

国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY



GRANDWAY

2023 年第 35 期 总第 745 期

2023/09/28



北京国枫律师事务所（北京-上海-深圳-成都-西安-杭州-香港）

Grandway Law Offices (Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hangzhou-Hong Kong)

地址:北京市东城区建国门内大街 26 号新闻大厦 7 层

Address: 7/F, Beijing News Plaza, NO.26

Jianguomenneidajie,

邮编:100005

Dongcheng District, Beijing, China, 100005

电话:010-66090088/88004488

Tel:86-10-6609-0088/8800-4488

传真:010-66090016

Fax:86-10-6609-0016

网址:www.grandwaylaw.com

Website:www.grandwaylaw.com

（本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用）

目录 CONTENTS

国枫动态	GRANDWAYLAW NEWS	2
国枫动态 国枫合伙人张宇律师受邀出席“香港青年国际仲裁组织 HK45 模拟专家证人交叉盘问活动”		2
Yu Zhang, Partner of Grandway, Was Invited to Attend the “HK45 Mock Expert Witness Cross-Examination by the Hong Kong Youth International Arbitration Organization”.		2
国枫动态 当中秋遇上亚运——国枫杭州办公室举办“心心相融迎亚运，月满中秋话团圆”庆祝活动		4
When the Mid-Autumn Festival Meets the Asian Games – Grandway Hangzhou Office Held the Celebration Activity of “Welcoming the Asian Games with Heart and Soul, Talking about Reunion during Mid-Autumn Festival”		4
国枫动态 国枫“合规月月谈”第三期活动顺利举行		9
Grandway’s “Compliance Monthly Talk” Third Activity Was Successfully Held		9
国枫业绩 国枫助力重组胶原蛋白行业领先企业聚源生物完成 B 轮融资		14
Grandway Assists Jiangsu JLand Biotech Co., Ltd., a Leading Recombinant Collagen Company, to Complete Series B Funding		14
法制动态	SECURITIES INDUSTRY NEWS	16
最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》的通知		16
Notice of the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, and the Ministry of Public Security on issuing the "Guiding Opinions on Punishing Internet Violence Violations and Crimes in accordance with the Law		16
专题研究	RESEARCH ON CURRENT ISSUES	21
国枫观察 建设单位指定分包模式的法律困境及责任分析		21
Legal Dilemma and Liability Analysis of the Construction Unit's Designated Subcontracting Model		21
律所人文	GRANDWAY COMMUNITY	30
月是故乡明		30
Bright is the Moon over My Home Village		30

国枫动态 | 国枫合伙人张宇律师受邀出席“香港青年国际仲裁组织 HK45 模拟专家证人交叉盘问活动”

Yu Zhang, Partner of Grandway, Was Invited to Attend the “HK45 Mock Expert Witness Cross-Examination by the Hong Kong Youth International Arbitration Organization”.

2023年9月21日，“香港青年国际仲裁组织 HK45 模拟专家证人交叉盘问”活动在四川省成都市武侯区棕榈泉国际中心 16 楼举办，本次活动使用中英双语进行，由成都仲裁委员会、香港国际仲裁青年组织 HK45 联合主办，泰和泰律师事务所、英国品诚梅森律师事务所、普华永道会计师事务所、威科先行提供支持。国枫律师事务所成都办公室合伙人、成都仲裁委员会仲裁员张宇律师受成都仲裁委员会推荐作为模拟仲裁庭仲裁员角色参加此次活动。

本次活动分为两部分，第一部分由主持人先就本场案件背景作简单介绍。第二部分是就该案件进行模拟，其中申请人与被申请人出庭律师对本方及对方出庭的专家证人进行交叉盘问。





交叉盘问结束后，张宇律师作为本次活动仲裁庭组成成员之一发表了评论和观察意见，他表示，各位出庭律师都准备非常充分，为大家展现了交叉盘问的流程和技巧，为了加快培养高素质涉外法治人才步伐，为了推动我国对外开放和“一带一路”夯实法治基础，希望日后能有更多类似交流活动。



(来源：国枫公众号)

国枫动态 | 当中秋遇上亚运——国枫杭州办公室举办“心心相融迎亚运，月满中秋话团圆”庆祝活动

When the Mid-Autumn Festival Meets the Asian Games – Grandway Hangzhou Office Held the Celebration Activity of “Welcoming the Asian Games with Heart and Soul, Talking about Reunion during Mid-Autumn Festival”



9月23日，第19届亚运会盛大开幕，同时我们也将迎来中秋、国庆双节。为庆双节迎亚运，感受传统节日与国际盛会的喜悦氛围，国枫律师事务所杭州办公室于9月23日在所内举办了以“心心相融迎亚运，月满中秋话团圆”为主题的庆祝活动。





活动自下午开始，第一个环节以游园的形式开展，不仅设置了传统文化特色游戏，如“赏灯飞花令”、“礼乐投壶”、“民俗体验 DIY 团扇、兔子灯笼”等，还设计了“欢乐套圈”、“海底捞月夹弹珠”等小游戏增加趣味性。





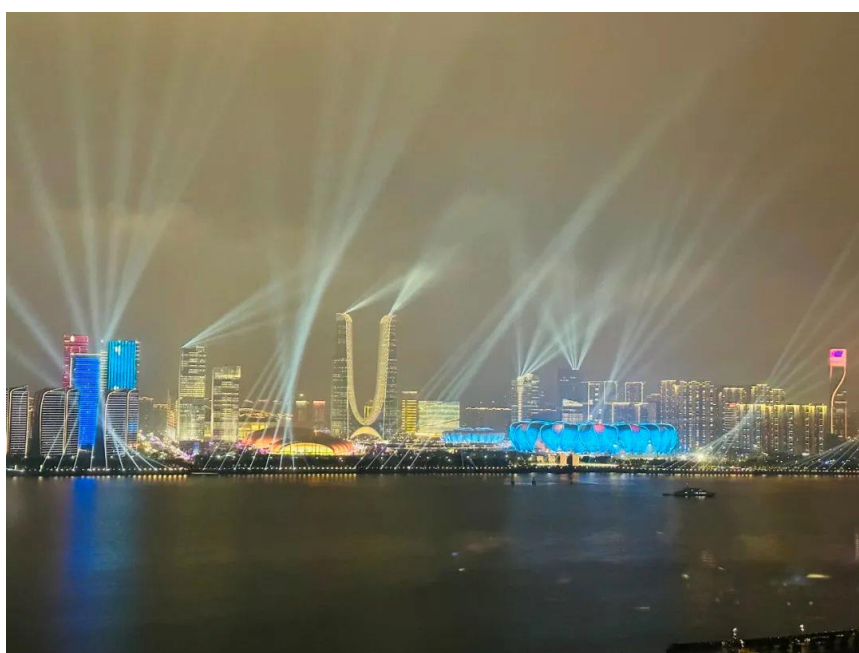
值得一提的是，为营造亚运氛围、助力亚运，每个游戏环节都融入了亚运元素。“本届杭州亚运会是中国第几次举办亚运会”，“亚运三宝分别代表了杭州的哪三张金名片”，“哪几项比赛项目是首次亮相杭州亚运会”，这边几位同事正为过飞花令的关卡绞尽脑汁答题，那边已经有同事因套中亚运小礼品在欢呼雀跃了。再看旁边，这几位同事俨然摆出了亚运健儿的气势，势要箭箭投中，支支进壶。而在夹弹珠的过关现场，新的一项所内纪录正在诞生：胡琪律师以 27 秒的手速完成了 20 颗弹珠的“搬家”行动，比规则规定的 1 分钟整整快了 33 秒！



惊叹之余，游园也到了尾声，合伙人们为所有参与者进行了幸运抽奖……



夜幕降临，随着亚运主场馆奥体中心体育场“莲花碗”绽放熠熠光辉，开幕式即将开始。凭借优越的地理位置，国枫杭州办公室与“莲花碗”隔江而望。同事们相聚在一起，品美食、叙情谊，共同观赏这场现代科技与东方美学融合的开幕盛宴。气氛也随着中国代表团的入场以及璀璨的灯光秀达到了顶峰，最后数字火炬手踏浪而来更是让大家感叹科技创新带来的惊艳。



本次活动在热烈的气氛中举行，也在欢声笑语中落下帷幕。活动放松了身心，营造了健康向上的文化氛围。通过彼此间的交流和沟通，增进了同事间的友谊，增强了团队的凝聚力和合作意识，同时也弘扬了中华传统文化，活跃了节日气氛。



当中秋遇上亚运，心相融，爱未来。



（来源：国枫公众号）

国枫动态 | 国枫“合规月月谈”第三期活动顺利举行

Grandway's "Compliance Monthly Talk" Third Activity Was Successfully Held

9月26日上午，国枫律师事务所合规业务组、医药健康行业研究委员会联合英国标准协会 BSI 共同举办了国枫“合规月月谈”第三期活动。活动在国枫上海办公室举行，并在线上平台同步直播，吸引了众多客户和同行们的积极关注和主动参与。本期活动聚焦医药行业，共商在医药反腐风暴的背景下，如何以合规体系助力企业健康发展。



本期活动由成隽捷律师主持，国枫合规业务组与医药健康行业研究委员会多位合伙人、律师参与研讨，并特邀英国标准协会 BSI 中国区战略业务发展总监郭玥婷作交流分享。



|| 成隽捷律师 ||

郭玥婷总监依据 ISO 37301:2021 合规管理体系向大家分享了合规认证的要点和趋势。BSI 是国际标准化组织 ISO 的倡导者和创立者之一，参与了 744 项 ISO 技术委员会工作。郭总监在简要介绍 ISO 37301 标准发展的历程和要求后，基于 BSI 长期服务高质量客户所发展形成的高起点谋划、“治理、行为、韧性”的新一代标准，具体展示了 ISO 37301 合规管理体系建设和认证的要点，并配合 BSI 认证典型案例向与会嘉宾阐明 BSI 合规认证作为助力中国企业进入主要经济体和供应链的“通行证”，对中国企业拓展国际市场的重要作用。



|| 郭玥婷总监 ||

国枫合伙人**臧欣**律师就“国枫医药行业服务痛点应对及亮点特色”进行分享。臧律师表示，国枫律所一直以来深耕资本市场，企业合规管理业务始终走在行业前列。目前医药反腐风暴崛起，医药行业合规问题日益凸显，国枫就医药行业客户可提供有效痛点应对服务，并具备高协同、强专业、重实务的亮点特色。在监管日趋严格的背景下，国枫积极跟进医药行业主要发展动态，自今年开始定期整理、发布《医药健康视点 News Digest》，为医药行业客户提供最新资讯，助力企业实现良性健康发展。



|| 臧欣律师 ||

国枫合伙人**施恣旻**律师、**刘华英**律师同在场嘉宾进行合规体系搭建实践及案例分享。施恣旻律师在 ESG 的视角下，基于 ESG 在中国政策话语体系中逐渐主流化的背景，对医药行业 ESG 的重点关注领域、进展态势、合规要点及相关法律服务进行介绍，并以供应链溯源为案例做了简要分享。刘华英律师基于其多年刑事辩护及刑事合规业务实践经验，以涉案企业合规为切入点，向大家介绍了事前自主合规、行政合规、预防性刑事合规、合规管理体系搭建、反商业贿赂合规、数据合规、商业秘密合规等合规服务种类，展示出国枫合规业务多元化的特点。作为国枫合规业务组牵头人，刘律师表示，国枫合规除了发挥多年深耕资本市场的经验能力，更将基于监管视角为企业提供合规服务，帮助企业更好应对强监管的行业背景，以及行业风险带来的不利影响。



|| 施恣旻律师 ||



|| 刘华英律师 ||

分享结束，在成隽捷律师的主持下，线上、线下的嘉宾们就“认证及合规体系搭建的双向奔赴”这一主题展开热烈讨论，从更多角度就企业合规认证问题进行全方位的探讨和深入交流。



本期国枫“合规月月谈”活动中，国枫律师及嘉宾通过不同视角探讨了医药健康行业的发展及合规动向，并就合规体系搭建、合规认证、不同合规场景下的具体法律服务开展等重点问题展开了具体探讨，加深了医药人与法律人的互动交流，生动展现国枫合规业务组在该领域下多维度的专业法律研究，以及国枫律师就行业热点前沿问题的敏锐思考和独特见解。未来国枫“合规月月谈”将继续围绕更多专题开展，期待与更多客户和同行交流！

（来源：国枫公众号）

国枫业绩 | 国枫助力重组胶原蛋白行业领先企业聚源生物完成 B 轮融资

Grandway Assists Jiangsu JLand Biotech Co., Ltd., a Leading Recombinant Collagen Company, to Complete Series B Funding

近日，由国枫律师事务所提供法律服务的江苏江山聚源生物技术有限公司（以下简称“聚源生物”）顺利完成 B 轮融资。本轮融资将用于聚源生物增强技术创新研发能力、完善国内外市场布局、智能化工厂建设等，推动更多重组胶原蛋白前沿技术和核心产品的开发，拓宽在化妆品、医疗器械等领域的应用空间。



聚源生物成立于 2015 年，作为国内首家使用毕赤酵母合成重组胶原蛋白的原研高新技术企业，实现了基于重组功能蛋白从基因设计、菌株构建、产业化设计、吨级产能放大、下游应用研发、下游产品安全及功效测试的全产业链布局，是行业内领先的重组胶原蛋白全产业链公司。公司已建立基于重组胶原蛋白从原料到医疗终端产品、功效性护肤品、功能性食品应用的全方位服务体系，能够为客户提供从原料开发、成品设计、批量生产的完整解决方案，化妆品及医疗器械原料已建立完善的国内国际合规及功效验证体系，在功能性食品领域，聚源生物是率先通过美国 GRAS 认证的重组胶原蛋白原料供应商，并畅销北美、欧洲、日韩等全球重要市场。

本轮融资将为聚源生物拓展重组胶原蛋白产业链注入新的动力，创新构筑行业生态新格局，助推研发更绿色、更安全、可持续的重组胶原蛋白产品，赋能全球重组胶原蛋白市场，开启聚源生物创新发展的全新篇章。

国枫律师事务所作为聚源生物本轮融资的法律顾问，全程参与并完成了本轮融资交易文件审阅、沟通、谈判以及项目交割等法律事宜，为公司提供了专业优质的法律服务。本项目由胡琪律师团队承办，项目主要参与人员包括胡琪律师、董一平律师。

感谢聚源生物对国枫的信任和支持，祝愿聚源生物继续引领重组胶原蛋白行业长期可持续发展！



胡琪 北京国枫律师事务所 合伙人
业务专长
公司收购与兼并业务、公司证券业务、金融业务



董一平 北京国枫(上海)律师事务所 合伙人
业务专长
公司证券业务

（来源：国枫公众号）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》的通知

Notice of the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, and the Ministry of Public Security on issuing the "Guiding Opinions on Punishing Internet Violence Violations and Crimes in accordance with the Law"

(法发〔2023〕14号)

最高人民检察院 时间：2023-09-25

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

现将《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》予以印发，请认真贯彻执行。执行中遇到的重大问题，请分别报告最高人民法院、最高人民检察院、公安部。

最高人民法院

最高人民检察院

公安部

2023年9月20日

**最高人民法院、最高人民检察院、公安部
关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见**

为依法惩治网络暴力违法犯罪活动，有效维护公民人格权益和网络秩序，根据刑法、刑事诉讼法、民法典、民事诉讼法、个人信息保护法、治安管理处罚法及《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》等法律、司法解释规定，结合执法司法实践，制定本意见。

一、充分认识网络暴力的社会危害，依法维护公民权益和网络秩序

1. 在信息网络上针对个人肆意发布谩骂侮辱、造谣诽谤、侵犯隐私等信息的网络暴力行为，贬损他人人格，损害他人名誉，有的造成了他人“社会性死亡”甚至精神失常、自杀等严重后果；扰乱网络秩序，破坏网络生态，致使网络空间戾气横行，严重影响社会公众安全感。与传统违法犯罪不同，网络暴力往往针对素不相识的陌生人实施，受害人在确认侵害人、收集证据等方面存在现实困难，维权成本极高。人民法院、人民检察院、公安机关要充分认识网络暴力的社会危害，坚持严惩立场，依法能动履职，为受害人提供有效法律救济，维护公民合法权益，维护公众安全感，维护网络秩序。

二、准确适用法律，依法严惩网络暴力违法犯罪

2. 依法惩治网络诽谤行为。在信息网络上制造、散布谣言，贬损他人人格、损害他人名誉，情节严重，符合刑法第二百四十六条规定的，以诽谤罪定罪处罚。

3. 依法惩治网络侮辱行为。在信息网络上采取肆意谩骂、恶意诋毁、披露隐私等方式，公然侮辱他人，情节严重，符合刑法第二百四十六条规定的，以侮辱罪定罪处罚。

4. 依法惩治侵犯公民个人信息行为。组织“人肉搜索”，违法收集并向不特定多数人发布公民个人信息，情节严重，符合刑法第二百五十三条之一规定的，以侵犯公民个人信息罪定罪处罚；依照刑法和司法解释规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

5. 依法惩治借网络暴力事件实施的恶意营销炒作行为。基于蹭炒热度、推广引流等目的，利用互联网用户公众账号等推送、传播有关网络暴力违法犯罪的信息，符合刑法第二百八十七条之一规定的，以非法利用信息网络罪定罪处罚；依照刑法和司法解释规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

6. 依法惩治拒不履行信息网络安全管理义务行为。网络服务提供者对于所发现的有关网络暴力违法犯罪的信息不依法履行信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，致使违法信息大量传播或者有其他严重情节，符合刑法第二百八十六条之一规定的，以拒不履行信息网络安全管理义务罪定罪处罚；依照刑法和司法解释规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

7. 依法惩治网络暴力违法行为。实施网络侮辱、诽谤等网络暴力行为，尚不构成犯罪，符合治安管理处罚法等规定的，依法予以行政处罚。

8. 依法严惩网络暴力违法犯罪。对网络暴力违法犯罪，应当体现从严惩治精神，让人民群众充分感受到公平正义。坚持严格执法司法，对于网络暴力违法犯

罪，依法严肃追究，切实矫正“法不责众”的错误倾向。要重点打击恶意发起者、组织者、恶意推波助澜者以及屡教不改者。实施网络暴力违法犯罪，具有下列情形之一的，依法从重处罚：

- (1) 针对未成年人、残疾人实施的；
- (2) 组织“水军”、“打手”或者其他人员实施的；
- (3) 编造“涉性”话题侵害他人人格尊严的；
- (4) 利用“深度合成”等生成式人工智能技术发布违法信息的；
- (5) 网络服务提供者发起、组织的。

9. 依法支持民事维权。针对他人实施网络暴力行为，侵犯他人名誉权、隐私权等人格权，受害人请求行为人承担民事责任的，人民法院依法予以支持。

10. 准确把握违法犯罪行为的认定标准。通过信息网络检举、揭发他人犯罪或者违法违纪行为，只要不是故意捏造事实或者明知是捏造的事实而故意散布的，不当认定为诽谤违法犯罪。针对他人言行发表评论、提出批评，即使观点有所偏颇、言论有些偏激，只要不是肆意谩骂、恶意诋毁的，不当认定为侮辱违法犯罪。

三、畅通诉讼程序，及时提供有效法律救济

11. 落实公安机关协助取证的法律规定。根据刑法第二百四十六条第三款的规定，对于被害人就网络侮辱、诽谤提起自诉的案件，人民法院经审查认为被害人提供证据确有困难的，可以要求公安机关提供协助。公安机关应当根据人民法院要求和案件具体情况，及时查明行为主体，收集相关侮辱、诽谤信息传播扩散情况及造成的影响等证据材料。网络服务提供者应当依法为公安机关取证提供必要的技术支持和协助。经公安机关协助取证，达到自诉案件受理条件的，人民法院应当决定立案；无法收集相关证据材料的，公安机关应当书面向人民法院说明情况。

12. 准确把握侮辱罪、诽谤罪的公诉条件。根据刑法第二百四十六条第二款的规定，实施侮辱、诽谤犯罪，严重危害社会秩序和国家利益的，应当依法提起公诉。对于网络侮辱、诽谤是否严重危害社会秩序，应当综合侵害对象、动机目的、行为方式、信息传播范围、危害后果等因素作出判定。

实施网络侮辱、诽谤行为，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百四十六条第二款规定的“严重危害社会秩序”：

- (1) 造成被害人或者其近亲属精神失常、自杀等严重后果，社会影响恶劣的；
- (2) 随意以普通公众为侵害对象，相关信息在网络上大范围传播，引发大量低俗、恶意评论，严重破坏网络秩序，社会影响恶劣的；

(3) 侮辱、诽谤多人或者多次散布侮辱、诽谤信息，社会影响恶劣的；

(4) 组织、指使人员在多个网络平台大量散布侮辱、诽谤信息，社会影响恶劣的；

(5) 其他严重危害社会秩序的情形。

13. 依法适用侮辱、诽谤刑事案件的公诉程序。对于严重危害社会秩序的网络侮辱、诽谤行为，公安机关应当依法及时立案。被害人同时向人民法院提起自诉的，人民法院可以请自诉人撤回自诉或者裁定不予受理；已经受理的，应当裁定终止审理，并将相关材料移送公安机关，原自诉人可以作为被害人参与诉讼。对于网络侮辱、诽谤行为，被害人在公安机关立案前提起自诉，人民法院经审查认为有关行为严重危害社会秩序的，应当将案件移送公安机关。

对于网络侮辱、诽谤行为，被害人或者其近亲属向公安机关报案，公安机关经审查认为已构成犯罪但不符合公诉条件的，可以告知报案人向人民法院提起自诉。

14. 加强立案监督工作。人民检察院依照有关法律和司法解释的规定，对网络暴力犯罪案件加强立案监督工作。

上级公安机关应当加强对下级公安机关网络暴力案件立案工作的业务指导和内部监督。

15. 依法适用人格权侵害禁令制度。权利人有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害，依据民法典第九百九十七条向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院可以根据案件具体情况依法作出人格权侵害禁令。

16. 依法提起公益诉讼。网络暴力行为损害社会公共利益的，人民检察院可以依法向人民法院提起公益诉讼。

网络服务提供者对于所发现的网络暴力信息不依法履行信息网络安全管理义务，致使违法信息大量传播或者有其他严重情节，损害社会公共利益的，人民检察院可以依法向人民法院提起公益诉讼。

人民检察院办理网络暴力治理领域公益诉讼案件，可以依法要求网络服务提供者提供必要的技术支持和协助。

四、落实工作要求，促进强化综合治理

17. 有效保障受害人权益。办理网络暴力案件，应当及时告知受害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人，并告知其有权依法申请法律援助。针对相关网络暴力信息传播范围广、社会危害大、影响消除难的现实情况，要依法及时向社会发

布案件进展信息，澄清事实真相，有效消除不良影响。依法适用认罪认罚从宽制度，促使被告人认罪认罚，真诚悔罪，通过媒体公开道歉等方式，实现对受害人人格权的有效保护。对于被判处刑罚的被告人，可以依法宣告职业禁止或者禁止令。

18. 强化衔接配合。人民法院、人民检察院、公安机关要加强沟通协调，统一执法司法理念，有序衔接自诉程序与公诉程序，确保案件顺利侦查、起诉、审判。对重大、敏感、复杂案件，公安机关听取人民检察院意见建议的，人民检察院应当及时提供，确保案件依法稳妥处理。完善行政执法和刑事司法衔接机制，加强协调配合，形成各单位各司其职、高效联动的常态化工作格局，依法有效惩治、治理网络暴力违法犯罪。

19. 做好法治宣传。要认真贯彻“谁执法谁普法”普法责任制，充分发挥执法办案的规则引领、价值导向和行为规范作用。发布涉网络暴力典型案例，明确传导“网络空间不是法外之地”，教育引导广大网民自觉守法，引领社会文明风尚。

20. 促进网络暴力综合治理。立足执法司法职能，在依法办理涉网络暴力相关案件的基础上，做实诉源治理，深入分析滋生助推网络暴力发生的根源，通过提出司法建议、检察建议、公安提示函等方式，促进对网络暴力的多元共治，夯实网络信息服务提供者的主体责任，不断健全长效治理机制，从根本上减少网络暴力的发生，营造清朗网络空间。

国枫观察 | 建设单位指定分包模式的法律困境及责任分析

Legal Dilemma and Liability Analysis of the Construction Unit's Designated Subcontracting Model

作者/周晶敏 沈咸峰

建设工程领域的指定分包指的是建设单位将应当发包给总包单位的部分工程指定给第三方分包单位去实施的分包工程。指定分包工程近年来各类争议频发，是司法实践中常见的纠纷类型，造成这种情况的一大原因是法律法规与工程实际不相匹配。这将导致指定分包工程中各方主体间的权利义务受限于行政管理的要求无法做到平等合理，纠纷由此产生。本文就指定分包工程模式下的法律问题以及各个主体间的法律责任略作分析如下。

一、指定分包工程的现状

（一）法律现状：部门规章持否定态度，但司法实践认可合同效力

尽管指定分包工程在建设工程中普遍存在，但在法律层面关于指定分包的规定仅局限于住建部门的规范性文件。目前，关于指定分包的禁止性规定在部门规章层面主要包括《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第7条[1]以及《工程建设项目施工招标投标办法》第66条[2]。相关的规范性文件中，关于指定分包的禁止性规定更为明确且具体，如住建部于2011年6月24日发布的《关于进一步加强建筑市场监管工作的意见》（建市〔2011〕86号）明确规定：“禁止建设单位指定工程分包单位。承包单位对其承包范围内的部分专业工程依法进行分包时，建设单位不得指定分包单位，不得要求承包单位购入其指定的建筑材料、构配件和设备，不得采用与总承包单位、分包单位签订‘三方协议’的方式变相指定分包单位”。这一规定，不仅明确禁止了建设单位指定分包单位这一行为，而且明令禁止了实践中常见的总承包单位、分包单位与建设单位通过签订“三方协议”的方式。

司法解释对于指定分包有规定，但只是就指定分包所可能引发的质量问题规定了发包人的过错责任。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“《**建工司法解释一**》”）第13条规定，“发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

（三）直接指定分包人分包专业工程”，但就合同效力的问题，《建工司法解释一》并没有直接的表明态度。

由于相关规定的立法层级较低，在司法实践中，大部分法院会认为这些规定属于管理性的规定，不属于强制性条款，不影响已经签订的合同的效力，在没有其他合同无效的情形下，指定分包的分包合同应当是有效的。例如，在北京市第三中级人民法院审理的(2017)京03民终2832号案件中，北京市第三中级人民法院就认为各方签订的《分包合同》系各方当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，分包单位具有相应的施工资质，合同应属合法有效，各方均应按约履行。综观近年来的相关案例，指定分包的合同效力问题在司法层面已经形成了基本共识，即指定分包本身不会直接导致合同无效。

（二） 实务履行现状：合同约定的权利义务的不对等

尽管各种行政规章、规范性文件都禁止指定分包的情况，但在实务中，建设单位为了加强对分包单位的管控，选择就部分分包项目指定分包的情况非常普遍，总包单位也往往由于处于弱势地位而不得不接受建设单位的要求。各方主体为了符合相关的行政管理要求，会由总包单位与分包单位签订指定分包的合同，或者建设单位直接作为合同主体与总包单位、分包单位签署三方协议。

指定分包而引发的纠纷，大多与分包合同不对等的权利义务安排有关，受限于行政管理的要求，作为总承包工程的组成部分的分包工程，必须在总包单位的管理范围下，但指定的分包单位更多是直接建设单位就合同条款进行谈判约定，这种天生的“错位”使得合同约定并不能直接反映各方的真实意思表示。最为明显的是付款条款，指定分包的情形下，项目进度款的审核、结算往往都是在建设单位与分包单位之间进行，总包单位实际充当的是“代收代付”的角色，但分包合同约定的直接付款主体基本均是总包单位，一旦出现建设单位欠付工程款的情形，总包单位如不自行垫付分包工程款就不得不面临被分包单位进行索赔的困境。更为尴尬的是，由总包单位与分包单位直接签订分包合

同的方式是目前管理规范中合法合规的方式，但这种方式下总包单位面临的风险相较于建设单位加入的三方协议反而更大。因为受限于合同相对性，如果是总包单位与分包单位签订的是二方协议，那么分包单位只能直接起诉总包单位，却不能起诉拖欠工程款的建设单位，这就意味着总包单位成为了建设单位的“防火墙”。基于这一风险，越来越多的总包单位在分包合同约定了“背靠背支付条款”。“背靠背支付条款”指的是在分包合同中，总包单位在收到建设单位的工程款后再向分包单位支付的条款。但该类条款，对于分包单位而言极不公平，分包单位既不能直接向建设单位索赔，又因为“背靠背支付条款”的原因而无法从总包单位获得工程价款，分包单位便索赔无门！因此，在司法实践中，不少法院为了保障分包单位的权利，突破“背靠背支付条款”的合同约定，支持分包单位的索赔诉求，判决总包单位付款，而这又导致总包单位的权益受损。

除了工程款纠纷，常见的纠纷还包括质量及工期纠纷。这两种纠纷将牵扯到总包单位与分包单位如何切分责任的问题。仔细探寻指定分包所导致的法律问题，基本都源于三个主体之间的不明晰的权利义务划分。特别是总包单位，在三方关系中，既是相对于建设单位的“乙方”，又是相对于分包单位的“甲方”，却对整个合同的履行起到的实际作用最小，如何认定总包单位的地位在三方关系的责任是理顺各种法律关系的关键因素。

二、 指定分包各方的权利义务重塑及调整

（一） 司法实践中相关主体的责任承担

1. 付款义务主体及其责任承担方式的争议

在指定分包纠纷案件中，最为常见的就是欠付工程款纠纷，但就工程款的付款义务主体认定，司法实践中又存在完全不同的判决结果。笔者检索后，总结判决结果大概分为三类，分别是：1.由总包单位承担付款义务，建设单位在欠付工程款范围内承担支付义务；2、认定总包单位仅是“代收代付”，不承担支付义务，建设单位承担支付责任；3、由总包单位承担支付义务，建设单位不承担支付义务。以下各举一例案例说明：

安徽省天长市人民法院审理的（2018）皖 1181 民初 1618 号案件中，安徽省天长市人民法院判决总包单位付款，且建设单位在欠付工程款范围承担支付

义务。天长法院的理由是总包单位“不仅是在名义上签订了分包合同，而且根据其于发包方的合作协议的约定，还应对其承包范围内的工程质量、安全、工期及安全文明施工等全面负责，并对其收到的工程款负有发放的义务”，所以总包单位与分包单位是构成建设工程合同关系，总包单位承担支付义务。关于建设单位的责任，由于案涉分包单位是建设单位的指定分包商，建设单位对总包单位与分包单位签订的分包合同予以认可，因建设单位未足额支付工程款，导致总包单位迟延付款，故建设单位应当在欠付工程款范围内与总包单位承担连带清偿责任。安徽省滁州市中级人民法院在二审[3]中对该观点予以确认。

第2种情形，以云南省高级人民法院的(2015)云高民一初字第24号案件为例。法院认为，案涉的《三方协议》中约定建设单位方未付款的，总包单位有权拒绝付款，且建设单位曾经直接向分包单位付款，因此，云南高院认为总包单位“仅履行转付或代付责任，并无直接向原告（分包单位）付款的义务”。据此，云南高院判决建设单位直接向分包单位付款，总包单位不承担付款义务。

第3种情形，上海市嘉定区人民法院审理的(2019)沪0114民初19727号案件中，嘉定法院认为合同约定的“背靠背条款”的实质是“附条件的民事法律行为”。根据权利义务对等原则和诚实信用原则，总包单位负有积极向建设单位主张工程款的义务，以确保其与分包单位的“背靠背”支付条款得以履行。在分包单位已经向总包单位请求办理决算的前提下，总包单位仅仅因为与建设单位就部分结算事项存在争议，即怠于向建设单位请款，特别是在分包单位提起诉讼后对此仍持消极态度，其行为有失妥当，也构成违约行为，因此判决总包单位支付分包工程款。而因为合同没有约定，嘉定法院对分包单位要求建设单位共同支付的主张不支持。该案件在一审判决后，总包单位上诉，上海市第二中级人民法院在二审[4]中，确认了案件所涉工程款的最终承担者是建设单位，但认为总包单位可及时向建设单位主张分包工程款，不影响总包单位向建设单位应承担的支付义务，驳回了总包单位的上诉。这个案件中，判决的基础就是“背靠背”条款背后的支付顺序，因此尽管有“背靠背”条款，总包单位仍不能免除支付的责任。

就分包单位维权而言，分包单位势必希望由建设单位和总包单位共同承担付款责任，但在实际案件中，因为具体的合同的约定、实际的付款方式等不同，各个法院在案件审理的侧重点有所不同，也就导致了判决的差异。但不能回避的问题是，“同案不同判”的情况下，不仅不能起到规范市场混乱的情况，而

且有进一步加剧各主体之间矛盾的趋势，因此，付款义务承担主体的争议需尽快在司法程序中统一。

2. 质量责任应根据事实情况认定责任比例

就质量问题而言，因为《建工司法解释一》第 21 条就建设单位方是否有责任有了明确的规定，总包单位与分包单位的连带责任也因为《建筑法》第 55 条的规定[5]而有所依据。因此指定分包情况下，三方主体都有可能是质量责任的承担者，实践中更多的争议问题在于各个主体之间如何分担责任的比例。具体责任比例的分配就需要看个案的事实情况，再由法官基于事实情况进行责任分担的判决。

例如在(2007)浙民一终字第 182 号案件中，浙江高院认为建设单位通过招投标将桩基工程交由分包单位施工后，又将该工程纳入与总包单位订立的总承包合同中，并直接指定分包单位，建设单位需承担过错责任。总包单位未对指定分包的行为提出异议，认可分包单位的实际施工行为，应当与分包单位共同承担连带责任。在这个案件中，监理单位未严格履行监理责任也应当承担责任。一审法院判决建设单位承担 25% 的责任，总包单位及分包单位连带承担 50% 的责任，监理单位承担 25% 的责任，浙江高院予以了认可。本案中工程质量的首要责任应该由分包单位承担没有争议，在如何划定建设单位及总包单位的责任方面，法院结合了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十二条第一款第（三）项[6]以及《建筑法》第二十九条的规定，综合对建设单位及总包单位进行了责任划定。

需要指出的是，不少法院认为《建筑法》所规定的需要承担连带责任的分包工程应当是属于总承包工程范围内的，部分“指定分包”工程实际不包含在总包工程的工程范围内，总包不参与管理，因此总包单位无需承担连带责任。上海市第二中级人民法院在(2017)沪 02 民终 8524 号案件中，就认为分包单位承接系争工程系由建设单位指定分包，并直接与建设单位联络工程事宜，总包单位并未实际参与实际施工，考虑到系争工程存在的质量问题并非总包单位在工程的管理或配合上存在瑕疵和过错所致，对建设单位要求总包单位承担本案连带责任的诉请不予支持。不过，这一判决的基础也是在事实认定总包单位没有责任后作出的，法院同样对总包单位是否有责任进行了实质审查。

（二）建设单位、总包单位和分包单位三方权利义务的重新调整

1. 付款义务的承担：建设单位与总包单位间的责任边界

在分包单位主张工程款的案件中，分包单位能否引用《建工司法解释一》中涉及“实际施工人”的条款要求建设单位在欠付工程款范围内承担连带支付责任一直存在争议。认为不能引用的一方的主要理由是“实际施工人”相关条款适用的前提是建设工程施工合同是无效的，“实际施工人”必须是违法分包的承包人，而“指定分包”情况下，分包单位在有资质的情况下，分包合同是有效的，那么分包单位不能作为“实际施工人”。但这就变成了合同无效的分包单位反而可以轻易突破合同相对性，直接要求建设单位承担付款义务，而与建设单位关系更密切，有资质、合同有效的分包单位却被法律限制无法向建设单位主张权利的逻辑矛盾，甚至有些分包单位明明签订了三方协议，却因为合同条款的原因对建设单位无付款请求权。

诚然“实际施工人”这一制度因为突破了合同相对性，有必要对“实际施工人”的范围予以限制，但“实际施工人”这一中国特色制度的背后正是建筑行业的现状。“实际施工人”背后是大量的农民工及整个行业下游单位，这些规定是为了保障农民工的权利所人为创设的制度。可事实上，合法分包单位也同样面临这样的问题，分包单位索赔无门也将最终伤害到在这一法律关系背后的各个主体的权益。就立法本意而言，指定分包的分包单位去援引“实际施工人”的制度是有基础的。“实际施工人”制度的核心是让“实际施工人”突破合同相对性，要发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。在指定分包工程的纠纷中，笔者认为也可以尝试让建设单位在欠付建设工程价款范围内承担责任。

特定情形下的“指定分包”，实际上分包单位向建设单位主张付款是有合同约定的，比如三方协议约定建设单位可以直接付款给分包单位，这也是部分判决支持建设单位付款主要原因。“指定分包”的特殊点就在于建设单位与分包单位是存在紧密关联的，建设单位往往会在合同中要求结算审核的权利、总包付款逾期的违约责任、代付工程款的权利等等，这些条款均可证明工程款的实际支付主体是建设单位。笔者认为，在分包合同的约定中，有直接条款表明建设单位是分包工程款的审核、批准及实际支付单位的，可以判决建设单位应当承担连带支付责任，且无需考虑合同的直接支付条款的约定。这一情形中，

总包单位往往只是一个“付款通道”，对于分包工程价款无实际决定权，其所应承担的责任不应超过其在分包工程所享有的权利。由建设单位承担连带责任，一方面可以减轻总包单位在指定分包工程所面临的风险，另一方面也有减轻讼累之效，因为在建设单位拖欠工程款所致的分包纠纷中，总包单位承担付款责任后，还需另行起诉建设单位要求付款，而在一案中予以处理，可以很大程度上减轻当事人的诉讼成本及法院的审判压力。

但若建设单位仅仅是指定了分包单位一个主体身份，没有直接签订与分包单位的合同，所有日常的分包管理、进度安排、工程变更、进度款及结算款的审核与结算都是总包单位与分包单位进行，那么在这种情况下就需要谨慎考虑是否突破合同的相对性。换言之，建设单位是否需要承担连带支付责任，笔者认为，关键在于建设单位与分包单位之间的直接关联度。关联度越高，总包单位的作用越小，那么建设单位就越应该承担责任。目前司法实践中，关于建设单位是否要承担付款责任，也趋向于对案件进行实质性审理，从事实上认定建设单位以及总包单位在欠付工程款这一事实上的责任，而不在于简单从法律关系角度去否定分包单位的诉请，这一趋势值得肯定。

2. 施工质量的责任承担：总包单位的管理责任及建设单位的过错责任

因分包单位的原因导致工程出现质量问题时，总包单位往往认为在指定分包情形下，总包单位完全不参与分包工程，因此无需承担质量责任。笔者认为，尽管在指定分包的情形下，分包单位并非由总包单位直接选定，但总包单位与分包单位之间的建设工程分包法律关系是合法有效的，总包单位仅以“指定分包”为由就不承担任何质量责任是不公允的。事实上，总包单位在分包过程中负有管理的责任，分包工程被纳入总包管理范围内，部分总包单位还收取管理费，对于分包工程的工程质量问题，总包至少存在管理不善的责任，完全不承担责任有失公允。

分包单位作为分包工程质量问题的首要责任主体并无争议，但总包单位是否应当根据《建筑法》的规定承担连带责任呢？笔者认为，《建筑法》中规定总包单位与分包单位承担连带责任是因为分包单位是总包单位选择、聘请及管理的，因此总包单位与分包单位应视为一个整体对建设单位承担责任，但在指定分包中，建设单位是存在过错责任的，不能简单的将总包单位与分包单位进行捆绑，而是更应该根据各自主体的过错程度分别承担责任。

实务中，存在建设单位与总包单位协商确定，总包单位只需与分包单位签署备案合同，工程联系、工程款支付等均只在建设单位与分包单位间进行，总包单位不对分包单位进行管理的指定分包情形，这类情况本质上是建设单位的“独立发包”工程，已经不符合分包工程的实质，那么总包单位不应当在这种情况下承担分包工程的质量责任。

三、指定分包的合规之路

一直以来，无论是建设工程行业内部，还是诸多建设工程领域的专家们都在主张让指定分包合法化。目前行业主管部门的监管与建筑市场的实际情况是不相适应的，在分包工程专业化、精细化发展的前提下，专业分包工程必然是总承包工程中不可分割的重要部分，而建设单位出于管理、成本等等因素的考虑，势必对于分包单位的选择更为注重，“指定分包”的现象仍将普遍存在，仍然靠着行政手段简单的禁止可想而知收效势必甚微。而且因为司法机关对于指定分包合同的效力的普遍认可，行为违法但合同有效的矛盾会进一步加剧了市场的混乱。若指定分包合法有效，能在一定程度上解决这一矛盾。认可指定分包的合法性，通过“疏”而不是“堵”，在尊重市场的规律以及各方的商业诉求基础上，允许指定分包由市场自行调节管理，可能会有更好的管理效果。所以，笔者支持亦是指定分包的合法化，特别是在行政管理层面。

在 FEDIC 合同中，指定分包是被允许的，而且为了保护总包单位，设置了专门的承包商的保护条款[7]，总包单位有在一定条件下有拒绝建设单位的指定分包商的权利。如果总包单位没有对指定分包商提出反对，那分包合同的关系就应当是合法有效的，总包单位、分包单位及建设单位都应当遵守合同约定。综观相关涉及“指定分包”案件的纠纷，很大程度上是源于各方当事人对于分包事项并未真正达成三方意思一致，而是为了满足行政管理的要求草草签订了分包合同，导致真正出现纠纷后，难以通过分包合同的条款妥善解决争议。因此，在指定分包合法的基础上，让各方当事人能够在更为平等的基础上确定各自的权利义务，重新让合同成为各方解决争议的依据，或许是一条让各方当事人降低合同风险，减少纠纷发生的合规之路。

参考资料：

[1] 《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第七条规定：“建设单位不得直接指定分包工程承包人。任何单位和个人不得对依法实施的分包活动进行干预。

[2] 《工程建设项目施工招标投标办法》第六十六条招标人不得直接指定分包人。

[3] 安徽省滁州市中级人民法院(2019)皖 11 民终 1067 号案件民事判决书

[4] 上海市第二中级人民法院(2020)沪 02 民终 4054 号民事判决书

[5] 《建筑法》第五十五条规定：建筑工程实行总承包的，总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。

[6] 该规定已失效，现应适用《建工司法解释一》第 21 条的规定。

[7] 详见《FIDIC 施工合同条件》，中国建筑工业出版社，2018 年。



周晶敏 北京国枫(上海)律师事务所 合伙人
业务专长
争议解决、投融资、房地产与建设工程



沈咸峰 北京国枫(上海)律师事务所 律师
业务专长
房地产及建设工程、商业地产运营、争议解决

(来源：国枫公众号)

月是故乡明

Bright is the Moon over My Home Village

作者/ 季羨林 《季羨林散文精选·悲喜自渡》

每个人都有个故乡。人人的故乡都有个月亮。人人都爱自己的故乡的月亮。事情大概就是这个样子。

但是，如果只有孤零零一个月亮，未免显得有点儿孤单。因此，在中国古代诗中，月亮总有什么东西当陪衬，最多的是山和水，什么“山高月小”“三潭印月”等等，不可胜数。

我小的时候，从来没有见过山，也不知山为何物。我曾幻想，山大概是一个圆而粗的柱子吧，顶天立地，好不威风。以后到了济南，才见到山，恍然大悟：山原来是这个样子呀。因此，我在故乡里望月，从来不同山联系。像苏东坡说的“月出于东山之上，徘徊于斗牛之间”，完全是我无法想象的。

至于水，我的故乡小村却大大地有。几个大苇坑占了小村面积一多半。在我这个小孩子眼中，虽不能像洞庭湖“八月湖水平”那样有气派，但也颇有一点儿烟波浩渺之势。到了夏天，黄昏以后，我在坑边的场院里躺在地上，数天上的星星。有时候在古柳下面点起篝火，然后上树一摇，成群的知了飞落下来，比白天用嚼烂的麦粒去粘要容易得多。我天天晚上乐此不疲，盼望黄昏早早来临。

到了更晚的时候，我走到坑边，抬头看到晴空一轮明月，清光四溢，与水里的那个月亮相映成趣。我当时虽然还不懂什么叫诗兴，但也顾而乐之，心中油然有什么东西在萌动。我有时候在坑边玩儿很久，才回家睡觉，在梦中见到两个月亮叠在一起，清光更加晶莹澄澈。第二天一早起来，我到坑边苇子丛里去捡鸭子下的蛋，白白地一闪光，手伸向水中，一摸就是一个蛋。此时更是乐不可支了。

我只在故乡待了六年，以后就背井离乡，漂泊天涯。我曾到过世界上将近三十个国家，我看过许许多多的月亮。在风光旖旎的瑞士莱芒湖上，在平沙无垠的非洲大沙漠中，在碧波万顷的大海中，在巍峨雄奇的高山上，我都看到过月亮。这些月亮应该说都是美妙绝伦的，我都异常喜欢。但是，看到它们，我就立刻想到我故乡那个苇坑上面和水中的那个小月亮。对比之下，无论如何我也感到，这些广阔世界

的大月亮，万万比不上我那心爱的小月亮。不管我离开我的故乡多少万里，我的心立刻就飞来了。我的小月亮，我永远忘不掉你。

月是故乡明，我什么时候能够再看到我故乡里的月亮呀。我怅望南天，心飞向故里。

一轮明月，一颗月饼，几双筷子，这大抵是大部分现代中国人对中秋的记忆了，可人不同，流转于同一时间的所见和情感自然不同。

月亮还在竹帘儿上爬，那满圆却慢慢又亏了，末了，便全没了踪迹，只留下一个空镜，一个失望。奶奶说：“它走了，它是匆匆的。你们快出去寻月吧。”我们就都跑出门去，它果然就在院子里，但再也不是那么一个满满的圆了，尽院子的白光，是玉玉的，银银的，灯光也没有这般儿亮的。院子的中央处，是那棵粗粗的桂树，疏疏的枝，疏疏的叶，桂花还没有开，却有了累累的骨朵儿了。我们都走近去，不知道那个满圆儿去哪儿了，却疑心这骨朵儿是繁星儿变的；抬头看着天空，星儿似乎就比平日少了许多。月亮正在头顶，明显大多了，也圆多了，清清楚楚看见里边有了什么东西。

“奶奶，那月上是什么呢？”我问。

“是树，孩子。”奶奶说。

“什么树呢？”

“桂树。”

我们都面面相觑了，倏忽间，哪儿好像有了一种气息，就在我们身后袅袅，到了头发梢儿上，添了一种淡淡的痒痒的感觉；似乎我们已在月里，那月桂分明就是我们身后的这一棵了。奶奶瞧着我们，就笑了：

“傻孩子，那里边已经有人呢。”

“谁？”我们都吃惊了。

“嫦娥。”奶奶说。

“嫦娥是谁？”

“一个女子。”

哦，一个女子。我想：月亮里，地该是银铺的，墙该是玉砌的，那么好个地方，配住的一定是十分漂亮的女子了。

——贾平凹，节选自《月迹》

门响，我知道是三郎回来了，我望了望他，我又回到梦中。可是他在叫我：“起来吧，悄悄，我们到朋友家去吃月饼。”

他的声音使我心酸，我知道今晚连买米的钱都没有，所以起来了，去到朋友家吃月饼。人醒着，经过菜市，也经过睡在路侧的僵尸，酒醉得晕晕的，走回家来，两人就睡在清凉的夜里。

三年过去了，现在我认识的是新人，可是他也和我一样穷困，使我记起三年前的中秋节来。

——萧红，节选自《中秋节》

记得有一年，我在上海过中秋。晚饭后，皓月当空。我同几个朋友到马路上去散步，看见了上海中秋之夜的形形色色，然后回家。我将就睡的时候，忽然有一个人推门进来。他送我一副眼镜，就出去了。我戴上这副眼镜，一看，就像照着一种X光，眼前一切窗门板壁，都变成透明，同玻璃一样，邻家的人的情状我都看见了。我高兴得很，就戴了这副眼镜，再到马路上去跑。这回所见，与前大异；一切墙壁，地板，都没有了；但见各种各样的人各自过着各种各样的生活。可惊，可叹，可怜，可恨，可耻，可鄙……也有可歌，可羨，可敬的。我跑遍了上海的马路，所见太多，兴奋之极，倒在马路旁边睡着了。醒来的时候，却是身在床中。原来是做一个梦。

——丰子恺，节选自《上海中秋之夜》

