

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

2021年 第2期 | 总第075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】

民间借贷中“职业放贷”  
的认定及处理

浅析中国比特币  
“矿场”监管

惩罚性违约金的  
适用规则与司法实践初探

裁判文书生效后  
案外人救济途径解析

### 【法理天地】

网络领域中经营者滥用  
市场支配地位的法律规制研究

## 中豪七次蝉联《商法》卓越律所大奖

2021年5月，亚洲著名法律杂志《商法》(China Business Law Journal)公布2020年度卓越律所获奖名单，中豪在政府专项债券与公共事务领域表现卓越，荣获政府与公共事务法律领域“年度卓越律所”大奖(China Business Law Awards)。合伙人王必伟、刘文治、宋琴及其团队律师为政府数百亿元专项债券发行成功提供优质法律服务。

CHINA BUSINESS  LAW JOURNAL

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

2021

## 成都办公室当选 四川省破产管理人协会常务理事单位



2021年6月21日，四川省破产管理人协会成立大会暨第一届会员大会在蓉召开。四川省高级人民法院党组书记、院长王树江等领导出席会议。省高级人民法院领导及法官，各省直机关领导，在川各金融机构、资产管理公司、省律协、省破产法学会、省经济研究会代表等出席会议。中豪成都办公室凭借扎实的破产业绩和优秀的破产法律服务团队，当选四川省破产管理人协会常务理事单位，主任汪飞当选为常务理事。长期以来，中豪重庆、成都、贵阳三地办公室紧密联动，通过一体化机制打造了高素质的破产法律服务团队。



## 中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第075期 2021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	邵兴全
宋 涛	王 辉	张晓卿
卜海军	陈 伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏 烈
俞理伟	朱 剑	吴红遐
汪 飞	郑 毅	郑继华
崔 冽	张德胜	宋 琴
傅达庆	刘 军	邓 辉
文 建	李 燕	宁思燕
柯海彬	梁 勇	杨 敏
赵明举	周 尽	邓舒丹
李 永	王必伟	程地昌
刘文治	青 苗	柴 佳
周 鹏	肖 东	伍 伟
谢 敏	郑 鹏	黎莎莎
赵 晨	高 伟	袁 珂
任 远	曹一川	吕睿鑫
蒋官宝	高红刚	赵寅皓
张 龙	王冠男	杨 敏

责任编辑：文 奕

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

## 律师论坛 FORUM

民间借贷中“职业放贷”的认定及处理 ..... 曹庆 梁勇 2

浅析中国比特币“矿场”监管 ..... 李永 冯皓雪 9

惩罚性违约金的适用规则与司法实践初探 ..... 肖东 尹菁 15

裁判文书生效后案外人救济途径解析 ..... 孙剑颖 23

## 法理天地 THEORY

网络领域中经营者滥用市场支配地位的法律规制研究 ..... 高伟 张婷 30

2021年5月11日，四川外国语大学国际法学与社会学院党总支书记陈功带领30余名学生到访中豪参观交流，合伙人杨青、郑鹏、宋琴、吕睿鑫律师进行热情接待，并就律师职业与方向选择、涉外律师的职业规划及基本素养、如何成为复合型律师进行分享与座谈交流。

2021年5月14日，由司法局主办、市律师协会承办的“推进涉外公益法律服务助力企业跨境高质量发展论坛”在丽晶酒店成功举办。合伙人杨青受邀作“涉外法律实务及律师的价值”的主题演讲。

2021年5月15日，成都市律师协会、成都市律师协会青年律师工作委员会主办了以“红色基因永传承，青律筑梦新时代”为主题的“2018-2020年度成都市优秀青年律师表彰”及党史学习教育大会。合伙人邓舒丹律师受邀参加，并获评为“2018-2020年度成都市优秀青年律师”。

2021年5月18日，合伙人张德胜应邀在中车集团贵阳公司作了“企业国有资产管理法律风险防范”的专题培训讲座。

2021年5月24日下午，由中信银行、重庆临空政策法律服务国际中心等主办的“RCEP背景下外贸企业新机遇与法律风险防范”专题讲座暨“金融对接沙龙”活动在临空国际贸易示范园举行。合伙人杨青、文奕受邀分别作了“RCEP背景下外贸企业新机遇与法律风险防范”及“跨境交易下的争端解决机制”的精彩演讲。

2021年5月28日，成都市律师协会召开了成都市第七届律师代表大会第二次会议，会上对全市优秀律师进行了表彰，成都所副主任、合伙人李永律师获评“2019-2020年度成都市优秀律师”。

2021年5月31日下午，成都市律师协会监事会罗俊监事长一行到访中豪参观交流，市律师协会副秘书长崔明强陪同调研。监督委员会主席青苗、党委副书记江小舟、副主任黎莎莎和合伙人曹阳等进行热情接待并深度交流。

# 中豪新闻



2021年6月3日下午，重庆市地方金融监督管理局发展中心张洪铭主任一行共6人就优化重庆金融营商环境到訪中豪调研。合伙人杨青、黎莎莎和文奕进行了接待，并就优化重庆金融营商环境、推进获得信贷工作进行了深度交流。

2021年6月25日，重庆市渝中区司法局、重庆市律师协会渝中区律师工作委员会举行了“渝中区司法行政系统庆祝建党100周年表彰大会”。合伙人文建、宋琴、蒋官宝凭借其专业的服务能力，分别荣获“2020年度渝中区优秀律师”“2020年度渝中区优秀女律师”“2020年度渝中区优秀青年律师”；合伙人江小舟、周鹏凭借其党员先锋模范作用，荣获“2020年度渝中区优秀共产党员”；党委宣传委员杨彦菁凭借其突出的党务工作能力，荣获“2020年度渝中区优秀党务工作者”。

2021年6月29日，第二届新时代四川律师行业党建论坛暨第二届四川律师论坛在蓉召开。四川省委依法治省办主任、司法厅党委书记、厅长刘志诚主持开幕式。中央党校政法部教授、博士生导师，北京党内法规研究会会长王勇，中国政法大学律师学研究中心主任等应邀出席会议。成都办公室合伙人、党支部副书记伍伟，党支部委员宁思燕，副主任柴佳等出席了本次论坛。

百年风雨，砥砺前行。为庆祝中国共产党成立100周年，2021年6月29日下午，成都市律师行业庆祝建党100周年文艺汇演在成都市妇女儿童中心剧场隆重举行。合伙人王冠男、赵寅皓、刘文雨等青年律师参加演出，以一曲《他们年轻的模样》情景合唱为中国共产党成立100周年献礼。

为进一步调动女律师服务经济社会发展、推动社会主义法治进程的积极性，更好地展现女律师积极向上的精神风貌。2021年6月，四川省律师协会开展“第二届四川省优秀女律师”评选活动，对近年来在执业过程中表现突出的女律师进行表彰。成都办公室合伙人邓辉荣获“2018-2020年度四川省优秀女律师”称号、顾问律师李静荣获“2018-2020年度四川省优秀青年律师”称号。

**【摘要】**近年来，我国民间借贷纠纷案件正呈逐年上升趋势，自2019年11月《第九次全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）的颁布，“职业放贷人”话题再一次出现在公众视野。职业放贷的认定及职业放贷人签订借款合同的效力问题在司法实践中一直存在广泛的争议。本文旨在通过对职业放贷有关法律法规的分析及各地方高院发布的有关职业放贷认定标准的归纳，探析职业放贷认定问题及有关职业放贷人签订的借款合同效力问题，期望对此类案件办理有所助益。

**【关键词】**民间借贷 合同效力 职业放贷

# 民间借贷中 “职业放贷”的认定及处理

◎ 文 / 梁勇 曹庆 / 重庆办公室





梁勇 | 合伙人

专业领域：金融、公司法律事务  
手机：+86 139 0837 7991  
邮箱：liangyong@zhhlaw.com



曹庆 | 律师助理

专业领域：金融、公司法律事务  
手机：+86 185 8520 5826  
邮箱：Steve@zhhlaw.com

民间借贷，是一种广泛存在的民间资金融通活动，作为平等民事主体之间的经济互助行为，一定程度上满足了社会融资需求，对于促进经济发展起到有益补充作用。但由于其游离于正规金融体系之外，自身带有混乱、无序的弊端，故在逐利动机驱使下容易发生性质变异，并随之诱发一系列负面效应。

## 问题提出

就对民间借贷的监管而言，相比2017年之前的适度宽松期，自2017年起我国进入民间借贷的强监管期。2017年之前最高人民法院对民间借贷的态度与2017年之后存在较大的转变。最高人民法院（2017）最高法民终647号判决首次明确指出“以营业性为目的，未经批准，反复性、经常性从事贷款业务属于非法金融业务活动，其所签订的民间借贷合同因违反效力性强制性规定而无效”。虽然该判决没有直接出现“职业放贷人”字样，但据其裁判精神，我们能够清楚地推断出最高法院在审判实践中明确否定了“职业放贷人”的合法性及其签订的借款合同的有效性。该判决虽然在司法实践中具有一定指导意义，但各地方法院仍然对“职业放贷”的效力及认定上存在争议。

## 职业放贷人签订的借款协议的效力问题

《九民纪要》第53条明确指出：“未依法取得放贷资格的以民间借贷为业的法人，以及以民间借贷为业的非法人组织或者自然人从事的民间借贷行为，应当依法

认定无效。同一出借人在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷行为的，一般可以认定为是职业放贷人。民间借贷比较活跃的地方的高级人民法院或者经其授权的中级人民法院，可以根据本地区的实际情况制定具体的认定标准。”2020年12月修订的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《民间借贷司法解释》）明确规定“未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的其签订的借款合同无效”。综上，对于“职业放贷人”签订的借款合同的效力，根据《九民纪要》及《民间借贷司法解释》都应当认定为合同无效。

## 职业放贷认定问题

### （一）“职业放贷人”的认定条件

对于“职业放贷人”的认定问题，由于缺乏全国统一的认定标准，实践中的争议相对较大。根据《九民纪要》的表述以及《民间借贷司法解释》的规定，我们能够总结出“职业放贷人”的认定一般需要具备以下三个条件：未取得放贷资格；以营利为目的；具有面向不特定对象存在多次性、反复性借款的特点。下面我们分别从这三个条件来探析“职业放贷人”的认定。

#### 1. 未取得放贷资格

《中华人民共和国银行业监督管理办法》第十九条规定“未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。”《九民纪要》规定：“未依法取得放贷资格的以民间借贷为业

的法人，以及以民间借贷为业的非法人组织或者自然人从事民间借贷行为……一般可以认定为职业放贷人。”由此，我们可以简单地将“未取得放贷资格”归纳为：该法人、非法人组织、或者自然人没有取得国务院银行业监督管理机构对于有关从事贷款业务的批准。

## 2.以营利为目的

对于以营利为目的，司法实务中通常是以利率设定来判断是否为“以营利为目的”，但不能机械地把任何形式的收息行为都认定为“以营利为目的”。《民法典》第六百八十条规定：“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利

息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。”可见《民法典》的精神是支持民间借贷存在利息的行为的。至于“以营利为目的”的判断标准，根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020第二次修正）》第二十五条规定“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外”。实务中一般将是否超过“合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍”作为是否以营利为目的的判断标准。鉴于实践中很

多出借人通过介绍费、咨询费、管理费、逾期利息、违约金等名义和从本金预先扣除等方式收取利息，相关数额在计算实际年利率时均应计入。

## 3.面向不特定对象多次性、反复性借款

司法实践中，对“多次性、反复性”的理解较难把握。对此，笔者收集整理了以下法律法规及司法性文件。

《九民纪要》提出：“民间借贷比较活跃的地方的高级人民法院或者经其授权的中级人民法院，可以根据本地区的实际情况制定具体的认定标准。”



《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》规定：“‘经常性地向社会不特定对象发放贷款’是指2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上。”

最高人民法院民事审判第二庭编著的《〈全国法院民事审判工作会议纪要〉理解与适用》中指出：

“最高人民法院最高人民检察院公安部司法部印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》第一条明确规定，‘经常性地向社会不特定对象发放贷款’是指2年内向不特定多人（包括单位与个人）以借款或其他名义出借资金10次以上。贷款到期后延长还款期限的，发放贷款次数按照1次计算。根据本纪要规定，民间借贷比较活跃的地方的高级人民法院或经其授权的中级人民法院，可根据本地区实际情况制定具体的认定标准。但我们认为，如果制定有关标准，不能比刑事司法解释的标准宽。”

为了更好地把握职业放贷认定标准，笔者整理了部分地方高院出台的对于“职业放贷人”的认定标准。

## （二）地方高院出台的对于“职业放贷人”的认定标准

1. 浙江省《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》的通知（浙高法〔2018〕192号）

职业放贷人一般应当符合以下条件：

（1）以连续三年收结案数为标准，同一或关联原告在同一基层法院民事诉讼中涉及20件以上民间借贷案件（含诉前调解，以下各项同），或者在同一中级法院及辖区各基层法院民事诉讼中涉及30件以上民间借贷案件的。

（2）在同一年度内，同一或关联原告在同一基层法院民事诉讼中涉及10件以上民间借贷案件，或者在同一中级法院及辖区各基层法院民事诉讼中涉及15件以上民间借贷案件的。

（3）在同一年度内，同一或关联原告在同一中级法院及辖区各基层法院涉及民间借贷案件5件以上且累计金额达100万元以上，或者涉及民间借贷案件3件以上且累计金额达1000万元以上的。

（4）符合下列条件两项以上，案件数达到第1、2项规定一半以上的，也可认定为职业放贷人：

- ①借条为统一格式的；
- ②被告抗辩原告并非实际出借人或者原告要求将本金、利息支付给第三人的；
- ③借款本金诉称以现金方式交付又无其他证据佐证的；
- ④交付本金时预扣借款利息或者被告实际支付的利息明显高于约定的利息的；







⑤原告本人无正当理由拒不到庭应诉或到庭应诉时对案件事实进行虚假陈述的。

2.《江苏省高级人民法院关于建立疑似职业放贷人名录制度的意见（试行）》

（1）职业放贷人是指未取得金融监管部门批准，不具备发放贷款资质，但向社会不特定对象出借资金以赚取高额利息，出借行为具有营业性、经常性特点的单位，以及以放贷为其重要收入来源，经常性向不特定对象放贷并赚取高额利息的个人。

（2）各基层人民法院要根据自身实际，建立疑似职业放贷人名录制度。审理民间借贷案件首先要进行关联案件查询，同一出借人及其实际控制的关联关系人作为原告一年内在全省各级人民法院起诉民间借贷案件5件以上的，该出借人应当纳入疑似职业放贷人名录。通过案件审理或者其他途径可以初步确定为职业放贷人的，不受上述案件数量的限制。

（3）疑似职业放贷人名录应当包括疑似职业放贷人姓名、居民身份证号码、住所、一年内在全省各级人民法院起诉民间借贷案件的数量。疑似职业放贷人为单位的，应当列明单位名称、法定代表人或负责人姓名、住所、一年内在全省各级人民法院起诉民间借贷案件的数量。

3.天津市《天津市高级人民法院天津法院民间借贷案件审理指南（试

行）》（津高法〔2020〕22号）

职业放贷行为的审查，出借人未依法取得放贷资格，在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷的，一般可以认定构成职业放贷行为。因职业放贷行为形成的民间借贷合同无效。

职业放贷行为具有营业性和营利性。审理民间借贷案件中，可以根据出借人在一定期间内放贷次数、同一原告或关联原告提起民间借贷案件数量、借贷合同约定格式化程度以及出借人是否公开推介、宣传或明示出借意愿、借款金额和利息等因素综合认定出借人是否具有营业性。同一原告或者关联原告在两年内向全市法院提起民间借贷案件5件以上，或者出借人在两年内向社会不特定人出借资金3次以上的，一般可以认定出借人的放贷行为具有营业性。借贷合同约定利息、服务费、咨询费、管理费、违约金等相关费用的，或者借款人已实际支付上述费用的，应认定出借人以营利为目的出借款项。主要业务或日常业务不涉及放贷的出借人偶尔出借款项，或者出借人基于人情往来不以营利为目的出借款项，不构成职业放贷行为。

4.广西壮族自治区高级人民法院在其下发的《关于审理涉及新冠肺炎疫情民事案件的指导意见》

“原则上，出借人未依法取得放贷资格，在2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上，可以认定构成

职业放贷行为。因职业放贷行为形成的民间借贷合同无效，借款人应当返还借款本金和占用期间利息损失（按照同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算）。”

### （三）笔者对职业放贷认定的建议

除部分民间借贷问题突出的地区外，我国更多地区的地方高院并没有公布“职业放贷人”的认定标准，甚至有的地区还没有出现将资金出借人认定为职业放贷人的判例。针对不同地区的实际情况，在认定职业放贷人时，笔者认为应当区别处理。

1.地方高院没有出台职业放贷认定标准，且没有已认定为职业放贷人判例的地区

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》规定的“经常性地向社会不特定对象发放贷款”，是指2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上。最高人民法院民事审判第二庭编著的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》中指出的“我们认为，如果制定有关标准，不能比刑事司法解释的标准宽”。结合以上司法性文件，笔者认为对于地方高院没有出台职业放贷认定标准，且没有已认定为职业放贷判例的地区，以“2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金

10次以上”作为参考认定标准较为合理。

2.地方高院没有出台职业放贷认定标准，但已有资金出借人被认定为职业放贷人判例的地区

虽然部分地区的法院并没有出台职业放贷认定标准，但该地区已经出现资金出借人被认定为职业放贷人的判例，对于这部分地区，笔者认为应当将相关判例结合“2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上”综合考量资金出借人是否符合职业放贷认定标准。

3.地方高院已出台职业放贷认定标准，但尚未出现将资金出借人认定为职业放贷人判例的地区

对于地方高院已出台职业放贷认定标准，但尚未出现将资金出借人认定为职业放贷人判例的地区，在认定职业放贷人时，笔者认为，鉴于该地区高院已对职业放贷认定作出规

定，且无可供参考的地方判例，按照《九民纪要》第53条“民间借贷比较活跃的地方的高级人民法院或者经其授权的中级人民法院，可以根据本地区的实际情况制定具体的认定标准”的规定，在认定职业放贷人时，应当充分尊重该地方高院的规定，严格按照地方高院出台的职业放贷认定标准判断资金出借人是否为职业放贷人。

4.地方高院已出台职业放贷认定标准，且该地区已有将资金出借人认定为职业放贷人的判例

职业放贷的认定既有地方标准，又有已被认定为职业放贷人判例的地区，通常是民间借贷较为活跃的地区，民间借贷无论在数量上还是金额上都在该地区成为正规金融借贷的补充，为地区经济发展发挥着至关重要的推动作用。因此，如果民间借贷行为不能在该地区得到很好的规范，造成的反效果也将是巨大的。笔者认为此类地区在认定职业放贷人时应当更为谨慎，需从职业放贷的三个特点

出发，将地方高院发布的认定标准和已有地方判例相结合，综合考量资金出借人是否为职业放贷。

## 结语

民间借贷为急需资金及贷款无门的中小企业及个人提供了资金融通机会，成为经济生活不可或缺的润滑剂，但目前普通民众投资的盲目性和“职业放贷”行为的无序泛滥，使得“职业放贷人”为借款人提供借款便利的同时也造成了对社会经济的危害。“职业放贷人”带来的负面影响是来自多个方面的，比如法院公信力、借款人权益保障等方面，亟待解决。笔者呼吁尚未出台职业放贷认定标准的地方高院应当尽快根据现行法律法规，结合当地经济情况，制定合理的职业放贷认定标准，规范民间借贷行为，让合法民间借贷更好地依靠其简便、灵活等优势缓解资金供求矛盾，促进社会经济发展。



**【摘要】** 基于区块链技术的比特币，一度因其去中心化的运行模式、广泛的流动性以及稳定可控的发行量被视为未来全球货币的进化方向。然而，尽管近年来比特币价格高涨引发“炒币”热潮，对于比特币的评价仍存在两极分化的情况。币值不稳定、挖矿能耗高、污染重、交易流量受限、监管缺位等问题，使得比特币备受诟病。2021年3月9日，内蒙古自治区发布政策，要求于4月底前清退虚拟货币挖矿项目。这是地方政府首次出台通知明确清退虚拟货币挖矿项目，其背后蕴含的政策导向值得深思。

**【关键词】** 比特币 挖矿 电力 监管

# 浅析中国比特币 “矿场” 监管

◎ 文 / 李永 冯皓雪 / 成都办公室



## 关于比特币的概念

比特币是一种源代码可以为公众使用的、基于网络的、点对点的匿名虚拟货币，它由中本聪于2008年提出，是世界上第一个去中心化的分布式匿名数字货币。<sup>①</sup>

“挖矿”，是一种获取比特币等加密虚拟货币的形象说法，它是指利用芯片根据特定算法进行计算，得出正确答案后以此换取虚拟货币的过程。这个过程可以看作是在大量代码中进行的一系列数学运算。因此，计算能力越强的芯片，运算能力越快，也就能更快或者更大可能性地计算出结果并换取虚拟货币。除此之外，越多的芯片同时计算，也能加快虚拟货币的获取进程。而随着虚拟货币的盛行，内置多芯片的“矿机”应运而生。所谓“矿机”，即是内置多芯片用于计算，从而赚取虚拟货币的设备，“矿场”则是集中管理“矿机”的场合。

## 监管原因

由于获取虚拟货币的过程主要依靠“矿机”计算，电力也就成为了挖矿的主要消耗资源。根据剑桥大学公布的比特币电力消耗指数，2021年4月9日实时估计数据（<https://cbeci.org/cbeci/comparisons>）显示，比特币“挖矿”每年消耗电力约为138.43太瓦时，已经超过了瑞典、乌克兰、阿根廷、挪威等国家2019年消耗的电力。如果比特币是一个国家，其每年耗电量在世界排名位列27。

而本次内蒙古自治区发展和改革委员会（以下简称内蒙古自治区发改委）出台通知清理虚拟货币挖矿项目的直接原因，可能就与能源消耗以及环境污染有关。

根据剑桥大学公布的数据，截至2020年4月，中国比特币“挖矿”计算能力约占全球的65%，而其中内蒙古自治区约占8%。<sup>②</sup> 根据国家发展和改革委员会（以下简称国家发改委）2021年第1号公告，对各省（区、市）2019年度能源消费总量和强度双控措施落实和目标完成情况的考核结果中，内蒙古自治区是唯一考核结果为未完成等级的省份，并受到了通报批评。与此同时，中国承诺将于2060年完成碳中和承诺，内蒙古自治区的虚拟货币挖矿项目耗电高，而其主要采用火力发电的方式导致虚拟货币挖矿项目将产生大量温室气体排放，可能导致严重污染环境且不利于实现能耗双控计划和碳中和承诺。

另外，根据《自然-通讯》发表的一项名为 Policy assessments for the carbon emission flows and sustainability of Bitcoin blockchain operation in China的研究发现，中国与比特币挖矿相关的能耗和碳排放正在快速增长。这份研究指出，根据当前的比特币挖矿潮流，2024年中国比特币区块链操作的能耗预计将达到约297万亿瓦时的峰值，并将产生约1.3亿公吨的碳排放，这个数值超过了欧洲全部中等国家（如意大利、捷克共和国）的全年温室气体排放量。<sup>③</sup> 可想而知，随着挖矿的进一步盛行，采用火力发电的虚拟货币挖矿项目和实现碳中和目标可



李永 | 合伙人

专业领域：基金、跨境投融资、公

司、知识产权

手机：+86 136 7801 9370

邮箱：hunterli@zhhlaw.com

① 王艺蓉.我国比特币交易平台法律风险防控机制研究[J].法制与社会,2017(24):78.

② 剑桥大学.比特币电力消耗指数[EB/OL]. [https://cbeci.org/mining\\_map](https://cbeci.org/mining_map).

③ Nature Portfolio.中国比特币挖矿对气候的影响|《自然-通讯》论文[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/QQk4mvbKHHctSQWi5vLj9w>, 2021-4-7.

能将存在难以调和的矛盾，而这直接导致的后果将是，不仅在内蒙古自治区，所有火力发电的挖矿项目都可能因为环境和能源保护政策而受到较大阻力。

除此之外，近年来各地均存在不同程度的非法盗电用于虚拟货币“挖矿”，呼吁“矿场”合规用电、政府加强电站供电监管的声音也不绝于耳。四川省人大代表赵藹就曾于四川省第十三届人民代表大会中建议“全面整顿规范比特币‘矿场’项目用电，并将符合要求的比特币‘矿场’纳入水电消纳示范专场交易”。<sup>④</sup>从合法合规用电角度加强对挖矿项目的监管亦有可能是未来的监管方向之一。

除了能源消耗和环境保护等直接原因，究其根本，清理“挖矿”项目可能与近年来金融相关部门对比特币等虚拟货币交易的审慎态度有关。2013年，中国人民银行、工业和信息化部等五部门联合发布《关于防范比特币风险的通知》，明确强调各金融机构和支付机构不得开展与比特币相关的业务；2017年初，中国人民银行曾对“火币网”和“币行”两家比特币交易平台开展检查，并相继约谈其他平台主要负责人；2017年，中国互联网金融协会发布《关于防范比特币等所谓“虚拟货币”风险的提示》；2018年，银保监会、中央网信办等五

部门联合发布了《关于防范以“虚拟货币”“区块链”名义进行非法集资的风险提示》，各地金融工作领导小组均陆续发布或转发《关于引导我区虚拟货币“挖矿”企业有序退出的通知》等类似文件。可以看出，总的来说，金融等相关部门对比特币等虚拟货币持相对审慎态度。

## 监管现状

尽管相关部门对于比特币交易持相对审慎态度，目前，国内并没有出台相关法律法规直接对比特币“挖矿”项目进行规制。然而，近年来随

着对能源和环境保护问题重视程度的加深，虚拟货币“挖矿”项目用电情况的监管可能会逐步收紧，目前的监管现状主要体现在法律和政策两个方面。

### （一）法律方面

1.擅自接线用电用于“挖矿”涉嫌盗窃

《中华人民共和国电力法》第七十一条规定：“盗窃电能的，由



<sup>④</sup> 钟帆，邓童童，省人大代表赵藹：关注基础设施建设 建议四川电力统筹发展[EB/OL]. <https://xw.qq.com/amhtml/20200510A0FPFA00>, 2020-5-10.

电力管理部门责令停止违法行为，追缴电费并处应交电费五倍以下的罚款；构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。”

《电力供应与使用条例》第三十一条规定：“禁止窃电行为。窃电行为包括：（一）在供电企业的供电设施上，擅自接线用电；（二）绕越供

电企业的用电计量装置用电；（三）伪造或者开启法定的或者授权的计量检定机构加封的用电计量装置封印用电；（四）故意损坏供电企业用电计量装置；（五）故意使供电企业的用电计量装置计量不准或者失效；（六）采用其他方法窃电。”第四十一条规定：“违反本条例第三十一条规定，盗窃电能的，由电力管理部门责令停止违法行为，追缴电费并处应交电费5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

《中华人民共和国刑法》第二百六十四条规定：“【盗窃罪】盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

《最高人民法院最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：“盗窃的数额，按照下列方法认定：……（三）盗窃电力、燃气、自来水等财物，盗窃数量能够查实的，按照查实的数量计算盗窃数额；盗窃数量无法查实的，以盗窃前六个月月均正常用量减去盗窃后计量仪表显示的月均用

量推算盗窃数额；盗窃前正常使用不足六个月的，按照正常使用期间的月均用量减去盗窃后计量仪表显示的月均用量推算盗窃数额。”

根据上述规定，部分企业擅自接线窃取电力用于比特币“挖矿”的行为，涉及违反相关规定，可能受到相应处罚甚至被追究刑事责任。近年来，此类案件层出不穷。近一年来，中国裁判文书网上公布的涉及盗窃电力用于比特币“挖矿”的刑事判决书不下百则。

2019年12月25日，江苏省镇江市丹徒区人民法院对特大盗窃国家电能案进行了宣判，被告人兰某锋、李某、毛某明等人通过将互感器短接等方式盗窃国家电能用于比特币“挖矿”，涉案金额达1300多万元，10名被告人被依法判处有期徒刑3至13年不等刑期，并处罚金30万元。<sup>⑤</sup>

根据(2020)津03刑终272号刑事裁定书，刘某购买一台变压器后擅自接线，偷电运行433台比特币“挖矿机”，经查明，其窃电电量为589942.08kwh，窃电金额为434933.76元，刘某被判处有期徒刑十年，并处罚金人民币八万元。

根据(2021)豫04刑终62号刑事判决书，李某等人擅自从上徐村



⑤ 彭荣才.特大“挖矿”盗窃电能案主犯获刑13年[J].农村电工, 2020, 28(03):18.



6KV1月新井5号杆下线绕越计量表（电表）接线到仓库为“挖矿机”运行供电，窃电金额按180天每天用电量12小时认定为107605.6元，主犯李某被判处有期徒刑三年，并处罚金人民币四万元。

2. 发电站未经许可擅自供电涉及违反《电力监管条例》《电力业务许可证管理规定》等相关规定

《电力业务许可证管理规定》第

七条规定：“电力业务许可证分为发电、输电、供电三个类别。从事供电业务的，应当取得供电类电力业务许可证。”第四十条规定：“未依法取得电力业务许可证非法从事电力业务的，应当责令改正，没收违法所得，可以并处违法所得5倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

部分发电企业非法拉专线供电用于“挖矿”，涉及违反《电力业务许

可证管理规定》，在未取得供电类电力业务许可证的情况下非法供电，并可能受到行政处罚。

2019年11月11日，国家能源局四川监管办公室发布了两则行政处罚决定书（川监能罚字[2019]2号、3号），其中指出四川华电杂谷脑水电开发有限责任公司（以下简称华电杂谷脑水电）、四川省水电投资经营集团道孚有限责任公司（以下



简称道孚公司)在未取得供电类的电力业务许可证的情况下,擅自搭建输电线路,分别于2018年2月至10月、2018年9月至2019年8月,分别向成都聚峰售电有限公司和四川腾开电力工程有限公司进行非法供电,非法销售电量约1.05亿千瓦时和4226.26万千瓦时。而据中国能源报记者指出:“成都聚峰售电公司2018年正在开展比特币生产业务,并已与华电杂谷脑水电签订富余电量消纳协议。”<sup>⑥</sup>最终,华电杂谷脑水电被处罚没人民币约60万元,道孚公司被处罚没人民币约40万元。

## (二) 政策方面

国家发改委曾在《产业结构调整指导目录(2019年本,征求意见稿)》中将虚拟货币“挖矿”活动(比特币等虚拟货币的生产过程)列入淘汰类产业,而淘汰类主要是“不符合有关法律法规规定,不具备安全生产条件,严重浪费资源、污染环境,需要淘汰的落后工艺、技术、装备及产品”。虽然最终正式发布的《产业结构调整指导目录(2019年本)》中该项已被删除,但也可以看出国家发改委对于虚拟货币“挖矿”活动持相对审慎态度。

就地方而言,一方面,在主要采取火力发电的地区,由于“挖矿”项目能源消耗大、碳排放量高,项目可能面临环境、能源方面的政策阻

力。2019年11月11日,内蒙古自治区工业和信息化厅发布了《关于对虚拟货币“挖矿”企业清理整顿情况联合检查的通知》,通知提到检查清理对象为与实体经济无关、规避监管、能耗较大、以“大数据产业”为包装享受地方电价、土地和税收等方面的优惠政策的虚拟货币“挖矿”企业。2021年3月9日,内蒙古自治区发改委、工业和信息化厅、能源局印发了《关于确保完成“十四五”能耗双控目标任务若干保障措施》的通知,该通知明确要“合理有序控制数据中心建设规模,严禁新建虚拟货币挖矿项目”“全面清理关停虚拟货币挖矿项目,2021年4月底前全部退出”。

另一方面,在主要采取清洁能源发电如水力发电的地区,尤其在丰水期,“挖矿”项目在某种程度上有利于节约资源、消纳弃水弃电,“挖矿”项目可能不会面临火力发电类似的环境、能源方面的政策阻力。如四川省人民政府于2019年7月31日发布了《四川省水电消纳产业示范区实施方案》(川办发〔2019〕50号),为促进水电充分消纳,在甘孜州、攀枝花市、雅安市、乐山市、凉山州、阿坝州开展水电消纳产业示范区试点,方案执行期限为2019年8月1日至2022年12月31日。据悉,其公布的“水电消纳示范企业”中存在不少“大数据”企业。<sup>⑦</sup>但由于各水电消纳产业示范区的相关政策并未完全

公开,笔者无法从公开渠道获悉“矿场”是否入驻水电消纳示范区以及其入驻的相关要求和手续。

总的来说,目前对于比特币“矿场”监管主要体现在能源方面,合法合规用电是基本的要求。除此之外,对于采用火力发电地区的比特币“矿场”,由于其存在碳排放量大的环境问题,未来可能会面临相关政策的进一步限制。对此,笔者将持续关注相关法律法规、政策动态及司法判例。

<sup>⑥</sup> 闫志强.四川“专线供电”身陷违法困境[EB/OL].中国能源报<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1653139407419530698&wfr=spider&for=pc>,2019-12-17.  
<sup>⑦</sup> 吴说区块链.四川第二批水电消纳企业披露 矿场合规落地第一年[EB/OL].<https://mp.weixin.qq.com/s/4sNtRX6PMb8o-bky3Zkoqg>,2020-8-14.

**【摘要】**我国法律规定的合同违约金，兼具补偿性和惩罚性的功能，并赋予了当事人与法官对违约金的标准进行适当调整的权利与权力。但受限于平衡性司法理念的制约，我国司法实践中对于违约金的认识大多停留在补偿性的层面，对于惩罚性违约金的理解度和支持度都不高。但随着经济和社会的发展，对合同主体擅自违约的规制和惩罚越来越受到重视。如何发挥惩罚性违约金的履约担保功能与违约震慑效果，使其成为公平、诚信履约的稳定器，值得我们进一步总结和研究。

**【关键词】** 惩罚性违约金 补偿性违约金 适用规则

# 惩罚性违约金的 适用规则与司法实践初探

◎ 文 / 肖东 尹菁 / 重庆办公室



## 问题的由起

J公司作为发包人与Z公司作为承包人签订了《建设工程施工合同》(以下简称《施工合同》),其中约定:Z公司承建J公司名下的两栋商业写字楼和商业裙楼,工程总面积33万m<sup>2</sup>。如Z公司延误工期的, B塔楼1-34层砌体以20万元/天赔偿给J公司, A塔楼1-65层砌体工期赔偿金额计算方式为J公司已投入项目的资金20亿元乘以资金占用利率(年利率10%除以365天)乘以延误天数赔偿给J公司。以上两个塔楼工期节点以外的其他工期,每一节点以5万元/天赔偿给J公司。2019年1月16日, Z公司向J公司出具1份《承诺书》,承诺按照约定工期完成相关水电工程,否则将按照56万元/天的标准向J公司承担违约责任。

在施工过程中, J公司严格按照合同约定足额支付了工程进度款,即使在Z公司未按约完成主要节点工期的情况下,为更好地推动工程建设, J公司甚至超额支付了工程进度款项9000余万元。但合同履行过程中, Z公司的工程进度一直严重滞后, 虽经J公司多次书面催告并委托律师发函警告, Z公司始终未能纠正其违约行为。《施工合同》中约定的主要节点工期严重延期, 项目施工自2014年开工至今仍未完工交付。

J公司认为其作为发包方, 已按照合同约定及时、足额履行了工程款支付义务, 甚至超额支付工程款, 履行了合同约定的主要责任和义务。而Z公司因经营资金短缺和内部管理混乱的原因, 造成项目工程进度的严重滞后, 且Z公司为逃避工期违约责任, 并满足其不合理的结算条件, 以项目B塔楼竣工为条件要挟J公司, 在具备竣工验收的条件下, 迟迟不肯配合J公司办理相应的资料

移交和竣工验收手续, 属于严重、恶意的违约行为, 致使J公司无法销售B塔楼房屋, 极大增加了银行的融资成本, 造成了J公司巨额的经济损失。J公司有权按照《施工合同》的约定要求Z公司继续履行合同, 并承担相应的工期延误的违约赔偿责任。

上述案例中, 在Z公司逾期竣工的前提下, J公司主张严格按照上述约定的违约金水平计算Z公司的违约责任, 初步估算违约金数额已达6.5亿元左右, 故Z公司则提出违约金约定过高, 要求依法调减的抗辩。由于涉案项目事实上已经具备完工条件, Z公司是为了争取更大的结算利益, 而以项目现场完工为要挟, 企图迫使J公司接受更高的结算价款。在这种情况下, J公司和Z公司达成的逾期完工违约金条款是否有效? Z公司存在恶意延误工期的行为, 是否应当依照其自行承担的惩罚性违约金条款来承担责任呢?

## 惩罚性违约金的剖析与研判

### (一) 合同违约金的的概念和性质

#### 1. 补偿性违约金与惩罚性违约金的的概念

根据我国法律规定及司法实践, 合同的违约金一般可分为补偿性违约金和惩罚性违约金。所谓补偿性违约金是指当事人双方预先估计到违约可能发生的损失数额, 在一方违约以后, 另一方可直接获得预先约定的违约金数额, 以弥补其遭受的实际损失, 也称为赔偿性违约金; 所谓惩罚性违约金, 又称为固有意义上的违约金(一般是), 是指对债务人的过错违约行为的惩罚, 与实际损失没有必然联系, 除了支付违约金外, 违约方仍须赔偿损失和继续履行合同义务。

全国人大法工委在民法典释义中认



肖东 | 合伙人

专业领域: 建筑及地产、金融、公司法律事务

手机: +86 136 0830 9319

邮箱: tony-x@zhhlaw.com



尹菁 | 律师

专业领域: 建筑及地产、金融、公司法律事务

手机: +86 184 2313 9650

邮箱: vera@zhhlaw.com

为，补偿性违约金主要以填补守约方损失为目的，惩罚性违约金主要目的在于向合同相对方施加履行合同的心理压力，意在督促其积极履行合同义务。因此，补偿性违约金，应以实际损失的发生为前提，并且遵循填平损失原则，以不超过因违约造成的损失为限；惩罚性违约金，通常不以实际损失的发生为前提，经当事人请求，法院或仲裁机构可以进行适当的司法干预，以实际损失为基础，在综合合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素的基础上，合理平衡合同自由与公平原则、诚实信用原则，可以予以合理调整。

## 2. 惩罚性违约金的功能

### (1) 履约担保功能

惩罚性违约金作为债务不履行后果的预先安排，由于其不以实际损失存在为前提，不以实际损失为调整标准，属于债务人额外的负担，因此其可以让债务人更明确、清楚地感知其违约可能引发的不利后果，从而确保债务的履行。

### (2) 违约震慑功能

惩罚性违约金因其系当事人的意思自治结果，除非存在违法无效、或极不公需要调整的情形，司法机关原则上可不予以调整。因此，惩罚性违约金可以有威慑力的、压制性违约金对债务人施加预防性的压力，从而预防此类相同或类似的不法行为再度发生，并督促违约方尽快纠正其违约行为，诚信履约。

### (3) 利益平衡功能

在很多商业案例中，因行业的特殊性，以及商业行为及预期利益的难以预测性，在合同一方恶意违约后，守约方的具体损失很难确定，如坚持违约金补偿功能，将导致守约方举证不能而承担不利后果的失衡状态。而惩罚性违约金因其预设性与明确性，可以为司法机关裁判违约金提供明确的司法指引，免去对守约方证明损失的苛求，进而实现对违约行为的法律谴责与裁判结果的利益衡平的有机结合。

## (二) 我国针对惩罚性违约金的相关立法

### 1. 法律规定

《民法典》第五百八十三条（原《合同法》第一百一十四条）规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

### 2. 最高人民法院的指导意见

最高人民法院《关于当前形势下





审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的通知（法发[2009]40号）中对两种违约金作出区分：“对于违约金数额过高高于违约造成损失的，应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则，坚持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质，合理调整裁量幅度。”

人民法院根据《合同法》第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否适用格式合同或条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等“一刀切”的做法，防止机械司法而可能造成的实质不公平。

### 3.地方高院的相关规定

根据《重庆市高级人民法院关于审理合同纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）》（2011年11月11日发）第八条规定：

人民法院对当事人在合同中约定的违约金不主动调整。在一审程序中经人民法院释明后，当事人请求调整的除外。

实际损失存在并且能够认同时，按《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）〉》调整违约金。

实际损失无法认同时，当事人约定的违约金数额不超过以未履行部分为基数，按人民银行同期贷款基准利率4倍计算的利息额的，人民法院可不予调整。超过部分，不予支持。

### （三）司法实践对惩罚性违约金的态度

大陆法系国家与英美法系国家对惩罚性违约金的态度是不同的。大陆法系国家多认为违约是一种不道德的行为，是应该受到谴责的，故承认惩罚性违约金；而英美法系国家则认为违约是当事人的一项权利，故不承认惩罚性违约金。

在惩罚性违约金的问题上，我国立法并没有明确表态，而交由法官在实务中自由裁量。将认定标准交由法官，依照职业道德，利用生活经验，以及逻辑推理，进行自由裁量。

#### 1.最高院的判例

最高法在（2017）最高法民再333号中认为，“惩罚性违约金对于稳定交易秩序有特殊意义。故违约金并非仅以守约方所受损失为赔偿上限，可以适度适用惩罚性违约责任。依据合同约定计算出的违约金数额具有以补偿实际损失为主，惩罚违约当事人为辅的双重属性……适度的惩罚性违约金，有助于维系稳定的合同制度，保护当事人的合理预期，促进交易安全。在违约金的数额符合法律规定的前提条件下应当予以支持。在本案中，能源公司与庆达公司都是商事主体，应当承担与其预期收益相对应

的，谨慎的，合理的注意义务。应有深入的市场参与度、敏锐的市场洞察力，充分的风险预估能力，双方对违约金的约定应当予以尊重并适用。”

类似的案例还有最高人民法院（2013）民申字第1765号民事裁定书，法院并未采纳违约方关于合同约定违约金明显高于实际损失的理由，转而认可了双方在合同中对违约赔偿金的计算约定，且合同是双方充分协商后的真实意思表示，双方应受合同内容的约束。

#### 2.地方法院的判例

上海市第一中级人民法院在（2018）沪01民终6801号案件中，同意一审法院（即上海市奉贤区人民法院）的观点认为：违约金从性质上可以分为赔偿性违约金与惩罚性违约金。赔偿性违约金以填补损失为主要目的，而惩罚性违约金则以阻止债务人违约为主要目的。鉴于惩罚性违约金的目的，其是否过高的判断标准应有别于赔偿性违约金，即主要应以违约金对于阻遏债务人违约是否充分必要为衡量标准，也即以合同订立时基于对阻遏债务人违约所需违约成本的合理预估为准来判断惩罚性违约金的适当性。若将该违约金的数额调整得过低，则其惩罚作用不复存在，通过违约金条款达到自力救济的目的无法实现。

此外，上海市第二中级人民法院在（2016）沪02民终4369号案件中持

类似观点：“现双方当事人上诉就约定的违约金是否过高产生争议，本院认为，违约金的性质兼具补偿性和惩罚性，违约金过高有违补偿性原则，过低则不具惩罚性，无以维护市场正常交易秩序，无以保护守约方、惩戒违约方。”

重庆市第五中级人民法院在（2011）渝五中法民终字第1204号案件中，认为：“本案当事人在约定给付逾期付款利息后，又补充约定兰波公司每逾期违约一次给付20万元违约金，此系当事人在履行过程中逐渐增加的惩罚性违约金，属于当事人之间对恶意违约行为所应承担违约责任的

惩罚性增加，也属当事人在明知法律后果的情况下对自己权利义务的自愿处分，且一审法院对本案当事人约定按同期贷款利率的四倍承担补偿性违约金已调整至按同期贷款利率计算，故一审法院判决兰波公司支付40万元惩罚性违约金并无不当。”

此外，最高人民法院《关于民法典理解与适用》中认为，赔偿性违约金的实质是预定损害赔偿总额，惩罚性违约金才是真正的违约金。

由此可见，随着经济和社会发展，以最高院为代表，各级法院对于司法实践中的惩罚性违约金的态度正

在改变并趋向包容，既尊重当事人的意思自治，也逐步开始重视惩罚性违约金在经济活动中促进诚信交易、确保履约顺利方面的重要作用。

## 惩罚性违约金的适用规则

综合上述相关法律依据、学理依据、司法案例，笔者认为，司法实践中如要适用惩罚性违约金，应尊重以下规则：





### （一）合同主体一般为商事主体

商事主体是一种特殊的民事主体，它以从事营利性活动为目标，法律对其科以特殊的要求和要件；商事主体本身具备的要件及从事商事活动的经验决定了商事主体与普通民事主体相比具有天然的特性，而这种特性就是深入的市场参与度、敏锐的市场洞察力、充分的风险预估能力和足够

的风险承受能力。

商事主体相较于普通民事主体所具有的特性决定了惩罚性违约金在违约方为商事主体时的可适用性。相对于民事主体，商事主体更能够预见致使合同不能履行的风险程度。商事主体在可预见的情况下约定数额较高的违约金，应该是基于自己可承受范围

和能力而作出的，是考量成熟的决定，应当予以尊重并且适用。

### （二）合同约定为主，自由裁量为辅

首先，惩罚性违约金的适用需要双方当事人的明确约定，确实没有约定的法院可以根据违约方的实际损失、违约方的恶意程度、违约情



节来自由裁量。在市场交易活动中，很多的违约金条款约定是非常模糊的，违约情节、违约金计算标准都不清晰。为了遵循合同的达成是双方意思表示一致的结果，避免了合同当事人因一方经验不足，处于弱势，从而显失公平；进而也避免了在私法秩序中存在的“明为违约，实为借贷”的不正常现象。除此之外，确认违约金的效力还应具体结合合同的性质、目的、交易习惯等因素。考量合同双方当事人是否在合同中有明确的约定惩罚性违约金，在意思自治原则之下，合同双方当事人是可以自由设定其行为的权利、义务标准的，自然包括违约的处理方式。

### （三）违约方存在过错，甚至存在主观恶意

虽然合同责任一般适用无过错责任，违约金的承担不以过错为要件，但惩罚性违约金的功能不仅表现为填补守约方的损失，而且主要在于惩罚和制裁严重过错行为，要综合考虑违约方的主观过错程度、动机、赔偿能力等多种因素。由此，对于当事人的善意违约和恶意违约是否考虑适用惩罚性违约金的情况，应当区别对待。实践中，不少当事人完全有履约能力，也具备履约条件，但是为了达到其他目的而故意违约，这就属于恶意违约。恶意违约严重损害了合同双方的互信、社会的诚信与交易的安全，因此有必要强化惩罚性违约金的制裁功能。只有这样，才能保护对方当事人的合法权益，维护良好市场经济秩序。

反之，如果违约行为系因不可抗力、情势变更或其他非违约方因素造成，适用惩罚性违约金的合理性就大打折扣。这种情况下，原则上还是适用补偿性违约金或公平原则解决纠纷。

### （四）惩罚性违约金的认定可不以实际损失为前提

首先，从立法本意看，我国立法允许司法机关适度干预当事人关于违约金达成的合意，其根本目的在于防止违约金条款成为一方压榨另一方并获取暴利的工具，并没有否定违约金制裁违约行为的功能。

其次，根据全国人大法工委关于民法典释义中的观点，无论《合同法》第一百一十四条（《民法典》第五百八十五条），还是《合同法司法解释（二）》，法院或者仲裁机构干预违约金数额的司法调整规则，均是“可以”调整增加或减少，而非是“应当”进行干预，尤其是商事主体之间关于违约金的约定，司法机关应当秉持更加审慎的态度。

因此，在合同对惩罚性违约金有明确的约定情况下，即使守约方无法证明其实际损失，甚至实际损失轻微时，法院应根据当事人约定违约金条款的合同目的，重点考虑违约方的恶意违约或者过失违约的主观过错程度，从维护交易安全、制裁违约行为以督促当事人依照诚信原则全面适当履行合同义务的角度，在守约方不存在以违约金作为获取暴利工具的情况

下，应当充分尊重当事人意思自治，可考虑不调整违约金数额。

## 结语

随着我国经济的发展和改革的深入，守法、诚信、公正等理念已经成为社会主义核心价值观，需要贯彻到法治社会的方方面面。惩罚性违约金因其具有特殊的履约担保、违约震慑和利益衡平的功能，能够有效地督促市场经济主体遵纪守法、信守承诺，在不损害他人利益和社会公益的前提下，合法、有序追求自己的利益。

笔者认为，虽然本文开头讨论案例并没有最终判决，但该案中合同双方均应当严格诚信履约。在J公司足额支付工程进度款的情况下，即便双方存在结算争议，但Z公司据此拖延工程完工，既严重损害了J公司的合法权益，令其无法有效回笼资金，承担了巨额的资金损失，且丧失了大量的商业机会；而且对于Z公司而言，也无法强迫J公司认可其不合理结算金额的交易目的（具体的结算争议可在工程完工后据实交由第三方裁决），属于“损人且不利己”的恶意违约行为，理应受到法律的谴责和否定评价。而对于合同有明确的约定的惩罚性违约金标准，属于双方真实的意思表示，不存在任何违法、违规情形，司法机关也应当予以尊重，最终结合案件实际情况作出公正的裁决。

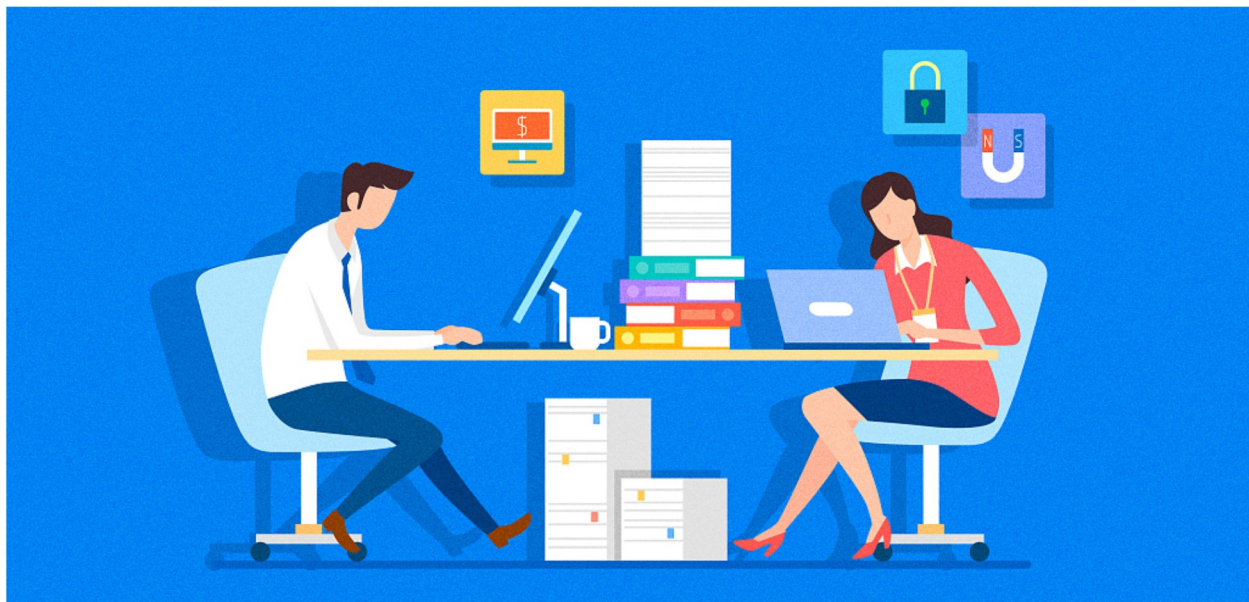
**【摘要】**司法实践中，当事人双方诉讼结果侵害案外人利益的情况层出不穷，我们正在办理的一个执行案件中也存在侵犯案外人（客户）利益的情况。客户从银行受让了开发商的一笔债权，该债权是到期未收回的银行贷款，同时开发商将土地使用权和在建工程都抵押给了银行。在诉讼过程中，客户发现该开发商还存在欠付工程价款的生效判决，工程款优先受偿权已确认，且施工单位已申请法院强制执行。这时，如何维护客户的权益？应提起第三人撤销之诉，还是提出执行异议？是依据《民事诉讼法》第二百二十五条提起执行行为异议，还是依据《民事诉讼法》第二百二十七条提起执行标的异议？执行异议如被驳回，是提起执行异议复议、执行异议之诉，还是申请再审？案外人何种情况下选择何种救济程序是容易混淆和迷茫的法律区域。笔者就相关规定，结合典型案例，对裁判后案外人的法律救济途径进行分析。

**【关键词】**执行异议 第三人撤销之诉 执行异议之诉 案外人救济

# 裁判文书生效后 案外人救济途径解析

——执行异议、执行异议复议、执行异议之诉、执行异议后的审判监督程序、第三人撤销之诉的选择适用

◎ 文 / 孙剑颖 / 重庆办公室



## 几种救济途径的法律概念解读

(一) 第三人撤销之诉制度，系第三人因本人以外的原因未能参加原诉，导致人民法院作出了错误裁判，在这种情形下，为了保护第三人的权益，法律赋予本应参加原诉的第三人有权通过另诉的方式撤销原生效裁判。<sup>①</sup>

(二) 执行异议，当事人、利害关系人及案外人认为法院的执行程序违法、失当，或法院的执行侵犯其实体权利时，法律提供的救济渠道。<sup>②</sup> 执行异议包括执行行为异议和执行标的异议。执行行为异议侧重于执行程序的违法性和失当性，目的是要求法院撤销、纠正违法的执行行为阻却、排除法院的执行。执行标的异议，即案外人对执行标的具有实体权益，排除标的物的强制执行。

(三) 执行异议后的审判监督程序，是指为了纠正已经生效裁判的错误而对案件再次进行审理的程序。

## 几种救济途径的区别

### (一) 行使权利的主体

第三人撤销之诉：有独立请求权的第三人、无独立请求权的第三人

执行行为异议：当事人、利害关系人

执行标的异议：案外人

除提出执行行为异议的当事人外，其

他行使权利的主体都可以认定为案外人。

### (二) 行使权利的期限

第三人撤销之诉：可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。

执行行为异议：当事人、利害关系人应当在执行程序终结之前提出，但对终结执行措施提出异议的除外。

执行标的异议：案外人应当在执行标的的执行终结之前提出，若执行标的由当事人受让的，应当在执行程序终结之前提出。



孙剑颖 | 合伙人

专业领域：公司与并购、银行与金融、争议解决与诉讼

手机：+86 139 8379 2255

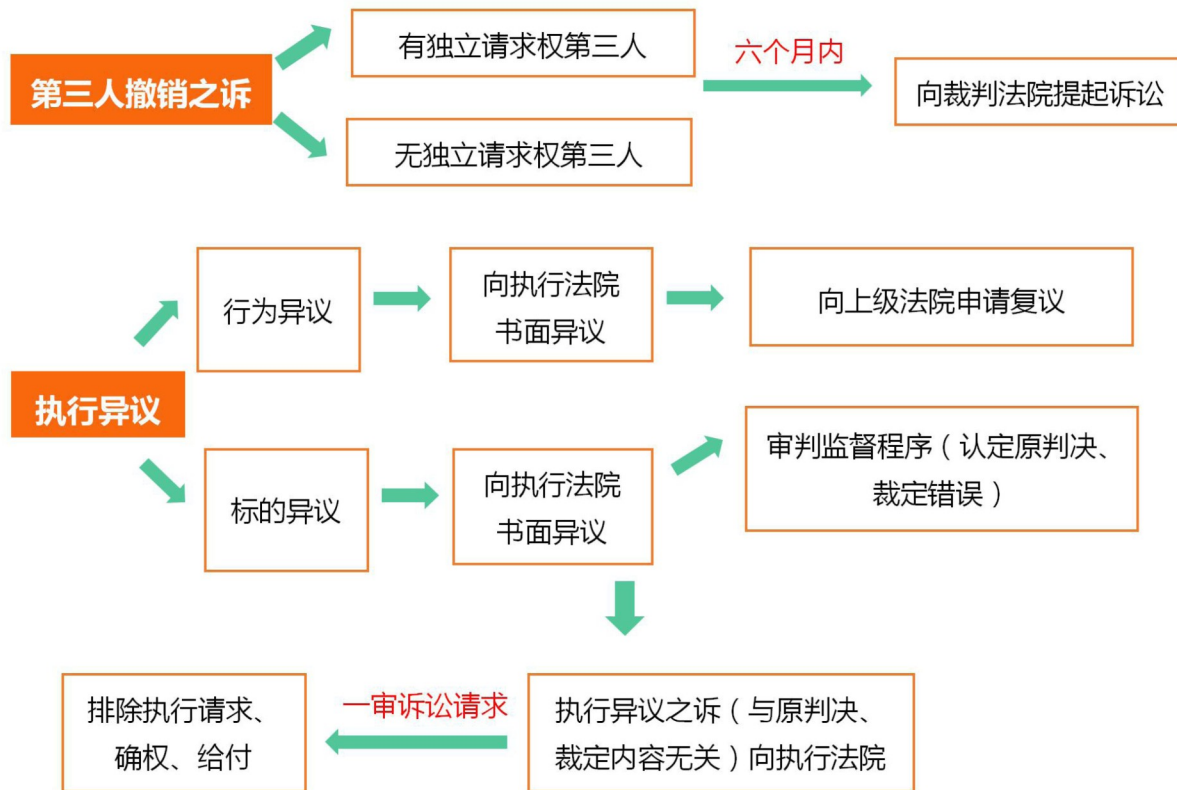
邮箱：susie@zhhlaw.com



<sup>①</sup> 胡军辉、廖永安《论案外第三人撤销之诉》，载《政治与法律》，2007年第五期，123页。

<sup>②</sup> 张卫平《案外人异议之诉》，载《法学研究》2009年第1期

(三) 救济程序



第三人撤销之诉的法律  
 规定和实务裁判要点分  
 析

依据《民事诉讼法》第五十六条规定，提起第三人撤销之诉的“第三人”是指有独立请求权的第三人，或者案件处理结果同他有法律上的利害关系的无独立请求权第三人，但不包括当事人双方。有独立请求权的第三人，是指对当事人之间争议的诉讼标的，有权以独立的实体权利人的资格提出诉讼请求的主体。无独立请求权的第三人，是指虽然对当事人双方的

诉讼标的没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的主体。<sup>③</sup> 第三人同案件处理结果存在的法律上的利害关系，可能是直接的，也可能是间接的。提起第三人撤销之诉的主体必须符合本应作为第三人参加原诉的身份条件。

在最高法指导案例“高光诉三亚天通国际酒店有限公司、海南博超房地产开发有限公司等第三人撤销之诉案”中，最高法认为：公司股东对公司法人与他人之间的民事诉讼生效裁判不具有直接的利益关系，不符合

《民事诉讼法》第五十六条规定的第三人条件，其以股东身份提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。而在“中国民生银行股份有限公司温州分行诉浙江山口建筑工程有限公司、青田依利高鞋业有限公司第三人撤销之诉案”中，法院认为：建设工程价款优先受偿权与抵押权指向同一标的物，抵押权的实现因建设工程价款优先受偿权的有无以及范围大小受到影响的，应当认定抵押权的实现同建设工程价款优先受偿权案件的处理结果有法律上的利害关系，抵押权人对确认建

③ 张卫平《中国第三人撤销之诉的制度构成与适用》，载《中外法学》，2013年



设工程价款优先受偿权的生效裁判具有提起第三人撤销之诉的原告主体资格。

## 执行行为异议及复议的法律规定和实务裁判要点分析

《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第五条规定有下列情形之一的，当事人以外的公民、法人和其他组织，可以作为利害关系人提出执行行为异议：（一）认为人民法院的执行行为违法，妨碍其轮候查封、扣押、冻结的债权受偿的；（二）认为人民法院的拍卖措施违法，妨碍其参与公平竞价的；（三）认为人民法院的拍卖、变卖或者以物抵债措施违法，侵害其对执行标的的优先购买权的；（四）认为人民法院要求协助执行的事项超出其协助范围或者违反法律规定的；（五）认为其他合法权益受到人民法院违法执行行为侵害的。

第七条：当事人、利害关系人认为执行过程中或者执行保全、先予执行裁定过程中的下列行为违法提出异议的，人民法院应当依照《民事诉讼法》第二百二十五条规定进行审查：（一）查封、扣押、冻结、拍卖、变卖、以物抵债、暂缓执行、中止执行、终结执行等执行措施；（二）执行的期间、顺序等应当遵守的法定程序；（三）人

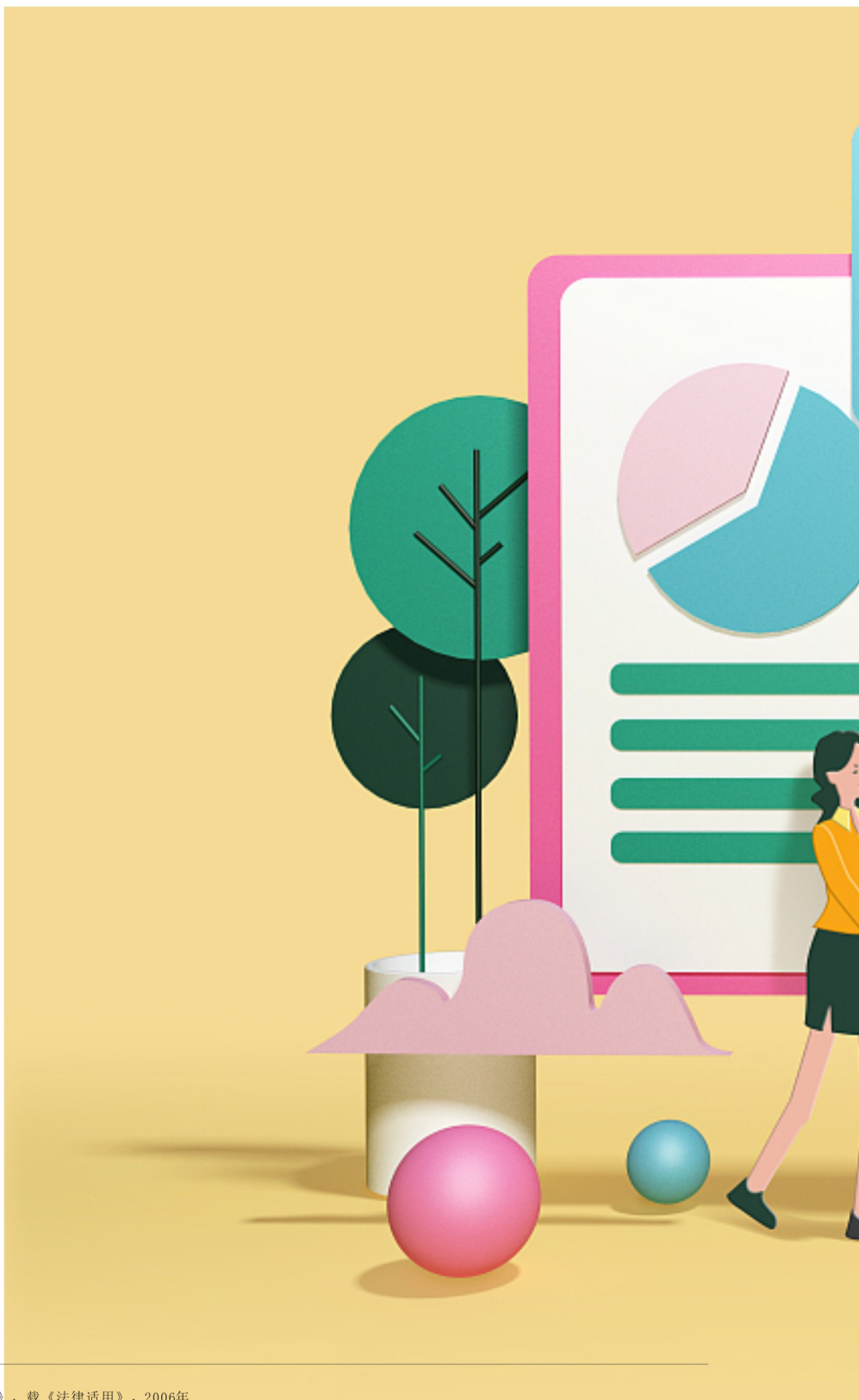
民法院作出的侵害当事人、利害关系人合法权益的其他行为。

在“乔红、德信物业发展（武汉）有限公司再审审查与审判监督民事裁定书”【（2017）最高法民申3820号】一案中，最高院认为：对于在执行过程中存在超标的查封、违法变更执行标的的主张系对执行行为提出的异议，可以依据《民事诉讼法》第二百二十五条依法书面向人民法院提出执行行为异议及执行异议复议。

## 执行标的异议和执行异议之诉的法律规定和实务裁判要点分析

根据《民事诉讼法》的规定，提出执行标的异议是法院的执行侵犯了案外人的实体权利，是为了解决民事权利之间的对抗，以及谁的权利更具有优先性。案外人对执行标的提出执行异议被驳回，“与原判决、裁定无关”可以提起执行异议之诉。即案外人提出的执行异议之诉的诉讼请求不含有其认为原判决、裁定错误的主张。

执行异议之诉，实质上是案外人与申请执行人对执行标的所享有的民事权利所产生冲突的解决<sup>④</sup>，实务中倾向性但仍有争议的观点：如果是物权与普通债权人产生权利的冲突，那



<sup>④</sup> 朱淼蛟、唐学兵、曹慧敏《执行异议之诉的程序构造》，载《法律适用》，2006年



么物权基于排他性的特性，优先于债权；如果案外人与申请执行人对执行标的均具有实体权益，那就需认定谁的实体权益更具有优先性。对于担保物权人能否排除执行，如果案外人享有质权、留置权等担保物权的，基于该类担保物权的特殊性，可以排除标的物的强制执行。

在建设工程价款强制执行过程中，房屋买受人对强制执行的房屋提起案外人执行异议之诉，请求确认其对案涉房屋享有可以排除强制执行的民事权益，但不否定原生效判决确认的债权人所享有的建设工程价款优先受偿权的，属于《民事诉讼法》第二百二十七条规定的“与原判决、裁定无关”的情形，人民法院应予依法受理。

## 第三人撤销之诉与执行程序中案外人执行异议制度

案件进入执行程序后，案外人（第三人）认为原判决、裁定错误导致自身合法权益受到侵害时，保护的途径通常有两种：

（一）可以先提第三人撤销之诉，再提执行异议。

第三人提起第三人撤销之诉后，

未中止生效判决、裁定、调解书执行的。第三人可以提出执行异议，执行法院应当对第三人提出的执行异议予以审查。第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审查的，人民法院不予受理。

（二）驳回执行异议后，不能提出第三撤销之诉，只能申请再审。

案外人对法院驳回其执行异议的裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据《民事诉讼法》相关规定申请再审。第三人提起第三人撤销之诉的，法院不予受理。

## 第三人撤销之诉与案外人申请再审

（一）案外人对第三人撤销之诉与再审程序的启动两方式只能择一行使，而不能同时使用。

既然第三人撤销之诉与再审程序的启动是案外人维护自身权益的两种主要方式，案外人能否同时行使这两种方式来维护自身合法权益？《民诉解释法》第三百零三条：第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书执行的，执行法院对第三人依照《民事诉讼法》第二百二十七条规定提出的执行异议，应予审查。

第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审查的，人民法院不予受理。<sup>⑤</sup>

案外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据《民事诉讼法》第二百二十七条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。根据《民诉解释》第三百零三条第1款、第2款规定：案外人对第三人撤销之诉与再审程序的启动两方式只能择一行使，而不能同时使用。

（二）执行异议诉讼中，究竟采用第三人撤销之诉还是启动再审程序，应根据案外人提出的诉讼请求和原判决、裁定、调解书审理过程中出现的问题，来具体分析作出判断。

以上仅为笔者结合典型案例对裁判后案外人的法律救济途径进行简要的分析论述。实践中，案外人判后救济纷繁复杂，观点争议较大。我们会进一步深入研究。

<sup>⑤</sup> 胡玉洁《第三人撤销之诉与案外人申请再审之关系研究》，载《青年科学》，2014年



**【摘要】**随着社会与科学技术的发展，网络已然成为21世纪的一项标志，人类在给网络带来创新与进步时，网络也给人类带来了巨大的商业与经济效益。随着网络用户数量的逐年增加，网络对人类日常生活产生了越来越大的影响，甚至成为人类的生活习惯。然而，与传统领域一样，网络领域中也存在着经营者为了获取高额利润，利用其自身在相关市场中的支配地位来限制竞争。随着网络的逐步发展，网络领域中的经营者滥用市场支配地位的行为也越来越常见，严重损害了网络行业的健康发展及相对方的合法权益。我国法律对于网络领域中经营者滥用市场支配地位的行为并未进行规制，而《反垄断法》中虽有关于滥用市场支配地位行为的规定，但规定得过于宽泛、不确定，加上网络行业自身的特殊性，导致并不能完全有效地进行界定与规制。所以，我国应在现有的法律基础上，结合网络领域行业的特点，完善及制定相关法律法规。而本文分三部分来进行论述：第一部分阐述我国最近几年来网络领域中经营者滥用市场支配地位的三个典型案例的案情，结合法院裁判结果，归纳出争议焦点；第二部分是争议焦点进行法理分析，分别对网络相关市场如何界定、如何界定构成滥用市场支配地位及滥用市场支配地位的法律进行法理分析；第三部分总结我国法律在规制网络领域行业中滥用市场支配地位行为方面存在哪些缺陷与不足，并由此提出建议。

**【关键词】**网络领域 相关市场 滥用市场支配地位 法律责任

# 网络领域中经营者滥用市场支配地位的法律规制研究

◎ 文 / 高伟 张婷 / 贵阳办公室





高伟 | 合伙人

专业领域：合同领域、建设工程领域、资产重组领域  
手机：+86 139 8511 8511  
邮箱：Alexander@zhhlaw.com



张婷 | 律师

专业领域：合同领域、侵权纠纷  
手机：+86 131 9521 7541  
邮箱：Katina@zhhlaw.com

## 案件介绍及争议焦点

### (一) 案情简介

#### 1. 360诉QQ案

腾讯公司在2010年5月推出一款与360安全卫士功能相类似的软件——“QQ电脑管家”。而奇虎360也在不久后推出名为“扣扣保镖”的软件，并向外宣布，这款软件具有保护和防止QQ窃视用户隐私和数据的功能。后腾讯向其用户发出信息，宣称“如果用户的电脑上既有360又有QQ，那么腾讯会将电脑上的QQ停止运行”。此外，腾讯还对通讯软件进行捆绑。奇虎360称，腾讯让用户选择的行为严重损害了本公司的利益，遂向广东高院提起诉讼，要求腾讯公司停止垄断行为，并赔礼道歉及赔偿损失。奇虎360称，在中国地区内，360与腾讯具有竞争关系，且主要在即时通信软件领域，其中，腾讯公司占市场份额的76.2%、QQ软件的渗透率为97%，由此可以推断腾讯具有市场支配地位。最后，腾讯的捆绑和强制用户删除360软件的行为是属于对其市场支配力的滥用。腾讯称，相关市场应该是全球地区的“互联网应用平台”。而奇虎360认为本案的相关市场界定为中国地区，属于界定较窄。因即时通讯服务市场可代替性高、门槛低、市场竞争激烈，所以腾讯不具备市场支配地位。最后，捆绑与限制交易的行为是合法合理的，其并不构成支配权的滥用。

一审法院认为，腾讯让用户“二选一”的行为属于反垄断法中的限制交易行为。本案相关市场是全球范围，而原告奇虎360也不能证明腾讯具有支配地位，故不支持原告的诉讼请求。后原告不服提起上诉，最后二审法院认为，虽然一审法院采用

假定垄断测试法来界定免费经营模式下的相关市场有所不当，但适用法律正确，裁判结果适当，故判处驳回上诉。

#### 2. 人人起诉百度案

全民医药网经人人公司开办后，为了提高其网站在百度的搜索排名，人人公司开始向百度支付费用。不久后，该网站进行了改进，开始减少对百度的资金投入。之后，该网站的访问量大量减少，相关链接在百度上只剩下4条。故人人公司便认为百度恶意屏蔽全民医药网相关搜索链接，属于滥用市场支配地位，遂起诉要求百度赔偿损失。百度公司称，搜索引擎服务是免费向用户开发的。且因该网站本身带有



大量的垃圾链接，所以才遭限制，但限制行为并不影响竞价排名的搜索结果。

法院认为，“中国搜索引擎服务市场”是本案相关市场。原告证明被告具有市场支配地位的证据不足，但被告提交的证据能够证明全民医药网存在大量“垃圾外链”。最后，法院认为被告实施的屏蔽行为属于正当性行为，故判决驳回人人公司的诉讼请求。

### 3. 书生起诉起点案

书生公司旗下读吧网与起点中

文网同属于在线网络文学性质的互联网公司，一名为“我吃西红柿”的网友发表了一篇名《星辰变》的小说于起点中文网上。此作品吸引了大多数网民。该部小说完成后，书生公司委托网络文学写手寇彬、李亚鹏以“不吃番茄”为笔名创作《星辰变后传》，并让其在读吧网上发表。因作者笔名相似、两部作品中的人物和情节之间存在关联性，使读者陷入误解。在舆论和起点中文网的压力下，寇彬和李亚鹏停止了撰写续集并在起点中文网上向《星辰变》的作者发了一封致歉信。书生公司以此提起诉讼，请求

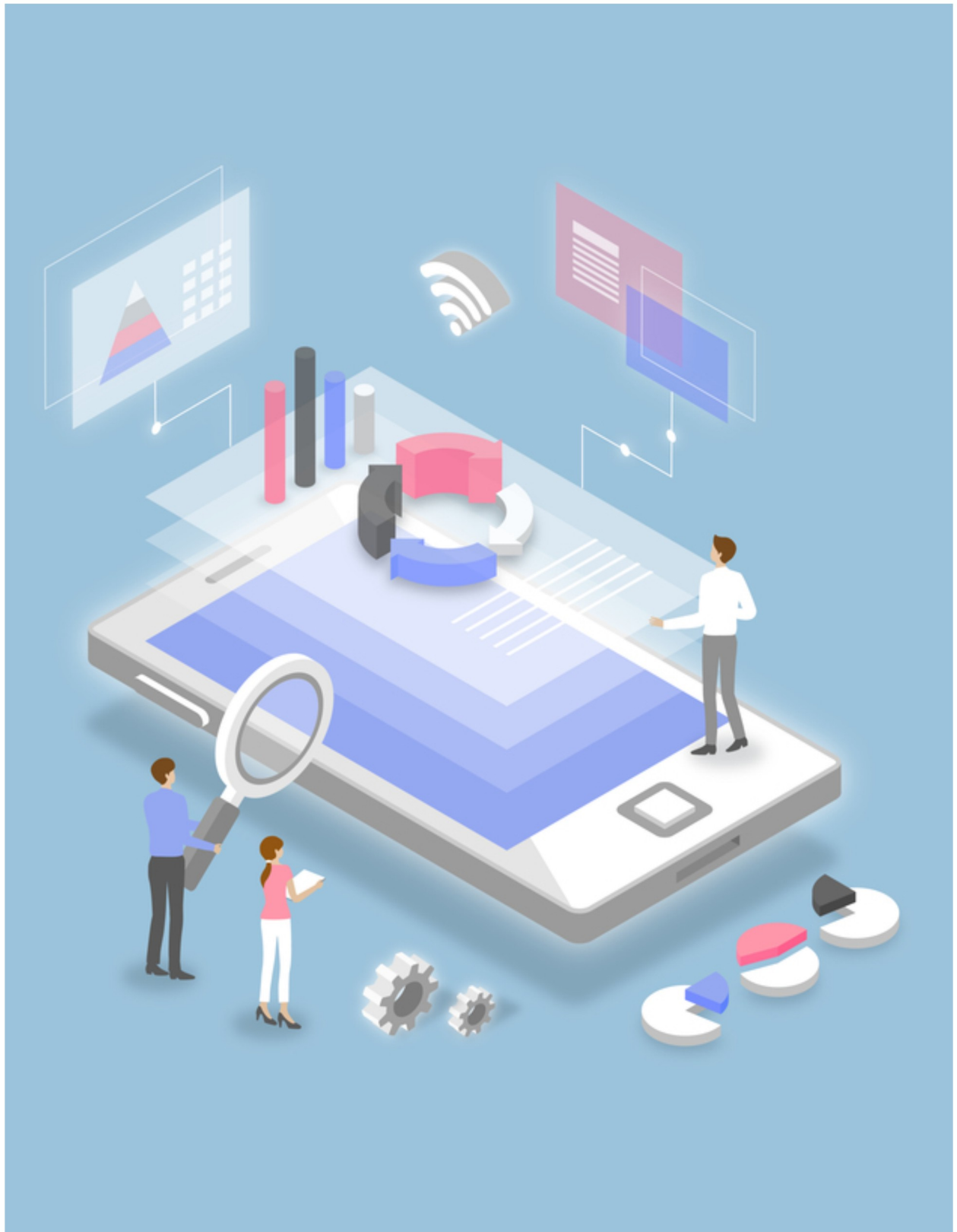
法院认定起点中文网的共同经营者盛大网络、玄霆公司构成滥用市场支配地位，并马上删除寇彬与李亚鹏的致歉信及对书生公司进行道歉和赔偿。

法院认为，两被告行为是合理的，属于正常商业行为。而原告不能证明被告具有支配地位，所以被告不属于滥用市场支配地位。故法院不支持原告的诉讼请求。

## (二) 争议焦点归纳

### 1. 如何界定相关市场；





2.如何认定滥用市场支配地位行为;

3.滥用市场支配地位应承担的法律责任。

本文所述的三案例都与网络领域经营者滥用市场支配地位法律问题有关,之所以会出现以上的共同争议焦点,可以归结于网络领域与传统领域具有不同特点,且我国法律并未对网络领域滥用市场支配地位问题有明确的规定。

## 案件争议焦点的法理分析

### (一) 相关市场的认定

正确认识相关市场是认定经营者滥用市场支配地位的基础。我国《反垄断法》第十二条对相关市场进行了定义,相关法律文件也把相关市场划分成了产品相关市场、时间相关市场和地域相关市场。能够相互代替的商品所形成的市场是相关产品市场;替代性商品所在的具有竞争关系的地理区域是相关地域市场;而相关时间市场则是指在同一地区内具有替代性的商品之间竞争所涉及的时间范围。

我国认定相关市场的依据有可替代性与假定垄断者测试法(SSNIP法)两种。可替代性方法是从消费者需求和生产者供给两方面的可替代性来进行界定的,且消费者需求是生产者供给的前提。假定

垄断者测试法(SSNIP法)表示的是“不大但是明显的非临时性涨价”。首先要选择一个候选市场,假定候选市场的垄断者将其商品的价格提高5%至10%,然后观察消费者在一年时间内转向其他具有替代性产品的可能性。在使用可替代性方法界定相关市场时,随着分析主体的不同且会受到其主观因素的影响。所以,相关产品市场的界定有可能会因为不同主体的原因出现极大的区别,甚至出现完全相对的结果。假定垄断者测试法虽然在一定程度上克服了可替代性方法主观性强的缺陷,但其还是以可替代性的理论分析来作为基础,不可避免地会受到竞争主管机关主观裁量的影响,其仍具有很大的不确定性。

因网络领域存在着传统领域所没有的特性,所以在界定网络领域中的相关市场时,界定方法受到不小的影响,界定的过程也越加复杂。首先,网络领域是一个双边市场。据此,有学者认为,在网络领域的免费经营模式下,假定垄断者测试法是无法使用的。其次,网络是一个开放性的领域,具有网络效应、锁定效应。此外,网络领域不像传统领域会受到投资、设备、经验及人力方面的限制,它具有技术更新快、创新快等特点,产品不会随着时间而减少价值。网络领域这些现象的存在,使得产品之间的需求替代性减弱,造成相关市场范围的增大,很难用上述两种方法进行正确界定。最后,网络领域中的商

品不像传统领域商品一样有着物理空间上的运输,不能简单地用运输数量来认定两个地方之间是否是同一相关地域市场。为此,有观点指出网络领域中的相关市场具有全球性,不受物理空间的限制。

欧盟委员会对相关市场的认定就采用了“盈利模式”,根据交易的主体和收费对象的不同,将网络行业分成互联网接入服务市场、互联网有偿网络内容服务市场和互联网广告市场,之后再对市场具有的特性进行细分。这种方法使得界定相关市场不需甄别产品的具体技术特征和专业知识,更具实用性。依据国外判例,在相关地域市场方面,可以分为网络领域特有的商品市场与网络领域中不特有商品市场,在界定相关市场时,根据各自市场持有的特点结合相关因素进行界定。

### (二) 滥用市场支配地位的分析

#### 1.市场支配地位的认定

在认定滥用市场支配地位时,要分步骤来进行分析。首先,要确定实施滥用行为的经营者在相关市场上有没有支配地位;其次,再考虑该经营者是否是实施了滥用支配地位的行为。西方国家在分析市场支配地位时,一般有“市场结果”“市场行为”“市场结构”三种界定标准。我国的《反垄断法》在第十八条、第十九条对认定市场支配地位进行了规定。我国在认定时,主要是以“市场结构”,即市场份

额的高低为标准来认定。网络领域市场认定经营者是否具有支配者地位也可以从市场份额、交易相对人的依赖程度及市场进入壁垒三方面进行考虑。在市场份额方面，由于网络领域的经营模式基本上都是免费的，传统领域中计算市场份额的方法并不完全适用，可以采用产品的销售数量除以市场的总销售数量的方法来计算经营者的市场份额。市场份额的高低并不能证明经营者一定具有支配地位，而主要是看经营者是否有维持市场份额的这种能力。从市场壁垒方面，因为传统领域中会受到土地、设备、技术、经验等因素的限制。此外，传统领域中，当经营者升高价格或产品质量下降时，交易相对人可以购买具有替代性的产品。综上，市场壁垒有增有减，就让在认定经营者具有支配地位时变得更加复杂。

## 2. 滥用市场支配地位行为的认定

在确定经营者具有市场支配地位后，还须分析经营者是否有实施这种支配地位的行为。在我国《反垄断法》第十七条中，明确了六种滥用行为的规定，但“滥用”行为的具体含义，其条款并未作出规定。我国理论界对于“滥用”行为的涵义有着不同的理解。有学者认为：滥用行为无法得出一个一般性的定义，只能根据案件的具体情况，再根据反垄断法的立法精神及其他有关因素来进行认定。还有学者认为：滥用行为指一个领域内与保障公共利益背道而驰的企业随便利用其支配力，且反垄断法可以对

其进行限制的一种阻碍竞争的行为。而不少学者则主张：认定经营者是否有市场支配地位是判断滥用行为的首要条件，这决定了企业所承担的举证责任的资格证明。因此，各国法律对市场支配地位的类型与构成都有较清晰的规定，但对“滥用”行为没有特别说明，一般指“过度使用”“损害事实”。从上述观点来看，具有市场支配地位本身不违法，但经营者“滥用”这一支配地位去阻碍竞争就违反了《反垄断法》。本身违法性原则指只要行为人实施了法律明文禁止的行为，即构成违法行为。这一原则只看法律规定的行为是否发生，不看行为人在作出此行为时是否有合理理由。合理性原则是指除了法律所禁止的行为外，有必要考虑该行为在实施时是否还有其他合理的理由。这两种认定原则各有利弊。对前者来说，法律明确规定了滥用市场支配地位的行为，在这方面，法官没有太多的自由裁量权，不会对行为的定性产生异议；但正是因为法律明确规定了“滥用”行为，法律又无法囊括所有具体的情形，使得一些排除竞争的行为并不被法律所规制。后者主要看实施该行为是否有合理性，根据具体的案件进行具体的分析考量，参考其他相关因素来认定是否是“滥用”行为。这一原则较为灵活，对于一些法律未有规定的行为，也能找到规制的依据，但却加大了原告一方的举证责任。由于网络的网络效应、锁定效应等特性，这一竞争反而会促进经营者的市场支配地位，故对于“滥用”行为应结合具

体有关因素来进行分析。若实施的行能为解释为“经济效率”且无损害发生，也并没有限制竞争，则不是“滥用”行为。若是法律明确规定了“滥用”行为，那么从一开始就可以认定该行为是否是“滥用”行为，而网络市场的竞争模式将更加合理，用户将有更多的产品选择。这种言论虽然有点极端，但也显示了其自身违法原则的优势。

## （三）滥用市场支配地位的经营者承担法律责任的分析

《反垄断法》在第五十条对滥用市场支配地位的民事责任只是作出了简单规定，并没有说明民事责任中的赔偿损失、赔礼道歉、停止侵害能否也适用在滥用市场支配地位的经营者身上，赔偿损失的金额是多少。对照世界各国在这一块上的民事责任的法律规定，总结出了民事责任主要是用损害赔偿来进行惩罚。美国的《谢尔曼法》中就规定了三倍惩罚性赔偿制度，不论损害的金额是大还是小，通通按照三倍损害额进行赔偿。除此外，还包括诉讼及律师的费用，这些费用的总和就足以对经营者起到威慑作用。日本也规定了当经营者实施私人垄断或者限制交易时，要向受害人承担损害赔偿。惩罚性赔偿是对具有严重滥用行为的经营者的惩罚和制裁，当消费者与其他经营者遭受到巨大损害时，受害者可以请求法院判处侵害者向其支付超过实际损失的费用。这一制度能给滥用市场支配地位的经营者带来经济负担，由此来遏制



经营者利用滥用市场支配地位来侵害消费者与其他具有竞争关系的经营者的合法权益起到威慑和警示作用。

## 案件研究结论及启示

### (一) 案件研究结论

通过以上分析可以发现网络领域与传统领域有着很大的不同。首先，对于相关市场的认定，我国法律仅规

定了可替代性与垄断者测试法（SSNIP法），若是从传统的习惯偏向、语言偏向来认定相关市场是不合理的，所以除了采用可替代性与垄断者测试法两种认定方法外，还应考虑其他网络相关因素，并纳入新的相关市场界定方法。其次，我国法律在认定经营者是否具有市场支配地位时，主要从市场份额、进入市场难易程度及对经营者的依赖程度三方面进行认定，但因网络的开放性、技术创新快

等特点，导致在认定时比传统领域更加困难。此外，我国法律规定得并不具体明晰，加大了法官的自由裁量权。对此，我国应明确相关法律规定，完善《反垄断法》，并加强对网络领域的规制。最后，经营者被认定为滥用市场支配地位了之后，承担的法律 responsibility 主要也仅是行政责任。故，要完善我国法律 responsibility 制度，明确民事 responsibility 内容，制定惩罚性赔偿制度等。

## （二）案件启示

1.完善《反垄断法》，增加网络领域的法律规制

我国反垄断法出台得比较早，对于这种新型网络领域方面尚未有条文规定，其中关于经营者滥用市场支配地位的条文也仅是对传统领域方面进行的规制，但就适用于传统领域中的条文也规定得过于宽广，缺乏具体的可操作性。所以，笔者认为，针对网络领域经营者滥用市场支配地位可以在《反垄断法》中设立专门的章节来进行规制，对相关市场、市场支配地位、滥用市场支配地位行为的认定因素进行较为详细的规定，以减少实践中的不确定性。

2.增加新的考量因素，引入新的相关市场界定方法

我国规定的两种认定相关市场的方法不能完全适用于认定网络领域中的相关市场，除了用产品价格变化、

用途、性能、质量、价格、用户的偏好等因素来进行考量外，还要考虑用户数量的多寡、转移成本、知识产权、注意力替代性以及专利数量等要素。故，在采取可替代性与垄断者测试法（SSNIP法）外，还应引入新的界定方法，如借鉴欧盟经验，在网络领域的经济下，采用盈利模式测试法来界定相关市场，依据盈利模式的不同，把市场分为直接收费市场、广告投放市场、完全无偿市场。

3.采取合理性原则加本身违法性原则来认定滥用行为

我国《反垄断法》第十七条对经营者滥用支配地位行为的情形进行简单的规定，而我国目前对于滥用行为的认定采取了合理原则为主的做法。笔者认为，可以采取合理原则为主，本身违法原则为辅的认定原则。因若是只采用本身违法性原则来认定，将无法囊括所有情形，且采用合理性原

则可以从整体的经济效率来进行判断，更符合反垄断法的立法目的。

4.完善法律责任，增加惩罚性赔偿条款

经营者滥用市场支配地位所要承担的行政责任与民事责任规定，在我国反垄断法中，对于民事责任方面，法律只简单陈述经营者应承担民事责任，但并未就承担何种具体的民事责任进行说明。为了能减少滥用行为的发生，保障消费者与其他经营者的合法权益，应加大对经营者在经济方面的惩罚力度。借鉴国外关于法律责任的规定，如美国的三倍损害赔偿制度、日本的损害赔偿以及我国台湾的赔偿制度。据此，我国应完善滥用市场支配地位的法律责任并明确民事责任，确定民事责任的具体内容，增加惩罚性赔偿条款，在一定程度上减少经营者滥用市场支配地位的现象并对其产生威慑和警示作用。





## 中豪党委举行“迎建党100周年”主题活动

2021年7月1日，中豪全体党员齐聚办公室，共同观看“庆祝中国共产党成立100周年大会”现场直播，聆听中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平的重要讲话。为庆祝中国共产党成立100周年，发挥先进典型表率示范作用，鼓励全所党员形成崇尚先进、学习先进、争当先进的良好氛围，中豪党委授予谷雨芹、刘开方等10名同志“优秀共产党员”荣誉称号，授予宋琴、文奕等5名同志“优秀党务工作者”荣誉称号。



## 合伙人杨青和吕睿鑫为全球逾30国LAWorld会员及外国企业举办中国知识产权新发展及风险防范线上讲座

为了让国际法律联盟LAWorld的会员及其外国企业客户更好地了解我国知识产权法规和司法实践的最新情况，分享知识产权保护战略、实务技巧和相关经验及建议，2021年5月6日与11日，中豪联合大型国际法律联盟LAWorld分别举办了亚太、欧洲、中东地区专场及美洲地区专场的中国知识产权新发展及法律风险防范全球线上英文讲座。来自全球30多个国家和地区的LAWorld会员律师、外国企业高管等80多人参与活动。合伙人杨青和吕睿鑫全程以流利的英文作了精彩演讲。





ZHH & Robin



中豪律师集团

**重庆**

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 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 E-mail: cq@zhhlaw.com

**上海**

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 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 E-mail: sh@zhhlaw.com

**贵阳**

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

**纽约**

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 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

**北京**

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 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 E-mail: bj@zhhlaw.com

**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 邮编: 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 E-mail: cd@zhhlaw.com

**香港**

香港金钟道89号力宝中心1座18层  
18/F, Tower 1, Lippo Centre, 89 Queensway, Admiralty, Hong Kong  
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com



[weibo.com/zhhlawfirm](http://weibo.com/zhhlawfirm)



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



[www.zhhlaw.com](http://www.zhhlaw.com)