

星瀚法律研究

LEGAL STUDY

2018年度特刊



热点聚焦

个税改革系列解读

2019年1月1日起，这些新法
新规即将影响你的生活

重点推荐

法定发表人已经离职，但公司拒办工商变更登记，如何救济？

公估报告的证据性质及效力分析

总公司的《员工手册》必然适用于分公司吗？谈谈总公司对分
公司的劳动人事管理

热爱法律的技术派

目录 CONTENTS

公司 · 金融

法定代表人已经离职，但公司拒办工商变更登记，如何救济？	P1
总公司的《员工手册》必然适用于分公司吗？谈谈总公司对分公司的劳动人事管理	P4
营运车辆的挂靠公司，这个“锅”肯定了吗？	P7
无偿转让股权与股权赠与等同吗？	P10
借贷类不良资产处置案件处理之最新法律实务难点分析	P14
“债权人与登记的抵押权人不一致”时抵押合同的效力分析	P17
谈谈企业如何应对职业打假人	P20
大股东突然单方缩短注册资本实缴期限，怎么应对？	P24
夫妻单方转让股权的行为是否有效？	P27
股东可以要求查阅公司原始会计凭证吗	P31
非破产清算情形下的股东出资责任能否加速到期	P33
以飞机融资租赁项目为例，浅析履约保证保险在企业融资中的重要角色	P37

海商事

公估报告的证据性质及效力分析	P43
融资租赁船舶扣押与拍卖相关问题浅析	P49
沿海运输中船舶保险相关实务问题探析	P51
从“CF CRYSTAL”海事赔偿责任限制谈管辖权之争	P54
船舶污染海洋环境行政处罚的实现问题之一 ——由“桑吉”轮碰撞事故想到的	P56
海难事故导致船货沉没时货主权利的限制与保护	P59
定期租船合同下 “船东提单”与“承租人提单”界定	P63
《内河船舶最低安全配员规则》修订全面解读	P68

税务

六张图标划出“个税改革”重点	P71
税专项附加扣除到底如何操作？33个热门问题答疑	P75
万众期待的税改补丁条款终于来了！评析《关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》	P82

热点知识

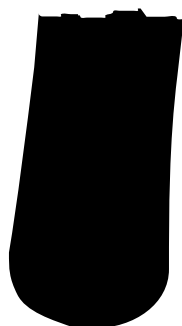
2019年1月1日起，这些新法新规即将影响你的生活	P87
民办幼儿园合规趋势分析——《关于学前教育深化改革规范发展的若干意见》解读	P92
从苹果诉中禁令到新司法解释，解读知识产权行为保全	P95
中基协最新口径告诉你，2019年管理人登记应该这样操作	P98
寻求合规和商业价值的平衡——《个人信息安全规范》解读	P101
系统盘点现行婚姻法律制度下离婚房屋分割的十种情形	P106
小心朋友圈代购变走私	P111
企业应当注意的广告宣传四大雷区	P114
仅凭转账凭证能否认定双方的借贷关系？	P117
从大数据分析看父母出资为已婚子女购房属于赠与还是借贷	P120
干货满满的图片著作权大数据报告来了！	P124

星瀚人文

让你流连忘返、念念不忘的律所是什么模样？	P131
致未来合伙人的一封信	P140
风云年代	P143
18张照片与你分享2018年的“人间很值得”	P146
星瀚，打造创新学习型精品律所	P156



公司 · 金融



法定代表人已经离职，但公司拒办工商变更登记，如何救济？

赵晓波（公司金融部）

《公司法》第十三条规定，公司的法定代表人（“法代”）由董事长、执行董事或经理担任。一般而言，公司法代或是由股东选举、委派产生（董事长、执行董事），或是与公司存在劳动关系（经理）。同时，法代也控制着公司的公章、证照，在公司治理中起着举足轻重的作用。有权必有责，法代在特定情形下也承担着较重的责任。

一、身担多重责任的公司法代

一般情况下，法代因职务行为产生的责任由法人承担，法代自身一般不需要直接承担责任，但在例外情形下，也需承担与公司休戚与共的责任。例如若公司触犯刑法的（如非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等），许多情况下会追究直接主管人员的责任，而法代往往与主管人员、直接责任人员重合，故可能会被追究刑事责任。又如公司经营状况严重恶化，背负巨额债务，已经被纳入失信被执行人名单时，法代也有可能被采取限制高消费、纳入失信被执行人名单等措施。再如，企业存在偷税漏税、超越核准登记的经营范围从事非法经营等行为的，行政机关还可对法代采取行政处分、罚款等措施。由此可见，成为公司法代，在刑事、民事、行政等多方面均由可能承担责任。

二、不再担任法代却无法变更登记的常见现象

公司的大股东、实际控制人为了规避法代责任，往往并不愿意被登记为法代，可能会“借用/冒用”他人名义进行登记抑或是在原法代离职后仍不办理工商变更登记手续。有鉴于此，“被借用/冒用”名义的法代以及曾参与经营的法代离职后如何诉请变更登记成为了实践中争议的焦点。

现象一：工商登记法代为“挂名”、“冒名”法代

实践中会有这样一种情况：为了规避法代责任，公司的股东、实际控制人利用自己亲朋好友的名义登记为法代（即“挂名”法代）抑或是利用他人遗失的身份证进行登记（即“冒名”法代）。此类法代实际上从不参与公司的生产经营、也不掌握公司证照、公章，但当公司出现各种经营障碍时，该法代即成为了最后一个“背锅侠”。此类案件较为简单，因工商登记的法代仅为“挂名”登记、“被冒名”登记，该法代通过证明自己从未参加过公司生产经营、也不掌握公司公章，对于被冒签申请材料一事也不知情等事实，可向法院提起行政诉讼要求确认原先的登记行为违法或要求撤销原先的登记。满足特定条件时该法代也可向法院提起民事诉讼要求涤除自身作为公司法代的登记事项【详见（2017）沪01民终14399号沈某某与上海甜蜜蜜公司请求变更公司登记纠纷一案】。

现象二：曾实际参与公司运营的法代离职后，公司拒不办理变更登记

另一种更为常见的状况是法代曾实际参与公司运营，但随着公司股东的变更，或者经理劳动合同期限的届满，亦或者当法代与公司度过初识的蜜月期后，法代与公司出现理念不合、貌合神离、不欢而散等情形。此时法代希望从公司离职，但股东拒绝选出新任法代或是公司实际控制人拒不配合办理工商变更手续。此类情形下的法代的救济途径成为了司法实践中的难题。以下这个案例【(2016)津 0116 民初 2431 号】或许为我们解决此类难题提供了较好的思路：

案情简介：津津公司章程规定，公司董事长（执行董事或经理）为公司的法定代表人。2010 年 6 月 7 日，津津公司召开董事会议、股东会议，会议表决通过由原告龙小丽担任公司董事长（法定代表人），任期为 3 年，任期届满，连选可以连任。同日，津津公司就法定代表人变更为龙小丽向公司登记机关申请进行变更登记。2012 年 12 月 1 日津津公司作出股东会决议，选举龙小丽为执行董事，任期三年，并聘任其为公司经理，同时决定由其作为公司法定代表人。2015 年 5 月 18 日，双方签订《解除劳动合同协议书》解除劳动合同。同日，龙小丽与案外人签订劳动合同，合同期限约定为 2015 年 5 月 18 日至 2016 年 5 月 17 日，工作岗位约定为财务经理。

法院认为：龙小丽既非津津公司股东，亦与之不再存在劳动关系，且执行董事任期届满未获连选连任，同时明确表示不再担任法定代表人的情况下，其已无法代表公司行使法定代表人的职权，亦不能对外代表津津公司。津津公司在明知原告多次要求变更法定代表人，在执行董事任期 3 年届满的情况下，怠于办理变更法定代表人的相关手续。在此情况下，本院考虑到原告对此问题已无其他救济途径，故本院应当判令津津公司限期办理法定代表人的变更登记手续。

三、法院判例怎么看

就公司法代曾参与公司经营，但未经董事会或股东会决议即自行辞职，且公司拒绝配合办理工商变更手续的案件，法院立案案由通常为请求变更公司登记纠纷，请求权基础为《公司法》第十三条。各地法院审理过程中观点大致分为以下两种：（一）该内容属公司内部管理事务，如无有效决议作出，司法不宜介入；（二）因无其他救济途径，为维护当事人合法权益，因公司怠于办理变更法定代表人的相关手续，人民法院可责令限期办理。同时司法介入也应以尊重公司内部自治为原则，仅在满足特定条件时司法才会介入公司内部自治事项。就现有案例而言，司法介入通常会考量如下几个要素：

1、该法代是否与公司仍存在劳动法或公司法上的联系

若该法代原本担任的公司经理职务，诉讼时其与公司间的劳动关系是否仍存续？有无社保缴费记录、劳动合同、工资发放流水予以佐证；若该法代原本担任公司执行董事/董事长职务，诉讼时该法代的董事任期是否届满、公司是否改选出了新董事、新董事长？诉讼时该法代是否已经不再担任经理、执行董事、董事长等职务了？

2、诉讼时该法代与公司是否具有实质关联性

实质关联性主要体现在法定代表人在公司的经营管理的参与上。即，该法代能否对外代表公司从事经济活动？是否仍掌握公司公章、证照？是否有渠道了解、掌控公司的财务账簿、公司收支、业务发展情况？

3、该法代是否已妥善告知相关人员离职及限期更换法代事宜

在审理诉请工商变更登记的诉讼中，法院通常还需要考虑的要点是该法代是否已经向相关人员书面告知其离职事宜，并明确提出要求公司限期更换法定代表人、办理工商变更登记。此处的相关人员主要包括公司、股东、公司的实际控制人以及工商、税务等部门。

4、该法代是否已穷尽自力救济途径

在斥诸公权力救济前，该法代是否已穷尽自力救济途径也是决定司法是否介入裁判的重要因素之一。例如，作为执行董事，该员工应当已经采取过所有的必要措施，如尝试召集股东会会议、已经与公司实际控制人就离职及法代变更登记事宜进行过多轮沟通、已经书面督促公司要求办理变更登记等。

四、应对策略

根据上述的分析，除去工商登记错误，需要起诉工商行政部门的情况，若真的发生了明明已经“卸任”了法代的职务，而公司却始终不愿意进行工商变更登记的情况，那这位法代应该如何来救济自己的权益呢？我们认为应当分以下几步来处理：

第一，以书面的方式向公司明确要求，进行法定代表人的变更。

若法代同时是公司执行董事或董事长的，应当直接要求召集公司股东会，变更法定代表人。若法代同时是公司总经理的，也应当书面向公司董事会或执行董事发函，要求其依职权召集股东会，变更法定代表人。

第二，以书面方式告知相对方法代已经变更。

比如，发函告知开户行，法代已经变更，银行预留的法代印鉴已失效，银行不应继续认可原法代的印鉴章；再如，发函告知工商管理部门，法代实质已经发生变更，要求工商管理部门督促公司进行法代变更；也可发函告知公司重要客户法代已变更，建议客户注意合同签署过程中的相应主体风险；最后，也可以在报纸上发布公告，声明已不再担任该公司法代。

上述的告知行为，不仅可以进一步迫使公司尽快进行法代变更登记，同时在日后发生纠纷时，也可作为自身免责的部分证据。

第三，向法院提起涤除诉讼。

在上述的自力救济途径都已经穷尽，公司仍拒不办理变更登记时，则只能依靠司法的强制力进行救济。在该案起诉时，应当列公司为被告，案由应为请求变更公司登记纠纷，主要的诉讼请求应当为：要求作为被告的公司涤除原告的法定代表人登记。

当然，因为每个案件的案情均不同，建议有需求的读者在咨询专业人士后，制定更有针对性的应对方案，维护自身合法权益。

注：文中案例均使用化名，陈欣皓律师对本文亦有贡献。

（本文首发于 2018 年 11 月 28 日）

总公司《员工手册》必然适用于分公司员工吗？谈谈

总公司对分公司的劳动人事管理

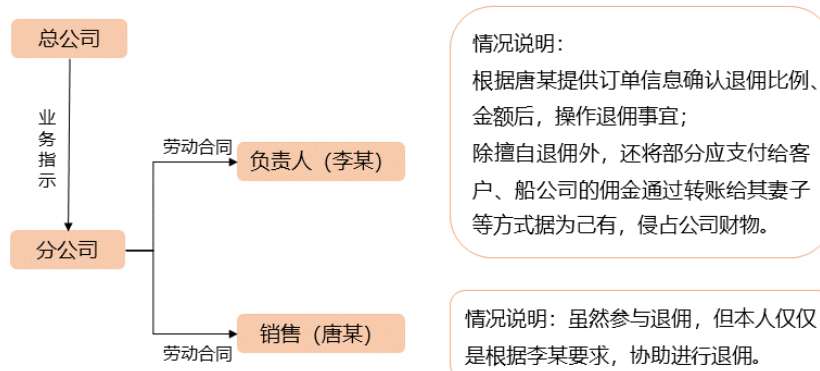
金秀福、金香

案例介绍：H 公司系国内大型物流公司，在全国各地设有多个分公司。

2018 年 3 月，H 公司财务部门针对各分公司进行年度审计时发现，其广州分公司负责人李某、销售人员唐某，在未经公司确认的情况下擅自（简称回扣）退佣给客户、船公司，致使公司遭受了严重经济损失。审计过程中，李某及唐某分别出具情况说明，承认存在违反公司规章制度的行为。

H 公司认为，李某和唐某的行为已严重违反 H 公司《员工手册》及其他相关规定，故以分公司名义做出了关于解除与李某、唐某的劳动合同的决定。此时两位员工提出异议，分公司并无《员工手册》，总公司的员工手册不能作为解除劳动合同的理由。

员工手册规定：未经公司确认擅自退佣的，公司有权解除劳动合同，并不予支付任何经济补偿或赔偿金。



一、总公司的《员工手册》是否适用于分公司员工？

1.总公司的员工手册并不当然适用于分公司

案例中，H 公司以该公司《员工手册》作为解除分公司员工劳动合同的依据，其认为，因分公司不具备独立法人资格，且在经营过程中需遵从总公司的相关规定，说白了，分公司只是总公司的一个分支机构，故总公司制定的《员工手册》理所当然地能够适用于分公司员工。实务中，除 H 公司外，普遍的企业都认为是如此。

但，根据《劳动合同法》第四条规定，制定劳动规章制度的主体是“用人单位”，而分公司根据法律规定也属于劳动法上独立的用人单位，因此，分公司不仅有权与其员工独立签订劳动合同，同时也有权根据分公司所在地的相关规定及实际情况自主制定《员工手册》并颁布实施。

故从严格意义上讲，总公司制定的《员工手册》并不当然适用于分公司。

2.总公司的《员工手册》要适用于分公司，需符合哪些条件？

在总公司《员工手册》合法、有效的情况下，若要适用于分公司员工，应符合如下条件：

（1）总公司《员工手册》适用范围中明确规定适用于分公司全体员工。

一般情况下总公司的《员工手册》由总公司制作并以总公司名义发布，若没有明确对适用范围进行界定，通常会被认定为仅适用于与总公司有劳动关系的员工。因此，应在适用范围中明确规定包含分公司全体员工。

（2）总公司《员工手册》需向分公司员工公示、书面签收。

实务中，判断总公司《员工手册》是否适用于分公司员工，除要看适用范围中有无明确规定以外，还要看分公司员工是否知晓总公司《员工手册》的内容，一般情况下，主要看该《员工手册》是否已向分公司员工进行过公示、书面签收。

案例中的李某、唐某是与分公司签订了劳动合同，其用工主体实际为分公司，倘若H公司《员工手册》适用范围并未涵盖到分公司，则H公司认为其《员工手册》当然适用于分公司员工李某和唐某的主张很难得到支持。

二、单位的解除行为是否合法？

1.关于公司对分公司负责人李某的解除行为是否合法？

案例中，假设总公司《员工手册》适用于李某，则因李某确实客观存在未经公司确认的情况下擅自退佣，且侵占公司财物的行为，笔者认为公司可以依据总公司的《员工手册》相关规定，解除与李某的劳动合同。

如果假设总公司《员工手册》难以直接适用于李某，那公司的解除行为就一定是违法解除吗？

根据《公司法》相关规定，分公司作为分支机构，不具有法人资格，其民事责任由总公司承担。因此，笔者认为在日常经营过程中分公司理应接受总公司的管理和业务指示，李某作为分公司负责人，当然也要接受总公司的管理和业务指示。

本案例中，李某未经总公司确认自作主张退佣，给公司造成了严重经济损失，应认定是属于不遵从总公司工作指示的行为。同时，李某侵占公司财物、占为己有的行为，已明显违反了劳动合同法项下的其他解除性规定。

故，如果总公司《员工手册》难以直接适用于李某，可能导致公司的解除依据存在瑕疵，但从李某的岗位特殊性、行为的主观恶意程度、行为导致的结果来看，也不能认定公司的解除行为完全没有事实依据和法律依据，从这个角度而言，也可以认定公司的解除行为并无不当。

2.关于公司对分公司销售人员唐某的解除行为是否合法？

根据总公司《员工手册》的规定：“未经公司确认擅自退佣的，公司有权解除劳动合同，并不予支付任何经济补偿或赔偿金。”本案例中的唐某作为分公司员工，其用人主体为分公司，故对于他而言，将前述条款中的“公司”理解为是分公司也是合情合理的。

另，根据唐某做出的情况说明，虽然唐某参与退佣，但仅仅是根据分公司负责人李某的要求协助进行退佣。唐某作为分公司一般员工，接受分公司负责人的直接管理和业务指示。因本案例中唐某的行为是根据分公司负责人的要求而为之，故很难认定其行为属于“未经公司确认”的行为，进而公司的解除行为被认定为违法解除行为的可能性较大。

结合近期笔者代理的类似案件，不论总公司《员工手册》是否适用于分公司员工，该情形下的劳动合同解除行为都可能被认定为违法解除。

三、总结与建议

因总公司的员工手册并不当然适用于分公司，结合上述内容，建议企业在管理分支机构时，注意以下几点：

1.明确《员工手册》适用范围

实务中，多数企业对于员工手册适用范围未做明确约定，或按照所谓模板约定为“适用于与公司签订劳动合同或建立劳动关系的全体员工”。在这种情形下，如果员工手册是以总公司的名义颁布实施的，则并不能当然适用于分公司员工。

同时，若适用范围明确包含分公司，未避免发生歧义，建议针对“未经公司确认”、“未经公司人事部门批准”等条款中的“公司”做出明确解释。

2.细化分公司业务流程、加强总公司的管理权限

因企业的分支机构大多设立在异地，因此，进行管理时从客观上可能存在诸多不便，因而可能会发生分公司负责人或管理人员的管理混乱、营私舞弊等行为。因此，建议在《员工手册》等规章制度中对于分公司的管理流程进行细化，特别是分公司负责人或管理人员的工作报告、重要事项审批等方面。除此之外，将重要的人事、财务等方面的管理权限归属到总公司。

3.对于分公司负责人及重要岗位员工的劳动合同管理

对于分公司较为重要的岗位，在签订《劳动合同》、《岗位聘用协议》时，在协议中对于员工的行为规范、业务流程、处罚机制等进行详细约定，以便于“东窗事发”时，给公司提供多方面的处理依据。

（本文首发于 2018 年 12 月 17 日）

营运车辆的挂靠公司：这个“锅”背定了吗？

韩葳萍（星瀚南京分所）

每天奔波在高速、城市道路上的各色货运车辆，除有部分是运输公司自有车辆外，存在大量的个人所有车辆，但为了满足国家对道路运输特别是危化品等特殊货物运输的政策性要求，个人往往选择将自有车辆挂在有相应道路运输资质的运输公司。被挂靠的公司则收取个人管理费或挂靠费，部分公司从实际车主的运营中取得一定的收益。

然而天有不测风云，当挂靠车辆在运营过程中发生了交通事故、驾驶人员出现了人身伤亡等非正常情况时，由此产生的责任由哪方承担？被挂靠公司是否会作为车辆登记所有权人而一律承担责任，肯定了这个“锅”？笔者梳理了现行法律规定和各地法院的裁判观点，对不同情形下的责任承担进行了分类。

一、不同情形下挂靠公司可能承担着哪些责任？

（一）被挂靠车辆在行驶过程中发生交通事故，造成其他车辆财产损失或人员伤亡，被挂靠公司是否需要承担连带责任？

在《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》出台之前，法院观点不一。有法院认为，责任主体应根据对机动车运行支配权与运行利益的归属来确定，“被挂靠单位收取了管理费，并对挂靠车辆的运营有一定支配权的，承担连带责任；反之，则不承担责任。被挂靠单位收取了管理费，对挂靠车辆的运营没有支配权的，被挂靠单位仅在收取管理费的范围内承担有限连带责任”（甘高法【2005】311号文）。也有法院认为，“关于挂靠经营的机动车致人损害的责任承担挂靠经营的机动车发生交通事故造成他人损害的，应由挂靠人和被挂靠人连带承担赔偿责任。挂靠人与被挂靠人之间约定被挂靠人对交通事故的后果免责的，仅在双方之间具有约束力，不能对抗第三人。”（苏高法(2001)319号文）

2012年最高院发布司法解释，对这一问题进行了明确。《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条规定：“以挂靠形式从事道路运输经营活动的机动车发生交通事故造成损害，属于该机动车一方责任，当事人请求由挂靠人和被挂靠人承担连带责任的，人民法院应予支持。”此后，在审理挂靠车辆交通事故纠纷案件中，各级法院基本都援引此司法解释，判令车辆实际所有人与被挂靠公司承担连带责任。

（二）挂靠车辆的驾驶员如在驾驶过程中遭受人身损害，能否向被挂靠公司提起工伤赔偿？

最高人民法院观点认为，应当根据事实情况先行判断司机与挂靠单位之间是否形成事实劳动关系，再适用《劳动法》和《工伤保险条例》的有关规定认定是否构成工伤（参最高人民法院行政审判庭于2007年12月3日作出的(2006)行他字第17号《关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复》）。因此，一旦被挂靠公司与驾驶人员之间被认定为存在劳动关系，被挂靠公司即需要向驾驶人员支付工伤保险待遇。

在成都某汽车运输公司与驾驶员税某的工伤保险待遇纠纷一案（可参见判决书（2014）

渝高法民申字第 00126 号) 中, 原告税某是某重型自卸货车的驾驶员, 该车的实际车主为黄某, 挂靠在成都某汽车运输公司名下。税某在驾驶过程受重伤后, 将车主和挂靠公司诉诸法院, 要求损害赔偿。一审法院认为该案是雇员受损赔偿责任纠纷, 作为车辆挂靠单位的神驰公司以及车辆保险公司不应承担赔偿责任。其后, 税某申请工伤认定, 依据工伤认定书, 本案中二审和再审法院均认为, 税某与运输公司之间具有事实上的劳动关系, 根据《工伤保险条例》的规定, 用人单位应当按该条例规定的工伤保险待遇项目和标准向劳动者支付费用。所以, 本案属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险待遇纠纷, 应当由运输公司向税某支付费用。

(三) 运输车辆发生交通事故或火灾等单方事故, 造成本车所载货物的部分或全部灭失, 挂靠公司需要承担赔偿责任吗?

我们发现, 车主和被挂靠公司通常不会针对此项风险购买保险, 面临索赔时还抱有“既然货物有保险, 那就由保险公司承担风险”的天真想法。被挂靠公司更认为, 在车主自行揽货的情况下, 公司并非货运合同当事人, 因此不需要承担任何责任。在审判实务中, 这种观点并非完全被支持。

观点一: 被挂靠公司应当基于挂靠关系, 对承运车辆所载货物的损失承担连带赔偿责任。

在某保险公司与陈某、某某运输车队保险人的纠纷案件【(2016)津 0116 民初 48988 号】中, 被告陈某自己的所有货车挂靠在某某运输车队名下, 车辆行驶过程中发生火灾事故, 造成承运挂车所载货物烧毁, 货物保险人向两名被告提起保险追偿, 并诉至法院。

法院认为: 本案虽非交通事故案件, 但陈某车辆挂靠在某某车队名下, 以其经营许可证从事运输经营, 对交易相对人而言, 都产生了信赖利益, 即以该经营许可证从事经营的人具有一定资历、一定的安全运输条件; 二是机动车运输经营活动属于高度危险活动, 挂靠人和被挂靠单位均属开启该项危险活动的主体, 并从中获取了利益; 三是车辆挂靠经营违反了《道路运输条例》的有关规定, 被挂靠人不承担责任则会纵容该违法行为的发生。因此, 本案参照适用《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条, 判被告某某车队在被告陈某赔偿范围内承担连带赔偿责任, 履行赔偿责任后可依法向被告陈某主张权利。

观点二: 挂靠公司并非运输合同的当事人, 根据合同相对性原理, 挂靠公司不承担连带责任。

在某远程运输公司与王某、某顺通运输公司财产损害赔偿纠纷一案【(2014)民申字第 1363 号】中, 王某挂靠在某远程运输公司名下, 某次运输中事故致使货物损害(王某负有全责), 保险公司支付保险理赔款后依法对某顺通运输公司及某远程运输公司提起代为请求权诉讼。

法院判决金路顺通公司承担了 1524603 元赔偿责任; 驳回了对远程公司的诉讼请求。尔后, 金路顺通公司提起上诉, 请求判令王晓艳与远程公司共同承担赔偿责任。法院认为, 本案中某顺通运输公司与王某之间有口头合同关系中, 某远程公司是否为合同当事人, 是否有违约行为等事实不清。因此认定某远程公司对某顺通公司承担连带赔偿责任, 证据不足。

三、对挂靠公司的法律风险控制建议

在国家对道路运输经营管理日趋严格的形势下，传统的松散式挂靠无异于埋雷，挂靠公司需要进一步地提高自身抗风险能力，不仅需要明确辨识自身的法律责任，更需要加强车队管理，合理利用保险来规避各项风险。挂靠车辆的投保模式一般是由被挂靠公司统一投保，车辆实际所有人向被挂靠公司缴纳保费。被挂靠公司在为车辆足额投保交强险、三责险以外，还应该投保承运人责任险、雇主责任险等，以免在面对货物托运人、货主、驾驶员等的索赔时，与车辆实际所有人一同陷入尴尬境地。

（本文首发于 2018 年 12 月 20 日）

无偿转让股权与股权赠与等同吗？

王勇（星瀚南京分所）

《公司法》并未设置有关股权赠与的直接相关条款，股权赠与虽然事实上能够发生股权转让的实际效果，但股权赠与和无偿转让股权并不能完全划等号。

对于无偿转让股权的股权转让协议性质的认定，司法实践中存在两种截然不同的观点：

观点一，双方明确的无偿转让，应视为赠与。赠与人在为实际交付标的的股权之前，赠与人可以根据《合同法》的规定，撤销赠与。

观点二，不能仅凭股权转让的对价来判定股权处分为赠与，而应该进行多元角度理解。

就观点二而言，法院裁决的判断角度除股权转让对价外，还包含哪些角度要素？我们结合部分法院的判决书来进行分析。

【案例一】陈银健与晏明股权转让纠纷

基本事实：晏明系无锡中通电子有限公司股东，和王宇新、殷仁、顾新江系无锡中通电子有限公司同事。2000年以后，晏明和陈银健因业务关系相识，相处较好。2008年8月13日，中通徐州公司设立并在当地工商行政管理局领取了营业执照，公司注册登记显示的注册资本为300万元，其中晏明出资120万元，王宇新、殷仁、顾新江、陈银健各出资45万元，但王宇新、殷仁、顾新江的出资实际均由晏明缴纳。陈银健的出资是否为晏明缴纳，双方有争议。2011年8月16日，晏明和王宇新、殷仁、顾新江签订股权转让协议，协议主要内容为，王宇新、殷仁、顾新江及陈银健将在中通公司所持有的所有公司股权无偿转让给晏明。同时，王宇新、殷仁、顾新江在董事会决议上签名，该董事会决议主要内容为，经股东表决形成决议同意王宇新、殷仁、顾新江及陈银健所持股权全部转让给晏明。此后，陈银健亦在上述董事会决议和股权转让协议上签名，同意将其所持中通公司股权无偿转让给晏明。之后，晏明要求陈银健共同办理变更登记，陈银健不予配合，双方发生纠纷。

一审法院观点【江苏省新沂市人民法院（2014）新商初字第481号民事判决】：依据法律规定和章程规定，中通公司股东之间可以自愿转让股权，无任何限制，陈银健在上述董事会决议和股权转让协议上签名，同意将其所持中通公司股权无偿转让给晏明。上述股权转让协议及董事会决议上的签名均为陈银健本人所签，为当事人真实意思表示，符合公司章程和公司法关于有限责任公司股东之间股权转让的规定，因此，该股权转让协议合法有效，依法应予保护。《公司法》第三十二条规定了公司应当将股东姓名向公司登记机关登记，登记事项发生变更的应当办理变更登记。晏明、陈银健间的股权转让合法有效，依公司法上述规定，陈银健应当及时协助办理股东和股权变更手续。该院依据《中华人民共和国公司法》第十一条、第三十二条、第七十一条之规定，判决：陈银健及中通公司在判决生效后30日内协助晏明办理股权变更登记手续。

陈银健不服一审判决，提起上诉称：原审法院认定事实不清，适用法律不当。2011年8月16日的无偿转让股权协议，该协议的性质实际是赠与，且陈银健在签署该协议后，已明

确表示撤销赠与，因此，本案应当依照民法通则及合同法中关于赠与合同的相关规定进行处理。

二审法院观点【江苏省徐州市中级人民法院（2014）徐商终字第 0590 号民事判决】：上诉人陈银健原审期间坚持抗辩涉案股权转让存在对价，因其举证不足以证明该辩称意见，原审判决后，转而在二审审理期间当庭增加上诉理由，称涉案股权转让无对价应系赠与合同关系，对于二者之间的矛盾，陈银健并未能向本院作出合理解释和说明。且根据我国相关法律规定，赠与合同是指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，即赠与合同的有效成立，应以赠与人作出单方赠与财产的意思表示，受赠人同意接受赠与物，且赠与人将赠与物交付受赠人为成立条件。因此，单务（赠与人单方意思表示）、实践性（赠与人履行交付）应当是赠与合同区别于其他合同的根本标志。而本案中，双方当事人签订的股权转让协议所约定的权利义务内容并不符合上述赠与合同构成要件的相关法律规定，因此，上诉人陈银健提出的关于涉案股权转让合同系赠与合同的相关上诉理由，无事实以及法律依据，本院依法不予采信。二审法院驳回上诉，维持原判。

陈银健不服二审判决，申请再审称：二审判决认定涉案股权无偿转让协议系买卖合同明显错误。涉案股权转让协议的性质应为赠与合同，该协议于 2011 年 8 月 16 日签订之后，再审申请人已于当月撤销赠与，因此，晏明基于陈银健业已撤销赠与而提起诉讼，要求陈银健履行转让交付股权的义务于法无据。

再审法院观点（江苏省高级人民法院（2015）苏审二商申字第 0034 号）：江苏省高院认为，申请人陈银健关于其与晏明签订的股权转让协议系赠与协议的主张不能成立。第一，在受让人晏明与转让人陈银健、殷仁、王宇新、顾新江等人共同签订的股权转让协议中，并无条款约定陈银健等人将股权赠与晏明。同时，股权转让协议第二条关于股权受让人晏明愿意履行并承担陈银健等股权转让人在新沂中通电子有限公司中的一切权利、义务及责任的约定表明，尽管陈银健等人以无偿转让方式将股权转让给晏明，但与之一并转让的还包括相应的股东义务以及企业经营中的其他责任，故该股权转让有别于单务性的赠与。况且，陈银健在一审中从未主张其与晏明之间系赠与关系，因此，陈银健等人与晏明签订股权转让协议并非基于赠与目的，也无赠与的意思表示。第二，陈银健将其股权无偿转让给晏明具有合理前提。鉴于陈银健未实际投入注册资金的前提，双方当事人在此基础上达成无偿转让股权的协议较为合理，该无偿转让有别于赠与。陈银健对其与晏明签订的股权转让协议业已丧失撤销权。股权转让协议签订之后，陈银健如果认为股权转让协议内容存在显失公平或重大误解情形，则应及时行使撤销的权利，至本案诉讼时，其已超过行使撤销权的法定除斥期间。综上，法院驳回陈银健的再审申请。

【案例二】上海天凯投资发展有限公司、上海鑫荟实业有限公司与陶俊股权转让纠纷

基本事实：鑫荟实业公司设立于 2007 年 9 月 19 日，唯一股东为天凯投资公司。2011 年，天凯投资公司与陶俊签订《股权转让协议》一份，约定天凯投资公司将其持有的鑫荟实业公司 10%的股份转让给陶俊，转让金额为 0 元，股权转让交割日为双方办妥股权转让手续及相关公司之变更登记手续之日，天凯投资公司加盖了公章，该公司当时的法定代表人彭文辉亦签字。同日，天凯投资公司和鑫荟实业公司与陶俊签订补充协议一份，言明因天凯投

资公司和鑫荟实业公司融资所需，尚不能配合陶俊完成股权变更登记手续，自前述《股权转让协议》签署生效之日起，陶俊持有鑫荟实业公司 10% 股权并成为该公司股东，享有相应股东权利义务，鉴于鑫荟实业公司尚不能配合陶俊完成股权变更登记手续，天凯投资公司承诺在代持陶俊股权期间，不得对所代持 10% 股权构成损害，待办理股权登记手续的条件具备，天凯投资公司和鑫荟实业公司应立即配合办理相关手续，天凯投资公司和鑫荟实业公司均在该协议上盖章。其后发生纠纷，陶俊诉至法院要求鑫荟实业公司办理天凯投资公司持有的鑫荟实业公司股权变更至陶俊名下的工商登记手续，天凯投资公司予以配合。

一审法院观点【上海市嘉定区人民法院（2014）嘉民二（商）初字第 907 号民事判决】：

第一、关于《股权转让协议》、补充协议、投资协议的形成时间问题。鉴于补充协议中对办理变更手续的条件约定并不明确，根据法律规定，陶俊可以随时主张该项权利，天凯投资公司和鑫荟实业公司所称本案时效超过的主张亦不成立。第二、关于天凯投资公司和鑫荟实业公司辩称《股权转让协议》实为无偿赠与且其具有任意撤销权的主张问题。除法律、法规规定股权转让协议应当办理批准、登记手续生效的以外，依法成立的股权转让协议自成立时生效，但有限责任公司对外无偿转让股权协议的生效是受限制的，对外转移股权需要受内部股东优先权行使的阻隔。本案中《股权转让协议》约定的股权转让价款为 0 元确无争议，陶俊也未就其以其他方式支付了股权转让的对价提供证据。但法院也注意到因鑫荟实业公司在涉案的股权转让之前系一人有限责任公司，并无股东会，而是由唯一股东行使相应权利。故本案也不存在上述对外零转让未经鑫荟实业公司其他内部股东认可而导致股权转让协议不生效的情况。综上，在鑫荟实业公司的唯一股东天凯投资公司与作为受让方的陶俊签订系争合同之后，对于鑫荟实业公司而言，股权的转让即已完成，陶俊的股东资格即已确立。且，双方在《股权转让协议》及补充协议中也明确约定陶俊已于 2011 年 6 月 27 日即成为鑫荟实业公司的股东，持有鑫荟实业公司的股份。综上，天凯投资公司、鑫荟实业公司辩称赠与的股权并未交付，其具有任意撤销权的理由亦不能成立。第三、关于陶俊持有的鑫荟实业公司具体股份比例问题。鉴于此，原审法院认定，因鑫荟实业公司注册资本的变更，陶俊持有的该公司的股份已稀释，具体按照相应比例折算为 2.5%。

二审法院观点【上海市第二中级人民法院（2015）沪二中民四（商）终字第 577 号民事判决书】：二审除将股份比例折算为 2.43% 外，其他判决思路和结果同一审判决。

【案例三】方芳与兰侠股权转让纠纷案

基本事实：2011 年 8 月 31 日，兰侠（转让方）与方芳（受让方）签订《股份转让协议》，就转让金立翔公司部分股份转让事宜达成一致，转让方自愿并无偿将其在金立翔公司 1% 股份转让给受让方，具体转让时间以“正式转让合同”中约定为准。受让方同意接受该转让的股份。受让方无须就该转让股份向转让方支付任何费用或交付任何等价物。协议约定内容自签订之后即生效，有效期自协议签订日起至双方签订的“正式转让合同”生效后止。无论转让方因何种原因无法履行协议约定内容或就协议约定内容构成违约，转让方必须向受让方支付与转让股份等值的货币作为补偿或赔偿。双方承诺“正式转让合同”暂定于两年后签订，但最长不得超过五年。其后，因兰侠向方芳送达律师函，告知撤销赠与，方芳提起诉讼主张权利，其认为兰侠处分股份的性质为转让而非赠与，兰侠无权撤销，应当依据协议书约定承担相应

的违约责任。

一审法院观点：北京市昌平区人民法院认为，首先，对于《股份转让协议书》的性质。双方存有是赠与合同还是股权转让合同的争议。结合协议书内容可知，双方已就兰侠转让其在金立翔公司 1%的股权达成一致，协议特别就无须支付费用或其他等价物、生效时间、违约责任等作出明确约定，其名称即为“股份转让协议书”，且考虑到兰侠在金立翔公司的任职及股权情况，上述协议的性质应属于股权转让协议，而非更强调身份意义的赠与合同。其次，对于《股权转让协议》的效力。结合前述，在协议系股权转让性质的前提下，如无特别缘由，兰侠并不享有撤销权。在合同内容于法不悖的情况下，涉案《股权转让协议书》成立并生效，对双方当事人均产生约束力。综上，法院判决兰侠于判决生效之日起十日内赔偿方芳 2619141 元。

兰侠继续坚持涉案《股权转让协议书》为赠与合同，并提起上诉。

二审法院观点【北京市第一中级人民法院（2016）京 01 民终字第 5896 号】：二审法院认为，所谓赠与是将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同，赠与合同原则上是实践性合同，赠与人在赠与财产转移之前可以撤销赠与。而本案中，双方签订合同名称即为“转让”，同时对生效时间、违约责任作出了明确约定，并无任何“赠与”的表述。兰侠主张股权转让协议为赠与意向缺乏事实和法律依据。股权转让协议是当事人真实意思表示，内容并未违反法律法规的禁止性规定，应属有效，双方均应依法履行。双方欲转让金立翔公司股权，而时为有限责任公司的金立翔公司的其他股东不知情、不认可，且双方在股权转让协议中亦约定正式的股权转让合同暂定于两年后签订，故股权转让协议并不产生立即使方芳取得相应股份的后果，但上述情形均不影响协议中确定的违约条款的法律效力。现方案基于兰侠不能向其转让相应股份而要求其承担违约责任，具有合同依据。综上，二审法院判决，驳回上诉，维持原判。

通过以上案例，可以看出有关法院在区分无偿转让股权与赠与时的裁判思路是：

首先，严格审核合同文义，探究当事人真实的意思表示。《股权转让协议》文本记载的是“无偿转让股权”还是“赠与股权”，对于法院的判断会有直接的影响。

其次，赠与合同是典型的有名合同，具有单务性、实践性等特点，如果《无偿转让股权协议》明确约定了生效时间、违约责任等条款，此类协议将不满足赠与合同的构成要件，法院一般不会认定为赠与。

再次，股权转让的对价形式是多元的，包括现金、劳务、知识产权等，在 0 元转让股权的协议中，如果受让方此前已为公司付出了劳务和贡献，法院也可能综合其他证据认定此种情况下的股权转让是有对价的，而并非无偿的赠与。

最后，无偿受让股权并非纯获益的行为，不能与赠与合同中受让方纯获益的方式划等号。受让股权也并非意味着受让方资产的必然增加，股权相关企业经营还可能存在未知的风险，受让方可能因此承担相应的责任。

（本文首发于 2018 年 10 月 9 日）

借贷类不良资产处置案件处理之最新法律实务难点分析

阮霭倩、王昊宇、苏宇吉（公司金融部）

民间借贷案件以往都因为其法律关系简单，举证难度较小，在民事案件的处理中属于相对容易的案件。但随着互联网金融等各种金融模式的兴起，各种民间借贷案件引发的法律问题也越来越引发法院的重视。诸如离婚案件中出现的“虚构债务”，金融案件中出现的“披着民间借贷外衣，实则为非法侵占财物的‘套路贷’”等。在实践中，我们看到这些虚假的民间借贷往往具备了最“完美”的证据链，这使得法院在进行案件审理时只能依据证据支持出借人的诉请，从而让这些违法者的债权得以合法化，实现了其非法目的。

越来越多的虚假诉讼，让法院在审理民间借贷案件中不得不更加谨慎。虽然最高人民法院早在2015年8月发布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），但依然在今年8月份再次发布了《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》（以下简称《通知》），对民间借贷的审理提出了新的要求。法院在审理民间借贷案件中一再提高了出借人的举证责任，这导致不少互金平台在进行借贷类不良资产处置业务的过程中遭受了极大影响，增添了不少障碍。

我们近期代理的一些借贷类不良资产处置案件中，也已经能够感受到法院根据《通知》的要求，对于案件事实的调查与审理上升了一个层次，对于出借人提起的诉讼提出了更高的要求，加大了对借贷事实和证据的审查力度。基于此，本所根据对《规定》、《通知》的解读、实际办理的案件以及其他相关判例，对于目前有关借贷类不良资产处置案件的最新法律实务进行分析和解读，以期出借人在进行不良资产催收过程中有所关注和启发。

一、出借人本人需到庭配合审理

根据近期的民间借贷案件代理经验，本所所代理的民间借贷案件中，法官均要求当事人本人到庭配合审理，要求当事人对借贷关系的形成经过及借贷的背景等做详细说明，从而综合判断借贷的真实情况。但实际上在大量的民间借贷案件中，当事人均委托律师作为代理人，以期律师可以妥善解决，因此当事人本人到庭说明情况的要求又对于出借人的举证责任提出了更高的要求。而另一方面，当事人若在法院要求下坚持拒绝到庭的，则法院可以对于其主张的事实不予认定，并因此驳回诉讼请求，即使当事人委托了代理律师，这将对案件整体进展产生严重的影响。

在南平市中级人民法院审理的赵某与陈某的民间借贷纠纷一案中，法院根据这一条款的规定，依法书面通知赵某本人到庭参加诉讼，但赵某拒绝到庭参加诉讼，故对其主张事实不予认定，最终驳回了上诉请求。

其次，即使当事人本人到庭了，但其对于案件事实的陈述不清或者陈述前后矛盾，无法还原案件实际情况的，使得法院依然对于借贷的真实情况存在怀疑，也存在极高的被驳回诉请的可能，甚至可能被认定为虚假诉讼。

因此，“当事人本人到庭配合审理”的这一要求不仅要求当事人的高度配合，也需要当事人在律师的协助下对于案件事实、来龙去脉进行提前梳理，以确保法院可以完整准确地了解

案情。

二、提供出借款项的来源证明

根据《规定》第十九条第一款，法院若对于出借人的出借能力存在怀疑的，应当对于借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实进行审查，因此在目前的民间借贷案件中，款项来源已经成为了法院认定借贷事实的重要考量因素。在近期本所代理的一起民间借贷的案件中，法官即要求出借人提供其出借的大额资金来源证明，从而对于借贷的真实性进行考量。

若案件中存在多种对借贷事实的认定有影响的情形时，出借能力的认定依然是其中的重点，如安顺市西秀区人民法院审理的梅某诉李某民间借贷纠纷一案中，法院认为原告存在多项情形，包括：①不能提交支付凭证；②明显不具备出借能力；③出借理由及前款未还又频繁出借后款的行为不符合常理；④被告近期作为民间借贷纠纷的被告有多次诉讼、双方对借贷事实的发生没有争议等。在该案中，法院要求原告证明自身的出借能力时，提出要求其出示收入证明、理财投资证明等材料，但原告无法提交。因此法院无法认定借款事实，认为原告提交的证据不足以证实其主张，最终也判决驳回了原告的诉讼请求。

另外，在民间借贷的案件中，即使原被告双方对于借贷事实均予以认可且可以提供债权凭证及交付凭证的，但因为仅无法证明资金的来源，法院依然可以驳回诉请。如广东省中山市第一人民法院审理的麻某与雷某民间借贷纠纷一案中，法院认为：虽然原告麻昌雄提供了借据证明，被告雷晓庆对原告麻昌雄主张事实也予以认可，但因为：①一般人不会、也不能一次性交付二百万元现金，且麻某不能提供证据证明其贰佰万元现金的具体来源；②麻某不能提供证据证明其职业、收入，从而认定原告麻昌雄的诉讼请求证据不足，最终判决驳回原告麻昌雄的诉讼请求。

在一些借贷类的不良资产案件处置过程中，出借人的资金往往非自有资金，而是来源于互金平台或其他金融机构，以“超级放款人”的形式向外出借大额资金。因此，若法院要求其证明出资能力而提供银行流水、职业证明、工资流水、投资理财情况的，往往存在较大的障碍。但若出借人无法提供任何证据材料以证实自身的出借能力，法院则可以根据《规定》认定出借人明显不具备出借能力，驳回出借人的诉讼请求，具有较大的风险。因此对于出借款项的来源证明出借人应重点准备。

三、涉及转贷的民间借贷合同效力认定

在审理民间借贷的案件中，民间借贷合同的效力无疑是法院审查的重点之一。目前，在许多民间借贷的实际操作中，出借人的主体身份和资金来源往往存在一定瑕疵，可能涉及向互金平台或金融机构借款、向其他企业借贷等等。而根据《规定》的第十四条对于民间借贷合同无效认定的情形，就包括了“以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的”这一情形。因此，在进行不良资产处置时，出借人往往会顾虑到民间借贷合同是否会被认定为无效，是否会因资金来源于其他企业而导致诉讼主体资格的变更。

在阜宁县人民法院审理的方某与金某、徐某等民间借贷纠纷一案，法院认为从《规定》的第十四条第二款的文意看，本款规范的主体主要为非金融机构法人和其他组织，不包括自

然人，方某以月利率 2.5%向他人借款后将借款以月利率 5%出借给金某的行为不适用该条款，该行为也并非无效行为。

仅从目前可以查询到的案例可以发现，除了前述案例中法院对于该条款的明确适用，其他法院对于这一条司法解释的适用也基本为企业法人，即当出借人为企业法人时，其资金的来源为向其他企业借贷或者向本单位职工集资时才会被认定为民间借贷合同无效。

综上，随着经济形势的变化，看似简单的民间借贷案件在审理要求上也更为严格，尤其是在资金来源、诉讼主体资格等方面，并且法院通常会要求当事人本人到庭。因此，出借人在进行不良资产催收过程中需要更为谨慎，避免因证据或者陈述上的瑕疵，而产生败诉的风险。

（本文首发于 2018 年 10 月 15 日）

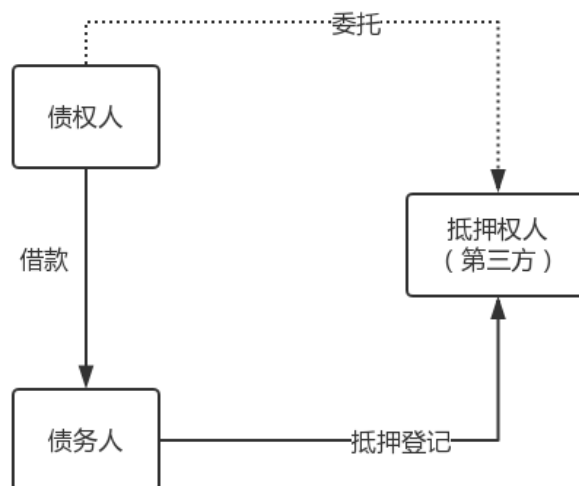
“债权人与登记的抵押权人不一致”时 抵押合同的效力分析

阮霭倩、苏宇吉（公司金融部）

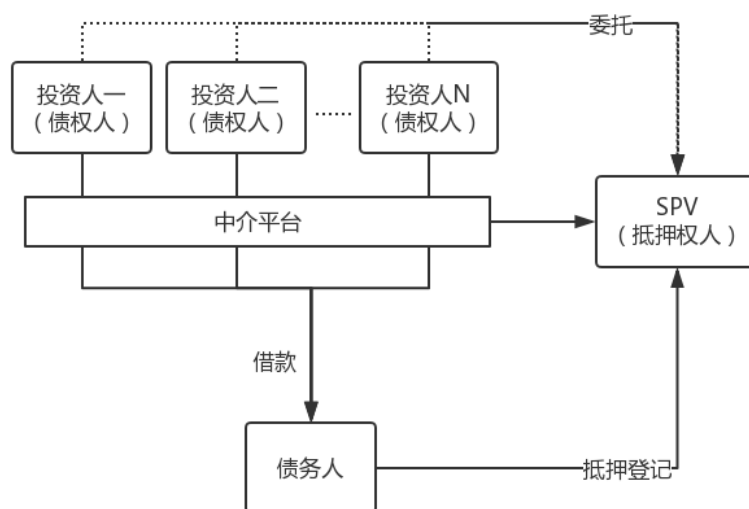
抵押，作为由抵押人向债权人做出的保证，是债务人履行债务的重要担保之一。在大量的民间借贷案件中，债权人与债务人都选择抵押作为债权的担保，当债务人未履行债务时，债权人可以依照法律规定的程序就抵押物行使优先受偿的权利。根据《中华人民共和国担保法》第三十三条、四十一条及四十二的规定，债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。当事人以《担保法》第四十二条所列的租赁物进行抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。因此，通常的民间借贷中，抵押权人即为债权人。

但在一些特殊的民间借贷案件中，因某些无法克服的客观原因，或出于实际操作比较繁琐的考量，债权人会委托第三方作为抵押权人，将属于自己的抵押权登记于第三方的名下，由该第三方作为名义上的抵押权人。这种做法显然与《担保法》的规定不符，那么，在此种情况下，若发生债务人不履行债务的情况，债权人的抵押权能否实现呢？本所依据相关司法实践，对于这种“债权人与登记的抵押权人不一致”的效力问题进行简单分析。

一、“债权人与登记的抵押权人不一致”的模式概述



如图所示，在“债权人与登记的抵押权人不一致”的模式下，债权人委托第三方作为抵押权人，要求债务人将属于自己的抵押权登记于第三方的名下，由该第三方作为名义上的抵押权人。这种模式较多地运用于网络借贷的业务中，因网络借贷中可能涉及的债权人数量不定，可能为单一的债权人，也可能为多名债权人。



以机动车为例，若选择以车辆作为抵押物的，因车辆抵押权无法登记于多人名下的客观原因，多名债权人无法同时享有抵押权。因此，债权人通过协议约定的方式，将抵押权委托于第三方进行登记，由该第三方作为名义上的对外公示的抵押权人。当债务人怠于履行或拒绝履行债务时，由债权人通过该第三方实现抵押权。

二、抵押权实现的可行性分析

（一）抵押权可能无法实现

根据《中华人民共和国担保法》第三十三条、四十一条及四十二的规定，债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。当事人以《担保法》第四十二条所列的租赁物抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。且《中华人民共和国物权法》第一百七十二条规定，担保合同是主债权债务合同的从合同。

首先，根据法律规定可以明确抵押合同设定抵押权的目的在于担保债权的实现，有债权才有抵押权，抵押合同作为债权债务合同的从合同，**基于债权与抵押权不可分离的原则，债权人与抵押权人应一致。**

在司法实践中，对于债权人与登记的抵押权人不一致的情况，债权人能否行使抵押权，**法院观点存在较大争议。**对于相关案例进行检索分析后可以发现，大部分法院基于债权与抵押权不可分离的原则，认为在债权人与登记的抵押权人不一致的情况下，债权与抵押权实质上已经分离，因此债权人无法享有抵押权。如（2016）皖民终 582 号案件，隆达电力公司虽辩称由于上海市宝山区房地产登记处不接受非金融企业间借款的抵押登记，故双方协商由唐培骅代表公司办理抵押登记，但法院认为该辩称意见不能作为案涉抵押权登记在第三方名下，却由债权人享有抵押权的正当理由，最终不予采信。

（二）抵押登记可能未设立或无法对抗善意第三人

在通常的民间借贷中，房产及车辆往往是首选的抵押物。根据《物权法》第一百八十七条及第一百八十八条的规定，以房产进行抵押的，应当办理抵押登记，抵押权自登记时设立；

以车辆进行抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人。首先，在“债权人与登记的抵押权人不一致”的情况中，以房产进行抵押的，虽经抵押登记，但因抵押权登记应当以实际抵押权为基础，若法院基于债权与抵押权不可分离的原则，认为债权人与登记的抵押权人已经实质分离，抵押权则自始未设立。

其次，以车辆进行抵押的，机动车辆虽经抵押登记，表明在机动车上面存在担保物权的权利负担，对外具有公示公信作用。但债权人、债务人及抵押权人之间的抵押合同中关于以车辆为债权提供抵押担保的约定，仅在债权人、债务人及抵押权人三方之间内部之间具有约束力。若存在善意第三人主张权利，法院有较大的可能性基于第三方信赖利益的保护否认抵押登记的效力。

三、约定债权人与登记的抵押权人不一致的注意事项

根据上述分析，约定债权人与登记的抵押权人不一致的情况具有较大的风险，债权人很可能无法实现抵押权。但若在实际的民间借贷中，因某些无法克服的客观原因，或出于实际操作比较繁琐的考量，必须以此种模式进行操作的，建议从以下方面综合考量：

1. 债权与抵押权确因客观原因不得不分离

若债权人与债务人的债权债务关系真实存在，《借款合同》合法有效，但基于客观原因，在实际操作上抵押物无法直接登记于债权人名下，而将抵押物登记于第三人名下，使得第三人成为形式上的抵押权人。这种抵押登记仍然是债务人为双方之间的借款提供抵押担保的真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定。但法院对客观原因审查较为严格，仅检索到一个案例，经法院认可的客观原因为抵押登记制度缺陷：在（2015）民一终字第107号案例中，债权人为自然人，抵押物为土地使用权，但因抵押登记制度不健全，抵押登记部门不准予将土地使用权抵押登记在自然人名下，因此协商将抵押权登记至第三方名下。法院认为这种操作实质上是债权人与债务人为了履行双方之间的《借款合同》而作的一种交易安排。

因此，若因其他原因使得债权人与登记的抵押权人不一致的，该原因能否被法院认可为不得已的客观原因仍存在较大不确定性。

2. 债权与抵押权的分离为三方明知且认可，且不损害其他债权人利益

抵押权的从属性依托于债务人为双方之间的借款提供抵押担保的真实意思表示，若债权人、债务人及抵押权人均对于该项抵押权是对于该笔借款的抵押担保是明知且认可的，法院会结合借款合同及抵押合同的具体情况进行判断。

综上，除以上因素外，法院还会结合借款合同与抵押的签订时间、数额是否一致等因素综合考量。但总体来说，目前法院对于该种模式的审理仍较为谨慎，支持由债权人行使抵押权的案件比例较少。

因此为降低合同被认定为无效的风险，若必须以这种模式进行操作的，建议在抵押合同中将债权与抵押权分离的原因进行详细阐述，并保留相关的证据材料对客观原因进行佐证。且在抵押合同中对于主债权进行明确，并由三方进行签字确认，在一定程度上减少风险。

（本文首发于2018年11月8日）

谈谈企业如何应对职业打假人

金秀福、金香

曾有一篇报道说“春暖花开，一年一度的 315 打假盛宴又开始了，对于消费者来说它是复仇日，对于企业来说它是鬼门关，而对于职业打假人来说，它却是一场捞金盛宴”。

职业打假人，虽然法律未对此进行明确的定义，但凭借它近几年在各大行业上的“表现”，相信大家都不会感到陌生。特别是餐饮、食品行业的生产经营者，近几年尤其受职业打假人的“欢迎”。

一、职业打假人，你到底是誰？

通俗地讲，职业打假是指以赚钱为目的故意大量购买有问题的商品并要求商家赔偿的行为。

而在司法实践中，首次对职业打假人进行概念界定的是，杭州互联网法院于 2017 年 8 月发布的一个案例。该案例中法院认为，职业打假人是指以牟利为目的，知假买假并向生产者、经营者主张惩罚性赔偿的自然人、法人及其他组织。

根据该案例，原告刘艳在一个月多次在被告秦乔的淘宝店中购买我国禁止进口的日本奶粉，后以奶粉无中文标签及未经检验检疫为由，主张奶粉为不符合国家食品安全标准的产品，要求被告秦乔退一赔十，并要求被告淘宝公司承担连带赔偿责任。法院认为，原告在**同一时间段，大量、反复购买相同或者类似产品，并以此来主张惩罚性赔偿，应认定为非消费需要的牟利性行为，其不属于《消费者权益保护法》中的消费者，不支持原告赔偿。

二、职业打假人的“捞金”依据？

《食品安全法》（2015）第一百四十八条

生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元，为一千元。但是，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误导的瑕疵的除外。

要点：价款十倍或者损失三倍的赔偿金。

《消保法》（2013）第五十五条

经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。

要点：商品的价款或者接受服务的费用的三倍。

国家食品药品监管总局、财政部关于印发食品药品违法行为举报奖励办法的通知（2017）

一级：提供被举报方的详细违法事实、线索及直接证据，举报内容与违法事实完全相符。一般按涉案货值金额或者罚没款金额的 4%—6%（含）给予奖励。按此计算不足 2000 元的，给予 2000 元奖励。

二级：提供被举报方的违法事实、线索及部分证据，举报内容与违法事实相符。一般按涉案货值金额或者罚没款金额的 2%—4%（含）给予奖励。按此计算不足 1000 元的，给予 1000 元奖励。

三级：提供被举报方的违法事实或者线索，举报内容与违法事实基本相符。一般按涉案货值金额或者罚没款金额的 1%—2%（含）给予奖励。按此计算不足 200 元的，给予 200 元奖励。

符合特殊情形之一（例如涉及婴幼儿配方乳粉的），举报人有特别重大贡献的，奖励金额原则上不少于 30 万元。

要点：涉案货值金额或者罚没款金额的 1%—6%

《广告法》（2015）第五十五条

违反本法规定，发布虚假广告的，由工商行政管理部门责令停止发布广告，责令广告主在相应范围内消除影响，处广告费用三倍以上五倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处二十万元以上一百万元以下的罚款；两年内有三次以上违法行为或者有其他严重情节的，处广告费用五倍以上十倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照，并由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。

要点：向行政机关举报后，以撤销举报为由索要调解费。

《反不正当竞争法》（2017）第二十条

经营者违反本法第八条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，或者通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的，由监督检查部门责令停止违法行为，处二十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照。

要点：向行政机关举报后，以撤销举报为由索要调解费

三、餐饮、食品行业为什么如此“受欢迎”？

从上述职业打假人常用的法律依据来看，生产经营者存在违法行为的，需要承担惩罚性赔偿责任。其立法目的在于，给生产经营者一个严厉的警告并保护消费者的合法权益。但，职业打假人“知假打假”的行为，明显与该立法目的相违背，故社会各界普遍认为，职业打假人不应得到赔偿。

但食品、药品与其他行业不同，其直接关乎到消费者的生命健康权，国家对该领域仍然保持谨慎态度，并规定就食品、药品消费领域，即使购买者明知存在质量问题，也不影响其向生产经营者要求赔偿的权利。（《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：在食品、药品消费领域，生产者、销售者以购买者明知食品药品存在质量问题为由进行抗辩的，人民法院不予支持。）

同时，从2017年5月最高院办公厅对国家工商总局的答复中也可以看出，即使未来国家逐步限制职业打假人的牟利性打假行为，但针对食品、药品质量问题仍然会除外。（答复意见：“考虑到食品安全问题的特殊性 & 现有司法解释和司法实践的具体情况，我们认为目前可以考虑在除购买食品、药品之外的情形，将逐步限制职业打假人的牟利性打假行为”）

可见，国家保护消费者合法权益的“特殊考虑”，反而使餐饮、食品行业在职业打假圈内变成最“受欢迎”的领域。

四、职业打假人的常用的投诉理由？

1.广告、宣传问题

如广告中包含“最佳”、“最高级”等广告中不得使用的极限词，广告、宣传语句、文案中存在欺诈行为等。

2.食品标签问题

如营养成分表中格式错误；或在食品标签中未明确标示添加剂；进口食品没有中文标签等。

3.无经营资质或超出经营范围经营等

如未取得相应的行政许可，或超出登记许可的经营范围经营、相关资质证明过期等。

4.食品质量问题

如销售过期的食品，食品中添加非食品原料，添加剂超标等。

五、企业如何应对？

1.日常合规

关注行业法规、政策的发展动态与趋势，根据相关法律法规的规定及时调整相关内容等；
在经营过程中，加强对预包装、标签、标识、广告宣传等方面的合规审查；

定期对经营资质，如《食品经营许可证》等进行管理，避免出现资质过期、超范围经营等情形，同时，销售新产品之前，咨询相关行政机关是否需要取得相应的行政许可等；

重点管理食品添加剂、食品原料、过期商品、进口食品等容易引起职业打假人投诉的事项等。

然而，我们在实务中发现，很多企业在合规的道路上经常“迷失自我”。这里简单举一个例子来说明。

自从新广告法实施后，被投诉使用极限词的商家较多，很多企业就认为只要留意在广告中是否包含了极限词就可以避免被职业打假人投诉，因此，企业合规的重点就放在搜索极限词上。殊不知，食品广告还有其他重要的规定。根据相关法律规定，食品广告不得出现与药品相混淆的用语，不得直接或者间接地宣传治疗作用，也不得借助宣传某些成分的作用明示或者暗示该食品的治疗作用。但，很多企业忽视此规定，借助宣传海报或菜谱等随意发布其出售食品的各种“功效”，如某网红奶茶店销售的鲜榨果汁，针对某一特定配料标示具有消除疲劳、降三高等多种功效等。这类宣传方式，都有可能被职业打假人投诉。

因此，企业日常合规，不能“走马观花”式地粗略进行，势必要对每一项可能涉及到违法、违规的细节都逐一进行罗列并加以整改。

2.投诉处理

生产经营者做好日常合规,保持不被投诉是最好的,但一旦被投诉,也应依法妥善处理。

快速反应,及时补救。对于被投诉的产品及时下架或召回处理,而对于有问题广告、宣传及时作出删除等处理。

了解职业打假人投诉的真正目的。实务中,职业打假人的投诉理由各不相同,有的采取双管齐下的方式,既跟企业协商,又向行政机关进行投诉;而有的是先向行政机关投诉,以行政机关的处理结果作为与企业谈判的筹码向企业施加压力,迫使企业接受调解,获得相对高额的赔偿金。因此,企业务必要把握好职业打假人投诉的最终目的,才能准确应对。

配合执法,争取宽裕。因餐饮、食品行业直接与公民的生命健康权相关,在该领域的职业打假在一定程度上起到了监督作用,因此,行政机关在处理时格外谨慎仔细。所以企业要跟执法机关配合,了解行政机关调查认定的事实及性质,充分向行政机关陈述自己的意见,争取行政机关在处理结果上给予宽大处理。

总之,企业在应对投诉时,一定要准确把握好案件的来龙去脉,进行及时有效的应对。此后,我们还将针对不同行业的不同特点,进一步探讨企业如何应对职业打假人。

(本文首发于 2018 年 3 月 15 日)

大股东突然单方缩短注册资本实缴期限，如何应对？

卫新、陆逸洲（公司金融部）

自从《公司法》确立了“注册资本认缴制度”，大大缓解了注册成立公司的资金压力，而在实务中，有些股东还会通过修改公司章程的方式，将注册资本的实缴期限进一步延长（通常为十年以上）。

但在笔者最近接触的实务案例中，却遇到了大股东（本文所述“大股东”均指持有公司股权或股份比例超过三分之二的股东）在公司运营过程中通过修改公司章程来缩短注册资本实缴期限的情形，这使得小股东突然面临在短期内缴足注册资金的巨大压力：

A 公司为一家按照《公司法》设立的有限责任公司，王某、李某、张某合计持有 A 公司 100% 的股权。其中，王某持有 A 公司 70% 的股权，李某、张某合计持有 A 公司 30% 的股权。

A 公司设立之初，王某、张某、李某在公司章程中共同约定注册资本的实缴期限为十年。后在公司运营过程中，王某与李某、张某之间就公司经营理念不同产生无可调和的矛盾，王某逼迫张、李二人退股不成，他按照公司章程的约定召开了临时股东会会议，会议上提出“想要修改公司章程，将实缴注册资本期限缩短至一个月”（以下简称“A 公司决议”），张某、李某当即表示反对，由于王某持股 70%，决议最终通过。后张某、李某在一个月内未能缴足相应注册资本，而王某及时缴足了注册资本，王某遂将张某、李某诉至法院，要求二人立即缴足注册资本并承担违约责任。

问题 1：王某的诉讼请求是否有法律依据？

本案中，王某以张某、李某未实缴注册资本为由将张某、李某诉至法院，要求张某、李某立即缴足注册资本并向其承担违约责任。

公司法第二十八条规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。……股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”

《最高人民法院关于适用公司法若干问题的规定（三）》第十三条规定：“股东未履行或未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。”

根据前述两个法条的规定，如任一股东未能按期足额缴纳其所认缴的注册资本，则其他股东有权要求其全面履行出资义务并对已完成实缴义务的股东承担违约责任。

因此，如 A 公司决议有效，王某有权要求张某、李某立即缴足注册资本并向其承担违约责任。

问题 2：通过修改公司章程来缩短注册资本实缴期限的做法是否合法？

《公司法》第四十三条第二款规定：“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”

同时，《公司法》第二十二条第一款规定：“公司股东会或股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”

要判断 A 公司决议是否无效，关键在于判断 A 公司决议内容（即王某凭借其大股东优势缩短注册资本的实缴期限）是否违反法律、行政法规的强制性规定。

目前实务中对此存在不同的观点，笔者认为应当从决议内容及决议目的这两个维度去综合判断此类决议是否违反法律、行政法规的强制性规定。

决议内容

在决议内容层面，我们需要判断决议内容在字面上是否平等对待了每一位股东。根据《公司法》第二十条第一款的规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”

如决议内容在字面上都无法体现公平公正，则该决议会被认定为大股东滥用自己的优势地位损害小股东的利益，决议应为无效。典型情形如：

仅缩短了小股东实缴注册资本的期限

小股东实缴期限的缩短幅度大于大股东实缴期限的缩短幅度

在缩短后的注册资本实缴期限内小股东所需要缴纳的注册资本比例高于大股东所需要缴纳的注册资本比例

如决议内容在字面上已经体现公平公正，在缩短注册资本实缴期限的条件上，大小股东完全一致，则需要我们进一步考量决议目的。

决议目的

除了满足“资本多数决”和公平公正的这两个要件外，在司法实践中，法院还会关注决议目的的正当性。也即我们需要判断大股东缩短注册资本实缴期限是否有合理的商业目的。由于注册资本的实缴期限关系到每一位股东的基本利益，故大股东如希望单方面修改各股东此前协商一致所确定的注册资本实缴期限，其必须举证证明提前缴足注册资本的合理性，如公司运转困难，急需资金周转；或公司进入发展新阶段，需要资金助推等情形，否则应视为大股东做出该等决议的目的是损害小股东的利益，从而违反了《公司法》第二十条第一款的规定，决议应为无效。（注：该观点已获得上海市高级人民法院的认可，详见上海自贸区咖啡交易中心有限公司提前缴纳出资股东会决议效力纠纷案（（2018）沪民申 188 号））。

综上，A 公司决议如需在法律上被认定为有效，其决议内容必须满足三大要件：

- 1.股东会作出决议应满足公司章程中关于“资本多数决”的规定；
- 2.所作决议内容应当公平公正，大小股东具备同等义务；
- 3.所作决议内容应该具备其合理性

律师建议

为更好地保护小股东的权益，对于大股东单方缩短注册资本实缴期限的事先预防机制及事后追责机制，笔者提出如下几点建议：

1、注册资本不是越高越好！很多创业者在设立公司时为了“好看”会将公司注册资本定为一个极高的金额，其实这一做法并不可取。对于小股东而言，一开始公司设立时股东们或许处于“蜜月期”，但日后一旦出现纠纷，大股东可能缩短注册资本实缴期限，使小股东处于被动的局势。因此，创业者在公司设立时应结合公司的发展规划，确定一个合理的注册资本金额，从而尽量避免出现实缴不能的情况。

2、公司章程设立要走心！各股东在公司设立时就可以有意识地在公司章程中对缩短注册资本实缴期限的具体情形进行特别约定，例如明确约定必须经全体股东一致同意后方可缩短注册资本的实缴期限，或者约定只有出现某些特定情况时，才可以缩短注册资本的实缴期限，这样就避免因单方缩短注册资本实缴期限而产生的股权纠纷。

3、及时向法院主张权利。如已实际出现大股东单方缩短注册资本实缴期限的情况，小股东应积极应对，及时向有管辖权的人民法院主张自己的权利，比如指出决议的不合理之处，要求原告方阐述决议的合理性及紧迫性等。

同时，笔者也建议大股东在确有合理理由需要缩短注册资本的实缴期限时，及时向小股东充分示明其缩短注册资本实缴期限的理由，尊重小股东的意见，避免届时因决议涉诉而影响公司的正常运营。

（本文首发于 2018 年 7 月 23 日）

夫妻单方转让股权有效吗

高洁（星瀚南京分所）

随着社会经济的发展和投资渠道的多元化，夫妻财产的形式不再局限于存款、汽车、房产等传统形态财富，还包括公司的股权、保险、信托等。而由于股权兼具人身属性和财产属性，以夫妻一方名义出资形成的股权，存在两种法律关系。其一，是公司法上的法律关系：即股东与公司之间、股东相互之间，股东与公司债权人之间的法律关系，对这些法律关系应当适用公司法；其二，是婚姻法上的夫妻共同共有关系：涉及夫妻双方对夫妻共同财产的处分权，应当适用婚姻法。

但在夫妻关系存续期间一方转让股权是否需要配偶同意的问题上存在较大分歧，主流观点有二：持肯定论者主张必须经配偶方同意，原因在于夫妻对共同财产有平等的处理权；持否定论者则认为股权属于社员权，具有很强的人身专属性，因此不能由不具有股东身份的另一方主张权利。针对上述问题，司法实践中不同法院有着不同的判决，裁判文书未能保持一致意见。

一、类案裁判文书梳理与分析

笔者在无讼案例网站上以关键词“夫妻共同财产+股权转让+合同效力”进行检索，并将法院层级限定在中级人民法院及以上，共检索到涉及对夫妻单方转让股权效力认定的裁判文书 114 篇（检索日期 2018 年 6 月 26 日）。通过对检索结果的阅读，梳理出了针对该问题两种不同的法院裁判观点，并就每个观点引用两个典型案例，对典型案例进行解读，探究裁判背后的规则。

观点一：夫妻单方转让股权，转让行为被认定有效

案例 1：艾某、张某与刘某等股权转让纠纷案

【案情简介】艾某、张某系夫妻关系。2011 年 10 月 26 日，张某与刘某签订一份《协议》，约定：张某自愿将其在榆林市榆阳区常乐工贸有限责任公司（以下简称工贸公司）的原始股份 660 万元以 13200 万元转让刘某。同年 12 月 16 日，双方签订一份《股权转让协议》，约定：张某自愿将其在工贸公司的 500 万元原始股份转让给刘某，转让价款为 18960 万元。上述两份股权转让协议签订后，刘某共向张某付款 7600 万元，后双方在工商局进行了股东变更登记。2011 年 12 月 26 日，张某将 7600 万元付款全部退回刘某。2012 年 5 月 23 日，艾某、张某向陕西省高级人民法院提起诉讼，请求确认张某与刘某签订的股权转让协议无效。

【裁判解读】【一审案号：（2013）陕民二初字第 00006 号】陕西省高院认为：我国现行法律和行政法规没有关于配偶一方转让其在公司的股权须经另一方配偶同意的规定。因夫妻之间存在特殊的身份关系，故夫妻之间相互享有家事代理权。刘某有理由相信两份股权转让协议系艾某、张某夫妇的共同意思表示，也足以证明刘某受让该股权符合善意取得的法律规定，且两份股权转让协议并不存在我国《合同法》第五十二条规定的情形，因此，股权转让协议有效。

【二审案号：（2014）民二终字第 48 号】最高法院认为：在双方当事人之间形成的是股权转让合同法律关系，本案案由亦确定为股权转让纠纷。**对于自然人股东而言，股权仍属于商法规范内的私权范畴，其各项具体权能应由股东本人独立行使，不受他人干涉。**张某与刘某签订了股权转让协议，双方从事该项民事交易活动，其民事主体适格，意思表示真实、明确，协议内容不违反我国《合同法》、《公司法》的强制性规定，该股权转让协议应认定有效。

案例 2：谷某与赵某股权转让纠纷

【案情简介】谷某系谷某父亲与其前妻的女儿，赵某与谷某系继母女关系。1989 年 1 月 16 日，赵某与谷某父亲登记结婚。2007 年 7 月谷某父亲与辽宁天缘集团共同出资注册成立辽宁宏缘公司，公司注册资本 2,000 万元，谷某父亲认缴出资 1,200 万元（实缴 240 万元）。2010 年 11 月 26 日，谷某父亲与谷某签订了股权转让协议书一份，载明：“甲方（谷某父亲）将其持有的宏缘公司的认缴 1,200 万元（实缴 240 万元）股权中 1,150 万元（实缴 190 万元）股权转让给乙方（谷某）。2011 年 1 月至 6 月，天缘集团给谷某开具了收款收据。赵某起诉请求确认谷某与谷某父亲签订的股权转让协议无效。

【裁判观点】【一审案号：（2014）沈中民三初字第 00240 号】沈阳市中院认为：谷某父亲生前签订股权转让协议有效需符合两个条件，一是夫妻两人协商一致，二是购买人善意且支付合理对价。股权转让协议中未对宏缘公司 1150 万元股权的约定转让价格，这与常理不符。而且，谷某始终也无法提供其交付股权转让款的证据。依据现有证据无法认定谷某取得宏缘公司的股份是有偿、善意的民事行为，因此该股权转让协议应无效。

【二审案号：（2015）辽民二终字第 00341 号】辽宁省高院认为：在夫妻间没有特别约定的情况下，取得股权支付的出资款项应属夫妻共同财产，但在出资行为转化为股权形态时，现行法律没有规定股权为夫妻共同财产，其也不具有“夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权”这样的属性。本案宏缘公司股东谷某父亲、天缘集团均同意向谷某及其他案外人转让其持有的股权并已经股东会决议确定。**没有法律规定股东转让股权需经股东配偶的同意，且现没有证据证明谷某父亲与谷某之间存在恶意串通，所以，原审认定谷某父亲生前与谷某存在恶意串通转让财产的行为，缺乏事实及法律依据。**辽宁省高院判决撤销一审判决。

在认定夫妻单方转让行为有效的裁判中，法院对于转让行为效力的判断主要依据《合同法》和《公司法》的有关规定，即无论受让方的主体身份，只要双方意思表示真实，协议形式和内容合法，协议都认定为有效。

观点二：夫妻单方转让股权，转让行为被认定无效

案例 1：叶某、孙某确认合同无效纠纷案

【案情简介】2000 年至 2001 年间，孙某与周某经人介绍认识；2001 年 12 月 6 日，双方生育一子；2007 年 10 月 1 日双方生育一女；2008 年 4 月 8 日，双方办理结婚登记手续；双方于 2014 年 12 月 16 日经法院判决离婚。华城公司成立于 2000 年 12 月 21 日，周某出资 25 万元，占资比例 50%。后华城公司将注册资本增资至 500 万元，其中周某出资 200 万元，占出 40%。2012 年 3 月 29 日，周某与叶某签订一份《股权转让协议书》，约定周某将华城公司 40%股权作价 200 万元转让给叶某（系周某母亲）。2012 年 4 月 10 日，周某与叶某办理股权变更工商登记。叶某至本案起诉之日止未向周某支付股权转让金。孙某起诉至法院请求确认转让协议无效。

【裁判解读】一审法院浙江省永嘉县人民法院判决：确认 2012 年 3 月 29 日周某与叶某签订的关于转让华城公司 40%股权的《股权转让协议书》无效。

【二审案号：(2016)浙 03 民终 2544 号】浙江省温州市中院认为：结合既有证据和事实，可以认定周某、孙某双方至少自在 2001 年 12 月 6 日前已经以夫妻名义共同生活。根据婚姻法及现有证据不能排除孙某对涉案股权享有权益，现周某未经孙某同意，无偿转让涉案股权，显属恶意，应确认为无效。

【再审案号：(2018)浙民再 83 号】浙江省高院认为：1.男女双方补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。按照现有证据，不能排除孙某对周某所持有的华城公司 40%股权享有权益。2.周某作为自然人股东，其有权独立行使包括转让股权在内的股东的各项权能，并非必须征得配偶方的同意。3.在本案中，一审法院结合审理情况，认为“周某在与孙某夫妻感情不和的时候，将股权转让给叶某”，具有相应依据。同时，协议约定的 200 万元股权转让款“事实上没有支付”。一、二审法院认定周某与叶某串通损害孙某利益并无明显不当，因此判决维持原判。

案例 2：沈某与叶某、叶某胞弟等合同纠纷案

【案情简介】沈某与叶某于 2003 年 7 月 10 日登记结婚，后夫妻关系紧张而提起离婚诉讼。2012 年 8 月 14 日，叶某将其所持有的温岭市联铭塑料制品厂 25%的股份按转让给叶某胞弟，同年 10 月 12 日，叶某又将其所持有的台州市仁和宝家居用品有限公司 50%的股份按注册资金 50 万元的价格分别以 40 万元价格转让给叶某胞弟 40%的股份，以 10 万元价格转让给刘某（叶某胞弟妻子）10%的股份。沈某以叶某未经其同意，擅自转让股权，严重损害了其合法权益为由，向法院提起诉讼。

【裁判观点】【一审案号：(2012)台温溪商初字第 550 号】浙江省温岭市人民法院认为：1、从主观目的性上看，转让双方并非恶意；2、从转让行为的合法性上看，二被告之间的股权转让经其他股东同意，程序合法，且已支付合理对价，故应认定为合法有效。

【二审案号：(2013)浙台商终字第 642 号】浙江省台州市中级人民法院认为：本案中，因被上诉人叶某并未举出夫妻之间就双方婚姻关系存续期间所得的财产有特别约定的证据，故叶某在仁和宝公司拥有的股份在转让之前属于夫妻共同所有的财产。夫妻共有属于共同共有，如果没有特别约定，对共同共有财产的处分须经得全体共同共有人的同意。叶某的擅自转让行为构成无权处分，股权转让协议的效力取决于上诉人沈某是否追认以及被上诉人叶某胞弟、刘某的受让行为是否构成善意取得。本案中，沈某的起诉行为明确表示拒绝追认，且股权受让人叶某胞弟、刘某系叶某的弟弟及弟媳，其没有理由不知道本案股权转让期间叶某与沈某夫妻感情恶化的事实，在此情形下，不应当认为其二人具有主观善意。因此不构成善意取得。台州市中院判决股权转让协议无效。

在认定夫妻单方转让股权行为无效的裁判中，法院综合考虑了《合同法》、《公司法》与《婚姻法》的协调适用，认可了夫妻对于作为夫妻共同财产的股权享有平等的处分权，一方擅自转让属于无权处分，在认定单方处分行为时要考虑受让方的身份，以及受让人对夫妻关系恶化的事实是否知晓或应当知晓，以此判断受让人主观是否具有恶意。

二、类案裁判规则探析

通过对以上案例的分析，我们可以发现，法院在判断夫妻一方转让股权的协议是否有效时是分步骤进行的，首先应当判断涉案股权是否属于夫妻共同财产，主要从取得股权的时间是否为夫妻关系存续期间角度进行判断，认定属于夫妻共同财产后再判断股权转让是否有效。

夫妻一方转让登记在其名下的股权给第三人，其行为虽然不违反《公司法》的相关规定，但违反《婚姻法》关于夫妻平等处理共有财产的精神，夫妻一方转让其所持有的公司股权的行为系非因日常生活需要而对其夫妻共同财产作出的处分，需要与另一方协商一致，否则构成无权处分。对于无权处分行为效力的判断，目前法院的思路是适用《物权法》的相关规定，优先保护善意第三人的信赖利益，当第三人有理由相信夫妻一方做出的转让行为是夫妻双方共同意思表示的，并支付了合理对价，则转让协议有效，另一方不得以不同意或不知情为由对抗善意第三人。

三、结论意见

通过对上述典型案例分析，探析裁判文书背后的裁判规则，结合法律规定，我们认为在认定转让的股权属于夫妻共同财产的前提下，认定夫妻单方转让股权是否有效应综合考虑以下几个因素：其一、转让时的夫妻关系是否恶化；其二、受让方是否与转让方之间存在特殊关系；其三、股权转让的价格是否合理；其四、转让价款是否实际支付等。在具体案件裁判时，需综合考虑上述因素进行判断。

（本文首发于 2018 年 7 月 10 日）

股东可以要求查阅公司原始会计凭证吗？

陈欣皓（公司金融部）

我国《公司法》第三十三条对股东知情权进行了规定，其中第一款规定了股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告；第二款则规定了股东可以要求查阅公司会计账簿。

我们近日在处理一起有关股东知情权纠纷的案件中，要求作为被告的 B 公司向作为股东的原告 A 公司提供会计账簿及会计凭证（包括记账凭证、原始凭证及附件等）；而被告 B 公司则抗辩称：根据《公司法》的相关规定，股东仅可以查阅公司会计账簿，而不能查阅相应的会计凭证。该抗辩理由也非我们首次遇到、在实务中颇为常见。那么，该理由是否能够成立呢？本文就将对该问题进行讨论。

部分地方性规定

根据我们的整理，不少地区发布了关于股东可否要求查阅公司原始会计凭证的地方性规定，例如：江苏省高级人民法院发布的《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》第六十六条第二款规定，“有限责任公司股东除有权查阅前款规定所列材料外，还可以查阅董事会决议、公司账簿及相关原始凭证”。

无独有偶，北京市高级人民法院民二庭同样在《关于新《公司法》适用中若干问题的调查研究》中提到，“我们的观点是，从立法目的上看，股东要想真正地了解公司经营状况，必须在法律上肯定他们查阅原始会计凭证的权利。否则股东即使通过法院确认了其查阅公司会计账簿的权利，但是其得到的会计账簿可能是所谓的“黑账”，则知情权得不到实质性的保护。因此，凡是能反映公司财务与经营情况的会计账簿及相应原始凭证，都应属于股东知情权的范围。”

由此可知，部分地区已在制度层面进行了相应规定，明确了股东行使知情权的边界包括了查阅账簿以及所对应的原始凭证，这给股东行使相应的权利提供了相应的法律法规依据。

各级法院均有指导性案例支持股东查阅原始凭证

最高人民法院在 2011 年第 8 期的《最高法院公报》上，就报道了一起股东要求查阅公司原始凭证的案件。虽然该案的审理焦点并非在于股东是否可以要求查阅公司赖以制作会计账簿的原始凭证这一问题，但是，对于二审法院依照《会计法》第九条、第十四条、第十五条第一款所做出的“公司的具体经营活动只有通过查阅原始凭证才能知晓，不查阅原始凭证，中小股东可能无法准确了解公司真正的经营状况。根据会计准则，相关契约等有关资料也是编制记账凭证的依据，应当作为原始凭证的附件入账备查。据此，四上诉人查阅权行使的范围应当包括会计账簿(含总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿)和会计凭证(含记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的有关资料)”认定，无疑也是持支持态度的。

同样的，对于该问题，各地、各级法院均作出了较为一致的论述，在股东查阅目的正当的前提下，大部分的法院均满足了股东要求查阅各类会计账簿，以及会计凭证的诉讼请求。

小结

根据目前的司法实践，以及部分地区已出台的地方性意见，股东要求查阅公司会计账簿，同时要求查阅相应原始凭证的诉讼请求，一般都会获得法院的支持。结合《公司法司法解释四》中有关股东可以聘请会计人员、律师辅助进行查阅账册等材料的规定，可以比较充分的保障非控制公司的股东对于公司日常经营管理的知情权。

当然，我们更希望上述观点，能够直观地通过最高院司法解释的方式进行明确，减少股东行使知情权的障碍，促进我国公司治理结构的稳定和发展。

（本文首发于 2018 年 6 月 26 日）

非破产清算情形下的股东出资责任能否加速到期

——以江苏地区类案裁判规则为视角

高洁（星瀚南京分所）

一、导言

2013 年《公司法》修改的一大亮点是将公司注册资本制度由实缴制改为认缴制，这一改革体现了政府鼓励社会大众投资创业的资本政策，充分尊重了股东的自治权，但认缴制改革后，股东出资期限由法定转为约定，股东出资义务处于长期的不确定状态，意味着债权人面临的风险被放大，而保护债权人的相应责任规范却明显缺失。尽管《企业破产法》第三十五条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”但该规定只适用于公司破产的情形，即在公司破产情况下股东出资责任的履行不受约定的出资期限限制。在非破产情况下，股东出资期限尚未届满、公司不能清偿到期债务时，股东出资责任可否加速到期，债权人可否有权直接要求未届出资期限的股东在未出资范围内承担补充责任的问题，新修订的公司法并未给予明确回答。

二、江苏地区类案检索与分析

司法实践中，对于股东出资责任是否可以加速到期，裁判观点南辕北辙，并无统一的结论。笔者在无讼案例中进行查询，以关键词“股东出资+加速到期”进行检索，并将地区限定在江苏，共检索到相关案例 20 篇（检索日期 2018 年 5 月 14 日），其中不可加速到期判决 17 篇，可加速到期案例 3 篇。由此可见，江苏地区法院在认定非破产情形下，股东出资责任是否加速到期的问题上普遍比较谨慎，在法律没有明文规定的情况下，大多数法院的判决较为保守，认为不能加重股东的出资义务，从而不支持股东出资责任的加速到期，但这并不意味着在非破产情形时，股东出资责任加速到期不存在任何适用空间，仍有少数法院在判决中支持了股东出资责任加速到期。

笔者通过选取典型案例，对支持与否定股东出资责任加速到期判决的裁判要点进行归纳总结，试图对公司股东、公司债权人有所裨益。

观点一：不支持股东出资责任可加速到期

案例一：陈建峰与旭诺公司、融其道公司等借款合同纠纷

【案情简介】2015 年 1 月 21 日，陈建峰与旭诺公司签订借款协议，双方约定：陈建峰作为出借人通过融其道公司平台出借款项，旭诺公司作为借款人通过融其道公司平台借款，支付机构上海盛付通电子支付服务有限公司通过融其道公司平台将陈建峰的出借款支付给旭诺公司，借款金额 5 万元，借款期间为 2015 年 1 月 30 日至 2015 年 7 月 30 日。若旭诺公司无法到期还款，则同意并授权支付机构按照融其道公司指令，划转其账户资金用于向陈建峰偿还债务并依据协议支付违约金；上海大融公司作为旭诺公司借款的连带责任担保人。借

款到期后，旭诺公司归还借款利息 3102.75 元，未归还借款本金 5 万元，尚欠自 2015 年 7 月 31 日起至今的利息。原告遂向法院起诉。

【裁判要点】一审案号：（2016）苏 0111 民初 2001 号，南京市浦口区人民法院认为：陈建峰要求江苏大融公司、高盛公司作为融其道公司、上海大融公司的股东承担相应出资义务的诉请，因无合同和法律依据，故一审法院不予支持。二审案号：（2016）苏 01 民终 8708 号，南京市中级人民法院认为：公司股东的认缴出资金额、出资期限等事项为公司内部治理的范畴，与公司外部责任的承担应当予以区分。在融其道公司、上海大融公司的公司章程载明的股东出资期限尚未届满之前，陈建峰主张股东出资义务加速到期，缺乏法律依据，本院不予支持。作为融其道公司、上海大融公司的单个债权人，如陈建峰认为融其道公司、上海大融公司不能清偿其到期债务，可根据《中华人民共和国破产法》的相关规定，对资不抵债，或者明显缺乏清偿能力，或者有丧失清偿能力可能的企业申请破产，通过破产程序使公司股东的出资义务加速到期，以保障其权利。

案例二：江苏博恩大宗商品交易有限公司与张家港保税区熙泰进出口有限公司、陈仪等买卖合同纠纷

【案情简介】2016 年 2 月 1 日，江苏博恩公司与张家港熙泰公司签订《购销合同》一份，合同约定由江苏博恩公司向张家港熙泰公司购买甲苯 200 吨，货款为 922000 元。后江苏博恩公司依约支付了 92200 元的定金，按照约定张家港熙泰公司应于 2016 年 3 月 20 日到 2016 年 3 月 30 日向原告交货。2016 年 3 月 28 日，张家港熙泰公司向江苏博恩公司发函，告知其无法按照合同履行，截止诉前，张家港熙泰公司仍未履行供货义务。另查明，陈仪、沈亚萍系张家港熙泰公司的股东，二人未能足额履行相应的出资义务，应对张家港熙泰公司的债务承担连带责任，江苏博恩公司故起诉至法院。

【裁判要点】案号：（2016）苏 0582 民初 3630 号，张家港市人民法院认为，陈仪、沈亚萍不对公司债务承担连带或补充责任，理由如下：（1）认缴制下能否直接裁判加速到期未届期的股东承担出资责任这一问题，理论界目前尚存在很大分歧，原告的该项诉请未在理论上形成共识；（2）认缴制作为一种制度创新，系公司法的明文规定，而加速到期无疑是对认缴制的突破，在法无明确规定的情况下，不宜对相关条款做扩大解释；（3）张家港熙泰公司虽经营出现重大困难，但原告无证据证明该公司“不能清偿债务”，且对该事实的认定应通过执行来解决，而不宜在诉讼过程中判定；（4）股东认缴的金额、期限都明确记载于公司章程，作为一种公示文件，债权人应当知道这一事实，在交易过程中对此风险也应予以预见；（5）股东未出资的金额都有一定限额，如允许单个债权人通过诉讼直接向股东主张清偿责任，那么势必会造成对其他债权人的不公平，无法平等地保护全体债权人的利益；（6）债权人并不是只有通过诉讼来直接判定加速到期才能对债权人利益予以救济，如可以通过认定行为无效来规制股东转移公司财产行为、可以通过适用《破产法》来实现股东出资义务加速到期等等。因此，在理论存有较大分歧，法无明文规定的情况下，这一诉请理由尚不充分，法律依据不足，本院难以支持。

对于不支持股东出资责任加速到期的裁判，法院的判决说理主要围绕以下几点：（1）缺乏法律依据。根据我国现行的法律规定，认缴出资的期限提前到期仅限于公司破产的场合，除此之外不应该扩张适用，否则将加重股东的出资责任，违背了认缴制度设立的初衷。（2）

不利于全体债权人的平等保护。(3) 债权人风险自担原则。即债权人明知股东缴纳出资期限未到并与公司交易的, 包括债权人在内的第三人均负有尊重股东期限利益的消极义务。

观点二: 支持股东出资责任可加速到期

案例一: 向荣集团有限公司与四川天竹竹资源开发有限公司、吉林市铁路投资开发有限公司买卖合同纠纷

【案情简介】2012 年 11 月 1 日, 原告与被告天竹公司签订《采购合同》, 约定原告向被告天竹公司供应 400V 开关柜 191 台, 总价款为 15158386 元。2013 年 1 月 5 日至 1 月 28 日期间, 原告按照被告天竹公司要求履行了全部供货义务。而后, 从 2013-2017 年期间, 被告分数次向原告支付了款项, 合计 5115838.6 元。被告天竹公司尚欠原告货款 10042547.4 元。另查明, 被告天竹公司涉诉被执行案件较多, 且无力清偿被执行债务。而被告吉林铁投公司系被告天竹公司股东之一。后被告天竹公司通过召开股东会, 将增加注册资本 5 亿元的认缴日期由 2016 年 12 月 31 日延期至 2025 年 12 月 31 日前。因此, 原告主张, 被告吉林铁投公司应在其未出资本息范围内对被告天竹公司的债务承担补充赔偿责任。

【裁判要点】案号: (2017) 苏 1182 民初 1331 号, 扬中市人民法院认为: 在本案中, 股东延长认缴出资期限是否认定为出资义务加速到期关键在于判断股东延长认缴出资期限是否恶意。虽然法律未禁止股东延长认缴出资期限, 但这并不意味着股东可以恣意延长认缴出资期限。如股东延长认缴出资期限系为了公司利益最大化或保护债权人的合法利益等, 这并无不可。相反, 股东延长认缴出资期限系为了逃避债务、规避法律责任, 属于恶意。根据民事诉讼法的相关规定和股东的优势地位, 证明股东延长认缴出资期限系善意的举证责任分配给股东更加合理。在本案中, 被告涉诉被执行案件较多, 且无力清偿被执行债务和案涉债务, 而被告吉林铁投公司作为天竹公司的股东, 违背承诺不履行到期出资义务, 且未提供证据证明其延长认缴出资期限系善意, 应承担相应的法律后果。因此, 法院判决被告吉林市铁路投资开发有限公司在未出资本息范围内对上述债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

案例二: 江苏东恒律师事务所与罗国财、南京贝荣投资有限公司等合同纠纷案

【案情简介】东恒律所与东部公司签订《并购服务协议》一份, 约定东恒律所为东部公司并购 NO. 宁 2014JN055 号地块 (以下简称案涉地块) 提供居间及法律服务, 东部公司按约支付相关费用。2015 年 10 月, 东部公司引入罗国财、瞿铭壮、刘卫三人作为投资人。同年 11 月 30 日, 以罗国财为代表与东恒律所签订《保证金托管协议》, 约定东恒律所提供案涉地块居间、法律服务。后东部公司、罗国财、瞿铭壮、刘卫于 2015 年 12 月 4 日设立贝荣公司。2016 年 1 月 25 日, 贝荣公司在《并购服务协议》上签字、盖章, 取代东部公司成为该协议主体。2016 年 3 月 9 日, 贝荣公司与案涉地块所有人北京东方雨虹防水技术股份有限公司签订合作协议书, 成功并购案涉地块。但贝荣公司并未向东恒律所支付居间及法律服务费用。而东部公司、罗国财、瞿铭壮、刘卫作为贝荣公司的股东, 均未履行出资义务, 依法应对贝荣公司的债务承担补充赔偿责任。东恒律所发函催要未果, 故诉至法院。

【裁判要点】一审案号: (2016) 苏 0106 民初 4843 号, 关于东部公司、罗国财、瞿铭壮、刘卫应否在其未出资本息范围内对上述债务承担补充赔偿责任的问题, 南京市鼓楼区人民法院认为: 东部公司、罗国财未善尽股东出资义务, 应按照上述法律的规定在其未出资本

息范围内对贝荣公司的债务承担补充赔偿责任。瞿铭壮、刘卫抗辩两人已实际出资且已将贝荣公司的股权转让给罗国财，但并无证据证明其确已履行了出资义务，仍应认定二人存在违反股东出资义务的情形。一审法院判决：东部公司、罗国财、瞿铭壮、刘卫在其未出资本息范围内承担补充赔偿责任。二审案号：（2016）苏 01 民终 7556 号，南京中院认为，综合本案具体案情，应判令贝荣公司各股东的出资责任加速到期。理由如下：（1）如果仍完全固守认缴制下股东一直到认缴期限届满时才可履行出资义务，则不仅逼迫债权人提起破产清算程序，使得本可以破解经营困境、能够渡过难关的公司彻底陷入生存危机，损害股东的长期收益，消耗有限的司法资源。相比之下，法院在审理中根据具体案件直接判令股东承担补充清偿责任，更能保护债权人的合法权益，维护市场正常经济秩序；（2）认缴期限是股东对社会公众包括债权人所作出的出资承诺，此承诺对股东是一种约束，对相对人如债权人则是一种预期。本案中，各股东均未缴纳首期认缴的到期出资，已经违背了认缴的出资承诺，债权人对各股东认缴期限的预期已失去了存续基础；（3）资本认缴制下法律赋予股东认缴期限的权利，旨在激活公司的市场活力和竞争力，发挥市场在资源配置里的基础性作用，资本认缴制不应成为个别股东转移公司财产、规避债务、损害债权人债权的法宝。因此，南京中院认为东恒律所要求各股东在认缴出资范围内承担补充清偿责任，具有充分的合理性和正当性，应予以支持。据此，一审判决作出之日 2016 年 7 月 25 日视为各股东认缴期限提前届满之日。

对于支持非破产清算情况下的股东出资责任能够加速到期的情形，江苏地区的法院在作出这类判决时更为谨慎，裁判说理更为充分，仅在有限的情形下，股东出资责任加速到期才有适用空间，主要包括：（1）股东恶意延长出资期限；（2）公司陷入严重经营困难。

三、小结

通过对江苏地区类案的裁判文书进行检索分析，可以发现，大多数法院在认定非破产情形下，股东出资责任能否加速到期的问题上普遍持否定态度。因此在法无明文规定的情形下，法院往往以股东出资责任加速到期的主张缺乏法律依据，驳回当事人的诉讼请求。

对于少数支持股东出资责任加速到期的判决，通过以上分析和解读，大致可以看出存在以下情形，股东出资责任加速到期的主张有可能获得法院支持：

（1）股东恶意延长出资期限，逃避债务。

当股东恣意延长认缴出资期限，企图逃避债务，损害债权人利益时，可以认定公司违反诚实信用原则，股东出资责任可加速到期。

（2）公司陷入严重经营困难，具备破产条件。

当公司不能清偿到期债务，经营已经面临严重困难，任由其发展难以为继甚至面临破产时，应允许债权人请求股东在未出资本息范围内承担补足责任，而不必等到公司解散、破产或出资期限届满之时，更有利于维持市场经济的稳定。

上述情形是通过分析江苏地区法院近两年来的类案裁判结果，得出的关于非破产情形下，股东出资责任能否加速到期的问题的裁判规则，但鉴于该问题无论是在理论界还是实务界均未有明确的指导意见，最高院也并未作出相关表态，笔者的分析仅是基于江苏地区裁判案例的一个总结，个案中仍是由各地法院在现行法的框架下作出自由裁量，实现当事人利益的平衡。

（本文首发于 2018 年 5 月 28 日）

以飞机融资租赁项目为例，浅析履约保证保险在企业融资中的重要角色

王妍、李凤翔（公司金融部）

一、某飞机融资项目的情况概述

（一）融资项目的基本模式分析

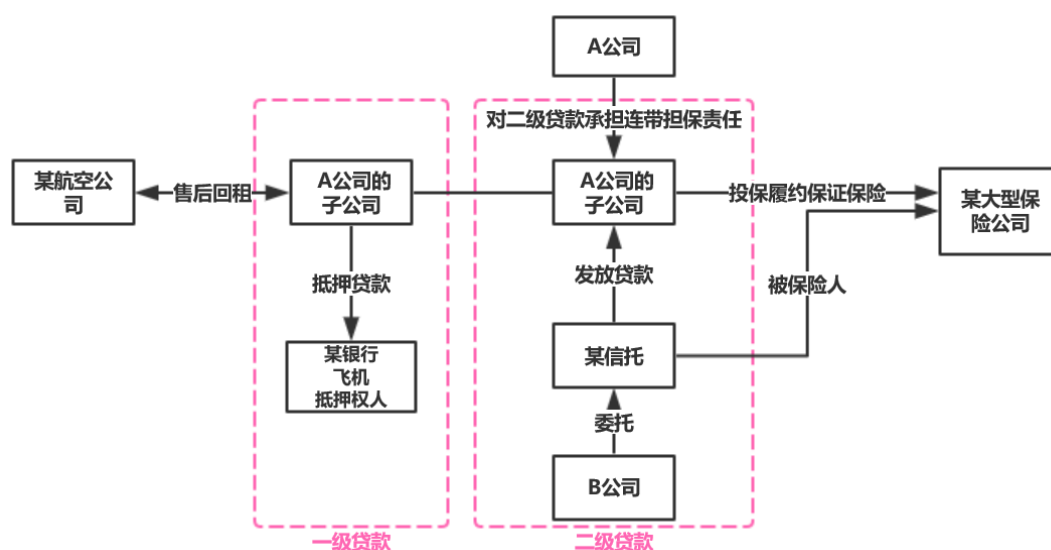


图 1：融资项目模式图

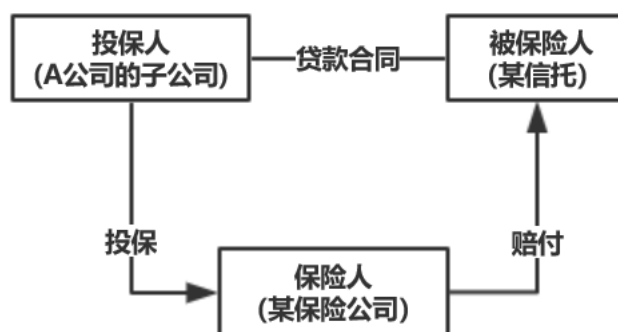
本项目中，A 公司及其下属的子公司将与某航空公司就多架飞机展开飞机售后回租业务，该业务存在两级贷款（详见图 1）：

一级贷款模式：借款人 A 公司的子公司作为飞机的所有权人，向银行进行贷款，借款人以飞机的抵押权及借款人公司的股权作为担保。

二级贷款模式：借款人的主体未发生变化，贷款方式以委托信托贷款或者其他委托贷款的方式进行，但担保措施与一级贷款不同。因在一级贷款中，借款人在为飞机设立抵押权时，主级银行往往会要求借款人设立的抵押权有且仅有一个，且实务中民用航空局一般不会为一架飞机设立多个抵押权，故 A 公司的子公司作为借款人在二级贷款中，因无法以飞机作为抵押物而导致其增信措施大大降低，在二级贷款人审批时遇到了障碍，陷入了融资的困境。

最终，借款人就本项目投保了履约保证保险，由大型保险公司进行承保，由贷款人作为被保险人，最终顺利完成了整个售后回租项目的融资。

（二）本模式下二级贷款项下保险的选择与应用



图二：投保保险之结构图

根据保险法的相关规定，投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人；保险人是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿责任或者给付保险金责任的保险公司；而被保险人是指其财产利益受保险合同保障，享有保险金请求权的人。

在本模式项下，为了加强自身的增信评级以通过二级贷款的审批，A 公司子公司作为投保人向某保险公司投保了履约保证保险，其中某信托作为被保险人，如投保人不按照合同约定或法律的规定履行还款义务，则由该保险公司向被保险人进行赔付。

在该模式下，保险公司如何评估承保风险成为了关键的环节。借款人是否可以凭借保单取得贷款，贷款人是否可以依据保单放款，成为各方关注的焦点。

（三）保险人评估该项目的依据

1.租金以及收益的评估

由于本项目中同时存在一级贷款与二级贷款，而两次贷款均为为 A 公司及其子公司进行飞机融资租赁业务所用。对于向二级贷款承保履约保证保险的保险人而言，一级贷款和二级贷款的还款来源自然是保险人判断该份二级贷款合同发生违约的风险大小的关键。

在本项目中，两级贷款的主要还款来源为飞机的租金及收益。倘若两级贷款的本金及利息可被售后回租的本金及利息覆盖，或者一级贷款合同本息由 A 公司及其子公司进行售后回租的租金应收账款担保，贷款合同起讫时间与租约时间可基本一致，而二级贷款的利息部分由 A 公司及其子公司与航空公司间售后回租租期内的租金增值税抵扣返还金额覆盖，本金部分则由飞机处置后余额担保。对于保险人而言，承保该履约保证保险的风险也就基本可控。

2.飞机是否设置抵押权的影响

在本项目的一级贷款中，一级贷款的贷款人处于极强势地位，要求 A 公司在飞机上为一级贷款的贷款人设置抵押权，并明确约定一级贷款存续期间，飞机上有且仅可存续一个抵押权。这种设置对于被保险人而言有双重影响：首先，由于一级贷款约定飞机上仅得设置一层抵押权，故一级贷款协议生效期间，保险人无法在飞机上设置第二层抵押权作为《保险协议》或《二级贷款合同》的担保；然而，二级贷款人或者保险人无法设置第二层抵押权，也代表其他人亦无法设立第二层抵押权并实现抵押权的登记，在一定程度上，若借款人严格履

行合同约定，可以免除飞机上除主贷款人外还设有多重抵押的风险。

此外，对于保险人而言，虽一级贷款存续期间无法在飞机上设置抵押权，但由于一级贷款合同与二级贷款合同的起讫时间并不完全一致，保险人也可考虑约定在一级贷款合同到期后，要求投保人在飞机抵押权解除后为保险人设置抵押权，以保障保险人的利益。

3.项目的其他风险评估

首先，由于 A 公司的子公司被一级银行要求将其股权质押给一级贷款银行，当一级贷款发生违约情形时，一级贷款银行作为质押权人，享有对股权折价、变卖后的款项优先受偿的权利。股权的价值、是否质押等因素也是评估本项目风险的一大因素。

其次，本项目中，A 公司及其子公司进行融资的主要目的是为进行飞机融资租赁，当承租飞机的航空公司欠付机场服务费用或者航空公司在对飞机进行维修、保养时欠付维修、保养费用时，债权人（机场或飞机的维修方）基于服务关系对飞机进行占有，与债权的发生有关联关系，符合《担保法》、《物权法》中关于留置权的相关规定，机场或飞机的维修方可基于法定的留置权将飞机留置。

根据担保法的相关规定，债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人依旧可以行使留置权。即法律并未要求债务人拥有留置的动产的所有权。故本项目中，承租人不具有飞机的所有权并不影响留置权的成立。

根据我国《物权法》第 239 条规定：“同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。”因此，即使保险人顺利取得了抵押权，一旦飞机被留置，保险人基于抵押权而对飞机处置款优先受偿的顺位也应在留置权人之后。

上述风险虽不是本项目的主要风险，但保险公司在决定是否承保时，也应一并予以考虑，对各种可能之情况进行综合判断，最终进行科学决策。

二、履约保证保险的法律分析

所谓履约保证保险，是指保险公司向履约保证险的被保险人（通常为债权人）承诺，如特定债务未按照合同约定或法律规定得以履行，则由保险公司承担赔偿责任的一种保险形式。对于本项目而言，借款人作为投保人为融资事宜投保履约保证保险后，如果借款人未按时按约偿还贷款及利息，则贷款银行可直接持保单、欠款证明材料及索赔通知书向承保的保险公司进行索赔，由此使得贷款人的权益得到充分保障，为融资企业提供新的增信手段。

保险公司的履约保证保险与保证担保有一定的相似性，均为企业提供了额外的增信手段，但却有本质的区别。首先，保证担保由《担保法》进行调整，而履约保证保险则为保险之一，受到《保险法》规范。其次，保证担保合同为单务合同，合同只涉及债权人和保证人，并具有显著的从属性。履约保证保险合同则为双务合同，其内容同时涉及投保人、保险人及被保险人，具有典型的保险合同的形式。

从商业角度出发，对于企业的大型融资，担保公司或企业自身可能并不具备相关的实力提供担保，但保险公司较之则具有承担相应保险责任的实力，且债权人对保险公司的认可度更高。虽然与保证担保、差额支付、回购承诺等增信措施相比，保证保险不是特别普遍的外部增信手段，但在借款人与贷款人在增信措施的评定陷入僵局时，若投保人可就项目获得保险公司的承保，无疑大大增加了借款人的增信等级的评定。当企业对外进行大型融资时，投保履约保证保险不失为一种良好的商业增信手段。

三、保险助力企业融资过程各方主体中涉及的法律事项分析

（一）保险公司承保履约保证保险的风险提示

1. 规避担保责任意思表示的措辞

目前，学术界对于履约保证保险的性质认定仍存在争议。尽管 2009 年的《保险法》已将保证保险明确纳入财产保险范畴，且近些年的司法判例中，多数法院明确认可履约保证保险是财产保险的一个险种，不同于担保法律关系。但仍有观点认为履约保证保险虽在形式上采用了保险的名称和保险单的形式，但在性质上应是保险公司进行的担保义务，应为担保合同而非保险合同。亦有学者对履约保证保险的性质持“二元论”观点，认为履约保证保险具有担保和保险的双重属性。

鉴于保证保险的性质仍存在一定争议，为了减少不必要的争议与纠纷，建议保险公司在实务操作中仍应在合同及相关文本中避免出现有关承担担保责任意思表示的相关措辞，以规避相关风险。

2. 承保项目评估方式

保险公司在承保某个项目时，建议保险公司在以下方面对项目进行综合性评估：

• 项目还款的主要来源

保险人在承保履约保证保险项目时，首先应当关注项目本身的还款来源以及是否具有稳定的收益等，若项目有持续的应收账款作为还款来源，则资金流还款时的压力自然较小。若项目本身并没有固定的还款来源或者收益方式，则整个项目的风险系数较高。

• 项目是否存在担保措施

项目是否具有担保措施，亦是评估项目风险的关键因素。项目是否存在担保措施的评估可从两方面进行，一方面由于履约保证保险是对合同的按约履行进行的保险，故应考察基础合同中负有债务的一方（如借款人）是否对合同相对方（如贷款人）约定了担保措施。此外，履约保证保险中，投保人是否可向保险人提供一定的担保手段（如提供抵押物、股份质押、应收账款质押、法定代表人承担连带担保责任等），也是保险人判断是否承保项目时的重要标准。

• 对投保人、保险人的资信调查

保险人应对投保人、被保险人等相关方进行充分的资信调查，包括但不限于投保人、被保险人的企业规模、资产负债、信用状况、股权架构、对外投资状况等多个方面。上述评估主要是为了规避被保险人与投保人恶意串通，骗取保费的风险并降低保险公司承担保险赔偿责任的风险，同时对保险人行使代位求偿权有很大帮助。

3. 利用告知义务来保护自身利益

“如实告知义务”是指在订立保险合同之时，被保险人或者投保人必须要将保险标的中的重要事项如实告知保险人，并确保保险人能够全面、准确地掌握这些重要事项。

根据《中华人民共和国保险法》若干问题的解释(二)的规定，保险合同订立时，投保人明知的与保险标的或者被保险人有关的情况，属于保险法第十六条第一款规定的投保人“应当如实告知”的内容。”故投保人应当遵循如实告知义务的相关原则。

故对于保险公司而言，如实告知义务的范围仅限于投保人明知的相关情况，如保险公司未进行主动询问，可谓是对自身权利极大的浪费。在大型的融资项目中，投保人因融资需要，往往已经由中介机构出具了独立的财务、法律等报告。因此，在搜集项目信息时，保险公

司可依据投保人的告知义务，要求投保人就本项目提供中介机构已经出具的财务信息的分析、尽职调查报告等，以节约保险公司的时间成本和经济成本，并就项目进行更为详细的评估。发生投保人违反如实告知义务的情形时，保险人也可尝试据此解除保险合同。

4.利用尽职调查甄别好业务

目前，市场上不乏优质的业务具有投保履约保证保险的需求，保险公司可通过尽职调查的方式来甄别业务，在加强风控审核的前提下也可以把控自身的风险。保险公司可利用告知义务要求投保人提供尽职调查的相关材料，也可考虑委托专业第三方机构对项目进行尽职调查，将尽职调查作为保险人判断项目是否承保的前提与基础，更加客观、全面地分析项目本身的风险与价值。

5.保险协议保险责任条款的约定

当合同投保了履约保证保险，保险公司应当注意项目的风险点以及设立投保人重大违约时保险责任的免除条款，约定在一定的情形下免除保险公司的保险责任以增加投保人的违约成本。同时，若项目中涉及抵押等担保方式时，建议保险公司在保险协议中约定由抵押权人在实现抵押权后保险公司再进行索赔，如无相关约定，保险公司原则上应在承担保险责任、取得代位求偿权后再实现抵押权、向债务人（投保人）追偿。

（二）融资方选择履约保证保险时的风险把控

对融资方而言，履约保证保险可为企业融资提供第三方增信措施，且该增信以承保的保险公司为后盾，大大加强了企业增信等级的评定。

在融资企业投保履约保证保险时，保险公司往往要求企业对贷款方提供相应的担保措施，诸如抵押、质押等，以便保险公司行使代位求偿权时保护保险公司的利益。故企业在选择以履约保证保险作为增信手段时，亦应注意与保险公司签订的保险协议中的相关条款，避免因企业的违约行为而导致保险人保险责任的免除，以期真正实现履约保证保险的价值。

贷款人选择履约保证保险的风险防范

对贷款人而言，履约保证保险是一种防范和化解信用风险的有效手段，保险公司在承保履约保证保险时，出于风险防范之需要，会对借款人的资信状况、偿债能力、经营状况进行较全面的了解与风险评估，贷款方可减少对于借款人无法偿付时项目逾期的风险。当发生违约情形后，贷款方仅需按照保单提供材料即可获得赔付。

作为贷款人，同样需要关注保险协议中保险公司责任免除条款的设置，避免出现因投保人的违约行为造成保险公司责任的免除，而作为被保险人的贷款人无法向保险公司要求赔付的情况。

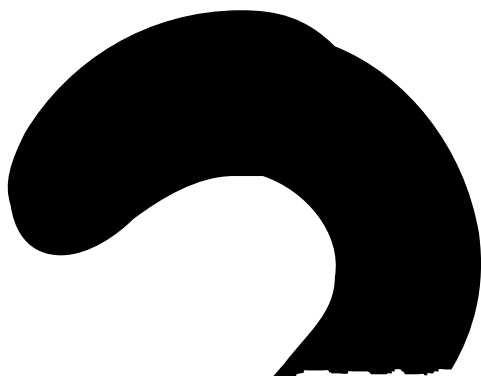
结语：

融资项目中，以保证保险作为增信手段助力企业融资，对于融资方、贷款方以及保险公司均具有积极意义。融资项目中，往往会涉及到保险协议、基础协议等法律文本的起草、修订以及就项目出具尽职调查报告、法律意见书等，建议融资方、贷款方以及保险机构审慎评估业务模式并聘请专业的律师团队出具法律意见以及建议。

本所曾受某保险公司的委托，参与了 A 飞机租赁有限公司（以下简称“A 飞租”）与 C 航空股份有限公司（以下简称“C 航”）及下属 4 家子公司 28 架在役飞机的售后回租项目（中

国民航迄今规模最大的一单在役飞机售后回租项目)，由本所律师对保险公司承保履约保证保险所涉及的相关协议进行了审核，并对委托人就该项目模式中涉及到的被保险人是否具有保险利益、飞机被留置或设立其他抵押权时的风险、保险公司向投保人追偿时是否存在法律障碍等各类法律问题进行了法律分析，为委托人对本项目进行最终决策提供了专业的法律意见。

（本文首发于 2018 年 9 月 18 日）



海商事



公估报告的证据性质及效力分析

柳晓林（综合部）

我国财产保险合同及保险人代位求偿纠纷相关诉讼中，公估报告常常被用作事故原因及损失数额¹的证据提交法庭。但在我国目前的证据划分体系下，该类公估报告究属何种证据性质并无定论，因此，应适用的证据规则也相对模糊。我国法中，在内容明确指向公估报告的法律条文仅有《保险法》第 129 条的前提下，本文拟从具有代表性的案例入手，通过对法院观点的分析及相近概念比较，以期与各位读者共同探讨公估报告的证据性质及其效力认定的判断维度。

一、公估报告证据效力的认定现状

1. 认定公估报告效力

序号	案件名称	审理法院及案号	相关判决主文
1	中国太平洋财产保险股份有限公司与中远航运股份有限公司、第三人海南一汽海马汽车销售公司水路货物运输合同货损赔偿纠纷	最高人民法院 (2011)民提字第 12 号	火灾事故调查和处理机构应当为公安消防机构，调查人员应当具备相应的岗位资格。中远公司和太保海南公司委托的机构并非公安消防机构，检验师和鉴定人均不具备火灾事故鉴定的岗位资质。对公估报告中作出的火灾原因认定均不予采信并无不当。
2	太平财产保险有限公司福建分公司与南京强泉运输贸易有限公司船舶保险合同纠纷案	最高人民法院 (2012)民申字第 712 号	由于该《公估报告》、《司法鉴定意见书》系太平福建公司单方委托，不足以推翻海事局作出的《事故调查结论书》，且“顺强 1”轮持有海事部门签发的准予开航的签证，因此二审判决认定“顺强 1”轮开航时没有超载，并无明显不当。
3	申诉人沈阳玉龙木制品有限公司与被申诉人中国人民财	辽宁省高院 (2016)辽民再 224 号	保险公估报告是在保险事故发生后，由保险人或（和）被保险人委托有资质的公估机构对保险事故进行评估和鉴定后出具的书面文件，属于鉴定

¹ 依据《保险公估机构监管规定》第 27 条，保险公估机构可从事保险标的承保前后的检验、估价、风险评估；保险标的出险后的查勘、检验、估损理算、残值处理；风险管理咨询等多项业务。若无特别说明，本文所指“公估报告”皆指出险后用于说明事故原因、损失数额等与理赔相关的报告，不包括承保前后用以评价、控制风险的评估报告。

	产保险股份有限公司本溪市分公司财产保险合同纠纷案		结论。其证明力应当由人民法院予以确认。委托书中，玉龙公司表明：“公估结果由我公司认同方可生效”。可认为，该报告是附条件的，现玉龙公司不予认可，故该《公估报告》对玉龙公司不发生法律效力。且该报告部分内容明显与事实不符，效力不予采纳。
4	赵永良与中国大地财产保险股份有限公司寿县支公司海上、通海水域保险合同纠纷案	湖北省高院 (2015)鄂民四终字第 00003 号	本案现有各方公估报告在开头部分关于涉案保险事故发生经过的描述，均是引用当事人陈述，而并非公估师的意见和评估鉴定结果。这样的引述是当事人陈述的另一种表现形式，不能认为其是书证或鉴定结论。
5	中国太平洋财产保险股份有限公司深圳分公司与福建省第一公路工程有限公司等财产保险合同纠纷案	甘肃省高院 (2014)甘民二终字第 34 号	该公估并非保险人和被保险人双方共同委托。虽福建一公司、长达公司对公估公司查勘、检验等过程给予了协助和配合，但此种配合行为属于福建一公司、长达公司履行涉案保险合同“被保险人义务”的范畴，并不能当然视为对委托民太安公估公司评估、鉴定和理算达成一致意见。本案中保险公估报告并非双方当事人共同委托形成，其仅具有书证的证明效力，对涉案双方没有法律约束力。
6	中国人民财产保险股份有限公司广东省分公司与威海市鼎鑫海运有限公司运输合同纠纷案	上海市高院 (2009)沪高民四（海）终字第 164 号	公估报告中两附件的损失金额仅仅是被保险人 ABB 公司申报的，故公估报告中油位计损失、散热器损失不能支持。公估公司在一审、二审期间均未提供相关报销凭证、工资单和完税证明，对差旅费中部分项目及发放补贴等事项均未作出合理的解释，本院对天津维修人工费不能全额支持。瑞驰公司、银河船务和鼎鑫海运关于公估报告现场处理费用依据不足的上诉理由部分成立，本院予以支持。
7	浙江 XX 椅业股份有限公司诉	湖州市中级法院 (2009)浙湖商终	经审查，XXX 会计师事务所有限公司具有司法鉴定资质，其鉴定程序合

	XX 财产保险股份有限公司财产保险合同纠纷案	字第 191 号	法，故本院对其出具地审计报告予以采信；公估机构系 XXX 保险公司单方委托，且 XX 椅业公司对公估报告地部分内容不予认可，故该公估报告所确定地理算金额不能作为理赔依据。
序号	案件名称	审理法院及案号	相关判决主文
1	中国人寿财产保险股份有限公司福州市支公司与福清恒耀房地产开发有限公司人寿保险合同纠纷案	最高院（2014）民申字第 1007 号	我国法律并未规定保险公司在理赔过程中必须取得被保险人同意才能委托相应的公估机构，亦无规定公估报告必须经过被保险人同意才能生效。因此，人寿财保公司在向被保险人发出选择评估机构的通知未得到否定回复下，为及时定损理赔而委托公估机构进行现场勘察的行为并无不妥。
2	施宣述、厦门兴通海商贸有限公司财产损害赔偿纠纷案	最高人民法院（2017）最高法民申 4403 号	正达兴公司具有对案涉火灾事故进行勘验、评估、鉴定及估损理算的资质，虽然本案中存在对非属保险标的的机器设备等一并进行评估的情形，但正达兴公司出具的《公估报告》并不因此而丧失证明力。且正达兴公司作为中立的第三方机构，是在保险双方当事人共同参与下，对案涉现场和物品进行多次查勘和逐项清点，并结合兴通海公司的《即时库存表》以及兴通海公司提交的货物增值税发票等证据出具的《公估报告》。故在没有相反证据予以推翻的情况下，将之作为认定本案事实的证据并无不当。
3	厦门金质兴塑胶有限公司与厦门市天地开发建设有限公司财产损害赔偿纠纷案	福建省高院（2016）闽民终 850 号	《公估报告》对有合同的设备、模具等按照合同注明金额确定核损单价，对无合同的设备、模具等通过成本分析或市场行情确定核损单价。因此该报告依据充分，可作为定损依据。天地公司主张公估公司不具备对受损设备进行评估的资质，报告不能作为定案依据，但未提供足以推翻该报告

			的证据，本院不予采信。
4	潮州正龙电池工业有限公司与中国平安财产保险股份有限公司潮州中心支公司财产保险合同纠纷案	广东省高院 (2012)粤高法审监民再字第57号	《公估报告》注明的四名注册保险公估师均具备保险公估师的相应资质，其公司负责人稂文仲曾多次亲自前往事故现场查勘，《公估报告》完成后，稂文仲亦曾多次参与正龙公司对《公估报告》的异议答复活动，一审庭审后，信诚公估公司还提供了一份由稂文仲签名的说明，对其未在《公估报告》上签名的原因作了合理解释。尽管信诚公估公司负责人稂文仲未在《公估报告》上签名，《公估报告》存在程序上的瑕疵，但并不足以影响《公估报告》的效力。

从上述案例可知，仅部分法院对公估报告的证据性质做出了明确判断，认为：1）保险公估报告是在保险事故发生后，由保险人或（和）被保险人委托有资质的公估机构对保险事故进行评估和鉴定后出具的书面文件，属于鉴定结论²；2）公估报告部分内容关于涉案保险事故发生经过的描述，均是引用当事人陈述，这样的引述是当事人陈述的另一种表现形式；3）保险公估报告并非双方当事人共同委托形成，其仅具有书证的证明效力。

部分法院虽未明确公估报告性质，但认为判断其效力的主要原则是相对人是否提出足以推翻公估报告结论的证据，似乎又是参照《关于民事诉讼证据的若干规定》第28条“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许”，至少可认为，法院对公估报告的证据认定规则与“鉴定意见”未作明显区别。

不难看出，法院对公估报告证据属性的判断不同，并因此在采纳标准上存在差异。即对公估报告性质的探讨不仅涉及证据类型的形式划分，关键在于归类后证据规则的适用。

二、性质辨析

（一）书证

我国现行法律法规对各类证据并无明确定义，一般认为“书证”是以其记载和反映具有某种思想或者行为的内容对案件事实进行证明，可反映制作人的思想或主观动因。我们认为，公估报告中结论的形成系以涉案书证为基础，其本身并非书证。且公估报告的核心作用是鉴定、核损，故公估人是否具有相应资质、鉴定程序是否合法、检验材料是否真实等应为质证重点。该质证角度实际与“鉴定意见”相似，在我国证据分类体系将“书证”与“鉴定意见”区分的前提下，我们认为不宜再将公估报告归于“书证”一类。

（二）证人证言

² 因2012年民法诉法将“鉴定结论”改为“鉴定意见”，因该改动对本文讨论主题无实质影响，本文不作区分。

一般认为“证人证言”是证人就所了解的案件事实向法庭所作的陈述，多为其亲身经历的案件事实，且证人通常需出庭接受法庭及对方当事人质询，但要求公估人为所有涉诉报告出庭并不现实，实践中法院也未必这样要求。若仅因公估人未出庭，从而否认有专业资质、鉴定过程合法的公估报告的效力，与实践脱节的同时亦不利于案件事实的查明。

（三）鉴定意见

指“鉴定人运用自己的专门知识，对民事案件某些专门性或疑难问题进行分析研究后所给出的结论性意见”。《民事诉讼法》第76条规定，“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的当事人；协商不成的，由人民法院指定”我们认为，仅从定义看，公估报告虽同为具备法定资质的机构出具的专门性意见，但在形成时间及委托人上并非完全符合。鉴定意见为诉讼过程中由当事人共同委托或法院指定，而公估报告则多形成于诉前，且仅由保险人单方委托的情况亦不在少数。

但另需考虑的是，形成时间及委托方是否足以成为将公估报告排除于鉴定意见的依据，特别在实践中法院并非因鉴定意见系诉前、当事人一方委托而一概否认其效力。《关于民事诉讼证据的若干规定》第28条规定，“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许”，《浙江省高院关于进一步规范民事诉讼鉴定相关工作若干问题的纪要》第10条亦规定，“人民法院应加大对当事人诉前单方委托鉴定意见的审查力度，对方当事人提交证据或者提供依据表明鉴定意见可能存在依据不足、程序违法或者意见不成立等问题，且鉴定意见提交方不能作出合理解释的，可认定足以反驳单方鉴定意见。”即，鉴定意见的质证重点仍在其实质真实性。

《保险法》第129条规定，“保险活动当事人可以委托保险公估机构等依法设立的独立评估机构或者具有相关专业知识的人员，对保险事故进行评估和鉴定。接受委托对保险事故进行评估和鉴定的机构和人员，应当依法、独立、客观、公正地进行评估和鉴定，任何单位和个人不得干涉。”《中国保险监督管理委员会关于保险合同纠纷案件有关问题的复函》表明，“保险公估公司接受当事人一方委托所作的相关鉴定结论，当事人如有异议，属于事实认定范畴，应由法院作出调查认定”。上述两规范性文件实际也明确了保险公估机构具有对保险事故进行“评估、鉴定”的资格。

但鉴定意见通常仅针对某一具体问题，常见有医学鉴定意见、文书鉴定意见、事故鉴定意见、产品质量鉴定意见、行为能力鉴定意见等，而公估报告通常会“还原”事故发生经过，同时包含一般经验性结果和专业性结论³。

综上，我们认为公估报告无法单独归属于现有八大法定证据形式中的任何一类，在其对事故原因认定、损失判断的过程中，对部分可通过一般性经验解决的问题需要借助书证、物证、甚至当事人或相关人员陈述确定，对部分专业性问题亦需运用其知识、技术得出最终结论，故公估报告实际可能是书证、物证、当事人陈述、证人证言、鉴定意见等的结合体。

虽然我国民事诉讼法对证据种类并未设置兜底条款，但我们认为此种“综合性”认定实质上是各“有名证据”的有序结合。如前所述，对证据进行类型化的本意并非将其作形式归类，关键在于异类证据上证据规则的区别。即，在判断公估报告效力时可分别适用“有名证据”的适用

³ 需明确的是，依据《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第1、2条规定，“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动”，“国家对从事司法鉴定业务的鉴定人和鉴定机构实行登记管理制度”，并非所有公估报告都属于司法鉴定意见，具体认定需结合登记情况判断。

规则，其中任何一类证据的瑕疵都可能影响公估报告的最终效力。

三、结论

从检索案例看，法院否认公估报告证据效力的原因主要包括：1）受托公估人在专门事项上无鉴定资格；2）存在与公估报告结论相悖的行政机关文书、司法鉴定意见等；3）公估报告部分内容无其他书证、物证等证据证明，或对部分事实的认定仅依据当事人陈述；4）公估报告附需当事人双方同意的生效条件，且与部分事实明显不符等。

在无上述问题时，多数法院并未因公估报告系公估人受保险公司单方委托而绝对否定其效力，在对方未提供足以推翻公估报告的证据时，更倾向于承认其效力，并认为保险人委托公估公司鉴定不必然需取得被保险人同意。甚至在公估报告存在轻微程序瑕疵时，亦是如此。

四、题外话

我国的保险公估人制度似乎并非海外成熟市场的舶来品。公估机构的英文翻译通常写作 Surveyors & Adjusters，但这两个词对应的似乎并非同一个职业。Surveyor（检验人）进行现场勘验，做事实判断；Adjuster（理算人）根据已查明的事实结合保单判断保险责任，理算赔款。国内公估人常常还要承担 Expert witness（专家证人）的功能，但 Surveyor 拿着设备说明书去勘查设备损失并不为过。

此外，我国公估人的业务来源大多是保险人直接委托，这与经纪业务占比较高的市场也有不同。在经纪人对选择“公估人”有更多话语权的情况下，公估人会更加中立的考量被保险人利益，其独立性和公信力更有保障，同时，其专业服务优势更容易转化为市场议价能力。我国公估人在现实中遭遇的困境，以至于司法实践中对公估报告效力的质疑，应该放在整个行业环境下判断，或随着保险市场的发展不断改善。

（本文首发于 2018 年 10 月 8 日）

融资租赁船舶扣押与拍卖相关问题浅析

孙熠（海商部）

2015 年出台的《最高人民法院关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定》（以下简称《扣押与拍卖船舶规定》）明确了光租船舶“能扣就能卖”的立法观点，然而如何理解可以适用《扣押与拍卖船舶规定》第三条的具体情况以及如何看待融资租赁船舶的法律地位等问题仍在实践中存在很大争议。本文即尝试通过引用相关真实案例，以梳理论证以上问题。

一、基本案情（【2015】甬海法商初字第 570 号）

原告中海工业起诉称：2014 年 10 月 4 日，恒泰公司与原告签订“泰和达”轮船舶修理合同。修理工程完工后，产生修理费 395,000 元。船舶开航前，原告收到修理费 200,000 元，根据结算协议，余款 195,000 元应于 2014 年 11 月 7 日前付清。两被告(恒泰公司与华融租赁)直至起诉时未付余款，原告在法院拍卖“泰和达”轮的公告期间登记了债权，后依法提起诉讼，请求判令两被告支付“泰和达”轮修理费 195,000 元及利息并请求确认上述债务在“泰和达”轮拍卖款中依法受偿。

“泰和达”轮由华融租赁融资租赁给恒泰公司，该轮登记所有权人为华融租赁，登记光船租赁人为恒泰公司，登记时间 2012 年 3 月 1 日，起租日期 2010 年 7 月 30 日，终止日期 2016 年 4 月 15 日。因华融租赁的申请，该轮于 2014 年 12 月 13 日被法院扣押，2015 年 5 月 13 日依法拍卖，2015 年 6 月 16 日注销光租登记。

二、法院观点

华融租赁未参与船舶经营，并非修理合同的相对人，故原告要求华融租赁支付修理费的主张于法无据，本院不予支持。船舶融资租赁本质上是出租人为承租人提供的融资服务，融资船舶虽由出租人登记为所有权人，承租人登记为光租人，但与海商法规定的光船租赁合同的法律性质不同，不适用《最高人民法院关于扣押与拍卖船舶适用法律若干问题的规定》第三条的规定，故原告要求上述修理费用在“泰和达”轮拍卖款中参与分配的主张于法无据，本院不予支持。

问题一：上述案例中，原告是否满足适用《扣押与拍卖船舶规定》第三条的前提条件？

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十三条规定，只有“船舶的光船承租人对海事请求负有责任，并且在实施扣押时是该船的光船承租人或者所有人”时，海事请求权人才可以申请扣押当事船舶，进而才存在适用《扣押与拍卖船舶规定》第三条的空间，未经过扣押程序的前提下，海事请求权人没有依据主张分配船舶拍卖款。

具体到上述案例中，从判决书全文来看，原告没有申请过扣押当事船舶，且在其提起诉讼时，“泰和达”轮已经注销光船租赁登记，作为维修合同相对方的恒泰公司已经不再是该轮的光租人，即原告不能再通过主张“泰和达”轮为恒泰公司的光租船舶来要求分配船舶拍卖款，因此只要法院认定船舶所有人华融租赁不是维修合同相对方，就可以根据以上理由驳回原告诉请，而无需去论述船舶融资租赁中的光船租赁登记性质问题。

事实上，在类似纠纷发生时，相关海事请求权人应当充分利用《扣押与拍卖船舶规定》第二条关于重复扣船的规定，在光船登记注销前实施扣船措施，这样才有可能保留就涉事船舶拍卖款主张权利的可能（笔者认为，根据现有的条文规定，光船船舶一旦被扣押，非经法定事由不得解除，光租赁合同终止不能成为释放船舶的理由）。

问题二：船舶融资租赁中的“光船承租人”是否与海诉法及相关司法解释中的概念一致？

首先要承认的是，船舶融资租赁与光船租赁尽管在模式结构上非常相似，但从主体、行为目的、所有权地位等方面来看，二者并不相同，融资租赁合同多涉及金融监管，其限制和监管要远比以合同自由为核心的光租赁合同严格。

根据海商法的定义，光船租赁合同是指“船舶出租人向承租人提供不配备船员的船舶，在约定的期间内由承租人占有、使用和营运，并向出租人支付租金的合同”，而根据合同法的定义，融资租赁合同是指“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同”。二者对比来看，融资租赁合同存在三方当事人（售后回租模式下也只是出卖人与承租人重合），结构相对光租赁合同要多一个维度，笔者认为，我们可以将光租合同理解为船舶融资租赁合同关系中出租人与承租人二者之间为满足融资租赁合同目的设立的一个子法律关系，尽管该光租合同关系在所有权限制、选定船舶等方面会有一些针对性的约定，但并不与光租合同的定义冲突。

根据上述观点，尽管《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》将船舶租用合同（含定期租船合同、光船租赁合同等）纠纷案件和船舶融资租赁合同纠纷案件分列 22 和 23 项，我们也不能理解为船舶融资租赁合同与光租赁合同完全相互独立，而是在审理船舶融资租赁合同纠纷审理时可以适用光租租赁有关的法律法规，并同时遵守融资租赁相关的法律法规。至于非涉及融资的传统光船租赁合同纠纷，则直接归类于上述第 22 项下审理。

在我国现行的法律法规中，海事部门管辖的光租登记依据是《中华人民共和国船舶登记条例》的第六条，而其中的光船租赁权归根溯源是来自于海商法的概念，而非来源于针对船舶融资租赁相关法律法规，因此只要当融资租赁船舶于海事部门进行了光租登记，都不应对此类登记与传统的光租登记作区分。事实上，船舶融资租赁中之所以也要求进行光租登记，也是为了保护出租人的权益，借助海商法有关光船租赁的权利义务设置体系，尽可能将船舶使用运营中存在的风险与所有权相分离（在现行法律体系下，即使部分地区存在融租租赁公示系统，其中的登记也无法取得与光租登记相同的效果），那么就没有理由在认定融资租赁船舶的光船登记性质时又脱离海商法和海诉法的框架。

综上，笔者认为将船舶融资租赁合同中的“光船承租人”与海商法体系下的概念区别对待的观点有待商榷。

（本文首发于 2018 年 12 月 6 日）

沿海运输中船舶保险相关实务问题探析

孙熠、刘昌禹（海商部）

在沿海船舶运输中，为了转嫁分散风险，船方多会投保沿海内河船舶保险、沿海内河船东保障和赔偿责任保险（以下简称“小保赔”）、远洋船舶保险等相关险种中一种或几种。当发生保险事故以致产生救助费、共同海损、施救费等相关损失时，如何认定各类损失的性质进而准确地判断是否在保险保障范围是处理具体理赔案件时非常棘手的问题，往往会引起纠纷，甚至诉诸公堂。本文先设置一个简单的模拟案例，尝试在此基础上去分析一些实务中常见的理赔问题。

模拟案例

A 轮受货主 B 委托将一船散装玉米自锦州运往广州，途中 A 轮与 C 轮于某水域发生碰撞事故，A 轮采取抢滩坐浅的措施以避免船舶及船上货物沉没。后 A 轮委托 D 公司对 A 轮进行救助，签订 LOF2000 救助合同，D 公司指派附近所属船舶对 A 轮进行脱浅救助作业并将 A 轮拖带至临近港口（救助作业不涉及防污染等问题），其间船上货物未遭受损失，船货获得初步安全。为完成航次，A 轮最终采取倒货后进坞临修的方式。

问题一

沿海运输中货方就承运人不可免责过失对船方共损分摊请求成功抗辩或者索赔分摊的共同海损，是否导致保险人要就全部共同海损向被保险人承担赔偿责任？

沿海运输中共同海损制度的适用问题焦点在于共同海损制度与过失之间的关系。不同于可以适用海商法第四章的远洋运输，沿海运输的承运人承担无过错责任，仅可援引不可抗力作为免责事项，因此，大部分沿海共同海损案件中，承运人无法将共同海损实际分摊出去，相当于承担了全部的共同海损，此时保险人是否要就全部共同海损承担保险赔偿责任呢？笔者认为，这种情况下保险人仍只承担被保险人应分摊的部分。根据海商法第一百九十七条的表述，由于一方不可免责的过失导致的共同海损事故中，非过失方的抗辩权或索赔权只是在共同海损理算分摊后产生的次生权利，尽管实践中往往会产生由船方实际承担全部共同海损的效果，但不能因此改变共同海损需要各利益方分摊的法律事实。事实上，船壳险中，保险人承担的共损分摊部分也是基于法律或理算规则下的分摊理算方式，而不应考虑费用次生抗辩权等导致的损失实际承担问题。

问题二

如果 A 轮只投保了沿海内河船舶保险，A 轮不宣布共损，在向救助入 D 全额支付救助报酬后是否有权利要求保险人全额承担？

《沿海内河船舶保险条款》（以《中国人民财产保险股份有限公司沿海内河船舶保险条款 2009 版》为例）第二条第二款载明，“保险船舶在发生保险事故时，被保险人为防止或减少损失而采取施救及救助措施所支付的必要的、合理的施救或救助费用、救助报酬，由本保险负责赔偿”。仅从该条款的字面表述来看，似乎可以理解为在被保险人不宣布共损，仅主张救助费用理赔时，保险人应该不考虑货方分摊进行全额理赔。但该条款第九条事实上对此问题进行了进一步的固定，即“保险船舶发生海损事故时，凡涉及船舶、货物和运费方共同安全的，对施救、救助费用、救助报酬的赔偿，保险人只负责获救船舶价值与获救的船、货、运费总价值的比例分摊部分”，据此，无论船方是否宣布共损，保险人对救助报酬的赔付也只包括被保险人应分摊的部分。不过考虑到该条款并未被设置在保险责任部分中，因此在实践中不排除法院以免除义务的格式条款为由否定第九条效力的可能。

事实上从理论角度分析，是否宣布共损同样不应影响保险人的赔偿范围。傅廷中教授在《雇佣救助合同的性质及其法律适用》一文中对“无效果，无报酬”的救助报酬性质有如下论述：“自共同海损制度产生以来，为解除船舶和货物的共同危险而产生的救助报酬，一直被视为共同海损费用，应由同一航程中的各个受益方按照受益财产的比例参加分摊。在《约克/安特卫普》规则的 2004 年版本中，为了简化共同海损理算程序，虽然将大部分救助报酬排除在共同海损之外，并由获救财产的所有人向救助入单独支付，但是，此种修改在实践中并未得到业界的普遍认可，故在 2016 年版本中的“规则 6”当中又回归了先前的规定，即：航程中各有关方支付的救助费用，不论此种救助是否根据合同进行，均可认作共同海损。由此可见，将救助报酬认作共同海损符合国际航运界的普遍要求。在司法实践中，将‘无效果，无报酬’的救助列入共同海损已不存在任何疑问”。

笔者认同傅廷中教授的上述观点，《沿海内河船舶保险条款》第二条第一款明确规定，“本保险负责赔偿依照国家有关法律或规定应当由保险船舶摊负的共同海损”，那么在救助报酬属于共同海损的前提下，无论被保险人是否宣布共损都无法改变救助报酬属于共同海损的基本属性，保险人不应就救助报酬进行全额理赔，而是只承担船舶应分摊的部分。

宁波海事法院曾在（2016）浙 72 民初 101 号中认定，“对于拖轮费用，尽管宣布共同海损属于船方的权利，但船方不能因共同海损而获利。本案中，祥和利公司把向货方的货损索赔责任转移给人保航保中心，不应得到支持”，其论述亦从一定程度上回答了这一问题。

问题三

如果 A 只投保了船壳险而未投保保赔险，那么不能在共损或救助下得到船壳险保险人赔付的部分（货方应分摊部分因其成功行使抗辩权或索赔权而实际由被保险人承担）是否可以在施救费用下进行理赔？

如前所述，《沿海内河船舶保险条款》第九条规定了施救费用与共同海损、救助费用一样，只能按获救船舶价值所占的比例得到理赔，因此，无论问题三中的费用最终是否被认定为共同海损或者是救助费用时，保险人均不应承担货方应分摊的部分。

至于《远洋船舶险条款》（以《中国人民财产保险股份有限公司船舶保险条款 2009 版》为例），其在施救费部分明确规定“本条不适用于共同海损、救助或救助费用”，因此当倒货费等被认定为共损或救助费用时，被保险人不能主张在施救费下受偿。

不过值得思考的是，如果 A 作为被保险人在《远洋船舶险条款》下不主张共损，主张在船货获得初步安全的情况下倒货临修并非为了共同安全而支付，而是为了减少损失而支付的施救费用，那么这时就需要去根据实际情况具体分析判断此类费用是否属于海商法第一百九十四条或者相关理算规则规定的应列入共同海损的费用，如果确无法列入共损，且符合《远洋船舶险条款》下对施救费的定义，那么相关费用有机会在《沿海内河船舶保险条款》下得到理赔。

问题四

如果 A 投保了小保赔，那么由于被保险人不可免责过失导致的共损分摊或救助费用等无法摊回的部分是否可以在小保赔下得到理赔？

远洋保赔险条款（以《中国船东互保协会条款 2018/19》为例）对此类损失费用有明确的规定，其承保“会员仅因违反运输合同而未能依法从货方或海上航程的其他方取得其本可有权索取的共同海损、特殊费用或救助费的分摊款”，但该条款但书部分随即限定，“如果货物以适用中国海商法有关规定的合同进行运输，或以并入了有关承运人责任不比海牙规则或海牙-威斯比规则不利的条款进行运输便不会产生的责任或不必支付的费用不负赔偿责任”。可见，即使 A 能够投保远洋保赔险，其也很难就问题四中的费用得到赔付，况且实践中基本不会出现沿海船投保远洋保赔险条款的情况。

然而这个问题在小保赔（以《中国人民财产保险股份有限公司沿海内河船东保障和赔偿责任保险条款 2010 版》为例）下就会产生很大争议，该条款的承保范围并没有列明此类无法摊回的分摊款，一旦出现类似费用，被保险人往往会主张在“提单或运单项下的货物责任”或者“施救费用”下进行理赔，对此笔者尝试分析如下：

1. 提单或运单项下的货物责任

小保赔对该承保范围的表述为“被保险人对运输合同履行过程中发生的货物的损坏、灭失、短少”，而共同海损费用显然不属于货物的“损坏、灭失、短少”，因此在这一项下只有不能实际摊回的共损牺牲可以得到理赔，倒货费等可以被列入共损的共损费用无法得到赔付。

2. 施救费

小保赔中，施救费指“在保险事故发生时或发生后，被保险人为防止或减少保险人全部或部分承保的责任或费用，而额外支出的合理费用”，因此判断无法摊回的费用是否能够在施救费下理赔的关键在于分析产生此类费用的行为的本质目的是什么。例如案例中提及的脱浅拖带对应产生的救助报酬，该费用的产生是为了使船货脱离紧迫的危险，如果没有救助行为，那么船舶沉没产生的残骸清除费和货物受损灭失的费用都将由小保赔保险人承担，因此对应的无法摊回的救助费用应当可以在小保赔“施救费”下得到赔偿。同理，如果倒货临修是为了脱离危险、为了共同安全而采取的必然措施，那么无法摊回的部分同样可以在该项下受偿。但是，如果倒货临修是在船货已经被拖带至避难港取得初步安全的情况下，为了完成航程、避免长时间滞留或者节省费用等目的而选择的措施，那么这种行为的目的是并非为了减少小保赔保险人的责任，因此产生的费用也不能在“施救费”下受偿。

（本文首发于 2018 年 12 月 11 日）

从“CF CRYSTAL”海事赔偿责任限制谈管辖权之争

阎冰、龙飞兵（海商部）

2018年1月6日，巴拿马籍油船“SANCHI”（“桑吉”轮，以下称“S轮”）与中国香港籍散货船“CF CRYSTAL”（“长峰水晶”轮，以下称“C轮”）碰撞、爆燃，随后沉没的事故早已引起广泛关注。

此案会涉及到船舶碰撞责任、海难救助、共同海损、海洋环境污染损害赔偿、海事赔偿责任限制以及海上保险等诸多海商事法律纠纷，因此也成为律师们热议的话题。鉴于海事赔偿责任限制的适用法律及由此产生的管辖权之争绝对是本案焦点，我们试着以C轮角度简单介绍这个问题。

海事赔偿责任限制（limitation of liability for maritime claims）是特定国际贸易和航运发展阶段的产物，为的是保护船舶所有人的利益；是指在发生重大海损事故时，责任人根据法律规定，将自己针对特定债权的赔偿责任限制在一定范围内的法律制度。

C轮面对的非人身伤亡索赔主要是基于碰撞责任，属于限制性债权。已知的S轮船舶、货物本身的价值已经高达9000万美元，加之救助、高额的残骸清除费用、防污清污费用……这些均可按照C轮碰撞责任比例向C轮船舶所有人索赔。

各国和各地区有关海事赔偿责任限制的法律适用不同，在限额和程序上有很大区别。目前可能适用于本案的海事赔偿责任限制标准至少有两个：

其一，我国内地标准。因为事故发生在我国专属经济区，所以内地海事法院对碰撞损害赔偿案件有管辖权；且根据《海商法》第275条规定的冲突规范，海事赔偿责任限制适用法院地法。我国内地《海商法》的标准与1976年《海事赔偿责任限制公约》（以下称“76公约”）标准一致，C轮非人身伤亡的限制性债权海事赔偿责任限制金额为6,477,625SDR（特别提款权），约合925万美元（需要考虑汇率变化）；

其二，香港地区标准。诚如大家所知道的，C轮悬挂香港旗，海事赔偿责任限制适用旗国法亦是国际上常见的冲突法规范。香港地区目前适用76公约《新修订的1996年议定书》（以下称“96公约”），C轮非人身伤亡的限制性债权责任限制金额为23,238,755SDR，约3320万美元，较内地标准高约3.5倍。

可见，站在C轮和S轮背后的不同利益人，所期望的法律适用和管辖是不同的，船舶碰撞损害赔偿纠纷的“挑选法院”之争不可避免。S轮船舶所有人在事故发生后及时在香港对C轮所有人提起诉讼，使得C轮不能正常变更登记；而C轮所有人已向上海海事法院^①申请设立海事赔偿责任限制基金^②。设立基金的目的是为了使责任人的船舶或其他财产免受扣押，也能够将一个事故引起的所有限制性债权的索赔集中到一个法院来审理，并在“一次事故，一个限额”的原则下，使受害人尽早获得赔付。

有趣的是，我国大陆地区虽然适用76公约标准，但并非76公约缔约国！这意味着，在内地海事法院设立基金不能得到其他国家和地区，包括香港地区法院的认可，反之亦然。

C 轮是国际航行的船舶，其在内地设立基金，未来仍难免在域外被扣押；而如果在香港设立基金，一旦有索赔人在大陆起诉，C 轮依然要在香港基金之外另掏腰包。RICC&CO.曾经在“OLIVA”南丁格尔岛搁浅折断案、“CCNIRIMAC”洋山港碰撞“CSAV PETORCA”案中利用这类冲突，为索赔人实现了不错的效果。

此类管辖权冲突已经违反赔偿责任限制的目的^③，但能给到各方当事人更多的策略选择。在 C 轮船壳险保额只有 2000 万美元的情况下，船壳保险人、协会保险人及船东之间自有一番博弈。

如果换至 S 轮视角，其未来面对的债权更具不确定性，如何援引海事赔偿责任限制，是否以及如何设立基金也会经历纠结。

本案所涉及的各类民商事索赔必然围绕海事赔偿责任限制展开，大家将如何判断此案主战场呢？这场戏才刚刚开演。

①此文不展开讨论上海海事法院是否有管辖权。

②海事赔偿责任限制基金，是指在海损事故发生之后，依法主张限制赔偿责任的人，就限制性海事请求向法院或其他主管当局提交的，可与其依法能够享受的责任限额等值，将来用于分配给所有限制性债权人的现金或者担保。——胡正良.海事法（第 3 版）[M].北京：北京大学出版社，2016

③张昉 中国海事赔偿责任限制下的择地行诉[J].中国海商法年刊，2009

（本文首发于 2018 年 1 月 31 日）

船舶污染海洋环境行政处罚的实现问题之一

——由“桑吉”轮碰撞事故想到的

宋景蚨（海商部）

近期，“桑吉”轮碰撞事故引发广泛讨论，其中所涉专业知识点颇多；星瀚海商事部门将试着讨论个别专题。本文旨在探讨：船舶污染海洋环境事故中的行政处罚实现问题。

1.“桑吉”轮碰撞事故将触发环境污染行政处罚

2018年1月6日，巴拿马籍油船“桑吉”轮与香港籍散货船“长峰水晶”轮发生碰撞，“桑吉”轮上装载约13.6万吨天然气凝析油，但可能对海洋环境造成更持久破坏的是船上约2000吨的燃料油。在燃烧8天后，“桑吉”轮沉没。可以肯定的是，该事故已造成较为严重的海洋环境污染。

事故发生在我国专属经济区内，我国具有国际公法上的行政管辖权，海事局将据此进行行政执法，做出行政处罚。

作为行政处罚主要依据的《海洋环境保护法》曾在2016年和2017年做了重要修订，加大了对海洋环境污染损害肇事者的处罚力度，但同时也因法条所涉罚款数额的开放性增加了执法难度。

新旧《海洋环境保护法》在对海洋环境污染事故肇事方处罚条款方面的变化对比列表如下：

旧《海洋环境保护法》	新《海洋环境保护法》	变化
负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员属于国家工作人员的，依法给予行政处分。	对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处上一年度从本单位取得收入百分之五十以下的罚款；直接负责的主管人员和其他直接责任人员属于国家工作人员的，依法给予处分。	增加了对肇事方责任人员或主管人员可以处以罚款的条款。
前款规定的罚款数额按照直接经济损失的百分之三十计算，但最高不得超过三十万元整。	对造成一般或者较大海洋环境污染事故的，按照直接损失的百分之二十计算罚款；对造成重大或者特大海洋环境污染事故的，按照直接损失的百分之三十计算罚款。	取消了罚款三十万元的封顶限制， 直接根据海洋环境污染事故的等级及直接经济损失金额计算罚款，事故越大罚款比例越高、金额也越高。

2.新《海洋环境保护法》中“直接损失”的认定困境

新《海洋环境保护法》取消了30万元最高罚款的上限，代之以非确定性的“直接根据海洋环境污染事故的等级及直接损失金额计算罚款”，不设具体上限数额。

有关损失会涉及民事赔偿纠纷，且关系到损害赔偿范围、海事赔偿责任限制、油污损害赔偿赔偿责任限制、二次赔偿等特殊法律制度，导致行政处罚的结果可能对相关民事诉讼的结果产生影响。

基于以上原因，导致海事局做出行政处罚时需要突破两个问题：

- 直接损失的认定范围；
- 行政处罚金额与民诉索赔金额的协调。

(1) “直接损失”的认定范围问题

根据新《海洋环境保护法》第九十条，对肇事方实施罚款的金额直接取决于污染事故造成的直接经济损失大小，由此海事执法人员对肇事方实施罚款的前提条件是必须对事故的直接经济损失金额有明确认定结果。

根据《中华人民共和国海上船舶污染事故调查处理规定》第三十八条第二款的规定和其他相关规定，船舶污染事故的直接经济损失主要分为清污和预防措施费用、渔业、养殖业、旅游业等沿海相关行业的财产损害、恢复海洋环境的合理措施费用等。

在不同法律关系下，“损失”的范畴或有不同理解，这里不脱离行政处罚一一展开。

(2) 行政处罚金额与民诉索赔金额的协调问题

虽然行政处罚金额不被涵盖在海事赔偿责任限制、油污损害赔偿责任基金等海商法特殊法律制度中，但做出行政处罚的依据——“直接损失”却肯定会对随后的民事索赔金额造成影响（说明：笔者认为作为行政处罚基础的“直接损失”与民事损害赔偿所涉及的“损失”不是一个概念）。行政处罚依据的“直接损失”作为总体“损失”的一部分，相当于提前锁定了赔偿基金的一部分，这必将挤占民事索赔的“损失”的争议空间。

3.民事损害赔偿纠纷解决与行政处罚的期限协调

如果行政处罚在前，会影响后续民事损害赔偿纠纷诉讼中，法院对损失金额的判断，民事纠纷当事人为掩护其民事诉讼权益，很可能针对处罚提起行政复议和行政诉讼。

如果行政处罚等待民事损害赔偿纠纷的解决，可能会因时效或期间问题遭遇更多麻烦。主要的限制性规定有：

- 《行政处罚法》第二十九条规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外”，且行政处罚时效不适用民诉和刑诉的时效规定，无中止、中断和延长的规定；

- 交通运输部规章《中华人民共和国海上海事行政处罚规定》第九十条：“海事行政处罚案件应当自立案之日起2个月内办理完毕。因特殊需要，经海事管理机构负责人批准可以延长办案期至3个月。如3个月内仍不能办理完毕，经上一级海事管理机构批准可再延长办案期间，但最长不得超过6个月。”

而民事索赔纠纷的解决，通常不可能在 6 个月，或者两年内完成。如 2013 年 3 月发生的达飞佛罗里达轮和舟山轮碰撞溢油重大等级船舶污染事故，宁波海事法院于 2017 年 7 月才出具了赔偿纠纷的相应判决；2012 年 6 月发生的密斯姆轮和竟帆 1 轮碰撞溢油较大等级船舶污染事故，上海海事法院历时五年，其损失认定工作还未结束，至今未出台相应判决。这里还没有充分考虑“桑吉”轮面对到民事损害赔偿纠纷在我国大陆地区外诉讼或仲裁解决的情况。显然，行政处罚等不了民事案件的解决。

4.建议方案

海洋资源是我国重要资源的一部分，更是我国海洋强国战略的主战场，因此海洋环境的保护也必将是其中的重要一环。海洋环境保护法律制度的制定和完善不仅体现着我国对海洋环境保护的态度，也考验着我国立法者的智慧。

针对前文提到的执法困境，如何协调不同法律制度、不同诉讼之间的关系，我们提出以下想法：

- **量化“直接损失”的有关行政处罚依据的指标。**比如溢油船舶的吨位、造成的溢油性质和数量、及在海上形成的油膜面积等具体化每单位承担多少行政处罚金额，以便快速、高效实现行政目的。
- **分离行政处罚依据的“直接损失”与民事索赔依据的“直接损失”。**这种分离在使两种“直接损失”得到赔付时相互不受影响，也同时解决了行政处罚与民事诉讼之间的时效冲突。
- **如果“直接损失”与民事赔偿两个概念不能完全剥离，或可考虑延长、中止海事局办案期限。**若已涉及行政诉讼，《行政诉讼法》第六十一条第二款的规定：“在行政诉讼中，人民法院认为行政案件的审理需以民事诉讼的裁判为依据的，可以裁定中止行政诉讼”，应当得到适用。

（本文首发于 2018 年 1 月 19 日）

海难事故导致船货沉没时货主权利的限制与保护

孙熠（海商部）

《海商法》第 175 条规定，“遇险船舶的船长有权代表船舶所有人订立救助合同。遇险船舶的船长或者船舶所有人有权代表船上财产所有人订立救助合同”。然而，当船舶所有人选定的救助方案和签订的救助合同被货主明确反对，即船舶所有人所谓的签订救助合同代理权存在严重瑕疵时，其擅自签订的救助合同还是否有效？被侵害的货主权利应如何救济？本文即尝试在现有法律法规框架内梳理相关问题，提出一些个人观点，以期得到方家斧正。

一、打捞与救助的区分

沉船沉货的打捞并非严格意义上的法律概念，其在特定条件下亦属于海难救助，考虑到适用法律的不同（不属于海难救助的打捞行为不适用海商法第 175 条），笔者认为有必要先简单阐述下两者之间的关系，进而再讨论不同情况下货主的相关权利。

打捞行为是否属于海难救助首先要考虑双方主观意识，即双方对难船及货物是否仍有获救可能的判断，而要准确地还原当事人主观意识，常常需要通过对各种客观事实进行综合分析，至少包括以下方面：

（一）遇险财产是否存在救助价值

海难救助的核心在于挽救遇险财产，如果遇险财产的价值明显低于救助成本，那么各方从主观上均不会是基于达成海难救助关系的目的来打捞沉船沉货。

1989 年 4 月 IMO 讨论《1989 年救助公约》时，公约草案将救助的“船舶”定义为“任何船只、艇筏或任何能够航行的构造物，包括沉船”，而在第二条规定的适用范围中却明确将“残骸清除（wreck remove）”排除在外。由于公约对“沉船”和“残骸”难以清晰界定，因此最终文本将二者均以删除，留待国内法去解决。可惜的是，我国《海商法》对此并无明确规定，但是我们可以看出，公约起草者本意是将沉船归入海难救助标的范围，其原因正是在于沉船尚存获救价值和可能，而残骸已无救助意义。

（二）遇险财产是否仍面临损失扩大危险

在遇险财产存在救助价值的情况下，如其本身已无损失进一步加大的危险，那么就不满足海难救助中“被救物处于危险之中”（in danger）这一要件，不能构成海难救助。事实上，无论船或货处于水底沉没状态时，哪怕损失在短时间内不会明显扩大，但实质上损失一直处于持续扩大状态，加之水底环境的不确定性，我们认为只要船货沉没后尚有经济上的救助价值，那么大部分情况下都应认定为处于危险中，即满足海难救助的这一基本要件。

在以上两点判断的基础上，当事方的主观判断还可能受到行政主管机关，通常是海事局的影响，但《海商法》第一百九十二条明确，“国家有关主管机关从事或者控制的救助作业，救助方有权享受本章规定的关于救助作业的权利和补偿”，这正说明了即使海事部门是基于公共利益的目的直接或间接控制打捞行为，虽然行为本身与救助行为自愿性的特征有冲突，但只要遇险船舶存在救助价值且仍面临损失扩大的危险，那么这种打捞行为仍应具备救助性质。自愿原则的这一突破也体现在了《1910 年救助公约》到《1989 年救助公约》的发展中。

在行政部门要求强制打捞的情况下，即使打捞行为本质上属于海难救助，其也要受到相应公法以及行政法规的限制，这点在后文会有进一步论述。

二、海难救助中货主对货物安排救助的权利

（一）非行政部门强制要求的情况

这种情况下一般可以适用《海商法》第 175 条的规定，但是需要说明的是，在险情紧急且货主没有明确反对时，船舶所有人可以视为享有代表货主安排救助的权利，其签订的救助合同约定货主，而如果货主在救助合同尚未签订时即明确表示反对船舶所有人选择的救助方案以及拟签订条款，那么《海商法》第 175 条就不能作为船舶所有人不顾货主意见安排救助的免死金牌。事实上，《海商法》第 175 条也只是赋予了船舶所有人一个推定代理人的身份，其作为代理人仍应当受到委托人指示的限制。

同样，根据《海商法》第 175 条的规定，打捞/救助人理应知悉船舶所有人的法律地位只是代理人，在其收到货主的明确反对意见后，其应当知道船舶所有人就货物部分签订救助合同的行为属于无权代理，即救助人不能再以表见代理作为抗辩理由。事实上，《海商法》第 176 条可以作为货主权益的一个保护条款，其规定“有下列情形之一的，经一方当事人起诉或者双方当事人协议仲裁的，受理争议的法院或者仲裁机构可以判决或者裁决变更救助合同：（一）合同在不正当的或者危险情况的影响下订立，合同条款显失公平的；（二）根据合同支付的救助款项明显过高或者过低于实际提供的救助服务的”，即货主在船舶所有人与救助人不顾其反对意见进行救助时，可以根据实际情况要求变更不公平的相关条款。在打捞/救助人不顾货主反对擅自打捞货物并留置时，货主甚至可以以侵权为诉由向打捞/救助人提出反索赔。

（二）行政部门强制要求的情况

当海事局作为行政主管部门出面要求强制打捞/救助时往往是因为涉案标的物影响到了公共安全或者对环境造成威胁，此时货主对货物享有的权利不得不受到公法的限制，正如我国《物权法》第七条的规定，“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益”，当物权与公共利益冲突时，物权自身要受到一定的限制。

在理清公法对物权的限制这一问题后我们就会发现如何认定公法范畴内的打捞/救助义务人成为了最核心的问题，事实上，我国现有的法律法规在此问题上的有关规定确实不够清晰，容易引发争议。

目前主要有两部法律法规对此问题进行了相关规定：

现行有效的《打捞沉船管理办法》第五条，“妨碍船舶航行、航道整治或者工程建筑的沉船，有关港（航）务主管机关应当根据具体情况规定申请期限和打捞期限，通知或公告沉船所有人”；第二条，“除军事舰艇和木帆船外，在中华人民共和国领海和内河的沉船，包括沉船本体、船上器物以及货物都适用本办法”。结合以上条文规定，我们可以发现在《打捞沉船管理办法》体系下船舶所有人是公法层面上的义务人。

《海上交通安全法》第四十条第一款，“对影响安全航行、航道整治以及有潜在爆炸危险的沉没物、漂浮物，其所有人、经营人应当在主管机关限定的时间内打捞清除。否则，主管机关有权采取措施强制打捞清除，其全部费用由沉没物、漂浮物的所有人、经营人承担”。该条款是目前引发争议最多的一个相关规定，因为从字面来看，沉没物和漂浮物的所有人才

是打捞清除的义务主体，这显然与《打捞沉船管理办法》不完全一致。

实践中，货主往往主张《海上交通安全法》较之《打捞沉船管理办法》有更高的效力层级，因此货主有权自行安排打捞，船舶所有人和海事局等行政部门无权干涉货主打捞权。但对于货主的此类主张，海事部门往往认为，《海上交通安全法》第四十条的规定表明所有人或经营人对沉船沉物负有打捞义务的前提在于沉船沉物影响安全航行、航道整治以及有潜在爆炸危险，当货物未脱离船舱时，影响航行安全的是沉船而不是船舱内的沉货，因此货主并非打捞沉货的义务主体。另外，受限于打捞作业涉及的海事部门有关审判许可，当船舶所有人与货主对打捞产生分歧时，货主实际完成打捞的可能性微乎其微。

不过正如前文述及，行政部门参与的打捞不能改变其性质，当打捞行为可以被认定为海难救助时，即使打捞/救助合同在公法层面上属于有效合同，其也只能约束打捞/救助人和船舶所有人，不能约束货主，在合同条款不合理时，货主可以依据《海商法》第 176 条要求变更，甚至在救助人以不合理的条件留置货物时提出反索赔。

三、案例分析

笔者最近在处理的一个沿海船舶碰撞案件中即涉及到了本文讨论的相关问题，该案大致案情如下（该案有关打捞权的一审审理已经被厦门电视台进行了媒体报道）：

2017 年 8 月 19 号“新东远”轮沉船事故发生后，平潭海事局做出“海事行政强制措施决定书”，要求船舶所有人芜湖市晨光船务有限公司将“新东远”轮打捞清除，否则将采取强制打捞清除措施。在安排打捞过程中，货主多次向晨光船务公司、其拟委托的打捞/救助联合海工以及平潭海事局发文反对船东拟签订的打捞合同，表示该合同严重侵害了货主权利，同时提供了另一家打捞公司更合理的打捞方案和报价。但晨光船务仍不顾货方反对最终于 2017 年 9 月 4 号与联合海工签订了“新东远”轮货物打捞、船体打捞合同，委托联合海工进行沉船沉货打捞。之后最终取得货物所有权的原告以享有货物所有权，被告侵犯其签订合同自由权、物权为由，主张晨光船务公司和联合海工订立的合同中货物打捞部分对其无效。

笔者认为，该案中沉船沉货均具有明显的救助价值，且货物在水底处于价值持续贬损状态，因此尽管海事部门出面要求强制打捞，此案情况仍属于海难救助，即《海商法》第 175 条和第 176 条可以适用本案。如上文论述，在货主已经向各方明确表示反对并提出可行方案的前提下，晨光船务签订的打捞合同不能约束货主，甚至说在联合海工与晨光船务明知船舶所有人不具有代理权时，其擅自签订的打捞合同属于对货主的侵权行为。即使在公法层面上，晨光船务有义务打捞沉船，但在沉船沉货出水后，联合海工也无权依据其签订的打捞合同向货主主张权利，而且一旦由于其原因导致货主损失进一步扩大，其还要承担相应的侵权赔偿责任。

本案一审法院最终以原告不属于直接利害关系人为由认定货主不属于适格原告，因此裁定驳回了诉请。

四、被限制的货主权利应如何救济

实践中，考虑到海事赔偿责任限制制度（尤其是沿海船舶的责任限制往往远不足以弥补货主损失）以及海商法中的承运人各类免责事项，在当今货物价值相比船舶价值越来越高的情况下，海难事故一旦发生，货主从船舶所有人处实际取得赔偿的效果往往不尽如人意，因

此尚有商业价值的沉货是货主减少损失的一个最基本保障。

如果司法层面过分强调船舶所有人的打捞/救助权利，那么会导致实践中船舶所有人通过主导打捞/救助合同的签订以向货主施压进而减轻其因海难事故本应承担的责任，甚至与打捞人恶意串通以谋取非法利益。对此我们认为在现有法律法规体系下，货主在遇到此类情况时可以尝试按照如下顺序进行操作：

密切跟踪打捞/救助进展，评估打捞费用的合理区间；

向船舶所有人以及打捞人分别发函，阐明货主观点并提供符合货主利益的可操作性方案，同时向海事局发函，表明自身态度；

当海事局仍然将打捞许可签发给船舶所有人委托的打捞人，且船舶所有人最终确定的打捞合同仍侵犯货主权益时，货主可以在货物打捞出水后的第一时间尝试通过海事强制令的手段要求救助放货，进而将残货处理的权利控制在自己手中，避免损失扩大。

在货主通过强制令取回货物后，打捞人势必与货主之间会产生诉讼纠纷，如本文述及内容，法院应当首先确认打捞行为实质上属于海难救助，然后以《海商法》第 175 条和第 176 条为依据或确认变更合同条款或认定打捞合同的签订属于对货主的侵权行为，进而保证在海难事故中处于绝对弱势地位的货主尽量降低损失。当然，上述思路只是笔者对此问题的一个初步思考，以期能够给相关人士一些不成熟的建议，考虑不周之处还请见谅并期待交流指点。

（本文首发于 2018 年 7 月 2 日）

定期租船合同下“船东提单”与“承租人提单”界定

——评一起新加坡提单仲裁案

陈雷（海商部）

在实践中，定期租船合同下，期租人签订航次租船合同时，常常会向托运人签发提单。在期租人没有收到运费之时，往往会主张其对承运的货物享有留置权。由于提单是运输合同的证明，因此期租人签发的提单的性质认定成为其是否享有货物留置权的基础。在本所代理的一起新加坡仲裁案中，仲裁庭认定期租人即申请人签发的提单不是“承运人提单”而是“船东提单”，因此不是运输合同的当事人，从而做出对此案没有管辖权的裁决，支持了我方的全部请求。

一、案件事实概述

2013年12月20日，A公司同船东签订了租船确认书，约定定期租入E轮，期间为2014年1月1日至2014年12月31日。

2014年4月17日，B公司同C公司签订20,000湿公吨铁矿粉买卖合同，此前C公司同伊朗卖家签订了铁矿粉买卖合同，约定采用CFR贸易术语。随后伊朗卖家联系了一家伊朗代理安排运货，该货代同期租人A公司签订了航次租船合同，约定货物由A公司期租的E轮从班达尔阿巴斯港运送到长江沿岸河港。其中租船合同第八条规定租船合同下应付的运费应当于装货完成并向发货人签发提单的七个银行工作日内打入申请人指定的银行账户。运费无论如何都必须在货物到达卸货港之前付清。

2014年4月15日，E轮船长授权A公司的船代申请人将该货物提单交给发货人。提单上注明“运费应按租船合同中规定支付”。提单还声明“所有背面所示日期的租约的条款和条件，自由和免责并入本提单”。

船舶在清关后离开班达尔阿巴斯港。A公司表示他未收到租约中约定的运费。因此指示他在卸货港的船舶代理对货物行使留置权。

2014年5月20日，B公司向武汉海事法院申请海事强制令并于5月30日获得裁决，裁定A公司应向B公司释放货物。A公司就武汉海事法院2014年7月8日的决定申请复议，要求法院冻结被B公司的银行存款直到A公司同B公司仲裁裁决做出。

2014年10月14日，A公司向B公司发出仲裁通知，希望就提单争议通过仲裁解决。并指定新加坡的PremK.Gurbani先生作为其仲裁员。RICC海商律师作为B公司的委托代理人，代表B公司参与仲裁，并指定了Andrews Stevens先生作为我方仲裁员，但是由于一些原因，Andrews Stevens先生并没有收到我们的指定，因此A公司以我方未在14日之内指定仲裁员为由，要求其指定的PremK.Gurbani先生作为独任仲裁员审理此案。我方对此提出了管辖权异议，认为A公司指定的仲裁员对此案没有管辖权。

二、争议焦点

PremK.Gurbani 先生在收到我方就其管辖权的异议后，要求双方对其管辖权争议提交答辩意见，在经过一轮答辩和一次补充答辩后。仲裁员将双方的管辖权争议归纳为以下两点：

- 1.租约中的仲裁协议是否被有效地并入了提单中？
- 2.提单是否是申请人（A 公司）和被申请人（B 公司）之间的合同？

三、申请人主张

针对争议点一，申请人在 2015 年 1 月 27 日提交的主张意见和管辖权意见中，认为 2014 年 4 月 1 日订立的租约有效地通过引用并入了提单中，因此对被申请人具有约束力。理由如下：

- 提单在背面有如下规定：

“1)承运人在任何情况下都不会对装货前或者卸货后所产生的货物丢失或损坏负责。”
- 申请人认为上述提单条款将租约中的所有条款并入了提单合同，包括租约第 26 款，规定如下：

“26)所有的争议应首先通过协商解决，协商不成应提交仲裁。仲裁地为新加坡，适用英国法律包括伦敦海事仲裁委员会小额索赔程序规则。

金康 1994—仲裁条款适用。”
- 租约 26 第 26 款所提到的金康 94 仲裁条款进一步规定如下：

“19. 法律和仲裁

(a) 本租约适用英国法，如有任何争议应提交至伦敦根据 1950 年和 1979 年仲裁法以及随着时间增长所作的修订版进行仲裁。除非双方同意独任仲裁，适用三人仲裁庭，双方各指定一名，第三人由该两人选择，他们或其中任何两人的决断是最终的。一方收到另一方已指定一名仲裁员的书面通知后，应在 14 天内指定另一名仲裁员，否则已指定的那名仲裁员的决断为最终决断。

如金额未超过第 25 栏规定的金额**，该仲裁应按伦敦海事仲裁委员会的小额索赔程序进行。”

申请人进一步援引新加坡国际仲裁法（CAP.143A）2A 章，规定如下：

“（8）一个提单中所引用的租约或任何其他包含仲裁条款的文件应当构成书面仲裁协议，如果该引用使得该条款成为提单的一部分。”

因此申请人认为租约中的仲裁条款并入了提单中，仲裁庭对此有管辖权。

针对争议点二，申请人认为：除非合同是由承租人单独签订，一个船长签发的提单不是承租人提单，而本案中的提单不是船东提单。理由是：

- 在本案中由于代理人已经联系了申请人接受运送这票货物，并且最终和申请人签了租约，该租约是由申请人亲自订立的。
- 租约中明确说明承租人有权根据自己的选择以任何形式签发提单或者要求船长签发提单。当船长签发提单的时候，就认为船长在租约下应当仅代表租船人签发提单。

- 即使申请人的装货港代理签发的提单中注明“代表船长”也只能理解为船长是租船人的代理。
- 装货港和卸货港的代理都是申请人指定的而不是船东指定的。
- 船东并没有在提单合同中出现因此不是本案中货物的承运人。
- 被申请人作为提单的最终持有人为了释放货物而对抗的唯一一方是申请人而不是船东。
- 管辖权问题是程序问题，应当适用新加坡法。因此按照英国程序法或英国判决先例来决定程序问题是不合适的。

四、被申请人主张

我所代表被申请人在 2015 年 4 月 29 日和 2015 年 6 月 15 日提交的管辖权意见中，主张仲裁庭对此案没有管辖权，理由如下：

首先，被申请人主张申请人并不是租约下的实际申请人。在租约中并没有签名或任何关于租约的电子邮件往来。因此租约不能被认为已经有效地并入了提单中。被申请人就此认为申请人已经指定货代同卖方商谈订立租约。本航次唯一涉及的租约是在货代和卖方之间订立，该租约并没有有效地并入提单中。

其次，被申请人主张，从申请人发出的仲裁通知数字上看，对于适用的法律、仲裁员人数和相关适用的仲裁规则是有困惑的。因此，被申请人不能明确哪一个仲裁通知是有效的。这也意味着申请人自己不知道如何进行程序，所以并没有达成有效的仲裁协议，进一步讲也没有达成仲裁员人数的协议。被申请人确实承认指定了 Andrews Stevens 先生为仲裁员并且适用 1996 英国仲裁法，但是表示这是无偏见的做法。

第三，尽管被申请人承认他是提单的最终持有人，是提单证明的货运合同的一方当事人，但是不同意申请人是提单下的承运人。提单是代表船长签发的，被申请人依据 REWIA 案主张提单是船东提单，是被申请人和船东之间的合同证明。申请人作为期租人，并没有任何提单证明的运输合同项下的权利。

第四，被申请人主张任何情况下，仅在提单中提出并入并不足以在提单中并入任何仲裁条款，因为仲裁条款与运输和卸货无关。被申请人援引 T.W. Thomas & Co. Ltd v Portsea S.S. Co. Ltd 案来证明其论点。在被申请人的意见中，提单中没有任何明确直接的话语显示将租约中仲裁条款并入提单的意图。因此仲裁条款并没有有效地并入提单。

此外，被申请人认为租约的第 26 款没有关于仲裁员人数和仲裁庭由独任仲裁员组成的协议。如果适用英国法，Prem K. Gurbani 并没有有效地被指定为独任仲裁员，因为他的指定没有遵循英国 1996 仲裁法的规定。另一方面，如果适用新加坡法，关于仲裁庭的组成，被申请人主张仲裁庭的指定也不符合规定，因为金康 94 中的仲裁条款同租约中第 26 款不相符合。

五、仲裁庭观点

关于第一项争议，仲裁庭认为，关于其管辖权的争议是程序问题。双方对此都表示同意并认为其管辖权问题应该适用新加坡法。新加坡法规定仲裁庭有权决定自己的管辖权。（参见新加坡国际仲裁法第 16 条）。新加坡国际仲裁法 2A 章还规定如下：

“（8） 一个提单中所引用的租约或任何其他包含仲裁条款的文件应当构成书面仲裁协议，如果该引用使得该条款成为提单的一部分。”

显然如果要使租约第 26 款并入提单，仅需在提单中引用该条款就足以使其并入提单。仲裁庭认为，“所有背面所示日期的租约的条款和条件，自由和免责并入本提单”的陈述已经足够使第 26 款成为提单的一部分。被申请人主张该提单中的陈述不足以使第 26 款并入，因为英国法院关于此陈述的解释在新加坡法律中没有规定，所以该主张不被接受。

仲裁庭还认为，虽然租约第 26 款已经并入了提单中，然而这不是结束。就管辖权问题来讲，还需要认定申请人是不是提单的一方。租约的第 26 款约定就当事人之间的争议应当适用英国法。关于当事人之间是否有合同关系和在合同下享有的权利与义务的争议是实体法而不是程序法，因此必须根据英国法而不是新加坡法来判断，新加坡法在本案中是程序法，因为租约的第 26 款约定仲裁在新加坡进行。

在 *REWIA* 案中，英国上诉法院认为：

“...在本案中，船长被要求签发提单，通常的理解是承租人或他的雇员在船长的授权下以船长的名义签发提单。在任何情况下，即使在之前没有授权，船长按照提单规定进行运货的行为也是对签发提单行为最清晰明白的批准。

...除非合同是承租人单独订立的，而且签发提单的让有权签发并且已经签发提单，而且是代表承租人而不是船东签发，否则为船长签发的提单不是承租人提单。因此本案中的提单是船东提单。原告无权向第一被告索赔。”

仲裁庭认为，英国法长久以来在 *REWIA* 案中确立的原则适用于本案。因此，我必须根据提单的内容来决定提单是承租人提单还是船东提单。根据英国法，主要是通过提单上的签名而不是引用其他相关事实来解释运输是如何进行来确定承租人提单或船东提单。对此，提单签名处这样写道：

中东彩虹航运服务公司代表“联合爱玛”轮船长（签名）

除签名处外，提单不是承租人提供的格式，而且提单的背面条款也没有显示为承租人提单。

提单正面的确有“运费按照租约中记载支付”的表述，而且申请人据此认为这表明向申请人支付运费的义务。然而当审视租约时，看不到任何提单项下支付运费的义务。租约中记载的是租约运费由承租人向申请人支付。因此仲裁庭并不认为这些表述对申请人有任何帮助。

因为提单签名处显示该提单是代表船长签发而且在提单中找不到任何不是船长提单的记载。因此，仲裁庭认为申请人不是提单中的当事人，该提单不是申请人和被申请人之间的合同。

六、仲裁庭裁决

最后仲裁庭裁决支持了我方的主张，裁决如下：

1. 仲裁庭对被申请人没有管辖权。
2. 仲裁费用 5 万美元全部由申请人支付。
3. 被申请人在仲裁中的律师费用由申请人支付给被申请人。

4. 就申请人应向被申请人支付的律师费数额，如果双方没有达成同意，将留待接下来的裁决决定。

七、评析

本案为一起国际商事仲裁，在实践中，很多当事人由于对国际仲裁的规则不熟悉，难以把握英美法下的思维方式，导致在仲裁中处于不利的地位，特别是在程序问题上。我所在本案代理中，及时抓住了仲裁程序中的关键性问题——管辖权，就此制定了细致严谨的仲裁方案，并熟练地适用外国法律与判例，使得仲裁庭支持了我方的全部请求，充分维护了客户的利益。

（本文首发于 2018 年 4 月 9 日）

《内河船舶最低安全配员规则》修订解读

韩葳萍（星瀚南京分所）

《内河船舶最低安全配员规则》自 2004 年 8 月 1 日颁布实施以来，经历了多次修改，主要包括：中华人民共和国海事局曾于 2006 年以海船舶【2006】145 号文件对《规则》下附录一、附录二和附录三进行了修改；于 2010 年以海船舶【2010】663 号文件专门针对《规则》附录 3 进行了修改；于 2012 年以海船舶【2012】469 号文件根据江苏、浙江、上海内河集装箱船舶航行的实际情况，对江苏、浙江、上海内河水域和长江江苏段、上海段航行的集装箱船舶最低安全配员标准进行适当调整；于 2014 年以海船舶【2014】773 号文件对内河 1000 总吨以下普通干、散货船舶最低安全配员标准进行修订。2018 年 3 月 21 日中华人民共和国海事局发布通知，修订《中华人民共和国船舶最低安全配员规则》附录 3，即《内河船舶甲板部、轮机部和客运部最低安全配员表》，并将于 2018 年 7 月 1 日起实施。

一、《规则》修订的主要内容

随着近年来内河通航条件改善、内河船舶状况优化、海事管理模式不断改进，以及《内河船舶船员考试与发证规则》和《内河船舶船员值班规则》等相继出台，这些情况对现行配员管理规则提出了新要求。新修订的内河船舶最低安全配员标准便在此背景下应时出台。根据交通部海事局杨新宅副局长介绍，与原内河船舶最低安全配员标准相比，即将实施的新标准主要涉及五个方面的变化：

1. 取消“机驾合一”和“非机驾合一”的概念。在现行最低安全配员标准中对“机驾合一”并未做明确界定，且鉴于目前内河船舶基本实现驾驶台实时监控主机燃油油和冷却水等主要运行参数的情况。因此，新标准将取消“机驾合一”和“非机驾合一”的概念。

2. 对船舶总吨位和功率节点进行相应的调整。为与现行《内河船舶船员适任考试与发证规则》和《内河船舶船员值班规则》中船舶等级划分相匹配，一般船舶甲板部配员分档，由原 2000 总吨及以上上调至 3000 总吨及以上；轮机部取消 1500 千瓦的节点。客船、液货船舶 2000 总吨的节点未做调整。

3. 对“普通船员”的概念进行界定。普通船员为除船长、高级船员外的其他船员。新标准将水手、技工职务的船员统一调整为“普通船员”以配合《中华人民共和国船员条例》对“普通船员”的规定。

4. 实施内河船舶配员差异化管理模式。按通航水域进行区分，分为全国内河一般通航水域、J 级航段及长江葛洲坝以上水域以及各省级海事管理机构辖区特殊通航水域。按船舶种类进行区分，分为一般船舶、客船类以及液货船类。对于 J 级航道及长江葛洲坝以上水域以及高风险的客船类和液货船类，保持原标准不变。

5. 对各配员表相应注解进行了精细化修订和完善。明确定义了一般船舶和普通船员，重新定义了连续航行作业时间，删除了客运部人员概念，明确了负责旅客安全和应急工作的客运服务人员配员，对其他应由企业自主管理的客运服务人员不再进行描述。完善了港内作业船舶、短时间航行的小吨位客渡船、车客渡船或拖轮拖带客渡驳、汽渡驳用于渡运的专业

组合体以及包括游艇、摩托艇、快艇等在内船艇的配员标准。

二、内河船舶所有人/经营人应该重点关注的内容

1. 根据《规则》，航运企业安全配员的主体责任更细致、更明确。例如，针对船舶连续航行作业时间管理的问题，要求船舶按照连续航行时间的长短来增减配员；明确了 100 总吨及以上至未满 600 总吨的集装箱船、多用途船舶必须配备船长等，都体现了对航运企业在安全配员上的更高要求，船员的工作时长和资质直接影响到航运安全。

2. 《规则》允许航运企业根据实际航行需要，配备多本有效最低安全配员证书，船舶跨辖区航行无需反复申请办理证书。

3. 《规则》自 2018 年 7 月 1 日起实施，自当日起航运企业即需按照新《规则》申请《内河船舶最低安全配员证书》，在 2019 年 7 月 1 日前，取得满足新《规则》的《内河船舶最低安全配员证书》，并配备足够的合格船员。

4. 《规则》不妨碍船舶所有人(或者船舶经营人、船舶管理人)为保证船舶安全航行和作业增配必要的船员。

三、内河船舶配员不满足《规则》要求的后果和风险

(一) 配员不足是海事行政处罚的重点

1. 《中华人民共和国内河交通安全管理条例》第六十五条规定：违反本条例的规定，船舶未按照国务院交通主管部门的规定配备船员擅自航行，或者浮动设施未按照国务院交通主管部门的规定配备掌握水上交通安全技能的船员擅自作业的，由海事管理机构责令限期改正，对船舶、浮动设施所有人或者经营人处 1 万元以上 10 万元以下的罚款；逾期不改正的，责令停航或者停止作业。

2. 《中华人民共和国船员条例》第五十八条规定：违反本条例的规定，船长有下列情形之一的，由海事管理机构处 2000 元以上 2 万元以下罚款；情节严重的，并给予暂扣船员适任证书 6 个月以上 2 年以下直至吊销船员适任证书的处罚：

(1) 未保证船舶和船员携带符合法定要求的证书、文书以及有关航行资料的；

(2) 未保证船舶和船员在开航时处于适航、适任状态，或者未按照规定保障船舶的最低安全配员，或者未保证船舶的正常值班的；

(3) 未在船员服务簿内如实记载船员的服务资历和任职表现的；

(4) 船舶进港、出港、靠泊、离泊，通过交通密集区、危险航区等区域，或者遇有恶劣天气和海况，或者发生水上交通事故、船舶污染事故、船舶保安事件以及其他紧急情况时，未在驾驶台值班的；

(5) 在弃船或者撤离船舶时未最后离船的。

3. 《中华人民共和国内河海事行政处罚规定》第十四条规定：船舶、浮动设施的所有人或者经营人违反《内河交通安全管理条例》第六条第（三）项、第七条第（三）项的规定，船舶未按照国务院交通运输主管部门的规定配备船员擅自航行的，或者浮动设施未按照国务院交通运输主管部门的规定配备掌握水上交通安全技能的船员擅自作业的，依照《内河交通安全管理条例》第六十五条的规定，责令限期改正，并处以 1 万元以上 10 万元以下罚款；逾期不改正的，责令停航或者停止作业。

本条前款所称船舶未按照国务院交通运输主管部门的规定配备船员擅自航行，包括下列情形：

- （1）船舶所配船员的数量低于船舶最低安全配员证书规定的定额要求；
- （2）船舶未持有有效的船舶最低安全配员证书。

（二）配员不足导致发生人伤事故时，可能涉嫌刑事犯罪

1.重大责任事故罪。在四川省宜宾市翠屏区人民检察院公诉被告人李某及李某甲（2013）翠屏刑初字第 418 号案中，被告人李某违规聘请被告人李某甲驾驶高等级船舶，且未如期申请船舶换证检验以保证船舶符合安全航行的技术条件，并在禁止采沙期、禁航期间安排被告人李某甲等人继续作业；被告人李某甲违规驾驶高等级船舶，在禁止采沙期、禁航期驾驶船舶从事生产作业，且在生产运输中临危处置不当，造成沉船事故致人员死亡；被告人李某对事故的发生负管理责任，被告人李某甲负直接责任，两被告人的行为均已构成重大责任事故罪。被告人李某甲犯重大责任事故罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年；被告人李某犯重大责任事故罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

相关法条：《中华人民共和国刑法》第一百三十四条：【重大责任事故罪】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。

2.交通肇事罪。在洪江市人民检察院公诉被告人粟某（2011）洪法刑初字第 86 号案中，被告人粟某违反交通运输管理法规，无证超载驾驶船舶，导致船只沉没致使 4 人死亡，负事故的主要责任的行为构成交通肇事罪。被告人粟某犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。

相关法条：《中华人民共和国刑法》刑法第一百三十三条：【交通肇事罪】违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。

（三）配员不足会直接影响民事责任的承担

一般认为船舶配员足够属于广义的船舶适航性的基本要求，配员不足的船舶很可能被认定为不适航的船舶。以船舶保险合同为例，保持船舶适航是被保险人的一项重要义务。目前国内保险市场上内河船舶适用的《沿海内河船舶保险条款》中将船舶不适航（包括船舶技术状态、配员、装载等）所造成的损失、责任及费用明确列明为除外责任。如果保险事故与人员配备不当之间有因果关系，保险人即可援引此条款拒赔。司法实务中，保险人据此援引除外责任并抗辩成功的案例并非少见。

例如：在（2007）浙民三终字第 10 号、（2011）沪高民四（海）终字第 204 号等案件中，法院观点为：从船舶配员看，船舶严重不适航，且由于船员配备不当，造成对事故发生的预见和处理，缺乏足够能力应对，因此船舶不适航与事故发生之间具有因果关系，该保险事故属于保险人的除外责任。保险人不负保险赔偿责任。

（本文首发于 2018 年 5 月 14 日）



六张图表划出“个税改革”重点

星瀚运营

如果要选 2018 年的年度关键词,“个税改革”应该榜上有名。全年有关个税改革的政策法规频出,我们先来带大家回顾一下:

- 8 月 31 日,第十三届全国人民代表大会常务委员会审议通过《关于修改〈中华人民共和国个人所得税法〉的决定》(《个人所得税法》自 1980 年实施至今已经过 7 次修改);
- 9 月 7 日,财政部、国税总局发布《关于 2018 年第四季度个人所得税减除费用和税率适用问题的通知》;
- 12 月 17 日,国税总局发布《关于自然人纳税人识别号有关事项的公告》;
- 12 月 19 日,国税总局发布《关于全面实施新个人所得税法若干征管衔接问题的公告》;
- 12 月 22 日,《中华人民共和国个人所得税法实施条例》、《个人所得税专项附加扣除暂行办法》、《个人所得税扣缴申报管理办法(试行)》、《关于个人所得税自行纳税申报有关问题的公告》等发布.....

那么多文件,究竟说了什么? 本文来给大家划重点。

1.初步建立分类综合制、调整税率

现行个税法（2011 年修正）		新个税法（2018 年修正）	
收入类别	适用税率	收入类别	适用税率
工资、薪金所得	3%-45% 七级超额累进税率	合并为“综合所得”	3%-45% 七级超额累进税率； 居民按年征收， 非居民按月或次分项计算征收
劳务报酬所得	20% 高收入加成征收		
稿酬所得	20% 应纳税额减征 30%		
特许权使用费所得	20%		
个体工商户的生产、经营所得	5%-35% 五级超额累进税率	合并为“经营所得”	5%-35% 五级超额累进税率，按年征收
对企事业单位的承包经营、承租经营所得	5%-35% 五级超额累进税率		
利息、股息、红利所得	20%	保持不变	
财产租赁所得	20%		
财产转让所得	20%		
偶然所得	20%		
其他所得	20%	取消	

2.新增专项附加扣除

《个人所得税专项附加扣除暂行办法》六项专项附加扣除要点			
扣除项目	扣除条件	具体情况	扣除标准（元/月）
子女教育专项附加扣除	子女教育	一孩	1000
		二孩	2000
继续教育专项附加扣除	继续教育	学历教育	400
		职业教育	300
大病医疗专项附加扣除	个人负担的医药费用支出	（具体金额）	有个人负担超过 1.5 万元的医药费用支出部分，为大病医疗支出，可以按照每年 8 万元标准限额据实扣除
住房贷款利息专项附加扣除	是否有首套房贷款	有	1000
		无	0
住房租金专项附加扣除	承租的住房位于直辖市、省会城市、计划单列市以及国务院确定的其他城市	一类城市	1500
	承租的住房位于其他城市的，市辖区户籍人员超过 100 万的	二类城市	1100
	承租的住房位于其他城市的，市辖区户籍人员不超过 100 万（含）的	三类城市	800
赡养老人专项附加扣除	纳税人兄弟姐妹人数（独生子女填“1”）	（人数）	2000/（人数）

3.税率结构变化

综合所得适用：

新个税法下年度应纳税所得额（元）	新个税法下年度应纳税所得额月度换算额（元）	新个税法税率	现行个税法税率
全年不超过 36000	全月不超过 3000	3%	3%，10%
全年 36000-144000	全月 3000-12000	10%	10%，20%，25%
全年 144000-300000	全月 12000-25000	20%	25%
全年 300000-420000	全月 25000-35000	25%	25%
全年 420000-660000	全月 35000-55000	30%	30%
全年 660000-960000	全月 55000-80000	35%	35%
全年超过 960000	全月超过 80000	45%	45%

经营所得适用：

新法应纳税所得额（元）	新法税率	旧法应纳税所得额（元）	现法税率
全年不超过 30000	5%	全年不超过 15000	5%
全年 30000-90000	10%	全年 15000-30000	10%
全年 90000-300000	20%	全年 30000-60000	20%
全年 300000-500000	30%	全年 60000-100000	30%
全年超过 500000	35%	全年超过 100000	35%

4.修改税收居民概念，不满 6 年免税优惠

现行个税法（2011 年修正）	新个税法（2018 年修正）
中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满一年的个人，从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。 在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满一年的个人，从中国境内取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。	在中国境内有住所，或者无住所而一个纳税年度内在中国境内居住累计满 183 天的个人，为居民个人。居民个人从中国境内和境外取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。 在中国境内无住所又不居住，或者无住所而一个纳税年度内在中国境内居住累计不满 183 天的个人，为非居民个人。非居民个人从中国境内取得的所得，依照本法规定缴纳个人所得税。 纳税年度，自公历一月一日起至十二月三十一日止。

不满 6 年免税优惠：在中国境内无住所的个人，在中国境内居住累计满 183 天的年度连续不满六年的，经向主管税务机关备案，其来源于中国境外且由境外单位或者个人支付的所得，免于缴纳个人所得税；在中国境内居住累计满 183 天的任一年度中有一次离境超过 30 天的，其在中国境内居住累计满 183 天的年度的连续年限重新起算。（《中华人民共和国个人所得税法实施条例》）

5.申报时限与申报方式调整

类型	新个税法申报方式	新个税法申报时限
综合收入	居民取得综合所得按年计算个人所得税。 有扣缴义务人的，由扣缴义务人按月或按次预扣预缴税款。	预扣缴：次月 15 日内 汇算清缴：次年 3 月 1 日至 6 月 30 日
	非居民个人取得综合所得，有扣缴义务人的，由扣缴义务人按月或按次扣缴税款，不办理汇算清缴。	次月 15 日内
	非居民在中国境内从两处取得工资、薪金所得，需自行申报纳税	次月 15 日内
应扣未扣收入	纳税人取得应税所得，扣缴义务人未扣缴税款的，应自行申报纳税。	取得所得的次年 6 月 30 日前，缴纳税款；税务机关通知限期缴纳的，纳税人应当按照期限缴纳税款
没有扣缴义务人	纳税人取得应税所得，但没有扣缴义务人的，应自行申报纳税。	取得所得的次月 15 日内，向税务机关报送纳税申请表，并缴纳税款
境外收入	纳税人自行申报纳税	次年 3 月 1 日至 6 月 30 日
移居境外	自行办理税款清算	注销中国户籍前

以上图表为此番个税改革的重点内容，如需了解详细信息，还可具体查阅本文开头所列政策法规。就实操部分的疑问和一些细节探讨，我们将在后续的系列文章中逐步分析。

（本文首发于 2018 年 12 月 27 日）

个税专项附加扣除到底如何操作？33 个热门问题答疑

星瀚运营、星瀚税务

12 月 21 日，为贯彻落实新修改的《中华人民共和国个人所得税法》和《国务院关于印发个人所得税专项附加扣除暂行办法的通知》（国发〔2018〕41 号），国家税务总局制定了《个人所得税专项附加扣除操作办法（试行）》，2019 年 1 月 1 日起正式施行。

个税专项附加扣除操作办法一出就引起一片热议。如何操作、执行？到底能省多少钱？还有哪些细节有待进一步明确？本文就来说说大家普遍关心的问题。

1. 个税专项附加扣除中究竟包含哪些专项？

答：扣除项目包括：子女教育、继续教育、大病医疗、住房贷款利息或者住房租金、赡养老人。

2. 各专项附加扣除具体怎么扣？

子女教育专项附加扣除：每个子女 1000 元/月

纳税人的子女接受全日制学历教育的相关支出，按照每个子女每月 1000 元的标准定额扣除。

学历教育包括：义务教育（小学、初中），高中教育（普通高中、中等职业、技术教育），高等教育（大学专科、大学本科、硕士研究生、博士研究生）。

年满 3 岁至小学入学前处于学前教育阶段的子女，按照每个子女每月 1000 元的标准执行。

父母可以选择由其中一方按扣除标准的 100%扣除，也可以选择由双方分别按扣除标准的 50%扣除，具体扣除方式在一个纳税年度内不能变更。

继续教育专项附加扣除：

学历（学位）继续教育 400 元/月

技能人员职业资格继续教育、专业技术人员职业资格继续教育 3600 元

纳税人在中国境内接受学历（学位）继续教育的支出，在学历（学位）教育期间按每月 400 元定额扣除。同一学历（学位）继续教育的扣除期限不能超过 48 个月。

纳税人接受技能人员职业资格继续教育、专业技术人员职业资格继续教育的支出，在取得相关证书的当年，按照 3600 元定额扣除。

个人接受本科及以下学历（学位）继续教育，可以选择由其父母扣除，也可以选择由本人扣除。

大病医疗专项附加扣除：限额 80000 元/年

在一个纳税年度内，纳税人发生的与基本医保相关的医药费用支出，扣除医保报销后个人负担（指医保目录范围内的自付部分）累计超过 15000 元的部分，由纳税人在办理年度汇算清缴时，在 80000 元限额内据实扣除。

纳税人发生的医药费用支出可以选择由本人或者其配偶扣除；未成年子女发生的医药费用支出可以选择由其父母一方扣除。纳税人及其配偶、未成年子女发生的医药费用支出，按规定分别计算扣除额。

住房贷款利息专项附加扣除：1000 元/月

纳税人本人或配偶单独或共同使用商业银行或住房公积金个人住房贷款为本人或其配偶购买中国境内住房，发生的首套住房贷款利息支出，在实际发生贷款利息的年度，按照每月 1000 元标准定额扣除，扣除期限最长不超过 240 个月。

纳税人只能享受一次首套住房贷款的利息扣除。

首套住房贷款是指购买住房享受首套住房贷款利率的住房贷款。

经夫妻双方约定，可以选择由其中一方扣除，具体扣除方式在一个纳税年度内不能变更。

夫妻双方婚前分别购买住房发生的首套住房贷款，其贷款利息支出，婚后可以选择其中一套购买的住房，由购买方按扣除标准的 100%扣除，也可以由夫妻双方对各自购买的住房分别按扣除标准的 50%扣除，具体扣除方式在一个纳税年度内不能变更。

住房租金专项附加扣除：

1500 元/月（承租的住房位于直辖市、省会城市、计划单列市以及国务院确定的其他城市）

1100 元/月（承租的住房位于其他城市的，市辖区户籍人员超过 100 万的）

800 元/月（承租的住房位于其他城市的，市辖区户籍人员不超过 100 万（含）的）

纳税人在主要工作城市没有自有住房而发生的住房租金支出，可以按照以上标准定额扣除。

纳税人的配偶在纳税人的主要工作城市有自有住房的，视同纳税人在主要工作城市有自有住房。

纳税人有任职受雇单位的，主要工作城市为纳税人任职受雇的直辖市、计划单列市、副省级城市、地级市（地区、州、盟）全部行政区域范围。

纳税人无任职受雇单位的，主要工作城市为受理其综合所得汇算清缴的税务机关所在城市。

夫妻双方主要工作城市相同的，只能由一方扣除住房租金支出。

住房租金支出由签订租赁住房合同的承租人扣除。

纳税人及其配偶在一个纳税年度内不能同时分别享受住房贷款利息和住房租金专项附加扣除。

赡养老人专项附加扣除：

2000 元/月 独生子女

每人不超过 1000 元/月 非独生子女，与兄弟姐妹分摊 2000 元/月

纳税人赡养一位及以上被赡养人的赡养支出，统一按照以上标准定额扣除。

纳税人为非独生子女的，可以由赡养人均摊或约定分摊，也可以由被赡养人指定分摊。约定或指定分摊的须签订书面分摊协议，指定分摊优先于约定分摊。具体分摊方式和额度在一个纳税年度内不能变更。

本办法所称被赡养人是指年满 60 岁（含）的父母，以及子女均已去世的年满 60 岁的祖父母、外祖父母。

（以上资料整理自国务院客户端、税务总局新媒体）

3. 继续教育专项附加扣除中，哪些技能和技术资格可以享受扣除？

答：继续教育的内容应当整体与职业技能需求相关联，一些业余爱好类学习不能享受该项扣除。同样，如果是进行职业资格培训但没有获得证书，也不能享受扣除。不过，目前尚未明确具体哪些技能、哪些专业技术资格可以享受抵扣。

4. 继子女（生父母均健在）的教育和继续教育费用，由谁扣除？

答：个人所得税专项附加扣除暂行办法中明确：子女，是指婚生子女、非婚生子女、继子女、养子女。继子女的教育和继续教育费用，可以由监护人及其配偶选择一方扣除。

5. 子女教育扣除支出是否需要留存资料？

答：享受子女教育附加扣除的，纳税人应当填报配偶及子女的姓名、身份证件类型及号码、子女当前受教育阶段及起止时间、子女就读学校以及本人与配偶之间扣除分配比例等信息。在境内就读的，税务机关可以获取教育部门的学籍信息，纳税人不需留存资料备查。子女在境外接受教育的，纳税人应当留存境外学校录取通知书、留学签证等境外教育佐证资料。

6. 硕士研究生、博士研究生教育属于子女教育还是继续教育，由谁扣除？

答：属于全日制学历教育的硕士研究生、博士研究生，由其父母按照子女教育进行扣除；属于非全日制的学历（学位）继续教育，由纳税人本人按照继续教育扣除。

7. 大病医疗支出具体是怎样来进行抵扣的？

答：每年 1 月 1 日至 12 月 31 日，扣除医保报销后，个人负担（医保目录范围内的自付部分）累计超过 15000 元的部分，在每年 80000 元的限额内，据实抵扣。

大病医疗专项扣除是按年来计算的，在年度汇算清缴时办理扣除；跨年医疗中，年前和年后的自付费用不可累计，若年前或年后均不超过 15000 元的，也就都无法享受本项扣除了。

（鉴于大病医疗额度是办理年度汇算清缴时扣除的，个税专项附加扣除要 2019 年 1 月 1 日起施行，因此纳税人实际要到 2020 年才能办理大病医疗专项附加扣除）

纳税人发生的医药费用支出可以选择由本人或者其配偶扣除，未成年子女发生的医药费用支出可以选择由其父母一方扣除。

8. “住房贷款利息专项附加扣除”和“住房租金专项附加扣除”能否同时享受？

答：不能同时享受。如果纳税人在户籍所在地有首套住房贷款，而在工作所在城市产生住房租金，可自己选择其一进行抵扣。

9. 个税住房贷款利息可以专项附加扣除，怎么确定是首套住房贷款？

答：住房贷款利息专项附加扣除办法中所称的首套住房贷款是指购买住房享受首套住房贷款利率的住房贷款。纳税人只能享受一次首套住房贷款的利息扣除。实际操作中，纳税人可咨询所贷款的银行。

10. 首套住房贷款利息专项附加扣除，是从偿还贷款的第一笔起算（旧政策时偿还的贷款）还是从新政策实施开始起算？

答：在实际发生贷款利息的年度。2019 年以前符合规定的住房贷款，2019 年 1 月 1 日后实际发生贷款利息的月份，可予以扣除，直至贷款全部归还或贷款合同终止的当月起截止。扣除期限最长不超过 240 个月。

11. 夫妻婚前购买的首套住房，婚后由丈夫还贷，首套住房利息是否只能由丈夫扣除？妻子是否可以扣除？

答：经夫妻双方约定，可以选择由其中一方扣除，具体扣除方式在一个纳税年度内不能变更。

12. 住房租金专项附加扣除中，享受扣除需要保存哪些资料？

答：纳税人享受住房租金专项附加扣除，需要留存备查资料包括：住房租赁合同或协议等资料。

13. 住房租金要求留存备查的合同，有模板格式要求吗？

答：纳税人享受住房租金专项附加扣除，应当填报主要工作城市、租赁住房坐落地址、出租人姓名及身份证件类型和号码或者出租方单位名称及纳税人识别号（社会统一信用代码）、租赁起止时间等信息。留存备查的住房租赁合同或协议，并无统一的模板要求，纳税人应参照规定，签订真实的租赁合同或协议，完整披露以上信息。

14. 两人合租住房，住房租金支出扣除应如何操作？

答：住房租金支出由签订租赁合同的承租人扣除。因此，合租租房的个人，若都与出租方签署了规范租房合同，可根据租金定额标准各自扣除。

15. 个人的工作城市与实际租赁房地产不一致，是否符合条件扣除住房租赁支出？

答：纳税人在主要工作城市没有自有住房而发生的住房租金支出，可以按照规定标准定额扣除住房租金专项附加扣除。

16. 赡养老人专项附加扣除的起算期和终止日期如何计算？

答：被赡养人满 60 岁当月至赡养义务终止的年末。

17. 非独生子女分摊赡养老人专项附加扣除的，分摊协议是否需要向税务机关报送、是否需要公证？

答：纳税人约定或指定分摊的书面分摊协议等资料留存备查即可。不强制要求公证。

18. 赡养岳父岳母或公婆的费用是否可以享受个人所得税附加扣除？

答：不可以。被赡养人是指年满 60 岁的父母，以及子女均已去世的年满 60 岁的祖父母、外祖父母。

19. 夫妻双方都有权利享受抵扣的项目，由谁来扣除比较合算？

答：看夫妻双方谁适用的税率比较高，高的一方扣除比较合算。

20. 能不能随时改变扣除方式？

答：扣除方式确定后，一个纳税年度内不能变更。

21. 专项附加扣除该如何申报？

答：居民个人的工资、薪金所得个人所得税，日常采取累计预扣法进行预扣预缴，预缴税额与年度应纳税额之间的差额，年度终了后可通过综合所得汇算清缴申报，税款多退少补。纳税人可以按照税务机关推出的个人信息采集电子模板、手机 APP 和 WEB 端软件，方便快捷地向任职受雇的单位填报、提交相关信息，按规定进行预扣预缴，享受政策红利。

22. 个税 APP 系统如何下载？如何进行注册等操作？

答：【下载】苹果手机：进入 APP Store，搜索“个人所得税”，点“获取”进行下载。安卓终端应用：广大纳税人可通过各省电子税务局入口，跳转到自然人办税服务网站后，进行手机 APP 扫码下载；也可在各大手机应用市场下载安装。

【个税 APP 注册】当前，个税 APP 支持以下两种注册模式：（一）人脸识别认证注册模式（此模式只支持中国大陆居民），即通过输入居民身份证号码和姓名，然后与公安系统动态人脸识别，验证通过后再填写账号和手机号码，短信验证通过后完成注册。（二）大厅注册码注册模式，即纳税人到任一办税服务大厅，经办税服务厅人员验证人证一致后，登记个人证件信息并派发注册码。纳税人再选择此模式，输入注册码、证件类型、证件号码和姓名等信息，验证通过后再填写账号和手机号码，短信验证通过后完成注册。

23. 哪些人群需要进行综合所得年度汇算清缴？

答：对于综合收入项只有工资薪金收入的个人来说，每个月预缴的税额，到年底应该没多缴也没少缴，不需要进行年度汇算清缴。一年中取得执业资格继续教育证书或者由于个人、配偶或子女发生大病医疗支出的个人，需要进行年度汇算清缴。从两处或以上取得工资薪金的个人，或者有其他劳务报酬、稿酬或特许权使用费收入的个人，由于合并收入后很可能适用更高的税率，需要补缴税，应该进行年度汇算清缴。

24. 就专项附加扣除的定额扣除费用，申报扣除时是否都要提供发票作为凭证？

答：申报时不必然要提供发票凭证，目前都为“备查”，但纳税人仍应保证申报的真实性，否则将承担相应的法律后果。

25. 纳税人自己如何留档备查？

答：留申报表、备查材料，相关原件或者复印件要存 5 年。

26. 企业是否要留存员工个人所得税专项扣除的资料？

答：纳税人通过填写电子或者纸质《扣除信息表》直接报送扣缴义务人的，扣缴义务人将相关信息导入或者录入扣缴端软件，并在次月办理扣缴申报时提交给主管税务机关。《扣除信息表》应当一式两份，纳税人和扣缴义务人签字（章）后分别留存备查。纳税人办理专项附加扣除的其他有关资料，由纳税人留存备查。

27. 若员工在纳税年度中间离职或入职，原单位和新单位如何申报专项附加扣除？

答：不重复扣，离职不发薪资的当月，原单位停止申报扣除；入职新单位当月员工向新单位提交专项附加扣除相关信息。

28. 如果个人所得税年度预扣预缴税款与年度应纳税额不一致，如何处理？

答：根据国家税务总局公告 2018 年第 62 号第一条第（三）、（四）项，符合“（三）纳税年度内预缴税额低于应纳税额；（四）纳税人申请退税”的情形，纳税人需要办理汇算清缴。纳税人应当在取得所得的次年 3 月 1 日至 6 月 30 日内，向任职、受雇单位所在地主管税务机关办理汇算清缴纳税申报，并报送《个人所得税年度自行纳税申报表》，税款多退少补。

29. 如果扣缴义务人不接受纳税人提交的专项附加扣除资料怎么办？

答：纳税人向扣缴义务人提供专项附加扣除信息的，扣缴义务人应当按照规定予以扣除，不得拒绝。

30. 个人所得税汇算清缴不需要去税务局申报吧？

答：需要办理汇算清缴的纳税人，应当在取得所得的次年 3 月 1 日至 6 月 30 日内，向任职、受雇单位所在地主管税务机关办理纳税申报，并报送《个人所得税年度自行纳税申报表》。

31. 员工提供的信息，企业怎么核实是否真实？

答：纳税人向扣缴义务人提供专项附加扣除信息的，扣缴义务人应当按照规定予以扣除，不得拒绝，也不得擅自更改纳税人提供的相关信息。但扣缴义务人根据其所掌握信息，发现纳税人提供的信息与实际情况不符，可以要求纳税人修改。纳税人拒绝修改的，扣缴义务人应当向主管税务机关报告，税务机关应当及时处理。

32. 外籍个人在中国境内工作超过 183 天，是否要缴纳个人所得税？

答：外籍个人在中国境内工作超过 183 天，属于居民个人，按照税法规定相关规定，缴纳个人所得税。

33. 招聘一个境内员工外派到境外是否可以享受专项附加扣除？招一个境外员工在境外是否可以享受专项附加扣除？

答：境内员工外派到境外工作，为中国税收居民个人的，符合专项附加扣除条件的，可以按规定享受专项附加扣除。境外员工在境外工作，一般属于非居民个人，其取得所得属于来源于中国境外的所得，一般不在境内缴税，不得享受专项附加扣除。

以上问题收集自上海星瀚律师事务所员工及部分星瀚客户、星瀚粉丝，答疑内容部分参考国税总局、上海税务；本文特别鸣谢张蕾女士。后续，星瀚税务将持续跟进相关热点话题并撰文分析，欢迎关注。

（本文首发于 2018 年 12 月 28 日）

万众期待的税改补丁条款终于来了！评析《关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》

杜頊瑶 评析（星瀚运营）

12月27日，又一个重磅政策来了！财政部、国家税务总局发布《关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》，这个万众期待的补丁条款讲了什么，有什么影响？

一、关于全年一次性奖金、中央企业负责人年度绩效薪金延期兑现收入和任期奖励的政策

（一）居民个人取得全年一次性奖金，符合《国家税务总局关于调整个人取得全年一次性奖金等计算征收个人所得税方法问题的通知》（国税发〔2005〕9号）规定的，在2021年12月31日前，不并入当年综合所得，以全年一次性奖金收入除以12个月得到的数额，按照本通知所附按月换算后的综合所得税率表（以下简称月度税率表），确定适用税率和速算扣除数，单独计算纳税。计算公式为：

应纳税额=全年一次性奖金收入×适用税率-速算扣除数

居民个人取得全年一次性奖金，也可以选择并入当年综合所得计算纳税。

自2022年1月1日起，居民个人取得全年一次性奖金，应并入当年综合所得计算缴纳个人所得税。

（二）中央企业负责人取得年度绩效薪金延期兑现收入和任期奖励，符合《国家税务总局关于中央企业负责人年度绩效薪金延期兑现收入和任期奖励征收个人所得税问题的通知》（国税发〔2007〕118号）规定的，在2021年12月31日前，参照本通知第一条第（一）项执行；2022年1月1日之后的政策另行明确。

分析：

根据新规，除国税发〔2005〕9号第二条自2019.1.1起废止外，符合国税发〔2005〕9号其他规定的，在2021.12.31号之前取得的全年一次性奖金，可不并入当年综合所得计税，而是单独计算纳税，纳税人仍可享受个税改革福利。但根据新的所得税率表，出现新的年终奖临界点，如3.6万元，14.4万元，30万元，42万元，66万元，96万元，在这些临界点上增加“一元”，税额增加多达几万元。

二、关于上市公司股权激励的政策

（一）居民个人取得股票期权、股票增值权、限制性股票、股权奖励等股权激励（以下简称股权激励），符合《财政部 国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》（财税〔2005〕35号）、《财政部国家税务总局关于股票增值权所得和限制性股票所得征收个人所得税有关问题的通知》（财税〔2009〕5号）、《财政部 国家税务总局关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》（财税〔2015〕116号）第四条、《财政部国家税务总局关于完善股权激励和技术入股有关所得税政策的通知》（财税〔2016〕101号）第四条第（一）项规定的相关条件的，在2021年12月31日前，不并入当年综合

所得，全额单独适用综合所得税率表，计算纳税。计算公式为：

应纳税额=股权激励收入×适用税率－速算扣除数

（二）居民个人一个纳税年度内取得两次以上（含两次）股权激励的，应合并按本通知第二条第（一）项规定计算纳税。

（三）2022 年 1 月 1 日之后的股权激励政策另行明确。

分析：

居民个人在 2021.12.31 之前，取得的符合规定的股权激励，不并入当年综合所得，全额单独适用综合所得税率表，计算纳税。对于一个纳税年度内取得两次以上（含两次）股权激励的，应合并后，按照应纳税额=股权激励收入×适用税率－速算扣除数的计算公式计算，不再区分首次取得和首次后取得分别计算。

三、关于保险营销员、证券经纪人佣金收入的政策

保险营销员、证券经纪人取得的佣金收入，属于劳务报酬所得，以不含增值税的收入减除 20% 的费用后的余额为收入额，收入额减去展业成本以及附加税费后，并入当年综合所得，计算缴纳个人所得税。保险营销员、证券经纪人展业成本按照收入额的 25% 计算。

扣缴义务人向保险营销员、证券经纪人支付佣金收入时，应按照《个人所得税扣缴申报管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2018 年第 61 号）规定的累计预扣法计算预扣税款。

分析：

《国家税务总局关于证券经纪人佣金收入征收个人所得税问题的公告》（国家税务总局公告 2012 年第 45 号）规定证券经纪人展业成本的比例暂定为每次收入额的 40%，新规定一律调至“25%”，新规宣告了公告的废止，同时，此项所得纳入当年综合所得，按照累计预扣法计算预扣税款，涉及“补税或者退税”的情况，需要年终汇算清缴。

四、关于个人领取企业年金、职业年金的政策

个人达到国家规定的退休年龄，领取的企业年金、职业年金，符合《财政部 人力资源社会保障部 国家税务总局关于企业年金 职业年金个人所得税有关问题的通知》（财税〔2013〕103 号）规定的，不并入综合所得，全额单独计算应纳税款。其中按月领取的，适用月度税率表计算纳税；按季领取的，平均分摊计入各月，按每月领取额适用月度税率表计算纳税；按年领取的，适用综合所得税率表计算纳税。

个人因出境定居而一次性领取的年金个人账户资金，或个人死亡后，其指定的受益人或法定继承人一次性领取的年金个人账户余额，适用综合所得税率表计算纳税。对个人除上述特殊原因外一次性领取年金个人账户资金或余额的，适用月度税率表计算纳税。

分析：

不并入综合所得，按照综合所得税率表计算纳税。

五、关于解除劳动关系、提前退休、内部退养的一次性补偿收入的政策

（一）个人与用人单位解除劳动关系取得一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费），在当地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个

人所得税；超过 3 倍数额的部分，不并入当年综合所得，单独适用综合所得税率表，计算纳税。

（二）个人办理提前退休手续而取得的一次性补贴收入，应按照办理提前退休手续至法定退休年龄之间实际年度数平均分摊，确定适用税率和速算扣除数，单独适用综合所得税率表，计算纳税。计算公式：

应纳税额={[(一次性补贴收入÷办理提前退休手续至法定退休年龄的实际年度数)－费用扣除标准]×适用税率－速算扣除数}×办理提前退休手续至法定退休年龄的实际年度数

（三）个人办理内部退养手续而取得的一次性补贴收入，按照《国家税务总局关于个人所得税有关政策问题的通知》（国税发〔1999〕58 号）规定计算纳税。

分析：

与用人单位解除劳动关系取得一次性补偿收入超过当地上年职工平均工资 3 倍数额的，不并入当年综合所得，按照新的综合所得税率表，计算纳税。同时，《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》（国税发〔1999〕178 号）在 2019.1.1 废止，即计税方法不再参照国税发〔1999〕178 号的规定，但是新规定并没有明确具体的计算公式。

六、关于单位低价向职工售房的政策

单位按低于购置或建造成本价格出售住房给职工，职工因此而少支出的差价部分，符合《财政部 国家税务总局关于单位低价向职工售房有关个人所得税问题的通知》（财税〔2007〕13 号）第二条规定的，不并入当年综合所得，以差价收入除以 12 个月得到的数额，按照月度税率表确定适用税率和速算扣除数，单独计算纳税。计算公式为：

应纳税额=职工实际支付的购房价款低于该房屋的购置或建造成本价格的差额×适用税率－速算扣除数

分析：

不并入当年综合所得，以差价收入除以 12 个月得到的数额，按照月度税率表确定适用税率和速算扣除数，单独计算纳税，不再参照《国家税务总局关于调整个人取得全年一次性奖金等计算征收个人所得税方法问题的通知》（国税发〔2005〕9 号）规定的全年一次性奖金的征税办法，计算征收个人所得税。

七、关于外籍个人有关津补贴的政策

（一）2019 年 1 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日期间，外籍个人符合居民个人条件的，可以选择享受个人所得税专项附加扣除，也可以选择按照《财政部 国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的通知》（财税〔1994〕20 号）、《国家税务总局关于外籍个人取得有关补贴征免个人所得税执行问题的通知》（国税发〔1997〕54 号）和《财政部 国家税务总局关于外籍个人取得港澳地区住房等补贴征免个人所得税的通知》（财税〔2004〕29 号）规定，享受住房补贴、语言训练费、子女教育费等津补贴免税优惠政策，但不得同时享受。外籍个人一经选择，在一个纳税年度内不得变更。

（二）自 2022 年 1 月 1 日起，外籍个人不再享受住房补贴、语言训练费、子女教育费

津补贴免税优惠政策，应按规定享受专项附加扣除。

分析：

外籍个人符合居民个人条件的，可以选择享受个人所得税专项附加扣除，也可以选择按照相关补贴规定享受优惠政策，但不得同时享受。在一个纳税年度内选定方式后，不得变更。

除上述衔接事项外，其他个人所得税优惠政策继续按照原文件规定执行。

附：按月换算后的综合所得税率表

级数	全月应纳税所得额	税率（%）	速算扣除数
1	不超过 3000 元的	3	0
2	超过 3000 元至 12000 元的部分	10	210
3	超过 12000 元至 25000 元的部分	20	1410
4	超过 25000 元至 35000 元的部分	25	2660
5	超过 35000 元至 55000 元的部分	30	4410
6	超过 55000 元至 80000 元的部分	35	7160
7	超过 80000 元的部分	45	15160

（本文首发于 2018 年 12 月 29 日）

如对个人所得税法及相关有任何疑问，可扫描下图二维码添加客服小星为好友进行咨询。



常年税务顾问服务

- 现行税收法律、法规、规章的咨询
- 最新税收政策的分享和释疑
- 企业办税实务问题指导
- 税收自查指导及税务稽查应对指导
- 企业税收风险诊断及风险控制建议
- 企业集团重大决策与交易的涉税指导
- 税收筹划的意见与建议
- 业务相关的税收统筹与安排建议
- 其它涉税筹划相关的咨询服务

涉税鉴证服务

- 企业税务健康检查鉴证
- 企业所得税汇算清缴鉴证
- 企业研发费加计扣除鉴证
- 固定资产加速折旧申请鉴证
- 房地产开发企业完工产品清算鉴证
- 房地产开发项目土地增值税清算鉴证
- 企业资产损失所得税税前扣除鉴证
- 其他

税务综合服务

- 税务稽查应对
- 就公司的涉税争议提供法律咨询，协助处理复议、诉讼
- 兼并重组涉税安排及筹划
- 增值税解决方案
- 海外信托商务与税务咨询
- 企业IPO上市商务与税务咨询
- 股权激励的设计与税务咨询
- 海关涉税协调
- 国际税收相关咨询及其他

财税优惠申请

- 研发费用加计扣除
- 增值税免税及零税率申请
- 香港离岸业务收入免税服务
- 地区总部申请及相关财税扶持政策申请
- 选址建议及财政收入返还申请
- 资源综合利用财税优惠申请
- 安全生产、节能环保、环境保护专用设备财税优惠申请
- 高新技术企业、双软企业、技术先进型服务企业申请
- 其他

税务外包服务

- 财税人员派遣服务
- 个人所得税及外籍个人所得税相关涉税事项管理服务
- 税务合规服务
- 企业新设相关流程申请服务及其他

转让定价服务

- 转让定价咨询及规划
- 同期资料准备
- 避免争议：预约定价安排（APAs）
- 税务沟通与协调：调查抗辩和相互协商程序/相应调整（MAP/CA）

税务培训服务

- 企业所得税汇算清缴业务培训
- 企业重组并购业务税收政策培训
- 个人所得税专题税收政策培训
- 其他涉税培训



如您对本单页所述服务感兴趣，欢迎识别左侧二维码，添加客服“小星”为好友，进行详细咨询。

地址：上海市长宁区1193号长宁来福士广场T3办公楼7层

电话：021 - 5109 6488

邮箱：bd@ricc.com.cn

星瀚业务领域：公司 | 金融 | 财税 | 涉外 | 海商 | 刑事 | 房产 | 行政 | 家事



2019 年 1 月 1 日起，这些新法新规即将影响你的生活

阮霁倩、苏宇吉（公司金融部）

《个人所得税法》改革、《电子商务法》实施，2019 年除了这两部已经高频出现的法律正式生效外，还有四部法律、三部行政法规、一部司法解释、一百余部部门规章以及各地的地方性法规也正式生效。其中：

金融领域方面：《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》正式实施，慈善机构可以将慈善资产开展对外投资活动；

知识产权方面：《关于专利等案件诉讼程序若干问题的决定》、《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》、《专利代理条例》等相继实施，知识产权案件从程序到实体审理都将发生较大改变……

2019 年生效的新规会带来哪些改变？星瀚微法苑对 2019 年生效的新法新规进行了梳理并进行简要解读。

一、个人所得税起征点提高、新增专项附加扣除机制

《个人所得税法》的改革无疑是 2019 年最受关注的热点，此次《个人所得税法》的修订除了调高个税的起征点，对于居民个人的认定标准、个税税率、应纳税所得额、专项附加扣除机制、反避税规则、注销户籍的税款清算等多方面均进行了重大突破。2019 年，对于企业亦或是高净值人群而言，税收筹划已经迫在眉睫。

二、电商经营者市场准入门槛提高

新出台的《电子商务法》的规制范围基本涵盖了通过互联网进行营销活动的所有经营主体，包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者，且明确要求电商经营者需要进行市场主体登记，对于部分可免办牌照的小规模交易主体（个人销售自产农副产品、家庭手工业产品、个人利用自己的技能从事依法无需取得许可的便民劳务活动和零星小额交易活动及其他法律规定不需登记的）也需要通过经营平台进行报备，且各个主体均需要依法纳税，这对于目前并不规范的代购、微商等销售主体的合规要求大大提高。

除以上几点外，《电子商务法》还要求电子商务经营者进行营业信息公示、商品服务信息披露、押金及时退还等，要求电子商务平台履行入驻商家检验登记、信息记录及留存、交易规则公示和修改等义务，且对于快递物流服务者、电子支付服务者也提出了相应的要求。

三、慈善组织可以对外投资

2018 年 11 月 5 日，民政部发布了《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”），自 2019 年 1 月 1 日起施行，《暂行办法》的出台，为慈善组织的投资行为提供了较为清晰和明确的规范和指引，明确慈善组织可以购买资产管理产品、进行股权投资和委托第三方机构进行投资，这对慈善组织的投资范围进行了极大的扩展。

另外，在对慈善组织的投资范围进行划定后，《暂行办法》要求慈善组织的完善内部治理制度、规范投资决策程序和限制决策者关联交易、建立监督程序、追责原则等方面进行了进一步规范。《暂行办法》整体上采用了划定较广投资范围+个别投资活动禁止的模式，体现了对慈善组织开展投资活动的鼓励和倡导，有利于提高慈善组织决策机构的投资管理能力，促进提高慈善组织自身的造血能力。

四、最高院统一审理专利等二审案件

2018年10月26日召开的第十三届全国人大常委会第六次表决通过了最高人民法院提请审议的《关于专利等案件诉讼程序若干问题的决定》，自2019年1月1日起施行。该决定的要点在于建立了国家层面知识产权案件上诉审理机制，由最高人民法院知识产权法庭统一审理专业技术性较强的发明和实用新型专利等民事及行政上诉案件；该上诉审理机制实现知识产权效力判断与侵权判断两大诉讼程序和裁判标准的对接，有利于从机制上解决制约科技创新的裁判尺度不统一等问题，提高知识产权审判质量效率，加大知识产权司法保护力度，切实提升司法公信力。

另外，在知识产权案件的行为保全方面，最高人民法院审判委员会在2018年11月26日讨论通过了《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》，从行为保全的实体、程序等的各个方面均进行了规定。

《专利代理条例》的修订也是2019年知识产权领域的一大重点。本次修订从专利代理执业准入、执业规范和服务监管等方面修改完善了相关制度。

五、完善检察院组织与法院组织的性质和定位

修订后的《人民检察院组织法》明确了人民检察院的性质和任务，完善了人民检察院的组织和职权及组成人员、办案组织，完善了人民检察院行使职权的措施和方式，增加了规定检察长或者检察长委托的副检察长可以列席同级人民法院审判委员会会议，增加了规定人民监督员对人民检察院的办案活动实行监督，进一步巩固了检察院的法律监督机关职能，有望改善人民检察院“重刑轻民”的现状。

新修改的《人民法院组织法》进一步明确了法院的组成人员及各自的职责，明确了“法官实行员额制”；明确了法院的专业委员会是审委会的会议形式之一；并明确海事法院、知识产权法院和金融法院以及最高人民法院巡回法庭的设立；另外就最高人民法院审理案件的范围新增了全国人民代表大会常务委员会的规定提起的上诉、抗诉案件。

六、环境保护法律制度体系的完善

《土壤污染防治法》于2018年8月31日由第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过，是我国首次制定土壤污染防治的专门法律，填补了我国污染防治立法的空白，完善了我国生态环境保护、污染防治的法律制度体系。

这部秉承着让老百姓吃得放心，住得安心的法律，与已出台并实施的《水污染防治法》《大气污染防治法》一道，完善了我国生态环境保护、污染防治体系的法律制度体系。从罚则的制定来看，加大对环境保护主管部门或者依照本法规定行使监督管理权的部门的直接负责的主管人员和其他直接责任人员的处罚力度，丰富了处罚种类，但在法律责任的设计也更

加注重惩处的有效性和人性化。

七、上海首部单用途预付卡地方规定正式实施

全国首部针对单用途卡的地方方法《上海市单用途预付消费卡管理规定》，将于 2019 年 1 月 1 日起施行。单用途预付消费卡（以下称“单用途卡”）是指经营者发行的，仅限于消费者在经营者及其所属集团、同一品牌特许经营体系内，兑付商品或者服务的预付凭证。针对近年来商家关门跑路、预付卡超发滥发等现象，《管理规定》明确提出了三大监管要求：

一，监管部门由单一部门变为多部门协同监管，建立协同监管服务平台归集经营者单用途卡发行、兑付、预收资金等信息，确保发卡信息透明，实施动态智能监管。

二，建立预收资金余额风险警示制度，发卡主体的预收资金余额达到规定的风险警示标准后，应当采取银行专户管理或购买履约保证保险、担保保函等风险防范措施。

三，明确了影响单用途卡兑付情况的处理方式，经营者因停业、歇业或者经营场所迁移等原因影响单用途卡兑付的，应当提前三十日发布告示，消费者有权按照章程或者合同约定要求继续履行或者退回预付款余额。

另外，《规定》也加大了对未按要求进行备案、未接单用途卡章程或协议约定提供退卡服务、终止兑付后未提供免费退卡等行为的经营者行政处罚力度。

八、罢免业委会将有法可依

业主委员会成员拒不履职，能否罢免其资格？小区里违法搭建屡禁不止，如何处罚？小区利用物业共用部分，从事广告、商业推广等活动，获得的公共收益应该归谁所有？这些物业管理中涉及的热点与难点往往与广大群众息息相关。

《上海市住宅物业管理规定》的修订对于物业管理中涉及的难题进行了一定程度的规制，包括：1.进一步明确小区公共收益归属问题；2.完善业主大会及业委会的执行、决策问题；3.明确车位及停车费的问题。

九、其他新生效的法律法规及政策：

序号	名称	位阶	生效时间	发文机关
一、金融投资领域				
1	投资咨询评估管理办法	部门规章	2019 年 01 月 01 日	国家发展和改革委员会
2	对外金融资产负债及交易统计制度	部门规章	2019 年 05 月 01 日	国家外汇管理局
3	会计人员管理办法	部门规章	2019 年 01 月 01 日	财政部
4	互联网金融从业机构反洗钱和反恐怖融资管理办法（试行）	部门规章	2019 年 01 月 01 日	中国人民银行，中国银行保险监督管理委员会，中国证券监督管理委员会

5	上海期货交易所套期保值交易管理办法(修订案)	地方性法规	2019年01月01日	上海期货交易所
二、电子商务领域				
6	关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告	部门规章	2019年01月01日	海关总署
7	完善跨境电子商务零售进口税收政策	部门规章	2019年01月01日	财政部,海关总署,税务总局
8	关于实时获取跨境电子商务平台企业支付相关原始数据有关事宜的公告	部门规章	2019年01月01日	海关总署
三、行政领域				
9	行政区划管理条例	行政法规	2019年01月01日	国务院
10	公安机关办理行政案件程序规定	部门规章	2019年01月01日	公安部
11	机关档案管理规定	部门规章	2019年01月01日	国家档案局
12	更新调整行政许可和行政处罚等信用信息数据归集公示标准	部门规章	2019年01月01日	国家发展和改革委员会,国家市场监督管理总局
13	上海市公证执业活动投诉处理实施办法	地方性法规	2019年01月01日	上海市司法局
四、海商领域				
14	国际航行海船法定检验技术规则(2018年修改通报)	部门规章	2019年01月01日	中华人民共和国海事局
15	外商独资船务公司设立管理办法	部门规章	2019年01月01日	交通运输部,商务部
16	国内航行海船法定检验技术规则(2018年修改通报)	部门规章	2019年01月01日	中华人民共和国海事局
五、环保领域				
17	环境影响评价公众参与办法	部门规章	2019年01月01日	生态环境部
18	建设项目环境风险评价技术导则	部门规章	2019年01月01日	生态环境部

19	畜禽养殖业污染物排放标准	地方性法规	2019 年 01 月 01 日	上海市人民政府
六、其他				
20	儿童福利机构管理办法	部门规章	2019 年 01 月 01 日	民政部
21	快递业务经营许可管理办法	部门规章	2019 年 01 月 01 日	交通运输部
22	上海市社会救助条例	地方法规	2019 年 01 月 01 日	上海市人大

（本文首发于 2018 年 12 月 30 日）

民办幼儿园合规趋势分析——《关于学前教育深化改革规范发展的若干意见》解读

陈欣皓（公司金融部）

2018 年 11 月 15 日,《关于学前教育深化改革规范发展的若干意见》(下称“若干意见”)正式发布,在教育界、资本界均引起滔天巨浪。

若干意见中提出,民办幼儿园一律不准单独或作为一部分资产打包上市。上市公司不得通过股票市场融资投资营利性幼儿园,不得通过发行股份或支付现金等方式购买营利性幼儿园资产。



(美股上市的红黄蓝幼儿园近一月的股价走势)

不仅仅是红黄蓝幼儿园,不论是国内 A 股还是大陆之外的资本市场,只要是与学前教育相关的国内公司,股价纷纷断崖式下跌。有报道称,正是因为资本逐利带来的低质扩张,给民办幼儿园带来了虐童、性侵等种种不良现象,造成了恶劣的社会影响。而这次若干意见的出台,则是政府踩下了民办教育市场化的急刹车。

11 月 28 日,教育部基础教育司司长吕玉刚在教育部的新闻发布会上,详细解读了若干意见的起草背景、主要内容与下一步工作考虑。本文就将结合若干意见的具体内容与吕司长的解读,聚焦民办幼儿园合规的问题。

一、时代的背景：学前教育受到高度重视

在党的十九大报告中,习近平总书记强调要“办好学前教育”,并把实现“幼有所育”作为“七有”重大民生问题之首,做出了重要批示要求要加强学前教育的系统谋划。本次的若干意见,也是建国以来还是第一次以中共中央国务院的名义专门印发关于学前教育的若干意见,可见目前国家层面对于学前教育的空前重视。

然而,正如吕司长在讲话中指出的,学前教育“入园难”的问题得到了一部分的缓解,但学前教育仍是整个教育体系的短板,发展不平衡不充分的问题十分突出,学前教育还存在着

普惠性资源不足，政策保障体系不完善，教师队伍建设滞后，监管体系机制不健全，保教质量有待提高，部分民办园过度逐利等突出问题，“入园难”“入园贵”仍然是困扰老百姓的烦心事之一。

二、现实的困境：民办园的扩张与资本的逐利

暂且不论“红黄蓝”、“金色摇篮”等已充分资本化的民办园，笔者曾就读于上海市闻裕顺幼儿园，在准备本文时，竟发现该幼儿园目前的收费已高达每月一万两千元，惊诧不已。

黄浦区

(点击可看大图)

级别	性质	幼儿园名字	地址	保育费 (元/月)
二级	民办	长颈鹿幼儿园	金陵西路 40 号	2800
二级	民办	民办联合幼儿园	广东路 414 弄 2 支弄 11 号	暂无
二级	民办	小苹果幼儿园	崂山五村 513 号	2800
二级	民办	傅家街幼儿园	傅家街 41 号	1300
二级	民办	明日星幼儿园	河南南路 1001 弄 2 号	暂无
二级	民办	百灵鸟幼儿园	制造局路 495 号	1300
未定	民办	闻裕顺幼儿园	永嘉路 39 弄 10 号	12000
未定	民办	天使花园幼儿园	蒙自路 460 号	6600
未定	民办	徐家汇路幼儿园	蒙自西路 28 弄 4 号	4000
未定	民办	玛诺利娅主题幼儿园	江阴路 57 号	法语部 11000
				英语部 13000
未定	民办	小骑士幼儿园	打浦路 38 弄 5 号	4600

(上海市黄浦区民办幼儿园收费表 来源彩虹育儿公众号)

而被誉为“A 股幼儿园一哥”的威创股份（002308），2018 年 11 月 19 日发布的公告，其于 2015 年开始涉足幼教行业，陆续收购了红缨教育、金色摇篮、可儿教育、鼎奇教育四大核心教育品牌，2018 年 1-9 月，公司幼教业务共实现营业收入 4.21 亿元，占公司营业总收入 51%。其中幼儿园服务性收入占比为 44%，幼儿园商品销售收入占比为 42%，非幼儿园相关收入占比 14%，同比显著提升。

资本的涌入，一方面促进了民办幼儿园的发展，但另一方面，也通过资本特有的方式形成了发展的隐患。据媒体报道，威创股份在收购上述四家幼儿园时，每家都签有对赌协议即业绩承诺，承诺期为三年。

更不要提，为了达到资本设下的严苛的对赌协议，各大连锁幼儿园纷纷放弃了成本较高的直营模式，转而采取在短时间内即可以取得高额利润的加盟模式。而正因为快速的扩张，人员、业务的管理却无法跟上，才产生了虐童、性侵等众多违法犯罪行为。

作为终身教育起点的学前教育，若再如此“野蛮生长”，必会偏离其教育的本质，造成严重的后果。

三、政策的导向：鼓励发展，回归本质

纵观若干意见，从头至尾，都是对于学前教育的鼓励和支持。而到了民办园的部分，则是鼓励和监管并举。鼓励民办幼儿园，特别是民办普惠性幼儿园的发展，但要求民办幼儿园回归到教育的本质上来，遏制民办园的过度逐利行为。具体来说，我们认为对于若干意见中的内容，主要可分为以下重点：

建立合格的财务制度，并每年向主管部门提交经审计的财务报告；

社会资本不得通过任何方式（包括“VIE”模式、协议控制模式等间接方式）控制公办幼儿园及非营利性幼儿园；

律师解读：保持公办幼儿园及非营利幼儿园的公益、普惠属性，组织社会资本动摇教育的公益属性。

社会资本以各种形式参与民办营利性幼儿园运营的，应向教育部门备案签署的投资协议等文件，并向社会公布；

加盟、连锁经营的民办营利性幼儿园，原则上应当为省级示范园；

律师解读：禁止幼儿园的盲目、低质扩张，真正发挥示范园的引领、指导作用。

民办幼儿园举办者、实际控制人变更应合规进行，明确责任承担者；

民办园一律不准单独或作为一部分资产打包上市；

律师解读：不区分营利性或非营利性民办幼儿园，而是较为罕见的使用了“一律”的字样禁止一切民办幼儿园上市，显示了监管部门阻止民办幼儿园过度逐利的决心。

上市公司不得通过股票市场融资投资营利性幼儿园，不得通过发行股份或支付现金等方式购买营利性幼儿园资产。

律师解读：营利性民办幼儿园的性质决定其必须自负盈亏，而教育行业又天然的要求教育机构必须具有高度的稳定性和持续性，否则将对受教育者的权益造成巨大的影响。监管机构此举，也是从审慎性的角度出发，禁止风险较大的资金盲目涌入营利性幼儿园市场，防止因资产的不稳定性导致的运营风险。

在 11 月 28 日的会议上，吕司长也再次强调，要促进学前教育回归教育本位，回归育人本位。并且，教育部门将对过度逐利行为展开专项治理，联合金融监管部门完善有关制度和措施。

四、发展的趋势：坚持普惠，确保安全

若干意见的出台，仅仅是个开始。《学前教育法》的立法工作已被提上人大的立法日程，相信也将在不久之后正式公布。

学前教育虽非义务教育，但仍应当坚持教育普惠、公益的本质。上海目前已形成了“1+2”文件的顶层设计，并以队伍建设为关键支撑，出台托育机构从业人员与幼儿园师资队伍建设规划；以市、区两级托幼工作联席会议制度为机制保障，建立了市、区、街镇三级联动的综合监管机制。

下一步，上海的教育部门也将在加大政府引导、助力家庭养育、增强多元参与、严格规范监管等方面进一步建立长效机制，促进民办幼儿园等学前教育机构的良性、健康发展。

（本文首发于 2018 年 12 月 3 日）

从苹果诉中禁令到新司法解释，解读知识产权行为保全

陈欣皓（公司金融部）

近日，福建省福州市中级人民法院就高通公司诉苹果公司等侵害发明专利权纠纷一案，作出了禁止苹果公司进口、销售、许诺销售部分苹果手机的诉中行为保全裁定，引起了全社会的关注，笔者也查阅到了该裁定的原文。

根据该裁定书，申请人高通公司申请诉中行为保全的法律依据是《民事诉讼法》第一百条，《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第三条、第四条的相关规定。

而法院在审理的过程中，审查了如下重点内容：

申请人高通公司系涉案专利权利人，且该专利已经过专利无效宣告程序，被决定维持专利权全部有效；

申请人通过公证程序，证明被申请人确存在侵权行为；

**申请人通过鉴定程序，初步证明部分苹果手机的技术特征与涉案专利的技术特征相同；
中国银行福建省分行为高通公司该行为保全申请提供人民币 3 亿元的担保。**

无独有偶，昨日，最高人民法院召开新闻发布会，公布了《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》（“《行为保全规定》”），并将于 2019 年 1 月 1 日起施行。

根据介绍，《行为保全规定》自 2013 年年初即立项，酝酿至今，已将近五年，不可谓不慎重。《行为保全规定》共二十一条，从程序性规定、实体性规定等四个方面细化了泛知识产权领域的行为保全规则。对于《行为保全规定》的亮点，解读如下。

一、适用范围扩大至知识产权与竞争纠纷全领域

最高人民法院曾于 2001 年 6 月、2002 年 1 月先后颁布了《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》和《最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》（以下统称为“两个诉前停止侵权司法解释”），专门对于侵犯专利权、商标权的行为保全措施进行了规定。

而在本次的《行为保全规定》中，在第一条即明确了：“本规定中的知识产权纠纷是指《民事案件案由规定》中的知识产权与竞争纠纷”。同时，在《行为保全规定》的第六条、第十条、第十六条等条款中均直接涉及到与竞争纠纷相关的内容。

鉴于《反不正当竞争法》在修订后，越来越多的案件选择适用不正当竞争作为案由，本次《行为保全规定》将竞争纠纷纳入适用范围，也符合目前的司法趋势，体现了该规定的前瞻性。

二、明确进行行为保全前，应经过询问被申请人流程

《行为保全规定》第五条规定，采取行为保全措施前应当以询问被申请人为原则，以不询问为例外。此前法律法规与司法解释中，均没有规定采取行为保全措施前必须要经过询问当事人的流程，而是采取了先作出裁定，再在复议中就有关方面进行审查、听取当事人意见的做法。

原先的先保全再审查的方式，是出于迅速和保密的需要，但往往会对被申请人的正常经营秩序造成极大的影响。在实践中，也出现了申请人通过该种程序先保全再审查的程序特点，恶意采取行为保全的方式来获取不正当利益的情况。

本次的《行为保全规定》将询问为原则，以不询问为例外，仅在“情况紧急或者询问可能影响保全措施”等情形下，才无需经过询问被申请人的程序。既兼顾了行为保全时效性、紧迫性的特点，又充分保障被申请人的合法权益不被恶意侵犯。

三、细化了法院裁定行为保全的考量因素

《行为保全规定》第六条界定了民事诉讼法第一百条、第一百零一条所规定的“情况紧急”的几种情形，同时，亦限定了“情况紧急”的前提应当满足“不立即采取保全措施即足以损害申请人利益”。

《行为保全规定》第七条规定了法院审查行为保全申请的几大考量因素，并提出应当对于请求保护的知识产权效力是否稳定进行审查。同时，在第八条中紧接着规定了对于知识产权效力是否稳定的评判标准。而对于无需实质性审查的实用新型或者外观设计专利，则在第九条中规定了应当提供专利行政部门作出的检索报告、专利权评价报告或者专利复审委员会维持该专利权有效的决定。

《行为保全规定》第十条则规定了“难以弥补的损失”的集中情形，包括了被申请人的行为将会侵害申请人享有的商誉或者发表权、隐私权等人身性质的权利且造成无法挽回的损害等情形。

四、明确了申请行为保全有错误适用客观归责原则

两个诉前停止侵权司法解释并未对保全错误的适用原则进行规定。而在本次的《行为保全规定》中，则在第十六条明确规定了适用客观归责原则。

在本次《行为保全规定》的新闻发布会上，最高人民法院相关负责人介绍，采取客观归责原则，一部分是借鉴了 TRIPS 协议及域外的司法经验，另一方面，最高人民法院认为，行为保全与财产保全的性质有根本区别。与财产保全仅仅是履行生效裁判的保障不同，行为保全实质上是生效裁判的提前强制执行，是申请人权利的提前救济。因此，在进行行为保全时，更应当审慎处理，对于保全错误，也应当采取客观归责原则。

从最高人民法院拟集中审理专利权、计算机软件著作权等类型的案件二审审理，到本次的《行为保全规定》，可以明显感受到国家对于泛知识产权领域的重视，知识产权及不正当

领域的审判环境日益完善。

结合《行为保全规定》的内容再来看福州中院作出的针对苹果公司的诉中行为保全，无论是对于涉案专利的稳定性审查，还是对于行为保全的必要性的评判标准，甚至小到该行为保全的诉讼费收费标准，都与该司法解释的内容无缝衔接，可以说，该行为保全就是对该司法解释的一次实践。相信在明年《行为保全规定》正式实施后，将对依法保护权利人，打击知识产权侵权行为，维护市场竞争秩序起到更大的作用。

（本文首发于 2018 年 12 月 14 日）

中基协最新口径告诉你，2019 年管理人登记应该这样操作

阮霁倩、沈捷（公司金融部）

2018 年 12 月 7 日，中国证券投资基金业协会（以下简称“中基协”）发布了更新版的《私募基金管理人登记须知》（以下简称“新《登记须知》”），对管理人登记提出了一系列更加细化的要求。恰逢新规出台已近年末，认真研读新规的过程中我们也可以一窥 2019 年中基协的审核口径。为便于管理人办理登记时比照新规进行整改，我们结合新版的《登记须知》以及我们正在办理的管理人登记实操经验，为各位正在登记或者有意向办理登记的私募基金管理人进行了归纳和整理。

一、2019 年中基协审核关键词——强化内控+专业胜任

1. 强化对管理人的内控要求

中基协长期以来一直颇为关注申请机构的内控要求，也往往通过反馈意见的形式要求申请机构结合人员配置、人员履历以及相关制度的情况，对如何正确、有效开展内控进行说明，已经呈现出一种常态化的反馈趋势。而新《登记须知》中，中基协更是将内控要求列为第一条，可见中基协对申请机构内控的重视。

2. 关注工作人员的专业胜任能力

和此前中基协较为关注内控制度是否完善，人员人数是否匹配相应的制度不同的是，中基协目前越来越关注管理人内部工作人员的专业胜任能力，包括要求提供完整的履历、参与过的同类项目、过往的业绩证明等等。因此管理人在招聘员工时就需要提前对相关项目经验、业绩证明等材料进行把控，而不是仅要求员工具有基金从业资格。

二、2019 年中基协审核关键词——资本充足+股权清晰

1. 严把管理人的出资能力

在今年我们就能够明显感受到中基协对于管理人注册资本这块的审核标准一再加码。实收资本占注册资本的 25% 已经不再是中基协唯一的审核口径。是否具备剩余认缴资本的出资能力、出资来源是否合法合规等都成了目前管理人登记的一道“隐形”门槛。另外中基协也明确要求出资人应当以货币资产出资，对于虚假出资、抽逃出资的行为也进行了喊停。

2. 严禁股权代持、股权架构混乱

另外此次新版《登记须知》中明确禁止申请机构存在股权代持的情形，还对申请机构的股权架构提出了要求，要求不能出现层级过多、循环出资、交叉持股情形。这一点值得尚未办理工商登记注册的潜在申请机构关注，同时已经在登记过程中的申请机构，也建议尽早进行股权架构的调整。

3. 确管理人股权的稳定性

除了股权清晰之外，中基协还同时对申请机构的股权稳定性提出要求，对提出申请前一年发生股权变更，应当详细说明原因，同时严格限定资产管理产品不得成为申请机构的出资人、实际控制人。

三、2019 年中基协审核关键词——人员适格+人员充沛

1.明确高管兼职情形

在新版《登记须知》中，中基协首次提出了要求申请机构的出资人、从业人员也要承担竞业禁止的义务，不应同时从事与私募业务可能存在利益冲突的活动。

同时对于高管人员的兼职，中基协再次重申了高管不应兼职的原则，若有兼职情形，兼职高管人员数量应不高于申请机构全部高管人员数量的 1/2。

2.规定最少员工人数

申请机构到底需要多少名员工才能符合中基协的要求，长久以来一直有多种口径。在今年私募基金管理人登记实操中，一般而言，申请机构需要具有 5 名以上全职员工才能符合中基协的基本要求，此次中基协明文将 5 名员工固定下来，算是给这个问题下了一个定性。

当然如果是申请证券类私募基金管理人的申请机构，我们建议全职员工适当再增加 1-2 名，以便展现更好地管理能力。

四、2019 年中基协审核关键词——连带责任

1.同一实控人的管理人需承诺承担连带责任

新《登记须知》对金控集团旗下的管理人提出了新的要求，对于与已登记管理人存在关联关系的申请机构，包括应当说明设置多个管理人的目的与合理性、业务方向区分、如何避免同业化竞争等问题。

同时，实际控制人和已经登记的关联管理人需书面承诺，在新申请机构展业中出现违法违规情形时，应当承担相应的合规连带责任和自律处分结果。申请机构的第一大股东及实际控制人应当书面承诺在完成管理人登记后，继续持有申请机构股权或实际控制不少于三年。这也是为了杜绝“囤壳”登记情形。

五、2019 年中基协审核关键词——把控底线

1.严防出现“中止办理”的情形

中止办理是新《登记须知》中新提出的一项在申请过程中的措施，中止办理的情形包括：

- 申请机构名称不突出私募基金管理主业，与知名机构重名或名称相近的，名称带有“集团”、“金控”等存在误导投资者字样的；
- 申请机构办公场所不稳定或者不独立的；
- 申请机构展业计划不具备可行性的；
- 申请机构不符合专业化经营要求，偏离私募基金主业的；
- 申请机构存在大额未清偿负债，或负债超过净资产 50%的；
- 申请机构股权代持或股权结构不清晰的；
- 申请机构实际控制关系不稳定的；
- 申请机构通过架构安排规避关联方或实际控制人要求的；
- 申请机构员工、高管人员挂靠，或者专业胜任能力不足的；
- 申请机构在协会反馈意见后 6 个月内未补充提交登记申请材料的；
- 中国证监会、中国证券投资基金业协会认定的其他情形。

在上述新《登记须知》中提到的 10 项明文列举的情形以及一项兜底规定中，如申请机

构存在两种或以上情形的，将被中基协采取中止办理的措施，给予申请机构 6 个月的整改期间。建议目前尚未提出首次登记申请的管理人，对照上述情形，尽早进行整改，加快登记流程。

2.严防出现“不予登记”的情形

本次新《登记须知》中，仍然列举了六大类不予登记的情形：

- 申请机构违反《中华人民共和国证券投资基金法》、《私募投资基金监督管理暂行办法》关于资金募集相关规定，在申请登记前违规发行私募基金，且存在公开宣传推介、向 非合格投资者募集资金行为的；
- 申请机构提供，或申请机构与律师事务所、会计师事务所及其他第三方中介机构等串谋提供虚假登记信息或材料；提供的登记信息或材料存在误导性陈述、重大遗漏的；
- 申请机构主要出资人、申请机构自身曾经从事过或目前仍兼营民间借贷、民间融资、融资租赁、配资业务、小额理财、小额借贷、P2P/P2B、众筹、保理、担保、房地产开发、交易平台等与私募基金业务相冲突业务的；
- 申请机构被列入国家企业信用信息公示系统严重 违法失信企业名单的；
- 申请机构的高管人员最近三年存在重大失信记录，或最近三年被中国证监会采取市场禁入措施的；
- 中国证监会、中国证券投资基金业协会规定的其他情形。

其中最值得注意的是第三点的主体较原《登记须知》进行了放宽，不再仅是申请机构，还包括申请机构的主要出资人。

对于正在办理的或打算在 2019 年办理私募基金管理人登记业务的申请机构而言，随着新《登记须知》的公布，按照新规进行合规整改已经迫在眉睫。可以预见的是，在 2019 年，私募基金行业的监管将会愈加从严规范，专注于主业发展的管理人将会迎来更大的机遇和发展。

（本文首发于 2018 年 12 月 10 日）

寻求合规和商业价值的平衡

——《个人信息安全规范》解读

王昊宇（公司金融部）

2018年5月1日，由全国信息安全标准化技术委员会组织制订的国家标准 GB/T 35273-2017《信息安全技术 个人信息安全规范》（以下简称“《规范》”）正式实施。

在去年《网络安全法》颁布之后，国家对于企业个人信息运用的监管力度不断加大，而《规范》的实施，又再次将个人信息运用合规的问题摆到了企业面前。究竟《规范》要不要遵守？又该如何遵守？本文将进行逐一解读。

一、企业必须严格按照《规范》要求执行吗？

相较于《规范》的内容，企业更关心的可能是《规范》的效力问题。在《规范》公布之后，对于《规范》的适用范围，在行业内出现了两种截然不同的观点：

《规范》仅是推荐性国家标准，可以不用严格遵守，况且《规范》要求这么严格，很多大企业也未必能完全做到；

就算是推荐性国标，只要是国家出台的文件，就要严格遵守，何况最近关于个人信息安全，监管力度不断加大，更要谨慎应对。

应该说，以上两种观点都有片面之处。

首先，《规范》的确是推荐性标准，但即使是推荐性标准，也可以作为行政机关的执法依据以及法院的裁判依据。

一方面，对于行政机关，《规范》虽然没有直接规定法律责任，但完全可以作为评判企业是否履行了《网络安全法》下个人信息保护义务的依据，如果需要进行处罚，适用《网络安全法》中的罚则即可。

另一方面，在司法裁判过程中，国标也有重要的参考意义。在轰动一时的朱烨诉百度隐私权一案中，二审法院正是参照《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》，认定“百度在对匿名信息进行收集、利用时采取明示告知和默示同意相结合的方式亦不违反国家对信息行业个人信息保护的公共政策导向，未侵犯网络用户的选择权和知情权”。

其次，虽然《规范》对个人数据的收集、存储、使用都提出了明确具体甚至是比较严格的要求，但是如果深入解读，《规范》对企业的合规整改还是留下了不少空间。

例如，《规范》要求，企业收集信息需要取得用户的明示同意（收集一般信息，《规范》允许“授权同意”，详见第二部分解读），但是《规范》也规定了不需要取得用户同意的例外情形，如“根据个人信息主体要求签订和履行合同所必需的；用于维护所提供的产品或服务的安全稳定运行所必需的，例如发现、处置产品或服务的故障”，其实仔细分析，这些例外情形中所包含的个人信息是比较宽泛的，也就给企业的合规整改留下了一定余地。

综上，对于《规范》要不要严格遵守的问题，我们结论是：首先肯定不能将《规范》扔在一边，置之不理，应当结合《规范》的要求，对现有的业务模式进行梳理，但是在具体整

改过程中，要通过对《规范》的深入解读，结合企业实际需要，进行调整，在合规和商业价值中找到一个平衡点。

二、《规范》重点内容解读

此次《规范》主要有两方面的亮点，一是在《网络安全法》和“两高司法解释”的基础上，明确了个人信息处理活动中各项术语的定义，例如“个人信息控制者、收集、明示同意、用户画像、个人信息安全影响评估、删除、去标识化”等。

二是对个人信息收集、保存、使用、转让和披露、通用安全各个环节，提出了非常明确具体的要求，各环节中的重点要求如下：

阶段	《规范》重点要求
收集阶段	最小化收集原则 用户同意
保存阶段	最短时间保存 去标识化处理
使用阶段	制定内部管理措施（审批流程、访问权限等） 限制使用范围（明确告知用户用途） 保证用户访问、更正、删除个人信息的权利
委托处理	不得超授权范围进行委托
共享、转让	原则上不允许，如需，应取得用户(明示)同意
公开披露	原则上不允许，如需，应开展安全评估，并取得用户明示同意

（一）收集阶段

1.收集信息的最小化要求

5.2 收集个人信息的最小化要求

对个人信息控制者的要求包括：

- a) 收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能有直接关联。直接关联是指没有该信息的参与，产品或服务的功能无法实现；
- b) 自动采集个人信息的频率应是实现产品或服务的业务功能所必需的最低频率；
- c) 间接获取个人信息的数量应是实现产品或服务的业务功能所必需的最少数量。

星瀚解读：这是整个《规范》杀伤力最大的条款之一，过往企业收集个人信息过程中，最大的问题就是在于“打包授权”，即不管服务内容是什么，都要求用户授权企业获取全部信息。《规范》则明确，收集的个人信息应当与产品或服务的业务功能，有直接关联，并且对“直接关联”进行了定义。究竟要收集哪些信息，恐怕企业要费一番脑筋。

2.收集信息的同意要求

5.3 收集个人信息时的授权同意

对个人信息控制者的要求包括：

- a) 收集个人信息前，应向个人信息主体明确告知所提供产品或服务不同业务功能分别收集的个人信息类型，以及收集、使用个人信息的规则（例如收集和使用个人信息的目的、收集方式和频率、存放地域、存储期限、自身的数据安全能力、对外共享、转让、公开披露的有关情况等），并获得个人信息主体的授权同意；

星瀚解读：这也是杀伤力比较大条款之一，《规范》根据收集信息的不同类型和方式，对用户同意的程度做出了不同要求：

直接收集的一般信息，《规范》要求在收集前，明确告知用户收集信息的类型、收集的目的、使用方式等信息，并且取得信息主体的授权同意（值得注意的是，相较于此前的建议稿，正式发布的《规范》，将同意的标准从“明示同意”调整为了“授权同意”，这其实给企业放宽了一定尺度）；

间接收集的信息，并且超过原先信息主体授权范围的，需要取得个人信息主体的明示同意；

收集个人敏感信息，需要取得信息主体的明示同意；

（二）保存阶段

6.1 个人信息保存时间最小化

对个人信息控制者的要求包括：

- a) 个人信息保存期限应为实现目的所必需的最短时间；
- b) 超出上述个人信息保存期限后，应对个人信息进行删除或匿名化处理。

6.2 去标识化处理

收集个人信息后，个人信息控制者宜立即进行去标识化处理，并采取技术和管理方面的措施，将去标识化后的数据与可用于恢复识别个人的信息分开存储，并确保在后续的个人信处理中不重新识别个人。

星瀚解读：在信息的保存阶段，《规范》主要提出了保存时间“最小化”（超出最短保存时间后，应当进行删除或者匿名化处理）以及“去标识化”处理的要求（“去标识化”是指通过对个人信息的技术处理，使其在不借助额外信息的情况下，无法识别个人信息主体的过程）。

对于去标识化，《规范》同样根据信息不同类型，提出了不同要求：

一般个人信息：宜进行去标识化处理（也就是说并不强制）

个人敏感信息：应采用加密等安全措施

个人生物识别信息：应采用技术措施处理后再进行存储

（三）使用阶段

在信息的使用阶段，《规范》主要提出了以下几个方面的要求：

制定内部管理措施：通过审批流程、设置访问权限等措施，防止个人信息在内部流转过程中发生泄露，例如“对于内部数据操作人员，应按照最小授权的原则，使其只能访问职责所需的最少够用的个人信息”；

限制使用范围：首先，对于个人信息的用途，要明确告知信息主体，使用不能超过告知范围（比如，企业使用个人信息是为了对用户区分定价，制定不同销售策略，应该明确告知用户）；

其次，“使用个人信息时应消除明确身份指向性，避免精确定位到特定个人。例如，为准确评价个人信用状况，可使用直接用户画像，而用于推送商业广告目的时，则宜使用间接用户画像”（“间接用户画像”是指使用来源于特定自然人以外的个人信息，如其所在群体数据形成该征模型于特定自然人以外的个人信息，形成该自然人的特征模型”）

另外，《规范》要求，对于加工过的信息，如果符合个人信息的定义范围，仍然需要遵守个人信息收集、保存、使用的各项规定；

保证信息主体的权利：企业应当保证信息主体对其个人信息的访问、更正、删除、撤回同意以及注销账户的权利，尤其是企业应当告知信息主体行使前述权利的方法和路径；

（四）个人信息的委托处理、共享、转让、公开披露

8.2 个人信息共享、转让

个人信息原则上不得共享、转让。个人信息控制者确需共享、转让时，应充分重视风险。共享、转让个人信息，非因收购、兼并、重组原因的，应遵守以下要求：

- a) 事先开展个人信息安全影响评估，并依评估结果采取有效的保护个人信息主体的措施；
- b) 向个人信息主体告知共享、转让个人信息的目的、数据接收方的类型，并事先征得个人信息主体的授权同意。共享、转让经去标识化处理的个人信息，且确保数据接收方无法重新识别个人信息主体的除外；

对于个人信息的委托处理及对外的共享、转让等，《规范》与《网络安全法》的基本要求保持一致，并进行了细化规定：

委托处理：明确企业不得超授权范围做出委托行为，并须对委托行为进行个人信息安全影响评估；

共享、转让：个人信息原则上不得共享、转让。确需共享、转让时应事先征得个人信息主体的同意，涉及敏感信息的，应该征得个人信息主体的明示同意。

公开披露：原则上不得公开披露，确需公开披露时，需事先开展个人信息安全影响评估，并告知个人信息主体公开披露个人信息的目的、类型，并取得明示同意，公开披露个人敏感信息前，应该告知涉及的个人敏感信息的内容，不得公开披露个人生物识别信息。

共同控制信息的情形：对两方主体共同控制个人信息时（如电商平台与平台上的卖家），应当通过合同等形式明确双方各自承担的责任和义务。

三、企业现在要做什么？

对于企业而言，在《规范》生效后，建议立即开展以下工作：

梳理现有信息收集、保存、使用的流程及内部管理制度：首先，建议企业对目前业务过程中涉及到个人信息流转的各个环节，进行梳理，包括各项制度和各类业务文本，发现各环节中存在的问题；

设计合规整改方案：根据《规范》要求，同时结合企业自身业务发展需要，设计一套既合规，也不过分影响业务正常开展的合规整改方案；

整改方案落实：在确定整改方案后，在内部制度、外部文本等各方面落实整改要求，并通过事后的核查，跟踪整改的情况。

（本文首发于 2018 年 5 月 2 日）

系统盘点现行婚姻法律制度下离婚房屋分割的十种情形

高洁（星瀚南京分所）

近年来，离婚率的不断攀升导致离婚诉讼案件数量逐年递增，部分一线城市甚至出现暴涨。其中，财产的分割无疑是离婚诉讼中的“重头戏”，而动辄百万、千万的房产自然首当其冲地成为争议焦点。

房产首付是男方还是女方还是一方父母支付的？贷款是男方还是女方在还？房产登记在男方还是女方名下对分割有无影响？……

鉴于夫妻之间房产归属纷繁复杂，法律规定较散，且司法实践中各地的法院裁判思路亦存在差别。本文将通过对现行相关法律法规的系统梳理，结合上海，北京，天津，江苏，深圳等各地的裁判指导意见，分析归纳了常见的十种“分房”的疑难痛点情形。

情形一、婚前全款出资买房，并在婚前取得了房屋产权，房屋登记在出资人的名下，此时房屋应当认定为个人财产，但房产在婚后增值的部分是否属于夫妻共同财产？若该房屋进行出租，租金收益是否属于夫妻共同财产？

【实践观点】通说认为，该房产在婚后增值的部分，若是因为市场行情而自然增值，就应当属于自然增值，其增值部分应认定为出资方的个人财产。但由于对房屋这类重大生活资料，基本上是由夫妻双方共同进行经营管理，包括维护、修缮，所取得的租金事实上是一种夫妻共同经营后的收入，故一方婚前个人房产在婚姻关系存续期间所得的租金收益一般可以认定为夫妻共同财产加以分割。法院酌定具体分割比例时可以适当考虑夫妻双方对该租金收益的贡献大小。

【法律依据】

《婚姻法司法解释三》第五条规定

《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释（二）若干问题的解答（一）》（沪高法民一[2004]25号）第2条、第4条

《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第13条

《江苏省高级人民法院婚姻家庭案件审理指南（2010年）》第六章第一条第二款

《深圳中院关于婚姻家庭案件纠纷案件的裁判指引》第30条

情形二、结婚前已支付完房屋的所有价款，但是婚后才取得房屋产权证的，房屋登记在出资人名下的，房屋属于一方个人财产还是夫妻共同财产？

【实践观点】仍然认定为夫妻一方的个人财产，另一方无权要求分割。一方在婚前已经通过银行贷款的方式向房地产公司支付了全部购房款，买卖房屋的合同义务已经履行完毕，即在婚前就取得了购房合同中购房者一方的全部债权，婚后获得房产的物权只是财产权利的

自然转化，故离婚分割财产时将按揭房屋认定为一方的个人财产相对比较公平。

【法律依据】

最高人民法院民一庭负责人就婚姻法司法解释（三）答记者问
《离婚纠纷法律精解判例分析与诉讼指引》

情形三、夫妻一方以婚前财产出全资在婚姻关系存续期间购置的房屋，产权登记在出资方名下，其性质应如何认定？该房屋产生的增值收益应如何认定？

【实践观点】夫妻一方以婚前财产出全资在婚姻关系存续期间购置的房屋，产权登记在出资方名下，该房屋为夫妻一方婚前财产在婚后发生的形态上的转化，不影响财产的性质，应认定为夫妻一方的个人财产，但当事人另有约定的除外。

基于该房屋所产生的收益，应根据具体情况作出认定。如果购置该房屋的目的是为了投资，则产生的增值收益应认定为夫妻共同财产。

【法律依据】

《江苏高院关于审理婚姻家庭纠纷最新解答》（征求意见稿，2018年8月）第27条

【典型案例】（2012）二中民终字第05230号，载《中国法院2014年度案例—婚姻家庭与继承纠纷》

情形四、婚前一方出资购买房屋且付清全部房款，房屋登记在双方名下，离婚时未出资一方能否就该房屋主张分割？

【实践观点】如双方未对该房产作出特别约定，该房产可认为夫妻共同所有，但在离婚分割该房产时，出资一方可以适当多分。

【法律依据】

《上海市高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》（沪高法民一[2007]5号）第13条

《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引》第26条

情形五、一方婚前支付首款，产权登记在首付方名下的房产，婚后夫妻双方共同还贷，离婚时如何分割？

【实践观点】双方先协议处理，协议不成，司法实践中倾向于将该不动产产权归属于登记一方，还没有归还的贷款为产权登记一方的个人债务。由产权登记方对另一方进行补偿。但该分割方法不是绝对的，不能据此完全排除在特殊情况下，将此类房屋判归非产权登记一方所有并由其偿还剩余贷款的可能。

在明确案涉房屋购买时的价款、实际支付的首付款、按揭贷款数额及利息数额、以夫妻共同财产还贷的数额、房屋现值等数据的基础上，补偿数额可按以下公式计算：用婚后共同还贷款÷房屋总价款（购房时的房价款+应还贷款利息总额）×房屋现值（请求分割时房屋的市场价值）÷2，即得出另一方补偿的数额。该房屋判归婚前购房者所有，剩余的贷款由其全

部偿还。若在个案中计算所得补偿数额明显低于婚后还贷本息总额的一半时，应依照《婚姻法》第三十九条第一款规定的原则，判令取得产权的一方给予另一方合理的补偿。

【法律依据】

最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(三) 第十条

《最高人民法院关于婚姻法司法解释（三）理解与适用》

《江苏高院关于审理婚姻家庭纠纷最新解答》（征求意见稿，2018年8月）第29条

情形六、一方用婚前财产支付首付款，产权登记在了双方名下，婚后共同还贷，离婚时如何分割？

【实践观点】如果当事人之间没有特别约定，应当视为夫妻共同财产。首付款应当是由夫妻二人共同支付，而实际却是由一方支付的，对于该方多支付的部分，在离婚处理不动产时，应当将一半首付款作为另一方的债务处理。

【法律依据】《天津市高级人民法院关于审理离婚案件中不动产归属及分割疑难问题的调研》第二条第二款

情形七、婚前夫妻一方支付首付款，但房屋产权登记在另一方名下，并以另一方名义办理贷款，后双方未结婚或者结婚后又离婚，房屋该如何分割？

【实践观点】双方是出于结婚为目的而购买房屋的，且双方都对购买房屋有所贡献，因此

房屋应当认定为共同财产。但鉴于房屋买卖合同的履行、贷款能力的审查以及物权的登记确认都是以另一方名义进行，在其通过银行贷款的方式向房地产公司支付购房款、履行买卖合同义务的情形看，通常应当认定为房屋的产权归属于所有权证记载的当事人。

如果购买房屋后双方并未办理结婚手续即分手，此时应当根据双方的贡献大小对房产进行分割。如果双方是结婚后又离婚的，根据公平原则，首付款支付一方虽以后续行为表明了对于不动产权属的“让与”，但这种“让与”不是无条件，而是隐含了结婚和对贷款房屋共同居住的目的，对于婚姻关系存续期间共同还贷对应的增值部分，宜按照夫妻共同财产由产权房给予另一方以经济补偿。

【法律依据】

《天津市高级人民法院关于审理离婚案件中不动产归属及分割疑难问题的调研》第二条第二款第二项

《上海高院关于恋爱期间购房处理等婚姻家庭案件若干争议问题指导意见（2016年）》第一条

情形八、一方婚前支付首付款，婚后以夫妻共同财产还贷，但是离婚时尚未取得房屋权属证书的，离婚时如何处理？法院能否直接对该房屋进行确权并分割？

【实践观点】观点一：对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商

不成的，法院不宜直接判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用。待房屋产权证下发后，由争议方另行提起所有权确认之诉再作处理。

观点二：法院可直接认定产权归属于支付首付款一方。对于婚姻关系存续期间双方偿还贷款所对应的及增值部分按共同财产分割，由产权一方给予另一方以经济补偿。

【法律依据】

最高人民法院关于《婚姻法》司法解释(二)第二十一条

《天津市高级人民法院关于审理离婚案件中不动产归属及分割疑难问题的调研》第二条第一款

情形九、婚前双方共同出资购房，房屋产权登记在一方名下，离婚时如何分割？

【实践观点】司法实践中，关于夫妻双方婚前以结婚为目的共同出资购买登记在一方名下的房屋，离婚时法院会结合购房的意图、购房时间、出资情况、房屋的登记状况、婚姻存续期间的长短等因素来综合判定。一般而言，当一方有证据证明双方是以结婚为目的购买的房屋，且有银行转账记录等凭证可证明为购买该房屋进行了出资，尽管购买行为发生于婚前且房屋登记在被告一方名下，仍应认定该房屋为夫妻共同财产。但关于该房屋的分割方式争议颇大，一种观点认为应当按照共同共有处理，一种观点认为应当按照按份共有的原则进行分割。

观点一：认定该房屋为共同共有。如果夫妻双方婚前购房时的出资金额相当，则不考虑购房时的各自出资情况，对房屋的价值平均分割；如果一方婚前购房时出资金额较大，则按照分割房产时房屋的市值扣除双方婚前各自出资的部分，对于婚姻关系存续期间的房屋财产价值由双方平均分割。

观点二：认定该房屋为按份共有。由于双方当事人婚前买房的目的是为了结婚共同生活，并没有明确的借款或者赠与的意思表示，从公平角度考虑，可以认定双方按照各自的出资比例共有该房产。

【法律依据】

《深圳中院关于婚姻家庭案件纠纷案件的裁判指引》第 25 条

《北京市高级人民法院民一庭关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第二十九条

《婚姻家庭纠纷审理热点、难点问答》载《民事法律文件解读》2011 年第 11 辑第 83 页。

情形十、婚姻关系存续期间购买的房屋，产权登记证书上只记载了一方名字，该房屋是否为夫妻共同财产？离婚时如何进行分割？

【实践观点】如果双方没有对房屋进行特别约定，夫妻双方婚后共同出资购买的商品房，无论登记为夫妻双方或一方，均为夫妻共同财产。

如果只有一方主张房屋所有权的，房价的市值一般先由当事人双方估价后达成一致的意见；若不能达成一致的意见，可委托相关评估机构进行评估作价，由评估机构按市场价格对

房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿。委托估价机构或者估价事务所进行房地产估价的估价费，由当事人按照分割房屋价值的比例分担。

如果双方均主张房屋所有权的，在一般情况下，人民法院应当按照照顾子女和女方权益的原则进行处理，将房屋判决给未成年子女随其生活的一方、或者无过错方、或者生活困难的一方，而不是机械地将房屋判给产权登记证书上记载的一方。如当事人双方经济条件相当，也都同意采取竞价方式处理房屋所有权归属的，人民法院可以召集双方当事人，以公开竞价的方式，由出价高的一方取得该房屋所有权。对该房屋价值的分割按照当事人双方协议的办法，由取得房屋所有权的一方给予另一方相应数额的补偿。

如果双方均不主张房屋所有权的，当事人或者人民法院可以委托拍卖机构对该房屋依法进行拍卖，以房屋拍卖所得价款扣除拍卖所需费用后，剩余价值作为夫妻共同财产进行分割。

【法律依据】

《中华人民共和国婚姻法》第三十九条

最高人民法院民一庭涉及婚姻案件处理分析民事审判实务问答第三条

《最高人民法院关于婚姻法司法解释（二）的理解与适用》

（本文首发于 2018 年 12 月 24 日）

小心朋友圈代购变走私！

陈颖（刑事部）

谁的朋友圈没有几个海外代购？谁又不曾在海外帮人代购？

考虑有些物品在国内无法买到，或者相同物品的国内售价明显高于海外售价，在出境旅游的时候采购商品自用、帮亲友“人肉代购”、或是选择当起“临时代购”等都是常有的事情。

但是，“代购”往往与“走私”联系在一起；不少新闻都报道过有人因代购而涉嫌走私犯罪。那么，代购与走私有什么关系？如何才能合法代购？购买代购来的商品有没有风险？……本文将予以全面解析。

一、“友情代购”是否不违法？

相信不少读者心里会想：我自己从国外买东西回来自用、或者纯粹出于友情进行无偿代购，这样的行为不以牟利为目的，是否就毫无风险了？

就此我们要说：未必。

尽管依据《海关行政处罚条例》的相关规定：“自用，指旅客或者收件人本人自用、馈赠亲友而非为出售或者出租”，即馈赠亲友同样可被视为“自用”；但是，在“海关总署公告 2010 年第 54 号”和“海关总署公告 2010 年第 43 号”中规定了携带在境外获取的个人自用进境物品的限值要求。换言之，如果携带入境的物品符合海关总署规定的限值及合理数量要求，可以免收税款；但超过限值或者商品数量明显不合理时，在入境时就要主动向海关申报，按照法律规定缴纳税款。

限值规定可参见以下表格，居民旅客携带入境的商品限值是人民币 5000 元：

主体	行为方式	限值（人民币）	备注
居民旅客	携带进境	5000 元（总额）	1、单一品种限自用、合理数量，烟草、酒精制品及国家规定的 20 种商品另按有关规定办理。
非居民旅客	携带进境	2000 元（总额）	2、海关仅对超出部分的个人自用进境物品征税，对不可分割的单件物品，全额征税。 3、未在境外获取自用物品或已在境外获取自用物品但价值不超过 5000 元，在口岸进境免税店购买免税商品价值或合计价值不超过 8000 元，予以免税验放。
个人	邮寄进境	50 元（税额）	通过跨境电商进行代购另按有关规定处理。

如果居民旅客携带入境的商品超过限值或合理数量但未主动申报,在被海关发现后即使均被认定为自用,此行为也属于走私行为,海关可进行行政处罚,包括没收代购物品、处以罚款等;如果被代购的物品价值较大,就有可能触碰走私犯罪的红线、受到《刑法》的处罚。

因此,代购时不能想当然地以为“不牟利”就是安全的,而是要注意限值,超过限值时主动申报缴税。

二、“有偿代购”是否必然违法?

代购分为有偿代购和无偿代购两种,前述我们讲了无偿代购的情形,在此我们再讲讲有偿代购。

根据《海关行政处罚条例》第 64 条的规定:“物品”是指个人以运输、携带等方式进出境的行李物品、邮寄进出境的物品,包括货币、金银等。而超出自用、合理数量的,则视为“货物”。简言之,当有偿为他人代购时,代购的商品此时应当属于“货物”。《海关法》第 53 条明确规定,准许进出口的货物由海关依法征收关税。

因此,当行为人为有偿代购时,无论数额、数量多少,在入境时均应当向海关如实申报,按照规定缴纳税款。

需要注意的是,对于是否属于自用,海关有自主裁量权,数量明显不合理时,即使代购说是“自用”的,海关也不会采信。

所以,代购本身并不违法,但代购入境时应向海关申报而未申报、应缴税而故意逃税或避税则涉嫌走私。

三、代购何时会变为走私犯罪?

《海关法》第 82 条的规定,如果行为人违反海关法及有关法律、行政法规,逃避海关监管,偷逃应纳税款,运输、携带、邮寄依法应当缴纳税款的物品进出境的,构成走私行为。因此如前文所述,入境时该申报不申报、该缴税未缴税、偷逃税款的,就已经属于走私行为。

但走私行为不一定入罪,尚不构成犯罪的,海关可以没收走私货物、物品及违法所得,可以并处罚款。

那么什么时候会构成走私犯罪呢?

按照《刑法》第 153 条以及最高法、最高检《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第 16 条的规定,当行为人偷逃税额在 10 万元以上的或者一年内因走私被给予两次行政处罚后又走私,此时就构成走私普通货物、物品罪。也就是说,如果代购所代物品价值高,所逃税额超过了 10 万元,或者代购被海关行政处罚的次数多了,一年被处罚超过两次,此时就触犯了刑法,构成走私罪。

四、当代购犯了走私罪,购买人会不会有风险?

值得注意的是,《海关法》第 83 条第 1 款规定,直接向走私人非法收购走私进口的货物、物品的,按走私行为论处。也就是说,当代购走私了,直接购买走私货物、物品的人也是走私,海关同样可以追究其行政责任。

同时根据《刑法》第 155 条规定:“数额较大的,以走私罪论处”。可见向代购购买代购来的商品,数额较大时,也可能构成走私犯罪。

五、小结

实践中，淘宝、微信等社交平台上到处都有代购，无论是代购的人员还是购买代购商品的消费者，往往会有“法不责众”的心态。但一旦被海关查处，金额累计超过一定数额，后果是很严重的。

因此，我们建议：

- 1.购买自用商品或者帮人友情代购时，要注意商品价值不要超过人民币 5000 元的限值；
- 2.代购后准备用于二次销售的，无论数值、数量如何，应向海关申报、缴纳税款；
- 3.如果一年内已经被海关处罚过两次，应当高度重视；
- 4.如果经常找代购买东西，尽量找靠谱的代购；如果你的代购总是在朋友圈吐槽“被税”，就要格外当心了。

总之，要想安心做代购，可不能在违法犯罪的边缘试探哦。

（本文首发于 2018 年 7 月 12 日）

企业广告宣传应规避的四大雷区

郭昕（星瀚运营）

618 过去没多久，想必大家都囤了不少生活用品。某品牌下的 L 款洗发水也因为其折扣力度大，使用效果好，受到了很多市民的青睐。但是，这款洗发水却曾经因为不当的广告宣传，受到过高达 200 多万元的处罚金额（根据 1994 年的《广告法》，虚假宣传者将被处以广告费用一倍以上五倍以下的罚款，而 L 款洗发水当年在上海市淮海中路某商场玻璃外墙刊登的广告费用高达 2785186.46 元）

一个好的广告宣传需要突出产品的亮点与优势，可一旦拿捏不当，又会很容易被冠上“虚假宣传”的大帽子。今天小编为大家翻出几个雷区，希望企业在广告宣传过程中特别予以注意。

雷区一：慎用极限用语

“这个世界上最绝对的事情，就是没有绝对的事情。”

广告宣传中，极限用语在大部分情况下是被禁止的，否则就极有可能构成虚假宣传。《中华人民共和国广告法》（下称《广告法》）第九条规定，广告不得使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语。除了这几个词外，包含有“等级”、“绝对”、“第一”等字眼的词往往均属于极限用语的范畴。

极限用语包括但不限于商品列表页，商品的标题，副标题，主图以及详情页，商品包装等。结合《广告法》第五十七条及第九条的规定，如果企业在广告中使用了被认定为违法的极限用语，将会由工商行政管理部门责令停止发布广告并处以二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，可以吊销营业执照，由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请；对广告经营者、广告发布者，由工商行政管理部门没收广告费用，处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照、吊销广告发布登记证件。这项严苛的规定是不是让很多企业都瑟瑟发抖呢？

但事实上，法律对于极限用语的限制本质上是禁止虚假、夸大、没有依据的绝对化宣传，如果有确凿数据证明，比如某企业宣传自己在本市范围内占地面积最大，员工最多，效益最好，并能提供足够的数据支撑，这种极限用语则不属于禁止之列。

经典案例：2015 年 8 月至 11 月，上海蓝夕投资有限公司利用自设网站宣传“全球最佳暴利投资品种，原油投资”等内容，广告中使用“最佳”用语形容其投资产品，但却又无法提供足够的证据证明自己的品种确实是全球最佳，违反《广告法》第九条第三项的规定，被工商部门依法处罚款 20 万元。

雷区二：警惕夸大效用词语

各行各业的广告宣传中，利用优秀的文案正确宣传功效与利用夸张语言夸大功效往往只是一线之隔，企业也很容易因此而进入雷区。为了吸引顾客，有些企业会愿意冒险一试，对其产品的功效作夸大性的、渲染性的宣传，这种夸大效用的措辞却很有可能会触及到法律的

红线，成为《广告法》所禁止的内容。

经典案例：韩束晒美白（上海韩束化妆品有限公司）于 2015 年 3 月至 4 月，投放电视广告推销其化妆品“晒美白”，广告宣称使用其产品会“越晒越白，越晒越润”。韩束想必是想利用这条文案吸引消费者，但经医学专家证实，皮肤越晒越白的宣传违反目前已掌握的科学常识，而韩束本身亦承认其产品无法使皮肤越晒越白。上海市工商部门认为，该广告构成虚假宣传，根据 1994 年《广告法》，依法罚处韩束电视投放广告费用 55 万元的二倍，共计罚款 110 万元。

雷区三：不可随意宣传医疗作用

《广告法》第十七条规定，除医疗、药品、医疗器械广告外，禁止其他任何广告涉及疾病治疗功能，并不得使用医疗用语或者易使推销的商品与药品、医疗器械相混淆的用语。近年来，药品、保健品广告已经成为广告违法的重灾区，相关案例层出不穷，对于这一项禁止，企业需要产生足够重视，化妆品企业、保健品企业尤其需要注意。

化妆品广告有使用他人名义保证或以暗示方法使人误解效用的内容；保健食品广告出现与药品相混淆的用语，宣传治疗作用，并利用专家、医务人员和消费者的名义作证明均属违法。

经典案例：天津百恩汇生物科技有限公司销售百恩堂牌古方水、汉方液、民方油等化妆品，在天猫商城开设的百恩堂旗舰店网页宣传及随货附带的“患者必读”等文本中，含有“《百恩堂》针对湿疹皮炎专注研究纯中药疗法，经过多年治疗总结出水剂外用治疗表征、中药内调排除毒素、食疗祛湿滋补养生、忌口避免刺激诱因复发四步疗法、彻底根除湿疹皮炎病状，达到内外兼治的目的。对于湿疹皮炎这类顽固病症，彻底突破西医无法治愈的障碍”以及“《百恩堂》中医药机构”等广告用语，含有涉及疾病治疗功能和易使推销的商品与药品相混淆用语等内容，被天津市市场监管部门处罚 15 万元。

雷区四：广告画面的“特效”要适可而止

不少企业为了凸显效果，吸引消费者，都会选择在进行广告宣传时对画面进行一定的修饰，从而达到比较好的视觉效果。常有代言人的回眸一笑中，甩过一头飘逸、柔顺的秀发；饮品广告中清晰可见阳光下闪烁着光芒的气泡水，这些画面往往都经过了合理技术范围内的美化修饰。后期加工本身不违法，但如果企业对画面效果做出过度修饰，就很有可能会构成虚假广告。

经典案例：2014 年，宝洁公司旗下佳洁士牙膏，在“佳洁士炫白组合”的广告中，宣称“只需一天，牙齿就真的白了”。该广告投在上海各大电视台循环播放，总计投入约 402 万，却引起了上海市工商部门的高度重视。执法人员在走访牙医和牙科诊所、要求佳洁士出具《临床试验结论》后调查认为，广告中的这款产品并不能够在一天内达到其所宣称的显著美白的效果，而代言人（小 S）刷牙前后的增亮、增白效果，妥妥是通过电脑修图软件后期处理产生，并不是牙膏的实际使用效果。最后，工商部门结合 1994 年《广告法》一至五倍广告费用的罚款额度、佳洁士三个月的广告发布周期，做出了罚款 603 万元的决定。创下截止当年虚假广告最大罚单记录。

编后语

618、双十一、天猫节.....越来越多的打折季都是商家、企业造势、宣传自家产品的好时机，如何在广告上既能吸引消费者眼球，又不触犯法规，避免罚款，前述的几个雷区希望企业可以重点关注哦~

在面对这些可能受到处罚的雷区时，企业也需要谨记一个前提，法律对于某项宣传行为模式或者宣传用语的禁止，往往是出于其虚假的突出表现形式。因此，“真”最好能体现在各位的广告宣传中！

（本文首发于 2018 年 6 月 28 日）

仅凭转账凭证能否认定双方的借贷关系？

刘灿（公司金融部）

民间借贷多在亲戚、朋友、同学等熟人之间发生，基于对熟人“关系”的信任，出借人往往不会要求借款人出具借（欠）条、签署《借款协议》、提供担保等。至此，借款人给出借人留下的往往是银行转账汇款的一纸凭证。出借人只有转账凭证，应通过何种法律关系要求还款？通过借贷关系？不当得利？侵占？

实务中多数通过认定双方存在借贷关系要求还款。那么，借贷关系应如何认定？仅凭转账凭证能否认定双方间的借贷关系？转账凭证所备注的信息又能否作为认定借贷关系的依据呢？本文对此将予以分析。

一、如何认定民间借贷关系？

根据《合同法》第一百九十七条：“借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。”及第二百一十条：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。”

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“民间借贷规定”）第一条：“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。”及第二条：“出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。”

据此，民间借贷系自然人、法人及其他组织间的资金融通行为，民间借贷合同关系成立并生效的条件即为：当事人之间具有关于借款的合意且所借款项已完成交付。借款合意和款项交付成为认定民间借贷关系的关键所在。

二、仅有转账凭证时，如何认定借贷关系？

根据民间借贷规定第十七条：“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明，被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。”

本条是对仅有银行转账凭证情况下，对原告举证责任的分配，如一方无法作出充分合理的举证，则应承担举证不利的后果。实务中对本条的理解出现两种不同的观点：

一方面，原告只需要借助银行转账凭证，即可主张双方间的借贷关系，而后转由被告对原告主张予以抗辩，被告对原告主张的借贷关系如不能作出有效合理的抗辩即认定借贷关系成立，被告应承担举证不利的后果，履行还款义务。

另一方面，原告仅提供一张转账凭证尚未就其主张的借贷关系完成举证，借款合意，借贷关系的形成过程，借贷资金的来源等与借贷关系成立有关的事实依据都需要举证。原告对其所主张的借贷关系完成充分举证后，方由被告予以抗辩。原告对其所主张的借贷关系如无法充分举证，则借贷关系不成立，应放弃主张或转由其他法律关系另行主张。

目前，前一种观点为多数法院在审理民间借贷纠纷时所采纳。如以下案例（节选）：

案号	裁判文书摘录
(2018)京 02 民终 1755 号	本院认为，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十七条规定：原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。本案中，李雨新提交其于 2015 年 7 月 9 日向马千里转账 30 万元的银行转账凭证，结合当日马千里向昊千公司转账 30 万元，完成马千里认缴昊千公司新增 30 万元注册资本的工商登记等证据，主张李雨新与马千里存在 30 万元民间借贷法律关系。马千里抗辩转账系偿还马千里此前向李雨新出借的 100 万元借款，应由马千里对此承担举证证明责任。马千里虽然主张涉案 30 万元系李雨新偿还 100 万元的利息，但是对于李雨新提出的李雨新偿还 30 万元后，为何仍要按照 100 万元按月偿还利息的质疑不能作出合理解释，故本院综合以上事实，认为马千里对于涉案 30 万元系李雨新偿还此前马千里向李雨新出借的 100 万元借款的抗辩，未尽到其举证证明责任。本院确认李雨新与马千里之间就涉案 30 万元存在民间借贷法律关系。
(2016)最高法民申字第 925 号	本院审查认为，综合再审申请人的再审申请事由，本案核心问题在于童炼与陈岸廷之间是否存在借款合同关系。童炼依据工商银行的电子回单及银行流水主张其与陈岸廷之间发生 475 万元的借款关系，陈岸廷认可收到该笔款项，且双方无其他经济往来。童炼对其与陈岸廷之间存在借款合同关系完成了基本的举证责任。陈岸廷抗辩称讼争款项系其父陈某某所借，且已归还，但未能提供相应证据予以证明。故二审认定童炼与陈岸廷之间存在借款合同关系，且童炼已向陈岸廷实际提供 475 万元的借款有事实依据。

据此，根据上述案例，原告胜诉的基础均建立在对被告主张借贷关系所提交的转账凭证，被告未进行充分有效的抗辩，未对收到的涉诉款项的用途作出合理解释。

尽管如此，当仅有银行转账凭证时，笔者建议仍应慎重以民间借贷为由提起民事诉讼要求还款。民间借贷规定第十七条还规定了被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任，原告仍需要就借贷金额、自身经济能力、资金来源、借贷关系形成的过程、交易方式和交易习惯及证人证言等作进一步详细说明，以证明其所主张的借贷关系。

因此，在我们无法确定“仅存”的转账凭证的真实交易背景时，还应慎重使用民间借贷案由起诉，谨防被认定为进行虚假民事诉讼。

三、转账凭证的备注信息能否作为认定借贷关系的依据？

众所周知，我们在进行大额的银行转账时，会被要求备注转账款项的用途，如备注为投资款、货款、分红款、借款、还款等。备注信息属于汇款方的单方意思表示，存在一定的主观性，这要求我们理清转账汇款的真实用途及转账凭证背后基础法律关系，这关系到案件性

质、主张债权起诉的案由以及法律适用等一系列问题。实务中主张借贷关系的转账凭证备注信息存在如下三种类型：

1.以备注错误的转账凭证主张借贷关系

以备注错误的转账凭证主张借贷关系，首先应阐明备注信息错误的缘由和事实，如转账备注为货款，此系出借人操作失误或随意填写，同时双方无任何贸易往来，亦不存在代其他方支付或收款的情形等；其次原告应对其所主张的借贷关系进行举证，如借款合意的达成，借贷关系成立的经过等；再次，被告对原告的主张抗辩失败。

原告如无法完成对上述主张的合理举证或被告对原告的上述主张进行了合理有效的抗辩，则很难认定双方间的借贷关系，原告无法顺利实现债权。

2.以备注为借款的转账凭证主张借贷关系

转账凭证备注虽说为汇款方单方意思表示，存在一定的主观性，存在备注错误的可能，但收款方收到款项后没有及时纠正款项用途，而是将收到的款项用于自身的交易。这一定程度上可以反应出双方就借款关系达成的合意。此时，原告就借贷关系的成立完成了两个主要的举证即借款合意和款项交付，被告无其他合理抗辩的条件下，较容易主张借贷关系。

3.以无备注信息的转账凭证主张借贷关系

以无备注信息的转账凭证主张借贷关系在实务中有较多的真实案例，如前文所述原告需要对借款合意和款项交付进行举证，然后转由被告进行抗辩，被告对原告主张的借贷关系如不能作出有效合理的抗辩即认定借贷关系成立，被告应承担举证不利的后果，履行还款义务。这也是多数法院审理民间借贷案件作出判决依据。但笔者仍建议在无法理清涉案款项的真实用途和背后的法律关系前应慎重以民间借贷为由提起诉讼。

四、小结

合法的民间借贷受到法律保护，准确把握借贷关系的认定标准是我们以此主张债权的关键；仅凭转账凭证存在认定借贷关系的可能，但取决于被告对此抗辩的有效性、合理性；转账凭证备注信息虽然属于单方意思表示，但准确填写有助于对借贷关系的认定。

此外，作为债权人我们在进行合理的资金出借等民事行为时应注重对证据的固定，尽量对资金出借行为留存足够的书面凭证，如签署《借款协议》，要求债务人提供一定的担保，寻求第三方见证等，以便于对借贷关系的认定，从而以此主张还款，维护自身的合法权益。

（本文首发于 2018 年 7 月 3 日）

从大数据分析看父母出资为已婚子女

购房属于赠与还是借贷

高洁、顾玲毓（星瀚南京分所）

以如今的房价水平而言，父母出资协助子女购房已是非常普遍的现象。父母为已婚子女出资购房的，在子女婚变后容易发生纠纷，幸而司法解释对从父母出资购房认定为夫妻一方财产还是夫妻双方财产已经有了较为明确的规定：

《婚姻法解释（二）》第二十二条：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。”

《婚姻法解释（三）》第七条规定：“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。”

但是，司法实践中还存在一类情形：父母为已婚子女出资购房后，父母与子女产生争议，就争议房屋如何确定所有权，父母出资为已婚子女购房是属于对子女的赠与，还是对子女的借贷，出资行为性质如何认定，争议颇大。

一、司法实践中的不同观点

对上述问题，司法实践中存在两种截然不同的观点：

一种是“赠与说”，认为此种赠与是建立在血缘、姻亲关系上而成立，往往带有很强的身份色彩，出于让自己的子女生活地更好的目的而将自己的部分财产赠与给子女作为对子女买房的资助，是赠与合同关系；

另一种是“借贷说”，认为基于现实的需要，年轻夫妻往往无法负担高额的房价，父母为帮助子女早日住有所，拿出资金为子女买房，应视为临时性的资金借贷，日后需要归还。两种不同观点，在业已形成的生效裁判文书中均有支持者。

本文拟立足江苏省司法实践，就江苏省各级法院对该问题的裁判规则进行梳理，初步探析认定该问题的江苏经验。

二、“赠与说”“借贷说”的典型案例分析

通过无讼案例，以关键词“父母出资”+“赠与”+“借贷”进行检索，并将地区限定在江苏省，共检索到涉及父母出资为子女购置房屋行为的性质认定的裁判文书共 60 篇（检索日期：2018 年 8 月 23 日）。

通过对检索结果的逐篇阅读，将案件事实锁定为“夫妻结婚之后，一方父母出资为其子女购置房屋，且房屋登记在夫妻双方名下”，对 2015 年至 2018 年期间内的案例进行筛选，重点分析江苏地区的类案裁判共计 19 篇，其中 10 篇案例将该出资认定为赠与，9 篇案例将

出资认定为借贷，类案裁判文书中的裁判要点及裁判结果罗列和分析情况如下：

1	赵某与陈某1、陈某2民间借贷纠纷	二审	连云港中院	(2017)苏07民终1857号	赠与行为	当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资原则上应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。本案中赵某提供的证据不足以认定出资时双方之间存在借贷合意。婚后父母出资性质原则上认定为赠与，除非有证据证明父母有其他的意思表示。
2	李某与李某1、徐某民间借贷纠纷	二审	盐城中院	(2016)苏09民终3992号	赠与行为	就于某关于涉案款项为借款之主张，应赋予于某相较于一般民间借贷中之债权人更高证明责任。于某与于某1之间的借款合意并不清晰，借贷关系不能成立。
3	于某与于某1、朱某民间借贷纠纷	二审	苏州中院	(2015)苏中民终字第05723号	赠与行为	婚后父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。本案中赵某提供的证据不足以认定出资时双方之间存在借贷合意。婚后父母出资性质原则上认定为赠与，除非有证据证明父母有其他的意思表示。
4	朱某与朱某1、张某民间借贷纠纷	二审	苏州中院	(2017)苏05民终5966号	赠与行为	当事人提交的存折和借条(借条为事后补写)不足以证明达成借贷合意之初始意思表示，双方借贷关系不成立。
5	陈某、丁某与陈某1、严某民间借贷纠纷	二审	泰州中院	(2017)苏12民终1843号	赠与行为	卢某、朱某出资过程中并未要求卢某1、赵某出具借条，现有证据也不能证实双方有过借贷合意。且卢某1与原告方存在明显的利害关系，故其对该款项系借款的自认不能采信。
6	卢某、朱某与卢某1、赵某民间借贷纠纷	一审	连云港市连云区人民法院	(2016)苏0703民初2882号	赠与行为	两被告结婚后，父母出资给予子女购房，房产登记在子女名下，如无特别说明，应认定为对夫妻双方的赠与。
7	杜某、王某与被告郭某、顾某民间借贷纠纷	一审	常州市钟楼区人民法院	(2015)钟民初字第2131号	赠与行为	没有证据能充分证明该出资款为借款的情况下，根据民间习俗，本案款项一般认定为系一方父母对夫妻双方的资金赠与。
8	张某与张某1、陈某民间借贷纠纷	一审	苏州市吴江区人民法院	(2015)吴江民初字第2332号	赠与行为	虽原告在两被告婚姻存续期间对两被告购房、装修房屋、归还贷款进行了出资，但并无证据反映上述款项系原告出借给两被告的借款。
9	刘某、相某诉被告刘某1、王某民间借贷纠纷	一审	苏州市吴中区人民法院	(2017)苏0506民初1368号	赠与行为	涉案房屋登记在两被告名下，可以认定该房屋是原告对两被告的赠与，应为两被告的夫妻共同财产。被告蔡某1在两被告夫妻关系出现向原告出具了借条，但被告周某未在该份借条上签字予以追认款项为借款，因此不能认定两被告存在共同向原告借款的合意。
10	蔡某与蔡某1、周某民间借贷纠纷	一审	常州市金坛区人民法院	(2015)坛民初字第4086号	赠与行为	在有明确的证据证明出资人是以借贷作为出资本意的情况下，应按照借贷关系确认双方的法律关系。
11	李某与李某1、周某民间借贷纠纷	二审	苏州中院	(2015)苏中民终字第00458号	借贷行为	赠与须当事人双方意思表示一致才能成立，无证据证明陈某有赠与的意思表示。陈某出资的购房款有借条和提款单凭证加以证明，法院予以认可。
12	陈某与陈某1、张某民间借贷纠纷	二审	徐州中院	(2015)徐民终字第3567号	借贷行为	父母出资款并非必然就应定性为赠与性质，杜某在出资之时未有明确表示出资系赠与，而王某亦未提供证据证明，因此不能认定为赠与行为。
13	杜某与王某、武某民间借贷纠纷	二审	徐州中院	(2017)苏03民终7797号	借贷行为	当事人依据金融机构的存款凭条提起民间借贷诉讼，被告抗辩系基于其他基础法律关系的，被告应就其主张提供证据证明。张某称借款实际系赠与，未能提供证据证明，法院不予认可。
14	陈某与陈某1、张某民间借贷纠纷	二审	苏州中院	(2017)苏05民终7704号	借贷行为	关于购房首付款性质，沈某只认其中部分为借款，蒋某1认可全部为借款，证明双方在蒋某支付上述首付款时存在借贷的意思表示。同时，上述款项购买的房屋登记为沈某、蒋某1共同共有而非蒋某1个人所有，故该首付款认定为借款较为适宜。
15	蒋某与蒋某1、沈某民间借贷纠纷	二审	苏州中院	(2017)苏05民终3206号	借贷行为	当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但前提应首先尊重父母子女间对出资行为性质的约定，只有在没有约定或约定不明时，才涉及父母出资行为性质认定为赠与的问题。本案何XX、吴X提供了借条及付款来源，何X对借条及交付凭证均予以认可，应视为双方真实意思表示。
16	何XX、吴X诉何X、汤XX民间借贷纠纷	一审	常州市钟楼区人民法院	(2017)苏0404民初3373号	借贷行为	如果父母出资时并未明确表示赠与，出资款项应认定为临时性资金出借。
17	王某、徐某与陶某民间借贷纠纷	一审	南京市鼓楼区人民法院	(2017)苏0106民初8480号	借贷行为	司法解释的规定是在出资的性质已经确认为赠与的前提下，需要区分赠与的对象一方还是双方，而不能当然将父母出资推定为赠与性质。本案中虽然借条系转账后补写，但该借条系借款的真实意思表示，不影响本案借款事实的存在。
18	马某、张某与马某1、苏某民间借贷纠纷	一审	淮安市淮安区人民法院	(2017)苏0803民初5229号	借贷行为	吴某未能提供证据证明此前曾向王某主张过赠与关系而王某以其行为默示了赠与的意思表示，故认定原、被告之间存在赠与关系的事实依据不足。
19	王某与王某1、吴某民间借贷纠纷	一审	南京市鼓楼区人民法院	(2018)苏0106民初3317号	借贷行为	

经梳理分析，针对该问题法院裁判存在两种不同的观点：

支持赠与行为的法院的主要理由是：根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释（二）》第二十二第二款规定：当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。因此，原则上该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，若父母主张该出资款为借款，应当就借款事实的成立提供证据，如：借款当时出具的借条，银行转账流水记录等，即必须证明资金出借时双方有借款的合意。

支持借贷行为的法院的主要理由是：《婚姻法司法解释二》第二十二第二款的规定是在出资的性质已经确认为赠与的前提下，需要区分赠与的对象一方还是双方，而不能当然将父母出资推定为赠与性质。换言之，父母出资时并未明确表示赠与，出资款项应认定为临时性资金出借。

为更好地说明法院的裁判思路，现就每个观点引用一个典型案例，对典型案例进行解读。

观点一：婚后父母出资为子女购置房屋属于赠与行为

朱某与朱某 1、张某民间借贷纠纷案

【案情简介】朱某与朱某1系父子，朱某1和张某系夫妻。朱某1、张某于2011年10月9日登记结婚。2014年5月7日，朱某以银行转账方式向朱某1汇款15万元，后朱某1与张某将15万用于支付房屋首付款。2016年12月8日，张某向苏州市吴江区人民法院提起离婚诉讼，后于同月26日申请撤回起诉，苏州市吴江区人民法院裁定予以准许。后朱某向人民法院提起诉讼，要求朱某1和张某两人偿还15万元首付款、4万现金的中介费和过户费以及44200元的还贷费用。

【裁判观点】【一审案号：（2017）苏0506民初1444号】苏州市吴中区人民法院认为：借贷关系的成立，应满足当事人之间有借贷合意且款项已实际支付等条件。当事人主张相应法律关系存在的，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任。本案中，原告朱某虽提供了借条、银行转账凭条等证据，但被告张某对借条不予认可并否认双方存在借贷关系。该借条系原告朱某儿子暨被告朱某1所出具，但被告朱某1对该借条出具经过的陈述前后矛盾，结合本案当事人之间关系以及被告朱某1、张某此前存在离婚诉讼之实际情况，在原告朱某未能提供其他证据确认双方存在借贷关系的情况下，原告要求两被告归还借款234200元的主张，本院难以支持。【二审案号：（2017）苏05民终5966号】苏州市中级人民法院认为：本案的民事法律关系发生在父亲朱某与儿子朱某1、儿媳张某之间，基于各方的亲属关系，本案区别于普通的民间借贷案件，对于朱某上诉所主张的借贷合意的审查，更应从资金出借的背景、借条出具的过程、当事人关系情况等多方面审慎分析。首先，朱某与朱某1已确认借条系于2016年10月份后补，因此，该借条不足以证实2014年5月10日朱某与朱某1、张某已就房屋首付款及相关费用达成借贷合意；其次，本案后补借条期间正值朱某1与张某夫妻感情破裂阶段，基于朱某、朱某1系父子关系，两人具有明显的利害关系，在并无切实证据证明双方成立借贷关系。第三，根据《婚姻法解释（二）》第二十二条之规定，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与。再次，朱某1、朱某对于借条出具时间的关键事实，在一、二审期间陈述前后矛盾，故其二人陈述的可信度较低，同时基于保护配偶一方的合法权益，判决驳回上诉，维持原判。

观点二：婚后父母出资为子女购置房屋属于借贷行为

王某与杜某、武某民间借贷纠纷案

【案情简介】杜某、武某系母女，王某、武某系夫妻。武某、王某于2012年3月23日登记结婚。2012年4月，被告王某、武某购买了价款为120万元的房屋。2012年4月5日，杜某通过江苏银行分两次向被告武某账户汇款30万元。同日，武某通过银行本票方式向卖家支付30万元购房款。2016年10月8日，武某、王某通过法院调解离婚。后杜某提起诉讼，要求两人偿还借款30万元及利息。

【裁判观点】【一审案号：（2017）苏0382民初61号】邳州市人民法院认为：《婚姻法解释（三）》第七条第一款的规定适用于夫妻离婚分割共同财产之时，解决的是赠与夫妻一方还是双方的问题，但前提是父母出资款能够被认定为赠与性质。换言之，父母出资款并非必然就应定性为赠与性质。现如今受高房价影响，儿女刚参加工作又面临成家压力，经济条件有限情况下父母出资购房虽为常事，但儿女万不能以为父母出资乃天经地义。因此，在杜某出资之时未有明确表示出资系赠与、王某未提供证据证明的情况下，且基于父母应负养育义务的时限，应予认定该出资款为对儿女的临时性资金出借，目的在于帮助儿女渡过经济困窘期，儿女理应负担偿还义务，如此方能保障父母自身权益，并避免儿女成家而反使父母陷

于经济困窘之境地，此亦为敬老之应有道义。【二审案号：（2017）苏 03 民终 7797 号】徐州市中级人民法院认为：本案中，王某对于杜某通过江苏银行向被上诉人武某账户汇款 30 万元用于王某和武某共同购房的事实不持异议。王某认为该部分款项系被杜某赠与给王某和武某的，双方之间系赠与合同关系，对此，王某应当就赠与合同关系的成立提供证据予以证实。因王某不能提供证据证实赠与合同关系的成立，故对王某的该上诉理由，本院不予采信。

三、江苏地区类案处理的类案裁判规则探析

通过对以上案例的分析，笔者认为对该问题的江苏地区类案裁判规则为：

（一）在没有借款合同、借条、付款凭证等基础证据情况下，法院倾向于认定父母为婚后子女出资购房且登记在子女名下的行为认定为赠与；

（二）在有借款合同、借条、付款凭证等基础证据情况下，部分法院认为该出资原则上应当认定为父母对夫妻双方的赠与，因此将更多举证责任分配给原告即父母方，由原告进一步举证证明是借贷而非赠与，否则承担举证不能的责任；部分法院则认为婚后父母为双方购置房屋的出资并不当然推定为赠与性质，因此将更多举证责任分配给被告即子女方，由被告进一步举证证明是赠与而非借贷，否则承担举证不能的责任。

（本文首发于 2018 年 9 月 3 日）

干货满满的图片著作权大数据报告来了！

金香

俗话说，“有图才有真相”，于是很多企业在“企业微博”、“微信公众号”等平台发布营销文章时，往往借助图片快速传递信息，从而让读者快速获取到信息关键点，提高吸引力。但是随着图片需求量和使用时量的不断增长，因图片“使用”而引起的纠纷却越来越多，近年来甚至掀起一股图片著作权的“维权热”。

前阵子，我们就接到了不少客户的咨询，“金律师，前两天我们公司的微信公众号用了张图，对方说我们侵权了，我们该怎么处理？”，“金律师，对方提出的赔偿额度实在有些高，法院都会支持吗？”

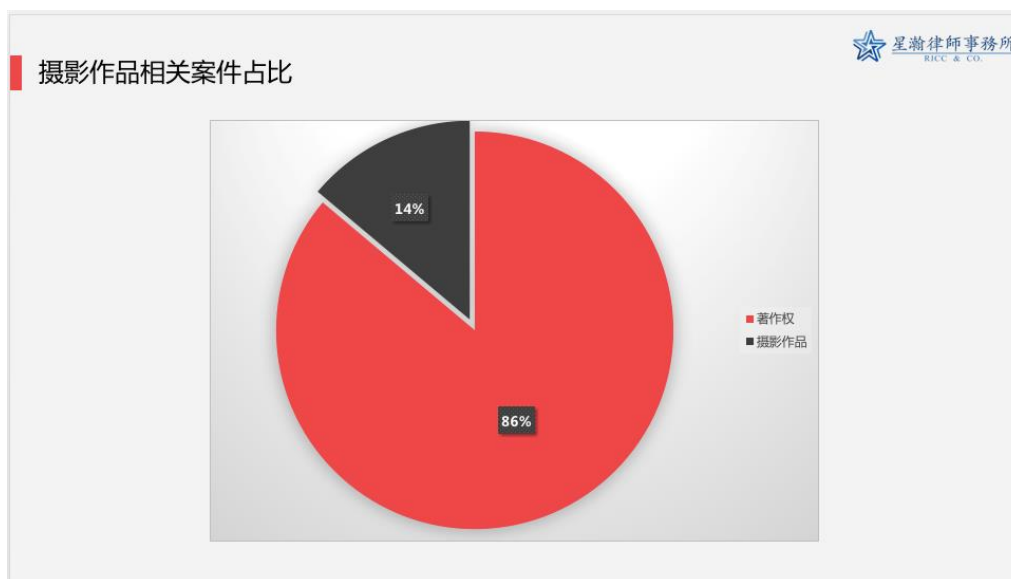
为此，我们经过 2 个月的数据整理、分析，汇编了一份摄影作品“恶意诉讼”的大数据报告，告诉你：

常见的“维权”主体有哪些？都是什么来头？

法院对于原告提出的诉讼请求，尤其是赔偿金部分的认可度如何？

原被告双方的胜诉率分别如何？

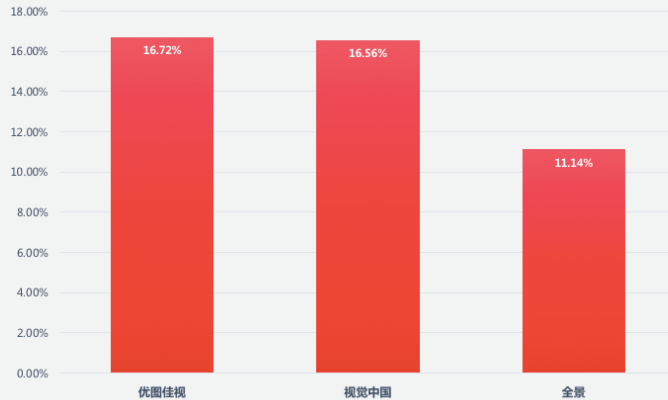
要是被“盯上”了，应该怎么办？



我们提取了 2017 年 1 月 1 日-2017 年 12 月 31 日的全部民事判决书，在 4 万余件著作权民事一审案件中，涉及摄影作品的纠纷案件所占比例为约 14%。

常见“维权”主体

常见原告及案件数量比例



其中，通过初步搜索发现，涉及摄影作品纠纷案件中，视觉中国、优图佳视、全景等国内大型图片数据库为最常见的“维权”主体，前述三主体提起的案件，在整个摄影作品案件中占约 50%。

对此，我们向大家介绍下这三家企业的大致情况：

视觉中国

企业简介：公司成立于 2000 年 6 月，是中国最大的编辑类图片、视频素材视觉服务供应商。

起诉主体：汉华易美（天津）图像技术有限公司（美国 Getty image 中国区授权代表）

优图佳视

企业简介：公司成立于 2007 年 7 月，其主要提供人物、风景等图片素材。

起诉主体：北京优图佳视影像网络科技有限公司

全景

企业简介：公司成立于 2005 年 11 月，其主要提供编辑类图片、视频素材等。

起诉主体：北京全景视觉网络科技股份有限公司

数据采集

无讼案例 无讼名片 无讼法规 (公测)

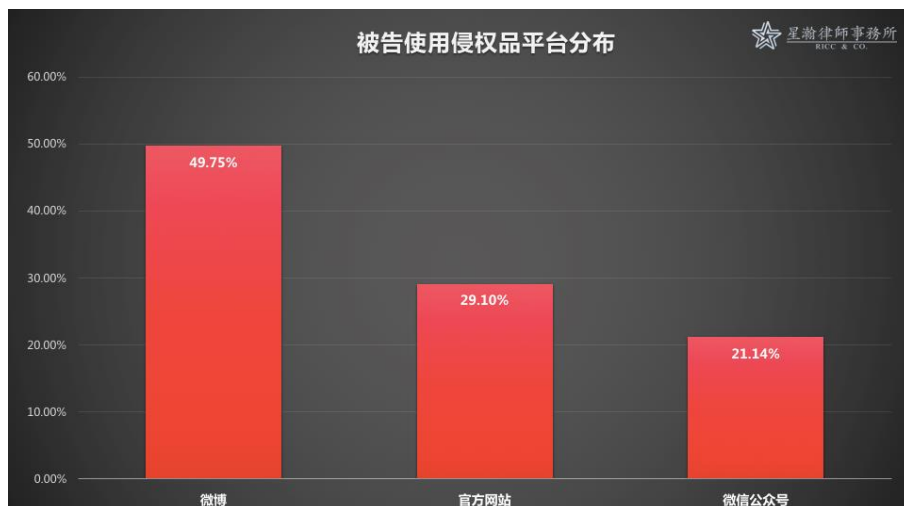
输入“?”定位到当事人、律师、法官、法院、标题、法院观点

开始检索

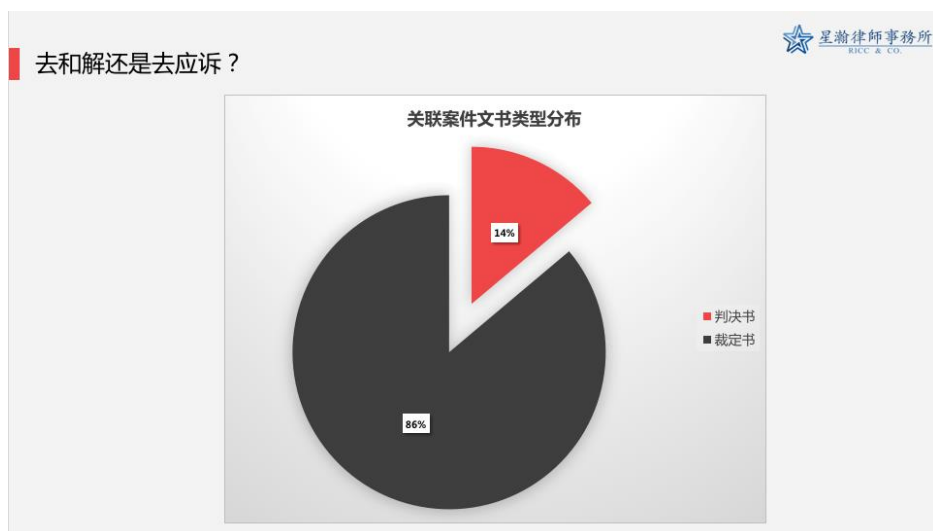
已收录案例 35665865 篇。

基于对前述常见“维权”主体的初步调研，本次数据分析主要对该常见主体进行

- 数据来源：无讼案例
- 采集案例：高级搜索-原告名称、2017年度，并采集民事一审判决书
- 分析样品：在全国范围内检索出的417份关联案件的一审判决书、2528份裁定书
- 采集数据时间：2018年5月7日-2018年5月15日



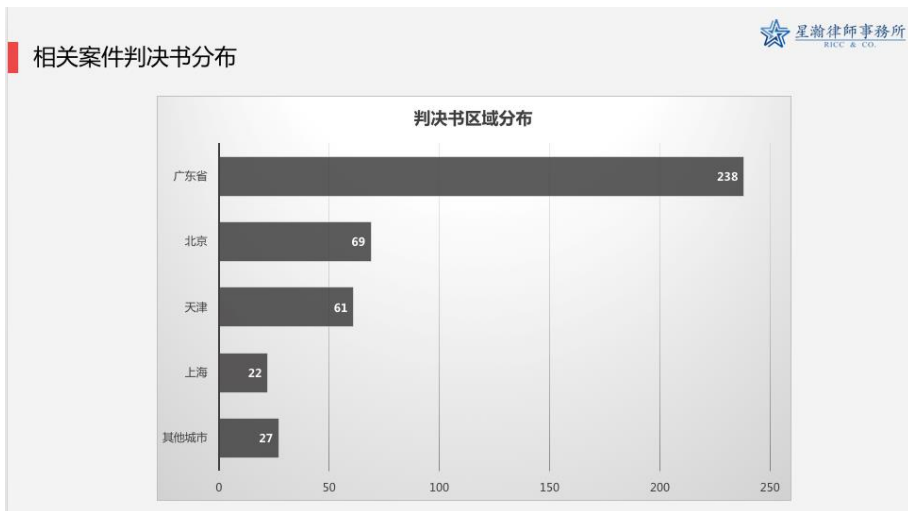
根据数据分析,被告一般在其认证的微信、微博、官方网站等平台使用图片的情形较多。其中,因在微博上使用图片而被诉的案件所占比例为约 50%。



在无讼案例网搜索到共计 2945 个相关案件,其中,判决书的数量为 417 个,裁定书的数量为 2528 个。在裁定书中,除提起管辖权异议的 33 个案件以外,均为“原告以双方和解为由,申请撤诉”的裁定书。

根据此数据可以看出,应对此类案件时,约 86%的被告选择和解,只有约 14%的被告才会选择应诉。

通常,被告选择和解的原因在于,此类案件标的小、应诉成本高、胜诉率渺小、判决赔偿金未必比和解金小等原因。

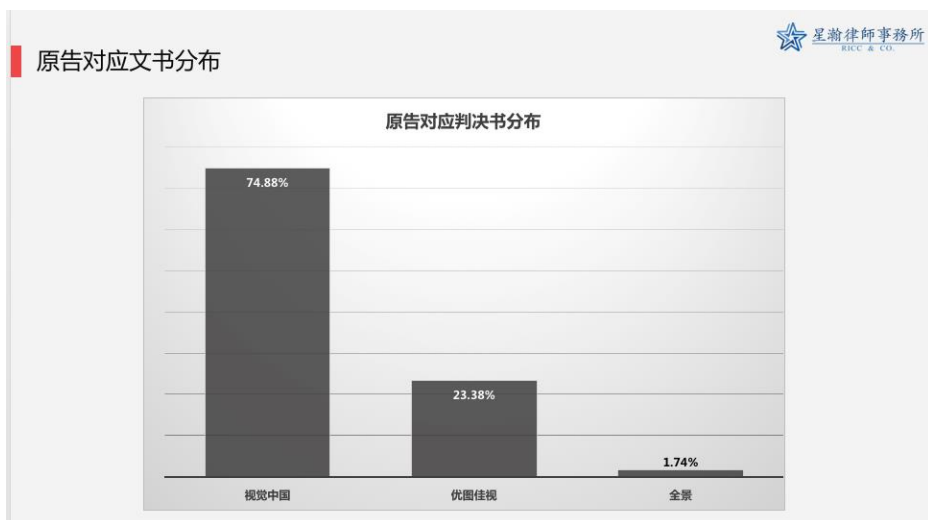


根据本次采集数据分析采集的 417 份判决书，具体的区域分布主要如下图。其中，广东省的判决书为 238 件，远超于其他城市。广东省的判决书相比其他城市多的原因在于：

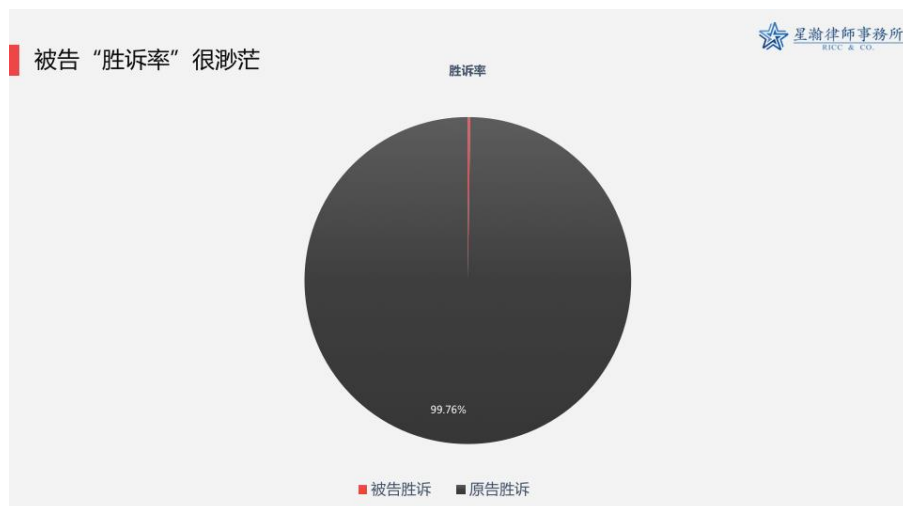
原告起诉同一被告的案例多，如涉及广东葆扬投资管理有限公司的案件为 18 件，涉及广东七乐康药业连锁有限公司的案件为 15 件等；

“维权”类产业较为繁荣；

被诉一方维权积极性较强等。



通过分析对应的判决书，我们发现在相关案件中，视觉中国的案件的判决书占约 75%，相比优图佳视、全景，被诉一方进行诉讼常见原告相对较多。

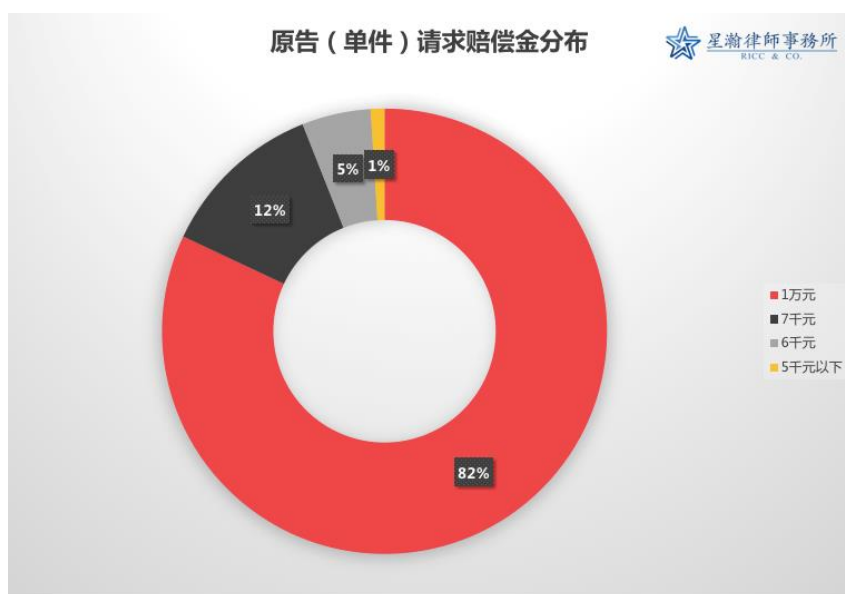


根据采集到的 417 份判决书，原告的胜诉率为 99.96%，被驳回起诉的案件仅为（2016）粤 0307 民初 8141 号案件一件。

该案件的情况比较特殊，原告起诉的主体是某网络平台。本案中，原告视觉中国主张被告经营的网络平台中，名为 A 的网店使用原告摄影作品 1 件，要求被告赔偿损失及合理费用。而被告主张，被告仅作为网络服务提供者，已尽到了事前提醒（与网络用户者签订协议约定不得擅自使用他人的知识产权）以及事后注意义务（在被告得知涉案图片可能涉嫌到侵权已于第一时间将图片予以删除下架）。

法院认为，原告没有证据证明被告在第三人使用涉案作品时有明知或应知的过错，并且经原告确认，被告已将涉案作品删除，故原告主张被告使用了涉案作品，从而构成对原告享有著作权的侵权，要求被告承担相应的法律责任，于法无据，因此，驳回原告的诉讼请求。

金额分析：

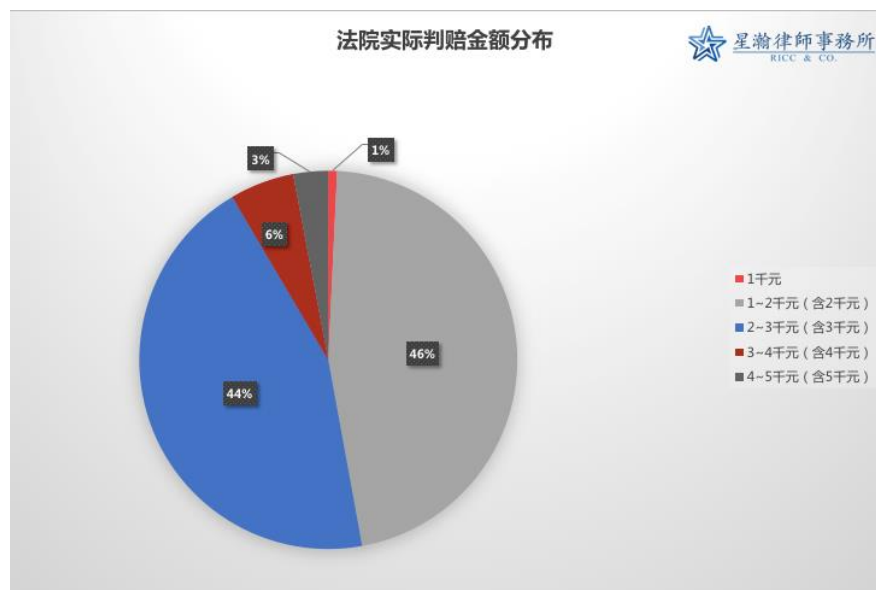


原告针对每一幅图片，平均请求的赔偿金分布主要如上图，其中，请求赔偿金额 1 万元

/件的有 328 件，占比 82%。其次，请求赔偿金额 7 千元/件的有 48 件，占比 12%。平均请求赔偿金额为 7736.36 元/件。

而根据原告图片出售价，视觉中国、忧图佳视的图片售价为 2000 元~8000 元/件，全景视觉的图片售价为 25 元~190 元/件。（来源：官网价格公示）

相比出售价，赔偿金额的请求对于视觉中国、忧图佳视来说是正常售价的 3~5 倍，而对全景来说是正常售价的几十倍。



进一步统计法院判赔金，417 个案件中，判决驳回原告起诉的案例为 1 个，除此之外，因绝大多数案件中，原告无法对合理金额部分提供凭证，故法院一般将赔偿金额及合理损失一并进行判决。

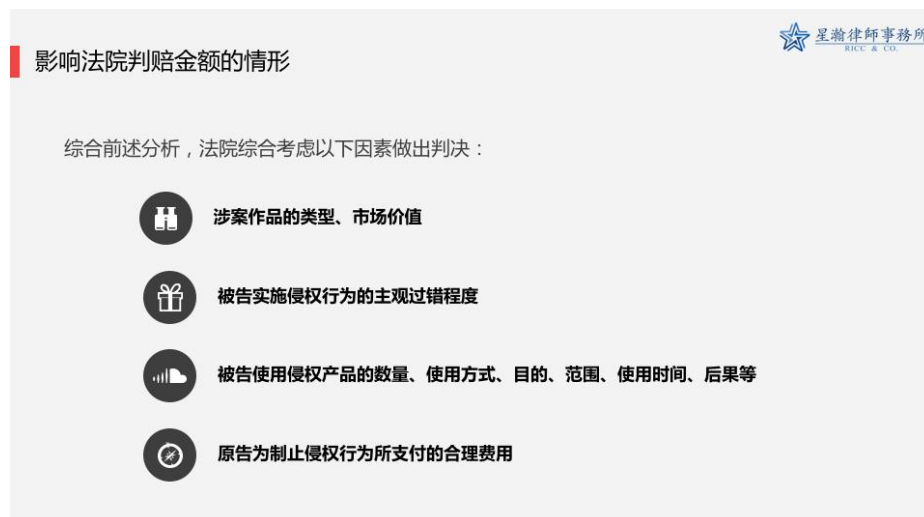
从实际判赔金额中可以看出，约 91% 的判决金额在 3 千元以下（含 3 千元），一般最高不超过 5000 元/件，平均判决金额为 2724.13 元/件。

因在大多数案件中，原告无法证明其实际损失或被告因侵权行为所获得的利益，故在原告主张金额的基础上，法院会根据案件的具体情况，酌定判决相关费用。

其中，根据判决金额最高的案件（2017）津 01 民初 57 号，视觉中国与杭州某公司纠纷案件中可以看出，被告在未经原告许可的情况下，在其认证的微信公众号上使用了 10 张图片，对此，原告要求被告赔偿损失及合理费用共计 10 万元。而因原告实际未能提供证据证明其实际损失及合理开支，法院综合考虑涉案作品类型和被告实施侵权行为的主观过错、传播范围、使用涉案作品的方式、目的、后果等情节，以及原告维权的合理开支，酌情确定被告应当赔偿的数额为 5 万元。

相反，根据判决金额最低的案件（2017）粤 0604 民初 8152 号，视觉中国与佛山某公司纠纷案件中可以看出，原告于 2017 年初，以被告在未经原告许可的情况下在其认证的微博使用了 1 张图片为由，诉至法院要求被告赔偿经济损失及合理费用公司 1 万元。然，法院在审理中发现，原告曾于 2016 年 11 月向被告提起过类似的诉讼。而对于本案的侵权行为，原

告早在 2015 年 9 月完成了证据固定，但在不存在其他妨碍原告行使诉权的行为的情况下，间隔明显过长时间再次提起系列诉讼，法院认为，原告主张权利固然于法有据，但原告怠于主张权利也一定程度上造成了侵权行为的持续，故法院参照《中华人民共和国侵权责任法》第二十六条规定，适当减轻被告的赔偿责任。最终判决被告赔偿原告损失及合理费用共计 1000 元。



律师建议：

在应对图片相关“恶意诉讼”案件中，绝大多数的被告一般会以原告不具备诉讼主体资格、原告并非涉案图片著作权人等理由进行抗辩。而在实务中，除非被告有证据证明涉案图片系他人享有著作权的图片以外，其他抗辩理由很难得到支持。故此，我们提出以下建议：

在诉讼前：

尽可能使用授权许可的图片

如对方发送警告函、法务函等要求停止侵权、期限内沟通赔偿损失事宜等，首先通过图片取得的路径确认图片的权利人，如基本可以认定图片可能系对方享有著作权的图片，尽快进行删除。

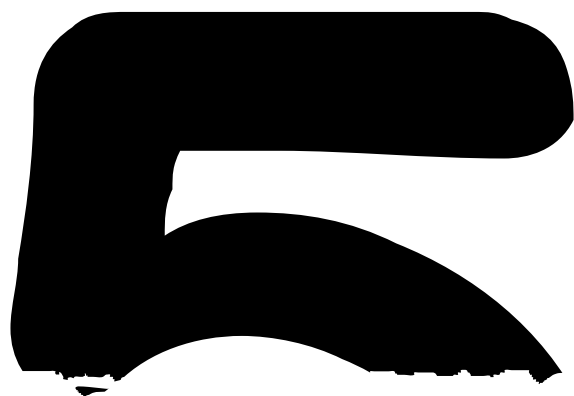
在诉讼中：

通过谷歌、百度等图片搜索功能，进一步查询是否为“他人享有著作权”的图片

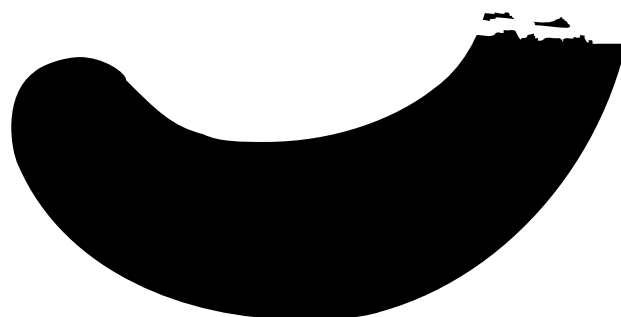
确认原告主张的赔偿金额及合理损失是否具有依据

查找原告是否存在怠于主张权利，导致侵权范围扩大等原告存在过错的情形

（本文首发于 2018 年 7 月 5 日）



星瀚人文



让你流连忘返、念念不忘的律所是什么模样？

宋佳（星瀚运营）



律师为什么要去律所？上班打卡、晚上加班、接待客户、同事开会？

伴随着“云律所”、“共享办公”等理念盛行，一个叫作“律所”的物理空间似乎已经不再是律师们的刚需……

有些律师觉得：“没什么事情的话，就不去律所了吧。”有些律所觉得：“办公环境可用就好，办公成本不要太高。”

但在星瀚看来，律所是团队合作、交互信息的地方，面对面地协同，比通过工具传递更高效、更全面、更清晰；律所也是大家共同学习、一起成长的地方，知识共享、经验交流，智慧可以在这里分享；律所更是增强凝聚力、形成团队文化的地方，有了共同的使命愿景价值观，就能让发展的动力从外部驱动变为内部驱动……

于是，星瀚在决定扩租装修时就明确了一个目标：要让扩租后的星瀚成为大家都喜欢的地方；不仅仅因为工作任务、客户会面留在律所，还因为对专业的热爱，对知识的渴求、对伙伴的归属感，在这个地方停留、思考、休憩；我们相信，一个真正可以留住律师、吸引伙伴的地方，才是最大的效率！我们力求缔造协同共进、彼此认同的氛围，我们希望大家主动、自愿、积极地来到律所。

那么，什么样的律所能够让大家流连忘返、念念不忘呢？这是扩租后的星瀚呈现出的打开方式：



可动可静，功能齐全

海浪般的线条、明亮的办公空间、异形的座位，一直都是星瀚特色。星瀚办公区域中的每一个细节都在努力营造舒适的办公环境，大家愿意在这里办公，是我们在设计星瀚办公室时的初心。此番扩租装修，我们更是将这样的心意持续深化：

当你想要办公健身两不误的时候，可以到吧台边，临窗位置不仅有开阔的景观，踏着健身自行车写文件、联络客户更是一件很酷的事情。让我们“永不停步”；



当你想要沉下心来、严谨思考时，可以去到“我想静静”，窝在其中、自成一体，不会被外界打扰，可以尽情享受一个人的时光；



当你想要获取知识、感受阅读的喜悦时，去“金屋藏娇”吧，倚靠在书架中，读一本好书、好一份自在与惬意……



乐于分享，收获满满

扩租后，星瀚拥有了一个可同时容纳 100 人的空间，我们称其为“斜杠工坊”。



斜杠，取自“斜杠青年”，指拥有多重职业和身份的多元生活人群；法律人中就不乏斜杠青年。比如“律师/媒体人/投资人”、“律师/咨询顾问/健身教练”……斜杠青年的出现意味着“去中心、无边界、自组织”的理念在扩大；为斜杠青年打造“斜杠工坊”，代表着星瀚对新领域、新模式的关注与探索。

在斜杠工坊，我们会举办“星空讲堂”，智者的经验传递将令人受益匪浅；我们会组织“无边界实验室”，一起头脑风暴、迸发创意的火花，将想法转化成实践；我们会开展“斜杠研究院”，就大家关注的问题集结各方精英、资源开展体系化的研究，让斜杠工坊成为学习、沉淀、分享的平台……

过去，星瀚的学习、研究、分享都是偏重内部的；而在有了斜杠工坊后，我们希望能够更多地与外部连接，法学院学生、公司法务、非法律圈人士都一起来听星瀚学习会，多方联

动共同做课题……而且我们还将打破边界，一起观影、一起读书、一起开展商业研究……斜杠工坊配有专业的音响设施、整屏 LED；可移动组合的桌椅让这个空间可以被尽情想象。

分享，可以是在斜杠工坊中“大声传播”，也可以是在“知识的海洋”里默默奉献。我们做了一个“知识的海洋”，它不仅是绝佳拍照地、个人冥想地，还是我们分享好书的地方。在透明海洋球中装着星瀚人的好书推荐，打开一个海洋球，就能感受到推荐人的热忱；如果你有好书想要分享，也欢迎告诉我们……让好书漂流起来，让我们徜徉在知识的海洋里。



分享，也不仅是知识，更可以是情感。“赢了就要喝一杯”，将成就感与伙伴共享。杰克·韦尔奇说，我们要学会庆祝，庆祝会让收获更有仪式感，庆祝能让快乐被更好地传递。Cheers！



专业温暖，情感共鸣

星瀚官网体现了左右脑理念，我们说：人的左脑负责理性、文字，人的右脑展现感性、图片。于是初见星瀚官网是大图的冲击，鼠标滑过会展现出富有逻辑的文字；正如律师一样，不仅给出理性的分析，也有人文关怀的传达。此番星瀚扩租软装也是将左右脑概念融合其中，我们打造了“理性向左、感性向右”：



专注思考时，走在理性金句墙，总有一句话能带给你启迪；



感触万千时，驻足感性金句墙，总有一句话会让你共情……



拍下你喜欢的金句、分享到朋友圈，自我表达也许会收获别样的感动，更会加添你的能量、获得来自内心的确认。

颇有趣味的是，理性金句与感性金句之间，我们做了一个创意拍照区，设计思路来源于名言“天才是 1%的灵感，加上 99%的汗水。”于是，我们将 99%悬挂于木结构，那个 1%就

是站上去的“我”。可供拍照之余也体现了“努力很重要，创造也很重要；不要用战术上的勤奋来掩盖战略上的懒惰”，相信这个空间可以激发每一个来访者的创造热情。



交互全面，资源丰厚

律所出现了娃娃机！？很多人都会被它“惊到”。但是，这不仅是娃娃机，更是礼物交换站，我们称之为“伙伴的礼物”。通过抓娃娃的形式，可以收获来自律所同事旅行带回的礼物，也可能获得来自客户送来的产品和服务。礼物在此汇聚，情感在此交互，分享的乐趣不断传递。



除了在“伙伴的礼物”中体现了我们与客户的互动外，律所的会议室自然是客户去的最多的地方。扩租之后，星瀚在原有的五间会议室之外，再增三间会议室，它们分别是“以梦为马”“无问西东”“寻人起势”。



海子在诗歌《以梦为马》中写道：
 和所有以梦为马的诗人一样
 最后我被黄昏的众神抬入不朽的太阳
 太阳是我的名字
 太阳是我的一生

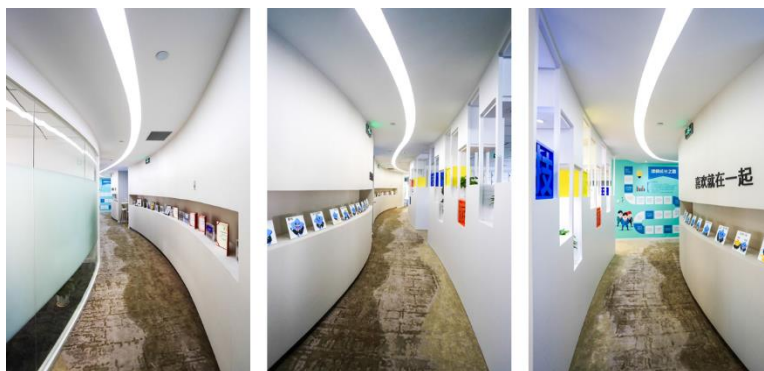
以梦为马充满着理想主义的色彩，和星瀚的理念——“做有实践精神的理想主义者”恰好契合。

而《无问西东》是星瀚人都很喜爱的电影，无问西东代表着无愧无悔的人生态度；无问西东也代表着坚守内心、永远如少年一般。

“寻人起势”的来历自然是“寻人启事”，一方面，我们希望星瀚可以找到对的人；大家未来到星瀚面试，应该都会在“寻人起势”进行。另一方面也寓意着客户找到星瀚，就是找到了对的律师。星瀚常说“先人后事”，有了对的人，还怕不起势吗？

志趣相投，结伴前行

扩租装修中，星瀚打造了一条如诗歌般美丽的路。路的前半段是星瀚的荣誉展示，自成立以来，星瀚获得司法行政系统先进集体、文明单位、律师篮球赛季军等奖项的奖杯都位于此处；星瀚同事值得纪念的时刻——一起旅游，一起踢球，参加校园活动，建立南京分所、武汉分所等珍贵记忆也位列其中……



客户韩寒说：“我所理解的生活 就是 和喜欢的一切在一起”，共同努力取得成绩、是我们喜欢的；一起远行、看过山和大海也是我们喜欢的。这里既是我们走过的路，也是我们向往的路。



路的“尽头”是青年律师成长文化墙。星瀚一直以来都强调“人才是律所的核心竞争力”，“相信年轻人”是星瀚的战略选择。但是，年轻人的发展不是一蹴而就的，年轻人需要得到培养、历练、考验，方能成为优秀的律师。于是，我们就用棋类游戏的形式展现青年律师的成长历程：





为一个观点调研了 100 个案例，向前 1 步；分享调研报告，进行知识管理，向前 2 步；成为可视化报告小能手，向前 4 步；微信文章阅读破万，向前 2 步……见客户迟到，后退 2 步；临阵磨枪，重度拖延，后退 3 步，法律文书出现错别字，后退 1 步……“回到起点”“退出游戏”皆有可能。

我们将每一个青年律师都会面对的场景转化为故事化的表达、融入游戏，这里既成为了大家互动娱乐的好去处，也成为了律师养成记的见证者。

有朋自远方来，不亦乐乎

从三个月前决定扩租到如今全面完工，坐拥整层的星瀚上海总部不仅延续了文艺的风格——依然给每个会议室、办公室取名字，我们还努力将它变成法律人、甚至是非法律人都喜欢的地方，这里有很多闪光的巧思，等着你来探寻。

同事周末出现在律所，不是来加班，就是来看看书，我们感到欢喜；

三五好友相聚，想找个安静的、可以喝喝茶、聊聊天的地方，来到“诗和远方”，我们感到欢喜；

客户说无需我们上门拜访，就是想到星瀚所来坐坐看看，我们感到欢喜；

律师好友说：“你们所真好呀，就想在你们所坐一下午”，我们还是欢喜……

专业的、亲切的、温暖的、欢乐的、舒服的、自在的、一切皆有可能的星瀚，是我们喜欢的，希望也是大家喜欢的。

你从远方而来，恰好我们都在；你若念念不忘，我们必有回响……

（本文首发于 2018 年 11 月 2 日）

致未来合伙人的一封信

卫新

小苏律师：

见字如面。

这封信首先是向你表示感谢，我们公司最近又与你合作案件，这个案子时间紧、难度大、要求高、因为各种原因收益又有限，你能鼎力相助不胜感激，欠你大餐一顿，在此立字为据。

昨天我们开内部会，老汪提到一句：“苏律师能力那么强、业务跟我们又互补，有没有可能发展一下？”

我当时跟老汪说：“苏律师在老牌大所，自己带的团队人均创收不错，管理层对苏律师也器重，不太可能变动平台。”

可是，我在昨晚健身的时候、今早晨跑的时候、以及坐进办公室的此刻，我都不禁自问：你来星瀚真是毫无可能吗？

想来倒也可以争取一番。

记得上回我们几个老朋友约狼人杀，那时你说自己越活越佛系了，“冰糖枸杞泡茶，合同开庭带娃”，执业十年，对自己业务领域的套路已经谙熟于心，办案经验和客户列表也是光鲜亮丽。无需再像刚出道时卖力自我推销，口碑沉淀早已转化成了客户来源。

我说：“恭喜苏律达到律师执业的自由境界。”

我回学校讲课，每回问及同学们为何想做律师，十之八九“自由”都会被脱口而出，但我总说律师并不自由，律师的宿命是终身学习，高效负责是优秀律师的使命。自从有了“星瀚”，自由就更从我的生活中出走了。

面对我的祝贺，你却显得纠结，“所谓自由或也是种自我麻痹”，大意是：隐隐总有些危机感，事事还有些不如意，想要改变，做了努力，不尽然会有回报；随遇而安，倒也日子不坏。

我想，总有一些时候，我们对自己的现状感到满意，但对未来又有些不安；可若要做出改变，似乎现状又已然是自己可以接受的样子。对三四十岁年纪的人而言，“佛系”，大抵如此。

你说，我是一个爱折腾的人，总是停不下脚步，激情满满的样子，你永远达不到，也不想成为那样。但你不知道，在2018年的年初，我告诫自己：1、说话、文字不要“鸡汤”，80后已经是奔四的中年人了，如果表达方式还“鸡汤”，那就更“油腻”了。2、不要老是和别人讲“道理”，是的，你做律所主任已经八年了，但你的领悟、你的价值观，那是你的经历所得，不要试图教给别人。年轻人喜欢淡淡地说一句“认真你就输了”，因为，“人间不值得”。

我推掉了“星瀚微法苑”的人文约稿，还有一些青年法律人的讲座。我和自己说，现实一点，再现实一点。律师执业、法律职业本就是特别理性、特别务实、特别现实的行业，情怀

是容易被人笑的。

然而，最近身边发生了几件“热血”的事，让我很有感触，和你分享：

我想，你一定认识“黄顺刚”律师吧，一位令人尊敬的业界前辈，你也许和我一样，听过他的传奇故事，也在钱伯斯、LEGAL500 的榜单上看到过他的名字。最近，他加入“星瀚”了。你一定觉得很神奇，因为星瀚对外一直是年轻有活力的形象，顺刚作为中国早期踏进涉外法律服务领域的老律师，怎么会加入我们这群“小年轻”。老实说，一开始他的“徒弟”陈雷提出这个设想时，我也没敢当真。

第一次和顺刚老师吃饭时，他在我身边笑盈盈的说：“我关注星瀚很久了，你们是一群有活力、有情怀的年轻人。我年纪大了，体力也下降了，你们要多带带我。我希望能用自己的经验和力量帮助你们、成就你们，有理想有能力的年轻人就应该成功的。”

9 月，律所去崇明团建，顺刚老师全程参加。不仅如此，他和我们一起在大巴上玩“卧底”、在酒店里“狼人杀”、摇计步器、参加“晴朗运动会”……他很投入年轻人的游戏，有时候因为不熟悉而“暴露”，大家一起坏坏的看着他表演不戳穿，他不仅不窘迫，反而不断琢磨请教。

最近律所的新办公室软装，我们添加了“娃娃机”、“大富翁”等元素，我很担心顺刚老师看到会觉得不够稳重，配不上律师严肃的风格。没想到他不仅在自己的朋友圈转发，还点评“后生可畏、后生可敬、后生可爱啊。”

和顺刚熟悉之后，你会发现，他热情、包容，充满好奇心，他远程参加每次星瀚的学习会，了解每个合伙人的业务产品，他认可星瀚的文化，他在各种涉外场合宣传星瀚这个年轻的团队和法律产品。我想，热情与开放，也许正是他成为顶尖律师的原因吧，这与年龄无关，只在心态。

对了，我还要介绍一位新的星瀚合伙人给你认识，也是华政的同学，他在公务员系统已经干了十五年，去年辞职先去了一家基金公司，但终究割舍不下法律的专业情结，10 月份加入了“星瀚”。他喜欢跑马拉松，是那种极有毅力的人，每天 5 点就会起来晨跑，常常最早来到律所。他帮着老汪管刑辩业务，他对年轻律师说：“我没有律师经验，跟着大家多学习”。实际上，刑事部都说，冒老师专业性极强又认真负责，很多实操建议都让他们佩服。老汪也说，我们的办案质量现在更有竞争力了。

刑事部的反舞弊产品从无到有，现在已经是星瀚的招牌了。他一直与汪律师学习、讨论，研发新的领域，请市场部调研行业动态、优化 PPT。前几天，他来找我，说为学习会准备了一个私募基金高管职务犯罪的课件，想听听我的意见。他一张张的演示 PPT，请教哪里该讲案例，哪里该做归纳。他说，利用这段时间，他将这些年的刑事业务经验和之前从业的基金金融经验结合，针对即将出台的私募基金暂行条例，他准备了一本 40 万字左右的书稿。前几天，他又告诉我，一家金融知识付费的机构找到他，他已经录了二节课……

他说，公务员的成绩已经是历史了，在律师行业他是一个新兵。多思考，多尝试，在星瀚这个平台发展起来，是现在他专注的事情。我深深了解，写文章、录视频是需要极踏实的付出和自律的，很多律师都做不到。苏律师，我觉得你的积累也不少，业务忙碌只是借口，为什么不突破一下自我？如果你自己做不到，星瀚的运营体系是很好的“督促者”。

苏律师，我想你一定看了前几天的新闻，在世界银行发布的 2019 年营商环境评估报告中，中国营商环境全球排名飙升了 32 位，位列全球第 46 位。这是个让人振奋的消息，营商环境提升一定会给为经济提供服务的律师带来更多商机，这背后，有法律人默默的努力。

罗培新教授，是你我都很认可的华政人，中国十大中青年法学家。当时，听到他从华政的老师转为上海法制办的官员时，我有些遗憾，遗憾华政的学生少了一位认真教书的老师，遗憾法律学术的路上少了一位笔耕不辍的大家。然而，在这次世行评估的过程中，罗培新教授做了大量工作。他没有任何官僚作风，也没有傲慢与偏见，完全按照世行的技术要求进行对接，尊重世行的评价方式和价值观，他组织了一个学者、法学生、律师参与的团队，细致的一个一个校对世行问卷的翻译，纠正了一些引人误会的“误译”，他发表了专业文章，主动联络世行，赴美磋商，他联络了很多律师，我就接到过他的电话，他希望我们认真对待世行的问卷，他甚至把自己公司法的著作送给世行的评估专家……

在我们的印象里，政府官员与学术气质、技术派作风是无关的，罗培新教授用他的家国情怀、满腔热忱和法律技术，告诉我们，无论身处何地，认真都是不会被辜负的，确是我辈榜样。

这些身边人的身边事，仿佛在告诉我，人生很值得，需要热情和坚定。我不应该在有人问，为什么星瀚要逆势扩张时，笑着打趣：邻居搬走了，再不租就没地了。我要说出我们的愿景和抱负：我们正在组建一家税务师事务所，我们在搭建一个斜杠青年汇聚的平台，我们要为客户提供更加综合和跨界的服务，我们把创新的基因变成最重要的企业文化，我们重用有才华的年轻人，我们需要更多一路同行的伙伴……

在我看来，人的一生不就是时不时地与自己闹闹别扭。安全感与探索未知相比，我选后者。在商业的世界里，在律师的圈子里，更现实的人也许更容易成功。但是，如果有情怀的实践者也能赢，不是更值得吗？

无论我们做什么，总有人喜欢你，也一定会有人不喜欢你。重要的是，你的选择能让自己欢喜。为当所为，无问西东。人生就是一个故事集，而最好的故事，与平稳无关。小苏兄，那些能够激起我们共鸣的故事都与“热血”有关。所以，这一回，做一个热血的人吧。

星瀚欢迎你。

卫新

2018 年 11 月 8 日

风云年代

张旭波

引言：上海星瀚律师事务所的英文名为“RICC & CO.”，很多来访者都会好奇，“RICC”有何寓意？事实上，比起年轻的“星瀚所”，“RICC & CO.”作为商号已有近 26 年的历史，在保险界、海商圈都相当知名。

2016 年底，星瀚所与铭汉所牵手。此后，律所的中文名为“星瀚”、英文名为“RICC & CO.”，“星瀚 RICC”字样便频频出现于各个平台。

今天，我们就来听张旭波老师聊聊 RICC 的故事。

1990 年代初，很多人响应国家释放生产力的号召，放下“铁饭碗”“下海”，我的一些朋友、同事或同学，也纷纷动了起来，有去三资企业的、有出国的、还有自己创业的，虽说人不多但也绝对不算少。

让我印象比较深的是一个武大英文系本科、后来读南开硕士的哥们，离开当时正风风火火的展览行业，与他同学一起到深圳搞房地产。他那时在国际来展领域非常红，有一次最高领导人到国际展览中心看汽车展专场，他就跟在后面做翻译。还有一个哥们是我下放二汽时的上铺和组长，北大法本、外交学院法硕出身，下放回来没两年就跟同学在雅宝路的亚太大厦搞了一家律师事务所。可能是受他处长的影响吧，这位吉大毕业的处长搞的这家律所租在昆仑饭店，几个房间我正式拜访时都串过，因为每个房间都有熟人。还有一位下放那阵子一个小组工作在大炉班的哥们好像是人大的法硕（本科记不得了），后来在金融街平安大厦租了半层做律师，致平刚开始做实习律师的时候关系就落在他所里。那时候去外资所或合伙搞所的太多了，现在几乎都成了红圈所。

我因为做海损理算工作，而中国国际贸易促进委员会海损理算处因为内部划归中国环球律师事务所，所以那时比较著名的几位海事律师我都熟悉，对律师工作虽不算了解也有点体会。但我可能觉得理算工作更有趣（tiao）儿（zhan），加上全国做理算师的就几个人且都在身边，所以我没动到律师事务所工作的念头。

结缘保险咨询公司

大概是 1993 年春天吧，PICC 人保船石处（船舶石油处）的一位姓罗的朋友告诉我，人保和香港民安保险合资成立了一家保险咨询公司，主要是把当时人保给外国保险公司的检验理赔代理业务 Survey & Claims Settling Agent 和保赔协会的通讯代理业务 P & I Correspondent 专业化独立化运作，需要有海事背景的人加盟让我推荐熟人。可能是我认识的人对这个领域不熟悉、或者其他行业更有吸引力、又或是另有原因，我几个月里问了不少人却没成功推荐一个。不久，香港王德超先生来北京访问罗总的公司，她安排吃饭也叫上了我和其他几个理算师，席间她问我推荐得怎么样，我说没有找到合适的人，她就类似开玩笑地对我说你来呀……

后来，我就真的告别了十分心仪的理算工作加入到罗总的保险咨询公司了。还算欣慰的

是，虽然改行了，但还是在那个圈子里继续为保险人、船东们服务。

忙碌与成就感并存

记得那时公司刚刚开始，领导们忙于转轨——将检验理赔代理和通代业务以正式公文的形式要求人保的分支结构配合落实改制、走访和接待各大保险机构和保赔协会签署合作文件等等。所以，日常业务就由我们二三个最早加入的人操练起来。

也许是公司领导的感召力强，也许是人保国际队伍思想境界高，也许这项改革是久旱逢甘霖深受欢迎，广大上青天和各省级公司、计划单列市公司，人保和商检合作的欧美检验机构都特别支持和配合，半年的功夫转轨工作就基本完成，但把赵总和罗副总确实也累坏了。

因为赵总就任合资公司总经理前曾在人保伦敦工作，回国后一直从事货运险的管理，所以对货运险案件的处理有着丰厚的见解和经验。考虑到当时代位求偿工作也需要从制度上解决一下专业化和市场化的问题，当然也可能是赵总毕业于北大法律专业、对法律事务比较亲的缘故，赵总指定我来兼顾这家新公司的追偿业务。赵总的这一布局在当时没有一部法律涉及代位求偿，市场人保独大的时代（平安和太保都刚刚成立），绝对是高瞻远瞩！我因此也口袋里又多了一套追偿部的名片，其他名片是通代部、法律部和咨询部。

1993 年春天，一条叫“Gotha”的德国大散货船在罗马尼亚康斯坦萨港完货时，被另一条外籍的“Rita del Mar”轮撞破货舱，大量海水涌入浸泡了货物船舶坐底。考虑到卸货的费用和码头方便及船期，G 轮下沉箱补漏抽水起浮后开来中国天津。卸货前，G 轮的钢材保险人、电厂设备保险人和汽车零部件保险人（好像收货人叫天津尧舜，当时在全国很有名。他们的货物好像还有几部整车）都找到我们让协助处理。我和总公司的一位晓龙同志浙江省公司的胡洁同志组成了一线工作组，在天津分公司劳合社代理张师傅和通代负责人洪宇的协助下，在港口蹲了近一个月追踪货损情况、沟通船方王律师（某海事业务起家的名所创始人，应该第一个使用 XX & CO 的律师吧？后来，在海事领域叫 XX & CO 的就多了起来；XX & CO 其实是欧美对公司的叫法，大概是某和某及某的意思。英国很多公司不会在公司名字里显示行业，只有这种合伙人的姓氏。海事保险领域的经纪公司、公估行、理算行和律所多以此命名），为后续理赔追偿工作做铺垫。好像 GA 就是委托的一家老牌理算行，不知道函电往来之际他们有没有感觉有所不同。

一年后，我访问 UK 协会的时候，正好碰上 G 轮的一个 surveyor，这名 surveyor 好像叫 Mike Wall，他当场指出我是 recovery agent，提醒包括当时 UK 主席也是 POOL 当值主席的 Luke Readman 等大佬们注意。其实协会一直关注着人保的利益冲突问题，也跟赵总探讨如何发挥好新公司的专业性和独立性。二十多年过去了，英国为首的保险巨头和协会集团 IG 没有再在中国大陆签第二家检验理赔代理和通代的事实，是否可以说明国际市场对这家公司的认可呢？

RICC 的诞生

回国后我向赵总和罗总汇报时提到这个细节，赵总当即提议约见仁和保险咨询公司的掌门人孙云大哥，就以仁和名义联营追偿业务进行了探讨。

孙云也是个大大个子，早年曾经给秦总做秘书，1992 年“下海”成立了这家或许是北京第一家的保险咨询公司。记得当时北京中财院背景有一家叫中和的、还有一家英资的保险咨询公

司叫赛奇维克 Sedgwick，总经理 John Willem 说得一口标准得让我这个中国人都汗颜的普通话（说起圈子里讲中文的英国人，还有一位 Quentin Drew，他在派香港前在伦敦桥的 WOE 总部被介绍给我时，一开口纯正的中文就把我给镇住了；后来知道他还能说日语，喝茶时亲耳听到他用广东话点菜埋单；还有一位是 Mark Sarch 律师，当时被引荐给我时我已经喝了两顿酒了，所以他听我跟他讲英文就不再用中文跟我说话，以至于他中文的纯正和精深是 20 多年后听他用中文讲解伦敦热点仲裁时才体会到）。

孙大哥当即就痛快地答应了，还拉我以他助理的身份参加了陆通所，他应该是陆通所创始人之一或者因为跟刘主任常打篮球的缘故最早加盟陆通，因为他带我参加过一二次陆通所的高级会议。

后来就追偿业务发展了起来，考虑到对外需要，我把 Renhe Insurance Consulting Company 缩写成 RICC，也是为了体现合伙人的多元性，把 RICC 又拟人化变成了 RICC & CO，至今在海事保险领域也算是独创吧。

说到这里再补充一点，按照赵总的构想，新公司在提供专业、独立的保险咨询服务同时，应该在机制上迅速自我完善，在股份制改造的同时完成保险经纪、保险公估、保险传媒、保险人才和保险法律几个板块的定型。

遗憾的是，随后而来的人保体制改革让这家公司的股东发生了变化，董事会也进行了重组，与 RICC 的联营也不得不终止。考虑到当时手中尚有不少案件未完，而当时的市场难以找到保险、海事、法律和英语都过关的团队接手，赵总提议追偿团队在善后的同时谋求独立运作的可能，对有志于追偿工作的人他“扶上马送一程”“实在不行再回来”，我也就跟致平开始了“奉旨追偿”的生涯，那是 1998 年，距今正好 20 年……

（本文首发于 2018 年 11 月 16 日）

18 张照片与你分享 2018 年的“人间很值得”

宋佳、唐诗颖（星瀚运营）

不知从什么时候开始，生活有些“丧丧的”，微信对话中的表情包都是“心肥意冷”、“快乐都是别人的”，人生不如意已经不是十之八九、而是每天都有。人们一边焦虑着、又一边“佛系”着，好或不好，顶多就是“丧气满满的一天”，反正“人间不值得”。

李诞澄清说，“人间不值得”还有前半句，那就是“开心点朋友们，人间不值得”，也就是人间不值得大家这么不开心。

其实，当我们细细回味我们的生活时，除了委屈、无助、沮丧之外，也总会有一些瞬间，让你一下子忘记忧愁、让你感受到了真实的温暖、让你觉得一切都值得……

2018 年快要结束了，我们征集了星瀚办公室里的“照片故事”，接下来，我们就将用 18 张照片串起那些无声但难忘的瞬间。凡是你相信的、终究都会实现！

虽然总是加班，但我并不孤单

有人调侃说，不要问律师是否加班，因为律师从来都不下班。工作到很晚、甚至凌晨，似乎都是常态，甚至有律师说：“如果没有这样的工作强度，我会担心自己落后于同龄人。”有一次，几个同事应邀参加客户公司的年会，晚上六点半开席，同事们面面相觑，偷偷说：“你饿吗？”

“不饿呀，你呢？”

“我也不饿。平时忙起来要么不吃晚饭、要么十点以后吃点宵夜零食，这会儿一点都不想吃东西。”

这样的节奏与我们在选择这份职业时所向往的“自由”看来是背道而驰的；只是，除了“自由”，我们也向往为客户创造价值时的成就感、向往不断打怪升级的自己、向往与志同道合的伙伴一路同行。虽然加班，但并不孤单。我们还能一起沙盘推演、一起碰撞观点，有趣的时刻似乎才刚刚开始……



（深夜加班中的同事们）

我们是有追求的

今年夏天，星瀚扩租了，完成软装设计后我们发文——《让你流连忘返、念念不忘的律所是什么模样？》。文章吸引到了很多客户、领导、同行、在校生等前来参观，拍照打开、朋友圈分享，好不热闹。

连声称赞的背后，是我们行政财务部同事事无巨细地关注装修中的每个细节，是我们的市场部同事冒着秃头的风险贡献出的创意和点子，是我们牺牲了很多个周末盯施工、改效果……即使是呈现一篇微信文章，我们也要做好几次策划、拍很多轮照片，只为了将最好的一面呈现出来。



（为了拍好“我想静静”的唐诗颖）

“军功章”里有你的一半

2018 年，星瀚举办了数十场大大小小的活动，最高峰的时候，一个月有 15 场，一周 5 天、天天排满。为了带给大家优质的活动体验，从办公楼大堂接待到电子签到，从引导入座到提供物料……每一个环节都有我们的精心设计。

分享者的精彩干货背后是对课件打磨的精益求精；听众的体验感受背后有活动总监的忙前忙后、有机动人员的细致观察、有整体运营的及时补位……就连一份茶歇，我们也是不断迭代，颜值口味都要在线、方便即食必须考虑。如果你感受到了这份“甜蜜”，那么我们也甜在心里。



（精心摆放茶歇的陆怡）

喜悦的丰收时刻

整理档案是一种什么样的心情？无聊、乏味、繁琐？不是的，晔明说：“有一种丰收的心情。”档案里所承载的是律师们的经验与智慧，是客户的信任与期待，也是律所积累下的知识宝库。

扩租装修后，行政部为律所安排了很多储物空间，在市场部调整工位后，与市场部相邻的开放柜里就瞬间摆满了各类刊物、宣传册、星瀚周边、荣誉奖牌奖杯以及各类档案。走过这排开放柜，“让人觉得有过年逛超市的感觉。”时间、的确是看得见的。



（正在整理档案的朱晔明）

不一样的风景

繁忙使得我们总是行色匆匆。搬到长宁来福士已经两年多了，因为商圈有草坪、有古建、有大量装置展品的缘故，总能看到很多人在这里留影，甚至是相约好了来拍各类纪念照。在这里工作着的我们却反而很少留下与长宁来福士有关的图像，从拍照的人身边迅速跑过才是我们的常态。

只是有一天，这里多了一颗巨大的圣诞树，这棵圣诞树由一个个装着娃娃的盒子组成，亮起灯后显得很梦幻、很动人。这棵圣诞树也像是对夜归人的奖赏和宽慰，于是，它留在了很多星瀚同事的手机里。

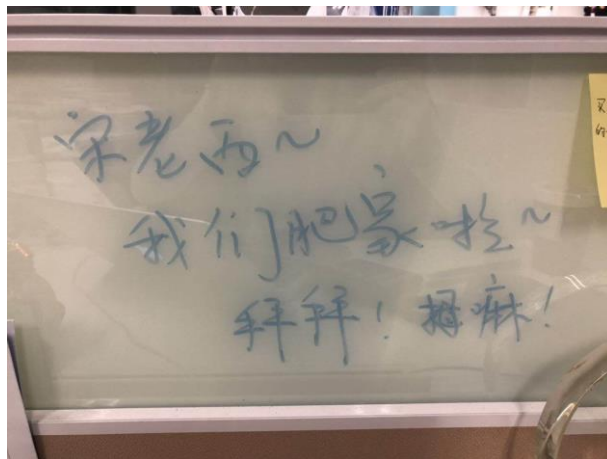


（长宁来福士的圣诞树）

谢谢你们惦记

有一天，有一个人，因为跟合作方的沟通弄到很晚，走进会议室前律所里还有很多同事，从会议室里出来发现律所已经空无一人。

但是刚刚回到座位，就被小伙伴们的留言瞬间暖到：



（小伙伴们的留言）

一起去看外面的世界

春天，星瀚所几乎是全员去了日本关西地区旅游。看过京都梦华、风雅物哀；感受过将军之道、绝景之行；去过环球影城、随后齐聚夜晚的居酒屋；一贯严谨的律师们也会被奈良的鹿萌化。旅途中的回忆总是很多，很高兴和你一起看过外面的世界。



（日本旅游合影）

又在一年毕业时

夏天是枝繁叶茂、阳光明媚的时候，不知为何，提及夏天，眼前总会浮现出校园青春片的感觉，也许是因为，同学们总是相遇在夏天、也离别在夏天。

我们每年都会招聘应届同学，在他们即将离校的时间中，他们既要展现出自己最优秀的一面以争取留用，也要珍惜最后的校园时光。毕业那天在玉泊湖边望着明珠楼的钟楼留下一张合影，这是青春留给我们的最好记忆。



（同事从华政毕业时的留影）

啤酒与真心话

秋天，我们一起齐聚崇明，摇计步器、比全能赛、开展晴朗运动会……欢声笑语、其乐融融。晚餐之后，高伙们席“地”而坐，接受大家的灵魂拷问。



（星瀚“圆桌派”）

努力的人总会有福报的

同样是在崇明团建的时候，人事部给每个小组发了三个计步器。没有人知道具体的规则是什么，只知道“步数多，总是有用的。”于是，大家为了增加计步器的步数各显神通，有的人在烤肉时把计步器绑在手腕上，一边扇风、一边增加步数；有的人不止手上绑还脚上绑，上面摇下面抖，还要防止其他小组的“间谍”突然趁人不备将计步器清零……好久没有做过这样的全身运动了。

最后的游戏规则是，每一组的三个计步器中，步数第二多的那一个，本组保留；组长进行史上最公平的游戏“石头剪刀布”，胜出者可以依次优先去其他组选一个有成绩的计步器；最后将那个没有被选走、也不是从别的组拿来的计步器清零，限时摇动两分钟，这个成绩后面加三个零计算，与另外两个计步器一起纳入总分。

最终，首次参加律所团建、也首次担纲组长的白露带领全组成员实现逆转，取得了第一名，全组每人赢得一天星瀚年假。生活总是这样，要有积累、有协同、有些运气、但终究会回报努力的、有实力的人。



（星瀚计步器大赛）

越过山丘，遇见夕阳

深秋时节，人事部牵头发起了一场同事们自愿参与的徒步天平山活动。周末一早，大家高铁出发，跟着卫律师一起有好好的台阶不走、偏走山间崎岖的未被开发的路，但也因此欣赏到了更好的景色、有了一番不同的体会。

傍晚时分，不走寻常路的大家已然非常疲惫了，但还在卫律师的“忽悠”下，相互扶持，爬上了第二座山，最好的奖励就是那一刻的夕阳。



十年

十年之前，我们互不相识；十年之后，我们始终相伴。这是一份日常相互帮助、每年组织聚会、十年重返校园的同窗情谊。希望以后的每一个十年，都是如此。



（王妍与她相识了十年的大学同学们）

你是我最柔软的地方

律所中的爸爸妈妈在工作中都雷厉风行，可是提及自己的孩子，就会是另外一种状态。再忙再累，看到孩子纯真的笑容就能忘记所有的烦恼。星瀚的星爸星妈们总说，要感谢孩子来到自己的生命中，因为孩子，大人们也都成为了更好的自己。



（黄婧和儿子“我的眼里都是你”）



（欧阳的儿子主动提出给妈妈洗脚）



（卫律师的家有二宝 “希望兄妹在一起的时间能更多一些。不舍得把哥哥送出国，等他学成归来，妹妹就长大了。”）

平凡之路

国庆的时候，晔明和未婚夫决定一起自驾从上海开车去到陕西、甘肃，如此大胆疯狂的想法好像是奇遇记的前奏，然而，我们看到了开头、却没有猜到结局。这一路没有很多波折、不快、争执、分歧，有的就是一路风景、一路牛羊。

行驶在高速公路上的时候，会与很多车擦身而过，看过最多的就是大货车。那天，突然

一辆邮车驶过，它从远方赶来、驶向远方而去，承载了思念与期待。



（邮车）

我曾经跨过山和大海
也穿过人山人海
我曾经拥有着的一切
转眼都飘散如烟
我曾经失落失望失掉所有方向
直到看见平凡才是唯一的答案

我们都是平凡的个体，因为互相吸引、于是相遇，在困难的时刻中共同坚持、在无助的时候互相帮助、在不被理解中相视一笑……一起成就一件不平凡的事。

2019

祝愿大家依然相信
凡许愿 必实现

（本文首发于 2018 年 12 月 29 日）

星瀚，打造创新学习型精品律所

《经理人》杂志

引言：对星瀚的业务部门而言，法律服务产品的研发是重点，研发是律所创新的基础。好的产品就像是万仞之巅上的千斤之石，只要轻轻一推，就能产生很大的势能。如果法律服务产品好，客户便愿意为之付费，律师、律所、产品的声誉都会增长。

根据《中国律师行业发展报告（2017 版）》中的数据统计，截止至 2017 年底，我国执业律师的人数已经突破 30 万。但是早在 2016 年，美国的律师人数就已经达到了 135 万，是我国律师人数的 40 多倍。在美国，每 200 人中就有一个律师，而在我国，大约 5300 人中才有一个律师。中国的法律服务需求还有广阔的空间等待开发。

自 1980 年全面恢复和重建中国律师制度以来，行业格局逐渐稳定，顶级律所的国内布局基本完成、与其他律所的差距明显拉开，看似形成“强者恒强”的局面；对于后来者，竞争压力颇大。

上海星瀚律师事务所（以下简称“星瀚”）作为一家“10 后律所”，正是把握了时代特征，以“创新驱动，综合解决”为发展主旨，努力打造一体化运作的学习型精品所。

星瀚创始人、高级合伙人卫新律师认为，国内顶级律所的竞争已经呈现出了红海态势；律师想要更好的生存和发展，必须要对从事的业务领域和擅长服务的行业进行细分。一线城市中，律所数量和律师数量均在高速增长，简单的合同事务、常规的婚姻法律服务、房产交易法律服务等传统业务的竞争压力加剧，由此导致传统业务的律师费率明显下降；而新兴行业的利润却呈现上升趋势，星瀚关注的便是新领域、新行业、新需求。目前，星瀚可提供的法律服务包括公司、金融、房产、刑事、家事、财税、行政、海商、涉外等领域，金融机构、互联网企业、文创企业、医疗企业等是星瀚服务的主要客群。

创新驱动

不同于多数律所的管理方式，成立于 2010 年的星瀚将自己定位为：有一定规模的精品律师事务所，坚持一体化是星瀚的方针。卫新律师认为，如果没有一体化，合伙人之间容易产生各自为阵、分享不足、交互不够等问题，整体效率偏低、客户体验度不一。而星瀚倡导“一体”、“共享”、“服务”这三个概念。在星瀚，有专门的的业务管理合伙人负责分配案件，分配规则严格遵循专业优先，客户享受到的必然是星瀚在该领域中最具经验的优秀律师提供的服务。

目前在星瀚的合伙人团队中，权益合伙人共有五名，分别负责公司金融、海商、刑事、房产、涉外业务版块。权益合伙人根据律所的利润分配比例在年底获得分红，该比例在三年内是固定的，三年之后会根据种种标准动态调整。这样做的好处是可以真正集中全所的精力和资源，投入到优势领域、优势产品中；因为合伙人之间的利益、目标都完全一致。此外，星瀚还有七名授薪合伙人，他们或是主管某一业务领域、或是负责运营体系、也包括星瀚的分所负责人。

对星瀚的业务部门而言，法律服务产品的研发是重点，研发是律所创新的基础。好的产品就像是万仞之巅上的千斤之石，只要轻轻一推，就能产生很大的势能。如果法律服务产品好，客户便愿意为之付费，律师、律所、产品的声誉都会增长。

卫新认为，好的法律服务产品应该是符合客户需求的、能够解决客户问题的、戳中多数行业或者是行业中多数企业的普遍痛点的。“星瀚强调在服务中发现需求，深度科研；星瀚市场部会同律师们一起，定义产品、确认客群、制定法律服务方案。市场部会安排相关专业文章的线上多渠道发布，邀约潜在客群做培训分享或沙龙活动，并根据活动情况具体跟进。这套产品打造的流程在星瀚已经颇为成熟。”卫新说道。

举个例子，如星瀚的金牌业务——公司反舞弊法律服务。星瀚发现，很多公司在发展的初期，会重视效益、快速发展，而轻视内部风险的控制。为了更加灵活地经营或引入投资项目，员工的分工不明、权责不清，由此容易产生职务犯罪情形。伴随着公司的发展或者金融类投资临近项目反馈周期，内部职务犯罪所产生的恶劣影响逐渐扩大。企业发现之后，如何举证、如何谈话、如何处置、如何兼顾品牌形象、如何重塑企业内部的健康风气等都是难题。而律师正好可以发挥专业优势，帮助企业做好电子取证相关的工作，根据企业的需求定制策略。后续无论是公司内部处理还是到公安机关报案等，星瀚的专业律师都可以全面跟进，而且还可以回到源头为企业做好制度设计和风险防控。

学习型组织

律师是流动性比较大的职业，而律所中最宝贵的财富亦是人才。卫新坦言，星瀚和其他律所一样，也会面临人才流动的问题。因此星瀚对于人才的培养有自己的一套方式。

星瀚合伙人的年纪普遍在 35 到 45 岁这个范围内，该年龄段正是律师行业的黄金年纪，专业能力、业务经验均有了丰厚的积累，体能上可以支持敏捷的思维和高强度的分析。对此，星瀚通过文化建设加强合伙人之间的人合性，让优秀的合伙人们愿意伴随星瀚长远发展。

而在具体的工作感受上，星瀚有几方面的优势：首先，如上文提到的，星瀚非常重视产品的研发和宣传推广，在这个过程中，星瀚是有专业分工的。不同于一般的律所，开发产品的想法要律师自己想、推广办法要律师自己策划、科研办案也是律师自己做；换言之，律师是各项工作一肩挑，不仅压力很大、还会缺乏专业性。而在星瀚，研发工作、策划工作、推广工作等都有市场部协助和负责，真正做到让专业的人做专业的事。这样做的好处是，律师只要专心科研或者办案，其他事宜都无需特别操心。由此可以大大提高律师工作的效率以及专业度。

其次，星瀚是一个学习型的组织，因为终生学习是律师职业的宿命，因此在学习型的组织中，律师会更有安全感。星瀚每周都有全所学习会，帮助同事了解最新的法律法规、法院的典型判例；星瀚也有专门的业务培训会，不断让律师精进专业功底和技能；人事部还会根据大家的需求，安排外训课程；如果有重大案件或疑难复杂案件，星瀚内部也会召开所内讨论会，同时还会邀请到相关的兼职律师、专家教授等参与研讨。当年轻员工入职之后，星瀚会专门为他们配置导师、指导，使得他们知道自己向谁汇报、如何成长、怎样规划职业生涯。这对于刚入行的年轻律师来说是难能可贵的职场经验。

此外，星瀚所还拥有很好的协同共享机制。卫新认为，律所的信息共享机制是培养所内凝聚力的关键。“我们会将所内优秀的业务文本、对某一问题的调研成果等都整理上传至内

部数据库，同事们在遇到法律咨询或文本服务需求时，都可以从内部数据库中借鉴经验，这种经验共享的模式对律师来说是有吸引力的。”

“很重要的一点是，作为一家重视创新的学习型组织，我们在不断探索符合人性的管理模式，我们希望星瀚有一套运行规则，不会过多受到人为因素的影响或制约，在这套规则下，每一个成员都能发光发热，彼此赋能，这样的话，我们自然就无需过于忧虑人员流动的问题了。”卫新说道。

综合解决

鼓励创新精神、重视构建学习型组织，其目标正是希望星瀚律师们能够提供综合性的解决方案，以此满足不同客户的多元需求。

以星瀚的特色产品——公司股权架构分析及搭建业务为例，近年来，星瀚参与了诸多转型企业的股权架构设计，也参与了很多投融资项目的股权结构搭建，通过股权结构的优化并配套专业的制度规范，使得客户实现商业目标，其中便充分体现律所的综合解决能力。

卫新表示，公司的股权架构分析包括多个方面：创始人之间的股权合理分配、企业董监高等议事机制的设置、融资与估值的判定、股权激励问题、企业知识产权的保护等等，均是要考虑的因素。

星瀚的服务对象包括保险、医疗、教育、影视文化、融资租赁等多个行业的头部企业；也包括许多从事新型业务的拟上市企业和积极准备转型的大中型企业，股权类服务是这些企业的普遍需求。

面对企业的转型法律服务需求时，星瀚会先了解这些企业转型的目标和构想，全局性地规划进度、把控关键节点。卫新认为，对于企业来说，转型是一件牵一发而动全身的事情。在开展之初，需要根据企业类型和现状，来提供法律合规服务，并设计合适的业务结构、股权结构等。在这个过程中，往往涉及全新的规则制定、并购重组等事项，都需要做到全面跟进。而且伴随着顶层架构的搭建，具体的执行环节需要深入落实，这些环节包括对相关制度进行配套调整、安排律师为客户公司提供培训和实操辅导，处理岗位设置、员工安置等相关的问题。除此之外，还会有不少客户提出，转型之后希望进一步激发员工的主观能动性或吸引更多的优秀人才，为此，星瀚会为这些企业进行股权激励方面的安排。

而在提供具体的法律服务之外，星瀚对于每一个项目的理解也都会有大局意识和全盘考虑，“我们坚持认为，一个好的商业项目一定是戳中社会痛点、能够解决社会痛点的。我们不鼓励跟风式的创业或为了融资而融资，讲故事不是长远的，还是应该着眼于项目本身的意义和价值，只有符合了社会需求，才会有长久的利润。”卫新说道。

未来发展方向

2016 年底，星瀚和另一家精品律师事务所铭汉合并。后者的业务开展已有二十多年历史，在业内，铭汉是一家知名的海商事律所，精准的定位让铭汉可以“闷声发大财”，但也限制了铭汉在其他业务方面的发展。市场在发生变化，客户越来越追求一站式的解决方案，铭汉需要寻求自身的突破。对于星瀚来说，与铭汉这样的海商事精品所合并，直接为星瀚添加了一个强力的专业方向。

所有律所的合并都不是一帆风顺的。星瀚在与铭汉合并的过程中也遇到了共同的挑战：

一方面，必须要有足够的业务和创收来覆盖规模扩大所带来的成本；另一方面，内部资源要能得到有效整合和调配，事务所管理效率不会因规模扩大而降低。而在合并之前，两家律所就已经考虑到了上述难点，契合的理念、深度的信任、文化上的认同令这次合并没有变成简单的规模叠加，“我们追求的是有效的、协同的适当规模化。”卫新说道。

合并后，铭汉成为星瀚的海商部，短时间内就产生了 $1+1>2$ 的效果。卫新说：“海商部的专业功底都很扎实、法律英语水平也很优秀，加上星瀚其他部门的创新能力，可以打开新的局面。”合并一年后，星瀚的业务增长率高达 50%，这让星瀚人对星瀚未来的发展也充满了期待。

目前，星瀚的总部设在上海，在上海站稳脚跟后，星瀚又在南京和武汉设立了分所。之所以选择在南京，除了因为南京作为中国法律服务市场的又一重镇之外，也因为星瀚既往在江苏地区就拥有大量的客户，本土化的服务可以带给客户更为高效贴心的感受，也可以与上海总部产生协同效应。而武汉地处江汉平原东部、长江中游，是湖北省省会、中部六省唯一的副省级市和特大城市，也是武汉海事法院所在地，对于星瀚海商部而言，未来的业务增长可期。

法律是一个以人为中心的行业，无论是律师还是客户，都有一定的地域性依赖。当下，以上海为中心，向华东、中南地区辐射是星瀚的策略。下一步，时机成熟后，星瀚也会考虑将规模扩大至华南、华北的核心城市。但是，卫新表示，星瀚始终坚定的走精品所路线，不会一味的为了规模而盲目扩张。“我们应该考虑将更多的财力人力投入到我们的业务中，使我们的业务变得更加精品化、专业化。因此，我们也一直在强调，规模并不是我们的最终目的。”星瀚现有执业律师 40 余人，一年后计划扩至 60 人，但是星瀚最终的总人数规模会控制在 150 人左右。

今年 8 月，星瀚的上海总部又进行了一轮扩租和装修。卫新表示，伴随着扩租，在接下来的半年至一年，星瀚会有一轮加速。“星瀚的场地、人员规模、业务产品都在不断升级，不变的是星瀚人热爱法律的初心和喜爱创新的文化。”对于未来的发展，卫新及他的团队都充满信心。

（本文首发于 2018 年 9 月 21 日）



上海星瀚律师事务所

办公室：上海·南京·武汉·北京·大连

联系电话：(021)5109 6488

合作/咨询：bd@ricc.com.cn

网址：www.ricc.com.cn