



中伦文德律师事务所  
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

# 中伦文德

法律  
评论

2020年01月

中伦文德  
法律评论  
是载道之本  
公正理之信



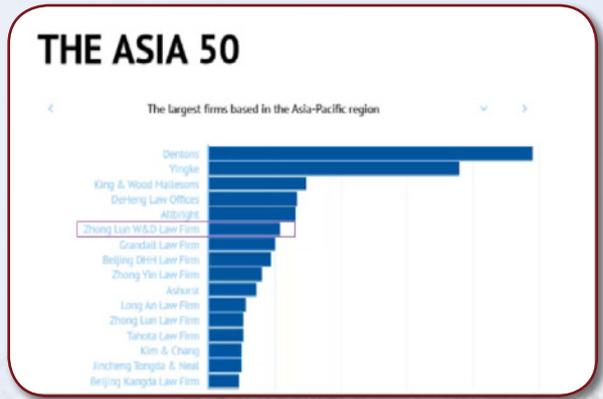
▲ 2019年11月11日，2019中国国际能源大会暨粤港澳大湾区国际能源交易中心启动仪式于北京隆重举办，陈文律师受邀参加圆桌论坛并与粤港澳大湾区国际能源交易中心签订战略合作协议。陈文律师及其团队全程参与了粤港澳大湾区国际能源交易中心的设立工作，就交易中心的顶层设计、注册出具法律意见。



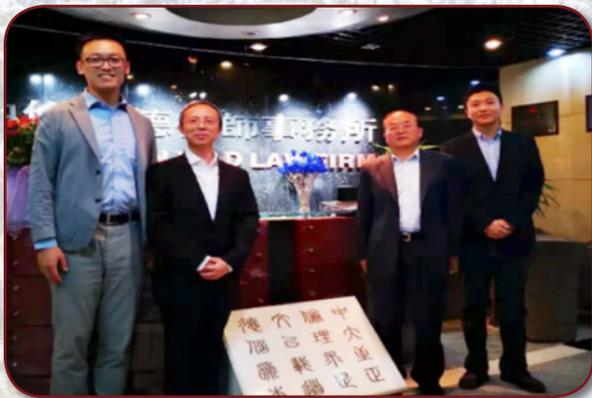
▲ 2019年11月6日，2019GLA全球法律联盟年会在美丽的新加坡隆重开幕，此次年会为期两天。大会吸引了来自全球的知名律师、政商要员、文化界知名人士和众多知名企业家参加。GLA 副秘书长、中伦文德高级合伙人李铮律师；GLA 副秘书长、中伦文德高级合伙人朱登凯律师主持此次大会。GLA 联席主席、中伦文德律师事务所创始合伙人陈文律师致欢迎词。



▲ 2019年10月25日至27日，中伦文德律师事务所和中伦文德党支部组织全体员工赴浙江省湖州市德清县国家AAAA级旅游景区、国家森林公园莫干山出游，庆祝中伦文德成立十六周年。中伦文德执委会夏欲钦律师、李铮律师带领合伙人、律师、律师助理及行政工作人员近150人参加了此次出游庆祝活动。



▲ 知名国际法律杂志《美国律师》(The American Lawyer) 公布了2019年亚太规模50强律所排名(2019 The Asia 50)。该榜单以律所规模为考评依据，体现了上榜律所在人才资源上的综合实力。中伦文德荣膺亚太地区第六位。



▲ 2019年10月18日，北京市中伦文德律师事务所创始合伙人陈文律师、执行主任方登发律师、郭雅谭律师、董一清律师助理，在本所北京办公室19层会议室接待了中国澜湄律师事务所主任于洋律师来访。



▲ 2019年10月16日至10月19日，国际律师联盟INTERLAW 2019年会在北京成功举办。中伦文德律师事务所作为INTERLAW在中国大陆地区唯一成员主办了此次盛会。本次会议以“全球化·无国界”为主题，来自亚洲、拉丁美洲、北美洲、欧洲、中东和非洲等51个国家、92个地区的150余位律师与嘉宾受邀出席。

# 目录

## CONTENTS

Zhonglun W&D  
Law Firm

01/2020

主 编：陈 文  
执行主编：方登发  
编 委：李 刚 甄庆贵 夏欲钦  
李 铮 林 威 王志坚  
李熙华 温志胜 王爱国  
刘银栋 王海波 余树林  
洪国安 王长江

责任编辑：沈心悦 李建鑫 熊美琦  
电 话：64402232  
传 真：64402915  
网 址：www.zhonglunwende.com  
地 址：北京市朝阳区西坝河南路1号  
金泰大厦19层  
邮 编：100028

# 中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2020-01

### 新年贺词

3 | 坚守诚信，创新创强 陈 文

### 婚姻家庭法

5 | 家族财富保护与传承业务的发展前景 史志敏

### 互联网与电子商务

8 | 电商企业增值电信业务资质法律分析 李云海

13 | 从几则案例分析企业 APP 合规治理边界 陈云峰

### 证券法

15 | 财务型内幕信息重大性的判定初探 朱传炉 周 洲

21 | 浅析我国 ABS 产品的基本法律性质 李政明 贾 泽

### 国企专栏

25 | 国有企业以接受外资并购方式融资  
引发国有资产流失法律问题研究 娄 爽

### 行政法

29 | 政府信息公开相关问题分析 武 坚 许 璟

### 保险法

36 | 保险中介机构股权（份）收购之法律尽职调查  
——以收购保险代理公司为例 李政明 李文晶

43 | 律师视角：透析人身保险能否被法院强制执行  
李政明 陈劲松

## CONTENTS

### 能源法

- 47 | 天然气管道工程建设中“以补代征”法律问题分析  
郝伟 舒秋月

### 劳动法

- 53 | 股票期权争议相关法律问题研究 胡高崇  
62 | 约定竞业限制期间应扣除审理期限是否有效? 胡洁

### 反垄断法

- 64 | 从长安福特被罚浅谈转售价格维持行为的反垄断监管  
赵冰凌 徐云飞 李小妮

### 房地产法

- 67 | 二手房买卖中卖房人户口未迁出, 如何维权?  
武坚 钟濠洋

### 诉讼法

- 70 | 论执行异议之诉 陈禄堂 程静

### 刑法

- 76 | 对诈骗罪非法占有目的应如何准确认定  
——钱某某诈骗案 许波 黄晓亮 陈建

### 人文风采

- 82 | 七律·黄河壶口印象 陈文  
83 | 美丽香港 陈文  
85 | 鹧鸪天 李政明  
86 | 游新加坡《西江月》三首 方登发

### 事务所快讯

- 87 | 事务所快讯 编辑部



## 坚守诚信，创新创强

尊敬的各位领导、各位朋友、全体同事们：

律回春晖渐，万象始更新！借此辞旧迎新之际，请允许我代表中伦文德律师事务所的全体同仁向一直以来大力支持我们律所发展的各界朋友，致以最真挚的问候和最真诚的祝福，向默默支持中伦文德的律师家属们致以最崇高的敬意。

中伦文德拥有大批高素质、协作能力强、专家型律师精英队伍。中伦文德现有执业律师及专业人员 2000 余名，35 个法律专业委员会。自成立以来，我们勤勤恳恳，致力于在全球范围内为社会各界朋友提供更加优质的、“一站式”法律服务。

伴随着我国法治化进程的不断推进，“一带一路”战略的深入推进，中伦文德于 2016 年在联合世界各地十一家知名律师事务所和法律机构发起成立了全球法律联盟（简称 GLA）。成立至今，已在前海、塞浦路斯、华盛顿、纽约、新加坡等地成功举办了多届 GLA 年度会盛会，并吸引了来自全球的知名律师、政商要员、文化界知名人士和众多知名企业家参加。GLA 作为第一个由中国律师发起以及各国法律服务机构自发组织起的新型国际律师组织，搭建了国际法律服务间沟通与融通的桥梁，进一步整合了国际创新资源。目前，已有 50 多个国家和地区的律师加入了 GLA。

我们感恩 2019！过去的一年，中伦文德收获多种荣誉，我们获颁“一带一路杰出贡献奖”，我们入选 2019 年度中国国内 10 强、亚洲 10 强律所榜单，我们荣获“2019 北京商务服务业国际化品牌 100 强”称号等等，我们的律师不断为客户个人解决法律难题，我们的律师团队数次成功协助企业快速化解经营危机……

新的一年 2020 年，承载着新的梦想，也是我们创新创强的另一起点！中伦文德全体同仁将继续紧扣时代脉搏，积极探索法律服务合作新模式。

我们将继续坚守诚信，秉承“中大至正，伦理求是，文以载道，德信为本”的理念，肩负新时代律师使命，与各界朋友同舟共济、砥砺前行、再创辉煌！

中伦文德律师集团董事长 陈文

2020.1.1





□ 史志敏/文

史志敏律师，毕业于中国政法大学，获法学硕士学位，现为中伦文德律师事务所合伙人。史律师任职北京市律师协会不良资产处置委员会委员、中伦文德家族财富传承办公室主任、中伦文德“一带一路”法律专业委员会副主任、中伦文德破产与清算法律专业委员会副主任。史律师被《中国法律年鉴》评为“2019年度优秀商事律师”。史律师具有多年最高院民商事再审案件的代理经验，多次参与疑难复杂案件的承办，具有丰富的诉讼及非诉法律业务经验，为国内数十家大型金融国企提供了优质的法律服务，深受客户信任。史律师擅长领域为家族财富传承与风险防范、民商事争议解决（含再审）、商业保理、融资租赁、投融资等服务领域。

## 家族财富保护与传承业务的发展前景

改革开放四十年，中国取得了波澜壮阔的成就，中国经济的高速发展带来了举世瞩目的成果，中国在国际舞台上拥有了举足轻重的作用。

2019年10月21日路透社报告，瑞士信贷集团作为一家每年都会对全世界百万富翁（拥有100万美元以上资产的成年人）进行调查统计的机构，依据其最新的数据显示，截至2019年中旬，在全球财富榜前10%中，中国人有一亿人，而美国人仅为9900万人。中国的富裕阶层已首次超过美国。

2019年11月20日，全球最权威的中国高净值人群研究机构胡润研究院发布《2019胡润财富报告》显示，中国经济增长放缓，经济结构调整，加上中美贸易摩擦，股市在2018年大幅下降，中国高净值家庭数量五年来首次减少。大中华区千万资产“高净值家庭”比上年减少1.5%至198万户，亿万资产“超高净值家庭”比上年减少4.5%至12.7万户。大中华区600万资产的“富裕家庭”总财富达128万亿，是GDP的1.3倍。其中，亿元人民币资产“超高净值家庭”总财富为77万亿，占比60%，3000万美金资产“国际超高净值家庭”总财富为72万亿元，占比56%。

中国未来十年将有17万亿元财富传给下一代，未来20年将有39万亿元财富传给下一代，未来30年将有60万亿元的财富传给下一代。

也就是说，中国未来30年，将有60万亿元左右的财富由第一代创始人传给家族第二代。中国财富管理行业，形成了一个万亿级的蓝海市场，拥有无限发展空间。

### 一、家族财富传承的必要性

在全球范围内家族企业的平均寿命大约只有不到25年，家族企业中只有1/3能够传承到第二代，仅有不到10%能够传承到第三代，淘汰率高达90%。未来十年，不但我们的经济形势会受到巨大挑战，国内乃至世界上的家族企业也会面临同样的挑战。基业长青成为全球企业家面临的共同挑战。

中国的民营企业经过几十年的发展，走到了需要传承的当口。中国家族企业的第一代创业者大多已到了五六十岁的年龄，已经到了该交班的时候了。他们思考的核心问题不再是如何创造财富，而是如何保护已有的家族财富，如何顺利实现财富的传承。家族传承企业接班的需求日益迫

切，如何顺利地解决上述问题，完成企业和家族传承已成为社会和业界关注的重点。

家族财富从形式上包括企业股权、现金资产、不动产、基金、股票等一切财富形式，从维度上包含管理权传承、控股股权的传承和家族金融资产的传承。家族企业面临的风险既有内部风险也有外部风险，内部风险包括婚姻、死亡、重大债务、家族内讧等，外部风险主要是政治环境、经济环境导致的家族企业重大变化。

## 二、律师在家族财富管理领域的重要作用

律师作为法律方面的专业人员，经过长期的专业知识训练和积累，无论是关乎遗嘱，还是涉及婚姻家庭、继承、保险、信托等方面，律师的参与能推动财富管理领域更健康、有序地发展：

首先，律师是风险预防者。面对琳琅满目的金融产品，面对各种经济事件、政策和法律的变化，当事人想要实现预防和化解风险，想要实现资产的有效配置，就需要借助专业人士的帮助。而律师天然要与风险打交道，更善于辨识和化解风险，所以能够给当事人提供有效的帮助。

其次，律师是利益平衡者。法国律师巴赫叶说过“律师知道如何调和委托人的利益同真理和正义等永久利益间的关系”。因为法律规定中要讲究平衡、公司治理里要讲究平衡，财富传承、家族治理时同样要讲究各方利益的平衡。

第三，律师是长远规划者。律师们深知服务好一个客户，获得认可，可以带来其他的客户，所以通常不会为了一时的经济利益而伤害客户，尤其财富管理领域，当律师能保护客户的财富安全地积累，不断地传承，律师的业务也才能长远。

最后，律师是严守规范者。律师行业具有比其他行业更严格的从业规范、职业道德约束和惩戒机制，所以我们有理由相信，律师们更能从客观、专业、合规的角度为客户提供财富管理的服务和建议。

律师在财富管理领域能为私人和社会提供的价值，其具体涵盖的业务包括：金融、房产法律业务（具体包括保险金信托、家族信托规划；民间借贷、投资理财、房产买卖纠纷解决等）；家

族产业法律业务（具体包括家族企业/产业治理；股权架构、股权激励设计；资产并购；税收筹划；股权争议、投融资纠纷解决等）；家族治理法律业务（具体包括家族宪法、家族文化制定；家族慈善基金、家族基金设立等）；刑事法律业务（具体包括企业家、企业涉刑事风险的预防；刑事纠纷解决）；婚姻家庭法律业务（具体包括婚前、婚内财产约定；遗嘱、继承；意定监护；个人及家庭保险规划法律建议；身份规划；婚姻、继承相关纠纷的解决等）。

## 三、家族财富传承的主要工具

家族财富传承是一项庞大而复杂的工程，要想顺利实现传承，可以借助以下几项工具：

### （一）生前赠与

生前赠与是生前转移财富最常见的做法，财富拥有人将自己的现金通过转账的方式、将房产或其他财产通过过户的方式赠与子女。但是在赠与完成之后，财产的所有权发生了变化，控制权也发生了转移，一般来说赠与人想放弃赠与和收回财产，都是比较困难的。而且赠与完成之后，受赠人直接取得财产的所有权，赠与人失去了对财产的控制权。

### （二）遗嘱继承

遗嘱是遗嘱人生前按照法律的相关规定，通过设立遗嘱的方式，将其所拥有的全部或部分财产和事物指定由一人或多人继承。遗嘱充分体现了遗嘱人处分自己财富的自由意志，在遗嘱人去世后，遗嘱立即发生法律效力。遗嘱的主要形式包括：口头遗嘱、录音遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱。

遗嘱是现实中使用最为广泛的传承方式。遗嘱作为表达当事人意愿的法律文件，将财产分配写清楚，明确财产归属，即使其他继承人有不同意见，仍要按照遗嘱执行，遗嘱是分配当事人财产的依据，也使得继承人理性选择、停止争夺，有利于实现定向传承和维护家庭和谐。但是多种多样的遗嘱形式，也造就了多重风险。据2013年3月25日《人民法院报》记载，北京市高级

人民法院统计，在法院审理的继承案件中，因没有遗嘱而引发的纠纷高达 73%，在遗嘱继承案件中，有将近 60% 的遗嘱被法院认定为无效遗嘱。因此，遗产继承问题是许多家庭和睦的杀手。无效遗嘱存在的问题主要是：书写格式不符合要求、“越权”处置了非个人财产、立遗嘱时的精神状态等。

### （三）大额人寿保险

人寿保险通过指定受益人，进行财富的传承，可以避免法定继承和遗嘱继承过程中繁琐的程序，同时，在被保险人身故时，传承给受益人一笔确定金额的钱。

人寿保险在财富传承上的优势非常明显，也越来越被高净值人士所接受。

1、人寿保险具有一定的债务隔离功能，可以对抗被保险人的生前债务

根据《保险法》第四十二条规定“保险人死亡后，没有指定受益人的，保险金作为被保险人的遗产。”

《最高人民法院关于保险金能否作为被保险人的遗产的批复》规定：“根据我国保险法规的有关精神，人身保险金能否列入被保险人的遗产，取决于被保险人是否指定了受益人。指定了受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应付给受益人；未指定受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应作为遗产处理，可以用来清除债务或者赔偿。”由此可见，人寿保险可以通过指定受益人，来避免纠纷。

#### 2、保障杠杆放大财富

对于人寿保险来说，投保人交给保险公司的是保险费，而当被保险人身故时，保险公司给受益人的是保险金额，该保险金额一定会大于保险费，可有效避免财富传承过程中的减损。

#### 3、人寿保险身故保险金免交个人所得税

依据《中华人民共和国个人所得税法》第四条的规定，保险赔款可以免交个人所得税。

#### 4、私密性好

保险合同的签订仅在投保人、被保险人和保险人之间进行，对于受益人仅在合适的时间告知其受益权即可。

但是，保险本质上是风险管理工具，而不是资产增值工具，也只能传承现金，投保人房产、股权、知识产权、珠宝、字画等其他类型的资产，无法通过保险进行传承。

### （四）家族信托

家族信托，也称个人信托，是指财富所有人以个人名义，将财产交给信托机构进行管理，并与信托机构签订信托合同，约定财产的管理方式和分配方式。信托是一种特殊的财产管理制度，信托财产独立于委托人未设置信托的财产、独立于受托人的固有财产和其他委托人的财产、独立于受益人的财产。委托人将自己的财产委托给信托公司，财产的所有权就发生了转移，实现财产所有权、管理权和受益权的分离，起到资产隔离和保护的作用。这是信托财产独立性的法律基础。信托公司又是非常专业的资产管理机构，通常情况下可以实现资产的保值增值。

## 四、中伦文德家族财富传承办公室的业务领域及特色

家族财富传承法律业务不同于传统婚姻家事法律业务，其可能需要融合遗嘱、保险、家族信托、慈善基金等多种工具，处理委托人的财产范围也不仅限于房产、现金还有错综复杂的股权、基金、海外资产等，该业务需要大型综合性律师事务所提供全方位的法律服务。

中伦文德作为全国排名前十的大型国际化综合性律师事务所，中伦文德家族财富办公室汇集婚姻家事、私人财富管理、房地产、金融、保险、信托、移民、税务等各领域的专业律师，可以很好地满足客户的多样化需求，并为之提供一站式综合性的解决方案。

中伦文德家族财富办公室与中华遗嘱库、国内大型保险公司、信托公司积极开展交流合作，以期为客户提供更全面更优质的服务。





□ 李云海/文

李云海律师，毕业于东北师范大学、比利时鲁汶大学和中央民族大学，获得软件硕士学位、经济法法学硕士学位和法学博士学位，九三学社社员，现为北京市中伦文德律师事务所合伙人律师，中伦文德金融法律专业委员会主任。李律师的主要业务领域为金融、房地产、重组并购、IT、诉讼仲裁。

## 电商企业增值电信业务资质法律分析

随着互联网产业的快速发展，传统零售产业遭遇了巨大冲击，许多实体商城开始学习新零售模式，整合线上、线下渠道谋求转型。在传统实体商城向线上转型过程中我们发现，线上电商平台存在诸多法律限制，其中一个重要法律问题是非自营电商需要取得增值电信业务资质。本文以近期涉及的一个专项案件为切入点，结合相关法律、法规，对电商企业取得增值电信业务资质过程中涉及的法律问题做出简要分析。

### 一、电商平台经营模式资质要求

甲公司是某国有独资公司在 BVI 设立并于美国上市的子公司，国资持股比例超过 50%。甲公司旗下拥有一家实体商城，并于计划推出 A 线上商城（简称“A 商城”）。交易模式中，实体商城为 A 商城供货方，客户在 A 商城下单后，由实体商城内品牌或线上第三方商户发货。实体商城中有约 1000 个品牌，拟主要采用联营、固租、抽成租金三种方式入驻实体商城。

A 商城目前由微信商城、网页版商城、APP、小程序等子系统组成，具有商品分类/推荐/浏览、支付、用户社区、积分商城、订单管理、个人中心、领券中心、售后服务、海外直购、自营商城等业务模块。

甲公司通过境内设立的全资孙公司乙公司

对 A 商城网站域名进行了备案。甲公司委托本所评估 A 商城办理增值电信业务许可的必要性及可行性。

### 二、电商企业为什么需要增值电信业务资质

电子商务，简称电商，是指在互联网（Internet）、内部网（Intranet）和增值网（VAN, Value Added Network）上以电子交易方式进行交易活动和相关服务活动。根据不同的分类标准，可将电商分为自营类电商与第三方平台类电商；有外资成分类电商与内资类电商。

电信业务在《中华人民共和国电信条例》（以下简称“电信条例”）中被区分为基础电信业务和增值电信业务。基础电信业务是指，提供公共网络基础设施、公共数据传送和基本话音通信服务的业务。这一类业务大多由基础电信运营商开展运营。增值电信业务是指，利用公共网络基础设施提供的电信与信息服务的业务，即增值电信业务是基于基础电信业务而衍生出的在线数据处理、信息发布等增值业务。国家在《互联网信息服务管理办法》中将互联网信息服务分为经营性和非经营性两类，分别为经营性互联网信息服务及非经营性互联网信息服务。其中对经营性互联网信息服务实行许可制度。

具体到电商企业，其主要的业务模式大多涉及提供“经营性增值电信业务”。例如在线交易处理业务、信息社区平台等等，涉及上述业务的电商企业（如案例中 A 商城）应取得增值电信业务资质，相关政策法规概述如下：

《商务部办公厅关于外商投资互联网、自动售货机方式销售项目审批管理有关问题的通知》中关于互联网销售部分第三条规定，“外商投资企业利用企业自身网络平台为其他交易方提供网络服务的，应向工业和信息化部申请增值电信业务经营许可证；企业利用自身网络平台直接从事商品销售的，应向电信管理部门备案。”

《互联网信息服务管理办法》第四条规定，国家对经营性互联网信息服务实行许可制度；对非经营性互联网信息服务实行备案制度。未取得许可或者未履行备案手续的，不得从事互联网信息服务。

《中华人民共和国电信条例》第七条，国家对电信业务经营按照电信业务分类，实行许可制度。经营电信业务，必须依照本条例的规定取得国务院信息产业主管部门或者省、自治区、直辖市电信管理机构颁发的电信业务经营许可证。

### 三、电商企业的主要业务模式及对应的增值电信业务资质

我国电信业务市场目前实行许可证管理制度，2000年9月25日《中华人民共和国电信条例》正式施行，同时发布了《电信业务分类目录》。经过2001年、2003年及2005年三次修订，《电信业务分类目录2015版》将增值电信业务分为两大类（B1与B2类）、十小类（B11-B14及B21-B26）的业务类型。详细分类如图1。

实践中，电商企业涉及的增值电信业务许可证的类型为在线数据处理与交易处理业务（B21）（以下简称

“EDI<sup>[1]</sup>许可证”）以及信息服务业务（B25）（以下简称“ICP许可证”）。如“苏宁易购”平台的增值电信业务许可证记载内容为“在线数据处理与交易处理业务（仅限经营类电子商务）、信息服务业务（仅限互联网信息服务）”。

#### （一）EDI许可证

根据《电信业务分类目录》规定，B21类在线数据处理与交易处理业务是指利用各种与公用通信网或互联网相连的数据与交易/事务处理应用平台，通过公用通信网或互联网为用户提供在线数据处理和交易/事务处理的业务。在线数据处理与交易处理业务包括交易处理业务、电子数据交换业务和网络/电子设备数据处理业务。

案例中 A 商城的业务模式中，A 商城现有第三方商家入驻，作为独立的第三方，A 商城为买卖双方提供了交易平台，即构成在线数据处理与交易处理业务中的交易处理业务，根据工信部意见，A 商城应当办理 EDI 许可证。

#### （二）ICP许可证

根据《电信业务分类目录》规定，B25类信息服务业务是指通过信息采集、开发、处理和信息平台的建设，通过公用通信网或互联网向用户提供信息服务的业务。信息服务的类型按照信息组织、传递等技术服务方式，主要包括信息发布

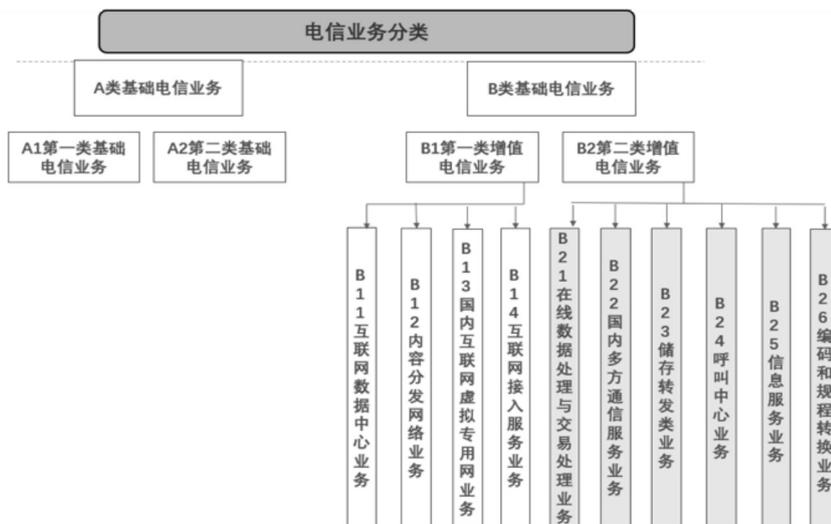


图 1

平台和递送服务、信息搜索查询服务、信息社区平台服务、信息即时交互服务、信息保护和处理服务等。信息社区平台服务是指在公用通信网或互联网上建立具有社会化特征的网络活动平台，可供注册或群聚用户同步或异步进行在线文本、图片、音视频交流的信息交互平台。

A 商城现有业务模块中，用户社区模块提供了具有社会化特征的网络活动平台，符合上述信息社区平台服务的定义，根据工信部意见，A 商城也应办理 ICP 许可证。

## 四、电商企业申请增值电信业务资质常见法律问题

### （一）申请条件及程序

#### （1）申请条件

申请经营增值电信业务的，应当符合《电信业务经营许可管理办法》第六条规定的条件。具体内容如下：

- 1、经营者为依法设立的公司；
- 2、有与开展经营活动相适应的资金和专业人员；
- 3、有为用户提供长期服务的信誉或者能力；
- 4、在省、自治区、直辖市范围内经营的，注册资本最低限额为 100 万元人民币；在全国或者跨省、自治区、直辖市范围经营的，注册资本最低限额为 1000 万元人民币；
- 5、有必要的场地、设施及技术方案；
- 6、公司及其主要投资者和主要经营管理人员未被列入电信业务经营失信名单；
- 7、国家规定的其他条件。

#### （2）跨地区增值电信业务许可证申请程序

办理 EDI 许可证和 ICP 许可证在流程上是一致的，均应按照办理增值电信业务经营许可证的流程处理，大致包括如下步骤：

- 1、在《电信业务市场综合管理信息系统》（<https://tsm.miit.gov.cn>）注册登录，在该系统上填写表单，并提交申请。

2、申请者需在 TSM 系统真实准确地填写表单信息，按照要求上传有效材料。申请企业应对其提交的材料实质内容的真实性负责。

3、信息通信业务受理中心将对申请者提交的网上申请材料进行预受理、预审查，对于申请材料不齐备的，会于收到申请之日起 5 个工作日内向申请者一次性告知企业需补正的全部内容。申请者需仔细阅读各表单及附件的审批备注，按照备注要求认真修改并尽快提交。

4、企业提交的申请材料齐备的，且符合受理条件的，工业和信息化部信息通信管理局在系统中对其发放电子版《受理通知书》；不符合受理条件的，将发放《不予受理通知书》。

5、受理后审查，且作出批准或者不予批准的决定。

#### 6、领取《电信业务经营许可证》

如申请企业为内资企业（向上追溯不含任何外资成分），在申请跨区域 B21 类许可证及 B25 类许可证时可适用“属地化管理”原则，直接向省、自治区、直辖市电信管理机构提出申请，服务对象可以选择全国，注册资本最低限额仅为 100 万。

#### （3）外资及中外合营企业申请程序

1、向工信部申请取得《外商投资经营电信业务审定意见书》；

2、向外经贸主管部门申办《外商投资企业批准证书》；

3、持《外商投资企业批准证书》去工商局完成注册登记，领取营业执照



4、凭《外商投资企业批准证书》和营业执照向工信部办理《电信业务经营许可证》。

## （二）外资准入限制

根据《外商投资电信企业管理规定》，外商投资电信企业主要有三方面的限制：

1、外国投资者只能以中外合资经营形式在中国境内投资经营电信企业，且经营增值电信业务的外商投资电信企业的外方投资者在企业中的出资比例最终不得超过 50%。

2、注册资本最低限额为 100 万元人民币。

3、外方主要投资者应当具有经营增值电信业务的良好业绩和运营经验。

### （1）外资比例限制

申请增值电信业务经营许可证时需要递交公司完整详细的股权结构图，即便是外资公司设立的内资公司在申请增值电信业务经营许可证时，也会被主管部门要求披露股权至实际最终控制人层面。在实际操作中，无论外资公司通过几层公司间接的持有了申请公司的股权，在主管部门进行审查时，最终会追溯到外资成分。

2015 年 6 月 19 日，工信部出台了《工业和信息化部关于放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）外资股比限制的通告》（下称“196 号文”），规定在全国范围内放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）的外资股比限制，外资持股比例可至 100%。经营类电子商务被明确归属于在线数据处理与交易处理业务范围内。

因此实践中存在多家外商独资企业通过工信部审核取得了 EDI 许可证，如日本平和堂。但对于其他类型的增值电信业务（如 B25 类 ICP 许可证），目前在全国范围内依然受到外资持股比例 50% 以内的限制。

### （2）运营增值电信业务的经验

对外方主要投资者经营增值电信业务业绩及经验的限制，根据工信部解释，“良好经验和运营业绩”是外方主要投资者必须具备的资质，具体指外方主要投资者及其母公司、子公司应当有运营《电信业务分类目录》中增值电信业务的经验，但对外方主要投资者运营增值电信业务的

时间及规模并未做限制。

（3）淘宝等外资控股电商企业如何规避外资准入限制

对于外资比例超过 50% 导致无法直接办理 ICP 许可证的情况，很多外资控股电商企业采取搭建 VIE 架构来规避申请 ICP 的法律障碍。

VIE（Variable Interest Entities）又称为“可变利益实体”，是一个通过协议的形式搭建的控制架构。在 VIE 架构下，境外注册的上市实体与境内的业务运营实体不存在股权关系，境外的上市实体在国内设立外商独资企业，由外商独资企业和境内的业务实体签订一系列垄断性的咨询和管理服务协议，外商独资企业拥有优先购买权、抵押权、投票表决权和经营控制权，境内运营实体把全部的经营利润以“服务费的方式”支付给外商独资企业。借助这个架构，中国公司既可以拿到大量的海外投资，又可以从事中国法律禁止或者限制外资涉足的行业，比如互联网信息服务。

淘宝网现有的 ICP 牌照为浙 B2-20080224 和 B220150210。拥有这两张牌照的运营实体为浙江淘宝网络有限公司。根据阿里巴巴集团的 VIE 结构图（图 2）和浙江淘宝网络有限公司的股权结构图（图 3）可知，浙江淘宝网络有限公司的股权结构中不存在外资成分，其最终控制层为以张勇为代表的阿里巴巴集团自然人管理层。该公司与阿里巴巴集团通过协议控制方式联系，所以办理 ICP 许可证并无障碍。

## （三）如何认定“自营”

根据工信部解释，自营类网站的线上销售行为一般不被认为构成提供增值电信业务的业务，线上销售被看做原实体店销售的延伸。因此仅需要进行网站备案。

工信部将自营业务界定为“在自己的网站出售自己的商品”<sup>[2]</sup>，即由电商企业负责采购商品，并在本企业所有的网站上销售该商品并从购买者处收取账款（如“京东自营”模式）。如由第三方商家在电商平台上出售商品，并由第三方商家收取账款（如“淘宝”模式），则不属于自营业务。

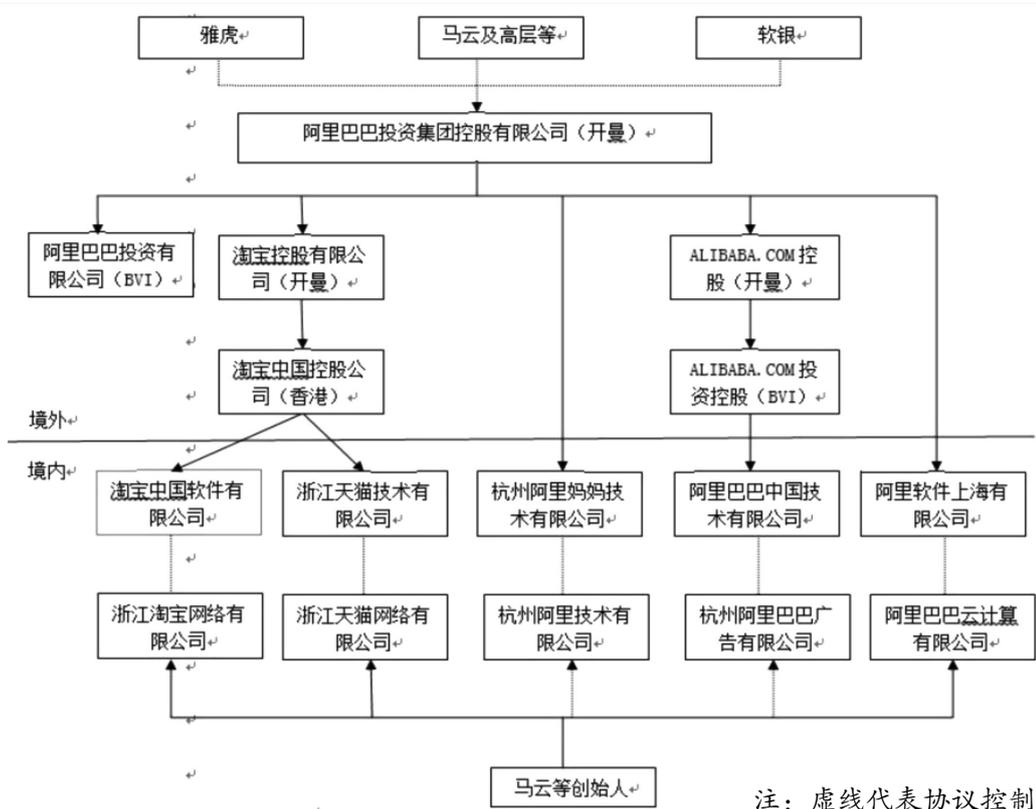


图 2

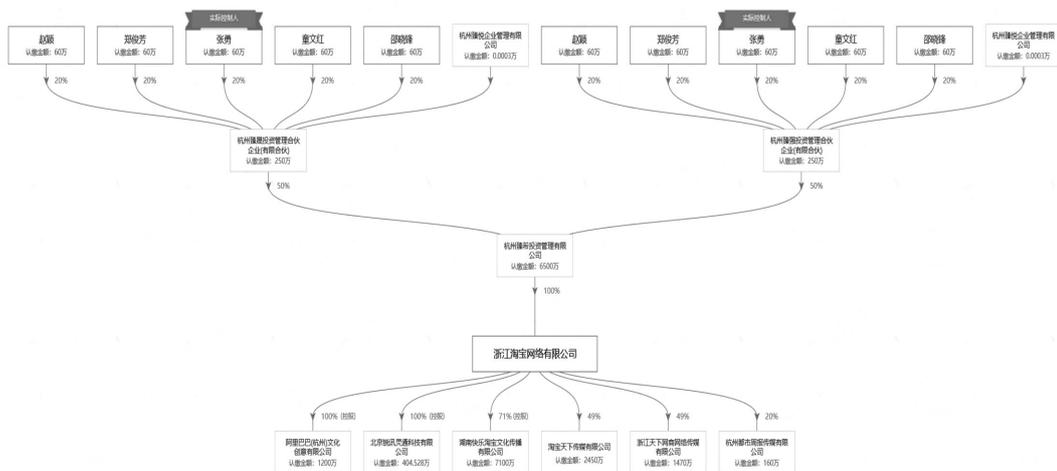


图 3

以案例中 A 商城为例，品牌方与实体商城签署合同经营模式主要为联营、固租、抽成租金三种，客户在 A 商城下单后，由实体商城内的品牌方负责发货。根据工信部的解释，A 商城的经营模式不符合自营业务的定义，故这种情况下需要办理 B21 类 EDI 经营许可证。”

**注释：**

- [1] EDI 指 Electronic Data Interchange。EDI 许可证实际仅指的是 B21 类在线数据处理与交易处理业务中的电子数据交换业务，本文为便利所需，将 B21 类在线数据处理与交易处理业务简称为 EDI 许可证。
- [2] “自营”的定义暂无明文规定，通过电话咨询工信部





□ 陈云峰/文

陈云峰律师，北京市中伦文德律师事务所上海分所律师。

业务领域：私募股权与投资基金、银行、信托、区块链技术应用及合规、互联网金融等业务。主要从事私募基金投后管理、区块链技术应用顾问、互联网金融战略建议、境内外运营合规化、交易结构设计、法律风控体系设计、金融类犯罪刑事辩护等。曾荣获“2015年最佳法律顾问”、“2016年互联网金融十佳律师”等称号。

## 从几则案例分析企业 APP 合规治理边界

2019年10月28日，因不愿使用人脸识别进入杭州野生动物世界，浙江理工大学副教授郭某向杭州市富阳区人民法院提起诉讼。该案于11月1日被当地法院正式立案，是国内首例由人脸识别技术引发的诉讼案件。

近些年，由于科技的发展，人脸识别、大数据采集等技术得到广泛应用，但是，对于对人们的生物特征，例如虹膜、人脸、指纹等的个人信息则尚未得到充分保护，信息保护的责任主体、责任边界、用户的隐私保护、如何使用、处理和销毁个人信息等都亟待明确。

2019年1月，中央网信办、工信部、公安部、市场监管总局四部门联合发布《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》，成立了App违法违规收集使用个人信息专项治理工作组。

2019年4月10日，公安部网络安全保卫局、北京网络行业协会、公安部第三研究所于联合发布了《互联网个人信息安全保护指南》，从管理机制、安全技术措施、业务流程和应急处置四个方面对于个人信息持有者的个人信息安全保护工作提供参考。

2019年11月8日，国家计算机病毒应急处理中心近期开展电商平台整治行动，发现多款电商平台App存在隐私不合规行为，违反《网络安全法》

相关规定，涉嫌超范围采集个人隐私信息。同时公布数家APP黑名单，提醒用户下载风险。

我国监管部门对于电商企业APP在收集个人信息方面的清理整顿已经达到了史无前例的全面深入。

对于个人信息的范围、授权方式、收集使用方式等，我国在《中华人民共和国网络安全法》《移动互联网应用程序信息服务管理规定》《互联网直播服务管理规定》《互联网群组信息服务管理规定》等相关法规均明确了移动应用程序开发者、运营者及接入者各自应当承担的企业主体责任，并且最新的《信息安全技术 个人信息安全规范》也正在向社会征求意见。

对于APP运营者在个人信息采集方面的合规，监管部门要求App运营者收集使用个人信息时要严格履行《网络安全法》规定的责任义务，对获取的个人信息安全负责，采取有效措施加强个人信息保护。遵循合法、正当、必要的原则，不收集与所提供无关的个人信息；收集个人信息时要以通俗易懂、简单明了的方式展示个人信息收集使用规则，并经个人信息主体自主选择同意；不以默认、捆绑、停止安装使用等手段变相强迫用户授权，不得违反法律法规和与用户的约定收集使用个人信息。倡导App运营者在定向推送新闻、时政、广告时，为用户提供拒绝接收定向推送的选项。

对于违反法律规定收集、使用个人信息的，将会面临相应的民事责任、甚至刑事责任：

#### 案例一：许某侵犯公民个人信息罪

被告人许某于 2018 年 2 月至 2018 年 4 月间，利用手机 QQ 和微信联系，向李某（已起诉）等人以购买、交换的方式非法获取公民个人信息共计 332355 条。

在公安机关提交的证据中，有一份名为“公民个人信息核实情况表”的证据，证实为核实被告人许伟非法获取的公民个人信息文件的真实性，公安机关随机核抽取文件名“上海车主”、“车主凯宴 838”、“4396”、“宝马 4204.3464 奔驰客户 1342(用)”、“奥塞花园全版”、“复地北桥城”和“4437”共七个 EXCEL 文件进行拨打电话核实，均为真实有效的公民个人信息。

最后法院审理认为，被告人许某获取的该部分信息既包括企业的信息，又包括该企业负责人的姓名以及手机号码等信息，可明确指向某一特定自然人，属于公民个人信息。认定被告人许某非法获取公民个人信息，情节特别严重，其行为已构成侵犯公民个人信息罪。

#### 案例二：高某与北京快手科技有限公司网络侵权责任纠纷

2016 年 1 月，高某因吸毒被海南省海口市公安局琼山分局查获并处理。其后，快手号为 SSS388888888，用户昵称“海南省便衣飞鹰队”的网络用户在快手 APP 上将高某被查获的经过以照片滚动播放并配以文字的形式发布，其中高某被查获的照片在脸部打马赛克做了技术处理，照片下方所配文字内容为：“根据市委常委……要求加大收戒吸毒人员的指示……”，2017 年年底至 2018 年年初，高某从朋友处得知快手公司开发的快手 APP 上昵称为“海南省便衣飞鹰队”的网络用户将高某因吸毒被查获的过程以图片和文字的方式发布出来，高某以快手公司快手 APP 上出现了高某的肖像、姓名、处罚信息等个人隐私，快手公司没有提供发布者的注册信息，也没有作出减少对高某权益的侵害的措施，严重损害了高某的人格权为由，诉至法院。

最后二审法院经审理认为，首先，快手公司在一审中提交的《用户服务协议》并非用户注册

登录的必备条件，换言之，用户未经阅读同意该《用户服务协议》也可完成注册登录成为快手 APP 的用户；其次，《用户服务协议》并未放置在快手 APP 的显眼位置，而是放置在“设置”项下的“关于我们”项下的“法律条款”项下中，找到该《用户服务协议》颇费周折；再次，《用户服务协议》并未对保护未成年人隐私条款做加粗或放大字体等方式的醒目提醒。由此可见，快手公司并未尽到保护未成年人隐私的事先提示义务；最后，快手号为 SSS388888888 的用户专门发布违法案件信息，但快手公司并未对可能发布涉及未成年人违法案件信息的该类用户采取任何审核措施，未尽到事后监管义务。

因此，最终法院认定快手公司作为网络服务提供者，应当对发布违法案件信息的该类用户尽到保护未成年人隐私的事先提示义务，判令快手公司对高某承担精神损害赔偿。

从以上案例看出，我国法律明确规定了个人信息的受保护范畴以及平台的保护义务，对于企业来说，要在以下方面完善用户的个人信息保护措施：

(1) 区分个人信息和公用信息。对于能够明确指向特定个人的信息，如身份证号码、电话号码、财产信息等应当予以妥善保管，并尊重个人意见进行使用。如确需公开使用的，应当得到授权或明确同意，或者在去痕迹后进行使用。

(2) 制定明确的用户协议，对于个人信息的收集、获取、使用都应明确得到用户的授权，并放在网站的显著位置对用户进行事先提示。

(3) 对于平台用户发布的信息尽严格审核义务，涉及他人隐私的，包括未成年人信息、个人隐私信息等，应当尽快采取措施。

(4) 完善内部管理机制。对于负责人、对个人信息有访问、管理权限的人员应当加强合规教育，提高安全保护意识，防止误用、滥用企业存储的个人信息。

我国对于企业的个人信息保护要求、网络安全要求逐步趋严，事实上，对于企业 APP 的治理措施远非上述内容，特别是要慎重处理某些业务功能的强制捆绑和一揽子授权等，并严格执行我国的监管要求。



朱传炉律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人。税法专业委员会主任，毕业于北京大学法学院，硕士学位。擅长税收筹划、公司并购、互联网金融、投资及争议解决等法律事务。

□ 朱传炉/文



周洲，北京市中伦文德律师事务所律师助理，贵州大学法学院民商法研究生，美国伊利诺伊理工大学金融法学硕士（LL.M）。

□ 周 洲/文

## 财务型内幕信息重大性的判定初探

**摘要：**财务型内幕信息重大性判断规则和相关司法解释存在技术性偏差与认定标准的缺失，导致了利用重大未公开财务信息实施的内幕交易行为难以定罪量刑。重大性标准的认定，应当考量信息内容对相关上市公司财务状况的映射可能及其影响金融商品市场交易价格的程度。财务资料表现为财务报告或者重大盈利、亏损结论是一个量变到质变动态发展进程，判断特定时间节点的财务资料或者信息集合具备重大性，需要进行具体分析。经营数据反映出上市公司财务出现重大变化的，应当认定该数据信息具有重大性，禁止知悉人员从事相关证券交易，并及时披露该重大信息。

**关键词：**内幕信息；财务信息；重大性；内幕交易

内幕交易违法犯罪是近年来我国资本市场执法司法的重点工作。尤其是2013年下半年大数据分析系统应用于内幕交易案件查处以来，内幕交易犯罪案件数量出现了爆发式增长。我国证监会调查内幕交易线索375起，立案142起；涉嫌利用43家上市公司内幕信息从事非法交易125名个人和3家机构被移送司法机关追究刑事责任。<sup>[1]</sup>随着内幕交易刑事案件数量的增多与惩治力度的提升，司法实践中的疑难问题相应凸显。

除了内幕信息知情人员与非法获取人员、内幕信息形成时间、内幕信息与交易行为关联性等传统内幕交易犯罪案件中的争议之外，<sup>[2]</sup>财务型内幕信息重大性的司法认定在实务中存在诸多疑难与困惑。所谓财务型内幕信息重大性指的是财务信息可能对上市公司证券市场价格产生重大影响而具有的利益密切关联性，或者说财务信息能够影响投资者资本配置决策或者市场价格异动的属性。因此，亟须建构财务型内幕信息重大性判断规则，实现内幕信息披露法律规制的民刑衔接，更有效地惩治资本市场中的违规增持、减持股票及相关犯罪行为，维护资本市场的安全、有序和效率。

### 一、财务型内幕信息重大性判断不明的实践困境

在我国的司法实践中，对财务型内幕信息<sup>[3]</sup>重大性的判断并不明确。我国《刑法》第180条内幕交易、泄露内幕信息罪只规定了原则性的构成要件，对内幕信息形成的时间节点作了规定，但对于何种信息在发展过程中演变为具有重大性的内幕信息并没有建构有效的判断规则。2012年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《内幕交易解释》）第

五条规定：本解释所称“内幕信息敏感期”是指内幕信息自形成至公开的期间。《证券法》第六十七条第二款所列“重大事件”的发生时间，第七十五条规定的“计划”、“方案”以及期货交易管理条例第八十五条第十一项规定的“政策”、“决定”等的形成时间，应当认定为内幕信息的形成之时。影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行人员，其动议、筹划、决策或者执行初始时间，应当认定为内幕信息的形成之时。但是，《内幕交易解释》仅仅是从对于时间推进的角度界定内幕信息形成或者具备重大性，没有根据具体环节及其进程设置更具有针对性的类型化司法规则。内幕信息有的表现为并购重组，有的表现为重大合同签订，有的表现为财务表现变动，每一种类型都有其独立的判断规则。<sup>[4]</sup>但在信息重大性判断方面，学界有观点则应当根据相关市场行为属性与交易行为类型的不同而适用不同的认定标准。<sup>[5]</sup>尤其是上市公司财务型内幕信息是资本市场投资者判断投资价值与评估投资决策的重要依据。如定期财务报告、重大盈利或者亏损、临时财务信息披露等构成对上市公司证券市场价格具有重要影响的信息，在形成之后、尚未公开之前，属于内幕信息，《证券法》、《刑法》等法律规定均禁止基于该重大未公开财务信息从事相关证券交易。

综观上述相关法律规定，都是从时间推进的角度来界定相关财务信息是否构成内幕信息，似乎对于财务信息重大性问题并不存在争议，但关键在于建构与把握财务信息重大性判断的法律规则，为司法认定提供有效的司法判断规则。在上市公司财务数据编制与财务信息生成实践操作中，除了具有事件性质的巨额订单突然撤销、担保执行、违约发生等之外，很多财务信息并非是直接出现质变与突然发生，而是积累的过程。例如，营收下降、库存增加等，实践中往往难以判断与财务有关的信息是否以及何时具有重大性。但这些财务信息对于上市公司内部人员而言具有重大的作用，内部人员往往利用这些很难判断重大性的信息从事精准的减持规避风险或者增持获得利益，市场质疑不断。<sup>[6]</sup>

典型事例表现为：上市公司冠豪高新诸多高

管以及中层管理人员共同通过公司总经理黄阳旭个人账户于2013年1月15日、16日通过上海证券交易所证券交易系统增持本公司股票166.3万股。紧接着上市公司连续公布重大财务利好信息——1月28日，冠豪高新发布公告称中标国家税务总局增值税普通发票专用无碳复写纸采购项目，成为国家税务总局增值税发票用纸独家供应商；3月8日，冠豪高新董事会决议2012年度分配预案为每10股转增10股派息1.2元。截至2013年3月15日，上述公司管理人员在重大财务信息利好发布之前精准增持账面获利超过2400万元。<sup>[7]</sup>资本市场与法律实践长期以来对于此类上市公司内部人员完成增持或者减持之后立即释放利好消息拉升证券市场价格或者业绩突然变脸造成股价严重下滑颇有非议，<sup>[8]</sup>但由于涉财务内幕信息重大性的认定标准并不明确，导致内幕交易违法犯罪行为无从认定，亟须以财务型信息内幕交易犯罪为中心对内幕信息重大性问题做出精细化的类型判断和量化尺度研究。

## 二、财务型内幕信息重大性基本判断标准

根据前述，能够影响投资者资本配置决策或者上市公司证券市场价格异动的属性就是内幕信息的重大性。判断上市公司相关未公开财务型内幕信息是否具有重大性，应当考量两个维度的变化，一是信息内容是否具有改变当前资本市场对相关上市公司财务状况的观点的可能；二是该信息影响金融商品市场交易价格的程度。如果这两个方面都呈现明显的变化，导致相关上市公司证券市场价格的在某一时间阶段内上下波动，就足以认定相关未公开财务型内幕信息的重大性。

根据上市公司财务信息对证券市场价格的影响分类，财务信息可以分为确定的与不确定的财务信息。前者是指基于财务报告、会计资料等能够明确得出上市公司财务情况判断结论的信息，后者是指基于其他与上市公司财务有关的资料做出上市公司财务状况分析意见并据此做出相应投资决策具有风险的信息。<sup>[9]</sup>确定的财务信息是对上市公司已往重大信息的内容表述。而不确定财务信息是基于财务资料、专业分析对上市公司未来财务状况的风险预测，尽管客观上无法担保信

息指向的内容与上市公司真实资产价值预期的准确性，但也构成资本市场参与者对相关金融商品定价的重要认知与判断依据。无论是信息内容指向具有确定性的财务事件，还是前景具有不确定性的其他财务预期，由于财务状况是上市公司投资价值或者内在资产价值最为直接的评估条件，财务信息与上市公司证券市场价格之间具有非常密切的关联关系。简言之，财务信息能够影响投资者资本配置决策或者市场价格的属性就是重大性。

尽管《证券法》第 67 条与第 75 条分别规定了“发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件”与“涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息”等明确界定重大性问题的内容，但不能将上述规范作为判断未公开信息法定重大性的规范基础，更不能基于此将事件发生或者事实形成之时认定为信息具备重大性的时间。<sup>[10]</sup>《内幕交易解释》第 5 条第 2 款将财务型内幕信息具备重大性的时间等同于重大财务事件的发生是司法实践中的技术性错误。因为《证券法》明确规定的信息实际上都是重大信息，但重大信息披露的法律规范本身不能作为内幕信息重大性的判断标准。以财务报告为例，财务报告制作完毕，直至公开之前，这段时间显然是内幕信息价格敏感期，财务报告形成这个时间点意味着财务信息具有重大性，在实践中完全没有争议。在内幕交易操作中，随着资本市场越来越成熟，上市公司内部人员也不可能会在这段时间内铤而走险实施内幕交易。最为疑难的是财务预期信息已经形成，财务报告还没有制作完毕这段时间。这个预期往往是非常微妙的——各种财务信息随着统计数据的累计越来越准确，预期与报告之间的关系也越来越准确。基于财务资料不断完善的财务信息在未制作完毕成为财务报告之前的这段时间，实际上就有可能已经形成了比较确定的财务预期，这个对于金融商品投资决策具有重大影响的时间节点，就是财务信息开始具备重大性的时间点，才是财务型内幕信息形成的时间。

《证券法》第 67 条的立法要旨在于明确除了以财务报告为核心的定期信息披露义务之外的其

他重大信息及时披露义务，即与上市公司经营或者财务等重大利益具有密切关系的重大事件发生时，上市公司具有向证券监管机构和交易所进行全面、准确且及时的信息披露的义务。重大事件的发生是临时报告的现实基础，所以作为信息披露行为对象的未公开信息只有在事件发生时才可能具备重大性并进而触发披露义务。而重大事件发生之前就有可能出现各种预期该事件发生的信息，作为内幕交易行为对象的未公开信息完全可以在事件未发生时便具备重大性，即具备足以影响市场定价或者投资者决策的能力。因此，将临时报告或者信息披露义务的法律条文作为判断内幕信息重大性的规范基础是当前内幕交易犯罪司法判断规则建构与适用过程中出现的技术性偏差与误区。

在司法实践中，上市公司内部人员伪造财务数据操纵财务信息，然后利用这种受到操纵的财务信息从事证券交易牟利，行为性质判断没有困难，疑难问题在于在相关真实的信息尚未披露之前从事交易，能否认定为内幕交易，其关键点是判断这些处于动态发展进程中的信息是否具有重大性。<sup>[11]</sup>由于《证券法》规定的强制性财务信息披露具有一定的有限性，局限于财务定期报告，除此之外是不按照法律强制性要求进行披露。但是，这些尚未达到披露时间节点的信息，实际上已经能够形成金融商品交易的决策判断。例如，会计师事务所已经制作好财务报告，或者上市公司已经完成了季报制作，尚未披露，这个时间环节很容易认定内幕信息的重大性，问题在于之前形成会计材料中的相关财务信息，尚未形成财务报告，但其内容实际上有可能已经足以形成金融商品交易的决策判断。

因此，有必要适用双层次的财务信息重大性判断原则。第一层次：重大信息临时报告重大性标准。如果这些财务信息属于临时报告的范畴，显然应当认定为具备重大性。需要注意的是，重大财务信息的临时报告涉及较多商业判断，如何把握临时报告的尺度也并非易事，需要通过具体的细化规则优化临时报告披露原则。第二层次：内部人交易行为之后的实际市场反应标准。如果内部人交易期间具备一定的财务数据基础以及信

息基础，并且事后证券交易价格按照该信息或者数据的指向进行变动，原则上可以认可内部人员持有的信息具有影响投资判断与决策的价值。上述原则都可以作为初步判断涉案财务信息是否具有重大性的基础性条件。比如，美国联邦巡回上诉法院实践中的判例规则采用理性投资者标准：(accredited investors) 理性投资者认为，信息所对应的事实或者事件一旦得以披露，将会非常可能改变基于目前所有信息所能够得出的判断结论。<sup>[12]</sup> 因此，基于上述原则，判断相关未公开财务信息是否具有重大性，还应当考量两个维度的变化，一是信息内容对改变当前资本市场对相关上市公司财务状况的观点的可能；二是该信息影响金融商品市场交易价格的程度。进一步从量化标准的角度进行规则证明。有必要分别以信息形成后以及信息公开后3个交易日的日平均市场价格为数值参考。如果上述交易日的市场平均交易价格异动明显，则相关财务信息对于更新上市公司财务预期意见具有现实作用、对于金融商品市场价格具有实际影响——这就客观上证明信息内容具备重大性，信息生成之时即为内幕信息重大性形成。

### 三、财务信息重大性的类型认定与量化尺度

我国《证券法》规定了证券交易活动中涉及公司财务的重大未公开信息构成内幕信息，列举了各种构成内幕信息的重大事件以及其他对证券交易价格具有重大影响的信息类型，但并未就涉及公司财务的内幕信息进行内涵界定与类型归纳。对于涉财务内幕信息界定问题，有观点认为，与证券发行公司资产、获利有关的发行公司本身内部变化或者营运情形的未公开信息，属于上市公司财务型内幕信息，上市公司内部人在此类信息未公开时在相关证券交易中加以利用的，构成内幕交易。<sup>[13]</sup> 这种广义的界定模式将除上市公司重大人事变动之外的、包括公司经营、资产、股权变动等在内的几乎所有重大信息均归类为涉财务内幕信息，对财务信息进行了过于宽泛的理解，从而将以非财务资料形式呈现的与上市公司经营业绩有关的非财务信息纳入财务信息的范

畴。而上市公司财务信息实际上是以货币性数据资料为核心的、呈现公司资本动态的变动的信息，主要包括资产负债表、全面收益表、股东权益变动表、现金流量表。<sup>[14]</sup>

因此，财务型内幕信息应当是与上市公司经营业务的收益与亏损直接关联的、以财务资料形式呈现的重大未公开财务信息。结合《证券法》有关内幕信息范围界定的规定、证监会或证券交易所关于财务信息披露的规章与规则以及反内幕交易法律实践，我国资本市场中的上市公司财务型内幕信息类型具体包括：(1) 上市公司年度报告、中期报告、季度报告以及业绩预告；(2) 重大收益、亏损；(3) 债务担保、资产抵押、报废的重大变更；(4) 重大债务以及违约未能清偿到期重大债务。当然，上市公司资产出售、股权变更、收购以及重大合同签订等均与上市公司资产负债表直接关联，此类信息在尚未公开时显然应当属于财务型内幕信息，但由于反内幕交易司法实践对涉及并购重组、重大合同的内幕信息认定问题已经积累了长期、相对稳定、类型化的法律经验与规则逻辑，在此无需置喙。此处主要分析利用上述四类财务型内幕信息进行交易的行为。

利用与证券或者证券发行人财务有关的重大未公开信息从事内幕交易主要表现为两种行为模式：一是通过财务信息造假的方式违规披露重大信息，利用该信息从事相关证券交易。例如，在财务报告中虚构营收等，在财务利好信息发布后卖出相关证券。二是通过不披露重大财务信息或者滥用已知的未公开重大财务信息，从事相关证券交易。例如，明知上市公司月度营收显著降低、明显减产、库存激增、重大亏损，在季报公开前卖出证券避损或者卖空证券获利。<sup>[15]</sup> 对于前一种行为模式而言，虚假、伪造的财务信息生成时间实际上就是内幕信息形成时间，在法律适用上并不存在过多障碍。但在后一种行为模式中，由于各种财务资料逐渐累积为财务报告或者重大盈利、亏损结论是一个量变到质变动态发展进程，判断特定时间节点的财务资料或者信息集合具备重大性存在相当困难，需要进行具体分析：

其一，根据我国证券法律、法规、规章以及交易所规则的规定，上市公司定期报告（年度、

中期、季度报告)应当披露对证券投资决策具有重大影响的信息,财务信息披露范围基本覆盖了与上市公司经营与财务有关的所有资讯。相关报告制作完成之时即为内幕信息形成时间,直至报告披露,均应当禁止泄露或者基于该信息从事相关证券交易。应当强调的是,定期财务信息强制性披露只是在特定的时间节点上对已经客观存在的财务事实所进行的事后揭示,但无法监管发生在各个定期财务报告公布日期间<sup>[16]</sup>发生的重大财务信息披露与内幕交易问题。根据相关信息披露法律规范要求,定期报告空档期出现财务情况重大变动,应当通过业绩预告、临时报告等方式进行财务信息披露,但对于财务信息知悉人员何时应当禁止从事相关证券交易问题,在认定规则层面仍是空白。在所有财务型的内幕信息类型中,上市公司债务(违约)、担保等重大财务变动情况信息具有明显的事件指向性,即系列事实以一元化的线性态势按照时间顺序逐步发展为特定事件。故实践中完全可以直接根据事实进程时间轴上的特定节点确定内幕信息形成时间与重大信息披露时间——此类重大财务事件发生后,上市公司应当立即披露;出现明显的债务违约、承担担保义务、担保责任等事实(例如,被担保人资不抵债等)之时,应当认定为内幕信息形成时间,在信息披露之前禁止知悉该信息的人员从事相关证券交易。

其二,对于上市公司重大担保、债务违约之外的其他未公开财务信息,例如,上市公司出现重大亏损或者相对于上一次定期报告出现大幅度盈利增长,由于其并不具有事件指向性或者特定性,而是各种交易累计基础上的经营数据信息,确实难以勾勒出信息初步生成、具备重大性、最终确定发生的线性发展流程。只能将信息披露义务与内幕交易禁止中的信息重大性实质标准进行同一化处理,即未公开的财务资料或者经营数据反映出上市公司重大财务变动时为内幕信息形成时间或者信息披露义务生成时间。<sup>[17]</sup>对于如何具体把握“重大”财务变动,内幕交易司法实践中有观点认为,由于上市公司内部人能够掌握销售业绩、月度营收、市场动态、税前损益等信息,就上市公司内部对于其证券交易价格具有影响的

财务变动情况而言,上市公司内部人主观上处于确知或者应知的状态。在诸如月度营收等财务信息变化之后、财务报告定期发布之前,信息知悉人员从事相关证券交易的,应当以内幕交易进行定罪处罚。<sup>[18]</sup>这种观点实际上就证明了财务情况变动“重大性”的量化尺度。

上市公司出现对财务有一定影响的信息(例如订单数量下降、营收减少),信息知悉人员便不能买卖相关证券,或者上市公司应当立即披露该信息。但是,上市公司盈利或者亏损是一个财务数据的累积过程而非事件发展进程,盈利增长或者出现亏损完全可能是暂时的(例如,月度亏损),难以涵盖上市公司阶段性的财务结论(例如,季度、半年财务报告),在财务信息定期披露时可能被其他经营数据所稀释。此外,出于维护上市公司商业利益的需要,过于严格地限制内部人交易或者积极地披露短期经营数据,亦有可能导致上市公司在业务开展上出现不利的连锁反应(例如,上市公司披露本月订单数量大幅下降是因为某重要采购商不再续订,可能会引起其他采购商紧张、恐慌甚至直接撤单等)。所以,仅仅出现订单撤销、营收减少等财务动向并不能认为相关信息已经具备了重大性,对于证券交易价格具有重大影响的财务信息应当是重大亏损或者重大盈利信息。而亏损与盈利都是以数据形式出现的财务发展趋势或者财务结论,故关键在于设定一个合理的趋势指标或者数值范围,以此为基础并结合当时资本市场中有关该证券市场价格的具体情况,确认亏损或盈利信息对于证券交易价格的影响是重大的。

因此,从量化尺度、从量的累加变化趋势判断经营数据反映出上市公司财务出现以下情形的,就足以认定该数据信息具有重大性,应当禁止知悉人员从事相关证券交易,并及时披露下述重大量化信息:(1)预计本期财务报告期实现扭亏为盈;(2)上期财务报告期盈利,预计本期财务报告期亏损;(3)预计较上年同期相比利润出现超过50%的大幅变动。

以上量化尺度强调了从盈亏变动趋势认定财务型内幕信息的重大性。但同时,也应注意分析以上未公开财务预期对那一时间段的证券交易价

格动向的具体影响。财务预期是在财务信息尚不完全确定时投资者进行资本配置决策的核心参考要素。在财务报告尚未制作完毕之前，基于财务资料形成的上市公司财务预期与上市公司盈利与亏损具有直接联系，因而对于证券市场价格而言具有重要参考价值。如果证券价格等已经在上一轮行情中对盈利或者亏损趋势进行了提前或者超涨（跌）反应，在股票市场上实际上已经形成了利多（空）出尽的市场格局，则原本能够影响证券交易价格上涨或者下跌的未公开财务信息实际上已经钝化，由此，也应认定亏损或盈利信息实质上引起了证券市场交易价格的异动，从而认定相关上市公司未公开财务型信息的重大性。

#### 四、结语

综上所述，在司法实践中，如果仅从时间节点的判断来认定财务型内幕信息的形成，就会使上市公司违法、违规增持或减持股票以及相关犯罪行为得不到相应的惩罚。因此，引进财务信息重大性的类型判定规则和量化尺度极为重要。判断上市公司相关未公开财务型内幕信息是否具有重大性，应当考量两个维度的变化，一是信息内容是否具有改变当前资本市场对相关上市公司财务状况的观点的可能；二是该信息影响金融商品市场交易价格的程度。如果这两个方面都呈现明显的变化，导致上市公司证券价格的剧烈波动，就足以认定相关未公开财务型内幕信息的重大性，从而明确禁止知悉人员从事相关证券交易，并及时披露该重大信息，以保证资本市场的公开、公平和公正，保证每一个资本市场投资者的合法利益，唯其如此，资本市场才能为实体经济的发展输送源源不断的“血液”。

#### 参考文献：

1. 中国证监会：《证监会通报针对内幕交易的执法工作情况》，[http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201502/t20150226\\_269077.html](http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201502/t20150226_269077.html)
2. 刘宪权：《论内幕交易犯罪最新司法解释及法律适用》，载《法学家》2012年第5期。
3. 谢杰：《最新内幕交易犯罪司法解释的缺陷与规则优化》，载《法学》2012年第10期。
4. Victor Brudney, A Note on Materiality and Soft Information under the Federal Securities Laws, 75 Virginia Law Review 723, 736-750 (1989).
5. 刘秀光：《公司高管“减持套现”的经济学分析》，载《武汉科技大学学报（社会科学版）》2015年第2期。
6. 段铸：《冠豪高新高管精准增持遭诟病》，载《中国经营报》2013年3月18日第B6版。

7. 逸东、万丽梅、杨丹：《创业板公司上市后为何业绩变脸？》，载《经济研究》2015年第2期。
8. Robert M. Bushman & Abbie J. Smith, Transparency, Financial Accounting Information, and Corporate Governance, 4 Economic Policy Review 65, 69 (2003).
9. 谢杰：《内幕信息形成时间司法认定问题研究——以法释〔2012〕6号司法解释第5条为中心的刑法解析》，载《中国刑事法杂志》2013年第5期。
10. Scott L. Summers & John T. Sweeney, Fraudulently Misstated Financial Statements and Insider Trading: An Empirical Analysis, 73 The Accounting Review 131, 138 (1998).
11. TSC Industries, Inc. v. Northway Inc., 426 U.S. 438, 449 (1976).
12. 林俊宏、黄？淳、许碧真：《从讯谋案谈内线交易民事赔偿责任之相关问题》，载《法官协会杂志》2012年第2期。
13. International Accounting Standard 1 (ISA 1), Presentation of Financial Statements, International Accounting Standards Board.
14. Martin S. Fridson & Fernando Alvarez, Financial Statement Analysis: A Practitioner's Guide, Wiley, 2012, p.63.
15. 台湾地区“最高法院”94年度台上字第1433号刑事判决。
16. 丘创：《上市公司财务报告和信息披露系统的构建》，金融界网站，<http://stock.jrj.com.cn/invest/2015/05/18172619237093.shtml>

#### 注释：

- [1] 中国证监会：《证监会通报针对内幕交易的执法工作情况》，[http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201502/t20150226\\_269077.html](http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201502/t20150226_269077.html)（访问日期：2015年3月10日）。
- [2] 刘宪权：《论内幕交易犯罪最新司法解释及法律适用》，载《法学家》2012年第5期。
- [3] 财务型内幕信息是与上市公司经营业务的收益与亏损直接关联的、以财务资料形式呈现的重大未公开财务信息，主要包括资产负债表、全面收益表、股东权益变动表、现金流量表等在资本市场构成对上市公司证券市场价格具有重大影响的信息。参见《证券法》、《公司法》、《企业会计准则》和《上市公司信息披露管理办法》等法律法规。
- [4] 谢杰：《最新内幕交易犯罪司法解释的缺陷与规则优化》，载《法学》2012年第10期。
- [5] Victor Brudney, A Note on Materiality and Soft Information under the Federal Securities Laws, 75 Virginia Law Review 723, 736-750 (1989).
- [6] 刘秀光：《公司高管“减持套现”的经济学分析》，载《武汉科技大学学报（社会科学版）》2015年第2期。
- [7] 段铸：《冠豪高新高管精准增持遭诟病》，载《中国经营报》2013年3月18日第B6版。
- [8] 逸东、万丽梅、杨丹：《创业板公司上市后为何业绩变脸？》，载《经济研究》2015年第2期。
- [9] Robert M. Bushman & Abbie J. Smith, Transparency, Financial Accounting Information, and Corporate Governance, 4 Economic Policy Review 65, 69 (2003).
- [10] 谢杰：《内幕信息形成时间司法认定问题研究——以法释〔2012〕6号司法解释第5条为中心的刑法解析》，载《中国刑事法杂志》2013年第5期。
- [11] Scott L. Summers & John T. Sweeney, Fraudulently Misstated Financial Statements and Insider Trading: An Empirical Analysis, 73 The Accounting Review 131, 138 (1998).
- [12] TSC Industries, Inc. v. Northway Inc., 426 U.S. 438, 449 (1976).
- [13] 参见林俊宏、黄？淳、许碧真：《从讯谋案谈内线交易民事赔偿责任之相关问题》，载《法官协会杂志》2012年第2期。
- [14] International Accounting Standard 1 (ISA 1), Presentation of Financial Statements, International Accounting Standards Board.
- [15] Martin S. Fridson & Fernando Alvarez, Financial Statement Analysis: A Practitioner's Guide, Wiley, 2012, p.63.
- [16] 例如，上市公司上年度财报披露之后、本季度季报制作完成之前；中期报告披露之后、第三季度报告制作完成之前；本会计年度结束、年度财报制作完成之前等。
- [17] 由于上市公司出现重大亏损、扭亏为盈、盈利增速等并不具有事件性，故上市公司应当以业绩预告的形式“及时”（而不需要“立即”）披露该重大信息。内幕交易禁止期间为该预期形成时至披露时。
- [18] 参见台湾地区“最高法院”94年度台上字第1433号刑事判决书。



□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长，拥有30多年国内外保险法律和业务经验。李政明律师为多家保险集团、保险公司、保险资管、中介机构以及投资人提供法律服务，包括保险机构筹建和股权转让、常年法律顾问与合规、诉讼仲裁和保险资金运用等。李政明律师在保险法领域的长期耕耘与深厚积淀、专业周全的服务以及良好的业绩，获得了保险业、司法界以及社会有关方面的广泛认可。



□ 贾泽/文

贾泽律师助理，中伦文德金融保险法律服务团队成员，中央财经大学法律硕士，从事法律工作三年，擅长保险资金运用、公司合规运作等法律服务工作。

## 浅析我国 ABS 产品的基本法律性质

### 引言

ABS，即资产证券化。资产证券化作为中国金融市场上一颗新星，在当前信贷偏紧的大环境下，受到市场的追捧。各类 ABS 产品层出不穷，与 ABS 相关的还有 ABN、CMBS、REITs 及类 REITs 产品。这些产品因其自身交易结构的复杂性，理论界和实务界对其法律性质的认识始终存在争论。争论的焦点主要围绕在信托受益权和证券这两种形式。中伦文德律师事务所保险律师团队结合近期参与的 ABS 相关项目，比照有关法律法规规定，分析我国 ABS 及其相关产品的基本法律性质，请同仁指正。

### 一、ABS 的起源、演进及在我国的发展情况

资产证券化（ABS）起源于美国的抵押贷款市场，现在已经演变成一种全球性的金融理念。美国 ABS 市场规模居世界首位。在 2007 年次贷危机发生以前，美国住房贷款机构向次级借款人提供了各种各样的非标准抵押贷款，包括诱惑利

率贷款和负摊销贷款等形式。这些新类型抵押贷款具有较高的风险。然而通过资产证券化，这些内嵌的风险最终都转移给了 ABS 投资者。截至 2017 年底，美国 ABS 市场存量规模达到了 GDP 的 49%。在美国，固定利率抵押贷款较为盛行，这与美国 ABS 的重要作用和 GSE 的关键作用有关。而且这些固定利率贷款对银行颇具吸引力，因为通过将长期贷款证券化，银行实际上不必承担由短期存款资金为长期抵押贷款提供融资所带来的利率风险。而在欧洲，许多国家的住房抵押贷款形式以浮动利率为主。

美国法律将资产证券化定性为证券，并按照证券的要求进行管理。美国法院在判定 ABS 的法律性质上，主要是围绕 ABS 是否为 1933 年证券法中所说的“投资合同”。美国联邦最高法院判断投资合同的准则有 6 项，分别为有：资金投入、投入一个共同事业、为了追求利润、利润单纯来源第三人的努力、利润必须由于他人企业经营上的努力，以及利润不能投资于个人消费财产上。<sup>[1]</sup>

除美国外，资产证券化业务的第二大市场在

欧洲。欧洲存在三种特色的资产证券化业务，即中小企业贷款证券化、整体业务证券化和担保债权。总结其特点，在于表内资产证券化盛行、金融危机后留置证券化快速发展。

日本资产证券化产品的分类与美国主要按资产类型分为 MBS 和 ABS 不同，日本是按交易架构和形式分为资产证券化证券和资产信托凭证两大类。若按资产类型来分，日本的资产证券化产品丰富的程度还远不及美国。日本的资产证券化证券主要包括住房抵押贷款、商业不动产、租赁债权、汽车贷款、消费贷款、Funds、信用卡应收款、CDO<sup>[2]</sup>、中小企业贷款这 9 种，基本上包括了美国 MBS 和 ABS 中的大类。<sup>[3]</sup>

我国 ABS 起步较慢，肇始于 2005 年。我国 ABS 以债权类资产支持证券为主，占比前五大的基础资产类别包括：个人住房抵押贷款、小额贷款、企业债券、租赁债权及汽车贷款。随着我国资产证券化业务的不断发展，配套制度渐次落地，发行端、投资端、交易结构和主体资质等业务环节臻于规范和成熟。2018 年至今，中国资产证券化市场快速扩容、监管政策日渐完善、大类基础资产类别不断形成与规范、参与机构队伍不断多样化、互联网科技应用进一步提升，呈现出欣欣向荣之势。

## 二、我国 ABS 的基本形态与主要类型

### （一）基本形态

我国实务界通常将资产证券化定义为一种将

缺乏流动性的债权转化为具有流通性的证券财产。通俗来讲，可以将资产证券化理解为如下的过程：发起人以其持有的不能短期变现，但是能够在未来产生稳定收益的、具有可预期性金钱债权为基础资产，将其转移给专为实现证券化目的而设立的特殊目的公司（SPV），通过对基础资产进行重组和信用增级后，再以此为担保发行资产支持证券，并以该基础资产的收益作为保证支付证券的本息。资产证券化实质都是将资产的未来自收益以证券的形式预售的过程。<sup>[4]</sup>

### （二）主要类型

#### 1、从监管主体上划分

基于我国“分业经营、分业监管”的金融行业情况，根据主导的监管机构不同，我国资产证券化业务分成四种模式：一是央行与银保监会（原银监会）主导的信贷资产证券化（以下简称“信贷 ABS”）、二是证监会主导的企业资产证券化（以下简称“企业 ABS”）、三是银行间交易商协会主导的资产支持票据（以下简称“ABN”）、四是银保监会（原保监会）主导的资产支持计划（以下简称“保险 ABS”）。

银行 ABS，或称信贷 ABS，主要是将流动性差的贷款打包成证券化产品出售，主要在银行间市场发行。从基础资产来看，其包括公司信贷类资产支持证券（CLO），个人汽车抵押贷款支持证券（Auto-ABS），个人住房抵押贷款支持证券（RMBS），信用卡贷款 ABS，消费性贷款 ABS，租赁 ABS 等。

企业 ABS 基础资产包括企业应收款、租赁债权、信贷资产、信托受益权等财产权利，基础设施、商业物业等不动产或不动产受益权等。企业 ABS 的基础资产又可分为三类，一是既定债权类资产、二是收费受益权类、三是不动产类。既定债权类资产中还款人的信用风险是 ABS 的最终保障。收费受益权类：需要关注融资主体的收入来源是否绝对依赖入池资产，若是，二者风险相关性极高，一旦现金流大幅下滑，融资主体的运营状况也



必然恶化，风险没有得到分散。不动产类是以目标不动产的租金收入、目标不动产价值和母公司的回购/担保作为基础资产及其增信措施。

ABN 全称资产支持票据 (Asset-Backed Medium-term Notes, ABN)，资产支持票据，是指非金融企业（以下称发起机构）为实现融资目的，采用结构化方式，通过发行载体发行的、由基础资产所产生的现金流作为收益支持的、按约定以还本付息等方式支付收益的证券化融资工具。

保险 ABS，即资产支持计划（旧称项目资产支持计划），系指保险资产管理公司等专业保险资产管理机构作为受托人设立支持计划，以基础资产产生的现金流为偿付支持，面向保险机构等合格投资者发行受益凭证的业务活动。

## 2、从底层资产上划分

ABS 根据底层资产的不同可分为 CMBS、REITs、类 REITs 等。

CMBS 是以商业房地产（商场、写字楼、酒店、会议中心等）的抵押贷款组合构建底层资产，以地产未来收入作为还本付息来源发行 ABS。

REITs 是指房地产投资信托基金，通过发行股票或收益凭证的方式汇集投资者资金，由专门的投资机构进行房地产投资经营管理，将投资综合收益按比例分配给投资者的一种信托基金。

类 REITs 与标准 REITs 不同，是融资主体在一定期限内通过房地产项目实现融资需求后回购房地产或仅是将房地产项目进行抵押融资，其本质是债务融资。因其只符合国外 REITs 的部分标准，因此称为“类 REITs”。

通过上述论述，可以得知，CMBS、REITs 与类 REITs 均属于 ABS 的一种子分类。ABN 在性质上与 ABS 相同，仅是发行对方不同。ABN、CMBS、REITs 及类 REITs 均属于广义上的 ABS 产品。

## 三、我国 ABS 的基本法律性质

从公开披露的 ABS 成功案例来看，在兴业皖新阅嘉一期房地产投资信托基金资产支持证券中，投资人最终取得资产支持票据是以标的信托受益权的形式出现。通过检索相关成功案例，我

国市场上发行的 ABS、ABN、CMBS、REITs 亦或“类 REITs”在投资人手中基本均是以信托受益权凭证的形式出现。但这是否意味着 ABS 是一种信托受益权呢？

### （一）ABS 与信托受益权

受益权是指受益人在信托法律关系中享受信托利益的权利，有广义和狭义之分。“狭义的受益权仅指受益人享有的在信托存续期间取得信托财产收益的权利，以及在信托终止，信托文件没有另外规定信托财产归属人的情况下，获得信托财产本金的权利。”广义的受益权除了包括狭义的受益权之外，还包括附随于狭义受益权的其他权利，如监督受托人管理、处分信托财产的权利。本文所指受益人的受益权即指广义的受益权，是受益人在信托法律关系中享有的所有权利的总称。信托受益权凭证是投资人享受信托收益的凭证。

在我国法律中原先有对信托公司在资金信托业务中的禁止性规定，即《信托投资公司资金信托管理暂行办法》（已失效）第四条所规定的：“信托投资公司办理资金信托业务时应遵守下列规定：（二）不得发行债券，不得以发行委托投资凭证、代理投资凭证、受益凭证、有价证券代保管单和其他方式筹集资金，办理负债业务”。但 2009 年 2 月 4 日施行的《信托公司集合资金信托计划管理办法》（中国银行业监督管理委员会令 2009 年第 1 号）已删除了《信托投资公司资金信托管理暂行办法》第四条的规定。因此，信托公司可以在 ABS 交易结构中通过发行受益凭证的形式，将 ABS 产品的权益转让给投资者。

《信贷资产证券化试点管理办法》（中国银行业监督管理委员会公告 [2005] 第 7 号）第三条规定：“资产支持证券由特定目的信托受托机构发行，代表特定目的信托的信托受益权份额”。该《办法》明确银行 ABS 的发行载体为信托受益权。

《关于证券公司开展资产证券化业务试点有关问题的通知》（2004 年 10 月 21 日）规定：“资产证券化业务，是指证券公司面向境内机构投资者推广资产支持受益凭证（以下简称受益凭证），发起设立专项资产管理计划（以下简称专项计划

或计划),用所募集的资金按照约定购买原始权益人能够产生可预期稳定现金流的特定资产(即基础资产),并将该资产的收益分配给受益凭证持有人的专项资产管理业务活动”。该《通知》明确证券市场发行的企业ABS是通过受益凭证的方式交付给投资者。

《非金融企业资产支持票据指引》第三条规定:“发行载体可以为特定目的信托、特定目的公司或交易商协会认可的其他特定目的载体(以下统称特定目的载体),也可以为发起机构”。在此规定之前,ABN只能由发起机构作为发行载体,该《指引》扩大了ABN的发行载体,投资人可以以信托受益权的方式持有ABN。

根据《资产支持计划业务管理暂行办法》第二条的规定可知,保险ABS的发行载体为受益凭证,这种受益凭证主要是以信托受益权的方式出现。

综上,从我国法律法规看,信托受益权凭证是银行ABS、企业ABS、ABN以及保险ABS的主要发行载体。

## (二) ABS与证券

证券是各类财产所有权或债券凭证的通称,是用来证明证券持有人有权收取相应权益的凭证,如股票、债券、基金凭证、票据等。证券有狭义和广义之分,狭义证券指资本证券,广义证券指包括商品证券、货币证券和资本证券。无论狭义证券还是广义证券,均属于有价证券。即具有一定票面金额,持有人有权利按期取得一定收入,并可自由转让和买卖的所有权或债权证书。

我国法律对证券采取一种宽泛的解释。《证券法》第二条规定:“在中华人民共和国境内,股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法;本法未规定的,适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定”。

《信贷资产证券化试点管理办法》(中国银行业监督管理委员会公告[2005]第7号)第二条规定:“信贷资产证券化指银行业金融机构作为发起机构,将信贷资产信托给受托机构,由受托机构以资产支持证券的形式向投资机构发行受益证

券,以该财产所产生的现金支付资产支持证券受益的结构化融资”。《金融机构信贷资产证券化试点监督管理办法》(中国银行业监督管理委员会令2005年第3号)第三条规定:“在中华人民共和国境内,银行业金融机构作为发起机构,将信贷资产信托给受托机构,由受托机构以资产支持证券的形式向投资机构发行受益证券,以该财产所产生的现金支付资产支持证券收益的结构化融资活动,适用本办法。”《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》(中国证券监督管理委员会公告[2014]49号)第二条规定:“本规定所称资产证券化业务,是指以基础资产所产生的现金流为偿付支持,通过结构化等方式进行信用增级,在此基础上发行资产支持证券的业务活动”。

综上,从监管制度上看,我国ABS是被界定为资产支持证券。从交易结构和交易安排上看,ABS是一种复杂的交易形式,通过资金的流转,交易结构的设计,将资金从原始权益人转移至投资方,并最大限度的降低投资人的风险。同时,避免融资主体的信用风险传递到投资人。因此,从这种交易结构和安排看,ABS是一种建立在基础资产上的一种有价证券。从实质上看,ABS是一种通过结构化的安排,使资产的权益等分化,可以在交易所公开交易,从而将非标资产转化为一种标准化的金融产品,以达到可以在公开市场交易的目的。对于信托受益权凭证,其仅是ABS产品交付给投资人的一种形式,并不意味着ABS仅仅是一种受益权凭证。受益权凭证仅是ABS产品中的权益转让给投资者的一种形式。因此,我们认为在我国的ABS产品,包括ABN、CMBS、REITs及类REITs在本质上是一种特殊类型的有价证券。

## 注释:

- [1] 王健著,《资产证券化的法律构造》[M],北京:中国方正出版社,2006年版。
- [2] 王健著,《资产证券化的法律构造》[M],北京:中国方正出版社,2006年版。
- [3] 陈忠庆,《我国国有企业资产证券化研究》[D],北京:《中国社会科学院研究生院》,2017年。
- [4] 章倪,《资产证券化法律问题研究》[J],《经贸实践》2018年第19期。



□ 娄爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，中国人民大学公安大学法学学士，南开大学经济法法学硕士，南开大学公共管理硕士，北海国际仲裁院仲裁员，天津市法学会经济法学会理事，天津工业大学法律硕士校外导师。著有《国有企业混合所有制改革法律操作实务》（2019年6月中国政法大学出版社出版）。曾在天津市公安局和天津市国资委任职多年，精通公安刑事法律和国资监管政策，熟悉公安业务和国资架构。专业领域：国企改革，民商事诉讼，刑事辩护，法律顾问。2019年3月，荣获中央电视台社会与法频道“优秀公益律师称号”。

## 国有企业以接受外资并购方式融资 引发国有资产流失法律问题研究

**摘要：**一直以来，融资难、融资贵都是制约企业发展的重要问题。对于国有企业而言，融资问题也是制约企业发展的瓶颈问题。为解决这一问题，国有企业采取各种办法。其中，以接受并购的方式吸引外资，不仅可以给国有企业带来大量优质可用资金，还可以带来先进的科学技术、良好的管理经验，并且完善国企的产权和组织结构，推动企业建立现代企业制度，不失为一举多得的融资方式。但是，这一融资方式存在着巨大的风险，甚至可能引发国有资产的流失。如何有效防范这一风险，本文将<sub>以被并购国企和外国投资者为视角</sub>，分析因外资并购造成国有资产流失的原因，并在此基础上，提出一系列相应的法律措施，促进国有资产实现保值增值，国有经济实力进一步增强。

**关键词：**外资并购 融资 国有资产 流失

### 一、外资企业并购国企概述

#### （一）外资企业并购国企的背景

外资并购发生于上世纪80年代我国改革开放之后，至今已经历了近40年的时间。随着全球经济一体化，各国大型公司都在积极谋划跨国界的收购与兼并活动，并以此作为其全球投资的主要方式，增强在国际市场上的竞争力。我国作为世界经济的重要组成部分，拥有极其广阔的商品市场，近年来，我国宏观经济增长态势良好，为外国投资者具有巨大的吸引力。此外，国有企业具有融资的需求，尤其是存在资产结构不合理和资本投入欠缺的问题，因此在主观上也需<sub>要</sub>外资并购活动的开展。在天津，早在2004年，就专门召开过天津市外资并购重点项目发布会，对涉及机械、化工、冶金、轻工行业、食品等7大行业40个项目进行了重点推介，吸引了来自美国、日本、德国、韩国、新加坡等国家和香港地

区的跨国公司参加发布会。

## （二）外资企业并购国企的特点

外资并购我国国企，具有其区别于一般并购的特点。一是外资并购国企属于国际投资。外资并购国企是外国投资者在我国以并购国有企业的方式进行投资的行为，也是其所在国在国外进行的境外投资或海外投资行为，因此具有国际投资的性质。二是外资并购国企大多采取“斩首”的方式。外国投资者选择拟并购的国企时，通常会选择某些行业的优势企业，在取得这些企业的控制权后，获得对该行业在某个范围或领域内的垄断生产经营，这就是所谓的“斩首”式并购。三是我国并购市场尚待完善。在我国，外资并购的发展只有短短几十年，相比西方发达国家，相关的案例还比较少，应对经验不丰富，在学理研究以及法制环境方面也都不够成熟完善。

## （三）外资并购国企的相关隐患

外资并购国企虽有颇多益处，但是也存在一定的隐患，不加重视或者应对不当，甚至可能造成影响我国经济发展和稳定的重大问题。一是出现垄断问题。外资并购往往选择“斩首”方式，容易造成其在某个范围或领域内的垄断生产经营，加之其在资金、技术、管理水平、经营规模等方面的优势，极易出现该行业国企被垄断式并购的局面。二是流失国有品牌。外资并购国企之后，为实现其开拓市场、增强国际竞争力的目的，将用其外资品牌替代原有国有品牌，并以其资金、技术、经营规模等方面的优势制造壁垒，垄断市场，造成国有品牌的彻底流失。三是引发国有资产流失。目前，国内由于外资并购国有企业导致的国有资产流失问题已十分严重，部分案例触目惊心。

## 二、外资并购引发国有资产流失的表现形式及原因

外国投资者和被并购国企是外资并购活动的主要参与主体，可以此为角度研究外资并购引发国有资产流失的表现形式。

### （一）外资并购引发国有资产流失的表现形式

从被并购国企角度来看，造成的国有资产流失主要是由于转让行为不规范，即没有按照相关规定进行股权或者资产的转让，从而实际上随意处置了国有资产。一是被并购国有企业不公开转让国有资产，存在由交易双方私下协商进行转让，或者在产权交易机构公开转让时内定买家，从而难以保证资产的对价公允和最大化，极易造成国有资产的流失。二是被并购国有企业对国有资产评估不到位，甚至根本不履行评估程序，造成国有资产的流失。

从外国投资者角度来看，其为获得国有企业的经营权，往往多措并举甚至不择手段。因此，在分析引发国有资产流失时，外国投资者往往占主要责任。一是外国投资者不存在或者已注销。由于外国投资者的登记注册地在我国境外，因此对其相关信息的调查相对较难。如果在信息审查阶段没有获得外国投资者真实有效的信息，而对方又是事实上不存在或者现已被注销的公司，那么国有资产的转让就难免面临流失的处境。二是外国投资者出资不实。从国内众多并购案例可以看出，部分外国投资者实力不足或者欺诈出资，利用我国法律法规的漏洞和企业经验的欠缺，在资金不到位的情况下开展并购活动。他们往往以分批出资的方式，在出资不实的情况下取得公司的经营权，再以公司作抵押取得贷款以支付并购对价，其后转移公司的优质资产，使其获得利益。三是外资并购存在违反程序的问题。在现实交易中，外国投资者存在不依照相关程序办理手续的问题，从而规避了我国相关制度的约束，造成了国有资产流失。

### （二）外资并购引发国有资产流失的原因

从被并购国企角度来看，简单来说就是交易对价没有实现最大化，从而使得国有资产遭受了损失。阻碍交易对价最大化的原因，主要有以下方面：一是我国产权交易市场存在弊端。截至目前，我国尚未出台统一规范的产权交易市场管理方面的法律法规，使得产权交易市场规模不一，

操作混乱，给产权交易带来不利影响。二是我国资产评估存在一定问题。由于资产评估机构受制于地区、行业发展水平的限制，评估机构的水平良莠不齐，资产评估市场无序混乱，缺乏必要的权威性和公正性。此外，还存在评估范围不完整、评估方法不科学等问题。

从外国投资者角度来看，确保外国投资者不敢或者无法进行造成我国国有资产流失的并购行为，只有从我国自身找原因：一是外资并购管理机构繁杂。在我国，针对外资并购活动的管理机构较为庞杂，包括经贸、工商、证监等多个部门，这些部门行使的管理权限也分很多种，包括调查、审核、批准、备案、监督、处罚等，各个部门之间的职能和权限交叉和模糊的情况，造成处理外资并购问题多头管理，标准不一，控制外国投资者并购风险不易形成合力。二是外资监管立法有缺陷。一方面，对外资付款时间和方式规定不详。在具体实践中，外国投资者存在并未严格按照规定按时全额支付对价，但却行使了企业的经营管理权的情况。另一方面，对外方资产评估缺乏法律限制。在《关于外国投资者并购境内企业的规定》中，对拟转让股权和拟出售资产的评估做了规定，但是却没有对外方资产进行评估的强制性规定，有失公平。三是国内应对并购活动经验有限。由于外资并购在我国发展较晚，很多国有企业缺少应对并购的实践经验，造成的实际结果是，在谈判前，对外国投资者的主体资格、经营状况以及资信情况缺少了必要的调查；在谈判中忽略了对职工安置、税费缴纳等问题的讨论，从而造成谈判完成后的被动，甚至在经济上造成重大损失。

### 三、防范外资并购中国有资产流失的法律对策

通过上述分析可以看出，我国对外资并购活动的监督管理还存在很大的缺陷和不足，这不仅源于

我国的产权交易市场还有待完善，更因为我国在外资并购方面的法律规制还比较落后。为有效改变我国现行法律对外资并购的无序管理，真正防范外资并购中国有资产的流失问题，笔者建议，由有关部门抓紧完善外资并购监管的法律体系，并健全和发展产权交易市场。

#### （一）完善外资并购监管的法律体系

必须在制度层面规范外资并购的监督管理，以专门的《外资并购法》为核心，建立健全外资并购的法律体系。

1、出台专门的外资并购监管法律，对相关内容予以完善。在《外资并购法》中，应该规定外资并购的目的、原则、条件、程序以及法律责任，并购参与主体的权利和义务，并购的监督管理等内容，并且对外资并购进行实体和程序两方面的规制。具体来说，《外资并购法》应规定如下内容：一是规定监管的主体和审批程序。规定外资并购国有企业的监管职能由国资委统一行使。同时，规范审批程序，明确审批权限和标准，强化审批责任，规范审批时限，简化审批手续。二是规定外资并购的程序和审批条款。外资并购的程序主要有以下六个步骤，分别为确定并购参与主体、选定并购方式、进行可行性论证、确定转让价格、办理转让手续、进行转让公告。在审批条款方面，除符合两级审批的要求外，还应对被并购企业的基本情况、外国投资者的基本情况、并



购的可行性报告、并购协议以及其他相关材料进行审批。三是规定其他需要规范的细节。例如，在付款时间方面，应明确要求对于未严格按照规定按时全额支付对价的外国投资者，不得行使企业的经营管理权，如果延期支付，还要承担违约责任。再如，在付款方式方面，应对每种支付方式予以明确规范。

2、调整利用外资的政策，建立健全我国外资并购的法律体系。外资并购是一项庞杂、系统的经济活动，仅有一部《外资并购法》并不能使其得到最佳的规范，还需要与其他相关法律法规的相互配合，形成对于外资并购法律规制的体系。一是调整我国的产业政策，将外资并购国有企业纳入我国经济发展总体规划。应根据经济发展目标和国家利益的需要，定期公布外商投资产业目录，引导外商投资的产业方向，使外资并购符合中国产业结构调整的需要。同时，根据行业和产品特点，分情形按照“鼓励、限制、禁止”的标准予以调整。二是扩大对资产的评估范围，提高评估机构的专业性。要将企业的整体价值纳入评估范围，特别注重企业的专属品牌、特许经营权、专利技术、企业文化等无形资产，将之纳入资产评估范围，做企业整体价值的评估。此外，加强对评估机构的管理，提高评估机构的专业化水准，以评估能力作为其开展业务的标准。三是出台并购操作指导办法，规范并购流程和有关事项。对并购流程和需注意的事项，以“操作指导办法”的形式予以明确，使中方参与并购的企业和人员对并购活动的流程和需注意的事项进行掌握。四是加大社会保障力度，解决被并购企业的人员安置问题。应该制定并购企业职工安置办法，依托国家社会保障体制，以制度的形式将职工的利益予以确定。在此基础上，完善失业保险制度，健全养老保险管理，提高最低保障额度，发展下岗人员再就业机制，从而避免并购后企业将此类问题推给政府，还可以使外国投资者明确将人员安置问题作为并购需解决的问题，在并购前即予以考虑，从而促进外资并购顺利实施。

## （二）健全和发展产权交易市场

规范有序的产权交易市场，能够形成统一的

市场竞价体系，实现外资并购交易程序和交易信息的充分披露，有效防止外资并购中“暗箱操作”和“不当操作”造成的国有资产流失。

1、制定全国统一的产权交易市场管理法规。为确保国有资产在外资并购中不流失，就必须依托开放统一的产权交易市场，并明确要求外资并购国有企业必须进场交易。这就要求我国尽快制定全国统一的产权交易市场管理法规，对产权交易机构的设立、运行、管理和监督进行规范。

2、明确产权交易市场运作的基本原则。产权交易市场必须依照其基本原则进行运行，以保证发挥其规范产权交易的作用。具体来说，产权交易市场的运作需遵行以下原则：一是凡是产权交易活动一律进场交易的原则。二是提供中间服务的中立主义原则。三是公平、公开、公正的“三公”原则。

3、健全和发展产权交易市场的具体措施。完善产权交易市场，可以从以下几个方面入手：一是统一全国产权交易市场。保持每个省（直辖市）范围内只构建一个产权交易市场，在此基础上，加强与邻近的产权交易市场的联系与合作，从而形成区域行的产权交易市场在交易规则、制度和程序上的一致，再进一步推动全国产权交易市场的统一。二是加强对产权交易的管理。要尽快出台产权交易市场的会员规则和交易中介的管理规定，对产权交易从登记到变更进行全程监控监督，落实仲裁和惩罚规则。三是强化国有产权出让收益管理。将国有资产的转让收入与运营收入相区别，依照国家的法律法规，将该部分收入足额收归国家所有，上交国库，不可作为奖金等其他支出，更不可能被任何企业或者个人占有。

综上，在外资并购监管方面，建立完善相应的法律体系，推进国资监管的法制化和规范化，健全和发展产权交易市场，使外资并购活动公开化和透明化，才能有效防范因外资并购引发国有资产流失的问题，在积极引入外资、加大外资重组联合的同时，又有力保护国有资产的安全，以更好更快地实现国有企业融资的目标，全面提升国有经济的发展活力。





□ 武 坚/文

武坚律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 许 璟/文

许璟律师，北京市中伦文德律师事务所律师，税法专业委员会秘书长，中央财经大学法律硕士（财税法方向），证券、基金从业资格。执业领域：合同、股权、不良资产、并购重组、诉讼和仲裁等。

## 政府信息公开相关问题分析

政府信息公开是建立阳光政府的重要举措，推进政府信息公开，一方面保障了公民知情权，增加了公民参与社会管理的方式，利于公民行使监督权；另一方面，规范了行政机关正确行使行政权力，防止权力滥用，保障依法行政。原《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称“原条例”、“旧条例”）于2008年5月1日起正式施行，但随着社会发展、政府信息公开工作的不断推进，原条例已不能适应不断变化的新情况，政府信息公开工作面临着诸多新问题。基于该背景，国务院对旧条例进行了及时修订，新《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称“新条例”）自2019年5月15日起施行。新条例的实施，为政府信息公开工作提供了有力的支持性依据。笔者主要结合在行政机关处理政府信息公开案件的相关实践，针对新条例政府信息公开涉及的相关问题进行探讨。

### 一、政府信息含义

关于什么是政府信息，新条例第二条进行了明确规定，所谓政府信息，需同时符合三要素，即履职过程中产生的信息、行政机关为主体制作或获取、以一定载体体现。在履职过程中产生的

信息，是指行政机关在行使行政管理职能时所产生的信息，行政机关作为民事主体所产生的信息，不属于政府信息范畴。行政机关为主体制作或获取的信息，指以行政机关为制作或者获取信息的主体，自身制作以及从其他主体处获得的信息。需以一定的载体体现，是指政府信息不能为口头信息或未记录、未保存的信息，必须依附于一定的可记录、可保存信息的载体。

处理政府信息公开案件时，需先定性，结合以上三要素综合判断申请人所申请公开的信息是否为政府信息。如所涉及信息并非政府信息的，不能适用政府信息公开条例予以公开，行政机关不具有公开义务；如所涉及信息属于政府信息的，再进行是否属于政府信息公开范围的判断。关于政府信息公开范围，下文将详细展开，此处不再赘述。

### 二、政府信息公开主体

新条例在第二条中规定了公开政府信息的主体，“行政机关制作的政府信息，由制作该政府信息的行政机关负责公开。行政机关从公民、法人和其他组织获取的政府信息，由保存该政府信息的行政机关负责公开；行政机关获取的其他行

政机关的政府信息，由制作或者最初获取该政府信息的行政机关负责公开。法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的，从其规定”。<sup>[1]</sup>

笔者根据在行政机关处理政府信息公开案件的工作实践，发现该条款在实践中存在很大争议，对于该条款的理解，存在以下两种：一部分人认为，应坚持“谁制作谁公开”的政府信息公开原则，政府信息应该由制作机关进行公开；区分获取政府信息的来源，如果获取政府信息的来源为其他行政机关，则该政府信息的制作机关仍为唯一的政府信息公开主体；如果获取的政府信息来源于非行政机关，则由政府信息的获取机关为政府信息公开主体。另一部分人认为，从保障公民知情权的角度出发，应本着多个公开义务机关好于少个公开义务机关的原则，行政机关制作的政府信息，仍坚持“谁制作谁公开”的原则，该政府信息的制作机关为政府信息公开的义务主体；不再区分政府信息的获取来源，政府信息的来源为非行政机关的，由获取该信息的行政机关负责公开；政府信息来源于其他行政机关的，此时的公开义务机关存在两个，一个是制作该政府信息的机关，另一个是最初获取该政府信息的行政机关。比较以上两种观点，两者均认为行政机关制作的政府信息，制作主体为政府信息公开的义务机关；政府信息来源于非行政机关的，则获取该政府信息的行政机关为该政府信息的公开义务主体；而以

上两种观点的不同点在于，针对来源于其他行政机关的政府信息，公开该政府信息的义务主体为制作机关，还是制作机关加最初保存机关。

笔者认为，针对行政机关从其他行政机关处获取的政府信息之公开义务主体问题，应结合具体实践情况进行分析。实践中，行政机关从其他行政机关处获取的政府信息繁多，最初获取该政府信息的行政机关做为公开该政府信息的义务主体，虽可增加该类政府信息的公开义务主体，形式上利于保障公民知情权，但却存在种种弊端：第一，判断最初获取该政府信息的行政机关程序繁琐、工作量极大，行政机关在面对该类政府信息公开申请时，需要先向该政府信息的制作机关核实其是否为最初获取该政府信息的行政机关，该政府信息的制作机关也需制作大量记录，标注向哪个主体提供了该政府信息以及该政府信息的提供顺序，极大加重了行政机关的负担，影响行政机关的办事效率，浪费行政资源；第二，最初保存该政府信息的行政机关基于获取机关的性质，无法判断其公开的该政府信息是否准确、完整，如公开的该类政府信息有误，将不利于保障公民知情权，与新条例立法本意相悖；第三，由制作机关公开该类政府信息，并不剥夺公民对于该类政府信息的知情权，公民仍有充分途径了解该类政府信息；第四，新条例第二条第一句话明确规定了“谁制作谁公开”的原则，如果该类政

府信息的公开义务机关包含最初获取该政府信息的行政机关，与“谁制作谁公开”的原则相矛盾。综上，权衡利弊，笔者认为，获取政府信息的来源为其他行政机关的，该政府信息的制作机关为唯一政府信息公开主体，将更适用于现实情况，且最有利于保障公民知情权。

经查询相关案例，针对来源于其他行政机关的政府信息，法院亦认为公开义务机关为该政府信息的制作机关，最初获取该政府信息的行政机关非公开该类政府信息的义务机关。例如，福州市中级人民法院（2019）闽01行终396号案中，法院通过审理确认的事实如下：2018年11月21日，一审原告方



某作为政府信息公开申请人，向一审被告晋安区房管局提出政府信息公开申请，申请公开的政府信息内容为：根据《中华人民共和国政府信息公开条例》第十七条第二款之规定，2004年10月26日至2012年12月31日前建造的无产权房屋，本地块被征收人建造用于自住的无产权房屋，经产权审查，村（社区）、镇（街）确认并公示，被征收人及其配偶、未成年子女在本市范围内无其他房屋（含商品房、二手房），可给予被征收人购房指标，申请公开被征收人购房指标政策。当日，一审被告晋安区房管局受理该申请。2018年12月10日，一审被告晋安区房管局向一审原告方某作出政府信息公开答复：经查询，你所申请公开的文件非本单位制作。方某不服，向法院起诉。<sup>[2]</sup>福州市中级人民法院经审理后认为，旧条例明确规定了“谁制作谁公开”的原则，本案中，方某申请公开的政府信息，制作机关为福州市住房保障和房产管理局，虽晋安区房管局保存有该政府信息，但该政府信息的来源为其他行政机关，

根据旧条例政府信息公开的原则性规定，该政府信息应由制作机关公开，由此，晋安区房管局政府信息公开答复并无不当。

关于公民申请公开的政府信息，存在多个制作机关的，且多个制作机关中，存在一个行政机关和多个非行政机关，行政机关为非牵头机关的，如何确定公开义务机关问题。新条例仅规定了两个以上行政机关共同制作的政府信息，由牵头制作的行政机关负责公开，但实践中存在大量行政机关与非行政机关共同制作政府信息且行政机关非牵头机关的情形。笔者认为，条例仅规定了当两个以上行政机关共同制作政府信息时，公开政府信息的义务机关为牵头机关，但未规定行政机关与非行政机关共同制作信息的政府信息的公开义务主体，也就是规定在此留白，应适用“谁制作谁公开”的原则性规定。根据新条例，公开政府信息的义务主体为制作该政府信息的行政机关，行政机关在处理该类申请时，应首先对应公开的政府信息进行区分，剔除非政府信息及不应



公开的政府信息，该非牵头制作的行政机关为公开该类应公开的政府信息之义务主体。

### 三、政府信息公开范围

#### (一) 新旧条例政府信息公开范围之对比

在政府信息公开范围方面，新条例与旧条例相比，存在一定差异。新条例更加利于保障公民知情权，不仅取消了公民申请政府信息公开需在自身生产生活等需要，还扩大了主动公开的政府信息范围，详细规定了不公开的细则条款等。

关于政府信息公开的原则，新条例第五条增加了“以公开为常态、不公开为例外”的原则，并增加了合法原则。相比原条例仅规定的“公正、公平、便民”的原则，新条例扩大了公开范围，设定了以公开为常态的基础原则，更在原“公正、公平、便民”原则的基础上增加了“合法”原则，体现了政府信息公开的进步性，合法保障公民知情权。

原条例规定了公民申请政府信息公开，必须基于自身需要，实践中公民填写政府信息公开申请时，需要填写公开目的及用途，对于与公民本人无关的信息，根据旧条例，不予公开。新条例删除了此项限制性规定，不再要求公民提供申请公开信息的目的及用途，公民亦可申请与自身需要无关的其他政府信息。

关于不予公开的政府信息，原条例规定了危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的，不得公开。新条例增加了依法确定为国家秘密的政府信息、法律、行政法规禁止公开的政府信息，以及行政机关的内部事务信息、过程性信息、行政执法案卷信息，可不公开。

新条例二十条增加了几类主动公开的政府信息：“机关职能、机构设置、办公地址、办公时间、联系方式、负责人姓名；办理行政许可和其他对外管理服务事项的依据、条件、程序以及办理结果；实施行政处罚、行政强制的依据、条件、程序以及本行政机关认为具有一定社会影响的行政处罚决定；公务员招考的职位、名额、报考条件等事项以及录用结果；法律、法规、规章和国家有关规定应当主动公开的其他政府信息。”<sup>[1]</sup>

#### (二) 新条例确定的政府信息不予公开范围

##### 1、依法确定为国家秘密的政府信息

条例修订前，对于涉及国家秘密的政府信息仅规定了行政机关不予公开，并未规定如何认定所涉政府信息涉及国家秘密。实践中，对于如何认定涉及国家秘密的政府信息，存在较大争议。一部分人认为，涉及国家秘密是指内容涉及国家秘密的政府信息，至于是否履行相关定密程序可以不做具体审查，按此理解，涉及国家秘密的政府信息边界不清，不同法院的认定标准不一。另一部分人认为，涉及国家秘密的政府信息应履行法定定密程序，法院仅作定密程序是否合法的审查，只要定密程序合法的，则构成涉及国家秘密的政府信息，不再对所涉政府信息进行内容上的实质性审查。例如，北京市第三中级人民法院（2019）京03行终834号案，该案争议焦点为一审原告申请公开的信息是否属于不应当公开的政府信息。法院认为，修订前的条例第十四条规定，行政机关在公开政府信息前，应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》以及其他法律、法规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查；行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。一审原告申请公开的涉案信息，一审被告已提交涉案信息定密档案，经法院核实，涉案信息为国家秘密，根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第三十七条，涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。相应的涉案信息的定密档案不在庭审中质证。由此认定一审被告所做政府信息公开答复合法。<sup>[4]</sup>

新条例解决了上述争议，明确规定了“依法确定为国家秘密的政府信息”不予公开，即法院只需审查公民申请公开的政府信息之定密程序是否合法，只要该政府信息按照合法程序，依法确定为国家秘密，则无需再对所涉政府信息进行内容上的实质审查，直接认定不予公开，从而统一了各方的衡量尺度。

##### 2、法律、行政法规禁止公开的政府信息

原条例规定了危及国家安全、公共安全、经

济安全和社会稳定的，不得公开。新条例增加了法律、行政法规禁止公开的政府信息不予公开的规定，该规定属于兜底性条款，只要法律、行政法规有明确规定的，则该类政府信息不予公开。

### 3、公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定的政府信息

这是政府信息公开与影响国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定进行的利弊衡量，如果公开政府信息影响国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定，该类政府信息不能公开。

4、涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，第三方同意公开或者行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的，予以公开。

政府信息公开如果涉及国家秘密、个人隐私的，行政机关应审查公开该政府信息是否会对第三方的合法利益造成损害，如果公开该类政府信息不影响第三方的合法权益的，可以公开；如果公开该类政府信息影响第三方合法权益的，行政机关应审查不公开是否对公共利益造成重大影响或者征求第三方意见，对公共利益造成重大影响或者第三方同意公开的，应公开；公开该类政府信息影响第三方合法权益的，不公开未对公共利益造成重大影响或者第三方不同意公开的，不予公开。

### 5、内部事务信息

修订后的条例规定了内部事务信息可以不予公开，所谓内部事务信息，亦做了举例，例如内部工作程序、人事信息、后勤信息等。关于该类政府信息，不予公开的基础在于此类信息因涉及行政机关内部事项，并未对公民的权利义务产生直接影响，因此不予公开。例如：南通市中级人民法院（2017）苏06行终587号案，法院经审理查明，2017年2月9日，何某向市国土局提出政府信息公开申请，申请公开“地籍信息”。市国土局于2月27日作出政府信息公开申请答复。同年3月10日，何某向市国土局提出政府信息公开申请，申请公开上述政府信息公开答复中被告使用（加盖）印章领导批准的信息。同年3月27日，市国土局作出政府信息公开申请答复，认

为何某所申请的信息不属于应公开的政府信息范围，并于当日邮寄送达何某。法院审理后认为，《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条规定，本条例所称政府信息，是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》第二条规定，行政机关向申请人提供的政府信息，应当是正式、准确、完整的，申请人可以在生产、生活和科研中正式使用，也可以在诉讼或行政程序中作为书证使用。因此，行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息以及处于讨论、研究或者审查中的过程性信息，一般不属于《条例》所指应公开的政府信息。何某申请公开“市国土局使用（加盖）印章领导批准的信息”，该内容涉及行政机关内部工作流程，系履行内部管理职责，对何某并不产生直接的约束力，属于内部信息。<sup>[5]</sup>

但实践中，对于内部事务类政府信息的界定，仍存在诸多边界不清的问题，例如：除列举的内部工作流程、人事、后勤信息，其他内部事务信息如何界定；行政机关负责人信息亦属于人事信息，但为行政机关应主动公开的政府信息范围，那么，行政机关某部门负责人信息，是否属于内部事务信息，是否应公开等等。以上问题，还需经大量实践探讨，最终形成更加完备的细则性规定，统一衡量尺度。

### 6、过程性信息

关于何为过程性信息，新条例进行了列举，如讨论记录、过程稿、磋商信函、请示报告等，可以不公开。关于过程性信息，实践中亦存在较大争议，部分信息存在各地认定不一的情形，例如，针对接处警信息，部分地方法院认为属于过程性信息，可以不公开，但亦有部分法院认为，接处警信息属于应公开的政府信息范畴。

北京市第二中级人民法院（2016）京02行终1229号案，法院经审理查明：2015年6月11日，黄某向公安分局申请公开“2014年10月4日晚上9:30分后，黄某139XXXXXXXXX在北京市马家楼接济服务中心上访人员出口处报警记录，马家楼接济服务中心派出所出警记录与处理依据。”当日，公安分局出具《登记回执》，承诺

将于2015年7月2日前作出书面答复。2015年6月24日，公安分局作出答复：110接报警记录属于过程性信息，不属于《政府信息公开条例》规定的政府信息公开范围。本机关不再按照《政府信息公开条例》有关规定做出答复……法院认为，《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条规定，本条例所称的政府信息，是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。第二十一条规定，对申请公开的政府信息，行政机关根据下列情况分别作出答复：（二）属于不予公开范围的，应当告知申请人并说明理由。本案中，黄某向公安分局申请公开的信息可区分为其拨打110的接报警信息及出警处理依据。其中关于110接报警的信息仅为公安机关110接处警工作中的过程性信息，不属于《政府信息公开条例》规定的应公开的政府信息范围……公安分局答复合法。<sup>[6]</sup>

南京中院认定则正好相反，例如，南通市中级人民法院（2014）通中行终字第0080号案，经审理查明：2013年3月26日，储某向如皋市公安局寄送政府信息公开申请，要求如皋市公安局公开“2013年3月24日使用手机号码158××××1675向110平台报警的接处警记录、处理结果及接受案件回执单”。如皋市公安局于次日收到该申请，并于2013年4月2日作出不予公开告知书，称储某所申请公开的相关信息系公安机关在对警情处理过程中形成的，属于一种过程性信息，不属于《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称《信息公开条例》）所指应公开的政府信息，属于不予公开范围。另此次所报警情处理结果并非案件（处警民警在现场已明确告知），无接受案件回执单。储某不服，于同年4月12日向南通市公安局申请复议。该局于6月7日作出（通）公复决字（2013）第34号行政复议决定书，决定维持原具体行政行为。储某仍不服提起诉讼，要求法院确认如皋市公安局不依法履行政府信息公开的行为违法，判决撤销如皋市公安局于2013年4月2日作出的不予公开告知书，并责令如皋市公安局公开涉诉信息。法院认为，根据原审判决及双方当事人的诉辩主张，本案的争议焦点为如皋市公安局针对储祥山

的信息公开申请所作答复是否符合《信息公开条例》的相关规定。据公安部《110接处警工作规则》第十五条规定，110报警服务台接到报警后，根据警情调派警力进行处置。第二十四条规定，处警民警到达现场后，应当根据有关规定对警情妥善处置。处警结束后，应当及时将处警情况向110报警服务台反馈，并做好处警记录。处警结果需要制作法律文书的，按有关规定办理。可见，处警记录、处警结果系公安机关在履行110接处警职责过程中制作的信息，符合《信息公开条例》第二条“政府信息，是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息”的界定，属于公安机关应公开的政府信息。如皋市公安局认为接处警记录属于内部管理中产生的信息明显不能成立。至于如皋市公安局认为系过程性信息的问题。综观整个政府信息公开条例，并没有提及过程性信息及过程性信息属于公开的例外情形。《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》（国办发〔2010〕5号）中提到，行政机关处于讨论、研究或者审查中的过程性信息，一般不属于应公开的政府信息。可见，过程性信息不予公开的出发点是为了保护还处于调查、讨论、处理“过程中”、最后决策尚未完成的政府信息，以避免因其内容不确定，公开后可能影响国家安全、公共安全、经济安全或者社会稳定。本案中，储祥山向如皋市公安局申请公开2013年3月24日使用手机号码158××××1675向110平台报警的接处警记录、处理结果，如皋市公安局就储某此次报警已处警结束，不再属于过程性信息。如皋市公安局认为属于过程性信息，属于不予公开范围的答复与信息公开条例相悖，原审法院责令其向储某山予以公开符合规定……<sup>[7]</sup>

#### 7、行政执法案卷信息

行政执法案卷信息可能涉及较多的个人隐私、商业秘密，且与非当事人、利害关系人无直接利害关系，不公开不影响公众知情权，因此可以不予公开。

所谓行政执法案卷，应为行政执法行为所产生的案卷。所谓行政执法，首先属于具体行政行为，针对特定的对象，行为的后果仅作用于该

特定对象；执法主体为行政机关，行政机关依据相关法律法规，按照行政程序，对特定对象针对特定事实实施行政管理；行政执法属于执法的一种，应用法律、法规、规章，调节社会关系，解决社会问题。针对行政执法产生的案卷，可以不公开。

除行政执法外，行政机关亦存在行政司法、行政救济等行为。所谓行政司法，是指行政机关作为争议的裁判主体，按照准司法程序审理特定具体案件、裁决特定行政争议的行政行为。行政司法行为应按照行政司法程序解决争议，以程序司法化为原则，是享有准司法权的行政行为；行政司法行为的主体为有行政司法权的行政机关，例如行政裁决机关及行政调解机关等；行政司法行为处理的事项是与行政管理相关的法定纠纷。所谓行政救济，包括行政复议、行政诉讼和行政赔偿。行政复议是指行政相对人认为行政主体实施的行政行为违法和侵犯其合法权益，申请有管辖权的行政复议机关对被申请人行政行为的合法性和适当性进行审查，并作出决定的行政救济制度。行政诉讼是指作为行政相对人的公民、法人或者其他组织认为作为行政主体的行政机关或者法律法规授权的组织所实施的行政行为侵犯其合法权益，依法向人民法院起诉，人民法院依法对被诉行政行为的合法性进行审查，并依法作出裁决的活动。行政赔偿是行政机关及其工作人员行使行政职权，侵犯相对人的合法权益并造成其损害，受害人依法向国家请求赔偿的行政救济制度。行政赔偿是因行政侵权行为引起的行政责任、行政赔偿的对象是其合法权益受到行政侵权行为侵害的行政相对人、行政赔偿的损失是行政相对人合法权益的损失、行政赔偿责任的最终责任主体是国家、行政赔偿是国家对受到行政侵权行为侵害的行政相对人给予救济的行政救济制度。<sup>[8]</sup>行政司法、行政救济案卷不属于行政执法案卷，在判断是否应公开相关信息时，不能认定为行政执法案卷不予公开。

#### 四、申请公开的信息不属于政府信息的，复议机关如何处理

新条例第三十九条明确规定，依申请公开政府信息的，如果申请人以政府信息公开申请为名，

行信访、投诉等之实，被申请人应告知申请人该申请不属于政府信息公开申请，并告知相应处理途径。实践中，复议机关在面面对该类复议案件时，存在三种处理方式，一种认为该类申请申请公开的信息并非政府信息，依法不属于《中华人民共和国行政复议法》第六条规定的行政复议受案范围，依据该法第十七条之规定，依法应不予受理；另一种观点认为，依据新条例的规定，应依据《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十八条第一项的规定，行政机关无依据《中华人民共和国政府信息公开条例》进行答复的职责，依法应驳回复议申请；第三种观点认为，为保证案件处理准确性，应慎用不予受理，先将案件收进来，进行实体审查，最终认定确实不属于行政复议受案范围的，适用《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十八条第二项之规定，受理行政复议申请后，发现该行政复议申请不符合行政复议法和本条例规定的受理条件的，驳回申请人的复议请求。

笔者赞同第三种处理方式，不予受理案件法定处理时间较短，仅进行程序性审查不能准确判断申请人申请的信息性质，应先受理案件，如果确实属于信访、投诉、举报、咨询事项，非行政复议受案范围，再根据《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十八条第二项之规定，驳回申请人的复议请求。

综上，新条例的施行，为政府信息公开工作提供了有力支持，更加完善和细化了政府信息公开工作的相关要求，但因实践情况复杂，仍存在大量现实问题需探索验证。政府信息公开条例有待于继续完善，以解决现实问题，统一裁判尺度，实现政府信息公开工作的顺利进行，最终实现最大限度保障公民合法权益的目的。

#### 注释：

- [1]《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条
- [2]福州市中级人民法院（2019）闽01行终396号案
- [3]《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十条
- [4]北京市第三中级人民法院（2019）京03行终834号案
- [5]南通市中级人民法院（2017）苏06行终587号案
- [6]北京市第二中级人民法院（2016）京02行终1229号案
- [7]南通市中级人民法院（2014）通中行终字第0080号案
- [8]姜明安：《行政法》，北京：北京大学出版社，2017.6.



□ 李政明/文

李政明律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长，拥有30多年国内外保险法律和业务经验。李政明律师为多家保险集团、保险公司、保险资管、中介机构以及投资人提供法律服务，包括保险机构筹建和股权转让、常年法律顾问与合规、诉讼仲裁和保险资金运用等。李政明律师在保险法领域的长期耕耘与深厚积淀、专业周全的服务以及良好的业绩，获得了保险业、司法界以及社会有关方面的广泛认可。



□ 李文晶/文

李文晶，实习律师，北京市中伦文德律师事务所金融保险法律服务团队成员，中国人民大学法律硕士，从事法律工作三年，主要擅长保险资金运用、保险中介合规运作、投融资、并购等法律服务工作。

## 保险中介机构股权（份）收购之法律尽职调查 ——以收购保险代理公司为例

保险中介机构股权（份）收购，指的是指收购方出于资源整合、财务税收、提高企业市场竞争力等方面的考虑，通过购买保险中介机构的股权（份）、或以其他合法途径取得保险中介机构的股权（股份），进而获得保险中介机构的经营牌照（即经营保险代理业务许可证或经营保险经纪业务许可证）的行为。

根据笔者从事保险中介机构股权（份）收购的案例，保险中介机构股权（份）收购的流程如下：

- 收购方与保险中介机构股东进行洽谈，达成初步收购意向，签署《收购意向书》；
- 收购方委托律师/其他专业机构（比如会计师）等进行专业尽职调查；
- 尽职调查结束，律师就尽职调查情况向双方汇报，提出法律风险及解决措施；
- 收购方与保险中介机构股东正式谈判，律师参与谈判并制作《股权/份收购协议》；
- 收购方与保险中介机构内部审批流程；
- 双方签署《股权/份收购协议》，并按照协

议进行股权（份）交割及变更登记；

- 完成银保监会/原保监会股东重大事项变更备案。

上述保险中介机构股权（份）收购过程中，律师主要参与事项为对保险中介机构进行法律尽职调查及根据前期法律尽职调查结果制作有利于收购方利益的《股权/份收购协议》、股权/份收购过程中涉及其他法律文件制作（比如内部审批会议文件）及协助完成银保监会/原保监会股东重大事项备案。

上述股权（份）收购的基础在于律师的法律尽职调查，通过律师的专业法律尽职调查，收购方可获得保险中介机构全面准确的信息，通过律师的专业性判断，发现保险中介机构存在的法律瑕疵及收购的法律风险，并根据有效的法律手段设置，规避上述法律风险。

### 一、法律尽职尽调的意义

法律尽职调查，为律师在企业或保险中介机

构的配合下，采取书面审、实地走访及网络核查等方式，对保险中介机构的历史和现实数据、资料、信息、文件和档案等与保险中介机构经营情况、财务状况、股权（份）机构、管理架构、实际控制人及控股股东情况、知识产权、劳动人事等各方面进行全面、深入了解，包括整改、规范。

### （一）法律尽职调查的重要性和深远意义

法律尽职调查是收购方决策下一步商业安排的重要依据，具有重要性和深远意义，具体如下：

- （1）法律尽职调查帮助收购方尽可能了解保险中介机构真实情况，解决信息不对称的问题；
- （2）从法律层面对保险中介机构是否符合收购目标作出专业判断；
- （3）为律师出具法律分析意见和股权收购协议提供事实依据；
- （4）审慎的法律尽职调查为律师规避自身执业风险提供保障。

### （二）律师进行法律尽职调查的优势与特点

律师作为提供法律服务的专业执业人员，作为法律尽调主体进行法律尽调工作，具有以下优势及特点：

- （1）律师一般毕业于法律专业，经过法学院全面、系统的法律理论教育，具有较深厚的法学理论基础，具有敏锐的法律意识和法律思维；
- （2）律师具有从事大量的法律尽职调查工作内容及制作法律尽职调查报告的经验，及通过与同行之间的交流与合作，在此过程中，不断积累经验，丰富阅历，从而，法律尽职调查的全面性、规范性及专业性

具有保障；

（3）律师具有从事大量非诉业务、诉讼业务的实践经验及经过律所的专业培训，律师具有发现法律风险的敏锐目光和专业嗅觉；

（4）律师可利用自身专业性，对尽调调查结果进行法律分析与判断，从而提出合法合规的专业意见和建议。

## 二、法律尽职调查原则

法律尽职调查需遵循客观、真实、全面的原则，做到上述原则，具体如下：

### （一）法律尽职调查的关键为律师勤勉尽责

在法律尽职调查报告或法律意见书中，律师一般会引用这样一句话：“按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，就XX事项出具本法律尽职调查报告/法律意见书”，反映出律师出具法律尽职调查报告或法律分析意见勤勉、尽责的重要性。

所谓勤勉、尽责，即律师在法律尽职调查工作中不但需遵守律协关于律师及律所从事法律业务相关的管理办法/规则等，且需穷尽一切调查手段，达到根据目前法律规定和技术手段，律师不可能发现存在的风险之外，其余均被调查并发现风险的目标。



## （二）法律尽职调查的依据为法律规则 and 实现目标需求

众所周知，法律尽职调查需出具法律尽职调查清单，该清单即律师根据收购方的需求，根据上述需求预估收购潜在法律风险及结合保险行业相关法律法规所制定。

## （三）法律尽职调查的红线为合法合规、合理

### 三、法律尽职调查的流程及手段

#### （一）法律尽职调查的流程

根据笔者从事法律尽职调查经验，法律尽职调查流程大概如下：

1、基于委托客户的需求，了解商业交易背景及保险中介机构基本情况；

2、根据了解的商业背景及交易结构，进行法律法规检索，研究相关行业法律法规，比如收购保险中介机构，需研究保险行业相关法律法规，包括但不限于《保险专业代理机构监管规定》、《保险经纪人监管规定》、《中国保监会关于做好保险专业中介业务许可工作的通知》、《保险专业代理机构办事指南》及《关于加强保险业反洗钱工作的通知》等法律法规，根据上述法律法规对行业特殊的规定，制作法律尽职调查清单，该法律尽职调查清单需满足三个特点：第一，该法律尽职调查清单需具有项目独特性与针对性，每个项目法律尽职调查清单均具有其自身侧重点，所以制作的每个尽职调查清单应均具有独特性及针对性，比如收购保险中介机构法律尽职调查清单需侧重保险中介机构是否取得保险中介业务许可证、是否存在受到保监会处罚等情况；第二，该法律尽职调查清单应具体清晰明确，比如关于保险中介机构基本证照部分，尽调清单需列明尽调文件为营业执照、开户许可证、贷款卡、公司章程及章程修正案等，而非笼统写公司基本证照；第三，该法律尽职调查清单为基本资料的搜集，如保险中介机构对某些事项无法提供资料或者提供资料互相无法印证基本事实情况下，方才需保

险中介机构出具说明文件。

3、了解保险中介机构的工商登记基本情况，并进行初步网络核查（具体核查事项及网站详见下文之“（二）法律尽职调查手段网络核查手段部分”）；

4、与保险中介机构联系，沟通尽调目的及要求，并为之签署《保密协议》，一方面，保证律师的职业素养，另一方面，解除保险中介机构保守商业机密的后顾之忧，可放心将公司资料提供给律师，了解基础事实使用；

5、向保险中介机构发送法律尽职调查清单，搜集法律尽调资料，起草法律尽调报告初稿，进行法律风险提示；

6、与收购方及保险中介机构协调、反馈法律尽调中发现法律问题，并就问题提出初步解决方案；

7、根据协调反馈，进一步补充资料；

8、完善法律尽职调查报告并定稿；

9、法律尽职调查底稿（包括但不限于法律尽调清单、核查记录、访谈提纲等文件）存档，该等法律尽职调查底稿是律师出具法律尽职调查报告和法律分析意见的事实依据，制作全面完善的底稿并存档是对委托人的负责，也是对自身执业的负责。

#### （二）法律尽职调查的手段

法律尽职调查手段主要有书面审查、实地走访、专题访谈、相关政府机构走访问询及出具的证明文件、网络核查、函证、委托第三方证明等手段，具体方式如下：

1、书面审查：包括但不限于保险中介机构提供的关于公司的基本证照、工商档案、验资报告、审计报告、合同、发票、权属证明等各类书面文件，律师进行审阅核查，重要文件与原件进行核对。

2、实地走访：走访保险中介机构的经营场所，结合公司提供的书面文件进行验证是否属实。

3、专题访谈：根据公司提供资料无法证实或无法互相印证的基础事实或者重要事实，律师可以与保险中介机构相关当事人（包括控股股东、实际控制人或财务负责人等）进行专题访谈，了

解相关情况。

4、相关政府机关走访问询及出具的相应证明文件：比如走访不动产登记中心了解保险中介机构房产、土地等权属情况，走访工商局了解保险中介机构股权质押情况，当地监管部门出具的违反相关法律法规及政策的证明文件等。

5、网络核查。网络核查主要核查网站及手段如下：

(1) 登录国家企业信用信息公示系统（网址为 <http://www.gsxt.gov.cn/index.html>）查询企业信息报告，了解保险中介机构最新现状，同时可第三方网站（比如启信宝、企查查、天眼查等网站）补充查证相关信息；

(2) 检索相关法律法规，网站大概有以下几种（比如律商网、威科先行、北大法宝及万律网等）；

(3) 涉诉查询，查询网站为中国裁判文书网（<http://wenshu.court.gov.cn/>），辅助第三方网站为 OPENLAW 或者无讼网站；

(4) 知识产权网络查询，专利查询网站中国专利信息查询网（<http://cpquery.sipo.gov.cn/>），商标查询网站为中国商标网（[http://sbcx.saic.gov.cn:9080/tmois/wszhcx\\_getZhcx.xhtml](http://sbcx.saic.gov.cn:9080/tmois/wszhcx_getZhcx.xhtml)），域名信息查询网站为域名信息备案管理系统（<http://www.miibeian.gov.cn>），计算机软件著作权信息查询网站为中国版权保护中心（[http://www.ccopyright.com.cn/index.php?com=com\\_noticeQuery&method=softwareList&optionid=1221](http://www.ccopyright.com.cn/index.php?com=com_noticeQuery&method=softwareList&optionid=1221)）；

(5) 保险行业基本信息查询网站中国银保监会网站（<http://www.cbrc.gov.cn/chinese/newIndex.html>）；

(6) 保险中介机构信息查询（<http://iir.circ.gov.cn/web/>）及中国保险行业协会（<http://www.iachina.cn/>）。

6、函证：通过向第三方发送函证的方式验证保险中介机构提供资料的真实性。

7、公证、第三方证明及聊天等。

### （三）法律尽职调查的对象

- 1、保险中介机构的主体资格；
- 2、历史沿革；

- 3、业务和资质；
- 4、下属机构（包括分支机构及营业部）；
- 5、控股股东、实际控制人；
- 6、重大合同、债权、债务；
- 7、主要资产；
- 8、关联交易与同业竞争；
- 9、公司治理；
- 10、劳动人事及社保缴纳；
- 11、税收缴纳和优惠政策；
- 12、诉讼、仲裁及保监会等处罚情况

### （四）法律尽职调查报告常见法律风险分析

#### 1、关于股权本身瑕疵的相关法律问题

收购保险中介机构直接对象为保险中介机构股权本身，如股权本身存在法律风险，则意味着本次收购必然是失败的。股权本身可能存在法律风险为股权权属存在争议（比如股权代持情形）、股权上存在权利限制（比如股权被质押、股权被查封等情形）、股东出资不实 / 抽逃出资资本等，避免上述法律风险需要律师勤勉尽责核查尽调。

第一，关于股权权属尽调。首先，需核查保险中介机构全部工商档案，从公司设立到历次股权变更的决议文件、出资凭证、验资报告（如有）、股权转让协议（如有）、公司章程修正案、缴纳个人所得税记录凭证等文件；其次，需对公司控股股东、实际控制人及各位股东进行关于股权专题访谈，重点核查保险中介机构股权是否存在代持情形、是否存在权属争议情形。

第二，关于股权权利限制核查。首先，需核查全国企业信用信息公示系统披露的股权质押、被查封信息；其次，需核查律师在保险中介机构陪同下在保险中介机构注册所在工商局调取的全套工商档案信息，核查保险中介机构股权权利限制情况；再次，需与保险中介机构控股股东、实际控制人访谈或出具相应声明与承诺文件，以保证保险中介机构股权无任何权利限制。

第三，关于股东出资问题。需核查各股东出资情况，如为货币出资，则需核查出资打款凭证、验资报告等文件；如为实物出资，则需核查出资物权属（比如以知识产权出资或设备出资，需核查该等知识产权是否为职务发明或该等出资设备

是否本身为保险中介机构资产)、评估价是否公允、过户手续是否办理等情况。一般股权/股份收购中需要关注实物出资的问题,而根据银保监会/原保监会相关规定,保险中介公司只能是货币出资,无法实物出资,所以不存在实物出资的核查。

## 2、关于主体资格存在瑕疵的相关法律问题

影响保险中介机构主体资格的因素为保险中介业务许可证取得及其有效期及保险中介机构设立的程序、资格、条件、方式等是否符合当时法律、法规和规范性文件的规定、其设立行为或经营是否经有权部门审批同意、其设立过程中有关资产评估、验资等是否合法合规、保险中介机构是否存在经营业务许可证被吊销、其营业执照被吊销、保险中介机构被强制清算等影响保险中介机构合法存续的法律障碍。

### 第一,关于保险中介机构注册资本的要求。

根据《公司法》第二十六条规定:有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额;法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的,从其规定。

根据《保险专业代理机构监管规定》第七条规定,设立保险专业代理公司,其注册资本的最低限额为人民币5000万元,中国保监会另有规定的除外;保险专业代理公司的注册资本必须为实缴货币资本。

根据《保险经纪人监管规定》第十条规定,经营区域不限于工商注册登记地所在省、自治区、直辖市、计划单列市的保险经纪公司的注册资本最低限额为5000万元;经营区域为工商注册登记地所在省、自治区、直辖市、计划单列市的保险经纪公司的注册资本最低限额为1000万元。保险经纪公司的注册资本必须为实缴货币资本。

综上,基于上述规定,保险中介公司的注册资本具有最低限额的规定,且必须为实缴货币资本。

### 第二,关于注册资本托管、保证金/职业责任保险、监管费的缴纳。

根据《中国保监会关于做好保险专业中介业务许可工作的通知》,申请保险代理、经纪业

务许可的保险专业中介机构应在大型商业银行或股份制商业银行等具有托管经验的银行中选择1家,签订托管协议,开立托管账户,将全部注册资本存入托管账户。保险专业中介机构在向保险监管部门提交业务许可申请材料时,应一并提交托管协议复印件。

根据《保险专业代理机构监管规定》第三十六条规定:保险专业代理公司应当自取得许可证之日起20日内投保职业责任保险或者缴存保证金。保险专业代理公司应当自投保职业责任保险或者缴存保证金之日起10日内,将职业责任保险保单复印件或者保证金存款协议复印件、保证金入账原始凭证复印件报送中国保监会。

根据《保险专业代理机构监管规定》第三十七条规定:保险专业代理公司投保职业责任的,应当确保该保险持续有效。保险专业代理公司投保的职业责任保险保单对一次事故的赔偿限额不得低于人民币100万元,一年期保单的累计赔偿限额不得低于人民币500万元,同时不得低于保险专业代理机构上年营业收入的2倍职业责任保险累计赔偿限额达到人民币5000万元的,可以不再增加职业责任保险的赔偿额度。

根据《保险专业代理机构监管规定》第三十八条规定:保险专业代理公司缴存保证金的,应当按注册资本的5%缴存;保险专业代理公司增加注册资本的,应当相应增加保证金数额;保险专业代理公司保证金缴存额达到人民币100万元的,可以不再增加保证金。保险专业代理公司的保证金应当以银行存款形式或者中国保监会认可的其他形式缴存。

保证金以银行存款形式缴存的,应当专户存储到商业银行。

根据《保险专业代理机构监管规定》第五十条规定:保险专业代理公司有下列情形之一的,中国保监会不予延续许可证有效期:

.....

### (五)未按规定缴纳监管费

根据《保险专业代理机构监管规定》第五十八条规定,保险专业代理机构应当按规定将监管费交付到中国保监会指定账户。

基于上述关于保险中介机构的法律规定，保险代理公司需按照上述法律规定进行注册资本托管、保证金 / 职业责任保险缴纳及监管费及时缴纳，否则涉嫌影响保险中介机构主体资格的存续。

3、关于高管任职资格及银保监会 / 原保监会核准批复

根据《保险专业代理机构监管规定》第十七条规定：本规定所称保险专业代理机构高级管理人员是指下列人员：

（一）保险专业代理公司的总经理、副总经理或者具有相同职权的管理人员；

（二）保险专业代理公司分支机构的主要负责人。

根据《保险专业代理机构监管规定》第十八条规定：保险专业代理机构拟任董事长、执行董事和高级管理人员应当具备下列条件，并报经中国保监会核准：

（一）大学专科以上学历；

（二）从事经济工作 2 年以上；

（三）具有履行职责所需的经营管理能力，熟悉保险法律、行政法规及中国保监会的相关规

定；

（四）诚实守信，品行良好；

（五）中国保监会规定的其他条件。

从事金融工作 10 年以上，可以不受前款第（一）项的限制。

根据《保险专业代理机构监管规定》第七十一条规定：保险专业代理机构聘任不具有任职资格的人员的，由中国保监会责令改正，处 2 万元以上 10 万元以下罚款；对该机构直接负责的主管人员和其他责任人员，给予警告，并处 1 万元以上 5 万元以下罚款。

保险专业代理机构任用不符合规定条件的人员的，由中国保监会责令改正，给予警告，处 1 万元以下罚款；对该机构直接负责的主管人员和其他责任人员，给予警告，并处 1 万元以下罚款。

基于上述关于高管的任职资格规定，保险专业代理机构高管需符合上述任职资格且经保监会批准。保险代理机构股权（份）收购时，请注意高管的任职资格及衔接，注意核查原保险代理机构的高管是否符合资格且经保监会批复，临时负责人的期限为 3 个月。



#### 4、关于保险代理公司的分支机构相关法律问题

根据《保险专业代理机构监管规定》第十一条规定：保险专业代理公司分支机构包括分公司、营业部。保险专业代理公司设立分支机构应当具备下列条件：

- (一) 内控制度健全；
- (二) 注册资本达到本规定的要求；
- (三) 现有机构运转正常，且最近 1 年内无重大违法行为；
- (四) 拟任主要负责人符合本规定的任职资格条件；
- (五) 拟设分支机构具备符合要求的营业场所和与经营业务有关的其他设施。

根据《保险专业代理机构监管规定》第二十一条规定：保险专业代理公司在注册地以外的省、自治区或者直辖市开展保险代理活动，应当设立分支机构。

保险专业代理公司分支机构的经营区域不得超出其所在地的省、自治区或者直辖市。

根据上述相关规定，保险代理公司取得业务许可证后，应在拟开展业务地域范围设立分支机构，分支机构设立后，只需完成保监会备案即可，该备案可通过保险中介监管信息系统等公示信息网站查询，取得许可证从事保险代理业务，其业务经营地域范围不得超过保监会规定范围，未设分支机构地域不得从事保险代理业务。

#### 5、关于重大事项信息披露的相关问题

为督促保险经营机构及时、真实的进行信息披露工作，增强保险业透明度、切实保护投保人被保险人的利益，根据《中国保险监督管理委员会关于指定披露保险信息报纸的通知》及《中国保险监督管理委员会关于增加中国保监会指定披露保险信息报纸的通知》，保监会指定披露信息报纸为《经济日报》、《金融时报》、《上海证券报》、《证券日报》、《证券时报》、《中国证券报》、《中国保险报》、《中国日报》、《中华工商时报》等 9 家。

#### 6、关于重大债权、债务、诉讼仲裁及重大合同履行的法律问题

保险中介机构股权（份）收购需关注公司重大债权债务关系，及该公司对外担保，收购保险

中介公司时，注意核查保险中介机构的《企业信用报告》，查询企业债务、担保情况，判断企业是否存在潜在承担财务责任及法律责任风险。

登录中国裁判文书网（以 OPENLAW、无讼网站辅助）查询企业涉诉情况，并与保险中介机构调取诉讼相关法律文书（包括但不限于起诉状、答辩状、判决书等），且与其控股股东、实际控制人确认上述情况，判断是否存在承担法律责任的潜在风险。

如存在潜在风险，可建议在股权转让协议里添加保险中介机构控股股东、实际控制人 / 其他股东对此承担不可撤销的连带责任，以减少或规避收购方收购的法律风险。

#### 7、关于重大股权变更保监会备案法律问题

根据《保险专业代理机构监管规定》第十四条：保险专业代理机构有下列情形之一的，应当自事项发生之日起 5 日内，书面报告中国保监会：

.....

#### (六) 变更主要股东

.....

上述变更银保监会 / 原保监会备案需提交材料清单如下：

- (1) 《保险专业代理机构变更事项报告表》；
- (2) 变更后工商营业执照副本复印件（加盖公章）
- (3) 有关决议或者决定、其他相关证明材料（包括股权转让协议书、修订后的公司章程）
- (4) 公告报纸原件

根据《保险专业代理机构监管规定》，保险代理公司股东需满足股东、发起人信誉良好，最近 3 年无重大违法记录的条件。

保险中介机构受银保监会 / 保监会监管，根据笔者从事保险业务经验，银保监会 / 保监会对收购保险代理股东备案有一定的要求，比如带有“投资”、“互联网金融”字眼的公司备案难度较大，所以股权收购时避免股东名称中带有上述“投资”、“互联网金融”字眼。





□ 李政明/文

李政明律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长，拥有30多年国内外保险法律和业务经验。李政明律师为多家保险集团、保险公司、保险资管、中介机构以及投资人提供法律服务，包括保险机构筹建和股权转让、常年法律顾问与合规、诉讼仲裁和保险资金运用等。李政明律师在保险法领域的长期耕耘与深厚积淀、专业周全的服务以及良好的业绩，获得了保险业、司法界以及社会有关方面的广泛认可。



□ 陈劲松/文

陈劲松律师，擅长金融保险诉讼、保险资金运用、并购重组等公司商事领域业务。曾先后在中国平安财产保险股份有限公司和中华联合保险集团股份有限公司从事法务合规工作。

## 律师视角：透析人身保险能否被法院强制执行

人身保险能否被法院强制执行？作为一种复杂的商事交易安排，除保险机构外，人身保险合同中还涉及投保人、被保险人和受益人等相关方，并包括多种不同类型的财产性权益。因此，回答这个问题前，我们认为首先应当区分人身保险产品不同的财产性权益，并明确各财产性权益的归属主体。本文将结合当前司法实践和实务案例，从投保人、被保险人和受益人三个角度逐一展开分析，供业内人士和相关方参考。

### 一、问题的提出：人身保险能否被法院强制执行？

#### （一）保险能否避债的法律内涵

在人身保险产品销售中，尤其是在财富传承的场景下，我们经常听到“保险避债”的说法，那么，这种说法是否准确呢？

所谓保险能否避债，归根本质是人身保险是否可以被法院强制执行的问题。当债务人无法或拒绝偿还债务时，其本人或者第三人购买的人身保险形成的保险金、保单红利、保单现金价值、

投资账户价值等归属于债务人的人身保险产品财产性权益能否用于清偿债务？换言之，当债务人拒不如期履行生效的裁判文书确定的赔偿义务时，债权人可否请求人民法院对上述人身保险产品财产性权益进行强制执行呢？

#### （二）明确人身保险不同财产性权益的归属主体

人身保险合同是一种复杂的商事交易安排，除投保人和保险公司作为合同主体外，还涉及被保险人和受益人等利益相关方。在回答上述问题前，首先应当明确人身保险产品不同财产性权益的归属主体，详见下表1。

### 二、投保人的现金价值等可否被法院强制退保方式执行？

保单现金价值、犹豫期退保保费、现金红利、投资账户价值属于投保人的财产性权益。在司法实践中，当投保人作为被执行人时，法院可以冻结、扣划等方式强制执行投保人的现金红利、投资账户价值，这一点并无争议。

表 1

归属主体	投保人	被保险人	受益人
拥有的 财产性权益	现金红利 保单现金价值 投资账户价值 犹豫期退保保费	生存保险金 保险赔偿金（非身故）	身故保险金

注：1）出于不同的保单安排，投保人和被保险人、投保人和受益人可能为同一人。2）投资账户价值仅存在于投资连接型保险产品中。3）两全保全、年金保险、失能收入损失保险、护理保险产品中可以包含生存保险金，根据《人身保险公司保险产品条款和保险费率管理办法》（2015）有关规定，医疗保险和疾病保险不得保险生存保险责任；在实践中，生存保险金的受益人原则上为被保险人。

在民事执行程序中，保单现金价值在法律性质上并不具有人身依附性和专属性，也不是被执行人及其所扶养家属必须的生活物品和生活费用，不属于《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《2008年最高院查封规定》）第五条<sup>[1]</sup>所规定的不得执行的财产。因此，保单现金价值依法可以作为强制执行的标的，法院可以冻结被执行人的保单现金价值。但是，法院能否以强制退保的方式执行被执行人保单现金价值的和犹豫期退保保费，保险业内、法律界对该问题存在一定的争议，焦点在于：在投保人拒绝退保或投保人下落不明时，法院能否强制解除保险合同？当前，法院以强制解除保险合同的方式（退保）执行被执行人的保单现金价值已被主流司法观点所接受，不过也存在一些地方规定，一些法院也持有异议。

### （一）现金价值可以被法院强制退保方式执行的法律依据

通常地，保单现金价值作为投保人的个人财产，与存款、基金等并无二异。根据《民事诉讼法》第二百四十二条的规定，被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向有关单位查询被执行人的存款、债券、股票、基金份额等财产情况，并有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产。人民法院决定扣押、冻结、划拨、变价财产，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，有关单位必须办理。

各地高级法院发布了一些支持现金价值可以被法院强制执行的文件规定。早在 2015 年 3 月，

浙江省高院执行局发布了《关于加强和规范对被继承人拥有的人身保险产品财产利益执行的通知》（浙高法执[2015]8号，以下简称《2015年浙江省高院通知》），第一条规定了投保人作为被执行人时，其本人的保单现金价值属于其本人的责任财产，人民法院可以强制执行；第五条规定了投保人拒绝退保或下落不明时的法院强制执行方式，即法院可以向保险机构发出执行裁定书、协助执行通知书要求协助扣划保险产品退保后可得财产利益，且保险机构负有协助义务<sup>[2]</sup>。在 2018 年 7 月 9 日，江苏省高院发布了《关于加强和规范被执行人所有的人身保险产品财产性权益执行的通知》（以下简称《2018年江苏省高院通知》），同样规定了投保人拒绝退保或下落不明时，法院强可以强制执行保单现金价值<sup>[3]</sup>。

### （二）现金价值可以被法院强制退保方式执行的代表案例

在山东省高院（2015）鲁执复字第 107 号《丁转申请复议案件执行裁定书》中，申请复议人（被执行人、异议人、投保人）丁转申主张，在投保人没有解除保险合同的情况下，人民法院裁定提取人寿保单的现金价值于法无据。山东省高院认为，保险单的现金价值作为投保人所享有的财产权益，不仅在数额上具有确定性，而且投保人可随时无条件予以提取。基于此，在作为被执行人的被执行人不能偿还债务，又不自行解除保险合同、提取保险单的现金价值以偿还债务的情况下，人民法院在执行程序中有权强制代替被执行人对该保险单的现金价值予以提取。

在武汉市中院(2019)鄂01执异50号《赵祖高、卢成湘执行异议一案执行裁定书》中,异议人赵祖高、卢成湘(被执行人、投保人)主张:1)法院强制执行以健康、疾病为基本保障内容的保险合同,扣划合同项下保险单现金价值,势必损害投保人及其子女医疗、人身保障的权利,背离强制执行的初衷和精神;2)涉案保险合同均为未到期债权,法院代异议人强制解除上述合同,不仅于法无据,且将剥夺被保险人及受益人的权利。对于未到期债权,执行法院不能采取除冻结以外的强制执行措施。武汉市中院则认为,在赵祖高、卢成湘不主动解除涉案保险合同,以保险单现金价值清偿涉案民事调解书所确定债务的情况下,本院强制解除上述合同,对保险单的现金价值进行处置,系“强制执行制度”应有之义,并不以赵祖高、卢成湘同意为前提,并不违反法律规定;保险合同中的投保人与保险人之间,并非简单的债权债务关系,而且投保人可以随时行使解除权,取回保险单的现金价值,并无履行期限的限制。因此,武汉中院认为,从性质上来看,保险单的现金价值并非异议人所称的未到期债权,故对异议人提出的相应异议主张,不予支持。

### (三) 现金价值不可以被法院强制退保方式执行的地方规定

在2016年3月3日,广东省高院发布了《关于执行案件法律适用疑难问题的解答意见》(以下简称《2016年广东省高院意见》),其中问题十一中指出,虽然人身保险产品的现金价值是被执行人的,但关系到人的生命价值,如果被执行人同意退保,法院可以执行保单的现金价值,如果不同意退保,法院不能强制被执行人退保。

### (四) 现金价值不可以被法院强制退保方式执行的代表案例

在大冶市法院(2018)鄂0281执异24号《中国平安人寿保险股份有限公司黄石中心支公司、冯光平民间借贷纠纷执行审查类执行裁定书》中,大冶市法院认为,本案中,被执行人程美容与中国平安人寿保险股份有限公司签订的六份人身保险合同均未解除,保险人中国平安人寿保险股份

有限公司无法退还六份保险合同的现金价值,故六份保险合同的现金价值不能提取,案外人中国平安人寿保险股份有限公司黄石中心支公司请求排除对上述六份人身保险合同现金价值的执行,应予支持。

在宁乡县法院(2017)湘0124执异5号《中国平安人寿保险股份有限公司湖南分公司、彭跃进民间借贷纠纷执行审查类执行裁定书》,宁乡县法院认为,本案中,被执行人熊争名在中国平安人寿保险股份有限公司湖南分公司所投的四份保险,均是一种商业保险,其所能够享受的现金价值,应以解除保险合同或是退保为前提,熊争名作为投保人,未退保,也未提出解约,其依法不能享受该保险的现金价值,法院作为公权力机关,不宜介入基于当事人的自由意志的契约行为,即法院不能强制投保人退保或者强制解除保险合同。

## 三、被保险人的身故保险金可否被法院强制执行?

在人身保险中,被保险人享有保险金请求权,这里的保险金通常包括年金等生存保险金和医疗费用、疾病赔付等非身故保险赔偿金。在司法实践中,被保险人的身故保险金原则上可以被法院强制执行,除非保险赔偿金为被执行人后续的治疗或生存所必须,基于对生命健康权的优先保护,法院倾向根据《2008年最高院查封规定》第五条之规定而不予执行。

### (一) 关于债权人代位权的限制不适用于法院强制执行程序

在被保险人的身故保险金强制执行程序中,被保险人(被执行人)或保险公司有时会以《合同法解释(一)》第十二条有关代位权的限制性规定<sup>[4]</sup>作为抗辩的法律依据,认为保险金为专属于被保险人的债权,该观点难以被法院所接受。

比如,在重庆市第五中院(2015)渝五中法民终字第07925号《周异莉与中国人寿保险股份有限公司重庆市永川区支公司人寿保险合同纠纷二审民事判决书》中,被执行人周异莉主张保险理赔款为专属于被保险人的债权,法院不得强制

执行。重庆市五中院认为，周异莉依据保险合同所应得的保险赔偿款为其所有的财产，本案中银桥小贷公司并未向人民法院请求以自己的名义代位行使周异莉对人保永川支公司的债权，而系因周异莉作为生效民事判决书确定的债务人未履行生效法律文书确定的义务，人民法院依照申请人的申请对周异莉的财产予以强制执行，并不涉及债权人的代位权问题，故本案不应适用《中华人民共和国合同法》第七十三条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》第十二条的规定。

## （二）被保险人 / 保险公司的合理抗辩基础

在被保险人的人身保险金强制执行程序中，被保险人 / 保险公司的合理抗辩依据是《2008 年最高院查封规定》第五条之规定，并能举证证明保险理赔款确系被保险人维系后续治疗或被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

在青岛市中院（2017）鲁 02 执复 65 号《陈某某、张某追偿权纠纷执行审查类执行裁定书》中，被执行人认为保险理赔金系用于异议人患有癌症的治疗费用。青岛市中院认为，通过即墨市人民法院执行听证审查及本院在复议期间的审查，可以认定即墨市人民法院冻结的被执行人张某银行帐户款项系中国平安人寿保险股份有限公司给付被执行人 × × 保险理赔款。按照上述法律规定，对于被执行人因身患 × ×、需要后续治疗而取得 × × 保险理赔款应属于《2008 年最高院查封规定》第五条规定的不得查封、扣押、冻结的财产。

## 四、受益人的身故保险金可否被法院强制执行？

在人身保险中，受益人享有身故保险金请求权。投保人或被保险人指定受益人的，被保险人死亡后的身故保险金属于经指定的受益人；未指定受益人的，被保险人死亡后的身故保险金属于被保险人的遗产。无论是作为被保险人遗产还是受益人财产的身故保险金，都可以用于清偿债务。

在广东省高级人民法院（2015）粤高法执复字第 136 号《周群、化州市和安运输有限公司与

莫庆彪、莫庆芳、莫涌、王林、魏朝芳、周芝通等其他执行执行复议案件裁定书》中，广东省高院认为，未指定受益人的，被保险人死亡后，其人身保险金应作为遗产处理，可以用来清偿债务或者赔偿。本案的 18 万元就是司乘人员莫定生的人身保险金，且没有指定受益人，因此这 18 万元款项可以作为莫定生的遗产处理，可以用来清偿债务。

特别地对于指定受益人获得的身故保险金，属于受益人的合法财产或收入，参照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十三条规定，除非构成被执行人及其所扶养家属的生活必需费用，否则法院依法有权对身故保险金项采取执行措施。<sup>[1]</sup>

## 注释：

- [1]《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（2008，以下简称《2008 年最高院查封规定》）第五条：人民法院对被执行人下列的财产不得查封、扣押、冻结：（一）被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣物、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品；（二）被执行人及其所扶养家属所必需的生活费用。当地有最低生活保障标准的，必需的生活费用依照该标准确定……。
- [2]《关于加强和规范对被执行人拥有的人身保险产品财产利益执行的通知》（浙高法执[2015]8 号）：一、投保人购买传统型、分红型、投资连接型、万能型人身保险产品、依保单约定可获得的生存保险金、或以现金方式支付的保单红利、或退保后保单的现金价值，均属于投保人、被保险人或受益人的财产权。当投保人、被保险人或受益人作为被执行人时，该财产权属于责任财产，人民法院可以执行。五、人民法院要求保险机构协助扣划保险产品退保后可得财产利益时，一般应提供投保人签署的退保申请书，但被执行人下落不明，或者拒绝签署退保申请书的，执行法院可以向保险机构发出执行裁定书、协助执行通知书要求协助扣划保险产品退保后可得财产利益，保险机构负有协助义务。
- [3]《关于加强和规范被执行人所有的人身保险产品财产性权益执行的通知》：一、保险合同存续期间，人身保险产品财产性权益依照法律、法规规定，或依照合同约定归属于被执行人的，人民法院可以执行。人身保险产品财产性权益包括依合同约定可领取的生存保险金、现金红利、退保可获得的现金价值（账户价值、未到期保费），依保险合同可确认但尚未完成支付的保险金，及其他权属明确的财产性权益。五、投保人下落不明或者拒绝签署退保申请书的，人民法院可以直接向保险公司发出执行裁定书、协助执行通知书，要求保险公司解除保险合同，并协助扣划保险产品退保后的可得财产性权益，保险公司负有协助义务。
- [4]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十二条：合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。
- [5]《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十三条：被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。人民法院扣留、提取收入时，应当作出裁定，并发出协助执行通知书，被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。



□ 郝 伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司/并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。



□ 舒秋月/文

舒秋月，律师助理，河北大学法学硕士，主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、企业合规审查项目等。

## 天然气管道工程建设中“以补代征”法律问题分析

**内容摘要：**在天然气管道工程建设过程中，管道标志桩等辅助设施存在单个占地面积小、数量大、跨区域、涉及土地权利人多等特点，通过合法程序征地存在难以克服的客观困难。天然气企业在施工和建设出现了通过签订“以补代征”协议的形式取得实际土地使用权。而这种协议在现行法律制度下也存在一定的问题和风险。本文在总结实务经验的基础上，对实践中出现的“以补代征”问题进行法律分析，并就有关法律风险防范提出建议。

随着西气东输、川气东送、沿海城市 LNG 项目（即液化天然气）等天然气长输管网的不断建成，天然气在我国能源结构中所占的比重越来越大。天然气作为重要的生产生活能源，较煤炭等传统能源来说利于生态环境的良性发展，在现代经济社会发展中具有举足轻重的作用。近年来，国家大力扶持天然气工程建设，推进天然气在全国范围内的使用。天然气管道工程建设在各省市区有序开展，“煤改气”工程稳步推进，天然气供应范围逐步拓展。

天然气管道工程的建设、使用和维护都依赖于土地，不同于一般的工程建设，天然气管道建设是线性工程，用地涉及的土地类别、性质多样，用地审批牵涉的部门众多，手续繁琐，违规后果

严重。

笔者常年为各天然气企业提供全方位法律服务，担任多家天然气企业的法律顾问，实务过程中接触到诸多与天然气管道工程用地相关的协议审核及法律纠纷。笔者发现，为解决管道建设及辅助设施的用地问题，天然气企业在施工和建设过程中通过签订“以补代征”协议的形式取得土地使用权。而这种协议在现行法律制度下也存在一定的问题和风险。故笔者在总结实务经验的基础上，对天然气管道工程建设中的“以补代征”问题进行法律分析，并就有关法律风险防范提出建议，以期对天然气企业管线工程建设有所裨益。

### 一、天然气管道工程用地概述

天然气管道工程项目由线路、站场、阀室、施工与维修道路（伴行路）等主要工程以及电力系统、通信系统、自动控制系统等管道附属设施组成，线路长，跨度大，涉及的用地类别广泛，用地性质也多种多样。<sup>[1]</sup>从土地利用范围来看，既涉及地上土地也涉及地下土地；从土地利用期限来看，既有临时用地，也有永久性用地；从土地的取得方式来看，既有出让方式取得的土地，也有划拨方式取得的土地。

管道工程建设用地可分为临时建设用地、永久性建设用地、管道穿越用地、管道通行及限制

用地、管道后续使用土地五大类。不同类型土地的用地审批手续和流程也不尽相同，涉及的各项税费也存有差异。因而梳理管道工程建设相关用地问题，对天然气企业的法律风险防范具有重要意义。

#### 1、临时建设用地

天然气管道工程施工中的临时建设用地主要是指管道工程敷设作业带、施工临时通道、管材堆放及设备、材料存放场地、取弃土地场地以及穿越工程的临时用地。<sup>[2]</sup>

临时建设用地的特征在于土地占用的临时性，占用范围内土地的性质和权利归属并不发生根本性的变更，原有土地所有权人或使用权人在仍享有完整的物权。在管道铺设完成后，土地权利状态恢复到占用之前的圆满状态。对于临时用地，天然气企业与土地权利人签订临时用地合同，按照合同约定的标准支付补偿费并取得施工期间的土地使用权，待管道工程施工完成后，将土地恢复原貌并归还土地权利人。临时使用土地的期限一般不超过两年，不得修建永久性建筑物。

#### 2、管道穿越用地

天然气管道穿越用地是指管道与河流、公路、铁路、自然保护区、林地、文物保护区、军事用地穿越以及与其他构筑物交叉穿越时的用地。

穿越用地的取得必须征得相关主管部门的同意和支持，并且必须支付用地补偿为前提。

#### 3、管道通行及限制用地

管道埋低敷设而永久占用的土地空间；出于管道安全的考虑，《石油天然气管道保护法》对地表和管道周围一定范围内的土地利用做出了许多限制，一定程度上对原有土地的农业种植和其他开发利用构成影响。如在管道中心线两侧5到50米范围内，不得修筑铁路、公路、河渠，架设电力线路，埋设地下电缆、光缆；在管道附近不得种植根系植物，不得挖掘地基等土地。由于这些限制的存在，土地权利人不仅要求天然气管道企业对这种限制进行补偿，还会要求以永久用地的方式给予补偿。

管道安全保护权是《石油天然气管道保护法》直接赋予的权利，其实质含义是通过立法方式在管道及附属设施周围一定范围的土地上设定他项

权利，即限制了地面土地使用权人利用土地的部分选择权，而天然气管道企业取得管道正常运行的维护权和保护权。

管道建设中用于承载敷设管道，在管道建成后并不直接使用地表的土地。此部分用地的取得方式无明确规定，实践中常被当做临时用地处理。

#### 4、管道后续使用土地

天然气管道运行过程中，有关企业为对管道进行维护、维修等再次使用土地。该项土地使用权的取得及补偿方式未明确。

#### 5、永久性建设用地

天然气管道工程的永久性建设用地主要是指首末站、中间站（热站、加压站和热泵站）、分输站、线路截断阀室、检测点、线路标志桩等用地。

该部分用地中的场站、阀室等涉及土地面积较大的、可成块测量的土地，在实践操作层面多为政府以划拨方式交付天然气管道建设企业使用。涉及占用集体土地的，需要先按照法定程序办理征收手续，在天然气企业在支付征收补偿费用后获得土地使用权，取得土地使用权证。

为达到管道标识完整清晰，方便管理和标准化的要求，天然气管道需要埋设“三桩一牌”，“三桩”包括里程桩/阴保测试桩、标志桩（转角桩）、加密桩/通信标石，“一牌”指的警示牌。“三桩一牌”分布在燃气设备周边与燃气管线上方，具有指示燃气走向，里程的作用，警示在设备管线附近施工的单位和个人，关注燃气管线位置，避免产生不必要的破坏，引发安全事故，造成巨大的生命财产损失。标志桩和警示牌上会有天然气公司的联系电话，以方便施工单位或个人进行作业咨询，及时采取规避措施，以维护天然气管线及附属设施的安全运行。

天然气管线上通常会设有很多的标志桩，其占用范围内小面积的土地，在土地性质上虽然为永久性用地，但在实践操作中天然气企业却多不办理用地手续。而是通过签订“以补代征”协议的方式取得土地使用权。

## 二、天然气管道工程用地相关的法律法规

我国实行严格的土地用途管理制度，土地在我国分为农用地、建设用地和未利用地三大类。

国家法律法规和政策导向是保护耕地，因而严格限制农用地转为建设用地，涉及农用地转为建设用地的，有严格的审批手续和流程。就国有土地而言，可以通过划拨或出让方式取得土地使用权；对于占用范围内的集体土地，则需要在完成法定的征收程序后，通过划拨或出让方式取得土地使用权。下文笔者将对与天然气管道工程用地相关的法律法规进行梳理。

#### 1、《民法总则》、《物权法》的规定

根据《民法总则》第一百一十七条<sup>[3]</sup>、《物权法》第四十二条<sup>[4]</sup>、第四十三条<sup>[5]</sup>的规定，天然气管道附属设施建设属于为了公共利益的需要，天然气管道工程建设占用的集体土地，应按照国家法定的权限和程序对土地进行征收，并足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费等各项补偿费用，以维护被征地农民的合法权益。同时《物权法》还规定国家保护耕地，禁止违法征地。

#### 2、《土地管理法》的规定

《土地管理法》第四十三条<sup>[6]</sup>规定建设用地必须申请使用国有土地，第四十四条<sup>[7]</sup>规定涉及农用地的，应当办理农用地转为建设用地的审批手续。因而对于天然气管道项目的建设，只能占用国有土地，涉及到占用农用地的，需通过法定程序转为建设用地，再进行施工建设。

#### 3、《城乡规划法》的规定

《城乡规划法》第三十七条<sup>[8]</sup>规定划拨方式用地的建设项目应当办理建设用地规定许可证，在取得许可证后方可申请用地。

#### 4、《石油天然气管道保护法》的规定

《石油天然气管道保护法》第十二条<sup>[9]</sup>规定管道建设规划纳入城乡规划、第十四条<sup>[10]</sup>规定管道建设用地依照《土地管理法》等相关法律法规办理。

### 三、天然气管道工程“以补代征”出现的原因分析

在前文所述的土地类型中，管道建设施工占用范围面积较大、能够以块状计量的土地，天然气管道建设企业在符合城乡建设总体规划的情况下，提出用地申请，办理合法的用地审批手续后，

取得主管部门颁发的建设用地使用权证，享有合法的使用权，进行管道工程建设具有合法的手续和依据。

但天然气管道工程施工过程中，除依照法定程序取得的土地外，还会涉及到标志桩等辅助设施占用的零星土地。辅助设施对于天然气管道的正常运营至关重要。对于这些辅助设施占用范围内的零星土地，建设单位若严格按照法定程序办理建设用地审批往往费时费力，消耗巨大的成本。且有关政府部门往往因为零星土地数量大，占地面积小，无法按正规程序操作，而不予分别办理用地审批，建设单位自然也无法取得土地使用权证。

因而在实践运作中，便出现了签订“以补代征”协议的方式来获得零星土地的使用权，即天然气管道建设企业与占用土地范围的集体土地所有权人或当地政府签订用地补偿协议。通过协议方式约定天然气企业按照一定标准支付补偿费以取得相关土地使用权。

通过“以补代征”协议来获取零星土地使用权是由多方原因共同作用的结果。下文笔者分别从法律方面和现实方面进行分析。

#### (一) 法律原因分析

现行法无法解决标志桩等的用地问题，公法上的征收制度和私法中的物权制度都不能较好的调整天然气企业与土地权利人之间的法律关系。

##### 1、采用征收方式难以解决

标志桩等辅助设施占用土地面积较小，且数量众多，不能用长期用地方式解决。不可能将整体管道标志桩等设施占用范围内的土地全部征收。现行法律制度下的征收制度针对的是块状的土地。对这种呈线性分布的零星土地，采用征收方式涉及范围广，牵涉利益主体众多，且征收意味着对土地所有权人和使用权人权利的根本剥夺。标志桩等小范围土地占用对土地权利人利用土地产生的影响较小。土地征收成本高，效率低，不利于天然气管道工程建设的推进和土地权利人对土地的利用。采用征收方式取得土地使用权不可取。

##### 2、设立建设用地使用权难以解决

根据我国现行法律规定，能够设立建设用地使用权的土地必须是国有土地（不属于使用集体建设用地的情形），即只有在国有土地上才能建造建筑物、构筑物及附属设施。而天然气管道标志桩等附属设施广泛分布在农村地区，占有土地多为集体土地，设立建设用地使用权还是需要将土地通过法定程序征收成为国有土地后，方能进行建设。而如前文所述，对于小幅且线状分布的土地采用征收方式不可取。

### 3、采用临时用地方式不可行

临时用地的期限不得超过2年，且在临时用地上不得修筑永久性建筑物，在临时用地合同终止后，土地权利人对土地拥有完整的所有权和使用权，天然气企业不再享有土地权利，不利于对管道辅助设施的维修和维护。标志桩等辅助设施从性质上而言并非临时性设施，在天然气管道运行期间其始终与天然气管线并存，起到安全警示作用。在现行土地制度下临时用地无法解决根本问题。

### 4、通过相邻关系无法解决

根据《物权法》第八十八条<sup>[11]</sup>的规定，利用相邻土地有两种情形，一是不动产权利人建造和修缮建筑物而利用相邻土地；二是铺设电线、缆线、水管、暖气和燃气管道等必须利用相邻土地、建筑物。天然气管道的辅助设施修建跨度大，途经土地范围广，难以定义为相邻关系。相邻关系中规定对容忍义务是最低限度的，而标志桩等辅助设施占用的土地对土地权利人权利的限制超过了最低限度。相邻关系中容忍义务是法定的，是无偿的，若通过相邻关系调整有关法律关系必然引发土地权利人的不满。

### 5、传统地役权制度难以解决

地役权设立的核心在于双方合意。天然气管道建设作为公共基础工程涉及范围广，标志桩等辅助设施占用地块小，范围广，涉及众多土地权利人，与每一个不动产权利人分别协商并签订地役权合同不可行。如果土地权利人不愿意与天然气企业签订地役权合同，没有强制性规定对此进行调整，则会影响天然气管道工程建设的进度。地役权制度能够较好的保护不动产权利人的权利，但难以满足私人不动产公用目的。

公法上的征收制度和私法中物权制度均不能较好地调整天然气企业标志桩等辅助设施的用地问题。因而实践中便出现了“以补代征”的方式。

## （二）现实原因分析

### 1、天然气管道建设单位

天然气管道具有公益性和商业性双重属性，既是国家基础能源设施又是企业的生产经营设施。天然气管道作为事关民生工程的基础设施和公共设施，施工工期较紧，任务较重，长输管线跨越多个行政区。就零星小幅土地而言，管道建设单位通过基层政府或村集体进行协商，签订“以补代征”协议的方式能够避免繁琐复杂的土地审批程序，使标志桩等辅助设施的占地问题得以解决，加快推进管道工程项目的建设。从成本和收益的角度考量，此种方式相对来说能够使效益最大化。

### 2、政府

在部分“以补代征”协议签订过程中，会有政府部门的参与，就笔者在法律实务过程中接触的业务来看，有的基层政府作为协议一方主体，与天然气企业签订补偿协议，收取补偿费后再分配给有关土地权利人；有的则作为中介促成协议签订。对农民来说，有政府的介入，意味着土地补偿费更能落实到位，政府的参与也使“以补代征”这种方式不断发展。对有关政府部门来说，天然气管道建设关乎本行政区划内的基础能源供应，对管道辅助设施的施工建设会给予应有的帮助和协调，政府参与到“以补代征”协议签订过程中，既能保障天然气企业施工顺利进行，又能使得被占用土地的农民得到补偿。

### 3、村民、村集体

天然气管道附属设施占用土地范围较小，对基本农业生产影响较小，标志桩等辅助设施一般只涉及设施周围小面积土地。若天然气管道建设单位不签订补偿协议，则农民必然会有所不满，有可能出现阻碍工程施工，聚众闹事的情形，进而影响到整体管道工程的施工进度。若签订“以补代征”协议，支付一定补偿费用给农民，则对农民来说是可以接受的。但在补偿标准上、补偿费的落实上会出现一定的问题。

## 四、天然气管道工程“以补代征”法律风险分析

然而，“以补代征”的方式也存在诸多法律风险，根据《土地管理法》、《城乡规划法》等基本法律法规，在现行土地制度下建设用地是需要办理征地手续的，标志桩等辅助设施用地属于建设用地且为永久用地，签订补偿协议的方式而不通过法定的征收程序以取得土地使用权有违反国家强制性法律规定之嫌。

### 1、协议被认定无效的风险

通过梳理我国相关法律的规定，管道工程用地属于建设用地，建设工程涉及到农业用地的，必须按照法律规定办理征地手续，转为非农业用地后，方可进行相关工程建设及施工。若天然气管道标志桩等辅助设施等选址为集体土地的，应当先根据土地类型及用地面积报省级或国务院审批征地事宜，由县级以上政府组织实施征地手续，再由天然气企业通过国有土地出让或者划拨方式取得土地使用权。

在实践中，当地政府、相应村集体、天然气企业三方签署签订“以补代征”协议，以此确认天然气企业对该块土地享有使用权的情况。任何没有通过合法的征地程序取得对占用范围内土地对合法使用权，都属于违反法律强制性规定。企业很可能面临协议被法院认定无效，同时涉及非法利用土地，存在被责令整改和行政处罚的风险。

### 2、项目用地权属不清晰

天然气企业在管道实际建设过程中，往往寻找当地政府作为中间人同村集体签署合同，出于对政府的信任，未核实村集体对该块土地的权属证明，也未前往国土部门查证土地的权属。若土地属于村集体，但天然气企业只与当地政府签约，未与村集体签约，后期一旦政府换届，如村集体不认可该约定，可能存在较高的沟通成本。在实践中，若该块土地权属不清或存在争议，天然气企业往往在后期运营中需付出巨额的沟通成本，甚至存在项目无法正常运营的风险。

### 3、土地补偿费发放存在风险

通过“以补代征”协议方式取得土地使用权的，天然气企业基于便利考虑，往往将土地补

偿费交付当地政府或相应村委会，未亲自发放至村民手中并取得收据。

在实践中，不排除出现政府或村委会多拿少发，甚至干脆隐瞒相关补偿费收取等情况，在这些情况下，虽然天然气企业已完成了补偿费的支付，但是村民可能并未实际收到企业支付的补偿费用。因而企业将面临出现村民群体性维权事件的风险。为避免出现这种情况，建设单位应当考虑直接与村集体签订协议并及时取得村民出具的收据。

### 4、签订协议过程中村集体民主程序有瑕疵

在实践中，多数用地方能够意识到占用村集体土地进行补偿需要村集体完成相应民主程序，但对于该民主程序是否合法合规缺乏审查。在实践中如果用地方与村委会签订的合同未在村内履行必要的公告、民主程序，如村民大会决议到会人数不足，少到多签，部分村民代表单独决定，多数村民不知情等情况。在这种情况下，如村民提出质疑，“以补代征”协议将面临合同无效的风险。

## 五、天然气管道工程“以补代征”法律风险防范建议

### 1、严格按照流程办理用地审批

对于天然气企业而言，用地审批虽然繁琐，但是涉及到农用地、基本农田转为建设用地的，须严格按照法定流程办理用地审批，在获得合法使用权的基础上，再进行施工建设，避免因非法用地而面临的行政乃至刑事处罚。

### 2、明晰项目占地权属

建议企业在签订补偿协议前对天然气管道项目占用范围内的土地权属进行细致的调查核实，确保签订协议的主体是土地的合法使用权人或所有权人，避免后续因权属争议而付出高额的沟通协商成本。尤其是占用的农村集体土地，其所有权人是农村集体所有，有权签订合同的主体是村集体。

### 3、落实土地补偿费

为避免村民因土地补偿费而引发群体性维权事件，建议天然气企业将土地补偿费直接支付到村民手中，获得村民出具的收据。将土地补偿费

落到实处，避免村委会或有关政府侵吞补偿费、少发或者不发补偿费。若与政府或村集体签订协议，则可通过在协议中进行明确约定，政府或村集体在完成土地补偿费的发放后，将有关收据及资料移交给企业备案，以便后续发生争议时作为证据，以维护自身权益。

#### 4、监督村集体民主决策程序

占用村集体土地的，其补偿方案应当完成必要的村集体决策等民主程序，因而天然气企业在签订补偿协议时，要对村集体民主决策程序进行适当监督，尽量避免因村集体决策程序上的瑕疵对补偿协议的效力造成不利影响。

#### 5、建议设立公共地役权制度

传统地役权在我国物权法中属于用益物权，是地役权人根据地役权合同的约定，利用他人不动产提高自己不动产效益的权利，更多强调对土地权利人私权的保护。天然气管道工程具有基础性和公共事业性，具有社会公共利益目的，传统地役权制度难以调整，建议设立公共地役权制度，与传统地役权并行，以实现公共利益与私人不动产利益之间的平衡。

公共地役权设立有自愿设定和强制设定两种方式。在天然气企业和土地权利人能够达成订立地役权合同的合意情况下，通过地役权合同，约定土地所有权人或使用权人为管道运行所必需的辅助设施提供便利。这种便利出于保护管道运行安全的考量，给土地权利人造成损失的，天然气管道企业根据合同约定进行相应补偿。登记后的地役权具有对抗第三人的效力。在天然气企业无法与土地权利人达成合意的情况下，天然气企业可以向政府申请强制取得地役权，以保障天然气管道的正常运行与维护。在涉及公共利益的基础性工程中，公共地役权的设立能够更好地实现公共利益与私人利益的平衡。

综上，天然气管道辅助设施建设和维护在现行法律框架下难以解决，通过签订“以补代征”协议的方式取得土地使用权存有诸多法律风险，因而天然气企业在管道建设过程中，对于需要办理征地手续的，需要严格按照法定程序办理；同时明确签订协议的主体，对土地权属尽到必要的审查核实；确保各项土地补偿费用落实到实处；

并对与协议有关对村集体民主决策程序进行监督，以规避法律风险，最大限度维护自身的合法权益，维护天然气管道及附属设施的安全运行。在相关法律制度完善过程中，建议增加公共地役权内容，给公共设施利用私人权利以实现公共利益的最大化以法律上的基础和依据，实现相关法律主体利益的平衡，既保护土地权利人的合法权益，也维护必要的公共利益。

#### 注释：

- [1] 张耀东,陈元鹏.论油气长输管道项目的用地管理[J].国际石油经济,2010,18(07):64-68.
- [2] 张耀东,陈元鹏.论油气长输管道项目的用地管[J].国际石油经济,2010,18(07):64-68.
- [3] 《民法总则》第一百二十七条“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的，应当给予公平、合理的补偿。”
- [4] 《物权法》第四十二条：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。”
- [5] 《物权法》第四十二条：“国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。”
- [6] 《土地管理法》第四十三条：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地。”
- [7] 《土地管理法》第四十四条：“建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续。省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目、国务院批准的建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由国务院批准。在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。本条第二款、第三款规定以外的建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准。”
- [8] 《城乡规划法》第三十七条：“在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目，经有关部门批准、核准、备案后，建设单位应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请，由城市、县人民政府城乡规划主管部门依据控制性详细规划核定建设用地的位置、面积、允许建设的范围，核发建设用地规划许可证。建设单位在取得建设用地规划许可证后，方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地，经县级以上人民政府审批后，由土地主管部门划拨土地。”
- [9] 《石油天然气管道保护法》第十二条：“管道企业应当根据全国管道发展规划编制管道建设规划，并将管道建设规划确定的管道建设选线方案报送拟建管道所在地县级以上地方人民政府城乡规划主管部门审核；经审核符合城乡规划的，应当依法纳入当地城乡规划。纳入城乡规划的管道建设用地，不得擅自改变用途。”
- [10] 《石油天然气管道保护法》第十四条：“管道建设使用土地，依照《中华人民共和国土地管理法》等法律、行政法规的规定执行。依法建设的管道通过集体所有的土地或者他人取得使用权的国有土地，影响土地使用的，管道企业应当按照管道建设时土地的用途给予补偿。”
- [11] 《物权法》第八十八条：“不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。”



□ 胡高崇/文

胡高崇律师，中伦文德律师事务所合伙人。在加入中伦文德之前，胡律师曾供职于国内另一家知名律所，也曾经长期在北京某法院从事审判工作；主要执业领域为争议解决，尤其擅长劳动争议、公司类及合同类纠纷的处理。客户类型包括大型互联网公司、外资企业以及国资金融企业。

## 股票期权争议相关法律问题研究

### 前言

在现代社会，核心人才逐渐成为企业发展的重要资源，对企业的市场竞争发挥着越来越重要的作用。很多企业为了吸引和挽留人才，往往会实施股票期权激励制度。然而当前企业股票期权激励制度存在诸多方面的问题，限制了该制度的实施效果，甚至给企业自身带来了隐患。笔者结合自身经验分析了股票期权争议所涉法律问题，并提出相应的实操建议，希望给读者带来有益的启示。

### 一、股票期权概述

#### （一）股票期权的概念

股票期权激励指上市公司或非上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的价格和条件购买本公司一定数量股份（或股票）的权利。当行权日股票市场价格高于行权价格，激励对象就可以以事先约定的低价格买入一定数量的公司股票。激励对象若转手卖出，则其

收益便是股票市场价格高于其行权价格的差价；激励对象也可以自己持有股票，即可以享有与普通股股东一样的分红权等股东权利。其核心思想是通过激励对象与公司利润共享、风险共担，使激励对象有动力按照股东利益最大化的原则经营公司，减少或消除短期行为。<sup>[1]</sup>股票期权本质上是一种选择性权利，权利人可以在特定的时点、以一定的价格选择购买特定公司的特定数量股票，不论这个股票当时的市值是多少，根据双方之前约定的购买价格，权利人在行权后，即有权获取一定数量的股票。权利人可以选择行使权利，也可以选择不行使权利。



## （二）股票期权的性质

关于股票期权是不是劳动报酬的问题，实践中有两种观点。一种观点认为股票期权也是劳动报酬，比较有代表性的是2000年修订的《天津经济技术开发区劳动管理规定》第九条的规定“用人单位对高级管理人员和高级专业技术人员除支付货币工资外，还可以采取年薪、利润分成、股权期权等分配方式。”这是将股票期权视为劳动报酬的一种肯定性规定。同时也有相反的观点，认为股票期权不是劳动报酬，其依据是《劳动法》第50条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。”原劳动部1994年颁布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发〔1994〕289号）也明确指出：“本条中的‘货币形式’排除发放实物、发放有价证券等形式。”

笔者认为股票期权不同于股票，它只是一项能够购买一定数量股票的权利；在到期时权利人是否行使该权利是不确定的，这项权利最终能否给被授予方带来正向的激励也是不确定的。相关统计表明，近期受经济形势影响，很多股票期权计划，并没有最终实施下去就被迫终止了。为什么被迫终止实施？正是因为它在公开市场上发行的股票价格大幅走低，甚至低于股票期权的行权价格。在这种情况下，如果把股票期权作为一种劳动报酬，实际上意味着允许用人单位向劳动者支付负数的劳动报酬，显然是与目前的法律规定和法律实践不相符的。从这个角度来看，笔者认为股票期权并非劳动报酬。

之所以讨论股票期权是否是劳动报酬，是因为将其界定为不同的性质会带来不同的裁判思路。如果认为股票期权是劳动报酬，因股票期权发生的纠纷，司法机关会按照劳动争议的路径去处理，即仲裁、一审、二审的处理模式，并且将否定期权授予协议中法律适用条款和争议解决条款的效力。如果认为股票期权不是劳动报酬，一旦发生纠纷，则司法机关会按照合同纠纷去处理，在合同纠纷中，当事人可以选择适用法律，也可以选择管辖机构。

## （三）股票期权激励计划的实施步骤

实践中，股票期权激励计划的实施步骤主要分为四步，依次为授予（Grant）、归属（Vest）、行权（Exercise）和变现（Cash-in）。

### 1、授予

在股票期权激励计划中，或者在股票期权授予协议中，股票期权计划的实施者授予特定人员一定数量的股票期权，这是股票期权激励计划实施的第一个阶段。

### 2、归属

即股票期权成熟的过程。通常而言，被授予人获得的股票期权不可能一次性归属完毕，都会经过一个成熟期或者归属期，比如每年可能归属五分之一或者十分之一，然后需要五年或者十年的期间全部归属完毕。

### 3、行权

股票期权归属完毕之后，被授予人可以在股票期权激励计划中的行权时点或者行权条件（比如公开上市或者被收购等）满足之后，对已经归属的股票期权行权，即通过事先约定的特定价格，去购买特定数量的股票，在支付行权价款、负担个税并办理相应手续之后，把这些股票登记在该被授予人（或者指定第三方）名下。

### 4、变现

对于登记在被授予人名下的股票，其可以变现、也



可以持有。如果想变现的话，可以通过在公开市场上卖出，或者是被公司或者被其他的大股东收购的方式实现；也可以等一个好的时点再去转让，或者长期持有股票、等待分红。

#### （四）如何处理员工离职时的股票期权

员工离职时，对其相关股票期权的处理，主要涉及未归属股票期权的处理以及已归属股票期权的处理两方面内容。

未归属的股票期权通常会自然失效，常见的条款如下：当期权人基于一定事由终止服务时，除非管理人作出其他决定，期权人行权的权利应当随持续服务的终止而立即终止。

对于已归属、尚未行权的股票期权，通常有如下五种处理方式——彻底剥夺、按照净资产回购、按照原始出资回购、按照公允价格回购、继续保留。需要说明的是，上述五种方式都需要具体在期权协议里面约定清楚或者在期权计划中规定清楚才能适用，同时，尽量列明员工在职期间或者离职后的行为表现所对应的具体处理方式。当然，不管期权协议如何约定，离职时也都可以单独跟员工沟通，通过另行约定的方式，明确处理方式。

##### 1、彻底剥夺

彻底剥夺这种处理方式一般是针对有故意违纪或者重大过失的员工而采取的惩罚性措施，通常在期权计划或者期权协议中有如下的表述：如果被授权人存在（i）恶意作为或者不作为以损害公司或其关联机构；（ii）不忠，蓄意不当行为或对与公司或关联机构签订的协议实质违约；或（iii）犯有涉及不忠、弃信或对任何人有身体或感情伤害的罪行等行为，除非管理人作出其他决定，期权人行使期权的权利应当立即被终止。同时，公司或者管理人有权以自行决定的折扣价格回购被授权人基于期权的行使而购买的股份；或者追索被授权人的相关收益。这就是常说的“净身出户”。

##### 2、按净资产回购

按净资产回购这种处理方式与第一种彻底剥夺的处理方式相似。因为创业公司的净资产往往是远低于于市场价格的，甚至有些比原始出资都低

（因为创业公司可能会持续亏损）。这种处理方式一般是针对离职后存在重大利益冲突（比如员工跳槽去竞争对手公司，或者自己创业做竞争业务）或者在职期间严重不能履行职务要求的员工而采取的。

##### 3、按照折算出来的原始出资回购

按照折算出来的原始出资回购，这是一种较为公平的方案，相当于归还员工投入的本金，只是要求员工放弃投资收益。本金可以按照期望薪水和实际薪水的差额以及对额外资源的估值来计算，这种方法适用于“平淡分手，相忘江湖”的一般核心员工。

##### 4、按照市场公允价格回购

按照市场公允价格回购这种处理方式是对员工更加有利的一种方式，属于比较折中的方案，通常双方会皆大欢喜。在公司上市前，市场公允价格一般可以用上一轮融资的价格，加上一个折现率计算（因为融资一般都是增资，增资的估值要比买老股高），比如上一轮融资后的估值为一千万人民币，那么公允价格可以按照八百万人民币计算。

##### 5、继续保留股票期权利益

继续保留股票期权利益这种方式是对员工最有利的一种处理方式。继续保留已归属的股票期权，当行权的时机成熟之后，员工就可以通过行使权利去购得一定的股票。如果公司觉得离职员工仍然对公司有较大帮助，并且员工也承诺离职后还会继续向公司提供资源，那么可以将员工股权或期权转化为一般投资人的股权（期权可能需要出钱认购或者折现一部分）。这种方式通常适用于重要的核心员工，他们离职后还能持续对公司有贡献，或者公司处于重大资本动作（如上市）前夕，不希望发生股权变更或股权纠纷等情况。

## 二、如何将授予员工股票期权与赋予员工竞业限制等义务相联系

通常而言，员工被授予股票期权就意味着获得了一个额外的奖励，根据权利义务对等的基本原则，员工获得了这样的激励，相应的就要付出一定的对价；此种对价就是需要履行额外的义务。实践中，期权计划实施者需要考虑如何将

授予员工股票期权与赋予员工额外义务相联系，具体如下：

### （一）股票期权与服务期约定相关联

如何将上述两者相关联，可以从《曹琳与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷案》<sup>[2]</sup>中获得启发。

该案的基本案情是，曹琳根据富安娜公司的《股票激励计划》，自愿认购公司限制性股票；后公司决定终止《股票激励计划》，并在曹琳出具《承诺函》（自愿为公司服务一定年限）的基础上，将曹琳持有的限制性股票转化为无限制普通股；曹琳在完成转化后，出售股票获利。随后，曹琳提前辞职，富安娜公司诉请曹琳支付违约金。

法院最终认定，承诺函是《股票激励计划》的延续，应该对员工具有拘束力；员工在出具承诺函但未能履行其中约定义务而提前离职的情况下，应该向公司支付服务期违约金。虽然双方当事人存在劳动合同关系，但双方之间的劳动合同关系与员工购买公司限制性股份形成的股权关系，属于两个独立的、不同性质的法律关系，有着不同的权利义务内容。因此，此案中应该用合同法，而不是劳动合同法，来判断承诺函的效力。

从此案得出的处理建议是，如果员工在职期间获得期权待遇等额外奖励，可以与员工就此约定服务期，以便增强劳动关系的稳定性；建议单独拟定协议，避免被按照劳动争议处理，进而可能否定服务期的合法性；但货币性奖励与服务期相关联也正在得到北京等地司法机关的认可，即使没有单独拟定协议，公司的请求也可能获得支持。

### （二）股票期权与竞业限制违约责任相关联

如何将上述两者相关联，可以从《腾讯科技（上海）有限公司（以

下简称腾讯上海）与徐振华竞业限制纠纷案》<sup>[3]</sup>中获得启发。

该案的基本案情是，徐振华在职期间与腾讯上海签订了《保密与不竞争承诺协议书》，其中约定：徐某作出保密与不竞争承诺，腾讯上海母公司则授予徐某限制性股票作为对价；若徐某不履行约定义务，应当承担违约责任，对于已授予还未行使的限制性股票无权再行使；对于已行使的限制性股票，则腾讯上海有权追索行使限制性股票所生之收益；收益数额难以确定的，以采取法律行动当日股票市值计算，除非徐某可举证证明上述实际收益。徐某自腾讯上海离职后，自营竞争性业务，腾讯上海继而发起仲裁诉讼程序，要求徐某返还相关收益。

法院最终认定，当事人签订有合法有效的协议书，约定授予限制性股票的权利及违约责任的承担，徐某也根据协议书取得了限制性股票，现徐某存在违约行为，其应根据协议书的约定承担违约责任。由于徐某不提供交易记录，导致收益数额难以确定，因此应以腾讯上海采取法律行动当日股票市值计算。综上，二审法院判决徐某支付腾讯上海 19,403,333 元人民币。

从此案得出的处理建议是，在境内公司与劳动者签订的竞业限制协议的违约责任一章中，增加返还母公司授予的期权或限制性股票收益的内容，加大违约赔偿力度；同时，也可以在境外公司的期权协议中，增加对期权授予公司及其关联



公司的保护性条款；比如竞业限制、禁止招揽等。

### （三）股票期权与竞业限制补偿金相关联

如何将上述两者相关联，可以从《腾讯数码（天津）有限公司（以下简称腾讯天津）与刘春宁劳动争议一审案》<sup>[4]</sup>获得启发。

该案的基本案情是，刘春宁与腾讯天津签订有《保密与不竞争承诺协议书》，其中约定：鉴于刘春宁已经知悉甲方腾讯天津及其关联公司的重要商业秘密，员工做出保密与不竞争承诺，作为甲方母公司授权其股票期权的对价。后员工自公司处离职，并从事了违反竞业限制义务的行为；腾讯天津要求其支付竞业限制违约金并继续履行《保密与不竞争承诺协议书》。刘春宁的主要抗辩理由是，期权属于劳动报酬，并非竞业限制补偿金，故其无需履行《保密与不竞争承诺协议书》。

法院最终认定，从协议书的约定来看，员工的期权收益兼具股权激励作用、竞业限制补偿及违反竞业限制违约金等多重属性，不属于劳动法强制规定的劳动活动对价，即劳动法意义上的工资组成部分。此外，在双方就协议书产生诉争前，员工已经获得了远高于竞业限制补偿金法定标准的股票收益。故而员工所持协议书无效或者应当解除的观点不能成立，双方应该继续履行。

从此案得出的处理建议是，可以在境内公司与员工签订的竞业限制协议中，将境外公司给予员工的期权收益作为竞业限制补偿，从而降低境内公司负担；也可以在境外公司与员工的期权协议中，将员工履行对境外及境内公司的竞业限制义务作为获得期权收益的前提，从而约束员工离职后的行为。

### （四）股票期权与舞弊、利益冲突等违纪行为相关联

如何将上述两者相关联，可以从林某与阿里巴巴之间的公司有关纠纷案中获得启发。

基本案情是，林某是2001年入职的阿里巴巴的员工，在任职期间与他人投资成立公司、并与阿里巴巴集团关联公司签订合同，但未向阿里巴巴披露，严重违反了其签订的劳动合同中约定的应当遵守的规章制度。其后，林某所持有的已

经完成行权手续的阿里巴巴集团15000股普通股被阿里巴巴收回。后林某向杭州市滨江区人民法院提起诉讼，要求阿里巴巴交付15000股的股票证书并办理相关登记手续。

法院最终认定，林某作为阿里巴巴的员工，在任职期间与他人投资成立公司、并与阿里巴巴集团关联公司签订合同，但未向公司披露，严重违反了《阿里巴巴集团商业行为准则》中的关于利益冲突的规定，构成特定事由中的(?)，即严重违反“参加人”与“公司”及其任何“子公司”之间任何协议或合意，以及(?)就与其担任或受聘于“服务提供者”有关的任何重大事实作虚假陈述或遗漏任何该等重大事实，阿里巴巴有理由据此主张不予办理相关股权登记等转让手续，故对林某的诉请，法院不予支持。

从此案得出的处理建议是，相较于用人单位规章制度的内容而言，裁判机关更加尊重期权协议中当事人的意思自治，公司应充分设计好期权计划的内容，保护自身利益。

## 三、股票期权争议的常见表现形式及司法层面的不同处理模式

### （一）股票期权争议的常见表现形式

看似美好的股票期权激励计划在具体的实施过程中，也会产生一些争议或者问题，就这些争议类型，我们总结了四类，具体如下：

#### 1、股票期权争议的表现形式之一

由于股票期权的总体数量有限，股票期权激励计划不可能对全员实施，它通常只是激励核心人员或者突出贡献人员。没有获得股票期权的员工可能会主张同工同酬，希望自己也可以获得相应的股票期权。北京青年报2000年8月份做过一篇这样的报道“国内首例股票期权纠纷案的背后”，当时的报道中，某员工认为他应该获得股票期权奖励，但是没有被授予；然后他要求同样的被授予一定数量的股票期权。仲裁委没有受理这起案件，理由是股票期权争议不属于劳动争议受理范围；但是即使是仲裁委立案受理了，这种诉求基本上也不会得到支持，因为即使把股票期权视为一种劳动报酬，这也是工资以外的一种额

外奖励。对这种奖励，期权计划实施者是有相当程度的自主权的；授予谁、不授予谁，员工是没有权利去干涉或者提出异议的。

### 2、股票期权争议的表现形式之二

实践中，员工离职时能否要求兑现未归属的股票期权也会成为一个问题。通常而言，裁判机关一般不会支持员工的此种权利主张。因为如果在行权之前双方有关于归属的期限和条件的约定，基本上裁判机关会尊重此类约定，如果员工在股票期权归属之前离职的，未归属的股票期权自动作废。除非有的时候员工并非主动离职，而是被用人单位违法辞退。在这种情况下，如果用人单位确实是违法解除了劳动合同，可能会被视为用人单位不当的阻却了归属条件的成就，此时用人单位可能要承担不利后果；因为按照合同法的基本理论，如不当阻却了条件成就，视同条件成就。

### 3、股票期权表现形式之三

更为常见的纠纷会涉及员工已经归属的期权的行权问题。对于已经归属的股票期权，期权计划实施者可能也会终止被授予方的行权资格。这就主要看股票期权授予计划里面对于股票期权行权要件的实体性规定。比如，员工有没有严重违纪的行为？有没有损害特定主体利益的行为？有没有违反竞业限制义务？有没有违反招揽义务等等。通过案例检索发现，此类纠纷在目前也是全国范围内涉及股票期权争议最常见的一类纠纷。

### 4、股票期权表现形式之四

第四类纠纷则是用人单位针对员工发起了法律行动。比如说因为员工在离职后违反了竞业限制义务或者招揽义务，或者员工离职行为本身就违反了服务期约定，用人单位要求追究其违约责任。此时，用人单位可能会要求员工返还行使股票期权所带来的收益并承担其他违约责任。

## （二）司法层面的不同处理模式

除去当事人按照期权协议的约定，选择境内外商事仲裁机构管辖以外（因仲裁保密性要求，针对此类案件的法律研究工作存在困难），从全国的层面来看，股票期权争议的司法处理模式主要有三种，一种是合同纠纷的处理模式，一种是

证券纠纷的处理模式，还有一种就是劳动争议的处理模式。

### 1、合同纠纷处理模式

例如钱丽梅与北京慧聪国际咨询有限公司合同纠纷案<sup>[5]</sup>中，该公司曾经向员工出具过一份购股权授予通知书，里面约定了一些与期权相关的权利义务，并且约定了授予员工一定数额的境外公司的期权，员工离职之后就向境内公司申请行权，但是遭到了拒绝，拒绝的理由是按照境外公司的《招股章程》规定，购股权于终止受聘日期失效且不可行使。

之后员工起诉要求境内公司按照购股权授予通知书的约定保障行权资格，或者赔偿损失。法院最后认定，《招股章程》的发布主体并非境内公司，且境内公司出具的《购股权授予通知书》中未载明购股权的行使需要受《招股章程》的限制，所以境内公司应该为员工安排行权；并在行权不能时，按照员工申请行权之日的股价、扣除员工应当支付的购股款，赔偿员工损失。

这个案例其实是确立了两个裁判观点。第一个裁判观点即期权协议具有相对性，未在期权协议中体现的第三方协议或者条款，不得约束期权协议的当事人；第二个裁判观点是，如果无法保障员工行使股票期权，则需要赔偿员工实际损失；就上市公司的股票期权而言，首先判断出股票期权所对应的公开发行的股票的数量，之后按照行权日的股票价格减去股票期权的行权价格，得出员工的实际损失数额。值得一提的是，法院在认定赔偿损失数额之时，不会考虑税务问题，会直接判决用人单位支付员工税前收入。这种方法又可能会带来税务处理问题。

上面的内容提到了上市公司的股票期权价格的确定，对于非上市公司而言，其股票期权价值又如何评估呢？国家税务总局《关于阿里巴巴（中国）网络技术有限公司雇员非上市公司股票期权所得个人所得税问题的批复》（国税函<sup>[2007]</sup>1030号）中规定：“由于非上市公司股票没有可参考的市场价格，为便于操作，除存在实际或约定的交易价格，或存在与该非上市股票具有可比性的相同或类似股票的实际交易价格情形外，购买日股票价值可暂按其境外非上市母公司上一年度经

中介机构审计的会计报告中每股净资产数额来确定。”此外，还可委托专业评估机构对非上市公司股票的价格进行评估。

## 2、证券纠纷处理模式

证券纠纷处理模式涉及到的最著名的一个案例是关于搜房控股公司与孙宝云的案例<sup>[6]</sup>，案例中搜房控股公司败诉，法院认定孙宝云享有该公司一定数量的股票期权。

搜房控股公司败诉的根本理由还是协议的相对性。孙宝云离职时，境内公司虽然与孙宝云签署了离职协议书，其中约定了任何一方不得通过任何途径向对方主张任何权利。孙宝云在离职之后根据股票期权协议向境外公司主张股票期权，境外公司认为应以离职协议书约定为准，不同意员工享受期权待遇，最终法院认为股票期权协议和离职协议书两份文件的性质、内容和签约主体都不同，离职协议书中也没有对孙宝云的股票期权作出处分，也没有变更或者终止股票期权协议。法院认为孙宝云可以依据生效的股票期权协议向境外的搜房控股公司主张期权待遇，并最终确认了孙宝云享有搜房控股公司的股票期权。上面这起案例的裁判观点，在于境内公司的离职协议书不得成为终止员工享受境外公司期权的依据，这是合同相对性的基本原则。

通常而言，具有涉外因素的当事人之间可以约定纠纷的管辖及法律适用。但是在搜房控股公司与孙宝云一案中，正因为缺少事先的管辖及法律适用的约定，最终法院以协议签订地、员工国籍、股权收益地均在境内为理由，依照最密切联系原则确认了中国法院的管辖及中国法律的适用。该案直接影响了2012年之后的股票期权协议和期权计划的拟定，现在大量的期权协议以及期权计划的标准条款都是约定适用境外法律（例如美国加州法律、香港法律等），提交境外法院或仲裁机构管辖；当然，由于劳动争议处理模式的出现，上述管辖和法律适用条款的效力正在受到越来越多的挑战。

## 3、劳动争议处理模式

将股票期权争议作为劳动争议进行处理是对用人单位最为不利的一种情况。该种处理模式是2015年北京市第一中级人民法院<sup>[7]</sup>确定的处理

模式。

2014年，某员工起诉了境内公司，要求保障期权权利的行使。原审法院以境内公司主体不适格为由裁定驳回起诉，法院的基本的理由是合同的相对性，因为股票期权的授予方并非境内公司，员工起诉境内公司，主体当然不适格；但是在二审中，法院认为股票期权实质上是公司向员工提供的一种福利待遇，应纳入劳动争议处理。虽然境外公司授予期权，但股权期权系基于员工与境内公司之间的劳动关系而得，股票期权行权的实现与员工在境内公司的服务期限、劳动关系是否存续密切相关，故境内公司属于适格被告。

就涉及境外公司授予境内员工股票期权待遇而引发的争议，如果按照劳动争议的模式去处理，是否需要追加境外公司为共同被告将成为一个现实问题。目前的司法实践认为，基于授予股票期权的目的在于激励员工更好地为公司服务，以及境外股东与境内公司之间紧密的控制关系，可认定境外股东乃第三人代替境内公司履行相应的合同债务，因此，境外股东与境内公司具有共同的诉讼标的，应为共同诉讼当事人。然而，若仅因股票期权激励合同或计划中涉及劳动关系部分发生争议的，则无需追加境外股东参与争议仲裁和诉讼；此外，若没有证据证明境外股东与境内公司高度混同的，则境内公司无需承担责任。

## 四、用人单位如何应对员工涉及股票期权争议的案件

随着股票期权争议被按照劳动争议处理模式处理的可能性的增加，作为用人单位的境内公司，面临越来越大的压力。作为用人单位，如何应对涉及股票期权争议的案件成为重要议题。笔者总结了相关实践中的经验，将应对策略总结成如下三个方面：

### （一）从处理机制上来看

从处理机制上来看，笔者的建议是尽量避免将涉诉股票期权纠纷被法院纳入劳动争议处理模式。因为从全国范围来看，并不是所有的法院都认为股票期权纠纷是劳动争议，因而可以通过选择一个连接点，将管辖机关确定在对用人单位更

加友好的地域。

为什么要避免被纳入劳动争议处理模式？最重要的原因是劳动争议处理机制对于劳动者而言是非常有利的，是更加倾向于劳动者利益保护的，对于用人单位而言则是非常不利的。所以如果按照普通的民商事合同纠纷来处理，相对来说用人单位有利局面可能会更大一些；但是如果按照劳动争议处理，通过举证责任等的分配，用人单位的压力则会更大。

在裁判过程中，一些法院对于涉及股票期权案件不认定为劳动案件从而驳回劳动者的诉讼请求，其着眼点在于股票期权不是法定的劳动福利，或认为围绕期权发生的争议并非劳动法或劳动合同法所调整的领域。例如，在《翟紫心等劳动争议案》<sup>[8]</sup>中，公司规定，翟紫心作为上海帝联公司总经理，在其负责下的销售团队实现不低于500万元经年度审计确认的主营业务的销售收入回款的前提下，翟紫心和其负责下的销售团队每实现100万元经年度审计确认的主营业务的销售收入回款，翟紫心可以于次年完成年度审计后根据上市公司规定获得400股股票期权。后翟紫心辞职，双方发生劳动争议。就案件中涉及到的股票期权问题，翟紫心认为其所主张的股票期权性质为“工资、薪金”所得，属于劳动报酬。北京市三中院则认为翟紫心的上述意见缺乏事实与法律依据，不符合《北京市工资支付规定》的相关规定，其所主张的此部分利益不属于法定劳动报酬，不属于劳动争议的解决范围，故法院对翟紫心的此项请求不予支持。

目前，将股票期权争议认定为不是劳动争议范畴的法院主要有北京市第三中级人民法院、上海市第一中级人民法院、深圳市中级人民法院、杭州市中级人民法院、南京市鼓楼区人民法院等。笔者认为，站在用人单位的角度来看，如果与劳动者发生的股票期权争议在上述法院管辖，则对于用人单位来说无疑是有利的。

## （二）从涉诉主体上来看

从涉诉主体上来看，还是按照常规的思路进行抗辩，即以原告所列的被告的诉讼主体有误为由，主张应驳回原告起诉。主张应驳回起

诉的意思是：原告起诉了A公司，但是股票期权授予的主体是B公司，A公司与B公司并非同一主体，那么法院就应该裁定驳回原告的起诉。在《周宏石与纳玛特康而健健身（上海）有限公司劳动合同纠纷案》<sup>[9]</sup>中，原告周宏石与被告纳玛特健身公司签订了两期劳动合同，被告CEO余某某在2008年10月8日向原告签发了一份股票期权合约，约定原告有权以0.00001港元的价格分十年合计购入135,000股“NamasteInternationalLimited”（香港Namaste国际有限公司，“NamasteInternationalLimited”系被告唯一股东）股票，但被告始终不履行该期权合约。审判中，原告主张股票期权对价及退还购买股票款，但法院认为股票的发行单位非原告所指向的被告。原告亦未举证被告系对原告的股票期权或款项有承接义务的证明，故对原告的此项诉求不予支持。同时，法院指出，期权对价及股票款项非劳动法或劳动合同法所调整，故原告要求被告承担劳动法上的权利义务关系缺乏依据和理由，其以追索劳动报酬为由提出的诉求，法院不予支持。

## （三）从实体抗辩上来看

就股票期权争议，从实体抗辩上来看，有如下四种抗辩理由：

1、以员工无法证明存在或者签署过股票期权授予协议为由，主张应驳回员工的诉讼请求

在《肖磊与深圳国泰安教育技术股份有限公司上海分公司、深圳国泰安教育技术股份有限公司劳动合同纠纷案》<sup>[10]</sup>中，法院认为虽然原被告双方在《职务薪资确认函》中约定原告每年享有15万的期权，然而根据被告相关规定，有关期权的奖励、兑现、计算标准等有具体的标准和条件，双方均应按规履行，原告所主张的期权利益并不属于原告每年固定发放的劳动报酬范围，故现原告以支付工资为由要求被告支付期权450,000元的请求缺乏事实前提和法律依据。据此，法院在裁判时明确将期权利益与薪资待遇划分开来，二者泾渭分明。如若不存在规定明确的期权授予协议，员工将无法获得期权利益。

又如在《周浩与上海拍拍贷金融信息服务有

限公司其他合同纠纷案》<sup>[11]</sup>中，原告主张其与被告签署了期权协议，约定原告自2013年12月3日起获授期权80,000股，分四年行权，每年可行权25%。原告于2015年4月10日离职时，已在公司工作一年多，根据协议约定原告可行权20,000股，但被告多次推托、拒绝原告行权。法院在判决时，认为原、被告之间仅在《录用意向书》中涉及过80,000股期权的事项。但根据该“意向书”的文意理解，该期权仅仅是一种意向，又根据该意向书的约定，双方的劳动关系应以劳动合同为准。而双方的劳动合同中就原告的福利待遇没有约定涉案的80,000股期权。原告无法证明合同中规定被告将其公司的80,000股期权给付原告的事实，因而法院对其期权利益主张不予支持。通过该案，不难发现法院对于劳资双方股票期权协议规定的明确性要求较高，如果在劳动合同中或者在相关的协议书中仅仅提及股票期权利益而未就股票期权的行权条件等作出明确规定的，在诉讼中，劳动者若主张期权利益很难得到法院的支持。

2、以员工期权计划程序瑕疵或内容瑕疵（约定不明）为由，主张应驳回员工的诉讼请求

例如在《李某某与宁波某某股份有限公司劳动合同纠纷案》<sup>[12]</sup>中，法院认为，从协议效力来说，根据中国证监会颁布的《上市公司股权激励管理办法》的规定，股权激励计划需由上市公司下设的薪酬与考核委员会拟订草案，并提交董事会审议，董事会通过后有关材料报中国证监会备案，在中国证监会未提出异议的情况下，上市公司召开股东大会审议并实施该计划。因而股权激励计划需要有严格的法定程序，而原、被告所签订的股权激励计划并未通过上述任何一道程序，而仅仅由董事长、总经理、原告三方签订了一份协议，而该协议也未经过董事会、股东大会通过，也没有报证监会备案，故该协议缺乏其生效、实施的必备法定条件和程序。所以没有支持原告主张其所应当享有的股份或者相应的折价款及25%补偿金。

3、以员工股票期权行权条件不成就为由，主张应驳回员工的诉讼请求

例如《李波文与深圳市国泰安信息技术有限

公司劳动合同纠纷案》<sup>[13]</sup>中，被告深圳市国泰安信息技术有限公司提交的《期股（IPO原始股股票）奖励标准指引》系关于公司期股的规范性文件，其中列明了股权期权奖励实现的条件。根据该规定，原告在公司工作未满三年，且非因健康原因离职，其所持有的员工期股奖励作废，故李波文要求国泰安公司支付年度保障期股300000元没有事实依据，法院不予支持。这是一起典型的股票期权行权条件不成就，驳回员工的诉讼请求的案件。在股票期权行权阶段，法院更多尊重了当事人的意思自治，以双方的协议约定作为裁判的标准。

4、以员工实质性违反股票期权协议的约定为由，主张应驳回员工的诉讼请求

在《深圳市华测检测技术股份有限公司与王利俊合同纠纷案》<sup>[14]</sup>中，深圳市中级人民法院二审认为，华测公司与王利俊自愿签订《授予期权协议书》，双方当事人均应依约履行各自义务。王利俊已对华测公司授予的期权进行行权且取得收益，但王利俊出资设立的北京中科XX环境检测研究中心存在与华测公司子公司北京华测北方检测技术有限公司相同的经营范围，王利俊的行为已违反《授予期权协议书》的约定，华测公司主张王利俊返还行权所得收益即178583.75元，法院给予支持。本案是典型的因员工违反股票期权协议的约定（比如违反了竞业限制义务或者存在严重违纪行为等）而被驳回诉讼请求的案例。

## 注释：

- [1] 石晓清：《上市公司股票期权激励》，《商场现代化》2014年第5期。
- [2] 详见广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法商终字第2088号《民事判决书》。
- [3] 详见上海市第一中级人民法院（2018）沪01民终1422号《民事判决书》。
- [4] 详见北京市海淀区人民法院（2015）海民初字第01235号《民事判决书》。
- [5] 详见北京市第一中级人民法院（2015）一中民（商）终字第1275号《民事判决书》。
- [6] 详见北京市高级人民法院（2012）高民终字第1879号《民事判决书》。
- [7] 详见北京市第一中级人民法院（2019）京01民辖终832号《民事裁定书》。
- [8] 详见北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第05189号《民事判决书》。
- [9] 详见上海市黄浦区人民法院（2014）浦民一（民）初字第2439号《民事判决书》。
- [10] 详见上海市黄浦区人民法院（2015）浦民一（民）初字第36649号《民事判决书》。
- [11] 详见上海市浦东新区人民法院（2015）浦民二（商）初字第1932号《民事判决书》。
- [12] 详见上海市松江区人民法院（2009）松民一（民）初字第5227号《民事判决书》。
- [13] 详见广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法劳终字第2213号《民事判决书》。
- [14] 详见广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法商终字第294号《民事判决书》。



□ 胡 洁/文

胡洁律师，中伦文德合伙人，美国天普大学法律硕士，现为北京市律师协会劳动和社会保障专业委员会委员，北京市劳动和社会保障法学会理事，曾任北京市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。胡洁律师长期从事劳动法业务，处理过数百起劳动争议案件，为多家国有大中型企业和外商投资企业提供劳动法律服务，在处理劳动法业务方面具有丰富的经验。

## 约定竞业限制期间应扣除审理期限是否有效？

实践中，部分用人单位与劳动者在《竞业限制协议》中约定，双方因履行该协议发生争议而提起仲裁或诉讼时，竞业限制期限应将仲裁和诉讼的审理期限扣除。该约定是否有效？

### 一、法律规定

我国目前尚未有明确的法律规定，以下条文为相关规定：

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反

法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

第二十六条 下列劳动合同无效或者部分无效：

……

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

……

### 二、司法实践

本文讨论的问题是竞业限制期限是否必须连续计算，用人单位是否可以和劳动者约定竞业限制中断或者中止。区分于另一个问题，即“因劳动者违约，在劳动仲裁或者诉讼过程中超过了约定的竞业限制期限的届满之日，法院是否能否支持用人单位请求继续履行（继续履行的期限=合同约定的时间—劳动者遵守竞业限制的期限）”<sup>[1]</sup>？



两个问题不同之处在于前者是讨论双方能否自行约定，后者是讨论法院能否直接认定。对于后者，已有律师进行研究，“实践中，对于该问题法院部门压倒性的意见是不支持用人单位要求继续履行。笔者查阅了截至到2017年6月11日的北大法宝有关要求劳动者继续遵守竞业限制的案件，无一例外的是当在诉讼中达到了竞业限制届满之日，法院对于用人单位要求劳动者竞业限制的请求都是不予支持。”<sup>[2]</sup>

对于前者，笔者经检索北京、上海、广东、深圳四地判决，仅找到一则相关案例<sup>[3]</sup>，即耐克体育(中国)有限公司诉赵相林竞业限制纠纷案<sup>[4]</sup>。

该案中，双方约定赵相林应在离职后6个月内履行竞业限制义务，后赵相林于2008年3月4日离职后即至该公司的竞争对手处工作，已违反《竞业限制协议》的约定，其应承担相应的民事责任。在判决书中，北京市第二中级人民法院认为，依据涉案《竞业限制协议》约定，如赵相林违反竞业限制义务，则限制期将从违反日期开始延续至协商解决、司法判定或其它方式（包括诉讼）的生效期。因此，被告赵相林应继续履行涉案《竞业限制协议》约定的竞业限制义务至本判决生效之日止。

按照双方约定，竞业限制期限原为6个月，即于2008年9月4日终止，该判决书于2008年9月19日作出，将竞业限制期限延长了数日，与本文约定扣除审理期限，有相似之处，但仅依据单个案件尚无法判断法院的裁判口径。

### 三、问题分析

从法律规定和司法实践来看，对于该问题，目前尚不能得出明确结论。《劳动合同法》第二十四条规定了竞业限制的范围和期限。其中竞业限制期限不得超过二年的规定为效力性强制性规定，但并未指明能否扣除因双方发生争议的审理期限。

故对于本文讨论的问题，需要区分两种情形，第一种情形是双方约定的竞业限制期限不超过两年，例如为一年，同时约定应当扣除仲裁和诉讼的审理期限，扣除后最长依然不超过两年。第二种情形是双方约定的竞业限制期限为两年，同时

约定应当扣除仲裁和诉讼的审理期限，扣除后最长超过两年。

笔者认为，对于第二种情形，应当否定该约定的效力。约定竞业限制的目的在于保护用人单位的商业秘密，在劳动者离职后，用人单位的技术和商业状况一直在发展变化，竞业限制的期限越长，对用人单位商业秘密的侵害越小，但对劳动者的自由择业权限制越大，以延长竞业限制期限的方式作为对劳动者的惩罚，将影响到劳动者生存发展的权利，也不利于社会经济的发展进步，所以应当严格限制竞业限制的最长期限。

对于第一种情形，在扣除仲裁和诉讼的审理期限后，竞业限制期限最长依然不超过两年，而劳动者事先对此亦明知的，可以认为没有违反《劳动合同法》第二十四条的效力强制性规定。

但应当考虑在审理期间劳动者遵守竞业限制的情况，如果劳动者遵守了竞业限制约定，那么该期间不应当扣除。如果不加区分地认定扣除审理的约定有效，那么即使劳动者没有违反竞业限制约定，只要用人单位提起诉讼，将可以毫无成本地延长劳动者的竞业限制期限，这将诱发用人单位恶意诉讼的风险。

同时，如果劳动者已经就其在审理期间违反竞业限制期间承担了违约责任，该期间也不应当扣除。

综上，笔者认为只有在用人单位和劳动者约定的竞业限制期限不超过两年，扣除仲裁和诉讼的审理期限后，从离职之日起计算的竞业限制期限最长仍然不超过两年，劳动者在审理期间违背了竞业限制约定且未尚对此承担违约责任的情形下，才应当能认定该约定有效。

#### 注释：

- [1] 引自徐健律师《在劳动仲裁或者诉讼过程中超过竞业限制期限届满之日是否适用继续履行》，载微信公众号“快马一脚”，日期2017年6月30日。
- [2] 同上注，可见常州灵特尔轻便展示系统有限公司与李青竞业限制纠纷二审民事判决书（（2016）苏04民终3872号），杭州恒生网络技术服务股份有限公司诉王云敏竞业限制纠纷案（（2014）浙杭民终字第62号），刘凡清与杨明等竞业限制纠纷上诉案（（2011）沪一中民三（民）终字第1294号）等。
- [3] 截止2017年8月10日，检索数据库为无讼。
- [4] 见北京市第二中级人民法院（2008）二中民初字第11834号民事判决书。



□ 赵冰凌/文

赵冰凌律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，中国人民大学法学学士与法学硕士，伦敦政治经济学院法律与会计理学硕士，对外经济贸易大学竞争法方向的在读博士。赵律师的业务领域包括公司业务、合规、竞争法、劳动法、外商投资、并购、金融业务等领域。



□ 徐云飞/文

徐云飞律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，中国人民大学法学硕士。徐云飞律师的业务领域包括外商直接投资、境外投资、企业并购、电信及互联网监管、反垄断及反不正当竞争，以及外汇、贸易、国有资产管理、劳动、合规和其他一般公司业务。



□ 李小妮/文

李小妮，律师助理，西南政法大学法学学士，英国布里斯托大学商法学硕士，业务领域包括外商投资、企业并购、公司合规和其他一般公司业务。

## 从长安福特被罚浅谈转售价格维持行为的 反垄断监管

### 长安福特案

2019年6月5日，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）发布处罚公告，对重庆长安汽车股份有限公司（“长安汽车”）下属的合营企业长安福特汽车有限公司（以下简称“长安福特”）违反《反垄断法》第14条，实施限定向第三人转售商品最低价格的转售价格维持行为（“RPM”），处以1.628亿元罚款的行政处罚（以下简称“长安福特案”）。

根据公告，2013年来，长安福特在重庆区域内通过制定《价格表》、签订《价格自律协议》以及限定下游经销商在车展期间最低价格和网络最低报价等方式，限定下游经销商整车最低转售价格，违反了《反垄断法》第14条。1.628亿元罚款金额，相当于长安福特上一年度重庆地区销

售额的4%。对于这一处罚决定，长安福特在其公告中已声明充分尊重并坚决执行，并已经采取行动与经销商一起规范区域销售管理。长安福特RPM案是市场监管总局设立后，就RPM行为进行地真正意义上第一次执法行为。

### 长安福特案的启示

此前实务界和学术界曾期望整合后的市场监管总局对于RPM的执法态度可以向反垄断民事诉讼的司法实践靠拢，即：能够在认定RPM行为后，进一步结合市场份额、品牌内和不同品牌间的竞争情况等因素分析RPM行为是否存在排除、限制竞争的效果，以决定是否构成第14条禁止的RPM行为。但本案的执法实践显示，市场监管总局仍沿用了发改委和各地物价局采用“禁止+豁免”的执法思路。

渠道管理是企业销售部门的重要业务。在冲销售业绩、管理销售市场的日常业务中，很多业务人员对于2008年生效的《中华人民共和国反垄断法》第14条的威力知之甚少。长安福特案的巨额处罚，为公司管理层、销售部门以及法务部敲响了警钟。

### 非市场支配地位企业实施RPM行为亦存在被反垄断执法机构行政处罚风险

出于节约执法资源的考虑，长期以来我国反垄断执法部门在执法过程中的口径较为严格，反垄断执法中一直采用“禁止+豁免”的执法思路。“禁止+豁免”指对RPM行为原则上禁止，行政执法机构只要证明了存在RPM行为，无需进一步证明该RPM行为是否具有排除、限制竞争的效果，即可对涉案公司进行处罚，除非被调查公司能够依据反垄断法第15条证明存在豁免情形。值得注意的是，截至目前，实践中尚无一例成功取得豁免的案例。此前关于RPM的行政处罚决定书均表示，只要证明了存在RPM行为，就不

会进一步结合市场份额、品牌内和品牌外竞争情况等个案因素再去考量行为是否有排除、限制竞争的垄断效果。

自《反垄断法》颁布至今，反垄断执法机构已对白酒、奶粉、眼镜、汽车、轮胎、家电、医疗器械、消费电子产品、化工等多个行业的RPM行为进行了调查和处罚。自2013年开始截至2015年底，各地发改委总共处理了8个RPM案件；2016年一年中即上升为6个；2017年有4个；2018年，因为机构合并，案例较少，但引人注目的是，国家发改委针对国有企业中石油集团中的两家天然气公司限定压缩天然气最低转售价格的行为作出处罚，共处其年度销售额6%的罚款，合计8,406万元。

依据目前所有的处罚决定书，可以观察出行政执法机构只要证明了存在RPM行为，就不会进一步结合市场份额（例如是否具有市场支配地位等）、品牌内和品牌外竞争情况等个案因素再去具体考量行为是否有排除、限制竞争的垄断效果，即均未将排除、限制竞争的效果作为认定违



法行为的构成要件。尽管有些处罚决定书中，用极简的语言对于竞争影响稍有触及，但是这种提及并非对构成违法行为前提条件的讨论，亦无相应证据进行佐证。

因此，目前的反垄断执法实践中，即使对于不具有市场支配地位的企业，RPM的禁止性规定仍然普遍适用。

### 反垄断民事诉讼中法院采用“合理分析”原则不能免除企业反垄断行政执法风险

非常容易令企业误判反垄断执法结果的是，我国法院在审理反垄断协议民事案件中，对于RPM行为的认定采用了与市场监管总局不同的路径，倾向于使用“合理分析”原则，将排除、限制竞争的效果作为构成应禁止的RPM构成要件之一，并依据“谁主张谁举证”的民事诉讼原则，要求原告证明存在排除、限制竞争的效果。例如在格力空调案中，广东省高院将东莞地区的空调电器市场认定为相关市场、基于相关市场内存在多个与格力品牌实力相当的品牌，以及格力空调参与促销活动等证据，认定相关市场竞争充分，格力品牌未占据绝对优势份额，认定格力品牌在相关市场没有市场支配地位；其次，从消费者选择和产品替代的角度，“即使格力空调品牌限定最低销售价格，消费者完全可以替代选择其他同类品牌”；从产业链角度，“产业链上，也无证据显示空调产品关联产业的竞争关系会因格力空调的销售限价而有所影响”。因此法院认定涉案协议尽管约定了最低转售价格，但不是出于排除、限制竞争的目的，不论对横向的空调品牌市场，抑或纵向的空调关联产业供给市场，均没有产生排除、限制竞争的效果”。

但是，在同一年，反垄断行政执法机构就家电行业的类似行为，却做出了与格力空调案截然相反的处罚决定。在海尔公司限定转售价格垄断案中，海尔三家销售公司上海分公司在销售家电产品时，与下游经销商、零售商达成并实施了、与上述格力空调案中相类似的RPM协议。对此，上海市物价局认为违反了《反垄断法》14条，处以总计12,348,000元罚款。对比上述格力空调民事诉讼案件，可以看出，尽管都是家电类产品销

售过程中，达成并实施了类似的RPM协议，但是反垄断执法机构与法院的认定结果却截然相反。

这充分证明，法院在民事诉讼中运用的“合理分析”原则，并不能排除企业受到巨额反垄断处罚的行政执法风险。

就反垄断民事诉讼与行政执法审查标准不同这一实践问题，2017年底，海南省高级人民法院（“海南省高院”）就海南省物价局与海南裕泰科技饲料有限公司行政处罚纠纷案（以下简称“裕泰公司诉海南物价局案”或“本案”）作出的二审判决以及2018年底最高法院就该案的再审裁定，进一步从行政诉讼司法审查的角度肯定了行政执法机关在认定RPM协议时适用“原则禁止+例外豁免”原则的合法性。该案第一次正面地、详细地回应了如何处理反垄断民事诉讼和行政执法分歧的路径。二审法院认为，行政诉讼与普通垄断民事纠纷案件不同，属于“对反垄断行政执法的司法审查，应尊重反垄断执法机构的行政自由裁量权”。最高法院虽然在再审裁定中明确，排除、限制竞争是第14条项下RPM协议的构成要件，但是出于我国反垄断执法处于初期和经济发展阶段的考虑，最高法院认为，如果要求执法机构进行全面调查和复杂经济分析以确定对竞争的影响，对于反垄断执法机构要求过高。因此，在反垄断行政执法的司法审查中，允许反垄断执法机关对RPM的认定，采用与反垄断民事诉讼中不同的审查标准，不要求行政执法机构证明必然或者已经构成“排除、限制竞争”的效果或者损失，只要具有可能性即可构成，再转由被调查公司提供证据进行抗辩其签订协议不符合“排除、限制竞争”的规定或者证明第15条规定的豁免情况。“反垄断执法机构应当对于被调查公司提交的证据进行分析，确认其抗辩理由是否成立”。因此，在纵向价格垄断执法指南出台之前，原则上，企业应仍以反垄断执法机构的审查口径为合规标准。市场份额非主导的经营者，也仍然要关注反垄断执法机构的执法标准变化。



□ 武 坚/文

武坚律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 钟濠洋/文

钟濠洋律师，毕业于中国政法大学法学实验班，法学学士、法律硕士，曾挂职贵州省安顺市中级人民法院办公室副主任（在民二庭帮助工作），曾任罗马尼亚布加勒斯特大学讲师。执业领域：房地产与建设工程、民商事争议解决等。

## 二手房买卖中卖房人户口未迁出，如何维权？

### 【案情简介】

2016年5月21日，卖房人刘某与杨某签订《北京市存量房屋买卖合同》，刘某购买坐落于北京市昌平区某小区301号房屋。合同第九条第（三）款规定：卖房人应当在该房屋所有权转移之日起60日内，向房屋所在地的户籍管理机关办理原有户口迁出手续。如因卖房人自身原因未如期将与本房屋相关的户口迁出的，应当向买房人支付房屋总价款5%的违约金；逾期超过15日未迁出的，自逾期超过15日起，卖房人应当按日计算向买房人支付全部已付款万分之五的违约金。合同中还约定了其他权利义务。合同签订后，双方各自均已履行了主要的合同义务。涉案房屋于2016年7月22日办理了产权转移登记手续。后由于卖房人女儿的户口在涉案房屋中未迁出，双方发生纠纷，故刘某诉至法院请求杨某承担违约责任。

### 【裁判观点】

一审法院认为，根据《北京市存量房屋买卖合同》第九条第（三）款之约定，杨某作为合同当事人负有办理原有户口迁出手续的义务，现超

过合同约定的期限杨某的女儿户口仍在涉案房屋中，杨某未将上述户口迁出，违反了合同约定，故应当对此承担违约责任。关于违约金数额一节，杨某认为违约金数额过高，法院根据刘某的实际损失情况，酌情予以减少，以房屋价款175万元为基数，按日万分之零点五的比例计算违约金。

杨某不服，向北京市一中院上诉，一中院判决驳回上诉，维持原判。杨某又向北京高院申请再审，北京高院裁定驳回其再审申请。

### 【案件评析】

#### 一、户口迁移不属于法院主管范围，买房人不能向法院主张

《民事诉讼法》第一百一十九条<sup>[1]</sup>规定，向人民法院起诉的案件必须属于人民法院受理民事诉讼的范围。不巧的是，户口迁移问题属于行政管理问题，不属于民事案件受理范围，法院也无权作出此类判决。因此，即使卖房人未能及时将户口从出售的房屋中迁出，买房人也不能向人民法院起诉。例如，开篇案例中提到的刘某在案件胜诉以后又向人民法院起诉要求杨某之女配合其办理户口迁出手续。人民法院在判决中指出，“由

于户口迁移问题不属于法院主管，故本院不予处理。”尽管该问题不能由法院解决，但是买房人作为房屋的所有权人可以向公安部门反映，通过行政途径维护自身合法权益。

## 二、卖房人拒不迁出户口的，买房人可以主张违约金

实践中，二手房买卖通常都是采用的格式合同，例如《北京市存量房屋买卖合同》第十条“户籍迁出”第（四）款就约定：“如出卖人未如实陈述户籍登记情况、或擅自迁入户籍、或未如期将户籍迁出的，出卖人应当按日计算向买受人支付房屋总价款万分之五的违约金，且出卖人仍负有户籍迁出的义务。”根据《合同法》第八条<sup>[2]</sup>的规定，卖房人应当依约履行自己的合同义务，将户籍从房屋迁出，隐瞒户籍登记情况或者拒不迁出的，应当承担支付违约金的责任。如果买房人和卖房人之间签订房屋买卖合同，没有就户口迁出问题作出约定，基于诚实信用原则以及交易习惯，仍然可以认为卖房人有将户口迁出的义务。《民法总则》第十条<sup>[3]</sup>亦有相关规定。在司法实践中，关于主张违约金，有以下几点注意事项：

1. 户口迁出期限不明确的，买房人可以随时要求迁出

依据《中华人民共和国合同法》第六十二条第（四）项<sup>[4]</sup>之规定，履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。生活中，很多买房人在签订买卖合同时往往不注意户口问题，而

户口也不影响房屋的过户，因此在合同中没有对搬出的期限做特别的约定，甚至有些买房人在房屋过户以后很长时间都没有意识到房屋已经被用于登记开户。这种情况下，买房人作为物权人，有权要求卖房人随时将户口迁出，但是要给一个合理的期限，例如一个月。在（2017）京民申4671号案件中，北京市高级人民法院就指出：“本案中，双方就户口迁出义务的履行期限约定不明确，但赵\*作为房屋出售人负有将其户口迁出的义务，鉴于赵\*在合理期限内未将户口迁出，魏\*、谷\*要求赵\*支付违约金理由正当，应予支持”。

2. 违约金高于实际损失的，卖房人可以主张调减

根据《最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）》第二十九条<sup>[5]</sup>的规定，当事人主张的违约金过高的，当事人可以要求调减。需要注意的是，人民法院适用该条的前提是当事人主动提出调减，否则法院不能主动适用该条。公开可查的案例中，有些人民法院会按照合同约定的比例确认违约金的数额，例如房屋总价款的5%、10%等，也有些合同约定按照户口逾期迁出的时间长短确定违约金的数额，例如每日收取房屋总价款的万分之五。例如在（2016）京01民终1290号案件中，北京市一中院就支持了原告的主张，判决被告按照房屋总价款的10%支付违约金，理由是“双方在合同中明确约定了违约金的计算方法，明确了违约金的计算比例，可见双方对违约后果均有明确预判”。但是，在更多的案例中，法院都根据当事人的申请，调减了违约金，一般数额都不超过10万，例如（2015）高民申字第02390号案件。在该类案件中，买房人要证明户口不迁出给自己造成的损失比较困难，这样法院通常都会酌减。

3. 户口不属于卖房人的，卖房人仍然应当担责

实践中会出现这样一种情况，就是登记在二手房名下的户口不是卖房人的，也不是其家人的，可能是上一任业主的，也



可能是其亲朋好友或者其他关系人的，卖房人对于这些人的户口迁出没有掌控力，但是仍然要承担违约责任。例如在（2016）京民申 2587 号中，户口就不在卖房人名下，北京市高级人民法院指出，考虑到户口和卖房人的关系，以及卖房人对未迁移户口的可控制因素等实际情况，对违约金进行酌减。从这个案例中也可以看出，违约责任不是过错责任，不以卖房人存在过错为前提。

4. 违约金超过诉讼时效的，卖房人可以不承担

《民法总则》第一百八十八条<sup>[6]</sup>规定，诉讼时效是三年，自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。按照合同约定，违约金通常按日计算，未及时迁出的状态每持续一日则计算一日的违约金，诉讼时效也要单独计算。例如，在（2017）京民申 4635 号案件中，北京市高级人民法院认为，因被告未将户口依约迁出的违约事实持续性存在，且合同中约定的违约金的计算方式在逾期十五日后采用按日计付，每日的违约金数额均应视为个别的债权分别单独适用诉讼时效，故本案违约金保护范围为原告起诉之日前两年（当时仍适用《民法通则》）的违约金以及起诉之后至被告迁出户口期间的违约金。买房人应当特别注意，及时主张权利，并且保留证据，实现中断诉讼时效的效果。

### 三、卖房人拒不迁出户口的，买房人可以主张解除合同

当事人如果在买卖合同中约定了户口不迁出可以解除合同，买房人则可以依据合同解除双方之间的买卖关系。当事人如果没有在合同中进行约定的，按照《合同法》第九十四条第（四）款<sup>[7]</sup>的约定，如果买房人的购房目的因为户口未迁出的缘故不能合同目的不能实现了，也可以解除合同。实践中，因为购房目的不能实现解除合同的主要是因为落户和上学问题。有的地方一栋房子名下只能有一户，所以，卖房人的户口不迁出，买房人的户口就不能迁入，这种情况下，买房人可以主张解除合同。另一种情况下，买房人的孩子需要上学，而购买房产的目的就是为了获得一个上学的指标，如果卖房人的户口不迁出，买房

人就不能获得指标，这种情况下卖房人也可以主张解除合同。例如，在（2017）京 0105 民初 47267 号案件中，北京市朝阳区人民法院法官指出，原告购买房产的目的就是为了使用涉诉房屋的入学指标，由于合同目的无法实现了，所以原告享有单方解除合同的权利。需要提醒买房人的是，一旦涉诉，如何证明自己的购房目的也是举证的重点，最好是在合同中载明。

## 【总结】

在签订二手房买卖合同之前，买房人一定要了解交易房屋的户口情况。在向房地产交易登记管理部门申请过户登记前，买房人要亲自或委托房产中介机构到房屋所在地的公安机关进行核实。这样既可以核实卖房人是否真的已经将户口迁移出去，又可以防止其他人的户口仍未迁走的情况出现。想要防止卖房人不迁移户口，买房人应该要求在合同中约定有关户口迁移的相关事宜，并约定违约责任，以此敦促卖房人履行合同。一旦卖房人违约，买房人可以主张违约责任，甚至解除合同。

## 注释：

- [1] 《民事诉讼法》第一百九十九条 起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。
- [2] 《合同法》第八条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。
- [3] 《民法总则》第十条 处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。
- [4] 《合同法》第六十二条 当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：……（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间……
- [5] 《最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）》第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。  
当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失”。
- [6] 《民法总则》第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。  
诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。
- [7] 第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（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……



□ 陈禄堂/文

陈禄堂律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，毕业于西北政法大學法学院。曾在工商银行从事信贷工作，拥有工行信贷员资格，曾参与工商银行大量不良资产的清收和处理工作。主要从事领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。



□ 程静/文

程静律师，北京市中伦文德律师事务所专职律师，毕业于北京师范大学法学院，主要从事领域为不良资产处置业务、商事诉讼仲裁业务、知识产权诉讼、破产清算业务以及公司常年法律顾问业务。

## 论执行异议之诉

民事执行程序是民事主体实现公力救济的最后环节，是人民法院的执行部门使用国家强制力，综合运用各种司法手段，在被执行人拒不履行法律生效文书确定的义务且申请执行人申请的情况下，将法律确定的义务转化为实际权利的过程。

在执行程序中，因执行程序推进过程中的所涉因素的复杂性，往往产生程序性瑕疵或实体性瑕疵，给执行当事人、案外人、利害关系人带来权益上的损害，而法律也赋予了该类权益受侵害群体的救济手段，即“执行异议制度”，执行异议之诉系该制度的一重要组成部分，赋予了案外人以及其他当事人再次救济的手段。

执行异议之诉的相关规定主要体现在《民事诉讼法》第 227 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释（法释〔2008〕13号）》（以下简称“《执行程序司法解释》”）、《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“《执行异议和复议的解释》”）以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释（法释〔2015〕5号）》（以下简称“《民诉司法解释》”）中。

本文将对执行异议之诉相关法律问题进行探讨与辨析。

### 一、执行异议之诉与执行复议的选择

执行异议制度可以根据其异议的对象区分为执行行为异议与案外人异议，分别规定在《民事诉讼法》的第 225 条<sup>[1]</sup> 和 227 条<sup>[2]</sup>，这两个法条基本确定了执行异议制度的异议对象、异议主体、审查期限，异议人救济途径。

前者的异议主体为当事人、利害关系人，针对的是执行阶段中的程序性瑕疵，即在执行过程中，因执行人员因程序性事项的违法或不当操作而损害了当事人、利害关系人的法律上的利益而非事实利益，当事人、利害关系人有权向负责执行的法院以书面形式提出异议申请，法院在收到异议之日起十五日内审查，做出撤销或改正或驳回的裁定，异议人在不服执行法院做出的裁定的情况下，向上级法院申请复议。

后者的异议主体则为案外人，针对的是执行阶段中的实体性瑕疵，即在执行过程中，因执行行为损害了案外人实体利益，案外人有权向法院提出异议，法院在收到异议之日起十五日内审查，

做出中止执行或驳回的裁定，异议人、当事人在不服执行法院做出的裁定的情况下，可以向上级法院提起诉讼。

由此可以看出，民事执行程序中针对程序性事项异议带来的权利救济，法律采取了复议制度，而针对实体性事项权利瑕疵，法律赋予了诉讼作为救济渠道，这是由于两者侵害的法益不同，前者只需通过上级法院对程序瑕疵进行纠正便可实现救济，而涉及到实体权利的侵害时，则必须通过民事诉讼程序，通过开庭举证辩论等手段，明晰实体权利的状态。

《执行异议和复议的解释》第5条<sup>[1]</sup>，列举了实践中常见的利害关系人提出执行行为异议的情况：“（一）认为人民法院的执行行为违法，妨碍其轮候查封、扣押、冻结的债权受偿的；（二）认为人民法院的拍卖措施违法，妨碍其参与公平竞价的；（三）认为人民法院的拍卖、变卖或者以物抵债措施违法，侵害其对执行标的的优先购买权的；（四）认为人民法院要求协助执行的事项超出其协助范围或者违反法律规定的；（五）认为其他合法权益受到人民法院违法执行行为侵害的。”若因前述事项提出异议，被认定为是利害关系人提起的执行行为异议，适用复议制度进行权利救济，而不能通过民事诉讼程序。

## 二、执行异议之诉的分类

除上述《民事诉讼法》的第227条的规定，根据2011年2月18日发布的《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》（法〔2011〕41号），该决定将第43条“执行异议之诉”分为：案外人执行异议之诉、申请执行人执行异议之诉、执行分配方案异议之诉。说明执行异议的主体包含了案外人、申请执行人、债权人，当事人，但该案由没有囊括实务操作中的其他诉讼主体，例如在变更、追加执行当事人异议之诉中，被申请人亦可作为执行异议之诉的主体。以下就执行异议之诉的分类作详细介绍。

### （一）案外人执行异议之诉

#### 1. 诉讼主体

##### （1）起诉主体

除了《民事诉讼法》的第227条，《执行程序司法解释》第17条也对案外人执行异议之诉进行了规定，“案外人依照民事诉讼法第204规定提起诉讼，对执行标的主张实体权利，并请求对执行标的停止执行的，应当以申请执行人为被告；被执行人反对案外人对执行标的所主张的实体权利的，应当以申请执行人和被执行人为共同被告。”

首先，提起案外人执行异议之诉的主体是案外人，案外人的概念如何划定呢？案外人与执行行为异议中的利害相关人又如何区分呢？笔者借用最高人民法院举办的《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》新闻发布会上最高人民法院执行局复议监督室主任范向阳向记者做出的解答来回答此问题，“利害关系人是民事诉讼法第225条所用的一个专业术语。利害关系人是当事人以外的人。利害关系人对人民法院的执行行为这种公法行为提出异议，认为执行行为损害了自己的合法的权利和利益的，有权依据民事诉讼法第225条提出执行异议。利害关系人和案外人相对应而言的，案外人又是什么概念呢？案外人也是当事人以外的人，是对法院的执行标的主张实体权利的人，他说这个东西是我的。这是案外人与利害关系人的区别。可见，利害关系人和案外人都是当事人以外的人，但是利害关系人主张异议的目的是纠正违法的执行行为，所以他的权利基础是程序权利。比如超标的执行了，或者影响其营业了。其异议目的是说程序错了，要重新来。而案外人对执行标的主张实体权利，说这个东西是我的，根本不能从这儿走，这个路就走错了，要改道，其就是主张排除执行，就不能执行这个财产。因此，利害关系人异议与案外人异议在权利的基础上、异议的目的上截然不同。”

因此，案外人是常见的提起执行异议之诉的主体。

#### （2）被诉主体

根据《执行程序司法解释》第17条的规定，案外人提起诉讼，以申请执行人被诉主体，但如果被执行人反对案外人所主张的实体权利，则案外人以申请执行人及被执行人为共同被告。

## 2. 诉讼程序

根据《民事诉讼法》的第 227 条的规定，案外人在提起执行异议之诉之前，须经过执行异议的前置程序，在案外人的执行异议被驳回后，案外人方可提起诉讼。

## 3. 时效限制

根据《民事诉讼法》的第 227 条的规定，案外人应在执行程序过程中，即执行程序终结之前提出执行异议，在法院对执行异议做出的裁定送达案外人之日起十五日内提起诉讼。对此，《执行异议和复议的解释》第 6 条也做了相应规定，“当事人、利害关系人依照民事诉讼法第二百二十五条规定提出异议的，应当在执行程序终结之前提出，但对终结执行措施提出异议的除外”。而关于执行程序终结的定义，在执行行为异议与案外人执行异议程序中不尽相同，在执行行为异议程序中，执行程序终结应为整个案子的执行程序的终结，而案外人执行异议程序中，仅限于案外人主张权利的标的物的执行终结之前，但该时限同样存在例外，根据《执行异议和复议的解释》第 6 条第 2 款的规定：“案外人依照民事诉讼法第二百二十七条规定提出异议的，应当在异议指向的执行标的执行终结之前提出；执行标的由当事人受让的，应当在执行程序终结之前提出。”可以解读出两个含义，第一，执行标的执行终结与执行程序终结的区别，第二，在执行标的由当事人受让的情况下，案外人提出异议的时效延长至整个案件执行程序终结之前。

## 4. 管辖法院

根据《民诉司法解释》第 304 条规定，执行异议之诉案件应当由执行法院管辖。对于提级执行、指定执行、委托执行的案件，案外人或申请执行人对执行异议裁定不服提起执行异议之诉的，应当由作出中止执行或驳回异议裁定的人民法院管辖，无须考虑当事人住所地或执行标的物所在地或金额大小，这样设计是为了便于执行法院查明事实，尽量减少执行异议程序的繁冗，即使提起执行异议之诉后被被执行人进入破产程序的，法院也可以裁定仍由执行法院继续管辖。

## (二) 申请执行人执行异议之诉

## 1. 诉讼主体

### (1) 起诉主体

《民事诉讼法》的第 227 条规定中，有一个提起起诉的主体往往容易被忽略，就是当事人，在《民事诉讼法》的第 227 条的第二款明确，案外人、当事人对裁定不服，可以向人民法院提起诉讼。”这里面的当事人，按照字义解释，即申请执行人与被执行人，但是在后颁布的《民诉司法解释》明确了此问题，第 309 条规定，被执行人无权提起执行异议之诉，如其对因案外人提出异议后法院作出的中止执行的裁定有异议，应另行起诉。在此就否定了被执行人作为提起执行异议之诉主体的权利。而申请执行人则有权在案外人执行异议后，因不服裁定提起执行异议之诉。

### (2) 被告主体

根据《执行程序司法解释》第 21 条<sup>[4]</sup>规定，申请执行人提起诉讼，以案外人被被告主体，但如果被执行人反对申请执行人执行请求的，则以案外人和被执行人为共同被告。

## 2. 诉讼程序

上文在案外人执行异议之诉中提及，案外人进行执行异议之诉，应以执行异议为前置程序，但这一程序在申请执行人执行异议之诉中存在例外，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》的相关规定<sup>[5]</sup>，如在因出资责任追加有限合伙人、股东、出资人或发起人，因未经清算注销等追加股东、高管为被执行人的情形中，申请执行人及被追加股东对变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以直接提起执行异议之诉，不需要以执行异议为前置程序。

关于时效与管辖问题，案外人执行异议之诉的规定同样适用于申请执行人异议之诉，本文在此暂不赘述。

## (三) 执行分配方案异议之诉

### 1. 法律规定

关于执行分配方案异议之诉的规定，始创于《执行程序司法解释》第 25 条、第 26 条<sup>[6]</sup>，后又在《2015 民诉司法解释》第 511 条、522 条<sup>[7]</sup>做了相同的规定。

## 2. 诉讼主体

### (1) 起诉主体

根据上述法律规定，执行分配方案异议之诉的起诉主体为债权人或被执行人，但这个起诉主体的范围与案外人异议之诉中的案外人存在重合，因为案外人往往有可能是被执行人的其他债权人或者执行标的物人。因此，债权人可以根据自身的情况，对比两个性质的诉讼的区别，选择对自己有利的案由进行起诉。

### (2) 被诉主体

异议人向法院提交异议意见，未提出异议的债权人、被执行人收到通知后提出反对意见的，法院应通知异议人，异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告。

## 3. 诉讼程序

如前述案外人执行异议之诉、申请人执行异议之诉，执行分配方案异议之诉同样需要以执行异议为程序前置，在收到法院的分配通知之日起十五日内向法院提交书面的异议意见，法院会将异议意见通知其他债权人及被执行人，若无人在十五日内提出反对意见，则法院将按照异议人的意见进行分配。若有其他债权人或被执行人提出意见，异议人在接到反对意见的通知后，可以在十五日内向法院提起诉讼。

## 4. 时效限制

对比前面两种性质的执行异议之诉，分配执行方案异议之诉的时效限制并不是以执行程序终结作为节点，而是需要在异议程序结束之后方可提起，即在异议人收到法院发出的其他债权人或被执行人反对意见的通知后的十五日内，在该期间提出。

## 5. 与执行行为异议的区别

很多债权人或被执行会认为只要处在分配程序过程中，就适用执行分配方案异议之诉的相关规定，但是适用何种救济手段，还需要辨别异议的对象是什么。债权人或债务人在执行分配程序中的异议包括程序异议和实体异议。程序异议是指债权人或被执行人认为执行法院在分配程序中存在违法行为或者不当行为，向执行法院请求救济的情形，异议人应当依据《中华人民共和国国民

事诉讼法》第 225 条的规定提出执行行为异议，在异议被驳回后适用复议程序。实体异议是指债权人或被执行人对于分配方案所载各债权人债权的真实性、应当分配的债权数额、分配顺位存在的异议，此种情形才适用执行分配方案异议之诉的相关规定，通过诉讼来进行权利救济。

## (四) 变更、追加执行当事人异议之诉

### 1. 法律规定

在上文提到的申请执行人执行异议之诉的诉讼程序问题时，提及执行异议前置程序的例外，根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》的相关规定<sup>[8]</sup>，如在因出资责任追加有限合伙人、股东、出资人或发起人，因未经清算注销等追加股东、高管为被执行人的情形中，申请执行人及被追加股东对变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以直接提起执行异议之诉，而这些规定也构成了变更、追加执行当事人异议之诉的法律基础。

### 2. 诉讼主体

#### (1) 起诉主体

根据上述法律规定，变更、追加执行当事人异议之诉的主体为申请执行人或被申请人。

#### (2) 被诉主体

被申请人提起执行异议之诉的，以申请人为被告。申请人提起执行异议之诉的，以被申请人为被告。

### 3. 诉讼程序

如前文所述，针对法院做出的变更、追加执行当事人的裁定，不服裁定的被申请人、申请人或其他执行当事人可以自裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议，但是若在因出资责任追加有限合伙人、股东、出资人或发起人，因未经清算注销等追加股东、高管为被执行人的情形中，申请执行人及被追加股东对变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以直接提起执行异议之诉，也无须将提起执行异议作为前置程序。

### 4. 时效限制

提起变更、追加执行当事人异议之诉的时效限制类似于执行分配方案异议之诉，并非可以在

执行程序终结之前均可以提起，该诉可以提起的时间阶段仅为裁定送达之日起的十日内。

### 三、执行异议之诉与第三人撤销之诉、再审程序的比较

#### (一) 三种程序的比较

	执行异议之诉	第三人撤销之诉	申请再审
针对对象	执行行为所指向的执行标的(对原判决、裁定无异议,目的是排斥对特定执行标的的强制执行行为)	已经发生法律效力判决、裁定、调解书	已经发生法律效力判决、裁定、调解书
提出主体	案外人、利害关系人、当事人	未参加原审的案外第三人	原审的当事人、执行程序中向法院驳回其执行异议的裁定不服,认为原判决、裁定、调解书内容损害其民事权益的案外人
管辖法院	执行法院	作出生效判决、裁定、调解书的人民法院	向作出原审判决、调解书的人民法院的上一级法院申请再审; 当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件,也可以向原审人民法院申请再审; 最高人民法院、高级人民法院裁定再审的案件,由本院再审或者交其他人民法院再审,也可以交原审人民法院再审
提前时间	自针对执行异议的裁定送达之日起15日内	知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内	在判决、裁定、调解书发生法律效力后六个月内; 自知道或者应当知道之日起六个月内提出(发现新证据、原判决认定事实的主要证据是伪造的、据以作出原判决的法律文书被撤销或变更的、审判人员有贪污受贿等渎职行为)
起诉(申请再审)条件	见上文,此表格不再赘述。	因不能归责于本人的事由未参加诉讼; 发生法律效力判决、裁定、调解书的全部或者部分内容错误; 发生法律效力判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益。	对已经生效的判决:符合民事诉讼法第200条规定的13种情况; 对已经生效的调解书:提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律(民事诉讼法第201条)
当事人地位	见上文,此表格不再赘述。	被告:生效判决、裁定、调解书的当事人 第三人:生效判决、裁定、调解书中没有承担责任的无独立请求权的第三人	被申请人:再审申请书载明的被申请人(由再审申请人决定将谁列为被申请人) (未提出再审申请或者未被列为被申请人的) 原审其他当事人:按照其在一审、二审中的地位依次列明
立案审查期限	收到起诉状15日内决定是否立案	收到起诉状30日内决定是否立案	收到再审申请书之日起三个月内审查(特殊情况经院长同意可延长)
审理程序	普通程序	普通程序,组成合议庭开庭审理	审判监督程序,应当另行组成合议庭(民诉法第207条)
原生效法律文书是否中止执行	驳回案外人执行异议的裁定送达案外人之日起15内、案外人执行异议之诉立案审查期间及审理期间,法院均不得对执行标的进行处分。申请执行人请求法院继续执行并提供相应担保的,法院可以准许	受理后,原告提供相应担保,请求中止执行的,法院可以准许	当事人申请再审的,不停止判决、裁定的执行。但决定再审后,则裁定中止原判决、裁定、调解书的执行,但追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件,可以不中止执行。

## （二）执行异议之诉与其他程序的衔接

### 1. 执行异议之诉与第三人撤销之诉

在执行程序中，案外人对执行标的提出书面异议，对法院驳回其异议的裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依据民事诉讼法的规定，案外人享有申请再审的权利。如果该案外人又符合关于第三人撤销之诉的规定条件时，案外人是走第三人撤销之诉程序还是再审程序呢？《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第303条的规定明确了按照启动程序的先后，当事人只能选择一种相应的救济程序，而不能同时启动两种程序，且一旦选定则不允许再变更：案外人对驳回其执行异议裁定不服的，先依据民事诉讼法第227条的规定申请再审的，不得再提起第三人撤销之诉；先启动第三人撤销之诉程序的，第三人又在执行程序中提出执行异议的，法院应当予以审查，第三人撤销之诉继续进行。但之后第三人不服驳回异议裁定的，不得再对原判决、裁定、调解书申请再审。

### 2. 执行异议之诉与再审程序

根据《民事诉讼法》第227条的规定，执行过程中，案外人、当事人对法院的执行异议裁定不服的，若认为原判决、裁定错误的，则应该提起申请再审程序；若认为与原判决、裁定无关，仅对执行标的有争议的，则应当提出执行异议之诉，两种程序的适用前提不同。

以上是作者概括的有关执行异议之诉程序的相关法律规定以及在司法实践中的基本应用。

## 注释：

[1]《民事诉讼法》第225条 执行行为异议，当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

[2]《民事诉讼法》第227条 案外人异议，执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十日内向人民法院提起诉讼。

[3]《执行异议和复议的解释》第5条的规定：“有下列情形之一的，当事人以外的公民、法人和其他组织，可以作为利害关系人提出执行行为异议：

- （一）认为人民法院的执行行为违法，妨碍其轮候查封、扣押、冻结的债权受偿的；
- （二）认为人民法院的拍卖措施违法，妨碍其参与公平竞价的；

（三）认为人民法院的拍卖、变卖或者以物抵债措施违法，侵害其对执行标的的优先购买权的；

（四）认为人民法院要求协助执行的事项超出其协助范围或者违反法律规定的；

（五）认为其他合法权益受到人民法院违法执行行为侵害的。”

[4]《执行程序司法解释》第21条规定：“申请执行人依照民事诉讼法第二百零四条规定提起诉讼，请求对执行标的许可执行的，应当以案外人为被告；被执行人反对申请执行人请求的，应当以案外人和被执行人为共同被告规定。”

[5]《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》

第14条 作为被执行人的合伙企业，不能清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加普通合伙人被执行人的，人民法院应予支持。作为被执行人的有限合伙企业，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未按期足额缴纳出资的有限合伙人为被执行人，在未足额缴纳出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。

第17条 作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。

第21条 作为被执行人的公司，未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，申请执行人申请变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。

第30条 被申请人、申请人或其他执行当事人对执行法院作出的变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议，但依据本规定第三十二条的规定应当提起诉讼的除外。

第32条 被申请人或申请人对执行法院依据本规定第十四条第二款、第十七条至第二十一条规定作出的变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十五日内，向执行法院提起执行异议之诉。被申请人提起执行异议之诉的，以申请人为被告。申请人提起执行异议之诉的，以被申请人为被告。

[6]《执行程序司法解释》

第25条 多个债权人对同一被执行人申请执行或者对执行财产申请参与分配的，执行法院应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

第26条 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人或被执行人。

未提出异议的债权人、被执行人收到通知之日起十五日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；异议人逾期未提起诉讼的，执行法院依原分配方案进行分配。

诉讼期间进行分配的，执行法院应当将与争议债权数额相应的款项予以提存。

[7]《2015民诉司法解释》

第511条 多个债权人对执行财产申请参与分配的，执行法院应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

第512条 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人、被执行人。

未提出异议的债权人、被执行人自收到通知之日起十五日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；异议人逾期未提起诉讼的，执行法院按照原分配方案进行分配。

诉讼期间进行分配的，执行法院应当提存与争议债权数额相应的款项。

[8] 同5



□ 许波/文

许波律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中伦文德刑事法研究院院长。国际刑法学协会（AIDP）注册会员；人民大学“商事犯罪研究中心”委员；北京市律师协会商事犯罪辩护委员会委员；央视社会与法频道《我是大律师》栏目“优秀公益律师”；凤凰卫视特邀嘉宾律师等。执业领域：刑事辩护与代理，民商事诉讼与仲裁，企业刑事合规体系建设。



□ 黄晓亮/文

黄晓亮，中国人民大学法学博士，中伦文德刑事法研究院常务副院长，北京师范大学法学院教授、博士生导师、中国刑法研究所副所长。2006年至2016年期间被聘为中国刑法学研究会副秘书长，2011年至2014年期间在北京市人民检察院第二分院法律政策研究室挂职副主任，2015年7月至今在河南省汝州市人民检察院挂职副检察长、检委会委员。执业领域：刑事辩护与代理、刑民交叉与刑行交叉、刑事合规与刑事法律风险防控。



□ 陈建/文

陈建，中伦文德刑事法研究院高级研究员、实习律师，北京师范大学刑事法律科学研究院法律硕士，曾任某上市公司法务主管，国际刑法学协会会员。先后在中华人民共和国司法部司法协助外事司、意大利锡拉库扎刑事司法与人权国际研究院、台湾师范大学工作学习，参与处理刑事司法协助类案件、各类刑事案件几十余起。执业领域：刑事辩护与代理、刑民交叉与刑行交叉、刑事合规与刑事法律风险防控。

## 对诈骗罪非法占有目的应如何准确认定 ——钱某某诈骗案

### 【基本案情】

受害人师某报案称：2011年1月其与钱某某经朋友介绍相识，两人“第二次见面后再没见过面”，“认识很短，没有很深的交往”。后钱某某以运作筹办“刘德华银川个人演唱会”为由，前后共骗其人民币220万元后失去联系，师某遂于2012年3月1日向银川市公安局直属分局报案。

2012年11月4日，钱某某被宁夏回族自治区银川市公安局直属分局（以下简称“银川市公

安局直属分局”）刑事拘留，2012年12月10日钱某某被宁夏回族自治区银川市金凤区人民检察院（以下简称“银川市金凤区检察院”）批准逮捕，该案办理期间被检察机关两次退回公安机关补充侦查。2013年7月5日，银川市金凤区检察院向金凤区人民法院提起公诉。

检方起诉意见书称：2011年1月，犯罪嫌疑人钱某某与被害人师某结识，2011年12月至2012年6月间，钱某某在与师某交往过程中，并多次虚构自己曾承办“刘德华常州个人演唱会”，

十分成功，并正在筹备“刘德华银川个人演唱会”。2011年5月，师某在银川市金凤区的住处接到钱某某电话，称演“刘德华银川个人演唱会”项目资金有缺口，让师某出资八十万元合作。师某信以为真，于5月19日向钱某某名下的建行账户汇款人民币80万元，同年6月15日，犯罪嫌疑人钱某某以演出规模扩大为由要求师某追加投资，师某于当日分两笔再向钱某某名下的建行账户汇款人民币140万元。钱某某得款后即失去联系，共骗取被害人师某人民币220万元。后钱某某用骗得赃款在常州首付人民币60.8万元购买一套143.12平方米的住房，所得赃款全部挥霍。

法院经审理查明：师某与钱某某实际上是恋人关系，钱某某从来没有向师某提起过关于筹备“刘德华银川个人演唱会”一事。事实是，两人确认恋爱关系后，师某和钱某某长期保持密切的电话、短信沟通，两人还一起开过房，师某还和钱某某一起购买了卡地亚情侣钻戒。师某为了让女友不再从事演艺事业，并帮助她尽早了结与前男友的纠葛，前后三次打款220万给钱某某。在两人交往过程中，由于师某向钱某某刻意隐瞒了他两次结婚并生子的事情，玩弄钱某某感情，钱某某发现感情被欺骗后身心都受到了极大的伤害，遂决定与师某分手，而师某提出了“要么还钱，要么保持关系”的无理要求，两人矛盾由此产生。当师某要求钱某某还款时，钱某某并没有躲避，更没有失联，而是一直与师某保持联系。

根据在案证据，师某向钱某某三次汇款之时无任何证据证明他当时身在银川，银川市司法机关对本案具有管辖权，无相应证据支持，于法无据。

## 【处理结果】

2013年7月23日，银川市金凤区人民法院开庭公开审理了本案，经法庭审理认定银川市司法机关对本案不具有管辖权，遂将本案退回银川市金凤区检察院。2013年8月14日，银川市公安局直属分局对钱某某采取了监视居住刑事强制措施，同年8月23日，解除监视居住。2014年3月3日，银川市金凤区检察院作出“银金检【2013】10号”不起诉决定书，依照《中华

人民共和国刑事诉讼法》第一百七十一条第四款的规定，决定对钱某某不起诉。2014年3月31日，银川市金凤区检察院作出“银金检不诉理【2013】10号”不起诉决定书，在不起诉决定书中，银川市检察院阐述了对钱某某不予起诉的两点理由：“一是本案通过两次退侦，后起诉至银川市金凤区人民法院，因对本案无管辖权退回我院，故本案存在管辖权争议；二是被不起诉人钱某某先后收到被害人220万元汇款，但无充足的证据认定被不起诉人钱某某具有非法占有被害人财务的目的，其一直辩解与被害人系男女朋友关系，其辩解理由无相应证据予以合理排除。”

## 【争议焦点】

本案有三个争议焦点：一是银川市司法机关对本案是否具有管辖权；二是钱某某的行为是否构成诈骗罪；三是本案侦查机关在办案过程中是否存在程序违法。

## 【争议分析】

### （一）银川市司法机关对本案是否具有管辖权

《刑事诉讼法》第24条规定：“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。这里的犯罪地包括犯罪行为发生地和结果发生地。”

在本案中，师某向银川市公安局直属分局报案，称其向钱某某三次汇款行为是根据他在银川公司和钱某某之间的约定所实施，汇款时他身在银川，并称其几次和钱某某通话洽谈“刘德华银川个人演唱会”商演项目时均身在银川。银川市公安局直属分局根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部等关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第一条第2款、《公安机关办理刑事案件程序规定（2012年修订）》第十五条之规定，认为其对本案具有管辖权并立案。

那么，能否由此认定银川市公安直属分局对本案具有管辖权呢？

辩护律师认为，银川市公安局直属分局对本

案不具管辖权：第一，师某没有任何证据能够证明汇款的时候他身在银川。事实上，师某长期生活在北京，本案中除了其个人的陈述以外，没有其本人于案发期间曾在银川居住、生活的任何证据，如从北京到银川的乘机记录、火车票以及乘其它交通工具出入银川的行驶记录等。因此，师某在汇款日、与钱某某通过时是否身在银川，并无相应证据予以证明。第二，虽然师某主张，在银川的公司与钱某某约定汇款 220 万元，但钱某某与该公司并未形成合同关系，该公司给师某汇款 80 万元属于该公司与师某之间的行为，与钱某某不具关联性，且师某所转 220 万元款项均是通过其个人银行账户转至钱某某名下建设银行账户内，故不能由此认定银川市司法机关对本案具有管辖权。第三，钱某某的户籍在江苏常州，经常居住地在北京市朝阳区，钱某某的户籍所在地、经常居住地均与银川市司法机关的管辖权不具关联性。

通过以上三点论证，可以证明无论从犯罪行为发生地、结果发生地，还是从被告人居住地来判断，银川市司法机关对本案均没有管辖权。不能因为报案人师某的户籍在银川，就可以任意扩大刑事诉讼法中管辖权法律规定的外延。

## （二）钱某某的行为是否构成诈骗罪

《刑法》第 266 条规定：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。”

辩护律师认为，本案中钱某某的行为不构成诈骗犯罪，这可以从客观方面和主观方面分别予以证明：

1、客观上，钱某某没有实施任何诈骗行为

诈骗罪是以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法骗取数额较大的公私财物的行为。从理论上分析，诈骗罪的各个构成要件之间具有紧密关联性：欺诈行为——陷入错误——基于错误而处分财产——基于处分财产而受损失。

每两个行为之间都需要密切的因果关系，否则不能满足构成要件该当性。

在本案中，根据公诉机关的逻辑链条来看，钱某某在结识师某后向其虚构了她正在筹备举办“刘德华银川个人演唱会”的事实，师某因此陷入了认识错误，基于这一错误认识向钱某某汇款 220 万元，并由此遭受巨额经济损失。因此钱某某具有诈骗故意，实施了诈骗行为，依法构成诈骗犯罪。然而公诉方的这一看似完整的证据链条，既缺乏有力地证据支撑，又违背了常理、常识和常情。

① 钱某某没有实施虚构事实、隐瞒真相的欺诈行为

在本案中，师某声称钱某某向其提及举办“刘德华银川个人演唱会”一事，并以资金不足为由让他汇款。但是这一事实除了师某个人的口述之外，只有师某好友秦海东和刘海龙的证人证言，且证人秦海东的证言前后矛盾，只听见了钱某某与师某所谓拟举办“刘德华银川个人演唱会”的对话，其他的谈话内容却“没听清”，这显然与生活常理不符。因此，能够证明钱某某“虚构事实”的证据，就只有刘海龙证言这一孤证了。而且，秦海东、刘海龙和师某均系朋友关系，其证人证言的效力及真实性本身存疑。对于口供的使用，《刑事诉讼法》第 53 条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供……”。因此，办案机关片面相信刘海龙一人证言，而对于其他证据却视若不见，违背了孤证不能定案这一铁律。况且，既然合作，理所当然地包括投入资金的总数、各方享有的权益及回报比例，但本案在这些方面的证据恰恰是缺失的。因此，本案中所谓的师某投资刘德华银川个人演唱会这一事实缺少充分证据予以印证。

② 师某并非基于认识错误而处分个人财产

在本案中，师某声称自己因为受到钱某某欺骗，为了投资“刘德华银川个人演唱会”的项目才向钱某某打款，并称他自己跟钱某某的关系是“第二次见面后再没见过面”，“认识很短，没有很深的交往”。然而，判断被害人师某陈述的真实性和证明力，需要与其他证据事实相结合。在案件办理过程中，辩护律师仔细梳理了侦查机关

调取的在案所有证据，同时向相关部门调取了师某和钱某某之间的通话记录、短信记录以及两人的开房记录（住宿登记记录和刷卡付款记录）等交往密切、频繁往来的证据材料。经梳理甄别，辩护律师发现大量的在案证据材料可以证实本案中师某与钱某某之间实际上是恋人关系。这一关系不只是钱某某一人的供述，而是客观事实。能够证实两人之间恋人关系的证据包括：（1）师某和钱某某两人共同朋友的证人证言；（2）师某和钱某某之间的大量、长期、频繁的通话记录、短信记录；（3）师某和钱某某两人的开房记录（住宿登记记录和刷卡付款记录）；（4）恋爱期间师某送给钱某某的卡地亚情侣钻戒等个人物品。这些证据能够形成一个完整的证据链条，从证据的证明力角度来看，前述证据链条足以认定师某和钱某某两人之间系恋人关系。

需要特别指出的是，辩护律师依法调取的师某和钱某某二人之间通话记录，动辄一个多小时，较短的也有二十来分钟，期间还有两人每天几条、几十条的短信往来，而几乎所有的通话记录和短信交流记录均发生在师某声称的“第二次见面之后”。从生活经验上来判断，如果不是热恋中的情侣，是不可能如此长期频繁密集的电话和短信聊天的。据此，师某声称的“第二次见面后再没见过面”、“认识很短，没有很深的交往”的谎言不攻自破。

既然有确凿证据证明二人是恋人关系，那么师某向钱某某汇款的行为也就不可能是基于“钱某某的诈骗行为”而“限于错误认识”，继而“自动向钱某某转款”了。事实上，在两人交往过程中，师某得知钱某某与前男友之间仍然存在纠葛，在师某与钱某某成为亲密恋人之后，师某不希望钱某某继续从事演艺事业。为了使自己的女友尽早摆脱前男友的纠葛，也为了自己的女朋友退出演艺圈后衣食无忧，师某才前后三次打款 200 余万给钱某某，供其日常开销。依据生活常理判断，恋人之间男方为女方花钱，完全符合正常情侣之间的生活方式，更何况钱某某作为演员，日常开销很大，据其自述一个月要花费“十万多人民币”。师某在交往过程中十分清楚钱某某的职业特点及其与前男友之间的纠葛。师某给钱某某的转账是

完全基于他对钱某某职业的了解，以及情侣双方之间的感情与信赖关系，而绝不可能是因为被女方欺骗而产生的“认识错误”，何况钱某某用部分师某转来的钱买房师某是完全知晓的，所谓的师某因被钱某某欺骗而“遭受财产损失”纯属无稽之谈。

因此，根据本案辩护律师调查取证并经法院核实的证据来看，钱某某与师某之间一直是以恋人的身份相处，师某主张的钱某某欺骗行为并无相应证据予以证明，其汇款目的更不是他所说的“受到欺骗”。总之，钱某某并未实施诈骗行为。

## 2、主观上，钱某某没有非法占有目的

诈骗罪的主观要件除了具备主观上的诈骗故意之外，还需要有非法占有目的。从刑法理论上讲，非法占有目的可以分解为两部分：一为剥夺的（排除的）意思；二为僭用的意思。剥夺的意思是指让财物的原所有人与其物永久地脱离关系，要排除其对物的支配，持续长久终局性地不返还财物；僭用意思是指取而代之成为财物的新占有人。

在本案中，钱某某不具有对于 200 余万汇款的剥夺意思。虽然钱某某使用了师某转账的 220 万元钱，但是当师某提出要钱某某还款时，钱某某并没有躲避，也没有拒绝还款，而是一直和师某保持联系。需要特别指出的是，师某让钱某某提出还款，并不是因为“师某醒悟自己被骗，从而案发”，而是因为师某自身隐瞒了曾经有两段婚姻的历史，被钱某某发现之后，后者毅然决定与师某分手，由此也不难看出：钱某某与师某恋爱交往是真心相爱、共同踏入结婚殿堂，而非“欺骗财物”。师某被分手后气急败坏，想继续保持与钱某某之间的“恋爱关系”未果，于是让钱某某返还所谓的“刘德华银川个人演唱会”投资款。即便如此，当师某要求钱某某还款时，钱某某仍然没有拒绝，这点从二人的聊天记录中可以看出：“师某：一周了，钱筹集的怎么样？钱某某：我也想立马给你，可我尽全力了，还有两个人不知道有没有希望，还不北京，在等他们回来，他们要是不肯（我）真的只有死了”。可见，在师某报案前后，钱某某一直与师某保持联系，这一点有短信、通话等聊天记录作为证明，而绝不是师某

个人在报案材料里所称的“得款后钱某某失去联系，挥霍财物”等等。

综上，钱某某在客观上没有实施诈骗师某的犯罪行为，主观上也没有非法占有师某财产的目的，钱某某的行为依法不构成诈骗罪。

### （三）办案机关是否存在程序违法的行为

在案件办理过程中，笔者还发现：本案中司法机关存在两个程序性违法违规问题，一是办案文书明显有误；二是看守所收押时未对钱某某进行体检。

第一，本案中钱某某实施拘留时出示的拘留证和拘留通知书的落款时间均为2012年7月31日，而钱某某及其家属收到的时间分别为2012年11月7日和2012年7月8日。《刑事诉讼法》第83条第二款规定“应当在拘留后的二十四小时以内，通知被拘留人的家属”。本案中的日期间隔显然不属于二十四小时以内通知家属，这仅仅是文字疏漏，银川市办案机关隔了足足4个月才通知家属，显然是严重的程序性违法行为。

第二，根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第150条规定“看守所收押犯罪嫌疑人、被告人和罪犯，应当进行健康和体表检查，并予以记录。”然而在本案中，钱某某在辩护律师会见时说自己是被强行关进银川市看守所的，在被关进看守所之前没有经过健康和体表检查，随案证据中也没有相应地有或者没有健康和体表检查的记录或说明。由此不难发现，办案机关和看守所存在严重的违法失职行为。另外，由于侦察机关违反办案程序，没有对钱某某进行体格检查，导致钱某某原本要进行定期复查的癌症得不到复查，加之钱某某在看守所羁押期间经常生病，其中慢性阑尾炎发作过两次，导致犯罪嫌疑人/被告人的身体状况进一步恶化。

从上述两个事实来看，本案的办案机关存在程序不合法的事实，办案程序存在较为严重的违法违规问题。

### 【办案心得】

钱某某涉嫌诈骗案，是一个较为疑难复杂的

涉嫌诈骗案件，它的复杂性在于既涉及到程序性的管辖权争议，又涉及实体上的诈骗罪定罪性问题，另外还有办案机关在办案流程、履行手续等方面的违法违规行为。它的典型性在于为这一类案件划清刑事与民事的界限提供了一个良好的示范。

在司法实践中，认定民事纠纷还是诈骗类犯罪始终是一个疑难问题。在本案的办案过程中，办案律师“重实施，重调查研究”，积极与司法机关开展工作沟通，依法依规、有理有据有节地行使辩护权，最终使审查起诉机关做出了“证据不足，依法不予不起诉”的决定。

笔者认为，钱某某涉嫌诈骗案可以带给我们以下几点启示：

1、及时会见犯罪嫌疑人，积极保持和办案机关的工作沟通。

辩护律师在办案过程中必须及时会见犯罪嫌疑人，充分了解案件情况，甚至是一些关键信息，成为下一步进行调查取证进而开展辩护工作的重要线索来源。在本案中，办案律师在接受委托后数次前往看守所会见犯罪嫌疑人钱某某。在会见过程中，钱某某详细描述了师某的体貌特征，包括他胸前有一个肉色且突出的痣，这一体貌特征除了关系非常亲密的人之外其他人是不可能知晓的，因此，嫌疑人的这番表述对于证明她与师某之间是恋人关系这一事实非常关键。

另外，辩护律师在接受委托后，考虑到嫌疑人的身体因素，以及本案的性质和情节，在不同的阶段及时地向办案机关出具了《取保候审申请书》、《撤销强制措施申请书》，以及《管辖权异议申请书》、《金凤区司法机关对本案不具管辖权的辩护意见》等法律文书，依法履行辩护职责，较好地维护了钱某某的合法权益。

2、重事实、重调查研究，深入开展调取证据工作

主动为嫌疑人调查收集无罪或者罪轻的证据，是辩护律师履行辩护职责的重要工作内容。《刑事诉讼法》第41条规定：“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。”在本案中，辩护律师为收集到

有力地证据材料，积极开展了以下工作：（1）向办案机关递交了《调取证据申请书》、《申请证人出庭作证申请书》等法律文书；（2）调取了师某与钱某某恋爱期间的全部电话与短信记录、开房记录等证据，以证明二者系交往密切地恋人关系，绝非仅见过两次面的普通朋友关系；（3）联系到钱某某的几个好友，获得了他们的证人证言，以证明师某和钱某某之间确实是情侣关系。

3、结合涉案罪名相关法律、司法解释，仔细分析、认真研究梳理案情。

为了证明犯罪嫌疑人有罪，司法机关必须形成一条完善的闭合证据链，如果这一链条的任何一环被击破，那么犯罪嫌疑人难以构成犯罪。这就要求辩护律师在办案时要调查详细、深入，切入问题的核心，而不是浅尝辄止。比如在本案中，为了打破审查起诉机关起诉书中构建的“师某以投资‘刘德华银川个人演唱会’为由向钱某某汇款”的定性和论述，律师在调查研究后发现，所谓的“刘德华银川个人演唱会”没有当事人双方的任何协议，没有刘德华经纪公司或代理公司的介入，也没有任何有据可查的法定证据。这就推翻了起诉书里构建的所谓事实，而以一个逻辑充分完备的新事实取而代之。这一点可以提示广大律师在辩护过程中，要认真分析司法机关构建的证据链条，找出其中的薄弱环节，通过寻找证据线索、调查取证获得新证据，打破司法机关的证据链条。

4、通过调取关键证据实现突破，达到有效辩护之目的。

在本案中，辩护律师采取的辩护策略是既辩程序，又辩实体，一方面主张金凤区司法机关对本案无管辖权，另一方面重点对钱某某不构成诈骗罪进行辩护，同时也严正指出了办案机关在办案程序上的违法违规行为。但在关键辩护点上做足功课，力求实现突破，比如在“银川市司法机关对本案不具管辖权”问题上，辩护律师做了大量的分析研究和调查取证工作，向主审法官提供了大量法律依据和事实证据，有效提高了案件的辩护成功率。当然，在辩护过程中也要在侦查、审查起诉、审判不同的阶段分清主次缓急，以保证辩护思路的一致与连贯。

## 附：相关法律法规司法解释

### 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》

第一条“管辖”第2款：刑事诉讼法第二十四条中规定：“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。”刑事诉讼法规定的“犯罪地”，包括犯罪的行为发生地和结果发生地。

### 《公安机关办理刑事案件程序规定（2012年修订）》

第十五条 刑事案件由犯罪地的公安机关管辖。如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。

犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。犯罪行为发生地，包括犯罪行为的实施地以及预备地、开始地、途经地、结束地等与犯罪行为有关的地点；犯罪行为有连续、持续或者继续状态的，犯罪行为连续、持续或者继续实施的地方都属于犯罪行为发生地。犯罪结果发生地，包括犯罪对象被侵害地、犯罪所得的实际取得地、藏匿地、转移地、使用地、销售地。

居住地包括户籍所在地、经常居住地。经常居住地是指公民离开户籍所在地最后连续居住一年以上的地方。

法律、司法解释或者其他规范性文件对有关犯罪案件的管辖作出特别规定的，从其规定。

第十六条 针对或者利用计算机网络实施的犯罪，用于实施犯罪行为的网站服务器所在地、网络接入地以及网站建立者或者管理者所在地，被侵害的计算机信息系统及其管理者所在地，以及犯罪过程中犯罪分子、被害人使用的计算机信息系统所在地公安机关可以管辖。

中伦  
文德

## 七律·黄河壶口印象

陈 文/文

滚滚黄河从天泄，两岸青山耸入云。  
缓流宽河跌峡谷，涛声轰响似雷鸣。  
咆哮激浪湍流急，浓雾腾飞映彩虹。  
壶口隘崖锁不住，奔腾黄河入海流。



## 美丽香港

陈 文/文

展现在我的眼前，  
宛如一幅画卷。  
鳞次栉比的大厦，  
有的像一把直插云霄的利剑，  
向周围闪耀着寒光。  
有的像一根擎天柱，  
仿佛要揽住白云，  
托起青天。

那许多高矮不一，形状各异的玻璃大厦，  
在阳光的照耀下，呈现出光怪陆离的景象。

那高高的太平山，  
郁郁葱葱，  
衬托在一幢幢摩天大厦的后面。

好像在对群楼说：  
我就是你们的靠山，  
不管是风和日丽，  
还是阴云密布，  
不管是风吹浪打，  
还是海风咆哮，  
我都为你们挡着！  
你们尽可争奇斗艳，  
各显英姿，  
独领风骚。



傍晚，夕阳西下，  
落日余晖洒落在微波粼粼的海面上，  
和煦的阳光把湛蓝的天空，  
怒放的云彩，  
竞相比高而又形状各异的群楼，  
和往返穿梭的游船都披上了金色的光芒。  
维多利亚港湾，  
沐浴着晚霞，  
与天空，彩霞，太平山，  
和披着彩妆的楼群及浮动的帆船，  
共同组成了一首交响乐，  
同时又构成了一幅壮美，  
又富有生命力的活动的油画，  
啊！美丽的东方明珠，香港！

## 鹧鸪天

李政明/文

飒飒金风吹晚凉，天涯学子聚高堂。  
寄身江海半生事，过眼尘云两鬓霜。  
追往日，忆流光。归来重作少年郎。  
沧桑且付杯中酒，一醉今宵慰别肠。



## 游新加坡《西江月》三首

2019年11月上旬，全球法律联盟年会在新加坡开幕。会后游览新加坡美景，逐赋诗三首以作谢，略记两岸风光。

——方登发

### 《西江月·游新加坡河》

细雨轻轻飘洒，  
柔风淡淡盈怀。  
兰舟桂棹画中来，  
疑是凡尘天外。

两岸花如潮涌，  
一行鸥似银白。  
徐徐轴卷漫铺开，  
玉管轻挥云彩。



南洋旧时商铺诉说着华人先民筚路蓝缕的开拓历史，摩天大楼则展示着亚洲现代发达新国的美丽图卷。

### 《西江月·金沙空中花园》

浩浩水白云淡，  
青青岛绿花团。  
海门开处两洋牵，  
南去北来鸿雁。

鸟瞰人间城廓，  
浮出海上仙山。  
碧涛翡翠卷波澜，  
把酒临风天半。



一艘巨舰“航行”在金沙酒店之巅，登顶俯瞰，海天一色，帆舞天际，印太两洋，仿佛尽收眼底。把酒临风，直有羽化登仙之感。

### 《西江月·新加坡植物园》

花草风中惊艳，  
密林雨后清新。  
一湾棕榈绕丛茵，  
绿野仙踪无印。

百鸟嚶嚶琴韵，  
群蝶款款花阴。  
东君携手与行吟，  
遍报人间花信。



从新加坡植物园标志性植物红棕榈到新加坡国花卓锦·万代兰，无不绚丽夺目，灿烂惊艳……

## 事务所快讯

### ▲中伦文德荣登汤森路透 ALB 2019 年亚洲最大律所榜单前 10 名

近日,《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, 简称“ALB”)公布了 2019 年“亚洲最大 50 家律所”榜单。北京市中伦文德律师事务所凭借出色的市场表现和良好的客户口碑,荣登榜单前 10,位列第 9。

### ▲新加入中伦文德合伙人

王楠律师 - 执业领域: 争议解决、公司/并购、私募股权投资

李志平律师 - 业务领域: 公私募基金发行、并购重组及 IPO、债券发行、纠纷仲裁

龚晓菲律师 - 业务领域: 企事业单位的常年法律顾问、争议解决、公司股权结构设计/优化、投资并购、员工股权激励

王美月律师 - 业务领域: 企事业单位的常年法律顾问, 争议解决, 破产清算及重整业务

胡高崇律师 - 业务领域: 争议解决、劳动与雇佣等法律服务

### ▲中伦文德律师事务所家族财富传承办公室成立

2019 年 10 月 24 日, 中伦文德律师事务所家族财富传承办公室正式成立, 中伦文德律师事务所高级合伙人李刚律师、甄庆贵律师、李铮律师以及家族财富传承办公室主任史志敏律师、副主任贾立峰律师、李炜昭律师、徐永飞律师出席了本次成立大会。

### ▲中伦文德创始合伙人陈文等受邀出席上海 2019 “智合论坛”

2019 年 11 月 18 日, 中伦文德特别支持的智合新媒体“智合论坛 2019 - 超越法律”论坛在上海成功举办。中伦文德创始合伙人、董事长陈文, 副董事长、执行主任方登发, 副董事长、中伦文德胡百全联营所主任林威, 中伦文德上海所主任陈永兴、副主任陈云峰、合伙人朱向鸣, 中伦文德深圳所执行主任程海群应邀出席了此次论坛。陈文董事长在“巅峰对话 - 领先律师的至胜战略”阶段, 就律师行业的发展战略与律师事务所的管理方略发表了独到且精辟的见解, 引起热烈反响。

### ▲中伦文德高级合伙人许波律师应邀参加国际刑法学协会 (AIDP) 第二十届国际刑法学大会

2019 年 11 月 13—16 日, 国际刑法学协会 (AIDP) 第二十届国际刑法学大会在意大利罗马路易大学 (LUISS UNIVERSITY) 隆重召开。中伦文德作为中国大陆地区律师界唯一受邀参会的著名顶尖律师事务所派代表出席本届国际刑法学大会, 中伦文德刑事法研究院院长、高级合伙人许波律师, 中伦文德刑事法研究院研究员陈建律师应邀参加。会

议交流过程中, 中伦文德刑事法研究院获得了国际刑法学协会中国分会名誉主席高铭暄教授的认可和赞扬, 还受到国际刑法学协会主席、荷兰乌特勒支大学 John Vervale 教授的高度认同。

### ▲中伦文德合伙人刘培峰律师当选为北京市债法学研究会常务理事

2019 年 11 月 16 日, 中伦文德合伙人刘培峰律师、张娇茹实习律师应邀参加北京市债法学研究会筹备大会暨“中国民法典与二十一世纪债法发展”研讨会。刘培峰律师当选为北京市债法学研究会第一届理事会常务理事。

### ▲中伦文德律师事务所高级合伙人、执委会主任李刚律师当选中国仲裁法学研究会第四届理事会理事

中国仲裁法学研究会 2019 年年会暨第十二届中国仲裁与司法论坛于 2019 年 9 月 7 日在河北省廊坊市新绎七修酒店召开。本届年会正逢中国仲裁法学研究会换届, 经中国仲裁法学研究会秘书处推荐, 我所高级合伙人、执委会主任李刚律师凭借在仲裁和律师业务活动中的影响力, 选举当选为中国仲裁法学研究会第四届理事会理事 (2019 年至 2024 年)。

### ▲中伦文德高级合伙人李政明律师当选为中国法学会保险法学研究会理事

2019 年 10 月 26 日 -27 日, 中国法学会保险法学研究会 2019 年年会在成都举行。中伦文德律师事务所高级合伙人李政明律师应邀参加了本次年会, 并凭借其在保险领域的影响力, 成为新增选的中国法学会保险法学研究会理事。

### ▲中伦文德高级合伙人张显峰团队参加第十一届北京民建法治研讨会

2019 年 11 月 29 日下午, 中伦文德高级合伙人张显峰携其团队律师应邀参加“营造法治化环境推进高质量发展——第十一届北京民建非公经济法治研讨会”, 参与讨论法治化营商环境对民营企业的影响。张显峰律师及其团队律师积极参与了本次研讨会的征文活动, 并在会刊发表了《习近平新时代中国特色社会主义思想内涵的理论层次解读》、《法治是最好的政绩》等论文, 以法律人的角度理解营造法治化环境, 提倡以法治促经济, 共同推动民营企业的发展。

### ▲许波律师受邀参与凤凰卫视节目目录

2019 年 10 月 30 日, 北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、中伦文德刑事法研究院院长许波接受凤凰卫视全媒体大开讲栏目的邀请, 进行电话连线, 就近期“霸凌事件”、未成年人犯罪频发引起社会对未成年人相关法律法规的广泛关注这一话题给出评议。

#### ▲泰国行——服务“一带一路”，助力中资企业

2019年8月29日、30日，中伦文德上海分所高级合伙人陈云峰律师、谢童心律师和马珂律师前往泰国曼谷，先后拜访了泰国 Sunbelt Law Firm，及隆基新能源 (LONGI New Energy)、国家电网南瑞集团 (NARI)、泰国洛加纳工业园集团 (ROJANA INDUSTRIAL PARK)、三一重工 (SANY HEAVY INDUSTRY) 和中通快递 (ZTO Express) 等多家大型泰国中资企业，与泰国律所创始人、中资企业负责人针对国家一带一路政策、泰国营商环境、中资企业合规发展等具体事项进行全面、深入的探讨交流。

#### ▲中伦文德金鲜花律师、徐云飞律师、裴惠善律师受海南省律师协会邀请为海南省律师行业领军人才等培养对象做韩国法、日本法专题培训

海南省司法厅和海南省律师协会于2019年8月29日至9月1日在海口联合举办了律师行业领军人才培养对象第三期培训班，并邀请中伦文德东亚法律事务专业委员会主任金鲜花律师、裴惠善律师做韩国法专题培训、东亚法律事务专业委员会执行副主任徐云飞律师做日本法专题培训。

#### ▲中伦文德合伙人王志坚律师参加蓉港保险金融创新合作交流

2019年9月2日，受成都市金融监管局邀请，香港保险业监管局主席郑慕智博士，携行政总监张云正先生，政策及发展部高级经理雷美莲女士，一般业务部高级经理赖美如女士一行莅蓉，就蓉港保险金融创新事宜进行会议交流。北京市中伦文德（成都）律师事务所主任王志坚律师为促成本次交流作了有益的工作，应邀出席了本次会议。

#### ▲中伦文德合伙人朱传炉律师为武钢集团做专题培训

2019年11月27日，中伦文德律师事务所合伙人、税法专业委员会主任朱传炉律师受邀为武钢集团及下属企业财务人员做了题为“财务管理法律风险防范与控制”的专题培训。朱传炉律师结合自身多年在财税法领域服务所积累经验及实际案例，在“财务合同管理”、“融资性贸易”、“应收账款管理”、“票据、凭证风险管理”、“财务不当行为”、“供应链金融”等方面与武钢集团的财务人员进行了充分的交流。

#### ▲中伦文德合伙人胡高崇律师前往国开证券进行专题培训

2019年11月29日下午，北京市中伦文德律师事务所合伙人胡高崇律师受国开证券股份有限公司的邀请，前往国开证券总部发表了题为“企业用工管理过程中的常见问题及防范策略”的主题分享，胡高崇律师结合相关的法律规定、最新的司法政策以及法院判例，从“员工入职环节的常见问题及防范策略”、“劳动合同订立过程中的常见问题及防范策略”、“劳动合同履行过程中的常见问题及防范策略”、“劳动合同解除或终止方面的常见问题及防范策略”、“员工离职环节的常见问题及防范策略”等五个方面为听众分享了自己的心得体会以及执业经验，并与国开证券的与会人员进行了热烈的讨论。

#### ▲中保法之保险争议解决法律实务前沿分享会成功举办

2019年9月17日，由中国保险法学研究会和中伦文德律师事务所共同主办的“中保法分享会：保险争议法律实务前沿”成功举办。80多位来自国有、外资、股份制等多种体制类型的财产保险公司、人寿保险公司、保险中介机构、咨询研究机构、保险科技公司、律师事务所的专家学者参加了会议。

#### ▲中伦文德应邀出席山东大学法学院刑事合规研究中心成立仪式暨首届“刑事合规理论与实务”高端论坛

山东大学法学院刑事合规研究中心成立仪式暨首届“刑事合规理论与实务”高端论坛在山东省青岛南山美爵度假酒店隆重举行。中伦文德律师事务所高级合伙人、中伦文德刑事法研究院院长许波，中伦文德刑事法研究院常务副院长、北京师范大学法学院教授黄晓亮应邀出席本届高端论坛。

#### ▲拓宽墨西哥在华投资领域——服务在华外资企业

2019年11月13日，由中国墨西哥商会举办的主题为“创业精神/Entrepreneurship”的研讨会在北京市中伦文德律师事务所上海分所举办，本次活动由中伦文德律师事务所上海分所、EXPAT SERVICES 等公司承办，来自 Hawksford 私人客户与基金公司、马帝罗牧业设备公司、Financeren 财务顾问公司等数十家外企代表出席本次活动。

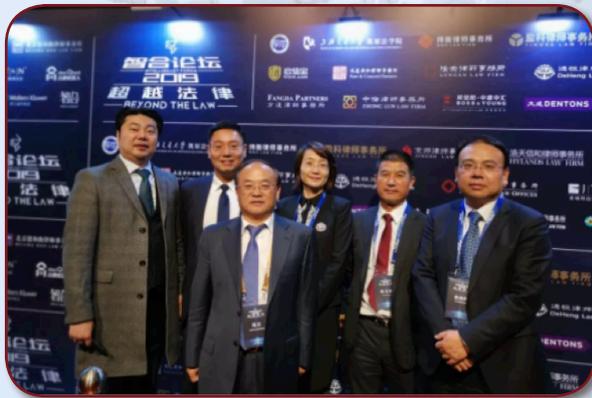
#### ▲“投资法国机遇”研讨会圆满举办

中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所与法国商务投资署联合主办，寰图办公空间承办的“投资法国机遇”研讨会，于2019年11月26日下午在寰图办公空间·金地中心圆满举办。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任林威律师做了开场致辞。法国驻华大使馆商务投资处投资参赞 Adeline Dohin、法国驻广州总领事馆商务投资处华南区投资总监、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所高级合伙人孙洵律师等嘉宾进行了精彩的演讲。

#### ▲中伦文德高级合伙人郝伟律师、武坚律师受邀前往外交部机关及驻外机构服务中心进行主题培训

2019年12月30日，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人郝伟律师、武坚律师，受外交部机关及驻外机构服务中心邀请，前往该服务中心进行了主题培训。郝伟律师结合实务经验，从真实案例出发，为与参会嘉宾生动讲解了物业管理过程中存在的法律问题，并系统梳理了物业管理相关的法律法规。武坚律师结合相关法律法规，以《招标投标及政府采购过程中的法律风险及防范》为主题进行分享，详细阐述招标投标和政府采购工作中的存在的诸多法律风险，并就法律风险防范提出可行性建议。





▲ 2019年11月18日，由北京市中伦文德律师事务所特别支持的智合新媒体“智合论坛2019 - 超越法律”论坛在上海成功举办。中伦文德创始合伙人、中伦文德律师集团董事长陈文律师、执行主任方登发律师，中伦文德上海所主任高级合伙人陈永兴律师、高级合伙人林威律师、高级合伙人陈云峰律师、合伙人朱向鸣律师，中伦文德深圳所执行主任、高级合伙人程海群律师应邀出席了此次论坛。



▲ 2019年9月6日，中伦文德高级合伙人、中伦文德房地产与建设工程法律专业委员会主任张海军律师应华电煤业集团公司邀请，为华电煤业集团公司及所属主要成员企业作了《建设工程全过程法律风险防控》的专题讲座。张律师的讲座展示了中伦文德在建设工程法律专业领域的最新研究成果，得到了华电煤业集团公司领导和同事们的高度评价。



▲ 2019年8月26日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议第二次通过了第二次修订的《药品管理法》，该法自2019年12月1日起施行。为迎接新修订《药品管理法》的实施，业界开展的各种形式的学习活动。10月中旬，中伦文德成都律师事务所医药健康专业委员会主任、成都所主任王志坚律师作为演讲嘉宾或培训讲师参加了三场相关活动。



▲ 2019年10月25日，北京市破产管理人协会成立暨第一次会员大会在北京隆重召开。中伦文德律师事务所合伙人、中伦文德破产重组法律专业委员会主任刘培峰律师代表中伦文德律师事务所出席北京市破产管理人协会成立大会并领取第一届北京市破产管理人协会会员单位牌匾。



▲ 2019年11月11日，北京商务服务业联合会秘书长曹磊一行到访中伦文德律师事务所北京办公室，与本所创始合伙人陈文律师及方登发主任、李铮副主任、林忠国律师等进行了热情友好的会谈。双方就如何进一步加深友好合作、交流进行了广泛的讨论，并一致表示将创造更多的机会扩大和加深合作。



▲ 2019年11月12日，第四届中欧律师高峰论坛在海牙国际法庭和平宫举行。受论坛主办方「法律先生」的邀请，中伦文德律师事务所高级合伙人李政明律师作为中方代表参加了本届中欧律师高峰论坛，并发表了题为《“一带一路”下中伦文德国际律师合作经验——把握外资进入中国保险市场历史机遇》的主题发言。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：李 刚 甄庆贵 夏欲钦 李 铮 林 威 王志坚 李熙华 温志胜 王爱国 刘银栋 王海波 余树林 洪国安  
王长江

## 中伦文德律师事务所 ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·上海·广州·深圳·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·西安·南京·厦门·珠海·香港·伦敦·巴黎·里昂·利兹·柏林·汉堡

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层

19/F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing, 100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

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