此这类作品情节不应受到著作权保护。

（四）游戏名称的保护

作品的名称是否受著作权法的保护，在法律上是个有争议的问题，英国法院拒绝给予名称、标题或标语等短语以著作权保护，其认为一个单词或者几个单词的组合很难作为一件有独创性的作品来保护。当标题只是作为一件作品的一部分而存在时，将标题单独使用的行为不能被认为是作品的实质

部分的使用，因此，将歌曲《闯入银行的男人》的名称作为电影名称使用不构成侵权。“律师的日记”被认为太容易被人们作为日记的名字而未能获得著作权法的保护。

法国知识产权法典第112-4条规定，如果作品的标题具有原创的特点，可以同作品本身一样受到保护。法院在一些案件中给予单个单词以著作权保护，但是却在另外一些案件中拒绝给予保护。一般来讲，对那些仅仅是作为描述用的常用词语构成的标题不给予著作权保护，如“时间的主人”因经常被用来形容人们对时间和空间的控制和掌握而没有得到保护。

我国法官并没有将作品的标题排除在著作权保护之外，一句由8个汉字组成的广告词“横跨冬夏、直抵春秋”被认为是具有著作权的。尽管法官在另一起案件中对作品的标题“中华老字号”未予保护，但肯定了具有独创性的标题是可以给予保护的。法官在该案判决中指出作品属于一定思想内容的表达，具备一定的思想内容是构成作品的必要条件。“中华老字号”仅为一个书名，该书名本身并不包含任何思想内容。如原告的创作活动赋予其一定的意义，该意义也是来源于该书的内容，而不是源于该书名本身。“中华老字号”系两个通用名字的简单组合，不符合作品独创性的要求。该判决明确了有独创性的作品标题应表达作者的思想。

但是，在我国的司法实践中，在云南有关于五朵金花的案例，五朵金花是季康和公仆的共同作品，而且还拍成电影了。曲靖卷烟厂把五朵金花注册商标。《五朵金花》的作者之一季康认为曲靖卷烟厂侵犯了著作权，这个案件的审判结果是五朵金花的著作权是属于作者季康和公仆的。但却认为五朵金花剧本名称不受著作权法的保护，即作为作品标题的五朵金花不受法律保护，国家版权局亦向法院作出了答复，认为作品名称不受著作权法的调整。

对于作品标题的短语或短句是否享有著作权，我国著作权法没有明文规定，但是按照著作权法原理，如果该短语能够满足独创性的要求，就应当作为作品给予著作权保护。一般来讲，作品所使用的文字越少，越容易与公众惯常使用的语言表达重合，越难满足独创性的标准。

（五）游戏的数据文件的法律保护

韩国的公司指出盛大承诺了可以把《传奇》里的人物资料转移到《传奇世界》里。这里涉及的问题就是用户的游戏资料是否受著作权法的保护。如果受保护，这个权利人是游戏开发商还是玩家呢？

在国内没有相关的案例，但是美国有这样的案例，1998年美国有这样的一个判例，一个F公司有一个游戏叫NTKEM3D的游戏，F公司也鼓励玩家将自己设定的级别的数据发布到网络上与大家共享。于是就出现了这样的公司，M公司从网络上下载了众多的玩家建立的级别，然后集合到一张CD中商业发售。最后F公司认为这个已经侵犯了自己的所有权，地方法院经过审理之后，认为CD的内容不是一个衍生作品，因此不侵犯F公司的著作权。巡回法院却认为CD的内容侵犯的是D3的故事，版权人有权来演绎和勾画自己的故事。CD的内容虽然没有包括D3的任何图片和动画，却包含了D3的故事勾画和演绎，这正是著作权人的权利。因此在某种情况下，游戏的数据文件可能构成游戏的衍生作品。

七、网络游戏作为艺术类作品的侵权认定方法

（一）国外的侵权认定方法简介

1、三步侵权认定法

三步判断法即“抽象——过滤——对比测试法。”起初在英美法系国家判例中出现，后来经许多大陆法系国家知识产权法学者肯定，这种方法与前文中软件侵权的三步判断法原理相同，只是抽象、过滤、对比的具体内容不同，下面简要介绍一下三步判断法的具体应用。

在认定版权侵权前，应分为三步，

第一步：抽象法

先把原被告作品中属于不受保护的“思想”本身，从“思想的表达”中删除出去。如果只是创作或者设计思想本身相同，即使这种相同表现为结构的相同，也不构成侵权。

第二步：过滤法

即把原被告作品中，虽然相同的,但又都属于公有领域的内容或者他人的内容删除,即使该部分内容不再是“思想”本身，而是“思想的表达”。

第三步：对比法

只有在抽象和过滤之后,所剩下的部分,如果被告作品中仍有实质性内容与原告作品相同,才可能判定侵权。在这时才可以把原被告的作品加以对比。

2、两步法侵权认定

在美国的司法实践中，确认作品是否侵权，普遍使用着“两步法”。即在有关事实的审理中，首先，必须确定被告是否复制了原告的作品；其次，这种复制是否已经达到了非法挪用的程度，即作品之间是否存在着表述上的实质相似。

案例研习

在美国，如果一个版权所有人提起侵权诉讼，其只须举证侵权人接触了自己享有版权的作品，而且被告的作品与自己的作品有表述上的相似处即可，即“接触和相似性”，此时原告即满足了举证的要求，举证的义务即转移到被告头上。在证明相似性的过程中，法庭允许比较两部作品的相似之处和不相似之处，比较受保护的表述和不受保护的观念或事实，同时还允许使用专家提供的证据，以评价作品之间的相似性。在1946年Arnstein一案中，第二巡回法院称：“在这个问题上，分解是恰当的，也可以接受专家的证据以有助于事实审。”

如果法庭在审理过程中，通过“接触和相似性”的证明，判定被告的作品复制了原告的作品，那么，下一步就是判定是否存在着非法挪用或实质性相似。非法挪用与实质相似是同一个问题的两个侧面。非法挪用，更多的是侧重于保护两部作品本身，实质性相似则是从作品的读者（包括听众、观众等）的角度说的。

在判定实质性相似性上，法庭只允许比较两部作品的相似之处，而不允许比较两部作品的不同之处；只允许把作品当作一个整体来感受，而不允许把作品分解开来进行比较；只允许使用一般观察者的标准，而不接受专家的证据和意见。在Arnstein一案中，第二巡回法院即说：“判定标准是一般听众的反应”。

（二）国内的司法实践分析

国内此类案件并不多见，从已有的司法实践看，国内对此类案件是采用“接触+实质相似”的判断方法，如在福州外星电脑科技有限公司诉翁正文等游戏软件著作权纠纷案中，法院认定“游戏软件的主要用途是供人们娱乐，其外观感受主要通过游戏中的场景、人物、音响、音效变化等来实现。这些随着游戏进程而不断变化的场景、人物、音响等是游戏软件程序设计的主要目的，是通过计算机程序代码具体实现的。因此，游戏软件计算机程序代码是否相同，可以通过其外观感受较明显、直观地体现出来。虽然从技术上讲相同功能的游戏软件包括外观感受可以通过不同的计算机程序来实现，但是鉴于游戏软件的特点，两个各自独立开发的计算机游戏软件，其场景、人物、音响等恰巧完全相同的可能性几乎是不存在的，若是可以模仿，要实现外观感受的完全相同，从技术上讲也是有难度的。”在认定侵权时还加上另一个条件：“接触”，所谓接触，是指侵权人曾接触过被侵权人享有著作权的作品。证明接触的途径有：侵权人曾看到过甚至复制过被侵权人享有著作权的作品；被侵

权人享有著作权的作品曾公开发表过；侵权软件的程序包含有与被侵权程序中相同的错误，而这些错误多与程序的功能毫无帮助；侵权软件与被侵权软件程序中有相同的特点、风格或技巧。

从这个案例可以看出，国内对此类案件是采用“接触+实质相似”的判断方法判断侵权。这里对非文字上的相似认定采用了“全部观念及感觉”对照法，该方法从两软件作品的“全部观念及感觉”是否相似出发，判断是否构成“实质性相似”。

在传奇案中，被告以前一直代理原告的游戏软件作品，在其后来开发的《传奇世界》中，又有大量原告作品中的人物角色（如战士、魔法师、道士）、道具（如武器、服饰）、物品（如药品、书籍等）、技能、场景、情节、怪物等构成了作品的内容，从整体上看完全能构成作品的实质性相似，再加上前期的接触，依照“接触+实质相似”的判断方法，被告作品构成游戏作品的侵权。

（三）国外判例对国内司法实践的借鉴和启发

国内采用“接触+实质相似”的判断方法是吸取了国外两步法的原理和实质，采用了“全部观念及感觉”对照法，但在应用时尚缺乏更细致的相对统一的规则，如对实质性相似的判断上，应明确实质性相似判断对象是从作品的一般读者（包括读者、听众、观众等）的角度，即一般读者在比较了两部作品后，如果感到被告的作品使用了原告的作品，两者之间存在实质性相似，即存在侵权；如果感到两部作品不存在实质性相似，则不存在侵权。

为什么在实质性相似的判断上要用一般读者的标准，实际上，这一标准是把版权保护的范围与版权中的经济利益联系在了一起。当侵权作品盗用了享有版权作品的表述，当读者感到两部作品具有实质性相似时，有一部分读者就会去购买侵权作品而非享有版权的作品，这样，享有版权的作品就会失去一部分读者和或市场。

一般读者也会因案件的性质不同而不同。在传统上，一般读者的检验标准，与文学、戏剧和绘画等作品联系在一起。在涉及这些作品的时候，一个一般的观察者可以通过细心比较而判断出原告作品与被告作品之间是否存在着实质相似，因为这不需要很多专业知识或背景。但在涉及专业性较强的音乐作品和计算机软件等作品时，一般的读者就难以判断两部作品之间是否存在着实质性相似。此时，一般观察者检验方式的价值就值得怀疑了。

在1990年的Dawson一案中，第四巡回法院修正“一般读者”的检验标准采纳了“作品所针对的读者”的检验标准。该检验标准的核心是：对于像音

乐、计算机软件等专业性较强作品的实质相似性判断，因外行读者无法真正作出辨别，因此，应选用那些有一定专业知识的读者或专家判断。

“作品所针对读者”的检验标准，较好地解决了音乐、计算机软件等作品版权纠纷中如何判断实质性相似的问题。但对于一般作品来讲，还是要坚持“一般读者”的检验标准。我国的司法实践在判断实质性相似的判断时，也应借鉴此类标准。



八、结语

本文以传奇案为切入点，对网络游戏的作品性质进行了分析，认为网络游戏是计算机程序运行后在屏幕上产生的结果，计算机程序是基础，在屏幕上显示的游戏作品是游戏开发商最终需要的。因此，从版权保护的角度而言，网络游戏作品可以有两种不同形式的法律保护——即作为对计算机程序的保护与对作为屏幕上输出的图像音像作品的保护。虽然网络游戏作品以其交互性的特点与传统的图像音像作品有一定的不同，但无论从立法的层面还是著作权法原理的角度看，网络游戏作品都可以按照著作权法来保护。计算机程序和屏幕上输出的游戏作品虽然形式上差别很大，但著作权法对两者保护的原理、适用规则基本相同，即都适用独创性来判断其是否构成作品，对其保护都是只保护表达，不保护思想，都可以用“抽象——过滤——比较”三步判断法和“接触加实质相似法”认定侵权，但在具体适用过程中，由于计算机软件与游戏类作品的差别较大，两者“思想”“表达”区分的具体规则不相同，两者“抽象”“过滤”“比较”的具体内容也不相同。笔者结合国外判例，比较国内司法实践，分别作出分析，并提出了借鉴意见。另外，从司法实践的角度，分析了对计算机程序保护和对屏幕上输出的游戏作品保护的利弊得失，作为原告来讲，既可以按照计算机软件起诉被告侵权，也可以按屏幕显示的游戏作品起诉侵权，还可以两者同时起诉，但由于对权利人构成竞争威

案例研习

胁的主要是屏幕显示的游戏作品，且对计算机软件的侵权判断更专业，难度更大，常常需要做鉴定，耗时较长，不可测因素较多，因此，司法实践中，原告更愿意选择屏幕显示的影像作品来起诉侵权。再者，计算程序只是实现屏幕显示游戏作品的手段和工具，对屏幕显示的游戏作品给予保护，才能更好地保护这类作品的独创性。本文同时对网络游戏作品中的具体作品类型作了划分，并对它们作了简要分析。随着技术的发展，网络游戏的多媒体、互动性还在不断加强，因此，除所包含的文字、图形、动画、视频、音乐等作品受保护外，从作品整体看待这类作品，将更符合此类作品整体感觉上的特征。也更有利于此类作品的保护。

本文主要分析的是网络游戏作品的版权保护，事实上，网络游戏作品还可以用商业秘密保护（如对计算机软件采用商业秘密保护）、游戏名称申请

商标后用商标法保护、游戏软件用专利法保护及反不正当竞争法保护。如传奇案中，原告在起诉被告版权侵权的同时，也提出了反不正当竞争法的保护，原告认为，针对《传奇2》的玩家进行《传奇世界》的宣传，将《传奇2》的玩家“升区”至《传奇世界》，系被告利用其特殊身份（《传奇2》的运营商）以不正当手段引诱《传奇2》的玩家，甚至直接抢夺《传奇2》的玩家，构成不正当竞争。这些不同法律对网络游戏作品的保护中，实际上是各有侧重，各有千秋，版权法保护虽有保护不够全面，对“思想”“表达”的区分很难及保护时间过长等缺陷，但总体来讲，没有任何法律能取代版权法对网络游戏作品的保护

责任编辑：张世红

作者简介

王章伟

大成律师事务所北京办公室律师、高级合伙人

毕业于北京大学法学院，曾任北京市律师协会专利委员会委员、北京市律师协会著作权委员会委员、北京市律师协会信息网络传播委员会委员，现任北京市律师协会商标委员会委员、中华全国律师协会知识产权专业委员会委员及中国知识产权研究会高级会员。

专业领域：知识产权、投资并购、争议解决、公司



谈为第三人设立受让权的股权转让协议

——读最高人民法院（2007）民二终字第219号民事判决书而想到的

项 斌

对为他人设立股权受让权效力进行司法认定时，应首先全面审查案件中诉讼主体适格情况，不能因为他人没有在受让股权协议上签字，就直接将其排除在诉讼程序之外，径直做出该股权转让协议是否有效的判决。否则，可能会因股东实质性缺位和/或严重的程序性瑕疵而损害到股权转让相关当事方的合法权益。诉讼过程中对程序正义的追求不仅是为了保障实现实体正义的需要，也是对审判结果正当性的必然要求。程序公正也有助于实现诉讼效率和纠纷的一次性解决。充分尊重当事人的愿意，积极而又有针对性的回应当事人的诉求是民事审判的基本要求。■

案件梗概

彭某（一审原告、二审上诉人）与梁某（一审两被告及二审两被上诉人之一）系夫妻关系，2005年1月共同出资800万元设立河北金海岸房地产开发有限公司（以下简称金海岸公司），梁某、彭某分别按80%和20%持有该公司的股份。2005年11月7日彭某和梁某作为甲方，与作为乙方的王甲（一审两被告及二审两被上诉人之一）和王军师（未被列为一审、二审案件当事人）就金海岸公司的股权转让签订协议。协议中约定：1、2005年2月5日已由金海岸公司通过土地有偿受让的方式中标某预备役师一地块（此出让行为已经部队有权机关批准），且双方签订了《军用土地转让合同》。金海岸公司已缴纳土地转让费及定金共计864.03万元，仍欠2043.24万元的土地转让费。2、经甲乙双方协商一致，金海岸公司原股东梁某、彭某股权总价值被确定为6120万元。其中，彭某持有20%的股份的股权价值为1224万元，梁某、彭某将各自的股权分别转让给乙方王甲和王军师。3、合同签订后，20日内甲方梁某及乙方王甲开始履行80%股权转让手续并进行公司的工商变更登记。变更后的金海岸公司法定代表人为王甲。4、当乙方支付最后一笔欠款时，甲方彭某与乙方的王军师进行20%的股权转让并办理工商变更登记手续。5、合同签订后20日内，乙方以金海岸公司的名义支付预备役师土地转让费1500万元，乙方支付此款之日合同生效。剩余543.24万元由乙方王甲代表金海岸公司直接与预备役师协商。6、本合同自甲方彭某、梁某和乙方王

甲、王军师四人及金海岸公司签字后生效。梁某、王甲、金海岸公司均签字、盖章，但彭某、王军师没有在合同上签字盖章。

2005年11月8日，金海岸公司召开股东会，通过变更股东和转让出资额的决议，决定梁某出让其80%的股权给王甲，其他股东放弃优先购买权，决议上有梁某、彭某、王甲三人的签字和手印。2005年11月23日，彭某、梁某、王甲三人还通过了变更金海岸公司住所地的章程修正案，并将公司股东姓名由梁某和彭某修正为王甲和彭某。修正案有梁某、彭某、王甲三人签字和手印（但经庭审查实彭某的上述签字和按手印行为均由其夫梁某所为）。股权转让合同签订后，双方在2005年11月23日变更了公司工商登记，将原股东梁某变更为王甲，占公司80%的股权，彭某仍持有金海岸公司20%的股权。

2007年3月彭某将其夫梁某以及王甲、金海岸公司列为被告，向河北省高院提起诉讼，要求确认梁某与王甲签订的股权转让合同中有关将其在金海岸公司的20%的股权转让给王军师的行为无效。同时，要求确认梁某将其股权转让给王甲的行为侵犯了原告的优先购买权。河北省高院经开庭审理后作出（2007）冀民二初字第18号民事判决，判决认为被告王甲已举证证明自己为善意第三人，有足够的理由相信梁某有代理权，且已向梁某支付了对价，办理了金海岸公司的股东变更手续。判决还认为，彭某、梁某夫妇在设立金海岸公司时并未进行财产分割，应当认定是以夫妻共同共有的财产出资注册

成立的公司，梁某的处置行为构成表见代理，属有权代理的法律行为。虽然股权转让合同中约定有本合同自甲乙双方四人及金海岸公司签字后生效，但该股权转让协议同时还约定有“在合同签订后20日内，乙方以金海岸公司的名义支付预备役师土地转让费1500万元，乙方支付此款之日起合同生效”的条款。此条款相对于整个合同来说是实质性附条件的合同生效条款，彭某、王军师虽然未在合同上签字，合同存在形式上的瑕疵。但原告之夫梁某已在合同上签字构成表见代理，被告王甲也已经履行了主要的合同义务，而且是善意的，被告梁某的行为不存在侵权。所以股权转让合同有效，判决驳回彭某的诉讼请求。

彭某不服一审判决，向最高人民法院提起上诉并要求依法改判。最高人民法院经审理后认为，本案股权转让合同的内容和形式并不违反法律法规强制性规定，股权转让已经实际履行，且办理了公司变更登记，应当认定股权转让合同合法有效。彭某未在股权转让合同上签名，只是股东在办理股份转让和公司变更手续方面存在的瑕疵，而这一瑕疵并未影响股权转让合同的实际履行。彭某对此明知，且并未提出异议，因此，股权转让的瑕疵不影响股权转让合同的效力。另外，彭某没有证据证明梁某和王甲有恶意串通侵犯其优先购买权的事实。最高人民法院作出维持原判的终审判决。

一、二审判决均认定对彭某20%的股权享有受让权的王军师没有在金海岸公司股权转让协议上签字的事实成立，但也许正是因为如此，从一、二审民事判决书所列明的诉讼当事人及其基本情况来看，王军师既没有被告彭某列为诉讼当事人，其他当事人和人民法院也都没有追加王军师为共同被告或第三人参加到本案的诉讼当中来。而请求人民法院确认被告梁某与王某签订的股权转让合同，将原告彭某在金海岸公司的20%的股权以1224万元人民币转让给王军师的约定，侵犯了自己的合法权益，对其没有法律约束力，却正是原告彭某的主要诉讼请求。在此情况下，一、二审判决均没有针对性回应彭某的诉求，并径直判决认定该《股权转让协议》有效。

对此，笔者认为本案一、二审的审理在程序方面有值得商榷之处：

一、既然王军师是《股权转让协议》中列明的两股权受让人之一，至少能说明王军师与本案股权转让纠纷的处理在法律上是有利害关系的。那么，在王军师没有被彭某列为被告、被告方王甲与梁某也没有申请追加其为共同被告或第三人的情况下，

法庭则应依法作出释明或依职权追加其为被告或第三人，通知其到庭参加庭审，以便对其真实身份等基本信息进行程序性查证，同时，又能准确固定王军师对此股权转让行为中自己的真实意思。而在王军师没有到庭参加庭审的情况下，径直判决认定该《股权转让协议》有效，今后在落实判决内容时可能就会形成一定的操作风险与不便。假如，王甲、梁某从来就不认识王军师这个人，而是他们为了某种目的而故意杜撰的，在人民法院终审认定该《股权转让协议》为有效的情况下，则也就意味着彭某的转让给王军师20%股权也是有效的。此时，彭某的20%股权客观上变得无法转让。现又因彭某已将王甲告上法庭而形成诉讼，且王甲是主要的被诉对象，在此情形下，再由他们两人来共同经营金海岸公司，同心同德、谋求公司的更好的发展，这种愉快合作并能产生良好投资回报的可能性微乎其微。有限责任公司人合性的基本要求是各股东之间必须建立一种相互了解、友好信任的关系，否则必然会对公司的日常经营管理造成极大地障碍。高度人合性是有限责任公司股东之间所具有的最显著的法律特性。如果真是按此判决来执行，必将会影响到司法审判的权威性、严谨性和可执行性。

当然，如果现实生活中确有王军师其人，且其也确实参与过此股权转让相关事宜的谈判，只不过最终因其他因素而没有在协议上签字，但受让原告彭某在金海岸公司的20%股权却一直是其真实意愿。那么，只要王军师他没有被法律所禁止不能成为该公司股东的情形，从法律层面上讲，他仍可以通过事后补签或由彭某要求其明确确认等方式来进行补救。这既能弥补本案在审判方面程序性缺陷，也能及时并切实维护好各方当事人的合法权益。这就涉及到需要其他各方的积极配合的问题。

二、从二审判决所表述的内容来看，社会现实生活中似乎确有王军师其人（指其曾经参与到梁某与王甲所进行的股权转让谈判中或至少为他们所认识）。但由于判决书中对王军师因何种原因没有在《股权转让协议》上签字未作叙述，所以，其诉讼地位到底是应被列为共同被告还是第三人，现在难以做出准确判断，这也是笔者所关注的问题之一。在一、二审诉讼中包括法庭在内的相关各方，对此却没有引起应有的注意，未将王军师列为诉讼当事人，也没有说明未将其列为诉讼当事人的原因。这一不够完美的判决，带来的直接法律后果必然会有损相关利害关系人的合法权益，会造成判决可能有一定的执行风险，有损判决的公信力。主体适格、程序公正、实体合法是民事审判工作的灵魂与生

命。追求程序正义是实现实体公正的前提与根本保障，这早已是深入人心的现代司法理念。

另，如照此判决来实施，假如王军师虽然愿意受让彭某的20%股权，但由于投资能力所限，无力承担如此巨额的转让费，结果必然会形成新的争议或诉讼，造成案结事不了，不能达到定纷止争的审判效果。还有，如果王军师并非经济原因，事后主观上就是不愿意受让彭某20%的股权或不愿意全部受让这20%的股权，此时，彭某又该怎么办？新的僵局又会出现，这些问题并非是笔者杞人忧天，在实际经济生活中完全有可能出现。由此会引发经济秩序的紊乱、法律关系的不确定性、对判决书的理解有歧义等法律问题。

三、不能仅仅因为王军师没有在《股权转让协议》上签字，就当然认为其必然不是本案的当事人。是否将王军师列为本案诉讼当事人，这直接关系到案件当事人是否全面、适格的问题。一般来讲，应当以当事人是否是所争议的民事法律关系的主体或利害关系的主体，作为判断当事人是否适格的标准。根据这一标准，只要是民事法律关系或民事权利的主体，以该民事法律关系或民事权利为诉讼标的进行诉讼，一般就是适格的当事人。而在确认之诉中，对适格当事人的判断，不是看该当事人是否是该争议法律关系的主体，而是看该当事人对该争议法律关系的解决是否有法律上的利害关系。依据民事诉讼的法理，原告的请求是针对共有人的、争议的诉讼标的的同一的诉讼为必要共同诉讼。而其中的固有必要共同诉讼人之间对诉讼标的是否具有共同的权利或义务，不是由程序法来确定的，而是由实体法来决定的。对共有财产争议所发生的诉讼是最典型的固有必要共同诉讼。根据民事诉讼法相关规定，人民法院在审理案件时，如发现有共同诉讼人没有参加诉讼的，应当依职权通知未参加诉讼的共同诉讼人参加诉讼，即对当事人进行追加。人民法院在追加共同诉讼当事人时，应当通知其他当事人。当事人也可以向人民法院主动申请追加，申请有理的，人民法院应书面通知被追加的当

事人参加诉讼。如果追加的共同诉讼人是被告，而该被告又不愿意参加诉讼，且不适用拘传的，可缺席判决（只针对应参加诉讼的被告）。综合上述，再回到本案，如果将王军师追加为共同被告或第三人的话，不仅可以简化诉讼程序，节省诉讼时间和费用等成本，也能避免人民法院在同一事件处理上做出相互矛盾判决的可能性，真正依法全面、及时的保护所有与案件有利害关系人的程序性和实体性权益。实践党中央对全国司法系统所提出的定纷止争、案结事了、“司法为民”的新要求。况且原告彭某的一个主要诉讼请求就是要求人民法院确认其在金海岸公司的20%的股权以1224万元人民币转让给王军师的行为无效。充分尊重当事人的愿意，积极有针对性的回应当事人的诉求也是民事判决的基本要求。事实认定清楚，法律适用正确是司法审判的根本准则。本案在王军师未出现，相关事实很难查证确认的情况下，相关各方的合法利益是不能真正得到切实保护的。

《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的若干问题的意见》第183条规定，必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿原则进行调解，调解不成的，发回重审。《民事诉讼法》第153条第四款规定，第二审人民法院对上诉的案件，经过审理发现原判决违反法定程序，可能影响案件的正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。而本案二审处理的法律依据却是该条的第一款关于维持判决的规定。通过对上述法律条文的理解分析，再结合本案的具体案情，就会得出本案二审的正确处理方案应是在通知王军师到庭的情况下进行调解，调解不成，则应发回重审。对诉讼纠纷的处理一个基本评价标准就是是否能一次性又好又快解决，取得良好的法律和社会效果。就本案来说，为了实现诉讼效率，减少当事人的诉累，真正践行“司法为民”的社会主义法治新理念，当列王军师为共同被告或第三人。

责任编辑：毕建伟

作者简介

项 斌

大成律师事务所南京办公室律师

毕业于安徽大学。为江苏省保险学会高级会员；《现代快报》法治栏目特邀点评律师以及南京安庆商会理事

专业领域：保险、公司、金融

•



程序性辩护是最好的辩护

① ② ③ ④

张志勇

程序性辩护是刑事辩护的最高境界，作为一种“进攻性辩护”，是最好的辩护。刑事诉讼法的修改，为程序性辩护提供有力的法律武器。程序性辩护主要体现在两个方面：非法证据的排除和关键证人的出庭作证。■

程序性辩护是刑事辩护皇冠上的一颗明珠，属于刑事辩护的最高境界。作为一种“进攻性辩护”，美国著名的刑辩律师、德肖维茨教授将其称为“最好的辩护”。轰动全世界的美国辛普森涉嫌杀妻案，以德肖维茨为首的辩护律师，就是成功运用程序性辩护，从而推翻控方的证据，最终说服大陪审团，宣告辛普森无罪。在中国的刑事辩护，刑辩律师越来越认识到程序性辩护的重要性，并在刑事辩护中广泛予以应用。刑事诉讼法的修改，为刑事辩护开展程序性辩护提供了法律利器。我们运用程序性辩护时，要重点解决二个问题：一是非法证据的排除，二是关键证人的出庭作证。唯有如此，才能把程序性辩护发挥到极致，起到很好的辩护效果。

一、程序性辩护：最好的辩护

众所周知，在我国目前的司法实践中，刑事辩护已经出现了三种辩护形态：实体性辩护、证据辩护和程序性辩护，它们分别对应于我国的三大刑事法律体系。程序性辩护之所以被称为“最好的辩护”，是因为它属于通过指出公安、检察机关和法院在办案程序上的瑕疵和缺陷，来说服法院宣告某一诉讼行为无效、达到辩护成功之效果的辩护形态。作为一种反守为攻的辩护，程序性辩护是刑事辩护皇冠上的一颗明珠，属于刑事辩护的最高境界。作为一种“进攻性辩护”，美国的德肖维茨教授将其称为“最好的辩护”。

在世界瞩目的辛普森案中，以德肖维茨教授为首的刑辩律师，组成了豪华阵容的辩护团，运用程序性辩护原理，利用控方证据的漏洞，将检察官和警方证人驳得目瞪口呆，说服了陪审团的全体成员，使陪审团成员们相信，“辛普森并不一定是罪犯，案犯极有可能另有其人或辛普森被栽赃陷

害”。根据疑罪从无的原则，辛普森最终被裁定无罪。

根据当时美国媒体报道，案发现场提取的辛普森的血迹和毛发，辛普森家中被害人（辛普森是妻子）的血迹，以及在案发现场和辛普森家中发现的同一副血手套，辛普森的卧室中发现的沾有被害人血迹的袜子，所有疑点都指向辛普森。但在法庭出示的死者袜子被专家证明没有穿在死者的脚上，而是有人在实验室把血倒在袜子上的。

美国法律中有一条著名的证据规则：“面条里只能有一只臭虫。”这一规则的喻义是：任何人发现自己的面碗里有一只臭虫时，他绝不会再去寻找第二只，而是直接倒掉整碗面条。同样，即便洛杉矶警方获取了大量能证明辛普森有罪的证据，但只要其中有一样（袜子）是非法取得的，所有证据就都不能被法庭采信。

由于程序性辩护形态深深受制于一个国家司法制度的状况和司法体制改革的进程，因此司法实践中，很多律师都发现，目前我国进行程序性辩护要面临极大的困难。尽管如此，要了解刑事辩护制度的最新发展动向，要掌握刑事辩护的基本功，提高刑事辩护的质量和水平，努力实现刑事辩护的功效，作为刑辩律师，就应当认真研究程序性辩护的基本原理和实战技巧。修改后的刑事诉讼法，对于非法证据排除和关键证人出庭等问题，做了明确规定，为程序性辩护，提供了有力的法律支持。笔者根据多年的刑事辩护经验，总结出程序性辩护需要着重注意的两个问题——那就是非法证据的排除和关键证人的出庭作证。

二、非法证据的排除

前文所述，美国法律中有一条著名的证据规则是“面条里只能有一只臭虫。”也就是说，如果发

现其中的证据有一样是非法取得的，所有证据就都不能被法庭采信。对于非法证据的排除，中国由于缺少统一的《证据法》，以前的法律法规对此没有规定。而且，中国保留死刑，为死刑犯辩护也是刑事律师的重要职责。2010年5月30日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，这两个规定，尤其是后者的出台，具有划时代的意义。而且，刚刚修改的刑事诉讼法吸收了这两个《规定》的成果，对非法证据的排除，进一步予以明确规定。非法证据排除，对于刑辩律师而言，是刑事辩护的利器，是程序性辩护的重要武器。

（一）刑事诉讼法规定非法证据排除的主要内容

刚刚修订的刑事诉讼法，吸收了上述两个规定的有关内容，对非法证据排除，有了明确规定。主要内容集中在第五十四条和第五十八条。非法证据排除的主要内容是

第一，确立了两种排除规则，第一种是强制性排除，对采取刑讯逼供、暴力威胁等非法方法取得的言词证据一律无条件排除，即强制性排除，包括口供、证人证言、被害人陈述。第二种是相对排除，又称自由裁量性排除，它适用的对象是违反法律程序收集的可能影响司法公正的物证、书证。

第二，明文规定了程序审查优先的原则，即被告人及其辩护人一旦申请排除非法证据，法官就要中止对案件的实体审理，优先审查案件的程序合法性问题。

第三，确立了非法证据排除中的证明责任和证明标准，明确规定审判人员只要认为可能存在非法取证情形的，就要就证据收集的合法性进行法庭调查。

第四，确立了侦查人员和相应的证人出庭作证的制度，来证明侦查程序的合法性。

（二）非法证据排除规则的重大意义

非法证据规则的最大亮点在于明确了排除程序，确立的中国的非法证据排除规则，将司法解释的内容正式写入刑事诉讼法，上升到国家法律法规的高度，取得了立法上的突破。而且，该规则朝着更有利于被告人的方向发展，明确了排除的具体程序，使法庭有法可依，更加具有可操作性。该规则将证明责任推给公诉方，为律师的辩护，提供了极为有力的法律武器。

（三）非法证据排除规则的具体运用

1、熟练掌握条文，灵活运用规则

对于非法证据的排除问题，刑事诉讼法要等到2013年1月1日才能实施，司法实践中，目前主要是运用《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，等到新的刑事诉讼法生效后，再具体运用刑事诉讼法的相关条文。律师首先要帮助被告人提出非法取证的线索，然后郑重向法院提交书面申请，要求法院排除非法证据。最后在法庭辩论时，指出哪些证据系非法证据，要求法院对这些非法证据不予认定，推翻公诉机关的指控，达到无罪辩护或者罪轻辩护的目的。

2、启动非法证据排除，坚持程序性辩护

笔者最近在执业过程中，正确运用非法证据排除原则，收到了很好的效果。

例如，笔者在福建代理一起刑事案件。上诉人黄某某涉嫌犯有受贿罪、贪污罪，一审被判处有期徒刑十七年半。笔者代理黄某某的二审。在会见过程中，黄某某提出他受到办案人员的刑讯逼供和欺骗、引诱。办案人员说：“你说了，就没事了，放你回去”；“不说，就一直关你，把你关死，并把你送到霞浦（一个黑牢狱盛行的地方）去”。并长时间不让黄某某睡觉，不给饭吃，不给水喝。不光使用暴力打骂，还使用多种冷暴力。黄某某百般无奈，被迫自证其罪，违心做了虚假陈述。

笔者了解到这一情况后，高度重视此问题，书面申请非法证据排除，并在法庭上向审判长反应此事，启动非法证据排除程序。公诉人当庭播放一段录像，企图证明他们取证合法。我说该录像有多长时间，公诉人说有二个半小时左右。我说黄某某前后被审讯了十多次，对他的录像时间，至少有一百个小时以上。你播放的只有二个半小时，明显属于剪辑，删减，把刑讯逼供、欺骗引诱的镜头都删除了。下面旁听的群众，群情激奋，一致喊检察院删改了录像，搞得公诉人非常难堪。此案最终被发回重审，获得改判、轻判。

因此，辩护律师可以启动非法证据排除程序，要求人民法院对被告人在审判前供述取得的合法性进行审查；也可以要求当“检察人员不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分”时，认定上述供述不能作为定案的根据。排除非法证据，维护程序正义，从而维护实体正义，实现辩护功效。

三、关键证人的出庭作证

在我国的在刑事辩护中，证人，尤其是关键证人，出庭作证是少之又少。这不仅违反了刑事诉讼

法及相关法律法规，而且极其容易导致冤假错案的发生。因此，刑辩律师在运用程序性辩护时，必须坚持关键证人出庭作证，否则，公诉机关就要承担举证不能的责任，审判机关据此做出的判决，也是不能成立的。

（一）刑事案件证人出庭作证的普遍原则和法律的强制性规定

证人出庭作证是现代司法制度中的普遍原则和庭审制度的基本要求。对此，联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3项关于“在判定对他人提出的任何刑事指控时，任何人都有权询问或者业已询问对他不利的证人，并使对他有利的证人在与他不利证人相同的条件下出庭和接受询问”的“最低限度”权利保障的规定作为这一原则的经典，已被世界各国所公认；美国《联邦刑事诉讼规则》第26条“在所有审判中，证人应当在公开法庭以言词方式作证”的规定，被视为这一原则在现代司法制度中的典型体现。

在英美的刑事诉讼理论上，高度评价对出庭证人的法庭询问，特别是交叉询问规则所起的重大积极作用。证人在法庭经过宣誓后，由控辩双方律师对该证人分别进行直接询问（主询问）和交叉询问（反询问）。所谓直接询问（主询问），是指提名或传唤证人出庭作证的一方对其进行询问，目的是使该证人所了解的一切有利于自己一方的事实充分地展现在法庭上，但在主询问中不得提出诱导性问题。由对方对该证人的发问称为交叉询问（反询问），其目的在于通过对其进行批驳性、怀疑性的反询问，暴露出该证人作证中的缺陷和矛盾，从而向法庭揭示该证人的不可信，在反询问中可以提出诱导性问题。由于反询问是力图以怀疑性提问来批驳、摧毁对方的证人证言，而另一方则必然通过随后的再主询问方式来加强其证人证言的可信性，因此，主询问和反询问之间的对抗性、激烈性是显而易见的，可反复进行数轮，直到无可再问或无必要再问。

（二）中国目前的刑事审判中证人出庭作证现状

我国目前刑事诉讼法的规定及其司法解释，要求庭审方式更加体现直接、言词原则。但在中国审判实践中，证人乃至关键证人都不出庭作证的现象仍很严重，法庭以宣读证言笔录代替证人出庭作证成为普遍现象，证人不出庭作证的问题并没有因法律作出了明确规定而得到明显改善，也没有如预期的那样，通过证人出庭使抗辩性明显增强。

关键证人不出庭作证，造成程序不公乃至实体

处理不公正，这不仅使法院的权威扫地，而且对被告人也是极其不公平的。

（三）新修改的刑事诉讼法对证人出庭的规定

对于证人出庭作证问题，刚刚修改的刑事诉讼法第五十九条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后，才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候，应当依法处理。”第一百八十七条第一款规定：“公诉人、当事人或者辩护人诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响的，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。”

证人，尤其是关键证人出庭，是新修改的刑事诉讼法一大亮点，也是司法进步的标志之一。因此，根据刑诉法的规定及其司法解释的本意，刑事案件的关键证人必须出庭作证，这是法律的强制性规定。不出庭的关键证人的证人证言，因未依法讯问、质证，查证属实，不能作为定案的根据。

（四）关键证人不出庭作证的后果

1、关键证人的概念及范围

关键证人，即提供影响刑事案件定罪与量刑之证言的人，其证言对案件的审判起直接决定作用的。具体可以表述为：证言涉及到犯罪构成要件方面的证人；证言影响区分此罪与彼罪的证人；证言影响量刑轻重的证人；目睹涉嫌犯罪事实发生关键情节的证人；对犯罪嫌疑人或涉嫌犯罪事实仅有的知情人。

例如，在受贿案中，受贿过程基本都是在一对一的情况下完成的，对于贿赂的双方来说，行贿受贿是一场只有天知地知你知我知的“游戏”。涉嫌贿赂案中，行贿方对犯罪嫌疑人或涉嫌犯罪事实来说，是仅有的知情证人。因此证据链中最重要的一环就是双方的供述、证言，任何一方的言词证据都对案件的定罪有决定性影响。换句话说，根据司法解释第一百四十一条第三款的规定，受贿案件中涉嫌行贿方的证言对定罪有直接影响，因此这些证人都是关键证人。

2、关键证人不出庭的后果严重——证人不出庭作证应由举证方承担不利后果

关键证人必须出庭作证，否则就应视为相应的举证方举证不能。因此，控辩双方应该想办法让支持你的主张的关键证人出庭作证。如果关键证人不出庭，具有相应举证责任的一方必然要承担不利后果，一般情况下往往是控方。

审判实践中，有的控方对证人出庭作证存有顾虑。抗辩式审判方式的引入，对控方出庭支持公

诉提出了更高的要求。与其他证据相比，言词证据具有容易受到干扰、带有主观性和易变性等特点，对言词证据的认定难度也较大，需要较高的综合分析判断能力。控方担心证人出庭作证会改变以前的证言，打乱庭审中支持公诉的计划，且难以随机应变，造成被动局面，甚至由此改变案件的性质。控方喜欢当庭宣读证言笔录，认为较为稳妥，可以避免出现翻证的复杂局面。因此控方往往对证人出庭作证不提出申请，甚至不希望关键证人出庭，也不采取积极措施保证证人到庭。这种消极态度在类似本案的经济犯罪案件中表现得尤其突出。

因此，控方在刑事案件中需要承担完全的举证和证明的责任，如果其掌握的证据没有达到足以定罪的程度，就要承担败诉的后果。现在控方全部证人包括关键证人均不出庭作证，控方应承担举证不能的严重后果。

笔者在执业过程中，坚持从程序上进行辩护，紧紧抓住这条原则，坚持要求证人，尤其是关键证人全部出庭作证，取得了很好的辩护效果。例如，我们最近在福建代理黄某某涉嫌受贿、贪污二审案件，我们向二审法院提供的证人全部出庭作证；而控方的证人，没有一个出庭作证。控辩双方形成鲜明的对比，二审法院最终采纳了我们的辩护意见，撤销一审判决，将此案发挥重审。这就是我们运用程序性辩护取得的成果。

总之，社会在前进，法治在进步，随着经济的发展和人权观念的复苏，刑事辩护的作用日益受到人们的重视。刑辩律师运用好程序性辩护，刑辩律师将大有作为。

责任编辑：张志勇

作者简介

张志勇

大成律师事务所北京办公室律师、合伙人

中国人民大学刑法学博士。曾在中华人民共和国司法部从事监狱、劳教等司法实践工作，在最高人民检察院检察日报社从事法制宣传工作，在基层检察院挂职担任过副检察长。

专业领域：刑事诉讼



大成律师事务所

北京总部

地址：北京市东城区东直门南大街3号国华投资大厦5/12/15层
邮编：100007
总机：8610-58137777（5线） 8610-58137739（12线） 8610-58137733（15线）
传真：8610-58137779（5线） 8610-58137788（12线） 8610-58137766（15线）
网站：www.dachenglaw.com
邮箱：beijing@dachenglaw.com