



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners



# 2021

第 9 期 / 总第 468 期

每周法规  
热点信息

速  
递

成功，始于助人成功



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners



## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近日，发改委公布《引导社会资本参与盘活国有存量资产中央预算内投资示范专项管理办法》、两高发布《关于执行刑法确定罪名的补充规定(七)》、最高人民法院公布《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》、第 27 批共 9 件指导性案例、最高检发布对涉罪未成年人附条件不起诉指导性案例，国家药监局公布《疫苗生产流通管理规定》、商务部公布《城乡配送服务质量规范》公开征求意见，详情请见本周法规速递。

近日，最高法相关负责人就《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》答记者问，详情请见“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《<刑法修正案十一>系列解读(9)——强化公共卫生刑事法治保障》《试析“辣笔小球”案的罪名适用逻辑》《从案例看我国国际商事仲裁制度的实践与发展》，以供参考。



## 目 录

### 天达共和热点动态

资讯 | 天达共和多名律师受聘为第五届武汉仲裁委员会仲裁员

资讯 | 天达共和应邀为《钱伯斯亚太指南 2021》《钱伯斯环球指南 2021》撰

文

### 法 规 速 递

#### ➤ 金融领域

1. 发改委公布《引导社会资本参与盘活国有存量资产中央预算内投资示范专项管理办法》\ 2021-03-01
2. 发改委公布《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》\ 2021-03-01

#### ➤ 资本市场

3. 上海清算所发布《债券违约及风险处置操作指引（试行）》\ 2021-03-01
4. 深交所发布《债券质押式协议回购交易业务办法》\ 2021-03-02
5. 科技部、财政部公布《国家科技成果转化引导基金创业投资子基金变更事项管理暂行办法》\ 2021-03-05

#### ➤ 两高发文

6. 两高发布关于执行刑法确定罪名的补充规定(七)\ 2021-03-01
7. 最高人民法院出台知识产权惩罚性赔偿司法解释\ 2021-03-03
8. 最高检发布对涉罪未成年人附条件不起诉指导性案例\ 2021-03-03
9. 最高法发布第 27 批共 9 件指导性案例\ 2021-03-03
10. 两高、公安部、证监会联合发布《关于进一步规范人民法院冻结上市公司质押股票工作的意见》\ 2021-03-06

#### ➤ 其他领域

11. 六部门公布《关于加强窨井盖安全管理的指导意见》\ 2021-03-01



每周法规与热点信息速递

12. 发改委就《售电公司管理办法》征询意见\ 2021-03-02
13. 国家药监局就《疫苗生产流通管理规定》再次征意见\ 2021-03-02
14. 商务部公布《城乡配送服务质量规范（征求意见稿）》\ 2021-03-03
15. 两部门公布《关于推介全国专利侵权纠纷行政裁决建设经验做法的通知》\ 2021-03-04

## 法规解读

## 热点信息

## 法律观察

之 观点 | 试析“辣笔小球”案的罪名适用逻辑

之 观点 | 从案例看我国国际商事仲裁制度的实践与发展

之 观点 | 《刑法修正案十一》系列解读（9）——强化公共卫生刑事法治保障



## 天达共和热点动态

### 资讯 | 天达共和多名律师受聘为第五届武汉仲裁委员会仲裁员



《武汉仲裁委员会仲裁员管理办法》规定，仲裁员实行聘任制，每届任期五年。

2020年，武汉仲裁委员会仲裁员进行换届，以吸纳各专业领域的优秀人士，建立一支结构合理、专业均衡、优中选优、适应多层次需求的高素质仲裁员专家队伍，提高武汉仲裁服务国家全面开放和发展战略的能力。





每周法规与热点信息速递





经第五届武汉仲裁委员会全体组成人员会议审议通过，天达共和上海办公室合伙人张天武（国内经贸、外商投资、商业地产租赁）；武汉办公室合伙人王建瑞（建设工程、金融、海事海商）、李苍松（房地产、建设工程、租赁）、郭佳丽（股权、公司并购、PPP项目）等律师受聘为第五届武汉仲裁委员会仲裁员。

### 律师名片



**张天武**

天达共和合伙人

武汉办公室

Mail : zhangtianwu@east-concord.com

Tel : +8621 5191 7900



## 每周法规与热点信息速递

张天武律师，天达共和律师事务所合伙人、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、武汉仲裁委员会仲裁员，曾当过八年政府公务员、十五年的政协委员、四家上市公司的独立董事。

张律师从事律师三十年，在民商事诉讼和仲裁领域，参与处理了商业地产租赁、货物买卖、公司股权、银行贷款、竞业限制、著作权等各类纠纷。著作权法颁布之初，就参与代理《洪湖赤卫队著作权》文学剧本著作权纠纷案，引起媒体轰动。担任多起经济类犯罪案件刑事辩护团队的负责人。

作为团队负责人，为上市公司、外资企业、国有企业的重大合同起草、重大商业项目谈判、股权收购和转让等大型项目提供法律服务。

在客户面临重大、棘手、复杂，涉及多个领域的法律问题时，张天武律师可以以三十年的专业经验，发挥跨领域律师的优势，以简洁的法律思路、定制化的法律方案，帮助客户实现利益最大化。

---

## 律师名片



**王建瑞**

天达共和合伙人

武汉办公室

Mail : wangjianrui@east-concord.com

Tel : +8627 8730 6008

王建瑞律师擅长私募股权投资和公司并购领域的法律服务，尤其精通于产业基金的运作和管理法律服务。参与发起设立并长期服务于中国最大的产业基金湖北省长江经济带产业基金，担任该基金管委会的法律顾问和专家顾问，同时出任鄂旅投资本控股有限公司董事会风险控制委员会委员，还为多家知名投资公司提供基金设立、募集、管理和投资等全流程法律服务，在私募股权法律服务领域具有良好的声誉。王律师还是全国律协海事海商专业委员会



#### 每周法规与热点信息速递

委员，在海事海商领域也有非常丰富的经验，长期为中国长航集团总公司、华中港航物流集团有限公司等大型航运企业提供服务，承办了很多具有影响力的海事海商案件，出版了《内河海商法律事务》一书并在《中国海商法年刊》等刊物上发表论文二十余篇。王律师同时还是行政法律事务专家，被湖北省人民政府聘为首届法律顾问和行政复议专家组专家，长期为省市区多家政府机关提供法律服务。王律师所承办的“湖北省长江经济带产业基金项目”获得 2016 年《商法》“年度杰出交易大奖”，并入围 2016 年《亚洲法律杂志》（ALB）“年度项目融资交易”奖。

### 律师名片



#### 李苍松

天达共和合伙人

武汉办公室

Mail : licangsong@east-concord.com

Tel : +8627 8730 6528

李苍松律师现任天达共和律师事务所武汉办公室合伙人，曾承组织、承办的两起案件被收入上海、湖北两地法院十大典型案例，为近二十个大型物业租赁项目提供法律咨询意见，正在为江岸区幸福垸 PPP 项目、当代优+、光谷创意园、北辰蔚蓝城市、北辰光谷里、孝感星河天街、蓝晶国际等商业地产项目提供法律服务；正在或已经处理过易初莲花、家乐福、欧尚、乐天等品牌商业地产的租赁、建设纠纷（争议金额近 10 亿元）；为多家企业提供常年法律顾问服务，正在服务的主要客户包括：长江航运集团、华中师范大学、武汉体育中心、精伦电子股份有限公司、武汉当代北辰置业有限公司、湖北良品铺子食品工业有限公司等。

专业研究：在《科技与法律》杂志发表《论虚拟财产权的法律属性》；在《法律观察杂志》杂志发表《大卖场租赁合同提前终止的三大关键》、《金融风暴下的房地产卖场租赁争议应对》。



## 律师名片



**郭佳丽**

天达共和合伙人

武汉办公室

Mail : guojiali@east-concord.com

Tel : +8627 8730 6528

郭佳丽律师专注于公司业务、资本市场与证券、基础设施及项目融资领域。为金融、房地产等行业多家大中型国有企业、事业单位和上市公司提供法律服务，曾为华夏银行股份有限公司武汉分行、国家开发银行湖北省分行、中建三局、中交二航局、汉江国有资本投资集团有限公司等多家企业提供常年法律顾问或专项法律顾问服务，成功负责并办理了多项PPP项目、投融资、公司并购、发债、基金等复杂法律事务。郭佳丽律师为武汉市优秀年轻律师，湖北省PPP专家库专家，武汉市律协PPP（政府与社会资本合作）专业委员会副主任，武汉市青年律师人才培养“双百计划”第一批青年领军人才律师。



每周法规与热点信息速递

## 资讯 | 天达共和应邀为《钱伯斯亚太指南 2021》《钱伯斯环球指南 2021》撰文



近日，天达共和作为中国区唯一受《钱伯斯亚太指南 2021》之邀的律所撰写银行与金融、公司/商事、争议解决、国际贸易等优势领域的概览，唯一受《钱伯斯环球指南 2021》之邀的律所撰写中国区概览，并刊载在钱伯斯官网。

近年来，天达共和凭借雄厚的法律专业人才储备以及自身一体化建设的深入，稳健前行，捷报频传。在各大专业领域和专业人才方面，天达共和先后荣登众多国内外知名媒体的权威榜单，在业界拥有较高的知名度。本系列文章旨在以法律专业视角打开一扇窗，助力国际国内各界人士了解中国经济社会发展环境，把握银行与金融、国际贸易等领域的法律服务新趋势。

### 《钱伯斯亚太指南 2021》

作者  
张璇

《钱伯斯亚太指南 2021》  
China: Banking & Finance  
(PRC Firms)

扫描二维码查阅原文



作者  
蔡启孝  
沈杨

《钱伯斯亚太指南 2021》  
China: Corporate/Commercial  
East Coast (PRC Firms)



扫描二维码查阅原文

作者  
纪超一

《钱伯斯亚太指南 2021》  
China: Dispute Resolution  
(PRC Firms)



扫描二维码查阅原文

作者  
王杖  
于洋洋

《钱伯斯亚太指南 2021》  
China: International  
Trade/WTO: Respondent  
(PRC Firms)



扫描二维码查阅原文



## 《钱伯斯环球指南 2021》

作者  
天达共和

《钱伯斯环球指南 2021》  
China: An Introduction

扫描二维码查阅原文



## 法规速递

### ➤ 金融领域

#### 1. 发改委公布《引导社会资本参与盘活国有存量资产中央预算内投资示范专项管理办法》 \\ 2021-03-01

近日,发改委公布《引导社会资本参与盘活国有存量资产中央预算内投资示范专项管理办法》,从发布之日起实施,有效期五年。

《办法》引导社会资本积极参与盘活国有存量资产,将回收资金用于新的基础设施项目建设,形成投资良性循环,为促进国内大循环发挥积极作用。《办法》指出,重点支持盘活存量难度大、对形成投资良性循环示范性强的交通、市政、环保、水利、仓储物流等基础设施补短板行业,以及新型基础设施项目。

#### [阅读原文](#)

#### 2. 发改委公布《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》 \\ 2021-03-01

近日,发改委公布《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》,从优化破产企业注销和状态变更登记制度、便利破产企业涉税事务处理等方面提出具体要求。

其中,《意见》要求,建立企业破产和退出状态公示制度。破产申请受理后,通过全国企业破产重整案件信息网向国家企业信用信息公示系统推送有关企业破产程序启动等信息,实现企业破产状态及时公示。在破产清算程序终结以及重整或和解程序终止前,非经破产案件审理法院同意或管理人申请,市场监管等部门不得办理企业登记事项变更手续。

#### [阅读原文](#)

### ➤ 资本市场

#### 3. 上海清算所发布《债券违约及风险处置操作指引(试行)》\\ 2021-03-01

3月1日,上海清算所发布《债券违约及风险处置操作指引(试行)》,自发布之日起施行。



## 每周法规与热点信息速递

《指引》适用于发行人与持有人根据发行文件约定流程或银行间市场相关自律要求流程，针对违约及风险债券协商制定处置方案，向上海清算所申请变更债券核心登记要素和注销登记等，包括后续偿付及注销登记等 5 种情形，并明确了每种情形应提交的申请材料。《指引》明确，违约及风险债券的发行人及相关责任主体应严格按照银行间市场的相关信息披露规定，履行信息披露义务。

### [阅读原文](#)

#### 4. 深交所发布《债券质押式协议回购交易业务办法》\ 2021-03-02

3月2日，深交所发布《债券质押式协议回购交易业务办法》，对深市协议回购交易结算机制进行针对性修改完善，自2021年5月17日起施行。

本次优化主要包括两个方面：一方面协议回购增加了交易双方交易商、交易主体、交易员等市场机构提前报备的债券交易账户信息作为申报要素，投资者达成交易前即可清楚掌握对手方身份，大幅提升交易便捷性；另一方面协议回购进一步适应前期市场需求，新增对质押券、续做交易对手方和续做金额进行变更的功能，同时采用投资者更为习惯的“一方发起、另一方确认”交易申报模式，并实现日间交收成功后的资金当天即可使用。

### [阅读原文](#)

#### 5. 科技部、财政部公布《国家科技成果转化引导基金创业投资子基金变更事项管理暂行办法》\ 2021-03-05

近日，科技部、财政部公布《国家科技成果转化引导基金创业投资子基金变更事项管理暂行办法》，自发布之日起实施。

《办法》明确，子基金重大变更事项主要包括：导致转化基金退出子基金的事项，包括转让退出、减资退出等；科技部、财政部根据相关制度作出的其他重大变更要求。《办法》指出，重大变更事项由子基金管理机构向受托管理机构提出申请，受托管理机构按有关规定审核后在30日内提出建议，报科技部。科技部商财政部于50个工作日内作出批复。受托管理机构根据批复办理后续变更手续。

### [阅读原文](#)

#### ➤ [两高发文](#)

#### 6. 两高发布关于执行刑法确定罪名的补充规定(七)\ 2021-03-01

近日，最高法、最高检公布《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(七)》。该补充规定自2021年3月1日起施行。



## 每周法规与热点信息速递

其中，补充妨害药品管理罪，非法植入基因编辑、克隆胚胎罪等 17 个罪名。同时，对原 10 个罪名作了调整或者取消，形成生产、销售、提供假药罪，生产、销售、提供劣药罪，欺诈发行证券罪，食品、药品监管渎职罪等罪名。

### [阅读原文](#)

## 7. 最高人民法院出台知识产权惩罚性赔偿司法解释\ 2021-03-03

3 月 3 日，最高人民法院发布《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（以下简称《解释》）。《解释》对知识产权民事案件中惩罚性赔偿的适用范围，故意、情节严重的认定，计算基数、倍数的确定等作出了具体规定。《解释》旨在通过明晰裁判标准，指导各级法院准确适用惩罚性赔偿，惩处严重侵害知识产权行为。《解释》的发布是落实惩罚性赔偿制度的重要举措，彰显了人民法院全面加强知识产权司法保护的决心，对于进一步优化科技创新法治环境具有重要意义。

《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》已于 2021 年 2 月 7 日由最高人民法院审判委员会第 1831 次会议通过，现予公布，自 2021 年 3 月 3 日起施行。

### [阅读原文](#)

## 8. 最高检发布对涉罪未成年人附条件不起诉指导性案例\ 2021-03-03

3 月 3 日，最高检发布对涉罪未成年人附条件不起诉指导性案例。5 件案例中，既有考验期间因表现良好被缩短考验期的案例，也有考验期间因违反相关规定被撤销附条件不起诉，决定提起公诉的案例；既有异地协作开展考察帮教的案例，也有对涉嫌数罪适用附条件不起诉的案例。

最高检表示，筛选法律适用准确、办案效果好、具有较强指导意义的附条件不起诉案例，对司法实践中仍然存在的难点问题及其办案规则予以明确，供各地参照适用，引导附条件不起诉工作良性运行，依法提高附条件不起诉的适用。

### [阅读原文](#)

## 9. 最高法发布第 27 批共 9 件指导性案例\ 2021-03-03

近日，最高人民法院发布第 27 批共 9 件指导性案例，内容涉及第三人撤销之诉和案外人执行异议之诉相关法律适用问题，供各级人民法院审判类似案件时参照。



## 每周法规与热点信息速递

其中，指导案例 152 号《鞍山市中小企业信用担保中心诉汪薇、鲁金英第三人撤销之诉案》，明确了符合合同法第七十四条规定的行使撤销权条件的债权人，具有提起第三人撤销之诉的原告主体资格。该案例对于在第三人撤销之诉程序中如何平衡债权人与原诉当事人之间的利益，正确理解第三人撤销之诉制度功能及相关法律规则的适用具有指导意义。

### [阅读原文](#)

## 10. 两高、公安部、证监会联合发布《关于进一步规范人民法院冻结上市公司质押股票工作的意见》\ 2021-03-06

近日,为进一步规范人民法院冻结上市公司质押股票相关工作,强化善意文明执行理念,依法维护当事人、利害关系人合法权益,依照民事诉讼法,结合执行工作实际,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合中国证券监督管理委员会发布《关于进一步规范人民法院冻结上市公司质押股票工作的意见》。

### [阅读原文](#)

## ➤ 其他领域

## 11. 六部门公布《关于加强窨井盖安全管理的指导意见》\ 2021-03-01

近日,住建部办公厅、工信部办公厅等公布《关于加强窨井盖安全管理的指导意见》,提出到 2025 年底前,窨井盖安全管理机制进一步完善,信息化、智能化管理水平明显加强,事故风险监测预警能力和应急处置水平显著提升,窨井盖安全事故明显减少。

《意见》要求,治理安全隐患。开展窨井盖治理专项行动,压实窨井盖权属单位主体责任,全面排查、消除窨井盖存在的安全隐患。权属单位要建立问题清单,制定限期整改计划,确保整改到位。对存在破损、下沉、松动等情形的窨井盖,要尽快维修加固;对窨井盖缺失的,要及时按相关标准补装;对低洼、易涝等地区的窨井,要逐步加装防坠装置;对已确认为废弃的窨井,要限期完成填埋。在专项行动基础上,窨井盖权属单位要制定窨井盖更新改造计划,逐步更换超出设计使用年限、材质落后的窨井盖。

### [阅读原文](#)

## 12. 发改委就《售电公司管理办法》征询意见\ 2021-03-02

近日,发改委公布《售电公司管理办法(修订稿)》,公开征求意见至 2021 年 3 月 31 日。



#### 每周法规与热点信息速递

《办法》拟建立完善售电公司信用评价制度。依托政府有关部门网站、电力交易平台网站、“信用中国”网站和信用评价单位，开发建设售电公司信用信息系统和信用评价体系。建立企业法人及其法定代表人、实际控制人、负责人、从业人员信用记录，将其纳入全国信用信息共享平台，确保各类企业的信用状况透明，可追溯、可核查。

#### [阅读原文](#)

#### 13. 国家药监局就《疫苗生产流通管理规定》再次征求意见\ 2021-03-02

3月1日，国家药监局综合司公布《疫苗生产流通管理规定（征求意见稿）》，再次向社会征求至2021年3月10日。

《规定》明确，国家对疫苗生产实施严格准入制度，严格控制新开办疫苗生产企业。新开办疫苗生产企业，除符合疫苗生产企业开办条件外，还应当符合国家疫苗行业主管部门的相关政策。《规定》明确，持有人、疾病预防控制机构和接种单位相关方应当按照国家疫苗全程电子追溯制度要求，如实记录疫苗销售、储存、运输、使用信息，实现最小包装单位从生产到使用的全过程可追溯。

#### [阅读原文](#)

#### 14. 商务部公布《城乡配送服务质量规范（征求意见稿）》\ 2021-03-03

近日，商务部公布《城乡配送服务质量规范（征求意见稿）》行业标准，公开征求意见至2021年3月17日。

文件适用于各类配送企业的城乡配送服务，包括专业配送企业、商贸流通配送企业、平台型配送企业。就质量规范方面，本文件从规范流程、记录与改进、考核指标、库存及配送预警、客户信息管理、投诉服务流程等方面，分别对专业配送企业、商贸流通配送企业、平台型配送企业城乡配送企业进行了明确。

#### [阅读原文](#)

#### 15. 两部门公布《关于推介全国专利侵权纠纷行政裁决建设经验做法的通知》\ 2021-03-04

近日，国知局办公室、司法部办公厅公布《关于推介全国专利侵权纠纷行政裁决建设经验做法的通知》，要求各地区要认真学习借鉴，因地制宜探索形成符合本地区实际的工作模式，不断提升专利侵权纠纷行政裁决工作水平。



#### 每周法规与热点信息速递

《通知》公布了13个典型经验做法，包含：北京市形成专利侵权、确权“联合口审”机制，提升行政裁决办案效率；上海市建立专利侵权行政调解司法确认制度，延伸知识产权行政保护深度；浙江省建立专利侵权纠纷案件“行政-司法”无障碍转办机制等在内。

[阅读原文](#)





## 法规解读

### 最高法相关负责人就《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》答记者问

3月3日，《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（以下简称《解释》）发布，自发布之日起施行。最高人民法院民三庭负责人接受了本报记者的专访，就所涉重点问题回答了记者提问。

#### 问题一：请介绍一下《解释》制定的主要背景？

2018年11月5日，习近平总书记在首届中国国际进口博览会上提出：“中国将引入惩罚性赔偿制度”。此后，惩罚性赔偿制度的法律修订和政策制定工作加速推进。2019年修正的《中华人民共和国反不正当竞争法》、2020年修正的《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国著作权法》等知识产权部门法均增加了惩罚性赔偿条款。2020年公布的《中华人民共和国民法典》规定了知识产权惩罚性赔偿制度，标志着惩罚性赔偿在知识产权领域实现“全覆盖”。2020年11月30日，习近平总书记在主持中央政治局第二十五次集体学习时强调：“抓紧落实知识产权惩罚性赔偿制度”。

此前，2013年修正的《中华人民共和国商标法》、2015年修正的《中华人民共和国种子法》在立法上率先确立了惩罚性赔偿规则。

从党中央决策部署到法律规定，我国知识产权惩罚性赔偿的制度构建日臻完善，知识产权惩罚性赔偿的价值意义日益凸显。在此背景下，最高人民法院制定出台惩罚性赔偿司法解释，是落实落细惩罚性赔偿制度的实践需要，是保证惩罚性赔偿制度能够用好用到位的重要举措。



每周法规与热点信息速递

## 问题二：请您介绍一下《解释》的起草过程、思路和主要内容？

“知识产权惩罚性赔偿制度研究”是最高人民法院 2019 年度司法研究重大课题，该课题研究为《解释》的起草打下了良好的基础。在《解释》起草过程中，最高人民法院先后征求了中央有关部门、各高级人民法院的意见，并召开多次座谈会，征求了产业界、律师界和专家学者意见，努力达成最大程度的共识。

在《解释》的起草过程中，主要思路是：

一是坚决贯彻落实习近平总书记的重要指示。《解释》起草过程中，紧紧围绕习近平总书记在中央政治局第二十五次集体学习时的重要讲话精神，深刻领会落实知识产权保护工作“五个关系”，积极探索完善符合知识产权案件规律的诉讼规范，不断优化有利于创新的知识产权法治环境，为建设知识产权强国和世界科技强国、全面建设社会主义现代化国家提供坚实司法服务和保障。

二是保证法律统一正确适用。《解释》涉及著作权法、商标法、专利法、反不正当竞争法、种子法等多部法律，起草过程中我们严格遵循正确统一适用民法典的要求，依法解释，既保证惩罚性赔偿适用标准统一，又尽量协调各部门法之间的表述差异，坚持全面平等保护原则，审慎明确适用条件，具体条文均具有实体法和程序法依据。

三是坚持问题导向。全国人大常委会分别于 2014 年和 2017 年对专利法和著作权法实施情况开展了执法检查，检查报告指出，知识产权案件存在赔偿数额低等问题。知识产权侵权赔偿数额低，一方面导致权利人损失难以弥补，另一方面导致知识产权侵权难以有效遏制。《解释》的起草，立足解决上述瓶颈问题，大幅度提高侵权成本，依法惩处严重侵害知识产权行为。



## 每周法规与热点信息速递

四是增强实践操作性。《解释》旨在通过明晰法律适用标准，增强惩罚性赔偿司法适用的可操作性，为当事人提供明确的诉讼指引，确保司法解释好用、管用。

《解释》共7个条文、对知识产权民事案件中惩罚性赔偿的适用范围、请求内容和时间、故意和情节严重的认定、计算基数和倍数的确定、生效时间等作出了具体规定。

### **问题三：《解释》的亮点有哪些？**

一是厘清“故意”和“恶意”之间的关系。民法典规定惩罚性赔偿主观要件为“故意”，商标法第六十三条第一款、反不正当竞争法第十七条第三款规定为“恶意”。《解释》起草过程中，经征求各方意见和反复研究，我们认为，“故意”和“恶意”的含义应当是一致的。

知识产权作为市场主体对自己智力成果和经营标记、信誉依法享有的专有权利，其权利所有人可以是一人或数人，但使用人或者运用人的人数是不确定的。未经许可使用他人知识产权一般会构成侵权，而此时侵权人对所使用知识产权的权属或者是否取得许可应当是知道的。实践中，构成“故意”还是“恶意”很难严格区分，故对“故意”和“恶意”作一致性解释，防止产生“恶意”适用于商标、不正当竞争领域，而“故意”适用于其他知识产权领域的误解。

二是明晰情节严重的认定标准。情节严重是惩罚性赔偿的构成要件之一，主要针对行为人的手段方式及其造成的后果等客观方面，一般不涉及行为人的主观状态。《解释》第四条规定的考量因素主要来源于已有的典型案例。

三是明确惩罚性赔偿基数的计算方式。关于惩罚性赔偿基数的计算方式，专利法第七十一条、著作权法第五十四条、商标法第六十三条、反不正当竞争法第十七条、种子法第七十三条都作出了明确规定。著作权法和专利法未规定计算基数的先后次序，商标法、反



每周法规与热点信息速递

不正当竞争法和种子法规定了先后次序。此外，不同法律对惩罚性赔偿是否包括合理开支的规定亦存在不一致之处。为此，《解释》第五条规定“法律另有规定的，依照其规定”，是指不同案件类型分别适用所对应的部门法。

为发挥惩罚性赔偿制度遏制侵权的重要作用，立足知识产权审判实际，《解释》将参考原告的主张和提供的证据所确定的赔偿数额作为基数的一种。同时规定，对于提供虚假账簿、资料的，将依据民事诉讼法第一百一十一条追究法律责任。

#### **问题四：如何防止惩罚性赔偿制度被滥用？**

为确保正确实施知识产权惩罚性赔偿制度，避免实践中的滥用，一是明确惩罚性赔偿的适用要件。《解释》对适用惩罚性赔偿的范围、请求内容和时间、主观要件、客观要件、基数计算、倍数确定等作了明确规定，涵盖了惩罚性赔偿适用的全部要件，提供了明确的操作指引，也给当事人以稳定的预期，确保惩罚性赔偿制度在司法实践中用好、用到位，从裁判规则上为防止惩罚性赔偿被滥用提供了保障。

二是通过典型案例加强指导。最高人民法院近期将专题发布知识产权惩罚性赔偿的典型案例，以便进一步准确把握《解释》条文的含义，指导各级法院正确适用《解释》。今后，最高人民法院将不断总结审判经验，进一步推动完善惩罚性赔偿制度，切实阻遏严重侵害知识产权行为。

**来源：最高人民法院官网**

## 热点信息

1. 【世卫组织：全球累计新冠确诊病例达 114140104 例】世界卫生组织 2 日公布的最新数据显示，全球累计新冠确诊病例达 114140104 例。世卫组织网站最新数据显示，截至欧洲中部时间 2 日 18 时 09 分（北京时间 3 日 1 时 09 分），全球确诊病例较前一日增加 280653 例，达到 114140104 例；死亡病例增加 6630 例，达到 2535520 例。（新华视点）
2. 【新加坡：2022 年 7 月起将法定退休年龄提高至 63 岁】新加坡人力部长杨莉明 3 日在国会发言时宣布，新加坡将按计划在 2022 年 7 月 1 日将法定退休年龄提高到 63 岁，将返聘年龄提高到 68 岁。公共服务部门将在今年 7 月 1 日提前实施。新加坡计划在 2030 年前将法定退休和返聘年龄提高到 65 岁和 70 岁。根据新标准，今年 7 月 1 日前将退休和反聘年龄提高到 65 岁和 70 岁的企业，每聘用一名 60 岁以上员工，政府将补贴 2500 新元（约合 1.25 万元人民币）。（澎湃新闻）
3. 【捷克总统泽曼请求中国提供新冠病毒疫苗】当地时间 3 月 3 日晚，捷克总统新闻发言人伊日·奥夫恰切克表示，捷克总统泽曼已向中国发出提供新冠病毒疫苗的请求。伊日·奥夫恰切克在其社交媒体上写到，应捷克总理巴比什的要求，泽曼已请求中国提供国药集团新冠疫苗。上周，泽曼也曾致信俄罗斯请求获得疫苗。（环球时报）
4. 【京津冀协同发展到 2020 年目标任务全面顺利完成】7 年前，以习近平同志为核心的党中央站在国家发展全局的高度，作出了实施京津冀协同发展战略这一重大决策。记者 3 日专访了了解京津冀协同发展领导小组办公室负责人就京津冀协同发展成效及如何推动的问题。（北京日报）
5. 【我国将发射全球首颗主动激光雷达二氧化碳探测卫星】国家空间基础设施中全球首颗搭载主动激光雷达二氧化碳探测的大气环境监测卫星，将于 2021 年 7 月出厂待发射，实现对大气二氧化碳的全天时、高精度监测。全国政协委员、国家卫星气象中心卫星气象研究所所长、国家大气环境监测卫星工程应用系统副总师张兴赢日前在京接受记者采访时透露，该项目历经六年时间，有望今年下半年出厂待发射。（央视新闻）
6. 【交通运输部：2035 年我国都市区 1 小时通勤】3 月 1 日下午，国务院新闻办公室举行新闻发布会介绍，近日公布的《国家综合立体交通网规划纲要》提出，到 2035 年，我国实现国际国内互联互通、全国主要城市立体畅达、县级节点有效覆盖，支撑“全国 123 出行交通圈”，也就是都市区 1 小时通勤、城市群 2 小时通达、全国主要城市 3 小时覆盖。支撑“全球 123 快

## 每周法规与热点信息速递

货物流圈”，即国内 1 天送达、周边国家 2 天送达、全球主要城市 3 天送达。（人民网）

7. 【教育部：本科专业目录新增 37 个新专业】1 日，教育部公布 2020 年度普通高等学校本科专业备案和审批结果，并对普通高等学校本科专业目录进行更新，古文字学、量子信息科学、能源互联网工程、智慧交通、智能飞行器技术、创业管理、非物质文化遗产保护等 37 个新专业列入普通高等学校本科专业目录。（人民网）

8. 【全国政协会议在京举行】3 月 1 日召开的全国政协十三届常委会第十五次会议决定：中国人民政治协商会议第十三届全国委员会第四次会议于 2021 年 3 月 4 日在北京召开。建议会议的主要议程是：听取和审议中国人民政治协商会议全国委员会常务委员会工作报告和全国政协十三届三次会议以来提案工作情况的报告；列席中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第四次会议，听取并讨论政府工作报告及其他有关报告，讨论国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要草案。（新京报）



9. 【工信部：我国连续 11 年居世界第一制造业大国】3 月 1 日上午，工业和信息化部发布相关数据。数据显示，2020 年我国工业增加值达到 31.31 万亿元，连续 11 年位居世界第一制造业大国。同时，我国到 2020 年底累计开通 5G 基站 71.8 万个，5G 手机终端连接数突破 2 亿户；IPv6 规模部署纵深推进，活跃连接数达到 13.9 亿，4G 网络 IPv6 流量占比从无到有，超过 15%。（人民网）

10. 【义乌在迪拜建首个海外小商品市场，年底迪拜世博会期间开业】由浙江中国小商品城集团、迪拜环球港务集团共同投资的迪拜义乌中国小商品城日前开工，这是全球最大的小商品集散地义乌在海外建设的首个市场。2020 年义乌市的出口额达 3006 亿元，其中销往中东、非洲的近 70%。3 月 3 日，小商品城集团迪拜市场公司总经理张球明告诉澎湃新闻，市场集中于小批量现货采购，预计今年年底在迪拜世博会期间开业。（澎湃新闻）

11. 【今年 GDP 增速目标 6%，100 万亿从头越】今年的政府工作报告指出，2021 年我国 GDP 增速目标设定在 6%。李克强总理表示，这个目标考虑了经济运行恢复情况，有利于引导各方面集中精力推进改革创新、推动高质量发展、经济增速、就业、物价等预期目标，体现了保持经济运行在合理区间的要求，与今后目标平稳衔接，有利于实现可持续健康发展。（中国青年报）



12. 【仇某明因侵害英雄烈士名誉荣誉罪被批捕】2021 年 2 月 19 日 10 时 29 分、10 时 46 分，犯罪嫌疑人仇某明在新浪微博上使用其个人注册账号“辣笔小球”，先后发布两条信息，贬低、嘲讽卫国戍边的英雄烈士。相关信息在微博等网络平台迅速扩散，造

## 每周法规与热点信息速递

成恶劣社会影响。2月20日，犯罪嫌疑人仇某明被公安机关刑事拘留，南京市建邺区人民检察院依法介入侦查，南京市建邺区人民检察院依法以涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪对犯罪嫌疑人仇某明批准逮捕。（南京检察）

13. 【最高法：未成年人网络打赏可以退还】3月1日，最高人民法院通报了7件未成年人权益保护典型案例：其中，某16岁学生使用父母银行卡累计打赏直播平台主播近160万元，双方经多次调解后庭外和解，打赏款项被返还。最高法表示，该案的典型意义在于，未成年人打赏未经法定代理人追认则无效，如监护人请求网络服务提供者返还该款项，人民法院应予以支持。（央视新闻）

14. 【3月1日起，长江保护法正式实施】据不完全统计，长江水下生活水生生物4500余种。然而，长期以来，长江水域生态功能明显退化。长江流域濒危物种接近300种。有“水中大熊猫”之称的白鱀豚在2007年被宣布功能性灭绝。3月1日，《中华人民共和国长江保护法》正式实施，为长江大保护穿上了“法治护甲”。（人民网）



15. 【最高检：将对违纪违法办案“过筛子”倒查】最高人民检察院1日通报，2020年，全国检察机关主动记录报告执行“三个规定”等重大事项67700余件。下一步，最高检将对2018年以来的检察人员违纪违法办案案件，组织开展“过筛子”式倒查，严肃查处检察人员违反防止干预司法“三个规定”案件，着力解决不如实填报、不及时填报、选择性填报等问题。（新华视点）

## 法律观察

### 之观点 | 试析“辣笔小球”案的罪名适用逻辑



2021年3月1日，江苏省南京市人民检察院发布案情通报：经审查，南京市建邺区人民检察院依法以涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪对犯罪嫌疑人仇某明批准逮捕。

#### 案情通报

2021年2月19日10时29分、10时46分，犯罪嫌疑人仇某明在新浪微博上使用其个人注册账号“辣笔小球”，先后发布两条信息，贬低、嘲讽卫国戍边的英雄烈士。相关信息在微博等网络平台迅速扩散，造成恶劣社会影响。2月20日，犯罪嫌疑人仇某明被公安机关刑事拘留，南京市建邺区人民检察院依法介入侦查。2月25日，公安机关以涉嫌寻衅滋事罪提请检察机关批准逮捕。

检察机关审查认为，犯罪嫌疑人仇某明利用信息网络贬低、嘲讽英雄烈士，侵害英雄烈士的名誉、荣誉，社会影响恶劣，情节严重。根据《中华人民共和国刑法》第二百九十九条之一的规定，南京市建邺区人民检察院依法以涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪对犯罪嫌疑人仇某明批准逮捕。

英雄烈士用鲜血、生命捍卫祖国领土，其名誉、荣誉不容诋毁。《中华人民共和国英雄烈士保护法》《中华人民共和国民法典》明确规定对侵害英雄烈士的名誉、荣誉的行为，要承担相应的民事、行政、刑事责任。2021年3月1日施行的《中华人民共和国刑法修正案（十一）》明确规定了侵害英雄烈士名誉、荣誉罪。根据《中华人民共和国刑法》第十二条第一款的规定，犯罪嫌疑人仇某明触犯了《中华人民共和国刑法修正案（十一）》第三十五条的规定，侵害英雄烈士名誉、荣誉，严重损害卫国戍边英雄烈士的人格尊严，严重损害卫国戍边军人形象，损害社会公共利益，依法应予追诉。同时，为维护英雄烈士的合法权益，在军事检察机关的支持配合下，南京检察机关决定公益诉讼立案并开展调查。

## 每周法规与热点信息速递

从上述案情通报中不难发现一个重要的变化：公安机关对仇某明执行刑事拘留以及提请检察机关批准逮捕时适用的罪名均为寻衅滋事罪，而南京市建邺区人民检察院批准逮捕时适用的罪名为侵害英雄烈士名誉、荣誉罪。那么，这个变化背后的逻辑是否合理呢？

乍看之下，这似乎并不是一个值得讨论的问题。因为我国《刑法》第十二条明确规定，“**中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法**”。实务中一般将上述条文概括为刑法时间效力的从旧兼从轻原则。同时，关于其中“轻”的理解，最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》（法释〔一九九七〕十二号）第一条明确规定，“**刑法第十二条规定的‘处刑较轻’，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻**”。“辣笔小球”案中，司法机关在《刑法修正案（十一）》施行前适用的罪名为寻衅滋事罪，法定最高刑为十年有期徒刑（可以并处罚金）；施行后适用的罪名为侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，法定最高刑为三年有期徒刑。显然，适用新法“处刑较轻”，对犯罪嫌疑人仇某明适用侵害英雄烈士名誉、荣誉罪合理合法，不存在问题。

但是在笔者看来，上述适用逻辑是有值得商榷之处的。

在仇某明被以寻衅滋事罪刑事拘留、提请批捕时《刑法修正案（十一）》尚未施行，而在2021年3月1日《刑法修正案（十一）》正式施行之后，仇某明的涉案行为又符合了《刑法》第二百九十九条之一的规定，涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪。那么对于仇某明所实施的行为，是否应该当然地基于“从轻”的考虑适用处刑较轻的侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，从而排斥寻衅滋事罪的适用呢？笔者认为答案是否定的，因为在“辣笔小球”案中，罪名选择除了涉及到从旧兼从轻的刑法溯及力问题，还需要考虑适用新法之后罪名竞合的问题。

### 一、关于《刑法》第二百九十九条之一的溯及力问题

2021年3月1日新法生效之后，仇某明的行为涉嫌侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，且相较于寻衅滋事罪处刑较轻，这一点不可否认。但是这只能说明《刑法》第二百九十九条之一的规定具有溯及力，可以用来评价仇某明的行为。但是新法条文对于其施行前的行为有溯及力，并不必然排斥新法中旧有条文的适用。

最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》（高检发释字〔1997〕4号）第二条规定，“**如果当时的法律、司法解释认为是犯罪，修订刑法也认为是犯罪的，按从旧兼从轻的原则依法追究刑事责任：1、罪名、构成要件、情节以及法定刑没有变化的，适用当时的法律追究刑事责任。2、罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，根据从轻原则，确定适用当时的法律或者修订刑法追究刑事责任**”。此条中的第2款很容易理解，就是我们通常所说的“从旧兼从轻”原则；至于第1

每周法规与热点信息速递

款，笔者认为应该作如下理解：只有在旧法认为是犯罪时所对应的罪名、构成要件、情节以及法定刑发生变化时，才会“从轻”适用新法且排斥适用旧法。

借用“辣笔小球”案的案情加以说明就是：仇某明的行为在《刑法修正案（十一）》施行前涉嫌寻衅滋事罪，而且《刑法修正案（十一）》并未对寻衅滋事罪的罪名、构成要件、情节以及法定刑作出任何修改，所以即使是在2021年3月1日之后，仇某明的行为也依然涉嫌寻衅滋事罪。即，尽管侵害英雄烈士名誉、荣誉罪对仇某明的行为有溯及力，但无法排斥寻衅滋事罪的适用。

## 二、从罪刑相适应的角度考量本案罪名的适用

如前所述，仇某明的一个行为同时构成了涉嫌寻衅滋事罪和侵害英雄烈士名誉、荣誉罪两个罪名，属于典型的罪名竞合。在此情况下应该如何选择罪名，不同人有不同的理解，比如南京市检察机关最终选择了侵害英雄烈士名誉、荣誉罪。

而在笔者看来，从罪刑相适应的角度出发，对仇某明的行为适用寻衅滋事罪更为合理。主要原因就在于，除了构成对英雄烈士的贬低、嘲讽以外，仇某明的行为还是在互联网上以公开发布的方式实施的。

根据2021年2月20日南京市公安局发布的警方通报，仇某明的涉案行为为“在新浪微博发布恶意歪曲事实真相、诋毁贬损5名卫国戍边英雄官兵的违法言论，造成极其恶劣的社会影响”。结合最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕21号）第五条第二款“**编造虚假信息，或者明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，依照刑法第二百九十三条第一款第（四）项的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚**”之规定，仇某明的行为涉嫌寻衅滋事罪，这一点也能从警方通报“英雄烈士不容亵渎，网络空间不是法外之地……希望广大网民自觉遵守法律法规，共同营造良好的网络环境”的表述中得到印证。此外，按照央视网评论员的说法，“拉长观察的视角看，‘辣笔小球’不是个案，而是一种‘现象’。这些年类似‘典型’不少，从质疑黄继光到调侃邱少云，从丑化刘胡兰到戏谑董存瑞，以各种方式戏说英雄甚至向英雄泼脏水成为互联网上的一股暗流”。更为可怕的是，类似于仇某明这样为了吸引眼球、哗众取宠而在互联网上大放厥词的博主、大V们，在鱼龙混杂的舆论场中还有相当的市场。

可见，仇某明的行为除了严重损害卫国戍边英雄烈士的人格尊严以外，还引发了互联网空间秩序的混乱以及大量网民对人民解放军公信力的质疑。后者所造成的社会危害后果，显然已经超出了法定最高刑只有三年的侵害英雄烈士名誉、荣誉罪所能够评价的最大范围。

同样，关于竞合犯的处理原则，究其内核也是遵循的罪刑相适应原则。在法律未有明确规定的情况下，对仇某明适用的最终罪名应当按照竞合犯的处理原则进行确定，而不是直接按照“从轻”原则选取其中较轻的一个。无论是想象竞合犯还是法条竞合犯，在涉及

## 每周法规与热点信息速递

刑事责任轻重的问题时，其处理原则是一样的：在法律没有明确规定的情况下，想象竞合犯择一重罪处罚；法条竞合犯一般认为也应择一重罪处罚，即按照刑法规定的法定刑较重的法条定罪处刑；只有数个法条的法定刑相同时，才按照特别法优于普通法的原则，以特别法的法条定罪处刑。而本案中，仇某明所涉嫌的两个罪名法定刑并不相同，其中寻衅滋事罪的法定最高刑为十年有期徒刑，侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的法定最高刑仅为三年有期徒刑，显然寻衅滋事罪更重。

据此，从罪刑相适应的角度出发，对于仇某明的涉案行为适用寻衅滋事罪更为合理。也唯有这样，才能更好地发挥刑法适用的行为导向作用。

## 结语

在本文的撰写过程，有同事对本文所得出的结论提出了如下质疑：如果新法生效后，对于贬低、嘲讽英雄烈士的行为仍然按照竞合犯的方式进行处理，那侵害英雄烈士名誉、荣誉罪还有适用空间吗？答案当然是有的。如前所述，笔者之所以认为对仇某明应该适用寻衅滋事罪，主要是因为其言论是在互联网空间内公开发布的。如果仇某明的贬低、嘲讽是通过口述的方式直接对戍边英雄本人实施的，或者甚至是其通过微博私信的方式实施并被他人公之于众的，则仅对其适用侵害英雄烈士名誉、荣誉罪是完全合理的。

此外，《刑法修正案（十一）》中还规定了妨害安全驾驶罪、高空抛物罪、催收非法债务罪等几个同侵害英雄烈士名誉、荣誉罪类似的罪名。这几个罪名的共同特点是：1、其所涵摄的特定行为在《刑法修正案（十一）》施行之前就被认为是犯罪；2、相较于修改之前，罪名本身对所涵摄行为的评价更加精准、恰当；3、都属于法定最高刑在三年有期徒刑以下的轻罪，这些罪名在适用的过程都有可能遇到与“辣笔小球”案类似的罪名竞合情况。对于类似情况都应该基于案情进行具体问题具体分析，而不是一味地以“从旧兼从轻”的名义直接适用处刑较轻的新罪名。这也正是笔者撰写此文的初衷，望能引起司法者的重视。

---

## 律师名片

---



### 史锐

天达共和顾问

北京办公室

Mail : shirui@east-concord.com

Tel : + 8610 6510 7098



## 每周法规与热点信息速递

史锐顾问，西南政法大学管理学学士，中国人民大学法律硕士，毕业后于北京市检察系统工作十余年，从检生涯主办多起专案、大案、要案；先后入选北京市检察业务骨干人才、职务犯罪侦查人才库；荣获北京市检察机关十佳侦查员；荣立集体一等功两次、个人二等功一次。

史锐现为天达共和律师事务所资本顾问，为多家境内、香港上市公司提供合规服务并参与办理数起大要案件：包括原中诚信托董事长王某某案、原南方电网副总经理肖某案、原大唐国际总经理张某案、原北京市文化资产监督管理委员会党委书记张某某案、原公安部一局局长林某案、对原四川省副省长李某某行贿案、对原财政部副部长国家统计局局长王某某行贿案、中国电子票据诈骗第一案、信和集资诈骗、非法吸收公众存款案等，尤以处理重大、疑难、复杂案件见长。

史锐顾问扎实全面的刑事法律专业知识，以及多年从事检察工作的实务经验，能够为客户提供全方位的法律服务，预判、规避及处理各类刑事风险。

---

## 律师名片

---



### 周荣超

天达共和律师

北京办公室

Mail : zhourongchao@east-concord.com

Tel : + 8514 3454

周荣超，中国政法大学刑法学硕士。自加入天达共和刑事部以来，参与办理某国家工作人员涉嫌受贿案、某 P2P 平台公司涉嫌非法吸收公众存款案、某公司涉嫌走私普通货物案等多起职务及经济类刑事案件。

## 之 观点 | 从案例看我国国际商事仲裁制度的实践与发展



自 1956 年我国设立第一个国际商事仲裁机构--对外经济贸易仲裁委员会（后更名为中国国际经济贸易仲裁委员会）起，到 1986 年我国正式加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称“《纽约公约》”）及 1994 年《仲裁法》的颁布实施，再到近年来境外仲裁机构被允许在我国特定的自由贸易试验区内开展仲裁业务，历经 60 多年的发展，我国不仅建立了基本与国际通行做法相接轨的仲裁法律体系，而且发展了一批具有较大影响力的国际性商事常设仲裁机构，积极参与并顺应了国际商事仲裁发展的趋势。

在长期的仲裁和司法实践中，在我国国际商事仲裁领域，已涌现出了许多典型性案例。该等案例的裁决结果不仅体现了我国尊重当事人的意思自治，谨慎处理仲裁协议可能存在的瑕疵问题，以最大程度地避免仲裁协议无效的认定；同时，也彰显出我国尊重国际商事仲裁的权威性，慎用公共政策条款，始终恪守《纽约公约》裁决执行义务。笔者在本文中通过案例检索，从国际商事仲裁的适用范围、仲裁协议的内容和效力以及仲裁裁决的承认与执行等方面，将对国际商事仲裁制度在我国的实践与发展进行简析。

### 一、 关于国际商事仲裁的适用范围

#### 1、 关于国际性或涉外因素的认定标准

国际商事仲裁是指具有国际性或涉外因素的商事仲裁。因此，提交仲裁的争议是否具有涉外因素，以及是否属于商事性质是区分该仲裁是国际商事仲裁还是国内仲裁的主要依据。根据《民事诉讼法》第 271 条规定，仅就具有涉外因素的纠纷，当事人可以约定由境

每周法规与热点信息速递

外仲裁机构进行仲裁。对于无涉外因素的纠纷，当事人作出将争议提交境外仲裁机构进行仲裁的约定，在司法实践中通常被认定为是无效的。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第1条及《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第522条以当事人国籍、经常居所地、标的物所在地，以及产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生地在我国境外为依据，对何为“涉外因素”做出了广义的理解。

《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（以下简称“《示范法》”）第1条第3款<sup>[1]</sup>亦规定可以以选择的仲裁地点在境外，认定仲裁具有国际性，即营业地点位于同一国的双方当事人可以自主协议选择该国以外的仲裁地点，并以仲裁地点在境外为由认定双方当事人之间的仲裁为国际仲裁。尽管我国没有做出类似的规定，但在我国仲裁和司法实践中，即使双方当事人国籍、经常居所地或者法人注册地均位于我国境内，我国法院也不会直接否定双方选择境外仲裁的法律效力，而是会审慎地查明并判断诉争民事法律关系是否存在涉外因素，并以此为依据裁定境外仲裁协议的效力。

在**《西门子国际贸易（上海）有限公司与上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案（2013）沪一中民认（外仲）字第2号**中，法院认为，“西门子公司与黄金置地公司虽然都是中国法人，但注册地均在上海自贸试验区区域内，且其性质均为外商独资企业，与其境外投资者关联密切”，同时“案涉设备系先从中国境外运至自贸试验区内进行保税监管，再根据合同履行需要适时办理清关完税手续，从区内流转到区外，至此货物进口手续方才完成，故合同标的物的流转过程也具有一定的国际货物买卖特征”，因此本案合同的主体和履行特征具有涉外因素，双方约定将争议提交新加坡国际仲裁中心仲裁的条款有效。”

此外，在自贸试验区推进投资贸易便利化的改革背景下，最高人民法院更进一步，于2017年发布了《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》。根据该意见，在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的，不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。一方或者双方均为在自贸试验区内注册的外



每周法规与热点信息速递

商投资企业，约定将商事争议提交域外仲裁，一方当事人将争议提交域外仲裁，并在相关裁决作出后又主张仲裁协议无效，或者另一方当事人在仲裁程序中未对仲裁协议效力提出异议，在相关裁决作出后又以有关争议不具有涉外因素为由主张仲裁协议无效的，人民法院不予支持。

## 2、 关于商事性质的认定标准

我国在加入《纽约公约》时作出了“商事”保留，即我国仅对按照我国法律规定认定属于契约性和非契约性商事关系所引起的争议适用该公约。《示范法》通过列举的方式对“商事”范畴作出了广义的解释[2]。我国并没有对何为“商事”进行立法规定，而是在《仲裁法》中规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷均属于可仲裁事项；同时，通过排除法将婚姻、收养、监护、抚养和继承纠纷，以及依法应由行政机关处理的行政争议列为不可仲裁的排除事项。

在实践中，即便争议事项中可能涉及知识产权有效性、不正当竞争行为或垄断行为的认定，或者由我国行政程序前置、司法最终判定的其他问题的，法院也倾向于认定平等主体之间达成的仲裁协议是合法有效的，无论在合同履行过程中一方是否存在知识产权无效、不正当竞争或垄断行为等情形，不影响当事人通过约定的仲裁程序解决双方之间因合同履行而产生的争议。

**在壳牌（中国）有限公司与山西昌林实业有限公司滥用市场支配地位纠纷案(2019)京民辖终44号**中，因壳牌公司以与昌林公司之间存在合法有效的仲裁约定，法院对壳牌公司提出的管辖权异议予以支持，其理由为“本案当事人以垄断侵权为由提起诉讼，实属在侵权责任和违约责任竞合状态下对诉由行使的选择权。即便如此，案件管辖权问题仍应受到合同有效仲裁条款的约束，不应允许当事人通过选择诉因而排除有效仲裁条款的适用。昌林公司起诉要求确认壳牌公司实施了附加不合理交易条件等滥用市场支配地位的行为，并要求壳牌公司停止滥用行为，仍与《经销商协议》约定的特许销售权利义务密不可分，实质仍属于履行《经销商协议》而产生的争议。”



每周法规与热点信息速递

针对昌林公司提出的再审申请，最高人民法院作出 **(2019) 最高法民申 6242 号**《民事裁定书》，认为“无论壳牌公司在履行《经销商协议》中是否存在昌林公司所主张的垄断行为，该仲裁条款符合《仲裁法》第 2 条的规定，双方纠纷应受该仲裁条款的约束”。

## 二、 关于国际商事仲裁协议的内容和效力

### 1、 关于仲裁机构的确定

除双方当事人有请求仲裁的意思表示和仲裁事项外，一份完备的国际商事仲裁协议还需要有明确选定的仲裁机构、仲裁地点和仲裁规则。仲裁机构的确定是我国《仲裁法》规定的认定仲裁协议效力的要素之一。仲裁协议中没有约定仲裁机构或者约定不明确，之后又无法达成补充协议的，则仲裁协议无效。尽管如此，在审理有关申请确认涉外仲裁协议效力的案件时，我国法院原则上尽量促使仲裁协议有效，以尊重当事人选择仲裁作为解决争议方式的本意。就仲裁机构约定不明确的各种情形，最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中作出了较为详尽的规定[3]，旨在通过补正原则给予仲裁协议合法效力。

除我国内国法律和司法解释对有关仲裁机构约定不明确的情形持有较为宽松的态度外，在司法实践中，即便当事人没有对仲裁机构和规则作出明确约定，只要双方存在提交境外仲裁的合意，我国法院也会对仲裁协议中约定的适用法律或者仲裁地的法律进行查明，并以此为依据裁定境外仲裁协议的效力。

在 **中轻三联国际贸易有限公司与塔塔国际金属（亚洲）有限公司申请确认仲裁协议效力案（2017）京 04 民特 25 号**中，《销售合同》中仲裁条款中文译文为：“凡因执行本合约或与本合约有关的发生的一切争议应由合约双方友好协商解决。如果不能协商解决，应提交新加坡国际贸易仲裁委员会按照美国的仲裁规则进行仲裁，仲裁裁决是终局的，对双方都有约束力”。对此，法院认为“虽然在表述上新加坡国际贸易仲裁委员会并非新加坡任何一家仲裁机构的明确具体名称，因约定的名称错误导致无法对仲裁机构确切认定，但根据约定内容可以认定当事人有明确选择仲裁的意思表示，并且可以推定为当事人认可在新加坡法律框架内进行仲裁。本院认为仲裁地应认定为新加坡，确定本案仲裁协议效力



每周法规与热点信息速递

所应适用的准据法为新加坡法。根据查明的新加坡法律的规定，本仲裁协议可以认定有效。”

## 2、 关于仲裁地点的影响

仲裁地点是指履行仲裁程序和作出仲裁裁决的所在地[4]。仲裁地的确定与国际商事仲裁协议有效性的认定在很大程度上是相关联的。根据《涉外民事关系法律适用法》第 18 条的规定，在当事人没有选择仲裁协议适用法律的情况下，仲裁地法律将被作为认定国际商事仲裁协议有效性所依据的法律。

通常情况下，仲裁地点与仲裁机构所在地为同一地。但也存在当事人就仲裁地点做出不同于仲裁机构所在地的约定的大量案例。针对境外仲裁机构能否在我国境内进行仲裁的问题，一直饱受争议。有的认为根据《仲裁法》的规定，仲裁在我国是需要经过行政机关特许才能提供的专业服务，因此未经特许的境外仲裁机关依法不能在我国境内进行仲裁，相应的仲裁协议是无效的。不过，在司法实践中，为了顺应国际商事仲裁发展的趋势，我国法院还是持较为宽松的态度。

在**大成产业气体株式会社等与普莱克斯（中国）投资有限公司申请确认仲裁协议效力案（2020）沪 01 民特 83 号**中，仲裁条款为“因本协议产生的或与之有关的任何争议，协商不成的，双方均同意将该等争议最终交由新加坡国际仲裁中心根据其仲裁规则在上海仲裁”。新加坡上诉法院认定涉案仲裁协议的仲裁地为上海，而非新加坡，故不对新加坡国际仲裁中心是否具有管辖权发表结论性的意见。就被申请人普莱克斯公司提出的有关我国仲裁法并未允许外国仲裁机构在国内仲裁的抗辩理由，法院认为，我国没有明令禁止性法律规定外国仲裁机构不得管理仲裁地点在中国国内的仲裁案件，且最高人民法院在**龙利得案复函（2013）民四他字第 13 号**中认定“由国际商会仲裁院在中国上海仲裁”的仲裁条款是有效的，故认定案涉仲裁协议有效。

与此同时，我国仲裁市场对外开放也在依法有序推进。2019 年《关于印发中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案的通知》，以及 2020 年《关于深化北京市新一轮服务业扩大开放综合试点建设国家服务业扩大开放综合示范区工作方案的批复》分别做



### 每周法规与热点信息速递

出了允许境外知名仲裁及争议解决机构经该市司法行政部门登记并报司法部备案后，在划定的特定区域内设立业务机构，就国际商事、海事、投资等领域发生的民商事争议开展仲裁业务。2019年10月18日，世界知识产权组织仲裁与调解中心作为首家境外仲裁机构在中国（上海）自由贸易试验区设立并开展业务。

### 3、 关于仲裁规则的适用

虽然仲裁规则的适用并非我国《仲裁法》规定的认定仲裁协议效力的要素之一，但仲裁规则的确定是仲裁案件继续审理的必要前提条件。通常情况下，当事人约定了仲裁机构意味着将同时适用该仲裁机构的仲裁规则。在实践中，也存在当事人作出某一仲裁机构根据该仲裁机构以外的仲裁规则进行仲裁的约定，即混合仲裁条款的约定。《国际商会国际仲裁院仲裁规则》[5]和《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》均不接受混合仲裁条款[6]。因此，在**《阿尔斯通公司与浙大网新科技股份有限公司等申请承认与执行外国仲裁裁决案（2011）浙杭仲确字第7号**中，由于当事人选择的新加坡国际仲裁中心不接受其他仲裁机构规则，也没有按照当事人约定的国际商会的调解仲裁规则组庭仲裁，我国法院以《纽约公约》有关仲裁庭的组成或仲裁的程序与仲裁协议不符为由，裁定不予承认与执行新加坡国际仲裁中心作出的仲裁裁决。

然而，我国的仲裁机构对混合仲裁条款持有更加宽松态度，其目的是给予当事人在仲裁协议订立过程中享有更大的自主权，同时也促进中国仲裁国际化的发展趋势。在**《英威达技术有限公司与浙江逸盛石化有限公司申请确认仲裁协议效力案（2012）浙甬仲确字第4号**中，我国法院首次认可了中国仲裁机构适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》的效力。

在**《北京首信股份有限公司与微软移动（中国）投资有限公司申请撤销仲裁裁决案（2015）二中民特字第13516号**中，双方约定将争议提交中国国际经济贸易仲裁委员会，根据国际商会的调解仲裁规则在北京进行仲裁。由于2015年中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则允许其管理的仲裁案件适用其他机构的仲裁规则[7]，且双方约定适用国际



每周法规与热点信息速递

商会的调解仲裁规则并不存在无法实施或与贸仲仲裁程序强制性规则相抵触的情形，故法院按照意思自治原则，裁定当事人对混合仲裁条款的约定不属于司法干预的范围。

### 三、关于国际商事仲裁裁决的承认与执行

#### 1、关于我国涉外仲裁机构裁决的执行

中国国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会是我国最早设立的专门性的涉外仲裁机构。此外，根据国务院办公厅《关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》第3条的规定，各地仲裁机构基于当事人的自愿选择，也可以受理涉外仲裁案件。

《民事诉讼法》第273条规定，一方当事人不履行我国涉外仲裁机构裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院申请执行。法院只对我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决实行形式审查，并且仅在符合《民事诉讼法》第274条列举的5种情形之一时，法院可依法裁定不予执行，包括(1)当事人没有达成书面的仲裁条款或协议；(2)被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁程序的通知，或者因不属于其自身负责的原因未能陈述意见；(3)仲裁庭的组成或仲裁的程序与仲裁规则不符；(4)超范围裁决或无权仲裁；以及(5)裁决违背社会公共利益。2018年，最高人民法院发布《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》，对不予执行仲裁裁决的理由做出了更为细化的规定。总体而言，我国法律及司法解释对我国涉外仲裁机构仲裁裁决不予执行的理由与《纽约公约》第5条[8]列明的拒绝承认与执行的理由基本一致。

#### 2、关于境外仲裁机构裁决的承认与执行

根据《民事诉讼法》第283条的规定，《纽约公约》是我国承认与执行境外仲裁机构裁决的法律依据，并由当事人向被执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院申请承认与执行。如果仲裁裁决作出地国不是《纽约公约》成员国，则当事人需要依据我国与该国外国订立的双边条约或者互惠原则申请承认与执行。

除仲裁协议无效、仲裁程序瑕疵、超裁及仲裁事项不属于可仲裁性等原因会导致境外仲裁裁决无法得到承认与执行外，为促使更多国家加入《纽约公约》，其将公共政策条款

每周法规与热点信息速递

也作为拒绝承认与执行境外仲裁裁决的理由之一。尽管违反公共政策条款经常被当事人援引作为抗辩理由，但在司法实践中，我国法院始终秉持慎用原则，对公共政策做了限制性解释，以防范该条被滥用而阻碍国际商事仲裁发展的风险。

在 **Castel Electronics Pty Ltd. 申请承认与执行外国仲裁裁决案** 中，最高人民法院 [2013] 民四他字第 46 号复函“关于《纽约公约》规定的违反公共政策情形，应当理解为承认和执行外国仲裁裁决将导致违反我国法律基本原则、侵犯我国国家主权、危害社会公共安全、违反善良风俗等足以危及我国根本社会公共利益的情形”。具体而言，仲裁裁决违反我国法律法规之管理性强制性规定的，不等同于违反了我国的公共政策。在 **天瑞酒店投资有限公司与杭州易居酒店管理有限公司申请承认仲裁裁决案** 中，最高人民法院 [2010] 民四他字第 18 号复函，国务院《商业特许经营管理条例》有关商业特许经营合同备案制度属于行政法规之强制性规范中的管理性规定，不影响当事人之间的民事合同的效力，故违反商业特许经营备案制度的行为不构成违反我国公共政策的情形。其次，仲裁裁决违反我国法院的生效判决不等同于违反公共政策，除非我国法院就同一争议事项作出了不同于仲裁裁决的认定，并且生效判决的作出时间早于仲裁裁决时间 [9]。再者，仲裁裁决结果欠缺合理性或公正性的，也不等同于违反公共政策。在 **GRDMinproc 有限公司申请承认并执行瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁裁决案** 和 **韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案** 中，最高人民法院分别以 [2008] 民四他字第 48 号和 [2012] 民四他字第 12 号复函，不能以仲裁实体结果是否公平合理作为认定承认和执行仲裁裁决是否违反我国公共政策的标准。

### 结语

从上述案例可以看出，我国在仲裁和司法实践中对选择国际商事仲裁作为争议解决方式的纠纷是持有审慎态度的、切实履行了《纽约公约》义务，不仅在裁定仲裁协议内容和效力时充分尊重了当事人的意思自治，而且在承认与执行境外仲裁裁决问题上依法维护了仲裁庭的权威性。同时，为进一步促进我国仲裁国际化的发展趋势，我国在立法层面也在逐渐尝试与国际仲裁法律相接轨，包括以自由贸易区为试点对外开放我国的仲裁市场、认可临时仲裁及引入友好仲裁制度等。该等改革措施无疑将会进一步完善我国国际商事仲裁

## 每周法规与热点信息速递

制度，构建与国际接轨的多元化争端解决机制，为我国积极参与区域合作和全球治理助力。

## 【注释】：

1. 《国际商事仲裁示范法》第 1 条第 3 款规定，“仲裁如有下列情况即为国际仲裁：……（2）下列地点之一位于当事各方营业地点所在国以外：(a) 仲裁协议中确定的或根据仲裁协议而确定的仲裁地点。”
2. 《国际商事仲裁示范法》注释：商事性质的关系包括但不限于下列交易：供应或交换货物或服务的任何贸易交易；销售协议；商事代表或代理；保付代理；租赁；建造工厂；咨询；工程或设计；许可证；投资；融资；银行；保险；开发协议或特许权；合营和其他形式的工业或商业合作；货物或旅客的天空、海上、铁路或公路的载运。
3. 《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第 3-6 条规定：(1) 仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构；(2) 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外；(3) 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效；(4) 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。
4. 李双元、欧福永等，《国际私法》，北京大学出版社 2018 年版，第 465 页
5. 《国际商会国际仲裁院仲裁规则（2021 年）》第 6 条第 2 款规定：“当事人同意按照仲裁规则进行仲裁，即接受由仲裁院对该仲裁实施管理”。
6. 《新加坡国际仲裁中心仲裁规则（2016 年）》第 1.1 条规定：“当事人同意将争议提交新加坡国际仲裁中心仲裁的，视为已同意按照本规则进行仲裁和管理”。
7. 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2015 年）》第 4 条第 3 款规定：“当事人约定将争议提交仲裁委员会仲裁但对本规则有关内容进行变更或约定适用其他仲裁规则的，从其约定，但其约定无法实施或与仲裁程序适用强制性规定相抵触者除外”。
8. 《纽约公约》第 5 条列举的拒绝承认与执行外国仲裁裁决的情形，包括(1) 仲裁协议无效；(2) 被申请人没有得到指定仲裁员或进行仲裁程序的通知，或者因不属于其自身负责的原因未能陈述意见；(3) 超范围裁决；(4) 仲裁庭的组成或仲裁的程序与仲裁协议或仲裁地法律不符；(5) 仲裁裁决不具有终局性，或者已被裁决地所在国或裁决所依据法律之国家主管机关撤销或停止执行；(6) 不属于可仲裁事项；以及(7) 承认或执行裁决违反该国的公共政策。
9. 最高人民法院关于不予承认和执行国际商会仲裁院仲裁裁决的请示的复函[2008]民四他字第 11 号认定“在中国有关法院就济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南--海慕法姆制药有限公司之间的租赁合同纠纷裁定对合资公司的财产进行保全并作出判决的情况下，国际商会仲裁院再对济南永宁制药股份有限公司与合资公司济南--海慕法姆制药有限公司



每周法规与热点信息速递

之间的租赁合同纠纷进行审理并裁决，侵犯了中国的司法主权和中国法院的司法管辖权。依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》第五条第一款（丙）项和第二款（乙）项之规定，应拒绝承认和执行国际商会仲裁院第 13464 / MS / JB / JEM 号仲裁裁决”。

---

### 律师名片

---



**张瑞君**

天达共和合伙人

武汉办公室

Mail : zhangruijun@east-concord.com

Tel : + 8730 6528

张瑞君律师专注于境内外房地产和建设工程项目全流程、投融资及争议解决领域的法律服务，曾为湖北省铁路建设投资集团、武汉新港建设投资开发集团等多家大型国有企业，以及远洋地产、Synopsys 等境内外上市公司在境内的建设工程项目提供全流程法律服务及诉讼代理服务。张瑞君律师也曾为境内上市公司华新水泥在塔吉克斯坦、柬埔寨、尼泊尔及蒙古等国家（地区）的海外投融资和建设工程项目提供法律服务。



## 之观点 | 《刑法修正案十一》系列解读（9）——强化公共 卫生刑事法治保障



### 引言

在《刑法修正案十一》修改的诸多罪名中，最容易被忽略的领域就是公共卫生领域，但实际上这个领域却是今年刑法修正案的突出重点之一，因为新冠肺炎疫情的爆发使得我国原本稍显缺漏的公共卫生领域立法修法工作成为立法工作的重中之重。而本次《刑法修正案十一》对于公共卫生领域的重大调整就是我国一揽子公共卫生领域立法修法计划的有机组成部分之一，这实际上已经是新冠肺炎疫情发生以来全国人大及其常委会审议的第6部关于加强公共卫生法治保障的法律，迅捷的立法速度体现了我国政府力图让公共卫生立法成为保障人民生命健康安全的“护身符”的决心与行动力。

本期将重点聚焦《刑法修正案十一》针对公共卫生领域的罪名修改内容，重点解读妨害传染病防治罪、生物安全类犯罪（包含非法植入基因编辑、克隆胚胎罪；非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪；非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪）以及非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪，以供大家参考。



一、 完善妨害传染病防治罪以回应新冠肺炎疫情防控的常态化需求

修正案条文序号	《刑法》(2017 修正)	《刑法修正案(十一)》
37	<p><b>第三百三十条第一款</b> 违反传染病防治法的规定，有下列情形之一，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：</p> <p>(一) 供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准的；</p> <p>(二) 拒绝按照卫生防疫机构提出的卫生要求，对传染病病原体污染的污水、污物、粪便进行消毒处理的；</p> <p>(三) 准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的；</p> <p>(四) 拒绝执行<b>卫生防疫机构</b>依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。</p>	<p><b>第三百三十条第一款</b> 违反传染病防治法的规定，有下列情形之一，引起甲类传染病<b>以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播</b>或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：</p> <p>(一) 供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准的；</p> <p>(二) 拒绝按照疾病预防控制机构提出的卫生要求，对传染病病原体污染的污水、污物、<b>场所和物品</b>进行消毒处理的；</p> <p>(三) 准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的；</p> <p>(四) <b>出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品，未进行消毒处理的；</b></p> <p>(五) 拒绝执行<b>县级以上人民政府、疾病预防控制机构</b>依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。</p>

2020年堪称人类历史上最为魔幻现实主义的一年，全球均受到了新冠肺炎疫情的严重影响，各国出现普遍的经济下行、治理失控难题。我国政府试图通过全方位、立体化的多项防疫政策和手段来应对新冠难题，刑法作为最后一道防线当然也不予例外。



## 每周法规与热点信息速递

在今年疫情期间，我国发生了一大批妨害新冠肺炎防治的违法犯罪行为，现行刑法在应对涉疫情犯罪时遇到一些棘手的问题，呈现缺漏和疲软之势。通过梳理公安机关公告和媒体报道可以看出，在疫情防控前期，我国司法机关对于违反疫情防控的行为主要以危险方法危害公共安全罪立案为主。而随着防疫措施的常态化与生活化，妨害传染病防治罪这一罪名才被疫情防控实践予以重新“激活”。

笔者通过检索发现，2020年以前中国裁判文书网中案由为“妨害传染病防治罪”的刑事判决为0件，2020年以来截止至12月31日，中国裁判文书网中案由为“妨害传染病防治罪”的刑事判决已有61件。

但是对于此罪名的诸多法律适用问题，产生了很大的分歧，立足于此，《刑法修正案十一》予以充分重视，作出了对应的调整用于回应现实需求，此次修改试图将民众防控疫情的自觉性与依法防控疫情的外部要求相结合，对于维护当前疫情下来之不易的平稳生活、工作秩序，防范疫情二次反弹具有重要意义。

### （一）修改要点解读

#### 1、将“依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病”增加至本罪的传染病范围。

我国《传染病防治法》将传染病分为甲类、乙类和丙类。甲类传染病目前仅有鼠疫和霍乱两种，两种疾病目前已经得到控制，且爆发性较小。

2020年1月20日，国家卫生健康委员会发布公告称：“**将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。**”原条文规定的犯罪结果仅为“引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的”，不加以修改，本条则极有可能成为僵尸条款。而此次《刑法修正案十一》则将本罪的犯罪后果予以扩张，包含了“依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的”，立法者用意明显，明确了新型冠状病毒是本罪的犯罪对象，可适用于本罪。



每周法规与热点信息速递

**2、增加第四款具体行为：“出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品，未进行消毒处理的”。**

该条款修改多来源于新冠疫情爆发期间口罩、医用防护服等医用物资匮乏，部分行为人收购被污染物资、未经消毒后进行出售可进行牟利的多发事件，此类事件对社会造成的危害性巨大，对之加以刑法规制，确有必要。

**3、将第二款的“卫生防疫机构”修改为“疾病预防控制机构”，以及第五款将原第四款“卫生防疫机构”修改为“县级以上人民政府、疾病预防控制机构”。**

根据我国《传染病防治法》第四十三条规定：“甲类、乙类传染病暴发、流行时，县级以上地方人民政府报经上一级人民政府决定，可以宣布本行政区域部分或者全部为疫区；国务院可以决定并宣布跨省、自治区、直辖市的疫区。县级以上地方人民政府可以在疫区内采取本法第四十二条规定的紧急措施，并可以对出入疫区的人员、物资和交通工具实施卫生检疫。”“省、自治区、直辖市人民政府可以决定对本行政区域内的甲类传染病疫区实施封锁；但是，封锁大、中城市的疫区或者封锁跨省、自治区、直辖市的疫区，以及封锁疫区导致中断干线交通或者封锁国境的，由国务院决定。”“疫区封锁的解除，由原决定机关决定并宣布。”

由此可知，在《传染病防治法》授权逻辑下最被赋予重任的单位就是县级以上地方政府，而在新冠疫情防控之中反应速度最快、效率最高的事实上也当属各地人民政府。新型冠状病毒的特点就在于其传播速度之快，且爆发地域集中，此种特点要求各地政府机关必须立即采取预防、控制措施，比如紧急排查、隔离、封闭等。《刑法修正案十》仅将拒绝“卫生防疫机构”的要求及预防、控制措施作为定罪行为之一，明显打击力度较小。此次《刑法修正案十一》将行为人所拒绝的主体扩大至“县级以上人民政府及疾病预防控制机构”，其立法更加完善，惩罚力度更强。

**二、 弥补生物安全类犯罪刑法空白**

修正 案条	《刑法》(2017修正)	《刑法修正案(十一)》
----------	--------------	-------------



每周法规与热点信息速递

文序号		
38	无	<b>(新增) 第三百三十四条之一</b> 违反国家有关规定，非法采集我国人类遗传资源或者非法运送、邮寄、携带我国人类遗传资源材料出境，危害公众健康或者社会公共利益，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。
39	无	<b>(新增) 第三百三十六条之一</b> 将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或者动物体内，或者将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。
43	无	<b>(新增) 第三百四十四条之一</b> 违反国家规定，非法引进、释放或者丢弃外来入侵物种，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

近年来，生物安全越来越得到普遍关注和广泛热议。《生物安全法》已于2020年10月17日通过，自2021年4月15日起施行。与之相衔接，《刑法修正案（十一）》增加规定了三类犯罪行为：**非法植入基因编辑、克隆胚胎罪；非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪；非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪**，当然在此需要明确的是，区别于一般违法行为，只有“情节严重”的行为才属于《刑法修正案十一》新增设的危害生物安全类犯罪。曾有观点指出上述行为是应该被鼓励的科研创新攻关行为，而不应当落入



每周法规与热点信息速递

刑事犯罪的规制范围，但是此种说法却忽略了科学创新也必须遵循科学伦理底线，敬畏自然生命，否则容易给人类社会带来毁灭性的危害。

### （一）非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪解读

#### 1、此罪名明确了两种犯罪对象、四种实行行为

两种犯罪对象：一种是我国人类遗传资源，另一种我国人类遗传资源材料。

四种实行行为：针对我国人类遗传资源，仅规定了一种实行行为“非法采集”。针对我国人类遗传资源材料，则规定了三种实行行为“非法运送、邮寄、携带”。

#### 2、此罪名对应有两档量刑

第一档：情节严重	处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；
第二档：情节特别严重	处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

2019年7月1日《中华人民共和国人类遗传资源管理条例(国务院令 第717号)》

(以下简称“《条例》”)正式生效，《条例》完成了四项统筹工作：一是界定了我国人类遗传资源管理的范围和边界；二是明确了人类遗传资源责任主管部门；三是划定了涉及人类遗传资源活动的五条红线；四是树立了发展的鲜明导向。本次《刑法修正案十一》增设非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪是有意同《条例》内容做接轨，同《条例》第四十四条“违反本例规定，侵害他人合法权益的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任”内容相配套。

### （二）非法植入基因编辑、克隆胚胎罪解读

#### 1、此罪名明确列举了三种实行行为类型

此罪名予以规制的行为类型仅包含如下三种类型：

(1) 将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体内



每周法规与热点信息速递

(2) 将基因编辑、克隆的人类胚胎植入动物体内

(3) 将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内

将基因编辑、克隆的动物胚胎植入动物体内的行为属于科学研究允许的范围，不属于犯罪。

**2、此罪名对应有两档量刑，附加刑都需判处有期徒刑**

第一档：情节严重	处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。
第二档：情节特别严重的	处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

此罪名的设置缘起于中国南方科技大学副教授贺建奎基因编辑婴儿案（以下简称“贺建奎案”），2019年12月30日，深圳市南山区人民法院最终以非法行医罪判处贺建奎三年有期徒刑，该事件引发了世界范围内对基因编辑行为安全性和伦理性的争议，囿于构成要件的限制，刑法却只得以非法行医罪予以回应。需要特别注意的是，贺建奎案之所以最终以非法行医罪定罪量刑，是由于其犯罪过程需要与医院工作人员“勾结”或者共谋才能够完成。如果其未与医院工作人员“勾结”，并且在孩子即将出生的时候就让其死亡，那么其行为实际上是不符合非法行医罪的构成要件的，最终只能得出无罪的结论。因此，为了充分贯彻科研伦理，《刑法修正案（十一）》专门规定此新罪名弥补该部分规制盲区。

另外，我国《民法典》第1009条明确规定，“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。”《刑法修正案（十一）》也有意和《民法典》形成衔接配套。

**（三）非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪解读**



每周法规与热点信息速递

此罪名明确列举了非法处置外来入侵物种三种具体实行行为，分别为“非法引进”、“非法释放”以及“非法丢弃”，该罪名规制的犯罪行为本身社会危害性相当有限，因此对应刑罚相对较轻，仅有一档量刑“处三年以下有期徒刑或者拘役”，也可单独适用罚金刑。

**三、 设置非法侵害一般陆生野生动物间接危险犯（非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪），从源头上防范和控制重大公共卫生安全风险**

修正案条文序号	《刑法》（2017 修正）	《刑法修正案（十一）》
41	无	<b>（新增）第三百四十一条第三款</b> 违反野生动物保护管理法规，以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售第一款规定以外的在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物，情节严重的，依照前款的规定处罚。

经过此次《刑法修正案十一》修改，刑法对于野生动物的保护范围拓展至国家重点保护野生动物名录外的其他所有陆生野生动物，新冠肺炎持续至今，将以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物的行为也纳入刑法保护的统摄范畴，有利于限缩疫情传播途径和保护生物链的生态平衡，从而从源头上防范和控制重大公共卫生安全风险。

非法猎捕、收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物以外的陆生野生动物的行为实际上并没有直接威胁到重大公共卫生安全，将其纳入到刑法打击范围完全是基于预防性保护的立场，将间接威胁生物安全法益的行为直接入罪，立意就在于实现生物安全法益保护的超前化。

但是，本罪名值得注意之处在于，该条文中“以食用为目的”的表述限制了拟设新罪的规制范围，进而减损了刑法的预防性保护效能。事实上，传染病病毒的传播、变异并不以人的意志为转移，人兽共患病除食源性人兽共患病之外，还有经呼吸道传播、经其他媒



#### 每周法规与热点信息速递

介传播的人兽共患病，刑法在禁止食用高危野生动物的同时，还应当禁止其他相关的猎捕、接触活动。换言之，“以食用为目的”的限定不仅有悖于客观实际情况，也无法妥善达到预期的保护目的，该罪名的实际适用情况还留待司法实践加以检视。

#### 【注释】：

- 1.《刑法修正案十一》新增罪名的具体名称由2021年2月26日两高发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(七)》最终予以确定。
- 2.具体可以参考全国人大常委会法工委刑法室：《关于〈中华人民共和国刑法修正案（十一）〉的说明》
- 3.参见梅传强，盛浩：《论生物安全的刑法保护——兼论〈刑法修正案（十一）〉相关条文的完善》



## 律师名片



### 杜连军

天达共和合伙人

北京办公室

Mail : dulj@east-concord.com

Tel : +8610 6510 7002

杜连军律师擅长刑事案件的辩护和代理工作：曾担任公诉检察官近十四年，从事刑事辩护和代理工作逾二十年，具有丰富的办理刑事案件的经验 and 卓越的业绩；先后承办了大量的在国内外有重大影响的诸如公安部原副部长李某某受贿案、北京市原常务副市长、政协副主席李某某受贿案、华润集团原党委书记、董事长宋某贪污、受贿案、四川省交通厅原厅长刘某某贪污案、河北省原商务厅副厅长仲某某受贿案、国家人社部办公厅原副主任曹某某贪污案、北京市文化资产监督管理办公室原党委书记张某某贪污、受贿案、北京市国资委原副主任钟某某受贿案、国家电网原总经理助理朱某某受贿案、大唐国际原总经理张某某受贿、私分国有资产案、华夏银行原行长段某某受贿案、中诚信托原董事长王某某受贿、滥用职权、对中纪委四室原主任魏某单位行贿案、对四川省原副省长李某某行贿案、对国家统计局原党组书记、局长王某某单位行贿案、对中化集团总经理蔡某某单位行贿案以及“厦门远华”走私系列案、中央电视台新台址特大失火（危险物品肇事）案、快播科技有限公司传播淫秽物品牟利案、中国电子票据诈骗第一案（涉案金额二十亿）等重大疑难、复杂刑事案件，并担任多家单位和公民的常年及专项法律顾问。

杜连军律师 2002 年荣获北京市司法局颁发的“对北京市律师刑事辩护工作作出突出贡献奖”；2011 年被北京市律师协会授予北京市律师行业“百名优秀刑辩律师”称号；2020 年被法律评级机构 LEGALBAND 评为经济犯罪领域中国律师特别推荐榜 15 强。



---

## 律师名片

---



### 韩岳洋

天达共和实习律师

北京办公室

Mail : hanyueyang@east-concord.com

Tel : + 8610 6590 6639

韩岳洋，中南财经政法大学法学学士，中国人民大学法律硕士，目前在天达共和律师事务所刑事业务部担任实习律师。协助合伙人、律师办理多起重大疑难金融诈骗犯罪及职务犯罪案件，积累了丰富的办案经验。

成功，始于助人成功



每天努力一点点，日积月累，终能遇见更好的自己。

天达共和律师事务所  
East & Concord Partners



咨询热线

+8610 6590 6639

北京市朝阳区东三环北路8号亮马河大厦写字楼1座20层

网址：[www.east-concord.com](http://www.east-concord.com)

邮箱：[beijing@east-concord.com](mailto:beijing@east-concord.com)

