

Jun He Law Review

君合

法律评论

2014 (第一期) WWW.JUNHE.COM

总第三十期

- 三资企业法修订的一些思考与建议
- 以出让方式取得的建设用地使用权期限届满后的处理
- 浅议上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划
- 法律实务中的非法律因素



美国纽约Lowenstein Sandler LLP律师事务所合伙人1月15日专程拜访君合律所广州办公室

2014年第1期
CONTENTS
目录
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微
编 辑 部：李晓阳 黄 湘 刘世坚
 令狐铭 何 侃 张红斌
 刘 洋 郑跃杰 李靖怡
 余 剑 伊向明 肖 一
 马 锐 孙丕伟 刘 燕
 叶 礼 左玉茹 万 晶
 张莘阳
分所通讯员：祖 颜 万 晶
封面设计：赵米乐
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- 3 非居民企业股权转让特殊性税务处理的新发展及简评 杨后鲁
8 三资企业法修订的一些思考与建议 君合立法研究小组
14 以出让方式取得的建设用地使用权期限届满后的处理 李海浮 李立山
19 浅议上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划 易 芳 赵 冲

知识产权法专栏

- 26 商业秘密的保护和诉讼策略 张晓都 薛正芳
32 技术进出口的问题探讨 王朝晖 薛正芳

他山之石

- 38 我国电子商务政策法律环境现状简析 阿拉木斯

君合讲堂

- 44 法律实务中的非法律因素 梁闽海

案例评析

- 53 破产企业债权人抵销行为的限制 郑跃杰
56 从一起保险纠纷分析《中华人民共和国保险法》第六十五条的适用 蔡 黎

声明

《君合》法律评论所刊登的文章仅代表作者本人观点，不能将其视之为君合律师事务所及其律师出具的正式法律意见或结论。如您有任何法律问题或法律委托事务，请与本所联系。

卷首语

两会是北京市每年的传统节目，北京市民已经习以为常。不过今年略有不同。开始之前，昆明暴恐事件吸引了所有人的视线。会议进行中，马航航班失联又让国人为之牵挂，中间再穿插了乌克兰危机这幕大戏，于是在不知不觉中两会就结束了，除了对防爆犬被部署在了地铁站印象很深外，对于两会的内容，似乎大家都有点茫然。

不过对于法律人来说，这是一届不能忘记的两会，李总理在政府工作报告中的一句话，将法治的内涵提到了前所未有的高点。那就是“**对市场主体，是‘法无禁止即可为’；而对政府，则是‘法无授权不可为’。**”

法无禁止即可为，相对于传统的“有法可依，有法必依”而言，确定了合法与违法的新界限，只有违反法律禁止性规范的才是违法行为，对于法无明文，甚至是法有明文，只要不是禁止性规范，就不会追究违法的责任。对于市场主体而言，这是解放思想和放开手脚，鼓励进行大胆创新。即使是在上世纪九十年代，改革开放的高潮时期，这样的观念也只是一种设想，而未成为国策。

对政府，法无授权不可为，强调的是依法行政，对于经济、社会的管理行为不能超出法律授权，否则即为违法行为。对于政府在经济和社会生活无所不在的现状而言，管住政府伸得过长的手，不知要斩断多少靠山吃山，靠水吃水的利益链条，其难度也可想而知。运动员与裁判员是一个老掉牙的比喻，但令人悲哀的是，至今这仍是最贴切的比喻。

无论如何“法无禁止即可为”和“法无授权不可为”不再是学术上的概念，而成为了当今的国策，尽管距离实现这样的状态还很遥远，还需要所有法律人的努力和社会公众的支持，但我们应当永远铭记这一中国法治社会发展过程中的大事件。

非居民企业股权转让特殊性税务处理的新发展及简评

杨后鲁

国家税务总局2013年12月12日发布了《关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（2013年第72号公告，以下简称“72号公告”），自发布之日起施行。该规定对非居民企业股权转让适用特殊性税务处理的诸多方面进行了明确。

一、公告背景

目前，关于企业重组特殊性税务处理的主要税务规定为《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59号，以下简称“59号文”）和《企业重组业务企业所得税管理办法》（2010年第4号公告，以下简称“4号公告”）。在72号公告出台之前，只有4号公告第三十六条对非居民股权转让适用特殊性处理的具体操作做了原则性规定：“发生《通知》¹第七条第（一）、（二）项规定的重组，适用特殊税务处理的，应按照《国家税务总局关于印发〈非居民企业所得税源泉扣缴管理暂行办法〉的通知》（国税发[2009]3号）和

《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函[2009]698号，以下简称“698号文”）要求，准备资料。”

然而，698号文中与特殊性税务处理相关的只有第九条：“非居民企业取得股权转让所得，符合财税[2009]59号文件规定的特殊性重组条件并选择特殊性税务处理的，应向主管税务机关提交书面备案资料，证明其符合特殊性重组规定的条件，并经省级税务机关核准。”至于“备案材料”的具体内容和“核准”的操作，则并无涉及。另外，目前部分地方出台的相关操作性指南对此也基本没有规定²。在此情况下，市场上虽有非居民企业股权转让成功适用特殊性税务处理的零星案例，但基本是个案的操作而缺乏规范指引价值。

二、主要内容

72号公告对非居民股权转让适用特殊性税务处理做出了如下主要规定：

1 《通知》指59号文。

2 《江苏省国税局企业重组业务企业所得税操作指南》对此有简单涉及，但其他地方的如下规定对此没有涉及：北京市财政局、北京市国家税务局和北京市地方税务局发布的《北京市财政局、北京市国家税务局、北京市地方税务局转发财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（京财税[2009]1000号）；上海市国家税务局于2010年11月9日颁布的《关于印发〈上海市企业重组业务企业所得税特殊性税务处理备案事项操作规程(试行)〉的通知》（沪国税所[2010]157号）；浙江省国家税务局发布的《关于企业重组业务企业所得税特殊性税务处理备案事项的公告》（浙江省国家税务局公告2011年第6号）；《深圳市地方税务局企业重组特殊性税务处理办税指南》等。

1、对“非居民股权转让”的范围进行明确

59号文中没有对非居民企业股权转让的范围进行界定。实践中，哪些交易属于非居民企业股权转让存在一些争议：比如，境外企业之间合并、分立所导致的境内企业股东的变化在性质上是否属于股权转让等。

72号公告将非居民企业股权转让明确为非居民企业发生《通知》第七条第（一）（即“境外转让方-境外受让方”模式）、（二）项（即“境外转让方-境内受让

方”模式）规定的情形³。同时，72号公告还明确了“境外转让方-境外受让方”模式包括因境外企业分立、合并导致中国居民企业股权被转让的情形。

2、如何进行备案

72号公告对非居民企业股权转让适用特殊性税务处理的备案程序作出了规定，请见下表：

备案主体	在“境外转让方-境外受让方”模式下，由境外转让方向被转让企业所在地所得税主管税务机关备案；在“境外转让方-境内受让方”模式下，由境内受让方向其所在地所得税主管税务机关备案。
备案时间	股权转让合同或协议生效且完成工商变更登记手续30日内
备案材料	1) 《非居民企业股权转让适用特殊性税务处理备案表》； 2) 股权转让业务总体情况说明，应包括股权转让的商业目的、证明股权转让符合特殊性税务处理条件、股权转让前后的公司股权架构图等资料； 3) 股权转让业务合同或协议； 4) 工商等相关部门核准企业股权变更事项证明资料； 5) 截至股权转让时，被转让企业历年的未分配利润资料； 6) 税务机关要求的其他材料。

“税务机关要求的其他材料”由税务机关根据股权转让的模式来把握。如在“境外转让方-境外受让方”模式下，税务机关有可能要求提供境外转让方3年内不转让拥有受让方非居民企业股权的书面承诺等。

3、税务机关的审核

72号公告对备案规定了两部分程序：接受备案和事后审核。如果非居民股权转让未能进行特殊性税务处理备案或备案后经调查核实不符合条件的，均会导致该股权转让不能适用特殊性税务处理。

3 59号文第七条规定：企业发生涉及中国境内与境外之间（包括港澳台地区）的**股权和资产收购**交易，除应符合本通知第五条规定的条件外，还应同时符合下列条件（注：该处“同时符合下列条件”应理解为“同时符合下列条件之一”），才可选择适用特殊性税务处理规定：

- （1）非居民企业向其100%直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权，没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，且转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权；
- （2）非居民企业向其具有100%直接控股关系的居民企业转让其拥有的另一居民企业股权；
- （3）居民企业以其拥有的资产或股权向其100%直接控股的非居民企业进行投资；
- （4）财政部、国家税务总局核准的其他情形。

接受备案	资料齐全的，主管税务机关应当场在《非居民企业股权转让适用特殊性税务处理备案表》上签字盖章；资料不齐全的，不予受理，并告知备案人补正事项。
事后审核	<p>主管税务机关自受理备案之日起30个工作日内就备案事项进行调查核实、提出处理意见，并将全部备案资料以及处理意见层报省（含自治区、直辖市和计划单列市，下同）税务机关：</p> <p>1) 在“境外转让方-境外受让方”的模式下；或</p> <p>2) “境外转让方-境内受让方”模式下，受让方和被转让企业（i）在同一省且（ii）同属国税机关或地税机关管辖。</p> <p>税务机关在进行核实时，如发现该股权转让情形造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，包括转让方把股权由应税的国家或地区转让到不征税或低税率的国家或地区，应不予适用特殊性税务处理。</p>
告知函	境内受让方和境内被转让企业（i）不在同一省或（ii）分别由国税机关和地税机关管辖的情况下的 额外的税务机关内部程序 。受让方所在地省税务机关收到主管税务机关意见后30日内，应向被转让企业所在地省税务机关发出《非居民企业股权转让适用特殊性税务处理告知函》，告知其该股权转让是否符合特殊性税务处理以及是否征税。

4、重组前未分配利润的税务处理

在“境外转让方-境外受让方”情形下，如果转让方和受让方不在同一国家或地区，72号公告规定被转让企业股权转让前的未分配利润在转让后分配给受让方的，不享受受让方所在国家（地区）与中国签订的税收协定（含税收安排）的股息减税优惠待遇，并由被转让企业按税法相关规定代扣代缴企业所得税，到其所在地所得税主管税务机关申报缴纳。

5、衔接规定

72号公告废止了698号文第九条，并规定其实施之前发生的非居民企业股权转让适用特殊性税务处理事项尚未处理的，可依据72号公告规定办理。由于72号公告要求备案的时间是“股权转让合同或协议生效且完成工商变更登记手续30日内”，除非税务机关对该30天的时间要求在实践中做出变通，否则，这一衔接性规定可能并无太大的实际意义。而且，即使税务机关做出了变通执行，此衔接性规定也仅仅适用于在2013年完成工商变更登记且未缴纳税款的非居民股权转让。

三、评论

1、境外合并、分立等导致的股权转让如何适用特殊性税务处理

在72号公告明确之前，有境外企业尝试主张因境外企业分立、合并等导致的境内企业股权的转让只是境外股东名称的变更，因此不存在企业所得税的纳税后果，相应地，在此情形下甚至都不需要申请适用特殊性税务处理。

72号公告规定，59号文第七条第（一）项规定的情形包括因境外企业分立、合并导致中国居民企业股权转让的情形。这就意味着，72号公告直接将因境外企业分立、合并导致中国居民企业股权被转让的情形规定为可以适用特殊性税务处理的情形。72号文在扩大了可以适用特殊性税务处理的股权转让的范围的基础上，同时也将由于因境外企业分立、合并等导致的境内企业股权的转让纳入税务机关监管的范围。

但是，因境外企业分立、合并导致中国居民企业股权的转让并不能直接符合59号文第七条第（一）项⁴的字面规定，而只能是对其进行修订的解读。相应地，59号文第七条第（一）项所规定的特殊性税务处理的条件亦

4 “非居民企业向其100%直接控股的另一非居民企业转让其拥有的居民企业股权，没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负担变化，且转让方非居民企业向主管税务机关书面承诺在3年（含3年）内不转让其拥有受让方非居民企业的股权”，见前注3。

应相应地调整。笔者认为，该种情形要适用特殊性税务处理须满足 (i) 具有合理的商业目的，和 (ii) 没有导致股权转让所得预提税负的变化基本条件。但是，其他条件如何适用则并不清楚，比如，境外合并的两个企业是否须具备100%直接控股关系？子公司合并母公司是否仍然可以适用？在境外企业进行分立的同时，能否将持有的境内企业股权进行分割？

总之，因境外企业分立、合并导致中国居民企业股权的转让的情形比较复杂，如何适用特殊性税务处理需要更为深入、全面的研究。

2、备案的性质和操作

59号文对适用特殊性税务处理规定了备案的要求⁵，但是698号文对非居民股权转让却规定须“经省级税务机关核准”。72号公告重新回归备案制以与59号文规定一致⁶。

实践中，税务机关对适用特殊性税务处理的备案一般都会进行实质性审核，因此其并非程序性的“备案”。税务备案完成，重组就可以适用特殊性税务处理。但是，72号公告规定税务机关应当自受理备案之日起30个工作日内就备案事项进行调查核实、提出处理意见，并将全部备案资料以及处理意见层报省级税务机关。如果税务机关在审核阶段发现该股权转让情形造成以后该项股权转让所得预提税负变化，将不予适用特殊性税务处理。

这一事后审查程序似乎是适用于非居民企业股权转让的特别程序。但是，该事后审核的性质和如何适用还比较模糊。由此产生的一个问题是：非居民转让方何时可以获得适用特殊性税务处理的确定性？是在受理备案

的30个工作日的“等待期”届满的第二天，还是需要获得税务机关某种形式的确认？如果事后审核是备案的一个必要步骤，那么“受理备案”本身就不会单独产生纳税人可以适用特殊性税务处理的法律后果，这和59号文中的规定似乎存在冲突。

3、股息税率对“合理商业目的”的影响

实践中，一个重组交易是否具有合理商业目的是适用特殊性税务处理的关键因素。对于“境外转让方-境外受让方”模式下的股权转让交易，虽然59号文明确规定“没有因此造成以后该项股权转让所得预提税负变化”（股权转让所得显然不包括股息、利息和特许权使用费），但是，如果一个交易主要是为了享受对于税收协定对于股息、利息和特许权使用费的较低预提税率，税务机关很可能认为其不具有合理商业目的⁷。这为“境外转让方-境外受让方”模式下适用特殊性税务处理带来了很大的困难。

笔者早在两年前就呼吁⁸：企业为未来的股息等利用税收协定进行筹划以减少其税务成本正是“合理商业目的”的体现。在企业重组的主要目的之一是为了享受股息等较低税收协定税率的情况下，税务机关给予特殊性税务处理会造成税款流失（股权转让以成本价进行；之前的未分配利润亦能享受新税收协定下较低的预提税优惠）的观点在逻辑上站不住脚。立法者完全可以规定，企业一旦选择特殊性税务处理，其股权转让之前的未分配利润在分配时只能安排原税收协定进行处理，只有股权转让后新产生的股息方可能按照新税收协定的优惠税率进行（当然须满足受益所有人等要求）。因此，不能

5 59号文第十一条：“企业发生符合本通知规定的特殊性重组条件并选择特殊性税务处理的，当事各方应在该重组业务完成当年企业所得税年度申报时，向主管税务机关提交书面备案资料，证明其符合各类特殊性重组规定的条件。企业未按规定书面备案的，一律不得按特殊重组业务进行税务处理。”

6 “鉴于对非居民股权转让适用特殊性税务处理实行备案制，原698号文第九项规定的由省级税务机关核准的内容应废止。故将698号文第九项同时废止。”请见关于《非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》的解读，<http://www.chinatax.gov.cn/n2226/n2271/n2273/c616838/content.html>。

7 南京国税曾以企业未分配利润享受股息、利息和特许使用费的较低预提税为由，否认股权转让具有合理商业目的，从而不予企业适用特殊税务处理。详见田青松、谢聪、徐云翔，《南京国税跨境股权转让追征税款4060万元》，《中国税务报》2011年1月12日。

8 杨后鲁，《跨境并购特殊性税务处理之简评》第10-11页，《君合法律评论》2012年第一期。

以股息将来享受的较低预提税而可能导致的税务利益的损失作为否定具有“合理商业目的”的理由。

我们很高兴地看到，72号公告第八条规定，非居民企业发生“境外转让方-境外受让方”模式下的股权转让且选择特殊性税务处理的，如果转让方和受让方不在同一国家或地区，被转让企业股权转让前的未分配利润在转让后分配给受让方的，不享受受让方所在国家（地区）与中国签订的税收协定（含税收安排）的股息减税优惠待遇，并由被转让企业按税法相关规定代扣代缴企业所得税。这一对股权转让前的未分配利润采取差异化处理的方式实质上已经明确，税务机关不能以一股权转让是为了享受税收协定规定的对股息较低的税率而否定其合理的商业目的。这与我们的呼吁是一致的。

但是，72号公告还存在美中不足的地方：其要求税务机关对股权转让前的股息“由被转让企业按税法相关规定代扣代缴企业所得税”，但对“税法相关规定”未做明确。其产生的一个问题是：股权转让前的股息是否可以适用税收协定以及如何适用税收协定？

对于股息来讲，税收协定的一个基本原则是申请协定待遇的人须是（i）相关缔约方的居民；和（ii）获得股息的人（协定用语是“支付给缔约国另一方居民的股息”）。如果不允许股权转让前的股息适用税收协定（如果税收协定中规定了比国内法10%税率更为优惠的税率⁹），而一概按照国内法征收10%的企业所得税，则相当于将未分配利润并入股权转让所得¹⁰被征收了10%的企业所得税；未分配利润部分实际上没有适用特殊性税务处理，这违背了特殊性税务处理的宗旨。如果允许重组前的股息适用税收协定，如何与《非居民享受税收协定待遇管理办法（试行）》（国税发[2009]124号）和《国家税务总局国家外汇管理局关于服务贸易等项目对外支付税务备案有关问题的公告》（国家税务总局 国家外汇管理局公告2013年第40号）进行协调有待税务机关的明确。

企业对外支付股息须获得《服务贸易等项目对外支付税务备案表》，否则无法在银行完成支付。我们认为，《服务贸易等项目对外支付税务备案表》的境外收款人应为非居民受让方。从国税发[2009]124号规定的税收协定待遇审批的角度，纳税人应是非居民受让方，但是提交的证明受益所有人等文件均是与原转让方相关的文件且适用的是非居民受让方所在国家/地区与中国签订的税收协定。这样便可以实现对外支付、协定待遇申请和特殊性税务处理的协调。而如果由境外转让方申请，由于转让方已经不再直接持有中国公司的股权，且不是获得股息的人，则存在操作上的困难。



杨后鲁
执业领域

杨后鲁律师专注于税务。

执业经验

杨后鲁律师于2011年在君合开始执业。参与并购重组中的税务咨询和架构设计、698号文和反避税规则咨询、申报和合同条款安排、特殊性税务处理重组和筹划、税收协定和国际税收筹划、税务稽查应对、转让定价、海关和供应链咨询等上百个项目。在加入君合之前，杨后鲁律师是知名的荷兰国际财政文献局的高级研究员，并曾在一家国际律师事务所的北京办公室工作。杨后鲁律师2013年和2014年被钱伯斯亚洲指南（Chambers Asia Guide）评为税务领域的“领先律师”。

教育背景

荷兰莱顿大学国际税法法学硕士（2007）
北京大学法律硕士（2006）

专业组织

杨后鲁律师是全国律师协会的会员。

工作语言

杨后鲁律师的工作语言为普通话和英文。

⁹ 比如，如果重组前转让方可以按照税收协定申请5%的协定税率（中国签订的许多税收协定/安排中均有此待遇），重组后按照新协定可以申请0%（比如按照中国与英国、荷兰等新税收协定，在某种情形下对股息的税率可以降为0%）。

¹⁰ 698号文规定：“股权转让价是指股权转让人就转让的股权所收取的包括现金、非货币资产或者权益等形式的金额。如被持股企业有未分配利润或税后提存的各项基金等，股权转让人随股权一并转让该股东留存收益权的金额，不得从股权转让价中扣除。”

三资企业法修订的一些思考与建议

君合立法研究小组

自1978年我党十一届三中全会确立了以经济建设为中心、实行改革开放的路线以来，我国从计划经济体制逐渐转变为国际化、开放型的市场经济体制，吸引外资的数量逐年增加。目前，外国的企业、个人和其他经济组织在华投资已经形成全方位、多层次、宽领域的发展格局，对中国经济的发展产生了重大且深远的影响。

《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》三部外商投资法律（简称“三资企业法”）公布于改革开放之初，是开启我国吸引外资改革开放进程中的重要法律¹，其配套法规和规章²也随后相继

出台，形成了我国当前外商投资法律体系的主要内容。同期，《中华人民共和国宪法》明确允许外国企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资³。至此，以三资企业法为主干的外商投资法律成为我国经济制度的重要组成部分。

目前，从横向法律体系而言，外商投资法律形成了以依据外商投资企业形式展开规范的三资企业法；针对外商投资特定行业的特殊规定（“行业立法”，例如《外商投资电信企业管理规定》），针对三资企业的融资、税务、工商、外汇等配套管理的法律法规，以及其他领域涉及外资的专门规范（例如《民事诉讼法》中的

1 《中华人民共和国中外合资经营企业法》于1979年7月1日经第七届全国人大第三次会议通过，并于当年7月8日公布后施行，先后于1990年4月4日以及2001年3月15日被修订。《中华人民共和国中外合作经营企业法》于1988年4月13日经第七届全国人民代表大会第一次会议通过，于2000年10月31日被修订。《中华人民共和国外资企业法》于1986年4月12日经第六届全国人民代表大会第四次会议通过，于2000年10月31日被修订。

2 包括但不限于1983年9月20日国务院发布、先后于1986年1月15日、1987年12月21日、2001年7月22日修订的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》，1995年8月7日国务院批准、于1995年9月4日对外贸易经济合作部发布的《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》，1990年10月28日国务院批准、1990年12月12日对外经济贸易部发布、2001年4月12日修订的《中华人民共和国外资企业法实施细则》等。

3 1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过并于同日施行的《中华人民共和国宪法》第十八条规定：中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资，同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业，都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。”至此，外商投资法律成为我国经济制度的组成部分。

涉外规定)等为主体的法律体系。从纵向法律体系而言,针对外商投资活动的相关规定散见于宪法、全国性立法、地方性立法,其立法权限较为分散。

三资企业法带有立法之初我国市场、法律环境的鲜明烙印。例如,为吸引国外资金和技术的流入,在税收、劳动、土地和外汇等各方面给予了外国投资者优于国内投资者和企业的政策,形成了外商投资企业的“超国民待遇”;出于当时以企业所有制形式为核心的监管思路,相关制度着眼于不同企业形式即中外合资、中外合作、外商独资进行安排等⁴。

以三资企业法为主体的外商投资企业法律对于推动我国改革开放,确立市场经济体制打下了坚实的制度基础。但随着我国市场经济体制的发展,三资企业法制定实施所依据的市场、法律环境已发生了重大变化,外商在华投资实践不断出现新挑战、新机遇。而现行的三资企业法日益显现出与当前市场、法律环境不相协调的地方,很难满足应对新情况的需求。为实现全面深化改革开放的目标,根据当前市场、法律环境对三资企业法以及相关外商投资法律法规进行及时清理,制定全面、完整、统一的外国投资法律成为当务之急。

目前,三资企业法修订已列入第十二届全国人大常委会立法规划。为推动外商投资法律立法工作,确保立法工作的科学性,本文将对现行三资企业法存在的问题进行分析,并对三资企业法的修订提出相关想法、建议。

一、现行三资企业法的主要问题

1、双轨制导致法律适用不确定

三资企业法的大量规定着眼于企业组织形式和行为准则。然而近年来,随着现代企业制度在我国的发展,针对企业组织与行为已公布了公司法、合伙企业法等法律。同为针对企业组织与行为的规范,三资企业法目前与公司

法、合伙企业法等规定形成了内外“双轨制”的制度。

在现有的双轨制情形下,三资企业法与公司法、合伙企业法的规定有重复也有冲突。如何在发生冲突时正确地适用相关规定目前并没有在法律中予以明晰。尽管有相关司法解释或部门规章为解决实践中出现的法律适用冲突问题出台了一系列规定(例如国家工商行政管理总局、商务部、海关总署、国家外汇管理局四部委联合颁布的《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》,国家工商总局发布的针对该意见的重点条款解读,以及最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》等),但此类解释作为下位法,其规定是否符合上位法的要求有待商榷。另外,由于法出多门,缺乏系统性,导致具体情况应当适用哪些规定仍然存在困扰,影响了法律适用的确定性、权威性和可执行性,不符合世界贸易组织要求的政策法规透明原则。

2、外商投资待遇定位不明确

三资企业法立法之初,为吸引外商在华投资,我国在税收、外汇金融、财务会计、劳动保障等方面均给予准入后的外商投资企业较为优惠的政策,而国内投资者和企业却并不享有这些优惠,其结果是给予了外商投资企业“超国民待遇”。随着市场环境的变化,主要为吸引外国投资而呈现的“超国民待遇”已逐渐不再适用市场公平竞争、持续性发展的需要。

目前,在我国作为成员国的《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMS)、《服务贸易总协定》(GATS)以及与贸易有关的知识产权协议中,我国政府已承诺给予外商投资企业国民待遇,但尚未在法律层面上确定。

从维护市场公平竞争秩序以及WTO的原则而言,目前应考虑逐步从以税收激励机制为主的优惠政策转向以公平竞争机制为主的优惠政策,即由基于激励型的外国直接投资政策转向规则性的外国直接投资政策。此前,

4 即中外合资企业的组织形式是有限责任公司,中外合作企业的组织形式是有限责任公司或不具有法人资格的合作企业形式,外商独资的组织形式是有限责任公司或经批准的其他形式。

新的《企业所得税法》出台，在税收法律层面对外商投资企业已基本实现了国民待遇。而在其他领域，按照WTO要求的原则改革外商投资企业超国民待遇，减少行政权对市场活动的过多干涉，建立公平开放透明的市场规则依然是当务之急。

3、缺少应对市场新情况的规范

现行三资企业法主要调整规范外商直接在中国境内设立企业（“绿地投资”）的待遇和活动安排，对于外商通过其他方式在华进行投资，例如购买境内公司股权或对境内公司增资，没有全面的规定。

与立法之初情况不同，单纯的绿地投资已不再是外商的唯一投资方式，境外机构或个人通过购买境内公司股权、资产或增发的股份获取资本收益的投资形式已非常普遍。针对这些投资形式，商务部已出台《关于外国投资者并购境内企业的规定》（“并购规定”），但并购规定为部门规章，外资通过这些形式进行投资的规定尚未上升至法律层面。

其次，三资企业法立法之初并未考虑到控制权变更等现代企业制度的相关安排，导致实践中通过第三方特殊目的公司持有国内公司股权，在股权变动时通过特殊目的公司的股权安排规避境内监管的情形时有发生。

另外，与三资企业法相比，公司法、合伙企业法等针对企业组织形式的立法建立的现代企业制度规范更为成熟完善。例如，中外合资企业法中没有规定股东会的职权和权限，中外合作企业不具备法人资格，但也没有采取国际上通行的合伙企业形式。三资企业法中临时性、政策性的针对企业形式的规范不再符合当前经济活动的要求，容易造成相同形式的内外资企业在组织规则，运作规范上的不统一，不利于市场公平竞争秩序的建立。

4、法律条文陈旧过时

三资企业法部分内容系针对立法之初的计划经济体

系而规定（例如原材料采购、销售和外汇平衡等），在当前商业成熟度大幅提升的市场环境下已严重过时。同时，三资企业法在条文描述中大量采用了“一般应”、“必要时”等模糊不清的概括性用语，导致各地政府部门在执行时产生不同理解，使得执法缺少统一标准。

二、三资企业法改革的总体建议

1、制定统一的外国投资法，专门法、特殊法相结合，对外资进行全方位调整

外国投资者投资行为与境内投资者投资行为的本质区别在于投资者身份不同。基于这种身份差异，主权国家应当重点考虑外国投资对本国国家安全、社会公共利益、传统民族产业、特殊自然资源等方面的影响，并采取措施确保其不会对上述方面造成不良影响，而不应再仅从企业形式的角度予以规范。

从这一原则出发，我们建议编制统一的外国投资法（“基本法”），作为调整外国在华投资的基本法律。在该法律中，应当系统规定外国投资的定义、基本形式、法律原则、审批要求、保护范围以及普遍出现的法律问题的调整，确立外国投资市场准入制度，衔接反垄断审查并建立国家安全审查体系。相关规范应当适用于所有的外资领域，具有普遍效力。关于基本法主要制度的建议请见本文第三部分。

另外，保留现行外商投资法律体系中符合保护国家安全、社会公共利益、传统民族产业、特殊自然资源等需要的法律法规：例如适用于特定行业（例如电信、金融）的行业立法，或者适用于特定地域（例如经济特区，中西部欠发达地区）的法律法规（“专门法”）；以及通用法律中专门适用于外国投资的特殊条款（“特殊法”）。这些规范不具有普遍效力。

基于以上分析，未来外商投资领域应当形成“基本法+专门法+特殊法”的立法体系，这种法律体系能够实现对外国投资进行全方位调整，又可加强外资法与其他

国内法的衔接。在国际上，加拿大和澳大利亚目前采用的正是此种模式。

2、不再通过企业形式规范外国投资，利用现有的企业法律体系，变双轨制为单轨制，使企业组织形式的规范统一适用

立法之初，我国尚处于计划经济向市场经济转型的时期，没有建立现代企业制度的相关规范。同时，基于当时以企业所有制为核心的监管思路，三资企业法以及相关法律法规围绕企业形式分别进行了制度安排。

随着我国市场经济体制不断完善，我国已经建立了较为完善的针对企业形式的立法体系，包括但不限于公司法、合伙企业法等。各种企业形式均可以通过现有的企业管理法律体系得到全面、恰当、统一的规范（例如有限责任公司、股份有限公司、独资企业或合伙企业），基本可以满足外国投资者不同类型企业与风险安排的制度需要。基于上述变化，三资企业法与其他企业法律在企业组织形式、运行规则方面的双轨制呈现不必要的重复与冲突，带来法律适用方面的一系列问题。

因此我们建议，不再对基于企业形式的三资企业法进行制度细节修补，而是根本摒弃从企业形式对外商投资进行管理的思路，消除内外资双轨制，将与外商投资企业组织和运作规则有关的事宜并入现有企业法律体系，按照公司、合伙企业等形式分类规范。

经上述调整，除市场准入负面清单以外，涉及外商投资企业的设立、终止、组织结构、经营管理事宜均将按照企业形式划归公司法、合伙企业法、独资企业法分别调整。其设立审批的要求应与其他公司、合伙企业、独资企业保持一致，给予外国投资者准入前国民待遇。

3、日常监管纳入各部门法，商务部牵头制定相关政策

对于外国投资在融资、税收、工商、外汇、劳动管

理、进出口和海关等方面因其身份不同于境内投资者而需要的特别监管，应当按照对外资的管理关系纳入相关部门法调整。除为确保外国投资不会对国家安全、社会公共利益、传统民族产业、特殊自然资源等方面造成不良影响的相关规范外，还应当实现对外商投资企业与境内其他企业的统一监管。

作为外国投资主要管理部门，商务部应当会同相关监管部门制定针对外国投资的配套立法。

综上所述，基于外国投资活动的特点，应当对现有外商投资法律体系进行变革，着眼于保护国家安全、社会公共利益、传统民族产业、特殊自然资源等利益以及维护市场公平竞争秩序，设置外商准入、反垄断审查以及国家安全审查制度，制定统一的外国投资法，明确相关基本政策，形成“基本法+专门法+特殊法”的法律体系；将外商投资企业组织形式的相关事宜归入现行企业法律体系规范，同时由各监管部门以上述制度为出发点分别对外国投资予以监管。

三、关于外国投资基本法内容的相关建议

如上文所述，我们建议改革当前外商投资法律体系，制定统一的外国投资法，在外国投资基本法中明确国家对外国投资的基本政策，确定外国投资的主要法律待遇、市场准入、财政税收政策以及市场监管政策等。

就外国投资法具体制度而言，我们建议，监管应限于保护国家安全、社会公共利益、传统民族产业、特殊自然资源等需要，而不应仅因投资者身份不同而设定不同的准入标准，使得市场主体地位产生实际的不平等。除因为保护上述基本利益而设置的禁止或限制性规范外，应当着力清除市场壁垒，建立公平、开放、透明的市场规则。基于上述原则，以下是我们对外国投资法基础规范的具体建议，供参考。

1、市场准入应建立“准入前国民待遇加负面清单”的管理模式，实现有限监管和有限审批

我党十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提到，“建立公平开放透明的市场规则。实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式”。

根据上述原则，未来的外国投资法应当首先确立市场准入机制的制定原则。为政府制定、修改和完善相关的外商投资准入政策提供法律依据。

具体而言，一方面，外国投资法应当授权国务院根据国家经济发展需要制定明确、完善、具有可操作性的“负面清单”式产业指导目录，明确规定禁止或限制外国投资的行业领域以及特定领域中的外商投资比例；另一方面，除了负面清单中明确列明禁止从事或限制从事的行业以外，如果外商投资其他无限制类行业或投资比例在允许的范围内，应当按照内外资一致的原则，将外商投资项目核准制改为备案制。即不需要再经政府事先批准，仅对负面清单中列明的相关行业行使审查权，确保其既符合保护国家安全的需要，亦不会对市场公平秩序造成影响。

特别的，对于市场准入机制要求核准的外商投资项目，相关审批机关的审批权也应相应限缩于投资活动对国家安全等根本利益影响的范围，施行优先审批，而不应再对投资活动中的商业安排（例如价格调整机制、股权转让定价等）予以审查，减少行政权力对市场自由活动的不当干预。

上述安排在满足保护国家安全等需要的前提下，实现了统一的市场准入制度，为外国投资提供了准入前的国民待遇，进一步深化了外商投资领域的市场化程度，有利于建立公平透明的市场规则。目前上海自由贸易试验区正在推行准入前国民待遇和负面清单的管理模式，相关的规范和实践经验对外国投资法的准入制度设计将有一定启发。

2、明确外商投资市场准入制度与反垄断制度、国家安全审查制度的关系

外国投资法应当框定政府对外国投资的监管和干预

体系。除了从产业政策角度限定外商投资准入以外，还应明确建立国家安全审查制度，并与现有的反垄断审查制度衔接，以确保国家安全利益同时维护市场公平竞争秩序。将市场准入、反垄断审查、国家安全审查三机制相结合，实现对外国投资活动中国家利益、市场公平秩序的平衡和保护。

国家安全审查制度已在一系列相关规定中有所涉及：《反垄断法》第31条认可了另行建立国家安全审查制度的必要性；2009年，商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》提出了影响国家经济安全等利益的交易活动需申报的要求；2011年2月，国务院办公厅下发《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》，规定投资者有向商务部申报的义务，并规定由外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议具体承担并购安全审查工作等。但相关审查规则尚未在法律层面予以确认。根据行政许可法的规定，法律可以设定行政许可。尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可。

因此，从立法层级而言，建议在外商投资法中明确将国家安全审查设为行政许可项目，确保其合法性。

3、取消25%的一刀切规定，由监管部门根据具体情况设定享受外资优惠政策的门槛

与上文所述的审批/备案制改革相关，我们建议取消以外资比例超过25%作为定义外商投资企业的规定。

在当前情况下，外资享受优惠政策的制度应当列入按照行业划分的外商投资专门法中，允许政府监管机关根据特定行业的外商投资情况、商业成熟度、发展优先性等因素确定给予优惠的门槛，不应再适用25%的“一刀切”标准。

4、包容多种投资方式

鉴于当前外商在华投资方式的多样化，外国投资法中应当包容新设、收购、兼并、认购增资、换股等多种投资

方式，并为未来的新交易模式留出立法空间，确保多渠道多面貌的外国投资活动均受到全面、统一的监管。

对于各种投资形式中的商业安排，例如价格，应当允许根据市场自由约定，政府不进行不当干预。

5、取消中外合作经营企业的形式

中外合作经营企业的形式在法律上定位模糊。该类企业既不是法人实体，也不是标准意义上的合伙企业。这种模糊不清的身份在目前的现代企业制度体系中已没有存在的必要。

中外合作经营企业相关的制度设计可以通过现有法律体系中的组织形式予以实现，取消中外合作经营企业并不会影响市场主体的正常活动。例如，公司法已经为中外合作经营企业不按出资比例分红的制度提供了制度空间，利润分配的比例安排可以由股东协商决定，因此可以取代中外合作经营企业关于允许外方提前收回投资、扩大外方分配比例等制度。

6、应重视对外国投资者控制权变更的监管，确保监管到位

目前大量存在外国投资者通过第三方特殊目的公司在华投资，然后在转让境内公司股权时通过特殊目的公司股权转让规避中国监管的情况。

为避免上述情况，建议在外国投资法中对于外商投资企业控制权的变更视同股东变更来管理，适用外资准入、反垄断审查以及国家安全审查等监管要求。为实现这一目的，建议明确“控制”的标准，通过清晰的指引，辨识外国投资者活动，在了解清楚的基础上，对外商投资活动进行适当管理。

7、强化违规处罚措施

根据党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全

面深化改革若干重大问题的决定》的要求，应当建立公平、开放、透明的市场规则。改革市场监管体系，实行统一的市场监管，反对垄断和不正当竞争。建立健全社会征信体系，褒扬诚信，惩戒失信。

在遵循上述改革思路，且相关监管机构对外国投资行为实行“有限监管”、建立“有限审批”的前提下，如果外国投资企业规避或违反外国投资法确立的基于国家利益、市场公平秩序等而设置的相关制度，应考虑给予较为严厉的处罚，惩戒失信。现有处罚措施的范围可以考虑扩充，例如行政罚款、限期整改、临时性禁止跨境支付行为、将违规企业纳入“黑名单”管理，提高监管等级，恢复原状等。

四、小结

综上所述，我们认为，现行的三资企业法的规定与当前的市场、法律环境不相适应，不利于公平开放透明的市场规则的建立。为推进全面深化改革的历史任务，加快完善市场经济体系，应当调整外国投资监管的基本思路，不再针对企业形式对外商在华投资进行管理，制定统一的外国投资法，框定外国投资领域监管的体系，实现有限审批前提下的统一监管，建立公平透明的市场规则。

就外国投资法制度设立而言，建议从保护国家安全的角度制定准入负面清单，负面清单以外，外国投资应与其他各类市场主体平等进入，推动准入前国民待遇；同时，建立完善的反垄断和国家安全审查制度，确保外国投资活动不会影响国家安全等基本利益或公平竞争的市场秩序。通过外资准入、反垄断审查和国家安全审查三机制的衔接配合，实现对外国在华投资活动科学、高效、必要的监管。

以出让方式取得的建设用地使用权 期限届满后的处理

李海浮 李立山

摘要

自1988年修订的《土地管理法》确立土地有偿使用制度以来，土地使用权期满的话题日益引起公众的注意。实践中已有相关案例出现，但囿于实施细则的阙如，加之出让合同多为示范文本，体现的还是制定当时的法律规定，已不能适应形势的变化。就土地使用权期满如何续期以及地上物如何处理等问题，亟需出台新的、更具操作性的规定。对未来的立法内容，许多专家、学者均给出了意见和建议。

1、引言

当很多人觉得住宅用地70年大限的事还很遥远时，对位于青岛经济技术开发区黄岛区的阿里山小区居民来说，撞“限”的日子已经真真切切地来了。1989年，由于当时尚无政策可依，黄岛对以阿里山小区为主的部分住宅用地使用权，设定20年和30年不等的出让期限。

2006年，一个小区业主想把老房卖掉，却发现因20年期限快到了，房子已经很不好卖了。一位业主曾拿房产证去银行抵押，得到的答复是，对土地使用年限快到期的房子，银行无法放款¹。

据当地政府部门统计，青岛经济技术开发区自成立以来，出让20年、30年使用年限的住宅出让用地共计41宗，总用地面积667.5亩，业主总数为5,071户²。

土地使用权期满后究竟怎么办？

2、现行法律法规规定

《中华人民共和国物权法》（以下简称“《物权法》”）规定：“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。”

《物权法》明确了住宅建设用地使用权期限届满后

1 <http://www.sina.com.cn/> 2011年03月28日07:18中国青年报。

2 同注1。

自动续期，但没有明确规定续期后是否支付土地使用费和续期期限等问题。同时，关于非住宅用地使用权期限届满后的续期及法律后果，《物权法》分别授权法律、行政法规规定。

现行与此问题相关的法律法规除《土地管理法》外，还包括《中华人民共和国城市房地产管理法》（以下简称“《房地产管理法》”）和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（以下简称“《暂行条例》”）。但我们注意到，上述法律法规体现出对出让方过度保护的倾向。例如，根据《房地产管理法》，土地使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。《暂行条例》则进一步规定，“土地使用权期满，土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。”

3、出让合同中关于土地使用权期满后如何处理的约定

《国有土地使用权出让合同》示范文本亦存在不同版本，包括94版（GF-94-1001）、2000版（GF-2000-2601）和2008版（GF-2008-2601），反映了不同时期法律的规定。其中，94版规定，出让年限届满，土地使用权及地上物由出让人无偿收回。2000版和2008版均规定，出让期限届满，土地使用者未申请续期的，地上物由出让人无偿收回。就续期申请因公共利益需要而未获批准的情形，2000版规定的是按地上物的残余价值给予相应补偿；而2008版在前述规定的基础上增加了一个备选项，“地上物由出让人无偿收回。”

4、地方规定及实践操作

因中央层面现行法规缺乏具体的实施细则，造成地方层面的规定不得不自行设定一些条件或规范。

4.1 地方规定

（1）深圳规定

2011年修正的《深圳经济特区土地使用权出让条例》（以下简称“《特区土地条例》”）规定，出让合同规定的年期届满，土地使用权终止。土地使用权连同该宗土地上的建筑物、附着物由土地管理部门无偿收回，但法律、法规另有规定的除外。土地使用权年期届满，土地使用者未主动到房地产主管部门办理注销登记手续的，由房地产主管部门径为注销登记。土地使用权年期届满，土地使用者需继续使用该宗土地的，应提前向土地管理部门提出申请。土地使用者申请的用途符合当时城市规划要求的，准予继续使用；否则，不予批准。

《特区土地条例》明确了土地管理部门受理续期申请后的审核原则，即申请的用途是否符合当时城市规划要求，但该条例没有区分住宅和非住宅用地。由深圳市规划和国土资源委员会于2011年稍后印发的《深圳市规划和国土资源委员会行政许可实施办法》中规定，住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期；非住宅建设用地使用权申请续期的，申请用途须符合城市规划和土地利用总体规划，并符合国家关于土地供应的相关政策。

（2）成都规定

成都市国土资源局在2008年2月28日给彭州市国土资源局《关于国有建设用地使用权期间届满相关问题处理的答复意见》中称，在住宅建设用地使用权期间届满后，土地登记机关可在该宗地的土地登记簿上填写“依法自动续期”等内容，并可依土地使用权人要求在其土地权利证书的备注栏内作相应记载。非住宅建设用地使用权期间届满，使用权人需要继续使用土地的，处理方式与《房地产管理法》的规定基本一致，但强调应按城市规划确定的土地用途重新签订出让合同。对于非住宅建设用地使用权期间届满，使用权人未申请续期的，除需收回该宗土地的，土地登记机关应通过发布公告等方式通知使用权人补办续期手续。使用权人未申请续期且未在公告规定的期限内补办续期手续的，建设用地使用权由政府无偿收回。该宗地的地上建筑物及其他附着物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照有关法律规定办理。

4.2 地方实践操作

前文提及的青岛案例发生时，当地国土部门工作人员只能安抚居民的情绪，告诉居民先安心居住，等待《物权法》细则的出台。目前该小区居民办理过户并不受影响。在国家出台《物权法》细则对“自动续期”作出更权威的解读之前，政府部门无法给小区居民一个满意的答复。青岛市国土资源和房屋管理局曾于2009年请示国土资源部，但没有得到实质性答复，只是称国土部已将相关材料转交给全国人大，目前还没有进展³。

此外，有报道称，2011年7月25日，深圳金桃园大厦业主曾被告知，土地出让年限期满后，政府将无偿收回金桃园大厦地块使用权，该地块上的建筑及其他附着物由政府无偿取得。但深圳市规划国土委否认了上述说法，并称，金桃园大厦土地使用期限到期后，住宅部分的土地使用权期间届满后自动续期，非住宅部分的土地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。业主可以申请续约，但是否收费，怎样收，还需要继续研究。

综合上述二个案例可以看出，在国家出台具体的实施细则前，地方国土部门仍处在观望和等待的状态。

5、亟待解决的问题

《物权法》的现有规定提出了以下需要解答的问题：第一，续期的期限如何确定，是否能多次续期？续期期限届满后如何处理？续期时是否支付土地使用费以及如何支付？第二，期限届满，国家收回地上物是否需要支付对价，以及对价如何确定？⁴

5.1 建设用地使用权期限届满后的续期规则⁵

（1）续期的期限如何确定

无论是自动续期还是依申请而续期，都存在续期的期限如何确定的问题⁶。对此，有学者认为，续期期限应为建筑专家对该建筑物的安全使用年限的评估年限，最长与国家规定的最长使用年限一致⁷；也有学者认为，续期期限应为法律所规定的最长期限，例如居住用地即为70年⁸。

（2）续期的次数是否以一次为限

关于建设用地使用权续期届满之后是否还可以再次续期，存在不同观点。一种观点认为，如果允许不断续期，无异于事实上的土地所有权买卖⁹。另一种观点则认为，如果只允许一次续期，那么期满后的地上物所有权归属又将难以确定¹⁰。有学者建议，如果期限届满后的续期期限已经考虑到房屋的结构与耐用年限等因素，续期期限以一次为宜。如果期限届满后的续期期限采取统一的年限规定，如20年、40年，则在续期期限届满后，如仍在耐用年限内，应允许再次续期¹¹。

我们认为，随着科技进步成果在建筑领域的应用，建筑物的使用期限会越来越长，简单的以建筑物使用期限作为土地使用权续期期限的依据既混淆了土地使用权续期的法理基础，也必然会引起将来再次调整。只要在法定的期限内，不论建筑物是否仍可使用（即使不可使用也可通过改建、重建等方式利用土地），都不得收回土地使用权。

（3）续期时是否应当支付土地使用费

目前争议最大的是住宅用地续期后是否应支付土地使用费的问题¹²。有观点认为，住宅建设用地使用权期限

3 同注1。

4 参见高圣平、杨旋：《建设用地使用权期限届满后的法律后果》，《法学》第104页 2011年第10期。

5 同注4。

6 同注4。

7 参见何汉全：《土地使用权届满的后续问题研究》，《中国房地产》2004年第11期。

8 参见房绍坤：《物权法用益物权编》，中国人民大学出版社2007年版，第204页。

9 参见何汉全：《土地使用权届满的后续问题研究》，《中国房地产》2004年第11期。

10 参见张杨：《试析土地使用权届满后的地上物所有权》，《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2005年第4期。

11 同注4。

12 同注4。

届满后自动续期，不应支付土地使用费¹³。也有观点则认为，建设用地使用权期限届满后应当有续期¹⁴。另一个引申出的问题是，如果需要支付土地使用费的话，按什么标准支付。就住宅建设用地而言，有学者提出可参照我国香港地区的做法，即土地自动续期，期限同上一次土地批租年限，续期不需补交地价，仅需每年缴纳较少的新地税¹⁵。

我们认为这个问题应与房地产税的改革、续期期限等统筹考虑，不是简单的收费或不收的问题。同时，如果有续期，无异于重新出让（除非收费标准差异化），需要先行解决的法理问题是同一地块的土地使用权是否可以重复出让给同一个（包括多个）使用人。

5.2 建设用地使用权期限届满后地上物的处理规则¹⁶

（1）如何保障当事人的意思自治

《物权法》确定了有约定从约定，没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理的原则，充分肯定了私法自治原则。但是，在当今政府垄断土地出让市场的情况下，这一原则的可执行性大打折扣，因此，《物权法》关于非住宅建设用地使用期限届满，地上房屋归属依约定处理的规定仍不具有充分的可操作性。我们建议，直接在法律中规定，建设用地使用权届满，国家依法可以收回建设用地使用权的，在给予地上建筑物权利人合理补偿后，地上建筑物归国家所有，但建设用地使用权届满时，地上建筑物权利人明确放弃补偿的除外。

（2）期满后地上物补偿价格如何确定

虽然当事人可以协商地上物补偿的价格，但如前所述，因意思自治原则缺乏可执行性，如果按照土地

出让合同中的约定处理，那么其几乎都要无偿归出让方——政府所有¹⁷。有鉴于此，有人建议在法律上径直规定，期限届满后，地上物均以收回时的评估价格予以相应补偿¹⁸。我们认为，以评估价格确定补偿标准不失为一个解决办法，但仍须进一步明确评估机构的选择程序和方法，特别是在有多个建筑物权利人的情况下。可以考虑参考《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定，即评估机构由建筑物权利人在有资质的评估机构中协商选定；协商不成的，通过多数决定、随机选定等方式确定。此外，还应明确评估价格中是否包括土地的价值。实际上，与房屋价值相比，土地的价值更为可观。如果房屋所在土地的价值不包括在评估价格内，则建筑物的权利人所获得的补偿将会大为减少。不过，根据现行《城市房地产管理法》的规定，土地使用权将由国家无偿收回，这意味着土地价值不包括在内。《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定，对被征收房屋价值的补偿，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。这里的补偿价格显然包括了土地的价值。当然，《国有土地上房屋征收与补偿条例》所规定的征收是为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，与土地使用权到期收回土地不同。但是，如果出现在同一地段，质量好的房子或商业房屋的补偿价格远远低于质量差或居住用途房屋的情况，将可能使建筑物权利人产生抵触情绪，不愿接受补偿价格，甚至拒绝交出房屋。因此，补偿价格的确定也不能完全无视土地的价值，应当适当予以考虑。

6、结论

随着时间的推移，土地使用权期满的案例会越来越

13 同注7。

14 参见王新江：《建设用地使用权应当有续期》，《中国财政》2009年第12期。

15 陈志文：《关于到期土地使用权续期的讨论》，《中外房地产导刊》2002年第24期。

16 同注4。

17 同注17。

18 同注4。

越多。虽然《物权法》对住宅用地做出了自动续期的规定，但由于更具体的操作细则尚未出台，地方土地部门要么静待中央的进一步解释，要么在法律的框架内寻求临时的解决方案。对于如何续期以及期满后地上物如何处理，还有待《物权法》的修改或实施细则的出台，予以解决。



李海浮

执业领域

李海浮律师专注于房地产、建筑、收购兼并、一般公司业务和合规事务、诉讼和仲裁。

执业经验

李海浮律师曾任职于中国北方航空公司（后并入中国南方航空公司）大连公司，负责公司法律事务。1998年8月，加入辽宁法大律师事务所，开始从事律师业务，并担任该所建筑房地产部部长；2002年加盟辽宁中信德源律师事务所，并成为合伙人。2004年3月加入君合律师事务所。现为房地产组资深律师。

李海浮律师曾代表高盛、麦格理、雷曼、华平、中信资本、和记黄埔、阿赛洛、伊藤忠、三洋、凯德置地、新华保险、新华信托、中国人寿、中国银行、光大银行、万科公司、融创中国等境内外主要投资机构、跨国公司、私募基金和大型房企等在其并购、投资、上市等业务中提供法律服务。李律师曾担任大连市建委、大连万科房地产开发有限公司等的常年法律顾问。曾代理全国第一起商品房欺诈双倍返还案等。2003年被大连市团市委、大连晚报联合评为大连十大房地产青年精英之一。李律师参与的澳大利亚麦格理银行收购万达在中国境内九个城市的购物广场项目被评为国际金融法律评论杂志评为2007年度的资产证券化年度交易。

教育背景

美国宾夕法尼亚大学法学硕士（2013）
北京大学法学士（1997）

专业组织

李海浮律师是全国律师协会的会员。

工作语言

李海浮律师的工作语言为普通话和英文。



李立山

业务领域

房地产

工作经历

1999年至2004年间，李立山律师在北京一家专业从事房地产法律事务的律师事务所执业。李立山律师2005年2月加入君合律师事务所，现在君合北京总部执业。李立山律师从事法律工作十余年来一直专注于房地产法律领域，在法律文件的起草、项目谈判、交易结构设计等方面积累了丰富的经验和技巧。曾为星狮地产、嘉里集团、金地集团、京投银泰、嘉铭投资、高盛、华平投资、瑞士信贷集团、中信资本、建银投资、德意志银行、麦格里银行、万豪国际集团等众多的跨国公司和大型房地产企业提供法律服务，参与了大量房地产前期开发、工程建设、资产重组、房地产租售、并购融资、物业管理、酒店管理等服务。

教育背景

李立山律师于1999年毕业于西北政法学院经济法系国际经济法专业。

执业资格

李立山律师1998年取得中国律师资格。现为全国律师协会会员。

工作语言

普通话、英语

浅议上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划

易芳 赵冲

在目前市场上销售的集合资金信托计划中，以上市公司限售流通股股权收益权为投资标的设立的信托计划屡见不鲜，如汇益一号（东风股份1）股权收益权投资集合资金信托计划¹、天晟新材股权收益权2期集合资金信托计划²等。本文以上市公司限售流通股股权收益权的概念为核心，简要介绍此类信托计划。

一、上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划简介

上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金信托计划发行的情况一般为，融资方有融资需求，但由于其不能将自身持有的限售流通股股权直接进行转让，于是信托公司以限售流通股的收益为标的，通过发行信托计划，投资人将资金委托给信托公司后，信托公司作为受托人运用信托资金投资于限售流通股的收益权，从而达到为融资方融资的目的。同时，为了保证信托财产的安全，信托计划往

往要求融资方将这部分股权反向质押给信托公司，最后在信托计划存续期内获取的股权的分红或者融资者回购该部分股权所得收益等作为投资者的回报。³

二、信托计划股权收益权含义

1、何为限售流通股

《证券法》、《公司法》等法律并没有对我国上市公司的限制售流通股作出明确的界定。实践中，限售流通股一般包括如下几种情况：

（1）《公司法》明确规定的有限售条件流通股。（如《公司法》（2005年修订）第一百四十二条规定：“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司

1 此信托计划信息见<http://www.yanglee.com/Shop.aspx?ItemID=6610>。

2 此信托计划信息见<http://www.yanglee.com/Shop.aspx?ItemID=6580>。

3 《股权收益权信托中“股权收益权”法律性质初探》作者秦悦民、夏亮。

的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。”）；

(2) 发行人首次公开发行时控股股东等持有的承诺延长锁定期的有限售条件流通股；

(3) 股权分置改革后原非流通股股东持有的有限售条件流通股。⁴

2、何为限售流通股股权收益权

我国法律并未明确规定限售流通股股权收益权之具体内涵，实践中，一般会在上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划的《股权收益权转让及回购合同》中对何为限售流通股股权收益权作出下述列举式描述：

“股权收益权包括但不限于以下收益：

(1) 自本合同生效之日起标的股票在任何情形下的卖出收入；

(2) 自本合同生效之日起，标的股票因送股、公积金转增、配股、拆分股权等而形成的派生股票在任何情形下的卖出收入；

(3) 自本合同生效之日起，因标的股票及标的股票的派生股票而取得的股息红利等；

(4) 自本合同生效之日起，标的股票及标的股票的派生股票产生的其他收入。”

3、关于限售流通股股权收益权能否作为上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划之《股权收益权转让及回购合同》标的之观点

关于限售流通股股权收益权能否作为上市公司限售流

流通股股权收益权信托集合资金计划之《股权收益权转让及回购合同》的标的，存在肯定说和否定说两种观点。

肯定说认为，限售流通股股权收益权作为《股权收益权转让及回购合同》的标的不存在问题。理由为：

(1) 根据我国民法理论，财产具有占有、使用、处分、收益四种权能，各种权能相互作用、彼此独立，皆能分割对应、衍生出相应的权利，收益权能的分立具备充分的法律理论基础。股权的财产属性表现为股东获取股息红利、享有转让股权后的利益的权利，故基于股权财产属性的权利统称为股权收益权。股权收益权其本质上是一种财产权，股权收益权可以从股权中分离并予以转让。

(2) 根据《信托法》第十四条的规定，法律、行政法规规定的禁止流通物不得成为信托财产。据此，限售流通股因《公司法》142条“一段时间（视具体情形）内不得转让”的规定而无法成为信托财产。但是，股权收益权不同于限售流通股，并不属于禁止或限制流通物，其转让并不直接导致限售流通股转让的法律后果，因此上市公司限售流通股的股权收益权符合成为信托财产的条件。⁵

否定说认为，限售流通股股权收益权作为《股权收益权转让及回购合同》的标的存在以下法律障碍：

法律障碍一：

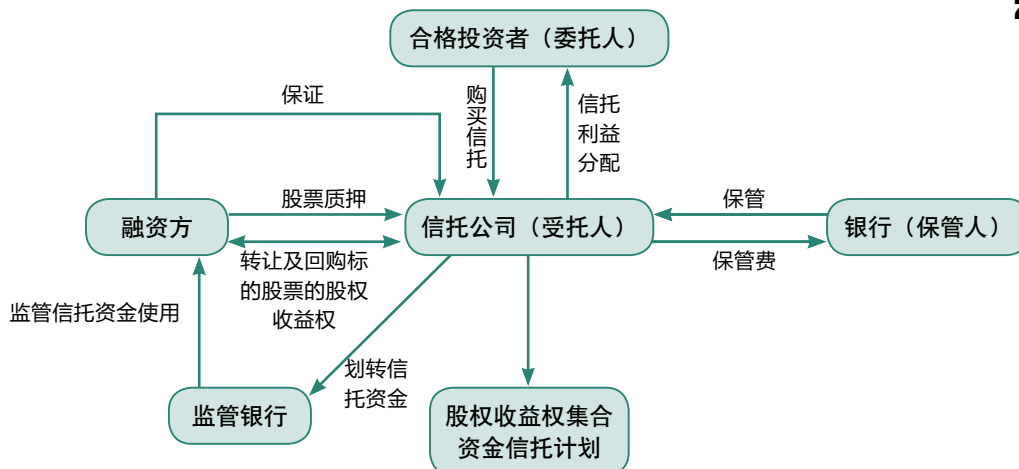
《公司法》第四条规定，“公司股东享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”可见，股东从公司获得资产收益的权利属于股东权利的一部分。由于股东权利总体上是基于股东身份获得的，因此具有一定的身份属性，股东的股权收益权或其他单一权能能否单独转让在理论上尚有争议。

法律障碍二：

根据《公司法》的规定，股东向公司主张和行使权利应以股东名册为依据。若认为在股权收益权信托中的股权收益权已经转让给信托公司，但因登记在公司股东名册上的仍为股东（信托计划的融资方），故信托公司仍不能依据《股权收益权转让及回购合同》直接向融资

4 《上市公司非流通股及限售流通股质押有关法律问题》作者金振朝。

5 《和信托业一起长大》冯加庆。



方主张和行使权利。⁶

法律障碍三：

将限售流通股股权收益权作为《股权收益权转让及回购合同》的标的也会与股票质押的一般理论产生矛盾。

股票质押的一般理论认为，股票质押的出质人应为有权处分股票的权利人，股票出质后，质权人享有质权，而包括资产收益权（包括送股、分红派息、配股和配售的股份）在内的股权仍为股东享有。

在上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划中，一般会要求融资方与信托公司签订《股权质押合同》，并将《股权质押合同》的生效和登记作为集合资金信托计划成立和《股权收益权转让及回购合同》生效的前提条件。《股权质押合同》生效并登记后，信托公司成为股权的质权人，融资方成为出质人。当《股权收益权转让及回购合同》生效后，信托公司成为股权收益权的受让人，其同时又作为股权质押合同的质权人，只对自己所有的质物享有质权，这与股票质押的情况下包括资产收益权在内的股权仍为股东享有的一般理论产生矛盾。

法律障碍四：

从本质上看，该种限售流通股股权收益权转让回购模式的实质为以限售流通股股权收益权转让回购为名

行贷款融资之实，故不排除银监会随时出台相关政策规范，甚至叫停此类融资项目。

三、操作模式

1、结构设计及主要合同

目前实践中，上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划的基本结构如上图：

为构建上述结构，信托计划相关当事方一般签署如下合同：

(1) 《集合资金信托合同》

信托公司与合格投资者签订《集合资金信托合同》建立双方信托法律关系，约定合格投资者认购信托单位⁷，由信托公司将信托计划资金⁸投资于信托公司与融资方之间的限售流通股股权收益权购买及溢价回购交易，信托公司按期向合格投资者分配信托利益⁹。

(2) 《保管协议》

信托公司与保管银行签订《保管协议》，约定信托财产由保管银行保管，信托公司以信托财产承担保管费。

(3) 《账户监管协议》

6 《股权收益权信托中的“股权收益权”法律性质初探》秦悦民、夏亮。

7 信托单位：指计算、衡量信托财产以及合格投资者认购数量的计量单位。一般来说，信托计划成立时，每一份信托单位的价格为人民币壹元。

8 信托计划资金：指信托计划项下信托资金的总和。（信托资金：指根据信托文件，各投资人合法拥有且按信托合同规定交付给信托公司的资金。）

9 信托利益：指信托公司根据信托文件的规定，计算并分配给合格投资者的现金或财产。

信托公司、融资方、监管银行三方签订《账户监管协议》，约定融资方以自己名义在监管银行开立监管账户、信托公司将信托计划资金从信托财产专户¹⁰划入监管账户、融资方编制《资金使用计划》并通过提交《用款通知书》方式提款。在该《账户监管协议》中还可约定将融资方还款来源所得款项纳入监管范围以确保融资方按时、足额履行《股权收益权转让及回购合同》项下支付回购款项的义务。

需要说明的是，《保管协议》和《账户监管协议》虽然均由银行作为协议一方当事人，但上述两协议在以下几个方面存在显著不同：

A、当事人不同

《保管协议》的当事人仅为两方，即信托公司和保管银行；《账户监管协议》的当事人为三方，即信托公司、融资方、监管银行。（实践中，虽无法律明确要求，但为保证银行履行各自义务的独立性，监管银行和保管银行通常为两家无隶属关系的相互独立的银行。）

B、设置目的不同

《保管协议》设置目的为，通过保管银行保管信托资金、并由第三方银行审慎监管信托公司运用信托资金是否符合法律法规、《集合资金信托合同》的方式防止信托公司发生违规运用资金、携款潜逃等信用风险及道德风险。

《账户监管协议》设置的目的是，通过监管银行监管融资方依《股权收益权转让及回购合同》取得之转让款使用的方式，防止融资方发生违反约定使用转让款的信用风险。

C、是否为规范性文件所强制要求

依据《信托公司集合资金信托计划管理办法》规定，信托计划的资金实行保管制。信托计划存续期间，信托公司应当选择经营稳健的商业银行担任保管人。《信托公司集合资金信托计划管理办法》也规定了保管协议必须包含的内容。由此可见，《保管协议》为集合资金信托计划中央层面的规范性文件强制要求必须具备的文件。

截至目前来看，并无中央层面的规范性文件对集合

资金信托计划设置《账户监管协议》作出强制性要求。实践中，部分地方银监局会综合考量集合资金信托计划规模、信托资金用途、信托公司评级情况等多方面因素，对是否必须设置《账户监管协议》作出不同要求。

(4) 《股权收益权转让及回购合同》

信托公司与融资方签订《股权收益权转让及回购合同》，约定信托公司作为受托人以信托计划资金受让融资方持有的限售流通股股权收益权、该合同有效期内融资方依约定支付限售流通股股权收益权回购溢价款、信托期限届满融资方收回限售流通股股权收益权。

(5) 《股权质押合同》、《保证合同》

融资方与信托公司签订《股权质押合同》和《保证合同》担保其回购义务的履行。（实践中也存在融资方、或其关联方通过其他方式就融资方之回购义务向信托公司提供其他形式担保的情形。）

2、信托计划设立流程介绍

上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划一般通过如下流程设立：

(1) 尽职调查

信托公司自己或委托律师对融资方从项目设计依据及背景、项目具体情况、项目交易结构及流程、限售流通股股权收益权回购人情况介绍、标的股票分析、风险揭示与分析等方面进行全面而细致的尽职调查，并出具尽职调查报告。

(2) 风控、合规审核

信托公司风险控制部门对尽职调查报告进行审核，通常侧重财务方面的审核。

信托公司合规风险审查部门对尽职调查报告进行审核，通常侧重法律方面的审核。

(3) 过会

信托公司投资决策委员会结合风控、合规部门意见，对是否设立此上市公司限售流通股股权收益权信托

10 信托财产专户：指以信托计划名义开设的，用于保管信托财产的银行专用账户。

集合资金计划进行评估。

(4) 文本起草及法律意见书出具

信托公司自行起草或聘请专业律师起草、审阅本文章第三部分第3.1项列明的与信托计划相关的合同文件。

信托公司聘请专业律师从信托公司设立信托计划的主体资格、信托文件在形式上的合法性、信托文件在内容上的合法性等方面出具法律意见书。

(5) 信托公司合规审查与信托计划相关的合同文件

(6) 信托公司将与信托计划相关的合同文件报送银监局（一般为地方银监局）备案

(7) 信托公司就信托计划进行推介，投资人认购信托计划

(8) 信托资金募集至指定数额或达到信托合同中约定的条件后，信托公司宣布信托计划成立

3、账户设置及资金流向

上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划运行过程中通常会存在多个银行账户。本部分以第三部分第3.1项载明的结构图为例、以上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划顺利设立、运行、终止为假设前提，对上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划涉及的账户中的资金划转流向梳理如下：

(1) 在信托计划推介期内，合格投资者将认购信托计划的资金从其投资人划款银行账户划转至信托计划募集账户；

(2) 信托计划成立后，信托资金从上述信托计划资金募集账户划转至信托财产专户；

(3) 当融资方满足《股权收益权转让及回购合同》中约定的特定划款条件时或信托计划成立后特定工作日内，信托公司向保管银行书面提供信托合同复印件及资金用途说明，保管银行将信托财产专户中资金划转至融资方在监管银行处开立的监管账户；融资方依《账户监管协议》约定之条款和条件使用监管账户中资金；

(4) 《股权收益权转让及回购合同》有效期内，融资方将限售流通股股权收益权回购款按《股权收益权转让及回购合同》约定之期限足额划付至信托财产专户；

(5) 《集合资金信托合同》有效期内，信托公司依此合同约定之条款按时从信托财产专户中向受益人（委托人）之信托利益分配账户划付信托利益。

4、限售流通股股权收益权回购价款之确定及支付

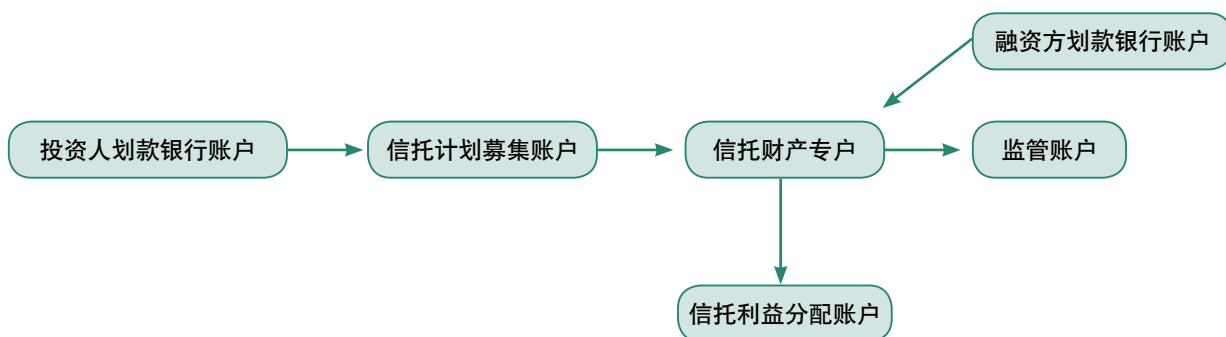
构建上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划之核心合同为《股权收益权转让及回购合同》，限于本文之篇幅，无法就该合同进行全面充分的介绍，此处仅就该《股权收益权转让及回购合同》之核心内容——限售流通股股权收益权回购价款之确定及支付简要介绍如下图：

(1) 回购价款数额确定

一般情况下，回购价款的计算公式为：

回购价款=标的股票限售流通股股权收益权转让价款+标的股票股权收益权转让价款×【】%×股权收益权实际转让天数÷365。

其中，标的股票股权收益权转让价款一般为该限售流通股股权收益权集合资金信托计划实际募集之资金数额；



【1】%为限售流通股股权收益权回购溢价率，计算该溢价率的具体比率一般需结合限售流通股股权收益权集合资金信托计划中信托财产需承担的税费的数额确定。该等税费一般包括，信托财产管理和运用过程中发生的税费、保管人的保管费、信托终止时的清算费用、推介服务费（包括但不限于居间服务费、财务顾问费、代理收付费用等）、信託管理费（即受托人报酬）、公证费、律师费、质押登记费、评估费等中介费用，文件或账册制作、印刷费用，信息披露费用等费用以及按照有关规定可以列入的其他税费和费用。

（2）回购价款付款支付时间

实践中，关于回购价款支付时间的设定较为灵活，当前较为流行的模式为：

将回购价款支付时间与信托财产承担信托费用、受益人预期分配之信托利益的时间相挂钩。

此模式下，与回购价款支付时间相挂钩的信托费用通常为数额较大、支付时间较为确定的费用，如信托报酬、保管费用等。采用此种模式需注意的，在进行《股权收益权转让及回购合同》回购款支付时间条款的设置时，站在信托费用收取方的角度应考虑融资方向信托公司支付每笔回购价款的时间一般应晚于信托公司信托财产承担信托费用的时间，以避免信托公司需划取信托费用或信托报酬时而信托财产专用账户中并无充足资金的情况出现。

小结：实践中，关于回购价款支付时间的设定灵活多样，在进行《股权收益权转让及回购合同》回购价款支付时间条款设定时，信托公司、融资方、有权利收取信托费用的第三方（如保管银行、监管银行财务顾问等）应充分协商，以设定最佳的回购价款支付时间。

四、结语

虽然限售流通股股权收益权作为上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划之《股权收益权转让及回购合同》的标的存在诸多法律障碍，但银监会在既往的监管实践中默许上市公司限售流通股股权收益权信托

集合资金计划的发展，股权收益权转让回购模式也仍然是企业信托融资信托利益保障的重要模式之一。

限售流通股股权收益权之概念的从无到有，上市公司限售流通股股权收益权信托集合资金计划的从无到有反映了我国信托业积极创新、主动发展的态度。律师作为信托计划结构和法律条款设计的重要参与力量，在保证信托计划合法合规的前提下，也应保持不断创新和持续进取的精神，协助信托从业人员不断开拓新的信托业务品种以满足实践中融资方的融资需求以及信托公司开拓业务之需要。



易 芳

业务领域

基础设施发展和能源、金融银行与项目融资

工作经历

易芳律师于2011年3月以银行组及基础设施组合伙人身份加盟君合律师事务所，现在君合上海分所执业。在加入君合之前，易芳律师为上海市锦天城律师事务所的高级合伙人。

易芳律师在基础设施发展和能源、银行金融领域拥有丰富的重大交易项目的法律服务经验，其客户包括但不限于申能股份、上海燃气集团、上海天然气管网有限公司、上海液化石油气经营有限公司、上海电气集团股份有限公司、上海电气电站集团、上海电气临港重型机械装备有限公司、花旗银行、渣打银行、汇丰银行、东亚银行、大华银行、星展银行、盘谷银行、华美银行、里昂证券、陆家嘴国际信托有限公司、中信信托有限责任公司。

在基础设施建设方面，易芳律师负责承办了数个国家重点建设项目和上海市重大建设项目，代表性项目包括但不限于“西气东输项目”、上海地区天然气供应项目、上海地区液化天然气（LNG）接收终端建设项目、上海临港燃机电厂工程建设项目（上海最大的燃气电厂）、长兴岛风电特许经营权项目、青草沙水库风力发电工程（上海最为主要的新能源发电工程）、上海电气临港重型装备制造基地项目等。在银行金融方面，易芳律师为多家跨国外资银行的在华银团贷款、项目融资、合规经营和不良资产处置提供专业法律服务，并代表电厂投资方的电

厂扩建工程项目融资提供法律服务。

易芳律师负责承办的“西气东输项目”获《亚洲法律业务杂志》“2004年度中国最佳项目大奖”中的“基础设施建设”、“能源及资源”两个大奖提名；世博园区中国馆、主题馆太阳能光伏发电合作项目于2009年被上海市律师协会推荐为“世博服务明星奖”候选项目。

易芳律师于2008年荣膺第三届“上海市优秀女律师”荣誉称号，2010年获得上海市律协颁发的“服务世博优秀律师”称号，并被客户誉为“最值得信赖的专业伙伴”，2010年度被IFLR和Legal 500评选为锦天城银行金融领域的领先律师。

易芳律师在法学领域著述颇丰，出版专业法学著作包括《并购法律环境与实务操作》（2005年法律出版社出版，与他人合作），发表专业论文《从两起并购案例总结律师操作并购项目的经验和心得》（2006年度《中国并购报告》，法律出版社出版）、《律师如何为国家重点项目提供法律服务》。

教育背景

易芳律师毕业于华东政法学院法律系，获法学学士学位，后进修于清华大学法学院民商法专业研究生班。

执业资格

易芳律师于1996年取得中国律师执业资格

工作语言

普通话、英语



赵 冲

执业领域

银行与金融、基础设施、公司/并购

执业经验

2012年2月，赵冲律师正式加入君合律师事务所，并专注于银行与信托、公司/并购业务领域。在此之前，赵冲律师于2009年至2011年期间就职于锦天城律师事务所，并为多家跨国公司和国内知名企业提供境内外融资、国际和国内并购以及公司日常法律事务等方面的法律服务。

赵冲律师曾参与多个国际银行的多个境内融资项目、跨境融资项目和银团贷款项目的谈判、文件起草和出具法律意见书等工作，以及参与多家信托公司的各类信托计划发行项目

（如信托贷款项目、应收账款转让回购项目、房地产股权投资项目等）。

教育背景

西南政法大学法学学士、西南政法大学经济学学士（2008）
马丁路德大学国际经济法硕士（2009）

专业组织

赵冲律师是全国律师协会的会员。

工作语言

赵冲律师的工作语言为普通话和英文。

商业秘密的保护和诉讼策略

张晓都 薛正芳

一、商业秘密保护的法律体系

中国法下具有一套保护商业秘密的法律体系，其中最主要的是《反不正当竞争法》以及最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称“《司法解释》”）。《劳动法》、《劳动合同法》及其他相关的行政法规和部门规章等也对商业秘密的保护进行了补充规定。

（一）《反不正当竞争法》

商业秘密的定义：《反不正当竞争法》第十条对商业秘密的定义为：

- 1、不为公众所知悉的技术信息和经营信息；
- 2、能为权利人带来经济利益，具有实用性；
- 3、权利人对其采取了保密措施。

因此，商业秘密包括满足上述要求的技术信息和经营信息，例如生产配方、工艺流程、技术诀窍、设计图纸等技术信息，管理方法、产销策略、客户名单、货源情报等经营信息。

（二）《司法解释》

《司法解释》阐明了不正当竞争民事诉讼中的法律适用问题，以加强该类诉讼中的知识产权保护，具体来说，详细地阐明了“不为公众所知悉”、“经济利益和实用性”、“保密措施”的定义与范畴，还规定了其他重要问题，例如，商业秘密侵权的抗辩事由、举证责任分配、赔偿数额的确定、商业秘密诉讼中的禁令等。

1、不为公众所知悉

《司法解释》第九条规定，具有以下情形的有关信息，可以认定不构成“不为公众所知悉”：

- （1）信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；
- （2）信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；
- （3）信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；
- （4）信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；
- （5）信息从其他公开渠道可以获得；

(6) 信息无需付出一定的代价而容易获得。

2、能为权利人带来经济利益、具有实用性

《司法解释》第十条规定，有关信息具有显示或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为“能为权利人带来经济利益、具有实用性”。

3、保密措施

《司法解释》第十一条规定，权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当被认定为“保密措施”。

《司法解释》进一步规定，人民法院应根据所涉信息载体的特征、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素，认定权利人是否采取了保密措施。

二、商业秘密侵权的救济方式

一旦知晓商业秘密被侵犯，商业秘密权利人可通过行政救济和司法救济的途径来保护其合法权益，其中，司法救济又包括民事诉讼和刑事诉讼两种。

(一) 行政救济

权利人一旦知晓商业秘密侵权行为，可以向工商管理机关提出对上述侵权行为进行查处的请求，一经立案，工商管理局会依据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》对涉案的商业秘密侵权行为进行调查，并按照规定进行行政查处，包括要求侵权人停止侵权、处以罚金等。应当注意：工商管理局并没有权限判令侵权人对商业秘密权利人进行赔偿。若商业秘密权利人希望得到赔偿，则应另行提起民事诉讼。

(二) 民事诉讼

根据《反不正当竞争法》的规定，被侵害一方可以提起民事诉讼以获得赔偿，赔偿数额可以根据《司法解释》

的相关规定来确定。此外，对侵权行为进行调查、取证的相关费用也可以纳入赔偿范围。民事诉讼中，权利人可以申请禁令，包含临时禁令和终局禁令。鉴于中国没有美国式的证据“发现”体系，原告应就被告的侵权行为和自身遭受的实际损失承担举证责任。权利人可以申请证据保全，以收集证据证明被告的商业秘密侵权行为。建议原告在商业秘密侵权诉讼中，一方面要通过自身努力和合法的第三方调查途径获取证据，另一方面也要尽早向法院申请证据保全令以收集和保全相关证据。

(三) 刑事诉讼

《刑法》第二百一十九条规定了构成侵犯商业秘密罪的几种犯罪行为。当商业秘密权利人遭受“严重”或“极其严重”的损失时，公安机关可以启动刑事案件调查，有权扣押与之相关的所有证据，而且该证据在民事诉讼中同样能被采用。

总体说来，刑事诉讼在商业秘密侵权案件中十分有效，但仅当商业秘密侵权行为给权利人造成了重大损失，根据司法实践，即造成直接经济损失数额在50万元以上时，才达到构成刑事犯罪的标准，公检部门才会介入。因此，如果商业秘密权利人意在通过刑事诉讼途径处理商业秘密侵权行为，建议权利人应尽可能地突出遭受的损失，从而提高公检部门介入的可能性。

三、商业秘密保护的预防措施

鉴于在中国进行商业秘密诉讼维权难度大、成本高，且证明商业秘密侵权的举证责任重，因此商业秘密权利人采取切实有效的保密措施，预防商业秘密受到侵害，是保护商业秘密的最佳方法。此外，权利人已采取保密措施是符合商业秘密法定构成的一个要件，因此建议权利人建立和实施公司的保密政策，以保护自身商业秘密。

（一）制定保密政策

如果公司有着动态的商业秘密开发体系，实施保护商业秘密的保密政策是十分重要的。有效的保密政策应当至少包括：

（1）确定何种信息将被公司认定为保密信息，以及员工应当如何处理该等信息；

（2）明确未经授权使用、不当使用或披露保密信息的后果；

（3）明确声明员工不当使用或披露保密信息的，构成终止雇佣合同的正当理由，并将追究其相应的法律责任，包括可能的刑事责任。

（二）与保护商业秘密相关的协议

1、保密协议

《劳动合同法》规定员工和公司可以就公司的商业秘密保护达成保密协议，其内容至少包括：保密信息的定义和范围、处理保密信息的程序、员工的保密义务、员工不得使用前单位保密信息的义务、保密条款等。公司还可在员工手册或者劳动手册中进一步规定员工对保密信息的保密义务和披露责任。

中国法并没有规定员工应保守商业秘密的具体期限，但是法院可能会认定保密义务延长至保密信息为公众知晓为止。因此，公司应该考虑在与其员工、承包商签订的所有知识产权协议、咨询协议、服务协议中明确约定在协议终止后一段合理时间内有关相对方仍应承担保密义务，或者可以明确约定该协议终止后的保密义务应当持续，直至保密信息为公众知晓为止。

2、竞业限制协议

公司与高级管理人员和核心员工签订竞业限制协议十分必要。应当注意：未包含额外补偿的竞业限制条款在中国法下通常会被认定为无效。

经济补偿金的数额由各方协商确定，并且约定的经济补偿金对负有义务的员工来说必须是合理的，地方性法律

法规另有规定的除外。在《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》中，最高人民法院指示下级法院应当平衡商业秘密保护和自由择业之间的关系，尤其应注重竞业限制和人才流动之间的关系，以保护员工的合法权利和权益。因此，一旦员工和公司就竞业限制条款发生争议诉至法院时，如果法院认为补偿金额不足，法院判决可能会有利于员工。此外，并非所有员工都有竞业限制的义务，只有高级管理人员、高级技术人员和其他负有商业秘密保密义务的人员才有竞业限制的义务。

（三）实施保密政策

有效保护公司商业秘密的一些推荐措施：

（1）要求所有知悉商业秘密的核心员工签署保密协议；

（2）进行关于公司保密政策的定期培训；

（3）确保员工手册中包含“保密政策”，并将签署书面声明作为员工入职的前提条件，即声明其已经阅读、知晓并将遵守该等保密政策；

（4）将保密信息储存在限制区域，并在文件夹或储存设备上标明。将文件标记分类为“绝密信息”、“保密信息”、“禁止披露”，或采取与公司经营相适应的其他保密措施；

（5）限制知悉保密信息的员工范围，仅向特定员工披露保密信息；

（6）要求公司工厂或场所的访客遵守保密义务；

（7）尽可能地要求所有员工在知悉任何公司保密信息前签署书面声明。尚未签订声明的，应在知悉后补充签署。对于顾问、转包商或任何第三方，应事先签署此类保密声明；

（8）与离职员工进行离职面谈，确保其没有将公司不愿披露的保密信息带到新的工作岗位，也提醒所有员工在与公司的雇佣关系结束后仍对公司的商业秘密承担保密义务；

（9）在员工离职后立刻终止其访问电子信息的权限，或者，根据公司的电脑使用政策，密切监控员工访

问的电子信息；

(10) 要求高级管理人员、核心员工签署竞业限制协议，在离职后不与公司产生同业竞争。

尽管上述措施并不能完全阻止公司商业秘密被泄露，但其能证明商业秘密权利人已采取必要措施以保护其商业秘密。如上所述，商业秘密权利人通过行政或司法途径制止商业秘密的侵权行为时，必须证明已采取了此等保密措施。

四、商业秘密案件的诉讼策略

(一) 申请临时禁令

2013年新修改的《民事诉讼法》第100条明确规定，人民法院对于可能因当事人一方的行为或其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为。该类临时禁令同样能适用于商业秘密侵权案件中。

上海市第一中级人民法院于2013年8月在礼来公司与其前员工的商业秘密侵权诉讼中，根据商业秘密权利人——礼来公司的申请，批准并签发了新《民事诉讼法》施行后商业秘密侵权诉讼中的第一个临时禁令。

(二) 申请证据保全，以搜集和保全证据

中国没有“发现”式证据体系，被诉侵权方，即被告没有义务、也不会被强制要求披露其占有、保管、控制的文件。因此，商业秘密权利人，即原告通常需通过自己的调查，以获取相关的证据支持其起诉主张。

在证据有可能灭失或以后难以取得的情况下，原告可以向法院申请证据保全，法院可以要求其提供担保。为防止证据保全被滥用，在签发证据保全令前，法院可能会要求申请人提供初步线索，以说明需要保全的证据确实存在。但如果原告申请证据保全错误，并造成被告财产损失的，法院可以依据公平原则，判令原告进行赔偿。

(三) 商业秘密侵权行为的认定

《反不正当竞争法》第十条规定，侵犯商业秘密行为包括以下四类：不正当手段获取权利人商业秘密的行为；披露或者使用以不正当手段获取的商业秘密的行为；违反保密义务披露或者使用商业秘密的行为；第三人视为侵犯商业秘密的行为。

由于侵犯商业秘密行为的秘密性，在实践中，一般采取“相同或实质性相似+接触-合法来源”的方法认定被控侵权行为是否构成侵犯商业秘密行为。具体来说，首先，原告需要证明其诉请保护的商业秘密信息与被控侵权信息的内容相同或实质性相似，若被控侵权信息中包含部分商业秘密内容，也符合“相同或实质性相似”的特征；其次，原告还需举证被控侵权人接触过或可能接触到原告商业秘密信息的事实，如果接触知悉商业秘密的权利人的离职员工，也属于“接触”；最后，如果被告举证证明被控侵权信息有合法来源，原告还需要推翻该抗辩主张，其中，“合法来源”包括自行研发或研制获得、通过反向工程获得以及客户名单商业秘密中的客户信赖等。

原告在证明被控侵权行为构成侵犯商业秘密时，应注意推翻被告反向工程的抗辩主张。鉴于反向工程是法定的抗辩主张，被告通常在侵权诉讼中提出涉案秘密系其通过反向工程所获取，以此抗辩。原告应通过质证、证据与案件的关联性、该技术完成时间等方式推翻被告的主张，必要时还可申请司法鉴定。应当注意：根据《司法解释》的规定，如果原告能够证明被告以不正当手段已知悉涉案商业秘密，其反向工程的抗辩主张便不能成立。

(四) 商业秘密侵权之诉与违约之诉

在商业秘密侵权纠纷中，商业秘密权利人针对离职员工提起诉讼时，往往不明确是主张侵犯商业秘密，还是违反竞业限制协议。离职员工不遵守有关规定，披露、使用

或允许他人使用权利人的商业秘密，其行为既构成对商业秘密权利人的违约行为，又构成侵权的，权利人可以综合举证的难易、赔偿金额的多少、法院管辖地等因素综合考虑，选择二者中更有利于自己的诉因起诉。

(1) 举证责任的比较。

原告选择违约之诉的，须对被告存在违约行为承担举证责任，即原告须证明被告存在擅自披露、使用或允许他人使用原告商业秘密的违约行为。原告选择侵权之诉的，也须证明被告存在侵权行为，但由于商业秘密侵权之诉一般采用“实质性相同加接触”的原则，因此，原告仅须证明被告与原告的商业秘密存在接触，并在经营活动中使用了近似的技术或其他信息即已完成举证义务，若被告不能举证证明其所使用的技术等具有合法来源，则推定侵权成立。

(2) 法律后果的比较。

在违约之诉中，原告诉请的损害赔偿主要有违约金和赔偿损失两种方式，违约金属于约定赔偿，如果没有约定违约金，原告可就其实际所受损失向被告主张权利，但须就具体损失发生额承担举证责任。侵权之诉中，损害赔偿在计算方法上相对多样，原告可以依次在实际损害、侵权获利、法定赔偿中选择一项主张权利。当然，如果原告选择侵权之诉，但原、被告之间约定了违约金，在确定赔偿损失数额时，约定的违约金数额应作为重要的参考标准。

此外，若权利人将离职员工的新受聘单位与离职员工列为共同被告，认为存在共同侵犯商业秘密行为的，可以提起共同侵权之诉。权利人则须证明新受聘单位具有商业秘密侵权行为，即明知或应知离职员工的保密信息来自原告的商业秘密，且该员工披露商业秘密的行为可能违反保密义务，但仍予以使用。“明知”通常可通过书面证据或其他证据加以证明，而“应知”难以证明。因此，建议在知悉商业秘密的员工离职后加入竞争公司时，公司立刻以书面方式通知新单位，该员工具有持续保守商业秘密的义务。该通知可起到告知作用，表明新单位应当知晓该员工知悉原公司的商业秘密，也确

保新单位采取措施防止该员工非法泄露商业秘密，降低商业秘密侵权风险。

(五) 降低商业秘密侵权风险、提高公司解决商业秘密纠纷的能力

1、加强风险管理、积极避免商业秘密侵权

建议公司与在竞争公司工作过的新员工签订不侵权协议。若发生商业秘密纠纷，不侵权协议就是证明该公司没有故意侵权的证据。此外，该协议能够促使员工遵守其保密义务，审慎地运用原有的技术经验和客户资源，也能大大地降低员工商业秘密侵权的风险。

2、将技术成果归类、并及时申请专利

综合考虑技术与开发的难度、技术取得专利授权的可能性、公司的信息保护能力及对不同保护方法的商业预期，技术成果可按如下方法分类保护：1、申请专利；2、商业秘密保护；3、专利和商业秘密的混合保护。

对满足下列条件的技术，公司应尽早提交专利申请：1、易通过反向工程取得，不适合以商业秘密保护的技术成果；或2、即使能以商业秘密保护，但竞争公司可能已取得，并将技术作为商业秘密保护；且如果该技术被披露，并不会导致相关竞争者的数目剧增。这样，公司能防止其他竞争者窃取其技术成果，降低商业秘密被侵犯的风险。

3、保存研究与开发文件、证明独立开发成果

拥有严格的文档保存体系以证明独立开发成果对公司来说尤为重要。文档保存体系应该能够清晰并准确地保存技术文档、记录研究与开发的进程。如果公司被诉侵犯商业秘密，公司能提交准确的研究与开发文件作为证据，能证明涉案技术是独立开发的成果，以作为商业秘密侵权的合理抗辩主张。

4、谨慎地提交文件避免泄漏商业秘密

为配合商业秘密诉讼，被告需要主动或被动地提交研究与开发文件，以支持其不侵权的抗辩主张。如果被告缺乏适当的保密意识，可能会披露全部的相关文件，

这可能造成商业秘密的大规模泄漏。

因此，公司必须仔细考虑是否向法院提交开发文件、应当提交何种开发文件。具体说来，在权衡利弊后（例如，文件的证明力、其他证据是否足够、对市场和

商业信誉的影响等），公司应充分利用诉讼程序，并尽可能少地提交研究与开发文件，缩小向对方披露研究与开发文件的范围。



张晓都

业务领域

专利、商标、著作权（包括计算机软件著作权）、技术合同及反不正当竞争（包括商业秘密）等知识产权领域的争议，尤其擅长专利法领域争议的解决。

工作经历

张晓都顾问于2013年9月加入君合律师事务所。加入之前为上海市高级人民法院知识产权审判庭审判长，在上海市高级人民法院知识产权审判庭从事知识产权审判工作12年（其中，2009年在最高人民法院知识产权审判庭从事知识产权审判工作）。在进入上海高级法院之前，曾在大学从事多年法学教学工作，教授过知识产权法、民法、国际贸易法以及经济法课程。

张晓都顾问在知识产权领域特别是专利法领域有深厚的理论造诣与丰富的司法实践经验。著有《专利实质条件》（法律出版社，2002年），《专利侵权判定》（法律出版社，2008年），《专利民事诉讼法律问题与审判实践》（法律出版社，2014年）三本专著。在《中国专利与商标》、《专利法研究》、《知识产权》等杂志上发表学术论文70余篇。著述在业界得到广泛的认可。

张晓都顾问在法院期间审理过大量不同类型的知识产权案件，主审的专利案件中，典型的包括王群诉上海世博会法国馆等发明专利侵权纠纷上诉案、（法国）安万特药物公司（AVENTIS PHARMA S.A.）诉江苏恒瑞医药股份有限公司等发明专利侵权纠纷上诉案、3M公司（3M Company）诉浙江道明投资有限公司发明专利侵权纠纷上诉案、重机公司（JUKI株式会社）诉浙江美机缝纫机有限公司等发明专利侵权纠纷上诉案、（英国）豪登集团有限公司（Howden Group Limited）诉上海科盛电力科技有限公司发明专利侵权纠纷上诉案、（日本）本田技研工业株式会社诉力帆实业（集团）有限公司外观设计专利侵权纠纷上诉案，等等。

主审的其他类型的案件中，典型的包括（英国）BP化学有限公司诉江苏索普（集团）有限公司等商业秘密侵权纠纷一案、辉瑞产品有限公司（Pfizer Products Inc.）等诉江苏联环药业股份有限公司等商标侵权纠纷再审查案，马奇和布雷维

提有限公司（M.& B. MARCHI e BREVETTI S.R. L.）诉佛山市顺德区阿里斯顿电器制造有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案、HOYA株式会社等诉上海豪雅光学眼镜有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案、微软公司（Microsoft Corporation）诉上海瑞创网络科技有限公司等计算机软件著作权侵权纠纷一案、（日本）普拉提亚娱乐有限公司（プラテイヤ・エンタテインメント株式会社）诉广东杰盛唱片有限公司等著作权侵权纠纷上诉案，等等。

所主审的案件在业界产生了广泛的影响，其中，王群诉上海世博会法国馆等发明专利侵权纠纷案被评为2010年全国十大知识产权案例之首，（英国）BP化学有限公司诉江苏索普（集团）有限公司等商业秘密侵权纠纷案是上海高院知识产权庭成立以来的首例一审案件。

张晓都顾问是华东政法大学兼职硕士生导师、复旦大学知识产权研究中心特邀研究员、华东理工大学兼职教授。他多次在国际、国内学术会议上做专题发言，为中国法学会培训中心，上海知识产权局知识产权服务中心等机构举办的专利法业务培训班做专题讲演。为华东政法大学知识产权学院硕士研究生讲授《专利法》课程。

教育背景

1983年毕业于涪陵师范学院物理系；

1990年毕业于西安建筑科技大学人文学院，获科学技术哲学硕士学位；

2001年7月毕业于中国社会科学院研究生院法学系（师从我国已故著名知识产权专家郑成思教授），获民商法专业（知识产权方向）博士学位。在攻读博士学位期间，曾于2000年9月至2001年2月，作为海外邀请学者在日本特许厅所属“知识产权研究所”从事专题学术研究。

执业资格

张晓都顾问1993年取得中国律师执业资格，并于2002年通过中国第一次司法考试，获得中国法律职业资格。

工作语言

中文、英文

技术进出口的问题探讨

王朝晖 薛正芳

一、技术进出口的监管

（一）立法框架

中国技术进出口的监管框架主要包括以下法律：

- 《中华人民共和国对外贸易法》；及
- 《中华人民共和国技术进出口管理条例》（以下简称“《条例》”）

根据上述法律法规，“技术进出口”是指“从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。”其中，“技术转移”包括：专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。

（二）主管机关

中华人民共和国商务部是负责技术进出口审批和行政管理的主管机关。

（三）技术分类

2001年，商务部颁发了两个技术目录：《中国禁止进口限制进口技术目录》和《中国禁止出口限制出口技术目录》，前述目录分别在2007年和2008年进行更新和修订。

此外，商务部、国家发改委和财政部于2011年联合发布了《鼓励进口技术和产品目录》（2011版），规定了407种先进技术、重要装备和部件及14种关键资源性产品和原材料，并进一步颁布规定，为鼓励技术的进口提供经济奖励和税收优惠。

按照监管条件，技术可分为以下四类：

（1）禁止类技术

- 出于国家安全、社会公共利益、人身健康保护、环境保护等原因，这类技术不能向中国进口或者从中国出口。

- 禁止类技术涉及多个行业，例如，中医药处理的相关技术、中国独有物种的养殖技术（如蚕等）、卫星的使用等。

（2）限制类技术

- 出于国家安全、社会公共利益、人身健康保护、环境保护等原因，这类技术必须取得许可证方能向中国进口或从中国出口。

- 限制类技术包括涉及多个行业，例如，某些生物技术药物的生产、某些种类的饮料和陶瓷的生产等。

(3) 自由进出口技术

- 未被上述技术目录列明为“禁止”或“限制”的技术属于自由进出口技术。

(4) 鼓励类技术

- 这类技术是中国尚未拥有的、或期待进口的先进技术。

- 鼓励类技术包括407种，例如，某些开源软件技术、数字电视、卫星电视技术等。

二、技术进出口合同的登记

限制类技术和自由类技术的进出口合同应向相应的主管商务部门申请登记，其登记程序因进出口技术所属类别的不同而有所区别。

(一) 自由进出口技术

根据《技术进出口合同登记管理办法》（以下简称“《办法》”）的规定，自由进出口技术经营者需向商务部或下属地方商务主管部门在下列期限内办理自由进出口技术合同的登记：

- 非提成合同，于合同生效后60天内办理合同登记手续；

- 提成合同，于首次提成金额形成后60天内，履行合同登记手续，并在以后每次提成金额形成后，办理合同变更手续。

合同登记流程如下：

- 登陆商务部政府网站上的“技术进出口合同信息管理系统”进行合同登记；

- 向有关部门提交相关登记材料；

- 相关部门将审查申请材料，并在3个工作日内颁发

《技术进口合同登记证》或《技术出口合同登记证》。

需要提交的登记材料包括：

- 技术进（出）口合同登记申请书；
- 技术进（出）口合同数据表；
- 技术进（出）口合同；
- 经营者营业执照或经营许可；
- 地方商务主管部门要求的其他文件。

(二) 限制进出口技术

(1) 限制进口技术

根据新修订的《禁止进口限制进口技术管理办法》（2009），技术进口方要将限制进口的技术进口到中国境内，必须申请限制技术进口许可证。

注意：限制技术的进口合同只有在限制技术进口许可证颁发之日起才生效。

限制技术进口许可证的申请流程如下：

- 向商务部或省级地方商务部门提交《中国限制进口技术申请书》；

- 商务部、科技部及其地方部门将对相关技术进行技术审查和贸易审查；

- 申请获得批准后，商务部或省级地方商务主管部门将会颁发《技术进口许可意向书》；

- 凭《技术进口许可意向书》、技术进口合同副本及其他文件，申请限制技术进口许可证；

- 商务部或省级地方商务部门将在收到申请材料之日起10个工作日内，对技术进口合同的真实性进行审查，并决定是否准予许可。

需要提交的申请材料包括：

- 《中国限制进口技术申请书》；
- 拟进口技术的详细说明；
- 技术进口合同；
- 经营者营业执照或经营许可；
- 相关地方部门要求的其他文件。

(2) 限制出口技术

根据《禁止出口限制出口技术管理办法》，技术出

口方若要将限制出口的技术出口到中国境外，必须申请限制技术出口许可证。

注意：与限制技术的进口合同类似，限制技术的出口合同仅在限制技术出口许可证颁发之日起才生效。

限制技术出口许可证的申请流程如下：

- 属于国家秘密技术的限制出口技术，在履行许可手续之前，应先按照《国家秘密技术出口审查规定》办理保密审查手续，并持相关机构颁发的《国家秘密技术出口保密审查批准书》办理限制技术出口手续；

- 向商务部或省级地方商务部门提交《中国限制出口技术申请书》；

- 商务部、科技部及其地方部门将对相关技术进行技术审查和贸易审查；

- 申请获得批准后，商务部或省级地方商务主管部门将会颁发《技术出口许可意向书》；

- 经营者只有在取得《技术出口许可意向书》之后，才能就相关限制出口项目进行实质性谈判。在取得意向书之前，任何单位和个人都不得进行实质性谈判，不得做出有关技术出口的具有法律效力的承诺；

- 凭《技术出口许可意向书》、技术出口合同副本及其他文件，申请限制技术出口许可证；

- 商务部或省级地方商务部门将在收到申请材料之日起15个工作日内，对技术出口合同的真实性进行审查，并决定是否准予许可。

需要提交的申请材料包括：

- 《中国限制出口技术申请书》；
- 拟出口技术的详细说明；
- 技术出口合同；
- 经营者营业执照或经营许可；
- 相关地方部门要求的其他文件。

(3) 国家秘密审查

新修订的《禁止出口限制出口技术管理办法》(2009)对涉及国家秘密的限制出口技术增加了国家秘密审查，以审查拟出口技术是否属于《国家秘密技术出口审查规定》中规定的“国家秘密”。在大多数技术出口的情形下，无需进行国家秘密的审查，该审查通常仅

适用于科技部和国家保密局等颁发的《国家秘密技术出口审查规定的通知》下的特定项目。

(4) 技术审查和贸易审查

根据《禁止进口限制进口技术管理办法》和《禁止出口限制出口技术管理办法》，商务部在进行技术和贸易审查时将考虑以下因素：

1、技术审查

- 是否危及国家安全、社会公共利益或者公共道德；
- 是否危害人的健康或安全和动物、植物的生命或健康；
- 是否破坏环境；
- 是否符合国家产业政策和经济社会发展战略，有利于促进我国技术进步和产业升级，有利于维护我国技术权益。

2、贸易审查

- 是否符合我国对外贸易政策，有利于对外经济技术合作的发展；
- 是否符合我国对外承诺的义务；
- 是否对建立或加快建立国内特定产业造成不利影响。

三、中国法下技术进出口的相关问题

(一) 中国法下技术进口合同的限制性条款

当外国公司向中国公司进行技术转让或技术许可(以下统称“技术进口”)时，技术进口协议双方通常约定，进口合同不适用中国法(例如，适用美国纽约州的法律)。在该约定下，外国公司通常误以为既然合同适用外国法，则合同条款不再受中国法的管辖。事实上，如果合同履行地在中国，则该合同不得包含中国法下的限制性条款，不得违反中国法下的强行性规定。因此，进口技术的提供方应了解中国法涉及技术进口的限制性条款，谨慎撰写技术合同，确保合同条款的合规性。

《条例》第二十九条规定：“技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：

- (1) 要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带

条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务；

(2) 要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；

(3) 限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术；

(4) 限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；

(5) 不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；

(6) 不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格；

(7) 不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。”

若双方约定进口合同适用于中国法，还应该注意不得包含《合同法》下的限制性条款：

《合同法》第三百二十九条规定：“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”

最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《司法解释》”）明确阐明，下列情形属于《合同法》所规定的“非法垄断技术、妨碍技术进步”：

(1) 限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发；

(2) 限制当事人一方使用所改进的技术；

(3) 双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方等；

(4) 非互惠性将改进的技术转让给对方；或

(5) 独占或者共享该改进技术的知识产权而不支付对价。

因此，技术提供方不得禁止受让人从其他来源获得其提供技术的竞争技术，不得限制受让人改进进口技术，不得无对价地取得受让人改进技术的所有权（有关进口技术改进的权属问题，本文将进一步讨论）。以上列举情形都属于中国法下禁止包含的涉及技术进口的限

制性条款。即使协议双方在进口合同中做出此类约定，一旦产生纠纷诉至法院，上述约定通常会被认定无效。因此，技术提供方应知晓上述限制性条款，否则只能视情况承担条款无效和/或合同无效的法律后果。

此外，若技术提供方存在过失或过错而导致合同无效的，技术提供方不但不能享受合同下的利益，法院可能还要求其承担相应的赔偿责任，或恢复合同前的状态，例如，要求受让人停止使用进口技术，归还所有技术资料；要求技术提供方向受让人归还已经支付的许可费用等。

（二）自由进出口技术合同登记的期限

技术进出口合同的许可费通常采用以下三种支付方式：一次性支付、提成支付、首期支付与提成支付相结合。根据《技术进出口合同登记管理办法》的规定，上述三种支付方式下的自由进出口技术合同登记的期限如下：

- 一次性支付许可费的自由进出口技术合同，应自合同生效之日起60日内履行合同登记手续；

- 提成支付许可费的自由进出口技术合同，应在首次提成基准金额形成后60天内履行合同登记手续，并在以后每次提成基准金额形成后，办理合同变更手续；

- 首期支付与提成支付许可费相结合的自由进出口技术合同，应自合同生效之日起60日内履行合同登记手续，并在以后每次提成基准金额形成后，办理合同变更手续。

尽管该《办法》并没有明确规定是否对未遵守60天登记期的经营者进行处罚，但在实践中，地方主管机关可能会以登记超出期限为由，拒绝受理逾期的登记申请。

应当注意：合同登记并不是合同生效的前提条件。然而，当需要向境外经营者以外币支付许可费时，合同登记是向境外汇款的前提条件。中国外汇管制制度非常严格，经营者若没有相关登记文件，则无法向境外汇出外币。尽管向境外支付许可费是向境外汇出外币的合法理由，但银行会要求支付方提供由商务部门出具的合同登记证明和其他有关部门出具的文件等。

因此，在需要以外币支付费用的技术进出口交易中，合同登记尤为重要。技术进口方（通常是中方经营者），应当承担技术合同登记的义务。技术提供方应当在合同签订后，督促受让人尽快完成合同登记手续。

（三）技术进口合同中的免责条款

让与方通常会在技术进口合同中约定严格的免责条款，应当注意，中国法对技术进口合同中的免责声明进行了限制。例如，《条例》第二十四条规定，让与方应保证其所提供技术的合法拥有者或有权转让、许可者，并在受让人依据进口合同，使用进口技术而侵犯第三方权益时，让与方应承担相应的责任；若让与方试图通过合同约定免除其在上述侵权情形下应承担的责任，该免责条款在中国法下通常会被认定无效。

《条例》第二十五条规定，技术进口合同的让与方应保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的技术目的。一旦让与方提供的技术不能实现所约定的技术目的，受让人可要求其承担违约责任；若让与方试图通过合同约定免除其在所述合同不能履行情况下应承担的违约责任，该免责条款在中国法下通常会被认定无效。

（四）技术改进的权属问题

技术进口合同最常见的谈判焦点是受让人对进口技术进行后续改进或创造后，该后续改进或创造技术的权属问题。具有价值的改进技术可以成为让与方与受让人洽谈合作的筹码。让与方通常试图在技术进口合同中约定拥有受让人改进技术的所有权。该类约定在其他国家法律下可能适用，但在中国法下通常被认定无效，其违背了《条例》第二十七条的规定，“在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方。”

因此，合同中约定进口技术改进的权属问题时，应当注意：

（1）不能限制受让人对进口技术进行改进，或利用该改进。即应允许受让人对进口技术做出改进，任何限

制技术改进的条款通常会被认定无效。

（2）在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方。《司法解释》规定，让与方不得在未支付相应对价的情况下，要求受让人无偿授予改进技术的所有权或独占使用权。在中国法下，让与方自动获得改进技术所有权的约定通常会被认定无效。但法律至今仍未对上述对价给出明确说明，因此，比较稳妥的做法是，在技术进口合同中约定，让与方将支付一定的费用，以取得改进技术的所有权。

除支付相应费用外，让与方还可考虑通过以下途径，以获取改进技术的使用权：

（1）共同技术开发的情况下，让与方和受让人可以约定双方是改进技术的共同所有人，并通过交叉许可可满足各方对改进技术的使用需求。除了共同所有外，双方也可公平地分配改进技术，约定单独所有部分的所有权。如果双方相互授予权利，则没有必要另行支付费用；

（2）若改进技术是受让人单独开发的，让与方可以根据经营情况与受让人协商，取得在不同地域内该改进技术的独占或非独占许可。尽管依此情形，让与方仍须支付费用，但该费用会比获得所有权要少；

（3）受让人就改进技术的使用权授予让与方优先选择权，若许可方有意获得改进技术的使用权，可行使优先选择权，支付相应的费用，获得该改进技术的使用权。

（五）保护许可技术，撰写许可合同的建议

（1）当许可方与被许可人谈判时，应依据双方商业需要，在合同中明确约定许可方式（即独占许可、排他许可或非排他许可），许可的地域范围、许可技术或产品、使用范围、是否具有分许可权等，以防止被许可人超出合同范围使用许可技术；

（2）如果许可技术涉及技术秘密，许可合同应明确规定被许可人、被许可人员工，及其关联方的保密义务，并要求被许可人采取合理的保密措施，从而防止该技术秘密被泄露，且保密义务最好在合同终止后一定期限内仍然持续，直至该技术被公开为止；

(3) 对于许可的技术，应明确许可技术的验收、确认，和技术支持的条款，防止被许可人以交付的技术或技术支持存在瑕疵为由，拒绝履行其付款义务；

(4) 明确约定符合中国法的免责条款，强调当被许可人非归于许可技术产生侵权行为时，许可方对该等行为免责，由被许可人自行承担侵权责任；

(5) 绑定许可的专利和专有技术，约定易核算的许可费计算方法，例如固定许可费率，防止一旦许可的专

利权在合同有效期内终止时，许可人以专利权终止为由拒绝支付许可费，建议增加最低许可费条款；此外，明确被许可人公开账目的义务，许可方的审计权利，及被许可人在不履行公开义务的情况下应承担的违约责任；

(6) 鉴于国外仲裁判决在中国可以执行而国外法院判决在中国一般不可执行，许可方可以选择仲裁为合同争议的解决方式。



王朝晖

王朝晖博士是君合律师事务所上海办公室的合伙人。

执业领域

王朝晖博士主要从事专利申请、专利侵权和有效性意见书、专利图谱分析、可专利性分析、专利尽职调查、专利诉讼、技术转让和许可、商标和商业秘密保护策略等方面的业务。王朝晖博士在知识产权事务（包括中美两国的专利、商标和商业秘密保护等方面）具有丰富的执业经验，其执业范围涉及生物技术、化学、材料科学、软件、电子和设备领域内的各项技术。

在加入君合前，王朝晖博士曾任博钦律师事务所（Perkins Coie LLP）上海代表处的管理合伙人。她于2005年加入博钦律师事务所，并移居上海协助开设博钦上海代表处。在此之前，她作为律师曾在美国世达律师事务所（Skadden Arps Slate Meagher & Flom LLP）的纽约办公室工作（1999年至2003年），后在Brown Raysman Millstein Felder & Steiner LLP的纽约办公室工作（2003年至2005年）。

王朝晖博士自2011年起被钱伯斯亚太评为中国的杰出知识产权律师。

教育背景

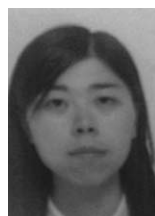
王朝晖博士毕业于武汉大学，获得学士学位，此后于杜克大学获得科学博士（Ph.D.）学位，并于哥伦比亚大学获得法学博士学位。

专业协会

王朝晖博士是美国专利商标局的注册专利律师、纽约州执业律师。

语言能力

王朝晖博士能熟练使用英语和汉语。



薛正芳

执业领域

薛正芳律师专注于技术转让与许可、专利申请、专利及商标侵权纠纷、知识产权尽职调查、专利诉讼和商业秘密保护策略方面的业务。

执业经验

薛正芳律师于2013年在君合开始执业。薛律师作为中国律师就公司知识产权事务的申请、侵权纠纷、尽职调查和诉讼提供咨询意见，涉及生物技术、软件、电子和设备等多个领域。薛律师协助外国公司以技术转让、许可或合作的方式，与中国公司进行合作。薛律师还就公司的商业秘密保护策略提供咨询意见。在加入君合前，薛律师分别在美国Baker & McKenzie 和 Perkins Coie 律师事务所实习过。

教育背景

复旦大学法律硕士（2010）
东华大学管理学学士（2006）

执业资格

中国律师资格
中国专利代理人资格

工作语言

薛正芳律师的工作语言为普通话和英文。

我国电子商务政策法规法律环境现状 简析

阿拉木斯¹

一、我国电子商务法律法规环境的基本状况

如果我们把电子商务法律法规理解为一个比较宏观的体系，包括互联网管理、信息安全、网络知识产权等领域，则可以发现我们的电子商务法律体系的建设自上世纪末就开始了。

（一）立法方面

在立法领域，从1999年开始，相关的立法呼声开始出现，2000年人大会议上一号提案使电子商务立法成为更多人关注的焦点，在其后5年的时间里，相关的一些法律、法规、部门规章和地方法规陆续出台，以电子签名法为首，以相应法规、司法解释、部门规章、地方法规为辅助的我国电子商务法律法规体系初步形成。

在我国电子商务政策法律环境十年左右的发展过程中，分别出现了这样一些重要的法律法规和政策文件，极

大地推进了我国电子商务政策法律环境的发展和完善：

第一，《国务院办公厅关于加快电子商务发展的若干建议》于2005年1月18日颁布，国家发改委牵头起草，是我国第一个电子商务政策文件，也是我国目前为止级别最高的电子商务政策性文件。它启动我国电子商务政策制定的进程，并对我国电子商务政策环境的发展奠定了根基。该文件的第七部分对电子商务立法作出了系统的规划。

第二，《电子签名法》于2005年4月1日实施，是我国第一部网络和电子商务立法，该法对电子签名、数据电文、电子认证的法律效力做出了明确的规定。但到目前为止，数字签名在网上交易、支付领域的应用进展依然缓慢，或者说，我国电子签名法的贯彻实施依然任重道远。

第三，《全国人大关于维护互联网安全的决定》于2000年12月28日颁布；《互联网信息服务管理办法》于2000年9月20日颁布，是我国最早的一批互联网立法，对

¹ 中国电子商务协会政策法律委员会副主任，阿里巴巴集团政策研究室高级顾问，国家电子商务示范城市创建项目专家组成员，联合国互联网治理论坛中方专家。

我国互联网法律监管的基本制度作出了规定，如对网络传输内容合法性的“九不准”的判断标准；关于网站登记许可与备案的基本制度，等等；

第四，《信息网络传播权保护条例》于2006年7月1日实施，第一次在我国的法律体系中提出了网站责任的安全港原则，为网站“松了绑”，但该原则的适用范围是：信息存储空间、搜索、链接、自动接入和自动传输服务。在此基础上，我国又出台了《侵权责任法》，于2010年7月1日实施，其36条被称为“网络专条”，明确网络服务提供者承担侵权责任的前提是“知道”。至此，我国网站承担法律责任的法律规定体系初步成型；

第五，《电子商务十一.五规划》由国家发改委牵头起草，于2007年6月1日颁布，在这个规划中，第一次提出大力发展电子商务服务业的思路，为我国零售电子商务08年后的大发展奠定了基础；

第六，国家工商总局《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》于2010年6月1日颁布，它的贡献在于，第一次全面明确了我国电子商务工商监管的一系列要求，如网店实名制、交易平台的责任范围等。尤其是针对十分敏感的个人网商是否必须办理营业执照的问题，该办法创新性地规定了：“自然人具备登记注册条件的，依法办理登记注册”，让纠结的个人网商大大松了一口气。

此外，商务部从2007年起，先后出台了《商务部关于网上交易的指导意见（暂行）》、《网络交易服务规范》、《第三方电子商务交易平台服务规范》等部门规章。广东、上海、北京、杭州等地的地方电子商务立法和规章的制定也比较活跃。

（二）司法方面

在司法领域，1998年以后，相关案例开始增多，涉

及的范围开始从北京、上海等少数大城市延伸到各地方省市直至国外，涉及的领域从域名、版权及至刑法、民法、行政法等各领域，涉及的侵权形式也从域名抢注、网上转载发展到网页链接、网上不正当竞争与黑客犯罪等多种类型。

总体来看，目前我国司法系统对于网上的相关知识产权纠纷有着较为成熟的把握，但对于电子商务的纠纷，还处在很不成熟的阶段。

（三）行政执法方面

在对电子商务与互联网的行政管理上，各行政管理机关也都进行了许多探索和改进。目前与电子商务有关的行政管理模式主要有：

网站的登记备案制度；特殊网站的经营许可制度；涉及新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械的信息服务；网上银行、网上证券委托的经营许可；信息安全产品开发、生产、销售的许可及检测制度；电子认证服务的许可制度；计算机软件著作权的登记制度，等等。

（四）电子商务企业法律实践方面

在电子商务企业层面，我们看到了我国各类电子商务与互联网企业在十余年的起起伏伏中磨练和沉淀下来的一系列有效的治理措施，它们是来自第一线的实战经验，是企业既无法律指引支持，又没有国家执法措施保障的情况下一步步摸索出的宝贵经验，是治理创新的典型，非常值得我们进一步总结和政府部门在治理电子商务时借鉴。对于这些来自电子商务和互联网企业的治理措施，我们称之为网规。

比如：2010年9月淘宝正式发布的淘宝规则，支付宝对支付安全实施一系列措施，阿里巴巴B2B在欺诈事件

发生后对规则的一系列强化措施；腾讯在11年实施的平台开放系列措施，腾讯的版权自助保护制度；百度对山寨客服的治理措施；京东商城在中国消费者协会设置的消保基金；凡客诚品实施的30日内消费者无理由退换货制度；F团推出的消保十项承诺；赶集网组建的反欺诈小组；世纪佳缘等婚介网站推广的网络实名制，等等。都是网规的具体表现。

二、我国电子商务法律法规环境存在的突出问题

虽然我国在电子商务政策法律环境建设方面取得了很大的成绩，但是由于受法律在虚拟空间局限性的约束，又缺乏必要的创新性的政策法律规范，政策法规的制订相对滞后，主要问题表现为：

（一）电子商务法律体系不完善，法律空白较多

《电子签名法》是一部基础性法律，按照国际电子商务立法经验，此后还需要出台电子交易法、个人隐私保护法律等相关的辅助性法律。对于现行的相关的法律法规，比如票据法、会计法、海商法也需要进行调整，因为这些法律对电子票据、电子发票、电子提单的合法性都没有规定。

另外，目前我国电子商务法律体系的一个比较大的问题是交易本身的保护没有得到足够重视。综观目前的这些法律法规，我们发现，这些法律法规只是围绕着电子商务发展中的一些边缘化的法律问题作出了规定，如基础设施的问题、信息服务的问题、行政管理的问题、信息安全的问题等，而对于电子商务运行中最为核心的问题，如电子交易、电子支付、电子商务交易平台、数据与隐私权保护、网上交易消费者保护等涉及交易环节的有效性、安全性和相关方权益保护的问题，却基本没

有涉及或涉及的过少。

目前的主要法律空白还有：电子商务信用、电子商务竞争规则、虚拟财产、虚拟货币、搜索引擎和网络广告、代购和团购等新交易形式的规范等。

（二）现有规定效力等级较低

目前已有的电子商务法律法规中以部门规章和地方法规为多数，法规较少，法律则更少，这些部门规章和地方法规的效力较低，直接造成了其适用范围和力度的不足。还有，虽然部门规章和地方法规的数量较多，但由于缺乏更高的法律或立法规划的指引，目前我国电子商务法律体系的系统性很差，还没有形成统一、稳定的法律原则，规定之间缺乏必要的呼应和协调，甚至存在着一些冲突和不一致的地方。

比如，2005年10月26日中国人民银行出台了《电子支付指引（第一号）》，全面针对电子支付中的规范、安全、技术措施、责任承担等进行了规定，很好贯彻了电子签名法并充分顾及了电子支付领域的一些具体问题，应该说是一部很有意义且操作性很强的规定，然而遗憾的是，该规定可能连部门规章都算不上，只是提供一种指引方向，强制和约束力非常有限，在执行中可能会使服务商和用户产生不痛不痒的疑惑。

（三）部门协调成本过高，导致效率低下

目前我国电子商务立法中存在的另一个问题就是多头管理、“门槛”太多，部门与部门间的规章缺乏应有的协调，地方与地方间的规章也缺乏必要的配合，某些情况下造成了企业穷于应付、无所适从的局面。造成这样现象的主要原因一方面是在电子商务的管理上缺乏良好的机制，另一方面是我们在电子商务的立法与管理上

缺乏统一的原则与协调机制。

（四）行政管理模式陈旧，与电子商务配套的电子政务模式创新不尽如人意

虽然目前我国围绕着电子商务和网络的一些规章制度数量不少，名称也各不相同，但其中很多规章的核心内容却基本一致，那就是规定对这个领域电子商务和网络经济活动进行登记、许可等管理。围绕这个要求，做出一些程序上的规定。这样规定散见于对ISP经营、ICP经营、BBS经营、域名管理、网上新闻、网上广告、网上证券、教育网站、网上音像制品、网上药品交易管理等领域，在某种程度上可以说已经形成了一种固定的模式。这样的一种模式，基本上是在以往的条块分割的管理体制下针对传统商务模式的管理办法，不能很好地适应电子商务和网络经济的特性和要求。

政府思维和管理，滞后于电子商务的发展，是立法最大的挑战。近十年来，政府没有跟上这场新的网络经济高速发展，没有战略性地看到未来。眼前利益之争，妨碍产业和生态各方达成共识、形成合力；战略方向选择错位，也会导致固化旧经济模式，形成更大的促进阻力。如，继续对传统商业基础设施加大投资，而新的信息基础设施的开放与投资缺乏，导致传统力量加强对新经济、新规则的抵制。新形势下，已经不是单一的技术、产品或商业模式的竞争，是新经济模式对旧经济模式的颠覆。

（五）电子商务行业竞争和规范发展有待进一步得到法律的支持

比如，近年来，电商网站单方取消订单的情况频繁发生，甚至多次引发大规模的消费者维权事件。此外，

电商随意调整价格，“先涨后降”几乎成了行业默认的行规。许多电商网站自恃合同条款对自身有利，因此玩弄消费者于股掌之中。即便有少数消费者愤而将电商起诉到法院，但成功维权的寥寥无几。

三、关于我国电子商务立法的相关建议

经过十几年发展，我国电子商务取得了很多成功的经验，由客户营销、产品供应、交易、支付、物流快递、数据服务等构成的电商生态体系正在完善，网络交易规则、信用制度、基础设施等初步建立。

我国网络零售平台已成为全球第一平台，处于世界领先地位。网商的首创精神，成为电子商务发展最重要的驱动力。700万卖家、2.42亿买家、15万家服务商之间的消费习惯、交易规范、商业约定初步形成。

（一）关于我国电子商务立法的宗旨的建议

第一，在生产力变革背景下讨论电商立法

电子商务这一先进的生产力，正在重塑经济和社会结构，包括重构生产、流通业的市场结构。在这一过程中，催生了协作经济、分享经济和电子商务生态化，催生信息时代、新型的社会化企业。实现高效与公平的均衡，电子商务生产力推动建立新型的组织方式、协作制度、基础设施，及各个商业主体之间健康的生产关系。

第二，将过去成功的经验作为讨论电商立法的出发点

一个容易被人忽略的但却极为重要的成功经验是：过去十几年电子商务快速得到发展的一个重要原因，是政府在其发展初期干预较少，中国电子商务由此获得了一个较为宽松的发展环境。2000年，电子商务在互联网泡沫中依靠商业信息服务顽强生存；2003年，电子商务在非典中坚持，推动小微企业在线创业；在2008年金融

危机挑战下，电子商务帮助制造业解决产能过剩；在今天，电子商务帮助制造业转型升级，帮助专业市场拓展空间，帮助零售业建立面向信息经济的基础设施。

第三，保护和促进电子商务发展

以新型的先进生产力的要求，重新界定电商生态系统中各商业主体之间的权利、义务和责任；以专项的法律，整合和取代大量分散、重叠、低层级的部门规章和管理办法，提高法规效能。用法律将不当的权力关进笼子，对原有相关法律条款进行修改或解释，推动对电子商务再认识，转变政府和传统产业不适应发展的思想观念。

（二）关于我国电子商务立法指导思想的建议

1、促进发展，为未来的互联网经济立法

电子商务商业生态的框架，或应成为电子商务立法的基本框架：商家、消费者、平台、政府、行业协会等主体共同组成了电子商务生态圈，这决定了电子商务立法一定是基于电子商务生态的，符合信息时代特点的，调整生态中各平等主体之间权利义务的“根本大法”。

政府、企业、产业共同推进创造电子商务、新经济的未来。这是国家、民族的战略利益所在。认识到政府本身也是电商生态的主体之一，抛弃自上而下的监管思维。充分相信生态化治理的力量，把更多的目光聚集在行业发展真正需要解决的问题上。如：物流、宽带、云计算基础设施滞后、网络黑恶势力猖獗、中小企业融资困难、小微企业无法承受的税收负担。

2、规范环境，为电子商务700万小微企业立法

保护小微企业的生存与发展，尊重小微企业的首创精神，保护小微网商电商的创新活力，保护并推动小微网商成为互联网时代的服务业的主力军。创造有利于小微企业发展的环境，包括，基于网络的商业基础设施、

有利于小微企业创新发展的方针政策、保护小微利益的法律制度，让小微企业真正实现“愿天下没有难做的生意”。维护小微企业公平竞争的市场秩序。对不诚信的小微企业、网络黑恶势力，建立惩治机制。

3、保护权益，围绕新经济、网络经济立法

电子商务是新经济，是战略性新兴产业，是先进生产力的最典型代表，是中国经济的未来。保护创新的电子商务和网络经济的发展，而不是保护传统经济，是电子商务立法的基本目标。

通过电子商务立法，开放金融、电信、物流等垂直垄断行业的市场和基础设施资源，推动解除传统经济对新经济发展的制度和资源的约束，是实现国家经济战略转型的基本目标，也是电商立法的基本目标。将实践中产生的新经济和新商业规则，上升认可成为法律条文和法律制度，从而获得司法执法体系对新经济的全面支持。

电子商务立法中可以考虑的基本原则包括：先发展，后管理；重促进，轻监管；自下而上。其他的还可以包括：

谨慎原则。电子商务进入成形关键期，看不清的先放下，为发展留足空间；宽容、包容原则。对新事物允许试错，对新问题保持宽容，相信消费者比监管者聪明，相信竞争和市场的选择；公平原则。给予市场各主体同样的市场地位、市场资源。包括小微企业的公平问题，线下线下的税负公平问题；竞争、创新、开放的原则等。

（三）关于我国电子商务立法的技术原则的建议

电子商务法属于民商法范畴，民商法存在的基础和必要性是确保交易秩序和安全。同样，电子商务立法的主要目的也应当是着眼于交易秩序和安全。具体地说，电子商务立法旨在为电子商务提供一套透明的、稳定

的、有效的行为规则，以使在线经营者有一个稳定和安全的预期，在公平的条件下开展竞争；同时，电子商务立法旨在为电子商务提供一个和谐统一的法律环境，以维护交易安全，保护消费者权益，保护知识产权，保护个人隐私。

在制定规范的同时，也应当以当事人自治为基础，支持和鼓励在电子商务领域行业自治和当事人自治，鼓励商界探索新的规则，使强制性的规定建立在维护交易安全合理的公共利益的基础上。

我国电子商务立法可采纳的三项基本原则：

1、与国际电子商务规范接轨原则

电子商务是无地域界限或超国界的商业方式，因此，它比传统商业活动更需要采取统一规则。在这方面，联合国贸易法委员会《电子商务示范法》率先确立了一些基本原则，为电子商务立法基本原则统一奠定了基础。事实上，之后许多国家立法均采纳了示范法的基本原则。

2、技术中立原则

技术中立原则是指政府或立法机构对于各种有关电子商务的技术、软件、媒体等采取中立的态度，由实际从事电子商务者或提供信息服务中介商自己根据技术发展选择采取新的和国际社会接轨的技术，政府应当不偏不倚，鼓励新技术的采用和推广。只有这样才能建立开放的、全球性的电子商务运行的法制环境。

技术中立原则还意味着，电子商务立法必须考虑信息技术的高速发展趋势，为新技术的采纳留有余地，或者不应排斥新技术的采纳，以适应电子技术和电子商务模式的新发展。

3、促进交易和发展的原则

从法律规范的角度，促进原则表现为尽可能地为当事人自治和行业自治原则留有余地，强调引导性、任意性，为当事人全面表达与实现自己的意愿，预留充分

的空间；在法律实施领域坚持私法自治原则，只要现行法律没有禁止的，就是允许的或者不视为违法，只要法律没有强制规定，那么当事人之间安排就是合法的。这种态度有利于商家不断地探索电子商务运行的经验和习惯，有利于形成成熟的行为规范。可以说，促进交易是任意性规范的法理基础之一。

法律实务工作中的非法律因素

——以闽发证券破产案件的审判工作为视角

(梁闽海律师2013年2月26日“法律实务工作的非法律因素”培训整理稿，叶礼、卢亮整理。)

法律人业务成熟的历程，往往是书本知识与社会体验相融合的过程。一个考试高分的法学院毕业生难以直接成为优秀法律实务工作者的原因之一，在于其通常缺乏对相关的工作环境，管理体制，乃至整个社会政治、经济环境的把握。以法院工作为例，法官业务能力包括两方面，一方面是专业能力，即法学理论和运用法条的能力；另一方面是非法律业务能力，包括大局把握能力、社会矛盾化解能力、当事人利益平衡能力等。这两方面的能力等量齐观，且都直接决定着办案效果。非法律业务能力不仅体现在法院工作中，也体现在律师工作中。

我在法院工作期间，曾专职负责闽发证券公司破产案件（“闽发破产案”）及其衍生关联案件的审判工作，长达五年。在此过程中，我对非法律业务能力的运用有较深的感受。现试以本案为视角（闽发破产案简介以附件形式附后），略呈管窥之见，与大家分享、探讨。

一、以法律以外的社会、政治及经济视角，准确把握闽发破产案的立案背景

从事法律实践与做法律习题有很大不同：做法律习题，只需熟悉法规、法理即可；但法律实践，却必须考虑社会环境的影响。不管是法官还是律师，都要考虑身处的社会、政治及经济环境。法律工作创新的动力来自于社会发展的需要。只有准确把握时代的脉搏，才能准确把握创

新的方向，用活法律。律师在法律实务工作中，需要了解司法工作的历史沿革，熟悉司法体制；同时，也需要融入到社会环境中，在司法体制外考虑业务问题。

现从闽发证券案的立案背景解释把握社会政治经济背景的重要性。

（一）破产案件“立案难”与证券公司破产立案迅速

在律师圈曾流传着“破产案件立案难”的说法，甚至有的律师会对当事人称，法院内部规定，对破产案件不予立案。虽然此种说法不实，但不少法院确实受社会经济环境的影响，对破产案件立案较为审慎。

破产案件“立案难”的最初原因，是最高法院为了保护地方法院免受地方政府的压力。上世纪九十年代中后期国有企业转型过程中，有些地方法院在地方政府的压力下出现了帮助企业通过破产程序逃避债务的情况。而当时在银行中实行的特殊坏账核销政策，对此起了推波助澜的作用。在这种情况下，最高法院于2001年8月下发紧急通知，要求各地法院对破产案件慎重立案。所谓慎重立案，其实是给各地法院一个“挡箭牌”，让他们顶住地方政府的压力，把不该破产的企业拒之门外。

破产案件“立案难”的另一个原因，是法院内部的绩效考核制度。破产案件工作量大，法律关系复杂，难以

通过常规的业绩考核指标体现，这直接影响了法官个人业绩和法院业绩，导致很多法官不愿意审理破产案件。特别是当时的破产法体制中只有清算组制度，而缺乏管理人制度。清算组成员主要由与职工安置、债权债务清理职责有关的政府部门（如工商局、税务局、劳动局等）官员组成，偶尔也有会计师等来自中介机构的成员，却基本上没有律师。这种清算组难以胜任管理人工作，因此，法官经常不得不身兼多职、亲力亲为。这不仅影响了法官受理案件的积极性，同时也违反了法官中立裁判的职责。

但是，在破产案件立案难的背景下，从2004年到2008年的四年间，全国却共有26个证券公司破产的案件立案。证券公司破产，不仅涉及证券业务的特别规则，还涉及行政清算程序与破产清算程序的衔接等问题，技术操作上非常困难，法律关系亦错综复杂。以闽发证券为例，该破产案中有数千个法律关系，派生出1800多个衍生诉讼。对于这批异常困难的破产案件，大部分法院在人才储备和经验积累等方面并没有做好充分准备。

然而，这批案件能迅速立案也是因为当时的政治经济环境。

过去的证券公司没有三方监管，证券公司的对外融资经常用来“做庄”，操控股市。虽然这些金融大鳄持有的均为绩优股，但由于没有结合国际经济形势评估股市走向，在2004年左右几乎全军覆没，给国家金融体系造成了很大动荡。若任由此类现象发展，国家经济安全将受到严重的损害。

在此背景下，国务院决定在全国范围开展证券公司风险处置工作。尽管困难重重，但各地法院还是不畏艰难，共立案受理了26个证券公司破产案件。这也就是“司法服务大局”。

以上证券公司破产案件获得大规模立案的例子可以说明，经济环境的变化，政府的宏观决策，都会对法律实务工作产生直接或间接的影响。

（二）闽发证券案突破法律空白，实现关联公司合并破产的背景

关联公司合并破产是破产法上一个很重要的问题。公司法上对“关联关系”有明确定义，但并没有划定哪些公司属于关联公司。关联关系一般是指公司或公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，此种关系可能导致公司利益的转移。此类公司破产经常遇到的困境是：企业的资产被实际控制人在不同法人之间进行转移，却没有法律明文规范此种行为。像闽发证券这样复杂的案件，在法律没有明确规定的情况下，能够实现关联公司合并破产立案，是有多方面的原因的。

首先，立案法院前期调研充分。立案法院在调研中发现，这些企业如不合并清算，清算工作将无法进行。在证券公司获取巨额融资后，实际控制人经常通过设立隐名公司的方式逃避监管。虽然闽发证券并非这些申请破产的关联公司的股东，但这些公司实际上是闽发证券操纵股市或从事其他非法经营活动的工具。这些公司的资产、人员混同，彼此的业务与债务均杂糅在一起。如逐个处理这些公司的债权债务，将会很难操作，也不利于保护债权人利益。

其次，各地法院在试点中积累了合并破产的经验。在全国多个城市的破产案件中，已有了合并破产的试点。如南方证券破产案、沈阳的欧亚集团破产案，为合并破产提供了宝贵的经验。

再次，法学界对合并破产提供了理论上的支持。尽管破产立法尚欠缺，但很多有前瞻性的法学家都撰文对合并破产问题进行了学理论述，为关联公司合并破产提供了理论支持。

因此，为避免闽发证券公司破产酿成重大的社会动荡，立案法院在无明确法律依据的情况下不得不选择合并破产的方式。

二、基于实际的团队管理模式，确立工作思路

良好的管理模式，一方面，能够实现团队成员的有机统一，降低工作风险；另一方面，也能够充分发挥项目参与人员的主观能动性。无论对于法官还是律师，熟

悉破产项目管理模式，清楚项目各方参与人员的角色、立场、作用和责任，都是十分重要的。而把握人的关系、做好人的工作，则是管理模式的核心。

我认为，闽发证券破产案的管理模式之所以可称为“量身打造”，主要体现在两方面：其一是专门为此案成立了闽发证券合议庭，其二是组建了优秀的清算组。

（一）符合本案审判工作实际的破产管理模式

为办理闽发证券破产案件，法院成立了一个和各个审判庭平行的专案部门：既是具体的办案单位，又是一个工作统筹协调和组织管理的枢纽。此专案部门虽然命名为闽发证券合议庭，但实际上是审判庭的建制，由12名法官组成。在经费上，法院也对该案予以专门支持，拨出了四百万行政经费。此外，法院还专门为本案设立了专案领导小组，由院长任组长。

采用这种破产管理模式的主要原因是案件涉及的工作量大，仅一名法官无法管理全部的工作。闽发案件重大清算事项3800多个，浏览一遍文件就要花几个月时间，法院不得不采用集体审案的方式。本案具体工作模式是，由一位院领导当审判长，庭领导任主审法官和工作团队庭负责人，其余法官分管具体工作。此种审判管理模式工作汇报层级少，实现了扁平化管理，因此整个清算工作的监管周密而高效。闽发证券破产案是全国26个破产证券公司中最迟决定立案的，又是相对复杂、疑难的，但却是最早结案的大型案件。

工作效率对证券公司破产案件非常重要，因为破产债务人的主要资产便是所持有的有价证券。证券市场的市值波动频繁，早一天结案，就能早一天抓住股票市场的交易时机。我们做过统计，闽发证券所有的证券资产，在处置的一快一慢之间，破产财产的差异竟高达9个亿！

（二）符合清算工作需要的管理人制度

闽发证券的管理人选任非常特殊，从一开始就确定

不聘任福建省内的律所、会计所或审计所。这是由于工作量巨大，一旦启动所有工作都要同步，早期就要调集一大批律师和会计师，至少需要一百人；而每调集十个律师，一个律所就至少要有50个律师的储备。福建的律所规模都很小，很少有100人以上的大所。但如果把数个律所拼凑在一起，又会产生工作协调的问题。

后来，经中国证监会推荐，我们确定了7家在全国证券公司行政清算工作中表现出色的律师事务所和会计师事务所，然后随机摇号选定了北京中伦律师事务所和上海立信会计师事务所，其后又确定了中国东方资产管理公司作为清算组的领导成员单位，以实现行政清算与破产清算的良好衔接。

对管理人进行监督和指导工作，对法院而言也是一个挑战，尤其是针对三个异地中介机构。最熟悉的工具就是好工具，法官虽不擅长公司管理，但熟悉法院的司法体制。所以，我们在清算组推行了类似法院案件管理的制度——清算事项责任制。所有的清算工作都要求像法院的案件那样立项，然后跟踪每个案件的具体承办人、责任人、分管领导。

后来我们发现，这套管理制度非常有效。因为法院的管理体制是近三十多年从审判工作中不断总结出来的相对成熟的体制，而破产管理人是2007年才开始实行的崭新的制度，管理人的规范化管理正在探索中。在这种情况下，难以找到比清算事项责任制更为成熟的体制。

三、从“怎样把事情办好”的角度，灵活运用工作方法，改善办案效果

证券公司破产案件在当时是新类型法律工作，没有先例可循。很多疑难问题并没有法律的明文规定，实践中也无先例。而对于闽发证券案这样史无前例的大案要案，机械性地套用以往小规模破产案件的一些做法更是不可取。因此，需要从“怎样把事情办好”的角度，在每一个工作环节和具体的工作方法上勇于创新，灵活地选择工作方法，最后才能取得好的效果。以下试举例说明：

（一）以资产清查为主线，穷尽各种手段查找隐蔽资产

普通的破产清算案件，通常情况下企业账目都是比较清晰的，清算工作可以通过审计顺藤摸瓜具体开展。然而，对于闽发证券案来说，这种工作方式是行不通的。这是因为，实际控制人为逃避监管，账目十分不规范，几千万甚至上亿的巨额资金，有可能通过一个电话或一个白条就被划走；企业的很多资产都隐匿在帐外，隐匿在看似与闽发证券没有任何关联的公司里。作为法官和管理人，简单的把证券公司的账目清理一遍，虽然在形式上已经履行了职责，却不利于维护广大债权人的利益，难以取得好的审判效果。

从这一基本情况出发，本案没有按照破产案件审判和清算程序的老套路开展工作，而是确立了以帐外资产清查为重点、以深挖隐蔽资产为清算工作重心的工作思路。所谓的资产清查，就是根据财务线索、有关合同及票据凭证等资料，把有关公司的帐外、帐内资产都清理查找出来。在这一工作思路的指导下，法院指导管理人合理进行了机构配置，指定由律师、会计师及原闽发证券行政清算组共同组成管理人团队，强化管理人内部的专业配合与分工协调，加强了清算过程中法律和财务两方面工作的有机联系。在此基础上，有效提升了清查工作的质量和效率。全案累计清查出帐外资产41亿元，破产清偿率从案前预估的不到20%，提高到了63%。

（二）及时对债务人破产财产采取保全措施

在特定情况下，管理人需要采取特殊的司法措施来保证破产财产的安全：一是防止其他司法机关误执行；二是防止资产的名义持有人产生道德风险。闽发证券公司曾经设立了大量的壳公司，这些壳公司从表面上看和闽发证券没有任何关系，都是以个人或机构名义持有，但闽发证券公司的很多资产却都登记在这些壳公司或第三人名下，属帐外资产。这些资产既可能被外地司法机关错误执行，也可能被资产的名义持有人非法变卖。为了防止资产

名义持有人恶意转卖资产，防止其他法院误执行，在立案之初，法院组织了大量审判力量，在全国42个城市对破产财产采取了保全措施。深圳中院等许多具有破产案件审判经验的法院都采取了类似的工作方法。这一特殊工作方法说明法律实务工作与具体案件背景相结合的重要性。

（三）对债权人话语权的“限制”与保障

在闽发证券破产案中我们非常注重保护债权人利益，充分保护他们的发言权、知情权和监督权。但在必要时，我们会对债权人的话语权有所限制。这种“限制”和保障尺度的把握，需要较高的水平。比如，在第一次债权人大会上，我们没有安排债权人上主席台发言。主要是因为，本案立案前，破产企业的债务危机已经延续了四年，广大债权人意见很大，如果在一个集中的场合自由沟通，债权人会议的局面将难以控制，这不利于维持良好的清算工作秩序，最终将反而损害债权人的利益。

这种安排表面上看不符合法律条文的规定，其实不然。我们在第一次债权人会议之前一个月，在全国各地分片区组织了十场债权人座谈会，法官主动上门找各地债权人小范围集中座谈。只要是想说话的债权人都可以来发言，沟通非常充分。我们向债权人传递的信息是，如果局面乱了，本案的法官、律师、会计师等就无法专心从事清算工作，最终损害的反而是债权人的利益；但如果大家给法院和管理人一段平稳工作的时间，我们就能把清偿率提高。立案前，有关部门预估的清偿率是15%-20%，我们认为还有潜力，告知债权人这个数字可以再提高一些。债权人都很理智，听取了我们的意见，在整整一年半的时间里，耐心等待我们的工作成果。一年半以后，我们开始分配，第一次分配的清偿率就达到37%，大大出乎债权人意料。对于全国各地破产案件的普遍清偿率，债权人立刻对法院和管理人刮目相看。现在，闽发证券案的大部分债权人对我们都很尊重，有的甚至还成为了好友。这个例子说明，我们对法律的适用不能太教条，而是要根据具体的工作环境做决定。

（四）法院需要帮助管理人调查和协调工作

闽发证券破产案还有个特点，就是法院调动了大量审判力量帮助管理人调取证据和协调工作。这从表面上看，是法院参加了具体的清算工作，看似不符合破产法原理，但实际上却符合了法理要义。破产法的原理是：法官中立公正裁判，在二线监督清算工作，而不参与具体清算工作。新破产法为此专门明确规定了管理人的职责，理论上法官不用参加清算工作。但实践中，因为社会对管理人制度并不认可，管理人的工作开展非常困难。很多证券公司、银行直接拒绝管理人的调查。这样，就需要动用审判力量协助管理人调查。当然，我们也保持了工作底线，法官毕竟是裁判者，相关当事人和管理人日后可能会发生纠纷，需要法院解决。我们的原则是只负责搜集资料，资料交由管理人来判断，等出现纠纷后法院再居中裁决。

四、准确理解法条背后的实质含义，才能实现案件的公平正义

追求公平正义是法律实务工作的核心法理，是一切司法工作的宗旨。而真正贯彻法律，真正适应法理，有时需要在形式上背离法律。绝对的桎梏于法条本身，经常会违反法律本义、不符合法理精神。很多诉讼律师打输了官司，却一辈子不明白输在哪里。很多判决法院确实没有严格按照法律程序处理，甚至个别情况下，会超越实体法，但这并不意味不合理。诉讼律师感到困难的原因，正是因为这些情况下他们找不到规则。实际上，有些规则虽然是不成文的，但却是客观存在的。

（一）闽发证券案对债权审查和撤销权制度的突破

1、第一次债权人会议未核查债权

破产法第58条规定“依照本法第五十七条规定编制的债权表，应当提交第一次债权人会议核查。”但在闽发证券案中，债权关系不但复杂，而且数量庞大，管理

人匆忙得出债权审核结论，显然不利于维护广大债权人的利益。因此，在第一次债权人会议上没有安排核查债权的法定程序。

2、法官对每一笔债权进行实质审查

债权审查在破产法中以裁定形式处理，法院对债权的审查是形式审查，通常只要债权人没有异议，法院审查后就会下达裁定，认可债权。

但在闽发证券案中，法院坚持要求法官对每一笔债权进行实质审查。这样做的原因在于，现行破产法的设计不适合闽发证券这样的大型案件。破产法规定的债权人监督审查，是管理人审查债权。但在本案中，首先，管理人受到专业限制：闽发证券的债权很多是委托理财、国债回购等专业性很强的债权，不仅管理人不了解，就是大部分的法官和律师也不甚解；其次，闽发证券债权有两百多笔，所有资料能堆几个房间，难以逐笔审查。所谓债权人会议审议，更是走形式，几百号人坐在一起，只能看看债权列表，列表上只有姓名、金额、债权种类。因此，破产法设计的管理人监督制度，实际是缺位的。这种设计对于大型案件不适用，因为它会导致管理人权利过大。闽发证券最后清偿率达到60%以上，这意味着债权确认每错100元，就会导致63元的分配误差。管理人对债权审查的权利如果没有得到有效的监督，对管理人和法院都产生很大的工作风险。因此我们要求，所有的债权审核，管理人审核完之后，法官再审核一遍。

3、将破产立案日的法律效果提前到行政清算日

对于撤销权和抵销权，在破产法中有一年的除斥期间。但闽发证券等证券公司的清算中有个特点是破产法没考虑到的，这便是证券公司破产中漫长的“行政清算程序”。在行政清算程序中，很多当事人做了事先准备。例如，山东省的一个信用联社下面有两个独立的信用社，这两个信用社分别对闽发证券有债权和债务。享有债权的信用社在闽发证券行政清算后，抢在破产清算前，迅速将债权转移给另一个信用社。在形式上，这样的操作完全符合法律的规定，但明显违反了公平正义。因此，我们把破产立案日的法律效果提前到行政清算日。为此，信用社和管理人打了一场官司，一审、二审、直到最高法院再审，信

用社都输了，三级法院之间并没有任何沟通。三级法院从形式上都违反了法律规定，但都符合了实质正义，而实质正义正是司法工作永远追求的目标。

而此次《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（“《破产法司法解释二》”）吸收了闽发证券案中的做法，规定：债务人经过行政清理程序转入破产程序的，可撤销行为的起算点为行政监管机构作出撤销决定之日；债务人经过强制清算程序转入破产程序的，可撤销行为的起算点为人民法院裁定受理强制清算申请之日。《破产法司法解释二》另行规定经过行政清理和强制清算程序的债务人，其管理人撤销权起算时点的标准，这符合《企业破产法》第四十条的立法精神，也是对闽发证券案此种做法的认可及沿袭。

（二）在破产衍生诉讼中摒弃当事人主义审判原则，强化职权主义

为了实现法律效果与社会效果的统一，实现实质公平正义，我对破产衍生诉讼中一直奉行的“当事人主义”进行了深入研究，并且结合闽发证券案的实际，对这一传统原则的局限性和不足进行了反思和探讨（可见我发表于2011年第2期《法学》杂志的论文“论破产衍生诉讼的审判方式”）。无论对于法官还是律师，要准确把握破产衍生诉讼的审判方式和主导原则，都必须以非法律的视角，充分考虑影响债权人、破产企业和管理人利益、立场和行为方式的各种因素。只有这样，法官才能把握如何对案件进行利益平衡，而律师才能明确破产衍生诉讼案件的承办思路，根据法官对具体案件的利益平衡确定相应的诉讼策略。

1、闽发证券案简单适用当事人主义将导致实质不公平

当前，当事人主义审判方式是主流，职权主义审判方式经常为实务界所诟病。但如果闽发证券的一千五百多个衍生诉讼中适用当事人主义，就会产生实质不公平。这种不公平，体现在以下几个方面：

第一，破产企业方当事人的缺位。在破产案件中，

对破产企业进行决策的最高权利，是属于全体债权人的。但闽发证券有两百多名债权人，每次开庭都要两百多名债权人出席，显然并不现实。而即使建立了代表债权人利益的债权人委员会，面对数目达1000多件的海量案件，债权人委员会也无暇应对。这就造成破产企业方当事人在破产衍生案件中的实际缺位。

第二，双方信息不对称。代表破产企业诉讼的是管理人，而管理人是后来接受企业的，往往并不了解案件情况。经常是法庭上一方当事人证据齐全，而破产企业一方对事实不了解，有证据也只有复印件而没有原件。按照证据规则，对于复印件对方当事人有疑义的，法官不能认可其效力。

第三，管理人的惰性和道德风险。现行破产法对管理人的报酬决定了衍生诉讼对律所而言是投入大，而产出却极小的业务。破产法规定超过五亿元的部分，管理人只能拿0.5%。闽发证券最后的破产财产有70多亿，导致执行一千万元的案件，管理人只能拿到五万元的报酬。打赢官司已经不容易，而且还要执行到位，才能增加破产财产。这对律所而言绝对是亏本的，但是如果不做又会导致执业责任。因此，管理人最希望的就是法院草草判决，自己拿到判决交差，既减少了其工作量，又避免了执业责任。

第四，破产企业方经营管理人员的“倒戈”。进入衍生诉讼程序，之前的力量对比就发生变化了。破产企业方高管、经营者经常会出现倒戈：案件打赢了自己也没有利益，然而对方当事人却是长期的伙伴和朋友。因此，这些破产企业的高管和经营者很可能被对方当事人收买。只要他们不作为，该说明的不说，就会对其他债权人造成损害。

正是基于以上原因，在审理闽发证券破产案衍生案件的过程中，法院采取了适度的职权主义审理模式，公开提出诉讼程序中会对管理人员进行监督。

2、闽发证券案衍生诉讼适度强化职权主义的表现

闽发证券中适度强化的职权主义审判理念主要体现在以下几个方面：

其一，在案件的事实与证据层面，提高风险意识，

依据案件对抗性的强弱程度、各诉讼参与方之间的关系等因素，适时加强对各诉讼参与方有关行为的审查监督力度，注意防范各类诉讼欺诈行为。

其二，在相关案件的诉讼处分权层面，加大对当事人尤其是管理人一方诉讼处分权行使的审查力度。对于管理人的撤诉行为，如果可能损害到破产企业债权人等第三方正当权益时，法院则依职权不准撤诉；对于当事人的调解申请，注重在查清事实的基础上进行调解，充分注重调解的合法性，避免恶意调解。

其三，在对于清算工作的监督层面，强化对管理人诉讼工作的监督。具体体现在两个方面：首先是确保管理人在诉讼工作中勤勉尽职，防止因管理人的工作失误与道德风险而造成不应有的败诉结果；其次是对于可能出现的管理人急于起诉的情形，积极督促起诉。

其四，在协助调查取证方面，强化对处于先天弱势地位的破产企业一方的救济。

其五，在案件的举证责任分配方面，法院根据具体案情，合理配置举证责任。

其六，在有关案件的举证期限方面，法院慎重适用证据失权规则。在破产企业一方不存在恶意或者重大过失的情况下，尽可能避免适用举证期限来惩罚破产企业，避免损害广大无辜的债权人的利益。

五、高情商是处理复杂疑难破产案件的核心

（一）律师应当勤勉敬业

勤奋工作这是老生常谈，但确实是颠扑不破的真理。勤奋应当是从事每个行业都应具有的态度，而作为律师更应如此。谦虚善学，借鉴各界经验是通往成功的捷径。大部分成功的律师都十分勤奋。处理复杂的工作，没有勤勉尽责的态度是难以完成的。

（二）律师应当注重沟通和协调

首先，要重视沟通工作。没有万能的单位，尤其是大

型业务，一定要争取外围的支持。闽发证券案中，我们很清楚法院的角色和地位，这项工作不是单靠福州中院一个中级法院就能完成的，需要党委的、政府的以及商业机构的支持。所以我们至少投入了1/3的工作小时来协调外围工作，包括与上级法院、证监会等的协调。解决疑难问题的底气就是从外部单位的协调、支持中来的。

其次，要注意培养工作情谊。在闽发证券破产案件中，许多证券资产处置工作的力度很大，我们的工作底气是因为我们和证监会有关部门沟通得很好。这些工作情谊不是打几个电话、发几份文件能实现的，需要日常的工作交流。通过长期的深入沟通，我们对监管机关对法院的支持力度有了感性的判断，能对模糊问题快速决策。同样，作为律师，也需要在破产项目的工作中，通过良好的协调沟通，获得债权人、法院等各方面的信任和工作上的配合。

同时，还要争取债权人的理解和支持。取得债权人的理解和支持，是破产案件中十分重要的专业能力。闽发证券案中，法官和债权人沟通十分密切，并要求管理人每季度定期召开一次债权人会议。市场经济下大家都很实在，都要落在经济利益上。本案涉及众多利益纠葛，但没有酿出大的社会危机，就是因为法院把预估的清偿率从15%-20%，提高到60%以上，而且快速分配。全案共有40多个亿的债权被法院否定，但是债权人普遍都满意，就是因为法院做到了一碗水端平。

（三）律师应当立足实际，对症下药

虽然现行破产法的法律法规对破产程序有了一些细节规定，但是大部分实务问题仍然处于立法空白状态。特别是复杂的破产项目，几乎没有先例可以遵循。这些都对破产案件承办人员的业务素质和实践经验提出了挑战。

案件背景永远是动态的，每个案件必须立足于实际，找到恰当的工作方法。闽发证券破产案件，正是由于立足案件实际，灵活地选择工作方法，最后才取得好的效果。律师和法官都要注意不要沦为法律机器。在工作中要发挥主观能动性，随机应变，把案件和环境相结

合，以此决定工作方向和方法。当然，这样的胆略和眼光需要以扎实的破产法律功底和丰富的破产项目实践经验为基础。

（四）律师应当有胆有识

破产案件往往涉及复杂的利益关系，拘泥于法条，往往可能违反实质公平正义，造成各方利益的失衡。

作为律师，应深入理解法律和法理的精髓，大胆主张合法权益。在一定条件下，甚至可以跨越法律条文形式上的羁绊。这要求律师对法理和法律深入理解，准确掌握要义；要求律师吃透案情，切身融入案件环境，全身心投入诉讼案件；敢于担当、敢于判断、敢于实践是做好复杂业务的基本能力。

处理诉讼案件不是做习题，律师要和整个工作环境融合在一起。只有全身心扑在案件中，感受当事人的情绪、法官的情绪、外部社会环境的情绪，才能提出恰当的诉讼策略。律师要敢于从公平正义的本质出发，结合工作实际，敢于参与规则的创制，并提出法院和客户所接受的方案。唯有如此，方为顶级的律师。

六、总结

律师的艺术是运用于具体案件整个过程诸才能、品质和要素的巧妙综合；任何其它职业都不会像律师业那样，除了需要知识和研究，还要求将人类的精神与智慧应用于如此多样的有关人类事务的条件中。由于社会环境的复杂性、动态性，以及人类事务的多样性，一个好律师只有全身心投入于案件，充分应用自己的法律知识和社会阅历，智慧地体察案件内外环境，准确抽象案件关联条件，正确把握工作方向，适时适当应变，才能实现工作预期目标。

附件：闽发证券破产清算案件简介

闽发证券公司曾经是在全国多项证券业务中占据领先地位的综合性券商，但因长期违法违规经营，成为“集证券公司违法违规之大成者”。2004年，闽发证券经营风险暴发，资金链断裂，引发社会危机，成为被中国证监会行政托管和清算的第一家券商，并于2008年7月进入破产程序，历时四年半才终结破产程序。本案在全国证券公司风险处置工作中极具代表性，涉及6家破产企业和54家关联公司的清算，涉及数千个法律关系，各类清算标的总额超过300亿元，发生衍生诉讼1500多件，清算工作遍及全国除西藏和澳门之外的所有省级行政区。全国四级共11个法院参加过本案工作，在一线参加过本案工作的法官超过100名，各类清算人员近200名。审判和清算规模之庞大在全国范围均属罕见。经过法院、政府部门、管理人多方长期艰苦细致的共同努力，本案清偿率从立案前预估的15%-20%大幅度提升到63%，得到了广大债权人、政府部门和上级法院的高度肯定。

本案在公司合并破产清算、清算原则、督导方法、衍生诉讼的审理及社会危机的化解等多个方面进行了大量工作创新，在业内得到高度评价。破产法起草小组成员，中国政法大学李曙光教授在公开刊物发表署名文章，认为本案在全国证券公司破产案件中“审判难度最大、案情最为复杂”，评价本案是“一个具标志性意义的案例”。2011年，在全国法院企业破产案件审判工作座谈会上，闽发证券破产案件被列为大会重点交流经验。《中国审判》编者按评价该案“当之无愧地成为券商破产史上的里程碑”。最高人民法院编写的《破产法案例教程》一共引用闽发证券破产清算案中的17项工作作为例证。以闽发证券破产案件衍生诉讼的审判经验为基础提炼的论文《论破产衍生诉讼的审判方式》刊登于《法学》杂志，并全文转载于最高人民法院《商事审判指导》；2013年7月，《法律适用》杂志又刊发以闽发证券破产案件为视角的专业论文《企业破产清算案件中的若干审判实务问题》；2013年11月，《最高人民法院公报》刊登了闽发证券破产案例。



梁闽海
执业领域

梁闽海先生的专业方向是民商事诉讼、企业重整和破产清算。

专业经验

梁闽海先生是华东政法学院经济法学学士、中国人民大学法律硕士。1992年8月至2013年2月任职于福建省福州市中级人民法院，之后到君合律师事务所北京总部担任专业顾问。在法院工作期间，因长期以来在企业破产业务领域的突出业绩，梁闽海先生曾被最高人民法院通报表扬，并于2012年9月被增补为最高人民法院破产法司法解释小组成员。

梁闽海先生精通民商事诉讼业务。其从1996年开始担任法官职务，主审或参与审理的民商事诉讼案件超过3000件，涉及合同、公司、金融、知识产权、房地产、建设工程等多个领域，包括许多重大、复杂、疑难案件。扎根于长期深厚的审判实务经验，梁闽海先生深刻理解诉讼工作中的公正和正义，并不懈追求于法律实务工作中。其在法院期间主审的多个重大民商事案件曾得到上级法院、政府部门、当事人的高度评价，曾获得“全国法院审理破产案件先进个人”、“福建省法院系统先进工作者”、“福州市依法治市先进个人”等荣誉称号。

梁闽海先生从1997年至今，始终以企业破产为重点专业方向。在法院期间，他审理过大量的破产案件，涉及证券、投资、机械、化工、电子、轻纺、房地产等多个行业。他主审的福建国际投资有限公司破产案系当年大陆著名驻港中资机构港澳国际（集团）有限公司清盘工作的重要组成部分。2008年7月至2012年12月，梁闽海先生带领审判团队专职负责闽发证券有限公司及其京、沪、深四个重要关联公司合并破产清算案件的审判工作，并任主审法官。该案在公司合并破产、清算工作督导、社会危机化解、衍生诉讼审理等方面进行了大量成功的探索和实践。该案审判团队是“全国审理企业破产案件先进集体”。该案是最高人民法院公报案例，被业内专家誉为“券商破产史上的里程碑”和“一个具标志性意义的案例”。

梁闽海先生是中国法学会会员，是中国人民大学破产法研究中心研究员。他对破产法学和诉讼法学理论研究深入，曾多次在全国性专业会议上发表演讲，曾在中国人文社会科学核心期刊、法学类核心期刊上发表过学术论文。其于《法学》杂志发表的《论破产衍生诉讼的审判方式》，同时被最高人民法院《商事审判指导》和具有学术评价功能的中国人民大学《复印报刊资料》全文转载。



叶礼
业务领域

民商事诉讼、仲裁；破产清算与重组业务；行政复议、诉讼；合同法、保理、融资等公司法律事务咨询

工作经历

叶礼律师于2012年加入北京市君合律师事务所，从事专职律师工作。

教育背景

叶礼律师本科和研究生期间均就读于中国政法大学，已获法学硕士学位；

执业资格

叶礼律师已经获得法律职业资格证书。

工作语言

普通话、英语



卢亮
执业领域

争议解决、知识产权。

执业经验

卢亮律师于2011年、2012年在君合的争议解决业务组实习，2012年正式进入君合，主要从事争议解决业务。在君合实习和工作期间，卢亮律师参与了多家国内外企业的诉讼、仲裁案件工作，涉及商事合同、产品责任、股东争议、侵权纠纷等内容。此外，卢亮律师还擅长商标、著作权法律业务，为多家跨国公司提供与知识产权相关的法律服务。

教育背景

中国政法大学知识产权法学硕士（2012）

中国政法大学法学学士（2009）

工作语言

卢亮律师的工作语言为普通话和英文，并可说粤语。

破产企业债权人抵销行为的限制

郑跃杰

1、引言

根据《企业破产法》第四十条的规定，除特定情形外，债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但除了该条的规定之外，企业破产法未对债权人的抵销权进行限制。

在破产清算的实践中，存在大量的关联企业成为破产企业债权人，并主张抵销的情形。关联企业对破产企业的资产状况有充分的认知，在关联企业成为债权人并主张抵销的情况下，可能存在着虚构债权或不真实定价等问题，有的甚至可能涉嫌内部转移、隐匿有效资产，导致破产企业主要资产大量流失、转移，侵害债权人合法权益。

为应对这种情况，2013年9月16日《最高人民法院关

于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（以下简称“《破产法司法解释二》”）中，对破产企业债权人抵销行为作出了一些限制。如该司法解释第四十四条规定：“破产申请受理前六个月内，债务人有企业破产法第二条第一款规定的情形，债务人与个别债权人以抵销方式对个别债权人清偿，其抵销的债权债务属于企业破产法第四十条第（二）、（三）项¹规定的情形之一，管理人在破产申请受理之日起三个月内向人民法院提起诉讼，主张该抵销无效的，人民法院应予支持。”

《破产法司法解释二》的这一规定，认定了抵销是个别清偿的方式之一，对破产企业债权人的抵销行为进行了一定的限制，对防止股东利用其控制地位、侵害其他债权人的合法权益具有重要的意义。

1 《企业破产法》第四十条规定：“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：

（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；

（二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；

（三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”

在《破产法司法解释二》实施之前，君合律师事务所就在A公司破产清算一案中，通过《公司法》等相关法律法规的规定，纠正了股东以抵销方式进行个别清偿的行为，保护了其他债权人的利益。

2、案件背景

破产企业北京A公司注册成立于2004年11月2日，其股东为B公司和C公司，法定代表人由B公司委派。2009年11月24日，A公司成立清算小组，进行自愿清算。2009年12月17日，清算组发布A公司清算及债权申报公告。2011年3月2日，北京市西城法院受理C公司提出的强制清算申请，并指定北京市君合律师事务所为清算组负责人。因A公司资产不足以清偿全部债务，2012年3月20日，西城法院裁定受理A公司破产申请，将强制清算程序转为破产清算程序，并指定北京市君合律师事务所为破产管理人。

经审查A公司的文件材料，并向股东了解相关情况，管理人发现B公司应当于2009年12月、2010年12月向A公司支付合同款总计3,250,254元。随后，管理人与B公司沟通，并向B公司发函，要求支付上述款项，但B公司却称，2006年至2009年间，A公司因借款等原因对B公司负有债务，在2009年12月及2010年12月，将借款与B公司应向A公司支付的款项进行抵销后，A公司还应向B公司支付款项361377.88元。

3、本案的焦点问题

B公司作为A公司的股东，是清算期间的清算组成员，同时也是A公司的债权人，因此，本案的焦点问题就是B公司2009年12月及2010年12月的抵销行为是否合法有效。

4、起诉的思路

在研究起诉思路时，曾有两种不同的意见。一是以合同纠纷为由，根据双方间的合同关系，要求B公司向A

公司支付合同款，同时可以主张B公司的抵销行为并不成立。对于B公司主张的抵销行为，一方面可以主张B公司从未向A公司主张抵销，另一方面，研究B公司对A公司所享有的债务的产生时间，如在起诉后再主张抵销，则以该债权超过诉讼时效为由，主张其不得抵销。

另一种意见是以清算组成员责任纠纷为由，主张B公司作为公司股东和清算组成员，应当履行忠实和勤勉义务，依法管理公司财产。在债权申报期及自主清算期间的抵销行为，实际上是利用清算组成员的身份，对某一债权人进行清偿行为。B公司的行为违反了《公司法》第186条及第187条的规定，侵害了A公司和其他债权人的利益，故其应承担赔偿责任。

5、对起诉思路的分析及最终的意见

如果以合同纠纷为由提起诉讼，是最符合逻辑的做法。但这一思路却有几个瑕疵，一是无法确定B公司是否曾向A公司主张抵销，因双方之间的关联关系，尤其是A公司的法定代表人由B公司委派，B公司很可能会取得其曾主张抵销的证据。另一方面，就其债权的诉讼时效问题，根据《最高人民法院关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》等规定，当事人间可以就原债务进行重新确认，因双方之间的关联关系，B公司也很可能会取得其与A公司重新确认债权证据。

以清算组成员责任纠纷为由提起诉讼，关键在于认定B公司的抵销行为能否认定构成《公司法》第186条所规定的“个别清偿”行为或认定为违反忠实和勤勉义务的行为。从逻辑上来说，抵销与清偿是债权消灭的两个不同的原因，且《企业破产法》第41条也明确规定债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销，因此，B公司的抵销行为可能会难以被认定为构成《公司法》第186条所规定的“个别清偿”行为。但因抵销与清偿的效果均是使债权消灭，可以将破产企业股东的抵销行为解释成个别清偿行为，同时，自愿清算是建立在被清算企业的资产足以清偿全部债务的基础上的，而在本

案中，根据在强制清算期间的审计报告，B公司应当明知在自愿清算期间，A公司的资产就已不能清偿全部债务，因此，其利用作为清算组成员以及与A公司的机会，在债权申报期间进行抵销，而无人可以对此进行审查或提出异议，其行为已侵害了A公司及其他债权人的合法权益。

经充分的讨论，考虑到两种方案的优劣，君合律师事务所作为管理人，最终决定以清算组成员责任纠纷为由提起诉讼。

6、案件处理结果

由于本案发生在《破产法司法解释二》实施之前，管理人缺乏直接的理由主张B公司的抵销行为构成个别清偿，因此，本案在立案时，遇到了一定的困难。立案法官认为本案的法律关系属于合同纠纷，应当以合同纠纷为由立案。当时管理人一方面主张通过对《公司法》等相关法律法规进行解释，可以将B公司的抵销行为解释成个别清偿行为，与立案法官进行了有效的沟通。最终，北京市西城区人民法院同意按管理人确定的思路立案。

在案件审理的过程中，双方主要就抵销行为的合法性提出了各自的意见，其中的一个关键问题就是根据《企业破产法》第四十条的规定，因破产申请一年前所发生的原因而负担的债务是否均可以抵消。就这一问题，管理人提出了闽发证券有限责任公司（“闽发公司”）与文登市农村信用合作联社（“文登信用社”）买卖合同纠纷一案的判决（福建省高级人民法院（2010）闽民终字第125号民事判决书），在该案中，法院认为，文登信用社在闽发公司被托管经营、取消证券业务许可并责令关闭以及成立清算组之后，取得环翠信用社对闽发公司的债权，并主张将该笔债权与其应付给闽发公司的债务相抵消，显然违反了《破产企业法》第四十条的立法精神，属于恶意抵销，应当认定为无效。根据这一判决，可知《企业破产法》保护的是善意的债权人，破产申请日并不是限制抵销行使的绝对起算期，只要债务人已知破产企业有不能清偿的事实，而主动负担债务，则这一债务就不应当允许抵消而导致个别清偿。

经双方的充分沟通，最终B公司提出了和解。经与债权人商议，2013年8月6日，管理人与B公司达成了和解，并由北京市西城区人民法院出具的调解书。最终B公司同意向A公司支付100万元，同时放弃已申报债权。

7、本案的法律启示

本案虽然最终以和解的方式进行解决了纠纷，法院最终并未就B公司是否承担责任作出判决。但从中可以看出，在破产清算过程中，尤其是从强制清算程序转为破产清算程序的，始终应遵循最大化保护债权人利益的原则，对破产企业股东利用其与破产企业的关联关系侵害其他债权人利益的行为进行规范，是破产法的应有之义。虽然在立法之初，可能会因立法上的疏漏，无法以明确的规定对此类行为进行规范，但通过充分了解破产法的基本原则，管理人可以通过破产法之外的其他规范，以迂回的方式，最终达到规范此类行为的目的。



郑跃杰
执业领域

郑跃杰律师专注于争议解决事务。

执业经验

郑跃杰律师于2008年在君合开始执业。郑律师就诸多行业的争议解决及日常法律事项为各大公司提供法律服务。自执业以来，郑律师参与了大量内资公司、跨国公司诉讼及仲裁案件，并参与多起内资及外资企业的破产、清算工作。

教育背景

中国政法大学民商法硕士（2008）
中国政法大学法学学士（2004）

专业组织

郑跃杰律师是全国律师协会的会员。

工作语言

郑跃杰律师的工作语言为普通话和英文。

从一起保险纠纷分析《中华人民共和国保险法》第六十五条的适用

——责任保险的第三人向保险公司的直接索赔权

蔡黎

（一）案情简介

2007年12月21日，张某为其所有的轿车向保险公司投保机动车辆商业保险及机动车辆交通事故责任强制保险，其中商业第三者责任险的保险限额为50万元。2007年12月25日3时30分，张某驾驶轿车与孙某乘坐由马某驾驶的轿车相撞，造成孙某、马某受伤。经交警队认定：张某承担事故的全部责任。随后孙某、马某分别以道路交通事故人身损害赔偿纠纷为由将张某、保险公司诉至法院。法院判令：保险公司在强制险保险金限额内分别给付孙某、马某29,000元，张某赔偿孙某213,759.28元，张某赔偿马某经济损失236,883.27元。接着孙某、马某向法院提出了执行申请，保险公司履行了判决书中确定的给付强制险保险金的义务，张某未履行判决书中确定的赔偿义务，并未就其对孙某、马某应负的赔偿责任向保险公司提交索赔申请。因此，孙某、马某以张某怠于向保险公司提出赔偿为由诉至法院，根据《中华人民共和国保险法》（以下简称“《保险法》”）第六十五条的规定，分别要求保险公司赔偿保险金213,759.28元、236,883.27元，赔偿精神抚慰金各20,000元。最后，法院依法判令保险公司直接向保险事故的第三人孙某、马某分别赔偿保险金213,759.28元、236,883.27元，判决驳回了孙某、马某关于精神抚慰金的诉讼请求。

（二）法条索引

《保险法》第六十五条第二款规定：责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。

在2009年修订《保险法》的过程中，相关部门对本款的争议很大，主要有两种不同观点。一种观点认为：上述规定赋予责任保险事故的第三人直接向保险公司索赔的权利，违反了合同相对性原则，建议删除。另一种观点认为：上述规定有利于对第三者的保护，符合责任保险制度设计的目的，为交通事故损害赔偿案件追加保险公司为共同被告和直接判令保险公司承担赔偿责任提供了法律依据。最终，立法者采纳了后一种观点，基于发挥责任保险对保险事故的第三者的保障功能，赋予保险事故的第三者对保险人附条件的赔偿请求权。

（三）案件争议焦点分析

本案的争议焦点是：孙某、马某作为保险事故的第三者，是否具备直接向保险公司请求赔偿保险金的条件。

首先，张某与孙某、马某的道路交通事故人身损害赔偿纠纷，法院作出的判决已生效，张某对孙某、马某应负的赔偿责任已经由生效判决确定。张某应当及时履行生效判决确定的义务，但张某至今未履行其对孙某、马某应负的赔偿责任。

其次，在道路交通事故人身损害赔偿纠纷一案中，张某与保险公司作为共同被告应诉，且保险公司在法院作出判决后履行了其应负的给付机动车强制责任保险金的义务。张某对孙某、马某应负的赔偿责任属于张某与保险公司的保险合同中机动车商业险的第三者责任保险的保险责任范围。虽然庭审中张某称其曾口头向保险公司提出索赔，但保险公司称张某至今没有正式提出索赔申请、尚未启动索赔程序，且保险公司至今未向张某或孙某、马某支付机动车商业保险的赔偿金。张某客观上能够提出索赔申请却至今未向保险公司提出，其不请求保险公司向孙某、马某支付保险赔偿金的行为，明显属于怠于请求的情形。故孙某、马某依据上述法律规定有权直接向保险公司请求赔偿保险金。

再次，孙某、马某向保险公司请求赔偿保险金的权利范围，限于其未从张某处获得的赔偿数额，但不得超过合同约定的责任限额，亦不包括保险公司责任免除的情形。本案中，张某与保险公司在保险单中约定第三者责任保险的赔偿限额为50万元，审理道路交通事故人身损害赔偿的法院生效判决分别确定的张某对孙某、马某的赔偿总额并未超过该赔偿限额。但是，张某与保险公司在保险条款中约定精神损害赔偿属于责任免除的范围，孙某、马某无权就其精神抚慰金2万元向保险公司主张保险赔偿金。

因此，张某怠于履行向保险公司索赔的权利，孙某、马某有权依据《保险法》第六十五条之规定，直接向保险公司请求赔偿保险金。

（四）对《保险法》第六十五条的法律分析

《保险法》第六十五条规定：保险人对责任保险的

被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向第三者赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。

责任保险的被保险人给第三者造成损害的，被保险人未向该第三者赔偿的，保险人不得向被保险人赔偿保险金。

责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。

《保险法》第六十五条是由原保险法第五十条修订后增补两款规定而来，给出了责任保险的定义，并对责任保险赔偿金的支付进行了细化，使之在实践中更具可操作性，并更好地体现责任保险一定意义上所蕴含的第三者保障功能。该条修改参考了以下国家和地区的相关立法例。

《德国保险契约法》第156条第2款规定：要保人对第三人所生给付经和解、承认或判决确定时，保险人于要保人事前通知之后，可以对第三人支付；在要保人请求时，保险人有向第三人支付的义务。《意大利民法典》第1917条第2款规定：在预先通知被保险人的情况下，保险人得直接向受损失的第三人支付其应得的补偿，并在被保险人的请求下，承担直接给付的义务。《韩国商法典》第724条规定：对因可归责于被保险人的事故而发生的损害，保险人在第三人接受被保险人赔偿之前，不得向被保险人支付保险金额的全部或一部。保险人在通知被保险人或接到被保险人的通知后，可以直接对受害之第三人支付保险金额的全部或一部。我国台湾地区《保险法》第94条规定：保险人于第三人由被保险人应付责任事故所致之损失，未受赔偿之前不得以赔偿金额之全部或一部给付被保险人。被保险人对第三人应付损失赔偿责任确定时，第三人得在保险金额范围内，依其应得之比例，直接向保险人请求给付赔偿金额。其第95条规定：保险人得经被保险人通知，直接对第三人为赔偿金额之给付。¹

1 吴定富主编：《〈中华人民共和国保险法〉释义》，北京：中国财政经济出版社，2009年4月第1版，第159页。

一、机动车交通事故责任强制保险（以下简称“交强险”）中第三者的认定

责任保险的第三者，是指责任保险合同当事人与关系人之外，因被保险人的行为对其有赔偿请求权的人。也就是说，对于保险合同而言，其为合同当事人、关系人之外的第三人，而在与被保险人的法律关系中，其为被保险人行为的受害人，并因此对后者有赔偿请求权。具体到某一类型责任保险中的第三者范围，可因法律规定或保险合同约定有所限制。这种限制均出于抑制道德风险的考虑。²

《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十一条规定：被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人人身伤亡、财产损失的，由保险公司在交强险保险限额范围内予以赔偿。据此，交强险的第三者是指本车人员、被保险人以外的受害人。该第三者是相对于被保险人的赔偿责任产生的第三者，而不是相对于车辆和车体的间隔来区分产生的第三者。实际上，第三者是个不特定的主体，其只是一个有范围限制的集群概念，只有当发生事故后有具体的受害人时该第三者才被具体化和特定化。责任保险的根本功能在于排除被保险人的责任，保护受害的第三者获得有效的赔偿，此险种是被保险人转嫁自身过错风险的一种合法方式。

当第三者为被保险人家属时，被保险人能否按照交强险来索赔呢？答案是否定的，与被保险人共同构成同一财产权主体的民事主体，以及与被保险人之间存在抚养、赡养及第一顺序继承关系的自然人均不能构成交强险的第三者，无论他们在保险事故发生时是在车上还是车外。因为共同构成同一财产权主体的情况下，如夫妻之间或车辆共有人之间，均不存在互相赔偿的必要和可能，故他们之间不成交强险的第三者关系。如果被保险人要对不属于第三者的近亲属进行保护，则只能通过车上人员险来解决。当被保险人与驾驶员分离时，由于在责任保险法律关系中，保险公司是第一者，驾驶员通

过车辆与被保险人共同构成第二者，所以此时无论是驾驶员还是被保险人本人均不可能成为本方责任保险的第三者，但在其无过错时有可能构成对方事故车的被保险人或驾驶员所对应的第三者。在驾驶员与被保险人分离的情况下，原本在车上的驾驶员，在保险事故发生时并未在车上而受到伤害的驾驶员，仍然属于第三者。³

二、《保险法》第六十五条规定的责任保险第三者的权利不是保险代位求偿权

实践中，很多人认为《保险法》第六十五条规定的是保险代位求偿权，这种观点有失偏颇。

首先，根据《保险法》第六十条规定：因第三人对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。保险代位求偿权，又称保险代位权、保险人代位权或保险权利代位，是具有特定法律含义的权利。而《保险法》第六十五条规定的责任保险第三者的权利，从法律规定上看类似代位权，但它还是基于法律的直接规定，在满足一定条件的情况下，赋予第三者直接向保险公司主张赔偿金的请求权。

其次，从责任保险的基本保障功能看，经历了逐渐从填补被保险人因向第三者赔偿所致的损失到填补第三者之损害的发展阶段。按照《保险法》第六十五条，责任保险的保险金最终是要支付给第三者的，只是具体规定了不同情况下的支付方式。因此，虽然从表面看第三者代位行使了被保险人对保险公司的索赔权，但实际上责任保险的终极目标是保障第三者的利益，该赔偿权利的最终受益人还是第三者，该权利符合《中华人民共和国合同法》规定的代位权的原理，但并非《保险法》意义上的保险代位求偿权。

三、责任保险第三者向保险公司直接索赔的条件

² 同脚注1。

³ 王葆蔚、杨凡主编：《财产保险法理论精义和实例解析》，北京：知识产权出版社，2009年8月第1版，第227页。

1、责任保险的被保险人给第三者造成损害

第一，这里的被保险人应作广义的理解，可以是被保险人本人，也可以是被保险人允许的驾驶员等与被保险人具有同一财产权主体的人。这里的第三者如前所述，是指责任保险合同当事人与关系人之外，因被保险人的行为对其有赔偿请求权的人。第二，损害必须实际发生。侵权的认定要件中的损害事实一般包括直接损害与间接损害。直接损害又称积极的财产损失，是指受害人现有实际财产的减少，间接损害又称消极财产损失，是指受害人可得利益的减少，对人身的损害包括对生命、健康、名誉、荣誉等损害。这里的损害更多的是指积极财产损失，且要实际发生。第三，被保险人的行为与损害结果之间具有因果关系，即特定的损害事实是由被保险人的行为必然引起的结果。只有当二者间存在因果关系时，被保险人才应承担相应的民事责任。

2、被保险人对第三者应负的赔偿责任确定

实践中，对“赔偿责任确定”有两种不同的意见：

一种观点认为：赔偿责任的确定必须是赔偿金额已经确定，被保险人对第三者应负的赔偿金额需要经过和解、调解、诉讼或仲裁确定。

另一种观点认为：赔偿责任的确定不等于赔偿金额的确定，被保险人对第三者应负的赔偿责任只要经过交警队的责任认定确认即可，无需经过和解、调解、诉讼或仲裁确定。

笔者赞同第一种观点。这里的赔偿责任包括两层含义：第一是被保险人对第三者所负的责任确定，第二是被保险人对第三者的赔偿金额确定。按照法律规定，第三者受到损害并实际支出了相关费用后，如果被保险人已经向第三者进行了赔付，则被保险人可以据此向保险公司索赔；如果被保险人没有向第三者赔付或者未足额赔付，则被保险人可以请求保险公司直接向该第三者赔付；被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险公司请求赔偿。无论是被保险人向保险公司请求直接向第三者赔付，还是第三者直接向保险公司请求赔付，其损

失数额必须确定，否则保险公司无法在保险责任范围内对尚未确定的损失数额或者尚有争议的损失进行赔付。虽然《保险法》第六十五条在某种意义上突破了合同的相对性原则，但是这种突破不宜过大。对于实践中发生保险事故后，第三者虽然支出了相关医药费、受损害物品的重置费，但并未与被保险人就事故造成的损失金额达成一致意见或未经相关机关裁决确认的，则不能视为赔偿责任已经确定。实践中，赔偿责任的确定通过双方自行达成的和解协议确定的，法院应当审核和解协议确认的赔偿数额的具体项目和金额是否符合相关法律规定，是否具有合理性，避免被保险人和第三者恶意串通达成高额的赔偿数额损害保险公司的利益。对于由交警部门组织双方调解达成的和解书、人民调解委员会组织双方调解达成的调解协议、法院组织双方调解出具的调解书、法院通过诉讼出具的裁判文书、仲裁机构出具的裁决书确定的赔偿责任，法院进行形式审查即可。

3、被保险人怠于向保险公司请求

只要被保险人客观上能够请求却不请求保险公司向第三者支付保险赔偿金的，均视为怠于请求。所谓能够请求，是指被保险人请求保险人向第三者支付保险赔偿金，不存在任何障碍，其完全有能力自行或通过代理人向保险人作出请求的意思表示。⁴笔者认为，实践中认定怠于请求应当注意以下几个问题：第一，在认定被保险人怠于请求时应当根据合理期限的原则进行综合考量。比如，被保险人在发生保险事故后的三个月或半年仍未向保险公司提出直接向第三者赔偿请求的，视为怠于请求。第二，对于被保险人向保险公司提出了索赔申请，但不配合提供保险公司所要求的证明文件的情形，仍然应当认定为怠于请求。第三，保险公司在收到被保险人的索赔申请及相关材料后未及时赔付的，被保险人应当积极催促，否则仍然视为被保险人怠于请求。应当注意表面积极但实际怠于请求的情形。本案中，被保险人张某在庭审中提出其已经向保险公司口头提出索赔主张，但是保险公司并未进入理赔程序，而张某并未积极催

4 吴定富主编：《〈中华人民共和国保险法〉释义》，北京：中国财政经济出版社，2009年4月第1版，第161页。

促，因此张某的行为构成怠于请求的情形。

4、第三者在范围内向保险公司请求赔偿

这里的请求范围有两层含义：第一，第三者应当在被保险人未赔付或者未足额赔付的范围内请求保险公司赔偿；第二，第三者应当在保险公司依法应向被保险人承担的保险责任范围内请求赔偿。第三者的损失中在保险责任范围之外的部分，保险公司不负责赔偿。实践中一般有三种情形：一是不属于保险责任范围内的部分，二是虽然在保险责任范围之内但属于保险责任免除的部分，三是保险限额范围之外的部分。其中，保险公司提出第三者的损失中属于合同约定的责任免除部分，法院应当审核保险公司是否对责任免除部分对被保险人进行了提示和明确说明，以判定责任免除部分是否发生效力。如果保险公司履行了对责任免除条款的提示和明确说明义务，则第三者的损失中确属责任免除部分的，应当在保险公司应当赔付金额中予以扣除。如果保险公司未履行对责任免除条款的提示和明确说明义务，则责任免除条款不发生效力，不能起到免除保险公司承担保险责任的法律后果，即使第三者的损失中确属责任免除部分的，保险公司仍应当向第三者进行赔偿。

（五）对本案的延伸思考

关于责任保险的第三者依据《保险法》第六十五条的规定，直接向保险公司主张保险赔付的案件中，是否需要追加被保险人为第三人？实践中有几种不同的观点：

一种观点认为：应当追加被保险人为第三人。理由是对案件的处理涉及到被保险人依据其与保险公司的保险合同的利益，且涉及到保险条款的责任免除部分，按照《民事诉讼法》的相关规定，应当追加被保险人为第三人。

另一种观点认为：不应追加被保险人为第三人。理由是《保险法》第六十五条的规定本意是为了确保责任保险的第三者能够及时得到最大的保障，如果追加被保险人为第三人，则可能会因为对被保险人进行公告、送达开庭传票和判决书等，拖延第三者能够得到保险公司赔偿的期限。

笔者赞同第一种观点，而且在此类诉讼中，被保险人应当属于无独立请求权第三人。如果不追加被保险人为第三人，则无法查清保险合同的签订、履行情况，也无法确定保险条款的交付、说明以及对责任免除条款的明确说明义务，无法查清案件事实。本案中孙某、马某在起诉时只列了保险公司为被告，在诉讼中，法院追加张某作为本案第三人参加了诉讼，采信了上述第一种观点。法院在审核张某与保险公司保险合同的基础上，认定保险合同条款中将精神抚慰金作为免责条款列明，因此，保险公司应当在保险条款约定的范围内对张某应当承担的责任予以赔偿，最后法院判决不支持孙某、马某提出的关于精神抚慰金的主张。



蔡黎
执业领域

蔡黎律师专注于民商事诉讼、金融类诉讼、一般民商事法律咨询和合规事务。

执业经验

蔡黎律师于2012年在君合开始工作。蔡黎律师曾处理多起公司股权纠纷、保险纠纷、金融借款纠纷、合资纠纷等案件；曾代理合资企业的外方与中方股东的谈判；为多家跨国公司、房地产公司、投资公司、煤炭公司、影视广告公司提供日常法律咨询和诉讼思路分析。

2000年至2012年，蔡黎律师就职于北京市朝阳区人民法院民二庭副庭长，平均每年审理涉及合同法、公司法、保险法、票据法等各类金融案件400余起，积累了丰富的商事审判经验。在此期间，蔡黎律师曾荣获北京法院系统司法能力大赛商事审判业务标兵第一名，曾荣立个人三等功4次，荣获首都劳动奖章、首都人民满意的政法干警等荣誉称号。

教育背景

西南政法大学诉讼法硕士（2006）、中国政法大学法学学士（2000）

专业组织

蔡黎律师是北京市律师协会保险专委会委员、北京保险行业协会特邀调解员。



北京产权交易所投融资中心沈祥主任到君合律师事务所做“国有产权进场交易实务和最新进展”培训



请使用微信扫描二维码
关注“君合法律评论”



君合律师事务所

君合北京总部

地址：北京市建国门北大街8号华润大厦20层
邮编：100005
电话：(86-10) 85191300
传真：(86-10) 85191350
电子信箱：junhebj@junhe.com

君合上海分所

地址：上海市延安中路1228号
静安嘉里中心办公楼三座25层
邮编：200040
电话：(86-21) 52985488
传真：(86-21) 52985492
电子信箱：junhesh@junhe.com

君合海口分所

地址：海南省海口市滨海大道81号
南洋大厦2104-2105室
邮编：570105
电话：(86-898) 68512544
传真：(86-898) 68513514
电子信箱：junhehn@junhe.com

君合深圳分所

地址：深圳市深南东路5047号
深圳发展银行大厦20楼C室
邮编：518001
电话：(86-755) 25870765
传真：(86-755) 25870780
电子信箱：junhesz@junhe.com

君合香港分所

地址：香港中环康乐广场1号
怡和大厦37楼3701-10室
电话：(852) 21670000
传真：(852) 21670050
电子信箱：junhehk@junhe.com

君合广州分所

地址：广州市天河区珠江东路13号
高德置地广场E座13楼1301室
邮编：510623
电话：(86-20) 28059088
传真：(86-20) 28059099
电子信箱：junhegz@junhe.com

君合纽约分所

地址：美国纽约市第五大道630号
洛克菲勒大厦45号2320室
邮编：10111
电话：(1-212) 7038702
传真：(1-212) 7038720
电子信箱：junheny@junhe.com

君合大连分所

地址：大连市中山区人民路15号
国际金融大厦16层F室
邮编：116001
电话：(86-411) 82507578
传真：(86-411) 82507579
电子信箱：junhedl@junhe.com

君合硅谷分所

地址：美国加州帕拉阿图湾岸路
2275号101室
邮编：94303
电话：(1-888) 8868168
传真：(1-888) 8082168
电子信箱：junhesv@junhe.com