



中豪律师集团  
ZHONG HAO LAW FIRM

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

2017年 第1期 | 总第049期 | 中豪律师集团主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所  
司法部部级文明律师事务所

## 中豪蝉联2017年度“钱伯斯”第一等律所， 董事局主席袁小彬蝉联第一等律师

2017年1月12日，国际著名法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）发布《2017亚太法律指南》（2017 Asia-Pacific Guide），公布了中国地区最佳律所和最佳律师排名。中豪再次上榜中国“公司/商事法：西部（重庆）”第一等律师事务所，董事局主席袁小彬被评为“公司/商事法：西部（重庆）”第一等律师。在此之前，中豪已连续获此殊荣，成为法律行业标杆之一。

CHAMBERS  
AND PARTNERS

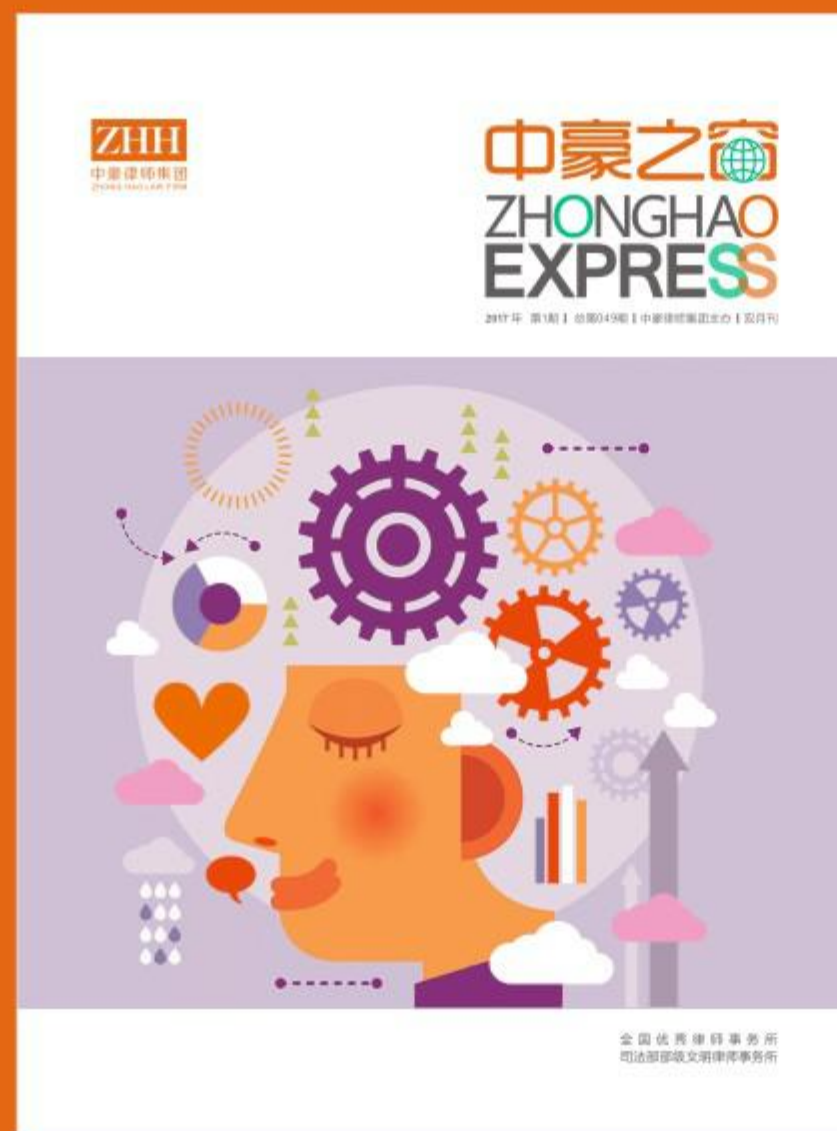
## 中豪蝉联《商法》2016年“年度卓越律所”大奖

CHINA BUSINESS 商  
LAW JOURNAL 法

《商法》卓越律所大奖  
China Business Law  
Awards Winner

2016

近日，亚洲著名法律杂志《商法》（China Business Law Journal）公布了2016年度卓越律所获奖名单，中豪凭借在破产清算与重整、海外投资与并购、私募股权及风险投资等领域的杰出表现，荣获“年度卓越律所”大奖。自2015年起，中豪连续2年获此殊荣，成为法律行业标杆之一，致力于为中高端客户提供综合性法律服务。



**中豪之窗**  
ZHONGHAO EXPRESS  
总第049期 2017年 第1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：宋 涛

编 委：张 涌 陈 晴  
卜海军 王 辉  
涂小琴 陈 伟  
俞理伟 李东方  
祝 磊 朱 剑  
孙万平 郑 毅  
汪 飞 陈心美  
陈雪剑 张德胜  
崔 冽 刘 军  
傅达庆 李 燕  
周庭发 梁 勇  
文 建 周 尽  
何 静 郭平宜  
柯海彬 陈 立  
杨 青 李 静  
马海生 邹树彬  
赵明举 王必伟  
李 永 李松为  
邵兴全 郝红颖  
刘文治 青 苗  
周 鹏 肖 东  
陈任重 郑 鹏  
高玉林 柴 佳  
谢 敏 朱 剑  
赵 晨

责任编辑：黎莎莎  
美 编：王先  
主 办：中豪律师集团

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

新政下西南企业应以怎样的姿势出海？ ..... 杨青 2

纷繁复杂的球队冠名权纠纷案（中） ..... 宋涛 9

商品房买卖合同纠纷中银行权利保护研究 ..... 梁勇 李修远 13

商标先行，助推“一带一路” ..... 曹阳 22

## 法理天地 THEORY

冒用他人身份进行企业工商登记案件的分析 ..... 冯建坤 25

2017年1月4日，合伙人郑毅举办了《全国涉外律师“领军人才”第四期培训心得分享》讲座。

2017年1月6日，合伙人周鹏为长安福特公司举办了《产品质量纠纷实务研讨》专题讲座，对消费者权益保护法、新民事诉讼法和产品质量纠纷等内容进行了深入剖析。

2017年1月7日，新春佳节即将来临之际，在党委第一支部书记俞理伟的带领下，24位党员来到江津区慈云镇，开展“关爱你我，冬日送暖”公益活动，走访慰问敬老院五保老人。

2017年1月10日，由清华大学经管学院互联网发展与治理研究中心、桂客留言主办，中豪律师集团协办的“2017清华经管学院互联网发展与治理论坛暨桂客年会：全球互联时代法律服务新动力论坛”在清华大学经管学院舜德楼圆满闭幕。合伙人郑毅、汪飞参加会议，郑毅作主题演讲。

2017年1月11日，合伙人杨青在会议室举办了《CRS来了，继续隐身、裸奔还是事先筹划？》讲座。

2016年8月，国务院正式批准重庆市建立中国(重庆)自由贸易试验区。为促进自由贸易试验区健康发展提供司法保障，在2017年1月召开的市人代会上，市人大代表袁小彬呼吁，应尽快成立两江自贸区法院。

去年以来，最高院高度重视发挥破产审判职能作用，着眼于稳妥解决“僵尸企业”深层次矛盾。2016年6月22日，最高院出台了《关于在中级人民法院设立清算与破产审判庭的工作方案》，要求各直辖市应当至少确定一个中级人民法院设立清算与破产审判庭。近年来，激增的破产案件，大大加重了一、五中院及其辖区基层法院案件审理的负担，这不仅不利于案件的高效审理，也不利于专业案件的审判统一。因此，在主城辖区经济发达的一、五中院设立专业清算与破产审判庭势在必行。鉴于此，市人大代表袁小彬今年在两会上提出了《关于在市第一中级人民法院和第五中级人民法院设立清算与破产审判庭的建议》。

2017年1月18日，合伙人肖东在会议室举办了《商场人身安全与产品质量保障义务》讲座。

# 中豪新闻



2017年1月，渝中区第十八届人民代表大会第一次会议在圆满完成各项议程后胜利闭幕。党委书记张涌作为渝中区人大代表参加了本次大会，并当选为渝中区十八届人大常委会委员。

2017年1月，政协渝北区第十五届委员会第一次会议胜利闭幕。渝北区政协副主席彭建康、渝北区政协副主席龙图和马林等领导出席会议。合伙人赵明举首次当选渝北区政协委员并出席本次会议。

2017年2月，重庆市设计院与中豪成功签订《PPP法律咨询合同》，由合伙人文建、汪飞、俞理伟，律师吴红遐、蒋官宝、胥毅组成专业律师团队，为总投资约103.5亿元的渝长高速复线连接道PPP项目提供专项法律服务。这是迄今为止重庆首个总投资超100亿元的PPP项目。

2017年2月15日，合伙人张涌在会议室举办了《高法执移破指导意见解读》专题讲座。他结合重庆破产案件审判的实际情况及其担任多家破产企业破产管理人或重整顾问的经验，深入浅出地为律所同仁讲解了最高人民法院《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》出台的意义及其适用问题。

2017年2月，由中共渝中区委政法委员会、渝中区社会治安综合治理委员会主办的渝中区政法系统“2012-2016政法综治工作先进集体和先进个人”评选活动公布了获奖名单，并进行了命名表彰。党委书记张涌因多年积极参与渝中区社会治安综合管理，为渝中区社会稳定发展、促进社会公平正义、保障人民安居乐业积极建言献策，被评为“十佳平安志愿者”。

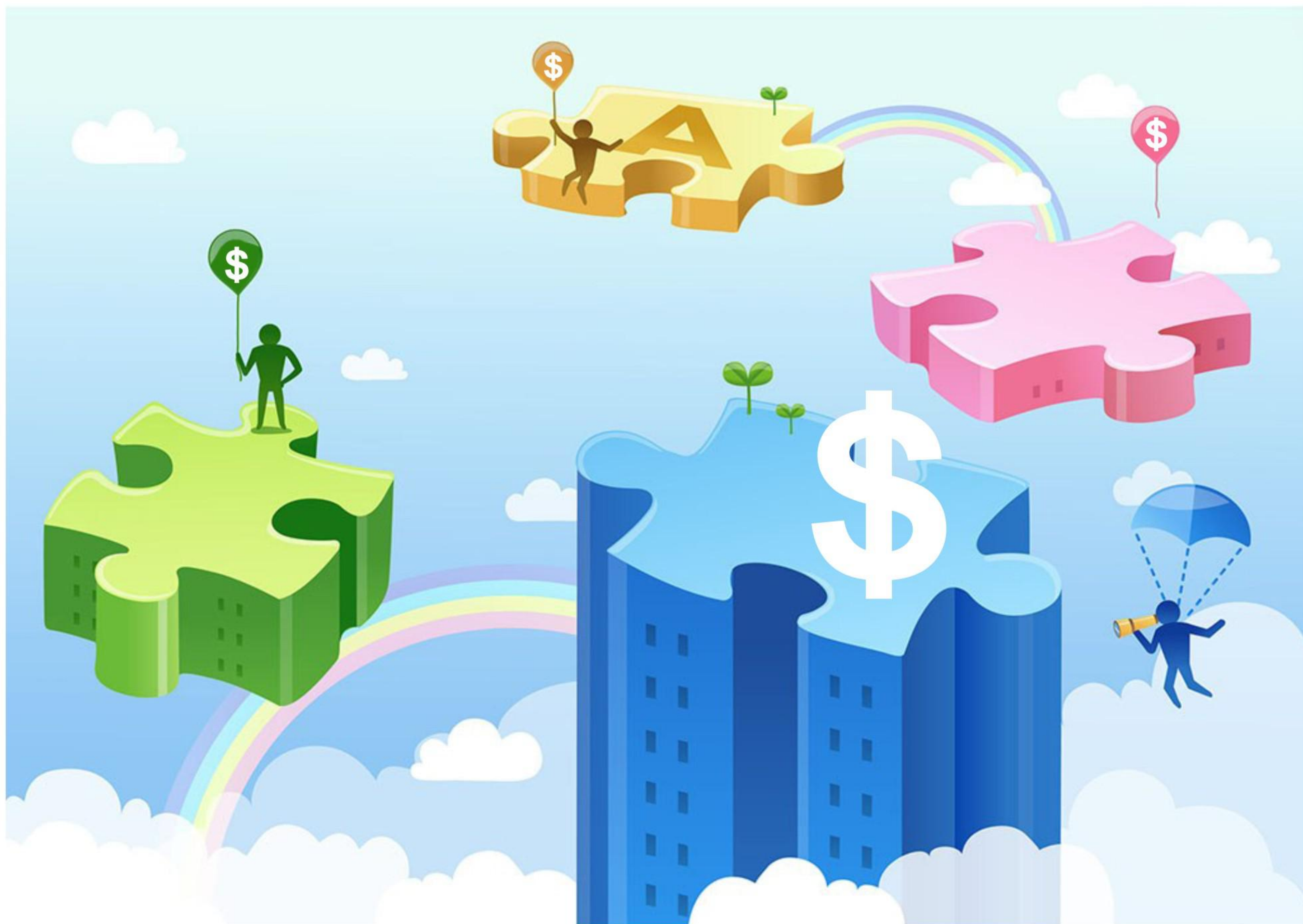
2017年2月22日，合伙人赵明举在会议室举办了《法律服务中的税务密码解读》专题讲座。他结合自身多年法律实务经验，以及当前我国的税收法律、法规和相关政策规定，通过对涉税典型案例进行剖析，讲解了律师在为企业提供法律顾问服务时，既帮助企业进行合法合规审查，又为其规避税务风险、减轻税负的方法。

2017年2月24日，由香港特别行政区政府投资推广署主办、中豪律师集团协办的《香港商业及专业服务业招商推广会》讲座在JW万豪酒店举办。30余位有意向或有兴趣到香港投资设点的企业代表参加了本次会议。董事局副局长郑毅、合伙人柯海彬、杨青出席会议，郑毅受邀作专题演讲。

# 新政下西南企业 应以怎样的姿势出海？

最近的海外投资与并购环境可谓是冰火两重天，一方面是国内企业出海的意向越来越强烈，在国内经济如此艰难的冬天，企业走出去的热情不减反增；另一方面是发改委、商务部门、外汇管理局及人民银行迫于人民币贬值的强烈预期，加强了境内企业海外投资的监管，特别是外汇管理局与人民银行双管齐下，分别对在岸或一般户购汇与跨境人民币和自贸区账户离岸方式购汇进行严格监管，使得海外投资并购这辆疾驰列车戛然减速。

◎ 文 / 杨青 / 重庆办公室





杨青 | 合伙人  
 专业领域：跨境投融资与并购、  
 外商投资、基金、

虽前段时间盛传国务院将就境外直接投资出台管控措施，拟对6类特殊性质的境内企业的外海投资实施严格监管，同时中国人民银行2016年11月29日出台《关于进一步明确境内企业人民币境外放款业务有关事项的通知》（银发[2016]306号），进一步加强对境内企业人民币境外放贷的监管，但外汇管理局11月29日表态声称支持真实合规的对外直接投资，同时通过咨询发改委与商务部门了解的信息，海外投资并购的大趋势不会改变，监管机构只是针对目前国内出现的海外投资并购乱象进行规范，国家仍然支持有能力和有条件的企业开展真实、合规的海外投资，监管部门会加强境外投资真实性与合规性审查，打击虚假对外投资行为，最终目的是促进我国对外直接投资的健康有序发展。由此可见，我国即将迈入海外投资的新阶段，一个更加规范、更高质量、更有助于实现从中国制造到中国智造转型和我国经济结构转型的新时代。此外，由于欧美等国的贸易保护主义再次抬头，我国企业在欧美及其他国家的投资收购将面临更为严格的国家安全审查，这对我国企业的海外投资战略、出海前准备及交割后整合等提出了更为严峻的挑战。

新时代背景下，必然对我国企业的海

外投资与并购之路提出了更高的要求，相比北上广等沿海大城市企业，西南企业在海外投资并购经验、专业团队及风控意识等方面都相对较弱，西南企业需在借鉴北上广企业海外投资并购经验的同时，也要避免他们走过的老路与弯路，需以更加前瞻性的眼光和更加规范的姿势走出去。根据笔者处理的多宗海外投资与收购，可以



说西南企业出海的姿势万千，有急躁、匆忙出海的，有没有搭建好团队就贸然出海的，有毫无根据自信满满出海的，也有充分准备后按照自己的节奏出海的……（此处省略一千字。）姿势是内在素养的直接体现，那境内企业应做好哪些关键环节才能展示出好的出海姿势呢？笔者认为搭建专业的国际并购团队，设计好交易架构，把控好并购节奏，注重中外法律与文件差异，以及做好交割后整合是保持和秀出好的海外并购姿势的基本要素。

## 组建专业的国际并购团队秀出企业的高逼格

### （一）组建由中外中介机构组成的国际并购团队已成为标准化配置

由于不同国家有着不同的法律制



度，在跨国投资与并购中可能涉及多个国家的法律适用。因此，组建由中外律所、会计师事务所、投行等机构组成的国际并购团队，共同为境内企业的境外投资与并购提供法律、财税、融资等服务已成为标准配置，缺少任何一方都可能会对项目的交割与整合留下重大风险。因此，境内企业聘请由中外中介机构组成的国际并购团队提供团队化服务已势在必行。

### （二）境内律所在海外投资并购中尽显身手

很多境内企业可能会认为，由于海外并购中适用的是目标公司所在国的法律，因此境内律所帮不上什么忙。这是对境内律所价值的误解，在境外投资中，境内律所可尽显身手，不仅可以协助境内企业更好地实现其商业目的、防控风险，还可以帮助境内企业节约风控成本。

#### 1.境内律所可以为境内企业筛选境外律所

由于部分境内律所本身就在境外设有分所，而且他们一般与境外律所保持紧密的合作关系，通过他们的资

源能更快找到符合企业要求的境外律所。比如中豪经过多年的积淀，除了在香港与纽约设有办公室外，还与欧美及一带一路沿线国家的律所保持密切合作关系，我们能很快给境内企业推荐律所，并协助境内企业筛选出性价比高、专业、懂中国文化和高效反馈的境外律所。

#### 2.境内律所可帮助境内企业节约律师服务费，并“免费”为境内企业服务

其一，由于境外律所一般采用计时收费的方式，相同的事项，相比同等水平的国内律师计时收费单价，境外律师的单价一般要高出至少50%以上，而境内律师一般采用包干收费的方式，境外律师的实际收费可能是境内律师收费的好几倍。其二，某些基础事项中外律师都可以做，比如草拟交易文件初稿，此种情况下，把上述事项交给境内律师来做，然后再由境外律师根据目标国法律进行合法性审查与完善，这会大大降低境内企业的律师服务费。其三，境内律师能在准确理解境内企业商业目的的基础上，帮助境内企业筛选境外律师服务内容，根据项目的具体情况，将其中可

### 中国律师“免费”服务

- 帮助筛选境外律所
- 基础事项可交由境内律师来完成
- 帮助筛选境外律师服务内容

### 协助监管外所服务

- 与境外律所密切合作全面把控风险
- 审查境外律师的服务内容与收费账单

### 沟通的桥梁

- 深刻理解境内企业的目的和思维方式
- 搭建中外法律、文化差异顺畅沟通的桥梁

有可无或或与境内企业重点关注问题关联不大的服务内容进行删减，从而有效降低境外律师收费。

#### 3. 境内律所能有效协助境内企业监管境外律所的服务内容

由于文化上的差异，境外律所很难准确、深刻理解境内企业的商业目的与思维方式，而境内律师则可以弥补这方面的劣势。因此，境内企业在海外投资与并购过程中，境内律师在准确、深刻理解境内企业的思维方式与商业目的后，通过与境外律所的密切合作，能更好地协助境内企业全面把控风险。

#### 4. 境内律所在境内企业与境外律所之间架起顺畅沟通的桥梁

我们在准确理解境内企业的商业目的后，通过分析与深化，将境内企业想实现的商业目的转换成能让境外律所易于理解的语言，通过与境外律所的紧密合作，为实现境内企业的商业目的设计最佳的交易结构与方案。因此，境内律所能够在中外企业之间、境内企业与境外律所之间搭建起顺畅、有效沟通的桥梁。





## 设计好交易架构尽显境内企业“国际范”

在海外投资与并购中，之所以要搭建离岸公司架构，是因为离岸公司在帮助境内投资者隔离风险、进行税收筹划、资金的自由汇兑、便利投资者后续退出等方面发挥着重要作用。



### (一) 为投资者搭建风险防范“防火墙”

在海外设立离岸公司的首要目的是在目标公司与境内投资者或实际控制人之间树立起一道风险防范的“防火墙”，即使目标公司出现法律风险，通常情况下，只有直接投资目标公司的离岸公司独立承担法律责任，但境内投资者或实际控制人不会因此受到牵连。笔者曾代理一家重庆民企的跨境仲裁案件，因为投资者未设立离岸公司隔离风险，而直接以境内集团公司作为交易主体，最终因此遭受重大损失。由于很多国内企业特别是西南企业缺乏这方面的风控意识和经验，往往为此付出了沉重的代价后才引起重视。

### (二) 进行合理的税收筹划

几乎所有适合设立离岸公司的法域，比如开曼、BVI或塞舌尔等均为“免税天堂”，即在上述法域设立的公司收益无需缴纳企业所得税。虽然在CRS实施后会对境内企业通过在境外设立离岸公司进行税收筹划的方式产生重大影响，但境内企业

仍然可以通过设立离岸公司的方式，为其全球收益进行合法的税收筹划，但建议境内企业需在CRS实施之前聘请专业的税务律师或会计师提前制定税收筹划方案。

### (三) 无外汇管制

由于境外投资资金出境易受国内外汇监管政策的影响，最近外汇管理局与人民银行进一步加强对资金出境的监管就是最好的证明。如通过境外设立的离岸公司平台进行境外投资与并购，则可以避免境外投资资金购付汇受到境内监管机关监管的限制。对经常从事海外投资的境内企业来说，海外投资收益无需汇回境内，可以将离岸公司打造成一个海外投融资平台，通过离岸公司实现自由收付汇。比如万达将其收购的美国第二院线

AMC打造成海外收购平台，其境外收购不会因国内外汇监管政策的变化而受到影响，从而为其打开了海外收购的投融资通道。

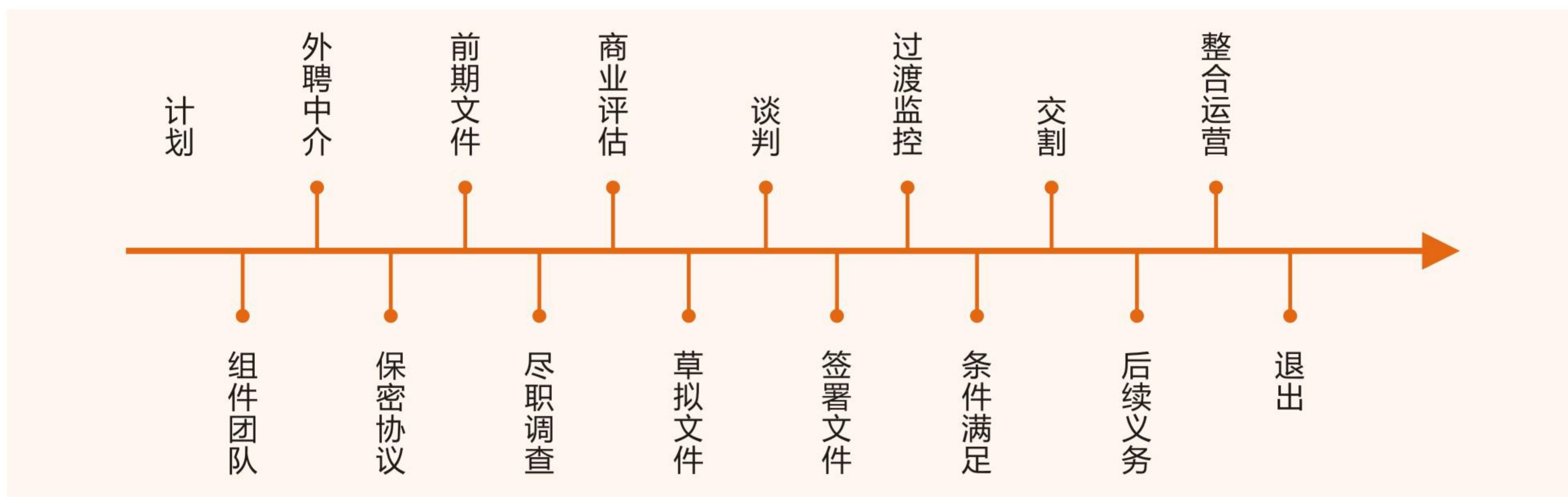
### (四) 为境内投资者后续便利退出搭建通道

海外收购被比喻为一场为了离婚而结婚的交易，因此投资者在进行海外收购时都需对投资后的便利退出提前搭建通道。如以境内企业作为直接投资主体，这意味着后续投资者转让境外目标公司的任何股份或通过其他方式退出均需经我国审批机关的审批或备案，而且还可能涉及目标公司所在国政府机关的审批。由于办理上述手续会耽搁大量的时间，而且还存在未能通过审批或备案的风险，这会使得投资者很难在最适合的时机快速退出，或者因审批或备案耗时较长而错过最佳的退出时机。但如投资者通过转让离岸公司股份这种间接的方式实现退出，则可以规避上述风险。

## 用高尔夫节奏展示境内企业运筹帷幄的自信

大部分的境内企业在海外并购中均缺乏对交易节奏的把控，表现得比较急躁，既缺乏事先对交易的统筹安排、关键时间节点的把控，也没有做好各个重要流程环节。一个完整的海外并购项目一般包括如下主要流程环节：

上述各环节都可能会对交易的成功与否产生较大影响，虽然影响的程



度不同，但做好各流程环节是保障交易成功的重要前提条件。实务中，很多境内企业基于各种原因，只做了其中的部分流程，而且做的该部分流程可能因急于求快，并没有把这些流程环节做完整，从而给交易埋下了重大隐患。

高尔夫的节奏把控与企业海外并购节奏把控具有很多共同之处。良好的挥杆节奏是伟大高尔夫球手的必要条件，而一般高尔夫球手往往习惯于追求结果，却常常忽略用心做好挥杆过程中的每个动作。很多球员在打高尔夫时，当站位和握杆还没有做好前，便开始上杆，上杆动作没有做完整前，又急着下杆，送杆未完全释放的情况下，又草草收杆，从而使得球左右乱飞，与自己预期的目标方向或目标点相距甚远。

在海外投资与收购实务中，很多企业仍坚持以中国式“拍脑袋”做决定的思维方式出海，在对目标公司或项目从商业角度有了初步了解后，便匆忙做出判断，往往对发现和识别风险极为重要的尽职调查却没有做好或根本就忽略这一重要环节，而且在没

有聘请目标国律师的情况下，甚至连境内律师都没有参与的情况下，就草草与卖方签署交易文件，这必然为交易的失败埋下伏笔。由于前期没有做法律与财税等尽职调查，针对项目本身存在的重大风险未能及时发现，再加上缺乏中外律师的严格审查与把关，使得签署的交易文件漏洞百出，给项目交割及后续运营埋下了巨大风险。一旦向卖方支付了对价和接手目标公司后，才发现目标公司或目标项目存在诸多问题，与之前了解的情况相去甚远，但那时为时已晚，最终不得不为此付出沉重代价。由此可见，海外收购中，节奏的把握非常重要，只有做好整个收购流程中的每个关键步骤，以平稳的节奏漂亮地完成好流程中的各个环节，才能保障最终目标的达成，目标只是做好了流程中每个交易环节后自然产生的附随结果。

## 注重中外法律与文化差异让境内企业更快适应与融入“跨国婚姻生活”

**（一）拔除中外法律冲突中的“定时炸弹”，堵住海外并购交易各个法律风险角落**

很多国内企业由于缺乏法律风控意识，他们本能地认为中外法律应该“差不多”，正是因为怀有这种想法，所以他们在出海之前对目标国的法律了解甚少。虽然各国法律的基本原则比较类似，但法律规定层面却存在着实质性区别，任何一个项目总会存在一些重大法律风险关键点。如果不能准确识别和发现这些“定时炸弹”并拔除他们，任何一个“定时炸弹”的引爆，都很可能导致整个交易的失败或给境内投资方造成重大损失。因此，及时识别与拔除中外法律冲突中的“定时炸弹”，才能堵住海外并购中的重大法律风险。

## （二）劳工文化冲突是海外并购的“隐形地雷”

对境内企业来说，他们往往对法律、财税风险比较重视，但对中外文化差异对并购产生的影响往往预估不足。中外文化差异中最为突出是劳工制度与工会组织。收购欧洲公司最让人头疼的就是当地工会，欧洲的工会组织势力非常强大，这与国内情况完全不同，国内工会基本形同虚设，很多中国企业在欧洲的收购，由于对其工会组织文化了解不够充分，都为此

付出了沉重代价。早在2003年TCL收购法国汤姆逊公司时，为了遵守法国劳动法和迫于工会的压力，在解雇雇员时支付了高达2.7亿欧元的安置费用，这是开始时TCL肯定始料未及的巨额花费。在最近交割的美的收购库卡（Kuka）案中，一开始德国工会担心收购后会造成很多就业机会的流失，对收购持反对态度，后来美的在交易协议中做出明确承诺，同意收购后7年半的时间里会保留现有工作岗位和工厂厂址，德国工会才同意支持该收购。

因此，境内企业需警醒中外文化差异可能对交易产生的重大影响，并提前制定好应对措施，以让境内企业在拿到“结婚证”后能更快地适应与融入“跨国婚姻生活”。

## 交割后能实现成功整合，才能让境内企业笑到最后

一宗海外并购就好比一场跨国婚姻，交割完成只是中外企业双方拿到了“结婚证”，真正的婚姻生活才刚刚开始。很多境内企业对收购后的整合难度缺乏充分估计，虽然交割完成得很不错，但因为整合失败，最终导致很多收购不得不提前“离婚”。

《2016年企业海外财务风险管理报告》指出，在所有的中国企业海外并购中，最终能很好地实现交割后整合的案例还不到20%。由此可见，很多境内企业以为交割完成后就等于成功了，殊不知交割完成只是拿到了一张国际婚姻的入场券，真正的挑战是交割后能否成功整合。

因此，境外并购交易中，境内企业应通过聘请的专业中介机构团队制定完善的整合方案，主要做好如下几个方面的内容：

1.搭建有效的公司治理结构，以防范并购后目标公司运营和管理过程中出现重大风险；

2.留住目标公司的核心技术人员与高管人员，并且需通过采取有效的激励措施调动他们的积极性，从而保障公司的平稳过渡与持续发展；

3.注重与目标公司员工的沟通与解释，以增强彼此之间的互信与消除误解，并采取渐进的方式实现中外企业团队融合；

4.实现投资方与目标公司之间的业务协同，从而形成中外企业之间的互动，通过资源互补形成规模优势，从而降低运营和管理成本；

5.加强培养国际化人才，这是境内企业最终深度融入目标公司或挖掘其价值最为关键的一步，从而使境内企业能最终掌握目标公司拥有的高新技术。

因此，境内企业在交割完成前，甚至在对目标公司进行尽职调查时，就需要中外律所与会所将交割后整合

的内容纳入尽职调查范围，并根据尽职调查的结果，提前制定好交割后的整合方案，从而保障在交割完成后能高效、有效地完成整合，最终实现境外并购的成功。

境内企业以怎样的姿势出海，意味着将以怎样的姿势收场。海外并购是一项极其复杂的工程，境内企业只有做好整个海外并购过程中的每个关键环节，并能通过专业中介机构的服务，严格把控好风险，特别是做好交割后的整合，是保障境内企业海外并购成功的关键。在现行国内新政与国际市场环境下，要想实现海外并购的成功，西南企业就必须得放弃过去投机或碰运气的思维方式，而应以更加规范、更加理性的方式走出去。对于西南企业来说，只有搭建中外国际并购团队、设计好交易架构、把控好并购节奏，深刻理解中外法律与文化差异对并购可能产生的重大风险，并自交易开始之初就为交割后的整合做好充分准备，这样才能在拿到“结婚证”后经营好这场跨国婚姻，这才是西南企业出海应有的新姿势。



# 纷繁复杂的球队冠名权纠纷案<sup>(中)</sup>

——代理LX公司与HD公司 / SC俱乐部球队冠名权纠纷案

**编者按：**一起球队冠名权纠纷案，涉及三家国内知名企业，诉讼历时近四年，先后经两级法院（重庆市第一中级人民法院、重庆市高级人民法院）六次审理，案涉纠纷终得以妥善处理。LX公司合法权益也依法获得保护，其代理律师的工作也获得委托人高度认可。

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室



宋涛 | 合伙人  
专业领域：房地产、劳动争议、公司

## 问题提示：如何认定诉讼请求是否超过诉讼时效？

### 【要点提示】

对连续违约的时效计算方法，不应从第一次违约计算，而是对每一次违约均可计算新的时效。

### 【案例索引】

一审：重庆市第一中级人民法院（2003）渝一中民初字第198号（2003年9月30日）

二审：重庆市高级人民法院（2004）渝高法民终字3号（2004年3月24日）

### 【LX公司诉讼代理人】

一审诉讼委托代理人：宋涛，中豪律师事务所律师；张明杰，中豪律师事务所律师。

二审诉讼委托代理人：宋涛，中豪律

师事务所律师；杨榆林，该公司法律顾问。

### 【裁判法律依据】

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

第一百三十七条诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。

《中华人民共和国合同法》第五十一条无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处

分权的，该合同有效。

第一百二十一条当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解；调解不成的，应当及时判决。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条 二审人民法院对上诉案件经过审理，按照下列情形分别处理：……（二）原判决适用法律错误的，依法改判；（三）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判。

## 基本事实

重审中，本案多了一个新的事实：即在重庆市高级人民法院（2002）渝高法民终字第124号案审理期间，HD公司与LF俱乐部（原HD俱乐部）于2002年12月17日达成协议，LF俱乐部（原HD俱乐部）2000年10月2日前的全部债权转让给HD公司继承。由此导致LX公司提起反诉，本案重审中又出现全新的争议焦点。

## 提起反诉

（1）LX公司认为，HD足球俱乐部被收购后，拒不按约履行义务，致

使多家新闻媒体在长达六个多月的时间里，均将LX公司耗资千万冠名的“LX队”宣传为“LF队”，且在赛场内亦多次出现“LF队”的宣传横幅或标志，而不是“LX队”。对此，LX公司多次去函要求HD俱乐部纠正违约行为，但HD俱乐部拒不改正违约行为。

（2）2002年12月17日，HD公司与LF俱乐部（HD俱乐部更名后的名称）达成了一份协议书，约定HD俱乐部2000年10月2日前全部债权债务均转让给HD公司继承（其中包括冠名权费217万元）。基于此，HD公司应当对HD俱乐部的违约行为承担责任。

（3）LX公司的反诉请求为：①HD公司立即退还783万元冠名费；②HD公司赔偿300万元违约金；③本诉、反诉的诉讼费均由HD公司承担。

## 争议焦点

第一，HD俱乐部是否存在违约行为？第二，如果存在违约，HD公司是否应当对该行为承担责任？第三，本案是否存在超过诉讼时效主张权利问题？

（1）LX公司认为：①按照2000年2月19日HD俱乐部与LX公司签订的冠名协议第4条约定，冠名费分四次支付，最后余款在2002年度联赛结束与“重庆LX足球队”全年总成绩挂钩时给付，联赛最后一轮结束的时间为2000年10月1日。②LX公司享有先履行抗辩权。HD俱乐部被收购后，违反协议约定的义务，致使众多

新闻媒体将“LX队”宣传为“LF队”，HD俱乐部没有理由要求LX公司再支付冠名费余款。③2002年12月17日，HD俱乐部将债权转让给HD公司，属于超过诉讼时效后转让债权，LX公司不承担任何责任。相反，HD公司应承担HD俱乐部的违约责任，其不但要退还LX公司已支付的783万元冠名费，而且还应赔偿300万元的违约金。

（2）HD公司认为：①HD公司与HD俱乐部的债权转让并不意味着HD公司也应承担HD足球俱乐部的债务。LX公司认为HD俱乐部“将债权、债务转让给HD公司后，HD公司应承担HD俱乐部的全部违约责任”，其观点是错误的。②LX公司于2000年2月19日与HD俱乐部签订冠名协议，该协议到2001年2月28日履行完毕。而LX公司提起诉讼的时间为2003年5月12日，已经过了诉讼时效期间。③在冠名权期间，媒体宣传了LF足球队与HD俱乐部无关，HD俱乐部没有违约。LX公司该将第三人的侵权行为视为HD俱乐部的违约行为，是对两种不同性质法律关系的混淆。

## 一审判决认定

（1）由于HD俱乐部没有确保各宣传媒体和各类活动中使用“LX足球队”，而使用了“LF足球队”的宣传，已构成违约，使LX公司的冠名权受到了侵犯。即使是2002年12月17日更名后的HD俱乐部即LF俱乐部已追认了HD公司处置其债权债务的行为，LX公司应将剩余部分冠名费给付HD公司，但该债务在追认行为发生时，已超过两年的诉讼时效。根

据有关法律，无权处分的行为得到追认，仅是实体权利得到追认。本案HD公司得到追认的实体权利是否还有胜诉权，即起诉权是否也能得到追认，没有法律上的依据。故HD公司的实体权利已没有了胜诉权。

HD公司认为媒体宣传LF足球队是媒体的行为，HD俱乐部并没有违约。因根据有关法律规定，当事人一方因第三方构成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。所以对HD公司的这一诉称本院不予支持。HD公司还认为，其公司与LX公司在场地纠纷一案的调解中，LX公司已得知HD俱乐部的债权债务已经转让，所以HD公司要求LX公司给付冠名费余款的诉讼请求并没有过诉讼时效。因该案当事人双方庭外和解，有着多种理由，但和解并不意味着履行法律上的告知义务。

(2) LX公司反诉诉讼请求因HD公司违约要求HD公司给付违约金和返还已支付的冠名费。因HD公司在协议约定的冠名期内未保证在各媒体和球队的活动使用“LX足球队”，而冠名为“LF足球队”，HD俱乐部已构成违约。根据有关法律规定，诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起计算。LX公司已知HD俱乐部的违约行为，最早发生在2000年8月至10月期间，LX公司直到2002年12月30日才明确向LF俱乐部（原HD俱乐部）要求违约赔偿，诉讼时效已超过两年。

(3) 根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十五条、第一百三十七条，《中华人民共和国合同法》第五十一条、第一百二十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十八条的规定，判决驳回HD公司的诉讼请求、驳回LX公司的反诉请求。

## 提起上诉

(1) HD公司上诉称：①媒体侵权不等于HD公司违约，LX公司应支

付冠名费。②未过时效。首先，时效的起算点应以2001年联赛中国足协最后一个注册日即2001年2月28日起算，而不应以联赛结束的那天起算。其次，HD公司于2000年8月19日与LF公司签订股权转让协议而受让冠名权，该协议得到LF俱乐部追认后，HD公司至始享有权利，其2001年11月23日起诉，即使以联赛结束时的2000年10月2日起算，亦未过诉讼时效。③LX公司的反诉请求应向LF俱乐部主张。故请求撤销一审判决第一项；LX公司支付217万冠名费及逾期



利息；并承担诉讼费用。

(2) LX公司上诉称：①一审反诉时效应从俱乐部违约行为最后发生的时间起算，而不是最初的时间算。②LX公司曾先后于2001年12月5日、2002年12月30日主张过权利，时效应重新起算。故请求撤销一审判决第二项；HD公司承担诉讼费。

## 二审判决认定

(1) 本院除认定一审所查明的事实外，需强调的是LX公司曾于2000年10月26日、11月9日、12月30日致函LF俱乐部要求停止其使用“LF队”名称的行为。对一审认定的事实本身，双方当事人并无争议，本案的争议焦点是：①HD公司的冠名费请求是否过诉讼时效？②LX公司的反诉请求应向谁主张？其反诉是否已过诉讼时效？

(2) 关于HD公司冠名权请求的诉讼时效问题

①从冠名协议字面上不能得出LX公司的最后付款期限应是2000年10月2日这一结论，这时HD公司应有一个合理的催收时间，该时间参照冠名协议的期限较合理，即HD公司应在2001年2月28日内催收，未催收的时效从2001年2月28日起算比较合理。

②至于LX公司抗辩2000年10月2日以后的债权归LF俱乐部享有，“2000年10月2日以后的债权”应是

2000年10月2日以后新发生的债权，而217万的冠名费是在2000年冠名协议中确定的，只是最后一笔款项的履行期限在2000年10月2日后。从2001年2月28日到2002年12月17日LF俱乐部追认HD公司的权利，未过两年诉讼时效，因而HD公司享有对LX公司的冠名费请求权。

(3) LX公司的反诉请求是否已过诉讼时效？其反诉应向谁主张？

①在本案冠名协议中，LX公司享有的最主要的权利是请求权——请求HD俱乐部为或不为某种行为的请求权，而HD俱乐部为或不为某种行为并非一次性的，而是连续不断的行为：不断地使用“重庆LX足球队”的称号，因而LX公司对HD公司享有的是一种继续性债权。相应地，违约也是用连续不断的行为：不断地使用“LF队”的称号。对这种用连续的行为来违约的时效计算方法，不应从第一次违约计算，而是对每一次违约均可计算新的时效。

②媒体报道最早出现“重庆LF足球队”的称号是2000年8月到10月，持续到本案冠名协议终止时的2001年2月28日。LX公司于2000年10月26日针对2000年10月22日北京电视2台体育报道中采访李章洙教练时，屏幕上标示“重庆LF足球队主教练”的情况致函LF俱乐部，要求停止违约、履行冠名协议。同年11月9日又致函LF俱乐部对10月26日以后继续的违约行为提出异议，并于2002年12月30日明确要求LF俱乐部赔偿损失。LX公司是

对LF公司正式受让股权并承担俱乐部的债权债务后（2000年10月2日）的行为在时效内不断提出异议。所以，LX公司并未失去胜诉权，但其是对LF俱乐部的行为提出异议。

另外，HD俱乐部一直对冠名协议履行得很好，将股权转让给LF公司后才出现上述情况，LX公司的违约之诉应向LF俱乐部主张。

(4) 综上，原审判决认定事实适用法律均错误，应予纠正。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第二项、第三项之规定，判决撤销重庆市第一中级人民法院（2003）渝一中民初字第198号民事判决；LX公司给付HD公司人民币217万元及利息（利息按中国人民银行同期同类流动资金贷款利率计算，从2001年2月28日起至付清之日止）；驳回LX公司的反诉请求。

# 商品房买卖合同纠纷中 银行权利保护研究

◎ 文 / 梁勇 李修远 / 重庆办公室





**摘要：**在以“按揭”为主要付款方式的商品房买卖中，通常存在购房人与开发商签订的商品房买卖合同，购房人、银行、开发商之间签订的商品房担保贷款合同，这两个合同虽然在性质上彼此独立不存在主从关系，但是在缔约目的以及合同内容上却有着紧密的关联性。实践中，一旦商品房买卖合同产生纠纷被撤销、解除，往往导致商品房担保贷款合同也随之被撤销、解除，从而处于担保贷款合同债权人地位的银行难以保障其合法权益。因此，正确地理解《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十四条、第二十五条的规定就显得尤为重要。本文旨在通过对判例与学说的研究，为解决上述问题提供思路。

### 【案件导入】

全国青年法官案例评选活动特等奖——《肖树生、陈晓玲诉上海银行股份有限公司青浦支行、上海博锦房地产开发中心有限公司等商品房预售合同、按揭贷款合同案》

### 【案件基本信息】

#### 1. 审理法院

上海市第一中级人民法院

#### 2. 案由

商品房预售合同纠纷、按揭贷款合同纠纷

#### 3. 当事人

原告（被上诉人）：肖树生、陈晓玲

被告（上诉人）：上海银行股份有限公司青浦支行（以下简称上海银行青浦支行）

被告（被上诉人）：上海博锦房地产开发中心有限公司（以下简称博锦公司）

## 基本案情

2010年4月13日，肖树生、陈晓玲（乙方、买方）与博锦公司（甲方、卖方）签订《上海市商品房预售合同》，约定乙方向甲方购买北翟路某房屋。甲方定于2011年12月31日前将该房屋交付给乙方，不可抗力情形除外。逾期超过60天，

乙方有权单方面解除本合同。合同签订后，肖树生、陈晓玲于2010年4月14日向博锦公司支付了首期购房款952848元，并作为借款人与上海银行青浦支行（贷款人）、博锦公司（保证人）签订《个人住房借款担保合同》，约定贷款金额为141万元。贷款人将贷款资金划入博锦公司名下账户。贷款以等额本金还款方式偿还。借款人以上述所购房屋作为抵押财产提供抵押担保。博锦公司为本合同项下肖树生、陈晓玲的全部债务提供阶段性连带保证担保。

同年5月9日，上海银行青浦支行取得涉案房屋的抵押权人预告登记证明。2010年4月30日，上海银行青浦支行发放贷款141万元。肖树生、陈晓玲自2010年5月20日起逐月向上海银行青浦支行归还贷款本息。

后博锦公司逾期交房超过60日，肖树生、陈晓玲请求解除商品房预售合同和借款担保合同，遂诉至法院。

## 案件焦点

商品房买卖合同纠纷与按揭贷款合同纠纷合并审理时，按揭银行的诉讼地位及商品房买卖合同、按揭贷款合同解除后果的处理。



梁勇 | 合伙人  
专业领域：金融、公司



李修远 | 律师助理  
专业领域：金融、公司

## 法院裁判要旨

上海市闵行区人民法院经审理认为：博锦公司逾期交房已超过60日，肖树生等有权解除商品房预售合同。该合同解除后，肖树生等有权解除借款担保合同，博锦公司应如约将肖树生等支付的房款返还肖树生等，并赔偿肖树生等因此所产生的损失。博锦公司应向上海银行青浦支行返还自判决生效之日起的剩余贷款。

上海市闵行区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第九十三条第二款、第九十七条，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十四条、第二十五条之规定，作出如下判决：

- 一、解除预售合同；
- 二、解除借款担保合同；
- 三、博锦公司返还肖树生等首付款及肖树生等已向上海银行青浦支行归还的相应贷款本金；
- 四、博锦公司赔偿肖树生等以首付款为本金的相应利息；
- 五、博锦公司赔偿肖树生等已向上海银行青浦支行支付的贷款利息；
- 六、博锦公司偿还上海银行青浦支行借款担保合同项下剩余的贷款。

上海银行青浦支行提起上诉称：根据有关司法解释，其应当作为有独立请求权的第三人参加诉讼。借款担保合同解除后，归还贷款的义务主体应包括肖树生等与博锦公司双方。

上海市第一中级人民法院经审理认为：肖树生等作为一审原告将上海银行青浦支行列为被告，并无不当。商品房买卖合同解除后，购房人有权解除按揭贷款合同。银行因按揭贷款合同解除而受之损失，可要求购房人予以赔偿。在按揭贷款合同的解除系开发商违约导致房屋买卖合同解除而致时，购房人向银行承担的损失赔偿责任最终应由开发商承担。在商品房买卖合同纠纷和按揭抵押贷款合同纠纷合并审理时，可由贷款的实际收取方即开发商直接将购房贷款返还银行，并直接向银行承担购房人应当承担的责任。就结果而言，一审判决并无不当。

上海市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

## 基本法律关系梳理

在以“按揭”方式购买商品房的过程中，购房人和开发商签订了商品房买卖合同后，购房人、开发商又与银行签订商品房担保贷款合同。该担

保贷款合同属于典型的“无名合同”，其中通常包含借款、委托、抵押、保证等条款，构成了多种合同关系。在委托合同关系中，购房人委托银行将该笔贷款直接支付给开发商。值得注意的是，银行基于购房人的委托授权将购房贷款直接支付给开发商的行为并不改变购房人作为借款人以及银行作为贷款人的法律地位。在抵押合同关系中，购房人在所购买的房屋上为银行设立抵押权（或抵押权预告登记），用以担保借款本息。在此过程中，虽然购房人与银行签订了抵押合同，但由于多数房屋为期房，只有当开发商将房屋建设完成并为购房人办理房产证后，银行才能在该房屋上办理抵押登记。鉴于此，银行



通常会要求开发商为购房人提供阶段性的担保，即在标的房屋建成取得房产证并办理完抵押登记之前，由开发商为购房人所欠银行债务承担连带保证责任。

实践中，基于各种原因导致商品房买卖合同被撤销、解除，产生大量纠纷，为此最高人民法院发布《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》法释〔2003〕7号（以下简称《商品房买卖合同司

法解释》）

第二十四条：因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，应予支持。

第二十五条：以担保贷款为付款方式的商品房买卖合同的当事人一方请求确认商品房买卖合同无效或者撤销、解除合同的，如果担保权人作为有独立请求权第三人提出诉讼请求，应当与商品房担保贷款合同纠纷合并审理；未提出诉讼请求的，仅处理商品房买卖合同纠纷。担保人就商品房担保贷款合同纠纷另行起诉的，可

以与商品房买卖合同纠纷合并审理。

商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的，出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。

## 问题一：如何确定商品房买卖纠纷案件中银行的诉讼地位？

当商品房买卖合同被撤销后，以支付购房款为目的的贷款合同就失去了履行的基础，在司法实践中，提供贷款的银行经常被列为商品房买卖纠纷案件的当事人，导致银行的诉讼地位较为混乱。通常，银行的诉讼地位分别被确立为下面三种：（1）银行被列为共同被告；（2）银行被列为无独立请求权的第三人；（3）银行被列为有独立请求权的第三人。

下文笔者将分析每一种诉讼地位对银行实现其权利的影响：

### 1.若将银行列为商品房买卖合同纠纷的共同被告

《中华人民共和国民事诉讼法》第五十二条：当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

商品房买卖合同与担保贷款合同虽然在合同的订立目的上存在前后的



关联性，但是这两个合同纠纷的诉讼标的既不是“共同的”，也不是“同一种类”，前者的诉讼标的是买卖合同关系，后者是担保贷款合同关系。因此，在审理商品房买卖合同纠纷时，将银行追加为共同被告明显违反了《民事诉讼法》的规定。

在商品房买卖合同中，合同的主体为开发商和购房人，贷款银行不是合同的主体，根本未参与该合同的订立，因而贷款银行不应承担该合同下的任何义务。因此，进一步说明了：银行在商品房买卖合同纠纷中的诉讼地位不应当是共同被告；商品房买卖合同纠纷之诉与担保贷款合同纠纷之诉在性质上是独立的两个诉。只有购房人一并就商品房买卖合同和担保贷款合同提起诉讼时，银行基于担保贷款合同主体的身份才可以作为被告参与诉讼。

## 2.若将银行列为无独立请求权的第三人

在司法实践中，常常出现经购房人申请，人民法院通知银行作为无独立请求权的第三人参加商品房买卖合同纠纷之诉的情况。如前所述，在商品房买卖合同法律关系中，银行不负任何合同义务。

《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第九条：“受诉人民法院对与原被告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或者赔偿义务的人……不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼”。



根据上述司法解释的规定，不当将银行列为无独立请求权的第三人。银行不仅在商品房买卖合同中不负任何义务，而且在商品房买卖合同解除导致担保贷款合同被解除时，享有实现债权、抵押权、保证担保等权利。若银行被列为无独立请求权的第三人，就无法向购房人主张上述权利，对于没有任何过错的银行而言，其处于极为不公平的境地。

### 3.若将银行列为有独立请求权的第三人

如上所述，当商品房买卖合同被解除后，担保贷款合同随之被解除，势必影响银行基于担保贷款合同享有的债权、抵押权等权利的实现。因此，银行对正在进行的商品房买卖合同纠纷之诉有诉的利益，开发商和购房人之间的诉争与银行主张的各项权利有法律上的利害关系。从而，银行对正在进行的商品房买卖合同纠纷之诉的诉讼标的，有独立的实体权利。不难发现，银行作为有独立请求权的第三人参与诉讼是恰当的，《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第一款的规定也印证了这一点。

综上所述，在以按揭为付款方式的商品房买卖合同纠纷中，作为权利人的银行，只能是以有独立请求权的第三人身份参与到该纠纷的诉讼程序中，才能依法实现其实体权利——债权和担保权。如果在诉讼程序上，将银行列为共同被告或无独立请求权的第三人，不仅不符合诉讼法的规定，银行的实体权利也难以得到有效保障。

## 问题二：如何理解《商品房买卖合同司法解释》第二十五条由出卖人向银行返还购房贷款的规定？

当开发商违约，购房人一并就商品房买卖合同和担保贷款合同提起诉讼时，银行作为被告参与诉讼；当购房人仅就商品房买卖合同提起诉讼，银行主动参加商品房买卖合同之诉并提出解除担保贷款合同请求之时，其作为有独立请求权的第三人参与诉讼。上述两种情形均可能导致商品房买卖合同、担保贷款合同被解除，此时适用《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款的前提发生了，据此法院应判令出卖人（开发商）将收取的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人（银行）和买受人（购房人）。结合上文的案例，此处的购房贷款宜理解为担保贷款合同下购房人尚未偿还银行的贷款；购房款宜理解为购房人向开发商支付的“首付款”和购房人已经偿还的银行贷款。

根据以上解释，担保贷款合同因商品房买卖合同关系变更而被解除的，开发商应当将购房贷款本息直接返还给银行。但是，对该款司法解释存在两种不同的理解：其一，《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款免除了合同解除后购房人对于购房贷款的偿还义务，直接将该笔债务转由开发商向银行承担；其二，该条款并未免除购房人对贷款银行的还款义务，其设立的初衷是出于简化购房

贷款的流转环节及避免当事人讼累的考虑。当开发商未向银行返还购房贷款时，银行仍可向购房人主张债权。

若根据第一种理解，《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款就意味着承担返还购房贷款义务的主体，由购房人直接变更为开发商，此情形类似于民法理论中“免责的债务承担”；若根据第二种理解，不免除购房人的债务人地位，而是鉴于开发商是购房贷款的实际受领人，从而追加开发商作为返还该笔贷款的债务人，此情形类似于民法理论中“并存的债务承担”（又称“债务加入”）。

笔者认为，上述第二种理解是妥当的。根据民法通说观点，债务的移转方式包含免责的债务承担和并存的债务承担。免责的债务承担是指新债务人代替原债务人履行债务，原债务人退出债的关系，其原有的履行责任被免除。鉴于免责的债务承担，导致债务承担的主体变更，从而增加了债权实现的不确定性，因此免责的债务承担必须经债权人同意后才能产生债务承担的效力。《合同法》第八十四条规定：“债务人将合同的义务全部或部分转移给第三人，应当经债权人同意。”该条规定针对的情形就是免责的债务承担。与之对应，并存的债务承担是指原债务人并不脱离债的关系，而由第三人加入到债的履行当中，与原债务人共同承担合同之债的债务承担方式。在并存的债务承担中，原债务人没有从原债务中脱离仍要对债权人履行债务，在此基础上增加其

他的债务人对债权人并无不利，所以并存的债务承担不需要债权人同意，我国合同法对这种情形没有明确规定。因此，在作为债权人的贷款银行未同意债务人主体变更的前提下，将《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款解释为免除购房人的还款义务是不妥当的，这不仅会导致司法解释与法律、学理之间的冲突，还不利于保障银行的正当利益。

若将第二十五条第二款解释为并存的债务承担，由于这种债务承担方式对债权人而言是纯获利益、不会对债权的实现造成不利影响，故不需要经过债权人（银行）同意，在逻辑上是可行的，但也不无疑问。通常，并存的债务承担是原债务人与第三人订立债务承担合同的结果，而上述司法解释相当于是商品房买卖合同和担保贷款合同被解除后直接创设了并存的债务承担方式，该债务承担源于司法解释的“法定”，而不是基于担保贷款合同债务人（购房人）和第三人（开发商）的合意。《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款的用意是什么？笔者认为：在商品房买卖合同解除后，出卖人占有价金、买受人占有标的物的状态丧失了法律上的原因，因此买卖双方均可基于不当得利返还请求权要求对方返还。上文已述，银行是基于购房人的委托授权才将该购房贷款直接支付给开发商，所以从规范意义上分析可知，向开发商支付购房贷款的主体是购房人而非银行。据此，根据合同的相对性理论，理由由作为出卖人的开发商将购房款和购房贷款一并返还给购房人，然后

购房人基于担保借款合同上的借款人地位再对银行剩余的贷款债权进行清偿，使得银行的债权因清偿而消灭，从而涤除标的房屋上的抵押权。但是为什么《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款却规定购房贷款直接由开发商向银行返还呢？该规定直接创设了开发商对银行的债务关系——相当于银行越过了债务人直接对次债务人行使请求权。这种“法律拟制”不可避免地与合同法的基本原理相悖，因为该请求权本质上既违背合同的相对性，同时又不符合《合同法》第七十三条关于债权人“代位权”的有关规定。最高人民法院对此曾专门出书解释，此举旨在“充分发挥诉讼资源解决纠纷的功能，避免当事人的诉累，并在此基础上保护当事人的权利”。笔者非常赞同上述解释，尽管该条款在一定程度上违背合同相对性原理，但是在实质效用上不仅提高诉讼效率还充分保障了各方当事人的利益，真正体现了法律的实质公平。试想如果没有该款规定，会出现哪些不利的情形：（1）若开发商资金不足，无法将购房贷款返还给购房人。此时一个普通的购房人不仅因为开发商违约无法取得房屋所有权，还将面临着巨额的银行债务。即使银行通过行使抵押权实现债权，也会导致购房人个人信用受损。（2）若开发商足额返还购房款和购房贷款给购房人，但购房人将该笔返还的购房贷款挪作他用，没有进一步偿还银行剩余的贷款，此时银行的债权受到威胁。然而开发商在返还全部款项后仍无法使房屋上的抵押权涤除，导致不能对该房屋再次出售，甚至标的房屋

随时可能会因银行实现抵押权而被拍卖、变卖。《商品房买卖合同司法解释》第二十五条第二款的精妙之处在于：既然之前购房贷款由银行直接划转给开发商是为了保证款项的“专款专用”，那么合同解除之后就同样应该保证该笔款项的“专款专返”，使得缔约各方以最小的代价回复到合同订立前的状态，从而防止了纠纷的扩大化。

综上所述，前述司法解释“由出卖人将收受的购房贷款本息返还担保权人”，并不意味着购房人退出与银行的贷款合同关系由出卖人（开发商）进行了免责的债务承担，而是创设了并存的债务承担。只有如此理解，才能使银行的合法权益得到有效的保障。

### 问题三：商品房买卖合同、担保贷款合同解除后，权利如何变动？

在以“按揭”为付款方式的商品房买卖中，通常存在两种情形：

情形一：若该房屋尚处于预售过程中，购房人未取得房地产权属证书。此时通常存在两个预告登记：

（1）购房人的所有权预告登记；  
（2）银行的抵押权预告登记。实践中购房人在办理房屋贷款时为向银行提供担保，通常将预售房屋进行抵押权预告登记。关于抵押权预告登记的效力，设想如果购房人未能按约偿还银行贷款，银行是否能够主张对设立抵押权预告登记的房屋经拍卖、变卖

所得价款行使优先受偿权？笔者认为，抵押权预告登记所登记的并非法定的抵押权，而仅是在抵押义务人领取房地产权属证书后，排他性地保障预告登记权利人办理标的房屋抵押登记的一项物权变动的请求权。如果商

品房买卖合同解除导致房屋的所有权无法登记至购房人名下，则抵押权丧失了设立的可能，银行不能基于抵押权预告登记对该房屋行使优先受偿权。



### 《物权法》第二十条第二款：

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

### 《物权法司法解释一》第五条：

买卖不动产物权的协议被认定无效、被撤销、被解除，或者预告登记的权利人放弃债权的，应认定为物权法第二十条第二款所称的“债权消灭”。

根据上述法律及司法解释，当商品房买卖合同解除后，购房人的所有权预告登记对应的债权消灭，该所有权预告登记失效。当购房人对房屋的所有权预告登记失效后，基于购房人将来拥有的所有权而设立的银行抵押权预告登记亦随之失效。此时，银行陷入非常不利的地位，当开发商怠于履行返还剩余贷款的义务时，银行

可拒绝办理系争房屋上设定的抵押权预告登记涤除手续，以保障其债权的实现。

实践中，担保贷款合同通常约定了开发商在抵押登记办完之前向银行承担阶段性担保的条款，那么一旦担保贷款合同被解除，作为保证人的开发商是否应当就购房人尚未偿还的贷款承担连带保证责任呢？

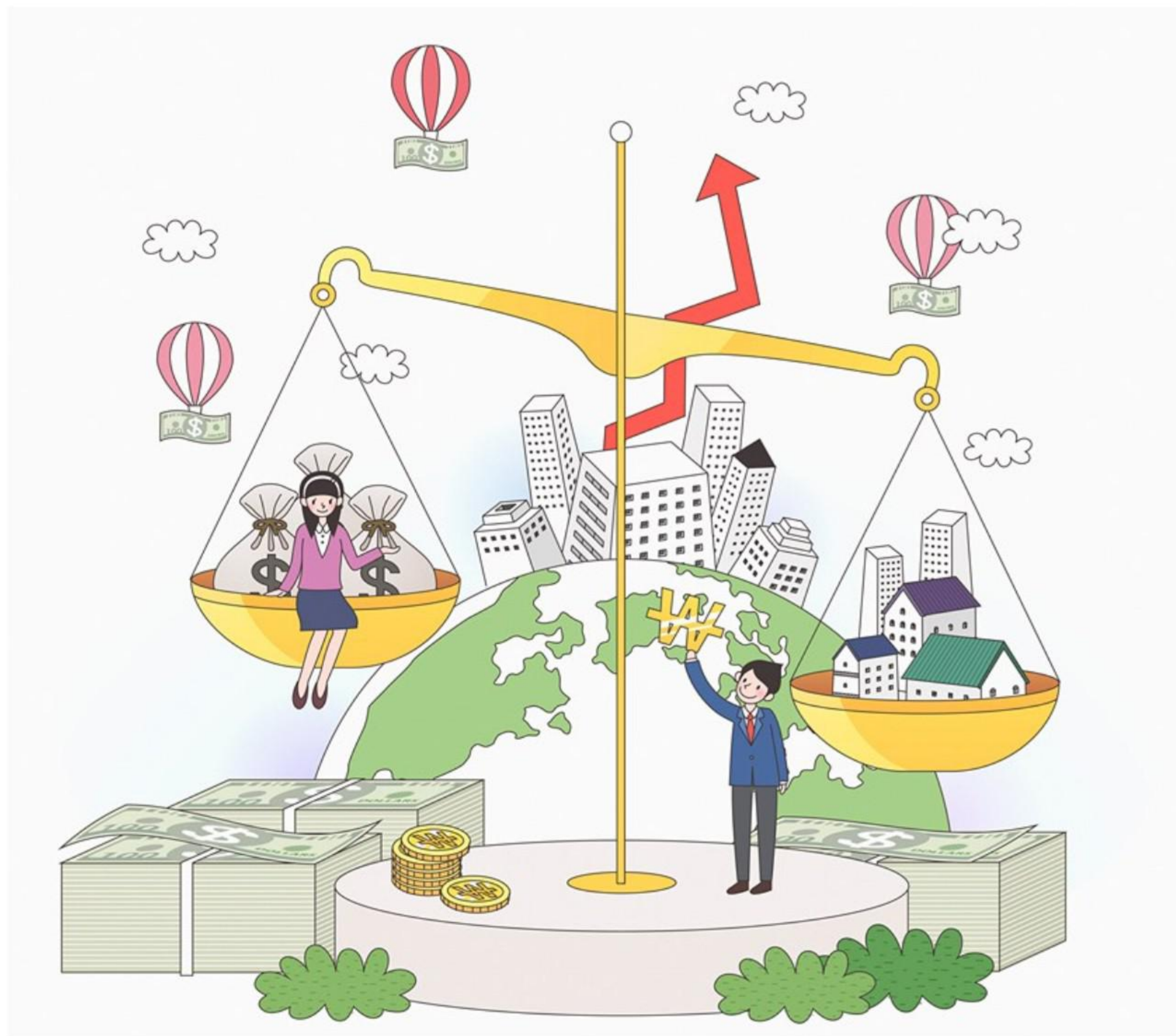
### 《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十条：

主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但担保合同另有约定的除外。

根据该司法解释，开发商在担保贷款合同约定的保证阶段内的保证责任不因担保贷款合同的解除而灭失。

情形二：房屋已经交付并且为购房人办理了所有权登记，银行在标的房屋上合法设立了抵押权。当商品房买卖合同解除后，作为所有权变动原因的法律行为消灭，购房人取得的房屋所有权随之消灭，即使不动产登记簿上仍记载其为所有权人，也无法改变所有权消灭的结果。抵押权作为担保物权的一种，具有从属性。有观点认为，银行抵押权的存续从属于主债权，据此，既然作为主债权的商品房担保贷款合同被解除，此时银行的抵押权应随之消灭。笔者不同意该观点，理由如下：第一，在购房人未全部清偿银行贷款本息前，即使担保贷款合同被解除，银行的主债权也并未消灭，只是由合同之债转化为不当得利返还之债，开发商和购房人对该债务均负有偿还的义务；第二，当商品房买卖合同被解除后，该房屋的所有权应由购房人转移给开发商，而此时开发商取得房屋所有权的方式属于所有权的继受取得，继受取得的受让人取得的权利不可能优于其前手转让人。既然受让前的标的物上设有抵押负担，那么受让后该负担应仍然存在。因此，担保贷款合同解除后，银行的抵押权并未消灭，可以就尚未清偿的贷款本息对抵押房屋主张优先受偿权。

本文通过案例解读与理论分析，阐明了商品房买卖合同纠纷中错综复杂的法律关系，明确了银行的诉讼地位和各项权利。并尝试对《商品房买卖合同司法解释》做出更合理的理解，为银行在诉讼中扭转被动局面、争取合法权益提供了一些思路。





# 商标先行, 助推“一带一路”

## ——“走出去”中的商标保护

◎ 文 / 曹阳 / 重庆办公室



曹阳 | 顾问律师  
专业领域：商业犯罪辩护、知识产权诉讼

### 商标的概念

对于商标的定义, 目前尚无国际公约及国内立法进行明确的界定。TRIPS协定以商标的组成要素为视角, 对商标作出了如下规定: “能够将一个企业的商品或服务同另一个企业的商品或服务区别开来的任何标志或者标志的任何组合, 都可以组成商标”。

我国《商标法》第8条规定: “任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志, 包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等, 以及上述要素的组合, 均可以作为商标申请注册”。

从我国商标法的规定来看, 商标的本质是标志, 即文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等以及上述要素的组合; 商标的功用性特征是识别性, 即能够将自然人、法人或者其他组织的商品或服务与他人的商品或服务区别开, 这两者构成了商标定义中的基本维度。

### “一带一路”背景下的商标保护

国家制定“一带一路”的发展战略, 旨在打破原有的点状、块状的区域发展模式, 从海陆到空间, 从纵向到横向, 贯通我

国东中西部和主要沿海港口城市, 连接亚太和欧洲两大经济圈, 实现沿线国家和地区全方位、立体化、网络状的大联通。“一带一路”战略有望重塑全球的贸易布局、投资布局和生产布局, 为我国企业走出去提供了难得的历史机遇。然而风险与机遇并存, 在中国企业国际化拓展的过程中, 面临着以下风险: 对于逐步建立了自主知识产权品牌的民族企业来说, 因未在“一带一路”沿线国进行国际注册, 导致频繁遭遇产品被仿冒、商标被抢注, 成为国内企业拓展国际市场绕不开的绊脚石。同时, 因缺乏商标布局, 导致一些企业因所生产的产品涉嫌侵犯沿线国权利人商标权而屡遭损失。

有鉴于此, 企业在“一带一路”建设中必须高度重视商标保护工作, 既包括利用马德里体系进行商标国际注册的主动保护, 也包括在“走出去”过程中避免商标侵权的防御保护。

### 马德里体系下的国际注册——主动保护

#### (一) 马德里体系及其特点

马德里体系是一商标国际注册体系, 它受1891年签订的商标国际注册马德里协定和1989年通过的商标国际注册马德里协定有关

议定书这两个国际条约的约束。马德里体系具有以下特点：第一，通过马德里体系注册的，自注册日起，国际注册具有同申请人在每一个被指定国家进行通常国内申请的同等效力。除非此商标的保护要求在被指定国家内被依照其国内法律于规定时限里被驳回，否则，此国际注册等同于在被指定国家的国内注册。第二，马德里体系下的国际注册可被视作多个国内注册，因为它同时可在多个国家内产生效力。因此，国际注册的后期管理任务，如对每一相关指定国家的续展、转让等，将通过世界知识产权组织(WIPO)国际局的单一简单操作而得以大大简化。

## （二）马德里体系下的国际注册

任何自然人或法人，只要在一个马德里联盟的成员国有工商营业场所、住所或者是其国民而与马德里联盟一成员国有关系，均可使用马德里体系申请国际注册。除马来西亚、印度尼西亚之外，“靶准庖宦”繁沿线主要国家（含中国）均为马德里体系成员国。这样一来，中国公民及法人只要通过我国商标局就可以完成在“靶准庖宦”繁主要沿线国的国际注册。同时，国际注册的注册人如果希望将这种保护扩展到本注册所并未包括的马德里联盟的其他成员国，可以通过简单的后期指定申请来延伸国际注册商标在那些国家的效力。

## 避免商标侵权——防御保护

### （一）商标使用——商标侵权的前提

商标侵权的本质在于切断商标与

原商标权人之间的联系，并在该商标与其自身之间建立新的联系，从而破坏商标识别功能。由于商标的识别功能是通过“商标使用”而实现的，那么要破坏这种识别功能也只有通过“商标使用”才能实现。因此，商标使用是构成商标侵权的前提。反观全世界，各国对于商标使用的具体表现形式存在不同的规定：

我国《商标法》第48条规定：

“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为”。美国《兰哈姆法》在第1127条中将商标在“商业中使用”定义为：“一个商标在通常的贸易过程中的真诚的而非仅为保留该商标权利为目的之使用”，具体而言，针对商品商标，其使用方式包括：1.商标可以以各种方式适用于商品、商品容器、与此有关的展示以及作为附属的标签上，如果商品的本质使得以上的使用难以实现，那么与商品或商品销售有关的文件中的使用也可以；2.商品进行了商业销售或运输。针对服务商标，商标应被用于或展示于销售中或为服务所进行的广告中，而且这些服务应是商业性的。日本《商标法》第2条第2项对商标使用进行了如下界定：1.将标章附加于商品或商品包装之行为；2.将附加标章之商品或商品之包装，售让或交付或为售让或交付而展示或输入行为；3.有关商品之广告、价目表或交易文书上附加标章而展示或散布之行为。

### （二）单纯的运输行为是否构成侵权

在建设“一带一路”的时代背景下，在中国企业走出去的过程中，大量货物通过“一带”销往中亚、西亚直至欧洲；通过“一路”销往东南亚、南亚、欧洲。在该过程中，企业将与沿线国商标近似的货物沿“一带一路”运输至目的国，该运输行为是否属于美国《兰哈姆法》规定的“运输行为”从而构成商标使用？是否侵害了沿线国权利人的商标权？

对此，笔者认为答案是否定的。美国《兰哈姆法》中运输行为与商业销售行为紧密联系，只有与终端的商业销售相连的运输行为才可能构成其立法意义上的运输行为。该运输行为至少包含了两个层次的含义：1.运输行为只有与商业销售行为同步联系，才可能共同体现出商标的区分功能；2.运输行为需发生在销售目的国境内，只有在此情况下，运输行为本身才可能导致消费者混淆、误认而构成商标使用行为。



综上，单纯的过境运输行为，因商业销售活动并未在过境地发生，不可能导致消费者对所运输的商品产生混淆，商标区分性的功能未受到损害，不应认定为商标使用行为，更谈不上构成商标侵权。但对于在销售目的国境内的运输行为，属于为侵权商品提供便利条件的行为，存在被认定为侵权的可能。

### （三）“平行进口”中的侵权认定

所谓“平行进口”是指本国的商标权人将自己生产的商品出售给国外经销商或将自己的商标许可给国外生产企业后，这些国外的经销商或生产企业将其与商标权人在国内生产的相

同的商品，重新进口到国内的做法。

在建设“一带一路”的时代背景下，中国企业利用技术优势、劳动力优势所生产的产品往往在价格上具备较大的竞争力，实务中不可避免地存在平行进口的问题，如中国某企业获得意大利某生产商就某商标的使用许可后生产了相应的产品，现中国企业基于该产品的价格优势，将该产品出口至意大利，在此情况下，中国企业是否构成商标侵权？

对于“平行进口”是否构成商标侵权，理论界发展出了“权利利用尽理论”，其内容为商标所有人本人或经其同意将带有商标的商品首次投放市场后，商标权人的权利就已经用尽。对于“平行进口”理论，目前并无国家、国际组织在立法中作出明确规定。但欧共体法院汇编的《协调成员国商标立法第一号指令》第7条规定：

1.商标所有权人本人或经其同意，将带有商标的商品在共同体内投放市场后，商标赋予其所有权人的权利不得用来禁止在该商品上使用该商标；  
2.商标所有人有正当理由对抗商品的进一步商业流通，尤其是商品状况在投放市场后遭到改变或损坏时，不适用第1款的规定。从该规定来看，欧共体法院对权利利用尽理论的采纳存在较大的限制：一是将该理论的采纳限定于欧共体内部市场中，欧共体外的商品流通不适用该理论；二是在权利人无正当理由对抗商品的商业流通时，可以突破权利利用尽理论的限制。

由此可见，是否采纳权利利用尽理论取决于各国保护国内贸易的需求。中国企业通过“一带一路”向外销售产品的过程中，在权利利用尽理论未受到各国充分采纳的情况下，需注意“平行进口”中存在的潜在风险，不能以所生产产品所附商标获得国外权利人许可或商品本身来源于权利人就放松警惕，从而带来不必要的损失。

### 结语

“一带一路”战略重塑了全球的贸易布局、投资布局和生产布局，为我国企业走出去提供了历史机遇。在走出去的过程中，我国企业应充分利用马德里体系下的国际注册的优势，加强商标布局，为开拓海外市场扫除障碍。同时，对于以出口为主要业务的中国企业而言，需要了解销售目的国同类产品的商标注册、使用情况，避免因侵权行为带来巨额的经济损失。总之，对走出去的中国企业而言，唯有加大品牌建设、树立商标先行意识才是奠定百年基业的基础。





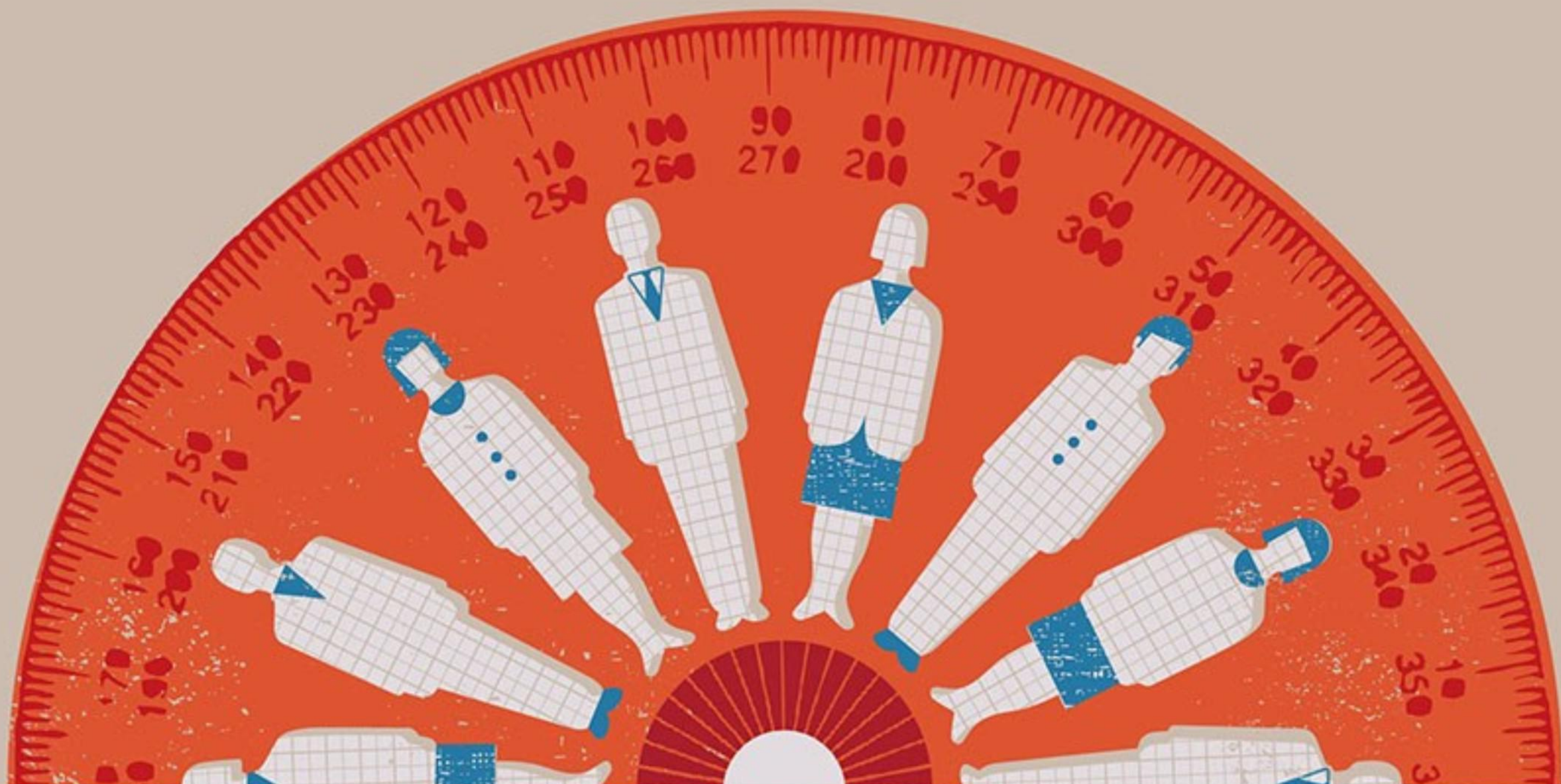
冯建坤 | 律师  
专业领域：知识产权、公司

近年来，因冒用他人身份进行企业登记的案件呈多发趋势，在部分地区更是出现爆发式的增长，过去一年，在成都某区级人民法院，仅笔者作为代理律师的冒用身份案件就高达近十件。在代理这些案件的过程中，发现冒用他人身份进行企业登记产生的背景复杂，既有登记材料形式审查制度设计、社会层面各种利益驱动，也有个人信息保管不善或泄露因素、信息共享的滞后等原因。身份被冒用后将会给个人生活、国家税收、国家机关公信力以及市场交易秩序都带来严重的危害。在形成诉讼案件后，对于企业工商登记行为各方责任的认定、企业登记行为的判决较为一致，但在鉴定费、公告费和诉讼费等相关诉讼费用的分配上各地法院的裁判结论却不尽相同，甚至存在矛盾，需要进一步明确和分析。

# 冒用他人身份进行 企业工商登记案件的分析

——基于其产生背景、危害及司法实务

◎ 文 / 冯建坤 / 成都办公室



## 冒用他人身份进行企业工商登记的产生背景

### （一）登记材料形式审查

《公司登记管理条例》第二条及《企业登记程序规定》第三条、第八条均明确规定，登记机关只是对申请材料是否齐全、是否符合法定形式进行审查，申请材料实质内容的真实性应该由申请人负责并承担相应责任。

《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》第三条中更是明确指出，工商行政管理机关对工商登记环节中的申请材料实行形式审查。此外，在国家鼓励创业、简便行政审批和许可等趋势下，企业工商登记未来将会更加宽松。在实际工商登记过程中，当事人无需亲自到登记机构办理，对当事人的签名也仅审核是否完整和是否符合法定形式，所以，在操作层面，可以达到仅需要一张身份证复印件或者照片就可以将某个人注册为公司的法定代表人、股东等任何成员。

### （二）社会层面各种利益驱动

1.虚开发票赚取违法收入。利用虚开发票赚取费用的情况一直存在，特别是2016年5月1日营改增全面铺开，虚开发票，特别是增值税专用发票的利润更加丰厚。对于新设企业，税务机关会按照企业生产经营规模、经营模式、行业特点、开具发票特殊性等因素设置增值税发票基本月供应量。一般情况，每次最多可以申领增值税专用发票数量25份。若提供签订的相关供货合同、供货协议，近三个月内已认证的大额进项发票等信息，还可以申请升级为50份。按最高开票

限额十万，50份发票最高的虚开金额可接近500万，若按17%的税率，将涉及税款85万元左右。因此，冒用他人身份注册虚假公司后通过申领发票后进行虚开，将可获得巨大的利润，这也是目前冒用他人身份进行公司登记最为普遍的直接原因。

2.规避一人公司或法定代表人的法律责任。部分人员在设立公司或合伙企业时，因未找到或不愿意与其他人员一同设立公司或合伙企业，但又想规避一人公司中投资人对公司债务的连带责任和合伙企业对合伙人的人数限制，就会自行或委托中介结构随意寻找他人身份信息，将其登记为公司股东或合伙人。同理，为规避法定代表人在公司不履行法院判决时一同被列入失信被执行人名单的风险，也会出现冒用他人信息将其登记为公司法定代表人的情况。

3.登记申请人或中介结构为图简便省事导致的潜在风险。许多合法注册和经营的公司，在委托或自行办理工商登记的时候，为图简便省事，其股东、高管等人员的签字都是在不知情甚至知情的情况下由他人代签。当然，对于即使不知情签字系他人代签，但知晓并同意该办理事项的，严格意义上不能称之为被冒用身份，一般情况也不会引发后续的行政诉讼案件。但在公司设立尚未实际经营时，若股东之间或公司高管引发矛盾，就可能部分股东或高管以登记材料中的签名非本人签署，身份系被冒用为由，要求撤销登记，从而达到强制退出的目的。

### （三）个人信息保管不善或泄露因素

在现实生活中，大部分人对于个人的身份信息的保管缺乏意识，没有对身份证复印件进行特定用途标注，随意公开身份证照片，甚至身份证原件也因缺乏妥善保管导致遗失。而随着互联网的发展和个人信息非法买卖的猖獗，更是导致个人信息泄露成为普遍的现象。这为冒用他人身份信息进行工商登记获得了便捷、稳定和廉价的信息源泉。

### （四）信息共享滞后

目前，个人在身份证原件遗失后，即便及时到公安局办理了身份证挂失，该挂失信息也仅能在公安局内部系统内才可以查询，其他机关是无法查询的。2016年7月15日，公安部、住房和城乡建设部、中国人民银行等8部委（未包括国家工商总局）联合发布《关于规范居民身份证使用管理的公告》，建成推出了失效居民身份证信息系统，但目前也仅在银行系统试点。

## 冒用他人身份进行企业工商登记的危害结果

### （一）对被冒用人的危害

个人被冒用身份进行工商登记后，若冒用身份设立的企业存在违法行为，被冒用人将可能被列入失信被执行人名单、甚至牵涉进入刑事案件。在冒用身份设立的企业被列入严重违法名单后，根据《严重违法失信企业名单管理暂行办法》第十三和第十五条的规定，被冒用人3年内不得担任其他企业的法定代表人、负责人，已经担任其他企业的法定代表人、负

责人的，还应当依法办理法定代表人、负责人变更登记。即便冒用身份设立的企业尚未发现违法行为，因冒用身份设立企业本身的违法性，也存在极大的潜在风险，若被冒用人属于国家机关、事业单位或国有企业等对个人财产状况审核严格的人员，因其在“设立或投资企业”，还会严重影响其升迁、考核等。

### （二）对国家税收的危害

如前文所述，现实中存在不少违法人员通过冒用他人身份设立虚假公司，达到虚开发票，赚取非法收益的目的，这将最终损害国家税收。笔者在代理的一个案件中，案涉的公司就涉嫌虚开增值税专用发票数百万元。而因开票公司、股东和高管人员信息均为虚假，将会给确定最终的违法人员增加难度。

### （三）对国家机关公信力的危害

公民个人在完全不知情的情况下轻易被注册为公司的股东、高管或法定代表人，势必会对国家机关行政行为的严肃性产生怀疑，特别是在已经及时办理遗失身份证挂失后该身份证仍然可被不法人员畅通使用，更会对国家机关的公信力产生极大的质疑。

### （四）对市场交易秩序的危害

法人作为现代经济最主要的交易主体，在其本身、法定代表人或其部分股东、高管为虚假的情况下，法人的责任承担能力都将不复存在或受到极大影响，任何与其发生的交易也都将陷入极大的不确定性，最终严重危害市场交易秩序。



## 冒用他人身份进行企业工商登记的司法实务及疑难点分析

司法实务方面，目前各地法院对于冒用身份进行工商登记的案件，主

要是通过笔迹鉴定的方式确定身份是否存在冒用，在认定存在身份冒用后，因登记行为事实不清、证据不足，则会判决撤销相关企业登记行为。此类案件中，对于如何确定原告身份确系被冒用而非实际知情以及案



件进程中产生的鉴定费、公告费及诉讼费由谁承担是此类案件的疑难点，以下将通过各地的典型案例对司法实务及疑难点进行介绍和简要分析。

### （一）各地法院冒用身份案件司法实务情况的介绍及分析

#### 1. 撤销登记且由工商管理机关承担全部或主要费用

##### （1）不涉及第三人参加

北京市第一中级人民法院在

2015年6月19日二审判决的北京市工商行政管理局海淀分局（以下简称海淀工商分局）与何娟行政诉讼一案（2015一中行终字第1524号）中，一审北京市海淀区人民法院认为：海淀工商分局虽然对申请材料履行了审查义务，但其依据虚假申请材料作出的企业设立登记缺乏事实依据，应当予以撤销。最终判决：撤销北京金鹏恒宇商贸中心的设立登记；案件受理费和鉴定费由海淀工商分局负担。二审法院基本赞同一审法院观点驳回了海淀工商分局的上诉。本案中因为并未追加第三人，导致案件的相关费用只能在原告和工商管理机关之间选择。在原告无过错且企业登记结果违法被撤销的情况下，判决工商管理机关承担案件的相关费用也在情理之中。

##### （2）涉及第三人参加

广东省广州市天河区人民法院在2013年10月30日判决的黄锐萍与广州市工商行政管理局天河分局（以下简称天河工商分局）行政撤销、行政登记一案（2013穗天法行初字第23号）中，第三人广州味隐贸易有限公司经公告无正当理由未出庭。法院认为：被告天河工商分局核准的味隐公司设立登记所依据的申请材料中存在虚假情形，属于违法人员以欺骗手段获取的行政许可，其核准该公司设立的行政行为依法应予撤销。最终判决：撤销案涉公司设立登记的行政行为，案件受理费50元、公告费1000元、鉴定费6340元由被告天河工商分局负担。

本案虽然追加了第三人，但第三

人并未出庭，导致法院无法查明冒用身份的责任人，在未确定相关责任的情况下，法院可能认为直接判决第三人承担责任缺乏事实和法律依据，在无过错的原告和登记结果违法的工商行政管理机关之间，最终也还是判决工商行政管理机关承担案件的所有相关费用。

## 2.撤销登记且由第三人承担主要或全部诉讼相关费用

江西省南昌市中级人民法院在2016年6月15日判决的翁木庚、南昌市青山湖区工商行政管理局（以下简称青山湖工商局）、南昌市青云谱区工商行政管理局工商行政登记纠纷一案

（2016赣01行终19号）中，案件追加了案涉公司及股东作为第三人，但第三人经公告无正当理由未出庭。南昌中院以被答辩人（原告）在一审过程中产生的鉴定费用是由于冒名登记行为人的非法侵权行为导致的，与青山湖工商局无关为由，最终判决：确认登记和变更行为中落款为原告签字的登记行为违法（案件审理时，原告已非公司股东）；鉴定费15000元，由第三人承担；案件受理费100元、公告费900元，由被上诉人青山湖工商局承担。因第三人实际上是无法联系，判决给第三人的鉴定费事实上是由原告承担的。

北京市海淀区人民法院在2016年4月29日判决的李秋与北京市工商行政管理局海淀分局（以下简称海淀工商分局）工商行政登记纠纷一案（2015海行初字第1264号）中，法院认为：公司在申请登记时应提交客观真实的材料，申请人应当对申请文件、材料的真实性负责。最终判决：撤销了案涉公司登记事项；案件受理费50元，由被告海淀工商分局负担；笔迹鉴定费19000元，由第三人公司负担。从判决内容上看，与南昌中院的基本一致，但本案因为第三人出庭应诉，所以案件鉴定费在判决第三人承担后，原告垫付的鉴定费可以事实转移到第三人。







四川省攀枝花市东区人民法院在2016年1月29日判决的白仕焱与攀枝花市工商行政管理局（以下简称攀枝花工商局）工商行政登记纠纷一案（2015攀东行初字第30号）与南昌中院的情况基本一致，均是追加了案涉公司作为第三人，但经公告无正当理由未出庭。最终法院认为：本案系申请人提供虚假材料导致登记错误，登记机关已尽到审慎审查义务，相关责任依法应当由第三人承担。最终判决：撤销案涉公司登记事项，案件受

理费、公告费、鉴定费均由第三人负担。

从上诉案例内容可见：南昌中院是从免责角度出发，认为在企业工商登记机关的行政行为本身未违反法律的情况下，不应当承担鉴定费；北京海淀区法院则是从归责的角度出发，认为根据法律规定，申请人应对登记材料的真实性负责，在提交的材料真实性存在问题的情况下，鉴定费应当由第三人（公司）承担。但可能是出

于利益平衡的考虑，案件还是判决企业工商登记机关承担金额较小的诉讼费和公告费。而攀枝花市东区法院则是既从归责的角度指明公司系登记申请人，应对材料的真实性负责，又从免责的角度指出工商行政管理机关已尽到审慎审查义务，无需承担责任，将案件的所有相关费用判决给了第三人承担。

## （二）冒用身份案件司法审判的疑难点分析

### 1. 冒用身份事实的调查确认

目前各地法院在审理冒用身份进行企业登记的案件中，一般都要求对企业登记申请材料中原告的笔迹进行鉴定，以确定原告身份是否存在被冒用的情况。但从冒用身份的本质应当是个人对他人使用其身份的办理事务的事实不知情，而非其办理事务个人的签名是否为本人所签署。而原告是否知情属于对个人主观心理的判断，只能通过相关证件进行推定，证明本身存在更大的困难。因此，对于法院在审理此类案件中需要综合笔迹鉴定、案涉公司实际经营状况、原被告对案件情况的陈述等因素综合判断原告的身份是否确系被冒用，而非仅依据笔迹鉴定结论，防止法院成为企业股东强制退出等行为的工具。

### 2. 诉讼相关费用的承担

诉讼相关费用承担问题是一个利益考量的问题。从原告的利益看，因案涉的公司、股东、高管及经办人因为本身的虚假性难以取得联系，导致法院虽然可直接判决案件的相关费用由作为登记申请人的第三人承担，但事实上的费用还是会落在原告身上。

若照顾原告的利益，判决企业工商登记机关承担费用同样存在问题。根据相关法律规定，企业工商登记机关仅审查材料是否完整和是否符合法定形式，是一种形式审查义务。判决企业工商登记机关承担责任首先在行政行为不违法的情况下，法律依据不充分，且在案件频发的情况下，将会给企业工商登记机关带来较为严重的资金压力，对行政管理行为产生重大的影响，进而直接改变企业登记的流程和要求，导致登记行为事实上违反形式审查的法律规定和简化行政许可的政策方向。

## 冒用他人身份进行企业工商登记行为的行政管理及裁判建议

### （一）冒用他人身份进行企业工商登记的行政管理建议

要从根本上完全杜绝冒用身份进行企业工商登记，从目前看，只能是更改立法，要求申请人的股东、高管都要携带身份证原件办理登记，但这显然不符合简化行政流程的方向，也不具有实际的可操作性。而较为现实和有效的方式是：（1）加快信息共享建设，使企业工商登记机关可以实时查询身份证挂失情况；（2）通过建立企业工商登记经办人及中介机构许可或备案制度等方式，保障经办人或中介机构的信息的真实性和及时更新，并要求经办人或中介机构对材料真实性进行审核，否则承担相应责任。

在上述机制建立前，工商行政管理机构还可以通过以下方式，在一定

程度上降低冒用身份情况的发生：

（1）办理工商行政登记时，使用身份证刷卡取号机，锁定经办人员的真实身份信息，防止经办人员本身也使用虚假身份；（2）将曾涉及冒用身份案件的中介人员列入内部黑名单，重点核查其资料的真实性；（3）主动召集辖区内中介机构进行普法教育，阐明冒用他人身份的违法性及法律后果。

### （二）冒用他人身份进行企业工商登记案件的审判建议

对于前文所述此类审判的第一个疑难点，笔者个人认为，对于案涉公司合法存续且存在正常经营的情况，法院应当更加谨慎判定原告的身份是否确系被冒用，还是实际上对登记事宜事先知情但因为种种原因主张身份被冒用从而达到强制退出公司等目的。因为在这种情况下，公司的相关企业登记本身很可能是合法的，原告也很可能是知晓该登记事宜的。法院应当在笔迹鉴定之外，更加重视原告与第三人对案件事实的陈述以及法庭上的相互对抗，综合确认案件事实。对于具有重大影响的案件（注册资本高、涉及对外交易众多等），应实际查看公司经营地址和经营状况，甚至可以通过向税务和工商等机关了解企业的真实情况。

对于前文所述此类审判的第二个疑难点，笔者个人认为，对于对方成功送达的，应将相关费用判决由第三人全部承担；若第三人无法送达，基于利益平衡，公告费及诉讼费由工商行政管理机关承担，鉴定费由第三人承担。因为若第三人可以送达，案件的相关费用将具备由第三人实际负担

的可能；若第三人无法送达，因笔迹鉴定是原告举证责任，垫付可视为正常的诉讼成本，且法院也判决是由第三人最终承担。而公告费和诉讼费判决给工商行政管理机关，一方面可以在一定程度上减轻原告的实际诉讼成本，另一方面行政机关也较为容易接受。当然，上述处理方式将存在同案不同判决的后果，但目前也属利益权衡之选择。笔者在此也期待法院或者相关人士提出法律和利益平衡上更优的解决方式，共同催进该类案件的妥善解决。

## 结语

冒用他人身份进行工商登记的案件在近年频繁产生具有复杂的背景，既包括工商登记形式审查制度设定、社会信息共享滞后等国家和社会层面的客观原因，也有虚开发票牟利、贪图简便和个人信息保管不当等个体层面的主观原因。冒用他人身份案件不仅侵害了被冒用人的利益，也给国家税收、政府公信力和市场交易秩序带来损害。目前司法实践对于冒用身份案件，因为普遍难以找到实际侵权人，在被冒用人和工商行政机关之间的利益平衡各地存在不同的考量，从而形成不同的判决。笔者认为，对于二者的利益平衡需要根据案件的具体情况具体分配，平衡各方利益，并保留追究实际侵权人责任的法律依据。此外，工商行政机关也应在法律规定的范围内，采取合理的措施，减少类似案件的发生。

## 欧洲最大律所基德率团拜访中豪

2017年2月22日，法国基德律师事务所管理合伙人范建年、德国格来思律师事务所合伙人Burian、意大利凯明迪律师事务所合伙人Gianluca及西班牙顾博国际律师事务所上海代表处顾问Conchi一行到访中豪。合伙人郑毅、杨青一行予以了热情接待，双方就项目合作、海外投资、并购等法律服务领域进行了座谈交流。四大律所表示要在“一带一路”背景下加强与中豪的跨境业务的深入交流与合作。



## 合伙人张涌等荣获市律协 “2016年度十大经典案例”奖



2017年1月21日，市律师协会“2016年度十大经典案例”颁奖仪式在市律协召开。我所任远律师、胥毅律师作为获奖团队代表出席颁奖典礼。合伙人张涌、律师任远承办的《重庆中兴贸易公司、重庆市利民畜牧场与重庆西五午夜公司等单位租赁合同纠纷上诉案》成功摘获“十大民商事诉讼经典案例”。合伙人俞理伟、律师明皓及胥毅承办的《重庆雅科博光纤科技发展有限公司二代光纤光缆生产研发基地项目》成功摘获“十大商业交易（非诉讼）法律服务经典案例奖”。



#### 重慶

重慶市渝中區鄒容路68號大都會廣場22層 郵編：400010  
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC  
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808 Email: [cq@zhhlaw.com](mailto:cq@zhhlaw.com)

#### 香港

香港中環花園道3號花旗銀行廣場ICBC大廈11層  
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong  
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 Email: [HK@zhhlaw.com](mailto:HK@zhhlaw.com)

#### 貴陽

貴陽市南明區新華路126號富中國際廣場10層 郵編：550002  
10/F, Fuzhong International Plaza, 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC  
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 Email: [gy@zhhlaw.com](mailto:gy@zhhlaw.com)

#### 紐約

紐約曼哈頓麥迪遜大道590號IBM大廈21層 郵編：10022  
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA  
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: [NYC@zhhlaw.com](mailto:NYC@zhhlaw.com)

#### 上海

上海市浦東新區浦東南路256號華夏銀行大廈13層 郵編：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 Email: [sh@zhhlaw.com](mailto:sh@zhhlaw.com)

#### 北京

北京市朝陽區光華路1號北京嘉里中心南樓14層 郵編：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 Email: [bj@zhhlaw.com](mailto:bj@zhhlaw.com)

#### 成都

成都市錦江區紅星路3段1號國金中心1號樓22層 郵編：610021  
22F, 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 Email: [cd@zhhlaw.com](mailto:cd@zhhlaw.com)

