



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2021年03月



中伦文德法律研究院

内部资料
免费交流



2020年12月30日下午，中伦文德政府法律顾问与行政法专业委员会（简称“专委会”）举行成立仪式暨第一次业务交流活动，中伦文德高级合伙人、专委会主任武坚律师主持了本次会议。会上，中伦文德创始合伙人、董事长陈文律师发来贺词。中伦文德北京总所主任李铮律师，中伦文德北京总所执委会主任朱登凯律师，中伦文德北京总所执委田磊律师，合伙人、专委会副主任姜耀雄律师，合伙人朱传炉律师等律师参加了现场会议。



2020年1月6日，北京市中伦文德律师事务所与中国社会科学院法学研究所私法研究中心，在中伦文德北京总所举行了合作设立“不动产金融研究院”的签约揭牌仪式。李铮律师作为中伦文德代表、谢鸿飞老师作为中国社会科学院法学研究所私法研究中心代表，签署了不动产金融研究院合作成立协议。不动产金融研究院首届院长由赵建英律师担任。



2021年2月8日，“2020年度中伦文德业务发展突出贡献及战略发展杰出贡献奖”颁奖典礼在中伦文德北京总部第八会议室圆满召开。颁奖典礼现场，颁奖嘉宾李铮主任为刘晓琴律师、孙洪江律师、张彦周律师颁发了2020年度中伦文德业务发展突出贡献奖，为彭帅先生颁发了2020年度中伦文德战略发展杰出贡献奖。



2021年1月8日，北京市朝阳区建和调解中心正式开启服务，中伦文德高级合伙人张显峰律师莅临设立仪式现场并向朝阳区民众提供调解服务。按照朝阳区政法委在《关于朝阳区推进诉源治理和矛盾多元调解工作改革创新的意见（试行）》的要求，民建市委法制委副主任黄鹰律师亲自领军，颜丙杰、张显峰、王月池和董作行几位律师共同参与发起设立了北京市朝阳区建和调解中心。



2020年12月25日，“中伦文德（上海）与路漫律师品牌战略合作签约仪式暨长三角海商海事法务论坛”在南京举行。中伦文德上海分所与路漫律师品牌机构签约战略合作协议。双方利用上海综合服务功能优势和江苏实体经济基础优势，共享资源，形成合力，打造长三角一体化法律服务增长极。来自政府部门、学术界、法律界和企业界的百余位嘉宾参加了本次盛会。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

03/2021

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 余树林 洪国安
王长江

责任编辑: 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、10层、21层

邮 编: 100028

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2021-03

事 务 所 文 化 论 坛

- 3 讲述中伦文德品牌故事之二
——中伦文德之制度 李 铮
- 5 哲学法专题之七: 好好说话 (三)
——嘲讽和判例法 娄耀雄

涉 外 法 律

- 9 关于《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》
的法律实务评述 李 铮
- 14 美国财政部海外资产控制办公室OFAC制裁
及防范策略研究 任雅茹

能 源 与 环 境 法

- 19 风电项目的合法合规性审查 郝 伟 田卓亚
- 22 天然气管道爆炸, 到底谁应该承担责任?
——之“重大责任事故罪” 郝 伟 田卓亚
- 27 “无证排污”时代终结
——《排污许可管理条例》要点解读 朱向鸣 马旭龙

金 融 法 律

- 30 新《证券法》为证券账户实名制保驾护航 王向阳 郭 彦
- 33 上市公司控股子公司对外提供担保是否需要上市公司
决议及公告
——上市公司监管与司法审判实务 黄冀蒙 王西巧仙
- 36 永续债在我国现阶段的运用及主要问题研究 李 敏 张冰梅

房 地 产 法 律

- 43 建筑区分所有权中有关物业管理用房的确认
和变更问题之初探 蒋秉坤

CONTENTS

劳动法律

- 49 深圳某日资公司与周某劳动争议案评析
——用人单位行使自主用工权的合理性与合法性研究
陈康康 刘超
- 52 后疫情时期企业用工管理过程中的常见风险和防范策略
胡高崇 蒋倩倩

保险法

- 58 《保险代理人监管规定》解读 李政明 刘佩茹
- 63 监管新规下保险资金财务性股权投资的实务解读
李政明 李文晶

刑事法律

- 67 坚持罪刑法定原则
——侵犯知识产权罪案件的一种辩护思路 邱建凯
- 70 一起无罪判决引发的法律思考（之一）
——当庭提出检察建议合法性及正当性探究 娄爽

民商法

- 73 债权文书的强制执行公证制度及其利弊分析 李敏
- 79 从“游族网络事件”谈非婚生子女的家庭财富传承问题
李铮 艾文婧

食品安全法

- 83 进口食品消费领域，知假买假审判思路浅析 李宇明 刘秉希

人文风采

- 87 咏春 方登发

事务所快讯

- 88 事务所快讯 编辑部

李铮律师，北京市中伦文德律师事务所，主任、执委会委员、高级合伙人，“一带一路”发展战略研究院院长，全球法律联盟秘书长，北京律师协会外事委副主任，最高人民检察院民事行政案件咨询专家。

讲述中伦文德品牌故事之二

——中伦文德之制度

□李 铮/文



李 铮

中伦文德的制度是恰到好处的

律师是法律之师，每天从事的是与法律打交道的工作。但是，中伦文德从来不会为了建立制

度而制定制度。中伦文德认为，制度的作用，第一，是给行为做一个指导，告诉大家律所鼓励什么、允许什么，尤其是不允许什么；第二，是给行为确定一个流程，同样的事情怎么办有一个预见和预判，同样的事情同样处理，提高效率；第三，对于不遵守制度的行为规定罚则。制度不求多，而求恰到好处，行之有效。

中伦文德的制度是以人为本的

中国的绝大多数律所是合伙制的，是人和的主体，中伦文德也不例外。对内的人和，既体现在合伙人之间，也体现在合伙人、律师、律师助理和其他同事之间。同事们所处的发展阶段不同，年龄不同，看问题的立场也会不同。不过，既然大家在一个组织内部，在满足组织发展和同事自身发展需求的同时，互相协调和妥协也是常态。

年龄上分为老、中、青，创收上分为高、中、低，职能上分为合伙人、律师助理和运营管理人员等，大家的需求都要兼顾，凡是有利于大家发展也有利于律所整体进步的，我们都要以制度的形式固定下来。比如：退休制度、医疗保险制度、培训制度等。

中伦文德的制度是符合客观规律的

制度内容的设计和制定，要符合天理、国法

和人情，符合客观规律。制定制度的形式要贯彻民主集中制。建立制度以必要性为前提，制度的拟订过程应当慎重和思虑周全，制度出台之前，广泛征求大家的意见和建议，请每个人都充分表达自己的想法。然后，再根据律所的实际情况，由执委会、董事会进行适当的集中决策。没能获得采纳的意见和建议，也做好解释工作，保护大家参与制度制定的积极性，充分获得大家的理解和帮助。依靠大家的智慧，把制度建立好。

中伦文德的制度是流程化的

法治是法律的治理，通过程序保证法律的实施和运转，人为的因素越少越好。中伦文德人有这样的胸怀，让大家建立起来的制度，得到有效运行。比较有效的方法是把制度流程化。依托于我们自己的律所管理系统，我们把利益冲突检索、业绩梳理和征集、客户关系维系和提升及风险控制等内容流程化。每个相关参与人都是流程的一

个节点，但流程可以带动每个节点符合制度地向前走。

现在，中伦文德的执委会每周都会召开执委会议，讨论集团内部事务，进行相关议事、立法和决策。我们期待，在制度不断完善，流程不断加强的明天，上执委会的事项是没有列入制度的突发事件，已经制度化、流程化的事项，直接按照流程办理即可。

中伦文德的制度是适应新形势变化需要的

唯有变化是不变的。我们感谢变化，能够打破固有势力范围的藩篱，让中伦文德律师在新的天地拓展业务，发展客户，服务法治建设！任何一个行业都在不断更新和淘汰，更新和提升。中伦文德也会把行之有效的做法固定下来，不合适新的形势发展需要的主动修改。唯有一项原则不变，制度面前人人平等！



娄耀雄律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，北京大学法学院法学博士；中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员；北京通信法制研究会会长。

如果说，法哲学是用哲学方法研究法学问题，那么，哲学法则是用法学素材阐释哲学原理。

哲学法专题之七：好好说话（三） ——嘲讽和判例法

□ 娄耀雄 / 文

“假如我们停止科学的进步而只留意科学的应用，我们很快就会退化成中国人那样，多少代人以来他们（在科学上）都没有什么进步，因为他们只满足于科学的应用，却从来没有追问过他们所做事情中的原理。”

——亨利·奥古斯特·罗兰



娄耀雄

原理的应用是技术，追问是科学；类比的应用是嘲讽和判例法，追问是语言学和语言哲学。

语言是思想的搬运工。每个人都有两个世界：肉身所在的物质世界和思想所在的精神世界。前者只有一个，被所有人分享；后者每个人都不同，语言让它们相通。语言是我们分享精神世界的工具，确切说，是我们把自己的思想搬运到别人的精神世界所使用的工具。没有它，封闭在各自脑子里的精神世界就是无数个孤岛。

在语言的各种表达方式中，嘲讽最值得研究。它肩负着传递微妙感觉、引发类比通感、制造艺术效果、用幽默发起攻击的特殊使命。嘲讽者和听众都需要具备抽象、类比、联想能力。这些能力恰恰是判例法的精髓，即从既判例中抽象出规则，将在审案件和既判例进行类比，如果二者本质相似，则推定既判例规则适用于在审案件。所以，嘲讽和判例法的基础都是类比。

一、情商是一种价值观

日常生活中，人们用“情商高”形容一个人会说话。什么是“情商”呢？有两种定义，一种把

它定义为管理自己和他人情绪的能力，通常表现为让人舒服的说话能力，是一种方法论；另一种把它定义为对人和人关系的悟性，是一种认识论。

第一种定义比较流行。在这种定义下，“情商高”的人知道别人爱听什么，说话迎合对方的需要，讨对方高兴；他们将对方的感受置于内容真实性之上——为愉悦听者，宁可撒谎，或说违心的话。你若想从他们嘴里得到真相，比骆驼穿过针眼还难；他们说的都是你爱听的，而与事实无关。在所有以撒谎为基本技能的职业中，他们如鱼得水，比如，谈判高手、脱口秀演员、政治家、商人、间谍、外交官。然而，他们很难建立亲密关系，因为他们没有真话，在他们的价值观里，语言的功利性价值高于内容真实性。在这种价值观下，他们是善恶的矛盾体：对于观点类表述，比如建议、希望、设想、意见等主观性内容，他们表达时善解人意、留有余地，显示出利他主义的美德；然而，一旦进行事实类陈述，他们就会抛弃“真善美”中的第一个价值“真”；一旦谎言被戳穿，又以保护第二个价值“善”为幌子，比如他们会说“怕你听了难受，所以我就撒了谎”。

因而，在这种定义下，“情商低”的人才可交，讲真话的朋友才是真朋友。他们只说事实和自己的真实感受，无视听者的感受。他们把听者感受置于内容真实性之下，不说假话、违心的话和无法兑现的承诺，即使知道对方会因此不高兴。可见，这种定义下的“高情商”和“低情商”的差别是价值观不同，即在内容真实性和语言的功利性（比如对方感受）发生冲突时，哪一个具有优先权。

按照第二种定义，“情商”是对人和人关系的悟性，是认识论问题，与说话技巧和效果无关。“低情商”的人也可以成为讨巧的说话高手；虽然他们缺乏共情能力，无法预测自己说实话后对方的反应，但他们精通各种语境下的夸奖、讨好、拍马屁技巧，甚至是PUA（Pick-up Artist）高手。在他们看来，语言是一种忽悠的技巧，与情商、智商无关，就像一个傻子也可以成为灌篮高手。相反，“高情商”的人也许说话不讨人喜欢，他们知道对方爱听什么，但无视对方感受，甚至挑战对方感受，明知对方听到某些内容会不爽，

却故意言之；他们通常具有攻击性人格。嘲讽者就是这样一类人。

从“高情商”到嘲讽，隔着攻击性人格。第一种定义下的“高情商”者，追求谈话的建设性，习惯于说“别人爱听的”，以讨好听众为目的，不会进行破坏性交流，因此，嘲讽是他们最不爱使用的表达方式。第二种定义下的“低情商”者，缺乏认知关系的能力，不能得心应手地使用类比，没有能力嘲笑。只有第二种定义下的“高情商”者，既有能力嘲笑他人，又敢于无视被嘲笑者和听众的感受，有能力和胆量发动语言攻击。当攻击性人格遇到“高情商”时，嘲讽无法避免。

二、弱者的武器——嘲讽

自黑是强者的娱乐，嘲讽是弱者的武器。强者直接批判，不需要嘲讽。只有弱者才选择隐秘的进攻——嘲讽。弱者喜欢虚张声势地攻击，以掩饰内心的虚弱。在文明社会，国家垄断了暴力，这意味着肢体接触会引发法律责任，因而，安全的进攻只能靠语言。语言攻击从嘲讽开始，它是言语格斗的宣战。嘲讽者把语言作为攻击的武器，打击对方的自尊心，以此获得优越感或达到打击对方、取悦观众的表演效果，比如，在脱口秀和相声中，贬损、揶揄、挖苦、埋汰、讽喻、鞭挞是惯常的手段，伤害对方自尊只为博观众一笑。

无论按照“情商”的第一种定义（方法论下的说话技巧），还是第二种定义（认识论下的人际关系感悟能力），语言攻击都需要更高的情商。攻击者不仅要知道对方爱听什么，还必须准确预测对方不爱听什么，以及听后的感受，比如愤怒、羞愧、懊悔、自责等负面情绪。

法律推理不使用嘲讽。因为法律要建立规则、分析事实、论证结论，使用的是逻辑语言（包括三段论的形式逻辑和用于说服的非形式逻辑），而嘲讽属于艺术表达，与逻辑语言不相干。然而，嘲讽又是判例法系下的基本功，广泛运用于法律推理之外的场景，比如事实辩论、制造法庭效果和非诉谈判，其直接表征了律师的类比和抽象能力。

三、嘲讽中的类比

成功的嘲讽，是嘲讽者和听众的互动，是类

比替代和解构替代的互逆过程。嘲讽者把一个事物或道理类比成一个本质相似、但看起来无关的喻体（替代）；听众要有解构喻体的悟性，能从喻体联想到本体，从而理解一段嘲讽（解构上述替代）。

1. 嘲讽的原理

嘲讽的原理很简单，就是用类比，揭示和夸大对方的缺陷，攻击对方的自尊。比如，郭德纲把一张丑脸比喻成车祸现场；传统相声把跛子形容为“地不平”（以人在不平地面走路的样子类比跛子）；在呼兰的脱口秀中，为了嘲讽一个公司总监多，说他在理发店工作（把工作地点类比为理发店，理发师都称总监）。

2. 嘲讽的优缺点

嘲讽的缺点是效率低。将本体用喻体替代，再通过听众解构，逆转回本体，才能传递意义。这种表达方式不仅信息传递效率低，更重要的是，其效果高度依赖听众的悟性，即他们对喻体的解构能力。如果听众从喻体解构不出本体，就无法理解这个嘲讽。这种情况下，嘲讽就如同用外语骂人。

嘲讽的优点有两个，一是委婉，喻体掩盖下的委婉攻击避免了直接批判的正面对抗，给打击对象留有余地，也给自己留下退路。二是让听众认同语言攻击的正当性。伤害被嘲讽者的自尊是嘲讽的目的，语言攻击的效果依赖听众对攻击正当性的认同。解包袱是一个拉拢听众的过程，它通过唤起听众的成就感，并以此作为奖赏，来获得他们对不人道（伤害别人自尊）的宽恕。听众的成就是被唤起的：类比是制造包袱的过程，听众对喻体的解构是解包袱的过程——听众解开包袱后就获得了成就感（这么深奥的类比，我听懂了，我智商就是高）。听众在解构喻体的忙碌中，不仅无视嘲讽者对他人自尊伤害的不人道，而且亲自参与了伤害过程。每一个夸张地发出笑声的听众，都是伤害被嘲笑者自尊的共犯。

3. 类比的一致性和不一致性

被类比的两个事实 / 事物具有诸多一致性，

也有诸多不一致性。对一致性和不一致性的类比会产生不同的效果。在后面我们讨论的判例法中，判例引用者试图用一致性证明既判例的规则可以用于在审案件，反方则使用不一致性证明两个案例没有可比性，不能将既判例的规则用于在审案件。

在相声和脱口秀中，一致性和不一致性都能制造幽默，尤其是用不一致性制造情节梗，会产生绕梁三日的余味。相声的幽默之所以比脱口秀更有深度，就是因为使用了情节梗。脱口秀为了在短时间内制造大量梗，不能有情节，一般都是直接类比，甚至拿词语发音进行类比（谐音梗）。相声则不同，整段相声可能只有一个包袱，即最后一句的情节梗，之前全是铺垫；但这一个包袱让你回味无穷。

情节梗利用了类比中两个情节的不一致性制造了幽默。在不一致性出现前，前期铺垫的大量一致性让听众产生了下一个特征的一致性期待，这时，突然出现的的一致，打破了这种期待，制造了幽默。我们以郭德纲的单口相声《摇煤球》说明这个过程。这段相声说的是，夫妇二人为了找人不花钱摇煤球，设了一个局：丈夫故意不在家，让妇女站在家门口，故作媚态。当一个小伙子从其面前经过时，她使了一个媚眼，说“家里没人，来吗？”小伙子一进院子，丈夫就敲门；危难之时，妇女让小伙子装作是来家里摇煤球的。小伙子在丈夫的注视下，摇完了所有煤球，没要钱就走了。过了几天，小伙子又从这家门口经过，那个妇女仍然站在门口，又使了一个媚眼，说“家里没人，进来吗？”（注意，这些都是大量一致性铺垫）小伙子回答道：“这么快就烧完了？”这个段子的幽默产生于前后两个场景的大量一致性铺垫，让听众对小伙子的第二次反应产生了一致性期待——仍然就范，这时，小伙子与上次不一致的反应——不仅没有就范，反而揭穿了妇女的企图，产生了幽默效果。

四、判例法

无论是法典制，还是判例制，判决都是由三段论推出来的，区别是获得大前提的方法（规则渊源）不同。法典制下，大前提是法律本身；判

例制下，大前提是从既判例中抽象出的规则。比如：杀人者偿命（大前提），张三杀了人（小前提），判决张三偿命（结论）。小前提是法院（陪审团）查证的事实（法律事实），法典制下的大前提是规定“杀人偿命”的刑法条文，判例制下的大前提“杀人偿命”要从既判例中抽象出来。

判例法的原理是，首先类比两个案件事实的一致性，从而说明既判例中的规则可以适用于在审案件；然后，从既判例中抽象出规则，用于在审案件。判例法在做事实类比时，既要类比事实的一致性，也要发现事实的不一致之处，并证明这些不一致不会根本上改变两个事实的本质相似。

1. 类比一致性

只有类比既判例中的事实和在审案件事实，并发现二者本质上的一致性，才可以在在审案件中使用既判例中确立的规则。换句话说，触发规则生效的条件是二者的本质相似，如果在审案件的事实与既判例中的事实不一致，就不能在在审案件中使用既判例规则。

2. 发现不一致

天下没有相同的两片树叶，天下也没有相同的两个事实。既判例中的事实与在审案件事实一定有区别，但这种“不一致性”可能不是实质性的，不足以摧毁二者的本质相似。判定某个“不一致”是否是实质性的，需要分析该“不一致”对“一致性”的影响，说明构成“一致性”的本质特征不受该“不一致”的影响；换句话说，“一致性”的客观方面集合与“不一致”的客观方面集合，没有交集。比如，经过类比，天鹅的颜色不会影响其作为天鹅的本质特征，所以，黑天鹅和白天鹅本质相似，颜色差异不足以否定这种本质相似。

判例法的本质是抽象和类比。从既判例中抽象出规则，通过类比既判例和在审案件的事实，发现二者的本质相似，说明上述规则可以在在审案件中适用。事实本质相似是两个案件适用同一个规则的前提，而对两个案件的事实进行类比是得到二者本质相似的必要方法。通过类比，主张适用既判例规则的本方，意欲证明二者的本质相似；主张不适用既判例规则的反方，需要发现二

者的不一致，并证明该不一致否定了二者的本质相似；接下来，主张适用既判例规则的本方，需要证明上述不一致对二者的本质相似没有影响。

可以看出，类比中对一致性的解释（一致性构成本质相似），以及对不一致的解释（不一致对这种相似无影响），是判例法系律师的关键技术。这两项技术都与嘲讽中使用的类比技术一样：嘲讽使用类比的一致性，制造期待；使用类比的 inconsistency 突破期待，制造幽默。

将判例法和嘲讽进行类比，本身就是嘲讽，是对严肃法学概念的戏谑。二者表面上风马牛不相及，但原理都基于类比。诚然，诗歌使用的类比比嘲讽还多，甚至可以说，诗歌就是类比的堆砌；然而，诗歌中的类比都是一致性类比，产生通感、移情、共情效果，而嘲讽中制造幽默的不一致性类比，使其更像是判例法中的反方。

致谢类比

他跳进你的瞳孔，蜷缩在光的过道，
偷窥你心跳的窗；

他飞进你的呼吸，坐着氧气的马车，
游历你每个细胞；

他钻进你的味蕾，品尝你经历的酸甜苦辣，
辨别誓言的真假；

他藏进你的头发，看愁丝三千丈，
缠牢夜里辗转的床；

他穿越到未来，再回头看现在，
害怕失去你的不安全感
像癌一样越长越大
但无法改变童话的结局

谢谢你，类比，
让肉体腐烂后，
感觉可以在心灵间流浪。



□李 铮/文

李铮律师，中伦文德律师事务所主任、执委会委员、高级合伙人，“一带一路”发展战略研究院院长，全球法律联盟秘书长，北京律师协会外事委副主任，最高人民检察院民事行政案件咨询专家。

关于《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的法律实务评述

经国务院批准，2021年1月9日，中华人民共和国商务部公布了二〇二一年第1号商务部令——《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（以下简称“《阻断办法》”），自公布之日起施行。

实践中，中伦文德律师事务所的律师，为遭受他国贸易制裁的中国客户提供法律服务，帮助中国企业从制裁名单上删除，以中国律师的法律服务，从法律途径，最大限度维护了中国企业的合法权益。他国贸易制裁的逻辑是，以法律和法案的形式确定哪些是敌对国家或敏感国家。同时规定，与敌对国家或敏感国家有经济往来的主体，都会被列入制裁名单。列入名单的主体需要主动申报涉及与他国认定的敌对国家或敏感国家的交易。如果不主动披露视为态度不好。主动披露后，还要经过他国有关机构的实际核查。如果既未申报，也未接受主动核查，他国将会采取一切可能的手段，掐断涉案主体的经营和融资渠道，直到该主体无法为继，走向破产。首先需要指出，上述贸易制裁是单边的，是他国立法机构和司法机关等机构单方实施的措施，并不像反倾销、反补贴和保障措施等具有国际法基础；第二，他国认为，该等制裁规范和措施具有域外效力。换言之，无论企业在世界的任何角落实施，也无论企业或企业的股东是哪个国籍的人士，只要从事了

规定所禁止的行为，都会遭到他国有关执法机构的调查和制裁；第三，该等制裁措施的实施需要强大的调查、经济甚至是军事能力，才能保证其在全世界得到执行。具有了上述背景信息后，我们再对《阻断办法》的法律实务进行评述，将更有针对性，更能够深刻认识到《阻断办法》出台的必要性 and 重要性。

第一条 为了阻断外国法律与措施不当域外适用对中国的影响，维护国家主权、安全、发展利益，保护中国公民、法人或者其他组织的合法权益，根据《中华人民共和国国家安全法》等有关法律，制定本办法。

实务评述：

本条是对《阻断办法》出台目的的表述。几个关键词很重要：“外国法律与措施”，说明主要是外国单边采取的法律与措施；“不当”，说明没有公平合理性，是一种权力滥用；“维护国家主权、安全、发展利益”，说明这种不当域外适用，将威胁到中国国家主权、安全和发展利益；“保护中国公民、法人或者其他组织”，说明“不当域外适用”的直接针对主体是中国各类主体。

第二条 本办法适用于外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则，不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。

实务评述：

互相尊重主权是世界各国交往的基本原则，平等保护各国公民、法人和其他组织利益也是国际商贸原则和惯例。除非各国加入的多边、单边条约作出限制性规定，任何一个国家都不应当单方去限制和禁止域外的正常经贸活动。

如果加以不当禁止和限制，就是将自己国家的主权延伸到别的国家和地区，是对别国主权的侵犯。

例如，实践中存在，为了让一个企业主动申报和交代此前敏感交易，不惜动用强大的金融权力，关闭该企业境外账户，而且还关闭该企业境内账户，使得企业无法继续经营。这些都是金融权力的滥用。

第三条 中国政府坚持独立自主的对外政策，坚持互相尊重主权、互不干涉内政和平等互利等国际关系基本准则，遵守所缔结的国际条约、协

定，履行承担的国际义务。

实务评述：

第三条重申中国政府处理国际关系的基本原则。而且，国与国之间除了国际社会普遍承认的国际惯例外，都应当以国家政府签订和承认的国际条约、协定划定其国际义务和责任的承担范围，不得以某一个国家的单方法律规定和措施，肆意践踏其他国家的权力或给其他国家和其主体设定义务。

第四条 国家建立由中央国家机关有关部门参加的工作机制（以下简称工作机制），负责外国法律与措施不当域外适用的应对工作。工作机制由国务院商务主管部门牵头，具体事宜由国务院商务主管部门、发展改革部门会同其他有关部门负责。

实务评述：

《阻断办法》第四条规定了由中央国家机关有关部门参加的工作机制，牵头部门是商务部，发改委及其他部门均参加。这是对阻断事项行政主管机构的规定。

从工作机制的级别上属于中央级，这确实是



十分必要的。因为，任何一个企业、组织和公民都无法与他国的国家力量相提并论。能够采取阻断措施的，也应当由国家中央级机构牵头和实施。

第五条 中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的，应当在30日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。报告人要求保密的，国务院商务主管部门及其工作人员应当为其保密。

实务评述：

本条规定是《阻断办法》具体如何运作的开始——当事人报告。

受到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动的中国公民、法人或者其他组织，应当在30日内向商务部报告。

我们认为，鉴于已经存在若干人、主体受到了类似措施的影响，超过30日的，也应当可以向商务部报告，以免保护不平等。

因为商业交易中存在很多商业秘密等保密信息，所以，在报告的过程中，报告人希望保密的，商务部应当为其保密。

第六条 有关外国法律与措施是否存在不当域外适用情形，由工作机制综合考虑下列因素评估确认：

（一）是否违反国际法和国际关系基本准则；

（二）对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响；

（三）对中国公民、法人或者其他组织合法权益可能产生的影响；

（四）其他应当考虑的因素。

实务评述：

受理了报告后，《阻断办法》规定了如何判断是否属于外国法律与措施是否存在不当域外适用情形的评估标准。

这既是商务部进行评估的标准，也是有关中国公民、法人和其他组织申报前自查是否属于商

务部可以受理的报告标准。

而且，在帽子条款中使用了“综合考虑”四个字，这说明以下的四个因素需要综合考虑，而且是评估方向。

“（一）是否违反国际法和国际关系基本准则”，要考虑他国单方法律和措施，是否只考虑了本国利益，而不惜践踏和违反长期以来国际社会形成的公认准则。

“（二）对中国国家主权、安全、发展利益可能产生的影响”，要考虑他国的法律、措施对某些个案的适用，也会推而广之，考察对整体国家权益的影响。

“（三）对中国公民法人或者其他组织合法权益可能产生的影响”，这是被制裁和影响的主体所切实受到的损害和可能产生的影响。所谓可能产生的影响，就是不以实际已经发生影响为必要，只要有可能就要考虑进来。

第七条 工作机制经评估，确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令（以下简称禁令）。

工作机制可以根据实际情况，决定中止或者撤销禁令。

实务评述：

经过工作机制的评估，如果确认存在不当域外适用情形的，商务部将发布禁令，不承认、不执行、不遵守有关外国法律与措施。

我们认为，本条的适用，需要工作机制出台细则，进一步解释。

因为遵守禁令的主体尚未明确，包括中国境内的各类主体是不言自明的，但是否包括中国各类主体设在境外的机构，以及即使是在中国境内，但是因为行业系统上早已不分国界（比如金融系统），在受到外国势力胁迫后，中国境内的主体如何应对？

第八条 中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。

申请豁免遵守禁令的，申请人应当向国务院商务主管部门提交书面申请，书面申请应当包括申请豁免的理由以及申请豁免的范围等内容。国务院商务主管部门应当自受理申请之日起30日内作出是否批准的决定；情况紧急时应当及时作出决定。

实务评述：

本条规定了针对已经发布的禁令，申请豁免（不遵守）的制度。

我们理解，禁令有可能是对法律、法规等抽象法律行为实施的，也有可能是对一项具体措施实施的。而禁令通常而言应当得到普遍遵守。

但是，禁令所禁止适用的法律法规、措施，要在更加广泛的范围进行利益权衡，可能会豁免某些主体对禁令的遵守。但这样的权力仍在于商务部。

本条还规定了可以操作的期限，以及情况紧急时，不受期限截止期限限制的机制。

第九条 当事人遵守禁令范围内的外国法律与措施，侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求该当事人赔偿损失；但是，当事人依照本办法第八条规定获得豁免的除外。

根据禁令范围内的外国法律作出的判决、裁定致使中国公民、法人或者其他组织遭受损失的，中国公民、法人或者其他组织可以依法向人民法院提起诉讼，要求在该判决、裁定中获益的当事人赔偿损失。

本条第一款、第二款规定的当事人拒绝履行人民法院生效的判决、裁定的，中国公民、法人或者其他组织可以依法申请人民法院强制执行。

实务评述：

本条规定的是，在商务部发出禁令后，如果有的企业、机构、个人不遵守禁令（而继续遵守外国的不当法律和措施），侵害中国公民、法人或者其他组织合法权益的司法救济。

如果出现上述侵害中国公民、法人或者其他

组织合法权益的情况，被侵害主体可以向人民法院起诉。

如果根据不当法律作出的外国判决致使中国公民、法人或者其他组织受损的，《阻断办法》指明，被侵害方可以向中国法院起诉，要求获益者赔偿。换言之，外国法律是“不当”的，因适用该法律所得的利益也是“不当”的，所以可以请求中国法院调整利益，判决获益者赔偿损失。

如果被判决负有赔偿责任的当事人不履行人民法院判决，人民法院可以依申请强制执行。

第十条 工作机制成员单位应当依照各自职责，为中国公民、法人或者其他组织应对外国法律与措施不当域外适用提供指导和服务。

实务评述：

本条体现了一个负责任的法治政府和服务性政府的担当。

实际上，如果没有经历过国际制裁的中国公民、法人或者其他组织，确实不知道如何应对。没有这方面法律实务经验的律师，也并不了解应该如何应对。本条规定，由工作机制成员单位这样的中央级的国家机构，同时也是最了解国际、国内形势，并且也可以调动工作机制成员间更方面资源的单位来提供指导和服务，是恰当的。

当然，我们认为，民间非官方服务机构也是不可或缺的，比如行业协会、律师事务所等。

第十一条 中国公民、法人或者其他组织根据禁令，未遵守有关外国法律与措施并因此受到重大损失的，政府有关部门可以根据具体情况给予必要的支持。

实务评述：

根据工作机制，商务部下发了禁令，中国的主体因为遵守禁令而没有理会外国法律与措施，可能会被国外发起的措施伤害。在此情况下，本条规定政府部门视情况给予必要的支持。具体是什么样的支持，并未详述。留待发生具体情况时，再酌情确定。

第十二条 对外国法律与措施不当域外适用，中国政府可以根据实际情况和需要，采取必要的反制措施。

实务评述：

前述第五条至第十一条规定的是国内行政、司法救济，是针对具体受害主体的保护。

本条是在国家层面上，对于外国法律与措施不当域外适用，国家层面可以采取必要的反制措施。

根据 WTO 领域的国际经贸司法实践，反制措施可以体现为经贸领域的对等报复。

但是，本条并未限定反制措施的类型，只是规定了“必要的”反制措施。这说明对于反制措施的强度，《阻断办法》还是相对比较克制的。我们认为，反制措施出了“必要的”外，还应重点强调反制措施是“有效的”，才能够真正实现阻断。

第十三条 中国公民、法人或者其他组织未按照规定如实报告有关情况或者不遵守禁令的，国务院商务主管部门可以给予警告，责令限期改正，并可以根据情节轻重处以罚款。

实务评述：

本条规定的是，当事人没有如实报告有关情况，或者不遵守禁令的行政责任。

实践中，如果被制裁或者被外国法律、措施影响的主体，不如实报告，甚至夸大报告，可能会干扰工作机制的判断和评估。

禁令发出后，如果不遵守禁令，可能会继续对中国公民、法人、其他组织造成伤害，所以也应当给予行政处罚。

第十四条 国务院商务主管部门工作人员未按照规定为报告有关情况的中国公民、法人或者其他组织保密的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

实务评述：

本条规定了商务部工作人员如果没有尽到保

密责任，可能受到行政处分甚至刑事处罚。

第十五条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定规定的外国法律与措施域外适用情形，不适用本办法。

实务评述：

我国缔结和参加的国际条约、协定已经确认过的外国法律与措施的域外适用，通常不会发生“不当”性，而且在缔结条约前也进行过合法性分析。所以《阻断办法》通常不适用在国际条约、协定领域。

从法律效力上，我国缔结的国际条约、协定高于国内法，《阻断办法》属于商务部部门规章，也不应凌驾在国际条约和协定之上。

第十六条 本办法自公布之日起施行。

实务评述：

《阻断办法》于1月9日公布，当日施行，刻不容缓。

做完了上述实务评述，笔者陷入了新的思考。如果大家非常了解国际经贸形势和国际经贸制裁形势的话，都会了解，《阻断办法》非常必要，而且刻不容缓。《阻断办法》给了我们一张清晰的权利救济路线图，指明了，在自己的权益受到外国法律和措施的域外效力不当侵犯的时候，如何自保并请求行政和司法救济。而且，《阻断办法》也表明了坚决维护国家主权、国家安全和人民利益的决心。

但是，《阻断办法》目前还只是一个纲要，条文规定相对原则，还需要实务界人士在实践中摸索实际操作的流程和经验。

笔者提出建议，如果任何中国公民、法人或者其他组织，受到了外国法律和措施的不当影响，请务必寻求法律专业人士的帮助，及时根据《阻断办法》提出申请和有关司法诉讼，不仅维护了自身合法权益，可能也会给全行业和国家安全做出了积极的贡献！

中伦
文德



□任雅茹/文

任雅茹律师，中伦文德金融保险法律服务团队成员，主要从事金融保险、国际投资与贸易、争议解决等领域的法律事务。布鲁塞尔自由大学法律博士在读，布鲁塞尔自由大学国际商法硕士，中国人民大学法律硕士。

美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁及防范策略研究

摘要：随着一带一路战略的实施，我国企业在海外投资不断壮大，相应的国际工程及其承保也逐渐增多。不同国家所受到的国际制裁状况不同，因此必须予以逐个分析。这一工作非常重要又及其复杂，所涉及公司都予以高度重视甚至列为专项工作。国际制裁主要包括联合国、欧盟与美国的制裁，对不同国家制裁的侧重点有所不同。本文专门对美国美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁进行仔细研究，包括其制裁渊源、制裁对象、遵守主体、制裁手段、处罚、赦免和应对措施等，以期对相关主体有所裨益。

一、美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁的渊源与使命

1. 美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁及其渊源

美国财政部海外资产控制办公室直接隶属于美国总统战时和国家紧急情况委员会，负责管理和执行经济制裁项目，主要对恐怖分子、毒品走私者、大规模杀伤性武器扩散行为等国家、个人和团体实施经济制裁。美国财政部处理制裁问题有悠久的历史，可以追溯到 1812 年战争之前，财政大臣加勒廷对英国骚扰美国水兵的行为实施

了制裁。在美国内战 1861-1865 年期间，国会批准禁止交易法案，要求没收与法案中交易有关的货物，并由财政部管理，符合条件时才颁发许可证。

2. 美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁的前身与正式成立

美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 是海外资金控制办公室 FFC 的继承者，海外资金控制办公室 FFC 是在 1940 年德国入侵挪威之后的第二次世界大战来临时成立的。海外资金控制办公室 FFC 在整个战争期间都由财政部长管理，其最初设立目的是防止纳粹使用被占领国家持有的外汇和证券，并防止这些国家国民的资金被掠夺，后来扩展到保护其他被侵略国家的资产。在美国正式加入第二次世界大战之后，海外资金控制办公室 FFC 通过封锁敌方资产、禁止对外贸易和金融交易，在对抗轴心国的经济战争中发挥了主导作用。二战结束后，1950 年 12 月，随着中国加入朝鲜战争，OFAC 正式成立。当时杜鲁门总统宣布国家进入紧急状态，并封锁了所有受美国管辖的中国和朝鲜资产。

3. 美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁的使命

美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 与美国国务院、商务部、司法部、美联储、联邦调查局、国内外金融机构等保持紧密联系，为有效落实美国经济制裁政策、实现美国经济制裁目标，扮演至关重要的角色，特别是应对其他国家和政权、打击恐怖分子与贩毒组织、打击大规模杀伤性武器扩散等，以维护美国国家安全和外交政策等，根据美国法律与总统授予的权力对违反美国经济制裁的人员或实体进行交易控制、资产冻结与罚款等。

二、美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 的制裁对象、制裁手段与遵守主体

1. 制裁对象特定

美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 的制裁对象既包括美国人，也包括非美国人，既包括特定的国家，也包括特定的行业、特定的个人和实体。制裁既可以是全面的，如美国对伊朗、朝鲜、古巴、苏丹、叙利亚这五个国家的制裁就是全面制裁；也可以是选择性的，如通过冻结资产和限制交易来落实美国的外交政策和实现国家安全的目标。而特定的行业主要是限制美国人从这些国家进口特定的物品，且美国的金融机构不能为这些物品交易提供金融服务，如近年来银行业受到非常严重的处罚，法国巴黎银行被处以 89.7 亿美元罚款，英国渣打银行先后两次被重罚等。

2. 制裁手段多样

美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 的制裁手段主要包括：第一，对被制裁国的国外资产实施管制，包括扣压和冻结其国有资产、私有财产以及没收国有或私有财产等措施。第二，停止为被制裁国提供贷款，限制或停止外汇兑换，排斥其国际金融市场上的业务活动，干扰其国内金融市场运行等。第三，停止与被制裁国的经济合作和援助，中止经济、贸易等方面的条约和协定，停止提供最惠国待遇政策，部分或全部停止与被制裁国的进出口贸易，以及封锁其贸易港口等。

3. 遵守主体广泛

美国经济制裁政策适用范围非常广泛，所有美国人必须遵守美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 的规定。不仅所有美国公民和永久居民，且无论他们在哪里都必须遵守；而且，所有在美国境内的个人和实体，所有在美国注册的实体和其外国分支机构也必须遵守美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 的规定。在某些项目中，美国公司拥有或控制的外国子公司也必须遵守；除此之外，某些项目还要求持有美国原产商品的外国人也必须遵守规定。

特别值得注意的是，遵守主体还包括因与美国存在连接点 (Nexus) 而受美国法律管辖的非美国人 (含个人和实体)。与美国存在连接点主要包括使用美国的设施、技术或产品等，如使用美元交易，出口含有美国元器件的电子产品或将美国电子产品、技术进行转出口等。一旦与美国有连接点，就必须遵守美国的制裁政策。

三、美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁的风险与救济

1. 美国经济制裁的风险

企业国际交往中面临美国经济制裁的风险越来越大，特别是特朗普发动贸易战以来。如果企业遭受美国经济制裁，可以说对其国际业务是灭顶之灾；不仅交易无法完成，款项被冻结，可能还要遭受民事或刑事处罚，并被列入业务或行业限制，甚至被列入制裁名单。这其中也会考虑该行为是否具有主观上的故意，以及该交易是否属于重大交易，比如金额巨大、交易频率很高或交易影响巨大等。违反规定后，一般都要缴纳罚款，而且罚款数额可能很大。

在许多情况下，民事和刑事处罚可能超过数百万美元。根据制裁方案的不同，1990 年《联邦民事处罚通货膨胀调整法案》(Federal Civil Penalty Inflation Adjustment Act of 1990) 要求 OFAC 每年调整民事罚款金额，该法案 2015 年被《联邦民事处罚通货膨胀调整法案改进法案》(Federal Civil Penalty Inflation Adjustment Act

improve Act) 修订。无论罚款金额如何, 如果不牵扯到企业其他利益, 可能影响还小。

有时, 企业高管可能也会被牵扯进来, 需要承担违反美国经济制裁政策行为的责任, 而面临严重的处罚, 甚至被列入出口管制黑名单, 如中兴通讯的三位高管均已离职, 还有法国巴黎银行首席运营官、合规负责人等也不得不辞职。另外, 上述风险的产生可能也将伴随法律纠纷的出现, 如款项被冻结后, 是否需要再次支付, 合同如何继续履行等; 企业声誉必然收到影响, 以后再开展业务必定难上加难, 营业收入也会相应的收到限制。

2. 被美国制裁后如何救济

对于已完成的交易, 公司是否可以报告过去未被发现但违反 OFAC 规定的行为? 事实上, 美国财政部鼓励公司主动披露过去的违规行为。在民事处罚程序中, OFAC 认为自我披露可以作为减轻处罚的考虑因素。自我披露应以详细的信函连同任何支持文件, 一起提交给美国财政部外国资产控制办公室。如果已被列入美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁名单, 可以通过向 OFAC 申请除名程序予以补救, 申请行政复议移除。一般可以基于如下三个理由: 一是自然人或实体已不复存在; 二是自然人或实积极改变自身行为, 原来列名基础已不存在; 三是美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 在列名时, 出现失误混淆名称等。实践中, 也有被制裁主体跳过行政复议这一程序, 而直接采用司法救济、诉诸法院, 但成功难度极大, 以俄罗斯寡头 Oleg Deripaska 被列入 SDN 名单为例, 该案件至今仍未决。

四、美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 的制裁原因

1. 未识别或未有效识别名单主体

虽然很多企业在进行国际交易之前, 会对客户等相关主体进行尽职调查, 但依然难免出现漏洞。许多美国公司与外国公司被处以几十万甚至几百万美元的罚款, 就是因为未能有效识别

SDN 名单中的客户。

2. 没有制定正式的制裁合规计划或制裁合规机制不健全

虽然美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 并不强制美国企业制定制裁合规计划 Sanctions Compliance Program (SCP), 但如果受美国司法管辖的企业或从事国际贸易的企业没有制定制裁合规计划, 一旦违法, 可能作为处罚的加重情节, 被处以罚款。外国银行或企业不受美国制裁合规计划的约束, 但也需要建立制裁相关的内控机制, 提前防范相关制裁; 如果自行其是, 一旦触犯美国对相关国家的之策政策, 也会被处罚。

3. 被制裁个人的“履职”行为

还有一些企业, 虽然也做好了尽职调查, 知道某些人员在 SDN 名单之中。但可能对美国经济制裁的法律法规不够了解, 错误认为某些人员虽然被制裁, 但起所在企业并不受制裁, 交易标的等均不在美国的制裁范围, 而认为某些人员如果只是签字“履职”, 并不属于制裁的范畴。但美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 在其官网回答关于缅甸制裁的常见问题时, 曾经明确规定: 美国人不得与 SDN 名单中的自然人或实体签署协议。因此, 即使是履职行为, 也可能受到制裁。虽然目前相关主体正在上诉, 但结果还未揭晓, 还是需要非常谨慎。

4. 与制裁对象做交易

受美国司法管辖的企业, 特别是在美国境外还有子公司的跨国企业, 可能因其境外子公司与美国制裁对象有业务往来, 比如向对方提示商业机会或批准某项交易等, 为其开展违规业务提供便利, 或将源自美国的产品、技术和服务等出口或转出口给制裁对象, 抑或利用美国金融系统、使用美元等与美国制裁对象开展交易, 从而触犯美国经济制裁的法律法规, 面临数亿罚款。甚至有一些企业, 明知存在制裁, 为了逃避或隐瞒, 采用非传统业务模式, 利用一些中介企业签订协议, 试图避开美国制裁, 也可能被处以数百万美元的罚款。

5. 企业要加强合规管控

一些大型跨国企业的董监高人员，往往神通广大，知悉许多旁人不知道的内幕信息，并利用这些信息开展活动或拓展业务。在这一过程中，如果不加以防范，很有可能踩雷，受到美国的制裁，特别是涉及苏丹、伊朗、古巴、缅甸等国家时，如果对这些国家被美国实施经济制裁不够了解，没有做好尽职调查，往往被处以几十亿美元的巨额罚款，甚至高级管理人员也会被牵连、被解雇，特别是首席运营官、合规负责人等。

五、美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制裁的防范策略

1. 对制裁的相关法律法规做好尽职调查

如果用以前发表的意见书、监管解释或其他声明作为进行交易的指引，一定要非常小心，确保有关交易完全符合已出版材料的字面意思和背后精神，并确保这些材料未被取代。由于海外资产控制办公室可以在未事先公告的情况下，更改其先前的声明或未公布的解释或意见。因此，如果交易项目可能涉及美国财政部制裁，必须做好对相关制裁法律法规的尽职调查，如果有任何疑问，

要及时联系监管部门咨询，避免以后面临巨额罚款等处罚措施。

美国的制裁政策非常复杂，针对不同的国家有不同的制裁政策，针对不同的个人和实体也有不同的制裁政策。比如，前面提到的五个国家，美国对伊朗的制裁政策和对古巴的制裁政策就不一样，美国对朝鲜的制裁政策也与对苏丹的制裁政策不一样。不同的制裁名单也不一样，比如 SSI 名单主要是对俄罗斯的，主要是限制美国人为 SSI 名单中的任何实体提供中长期融资，SDN 名单主要是禁止业务开展和资产冻结，561 名单主要是限制美国金融机构给名单上的金融机构开立美元代理账户。鉴于美国制裁政策非常复杂，所以我们对于这些制裁政策只能是“一事一议”，抱着非常审慎的态度来应对美国的制裁政策，去熟悉和掌握美国的制裁政策。

2. 及时查询 OFAC 制裁名单

美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 制定了许多制裁名单，凡是被列入的公司、组织及个人的行为被认定会对美国国家安全以及外交、经济政策造成危害。制裁名单主要分为两大类，一是特别指定国民和受阻人员名单，即 SDN 名

单，美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 要求在美国境内的所有人士以及企业不得与该黑名单上的对象进行交易，否则会受到非常严厉的制裁。二是非 SDN 名单，包括 FSE 名单、SSI 名单、NS-ISA 名单等，这些名单都可能随时更新，可能本周和上一周的名单已有不同，名单已有增加或



减少；因此，一定要保证每次尽职调查时，都要做好美国 OFAC 制裁名单的查询，以防遗漏。

3. 正确理解 50% 规则

SDN 名单实行控股 50% 的规定。所谓控股 50% 的规定是指如果某公司 / 个人被美国列入 SDN 名单，则该公司 / 个人控股 50% 或超过 50% 的关联公司也将受到同样制裁。50% 及以上的比例适用国家广泛，但也有一些国家如俄罗斯，可能比例是 33% 或其他。一般而言，只有 50% 或以上才有被制裁的风险。但需要注意的是，如果某个体甲被制裁，拥有 A 公司财产的 25%；另一个体乙也被制裁，同样拥有 A 公司财产的 25%。那么，A 公司也将被制裁，因为 A 公司财产的 50% 或以上由一个或多个被制裁者所拥有。

4. 防范次级制裁的影响

次级制裁本质上是一国凭借其国际优势地位将其单边制裁转变为多边制裁的强制手段。美国作为次级制裁最频繁的使用者，利用其在世界经济中的主导地位通过国内法的方式将次级制裁发展成为推行美国外交政策的重要工具。特别是最近 10 年来，美国次级制裁的适用日趋广泛，严重威胁着以主权平等原则为基础的国际秩序。次级制裁必须要判断是否与美国存在连接点等内容，为了防范美国的次级制裁，一定要切断与美国因素的所有关联，包括不使用美国人，不使用美元结算，不使用美国金融市场或美国投资者的资金等。只有从所有可能的地方加以防范，才能躲过美国制裁的大棒。

六、总结

通常而言，判断企业是否面临制裁风险主要从以下三个方面考量：一是交易对手和交易标的，主要是判断企业是否跟制裁对象存在关联，也就是交易对手是否是制裁对象或者是在受制裁的国家中，交易标的是否属于受制裁的特定行业。二是结算货币，比如美元，也属于美国因素，企业为了降低国际交易风险，减少受到美国制裁的可能性，尽量减少使用美元交易；虽然可能带来不便，但可以讲风险最小化。三是参与人员或资金

来源，一定要确定参与人员都不是美国任何制裁名单中的人员，也尽量减少与美国人的交易频率或接受美国投资者的资金，因为美国人或美国资金也都属于美国因素，视为与美国存在连接点，交易即可能因此受到制裁。因此，企业在国际交易中，一定要尽可能切断与美国的连接点。

虽然大多数涉外企业都已经建立制裁防范制度或管理框架，采用流程式风险管理模式，如保险公司的承包部门、理赔部门、财务部门、合规部门、审计部门，分别从不同的角度与侧重点对交易对象、交易表弟进行核查与监督，以确保承包项目不在美国制裁名单之中、收款方不在制裁名单之中等等；甚至聘请外部律师或境外律师对项目主体与内容进行反复核查。然而，查询制裁名单往往工作量巨大，内容繁多，且无法直接查询到“被视为在 SDN 名单中”的主体；另外，涉外制裁往往涉及不同的国家，如俄罗斯、伊拉克、塞尔维亚、土耳其、苏丹、尼日利亚等等，需要对每一个国家涉及制裁的情况进行一一分析，需要稳健审慎、非常细致周全地查询每一个清单来进行判断。

参考文献：

- [1] 美国财政部海外资产控制办公室 OFAC 官网
- [2] 常雁. 探析美国 OFAC 民事处罚框架及趋势 [J]. 北京印刷学院学报, 2020, 28 (10): 23-27+52.
- [3] 王佳. 美国经济制裁立法、执行与救济 [J]. 上海对外经贸大学学报, 2020, 27 (05): 52-64.
- [4] 高文成. 疫情下仍不减制裁, 美式霸道太不人道 [N]. 新华每日电讯, 2020-06-03 (005).
- [5] 刘朝晖. 美国次级经济制裁立法的非法性及应对研究 [D]. 大连海事大学, 2020.
- [6] 孙才华. 美国经济制裁风险防范 [M]. 人民日报出版社, 2020
- [7] 罗颖, 陈忠. 美国经济制裁背景下的国际工程承包企业制裁合规体系建设 [J]. 国际工程与劳务, 2020 (08): 33-36.
- [8] 关萍. 美国金融体系武器化 [N]. 中国银行保险报, 2020-07-20 (008).
- [9] 朱玥. 反制美国次级制裁的欧盟经验及启示: 单边抑或多边 [J]. 中国流通经济, 2020, 34 (06): 117-128.
- [10] 梁冰洁, 孟刚. 美国二级制裁法律问题研究 [J]. 财经法学, 2020 (01): 132-144.
- [11] 陈芷逸. 美国对外金融制裁分析 [J]. 时代金融, 2020 (26): 4-5.
- [12] 连平, 邓志超. 如何看待美国对中国的金融制裁 [N]. 第一财经日报, 2020-09-16 (A11).
- [13] 朱光胜, 刘建华. 美国对外资产冻结政策与中国的应对措施 [J]. 湖北经济学院学报, 2020, 18 (05): 109-117.
- [14] 米晓文. 美国金融制裁处罚机制研究与启示 [J]. 经济研究参考, 2019 (13): 65-73.
- [15] 杨业伟. 从法律制度看美国对外经济制裁 [J]. 新理财 (政府理财), 2019 (06): 14-16.
- [16] 郭华春. 美国经济制裁执法管辖“非美国人”之批判分析 [J/OL]. 上海财经大学学报: 1-16 [2020-11-25].
- [17] 杨永红. 次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开 [J]. 法商研究, 2019, 36 (03): 164-177.



□ 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。



□ 田卓亚/文

田卓亚，实习律师，华东政法大学法学学士，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。

风电项目的合法合规性审查

前言

随着人类活动的加剧，尤其是自第一次工业革命以来化石能源的大规模使用，全球变暖、生态恶化、环境污染等问题不断加重，迫使各国纷纷调整原有的发展模式，选择走绿色、可持续发展道路。进行能源转型，大力发展可再生能源被视为实现这一转变的关键举措，这也成为近些年来可再生能源在全球蓬勃发展的主要推动力。

其中风能作为可再生能源中是最具有代表性的一种，开发和利用风能一项利国利民的能源工程，但风电项目具有投资大，资本回收周期长，风险大的特点，其开发建设具有流程繁多、资金技术密集、审批流程复杂、违规后果严重的特点。若在项目开发建设的过程不规范，轻则被处以罚款，重则可能被整体拆除，甚至涉及刑事责任，因此法律尽职调查为判断项目合法合规性的重要手段。

本文将针对大型能源企业在投资收购风电项目时，所涉及项目合法合规性审查及相关法律责任等进行归纳及汇总。

一、风电项目开发建设的主管部门

根据《风电开发建设管理暂行办法》（以下

简称“风电开发管理办法”）第3条的规定，全国风电开发建设由国务院能源主管部门负责管理，各省（区、市）政府能源主管部门在国务院能源主管部门的指导和组织下，按照国家有关规定负责本地区风电开发建设管理。委托国家风电建设技术归口管理单位承担全国风电技术质量管理。

二、风电项目开发建设的流程及所需文件

风电开发建设管理包括风电场工程的建设规划、项目前期工作、项目核准、竣工验收、运行监督等环节的行政组织管理和技术质量管理。本文针对风电项目开发建设的流程进行总结如下：

（一）签订《风电项目开发协议》

依据行业惯例，项目公司一般在进行风电场宏观选址后、开展前期工作前，根据风电场开发范围，与市（县、区、镇）级人民政府签订《风电项目开发协议》。

（二）项目前期工作及开展前期工作的批复

风电项目前期工作包括选址测风、风能资源评价、建设条件论证、风电场工程规划、预可行

性研究、项目开发申请、可行性研究和项目核准前的各项准备工作。

企业在完成选址测风、风能资源评价、预可行性研究等工作后，应当向能源主管部门提出开发前期工作的申请并编制申请报告，经能源主管部门同意后，开展后续前期工作。

根据《风电开发管理办法》第12条规定，风电项目开发企业在开展前期工作之前应向省级以上政府能源主管部门提出开展风电场项目开发前期工作的申请。按照项目核准权限进行划分，5万千瓦及以上项目开发前期工作申请由省级政府能源主管部门受理后，再上报国务院能源主管部门进行批复。

风电项目开发企业在取得主管部门出具的开展前期工作的批复后，方可开展项目可行性研究。风电场工程的可行性研究应在风电场工程预可行性研究工作的基础上进行，是政府核准风电项目建设的依据。风电场工程可行性研究工作由获得项目开发权的企业按照国家有关风电建设和管理的规定和要求负责完成。

（三）项目核准

1、提交审核申请

项目单位应当按照国务院规定的项目核准管理权限，向国务院投资主管部门和省级政府投资主管部门提交审核申请。

提交申请后，由国务院投资主管部门核准的风电场工程项目，经所在地省级政府能源主管部门对项目申请报告初审后，按项目核准程序，上报国务院投资主管部门核准。项目单位属于中央企业的，所属集团公司需同时向国务院投资主管部门报送项目核准申请。

2、办理项目核准

风电项目提交核准申请前，除取得项目开发前期工作批复文件、项目可行性研究报告及其技术审查意见外，项目单位还应当完成如下工作并取得主管部门批复：

（1）项目列入全国或所在省（区、市）风电场工程建设规划及年度开发计划的依据文件；

（2）项目开发前期工作批复文件，或项目特许经营协议，或特许经营项目中标通知书；

（3）项目可行性研究报告及其技术审查意见；

（4）土地管理部门出具的关于项目用地预审意见；

（5）环境保护管理部门出具的环境影响评价批复意见；

（6）安全生产监督管理部门出具的风电场工程安全预评价报告备案函；

（7）电网企业出具的关于风电场接入电网运行的意见，或省级以上政府能源主管部门关于项目接入电网的协调意见。

（8）金融机构同意给予项目融资贷款的文件；

（9）根据有关法律法规应提交的其它文件。

根据《风电开发管理办法》第19条的规定，风电场工程项必须经过核准后方可开工建设。项目核准后2年内未能开工建设的，项目原核准机构可按照规定收回项目。风电场工程开工以第一台风电机组基础施工为标志。

根据《中华人民共和国土地管理法》第44条、《中华人民共和国城乡规划法》第37条和第40条、《中华人民共和国建筑法》第7条、《中华人民共和国水土保持法》第15条、《中华人民共和国矿产资源法》第33条、《建设项目用地预审管理办法》第8条的规定，建筑工程开工前，建设单位还应办理农用地转用审批手续（如涉及农用地），查询核实建设项目是否位于地质灾害易发区、是否压覆重要矿产资源，取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证、水土保持批复等。

（四）竣工验收

风电站建成投产前，应当办理竣工验收手续。电站项目通过用地、环保、消防、安全、并网、节能、档案及其他规定的各项专项验收后，还应当按照《风电开发管理办法》及《风电场工程竣工验收管理暂行办法》等规定完成能源主管部门的竣工验收。

项目单位在完成土建施工、设备安装和配套电力送出设施后，办理好各专项验收，待电网企业建成电力送出配套电网设施后，制定整体工程竣工验收方案，报项目所在地省级政府能源主管部门备案。项目单位和电网企业按有关技术规定

和备案的验收方案进行竣工验收，将结果报告省级政府能源主管部门，省级政府能源主管部门审核后报国务院能源主管部门备案。

电网企业配合进行项目并网运行调试，按照相关技术规定进行项目电力送出工程和并网运行的竣工验收。完成竣工验收后将结果报告省级政府能源主管部门，省级政府能源主管部门审核后报国务院能源主管部门备案。

（五）运行监督

风电项目不同于其他工程项目，因风电项目具有投资大，风险高的特点，故在项目投产1年后，需要国务院能源主管部门组织有规定资质的单位，根据相关技术规定对项目建设和运行情况进行后评估，3个月内完成评估报告，评估结果作为风电项目单位参与后续风电项目开发的依据。项目单位应按照评估报告对项目设施和运行管理进行必要的改进。

风电场项目后评价主要通过对项目可行性研究报告及项目核准文件的主要内容与项目建成后的实际情况进行对比分析，对项目建设的效果和教训及时进行总结分析，以督促项目业主单位不断提高建设管理水平和投资决策水平，并为政府决策部门制定和完善相关的政策措施提供依据。

项目单位应按照《风电场项目后评价管理暂行办法》的要求，选择本项目投资运行管理和参建单位（含勘察设计单位）以外，具备技术能力的第三方机构开展项目后评价工作。

项目后评价工作在风电场项目应当在通过竣



工验收后运行满一年进行。项目后评价单位应在国务院能源主管部门的指导下，会同项目所在地省级能源主管部门制定项目后评价工作大纲和实施方案，组织项目业主单位等开展项目后评价工作。

三、风电项目违规的法律责任

通过前文的梳理，风电项目单位应当按照《风电开发管理办法》《风电场工程前期工作管理暂行办法》《风电场工程竣工验收管理暂行办法》及《风电场项目后评价管理暂行办法》等规定建设风电工程，未依法建设运营风电项目的可能承担具体法律责任如下：

1、如风电场工程未按规定程序和条件获得核准擅自开工建设，不能享受国家可再生能源发展基金的电价补贴，电网企业也不予接受其并网运行。

2、对于风电项目单位违规擅自开工建设的项目，一经发现，省级以上政府能源主管部门将责令停止建设，并依法追究相关责任人的法律和行政责任。

3、风电项目单位如通过国家特许权招标方式获得投资开发主体资格的如后续发生违约，项目单位应当承担特许权协议规定的相关责任；情节严重的，按照招投标法规定，自违约时间起3年内取消其参与同类项目投标资格，并予以公告。参加国家特许权项目招标或设备集中招标的设备制造企业违反招标约定，自违约发生时间起3年内该企业不得参与同类项目投标。

4、如风电场发生火灾、风电机组严重损毁以及其他停产7天以上事故，或风电机组部件发生批量质量问题，超过7天未以任何方式报告情况，或未按规定向国家可再生能源信息管理机构提交有关信息的，省级以上政府能源主管部门将责令其改正，并依法追究有关责任人的法律和行政责任。

综上所述，在我国风电建设项目开发建设的过程中，风电项目建设单位应当按照法定要求和程序办理相应的审批及备案，并严格按照有关批复进行项目建设，施工过程中注重合法合规建设，可以有效地规避相关法律风险。



□ 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。



□ 田卓亚/文

田卓亚，实习律师，华东政法大学法学学士，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。

天然气管道爆炸，到底谁应该承担责任？ ——之“重大责任事故罪”

前言

随着社会经济的不断发展以及工业化进程的不断加快，人们的生活质量，生活水平得到了不断提高。石油与天然气作为重要的能源，与人们的日常生活息息相关。石油和天然气主要成分是碳氢化合物，具有易燃易爆易中毒的性质，在生产储运过程中，有潜在的危险性。天然气管道运输是现代三大运输方式之一，由于其效率高、成本低、占地少、连续性强、不易受环境影响等优势，在能源供应、石油化工和居民生活系统中的应用越来越广泛，是现代城市的生命线。

截至2019年底，中国油气长输管道总里程达到13.9万千米，其中天然气管道约8.1万千米，原油管道约2.9万千米，成品油管道约2.9万千米。随着我国石油管道工程增多且规模越来越大，天然气管道的安全问题中的安全问题也逐渐突显。近年来，我国发生多起大型天然气管道爆炸的事故，均造成了较大的损失，事故发生的大多数原因是安全生产责任不落实、施工作业存在安全隐患、安全审核制度不完善、安全生产工作监管检查不到位等，从而导致事故有关责任单位和责任人被

追行政追责，甚至严重的还需要承担刑事责任。那么在频频发生的天然气事故中，法律责任应该如何认定，本文将针对天然气管道爆炸事故中可能涉及到的法律责任进行分析。

一、经典事故案例

（一）大连中石油国际储运有限公司“7·16”输油管道爆炸火灾事故

1、事故经过及原因：

2010年7月16日，位于辽宁省大连市保税区的大连中石油国际储运有限公司原油库输油管道发生爆炸，引发大火并造成大量原油泄漏，导致部分原油、管道和设备烧损，另有部分泄漏原油流入附近海域造成污染。事故造成的直接财产损失为22330.19万元。国务院批复同意国务院事故调查组提出的对该事故的调查处理意见，认定该事故是一起特别重大责任事故。

导致该事故的直接原因是：中石油国际事业有限公司（中国联合石油有限责任公司）下属的大连中石油国际储运有限公司同意、中油燃料油股份有限公司委托上海祥诚公司使用天津辉盛达

公司生产的含有强氧化剂过氧化氢的“脱硫化氢剂”，违规在原油库输油管道上进行加注“脱硫化氢剂”作业，并在油轮停止卸油的情况下继续加注，造成“脱硫化氢剂”在输油管道内局部富集，发生强氧化反应，导致输油管道发生爆炸，引发火灾和原油泄漏。

导致事故的间接原因是：上海祥诚公司违规承揽加剂业务；天津辉盛达公司违法生产“脱硫化氢剂”，并隐瞒其危险特性；中国石油国际事业有限公司（中国联合石油有限责任公司）及其下属公司安全生产管理制度不健全，未认真执行承包商施工作业安全审核制度；中油燃料油股份有限公司未经安全审核就签订原油硫化氢脱除处理服务协议；中石油大连石化分公司及其下属石油储运公司未提出硫化氢脱除作业存在安全隐患的意见；中国石油天然气集团公司和中国石油天然气股份有限公司对下属企业的安全生产工作监督检查不到位；大连市安全监管局对大连中石油国际储运有限公司的安全生产工作监管检查不到位。

2、责任认定：

国务院批复意见中写明：将14名责任人移送司法机关依法追究刑事责任，给予29名责任人相应的党纪、政纪处分。依据有关法律法规规定，对大连中石油国际储运有限公司、天津辉盛达公司、上海祥诚公司等相关责任单位分别处以规定上限的行政处罚；依法吊销天津辉盛达公司危险化学品生产企业安全生产许可证，该公司主要负责人张海军，除建议依法追究其刑事责任外，终身不得再担任危险化学品生产经营单位的主要负责人；上海祥诚公司不得从事除商检外涉及危险化学品作业的有关业务。责成中国石油天然气集团公司向国务院国资委作出深刻检查。

（二）“11·22”中石化东黄输油管道泄漏爆炸特别重大事故

1、事故经过及原因：

2013年11月22日10时25分，位于山东省青岛经济技术开发区的中国石油化工股份有限公司管道储运分公司东黄输油管道泄漏原油进入市政排水暗渠，在形成密闭空间的暗渠内油气积聚

遇火花发生爆炸，造成62人死亡、136人受伤，直接经济损失7.5亿元。

导致该事故的直接原因是：输油管道与排水暗渠交汇处管道腐蚀减薄、管道破裂、原油泄漏，流入排水暗渠及反冲到路面。原油泄漏后，现场处置人员采用液压破碎锤在暗渠盖板上打孔破碎，产生撞击火花，引发暗渠内油气爆炸。

导致事故的间接原因是：中国石油化工集团公司及下属企业安全生产主体责任不落实，责任体系不健全，部门职责不清、责任不明；安全生产大检查和隐患排查整治不深入、不细致、不彻底，未能及时消除重大安全隐患；事故应急救援不力，现场应急处置措施不当，盲目动用非防爆设备进行作业，严重违规违章。山东省、青岛市、青岛经济技术开发区及相关部门履行职责不力，对管道保护的监督检查不彻底、有盲区，督促企业整治管道安全隐患不力；开发区规划、市政部门履行职责不到位，事故发生地段规划建设混乱；管道与排水暗渠交叉工程设计不合理；青岛市及开发区管委会相关部门对事故风险研判失误，导致应急响应不力，未及时提升应急预案响应级别，未及时采取警戒和封路措施，未及时通知和疏散群众。

2、责任认定：

2014年1月9日，国务院对山东省青岛市2013年“11·22”中石化东黄输油管道泄漏爆炸特别重大事故调查报告作出批复，同意国务院事故调查组的调查处理结果，认定是一起特别重大责任事故；同意对事故有关责任单位和责任人的处理建议，对48名责任人分别给予纪律处分，对涉嫌犯罪的15名责任人移送司法机关依法追究法律责任。

2015年11月30日，青岛市黄岛区人民法院宣判中国石油化工股份有限公司管道储运分公司及其下属单位的相关负责人员8人犯重大责任事故罪，分别被判处有期徒刑三年至五年不等的刑罚，其中2名被告人被依法适用缓刑；当地政府相关职能部门的负责人员6人犯玩忽职守罪，分别被判处有期徒刑三年至三年六个月不等的刑罚，其中2名被告人被依法适用缓刑。

（三）中石油中缅天然气管道黔西南州晴隆段“6·10”泄漏燃爆较大事故

1、事故经过及原因：

2018年6月10日23时13分许，中石油中缅天然气输气管道黔西南州晴隆县沙子镇段K0975-100m处发生泄漏燃爆事故，造成1人死亡、23人受伤，直接经济损失2145万元。

导致该事故的直接原因是：因环焊缝脆性断裂导致管内天然气大量泄漏，与空气混合形成爆炸性混合物，大量冲出的天然气与管道断裂处强烈摩擦产生静电引发燃烧爆炸。现场焊接质量不满足相关标准要求，在组合载荷的作用下造成环焊缝脆性断裂。导致环焊缝质量出现问题的因素包括现场执行X80级钢管道焊接工艺不严、现场无损检测标准要求低、施工质量管理不严等方面。

导致该事故的间接原因是：施工单位中国石油天然气管道局第三工程公司主体责任不落实，施工过程质量管理失控，包括：违法分包工程、施工图未完成即开展焊接施工、现场施工管理混乱、是对从业人员资格审查不严、档案资料缺失、安全隐患整改不到位；山东泰思特检测有限公司执行检测标准不严，管理混乱；辽宁辽河石油工程建设监理有限公司未认真履行监理职责，对施工、检测单位存在的问题失察；中国石油天然气管道局质量管理失控，对下属单位监督指导不力；中国石油天然气股份有限公司管道建设项目经理部未切实履行建设单位职责，管理不到位；石油天然气管道工程质量监督站履行监管职责不到位；扬州市富达劳务有限公司与中国石油天然气管道局第三工程公司签订劳务分包合同，但实际并未派遣劳务作业人员参与中缅天然气管道（中国境内段）项目施工。

2、责任认定：

对中国石油天然气管道局工程有限公司第三工程公司相关9名人员给予党内严重警告、政务记过处分、政务降级处分；对山东泰思特检测有限公司相关责任1名人员给予党内严重警告处分并由贵州省应急管理厅给予其罚款2017年年收入百分之四十的行政处罚；对辽宁恒鑫源工程项目管理有限公司相关7名人员给予党内严重警告

处分、政务记大过处分、政务降级处分。

二、法条解读

根据上述的案例，我们可以看出，在发生重大天然气事故后，相关责任人及单位可能会面临追究行政责任，被处以罚款，严重的需要承担刑事责任，本片文章先对事故中涉及的重大责任事故罪作出解读。

【重大责任事故罪】

重大责任事故罪属于危害公共安全罪中的一项重要罪名，《刑法》第134条规定：在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。

重大责任事故罪的特殊表现形式包括“重大劳动安全事故罪”“危险物品肇事罪”“工程重大安全事故罪”“消防责任事故罪”“不报、谎报安全事故罪”等。

1、重大责任事故罪的犯罪主体

要正确理解本罪的犯罪主体。本罪的犯罪主体是一般主体，包括从事生产经营活动的各类企业、事业单位、机关团体等法人或非法人单位及其工作人员，无论何种性质的主体，只要在生产、作业中违反有关安全管理的规定，造成不特定人员伤亡或者公私财产重大损害的，均可以构成该罪。这就意味着任何法人、社会组织、经济组织以及其他团体都有可能成为本罪的犯罪主体，任何具有刑事责任能力的自然人，无论是作为领导、管理者还是普通员工都有可能成为本罪的犯罪主体。

2、正确理解“有关安全管理的规定”的含义

重大责任事故罪的行为是在生产、作业中违反有关安全管理规定。这里的违反有关安全管理规定，是指违反有关生产安全的法律、法规、规章制度。主要包括以下几个方面：（1）国家颁布的各种有关安全生产的法律、法规等规范性文件。（2）企业、事业单位及其上级管理机关制定的反映安全生产客观规律的各种规章制度，包括工艺

技术、生产操作、技术监督、劳动保护、安全管理等方面的规程、规则、章程、条例、办法和制度。(3) 虽无明文规定,但反映生产、科研、设计、施工的安全操作客观规律和要求,在实践中为职工所公认的行之有效的操作习惯和惯例等。

3、正确理解“发生重大伤亡或造成其他严重后果”的含义

本罪属于刑法上的结果犯,只有“发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果”才可能构成犯罪。根据有关司法解释的规定,“发生重大伤亡或造成其他严重后果”包括以下几种情形:一是造成死亡一人以上,或者重伤三人以上的;二是造成直接经济损失一百万元以上的;三是造成其他严重后果的情形。“情节特别恶劣的”包括

三种情形:一是造成死亡三人以上,或者重伤十人以上的;二是造成直接经济损失三百万元以上的;三是其他特别恶劣的情节。“情节特别恶劣的”并非定罪标准,而是量刑的标准。

4、重大责任事故罪属于过失犯罪

重大责任事故罪的罪过形式是过失。这里的过失,是指应当预见到自己的行为可能发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果,因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的主观心理状态。

以上规定表明,仅从犯罪结果来看,刑法对于安全生产事故几乎是持“零容忍”态度的,刑法规定的犯罪起点比条例中划分事故等级标准更加严格,只要发生一般事故,就可能构成犯罪,



发生较大事故，就属于“情节特别恶劣”的情形，将提高量刑标准。

三、风险防范提示

通过对上述案例的总结及重大责任事故罪的解读，我们应该认识到：在天然气管道工程项目施工中，安全生产风险防范是所有工作中的重中之重，一旦发生安全事故，造成重大人员伤亡或财产损失，工程建设的所有参与方及其人员，均可能触犯刑法，构成犯罪。在天然气管道工程项目施工中，应从以下几个方面来防范有关刑事法律风险：

1、要牢固树立安全意识，重视工程作业中的细节问题，认真开展安全隐患排查整治。重大责任事故罪是过失犯罪，重大责任事故的发生往往是由于疏忽大意、习惯性违章造成的。一些看似细小轻微的、习以为常的违规违章行为及不良习惯，往往是发生重大责任事故的导火索。

2、安全生产，人人有责。重大责任事故罪的犯罪主体是非常广泛的，任何参与工程项目建设主体及其个人，只要违反了有关安全管理规定，导致发生安全事故，均可能触犯刑法，受到刑事处罚。在工程建设中，所有的参与主体均应高度重视安全生产工作，从我做起，严格履行安全管理职责，杜绝事故的发生。

3、严格遵守安全生产有关法律法规、行业规范、规则，严格遵守企业的安全生产规章制度，养成良好的工作习惯。刑法中的“安全管理的规定”含义非常广泛，如在生产作业中，违反其中的任何内容，导致发生事故的，均可能承担刑事责任。

4、发生安全事故后，要及时报告。《生产安全事故报告和调查处理条例》对于事故报告程序和内容做了非常明确的要求，事故发生后，事故现场有关人员应当立即向本单位负责人报告；单位负责人接到报告后，应当于1小时内向事故发生地县级以上人民政府安全生产监督管理部门和负有安全生产监督管理职责的有关部门报告。发生电力安全事故的，还应根据《电力安全事故应急处置和调查处理条例》有关规定向电力监督管理部门报告。事故发生后，有关责任人未按照法

律规定的程序进行报告，不报或者谎报事故情况，贻误事故抢救，情节严重的，可能构成“不报、谎报安全事故罪”。

5、在工程建设中，不同的参与主体承担不同的安全管理职责，工程各个参与主体应当严格依据有关法律规定及合同的约定履行各自的安全生产职责和义务。具体包括以下几个方面：

(1)项目业主单位，应选择具备相应资质的勘察设计和施工承包单位，提供符合安全生产要求的施工条件，依据《企业安全生产费用提取和使用管理办法》有关规定提取和支付安全生产费用，确保提供的设备和材料（甲供材）符合相关质量安全标准等，发包人不得对勘察、设计、施工、工程监理等单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求，不得随意压缩合同约定的工期。

(2)勘察设计公司，应当严格按照国家法律法规及行业有关规定从事勘察设计工作，从事勘察设计的人员应当具备相应的资质，在设计过程中严格遵守国家、行业以及合同约定的有关质量标准。设计单位不按质量标准进行设计，擅自降低设计标准，导致发生工程重大责任事故的，可能触犯“工程重大安全事故罪”。

(3)工程施工总承包单位，应当对施工现场的安全生产负总责。施工总承包商不得将工程转包，不得进行违法分包，不得将工程分包给不具备相应施工资质的分包单位，在施工过程中不得偷工减料，不得违反国家或行业有关施工工艺和规程。施工总承包商的管理人员应当具备相应的管理资质（如建造师证书、安全生产考核合格证书等），施工总承包商应当合理使用安全生产费用，专款专用，不得挪作他用。

(4)工程监理单位，应当严格审查施工组织设计中的安全技术措施或者专项施工方案是否符合工程建设强制性标准。在实施监理过程中，发现存在安全事故隐患的，应当要求施工单位整改；情况严重的，应当要求施工单位暂时停止施工，并及时报告建设单位。施工单位拒不整改或者不停止施工的，工程监理单位应当及时向有关主管部门报告。监理单位的人员应当具备相应的监理资格。



□朱向鸣/文

朱向鸣律师，任中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人，朱律师长期为内外资大中型生产厂商提供法律服务，在协助客户应对环境与安全生产领域的突发事件、行政执法等方面有着丰富的实战经验，受到客户的广泛好评。



□马旭龙/文

马旭龙律师，中伦文德律师事务所上海分所资深律师。马旭龙律师自2015年执业以来，专注于为生产型企业提供环境保护与安全生产合规法律服务，擅长协助客户处理和应对突发事件或危机。

“无证排污”时代终结 ——《排污许可管理条例》要点解读

2016年11月10日，国务院办公厅印发了《控制污染物排放许可制实施方案》(以下简称“《实施方案》”),指出“排污许可制”存在定位不明确,企事业单位治污责任不落实,环境保护部门依证监管不到位的客观问题,使得管理制度效能难以充分发挥。为进一步推动环境治理基础制度改革,改善环境质量,《实施方案》明确提出了“衔接整合相关环境管理制度”、“规范有序发放排污许可证”、“严格落实企事业单位环境保护责任”、“加强监督管理”、“强化信息公开和社会监督”等具体实施要求,以及“到2020年,完成覆盖所有固定污染源的排污许可证核发工作,全国排污许可证管理信息平台有效运转,各项环境管理制度精简合理、有机衔接,企事业单位环保主体责任得到落实,基本建立法规体系完备、技术体系科学、管理体系高效的排污许可制,对固定污染源实施全过程管理和多污染物协同控制,实现系统化、科学化、法治化、精细化、信息化的“一证式”管理”的目标任务。

2020年12月29日,生态环境部在例行新闻发布会上就国务院审议通过《排污许可管理条例(草案)》答记者问中提出,在《实施方案》印发后,生态环境部通过“摸、排、分、清”四个步骤,实施帮扶指导、分类处置,构建了排污许可

管理制度、技术规范体系,已经建成了全国统一的排污许可信息化平台,并在全国范围全面完成固定污染源排污许可全覆盖工作。具体情况一是基本摸清全国固定污染源底数,全国各省(区、市)已对384.08万家排污单位开展摸排核实并完成分类处置;二是将其中273.44万家固定污染源纳入排污许可管理范围,对33.77万家核发排污许可证,对应发证但暂不具备条件的3.15万家下达排污限期整改通知书,对236.52万家污染物排放量很小的填报排污登记表;三是对其他基本不排污或暂时不排污的110.64万家永久关闭、长期停产、无实体等企事业单位开展摸排核实并确认标记。

2021年1月24日,国务院正式公布了《排污许可证管理条例》(以下简称“《管理条例》”),《管理条例》第二条中明确规定:“依照法律规定实行排污许可管理的企事业单位和其他生产经营者(以下称排污单位),应当依照本条例规定申请取得排污许可证;未取得排污许可证的,不得排放污染物”,相较于生态环境部2018年1月10日发布,2019年8月22日修订的《排污许可管理办法(试行)》(以下简称“《试行办法》”)而言,《管理条例》作为行政法规有效解决了《试行办法》作为部门规章仅能执行相关法律设定的法律责任的缺陷,其自2021年3月1日起的正式

施行标志着“无证排污”已正式成为过去式。

本文就《管理条例》中与企业生产经营密切相关的要点进行解读，建议存在污染排放的企业予以重点关注，并尽快落实相关应对制度，避免因违反“排污许可制”产生难以承受的严重后果。

一、“排污许可证”的适用范围及管理类别

《管理条例》第二条中规定：“根据污染物产生量、排放量、对环境的影响程度等因素，对排污单位实行排污许可分类管理：”；“实行排污许可管理的排污单位范围、实施步骤和管理类别名录，由国务院生态环境主管部门拟订并报国务院批准后公布实施。”。

在新的管理类别名录正式出台前，结合《管理条例》第二条、第二十四条的规定以及生态环境部2019年12月20日公布的《固定污染源排污许可分类管理名录（2019年版）》¹中的相关规定，“排污许可”将按以下范围及管理类别进行适用：

（一）适用范围

排放类型 / 污染对象	相关法律渊源
废水、污水	《中华人民共和国水污染防治法》
大气污染物	《中华人民共和国大气污染防治法》
固体废物	《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》
土壤	《中华人民共和国土壤污染防治法》
海洋	《中华人民共和国海洋环境保护法》
环境噪声	《中华人民共和国环境噪声污染防治法》
放射性污染	《中华人民共和国放射性污染防治法》
其他	《中华人民共和国环境保护法》

（二）管理类别

管理分类 / 因素	重点管理	简化管理	登记管理
污染物产生量	较大	较小	很小
污染物排放量	较大	较小	很小
环境影响	较大	较小	很小

二、“排污许可证”与“环境影响评价”的衔接

“环境影响评价”制度作为我国环境保护工作的重要组成部分，自1978年国务院环境保护领导小组在《环境保护工作汇报要点》中被首次提出，并在1979年9月被正式写入《中华人民共

和国环境保护法（试行）》以来，始终贯穿于我国环境保护立法和实务中。2002年10月28日，全国人大常委会审议通过了《中华人民共和国环境影响评价法》从法律层面确定了“在中华人民共和国领域和中华人民共和国管辖的其他海域内建设对环境有影响的项目，应当依照本法进行环境影响评价”的强制性规定。

1998年11月，国务院公布了《建设项目环境保护管理条例》¹，并明确了“对建设项目的环境保护实行分类管理”的思路和立法原则，与《管理条例》对“排污许可”管理分类相类似，建设项目环境影响评价同样分为三个类别进行管理：

	环境影响报告书	环境影响报告表	环境影响登记表
环境影响程度	可能造成重大影响	可能造成轻度影响	对环境的影响很小
评价要求	全面、详细	分析或者专项评价	填报

根据《管理条例》的相关规定，排污单位已依法完成环境影响评价并提交相关资料是申请和办法排污许可证的前提条件，而从最新公布的《建设项目环境影响评价分类管理名录（2021版）》¹的内容来看，与现行的《固定污染源排污许可分类管理名录（2019年版）》也基本可以逐一对应¹，对现行环境影响评价制度进行了有效的衔接，形成了对建设项目（排污单位）事前（环境评价）、事中事后（排污许可）全方位的生态环境监管体系。

三、自行检测、环境管理台账记录与执行报告

《管理条例》第十三条规定：“排污许可证应当记载下列信息：（一）……；（八）自行监测、环境管理台账记录、排污许可证执行报告的内容和频次等要求；（九）排污单位环境信息公开要求；……。”

我们注意到，《管理条例》对于“持证排污”、“凭证排污”提出了非常严格和具体的要求，对于适用排污许可证管理的企业在颁证时不仅明确登记了其产生和排放污染物环节、污染物排放口位置和数量、污染物排放方式和排放去向、污染物排放种类、许可排放浓度、许可排放量、污染防治设施运行和维护要求、污染物排放口规范化

建设要求、特殊时段禁止或者限制污染物排放的要求等相关污染排放信息，同时还明确了排污单位的自行监测、环境管理台账记录、排污许可证执行报告编制以及信息公开方面的要求。随着全国排污许可证管理信息平台1的全面上线运行，企业履行自行监测、环境管理台账记录、排污许可证执行报告编制义务的情况将向社会公开，对于企业以及企业中负责环保相关工作的部门和人员的要求大幅提升，建议企业结合自身情况合理制定自行监测及环境管理台账记录、排污许可证执行报告编制方案，认真学习并贯彻落实所涉及的相关环境标准对于自行检测等工作的具体要求，如实公布污染物排放信息，避免产生法律责任和不利的法律后果。

2020年7月，生态环境部公布了《2020年排污单位自行监测帮扶指导方案》。在2020年末前帮助2019年12月31日前已取得排污许可证的排污单位评估排污许可证中载明的自行监测方案与相关自行监测技术指南的一致性；排污单位自行监测开展情况与自行监测方案的一致性；自行监测行为与相关监测技术规范要求的符合性，包括自行开展手工监测的规范性、委托监测的合规性和自动监测系统安装和维护的规范性；自行监测结果信息公开的及时性和规范性。对于未接受相关帮扶指导的企业，建议按照《排污单位自行监测技术指南 总则》(HJ819-2017)和行业排污单位自行监测技术指南对前述相关问题进行及时评估，发现问题及时与所在地生态环境主管部门沟通解决。

此外，建议企业定期登录全国排污许可证管理信息平台，对相关的排污信息核实确认，避免错误信息或未能及时填报公开数据产生法律风险。

四、法律责任及其他相关影响

作为行政法规，《管理条例》对法律责任有了更大的制定权限，其第三十二条至第四十五条对生态环境主管部门及其相关人员在排污许可证审批或监督管理活动中存在不当行为、违规排放污染物、违反自行监测、环境管理台账记录、提交执行报告以及如实报告排放情况相关要求、阻挠检查、通过不当手段取得排污许可证、伪造、

变造、转让排污许可证、不按规定填报排污信息等情形制订了具体的罚则，最高罚款金额可达100万元。

而对于责任改正的情形，《管理条例》还明确规定生态环境主管部门应当组织复查，发现继续实施违法行为或者拒绝、阻挠复查的，依据《中华人民共和国环境保护法》的规定按日连续处罚；对于责令排污拒不执行、通过篡改、伪造监测数据等方式逃避监管的，对直接负责的主管人员和其他直接人员依据《中华人民共和国环境保护法》的规定处以拘留处罚，建议企业主要负责人对此务必引起重视。

此外，随着国家对于生态文明的日益重视，我国环保相关立法日益完善，今年起施行的《中华人民共和国民法典》将“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境”列为了基本规定；中共中央办公厅、国务院办公厅2020年3月发布的《关于构建现代环境治理体系的指导意见》中提出“完善企业环保信用评价制度，依据评价结果实施分级分类监管。建立排污企业黑名单制度，将环境违法企业依法依规纳入失信联合惩戒对象名单，将其违法信息记入信用记录，并按照国家有关规定纳入全国信用信息共享平台，依法向社会公开。建立完善上市公司和发债企业强制性环境治理信息披露制度”。我们建议涉及污染物排放的企业以认真学习《管理条例》为契机，对企业涉及的环境法律风险进行全面梳理，为企业健康合规发展提供切实保障。

注释：

- [1] 《实施方案》全文链接：http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-11/21/content_5135510.htm。
- [2] 《实施方案》中明确：控制污染物排放许可制（即“排污许可制”）是依法规范企事业单位排污行为的基础性环境管理制度，环境保护部门通过对企事业单位发放排污许可证并依证监管实施排污许可制。
- [3] 《管理条例》全文链接：http://www.gov.cn/zhengce/content/2021-01/29/content_5583525.htm。
- [4] 《试办法》全文链接：http://www.mee.gov.cn/gkml/hbb/bl/201801/t20180117_429828.htm。
- [5] 全文链接：http://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk02/202001/t20200103_757178.html。
- [6] 2017年7月修订。
- [7] 全文链接：http://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk02/202012/t20201202_811053.html。
- [8] 但措辞并不完全相同，建议企业仍应当结合自身实际情况据实分析和确定排污许可类别。
- [9] 全国排污许可证管理信息平台链接：<http://permit.mee.gov.cn>。



□王向阳/文

王向阳律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，北京市律协国资法律委员会副主任，中伦文德能源与环境委员会主任，曾被评为律协“优秀专业律师”，上市公司独立董事，太和智库研究员。王律师毕业于中国政法大学、北京大学法学院。王律师熟悉公司并购、融资、证券、金融信托等方面的事务，擅长处理经济类诉讼、仲裁以及执行，为多家央企、国企及上市公司提供常年或专项法律顾问服务。



□郭彦/文

郭彦律师，中伦文德执业律师，北京大学法律硕士、伊利诺伊理工芝加哥肯特法学院LLM，北京市律师协会证券法律专业委员会委员，具有证券从业资格，主要执业领域为证券、投融资、公司等。

新《证券法》为证券账户实名制保驾护航

风风雨雨中一路走来，中国股市已到而立年，期间涨涨跌跌、跌跌涨涨，至今也逐渐成为常态。造成涨跌的原因也不尽相同，有政策调整所致、有国际关系导致、有上市公司经营造成、也有违法违规行为形成等等。

说到涨跌，笔者想到了去年五月时的一则新闻。新闻的主要内容，一方面是报道2020年5月12日上午B股集体暴跌“B股指数跌近7%，超10只B股跌停，20只B股跌超9%以上。截至当天收盘，B股指数跌幅略有收窄，但仍超5%以上，当天成交额超3亿。”^[1]另一方面是讲，造成当日该种情形的原因是新《证券法》^[2]禁止个人出借或借用证券账户，券商加强了监控，再加上长线资金撤离等所致。

一条规则引起指数暴跌，这究竟有多大威力？笔者遂找出了新《证券法》来研读。这里提到的法条是新《证券法》第五十八条。总体看，该条文简单明了，核心内容是禁止借用或出借证券账户。这样规定并没有特别，难道是新《证券法》

的首创？凭借笔者多年经历，答案是否定的，证券账户实名不是新《证券法》创立的新规则。但保险起见，笔者翻看了2005年到2014年各版的《证券法》，发现这几版《证券法》中已有证券账户实名制管理的条文，且内容一直延续、没有修改，直至新《证券法》修订时。

既然证券账户实名不是一个新要求，参与者应该不会如此反应。新旧条文之间有什么实质性差异呢？笔者比较了新《证券法》修订前后，有关证券账户实名的内容，相关比较内容如下：

序号	版本	条文编号	内容
1	2005版《证券法》 ^[3]	第八十条	禁止法人非法利用他人账户从事证券交易；禁止法人出借自己或者他人的证券账户。
2	新《证券法》	第五十八条	任何单位和个人不得违反规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易。

从上表很清晰地看到，对于证券账户实名制，在行为主体上，2005版《证券法》只规定了法人；

新《证券法》将主体的“法人”扩大到“任何单位和个人”。同时，就行为本身而言，2005版《证券法》只规定了“出借”行为；新《证券法》中既有“出借”行为，也有“借用”行为。

这样看来，新《证券法》在行为主体和行为本身上均做了更为严格的规定，这也是导致投资者担忧及困惑的关键，才有了上文提到的指数暴跌的情形。

笔者在想，任何一项法律的制定或修改都离不开实践，想必立法者在新《证券法》中做如此修订也是社会实践的需要。但是采用“任何”这样绝对性的规定是否过于严格？究竟以往的案件在证券账户实名方面有哪些特点？证券监管部门如何认定？如何处理？

带着这些疑问，笔者查阅了与此有关的行政处罚案件。通过查看相关六十五份行政处罚决定书，笔者认为该类案件有如下特点：

1. 行为主体^[4]不仅限于法人

通过查阅、分析各行政处罚决定书，笔者发现存在“以他人名义设立账户或者利用他人账户买卖证券”的行为主体不仅限于法人，还有自然人。即使法人被作为被处罚对象，实际实施该等行为的也为自然人。

2. 存在被利用账户的其他人

从行为双方角度讲，“以他人名义设立账户或者利用他人账户买卖证券”的行为可以用“一个巴掌拍不响”来形容，即有利用他人账户的一方，也有相应的被利用账户的一方。后者既有自然人，也有法人。

3. 行为主体的行为方式多样

从各行政处罚决定书中记载的案件事实看，行为人采用的行为方式多样，有法人在自有账户下挂多个其他人的账户，通过该等下挂账户交易股票的方式，其中包括下挂多个HOMS账户的方式开展股票交易的方式；还有不采用下挂账户的方式，法人直接使用其他人的账户交易股票的方式。

在被利用的账户开立上，有行为主体主动要

求其他人开立证券账户和资金账户供行为人使用的方式，也有其他人已有账户，行为人使用该账户开展股票交易的方式。

4. 行为主体与被利用账户的其他人的关系多样

行为主体与被利用账户的其他人的关系也呈现多样化，整体上可分为直接关系和间接关系。

直接关系中，有最容易想到的近亲属关系，比如：母女关系；有常见的朋友关系；也有劳动关系或者聘用关系；还有委托关系，比如：委托自然人理财、委托持股。

间接关系，比如：行为主体通过中间人获得其他人的账户，并使用该等账户开展股票交易。

5. 利用他人账户开展交易与其他证券违法行为相伴

行为主体在实施“以他人名义设立账户或者利用他人账户买卖证券”的行为时，还存在其他证券违法行为，比如：内幕交易、操纵证券市场，也有基于在法人内的一定职务构成的特定违法违规行，如：信息披露违法违规、短线交易等。

6. 被认定为违法利用他人账户并被行政处罚的对象为法人

从行政处罚结果看，基于“以他人名义设立账户或者利用他人账户买卖证券”行为被行政处罚的行为主体只有法人；而其中具体实施行为的自然人多按直接负责的主管人员或其他直接责任人员被给予行政处罚，并没有对自然人以违法利用他人账户从事证券交易的认定及给予的行政处罚。



7. 实施违法利用他人账户从事证券交易的自然人的行政处罚措施

与法人违法利用他人账户开展证券交易有关的自然人，证券监管机关的行政处罚措施不同，主要根据具体案情及认定来做出相应的处罚。若自然人利用他人账户开展内幕交易、操纵证券市场、未按规定信息披露、短线交易等，则证券监管机关根据不同案情认定自然人的违法行为并予以行政处罚，但不对其按违法利用他人账户做处罚。

8. 证券监管机关对被利用账户的其他人的处理措施

各行政处罚决定书中均无对被使用账户的其他人的行为认定及对应的处理措施。

经过对既有案件的分析，上文中笔者提到的几点疑惑有了相应的答案，修订后的证券账户实名的规定具备完整性、合理性、必要性。笔者认为，新《证券法》该项修订后的内容，其积极意义概括起来有如下几点：

1. 从完整性看

在证券账户实名制方面，新《证券法》的内容更符合实践，具备合理性和对等性，毕竟出借、借入是“借”的两个方面，只处罚其中一方略显法律的不完整。

2. 从法律的威慑作用看

虽然实践中该种违法违规行为的主体以法人名义开展，但具体操作的也为自然人，而且有些情形下也是自然人的意志，法人只是其实施违法行为的载体。此时，在无其他证券违法行为的情形下，若无行政处罚的合法依据，对自然人的该项违法行为较难实质监管，使法律的威慑作用降低，也不利于证券账户法定实名制规则的贯彻和执行。

3. 从监管的角度看

在证券账户管理方面，虽然中国证券登记结算有限责任公司和中国证监会都有禁止投资者违

规使用他人证券账户或将本人证券账户违规提供给他人使用的规定，但从法理层级上讲都不属于国家法律。现在新《证券法》对该种内容的吸收，使证券账户实名这一制度有了法律保障，为证券监管机关的执法提供了法律层面的依据，有利于增强监管的力度和深度。

4. 从投资者保护上看

作为金融行业，证券业具有准入要求，对参与其中的投资者也不例外。对于知识不足、投资经验欠缺、抗风险能力较弱的投资者，其直接参与证券交易无异于在证券市场裸奔，没有防护措施，不利后果增强。即使其通过借用证券账户或者委托不符合资质要求的自然人或机构代为投资，也无法隔离价格下跌、投资损失的风险，而且还会增加与受托人之间的利益分配、损益归属等争议和纠纷的风险。

新《证券法》修订后的内容，秉承了以行为认定违法的做法，一是不考虑借入方和借出方的关系，即使是父母子女关系也不能作为不构成违法的合理理由；二是行为主体的主观也不能作为不具有违法性的抗辩，这对投资者以形式上的合法掩盖实质上的违法有积极的阻断作用，增加了对违法行为的处罚几率。从长期看，有利于减少或避免不必要的争讼，有利于法律警示作用的增强，有利于投资者利益的保护，进而有利于整个证券市场的稳定和发展。

综上，笔者认为，在我国证券市场全面实行注册制和市场化、法治化改革的实践中，新《证券法》关于证券账户实名制的修订不是偶然，而是必然。证券账户实名制，这一制度也会随着证券市场改革的推进逐渐为更多的参与者所认知、威慑作用和积极意义也会渐渐呈现。

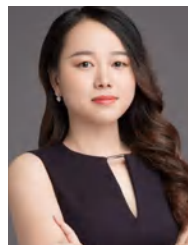
注释：

- [1] 《B 股集体崩了！背后“元凶”可能是这个：券商严控借用他人账户炒股》，详见 <https://new.qq.com/omn/20200512/20200512A0FC7100.html>。
- [2] 《中华人民共和国证券法》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议于 2019 年 12 月 28 日修订通过，现予公布，自 2020 年 3 月 1 日起施行，如无特别含义，本文中简称为新《证券法》、2019 版《证券法》。
- [3] 鉴于 2005 年到 2014 年各版的《证券法》此条内容一致，此处使用其中一个年份，即 2005 年为代表。
- [4] 本文中的行为主体不包括从业人员。



□ 黄冀蒙/文

黄冀蒙律师，毕业于中国政法大学，拥有法学硕士学位。主要执业领域包括：金融、公司、房地产、证券和投融资领域、著作权、民商事纠纷等。擅长债券发行、私募基金、专项尽职调查、国有产权交易、公司投资并购、股权激励、著作权转让等法律事务。



□ 王西巧仙/文

王西巧仙律师，南开大学法学学士，擅长公司治理、金融非诉等商事法律业务。执业以来，主要负责参与公司治理、资产证券化、私募基金、股权并购、非金不良债收购重组等非诉法律服务、常年法律顾问及民商事诉讼等业务，为其客户提供了优质的法律服务。

上市公司控股子公司对外提供担保是否需要 上市公司决议及公告 ——上市公司监管与司法审判实务

一、问题的提出

2020年12月31日最高人民法院（简称“最高院”）颁布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（简称《民法典担保制度解释》），并自2021年1月1日起施行。《民法典担保制度解释》强调了上市公司担保的特殊性，其中第八条、第九条^[1]对上市公司及其控股子公司担保进行了特殊规定，明确“无决议、无公告”的上市公司对外担保无效，上市公司不承担担保责任，并明确与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同适用上市公司的规定。

然而上市公司及其控股子公司对外担保时是否“决议、公告”，同时受证监会制定的部门规章、证券交易所制定的股票上市规则等的规范。《民法典担保制度解释》与监管部门的规章、规则等的规定并不完全一致，因此在适用《民法典担保制度解释》会存在诸多困惑，本文以“上市公司



控股子公司对外提供担保是否需要上市公司决议及公告”为角度论述其中的困惑。

二、上市公司监管方面关于上市公司控股子公司对外担保是否决议公告的规定

本文根据上市公司控股子公司对外担保的担保对象区分不同担保情形，结合上市公司监管方面的相关规定，就上市公司控股子公司对外担保是否需决议、公告事项整理如下：

担保人	担保对象 / 债务人	是否需要上市公司作出决议	是否需要上市公司公告	法规依据
上市公司控股子公司	上市公司	/	/	/
	上市公司合并报表范围内的法人或其他组织	不需要	需要	《上市公司规范运作指引》 6.3.12 上市公司控股子公司为上市公司合并报表范围内的法人或者其他组织提供担保的，上市公司应当在控股子公司履行审议程序后及时披露。
	上市公司合并报表范围外的法人或其他组织	需要	需要	上市公司控股子公司为前款规定主体以外的其他主体提供担保的，视同上市公司提供担保，应当遵守本节相关规定。
	其他法人或组织	需要	需要	《深交所股票上市规则》 9.11 上市公司发生本规则第 9.1 条规定的“提供担保”事项时，应当经董事会审议后及时对外披露。“提供担保”事项属于下列情形之一的，还应当在董事会审议通过后提交股东大会审议。 7.8 上市公司控股子公司发生的本规则第九章、第十章和第十一章所述重大事件，视同上市公司发生的重大事件，适用前述各章的规定。

《民法典担保制度解释》第九条规定上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同适用上市公司的规定，言外之意，上市公司控股子公司与相对人签订担保合同时，相对人不仅须核查该公司是否是上市公司公开披露的控股子公司，还须核实上市公司的决议以及披露的公告。否则，上市公司控股子公司可主张担保合同对其不发生法律效力，且不承担担保责任或者赔偿责任。

然而，根据上述分析，从上市公司监管层面，并不是上市公司控股子公司的所有对外担保均须经过上市公司董事会 / 股东会决议通过。但《民法典担保制度解释》第九条会倒逼相对人要求上市公司进行决议或者公告，从而使上市公司产生是否决议或者公告之困惑。

三、上市公司控股子公司对上市公司提供担保法律适用不明确

上市公司控股子公司对上市公司提供担保，对于上市公司控股子公司而言属于对外担保、对股东的担保。根据《中华人民共和国公司法》第十六条^[2]的规定，上市公司控股子公司需要履行股东会决议，且上市公司需在表决时回避。

目前公司法和上市公司相关法律对上市公司

的对外担保（包括对股东的担保）行为规定比较明确。《关于规范上市公司对外担保行为的通知》（证监发[2005]120号）“四（二）”所称“对外担保”，是指上市公司为他人提供的担保，包括上市公司对控股子公司的担保；《深圳证券交易所上市公司规范运作指引》（2020年修订）6.3.1规定“上市公司为他人提供担保，包括为其控股子公司提供担保，适用本节规定”；深交所《董秘信息披露实用手册》（2015年9月版）^[3]明确“上市公司对控股子公司（含全资子公司）的担保也列入对外担保的范围”。

现行法律法规及监管规定对于控股子公司对上市公司提供担保的规定则比较模糊。根据《深交所股票上市规则》7.8规定“上市公司控股子公司发生的本规则第九章、第十章和第十一章所述重大事件，视同上市公司发生的重大事件，适用前述各章的规定”。上市公司控股子公司的对外担保视同上市公司的对外担保，然而上市公司控股子公司对上市公司本身提供担保是否系对外担保是不清晰的。

单纯从二者系独立法人角度分析，上市公司对于其控股子公司而言是对外主体。从上市公司监管的本意看，主要是监管上市公司及控股子

公司对外担保，上市公司接受他人担保实际上上市公司是获益的，但是上市公司控股子公司是上市公司合并报表范围内的公司，此种情形下，是否需要上市公司决议或者披露需要上市公司监管方面的法规进一步明确，以便在实际担保时，既解决了债权人对担保效力的担忧，又使得上市公司有所依据去决议、公告。

四、上市公司控股子公司对上市公司合并报表范围内的法人或其他组织提供担保

首先，上市公司控股子公司对上市公司合并报表范围内的子公司提供担保根据监管规定无需上市公司履行决议程序。

《上市公司规范运作指引》6.3.12 明确规定了上市公司控股子公司为上市公司合并报表范围内的法人或者其他组织提供担保的，上市公司应当在控股子公司履行审议程序后及时披露。即上市公司不需要履行决议程序。

实践中上市公司控股子公司为另一控股子公司提供担保时，债权人要求上市公司提供决议和公告，而上市公司根据《上市公司规范运作指引》6.3.12 的规定不需要决议，该矛盾需要上市公司监管方面的法规与《民法典担保制度解释》进行统一，否则，上市公司将处于不知如何作为的境地，增加交易成本。

其次，上市公司向其控股子公司提供担保，因每年发生数量众多、需要经常订立担保协议而难以就每份协议提交董事会或者股东大会审议的，上市公司通常预计未来十二个月的新增担保总额度，并提交股东大会审议。那么，上市公司控股子公司为上市公司合并报表范围内的法人或者其他组织提供担保的，是否受上市公司担保额

度的限制，还是只要是对合并报表范围内的法人或者其他组织担保，不管额度多少都不须经上市公司决议也是不明确的。

五、结语

《民法典担保制度解释》第九条的规定是在默认上市公司及控股子公司对外担保均需要决议及公告的基础上制定的，然而上市公司监管方面的规定却存在不清晰之处，如上市公司控股子公司对上市公司的担保是否系对外担保、上市公司控股子公司对上市公司合并报表范围内的法人或者其他组织的担保是否无论何种情况均无需上市公司决议。

另，上市公司监管层面的规定多为深交所的自律规则、证监会的部门规章或规范性文件，从法律渊源角度，效力层级较低，无法作为裁判依据，法院在认定担保效力时的法律适用上存在不确定性。

建议上市公司监管方面的法规与《民法典担保制度解释》进行统一，或者厘清二者关系，避免在债权人、上市公司适用法律时存在不确定性。

注释：

- [1] 《民法典担保制度解释》
- 第八条 有下列情形之一，公司以其未依照公司法关于公司对外担保的规定作出决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持：
- (一) 金融机构开立保函或者担保公司提供担保；
 - (二) 公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；
 - (三) 担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。
- 上市公司对外提供担保，不适用前款第二项、第三项的规定。
- 第九条 相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生法律效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。
- 相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。
- 相对人与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同，或者相对人与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同，适用前款规定。
- [2] 《公司法》第十六条
- 公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。
- 前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。
- [3] 《董秘信息披露实用手册》(2015年9月版)
- 第五章 交易和关联交易
- 5.2.3 对外担保一般包括哪些内容？对子公司的担保是否需要列入对外担保的范围？
- 对外担保一般包括上市公司为他人提供的担保，公司子公司对其他公司担保、公司子公司对另一子公司的担保等。上市公司对控股子公司（含全资子公司）的担保也列入对外担保的范围。





□ 李 敏/文

李敏，中伦文德律师事务所高级合伙人律师，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。



□ 张冰梅/文

张冰梅，中伦文德律师事务所律师，毕业于对外经济贸易大学，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

永续债在我国现阶段的运用及主要问题研究

摘要：如果一种交易模式能够在短短七八年时间就从无到有，并且无论是发行数量还是规模均成百倍增长，短短时间即达到上万亿的规模，这种模式是一定有其独特的魅力，值得我们深入研究。永续债就是这样一种新型的模式，从2013年中国境内仅有3个永续债项目，总规模不足60亿元，到2020年发行数量已经达到近千个，规模超万亿，但市场上关于永续债的研究仍然非常有限，且很多研究往往停留在理论层面，缺少业务一线的经验。事实上，中国境内市场上这几年永续债突飞猛进的发展有其特定的原因，更是与中国式的金融监管环境密不可分，作为第一批从事永续债研究和法律实务的中国律师，我们在2013年下半年即帮助某大型房地产企业客户成功发行首单永续债，近年来更是为多个永续债项目提供法律服务，希望能够通过本文将我们的有关经验和心得分享给更多的同行。

一、永续债的概念

永续债，是指没有明确到期日或者期限非常长（一般超过三十年），持有人可以按期取得一定的利息但不能要求清偿本金的一种债券。永续债本质上是一类在债券市场发行的无固定期限并“嵌套期权”的信用债券，兼具“债券”与“股权”双重性质，是一种混合型融资工具。^[1]企业一般

可以通过借款或出售股权进行融资，比如债权融资或股权融资。但在实践中，有些融资工具介于债权和股权之间，其中就包括永续债与优先股等混合资本证券。^[2]

二、永续债的特征及与普通债权、优先股的区别

（一）永续债的特征

1、兼具“债”和“股”的特性。理论上，永续债融资合约设计方面的灵活性决定了发行方既可将其设计为债务工具，也可将其设计为权益工具。若将其设计为债务工具，利息支出与其他债务工具的利息支出一样都可在所得税前扣除，且打破了普通债务付息和到期还本的刚性，这种付息方式的灵活性和还本时间的可选择性大大增加了企业的财务弹性，避免违约风险的同时，使企业现金流管理与企业投资、经营活动对现金的需求保持高度一致。若将其设计为权益工具，永续债又具有股票融资所不具备的赎回权，从而为资本结构调整、降低权益资本成本提供了便利。^[3]

2、无固定到期日，可以永续存在。在实践中，永续债的期限一般设置为“实际贷款期限+N年（利息跳升期限）”。发行方可以根据自身的经营情况、现金流情况以及债券利率情况选择续期。

单纯从概念分析，永续债没有非常明确的到期时间，不过在实际操作中，一般都会设置赎回机制，发行方在约定时间内能够按照某种定价机制行使赎回的权利。^[4]

3、利率具有跳升机制。永续债的投资者不能主动要求发行方还本，实际贷款期间发行方获得低廉的融资利率。但如果在N年内（浮动升息期限）发行方不赎回永续债券，则通过“利率重置条款”，使其利率按照约定进行跳升来弥补永续债投资者潜在的风险以及损失，从而倒逼发行方主动还本。

4、利息具备可递延性。永续债能够作为权益资本确认的关键性在于：除非发行方发生强制付息事件（而该等事件基本与发行方向股东支付股利或返还投资资金相关），否则在每个付息日发行方可根据自身经营情况选择将该期所有应付利息推迟至下个付息日支付。

（二）永续债与普通债权的区别

1、永续债的到期日不固定。如上所述，永续债没有明确到期日，永续债的发行方能够在发行后选择是否赎回永续债等，具有“永续”性。而一般而言，为了保障投资者的合理预期，普通债权具有明确的期限，其到期日是固定的。

2、永续债的期限较长。普通债权的期限可以是短期，也可以是中长期，但大多不超过5年，而对于永续债而言，永续债发行方有权选择是在

发行后的第X年赎回永续债券还是推迟赎回永续债券，一般的期限为“X+N”年，期限较长，是一种长期的投资方式。

3、永续债的利率有跳升机制。普通债权的利率一般而言为固定利率或者是固定+浮动（浮动一般按照同期LPR浮动）利率，而永续债项下为了弥补发行方不能及时给付利息的风险，发行方会设置利率跳升机制，如果发行方到期未选择赎回则对应的利率将相应上浮（即利率跳升），但跳升次数有限、有最高利率限制（即封顶利率）且封顶利率会不会超过同期同行业同类型工具平均的利率水平。

4、永续债的清偿顺序可能劣后于普通债权。如上所述，永续债兼具“股”的特性，若永续债的发行方将永续债投资资金计入权益，则在设计永续债相关条款时一般会约定永续债劣后于发行方发行的普通债券和其他债务。

（三）永续债与优先股的区别

优先股是介于普通股和债权之间的混合证券，其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产，但参与公司决策管理等权利受到限制。从前述优先股的定义中不难看出，优先股与永续债具有类似的性质，如果永续债被认定为权益，则永续债与优先股均会计入发行方的权益类科目，不会摊薄普通股股东权益，且其清偿/分配顺序均优先于普通股，但两者相较而言仍有



一定的差别，主要包括：

1、目前永续债的发行主体无特别规定，而根据《优先股试点管理办法》（中国证券监督管理委员会令第97号）的规定，只有上市公司有权公开发行，非上市公众公司只能定向发行优先股。

2、在对与优先股股东利益切身相关的重大事项进行表决时或者企业触发延迟付息条件，导致投资者遭受经济损失时，优先股投资者可以恢复表决权，参与企业经营决策，摊薄控制人权益，但永续债不具备这一特性。

3、在发行方破产清算时，永续债的清偿顺序优先于优先股。

三、永续债在国外的运用及引入国内的原因

（一）永续债在国外的运用

永续债最早可追溯到1648年的荷兰，为了筹措莱克河堤坝庞大而反复的防护维修费用，政府发行了未约定到期日的债务。目前海外永续债发行量最大的国家是英国、美国和法国，三国永续债发行量占比合计接近全球半壁天下。^[5]与我国境内相比，境外永续债具有分布情况更合理、市场发展更成熟、法律法规更为健全、永续债的债项评级更独立、具有多元化的投资者结构等特点。

（二）永续债引入国内的原因

永续债之所以会被国内的企业所采用，一方面是因为永续债与其他融资方式相比具有独特的优点，另一方面与近几年我国境内的监管政策变化息息相关。

对于发行方而言，永续债的魅力点在于：第一，有利于锁定长期融资资金。基于永续债没有明确到期日、投资方有权自行选择是否行使赎回权等特点，永续债可以为投资方提供长期资金支持，对投资方而言，长期资金相比短期资金更加稳定、安全；第二，有利于美化财务报表、提升信用评级。由于符合相关条件的永续债可以计入发行方资产负债表权益类科目，从而降低发行方

资产负债率，提升发行方的信用评级，且不会摊薄现有股东享有的权益，对于大中型企业，尤其融资需求较高的房地产企业而言，永续债是一举两得的融资方式；第三，有利于优化资本结构。之前我国境内企业融资渠道较为单一，在融资方式的选择上更加偏重于银行借款，增加了企业的财务风险，而且在企业经营出现困难时会对企业信用产生重大不利影响，导致融资成本增加。若选择发行永续债，则有利于优化融资企业的资本结构。^[6]正是基于前述优点，发行方特别是资产负债率较高的企业在选择融资方式时一般会将永续债纳为其首选方式之一。

之前，永续债信托项目因无法保证受益人按期获取本息、境内永续债缺乏法律法规及政策支持而不受金融公司青睐，但是，近年来监管机构对金融机构特别是信托公司的监管日趋严格，去通道化、降低融资类投资比例的要求使得金融机构特别是信托公司不得不进行业务模式的创新与改革。基于永续债可计入发行方权益的特点，永续债项目可被认定为投资类项目而非融资类项目，这就使得金融机构特别是需要压缩融资类项目规模的金融机构具有动力推行永续债项目，再加上部分监管机构认可永续债项目项下设立担保措施，且永续债会计处理规定的相继出台为永续债的会计处理提供了政策依据，永续债越来越受金融公司青睐。

四、永续债在国内的运用情况及问题

（一）永续债在国内的运用情况

我国永续债的发行从2013年年底才开始，截至目前依然处于发展阶段，而立足现有的监管框架以及制度，永续债的类型分布呈现出了多样化的特点。2014年3月，财政部颁布了《金融负债和权益工具及其相关会计处理的规定》间接地规范了永续债在不同属性下的会计处理，在其基础上2019年1月颁布了《永续债相关会计处理的规定》对不同属性永续债的划分做出了更为详尽的规定。

1、永续债发行数量及金额

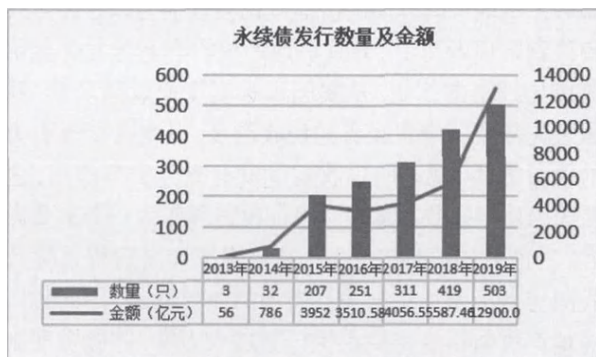


图1 2013年-2019年永续债（含到期永续债）的数量及规模

根据Wind数据，截至2020年7月，我国的存续永续债共1662只，债券余额约21,569.33亿元。^[7]而2013年-2019年永续债（含到期永续债）的数量及规模如图1所示：由图1可知，我国永续债的数量逐年递增，发行规模同样呈上升趋势，并自2019年开始呈现急剧增加现象。

2、永续债的二级分类

永续债券的二级分类包括一般中期票据、一般公司债、一般企业债、定向工具、证券公司债、私募债、商业银行次级债券、其他金融机构债，其中商业银行次级债券及其他金融机构债在2019年12月31日之前已全部赎回。中期票据为主要的发行方式，占比为69%，一般公司债占比为20%，一般企业债占比为5%，其余三项的发行规模较少。

3、永续债发行主体与领域

国有企业占永续债发行主体的绝大多数，占比高达94.5%，其他主体包括公众企业、民营企业、外商独资企业、中外合资，发行较少，所占比例合计为5.5%。此外，永续债的发行领域有限，主要集中在基建、高速公路、电力、房地产开发等行业。^[8]

4、永续债发行方信用质量较好，主体评级和债项评级以AAA为主

从发行方主体评级分布来看，截至2019年6月30日AAA级企业债券余额14808.18亿元，占比76.75%；AA+级企业债券余额3717.71亿元，占比19.27%；AA及AA级以下企业债券余额769亿元，占比3.98%。从数据可以看出AAA级企业超过了四分之三的比例。从债项评级分布来看，

截至2019年6月30日AAA级债券余额14698.09亿元，占比76.18%；AA+级债券余额3254.9亿元，占比16.87%；AA级债券余额453.7亿元，占比2.53%；AA级以下级债券余额888.2亿元，占比4.6%。从数据可以看出，AAA级债券也超过了四分之三的比例。总体而言，永续债发行方主体和债券信用质量相对较好。^[9]

(二) 目前国内永续债投资存在的问题

永续债是集债性和股性于一身的混合金融工具，无论是会计核算还是财务管理方面，其复杂性都超过其他类型的债务工具和权益工具。由于在我国资本市场运用的时间不长，永续债发行方、中介机构、投资者、监管机构对永续债管理的经验都不丰富。目前，永续债投资方式存在的问题主要体现以下几个方面。

1、会计分类的合规性风险。从目前我国发行的永续债看，绝大部分企业都将其确认为权益工具。永续债分类为债务工具还是权益工具取决于发行方对该金融工具条款的设计。根据2019年1月财政部发布的《永续债相关会计处理的规定》，永续债发行方在确定永续债的会计分类是权益工具还是金融负债时的判断标准是发行方是否在“到期日”、“清偿顺序”、“利率跳升和间接义务”三个方面承担“无条件地避免交付现金或其他金融资产的合同义务”。如果发行方能够“无条件地避免交付现金或其他金融资产的合同义务”，发行方在财务报表中确认为所有者权益，否则确认为负债。上述规定的原则性以及永续债的双重性、合约设计的复杂性和灵活性，导致目前永续债发行方在会计分类方面存在合规性风险。

2、利息递延支付和税后列支将加重企业财务负担。永续债的发行方为获取还本付息灵活性已向投资者承诺支付高于普通债务利率的利息，除了该项利息溢价支出外，发行方还很可能因以下三方面原因而加重财务负担：第一，税后列支利息。从我国所发行的永续债看，88.5%的永续债被确认为权益工具。对于确认为权益工具的永续债，虽然从理论上讲，税法角度的利息列支渠道可以与会计上的列支方式不一致，但会计上确认为权益工具的永续债无法至少同时满足财政

部、税务总局《关于永续债企业所得税政策问题的公告》中规定的永续债利息支出在企业所得税税前扣除的五个条件。因此，作为权益工具发行的永续债，其利息支出只能作为利润分配项目在所得税后利润中列支。第二，债务续期。目前我国企业发行的永续债除少数 2+N 的以外，绝大部分都是 3+N 或 5+N，作为权益工具的永续债到第 3 年或第 5 年不行使赎回权的话，利率会跳升，到第二个 3 年或第 5 年仍不行使赎回权的话，利率则进一步跳升。第三，递延付息。如果发行方因故不能按期支付利息而行使递延付息权，对于附有孳息条款的永续债，递延支付的利息则需要计算孳息。

3、财务信息透明度下降。资产负债表中之所以分类为权益工具，是因为这类永续债强股性弱债性。作为所有者权益列示表内彰显了股性，表外披露缺乏针对性在很大程度上掩盖了债性。另外，永续债发行方有权将当期应付利息递延至下个付息日或多个付息日。按权责发生制会计的要求，递延支付的利息应该作为当年的利润分配项目和负债在财务报表内反映。但实际上，这部分被递延的利息并没有作为利润分配项目和应付股利在报表内反映，从而使发行方虚增净资产、低估负债。

4、持续性续期和递延付息将产生负面市场影响。从法律层面讲，赋予发行方赎回选择权和递延付息权虽然避免了发行方因无力偿还本息而发生债务违约，但从实质上看，永续债利率因续期而跳升、延付利息而可能产生孳息等因素是对发行方行使上述选择权情况下给予投资者的补偿，也是鼓励发行方按时偿付本息的措施。永续债的上述机制设计是一把“双刃剑”，既是提供财务灵活性的手段，也是约束发行方延期还本付息的契约安排。虽然除非发生强制付息等特定事件，发行方有自行选择是否行使赎回权或者行使递延付息权的权利，但是，投资者一般认为发行方放弃行使赎回权或行使递延付息权实际上是在财务困境下的无奈选择，此种选择权的行使向外界透出发行方财务状况可能恶化的信息，对发行方未来的债务融资、股权融资、获取商业信用等都有较大影响。^[10]

五、永续债信托项目中关于永续债期限、利率、违约条款、清算分配顺序等的通常约定方式

笔者近几年参与了多个永续债项目特别是永续债信托项目的交易结构设计、法律文件起草与审核等，囿于篇幅所限，现将永续债信托项目项下关键条款的设计介绍如下：

（一）关于期限的约定

在永续债信托项目中最突出的特点就是债权无固定的到期日。在永续债信托项目的投资合同中对期限一般有如下两种约定方式：（1）投资期限为无固定期限。发行方有权于投资资金的投资收益起算日起满 N 年之日及之后每满 N 年之日申请投资到期；（2）投资期限为无固定期限。在投资期限内，其开始投资日至投资开始日起满 X 年之日为初始投资期限；自初始投资期限届满之日起，每满 N 年为对应一个延续投资期限。在初始投资期限或每个延续投资期限届满前 Y 个工作日，发行方有权选择将投资期限延续 N 年，或者选择在该投资期限届满之日向全额归还全部投资价款余额及所有应付未付的资金成本。无论是前述哪种期限约定方式，均赋予发行方宣布投资到期的权利，即上文提到的发行方享有赎回权。上述关于期限的约定体现了永续债的“永续”特征。

（二）关于利率的约定

在永续债信托项目的投资合同中，一般约定投资价款的投资利率由初始投资利率及重置投资利率组成。其中，初始投资利率为固定利率，若发行方选择延续投资，则适用重置投资利率，每次重置后的投资利率均为在前一个投资期限适用的年化投资利率的基础上浮一定比例后计算的利率，以此类推，但合同中通常会约定投资利率重置的次数及投资利率的上限。

（三）递延付息权

永续债信托项目的投资合同中会约定发行方的递延付息权：除非发生合同所约定的强制付

息事件（通常为发行方分红、减少注册资本等），发行方也可选择将某计息周期（假设为A期）的投资利息递延至下一个计息周期（A+1期）相应的付息日支付，此种情况下不视为发行方违约，但是，如果发行方选择行使递延付息权的，A期的投资利率会在原约定的A期投资利率基础上上浮一定比例，以此类推，但达到约定的投资利率上限后将不再上浮。同时，若发行方选择行使递延付息权的，递延付息期间发行方除支付投资利息外，还需支付孳息（即复利）。另外，发行方选择递延支付投资利息的，在递延期间发行方不得从事强制付息事件所指向的各类行为。

（四）违约条款

在实务中，永续债信托项目的投资合同会详细约定发行方的违约情形，并会在合同中赋予信托公司在发行方发生特定违约情形（通常含交叉违约情形，如发行方在其他融资项下发生违约）时宣布投资到期的权利。通常而言，这种约定有利于使信托公司在永续债信托投资中掌握一定的主动止损权利以及预防风险的权利，保护信托受益人的合法权益，但是同时也具有该永续债被会计师事务所认定为债的风险，具体在设计信托公司在哪些违约情形下可宣布投资时需提前与发行方的第三方审计机构进行沟通。

（五）清算分配顺序

鉴于《永续债相关会计处理的规定》对永续债清偿顺序进行了模糊处理^[11]，这就赋予了发行方、发行方的审计机构根据合同条款自行判断的权利，通常，信托公司倾向于在永续债信托项目的投资合同中约定该永续债的清偿顺序等同于发行方的普通债权，但是如果发行方的审计机构认为该约定会导致该永续债不计入权益，则信托公司会选择不对此进行约定或在合同中仅约定永续债的清偿顺序优先于发行方股东持有的股份之前。

六、永续债投资中需注意的问题

（一）投资者需要注意的问题

1、明确风险认识。投资者可能会受到永续

债券高利率的诱惑，在未仔细阅读相关条款的情况下购买永续债。需要明确的是，永续债亦存在风险。永续债不仅可能会被递延支付，也可能因发行方被宣告破产无法偿付。在购买永续债时，需审慎选择发行方，综合考量发行方的各种情况，尽量避免陷入经营困难、流动性缺乏的企业。

而且，在投资附有担保措施的永续债时，需注意该等担保措施存在无法落实的风险：如果最终永续债被认定为权益，在发行方破产清算时，发行方的破产管理人或普通债权人可能以永续债权应为无担保债权等为由申请撤销发行方提供的担保导致担保无效；同时，实践中，抵押机关不认可为永续债权提供抵押担保，为了办理抵押登记手续，投资方与发行方需根据抵押登记机关要求签署债务确认协议或借款合同、抵押合同，此种情况下可能存在因多份主债权合同内容不一致而导致抵押登记效力不确定的风险。

2、事前防御。事前防御主要是通过限制永续债的永续和利息递延，以防范永续债风险的放大。投资者可以通过事先设计一些特殊条款，限制永续债的永续和利息递延，例如事先约束条款和交叉违约条款。事先约束条款主要是通过事先设计一些事项，如果发行方突破该类事项，则需要采取相应的补救措施。事先约束条款可分为行为约束和财务指标约束。行为约束指的是限制发行方的某些重大资产处置行为，比如无偿划拨资产、重大资产重组等；财务指标约束则通过一些常见的财务数据对发行方进行监管，以监督发行方是否正常运行。交叉违约条款源于英美法系的预期违约制度与大陆法系的不安抗辩权制度，强调在债务人丧失履约能力或出现履约风险时，债权人获得相应救济与对抗能力。具体到永续债中，交叉违约条款表现为如果发行方存在债务违约，包括与投资方无关的其他债务违约，则该永续债可以加速到期，投资者拥有宣布提前到期权；或者发行方应采取相应的信用增强机制，提供担保或者提升利率等。

3、事后救济。尽管从理论上来说，很难从永续债到期的角度认定其实质性违约，但是永续债仍存在着违约问题，投资者的利益需要得到一定程度的保护。事后解决机制通常包括自主协商、

诉讼求偿、破产偿债。在永续债中，同样可以运用这些机制对投资者的权益进行维护。自主协商是投资者与发行方在永续债发生违约等问题后，双方以协商方式解决永续债的本息偿付。通常，投资者可以给予发行方一定时间的宽限，同时要求发行方提供担保或者进行债务重组等，以恢复履行能力。诉讼求偿机制在永续债中与一般诉讼无异，但是囿于分散的永续债券投资者的集体行动困境，因此可以考虑通过集中的受托管理人进行诉讼，维护投资者的合理诉求。破产程序是最后采取的救济手段，当当事人协商无果、诉讼也无法救济投资者利益时，可以选择申请发行方破产。^[12]

（二）发行方需要注意的问题

1、充分认识永续债的债性。发行方若多次选择续期、递延付息可能会面临利率重置、利率跳升，利率的提高必然实质性增加企业财务成本，同时，增加了发行方的信用风险，从而为后续融资产生严重的负面影响。因此，发行方应将永续债作为有期限的债务管理，力争不行使续期权或递延付息权，在特殊情况下也需尽最大努力减少行使续期权、递延付息权的次数，以避免负担高昂的利息和孳息，从而树立良好的财务形象，为后续融资创造良好的环境。

2、提高会计分类的准确性和信息披露的针对性。《永续债相关会计处理的规定》从“到期日”、“清偿顺序”、“利率跳升和间接义务”三个方面明确规范了永续债在会计分类时作为权益工具和金融负债划分的判断标准，尽管思路清晰但属于原则层面的规范，实际操作中需要厘清许多模糊的界限。因此，除了做好会计分类和表内列示外，表外信息披露还需要做到有针对性地提供对永续债风险识别与投资价值判断有实质性影响的信息。建议发行方在报表附注中对已续期的永续债就续期原因以及因续期而调整利率的方法、递延付息的原因等信息进行详细披露。

综上所述，永续债的推出和普及能够帮助融资方拓展融资渠道，也可以对金融产品的结构进行丰富。此外，永续债的产生，为盈利能力强大、长期偿债能力强，但资产负债率偏高的企业提供

了相应的“制度红利”，但是同样给其带来了相应的财务风险。从目前来看，永续债的市场在开发深度及广度方面略显不足，需要继续加强永续债发行的现状研究，投资方、发行方与监管方均应做好相应风险防范工作，将其在推动企业长远发展中的作用发挥出来。

参考文献

- [1] 单建军：《全球永续债发行经验及启示》，载《吉林金融研究》2020年第3期。
- [2] 张继强、姬江帆等：《永续债：海外经验及国内前景探讨》，载《债券》2013年第11期。
- [3] 杨有红：《永续债融资存在的问题及解决策略》，载《财务与会计》2020年第15期。
- [4] 杨新英：《国有企业永续债现状以及风险控制措施》，载《中国市场》2020年第26期。
- [5] 李娜：《永续债业务浅析》，载《福建轻纺》2020年第12期。
- [6] 王军林：“非金融企业发行永续债面临的风险和问题”，载《财经界》2020年第33期。
- [7] 于静：《浅谈永续债的优缺点及其对资本结构的影响和税务处理》，载《中国集体经济》2019年第25期。
- [8] <http://finance.sina.com.cn/money/bond/20161109/143025443837.shtml>，最后访问日期：2020年1月31日。
- [9] 郑育民、梁奕清等：《银行永续债发展的国际经验借鉴》，载《福建金融》2020年第3期。
- [10] 刘云：《建筑行业永续债融资的动因和经济后果浅析》，载《财务与会计》2020年第19期。
- [11] 王明韬：《北京城建永续债融资的动因及经济后果研究》，华东交通大学2020届非全日制专业学位硕士论文。
- [12] 严书：《论永续债合同的违约与救济》，载《财务与金融》2020年第3期。
- [13] 金敏敬：《中兴通讯永续债融资的经济后果研究》，安徽财经大学2018年硕士学位论文。
- [14] 邢成、张琳：《2021年信托业面临四大转型》，载《中国银行保险报》2020年12月29日第007版。
- [15] https://www.360kuai.com/pc/9c51a16ad1ef05004?cota=4&kuai_so=1&tj_url=so_rec&sign=360_57c3bbd1&refer_scene=so_1
- [16] <http://www.skping.com/xintuo/2020-10-14/154041.html>
- [17] <https://www.yanglee.com/Information/Details.aspx?i=84810>
- [18] <https://zhuanlan.zhhu.com/p/222713242>
- [19] <http://www.fx361.com/page/2020/0709/6850145.shtml>
- [20] <https://zhuanlan.zhhu.com/p/222713242>

注释

- [1] 单建军：《全球永续债发行经验及启示》，载《吉林金融研究》2020年第3期。
- [2] 张继强、姬江帆等：《永续债：海外经验及国内前景探讨》，载《债券》2013年第11期。
- [3] 杨有红：《永续债融资存在的问题及解决策略》，载《财务与会计》2020年第15期。
- [4] 杨新英：《国有企业永续债现状以及风险控制措施》，载《中国市场》2020年第26期。
- [5] <http://finance.sina.com.cn/money/bond/20161109/143025443837.shtml>，最后访问日期：2020年1月31日。
- [6] 刘云：《建筑行业永续债融资的动因和经济后果浅析》，载《财务与会计》2020年第19期。
- [7] <https://www.yanglee.com/Information/Details.aspx?i=84810>
- [8] 杨新英：《国有企业永续债现状以及风险控制措施》，载《中国市场》2020年第26期。
- [9] 王明韬：《北京城建永续债融资的动因及经济后果研究》，华东交通大学2020届非全日制专业学位硕士论文。
- [10] 杨有红：《永续债融资存在的问题及解决策略》，载《财务与会计》2020年第15期。
- [11] 《永续债相关会计处理的规定》第二条“（二）关于清偿顺序”规定，永续债发行方在确定永续债会计分类时，应当考虑合同中关于清偿顺序的条款。当永续借款合同其他条款未导致发行方承担交付现金或其他金融资产合同义务时，发行方应当区分下列情况处理：
 1. 合同规定发行方清算时永续债劣后于发行方发行的普通债券和其他债务的，通常表明发行方没有交付现金或其他金融资产合同义务。
 2. 合同规定发行方清算时永续债与发行方发行的普通债券和其他债务处于相同清偿顺序的，应当审慎考虑此清偿顺序是否会导致持有方对发行方承担交付现金或其他金融资产合同义务的预期，并据此确定其会计分类。
- [12] 严书：《论永续债合同的违约与救济》，载《财务与金融》2020年第3期。



□ 蒋秉坤 / 文

蒋秉坤律师，中伦文德长沙分所合伙人，湖南省律师协会建筑与房地产专业委员会委员。毕业于中南财经政法大学，自2005年开始从事法律服务，主要执业领域为公司法和房地产法。参与了全国最大的破产重整项目-湖南太子奶集团破产重整案，主办了湖南创研科技股份有限公司等多家企业新三板挂牌项目，主导和参与了数十起房地产项目的投资和并购。

建筑区分所有权中有关物业管理用房的确认和变更问题之初探

摘要：物业管理是跟随房地产开发而派生出的服务模式和产业。上世纪80年代，随着我国房地产业的恢复和发展，我国的住宅小区管理随之起步。1998年国家进一步深化住房制度改革，停止实物分房，实行货币分房，自此，物业管理也随着房地产开发的热潮快速发展，而作为小区物业管理必备设施的小区物业管理用房，也经历了从无到有，从有偿提供到无偿配置的转变。《物权法》第七十三条规定：建筑区划内的其他场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。这是我国第一次以法律的形式对物管用房归业主共有进行规定。然而，在这寸房寸金的时代，物管用房涉及到较大的开发利益，且物管用房的当初设计和实际使用可能会存在一定差异，很多情况下需要根据实际情况进行调整，但物管用房的调整和变更又缺乏统一的操作规范，加之开发者与购房者的信息和专业知识不对称，多数开发商会利用其作为开发者的身份和专业优势，对小区配置的物管用房进行相应的操作，从而造成很多新建小区的物管用房被侵占、挪用、拆分、置换。本文将结合物权法及相关规定和具体案例，对物管用房的确认和变更问题进行初步的探讨。

关键词：建筑区分所有权 物管用房 确认 变更

前言

1994年3月23日，建设部33号令颁布了《城市住宅小区管理办法》这是我国在国家层面公开发布的第一个有关住宅小区管理的规定，但该办法并没有对小区管理用房进行规定。同年6月18日，深圳市颁布了我国第一部有关物业管理的地方性法规《深圳经济特区住宅物业管理条例》该条例规定，开发单位应当在住宅小区移交时，一次性向管委会划拨公用设施专用基金用于购买物业管理用房；开发单位按规定以成本价向管委会提供物业管理用房，产权属管委会。此后，北京、江苏、安徽、辽宁、湖南等各地也相继出台了物业管理相关规定，大部分地方规定都将物管用房归属于全体业主，而但也有将物管用房所有权归属于国家所有的，如1997年10月25日通过的《安徽省城市住宅区物业管理暂行办法》2003年6月8日，国务院第379号令公布了《物业管理条例》物管用房归属业主共有得以正式确立。2007年3月《物权法》得以颁布，物管用房归属

业主共有第一次以法律这一形式进行规定。由于物管用房无偿提供毕竟涉及开发者的利益，且物管用房的当初设计和实际使用可能会存在一定差异，很多情况下需要根据实际情况进行调整，但物管用房的调整和变更又缺乏统一的操作规范，加之开发者与购房者的信息和专业知识不对称，从而造成很多新建小区的物管用房被侵占、挪用、拆分、置换。下面我们就从一起物管用房纠纷案例来对相关争议问题进行探讨。

一、案情概要

长沙市开福区某小区由甲公司开发兴建，按规划小区物管用房位于小区 20 栋第五层（后分户为 501、502 两户），面积 677m²。2004 年 7 月，小区交付业主时，物业公司就在小区 20 栋第五层为业主办入伙手续。2005 年 7 月，甲公司擅自将小区 7 栋和 8 栋架空层合围成房屋，并将物业办公室迁往该架空层房屋，20 栋第五层物管用房被甲公司和乙公司占用作为经营之用。小区成立业委会后，分别从长沙市城建档案馆和长沙市

住建委物业监管处调取了小区《报建图》和《长沙市物业管理方案确认单》，通过该两份文件显示，小区物管用房位于小区 20 栋第五层，面积 677m²。小区业委会据此要求甲、乙公司返还未果，遂起诉到法院，小区业委会认为：小区物管用房属业主共有，甲、乙两公司既无合法依据，也未经法定程序，便合意侵占小区物管用房，侵害了业主合法权益，权利人依法有权要求确权、排除妨碍、恢复原状和赔偿损失。为此，诉请：1. 确认长沙市开福区某小区 20 栋 501、502 为物管用房，甲、乙公司立即将该物管用房恢复原状交还业委会，并返还或赔偿侵占物管用房的利益或损失计 48 万余元；2. 将 7、8 栋架空层恢复原状。

一审法院查明：长沙市开福区某小区 20 栋于 2005 年 5 月办理了房屋产权证，20 栋第五层分户为 501、502 两户，根据产权证记载，20 栋 502 为物管用房，面积 365.18m²。小区 7 栋、8 栋底层有两间为架空层，被甲公司合围作为小区临时物管用房。另小区业委会从长沙市城建档案馆调取的小区《报建图》上没有当时规划部门加盖



的行政审批专用章。

一审法院认为：1. 不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明，不动产登记簿是物权归属和内容的根据，根据国家相关部门及长沙市房屋管理部门的规定，物管用房属于只登记不发证的类型，由房屋登记部门在房屋登记簿上予以记载，不颁发房屋权属证书。因此，房屋登记部门在房屋登记簿上的记载，是认定物业管理用房的依据。原告虽提交了长沙市城建档案馆和长沙市住建委物业监管处调取的小区《报建图》和《长沙市物业管理方案确认单》，但该两份证据未经规划、权属登记部门审核确认，其证明力远低于时间在后由房屋登记部门最终确认的权属登记所具有的证明效力，因此，房屋登记部门的权属登记具备法律效力，是认定长沙市开福区某小区物管用房的依据。物管用房属业主共有，甲乙公司应当恢复和返还，并支付占用费。2. 房屋登记部门确认小区7栋、8栋底层两间为架空层，甲公司将其合围违反小区规划，破坏小区整体环境，侵害了业主权益，应予纠正。一审据此判决：一、确认长沙市开福区某小区20栋502为小区物管用房（面积365.18m²），甲乙公司于判决生效后七日内腾空交还原告，并支付占用期间的占用费20万元；二、甲公司于判决生效后十五日内将7栋、8栋架空层恢复原状。

一审判决后，业委会不服一审判决，提起上诉认为：

（1）一审将权属登记作为认定小区物管用房定点和面积大小的依据错误。《物权法》第十一条规定“当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。”由此可见，任何不动产物权都有其取得依据和原因，不动产物权并不是产权登记的产物。申请人取得物权的依据是在申请登记时向登记部门提供的权属证明和不动产界址、面积等文件。因此，认定小区物管用房的依据只能是规划部门有关小区物管用房的规划审批文件、物业用房主管部门对小区物管用房的确认文件及房产测绘部门的面积测绘报告。

（2）一审认定原告提交的从长沙市城建档案馆和长沙市住建委物业监管处调取的小区《报建

图》和《长沙市物业管理方案确认单》未经规划、权属登记部门审核确认，其证明力远低于时间在后的权属登记错误。城建档案馆是国家法律规定保存城市建设档案文件的部门，其保存的档案是经规划机关审查完成移交存档的城市建设档案，依法具有法律效力。《长沙市物业管理方案确认单》是政府物业用房主管机关依据《行政许可法》《物权法》《物业管理条例》《湖南省城市住宅区物业管理条例》《长沙市物业管理用房规定》等法律文件对小区物业管理用房的定点和面积进行确认的审批文件，其审批行为的性质属于行政确认，依法具有行政确定力。一审判决在未对《长沙市物业管理方案确认单》的行政确认为性质和效力进行认定的前提下，便直接改变该具体行政行为结果确认建筑面积仅为365.18平方米的20栋502房为小区物管用房，既不符合政府物业用房主管机关依据《物业管理条例》和《湖南省城市住宅区物业管理条例》规定确认的小区物管用房应缴面积573平方米，也不符合政府物业用房主管机关根据开发商自愿申报确认的小区物管用房实缴面积677平方米。

（3）在权属登记的结果与取得依据发生矛盾时，根据《物权法》司法解释第一、二条规定，法院应当对权属登记房产的取得行为及合法性进行审查，而不能仍然根据双方发生争议且未经合法性审查的权属登记来认定事实。

同时，业委会为进一步证明其在一审提交的《报建图》和《长沙市物业管理方案确认单》的合法性和效力，又申请长沙市自然资源和规划局、长沙市住房和城乡建设局公开该小区经规划审批的报建图、小区物业管理用房定点面积文件信息和物业管理用房的确认信息。经申请政府信息公开，长沙市自然资源和规划局向业委会提供了与一审时业委会所提供相一致的《报建图》并在该《报建图》上加盖了“长沙市自然资源和规划局信息公开专用章”予以确认。而长沙市住房和城乡建设局则书面回复：经查长沙市开福区某小区物业管理用房确认在小区20栋501房，建筑面积为677平方米。

在二审过程中，甲公司也提交了长沙市房地产测绘队关于小区20栋的《预测成果表》和《实

测成果表》证明在 20 栋预测时第五层为物管用房，在实测后，测绘队是根据规划得出结论，变更 502 房为物管用房，且房产证也登记 502 房为物管用房。

二审法院认为：业委会提交的经申请政府信息公开获取并经“长沙市自然资源和规划局信息公开专用章”予以确认的《报建图》因没有当时规划部门的盖章审批，不予采信。对长沙市住房和城乡建设局的政府信息公开回复，则认为其依据的是预测档案，不是实测档案，故也不予采信。并认为，长沙市房屋产权管理局物业监管处的确认、长沙市房地产测绘队的测绘和长沙市房屋产权管理局的颁证是确认物管用房的三个必经程序，在物业监管处的确认后，不能排除长沙市房地产测绘队对物管用房进行变更，虽甲公司未提交申请变更的证据，但鉴于勘测成果表与栋证记载内容一致，且勘测成果表与栋证结合效力高于《长沙市物业管理方案确认单》的效力，故驳回业委会上诉，维持原判。

二、关于物管用房确认和变更问题的探讨

(一) 产权登记能否作为确定小区物管用房定点和面积大小依据的问题。

要搞清这个问题，我们需要先了解物管用房形成的三个基本依据，即规划建设依据、行政确认依据和归属依据。由于不同行政区域有关物

管理的规定不同，因此，这里我们结合以上案例，以湖南省长沙市为例进行分析。

1. 小区物管用房的规划建设依据。依照以上案例所适用的《中华人民共和国城市规划法》第三十二条的规定，在城市规划区内新建、扩建和改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施，必须持有关批准文件向城市规划行政主管部门提出申请，由城市规划行政主管部门根据城市规划提出的规划设计要求，核发建设工程规划许可证件。建设单位或者个人在取得建设工程规划许可证件和其他有关批准文件后、方可申请办理开工手续。可见，建筑物修建是以规划机关审批的规划报建图的规划定点为依据，规划定点是对建筑物地域及其范围、面积及负担率等特定事项的确定，是建筑物施工前行政机关对土地使用人的权利义务的确定，属于行政许可行为，是建设单位新建、改建建筑物的依据。物管用房作为小区的新建配套建筑，其定点位置和面积在土地开发报建中就已经通过行政规划审批确定，且未经审批不得建设。因此，行政规划审批既是小区物管用房的建设依据，也是小区物管用房定点位置和面积大小的依据。

2. 小区物管用房的行政确认依据。《湖南省城市住宅区物业管理条例》第十五条规定“物业出售单位应当按照房屋总建筑面积的千分之三至千分之五提供物业管理服务用房，其费用列入开发建设成本，所有权属全体业主共有”。《长沙市物业管理用房规定》第八条规定“建设单位在办理《商品房预售许可证》时，应当向市房产局物业监管部门提供经规划部门批准并标注物业管理用房具体位置、面积的规划报建图和《商品房建筑面积预测报告》办理物业管理用房确认”。另根据长沙市人民政府公开的《长沙市物业管理用房确认单办理指南》显示：《长沙市物业管理方案确认单》是政府



物业监管处依据《物权法》《物业管理条例》《湖南省城市住宅区物业管理条例》《长沙市物业管理用房规定》对小区物业管理用房的定点和面积进行确认的文件，属于政府行政审批事项，其性质应为行政确认。案例中业委会从长沙市住建委物业监管处调取的《长沙市物业管理方案确认单》即是政府物业主管部门对小区物管用房的确认文件。因此，我们可以认定，《长沙市物业管理方案确认单》就是该小区物管用房的行政确认依据。

3. 小区物管用房的归属依据。《物权法》第七十三条、《物业管理条例》第三十七条及《湖南省城市住宅区物业管理条例》第十五条均有规定，小区物管用房归业主共有。另根据《长沙市物业管理用房规定》第九条“建设单位在申请办理房屋所有权初始登记时，应当对物业管理用房一并申请。市房产局将物业管理用房在房屋登记簿上予以记载，与房屋基本单元的登记簿形成关联，不颁发房屋权属证书”和《物权法》第十六条“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”的规定，我们可以确定，法律的规定和不动产登记簿有关小区物管用房的记载就是小区物管用房的归属依据。

通过对小区物管用房形成的三个基本依据进行分析可以发现，无论是不动产登记部门在房屋登记簿上对小区物业管理用房予以记载，还是政府物业监管部门对小区物管用房进行行政确认，其都需要以行政规划审批为依据。因此，有关产权登记能否作为确定小区物管用房定点和面积大小依据的问题，我们可以得出这样的结论：一般情况下，小区物管用房的产权登记与行政规划审批是一致的，因此，正常情况下产权登记可以作为确定小区物管用房定点和面积大小依据。但是，在小区物管用房的产权登记与行政规划审批一致时，则需要根据具体情况来分析确定。

（二）产权登记与规划审批及物业行政主管部门确认不一致如何进行认定的问题。

《物权法》第十六条规定“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”。但我国采纳的是以债权形式主义为主的物权变动模式，在基于法律行为发生的物权变动中，登记只是不动产物权变动

的生效要件，但“要件”不同于“原因”，根据《物权法》第十五、二十八、二十九、三十条，不动产物权变动的原因或基础只能是买卖、赠与、抵押、法律规定等法律行为，并且《物权法》第十一条还规定“当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。”由此可见，《物权法》第十一条规定申请登记时提供的权属证明和不动产界址、面积等必要材料才是物权取得的依据和原因。而物管用房属于法定物权，其物权归属的依据只能是法律的规定，其位置和面积大小的依据只能是行政规划机关的对物管用房的定点规划审批和物业主管部门的对物管用房位置和面积的行政确认审批以及不动产界址、面积文件。因此，登记只是确认不动产物权变动并将其公之于众的手段，不动产物权并不是登记的产物。《物权法》第十六条第一款规定，不动产登记簿是物权归属和内容的根据，旨在赋予不动产登记以推定力。但作为一种法律拟制事实，登记表彰的权利状态并不总能反映真实不动产物权关系，所谓的推定力并不具有绝对的效力。《物权法》第十七条规定，“除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准”，也意在明确不动产登记可以提供证据推翻。同时，《物权法》第三十三条也规定，“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。”而后，最高人民法院发布的《物权法司法解释（一）》第2条对此也专门作出了规定“当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符，其为该不动产物权的真实权利人，请求确认其享有物权的，应予支持。”因此，在物管用房的产权登记与规划审批、物业行政主管部门确认不一致时，我们可以根据以上规定将物管用房定点、面积和归属争议定位于平等民事主体之间因物权归属或基础关系所发生的财产争议，提起小区物管用房的确权诉讼和排除妨碍诉讼。当然，如果发现不动产登记机关在物管用房登记时存在违法行为，从而造成小区物管用房的产权登记与规划审批、物业行政主管部门确认不一致的，我们还可以先对不动产登记机关提起行政诉讼，请求撤销不动产登记机关对小区物管用房的登记，并重新对小区物管用房进行登记，然

后，再通过民事诉讼来排除妨碍。

除了土地开发商的违规操作和不动产登记机关的违法登记行为外，通常还有一种情况会造成小区物管用房的产权登记与原规划审批、物业行政主管部门确认不一致，那就是土地开发商申请了对小区物管用房进行变更。那么，在这种情况下，我们就要着重注意审查小区物管用房变更的合法性。

（三）物管用房变更的合法性问题。

我们知道，物管用房作为小区的新建配套建筑，其定点位置和面积早在土地开发报建阶段就已经通过行政规划审批确定下来了，但出于方便物业服务和实际建成后的状况，物管用房当初的设计分布审批可能会存在不合理的问题，这种情况下可能就需要对小区物管用房进行调整变更。但从目前来看，小区物管用房的调整变更并没有一个统一的操作规范，有的多是一些地方政府部门的内部规定，由于效力太低，在争议中大多不能作为法律依据。由于小区物管用房变更涉及到开发建设的合法性和民事主体的物权和民事权益，因此，针对小区物管用房的调整变更合法性的判断，就可以从这些方面进行考虑。

1. 从建设的合法性考虑。根据我国的《城乡规划法》，在城市、镇规划区内进行工程建设的，应当取得政府行政规划部门核发的《建设工程规划许可证》。根据所核发的《建设工程规划许可证》建设的工程和建筑才具有合法性。而《建设工程规划许可证》对核准建设的建筑物的地域、范围、面积等特定事项均进行了规定，对小区物管用房也不例外。如果开发商在规划部门核发的《建设工程规划许可证》以后申请调整变更小区物管用房，就势必会造成所调整房屋的定点或面积与已经核准的《建设工程规划许可证》存在冲突，即所调整的房屋因与已通过的规划审批不符，丧失了建设的合法性。因此，无论开发商在物管用房的行政确认阶段还是在物管用房的权属登记阶段申请调整变更小区物管用房，均需要向原审批的行政规划机关提出变更申请，并由规划机关根据变更情况重新核发《建设工程规划许可证》。如核准调整变更小区物管用房而增加经营用房或住

宅面积的部分，由于造成开发商的所获利益增加，还可能涉及到由开发商补交该部分的土地出让金。在本文的案例中，根据长沙市房地产测绘队的预测报告显示，小区物管用房位于20栋第五层，面积677m²，而在实测时，小区物管用房却变更为502房，面积仅为365.18m²。这里小区物管用房明显发生变更，二审法院虽然没有要求开发商提交申请变更的证据，还认可长沙市房地产测绘队可以在测绘环节对物管用房进行变更，最终依据存在争议的产权登记认定了物管用房，但二审法院判决并没有否定小区物管用房变更需要进行变更申请和审批。当然，我们认为本案一审和二审的判决和认定还是有待商榷的。

2. 从物权和民事权益考虑。小区物管用房是法律规定用途的小区配套设施，归业主共有，属于只登记不颁证的特殊法定物权。物管用房的建设要求开发商在土地开发时同时设计报批、同时建设施工、同时交付使用。因此，小区物管用房所有权在物管用房竣工验收合格并交付使用时便已经形成，其产权即归属业主所有，开发商对小区物管用房即丧失了处分权。此时，开发商申请对物管用房进行调整变更，根据《物权法》第七十六条之规定，就须经业主大会决议通过。因此，在小区物管用房竣工验收合格并交付使用后，开发商申请对物管用房进行调整变更的，即使其调整变更申请取得规划部门的审批，如未获得小区业主大会决议通过，业主也可以主张无效。

总之，处理物管用房争议关键要善于抓住一条主线和一个时间点。一条主线即物管用房的规划审批、物业行政主管部门的确认和产权登记机关的登记三个环节，并最终以前者为原点和根本。一个时间点就是物管用房竣工验收合格并交付使用时间点，竣工验收合格并交付使用后物管用房所有权即形成，此时有关物管用房的变更除了涉及行政管理机关的审批权外，还涉及到物管用房所有权人即业主的处置权。

参考文献：

- (1) 《最高人民法院公报·案例》(2014年第6期)
- (2) 最高人民法院民事审判一庭编著《最高人民法院关于物权法司法解释(一)理解适用与案例指导》



□ 陈康康/文

陈康康律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所合伙人，西北政法大学法学（经济法方向）学士。主要业务领域：民商事诉讼与仲裁、政府法律服务、房地产与建设工程、企业破产清算与重组等。



□ 刘超/文

刘超实习律师，北京市中伦文德（深圳）律师事务所实习律师，西北政法大学法学（经济法方向）学士。主要业务领域：民商事诉讼与仲裁、企业破产清算与重组等。

深圳某日资公司与周某劳动争议案评析 —— 用人单位行使自主用工权的合理性与合法性研究

一、争议焦点

公司对员工采取了降职降薪的处罚行为，是否属于行使自主用工权利，是否符合相关法律规定？

二、基本案情

原告：周某

被告：深圳某日资公司（以下简称“公司”）

2002年3月1日，原告周某与被告公司签订了劳动合同，职务为仓管员。劳动合同签订后数年，双方劳动关系一直正常履行，周某也逐步从普通仓管员晋升至仓储部副经理。2011年签订无固定期限劳动合同，约定的基本工资为1320元。

2019年4月8日，公司因货物车厢内倾斜歪倒货物受损事宜，对仓储部管理层人员（含周某）均进行了口头警告。但是，在2019年8月15日公司再次检查过程中，发现仓储部负责区域仍存在5S现场管理[5S即整理（SEIRI）、整顿（SEITON）、清扫（SEISO）、清洁（SEIKETSU）、素养（SHITSUKE）]混乱，现场多处存在无管理状态和安全隐患。

因此，公司根据现场检查的情况，依据公司

《事故衡量标准》《事故管理及改进制度》的规定，对此次现场检查，作出“中等事故”判定，并于2019年8月21日按照上述规定，对周某本人作出调岗的处罚措施，将其降职为普通员工。同时，因周某职位发生变动，公司依据《薪酬及晋升管理制度》相应将其岗位补贴由2100元调整为100元，但其基本工资仍然为5100元。

周某认为，公司对其调岗降薪的理由不符合公司管理规定，也没有法律依据，且将其从仓储部副经理管理岗位直接降为一线的普通员工，未安排具体工作，且让其从事保洁工作，具备侮辱性和惩罚性。遂向劳动仲裁委员会提起劳动仲裁，请求将其恢复至原职位并支付调岗后的工资差额。

三、审理结果

仲裁委认为，公司依据《事故衡量标准》《事故管理及改进制度》及《薪酬及晋升管理制度》对周某进行调岗调薪，此已构成了劳动合同的变更，双方就变更劳动合同虽未采用书面形式，但已经实际履行长达八个月，且变更后的劳动合同争议仅涉及工作岗位和薪酬待遇，并没有违反法律、法规、国家政策及公序良俗的相关内容。因此，

周某从事仓储部员工已远超一个月，且在该变更劳动合同的一个月内没有证据显示周某明确不同意履行变更后的劳动合同，故可视为周某认可公司对劳动合同中的岗位变更，故此，公司依据《薪酬及晋升管理制度》所列级别支付周某的工资并无不当。因此，仲裁委对周某的仲裁请求不予支持。

周某不服劳动仲裁裁决结果，遂向法院提起诉讼。

一审法院经开庭审理，认为公司根据公司管理规定对仓储部员工进行调岗降薪处理，属于公司的内部管理事项及企业自主用工权利的范畴。原告主张该调岗具有惩罚性、侮辱性、刻意性，但没有提供相关的证据材料，且不符合本案的案件事实，法院对原告的主张不予采信，遂驳回员工的诉讼请求，由于适用小额诉讼程序，一审法院作出的民事判决为终审判决，目前该判决已生效。

四、评析意见

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一款第二项的规定：“劳动者不能胜任工作的，用人单位可以调整其工作岗位。”因此，对于不能胜任岗位工作的劳动者，用人单位可以根据实际需要，有权在合理、合法的范围内调整其工作岗位。

实践中，一旦涉及用人单位对劳动者进行调岗、降薪，往往会引发劳动者不满，引起劳资双方的对立矛盾，用人单位认为其是在行使正常的自主用工权，是对劳动者进行内部管理的一种方式，而劳动者则认为用人单位属于违法调岗，克扣工资，甚至以用人单位未及时足额支付劳动报酬，要求解除劳动合同，支付经济补偿金。

用人单位自主用工权一般是指用人单位根据生产经营的需要自由招收劳动者、使用劳动力以及与调整劳动者工作、开除、解雇劳动者相关的权利。《中华人民共和国就业促进法》第八条第一款明确规定：“用人单位依法享有自主用人的权利。”

那么，回归到本案，公司对员工进行降职降薪，是否为用人单位行使自主用工权，其实是本

案的核心焦点。

1、公司对员工进行降职，符合规章制度的规定。本案中，公司通过民主程序，制定了《事故管理及改进制度》及附件《事故衡量标准》《薪酬及晋升管理制度》，合法有效。

虽然公司现场检查出现的问题，并不属于《事故衡量标准》中某一具体类别，但是《事故管理及改进制度》也明确约定了“若发生无法用《事故衡量标准》判断类别的事故，公司有权根据事故后果的严重性进行判定”，因此，公司将现场检查出现的问题判定为“中等事故”依据上述制度，对员工进行降职处罚，并不违反制度规定。

2、调整工作岗位后，员工的工资水平与原岗位基本相当。公司对周某进行降职调岗后，按照《薪酬及晋升管理制度》按照岗变、薪变的原则，对其岗位补贴进行适当的调整，但基本工资5100元并未降低，其工资总额较之其每月所降低的比例只有24%，但仍高于其签订的无固定期限劳动合同约定的基本工资，并不存在大幅度降低周某劳动报酬的情况。

3、员工调整后的工作岗位，不具有侮辱性和惩罚性。公司将员工从仓储部副经理直接降为普通员工，连降三级，从管理岗位变动为一线普通工人，从事普通仓管员工作，完全系公司行使自主用工权的体现。员工本身入职公司时即为一线的普通仓管员，其从基层做起，经过自身努力工作，晋升为副经理，现又因其在工作中多次出现偷懒和消极怠工的情形，再加之事故处罚，才被降职为普通员工，这种职位升降，符合职位升降的内在逻辑。

虽然员工调整后的工作岗位包括对所负责区域的清洁工作，但该清洁工作属于普通仓管员负责的工作内容之一，其他仓管员也同样需要负责部分区域的清洁工作。公司所作安排并不是针对该名员工，所安排的工作也属于正常安排，合情合理，并不具备惩罚性和侮辱性。

《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第22条规定：“用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅



自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：（1）调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；（2）调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；（3）不具有侮辱性和惩罚性；（4）无其他违反法律法规的情形”。

因此，从上述三个方面可以看出，公司对员工进行降职降薪，属于合法行使自主用工权，员工在本案中要求补足工资差额，并无事实和法律依据。

由本案引发的争议，也提醒了广大用人单位

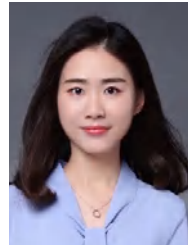
行使自主用工权对劳动者进行处罚、调岗调薪时应当：1、在劳动合同中明确约定用人单位有根据劳动者的表现进行调岗调薪的权利。2、需制定详细的劳动规章制度，为用人单位对劳动者进行处罚、调岗调薪，提供具体的制度依据和详细的操作方法。3、对劳动者进行处罚、调岗调薪，需保留好相关证据，以便为日后引发纠纷提供证据支持。4、调岗后的工作岗位，不能带有针对性，更不能有任何惩罚性质，甚至是侮辱性质。

中伦
文德



□ 胡高崇/文

胡高崇律师现任中伦文德律师事务所北京总所合伙人，主要业务领域涵盖争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。加入中伦文德之前，胡高崇律师供职于国内另一家知名律所，先后担任律师及合伙人；胡律师也曾经长期在北京市某法院从事审判工作，审理千余起案件，类型涵盖合同纠纷、劳动争议等。



□ 蒋倩倩/文

蒋倩倩现为中伦文德律师事务所北京总所实习律师，主要业务领域为争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。

后疫情时期企业用工管理过程中的 常见风险和防范策略

前言

从发布招聘到通知录用，从考勤管理到薪酬发放，企业的整个用工过程都暗藏法律风险的漩涡，稍有不慎，可能就会陷入纠纷。在现有法律框架内，如何合法扩大企业用工自主权，降低企业用工的成本，提高劳动用工风险防范能力，是后期疫情时期企业用工管理的重中之重。

一、员工入职环节的常见风险及防范策略

(一) 招聘启事涉嫌就业歧视

近年来，企业因为招聘录用条件设置问题被劳动者起诉侵犯就业自由的情况时有发生。例如，贵州茅台公司就被应聘者以招聘中侵犯艾滋病人就业平等权为由起诉索赔^[1]。

从合规的角度出发，在草拟和发布招聘启事的过程中，企业应当在明确招聘录用条件的基础上，注意避免出现易引发歧义的词汇，所有与工作岗位、提供劳动无关的内容都不建议放在招聘信息里。在实际操作层面，用人单位可以通过口头询问的方式，就其所关心的情况向应聘者进行侧面了解，但要注意防止被应聘者录音。

(二) 不当撤回已发放的录用通知书

实践中，用人单位为了提高招聘效率往往选择在录用通知书发出后再进行背景调查。而一旦在背景调查中发现有问题，就很可能出现需要撤回录用通知书的情况。此时，如果录用通知书撤回不当，不排除被拒绝录用的候选人会通过起诉等方式要求按照录用通知书载明的内容订立劳动合同。就此种情况而言，尽管法院一般不会判决强制缔约，但用人单位往往也需要承担缔约过失责任。通常而言，需要按照候选人1-3个月工资为标准支付赔偿金。

因此，在发放录用通知书时，用人单位需要注意谨慎撰写录用通知书撤回的原因，除与工作岗位关系极为密切的条件不符合用工要求这类理由外（例如，工作经历、教育经历），其他导致录用撤回的因素应当尽量模糊化表述。

(三) 入职前的背景调查不充分

入职尽调，是针对即将入职的员工进行的背景调查。在激烈的人才竞争中，员工跳槽频繁，简历夸大其词的不在少数，对员工以往的工作能力和业绩情况做尽职调查是保障其面试信息真实

性的基本手段，但入职尽调不充分也会引发相应的法律风险。例如，用人单位未发现所招用的劳动者尚未与之前的用人单位解除劳动合同，且对原用人单位造成经济损失的，新用人单位可能承担连带赔偿责任。^[2]又如，员工提供虚假的简历信息，用人单位经过一段时间后发现该情况，并据此与劳动者解除劳动合同的，如劳动者拒不承认提交过简历，用人单位可能会因此在后续纠纷中承担较重的举证责任。

因此，建议用人单位通过要求劳动者在简历中亲笔签名等方式，保存劳动者确认其提交简历的证据。这样可以降低劳动者否认其简历造假行为的风险，从而有效避免此类纠纷的发生。此外，建议用人单位在入职尽调的过程中，特别核实员工所提供的离职证明是否是原件。

（四）入职登记表的内容设计过于简单

《入职登记表》不只是因记载了员工的基本信息而可以作为了解员工的途径，公司还可以将此信息资料作为日常管理员工以及日后发生劳动争议时的有利证据。在实践中，常常出现因入职登记表设计过于简单，导致出现在劳动者失联时用人单位解除劳动合同通知等文件无法有效送达的情况，或者劳动者虽然收到相关文件，但却在仲裁/诉讼阶段当庭否认收到或签署过文件的情形，从而给用人单位举证带来很大的困难。

这也提示用人单位在设计入职登记表的时候，应当在员工信息一栏设置紧急联系人、有效送达地址、联系方式等项目。此外，在涉及企业分配物品的栏目中，用人单位还应当标明工作邮箱、电话、电脑及其他资产的分配等信息。

（五）绩效考核制度规定不够详细

考量绩效考核科学性的重要标准之一就是：员工是否能胜任工作。在劳动法层面，考虑到界定员工不能胜任工作的问题本身具有一定的主观性，且法律本身也没有对此明确规定具体标准。实践中如用人单位对绩效考核制度的设计过于模糊，就会极大加重用人单位运用此理由解除劳动合同的举证责任。具体而言，首先，在确认员工是否能胜任的问题上，用人单位往往就需要搜集

诸多客观证据加以证明。其次，即使因劳动者原因导致用人单位承受经济损失，也有可能被法院认定为由用人单位管理制度不完善所致，从而难以要求劳动者承担损害赔偿责任。

因此，建议用人单位事先对员工的工作职责、工作程序以及可能出现的导致用人单位损失的情况做出尽量详细的规定，以便在损失发生时为用人单位向劳动者索偿提供依据。

二、劳动合同订立过程中的常见风险及防范策略

（一）未及时与劳动者订立书面劳动合同

随着用人单位合规意识的增强，近年来此类纠纷发生的频率有所下降。实践中，比较常见的情况是，因双方尚处于磋商阶段，但由于不可抗力等原因导致双方未能及时签订劳动合同，或双方订立的电子合同效力存在瑕疵因而无法得到法院认可。

针对双方因处于磋商阶段而未能订立合同并产生纠纷的情况，公司应当注意固定相关证据以证明磋商系由劳动者引发，自身已提出双方订立书面劳动合同，但因受疫情影响或其他客观原因导致无法与劳动者订立或续订劳动合同。^[3]此外，采用电子形式订立劳动合同，应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的数据电文和可靠的电子签名。用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求，确保其完整、准确、不被篡改。

（二）与劳动者签订的书面合同约定试用期不合法

在企业与员工建立劳动关系时，双方一般都会约定试用期。试用期是指包括在劳动合同期限内，企业对员工是否合格进行考核，员工也对企业是否符合自己要求进行考核的期限。公司约定试用期期限过长需要支付未依法约定试用期的赔偿金，而且可能承担其他违反劳动合同法的不利后果。假如劳动合同中仅约定试用期而不约定劳动合同期限的，则该试用期即为劳动合同期限，

试用期约定不成立。因此，建议用人单位严格遵循劳动合同法对于试用期期间的规定。^[4]

(三) 没有监管劳动者本人亲自签署劳动合同

尽管目前并没有法律法规规定公司或“第三人”不能接受员工委托“代签”劳动合同。但实践中，非劳动者本人亲自签署的劳动合同一旦出现纠纷，其效力能否被确认往往存在极大不确定性。如用人单位不能充分举证该代签行为是经过员工本人同意的，或是员工已经以实际行动表明他接受这份他人代签的劳动合同的，则存在劳动合同真实性得不到法院认可^[5]，并因此需要向劳动者支付未签订劳动合同二倍工资的法律风险。^[6]因此，建议用人单位与员工当面签订劳动合同，监督劳动者在劳动合同上亲笔签名。

三、劳动合同履行过程中的常见风险及防范策略

(一) 用人单位制定规章制度的效力存疑

我国法律对用人单位重要的规章制度的制定程序进行了明确规定。重要的规章制度建立需要履行民主制定、公示告知、合理性审查等必要程序。实践中，常常出现用人单位因不能满足前述三个程序的要求，而导致其所制定的规章制度无效，其依据规章解除劳动合同的行为被法院认定为违法解除的情况。例如，用人单位单方制定与劳动者自身利益切身相关的制度，或仅与部分部门人员或仅与管理层就相关规章进行协商的，则难以被法院认定规章的有效性。^[7]此外，用人单位无法就公示告知行为充分举证的，同样存在规章制度无法约束劳动者的法律风险。^[8]

因此，在规章制度的民主制定程序上，需要注意的是，用人单位规章制度民主制定程序的实施对象是全体职工、职工代表、职工代表大会或工会；实施的具体步骤是经过讨论并提出方案和意见，最终通过平等协商确定^[9]。从固定实施成果的角度出发，用人单位还应当注意保留民主制定程序过程中的电子邮件往来记录、工会证明、会议纪要、员工签到记录等文件。

在规章制度的公示告知的实践操作层面^[10]，建议用人单位注意以下几种情况的证据留存问题。第一，如用人单位向员工送达纸质版规章文件的，应当要求员工进行书面签收，并注意保留签收确认函等文件。第二，如用人单位通过电子邮件、网络链接、公共硬盘等方式进行公示的，应当注意留存员工后台点击阅读记录。第三，如用人单位通过大堂张贴等方式公告的，应当注意通过拍照、录像、搜集证人证言等方式保留相关证据。第四，如用人单位通过现场培训的方式进行规章制度告知的，应当注意留存好培训记录及培训内容、合同约定内容并进行合规确认。

在规章制度的合理性审查程序中，用人单位首先应当注意排除劳动者法定权利的无效（例如，旷工一日扣三日工资、绩效完不成即解除劳动合同等）；其次，约定标准高于法定标准的，应当从约定，但约定标准不能低于法定标准，否则约定无效；再次，规章制度应当有明确具体的指向结果，不能没有结果对应，也不能有多个结果对应；最后，规章制度可以适当约束员工工业外行为，就员工工作之外的不当行为进行约束。建议用人单位可将此类问题在员工手册中进行规定，例如：员工在工作之外的不当行为，由于媒体曝光或传播或者其他事由，给公司形象造成不利影响或带来其他损失的，视为严重违反公司规章制度。

(二) 单方面变更劳动合同存在被认定无效的可能

实践中，出于种种考虑，用人单位往往存在单方面变更劳动者的工作岗位和薪酬待遇的情况。此时，如果用人单位以劳动者不接受变更后劳动合同的安排，单方解除劳动合同的，存在被法院认定为是违法解除、需要继续履行合同或者向劳动者支付解除劳动合同经济补偿标准二倍的赔偿金的可能^[11]。

因此，在劳动合同变更的实际操作层面，用人单位需要注意：其一，事先在劳动合同中就薪随岗变、岗位职级与薪酬标准、调岗等问题进行约定。其二，在调岗过程中应当注意调整的合理性与必要性。其三，在变更工作地点的问题上，用人单位应当注意向劳动者提供交通与住宿的便

利。最后，在调整工作内容时，注意不能带有歧视或者侮辱性质，例如将高级管理人员调整至保洁岗位等，否则可能被视为未提供“劳动保护或者劳动条件”。

（三）考勤管理与休假制度内容存在瑕疵

因为用人单位考勤管理存在某些问题所导致的劳动争议非常多，具体来说有如下几种情况：第一，没有考勤规定或者考勤规定不明确，没有规定工作时间的统计及确认方法，忽视对休息时间的安排以及对加班的认定标准，导致对出勤时间的认定以及对加班工资的计算发生争议；第二，多种考勤方式并存，在考勤记录出现差异时，导致争议纠纷的产生；第三，考勤规定不明确，可能会使工作时间及加班时间的确认带来困难；第四，缺勤记录不注明事由，导致无法分辨原因是休假、请假或旷工。

在实践操作层面，首先，建议用人单位保存好劳动者休假及考勤方面的证据，比如《带薪年假审批表》考勤记录和工资支付证据等，否则，一旦发生争议，劳动者如果否认相关记录，则应由用人单位举证予以反驳。若用人单位无法提交相应的证据，就面临败诉的风险。其次，建议用人单位在认定旷工时重点关注以下几个条件：其一，没有按照用人单位规定提供劳动；其二，没有正当理由；其三，没有经过用人单位同意。再次，关于事假的审批。职工除国家已明确规定的各种公休节假日和假期以外，如遇特殊情况本人必须离开工作岗位的可请事假，但批准权在于用人单位。用人单位可以根据员工请事假的具体情形作出是否批准的决定。对此，建议用人单位要完善自身的规章制度，明确职工请事假的流程及批准权限，既要依据规章制度进行审批，还要综合考虑职工的实际情况。此外，鉴于职工请事假期间并未向用人单位提供劳动，用人单位原则上无需向职工支付事假期间的劳动报酬。如果用人单位的规章制度中对于职工请事假期间工资的计发方式有明确规定的，依据制度的具体规定进行处理。最后，关于年假问题。根据《职工带薪年休假条例》第4条第2项规定，^[12]要求用人单位对于职工请事假、休年假等情形，应当及时做好书面

记录，并要求职工进行签字确认。同时，用人单位还应当注意，如果职工在当年度虽然请事假累计天数达到20天以上，但依据规定已经扣除其对应事假天数工资的，此时职工仍享有休年假的权利，用人单位不得予以剥夺。

四、劳动合同解除方面的常见风险及防范策略

劳动合同解除的常见问题主要有以下几个方面：因存在拖欠工资或者未依法缴纳社保而被劳动者解除劳动关系；未能提交充分证据材料证明劳动者存在过错而单方解聘；辞退劳动者的程序和程序（例如：书面送达、工会程序、制度依据）存在瑕疵；疫情防控期间选取解除劳动合同理由存在失误，例如：将旷工与不服从合理工作安排两个理由混用等；未在劳动关系解除或者终止后及时为劳动者办理人事档案转移手续、开具离职证明等。

从法律层面来看，举证责任倒置及解除法定原则都给用人单位单方解除劳动合同带来了较大的风险。^[13]从实操层面，我们建议用人单位按照以下注意事项，重点对劳动合同解除的程序和实体条件进行审查：

（一）用人单位合法单方解除行为的实体要件

1. 过失性辞退之实体要件

第一，在试用期间被证明不符合录用条件：

过往的司法实践中，就不符合录用条件的认定往往比较严苛。尽管后来司法机关的裁量标准进行了适度扩展，但从风险防范的角度出发，仍然建议用人单位尽可能详细的将录用条件放进合同里。从实际操作层面来看，在试用期间被证明不符合录用条件主要需要满足三个要素：其一，用人单位招聘劳动者时，应当有明确的有文字记载的录用条件；其二，劳动者各方面的表现与录用条件的要求不相符合；其三，用人单位必须提供确凿的证据证明劳动者不符合录用条件。

就劳动者不符合录用条件的情况，建议用人单位注意审查以下几个方面：

（1）劳动者违反诚实信用原则对影响劳动合

同履行的自身基本情况有隐瞒或虚构事实的，包括提供虚假学历证书、假身份证、假护照等个人重要证件；对履历、知识、技能、业绩、健康等个人情况说明与事实有重大出入的。

(2) 在试用期间存在工作失误的，对工作失误的认定以劳动法相关规定、用人单位规章制度以及双方合同约定内容为判断标准；

(3) 双方约定属于用人单位考核劳动者试用期不符合录用条件的其他情况；

第二，出现严重违反用人单位的规章制度的行为。基于此条理由解除劳动合同的需要满足三个条件：其一，规章制度必须是用人单位经过民主制定程序并向员工公示告知过的；其二，规章制度已经有效送达劳动者；其三，从程度和影响来判断，劳动者属于严重违纪。

第三，劳动者出现严重失职或营私舞弊的行为，且给用人单位造成重大损害的。实践中，严重失职或者营私舞弊行为及用人单位的利益遭受重大损害两个事实之间需存在因果关系。

第四，同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正。此处，用人单位应当注意：首先，若是劳动者利用业余时间谋取生计，用人单位不能盲目单方面解除劳动合同；其次，对于非全日制劳动者是允许存在多重劳动关系的，但后建立的劳动关系不得影响先前劳动关系的正常履行；最后，劳动者必须是给用人单位造成“严重”影响，如果影响轻微，用人单位不能以此为由与劳动者解除合同。

第五，因劳动者存在欺诈、胁迫等情形致使劳动合同无效。^[14]这在事实上要求用人单位了解劳动者基本情况的权利要限制在“与劳动合同直接相关”的信息范围内。如果用人单位超越这一范围要求劳动者提供信息，就有可能侵犯劳动者的隐私权。同时，用人单位不当行使知情权有可能构成对劳动者的就业歧视。

第六，劳动者被依法追究刑事责任的。在实践中，用人单位需要注意刑事案件的审查往往需要经过多个阶段，如还在刑事侦查阶段，尚未依法判决的劳动者不属于被依法追究刑事责任的范围，公司不能据此解除劳动合同。同时，对于被

免于起诉的、被判处刑罚的、被免于刑事处罚的、被作出不予起诉决定的职工，用人单位也不能适用此条理由单方解除合同。

2. 预告解除之实体要件

第一，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作。根据我国《劳动合同法》第四十条第一款的规定，此种情况下，劳动者需要满足四个要件，用人单位方可单方解除。其一，劳动者患病或者非因工负伤；其二，已经经过了医疗期；其三，劳动者不能从事原工作；其四，另行安排的工作，劳动者仍不能胜任。

第二，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作。在实践中，这一问题可以分为四个层次处理。首先，用人单位应当事先设定胜任标准（经劳动者确认为优）。其次，用人单位应当事先制定具体、量化、可操作的考核制度（经劳动者确认为优）。再次，作为依据的考核制度应当合法有效且经劳动者确认。绩效考核应当秉持制度透明、过程公正、结果客观的原则。最后，不能胜任的考核结果应当经劳动者确认。此处所涉及的“不能胜任工作”是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。但是用人单位故意提高定额标准，使劳动者无法完成的除外。

第三，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议。此种情况所指的重大变化包括但不限于：项目、办公地点、业态调整等。此处的协商情况一般应当由用人单位举证。实践中，司法机关对于“客观情况发生重大变化”的认定标准不一，北京地区趋向严格、上海地区趋向宽松。

(二) 用人单位解除劳动合同的程序要件

在解除依据方面，用人单位应当注意解除劳动合同所依据的规章制度本身的合理性、合法性，所依据的规章制度应当已经履行了民主制定程序，并依法进行了公示与告知。在解除手续上，解除劳动合同通知书系当面送达的，应当注意保存录音录像等证据；系邮寄送达的，邮寄地址应

当为事先双方所约定的地址；系电子送达的，用人单位应当注意以录像等方式确认邮件附件可正常打开，以及邮件地址，发送状态等信息。同时，用人单位还应当事先将解除理由通知工会。^[15]

五、员工离职环节的常见风险及防范策略

（一）未对自动离职人员进行妥善处理

实践中，由于种种原因，许多公司对于员工自动离职并未进行任何处理，此种情形的可能引致的劳动争议主要体现在两个方面：首先，就工资结算问题而言，如用人单位未就员工自动离职的情况做出任何处理，鉴于劳动关系不存在自动解除的情形，公司在此期间仍应当向员工支付待岗工资。^[16]同时，在某些情况下，如公司举证不能^[17]，可能会被法院认定为公司单方解除劳动合同。

因此，我们建议用人单位在认定劳动者自动离职时应把握三点：第一，劳动者有离开企业且在规定时限内不愿回企业的主观意愿；第二，未履行相关手续或虽履行了手续但未经企业批准；第三，超过规定的时限。^[18]

在具体的处理上，用人单位应当注意留存相关的证据。建议用人单位至少向员工发送三封邮件：首先，发邮件通知员工通知返岗并核实未能返岗的原因。其次，再次通知返岗，并重申制度依据。最后，向劳动者送达解除劳动合同的通知。

（二）未经前置步骤，直接登报声明员工离职事宜

对于“用人单位应当如何履行向劳动者送达解除劳动合同通知的程序”这一问题，我国有关劳动关系的立法尚未进行明确具体的回答。实务中，用人单位或是未依法履行送达义务，或是履行了送达义务但未留下足够证据证明自己的送达行为存在的现象十分普遍，以致劳动合同双方一旦发生争议，用人单位向劳动者出具的解除劳动合同通知往往被劳动争议机构或人民法院认定为“解除劳动合同通知不发生法律效力，劳动合同双方当事人之间的劳动关系仍然存在”。

在实操过程中，建议用人单位与劳动者解除

劳动合同的，应当经过向劳动者本人或同住成年亲属直接送达和邮寄送达的前置步骤，避免因径直登报公告而影响劳动合同解除的法律效力。

注释：

- [1] (2019)黔0382民初7484号
- [2] 《劳动合同法》：第九十一条 用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。
《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》：第六条 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的70%。向原用人单位赔偿下列损失：
(一) 对生产、经营和工作造成的直接经济损失；
(二) 因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。
赔偿本条第(二)项规定的损失，按《反不正当竞争法》第二十条的规定执行。
- [3] 《关于审理新型冠状病毒肺炎疫情防控期间劳动争议案件适用法律问题的解答》：
2、用人单位受疫情影响无法与劳动者订立或续订书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付未订立或续订书面劳动合同二倍工资差额，是否支持？
答：用人单位能够举证证明已提出订立或续订书面劳动合同，但因受疫情影响客观上无法与劳动者订立或续订劳动合同，劳动者要求支付该期间未订立或续订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。
- [4] 《劳动合同法》：第十九条 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。
- [5] 相关案例：(2020)鄂01民终7877号、(2019)吉0191民初1138号；
法律依据：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》：第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。
- [6] 《劳动合同法》：第十条第二款 已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。
《劳动合同法》：第八十二条第一款 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。
- [7] (2018)鄂0582民初233号、(2017)京01民终7548号、(2020)皖01民终5708号；
- [8] (2020)京02民终9546号；
- [9] 《劳动合同法》：第四条第二款 用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。
- [10] 《劳动合同法》：第四条第四款 用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。
- [11] 《劳动合同法》：第四十八条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。
- [12] 《职工带薪年休假条例》：第四条 职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：
(一) 职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；(二) 职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的；(三) 累计工作满1年不满10年的职工，请病假累计2个月以上的；(四) 累计工作满10年不满20年的职工，请病假累计3个月以上的；(五) 累计工作满20年以上的职工，请病假累计4个月以上的。
- [13] 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》：第十三条 因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。
- [14] 《劳动合同法》：第二十六条 以欺诈手段订立的劳动合同无效或者部分无效。
《劳动合同法》：第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。
- [15] 按照我国法律规定，建立了工会组织的用人单位解除劳动合同应当符合《劳动合同法》第三十九条、第四十条规定。未按照《劳动合同法》第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。
- [16] 《工资支付暂行规定》：第十二条 非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。
- [17] 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》：第六条 在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。
- [18] 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六条和《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条均规定，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。



□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德律师事务所保险研究院院长、高级合伙人，仲裁员，独立董事，中保法微信公众号创始人，具有30多年金融保险业务管理和法律服务经验。



□ 刘佩茹/文

刘佩茹律师，华东政法大学法学学士，吉林大学法律硕士，中共党员，主要从事保险公司法律顾问与合规审查、保险资金运用、基金投资、保险争议解决等领域的法律事务。

《保险代理人监管规定》解读

保险中介作为保险市场体系中不可或缺的纽带，对加快建设新时代现代保险服务业，推动保险业更好地服务现代化经济体系建设具有重要意义。随着经济的发展，我国保险中介行业进入新的发展时期，中介机构、中介从业人员的规模急速扩张。保险代理人、保险经纪人、保险公估人队伍迅速壮大，其中保险代理人以其形式灵活与先发优势，牢牢把持着保险中介业的核心地位。根据中国银行保险监督管理委员会（以下简称“银保监会”）提供的数据，截止2020年11月，全国共有保险专业代理法人机构1776家，保险兼业代理机构3.2万家、网点22万个，个人保险代理人900万人，保险中介机构从业人员300万人。

为进一步促进保险中介监管法律制度体系协调统一，巩固保险中介市场清理整顿工作成果，深化保险中介市场改革，银保监会于2020年11月23日印发了《保险代理人监管规定》（以下简称“新规”），其将于2021年1月1日起施行，为保险代理人进行调整留下38天的窗口期。新规的施行将对保险代理业乃至保险中介业产生深远影响，中保律师就新规对保险代理人的规范调整及其对保险中介业的影响进行简要分析，以期供保险业同行和相关人士作为参考，不足之处请不吝指正。

一、新规对保险代理机构的规范调整

（一）保险专业代理机构

1. 加强市场准入管理

新规强化对保险专业代理机构股东的审查，并对股东的出资能力作出要求。同时，在资本金托管、治理结构、内控制度以及商业模式等方面作出规定。

具体而言，新规在《保险专业代理机构监管规定》第六条的基础上，细化了保险专业代理公司经营条件。首先在股东出资资金性质上，对股东出资资金提出“自有、真实、合法”的具体要求，不得使用银行贷款及各种形式的非自有资金投资。其次注册资本方面，全国性保险专业代理机构的注册资本最低限额保持5000万元不变，区域性保险专业代理机构的注册资本最低限额提升至2000万，且所有保险专业代理机构的注册资本需按规定进行托管。最后机构名称方面，取消“保险销售”字样，新规要求保险专业代理公司名称中应当包含“保险代理”字样，且宣传工作中也应当规范使用简称，不得混淆保险代理与保险公司的概念，明确标识“保险代理字样”。

新规新增针对保险专业代理公司的股东准入禁止性规定。最近5年内受到刑罚或者重大行

政处罚的；因涉嫌重大违法犯罪正接受有关部门调查的；因严重失信行为被国家有关单位确定为失信联合惩戒对象且应当在保险领域受到相应惩戒，或者最近5年内具有其他严重失信不良记录的；依据法律、行政法规不能投资企业的；以及国务院保险监督管理机构根据审慎监管原则认定的其他不适合成为保险专业代理公司股东的，不得成为保险专业代理公司的股东。

2. 加强分支机构管控

新规为切实防止内控管理薄弱、风险隐患大的保险专业代理公司滥设分支机构，列明了设立分支机构应当符合的具体条件，同时进一步强化保险专业代理法人机构的管控责任。

具体而言，新规新增全国性专业代理机构开设当地分支机构的限制。全国性专业代理机构在注册登记地以外开展保险代理业务的保险专业代理公司应当在当地设立分支机构，设立时应当首先设立省级分公司。

新规在《保险专业代理机构监管规定》第十一条的基础上，进一步完善保险专业代理公司新设分支机构的经营条件，要求保险专业代理公司新设分支机构时，公司及分支机构最近1年内没有受到刑罚或者重大行政处罚、未因涉嫌违法犯罪正接受有关部门调查、最近1年内未发生30人以上群访群诉事件或者100人以上非正常集中退保事件、最近2年内设立的分支机构不存在运营未满1年退出市场的情形。保险专业代理公司因严重失信行为被国家有关单位确定为失信联合惩戒对象且应当在保险领域受到相应惩戒的，或者最近5年内具有其他严重失信不良记录的，不得新设分支机构经营保险代理业务。

3. 理顺后置审批流程

新规要求保险专业代理公司取得许可证后，应及时在监管信息系统中登记相关信息；对于未取得许可证或者其许可证被注销的，应当及时办理相关事项变更登记，确保其名称中无“保险代理”字样。

新规删除专业代理公司许可证有效期的规定，完善监管信息系统报告制度以及信息披露制度，值得注意的是，不仅是专业代理公司需要遵循报告制度与披露制度，其作为日常监管手段与

行业自律手段，保险代理人所有主体需按新规要求进行系统报告或公开披露，两者将贯穿保险代理人准入、变更、经营、退出的全程。

4. 加强内控管理

新规调整保险专业代理机构执业责任保险及缴存保证金的规定。新规将保险专业代理公司投保的职业责任保险一年期保单的累计赔偿限额从“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半年营业收入的2倍”，调整为“不得低于人民币1000万元，且不得低于保险专业代理公司上年度的主营业务收入”。另外删除保证金缴存额达到人民币100万元，可不再增加的规定，且增加投保或缴存后续按规定进行系统登记的规定。新规还在第四十四条设置销售非保险金融产品的限制性规定，并在一百零八条规定违规经营互联网保险业务的罚则。

(二) 保险兼业代理机构

新规在《保险兼业代理管理暂行办法》第二条的基础上，规范了保险兼业代理机构的定义。保险兼业代理机构是指利用自身主业与保险的便利性，依法兼营保险代理业务的企业，包括保险兼业代理法人机构及其分支机构。较之保险专业代理机构，新规在保险兼业代理机构原有监管规定的基础上，进行了大量系统性的补充。

1. 明确准入条件

新规在《保险兼业代理管理暂行办法》第六条的基础上，细化了保险兼业代理公司的经营条件。第一在主营业务资质上，增加主营业务须经批准，应取得相关部门的业务许可的要求。第二在主营业务能力上，增加经营情况良好，最近2年内无重大行政处罚记录的要求。第三在经营场所上，除固定性外，增加便民服务的限定，增加便民服务销售渠道的要求。第四在软硬件设施上，增加其保险业务信息系统与保险公司对接，业务、财务数据可独立于主营业务单独查询统计的要求。第五新增保险代理业务管理制度和机制完善性要求。第六新增保险代理业务责任人制度。另外，保险兼业代理机构因严重失信行为被国家有关单位确定为失信联合惩戒对象且应当在保险领域受到相应惩戒的，或者最近5年内具有其他严



重失信不良记录的，不得经营保险代理业务。

与保险专业代理机构监管体系近似，新规规定保险兼业代理机构法人持有许可证、授权分支机构经营的模式，并且对报告事项与信息披露、保险代理业务责任人等提出要求。保险兼业代理机构授权注册登记地以外的省、自治区、直辖市或者计划单列市的分支机构经营保险代理业务的，应当指定一家分支机构负责该区域全部保险代理业务管理事宜。

另外，新规对于保险公司兼营保险代理业务做出明确的规定。保险公司兼营保险代理业务的，除同一保险集团内各保险子公司之间开展保险代理业务外，一家财产保险公司在—个会计年度内只能代理一家人身保险公司业务，一家人身保险公司在—个会计年度内只能代理一家财产保险公司业务。

2. 完善退出机制

新规比照保险专业代理机构的退出机制，对保险兼业代理机构的退出机制进行完善，规定了保险兼业代理机构依法注销许可证的情形，以及

业务退出流程。目前，全国各地很多保险兼业代理机构经营规模有限，市场缓步萎缩，各地保险兼业代理许可证吊销情形不断发生。新规于第二十条第二款增加规定，保险兼业代理机构被保险监督管理机构依法吊销许可证的，3年之内不得再次申请许可证；因其他原因被依法注销许可证的，1年之内不得再次申请许可证。

3. 设置相应罚则

新规同时基于保险专业代理机构的罚则模式，新设针对保险兼业代理机构规章权限范围内的罚则，提升对保险兼业代理机构的监管能力。

另外，新规为保险兼业代理机构的政策制定预留了一定的空间。第十五条第二款规定，保险兼业代理机构申请经营保险代理业务具体办法由国务院保险监督管理机构另行规定。当下《商业银行代理保险业务管理办法》已印发实施。银保监会将在新规框架下，按照“分类施策、稳步推进”的思路研究制定非银行类兼业代理机构监管政策，值得持续关注。

二、新规对保险代理从业者的规范调整

（一）个人保险代理人

1. 明确主体概念

《保险法》中明确规定保险代理人可为机构或个人，长期以来未有生效法律文件明确规范个人保险代理人的监管，仅可以参考《保险销售从业人员监管办法》中“保险销售从业人员”的概念及监管办法。新规第二条明确提出个人保险代理人概念，并在第四款界定个人保险代理人是指与保险公司签订委托代理合同，从事保险代理业务的人员。

2. 首提独立个人保险代理人

新规还在第三十九条首次提出“独立个人保险代理人”概念，银保监会将对个人代理人实施分类管理，表明了市场发展趋势和监管引领方向，意在尝试降低层级式营销模式冗余投机的弊端。

受取消从业人员资格考试、保险机构业务转型、互联网社交营销等多重因素影响，保险机构执业登记人员大幅增长，但我国保险代理中的传统销售模式往往使用人海战术，个人保险代理人的人员素质问题较为突出。在“第四届中国保险业人才发展高峰会暨中国保险行业协会人力资源专委会、教育培训专委会 2018 年年会”会议现场上，中国保险行业协会正式发布《2018 年中国保险行业人力资源报告》。从报告呈现的数据子维度看，保险从业人员规模指标 140.5，较上年增长 16.4，表明职工人数和营销员（含代理人）人数均有较大增长；从业人员素质指标 94.9，较上年降低 0.5，从业者整体技术职称取得无变化，学历水平略有降低；人力资源效能指标 140.1，较上年增长 8.6，人均保费、薪酬水平和人力成本控制均保持稳定发展；人力发展潜力指标 103.1，较上年降低 4.6，培训费用相对投入减少。北京银保监局党委委员、二级巡视员陆玉华在 2019 年北京保险中介监管政策培训会上的讲话中提到，行业重规模、轻素质的倾向没有根本转变；从业人员准入门槛低，营销队伍大进大出、高脱落率问题仍然严重突出；保险中介行业对从业人员的业务培训和合规培训缺失，从业人员专业知

识不足、执业操守欠缺，销售误导问题依然严重。

2020 年 8 月 19 日银保监会中介部印发《关于保险公司发展独立个人保险代理人有关事项的通知（征求意见稿）》，就发展独立个人保险代理人向各银保监局和保险公司征求意见。鼓励探索独立个人保险代理人相关制度，进一步提高市场经营效率。独立个人保险代理人相关制度将在实践的基础上发展并完善。

鼓励探索独立保险代理人制度，将有利于引导个人代理人向专业化、职业化转型，提升个人代理人的职业素质，为更多保险消费者提供更优质的服务。独立保险代理人可同时为多家保险公司代理保险业务，其持有个人从业资质，不隶属任何保险公司，可以代理销售多家保险公司的保单，以需求为导向，为客户提供个性化代理服务，客观公正的评价、选择各家公司的保险产品，提升保险代理行业服务质量，促进行业健康发展。

3. 完善管理制度

新规明确指出保险公司应当制定个人保险代理人管理制度。明确界定负责团队组织管理的人员（以下简称团队主管）的职责，将个人保险代理人销售行为合规性与团队主管的考核、奖惩挂钩。个人保险代理人发生违法违规行为的，保险公司应当按照有关规定对团队主管追责。

（二）保险代理机构从业人员

1. 明确主体概念

新规明确，保险代理机构从业人员是指在保险专业代理机构、保险兼业代理机构中，从事销售保险产品或者进行相关损失勘查、理赔等业务的人员。

2. 规范人员行为

新规对相关从业人员另行投资保险专业代理机构的规定进行修改，并新增保险专业中介机构董监高近亲属经营保险代理业务的履职回避规定。新规在《保险专业代理机构监管规定》书面告知或取得股东（大）会同意的基础上，设立保险公司的工作人员、个人保险代理人和保险专业中介机构从业人员不得另行投资保险专业代理机构的禁止性规定。保险公司、保险专业中介机构的董事、监事或者高级管理人员的近亲属经营保

险代理业务的，应当符合履职回避的有关规定。

新规并对违反规定的行为制定相应的罚则。例如个人保险代理人、保险代理机构从业人员违反新规，依照《保险法》或者其他法律、行政法规应当予以处罚的，由保险监督管理机构依照相关法律、行政法规进行处罚；法律、行政法规未作规定的，由保险监督管理机构给予警告，没有违法所得的，处1万元以下罚款，有违法所得的，处违法所得3倍以下罚款，但最高不得超过3万元。

三、新规对保险中介业的影响

（一）保险中介监管的立法活动

1. 保险经纪与保险公估监管立法

2018年1月发布的《保险经纪人监管规定》是基于《保险经纪机构监管规定》《保险经纪从业人员、保险公估从业人员监管办法》《中国保险监督管理委员会关于修改〈保险经纪机构监管规定〉的决定》系列监管制度的整合修订而成。同年5月，《保险公估人监管规定》正式生效，标志着保险中介业中保险经纪、保险公估监管体系的形成。

2. 保险代理监管立法

而作为保险中介业的“老大哥”保险代理，早在2000年8月4日就发布了《保险兼业代理管理暂行办法》该监管办法仅有四十一条，而后于2010年进行了修订，将条文调整为二十九条。总体而言，该条文缺少罚则，监管较为松散，执行力度较为薄弱。

《保险专业代理机构监管规定》则在2009年9月25日发布，经过2013年、2015年两次修订，体例相对完整，为蓬勃发展的保险专业代理机构保驾护航。

2013年颁布的《保险销售从业人员监管办法》则并未衔接《保险法》中保险代理可为个人的体例，而是笼统地使用“保险销售从业人员”的概念，用以代指保险公司销售保险产品的人员，其包括保险公司的保险销售人员和保险代理机构的保险销售人员。这与当时个人代理人发展不成熟、保险销售从业资格准入制有关，符合当时的国情。随着保险中介业的不断发展以及保险销售从业资

格考试的取消，现有监管恐难以解决司法实践中对个人保险代理人法律关系理解不充分以及同案不同判的乱象，实务中保险公司与保险中介商业活动灵活性过高，出现了个人保险代理人角色认定不统一、无资质挂靠、借用资质的现实问题。

（二）新规出台的意义

由于保险代理人影响广、机构多、业务大，而其监管规定时间跨度大且彼此分散，新规的出台需要经过反复探讨与严谨论证，银保监会为保险代理人监管规定的出台做了诸多努力。新规出台前银保监会曾于2018年7月和2020年4月两次发布《保险代理人监管规定（征求意见稿）》广泛向社会各界征求意见。2020年伴随《民法典》的颁布，民商事体系中的代理制度更为清晰，对我国保险中介行业尤其是保险代理人的规则制定与监管体系亦提出新的要求。

新规把保险专业代理机构、保险兼业代理机构和个人保险代理人纳入同一部规章进行规范调整，有效地衔接《民法典》《保险法》等相关上位法的规定，建立了相对统一的基本监管标准和规则，涉及机构多、人员广。新规的出台，标志着以《保险代理人监管规定》《保险经纪人监管规定》《保险公估人监管规定》三部规章共同构建的保险中介制度框架基本建立完成，形成《保险法》为统领，三部规章为主干，多个规范性文件为支撑的科学监管制度体系。

四、结语

中保律师认为，新规的发布，体现了保险监管部门科学的监管设计理念，彰显了保险监管部门深化落实保险业“放管服”改革的信心和决心。一方面，对原监管文件进行有效整合，根据实际情况进行调整完善，注重与上位法的衔接，将配套落实与鼓励创新相互结合，彰显监管部门的科学治理能力。另一方面，进一步反映出监管持续深化“放管服”改革，构建监管报告体系及公开披露体系，加强事中事后的监督，基于监管政策连贯性，切实压实保险代理机构及个人的主体责任。新规的发布，将开启保险中介业发展的新篇章。



□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德律师事务所保险研究院院长、高级合伙人，仲裁员，独立董事，中保法微信公众号创始人，具有30多年金融保险业务管理和法律服务经验。



□ 李文晶/文

李文晶律师，中伦文德资深律师，中国人民大学法律硕士，主要擅长保险资金运用、保险中介合规运作、投融资、并购、公司法律事务、企业上市重组等法律服务工作。

监管新规下保险资金财务性股权投资的实务解读

2020年因受新冠肺炎疫情的影响，中国乃至全球的经济都受到了巨大的冲击，经济增速大幅下滑，市场资金紧张；与此形成明显对比的是，我国保险业资产总额加速增长。根据中国银行保险监督管理委员会（以下简称“中国银保监会”）官网数据显示，截至2020年三季度，我国保险业资产总额达22.4万亿元，较2019年三季度资产总额19.9万亿元同比涨幅12.6%。

基于上述背景，监管部门取消万亿规模的保险资金开展财务性股权投资的行业范围限制，一方面将进一步拓宽保险资金直接股权投资的投资范围和渠道，赋予保险投资机构更广阔的市场空间及投资自主权；另一方面可以为民营经济发展提供更多长期性、稳定性的资金支持，营造良好的融资环境。

2020年国务院常务会议明确提出取消保险资金开展财务性股权投资行业限制，在区域性股权市场开展股权投资和创业投资份额转让试点；为贯彻落实国务院会议精神，中国银保监会2020年11月13日正式发布《中国银保监会关于保险资金财务性股权投资有关事项的通知》（以下简称“新规”），将国务院常务会议上明确的股权投资政策以法规的形式正式落地执行。

股权投资具有长期性、抗经济周期能力强等特点，与传统投资资产的相关性弱，和保险资金

期限长、追求长期收益的特点相一致。截至2020年第三季度，保险资金通过股权直接投资、股权投资计划、股权投资基金等方式，投资企业股权规模2万亿元，占保险资金运用余额的10%，成为金融业可提供股权性资本的主要机构投资者。

新规发布既有进一步加大保险资金对实体经济股权融资支持力度，提升社会直接融资比重的目的，同时也是对保险资金不断提升的股权资产配置需求的满足。就此，中保律师就新规对保险股权投资实务的影响进行简要分析，以期供保险业同行和相关人士作为参考，不足之处请不吝指正。

一、新规取消了保险资金财务性股权投资的哪些行业限制？

新规发布之前，保险资金投资股权的合规监管体系，以《保险资金投资股权暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”）、《保险资金投资股权和不动产有关事项的通知》（以下简称“59号文”）为核心展开，《加强和改进保险资金运用比例监管》《保险资金投资创业投资基金有关事项》《保险资金境外投资管理暂行办法实施细则》也涉及保险资金股权投资的相关内容。

新规第十条规定，《暂行办法》59号文和《保险资金境外投资管理暂行办法实施细则》关于保

险资金直接股权投资行业范围的条款，自本通知发布之日起停止执行。

根据上述规定，《暂行办法》第十二条之“保险资金直接投资股权，仅限于保险类企业、非保险类金融企业和与保险业务相关的养老、医疗、汽车服务等企业的股权”、59号文之“保险资金直接投资股权的范围，增加能源企业、资源企业和与保险业务相关的现代农业企业、新型商贸流通企业的股权，且该股权指向的标的企业应当符合国家宏观政策和产业政策，具有稳定的现金流和良好的经济效益”及《保险资金境外投资管理暂行办法实施细则》之“直接投资的未上市企业股权，限于金融、养老、医疗、能源、资源、汽车服务和现代农业等企业股权”的相关规定条款被停止执行，即被废止。

新规废止了关于保险资金直接投资股权行业范围的限制，但上述规定仅适用于财务性股权投资，并不适用于重大股权投资。重大股权投资依然需遵守《暂行办法》、59号文及《保险资金境外投资管理暂行办法实施细则》关于投资行业范围的规定。

至此，保险资金开展财务性股权投资，可在符合安全性、流动性和收益性条件下，综合考虑偿付能力、风险偏好、投资预算、资产负债等因素，依法依规自主选择投资企业的行业范围。

二、保险资金财务性股权投资取消行业限制的背景及政策梳理

保险资金财务性股权投资取消行业限制并非是一个全新的消息，经中保律师梳理，在国务院常务会议之前监管部门已多次发出取消保险资金财务性股权投资行业限制的信号，具体如下：

(1)《保险资金投资股权管理办法（征求意见稿）》

2018年10月，中国银保监会发布《保险资金投资股权管理办法（征求意见稿）》（以下简称《管理办法》征求意见稿）。

《管理办法》的正式稿至今尚未出台实施，但《管理办法》征求意见稿规定取消保险资金开展一般股权投资和重大股权投资的行业限制，由保险机构在符合安全性、流动性和收益性条件下，

综合考虑偿付能力、风险偏好、投资预算、资产负债等因素，自行稳健选择投资的行业范围和企业类型。即，《管理办法》征求意见稿发出了取消保险资金股权投资行业限制的信号。

(2)《关于进一步加强金融服务民营企业有关工作的通知》

中国银保监会2019年2月25日发布《关于进一步加强金融服务民营企业有关工作的通知》（银保监发【2019】8号），其第一项第五款规定，加快研究取消保险资金开展财务性股权投资行业范围限制，规范实施战略性股权投资。

至此，中国银保监会再次发文计划取消保险资金开展财务性股权投资行业范围限制。

(3)国务院出台取消保险资金财务性股权投资行业限制的政策

2020年7月15日，国务院常务会议明确指出，取消保险资金开展财务性股权投资行业限制，在区域性股权市场开展股权投资和创业投资份额转让试点。

至此，国务院正式出台取消保险资金财务性股权投资行业限制的政策。

(4)中国银保监会发布取消险资财务性股权投资行业限制的新规

2020年11月13日，中国银保监会正式发布新规，新规核心内容是取消保险资金财务性股权投资行业限制，通过“负面清单+正面引导”机制，提升保险资金服务实体经济的能力。

保险资金财务性股权投资取消了行业限制，但保险资金作为一种长期负债，投资安全、稳健审慎仍为其基本原则。基于保险监管政策的连贯性，监管并未完全放松保险资金投资的条件，新规以“负面清单”形式对保险资金投资的标的企业做出一定的限制和要求。

三、新规明确财务性股权投资的概念

新规发布之前，关于保险资金开展股权投资的正式法规中并未出现过“财务性股权投资”的概念。新规第一次明确了财务性股权投资的概念。新规第一条明确规定，财务性股权投资是指保险集团（控股）公司、保险公司和保险资产管理公司以出资人名义投资并持有未上市企业股权，且

按照企业会计准则的相关规定，保险机构及其关联方对该企业不构成控制或共同控制的直接股权投资行为。

《暂行办法》将保险资金股权投资分为直接投资股权和间接投资股权，直接投资股权又分为一般股权投资和重大股权投资；《管理办法》征求意见稿中也遵循了上述分类标准，并明确一般股权投资是指对拟投资的企业不实施控制的投资行为，重大股权投资是指对拟投资的企业实施控制的投资行为。即财务性股权投资对应直接投资股权中的一般股权投资。

而财务性股权投资概念中所谓的“控制”，根据《企业会计准则第33号—合并财务报表》第七条的规定：控制，是指投资方拥有对被投资方的权力，通过参与被投资方的相关活动而享有可变回报，并且有能力运用对被投资方的权力影响其回报金额。

企业会计准则上述规定与《公司法》关于“控股股东”的概念实质保持了一致，即保险机构持有被投资方百分之五十以上股权或者持有的股权比例虽然不足百分之五十，但可根据出资额或者持有股权或协议安排所享有的股东权利足以对被投资公司的决议产生重大影响的，即为控制。

四、保险资金财务性股权投资要素

中保法律师梳理了保险资金股权投资的合规监管体系及新规的规定，中保法律师认为，新规在形式上放开了保险资金财务性股权投资的行业范围限制，但保险资金作为一种长期负债，其特性决定了保险监管部门不能也不会放松监管力度，保险资金投资仍需坚持安全性、期限匹配及收益覆盖的基本原则。

1. 关于投资范围及投资条件

从投资范围上来讲，新规取消了保险资金财务性股权投资的行业范围限制，保险资金财务性股权投资不再局限于《暂行办法》59号文等规定以列举形式规定的标的行业范围，保险公司可以自主选择投资行业的范围，进一步拓宽保险资金运用的范围；新规规定保险资金开展财务性股权投资，所投资的标的企业应当依法登记设立且

具有法人资格，标的企业所属产业应当处于成长期、成熟期或者为战略新兴产业，或者具有明确的上市意向及较高的并购价值。

随着保险资金财务性股权投资行业限制的取消，保险资金能够更好的助力实体经济的发展，尤其是与国家结构转型相一致的新能源、新科技等战略新兴产业，为现代产业体系发展提供长期稳定资金，促进产业整合和优化升级；同时，也满足保险资金资产配置的需求、分散投资风险。

但同时新规以负面清单的形式对保险资金财务性股权投资进行了限制和要求，即为保证保险资金投资的安全性奠定了基础，保险资金开展财务性股权投资，所投资的标的企业不得存在以下情形：

(1) 不具有稳定现金流回报预期和确定的分红制度，或者不具有市场、技术、资源、竞争优势和资产增值价值；

(2) 最近三年发生重大违约事件；

(3) 面临或出现核心管理及业务人员大量流失、目标市场或者核心业务竞争力丧失等重大不利变化；

(4) 控股股东或高级人员最近三年受到行政或监管机构重大处罚，或者被纳入失信被执行人名单；

(5) 涉及巨额民事赔偿、重大法律纠纷，或者股权权属存在严重法律瑕疵或重大风险隐患，可能导致权属争议、权限落空或受损；

(6) 与保险机构聘请的投资咨询、法律服务、财务审计和资产评估等专业服务机构存在关联关系；

(7) 所属行业或领域不符合宏观政策导向及宏观政策调控方向，或者被列为产业政策禁止准入、限制投资类名单，或者对保险机构构成潜在声誉风险；

(8) 高污染、高耗能、未达到国家节能和环保标准、产能过剩、技术附加值较低；

(9) 直接从事房地产开发建设，包括开发或者销售商业住宅；

(10) 银保监会规定的其他审慎性条件。

与《暂行办法》第十二条以“正面清单”明确保险资金投资标的公司需满足的条件不同，新

规以上述“负面清单”排除了保险公司财务性股权投资的范围，从一定程度上放宽保险资金财务性股权投资的范围，增强保险机构股权投资的灵活性，顺应保险行业发展和市场的需要。

新规规定的保险资金财务性股权投资的禁投情形与《保险资金运用管理办法》《暂行办法》保持了高度一致，即新规并未完全放松保险资金投资标的企业需满足的条件。但新规也明确鼓励保险资金投资市场化、法制化债转股项目，即保险资金债转股项目可不受新规禁投情形的第一项及第二项的限制。

2. 关于投资资金来源

《暂行办法》第十四条第二款规定，保险公司投资企业股权，实现控股的股权投资之外的其他直接投资股权，可以运用资本金或者与投资资产期限相匹配的责任准备金。

新规规定保险资金财务性股权投资可以运用自有资金和与投资资产期限相匹配的责任准备金。

无论是《暂行办法》还是新规，对责任准备金的要求均为与投资资产期限相匹配，这一点与监管一直强调的“资产负债匹配”要求一致。

需特别注意的是，新规规定的保险资金财务性股权投资可以运用自有资金，也进一步明确了自有资金的概念，即自有资金指保险机构本级实收资本、资本公积、盈余公积、未分配利润及其他自有资金，这一规定比《暂行办法》规定的资本金范围要广的多。

3. 关于防范风险及监督管理

在新规发布之前，中国银保监会发布《关于优化保险机构投资管理能力和监管有关事项的通知》(以下简称“45号文”)，对保险机构的投资管理能力提出更明确的要求，并通过公司自评估、信息披露和持续监管相结合的方式，加强对保险机构投资管理能力的监督管理。

中国银保监会放宽对保险资金财务性股权投资的行业监管限制，让保险机构有更多股权投资选择权，充分发挥保险机构的自主决策能力，在更好支持实体经济发展的同时，也可提升保险资金的收益率水平。但同时也提出督促鼓励保险机



构投资管理能力提升，加强完善财务性股权投资基本制度，审慎开展投资运作，并明确保险公司不得进行内幕交易和利益输送，以防控保险资金财务性股权投资的风险。

即，与45号文持续监管的监管精神一致，新规进一步强化监管要求，切实压实保险机构的主体责任，要求保险机构履行财务性股权投资的报告程序。同时，新规明确违反规定开展投资的保险机构，中国银保监会将责令改正，并可依据相关规定采取限制股权投资行业范围、责令调整负责人及有关管理人员等监管措施，情节严重的，将依法对相关机构和人员给予行政处罚。

基于上述，中国银保监会通过保险机构报告、采取监管措施及行政处罚的方式强化对保险公司财务性股权投资的监督管理。

五、结语

中保律师认为，新规的发布实施，与45号文的监管精神保持高度一致，彰显了保险监管部门深化落实保险业“放管服”改革的信心和决心。一方面，从投资行业范围上取消了限制规定，投资行业范围不再局限于《暂行办法》59号文等规定以列举形式规定的标的行业范围，为保险资金投资松绑，进一步反映出监管持续深化“放管服”改革，加强事中事后的监督，加大保险资金对实体经济特别是中小企业和科技企业的股权融资支持，切实降低经济企业融资成本，推动经济体系优化升级的监管思路；另一方面，基于监管政策连贯性，以负面清单加正面引导的方式，切实压实保险机构的主体责任，进一步加强股权投资能力的建设和强化对股权投资的监管，再次落实“无能力，不投资”“有多大能力做多大事”的标准，保险资金财务性股权投资仍需坚持保险资金投资安全性、期限匹配及收益覆盖的基本原则。



□ 邱建凯/文

邱建凯律师，知识产权专业律师，毕业于大连理工大学和中国政法大学，分别获得工业自动化专业学士学位和法学专业学士学位，具有专利代理人资格。擅长知识产权的诉讼和非诉业务，已办理专利复审、专利无效、商标复审、商标无效、专利诉讼、商标诉讼案件上百件，撰写专利新申请、答复审查意见超过千件。

坚持罪刑法定原则

——侵犯知识产权罪案件的一种辩护思路

近年来，随着我国经济的发展，政府对知识产权保护力度的加大，侵犯知识产权类的犯罪案件也有增多的趋势。

根据笔者近几年来办理的多起为侵犯知识产权罪案件的辩护经验来看，司法工作者对侵犯知识产权罪的法律条文理解不透彻，未能正确区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，律师办理知识产权罪案件的辩护空间还是很大的，坚持罪刑法定原则，是其中一种可以使用的辩护思路。

罪刑法定原则是中国刑法规定的一项基本原则，该原则规定在《刑法》第三条：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”该

原则的含义就是犯罪行为的界定、构成条件和刑罚处罚的种类、幅度，均事先由法律加以规定，对于刑法条文没有明文规定为犯罪的行为，不得定罪处罚。

笔者以曾经办理的两个案例来阐述侵犯知识产权罪案件中的“坚持罪刑法定原则”辩护思路的具体运用。

案例一：赵某等涉嫌销售假冒注册商标的商品罪案

【基本案情】

公诉机关指控：被告人赵某等为牟利，购进了假冒的A公司知名品牌的管材及管件，又予以销售，查获的被告人销售的管材及管件商品合计的销售金额达到了数额较大的标准。

据此，公诉机关认为本案被告人等构成了销售假冒注册商标的商品罪。

【案情分析】

《刑法》第二百一十四条销售假冒注册商标的商品罪规定：销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处三年以下有期徒刑或者



拘役，并处或者单处罚金。

而《刑法》第二百一十三条规定未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，构成假冒注册商标罪。

根据《刑法》的上述规定，如果犯罪嫌疑人销售的商品，是未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与注册商标所有人的注册商标相同的商标情形，该商品就属于假冒注册商标的商品。销售假冒注册商标的商品的行为属于侵犯了注册商标所有人的注册商标专用权，如果销售金额数额较大的，就构成销售假冒注册商标的商品罪。

本案中，查获的被告人销售的管材及管件商品上确实使用了与A公司该知名品牌的注册商标相同的商标。但根据A公司提供的商标注册证中核定使用商品范围看，该注册商标核定使用的商品只包含“管材”，不包含三通、弯头等“管件”；即A公司仅在“管材”商品上有注册商标，在“管件”商品上并没有注册商标。这说明，本案的被

告人虽然有销售“管材”商品和销售“管件”商品两种行为，因A公司在“管件”商品上并没有注册商标，本案的被告人销售“管件”商品的行为没有侵犯A公司的注册商标专用权，不属于销售假冒注册商标的商品行为。而仅认定被告人销售“管材”商品属于销售假冒注册商标的商品行为的话，被告人销售“管材”商品的销售金额并没有达到数额较大的入罪标准。

综上，笔者遵循罪刑法定原则的辩护思路提交了明确的被告人无罪的辩护意见：根据《刑法》第二百一十四条规定，销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，构成销售假冒注册商标的商品罪；本案被告人销售假冒注册商标的商品的金额未达到数额较大的标准，被告人不构成销售假冒注册商标的商品罪。

案例二：康某等侵犯著作权罪案件

【基本案情】

公诉机关指控：被告人等在康某组织下开发



并运用某 APP，未经著作权人许可，通过信息网络复制发行他人拥有著作权的文学作品，并以插入广告赚取广告费的方式牟利。经计算机司法鉴定所鉴定：某 APP 中 560 部文学作品与 B 公司拥有著作权的文学作品具有相同名称，其中 520 部作品相似度大于 70%，存在实质性相似。

公诉机关认为，被告人等以营利为目的，未经著作权人许可，通过信息网络复制发行电子文字作品，情节严重，应当以侵犯著作权罪追究其刑事责任。

【案情分析】

《刑法》第二百一十七条侵犯著作权罪规定：以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其文字作品的，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第十三条规定，以营利为目的，未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播他人作品的数量合计在 500 部以上的，属于刑法第二百一十七条规定的“其他严重情节”。

根据《刑法》和司法解释的上述规定，未经著作权人许可，复制发行著作权人的文字作品，通过信息网络向公众传播，数量合计在 500 部以上的，构成侵犯著作权罪。

本案中，认定的侵权作品与著作权人作品，相似度大于 70% 的有 520 部作品。而根据鉴定意见书记载，相似度大于 90% 的相似作品数是 459，相似度大于 70% 小于 90% 的相似作品数是 61，相似度大于 70% 的相似作品数是 459+61=520；鉴定人直接采用的“相似度大于 70% 就是属于实质性相似”的结论，完全没有任何的法律依据。

事实上，通过信息网络向公众传播他人作品是复制发行他人作品的一种形式。根据《现代汉语词典》（第七版第 412 页）的记载，“复制”一词的含义是：依照原件制作成同样的，可以组的词组是：复制品，复制文件。因此，《刑法》第二百一十七条侵犯著作权罪规定的复制发行他人作品的行为，是指将他人作品的复制品进行发行

的行为，该作品的复制品与作品的原件应当是同样的。

在民事领域《著作权法》中规定的侵犯著作权的行为包括多种：歪曲、篡改他人作品的；剽窃他人作品的；未经著作权人许可，复制发行他人作品的等等。歪曲、篡改他人作品的，就会造成侵权作品与著作权人的作品有差异、不相同；歪曲、篡改他人作品也是一种侵犯著作权的行为，但显然与复制发行他人作品的侵犯著作权的行为是不相同的。而《刑法》侵犯著作权罪的规定只对复制发行他人作品的侵犯著作权的行为认定为构成侵犯著作权罪。

以本案来说，相似度大于 70% 小于 90% 的相似作品数是 61，这 61 个作品只能说是通过著作权人的原作品修改而来，完全不构成与原作品实质性相似。因此，本案即使认定，与著作权人作品相似度大于 90% 的侵权作品，构成与著作权人作品实质性相似，属于对著作权人作品的复制发行，但侵权作品与著作权人作品相似度大于 90% 的相似作品数是 459 个，没有达到复制发行著作权人的文字作品数量合计在 500 部以上的入罪标准。

综上，笔者的辩护意见是：根据《刑法》第二百一十七条和司法解释的规定，未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播他人作品的数量合计在 500 部以上的，构成侵犯著作权罪；本案被告人传播他人作品的数量未达到法定标准，依据罪刑法定原则，被告人不构成侵犯著作权罪。

办案心得

侵犯知识产权罪相对于传统犯罪类型的案件还属于新型案件，专业性强、复杂度高，这对办理侵犯知识产权罪案件的司法工作者和辩护律师来说无疑都是严峻的挑战。通过侵犯知识产权罪案件的辩护实践来看，“坚持罪刑法定原则”的辩护意见虽然有的未完全被司法机关采纳，但确实能拓展律师办理知识产权罪案件的辩护空间，也有利于推动立法机关侵犯知识产权罪的立法工作，不断完善知识产权的保护。

中伦
文德



□ 娄爽/文

娄爽律师，中伦文德天津分所合伙人，南开大学经济法、公共管理双硕士，北海国际仲裁院仲裁员，上市公司独立董事，中央电视台《律师来了》嘉宾，天津市保安协会监事长，天津工业大学法律硕士校外导师，无讼学院、英才苑府、万法通学院和厚大法学特聘讲师，曾荣获中央电视台社会与法频道“优秀公益律师称号”。执业前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。

一起无罪判决引发的法律思考（之一） ——当庭提出检察建议合法性及正当性探究

前言

2018年10月16日16时许，任某驾驶车辆驶入工作单位地下车库入口通道时，与躺卧此处的张某碰撞致其死亡。公诉机关以任某构成过失致人死亡罪为由诉至法院，建议量刑一至二年有期徒刑。北京中伦文德（天津）律师事务所娄爽、杨利娜律师作为此案的辩护律师，坚持作无罪辩护，共历时十四个月，终获无罪判决。据了解，这是近十年来，天津市和平区人民法院作出的首例无罪判决案件。

本案的办理过程历经勘查实验、证人出庭、侦查实验、数次庭审等多项程序，历时较长、辩护艰难，期间发生很多值得回忆的情节，引发了相关的法律思考。例如，在某次庭审过程中，公诉人要求休庭，在被拒绝后，当庭提出检察建议，理由是对庭审程序有异议，后被审判长直接驳回。那么，当庭提出检察建议是否具有法律依据和正当合理性，检察建议的功能定位和实现路径是怎样的，错误适用检察建议又该如何救济？笔者依据相关法律法规，对上述问题进行简要探讨，希望能为规范刑事案件的办理工作带来有益的启示。

一、检察建议的功能定位

根据最高人民法院《人民检察院检察建议工作规定》第二条的规定，检察建议是人民检察院依法履行法律监督职责，参与社会治理，维护司法公正，促进依法行政，预防和减少违法犯罪，保护国家利益和社会公共利益，维护个人和组织合法权益，保障法律统一正确实施的重要方式。结合检察机关固有的监督职权，检察建议的主要功能在于监督诉讼活动，纠正违法行为，并在此基础上维护司法公正。

具体而言，检察建议的功能定位应该包括以下几个方面：（一）纠错功能。检察机关对于执法机关在遵循、适用和执行法律的过程中发生的违法和不法行为予以督促和纠正。（二）整改功能。检察机关对于所办案件的相关单位存在的违法情况或管理漏洞提出整改建议。（三）预防功能。结合办理案件的一般规律，分析相关案件的形成原因，督促相关部门采取措施，预防和减少犯罪发生。（四）处置功能。针对不认真履行职责的执法单位及人员，要求其采取措施进行补救，保证法律的有效实施。（五）引导功能。通过推进社会治安综合治理，促进相关单位严格执法、文明执法，维护法律尊严。

结合本案而言，检察机关在庭审过程中当庭提出的检察建议，可被认定为属于第一项功能——纠错功能，即公诉人认为审判机关在庭审中存在程序错误甚至违法的情况，因此要求休庭，并在被拒绝后当庭提出检察建议。

二、检察建议的实现路径

根据最高人民法院《人民检察院检察建议工作规定》的相关规定，检察官在履行职责中发现有应当依照本规定提出检察建议情形的，应当报经检察长决定。检察官一般应当在检察长作出决定后两个月以内完成检察建议事项的调查核实。情况紧急的，应当及时办结。检察官调查核实完毕，应当制作调查终结报告，写明调查过程和认定的事实与证据，提出处理意见。认为需要提出检察建议的，应当起草检察建议书，一并报送检察长，由检察长或者检察委员会讨论决定是否提出检察建议。检察建议书应当以人民检察院的名义送达有关单位。送达检察建议书，可以书面送达，也可以现场宣告送达。

因此，检察官提出检察建议的合法实现路径，应该是：（一）发现相关情形；（二）报经检察长决定；（三）完成调查核实；（四）起草检察建议书报送检察长；（五）由检察长或者检察委员会讨论决定；（六）以人民检察院的名义送达检察建议书。在本案中，检察官当庭提出检察建议的方式，没有报请检察长同意，并由检察长或者检

察委员会讨论决定，也没有以人民检察院的名义提出，显然不符合提出检察建议合法路径。

三、当庭提出检察建议的可能后果

在司法实践中，检察建议被称为“柔性规制”，由于其引起法律后果的“不必然性”，因此部分检察人员对检察建议的程序性要求较低。违反法律规定的程序，没有准确调查核实，未经检察长或者检察委员会讨论决定，或不以人民检察院的名义提出检察建议书等相关情况偶有发生。在本案中，检察官当庭口头提出检察建议，明显没有报经检察长决定，更不可能经检察长或者检察委员会讨论决定，是以检察官个人名义提出，并非以人民检察院的名义送达，在程序上属于重大错误。作为国家司法机关和法律监督机关，检察院在提起检察建议的时候，必须严格依照相关程序进行，这样才具有合法性和公信力，否则将带来极为不利的法律后果，对社会造成负面影响。

（一）当庭提出检察建议，造成控辩双方法庭地位不平等

控辩平等，是现代刑事诉讼的基本理念，是现代刑事诉讼结构的内在需求。在庭审的过程中，控诉、辩护、审判三种诉讼职能相分离，裁判者中立，控辩保持平衡，这是现代刑事诉讼的基本结构，也是实现程序正义的重要方面。推进实现控辩平等，有利于保证对证据收集的真实和全面，



有利于揭示客观真相，是实现刑事诉讼中实体正义的有力保障。法庭通过控辩双方平等的对抗，使需要证明的事实逐渐清楚，兼听则明，给法官准确定罪量刑提供基础，从而实现判决公正。

如果当庭提出检察建议被准许，那么意味着公诉人在法庭上被赋予了随时“监督”、“指导”法庭的至高权利，从而在根本上打破控辩双方法庭地位的平等态势，如果控诉与辩护职能在法庭审判中无法保持平衡，就会造成被控告方不能真正享有法定的诉讼权利，审判过程就会出现“控强辩弱”的局面，法官居中裁决就无从谈起。同时，如果准许公诉人当庭提出检察建议，也会给法官的审判活动带来极大困扰和莫大压力，这些最终都可能导致审判的程序、实体不公正。

（二）当庭提出检察建议，限制检察机关提高公诉水平

检察机关作为公诉单位，代表国家对刑事犯罪进行追究，是国家意志的体现。为保证公正司法，维护法律的公平与正义，我国刑事诉讼法明确要求增强公诉人与辩护人在法庭上的抗辩性，这使得辩护方的诉讼权利上升到与公诉方平等的地位，从而要求公诉方加强公诉力量，提高公诉水平，以保证追诉活动的有效进行，无疑给检察机关严格依法办案提出了更高的要求。

如果当庭提出检察建议被准许，将使公诉人混淆自身在庭审中的职能定位，检察官很可能在庭审处于不利地位的时候，采取提出检察建议等极端手段干扰审判程序，给审判庭施加压力，而不是树立控辩双方平等的观念，增强对新的执法环境的适应性，提升自身的公诉水平和办案能力。

（三）当庭提出检察建议，严重影响法律监督程序严肃性

检察建议的设立初衷，是使其兼具法律监督和服务社会的双重功能，它既包含有法律监督的内容，又辅助法律监督和履行检察职能参与社会治理创新实践，具有十分重要的实践意义。作为一项法律制度，严肃性是其首先必须具备的基础属性。具体来说，法律制度严肃性的内涵主要包括：法律的可预测性、法律行为的程序性、适用

主体的公平性以及法律行为的强制性。这种严肃性的基本保障在于，检察建议要由检察长或检委会决定，并以人民检察院的名义提出。

如果当庭提出检察建议被准许，检察建议的适用将会呈现随意化的现象，未经主要领导或检委会集体决定，就可以任意提出检察建议，无论是提出主体还是提出程序，都极为随性，显然会对检察机关法律监督职能的严肃性造成严重影响。

四、检察建议错误提出的救济途径

错误提出检察建议，无论是主体错误，还是程序错误，不仅影响司法程序的顺利推进，可能给被建议方及其他相关方造成损失，而且严重影响检察机关的声誉和尊严，危害社会公正。但遗憾的是，目前尚没有相关规定，对错误提出检察建议给予专门的救济途径，对于错误提出检察建议的检察机关及相关人员也没有归责处罚的规定，这使得检察建议可以“肆无忌惮”地提出，这显然有违该项法律制度设立的初衷。

对此，笔者建议，应进一步完善检察建议的合法性论证和后评价制度，由最高人民检察院出台相关的规定，丰富完善检察建议制度的运行，特别是对于错误提出检察建议的，设立救济途径并开展责任追究，包括：（一）确定违反程序提出的检察建议的法律效力；（二）确定对错误检察建议救济路径和方式；（三）确定因错误检察建议造成损失的损害赔偿主体及标准；（四）确定错误检察相关责任人的责任追究制度等。

结论

为监督诉讼活动、纠正违法行为、维护司法公正而设立的检察建议制度，具有严格的实现路径，绝不可以随意、随性、随时提出。检察机关或者检察官滥用误用检察建议后果极为严重，不仅损害检察机关的公信力和严肃性，还对社会公正造成破坏。在我国现有的相关制度中，对于错误提出检察建议的相关救济措施和责任追究制度仍处于空白阶段，需要后续予以补充和完善。



□李 敏/文

李敏律师，中伦文德律师事务所高级合伙人律师，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

债权文书的强制执行公证制度及其利弊分析

前言

由于民事诉讼程序自身的特点，往往不能满足当事人对快速解决纷争的需求，一种可以使债权人无需经过司法机关审判即可以进入强制执行程序实现债权的高效、低成本争议解决制度，即对债权文书赋予强制执行效力的公证制度（以下简称“债权文书的强制执行公证制度”或“强制执行公证制度”）在我国逐渐被人们熟知并快速发展。但我国现行法律法规对该制度的部分规定并不十分明确，甚至存在需完善的地方。

本文即根据我们在实践中的经验对债权文书的强制执行公证制度的优势及不足进行简要的介绍和分析。

一、概念及特征

（一）概念

债权文书的强制执行公证制度是指公证机关根据当事人的申请，对以给付金钱、物品、有价证券等为内容并载明债务人自愿接受强制执行承诺的债权文书依法予以公证并赋予其强制执行效力，债权人获得公证的债权文书后，在债务人不履行或者不适当履行公证债权文书时，债权人可以据此向公证机关申请执行证书，并依据执行证

书直接向法院申请强制执行的争议解决制度。该制度主要由申请公证债权文书、申请执行证书、申请强制执行三个环节共同组成的一种争议解决制度。

（二）特征

1、接受强制执行的自愿性

当事人自愿放弃诉权，自愿接受强制执行是强制执行公证制度的根本特征。在强制执行公证制度出现前，若一方当事人不履行义务，另一方当事人需在获得法院生效判决或者仲裁生效裁决书后方能申请强制执行。但是，在强制执行公证制度下，当事人可以基于意思自治的原则，自愿选择放弃相关的诉讼权利，不经诉讼程序而直接进入强制执行程序。

具体来说，强制执行公证制度的自愿性体现在以下两个方面：首先，申请强制执行公证债权文书的前提是当事人根据意思自治原则，自愿达成合意，且债务人在债权文书中明确、自愿承诺当其不履行或不完全履行义务时，自愿接受法院强制执行。其次，在程序上，启动债权文书的强制执行程序需要经过当事人的自主申请，法院不能依职权启动。

2、适用范围的特定性

虽然强制执行公证制度充分体现了当事人意

思自治原则，但是其仍是以国家强制力作为保障的制度，因此，为了便于执行机关依法强制执行经过公证的债权文书，我国法律、法规对该制度的适用范围规定了如下限制条件：

(1) 可赋予强制执行效力的债权文书需为具有给付义务的债权文书：根据2000年9月21日发布的《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》(以下简称“《联合通知》”)第二条的规定，公证机关仅可赋予以下几类债权文书强制执行效力：1) 借款合同、借用合同、无财产担保的租赁合同及担保合同；2) 赊欠货物的债权文书；3) 各种借据、欠单；4) 还款(物)协议；5) 以给付赡养费、扶养费、抚育费、学费、赔(补)偿金为内容的协议；6) 符合赋予强制执行效力条件的其他债权文书。本条规定采用了概括加列举的方式规定了可通过公证赋予强制执行效力的债权文书的种类。在我国司法实践中，关于强制执行公证制度适用的债权文书范围仍有较大争议，相关内容将在后文详细论述。

(2) 拟进行公证的债权文书中涉及的债权债务需具有确定性^[1]：根据上述分析可知，本制度充分体现了当事人意思自治原则，规定在债务人不履行或者不完全履行义务的情况下，当事人可以不经诉讼程序，直接申请强制执行。若债权文书中涉及的债权债务关系复杂，将会导致执行法院难以确定执行标的；同时若当事人提出执行异议，执行法院也难以查清事实，进而造成执行难的困境，违背当事人自愿选择本制度以便高效、便捷定纷止争，实现债权的初衷。因此，《联合通知》中的该条规定具有必要性。但是，由于其规定的较为笼统，没有提供判断债权债务是否具有确定性的具体标准，导致在个案应用中存在一定的争议。

3、实现债权的国家强制力保障性

公证债权文书是依靠国家权力作为有力后盾来发挥法律效力的。虽然是否选择适用强制执行公证制度是由当事人的意思自治决定的，但是一旦选择适用该制度，赋予公证债权文书以强制执行效力，那么实现该债权文书确定的债权时则有国家强制力为其背书。在债务人没有履行合同义

务或者不适当履行合同义务时，经债权人申请，相关执行机关有权以该公证债权文书为依据，依法强制实现该债权，为债权人的合法权利提供国家强制力的有力保障。

二、强制执行公证制度的主要操作程序及操作过程中的争议问题

(一) 主要操作程序

根据上述论述，强制执行公证制度主要由以下三个操作程序构成：申请公证债权文书、申请执行证书、申请强制执行。

1、申请公证债权文书

首先，申请公证债权文书的程序的申请主体需要适格。根据中国公证协会于2008年4月23日公布的《办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见》(以下简称“《指导意见》”)第二条的有关规定^[2]，申请公证债权文书，应当由债权人及债务人共同向公证机关提出申请，如果涉及第三人担保的债权文书，第三人若承诺愿意接受强制执行亦应当向公证机关提出申请。

其次，根据司法部于2020年10月20日发布的《公证程序规则》第十八条的规定，在申请公证债权文书时，符合申请条件的当事人应当提交如下资料：(1) 自然人的身份证明，法人的资格证明及其法定代表人的身份证明，其他组织的资格证明及其负责人的身份证明；(2) 委托他人代为申请的，代理人须提交当事人的授权委托书，法定代理人或者其他代理人须提交有代理权的证明；(3) 申请公证的文书；(4) 申请公证的事项的证明材料，涉及财产关系的须提交有关财产权利证明；(5) 与申请公证的事项有关的其他材料。其中，对于上述第4项、第5项所规定的申请人应当提交的证明材料，公证机构能够通过政务信息资源共享方式获取的，当事人可以不提交，但应当作出有关信息真实合法的书面承诺。

再次，由于债权文书的强制执行公证制度对于拟公证的债权文书的种类和内容有特殊要求，在办理强制执行公证时，公证机关除了审查材料真实性、合法性和完备性外，还会审查如下方面：

(1) 债权文书是否以给付金钱、物品或有价证券等为内容且数量及计算公式是否明确；(2) 债权文书中涉及的债权债务关系是否明确，当事人对债权文书项下给付内容是否无疑义；(3) 债务人愿意接受强制执行的承诺是否明确，对承诺的法律后果是否清楚。

公证机关经审查，认定当事人的申请符合法定条件的，公证机关将出具具有强制执行效力的公证债权文书并送达各方当事人。至此，该申请公证的债权文书即具有了强制执行效力，可以作为申请人在后续程序中申请强制执行的依据。

2、申请执行证书

若债务人不履行或不完全履行经过上述程序被赋予强制执行效力的债权文书，根据《联合通知》第四条的规定，债权人可以向原公证机关申请执行证书，在此过程中有两点是我们关注的：(1) 根据该条规定，在强制执行公证制度下，债权人不能直接向法院申请强制执行，在债务人未履行或者未全面履行债务的情况下，债权人应

首先向公证机关申请执行证书，获得执行证书后，再向法院申请强制执行；(2) 在强制执行公证制度下，申请人只能向作出公证债权文书的公证机关，即《联合通知》中所述的原公证机关，申请执行证书。

在申请执行证书时，根据《指导意见》第十一条的规定，债权人应当提交如下材料：(1) 执行证书申请书，其中应当载明债务人违约的情况、债权人催收的情况、债权数额及计算方式、债务人联系方式等信息；(2) 公证债权文书原件；(3) 债权人的主体资格证明、授权委托书；(4) 债权人已履行义务的证明材料；(5) 债务人（包括担保人）未履行或未完全履行义务的证明材料。

债权人提交上述材料后，依照《指导意见》第十二条的相关规定，公证机关将重点审查如下内容：(1) 债权人已按债权文书履行全部义务的事实是否清楚、属实；(2) 债务人（包括担保人）对债权文书载明的履行义务无疑义以及债务人未履行或未完全履行债权文书的事实是否清楚、



属实。我们在申请执行证书时需要注意的是，公证机关在审查债务人是否未履行或者未完全履行债权文书时，应当首先采取当事人在债权文书中约定的方式对相关事实进行核实，若当事人未约定，公证机关可以采取信函或者电话（传真）的方式进行核实；（3）债务人对债权文书约定的履行义务有无异议，公证机关以信函或电话（传真）等方式通知债务人，要求债务人在规定时间内按照规定方式发表意见的，如债务人提出异议，公证机关应审查债务人异议是否成立，如债务人逾期未答复视为债务人无异议；（4）债权人申请执行证书是否符合时限的要求；（5）债权人申请强制执行的金额是否已扣除债务人履行的部分。^[3]

公证机关经审查，认定申请人提供的材料真实、合法、完备，申请材料中上述重点事实清楚且无争议的，公证机关将出具执行证书并送达当事人，该执行证书具有与生效的法律文书同等的法律效力。

3、向法院申请强制执行

在获得上述执行证书后，债权人可以根据执行证书申请法院强制执行公证债权文书。在此过程中需要注意的是，依据最高人民法院于2018年9月30日发布的《关于公证债权文书执行若干问题的规定》法释〔2018〕18号，以下简称《公证债权文书规定》）第二条的规定，通过强制执行公证制度申请强制执行时只能向被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院提出。

（二）操作过程中存在的争议问题

1、可以通过公证赋予强制执行效力的债权文书的范围存在争议

根据上述分析可知，我国立法采用了概括加列举的方式对可以通过公证获得强制执行力的债权文书进行了规定，但该等规定较为笼统，缺乏操作性，进而造成了司法实践中对于如何确定可以进行强制公证的债权文书范围存在以下主要争议：

（1）如何具体适用《联合通知》第一条^[4]的规定将债权债务是否明确作为判断债权文书是否可以赋予强制执行效力的依据存在争议。由于《联合通知》第二条规定了兜底条款，所以一些法院

在判断何种文书属于该兜底条款规定的债权文书时选择适用《联合通知》第一条的规定，将债权债务关系混乱的债权文书认定为不可赋予强制执行效力的债权文书^[5]。但是，由于个案存在较大不同，法院仅能就个案中的债权债务是否明确进行判断，没有形成统一的裁判规则，并没有事实上解决司法实践中存在的争议问题。

（2）一般保证合同是否可以通过公证赋予强制执行效力仍存在争议。2020年12月29日修正的《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《执行异议和复议的规定》）将担保合同纳入公证债权文书范畴之内，即申请人可申请公证机关赋予担保合同强制执行效力。《公证债权文书规定》第六条也作出了相关的规定。上述规定在一定程度上解决了实践中对于担保合同是否可以通过公证获得强制执行的效力的争议。该条规定出台后，理论界与实务界均认为连带保证合同、抵押合同、质押合同可以经公证而具有强制执行效力。但是对于一般保证合同是否属于可以进行公证的债权文书仍存在不同观点。一种看法认为，由于一般保证人具有先诉抗辩权，如果公证机关赋予一般保证合同以强制执行效力，这事实上剥夺了《中华人民共和国民法典》明确赋予一般保证人的先诉抗辩权，因此认定一般保证合同不能通过公证赋予强制执行效力。另外一种观点认为，《公证债权文书规定》第六条明文规定，担保合同可以经公证赋予强制执行效力，且由于当事人自愿放弃了诉权。此外，即使一般保证合同经公证被赋予强制执行效力，一般保证人仍有权要求主债权人先就债务人财产诉请强制执行，在主债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人仍可拒绝承担保证责任，即在强制执行程序中一般保证人的特殊抗辩权依然存在。因此即使是一般保证合同，也可以适用本制度。

由于上述争议的存在，当事人应在债权文书中尽可能明确各方的权利义务，简化债权债务关系；同时尽量采取抵押或者连带保证的方式担保债务的履行，避免因无法强制执行担保合同而遭受损失。

2、公证程序严重违法法律规定的判断标准

存在争议

根据上述论述可知,在申请公证债权文书和申请执行证书过程中,公证机关均需通过一定的法定程序,对当事人提供的材料进行审查。同时,根据《公证债权文书规定》第十二条的相关规定,公证机关严重违反法定公证程序出具公证债权文书或执行证书的,被执行人可以申请不予执行公证债权文书。^[6]然而,在司法实践中,对于公证程序严重违反法律规定的判断标准存在较大争议,尤其体现在出具执行证书中的程序违法是否属于严重违反公证程序的判断上。江苏省南通市中级人民法院(2018)苏06执异38号裁定中认为即使公证机关对债务履行情况核实工作明显不足,也未提供核实的相关证据,在签发执行证书过程中存在重大瑕疵,仍不构成严重违反法定公证程序的情形。但是在类似的案件中,山东省青岛市市北区人民法院在(2018)鲁0203执异152号裁定中则认为,若公证机关对债务履行情况核实工作明显不足或者未尽核实义务的,以及对债权人已经履行合同义务的事实记载不清、证据不足的,则属于公证程序严重违反法律规定,法院可以不予执行公证债权文书。

因此,在司法实践相关判断标准不明确的情况下,当事人应详细了解执行法院过往的判例,以确定其判断公证程序是否严重违反法定程序的标准,避免遭受损失。

3、对债权人就公证债权文书涉及的实体法律争议提起诉讼是否有限制条件存在争议

近年来,公证债权文书是否具有可诉性,即当事人是否可以在不申请强制执行的情况下,直接向法院提起诉讼一直存在较大争议。传统观点认为,强制执行公证制度实际上是债权人、债务人通过自愿的方式放弃了相应的诉讼权利,因此,在纠纷产生后,债权人、债务人应遵守公证书内容,通过强制执行公证制度解决纠纷。但是,最高法院在《公证债权文书规定》中明确规定,若当事人有证据证明公证债权文书存在载明的民事权利义务关系与事实不符;或经公证的债权文书具有法律规定的无效、可撤销等情形的^[7],可不经强制执行程序,直接向法院提起诉讼。该条规定明确了当事人在一定情况下可以直接就公证债

权文书中的实体法律争议提起诉讼,基本上解决了实践中存在的关于诉权的争议。但同时,对比《公证债权文书规定》第二十三条和第二十四条的规定可以看出,法律对于债务人、利害关系人、债权人提起诉讼的限制条件并不相同。与要求“债务人在执行程序终结前向执行法院提起诉讼,且诉讼不影响人民法院对公证债权文书的执行”以及“利害关系人提起诉讼,不影响人民法院对公证债权文书的执行”的限制规定相比,《公证债权文书规定》对债权人的诉权并没有进行任何限制。虽然有法律的明文规定,但是在理论界,对于是否应当对债权人的诉权进行限制依旧存在较大争议。有一种观点认为,债权人在订立债权合同时本身即具有优势地位,若对于其诉权又不加以任何限制的话,会进一步加剧其优势地位,进而影响债务人选择本制度的积极性,不利于本制度的推广和发展。持该种观点的学者同时认为,若对债权人的诉权不加以相应的限制,存在债权人滥用诉讼权利、造成司法资源浪费的可能性,进而违背本制度高效、便捷解决纠纷、实现债权的立法目的。

由于上述学者观点的存在,当事人,特别是债权人,在行使《公证债权文书规定》赋予的直接起诉的权利时,应当注意依法提起诉讼,以维护自身权益。

三、强制执行公证制度的利弊

(一) 制度优势

1、快速化解纷争,实现债权

依据《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定,民事诉讼中一、二审程序的审理期限分别为六个月和三个月,特殊情况下还可延长,实践中可能超过审限的情况也比比皆是,因此,当事人通过诉讼方式获得生效法律文书的时间往往超过一年甚至更久。但如果选择强制执行公证制度解决纠纷,当事人则可以不经过漫长的诉讼程序而直接向法院申请强制执行。因此,强制执行公证制度相较于诉讼程序而言,解决纠纷的速度更快,可以有效节省债权人实现债权的时间成本,快速实现债权。

2、降低诉讼成本，减少诉累

当事人选择通过诉讼途径实现债权，根据法律规定需要预先缴纳诉讼费。根据国务院于2006年12月19日发布的《诉讼费用交纳办法》的相关规定，标的额为100万元的案件，一、二审诉讼费合计约为27600元。而参照北京市发改委于2019年2月25日发布的北京市公证服务收费政策的规定，申请公证债权文书的收费标准为债务总额的0.3%。以此标准计算，标的额为100万元的公证债权文书办理费用仅为3000元。两者相比，诉讼费的金额远远高于办理公证债权文书的费用。因此，通过强制执行公证制度解决纠纷，可以大大降低维权成本，减少当事人诉累。

(二) 制度不足

1、公证机关无法对争议财产进行保全，增加债权人实现债权的风险

公证机关不具备司法审判与司法执行权，无法对争议财产进行财产保全。而且，如上所述，公证机关在出具执行证书前，需依法向债务人核实债务履行情况。在此种情况下，债务人会提前知晓债权人拟采取强制执行措施，从而具有了实施转移财产行为的条件，相对于诉前财产保全等制度而言，可能会增加债权人实现债权的难度。

2、当事人无法协议约定管辖法院，增加债权人实现债权的成本和风险

根据上述《公证债权文书规定》第二条的相关规定，若当事人选择通过强制执行公证制度实现债权，债权人申请强制执行时，只能向被执行人住所地或者被执行财产所在地人民法院提出申请。由于不同地区司法实践的水平不同，同时不同法院对上述争议问题的处理存在不一致的情况，因此，债权人在不能选择有利于其实现债权的法院的情况下，将有较大的可能无法实现其债权或明显增加其实现债权的时间和金钱成本。

3、如法院裁定不予受理或不予执行则债权人将耗费额外的时间及金钱成本

根据上述分析可知，在申请公证债权文书及申请强制执行程序中，由于我国目前的相关法律规定仍不十分完善，一些领域仍存在较大争议，法院能否裁定强制执行公证债权文书存在较大不

确定性。若法院最终裁定不予受理或不予执行公证债权文书，当事人仍需通过诉讼或者执行异议的方式解决纠纷，并需要承担相应的时间和金钱成本，无法实现便捷、高效解决纠纷的目的。

综上所述，强制执行公证制度在解决纠纷的过程中有其独到的优势，但同时也存在一定的不足，有部分问题在实践中存一些争议，有待于通过新的法律法规或司法解释予以完善。因此，当事人在运用强制执行公证制度时应结合债权文书的实际情况，参考以上对于争议问题、制度利弊的分析，仔细权衡，切忌盲目采用强制执行公证制度。

注释：

- [1] 《联合通知》第一条第一、二款 公证机关赋予强制执行效力的债权文书应当具备以下条件 (一) 债权文书具有给付货币、物品、有价证券的内容；(二) 债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义。
 - [2] 《办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见》第二条 当事人申请办理具有强制执行效力的债权文书公证，应当由债权人和债务人共同向公证机关提出。涉及第三人担保的债权文书，担保人（包括保证人、抵押人、出质人、反担保人，下同）承诺愿意接受强制执行的，担保人应当向公证机关提出申请。
 - [3] 参见《指导意见》第十二条。
 - [4] 《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》第一条 公证机关赋予强制执行效力的债权文书应当具备以下条件：(一) 债权文书具有给付货币、物品、有价证券的内容；(二) 债权债务关系明确，债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义；(三) 债权文书中载明债务人未履行义务或不完全履行义务时，债务人愿意接受依法强制执行的承诺。
 - [5] 例如，安徽省高级人民法院在（2016）皖执复22号案件中认为，案涉债权文书不仅有欠款的内容，还涉及投资、分红等内容，法律关系复杂，不属于可以赋予强制执行效力的债权文书。此外，也有法院认为债权文书中约定多种债权实现方式的属于债权债务约定不明，从而裁定不予执行。例如，河南省郑州市中级人民法院在（2019）豫01执异257号案件中认为，《融资租赁合同》中载明债务人违约后债权人可选择要求债务人一次性支付全部租金，也可选择要求债务人返还租赁物的约定，属于债权债务约定不明，从而认定《融资租赁合同》为不可赋予强制执行效力的债权文书。
 - [6] 《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》第十二条 有下列情形之一的，被执行人可以依照民事诉讼法第二百三十八条第二款规定申请不予执行公证债权文书：(一) 被执行人未到场且未委托代理人到场办理公证的；(二) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有监护人代为办理公证的；(三) 公证员为本人、近亲属办理公证，或者办理与本人、近亲属有利害关系的公证的；(四) 公证员办理该项公证有贪污受贿、徇私舞弊行为，已经由生效刑事法律文书等确认的；(五) 其他严重违法违反法定公证程序的情形。被执行人以公证债权文书的内容与事实不符或者违反法律强制性规定等实体事由申请不予执行的，人民法院应当告知其依照本规定第二十二条第一款规定提起诉讼。
 - [7] 《公证债权文书规定》第二十三条 对债务人依照本规定第二十二条第一款规定提起的诉讼，人民法院经审理认为理由成立的，判决不予执行或者部分不予执行；理由不成立的，判决驳回诉讼请求。
- 《公证债权文书规定》第二十四条 下列情形之一的，债权人、利害关系人可以就公证债权文书涉及的民事权利争议直接向有管辖权的人民法院提起诉讼：(一) 公证债权文书载明的民事权利义务关系与事实不符；(二) 经公证的债权文书具有法律规定的无效、可撤销等情形。债权人提起诉讼，诉讼案件受理后又申请执行公证债权文书的，人民法院不予受理。进入执行程序后债权人又提起诉讼的，诉讼案件受理后，人民法院可以裁定终结公证债权文书的执行；债权人请求继续执行其未提出异议部分的，人民法院可以准许。利害关系人提起诉讼，不影响人民法院对公证债权文书的执行。利害关系人提供充分、有效的担保，请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许；债权人提供充分、有效的担保，请求继续执行的，应当继续执行。





□ 李 铮/文

李铮律师，北京市中伦文德律师事务所，主任、执委会委员、高级合伙人，“一带一路”发展战略研究院院长，全球法律联盟秘书长，北京律师协会外事委副主任，最高人民检察院民事行政案件咨询专家。



□ 艾文婧/文

艾文婧律师，北京市中伦文德律师事务所，执业律师，北京交通运输法学研究会委员。毕业于香港大学，获得法学学士学位与社会学硕士学位。主要执业领域为婚姻家庭、财富传承、基金信托、公司等。

从“游族网络事件”谈非婚生子女的家庭财富传承问题

前言

复杂家庭的财富保护与传承规划，一直是婚姻家庭、财富传承领域内的“疑难杂症”。虽然根据法律法规，“非婚生子女”“养子女”等具有特殊身份子女与“婚生子女”一样享有法定的继承权。但在实践当中，非婚生子女的继承权往往难以得到有效保护。

本文以近期引发热议的商界新闻“游族网络事件”为例，简要分析中国关于非婚生子女继承权的法律规定，非婚生子女继承权行权现状，及复杂家庭人士如何做好家庭财富传承等问题。

一、市值 30 亿 A 股上市公司争夺战

游族网络股份有限公司（以下简称“游族网络”）（股票代码：002174）传奇创始人、实际控制人、董事长林奇于 2020 年圣诞夜因病救治无效逝世。此前两天，游族网络通过官方微信公众平台发布《关于林奇先生近况的说明：三个放心和一点希望》中，披露林奇是遭人投毒而入院抢救的消息。一时之间，关于上市公司老总投毒案的嫌疑人是谁，作案手法为何；林奇突然离世，其背后的商业帝国是否可以顺利运转；林奇身后的

巨额财富谁又会由谁继承等问题一时之间在网络上引起了极大的关注与讨论。

2020 年 11 月，林奇以 68 亿元人民币财富位列《2020 胡润 80 后白手起家富豪榜》第 31 位。林奇生前持有游族网络 23.99% 股份，以 2021 年 1 月 11 日收盘价计算价值，上述股份的价值为 31 亿元人民币。除此之外，知名科幻小说《三体》的全球版权运营主体为林奇为大股东的“三体宇宙”公司……

面对如此巨额不可估量的财富，游族网络首先作出反应。2021 年 1 月 11 日，游族网络发布《关于实际控制人将发生变更暨权益变动的提示性公告》（以下简称“公告”）。公告宣称，林奇生前未留有对公司股票财产作出处分的遗嘱或遗赠扶养协议。公司股份由其未成年子女林小溪、林芮璟及林漓三人共同继承，许芬芬女士是未成年人林小溪、林芮璟及林漓三人之母亲，系其三人的法定监护人，三个孩子持有的公司股份之股东权益统一由许芬芬女士行使，权益变动完成后，公司无控股股东，许芬芬女士为公司的实际控制人。

该条公告实质上暗含两个信息，一方面是对林奇持有的游族网络股份作出处理，另一方面也对外披露了，林奇去世时未留有遗嘱，按照法定

继承处理后第一顺位继承人仅为三个子女，说明林奇去世时，其父母已不在世，且其为单身状态，无法定伴侣。

此条公告一经发出，立即遭遇反击，一位ID名为“糖醋个里脊啦”的微博用户于公告第二日发文，称其姐姐为林奇未婚妻，并与林奇育有一非婚生子，取名为林某某。二人原计划在疫情结束后登记结婚，但未料林奇突遭不幸身亡。该用户认为，有关方故意隐瞒此事，涉嫌虚假披露，要求游族网络维护孩子林某某的合法继承权。与此同时，该用户还贴出“林某某出生医学证明”“律师函”等多份文件资料，并表示会采取法律途径积极维权。

传奇落幕，却留下一地鸡毛，兄弟姐妹之间为争遗产大打出手，不得不令人唏嘘。

二、非婚生子女的继承权分析

那么从律师的角度看，“糖醋个里脊啦”要求其姐姐与林奇的非婚生子女也拥有平等的继承权是否可以得到法律的支持呢？答案无疑是肯定的，只要林某某与林奇之间确实存在血缘关系。

2021年1月1日生效实行的《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）第1071条明确指出，“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。”

第1127条规定，“遗产按照下列顺序继承：

（一）第一顺序：配偶、子女、父母；

（二）第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承；没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本编所称子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。”

《民法典》继承编的上述规定，从立法层面保障了在我国，非婚生子女与婚生子女享有相同的权利和义务，使非婚生子女不会因为其身份受到不公平的待遇，在继承财产时不分或者少分。

因此，只要非婚生子女和生父母具有血亲上的关系，在无另外意定的情况下，非婚生子女与生父母间即有相互继承遗产的权利，不允许任何组织和个人加以危害和歧视。

三、理想与现实的差距

3.1 遗产范围难确定，参与分配无保障

非婚生子女，在白话中，有一个更为流传的称呼，“私生子”。而这一称呼本身就是带有歧视色彩的。虽然法律上给予了这些孩子与婚生子女同样的地位与权利，但在实际生活中，非婚生子女很难得到来自被继承人家庭的支持，而且也往往并不与被继承人生活在一起。这就意味着，非婚生子女很难了解到继承人遗产的范围。例如被继承人有几处房产，分别位于何处；被继承人是否有现金、古董、收藏品等有较大经济价值，但易转移藏匿的财产；被继承人是否存在其他无形财产，如知识产权等。

参与遗产分配的前提是明确遗产的范围，如果非婚生子女连遗产的范围都无法明确，那么后续的分配自然只是纸上谈兵，没有保障了。

3.2 公证难关难攻克，事后救济步履艰

在被继承人去世后，如不通过法院起诉方式，继承人要继承资产的话，需要到公证处办理继承公证。有些公证处并不愿意办理这类极易产生后续纷争的继承权公证。即使是办理此类业务的公证处，公证员也仅能从表面的材料和基础信息中确定继承人范围。换言之，在婚内配偶协同婚生子、被继承人父母等仍在世的第一顺位继承人一同前往公证处办理公证，并隐匿非婚生子女信息时，公证员客观上是无法得知有非婚生子女的存在。其他继承人就会在这种情况下得到继承权公证书，顺利办理遗产过户。虽然非婚生子女事后发现，仍可以通过诉讼去实现权利救济，但金钱、时间与精力的投入都是巨大的，很多人往往无法坚持下来。即使最后从法院得到了支持，遗产也极可能大幅度缩水，例如，三年前作为遗产分得的股票也许价值上亿元，但三年后股票暴跌，即使最终得到分配，财富也大幅度缩水。

3.3 亲子关系难证明，隔代 / 旁系鉴定难支持

前两种情况，我们还可以说，只是非婚生子

女在实际面临财产继承时会遇到的困难，而最后一种情况，则是直指“血缘关系”这一核心问题。

在我国，婚生子女是实行推定制度的。换言之，男女双方在婚姻关系存续期间受孕或者出生的子女，优先推定为夫妻双方的婚生子，无须特别地举证证明亲子关系。

但非婚生子女则不同。对于非婚生子女来说，证明“血缘关系”是参与继承分配的前提条件。如果继承人在世时，非婚生子女与其没有进行亲子鉴定，又或者非婚生子女未办理出生证明，或出生证明中未载明被继承人一方的信息，那么一旦被继承人过世，被继承人其他家属不配合，并对被继承人进行火化，则客观上，因被继承人的DNA样本灭失，无法进行亲子鉴定，“非婚生子女”的身份将会无法被证明。

与此同时，法院对亲子鉴定也持有非常谨慎的态度，在江苏法院2018年婚姻家庭典型案例之八及2019年度婚姻家庭十大典型案例之六中，法院认为，亲子关系推定规则应当将适用主体范围严格限定在父母子女之间，而并不适用于兄弟姐妹之间，婚生子女并无法定义务需要配合非婚生子女进行亲子鉴定。亲子鉴定是具有社会性、道德性和伦理性的，任意扩大亲子关系推定规则适用主体的范围不符合法律及司法解释的精神。

在北京市第一中级人民法院审理的一例法定继承案件（(2014)一中少民终字第00010号）中，法官驳回了当事人隔代采样的亲子鉴定申请。法院的理由是，亲子鉴定的进行，关系到更为重大的伦理、道德、当事人声誉等重大问题，在一方没能提供足够的证据材料证明可能存在“血缘关系”的前提下，不应任意适用亲子鉴定。

四、复杂家庭人士如何做好家庭财富传承

通过前文分析，我们可以清楚的看到，即使在法律上，对“非婚生子女”与“婚生子女”给予一样的法律地位与权利。但现实中，非婚生子女真正想要切实得到法律的平等对待是要越过许多难关的。针对有非婚生子女的人士如何做好家庭财富传承，笔者提出如下几点建议：

4.1 提前专业规划，做好财富分配方案

虽然“遗嘱继承”有其固有的问题，但相比“法定继承”而言，“遗嘱继承”仍有许多可取之处。

许多律师认为，对待有非婚生子女的家庭财富传承，最好不要通过遗嘱继承的方法进行。因为即使留有遗嘱，其继承人要继承遗产时仍需进行继承权公证这一程序。在这个程序里，公证处会要求所有婚生子女、非婚生子女、妻子等同一顺位继承人一同到公证处办手续，而这些存在利益冲突的继承人们往往并不会互相配合。

上述问题确实存在，但“遗嘱继承”的可取之处有二点。第一点在于，被继承人通过“遗嘱”的方式实际上承认了“非婚生子女”的血亲身份，起到了一定的血缘证明作用，且即使未来其他继承人主张上述证据不足以完全证明存在血缘关系，“遗嘱”针对非婚生子女部分的安排也可以视为“遗赠”，非婚生子女的权利一样可以得到保障。第二点在于，在继承人不配合进行继承权公证，各方进入诉讼程序时，“遗嘱”的存在有利于帮助法官了解被继承人的真实意愿，加速诉讼的进程，亦是对非婚生子女继承分配权的一项有利证据。

但需要注意的是，在拟定的“遗嘱”里，仅能对个人财富的继承进行约定，不可以约定夫妻共同财产或其他共同财产。否则约定无效，提前的筹谋也会化作无用之功。因此，在拟定“遗嘱”时，一定要聘请专业律师，仔细梳理个人财产范围，并拟定形式规范、用语通顺无歧义的文件。

4.2 生前赠与与传承

家庭财富的传承并不应该局限在被继承人去世时被动发生。良好的家庭财富传承，应包含生前财富传承。例如，可以通过生前将自己的一部分银行存款、股票、债券或房产转移到非婚生子女名下；购买一些贵金属或收藏品赠与非婚生子女；或直接使用一笔资金为非婚生子女置办不动产、车辆等等。由于每个人生前对个人财产的处置是自由的，在去世之后这部分财产也不属于“遗产”范围。因此，复杂家庭完全可以通过生前赠与的方式，平衡非婚生子女与婚生子女之间的利益。

4.3 善用金融工具，助力财富顺利过渡

(1) 人寿保险

人寿保险有着其他金融财产难以匹敌的保障性功能，是重要的家庭资产保全工具，应在家庭财富传承中予以重点使用。人寿保险与遗嘱进行对比，还具有债务隔离功能。根据《最高人民法院关于人身保险金能否作为被保险人的遗产进行赔偿问题的批复》第（一）条：“根据我国保险法规有关条文规定的精神，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其遗产处理，可以用来清偿债务或赔偿”。最高法的上述批复，明确指出了受益人的人身保险金应在被保险人身故后，支付给受益人，系受益人的财产，而不是被保险人的遗产。因此，受益人也就无须清偿被保险人生前所欠的税款和债务。

一张大额保单完全可以解决非婚生子女长期的生活费、教育费问题。如被继承人将非婚生子女作为人寿保险的受益人，在被继承人去世时，非婚生子女将会基于保单获得保险金，而无需再通过参与复杂的继承分配。

(2) 家族信托

2018年，银保监会下发了《信托部关于加强规范资产管理业务过渡期内信托监管工作的通知》（信托函[2018]37号）。虽然这份文件明确表明“家族信托”不适用本文，但文内第一次对“家族信托”进行了“官方”定义。

该文称，家族信托是指信托公司接受单一个人或者家庭的委托，以家庭财富的保护、传承和管理为主要信托目的，提供财产规划、风险隔离、资产配置、子女教育、家族治理、公益（慈善）事业等定制化事务管理和金融服务的信托业务。家族信托财产金额或价值不低于1000万元，受益人应包括委托人在内的家庭成员，但委托人不得为惟一受益人。单纯以追求信托财产保值增值为主要信托目的、具有专户理财性质和资产管理属性的信托业务不属于家族信托。

根据《民法典》第1045条规定，“亲属包括

配偶、血亲和姻亲。配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员”。这里的“子女”包括非婚生子女。因此，委托人设立以非婚生子女为家族信托受益人的家族信托不存在法律层面上的障碍。

对于非婚生子女的合法权益保证，家族信托具有无可比拟的优势。首先，家族信托可以发挥风险隔离功能。在家庭信托中，被继承人为委托人，受托人为信托公司，托管人为银行，受益人为家庭成员。因财产所有权归属于受托人，即信托公司享有，即使委托人（被继承人）发生离婚、意外死亡等变故，其产生的风险均不会影响家族信托，也不会影响受益人（家庭成员）在家族信托项下的受益权。

第二，家族信托可以预先设立明确的目标。例如将信托收益固定在仅可用于非婚生子女的教育、生活等领域，一旦事先进行了设定，则任何人无权改变信托收益的用途。同时，还可以规定非婚生子女领取信托收益的额度、频率，以此来合理的对非婚生子女的未来进行规划。

第三，家族信托可设置信托监察人。虽然法律上，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，且信托财产具有独立性，委托人的其他家庭成员无权对信托财产主张权利。但是，如果信托财产为委托人夫妻共有财产，委托人配偶将有可能对信托成立享有异议权。因此，设立家族信托，一定要由专业人士，如律师协助委托人设立，以规避此类风险。

五、结语

复杂家庭的财富保护是充满风险的，需要我们用智慧予以解决。在法律上，权利与义务是对立统一的，非婚生子女虽然享有与婚生子女同等的继承权，但也意味着其需要承担与婚生子女一样的赡养义务。法理无外乎人情，在面对婚生子女与非婚生子女这种“手心手背都是肉”的特殊情况，如何善用法律武器，平衡各方之间的利益，促进家庭和谐，避免家庭财富在内耗过程中缩水，家族企业因内部纷争而走向衰败，才是我们探讨复杂家庭财富传承真正所关注的问题。



□ 李宇明/文

李宇明律师，中伦文德上海分所合伙人律师，先后获得大连海事大学法学学士，及英国诺丁汉大学国际商法硕士。2011年至今在中伦文德律师事务所上海分所执业。李律师能够熟练运用中英文为客户提供专业法律服务。擅长国际贸易、知识产权、金融及海事海商相关之争议解决。



□ 刘秉希/文

刘秉希，中伦文德上海分所律师助理，毕业于上海对外经贸大学并取得法律硕士学位。自2020年加入中伦文德以来，专注于项目融资、贸易融资、公司合规等领域的法律业务。刘秉希能熟练地运用中文、英文为客户提供法律服务。

进口食品消费领域，知假买假审判思路浅析

一、前言

古人云“国以民为本，民以食为天，食以安为先，安以法为基，法以善为魂”^[1]，食品安全一直是我国民生工程中的重点关注对象。自1993年全国人民代表大会常务委员会发布《消费者权益保护法》以来，相继发布了《食品安全法》《农产品质量安全法》等相关法律，配套的法规、征求意见稿也逐一问世，例如国务院法制办公室（已经撤销）于2016年11月16日公布的《〈中华人民共和国消费者权益保护法实施条例（送审稿）〉公开征求意见的通知》（《送审稿》）^[2]，2019年10月11日发布的《食品安全法实施条例》等，加之最高人民法院对于审理食品安全案件的相关司法解释，共同筑建了我国消费者食品安全的长城（“食品安全体系”）。

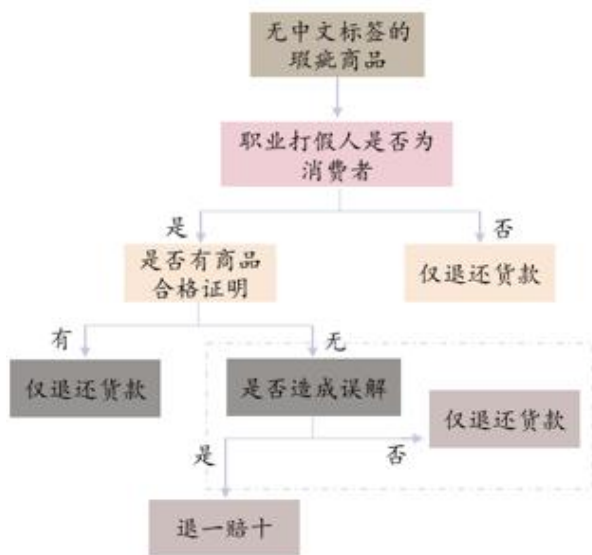
针对经营不符合食品安全标准的食品的经营者的，立法部门在食品安全体系下设置了购买价款十倍的惩罚性赔偿^[3]的条款（“十倍罚则”），本文理解其立法目的为打击违法经营行为，增强百姓维权意识，但是该等罚则却被职业打假人^[4]滥用（例如职业打假人常在一个地区，以购买的进口食品无中文标签起诉甚至重复起诉，要求经

营者退还货款并适用十倍罚则（“退一赔十”），这类行为极大的浪费了司法资源，甚至可以理解为对法律、司法的蔑视。虽然最高法此前曾发文表示：“职业打假人、打假公司（集团），其动机并非为了净化市场，而是利用惩罚性赔偿为自身牟利或借机对商家进行敲诈勒索。我们不支持这种以恶惩恶，饮鸩止渴的治理模式”^[5]但，由于现行食品安全体系没有禁止“知假买假”行为、职业打假人是否具有消费者属性、如何明确符合食品安全标准作出统一解释，不同地区的法院常会作出不同，或者完全相反的审判。对于如何理解适用十倍罚则，本文就以下司法判例及自身实务的经验，发表一些浅见。

二、法院审判的逻辑要点

职业打假人购买进口食品后，发现进口食品外包装不存在中文标签、中文说明等，即以该等食品为不符合安全标注的食品，损害自身人身安全为由，要求法院判令退一赔十。法院一般会支持退货退款的主张，但是对于是否适用十倍罚则，不同法院的有着不同的观点（例如上海静安区、长宁区人民法院对于相类似的判决同一时间作出相反的判决^[6]）。本文总结了法院审判逻辑

简图如下：



对于进口食品领域的赔偿纠纷案件，法院列出的争议焦点主要包含以下两点：1) 职业打假人是否为消费者；2) 涉案食品是否符合食品安全标准。下文主要围绕这两点争议焦点作分析如下：

（一）职业打假人是食品安全法体系下的消费者吗？

本文理解，《消费者权益保护法》^[7] 作为食品安全体系的基本法，是整个体系发展的逻辑起点。食品安全体系下保护的是消费者的法益，若职业打假人不被认定为消费者，自然不能适用食品安全法体系下的罚则，则应适用与《食品安全法》相对的一般法《合同法》。职业打假人以生产经营、牟利的目的购买进口食品，自然需要否定其消费者属性。本文发现部分法院以《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条^[8] 来承认职业打假人具有消费者属性，本文认为该观点略显不妥。从条文内容来看遵循法条基础来适用，即职业打假人“知假买假”若用于自身生活，也应当认定为消费者，其人身财产受到侵害，理应受到保护；若用于生产经营自然应当否认消费者身份。再之，从条文位阶来看，应当优先理解适用法律。

部分法院认为消费者购买食品应当基于生活消费的目的，否则不应受到《消费者权益保护法》《食品安全法》的保护。例如大连棒仔岛海珍品

有限公司等与刘秀平产品责任纠纷案^[9]，北京市朝阳区法院就认为购买者在多个法院提请诉讼，购买涉案商品并找到公证处进行公正等方面，认为购买者并非生活消费为目的购买商品，因此否定了购买者的消费者属性，进而不支持购买者十倍赔偿的诉讼请求。林进与杨伟买卖合同纠纷案^[10] 下，江苏省泰州市姜堰区人民法院也以前述相似的理由否定了购买者的消费者属性，但是值得注意的是：1) 该案购买者林进此前在该级法院已经以类似的案由大量起诉并且已经获得胜诉结果；2) 自该等法院不予支持林进继续以类似案由提请诉讼后，林进“转战”上海继续“职业打假”，本文通过公开的威科初步检索就已经发现林进仅在上海地区，以相似的理由请求退一赔十的案件就近百起。杭州市中级人民法院在张荣祥、杭州优然贸易有限公司买卖合同纠纷^[11] 下，认为在审判时需要审视购买者的购买动机，在该案中法院查明购买者以相同的理由在多地起诉、到市场监督管理局进行投诉否认了购买者的消费者身份。

但是部分法院则认为在审理案件时，认定购买者是否为消费者不应考虑主观的动机。例如肖飞与深圳市威利文化发展有限公司买卖合同纠纷案^[12] 下，江苏省高级人民法院认为《食品安全法》并未从买方是否为职业打假人的角度对消费者提起十倍的赔偿金加以限制。北京第三中级人民法院认为购买者虽然是职业打假人，具有主观恶意，并非真正的消费者，也不能据此否定其消费者身份，其合法权益应依法予以保护；北京三中院的观点看起来似乎有点拗口，既然并非真正的消费者，又为什么不能否定消费者身份呢？上海市第一中级人民法院在陈明祥与徐小海网络购物合同纠纷（(2020)沪01民终5889号），表示即便购买者“知假买假”，经营者仍应承担法律责任；本文认为经营者销售不符合我国法律规定的进口食品，属于违法经营，自然要承担因违法行为带来的法律后果，但是这并不代表着这种法律“成果”由职业打假人来分享。

（二）法院如何认定符合安全标准的食品？

根据相关法条的规定^[13]，对于进口食品而言是否具有食品合规的预包装（中文标签、中文

说明书)、检验检疫合格证明是法院判断食品符合安全标准的重要因素。检验检疫机构的合格证明是证明进口食品的符合安全标准的关键证据。本文理解,对于食品的安全等级,可以划分为不合格商品、不符合安全标准的食;进口食品外包装(例如没有中文标签、外标签没有标注生产日期等信息)不符合规范不一定会具有损害人身安全,因此,本文认为是否符合安全标准的食品应当经过实质的检验。

对于如何证明符合进口食品符合安全标准,武汉市中级人民法院,深圳市中级人民法院在相关案件的判决书中均作说明,涉及的证明材料包括:经营者需要提供中文标签、说明书,涉案产品的合法来源证明,进口检验检疫证明深圳市大鹏新区葵发商行买卖合同纠纷,生产企业、贸易公司进出口系统备案证明,有经营进出口商品的资格,涉案产品已经取得进口检验检疫证明^[14]。

(三) 职业打假人“知假买假”是否属于误导?

此外,部分法院并未对职业打假人是否具有消费者属性作出评价,而是通过论证职业打假人“知假买假”的行为不会造成误导,提请诉讼有违诚实信用原则,进而不予支持职业打假人适用十倍罚则的诉讼主张。本文也支持该等观点,既然经营者与消费者之间已经达成合意,且未造成消费者的实际损害,消费者默认承担无检验检疫合格证明等材料所隐含的风险,即不能再适用十倍罚则对经营者进行惩罚,至于经营者的违规行为,而是应有相关的主管部门进行处罚,司法机关不应为其挥动达摩克利斯之剑。

例如广东省东莞市中级人民法院在王福岭与东莞市强记商贸有限公司产品责任纠纷案^[15],法院通过以下如下观点:经营者提交了涉案红酒的进口手续资料,涉案的红酒没有中文标签为瑕疵,职业打假人并无其他证据证明该等红酒有人身危险性,职业打假人在东莞市两级法院有数百宗同类的案件;从而认定涉案红酒的瑕疵不会对职业打假人造成误解,因此不适用十倍罚则。再如江苏省南京市中级人民法院在葛志鹏与锦江区



弈轩商贸部、陈嘉尔、浙江淘宝网络有限公司产品销售者责任纠纷案^[16]中，职业打假人与经营者彼此已经知晓购买的商品所存在的风险（没有检验检疫合格的证明材料等），职业打假人再以涉案商品不符合食品安全标准为理由要求适用十倍罚则，显然有违诚实信用原则。

三、对食品安全纠纷案件的展望

（一）消保法体系的完善

《送审稿》明确了消费者需要为生活消费而购买、使用商品才能适用该条例的保护。但是遗憾的是，自《送审稿》于2016年11月16日发布以来，迟迟没有发布正式的版本。

最高人民法院于2019年11月11日发布了《〈关于审理食品安全民事纠纷案件适用法律若干问题的解释〉（征求意见稿）向社会公开征求意见的公告》（《征求意见稿》），并于2020年12月29日发布了该解释的正式版本《最高人民法院关于审理食品安全民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》（《司法解释（一）》），该司法解释于今年的1月1日生效。与此前的司法解释比起来，最明显的变化就是增加了有关电子商务平台的规定，以及明确了十倍罚则下经营者“明知”的概念范围。

可以看出，无论是法规、还是司法解释都在逐步的完善食品安全体系、严格食品的经营者、销售者的责任。但是截至本文书写之日，并未看到相关规范性文件对职业打假人的法律属性及是否受到食品安全体系保护作出明确的规定。

（二）食品安全纠纷处理的思考

打击违法行为，鼓励消费者维权意识，防止职业打假人“以恶治恶”三种利益聚集，似乎无法在三者间找到平衡。本文认为打击违法经营行为的主导机关应该是行政机关，司法的判罚只是行政处罚的补充；否认职业打假人消费者属性，设置职业打假人否认规则，例如根据购买人购买进口食品后的行为（至司法机关起诉或到行政机关举报，是否威胁经营者等）来判断是否为真实消费者；若为鼓励社会人士举报不合规经营的行

为，可以由相应的行政机关进行认定和奖励的派发，而非现在肆意诉诸法院的浪费司法资源。

四、后记

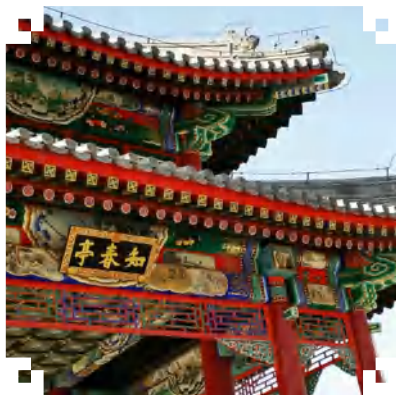
知法、守法、尊敬法律是每个公民应尽之义务，职业打假人利用法律进行牟利与肆意开启潘多拉魔盒的行为无异。十倍罚则的本意是为保护弱势的消费者，而非成为职业打假人的利刃，“以恶制恶”的模式并不能长期存在，期许各机关、部门后续能够出台相应的法律、司法解释，让十倍罚则正本清源，让保护消费者的本意归位。

注释：

- [1] 原句出自《汉书·酈食其传》。
- [2] 《国务院法制办公室关于公布〈中华人民共和国消费者权益保护法实施条例（送审稿）〉公开征求意见的通知》（“《消保法实施条例（送审稿）”）（国务院法制办公室（已撤销）于2016年11月16日发布）第二条，消费者为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务，其权益受本条例保护。但自然人、法人或其他组织以牟利为目的购买、使用商品或接受服务的，不适用本条例。
- [3] 十倍罚则来源于《食品安全法》第一百四十八条，该条的载明生产、经营明知不符合食品安全标准的食品，消费者可以要求生产者或经营者支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金。但书规定为，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成瑕疵的除外。
- [4] 职业打假人常通过淘宝等其他互联网平台来购买进口食品，若进口食品有中文标签，只需要申请退货即可；若进口食品无中文标签，即可提请诉讼，要求退一赔十；可以发现，职业打假人在此当中并不需要付出多少成本，但是获得收益确是巨大的。近年，职业打假甚至成为一个行业，职业打假人有公司化、集团化发展的趋势。
- [5] 参见最高人民法院：《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》（法办函〔2017〕181号）。
- [6] 参见林进与梅晓珍网络购物合同纠纷（〔2020〕沪0106民初4252号），上海市静安区人民法院认为职业打假人并非消费者，不适用十倍罚则；朱海彬与刘志刚网络购物合同纠纷（〔2020〕沪0105民初3296号），上海市长宁区人民法院则认为食品安全领域适用最严格的标准，强制性标准并不会因为购买人的主观动机而改变。对于林进与梅晓珍网络购物合同纠纷案的评述参见《食品合规经营专题（一）进口食品消费领域，知假买假并请求十倍赔偿，法院是否支持？》，本文作者于2021年1月21日发布于中伦文德律师事务所上海分所微信公众号。
- [7] 参见《消保法》第二条，消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护，应当贯穿食品安全案件的全过程。持有该类观点的法院常通过，购买者诉讼、投诉的情况，来判断是否具有消费者属性。
- [8] 参见《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》，第三条，因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。
- [9] 参见大连棒仔岛海珍品有限公司等与刘秀平产品责任纠纷一案共经过三级法院的审理分别是北京市朝阳区法院的一审（〔2015〕朝民初字第31731号），北京市三中院二审（〔2018〕京03民终13980号），北京市高级人民法院再审（〔2020〕京民再101号）。在大连棒仔岛海珍品有限公司等与刘秀平产品责任纠纷案二审中，北京市三中院否认了北京朝阳区法院的观点，认为购买者的主观动机并不能否认消费者的属性。可惜在本案的再审阶段，北京市高级人民法院并没有对是否应当基于生活消费的目的购买商品来判断购买者的消费者属性，而是通过现有证据不足以证明涉案商品本身具有损害人身之可而否定了购买者十倍赔偿的诉讼请求。
- [10] 参见林进与杨伟买卖合同纠纷案（〔2016〕苏1204民初4161号）。
- [11] 本案经过两级审理，参见〔2018〕浙0103民初3762号、〔2018〕浙01民终8157号。
- [12] 〔2015〕园民初字第03136号，〔2015〕苏中民终字第05799号，〔2018〕苏民再191号。
- [13] 参见《食品安全法》《预包装食品标签通则》等其他关于食品预包装的实施条例。
- [14] 参见：何辉与武汉友谊国际大酒店管理有限公司、湖北人人大经贸有限公司产品销售者责任纠纷案（〔2017〕鄂0106民初5333号，〔2018〕鄂01民终2015号；周丽芳与吕永翠网络购物合同纠纷（〔2020〕粤0192民初28014号，〔2020〕粤01民终24092号）。
- [15] 参见〔2017〕粤1972民初8600号，〔2017〕粤19民终9472号。
- [16] 参见〔2019〕苏0111民初7142号，〔2020〕苏01民终9969号。

咏春

方登发/文



半池春水半池冰，
远黛青山万里晴。
玉带横斜连浩渺，
兰宫耸翠向空明。
日光流转红墙影，
鸾鸟飞回旧殿鸣。
香绕佛阁播四海，
祈福世界永康宁。

后序：

大年初四，早春乍寒。
老友吟咏，昆明湖山。
半池融玉，青黛远含。
柏翠环碧，楼阁亭台。
登高回望，紫气东还。

祝亲朋好友新年吉祥、喜乐康宁！

事务所快讯

▲ 中伦文德隆重推出“一带一路”法律服务最新力作： 《“一带一路”国际贸易、投资、工程法律实务与纠纷 解决》

2020年，“一带一路”（中国）仲裁院委托北京市中伦文德律师事务所，就“一带一路”国家国际贸易、国际投资与国际工程承包法律实务与纠纷解决问题进行专题研究，并于2020年11月由法律出版社出版了本课题成果图书，即《“一带一路”国际贸易、投资、工程法律实务与纠纷解决》。

▲ 中伦文德多项业务领域和多名律师荣登钱伯斯 2021 亚太法律指南榜单

2020年12月15日，著名法律评级机构钱伯斯（Chambers & Partners）发布《2021 亚太法律指南》（2019 Asia-Pacific Guide），中伦文德凭借卓越的专业能力与优势团队，多项业务领域和多名律师荣登该指南。

▲ 中伦文德广州分所受邀参加 2020 年“凤鸣广外”学 生表彰大会，并为中伦文德奖学金获得学子颁奖

2020年12月17日，一年一度的“凤鸣广外”学生表彰大会暨颁奖典礼在广东外语外贸大学北校区云山会堂举行。中伦文德广州分所金融法律事务部主任张广超律师代表北京市中伦文德律师（广州）律师事务所出席了本次典礼，为优秀学生颁发了“中伦文德”奖学金。

▲ 中伦文德赵嘉炜律师、黄民燕律师在第三届国家安 全法治论坛中荣获三等奖

2020年12月20日，上海市国家安全法律研究会（小组）在安亭花园酒店举办“2020年年会暨第三届国家安全法治论坛”。由国家安全法发起的“维护国家安全 加强法治建设”主题征文活动，前后历时3月有余，经初评、终评两轮专家打分评选，已产生最终获奖作品30篇。最终中伦文德赵嘉炜律师、黄民燕律师在第三届国家安全法治论坛中荣获三等奖。

▲ 中伦文德上海分所与上海市企业法律顾问协会联合成 功举办《商事担保法律新规及实务问题》研讨会

受上海市企业法律顾问协会的邀请，中伦文德上海分所于2020年12月24日下午举办了《商事担保法律新规及实务问题》研讨会。本次研讨会着重从担保法新规层面，为企业梳理商事担保的相关法律问题，本所合伙人李宇明律师、资深律师张力分别发表了主题演讲，上海对外经贸大学教授、仲裁员邓旭博士进行了专业点评，三十余名企业负责人和法务人员参与了此次研讨会。

▲ 北京国际法学会设立“中伦文德国际法青年优秀成果 奖”，中伦文德朱登凯律师受邀参加“统筹推进国内 法治与涉外法治”研讨会并颁奖

2020年12月26日，北京国际法学会2020年学术年会暨“统筹推进国内法治与涉外法治”研讨会在北京理工大学如期举行。本届年会由北京国际法学会主办，北京理工大学法学院承办。来自于外交部、司法部、商务部等相关政府机构和全国性对外贸易投资促进机构中国国际贸易促进委员会，以及高等院校、科研院所、法律实务部门的一百多位专家、学者共聚一堂。中伦文德执委会主任、高级合伙人朱登凯律师受邀参加此次大会并颁奖。

▲ 中伦文德高级合伙人李刚律师受聘担任第六届青岛仲 裁委员会仲裁员

12月28日，青岛仲裁委员会换届工作会议在青岛市市级机关会议中心召开。青岛市人民政府副市长隋汝文出席会议并讲话。会议由青岛市人民政府办公厅党组成员、二级巡视员林万松主持。中伦文德高级合伙人李刚律师被聘请为第六届青岛仲裁委员会仲裁员，专长为“合同、公司法、物流 Contract, Corporate Law, Logistics”。

▲ 李政明高级合伙人受邀为中国财富网作《民法典》 来了，如何做婚姻财富新规划》直播

2020年12月31日，中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长李政明律师应中国财富网邀请，参加保险金燕咖直播节目，主题为：《民法典》来了，如何做婚姻财富新规划》。节目播出后获得全国广大网友、企业人士的欢迎和广泛关注。

▲ 滕云律师入选《商法》A-List 法律精英 2020 榜单

中伦文德上海分所高级合伙人滕云律师成功入选《商法》A-List 法律精英 2020——100位中国业务优秀律师榜单。这一法律精英榜单由《商法》编辑团队经广泛调研甄选出200位中国业务相关的优秀律师（其中包括100位来自中国律所的律师及100位来自外国律所的律师）组成。滕云律师具有中国和澳大利亚新南威尔士州的法律执业资格。滕云律师执业领域包括境内外投融资、并购交易与市场监管法律事务、商事争议解决、破产与重组。

▲ 北京基金小镇感谢中伦文德提供的基金业务专业法律服务

2019年12月，北京市中伦文德律师事务所与北京基金小镇签署了基金业专业服务机构之《合作协议》。2020年期间，在本所私募基金专业委员会主任、高级合伙人王敦平律师的牵头带领下，本所律师为小镇入驻机构在基金业服务、咨询、交流培训等方面提供了专业、优质的服务，在助力基金机构高效发展，共同搭建基金业服务平台、基金业交流平台等方面做出了诸多贡献。北京基金小镇于2021年1月向本所发来《感谢信》感谢本所及王敦平先生这一年来提供的专业、优质的服务。

▲ 中伦文德太原分所党支部书记邓建成参加2020年度省直律所党组织书记述职评议会议

2021年1月8日下午，北京中伦文德太原律师事务所党支部书记邓建成参加省律师行业党委召开的2020年度省直律师事务所党组织书记述职评议会议。会议由省司法厅一级巡视员、省律师行业党委副书记周涛出席会议并讲话，省司法厅二级巡视员、省律师行业党委副书记李君主持会议。

▲ “之江文旅法治沙龙”成功举办

由浙江省法学会文化和旅游研究会、北京中伦文德（杭州）律师事务所联合主办的第一期“之江文旅法治沙龙”，于2021年1月9日下午，在中伦文德杭州分所成功举办。本次沙龙有幸邀请到浙江大学光华学院张谷教授做了《“民法典”中的文化与旅游》的主题分享。沙龙由文旅法研究会秘书长，浙大城市学院法学院胡斌教授主持，由中伦文德高级合伙人、文旅法研究会副会长傅林放致辞。

▲ 中伦文德助力五矿地产成功发行2021年第一期供应链ABN

2021年1月12日，深圳市前海平裕商业保理有限公司2021年度第一期五矿地产供应链资产支持票据在银行间市场成功发行！项目储架规模30亿元，本期优先级资产支持票据发行规模1.24亿元，评级AA+，期限为1年，基础资产类型为应收账款债权。中伦文德律师事务所作为本项目的专项法律顾问，全程参与本项目的法律尽职调查、交易结构设计、调整以及法律意见书、交易文件的起草等法律服务。中伦文德律师团队由高级合伙人姚正旺律师负责，经办律师包括吴昊律师、田爱玲律师、姚秦川律师、沈德凤律师等。

▲ 中伦文德刑事法研究院成功办理中央扫黑除恶督导组督办重大特一类黑社会性质组织犯罪案件

以江西青溪置业有限公司吴某龙、吴某海为首的的黑

社会性质组织犯罪案件，被中央扫黑除恶督导组列为重大特一类黑社会性质组织犯罪案件进行督办。本所接受当事人委托，指派中伦文德刑事法研究院高级合伙人许波律师、合伙人郭雪华律师分别担任本案两名组织者、领导者的辩护人；王乐律师、王萌律师（中伦文德武汉分所）分别担任本案两名骨干成员的辩护人；马超律师、李超律师分别担任本案两名积极参加者的辩护人。实习律师张鑫、陈建律师分别辅助许波律师、李超律师工作。

▲ 中伦文德助力湖南航空引进一架空客A320NEO飞机

北京时间2021年1月13日，一架编号为B-321U全新空客A320NEO飞机平稳降落在长沙黄花国际机场，这是湖南航空股份有限公司（“湖南航空”）“十四五”开局之年引进的第一架飞机。中伦文德上海分所代表湖南航空参与了B-321U经营租赁引进和交付前出租人带租约资产包转让项目（“本项目”）的全过程。在疫情对航空业的影响下，各方克服重重困难，中伦文德上海分所在短短一个月时间内协助客户完成了本项目，确保飞机按照交付计划在法国图卢兹顺利完成交付。这也是湖南航空自成立以来参与的首个出租人带租约飞机资产包项目。

▲ 中伦文德助力央企混改——北京建机院混改正式落地

2021年1月18日，中国建筑科学研究院有限公司（“中建研院”）所属北京建筑机械化研究院有限公司（“北京建机院”）“双百行动”混改增资签约仪式成功举行。签约仪式上，中建研院、北京建机院与中泰云智、国改双百基金、建元基金、海安申菱及员工持股平台共同签署了增资协议。中伦文德受托全程深度参与此项目，本项目由中伦文德执委及高级合伙人张海军律师、高级合伙人刘晓琴律师牵头，经办律师包括钟沈亚律师、史家律师、孙雪律师等。

▲ 中伦文德助力舟山市六横国有资产投资经营有限公司2021年非公开发行公司债券（第一期）成功簿记发行

2021年1月26日，舟山市六横国有资产投资经营有限公司2021年非公开发行公司债券（第一期）成功簿记发行，中伦文德律师事务所作为本次债券的发行律师。发行人主体信用评级AA，批文总规模13亿元，首期发行规模8亿元，期限为3年，票面利率5.30%。

▲ 中伦文德助力亲水性功能高分子龙头富淼科技成功登陆科创板

2021年1月28日，江苏富淼科技股份有限公司（以下简称“富淼科技”）成功在上海证券交易所科创板上市，证券代码688350，中伦文德担任富淼科技本次发行上市的法律顾问。项目组以本所高级合伙人刘晓琴律师、孙

洪江律师牵头，武坚律师团队予以支持，项目核心团队律师包括钟沈亚，其他参与项目驻场人员包括许璟、郑逸达、张晓晨。

▲ 首届中欧班列法治论坛顺利召开

2021年1月28日下午，“首届中欧班列法治论坛”线上研讨会顺利召开。本次论坛主办方为中国海事仲裁委员会、中国社会科学院国际法研究所、中国国际货运代理协会、中国海商法协会、中国社会科学院海洋法治研究中心，协办方为中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所，本所还承担了包括草拟问题单、大数据检索、专项研究等相关准备工作。相关政府部门、司法机关、金融机构、物流界、海事海商实务界、学术界等20余名专家代表都积极参与讨论，对有关中欧班列国际铁路提单业务领域的热点问题进行了深入探讨和交流。

▲ 中伦文德深圳分所律师入选深圳市“遗产管理人”律师库

2021年2月8日，深圳市律师协会公布深圳市“遗产管理人”律师库管理人名册，并向社会公告。中伦文德深圳分所三名合伙人律师通过入库培训和考核，成功入册。入册的三名律师是刘瞻律师、刘瑞娜律师、朱容梅律师。

▲ 中伦文德党支部召开2020年度组织生活会和民主评议党员会

根据党章和《中国共产党支部工作条例（试行）》《中国共产党党员教育管理工作条例》等规定，按照渝中区组织部《关于召开2020年度基层党组织组织生活会和开展民主评议党员的通知》（渝中组【2020】114号）文和渝中区律师行业党委的要求，2021年3月5日下午，中共北京市中伦文德（重庆）律师事务所支部委员召开支部党员大会。会议由支部书记曾杰主持。

▲ 中伦文德王志坚律师为四川省公安厅干警进行业务培训

2021年2月19日下午，新春伊始，北京市中伦文德律师事务所一级合伙人、成都分所主任王志坚律师应邀在四川省公安厅食药环侦总队2021年第一期业务培训会上，为全总队干警进行业务培训。

▲ “绽放美丽 魅力女神节”一本所女神专属口红DIY活动顺利开展

2021年3月8日上午，为庆祝“三八”国际妇女节，本所支部委员会与工会委员会在本所多功能厅为本所女神精心准备了一场专属口红DIY活动。活动特邀请了专业美妆大咖，带领大家用最天然的植物配方、最纯净的

植物精油和最科学的调配方式，制作一支不含化学成分、属于自己独一无二的口红，作为女神们的节日礼物。

▲ 中伦文德杭州党支部入选杭州市“三强双进”律师事务所党组织

为全面提升杭州市律师行业党建水平，引领律师行业全面发展，根据省律师行业党委通知要求，2020年，市律师行业党委深入开展了“三强双进”律师事务所党组织创建活动。经各区、县（市）推荐，通过前期自查自评、审核推荐、评定公示等程序，市律师行业党委研究决定授予17家党组织为杭州市“三强双进”律师事务所党组织。北京中伦文德（杭州）律师事务所党支部入选杭州市“三强双进”律师事务所党组织。

▲ 中伦文德太原分所党支部书记邓建成参加2020年度省直律所党组织书记述职评议会议

2021年1月8日，北京中伦文德太原律师事务所党支部书记邓建成参加省律师行业党委召开的2020年度省直律师事务所党组织书记述职评议会议。会议由省司法厅一级巡视员、省律师行业党委副书记周涛出席会议并讲话，省司法厅二级巡视员、省律师行业党委副书记李君主持会议。

▲ 中伦文德长沙分所与Kilimall中非跨境电商平台达成法务合作与战略合作

2021年1月29日上午，长沙非拓信息技术有限公司的高层代表朱科峰先生与陈瑶女士受邀参观中伦文德长沙分所，中伦文德长沙分所创始合伙人田学军主任与高级合伙人段优律师率领涉外法律团队热烈欢迎。双方就法律顾问合作与战略合作相关事宜进行了深入探讨。

▲ 中伦文德长沙分所再次荣获行政管理先进单位和先进个人

为表彰先进，树立典型。2021年2月5日，长沙市律师协会对2020年律师事务所行政管理先进单位和先进个人进行表彰。中伦文德长沙分所被评为“行政管理先进单位”，行政主管石玉兰被评为“行政管理先进个人”。2018年至2020年，我所已连续三年荣膺“行政管理先进单位”。

▲ 中伦文德长沙分所律师荣获“二十二条产业链”法律服务团“先进个人”荣誉称号

2月5日，长沙市司法局、长沙市律师协会对市“二十二条产业链”法律服务团技能大比武活动中涌现出的11个先进法律服务团和45位先进个人进行了通报表彰。中伦文德长沙分所田学军律师和刘仕文律师分别被授予“先进个人”荣誉称号。



2020年12月，天津工业大学“中伦文德”法学奖学金颁奖仪式在天津工业大学法学院举行。中伦文德天津分所党支部书记、创始合伙人、主任温志胜律师带领高级合伙人刘志刚律师、合伙人娄爽律师等一行受邀为天津工业大学优秀获奖学生颁发奖学金，天津工业大学硕士实习生赵浩成一同随行。



2020年12月27日，中伦文德重庆分所第二十九次合伙人会议在本所会议室成功召开，律所共16名高级合伙人参加会议。本次会议朱代恒主任因事特授权律所高级合伙人、副主任陈天元律师主持。按照会议议程安排，会议首先表决通过了两位新晋高级合伙人：蒋伯勇律师、谢明华律师，之后由各管委会成员向全体高级合伙人述职。



2021年1月21日，湘潭大学中非经贸法律研究院院长洪永红教授、湖南外贸职业学院国际商学院副院长吴轶群教授应邀莅临中伦文德长沙分所指导工作。最后，洪永红院长和田学军主任共同签署了《战略合作协议》，标志着湘潭大学中非经贸法律研究院与北京中伦文德（长沙）律师事务所正式达成战略合作关系。



2021年1月22日，中伦文德上海分所举办2021年度长三角一体化法律服务论坛暨2020年度迎新年会。中伦文德上海分所陈永兴主任表示本次活动是中伦文德上海分所和路漫品牌签约后的又一场盛事，中伦文德事务所主任李铮律师，中伦文德律师事务所执委会主任朱登凯律师在会上先后发言。参会的律所还包括恒都律师事务所、江苏路韬律师事务所、江苏通达瑞律师事务所等。



2021年2月23日，中伦文德北京总所主任李铮、杭州分所主任张彦周到访中伦文德常州分所，并与杭州分所进行了交流座谈。会上，常州分所主任顾青对常州分所的情况进行了介绍。她表示，中伦文德常州分所定位为提供高端法律服务的综合性律所，配备诉讼非诉各专业团队，加强所内专业团队、总所分所和各中介机构的合作，致力于为企业提供全方位的中介服务。



2021年3月4日，中伦文德常州分所召开律师警示教育及自查自纠动员大会。会议由顾青主任主持。顾青主任作了动员讲话，带领大家学习了习近平总书记关于加强政法队伍建设的重要指示。顾主任指出，律师作为与政法系统密切联系的一支队伍，要积极配合政法系统教育整顿，深入开展我所律师警示教育及自查自纠，确保事务所律师明法纪、知敬畏、守底线。

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 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·前海·香港·伦敦·巴黎·里昂·利雅得·柏林·汉堡

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层

19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing,
100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

www.zhonglunwende.com