

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2019年 第2期 | 总第062期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH
ZHH & Robin



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

虚假陈述民事赔偿中
系统风险扣除问题研究

【律师论坛】

境外法律环境尽职调查
与准入障碍的破解

【律师论坛】

从一例案件分析主债权判决
生效后抵押权的诉讼时效问题

【律师论坛】

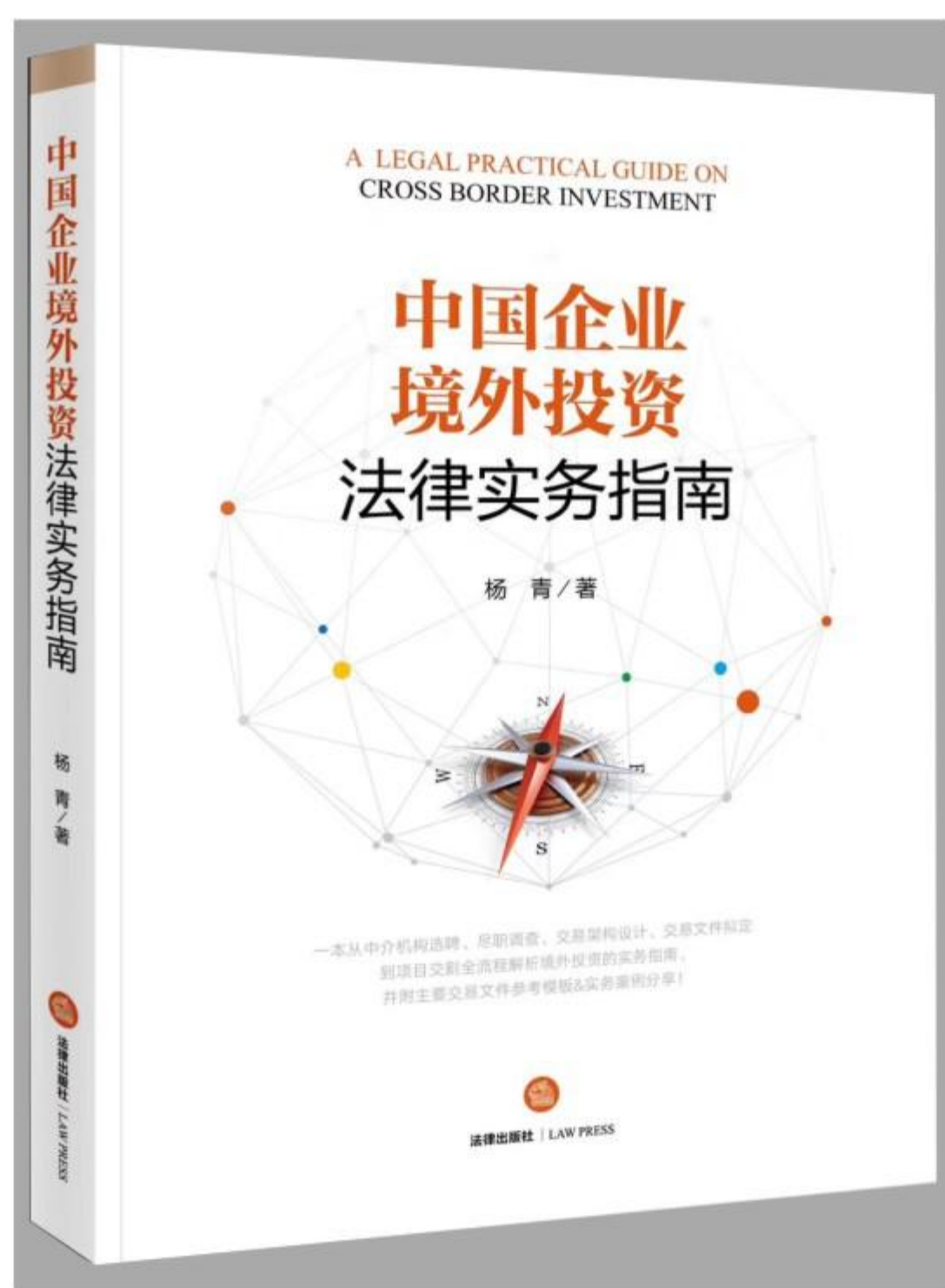
校园侵权案件
民事法律责任研究

【法理天地】

以案说案——结合两个案例浅析
华为诉美国政府2019NDAA违宪一案

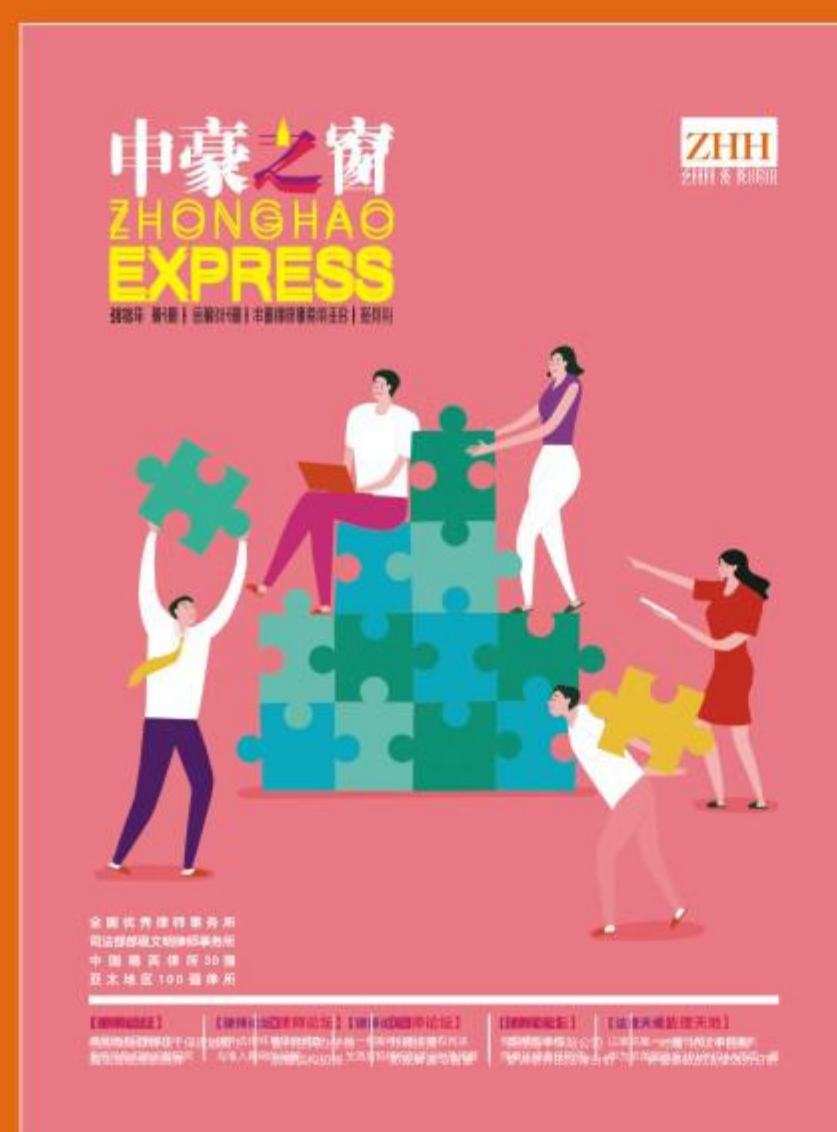
中豪荣获“2015-2018年 重庆市优秀律师事务所”等多项荣誉

2019年3月28日，重庆市第七次律师代表大会隆重举行。会上，重庆市司法局、重庆市律师协会对全市优秀律师事务所和律师进行表彰决定。中豪再次荣获“重庆市优秀律师事务所”殊荣。与此同时，资深合伙人宋涛获“重庆市第六届十佳律师”、合伙人陈晴获“重庆市第四届十佳女律师”、合伙人俞理伟获“重庆市第四届十佳青年律师”荣誉称号。



法律出版社出版合伙人杨青 《中国企业境外投资法律实务指南》

2019年4月，杨青律师处女作《中国企业境外投资法律实务指南》一书成功付梓。该书共10章内容，逾48万字，472页。美国奥睿律师事务所全球顾问委员会联席主席、亚洲地区管理合伙人王翔先生，重庆市律师协会会长作序，法律出版社出版。该书从中介机构选聘、尽职调查、交易架构设计、交易文件拟定到项目交割全流程详细介绍了境外投资各个主要环节，并附有主要交易文件英文版参考模板和作者团队操作过的经典实务案例，旨在为境内企业“走出去”提供一本可操作的法律实务指南。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS

总第062期 2019年 第2期 双月刊

(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬

执行主编：杨青

编 委：张 涌 陈 晴
宋 涛 王 辉
卜海军 陈 伟
涂小琴 李东方
俞理伟 朱 剑
汪 飞 郑 毅
崔 冽 陈心美
傅达庆 张德胜
文 建 刘 军
柯海彬 李 燕
赵明举 梁 勇
李 永 周 尽
刘文治 李 静
周 鹏 王必伟
陈任重 郝红颖
高玉林 青 苗
谢 敏 肖 东
赵 晨 郑 鹏
文 奕 柴 佳
伍 伟 邵兴全
张晓卿 黎莎莎
吴红遐 夏 烈
郑继华 李 爽
宋 琴 范珈铭
钟冬蕾 曹 阳

责任编辑：郭凌嘉

美 编：王先

主 办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

虚假陈述民事赔偿中系统风险扣除问题研究 李东方 吴一凡 2

境外法律环境尽职调查与准入障碍的破解 章朝晖 范珈铭 9

从一例案件分析主债权判决生效后
抵押权的诉讼时效问题 柴佳 刘肖 16

校园侵权案件民事法律责任研究 涂小琴 20

法理天地 THEORY

以案说案——结合两个案例浅析 郑毅 吕睿鑫 关俊伟 25
华为诉美国政府2019 NDAA违宪一案

中豪新闻



2019年3月16日，由中豪成都办公室承办的“云计算及地区自贸协议背景下的跨境个人信息保护和税收监管解析”讲座在成都办公室会议室顺利举行。本次讲座由悉尼科技大学高级讲师、博士生导师田一钧博士主讲。逾四十多位大型国有企业法务人员、律师、IT界人士参加了本次讲座。

2019年3月20日，合伙人宋涛举办了《律师的思维方式——从一起侵权责任案说起》专题培训讲座，以其多年来为地产、金融及公司等领域服务的丰富实践经验为依托，分三部分对律师思维方式的特质、涵盖的内容与养成路径方面进行了干货分享。

2019年3月27日，合伙人钟冬蕾举办了《出资购置不动产相关风险及防范》专题讲座，从法律规定、案例评析和经济学角度，对上述问题进行探究，对律师代理要点提出看法和建议。

2019年4月3日，《法律讲堂》栏目组在中豪上海办公室召开上海节目选题策划会，并就法治类节目的新媒体发展进行调研和研讨。上海地区主讲人、中豪合伙人郝红颖以及中豪上海办公室主任王辉、合伙人朱剑、合伙人向曙光、合伙人赵晨参加会议。

2019年4月3日，意大利百维安商律师事务所（Pavia e Ansaldo）的管理合伙人Stefano Bianchi先生及中国业务部负责人谢颖女士访问中豪成都办公室。高级合伙人、成都办公室主任汪飞接待了Bianchi先生一行。双方介绍了各自律所的基本情况、主要业务领域、既往业绩和核心价值观，并就拟开展合作的领域和合作模式进行了深入交流。

2019年4月10日，中豪联合中国西南美国商会（重庆）在中豪江北金融办公室成功举办《外商投资法解读及中国企业在美诉讼风险提示》专题讲座。中豪合伙人郑毅、顾问律师吕睿鑫发表了精彩演讲。诸多企业投资人、股东、法律与财务负责人出席本次讲座，共享这场知识盛宴。

2019年4月11日上午，在卡尔蔡司(上海)管理有限公司举行的德资企业驻中国工作组的联谊活动中，我所合伙人文奕律师、陈任重律师应邀为与会德资企业的人力资源高级管理人员举行了劳动法律培训讲座。

2019年4月11日，重庆市九龙坡区教委于在九龙坡区高新育才学校举办了涉校法律知识培训。本次培训邀请了我所资深合伙人涂小琴律师，围绕学校侵权责任划分、涉校行政诉讼、劳动合同关系等问题进行法律解析。

2019年4月9日至12日，大型国际法律联盟LAWorld第23届年会在马来西亚首都吉隆坡Mandarin Oriental酒店成功举办，来自美、德、英、法、意、瑞士、瑞典、澳大利亚、新加坡、印度、南非、马来西亚等全球30多个国家的40多家律所的60多名律师出席该盛会。合伙人杨青应邀代表中豪出席该年会，与国外律师同行进行了深度交流。

2019年4月17日，房产部合伙人吴红遐举办《股东知情权法律纠纷解析》专题培训讲座，介绍了股东知情权纠纷中可能发生的争议点，并结合“真功夫”等经典案例，就股东知情权法律纠纷进行了详细解析。

2019年4月26日，中豪分别在重庆市律师协会、江北金融办公室成功举办《香港及BVI/开曼群岛争议解决全程解密》讲座。香港国际仲裁中心副秘书长刘侨，Mourant Ozannes律所合伙人霍耀森、刘芷君，香港大律师（Barrister）毛茅，以及中豪香港办公室副主任杨青发表了精彩演讲，合伙人郭凌嘉担任主持。两场讲座逾120位投资人、企业负责人及律师同行出席。

受中华全国律协邀请，合伙人杨青与北京高文律师事务所的朱翊律师共同负责《“一带一路”沿线国家法律环境国别报告》第三卷中日本国别报告的编译。为保证国别报告的专业性、准确性与实务性，杨青律师负责联系了日本西村朝日律师事务所及安德森·毛利·友常律师事务所，并共同完成了日本国别报告的编译工作。

【摘要】 本文从上海大智慧公司虚假陈述诉讼案件中提及的系统风险问题出发，结合我国1996年至今所涉及系统风险的虚假陈述赔偿案件进行分析，从实证角度研究司法审判中系统风险认定标准和系统风险扣除数额计算方式问题，立足证券业监管现状，提出完善建议。

【关键词】 虚假陈述 系统风险 扣除数额

虚假陈述民事赔偿中系统风险扣除问题研究

◎ 文 / 李东方 吴一凡 / 北京办公室

问题提出

虚假陈述民事赔偿责任主要是侵权责任，按照侵权责任法的相关规定标准：上市公司有虚假陈述行为，投资者实际上有财产损害，行为与投资者的损害之间有因果关系，满足上述条件可认定上市公司承担虚假陈述民事侵权责任。但根据最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干问题规定》（以下简称《若干问题规定》）中19条规定，上市公司享有免责事由，即证明投资者的损害是由证券市场的系统风险引起，则上市公司可因因果关系链中断而免责。在我国虚假陈述

的民事赔偿案件的司法实践中，不论市场是否存在整体或局部下行的情形，绝大多数被告上市公司在抗辩中都援引系统风险免责条款，这使得法院应以更为审慎的态度回应。同时，在现有的制度和理论研究中，又存在许多难以忽视的问题，《若干问题规定》中对系统风险的定义模糊，并无具体可实施的评价依据和标准，如何认定案件中存在系统风险及存在系统风险后如何界定其所致损失的数额等问题均属法律空白，司法实践中法院的办案思路也是大相径庭。据此，上海许多资深律师提议废除《若干问题规定》中的系统风险条款，该提议也获得了学界的诸多学者的支持。^①可见

系统风险问题一直是证券虚假陈述赔偿案件中的老大难问题。

司法实证分析

（一）案例引入

2017年，上海市一中院在投资者诉大智慧公司案^②中首次认定存在系统风险，并认为投资者的损失中系统风险原因占比30%，一改以往丰华案中对系统风险的严格认定思路。大智慧公司案是近期最新的一起涉及系统风险的案件，加之上海法院在金融审判领域的重要地位，该案的判决思路对其他法院系统风险的认定具有深远的指导意义。基本案情如下：

① 刘俊海、宋一欣主编：《中国证券民事赔偿案件司法裁判文书汇编》，北京大学出版社2013年12月第1版，第32页。

② 孙龙等诉上海大智慧股份有限公司诉讼案，（2016）沪01民初634号。



李东方 | 合伙人

专业领域：经济法、民商法和文化遗产保护法
手机：+86 186 0194 5339
邮箱：lidongfang@zhhlaw.com



吴一凡 | 实习律师

专业领域：证券法
手机：+86 188 1069 8625

2014年2月28日，大智慧公司发布《2013年年度报告》；2015年11月7日，公司收到证监会的《行政处罚及市场禁入事先告知书》；2016年7月20日，证监会作出《行政处罚决定书》，认定大智慧公司在2014年披露的2013年年度报告存在虚假陈述；随后，其股价在公司被行政处罚后大跌。

原告据此对大智慧公司提起虚假陈述民事赔偿之诉，要求赔偿因其虚假陈述造成的经济损失。

法院认为，大智慧公司2014年2月28日为虚假陈述实施日；公司于2015年11月7日收到证监会《行政处罚及市场禁入事先告知书》，为揭露日；揭露日后，大智慧股票流通率于2016年1月12日达100%，为基准日。

另查明，在2016年1月4日、1月7日两日，沪深300指数一日两次引发熔断，于第二次熔断后上交所暂停交易至收市。

法院认为：根据《若干问题的规定》第十八条中第二款^③，原告的损失与被告大智慧公司之间存在因果关系。同时，在揭露日至基准日之间的1月4日和7日，由于A股市场实施熔断，上证指数和软件服务板块指数均发生异常于同一时期其他交易日的大幅下跌，大智慧公司股票亦随之大幅下跌：1月4日，上证指数跌幅6.86%、板块指数跌幅8.35%、大智慧股票跌幅9.98%；1月7日，上证指数跌

幅7.04%、板块指数跌幅8.05%、大智慧股票跌幅10.03%。故法院认定，该两日大智慧股票大幅下跌实质系因上证综指和板块指数大跌引起，这部分损失系由市场风险所致，与大智慧虚假陈述行为无关，无需承担赔偿责任，并认定该部分损失在投资者全部损失中的比重为30%。

（二）系统风险认定标准

在探讨上海一中院分析思路前，可对我国有关虚假陈述赔偿案件中涉及系统风险的部分案件进行梳理和总结，横向上有助于我们明晰我国各地法院对此问题的看法，纵向上也能厘清法院评价标准的发展趋势。

依据中国裁判文书网、北大法宝网和《中国证券民事赔偿案件司法裁判文书汇编》^④统计，我国共有虚假陈述民事赔偿案件11845件，涉及系统风险案件3443件（1996年-2018年8月1日）。同时，由于证券虚假陈述赔偿案件一般涉案人数众多，各受害害人基本基于一个法律行为起诉，所以案件内容类似，但数量较多，故在统计中将其同一被告的类似案件合并分析，本文选取其中典型的15起论述。

在部分案件中，法院未正面回应系统风险问题，如三联商社案^⑤、圣方科技案^⑥、锦州港案^⑦；在另一些案件中，法院虽回应系统风险问题，但并未提及其认定的标准和方法，通过粗略分析便给一个结论，如大唐电

^③ 《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第十八条规定，投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：（一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；（二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；（三）投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。

^④ 参见刘俊海、宋一欣主编：《中国证券民事赔偿案件司法裁判文书汇编》，北京大学出版社2013年12月第1版，第19页。

^⑤ 范黎明诉三联商社股份有限公司（原郑百文）上诉案，（2006）豫法民二终字第159号。

^⑥ 李凡诉黑龙江圣方科技股份有限公司诉讼案，（2002）哈经初字第557号。

^⑦ 董国明等诉锦州港股份有限公司诉讼案，（2003）沈中民（3）权初字第20号。

信案^⑧中，法院认为上证指数未发生大幅波动而不予认定系统风险；丰华股份案^⑨亦然。

在有详细分析和阐述系统风险的案件中，根据被告举证系统风险的宽严程度不同，可将其分为必然因果关系说和相当因果关系说两类：

1.必然因果关系证明标准。被告承担证明系统风险存在的责任较重。体系性地阐述系统风险认定严标准的是2004年大庆联谊、申银万国虚假陈述上诉案^⑩。大庆联谊公司提交在原告持有其股票期间的K线图，试图证明证券市场存在系统风险，投资者的损失由系统风险所致，与大庆联谊公司的虚假陈述无关。法院认为被告提出系统风险主张，则应当先举证有造成系统风险的事由存在，其次证明该事由对市场产生重大影响，引起全部股票大幅度涨跌，从而导致系统风险发生。在本案中，被告的证据无法证明第一步，即有引发系统风险的事由，更不能证明该事由与股市价格波动的逻辑关系，所以法院不予认定被告的抗辩理由。

此案审理思路得到最高人民法院的认可并发表于《大公报》上，后续的长江水运案、银星能源案均沿用该认定



标准。如长运案中，被告无法提供证明市场存在足以影响所有股票价格下跌的合理事由，对虚假陈述行为和所谓系统风险、长江航运业萎缩如何影响股价变动以及各自影响程度，被告也未提出具体区分标准和理由，故法院不支持系统风险抗辩^⑪；银星案中被告亦同，因不能证明存在足以影响所有股票价格下跌的合理事由，法院不予认可系统风险。^⑫可见，在这三个案件中，法院对系统风险的认定十分严格，被告承担了较重的证明责任，

在此类必然因果关系认定方法下，被告基本无法提出有效的证据证明系统风险的存在。^⑬

2.相当因果关系证明标准。被告承担举证系统风险存在的责任较轻，被告不用充分论证系统风险与其股价波动的逻辑关系和关联度。典型的是九州股份案，九州公司提交ST九州及其他相关股票走势图，欲证明原告的损失是因为中国证监会于2001年12月5日发布的《亏损上市公司暂停上市和

⑧ 郑剑中诉大唐电信科技股份有限公司诉讼案，（2009）一中初字第7533号。

⑨ 周斌诉上海丰华（集团）股份有限公司诉讼案，（2007）沪一中民三（商）初字第51号。

⑩ 陈丽华等23名投资人诉大庆联谊公司、申银证券公司虚假陈述侵权赔偿纠纷二审案，《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第11期（总第109期）。

⑪ 邹桂英诉重庆长江水运股份有限公司等诉讼案，（2006）渝五中民初字第37号。

⑫ 傅岳富诉宁夏银星能源股份有限公司诉讼案，（2008）银民商初字第95号。

⑬ 参见王丹：《证券虚假陈述损害赔偿计算方法论》，载《法学》2003年第6期，第107页。



终止上市实施办法》所带来的系统风险。法院审查认定，根据ST板块和深圳成分股的跌幅来看，同一时期未受中国证监会处罚的与九州同在ST板块的其他股票价格也均出现大幅度下跌，与此同时深圳成份股指数也呈持续下跌态势，故法院认定原告的损失至少部分由系统风险导致。^⑭

此类根据市场指数的涨跌综合分析判断是否存在系统风险的方式也为后来的众多法院学习借鉴。浙江数源科技案法院采取的方法类

似，仅是依据的指数不同，在综合考量深证综指、深圳成指和IT指数的基础上，认定存在系统风险^⑮；德棉股份案依据中小板和纺织板指数跌幅和德棉股份的跌幅基本相一致，认定存在系统风险，并据此排除上市公司的赔偿责任^⑯，还有南通科技案^⑰、佛山照明案^⑱等审理思路基本大同小异，在此便不一一赘述。

在上述案件中，法院均支持了被告的抗辩主张，认定系统风险的存在。与大庆案体现的法院对被告

证据与系统风险的必然因果关系证明要求不同，在上述案件的审判思路下，一般被告有较为有效明晰的证据可以提交，即在实施日至揭露日之间的公司相关指数的走势图。根据市场指数分析的认定方法明显放宽了对被告的证明要求，法院对虚假陈述的赔偿数额中进行系统风险部分扣除的比例也比较高。在德棉案和荣华案中，法院甚至认定投资者损失全部由系统风险导致，上市公司虚假陈述行为无需承担赔偿责任。为此，有律师在证券时报上发文称德棉案的判决是以系统风险

^⑭ 赵娥英诉福建九州集团股份有限公司、申银万国证券股份有限公司、招商股份有限公司、厦门国际信托投资公司、福建华兴有限责任会计师事务所等诉讼案，（2003）夏经初字第123号。

^⑮ 金某诉数源科技股份有限公司诉讼案，（2010）浙杭商初字第34号。

^⑯ 莫某某诉山东德棉股份有限公司、山东德棉集团有限公司诉讼案，（2011）济民四商初字第79号。

^⑰ 苏万福与南通科技投资集团公司虚假证券信息纠纷上诉案，（2007）苏民二终字第0112号。

^⑱ 谭鸿杰等与佛山电器照明股份有限公司虚假陈述纠纷上诉案，粤高法民二终字第13-967号。

之名，二次伤害投资者。^①可见对系统风险的认定方法上各方观点差距较大，仍有许多值得商榷之处。

（三）系统风险所致损失数额计算标准

在认定系统风险存在的案件中，法院对于系统风险所致损失数额计算方式大致可分为如下两种：

1.以大盘指数为标准。通过对比大盘指数跌幅和被告股票跌幅来认定系统风险致损的占比。例如：在三九医药案中，法院认定被告股票价格跌幅超过综合指数跌幅的部分，即为被告虚假陈述造成原告的损失部分，并创设性地提出计算公式（股票跌幅-上证指数跌幅）/股票跌幅=虚假陈述责任占比；在佛山照明案中，法院亦选择以深圳成分股指数为标准计算系统风险所致损失额，计算公式与上述无异。

2.综合考虑大盘指数和板块指数和相关行业的其他股票的价格波动情况。此类方法考虑的要素会比较复杂，很难如上种方法一样有较为简易可行的计算公式。如南通科技案中，法院通过证券市场的“上证综合指数”“沪市全部A股流通股总市值”“纵横国际所在的机械类行业板块指数”^②和“机械类行业A股流通股总市值”四类数据变动情况

的基础上综合认定系统风险所致的损失数额的大小。

回到大智慧案中，上海法院显然采用的是市场指数分析方法，结合上证指数和软件服务板块指数综合考量，来论证市场存在系统风险，与德棉案审理思路一脉相承。在系统风险数额计算方面，法院未在判决书中提及计算过程，而是直接给出结论占比30%，但很明显其数值得出是经过法院审慎考量后的一个边际最优的结果：若按照三九医药案中的大盘指数公式计算，虚假陈述责任占比=（股票跌幅-上证指数跌幅）/股票跌幅=30%左右，系统风险免责数额占70%，保障力度更小。由此可见，上海法院在认定系统风险数额占比时，对于投资者有一定的倾斜保护。

关于系统风险的思考

（一）虚假陈述民事赔偿案件中，系统风险的认定应该是必然因果关系标准还是相当因果关系标准？

投资者的财产损失与虚假陈述行为之间的因果关系，是大多数案件的争议焦点。因虚假陈述侵权行为与传统侵权行为有重大区别，遭受损失的普通投资者很难就其损失与虚假陈述之间的因果关系充分论

证，所以《若干问题规定》18条中规定的因果关系认定标准是学习美国证券交易法的10b—5规则^③和美国联邦最高法院在Basic一案中肯定的“欺诈市场理论”，倾斜保护投资者而制定的，^④即若要求虚假陈述的被告承担虚假陈述的赔偿责任，原告需证明双层因果关系，即交易因果关系和损害因果关系。前者一般理解为对证券市场的信赖，相信股票的价格是充分受到市场上各种因素影响后的合理反馈，因此原告无论是否是听信被告虚假陈述的内容才购买的股票，只要他购买股票的市价受虚假陈述影响产生波动，且虚假信息具有重大性，交易因果关系便成立——这大大减轻了原告的举证负担。

根据此理论分析系统风险我们可知，《若干问题规定》19条设计的免责事由其实并没有否认交易层面的因果关系，仅是对损害因果关系的部分否定。对损害因果关系的否定需要怎样的证明标准呢？因为证券市场是一个联动的整体，系统风险的发生经常是多个事由在市场中相互传导、综合反应的结果。实践中，多数法院认为，在认定存在因果关系时，若采用相当因果关系的信赖推定原则，而反向否定这个推定时如果需证明系统风险与原告损害之间的必然因果关系存在，将

^① 参见许峰：《不要以系统风险名义二次伤害投资者》，载《证券时报》2012年5月19日，第A04版。

^② 我国上海证券交易所没有机械类行业板块，故此案中并没有参考机械行业板块指数。

^③ 参见汤欣：《美国证券法上针对虚假陈述的民事赔偿机制——兼论一般性反欺诈条款制度的确立》，载张育军、徐明主编，《证券法苑》（第二卷），法律出版社2010年版，第192页。

^④ 参见黄振中：《美国证券法上的民事责任与民事诉讼》，法律出版社2003年版，第215页。

这复杂的过程交由上市公司举证，无疑是有强人所难，对于被告显然有些失之公允了，事实上被告的举证也确实都是不充分不周延的。所以在系统风险与损害结果之间因果关系认定的举证责任上也应有所简化，即不要要求被告证明发生系统风险的事由存在，而是可以通过提供间接的市场相关数据来证明存在系统风险。换言之，现在法院的审判趋势倾向于认可被告提交的市场波动的K形图的证明力，并采用市场指数作为判断系统风险存在与否的标准。

（二）用哪个或哪些市场指数判断比较准确？其计算系统风险所致损失的方法是什么？

使用市场指数来认定是否存在系统风险的方法应以板块指数为主要衡量标准。如上文所述，现较为通行的两种认定方式分别是以大盘指数为标准以及综合考虑大盘指数、板块指数和相关行业的其他股票的价格波动情况两种。大盘指数虽然操作性上更强，在计算具体损失数额时较为方便，但其背后的逻辑却是经不起推敲的：该公式建立在股票的跌幅和整体大盘的跌幅保持一致的基础上。但很明显这个基础是荒谬的。大盘指数的基本面大，参与计算的股票众多，市场整体下行并不能必然推导出涉案股票下行，更何况跌幅保持一致了。例

如在2018年6月份，因为中美贸易战导致股市大盘整体下行，但房地产板块却一枝独秀、一路飘红。可见在一定范围内，股票是可以“逆潮流”存在的，法院为了计算的方便而降低逻辑缜密性的行为并不可取。所以，在市场指数方面的选择时，我们应重点考虑与该股票关联度最高的板块指数，辅助参考证券市场的综合指数、证券市场流通股总市值和板块流通股总市值等数据，并根据其他相关因素修正判断。^{②③}

因为没有明确的比例计算公式，法院自由裁量权更大，法官可根据个案事实的需要酌情分配损失，有助于司法公正。在具体比例考量时，《人民司法》上提出的一种方法较为可行：如果综合指数的下降幅度与板块指数的下降幅度不一致，那么最终确定的幅度应该介于两者之间，但更加靠近板块指数的下降幅度。例如大盘数据跌幅为30%，板块数据跌幅为20%，则应选择20%以上25%以下的区间。^{②④}在没有相关的板块指数时，再根据其他相关数据的跌幅综合分析，可参照南通科技案相关方法施行。

另外关于此问题，有些学者提倡基于资本资产定价模型（CAPM），运用数学运算的方式精确算出一个金融产品对于市场的波动

率，从而量化计算系统风险。^{②⑤}笔者并不是很赞同将系统风险问题僵化地理解为数学问题，“计算损失大小，归根究底是法律问题，虽然计算损失大小需尽量与数学原则相符合，但是因为法律作为社会的特殊性，应有其特殊的考量。”^{②⑥}运用CAPM此类经济学分析工具可以作为证据之一，但不能作为唯一证据，证券市场问题错综复杂且十分敏感，法院综合各方利益后的考量更能体现实质公正。

（三）是否引入专家证人制度？

系统风险是客观事实认定问题，涉及到许多金融学相关专业知 识，单靠法官综合分析判断其是否存在，难度实在过大。在现有的虚假陈述相关案件中，当事人也鲜有提交专家学者意见来佐证自己的观点。专家证人的缺失使法院的判决分析力度略显单薄，得出的结论也失之公信。被告方在举证证明存在系统风险时，可提交专家证人意见以及专业机构的鉴定结论，由法院认定材料的有效性，从而避免法院审判的难度，同时也增加了裁判的论理性和可信度。

（四）虚假陈述案件中，投资者是否应倾斜保护？

虽然应减轻被告举证存在系统风险的因果关系证明责任，但并不代表法院应宽标准地认定系统风险的存

^{②③} 此种方法应最接近立法者“选择与虚假陈述影响的证券最具关联性的指数”的本意。参见李国光：《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2003年，第248-260页。

^{②④} 参见刘振：《关于证券市场系统风险所致损失数额的认定》，载《人民司法》2008年第11期，第17页。

^{②⑤} 参见杜莹芬、张文珂：《虚假陈述赔偿中系统性风险损失的确认与度量——基于廊坊发展股份有限公司的案例研究》，载《中国工业经济》2013年9月第9期，第139页。

^{②⑥} 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社，2001年版，第169页。转引自甘培忠：《论证券虚假陈述民事赔偿中系统风险所致损失数额的认定》，载《甘肃社会科学》2014年第1期，第156页。

在。相反，法官根据市场指数等数据波动的幅度认定达到系统风险时，需持审慎态度，且扣除比例不宜过高。例如上述板块指数、综合指数、证券市场流通股总市值和板块流通股总市值在涉案期间内均出现了较大幅度的下跌，同时综合国际、国内政治经济形势分析，确有一定的外部动荡因素，则可能市场存在一定的系统风险。法的实施是为规范行为保护法益，证券违法责任的追究除了保障投资者个人利益外，还有维护宏观经济秩序之义。在考虑系统风险问题的同时，应考虑其对整体制度的影响。我国虚假陈述责任规定较轻，上市公司违法成本低，若过多地认定系统风险而将本就不多的赔偿再加以扣除，将造成受害者索赔动力更为不足的负面效果，这无疑是雪上加霜。

从经济学成本-收益角度思考衡量，在我国现行司法审判体系下，上市公司实施虚假陈述行为的成本包括行政执法机构可能的行政处罚和受害人的损失索赔（司法赔偿）。

我国证券违法行为处理案件数量明显偏少。根据中国证监会《2017年证监会行政处罚情况综述》可知，

2017年受理并作出处罚案件为224件，与我国庞大的市场基数相比不值一提，我国证券市场处罚力度虽在加大，但还是不够的。同时，根据Katharina Pistor教授对中国证券市场的研究，证监会的执法具有很强的滞后性。在2003年，仅有22%的执法行为导致了对市场参与者的处罚。一些报道的案例也显示证监会的很多处罚决定是仅仅存在于纸面的，而没有得到很好地执行。例如亿安科技案，证监会对广东欣盛、中百、百源、金易四家公司处以4.49亿元罚款，但四家公司一家注销、三家跑路，均已人去楼空，行政处罚流于表面。^{②7}根据深交所的研究，从2001年到2002年，证监会收到了近25000份关于市场违规操作的举报。但证监会仅仅调查了其中的285件案件，仅对其中162件进行行政处罚。^{②8}

因为我国上市公司虚假陈述侵权的受害者多为散户，个体损失金额小，维权成本高，导致大多数受害者选择放弃自身的权益保护以及时止损。另外，虚假陈述民事责任根据民法填平规则，并无惩罚性赔偿等规定，导致上市公司的违法成本偏低。根据杨城学者的研究，证券违法行为

被处罚的主体也多为上市公司，而政策的实际操作者董监高虽然根据法律规定承担连带责任，但受到牵连的比例却很少，这无疑减轻了董监高的违法成本。^{②9}虽然《证券法》第69条、173条规定上市公司董监高承担过错推定的连带责任，但在实际司法实践中，他们鲜有被列为共同被告，即便开始时列入但后来基本都撤销了。因此，他们承担个人赔偿责任的情形很少。^{③0}

综上，我国现行的监管体系对上市公司虚假陈述行为过于宽容，这很大几率将产生市场逆向选择和道德风险，带来经济学上劣币驱逐良币的现象，证券市场上遵纪守法的公司因此逐渐被劣质企业驱逐，从而破坏整体市场秩序。^{③1}上市公司虚假陈述行为的违法成本远低于其未被揭露所获得的违法收益（即使揭露也是收益大于成本），这使得公司更倾向于实施违法行为。在此社会形势下，司法虽无法突破立法的局限创设针对公司虚假陈述行为的惩罚性赔偿，但可以在现有的框架下从严认定系统风险，以达到法边际最佳均衡。

^{②7} 参见廖红漫：《亿安科技处罚能否落到实处？〈经济半小时〉揭内幕》，载新浪财经网：<http://finance.sina.com.cn/s/20010827/100421.html>，最后访问日期：2018年6月28日。

^{②8} 参见徐成钢《金融体制，司法制度和经济发展》系列讲座；Katharina Pistor、徐成钢《Law enforcement under incomplete law: Theory and evidence from financial market regulation》，Econometric Society Far Eastern Meetings，2004。

^{②9} 参见杨城：《论我国虚假陈述民事责任主体的困境与创新》中关于2013—2015年处理证券违法行为司法判例的数据分析：“共有16家上市公司因虚假陈述被1193名投资者诉至法院，法院最终判决6家上市公司对1057名投资者作出民事赔偿。其中，仅有14名投资者获得的赔偿有上市公司董事、监事、高级管理人员的连带责任，其余均是上市公司单独承担责任。之所以出现上述结果，原因是多数投资者起诉时仅以上市公司为被告。在1193名投资者中，只有54名投资者将上市公司以外的主体列为共同被告，未出现将上市公司以外的主体作为单独被告的情形。法院作出判决时，自然不会主动追加其他责任主体。”载《证券市场导报》2017年7月10日期。

^{③0} 参见黄辉：《中国证券虚假陈述民事赔偿制度：实证分析与政策建议》，载《证券法苑》2013年第2期，第985页。

^{③1} 参见乔治·阿克洛夫：《柠檬市场：产品质量的不确定性和市场机制》，载《经济导刊》2001年第6期。

【摘要】随着我国“一带一路”战略构想的提出和综合国力的不断提升，中国对外直接投资已逐渐成为全球性话题。国内企业走出去，首先要面对的是拟投资国家的外资准入法律体系。发展中国家的准入体系往往具有两面性特点，既提防外国人对当地的经济和政治带来冲击，又需要外资带来技术和资金为该国发展提供助力。我国企业在对发展中国家投资过程中，面对严苛的准入限制，建议抓住这种两面性特点，协同律师进行充分的调研和论证，寻找投资的合理空间和最佳切入口，搭建合理的投资法律架构，维护自身合法权益。

【关键词】 一带一路 走出去 发展中国家 外资准入 两面性 泰国 房地产 基础设施

境外法律环境尽职调查 与准入障碍的破解

——由投资泰国基建项目浅议

◎ 文 / 章朝晖 范珈铭 / 江北办公室



案例介绍

2015年上半年，客户在对泰国基础设施建设市场形式进行评估和考量后，决定充分发挥其海外房地产、工程建设方面的经验优势，借助当前“一带一路”建设和“走出去”战略构建的有利形势，进军该国房地产开发和工程建设市场。为此，客户委托项目律师对泰国的投资法律环境进行全面尽职调查。

（一）调查方法

对于外国法律环境的尽职调查，通常以当地律师主要负责、国内律师配合监督为主要模式。当地律师在对本地法律专业性、语言、资源等方面具有天然的优势，可就当地法律系统提供充分的信息和对复杂问题的专业意见；国内律师则对中国国情、客户需求和运营模式等方面有更深入的了解，与客户有更好的沟通，可以将外国律师的法律意见消化并适配客户使用，同时具有对外国律师工作监督和双重验证的作用。两者的配合有利于充分实现客户对境外法律环境尽调的期许和目的。

然而在很多情况下，客户本身对外国律师市场不熟悉、对其工作不信任，往往单独委托国内律师开展此类尽调。在此情况下，国内律师就需要充分发挥能动性，在充分收集研究当地法律体系及文本的基础上，运用律师事务所、我国驻外使领馆、商会、对外合作高校等平台和资源，与当地主管部门、律师、专家学者、企业等接洽、访谈和沟通，就重要复杂法律问题核实和验证。在本次项目中，在客户未委托当地律师的情况下，项目律师按照如下方法开展了全面的法律尽职调查工作：

- 1.通过公开渠道和资源进行完整的法律法规检索和研究；
- 2.对泰国外商投资主管部门投资委员会进

行访谈并获取相关资料；

- 3.对泰国内务部建筑管理局、商业部商业发展厅、曼谷都市管理厅、环境部环境规划办公室等主管机关进行电话和书面咨询并获取相关资料；

- 4.与当地律师事务所接洽，就复杂问题获取专业指引和法律意见；

- 5.向意向投资项目主管部门的首席法务官员、泰国司法部登记中泰翻译专家等权威专业人士进行咨询了解；

- 6.向泰国朱拉隆功大学、法政大学等权威学术机构获取法律文本、研究论著等资料和解答、翻译等支持和帮助；

- 7.通过网络资源获取相关投资指引、研究报告、法律备忘录等参考材料；

- 8.与其他争取与客户合作的泰国伙伴公司进行沟通交流等。

（二）调查范围

外国法律环境尽职调查的范围，应当涵盖客户在该国投资、经营的各个方面，为客户未来的项目开展提供支持和参考。同时，根据客户的具体投资意向，就特别问题进行深入的研究了解。就普遍性内容，本次尽调对如下内容进行了覆盖：

- 1.法律体系及监管结构，包括国家组织，立法及司法权限、程序和体系，法律层级、使用范围，以及行业主管部门和主要政策渊源等；

- 2.外资准入制度，包括普遍性规定和对特殊行业的具体规定；

- 3.优惠政策，包括税务减免和准入程序便利与豁免等非税收优惠、经济特区及其优惠审批程序和流程等；

- 4.投资与实体设置要求，包括实体类型、法律地位、所有权要求、责任制度、治理要



章朝晖 | 合伙人

专业领域：外商投资、海事海商、金融

手机：+86 139 0830 4578
邮箱：nicole@zhhlaw.com



范珈铭 | 合伙人

专业领域：外商投资、海事海商、公司兼并收购

手机：+86 135 0038 1916
邮箱：vivanfm@zhhlaw.com

求、税务负担、公司治理、所有权交易和收购、反垄断审查等；

5.资质管理与许可制度，包括从事特定行业需要的资质和行政许可的获取、认可、外国资格转换、主体要求等规定和程序；

6.劳工法及外国人工作问题，包括当地劳动合同关系、最低工资、工作时间和请假、雇用女工和童工、工资报酬、社会保险、解除雇用关系、救济基金、职业安全等方面的规定，以及外国人工作的限制、工作许可申请流程和程序规定等；

7.税收制度，包括当地个人所得税、企业所得税、特别营业税、增值税、预扣所得税、印花税、关税、消费税、房地产税等的税制和税率，征税管理的具体程序和规定，以及评估申报的基本规定；

8.外汇管制制度，包括该国中央银行及相关主管部门关于外汇出入境相关规定，以及外汇出售、转兑及外汇账户管制的相关规定；

9.贸易制度，包括关税、贸易壁垒、技术标准、双反、进出口配额等；

10.环境保护制度，包括目标国的基本环保规定，环境影响评估和审批制度，以及有关环保法律法规对于空气和噪音污染、水污染、土壤污染、废弃物和危险物质排放等标准的规定和处罚原则等；

11.知识产权保护，包括专利注册流程和程序性规定和其他知识产权的保护规定；

12.双边或地区性合作协议，包括免除双重征税和自由贸易的协定等。

13.争议解决，包括当地争端解决制度的基本机制、程序和期间，实体法选择规则，替代性争端解决机制的可行性、程序，律师费、诉讼费、仲裁费等争端解决成本评估，国际仲裁的选择与执行规则等；

14.其他相关法律法规，包括金融服务和外国人融资管制、公共服务、保险方面的相关法律法规。

而基于客户本次项目投资意向，项目律师对房地产开发和工程建设的具体问题调查进行了着重安排，对包括行业准入、开发和施工资质、规划制度、招投标、建筑管理、土地制度、物权制度、环境评估制度、房地产销售等问题进行了深入透彻的调查研究。

（三）投资障碍

在调查过程中，项目律师发现，由于房地产和工程建设行业属于泰国的保护行业，对外资设有严格的限制性规定，为客户的投资带来极大的障碍。主要问题包括：

1.房地产开发

泰国房地产开发受到严格限制。根据泰国《外国人经商法》第8、9、15、17、18条及附录的相关规定，泰国对外国人直接投资实行分类许可制度，限制外商投资行业共分三类，分别列举于《外国人经商法》的三个附录当中。其中附录一行业为禁止投资行业，附录二和附录三行业须获得外资准入许可后方可从事。其中，土地交易属于附录一内容，严格禁止外国



人从事。

同时，根据泰国《土地法》，外国人不得在泰国拥有土地，除非经内务部长批准，拥有土地用作居住、经商、工业、农业、坟场、慈善或宗教使用。或者，外国人只能依据《投资促进法》第27条、《工业园区管理法》第44条和《石油法》第65条取得临时的投资用地、工业用地、石油经营用地。上述土地，均不得转让，且在投资经营结束后应当返还。



虽然法律没有明确禁止“房地产开发”或完全禁止外国人持有土地，但由于泰国属土地私有制国家，房地产开发拿地、出售均涉及到土地权属交易，外国人持有土地目的受限，且《外国人经商法》禁止外国人进行土地交易，外国人自行拿地、建设、交易的一般房地产开发流程无法实现。

2. 工程建设

工程建设同样属于《外国人经商法》限制行业之类，属于附录三内

容，必须事先取得泰国政府的准入许可。工程建设的准入许可需要泰国政府各部长官组成的外国人投资委员会按一人一票方式表决通过，再由商业部商务发展厅厅长根据外国人经商委员会意见予以附条件批准，条件可能包括但不限于用于经营或批准项目的资金与贷款比例、在泰国有固定住处的外籍董事人数、在泰国最低资本额和保留期、技术或财产等，极为严苛。据项目律师调查了解，由于准入许可审批权限高、决定程序复杂，且

要求和附加条件严苛，在泰国现有政策导向下，外国申请人实际上难以取得准入许可。

同时，根据泰国《参与国家发展大型公共项目规定》（以下简称《公共项目规定》）第13条的规定，对于基础工程建设，业主部门将要求承包方具备一定的资质，具体视不同项目而定。这又为没有在泰国的工程经验、不具有相应的工程资质的外国投资人进一步增设了障碍。

分析与应对

根据项目律师的经验，发展中国家对于外国投资的态度普遍具有两面性的特点。一方面，为了保护本国经济和政治稳定，发展中国家往往在关键行业的外资准入方面严格设限；另一方面，又依赖于外资带来的经济发展助力，往往在严苛之余留有余地。因此，在对外法律环境尽调过程中，面对苛刻的准入限制规定，律师不应当局限于尽职调查本身，只向客户反映限制性规定，而应该把握住发展中国家对外资的这种两面性特点，深入研究论证，寻找突破口，为客户提供更有价值的服务。

（一）准入和土地制度规避安排

经过项目律师的不断检索查证，发现泰国商业部早于2006年就向内阁提交了一份《外国人经商法》修订案，要求修改该法对“外国人”的定义并提高违反该法的罚金标准。然而这一修正案已提交近10年，迟迟悬而

未决，既不予以通过，也未明确否决。泰国政府这种犹疑的态度很可能是外资利用两面性博弈的结果，可能这就是项目投资的突破口。

1.通过对现行《外国人经商法》进行查阅，可以发现该法第4条项下作为法人的“外国人”定义为：

(1) 未在泰国登记注册的法人；

(2) 在泰国登记注册的法人，但具有如下特征：

①半数及其以上股权由非泰国籍自然人或未在泰国登记注册的法人持有，或半数及其以上的资本由非泰国籍自然人或未在泰国登记注册的法人投资；

②有限合伙或注册普通合伙的管理合伙人或经理是非泰国籍自然人。

(3) 在泰国登记注册的法人，但半数及其以上的股权由非泰国籍自然人或上述两项法人持有，或半数及其以上的资本由非泰国籍自然人或上述两项法人投资。

依据上述定义，当法人实体注册于泰国，且外国人持有股权和投入资本在49%及其以下的，则视为泰国法人，不受《外国人经商法》的限制。项目律师同时查阅《土地法》发现，该法沿用了《外国人经商法》对“外国人”的定义。在此情况下，与泰国合作伙伴组成合资公司，并由泰方控股，即可以规避掉对房地产开发和工程建设对外国人的准入限制，同时可以取得和交易土地。而与有泰国建筑资质的企业合资，还可以沿用该企业

的资质和经验，参与公共项目的投标和建设。

然而，如果按此安排投资，由于在准入、资质方面都需要依赖泰方，且由泰方控股，外国投资人在泰国的业务极有可能完全处于被动状态，失去对投资、对工程的主动控制，仰人鼻息，处处受制。那么，这一模式就很难为外国投资人采用，也不会促使商业部提出修改《外国人经商法》定义。项目律师以此切入，仔细研究了商业部提案，提案要求在“外国人”定义中增加“外国人实际投票权或控制权超过50%”的规定。那么由此分析，在现有法律体系下，虽由泰方控股，但对实际的控制权没有限制。

2.项目律师详细研究泰国《民法典》第1012至1024条和1096至1273/4条及《公众有限公司法》《民事注册法》《投资促进法》《外国人经商法》的相关规定，并与当地律师、专业人士进行充分沟通后发现，在无法实现绝对控股的情况下，为实现对投资实体的实际控制，客户仍可根据泰国法律进行一定的安排，包括但不限于：

(1) 同股不同权。泰国《民法典》及《公众有限公司法》没有对同股同权的强制性规定，仅规定不得设置无投票权股权。因此，通过设置优先股等方式，外国投资人可以在未决定控股的情况下获得实际控制权。

(2) 相对控股。泰国法律仅对外国人绝对控股进行限制，但并没有规

定不得相对控股。在外国投资人占股接近50%的情况下，引入多个泰国股东，稀释各泰国股东投票权，实现相对控股。

(3) 取得董事会多数或最终决定权。《外国人投资法》对“外国人”的定义没有包含董事会席位的规定，《民法典》等基础法律也未对此明确规定。外国投资人可以通过取得董事会多数席位，或通过章程约定所有决议须经特定一个或几个董事签字方才生效的方式，取得实际控制。

(4) 合同控制。泰国法律没有对合同控制架构进行限制。通过外国投资人或其控制的实体与合资公司签订系列合同，由控制实体提供垄断性咨询、管理等服务，合资公司将其所有或绝大部分净利润，以“服务费”等方式支付给控制实体；同时，控制实体通过合同，取得对投资实体全部股权的优先购买权、抵押权和投票表决权、经营控制权等，从而实现实际控制。

(5) 使用代持股东或控制股东人选。即引入实际受外国投资人控制的泰国人士作为股东，或在引入泰国股东同时，要求其现行签署受让人空白的股权转让协议书和办理转股手续委托书，在原泰国股东行为与外国投资人意愿不符的情况下，外国投资人通过上述文件自行选取其他泰国籍人士代替原泰国股东。这属于《外国人经商法》第26条项下的禁止范畴，同时《民事注册法》规定在外国股东持股在40%到49%之间，或虽持股少于40%但公司存在外国董事的情况下，泰国股东的投资资金来源将受到监



管。此种安排具有较高的违法风险。

按照上述投资安排，客户可以在不失去投资控制的情况下，实现对拟投资行业的准入限制，进军泰国市场。即便未来时间内，商业部关于修改“外国人”定义的提案最终通过，投票权纳入考量，客户仍然可通过合同控制等方式，继续开展泰国业务。

（二）资质要求变通空间

同样基于发展中国家外资管控两面性的特点，尤其是涉及到关系国民经济基础的公共设施项目领域，项目律师判断在工程资质问题上，除进行合资安排外，应有变通空间。

泰国近年来致力于本国基础设施建设，于2012年3月推出的《泰国基础设施发展规划（2012-2016）》中，泰国政府拟从财政拨款22,700亿泰铢用于基础设施项目建设。虽然这一计划在2013年底泰国政局动荡后暂停，但军政府正对计划重新评估，并极有可能重新启动。在此背景下，完全限制或排除外国投资人参与基础设施建设项目并不符合泰国政府的发展规划和政策导向。

经过项目律师深入研究相关规定，发现《外国人投资法》附录三“工程建设”项后面有但书规定：“需要使用特殊工具、机器设备、技术或建筑专业技术的大众服务基础设施建设或交通设施建设，且外国人投资不少于5亿泰铢的除外。”

那么，当外国人拟承建的工程建设项目满足这一条件，就不属于《外国人经商法》附录三范畴，不需办理外资准入许可。根据该法第10、11、12条的规定，从事附录行业，而无需办理准入许可，需具备如下情况：

- 1.获得泰国政府特批；
- 2.根据泰国签订的国际协定对等豁免；
- 3.获得《投资促进法》项下优惠许可或从事出口型工业、贸易业务获得产业地产局的特别许可。

由于明显不属于上述2、3项，那么满足但书规定的工程项目应当需要泰国政府特批。据项目律师查询《公共项目规定》，泰国大型基础设施项目均由各主管部门（如内务部、交通部）报内阁批准后实施。项目律师向主管部门核实后发现，当工程项目符合但书规定的，由内阁行使《外国人经商法》第10条“泰国政府特批”的权利。

在内阁特批权限下，业主部门的资质要求可以是外国资质要求，没有本地资质的外国企业可以通过提供相应的外国业绩、资质、资信等证明，由所在国驻泰国使领馆出具公证认证函，经公证翻译后提供泰国外交部再进行资格认证。具体要求，需根据各项目业主部门的要求，具体办理。

同时，根据《公共项目规定》第14条，拟投标人有权向业主部门提出与招标邀请不同的建议方案，在业主

部门仅规定本地资质时，与之充分协商外国资质的转化形式，在需要外国技术、资金的大型基础设施建设项目中，业主部门将有极大的几率予以考虑和采纳。

基于上述规定，客户可以在满足相应条件的情况下，合理地解决资质问题带来的阻碍。可以看出，在急需外国技术和资金带动的基础设施建设，泰国法律实际上为外国投资人操作留下了合理空间。

总结与启示

上述案例反映的内在规律，可以为我国企业响应“一带一路”构想走出国门提供一定的启示。发展中国家对于外资利用，往往存在既爱又恨的矛盾态度。体现在外资准入政策上，就表现出严苛和例外并存的特点。国内企业在面对苛刻的准入规定时，应当结合这种特点，充分听取律师意见，对目标国家法规体系展开深入的调查研究，寻找最佳的切入角度和投资安排。对于涉外律师而言，则应当对客户进行积极引导，避免只反映限制性规定而不提出解决方案，成为交易终结者。除标准的项目尽职调查外，应协同目标国律师对当地法律体系进行结果导向性的深入研究和论证，为客户提供合理合法的处理建议和方案，为客户商业目的的实现提供助力。

【摘要】 随着银行金融借款合同纠纷案件愈发增多，为保证银行债权的实现，大多债权都设定了抵押权，而在经济下行、不良资产规模增加、借款人资产有价无市的背景之下，抵押权的实现已经成为银行等金融机构实现债务清收的重要方式，但在司法实务中却存在着主债权判决生效后对于抵押权诉讼时效的认定不一致等困境。本文主要论证了主债权判决生效后抵押权诉讼时效是否届满的问题，以使律师能更好地为银行客户提供专业、高效的法律服务。

【关键词】 抵押权纠纷 主债权诉讼时效 抵押时效

从一例案件分析主债权判决生效后抵押权的诉讼时效问题

文 / 柴佳 刘肖 / 成都办公室

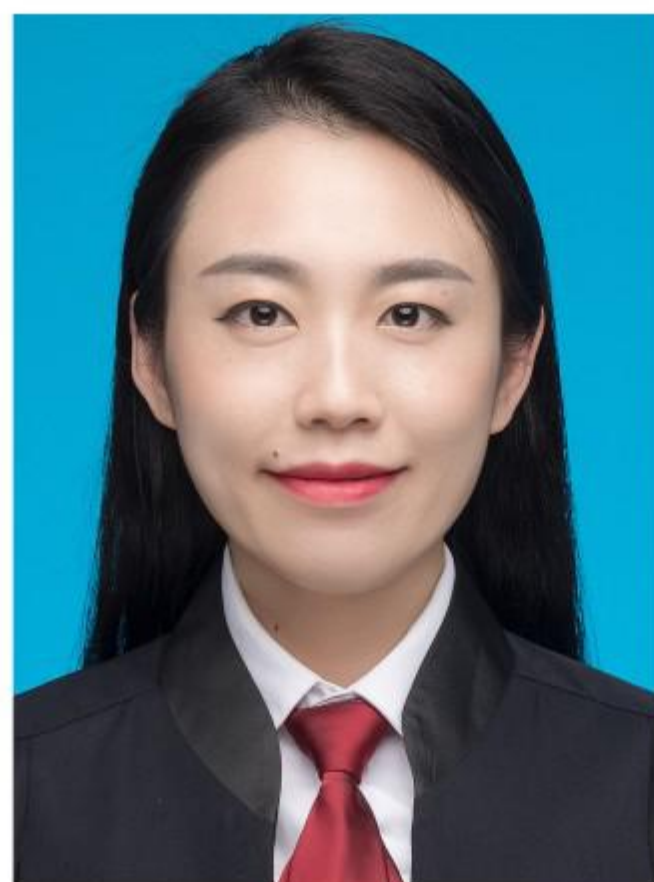




柴佳 | 合伙人

专业领域：金融、公司并购重组、
地产

手机：+86 138 8070 1953
邮箱：angela@zhhlaw.com



刘肖 | 律师助理

专业领域：金融、医疗、股权并购
及投融资

手机：+86 136 1806 9906
邮箱：sherry@zhhlaw.com

【案情简介】

2015年9月9日，A公司与B公司签订《买卖合同》，B公司于2015年9月10日至2015年12月21日期间向A公司供应货物，A公司支付B公司预付款2000万元，B公司应按照合同约定按期供货。为保证B公司按期供货以及在逾期供货情况下及时足额返还预付款，C公司以其名下的厂房及土地作为担保，并为A公司办理抵押登记，C公司、E公司、F自然人对上述款项出具担保函。

2015年9月9日，A公司和C公司签订《不动产抵押合同》，约定C公司为主合同（《买卖合同》）中A公司的义务以其厂房及土地提供抵押担保，债务履行期限自2015年9月10日起至2015年12月21日止，双方至房管所对房屋办理了抵押登记。

由于B公司未供货亦未按时返还预付款，A公司将B公司、C公司、E公司、F自然人起诉至成都市中级人民法院，但在对主债权诉讼的过程中，并未向法院主张对抵押房产享有优先受偿权的诉讼请求，成都市中级人民法院于2017年7月12日作出判决，判决A公司履行债务，C公司、E公司、F自然人对债务承担连带保证责任。

2018年3月12日，A公司向抵押房产所在地法院提起申请实现担保物权的特别程序，该法院于2018年4月9日作出裁定，驳回A公司申请，驳回理由为：A公司与B公司之间签订的《买卖合同》既有人保又有物保，合同中并没有约定，当事人可进行选择，鉴于A公司在向成都市中级人民法院提起诉讼时，仅要求由保证人承担担保责任，并且判决已生效，因此A公司现要求实现担保物权的申请不符合法律规定，应予驳回。

2018年4月20日，A公司向被告所在地中级人民法院提起抵押合同纠纷诉讼后，该抵押权裁定本案移送成都市中级人民法院进行审理。2019年1月2日，成都市中级人民法院作出判决，判决A公司对C公司提供的抵押物在主债权范围以内享有优先受偿权。

本所律师在本案主债权判决生效后接到A公司的委托，并经历了实现担保物权的特别程序、案件管辖移送及抵押合同纠纷案的诉讼程序。在与三家法院就抵押权是否有效、抵押权的诉讼时效是否届满等多个问题进行论证沟通后，笔者认为，其关键在于：主债权判决生效之后，抵押权的诉讼时效是否已经届满？

对于该问题，目前司法实践各家法院存在较大分歧，分歧在于：部分法院认为主债权诉讼的判决已经生效的情况下，主债权诉讼时效已经消灭，故抵押权的诉讼时效亦已消灭，抵押权不能得以支持；但同时也有部分法院认为主合同的诉讼提起后，抵押权的诉讼时效中断，主合同的诉讼判决生效后，时效重新计算。就上述两种倾向性意见，笔者分析如下：

司法实践中法院的观点

（一）部分法院认为：对主债权提起诉讼后，时效中断；在主债权判决生效后，时效重新计算

《中华人民共和国民法总则》第一百九十五条规定：“有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：……（三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；（四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。”《最

最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称《诉讼时效规定》）第十三条规定：“下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：……（六）申请强制执行；……（九）其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。”

根据华北制药集团销售有限公司与全洲药业集团有限公司买卖合同纠纷申诉、申请民事裁定书〔案号：(2015)民申字第1127号〕，最高人民法院认为依据《诉讼时效规定》之立法精神，权利人提起诉讼以及后续参与诉讼审理的活动均应视为权利人持续主张和实现自身权利的过程，均可发生诉讼时效中断的效力。因此，该案的二审判决将（2011）冀民二终字第35号民事判决书向华药公司送达的2011年9月19日作为诉讼时效期间重新起算的时点并无不当。

同样的观点在各地法院中也屡见不鲜，例如：

浙江省乐清市人民法院在上海浦东发展银行股份有限公司温州乐清支行与上海人民企业集团电器有限公司抵押合同纠纷一审民事判决书（案号：(2017)浙0382民初9041号）中，法院认为至原告向本院提起诉讼时，诉讼时效发生中断。原告向法院申请执行，诉讼时效再次中断。

广东省佛山市顺德区人民法院在孙海珍与何桂尧抵押合同纠纷一审民事判决书〔案号：(2016)粤0606民初

17369号〕中，法院认为原告的债权已经判决书确认并生效，原告已申请了强制执行，虽然原告在提起民事诉讼时并没有一并主张抵押合同的处理，但被告在该案中也并没有就此抵押合同提出抗辩，故原告在债权被确认后要求确认抵押优先权，符合法律规定，原告的起诉也没有超出诉讼时效的规定。

鉴于我国并无任何法律规定判决生效将导致诉讼时效结束，相反在《民法总则》第一百九十五条将起诉规定为诉讼时效中断事由之一，并规定诉讼时效中断后将重新计算，《诉讼时效规定》还将申请强制执行作为导致诉讼时效中断的情形之一，也即该立法本意应为：截止权利人申请强制执行时，诉讼时效仍未结束。由此，我们可以合理推论出，判决生效不会导致诉讼时效结束。

（二）部分法院认为：主债权诉讼的判决已经生效的情况下，主债权诉讼时效已经消灭，故抵押权的诉讼时效亦已消灭

《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第二百零二条规定：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”该条明确了三点：

1.抵押（担保）物权虽为支配权，但抵押（担保）物权的司法救济是有诉讼时效限制的。

2.抵押（担保）物权属于主债权的从属性权利，其没有独立的诉讼时效，其诉讼时效就是主债权的诉讼时

效。若主债权诉讼时效结束，抵押（担保）物权不再受司法救济和保护。

3.《物权法》第二百零二条的规定属于强制性规定，当事人约定排除该条的适用的，约定无效。

广东省高级人民法院在广州新汇房产建设有限公司与广州成丰投资管理有限公司抵押合同纠纷上诉案〔案号：（2013）粤高法民四终字第117号〕中认为：原审法院在2008年8月27日以第83号判决判令成丰公司需向东方公司清偿本金人民币5495万元及利息，是对本案的债权在法律上最终得到确认，据此东方公司应从上述判决生效之日起在相关法律规定的期限内对上述债权所设定的抵押物行使抵押权。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十二条第二款“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。”的规定，东方公司应在2008年8月28日至2010年8月27日的期间内对成丰大厦第三层行使抵押权。但是，东方公司的权利受让人韩国全球公司是在2011年10月28日才向原审法院主张成丰大厦第三层的抵押权，显然已超出上述期限，因而不能得到人民法院的支持。

本案在提起再审后，最高人民法院在广州新汇房产建设有限公司、广州成丰投资管理有限公司与韩国全球投资有限公司抵押合同纠纷申请再审

民事裁定书〔(2014)民申字第1310号〕中确认了上述观点。

依据最高人民法院及广东省高级人民法院的观点，在主债权判决生效后，主债权的诉讼时效就已经结束。只不过本案法院援引了与《物权法》第二百零二条存在冲突的《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十二条，来作为定案依据；若引用《物权法》第二百零二条的情况下，本案抵押权的诉讼时效已经在主债权判决生效之日就已经届满。

同样的观点，在下述几个案件中也有体现：

在邬春莲与马德贤、杨利霞抵押权纠纷二审民事判决书〔案号：(2014)乐民终字第106号〕，四川省乐山市中级人民法院认为，根据《中华人民共和国物权法》第二百零二条规定，“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护”，旨在督促抵押权人在主债权诉讼时效期间及时行使抵押权，防止抵押财产的归属长期处于不确定状态。该法条规定的既是抵押权的行使期间，也是抵押权的存续期间，在主债权经人民法院作出生效裁判或调解结案后，主债权的诉讼时效期间已处于结束状态，抵押权已不复存在。因此，邬春莲提起主债权诉讼时未提起抵押权诉讼，主债权诉讼结束后其抵押权已经消灭，邬春莲不再享有对抵押物的优先受偿权。

因此，部分法院认为债权人在对

主债权提起诉讼的同时或在主债权诉讼判决生效前，必须申请对担保物权的司法救济；认为人民法院对主债权做出生效判决之后，主债权诉讼时效结束，担保物权诉讼时效亦随之结束，担保物权不再受人民法院保护；抵押权人对主债权判决申请执行，不是担保物权诉讼时效中断或者延长的法定事由。

笔者的观点

基于对上述观点的解析，笔者认为：主债权判决生效后，抵押权的诉讼时效并未届满，原因如下：

（一）抵押权所涉诉讼时效并非法院主动审查条款

依据《民法总则》第一百九十三条规定：“人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。”

故笔者认为：在被告并未提出异议的情况下，本案原告对于抵押权的行使是否在诉讼时效以内并非法院的主动审查事项。

（二）提起强制执行系诉讼时效的中断事由，主债权判决生效后，抵押权的诉讼时效并未届满

依据前述《诉讼时效规定》第十三条的规定：“下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：……（六）申请强制执行；……”。笔者认为，在原告对主债权提起诉讼和申请强制执行后，主债权诉讼时效已先后两次中

断。诉讼程序的进行会使得诉讼时效处于持续性中断的过程之中，鉴于主债权纠纷目前尚处于执行程序之中，故截至目前主债权诉讼时效依然处于中断的状态。鉴于对此笔者已在法院观点的第一项进行了解析，在此不再赘述。

意见及建议

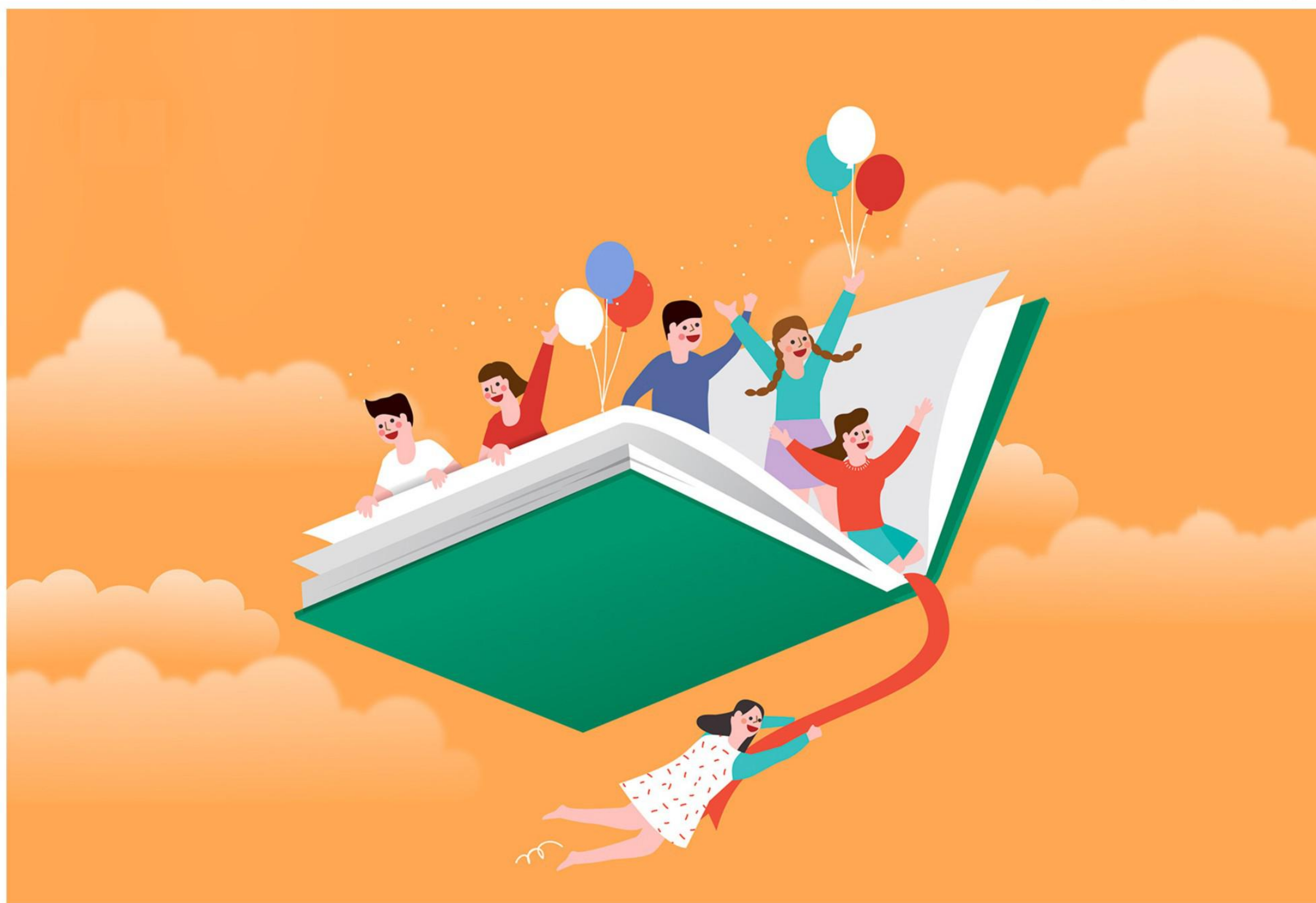
尽管最终成都市中级人民法院在本案中支持了笔者的观点，但鉴于各家法院对于上述情况下抵押权的诉讼时效是否届满仍存在争议，建议各债权人在对主债权进行诉讼的同时将抵押权和主债权一并提起诉讼，或者在主债权判决尚未生效前对抵押权提起诉讼，以避免因上述司法实践中的争议而导致的诉讼风险。

【摘要】近几年，随着家长们维权意识的提升，中小学、幼儿园侵权案件逐年递增。经初步通过对人民法院依法公布的案例统计，截至2019年4月1日，全国范围内对于无民事行为能力人发生的侵权案件共计7167件；而对于限制民事行为能力人发生的侵权案件共计9976件；第三人对校园学生造成的侵权案件共计1961件。通过以上数据，我们不难判断，限制行为能力人即八至十八周岁期间的未成年人，因其生理发育日趋完善，而心理发育尚未与之相匹配，是校园事故的易发人群。如何给学生树立安全意识，建立完善的监管机制，尽可能地减少、避免事故的发生，也是大家应当积极探讨以及共同面对的客观问题。因此，我们根据法院判例对校园容易发生的事故类型进行分类分析研究，以帮助我们学校和家长分清责任，避免纠纷发生。

【关键词】学校 侵权责任 伤害 赔偿

校园侵权案件 民事法律责任研究

◎ 文 / 涂小琴 / 江北办公室





涂小琴 | 合伙人
专业领域：金融、建筑及房地产法律事务
手机：+86 139 8365 5126
邮箱：lilian@zhhlaw.com

校园发生事故的常见类型研究

（一）因学生之间行为引发的伤害事故

1. 学生在学习生活期间，由于学生在该年龄段危险意识不足，而具备实施一定危险性行为的能力，故其相互之间的无意、有意或者过失行为，极易发生事故。因学生之间行为引发的伤害事故，常见的有以下三种：

第一种情形，是最为常见的玩耍打闹致伤行为。由于双方均没有主观过错，导致学校承担的责任比例最大。经查询裁判文书网公布的现有案例分析，学校承担50%以上责任和全责的超过50%。

第二种情形，是同学之间一方或双方具有主观故意。即明知自己的行为会带来损害后果，而希望或放任这种后果的发生，如故意找人打架致对方人身损害。后两种情况由于有直接的侵权人，学校承担责任的的比例明显降低，学校承担50%以上和全责的情况不足10%。

第三种情形，是侵权主体一方或双方主观上具有过失。即应当预见自己的行为可能发生损害后果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见但轻信能够避免，最终导致事故发生。

2. 结合我国《侵权行为法》的规定，我们不难看出，在因学生之间行为引发的伤害事故诉讼中，人民法院判定学校责任的承担，是以学校在教育管理职责履行方面的程度作为基准。通过对相关案例进行剖析，我们认为学校的管理职责主要有以下几点：

（1）教育责任，即学校在日常教育管理

中，有对学生进行相应安全教育的义务。

（2）管理责任，即如果学校能够注意或者事故发生时有教职员工在场，那么学校应当及时尽到制止的义务。例如，双方发生拉扯行为，现场的老师应当进行劝止并对双方进行教育疏导。

（3）救助和通知责任。学生一旦发生伤害事故，学校的第一要务是救助学生，同时通知监护人。

（二）运动伤害

1. 常见的运动伤害事故

按照主体分类，学校的运动伤害事故，本可以归类于第一项的学生互相伤害案例中，但教学或竞赛活动基于本身存在一定的危险性与其特殊性，故在此单独予以介绍。常见的运动伤害事故大致分为三类：（1）对抗性运动伤害（如足球、篮球等）；（2）学生单人意外伤害（非主观，一般多见于不慎摔倒、碰撞等）；（3）运动诱发疾病（如心源性猝死等）。

2. 学校在体育教育中极易忽视的教育管理职责，主要体现在以下方面：

（1）学生体检制度流于形式，学校以及家长的警惕性不足。在笔者处理的几次学生参加运动导致心源性猝死案例中，在学生入学时，常规体检均提示有心脏异常或先天性心脏病，而由于教师以及家长的疏忽大意，而导致了悲剧的发生。

（2）授课时没有密切关注学生行为，发生事故难以及时制止。

（3）教师提供的防护措施不到位。

（4）对学生课前进行的安全教育不够全

面、具体。

(5) 在课间活动或课内自由活动时, 教师难以做到全面监管。

我们应当注意到, 在适龄年段, 学生身体、心智发育尚不健全, 而绝大多数的学生均好动, 运动能力的具备但辨识能力的欠缺, 这就使得运动伤害事故的发生极难避免。通过查询案例, 我们发现在人民法院裁判结果中, 此类型伤害事故要求学校承担责任的较大, 对于学校而言是难以承受之重, 对于家长而言更是无法承受之伤。值得我们思考的是, 学校作为教育机构不能因有危险而不积极开展相关教育活动。要想保证学校正常开展教育活动而又尽量避免伤害事故的发生, 学校自身就应当在制度上、管理中切实落实学校的注意、教育及管理义务。

(三) 因学校场地、设施问题引发的学生伤害事故

在早年, 因校舍、楼梯等质量问题引发的学生伤害事故屡屡见报。可以看出, 学校设施的安全问题及易造成群体性伤害事故。

根据《学生伤害事故处理办法》的规定, 学校具有保证学校的校舍、场地、其他公共设施, 以及学校提供给学生使用的学具、教育教学和生活设施、设备符合国家规定标准的义务。根据《中小学幼儿园安全管理办法》的规定, 学校应当建立校内安全定期检查制度和危房报告制度, 按照国家有关规定安排对学校建筑物、构

筑物、设备、设施进行安全检查、检验; 发现存在安全隐患的, 应当停止使用, 及时维修或者更换; 维修、更换前应当采取必要的防护措施或者设置警示标志。学校无力解决或者无法排除的重大安全隐患, 应当及时书面报告主管部门和其他相关部门。以上规定足以说明, 学校具有向学生提供安全场地和设施的法定义务。

因此, 学校在场地、教育设施等的维护、采购上, 一定要遵循法律法规的强制性规定, 否则一旦发生事故, 甚至有被追究刑事责任的可能。值得一提的是, 在近年因学校设施、场地引发的群体伤害事故有大幅缩减, 亦说明国家对此方面的整治取得了阶段性的成果。

(四) 学生自伤

该类型事故的风险来源主要是学生自己, 学生本人是事故责任的主要承担者。所以, 该类型事故中学校承担责任的较低, 没有承担全责的情况, 承担50%以下和无责的情况较多。学校较易承担责任的情形主要体现在:

1. 可预见的学生自杀行为引发的事故

如果自杀事件发生前, 学生向老师或学校明确表示要实施自杀行为, 或者有明显的自杀征兆, 学校应及时发现并做好心理疏导工作。否则, 将被法院排除免责。

2. 可预见的学生自身危险行为引

发的事故

该类型事故虽然是学生自己行为导致的, 但学校对于该行为的发生是可以预见的, 应当提前进行安全教育, 采取尽量避免事故发生的防护措施。如果学校尽到了教育管理职责, 则在事故中不承担责任。如在危险场所设置明显禁止标识、设立安全防护措施等。

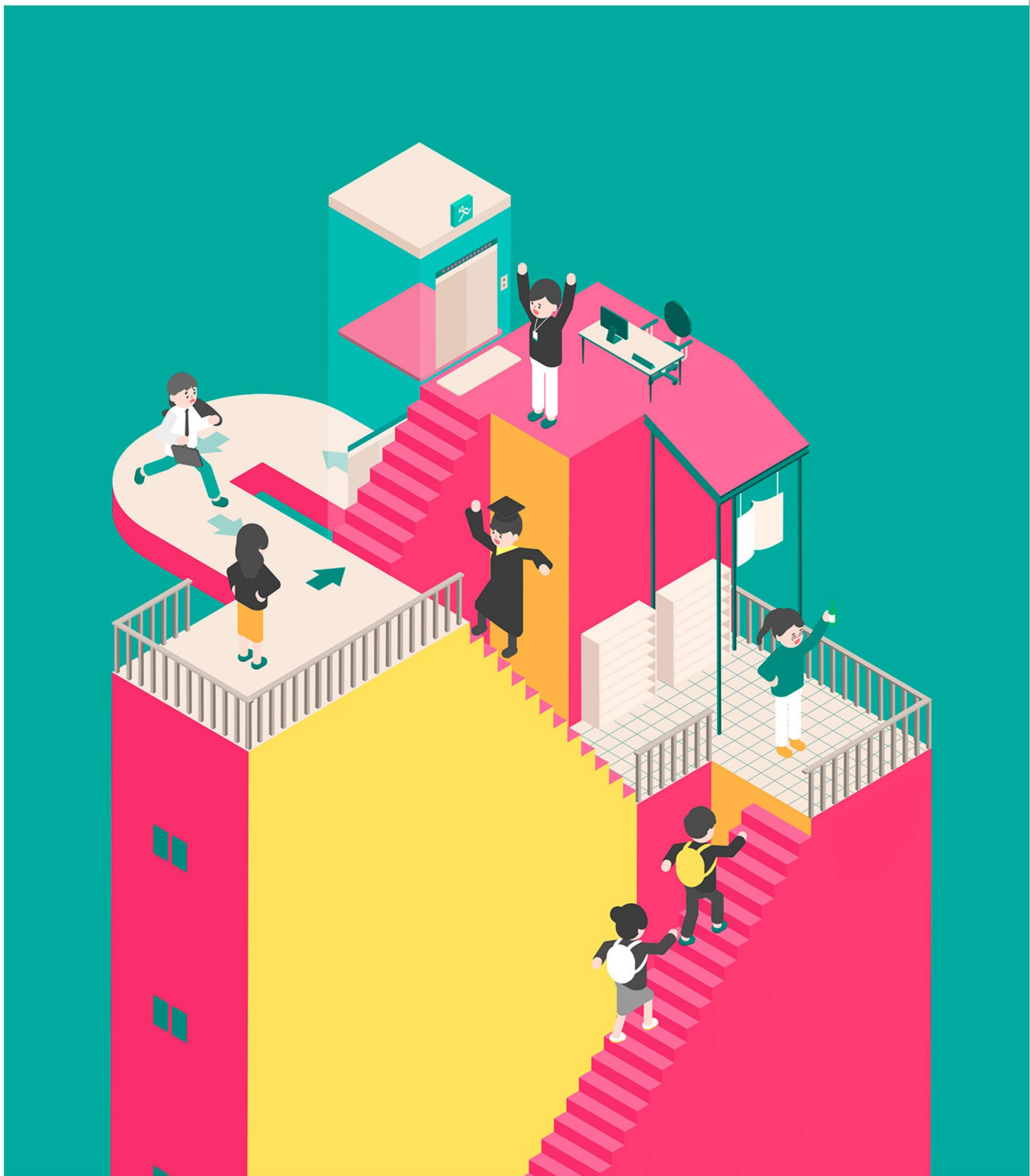
(五) 校外第三人导致事故

《侵权责任法》第四十条规定: 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间, 受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的, 由侵权人承担侵权责任; 幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的, 承担相应的补充责任。在这里校外第三人是指与学校存在劳动关系、雇佣关系、教育管理关系之外的人, 即学校教职员工和学生之外的人。该类型伤害事故中, 校外第三人应当是直接的侵权人和责任人, 学校承担责任的相对较小。但是如果学校未尽到教育、管理职责, 要承担相应的补充责任。即在第三人无力赔偿的情况下, 在其过错范围内承担相应的责任。

学校未尽到法定职责需要承担的民事法律责任分析

(一) 过错推定原则

《侵权责任法》第三十八条规定: 无民事行为能力人在幼儿园、学



校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任。无民事行为能力人，是指不满八岁的未成年人。无民事行为能力人由于心智尚未成熟，对于自己的行为缺乏管控的能力，因此对于学校的管理注意责任相对较强。《侵权责任法》对于该年龄段的未成年人在校生活、学习期间发生人身损害，首先推定学校在管理上是存在过错的，学校只有充分证据证明其已经尽职的，才不承担责任。

（二）过错责任

《侵权责任法》第三十九条规定：限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。限制民事行为能力人，是指已满八周岁不满十八周岁的未成年人。限制民事行为能力人相对于无民事行为能力人来讲，虽然对自己的行为有一定的认知能力，但是心智也不够成熟，对自己的行为掌控能力非常有限。这要求教育机构的工作人员在安全教育、管理方面必须尽到应尽义务，对于未尽到教育和管理职责的，法律规定学校要承担责任。而具体责任承担的比例大小，在于学校过错的大小来确定。

（三）补充责任

《侵权责任法》第四十条规定：无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。本条是明确规定校外第三人造成在校学生在校内生活学习期间，被校外的第三人侵权发生伤害事故，则主要应该由造成损害的第三人承担责任。但是，学生在学校生活学习期间，学校都必须要对安全尽到教育和管理职责；否则，也应该要承担补充赔偿的责任，以弥补对在校学生的伤害。

侵权责任民事赔偿的计算依据

人身损害赔偿司法解释第十七条规定：受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。受害人因伤致残的，其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失，包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费，赔偿义务人也应当予以赔偿。受

害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。

校园伤害事故发生后，我们根据上述伤害事故发生的类型和造成学生发生伤害事故的主体属于无民事行为能力人、限制民事行为能力人还是校外第三人等不同情况，根据学校和学生伤害事故过程中的过错责任大小，分清监护人和学校承担的责任比例，再按人身损害赔偿司法解释第十七条规定的各项费用分项计算，各自承担。

【摘要】 华为诉美国政府2019 NDAA违宪一案引起了全社会广泛关注。为了让读者更好地了解该案和该案的影响，本文先对案件基本情况进行梳理，为读者解读美国司法审查制度和本案法院的管辖问题；紧接着，本文将以卡斯基之诉和三一重工之诉两个与本案相似性很高的典型案例作为重要参考，分析华为之诉的走向；最后，本文会浅谈华为之诉对社会各界的启示。

【关键词】 华为 美国政府 司法审查 管辖 卡斯基 三一重工

以案说案—— 结合两个案例浅析华为诉 美国政府2019 NDAA违宪一案

◎ 文 / 郑毅 吕睿鑫 关俊伟 / 重庆办公室



背景：争议始源——《2019财年国防授权法案》(2019 NDAA) 生效

美国国会于2018年7月23日就《2019财年国防授权法》(以下简称2019 NDAA) 草案达成了一致的版本, 8月13日经美国总统特朗普签署使之正式成为法律。其中, 2019 NDAA第889条引起极大争议, 该条款是直接针对华为的销售限制条款, 在美国带头拒绝使用华为设备后, 美国政府还一直向其他国家施加压力, 希望能携手将华为排除在5G市场之外。

在被美国政府持续打压、排挤的背景下, 华为决心通过法律手段回击。2019年3月7日, 华为在深圳举行新闻发布会, 官方宣布针对美国2019 NDAA第889条的合宪性在得克萨斯州普莱诺的联邦地区法院提起诉讼, 请求法院判定这一针对华为的销售限制条款违宪, 并判令永久禁止该限制条款的实施, 对2019 NDAA中的其他内容, 以及889节的剩余部分不作处理。

华为之诉——请求联邦法院判定2019 NDAA第889条违宪

(一) 简述美国司法审查制度

违宪审查制度, 又称司法审查权, 是在1803年的马伯里诉麦迪逊一案中由时任首席大法官约翰·马歇尔提出的, 并在此后成为美国最重要的司法原则之一。他在判决书中写到: “极为明显而不容置疑的一个结论是: 宪法取缔一切与之相抵触的法律, 而判断何者符合宪法当然属于司法部门的职权。” 而违宪审查制度也写入了美国法典, 美国法典

第五编第702条赋予了受侵犯主体向有管辖权的法院提出司法审查的权利。

华为在本案中正是基于美国的违宪审查制度而享有向联邦法院提起诉讼的权利。

(二) 管辖与法院

1. 事项管辖权 (Subject matter jurisdiction): 根据美国法典第28编第1331条, 联邦地方法院对根据美国宪法、法律或条约所发生的一切民事诉讼具有原始管辖权。故本案属于联邦法院管辖, 本案的受理法院应为联邦地区法院;

2. 地域管辖 (Venue): 根据美国法典第28编第1391条(e)(1)(C)款, 民事诉讼中被告是美国政府的官员或雇员或美国政府, 除法律另有规定的, 且如果诉讼中没有涉及不动产, 可由原告所在地法院管辖。华为向得克萨斯州普莱诺的联邦地区法院提起诉讼, 该法院辖区内有华为科技美国公司的总部, 且本次被告为美国政府和多位联邦政府部门部长, 因此该法院完全符合管辖要求。

(三) 诉求与理由

1. 根据华为起诉书中的诉求 (Pray for relief), 华为请求:

(1) 宣告2019 NDAA第889条(a)-(b)、(f)(3)(A)和(f)(3)(C)等条款违反美国宪法中剥夺公权法案条款(Bill of Attainder Clause);

(2) 宣告上述条款违反美国宪法中正当法律程序条款(The Due Process Clause);

(3) 宣告上述条款违反归属条款(Vesting Clauses)和由此产生的三权分立原则(Separation of powers);

(4) 禁止上述限制条款的实施;



郑毅 | 合伙人

专业领域: 跨境投融资、公司并购与基金

手机: +86 138 8393 5858
邮箱: ian@zhhlaw.com



吕睿鑫 | 纽约州律师

专业领域: 跨境投融资与并购、跨境地产交易与开发、跨境诉讼

手机: +86 138 2613 9368
邮箱: ray@zhhlaw.com



关俊伟 | 律师助理

专业领域: 跨境投融资与并购、知识产权

手机: +86 188 8333 9928
邮箱: jim@zhhlaw.com

(5) 在法院认为公正和适当的情况下，给予原告包括费用等任何和其他救济。

2. 华为提出的主要事实和理由：

(1) 2019 NDAA的第889条违反了宪法的剥夺公权法案这一禁止性条款，因为第889条仅禁止华为（和另外一家实体）向联邦政府，以及与联邦政府签署合同或接受联邦政府贷款和资助的实体提供特定产品。

(2) 正当法律程序条款要求在剥夺任何人生命、自由和财产前，应该行使正当法律程序。一是根据该条款，只有在遵循普遍适用规则的前提下，依法剥夺自由才是合乎宪法规定的；而第889条仅针对华为（和另一家实体），禁止其销售相关设备，这违反了这一普遍适用的要求。二是该特定立法对华为自由的剥夺，没有适当的剥夺自由前的基本前置程序，不给华为任何预先发表意见、提供证据或为自己辩护的机会。这与正当程序条款对通知和听证机会的基本程序保护背道而驰。

(3) 在签署2019 NDAA时，美国总统曾提出反对意见，称NDAA条款会引发有关三权分立的重大担忧，而且反映了国会的越权。

案情进展和展望

(一) 最新进展

美国得克萨斯东区联邦地区法院在3月7日就华为起诉美国政府一案，给美国政府、美国司法部和美国司法部长发出了一份传票。

该传票中写明，美国政府方面需要在收到传票后的60天内（但不包括收到传票之日）给出回应，否则就会被默认判决败诉。此外，法院也向本案其他被告美国教育部长、劳工部长、卫生与公共服务部长、农业部长等多个政府部长相继发出传票。

(二) 案情展望

首先，美国政府会有充分的时间取证，美国政府可能向华为提出取证的各种法律程序。而本案无论最终结果如何，败诉一方可能会上诉，因此本案注定会是持续好几年的“拉锯战”。但是本案对华为而言也可能存在积极一面，如果华为在诉讼中占据有利形势，有可能迫使美国政府与华为进行谈判或和解。

诉讼影响

(一) 与孟晚舟事件有无牵连关系

不少专家也早已指出，华为的这个诉讼本身，对孟晚舟引渡案的司法程序本身没有任何直接的影响。本案涉及的争议仅是2019 NDAA中对华为直接的限制条款本身，与孟晚舟案不是一个法律层面的问题，从法律角度，不存在关联或者牵连。

(二) 美国政府可能采取的报复

美国政府没有理由因成为被告，就对作为原告的华为作出直接的报复，但美国政府也可能对华为在美的其他业务进行影响更大的报复性限制或者对华为在美国的一切活动进行更严格的调查与监视。

比如，华为将面临被美国政府全面“封杀”的威胁。就在不久前，美国总统特朗普在白宫对媒体宣称，他可能会视与中方贸易谈判情况来决定是否签署行政命令从而全面禁止华为在美国销售先进通信设备。虽然这个拟签署的行政命令，需要美国情报机构和国土安全部对华为展开一系列的调查取证，然后通过数月的程序才能最终定下来，但这无疑在今年极可能发生。

(三) 假设胜诉，对美国的影响

若华为胜诉，该法案禁止美国联邦政府购买华为设备的条款，如2019 NDAA第889条将被判不符合美国的宪法，从而无效，政府相关部门仍可与华为做交易，该诉讼可能为华为重返美国市场打基础。

但即便可能因违反程序正当原则而胜诉，美国政府如果使用新的理由指控华为妨碍国家安全，严格按照正当程序举行相关听证等，再出台新法案，则新的法案难以被推翻。因此，不能当然认为胜诉结果就是美国政府无法限制华为。

两个典型案例将影响华为之诉走向

诚然，我们无法在一个个案还未经过任何被告答辩、双方当事人证据举示和双方辩论等庭审程序的时候，就能对其最终结果妄加猜测。但事实上，美国是英美法系国家，依据遵循先例原则，从华为的角度，一些被出版成为先例的生效判决，可能有重大参考价值，在对同一法院或直属下级



法院有强制约束力，从而影响诉讼结果。华为并不是第一家遭遇美国政府如此对待的外国在美投资企业，也不是第一家起诉美国政府的企业，在华为之前也有类似的外国企业对美国政府提起诉讼的案例。类似案例和判决即使仅仅具有参考价值，也可能因为具有说服力而在个案中被法官援引。

纵观近几年外国企业甚至美国企业起诉美国政府的案例，2018年的卡巴斯基之诉和2012年的三一重工之诉的法院判决结论尽管不会对本案形成

强制约束力，但因与本案的相似性，该两个案例可能对华为之诉的走向产生重大影响。

（一）国家安全的“合法的保护”——卡巴斯基之败诉

1.背景和基本事实

卡巴斯基是一家俄罗斯网络安全公司，主要提供网络安全相关产品和服务。2017年9月，美国国土安全部以担心俄罗斯政府会透过卡巴斯基入侵联邦政府机构的计算机为由颁布禁令，要求联邦机构从电脑上移除卡巴

斯基软件产品。随后，美国国会将禁令写入了2018财年的NDAA第1634条中。卡巴斯基很快就提起诉讼，诉称禁令构成了一种不可接受的立法惩罚，违反宪法第一条第9款禁止的剥夺公权法案条款。一审卡巴斯基起诉被驳回，后卡巴斯基上诉。

2.争议焦点——NDAA第1634条的禁令是否违反剥夺公权法案？

3.分析

（1）剥夺公权法案需要同时满足

两个基本要素：“根据《剥夺公权法案》第(1)条的规定，如果法律带有特定或具体性适用，针对了具体的组织或个人剥夺其具体的权利，并且上述权利的剥夺具有惩罚性，该法律是被禁止的。”

(2)对卡巴斯基本案，满足了第一个要素，即该法律规定针对的主体是卡巴斯基本。既然1634条针对卡巴斯基本适用，那么应当关注第二个要素，惩罚性。惩罚性判定法院必须考量三个问题：①该条款是否达到立法惩罚的历史意义。②该条款“从所施加的负担的种类和严重程度来看，是否可以被合理地说成是为了比非惩罚性的目的更进一步。对此，法院必须将具有惩罚性目的的法规与仅具有预防性的法规区分开来”。③立法记录是否“表明国会有惩罚的意图”。

对于第①个问题，法院认为国会的立法与历史关于剥夺权利法案的案例不符，在*Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866)，美国内战后，国会制定了联邦法，要求联邦法院的律师宣誓之前没有在联盟国（内战的南方联盟）工作过，该法律被法院认为是违宪的；在*United States v. Brown*, 381 U.S. 437 (1965) 最高法院认为法律规定共产党人不能作为工会领导是违宪的；*United States v. Lovett*, 328 U.S. 303, 66 S.Ct. 1073, 90 L.Ed. 1252 (1946) 法律禁止联邦政府给3个共产党员的员工发工资，违宪；*Foretich v. U.S.* 351 F.3d 1198, 359 U.S.App.D.C.54，由于怀疑Foretich对女儿有性侵行为，国会通过法律剥夺Foretich博士对其女儿的探视权，违宪。法院还列举了其他被剥夺

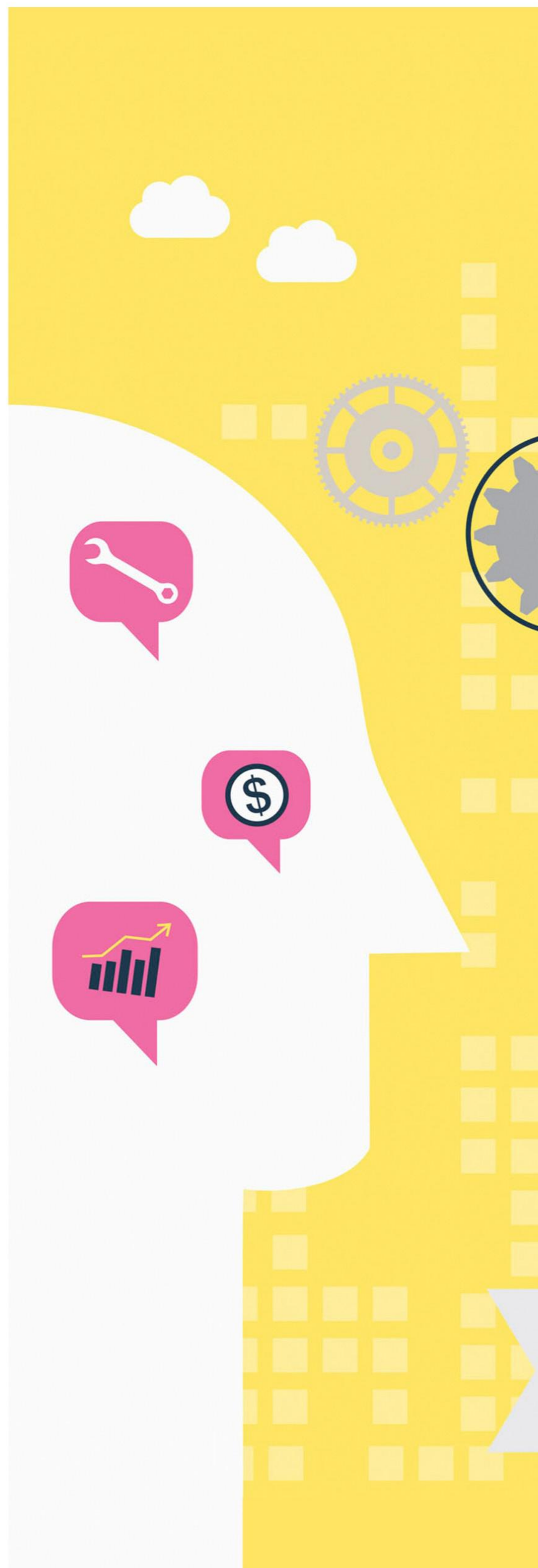
权利法案的经典案例。卡巴斯基本案与上述案例的情形不符，因此卡巴斯基本的事实不符合剥夺权利法案立法惩罚的历史意义。

对于第②和第③个问题，法院认为从过去的听证和论证中，俄罗斯是美国头号网络安全威胁，卡巴斯基本作为俄罗斯的软件有可能对国家安全有潜在的风险，禁止联邦政府对卡巴斯基本购买是为了保护联邦机构的计算机系统，从而保护国家安全，并不是为了对卡巴斯基本公司的惩罚。卡巴斯基本作为一个国际性的跨国企业，美国联邦政府的业务仅是其业务的一小部分，卡巴斯基本在美国可以与地方政府或民营企业做交易，该法案并不妨碍卡巴斯基本在全球做交易，因此并没有像历史案例中完全剥夺其权利。

4.结果——卡巴斯基本败诉。

5.对华为之诉的影响

华为案件与卡巴斯基本案件在事实上有相似之处。首先，与卡巴斯基本类似，华为也是一家美国以外的大国的较有影响力的科技公司。其次，卡巴斯基本和华为都被美国在国防授权法案中列举，并禁止联邦政府购买其服务和设施。最后，卡巴斯基本案件也是针对国防授权法案向法院提出了违反《剥夺权利法案》而违宪的诉求。对于该诉求，法院可能会以相似的理由，驳回剥夺权利法案的诉求。而值得一提的是，美国行政程序法规定，排除司法审查的事项有法律排除司法审查的行为和自由裁量行政行为。除此之外，美国联邦法院认为以下事项在性质上不宜进行司法审查：国防、





外交行为、政治任命、行政机构内部事务、涉及国家安全的行为、司法部的追诉行为。在下面即将分析的三一重工之诉中，法院就直接将总统行为排除在司法审查范围之外。

这样的结果似乎给华为之诉敲响了警钟，就是只要被认定为带有外交、国防等政治目的的保护国家公共安全和公共利益的立法，对该立法通常不可以违反《剥夺公权法案》所禁止的条款为由起诉，毕竟要推翻非惩罚性的证明实在太难。如果被认为属于不可诉的事项，这就意味着就违反《剥夺权利法案》的该部分主张而言，很可能被直接认定其主张没有法律依据，被最终驳回。

（二）外交、国防等政治行为不可诉，但程序正当的违宪审查应得到支持——三一重工之“胜诉”

1. 背景和基本事实

2012年3月，中国三一集团在美国的关联公司罗尔斯公司收购了位于美国俄勒冈州的4座风力发电厂项目，但在同年9月被奥巴马政府和外国在美投资委员会（CFIUS）以“威胁国家安全”为由，发出行政命令要求罗尔斯关闭该四个风电投资项目。2012年10月，罗尔斯公司在获得三一集团授意下，将奥巴马和CFIUS列为共同被告，向华盛顿哥伦比亚特区联邦地区法院提起诉讼。

2. 争议焦点——主要围绕联邦法院对总统行为和总统作出该决定或命令过程中所需要经过的程序正当性是否均有司法审查的权限。

3. 判决观点

(1) “总统的行为……和总统的调查结果” (指总统暂停或禁止任何有可能损害国家安全的受保护交易的行为, 以及他认为有可信证据表明存在这种威胁的调查结果) “不应受到司法审查”。

(2) 法院有权审查罗尔斯对总统命令提出的违反正当程序条款的主张, 根据判决书内容, “与对违反平等保护和越权的审查主张不同, 对违反正当程序的主张是一个‘纯粹的法律问题, 可以在不质疑总统裁决的情况下得到回答’。即对违反正当程序的主张不需要审查总统的行动和调查结果, 而需要审查提出这些调查结果的过程”。

4. 对华为之诉的影响

卡巴斯基于诉的判决中, 法官更多是讨论法条本身无惩罚性, 国家安全的“合法保护”的解释更多是作为立法本身的非惩罚性证明要素。而在三一重工之诉的判决中, 法官则更直接地确认将总统暂停或禁止任何有可能损害国家安全的受保护交易的行为, 以及他认为有可信证据表明存在这种威胁的调查结果排除在司法审查范围之外, 成为不可诉的总统行为。但是, 判决最终明确地将总统行为和实现总统行为作出的整个过程的程序正当性区分开, 认为前者虽然不可诉, 但后者是绝对属于司法审查范围的。

在卡巴斯基于案中, 卡巴斯基于提出的违反正当程序被驳回, 主要是由于在该法案制定与颁布前举行了多次

听证会, 给卡巴斯基于多次解释和辩护的机会。若在华为案件中, 国会在制定2019 NDAA 第889条前, 并未依照正当程序举行相关的听证, 或提供给华为辩护或解释机会的程序, 则国会可能会违反正当程序原则, 华为的主张很有可能获得支持。

总结和本案启示

从卡巴斯基于诉美国政府案和三一重工诉CFIUS和奥巴马案可以看到外交行为和政治行为是不属于司法审查的范围内的, 也就是不可诉; 而从三一重工之诉又看到, 联邦法院对不属于司法审查范围内的实体禁令及外交、国防等政治行为作出时的程序正当性有审查权, 也就是说针对程序正义的违宪审查是有可能获得联邦法院支持的。

从两个案例的判决内容分析华为诉美国政府案, 预期可能存在的结果是, 针对禁令作出时违反程序正当的诉求可能得到支持, 关于禁令存在其他违宪的诉求将可能得不到支持。

当然, 从三一重工, 到卡巴斯基于, 再到如今的华为, 从这几家在美投资的外资企业的遭遇, 我们中国企业应当得到的启示是: 对外投资的中资企业应当在投资和合作初始阶段就尽可能避免冒巨大的法律和政治风险, 可以考虑通过律师的尽职调查评估投资国或地区的法治环境, 减少潜在的诉讼风险。在诉讼发生时, 应做好法律咨询, 运用东道国的法律维护自身的合法权益。

值得一提的是, 三一重工案豪华律师团的首席律师是一位华裔律师, 该案从最终效果上看, 确实取得了重大成功; 而华为此次请了由 Jones Day Law Firm 华盛顿办公室合伙人 Glen Nager 律师领衔的两个大所加一精品所的豪华律师天团, 并没有聘请华裔律师或者中国律师。先不妄加预测效果如何, 但是从前案看, 华人律师在三一重工案的惊艳发挥和达到的满意结果, 为海外执业的华裔律师甚至中国律师提供了进入影响力巨大的国际诉讼案件的范例。

章朝晖律师参加 涉外律师领军人才进校园公益活动并演讲

2019年4月9日，西南政法大学创新创业大讲堂之涉外律师领军人才进校园公益活动成功举办。中豪北京办公室主任、合伙人章朝晖出席本次论坛并作《跨境投资法律思维切换》主题演讲。4月10日，同一活动在四川外国语大学继续举行，章朝晖也在活动中作了同一主旨演讲。她以国际通行并购合同版本为范例，向与会者分享了海外投资法律思维切换的必要性和路径等，使与会企业了解到如何寻找与匹配海内外中介服务机构，以及如何在与国内迥异的政治、民族、宗教、法律背景之下达成投资目的及防范法律、经济及政治风险。



合伙人汪飞当选成都市律协第七届理事会理事



2019年4月28日-30日，成都市第七次律师代表大会隆重召开。此次大会选举产生了成都市律协第七届理事会、监事会和理事会班子、监事会班子。合伙人汪飞作为第七届律师代表受邀参加此次大会，并当选为成都市律协第七届理事会理事。与此同时，大会对50家“优秀律师事务所”、100名“优秀律师”和120名“优质服务蓉城30周年律师”进行了表彰。合伙人李静律师基于其优异的工作表现和专业委员会工作成绩，荣获“2017-2018年度成都市优秀律师”称号。



中豪律师集团

重庆

重庆市渝中区邹容路68号大都会广场22层 400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu, 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808

江北

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568

两江

重庆市两江新区金开大道1230号4幢7层 400112
7/F, Tower No.4, 1230 Jinkai Ave, Liangjiang New Area, Chongqing 400112, PRC
Tel: +86 23 6739 0877 Fax: +86 23 6739 0877



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com