

---

内部交流刊物

# 法律资讯汇编

(2015 年第十期)

上海王岩律师事务所

2015 年 11 月

# 目录

2015年10月重大立法、案例全面梳理.....	1
股权利益分离机制下隐名出资问题之再阐释.....	14
论知识产权国际化的保护模式及我国的应对策略.....	27

# 2015年10月重大立法、案例全面梳理

## 中央法治

### 中共中央印发《中国共产党廉洁自律准则》

中共中央印发了《中国共产党廉洁自律准则》（以下简称《准则》），并发出通知，要求各地区各部门认真遵照执行。

通知指出，2010年1月中共中央印发的《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》，对于促进党员领导干部廉洁从政发挥了重要作用。党的十八大以来，随着全面从严治党实践不断深化，该准则已不能完全适应全面从严治党新的实践需要，党中央决定予以修订。

通知强调，《准则》贯彻党的十八大和十八届三中、四中全会精神，坚持依规治党与以德治党相结合，紧扣廉洁自律主题，重申党的理想信念宗旨、优良传统作风，重在立德，是党执政以来第一部坚持正面倡导、面向全体党员的规范全党廉洁自律工作的重要基础性法规，是对党章规定的具体化，体现了全面从严治党实践成果，为党员和党员领导干部树立了一个看得见、够得着的高标准，展现了共产党人的高尚道德追求，对于深入推进党风廉政建设和反腐败斗争，加强党内监督，永葆党的先进性和纯洁性，具有十分重要的意义。

### 中共中央印发《中国共产党纪律处分条例》

近日，中共中央印发了《中国共产党纪律处分条例》（以下简称《条例》），并发出通知，要求各地区各部门认真遵照执行。

通知指出，2003年12月中共中央印发的《中国共产党纪律处分条例》，对维护党的章程和其他党内法规，严肃党的纪律等发挥了重要作用。党的十八大以来，随着形势发展，该条例已不能完全适应全面从严治党新的实践需要，党中央决定予以修订。

通知强调，《条例》贯彻党的十八大和十八届三中、四中全会精神，坚持依规治党与以德治党相结合，围绕党纪戒尺要求，开列负面清单，重在立规，是对党章规定的具体化，划出了党组织和党员不可触碰的底线，对于贯彻全面从严治党要求，把纪律和规矩挺在前面，切实维护党章和其他党内法规的权威性、严肃性，保证党的路线、方针、政策、决议和国家法律法规的贯彻执行，深入推进党风廉政建设和反腐败斗争具有十分重要的意义。

## 刑法修正案(九)下月实施 医闹、替考最高获刑7年

11月1日,《刑法修正案(九)》(以下简称为《刑九》)开始正式实施。除了广受关注的嫖宿幼女罪废除、巨贪可把牢底坐穿、猥亵男性也将入罪外,一些生活中看似常见的现象也可能入罪。如:在国家考试中找人替考、试图通过医闹获利、私藏恐怖主义禁书,甚至辱骂法官、警察……都可能将被追究刑事责任。

10月18日,离新法实施不到两周之际,成都青羊区检察院公诉科检察官、刑辩律师对《刑九》中新入罪的多项条款进行了一一解读。

### 1. 造谣

在微信微博发假信息最高处7年有期徒刑

在微信、微博等社交平台,一些虚假信息屡见不鲜。2013年9月,“两高”出台司法解释规定,“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上,或者被转发次数达到500次以上的”,应当认定为诽谤行为“情节严重”,从而为诽谤罪设定了非常严格的量化的入罪标准。

对此,《刑九》在现行刑法第291条中增加了一款:“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处3年以上7年以下有期徒刑。”

因此,青羊区检察官提醒,今后在微信、微博上发布关于险情、疫情、警情等消息前,一定要核实信息的准确性,三思而后行。

### 2. 替考

国家考试中找人替考最高处7年有期徒刑

在公务员考试、高考、研究生考试中,总有极少数人抱着侥幸心理,找人替考作弊。

重庆金牧(成都)律师事务所律师黄川说,以往处理替考这类行为,在《刑法》、《治安管理处罚法》、《国家教育考试违规处理办法》都有提及。其中,《刑法》第418条规定了招收公务员、学生徇私舞弊罪,但该罪的行为主体仅限于国家机关工作人员,其他主体并未涉及。“而《治安管理处罚法》也仅仅是规定的扰乱事业单位秩序,致使教学、科研工作不能正常进行,尚未造成严重损失的,处警告或者200元以下罚款;情节较重的,处5日以上10日以下拘留,可以并处500元以下罚款。”黄川说,《国家教育考试违规处理办法》则规定,由教育考试机构建议替考者所在单位给予行政处分,直至开除或解聘。

如今,《刑九》第284条新增规定:“在法律规定的国家考试中,组织作弊的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。”“代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的,处拘役或者管制,并处或者单处罚金。”

### 3. 医闹

试图通过医闹获利者最高处7年有期徒刑

在以往的医疗纠纷中，常有人建议患者家属扯个横幅、堵个路，并称“闹一闹，好处到！”不少患者家属也确实采取了这种极端手段，试图用“医闹”来解决问题、得到期望的赔偿。

黄川律师说，11月1日后，如果再这样干，带头闹事的患者家属有可能被追究刑事责任。因为，《刑九》规定：“聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处3年以上7年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”

#### 4. 虐待

虐待老病残幼最高处3年有期徒刑

近年来，老师虐待小朋友的新闻事件时有发生，但是大多数情况下，都只是辞退相应幼师或者对其进行行政处罚。《刑九》出台后，幼师若再有此类行为，将可能面临牢狱之灾。同时，幼儿园以及幼儿园主管人员也将面临刑事处罚。

北京安博(成都)律师事务所律师陈军曾做过类似案件的辩护律师，他提醒说，新法正式实施后，不单是幼儿，如果监护人对老年人、残疾人进行虐待、施暴，都将被依法严惩。

《刑九》在第260条后增加了新内容：“对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人，虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，处3年以下有期徒刑或者拘役。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。有第一种行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

#### 5. 扰乱法庭

在法庭上打骂法官最高处3年有期徒刑

近日，在上海黄浦法院的一起执行案件中，一陈姓男子不仅强行拒绝，还带头闹事抓咬法官，后该男子被处以司法拘留15日。

黄川律师说，以前遇到这类情况，打骂法官的人可能会被司法拘留。但在11月1日后，有如此行为的人可能将被处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。因为，《刑九》第309条规定：“有下列扰乱法庭秩序情形之一的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金：（一）聚众哄闹、冲击法庭的；（二）殴打司法工作人员或者诉讼参与人的；（三）侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人，不听法庭制止，严重扰乱法庭秩序的；（四）有毁坏法庭设施，抢夺、损毁诉讼文书、证据等扰乱法庭秩序行为，情节严重的。”

此外，青羊检察院公诉科检察官说，《刑九》第307条后新增内容：“以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金……”

#### 6. 袭警

### 撒泼耍赖打警察最高处3年有期徒刑

法官不能骂，警察也不能打。网上经常有新闻，这儿的警察被咬了，那儿的警察被揍了，而且袭击者多是些撒泼耍赖的女性朋友，男性朋友反而不敢打警察。但是，既然法官们的春天来到了，警察们的春天还会远么？

《刑法》第277条规定：以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。《刑九》在第277条中新增加一款：“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的规定从重处罚。”

### 7. 拐卖

#### 收买拐卖妇女儿童从轻或减轻处罚

成都青羊区检察院公诉科检察官解读说，对比《刑八》，即将实施的《刑九》在对妇女儿童的保护上，明显增加了力度。《刑八》规定：收买被拐卖的妇女儿童，不阻碍其返回居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究责任。

而《刑九》的规定则表述为：对不阻碍解救儿童的改为“可以从轻处罚”，对不阻碍被买妇女返回居住地的改为“可以从轻或减轻处罚”。

### 8. 超速

#### 校车超速、超载将面临拘役和罚款

在公路上超速、超载，本就不被《道路交通安全法》允许，如果你作为校车司机，还喜欢超速、超载的话，《刑法》也将盯上你。

《刑九》在原有醉驾入刑的基础上，新增从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的，将处拘役，并处罚金。

### 9. 私藏禁书

#### 私藏恐怖主义图书最高处3年有期徒刑

私藏禁书要入刑，这在现代社会实在很难想象，但是，《刑九》确实规定了。

《刑九》第120条规定：“以制作、散发宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品，或者通过讲授、发布信息等方式宣扬恐怖主义、极端主义的，或者煽动实施恐怖活动的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。明知是宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品而非法持有，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”

## 最高法发布意见 培育和践行社会主义核心价值观

最高人民法院发布《关于在人民法院工作中培育和践行社会主义核心价值观若干意见》，新任最高法研究室主任颜茂昆在发布会上解读《意见》，答记者问。

颜茂昆介绍，《意见》共11条，内容涵盖了人民法院工作中培育和践行社会主义核心价值观的指导思想、基本原则和目标任务。体现在三个方面。

一、努力实现富强、民主、文明、和谐的价值目标。《意见》提出坚持司法为民，忠于宪法和法律。

二、努力追求自由、平等、公正、法治的价值取向。《意见》提出尊重和保障人权，坚持平等保护，捍卫公平正义，弘扬法治精神。《意见》中强调，要坚决落实罪行法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则和制度，健全冤假错案有效防范、及时纠正机制，努力提高司法保障人权的效果和水平。

三、努力践行爱国、敬业、诚信、友善的价值准则。《意见》提出维护公共利益，推进廉政建设，鼓励诚实守信，尊重意识自治，维护公序良俗。《意见》强调，“要通过维护和奖掖诚信诉讼，树立国家司法的权威，提高司法的公信力。”

### 出租车改革半月征求意见 3220 件 聚焦十大热点

《关于深化改革进一步推进出租汽车行业健康发展的指导意见（征求意见稿）》和《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》自 2015 年 10 月 10 日向社会公开征求意见。

据交通运输部介绍，经初步汇总梳理分析，除了反映当地行业管理相关问题及诉求的意见外，其余意见主要集中在以下十个方面：

#### （一）“专车”是否应作为新业态纳入管理

有 580 条意见涉及两类业态管理问题，主要围绕“专车”是否应纳入监管，是否应作为两类不同业态分类管理，以及中央和地方在“专车”管理方面的职责等。

对于“专车”是否要纳入管理问题，有的认为“专车”是市场自发形成，市场可以管好的，政府就不应当管，不能借机揽权；有的认为“专车”给大家出行带来了便利，但同时也隐藏并开始出现很多问题，不能由其任性发展，应当加快纳入监管；有的还指出，目前“专车”平台非法经营、不承担责任和风险、扰乱市场，应当立即关闭平台，取缔“专车”。

对于“专车”纳入管理后，有的提出“专车”不能打着任何创新或者共享经济的幌子搞特殊，应当与巡游车政策一致，彼此公平竞争；有的支持两类业态分类管理、错位经营、差异化服务，并建议采取更符合网约车特点的管理模式；也有的认为，现有巡游车通过转型升级，足以提供“专车”服务，没必要新设立“专车”这类服务业态。

在具体管理方式上，有的提议，应当全国统一许可和管理，地方严格按照中央政策执行；有的建议，要管放结合，留出发展空间，不搞“一刀切”，允许地方先行先试，鼓励地方差别化探索和尝试；也有的对“专车”管理法律依据提出质疑，认为目前没有合法依据对这类业态实施行政许可。

#### （二）出租汽车新老业态是否应当实行数量调控

有 190 条意见反映对于出租汽车新老业态的数量调控问题。其中，88 条意见认为，出租汽车作为城市公共交通的补充，应当实施必要的总量控制，实现城市综合交通体系协调

发展，否则将导致城市交通拥堵、司机收入下降和行业混乱。有的意见认为，应建立更加灵活的运力调节方式，如“可探索发放一定数量附期限出租汽车运营临时牌照”等。网约车作为个体交通方式和出租汽车的子类别，其运力规模也应“根据城市人口、经济发展水平、公共交通状况和道路拥堵等情况进行科学规划，并征求人大代表、政协委员、乘客以及交通参与者意见，决不能无限制发展”。

也有 77 条意见反对出租汽车包括网约车，实行运力规模调控，提出应以最大化满足市场需求为导向，取消数量管制，完全由市场调节运力数量，如“取消牌照准入制度，可以备案制度，发现问题取消资质”，通过充分市场竞争，缓解“打车难”等社会矛盾。

### （三）巡游车经营权改革问题

有 354 条意见涉及出租汽车经营权改革问题，分别包括经营权期限限制、无偿使用和转让变更等问题。

对于经营权期限限制问题，一些意见提出，希望在具体确定经营权期限时，能够给予较长的时间。有的希望政府能够慎重考虑历史上个人投资高价接手的经营权，担心明确期限后，个人投资难以收回。有的建议“新人新办法、老人老办法”，只对新增经营权明确期限，对存量仍维持其原有永久经营权。

对于经营权无偿使用，大部分意见予以了支持，认为这是政府直面问题、坚定改革决心、斩断既有利益的实在举措，有利于减轻行业负担，并建议明确具体实施时限，防止各地进度不一。也有意见担心，实施无偿使用将消弭其持有的经营权价值。有的建议，要抓住经营权改革机遇，理顺各地历史上形成的复杂经营权关系，取消挂靠、托管及空壳公司，对个体经营权予以确权，支持个体经营者组建公司实施公司化经营。

对于经营权转让问题，有的意见提出现有经营权大多是通过高价买卖获得，禁止转让将导致其投资贬值，希望允许转让。也有的提出，经营权转让将提高经营成本，进而转嫁给驾驶员或承包人，最终加重驾驶员负担，应该禁止转让。也有的建议，明确经营权转让的具体条件，使其风险可控。“政府以前允许出租汽车买卖。现在有序、可控的情况下仍允许买卖，这对政府并无危害”。

### （四）网约车的车辆条件和标准问题

网约车车辆条件和标准问题是公众意见反馈最为集中的内容，有 600 条意见与此相关，具体围绕网约车车辆性质、报废年限、车辆标准和运营条件等方面。

对于网约车车辆性质和报废年限等问题，赞同和反对意见基本持平。赞同征求意见稿规定的人认为，营运车辆与私家车在车辆保险、检测、驾驶技能等各方面都存在巨大差异，应严格禁止私家车从事网约车经营。网约车和巡游车作为出租汽车的两个类别，都是营运车辆，应当实行 8 年报废政策。也有的人建议，在保证营运性质基础上，应结合网约车特点适当延长报废年限，建议结合年限和行驶里程综合确定。反对意见认为，私家车从事运营符合共享经济潮流，有利于提高资源使用率，有利于促进就业，应允许私家车不改变车辆性质从事经营。

在具体车辆标准和条件方面，有的认为应坚持网约车车辆标准明显高于巡游车的原则，由地方交通运输部门明确车辆标准，设置明显标识，安装相应的安全设施设备。有的从满足高品质、多样化、差异性需求角度提出了车辆的具体标准，如车辆排量在2.0L以上，车价不低于20万元，车辆注册登记时间在3年以内。有的建议可设定一定的营运期限，在期限内允许从事网约车经营，期限结束后退出营运。也有的认为，应当发挥平台作用，由平台设置车辆标准和营运年限，建议由经政府审核同意的监管平台依据相关条件审核后，为车辆发放预约出租汽车《道路运输证》。

#### （五）网约车与巡游车驾驶员从业资格管理问题

有102条意见涉及网约车与巡游车驾驶员的从业资格管理问题。其中，70%以上的意见认为，从保障运营安全新老业态公平竞争考虑，应当规定网约车驾驶员满足有关条件并取得从业资格证，门槛应高于传统行业，如无犯罪、无酒驾、无吸毒、无参加邪教组织记录等；对于在经营过程中出现重大服务质量问题和重大安全生产责任事故、严重违法经营的从业人员实行终生禁入等。有的提出要规定驾驶员应具有本地户籍，有的建议优化许可程序，不应规定从业人员到公安部门开具无犯罪记录证明等。也有的建议，现有巡游车驾驶员可自动获得网约车驾驶员从业资格。

也有的意见认为，网约车属于竞争性领域，驾驶员只需取得驾驶证，不应当设置从业资格条件。“专车”驾驶员大都为兼职，实行从业资格会挡住一大批人，减少就业机会将导致一些人失业加剧社会矛盾等。也有的建议，可以将驾驶员资格审核交给平台，实行车辆和驾驶员备案制度等。

#### （六）巡游车和网约车价格机制和燃油补贴政策

有135条意见涉及两类出租汽车业态的价格管理和燃油补贴政策问题。

多数意见认为，出租汽车运价应从严管理，实施政府定价或政府指导价。对巡游车运价，多数建议保持政府定价，确保运价在合理水平，并防止“议价”，保护社会公平与乘客权益。同时建议完善政府定价机制，如建立更加灵活的运价评估和调整机制，“规定两年或者三年调整一次”；通过科学定价，与公共交通价格形成一定区隔，发挥价格杠杆的供需调节作用；适度提高高峰期收费和返空费等，调动经营者积极性，减少拒载、议价。

对网约车运价管理，有的意见认为应实施政府指导价，限定高于巡游车的最低价格，符合其发展定位，体现差异化服务，促进良性竞争。也有意见认为，网约车同属于出租汽车，也应实行政府定价，体现公平性。也有的意见提出，出租汽车价格特别是网约车价格应该市场化，尽量减少行政干预，“应该以市场自由定价为主，因为政策制定通常滞后和不可随机应变市场需求变化”。

对于燃油补贴政策改革，多数意见认为从城市交通体系发展定位来看，出租汽车（包括网约车）不属于公共交通，不应享受燃油补贴；有意见认为出租汽车特别是巡游车为特许经营，运力数量、价格等均受到政府管制，建议继续发放燃油补贴，保障驾驶员收入，

维持行业稳定。也有意见认为，既然网约车和巡游车同为出租汽车，也理应享受燃油补贴。

#### （七）规范网约车经营行为

有124条意见针对网约车经营行为提出了相关建议，包括平台主体责任、保险机制、补贴政策及防止垄断等。

大多数意见认为，应当落实好平台主体责任和安全保障机制，目前“专车”公司利用“四方协议”规避法律责任，侵害乘客权益，危害客运市场稳定，应督促平台落实交通安全事故责任、服务质量保障责任以及诚信体系违约责任等。也有少数意见认为，网约车服务本质上是互联网信息服务，平台不拥有车辆。有意见提出，应当明确平台为乘客购买的具体保险和依法纳税要求。对于规范平台补贴和促销行为，多数意见认为平台不应当通过补贴、促销等手段搞不正当竞争，任意加价属于价格垄断，促销价不应低于巡游车基础运价等。也有意见认为，奖励和优惠活动属于平台市场行为，高峰时段加价已向乘客明确告知，有利于达成交易。有的认为不应禁止平台取得市场支配地位，也有的认为平台不是慈善机构，一旦垄断市场将变本加厉，政府应对平台严格监管，避免其通过后台实施垄断和不公平分配。有的人建议，不应禁止网约车驾驶员在单一平台运营，防止平台形成新的垄断。

#### （八）驾驶员权益保障问题

有115条意见涉及驾驶员权益保障问题，包括依法建立劳动关系、加强社会保障以及“份子钱”协商机制等具体内容。

大多数意见支持巡游车经营者与驾驶员依法签订劳动合同，购买社会保险，享受法定休息休假权，切实保障驾驶员权益。针对网约车经营者与驾驶员关系问题，有的建议分类处理，特别是有些平台与驾驶员属于合约关系而非雇佣关系，不一定要强制签订劳动合同。对于“份子钱”协商机制，大多数意见表示了赞同，认为应当规范“份子钱”承包费标准，也有的担心驾驶员不具备平等协商的条件，难以达到协商的效果，建议对协商制度建立可操作的保护机制。

#### （九）加强打击非法运营问题

有93条意见提出要严厉打击非法运营，维护公平竞争的市场秩序。大多数意见认为，目前私家车利用互联网从事所谓的“专车”服务就是非法运营，应当严厉打击。有的要求取缔现有“专车”服务。有的建议打击非法运营应当部门联动、明确职责，严厉追究责任，维护市场公平秩序。有的建议，“能不能像香港那样立法立规对‘黑车’长期保持高压态势，给市场一个公平竞争的环境”。

#### （十）关于私人小客车合乘与规范发展问题

有110条意见涉及小客车合乘问题。其中，大多数意见（占85%）认为，顺风车（拼车、合乘）方便了出行，减少了车辆上路，有利于缓解交通拥堵，符合节能减排、低碳交通的发展方向，政府应对此予以积极支持和鼓励。有的建议，要在《管理办法》中进一步

明确顺风车合法地位，细化相关规则，如“每天限定次数、限定每公里价格或者顺风车服务区域”等，禁止“以顺风车、合乘、公益等形式从事城市客运服务”，鼓励真正的“共享经济模式在公众出行的探索”。有的担心，《管理办法》出台将会消灭掉顺风车这一形态。也有人提出反对意见，认为顺风车与客运服务界限难以准确判定，容易异化为非法运营，并且合乘双方身份信息无从考证，存在纠纷和安全隐患等。

### **国家版权局解读网盘新规：仍能上传 限制分享**

国家版权局发布了《关于规范网盘服务版权秩序的通知》。《通知》进一步明确了网盘服务商在提供网盘服务中应当履行的义务和承担的责任，将法律法规中的有关要求具体化，增加了可操作性和可执行性。业界普遍认为，这是国家版权局在“剑网 2015”专项行动中打出的又一记重拳，对切实规范网盘服务版权秩序具有重要意义。

《中国新闻出版广电报》：国家版权局发布《通知》的背景是什么？

负责人：网盘服务是由网络服务提供商向用户提供内容上传、存储、分享等服务的一种信息存储空间服务，由于其存储空间大、使用方式便捷，目前已拥有数亿用户，日活跃用户上千万。但是，近一年多来，通过网盘传播侵权作品、实施侵权盗版行为的现象越来越严重，权利人对此反映强烈。

### **《网络食品经营监督管理办法》征求意见出台**

近日，国家食品药品监督管理总局发布的《网络食品经营监督管理办法（征求意见稿）》明确网上销售食品应取得食品经营许可或备案凭证，网络食品交易第三方平台如不能提供经营者具体信息须担责。

这意味着，《网络食品经营监督管理办法》正式实施后，没有食品经营许可证或尚未进行备案的网络店铺将不能在网上进行食品销售了，朋友圈里活跃的美食微店也不能简单一吆喝就开卖了。

### **8 部委力挺汽车维修信息公开 4S 店垄断或被打破**

从交通运输部了解到，日前，交通运输部、环保部、商务部、国家工商总局等 8 部委联合发布《汽车维修技术信息公开实施管理办法》（简称《办法》），自 2016 年 1 月 1 日起实施，明确汽车生产者应采用网上信息公开方式，公开所销售汽车车型的维修技术信息。《办法》要求，汽车生产者应以可用的信息形式、便利的信息途径、合理的信息价格，向所有维修经营者及消费者无差别、无歧视、无延迟地公开所销售汽车车型的维修技术信息；不得通过设置技术壁垒排除、限制竞争，封锁或者垄断汽车维修市场。

## 地方法治

### 二十四省出台意见 设立明确标准和时间表

距离2014年7月21日国务院出台《关于进一步推进户籍制度改革的意见》，已经过去整整14个月。在1年多的时间里，各地对于户籍改革这块“硬骨头”，都使出了怎样的招数？又取得了什么样的成效？

截至目前，已经出台具体户籍制度改革方案的地区是，新疆、黑龙江、河南、河北、四川、山东、安徽、贵州、山西、陕西、江西、湖南、吉林、江苏、福建、广西、青海、甘肃、广东、重庆、云南、辽宁、湖北、内蒙古。

### 广州推公积金新政：夫妻贷款买房最高可贷100万

广州市住房公积金管理中心颁布多条新规。其中，热议多时的广州住房公积金贴息新政宣布将于10月26日正式执行，同时，个人最高贷款额度由50万元上调至60万元，夫妻二人最高贷款额度由80万元上调至100万元。

据了解，公积金贷款贴息遵循“先付后贴”的原则。借款人先按商业性住房贷款利率归还贷款本息，贴息款项由公积金中心在还款次月委托承办银行转入借款人的还款账户，商业贷款利率超过国家基准贷款利率的部分不予以贴息。目前只适用于组合贷款。

### 海南出台新规：律师可代理涉法涉诉信访案件

海南出台《海南省关于建立律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件制度实施细则（试行）》及有关涉法涉诉信访的五个制度文件，规定律师可参与化解和代理涉法涉诉信访案件，多方联动化解社会矛盾。《细则》共有16条，对参与化解和代理涉法涉诉信访案件律师的选任条件、工作原则、工作纪律、工作保障等作了详细规定，要求参与化解和代理涉法涉诉信访案件的律师具有三年以上的执业经历，业务水平较高，近三年内未因执业行为受过行政处罚和行业纪律惩戒，并且有参与化解矛盾、调解纠纷等群众工作经验。工作方式主要分为律师轮流值班和代理申诉案件，由各政法机关工作性质而定。法院系统采取的模式是以当事人自主聘请律师与法律援助相结合的形式，推动律师代理申诉制度的逐步建立。

### 上海联交所发布产权市场企业增资业务规则

据上海联合产权交易所提供的最新消息，其已联合深圳联合产权交易所共同发布了国内产权市场企业增资业务规则。这是对产权市场功能的一个重要拓展，是以产权市场为载体，加快探索建立规则统一、交易规范的国有企业增资扩股市场，为非公众公司提供融资服务，促进产权和股权有效流动的尝试。

上海联交所副总裁吴红兵说，过去，产权市场给人的印象是仅仅把经营不善的国资用市场交易价转让出去，但是如今，新一轮国资改革的国资运作更成熟，可以用优质国资存量吸引增量资本进入，也可以使存量转让与增量扩股实现同步运作。

### 香港修订电子交易(豁免)条例

香港立法会通过 2015 年第 194 号公告，公布了《2015 年电子交易（豁免）（修订）令》。该修订废除了《城市规划条例》第 131 章第 16（2）、17（1）及 24（1）条所规定的文件可以不提交电子文件的资格。预计该修订令将于 2015 年 12 月 18 日生效。

按照现时香港法例，在大部分情况下，政府决策局及部门接受以电子方式提交文件。不过，就一些涉及个别决策局及部门运作的特定法例条文而言，基于运作、技术或庄严性质理由，确有实际需要使得这些决策局或部门接受免于以电子记录方式提交文件。根据《电子交易条例》第 11（1）条常任秘书长可在宪报刊登命令，将特定的法例条文免除于《电子交易条例》第 5、6、7 或 8 条的适用范围之外，称为《电子交易（豁免）令》。

---

## 重要案例

### 最高法首次发布经济行政典型案例

最高人民法院今天发布了人民法院 2015 年度十大经济行政典型案例，这 10 个典型案例既涵盖了食品药品、盐业、证券等专门经济领域，也涉及房屋销售合同、餐厨垃圾处理等与个体经营者、消费者密切相关的民生问题。据悉，这是最高法首次发布人民法院经济行政典型案例。

#### 一、南京发尔士新能源有限公司诉南京市江宁区人民政府行政决定案

##### （一）基本案情

江苏省南京市发展和改革委员会于 2010 年 7 月对 10 家企业作出废弃食用油脂定点回收加工单位备案，其中包括南京发尔士化工厂和南京立升废油脂回收处理中心。2012 年 11 月，南京市江宁区人民政府（以下简称江宁区政府）作出江宁政发（2012）396 号《关于印发江宁区餐厨废弃物管理工作方案的通知》（以下简称 396 号文），明确“目前指定南京立升再生资源开发有限公司（以下简称立升公司）实施全区餐厨废弃物收运处理。”该区城市管理局和区商务局于 2014 年 3 月发出公函，要求落实 396 号文的规定，各生猪屠宰场点必须和立升公司签订清运协议，否则将进行行政处罚。南京发尔士新能源有限公司（以下简称发尔士公司）对 396 号文不服，诉至法院，请求撤销该文对立升公司的指定，并赔偿损失。

##### （二）裁判结果

南京市中级人民法院一审认为，被告江宁区政府在396号文中的指定，实际上肯定了立升公司在江宁区开展餐厨废弃物业务的资格，构成实质上的行政许可。区城市管理局和区商务局作出的公函已经表明被告的指定行为事实上已经实施。根据行政许可法相关规定，行政机关受理、审查、作出行政许可应当履行相应的行政程序，被告在作出指定前，未履行任何行政程序，故被诉行政行为程序违法。被告采取直接指定的方式，未通过招标等公平竞争的方式，排除了其他可能的市场参与者，构成通过行政权力限制市场竞争，违反了《江苏省餐厨废弃物管理办法》第十九条和反垄断法第三十二条的规定。被告为了加强餐厨废弃物处理市场监管的需要，对该市场的正常运行作出必要的规范和限制，但不应在行政公文中采取明确指定某一公司的方式。原告发尔士公司对其赔偿请求未提交证据证实，法院对此不予支持。遂判决撤销被告在396号文中对立升公司指定的行政行为，驳回原告的其他诉讼请求。一审宣判后，双方当事人均未上诉。

### （三）典型意义

本案是涉及行政垄断的典型案件。行政垄断指行政机关滥用行政权力，违法提高市场准入门槛、违法指定特定企业从事特定业务、违法设置条件限制其他企业参与竞争等行为。它侵犯了市场主体的公平竞争权，对经济活动的正常运行、商品的自由流通乃至政府的内外形象都会造成较大破坏和不利影响，我国反垄断法和反不正当竞争法对此明令禁止。本案中，江宁区政府在行政公文中直接指定立升公司，未通过招标等公平竞争方式，排除了其他可能的市场参与者，构成通过行政权力限制市场竞争的违法情形。人民法院依法裁判，具有积极导向意义。新修改的行政诉讼法将“滥用行政权力侵犯公平竞争权”明确纳入受案范围，就是为突出行政审判对市场正常竞争秩序的有力维护。随着法治不断进步，公民、法人等各类市场主体在运用行政诉讼法律武器依法维权、监督和规制行政垄断方面，将发挥越来越大的作用。

### 全国首例“滴滴出行”刷单套现案嫌疑人被批捕

北京市海淀区检察院以诈骗罪批准逮捕全国首例通过“滴滴出行”进行刷单套现案件犯罪嫌疑人。在这起案件中，犯罪嫌疑人常某购买作弊软件，在“滴滴出行”平台注册司机和乘客账户领取打车优惠券，后虚构打车交易，用领取的优惠券向其注册的司机账户支付，最后从“滴滴出行”所属滴滴快的公司完成套现。

恶意刷单如何界定？是否触犯刑法？

海淀区检察院承办上述案件的检察官韩志泰对记者说：“就本案来说，犯罪嫌疑人先恶意注册账号，获取滴滴快的公司发放的优惠券，然后虚构交易，从滴滴快的公司套取现金，这个过程就完成了一次恶意刷单。这种恶意刷单行为符合我国刑法对于诈骗罪的相关规定，本案以诈骗罪批捕，但最终定性还需要法院的认定和判决。”

网售刷单教程及软件是否构成犯罪？

记者在网上通过搜索引擎和电商平台对关键词进行检索后，发现了不少教授刷单方法的教程及刷单专用软件，此外，还有人组建QQ群在群内互相帮忙刷单。“对于这些行为，应当根据行为类型进行分类判断。”李翔指出，兜售刷单教程、刷单软件的行为，可能构成传授犯罪方法罪，因为该罪对于“犯罪方法”的学理理解是行为实质符合并能够构成犯罪，哪怕单个传授对象在金额上没有达到起刑点，但传授者仍可能构成传授犯罪方法罪。对于QQ群中互相帮助刷单的行为，由于存在共同故意可能构成共同犯罪。

### **全国首宗检方支持中华环保联合会提起公益诉讼案二审开庭**

10月28日上午，广州市中级人民法院在第3法庭二审开庭审理了上诉人方某某与被上诉人中华环保联合会、原审被告谭某某环境污染责任纠纷一案。该案一审时曾是全国首宗检察机关支持中华环保联合会作为原告提起的土壤受污染公益诉讼案件，也是广东省首例由检察机关作为支持起诉人出庭的环保公益诉讼案件，被评为“2014年全国十大公益诉讼案件”。

2011年8月，广州市白云区村民方某某收取了谭某某支付的鱼塘租金4000元，将其承包的两个鱼塘转租给谭某某。

从当年9月1日起，谭某某往承租的两个鱼塘内倾倒千余吨污泥，造成较严重的环境污染。事发后，白云区环保部门与检察机关配合启动民事责任追究机制，推动由合适主体中华环保联合会作为原告提起公益诉讼。

### **百度告搜狗不正当竞争 一审判决搜狗赔偿50万元**

因用户在百度搜索引擎中使用搜狗输入法输入文字，搜狗输入法输入框自动下拉提示词的形式出现搜索候选，点击任一搜索候选词，均进入搜狗搜索结果页面。为此，百度以不正当竞争为由将搜狗诉至法院。北京晨报记者昨天从海淀法院获悉，该院一审判决搜狗输入法停止不正当竞争行为，并赔偿百度经济损失等50万元。

法院认定构成不正当竞争

海淀法院审理后认为，搜狗公司与百度公司均经营有搜索业务，二者具有竞争关系。尽管搜狗输入法有自身的输入框，但该输入框是在用户先选择百度搜索的背景下呈现的，并非一个纯粹在自身产品中进行功能显示设置的问题，而必须考虑用户在先选择使用百度搜索的意愿、用户对搜索引擎的使用习惯等因素，以避免与百度公司提供的下拉列表发生混淆。

### **搜狗诉百度输入法索赔8000万元**

北京知识产权法院称，近日接到了搜狗公司提起的8项专利侵权诉讼请求，诉称百度旗下的“百度输入法”产品侵犯了由搜狗所享有的输入法技术相关专利，要求赔偿总额高达人民币8000万元。

业内人士表示，如果搜狗提起的侵权主张全部获得法院支持，意味着百度输入法将被依法认定为一款“重度抄袭”的产品。在我国互联网行业历史上，在同一宗诉讼中涉及如此多的专利数量还是首次，其合计赔偿诉求亦创下了业界专利侵权诉讼的纪录。

搜狗方面表示，遭到侵权的专利不仅涉及诸如超级词库、智能组词、云输入等核心输入功能，更涵盖了智能删除、候选展现等“对用户输入行为有着重要影响”的周边服务。

### 用微信实施传销谋利 大连警方破获特大网络传销案

2015年8月，大连警方快速出击，一举破获全国首例利用微信实施传销谋利的特大网络传销案，涉案的5名犯罪嫌疑人被抓获归案。

该案是一起新型的利用互联网实施的犯罪案件，因参与门槛低、返利高，微信平台推广，发展速度非常迅猛，仅半个月便吸纳会员64.4万人，其中已缴费会员16.3万人，涉案金额高达170多万元。会员不仅遍布全国所有的省、自治区、直辖市及港澳台地区，甚至发展到境外多个国家。

## 股权利益分离机制下隐名出资问题 之再阐释

周游

【中文摘要】《公司法解释（三）》对隐名出资问题进行了规定，引发理论界与实务界对此之新一轮省思。在隐名出资场合不仅存在实际出资人与名义股东之间的合同关系，还有实际出资人、名义股东与公司及其他股东之间形成的法律关系。《公司法解释

（三）》的破局尝试，有着非常重要的意义，同时也反映出理论与实践中的一些问题。反思股权本质，理顺股权当中的财产关系与人身关系，建构股权利益分离机制，兼顾当事人之间的约定以及公司其他股东的意思，将有可能寻求更为理性的破局之道，也符合有限责任公司兼具人合性与资合性的品格。

【中文关键字】实际出资人；股东资格；人身利益；财产利益；善意取得

在过去，隐名出资一度被认为是不合规的行为，亦即股东或发起人必须以自己的名义出资。[1]然则，尽管隐名出资之目的大部分源于规避法律，但我们并不能否认“合法型隐名出资”之存在。[2]故而司法实践对隐名出资行为渐次采取宽容态度，在相关司法解释出台以前，法院也在不断地进行一些有益尝试。例如在某个案中，尽管法院对于隐名股东就是“未经过工商登记的公司股东”之定义有失偏颇，但法院对于隐名出资合同之看法无疑是正确的：“我国《公司法》对隐名股东虽未立法明确其地位，但也没有禁止性规定。隐

名股东可以与显名股东就权利义务的分配达成契约。这种契约与一般民法上的契约并没有本质上的区别。只要是建立在双方合意和善意的基础上，在不涉及第三人利益时是应当对契约双方当事人产生约束力的。” [3]

要解决隐名出资引发之各项法律问题，首先要明晰实际出资人之法律地位，以及确立认定股东资格判断标准。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法解释（三）》）进一步明确了隐名出资场合下股权确认纠纷之解决路径，其宗旨在于试图实现公司法律关系中之利益平衡，此举值得肯定。当然，其中存在之问题亦不容忽视，如何进一步破局，则可能要从股权本质乃至公司本质出发进行深入思考。

### 一、司法解释对隐名出资问题之破局尝试：积极意义与矛盾心理

有学者指出，尽管司法解释的颁行有可能压制各地公司法司法创新的动力与活力，但是法院系统希望在司法裁判过程中有统一的司法解释的指导。[4]因此，即便司法解释常有不周延之处，其积极意义也是显而易见的。《公司法解释（三）》对隐名出资问题给予了创新性的破局尝试，第24条规定[5]涉及的是实际出资人、名义股东、公司以及公司其他股东之间的关系；第26条规定则侧重解决名义股东处分股权所引发之法律问题。两条规定综合起来形成公司内外部多维度之法律关系网状结构，并在此基础上平衡各主体之间的利益。此种制度设置对于司法实践而言不无裨益：首先，明确承认实际出资人与名义股东之间的合同有效。其次，明确区分实际出资人与名义股东、公司之间的法律关系。再次，当名义股东处分股权产生纠纷时，可参照现行《物权法》之善意取得制度来处理，这也为具体案件之解决提供了可选择之法律机制。尽管如此，司法解释之规定仍存在可商榷之处，其中也彰显出司法解释对问题处理之矛盾心理。

#### （一）《公司法解释（三）》之策略：形式要件与实质要件的融合

在实际出资人的股东资格认定标准问题上，形式要件说和实质要件说之争论一直存在。若依形式要件说来解释，得出之结论往往是名义股东因股东名册、公司章程、工商登记之相关记载而应被认定具有股东身份；若坚持实质要件，则会得出相反之结论。但两种学说并不必然对立，其仅仅是在秉持之理念上存在不同侧重点。形式要件说旨在维护交易相对人之信赖利益，而实质要件说则更倾向于考究当事人之真意表示。毋庸置疑，规则制定务必在信赖利益与真意表示两者间寻求平衡之道，《公司法解释（三）》正是基于这样一种思维，试图将两种学说融为一体。其中第24条的三款规定呈现出层层推进之演绎逻辑：承认实际出资人与名义股东之间合同之有效性，故而名义股东不得以股东名册、工商登记之记载事项来对抗实际出资人；又基于合同不得对抗第三人（公司及其他股东），因此，实际出资人要成为公司股东必须经过其他股东半数以上同意。仅就第24条之规定而言，司法解释明显倾向于形式要件说，但值得注意的是，该条第2款之表述又隐含了若干实质要件说之元素：法院将支持实际出资人向名义股东主张权利，而名义股东不得以股东名册与工商登记来否认实际出资人权利。然则，该款规定之主要依据是实际出资人与名义

股东之间所形成之合同关系，在此所谓“权利”仅仅是实际出资人基于合同所享有之权利，而并不意味着就是指股权本身，更不能认为是股东资格认定之依据所在。

然而接下来《公司法解释（三）》第25条之规定则使得问题复杂化。既然第24条基本采纳了形式要件说，也兼顾到了实际出资人之合法权益，亦即融合了实质要件说之有益成分，那么问题本身就已经很好地得以解决了。但第25条又引入了我国现行《物权法》中有关善意取得之规定，以无权处分为基点之善意取得制度可参照适用于股权变动场合似乎又说明司法解释仍然将名义股东处分股权之行为视作无权处分，这等同于完全推翻了第24条制度设置之法理基础，重新退回到极端坚持实质要件说之策略。故而，有学者认为司法解释最终采纳的还是实质要件说。[6]问题由此显现：试图融合两种学说之做法却产生了难以自圆其说之逻辑矛盾。

#### （二）矛盾之处：有权处分场合何以适用善意取得

问题焦点在于，名义股东未经实际出资人同意处分股权之行为究竟性质如何？这涉及到两个方面之阐释路径：对司法解释之规则文本分析以及在公司法理基础上之学理探讨。

《公司法解释（三）》之态度无疑还是将此定性为有权处分的，否则会使得问题更加难以自圆其说。

该司法解释第22条规定当事人对股权归属发生争议的，要么证明已依法向公司出资或认缴出资，要么证明已合法受让或继受股权。于前者，在通常情况下往往是以名义股东之名义向公司出资，实际出资人与公司之间并无直接关联，而在认缴出资之情形，实际出资人因仍未实际出资就更加无法否定名义股东之股东资格；于后者，继受情形暂且不论，该条规定表明，当事人一旦合法受让，人民法院将确认其享有股权，这在名义股东处分股权之场合亦当然适用。故而，根据第22条以及前述对第24条之分析，名义股东未经实际出资人同意而处分股权之行为理应属于有权处分。这也可以从反向推理来加以佐证：倘若名义股东处分股权之行为属于无权处分，则按照“非此即彼”之逻辑推演，实际出资人处分股权的行为属于有权处分，由此，实际出资人可随时处分股权。然而，此等行为没有法律上之依据，因为从公司股东名册、出资证明书乃至工商登记都没有关于实际出资人之记载，而实际出资人与名义股东之合同又仅能调整他们之间的权利义务关系，无法涉及第三人利益。

从更为深入之学理探讨来看，名义股东该行为也理应被认定为有权处分。商事法相对于传统民法而言，更加注重法律之外观主义，亦即在当事人之意思与表示之间，“表示”要比“意思”本身更受关注。早有学者指出，“真意主义是适合于民法等个人法的立法理念，而表示主义则与商法等团体法的立法观念相吻合”。[7]这种对于外观主义之推崇，是为了更大程度地保护交易安全与交易秩序，故而有时将超越当事人之真实意思，在认定法律关系与法律行为之效力时不考虑相对人意思之善或者恶。现行《公司法》有关工商登记之规定指明，“未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人”，换言之，一经登记即可对抗第三人，而不论此种登记是否善意，这也是坚持公司法外观主义之体现。

故此，将善意取得制度运用在此种场合就会显得极为尴尬，越来越多学者亦对此提出质疑。[8]一者，既然该司法解释第22条已经明确规定当事人因合法受让而享有股权，那么根本不存在实际出资人请求认定处分股权行为无效之可能。最高人民法院相关负责人就该司法解释之《答记者问》中解释为何要引入善意取得制度有如下表述：“实践中，有的情况下名义股东虽然是登记记载的股东，但第三人明知该股东不是真实的股权人，股权应归属于他人（即实际出资人），在名义股东向第三人处分股权后如果仍认定该处分行为有效，实际上就助长了第三人及名义股东的不诚信行为。”[9]然而，如前述《公司法》有关工商登记之规定，登记对抗效力并不考虑当事人是否善意。况且，隐名出资行为之所以在过往一直得不到法律之认可，恰好在于这种行为本身在多数场合下都存在不诚信之因素，既然如此，司法解释为了遏制一种不诚信而保护另外一种不诚信之行为，就留下较为广阔之受质疑空间。

实际上，从司法解释之行文表述来看，制定者也似乎发现了前述之内在矛盾，故而在有权处分与善意取得之间，司法解释艰难地寻觅到一种从表面上看也合乎逻辑之中间路线，那就是“参照”处理。这种难处在很大程度上源自既有理论与实践仍纠结于股权是债权抑或物权之无谓争辩，亦即未能理性认识股权本质所引致。

## 二、隐名出资问题之症结所在：纠缠不清的股权本质

《公司法解释（三）》试图通过“参照”处理这一妥协途径，来避免过分机械的、绝对的规定影响到“实际出资人、名义股东与股权受让人间的利益平衡”。[10]该解释在第25条最终回归到善意取得制度之上，其逻辑仍在于出资与否在很大程度上决定了当事人能否享有股东资格。然而，以是否实际出资来对股东资格进行确认，存在着种种矛盾。首先，倘若坚持出资与股东资格之不可分离性，那么隐名出资合同本身就不可能存在合法空间，因为名义股东未实际出资，故而不能享有股东资格。这种推论明显有违司法解释之本意。其次，现行《公司法》之诸多条文都已充分表明出资与股东资格之间之可分离性。例如，根据《公司法》第34、42条之规定，以下两点值得注意：一是在通常情况下，分红权必须按照实缴出资比例进行，而表决权未指明实缴或认缴，可理解为可按照认缴出资比例行使。因此，股东在行使表决权时可能分文未缴。二是股东之分红比例与表决权比例之除规定不一，前者须经股东协议进行约定

而后者则由公司章程来规定。这既说明了分红更倾向于是一个股东之间的问题，而表决权行使则是公司治理之组成部分，继而暗示了股权在不同场合所表现出来之内涵并不一致，规则苛求这些存在差异但又囊括在股权名下之各项权利或者利益必须时刻归于一个主体，无疑加重了股东资格认定之困难。再次，近年来从地方到全国逐步开展工商登记改革，早有个别地方先行构建所谓“注册资本认缴登记制”，[11]现行《公司法》同样认可了这一制度。由此，即便投资者在公司设立时“零出资”，也同样可以享有股东资格，可见是否出资与是否享有股东资格之间的关系愈加淡薄。

诚然,《公司法解释(三)》致力平衡股权确认纠纷中各主体之利益,已然尝试对股权特殊本质予以考虑,但这种考虑仍显不足。不过对股权本质之探讨在学界也一直没有定论,分歧极大。总而言之,争论围绕着股权究竟是物权还是债权抑或是其他性质之权利进行。改革开放初期由于受到意识形态等现实因素的影响,有关股权本质之思考集中于国有资产、国有股与公司法人财产权之冲突及磨合问题上。据此,有学者认为股东因为所有权与经营权的分离而成为公司的债权人,[12]这是一种债权说之表现形式。另有学者解释全民企业与国家所有权之关系是实物所有权与价值所有权的关系,[13]这是从物权角度出发来解释股权。也正因为这种途径是通过解构所有权来实现的,所以在当时就有学者认为股权不是物权。[14]其中缘由不言自明,毕竟这种创造性之观念需突破学者对一物一权原则之信守。这种观念亟待革新,故后来有学者指出,这是把国有资产由实物形态变为货币形态,是资产持有形式的变化,谈不上国有资产流失。[15]这实属一种理论进步。然则,无论是债权说抑或是物权说,都以股权是一种纯粹的财产性权利作为理论前提,这就有可能忽视了股权中更为重要之人身利益。因此,有学者认为股权在本质上是一种社员权。[16]但将股权视为纯粹的社员权,又似乎忽视了股权之财产权性质。继而有学者创新性地将股权与股东权予以区分,认为前者是股东对股份之所有权(物权、财产权),后者是社员权(非财产性权利)。[17]尽管股权与股东权的关系存在较大争议,[18]但这绝对是一种极具意义之观点:它表明股权本质非传统民法对权利之分类所能解释。由此可见,或许将股权视为一种综合性权利是较为理性之做法。然而,当质问股权究竟是(或者属于)什么权利时,我们在潜意识中已将股权看成是一种必须被归类之子权利,这从本质上来看,仍是没有跳出物权与债权之大部类分法,从而陷入迷思。《公司法解释(三)》在股权确认纠纷处理上遵循了这种进路,将处理财产权问题之善意取得规则作为解决股权确认纠纷时最后之制度依托,是将股权之人身利益与财产利益进行了“捆绑”处理。一旦人身利益与财产利益被捆绑于一体,人身利益必然变成财产利益之附庸。在此种语境下,股东行使涉及人身利益之权利时,就会被简单地认为是实现财产利益之手段。由此,我们就不难理解为何《公司法解释(三)》在第24条确立了以形式要件为主之规则后,又在第25条回归到以实质要件为核心之老路。

### 三、隐名出资问题破局之道:理顺股权中的财产关系与人身关系

有学者指出,股东资格与股东权利并非总是合一的。[19]这种非合一性主要体现在:基于股权涵盖了财产利益与人身利益,当事人所享有之利益因不同法律关系而存在差异。就目前情形来看,将财产关系与人身关系相互混杂是股东资格认定问题之症结所在。

#### (一) 挣脱理论桎梏:股权中人身利益与财产利益的分离

要解决隐名出资场合下股权确认纠纷问题,宜从重新认识股权本质之路径入手,亦即寻求人身利益与财产利益相分离之规则构建。有学者鲜明地提出了“股权二分论”之观点,其指出,将股权当中的财产权与人身权予以分离,不仅可以更好地实现对有限责任公司人合性的保护,还对构建股权变动理论、解决股权强制转让、股权继承以及股权赠与等

特殊问题形成较为完整的理论支撑。[20]此看法具有现实意义，而且越来越多的学者开始从其他视角来阐释股东权利的分离问题。[21]当然，股权二分论下究竟是权利、权能的分离抑或是利益的分离，仍有诸多可讨论之空间。就法理层面而言，意定或法定因素形成法律关系，法律关系构成权利行使之基础，权利主体通过权利之权能作用，获得权利衍生之利益。[22]笔者认为，要构建股权内部权利或是权能的分离需要进行非常严谨而详尽之论证，并且要重新理顺此种分离机制下之财产权与人身权究竟与传统民法中相关权利或权能有何区别。倘若构建股权内部之利益分离机制，则在理论上和实践中都可能更为直观、清晰。毕竟，权利之获取来源尚且还有“与生俱来”和“依法享有”之争，股权内部是否能进行所谓的权利分离仍然难以得到理性阐释；利益的分离则更注重当事人之间的契约自由，实质上是一种利益重新配置之机制，它并不会遭遇严重的法律障碍。在 Roscoe Pound 看来，个人利益的内部结构非常丰富，包括人格利益、物质利益等一系列元素。[23]故而仅强调财产利益之于人的重要性，是对人之为人所应当具备之人格与身份之蔑视。《公司法解释（三）》第 24 条正是试图构建这样一种规则：承认实际出资人之财产利益，但这并不意味其能同时享有以人身利益为核心内容之股东资格。

理顺股权中财产关系与人身关系，有着非常巨大的理论与实践意义。第一，可以在维护有限责任公司人合性的同时尽可能地不妨碍资本流动。倘若始终坚持利益捆绑原则，那么对公司人合性之机械追求无疑是以严格的资本锁定[24]为条件的。这就可能违背了公司制度存在之目的。第二，有助于更好地保护股权受让人之合法权益。尽管要求承担缔约过失责任也是一种有效之救济措施，但是这种救济终究不完整。坚持分离路径能更好地解释转让协议之有效性，并在维护公司人合性之前提下最大程度地衡平当事人之间之财产利益。第三，符合现代公司治理之需求。公司发展历经了投资者（股东）与公司的分离、所有权与控制权的分离等阶段，这种分离或分权业已成为企业法、金融法的一种发展态势。正如有学者指出，分权导致财产权发生质变，活化、弱化了财产权本身。[25]换言之，现代公司治理之进化要求我们对股权之认识必须摒弃既有的权利分类原则与方法论，回归企业与公司法之应有思维。第四，有利于进一步确定股权转让生效之时间点。这也是在隐名出资场合经常会遇到的问题。一般而言，财产利益之实时移转不成问题，但是人身利益则可能要经过繁琐的公司内部认同与法律程序才能完全移转。在分离路径之下，防止权利真空就成为可能，股权确认纠纷的出现也将大大减少。

总之，股权本质决定了在处理股东资格认定问题上之复杂性。有美国学者对股权进行分类时权利（right）与权力（power）进行区分。在此种理论基调下，权利主要就是指向财产利益，而权力则意指参与公司的管理与控制，主要涉及人身利益。[26]财产利益与人身利益的并存，要求我们在处理股东资格认定问题时务必有意识地将两者进行区分，实现不同法律关系内部各主体间之利益平衡。

## （二）重思隐名出资场合下各主体间财产关系与人身关系

### 1. 财产关系

承认隐名出资合同有效，在很大程度上就是为了确认实际出资人之财产利益的合法性。因此，实际出资人享有合法的财产利益，其义务相对方是名义股东，而非公司。尽管实际出资人对公司有出资行为，但此种行为并无法律上之直接依据，亦不存在合同、不当得利[27]等其他情形，基于实际出资人与名义股东之间的合同相对性，实际出资人与公司之间一般不形成法律关系。在通常情况下，公司不应干预实际出资人与名义股东之间的财产关系，因为只要股东按照《公司法》相关规定按期足额地缴纳出资，公司资本就不会受到影响，至于谁实际出资，并非公司有能力和有必要探究之事实。由此可见，公司在隐名出资问题上之角色定位，侧重关切的是股东是否出资到位，而非由谁来行使股权。实际上这也是《公司法解释（三）》第24条第2款规则设置之初衷，根据该款规定，实际出资人主张权利之对象只能是名义股东而非公司；法院支持的是“投资权益归属”而非股东资格确认。这显然是根据当事人订立之合同所产生之财产关系来进行利益调整之机制。

此外，涉及到财产关系的还有名义股东未经同意转让股权之情形。前述涉及善意取得制度的第25条之所以使人困惑，关键就在于适用善意取得规则来解决财产关系时附带将人身关系也掺和在內。当然，名义股东未经实际出资人同意而处分股权之行为，其中涉及财产关系之部分要参照善意取得制度来处理也无可厚非，毕竟这是基于实际出资人与名义股东之间、名义股东与受让人之间的合同所产生的财产权变动。但第25条应当遵循与延续第24条之立论基调，规定实际出资人在此情形下请求认定处分股权行为无效将不能得到法院支持，这将更能使得规则文本前后逻辑达至统一，然后再规定实际出资人可根据合同约定追究名义股东违约责任即可。

## 2. 人身关系

所谓股东资格，更多地体现在股权之人身利益部分。实际出资人能根据与名义股东订立之合同而获得基于出资所产生的财产利益。因此，作为主要彰显人身利益之股东资格，对其进行确认不宜通过查明谁是真正的出资人，而是要视公司其他股东之态度。这在司法实践中涉及到不同的具体情形：倘若名义股东仅是“挂名”，实际上与公司没有任何来往，而从出资到行使权利都是实际出资人在进行，那么，这种情况所引起之法律问题尚算简易，一般只涉及股权转让时受让人之利益问题，公司其他股东由于知悉实际出资人的存在而不会引发利益纠纷。而在名义股东参与各项公司决策并且全面行使股东权利之情况下，则存在以下两种可能：一是公司和其他股东都明确知悉名义出资人尽管参与公司事务，但是并非实际出资人；二是公司和其他股东对于实际出资人的存在根本不知情。一般而言，第一种可能与前述实际出资人直接参与公司事务所涉及的问题类似，往往只关系到受让人利益。而第二种可能则在纠纷发生时最终要看公司其他股东之意思。

当然，实际出资人、股权受让人之合法权益也是应当得到法律保护的，这也是《公司法解释（三）》第25条规定显示出矛盾心理之背景所在。但倘若制度强行将并未得到公司其他股东认可与同意之第三人确定为公司股东，既背离有限责任公司股东人合性之特征，又给公司运营带来负面影响。[28]股东资格确认之纠纷结果所影响到的并不仅仅是存在争

议之当事人，还波及到其他股东乃至整个公司。从本质上说，股权中人身利益部分之调整，属于公司治理范畴之问题，不能仅仅通过实际出资人与名义股东之间的合同予以解决。[29]据此，我们就能更好地理解为何分红与表决之除外规定存在差异：分红作为财产利益之获得途径，更倾向于通过股东之间的合同来解决，公司对此不多过问；而表决作为一种人身利益之体现，涉及到了公司治理维度之内容，可由公司章程进行规则调整。

综上，厘清股权中人身利益与财产利益的关系，是妥善处理隐名出资所产生股东资格认定问题的前提。因此，在司法实践中不妨遵照从形式到实质之证明次序：第一，如无反证，股东名册与工商登记应作为首要证权文件。第二，在前述证权文件不存在或有瑕疵之情况下，省察究竟是何方当事人实际行使了各项股东权利，尤其是出席股东会、参与表决等人身方面之权利。因为当事人一旦实际行使股东权利，就意味着公司其他股东认可了当事人之股东资格，而不论股东名册是否有记载、公司登记机关是否有登记，也不论公司其他股东是否知悉实际出资人的存在。第三，当实际出资人意欲获得股东资格，则既要审查实际出资人与名义股东之间的合同约定，也须征得公司其他股东半数以上同意。总之，归结为一点，在股东资格确认问题上，司法裁判更应关注股权当中的人身利益而非财产利益，财产利益可通过当事人之间的约定来实现实质正义。

### （三）一点引申：从股权本质到公司本质

股权之所以长期被认为是物权或是财产权之范畴，在很大程度上与对公司本质之理解存在勾稽关系。这既有对美国法相关制度之误解，也有我国社会与立法实践之特殊性。

#### 1. 股东是公司之所有者？

美国法上“ownership”一词在表面上并不会造成我们多大困扰，我们通常将其译为所有权。但在大陆法系之制度框架下，所有权属于物权范畴。按照此种逻辑，股东对公司享有所有权（ownership），所以股东是公司之所有者（owner）；股东是公司所有者之表征体现为股权，基于所有权属于物权范畴，那么股权也是物权或至少是准物权。实际上，将两大法系当中存在重大差别之术语和制度融为一炉是导致我国理论界与实务界对股权本质理解迷雾重重之主要原因。

美国著名公司法学家 Henry Hansmann 之专著《企业所有权》（The Ownership of Enterprise）就提及到，企业存在生产者所有（投资者所有、雇员所有等）、顾客所有等类型之企业。由此可见，此种“所有”与我们所理解之“所有”存在明显差异。根据书中阐释，所谓所有权是对企业之控制权以及对企业利润或剩余价值索取权。[30]况且，这种控制权主要表现为对一系列合同权利之控制，往往是一种名义上之控制权，这与大陆法系之所有权强调占有、使用、收益、处分之绝对支配权完全不同。申言之，在理解美国法上“ownership”之内涵时，有必要注意以下两点：第一，这明显受到经济学研究之影响，所有者（owner）在经济学范畴所指代之主体非常广泛，它不仅包括投资者，还有可能指代剩余控制权人乃至剩余求偿人或受益人。[31]此种所有权之内涵与外延都与我国所坚持的大陆法系之所有权有别。第二，财产权或者产权之含义亦不甚明确，以至于有学者指出有时

候讨论不清楚“property right”所对应之大陆法系概念。[32]机械仿效美国将股权视为财产权之做法，非常值得商榷。正如有学者指出，界定股权的法律性质，必须区分其在经济学和法律中的差别。[33]尤其是在中国，大陆法系之立法传统迫使我们美国法律诸多细节应当保有更为审慎之态度。

况且，即便是在美国，相关问题也存在巨大争议。在诸多理论学派当中，较具代表性的当属以新制度经济学为中心的企业理论。尽管该学派不同学者之观点时有差异，但其理论假设与前提区别不大。这些学者或是通过对比公司与市场两者的交易成本，[34]或是通过以合同理论、[35]产权理论[36]来研究公司内部结构。这一思想对美国影响深远，其公司法上所强调的分权从本质上来看也是受到企业产权理论的重大影响。[37]问题在于，这种过分关注公司财产而忽视公司人格的理论，必然导致将股权看成是财产权的结果：股东是公司的“所有者”，股权是股东占有公司这一客体的份额。当然，这种看法是存在问题的，对其至少需要有不是一样的理论与之抗衡。所谓“资产分割(asset partitioning)”理论的提出正是其例。这一理论指出，公司与股东的资产相互分离，公司因此享有独立人格，[38]并由此产生对公司的资本锁定[39]以及对股东的有限责任，后者甚至可称为反向的资产分割。[40]在此，我们的确清晰地看到有关公司本质的两种真正的争论：财产抑或人格。[41]同时，我们还看到一种理论上的进步：以确立公司人格为目的，将公司本质拯救于单纯的财产集合之泥泞当中。当然，我们还应当看到，即便是资产分割理论，仍旧没有完全逃离产权理论的阴影，它无法改变“股东是公司的所有者”这一源于经济学的传统看法。因此，我们甚至可以认为，美国法并不存在与大陆法系同样的所有权概念。股东是公司之所有者，这在美国法上的确能找到相应之依据，然而，我们贸然引入“ownership”一词时，却并不能简单转译为公司由股东所有，或者说股东是公司之所有权人，这种理解将严重扭曲了股权本质。

## 2. 我国国有企业改革如何主宰对公司本质之理解？

理解股权本质出现偏差，在很大程度上是与我们如何理解公司本质紧密相连的。有关股东是公司之所有者之观点，竟又和中国国企问题天然结合，找寻到极为丰富的生存土壤。如前所述，改革开放初期有关股权本质之思考集中于国有资产、国有股与公司法人财产权之冲突及磨合问题上。但改革不能改变社会主义公有制之性质，而作为“共和国长子”之国有企业，按照传统逻辑，国家出资设立，企业当然由国家所有，倘若解释为国家出资将成为企业财产，将有可能导致所谓的“国有资产流失”。故而，在1993年《公司法》中就有“公司中的国有资产所有权属于国家”之规定。这一规定在2005年修订时予以删除。这实属理论上之进步。以现在眼光来看，国家以国有资产出资，将资产之财产权转换成对公司享有之股权，这在本质上并未改变权利之根本归属，从而没有必要为此而扭曲公司本质，并由此影响到我们对股权本质之正确理解。[42]当然，这种由于国企改革所引起的对公司本质之误解，非短期内能改变。

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》就明确指出国企是推进国家现代化、保障人民共同利益的重要力量。由此可见，国企改革依然是我国全面深化改革的其中一个重要落脚点。如今，迫在眉睫的任务是“推进国有企业公司治理体系和治理能力现代化”，[43]这其中的关键从根本上说就是要重新认识并理性还原公司本质。

这种对公司本质理解偏差所产生的最重大影响是难以很好地保护公司利益。在我国当前司法实践中，将公司利益等同于股东利益，将公司利益简单地理解为公司财产，轻视无形的、预期的公司利益都是常见之裁判倾向。[44]这其中所隐含之意味正是将公司视为单纯之客体，从而使公司趋于物化。由此，建立在物化基础上之公司本质理论必然影响到对股权本质之理解，股权将被视为占有公司这一客体之份额，当然就容易得出股权具备物权性质之结论。在隐名出资问题上，倘若我们仍一味地纠结于究竟谁对公司实际出资，仍机械地挣扎于股东资格确认中的善意，实际上都是无视公司人格之举，也就未能很好地理解股权本质乃至公司本质。在此，有必要强调的是，理性认识公司本质，并不仅仅停留于公司与股东之财产或权利义务上之分离层面上，更重要之维在于尊重两者之人格：亦即在立法与司法中渐次体现对公司法律关系中非财产性利益的重视。

#### 四、结论

隐名出资场合下股东资格认定问题涉及到复杂的网状法律结构，其中不仅存在实际出资人与名义股东之间订立之合同，还有实际出资人、名义股东与公司及其他股东之间形成的法律关系。既有规则之所以显示出矛盾心态，主要因为对股权中的财产利益与人身利益进行了捆绑处理，这既有理论研究方面之失误，亦与中国社会背景存在勾稽关系。然而，无论是从理论还是实践来看，财产关系与人身关系的分离既有可能，也有必要。实际出资人与名义股东乃至股权受让人之间的财产利益争议，可通过各方订立之合同来解决；至于有关人身利益方面争议，则一般需经由公司其他股东之意思来判定。因此，股东资格认定之焦点在于人身利益之调整，而非财产利益之衡平。倘若以财产关系作为判定股东资格之标准，或是将人身关系看成是财产关系之附庸，都将得出存在逻辑矛盾之结论，也不符合有限责任公司之应有品性。

不仅如此，股份有限公司尤其是上市公司同样遭遇越来越多的有关股权利益分离之现实问题。在20世纪，美国也经历了从坚守一股一权到有条件地发行优先股或无表决权普通股之漫长过程。[45]到了20世纪80年代，越来越多的美国公众公司试图进一步冲破一股一权规则，转而采用具备双重类别普通股之资本结构。其中一类是由公众股东持有的普通股，但其表决权受到一定程度的限制；另外一类则是由公司管理层持有，该类普通股将拥有超级表决权。[46]同样，在中国，阿里巴巴所设计的“中国合伙人制”为我们展示了中国版之双层股权结构，有学者称其显示出东方智慧，[47]非无道理。对诸如此类问题之研究，都属于对股权利益分离之探讨，亦为公司法与证券法未来研究与发展之一项重大课题。

**【注释】**

[1]我国《公司注册资本登记管理规定》第8条即明文规定，股东或者发起人应当以自己的名义出资。这一规定截至2014年之修订仍然得以保留。当然，此种规定如今亦可解释为：以谁之名义出资，则其即为股东或者发起人，由此，隐名出资场合下实际出资人在一般情况下即不是公司股东。

[2]如有研究指出，在实践中，有一些隐名出资是由企业改制带来的“历史遗留问题”，如职工持股会、法人股个人持有等。参见甘培忠、周淳：《隐名出资纠纷司法审裁若干问题探讨》，载《法律适用》2013年第5期。

[3]参见“曾煌兴与潘百满等股东出资纠纷再审案”，柳州市中级人民法院（2010）柳市民再字第39号。本文案例皆摘自北大法律信息网。

[4]甘培忠、雷驰：《司法介入公司自治与公司法解释的政策尺度》，载《河北学刊》2009年第1期。

[5]我国《公司法》已于2013年12月得以修改，并于2014年3月开始施行。与此同时，有关适用《公司法》的三个司法解释也相继得以修订并重新公布，故本文中出现的法条序数皆遵循新规定之编排。

[6]胡晓静、崔志伟：《有限责任公司隐名出资法律问题研究——对〈公司法解释（三）〉的解读》，载《当代法学》2012年第4期。

[7]蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社2001年版，第496页。

[8]例如参见王涌：《股权如何善意取得？——关于〈公司法〉司法解释三第28条的疑问》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年第12期。另有类似研究同样对此表现出审慎态度。参见郭富青：《论股权善意取得的依据与法律适用》，载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

[9]参见《最高人民法院民二庭负责人就〈关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）〉答记者问》，载《商事法律文件解读》2011年第2辑，人民法院出版社2011年版，第14页。

[10]参见宋晓明、张勇健、杜军：《解读〈关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）〉》，载前引⑨《商事法律文件解读》，第23页。

[11]甘培忠、周淳：《注册资本认缴登记之语义释疑及制度解构》，载《中国工商管理研究》2013年第5期。

[12]郭锋：《股份制企业所有权问题的探讨》，载《中国法学》1988年第3期。

[13]李友根：《企业法教程》，南京大学出版社1994年版，第20页。

[14]任先行：《股权的性质和特点》，载《山西财经学院学报》1992年第3期。

[15]郭同意：《股份合作制改制中的股权设置》，载《甘肃社会科学》1999年第3期。

[16]史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第226页。

[17]张旭丽、张旭：《论股权与股东权》，载《太原大学学报》2004年第3期。

[18]参见张锋：《论有限责任公司股东权转让制度》，载《甘肃社会科学》2008年第2期。

[19]叶林：《公司股东出资义务研究》，载《河南社会科学》2008年第4期。

[20]蔡元庆：《股权二分论下的有限责任公司股权转让》，载《北方法学》2014年第1期。

[21]例如参见汪青松：《论股份公司股东权利的分离——以“一股一票”原则的历史兴衰为背景》，载《清华法学》2014年第2期；另参见王志诚：《股东权利之实质保障：股东表决权之分割行使》，载《月旦法学杂志》2010年第6期。

[22]当然，权利不必然衍生出利益，拉德布鲁赫对此做了一个形象的比喻：“权利是以其内容为正义意志开出了一趟确定驶向的空车，即使在执行这种意志时对个人没有任何利益——即使是瞎子索回借出去的眼镜。”不过拉德布鲁赫也指出，“在多数情况下权利人有一种权利内容的利益”。参见[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第63页。

[23] See Roscoe Pound, *Interests of Personality*, 28 *Harvard Law Review* 343 (1915)。

[24] Margaret M. Blair, *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*, *UCLA Law Review*, 2003, (51)。

[25]陈醇：《商法原理重述》，法律出版社2010年版，第86—88页。

[26] James D. Cox, *Thomas Lee Hazen, Cox & Hazen on Corporations: Including Unincorporated Forms of Doing Business*, Aspen Publishers, 2003, pp. 718—719.

[27]因为不当得利之债的形成必须要满足“没有合法依据”之条件。参见《中华人民共和国民法通则》（1986）第92条。

[28]值得赞赏的是司法实践中有不少法院注意到这一问题，并作出合理判决。例如参见“深圳市远舟科技实业有限公司等与黄平涛等股权确认纠纷上诉案”，上海市第二中级人民法院（2007）沪二中民三（商）终字第435号。

[29]数年前有地方法院就对此曾作过精彩的判决，法院认定：隐名出资是当事人之间发生的，公司并不知情，且未得到公司股东的一致确认，上诉人从未领取过公司分红亦未参加过公司的任何管理活动。名义股东收取上诉人款项的行为系其个人行为，与公司无关，上诉人不能以此认定其是公司的股东。参见“江山等与灵璧县恒大制粉有限责任公司股权纠纷上诉案”，安徽省高级人民法院（2008）皖民二终字第0143号。

[30]参见 Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Harvard University Press, 1996, p. 11.

[31]李清池：《商事组织的法律结构》，法律出版社2008年版，第53页。

[32]邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第361页。

[33]前引31，第193页。

[34]参见 Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937)。

[35]参见 Michael Jensen and William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976)。

[36]参见 Oliver Hart and John Moore, *Property Rights and the Nature of the Firm*, 98 *Journal of Political Economy* 1119 (1990)。

[37]前引36。

[38]参见 Henry Hansmann and Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 *Yale Law Journal* 387 (2000)。

[39]前引24。

[40]前引38。

[41]邓峰：《作为社团的法人：重构公司理论的一个框架》，载《中外法学》2004年第6期。

[42]故而2005年《公司法》删除1993年《公司法》有关“公司中的国有资产所有权属于国家”规定时，官方释义还表明“公司享有法人财产权才能体现公司的法人人格”。这无疑是公司法建构中面对国家角色问题之明显进步。参见安建主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社2005年版，第22页。

[43]刘俊海：《全面推进国有企业公司治理体系和治理能力现代化的思考与建议》，载《法学论坛》2014年第2期。

[44]甘培忠、周游：《公司利益保护的裁判现实与理性反思》，载《法学杂志》2014年第3期。

[45]参见 Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002, pp. 450—455.

[46]参见 Jeffrey N. Gordon, *Ties That Bond: Dual Common Stock and the Problem of Shareholder Choice*, 76 *California Law Review* 2 (1988)。

[47]参见马一：《股权稀释过程中公司控制权保持：法律途径与边界——以双层股权结构和马云“中国合伙人制”为研究对象》，载《中外法学》2014年第3期。

# 论知识产权国际化的保护模式及我国的应对策略

潘皞宇

**【摘要】**虽然知识产权本身具有地域性的特征，但经济全球化、科技发展等综合因素共同决定了在国际层面统一保护知识产权的必要性和必然趋势。在几十年的国际化发展进程中，以传统的国际立法方式为基础，知识产权国际保护体系逐步成型，并且形成了相对周延的机制运行框架。随着体系构建的逐渐成熟，我们有足够的分析素材、也有必要通过理论研究，提炼出知识产权国际化运行机制在具体实践活动当中的一般规律，并总结出模式化的操作流程，而这些经验性的结论不仅有助于提高知识产权国际立法的效率和效果，更为身处知识产权国际化潮流中的中国提供了必要的战略依据和应对措施，对知识产权的国际化发展具有重要的启示价值。

**【关键词】**知识产权国际化；机制构架；操作模式；微观主体；宏观主体

## 一、知识产权国际法保护的必然趋势及当前的机制构架

从知识产权产生的历史渊源来考察，既然知识产权本身就属于统治阶级授予公民的专有权利，那么其在空间上一定会具有严格的领土限制，并必然呈现出鲜明的地域性特点。所以，国内环境和背景一直以来都是构建知识产权权利体系的出发点和落脚点。

但是，从19世纪80年代起，知识产权制度开始展现出打破地域局限、接受国际层面统一保护的现实需求，推动这一进程的内在和外驱动力主要表现为：首先，全球经济一体化和国际经济贸易发展要求各国尽快打破知识产权权利保护的壁垒，扩大权利的效力范围，增强知识产权在全球范围内的利益转化能力；其次，各国出于国家战略的考虑，根据各自国际地位的差异，分别采取不同的策略积极推进知识产权保护，以期在国家间的博弈中占据优势地位，客观上深化了知识产权保护的国际化趋势；再次，基于知识产权一体化需求逐渐形成的国际保护体系也为知识产权国际化进程的深入带来了积极影响，科学的规则运行模式，良好的法域协调效果，在弱化知识产权固有局限性的同时，进一步提升了国际领域逐步统一知识产权市场的信心。

面对知识产权保护制度的发展趋势，国际立法者必须从秩序建立和体系构架的角度去思考，在各国知识产权国内保护体系已经存在的基础上，作为新体系框架的主要构建手段，知识产权的国际立法活动应当如何展开？为了解决这一问题，经过长期发展，国际社会逐渐从机制层面搭建了一整套针对知识产权国际立法的结构性框架，并制定出相对完善的运行模式，使之成为知识产权国际保护操作程序得以开展的基础，并起到对知识产权国际保护规则的推动作用。具体而言，当前知识产权国际运行机制应当包含以下架构项目：

### （一）以明确的基本原则作为知识产权国际保护体系构建的依据和准绳

与其他法律部门一样，基本原则不仅是知识产权国际保护制度各项具体规则的来源和依据，更是对其制度价值与制度规则的抽象和概括。而根据“国内体系和国际体系相协调”，“国际保护途径体系化梳理”，“知识产权国际市场统一”等体系构建思路的基本要求，目前学界所公认应当遵循的基本原则包括：（1）以国家主权原则，作为协调国内体系和国际体系的基本价值理念；（2）以国民待遇原则和最惠国待遇原则，作为各国体系之间、各国与国际体系之间的衔接渠道；（3）以最低保护标准原则，作为统一知识产权保护标准和市场的基本保障；（4）以公共利益原则，作为知识产权国际保护制度的基本准则和权利边界。

### （二）以宏观和微观两个层面分别设定知识产权国际立法的参与主体

根据国际法的一般理论，国家应当首先作为知识产权国际立法主体之一被确立下来，并通过单方保护、互惠保护、双边条约保护、多边条约保护等方式体现其主体价值。{1}而出于经济、科技、文化发展的需要，推进知识产权保护的国际化也已经成为各个国家的战略性要求。所以，国家是参与知识产权国际立法的首要主体，是知识产权全球化趋势最重要的直接推动力量。

但同时，由于与国内立法相比国际立法缺乏直接的立法机构和保障机制对规则进行平衡与维护，如果将国家作为单一的立法主体，其最终形成的规则可能在本质上仅仅是没有强制力保障的契约而已。为了弱化这一缺陷，国际上采用了私人集团参与国际立法的思路，在国际上成立大量相关的以私人集团为基本单位的政府间国际组织、超国家组织和非政府间国际组织等机构，并以此为平台设立知识产权的国际规则，从而极大促进了知识产权国际规则的趋同化。{2}

总体来看，知识产权国际立法采用宏观主体与微观主体相互配合的立法模式，有效缓解了国际法本身的固有瑕疵，其立法的合理性和有效性得到了充分的提升。而其共同参与的模式，也就成为了构建知识产权国际保护机制的必要前提和构成要素。

### （三）以国际层面完整的组织形式和运行规则作为知识产权国际立法的基础性架构

虽然国际立法的方式多种多样，但随着知识产权国际化进程的推进，为国际立法活动搭建和构筑适宜的平台逐渐成为了国际主体参与知识产权立法的主流选择，进而成为了当前国际社会引导知识产权保护全球化、一体化进程的基础体系结构。而以此为基础所形成的专门的国际机构则有助于促进国际协议的达成，提高国际立法的效率，深化知识产权国际立法的一体化进程；有助于国际条约的及时修订和适时修改，以保障条约的保护效果，提高条约的保护水平；有助于限制国际霸权行为，为发展中国家和非国家参与者的权益提供空间，并为发展中国家提供援助，从而全面推进知识产权的国际化保护。{3}

### （四）以国际架构为对象设立国内层面知识产权保护的呼应机制

知识产权国际组织及其相关制度为其国际层面的保护提供了结构严密、逻辑周延且行之有效的体系架构模式。但基于知识产权的基本保障体制，我们也不能忽略对整个保护体

系的出发点和落脚点——国内立法的贯彻及其强制力保障——的维护及完善。因此，各国国内需要相应地设计知识产权国内保护与国际保护的衔接方式以及国内相应的组织及制度安排。而在实践中，这种与国际协调相呼应的国内机制通常通过国家战略化部署{4}和国内沟通和反馈渠道{5}体现出来。

## 二、知识产权国际立法的实际操作模式

根据知识产权国际保护的现实需要，我们已经从基本原则、立法参与主体、国际机制和国内机制四个方面系统探讨了知识产权国际立法的基本框架。而借助完善的制度框架和平台，我们应当进一步分析，在实践中，具体的知识产权国际立法活动是如何推进和完成的，当中是否存在统一的操作模式和一般规律，实践当中又可能出现怎样的程序取舍？针对这些疑问，笔者将按照各个程序步骤进行阶段性的分析。

在具体讨论之前，我们应当首先明确，知识产权国际立法的具体操作和推进方式，主要针对的是双边条约或多边条约等典型的国际立法途径。{6}同时，结合先前所搭建的国际和国内的体系构架，我们还应当认识到，此种立法所坚持的思路，本质上是要将制度的内容和要求自下而上，逐级传递。在历史比较研究和实践推行的过程中，具体的已完成和未完成的国际立法活动则可以根据先前的历史环境、当下的制度需求、法律关系的复杂程度等内容，决定操作环节的选用、搭配和取舍。具体而言，其操作环节可以包含以下几个步骤：

### （一）知识产权国际立法流程的路径选择

知识产权的发展及其与经济利益的挂钩，极大促进了生产力的提高，并进一步导致了经济的全球化和国际市场的统一。在这一进程中，社会分配方式和社会控制权发生了变迁，产生了大量以跨国公司为典型代表的私人利益集团。而对于这些私人集团来说，智力成果的创新，知识产品的经济价值转化，知识产权新市场的开拓，知识产权保护体系的统一，都是提高企业竞争力、维持企业运营发展的重要因素。因此，作为知识产权权益的直接相关者，私人集团的迫切需求是促使知识产权国际立法的根本动因，也是国际立法操作流程的逻辑出发点。

根据理论上知识产权国际立法的参与主体类型，私人集团若想实现与其利益相关联的知识产权国际统一保护体系的形成，无非有两条路径可供选择。其一，由私人集团这类微观主体为主导，利用当前各种非政府间国际联盟和组织的影响力，以及具体策略，最终达成国际条约或协定；其二，由国家政府这类宏观主体为主导，私人集团通过特定渠道将自身需求转递给政府部门，由政府部门根据国家利益选择是否促成知识产权国际保护制度的形成，并通过自身的优势和特定的策略，促成统一的知识产权国际规则。

对于国际立法活动本身来说，立法路径的选择、搭配和取舍是实践中多种因素综合考量和多重力量博弈的结果。私人集团基于其自身利益，能够以发起者的定位首先对国际立法程序的启动产生推动作用，而之后程序走向的选择及程序的完成，则在多方利益主体的共同作用下产生，并不是某一单方意见所能左右的。

## （二）微观主体主导国际立法模式的操作思路及流程

如果最终的利益博弈将知识产权国际立法模式向“微观主体主导”的方向引导，那么私人集团将在整个立法程序中起决定作用。在这一模式下，立法操作思路的本质其实是要将私人集团在国内所取得的制度优势衍生和发展到国际层面，从而扩大市场和营利空间。虽然在这一过程中，国家政府的作用和职能看似被弱化了，但实际上，这一立法操作是否能够成行，还取决于私人集团和国家政府的利益方向是否一致。<sup>{7}</sup>否则，如果没有国家政府在背后对这一活动的肯定和支持，这种“去国家化”的立法程序是一定无法顺利完成的。

私人集团在国际层面的知识产权立法活动，主要需要经历以下几个步骤：

1. 利益群体范围的扩大和内部意见的统一。在国内层面，以跨国公司为典型代表的私人集团的影响力和影响范围毋庸置疑，但在国际层面，单个或几个私人集团的力量则显得过于单薄。所以，在通常情况下，私人集团首先需要在国内联系和联合具有相同利益取向的团体，形成统一的联盟或专门的组织机构来从事知识产权国际保护和市场一体化的推进工作，并且在机构运行期间逐步纳入新的主体，以扩大自己的影响力，为国际立法活动做必要的准备。

利益联盟形成之后，便需要在其内部努力协调以形成统一意见，初步设计出知识产权国际立法的大体内容和方案。这是因为，对于联盟内部的各个主体来说，其选择联合起来是因为彼此之间存在利益的重叠，但利益无交集甚至冲突的部分，需要在组织内部平衡协调，而相关国际立法的雏形草案，就是这些主体相互之间沟通、妥协的结果。<sup>{8}</sup>

2. 通过跨国动员等方式在国际层面形成立法的合力。当国内层面的意见协调一致之后，应当加大力度对立法草案在国际范围内进行宣传，以求得广泛的国际认同。其通常的做法是，主动联系各个国家类似的具有同样需求的产业联盟，向其宣传相关知识产权统一保护的必要性以及知识产权在国际层面遭受侵权的不利后果，并通过展示其在制度及市场的国际化统一的阶段性成果吸引这些组织加入其中、共同协作，从而在国际范围内达成构建一体化知识产权保护制度的共识。

在此基础上，新的联盟可以就知识产权的国际立法草案展开新一轮的讨论，根据多方磋商所形成的意见进行制度内容的充实和细化，以增加立法的适用性和可操作性，并以此成果作为接下来国际立法活动的核心部分。而这一阶段所形成的多方的推进合力，也为之后立法环节的顺利进行打下了坚实的基础。<sup>{9}</sup>

3. 借用利益诱导、单边制裁等辅助手段保障最终条约或协定的签署。相对而言，在一般情况下，国际动员环节的操作难度会小于之后协议签署的谈判环节。这是因为，能够成为国际动员的对象，说明该国及其相关组织本身就具有拓展海外市场，实现知识产权统一保护的现实需求，容易对国际立法的形式和内容产生共鸣。而在南北关系中，这种共识却很难达成。由于发展中国家长期以来就存在知识产权水平不高、立法保护机制不完善等问题，其本身往往会因为外来资本、科技、文化所带来的竞争压力而对知识产权的一体化进

程产生或多或少的抵触情绪；但对于发达国家来说，发展中国家恰恰是亟待开拓的市场，同时也是自身知识产权长期以来遭受严重侵害的地区，亟需通过国际立法予以救济。于是，在知识产权国际立法活动中，南北的对立关系增加了知识产权国际化推进的难度。

为了解决这一问题，私人集团一般可以借助一些辅助手段弱化南北关系中的对立局面。例如，通过商讨与交涉，发达国家可以以发展中国家迫切取得的国际层面的利益为交换，或者在谈判中做出可接受范围内的让步，来换得知识产权一体化的国际保护；或者发达国家利用自身在国际贸易等方面的优势地位，对于其认为贸易做法“不合理”、“不公平”的国家进行报复，迫使这些国家接受知识产权新的国际保护规则，从而实现立法的统一。

### （三）宏观主体主导国际立法模式的操作思路及流程

虽然私人集团的自身利益需求是引导知识产权国家立法趋同性走向的决定性因素，但在目的达成的进程中，国际立法活动却不仅仅只有私人集团主导的这一条操作路径。在许多情况下，由于国家政府在传统意义上对于国内和国际立法具有资源、地位等多方面的优势，该类宏观主体仍然是推动知识产权全球化最主要的直接推动力量，国家政府可以根据本国私人集团的信息反馈或国家利益的考量，被动或主动地参与知识产权国际立法活动。而该类立法途径，根据实践中的具体需要，可能经历以下操作步骤：

1. 合理利用国内层面所搭建的知识产权保护信息的沟通与反馈渠道。对于国家政府来说，虽然其可能会因知识产权的国际化保护对国家利益产生的积极影响而努力推动，但由于国家自身不是知识产权活动的直接参与者和权益获得者，如果没有真实准确的情况反馈和需求引导，立法操作难免会出现方向性的偏差，制度效果也将存疑。

所以，对于知识产权国际立法来说，国家政府参与与否、参与力度大小、立法目的的树立、立法内容的确定、立法效果的预期，这些方面能否准确拿捏，则依赖于政府对于实践中知识产权实际情况和相关信息的掌握程度。因此，由国家政府主导的知识产权国际立法，首先就要积极运用国内已经搭建的与私人团体之间的沟通机制，具体表现为：（1）善于利用国内利益表达渠道，实现私人集团利益与政府公共政策的良性互动。对于一国政府来说，能否通过自身的主导有效推进知识产权国际立法工作，在前期环节取决于其是否能够充分利用国内设置的政府与私人集团之间的中介性机构。国家政府能够利用该类机构及时倾听知识产权利益相关者对于国际保护体系的态度和意见，从而在准备过程中掌握大量准确的一手资料。根据这些信息，政府决策机关可以从团体需求、国家利益等方面对知识产权国际立法的必要性做充分的评估，最终在国家出台的政策和法案中体现出来。（2）善于利用公权力优势整合专业资源，通过智囊决策引导知识产权战略规划。由于知识产权本身具有高度的专业性，尽管政府决策机构在处理知识产权国际保护的问题上可以获得充分的信息以供参考，但其自身缺乏知识产权的专业知识和相关信息的处理能力，需要有专业人员为政府决策提供必要的智力支持。所以，政府机构应当有目的地整合私人集团所掌握的知识产权保护相关信息，并借助专业人员的能力将知识产权中所涉及的专业问题社会

化、政治化、通俗化。通过政府智囊团的专业处理和解读,能够让政府决策机构在推进知识产权国际立法活动中的工作准确而务实。

2. 在国际层面利用合理策略,促成国家之间知识产权谈判的开展和条约的签署。当政府决策机关确定了知识产权国际化推行目标和方案之后,接下来的工作,就是通过各国协商谈判,并签订双边或多边条约的方式统一知识产权的保护规则、扩大知识产权的保护范围、拓展知识产权的市场空间。但是,对于条约的发起方来说,基于先前所设定的知识产权国际化目的和方案,谈判对象的具体情况可能存在显著的差异,可能存在需求相同但希望在谈判中谋取更大利益的国家,也可能存在为维护区域利益而抵制一体化进程的国家。因此,为了在国际层面推动知识产权保护的一体化进程,国家可以选择性地采取多种有针对性的策略,来缓解并消除各国之间在谈判过程中的矛盾和障碍。

实践中,这些策略可能包括:(1)通过立法活动取得知识产权保护国际领先地位,在提升知识产权保护国际标准的同时,向对方国家提出保护知识产权、打击侵权行为的要求;(2)针对知识产权和国际贸易的紧密联系,利用本国在贸易中的优势地位或优势资源来获得其他国家让步;(3)通过单边的贸易制裁手段,对贸易伙伴施加压力,迫使其就范;(4)利用本国在国际组织中的影响力和优势地位,将本国意志上升为组织意志;(5)联合私人集团,由产业界社会团体直接出面向对方国家提出诉求,施加知识产权国家化保护的舆论压力,等等。

3. 在宏观层面通过“体制转换”等方式推进知识产权的国际化保护。对于知识产权的国际化保护的实践活动来说,一体化进程的起始点一般是在情况相近的发达国家间展开的,并逐渐向知识产权欠发达地区推进。所以,在不同的历史发展阶段,国际社会所形成保护框架内容存在显著差异,其特定时期所遵守的原则、标准、规则、决策程序等内容,只适用于当时的参与者,并不一定适用于体系之外的国家和地区。如果强行将其他国家纳入原有体系之中,不仅这些国家的自身利益可能在强权国家的操纵下被侵害,更有可能影响整个知识产权国际保护体系的稳定性。因此,随着知识产权国际一体化保护范围的逐渐扩大,每当成员构成或整体环境发生了质的变化,知识产权国际法秩序就要进行根本性的调整,而这一调整活动,主要是通过“体制转换”的方式完成的。{10}

根据体制转换的基本思路,为了客观反映知识产权保护体系的发展程度和国家间利益结构的演化,当现有的知识产权国际组织架构模式面对新的成员国家的加入已经无力维持组织内部的利益平衡时,国际社会一般会在保留原有国家法秩序价值理念的基础上搭建新的国际平台,并通过标准制定、条约协商、立法动议等方式将原体制的成员和新加入成员一并纳入新组建的知识产权国际保护平台当中,从而平稳地拓展知识产权保护一体化范围。而利用这种宏观层面的体制调整,则能够有效防止强权国家的利益操纵,并在实质上实现制度内容设计、贯彻实施监督、纠纷争端解决等方面真正的统一,为各个成员国尽力提供平等的参与机会和利益争取空间。{11}

总体来说,根据国际立法参与主体的类别,笔者大致提炼了知识产权国际立法的流程思路,而在具体的操作实践中,当中的程序和环节可以根据实际情况的需要进行灵活的搭配和选择。而经过上述立法进程,知识产权的国际化保护真正实现了从价值理念向立法现实的跨越,各国也就可以针对当前的知识产权国际保护体系提出相应的利用和应对方案。

### 三、我国对于知识产权国际化保护趋势的应对策略

面对方兴未艾的知识产权国际化保护进程,对于坚持改革开放三十余年的我国来说,将自己置身于国际潮流之外,不仅不能起到保护本国知识产品的目的,反而会阻碍本国知识产权的全面发展。因此,积极参与并推进知识产权的国际化发展是我国必然的选择,但怎样才能在这一进程中最大程度地维护本国的利益,则取决于我国在对待这一问题上能否采取恰当应对策略。

#### (一) 我国在对待知识产权国际化保护问题上应当坚持的自我定位

在知识产权保护的国际化趋势中,一国能否选择正确的策略、制定可行的方案,前提条件是本国对于自身各方面的实际情况是否能够做出准确的判断。因此,面对国内和国际范围内要求我国融入知识产权一体化进程的现实需求,我们应当首先对于本国知识产权的具体情况做出明确的定位,并以此作为知识产权国际化发展应对措施的方向性引导。

1. 我国的国际地位与影响力迅速提升,但仍然属于发展中国家。中国的综合国力大幅提升、国际地位稳步提高是国际社会不容否认的事实,但综合多项因素进行考察,我国仍然是发展中国家,是知识产权的主要输入国,距离发达国家还存在很大的差距。而在知识产权国际化保护方面,这一定位决定了在相当长的一段时期内,我国将处于知识产权国际保护体系当中的弱势地位,也就意味着在策略上,我国的主要目标在于同强权国家积极抗衡,并在与发达国家的博弈中促使知识产权的国际规则从立法程序到实体内容等各方面更加公正合理,防止发达国家利用先进技术和立法优势地位,通过高标准保护和技术贸易壁垒等方式加剧中国企业在国际竞争中的劣势地位,进而最大程度地维护自身的利益。

2. 我国的知识产权发展迅猛,但整体质量仍然不高,且区域发展水平极不平衡。自我国内知识产权保护体系形成以来,知识产权呈现出爆炸式的发展,<sup>{12}</sup>但光鲜数字背后仍然隐藏了许多问题。例如,在专利领域,专利申请量和授权量发展明显不平衡,三类专利比例不合理;<sup>{13}</sup>在宏观上,以产出水平、流动水平、综合绩效、创造潜力等内容来考量,我国的知识产权综合实力在国际上的排名仍然不高;而从国内的区域排名来看,实力居中地区的指标波动较为剧烈,单个指标较为突出,能力发展不均衡;同时,排名靠前地区与靠后地区实力差距过大,区域实力严重失衡。<sup>{14}</sup>

根据上述现状,我们应当认识到,随着知识产权的快速发展,我国的相关利益正不断向外延伸;但另一方面,知识产权含金量较低、依赖性较重、利益转化能力不足的客观现实,也决定了我国知识产权进一步发展的动力不足,与发达国家存在较大差距。而基于这一定位,在知识产权国际化趋势中,我国应努力寻求国际环境下“利益维护”和“利益探

求”的平衡点，要利用国际化的契机，在维持自身发展势头的时候，努力缓解目前知识产权结构所存在的问题，争取向知识产权强国迈进。

3. 我国的知识产权国内立法进步显著，但立法水平和法律效果有待进一步提高。虽然我国知识产权国内保护体系的起步较晚、起点较低，但由于其发展阶段正值知识产权全球一体化全面推进时期，无论是迫于外部的压力，还是处于自身的内在需求，国内诸多的知识产权规则在短时期内迅速实现了国际接轨，通过法律移植的方式，用20年时间走完了西方几百年走过的路程，取得了丰硕的立法成果。{15}

但是，在取得成绩的背后，我们还应当看到，规则外观的一致性进展并不能掩盖我国国内知识产权制度在客观上所存在的众多问题，{16}而这些问题的堆积将严重影响到实践中法律效果的实现。基于这一定位，在知识产权国际化趋势中，我国应避免对国际立法潮流的盲从，而应当在追求知识产权国际通行制度与本土文化和现状相结合的同时，注重相关制度的立法匹配和实践中的可操作性，从而真正实现知识产权国内规范鼓励创新、保护权益的立法目的。

4. 我国的知识产权国际立法地位提升，但立法能力还应进一步加强。在很长一段时间内，我国在知识产权的相关国际组织中没有正式合法的代表资格，在各类条约或协定的谈判和签订过程中也仅仅具有观察员的身份，因而对于知识产权国际规则的制定活动无法直接参与，难以维护本国的利益。而经过长期的努力，目前我国已经具有了知识产权合法代表资格，也具备了直接参与知识产权相关规则制定的渠道，有能力在知识产权国际法推进过程中表达自己的利益需求。

然而，尽管与其他发展中国家相比我国在知识产权国际立法方面具有一定的优势，但与发达国家相比，我国参与国际立法的能力仍然较弱，难以在知识产权国际立法中掌握主动权，也就不足以在相关的国际立法活动中积极地实现自身的利益。基于这一定位，我们应当认识到实力差距产生的根本原因，并且从理论研究、人才培养等多方面入手，全面提升知识产权的国际立法能力，为今后的立法活动提供必要的准备。

## （二）我国在知识产权国际立法活动中可以采取的具体方案

根据上述定位，我们可以在理论研究中尝试性地提出我国在知识产权国际立法活动中可能运用的具体策略和方案，而这些手段的采用，则可能在本国参与的国际立法活动中形成合力，使得结果朝着有利于本国的方向发展。

1. 充分利用国际知识产权制度当中的弹性规则，努力寻求知识产权国际化发展和发展中国家利益维护的平衡点。作为发展中国家和知识产权发展相对较落后的地区，我国的知识产权制度呈现出双轨并行发展的特点：一方面，知识产权国际化的推进与世界各国同步进行；另一方面，滞后的国内制度在国际化的带动下迅速发展。在这种结构下，难免会出现先进的制度规则与落后的发展水平不匹配的情况。而对于发展中国家来说，加入到知识产权国际保护体系之后，需要投入更多的精力来履行组织或协定要求的知识产权保护义务。但是，面对自身落后的知识产权发展水平，对国际义务的充分履行难免会因为迁就发

达国家的利益而给本国带来一定的利益损失。因此，作为知识产权国际保护体系当中的弱势主体，我国应当努力在促进知识产权国际化和保障本国知识产权利益之间寻求平衡。

2. 积极联合和团结广大发展中国家，共同对抗发达国家的利益侵袭。国际立法的固有模式决定了知识产权国际规则可能具有不公正性，参与主体的变化也将增大立法结果的偶然性，博弈一方放弃参与或力量过弱，将会导致利益取向完全向另一方倾斜。作为困境一方的发展中国家，我国除了通过积极参与知识产权国际立法活动之外，还可以利用自身现有的资源、地位优势，通过联合和团结发展中国家的方式，在团体内部形成合力，以抵抗发达国家在知识产权国际化进程当中的利益侵袭。在力量联合的过程中，我国可以有效发掘与其他发展中国家更多的利益共性，并根据同一方向的利益需求共同设计合理的联合对抗方案，来促进知识产权国际规则的均衡性和合理性。

3. 恰当合理地运用“体制转换”的手段，为自身和发展中国家的利益争取更大的空间。对于我国等发展中国家来说，如果在共同积极参与知识产权国际立法，并且充分利用国际规则之后，仍然无法达到预期的利益目标，则应当考虑是否有必要合理地采用“体制转换”的方式来扭转主体结构中的不利局面。之前已经提到，如果发展中国家加入的是发达国家既定的组织或条约，那么其中的规则内容可能根本不符合发展中国家的实际情况，而强权国家则根据原先的体制始终支配着知识产权国际谈判的议程，并且根据自身的需要引导利益结果。如果继续延续这一体制，发展中国家的利益将遭受严重损害，不利于知识产权保护的一体化进程。面对这种情况，我国及其他发展中国家可以积极寻求适合各类国际主体参与，且充分维护各主体利益的国际平台，并将标准制定、条约协商、立法动议等活动纳入新的平台之中，通过国际体制的变换，为各国争取平等的利益取得机会，以期在新的知识产权国际保护的游戏规则中实现共赢。

4. 在国内层面构建良好的法制环境、政策环境、服务环境，以动员民间力量积极参与知识产权国际化进程，来增强本国在国际立法活动中的影响力。

除了上述国际层面的策略之外，我国还可以通过联合本国私人集团的方式挖掘自身的国际影响力潜能，利用民间力量对知识产权国际立法活动的积极参与，引导国际规则充分体现本国的利益需求。目前，我国的大型跨国企业从数量和规模上都取得了长足的发展，逐渐在国际各领域居于核心环节或取得优势地位，而此类私人集团的发展，一方面可能存在知识产权保护国际化的迫切愿望，另一方面则可以利用自己手中的资源主动促进符合本团体及所属国利益的知识产权国际规则的形成。对于我国来说，私人集团的主观心态和客观能力都可以在国际立法中得到合理运用，而此种力量的引导和利用方式主要包括：设置专门的行政机构统筹和协调国内各知识产权保护机构，并根据实践需要明确本国的政策方向，实现国家利益与团体利益的统一；建立私人集团参与知识产权国际立法的机制，打通中国企业直接参与谈判、政策制定等环节的渠道，在提升社会团体参与积极性的同时，注重对其相关能力的培养；为私人集团参与知识产权国际化活动提供法律保障，从实体和程序两方面入手，将成型的参与模式固定化、法制化，等等。

**【参考文献】**

{1} 参见吴汉东：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社2005年版，第132-133页。

{2} 参见吴汉东、郭寿康：《知识产权制度国际化问题研究》，北京大学出版社2010年版，第22页。

{3} 知识产权相关国际组织和机构的构建主要经历了三个时期的发展过程：1. 巴黎联盟与伯尔尼联盟时期。1883年《巴黎公约》和1886年《伯尔尼公约》的生效标志着知识产权国际保护制度的建立。而在这一时期，知识产权国际保护体系仍然以条约作为整个联盟的存在前提和基础。在这种结构下，两大联盟分别设立“国际局”作为其专门的执行机构来从事公约的管理工作，并由瑞士联邦政府对其进行监督。而随着1893年“保护工业产权和文学艺术产权联合国际局”经由两个国际局合并而成立以来，几经变化，最后定名为“保护知识产权联合国际局”（BIRPI）。其职能除了管理《巴黎公约》和《伯尔尼公约》外，还包括管理在《巴黎公约》下缔结的专门协定，准备公约的修订，促进各国全球性或区域性的多边协商，推进国际保护体系的整体化和全面化等等。在这一时期，联合国际局等机构的设立和运行对公约的依附性较强，其价值主要体现为对国际条约制定和适用的辅助作用。2. 世界知识产权组织时期。随着知识产权国际保护体系的发展和成熟，1967年，《成立世界知识产权组织公约》由两大联盟的缔约国在斯德哥尔摩签订。世界知识产权组织的建立，意味着知识产权国际保护进入新的发展阶段。3. 世界贸易组织时期。基于世界知识产权组织的运行经验和新时期知识产权发展对国际组织要求，1994年世界贸易组织成立，并由其统一管辖包括新制定的《知识产权协定》在内的一系列协议。在这一全新的模式下，世界贸易组织在整个知识产权国际保护体系中开始发挥主导作用。在这一时期，世界贸易组织的建立和《知识产权协定》的生效意味着知识产权国际保护制度进入到了高水平、一体化的保护时期，而这些成果与成熟、完善的组织构架和制度模式密不可分，并对新时期知识产权国际保护制度产生了深远的影响。

{4} 无论是发达国家还是发展中国家，知识产权保护的国际化趋势对其国内的知识产权来说都是难得的发展契机。有了知识产权国际保护先进理念的引导和市场全球化的推动，各国国内需要具备战略化的思维来形成与国际保护制度相呼应的。

{5} 国内知识产权保护的层次化结构，从而通过维护知识产权人权益、鼓励智力成果创新的思路，达到整体提升国家知识产权水平的目的。而这种保护视野必须跳出权利个人本位局限性思维，转而在制度政策上形成对“本国利益、本土利益、本区域利益、本行业利益和本企业利益的特别关注”，进而在国内的制度政策方面形成完善的层次结构。国内的立法和决策导向能够反映和传递类型化群体或个体的知识产权保护需求，从而推进和引导知识产权国内和国际保护的整体方向。根据这一要求，实践中，各国采取了多种措施来保障该途径的贯通。在机构设置方面，各国的通行思路在于设置私人集团和政府部门之间

的中介性机构，专门从事二者之间的信息传递工作。在这类机构的运行活动中，社会群体的意见能够及时反馈给政府决策部门，并通过对相关部门之间资源和信息的整合与协调，为其条约谈判、协议签订、国内立法、制度修订等活动提供合理而专业的咨询意见。而在制度设计方面，在相关机构完善的基础上，各国还制定了大量的意见传递、决策参与、决策监督等活动开展的具体规则，为机构运行和信息交流提供了完善的操作模式。国内相关机构和制度之间的相互协作、相互配合，作为知识产权国际保护体系国内机制当中的重要组成部分，实现了国际立法和国内制度的协调统一，是知识产权保护一体化进程中不可或缺的必要环节。

{6}在单方保护、互惠保护、双边条约保护、多边条约保护等方式中，前两种协调途径是在知识产权国际保护需求的初级阶段形成的，其调整方式基本依赖既存的国内立法，本质上属于国内法触角的涉外延伸，其国际保护的范围和对象相对狭小和局限。而当此类方式逐渐完善和成熟之后，后两种途径作为真正意义上的知识产权国际保护制度在理论和实践中的问题和障碍才被逐渐弱化和解决，并成为了能够有效克服知识产权地域性限制的主要制度手段，为知识产权双边和国际间的一体化保护制度的成型提供了坚实的基础。

{7}有时，国家为了节约成本，提高效率，在利益一致的情况下，会鼓励由私人团体主导国际立法的进程，而不必要由自己亲自参与主持。

{8}例如，为了最终推进知识产权的国际保护，美国数十家知识产权跨国公司的CEO于1986年联合成立了“知识产权委员会”（IPC）。而在运行过程中，对于很多问题，各主体的态度和意见截然不同。为了避免不必要的协调和争执，避免耗时的内部协商，IPC在兼顾组织影响力和代表性的同时，通过授予最高管理层更高权力、合理限制成员数量等方式，最大程度地实现利益重叠，并最终形成了基于发达国家知识产权法律的草案，这就是后来《知识产权协定》的雏形。

{9}还是以IPC的活动为例，其跨国动员活动就是在形成内部统一意见之后展开的。从1986年起，IPC一方面和英国、德国和法国的产业联盟联系，并通过它们与欧洲雇主集团（UNICE）沟通；另一方面联合日本经济组织联盟（Keidanren）。之后，经过短暂讨论，ipc最终确定一个国际知识产权协定所必需的三个部分，即（1）一部关于版权、专利、商标和相关创造性成果的最低保护法；（2）一套执行程序；（3）一个争端解决机制。

{10}体制转换概念的前提是国际体制概念的提出，而这一概念则是由国际关系学者克拉斯纳于1982年提出的，并认为国际体制是参与者预期集中于一个给定问题领域的原则、标准、规则和决策程序。其中原则是事实、因果关系和公正；标准是根据权利和义务定义的行为标准；规则是行动的具体指示或解释；决策程序是进行和执行集体选择的主要惯例。

{11}体制转换的模式在知识产权的国际立法中较为常见，其中较为典型的案例是知识产权国际立法从WIPO向GATT的转化，从而创立了全球统一的知识产权国际保护体系。相

较于 WIPO 体制，GATT 体制的优势体现为，利用 WTO 组织在协商中的作用促成贸易谈判，扩大了知识产权保护主客体的范围，提出了更有效的纠纷解决机制。

{12} 仅以专利申请数量这一个指标为例，从 1985 年 4 月 1 日受理第 1 件专利申请起算，1985 年的专利年申请量为 14372 件，1996 年达到 10 万件，2001 年达到 20 万件，2003 年达到 30 万件，而根据 WIPO 于 2012 年公布的数据显示，2011 年这一数字达到了 52 万 6000，使中国一举成为全球申请专利数量最多的国家，总数占到了全球的四分之一。

{13} 在专利申请中，实用新型和外观设计专利居多，发明专利相对较少。而在发明专利中，又有相当一部分属于外国企业、外资企业，在更小部分属于国内的发明专利中还有相当一部分是非职务发明。

{14} 参见王正志主编：《中国知识产权指数报告 2013》，知识产权出版社 2013 年版，第 6-8 页。

{15} 在立法层面，国际化趋势主要的表现在于法律规范的频繁修改。

{16} 例如，在立法方面，配套制度的缺失制约了知识产权规则的社会效果，竞争限制、市场技术垄断等事实并没有具体的法规予以调控，亟待通过立法加以完善；在权利保护方面，受到长期以来计划经济管理模式的影响，行政执法成为实践中知识产权保护的主要手段，司法审判的职能被弱化，不仅增加了保护成本，还可能导致公权力的滥用，等等。