



立法前沿  
Legislative forefront

热点事件  
Hot events

专业研究  
Professional research

国际视野  
Global view

司法数据  
Judicial big data



# 序言

纵观行业大势，洞察法律前沿。

文康坚持专业立所，以专业赢得信任、以专业成就价值。二十六年来，文康人奋进途中不忘初心，逐梦路上步履不停。于律师而言，案卷里的经典案例皆为勋章，经办的成功项目都是成绩，指尖敲出的每一篇专业文章都蕴含着沉淀后的智慧与深思。

在文康，不乏学者型律师，他们以专业立身，学无止境、漫漫求索。他们中，既有坚持十八载年年出精品的前辈，也有笔耕不辍一年写十万字的新秀，还有紧跟社会热点、聚焦法律新规的行业专家。读其文、观其思，字里行间都是他们对法律行业的不懈探索和孜孜追求。

受邀写这篇序言，作为事务所主任的我由衷地感到骄傲，文康有越来越多的优秀人才加盟，这些年轻的新伙伴有着更敏锐的视角、更广阔的思维，聚焦专业发展和法律前沿，大家都在为共同打造好文康这一平台和助力行业发展贡献自己的力量。

《文康法律观察》是我们自媒体平台的名字，意为立足专业优势，观察行业发展、探讨专业话题。过去的一年，各专业领域的文康律师在《文康法律观察》上发表了近两百篇专业文章。2021年岁末，我们选取了部分律师撰写的专业文章集结成书，刊印一本《文康法律观察》，作为文康年度系列刊物的组成部分，以飨各位读者。

百年文康正待书，文康期待更多志合者加入，未来之路，愿我们继续以梦为马、携手前行，做强专业、不负所托！

张志国

文康律师事务所成立于一九九五年，凭借扎实勤勉的工作作风和力求卓越的专业品质，在业界赢得了良好口碑，是一家享有较高知名度和美誉度的大型综合律师事务所。

文康在青岛、北京、济南、烟台、潍坊、济宁、日照、青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西和首尔、悉尼、华盛顿等地设有办公室或分支机构，现有执业律师及其他专业人员三百余名，工作语言包括中文、英文、韩文、日文等。文康致力于为客户提供高效专业的法律服务，业务范围涵盖二十余个领域，文康客户来自海内外数十个国家和地区，遍布各行各业。

文康秉承“务实敬业、做今日事，合作致胜、创百年所”的理念，收获了广泛赞誉。2005年入选首批“全国优秀律师事务所”并保持至今，是山东唯一一家荣获“全国文明单位”的律师事务所，获得“山东省文明律师事务所”“山东省著名商标”“青岛市优秀律师事务所”“青岛市文明单位标兵”“青岛名牌”等荣誉称号，长期受到钱伯斯、《商法》杂志、ALB、ILFR等国际知名排行机构的关注和认可。



## 部分荣誉 Achievements & Honors

### 全国文明单位 全国优秀律师事务所

**Chambers**  
AND PARTNERS

Zhang Zhiguo : Band 1 (Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)  
Gao Liangchen : Band 3 (Shipping: Northern China (PRC Firms)  
Wang Li: Highly recommended lawyer (Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)  
Wincon Law Firm: Band 1 for Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)  
Band 3 for Shipping: Northern China (PRC Firms)

张志国: 第一等律师 (公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区)  
高良臣: 第三等律师 (海事海商领域, 中国北部地区)  
王莉: 推荐律师 (公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区)  
文康律所: 公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区, 第一等律所; 海事海商领域, 中国北部地区, 第三等律所

**ASIAN  
LEGAL  
BUSINESS** ALB

M&A Rankings (Firms to Watch)  
Excellent Law Firm (Northeast China)  
Maritime Law Firm of the Year  
China Legal Service Awards  
Client Choice Top 20 Lawyers in China: Li Peng

并购领域值得关注的律师事务所  
中国优秀律师事务所 (东北地区)  
海事海商律师事务所年度大奖  
中国法律服务大奖  
最受客户青睐20位中国顶级律师: 李鹏

**IFLR 1000**

Top Tier Firm for Financial and Corporate  
Leading Lawyer: Chai enwang Li tao Fanzheng Wang Li  
Rising Star of the Year: Yuan Xueli Haohan

金融与公司业务领域 第一梯队律所 (山东)  
领先律师: 柴恩旺 李涛 范征 王莉  
飞跃之星: 原雪丽 郝涵

**CHINA BUSINESS  
LAW JOURNAL** 商法

China Business Law Awards (Shandong)  
Best Overall Law Firms (Shandong)  
Shipping (PRC Firms)  
Deals of the Year  
2020 Rising Stars: Zhang Hong

年度卓越律所 (山东)  
卓越综合实力律所 (山东)  
海事海商 (中资所)  
年度杰出交易  
律师新星: 张红

**ENR**  
Engineering News-Record

30 highly recommended Chinese Team  
60 highly recommended Chinese lawyer of Engineering Industry: Yin Qifeng  
最值得推荐的30家律师团队  
最值得推荐的中国工程法律60位专业律师: 殷启峰

**insider**

Best International Civil & Commercial Litigation Firm – China  
Best Shipping & Maritime Law Specialist(China): Liangchen Gao

最佳国际商事诉讼律师事务所-中国区  
中国区最佳海事海商法律事务专家-高良臣

**界面**  
jiemian.com

TOP100 Law Firm  
China Best Employer Award  
Best Law Firm Leader: Zhang Zhiguo  
The Best Lawyer: Tang Yiwei Zhang ning  
Rising Lawyer: Luan Ke

界面金榜律师事务所100强  
界面金榜最适合工作的律师事务所  
最佳律所领军人物: 张志国  
最佳律师: 唐仪伟 张宁  
新锐律师: 栾珂

**知产宝**  
IPHOUSE

TOP10 IP Litigation Team: Zhao Jijun

十佳优秀知识产权诉讼专利团队: 赵吉军律师团队

## 专业领域 Practice Areas

文康致力于向客户提供全方位的法律服务。文康律师在各业务领域内各有专长，能够保证法律服务的专业化，并可随时相互支持和紧密协作，充分满足客户跨领域的业务需求。



**政府法律事务**  
Government-related  
Legal Services



**房地产与建筑工程**  
Real Estate & Construction



**公司与并购**  
Corporate M&A



**破产、重组与清算**  
Bankruptcy & Restructuring



**争议解决与诉讼**  
Dispute Resolution & Litigation



**保全与执行**  
Preservation & Execution



**证券与资本市场**  
Securitisation & Capital Markets



**私募股权投资**  
PE/VC



**银行、金融**  
Banking & Finance



**保险**  
Insurance



**外商投资**  
Foreign Investment



**国际贸易**  
International  
Trade



**海事、海商**  
Maritime



**知识产权**  
Intellectual Property



**劳动**  
Labor & Employment



**刑事**  
Criminal Compliance



**婚姻家庭及财富传承**  
Family and Matrimonial &  
Wealth Inheritance



**医疗法律事务**  
Health Care



**政府和社会资本合作项目**  
PPP



**移民**  
Immigration

# 目录

## CONTENTS



### 文康动态

News & Honor

001

### 立法前沿

Legislative forefront

009

《民法典》视角下违约方合同解除权解读	胡泉基/刘佳琳	010
《民法典》“保理合同”章法条解读	栾珂/宋明利	016
《民法典》施行后抵押财产转让对抵押权的影响	崔金星	020
《民法典》之新担保司法解释下保证担保的解读	李殿栋	024
《数据安全法》颁布，企业如何避免数据合规风险？	陈洁/葛静芳	028
企业如何应对《个人信息保护法》的出台	马清泉/王译萱	032

### 热点事件

Hot events

039

“EVER GIVEN”轮搁浅导致苏伊士运河双向封闭对中国进出口企业影响及对策	田刘柱/陈晓军	040
“EVER GIVEN”轮搁浅，货主应了解的共同海损知识	田刘柱/陈晓军	044

## 专业研究

Professional research

047

地产与建工   《建设工程施工合同纠纷案件司法解释》十大变化解读	殷启峰/王英	048
银行与金融   最高额担保登记债权额与当事人约定债权额之异同及其后果	范征	054
银行与金融   银行在先抵押权与商品房买受人权利的冲突与思考	周青林/任志向	058
知识产权   抵触申请抗辩制度的路径设想	赵吉军	064
破产重整   破产重整视域下对有担保债权的限制与救济	于文娟/宋云飞	070
结构融资   资管、运营逻辑驱动，不动产与资本汇聚——公募REITs来了	原雪丽	074
结构融资   ABS：蚂蚁花呗的终极“秘密”	张剑桥	080
家族财富传承   家族财富传承实务十问十答	李凤凡/孙文祎	084
家族财富传承   从法律视角探讨如何运用家族信托实现家族财富保护与传承	王博	088
劳动与就业   论公序良俗原则在劳动合同解除中的适用	张宁/张晓雨	094
刑事合规   浅议刑事合规问题——企业风险控制的新发展	贾昆	099
环境合规   论企业环境保护合规管理体系之构建	李秀华	102
供应链行业   供应链票据的性质分析及风险防范	董杰/张政国	107
并购席谈   关于“协议转让+表决权委托”作为收购上市公司操作模式的法律分析	李涛/廖政	112
并购席谈   投资协议，有必要吗？	赵春旭/张鼎新	116
并购席谈   境外直接投资（ODI）审批实务	郝涵	120

## 国际视野

Global view

125

涉外民商事司法文书送达的法律适用	苏源/李荃	126
中国的仲裁裁决如何在韩国法院申请执行？——外国仲裁裁决在韩国的承认与执行		131
在澳大利亚购买房产：考虑因素和保护措施		135

## 司法数据

Judicial big data

143

成品油走私犯罪司法大数据报告	裴吉科/赵徽平	144
----------------	---------	-----

文康  
动态

News &  
Honor



2021年1月，青岛仲裁委员会公布第六届仲裁员名单，聘请1232名专家学者担任仲裁员，聘请65名专家学者为专家咨询委员会委员，聘请17名专家学者为纪律和职业道德委员会委员。21名文康律师被聘为第六届仲裁委仲裁员，充分证明了文康律师的专业法律知识、综合办案能力和公平公正的职业道德水平得到了社会的高度认可。



2021年1月20日，文康青年工作委员会成立，合伙人任志向律师当选为首届青工委主任。文康青工委旨在关注文康青年律师成长，激发青年律师积极性，助力实现职业理想，传承百年文康梦想。



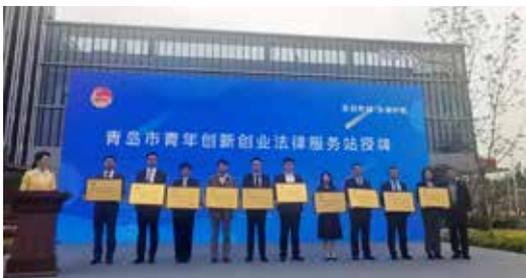
2021年3月12日，由青岛市供应链协会联合文康律师事务所共同成立的“青岛市供应链行业法律公共服务中心”揭牌仪式在文康广场举行。这是全国首个供应链行业法律公共服务中心，可为供应链相关企业提供包括法律咨询、法律援助、律师服务等在内的“窗口化、一站式、综合性”服务，有效提升青岛市供应链行业的法治化建设水平。高级合伙人栾珂律师担任中心主任。

2021年4月18日，山东省高级人民法院发布《山东省高级人民法院关于企业破产案件管理人名册的公告》，文康荣获破产管理人一级资质，得以担任社会影响大、法律关系复杂的重大案件的管理人。这是文康深耕破产领域十余年所积累的硕果，是山东省、青岛市两级法院对文康承办破产业务专业能力与经验的肯定。

2021年4月，上海知识产权研究所举办了“2020年中国十大最具研究价值知识产权裁判案例”评选活动，文康律师事务所知识产权团队赵吉军、张瑜律师代理原告喜力酿酒厂有限公司诉青岛喜力啤酒有限公司、赣州百惠酒业有限公司、张增见等商标侵权及不正当竞争案成功入选。



2021年4月16日，杭州市律协副会长王建军一行莅临文康考察交流，就律所规范化建设工作展开座谈。青岛市律协会会长张金海，市律师行业党委副书记刘常青，文康律师事务所主任张志国，高级合伙人李涛、袁椰等出席座谈。



2021年4月21日，共青团青岛市委、青岛市司法局、青岛市人社局、城阳区政府举行“青创先锋·法律护航”行动暨“青创先锋”法律服务手册发布仪式，文康高级合伙人栾珂律师、合伙人任志向律师作为青年律师代表受邀参加启动仪式。文康所作为首批“青岛市青年创新创业法律服务站”成员，将发挥专业优势，承担社会责任，积极参与“青创先锋·法律护航”行动。



合作致胜，2021年4月24日，在文康律师事务所成立26周年之际，文康律师事务所2021年度合伙人会议暨合伙人发展论坛在即墨古城君澜酒店举行，来自青岛总部及北京、济南、烟台、潍坊、济宁、青岛西海岸、上合示范区、城阳各地办公室的合伙人、高级顾问及特邀嘉宾参加。



匠心筑梦，一路前行。2021年4月23日，文康律师事务所迎来了26岁生日。4月23日中午，文康26周年庆典活动在文康广场举行，各地办公室通过视频连线参与，全所300余人参加庆祝活动，祝福文康红日初升，其道大光，前途似海，来日方长。



为庆祝党的百年华诞，继承和发扬党的光荣传统，提升党团组织凝聚力，2021年5月8日上午，中共山东文康律师事务所党支部、团支部，联合青工委组织文康律师开展“追忆红色历史，传承红色基因”主题活动，30多名文康律师赴中共青岛党史纪念馆参观学习，重温初心洗礼，传承使命担当。

2021年5月，中国国际经济贸易仲裁委员会（简称“贸仲”）、中国海事仲裁委员会（简称“海仲”）公布新一届仲裁员名单，文康所主任、高级合伙人张志国律师再次入选贸仲仲裁员，张志国律师，文康所副主任、高级合伙人高良臣律师，高级顾问郭春风入选海仲仲裁员，聘期自2021年5月1日起。



青年强则文康强，青年兴则文康兴。2021年6月3日，聚焦“青年律师发展、业务能力提升、专业协作支持、平台赋能成长”，文康青年律师工作委员会举办文康培训学校100期暨文康青年律师发展论坛。文康合伙人会议主席张金海律师发言，文康监事会主席、文康培训学校校长殷启峰律师作主题分享，文康合伙人、青工委主任任志向律师主持，多位青年律师分享成长过程中的收获与困惑。近百名文康青年律师、合伙人律师参与交流，共同赋能青年律师成长。



2021年6月8日，泰和泰（济南）律师事务所执行主任张慧律师、管委会主任张玉亮律师一行十余人到访文康律师事务所，就律所发展方面的问题进行了座谈交流。文康律师事务所合伙人会议主席张金海律师，事务所主任张志国律师，监事会主席殷启峰律师以及多位高级合伙人热情接待泰和泰同仁并参加座谈。



峥嵘百年史，奋进新征程。2021年6月16日，为纪念中国共产党成立100周年，文康律师事务所合唱团参加了由青岛市司法局主办、青岛市律师协会承办的“颂咏初心、礼赞百年华诞”文艺汇演，以一首《走向复兴》合唱向中国共产党百年华诞献礼。

为庆祝伟大中国共产党成立100周年，充分发挥先进典型表率示范作用，激励全市司法行政系统基层党组织和广大党员奋发进取、创先争优，2021年6月28日，经中共青岛市司法局党委决定表彰54名优秀共产党员及14名优秀党务工作者。文康律师事务所党支部副书记袁椰荣获青岛市司法行政系统“优秀党务工作者”，张红律师荣获“优秀共产党员”称号。



2021年7月1日，庆祝中国共产党成立100周年大会隆重召开，文康律师事务所各地办公室组织律师们集体观看了庆祝中国共产党成立100周年大会实况直播，聆听了习近平总书记的重要讲话，并组织开展了“百人百语贺百年”“百公里红色跑”“唱红歌、送祝福”等系列活动，庆祝党的百年华诞。



2021年7月9日，青岛市市南区司法局党组书记、局长夏青，市南区司法局党组成员、副局长解爱敏一行莅临文康律师事务所调研座谈。文康合伙人会议主席张金海，文康高级合伙人孙德新、周青林律师，行政总监袁椰参加座谈。



2021年9月1日，民建青岛市委秘书长陈成意莅临文康调研座谈。文康律师事务所主任张志国律师，民建会员、文康高级合伙人柴恩旺、许征、田冰、栾珂律师参加座谈交流。

9月9日，文康律师事务所参政议政委员会举行成立仪式。民建青岛市委秘书长陈成意、民建青岛市委参政议政处处长全渊出席仪式。文康参政议政委员会由在文康工作的市人大代表、政协委员、民主党派律师组成。根据参政议政工作经验等因素，事务所指派许征律师担任第一届委员会主任，指派田冰律师、贾昆律师担任副主任，指派栾珂律师担任秘书长、于大千律师担任副秘书长，任期两年，任期届满前由全体委员根据委员会章程组织换届选举工作。



2021年8月27日，莱西市委书记庄增大莅临文康律师事务所调研指导，莱西市发改局局长宋学照、莱西市司法局局长臧志勇、中煤东方控股有限公司董事长王雪、中煤东方控股有限公司副总经理曹志雷陪同调研。文康律师事务所主任张志国律师、合伙人会议主席张金海律师、监事会主席殷启峰律师、高级合伙人高良臣律师、柴恩旺律师参加接待并座谈。



凝聚法律力量，服务企业发展。2021年9月24日下午，青岛市女企业家协会法律服务中心揭牌仪式暨“关注未成年人成长、构建和谐社会”专题分享会在文康广场举行。青岛市女企业家协会会长张旭明、青岛市律师协会会长张金海为法律服务中心揭牌。文康高级合伙人许征律师担任法律服务中心主任。



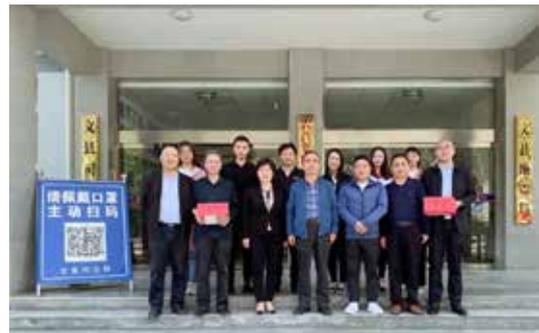
凝聚青春力量，彰显支部活力。2021年10月13日，文康律师事务所召开团支部换届选举大会，文康党委书记高良臣律师、党委副书记袁榔出席会议并讲话，全所团员和青年律师代表参加会议。四位候选人当选新一届文康团支部委员会委员。姜知泰律师担任团支部书记，刘佳琳律师担任组织委员，许崇辉律师担任宣传委员，李笑律师担任文体委员。新一届团支部将在律所内部打造持续精进专业能力、互相提供支持和协助的平台，助力年轻人成长、汇聚年轻人的智慧，为事务所发展提出建设性的建议。

2021年9月，山东大学法学院举行第二批合作导师和实务教师聘任仪式暨法律实务人才培养座谈会，向新聘的研究生实务合作导师、实务教师颁发聘书，文康监事会主席殷启峰律师受聘为研究生实务合作导师，聘期为三年。



2021年10月，青岛大学法学院召开研究生导师聘任仪式暨师生双选会，文康律师事务所监事会主席殷启峰律师、高级合伙人董杰律师受聘为青岛大学法学院研究生实践导师。

为让更多贫困失学女童得到社会关心和帮助，今年，文康组织了情系“春蕾女童”爱心捐款活动，律师们积极响应，踊跃捐款，奉献爱心，共捐赠善款71000元，资助97名初中、高中春蕾女童。多年来，文康已累计参与人数200余人，累计捐款32.12万元，共帮助460多人次青岛贫困地区失辍学女童继续学业，彰显了文康律师的社会责任感。



山海合作天地宽，青陇协作情最浓。2021年10月，文康律师事务所高级合伙人许征、董杰律师远赴陇南开展“乡村振兴”结对帮扶工作，先后走访陇南文昌律师事务所、甘肃福印律师事务所并开展座谈交流、专题讲座，走访了甘肃腾谦律师事务所，就律所的发展情况展开了深入交流。文康律师积极发挥专业优势，为助力陇南实现巩固拓展脱贫攻坚成果同乡村振兴有效衔接、全面提升青岛市司法行政系统东西部协作工作水平贡献文康力量。



2021年11月13日，由文康党委、文化建设委员会、执业安全委员会和管委会联合组织举办的文康文化建设与执业安全合伙人发展论坛在文康广场召开。本次论坛由高级合伙人周青林律师主持，分别由高级合伙人高良臣、孙德新、周青林、殷启峰律师作论坛发言，全体合伙人通过现场和视频连线的方式参加，进一步凝聚合伙人共识，助推事务所发展行稳致远。



新生集结，聚力前行。2021年11月24日—26日，文康律师事务所青工委、团支部组织了为期三天的2021年文康新生力量培训营，90余名文康新生参加培训。新生培训是文康律师事务所的传统项目，为新一年度入职的文康员工举办，由文康多位高级合伙人、资深律师、行政管理人員负责培训指导，内容涵盖文康发展历史、文化理念，律师规范执业、风险防范，事务所制度，系统应用、档案管理归档，以及有效沟通，诉讼与非诉业务经验等多个板块，帮助新文康们更加快速地融入文康基因。



2021年11月10日，山东隆华新材料股份有限公司（证券简称：隆华新材，证券代码：301149）首次公开发行股票并在深圳证券交易所创业板成功上市。隆华新材首次公开发行7000万股A股股票，募集资金总额7.05亿元。文康律师担任公司的专项法律顾问，为其上市提供了全流程的法律服务。本项目签字律师为文康合伙人赵振斌律师和高科律师，项目组其他成员还包括本所律师张本良、鹿莎莎、朱晓娜等。隆华新材本次成功上市，是继华仁药业（300110）、蓝帆医疗（002382）和圣阳股份（002580）之后，文康IPO业务的又一佳绩。



最美新力量，凝结树新风。2021年11月28日，文康2021年度新兴讲坛在文康广场开讲，三十九名文康新秀组队登台演讲，围绕13个不同的热点话题各抒己见、各展风采。





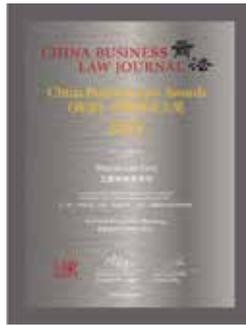
自被写入2019年最高人民法院工作报告、被评为“山东省改革开放四十年重大法治案件”后，2021年4月22日，文康破产清算团队作为投资人法律顾问参与的“青岛造船厂有限公司、青岛扬帆船舶制造有限公司破产重整案”再次成功入选青岛市中级人民法院发布的青岛破产审判十大典型案例。

2021年4月，青岛仲裁委员会举行仲裁员大会，表彰第五届青岛仲裁委员会“十佳仲裁员”、“特殊贡献仲裁员”、“优秀仲裁员”，并向第六届青岛仲裁委员会仲裁员代表颁发了聘书。殷启峰律师获“十佳仲裁员”荣誉称号，张志国律师仲裁案件入选“十佳仲裁案例”。

2021年6月16日，青岛市律师行业先进基层党组织、优秀共产党员、党务工作者暨十佳青年律师表彰大会举行，表彰了“青岛市十佳青年律师”、“青岛市优秀青年律师”、先进基层党组织、优秀共产党员和优秀党务工作者。文康高级合伙人栾珂珂律师荣获“青岛市十佳青年律师”称号，合伙人任志向、宫佳律师荣获“青岛市优秀青年律师”称号，合伙人刘磊、任志向律师荣获“青岛市律师行业优秀共产党员”称号。

## Chambers AND PARTNERS

2020年12月-2021年1月，国际权威法律评级机构钱伯斯 (Chambers and Partners) 陆续发布了《2021亚太法律指南》(2021 Asia-Pacific Guide) 各地区、各领域的榜单排名。文康律师事务所获得公司/商事领域东部沿海(山东)地区第一等排名，事务所主任张志国律师荣获“第一等律师”(Band1); 文康在海事海商: 中国北部(Shipping:Northern China) 获得重点推荐，高级合伙人高良臣律师入选该领域顶级律师。这是文康连续第七年荣登钱伯斯排行榜，反映了文康律师在公司/商事、海事海商等领域的专业水准。



2021年6月29日，《商法》(China Business Law Journal) 公布了商法卓越律所大奖2021区域奖项——“卓越综合实力律所”。文康律师事务所凭借专业服务和突出业绩荣获山东地区“卓越综合实力律所”大奖。

## IFLR 1000

2021年9月1日，国际知名法律媒体《国际金融法律评论》(IFLR1000) 公布了2022年度IFLR1000中国榜单，文康律师事务所凭借专业的法律服务能力、卓越的客户口碑位列山东省金融和企业领域 (Financial and corporate) 第一梯队 (Tier1)，高级合伙人柴恩旺、李涛、范征律师荣登“高度推荐”榜单，合伙人原雪丽、郝涵律师荣登“后起之秀”榜单，这是文康及文康律师第二次荣登该榜单。

## ASIAN LEGAL ALB BUSINESS

2021年9月22日，全球知名法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business) 公布了2021年中国并购排名榜单，文康律师事务所以其在并购领域的卓越综合实力和行业口碑，荣登该榜单。



Best Shipping & Maritime  
Law Specialist 2021 (China):  
Liangchen Gao

2021年8月，文康律师事务所高级合伙人高良臣律师荣获《APAC Insider》亚太商业内幕杂志“2021中国区最佳海事海商法律事务专家”称号。

2021年10月，第十次全国律师代表大会在北京圆满闭幕，会上司法部对全国优秀律师事务所及全国优秀律师进行了表彰。文康党委书记、高级合伙人高良臣律师荣获全国优秀律师称号。

立法  
前沿



## 《民法典》视角下违约方合同解除权解读

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



胡泉基

专长为重大复杂民商事案件争议解决，主要业务范围包括公司法律服务、建筑与房地产法律服务及重大商事诉讼等领域。多年来主持或参与处理各类民商事诉讼案件近千件，担任多家机关、企事业单位常年法律顾问。



刘佳琳

主要从事民商事案件争议解决，为青岛市多家知名企业担任常年法律顾问，参与办理了多起重复杂的民商事案件。

对于违约方是否有权利解除合同的问题，无论是在理论界还是审判实践中都颇具争议，这也是在《民法典》制定过程中争议最激烈的问题之一。违约方的合同解除权是公平原则、效率原则与诚信原则的巨大冲突与对抗，是否应当承认违约方在一定条件下享有合同解除权是法律的价值衡量，是立法者在价值冲突面前作出的适当选择。《民法典》第580条的出台，赋予了违约方解除合同的请求权，而非合同直接解除权，即通过司法解除的方式来打破合同僵局。

合同解除分为约定解除和法定解除。当事人约定解除合同包括协商解除和约定解除权两种情况，这属于当事人的意思自治范畴，法律不应过多干涉。而对于法定解除，我国法律有严格的限制。我国《合同法》第94条规定了法定解除权的行使情形，除第一款外，二、三、四款均是对守约方提出的，可见违约方无法定解除权。那么，在出现合同僵局的情况下，违约方是否有权解除合同呢？《合同法》第110条和《九民纪要》对这一问题均予以回应。而《合同法》第110条则

是《民法典》第580条第一款的前身。据此，有人认为这是《民法典》赋予了违约方在特定情况下的合同解除权。

但是，笔者对此持反对观点，《民法典》第580条与《合同法》第110条最大的区别就是加了第二款，第二款的增加就是将合同是否解除的决定权转移给了司法机关。因此，违约方在“非金钱债务”中的合同解除仅是一种请求权，而非形成权。

合同解除权的相关法条及规定对比	
《合同法》第94条	有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(一)因不可抗力致使不能实现合同目的；(二)在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；(三)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；(五)法律规定的其他情形。
《合同法》第110条	当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：(一)法律上或者事实上不能履行；(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；(三)债权人在合理期限内未要求履行。
《全国法院民商事审判工作会议纪要》	违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：(1)违约方不存在恶意违约的情形；(2)违约方继续履行合同，对其显失公平；(3)守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。
《民法典》第580条	当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：(一)法律上或者事实上不能履行；(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；(三)债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

### 违约方行使合同解除权的裁判现状

2006年最高人民法院公报案例“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”（以下简称“冯玉梅案”），为违约方解除合同开创了先河。

该案中，新宇公司曾与冯玉梅签订了一份商品房买卖合同，约定出售时代广场内商铺，合同签订后，冯玉梅履约支付全部房款，但双方一直未办理产权过户手续。因时代广场经营不善，新宇公司的出资股东二次变更，新宇公司为盘活资产、重新开业，拟将包括冯玉梅所购商铺在内的全部经营面积重新规划布局。但冯玉梅坚持不退商铺，导致新宇公司不能继续施工，6万平方米建筑闲置。故新宇公司提起诉讼要求解除合同。一审法院判决解除合同，新宇公司承担违约责任。冯玉梅不服上诉，要求新宇公司继续履行合同。最终，南京中院适用《合同法》第110条，以“履行费用过高”为依据，以“当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益，合同已不具备继续履行的条件时，为衡平双方当事人利益，可以允许违约方解除合同”为由判决解除合同。

该案是我国司法实践中首次判决支持违约方解除合同的经典案例，其后在全国法院判决违约方享有合同解除权的案件中，多数都在重复着冯玉梅案的说理，并据此作出支持违约方解除合同的依据，该案的影响力可见一斑。

笔者在北大法宝数据库中将案由限定为“民事”，以“违约方解除合同”为关键词搜索2019-2020年的司法判例，共检索出相关案例124件，这些案例多集中在房屋买卖合同纠纷、商品房预售合同纠纷和房屋租赁合同纠纷。排除无关案例最后以111件判例作为样本分析，可以看出近年来法院的实务导向，越来越向《民法典》第580条靠拢，即支持违约方解除合同，必须以起诉或仲裁的方式进行解除。在山东省范围内近两年共有12件，实务观点与全国趋向一致。

全国范围		
裁判日期为2019年（51个）		
支持违约方解除合同	33件	65%
不支持违约方解除合同	14件	27%
支持解除合同但必须以到法院起诉或仲裁方式（邮寄解除合同通知书无效）	4件	8%

全国范围		
裁判日期为2020年（60个）		
支持违约方解除合同	28件	47%
不支持违约方解除合同	8件	15%
支持解除合同但必须以到法院起诉或仲裁方式（邮寄解除合同通知书无效）	23件	38%

山东省		
裁判日期为2019-2020年（12个）		
支持违约方解除合同	8件	67%
不支持违约方解除合同	4件	33%

根据近两年相关案例可以看出，对于这一问题，司法实践中还是存在争议。首先对支持违约方解除合同裁判理由进行归类，总结为以下几点：

第一，继续履行不具有可行性，合同目的无法实现。主要适用《合同法》第94条“不能实现合同目的”及第110条第一款中“法律上或者事实上不能履行”；

第二，从公平原则、诚实信用原则出发，并且衡平双方当事人目前利益和长远利益。主要适用《合同法》第110条第二款中的“履行费用过高”；

第三，当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益。主要适用《合同法》第110条第二款中的“履行费用过高”；

第四，避免社会资源浪费或影响社会公共利益。主要适用《合同法》第110条第二款中“不适用强制执行”。

同样对驳回违约方解除合同的裁判理由进行归类，总结如下：

第一，商业风险由违约方自行承担，无法作为“合同目的无法实现”的依据。主要适用《合同法》第94条“不能实现合同目的”。

第二，违约方原则上不享有解除权，未满足《合同法》第110条例外情形的构成要件；主要适用《合同法》第110条。

第三，对于金钱债务，违约方不享有合同解除权。主要适用《合同法》第110条。

支持违约方解除权的判例	
(2019)浙09民终728号 合同纠纷	因此在现双方已形成合同僵局的情况下，结合双方履行合同的实际表现和双方曾协商解除合同的行为看，虽是违约方提起诉讼要求解除合同，但合同解除有利于充分发挥案涉标的的实际价值，减少财产浪费，有效利用社会资源。故对一审判决解除东海岸公司与海博公司于2014年12月25日签订的《协议》，本院予以认可。对合同解除后的损失问题，双方可按照约定及合同法相关规定另行主张。
(2020)川0129民初1922号 房屋租赁合同	合同签订后，被告依约将房屋交付给原告，原告在租赁过程中，因其自身原因表示不再履行租赁合同，已属于违约，根据合同法规定，违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在房屋租赁合同等一些长期性合同履行过程中，一方因经济形势的变化、履约能力等原因，导致不可能履行长期合同，需要提前解约，而另一方拒绝解除合同的情形下，如一概不允许违约方解除合同，对双方都不利，在原告违约不存在恶意违约的情形下，如继续履行合同，对其显失公平，且被告拒绝解除合同，也违反诚实信用原则，故对原告要求解除《租房合同》的请求，本院予以支持。
(2020)陕10民终470号 合同纠纷	关于双方所签协议能否解除的问题，本案协议属不动产租赁类的长期性合同，法律也并不是完全不允许违约方解除合同，但因解除合同会带来许多较复杂的后续问题，故违约方应采用诉讼的形式来提出其解除合同的请求，而不是在对方不同意解除的情况下单方发出一个解除合同的通知，也不是在守约方提起的诉讼中提出抗辩和陈述。

反对违约方解除权的判例	
(2015)民二终字第392号 股权转让纠纷（最高院）	解巍主张根据《合同法》第一百一十条的规定，案涉合同事实上不能履行，应当解除。从上述法律规定的适用前提来看，其适用的债务种类为“非金钱债务”，而在本案中非违约方王吉财选择继续履行合同以获取对解巍的金钱债权，解巍对王吉财所负的债务为金钱债务，故上述法律规定并不适用于本案。
(2019)闽09民终1324号 商品房预售合同纠纷	违约方原则上不享有解除权。本案中，有违约行为的余秋兰请求解除合同，没有违约行为的恒大公司要求继续履行合同，余秋兰没有证据证明存在上述允许违约方解除合同的例外情形，因而涉案合同应继续履行。
(2020)渝01民终4206号 房屋租赁合同	经营不善不属于合同订立时无法预见、不能克服的情形，作为一种正常的商业行为，承租人廖记公司在签订合同时就应当预见到可能存在亏损的商业风险。其次，违约方不享有单方合同解除权。在合同履行过程中，当未出现法定解除或合同约定解除的情形时，违约方的单方意思表示并不发生解除合同的法律效力，即使出现合同陷入僵局等特定情形，在守约方拒绝解除合同的情况下，作为违约方亦应当以起诉的方式由人民法院决定是否解除合同，而不能单方行使合同解除权。

### 笔者观点

笔者认为，合同解除利益攸关，需慎重对待，应该严格限制违约方行使合同解除权，即违约方仅在“非金钱”债务中可以请求解除合同，在“金钱”债务中无权解除合同。《民法典》第580条赋予的也是违约方在“非金钱债务”中解除合同的一种请求权，而非形成权。具体理由如下：

第一，若对违约方合同解除权不加以严格限制，合

同相对方将不受约束，是否履行合同也将处于一种不确定性之中，合同当事人对相对方履行合同的可期待性也将落空。其次，我国的合同法文化强调遵守合同、遵守契约的美德也将遭受巨大的冲击，破坏合同严守的观念可能使社会不完善的诚信体系雪上加霜。

第二，《民法典》第580条第二款中并非沿用九民纪要中的“解除合同”，而是替代为“终止合同权利义务关系”，可见立法者的谨慎和严谨之处。终止合同的原因有很多，譬如合同履行完毕、解除合同、抵销等。因此终

止合同权利义务关系并不能必然推出合同解除的结论，因此该条文并非赋予违约方在“非金钱债务”中的直接解除合同的权利。

第三，《民法典》第580条第二款中“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系”是将能否解除合同的决定权移交给司法机关。也就是说，违约方单方邮寄解除合同通知书是无效的，必须申请人民法院或仲裁机构解除合同，合同能否被最终解除，取决于人民法院或仲裁机构的审查和裁决结果。

因此，该条文赋予给违约方的是一种请求权，而非直接解除合同的权利，这也体现了我国法律对合同契约精神及诚信原则的保护。那么，什么情况下违约方才有权申请解除合同呢？

#### 1、适用范围限定在“非金钱债务”

限定为“非金钱债务”有其合理性，对于现实生活中“一房二卖”、具有人身依附性的“劳动合同”等，常常会出现履行不能的情况。但是，对于“金钱”债务，笔者认为是不存在履行不能的情况。

金钱债务的实质即给付货币。退一步讲，即便是在“金钱债务”中解除合同，仍要承担违约金，而承担违约金的实质也是给付货币，那和继续履行有何实质区别？再退一步讲，即便支付的违约金要低于继续履行的金额，那完全可以双方协商变更合同条款来维护合同关系，而不是执意解除。《民法典》第579条“当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。”这一条恰恰是针对“金钱债务”的回应，即违约方有权要求违约方继续履行。因此，必须对违约方的解除权加以限制，否则违背诚实信用原则，极易引发道德风险和投机主义，所谓契约精神也将形同虚设。

#### 2、实体要件要符合合同目的不能实现

在实体要件上，合同履行情况要符合“（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未请

求履行”这三种除外情形之一而致使合同目的不能实现。具体来说，合同目的是当事人通过订立和履行合同想要达到的目标和结果，可以是物质利益，也可以是非物质利益的追求，当事人在订立合同时应当明示对方的交易目的。参考《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》的观点，可以从以下几个因素进行考虑：根据违约部分的价值或金额与整个合同金额之间进行比较衡量；根据违约部分对合同目标实现的影响程度判断；在迟延履行中，时间因素对合同目的实现的影响程度判断；违约的后果及损害能否得到修补等因素进行判断。

3、违约方仅有请求权，无法定解除权，程序上违约方仅可请求司法解除

法院作为合同纠纷的裁判者，对合同纠纷的结局具有终局性的效力。大多数情形，违约方并不能只发出解除通知就能将合同彻底解除，往往要经过法院裁断，这样法院就理所应当享有了解除权。申请合同解除权作为一种形成诉权，而诉权的实质是请求法律保护的权利。在违约方申请合同解除时，法院首先审查申请合同解除权是否满足行使要件，然后审查合同是否符合《民法典》第580条规定的特殊情形，最后做出判决或裁定。

#### 4、合同解除后，违约方仍要承担违约责任

《民法典》第580条第二款明确规定“违约方起诉请求解除合同，并不影响其应承担的违约责任，对违约方的损失应予赔偿。”可见，合同解除后，违约方仍要承担违约责任。《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第24条规定，“承租人拒绝履行租赁合同给出租人造成损失的，应当承担赔偿损失的违约责任，出租人作为守约方也负有防止损失扩大的义务，具体损失数额由法院根据合同的剩余租期、租赁房屋是否易于再行租赁、出租人另行出租的差价、承租人的过错程度等因素予以酌定，一般以合同约定的3至6个月的租金为宜。”

通过案例研究发现，在实务中，违约方通过起诉主张解除合同的，法院审查认为符合合同解除条件的，都会主动释明，告知守约方可以直接要求损害赔偿，也可

以另行起诉主张损害赔偿。关于损失赔偿范围，则是按照《民法典》第584条的规定，支持守约方向违约方主张可得利益，但也应遵循损失赔偿的可预见性规则、减损规则、违约方过错程度等因素进行综合判断。

### 结语

违约方能否解除合同是基于社会生活的客观需要以及司法实践的合理经验总结而成。《民法典》第580条通过明确违约方申请解除合同权的严格要件，可以避免道德风险和投机主义行为，从而控制社会成本，减少无意义的资源浪费。因此，在严格适用范围的条件下，违约方合同解除规则不会打开诉讼闸门，也不会挑战或破

坏既有的规则体系和理论体系，而是在合同解除实践经验的不断累积中，更大程度地凸显法律的效率价值。

### 参考文献：

1. 王利明.合同编解除制度的完善 [J].法学杂志, 2018, (3): 19.
2. 王利明论合同僵局中违约方申请解约 [J].法学评论, 2020, (1): 31.
3. 石佳友,高丽梅.违约方申请解除合同权: 争议与回应 [J].比较法研究, 2019 (16): 37.
4. 孙国良.违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计 [J].法学, 2019 (7): 39.
5. 韩世远.合同法的现代化:为何及如何 [J].法治研究, 2019, (6): 24.



## 《民法典》“保理合同”章法条解读

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



栾珂

专注于供应链行业法律服务，擅长处理货物买卖、融资性贸易、保理、保兑仓、仓单融资、期货交易等纠纷，常年为贸易公司、物流公司、供应链公司、金控公司等单位提供专项顾问服务。



宋明利

曾长期供职于某知名资产管理公司，有着丰富的金融项目管理经验，擅长处理融资性贸易纠纷、复杂金融纠纷。

2020年5月28日，第十三届全国人大三次会议表决通过《中华人民共和国民法典》，其中保理合同相关内容被列入合同编的新增典型合同。当前我国保理业务发展迅猛、体量庞大，而司法实践中对于保理纠纷的部分裁判观点尚有争议，因此，亟需立法加以规范，从而适应我国保理行业发展并满足优化营商环境的需要。随着《民法典》的颁布，“保理合同”章的相关法条从保理合同的定义、合同的内容和形式、履行环节、有追/无追保理分类、受偿顺序、债权转让规则适用等方面搭建了保理合同的基本规范架构。

《民法典》“保理合同”章有利于促进我国保理业务的健康发展，解决中小企业融资难、融资贵的难题，进而促进我国实体经济发展。本文试从保理人的角度，对《民法典》“保理合同”章的法条逐一进行浅显的解读，以抛砖引玉。

### 第七百六十一条

保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。

#### 【解读】

该条系对保理合同的明确定义，保理合同由此前的无名合同成为有名合同。该条明确了应收账款的转让是保理人提供金融服务的前提和基础。如果出现保理人明知应收账款为虚构或应收账款未进行实际转让等情况，裁判机构将在查明各方当事人之间实际权利义务关系的基础上，确定合同性质，适用对应的规则进行裁判。如，经查明案涉事实系名为保理、实为借贷的，裁判机构将按照借款合同确定案由并据此确定当事人之间的权利义务。

对保理人而言，该条首先强调了保理人应当围绕应收账款转让这一核心和基础开展保理业务。进一步讲，结合保理行业的监管规定，保理人应当回归本源，专注主业，合规经营。反之，如果保理业务脱离了应收账款转让这一基础，极有可能出现保理合同被认定为无效，保理人无法依据保理合同之约定行使权利的不利后果。

其次，该条对于保理人提供的服务内容采用了“应收账款管理或者催收”的表述，明确了保理人提供的服务只需要资金融通、应收账款管理、应收账款催收、应收账款债务人付款担保的其中一项内容即可认定为保理，消除了对于商业保理企业是否需要提供全部服务才能构成保理业务的争议。

另外，该条明确了保理人可以通过受让未来应收账款开展保理业务。此前，《商业银行保理业务管理暂行办法》的相关规定明确商业银行不得基于未来应收账款开展保理业务，而《关于加强商业保理企业监督管理的通知》针对商业保理企业则没有此类限制。因此，司法实践中对于商业银行订立的此类保理合同的效力也有一定争议。该条不再区分商业银行与商业保理企业，保护保理人设立保理合同行为的意思自治，允许保理人基于未来应收账款开展保理业务，消除了商业银行开展此类保理业务时关于合同效力的不确定性。

### 第七百六十二条

保理合同的内容一般包括业务类型、服务范围、服务期限、基础交易合同情况、应收账款信息、保理融资款或者服务报酬及其支付方式等条款。

保理合同应当采用书面形式。

#### 【解读】

该条系对保理合同内容和形式的规定。

对保理人而言，保理合同一般包括基础交易合同情况、应收账款信息的规定，与第七百六十一条保理合同的定义相呼应，再次强调保理业务应当以应收账款为基础。同时，该条虽然明确保理合同为要式合同，但不应机械地将书面形式理解为纸质合同书。结合《民法典》第四百六十九条，除了合同书外，当事人采用信件、电报、电传、传真等可以有形表现保理合同内容的形式，或者以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形表现保理合同内容，并可以随时调取查用的数据电文，均属于或视为保理合同的书面形式。因此，保理人应准确把握保理合同书面形式的含义，并积极探索云计算、大数据、区块链等技术在保理业务的应用场景。

### 第七百六十三条

应收账款债权人与债务人虚构应收账款作为转让标的，与保理人订立保理合同的，应收账款债务人不得以应收账款不存在为由对抗保理人，但是保理人明知虚构的除外。

#### 【解读】

该条规定了虚构应收账款的法律后果。对于此类串通情况，裁判机构对于债务人承担责任的基础曾有不同理解，一种观点认为债务人对应收账款在相关资料中进行确认的，就应当承担清偿责任；一种观点认为债务人虚构应收账款的，无论是与债权人串通还是过失导致，保理人有权请求债务人对债权人不能清偿部分承担侵权责任。在采用第二种观点的案件中，裁判机构基于侵权法的过错责任规则认为侵权人（债务人）与被侵权人（保理人）对损失均有过错，最终并未全部支持保理人的索赔请求。而根据该条内容，保理人的权益得到了更充分的保护。

对保理人而言，即便应收账款为虚构，只要债务人对应收账款进行了确认，就不能以应收账款不存在为由拒绝清偿。对此，笔者认为保理人在办理保理业务时应当更加注重债务人对应收账款进行确认的形式和内容。进一步讲，形式上应当要求债务人以书面的、不易产生印章或签字真实性争议的方式来确认应收账款；内容上不但要对应收账款数额、还款期限进行确认，还应尽可能对基础合同以及债权人提供的货物或服务是否符合约定、发票交接情况、应收账款性质、状态等内容进行清晰、具体的表述。

**第七百六十四条**

保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。

**【解读】**

该条消除了关于保理人能否作为应收账款转让通知主体的争议。此前，发送债权转让通知的法律依据是《合同法》第80条“债权人转让权利的，应当通知债务人”，学界对于受让人可否发出债权转让通知的理解并不一致，有观点认为通知主体仅限于让与人（债权人），有观点认为受让人（保理人）亦可通知。实务中，还存在保理人与债权人共同发出转让通知或债权人事先在转让通知书上盖章再由保理人视情况送达通知书的处理方式。

对保理人而言，在《民法典》第五百四十六条基本保留《合同法》上述规定的情况下，该条特别赋予保理人进行转让通知的权利，打消了保理人发送转让通知效力方面的顾虑。尤其对暗保理的保理人，可以根据保理合同履行情况、债权人信用状况等情况及时以保理人名义发送转让通知，以维护自身权益。具体到转让通知，其中应当明确体现转让应收账款的相关内容，需要注意的是，仅仅通知债务人对收款账户进行变更不能产生债权转让通知的效力。

另外，关于该条所要求的“必要凭证”，笔者认为至少包括债权人对转让应收账款的书面确认、应收账款对应的发票等凭证。

**第七百六十五条**

应收账款债务人接到应收账款转让通知后，应收账款债权人与债务人无正当理由协商变更或者终止基础交易合同，对保理人产生不利影响的，对保理人不发生效力。

**【解读】**

该条对保理人而言，首先应当注意及时向债务人发送转让通知，从而在时间节点上减少基础合同被变更或终止的不确定性。其次，保理人可以在针对转让通知的回执中列明债务人不因任何事由对基础合同进行变更的承诺内容，经债务人确认后可以进一步消除上述风险。

另外，保理人还可以在保理合同中就债权人变更基础合同的法律后果进行专门约定，从而维护自身权益。至于如何判断有无正当理由，裁判机构有着一定的自由裁量权，在司法实践中可能出现不一致的裁判标准。但总体而言，该条还是从保理人利益出发，确立了基础合同变更、终止不对保理人发生效力的原则。

**第七百六十六条**

当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。

**【解读】**

该条系针对有追索权保理的規定。

对保理人而言，该条关于“保理人可以...，也可以...”的表述，并未限定保理人必须先行向债权人或债务人主张权利，也未限定保理人只能选择债权人或债务人其中之一主张权利。结合保理实务及此前的司法实践，保理人可以同时向债权人、债务人主张清偿各自所负债务。为避免争议，建议保理人审查保理合同中对于保理人是否有权选择主张权利的方式及路径，是否有权同时向债权人、债务人主张相应权利等内容已经有所约定，如果没有，保理人应对相关条款进行完善。

**第七百六十七条**

当事人约定无追索权保理的，保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向应收账款债权人返还。

**【解读】**

该条系针对无追索权保理的規定。笼统地讲，无追索权保理是保理人对应收账款的买断。

对保理人而言，需要注意的是，无追索权保理并不等同于保理人在任何情况下均不能向债权人主张权

利。即便在无追索权保理情形下，保理人仍可以在保理合同中约定特定条件下通过应收账款反转让等方式请求债权人回购应收账款或承担相应违约责任。因此，同样建议保理人及时审查并完善无追索权保理合同中的相关条款。

#### 第七百六十八条

应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已登记的先于未登记的受偿；均已登记的，按照登记的先后顺序受偿；均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人受偿；既未登记也未通知的，按照应收账款比例清偿。

#### 【解读】

该条是对如何处理现行保理业务中重复融资这一空白的重要填补，是“保理合同”章的一大亮点。此前，在央行征信中心动产融资统一公示登记系统进行应收账款登记起到的只是公示作用，并不像应收账款质押登记具有设立担保物权的法律后果。

对保理人而言，该条明确了存在多个保理合同关系时登记与未登记的不同受偿后果，是对保理业务应收账款转让登记效力的肯定。因此，保理人在订立保理合同时应当及时登录上述公示系统查询应收账款的权属情况，同时在受让应收账款后应当及时在上述公示系统办理登记。

值得思考的是，由于该条仅限于“保理合同”章，一旦出现保理业务与非保理业务债权转让相竞合的情况，如某贸易公司受让应收账款在先，保理人受让在后，则该条规定无法适用。这意味着保理人即便及时进行公示登记，并不能当然取得优先受偿的权利。对此，保理人在及时办理应收账款转让登记的同时，仍需及时以债权人或保理人名义向债务人发送转让通知，以维护自身权益。

#### 第七百六十九条

本章没有规定的，适用本编第六章债权转让的有关规定。

#### 【解读】

该条作为兜底条款，就“保理合同”章未规定的部分明确适用债权转让的规定，从立法层面肯定了保理合同最基础、核心的法律关系是债权转让。关于保理合同的法律性质，国内外学界观点众多，主要为委托代理说、债权让与说、债权质押说、债权让与担保说、混合合同说等。但同时，并不能机械地将该条规定理解为保理合同等同于债权转让。特别是有追索权保理的法律性质，结合本章第七百六十六条的规定，实质上肯定了让与担保说。对此，《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》中也明确涉及“……扩大担保合同的范围，明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能”。

对保理人而言，保理人在操作保理业务时不仅应注意依照本章规定设计交易架构及合同条款，而且还要依照债权转让的有关规定以进一步规范经营行为，维护自身权益。如《民法典》第五百四十八条、第五百四十九条关于债务人对受让人享有抗辩权和抵销权之规定同样适用于保理合同关系。对此，保理人可以在针对转让通知的回执中列明债务人放弃针对保理人的抗辩权、抵销权等内容，债务人一旦确认后就不得再向保理人主张其因基础合同而享有的抗辩权或抵销权。

## 《民法典》施行后抵押财产转让对抵押权的影响

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 崔金星

专注办理金融、食品、药品、环境等领域案件，对于企业环境保护法律风险防范工作具有丰富经验。处理过企业借贷、工程施工合同、企业法律顾问、合同纠纷等诉讼争议解决及非诉业务。

#### 一、抵押物转让规则的立法沿革

《民法典》公布之前，《担保法》《物权法》及相关司法解释对抵押财产转让规则进行了规定，具体法律法规如下：

《民法通则意见》第115条规定“抵押物如由抵押人自己占有并负责保管，在抵押期间，非经债权人同意，

《民法典》的担保物权分编在《物权法》《担保法》的基础上，对相关法条进行了重要修改。其中《民法典》第406条关于抵押财产自由转让的规定，改变了《物权法》中未经抵押权人同意不得转让抵押财产的规则，明确了抵押物自由转让的基本规则。

本文从抵押物转让规则的立法沿革入手，结合《民法典》第406条及其他相关法条，对抵押财产自由转让规则进行剖析，试图较为全面、系统地向读者介绍《民法典》施行后抵押人转让抵押财产对抵押权的影响。

抵押人将同一抵押物转让他人，或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效。”

上述《民法通则意见》中关于抵押物转让的规定从保护抵押权人、买受人权益的角度出发，以降低抵押物流转风险为目的，对抵押物转让采取“一刀切”的方式，即未经抵押权人同意转让抵押物的，转让行为无效，不发生物权变动的效力。

《担保法》第49条第1款规定“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。”

《担保法》将已登记抵押物的转让由“经债权人同意”修改为“通知抵押权人”，未通知抵押权人转让抵押物的，不发生物权变动的效力；同时，根据《担保法》第49条第3款规定，转让抵押物所得价款应向抵押权人提前清偿。上述《担保法》中关于抵押物转让的规定仍然从保障抵押权人的利益出发，对抵押财产转让的提前条件做出严格限制。

《担保法司法解释》第67条第1款规定“抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。”

与《民法通则意见》《担保法》中抵押物转让的规定相比，《担保法司法解释》明确了已登记抵押物转让的，抵押权具有追及效力，并且受让人可以通过代替债务人偿还债务的方式使抵押权消灭。

《物权法》第191条第2款规定“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”

从《民法通则意见》《担保法》《担保法司法解释》的相关条文可以看出，立法者对抵押物转让的前提条件持“逐步宽松”的态度，但《物权法》的上述规定又对此加以严格限制。《物权法》第191条规定抵押财产转让必须取得抵押权人同意或者受让人代为清偿债务，否则抵押财产将不发生物权变动的效力。

《民法典》第406条“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价

款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”

对《民法典》的上述规定加以概括：

- 1、抵押人可以在抵押期间转让抵押财产，转让时应当通知抵押权人；
- 2、抵押权人与抵押人就抵押财产转让另有约定的，从其约定；
- 3、抵押人转让抵押财产的，抵押权不受影响；
- 4、抵押财产转让可能损及抵押权的，抵押权人可以请求对转让价款提前受偿或提存。

通过上述法律法规可以看出，关于抵押物转让的前提条件，经历了从“严格限制”到“相对限制”再到“严格限制”最后到“放开”的过程。

## 二、对《民法典》抵押财产转让规则的解读

1、关于《民法典》第406条中“当事人另有约定的，按照其约定”的理解。

问题：如果抵押权人与抵押人在设立抵押权时约定在抵押期间不得转让抵押财产，抵押人私自转让抵押财产的行为，将产生何种法律后果？

从《民法典》第406条的条文表述顺序来看，“当事人另有约定的，按照其约定”位于“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”之后，位于“抵押财产转让的，抵押权不受影响”之前。从条文前后句的顺序来看，抵押权人和抵押人之间可就抵押财产的流通性作出例外约定，既可约定禁止抵押财产的转让，也可约定限制抵押财产的转让，如抵押财产的转让以抵押权人同意为前提。但当事人之间关于禁止或限制转让抵押物的约定，仅在抵押合同当事人之间发生效力，该约定不能对抗善意受让人；抵押物转让的，抵押权仍具追及效力<sup>[1]</sup>。

2、转让抵押财产未及时通知抵押权人的法律后果？

《民法典》第406条第2款规定抵押人转让抵押财产应及时通知抵押权人，但没有对未及时通知抵押权人的后果做出规定。根据《民法典》406条第1款的规定，抵押

财产转让，抵押权随之转让，此时抵押权人的利益未受到实际损害，因此即使转让未及时通知抵押权人，也不影响物权变动的后果，不能仅因为未通知抵押权人，就认定转让行为无效，否则《民法典》406条第1款关于抵押物自由转让规则将失去其意义。

值得注意的是，由于抵押权人对抵押财产的状态和权属状况不可能随时知悉，抵押人在转让抵押财产时未及时发现通知抵押权人，虽然不影响抵押权的追及效力，但如果因为未及时发现通知造成抵押权人损害的，抵押人应承担赔偿责任。

对《民法典》第406条抵押财产自由转让规则进行总结：

1、抵押人对其所有的抵押财产享有处分的权益，抵押人可以在抵押期间转让抵押财产，而不需要经过其他人的同意；

2、如果抵押权人与抵押人约定抵押期间不得转让抵押财产，则抵押人不能转让抵押财产，但该约定不能对抗善意受让人；

3、抵押财产转让，抵押权不受影响，在实现抵押权的条件成就时，抵押权人可就抵押财产变价等价款优先受偿；

4、抵押人能够证明抵押财产的转让可能损害其利益的，可以请求抵押人将转让所得价款提前清偿债务或者提存。例如，甲将其日常生活所用汽车抵押给乙并办理抵押登记，后来乙又将汽车卖给丙，丙将汽车用于营业，由于汽车用途的改变会加大汽车的损害，未来甲实现抵押权时汽车的价款将大大减少，由此可能导致甲的债务不能完全清偿。此时，按照《民法典》第406条规定，甲可以请求将汽车转让价款提前用以清偿债务或提存。

### 三、不动产抵押物自由转让规则的适用条件

《民法典》第406条规定的“抵押财产”包括动产、不动产以及其他抵押财产，我们首先对不动产抵押物转让进行分析。

根据《民法典》和《物权法》的相关规定，不动产抵

押应当办理抵押登记，抵押权自登记时设立。因此，关于不动产抵押物的转让，为已经办理登记的不动产转让。随着我国不动产登记制度的建立与完善，受让人在受让不动产时，可以知悉不动产上设立的抵押情况，若受让人知道或者应当知道不动产之上设有抵押权仍然同意受让的，受让人应当承担相应的风险，即不动产抵押物之上的抵押权具有追及效力，抵押权不因不动产抵押物的转让而受影响。

### 四、动产抵押物自由转让规则的适用条件

关于动产抵押物转让，应当区分已经登记的动产抵押物转让以及未经登记的动产抵押物转让，并结合《民法典》第403条、404条的规定分别进行分析。

#### 1、未经登记的动产抵押物转让的适用条件

《民法典》第403条规定“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”上述规定与《民法典》第406条第1款中“抵押财产转让的，抵押权不受影响”的表述并不完全一致。第406条确立了抵押权随抵押财产转移而转移的基本规则，而第403条则是对该规则的特殊规定。所谓善意第三人，是指不知道也不应当知道该财产已经被抵押的事实的人。

抵押权人与抵押人签订动产抵押合同后，没有办理抵押登记，抵押人将动产转让给受让人或者再次将动产抵押，若受让人或后位抵押权人是善意的，且受让人取得动产或后位抵押办理了抵押登记，此时抵押权人将失去对动产的优先受偿权。

当然，如果受让人在受让动产时是“恶意”的，则动产之上的抵押权将不受影响，抵押权人依然可以就动产抵押物主张优先受偿权。关于“恶意”的判定标准，参照《民法典》第313条“善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭。但是，善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外”之规定，可以推定为有证据能够证明受让人知道或应当知道该动产已被抵押时，抵押物之上的抵押权并不消灭，依据《民法典》406条规定，抵押权将随动产的转移而转移。

我们通过案例对《民法典》第403条的规定进行分

析。甲向乙借款，为担保借款的偿还，甲将其名下日常生活所用汽车抵押给乙，但未办理抵押登记；后甲将汽车卖给丙，丙向甲支付价款后取得汽车。

情况1：若丙买受甲的汽车时，对汽车抵押给乙的事实完全不知情，此时丙作为善意受让人，依法取得汽车的所有权，乙对汽车的抵押权消失，无权就汽车主张优先受偿权。

情况2：若甲、丙签订的《汽车买卖合同》中明确约定了甲已经将汽车抵押给乙的事实，此时因丙受让汽车时对汽车的抵押情况知情，则乙对汽车的抵押权依然有效，乙有权继续对汽车主张优先受偿权。

## 2、办理登记的动产抵押物自由转让的适用条件

动产抵押物未办理登记的情况下，可直接依据《民法典》第403条规定判断抵押权是否随抵押物转移而转移。但如果动产抵押物办理了抵押登记，则需要进一步结合《民法典》第404条规定判断抵押权是否依然具有物上追及效力。

《民法典》第404条规定“以动产抵押的，不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”该条是关于“正常经营活动买受人保护规则”的规定，该规则之前规定在《物权法》第189条中，《物权法》第189条将正常经营活动买受人保护规则限于浮动抵押，《民法典》将该规则的适用由浮动抵押扩大至动产抵押。

按照《民法典》第404条规定，受保护的买受人须符合以下条件：

- 1、买受人是在出卖人正常的经营活动中买受了抵押的动产，“正常的经营活动”一般指出卖人以销售该类动产为主业；
- 2、买受人已向出卖人支付了合理价款。关于合理借款应当参照转让时市场价格以及交易习惯等因素综合认定；
- 3、买受人取得抵押财产，即抵押财产的所有权已通过交付转让给买受人。

具备以上三个条件，无论该动产抵押是否登记，抵押权人均不得以对动产的抵押权对抗买受人对动产的所有权，即抵押权人失去对动产的优先受偿权。

我们通过案例对办理登记的动产抵押物转让进行分析。甲公司向乙公司借款，为担保借款的偿还，甲公司将其生产的机械设备抵押给乙，并办理了抵押登记；后甲将抵押的设备卖给丙公司，丙公司向甲公司支付设备价款并将取得的机械设备用于丙公司的生产经营；乙公司得知抵押物转让后，是否可以向丙公司主张设备的优先受偿权？

答案：乙对机械设备的抵押权消失，无权主张优先受偿。

法律分析：甲公司将其生产的机械设备出卖给丙公司属于甲公司正常经营活动范畴，丙公司向甲公司支付合理的设备价款且取得机械设备，根据《民法典》第404条的规定，此时丙取得机械设备的所有权且不受乙抵押权的追及，乙只能要求甲重新提供新的担保，或者要求甲及时偿还债务。

但是，若乙能够提供证据证明丙在受让机械设备时知道或者应当知道设备已经抵押的事实，则乙对机械设备的抵押权不因转让而消灭，乙仍然有权就机械设备主张优先受偿权。

## 结语

《民法典》的施行将很大程度上发挥物的效用，促进交易便捷，但也将对银行、金融机构等债权人的抵押权产生重大影响，银行等金融机构对外开展抵押贷款业务时，需要格外重视《民法典》担保物权篇部分条文的修改，并结合自身业务情况对相关抵押、贷款合同内容进行修改。

为切实保障债权人的抵押权实现，抵押权人应及时就抵押财产办理抵押登记；同时，动产抵押正常经营活动买受人保护规则对抵押权人的贷前、贷中、贷后审查提出了更高要求，银行等金融机构应格外重视抵押人对动产抵押物的处置情况，避免出现办理了抵押登记却仍然无法实现抵押权的情形。

参考文献：

- [1] 《民法典动产抵押物转让规则的解释论》，高圣平、叶东影，《比较法研究》2020年7月14日。

## 《民法典》之新担保司法解释下保证担保的解读

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 李殿栋

擅长公司法律事务、建设工程、金融借款担保、刑事辩护和涉税等业务。持有税务师职业资格证书，是中国注册税务师协会会员。

#### 一、一般保证方式和连带保证方式的识别

《民法典》第686条第2款规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或约定不明确的，按照一般保证处理”。该款改变了《担保法》第19条关于保证方式没有约定或约定不明确的推定为连带保证的规定，也体现了从单纯保护债权人利益向保护保证人利益转变的立法精神。这样，如何认定没有约定或约定不明确就成为判断保证方式的关键。我认为在合同中有“一般保证”或“连带

保证”之前，有必要先把我国保证担保制度的演进历程作一个简要说明。我国包括保证担保的担保制度的立法始于1987年的《民法通则》和《民通意见》。1994年最高法院《关于审理经济合同纠纷案件中涉及保证的若干问题的规定》规定了保证方式、保证合同效力、保证期间、保证期间与诉讼时效的转换等保证合同必备条款，成为审理保证合同纠纷的重要依据。后来，因三角债问题突出，大量担保纠纷涌现，1995年制定的《担保法》和2000年最高法院发布的《担保法司法解释》体现了加大对债权人保护的倾向。2007年颁布的《物权法》对债务人提供物的担保与第三人提供保证时承担担保责任的顺序进行了明确。2020年颁布的《民法典》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下称《担保制度司法解释》）对保证担保做了大幅度修改，体现了保护债权人利益和平衡保证人利益的特点。

因《民法典》和《担保制度司法解释》中保证担保的规定较之前有特别大的变化，今天就其中部分内容与大家探讨。

保证”约定自不必说认定为何种保证方式。从探究当事人真实意思表示的角度出发，如果从保证合同的文字表述中，能够通过解释规则认定为“一般保证”或“连带保证”的，则不属于没有约定和约定不明确。

首先，当事人的意思表示不能从形式上简单判断，而是应该根据合同解释的规则，从实质上确定意思表示的真实含义。《民法典》第142条第1款规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合有关

条款、行为的性质和目的、习惯及诚信原则，确定意思表示的含义。”据此，当事人在合同中虽然没有“一般保证”、“连带保证”这样清晰明确的文字表述，但是如果当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不能履行债务和无力清偿债务时才承担保证责任等类似内容，具有债务人先承担责任的意思表示，该意思表示符合一般保证先诉抗辩权的规定，应当将保证方式认定为一般保证。如果当事人在保证合同中约定保证人在债务人不履行债务或未清偿债务时即承担保证责任、无条件向债权人清偿债务等类似内容，则该意思表示符合连带保证责任特征，将其认定为连带责任保证，符合当事人的真实意思表示。

其次，根据解释规则无法确定当事人真实意思表示时适用《民法典》第686条第2款的推定规则。如果当事人在保证合同中的文字表述中有保证人应先承担责任的意思表示，又有保证人不先承担责任的意思表示，此时才能适用《民法典》686条第2款推定为一般保证方式，加强对保证人的利益保护。

再次，对第三人向债权人提供差额不足、流动性支持等类似承诺文件的增信措施，要根据具体情况确定法律关系。承诺性文件中的文字表述如果写明了保证字样，那就是保证担保而不是债的加入；因保证期间是保证担保的特有制度，承诺性文件如有保证期间的表述也不是债的加入；如果承诺性文件中有主债务人先承担责任的意思表示，则为一般保证法律关系；承诺性文件中如果有向债务人追偿的约定则应当考虑是保证担保；承诺性文件如有从属性的约定，则承诺性文件为保证合同。总之，承诺性文件通过解释规则确定保证担保或是债的加入，则按照确定的法律关系适用相应的法律，如果不能确定具体的法律关系则按无名合同来处理。

## 二、共同担保人的互相追偿权

《担保法》第12条

同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债

务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

最高院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第20条第2款

连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

《民法典》实施前，《担保法》、最高院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》规定承担了担保责任的保证人，可以向债务人追偿也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。2007年的《物权法》规定了混合担保的担保人在其承担保证责任的范围内有向债务人追偿，但是其没有对担保人之间的追偿权作出规定。

全国人大常委会法工委在《中华人民共和国物权法释义》中表明在当事人没有约定承担连带担保责任的情况下，保证人与提供物保的第三人之间不存在追偿权。主要理由为以下三点：

第一，违背学理。在担保人之间没有约定的情况下，各担保人之间不存在任何法律关系，即没有法律关系基础可以使承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿；

第二，违反民法意思自治原则。担保人之间没有约定承担连带担保责任时，此时他们内心意思应为自己提供的担保承担全部债务，内心意思中并未有追偿意思；

第三，体现公平原则。担保人在为债务人设定担保时应认识到当债权人实现担保时，自己应以提供所有的担保进行偿还，意识到自己应承担该风险，并且该风险不能转嫁给其他担保人，否则有违公平原则。

《民法典》第699条明确了按份保证担保的保证人的责任承担，但是对连带保证方式下多个保证人如何承担

责任、承担责任后是否可以互相追偿却语焉不详,《担保制度司法解释》第13条对以上疑惑进行了回应。

#### 《担保制度司法解释》第13条

第1款规定:同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人之间约定相互追偿及分担份额,承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的,人民法院应予支持;担保人之间约定承担连带共同担保,或者约定相互追偿但是未约定分担份额的,各保证人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。

第2款规定:同一债务有两个以上第三人提供担保,但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者捺印,承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的,人民法院应予支持。该条第3款规定除前两款规定的情形外,承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的,人民法院不予支持。

#### 《担保制度司法解释》第14条

同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人受让债权的,人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的,人民法院不予支持;该担保人请求其他担保人分担相应份额的,依照本解释第13条的规定处理。

根据以上规定的逻辑层次和具体规则,原则上三种情形下的保证人有互相追偿权。

(1) 按照有约定从约定的意思自治原则,共同担保人之间约定了“相互追偿及分担份额”的,自然可以互相追偿,追偿数额也从约定。

(2) 如约定“承担连带共同担保”的,此种情形下担保人也享有相互追偿权;至于追偿的数额,按照比例分担。

(3) 多个担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印的,此种情形下也享有互相追偿权,至于追偿的数额,按照比例分担。

下面通过案例加深对以上条文的理解:

甲单位从乙公司取得8000万元的无息借款,甲单位以自有的通信器材提供抵押,丙、丁、戊分别为该笔贷款提供楼房抵押、机器设备质押和保证,丙、丁、戊三方对担保均知情,分别签约约定承担连带共同担保或者一起与乙公司签约。后甲单位经营不善,抵押的通信器材也因技术进步而一文不值,甲单位自筹资金向乙公司还款5000万后无力偿还余额,乙公司起诉保证人戊获得全部清偿,那么戊向甲单位追偿不到的3000万元,就可以向丙、丁各自追偿1000万元,戊自行承担1000万元。

接上例,如果乙公司发现甲单位经营状况恶化,与保证人戊协商,以6800万元的价格将其对甲单位8000万元的债权转让给戊,此种情形应当认定戊承担了保证责任,只能要求甲单位偿还6800万元的债务,同时不能以债权人的身份要求丙、丁承担保证责任,假如甲单位向戊清偿5000万后无力继续清偿,且丙、丁、戊有上例签订保证合同的情形,戊可对剩余的1800万向丙、丁各自追偿600万元。这个案例就是《担保制度司法解释》第14条规定的特定情形。

### 三、保证合同无效同样适用保证期间的规定

保证期间是保证法律关系中的特有制度,不管当事人有无约定,保证合同有效时,均须适用保证期间制度,这是法律规定及共识。但当保证合同无效时,保证期间是否还具有约束力,在《担保制度司法解释》公布前一直存在很大争议,最高院既有不支持的案例也有支持的案例。

不支持的案例:中国银行(香港)有限公司与新会市涤纶集团有限公司、江门市新会区经济和信息化局、广东新会涤纶厂股份有限公司担保合同纠纷(2011)民申字第167号。最高院在本院认为中表述:其一,在保证合同无效的情况下,保证责任因缔约过失而转换为赔偿责任,依法理,不适用保证期间,而适用诉讼时效期间。本院对申请再审人中银香港的此点主张予以认同。

支持的案例:甘肃思潮家居有限公司与但某民间借贷纠纷(2017)最高法院民申3769号。最高院本院认为:根据上述法律及司法解释的规定,由于白银市市政

工程管理处为无经营收益的事业单位，其为但某的借款担保行为应属无效。但即使保证合同无效，合同约定的保证期间仍对当事人有约束力，债权人在保证期间没有向保证人主张权利的，保证人不再承担无效保证的赔偿责任。由于思潮家居公司并未在保证期间内向白银市市政工程管理处主张权利，故白银市市政工程管理处对无效保证的赔偿责任相应免除。因此，原判决这一认定并不存在法律适用错误的问题。

#### 四、撤回诉讼请求或仲裁申请对保证期间的影响

下面是本人代理的一个案例，虽然与保证期间有关的证据是任城法院驳回起诉的裁定，但是我认为与《担保制度司法解释》第31条第2款规定的保护担保人利益的精神相悖。

具体案情：2014年10月31日济宁农村商业银行（原圣泰农村合作银行）向\*\*商贸公司贷款166万元，贷款到期日为2015年10月15日，保证期间为到期后2年，张某民、张某伟、张某文等人为该笔贷款提供担保，济宁农村商业银行2016年5月曾向任城区法院提起诉讼，2016年8月23日以济宁农村商业银行不能提供担保人的准确地址、无法向担保人送达为由驳回了济宁农村商业银行的起诉，济宁农村商业银行于2018年3月6日再次起诉。案件经历了一审、二审，最后济宁市中级法院认为涉案借款的到期日是2015年10月15日，济宁农村商业银行曾于2016年5月在任城区法院以提起诉讼的方式要求本案借款人、保证人承担相应的还款和保证责任，退一步讲，不论在该案件中，借款人、保证人是否收到相关法律文书，被上诉人济宁农村商业银行作为债权人已按照法律规定向借款人、各担保人主张了权利，且未超过保证期间的约定。

商业银行为了证明在保证期间内向保证人主张了保证责任，往往与受诉法院协商，先对借款人和保证人提起诉讼，再由法院驳回起诉。这样既可以节省诉讼费，也可以减少其向每个保证人主张权利的工作量，还可以将保证期间转换为保证债权的诉讼时效。但是法院在处理类似的案件时混淆了保证期间和诉讼时效、混淆了保证债权是形成权和普通债权是请求权的本质。债权人保证债权的成立条件是在保证期间内向保证人主张了权利，

该主张必须到达保证人才能发生法律效力。而普通债权的请求权只要是向债务人或有关部门主张，即使是没有到达债务人也发生诉讼时效中断的法律效果。

值得高兴的是，《担保制度司法解释》终于正本清源，在第31条第2款规定：连带责任保证的债权人在保证期间内对保证人提起诉讼或者申请仲裁后，又撤回起诉或者仲裁申请，起诉状副本或者仲裁申请书副本已经送达保证人的，人民法院应当认定债权人已经在保证期间内向保证人行使了权利。该款规定向公平原则和保护保证人的权利又迈进了一步。

## 《数据安全法》颁布，企业如何避免数据合规风险？

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



陈洁

擅长疑难复杂民事诉讼、仲裁案件解决，尤其擅长房地产与建设工程、公司股权和控制权、互联网与知识产权等疑难复杂争议案件的解决，所代理的多个案件在最高人民法院、高级人民法院胜诉或被评为年度法院典型案例。



葛静芳

擅长处理疑难复杂民事诉讼、仲裁案件，尤其擅长房地产与建设工程、公司纠纷、科技与互联网、反垄断与竞争法等领域疑难复杂争议案件的解决，曾代理国际知名通信企业专利、反垄断与不正当竞争系列诉讼案件。

2021年6月10日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过《中华人民共和国数据安全法》（“《数据安全法》”）。《数据安全法》于2021年9月1日实施，共七章（总则、数据安全与发展、数据安全制度、数据安全保护义务、政务数据安全与开放、法律责任、附则），五十五条。《数据安全法》施行后，将与《民法典》《网络安全法》《个人信息保护法》（制定中）共同构筑中国个人信息与数据保护的法律法规体系。

对数字化时代的企业而言，数据无疑是企业最重要的资产之一，如何建立数据安全保护制度，合规利用数据资产，避免违犯法律责任，《数据安全法》提供了法律层面的规范指引。本文从企业视角梳理《数据安全法》的重要规范制度，供企业在建立数据保护合规体系制度和规范经营时参考。

## 一、基本概念：数据、数据权益与数据处理

### 1、数据与个人信息：既有关联，又有不同

《数据安全法》第三条  
本法所称数据，是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。

《民法典》第一千零三十四条  
个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

《个人信息保护法（草案）》第四条  
个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

就个人信息与个人数据的关系而言，信息是数据的内容，数据是信息的形式。在互联网时代，个人信息被收集、处理和加工，被数据化后以数据的形式体现，并有了新的价值，所以个人信息和个人数据既有关联，又有不同。

### 2、数据权益：依然模糊的法律定位

《数据安全法》第七条  
国家保护个人、组织与数据有关的权益，鼓励数据依法合理有效利用，保障数据依法有序自由流动，促进以数据为关键要素的数字经济发展。

如同《民法典》是否规定了个人信息权的争论一样，数据是否可以成为权利的客体，并进而以数据权的形式加以保护，目前理论界仍无定论。

司法实践中，法院通常用《反不正当竞争法》第2条的一般条款，以抽象的不正当竞争行为名义，基于企业所享有的“合法权益”对企业数据权利予以保护，如新浪微博诉脉脉案、酷米诉车来了案、淘宝诉美景案。

如果将数据权益界定为数据权，围绕权利的内容、

权利行使、权利利用构建数据权利体系，数据可以如同其他“物”一样利用、流转、融资担保，无疑会促进数据的流动和共享，才能打破“数据孤岛”，发挥数据的价值并最大程度挖掘和释放数据价值。

《深圳经济特区数据条例（征求意见稿）》第四条规定“自然人、法人和非法人组织依据法律、法规和本条例的规定享有数据权”，这是目前首次提出数据权概念的地方性立法。《数据安全法》依然选择了“数据有关的权益”给数据权利定位，有其现实考量，但相信数据权的争论并不会尘埃落定。

### 3、数据处理：企业经营无法避免的行为

《数据安全法》第三条  
数据处理，包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

企业关注《数据安全法》，主要应关注企业涉及数据的行为是否受《数据安全法》所规制。从该条的定义，互联网时代的企业毫无例外会受到《数据安全法》的影响。即使是传统行业的企业，也必然会涉及到对信息和数据的收集、存储和使用，对于互联网、大数据、高科技等行业的企业则更是如此。

## 二、数据分类分级保护：数据安全保护制度体系的基础

《数据安全法》第二十一条  
国家建立数据分类分级保护制度，根据数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分类分级保护。国家数据安全协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护。

关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据属于国家核心数据，实行更加严格的管理制度。

各地区、各部门应当按照数据分类分级保护制度，确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录，对列入目录的数据进行重点保护。

《数据安全法》的数据分类分级保护制度，其重要意义与《网络安全法》第二十一条的“国家实行网络安全等级保护制度”类似，通过数据的分类分级，明确不同数据的管理权限，也为企业的数据处理活动提供了指引。对于不同类型和等级的数据，企业在数据处理、数据出境时将遵循不同的程序要求，履行相应的批准程序。

与数据分类分级保护制度相匹配，《数据安全法》第三章同时规定了数据安全风险评估、报告、信息共享机制（第二十二条），数据安全应急处理机制（第二十三条），数据安全审查制度（第二十四条），数据出口管制（第二十五条）。

### 三、《数据安全法》的合规要求：企业数据处理的法律义务

#### 1、建立全流程数据安全管理制度，明确数据安全负责人和管理机构

《数据安全法》第二十七条规定了企业开展数据处理活动的合规制度体系建设要求。

企业应当依法建立全流程数据安全管理制度，并通过教育培训、技术措施保障数据安全。利用网络开展出具处理活动的，应当在网络安全等级保护的基础上履行数据安全保护义务。

对于处理重要数据的企业，应当明确数据安全负责人和管理机构。注意，此处的要求是“明确”，而非《数据安全法（草案）》时的“设立”，可能意味着不再强调必须设置数据安全负责人和专门的管理机构，而只需要明确具体的负责人及部门，原有的网络安全负责人可以兼任，有助于企业降低合规成本。

#### 2、处理重要数据的企业开展风险评估并报送风险评估报告的义务

根据数据分类分级制度，企业处理重要数据目录中的数据的，应当按照规定对数据处理活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。风险评估报告应当包括处理的重要数据的种类、数量，开展数据处理活动的情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。

#### 3、数据交易中介服务机构法律义务

企业从事数据交易中介服务，应当要求数据提供方说明数据来源，审核交易双方的身份，并留存审核、交易记录。

违反前述规定义务的，根据《数据安全法》第四十七条规定，企业将承担责令改正、没收违法所得、罚款、责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可或吊销营业执照的处罚，对直接负责的主管人员和其他责任人员处以罚款。

#### 4、依法取得行政许可的义务

《数据安全法》第三十四条  
法律、行政法规规定提供数据处理相关服务应当取得行政许可的，服务提供者应当依法取得许可。

相比《数据安全法（草案）》，《数据安全法》删除了“专门提供在线数据处理等服务的经营应当取得经营许可或备案”的内容，但这并非对数据处理服务资格放宽了要求，而是从立法技术层面做好与现有法律、法规的衔接。比如，电信条例已对在线数据处理业务的行政许可做出了规定。

企业判断数据处理服务是否需要取得行政许可，需要结合现行的与行业相关的法律、法规的规定做出判断，避免违规经营的风险。

#### 5、配合数据调取的义务与拒绝配合的责任

《数据安全法》第三十五条：公安机关、国家安全机关因依法维护国家安全或者侦查犯罪的需要调取数据，应当按照国家有关规定，经过严格的批准手续，依法进行，有关组织、个人应当予以配合。

企业有义务提供所存储的数据，但有三个前提：1、调取的主体是公安机关和国家安全机关；2、调取数据的目的是维护国家安全或者侦查犯罪的需要；3、应当依法经过严格的批准手续。

企业拒不配合数据调取的，根据《数据安全法》

第四十八条规定，企业将承担责令改正、警告、罚款的法律责任，对直接负责的主管人员和其他责任人员处以罚款。

#### 四、数据出境：《数据安全法》的特别规制

《数据安全法》第三十六条对向外国司法或者执法机构提供数据规定了特别的规范要求，有助于封堵境外机构的“长臂管辖”。

根据该条规定，只有外国司法或者执法机构才能提出调取储存于中国境内数据的要求，境内组织、个人提供数据必须经过中国机关批准。如果违法提供数据，根据《数据安全法》第四十八条，将根据情节轻重承担警告、罚款、暂停业务、停业整顿、吊销许可或营业执照等处罚。

数据的跨境流动一直是各国法律关注的问题，结合网络安全法对数据境内存储的规定及对外提供的安全评估要求，以及有关部门的规章制度，我国基本构建了数据出境的规范体系。

#### 余论

数据因其与传统意义上的“物”大不相同，数据的收集、存储、利用等处理活动，以及数据的跨境流动，呈

现出完全不同的特点，所以也就形成了不同于其他规范体系的独有的数据相关法律制度。

从国家对数据处理进行管理的角度，显著的特点是多头管理、分工负责，涉及到的主管部门包括国家安全机构、国家网信部门、公安机关、工业、电信、交通、金融、自然资源、卫生健康、教育、科技等，同时还强调进行数据处理活动的企业的数据安全管理制度建设和保障措施。

从数据相关规范体系的角度，除了法律、法规的规定之外，大量的“日新月异”的规章、规定、标准、规范等共同构成了数据法律规则体系非常重要的组成部分，为企业合规从事数据处理活动提供着更为具体和具有可操作性的规范指引。

在互联网时代，即使是传统行业企业也不可避免的从事着数据处理的活动，面对尚在不断完善和变动中的数据法律体系和规范制度，企业需要不断研究规则、关注变化，才能充分挖掘和利用数据价值以助力企业经营。



## 企业如何应对《个人信息保护法》的出台

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



马清泉

主要业务领域为投资并购与公司治理、网络安全与数据合规、商事诉讼与仲裁，曾为多家新经济和 Related 技术企业提供专业支持。是国内首批具有 EXIN DPO & ISO 双资质的法律从业者，并已获得 PDPF、PDPP、ISFS、ISMP 等职业认证，同时具有相关 BI 工程师认证。



王译萱

主要业务领域为建工房产、网络安全与数据合规，具有数字法务官资格，同时是国内首批获得国际 EXIN DPO 数据保护官 & ISO 信息安全官双认证资质的法律从业者，并已通过 PDPP、PDPF、ISO/IEC 27001 职业资质认证。

2021年8月20日，第十三届全国人大常委会第三十次会议通过《个人信息保护法》，并将于2021年11月1日生效。这是我国首次以专门立法的形式，对于个人信息保护、合理利用个人信息进行全面系统的规定。作为国内首部专注个人信息保护的律法，《个人信息保护法》的出台势必对组织和个人处理个人信息的各项活动产生重大影响。

本文首先对《个人信息保护法》的出台历史进行回顾，随后从一般商业组织的合规视角出发，就企业应予以重点关注的个人信息保护工作进行阐述与总结，共同探索数字化经济背景下企业开展个人信息保护工作的有效路径，以供相关企业参考。

## 一、《个人信息保护法》的出台历史

这部刚出台的法律，早在20年前就启动了相关立法研究。

2001年，国家成立国家信息化领导小组，下设国务院信息化工作办公室（下简称“国信办”），主要负责推动国家的信息化相关立法。

受国信办委托，个人数据保护法研究课题组承担《个人数据保护法》比较研究课题并草拟专家建议书。

按照国信办的立法规划，《个人信息保护法》本应紧随《电子签名法》《政府信息公开条例》出台。然而，受到机构改革、立法资源制约等多重因素的影响，《个人信息保护法》的立法进程在2008年之后的数年间陷入停滞。

2010年之后，中国进入移动互联网时代，智能手机的出现重塑了互联网生态，个人信息保护也面临更多的挑战。彼时，个人信息保护相关条款被写入多部法律。但相较于分散式立法而言，个人信息保护单独立法得到了越来越多的呼吁。

2014年，中央网络安全和信息化领导小组（后更名为“中央网络安全和信息化委员会办公室”，下称“中央网信办”）宣告成立。

在其后确立的《国家信息网络专项立法计划（2014~2020）（建议）》中，就包括了网络安全法和个人信息保护法等七部法律和行政法规。至此，停滞了五年之久的个人信息保护立法工作得以重启。

2016年8月，山东女大学生徐某某被诈骗电话骗走上大学费用后，心脏骤停离世。这一起个人信息泄露导致的恶性案件也进一步加速了个人信息保护法的立法进程。

2018年9月，鉴于社会乱象严峻，公众意识提升，监管部门重视等综合因素下，《个人信息保护法》被列入十三届全国人大常委会立法规划。

最终，从2020年10月到今年8月，在经历了三次全国人大常委会审议后，这部早在20年前就启动立法研究的法律正式出台。

## 二、《个人信息保护法》的适用范围

在《个人信息保护法》的适用范围上，根据《个人信息保护法》第三条的规定，只要在中华人

民共和国境内处理自然人个人信息的活动，即适用本法。无论数据处理者是否为境外主体，个人信息的主体是否为国人，只要数据处理活动发生在境内，即适用本法。

若在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息，符合相关情形的，也适用《个人信息保护法》。具体情况可见下表：

地域	是否适用《个人信息保护法》
境内	凡是在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，均适用《个人信息保护法》
境外	在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用《个人信息保护法》： （一）以向境内自然人提供产品或者服务为目的； （二）分析、评估境内自然人的行为； （三）法律、行政法规规定的其他情形。

对此，我们建议在中国境内从事处理自然人个人信息活动的任何主体，都要遵循《个人信息保护法》的要求。针对在中国境外从事处理自然人个人信息的主体，若涉及向境内自然人提供产品或者服务，或分析、评估境内自然人的行为，也同样应遵循《个人信息保护法》的要求。

## 三、个人信息的定义与不同类型个人信息的处理规则

根据《个人信息保护法》字义，可以认为这是一部围绕“如何对个人信息的处理进行保护”的法律，因此需要对“个人信息”的定义，以及属于“个人信息处理”的范围进行基本了解。

同时，个人信息也分为敏感个人信息、未成年人个人信息等不同类型的个人信息，以下将分别介绍。

### （一）个人信息的定义

根据《个人信息保护法》第四条的规定，个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

另外，《民法典》和《网络安全法》均对“个人信息”进行了定义：

《民法典》	第一千零三十四条 个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。
《网络安全法》	第七十六条 个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

通过比较，我们可以看到在对个人信息的定义上，《个人信息保护法》采取了一个更为“宽进严出”的倾向，即只要是已识别或者可识别的与自然人的各种信息，均可能构成个人信息。另外，也明确匿名化之后的数据不再属于个人信息。

## （二）个人信息的处理

针对个人信息的“处理”，应做一个更为广义的理解。根据《个人信息保护法》第四条第二款的规定，个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等。

相比《个人信息保护法（草案二次审议稿）》的规定，最终出台的《个人信息保护法》对于个人信息处理的范围进行了调整，新增了“删除”。

通过增加“删除”，使得对个人信息全生命周期的保护进一步强化，也将个人信息处理者删除个人信息的活动纳入了本法关于个人信息处理活动的规制范围，可以对保护个人信息的处理行为进行更为全面的保护。

## （三）敏感个人信息

### 1. 敏感个人信息的定义

根据《个人信息保护法》第二十八条规定，敏感个人信息是指一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。

### 2. 敏感个人信息的处理

根据《个人信息保护法》的要求，只有在具有特

定的目的和充分的必要性，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息。

企业在处理敏感个人信息时，应当取得个人的单独同意，无论是口头还是书面的同意；但法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，则应取得书面同意。

同时，根据《个人信息保护法》第五十五条规定，个人信息处理者在处理敏感个人信息时，应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。

因此，我们建议企业在了解涉及处理的个人信息类型的基础上，应区分其中的敏感个人信息类型，制定企业内部的分类分级标准，同时在处理敏感个人信息前也应进行个人信息保护影响评估，并对处理情况做好记录。

## （四）未成年人个人信息

根据《个人信息保护法》第三十一条的规定，个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意。个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当制定专门的个人信息处理规则。

对此，针对处理不满十四周岁的未成年人个人信息，我们建议企业通过在产品上设计青少年模式，以家长身份验证等方式确保处理未成年人个人信息的合规性，并制定专门的个人信息处理规则予以公示。

## （五）死者个人信息

伴随着数字化和老龄化的同步推进，死者的个人信息保护问题已成为各方关注的焦点。目前，对于死者是否具有基于个人信息的人格利益，在学界仍然是一个具有争议性的问题，各国立法与司法实践对死者的个人信息保护问题也均持谨慎态度。

对此，在《欧洲通用数据保护条例》（简称“GDPR”）序言第27条明确指出，本条例不适用死者的个人数据，成员国可以对死者个人数据处理自行作出相关规定。同时，加州隐私法CCPA&CPR也并未对死者的个人信息保护做出规定。

然而，我国《个人信息保护法》在民法典确立的侵权救济机制基础上又向前迈进一步，对死者的个人信息保护问题进行回应，在立法中明确承认了死者的个人信息利益，并提出了具体的保护机制。

主要是考虑到死者的个人信息尤其是隐私信息，

是不愿意为他人所知悉的，即便是自己的近亲属也不例外。而且，死者在生前通过电子邮箱或者即时通讯工具等与他人产生各种社会交往，其中也将涉及到他人的隐私，若不做任何限制的由死者的近亲属行使个人信息处理中的权利，有可能会侵害第三人的隐私权。

《个人信息保护法（草案二次审议稿）》	第四十九条 自然人死亡的，本章规定的个人在个人信息处理活动中的权利，由其近亲属行使。
《个人信息保护法》	第四十九条 自然人死亡的，其近亲属为了自身的合法、正当利益，可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利；死者生前另有安排的除外。

鉴于此，在公布的二审稿的基础上，最终出台的《个人信息保护法》中提出具体的保护机制，即由死者近亲属为了自身的合法、正当利益，可以对死者的个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等

权利，但是死者生前另有安排的除外。可以认为是我国立法的一大突破。

#### 四、个人信息处理的七项法律基础

根据《个人信息保护法》第十三条的规定，共列举了七项处理个人信息的法律基础。

通过比较，我们可以看到《个人信息保护法》在第二项“履行合同所必需”的法律基础下提出了人力资源管理的情形，为企业收集、处理员工的个人信息提供了更加明确的合规路径。

同时，在《个人信息保护法（草案二次审议稿）》提出“处理已公开的个人信息”这一法律基础之上，《个人信息保护法》进一步对个人信息被公开的渠道进行了细化解释，包括个人自行公开的个人信息及其他已经合法公开的个人信息。

对此，若企业未取得个人的同意即涉及处理个人信息的，建议根据该条规定，确定自身处理个人信息是否存在法律基础，否则即可能构成违规处理个人信息，产生争议与纠纷。

《个人信息保护法（草案二次审议稿）》	《个人信息保护法》
<p>第十三条 符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：</p> <p>（一）取得个人的同意；</p> <p>（二）为订立或者履行个人作为一方当事人的合同所必需；</p> <p>（三）为履行法定职责或者法定义务所必需；</p> <p>（四）为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；</p> <p>（五）依照本法规定在合理的范围内处理已公开的个人信息；</p> <p>（六）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；</p> <p>（七）法律、行政法规规定的其他情形。</p> <p>依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。</p>	<p>第十三条 符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：</p> <p>（一）取得个人的同意；</p> <p>（二）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；</p> <p>（三）为履行法定职责或者法定义务所必需；</p> <p>（四）为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；</p> <p>（五）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；</p> <p>（六）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；</p> <p>（七）法律、行政法规规定的其他情形。</p> <p>依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。</p>

## 五、共同处理与委托处理个人信息的规则

企业在处理个人信息时，往往存在相关合作方，与合作方之间的关系主要有共同处理与委托处理两种情形，《个人信息保护法》分别就其责任分担进行了规定。

### （一）共同处理

根据《个人信息保护法》第二十条规定，两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的，应当约定各自的权利和义务。但是，该约定不影响个人向其中任何一个个人信息处理者要求行使本法规定的权利。个人信息处理者共同处理个人信息，侵害个人信息权益造成损害的，应当依法承担连带责任。

鉴于由于其中一方侵害个人信息权益造成损害的，另一方应当依法承担连带责任，故建议企业一方面选择合适的合作方，另一方面明确约定合作方之间连带责任后的追责和违约责任的承担问题。

### （二）委托处理

根据《个人信息保护法》第二十一条规定，个人信息处理者委托处理个人信息的，应当与受托人约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务等，并对受托人的个人信息处理活动进行监督。

同时，也对受托人提出了三个要求，分别是：

1. 受托人应当按照约定处理个人信息，不得超出约定的处理目的、处理方式等处理个人信息；
2. 委托合同不生效、无效、被撤销或者终止的，受托人应当将个人信息返还个人信息处理者或者予以删除，不得保留；
3. 未经个人信息处理者同意，受托人不得转委托他人处理个人信息。

根据《个人信息保护法》第五十五条规定，委托处理个人信息的，个人信息处理者应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。

因此，我们建议企业在与第三方合作时，首先进行个人信息保护影响评估，基于评估结果以及合作的目的和方式，以及合作关系涉及的个人信息处理活动的风险程度，就合作方之间的关系和责任承担进行约定，并通过采取数据审计、持续监控等措施，降低风险，减少纠纷。

## 六、公共场所图像、身份识别信息采集的条件

根据《个人信息保护法》第二十六条规定，在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备所收集的信

息，除取得个人单独同意外，只能用于维护公共安全的目的，并设置显著的提示标识。

对此，我们建议企业排查商场、园区或其他公共场所的采集设备，为降低合规风险，可依法设置显著的提示标识，依据法律规定进行及时整改。

## 七、个人信息跨境提供的规则

针对个人信息跨境提供，《个人信息保护法》专门设置第三章就其相关规则进行规定。

根据《个人信息保护法》第三十八条规定，个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当具备下列条件之一：

条件一	依照本法第四十条的规定通过国家网信部门组织的安全评估。
条件二	按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证。
条件三	按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务。
条件四	法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。

其中，关于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的，可以按照其规定执行。

同时，也要求个人信息处理者应当采取必要措施，保障境外接收方处理个人信息的活动达到本法规定的个人信息保护标准，实际也是增加了个人信息处理者的义务与责任。

除以上情形外，如果是关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估；法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的，从其规定。

## 八、个人信息主体的十项权利

《个人信息保护法》第四章全面确立了个人对其个人信息处理活动的一系列权利，共计10项，包括知情、决定、限制或拒绝处理、查阅、复制、更正、补充、删除等权利，并对传统的查阅复制权进行扩张，新增了有限的转移权，即个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，个人信息处理者应当提供转移的途径。

具体如下：

项	权利	法律规定
1	自动化决策相关权利	第二十四条 个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。 通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。 通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求个人信息处理者予以说明，并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。
2	知情权	第四十四条 个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理；法律、行政法规另有规定的除外。
3	决定权	
4	限制权	
5	拒绝权	
6	查阅权	第四十五条 个人有权向个人信息处理者查阅、复制其个人信息；有本法第十八条第一款、第三十五条规定情形的除外。 个人请求查阅、复制其个人信息的，个人信息处理者应当及时提供。 个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，个人信息处理者应当提供转移的途径。
7	复制权	
8	可携带权	
9	更正权	第四十六条 个人发现其个人信息不准确或者不完整的，有权请求个人信息处理者更正、补充。 个人请求更正、补充其个人信息的，个人信息处理者应当对其个人信息予以核实，并及时更正、补充。
10	删除权	第四十七条 有下列情形之一的，个人信息处理者应当主动删除个人信息；个人信息处理者未删除的，个人有权请求删除： （一）处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要； （二）个人信息处理者停止提供产品或者服务，或者保存期限已届满； （三）个人撤回同意； （四）个人信息处理者违反法律、行政法规或者违反约定处理个人信息； （五）法律、行政法规规定的其他情形。 法律、行政法规规定的保存期限未届满，或者删除个人信息从技术上难以实现的，个人信息处理者应当停止除存储和采取必要的安全保护措施之外的处理。

## 九、个人信息处理者的相关义务

在《个人信息保护法》第五十一条至五十七条明确了个人信息处理者应当履行的基本义务，以下分别进行介绍。

### （一）处理个人信息的一般性义务

个人信息处理者应当根据个人信息的目的、处理方式、个人信息的种类以及对个人权益的影响、可能存在的安全风险等因素，采取措施确保个人信息处理活动符合法律、行政法规的规定，并防止未经授权的访问以及个人信息泄露、篡改。

在具体措施上有以下几种：

#### 1. 制定内部管理制度和操作规程

我们建议企业制定《个人信息保护制度》《员工信息保密手册》《企业用户信息分级分类管理制度》等内部管理制度和操作规程，将个人信息保护要求嵌入具体的业务流程，确保个人信息信息处理活动流程清晰、要求明确。

#### 2. 对个人信息实行分类管理

我们建议企业结合不同的业务场景与数据本身的性质，针对个人信息进行分类并采取相对应的管理措施。

#### 3. 采取相应的加密、去标识化等安全技术措施

我们建议企业根据处理的个人信息的敏感程度、重要性等，采取不同级别的加密措施，以及在通过界面展示个人信息时应采取去标识化处理等措施降低泄露风险。

#### 4. 合理确定个人信息处理的操作权限，并定期对从业人员进行安全教育和培训

我们建议企业针对不同级别的管理人员，确定不同的操作权限，降低不同员工泄露用户个人信息的风险。同时，通过由专业人员对企业从业人员进行定期的安全教育和培训，一方面可以使企业从业人员掌握岗位职责和应急处置策略和规程，另一方面也可以在一定程度上证明企业已经承担相应的个人信息保护义务。

#### 5. 制定并组织实施个人信息安全事件应急预案

我们建议企业提前制定个人信息安全事件应急预案

《个人信息保护法（草案二次审议稿）》	《个人信息保护法》
<p>第五十七条</p> <p>提供基础性互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当履行下列义务：</p> <p>（一）成立主要由外部成员组成的独立机构，对个人信息处理活动进行监督；</p> <p>（二）对严重违法法律、行政法规处理个人信息的平台内的产品或者服务提供者，停止提供服务；</p> <p>（三）定期发布个人信息保护社会责任报告，接受社会监督。</p>	<p>第五十八条</p> <p>提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当履行下列义务：</p> <p>（一）按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督；</p> <p>（二）遵循公开、公平、公正的原则，制定平台规则，明确平台内产品或者服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务；</p> <p>（三）对严重违法法律、行政法规处理个人信息的平台内的产品或者服务提供者，停止提供服务；</p> <p>（四）定期发布个人信息保护社会责任报告，接受社会监督。</p>

案，并在安全事件发生后根据应急预案采取相应措施，如记录事件内容，评估事件可能造成的影响并采取必要措施控制事态、消除隐患，以及按照《网络安全事件应急预案》等规定及时上报等等，尽量减少个人信息安全事件导致的不良影响，降低损失。

#### （二）指定个人信息保护负责人

若企业属于处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，则应当指定个人信息保护负责人，由其负责对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督。

同时，企业应当公开个人信息保护负责人的联系方式，并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。

#### （三）设立专门机构或指定代表

若企业在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，并涉及以向境内自然人提供产品或者服务为目的，或分析、评估境内自然人的行为，又或有法律、行政法规规定的其他情形，则应当在中华人民共和国境内设立专门机构或者指定代表，来负责处理个人信息保护相关事务。

同样，企业也需要将有关机构的名称或者代表的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。

#### （四）互联网平台的个人信息保护义务

通过比较，我们可以看到《个人信息保护法》第五十八条在《个人信息保护法（草案二次审议稿）》的基础上新增了互联网平台应当制定平台规则，要求互联网平台应当遵循公开、公平、公正的原则，制定

平台规则，明确平台内产品或者服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务。

该条新增内容，实际上是让互联网平台增加了对其平台内产品或服务提供者进行管理的义务。在互联网平台提供产品或服务的场景下，除了平台方本身，往往还存在平台内经营者、第三方SDK提供者等主体，但个人往往是出于对平台本身的信任而提供个人信息，因此增加该条款也是为了使得互联网平台对自身平台上的产品或服务提供者尽到管理义务，增强对互联网平台上个人信息的保护力度。

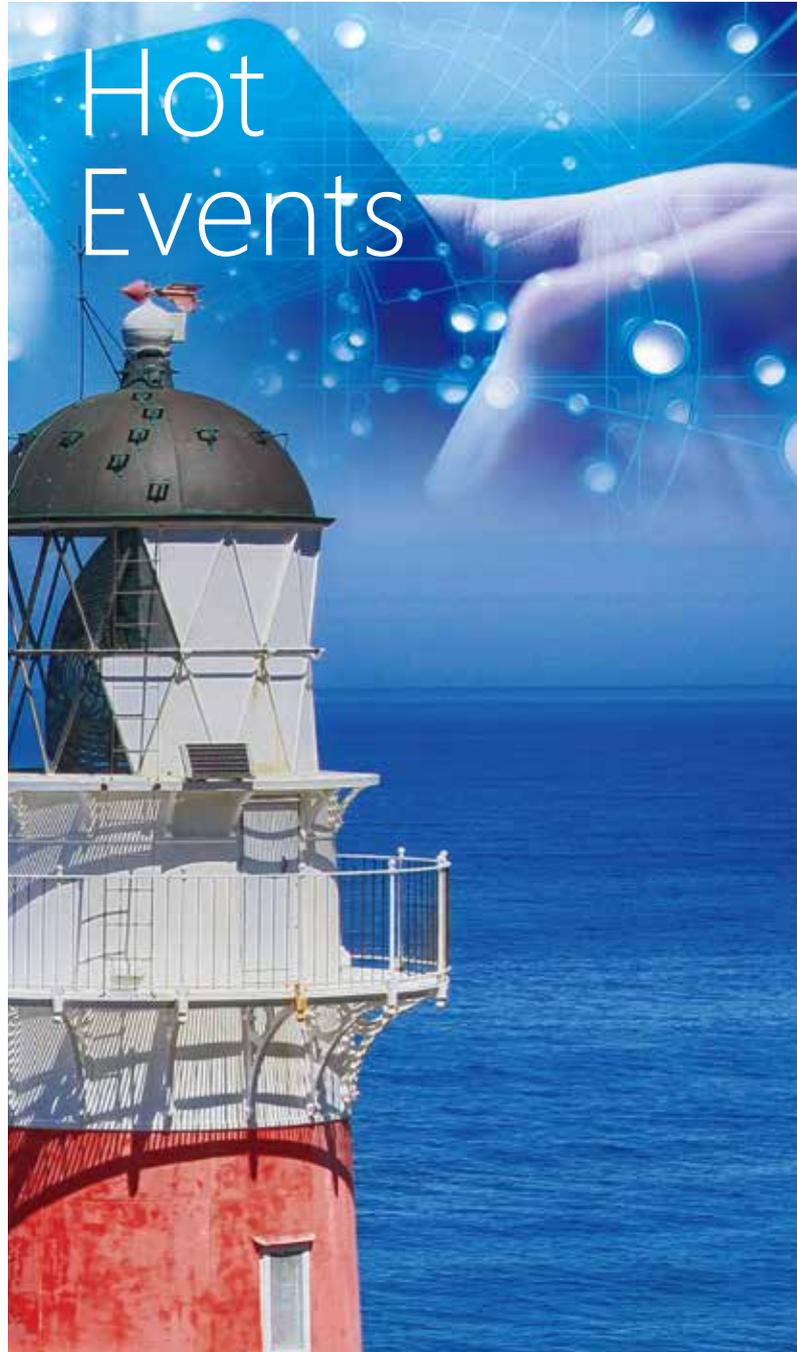
### 总结

通过对《个人信息保护法》规定的内容进行分析，可以看到《个人信息保护法》在坚持“以人为本”的同时，既实现了与国际个人信息保护通用原则的接轨，也结合中国国情进行了特殊考量与安排。

可以说，在承接《网络安全法》《数据安全法》的基础上，伴随《个人信息保护法》的出台，我们国家正式拉开了个人信息权益法律保护的大幕，这也是中国在当前全球数字治理中的制度贡献。

《个人信息保护法》于2021年11月1日生效，在这个大家越来越重视个人信息保护的年代，我们建议企业结合本文提出的合规建议，仔细阅读重要条款，特别是对本企业个人信息保护制度和个人信息处理规则进行自查，从信息出境、信息安全评估、个人信息保护影响评估、证据留痕等方面进行准备，做到未雨绸缪，提前规避合规风险，保护企业商誉，带来商业竞争力的提升。

热点  
事件



Hot  
Events

## “EVER GIVEN”轮搁浅导致苏伊士运河双向封闭对中国进出口企业影响及对策

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



田刘柱

在海商海事、投融资、公司治理、境内外商事争议解决等法律事务领域具有专业的法律知识和丰富的实践经验。现担任青岛仲裁委员会仲裁员；青岛市律师协会海事海商委员会主任；山东省法学会海洋法研究会理事；青岛市律师协会会员服务委员会副主任。



陈晓军

主要从事海商、海事、国际贸易、跨境投资、公司三会治理等领域的法律工作以及境外仲裁代理业务，在沿海、内河及海上货物运输、提单、海损事故赔偿、船舶建造和修理、对外跨境投资、境外仲裁、公司架构设计及三会治理等领域具有丰富的实践经验。

（本文写于2021年3月25日）苏伊士运河是世界知名的重要贸易通道，2020年全年共有超过18000艘船舶通过苏伊士运河，总载重超过12.1亿吨。由于交通繁忙，通行船舶众多，每年在苏伊士运河搁浅的船舶也不在少数，一般均能在几个小时到几天时间内解决。但如同2021年3月23日“EVER GIVEN”轮这样超过20万吨的超大型集装箱货轮直接横向封死河道的情形并不多见，因此尚不能预计此次事故造成的苏伊士运河封堵的情况会持续多久。但可以预见的是，此次搁浅事故将对国际贸易，尤其是我国企业的进出口贸易产生巨大的影响。

就中国企业而言，无论是作为出口的托运人还是进口的收货人，往往对国际贸易、国际航运的相关知识了解有限，一旦发生突发状况不能及时、妥善地应对，最后很可能因不熟悉规则而错过了最佳的减损、索赔时机。本文将围绕本次事故对中国企业可能产生的影响和相应对策展开，希望能够帮助中国企业更好地应对此次事件以及以后可能发生的类似事件。

## 此次搁浅事故可能造成的影响

### 1. 船载货物可能长时间滞留，货物损坏可能性大幅度增加

根据目前公开渠道获得的消息，此次搁浅事故较为严重。船头位置基本已经抵至岸边，而船尾位置可能也已经搁浅至另一边，一头一尾均搁浅的情况下脱困可能较为困难。

为了减少船舶载重和吃水，尽快脱困，救助方有可能会尽快安排对船载货物全数卸载过驳至其他船舶上，最终会转运至陆地并运输至指定场站保存。如果救助过程中无需进行卸载，以目前的情况来看，船舶脱困后恐怕也无法继续航行，最终船舶将就近停靠港口后进行卸货。因此无论如何，该轮所载的货物将会被卸载到指定场站，等待后续处理。

对出口企业而言，货物无法继续运输至目的港交付给买方，可能会导致其违反与国外买方签订的购销合同，进而导致无法及时回收货款。对进口企业而言，由于货物可能长时间滞留因此货物损坏的风险将大幅增加。另外，对于进口企业而言因为无法及时收到货物还可能面临对交易下家违约的风险。

### 2. 收货人可能拒绝收货，发货人可能无法及时收到货款

“EVER GIVEN”轮的航向是自中国到欧洲，因此事故造成的影响主要集中在对中国出口企业。

如果出口企业签订的是“先货后款”的购销合同或者约定尾款在货物到港后支付的购销合同，因货物无法及时到达目的港，收货人就很可能以各种原因拒绝收货并拒绝支付货款。即便收货人提货也会以迟延交付为由主张减少价款或拒绝付款，最终发货人可能无法收到全部或部分货款。

### 3. 船方可能很快宣布共同海损，货方需要分摊高额的费用

我国《海商法》第一百九十三条规定：“共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用”。无论是中国还是其他国家，对于共同海损的定义基本一致。根据海运惯例，此类搁浅事故发生后，船方必然会尽快发布船长声明，宣布共同海损。一旦宣布共同海损，货方就必须与船方分摊因共同海损牺牲的费用。这部分费用一般包括船舶救助和紧急修理的费用、货物卸载、过驳、仓储、另行运输至目的港的运费等费用等。

目前，埃及当局正在调集力量对该轮进行脱困救援作业。现场已经调集了数艘特种拖轮进行拖带作业，陆上也正在使用工程机械深挖河岸，加大水深，帮助船舶脱困。根据以往的经验，这一过程可能持续几天的时间。更为重要的是，这些救援行动将会产生极为高昂的费用。同时，如果船舶受损而无法驶入避难港口，在船舶脱困后可能还要立刻进行紧急修理，这也可能导致高昂的修理费用。

另外，因为货物无法继续使用原船舶运输，承运人很可能将货物卸载在指定场站，随后通过其他运输方式将货物运输至目的港，由此也会产生高额的货物过驳、仓储、运输费用。

根据共同海损的定义和全球较为普遍的做法，对于上述费用将需要由货方与船方按照相应比例进行分摊，具体分摊将由共同海损理算机构进行理算并出具理算报告并确认具体分摊金额。

### 4. 货方必须提供足够的共同海损担保，才能提取或处置货物

我国《海商法》第二百零二条规定：“经利益关系人要求，各分摊方应当提供共同海损担保”，世界各国也基本上存在类似的法律规定。因此，可以预见的是，本次事故造成货物滞留后，长荣海运很可能尽快将这些货物尽快运至各自的目的港，并通知收货人提货。在通知中，长荣海运很可能要求收货人在提货前提供足够的担保，以担保未来共同海损理算完毕后收货人按照理算报告的结论承担分摊责任。

如果收货人拒绝提供担保的，长荣海运有权拒绝放货。同时，收货人并不能因此免除对共同海损进行分摊的义务。

### 5. 原定通过苏伊士运河的其他船舶所运载的货物都会出现程度不同的迟延到港情形

如前所述，因“EVER GIVEN”轮搁浅，堵塞了整个苏伊士运河的航道，苏伊士运河不得双向关闭。由于苏伊士运河是远东——欧洲航线的关键通道，一旦封闭就会导致这一繁忙的航线陷入瘫痪。

由于北极航线尚未开通，好望角航线距离遥远且海况复杂，因此受此次苏伊士运河关闭影响而滞留在运河附近的船舶都无法继续运输。如果船舶能够在几个小时或一两天内脱困，运河及时重新开启，那么可能对于这些船舶所载的货物影响不大。但如果运河封闭时间超过一周，那么将会极大的影响这些船舶的运输，最终导致货物长时间滞留在运输途中。而这些货物的收货人和发

货人，同样会面临因迟延交付而遭受的货物损坏、无法收取货款的风险。

另外，对于部分中国进口企业而言，因苏伊士运河封闭，其购买的部分货物可能延期到港。如果这些进口企业还与下家签署了针对进口产品的购销合同，那么其就可能因货物无法及时到港而需要对下家承担迟延交付的违约责任。

### 建议和对策

尽管本文列举了许多因本次事故而可能给作为货方的中国进出口企业的负面影响，但应该认识到些负面影响并非完全不可控制。事实上，苏伊士运河历史上经常发生搁浅事故，许多船公司和货方都对此类事故的后续处理比较熟悉，处理结果也比较理想。只要积极应对，妥善处置，作为货方的中国企业完全可以将不利影响降到最低。

对于外贸企业而言，笔者建议根据实际情况的不同，分别采取如下措施，以尽可能消除此次事故造成的不利影响。

#### 1. 有货物装载在“EVER GIVEN”轮上的出口企业

需要注意的是，虽然“EVER GIVEN”轮系长荣海运旗下的集装箱轮，但并非这条船上的所有的货物的承运人均均为长荣海运。出口企业不应以提单抬头是否是“EVERGREEN”轮作为判断此次事故是否与自身有关的标准，而应该依据提单载明的“船名”是否是“EVER GIVEN”来确定。所有记载承运船舶为“EVER GIVEN”的提单项下的货物均装载在该轮上，都会受到此次事故的直接影响。

(1) 立即与货运代理人或承运人联系，确认船舶及货物的状态

如果有货物是通过“EVER GIVEN”轮出运的，应当立即向货运代理人或承运人落实船舶及货物情况，尤其是货物的下一步处置方案，以便发货人掌握情况，并做好有针对性的准备。

需要了解的情况主要包括：

- 船舶目前的状况及预计的脱困时间
- 船舶发生事故的确切原因
- 货物有无卸载计划以及卸载的时间、地点
- 是否宣布了共同海损
- 预计何时能够到达目的港
- 其他与货物有关的一切相关信息

(2) 货物投保了运输保险的，立即通知保险人

如果货物出口前，出口企业为货物投保了运输险，那么企业应当立即向保险公司报案，通知保险人该轮以及货物的情况。另外，如果船方宣布了共同海损，那么还需要通知保险人准备提供共同海损担保。

(3) 立即通知国外收货人

目前船舶被困已经超过一天，且该轮即便脱困也很可能无法继续安全航行，因此相应货物肯定要卸载、转运。可以预计该轮所载的货物必然将面临大面积的延迟到达。

出口企业应当尽早与国外收货人协商，告知其货物情况，争取获得国外收货人的谅解。如果国外收货人明确拒绝接受货物的，应当要求其出具相应的保函，并协助出口企业安排货物的转卖或退运等事宜。

如果国外收货人同意接受货物的，那么需要告知其船方可能会要求收货人提供共同海损担保，请收货人及时做好准备。

如国外收货人尚没有支付全部或部分货款的，发货人应当在与国外收货人沟通时尽量协商要求国外收货人按照合同继续付款。如国外收货人没有按照合同约定支付货款的，发货人应当及时留取证据，必要时可以考虑通过司法措施向国外收货人主张索赔。

(4) 针对易损货物，提前安排好货物检验

由于预计该轮所载的货物将延迟到港，对于一些不易保存的货物（例如冷藏或冷冻货物）而言其损坏的可能将大大增加。如果出运的货物系易损货物的，出口企业应当尽快与国外收货人沟通，在目的港委托专业的第三方检验机构，在提取货物后第一时间对货物进行全面、详尽的检验。如果货物经检验确实发生了损坏的，那么相应的检验报告的结论就将作为对承运人索赔的依据。

在检验时，出口企业应当注意以下问题：

- 检验前应通知承运人，最好能够邀请承运人一起参加
- 拆箱前请检验机构拍摄集装箱铅封完好的照片并附在检验报告之后
- 如拆箱后发现货物确实损坏的，应当要求检验机构对损坏情况做出明确的判断（包括损坏程度、是否能够继续作为商品销售或使用）
- 要求检验机构对货物损坏的原因做出判断

· 要求检验机构对货物处置给出明确的意见

需要注意的是，如果国外收货人拒绝接受货物，国内出口企业安排货物退运回国的，出口企业同样应当安排检验机构，在货物回国后第一时间完成检验。

(5) 搜集证据材料，为可能发生的纠纷做好准备

因此次事故影响，很可能发生因货物迟延交付、货物损坏、共同海损分摊、货方损失赔偿等原因造成的纠纷。如不能妥善解决这些纠纷，很可能对国内出口企业造成巨大的损失。

以往国内出口企业因不熟悉国际贸易和海运惯例和法律法规的规定，对于此类事故一般持消极应对的态度，最终往往错过了止损和索赔的最佳时机。我们建议出口企业应当积极应对，在确认可能受到此次事故影响后及时联系律师或其他专业人士，并在他们的专业指导下与各相关方沟通联系，搜集整理相关证据，为可能发生的纠纷做好准备，最大限度减少企业可能遭受的损失。

(6) 做好参与共同海损理算和分摊的准备

如前所述，船方很可能就本次事故宣布共同海损。一旦宣布共同海损，海损理算人和船方就可能要求货方（一般是收货人）提供共同海损担保，否则就可能拒绝货方提货。

在此情况下，出口企业需要做好以下工作：

- 货物投保的，及时要求保险人出具符合船方和理算人要求的保函
- 如果货物没有投保，需要协商收货人提供相应担保，或自行提供相应担保
- 积极跟进共同海损理算过程，搜集和整理所获得的一切理算资料，委托专业人士（如律师）审核理算资料，确认理算结果的真实性和准确性
- 在完成共同海损分摊的情况下，根据本次事故的实际情况向相关责任方索赔

2. 虽然没有货物装载在“EVER GIVEN”轮，但近期有货物途径苏伊士运河的进出口企业

如前所述，目前因“EVER GIVEN”轮横向堵塞了整个苏伊士运河的双向航道，导致苏伊士运河双向封闭，目前尚不知道何时能够恢复通行。现在苏伊士运河区域有大量船舶滞留，这部分船舶所装载的货物也很可能因此次事故影响而发生迟延到港的情形。

(1) 给出口企业的建议

对于出口企业来说，因苏伊士运河封闭导致出口货物中途滞留，无法按时到港，其面临的风险与那些有货物装载在“EVER GIVEN”轮上的出口企业是相似的，主要区别在于这些企业不需要进行共同海损的分摊。

对于近期有货物出口至欧洲的出口企业，我们建议应当尽快采取如下措施：

尽快与货运代理人或承运人联系，确认所出运的货物是否受到了此次事件的影响。

如果出运的货物确实因此次事故而发生了滞留现象，那么出口企业应立即做好与收货人的沟通、做好货物检验准备等工作，具体事项参见本文第二部分第1段第(1)至第(5)项。

(2) 给进口企业的建议

如果是中国进口的货物因本次事故而滞留在苏伊士运河，那么国内进口企业面临的也主要是货物迟延到港、货物损坏可能性增加的问题。对于这些问题，我们的建议如下：

如尚未对国外卖方支付货款的，应当暂停支付，以免因过早支付货款而货物迟延到港或货物损坏给进口企业造成更大的损失。当然，暂停支付也可能造成进口企业对国外卖方违约的风险，对此我们建议进口企业及时与律师等专业人士协商沟通以最大程度减少风险和损失。

如国内进口企业还有下家交易方，因货物迟延到港使得国内进口企业有对下家违约的风险，进口企业应当尽快与下家进行协商，争取取得谅解，修改原定的交付条款，避免违约。

在货物到港前做好检验的准备，货物到港后立即安排检验，具体检验事项详见本文第二部分第1段第(4)项。

## 小结

截止发文前本次事故仍在处理中，最终对国际贸易的影响有多大尚无法做出准确预测。但我们认为，当务之急是企业应当尽快行动起来，参考本文的分析采取适当的应对措施，避免因反应不及时而遭受更为严重的损失。笔者的上述意见仅供广大企业和个人参考，外贸企业在本次事故中遭遇的具体问题可能还需要结合个案具体情况加以处理。我们相信，只要正确认识、积极应对，完全可以将事故给企业带来的影响降到最低。

## “EVER GIVEN”轮搁浅，货主应了解的共同海损知识

长荣海运所属的“EVER GIVEN”轮在苏伊士运河搁浅，导致苏伊士运河双向封闭。经过埃及当局及相关各方数日来的努力，目前该轮已经脱困，苏伊士运河的航运正在逐渐恢复正常。苏伊士运河的恢复让航运界乃至整个国际贸易相关行业都如释重负。然而，应当看到的是，此次脱困救援工作实际上是不计成本进行的，使用了包括挖沙船、特种拖轮等成本极高的救援方式。最终核算救援费用很可能将是一个巨大的数字。

对于救援方而言，这些费用只能向“EVER GIVEN”轮的船东收取。面对天文数字的费用账单，船东也不太可能独自承担。除了向船舶保险人提出理赔外，船东最可能采取的措施是宣布共同海损。共同海损是伴随海上运输活动出现的一种特殊法律制度，是维护海上商业运输秩序的一项重要规则，其目的是鼓励船方在船货面临共同危险时积极采取措施使船货脱离危险，并基于公平原则要求各受益方分摊。

下面，我们来了解下什么是共同海损，共同海损的范围，共同海损理算等。希望通过这些基础知识的介绍，能够帮助中国广大的进出口相关企业早做准备，避免因对相关知识不了解而错失减少损失、维护利益的良机。

### 什么是共同海损

#### 1. 不同法律法规及行业规则中的共同海损的概念

我国《海商法》第一百九十三条，对共同海损的界定是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

《中国国际贸易促进委员会共同海损理算暂行规则》（简称北京理算规则）第一条，对共同海损定义为：在海上运输中，船舶和货物等遭遇自然灾害、意外事故或其他特殊情况，为了解除共同危险，采取合理措施所引起的特殊损失和合理的额外费用。

目前国际中适用的是著名的《约克·安特卫普规则》，《约克·安特卫普规则》是国际上通用的共同海损理算规则，它不是国际公约，也不是法律，这一民间规则虽然不具有强制约束力，但由于当事人普遍采用，成为海商法领域典型的国际航运惯例，《约克·安特卫普规则》经过数次修订，目前使用最多的是1994年版本。最新修订版本是《2016年约克·安特卫普规则》。

《约克·安特卫普规则》规则A规定，只有在为了共同安全，使同一航程中的财产脱离危险，有意而合理地做出特殊牺牲或支付特殊费用时，才能构成共同海损行为。

从我国法律规定及国际规则可以看出，共同海损就是指载货船舶在海上运输中，遭遇自然灾害、意外事故或其他特殊情况时，为了使船舶、货物免遭共同危险，有意地采取合理措施而引起的特殊牺牲或支出的额外费用，应由各受益方共同分摊损失的一种法律制度。

所谓自然灾害系指自然力造成的灾害，即我们通常讲的不可抗力或天灾给船舶、货物所造成的损坏，如恶劣气候、海啸、地震、洪水等。意外事故系指船舶在航行中遭遇突然的、外来的、意料之外的事故，如船舶搁浅、触礁、碰撞、机器失灵和火灾等。特殊情况既不是自然灾害，又不是意外事故，但它的出现又足以威胁船舶和货物的共同安全，如船舶在逆风中航行、燃料消耗完毕，若不及时补救，船舶将无法继续航行或船舶遭遇海盗袭击等。

#### 2. 构成共同海损的标准：

(1) 共同海损的危险，必须是真实存在的、紧迫的和不可避免的。

(2) 共同海损行为必须是为了船、货共同安全而有意采取的紧急、合理的措施。如果是通常情形下产生的损害，不构成共同海损。

(3) 共同海损必须是主动采取合理措施所作出的特殊牺牲和支付的额外费用。

(4) 共同海损行为必须是最终有效的，即终于避免了船、货的全损，共同海损才能成立。这是因为，若共同海损无效，则共同海损分担的基础则不存在，也就无法成立。

据报道，“EVER GIVEN”轮疑遭遇瞬间强风吹袭，造成船身偏离航道，触底搁浅，如报道属实，那么可能属于意外事故，搁浅事故已经威胁了船和货物的安全，要想脱浅，必须采取紧急、合理的措施，必然会产生船舶救助和紧急修理的费用、货物卸载、过驳、仓储、另行运输至目的港的运费等费用等（目前尚不清楚这些费用是否已经实际发生，本文将可能发生的费用尽可能罗列，以便帮助各位读者理解）。此类搁浅事故发生后，船方必然会尽快发布船长声明，宣布共同海损。

### 共同海损的范围

为了解除共同危险，采取合理措施所引起的下列特殊损失和合理的额外费用，属于共同海损：

- 1、为了抢救船舶和货物等而造成的船、货等合理损失。
- 2、船舶驶入避难港的额外费用，在避难港额外停留期间的港口费用，以及事后载有原货物驶出的额外费用。
- 3、船舶由于驶往避难港而延长航程和在避难港额外停留期间支付的船员工资和给养，以及消耗的燃料和物料的费用。
- 4、救助费用、抢卸和重装货物等的费用以及其他额外费用。

以上可以看出，需由船、货各方共同分摊的共同海损包括两部分，一部分是共同海损牺牲，另一部分是共同海损费用。共同海损牺牲，是指由共同海损措施所直接造成的船舶或者货物在形态上的灭失或损坏，例如为拯救船货而有意抛弃货物、搁浅船舶等造成的损失等等。共同海损费用，是指由于采取共同海损措施而支付的额外费用，例如救助报酬，减载、堆存和重装费用、进入避难港相关费用，某些特定的修理费用等等。

“EVER GIVEN”轮搁浅为了脱困产生的所造成的损失和费用，将由船、货各方共同来分摊。这类损失和费用

不是因为搁浅本身造成，而是为了挽救搁浅中的船舶和货物等而产生的。如果是船方本身过失造成的货物损失，属于单独海损。

### 共同海损理算

共同海损发生后，因共同海损措施而引起的合理牺牲和费用应由各受益方进行分摊。通常情况下，船方在宣告共同海损后，会向海损理算人提出委托申请，先由共同海损理算机构对共同海损能否成立予以认定，如果成立，则按照理算规则，确定共同海损损失金额和核算各受益方的分摊金额，该工作称为共同海损理算。

某个货主需要分摊的共同海损金额，基本计算原则是按照该货物到岸价值减去非共同海损的损失金额，占全部受益的船舶、货物和运费等金额的比例来计算出共同海损百分率，之后用该百分率乘以全部共同海损金额，来计算出某一货方的共同海损分摊金额。

海损理算书不同于法院或是仲裁的裁决，它是没有法律效力的。它是根据合同的规定所做的一种核赔的证据，当事人对此若有异议，仍可提请仲裁或起诉。

### 共同海损担保

一旦宣布共同海损，那么接下来就必然涉及到共同海损担保的问题。我国《海商法》第二百零二条规定：“经利益关系人要求，各分摊方应当提供共同海损担保。”而《海商法》第八十七条规定：“应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清，又没有提供适当担保的，承运人可以在合理的限度内留置其货物。”根据上述规定，一旦船方宣布共同海损，其就有权要求货方（一般是收货人）提供共同海损担保，否则船方就有权留置货物。

而外国的法律法规的规定与此也基本类似，在宣布共同海损后，船长或船东会与受益方签订共同海损协议。为了确保共同海损分摊的顺利进行，经船长或船东的请求，受益方（及收货人或对货物享有权利的人）应当提供共同海损担保，即作出承担分摊责任的保证。在有海损理算人协助处理案件的情况下，理算人会详细地向受益方解释担保有关的问题及应提供的文件。提供担保的方式为：共同海损保证金或担保函。

对于担保的金额，通常的要求为“合理的担保”，合理的程度应根据每个案件的情况而定，但当存在下面的情况时它可以被认为是不合理的：a、船东要求比分摊大的保证金数目；b、船东要求将保证金汇给船东或其代表；c、分摊的计算是由船东委托的人决定，而不是求助于有关的法律人员。

实务中，当收货人为了尽快提货而支付了共同海损保证金后，可以向其保险人申请索赔，保险人针对货物保险的情况（部分或全部）会将相应的保险金支付给他们。同时，收货人将共同海损保证金收据转让给保险人并签署相应的权利转让文件。当然，保证金的权利转让是依照货物保险人退还给收货人的数目而定的。共同海损保证金所应得到的利息一般属于收据持有者。

目前，更为常见的做法是共同海损分摊担保由货物保险人提供担保函来替代共同海损保证金，即当宣布共同海损后，由货物保险人提供共同海损担保，参与共同海损的理算，但通常船长或船东只接收级别较高、较有信誉的保险机构出具的担保函。

如果货主没有投保的，一般船方要求货主提供保证金，保证金应当交由海损理算师以保管人名义存入银行。保证金的提供、使用或者退还，不影响各方最终的分摊责任。

### 应注意的有关问题

#### 1、货方对船方的文件认真审核

船方及理算人通常会要求货方在提货前提供共同海损担保和签署海损协议书。除此以外，船方通常还会要求货方提供证明货物价值的相关文件。建议货方收到相关格式文件后，在签署前还是要对内容进行认真审核，避免存在不合理的条件。

#### 2、建议货主支付保证金时尽量谨慎，并对货物及时检验

建议货主在支付担保金上尽量谨慎，因为如果最终确定搁浅是船方过失造成，货方再取回担保金或向船方追偿的困难和复杂程度，将远远高于仅提供共同海损担保函和海损协议书而最终无须履行支付义务的情形。如由于货物没有保险将令货方处于非常被动的地位，因此货方需要在各个环节采取更加有力的措施，包括在船舶

靠港后第一时间对集装箱和货物进行检验，确定是否发生了货损以及货损程度，货损原因，判断属于共同海损还是单独海损等等。这关系到最终应当向谁索赔，是否需要承担共同海损分摊，能否获得共同海损补偿等等。

#### 3、发生货损的货方及其保险公司可能需要分摊共同海损

货物被成功获救的货主，货方最终将按照受益货物价值占有所有受益船、货、运费等价值的比例，来分摊这一过程中发生的救助、修理等各项费用。如果货损是因为施救措施等原因造成的共同海损牺牲，则货主仍需要就货物损失和剩余价值一并分摊共同海损，当然相应的，该部分货损也可以参与请求共同海损补偿。

#### 4、货运代理企业积极做好船方和货主的沟通工作

货运代理企业在收到船方通知后，应当立即将全部通知文件转给货主，最好通过邮件或书面形式等，并对货主反馈的意见或文件及时告知船方，并保留好证据，避免出现传达不及时或未尽到责任的情况。

### 小结

在以往类似事件的处理过程中，我国的相关企业因不了解相关知识，加上可能需要承担的费用金额高昂，一般遇到此类事件最后往往放弃货物，对船方的要求不理不睬，最终自认倒霉了事。我们希望能够通过本文的简单介绍，让国内进出口企业了解、熟悉共同海损的相关知识，尽量避免因不了解而蒙受损失。

而且，对于共同海损而言，即便货方放弃了货物，也不代表船方就无权向货方主张共同海损分摊。所以，为了避免不必要的损失，建议广大企业主动积极了解本次事故的前因后果，参考本文的建议做好防范措施。

当然，在此基础上相关企业也应当尽快与相关专业人员联系，获得更为专业的支持和帮助，以最大程度避免和减少可能遭受的损失。

## 关于“协议转让+表决权委托”作为收购上市公司操作模式的法律分析

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



李涛

业务领域包括私募股权投资、银行与金融、并购重组、资本市场。办理了大量私募基金、金融、房地产非诉讼项目与诉讼案件，尤其擅长私募基金投融资、公司股权投资与并购、房地产开发等全程法律服务，具有为中大型集团客户提供综合法律服务的丰富经验。



廖政

具有较为丰富的公司或金融诉讼/仲裁案件办理经验，对公司或金融法律业务有着较为独特的理解与一定的行业化知识背景。

近年来，资本市场中出现了一种新的动向——国有企业收购上市公司。根据相关媒体统计，自2020年伊始，国有企业“入主”上市公司的相关案例即高达62起，涉及上市公司市值共计3269.80亿元<sup>[1]</sup>。国有企业收购上市公司逐渐形成了一股较大潮流，引发市场的广泛关注与讨论。在此背景下，国有企业正在以多样化的资本运作手段谋求获得上市公司控制权，而“协议转让+表决权委托”模式正是其中常用、重要的手段之一（需要说明的是，市场上目前还涌现出了“协议转让+表决权委托+表决权放弃”、“协议转让+表决权委托+定向增发”、“协议转让+表决权委托+表决权放弃和受让股份”等新兴细分模式，但考虑到该等模式的基础和核心仍为“协议转让+表决权委托”，本文暂不对之进行进一步区分），“出镜率”可谓相当之高。

与之相关的问题是，为何“协议转让+表决权委托”模式能成为国有企业收购上市公司的常用、重要手段？以该模式着手收购有何好处？该模式是否具有法律风险？如有风险，又当如何应对？下文将展开分析、探讨，以期能为有兴趣的同仁提供些许帮助。

## 一、与“协议转让+表决权委托”模式具有的优点与潜在风险

正如市面上许多分析文章所言，“协议转让+表决权委托”模式主要有如下优点：

其一，可以实现以“最小代价”获得足额股份和/或表决权，同时不会对收购方（国有企业）造成过重的资金负担。

其二，有利于缓解上市公司原控股股东或实际控制人的资金压力，化解潜在“爆仓”风险。

其三，避免直接违反监管机构、交易所有关上市公司原控股股东或实际控制人转让股权比例限制的要求。

其四，可使得收购方（国有企业）分步骤、有余余地获得上市公司控制权，为后续资本运作或者资产注入打下基础。

其五，在整体上获得上市公司控制权方面的程序更为简便，更有利于实现上市公司控制权的较快、平稳过渡等。

然而，所谓“风光的背后也有隐忧”。

“协议转让+表决权委托”模式也存在着较为明显的法律风险。市面上的通行观点认为，“表决权委托”部分具有随时被撤销的风险，极易产生诉讼或仲裁纠纷。还有观点认为，该模式具有诸如协议转让价格如何合法合理确定风险、“协议转让”部分与“表决权委托”部分股权比例安排是否适当风险、上市公司经营管理能否有效衔接风险以及国有企业是否真的能将上市公司顺利“并表”风险等。

对于这些观点或风险，无疑值得重点关注与探讨。

笔者将就上述通行观点以及与该模式相关的法律问题展开分析（囿于文章篇幅与当下学识水平，对于后一观点，笔者拟日后另文探讨）。

## 二、与“协议转让+表决权委托”模式有关的法律问题分析

（一）表决权委托协议在性质上是否为委托合同？是否可被随时解除？

通行观点认为，表决权委托协议在性质上为委托合同之一种。根据我国《合同法》第四百一十条<sup>[2]</sup>与即将生效的《民法典》第九百三十三条<sup>[3]</sup>之规定，委托人或受托人均享有随时解除合同之自由，虽然收购方（国有企业）在与上市公司原控股股东或实际控制人签署表决权委托协议时，几乎均会特别明确约定“表决权委托为无条件、不可撤销且唯一性的委托”，但此种约定是否真的具备法律上的效力似不无疑问。

笔者以为，从务实角度看，对收购方（国有企业）而言，进一步明确“不可撤销”等内容的做法在一定程度上值得肯定并是可考虑继续沿用的，毕竟从一般理性人角度讲，“在商事领域，有‘适当’的约定总比没有约定强”。但是，该等具体约定能否“对抗”上述法律规定的委托人或受托人单方解除权，目前司法判决实际存在不同倾向。不过参考北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初31402号一审民事判决书与北京市第一中级人民法院（2018）京01民终7223号二审民事判决书之观点，若能使得或论证相关约定是当事双方基于表决权委托产生的权利、利益的归属及处理，且受托人对此存在信赖利益，则可主张双方关系不能简单地等同于“由受托人处理委托人事务”的委托关系<sup>[4]</sup>，应对委托人或受托人单方解除权加以限制。事实上，最高人民法院在部分判决书或裁定书中也认为如约定了“不可撤销”内容的，应当尊重（从论证案涉合同非为无偿合同的角度）<sup>[5]</sup>。

（二）“协议转让+表决权委托”模式是否因属“以

合法形式掩盖非法目的”或“损害社会公共利益”情形而无效？

针对这一问题，目前并未见到有关公开争议，但在资本市场、金融领域纠纷案件中，存在当事方主张以相关协议或行为因构成“以合法形式掩盖非法目的”或“损害社会公共利益”而无效的较大可能性，具体到题述情形纠纷应不例外。

那么，该模式是否构成“以合法形式掩盖非法目的”或“损害社会公共利益”？笔者以为，首先，该模式恐怕难以说得上是“以合法形式掩盖非法目的”，因为采用该模式进行收购的最大目的即获取上市公司控制权，这一目的本身是中性的，谈不上“非法”。并且，其中采取“协议转让”的步骤，恐怕反倒能佐证收购目的的合法——在收购方（国有企业）与上市公司原控股股东或实际控制人均作为理性商事主体的情况下，在沟通、协商一致的基础上签订转让协议，此不能说明上市公司原控股股东或实际控制人对收购方（国有企业）的目的有清楚了解吗？另外，由于主要交易行为处在公开资本市场“阳光”之下，如何能说得上是“掩盖”？若在纠纷发生时，真的支持“以合法形式掩盖非法目的”判定相关协议或行为无效，更容易引发“恶意抗辩”与“不诚信诉讼”。

其次，采用该模式谈不上或者不一定有损社会公共利益，虽然上市公司控制权转让往往与众多中小股东切身利益攸关。收购方（国有企业）与上市公司原控股股东或实际控制人通过沟通、协商，决定在不违反法律法规前提下移转上市公司控制权，归根结底是一种理性商事主体间的商业行为，不应过多地受到“家长式”的干预。在市场经济环境中，判断是否符合社会公共利益，也应当考量是否能确保理性商事主体间的商业行为可在法律规定的框架下实现“合理自由”、符合各方真实意思表示。更何况，在洽谈、着手收购时，如上所述，上市公司原控股股东或实际控制人往往面临“爆仓”风险，公司股价持续下跌，如不进行适当安排，众多中小股东利益无疑会更加受损。

当然，以上分析仅为笔者个人拙见，是否妥当以及对于该问题的确切答案还需进一步探讨、交流。

（三）上市公司原控股股东或实际控制人可否将股权的表决权进行拆分？甚至进一步在表决时，可否形成不同意思表示？

有观点认为，针对前一问题，我国法律层面未限制股东对其表决权进行拆分，但在以题述模式收购上市公司场景中，之所以无法一次性转让往往是因为上市公司原控股股东或实际控制人部分股份处在限售期。考虑到收购核心目的仍为获得上市公司控制权，且不存在信托持股、代持股、股份共有情形，故应限制表决权拆分。对此，笔者以为，可能不宜作“一刀切”，毕竟是否对表决权进行拆分属理性商事主体经协商一致后得到的结果（且可以通过采取文义解释、目的解释等技术性方法来确定双方是否真的为“协商一致”），在不违反法律、法规等明确规定的情况下，当然应当认定为可以进行拆分。

针对后一问题，该观点认为，我国法律层面并无有关对股东不统一行使表决权所作表决效力认定有直接、明确的规定。虽然根据《关于执行〈到境外上市公司章程必备条款〉的通知》，“在投票表决时，有两票或者两票以上的表决权的股东（包括股东代理人），不必把所有表决权全部投赞成票或者反对票”，但该规定仅适用到境外上市的股份有限公司。实践中，存在着就剩余股份放弃参加股东大会及进行表决、就剩余股份参与股东大会但不另行行使投票权、就剩余股份继续自主行使表决权和就剩余股份仍以受托方意思表示为准的四种做法。参考上海证券交易所《上市公司收购及股份权益变动信息披露业务指引（征求意见稿）》第二十一条第四款[6]与《深圳证券交易所上市公司收购及股份权益变动信息披露业务指引（征求意见稿）》第三十一条第一款[7]之规定，上述第四种做法，即就剩余股份仍以受托方意思表示为准更为妥当，这也符合进行表决作为一种民事法律行为最重要的是意思表示真实、确定的要求。对此，笔

者以为有理，所以对此问题，答复是倾向不能形成不同意思表示，可供参考。

### 三、结语

近年以题述模式收购上市公司成为资本市场中的一种潮流做法。并且，基于该模式还进一步延伸出“协议转让+表决权委托+表决权放弃”等新兴细分模式，时刻牵动着市场从业者的神经。虽然该等模式存在不少需要思考解决的问题，但可预见的是，该等模式也将随着资本市场的进一步发展而有所完善或改变。笔者将对之保持关注、研究并继续撰文分析，以期能为有兴趣的同仁提供些许帮助。当然，囿于文章篇幅与当下学识水平，本文或有不当甚至错误之处的，敬请各位方家不吝批评指正。

#### 参考文献:

[1]<https://mp.weixin.qq.com/s/Sm8PhSY0SiUjOlx4iu4KQ>,  
最后访问日期: 2020年11月24日下午4点50分。

[2]委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

[3]委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

[4]该案中，受托方代理人有关“《股权托管协议》并非单纯的委托合同，首先，这份合同是在公司重组的法律和商业背景下，作为重要的重组步骤之一，作为赵宇平最终取得上市公司的股份为对价而达成，有别于基于信托关系而达成的民事委托；其次，这份合同约定了不仅股权的委托管理，

还约定了股权收益的分配、股权处分的限制、未来的股权转让安排等一系列事项，并非单纯的委托关系，不得单方解除”的主张，值得重点参考。

[5]例如，（2015）民申字第990号湖南康帅房地产开发有限公司、深圳天鹭投资策划有限公司与湖南康帅房地产开发有限公司、深圳天鹭投资策划有限公司委托合同纠纷申请再审民事裁定书。

## 投资协议，有必要吗？

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



赵春旭

业务专长为公开发行股票并上市、新三板、地方股权交易中心挂牌业务；公司债、企业债、中期票据；上市公司再融资、上市公司重大资产重组；公司并购、股权激励、私募基金管理人登记、私募股权融资与投资、公司设立及股权结构设置和治理结构完善、国有企业改制和重组、外商投资与外资并购等。



张鼎新

业务专长为公开发行股票并上市、上市公司再融资；全国股转系统挂牌、挂牌企业定向增发；地方股权交易中心挂牌；基金投资、私募基金管理人登记；公司设立及股权结构设置和治理结构完善；各类发行债券。

笔者在从事证券业务和公司法律业务的过程中，经常出现许多客户（一般不是专业的投资机构）在与他人合作新设公司或引进新股东时，对投资协议不知晓、不了解、不重视。客户要么不签署投资协议或合作协议，要么对签署协议的必要性、重要性缺乏足够的认识，仅采用一两页纸进行粗略的约定。

很多客户没有认识到，签署这种协议其实质是一种重大投资行为，签署协议的结果是成立一个公司，各方需长期合作，因此需要对公司的股权架构、治理结构、表决和决策机制、各方对公司的权利义务、利益分配方式、退出机制、违约责任等事项进行详细约定。实务中，正是因为投资协议没有对这些事项进行约定，导致各方在公司经营过程中产生争议甚至纠纷。笔者结合自身的工作经历，站在非专业机构投资者的角度，以问答的方式对投资协议进行分析，供大家参考。

## 一、什么是投资协议？

根据实务中通行的观点，投资协议是指在投资活动中，投资人为获得公司股权（份）或合伙份额而与其他投资者或目标公司签署的、明确各方权利义务的书面协议。

通俗地讲，投资协议就是几方主体在合作设立公司、合伙企业时签署的、约定各方权利义务的协议。广义地讲，还包括不设立任何法律主体的情况下，通过合同方式实施的长期合作。

实践中，各方有时签署合作协议，其性质与投资协议没有实质差别，所以，也可以称合作协议为投资协议。

## 二、投资协议是不是只适用于高大上的专业投资机构？

答案是否定的。投资协议原则上适用于所有的合作设立公司、合伙企业的情形，也适用于其他通过合同方式约定进行合作的情形。形象起见，拿笔者从业经历中的几个例子来简单列举：

1、双方系同学关系，拟共同投资设立软件开发公司，从事软件开发和网络安全业务。

2、三方系多年好友，拟共同投资开饭馆，以其中某个人的名义注册个体工商户，另外两人在营业执照上不体现。

3、一方有技术，一方有渠道，一方有资金，三方拟共同投资设立公司，进行科技成果转化。

4、某个自然人或公司看好另一个公司，拟进行参股投资。

5、某公司拟在外地开展业务，与当地的合作伙  
伴（自然人或公司）成立公司。

6、某个公司看好某位自然人拥有的技术、管理经验或其他资源，双方拟新设公司或者让自然人入股公司。

类似案例不胜枚举。换句话说，只要不是夫妻店，合作方之间都应该签订投资协议。中国有句古语，叫亲兄弟明算账，哪怕兄弟关系，也要事先做好约定，事后做好分配。

## 三、签投资协议是不是意味着不信任？

凡事预则立，不预则废。投资协议是在合作之初就把合作过程中可能出现的情况以及解决办法进行提前约定，这是在为未来做计划，与合作方之间信任与否没有关系。签署投资协议是负责任的表现，既对自己负责，也对合作伙伴负责。各方通过充分地商谈、交流、博弈，把各自的利益诉求、对于对方的要求、公司的经营管理和决策等重大事项，在投资协议中尽可能明确约定，有利于定分止争，促进合作，减少纠纷。

在做律师的过程中，笔者听到当事人最多的一句话恐怕是“没想到，他竟然是这种人，真是看走眼了”。轻信他人导致这种情况的一个重要原因之一，就是各方在合作伊始对双方的权责利等合作事项没有做出明确约定。

## 四、先把蛋糕做大，然后再考虑怎么分，不行吗？

投资协议不仅仅是解决如何分蛋糕的问题，如何分蛋糕只是投资协议的一个方面。既然进行投资，既然各方要长期合作，无论公司将来发展情况如何，都应该在合作伊始将有关事项约定清楚，明明白白合作，不能稀里糊涂，或者不好意思提出自己的利益诉求，不能把所有希望寄托于合作伙伴会诚信经营、了解自己的利益诉求且不会损害自己的利益。

投资是理性行为，不能因为双方是感情较好的亲戚、同学、朋友、业务合作伙伴，就认为有事好商量，将来的合作不会出问题。俗话说得好，丑话说前面。其实，根据自身的情况、各方合作模式以及对公司的贡献提出自己的利益诉求，并不是什么丑话，是合理诉求，不必不好意思，更不能认为没有必要。

## 五、不签投资协议有哪些风险？

不签投资协议的合作如同裸奔，虽然不会100%出问题，但不出问题还是比较少的，只不过很多情况没有选择对簿公堂而已。常见的风险包括：

1、管理风险：治理结构不合理，各方职责不清晰，对于公司的经营管理理念、发展方向有分歧，争夺公司的控制权；

2、僵局风险：各方分歧过大，无法作出有效决议，导致公司生产经营陷入僵局；

3、违约风险：一方没有履行合作之前口头约定的义务，或者从事损害公司和其他股东利益的行为，各方对各自的权利义务没有做出明确约定；

4、分配风险：各方对于公司的盈利情况有不同意见，产生信任危机，对利益分配产生争议；

5、退出风险：一方因各种原因想退出公司，但各方之前没有明确约定，也达不成一致意见；

6、其他风险：对于合作经营公司口头约定有歧义，事后争议无证据。

## 六、已经签署章程了，还有必要签投资协议吗？

章程是公司的最高行为准则，主要用于规范公司、股东以及董监高的行为。章程与投资协议不是互斥关系，而是相辅相成的关系。从效果上讲，章程至少在以下几个方面无法取代投资协议：

1、章程无法约定违约责任，不能在股东违反约定时通过违约责任条款追究其责任。

2、章程作为工商局的备案文件，在一定程度上具有公开性，不利于相关信息的保护。

3、在某些情况下，章程无法约定，比如退出机制等。

## 七、作为小股东，也需要签投资协议吗？

很多人认为小股东不需要签投资协议，其实需要签

投资协议的，恰恰是小股东。这是因为，大股东负责管理公司，有能力控制公司的人员、财务、资产以及其他核心经营要素，大股东有条件、有能力损害小股东和公司的利益。

反之，小股东由于一般不参与公司经营管理，对于公司的人财物不了解，也没有决定权，很难损害大股东或公司的利益。对于小股东而言，如果不参与公司的经营管理，公司相当于一个黑箱，究竟运转如何、盈利还是亏损、究竟盈利多少，往往难以掌握。如果大股东缺乏诚信，故意隐瞒公司真实情况，如通过隐瞒收入或虚增成本费用转移公司利润等，将导致小股东的投资无法取得回报，并且可能陷入转不走、退不出的尴尬境地。

笔者经常遇到小股东咨询维权的问题。尽管小股东可以提起诉讼维护自己的权利，但是因为未签署投资协议或协议约定不清楚，无法证明其他合作方未按照口头协议的约定履行相关的义务，最后面临举证困难、支付诉讼费和律师费、不能胜诉以及胜诉后难以执行等风险。所以，事前签订一份完善的投资协议，对于维护小股东的利益非常重要。

## 八、能不能举几个没有签好投资协议产生纠纷的案例？

这样的案例实在太多，举几个笔者经历的、比较典型的例子：

1、甲医学教授与乙丙夫妻双方共同设立公司，约定甲教授以技术作价1000万入股（包括提供技术、为公司申请资质、证件挂在公司等），乙丙夫妻以货币方式缴纳公司全部注册资本。由于投资协议不明确，在教授利用自身知识和渠道提供技术、办理手续后，乙丙双方拒绝进行股权转让，称教授出资方式不合法，产生纠纷。

2、甲自然人与外地公司合作，并由外地公司在青岛设立分公司，双方通过分公司进行合作并开展业务。之后，甲被解除职务，只持有一张一页纸的“股权”投资协议，而分公司成为黑盒，盈亏不详，产生纠纷。

3、五人共同约定开烧烤店，有人负责采购，有人负

责菜品制作，有人负责财务，有人只出资不提供劳务。后经营不善导致亏损，各方因如何承担亏损产生争议，一拍两散，不对，是五散……

4、双方合作成立公司，一方出资后，另一方以出资期限尚未届满（章程仅约定20年后为届满）迟迟不履行出资义务，产生纠纷。

5、双方成立公司，一方将合资公司的业务机会和业务交给自己控制的另外一个公司，产生纠纷。

6、小股东认为公司有盈利，要求分红，大股东认为公司没有盈利，不同意分红，也不同意收购小股东的股权。

#### 九、签了投资协议是不是肯定就没问题了？

投资协议是有效降低合作风险的措施，但签署投资协议并非一劳永逸。在笔者接触的各类投资纠纷案件中，纠纷产生的原因有不少是因为对方利用我方当事人信任，在协议签订后，恶意反悔或者发生了事先没有预料到的情况，使合作陷入纠纷之中。签投资协议并不能阻止对方恶意违约，但却为守约方维护自己的合法权益提供了有力保障。

签了投资协议，安排合适的解决通道，不至于各方各执一词达不成一致，也不至于出现当初口头约定不作数的情况。

#### 十、投资协议需要提交给工商局吗？

投资协议并非公司登记注册必须提供的文件，不需要提交给工商局。实践中，由于投资协议可能约定了各方对公司的义务或各方之间的利益分配，协议各方通常也不愿意对外公开披露投资协议。

对外不披露投资协议，并不意味着投资协议无效。只要协议不存在违反法律强制性规定的内容，对于协议各方仍然是有法律约束力的。

宜未雨而绸缪，毋临渴而掘井。投资协议事关投资人的切身利益和公司的未来发展，为了维护自身的合法权益、促进投资人之间的信任与合作，也为了给公司的生产经营创造良好条件，无论是大股东，还是小股东，都要高度重视投资协议。在合作之初做好约定，明明白白合作，让事业和友谊的小船又快又稳。

本文主要从投资协议重要性角度进行释疑解惑，以后将从投资协议具体条款的具体角度进行分享。



## 境外直接投资 (ODI) 审批实务

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 郝涵

专注于跨境投资、公司并购、国际仲裁等相关业务。同时具有中国和澳大利亚（昆士兰州）注册律师身份。

#### 一、发改委篇

##### (一) 境外投资的定义

根据《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令11号），境外投资是指中华人民共和国境内企业（以下称“投资主体”）直接或通过其控制的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得

2020年11月15日，东盟十国和中国、日本、韩国、澳大利亚及新西兰正式签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）。作为全球最大自贸区协定，RCEP核心在于增强货物贸易、服务贸易、投资以及人员流动方面的市场开放。在投资方面，缔约方将通过负面清单方式提高农、林、渔、采矿和制造业五个非服务业的投资开放水平。新冠疫情暴发以来，我国对外投资遭受了较大影响。RCEP的签订将成为对外投资的一针强心剂，企业走出去的新浪潮即将到来。

根据我国现行法律法规的规定，境内企业进行境外直接投资主要需获得发改委对境外投资项目的审批、商务部门或金融类企业主管部门对境外企业设立的审批，最后凭相关审批文件办理外汇登记。

本文将对境内企业境外直接投资过程中各主管机关的审批权限、流程及要点事项进行介绍和解析。

境外所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动。

其中所称投资活动，主要包括但不限于下列情形：

- (一) 获得境外土地所有权、使用权等权益；
- (二) 获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益；
- (三) 获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益；
- (四) 获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权益；

- (五) 新建或改扩建境外固定资产；
- (六) 新建境外企业或向既有境外企业增加投资；
- (七) 新设或参股境外股权投资基金；
- (八) 通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。

其中所称企业，包括各种类型的非金融企业和金融企业。其中所称控制，是指直接或间接拥有企业半数以上表决权，或虽不拥有半数以上表决权，但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项。

## (二) 境外投资项目核准和备案

发改委根据不同情况对境外投资项目分别实行核准或备案管理。

### 1、核准的范围

实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目。核准机关是国家发展改革委。

敏感类项目包括：（一）涉及敏感国家和地区的项目；（二）涉及敏感行业的项目。

其中，敏感国家和地区包括：与我国未建交的国家 and 地区；发生战争、内乱的国家 and 地区；根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的

国家和地区；其他敏感国家和地区。

敏感行业包括：武器装备的研制生产维修；跨境水资源开发利用；新闻传媒；根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。

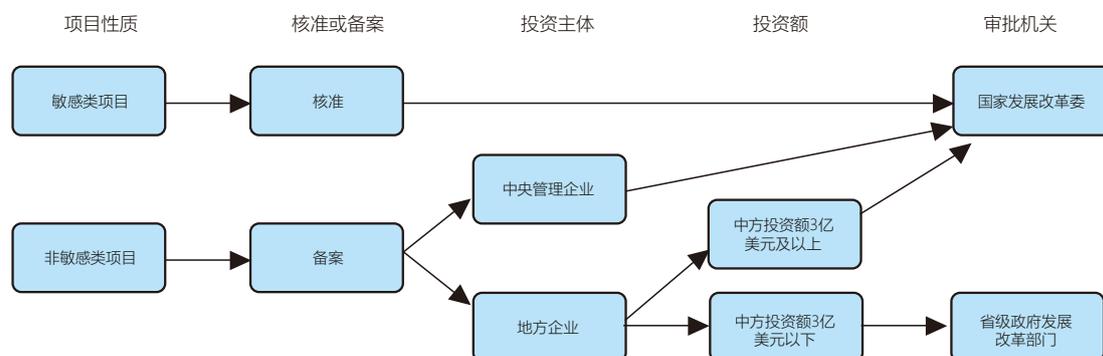
根据国家发展改革委发布的《境外投资敏感行业目录（2018年版）》，需要限制企业境外投资的行业包括：房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部及在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

### 2、备案的范围

实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目。

实行备案管理的项目中，投资主体是中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业）的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元及以上的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元以下的，备案机关是投资主体注册地的省级政府发展改革部门。

具体审批职权划分如下图（图一）：



### 3、报批材料

实行核准管理的项目，投资主体应当向核准机关提交项目申请报告并附具有关文件。

项目申请报告应当包括以下内容：（一）投资主体情况；（二）项目情况，包括项目名称、投资目的地、主要内容和规模、中方投资额等；（三）项目对我国国家利益和国家安全的影响分析；（四）投资主体关于项目真实性的声明。

### 4、报批途径

投资主体可通过国家发改委建立的境外投资管理和服务网络系统（<http://jwztz.ndrc.gov.cn/jwztz-ex-home.do>）履行核准和备案手续、报告有关信息；涉及国家秘密或不适宜使用网络系统的事项，投资主体可以另行使用纸质材料提交。

### 5、审批时限

核准机关应当在受理项目申请报告后20个工作日内作出是否予以核准的决定。项目情况复杂或需要征求有关单位意见的，经核准机关负责人批准，可以延长核准时限，但延长的核准时限不得超过10个工作日，并将延长时限的理由告知投资主体。此外，如确有必要，核准机关可委托咨询机构进行评估，评估时间最长不超过60个工作日。

#### ◎小贴士◎

#### (1) 及时咨询

企业在不确定拟开展的投资项目是否属于核准、备案范围的，可以向核准、备案机关咨询，核准、备案机关有义务及时予以告知。

#### (2) 两个以上投资主体由谁申请

两个以上投资主体共同开展的项目，应当由投资额

较大一方在征求其他投资方书面同意后提出核准、备案申请。如各方投资额相等，应当协商一致后由其中一方提出核准、备案申请。

#### (3) 项目前期费用审批

对项目所需前期费用（包括履约保证金、保函手续费、中介服务费、资源勘探费等）规模较大的，投资主体可对项目前期费用提出核准、备案申请。经核准或备案的项目前期费用计入项目中方投资额。

## 二、商务部篇

2014年修订的《境外投资管理办法》（商务部令2014年第3号）确立了“备案为主、核准为辅”的管理模式，进一步提升了境内企业境外投资的便利性。

### (一) 境外投资的定义

商务部定义的境外投资是指在中华人民共和国境内依法设立的企业通过新设、并购及其他方式在境外拥有非金融企业或取得既有非金融企业所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。

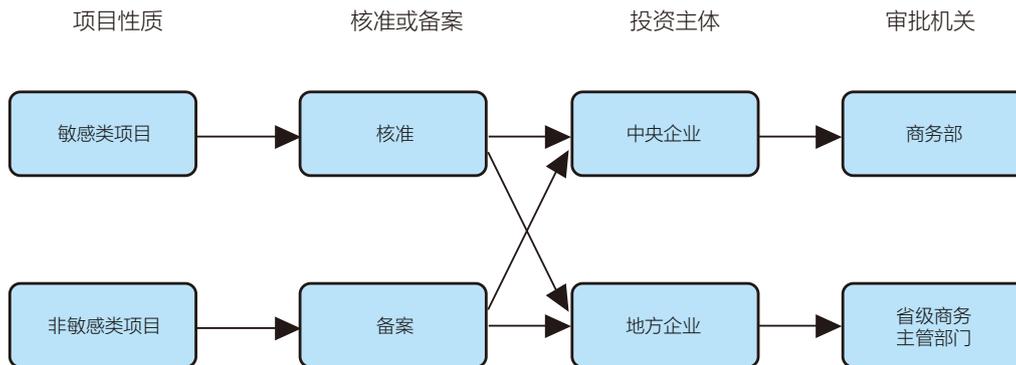
### (二) 境外投资项目核准和备案

与发改委相同，商务部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。

#### 1、核准的范围

企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理。实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家。实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。

对属于核准情形的境外投资，中央企业向商务部提出申请，地方企业通过所在地省级商务主管部门向商务部提出申请。



## 2、备案的范围

实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目。

对属于备案情形的境外投资，中央企业报商务部备案；地方企业报所在地省级商务主管部门备案。

具体审批职权划分如上图(图二)：

## 3、申请程序要点提示

### 1) 核准

申请材料：

1. 申请书，主要包括投资主体情况、境外企业名称、股权结构、投资金额、经营范围、投资资金来源、投资具体内容等；
2. 《境外投资申请表》；
3. 境外投资相关合同或协议；
4. 有关部门对所涉的属于中华人民共和国限制出口的产品或技术准予出口的材料；
5. 企业营业执照复印件。

申请接收方式：商务部采取“商务部行政事务服务中心”窗口接收方式。

办理基本流程：

1. 商务部行政事务服务中心递交申请材料；
2. 预审核；
3. 受理机关对申请事项进行审核；
4. 审核通过后，商务部出具批复和《企业境外投资证书》。

办结时限：对于中央企业的对外投资，商务部应在受理申请后 20 个工作日内作出是否予以核准的决定。对于地方企业的对外投资，商务部收到省级商务主管部门的初步审查意见后，应当在 15 个工作日内作出是否予以核准的决定。

进度查询：可在商务部业务系统统一平台 (<https://ecomp.mofcom.gov.cn/loginCorp.html>) 境外投资管理子应用企业端查询核准批进度和办理结果。

### (2) 备案

申请材料：

1. 境外投资备案表；
2. 企业营业执照复印件；
3. 对外投资设立企业或并购的相关章程（合同、协议）；

4. 相关的董事会决议或出资决议；
5. 最新经审计的财务报表；
6. 前期工作落实情况说明（包括：尽职调查、可行性研究报告、投资资金来源情况的说明、投资环境分析评价等）；
7. 并购类对外投资需提交《境外并购事项前报报告表》；
8. 境外投资真实性承诺书。

申请材料递交方式：

通过商务部网站“对外投资合作信息服务系统”(<http://fec.mofcom.gov.cn/article/zxbs/dwtzhzxx/>)提交电子申请材料，同时将纸质文件提交至商务部或地方商务主管部门行政大厅。

备案时限：受理后 3 个工作日。

进度查询：自受理之日起，可在“境外投资管理系统”中查询审批状态和结果。

#### ◎小贴士◎

##### (1) 两个以上投资主体由谁申请

两个以上企业共同开展境外投资的，应当由相对大股东在征求其他投资方书面同意后办理备案或申请核准。如果各方持股比例相等，应当协商后由一方办理备案或申请核准。

##### (2) 证书有效期

自领取《企业境外投资证书》之日起2年内，企业未在境外开展投资的，《证书》自动失效。如需再开展境外投资，应当重新办理备案或申请核准。

### 三、外汇管理篇

为使对外投资资金成功出境，在获得发改委和商务部门的核准或备案文件后，需办理境外投资外汇登记。

根据《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》（汇发[2015]13号），由银行直接审核办理境外直接投资项下外汇登记，国家外汇管理局及其分支机构实施间接监管。

根据国家外管局发布的《直接投资外汇业务操作指引》，境内机构在以境内外合法资产或权益(包括但不限于货币、有价证券、知识产权或技术、股权、债权等)向境外出资前，应到注册地银行申请办理境外直接投资外汇登记。具体申请材料包括：

##### 1. 《境外直接投资外汇登记业务申请表》。

2. 营业执照或注册登记证明及组织机构代码证(多个境内机构共同实施一项境外直接投资的，应提交各境内机构的营业执照或注册登记证明及组织机构代码证)。

3. 非金融企业境外投资提供商务主管部门颁发的《企业境外投资证书》；金融机构境外投资提供相关金融主管部门对该项投资的批准文件或无异议函。

4. 外国投资者以境外股权并购境内公司导致境内公司或其股东持有境外公司股权的，另需提供加注的外商投资企业批准证书和加注的外商投资企业营业执照。

此外，中国企业因境外直接投资向境外汇出前期费用的，也需办理境内机构境外直接投资前期费用登记。

专业  
研究



## 《建设工程施工合同纠纷案件司法解释》十大变化解读

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



殷启峰

业务专长：工程建设、房地产开发、项目投融资等法律事务。担任山东省律师协会房地产专业委员会副主任、战略发展委员会委员，青岛市律师协会房地产专业委员会副主任，青岛市政府法律咨询委员会委员，同时受聘于青岛市仲裁委担任仲裁员。



王英

业务专长为建设工程、房地产及公司法律事务。擅长代理工程款追索、工期索赔、质量索赔等复杂诉讼案件。

2021年1月1日，《中华人民共和国民法典》开始施行，最高院对标民法典立法精神和法律规定，决定废止司法解释及相关规范性文件共116件，并制定了与民法典配套的第一批共7件新的司法解释，与民法典同步施行。

第一批共7件新的司法解释之一《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）》（法释〔2020〕25号）（简称“2021版《建设工程司法解释》”或“新《建设工程司法解释》”）将2005年1月1日起施行的《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》（法释〔2004〕14号）（简称“2005版《建设工程司法解释》”）和2019年2月1日施行的《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（二）》（法释〔2018〕20号）（简称“2019版《建设工程司法解释》”）两件司法解释进行合并和修改。

故自2021年1月1日起，建设工程施工合同纠纷适用的裁判依据主要为《民法典》第788条至第808条，以及2021版《建设工程司法解释》。现就新《建设工程司法解释》中较为重要的条款，试作变化解读。

## 一、体例变化观察

1. 2021版《建设工程司法解释》基本上沿袭了2019版《建设工程司法解释》的条款顺序，为便于阅读和理解，该司法解释共分为八个版块，分别为：

1	施工合同的效力及赔偿责任	第01条—07条
2	工期的认定	第08条—11条
3	工程质量责任	第12条—18条
4	工程结算的处理	第19条—24条
5	利息的计付	第25条—27条
6	工程鉴定	第28条—34条
7	工程价款优先权	第35条—42条
8	实际施工人权利保护	第43条—44条

2. 新《建设工程司法解释》基本上保留了2019版《建设工程司法解释》的内容，仅将第11条、第18条两个条款进行了较大修改，前者为多合同无效时的结算依据，后者为装饰装修工程承包人优先受偿权的行使规则。

3. 新《建设工程司法解释》删除了2005版《建设工程司法解释》的七个条款，分别为：

- 第2条和第3条：施工合同无效时的工程结算处理；
  - 第8条到第10条：施工合同的解除情形及工程款支付；
  - 第21条：黑白合同的结算依据；
  - 第24条：施工合同纠纷的合同履行地；
- 同时，将其他六个条款做了实质性内容的调整。

## 二、重点变化内容解读

### 变化一

转包、违法分包“签订合同的行为无效”修改为“合同无效”，删除“收缴当事人非法所得”。

#### • 法条链接

2021版《建设工程司法解释》——  
第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：

- (一) 承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；
- (二) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；

(三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。

#### • 变化解读

根据2005版《建设工程司法解释》第1条和第4条的规定，施工合同无效的情形包括无资质、借资质、超资质、应招标未招标、应招标中标无效，转包、违法分包、借资质签订合同的行为无效。

新《建设工程司法解释》删除了“转包、违法分包、借资质签订合同的行为无效以及收缴当事人非法所得”的内容，将转包、违法分包所签订的转包合同、违法分包合同认定为无效。

同时规定转包、违法分包情形下，认定转包合同、违法分包合同无效的依据为《民法典》第153条第1款规定的“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”及第791条第2款、第3款规定的“承包人不得将承包工程转包、违法分包”。

根据上述修改，承包人转包、违法分包工程将导致转包合同、违法分包合同无效。

与此同时，由于《民法典》第806条吸纳了2015版《建设工程司法解释》关于承包人转包、违法分包建设工程，发包人解除合同的规定，出现转包、违法分包建设工程的情形，发包人可以据此解除与承包人的承包合同。

关于转包和违法分包的认定情形，可参照住建部于2019年1月3日发布的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》，进行具体判定。

### 变化二

施工合同无效时“参照合同约定结算”被《民法典》第793条“参照合同约定折价补偿”取代，不再纳入新《建设工程司法解释》。

• 法条链接

2005版《建设工程司法解释》  
 第二条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

第三条 建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：

(一)修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；

(二)修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。

因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

《民法典》  
 第七百九十三条 建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：

(一) 修复后的建设工程经验收合格的，发包人 can 以请求承包人承担修复费用；

(二) 修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

• 变化解读

根据2005版《建设工程司法解释》第2条、第3条的规定：

施工合同无效时，如果工程竣工验收合格，将参照合同约定支付工程价款；

如果工程竣工验收不合格，将有两种处理方式：

1. 修复后合格，承包人需要承担修复费用；
2. 修复后仍不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。

合同无效的法律后果通常是双方返还，但建设工程因承包人已将其人、材、机物化在建筑物中的特殊性，发包人无法进行返还，需要适用折价补偿的方式。

同时，与2005版《建设工程司法解释》“参照合同约定结算”相比，《民法典》规定“参照合同约定折价补偿”，更能体现法律法规对于合同无效的惩戒精神。

因此，在新《建设工程司法解释》中，删除了2005版《建设工程司法解释》第2条、第3条的规定，统一适用《民法典》第793条的规定。

**变化三**

不再规定“合同有效+工程竣工验收不合格”时的结算付款条件，而改为规定“双方应当按照民法典的违约责任进行处理”。

• 法条链接

2021版《建设工程司法解释》  
 第十九条 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，依照民法典第五百七十七条规定处理。

• 变化解读

2005版《建设工程司法解释》16条第三款规定“施工合同有效+工程竣工验收不合格”时适用于该司法解释第3条合同无效的结算方式，即由承包人进行修复，根据修复情况，决定是否支付工程款。

新《建设工程司法解释》沿用了2005版《建设工程司法解释》第16条第一款和第二款的内容，将第三款“施工合同有效+工程竣工验收不合格”时结算问题的处理调整为违约责任的处理，即“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

新《建设工程司法解释》厘清了施工合同有效和无效情形下工程结算的处理方式。正如前文“变化二”所述，“施

工合同无效+工程竣工验收合格”时，结算方式为“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”。在施工合同有效时，合同对双方具有约束力，故应当按照合同约定的结算节点、条件和方式进行工程结算付款，没有必要再做规定。

因此，新《建设工程司法解释》不再规定“合同有效+工程竣工验收不合格”时的结算付款条件，而改为规定双方应当按照民法典的违约责任进行处理。

#### 变化四

多份合同无效时的结算依据由“参照合同结算工程价款”修改为“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”。

##### • 法条链接

2021版《建设工程司法解释》——  
第二十四条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

##### • 变化解读

该条基本延续了2019版《建设工程司法解释》第11条的规定，同时将工程的结算依据由“参照实际履行的合同结算建设工程价款”修改为“参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”，并将“参照最后签订的合同结算建设工程价款”修改为“参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”。

2019版《建设工程司法解释》第11条作为该司法解释的亮点之一，解决了多份合同无效情形下，应参照哪个合同进行结算的问题，以及与黑白合同的结算冲突问题。

新《建设工程司法解释》将《民法典》第793条“参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”的规定容纳进来，使得表述更加严谨。

#### 变化五

“承包人的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权的规定”正式写入司法解释。

##### • 法条链接

2021版《建设工程司法解释》——  
第三十六条 承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。

##### • 变化解读

2002年6月20发布的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（简称“《批复》”）首次明确承包人优先受偿权优于抵押权和其他债权，并规定了建设工程价款优先受偿权的受偿范围、行使期限。

司法实践中，关于建设工程价款优先受偿权的权利主体、行使条件、受偿范围、行使期限的起算时点存在诸多争议，2019版《建设工程司法解释》就优先受偿权的上述内容作出明确规定，统一了裁判思路。

2021年1月1日《批复》被废止，其中“承包人的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”在新《建设工程司法解释》的第36条予以明确规定。

#### 变化六

装饰装修工程承包人工程价款优先权的行使条件由“发包人是该建筑物的所有权人”修改为“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”。

##### • 法条链接

2021版《建设工程司法解释》——  
第三十七条 装饰装修工程具备折价或者拍卖条件，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

• 变化解读

《最高人民法院关于装修装饰工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》（[2004]民一他字第14号，简称“《函复》”）首次对装饰装修工程的承包人工程价款优先权作出规定。

因装饰装修工程不能脱离其所依附的建筑物而单独处分，《函复》从建筑物的权利主体上设置了优先权的行使条件，即装饰装修工程的承包人行使工程价款优先权的前提必须为：

发包人是该建筑物的所有权人；

或承包人与该建筑物的所有权人之间具有合同关系。

由于《函复》中“具有合同关系”的理解容易出现歧义，因此2019版《建设工程司法解释》第18条仅保留了“装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人除外”的内容。

司法实践中，装饰装修的发包人虽不是建筑物的所有权人，但发包人依法享有处分权且按照建筑物的性质可以折价或者拍卖的，装饰装修工程的承包人也理应享有该部分工程价款优先受偿权。

因此，此次新《建设工程司法解释》不再强调建筑物的权利归属，转而强调装饰装修工程本身是否具备折价或者拍卖条件，删除了“发包人是该建筑物的所有权人”的前提条件，增加了“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”的前提条件。

**变化七**

建设工程价款优先受偿权的期限由“6个月”修改为“18个月”。

• 法条链接

2021版《建设工程司法解释》  
第四十一条 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

• 变化解读

《批复》规定建设工程价款优先受偿权的行使期限为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

2019版《建设工程司法解释》着力解决了司法实践中长期存在的优先权起算时点的争议，将“自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算”修改为“自发包人应当给付建设工程价款之日起算”。但考虑到司法政策的连续性以及引导承包人及时行使优先受偿权等因素，仍延续了优先受偿权的行使期限为6个月的规定。

但在工程实务中，由于工程结算拖沓造成结算期限延长，关于“发包人应当给付建设工程价款之日”的起算点颇有争议。承包人往往不能在6个月之内主张优先受偿权，导致建筑工人工资不能及时清偿，进而引发社会不稳定因素。新《建设工程司法解释》将优先受偿权期限延长至18个月，符合建设工程合同履行特点，同时兼顾了公平正义原则，有利于保障承包人优先受偿权的成功行使，将大大减少承包人因建设工程价款优先受偿权过期无法获得法院支持的情况。

**三、其他变化内容介绍**

**变化八**

实际施工人权利保护的规定仅做条款衔接，并未有实质性变化。

• 法条链接

2021《建设工程司法解释》  
第四十三条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决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。

#### · 变化解读

建筑领域，实际施工人可以突破合同相对性向发包人主张权利，该情形一直是司法实践中的热点和难点。

2019版《建设工程司法解释》本着保护处于弱势地位的建筑工人权益的目的，未对实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利的规定作出改变。为了平衡各方主体利益，该司法解释只是强调法院需要查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，才能判决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。

新《建设工程司法解释》将2005版《建设工程司法解释》第26条和2019版《建设工程司法解释》第24条进行了条款衔接，条款内容并未作出实质性变化。

#### 变化九

删除了2005版《建设工程司法解释》的七个条款。

2005版《建设工程司法解释》第2条、第3条关于施工合同无效时的工程结算处理条款被《民法典》第793条取代。

2005版《建设工程司法解释》第8条、第9条及第10条关于解除合同的情形和工程款支付条款被《民法典》第806条取代。

2005版《建设工程司法解释》第21条被2019版《建设工程司法解释》第1条修改，纳入新《建设工程司法解释》第2条。

2005版《建设工程司法解释》第24条因建设工程施工合同纠纷适用工程所在地专属管辖被删除。

#### 变化十

微调了2005版《建设工程司法解释》第7条、第11条。

删除了2005版《建设工程司法解释》第7条“以转包建设工程违反法律规定为由”的表述，放入新《建设工程司法解释》第5条。

将2005版《建设工程司法解释》第11条的“承包人的过错”修改为“承包人的原因”，放入新《建设工程司法解释》第12条。



## 最高额担保登记债权额与当事人约定债权额之异同及其后果

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 范征

致力于金融、投资、保险、公司等法律事务；在银行、外汇监管、进出口贸易、国际结算、票据、基金、信托、公司治理与风险控制法律服务领域，代理过许多重大诉讼案件和专项非诉事务；广泛参与证券、并购重组、不良资产处置、房地产开发、建设工程等。

#### 一、《民法典》之前的法律规定

《物权法》第一百七十三条：“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保财产的费用。当事人另有约定的，按照约定。”

2021年1月1日起，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“《担保解释》”）开始施行。

《担保解释》第十五条规定：“最高额担保中的最高债权额，是指包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用、实现债权或者实现担保物权的费用等在内的全部债权，但是当事人另有约定的除外。登记的最高债权额与当事人约定的最高债权额不一致的，人民法院应当依据登记的最高债权额确定债权人优先受偿的范围。”

作为债权人，尤其是商业银行债权人，应当如何看待和了解上述规定？该条规定又会给债权人带来哪些新的影响？本文将作一简要解析。

第二百零三条第一款：“为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。”

《担保法》第十四条：“保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同，也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。”

第五十九条：“本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第二十三条：“最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。”

第八十三条：“最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。”

抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。”

由上可见，《物权法》规定了最高额担保物权制度，《担保法》则规定了最高额保证和最高额抵押制度。这两部法律的共同点在于，都规定担保/抵押范围以最高债权额为限，超过部分属于一般债权，不具有优先受偿的效力。

现在产生了两个问题，第一，如何解读“最高债权额”？是指“最高债权本金余额”，还是“包括本金、利息、违约金、损害赔偿金、各类费用在内的最高债权总余额”？

第二，如果当事人约定的“最高债权额”与登记的“最高债权额”不一致，应当如何认定？对此《物权法》和《担保法》均没有作出明确的规定。在司法实践中，基于当事人不同的约定方式和不同法院的各自解读，产生了不同的裁判观点。

## 二、《民法典》之前的司法实践

为便于读者理解，现在举例说明一下：某银行向甲公司发放1000万元最高额贷款，合同约定最高额担保限额本金为1000万元，担保范围包括本金、利息、罚息、损害赔偿金和各类费用等，登记的最高债权额为1000万元。贷款到期后，借款人逾期未还全部本金1000万元并产生利息、费用等合计200万元。抵押财产经评估市值约为1500万元。

对于第一个问题：

A、根据“最高本金余额”理解，因实际发放的借款本金1000万元未超过最高限额，故某银行对1000万元贷款本金和因此产生的200万元利息、费用等，共计1200万元债权享有优先受偿权。

B、根据“最高债权余额”理解，某银行能够优先受偿的金额仅为1000万元，利息、费用等200万元因超出最高限额仅为一般债权，不享有优先受偿权。

对于第二个问题：

A、因为合同中约定担保范围包括本金、利息和费用，所以即使登记债权限额为1000万元，但因本金余额未超过1000万元，某银行有权按照约定的担保范围对其全部1200万元债权优先受偿。

B、虽然合同中有上述担保范围的约定，但是基于登记的公示效力，某银行无权就其超过1000万元限额部分的200万元债权主张优先受偿。

由此可见，对于这两个问题不同的解读方式，会对当事人的利益产生重大影响。笔者搜集了网上可见的最高人民法院部分近年相关裁判观点：

1、兰州银行股份有限公司科技支行与甘肃华宁东方贸易有限公司、鞍山乐雪（集团）有限公司等金融借款合同纠纷【（2016）最高法民终595号】

裁判要点：当事人约定抵押财产限额只针对本金，并办理了最高限额内抵押登记手续。法院在查明

欠款本金数额在约定限额以内的情况下，应就抵押财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款优先受偿合同约定的全部债权，即债权人可以向抵押人主张的本金、利息、罚息以及其他实现债权的费用总额，可以超过约定和登记的最高限额。

2、中国长城资产管理公司北京办事处与沈阳东油（集团）股份有限公司、沈阳中油天宝（集团）物资装备有限公司等金融不良债权追偿纠纷【(2016)最高法民终727号】

裁判要点：当事人约定的最高限额为本金限额，且实际发生的本金数额也在该限额的范围内，合同担保范围为本金、利息（含复息、罚息）、印花税等全部余额之总和，因此抵押权人在本金债权及基于该本金所发生的利息、罚息、复利债权范围内对案涉抵押物享有优先受偿的权利。

3、中国华融资产管理股份有限公司深圳市分公司、中山市越翠湖房地产开发有限公司借款合同纠纷【(2020)最高法民终304号】

裁判要点：以登记作为公示方式的不动产担保物权的担保范围，一般应当以登记的范围为准。但是我国目前不动产担保物权登记的系统设置和登记规则并不完善，不动产担保物权登记的内容并不能准确反映担保合同的约定内容，且造成该不一致的责任不在当事人，而在于登记簿的设置没有完全与物权法的规定相一致。在此情形下，当合同约定与登记簿记载不一致时，不仅要看登记簿的记载，还要看当事人的合同约定，以此确定当事人对担保范围的真实意思表示。

4、海口明光大酒店有限公司、海口农村商业银行股份有限公司龙昆支行金融借款合同纠纷【(2017)最高法民终230号】

裁判要点：从最高额抵押的登记信息来看，最高债权限额为19000万元，最高额抵押合同虽约定担保范围包括借款本金、利息、罚息以及其他实现抵押权费用等，但最终的债务合计已超过登记的最高限额19000万元。若依照此债务范围认定，将使抵押权所担保的债权突破最高债权额，事实上成为无限额，与抵押人签订抵押合同的

预期和物权法、担保法的立法本意相悖，因此抵押权人仅能在19000万元的范围内行使优先受偿权。

我们仔细审视上述裁判文书要点，就会发现最高人民法院对于“担保范围”的认识并无模糊之处，基于“担保范围”和“债权数额”属于两个不同概念的认识，法院明确认定当事人约定的优先受偿范围可以大于登记事项范围。但是，对于“最高债权额”的认识则存在一个明显的变化过程。前期倾向于认为登记的“最高债权额”在当事人有约定时可以仅指“最高本金余额”，而且最终的实际债权余额可以超过这个限额；后期则倾向于认为不论当事人如何约定，登记的“最高债权额”应当是一个确定的、不可逾越的限额，债权人最终主张优先受偿的范围不能超过这个最高限额。

2019年11月出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“九民纪要”）第58条“担保债权的范围”也涉及了上述问题，其主要观点是：鉴于在多数省市区登记系统没有设置“担保范围”栏目，仅有“被担保主债权数额（最高债权数额）”的表述，导致当事人约定的担保范围与登记不一致，法院应当以合同约定认定担保范围。但是，该条内容没有区分一般债权和最高额债权的不同情况，也没有说清楚约定的债权限额能否超过登记的债权限额这个关键问题。

### 三、《民法典》及《担保解释》的规定

首先，《担保解释》第十五条第一款的主要内容来源于《民法典》第三百八十九条“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。”而《民法典》这一条款则是全文照搬了《物权法》第一百七十三条的规定。

《担保解释》第十五条第一款的独特之处在于，强调了“最高债权额”是指上述包括主债权在内的各项合计数额，并且特别说明是指“全部债权”。对于这个表述，个人理解是我国法院以司法解释方式第一次明确了“最高债权额”的含义，不是指“最高本金余额”，而是指“全部债权余额”。

而更重要的变化是《担保解释》第十五条第二

款，该条首次明确，当登记的最高债权额与当事人约定的最高债权额不一致时，法院应当依据登记的最高债权额确定债权人优先受偿的范围。

这个变化可以认为是顺应了前述最高人民法院近年判例的裁判观点，即不论当事人如何约定担保范围和最高债权限额，一律以登记的最高债权限额为准，债权人对超过部分不能优先受偿。

如何理解这个变化？对此我个人的认识是，我国法律设定的最高额担保制度的本质，是以一项或多项担保物或权利为一个时期内多次发生的债权提供担保。从最高额担保人的角度看，与一次性发生的一般债权不同，最高额担保人必须明确知晓被担保主债权的最高限额是多少，并据此决定是否愿意提供担保。如果这个前提不能满足或确定，则最高额担保人有可能为其无法预知、不可控制且远超过其担保能力和意愿的主债权提供担保，显然这是不合理和不公平的。

#### 四、几点启示

作为债权人，尤其是以银行为主的金融债权人，可以从上述法律规定及其解析中得到以下启示：

##### 1、最高额担保方式应当谨慎采用。

国内很多银行在为授信企业客户提供融资服务时，喜欢采用最高额担保方式，因为这样做一是方便，不用在每次放款时再单独设计担保模式，二是有利于整体控制担保人的资产，确保担保物充足。而现在有了《担保解释》第十五条的规定后，银行就需要慎重考虑采用这种担保方式，以避免不必要的损失。

2、采用最高额担保方式时可以适量增加登记的主债权数额。

据笔者所知，自2021年起青岛地区的不动产抵押登记机构要求当事人自行在登记申报表中填写“债权本金数额/最高债权数额”，并且已经不要求提交担保合同。因此就最高额担保而言，青岛的这种模式为当事人填写高于主债权本金的数额提供了操作空间。比如最高额债权本金为1000万元，则银行在办理担保登

记时，就可以考虑基于合同约定，在“最高债权数额”栏目中记载适当高于1000万元的一个数额，以确保未来优先受偿范围能够覆盖整体债权。

##### 3、一般债权担保的受偿数额不受影响。

《担保解释》第十五条规定仅涉及最高额担保，一般债权担保不在此列。根据前述《民法典》第三百八十九条的规定，法定的“担保范围”包括主债权及其利息、罚息、损害赔偿金、各类费用等，因此虽然目前登记机关一般仍会要求填写“债权本金数额”，但这不等于将债权人优先受偿范围限定在该数额之内，债权人仍有权以上述整体债权数额优先受偿。

## 银行在先抵押权与商品房买受人权利的冲突与思考

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



周青林

主要业务领域为商事诉讼/仲裁业务与公司业务。其中，商事诉讼/仲裁业务主要代理金融、买卖、合资等各类重大、疑难的合同纠纷；公司业务主要代理企业并购等非诉业务。



任志向

本硕博均毕业于中国政法大学，从业后主要从事民商事诉讼、TMT外商投融资、互联网金融等领域相关法律事务。

银行在先抵押权与商品房买受人之间的权利冲突是较为常见的案件类型。随着《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》（以下简称《规定》）《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）及《民法典》等一系列规定的出台，该类案件的裁判规则也日益明晰。通过对上述规定的历史沿革及条文内容进行分析，本文认为在严格冲突解决规则适用条件的司法背景下，银行应受其同意转让抵押商品房之意思表示限制，优先保护商品房买受人权利的做法具有合理性。

## 一、问题的提出

实践中，房地产开发商为获银行融资，通常将其在建商品房抵押进而取得贷款。银行为回收其债权，则允许房地产开发商将已办理抵押登记的商品房对外出售、与商品房买受人订立房屋买卖合同。对于商品房买受人而言，订立房屋买卖合同并支付全部或部分购房款后，房地产开发商因尚未取得不动产权属证书仍无法为其办理过户登记。在商品房买受人等待期间，房地产开发商未按照约定偿还借款本金、利息，银行通过诉讼程序确认其对在建商品房享有优先受偿权。此时，商品房买受人的权利难以得到保障。司法实践中，商品房买受人可通过再审、第三人撤销之诉、执行异议之诉等程序维护自身合法权益。但需要注意的是，无论是再审还是第三人撤销之诉，商品房买受人都很难在审判结束后证明原裁判存在事实上或法律上的错误，所以大部分商品房买受人会选择通过执行异议及执行异议之诉来维护其权益。在执行异议之诉中，商品房买受人通常会援引《规定》第二十九条来支持其主张，《规定》第二十九条赋予了符合条件的商品房买受人对抗银行抵押权的权利。但从法理上来说，商品房买受人享有的权利的属性仍为债权，《规定》第二十九条使得债权效力优于物权，对现有的物债体系造成一定冲击。

## 二、相关规定的立场：优先保护商品房买受人的权利

(一) 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）

2002年生效的《批复》规定：“一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。二、消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”

该《批复》虽未就本文探讨的“商品房买受人的权利和银行在先抵押权关系”直接发表意见，但明确“工程价款优先权>抵押权；支付全部或大部分购房款的商品房买受人所享有的权利>承包人享有的工程价款优先权”的权利保护顺位。将《批复》的第一条、第二条确定的权利保护顺位进行综合分析，则可得出“支付全部或大部分购房款的商品房买受人所享有的权利>工程价款优先权>抵押权”的结论。

(二) 《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》（以下简称《通知》）

2004年生效的《通知》第十五条规定：“被执行人购买的已由房地产开发企业办理了房屋权属初始登记、办理了商品房预售合同登记备案手续或者商品房预告登记的房屋可以进行预查封。”

《通知》的上述规定似认为符合上述条件的房屋虽暂未登记在被执行人名下，但被执行人有取得该房屋所有权的较大可能性并对之抱有期待，该房屋可视为被执行人的财产。具体到本文探讨的问题，若商品房买受人符合法律规定的条件，对其购买的商品房也应享有期待权，有权利成为该商品房的所有权人进而对抗银行享有的抵押权。

(三) 《规定》

2015年生效的《规定》第二十七条指出：“申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，但法律、司法解释另有规定的除外。”

《规定》第二十九条指出：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行

的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。”

笔者认为，《规定》的第二十七条、二十九条之间存在一定的内部逻辑。《规定》第二十七条应该作为处理此类执行异议之诉的指导性规则，即在一般情形下，商品房买受人享有的权利属于债权，无法对抗具有物权属性的抵押权。但第二十七条的后半部分设置了但书条款，似为二十九条进行铺垫，最高院在《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规定理解与适用》一书中，也明确表达了此种观点。[1]上述意见在司法实践中也得到运用，最高院在交通银行股份有限公司陕西省分行、张雯执行异议案中指出：“《执行异议和复议案件规定》第二十九条即属第二十七条规定的例外情形；且第二十九条与第二十七条并不矛盾，应属第二十七条的但书适用情形。”[2]

#### （四）《九民纪要》

《九民纪要》第一百二十六条规定：根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条、第2条的规定，交付全部或者大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权人的抵押权，故抵押权人申请执行登记在房地产开发企业名下但已销售给消费者的商品房，消费者提出执行异议的，人民法院依法予以支持。但应当特别注意的是，此情况是针对实践中存在的商品房预售不规范现象为保护消费者生存权而作出的例外规定，必须严格把握条件，避免扩大范围，以免动摇抵押权具有优先性的基本原则……

通过上述内容可知，《九民纪要》第一百二十六条总体上支持优先保护商品房买受人权利的观点，承继了《规定》第二十九条的立法精神。值得注意的是，《九民纪要》将商品房买受人的权利表述为生存权，并将其

作为商品房买受人对抗银行抵押权的权利基础。但笔者认为，生存权这一权利称谓并不合适，若仅从名称上来看，似已超民事权利范畴进入到宪法领域。宪法领域的部分权利具有宣示性，已跳脱本文关于优先性讨论的框架。学界中亦有观点认为该权利应该称为期待权，《理解与适用》中亦有类似表述。[3]期待权系德国法创设之规定，可单独出质、转让。显然，商品房买受人所享有的“期待权”并非德国法下的期待权，该“期待权”只是最高人民法院对我国“有恒产者有恒心，无恒产者无恒心”的国情所作具体因应。因此，期待权的称谓也并非十分合适。但两害相权取其轻，较之生存权，笔者更倾向于将商品房买受人享有的权利称之为期待权。

#### （五）《民法典》

《民法典》第四百零六条规定：抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

将《民法典》第四百零六条与《物权法》第一百九十一条对比可知，抵押人在抵押期间转让抵押财产的条件有所放宽。抵押人转让抵押财产，已无需经过抵押权人同意，仅通知抵押权人即可。除此之外，《民法典》还规定抵押人转让抵押财产所得价款也并非必须用来提前偿债或提存。笔者认为，《民法典》之所以调低抵押财产的转让门槛，目的则在于维护交易秩序、促进抵押财产的流通，其中暗含对抵押财产受让人权益的优先保护。

### 三、本文观点：优先保护商品房买受人权利具有合理性

#### （一）角度一：抵押权人同意转让抵押物的意思表

示所产生的法律效果

笔者认为，若要解决银行在先抵押权与商品房买受人权利冲突问题，首先要对银行所作的同意转让商品房的意思表示进行分析。该意思表示是否会对银行享有的抵押权造成影响？若受影响，银行享有的抵押权则难以对抗商品房买受人所享有的权利；若不受影响，虽符合物权优先于债权的一般法理，但又会与部分现行规定产生冲突。

《民法典》生效后，并没有保留关于抵押权人意思表示的相关规定。因此关于抵押权人之意思表示，主要还是参照《物权法》第一百九十一条的规定。该条指出：“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”

理论界对《物权法》第一百九十一条有不同见解，观点主要分为两派。一派认为抵押权人同意抵押人转让抵押财产，并未放弃抵押权所具有的追及效力，抵押权人所享有的抵押权仍可对抗第三人享有的权利。[4]另一派则认为在抵押权人同意转让抵押物的情况下，抵押权人已放弃抵押权的追及效力，其利益通过抵押物之物上代位性进行保护。[5]

以上观点实则反映不同的价值取向。前种观点倾向于抵押权追及效力主义，后者则倾向于价金物上代位主义。抵押权追及效力主义以法国、意大利、瑞士等国为代表，承认追及效力对抵押权人的保障，受让人无法取得抵押物所有权。价金物上代位主义则在日本民法典中体现较多，受让人可以取得抵押物的所有权，抵押权人可向抵押人主张抵押物的价款。

笔者认为后一派观点较为可取。在抵押权人未同意

抵押人转让抵押物时，其应享有“完整版抵押权”，即抵押权人享有的抵押权既具物上代位性，又具追及效力。

但当抵押权人同意抵押人转让抵押物时，其同意转让的意思表示使抵押权的追及效力受到影响，具有瑕疵。在这种情况下，为保护善意交易人之合理信赖，善意交易人应当取得抵押物的所有权。而抵押权人的利益则可通过交易价金维护，抵押权人仍可倚仗抵押权之物上代位性。具体到本文所讨论的问题，银行作为金融机构都设有相应的合规/风控部门，应对其同意转让抵押商品房的法律效果具有充分认知。一旦作出同意转让商品房的意思表示，就应承担减损抵押权追及效力的法律后果。而商品房买受人作为一般交易人，不具有审查商品房交易背后复杂法律关系及法律风险的能力，只要其满足《规定》第二十九条的条件，就应当认为商品房买受人已尽到一般的注意义务，其法律地位也应从一般交易人转为善意交易人，此时其对房屋享有的权利应优先得到保护。

(二) 角度二：严格适用条件的特殊规则设计并不会动摇现行的制度体系

买卖不破租赁也是一种特殊的规则设计，其突破了债权的相对性而优先保护了承租人的权益。作为一种特殊规则设计，其严格限制了适用条件，取得了较好的法律与社会效果。笔者认为，《规定》第二十九条所做的特殊制度设计，同样明确规定了适用条件，并不会动摇抵押权具有优先性的基本原则。

《规定》第二十九条设置了房屋买卖合同签订时间、商品房买受人身份及商品房买受人需支付的房屋价款百分比三个适用条件。但在审判实践中，如何理解上述适用条件，标准不一。最高院曾在交通银行陕西分行与张雯、瑞麟公司执行异议之诉中指出：“《规定》第二十九条仅规定房屋买受人名下无其他用于居住的房屋，并未规定买受人配偶、子女名下有无其他用于居住房屋作为排除执行的条件。”[6]而在最高院审理的另一案件中，该院则认为：“对于《执行异议和复议规

定》第二十九条第二项规定的“买受人名下无其他用于居住的房屋”，不应机械限于套数的理解。如原有住房不能满足现有家庭成员的居住要求，再购买房屋是为了对居住环境进行必要的改善，其仍属于满足生存权的合理消费范畴之内。”[7]

鉴于审判实践对“所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋”理解不一，《九民纪要》第一百二十五条进行了释明，指出：“买受人名下无其他用于居住的房屋，可以理解为在案涉房屋同一设区的市或者县级市范围内商品房消费者名下没有用于居住的房屋。商品房消费者名下虽然已有1套房屋，但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的，可以理解为符合该规定的精神。”另，《关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）征求意见稿》（以下简称《征求意见稿》）也对商品房买受人身份界定的问题提供了两种解决方案。方案一认为：“所购商品房系用于居住且案外人名下无其他用于居住的房屋，或者案外人名下虽已有一套房屋，但所购商品房仍属于满足基本居住需要”；方案二则认为，只要所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋，商品房买受人则为相关纠纷的适格主体。

但需要注意的是，《规定》《九民纪要》及《征求意见稿》均未明确商业网点是否属于法律规定的商品房范围。从房屋用途看，商品房分为住宅、商业网点，商业网点属于商品房，商业网点的买受人如符合法律规定的条件，可对抗银行的抵押权。山东省高级人民法院民一庭在《银行同意开发商办理房产预售对其抵押权的影响》一文中认为：商铺属于商品房。该文的具体表述如下：“首先，《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》第一条规定：“本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业（以下统称为出卖人）将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”从该条规定的内容看，并未将住宅与商铺等非居住用途的房产进行区分。其次，在《城市房地产管理法》《城市

房地产开发经营管理条例》《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》《城市商品房预售管理办法》《商品房销售管理办法》等法律、法规、司法解释、规章中，均有“商品房”称谓，但也均未将商品房限定为居住用房。再次，本案中的涉案房产为商铺，但现实中，考虑到群众投资渠道狭窄，出于种种考虑购买商铺、公寓等非住宅类房产作为投资，对于购买商铺的行为也应予以保护。”[8]

不区分商品房的用途，加强了对商品房买受人的保护力度，但似乎与《批复》等已生存权或消费者期待权的权利基础不符。但实际中，很多买受人既将商业网点作为经营场所，也将其作为居住场所。而且，银行作为专业金融机构，其对允许作为抵押物的涉案商铺办理预售的法律后果应有清楚认知，并应对开发商有关的资金流向加以必要之监督、约束；开发商在取得涉案商铺的销售款后应本着诚实信用原则及时偿还银行的债务；相较而言，商品房买受人仅能审查涉案商铺是否有预售证明等资质文件，并不了解涉案商铺背后的法律关系，其按照开发商的要求付款，对款项的去向并不掌握，居于信息不对称的劣势。鉴于该种特殊情形，将商业网点与住宅予以统一保护，对银行课以更高的监管及注意义务，具有一定合理性。

综上，最高院通过《规定》《九民纪要》及《征求意见稿》，已在相当程度上严格、完善该特殊规则的适用条件。虽偶有遗漏，但也属瑕不掩瑜，不会对现行的体系框架造成过大冲击，其特殊设计具有合理性。在最高人民法院正式出台的《关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）》中，期待能够对《规定》第二十九条进一步予以释明，避免司法实践中出现“同案不同判”，增强普通群众对房地产行业消费行为的合法保护，维护整个房地产行业的平稳发展。

#### 四、结论

面对银行在先抵押权与商品房买受人之间的权利冲突，《规定》《九民纪要》《民法典》等法律法规已给

出了较为周全的解决规则。本文认为，因银行作出了同意转让抵押物的意思表示，其抵押权所具有的追及效力应受到限制，无法对抗善意的商品房买受人所享有的权利。优先保护商品房买受人所享有的权利，在客观上虽会对抵押权的法定效力造成冲击，但因现行规定设计的冲突解决规则已尽可能地明晰适用条件，可以认为已将影响降到最低。

注释：

[1]参见最高人民法院执行局：《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规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第390-391页。

[2]最高人民法院（2018）最高法民申1463号民事裁定书。

[3]同前注[1]，第422页。

[4]参见许明月：《抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救——评中华人民共和国物权法第191条》，载《法商研究》2008年第2期，第146页。

[5]参见仲伟珩、张燕：《论抵押物转让价款物上代位及其法律适用》，载《法律适用》2010年第12期，第37页。

[6]最高人民法院（2018）最高法民申1463号民事裁定书。

[7]最高人民法院（2018）最高法民申1972号民事裁定书。

[8]山东高院民一庭：《银行同意开发商办理房产预售对其抵押权的影响》。

参考文献：

[1]最高人民法院执行局：《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规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版。

[2]最高人民法院民事审判第一庭：《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的理解与适用》，人民法院出版社2015年版。

[3]高圣平：《担保法前沿问题与判解研究》，人民法院出版社2019年版。

[4]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔译，法律出版社2013年版。

[5]仲伟珩、张燕：《论抵押物转让价款物上代位及其法律适用》，载《法律适用》2010年第12期。

[6]许明月：《抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救——评中华人民共和国物权法第191条》，载《法商研究》2008年第2期。



## 抵触申请抗辩制度的路径设想

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 赵吉军

长期专注于知识产权法律服务、尤其是领域广泛的知识产权争议诉讼业务，涵盖专利、商标、著作权、商业秘密、技术合同及反不正当竞争等；在专利侵权诉讼、专利权无效宣告及专利确权诉讼、商标授权确权争议及诉讼、商业秘密保护、技术合同、知识产权许可及交易、各种复杂类型的不正当竞争纠纷、企业知识产权规划和风险诊断等方面，具有丰富实践经验和深入理论研究。

#### 一、概念的厘清：抵触申请不能被混同于现有技术对待

目前的《专利法》及相关司法解释中均没有出现抵触申请的概念。抵触申请的概念来自于国家知识产权局制定的《专利审查指南》。

在专利侵权诉讼中，被告能否依据某一份证据构成原告专利的抵触申请而做出不侵权抗辩的问题，是一个近年来在理论界和实务界引发颇多争论的话题。

实践中一部分观点和侵权案件审理法院明确支持被告的抵触申请抗辩，但在抵触申请抗辩的原理以及具体审理规则方面则显示出概念的混淆和法律逻辑的不清晰，法院多以“参照现有技术抗辩的审查判断标准予以评判”或者“类推适用现有技术抗辩”进行处理。而这一做法在抵触申请和现有技术这两个不同专利法概念上所造成的混淆又引起了很多专业人士的强烈反对。

本文从抵触申请的概念、被告据以抗辩的原理出发，着眼于专利侵权审判的制度改革和完善，以提高审判效率、节约司法资源、降低当事人诉讼成本为目标，提出对抵触申请抗辩这一特殊的侵权抗辩事由，在审理程序上做出循序渐进的制度性安排，适度突破专利侵权与专利确权的司法审查二元制分离模式，允许一部分具备条件的法院，对被告证据是否构成原告专利的抵触申请进而成就不侵权抗辩进行司法审查和判定，并对抵触申请抗辩成立的案件，通过专利行政机关对司法审判结论予以公示。

这样的制度设计，不仅可以使得抵触申请抗辩制度得以正本清源，回归其本来面目，脱离目前的窘境，也为以推动专利争议的实质性解决为目标的专利诉讼制度改革提供了一个实践和探索的入口。

《专利审查指南2010》[1]对抵触申请有如下定义：

“在发明或者实用新型新颖性的判断中，由任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向专利局提出并且在申请日以后（含申请

日)公布的专利申请文件或者公告的专利文件损害该申请日提出的专利申请的新颖性。为描述简便,在判断新颖性时,将这种损害新颖性的专利申请,称为抵触申请。”

对外观设计而言,在涉案专利申请日以前任何单位或者个人向专利局提出并且在申请日以后(含申请日)公告的同样的外观设计专利申请,也称为抵触申请。

可见,构成抵触申请必须具备以下四个方面的要件:

(一)在时间上,与被比专利相比,该文件属于申请在先、公开在后的专利文件。

对发明或者实用新型而言,是指由任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向专利局提出并且在申请日以后(含申请日)公布的专利申请文件或者公告的专利文件;

对外观设计而言,是指专利申请日以前任何单位或者个人向专利局提出并且在申请日以后(含申请日)公告的同样的外观设计专利申请。

(二)在类型上,与被比专利相比,该文件同属于发明或者实用新型专利文件,或者同属于外观设计专利文件。

对发明或者实用新型专利而言,其抵触申请可以是发明或实用新型专利中的一种;对于外观设计专利而言,只有外观设计专利可以构成其抵触申请。

申请在先的发明或实用新型专利文件不构成外观设计专利的抵触申请;同样,申请在先的外观设计专利文件也不构成发明或实用新型专利的抵触申请。

(三)在内容上,与被比专利相比,该文件记载了同样的发明创造或设计。

对发明或实用新型而言,抵触申请的相关内容与被比发明或者实用新型相比,两者技术领域、所解决的技术问题、技术方案和预期效果实质上相同;对外观设计

而言,是指抵触申请的外观设计与被比外观设计相同或者实质相同。

(四)在来源上,该文件必须是向本国(同一)专利行政部门提交的专利申请文件。

抵触申请,必须是由任何单位或者个人向中国国务院专利行政部门(专利局)提出的专利申请文件,包括申请日以前由任何单位或者个人提出、并在申请日之后(含申请日)由专利局作出公布或公告进入中国国家阶段的国际专利申请。

需要强调的是,上述第四个要件非常重要且容易被忽视。在中国专利诉讼中,抵触申请仅是指向中国专利局提交在先申请文件,不是向中国专利局提交的专利申请,无论其是否构成在先申请、无论其是否与被比专利相同,均不构成抵触申请。

从以上抵触申请的定义可以清楚地判断:抵触申请不属于现有技术,也不能被以任何理由将其混同于现有技术对待(现有技术,是指申请日以前在国内外为公众所知的技术;现有设计,是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。本文为表述简便统称现有技术)。

事实上,设置抵触申请制度的目的,是为了防止相同的发明创造在一个国家专利当局被重复授权;将抵触申请视同现有技术,突破了专利法的基本制度,对现有技术的定义进行了修改和扩大,完全没有法律依据。而将任何人向其它国家和地区专利当局提出的所谓在先申请、在后公开文件当作抵触申请本身就是错误的,再将这样的文件视同现有技术并进行侵权抗辩,更是进一步错误。

## 二、原理的厘清:抵触申请抗辩的原理在于否定原告专利的稳定性

从抵触申请的含义出发,我们不难看出,在专利侵权诉讼中,假如被告的证据中有一份本国的专利文献申请日在原告专利申请日之前但公开日在原告专利申请日之后,且该在先申请记载了与原告专利相同的发明创造或外观设计,则依法构成原告专利(或据以起诉的某些权利要求)的抵触申请。

此种抵触申请证据的存在，其直接法律后果是原告专利（或据以起诉的某些权利要求）因存在抵触申请而不符合新颖性的要求，该专利（或某些权利要求）的有效性应被否定，进而原告依据该缺乏新颖性的专利（或某些权利要求）主张的侵权诉求不应被支持。

可见，抵触申请的抗辩原理与现有技术抗辩是截然不同的。现有技术抗辩的原理是被告有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计，这一抗辩事由丝毫不涉及原告专利的有效性问题的。

### 三、困境的解析：混乱的认识和实践源于对突破二元分离模式的避讳

对于现实中为什么出现了抵触申请“可以参照现有技术抗辩的审查判断标准予以评判”或者“可类推适用现有技术抗辩”进行处理的意见或规定，笔者认为，其原因就是为了回避对原有的专利侵权与专利确权纠纷二元分离模式制度的突破。

根据以往的认识，在专利侵权诉讼中，假如允许法院对被告提交的一份证据是否构成原告专利（或据以起诉的权利要求）的抵触申请进行审查，实质上是允许侵权案件审理法院做了在专利确权程序中由专利复审委或行政案件审理法院做的事情——对抵触申请是否成立进行了审查，认定抵触申请成立实际上是否定了原告专利（或某些权利要求）的新颖性和有效性。这一做法显然与原有的二元分离模式相冲突。

正是出于对突破二元分离模式的忌惮和回避，在最高人民法院和部分地方法院的司法文件中，才先后出现了抵触申请“可以参照现有技术抗辩的审查判断标准予以评判”或者“可类推适用现有技术抗辩”进行处理的规范性意见。这种观点被认为是在表面上没有违背原有制度的框架。

但是，此种意见及其指导下的实践不仅难以科学、有效地解决诉讼实践的需要，所引发的问题反而是非常突出的：

首先，这种做法错误地修改和扩大了现有技术概念和范围，与专利法基本制度相抵触。

其次，由于抵触申请的定义脱离了专利审查指南和确权程序中的规范，造成部分法院甚至将向其它国家和地区专利当局提交的在先文件也错误地认定为抵触申请，损害了专利权人的正当权益。

最后，由于在抗辩逻辑和审理规则上的混乱认识，给该抗辩制度的进一步研究和创新造成了客观上的障碍。

以上问题在现实判决中已有体现。例如，有的法院判决中，竟将向台湾地区提交的在先申请、在后公开文件认定为中国专利的抵触申请，并判决被告抵触申请抗辩成立。在（2012）深中法知民初字第607号《民事判决书》中，深圳市中级人民法院认定被告深圳浩特尔电子有限公司提交的一份案外人安鹏科技股份有限公司向台湾地区专利局提交专利申请在原告郭其伟“便携式数码显微镜”的外观设计专利申请日之前，并认定被告生产的被控产品与该台湾在先申请设计相同，认定被控侵权产品使用了申请在先的台湾地区的专利设计，被告的不侵权抗辩成立[2]。

此案判决完全突破了现有的专利法基本制度。该案例中的这份所谓抵触申请的证据，在原告专利申请前一直处于不公开状态，完全不影响原告专利的有效性，不仅依法不构成原告专利的抵触申请，更不能成为被告不侵权抗辩的依据。

上海市高级人民法院在（2011）沪高民三（知）终字第77号《民事判决书》中也提出，“现有技术可以破坏专利的有效性（可用于评价新颖性与创造性），但由于专利有效性审理与专利侵权判断职权的分工，在专利侵权民事诉讼程序中，法院不能直接评判专利的有效性，但在被控侵权人实施的技术属于现有技术的情况下，如果因为不能评判专利的有效性，就直接认定侵权成立，则明显不合理，故才有了现有技术抗辩的制度设计”；“由于抵触申请也可以破坏专利的有效性，故依据现有技术可以用于不侵权抗辩的法理，抵触申请应可以类推适用现有技术抗辩”；“抵触申请类推适用

现有技术抗辩，应当是比较被控侵权技术方案与抵触申请公开的技术方案，原审法院在涉案专利权利要求26记载的技术方案与抵触申请公开的技术方案之间进行比较，应属不当，予以纠正”[3]。该判决不仅对现有技术抗辩和抵触申请抗辩的原理都做出了不准确的认识和混淆，对于抵触申请抗辩的审查方式也做出了错误的类推适用。

而最高人民法院在（2013）民提字第225号、浙江乐雪儿家居用品有限公司与陈顺弟等侵害发明专利权纠纷一案中，也认为“乐雪儿公司用于主张现有技术抗辩的ZL200520015446.8号实用新型专利的申请日虽早于涉案专利申请日，但授权公告日晚于涉案专利申请日，故不构成现有技术，但依法构成抵触申请。由于抵触申请能够破坏对比专利技术方案的新颖性，故在被诉侵权人以实施抵触申请中的技术方案主张其不构成专利侵权时，应该被允许，并可以参照现有技术抗辩的审查判断标准予以评判”[4]。

该判决中的以上论述不仅误用了抵触申请的概念，将在先申请笼统地说成是抵触申请，其对该抗辩的审查判定规则表述也与法律逻辑完全不合——既然承认了抵触申请的存在破坏原告专利的新颖性，为什么还去审查被告实施的技术与抵触申请是否相同？即便被告实施的技术与抵触申请不相同，法院又有什么理由允许原告拿一个没有新颖性的专利去指控别人侵权呢？

在《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》起草阶段的最初征求意见稿中，也曾出现了抵触申请参照现有技术抗辩审查的规定，笔者对此明确提出反对意见并进行了详细说明，认为继续做出此种规定将误导人们对问题的正确认识，也无益于实践的创新，建议修改为“经审查，被诉侵权人在诉讼中提交了一份中国专利申请文件构成原告专利抵触申请的，人民法院可以据此驳回原告的诉讼请求”。在最终的司法解释中没有出现关于抵触申请抗辩的规定，笔者认为不做规定总比做出不正确的规定要好。

#### 四、制度的设想：授予部分侵权案件审理法院对抵触申请的审查权

分析了抵触申请抗辩在实践中面临的问题后，我们就很容易对将抵触申请抗辩引入专利侵权诉讼做出制度设想，其最根本的创新或突破集中于一点：授予审理专利侵权民事案件的法院对被告证据是否依法构成原告专利（或据以起诉的权利要求）抵触申请进行审查和判定的职权。在认定被告的证据构成原告专利在中国专利法下的抵触申请基础上，法院有权直接驳回原告依据该专利（或据以起诉的权利要求）的诉讼请求。

虽然，上述制度设想突破了传统的侵权与确权二元模式，但这种突破具有很强的现实意义且不会导致原先二元模式的根本性改变而产生新的问题。理由如下：

（一）抵触申请的审查判断，无论是在证据的范围上还是认定的标准方面，均有较为确定的规则，容易为法官所掌握，这给实际审理创造了有利条件。

与专利的创造性审查不同，抵触申请证据一般固定为一份中国专利文献，不允许多份证据的组合使用，证据范围容易确定。

抵触申请的判断标准是在先申请记载了与原告专利（或某权利要求）相同的发明创造或外观设计。两者是否属于相同的发明或设计，其判断标准相对于创造性判断而言更容易被法官所掌握和适用。

（二）与现有技术抗辩的审理相比较，抵触申请抗辩的审理并未给法院带来无法克服的障碍。

我们知道，现有技术抗辩的原理，是原告专利不应覆盖现有技术。在被控技术或者设计属于现有技术或者现有设计的情况下，即认定不构成侵犯专利权，而无论被控技术或设计是否落入原告专利保护范围。

在认定现有技术抗辩成立时，虽然法院没有对原告专利的效力进行否定性评价，但假如被控技术原本是落入了原告专利保护范围的，其判决结果实质上是对原告的专利权进行了缩减。所以，侵权法

院在判断现有技术抗辩是否成立时，其审查结论对于原告专利权的效力范围是具有重大影响的。这一点与抵触申请抗辩的法律后果具有相似性。

在我国《专利法》确立现有技术抗辩制度后，各地一、二审法院对此类抗辩事由的审理已经较为熟悉和掌握。相比而论，假如授权某些侵权案件审理法院对抵触申请是否成立进行审查，也不会因审理难度增加而出现无法克服的障碍。

### 五、路径的设计：先试点部分一审法院并将二审集中于北京市高院

考虑到抵触申请是否成立的审查直接涉及原告专利新颖性的审查，对于在侵权案件审理中赋予法院对抵触申请的审查权还是要遵循逐步探索、循序渐进的原则。这就要求对试点法院和相关诉讼程序做适当选择和设计。笔者提出如下四方面建议：

#### （一）明确抵触申请抗辩审理规则

在专利侵权诉讼中，被告主张其提交的一份中国专利申请文件构成原告据以起诉权利要求抵触申请的，人民法院对该证据是否构成抵触申请进行审查，认定构成抵触申请的，驳回原告的诉讼请求。在该抗辩事由审理中，无需对被告举证的抵触申请与被控侵权技术是否相同进行审查。

#### （二）试点法院的选择

对于试点的法院，笔者认为，可以考虑先在各知识产权法院或者部分地区中级法院进行专利诉讼中抵触申请抗辩审理的试点工作。只有在上述指定法院审理的案件，法院对被告提出的抵触申请抗辩法院依法进行审查。在指定法院之外法院审理的专利侵权案件，法院不对被告的抵触申请抗辩事由进行审理。

需要说明的是，这样的做法，并不会在实质上对除指定法院外其它法院受理案件的被告造成权利的限制和不公平。因为，在其它法院审理案件中，虽然被告不能依据某份证据直接主张抵触申请抗

辩，但可以依据相同证据提起专利权无效宣告，同样可以实现维护自身合法权益的目的。

#### （三）试点诉讼程序的设计

对于审理抵触申请抗辩案件的诉讼程序，笔者建议，可以将其中一审判决认定抵触申请抗辩成立案件的二审诉讼，集中在北京市高级人民法院管辖。

之所以考虑以这种方式设置二审程序，原因有三：

其一，认定抵触申请抗辩成立并做出不侵权判定，对于原告、被告的权利均具有重大影响，其二审程序交由对此类事实审理富有经验的法院和法官审判更为稳妥。

其二，北京市高级人民法院也是专利确权案件的二审法院，其对民事侵权中抵触申请是否成立的审查，可以做出与专利确权案件的相关审查标准相一致的把握，有利于侵权和确权司法标准的统一和稳定，这一优势是其它地方的高级人民法院所不具备的。

其三，仅将一审判决抵触申请抗辩成立案件的二审集中于北京市高级人民法院。对于一审认定抵触申请抗辩不成立的案件，其二审仍由各省高院管辖且不再对该抗辩是否成立进行二审审查。

这样的做法，主要是考虑要对抵触申请抗辩成立的案件进行严格审查，而对于一审认定抵触申请抗辩不成立的案件，由于被告还可以基于相同证据提起专利权无效宣告，二审不做继续审查并不会导致被告权利的实质性丧失。

另外，假如对所有一审中涉及被告提出抵触申请抗辩的案件，其二审均集中到北京市高级人民法院审理，则有可能造成北京高院的审判负担增加过重。同时，也会存在因被告轻率提起抵触申请抗辩而导致原告异地参加二审诉讼的成本不当增加问题。故仅对一审判决抵触申请抗辩成立的案件，其二审程序做出特别安排。

#### （四）侵权审判结果与确权公示程序的衔接

假如侵权案件审理法院最终认定被告的抵触申请抗辩成立，则意味着原告的专利权（部分或全部）因存在抵触申请而丧失新颖性和有效性，即该原告专利部分或全部是无效的。这一司法结论有必要通过某种程序向社会公众予以公示，以避免其他公众因不了解该事实而导致权益受损。

考虑到在法院已有生效司法结论的情况下，再以专利确权程序启动专利无效宣告显得重复累赘，且目前制度中的专利无效都是依据请求人的请求，专利局不能自行启动，可以考虑在二审法院做出抵触申请抗辩成立的判决后，将该判决结果抄送国家知识产权局，由专利局予以公告，并将该事实（如：涉及的权利要求、民事案件案号等）备案在涉案专利的登记簿中。

如此一来，社会公众在查询涉案专利的法律状态时，就可以获得关于该专利在以往诉讼中被认定抵触申请抗辩成立的事实，并据此对自己权利义务的行使做出判断。这样的制度设计，不会额外加重法院和专利局的负担，却可以使侵权诉讼制度和专利确权制度的社会价值有机统一。

## 六、结语

2016年1月，最高人民法院陶凯元副院长在《求是》杂志发表《充分发挥司法保护知识产权的主导作用》中指出，随着知识产权保护实践的发展和全社会知识产权保护需求的不断提高，现行知识产权法律体系中一些与实践和需求不适应的环节和方面逐渐显现。

该文提出，要研究知识产权民事侵权诉讼程序与知识产权行政无效程序各自分立的体制造成的诉讼效率问题及其解决方案，赋予人民法院在民事侵权诉讼中审查知识产权效力的司法职权；研究和推动建立国家层面的知识产权高级法院，作为专利等技术类案件的上诉管辖法院，有效统一裁判标准。

本文论及的抵触申请抗辩，因其问题的独特性恰恰可以为我国知识产权诉讼制度的创新和完善提供一个实验入口。本文提出的抵触申请抗辩制度路径设

想，既考虑了专利侵权和确权制度之间的区别和联系性，又着眼于专利纠纷的实质性解决、司法审查权威性和诉讼效率的提高，所做制度设想既有突破性又有适度性，具有现实操作性，希望可以为该问题的进一步研究起到抛砖引玉的作用。

注 释：

[1]中华人民共和国国家知识产权局制定：《专利审查指南》，知识产权出版社，2010年1月第1版。

[2]祝建军，《法官说：涉外在先专利申请可以比照抵触申请作不侵权抗辩》，《中国知识产权报》，2016年4月14日微信公众号。

[3]最高人民法院网站：[http://ipr.court.gov.cn/sh/zzqhljq/201112/t20111201\\_143999.html](http://ipr.court.gov.cn/sh/zzqhljq/201112/t20111201_143999.html)。

[4]中国裁判文书网：浙江乐雪儿家居用品有限公司与陈顺弟、何建华、温士丹侵害发明专利权纠纷提审民事判决书：<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=f09714e3-b647-11e3-84e9-5cf3fc0c2c18&Keyword=浙江乐雪儿家居用品有限公司>。

## 破产重整视域下对有担保债权的限制与救济

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



于文娟

为多家大型国有企业、集团及上市公司提供过法律顾问服务，参与了多家大中型企业的重组项目，在企业制度建设、经营管理、人力资源管理以及企业改制、公司并购、重大项目投资论证等方面提供专业的法律指导与策划。



宋云飞

专注于建设工程与房地产、破产清算业务，参与解决数十起施工合同纠纷及数个破产清算案件，为多个企业股权并购项目提供法律服务，为多家企业提供常年法律顾问服务。

破产重整制度是企业的再生制度，调整公司面临破产时的特定的债权债务关系，谋求减缓企业面临的支付压力，从而使债务企业获得再生发展的机会。有担保债权的核心是保障债权人在一般债权清偿过程中有清偿顺序上的竞争力。两种制度在各自所属的领域保护着相应的权益。因此，破产重整制度为了保障企业重生损害了债权人利益，而担保债权制度规避了这个制度，二者虽然不是截然对立，但存在利益冲突的矛盾，本文通过聚焦企业案例对着两种制度的矛盾进行分析，尤其是破产重整制度对有担保债权人利益的限制问题，从而对有担保债权的救济提出建议。

## 一、案例介绍及利益冲突问题分析

### （一）有担保债权并非要一味让渡之案例

2017年，A公司破产管理人向其所在地中级人民法院提出申请，称根据A公司债权人会议对重整计划草案的表决结果，普通债权组中有近400户同意重整计划草案，占出席该组户数的90%，同意户数的金额占总债权额的20%；不同意票户数占出席户数的9%，占该组总债权额约为39%。有担保债权组均不同意重整计划草案。职工债权组、税款债权组全票通过重整计划草案。2018年6月，A公司破产管理人对重整计划草案中有担保债权组的偿还比例进行了调整，由原先的30%调整为50%。2018年7月，有担保债权组进行了第二次投票表决，表决结果为3户同意，占出席该组户数的75%，代表债权金额占该组债权总额约为43%。

A公司破产管理人认为，有担保债权组共4户，其中投赞成票户数为3户，仅B公司投反对票。该B公司并非A公司的原始债权人，而是以低价受让C银行的不良资产。调整后的《重整计划草案》对有担保债权组偿付比例达到50%，已经远远超过了其受让所支付的比例，B公司的利益已得到了最大限度的保护。同时，普通债权组中同意该方案的户数也超过了法定户数，虽然其所代表的债权额未超过普通债权总额的2/3，但是因投反对票的户数较少，且该计划草案中普通债权的清偿比例高于破产清算清偿比例，符合我国破产法的规定。而后，在“二债会”召开时，出资人同意了该计划草案。因该重整计划草案对A公司未来发展有较好的前景，且可操作性强。2018年7月，A公司破产管理人再次提请法院批准重整计划草案。最终，该重整方案获得通过。

### （二）破产重整与有担保债权人利益冲突分析

破产重整制度是拯救困难中的企业，保障利益相关人权益，从而保持社会经济的平稳运行。担保制度则是重点保护个人债权，社会经济权益与个人权益在企业破产重整中存在着矛盾。笔者结合上述破产重整与债权人利益纠纷案件对破产重整制度下

担保债权存在的问题进行分析：

1.有担保债权人在破产重整中的地位普遍不如其在破产清算中的地位高。

在破产清算程序及其他普通清偿案件中，有担保债权人因其对债务人企业财产享有的优先受偿权，往往在实际受偿中被认为是“大户”、“强者”；但是在破产重整程序中，因投资人资金注入不充分，部分情况下重整方案考虑对各个债权组的债权进行调整时，往往调整幅度最大的就是担保债权组，这使得在实务中“破产企业想要获得重整，必须降低有担保债权”成了一种习惯认知与思维惯式。

2.有担保债权人的受偿额存在大打折扣的情况。

在《企业破产法》实施之前，在《企业破产法（试行）》等相关规定均未将担保物列入到债务人财产中。而后，《企业破产法》对有财产担保债权的保护作出了规定，但是并不完善（下文详述）。在破产重整实务中，有担保债权人行使其担保权的难度很大（满足我国破产法第75条但书部分的条件）；并且，有担保债权往往在企业重整方案中是首先被作出调整的，存在有担保债权未获全额受偿而普通债权等其他劣后债权得到部分清偿的情况。而相比于有担保债权，普通债权在重整程序中的受偿比例往往大于清算程序。在上述案例中，第一次重整计划草案担保债权组的受偿比例仅为30%，但两次重整计划草案均保障了普通债权组一定的受偿比例，破产重整过程中对有担保债权受偿比例调整之大可见一斑。

3.有担保债权人将承担更大的风险。

从有担保债权人的视角看，破产重整程序并不是其最佳的选择，享有足额担保的债权人极可能在重整程序中无法获得直接的利益，反而，其受到更大损失的概率大大增加。例如，在破产重整过程中债务人企业对担保物的继续使用可能造成担保物价值的贬损，有担保债权人因不能及时就担保物实现其债权而承担的机会成本等。所以，相对于普通债权人而言，有担保债权人承担了更大的风险。

## 二、破产重整制度与有担保债权相异的价值目标

### (一) 破产重整制度的价值目标

资本的发展和大量企业的出现，企业经营中超规模的负债经营方式广泛应用，社会经济的信用与资本的交错联系更为深入和普遍。企业的破产重整反映了企业经营的漏洞，一旦大企业进入到破产清算，会造成大量人员失业，给社会经济的稳定带来混乱，对重建一个新的具有经验与规模的大企业在时间、资本成本上耗费巨大，没有重整企业的效益高。《企业破产法》规定了企业法人无法清偿到期债权、资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，可以申请重整、和解或者破产。公司重整又称为“公司更生”，是指具有一定规模的公司企业出现破产原因或者有破产原因出现之虞，为了预防破产，经公司利害关系人申请，在法院干预下对该公司的债权债务关系重新作出安排并对公司实施强制治理及复兴的法律制度。制度目标和价值旨在积极挽救有重建希望的困境企业，通过使其扭亏为盈和持续经营，来保护社会整体利益。重整手段包括债权人对债务人诸如债务减免、延期履行等权利的让渡，甚至包括以担保债权与股权置换等一切有利于改善公司经营的措施，债权债务关系的重新安排是公司重建的关键。在法院干预下，公司重整期间有担保债权人的担保权暂停行使，由此保障债务人财产的完整和重整的物质基础，重整草案虽未获得有担保债权人的同意，法院在符合特定条件下也有权强制批准。

### (二) 企业重整中担保债权的价值目标

《企业破产法》109条之规定：“对破产企业的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”我国的担保权制度主要是物权中的抵押权、质权、留置权等构成，债权担保制度作为担保债权实现的重要制度，主要在于保障以物的交换价值为债权清偿，提供担保的债务人在履行债务期间仍然拥有担保物的所有权或产体上的用益权。使得债权人在不移转担保物占有的抵押权原则上也不失其对质物、债务人也不失其对留物的处分权，作为借出货币的债权人或银行，可以利用保证、抵押权、质权等手段救济债权损失，只是在实际上有一定限制而已。

### (三) 二者价值目标之差异

通过以上论述，我们可以发现有担保债权人在破产重整程序中矛盾且尴尬的处境：破产重整制度与担保债权的价值目标，在实现各自的社会经济功能方面存在差异。同时，我们也可以看到，破产重整制度与担保债权一些方面存在利益一致性，二者价值目标的协调成为可能。

## 三、企业破产重整中对有担保债权的限制与救济问题

### (一) 立法现状

我国《企业破产法》与《担保法》关于担保债权的法律规定是存在冲突的。《企业破产法》中优先权的划分过于简单，加之破产法与其它法律的冲突，造成担保债权优先次序在破产法实践中的混乱。具体表现为：《物权法》第170条规定了担保物权人优先受偿的权利，第173条规定了担保物权担保的范围，第174条规定了担保财产损毁灭失时担保物权人的代位求偿权。《企业破产法》第75条在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。第110条享有本法第109条规定权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。上述法律规定，在企业破产重整中，对担保债权的限制范围与救济范围不明的问题，同时担保债权的优先受偿权也受到了限制，这与该制度设置的价值目标存在矛盾。

### (二) 司法现状

2018年3月6日，最高人民法院印发的《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称“《会议纪要》”）指出，要紧紧围绕高质量发展这条主线，服务和保障供给侧结构性改革，充分发挥人民法院破产审判工作在完善社会主义市场经济主体拯救和退出机制中的积极作用，为决胜全面建成小康社会提供更加有力的司法保障。由此，法院在企业破产重整案件中更加偏向社会整体利益。通过“少安丝绸”及关联企业合并重整案等多个案例的分析，发现法院都能促成普通

债权的偿还方案，但对于担保债权的偿还需要进一步制定方案，由于担保物要投入生产，我国破产法规定了有担保债权因为延期清偿所受的损失将得到公平补偿，但对于损失的计算并没有明确的规定和计算。更重要的是，法律未赋予人民法院对重整方案是否严重侵害有担保债权人的合法权益进行实质审查，对“实质性损害”的概念也未予界定，有担保债权人的权益是否能得到公平且正义的保护是很大的问题。

同时，也存在将有担保债权折抵为重整后公司股份的情况，而股份的价值也存在无法兑现的风险，这无异于加大了有担保债权人的财产损失风险。

#### 四、我国破产重整程序中对有担保债权限制与救济制度的完善路径

##### （一）《企业破产法》关于担保债权立法完善

《企业破产法》规定了法院的对重整计划的强制批准权力，但是对于特定财物享受担保债权的权利人的权益保护存在救济漏洞，法律规定的额不清晰，导致有担保债权人的财产权益受到极大的侵害。第一，完善企业破产法中关于法院强制重整的操作规定，将对有担保债权的公平补偿的规定进行细化，从法律规定上制定时间的评价标准。第二，完善重整程序规定，实现实质正义，关注对案件的具体特征，将有担保债权转化为股权，股权价值的平衡是需要法律来制定的，对有担保债权转为股权的规定需要进一步进行完善。第三，完善对有担保债权所造成的损失计算规定，目前没有对延期清偿有担保债权所造成的损失的计算标准或者估算标准，完善这一法律缺陷，能够有效的避免担保债权与债务人二次纠纷，关于损失的利率、本金、计算方式都需要进行更细致的规定。

##### （二）完善法院司法强制干预救济途径

第一，债权人在重整计划的表决权体现了债权人的财产处分自由意志，法院的强制干预阻断了有担保债权人的处分自由。完善法院干预担保债权人利益的比例，要完善强制干预与有担保债权人之间的平衡问题。建立平等自由的协商程序，在协商中实现企业重

整与有担保债权整体的利益最大化，需要进一步细化重整过程中有担保债权的补偿范围，因此，构建平等自由的协商机制，以解决担保债权人在重整计划中的财产风险。第二，构建对法院强制权的监督机制，法院强制干预重整计划，存在滥用的风险，有担保债权人的利益存在被严重减损的风险，构建法院强制批准重整计划的监督机制，保障重整计划的有效实现和有担保债权人的合法权益。

##### （三）明确担保债权人在重整计划中的风险

重整计划是对企业的更生计划，与担保债权存在利益冲突。为了挽救企业和债务的相对公平清偿的现实情况，应明确有担保债权人在本金、利息以及财物折损方面风险份额，从而能适度平衡整体利益与个体利益之间的差距。因此，构建有担保债权人最低保护限额机制，有助于限制有担保债权被调整的比例，从而保护有担保债权人的权益。这一方面明确了有担保债权人应该承担的债务风险，另一方面也保障了重整计划的顺利进行；因目前关于债权人的救济途径太单一，拓展有担保债权人的救济途径成为必要，因此，明确重整计划风险中有担保债权救济途径，也应被纳入到担保债权最低保护限额机制之中。

企业的重生最关键之处在于合理处理企业重整与有担保债权人之间的利益博弈。最根本的问题在于比例，即个人利益与整体利益之间的让渡比例问题。我国破产法在实施细则方面应当尽其所能的科学制定，利益关系者能够实现最大程度的公平偿还。有担保债权的行使涵括了我国破产法、担保法的相关规定，立法机关应该对各部门法之间的冲突规范或者模糊规定进行详细解释，同时，司法的强制干预也缺乏详细的标准，无形之中增加了有担保债权减损的风险。司法干预强度与有担保债权人表决权自治范围的明确，减少担保债权实现的不确定性，有利于对司法干预的监督和私法自治意愿的实现。明确有担保债权人承担风险范围，减少有担保债权实现程度的模糊性，增加有担保债权人既得利益的确定性，让各方利益相关者都明确利益范围与风险承担范围，更有利促进企业重整，激励有担保债权人参与重整计划。

## 资管、运营逻辑驱动，不动产与资本汇聚 ——公募REITs 来了

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 原雪丽

专注于公司与并购业务。为多项股权投资基金项目提供法律服务、主办企业大型投资并购项目百亿以上、为多家企业的日常经营提供法律服务。

2021年5月17日晚间，沪深交易所发布公告称，首批9单基础设施公募REITs项目经沪、深交易所审核通过并正式获得中国证监会准予注册的批复。目前已获审核通过的9单产品类型较为丰富，涉及桥梁公路、仓储物流、产业园区、污染治理、水电气热等多个领域，项目多位于国家重点战略发展区域。

中国有万亿级基础设施存量资产，首批基础设施公募REITs以百亿级起步，基础设施公募REITs未来发展空间非常广阔，可被视为大资管行业的一片蓝海市场。

本文将简要介绍基础设施公募REITs定义、发展现状、架构及特点等，进一步以博时招商蛇口产业园封闭式基础设施REITs项目为例，浅析基础设施公募REITs的主要交易框架。

### 一、REITs的概念

REITs的英文全称为Real Estate Investment Trusts，即不动产投资信托基金，是指通过证券化方式将具有持续、稳定收益的不动产资产或权益转化为在证券交

易所公开交易、流动性较强的标准化金融产品，其本质是不动产证券化。通俗理解，资管机构通过一系列产品设计，将流动性不佳的不动产“切割”成若干份证券化产品进行买卖，为资金的供需双方提供配置的途径。

## 二、基础设施公募REITs定义

我国公开募集基础设施证券投资基金（以下简称基础设施公募REITs）是指依法向社会投资者公开募集资金形成基金财产，通过基础设施资产支持证券等特殊目的载体持有基础设施项目，由基金管理人等主动管理运营上述基础设施项目，并将产生的绝大部分收益分配给投资者的标准化金融产品。

基础设施资产支持证券是指依据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》等有关规定，以基础设施项目产生的现金流为偿付来源，以基础设施资产支持专项计划为载体，向投资者发行的代表基础设施财产或财产权益份额的有价证券。

交易场所：证券交易所（上交所、深交所）上市交易。

项目范围：基础设施项目主要包括仓储物流，收费公路、机场港口等交通设施，水电气热等市政设施，污染治理、信息网络、产业园区等其他基础设施。

## 三、中国境内REITs市场发展现状

探索研究阶段（2001-2013年），这一阶段的中国REITs市场主要处于探索和研究阶段，境内并无正式REITs产品上市。

2004年，国务院发布《国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》，开启了资产证券化业务的探索。

2007年中国人民银行、中国证监会和中国银监会分别成立REITs专题研究小组，这意味着中国监管部门开始了中国境内REITs市场建设工作。中国REITs市场正式进入研究论证阶段。

类REITs阶段（2014-2019年），这一阶段的中国REITs市场正在不断成长完善，产品以类REITs产

品为主。类REITs产品实质仍是债务性融资且是私募发行。

2014年中国人民银行和银监会联合发布《关于进一步做好住房金融服务工作的通知》，提出积极稳妥开展REITs试点。

2015年住建部发布《关于加快培育和发展住房租赁市场的指导意见》，明确提出要积极推进REITs试点，并积极鼓励投资REITs产品。

2018年深交所战略规划纲要提出全面开展REITs产品创新。从市场来看，这一阶段的实践主要以基于ABS架构的类REITs产品为主。这一阶段的代表产品有中信启航REITs、鹏华前海万科REITs、保利租赁住房REITs、菜鸟仓储物流基础设施类REITs、沪杭甬徽杭高速REITs等。

公募REITs阶段（2020年至今），这一阶段中国REITs市场开始由私募的债务融资属性的类REITs产品，开始转向公募的权益融资属性的公募REITs产品。

2020年4月证监会和发改委发布《关于推进基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）试点相关工作的通知》，同时发布《公开募集基础设施证券投资基金指引（试行）》。

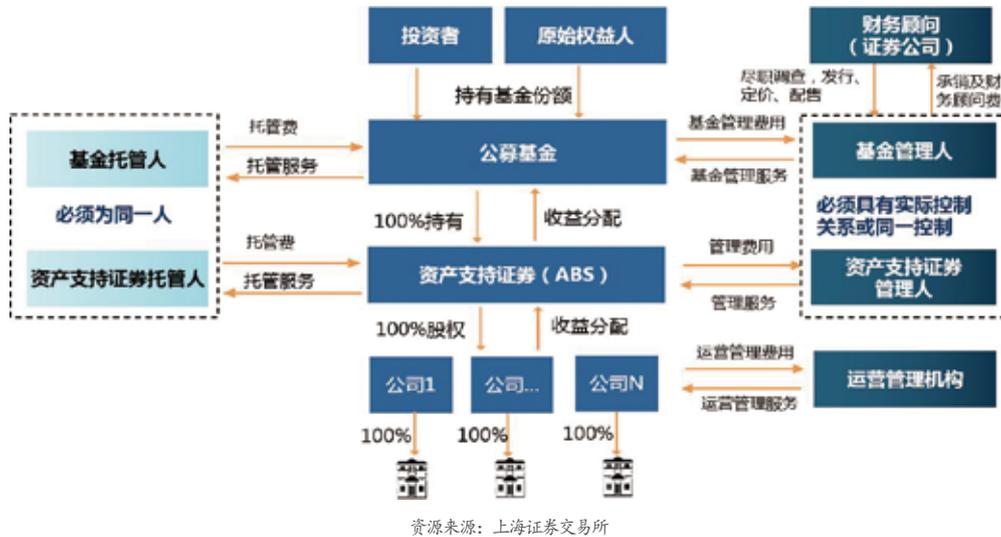
同年8月，发改委发布《关于做好基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）试点项目申报工作的通知》。

9月，上交所和深交所分别发布《上海证券交易所公开募集基础设施证券投资基金（REITs）业务办法（试行）》《深圳证券交易所公开募集基础设施证券投资基金业务办法（试行）》。

2021年1月，上交所和深交所正式发布REITs业务配套规则，为基础设施公募REITs业务明确了相关业务流程、审查标准和发售流程。密集的政策和规则发布标志着公募REITs市场的正式起航。

## 四、基础设施公募REITs架构及其特点

### （一）基础设施公募REITs架构图



## (二) 基础设施公募REITs架构特点

1、投向明确：80%以上基金资产投资于基础设施资产支持证券，并持有其全部份额，而基础设施资产支持证券持有基础设施项目公司全部股权，即基金通过基础设施资产支持证券持有基础设施项目公司全部股权。

2、加入ABS：基金通过资产支持证券（ABS）和项目公司等特殊目的载体取得基础设施项目完全所有权或经营权利；通过加入资产支持证券的中间层，可以使得公募基金突破限制直接投资非上市公司的股权。

3、主动运营：基金管理人主动运营管理基础设施项目，以获取基础设施项目租金、收费等稳定现金流为主要目的。

4、强制分红：采取封闭式运作，设置强制分红比例，收益分配比例不低于合并后基金年度可供分配金额的90%，使得投资者可以获得持续稳定的投资收益。

## 五、基础设施公募REITs产品特点

基础设施公募REITs是并列于股票、债券、基金和衍生品的证券品种，产品具备以下特点：

其一，对于发行人来说，公募REITs可盘活存量资产，提升基础设施资产估值，获得流动性溢价，同时提

供增量投资资金，改善负债水平，降低企业杠杆率，助力企业“轻资产”运营模式转型，更好地推动资本市场服务实体经济；

其二，对于投资者来说，公募REITs产品将90%的基金年度可分配利润用于分配，高比例分红，同时由于基础设施项目权属清晰，现金流持续、稳定，投资回报良好，填补了当前金融产品的空白，丰富了投资品种，便利投资者投资于流动性较弱的基础设施项目；

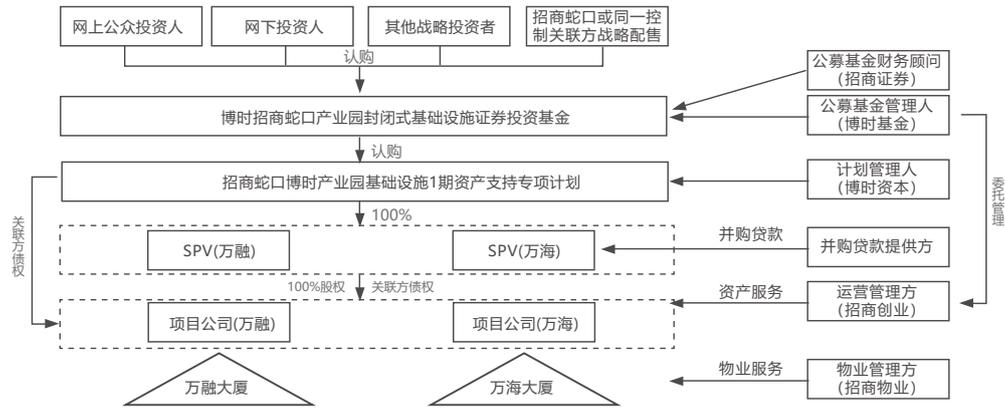
其三，对于资本市场来说，对于公募REITs产品规则透明健全，比照公开发行证券要求建立上市审查制度，制定了完备的发售、上市、交易、收购、信息披露、退市等具体业务规则。基础设施项目可借助资本市场公开、透明机制，通过资本市场融资，引导金融资金参与实体项目建设，实现高质量发展。

## 六、基础设施公募REITs意义

基础设施公募REITs是国际通行的配置资产，具有流动性较高、收益相对稳定、安全性较强等特点，能有效盘活存量资产，填补当前金融产品空白，拓宽社会资本投资渠道，提升直接融资比重，增强资本市场服务实体经济质效。短期看有利于广泛筹集项目资本金，降低债务风险，是稳投资、补短板的有效政策工具；长期看有利于完善储蓄转化投资机制，降低实体经济杠杆，推动基础设施投融资市场化、规范化健康发展。

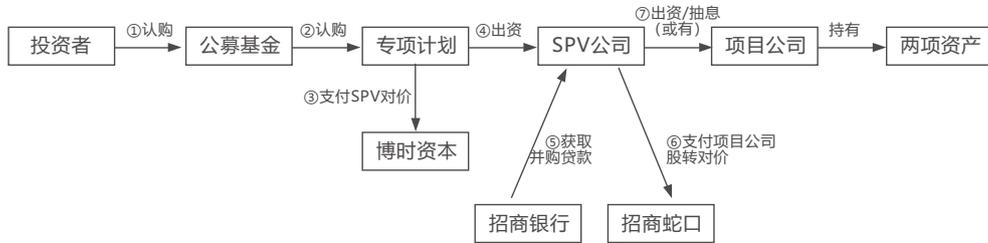
## 七、博时招商蛇口产业园公募 REITs 案例分析

### (一) 整体架构



资料来源：博时招商蛇口产业园封闭式基础设施证券投资基金招募说明书

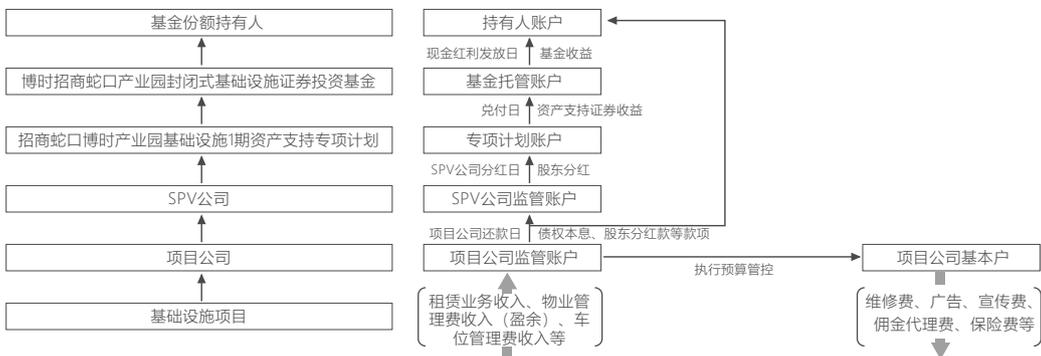
### (二) 基金募集资金流向



资料来源：博时招商蛇口产业园封闭式基础设施证券投资基金招募说明书

### (三) 资金归集安排及现金流分配

专项计划资金归集安排及现金流分配在各个账户之间流转如下图所示。



资料来源：博时招商蛇口产业园封闭式基础设施证券投资基金招募说明书

(四) 基础设施项目

1、深圳市万融大厦管理有限公司（以下简称“项目公司（万融）”）持有的位于深圳市招商街道蛇口网谷，土地使用权面积为 17,243.53 平方米，建筑面积为 41,707.23 平方米，对应《不动产权证书》编号为“粤（2020）深圳市不动产权第 0252616 号”的万融大厦项目。

2、深圳市万海大厦管理有限公司（以下简称“项目公司（万海）”）持有的位于深圳市南山区南海大道蛇口网谷，土地使用权面积为18,241.21平方米，建筑面积为 53,592.84平方米，对应《不动产权证书》编号为“粤（2020）深圳市不动产权第 0251900 号”、“粤（2020）深圳市不动产权第0251901号”及“粤（2020）深圳市不动产权第 0251902 号”的万海大厦项目。

(五) 交易主要流程

1、设立基础设施公募 REITs

招商蛇口作为原始权益人将通过博时基金管理有限公司（以下简称“公募基金管理人”）以招商蛇口全资子公司项目公司（万融）及项目公司（万海）（以下合称为“项目公司”）分别持有的万融大厦项目及万海大厦项目（以下合称“基础设施项目”）向中国证监会注册申请基础设施公募REITs，并申请在深圳证券交易所上市交易。取得注册文件后，由公募基金管理人进行公开发售，招商蛇口将根据法律法规和监管规则的要求并结合市场情况参与基础设施公募REITs 的战略配售。

2、设立基础设施资产支持专项计划

公募基金管理人博时基金（代表本基金）与计划管理人博时资本管理有限公司签订相关认购协议，将认购资金委托计划管理人管理；计划管理人设立并管理专项计划，博时基金（代表本基金）取得专项计划资产支持证券的全部份额。



3、项目公司及SPV公司股权转让

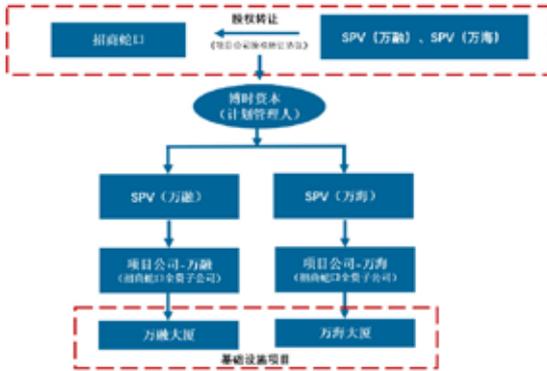
(1) 博时资本设立SPV

博时资本管理有限公司或其他相关主体为设立专项计划目的而设立的相应特殊目的载体SPV（万融）和SPV（万海）（以下合称为“SPV”）。



(2) 招商蛇口转让项目公司股权至SPV

在履行相关法律法规规定的必要程序的前提下，将招商蛇口持有的项目公司100%股权转让予博时资本管理有限公司或其他相关主体为设立专项计划目的而设立的相应特殊目的载体SPV（万融）和SPV（万海）（以下合称为“SPV”）。SPV将根据相关股权转让协议的约定向招商蛇口支付股权转让价款，并向项目公司缴付出资、根据需要对项目公司进行增资。此外，SPV（万海）还将根据相关贷款合同从招商银行股份有限公司深圳分行获得并购贷款。专项计划设立后将受让SPV 的全部股权。



(3) 博时资本转让SPV股权至专项计划



4、基础设施项目运营管理安排

招商蛇口全资子公司深圳市招商创业有限公司（以下简称“招商创业”）及本公司控股子公司深圳招商物业管理有限公司（以下简称“招商物业”）拟接受委托分别承担对基础设施项目的日常运营管理及物业管理职责。

(六) 产品周期:



(七) 产品基本要素

产品简称：博时招商蛇口产业园REIT

原始权益人：招商局蛇口工业区控股股份有限公司

托管人：招商银行股份有限公司

公募基金管理人：博时基金管理有限公司

专项计划管理人：博时资本管理有限公司

募集份额(亿份)：9.00

市场分类：公募REITs

产品分类：产业园区

交易场所：深交所

监管机构：证监会

发行方式：公募

运作方式：封闭式

基金期限：50年

资金用途：主要用于投资新的基础设施项目建设

收益分配：

- 1.至少每年分配1次，收益分配比例不低于基金年度可供分配金额的90%；
- 2.每一基金份额享有同等分配权；
- 3.法律法规或监管机关另有规定的，从其规定。

八、结束语

我国基础设施存量超过100万亿元，基础设施品类多样，基础设施公募REITs的发展空间充足。很多成熟的基础设施，比如电力、水利、高速公路等项目，都有稳定的收入和现金流，适合作为基础设施公募REITs的底层资产。未来政策发力新基建，可选的底层资产将越来越丰富。随着产业政策逐步向新基建方向倾斜，包括5G通信设施、城市轨交、数据中心、特高压、新能源车充电设施等领域的投资，也有望为REITs提供新的可选资产。基础设施公募REITs可以带来双赢，既增强资本市场服务实体经济的质效，又能够合理引导居民储蓄转化为投资，提高个人财产性收入。

## ABS：蚂蚁花呗的终极“秘密”

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 张剑桥

作为多起资产证券化项目主办律师，在结构化融资领域有着丰富的实操经验。

2020年11月3日，上交所给蚂蚁集团的上市按下了紧急暂停键，决定公司暂缓上市，随后蚂蚁集团确认暂缓在上海和香港上市。就在前一天，中国人民银行、中国银保监会、中国证监会、国家外汇管理局四大监管机构对蚂蚁集团实际控制人马云、董事长井贤栋、总裁胡晓明进行了监管约谈。关于此事的分析，已有人从各方面进行解读，包括马云的外滩金融峰会讲话和《网络小额贷款业务管理暂行办法》的征求意见稿，以及蚂蚁集团的发展脉络。其中，有关“ABS资产证券化”的话题频频被提及。

为何涉及“ABS资产证券化”，这就需要从“蚂蚁花呗”ABS资产证券项目说起：蚂蚁花呗自2015年4月正式上线，2016年8月4日，蚂蚁花呗消费信贷资产支持证券项目在上海证券交易所挂牌，这也是上交所首单互联网消费金融ABS。

### 一、什么是ABS基础资产？

美国华尔街流传这样一句名言，“如果你有一个稳定的现金流，就将它证券化”。它揭示了基础资产的核心特征，那就是：可以产生稳定现金流。

简单来说，资产证券化的本质是未来现金流收入在当下变现，因此基础资产就是产生未来现金流收入的资产。正是基于这种资产的支持，才得以产生现金流收入，从而发行资产支持证券。这种资产在ABS的底层起到基础性的作用，被称为“基础资产”。

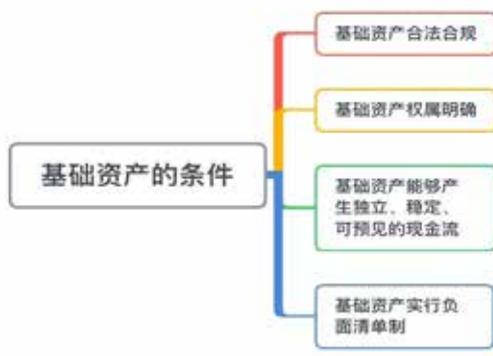
## 二、基础资产有哪些要求？

现在我们知道，发行ABS的前提是，有一个能够产生稳定现金流的基础资产。那么问题来了，能产生稳定现金流的资产，都可以发行ABS吗？

小明：我家是开赌场的，经营收入可以作为基础资产来发行ABS吗？答案显然是否定的。

官方定义：《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第3条：基础资产指符合法律法规规定，权属明确，可以产生独立、可预测的现金流且可特定化的财产权利或者财产。基础资产可以是单项财产权利或者财产，也可以是多项财产权利或者财产构成的资产组合。

因此，ABS基础资产的选择应满足如下的条件和要求：



1、基础资产应合法合规。具体而言，基础资产应具有真实的交易基础和合法有效的合同。基础资产所涉业务需审批的，发行人还需取得相关主管部门的批复、许可等。同时，基础资产还要符合政策导向，对于“两高一剩”行业基础资产，因不符合国家政策导向，也不适合发行ABS。

2、基础资产应权属明确。作为专项计划的基础资产，基础资产应属于并仅属于原始权益人，且原始权益人有权依法转让。如果基础资产存在权利负担或限制转让的情形，比如基础合同中有禁止权利转让的条款，那么在这类权利负担消除前，也无法实现证券化。

3、基础资产能够产生持续独立、稳定、可预测的现金流。

独立：现金流收入要和发行人自身经营相互独立，不受发行人经营情况的影响（即主体信用转化为资产信用）。

稳定、可预测：现金流收入的金额、频率、具体时间应当是稳定、可预测的，目的在于保障证券持有人的本息偿付。基础资产可以产生的现金流，一般可根据基础合同予以确定或根据历史数据进行合理预测。例如，贷款ABS可以根据贷款合同约定的债务人还款方式来确定，景区门票类ABS可通过往年数据进行预测。

4、基础资产实行负面清单制，根据中国证券投资基金业协会发布的《资产证券化业务基础资产负面清单指引》，实行资产证券化的基础资产应当不属于负面清单范畴。

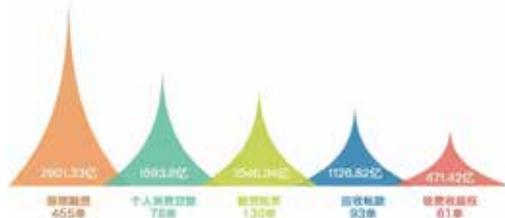
## 三、基础资产有哪些常见类型？

按照基础资产性质的不同，基础资产可以分为债权和收益权两大类，常见类型如下：

	基础资产	典型企业
债权类	融资租赁债权	融资租赁公司
	不动产租赁债权	物业持有人
	贸易应收帐款	贸易公司、机械制造公司等
	保理债权	保理公司
	小额贷款债权	小额贷款公司等
	购房尾款	房地产企业
收益权	物业管理费收费权	物业公司
	票款收费权	景区门票收费权——景区影院电影票收费权——影院
	公用事业收费权	热费收费权——供热公司水费收费权、污水处理收费权——水务公司天然气收费权——天然气公司电力上网收费权——热电公司
	交通收费权	公交收费权——公交公司路、桥通行费收费权
	学费收费权	院校

#### 四、市场上发行量较大的ABS产品有哪些？

根据CNABS数据统计，2019年ABS市场共计发行1002 单产品，发行规模共计10,860.57亿元，其中位于前五位的是：保理融资、个人消费贷款、融资租赁、应收帐款和收费收益权，发行规模达到7633.71亿元。可以看出，这几类资产作为基础资产比较常见，有充分供给，也有大量需求，市场表现突出。



#### 五、典型案例分析——供应链保理ABS

保理，是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管

理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的金融服务方式。

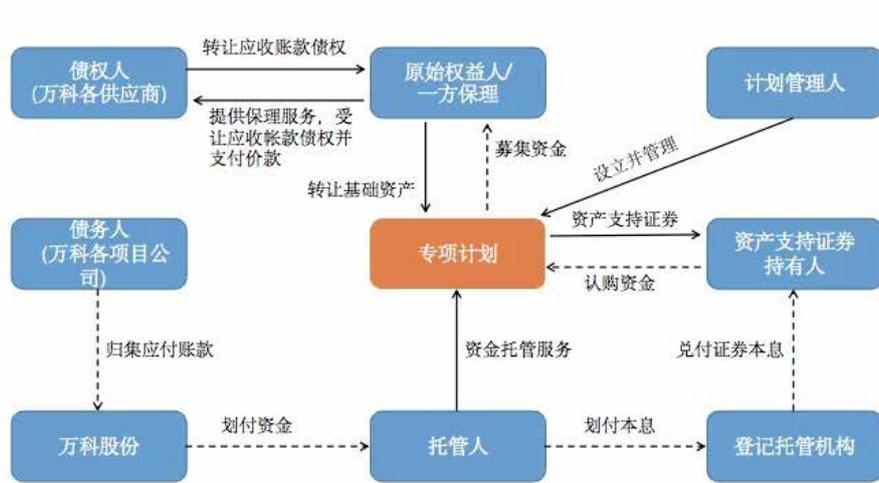
而供应链保理ABS，即保理商先行受让各供应商对债务人的应收账款债权，再以保理合同项下的保理合同债权作为基础资产开展资产证券化。

我们以平安证券-万科供应链金融资产支持专项计划为例进行分析。该供应链保理ABS由深圳市前海一方商业保理有限公司担任原始权益人。

各主体：

- 1、万科各供应商（债权人）——上游
- 2、万科各项目公司（债务人）——下游
- 3、一方保理——原始权益人
- 4、专项计划

交易结构：



在本案例中，债务人均为万科股份下属公司，万科股份以债务加入的形式成为各笔入池应收账款债权的共同债务人，由于万科股份是具有较高主体信用的核心企业，其加入为该产品提供了增信。通过发行供应链保理ABS，各方均得到了获益：

对上游供应商：中小型供应商面对强势的下游核心企业，一般应收帐款账期较长，供应商通过将应收账款债权转让给保理商，缩短了账期。

对下游地产企业：一般而言，地产企业对上游供应商的账期在3-6个月不等，通过发行供应链保理ABS可以使账期拉长到1年以上，且成本低于企业其他途径的融资成本。

对保理商：保理商通过资产证券化将应收帐款债权提前变现收回现金，缓解了资金流动性压力。

ABS基础资产，你学会了吗？



## 家族财富传承实务十问十答

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



李凤凡

深耕婚姻家庭与财富传承法律服务，多年从事民商事诉讼/仲裁、公司商事、常年合规等法律业务。曾代理数百起婚姻家庭、继承、公司、合同纠纷诉讼案件和相关非诉讼项目；担任多家银行、保险公司、信托公司专项法律顾问。



孙文伟

业务领域包括公司商事、家族财富传承、民商事诉讼/仲裁、常年合规等。为多家企业或金融机构提供专业服务；为多位中高净值人士设计并“落地”风险防控方案、妥善处理纠纷。

近年来，伴随经济的较好较快发展并经多年积累，国内中高净值家庭或群体数量正在不断增加。对于这些家庭或群体，财富传承需求与日俱增，同时相关问题层出不穷，进行针对性安排无疑被进一步“提上日程”。笔者团队在提供相关服务过程中，发现以下问题经常“出镜”，颇为典型，现于团队反复讨论的基础上，推出本文问答，以期为有需要的客户、同仁提供些许帮助。

### 问题一

#### 为什么要做财富传承规划？什么时间着手最合适？

这一问题，几乎是所有前来咨询人士必问的问题，也是我们经常会遭遇的头号“诘问”。

为什么要做财富传承规划？或者说，做财富传承规划有什么好处？在我们看来，做好财富传承规划，归根结底是为了避免发生“后代争产”“后代败家”等问题，实现财富传承的使命——让财富“保得住、传得好、传给想传的人”。所谓古语云：“牵一发而动全身”“谋定而后动”，既然需要做，肯定最好是进行通盘考虑，防止“事后突然的醒悟”。

那么，如果决定做规划，一个紧接的现实问题是，什么时间着手？一个比较“老套”的回复是：就现在，或者越快越好、越早越好。因为每个人都可能发生人身意外、家庭变故或企业经营的风险等。即便不考虑这些风险，根据笔者团队的实践经验，比较妥帖的时间节点也包括：（子女）结婚之前、退休、公司融资或IPO之前（注：这些时间节点可能存在重合）等。

### 问题二

#### 哪些人士需要做财富传承规划？中产家庭需不需要？

在不少人眼中，需要进行规划的肯定得是“有钱人”，与自己无关。这个想法不得不说，还是有道理的，毕竟只有有钱才能谈规划。可是，达到一个怎样的程度才能叫“有钱”？有没有一个相对公认的客观数值作为参考？结合《2020方太·胡润财富报告》数据，近年资产最低达到600万元的基本可被列入“富裕家庭”，并且国内600万元资产“富裕家庭”数量已增长1.4%，达到了501万户，且仍呈现逐年递增态势。对于达到这一标准的人士，无疑都需要做好规划。

所谓“中产家庭”，按照《2019新中产白皮书》的说法，其指数标准为中位数371万元。截至2019年，国内已有3320万户的中产家庭。对于这一群体，是否也需要做好规划？答案是肯定的。原因很简单，无论是600万元“量级”，还是371万元“量级”，都不是小

目，不那么容易积累，产生风险谁都无法完全承受。所以说，“做好规划不分大小”，甚至还能“做好规划由大变更大”。

### 问题三

#### 财富传承工具有哪些？哪种工具最好用？

一般而言，财富传承工具在大的层面包括法律和金融工具；在具体细分层面，常用的工具包括协议（婚前或婚后协议）、遗嘱、赠与、代持、信托、保险等，且近年开始或进一步兴起家族或保险金信托、大额保单等，体现出明显的跨界化、金融化特征。

说到哪种工具最好用，这个问题恐怕难以简单回答。根据笔者团队的实践经验，其一要确定财富的“量级”，其二要明确财富的“形态”，最后还要结合传承人的意愿，综合选择使用最恰当的工具。这句话看似空泛，但确认如此。

比如，针对1000万元的财富“量级”，在不考虑财富的构成类型（如是否包括房产、股票或股权、理财产品等）前提下，我们一般会优先推荐使用保险金信托；针对500万元的财富“量级”，如前所述，在不考虑财富构成类型前提下，我们一般会优先推荐使用大额保单等。同时，针对“量级”较高且资产类型多样的人士，我们将根据现实情况综合使用上述工具，确保最大限度实现财富的“先保值、再增值”。比如，针对既拥有房产、股权，又持有理财产品的人士，我们既会推荐使用遗嘱、代持，也会推荐使用信托、保险等。

### 问题四

#### “家企不分”的法律风险有哪些？如何规避？

对于该问题，直接且核心的法律风险之一即“因混同导致法人人格否认”。通俗地说，即作为股东的家族成员需要为家族企业的债务承担“兜底”责任。相应的法律依据为《公司法》第20条。

要想规避以上直接且核心的风险，最简单、“粗暴”的方法即将家族成员个人账户与公司公用账户相区分，并最好依法进行审计，做到“公司是公司、个人是个人”。

当然，“家企不分”还有其他民事甚至是刑事风险等，待后续就具体问题作具体分析。

#### 问题五

民法典时代订立遗嘱需要注意哪些事项？还有必要对遗嘱进行公证吗？

《民法典》已于2021年1月1日生效，其中就遗嘱问题作出了新的规定，比如肯定了“打印遗嘱”（《民法典》第1136条），新增“录像遗嘱”形式（《民法典》第1137条），明确“其他不具有见证能力的人”不得作为遗嘱见证人（《民法典》第1140条），以及删去“不得撤销、变更公证遗嘱”内容且公证遗嘱不再具有优先性（《民法典》第1142条）等。

在此背景下，是否还有必要对遗嘱进行公证？我们的意见是，可结合遗产的形式、立遗嘱人身体状况、立遗嘱人家庭和和睦情况以及立遗嘱人主要目标等因素综合考量，决定是否公证。就所需基本的严谨度来看，公证遗嘱仍是值得考虑的遗嘱形式，在条件允许情况下仍可推荐。在民事诉讼程序中，公证遗嘱的真实性、可靠性相比未公证遗嘱更容易得到采信，具备一定优势。

#### 问题六

中高净值家庭财富传承中的“烦恼”有哪些？如何解决？

说到中高净值家庭财富传承的“烦恼”，可能各有不同。但根据笔者团队的实践经验，除了焦虑财富的保值增值外，大部分的“烦恼”主要包括两类，即有没有必要聘请所谓专业人士进行规划和如何聘请到真正的专业人士进行规划。

首先，对于前一问题，如上所述，聘请肯定是有必要的，有助于防止“事后突然的醒悟”，成为“事后诸葛亮”。其次，对于后一问题，此可通过技术性方法应对。如果能通过妥当的筛选方法（如通过交流感知对方是否足够专业，查阅对方是否有相关业绩、法律文书水平是否合格，服务态度是否及时耐心等）找到恰当、专业的人员提供规划服务，答案是肯定的。

#### 问题七

如何防范因“婚变”导致公司股权或出资额变动的风险？婚前财产协议能否保护好婚前股权或出资额？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第72、73条等规定，如夫妻间产生离婚纠纷且协商不成的，可在符合相应要求下分割股权或出资额。也就是说，如发生离婚纠纷，一方持有的构成夫妻共同财产的股权或出资额往往面临极大变动可能性，要么股权或出资额本身一半需要被分割，要么一半股权或出资额对应的金额需要被支付。此外，一方持有的股权或出资额虽然为个人婚前财产但在婚姻存续期间得以增值的，那么一般也需要分割增值部分的一半等。

正是为应对该现实问题，所以出现了签署“婚前财产协议”的做法。不可否认，此做法对保护一方持有的股权或出资额确有帮助，但也存在着签署难度大、容易引发另一方误解甚至是“反感”等难题。因而，除了签署“婚前财产协议”，也许还可考虑其他做法，比如进行股权架构设计与代持方面的安排（当然，采用该安排方式的，同样需要全盘提前防控延伸风险）。

#### 问题八

家族信托在财富传承中扮演什么样的角色？家族信托与其他信托的重要区别是什么？

家族信托是近些年愈发热门的选用工具，受到了大量、广泛的关注。该种信托在财富传承中扮演了十分重要且核心的角色。毕竟从国际通行做法角度观察，家族信托制度具有隔离“败家”风险、节省税费、培养家族文化等优势。

并且，该种信托不同于其他信托，其以实现财富延续传承、保值增值而非仅以追求盈利为目标。因该种信托有着实现传承延续的制度功能，性质上属于非营利信托，所以世界各国也通常对其予以不同于营业信托的特别规定。

#### 问题九

保单在财富传承中的功能是什么？如何有效运用？

保单在财富传承中的功能主要包括防止意外大额支出发生、确保本金保值增值等。运用保单的前提在于考虑是否存在可预见的传承需求、是否存在急需使用资金现实情况和是否符合保单最低投保金额等。

至于如何有效运用，需要结合不同情形进行定制化处理，比如对于那些有“沉淀资金”且为家中“顶梁柱”的中高净值人士，配置保单将有助于减少其及其家族的后顾之忧。

#### 问题十

离岸信托是什么？是否可以节省税费？如何搭建？

离岸信托，一般是指设立在境外（热门地点包括开曼、英属维尔京群岛、新加坡等）的信托。设立离岸信

托确实具有节省税费的优势，这也是其能被纳入传承工具范畴的一大前提。

离岸信托架构一般涵盖境内、外两个层面。就境内看，通常直接“穿透”控制至“底层实体”（主要为公司或资产）。实体之上，即进入至境外层面，可能存在香港、开曼和/或BVI公司，而再之上，进一步存在离岸信托。此架构在某种程度上类似或借鉴于VIE架构。如拟搭建该架构，需要在境外层面注册公司、转移财产至信托名下等，通过境内、外律师和其他专业中介人士协助完成。



## 从法律视角探讨如何运用家族信托实现家族财富保护与传承

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 王博

持有英国特许证券与投资协会（CISI）财富与投资管理国际认证（ICWIM）资格。在商事合同纠纷、企业法律风险控制、家族财富保障与传承等业务领域具有丰富的执业经验。

#### 一、什么是家族信托？

##### 1. 什么是信托？

我国《信托法》第2条规定：“本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人

财联社4月24日讯，中国信托登记有限责任公司近日公布数据显示，今年3月新增家族信托产品规模较近12个月均值上升近四成。2020年年末家族信托规模较年初增长80.29%，连续四个季度上升。

2020年11月9日，招商银行发布《2020中国家族信托报告》显示，家族信托在各类财富传承安排方式中的提及率从2019年的20%提升至超30%，成为关注度增长最快的传承工具；家族信托意向人士数量年复合增长率达到35%；2020年，家族信托意向人士数量约24万人，预计到2023年底该数字将突破60万人；2020年家族信托意向人士可装入家族信托的资产规模约7.5万亿元，预计到2021年底，该部分资产规模将突破10万亿元。

今年两会期间，全国政协委员、证监会原主席肖钢在接受《证券日报》记者采访时也表示：“目前我国有3200万家民营企业，民营企业对家族信托的需求十分强烈。为促进民营企业财富的平稳传承，降低传承过程中民营企业财富社会效益的耗损，建议将家族信托作为一项民企财富传承的顶层设计予以推行。”

可见，家族信托受到越来越多高净值人士、特别是民营企业家的关注。那么，什么是家族信托？家族信托在家族财富保护与传承方面有哪些独特的优势？设立家族信托需要注意哪些事项？笔者试图通过本文内容向大家做简单介绍。

的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。”

根据《信托法》的规定，信托当事人主要包括委托人、受托人、和受益人。其中，委托人可以是自然人（应具有完全民事行为能力），也可以是法人或者依法成立的其他组织；受托人可以是自然人（应具有完全民事行为能力），也可以是法人；受益人可以是自然人，

也可以是法人或者依法成立的其他组织，受益人可以是一个或者多个。委托人可以同时是受益人。委托人是唯一受益人的信托，我们称之为“自益信托”；受益人为委托人之外其他人的信托，我们称之为“他益信托”。受托人也可以是受益人，但不得是同一信托的唯一受益人。此外，信托法律关系中还可能有关信托监察人（保护人），我国《信托法》规定公益信托必须设置信托监察人。

## 2. 什么是家族信托？

中国银行保险监督管理委员会信托监督管理委员会于2018年8月17日发布的《信托部关于加强规范资产管理业务过渡期内信托监管工作的通知》（信托函[2018]37号）第二条指出：“家族信托是指信托公司接受单一个人或者家庭的委托，以家庭财富的保护、传承和管理为主要信托目的，提供财产规划、风险隔离、资产配置、子女教育、家族治理、公益（慈善）事业等定制化事务管理和金融服务的信托业务。家族信托财产金额或价值不低于1000万元，受益人应包括委托人在内的家庭成员，但委托人不得为唯一受益人。单纯以追求信托财产保值增值为主要信托目的，具有专户理财性质和资产管理属性的信托业务不属于家族信托。”这是我国首次在监管层面对家族信托作出了定义。

根据上述监管要求，设立家族信托需要同时满足以下几个条件：

1. 委托人只能是单一个人或家庭，不能是法人或其他组织；
2. 受托人只能是信托公司；
3. 信托目的只能是家庭财富的保护、传承和管理，不能是单纯以追求信托财产保值增值；
4. 信托财产金额或价值不低于1000万元；
5. 不能是自益信托。

这些条件也是家族信托与其他信托产品的主要区别。

## 二、家族信托在财富保护与传承领域的独特优势

家族信托之所以受到越来越多高净值人士的关注和青睐，得益于它具有其他财富传承工具所不具备的独特优势。主要体现在以下几个方面：

优势一：隔离债务

(1) 信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。

《信托法》第15条规定：“信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后，委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，委托人是唯一受益人的，信托终止，信托财产作为其遗产或者清算财产；委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产；但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，其信托受益权作为其遗产或者清算财产。”

因为家族信托不能是自益信托，因此，信托存续期间，如果委托人死亡的，信托财产不作为委托人的遗产，无需偿还委托人生前所欠税款或债务。但是，如果受益人包含委托人本人，那么委托人所享有的信托受益权将作为遗产，需要偿还委托人生前所欠税款或债务。

(2) 对信托财产不得强制执行或财产保全（法定情形除外）

《信托法》第17条规定：“除因下列情形之一外，对信托财产不得强制执行：（一）设立信托前债权人已对该信托财产享有优先受偿的权利，并依法行使该权利的；（二）受托人处理信托事务所产生债务，债权人要求清偿该债务的；（三）信托财产本身应负担的税款；（四）法律规定的其他情形。对于违反前款规定而强制执行信托财产，委托人、受托人或者受益人有权向人民法院提出异议。”第47条规定：“受益人不能清偿到期债务的，其信托受益权可以用于清偿债务，但法律、行政法规以及信托文件有限制性规定的除外。”

此外，《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（法〔2019〕254号）第95条规定：“信托财产在信托存续期间独立于委托人、受托人、受益人各自的固有财产。委托人将其财产委托给受托人进行管理，在信托依法设立后，该信托财产即独立于委托人未设立信托的其他固有财产。受托人因承诺信托而取得的信托财产，以及通过对信托财产的管理、运用、处分等方式取得的财产，均独立于受托人的固有财产。受益人对信托财产享有的权利表现为信托受益权，

信托财产并非受益人的责任财产。因此，当事人因其与委托人、受托人或者受益人之间的纠纷申请对存管银行或者信托公司专门账户中的信托资金采取保全措施的，除符合《信托法》第17条规定的情形外，人民法院不应准许。已经采取保全措施的，存管银行或者信托公司能够提供证据证明该账户为信托账户的，应当立即解除保全措施。对信托公司管理的其他信托财产的保全，也应当根据前述规则办理。当事人申请对受益人的受益权采取保全措施的，人民法院应当根据《信托法》第47条的规定进行审查，决定是否采取保全措施。决定采取保全措施的，应当将保全裁定送达受托人和受益人。”第96条规定：“除信托公司作为被告外，原告申请对信托公司固有资金账户的资金采取保全措施的，人民法院不应准许。信托公司作为被告，确有必要对其固有财产采取诉讼保全措施的，必须强化善意执行理念，防范发生金融风险。……”

根据上述规定，除非符合《信托法》第17条或第47条规定的特殊情形，否则，法院不对信托财产进行强制执行或采取保全措施。

需要提及的是，近日网上热议的杨某与胡某、张某不当得利纠纷一案，备受信托业和法律届人士关注。在该案中，原告杨某申请武汉市中级人民法院查封、冻结了以被告张某为委托人、中国对外经济贸易信托有限公司为受托人、张某之子为唯一受益人的《外贸信托·福字221号财富传承财产信托》信托财产。

张某作为异议人对法院的上述保全措施提出异议申请（案号为：（2020）鄂01执异661号），武汉市中级人民法院裁定认为：“该冻结措施不涉及实体财产权益的处分，不影响信托期间内中国对外经济贸易信托有限公司对张某的信托财产进行管理、运用或处分等信托业务活动，只是不得擅自将张某的本金作返还处理，不属于对信托财产的强制执行。”法院据此驳回了异议人张某的异议请求。

随后，张某之子张某1作为异议人对法院的上述保全措施也提出异议申请（案号为（2020）鄂01执异784号），武汉市中级人民法院裁定认为：“根据案涉《外贸信托·福字221号财富传承财产信托信托合同》及中国对外经济贸易信托有限公司出具《关于（2020）鄂01执保

230号协助冻结存款的说明》《信托受益人变更函》等证据，可以证实本院保全的信托基金受益人为案外人张某1。本院于杨某与张某之间不当得利纠纷，依杨某保全申请，对案涉信托合同项下的所有款项及其收益予以保全，本案不属于《中华人民共和国信托法》第十七条第一款规定的四种情形。故案外人张某1对案涉信托合同项下的信托基金收益享有排除执行的权益，依法应中止对案涉信托合同项下的信托基金收益的执行。至于案外人张某1提出解除对案涉信托合同项下的信托资金的冻结。本院在财产保全程序中，为避免委托人转移信托受益权或信托理财赎回资金行为，本院依杨某的申请于信托期间内对案涉《外贸信托·福字221号财富传承财产信托》合同项下的所有款项进行了冻结，要求受托人中国对外经济贸易信托公司停止向委托人及其受益人或其他第三方支付合同项下的所有款项，该冻结措施不涉及实体财产权益的处分，不影响信托期间内中国对外经济贸易信托有限公司对张某的信托财产进行管理、运用或处分等信托业务活动，只是不得擅自将张某的本金作返还处理，不属于对信托财产的强制执行。因此，本院上述保全信托合同项下资金不违反《中华人民共和国信托法》的相关规定，合法有效。案外人张某1此项异议请求不能成立，本院不予支持。”

尽管笔者并不认同武汉市中级人民法院冻结信托财产的做法，该行为有违《信托法》关于信托财产独立性的规定以及九民会议纪要的精神，但该院也认可了委托人之外的受益人对信托基金收益享有排除执行的权益，并中止了对受益人信托基金收益的执行。（笔者认为法院有权依据委托人的债权人的申请，查封、冻结委托人本人作为受益人所享有的信托受益权，但无权查封、冻结信托财产、以及其他受益人所享有的信托受益权。笔者将在其他文章中对本案保全措施的合理性及债权人的救济途径进行分析。）

### （3）无法隔离债务的特殊情形

当然，家族信托并非能隔离一切债务，或者说是绝对隔离债务的工具。除上述《信托法》第17条、第47条规定的可以被法院强制执行的情形之外，还应当注意防范家族信托被认定无效或被撤销的风险。

《信托法》第11条规定：“有下列情形之一的，信托

无效：(一)信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益；(二)信托财产不能确定；(三)委托人以非法财产或者本法规定不得设立信托的财产设立信托；(四)专以诉讼或者讨债为目的设立信托；(五)受益人或者受益人范围不能确定；(六)法律、行政法规规定的其他情形。”第12条规定：“委托人设立信托损害其债权人利益的，债权人有权申请人民法院撤销该信托。人民法院依照前款规定撤销信托的，不影响善意受益人已经取得的信托利益。本条第一款规定的申请权，自债权人知道或者应当知道撤销原因之日起一年内不行使的，归于消灭。”

家族信托是委托人隔离未来或有债务的工具，而非逃避现有债务的工具。如果家族信托被认定无效，或因损害债权人利益被撤销，仍然无法起到隔离债务的作用。如果在已经发生债务之后再设立家族信托，存在被法院撤销的风险，不但无法隔离债务，还会产生额外的信托财产管理费，得不偿失。尽管《信托法》规定撤销信托并不影响善意受益人已经取得的信托利益，但究竟何为善意仍缺乏明确法律规定，在司法实践中举证受益人善意取得信托利益也存在一定难度。

#### 优势二：控制身后财产

高净值人士无论是通过遗嘱、赠与协议等法律工具，还是通过大额保单等金融工具进行财富传承，其在将财产传承给继承人、受赠人、受赠人或受益人后，都无法控制财产获得者如何管理、处分财产。如果财产获得者对财产进行挥霍，或因不具备相应的财产管理能力导致投资亏损，或财产与子女的夫妻共同财产发生混同，在子女发生婚变或其他意外事件时，都会导致家族财富的迅速流失，无法按照传承人生前的意愿为后代提供持续、稳定、优渥的生活保障。如果子女/孙子女为未成年人，其获得的巨额财富还会给他带来巨大的安全隐患。但是，委托人在设立家族信托之后，就可以要求受托人按照委托人设定的信托利益分配方案按条件或按期限地分配信托利益，有效避免上述风险发生，为受益人提供覆盖全生命周期的持续、稳定的资金安排。此外，委托人还有权通过信托文件，或者信托利益分配方案，限制受益人用信托受益权偿还债务，从而实现保全资产的目的。

#### 优势三：激励后代

我们所探讨的家族财富传承，传承的不仅仅是物质财富，还包括精神财富。据招商银行《2020中国家族信托报告》深度访谈分析，高净值人士对于财富传承的安排主要基于三个目的：1.面向子女、孙子女等多代有序的资产传承，为其实现全生命周期现金流安排及法律税务层面的风险防范；2.家族企业控制权的平稳过渡，将企业经营风险进行有效隔离；3.家族价值观的统一、愿景的传递、树家风、定家规，培养下一代正确的财富观念，实现更高层次的精神财富传承。而家族信托对上述目的均有较好的回应。家族信托的利益分配方案，就可以在传承物质财富的同时，发挥激励下一代勤勉奋进的作用。比如，委托人可在信托利益分配方案中设定，如子女考取国内985院校可获得xx万元助学金；考取常春藤名校可获得xxx万元助学金等等。这种激励作用也是其他财富传承工具所不具备的功能。

优势四：实现财富定向传承，避免遗赠风险或复杂的继承手续

这一优势是家族信托和大额保单这两种金融工具都具备的。

《民法典》第1133条规定：“自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。自然人可以依法设立遗嘱信托。”《民法典》第1124条规定：“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后六十日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”实践中，经常会有人将财产通过遗嘱的形式赠与给孙子女或外孙子女，而孙子女或外孙子女并非是法定继承人，而是受遗赠人。根据上述法律规定，如果孙子女在知道受遗赠后60日内未作出接受的意思表示，则视为放弃受遗赠，这无疑为孙子女继承遗产带来巨大的风险。而家族信托和保险可以通过合同指定孙子女/外孙子女或其他需要特殊照顾的人为受益人，轻松实现财产的跨代或定向传承，避免上述风险发生。同时，也能有效避免法定继承、遗嘱继承需要办理的复杂手续和继承人因遗嘱产生的争议或诉讼。

### 三、设立家族信托的注意事项

高净值人士在设立家族信托时，笔者提示需要关注以下几个方面：

#### 1. 设立家族信托的时机

大部分高净值人士都对家族财富传承规划给予了足够重视，但也有相当比例的客户认为家族财富传承重要却不紧急，没有把握好做财富传承规划的最佳时机。正如很多客户虽然认可保险的价值，但往往在想要购买保险、规划财富传承时，却发现年龄、身体状况已经不具备购买大额保单或作为被保险人的资格。

如前文所述，为了防止家族信托被确认无效，或因损害债权人利益而被撤销，家族信托应当在委托人尚不负有重大债务的情况下设立，如在进行重大项目投资之前，或在企业需要融资、股东提供担保之前，或企业/家庭可能面临其他债务风险之前设立。如需防范诸如中美贸易战、新冠疫情等黑天鹅事件带来的不可预见风险，当下就是进行财富传承规划、设立家族信托的最佳时机。

#### 2. 如何选择家族信托产品？

家族信托在资产管理模式上主要有两种。一种是全权委托模式，另一种是指令模式。全权委托模式是委托人全权委托信托公司按照合同约定的投资意向和框架，根据委托人能够承受的风险类别，代理委托人直接进行投资和资产管理；指令模式是指委托人向信托公司下达投资指令，信托公司按照投资指令进行交易操作并向委托人进行报告。通常情况下，指令模式的管理费要高于全权委托模式。

如果客户是通过私人银行、第三方财富管理机构渠道设立家族信托，私人银行或第三方财富管理机构还往往会要求为客户配置投资顾问和综合服务顾问，由投资顾问接受委托人的委托向其提供投资建议，信托公司根据投资顾问的投资建议和指令进行交易操作，信托公司将交易结果和信托财产的管理情况向综合服务顾问进行报告，再由综合服务顾问向客户提供报告、说明、建议等综合事务性服务。我们可以将这种模式理解为特殊的

指令模式，也有人称之为顾问咨询模式。这种模式下，除了信托财产管理费之外，还会产生投资顾问费、综合顾问费等其他费用。当然随着管理成本的提升，委托人也能获得更为专业的投资建议和优越的服务体验。

那么，客户该如何在众多的信托公司中，或通过私人银行、第三方财富管理机构选择适合自己的家族信托架构和产品呢？笔者建议从以下几个方面进行比较和甄选。

#### (1) 比较信托公司管理家族信托资产的能力。

鉴于家族信托存续时间较长，高净值人士设立家族信托更注重的是信托财产的安全稳健，而非追求更高的收益。因此，应当格外关注信托公司的股东背景、注册资本、资产管理规模、投资和资产管理能力、风险控制能力、家族信托业务的成熟程度等等。在存在投资顾问的模式下，还应当关注投资顾问的上述信息。

#### (2) 比较合同条款、费率及公司政策。

尽管各信托公司的信托合同已经相对完善，但是针对委托人不同的需求和关注点，还有很多可以协商和修改的空间。不同公司合同条款的严谨程度和灵活程度，也不尽相同。近百页的合同文本、复杂的法律关系、拗口的专业表述，对金融、法律等专业人士而言都尚需阅读耐心，让客户对冗长庞杂的信托合同条款有全面、充分的认知和理解，实存巨大挑战。且大多数合同条款都有利于信托公司、投资顾问、综合顾问等专业机构，为上述机构免除了重大法律风险，建议客户在设立家族信托之前，聘请专业律师针对客户的需求对合同条款提示可能出现的风险或作出修改意见。近日，笔者接受委托，为高净值客户们拟签订的家族信托合同提出的关键性修改意见，均被信托公司接受和采纳。

随着家族信托业务的快速发展，市场竞争越发激烈。不同信托公司收取的信托财产管理费也有所差别。在笔者接触的信托公司中，信托财产年度管理费从千分之三到百分之一不等，甚至有信托公司为了支持家族信托业务的开展，推出了特殊业务政策，免收第一年或前三年的信托财产管理费。这对于家族信托资产规模较大、存续期间较长的客户而言，无疑是一笔不菲的开支

差异。以笔者的服务经验，针对不同资产规模的管理费，各信托公司都会有一定的议价空间。

此外，各信托公司对资产规模的要求、以及所对应的政策也不尽相同。例如，有的信托公司对金额超过1000万元的信托财产，就可以按条件设定利益分配方案；而有的信托公司对金额超过3000万元的信托财产，才可以按条件设定利益分配方案，低于3000万元的，只能按期限设定利益分配方案。客户需要根据自身财富传承的具体需求来选择适合自己的信托公司。

### 3. 关于保险金信托

鉴于家族信托对客户的资产规模要求较高，部分保险公司与信托公司合作，推出保险金信托业务，一方面降低了对客户资产规模要求的门槛（部分保险公司的产品在保额达到1000万元，或者保费达到500万元即可将保险金受益权装入家族信托），另一方面也解决了投保人在百年以后不能控制受益人如何使用保险金的问题。保险金信托是将保险合同的受益人变更为信托公司，在发生保险事故后由信托公司领取保险金作为信托财产，信托公司再根据信托合同的约定向受益人分配信托利益。通过保险金信托的法律架构，可以有效防止原保险受益人可能将保险金挥霍、使用保险金投资失败或发生夫妻财产混同等风险发生。这为资产规模尚未达到家族信托准入门槛，又希望实现身后控制财富的客户提供了一个新的选择。

### 4. 信托法律制度还有待完善

我国《信托法》是于2001年4月28日通过、于2001年10月1日施行的，尽管当时的立法已经具有一定前瞻性，但至今已近20年，无法满足时代发展的需求。且很多条款属于原则性规定，在司法实践中，难免出现因缺乏操作指导性而导致执行标准不一的情形。例如上文提及的杨某与胡某、张某不当得利纠纷一案，武汉市中级人民法院对张某设立家族信托的信托财产采取保全措施引起极大争议。法院一方面要考虑信托财产独立性原则，一方面还要兼顾公平合理原则和社会公序良俗，在夫妻一方为他人提供资金设立家族信托的情况下，也着实需要考虑对不知情配偶一方进行权利救济的问题。因此，亟需对《信托法》进行修订或出台相关司法解释，

对委托人滥用分配信托利益的权利而恶意转移资产或逃避债务进行限制。

此外，信托财产非交易性过户制度及信托财产登记制度的缺失，制约了非资金类财产家族信托的设立；我国也没有针对家族信托的税收法规，税务机关普遍将信托财产的置入视为一次市场交易行为，由此产生的高额税负也使得企业家将不动产、股权等非现金资产装入家族信托的愿望难以实现。因此，目前国内的家族信托仍以资金和保险金请求权为主要信托财产，和国外的家族信托相较而言，丧失了企业家利用家族信托传承公司股权等财产的核心功能。

综上，家族信托作为财富保护与传承的主要工具之一，有它独特的优势，也有不足之处。相信随着相关法律法规及配套制度的不断完善，其在财富保护与传承方面的优势会越来越突显。

需要强调的是，高净值人士的家族财富传承规划，绝非依托单一工具就能解决，而是需要根据客户的资产规模、资产类别、家庭结构、子女特点、传承意愿、特殊需求等具体因素，在专业人士的指导下，运用金融、法律等多种财富传承工具综合规划并适时调整，从而实现最佳的财富传承目标。

## 论公序良俗原则在劳动合同解除中的适用

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



张宁

深耕劳动法领域十余年，参与研讨、起草并制订了多个对全市劳动仲裁和审判工作具有指导意义的文件。擅长大中型企业搬迁、关停、破产、分立、裁员、改制等过程的劳资政策咨询、制订安置方案、主持相关流程等。



张晓雨

业务专长为劳动争议案件代理及人力资源管理等非诉法律事务处理。

我国《劳动合同法》第三十九条对用人单位单方解除劳动合同的条件进行了封闭式的列举规定，面对近年来多发的劳动者性骚扰、吸毒、违反疫情防控政策等违背公序良俗的行为，在无规章制度明确规定的前提下，用人单位及司法机关能否适用公序良俗原则解除劳动合同存在法律适用困境，本文通过考察域外立法例和我国司法实践，从法解释论和立法论角度分别提出了公序良俗原则在劳动合同解除中的适用路径，并为了防止公序良俗原则的泛化和滥用，提出了公序良俗原则在适用中的合理规制建议。

## 一、问题的提出

《劳动合同法》第三十九条对用人单位单方解除劳动合同的情形进行了封闭式的列举规定，未设置兜底条款，除该条列举的五种法定劳动合同解除事由外，规章制度成为了用人单位解除劳动合同的唯一依据，但纵然用人单位再努力完善规章制度，也不可避免的出现一些新情况新问题，出现了立法认识的局限性和司法实务的多样性之间的矛盾。

近年来，司法实践中出现了很多员工行为有违公序良俗的案件，例如北京某员工使用单位洗菜盆洗内衣，武汉某员工在单位内吸毒，北京某员工不遵守疫情隔离政策、执意外出跑步且不戴口罩等等。

面对上述有违公序良俗之情形，若用人单位规章制度对此并无规定，似乎对员工没有合法的解雇之策。公序良俗原则作为《民法典》的一项基本原则，关乎一切民事法律行为的效力，用人单位能否以违背公序良俗为由解除劳动合同，值得研究。

## 二、公序良俗原则在劳动合同解除中的法律适用和司法实务困境

### （一）公序良俗原则在劳动合同解除中的法律适用困境

《劳动法》第二十五条和《劳动合同法》第三十九条都对用人单位单方解除劳动合同的情形进行了列举式规定，但不同的是，《劳动法》第二十五条将“劳动纪律”作为劳动合同解除的依据，但后制定的《劳动合同法》将劳动纪律剔除，仅保留规章制度作为劳动合同解除的依据。

有观点认为，《劳动合同法》将“劳动纪律”作为“规章制度”的一部分，并未予以明确排除。但即便如此，在具体适用时，具体的劳动纪律仍然需要以书面形式明确规定于规章制度之中，且经法律规定的民主和公示程序后才能有效，否则适用劳动纪律将缺乏正当依据，因此在出现既非法定列举情形，也无规章制度依据时，用人单位解除劳动合同就会陷入束手无策的艰难境地。《劳动法》和《劳动合同法》均未将公序良俗作为基本原

则，但作为民事活动的基本原则之一的公序良俗原则能否在劳动法中得以适用存在制度困境。

### （二）公序良俗原则在劳动合同解除中的司法实务困境

在司法实务中，对于能否依据公序良俗原则解除劳动合同关系争议较大，不同法院观点不同。有裁判观点认为，用人单位应逐步完善规章制度，在无规章制度对劳动者的行为进行规制时，用人单位突破规章制度的内容，以违反公序良俗或社会公德与劳动者解除劳动合同，缺乏制度依据，属于违法解除。例如在前述北京某员工使用单位洗菜盆洗内裤一案中，该员工的不当行为严重影响了其他员工在单位食堂就餐，也给公司声誉带来了十分不良的影响，属于违背公序良俗的行为，但是该公司并未将这类行为规定于公司的规章制度中，因此仲裁庭认为，公司以严重违反公司规章制度为由解除与该员工的劳动关系并不妥当，属于违法解除。

另有观点认为，如果员工的行为明显违反基本社会公德、公序良俗，并且对用人单位的生产经营、管理秩序、企业声誉等造成严重负面影响的，用人单位的规章制度虽对此无具体规定，但仍有权与员工解除劳动合同，实现经营管理效果和社会效果的统一。例如在成都中院（2009）成民终字第2216号民事判决中，虽然用人单位在规章制度未规定“性骚扰”行为属于严重违纪行为，但司法机关认为，即使规章制度规定内容并不完善，但“性骚扰”行为本身仍因违反劳动纪律、公序良俗而得以合法解除。

此外，各地法院针对实践中出现的此类问题，制定了一些处理意见、通知等，引入了规章制度之外的一些法律原则。例如《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》第十一条规定，除规章制度外，员工还须遵循依法、诚实信用的原则，遵守劳动纪律和职业道德，并在规章制度无规定时可以依此解除劳动合同，并公布了相关典型案例；《重庆市高级人民法院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见》认为，“但劳动者存在严重违反劳动纪律的行为，且该行为依据通常情理判断属于严重违背社会主义核心价值观、公序良俗、诚实信用原则的行为，用人单位可以以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动

合同。”相反，另有地区出台的意见对依据《劳动合同法》第三十九条解除劳动合同持相反态度，如天津市、烟台市。以上来看，在无明确的规则制度供给时，公序良俗原则能否作为劳动合同解除的原则存在一定的适用困境。

### 三、引入公序良俗原则解除劳动合同的必要性探析

(一) 引入公序良俗原则有助于缓和劳动者的过度倾斜保护

我国劳动立法向来注重对劳动者合法权益的保护，反应在不同的历史时期，也出现了不同的保护价值理念。

在《劳动法》制定时期，为了巩固劳动力市场改革的成果，为了保障劳动力用工市场的灵活性，《劳动法》赋予了用人单位依据劳动纪律等弹性条款解除劳动合同的权利，而在《劳动合同法》制定时期，出现了劳动者合法权利保护缺失的情况，为了缓解这种失衡格局，《劳动合同法》大幅限制了用人单位的用工自主权。但目前，劳动者权益保护势不可少，市场主体保护也应重视，面对诸多劳动者违背公序良俗的案例出现，赋予用人单位一定的弹性用工自主权，有利于缓解法律矫枉过正的情形，促进市场经济的健康发展。

(二) 引入公序良俗原则有助于促进劳动关系和谐发展

劳动关系是以生产力为交换的社会关系，具有人格从属性和经济从属性的特征。换言之，劳资双方之间的关系除了一般的经济交换关系外，还存在劳动合同持续履行不可或缺的合作关系。如果在持续性劳动关系存在期间，一方对另一方的信任关系缺失，劳动合同继续履行的效果将会大打折扣。在劳动者一方存在严重的违背公序良俗行为时，尤其是对用人单位造成了不良社会影响时，如果不允许用人单位解除劳动关系，将会影响用人单位和劳动者双方的发展，不利于和谐劳动关系的构建，甚至会引发新的劳资纠纷。

(三) 引入公序良俗原则有利于减少类案不同判现象

长期以来，因为《劳动合同法》第三十九条的封闭性限制，导致裁判机关在面对此类案件时缺乏有效的法律依据，不同地区对能否不依据《劳动合同法》第三十九条之规定解除劳动合同有不同的导向性意见，不同法院对公序良俗认定的标准、情形或程度有不同的认识，进而在类案中呈现不同的司法裁判结果。如果能将公序良俗原则作为用人单位解除劳动合同的合法基础，裁判机关在面对相应案件时会有充分的法律依据，司法实务中的类案不同判现象也会减少。

### 四、公序良俗原则在劳动合同解除中的适用路径及合理规制

(一) 公序良俗原则在劳动合同解除中的适用路径

通过上述分析可知，我国《劳动合同法》第三十九条采用了封闭性的列举模式，在面对情形复杂的司法实践时张力不足、过于僵化，借助公序良俗原则有利于实现个案正义。笔者下文将考察域外立法实践和我国司法经验，从解释论和立法论两个角度分析公序良俗原则在劳动合同解除中的适用路径。

#### 1、域外劳动立法实践考察

在此选取英国、德国、俄罗斯三个国家作为考察对象，作为域外考察的范例。英国《雇佣权利法》要求用人单位解除劳动者需要达到“潜在的正当事由”，包括不具备相应的行为和能力；不当行为；经济性裁员；资格限制；其他实质性原因。德国《解雇保护法》对用人单位解聘也进行了抽象性的规定，其需要满足的条件包括紧迫的经营需求、雇员自身原因；雇员行为的原因。俄罗斯颁布的《俄罗斯劳动法典》则针对不同劳动者制定了宽严不一的解聘事由，对部分劳动者解聘需要满足“劳动合同或其他合同规定的情形”。

通过考察上述三个国家的劳动立法例，可以发现对于用人单位解雇事由的约定均存在相应的兜底性质的条款，即通过“概括性条款+明确列举事由”的方式予以规范，同时还通过列举反面事由排除不可解除劳动合同的情况。

#### 2、我国司法实践经验分析

我国部分地区针对实践中出现的因违背公序良俗解除劳动合同的案件，制定了一些指导性的意见，开始逐步探索劳动合同解除依据的开放条款。

如前文所述，上海市和重庆市引入劳动者需遵守劳动纪律和职业道德、公序良俗、诚实信用原则，否则在无规章制度规定时用人单位可解除劳动合同的规定。此外，《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第八十九条规定“劳动者严重违反劳动纪律，用人单位可以依据《劳动法》第二十五条的规定解除劳动合同。”北京市于2017年印发《审理劳动争议案件适用法律问题的解答》，第十三条中规定“《劳动法》第三条第二款中规定：“劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德”。

上述规定是对劳动者的基本要求，即便在规章制度未作出明确规定、劳动合同未明确约定的情况下，如劳动者存在严重违反劳动纪律或职业道德的行为，用人单位可以依据《劳动法》第三条第二款的规定与劳动者解除劳动合同。”通过分析上述规定可知，北京地区认为可依《劳动法》第三条第二款解除劳动合同，深圳地区认为可依《劳动法》第二十五条解除劳动合同，上海、重庆地区虽没有说明法律依据，但认为可以违反劳动纪律解除劳动合同。

### 3、依据公序良俗原则解除劳动合同的法解释论路径

《劳动法》和《劳动合同法》均有用人单位解除劳动合同的法律规定，但依新法优于旧法的法律适用原则，《劳动合同法》应当优先适用，即不得直接依据《劳动法》第二十五条的规定解除劳动合同。另外，依据《劳动法》第三条规定，劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德，属于劳动者应履行义务的概括规定，在劳动合同解除已有特别规定的情况下，也不宜直接以《劳动法》第三条的原则性规定作为解合依据。

笔者认为，从法解释论的角度出发，可以对《劳动合同法》第三十九条第二项的规定进行一定的扩张解释，即“严重违反用人单位的规章制度”中的“规章制度”既包括用人单位根据自身实际制定的关于劳动报酬、劳动纪律等的规章制度，也应包括我国法律法规关于规范公民行为的原则规则，公序良俗属于公民从事民法活动的

基本原则之一，当劳动者存在严重违背公序良俗原则的行为时，用人单位可以依据《劳动合同法》第三十九条第二项的规定解除劳动合同。

### 4、依据公序良俗原则解除劳动合同的立法论路径

我国立法向来具有采用兜底条款或概括条款的立法传统。《劳动合同法》第三十九条第二项规定的规章制度亦属于概括性质的规定，但面对实践中的复杂情形，用人单位制定的规章制度难免挂一漏万，通过上述分析，对于劳动者违背公序良俗行为的规制具有紧迫的现实需求，在司法裁判实践中也有一定的适用基础，亦有国外立法例和我国立法进行借鉴，故在《劳动合同法》第三十九条中增加兜底性条款具有合理性。

在立法技术上，可以在《劳动合同法》第三十九条中增加一项，如“其他严重违反劳动纪律、职业道德或违背诚实信用、公序良俗、社会主义核心价值观的行为，给用人单位造成严重损害或有其他严重后果的”，注意突出该行为内容的不当性、后果的严重性及适用上的严谨性。

### (二) 公序良俗原则在劳动合同解除适用中的合理规制

第一，优先适用规章制度而非公序良俗原则。穷尽法律规则方可适用法律原则，公序良俗原则是民事法律活动的一项基本原则，不得绕开已有的法律规则而径行适用法律原则。在劳动合同解除领域，公序良俗原则仅是用人单位在面对个案时的兜底选择，当用人单位规章制度已经对相关行为予以规范时，应当优先适用规章制度之规定，公序良俗原则仅能作为裁判说理的辅助性依据。

第二，对公序良俗原则严格审查、充分释明后方可适用。公序良俗是公共秩序和善良风俗的统称，但其含义内容具有广泛性、抽象性、时代性、地域性，不同地区、不同民族对公序良俗的认识有较大不同，裁判机关在具体适用时必须立足当地实际，结合社会主义核心价值观，摒弃落后观念和低俗恶俗观念，在保证公序良俗认识正确的前提下，结合案件情况，对公序良俗原则的具体情形予以严格审查、充分释明。

第三，公序良俗原则的适用要保持谦抑性。公序良俗原则仅仅是用人单位在处理个案时，因规章制度无规定所能寻求的兜底原则，但要防止公序良俗原则的泛化和滥用，避免从一个极端到另一个极端。劳动者违反公序良俗的行为可能多种多样，有轻有重，是否适用公序良俗原则要有一个合理的度。笔者认为，司法机关要综合考察劳动者违背公序良俗行为的次数、过错程度、顽固性、危害性、改正措施以及对企业造成的经济损失、声誉损失等因素，只有当劳动者的不当行为影响了劳动义务的履行、对公司财产权益或声誉形象等造成较大损害或因性骚扰等行为对他人权益造成侵犯时，在规章制度无相应规制时，用人单位才可适用公序良俗原则解除劳动合同。

第四，司法实践需要对公序良俗原则进行不断的类型化。因为公序良俗原则自身内涵的广义性，其能够适用于民事法律行为的各个方面，类型化适用能够对公序良俗适用的条件、内容及法律后果等进一步明确，使法律的安定性得到强化保障，同时对司法机关的自由裁量权能够进行合理的规制。在劳动合同解除环节，裁判文书要注重收集梳理、归纳总结，对司法实践中出现的各类代表性案件，总结成熟的实践经验和运用规则，并逐渐在司法实务中推广运用。

参考文献：

[1]徐小洪：《劳动法的价值取向：效率、劳动者主体地位》，载《天津市工会管理干部学院学报》2009年第1期。

[2]朱军：《修法背景下《劳动合同法》第39条的完善》，载《法学》2017年第9期。

[3]闫冬：《论正当解雇事由的体系范式》，载《法学》2020年第4期。

[4]蔡唱：《公序良俗在我国的司法适用研究》，载《中国法学》2016年第6期。

[5]李涛、郑远民：《“公序良俗原则”在司法适用中的问题及建议》，载《长春理工大学学报（社会科学版）》2019年第2期。

[6]李珊珊：《我国违纪解雇法律适用困境与出路探究》，载《安徽电气工程职业技术学院学报》2018年第2期。



## 浅议刑事合规问题——企业风险控制的新发展

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 贾昆

主要从事公司风险防范及争议解决等法律事务，为多家集团公司提供法律服务，对公司合规风险防范及处置具有非常丰富的经验。擅长处理商事领域中的疑难诉讼、刑民交叉业务，在能源行业有业务专长。

随着中国市场经济纳入法治轨道的程度逐步加深，一方面，企业依法经营有利于保障经济社会的运营秩序，维护经济社会的公平正义；另一方面，企业经营者也需要依靠依法经营来实现自身的壮大发展。但不可忽视的是，近年来以企业为主体的刑事犯罪越来越多，并有逐年上升的趋势。企业犯罪所造成的社会影响是巨大的，这往往意味着一个企业的倒闭或重创，会影响到一个地区的经济发展，甚至影响到整个行业甚至国家的经济发展。特别是随着中国企业走向世界的步伐逐渐加快，已经有69家涉华企业因违反《反海外腐败法》被处罚，142家涉华企业遭到世界银行制裁。传统的事后惩治方法难以有效的防控企业犯罪，为了实现对企业违法行为的规制，完善预防企业犯罪的措施，建立有效的刑事合规制度已经成为全球企业进行公司治理的重要方式。

### 一、刑事合规制度的概念和起源

学术界对刑事合规的定义并未达成统一的意见，但大致认为企业刑事合规是指借助刑事司法手段，避免企业或者企业员工相关的违法行为，从而达到预防企业犯罪的目的。企业刑事合规作为企业合规的一个组成部

分，是整个合规体系中最低限度也是最重要的部分，是合规计划的核心内容。

南京大学法学院教授孙国祥总结刑事合规有三个具体特征：一是其目的在于要求企业的运行受到刑事规范的约束；二是其内容在于赋予企业及其经营者一定的刑

事风险管理的积极义务；三是其后果在于对合规与不合规企业的刑事政策回应。

最高人民检察院检察理论研究所研究员石磊在检察日报发表文章，主张：“将企业的刑事合规活动放在国家、社会层面考量”，强调：“如果将刑法的评价机能提前具体化和情景化，结合社会成员和组织体的日常活动，有目的地设计和实施能够避免刑事责任的行为模式，就能最大限度地避免犯罪，从而使得国家不必动用刑法和刑罚。以避免刑事风险为目的的企业刑事合规计划的制定和贯彻，恰好与最优的犯罪预防和刑法评价机能的具体化、情景化的国家、社会需求相吻合，与刑法对犯罪惩罚的事后性互相弥补。”

“合规”的概念源于英文中的“to comply with”，直译即“符合规定”。尽管基本理念上存在一定的模糊，合规对于预防犯罪的积极作用已然受到社会各界的认可。某种意义上，刑事合规计划是指企业为预防、发现违法行为而主动实施的内部机制。

企业合规最初源于美国，随着水门事件和越来越多企业“捐款”丑闻的爆出，1977年美国颁布了《反海外贿赂法》以遏制日益猖獗的海外行贿。该法首次将合规确立为一种法定义务，而非单纯的犯罪预防措施。20世纪90年代，美国联邦量刑委员会在新修订的《联邦量刑指南》第八章中正式引入合规制度。当企业面临犯罪指控时，只要其证明自身存在有效的合规体系，最终的罚金数额便可能减少30%~83%之多。更重要的是，《联邦量刑指南》开启了企业合规的刑事化发展，企业合规由此走向刑事合规。与此同时，随着一系列大案的发酵，如巴林银行破产案等，欧洲各国开始日益关注企业的内控机制以及欺诈现象泛滥等问题，并思考企业高管的刑事责任问题，企业自身也越来越致力于对其职员的犯罪行为加以遏制和揭发。英、法、日等国相继颁布法律，建立本国的刑事合规制度。2014年国际标准化组织发布《合规管理体系指南》，首次在全球范围内建立起统一标准的合规规则。更多的国家包括中国在内纷纷以此为蓝本，构建本国的刑事合规管理标准，刑事合规制度在全球范围内获得空前普及。

## 二、刑事合规制度在我国的发展

首先，“拒不履行信息网络安全管理义务罪”的增设，被普遍认为确立了相关企业即网络服务提供者的管理义务，开启了由犯罪的国家治理转向国家与企业合作治理的模式。这种合作治理并非基于企业意愿，而是法定的刑事义务。换言之，网络服务提供者的犯罪预防义务从以往的道德、行政层面上升至刑事层面，相关企业拒不履行即可被纳入刑法的打击范畴，而义务的积极履行则可能获得定罪机会。管理义务的设立倒逼企业将一部分精力从日常的生产经营转向安全监管。互联网企业“野蛮生长”已是常态，规模的增加和粗放的管理使企业和员工触及法律红线的行为时有发生。这一罪名的增设正是为了迫使企业出台措施规范自身行为，从而保证企业的长期健康发展，促进市场的良性竞争。从世界范围来看，类似巴林银行等因个别员工违法导致企业轰然倒塌的案例不胜枚举。每一个中国企业都是国家不可多得的财富，管理义务的设立实际上从根本上保护了中国企业参与全球竞争。

其次，以中兴事件为代表的一系列案例使得立法者和企业深刻意识到合规对于中国企业“走出去”的重要意义。2018年，历经两个多月的谈判，中兴通讯最终以支付10亿美元的罚金、4亿美元代管金并在30天内更换董事会等为代价，与美国商务部达成和解协议解除了相关禁令。应当承认，中兴通讯之所以被制裁，除贸易战等政治因素外，最终的问题还是出在自身。中国企业必须认识到“打铁还需自身硬”，唯有杜绝自身的一切风险行为，才能在国际贸易竞争中立于不败之地。也正因为此，本次和解协议中除了巨额罚款外，多项条款集中于中兴内部的合规治理体系改善上。

再者，2018年国资委发布的《中央企业合规管理指引（试行）》和国家发改委发布的《企业海外经营合规管理指引》标志着中国企业的合规建设进入了规范性时代。文件指出，合规意味着组织遵守了适用的法律法规及监管规定，也遵守了相关标准、合同、有效治理原则或道德准则，给出了合规管理体系各要素以及企业建立、实施、评价和改进合规管理体系的指导意见，是我国迈进合规领域的一大步。

最后，中共中央印发《法治中国建设规划（2020 - 2025年）》中提出：“引导对外经贸合作企业加强合规管理，提高法律风险防范意识。”中共中央印发《法治社会

建设实施纲要(2020 - 2025年)》中提出：“引导企业树立合规意识，切实增强企业管理者和职工的法治观念。”通过以上两个重要纲要性文件，中央对企业合规未来的发展提出了纲领性的引导意见。”

### 三、律师在刑事合规领域的作用

不难看出，我国意欲构建普遍且有效的刑事合规体系，为我国的法治建设添砖加瓦，这当然离不开律师的参与。虽然我国的合规体系尚处初创阶段，但在当前及可预见的未来，刑事律师至少可以从以下三个角度为企业合规制度提供服务。

首先，为尚未面临明显法律风险的企业提供风险预判，发现并帮助其避开可能的刑事风险，这可以分为一般刑事法律服务和专项刑事法律服务。前者包括企业涉及的刑事法律问题进行咨询和定期的刑事法律风险培训等。例如，刑事法律法规、刑事政策经常发生变化，企业必须在第一时间了解，从而及时调整经营管理策略以避免遭受重大的打击。后者指在企业进行某项重大的经营性决策，比如招投标业务、创建新的业务模式和公司内部反舞弊调查等，就可能涉及的刑事问题聘请刑事律师进行相关的法律服务。

其次，帮助企业建立长效合规制度。刑事合规被普遍看作是国家治理向国家企业共同治理的转变措施，换

言之，企业必须在犯罪治理中变被动为主动、变被治为自治。企业进行犯罪自治，显然必须依靠成熟的成文规则而非人治，因此律师合规服务的重点就在于帮助企业建立预防犯罪的长效机制，即打造适合企业自身的合规计划。

最后是犯罪发生后的风险应对。最高人民检察院已经在全国6家基层检察院开展合规不起诉改革的试点工作，可以看出，推进企业刑事合规管理、优化企业司法环境、改革企业犯罪相对不起诉适用机制，已成为最高人民检察院明确的司法方向。因此在刑事风险已然出现后，合规律师更多地应当着眼于通过有效的合规计划使企业免于被起诉或者减轻处罚。

作为律师，要善于运用法律和企业双重思维，为企业提供全面的法律服务，提供优质的合规服务，并采取防范措施，做到标本兼治。一旦企业的问题涉及到刑事诉讼中，就可能对企业的经营、品牌和业务产生很大的负面影响，甚至给企业造成灭顶之灾。



## 论企业环境保护合规管理体系之构建

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



李秀华

业务领域为环境投资、公司设立、股权并购、商标注册及知识产权保护，擅长处理土地开发、房地产并购、项目投融资等法律事务，处理过多起项目开发、项目并购、投资融资、资产处置的非诉法律事务，为多个欧美及其他海外客户提供企业设立、知识产权及劳动法等方面的法律服务。

2016年11月21日，国务院办公厅印发了《控制污染物排放许可制实施方案》，企业需自行申报排污许可资料，对申请材料的真实性、准确性和完整性承担法律责任，并且需要依法实行自行监测和定期报告、自证守法等。企业一旦环境违法被查处，不仅通报企业名称，还要通报法人代表的名字，并把所有检查结果挂在网上，除了后督察中已经整改完的，其余公司名字会一直放在

没有规矩，不成方圆，没有制度，无拘无束。完善的环境管理制度是保障企业高速、健康、绿色发展的重要环节之一。企业环境管理涉及国家的宏观环境管理与企业的微观环境管理两个层面，并且两个层面之间具有互动的内在协调性。这种协调性的实现需要企业进行环境保护合规管理。

网上，变相形成一个“黑名单”，并计入企业诚信体系，企业贷款、项目审批等多方面都将受到限制。2015年，国务院国资委印发了《关于全面推进法治央企建设的意见》。2016年4月，国务院国资委确定中国石油天然气集团公司、中国移动通信集团公司、中国东方电气集团有限公司、招商局集团有限公司、中国铁路工程总公司5家中央企业为试点企业，探索开展合规管理体系建设。

## 一、我国企业环保合规风险管理现状与不足

为了适应国内外日趋严格的环保形势和企业自身经营发展的需要，企业应不断加强环保合规风险管理。

### （一）我国企业环保风险内控制度体系

目前，企业的环保合规风险管理是企业环境管理的一部分。我国常见的企业环保管理体制是厂长领导下的一人主管，分工负责，职能科室各负专责，落实基层，监督考核。厂长下设一主管环保的副厂长，副厂长在厂长的领导下确立环境管理职能科室（环保科），组织协调各职能科室、车间与环保科之间的关系，形成企业环境管理网络。

在上述管理网络的基础上，最后企业根据国家法律、政策、法规等外部规制性因素结合本企业具体情况制订环境管理指标，把环境管理指标作为组织、规划、检查和推动企业管理的依据，促使上述管理体制形成有机的整体，发挥环境管理的作用。

### （二）我国企业环保风险内控存在的问题

上述管理体制在一定程度上帮助企业规避了很多环保违规风险。但企业环保合规风险管理没有作为一个单独的部门独立出来或者没有专业的机构对此进行规制，导致企业环保合规风险识别、防范、补救能力差，企业应对环保风险的能力低，还有很多不足之处。主要问题集中在：

- 1、企业环保合规风险职能部门缺失；
- 2、缺乏系统化，现行的企业管理体制内部各部门相对独立，缺乏有效的沟通机制，再加上职能部门的缺失，导致整个企业环保合规风险管理工作处于真空状态；
- 3、我国现行企业环境管理体制规范化、程序化程度不够，原则要求多，具体的程序控制少，可操作性差；
- 4、企业仅把环境管理当成是一种法律强制下的被动行为，当经济目标和环境目标发生冲突时，企业往往牺牲环境目标以达到经济目标；

5、企业的领导层对环境保护重视不够，自我防范意识差；

6、手段匮乏，一些严重污染企业，虽然意识到违规风险的严重性，但是限于既有的管理、技术和知识水平，难以找到有效的风险识别、风险防范和补救的办法和机制。

## 二、环境保护合规的实现路径

### （一）环境保护合规的实施主体

环境保护合规的制定应以政府部门为主，而环境保护合规的实施主体应以第三方中介机构为主，具体而言是律师事务所或是企业的法务部门。但是，一方面，我国从事合规管理的专职人员的水平参差不齐，专业程度不能满足工作要求；另一方面，从事合规管理的专职人员数量不足，社会急需合规管理方面的人才；此外，合规人员参与的合规项目不多，给予的经验性指导不够。因此，律师作为有专业技能和有经验的专业机构，应该承担起更多的完善和细化环保合规管理的责任。

### （二）环境保护合规的监督客体

环境保护合规的监督客体主要是指负有受托环保责任的企业。一方面，企业是社会财富的重要创造者，并推动着整个社会经济增长。另一方面，企业也是自然资源直接或间接的消费者，并且有些时候会成为自然环境的破坏者，由于环境资源是公共资源，环境问题具有比较强的外部性，企业可能会牺牲环境换取自身经济利益，而对环境造成的损失则由全体纳税人甚至全人类共同承担。然而，企业所承担的受托责任不仅仅包含受托经济责任，也包含受托环境责任。随着环境问题日益显现，人们逐渐意识到企业承担环境责任的重要性。企业在履行受托经济责任时，不能抛弃其环境责任，反而应当起到带头作用，实现“绿色利润”，促进社会的可持续发展。

### （三）环境保护合规的内容

企业在其生产经营过程中排放各类污染物，是破坏环境的重要原因之一。因此，对企业开展环境保护合规性管理和审核具有十分重要的社会效益及经济效益。

环境保护合规的主要内容为：

- 1、建立环保合规管理体系，明确直接负责的主管人员以及环保责任人。
- 2、制定防治大气污染、水污染、土壤污染、固体废物（包括危险废物）污染、噪声污染的相关制度。
- 3、建立投诉举报、行政处罚。
- 4、设立环境诉讼应对机制等。

(四) 律师对企业合规核查的内容、目的和方式

#### 1、建设项目和募集资金投资项目的环保合规性

核查目的：对于报告期内建设项目及募集资金投资项目的审批程序合规性进行验证。

核查方法：

(1) 通过现场调查、核对报告期内合并报表范围内的企业审计报告，对相关期间的在建工程及改扩建项目进行统计，确认已完成项目、在建项目和拟建项目的范围；

(2) 核查前述项目是否符合环保政策的要求；

(3) 对前述项目进行逐项核查，区分不同阶段项目核查应当取得的相关环评批复、环评验收及“三同时”验收等批复文件；

(4) 对于未完工、尚未取得相关主管部门的验收文件的项目，须进一步核查环评批复文件中的环保要求的执行情况，若不符合相关要求，提醒企业进行整改。

#### 2、主要污染物总量控制

核查目的：确认企业是否属于污染物减排对象，建设项目污染物排放是否超过总控目标。

核查方法：

(1) 通过向当地环保局进行电话咨询或现场访谈的方式确认企业是否需要办理前述手续，是否属于污染物减

排对象，是否取得主管部门下达的污染物排放总量指标；

(2) 对于“十二五规划”期间重点关注的四项实施排放总量控制的污染物，以及参照《建设项目主要污染物排放总量指标审核及管理暂行办法》进行总量控制的污染物进行重点核查，该等核查可以依据环保部门的批复文件确认合规性，也可以通过第三方有资质的环境监测机构的监测结果来完成；

(3) 排污权交易是否符合相关法律法规的规定，“可替代总量指标”来源是否符合规定。

#### 3、排污申报登记和排污许可证

核查目的：根据相关法律法规的规定，排污企业应当向主管机构依法进行排污申报登记并领取排污许可证，达到排污许可证的要求，并按规定交纳排污费。

核查方法：

(1) 通过对环保资质证照及企业向当地环境保护部门提交的排污申请登记情况，判断企业是否需要进行排污，以及排污费交纳的基本情况；

(2) 通过向当地环保局进行电话咨询或现场访谈的方式确认企业是否需要办理前述手续；

(3) 查阅公司提交给当地环保部门最近36个月的排污申报登记中的污染物排放情况与排污许可证中规定的污染物排放许可情况，以及企业自有检测数据的匹配性；

(4) 核对企业对于排污费的缴费收据，以及在财务凭证中体现的相关数据的吻合性。

#### 4、污染物排放是否合规及是否有处罚、纠纷及重大事故

核查目的：企业日常经营的污染物排放是否超过相关主管部门规定的排放标准，并核查相关处罚、纠纷、事故情况。

核查方法：

(1) 收集地方环保检测部门的环保抽查报告（若有），以反向证明日常经营无处罚；

(2) 对生产场所周边进行勘察，看是否有其他相关的排污通道或者排污导致的其他污染情形；

(3) 对生产场所周边的相关企业、居民进行访谈；

(4) 对于环境污染导致的侵权纠纷及其他纠纷情况，建议走访企业经营地、排污地的法院、仲裁机构或主管部门访谈，或至相关搜索引擎或信息披露网站查询相关信息。

(5) 对于目前新颁布的《环境保护部门实施查封、扣押办法》、《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治办法》等法律法规中规定的需要受到相应行政处罚的具体违规情形进行逐项判断，从侧面论证企业遭受环保处罚的可能性，对于涉及具体监测数据的条款，若不能确定，可以参考环保部门公布的监测信息、或第三方环保检测机构出具的报告，或者环保部门的抽检报告等作为依据。

## 5、工业固体废物处置和危险废物

核查目的：工业固体废物和危险废物是否按照相关法规要求进行登记申报，是否进行无害化处理。

核查方法：

(1) 核查工业固体废物和危险废物是否已经完成申报、登记并收集相关资料；

(2) 对于自行贮存、运输、处置或再利用工业固体废物和危险废物的企业，需通过现场调查和走访的方式核查其贮存、运输、处置或再利用设施是否符合相关规定的要求并是否取得相关资质；

(3) 对于产生固体废物尤其是危险废物但不具备自行处置能力的企业，须核查接受废物的企业的相关资质文件，并收集废物处置的相关合同等，确定企业已经履行废物处置的相关义务。

## 6、生产环节中的禁止性或重点防控物质情况

核查目的：核查企业生产环节是否有禁止使用或者重点防控的物质。

核查方法：

(1) 了解企业实际业务流程，并熟悉全部原料、辅料、产品、副产品以及产品生产工艺、设施等，结合相关法律法规判断是否存在违反现行法规或政策要求的物质或须淘汰的工艺、装置，以及是否存在重点防控的重金属污染物或者放射性物质，如铅、汞、镉、铬及其他放射性物质等。

(2) 对于企业日常生产经营中实际会用到的前述相关产品，建议在条件允许的情况下，向相关供应商、客户发送询证函，有针对性的进行验证；

(3) 对于特殊重点污染行业或污染企业，或凭借前述了解无法实现专业判断，可以聘请或者访谈行业权威专家进行论证，是否存在前述物质或工艺、装置，作为判断和发表意见的依据；

(4) 若经调查，确实存在相关物质，则需根据相关法律法规的要求进一步查验是否已经建立污染物在线监测制度，是否完成每日申报等程序。对于拟报废或淘汰的工艺、装置，建议企业在尽量不影响生产经营的前提下尽快更新工艺、装置，以符合法律法规的要求。

## 7、环保设施运转情况

核查目的：确认环保设施真实、有效运转。

核查方法：

(1) 现场查验环保设施、减排设施的运转是否正常，掌握环保设施的流程、最终产品及所需辅助材料，对于需要安装在线检测设备的企业是否安装相关设备并保留检测数据进行查验；

(2) 核查报告期内的环保设施的运行、维修记录以及工人换班或工时记录，查验环保设施的用电量，企业污水处理所用原材料的购置成本及费用支出等资料，进行合理推测和配比比较，通过各种辅助手段判断环保设施是否真实运转；

(3) 通过前述调查，与企业提供的对于环保设施的运转说明进行核比，也可以通过与企业实际投入的环保费用进行配比和验证；

(4) 对于环保设施的实际处理能力等非中介机构专业范围事项，可以查询环保主管部门的抽查记录报告或者聘请专业的有资质的社会化环境监测机构进行监测。

8、对于企业环境保护的内控机制及对新环保法要求的落实情况

核查目的：协助企业健全环保内控机制，并落实新环保法要求的信息披露及应急预案等管理措施。

核查方法：

(1) 查阅企业组织架构及内控制度文件，建议配备人力物力进行环境保护申报、检查及设施维护等，协助企业建立健全环保内控制度，尤其是新环保法要求的应急预案制度、信息披露制度及责任制度，并有效落实环保内控措施；

(2) 对于环保内控较为薄弱的企业，建议引入第三方评级或者评价机构，协助建立符合环境管理体系的内部管理体系；

(3) 对于新环保法要求的信息披露，尤其是属于每年度国家重点监控企业名单中的企业，是否按照要求定期披露相关监测数据进行核查，并对环保机构信息披露网站披露的监测结果进行检索，确认是否合格。

9、对于之前环保核查整改要求的落实情况

尽管目前环保主管部门不再受理新的环保核查请求，但对于之前已经完成核查或者处在整改期间的企业，相关主管部门的核查意见可以参考，并针对具体问题调查整改和完善情况。

### 三、我国企业环境保护合规风险防范机制与对策

由上文可以看出，我国企业虽已建立了环境保护管理体系，但在环境保护合规风险防范机制建设上仍存在很多问题，这已成为我国企业主动进行环保活动的瓶颈。律所作为中介机构应以此为切入点，构建、完善企业的环保合规风险防范机制，确保公司稳健运营。

第一，协助企业建立内部环保合规风险防范成本核算纳入机制。

第二，协助企业建立环保合规风险信息沟通和传递机制。

第三，作为专业机构应建立企业环境管理体系审核评审及反馈机制。

第四，协助企业建立风险识别和成本转化机制。

第五，协助企业建立环境保护合规风险代码体系。

我国环境保护合规的有关研究及准则的建立和实施与发达国家相比还存在较大的差异。目前，我国还没有形成一套权威和公认的环境保护合规制度，也不存在相应的操作手册，这就需要我们专业机构和企业共同努力，构建中国的环境保护合规管理体系。

## 供应链票据的性质分析及风险防范

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



董杰

业务领域主要涉及公司、金融、贸易、房地产、合同等相关业务，对供应链金融业务中的仓单融资、动产融资、保理融资、融资租赁、大宗贸易、供应链平台等颇有研究，经办过大量诉讼案件和非诉项目。



张政国

具有专利代理师资格证等证书，主要擅长供应链金融、公司法及知识产权等业务，熟悉企业涉税实务处理，在商事争议解决及财税筹划、知识产权等方面具有一定的经验。

近年来，国家出台一系列措施推动供应链及供应链金融的发展，以解决处于弱势地位的中小企业“融资难、融资贵”的突出问题。在整个供应链中，中小企业依托于核心企业，话语权相对较弱，贸易货款往往不能即刻变现，而是形成大量应收账款。传统利用应收账款融资的方式包括应收账款质押、保理和资产证券化等，但是流动性相对较弱，且考虑到质押率等指标的要求，所获得的融资额度也受到限制，而票据具有易流动、无因性、有账期、可作为支付工具等优点，较为契合供应链金融的特点，因此，国家层面开始推广应收账款票据化。央行行长易纲在2019年6月召开的第十一届陆家嘴论坛上提出“支持上海票据交易所（以下简称“上海票交所”）在长三角地区推广应收账款票据化”，正式从官方吹响加速推进应收账款票据化的号角。上海票交所宋汉光董事长在2019年12月召开的第十六届国际金融论坛上进一步提出“应当推广应收账款票据化，积极推广创新业务，提升票据服务实体经济的精确度”，上海票交所于2020年4月推出的供应链票据平台开始试运行，推动我国应收账款票据化迈出了关键的一步。

通过供应链票据，有利于优化企业应收账款结构，将巨大存量的应收账款转换为票据流通，提高中小企业应收账款的周转率和融资可得性。当然也有不同的声音，认为供应链票据存在承兑汇票所固有的风险等，从2019年到2021年，先后有多位全国人大代表主张取消承兑汇票，本文重点从其性质及风险防范角度分析，不过多辨析其存在的必要性。

## 一、“供应链票据”定义

### 1.关于供应链

2017年10月，国务院办公厅发布《关于积极推进供应链创新与应用的指导意见》（国办发[2017]84号），指出供应链是以客户需求为导向，以提高质量和效率为目标，以整合资源为手段，实现产品设计、采购、生产、销售、服务等全过程高效协同的组织形态，并进一步提出要积极稳妥发展供应链金融，为供应链上下游中小企业提供高效便捷的融资渠道。

2020年9月，中国人民银行、工业和信息化部等八部委下发《关于规范发展供应链金融支持供应链产业链稳定循环和优化升级的意见》，指出供应链金融是指从供应链产业链整体出发，运用金融科技手段，整合物流、资金流、信息流等信息，在真实交易背景下，构建供应链中占主导地位的核心企业与上下游企业一体化的金融供给体系和风险评估体系，提供系统性的金融解决方案，以快速响应产业链上企业的结算、融资、财务管理等综合需求，降低企业成本，提升产业链各方价值。

以上可以看出，供应链金融的本质是依托核心企业的信用，将供应链作为一个整体来开展金融业务，为“信用等级低、担保手段少”的中小企业获得一定的融资额度，促进供应链的健康发展。随着国际国内双循环发展，传统的供应链服务已经较难满足经济发展的需要，因此，国家将供应链金融上升至国家战略层面，开始进行大力扶持，使其更好地服务于实体经济。

### 2.关于票据

票据本质上是一种支付结算工具，具有无因性、易流通等显著优势，交易双方可用票据在贸易往来中支付货款，也可通过票据背书转让来结算债权债务关系。在我国，票据包括汇票、本票和支票三种。由于汇票具有远期承兑、容易流通等特性，已逐步成为票据中应用最为广泛的支付凭证。

根据《票据法》第19条的规定，汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确

定的金额给收款人或者持票人的票据，其分为银行汇票和商业汇票两种。银行汇票主要是基于银行的信用，而商业汇票基于企业的商业信用，一般来说银行汇票的认可度要高于商业汇票。

随着信息化的普及发展，电子商业汇票逐步开始应用，依据《电子商业汇票业务管理办法》第2条的规定，电子商业汇票是指出票人依托电子商业汇票系统，以数据电文形式制作的，委托付款人在指定日期无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。相较于传统纸质汇票，电子汇票具有开票时间短、交易效率高等特点。

作为企业的一种短期融资工具，电子商业汇票兼具支付、结算、融资、投资等多重功能，同时全程电子化、高效便捷。由于票据也是法定的应收账款确权凭证，具有法律关系清晰、易于流转融资等特点，近年来在供应链金融中发挥着越来越重要的作用。

### 3.关于供应链票据

供应链票据包括“供应链”+“票据”两个部分，集合了两部分的优点，其通过将票据嵌入到供应链场景，从源头上推进应收账款票据化。依据上海票据交易所于2020年4月24日公布的《关于供应链票据平台试运行有关事项的通知》（票交所发【2020】58号），供应链票据是指通过供应链票据平台签发的电子商业汇票。

通过此定义可以明确，供应链票据首先必须是电子商票，其次必须是在供应链票据平台签发的，两者缺一不可。供应链企业之间产生应收应付关系时，可以通过供应链票据平台直接签发供应链票据，供应链票据可以在企业间转让，通过贴现或标准化票据等方式融资。

而作为票据“航母”的供应链票据平台，是依托于电子商业汇票系统，与各类供应链金融平台对接，为企业提供电子商业汇票的签发、承兑、质押、保证、贴现、存托、交易、背书、到期处理、信息服务等商业汇票全生命周期电子化服务，协助中小企业获得金融机构的融资，也被称之为“平台的平台”。

## 二、供应链票据的性质

从供应链票据的定义可知，其本质是一种电子商业汇票，虽然市场上仍然有不少对供应链票据性质的质疑，如部分观点认为供应链票据并不是《票据法》意义上的商业票据，也不适用《票据法》的相关规定，而是一种应付账款的凭证化，本质上属于债权的转让或质押行为，应当适用《民法典》关于债权的相关规定。

上述观点主要依据为，目前我国学界主流观点认为票据作为完全的有价证券，必须维持其完整性、不可分性，我国《票据法》相关规定亦全面肯定了票据金额的不可分性原则，如33条第2款规定：“将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效”，其他理由还包括供应链票据的管理、签发、格式都不符合《票据法》对票据的规定等。

但是本文认为供应链票据的创新形式并不影响其属于票据的定性，反而克服了传统票据的缺点，促进了其进一步的流通应用，主要依据如下：

首先从法律角度讲，依据供应链票据的定义，其本质是电子商业汇票，具有票据的无因性、可支付等根本属性。另外，供应链票据也是通过背书进行转让，完全符合票据的特征。《电子商业汇票业务管理办法》明确规定，电子商业汇票的法定格式有两个特征，一是依托电子商业汇票系统（ECDS），二是以数据电文形式制作。而供应链票据是依托电子商业汇票系统，通过供应链票据平台签发的电子商业汇票，符合法律对电子商业汇票的特征定义。

其次从政策角度讲，中国人民银行、上海票据交易所等官方机构明确推广应收账款票据化，认可供应链票据的票据属性，先后发文予以规范。在人民银行等八部委下发的银发〔2020〕226号文件中明确提出“支持金融机构与人民银行认可的供应链票据平台对接，支持核心企业签发供应链票据，提高商业汇票签发、流转和融资效率”，因此从国家相关职能部门指定的政策角度可以看出，供应链票据也属于商业汇票的一种，并受《票据法》的约束。

再次从行业角度讲，供应链票据是作为一种电子商业汇票逐渐被市场认可。根据上海票交所的公告显示，2020年6月18日，首批供应链票据贴现业务成功落地，9家企业通过供应链票据贴现融资10笔、506.81万元，中信银行、招商银行等多家股份制银行、民营银行等已经落地了供应链票据贴现试点业务，而试点期主要参照的是行内商票保贴业务管理办法，由此也可看出行业内将供应链票据作为商业汇票的一种。

## 三、供应链票据的优势

相较于传统纸质票据，供应链票据属于电子票据，具有可拆分、易流通、可核实贸易真实性、提高融资可得性等显著特点。

### 1.可拆分性

传统的票据最直接的痛点就是不可分，《票据法》第33条第2款及第54条均贯彻了此原则，前者从持票人角度出发，后者从付款人角度出发，分别表现了票据权利的转移与实现均不可脱离票据或是将票据上的权利分割。

而供应链票据最大的特点是可拆分成固定金额（目前最小金额为0.01元），如果企业通过供应链票据平台签发100万元票据，实质上是签发了1亿张0.01元供应链票据组成的票据包。流转的时候通过票据包的形式组合成任意金额流转，在各级供应商的结算中，进行逐级的拆分、流转，穿透整个供应链，大幅度提高了企业用票的灵活性，降低了企业间的结算成本。

### 2.易于流通

供应链票据平台依托电子商业汇票系统（ECDS），通过与符合条件的供应链平台对接，可在线完成票据的签发、承兑、背书、质押、保证、贴现、存托、交易、融资、信息处理等商业汇票全生命周期电子化服务，容易在供应链企业之间进行流通。同时，通过全程电子操作，统一了业务处理规范，提高了交易的透明度和安全性。

对于一般的电子商票，企业需在已接入ECDS的银

行开户并开通网银功能，并向银行申请开通电子票据功能模块，方可开展电子商票业务；对于供应链票据而言，企业可直接在供应链票据平台发起票据签发的指令，实现企业财务系统与票据系统的直接连接，更为高效、便捷。

### 3.可核实贸易真实性

供应链票据依托于供应链，将物流、信息流、资金流、商流“四流合一”，可直接与核心企业进行贸易真实性确认，弱化了传统票据信息不对称带来的票据造假、重复质押等缺点，提高了基于商业信用的商业承兑汇票的可接受度。

同时，电子汇票可以全程电子化留痕，对于已经发生的每一笔交易都可以进行随时核实，可以有效威慑虚假贸易的发生。另外，供应链票据将核心企业与上下游企业的信息进行整合，将整个供应链作为一个整体，贸易背景真实性较高，且经过供应链金融平台审核，前端审查已经较为充分。

### 4.提高融资可得性

供应链场景下企业间的交易关系更加清晰，供应链票据依托核心企业的信用，可以将核心企业的信用传导至末端客户，实现核心企业信用的全链条共享。相较于传统融资方式，可以获得更大的融资额度。

同时，相较于银行贷款，票据贴现融资利率一般低于同期贷款利率，对现金需求较大的中小企业来说，在一定程度上也降低了其融资成本，起到解决“融资难、融资贵”的作用，更有利于中小企业乃至整个供应链的健康发展。

## 四、供应链票据的风险防范

供应链票据具有较多的优势，但是由于应用时间不长，系统相对不够完善，实际使用过程中应注意对可能的风险进行防范，并采取针对性的措施，主要表现在以下方面：

### 1.防范对核心企业的过度依赖风险

所谓核心企业，并非完全从规模上进行考量，而是应掌握一定的核心技术，具有较大的产品竞争力和信誉度。由于核心企业是供应链的关键部分，整个供应链上下游的融资都依赖于核心企业的信用，如果核心企业存在系统性风险，则上下游企业也无法避免，整个链条可能都将崩塌。因此，应避免过度依赖于核心企业，同时应对核心企业进行信用评级，对于信用等级低的企业应作出特别标注，以此督促其按时履约。

另外，在对中小企业进行融资放款时，也应考察以核心企业为主的整个链条产生的利润总额，如果其产生的利润不足以支撑融资的利息，那么可能导致系统性风险，轻则供应链上下游的中小企业破产倒闭，重则包括核心企业在内的整个供应链系统的崩溃，对于产业也可能产生较大的影响。

### 2.防范可疑贴现业务带来的风险

由于目前国家对贴现政策逐步收紧，最高人民法院在2019年下发的《九民纪要》中明确，票据贴现属于国家特许经营业务，合法持票人向不具有法定贴现资质的当事人进行“贴现”的，该行为应当认定无效，贴现款和票据应当相互返还。对于情节严重涉及刑事犯罪的，应当移交公安机关处理。

当前，民间贴现虽已被法律禁止，但是仍有部分交易私下进行。特别是，一般仅可对与供应链中核心企业直接供应商交易进行核查，对于链条后续的流转，如在二级和三级供应商之间票据流通，往往核实难度较大，不排除部分人利用供应链票据进行违法贴现，对此在交易中发现可以的贴现业务时，可及时向平台进行风险提示，由平台进行核查，同时平台也可利用系统进行实时动态数据监测，如发现可疑的贴现业务时，及时进行规范制止。

### 3.防范电子化过程中的合规风险

由于供应链票据全程采用电子化商业汇票，与传统汇票的签字确认、交付质物等有一定区别，如在电子汇票质押等业务中，由于电子票据上相对更容易造假，如果不能准确识别质物的交付，可能面临质权不成立带来的风险；又如汇票保证承兑业务中，如何体现出保证人

提供保证的真实意思表示，防范他人利用保证人的账户冒名登陆操作等带来的风险。

对此，一方面供应链票据系统正在不断完善中，可以通过技术手段不断完善质押、保证等的功能，进一步降低发生系统性风险的可能；另一方面，目前在现实中可以通过同步签订纸质保证合同或交付加盖实物实体印章的电子汇票等措施，对各方的真实意思表示再次进行确认，从而降低发生上述风险的可能性。

#### 4.防范身份信息虚假带来的风险

目前，企业通过供应链平台在供应链票据平台上进行信息登记，票交所依托企业信息库进行核验后完成登记。各供应链平台依托自有的风控机制对企业身份的真实性和有效性进行认证。供应链票据平台由于并不审核原始数据，而各供应链平台信用等级有高低，不排除部分企业在进行身份认证时，提交虚假材料以获得认可，或者通过不正当手段获取其他企业的登录账户密码，以他人身份进行虚假交易等。

对此，各方在进行交易时，除在供应链票据系统上进行操作外，还应进行线下核实，如采取一定的线下书面形式对主体身份进行确认，必要时也可通过现场尽职调查等方式获取企业的真实信息，以防“腾讯老干妈”事件中“逗鹅冤”式闹剧再次上演。

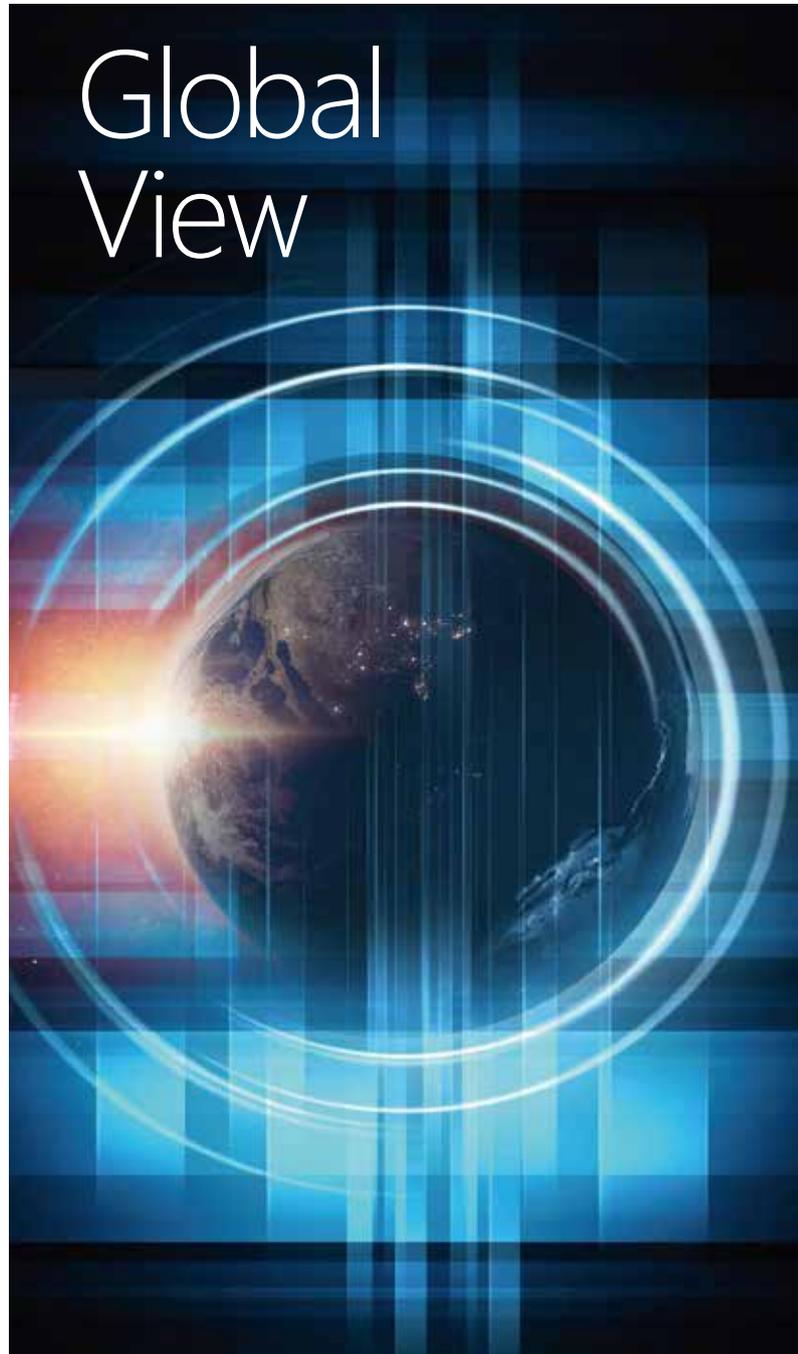
## 五、结语

供应链票据的推广应用，将有利于进一步降低企业的融资成本，有效化解应收账款的存量，随着供应链票据平台功能的不断完善，供应链票据也将带动票据市场，更好地服务实体经济和国家战略。

\* 深度票据网总经理吴英杰及团队对本文亦有贡献。



国际  
视野



## 涉外民商事司法文书送达的法律适用 ——从一个案件切入

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 苏源

青岛市律师协会知识产权专业委员会委员，七弦琴知识产权注册运营师。擅长处理知识产权纠纷、建设工程及房地产纠纷、商事纠纷。



### 李荃

主要业务领域为民商事诉讼、公司法律事务及非诉业务。曾参与处理多起反不正当竞争案、金融借款合同系列纠纷案等，并为青岛市市场监督管理局、多家大型企业提供法律服务。

《民事诉讼法》第二百六十七条是针对涉外民商事司法文书送达方式的一般性规定，其与最高法院的相关司法解释以及我国订立的双边司法协助与参加的国际条约，共同构成规范涉外民商事司法文书送达的法律体系。

案例中法院不经《海牙送达公约》规定的送达方式和程序进行司法文书的送达，也不依照《民事诉讼法》的规定，穷尽所有送达方式而直接采取公告送达的情形，应属于程序违法，送达不能生效。

## 一、案件基本情况

本案是一起买卖合同纠纷，A公司长期向B公司供应船舶配件，A公司因B公司拖欠其货款向法院提起诉讼，并将B公司的母公司——日本C会社列为共同被告。C会社为一家日本注册成立的有限会社，B公司是其在青岛设立的全资子公司。

立案后法院开庭审理，在二被告均未出庭参加诉讼的情形下，法院作出一审判决，判令B公司向A公司支付货款，并且判令C会社就B公司不能清偿的部分承担补充赔偿责任。后经原告A公司申请强制执行，本案进入执行程序，被告B公司与被告日本C会社均列为被执行人，被采取执行措施。至此，日本C会社才知晓中国法院作出的一审判决。但是在该案件起诉阶段、审理阶段与最终的判决，B公司和C会社全程不知晓也未参与诉讼，二公司认为其诉讼利益受到侵犯。因此，B公司和C会社委托我们代理该案，维护其合法权益。

为了解具体案情，我们调取了该案一审卷宗，查阅到其中并未归档开庭传票、起诉状副本等应诉材料的送达回证。而关于判决书的送达，法院对日本C会社先采取的直接邮寄送达，因地址错误邮件退回后，法院又采取在本院公告栏内进行公告的方式进行送达。

由此，本案首先涉及到的一个问题是，C会社作为一家外国公司，本案具有涉外因素，法院应以涉外程序予以审理，那么法院对其进行司法文书的送达具体应适用哪些法律规定？法院该送达方式是否合法有效？故本文，将结合本案对涉外民事司法文书送达的法律适用进行梳理与分析。

## 二、涉外民事司法文书送达的相关法律规定

### 1、《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条

人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：

(一) 依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；

(二) 通过外交途径送达；

(三) 对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；

(四) 向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

(五) 向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

(六) 受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满三个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；

(七) 采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达；

(八) 不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满三个月，即视为送达。

### 2、最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》

第一条 人民法院审理涉外民事或商事案件时，向在中华人民共和国领域内没有住所的受送达人送达司法文书，适用本规定。

第二条 本规定所称司法文书，是指起诉状副本、上诉状副本、反诉状副本、答辩状副本、传票、判决书、调解书、裁定书、支付令、决定书、通知书、证明书、送达回证以及其他司法文书。

第三条 作为受送达人的自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在中华人民共和国领域内的，人民法院可以向该自然人或者法定代表人、主要负责人送达。

第六条 人民法院向在中华人民共和国领域内没有住所的受送达人送达司法文书时，若该受送达人所在国与中华人民共和国签订有司法协助协定，可以依照司法协助

助协定规定的方式送达；若该受送达人所在国是《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》的成员国，可以依照该公约规定的方式送达。

依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达的，根据《最高人民法院关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》办理。

第九条 人民法院依照民事诉讼法第二百六十七条第（八）项规定的公告方式送达时，公告内容应在国内外公开发行的报刊上刊登。

3、最高人民法院《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》

第一条 人民法院应当根据便捷、高效的原则确定依据海牙送达公约、海牙取证公约，或者双边民事司法协助条约，对外提出民商事案件司法文书送达和调查取证请求。

4、《海牙关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（简称《海牙送达公约》）

第二条 每个缔约国应指定一个中央机关负责依照第三条至第六条规定，接受来自另一个缔约国送达或通知的请求，并负责送交。

该中央机关应按照其本国法律组成。

第五条 被请求国中央机关得自行或由其适当代理机构代行送达文件或通知；或者（一）根据被请求国法律规定的向在其境内的人送达或通知该国制作的文件的方式；或者（二）根据请求人要求的特殊方式，但此种方式不得与被请求国的法律相抵触。

除第一款第二项的情况外，文件当然可送达自愿接受的收件人。

如果文件需要按第一款方式送达或通知，中央机关可以要求该文件用被请求国官方文字中的一种文字写成或译成。

按照本公约附件格式而提出的请求书中的摘要部分应交给收件人。

第八条 每个缔约国都有权不受约束地通过其外交人员或领事将文件送达或通知在国外的人员。

每个国家都可以宣布反对在其境内行使前款规定的权利，除非该文件是向制作文件的国家的本国公民送达或通知。

第九条 此外，每个缔约国有权使用领事途径为送达或通知的目的将文件转交给另一个缔约国指定的机关。

如有特殊情况，每个缔约国有权为同样的目的而使用外交途径。

第十条 除非目的地国提出异议，本公约不妨碍：

（一）有权通过邮局直接将诉讼文件寄给在国外的人；

（二）发文件国的主管司法人员、官员或其他人员有权直接通过目的地国的主管司法人员、官员或其他人员送达和通知诉讼文件；

（三）诉讼上有利害关系的人有权直接通过目的地国的主管司法人员、官员或其他人员直接送达或通知诉讼文件。

第十一条 本公约不妨碍缔约国为送达或通知诉讼文件的目的采取与上述条文规定不同的传递途径，特别是在其各自机关之间的直接传递。

5、全国人大常委会关于批准加入《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》的决定

第七届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议决定：批准加入1965年11月15日订于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》，同时：

一、根据公约第二条和第九条规定，指定中华人民共和国司法部为中央机关和有权接收外国通过领事途径转递的文书的机关。

二、根据公约第八条第二款声明，只在文书须送达

给文书发出国国民时，才能采用该条第一款所规定的方式在中华人民共和国境内进行送达。

三、反对采用公约第十条所规定的方式在中华人民共和国境内进行送达。

四、根据公约第十五条第二款声明，在符合该款规定的各项条件的情况下，即使未收到任何送达或交付的证明书，法官仍可不顾该条第一款的规定，作出判决。

五、根据第十六条第三款声明，被告要求免除丧失上诉权效果的申请只能在自判决之日起的一年内提出，否则不予受理。

综上，《民事诉讼法》第二百六十七条是针对涉外民事司法文书送达方式的一般性规定，其与最高法院的相关司法解释以及我国订立的双边司法协助与参加的国际条约，共同构成规范涉外民事司法文书送达的法律体系。

在该法律体系下，我国法院受理一起涉外民事案件后，并不意味着必然会产生域外司法文书送达，即使受送达人在我国境内没有住所，司法文书的送达仍有可能完全在我国境内完成，因此涉外民事司法文书的送达主要包括两类，一类是境内送达，另一类是域外送达，具体详见以下表格：

涉外民事司法文书送达分类	具体送达方式	法条依据
被送达人在中国境内没有住所，但可适用境内送达	受送达人授权委托其指定的境内诉讼代理人代其接受送达的司法文书的，可向其境内诉讼代理人送达司法文书。	《民事诉讼法》第267条第一款第（四）项
	受送达人在境内设立代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人的，可向其在我国境内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书。	《民事诉讼法》第267条第一款第（五）项
	作为受送达人的自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在中华人民共和国领域内的，人民法院可以向该自然人或者法定代表人、主要负责人送达。	最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第三条
被送达人在中国境内没有住所，域外送达不可避免	依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达。双边司法协助优先于共同参加的国际条约（《海牙送达公约》）。	《民事诉讼法》第267条第一款第（一）项 最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第六条
	通过外交途径	《民事诉讼法》第267条第一款第（二）项
	对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达。	《民事诉讼法》第267条第一款第（三）项
	通过邮寄送达，前提是送达目的国不反对该种方式。	《民事诉讼法》第267条第一款第（六）项
	采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达。	《民事诉讼法》第267条第一款第（七）项
	公告送达-穷尽其他所有方式后的最终手段，并且公告内容应在国内外公开发行的报刊上刊登。	《民事诉讼法》第267条第一款第（八）项 《最高人民法院关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第九条

### 三、本案司法文书送达的法律适用

本案中，日本国C会社在我国境内没有授权委托的诉讼代理人，也没有在境内设立代表机构，也没有有权接受送达的分支机构、业务代办人，因此，对C会社送达司法文书只能通过域外送达的方式。

根据前述《民事诉讼法》及相关司法解释，向C会社送达司法文书应优先适用我国和日本签订的双边司法协助或共同参加的国际条约中的规定。《海牙送达公约》是国际上关于文书涉外送达方面最完备的公约，对世界各国的司法实践都产生了深远的影响，我国和日本都是该公约的成员国，两国并没有订立具体的司法协助。因此，本案中，向C会社送达司法文书应优先适用《海牙送达公约》中关于送达的相关规定。

《海牙送达公约》设立了由各国中央机关负责接受其他成员国的请求以便送达的司法协助体制，其具体内容包括：（1）中央机关的任命及其职能，包括负责接收其它缔约国提出的送达请求、对请求进行初步审查、亲自执行或安排其它主管当局执行请求、通知送达的结果、向外国中央机关提出送达文书的请求；（2）请求的提出，包括提出请求的机关、请求书的格式和要求；（3）请求的执行，包括执行请求的方式、通知执行的结果、费用的承担等。

此外，《海牙送达公约》第8条至第11条规定了其他替代送达途径，主要是：领事途径的直接送达、领事代表机关的间接送达、邮寄送达、通过负责送达的官员进行送达、双方议定的直接送达方式送达。

但是，在这些替代送达方式中，公约的很多缔约国对其中部分的或全部条款提出了保留。其中，我国和日本针对《海牙送达公约》第十条第一项均提出保留，排除邮寄送达方式在本国的适用。

### 四、案件分析

针对本案中国法院对日本C会社司法文书送达方式及相关法律规定，我们认为法院对C会社判决书的送达不生效。

第一，法院通过邮寄方式向日本国C会社送达一审判

决书，该种送达方式违反了《海牙送达公约》的规定，属程序违法。日本于2018年12月21日针对《海牙送达公约》第十条第一项提出保留，排除邮寄送达方式在该国的适用。（援引自最高人民法院（2019）最高法民终395号民事判决书）因此，本案一审判决书通过邮寄方式向日本国C会社送达判决书，程序违法。

第二，在邮寄送达被退回后，法院采取法院公告栏公告的方式向C会社进行送达，也属程序违法。首先，《民事诉讼法》第二百六十七条第一款第一项至第七项，列举规定了人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用的几种方式，有关公告送达的适用条件是该条第八项，即“不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满三个月，即视为送达”。因此，公告送达是在所有其他方式都已用尽的情况下仍无法完成送达的情况下才不得不采用的送达方式。本案中，法院不经《海牙送达公约》规定的送达方式和程序进行判决书的送达，也未依照《民事诉讼法》的规定，穷尽所有送达方式而直接采取公告送达，程序严重违法，送达不能生效。其次，根据《最高人民法院关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》第九条规定，“人民法院依照民事诉讼法第二百六十七条第（八）项规定的公告方式送达时，公告内容应在国内外公开发行的报刊上刊登。”法院采取法院公告栏的方式送达一审判决书，也属程序违法。

根据《最高人民法院关于浙江省东阳市塑料工业公司与美国机械有限公司大卫标准产品质量纠纷一案一审判决书送达是否有效的复函》（简称《复函》）针对法院未按《海牙送达公约》规定的方式进行司法文书送达问题，进行了批复，其认为该行为违反了《民事诉讼法》的规定，应视为未送达。

综上，题述一审判决书送达程序严重违法，未能有效送达诉讼当事人（参见复函），损害了诉讼当事人的诉讼权利，一审判决并未生效，不能作为执行依据。

根据复函及《海牙送达公约》，本案的送达方式应为，法院将一审判决书送有关高级人民法院转最高人民法院，最高人民法院送司法部转送给日本指定的中央机关，必要时也可由最高人民法院送我国驻该国使馆转送给日本指定的中央机关。

# 中国的仲裁裁决如何在韩国法院申请执行？ —— 外国仲裁裁决在韩国的承认与执行

## 중국 중재판정 한국법원에서 집행신청 —— 외국 중재판정 한국에서의 승인 및 집행

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 韩国业务团队

文康在创建之初，以中韩间日益密切的贸易往来为契机，将涉韩法律业务作为重要业务板块之一，是国内大型综合性律师事务所中少数拥有专业韩国团队的律师事务所。

作为最早从事涉韩法律业务的律所之一，文康在涉韩法律服务方面有着丰富的执业经验，先后服务过的韩国客户（包括来自韩国的客户和中国境内的韩资企业）有近百家，客户名单中包括多家韩国经济支柱产业公司、众多知名跨国企业、数十家财富五百强企业、细分行业龙头企业。

文康韩国业务团队以顶尖的法律专业水平、优质高效的法律服务能力获得了客户的高度赞誉，团队成员包括深谙韩国国情、韩企文化和商业环境的资深律师，精通中韩法律及语言文化的专家型、学者型律师，韩国法务部（司法部）特聘咨询委员，以及多位能以韩语、英语为熟练工作语言的中国律师。他们能熟练使用韩文、英文等多种语言与客户进行沟通、起草各类法律文件。

中国企业在与韩国企业进行投资活动或者国际贸易过程中难免发生纠纷。仲裁法律制度作为一种解决民商事纠纷的有效机制，在世界许多国家和地区早已成为众多企业和商人所推崇的首选排解纷争的方式。随着“一带一路”倡议的推进，仲裁作为公认的解决跨境争议的有效方式，在“一带一路”中会发挥其重要的作用。

중국기업이 한국기업과 같이 투자활동 또는 국제무역을 진행하는 과정 중 분쟁이 발생하기 마련임. 중재법률제도는 민상사분쟁을 해결하는 효과적인 메커니즘으로서 세계의 여러 나라 및 지역에서 많은 기업 및 상인들이 우선적으로 선택하는 분쟁해결의 방식임. 중국정부의 “일대일로” 전략의 추진에 따라 중재는 공인된 국제분쟁을 해결하는 유효적인 방식으로 “일대일로” 관련 사업 중에서 중요한 역할을 할 것으로 보임.

韩国1973年作为第42个国家正式加入《纽约公约》，承担其承认与执行外国仲裁裁决的国际义务。但加入时做出了互惠保留和商事保留。因中韩两国均为《纽约公约》的加入国家，中国仲裁机构做出的涉外仲裁裁决可以在韩国法院承认后执行。

한국은 1973년 제42번째 국가로 「뉴욕협약」에 정식 가입하였으며 외국 중재판정의 승인 및 집행에 대한 국제적 의무를 부담하기로 함. 다만, 가입시 호혜 및 상사 조항에 대해 보류함.한중 양국은 모두 <뉴욕협약>의 가입국이므로 중국 중재기구의 섭외 중재판정은 한국법원에서 승인 후 집행할 수 있음.

本文主要介绍外国仲裁裁决（如中国国际经济贸易仲裁委员会做出的仲裁裁决）在韩国承认与执行时的执行要件、程序要件及管辖等内容。

본 문에서는 외국 중재판정(예로 중국국제경제무역중재위원회 중재판정)이 한국에서의 승인 및 집행 시 집행요건, 절차요건 및 관할 등 내용에 대해 주로 설명할 예정입니다.

01

韩国国内法规定

한국 국내법 규정

1) 韩国《仲裁法》第七章规定仲裁裁决承认与执行。第37条第一款规定仲裁裁决的承认与执行应通过法院的承认与执行判决来进行, 第二款规定申请当事人需要提交申请承认和执行仲裁裁决的相关文件。

한국 「중재법」 제7장에서는 중재판정의 승인 및 집행에 대해 규정하고 있음. 제37조제1항 규정에 따르면 중재판정의 승인 및 집행은 법원의 승인 및 집행판결을 통하여 진행하며, 제2항에서는 신청당사자가 중재판정의 승인 및 집행 신청 관련 문서를 제출하여야 한다고 규정하고 있음.

2) 第39条是关于外国仲裁裁决的规定。《纽约公约》适用范围内的外国仲裁裁决的承认与执行应依据该公约进行; 《纽约公约》适用范围以外的外国仲裁裁决跟外国判决一样准用韩国《民事诉讼法》第217条、韩国《民事执行法》第26条第1款和第27条规定的程序进行。

제39조는 외국 중재판정에 관한 규정임. 「뉴욕협약」의 적용을 받는 외국 중재판정의 승인 또는 집행은 같은 협약에 따라 진행함; 「뉴욕협약」의 적용을 받지 아니하는 외국 중재판정의 승인 또는 집행에 관하여는 한국 「민사소송법」 제217조, 「민사집행법」 제26조제1항 및 제27조를 준용하고 있음.

02

适用《纽约公约》的外国仲裁裁决执行要件

「뉴욕협약」의 적용을 받는 외국 중재판정의 집행요건

1) 《纽约公约》第3条规定所有缔约国应根据执行地国家法律程序承认和执行外国仲裁裁决。即韩国应

当承认仲裁裁决具有约束力, 并且根据裁决地的程序规则和规定的条件执行。

「뉴욕협약」 제3조 규정에 따르면 모든 계약국은 집행지 국가의 법률절차에 따라 외국 중재판정을 승인 및 집행하여야 함. 즉 한국은 응당 중재판정이 구속력을 지니고 있음을 승인해야 하며 판정지의 절차규칙 및 규정의 조건에 따라 집행할 의무가 있음.

2) 《纽约公约》第4条规定国际商事仲裁裁决承认与执行的积极要件, 申请执行人应当向执行法院提交仲裁裁决书正本或者经过正式认证的副本、仲裁协议正本或者经过正式认证的副本、申请执行人应当提供官方的或者宣誓过的法律人员或者外交官证明的上述文书语言译本。

「뉴욕협약」 제4조는 국제상사 중재판정 승인 및 집행을 적극적 요건에 대해 규정하고 있음. 신청집행인은 집행법원에 중재판정서 정본 또는 정식 인증을 거친 사본, 중재합의서 정본 또는 정식 인증을 거친 사본, 신청집행인은 응당 공식적 또는 선서한 법률인 또는 외교관이 증명한 상기 문서의 번역본을 제공해야 함.

3) 《纽约公约》第5条规定国际商事仲裁裁决承认与执行的消极要件, 即拒绝承认和执行的事由。对于由被申请人提出并承担举证责任来证明拒绝承认与执行的事由法院做出最终裁量。但法院不能依职权主动对规定的事由进行审查。其中, 执行地法院可以依职权判断的事由分别是可仲裁事项的认定及仲裁裁决的承认和执行是否违反公序良俗。

「뉴욕협약」 제5조는 국제상사 중재판정에 대한 승인 및 집행의 소극적인 요건 즉 승인 및 집행의 거절사유에 대해 규정하고 있음. 피신청인이 입증책임에 따라 제출한 승인 및 집행의 거부사유에 대하여 법원은 자유재량으로 최종결정 할 수 있음.

법원은 자체적으로 직권을 사용하여 규정된 사유에 대해 심사를 진행할수 없음. 다만, 집행지 법원이 직권에 따라 중재로 해결 가능한 사유 및 중재판정의 승인 및 집행이 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위배되는지에 대해서는 판단을 할수 있음.

03

程序要件

질차요건

韩国《仲裁法》第37条, 仲裁裁决如果不存在拒绝承认的事由时, 应当予以承认. 韩国《仲裁法》将承认与执行归纳在一起, 认为仲裁裁决的执行以承认作为必要前提和条件, 因此承认应当涵盖在执行的概念范围内. 当事人申请仲裁裁决的承认或执行时, 法院应当确定辩论日期或者当事人双方可以参加的审问日期并通知各方当事人. 当事人可以对法院做出的仲裁裁决的承认或执行决定提出即时抗告, 即时抗告不具有中止执行的效力. 但是, 即时抗告当事人提供担保的情况下, 抗告法院可以在对即时抗告作出决定之前中止原审裁判的执行, 其中包括中止全部或者部分执行程序.

한국 「중재법」 제37 조에 따르면 중재판정은 승인 거부사유가 없으면 승인됨. 한국 「중재법」은 승인 및 집행을 귀납하여 규정하였으며 중재판정의 승인을 집행의 필요한 전제 및 조건으로 보고 있으므로 승인은 집행의 개념범위내에 포함해야 한다고 봄. 당사자가 중재판정의 승인 및 집행을 신청하였을 경우, 법원은 변론기일 또는 당사자 쌍방이 참여할 수 있는 심문기일을 통지하여야 함. 당사자는 법원의 중재판정 승인 및 집행결정에 대해서 즉시항고를 할 수 있으며 즉시항고는 집행정지의 효력을 가지지 아니함. 다만, 즉시항고 당사자가 담보를 제공하였을 경우, 항고법원은 즉시항고에 대한 결정이 있을 때까지 원심재판의 집행을 정지하도록 명할 수 있으며, 집행 정지에는 전부 및 부분 집행절차 정지를 포함함.

04

管辖法院

관할법원

韩国《仲裁法》第7条规定, 申请仲裁裁决的承认与执行之诉由下列法院管辖:

- (1) 仲裁协议中指定的法院;
- (2) 仲裁地法院;
- (3) 被执行人财产所在地法院;
- (4) 执行申请人住所地或者经营地法院; 没有明确住所地或者经营的情况下, 可以由被执行人居所地法院管辖; 无法确定居所的情况下, 可以由已掌握的最后住所地或者经营地法院管辖.

实践中, 原告通常向被告所在地法院提出仲裁裁决承认之申请.

한국 「중재법」 제7조 규정에 따르면 중재판정의 승인 및 집행의 소는 아래의 법원이 관할 함:

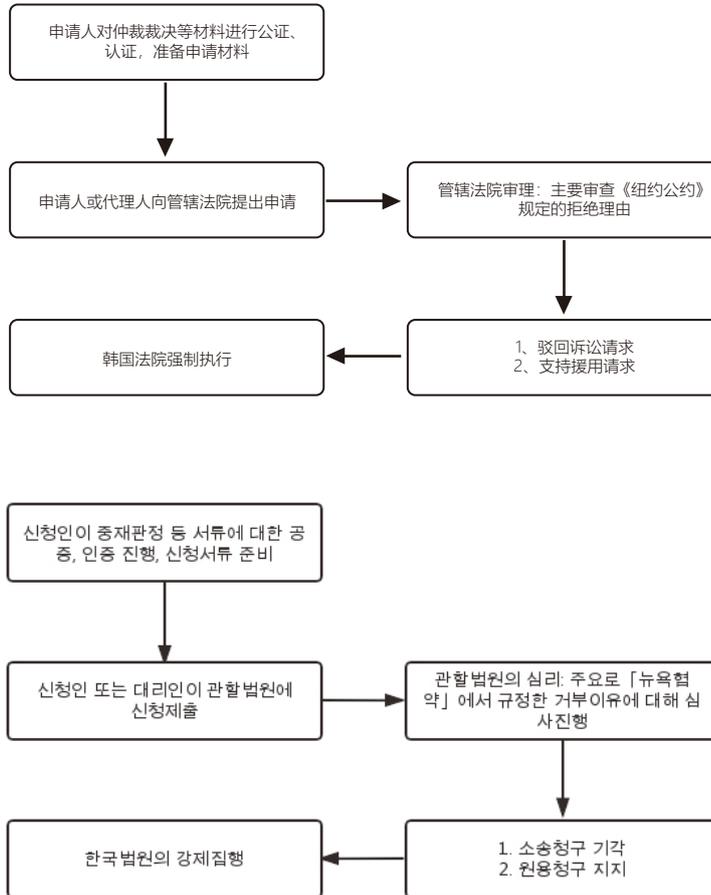
- (1) 중재합의에서 지정한 법원;
- (2) 중재지를 관할하는 법원;
- (3) 피집행인 소유의 재산이 있는 곳을 관할하는 법원;
- (4) 집행신청인의 주소 또는 영업소를 관할하는 법원; 주소 또는 영업소를 알 수 없는 경우에는 피집행인의 거소; 거소도 알 수 없는 경우에는 최후로 알려진 주소 또는 영업소를 관할하는 법원.

실무상 원고는 피고 소재지 법원에 중재판정 승인 신청을 제출하는 경우가 많음.

05

实务步骤

실무절차



## 在澳大利亚购买房产：考虑因素和保护措施

an understanding of the different considerations when purchasing real estate in Australia.

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



### 澳洲业务团队

在澳大利亚购买房产时，需要考虑一系列问题。在多数情况下，大部分问题对购房者而言都不是迫切的问题，然而，良好的决策通常是在对相关因素有全面了解的基础上做出的。

When purchasing a property in Australia, a matrix of issues is to be considered. In most circumstances most of these issues are not pressing issues for the purchaser, however, as it is often the case, good decisions are made based on comprehensive knowledge of factors relevant to the making of the decision.

虽然这些问题看似与高净值人士更具有关联性，但事实并非如此。它们与所有家庭和个人都相关，事实上，家庭财富的积累，无论是在某人的一生之中还是代际之间，都很有可能从购买第一套家庭住宅开始的。如果处理得当，不仅有助于财富的积累，还有助于财富保值。

Although it may seem that these issues are more relevant to higher net-worth individuals, this is not necessarily the case. These are relevant to all families and individuals, in fact, the accumulation of family wealth, either within a lifetime or intergenerational, may very well start with the purchase of the first family home. If done correctly, this does not only aid in the accumulation of wealth, but also in its preservation.

文康律师事务所处理过诸多涉及澳大利亚的业务，在此基础上成立了澳洲业务团队，团队成员包括多位能以英语为熟练工作语言的中国律师以及澳大利亚注册律师，在中澳法律、投资、贸易、移民等业务领域深耕多年。团队国际法律顾问祝福律师拥有澳洲律师牌照近十年，作为在澳大利亚长大的华人，熟悉中澳两国文化，处理了大量中澳跨境法律事务，经验丰富。

澳洲业务团队可为客户提供与中国-澳大利亚有关的投资、贸易、移民、跨国婚姻、诉讼等全方位、一站式的商业和法律服务。

无论您想在澳大利亚设立子公司还是收购澳大利亚公司股权或资产，文康涉澳法律团队将为中国投资者提供最专业且全面的一站式服务。

通过与从事双边贸易和跨境投资的中澳跨国公司长期合作，我们拥有丰富的法律服务经验。

这其中的一些问题包括：

- 财富保值和遗产规划
- 家庭因素
- 商业因素
- 税收问题
- 损耗利用率
- 印花税问题
- 家庭资产结构的财务灵活性（未来资产的评估）

显然，上述问题可以进一步划分为法律问题和税收问题。今天，我们将讨论法律问题以及如何利用法律手段做好财富保值。

Some of these issues are:

- Wealth preservation and estate planning
- Family considerations
- Commercial considerations
- Taxation issues
- Loss utilization
- Stamp duty issues
- Financial flexibility in family asset structure (assessing capital in the future)

Evidently, the above issues can be further separated in to legal and taxation issues. We will today speak about the legal issues and how this can be utilized for wealth preservation.

## 第一部分 目的不同

### PART 1. Differences in Purpose

购房者主要是出于两种目的，通常是居住（住宅）或投资（商业）。

Purchasers of property do so predominantly for 2 purposes, these are commonly to live in (residential) or for investment (commercial).

对于那些购买首套住房（家庭住宅）的人来说，最优先考虑的是家庭的需求（家庭因素）。重要的是，购房者将把大部分资金/资产投资在家庭住宅上，因此，尤其是对于一个年轻的家庭而言，这笔资产应该得到最大程度的保护。此外，更重要的是，这种房产通常是在贷款的帮助下购买的，并且该房产会被用作贷款担保的抵押物（例如按揭）。

For those who are purchasing a primary residence (the family home) the top priority are the needs of the family (family considerations). Importantly, it is the family home that the purchaser will invest the majority of their funds/capital into, as such, and especially for a young family, this asset should be protected the most. Additionally, and more importantly, this property is most often purchased with the assistance of a loan and the property is used as collateral to secure the loan (such as a mortgage).

因此，家庭生活需求方面的因素（例如大小、位置、价值和投资回报）是为整个家庭的财产保值，如果该房产是在年迈的父母名下，就可能会涉及到遗产的规划（从法律角度来看，无论所有者的年龄如何，遗产规划始终是相关的）。

As such, considerations ensuing the family's living requirements (such as size, location, value and returns on investment) are those of wealth preservation for the entire family, and if this property is under the name of the elderly parents, then estate planning may be relevant (from a legal

perspective estate planning is always relevant no matter the age of the owner).

如果有贷款，那么与财富保值相关的问题包括用以抵消与贷款服务风险相关的金融工具。必须考虑的因素包括子女的年龄、您与配偶的收入能力、家庭财务的灵活性、您与家人的健康状况等等。

If there is a loan, then issues relating to wealth preservation includes financial tools to offset the risks associated with servicing of the loan. What must be considered is the age of your children, the earning ability of your partner and yourself, the flexibility of your family's finances, you and your family's health amongst other issues.

从本质上讲，在考验期这些问题已经变得非常实际。问题是，如果家庭的主要收入来源不再能够产生收益，将会发生什么。

Essentially, and as it has become very real during these testing times, the question to be asked is what will happen if the main income earning in the household can no longer generate an income.

鉴于上述情况，从财富保值的角度来看，必须考虑的是：

1.有什么事情发生，我采取了何种保障措施；

2.如果我在经营一家企业，我该如何将我的家庭以及家庭财富与索赔隔绝。

Given the above, from a wealth preservation perspective, what must be considered is:

1. What safety nets have I put into place if something happens;

2. If I operate a business, how do I insulate my family and our family wealth from claims.

就保障措施而言，常用的工具可包括人寿保险、职业责任保险（如适用）、收入保险、财产保险、抵押贷款保险等。尽管这些工具似乎只属于“保险领域”，但都是与法律因素非常相关的。

In relation to the safety nets, common tools may involve life insurance, professional indemnity insurance (where applicable), income insurance, property insurance, mortgage insurance etc. Although these tools are seemingly exclusively in the “insurance sphere”, legal considerations are very relevant.

以人寿保险为例，如何向指定的受益人支付，以及这与您的遗嘱有何关联，可能会极大地影响到您所爱的人是否有能力保住家庭住房。

Taking life insurance as an example, how the named beneficiaries is to be paid and how this relates to your Will may impact greatly on the ability for your loved ones to keep the family home.

如果要为成年子女买房或帮助子女购买他们的第一套住房，这就涉及到家庭法律问题。父母应设法通过贷款协议（有担保或无担保）、抵押契据、信托结构等方式来保护家庭的财富。

If purchasing for an adult child or assisting a child to purchase their first home, then family law issues may be relevant. Parents should seek to preserve the family's wealth through loan agreements (whether secured or unsecured), mortgage deeds, trust structures amongst others.

为了使家庭的财产与商业风险隔绝，需要仔细考虑为经营企业或购买投资房产而选择的商业结构。这种决策应是理性、谨慎的，尤其是在商业投资会招致商业风险的情况下。

In relation insulating the family's assets from business risks, the business structure chosen for either the operation of a business or for the

purchase of an investment property requires careful consideration. Such decisions should be made rationally and carefully, this is especially the case as a business investment will incur business risks.

不管我们希望与否，人生都充满了潜在的负债。您与其他各方的交易越多，与他人发生法律纠纷的可能性就越高，而这反过来可能会让您来之不易的资产面临风险。

Whether we like it or not, life is full of potential liabilities. The more dealings you have with other parties, the higher the probability you might run into legal disputes with others, which might, in turn, expose your hard-earned assets to risk.

设计资产的持有方式时，应考虑并最大程度地隔离这些潜在负债，例如，您可以考虑将您的宝贵资产“锁定”在一个实体中，如果您被起诉，债权人或破产管理人很难对您提出索赔。

Structuring how your assets are held need to take into account and quarantine these potential liabilities to the maximum extent possible, eg, you may consider ‘locking’ your valuable assets in an entity that is difficult for creditors or the trustee in bankruptcy to make a claim against you if you get sued.

一个简单的例子是，商业贷款可能需要董事或者家庭成员个人提供担保，顾名思义，这种担保形式直接将商业风险与家庭财产联系在一起。商业风险是非常真实的，而且比健康状况不佳或失去收入来源等个人风险发生得更频繁，因此，应获取相关法律建议，以适当地将此类风险与家庭隔绝。

One simple example is that business loans may require a personal guarantee from its directors or a family member, this form of guarantee, as the name suggests, directly links the business risks with your family's assets. Business risks are very real and

occur much more frequent than personal risks such as ill health or loss of income, as such legal advice should be obtained to properly insulate such risks from the family.

此外，最常见的情况是通过家庭财富购买投资性房产（商业或住宅），这是一项金融投资，具有内在的商业风险，根据所选结构的类型，可以适用法律手段降低此类风险。

Furthermore, the most common scenario for the purchase of an investment property (commercial or residential) is through the family's wealth, this being a financial investment has inherent business risks, and depending on the type of structure chosen, there are legal tools available to greatly lessen this risk.

同样相关的是，家庭住宅有时候可能被用来获取更多的财富，例如用于家族企业资本投资的二次按揭。在这种情况下，您的家庭财富再次与您的商业风险直接相关。

Also relevant, the family home may at times be used for the acquisition of further wealth, such as a second mortgage taken to for capital investment into the family's business. In such circumstances, your family's wealth is once again directly linked to your business risks.

不幸的是，大多数人对于这些风险因素并不知情，而且大多数人只在这些风险成为迫切问题时才会予以关注。如果没有提前做好适当的规划，那么妥善保护家庭财富通常为时已晚。

Unfortunately, these risk factors are unbeknownst to most individuals, and most individuals only consider such risks when they become pressing concerns. Without the proper planning done ahead of time, it is often too late for the family's wealth to be properly protected.



在这种情况下，家庭应该关注的是建立一种结构，使家庭的财富既可以得到保护，又可以与风险隔绝。

In these circumstances, what the family should be concerned about is setting up a structure whereby the family's wealth can be both preserved and insulated from risks.

纳税是最常发生的事情之一。正如人们常说的，死亡和税收是无法避免的。无论是您本人，您的企业，您的投资，还是您的家庭成员，除了生日，最经常发生的年度事件就是纳税申报。如果以家庭财富保值为设计理念，把家庭作为一个整体来考虑，在增加家庭财富池方面可以取得令人难以置信的成就。简单地说，在10年内每年节省1万澳元相当于10万澳元。这笔钱可有多种用途，例如购买另一套投资性住房。

One of the most regularly occurring events is the payment of taxes. As it is most commonly said, death and tax are not avoidable. Whether it is you, your business, your investment, or your family members, the most reoccurring annual event, other than birthdays, is the lodgement of taxes. If designed with family wealth preservation and considering the family as a single unit, incredible achievements can be made in increasing the family wealth pool. To put simply, savings of A\$10,000 per year over the course of 10 years equates to A\$100,000. This sum can be used for a variety of purposes such as the purchase of another investment home.

## 第二部分 可采用的结构

### PART 2. Available Structures

在安排购买时首先要知道，无论是房地产投资还是房地产开发，是属于业务的一部分还是其他任何活动，都没有放之四海而皆准的解决方案。

The first thing to note is that when structuring a purchase, whether it is for property investment, property development, as part of a business, or any other activity, there's no one-size-fits-all solution.

因为每个人的个人情况都是不同的，需要考虑到这些差异，从而设计出一种与您的目标相符的结构。

This is especially so given that individual circumstances will differ, and it is these differences which needs to be taken into account when designing a structure that is for your purpose.

考虑到上述情况，在所需结构中，不同特征之间有时可能存在冲突。一个关于控制和所有权与资产保护的常见例子是——绝对控制和完全拥有某项资产是最符合预期的，以自己的名义持有资产是最直接的解决方案，但如果您是一家公司的董事，您的资产可能会受到公司法中董事职责规定的影响。因此，您最好不要直接持有该资产，或者仅对该资产拥有部分所有权。

Having regard to the above, conflicts will exist between the different features in a structure that is desired. A common example pertains to control and ownership versus asset protection. Absolute control and complete ownership of an asset may be desired and owning the property in your own name is the most direct solution, however if you are a director of a company, you may expose your property to the directors' duties provisions in the Corporations Act. Given this, it may be better for you to not own the assets or at least only have partial ownership.

此外，根据您对房产的长期规划，在设计房产投

资结构时，有以下几种选项可供您选择。

Also, depending on your long-term plans for the property, there may be several options open to you when it comes to structuring your property investment.

#### 公司(股票) Company (shares)

公司在法律上是一个独立的法人实体。因此，如果一个人成立一家公司来购买投资性房产，则该个人并不是此房产的合法所有权人。这样虽然该个人不能完全拥有此房产，但会保护财产免受针对其个人的诉讼。

A company is a separate legal entity. Accordingly, if a company is set up to purchase a property, the individual is not the legal owner of the property. This, whilst not affording complete ownership to the individual, will however offer protection against legal claims against an individual.

对于房地产开发商或长期投资者来说，公司结构是一个不错的选择。作为一个独立的法人实体，公司由指定的董事经营，由股东所有。在这种结构下，财产和按揭将与负债一起归属在公司名下。

A company structure is a good option for property developers or those who sees their investment as long term. As a separate legal entity, the company is run by the appointed directors and owned by share holders. Under this structure, the property and mortgage would be under the company name, along with the liabilities.

因此，在公司结构下，会得到更多的资产保护。然而，如果您不打算长期持有财产，为建立和维护公司结构所花费的时间和成本可能并不值得。

Given this, increased asset protection is gained under a company structure. If however, your intention is not to hold the properties long term, a company structure may not be worth the time and cost to establish and maintain.

### 信托(单位信托,自由裁量信托) Trust (unit,discretionary)

信托结构是房地产投资者的热门选择。房地产投资者最常用的信托结构是家庭信托或单位信托。

Trust structures are a popular option amongst property investors. The most common trust structures used by property investors are family trusts or unit trusts.

与公司结构类似，单位信托提供的是明确的收益，而且您从财产中获得的利润将与您在信托中的所有权相同。对于在非相关方或非家族性质的当事方之间进行的房地产投资而言，单位信托是一个不错的选择。

Similar to a company structure, a unit trust gives you a defined interest in the trust, and your profit from the property will be the same as your ownership within the trust. Unit trusts can be a good option for property investment between unrelated, or non-familial, parties.

家族信托没有明确的单位持有人，因其提供了灵活性和资产保护功能而可能成为首选。

A family trust doesn't have defined unit holders, and may be preferred as it provides flexibility and asset protection.

然而，需要注意的是，信托结构的复杂性可能会影响您的借款能力。

However, one thing to note is that the complexity of your trust structure may impact how much you can borrow.

一般而言，信托投资有一些明显的优点和缺点。

Generally speaking, there are some significant advantages and disadvantages associated with buying in a trust.

其中的一个优点是，它为借款人提供了一定程度的资产保护。如果任何受益人破产或出现财务问题，信托内的资产通常会受到法律保护而不被用于清偿。

One such advantage is that it provides the borrower with a certain level of asset protection. Should any beneficiary become bankrupt or experience financial trouble, assets which are held in the trust are usually protected against legal claims.

监管信托的法规比监管公司的法规要少得多，而且信托单位通常是容易转让和回购的。

There are also much fewer regulations governing trusts than companies, and units can generally be easily transferred and re-acquired.

### 合伙 Partnerships

如上所述，公司是一个独立的法律实体，信托是一种法律关系。而合伙是一种合同安排，是两个或两个以上的合伙人基于合同约定的共同目标而从事经营。

As per above, a company is a separate legal entity, whilst a trust is a legal relationship, a partnership however is a contractual arrangement under which at least two parties carry on a business with a common purpose.

值得注意的是，普通法合伙企业的每个合伙人都对合伙企业的债务承担连带责任。因此，如果其中一名合伙人以合伙企业的名义所做出的行为被提起诉讼，合伙人的个人资产将面临风险。

It is important to note that each partner of a common law partnership is jointly and severally liable to the liabilities of the partnership. As such, the personal assets of the partners can be exposed to risk if any partner is sued for an act which they conducted in the name of the partnership.

## 合资企业 Joint Venture

如果您对自己的房地产投资设有截止日期，合资企业可能是一个不错的选择。这种结构在开发项目中更为常见。在合资企业中，各方分享收益，而不仅仅是利润。

A joint venture can be a good option if you have an end date for your property investment. This structure is more common for development projects. This is as in a joint venture the parties share in the proceeds and not just the profits.

例如，各方拥有相邻地块的所有权，被分享的收益则是在这块土地上所建造的房产。

An example could be that the parties own adjacent blocks of land, and the proceeds will be the property that is built on the land which is to be shared.

## 个人(等额或不等额的联名产权；共有产权) Individual (tenants in common equal or unequal shares; joint tenancy)

最简单的财产所有权结构是作为个人拥有财产。这意味着您以自己的名义购买和登记房产。

The simplest ownership structure for a property is owning the property as an individual person. This essentially means that the property is purchased and registered in your name.

不利的一面是，如果您被起诉，以您的名义所购买的房产不能受到资产保护。

On the downside, buying a property in your name doesn't offer asset protection if you are personally sued.

以个人名义拥有财产包括与伴侣或配偶一起购买房产。在这种情况下，贷款文件和所有权证书上常会

同时记载二人的名字。个人购买的好处是贷款过程简单。但不利的是，由于它不提供任何资产保护，如果您被起诉，则将对诉讼结果承担责任。

Owning property as an individual will include purchasing the property with a partner or a spouse. In such situations, it is common for both names to appear on the loan documents and title deeds. The benefits of purchasing as an individual is that the loan process is simple. Unfortunately, as it does not offer any asset protection, if you were to be sued, you would be liable for the outcome.

这也意味着，任何正在起诉您的人，无论是在您的房产中受伤的房客还是您的商业伙伴，都可以危及您名下的资产或您以共有方式所持有的任何财产份额。

This also means that anyone who is suing you, from a tenant injured in your property to a business associate, can attack the assets you hold in your name or your share of whatever is held in joint names.

## 共有产权和联名产权 Joint tenants and tenants in common

当各方作为共有产权共有人而拥有房产时，这意味着：

- 所有共有人对该房产拥有平等的所有权和利益；
- 以及
- 存在生存者取得权。

When parties own property as joint tenants, it will mean that:

- all joint tenants have equal ownership and interest in the property; and
- a right of survivorship will exist.

生存者取得权指的是，如果共有人中有一方过世，房产将自动转移到依然在世的其他共有人名下。无论死者的遗嘱中是否有任何相反的意愿，均适用生存者取得权。因此，在准备遗嘱和财产计划时，考

考虑财产所有的方式是很重要的。

This right of survivorship means that if one of the joint tenants passes away, the property will automatically pass to the surviving joint tenant. This right of survivorship will apply regardless of any contrary intentions in the deceased's will. As such, it is important to consider the way a property is owned when your will or estate plan is prepared.

当各方作为联名产权共有人而拥有房产时，这意味着两方或多方以明确的比例共同拥有某项财产，且可按照自己的意愿处置该财产。每个共有人享有的份额可以是等额的，也可以是不等额的。

When parties own property as tenants in common it means that two or more people co-own a property in defined shares. These shares can be disposed of independent of the other person's interests and can be owned in equal or unequal shares.

联名产权共有人可以出售他们在房产中的份额，或者在遗嘱中将其赠与他人。这意味着不存在生存者取得权。

A tenant in common can sell their shares in the property or give them away in a will. This means that there is no right of survivorship.

对于那些有即将再婚的成年子女的人，或者为购买房产出资金额相差悬殊的人而言，联名产权所有权是常见的。这种所有权形式也适用于一起购买房产的投资者。

Ownership as tenants in common is usual for people with adult children who are entering second marriages, or for people who are contributing very different amounts towards the purchase of a property. This form of ownership can also be utilised for investors who are buying properties together.

### 借名买房

### Individual purchased under another's name

完全不推荐这种方式。在澳大利亚，若要达到同样的效果，还有更安全的方法。

This is not recommended at all. There are much more secure ways of achieving the same result in Australia.

司法  
数据



## 成品油走私犯罪司法大数据报告

WINCON  
LEGAL  
INSIGHT



裴吉科

专注于海关事务法律服务及企业贸易风控合规，对海关、海商、港口交叉部位疑难事项处置有成熟经验。



赵徽平

业务领域为海关法律事务、海商、公司法律顾问。

### 一、前言

#### (一) 研究背景与研究目的

根据海关总署网站2021年1月发布的讯息，2020年全国海关缉私部门在打击整治成品油走私“守卫”专项行动中侦办了成品油走私犯罪案件370起，案值113.5亿元。

所谓成品油，根据最高人民法院、最高人民检察院、海关总署发布的《打击非设关地成品油走私专题研讨会会

议纪要》（署缉发〔2019〕210号），是指汽油、煤油、柴油以及其他具有相同用途的乙醇汽油和生物柴油等替代燃料（包括添加染色剂的“红油”“白油”“蓝油”等）。国家对进口成品油征收关税、增值税、消费税，由于综合税率较高，走私收益大，很多犯罪分子从事成品油走私活动，成品油走私也一直是海关缉私重点打击对象。

鉴于以上背景，我们特别选取了走私成品油犯罪的判决书作为样本进行了大数据分析，希望能总结出此类犯罪的特点，以期为相关方提供参考。

## （二）数据来源

本文数据主要来源于“无讼”“裁判文书网”等网站公开上传的裁判文书。以“走私普通货物、物品罪”“成品油”“油品”“燃料油”“汽油”“柴油”“红油”“白油”“蓝油”等作为关键词检索，共收集到刑事判决书样本669份（仅限一审），涉及1969名被告人和37家被告单位。检索基准日为2021年2月4日。

## （三）统计方法

本报告以所获取的裁判文书样本的内容为依据，利用Excel、Access等数据分析软件进行统计汇总，提取各个案件中的年份、地域、被告人信息、辩护情况、强制措施适用情况、量刑情况等要素逐一进行分析，最终形成大数据分析报告。

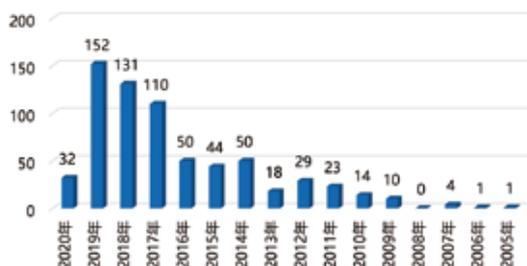
## （四）特别提示

因为受样本数量和统计方法的限制（如仅以一审判决书作为研究样本），本报告的数据统计及分析结论可能存在一定误差，仅供参考。

## 二、判决年份

669份判决的形成年份如下表所示。排除裁判文书网开通年份2013年及以前的数据，并排除可能因为时间太近尚未完全在网上发布的2020年的数据，可以看出，从2014年到2019年，走私成品油犯罪案件的数量逐年增多，2019年的案件数量达到了152件，是2014年50件的三倍还多。由此说明，近年来走私成品油犯罪越来越突出，执法机关对此类犯罪的打击力度也逐年加大。

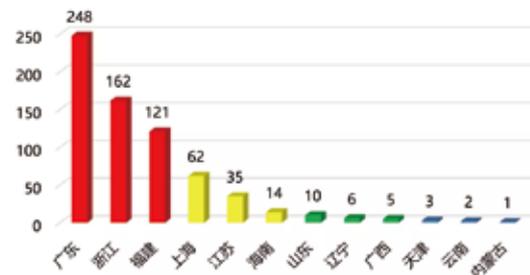
判决年份



## 三、案件地域

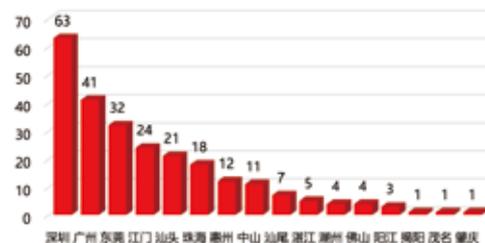
作出669份判决的法院集中分布于12个省级行政区，以东南沿海地区最为多发，呈现由东南沿海地区向北方沿海地区、西南地区递减的趋势。其中案件最多的是广东、浙江、福建三省，分别有248份、162份、121份，占总数量的79.37%。

判决地域

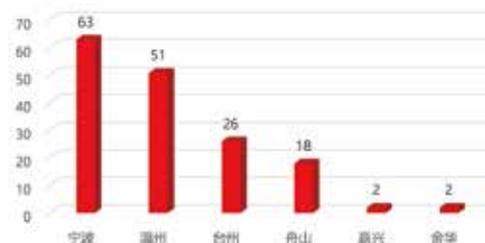


我们进一步统计了12个省级行政区中走私成品油案件分布的法院，形成了以下的统计图。通过该数据能看出，走私成品油案件数量超过30件的城市共有12个，分别为：广东省的深圳市、广州市、东莞市、江门市、汕头市，浙江省的宁波市、温州市、台州市，福建省的福州市、厦门市、泉州市，以及直辖市上海市。其中，深圳中院、宁波中院、温州中院、上海三中院，累计审理走私成品油案件都已超过50件。

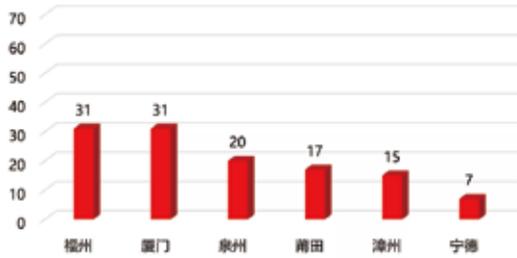
广东 (248)



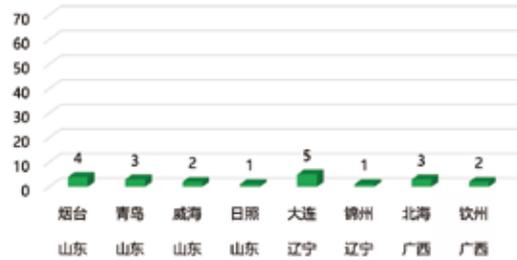
浙江 (162)



福建 (121)



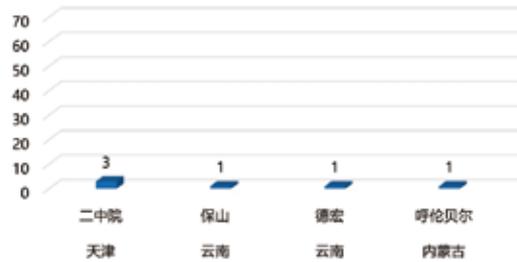
山东 (10) 辽宁 (6) 广西 (5)



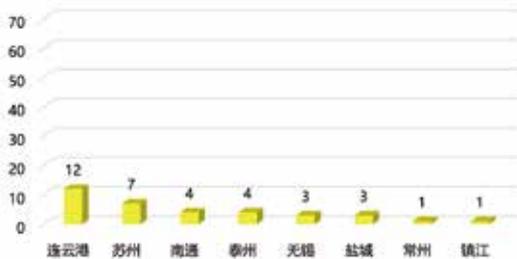
上海 (62)



天津 (3) 云南 (2) 内蒙古 (1)



江苏 (35)



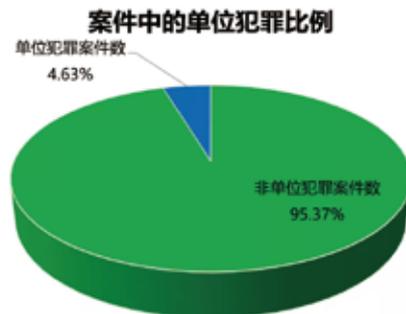
海南 (14)

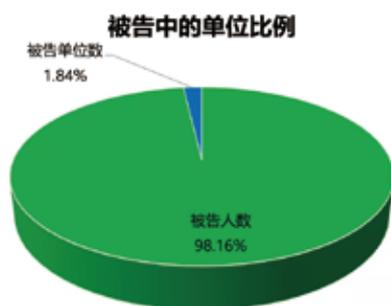


分析以上数据，并结合抽样选取的部分案件的案情，不难发现，由于成品油属于大宗货物，海上绕关走私是主要的犯罪方式，导致沿海地区首当其冲，以东南沿海最为突出，来自香港的红色柴油更是使得广东成为了成品油走私的重灾区。

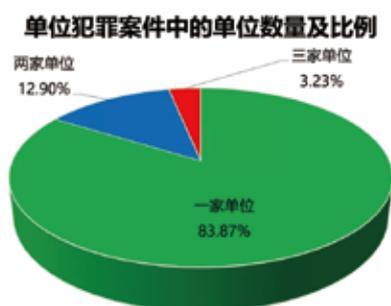
#### 四、单位犯罪

在所有的669项案件中，涉嫌或构成单位犯罪的案件共有31件，占比4.63%；在所有的2006位被告人中，被告单位共有37家，占比1.84%。由此可知，在走私成品油案件中，单位犯罪的比例并不高。



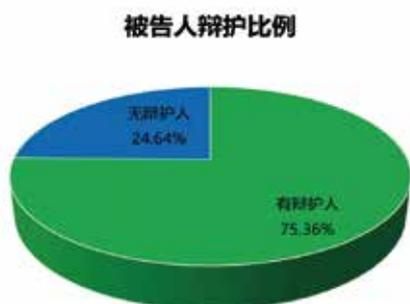


我们进一步选取31个涉嫌或构成单位犯罪的案件进行研究，统计各个案件中被告单位的数量，有26个案件中只有一家被告单位，有4个案件中有两家被告单位，有1个案件中有三家被告单位。这说明，走私成品油的单位犯罪案件大都呈现单一化，但也有16%的案件涉及了两家以上单位的联合作案的情况。



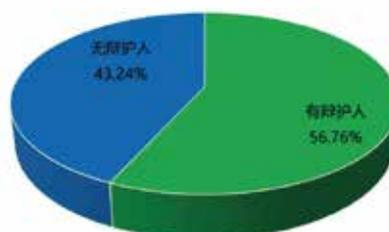
## 五、辩护情况

在1969名被告人中，共收集到1936名被告人的辩护信息。在这1936名被告人中，委托律师辩护的被告人为1459人，占比75.36%；没有委托律师辩护的被告人为477人，占比24.64%。该数据说明，在走私成品油犯罪案件中，有超过四分之三的被告人会委托律师辩护，体现了辩护人在此类案件中的价值。



在37家被告单位中，委托律师辩护的被告单位共有21家，占比56.76%；没有委托律师辩护的被告单位为16家，占比43.24%。从该数据能看出，单位被告比个人被告委托辩护人的意愿要低很多，但也有超过一半的单位委托了辩护人。而且，我们通过进一步研究案情发现，虽然有时候被告单位没有委托辩护人，但作为单位的主管人员或者直接责任人员往往都会委托律师辩护。

## 被告单位辩护比例

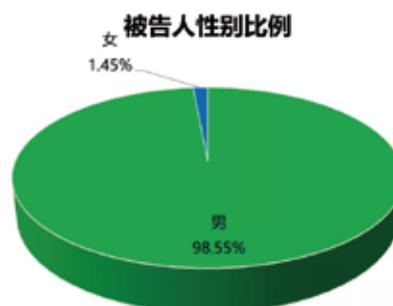


## 六、被告人画像

此处的“被告人画像”，是借用互联网行业的“用户画像”概念，指的是我们利用收集到的基础数据，将成品油走私犯罪被告人的具体信息抽象成标签，利用这些标签将人员形象具体化，从而作出有针对性的分析。

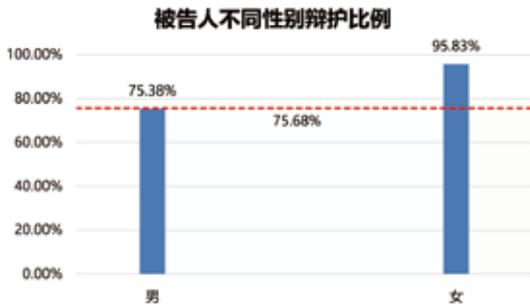
### （一）性别

在1969名被告人中，共收集到1657名被告人的性别信息，其中男性被告人为1633人，占比98.55%；女性被告人为24人，占比1.45%。由此看出，走私成品油犯罪中，男性犯罪占据了绝大多数，女性犯罪微乎其微。



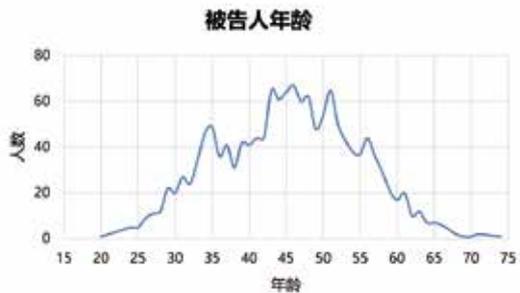
我们进一步以性别为参数，统计了辩护情况，形成了下面的图表。首先，计算出1657名被告人的平均辩护率为75.68%（下图中红色虚线）。然后，分别按照男女

不同性别统计，1633名男性被告人中委托辩护律师的有1231人，辩护率为75.38%，与平均辩护率相差不大；而24名女性被告人中，委托辩护律师的有23人，辩护率达95.83%，远高于平均辩护率。由此看出，女性被告人委托律师辩护比男性被告人更为普遍。



## (二) 年龄

在1969名被告人中，共收集到1482名被告人的出生年月信息，以判决书作出之日被告人的年龄为准，统计1482名被告人的年龄形成如下折线图。



从该图能看出，自20岁至45岁，走私成品油犯罪的被告人人数大幅度增加；45岁至55岁之间，被告人人数仍保持在较高水平；55岁以上，人数则大幅度减少。

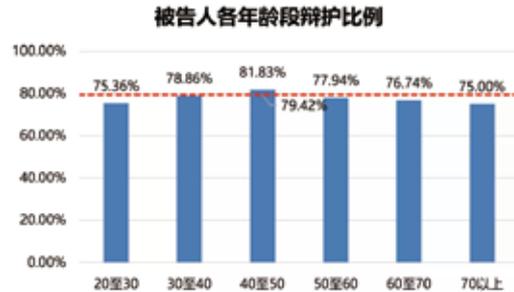
对全部1482名被告人的年龄取平均数、中位数、众数，结果分别为45岁、46岁、46岁，由此可知，45岁左右是此类型犯罪的被告人最典型的犯罪年龄。

我们又以每10岁作为一个阶段，将1482名被告人分为6个年龄段，统计各个年龄段被告人的人数比例，形成以下饼状图。可以看出，40至50岁的被告人占比最大，

达到37.52%，其次是30至40岁以及50至60岁的被告人，分别为23.62%和28.14%。该数据进一步表明，中年人是此类犯罪的主力人群。

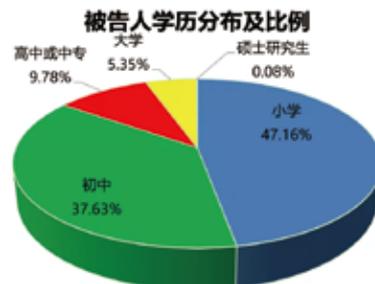


我们进一步以年龄为参数，统计了辩护情况。首先，计算出1482名被告人的平均辩护率为75.68%（下图中红色虚线）。然后，分散到各个年龄段分别统计，发现各年龄段被告人的辩护率与平均辩护率的相差都不大，只是40至50岁被告人的辩护率比平均辩护率稍微高一点，其他年龄段被告人的辩护率比平均辩护率稍微低一点，此数据说明年龄并不是影响辩护率的显著因素。

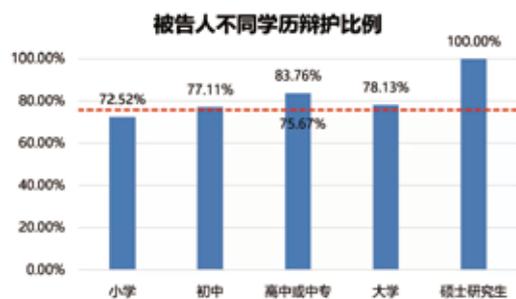


## (三) 学历

在1969名被告人中，共收集到1196名被告人的学历信息，统计结果如下图所示。可以看出，小学和初中学历的被告人占据了所有被告人的绝对多数，总占比达84.78%。

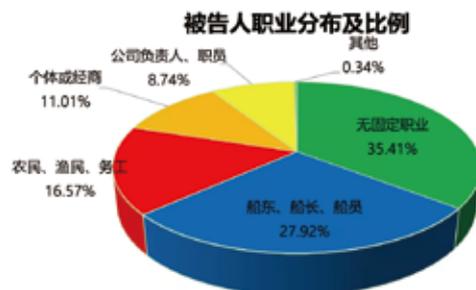


我们进一步以学历为参数，统计了辩护情况。首先，计算出1196名被告人的平均辩护率为75.67%（下图中红色虚线）。然后，分散到不同学历分别统计，发现除了小学学历被告人的辩护率比平均水平低之外，其他学历被告人的辩护率均高于平均水平。硕士学历最高，达到100%；高中或中专学历的被告人辩护率高出平均水平也很明显，达83.76%；初中学历和大学学历被告人的辩护率也稍高于平均水平，分别有77.11%和78.13%。相比之下，小学学历的被告人辩护率仅72.52%，在平均线以下。



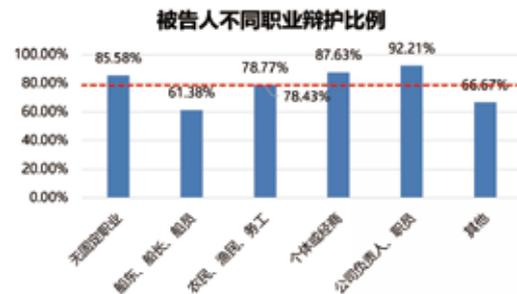
#### (四) 职业

在1969名被告人中，共收集到881名被告人的职业信息，统计结果如下图所示。可以看出，无固定职业的被告人占比最大，达35.41%；其次是船东、船长、船员等船舶营运人员，占比达27.92%，再次说明了海上走私是成品油走私突出形式；紧随其后的是农民、渔民、务工人员等在社会分工中的底层人员，占比达到了25.66%，也不容小觑。剩余的个体或者经商的被告人占比11.01%，公司负责人、公司职员占比8.74%，这两类人群规模虽小，但也属于走私成品油犯罪中较为重点的人群。



我们进一步以职业为参数，统计了辩护情况。首先，计算出881名被告人的平均辩护率为78.43%（下图中红色虚线）。然后，分散到不同职业分别统计，发现

公司负责人、职员以及个体或经商这两类被告人的辩护率比平均水平高出不少，分别达92.21%和87.63%。相比之下，船舶营运人员的辩护率就比平均水平低不少，只有61.38%。



## 七、强制措施适用及羁押情况

在1969名被告人中，共收集到1661名被告人的适用强制措施的情况，分为以下三个角度进行了统计分析。

### (一) 强制措施适用情况

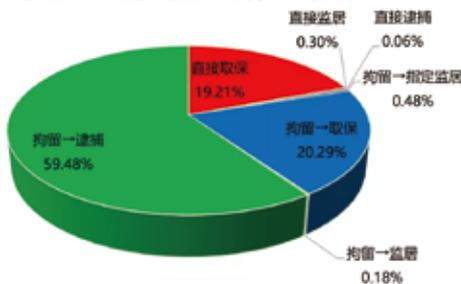
根据收集到的信息，被告人适用的强制措施的种类和顺序共有以下17种情况，统计如下表所示。

序号	适用强制措施的不同情况	人数	比例
1	取保	225	13.55%
2	取保→监居	9	0.54%
3	取保→逮捕	85	5.12%
4	逮捕	1	0.06%
5	拘留→取保	247	14.87%
6	拘留→取保→监居	4	0.24%
7	拘留→取保→逮捕	86	5.18%
8	拘留→逮捕	949	57.13%
9	拘留→逮捕→取保	31	1.87%
10	拘留→逮捕→取保→逮捕	7	0.42%
11	拘留→逮捕→指定监居→逮捕→取保	1	0.06%
12	拘留→监居→取保	2	0.12%
13	拘留→监居→逮捕	1	0.06%
14	拘留→指定监居→取保	3	0.18%
15	拘留→指定监居→取保→逮捕	1	0.06%
16	拘留→指定监居→逮捕	4	0.24%
17	监居→逮捕	5	0.30%
	总计	1661	100.00%

将上面17种适用强制措施的情况简化为只统计被告人最先被适用的两种强制措施，简化为7种统计类别，形成如下统计表和统计图：

序号	简化类别	人数	比例
1	取保	319	19.21%
2	监居	5	0.30%
3	逮捕	1	0.06%
4	拘留→指定监居	8	0.48%
5	拘留→取保	337	20.29%
6	拘留→监居	3	0.18%
7	拘留→逮捕	988	59.48%
	总计	1661	100%

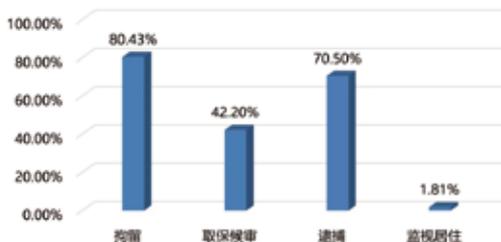
被告人适用强制措施的种类及比例



由该数据可以看出，走私成品油犯罪案件的被告人，最常被适用的强制措施是先拘留后逮捕，占比为59.48%，其次是先拘留后取保和直接取保，分别占比20.29%和19.21%。适用监视居住或者先拘留再监视居住的被告人比较少，共有16人，占比0.96%。更为少见的是未经拘留等其他强制措施直接就被批捕的被告人，仅有一例：在（2010）深中法刑二初字第164、197号案中，被告人吴某某于2010年4月25日被抓获，同日即被逮捕。

若忽略强制措施适用的不同顺序，笼统统计各种强制措施在1661名被告人中的适用比例，就会得出下图所示的数据。可以看出，拘留是走私成品油案件中适用最多的强制措施，适用率达80.43%，逮捕的适用率也很高，达70.50%，取保候审的适用率较低，仅有42.20%。而监视居住是最冷门的强制措施，适用率只有1.81%。

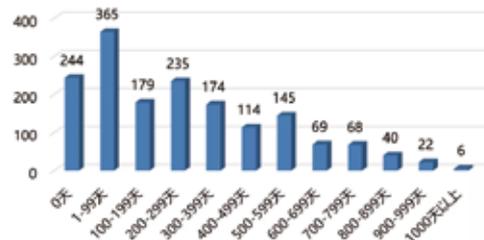
强制措施适用比例



(二) 羁押天数情况

根据第一部分强制措施适用的情况，我们计算出了各个被告人被羁押的天数。譬如，以17个分类中第10类适用“拘留→逮捕→取保→逮捕”的被告人为例，羁押天数=（取保日期-拘留日期）+（判决日期-逮捕日期）。（监视居住属于计算羁押天数时的特殊情形，参照刑法对监视居住折抵刑期的规定，我们对普通监视居住和指定居所监视居住进行了差别处理：普通监视居住的，监视居住期间不计算为为羁押期间；指定居所监视居住的，监视居住两天计算为羁押一天。）通过此种方式，我们统计全部1661名被告人的羁押天数，以每100天作为一个分段，合计出每个分段的人数，形成下面的统计图。

被告人羁押天数

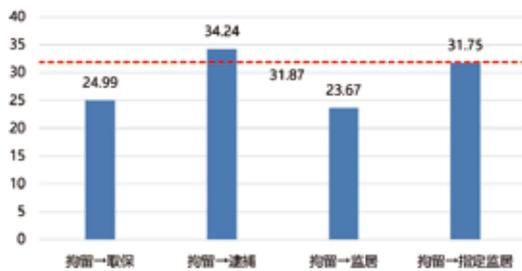


通过该数据可以看出，仅有244名被告人完全没有被羁押，占到总人数的14.69%；羁押100天以下的被告人比较多，有365人，占比21.97%；羁押天数100多天、200多天、300多天、400多天、500多天的被告人大致均匀分布，分别为179人、235人、174人、114人、147人；而羁押600天以上的被告人开始逐渐减少为两位数，最终羁押1000天以上的被告人只有4人。这4人都是（2016）鲁02刑初63号案的被告人，其中，被告人郭某被羁押了1010天，被告人王某某、张某某、应某某被羁押了1009天，都已超过了两年零九个月。

(三) 拘留以后变更强制措施情况

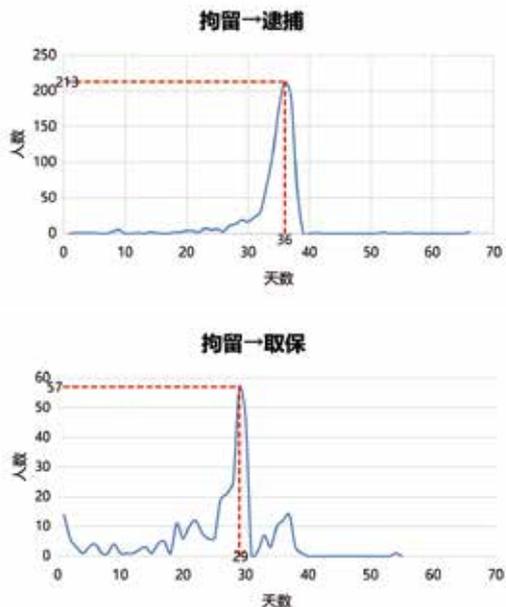
我们选取了首次强制措施为拘留的1336名被告人进行了进一步研究。首先，计算出1336名被告人自拘留后变更强制措施的平均天数为31.87天（下图中红色虚线）。然后，分散到拘留后变更为取保候审、逮捕、监视居住、指定居所监视居住分别进行统计，计算出各种情况下变更强制措施的平均天数，形成了如下统计图。

拘留以后变更强制措施的平均天数



由该数据能看出，被告人由拘留变更为取保候审和监视居住的，平均只用了24.99天和23.67天，都在30天以内；而由拘留变更为逮捕和指定居所监视居住的被告人，则平均用了34.24天和31.75天，都超过了30天。

我们又进一步选取了拘留后逮捕和拘留后取保两种最常见的情况进行了研究，统计所有相关被告人变更强制措施的天数，形成了如下两个统计图。



从图中可以明显看出，“拘留→逮捕”的被告人，在30天以前被批捕的比较少，但是进入30以后，批捕数量显著上升，第36天被批捕的被告人最多，达到213人；而“拘留→取保”的被告人则相反，很少是在拘留30天以后才被取保，大部分都集中在30天以前，第29天左右被取保的比例最高。这两个统计图更加直观的反映了办案机关

办理走私成品油犯罪的节奏，拘留以后的第30天在大部分情况下是办案机关决定将已经拘留的嫌疑人申请批捕（或批捕）还是取保的分水岭。

上述数据再次印证了刑事案件中的“黄金37天”，且这37天内的前30天更加重要，是委托辩护律师、争取取保候审的关键时间，否则，超过这个期限，嫌疑人将会有更大的可能被批捕。

## 八、定罪量刑情况

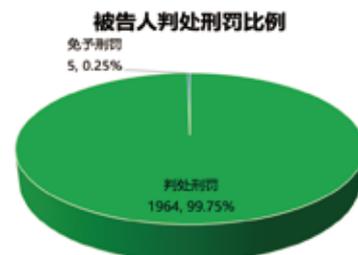
成品油走私犯罪属于《刑法》规定的走私普通货物罪，该罪客观上表现为违反海关法律法规、逃避海关监管、偷逃应纳税款，主观上必须为故意。刑罚主要以偷逃应纳税额为基准，具体规定如下表所示。

主体	情节	自由刑	罚金刑
个人	偷逃应纳税额十万元以上不满五十万元的；或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的	三年以下有期徒刑或者拘役	偷逃应纳税额一倍以上五倍以下罚金
	偷逃应纳税额五十万元以上不满二百五十万元的	三年以上十年以下有期徒刑	偷逃应纳税额一倍以上五倍以下罚金
	偷逃应纳税额二百五十万元以上的	十年以上有期徒刑或者无期徒刑	偷逃应纳税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产
单位	偷逃应纳税额二十万元以上不满一百万元的；对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员	三年以下有期徒刑或者拘役	对单位处偷逃应纳税额一倍以上五倍以下罚金
	偷逃应纳税额一百万元以上不满五百万元的；对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员	三年以上十年以下有期徒刑	对单位处偷逃应纳税额一倍以上五倍以下罚金
	偷逃应纳税额五百万元以上的；对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员	十年以上有期徒刑或者无期徒刑	对单位处偷逃应纳税额一倍以上五倍以下罚金

我们根据收集到的669份判决书，分别就1969名被告人和37家被告单位分开进行了统计。

### （一）被告人定罪量刑

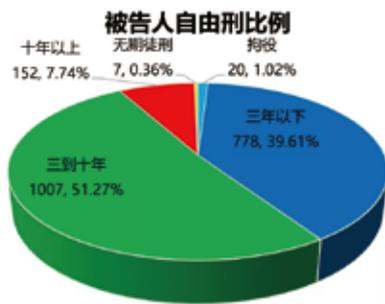
1969名被告人中，无一人被宣判无罪，定罪率为100%。但是却有5人虽然被判处走私普通货物物品罪，最终却免于刑事处罚，占比0.25%。



这些被免于刑罚的被告人，大多为共同犯罪中的从犯，且有坦白认罪等减轻、从轻量刑的情节。以（2016）闽06刑初1号案中的陈某某为例，法院在“本院认为”部分这样说理：

被告人陈某某受邱某某雇佣担任船员随船出海接驳走私柴油入境，领取工资，口头约定“冒充”船长顶替承担责任，起辅助作用，是从犯，犯罪情节轻微；且归案后直至法庭审理均能如实供述自己罪行，认罪态度好，有悔罪表现，其辩护人所提陈某某犯罪情节轻微、主观恶性较小、认罪悔罪态度好，建议对其免于刑事处罚的理由成立，本院予以采纳。

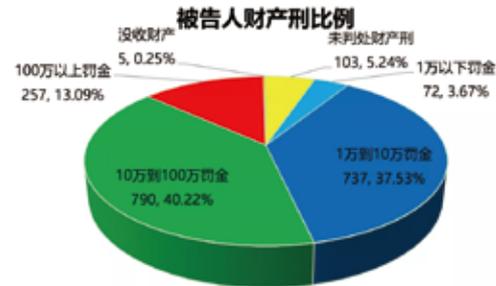
统计被判处刑罚的1964名被告人的自由刑量刑情况，形成如下统计图。



可以看出，被判处三到十年有期徒刑的被告人最多，共1007人，占比51.27%；其次是被判处三年以上有期徒刑的被告人，共778人，占比39.61%；另外，152名被告人被判处了十年以上有期徒刑，占比7.74%，有7名被告人甚至被判处了无期徒刑，占比0.36%。走私犯罪属于经济犯罪，无期徒刑是法定最高刑，判处无期徒刑的情况实为少见。研究这些被判处无期徒刑的被告人的犯罪事实，发现这些被判处无期徒刑的被告人偷逃税额都特别巨大，例如（2019）浙09刑初11号案中的被告人高某某，参与走私燃料油118次，偷逃应缴税款合计126591966.82元；又如（2017）鲁10刑初53号案中的被告人王某某，走私柴油39000吨，偷逃税款人民币6521.94万元。

总体来说，成品油因为是大宗货物，一旦构成走私犯罪，往往涉及偷逃税款数额较大，因此后果较为严重，刑期往往偏长。

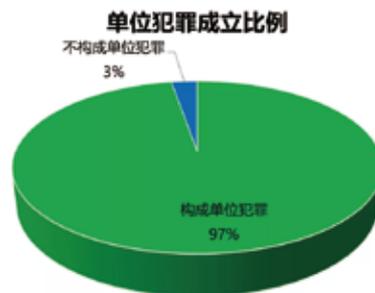
统计被判处刑罚的1964名被告人的财产刑情况，形成如下统计图。



可以看出，被判处10万以上100万以下罚金的被告人最多，占了四成多；其次是被判处1万以上10万以下罚金的被告人，也接近四成；另有257名被告人被判处了100万元以上的罚金，占比13.09%；有5名被告人被判处了没收财产，对应的是在上面自由刑数据中被判处无期徒刑的五位被告人，占比0.25%。此项数据说明，走私成品油犯罪的被告人在被判处较长自由刑的同时，往往还伴随着巨额的财产刑。但也要注意，也有103名被告人仅被判处自由刑，未被判处财产刑，占比5.24%。

## （二）被告单位定罪量刑

37名被告人中，有1家单位被宣判无罪，36家单位被认定为有罪，定罪率为97%。



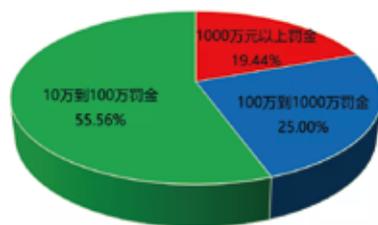
被宣判无罪的单位为（2014）青刑二初字第26号案中的青岛某公司，法院在“本院认为”部分这样说理：

关于公诉机关指控青岛某公司走私普通货物罪的事实及被告人陆某的辩护人所提其系单位犯罪的直接责任人员的辩护意见，经查，在案书证、证人证言证实，被告人陆某、刘某与被告单位青岛某公司签订挂靠协议，以被告单位名义独立开展业务，交纳固定挂靠费用，所

得利润与被告单位无关。此次走私重油行为被告人陆某事前未向公司报告，所得利润由被告陆某与黄某平分，上述事实与被告陆某、黄某供述印证一致，足以证实。本院认为，被告人陆某走私重油行为虽系以青岛某公司回收污水水业务名义进行，但走私犯罪所得与固定挂靠费用没有关联性，不归单位所有，依法不认定为单位犯罪。公诉机关指控青岛某公司走私普通货物罪不成立，本院不予支持。被告人陆某的该辩护意见亦不成立，本院不予采纳。

而剩余的36家单位均构成了走私普通货物物品罪，被判处了数额不等的罚金，罚金的数额及比例如下图所示。

**被告单位被判处罚金数额及比例**



可以看出，被告单位被判处10万以上100万以下罚金的占多数，有20家，占比55.56%；其次是被判处100万以上1000万以上罚金的被告单位，有9家，占25.00%；而被判处1000万以上的被告单位也不少，有7家，占比19.44%。罚金最高的是（2014）烟刑二初字第10号案中的上海某公司，被判处罚金1.3亿元，该公司的犯罪事实为：走私进口燃料油14票，共计313819565千克，偷逃应缴税额人民币12003.582169万元，其中5票未遂，共计126323921千克，偷逃应缴税额人民币4898.657076万元。

从单位犯罪的量刑数据能看出，一旦单位涉及了走私成品油犯罪，偷逃税额一般也非常巨大，往往会面临巨额的罚金刑罚。

## 九、分析结论

（一）从案件数量来看，成品油走私犯罪近些年来不断增多，表现了此类犯罪越来越突出，执法机关对此

类犯罪的打击力度也逐年加大。

（二）从案发地域上来看，成品油走私犯罪以粤闽浙为代表的东南沿海地区最多，表现了海上走私是成品油走私的主要方式。

（三）成品油走私犯罪案件中构成单位犯罪的情况不多。

（四）成品油走私犯罪的被告人以低学历的中年男性为主，大多为无固定职业者和社会底层人员，也有相当一部分是专门从事海上运输的船东、船长及船员。

（五）有超过3/4的成品油走私犯罪的被告人选择委托辩护律师。这其中，女性被告人、高中以上学历的被告人、公司人员、个体或者经商人员委托辩护律师的比例更高。

（六）成品油走私犯罪中，审前完全没有被羁押的被告人仅占了很小一部分，而其余的被告人均会遭遇不同程度的羁押，最长的羁押时间超过了两年零九个月。

（七）成品油走私犯罪的被告人被适用最多的强制措施是拘留。拘留以后，大部分的被告人将会被批捕，批捕时间一般都超过了拘留后30天；少部分的被告人会被取保，取保的时间大都在拘留后30天以内。

（八）从量刑上看，成品油走私犯罪的被告人多数被判处了三到十年的有期徒刑，最严重的被判处了无期徒刑，体现了此类走私犯罪的偷逃税额高，犯罪情节严重的的特点。被告人在被判处自由刑的同时，也有极高的可能性同时也被判处财产刑，罚金数额不等，但总体较高。涉及单位犯罪的，单位也会被判处高额的罚金。

## 十、特别提醒

（一）正常成品油进口大都是整船进口，对其价格是否低报，以及涉及的滞期费、速遣费如何认定等问题需要专业支持，也可能涉及刑事犯罪。

（二）行为人与他人事先通谋或者明知他人从事走私成品油犯罪活动，而在我国专属经济区或者公海向其

贩卖、过驳成品油的，应当按照走私犯罪的共犯追究刑事责任。

(三) 直接购私人员如与走私犯罪分子有事前或者事中通谋行为，应当依照《刑法》第156条的规定，以走私罪的共犯论处。在此情况下，下游再行收购的人员属于一手购私而非二手购私行为，应依照《刑法》第155条第1项的规定追究其刑事责任。

(四) 非设关地成品油走私活动属于非法的贸易活动，计核非设关地成品油走私刑事案件的偷逃应缴税

额，一律按照成品油的普通税率核定，不适用最惠国税率或者暂定税率。

(五) 成品油走私犯罪活动环节多、链条长，涉案主体、行为方式具有多样性，证据采信、事实认定存在困难，在主从犯认定、主观故意认定等方面具有一定辩护空间，具有较高的技术要求，如果涉及此类事项，可以寻求专业律师团队帮助。

☆ 韩瑞丽律师对此文亦有贡献



- **青岛**  
青岛市香港中路61号甲远洋大厦B座36层  
电话: +86-532-85766060
- **济南**  
济南市历下区经十路11001号人寿大厦21层03-04单元  
电话: +86-531-86026655
- **日照**  
日照市东港区北京路201号联通大厦6楼  
电话: +86-633-8178000
- **上合示范区**  
胶州市澳门路海湾天泰金融广场四号楼502  
电话: +86-532-82200850
- **青岛西海岸**  
青岛市黄岛区漓江西路666号名家美术馆3层  
电话: +86-532-80775085
- **青岛城阳**  
青岛市城阳区正阳路205号海都国际B座16层  
电话: +86-532-68958757
- **青岛莱西**  
莱西市黄海路26号1-112  
电话: +86-532-66036062
- **北京**  
北京市朝阳区东三环北路38号泰康金融大厦3617室  
电话: +86-10-65535672
- **烟台**  
烟台市芝罘区环山路3号润利大厦21层  
电话: +86-19953580597
- **济宁**  
济宁市任城区任城大道中德广场B座14层  
电话: +86-537-2560086
- **潍坊**  
潍坊市高新区东风东街5738号天润大厦A座1510  
电话: +86-536-8988225
- **首尔**  
韩国首尔市瑞草区瑞草大路397号A栋1106室
- **悉尼**  
澳大利亚新南威尔士州悉尼北区米勒街101号32层
- **华盛顿**  
美国华盛顿特区K街1629号300室



文康法律观察公众号



文康律师公众号