



中伦文德

法律 评论

2019年09月

关于在一带一路实践活动中

央企设立“主办律师制度”的建议 陈文

哲学法专题之四：好好说话（一）

——语言问题 姜耀雄

融资租赁法律风险分析及共同承担模式解读 李云海 王禹宸

保证保险项下保险代位求偿权纠纷 的主管问题及管辖问题 李政明 何娟 张易杰

执行异议程序相关法律问题分析与实践 陈禄堂 程静

债券预期违约，债券持有人能否主张提前清偿？ 谢阳 倪慧 钟万梅

如何正确理解我国《海商法》 规定的海上保险诉讼时效 戴宏坤



▲ 2019年6月18日下午14时，国家发展和改革委员会一带一路建设促进中心与北京市中伦文德律师事务所在中伦文德北京总所第一会议室，举行了《法务合作协议》的签约仪式。国家发展和改革委员会一带一路建设促进中心主任翟东升，政策研究组负责人赵坤，综合组负责人杨涛；中伦文德律师事务所创始合伙人、董事长陈文律师，中伦文德北京总所高级合伙人、副董事长李刚律师等人出席了签约仪式。



▲ 2019年7月31日10时，北京市司法局副局级干部、市律师行业党委书记王群、处长徐迎春和主任李翠霞莅临北京市中伦文德律师事务所调研指导。中伦文德副主任、执行委员会委员、高级合伙人夏欲钦律师、李铮律师、朱登凯律师和行政主管薛媛媛等接待了来宾。



▲ 北京品牌协会、北京商务服务业联合会等九家协会联合发布“2019北京商务服务业创新品牌和国际化品牌百强榜单”。中伦文德律师事务所荣获“2019北京商务服务业国际化品牌100强”称号。



▲ 2019年6月12日下午，由中伦文德法律研究院主办的“2019年企业合规管理体系构建研讨会”在中伦文德律师事务所北京总所第八会议室举行。与会嘉宾有来自新能源企业、电力企业、煤炭企业、医疗企业、税务咨询机构以及中央直属事业单位的主要领导和业务骨干。



▲ 2019年8月26日下午，中伦文德律师事务所副主任、执委会委员、高级合伙人李铮律师，应邀赴北京大学法学院参加了由中国法学会律师学研究会、北京大学法学院、法律出版社、《民主与法制》主办，桂客留言、智合承办的《中国杰出律所访谈四十周年纪念版》编写交流会。



▲ 2019年6月12日，由中伦文德律师事务所、GLA、香港胡百全律师事务所及中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所共同承办的中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所成立三周年暨粤港澳大湾区经济与法律研究中心揭牌仪式在前海深港青年梦工场2号楼成功举办，逾百名企业代表与律师同仁参与本次会议。陈文董事长、郑慕智主席、赖显荣联席主席、林威主任一起宣告粤港澳大湾区经济与法律发展研究中心正式成立并举行了揭牌仪式。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

09/2019

主 编：陈 文
执行主编：方登发
编 委：李 刚 甄庆贵 夏欲钦
李 铮 林 威 王志坚
李熙华 温志胜 王爱国
刘银栋 王海波 余树林
洪国安 王长江
责任编辑：沈心悦 李建鑫 宋若雪
电 话：64402232
传 真：64402915
网 址：www.zhonglunwende.com
地 址：北京市朝阳区西坝河南路1号
金泰大厦19层
邮 编：100028

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2019-09

事 务 所 文 化 论 坛

- 3 关于在一带一路实践活动中
央企设立“主办律师制度”的建议 陈 文
- 5 浅论民商事律师执业风险防范
——从几则当事人投诉案例谈起 武 坚 王凌芸

哲 学 法 专 题 系 列

- 8 哲学法专题之四：好好说话（一）
——语言问题 姜耀雄

融 资 租 赁

- 14 融资租赁法律风险分析及共同承租模式解读
李云海 王禹宸
- 19 租赁物与融资价值之差对法律关系定性之影响
武 坚 许 璟
- 23 融资租赁登记效力问题研究 武 坚 陈 扬
- 29 我国融资租赁中保险模式的选择与法律风险初探
李政明 贾 泽
- 34 融资租赁合同租金加速到期问题分析 黄冀蒙
- 36 飞机租赁合同中法律条款和法律风险的再界定 桑 驴

保 险 法

- 45 保险资金投资养老地产项目之法律风险防控
与合规路径分析 李政明 李文晶
- 52 试析保证保险项下保险人代位求偿权纠纷
的主管及管辖问题 李政明 何 娟 张易杰

CONTENTS

公 司 法

- 59 | 执行异议程序相关法律问题分析与实践 陈禄堂 程 静
- 67 | 公司解散之诉裁判规则实务梳理 谢 阳 钟万梅
- 71 | 从董监高履职责任风险看我国董事责任保险制度与实务
李政明 陈劲松
-

合 同 法

- 76 | 债券预期违约，债券持有人能否主张提前清偿
谢 阳 倪 慧 钟万梅
- 80 | 投资开发产权式酒店二模式对比及法律风险防范 董一清
-

海 商 法

- 85 | 如何正确理解我国《海商法》规定的海上保险诉讼时效
戴宏坤
-

人 文 风 采

- 90 | 散文诗：黄河壶口瀑布印象与遐想 陈 文
- 92 | 散文诗：夜色下的维多利亚港湾 陈 文
- 94 | 诗一首：初夏雨后 方登发
-

事 务 所 快 讯

- 95 | 事务所快讯 编辑部



□ 陈 文/文

陈文律师，北京市中伦文德律师事务所创始合伙人、董事长。北京大学法学博士、司法部瑞士圣加仑大学国际经济法研究所访问学者；中国国际商会调解中心调解员；中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程与房地产专业仲裁员；北京市土地学会法律委员会主任；北京市优秀律师；北京市人民政府专家顾问团顾问；全国优秀律师；国家发改委促进一带一路工作中心法律顾问。

主要从事金融、房地产和公司的法律事务，包括：房地产开发，房地产项目转让、销售和后期服务等房地产法律服务；银行信贷、项目担保、票据、支付结算、基金、信托和融资租赁等金融法律服务；公司并购、股权转让、公司上市、债转股等公司法律服务。

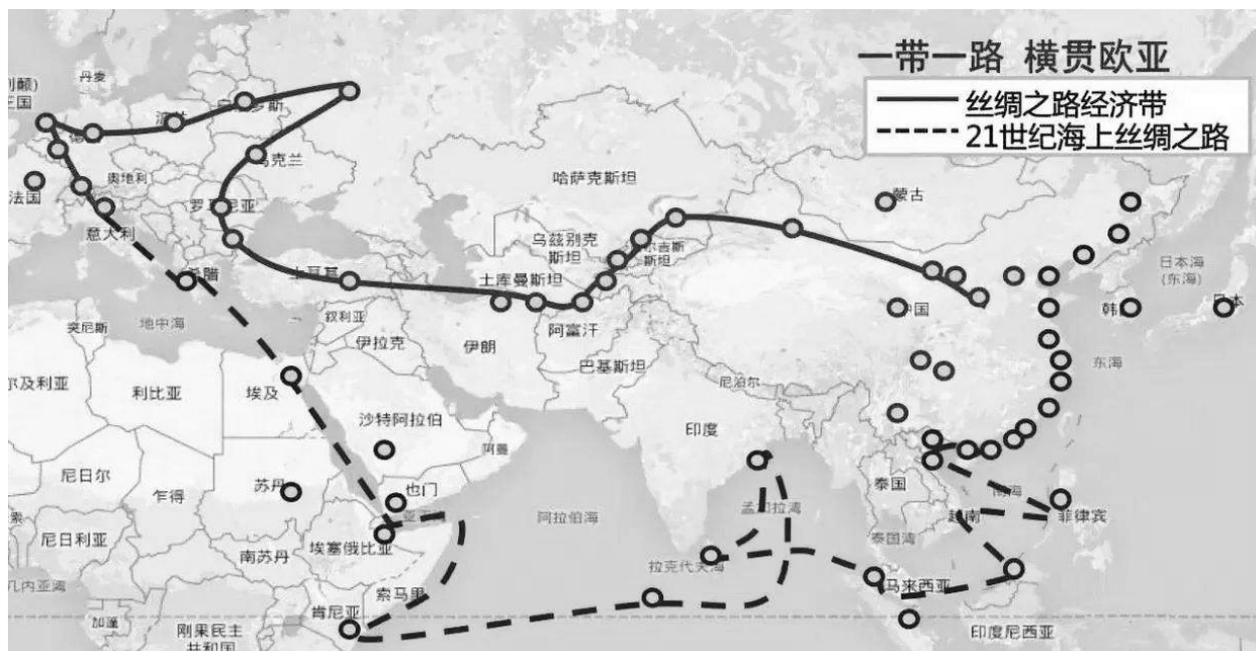
关于在一带一路实践活动中 央企设立“主办律师制度”的建议

所谓“主办律师”，就是指央企、国企或私企在国际投资贸易活动或国际诉讼及仲裁活动中首先聘用中国专业律师作为主要项目律师或诉讼及仲裁律师，再由该中国律师去联系或委托与项目或案件所在国或地区的相关律师予以配合，或出法律意见，或提供法律咨询，或代理出庭。由主办律师代表央企参与国际投资或仲裁及诉讼，在时间效率、工作效率、专业效率及对客户的忠诚度方面都是极佳的。

中国主办律师了解中国企业的具体情况，了解中国法律和中国文化，更了解企业的特点、文化及有关政策和政治背景，知道如何为中国企业提供法律服务，并且中国主办律师都具有在外国学习外国法律和文化的背景，知道如何与外国律师沟通，减少沟通成本，提高沟通效率。外国律师与中国律师之间专业沟通效率高，互相理解，同时互相委托律师费也较优惠。而央企如果在没有中国主办律师的情况下，在外国投资或仲裁及

诉讼，直接找外国律师会遇到如下问题：1. 外国律师对国企的忠诚度不够；2. 由于文化不同，法律不同，对案件或委托事项理解有分歧，往往会出现较大偏差；3. 收费都是按最高标准收取，他们都认为中国企业有钱，又是国企，不宰白不宰，而且一旦国企委托，签了协议，想退出都难，除非再赔进更多律师费；4. 牵着央企的鼻子走，央企达不到最初所制定的目的，总是雾里看花，搞不清楚问题所在。

我们不妨可以回顾一下从改革开放初期到目前，欧美企业或其他外国企业，甚至港澳台企业或新加坡企业，在中国投资或贸易，都是直接找欧美律所或香港律所在中国的分所或办事处，一般情况下不找中国律师，然后由欧美律所或港澳台律所再介绍中国律师提供辅助或后续服务，或由中国律所代理诉讼案件。这就是欧美企业或港澳台或东南亚企业所启用的他们的“主办律师”制度。



外国企业或港澳台企业从根本上就不信任中国律师，他们认为中国律师对他们没有忠诚度。我们央企或中国的大型企业在走出去的过程中已经有很多类似的经验教训。比如华为的诸多法律事务和案件，如果一开始有经验丰富，忠诚度高的中国主办专业律师提供法律服务的话，就不会像今天如此被动。还有像中铝及其他央企在国际项目收购或资源收购方面不是直接委托外国律师，而是首先委托中国专业主办律师的话，效果一定会不一样的。

建议司法部会同发改委或国资委共同发文，要求所有国企、甚至大型民企或混合所有制企业，在一带一路实践中，要实行聘请中国专业“主办律师”制度。选择那些大型的，有丰富涉外经验的中国律师事务所的律师作为主要主办律师。

中伦文德律师事务所曾经为国家开发银行首

创中国“主办律师制度”。我们作为国开行的中国“主办律师”提供了15年法律服务，和全世界170多个国家的律师事务所取得联系并合作过法律服务业务。国开行应该是享受中国“主办律师”服务的最早和最大受益者。

中伦文德律师事务所根据多年提供国际法律服务业务的体会与理解，率先设立了“GLA”——全球法律联盟国际组织，旗帜鲜明的提出服务于一带一路宏大国际实践，这个国际律师和法律服务组织也是世界上第一个由中国律师发起并主导，由众多国际律师响应并积极参与的国际律师机构。这个国际律师组织将为中国企业走出去，参与一带一路宏大战略的实践起到非常积极的作用，也会对中国企业在走出去的过程中实行“主办律师”制度起到推动作用。目前GLA的成员已经覆盖了40多个国家和地区。





□ 武 坚/文

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



□ 王凌芸/文

王凌芸，中伦文德律师事务所实习律师，本科毕业于澳门科技大学，2016年赴德国帕绍大学学习德国法，获得法学硕士学位(LL.M)，具备优异的德语、英语听说读写能力。主要业务领域：公司业务、企业改制、民商事争议解决等。

浅论民商事律师执业风险防范

——从几则当事人投诉案例谈起

一、引言

如果说专业能力是律师安身立命的根本，那么公信力即是律师行业发展之源。大部分的律师业务都源自当事人委托，倘若社会评价低、当事人评价低、相互之间的不信任会直接危及律师行业存在价值和基础。对于律师个人而言，亦是如此，一旦被发现存在违反律师职业道德和职业纪律的情形，律师生涯难免举步维艰。因此，律师为委托人提供专业的法律服务时，规范执业应是首当其冲应当遵循的原则。

针对规范执业，行政主管部门以及律师协会先后出台了一系列法律法规和规范性文件，对律师的执业规范做了些原则性规定；同时也成立多个监管部门，对律师执业进行监督，对执业过程中的违纪行为进行调查及处理。所谓的律师执业的“雷区”，也就应时而生。学习避免因服务不规范而遭到委托人投诉进而受到行业纪律处分，成为了必不可少的一课。

虽说律师执业风险防范算是个老生常谈的话题，本文想从几个当事人投诉案例作为切入点，探讨下民商事律师执业的风险防范。

二、当事人对律师工作的“不满意”

当事人对律师工作的“不满意”，在双方未能协商一致解决的情况下，既可以根据与律师事务所签署的《委托协议》、《顾问协议》中约定的争议解决方式采取诉讼或者仲裁方式解决，也可以向各区（县）司法局或是向所在地律师协会投诉。

近日，作为惩戒委委员，先后收到了几份涉嫌律师“不尽职代理”的投诉案卷。一则投诉是G公司以D律师事务所（以下简称“新所”）W律师（原执业单位Y律师事务所，以下简称“旧所”）在代理案件过程中，同时在两家律师事务所执业，涉嫌违反律师职业道德与纪律规范，未尽到勤勉尽责义务，未完全履行合同义务为由，通过邮寄的方式向北区律师协会进行了投诉，要求确认违反事实并吊销W律师律师执业证。G公司称：W律师在未告知G公司的情况下，自行更换律师事务所，任意欺瞒不作为，未完全履行合同义务。

梳理案卷后查明，W律师尚在旧所执业时，以旧所名义与G公司签订《代理协议》，指派了

W 律师及其他律师，承接案件后不久，W 律师及其他部分律师变更执业律所。在转所后，律师以新所名义继续提供每月工作汇报并向 G 公司发送了案件转签协议，告知 G 公司执业律所变更事宜，但 G 公司并未签署新协议，相关案子的后续推进成了问题。虽然本案不构成《中华人民共和国律师法》第四十九条吊销律师证的法定理由，W 律师不会被处以吊销律师证，但显然因 W 律师变更律所前后未能与委托人妥善沟通，做好交接工作，造成了委托人对律师工作的“不满意”，进而遭到了投诉。当事人因对律师工作“不满意”，投诉律师的案件时有发生。

而后一则是投诉人 F 以 C 律师事务所（以下简称“C 所”）在代理的投诉人与地方政府征收补偿产生的纠纷案中，不积极跟进，并对除代理费以外的收费无凭据，开庭时律师频繁换人，且无案件进展为由，通过邮寄的方式向区律师协会进行了投诉。投诉人 F 称：签署合同一年后，由于律师事务所内部调动，未经沟通，私自调换案件主管人员，此案就被搁置。随后在开庭时律师在庭上阐述有所偏离主题，开庭后也无结果，事情迟迟不能解决。投诉人提出律师所能给一份具体的收费凭据，但律师所不仅不提供并向我们收取剩下的差旅费，不给就单方解除合同。

根据投诉人的邮寄的投诉书初步判断，此投诉既含违反律师事务所管理制度的行为，又含违法律师执业纪律的行为，可能涉及多个律师执业过程中需谨慎对待的风险点：一是“不积极跟进”、“在庭上阐述有所偏离主题”、“案件无进展”，律师是否尽到勤勉尽责义务；二是“私自调换案件主管人员”，律所是否属于无故更换律师、代理不尽职；三是“要求能给一份具体的收费凭据”，是否存在私自收费、不开具发票等违规行为；四是“向我们收取剩下的差旅费”，差旅费的收取是否正当、合理；五是“单方解除合同”，是否不按约定提供法律服务。

虽然，投诉人在投诉调查过程中，未能提供足够证据证明 C 律所存在上述违规事实，惩戒委也并未支持投诉人的投诉请求。但从上述两则小案例不难看出，律师被投诉的理由林林总总，但主要原因总是万变不离其宗。根据朝阳区律师协会的统计，没有达到当事人目的或要求从而引发的投诉是遭受投诉和不满的主要原因。^[1]

三、 一些心得

当事人聘请律师，是为了获得专业的法律服务。律师以其专业的学识、丰富的经验，为委托人解决棘手的法律纠纷或者处理复杂的法律关系。不辜负委托人的信任，不损害委托人合法权益，应当是律师执业不能逾越的红线。

“私自收费、不开具发票”看似事小，其实违法又违规。实践中，引发该类投诉往往是投诉人与律师、律所之间发生其他原因的纠纷，以此为导致导致律师、律所收到记录处分或为了避免行业纪录处分不得不退费。^[2]类



似这些违反律师事务所管理制度行为，也许可以带来“小利”，实则从案件伊始就授人以柄，一旦委托人对律师工作的“不满意”，如一经投诉，并会被受以纪律处分，实则会因小失大。

“勤勉尽责”是《律师职业道德和执业纪律规范》、《律师执业行为规范》明文规定的执业准则之一，是律师执业纪律的核心，却变为了当事人对律师工作不满意的理投诉事由之一。诚然，兢兢业业、勤勤恳恳，定能得到同行和委托人的赏识和肯定。可案件进展过程中的不确定因素时有发生，律师恐难保证所有委托人对其工作都能称心如意。当然，被投诉的概率并不高，被投诉也并不可怕。可怕的是，律师胸中无数，以为是提供的服务不满意，实则是提供的服务不规范，进而被认定违规甚至给予惩戒。结合近些年作为惩戒委员会调查处理的些许案件，针对民商事律师执业风险的应对之策作了以下几点总结，望能行之有效：

1. 知悉各项管理规范并时刻规范执业。

部分律师可能对细分领域的法律法规了如指掌运用自如，却未必了解所执业的律师事务所管理规范或是律师执业必须遵守的行为规范、道德基本准则。对于该些行为规范，律师应当作到心中有数；在实践中亦不抱有侥幸心理，严格恪守职业道德和执业纪律。

2. 慎重处理与委托人、当事人的关系。

与委托人之间的信任关系是双方合作的基础，但也需与委托人保持专业的距离，二者须兼顾。信任的重要性不言而喻，但距离的分寸把握也需恰到好处。从专业服务角度看，只有保持独立性，独立思考，不受委托人影响而冷静选择最符合委托人利益的判断，才能为委托人提供最好的专业服务；从风险意识上看，适当保持距离，理直气壮的对于委托人一些不合法或者不合理要求说“不”。

3. 保持与委托人之间的及时有效沟通。

及时有效地就案件、项目进展情况与委托人进行沟通，是提供法律服务过程中必不可少的，也是防范风险重要方法之一。只有及时有效的沟通才能避免出现违背委托人意愿的情形，因此在此建议律师在执业过程中就代理思路和项目进展情况及时与委托人沟通，并尽量以书面形式将沟通情况予以固定和确认，以避免不必要的风险。^[1]

4. 加强卷宗档案管理，保存完整的工作记录。

工作记录是律师工作的直观体现。对于投诉人投诉律师代理不尽责、未按约定完成委托义务的投诉案件，如被投诉律师仅向律协秘书处提供薄薄的几页纸作为申辩证据，调查小组难以判断律师是否尽到了勤勉尽责的义务，反之，若是提供了详细的卷宗档案和完整的工作记录，这就是最有力的证据之一。事无巨细都要有工作记录的习惯，既有利于案后复盘，提高我们自己的业务能力和接受检查监督，也有利于防范风险。

5. 不私下收费、不承诺公关、不承诺结果。

这三“不”原则，无庸赘述，是有效防范和杜绝风险的一尺标杆。

深知，律师实务中的情况错综复杂，不是一言两语就能囊括。律师执业过程中对执业风险的把控及预防，是门长久的学问。此文几些心得，定存偏颇和不足，但正如古人言“慎终如始，则无败事”。

参考文献：

- [1] 《500个不满意》，北京市朝阳区律师协会编著，第96页。
 [2] 《500个不满意》，北京市朝阳区律师协会编著，第149页。
 [3] 《北京律师执业警示录》，北京市律师协会执业纪律与执业调查委员会，第233页。



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



□ 娄耀雄/文

娄耀雄律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，北京大学法学院法学博士；中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员；纽约律师协会会员。

哲学法专题之四：好好说话（一） ——语言问题

永远存在许多具有“迂回措辞”的间接表达的可能性。

——胡塞尔^[1]

语言是律师的武器，如枪对于士兵。律师只做两件事：解释过去（诉讼业务）和设计未来（非诉业务）。前者把已经发生的事实解释成合法——法律是工具，可以用这个、也可以换一个，胜负全靠解释的功力；后者虽属制度设计，但很多情况下，非诉律师还要回归演说家的角色——说服委托人，有时还有相对方，自己的蓝图最美，既考虑了未来的各种可能，也预设了对其最有利的出口。

语言有三个境界：说清（清楚表达）、说服（推送观点）、说笑（制造效果）。律师只需达到前两个境界，说清他让别人知道的和让别人相信他说的，即使大部分情况下，他并不相信自己说的——律师无法选择观点，因为无法选择立场。对于两个站在相反立场的律师，没有对错，只有谁更有说服力；当然，也没有正义，正义是他们解释与立场绑定的观点的托词。这正是这个职业的悲哀，就像雇佣兵无法选择敌人，律师无法选

择观点。

第三个境界，就是玩语言。庭审中，中国律师不用也罢，否则会被法官赶出法庭。英美法系的律师在法庭辩论时会大量运用语言效果——眼泪（煽情）或笑声（幽默），我们这儿不许玩这个。在社交领域开拓业务，此境界却是不可或缺的。这个境界的语言，要求娴熟地运用类比、通感、比喻、拟人等手法，当场对两个内容进行抽象和类比，以找出共性；然后，选择视角和深度，隐晦地表达这种共性。我们很多人会骑自行车，但不会玩极限单车，比如定车平衡、跳跃、滑行、攀爬障碍物、旋转车身等，正如我们会说话，但不会像郭德纲一样玩语言。

虽然，让人哭的技巧（煽情）比让人亢奋的技巧（演说）更难，但严格说来，大部分煽情都属于表演，不单纯依赖语言。唯有幽默是纯粹靠语言的。有个奇怪的现象，男人比女人更懂幽默，大部分年轻女孩的幽默感是很低的。原因在于性是幽默的主要素材，其中比较露骨的称为黄段子。对性的思考和幻想，男女是有很大差异的。对幽默素材做统计学考量，会发现超过一半的幽默都与性有关。这是由于本能和伦理的永恒冲突，

使性只能选择安全的表达方式；而隐喻的、暗示性的、可进可退的幽默表达成为首选。另外，幽默本身既是发泄，又可用作试探性要约（调情），因此，为满足刚性需求而生产的性幽默，从来都是供大于求。

听懂它们，需要想象力；而制造它们，还需要掌握暗示的尺度——说的太露，会显低俗；太正经，又制造不了效果。这就如美人，不能扒得太光，否则扼杀了想象；也不能裹得太严，否则让人对探索绝望。玄妙在于虚掩，在说和不说之间，这就是第三个境界。如果不是玩语言的职业人士（相声、小品演员），大部分人的幽默能力要到三十岁以后才成熟。期间，必须经过适当的压抑；只有压抑，想象的翅膀才丰满。

一、语言问题

语言的三个境界，各有要求。说清，需要语法和形式逻辑；说服，需要非形式逻辑；说笑，需要比喻和类比。

第一个境界（说清）不是律师要考虑的，是他们的小学老师要考虑的。用母语思考者，梦话都符合语法；只有老外将语法视为珍宝。形式逻辑

虽然大学才学，但幼儿园就开始用了，就像好厨子不知道有菜谱这回事。

第二个境界（说服）倒是需要研究一下，它属于亚里士多德建立的修辞学和两千年后佩雷尔曼创立的新修辞学内容。二者都要用到非形式逻辑。与形式逻辑不同，非形式逻辑没有非此即彼的判断，没有谁一定错、谁一定对，只有谁的观点听上去更有道理、谁更能说服别人接受他的观点。非形式逻辑推理是说服的过程，充分展示了高中语文老师教的议论文写作技巧，比如引用、比喻、对比、分析、归纳等。律师的非形式逻辑能力体现在谈判和法庭辩论上，二者与普通辩论相比，各有特点：谈判的目标不是驳倒对方、树立己方观点，而是达成共识，开展合作；法庭辩论与普通辩论相比，前者的约束条件除了语法和逻辑外，还有证据规则和诉讼程序；另外，前者的大前提，即法条的适用性本身是需要证明的。

第三个境界（说笑）是说话的最高境界，其不以叙述、抒情或论证为目的，只为愉悦。如果老子在，他会说，这个境界就是无为地说话。这个境界的说哭或说笑是艺术的，就像古希腊悲剧或相声。与其说，玩语言的人离不开艺术；不如说，



玩语言本身就是艺术。“在柏拉图看来，语言的谬误和诡辩因艺术的谬误和诡辩而成长壮大。我们在修辞学中发现语词的巫术因诗歌和艺术的巫术而增添了魔力。”^[12]

最值得研究的语言问题不是逻辑和语法，而是类比和比喻，它们是达到第三个境界的基本功。逻辑和语法是形式，规则有限；类比和比喻是思想，内容无穷。类比和比喻的原理是一样的，“隐喻思维经常要求我们同时发现许多类比一致性。”^[13]二者要经历同样的思维过程：抽象、对比、找出本质相似、选择视角和深度以表达该相似。只是进入语言层面后，二者对相似性的表达会有差异：类比用明确的谓词呈现出这种相似；而比喻则会选择一个隐晦的谓词，让听者沿着说者的思路再找寻一遍这种相似。新修辞学的创始者佩雷尔曼认为，“隐喻，一个融合的类比，其具有所有类比的功能。”^[14]

规则类比和事实类比都需要律师具备抽象和对比能力。在判例法系，需要找到先例和本案的本质相似，从而适用先例中的规则；在大陆法系，需要找到本案和某规则的适用条件之间的相似，从而触发该规则；以及当找不到直接适用的规则时，如何类推相近的规则，或者对某规则做扩大解释从而涵盖本案情形，这些都需要抽象和对比。不擅于类比的律师与缺乏幽默感的人有同样的缺陷。类比能力是一种悟性，属于天赋。以天赋为基础的行业，多少有些职业宿命论成分。所以，有的人天生就适合作律师，就像有的人天生就是诗人。

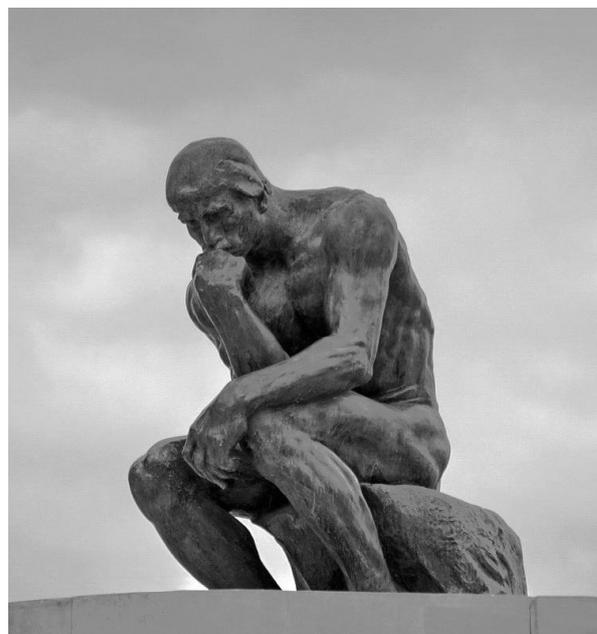
类比和比喻是思想层面最重要的表达手段，不用它们，某些思想就无法表达。词汇不是为了描述形而上而发明的，而是为了描述形而下。因此，思想里存在大量“不可言说之物”，比如老子的“无”和“道”、海德格尔的“此在”、康德的“自在之物”等。语言要传递有关“不可言说之物”的信息，就必须借用“可言之物”激发出的感觉。类比和比喻就承担了这种职能。它们越过了内容，直接传递感觉，从而形成意义。

用类比和比喻表达时，文字的确定性变弱，想象的随意性增加，传递感觉的过程类似绘画和音乐，依赖共鸣、同感、移情等手段。由于牺牲

了内容确定性，在传递感觉过程中，歧义或副作用在所难免。举例来说，在股市中，人们有使用拟人化语言的习惯，由此形成了独特的话语体系——股市语。先看一段大盘综述，“成长股和概念股继续强势上涨，创业板指几乎收复昨日失地，中小板指再创反弹新高。”^[15]股市语的特点是把统计学意义上的大数据样本拟人化，暗示股市由规律推动。在这种语境下，亿万零散的买卖行为，在经过了统计学汇总后所形成的轨迹，看起来像是由某个规律事先决定的。股市语暗示股票曲线的既定性和规律性，似乎其走向是注定的。其实，股票曲线完全来自统计结果，是无数个独立交易的大数据汇总，不是按照事先的规律、意志、由看不见的手操纵使然。在拟人语境下，人们将统计结果背后的力量神圣化，就像古代人用神生气解释雷电风雨一样。这种拟人化表达的副作用是，人们会像对待自然科学一样试图发现股票曲线的规律，而淡忘了投资风险。

二、哲学问题

如维特根斯坦所说，“当语言休假时，哲学问题就产生了。”^[16]哲学问题的产生与语言有关，由词义演变、隐喻定势、外延扩展、内涵歧义等语言的不确定性或“不可言说之物”引起。哲学问题的答案是这样得到的：哲学家按照他对语言



问题的解释，重构与他的学说相适应的语境，然后给出他的答案——他的一家之言。

人从哪儿来、又去哪儿、人生的意义是什么、世界是什么、世界从哪儿来、人和世界的关系是什么？对这些终极问题的追问产生了哲学。与宗教不同，哲学试图用理性回答它们；宗教则通过信仰。宗教认为，这些问题是理性无法回答的，故不得不诉诸“意义”，而放弃对“事实”的追问。因而，“宗教讲的主要不是事实，乃是意义”^[7]，它豁免了求证，但要求你确信它阐释的意义。克尔凯郭尔说，“我们必须抛弃对信仰的所有理性支持，”^[8]“如果我能够通过理性的方式理解上帝，我就不会有信仰，但是因为我不可能，我就必须有信仰”^[9]

哲学问题的答案是与时俱进的，虽然哲学问题亘古不变。这一点与伦理学不同。哲学问题由语言引起，其答案随语境而变。当引发语境的大背景，诸如社会、技术、文化环境变换时，晚辈哲学家会给出新的一家之言。伦理问题的答案长期不变，即使物质世界发生了天翻地复的变化，我们还要大兴国学、喝几千年前孔子熬的鸡汤，因为人性不变，基于人性建立的伦理也不变。伦理学发展缓慢，赶不上科技的脚步。所以，人造人的研究要停下来，等着伦理学有了答案再启动。然而，哲学问题的答案却随各学科的发展而日新月异；不同的背景下，哲学家们对终极问题会有不同的解释。“人性的特征正是在于，他并不局限于对实在只采取一种特定的唯一的态度，而是能够选择他的着眼点，从而既能看出事物的这一面样子，又能看出事物的那一面样子。”^[10]语言学、进化论、量子理论、大爆炸理论都给了哲学新的视角、素材和进路。当科技把人类带入网络社会，大数据、云计算、虚拟现实、人工智能的出现给哲学提供了新的背景，哲学问题的答案或许因此改变。

比如，有关生命的意义问题，存在主义的解释（答案）是，生命的意义是在过程中被自己赋予的。萨特认为，人自己创造自己的本质，在过程中，人给生命赋予了意义。“一个人不多不少就是他的一系列行径，他是构成这些行径的总和、组织和一套关系。”^[11]登山者在承受坠崖风

险的攀登中感受到挑战和征服的意义、赛车手在承受车毁人亡风险的竞技中感受到驾驭和超越的意义。“我因为竭尽全力排除危险的处境而自我实现”。^[12]

然而，高科技的到来大量节省了过程，其带来方便性的同时，也冲击着萨特给人生意义开出的药方。虚拟现实技术直接挑战了过程的必要性，其通过技术手段，在人的精神世界搭建了一座仿真空间，让人不需要经历过程，就可获得目的地的感觉。比如，虚拟眼镜让人不需要跋涉，就获得了身历其境的感觉；虚拟手套让人不需要撩妹，就能感受其温度、湿度、硬度、张力和弹性，妙不可言；虚拟赛车和CS让人不需要支付实物成本、不承担损伤风险，就直接获得对抗性快感。赋予生命意义的过程一旦被阉割，人在跋山涉水间奔向目的地的过程中感受到的生命的意义，就不见了。

“哲学问题具有的形式是：‘我不知道出路何在。’”^[13]过程阉割后节省出的时间让人无所事事。于是，越来越多的人通过游戏和娱乐打发时间。他们在游戏忘我和娱乐至死的陶醉中，寻找存在感或者干脆忘掉它。于是，全民娱乐、全校游戏的时代到来了。当一项技术深刻地改变了社会关系和人的生活方式，对终极问题的原有解释可能就不适用了。网络时代呼吁新哲学家的一家之言。

顺便说一句，无论有没有新哲学家出场，法律都必须出场。法律是另一种技术，可以解决科学技术带来的问题。为治理虚拟空间，法律会倾向于依赖技术标准和限制技术实施者。于是，大量有关信息安全的技术标准成为了规范；立法者细化了信息发布者和信息平台管理者的责任。

三、恐慌问题

如果说，在这个世界上，人类有什么是不变的，那么缺乏安全感应排在第一位。“沉沦之背离倒是起因于畏，而畏又才使怕成为可能。……畏之所畏者就是在世本身。”^[14]引发恐慌的，不仅是面对大自然时，生物体意识到的弱小无助，还有语言问题。

很多时候，迷惘、恐慌、无奈也与语言有关，而在语言的背后，隐藏着价值观、本体论和认识

论等哲学问题。我们发现，“恐慌—哲学问题—语言—恐慌”成为一个死循环。恐慌与生俱来，语言日新月异，哲学家层出不穷，于是，恐慌换了主题。下面以人工智能为例，说明“恐慌—哲学问题—语言”的三角关系。

人工智能最早出现在上世纪五十年代，当时并未引起人们的关注。进入本世纪后，随着AlphaGo击败世界围棋冠军和无人驾驶汽车的诞生，人们开始感到恐慌：电影里描绘的情节即将出现，智能机器有比人更灵敏的感官、更快的思维、更强的理性，以及刀枪不入的皮肤和无限的意志力。那么，结果是否如科幻片所言？——要不是当初的设计缺陷被发现，他们会替代人而获得地球的控制权，人类则将成为其役使的奴隶，或被其消灭。

人的被超越、被替代、被灭绝的恐慌随着智能机器取代特殊劳动岗位而加剧：自动驾驶技术取代司机、案例检索系统取代律师助理、具备人脸识别和分析功能的智能摄像头取代视频警察等等。与工业自动化刚开始时机器手取代蓝领不同，人工智能机器取代的都是具备分析和判断力的白领。

人工智能机器越来越接近人，人不得不思索这种机器带来的哲学问题：人类文明的边界在哪里？如果“有生就有灭”是一条不变的规律，那么人类文明迟早要灭亡；抛开行星撞击地球、核武大战等小概率毁灭因素，站在食物链顶端的人类不能被地球上的其他生物消灭，是否注定要被自己发明的产品消灭？——这里面有另外一个语言问题，就是细菌和病毒是否属于“生物链中的生物”？如果是，那么人类一定是被这种“生物”消灭的，因为病死的人都是被它们吃掉的，并且无论怎么死的，死后都做了它们的食物。或者说，上帝制造生物就是为了给细菌和病毒作食物。

这种恐慌所牵扯的哲学问题，涉及人类文明的边界和人类灭亡的方式等终极问题。然而，这其实是由“智能”这个词引发的一个语言问题。智能机器的“智能”与细胞生物的“智能”不是一个概念，当二者混淆后，哲学问题就出现了。生物由细胞构成，细胞的分化、变异、突变是生物智能的基础；而智能机器说到底是由无机物组成的一堆金属和半导体，其“智能”和以细胞为

基础的生物“智能”不可同日而语。

哲学的争论源于语言的意指混乱。“语言的惯用法能够对有关我们生活世界的知识和推理的进展产生最猛烈的抵抗。”^[15]有时，我们对词语稍加分析，就可以挣脱其习惯性通感引起的思维定式。“只有在句子语境中，词语才表示事物”^[16]。机器的“智能”指通过自主学习，在现有理性范式内不断完善既定的知识结构，并在此范式内按照既定规则自主识别和自主判断（第一层次智能）；生物“智能”除了包含第一层次智能外，还包含超越现有理性范式、建立更高理性范式的能力（第二层次智能）。

范式是科技共同体共同接受的假说、理论、准则和研究方法的总和，是同时代的科学共同体在本体论、认识论和方法论上的共同信念。“库恩认为科学家认识的世界并不是客观实在的世界，而是主管约定的世界。其内容来自科学家的共同信念。范式改变，科学家所约定的世界也跟着改变。”^[17]当大量新的事实无法纳入既有范式，并由其给出符合该范式的解释，新的范式就该出场了。比如，牛顿的经典力学彻底否定了亚里士多德建立在“力是使物体产生运动，并维持运动的原因”之上的物理学范式，而爱因斯坦的相对论又彻底否定了建立在绝对时间和绝对空间之上的牛顿力学范式。范式之间是不可通约的，范式的变化不是认识的深化，而是心理和信念的改变。新范式的出现不表明科学家对世界的认识深化，其只是由于新的事实引起了科学共同体信念的变化。“遵循某一范式或模型从本质上讲是一种信念，是将某些观念视为理所当然。”^[18]信念是激情的接受和放弃理性的屈服。

从认知学上看，第二层次的“智能”包含了范式超越，而不是在既有范式内的知识积累。范式超越是对原来范式的否定——打乱既有知识间的关联，重建新的学说并以此对全部知识重新建构。按照既定程序行事和自我学习的机器，没有信念可言，因而，无法完成范式的改变。

范式改变需要灵感激发的信念，理性自身不能胜任。按照一个范式搭建的知识结构无法推翻自身，正如人不能把自己从地球上提起来一样。否定自我必须依赖外力。理性的外力就是非理性。

理性范式的超越依赖灵感、梦境、顿悟、意志、信仰等非理性因素。因此，第二层次智能依赖非理性，而这正是机器所缺乏的。“理性”机器发展不出能够推翻自我知识结构的第二层次智能，这种本领是细胞生物的特质。

细胞突变是不可知的，它是非理性的物质基础，灵感正是源于此。理性所能给予我们的是在既有范式内，积累知识并按照既定理论解释它。计算机程序是纯粹理性的堆积——按照既定理性设计、按照既定理性运行、学习和决策，任何下一步都可从上一步被理性推导出来。智能机器突破不了第一层次智能的局限，只能在速度、精度、稳定性上超越人；由于缺乏感情、无意识、灵感、顿悟、信仰等非理性因素，再聪明的机器也不能像细胞生物一样产生第二层次智能。按照牛顿力学范式理论编程的计算机，无论通过怎样的自我学习，也无法跨入相对论的范式。因此，人类对智能机器的恐惧只是因语言引起的一个伪问题。

四、大问题

作为技术产品的智能机器消灭不了人。可是，机器消灭人类精神的进程早就开始了。技术带来的便利消灭了“在路上”的奔波、思考和期待，人生变成了按按钮、点鼠标、发微信、写邮件。被技术驱赶到虚拟空间的一代，缺乏奋斗、献身和理想主义，除了感官被幻象满足，人生的“意义”只剩快感、消费、炫耀和全民娱乐。“现代科学和极权国家都是技术之本质的必然结果，同时也是技术的随从。归根到底，这就是要把生命的本质交付给技术制造去处理。”^[19]

技术送给了我们一个光怪陆离的外在世界，诱惑着我们的精神，使之忘记归途。于是，躯壳里面逐渐荒芜。这是一个与语言无关的大问题！

我的世界

我是网络游戏中的一个小角色，
我的世界只有屏幕大，我称它为“宇宙”。
只要给我几个游戏金币，我就会不择手段地去赢。

关机是我的世界末日，每次我不知道自己是怎么死的。

开机是我的轮回，我是另一局的我。

《楚门的世界》已下线，
我的世界还没杀青，
我不知道我的玩家是谁。
只知道，他点击鼠标，就是我的一生。

他大部分时间不理我，
为了打发寂寞，
我通过自主学习，编了自己的网络游戏。
我在人家的游戏中玩自己的游戏，
我听到，我游戏中的一个小角色自言自语：
“我是谁的导演？谁又导演了我的一生？”

参考文献：

- [1]【德】胡塞尔著，李幼蒸译：《纯粹现象学通论》，商务印书馆，1992年11月第1版，第357页。
- [2]【德】恩斯特·卡西尔著，于晓等译：《语言与神话》，三联书店，2017年1月第1版，第140页。
- [3]【美】厄尼·莱波雷等著，刘龙根等译，《想象与规约：语法与语言推论之分》，中国人民大学出版社，2017年10月第1版，第167页。
- [4]廖义铭著：《佩雷尔曼之新修辞学》，唐山出版社，1997年1月第1版，第167页。
- [5] <http://www.afinance.cn/guping/dpzs/201305/570246.html>
- [6]【奥】维特根斯坦著，李步楼译：《哲学研究》，商务印书馆，1996年11月第1版，第29页。
- [7]【美】休斯顿·史密斯著，刘安云译：《人的宗教：珍藏版》，海南出版社，2013年6月第1版，第10页。
- [8]【英】安东尼·肯尼著，梁展译：《牛津西方哲学史（第四卷）：现代世界中的哲学》，吉林出版集团，2012年9月第1版，第335页。
- [9]【英】罗素著，吕律等译：《哲学》，旅游教育出版社，2010年8月第1版，第158页。
- [10]【德】恩斯特·卡希尔著，赵海萍译：《符号形式的哲学》，吉林春集团股份有限公司，2018年3月第1版第201页
- [11]【法】让·保罗·萨特著，周煦良等译：《存在主义是一种人道主义》，上海译文出版社，2012年6月第1版，第21页。
- [12]【法】让·保罗·萨特著，陈宜良等译：《存在与虚无（修订译本）》，三联书店，2012年6月第4版，第60页。
- [13]【奥】维特根斯坦著，李步楼译：《哲学研究》，1996年11月第1版，第75页。
- [14]【德】马丁·海德格尔著，陈嘉映等译：《存在与时间》，三联书店，1987年12月第1版，第215页。
- [15]【德】诺伯特·埃利亚斯著，熊浩等译：《符号理论》，商务印书馆，2018年7月第1版，第97页。
- [16]【英】达米特著，黄敏译：《弗雷格——语言哲学》，2019年1月第1版，第293页。
- [17]张之沧、林丹编著：《当代西方哲学（修订版）》，人民出版社，2007年8月第1版，第358页。
- [18]【美】哈罗德·泰特等著，李婷婷译：《老问题：西方哲学的经典议题》，新华出版社，2014年3月第1版，第232页。
- [19]【德】海德格尔著，孙周兴译：《林中路》，商务印书馆，2018年12月第1版，第327页。



□ 李云海/文

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



□ 王禹宸/文

王禹宸，律师助理，本科毕业于Purdue University，获得经济学、管理学、会计学三重学位，并获最高荣誉毕业(Degree with Highest Distinction)。法律职业博士(Juris Doctor)毕业于University of Southern California，并获南加州大学奖学金。毕业后就职于北京市中伦文德律师事务所，主要业务领域为重组并购、外商投资和知识产权。

融资租赁法律风险分析及共同承租模式解读

融资租赁是一种重要的金融工具，是连接商业资本、借贷资本、生产资本和商品资本的纽带。融资租赁公司展业过程中，如何合理规避经营过程中存在的潜在法律风险是本文的主要目的。本文结合案例及法律实物对融资租赁公司展业的法律风险及共同承租模式的特殊法律问题做初步探讨。

一、关于融资租赁公司法律风险的规避建议

(一) 交付的租赁物有质量问题或者权利瑕疵，出租人是否要就此对承租人负责？

根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(下称“司法解释”)第十九条，一般情况下，如果承租人自行选择出卖人、租赁物，则出租人不对租赁物的质量问题和权利瑕疵负有赔偿责任。承租人应直接找出卖人对该等瑕疵负责。

从案例中也可看出，最高人民法院认可租赁合同中“租赁设备在出现任何质量或权利瑕疵时，

由出卖人负责处理该瑕疵，出租人不承担任何责任”等条款的效力。(2017)最高法民申1065号《深圳市润泽工程机械有限公司、江苏公信资产经营管理有限公司融资租赁合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书》中，出卖人和租赁物系承租人自行选择，明知出租人已经将租赁物租给第三方，承租人仍要求租赁设备，故出租人与第三方解除租赁关系后才将设备租赁给承租人，后因设备存在质量问题，承租人延迟交付租金。鉴于，(1) 承租人签署融资租赁合同时，对租赁物是二手设备且存在遗留故障问题是知情的；(2) 融资租赁合同里有出租人对租赁物的瑕疵担保免责条款。最高院判决承租人应直接向出卖人主张权利，而出租人不承担质量担保义务。

根据司法解释第十八条，在承租人向出卖人行使索赔权时，出租人有义务及时提供必要协助，这一原则体现在了(2014)常民二终字第101号《中恒国际租赁有限公司、湖南路通机械设备有限公司与刘尚瑶融资租赁合同纠纷二审民事判决书》中。在该案中，因设备存在质量问题，承租人拒付租金，出租人未催告支付，而是直接授权出卖

人从承租人处秘密取回设备。虽然出租人违反了在解除合同前先催告承租人的义务，但湖南常德中院仍然判定出租人不承担租赁物的瑕疵担保责任，判决承租人的损失应全部由出卖人赔偿，且判决案件受理费由承租人和出卖人承担。而出租人需要注意的是，出租人虽不对租赁物瑕疵直接负责，但应在承租人向出卖人主张权利时提供协助。本案中，出租人不仅没有协助承租人主张权利，反而授权出卖人侵害承租人的权利，因而承租人有权拒绝履行支付义务。

（二）租赁物被承租人二次抵押、转卖、转租，是否会对出租人的所有权权益产生影响？

在这个问题上法院的核心关注点是善意第三人对抗所有权的问题，而最高法院经常将租赁物被二次交易时是否已经登记作为第三人是否善意的重要评判标准，即，如果在签署融资租赁协议后，租赁物仍然登记在承租人名下，则出租人的所有权不能排除善意第三人从承租人处受让的权益。在法院审理该类案件时，出租人对第三人非善意负有举证责任。

此外，从司法解释第九条和相关案件可以看出，出租人可以采取一些措施来最大限度的防止善意取得情况的发生：（1）在租赁物的显著位置作出标识，声明所有权；（2）让承租人将租赁物再抵押回给出租人，并办理抵押权登记，以抵押权的形式二次保障出租人对租赁物的权益；（3）在融资租赁公示系统登记，保证第三人可以查询得到出租人与承租人之间融资租赁交易的相关信息，并保留己方已在公示系统登记的证明。

（2015）民二终字第138号《上海浦东发展银



行股份有限公司西宁分行、青海三健工程机械有限公司金融借款合同纠纷二审民事判决书》中，承租人将多项租赁物出质给了第三方银行而未按期还款，第三方银行诉承租人请求实现担保物权。多名出租人要求参加诉讼以确认对租赁物的所有权，其中一方出租人已经通过另外的民事判决确认了其有部分租赁物的所有权，而另一方出租人对其他租赁物的确权之诉正在进行中。最高法院明确指出：即使租赁物为出租人所有，因在显著位置无任何权属标识，也未进行权属登记，且善意第三人在进行融资租赁交易查询后未发现本案融资租赁的记录，故不存在司法解释第九条规定的除外情形，善意第三人取得了对本案租赁物的质押权。

（2019）最高法民申647号《中国康富国际租赁股份有限公司、中国建设银行股份有限公司喀什地区分行再审审查与审判监督民事裁定书》中，租赁物车辆一直为承租人占有并使用，权属登记显示车辆为承租人所有，承租人后将车辆抵押给第三方银行，并办理了抵押登记。出租人凭其在融资租赁合同项下的所有权提起了案外人执行异议之诉。最高法院认为：融资租赁合同仅为出租人与承租人间的约定，第三方银行并不知悉，在此情况下要想证明第三方银行并非善意，出租人负有举证责任。案中出租人指出，在进行抵押登记时，第三方银行并没有按照规定去车辆管理部门登记，而是去无权办理的工商行政管理部门申请，以此推理第三方银行其实是知道租赁物所有权的是有问题的。法院对此表示抵押登记在工商部门并不妨碍公众查询，凭此不能证明第三方银行并非善意。出租方另主张，第三方银行在设立抵押时并未登录融资租赁公示系统查询车辆的权属情况，未尽到合理注意义务，因此符合司法解释第九条第（三）款所规定的排除情况。法院表示因本案中出租人未能提供证据证明其已在该公示系统进行了登记，因而即便第三方银行进行了查询也无法查到车辆融资租赁的事项，出租人不能凭此主张司法解释第九条第（三）款所规定的排除情况。因此，法院判决第三方银行善意取得抵押权，出租人不能排除善意第三人行使抵押权而对租赁物进行的强制执行。

(2017)最高法民终 897 号《邯郸市昌盛制管有限公司、长城国兴金融租赁有限公司融资租赁合同纠纷二审民事判决书》中，出租人与承租人签订了融资租赁合同后，又签订了抵押合同，承租人将租赁物抵押回给出租人（即采取了司法解释第九条第（二）款所述的方式）。承租人不能履约，出租人诉融资租赁合同中的保证人承担连带责任。案中保证人主张，因为出租人与承租人间抵押关系，出租人仅有抵押权，而失去了所有权。法院不予支持，并明确表示这种设立另一重抵押关系的方式是为了保护出租人的合法权益、防范商业风险，并不违反相关法律规定。

（三）出卖人未按照约定交付租赁物，是否会对出租人的权利产生影响？

首先，融资租赁合同项下，出租人有从承租人处收取租金的权利。各地法院基本一致认为在融资租赁中，承租人实际从出卖人处取得租赁物不是其向出租人履行支付租金义务的前提，除非合同另有约定，如果发生了出卖人不交付或交付有瑕疵的情况，承租人的救济在于出卖人而不在于出租人。交付与否，出租人都有权正常收取租金。值得注意的是，下面两个案例的共同点在于，虽然并未实际交付，但出租人均从承租人处取得了已交付租赁物的书面证明，而法院对此等操作表示认可，这是出租人可以借鉴的地方。

在 (2019)辽 02 民终 3449 号《溆浦县人民医院、宏泰国际融资租赁（天津）有限公司融资租赁合同纠纷二审民事判决书》中，买卖合同中约定租赁物由出卖人直接交付给承租人。承租人以出卖人未交付租赁物为由拒绝支付租金，出租人起诉承租人履行，并起诉出卖人按照融资租赁合同承担连带保证责任。法院认为：融资租赁合同项下的租金支付义务与买卖合同项下的租赁物交付义务是彼此独立的。虽然出卖人未完全向承租人交付租赁物，但是承租人依然向出租人出具了租赁物的签收证明、验收合格确认书，出租人凭此向出卖人支付了设备价款，已履行了出租人的义务。故法院明确表示：承租人是否从出卖人处实际取得租赁物或者取得的租赁物是否存在瑕疵，均与出租人无关，承租人仍然有义务向出租

人支付租金。承租人的损失应依据融资租赁合同中的约定直接向出卖人索赔。

法院在 (2005)沪一中民四(商)终字第 187 号《云南求和通信网络工程科技有限公司与惠普租赁有限公司融资租赁合同纠纷上诉案》中采取了类似的态度。在该案中，承租人以出卖人从未交付租赁物为由拒绝支付租金，出租人起诉承租人履行，并追加出卖人为被告承担连带保证责任。法院的观点为，融资租赁合同中出租人对租赁物的交付义务仅指观念意义上的交付，实际的交付由出卖人履行。出租人无从得知实际的交付与否，只能凭借承租人的通知。因此，只要承租人向出租人发出受领的通知，即视为出租人完成了融资租赁合同项下的交付义务。本案中承租人向出租人出具了验收证明书，且未能证明曾向出租人反映过未收到租赁物的情况，出租人凭此向出卖人支付了货款，有权要求承租人履行支付租金的义务。

同时，出租人有与出卖人解除采购合同的权利。下面的案例提示出租人需注意完善在采购合同中的约定。若出卖人未完成交付，己方要最大限度保留解除合同的权利，不要将己方解除合同的权利与承租人的行为挂钩，以防止因为承租人的过错而导致己方权益受损。

在 (2018)最高法民申 145 号《沈阳恒信租赁有限公司与佛山市南海区明晟机械制造有限公司买卖合同纠纷再审案》中，采购合同中约定，由出租人陪同承租人到出卖人处对租赁物进行验收后，方视为出卖人履行了交付义务。承租人因己方问题一直拒绝验收，导致出卖人无法完成交付。出租人发函催促出卖人履行交付义务，出卖人并未交付，而是回函解释原因。出租人起诉要求解除采购合同。法院认为，由于本案采购合同中有明确的规定承租人验收为交付的前提，而承租人拒绝验收才导致出卖人无法完成交付，出卖人不构成违约，出租人无权解除合同。

二、关于共同承租模式的法律效力

（一）关于共同承租模式的合法性问题

融资租赁公司常采用共同承租人模式设计融资租赁的交易结构，从出租人设立机制的目的来

看，担保与共同承租的作用都是增加承租人以外的一方或者多方在承租人不能履行支付义务时承担连带责任。而二者在机制上又有所不同，在共同承租中，通常共同承租人与实际的承租人一起作为承租人签订融资租赁合同，但并不会实际使用占有租赁物，仅承担连带支付租金的义务。而在担保中，要在融资租赁合同中明确表述其为担保人或者签订单独的担保合同。相较于共同承租模式，担保相关的法律发展的较为完善，相关的要求和限制也较多。《公司法》中就有多条规定与担保有关，对公司对外担保的流程做了一系列规范。更有一整套《担保法》从担保的多方面对担保的操作流程加以规范。这使得担保的程序可能过于繁琐，增加了决策和交易的成本。相比之下，共同承租模式可以直接依据《民法通则》的原则要求没有确定义务份额的共同债务人承担连带责任，从程序上为出租人节省了交易成本。

共同承租人模式从法律性质上分析，存在被认定为“名为租赁实为担保”的风险。从严格的法律意义上讲，“担保”有其特定的定义：“本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行爲”（《担保法》第六条）。而且要求“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同”（《担保法》第十三条）。因而从法理上讲，无明确约定则不能推定担保责任。

从实际的案例来看，最高人民法院目前为止并没有明确表示应将共同承租模式视为担保模式。而在（2017）最高法民终155号《山东传洋集团有限公司、邹平县传洋金属材料有限公司融资租赁合同纠纷二审民事判决书》中，最高法认可了当事人间的共同承租模式，并依据该模式下的共同租赁合同判决共同承租人向出租人承担连带支付责任。因此，在司法系统有新的意思改变之前，共同承租模式应是可行的。

在司法实践中，应考虑规避共同承租人“未占有也未使用租赁物”抗辩的风险。《合同法》第二百四十五条规定，“出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。”《最高人民法院关于审理融资租赁合同案件适用法律问题的解释》第十三条进一步规定，“因出租人的原因致使承

租人无法占有、使用租赁物，承租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持。”这给了共同承租人以其“未实际使用租赁物”因而与出租人没有对价关系来抗辩的机会。

在《山东传洋集团有限公司、邹平县传洋金属材料有限公司融资租赁合同纠纷二审民事判决书》中，出租人要求共同承租人对未支付的租金承担连带责任，共同承租人便提出其“既未融资也未融物”，且并未在除了共同承租合同以外的协议上签字，因而不应承担担保责任，最高法对这种抗辩不予支持。最高法引用了共同承租合同中要求共同承租人承担连带责任的条款，并对该等条款的效力表示认可，判定其对共同承租人有约束力。

除了单纯地依靠法院的认定，出租人在实际操作中也可以进一步采取措施预防共同承租人的这种抗辩：（1）完善租赁物交付手续，要求不管租赁物是否实际交付，实际承租人和共同承租人均要在共同承租合同签订后向出租人出具书面的交付验收确认函（实践中法院认可该等文件的效力，参考（2019）辽02民终3449号《淑浦县人民医院、宏泰国际融资租赁（天津）有限公司融资租赁合同纠纷二审民事判决书》以及（2005）沪一中民四（商）终字第187号《云南求和通信网络工程科技有限公司与惠普租赁有限公司融资租赁合同纠纷上诉案》）；（2）在合同中规定“共同承租人有权使用租赁物，其未实际使用的视为其自愿放弃权利，不影响其应承担的融资租赁合同项下的义务”以及“承租人和共同承租人任何一方已经或即将签署的文件（包括但不限于购买合同、转让协议、三方协议、收货确认书）或作出的其他行为，均视为由双方共同作出”；（3）约定最初几期的租金直接由共同承租人向出租人支付，即，在最不容易出现违约的合同履行初期，通过共同承租人按合同履行的方式达成其自认合同效力及自认承担合同项下义务的效果。

共同承租模式下，应注意防范名义承租人以“未实际占有、使用租赁物”为由抗辩，拒绝履行合同义务。为了防范此种风险，可以设定防范性条款，即约定名义承租人对租赁物拥有占有使用的权利，其未占有使用应视为自愿放弃该权

利,不能以此为由而拒绝承担相应的义务。此外,还应注意防范名义承租人以“名为租赁实为担保”构成虚假合同进行抗辩,主张合同无效。合同法遵从意思自治原则。在租赁合同关系中,实际承租人与名义承租人合同主体地位相同,不因共同承租人间权利划分不同而受影响。因此,出租人有权要求共同承租人对租金支付义务承担连带责任。

(二) 关于共同承租模式中的担保法律问题

在共同承租项目中,如果承租人一方为境外主体且涉及到境内主体为境外主体提供担保的交易模式,根据《外汇管理条例》第十九条、《外债管理暂行办法》第七条、《跨境担保外汇管理规定》第二条、第三条、第二十五条、《跨境担保外汇管理操作指引》,境内承租人为境外承租人提供连带责任保证担保属于其他形式跨境担保,除外汇局另有明确规定外,境内保证人提供跨境担保可自行签订跨境担保《法人保证合同》,无需到外汇局办理登记或备案,无需向资本项目信息系统报送数据,但应按规定办理与对外债权债务有关的外汇管理手续,担保履约后构成对外债权的,应当办理对外债权登记。

如果境内自然人为境外承租人提供连带责任保证担保,目前国内现行法律、法规并未明确禁止境内个人提供对外担保。《个人外汇管理办法》第二十一条规定,境内个人提供对外担保应当符合有关规定并到外汇局办理相应登记手续。《个人外汇管理办法实施细则》第二十三条规定,根据人民币资本项目可兑换的进程,逐步放开对境内个人向境外提供对外担保的管理。由此可见,境内个人(自然人)提供对外担保存在法律明文规定。虽然根据《最高人民法院关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》第六条的规定,为境外机构向境内债权人提供担保的,需经国家有关主管部门批准或者登记,否则跨境担保合同无效。但根据《跨境担保外汇管理规定》第二十九条的规定,外汇局对跨境担保合同的核准、登记或备案情况以及本规定明确的其他管理事项与管理要求,不构成跨境担保合同的生效要件。参考(2018)粤01民终17470号民事判决书,法

院根据《跨境担保外汇管理规定》第二十九条的规定,认为上诉人案涉担保因未办理审批手续而无效的理由不能成立,不予支持。因此,笔者认为,自然人在提供连带责任保证担保时,虽然办理相应登记手续并不作为跨境担保合同生效要件,但为尽量规避法律风险,建议出租人要求境内个人在提供跨境担保时,办理相应登记手续。

(三) 关于承租人为境外主体的外汇审批问题

根据《国家外汇管理局关于融资租赁业务外汇管理有关问题的通知》(汇发〔2017〕21号,融资租赁类公司办理融资租赁业务时,如果用以购买租赁物的资金50%以上来源于自身国内外汇贷款或外币外债,可以在境内以外币形式收取租金。如果融资租赁项目购买标的的资金来源为银行美元贷款,租金以美元计付,在发生担保履约时,涉及担保人向出租人支付外汇问题。根据《跨境担保外汇管理规定》第二十五条、第二十八条,《跨境担保外汇管理操作指引》第四部分跨境担保其他事项外汇管理一、其他形式跨境担保(三)境内机构办理其他形式跨境担保,应按规定办理与对外债权债务有关的外汇管理手续。担保项下对外债权或外债需要事前办理审批或登记手续的,应当办理相关手续。(四)除另有明确规定外,境内担保人或境内债权人申请汇出或收取担保履约款时,可直接向境内银行提出申请;银行在审核担保履约真实性、合规性并留存必要材料后,担保人或债权人可以办理相关购汇、结汇和跨境收支。(五)担保人在境内、债务人在境外,担保履约后构成对外债权的,应当办理对外债权登记。(六)境内担保人或境内债权人支付担保履约款,因担保项下债务计价结算币种为外币而付款人需要办理境内外汇划转的,付款人可直接在银行办理相关付款手续。据此,若发生担保履约,境内承租人或保证人能够顺利换汇以偿付承租人的租金,可以直接向境内银行提出申请,直接在银行办理相关付款手续,无需中国外汇管理部门批准,但是境内承租人和保证人应按规定办理与对外债权债务有关的外汇管理手续,担保履约后构成对外债权的,应当办理对外债权登记。



□ 武 坚/文

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



□ 许 璟/文

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

租赁物与融资价值之差对法律关系定性之影响

一、融资租赁业务模式

根据《融资租赁企业监督管理办法》（该办法适用于在商务部主管下，开展融资租赁业务的企业）及《金融租赁公司管理办法》（该办法适用于经银监会审批，开展融资租赁业务的非银行金融机构），融资租赁传统模式为承租人选择供应商及租赁物，但因承租人资金能力有限，由出租人出资向供应商购买租赁物，成为租赁物的所有者，后出租人出租该租赁物给承租人使用，承租人向出租人支付租金。



融资租赁行业经过多年发展，目前，除上述业务模式外，售后回租业务模式已成为融资租赁公司及金融租赁公司的重要业务模式。售后回租业务模式下，仅存在出租人及承租人两方主体，无传统模式下的供应商一方，因承租人存在融资需求，承租人将己方标的物出售，出租人进行购买并取得所有权，同时，出租人与承租人之间进行融资租赁合同的签订，出租人向承租人出租上述标的物，承租人向出租人支付租金。

二、租赁物与融资价值之差对法律关系定性之影响

如前文所述，售后回租模式中，因仅存在出租方和承租方两方主体，出租方购买的标的物原所有权人为承租方，出于各种原因，出租方购买标的物的融资价款极可能高于或低于租赁物实际价值，《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条明确规定了租赁物的实际价值是判断融资租赁合同实际性质的重要因素，如果融资租赁合同

实际并非融资租赁法律关系的，应以实际法律关系为准。由此可见，租赁物实际价值与融资价值之差将对是否构成融资租赁法律关系产生重要影响。

（一）租赁物价值高于融资价值，仍构成融资租赁法律关系

笔者通过查询相关法规，并未发现目前存在针对租赁物价值高于融资价值的限制性规定，通过查询中国裁判文书网、无讼案例网等，目前尚未发现租赁物价值高于融资价值，最终被法院认定为不构成融资租赁法律关系、按实际法律关系处理的案例。

但实践中，租赁物价值过分高于融资价值，是否构成融资租赁之法律关系存在争议。一部分学者认为，租赁物价值过分高于融资价值的，仍构成融资租赁之法律关系，因为此种情形是融资租赁业务模式中的常态，融资价值低于租赁物价值十分常见，只有出租人所出资的购买金额低于租赁物实际价值，才能起到担保承租人支付租金、抵销租赁物损耗及变现成本的作用。但另一部分学者认为，租赁物价值过分高于融资价值，不构成融资租赁之法律关系，承租人将其自有标的物以明显低于实际价值的价

格出售给出租人，并不具备所有权转移的动机，从常人理性角度判断，仅构成融资性质，与融资租赁法律关系所具备的既融物亦融资的原则相悖，由此，租赁物价值过分高于融资价值的，并不构成融资租赁法律关系，仅构成以融资为目的的民间借贷法律关系。

笔者赞同第一种观点，所谓融资租赁法律关系，应同时具备融资且融物两个要点，一方面，承租人因自身经营资金的缺乏，向出租人融资，另一方面，承租人因生产经营，需要租赁出租人的租赁物进行使用，租赁物价值高于融资价值，既符合行业常态，亦符合常理，在满足承租人融资融物需求的同时，也保障了出租人的利益，加之法律法规并无限制性规定，目前亦未查到租赁物价值高于融资价值的，不构成融资租赁合同的判例。因此，租赁物价值高于融资价值时，构成融资租赁法律关系。

（二）租赁物价值低于融资价值，按实际构成的法律关系进行认定

前文已谈到，最高院相关司法解释已明确规定，租赁物的实际价值是判断融资租赁合同实际性质的重要因素，如果融资租赁合同实际并非融资租赁法律关系的，应以实际法律关系

为准。最高人民法院相关负责人曾针对《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》进行答复，针对租赁物价值低于融资价值的纠纷案件，属于典型的仅融资无融物，表面看构成融资租赁法律关系，实际合同双方进行的是借贷交易，法院应按实际构成的民间借贷法



律关系进行处理。

1、法律规定

针对融资租赁企业,《融资租赁企业监督管理办法》第二十一条明确规定,售后回租业务中,该类企业不得以高于租赁物实际价值的价格购买租赁物,融资价值应参考不违反会计准则且合理的定价依据。

针对金融租赁公司,《金融租赁公司管理办法》第三十六条规定,售后回租业务中,该类企业不得以高于租赁物实际价值的价格购买租赁物,融资价值应参考不违反会计准则且合理的定价依据。

2、案例分析

(1) 租赁物价值低于融资价值,构成民间借贷法律关系

笔者通过查询中国裁判文书网、无讼案例网等公开判例,梳理了关于租赁物价值低于融资价值,最终被法院认定为民间借贷法律关系的典型案例,其中,安徽省高级人民法院(2017)皖民终228号案件较具代表性。

该案经法院审理查明的事实情况是:工银金租公司与华纳电子公司于2012年4月23日签订合同,明确约定:华纳公司因存在融资需求,将己方标的物售予工银金租公司,工银金租公司向华纳公司支付融资价款1.5亿元,后华纳公司将该标的物自工银金租公司处租回使用,租期自2012年4月15日起,经计算租金共17565.856557万元,租赁物标的物留购价1元。合同签订后,工银金租公司支付15000万元(含有手续费600万元)至华纳电子公司。截至2014年10月5日,华纳电子公司共向工银租赁公司支付租金10274.878009元,其中含本金8437.499946元、利息1837.378063元。《融资租赁售后回租资产清单》及发票等资料表明,涉案租赁物的价值明显低于融资金额。

分析:本案中,根据《融资租赁售后回租资产清单》及发票等资料,涉案租赁物价值明显低于融资金额,一定程度上说明承租人的仅

有融资需求,融资租赁法律关系中的融物性质被忽略,在租赁物价值明显低于融资金额的情况下,无法实现担保承租人支付租金、抵销租赁物损耗及变现成本的效果,依据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条之规定,仅融资而无融物性质的,即使名义上为融资租赁合同,但应按实质上仅融资构成的法律关系,即民间借贷法律关系进行认定。而根据《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》第二十七条之规定,在民间借贷法律关系中,借款本金不允许被提前扣除利息,提前扣除利息的,本金为实际的出借金额。结合本案,工银金租公司支付的15000万款项中,包含手续费600万元,被认定为民间借贷法律关系后,600万元不能作为借款本金,只能实际出借本金14400万元计,利息则参照涉案合同约定的利率。

对于出租人而言,构成民间借贷法律关系,而不再构成融资租赁法律关系时,将产生如下不利影响:出租人不再对租赁物享有所有权,失去处置租赁物从而弥补自身损失的权利;因不构成融资租赁法律关系,出租人无法行使回购请求权,无法要求承租人履行回购义务;民间借贷利息存在24%的上限,一旦被认定不构成融资租赁合同,仅构成民间借贷法律关系的,出租人收益将受民间借贷年利率不得高于24%规定的限制;出租人预收的手续费等也将被从借款本金中扣除。

(2) 租赁物价值低于融资价值,合同无效

笔者通过查询中国裁判文书网、无讼案例网等公开判决,梳理了因租赁物价值低于融资价值等原因,最终被法院认定为合同无效的案例,其中,德州市中级人民法院(2016)鲁14民终2151号案较为典型。

该案经法院审理查明的事实情况是:原被告双方签订《融资租赁合同》,约定:原告向被告购买租赁物取得该租赁物的所有权,融资价值为1064.2万元,之后,原告将该租赁物回租

给被告使用，被告向原告支付租金，原被告均认可以上交易模式。之后，原被告双方签订《服务合同》，约定，被告向原告支付服务费 13.5 万元，该服务费原告在向被告支付设备款时扣除，同时，原被告双方签订《租赁合同》，约定原告将上述设备回租给被告使用，被告向原告支付设备租金。以上合同签订后，原告向被告支付设备款共 346.5 万元。另查明，涉案设备为被告于 2007 年购入，购入时价值 522.8 万元。

分析：被告于 2007 年购买涉案租赁物时，涉案租赁物的价值为 522.8 万元，而《融资租赁合同》中约定的融资价值为 1064.2 元，《融资租赁合同》中约定的融资价值过分高于了租赁物的实际价值。根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条之规定，在认定是否构成融资租赁法律关系时，法院应根据标的物的价值等因素进行认定，对于实际并非融资租赁法律关系的，应按实际构成的法律关系进行处理。最高人民法院相关负责人曾提出，对于融资价值明显高于租赁物实际价值的，属于有融资之实但无融物之实，表明合同签订为融资租赁，但实质构成了民间借贷的法律关系，此时，法院应按民间借贷法律关系进行处理。本案中，融资价值明显高于租赁物实际价值，符合上述分析的名为融资租赁、实为借贷，应按民间借贷法律关系进行处理。另外，原告仅有融资租赁业务资质，而无从事经营性贷款业务的资质，如果放任以放贷为主要业务，或以放贷形成主要收入来源，会导致企业演变为无资质未经相关部门批准而从事贷款业务的金融机构，该情形将严重扰乱金融秩序，影响金融监管大局，从而一定程度上损害社会公共利益。综上所述，本案中，原被告签订的一系列合同，构成以合法形式掩盖从事民间借贷业务这一非法目的，依法应认定为合同

无效。

融资租赁合同无效的，出租人将承担诸多不利后果：合同无效的，合同双方将互付返还义务，出租人仅可按同期人民银行贷款利率获得资金占用费；融资租赁合同中约定的手续费等相关费用，出租人将无法获得；担保人是否承担担保责任也将不再确定，担保人无过错的，将不再承担担保责任。

三、建议

根据前文分析，对于专门从事融资租赁业务的企业，可从以下方面进行风险规避：

第一，笔者通过查询中国裁判文书网、无讼案例网等公开判例，发现在被认定为合法融资租赁法律关系的案例中，出租人都对于租赁物进行了一定程度的尽职调查，在认定租赁物价款方面，有资质的评估机构的评估结果、购买租赁物时的发票及记账凭证，均为成为认定租赁物实际价值的有力证据，当有资质的评估机构的评估结果、购买租赁物时的发票及记账凭证显示的租赁物实际价值高于融资价值的，构成合法的融资租赁法律关系。由此，融资租赁企业从事融资租赁业务的，建议进行尽职调查，通过有资质的评估机构进行评估、核查发票、记账凭证、了解市场价值等，判断租赁物的实际价值，融资价值应低于租赁物的实际价值，避免最终被认定为民间借贷法律关系甚至合同无效之后果。

第二，在签订一系列担保合同时，应明确担保人承担担保责任的范围不受主合同法律关系认定之影响，主合同无效形成债务的，担保人仍应承担担保责任，最大限度保障融资租赁企业的利益，避免担保人不再承担担保责任之风险。





□ 武 坚/文

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



□ 陈 扬/文

陈扬，北京市中伦文德律师事务所实习生，中央财经大学法学院民商法学硕士研究生。

融资租赁登记效力问题研究

摘要：融资租赁法律关系具有占有与所有相分离的特点，当承租人擅自处分租赁物时，融资租赁登记具有重要意义。关于其效力问题，当前缺乏较高层级的法律规范，司法实践也认识不一。当占有与登记存在冲突时，就其对外效力而言，第三人原则上无查询登记的义务，可能构成善意取得；融资租赁登记可对抗具有查询义务的银行等金融机构。就其对内效力而言，未办理登记不影响合同效力；融资租赁登记并非判断租赁物权属的根据。未来应当于民法典中明确规定融资租赁登记的效力并整合两大登记系统，契合交易安全的要求。

关键词：融资租赁；登记；效力；善意取得

一、融资租赁登记制度概述

融资租赁交易兼具融资与融物的双重属性，是当前企业拓展融资渠道的重要手段，在商业活动中发挥日益重要的作用。关于融资租赁的概念，当前我国法律没有明确规定。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第二百三十七条对融资租赁合同的定义加以界定：“融资租赁合同是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。”该条规定也系我国融资租赁制度的原则性规定，对于理解该制度具有指导性意义。融资租赁登记，指融资租赁登记机构根据当事人的申请，就融资租赁物的权属等事项，依法办理登记的公示方法。^①

（一）问题缘起

本文讨论的融资租赁登记主要针对动产而言。融资租赁登记制度的主要目的即明确金融资产的权属、保障交易安全。不动产采登记生效主义的公示方法，现行不动产统一登记制度较为成熟，不动产登记簿具有较强的公示效力。当融资租赁物为不动产时，依据现有的不动产统一登记制度即可起到有力的公示效力。但当融资租赁物为动产的场合，以占有为主要公示方法，融资租赁登记制度的建立对于降低交易风险具有重要意义。因此，现有的两大融资租赁登记系统皆针对动产。

融资租赁交易中具有占有与所有相分离的特点，当承租人擅自处分租赁物时，占有与登记之间公示效力的冲突值得关注：一方面，承租人对租赁物的占有具有一定公示效力。《物权法》第二十三条规定：“动产物权的设立和转让，自交

付时发生效力，但法律另有规定的除外。”故动产以占有为主要公示方法。但融资租赁交易中，出租人系所有权人但不实际占有租赁物，承租人实际占有标的物，融资租赁交易中对标的物的占有与所有不一。善意取得规则之本旨在于，平衡标的物静态的权属与动态的交易安全。^[1]当承租人擅自处分租赁物时，第三人基于对其占有标的物的合理信赖，可能构成善意取得，加剧了融资租赁中的交易风险。^[2]另一方面，融资租赁登记对租赁物的权属也具有一定的公示效力。融资租赁登记制度为应对前述交易风险，应运而生。当事人通过查询融资租赁登记公示系统，可以了解交易标的物的权属状况，避免陷入相对人无权处分的交易风险。当前的两大登记公示系统均已运行多年，对防范交易风险发挥一定积极意义。

关于动产融资租赁登记的效力问题，缺乏较高层级的法律规范明确规定，司法实践也认识不一。当占有与登记存在冲突时，融资租赁登记的公示效力是否必然优先于占有？第三人是否负有查询登记的义务？融资租赁登记是否具有确权的效果？相关问题均值得深入研究与讨论，对于保障交易安全具有积极意义，有利于法治营商环境的构建。

（二）立法现状

我国融资租赁制度起步较晚，尚未形成完整

的法律规范体系。明确规定融资租赁制度的最高层级法律规范即《合同法》第十四章“融资租赁合同”，但该法未涉及登记的问题。

2014年《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《融资租赁司法解释》）第九条第三款，对登记的效力问题作出规定，若“第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的”，将不构成善意取得。该规定自司法解释的层面，一定程度上肯定了融资租赁登记的公示公信力。

2014年商务部《关于利用全国融资租赁企业管理信息系统进行租赁物登记查询等有关问题的公告》第三条、第四条规定“可以登陆全国融资租赁企业管理信息系统对标的物权属状态进行查询”，明确登记系统的建立主要出于保护交易安全的初衷，但此处查询登记并非强制性义务，仅为交易当事人预防交易风险的主动选择。

2014年中国人民银行《关于使用融资租赁登记公示系统进行融资租赁交易查询的通知》（以下简称《央行通知》）第二条规定：“融资租赁公司等租赁物权利人开展融资租赁业务时，可以在融资租赁登记公示系统办理融资租赁登记”。第三条规定“三、银行等机构作为资金融出方在办理资产抵押、质押和受让等业务时，应当对抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的

可行性进行严格审查，并登录融资租赁登记公示系统查询相关标的物的权属状况，以避免抵押物、质物为承租人不具有所有权的租赁物而影响金融债权的实现。”首次明确规定相关主体负有查询融资租赁登记的义务，否则不构成善意取得。该条规定与《融资租赁司法解释》第九



条相互呼应。

天津市在融资租赁登记制度方面走在全国前列，早在2011年即制定了相关规范，《关于做好融资租赁登记和查询工作的通知》（以下简称《天津市通知》）对登记制度作出规定；同年天津高院《关于审理融资租赁物权属争议案件的指导意见》（以下简称《天津高院意见》）第一条规定：“从事融资租赁交易的出租人，应当依照《央行通知》的规定，在‘中国人民银行征信中心融资租赁登记公示系统’将融资租赁合同中载明的融资租赁物权属状况，予以登记公示。未依照前款规定办理登记公示的，出租人对租赁物的所有权不得对抗《央行通知》中所列机构范围内的善意第三人。”

2019年8月21日，上海市高院发布《关于审理融资租赁物权属争议案件的指导意见（试行）》（以下简称《上海高院意见》）规定，本市金融租赁公司、外商投资融资租赁公司、内资融资租赁试点企业作为出租人负有登记的义务，若未登记且不存在《融资租赁司法解释》第九条情形的，不得对抗善意第三人；本市各银行等13类主体，作为第三人负有查询登记的义务，否则不构成善意取得。

（三）实践现状

当前，我国有两大融资租赁登记系统：一是中国人民银行征信中心建立的登记系统。最早于2009年建成“动产融资租赁登记公示系统”，2013年将前述系统与应收账款质押登记公示系统整合，建成当前的“动产融资统一登记公示系统”（网址：<https://www.zhongdengwang.org.cn>）。二是中国银行保险监督管理委员会管理的“全国动产融资租赁企业管理信息系统”（网址：<http://leasing.cbrc.gov.cn>）。原由商务部建立，根据《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》的精神，自2018年4月20日起，商务部关于融资租赁的监管职责划归银保监会行使。

融资租赁登记制度的存在，一定程度上具有公示租赁物权属的功用，对于保护交易安全，降低交易成本发挥积极意义。但前述两个系统相互独立，尚不能信息共享，且存在一定差异：第一，申请主体不同。前者的适用对象较广，不仅限于其

监管对象，所有参与融资租赁交易的当事人（包括法人和自然人），依据自愿登记的原则，皆可办理动产融资租赁登记；后者的适用范围较窄，仅适用于作为其监管对象的融资租赁企业。第二，登记事项不同。前者登记事项较为简单，主要包括出租人与承租人、租赁物以及登记期限的记载；后者登记事项较多，《全国动产融资租赁企业管理信息服务租赁用户须知》第五条^②有明确列举，例如，包括融资租赁企业的管理信息以及融资租赁合同的主要内容，有泄漏商业秘密之逾。整体而言，央行征信中心建立的登记系统，实践中应用更为广泛。

二、融资租赁登记效力分析

登记的效力主要包括对内效力与对外效力两方面内容：对外效力主要关涉第三人善意取得的认定，即融资租赁登记与对动产的占有公示效力何者优先的问题；对内效力主要围绕承租人与出租人之间融资租赁法律关系的成立，以及租赁物权属的厘定展开。以下将结合相关立法及裁判规则，具体分析。

（一）融资租赁登记的对外效力

1. 第三人原则上无查询融资租赁登记的义务，可能构成善意取得

针对普通动产，应适用《物权法》第二十三条之规定，即动产物权以占有为公示方法。动产融资租赁物也应适用前述物权法的规定，原则上相对人可以信赖占有者享有标的物的所有权。若全面肯定动产登记效力优先于占有，将与动产物权公示规则相龃龉。此外，与不动产登记以及特殊动产登记相比，动产融资租赁登记的物权公示效力较弱。不动产登记和特殊动产登记的效力都基于物权法的规定，且登记制度较为完善，而动产融资租赁登记则无前述基础。

第三人针对交易中的标的物，原则上无查询融资租赁登记的义务。若于买卖、设立抵押、质押等时皆以查询融资租赁登记作为构成善意的前提，将增加交易成本。占有系权利的“外衣”，一定程度上具有表彰本权的功用。^[3] 肯认占有的权利推定效力，具有降低交易成本的功用。不能

仅因未查询而否定相对人的善意，相对人可能依善意取得规则原始取得标的物的所有权。^[4]例如，(2018)陕03民终524号案中，陕西省宝鸡市中级人民法院认为，关于原告认为李新建在办理抵押权登记时未查询融资租赁登记具有过错的主张不能成立，因该规定仅对银行等金融系统具有约束力，自然人无查询义务，占有为所有权的主要公示方式，李新建善意取得抵押权。

2. 第三人负有查询融资租赁登记义务时，登记可对抗善意第三人

《融资租赁司法解释》第九条第三款规定：“(三)第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的。”第三人通过查询融资租赁登记，可明确租赁物的权属。^[5]未查询可能构成善意取得的阻却事由，但以负有查询登记的义务为前提。根据前述规定，查询义务的主要来源是法律、行政法规、行业或地区主管部门的规定。当前，我国尚无相关法律、行政法规对该查询义务作出规定。若将来有所规定，将成为相关主体查询融资租赁登记义务的规范来源。目前，仅行业、地区主管部门的相关规范对此有所规定，主要包括以下情形：

第一，根据中国人民银行的的规定，银行等机构办理资产抵押、质押和受让等业务时，负有查询融资租赁登记的义务。中国人民银行作为国务院直属部门，其发布的《央行通知》第三条规定：“三、银行等机构作为资金融出方在办理资产抵押、质押和受让等业务时，应当对抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查，并登录融资租赁登记公示系统查询相关标的物的权属状况，以避免抵押物、质物为承租人不具有所有权的租赁物而影响金融债权的实现。”就该规定应做如下理解：第一，该规定属强行性规定。相关主体负有查询融资租赁登记的义务，不能仅依据相对人占有标的物，主张不知道标的物归他人所有。若其未尽该审查义务，则难以主张善意取得。第二，该规定的适用主体具有一定局限性。仅适用于以下主体：中国人民银行上海总部，各分行、营业管理部，省会（首府）城市中心支行，副省级城市中心支行；国家

开发银行，各政策性银行，国有商业银行，股份制商业银行，中国邮政储蓄银行。第三，应当检索央行征信中心的“动产融资统一登记公示系统”（网址：<https://www.zhongdengwang.org.cn>），若仅检索银保监会的登记系统仍属未尽审查职责的要求。第四，该规定不具有溯及力，仅适用于2014年3月20日以后。善意取得的成立要求行为时不知道或者不应当知道标的物归第三人所有，即以买卖、设定抵押、质押等行为时为善意的认定时点。故此，第三人买卖、设定抵押、质押等行为在2014年3月20日以后的，相关主体才负有审查义务，此前尽管存在该登记系统，但相关主体无查询义务。

诸多司法裁判明确肯认银行等机构具有查询融资租赁登记的义务，未尽查询义务，难以主张善意取得。例如，(2018)鲁1625民初2684号案中，法院认为，博兴农商行没有按照中国人民银行对金融机构的要求查询融资租赁登记信息，未尽必要的审查义务，就该抵押权不构成善意取得；(2016)苏0509民初10032号案中，法院认为，根据《央行通知》的规定在设定抵押时中国工商银行股份有限公司吴江分行有义务在融资租赁登记公示系统查询；(2015)沙湾民初字第850号案中，法院认为，乐山市商业银行股份有限公司沙湾支行不能善意取得抵押权，原因之一是其与抵押人签订抵押合同时，未进行融资租赁交易查询，未尽到审查义务，不构成善意第三人，故其应当知道标的物中部分属于融资租赁物。类似裁判还有湖北省随州市(2017)鄂13民终608号案等。

第二，根据天津市的规定，天津市范围内的银行等12类机构办理资产抵押、质押、受让等业务时，负有查询融资租赁登记的义务。2011年《天津市通知》第三条规定：“三、各银行、金融资产管理公司、信托公司、财务公司、汽车金融公司、消费金融公司、金融租赁公司、外商投资融资租赁公司、内资融资租赁试点企业、典当行、小额贷款公司、融资性担保公司在办理资产抵押、质押、受让等业务时，应登录征信中心的融资租赁登记公示系统，查询相关标的物的权属状况。该查询是办理资产抵押、质押、受让业务的必要程序。对已在征信中心融资租赁登记公示系统办理

登记公示的租赁物，未经出租人同意，不得办理抵押、质押业务，不得接受其作为受让物。”该规定使用了“应当”的表述，故此，相关主体若未尽查询义务，则融资租赁登记具有对抗效力，相关主体难以主张善意取得。值得注意的是，其适用范围与《央行通知》存在一定差异，适用主体类型更广，共包含银行、信托公司、金融租赁公司、典当行、融资担保公司等12类机构；但适用地域较窄，仅在天津市范围内具有约束力。《天津高院意见》也有类似规定：“未依照前款规定查询的，在该标的物的出租人主张权利时，《央行通知》中所列各机构作为第三人以未查询、不知标的物为租赁物为由抗辩，应当推定该第三人在受让该租赁物或以该租赁物设定抵押权、质权等权利时，未尽到审慎注意义务，因而不构成善意。”

第三，根据上海市的规定，上海市范围内的银行等13类机构办理资产抵押、质押、受让等时，负有查询融资租赁登记的义务。2019年8月21日发布的《上海高院意见》中负有查询义务的主体，较前述天津市的规定，还涵括“商业保理公司”，且系不完全列举。

值得一提的是，也有相关司法裁判认为相关金融机构没有查询融资租赁登记的义务，例如，(2014)辽民三终字第212号民事判决书、(2014)常执异字第24号执行裁定书、(2015)扬执异字第00014号执行裁定书等，主要理由多系前述规范效力层级较低，缺乏法律的明确规定。



第四，有观点认为，当标的物上的显著标识足以使第三人产生合理怀疑的，也构成第三人查询融资租赁登记义务的来源；结合具体情况，存在其他足以使相对人产生合理怀疑事由的，也可能构成查询义务的来源。^[6]

（二）融资租赁登记的对内效力

1. 应当办理融资租赁登记的规定系管理性规范，未登记不影响合同效力

《天津市通知》第一条、《天津高院意见》第一条、《上海高院意见》第一条，均要求一定范围内的主体应当在央行系统中办理登记。该处的强制性规定是否影响合同效力，值得讨论。

笔者认为，对于“应当办理登记”的规定，应理解为管理性强制性规定，不影响合同效力。第一，《央行通知》《融资租赁司法解释》等规范中，则采“可以”登记的表述，即坚持当事人自愿登记的原则。后者较之前述天津及上海相关规范的效力层级较高。第二，《关于制定〈上海市高级人民法院关于审理融资租赁物权属争议案件的指导意见（试行）〉的说明》中明确指出：“此次《意见》没有涉及，对于相关交易的效力认定，法院仍将根据有关法律、司法解释以及中国人民银行、银保监会、商务部等出台的相关规定进行处理”。第三，相关司法裁判肯认未登记并非融资租赁合同关系无效的事由。例如，(2014)民二终字第203号案中，最高人民法院认为，《天津市通知》中关于应当办理融资租赁登记的规定，

系管理性规定，未办理登记，不影响融资租赁合同的效力。因此，登记并非融资租赁法律关系成立的要件，未办理登记非合同无效的事由。

2. 融资租赁登记并非判断租赁物权属的根据，仍应依据合同等判定

一方面，融资租赁登记较之不动产登记乃至动产抵押登记的公信力较弱，其关于租赁物

权属的记载，仅可对抗一定范围内的善意第三人，属为保障交易安全的对外效力。但尚不具有确定租赁物权属的功用，即在出租人与承租人之间，不可仅依据融资租赁登记主张享有对标的物的所有权。另一方面，我国登记系统采北美式的声明登记制。^[7]即登记程序简便、快捷，登记机关既不对相关文件的客观性进行审查，更不保证基础交易的真实性，由登记申请人对其真实性负责，具有降低登记成本的积极意义。就融资租赁登记而言，该种登记方式值得肯定，诸多学者亦肯认其积极意义。但不可否认，在当前声明登记模式下，关于标的物权属的记载，难以保障其真实性。此外，登记机关层级较低，未能充分体现国家信用，融资租赁登记难以作为证明标的物权属的证据。^[8]因此，在融资租赁交易当事人内部关系中，不能仅依据融资租赁登记确定标的物权属。有相关司法裁判明确采此立场，例如(2016)鲁民终2242号民事判决书中，法院判定融资租赁交易当事人之间租赁物的归属，结合合同、当事人的行为等其他证据综合判断，未认可融资租赁登记的公信力。

三、融资租赁登记制度的反思

基于前述分析与论证，在当前我国融资租赁登记效力的框架内，出租人与第三人在相关交易中可通过以下路径防范交易风险。

对融资租赁的出租人而言，可通过以下路径避免租赁物被无权处分：第一，在当前现存的两个融资租赁登记系统均办理登记，明确相关动产的权属。针对动产的融资租赁登记具有一定公示效力，可对抗负有查询义务的第三人。第二，可以根据《融资租赁司法解释》的规定，将租赁物为出租人设定抵押，办理抵押登记。抵押登记的公示效力，较融资租赁登记的公示效力更强。第三，在租赁物上设置显著标识，明确显示标的物系融资租赁物且归出租人所有，以对抗善意第三人。足以使第三人产生合理怀疑的，还可能构成第三人查询登记义务的来源。

对第三人而言，办理受让、抵押或者质押等业务时，在两个融资租赁登记平台进行查询具有重要意义。不可否认，查询成本与交易安全之间的平衡也需要考量。但针对银行等金融机构而言，应当尽到相关规范要求的查询义务，否则难以主张善意取得。

如前所述，当前我国融资租赁登记制度的效力缺乏明确的法律规定，未来应当于民法典中明确规定登记的效力。近日发布的《民法典合同编草案（二次审议稿）》第十五章“融资租赁合同”第五百三十六规定：“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”此外，应当整合两大登记系统建立全国统一的融资租赁登记平台，回应社会发展的需要。明晰、完善我国融资租赁登记的效力，健全融资租赁登记制度，符合保护交易安全的需要，有利于促进融资租赁业的健康发展。

注释：

- ① 不含实践中承租人将融资租赁物为出租人设定抵押的登记，仅就出租人办理的公示租赁物所有权的融资租赁登记而言。
- ② 《全国动产融资租赁企业管理信息服务租赁用户须知》第五条规定：“租赁物登记公示信息包括：登记公示编号、登记公示时间、登记期限、登记到期时间；名称、组织机构代码、法定代表人、经营地址等出租人信息；名称、组织机构代码、工商注册号、法定代表人，或姓名、身份证号码（隐去中间四位）等承租人信息；租赁物名称、厂商、型号、唯一识别码、识别码名称、租赁物详情描述、租赁物信息附件等租赁物信息。”

参考文献：

- [1] 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》，北京大学出版社2015年版，第1428页。
- [2] 参见雷继平、原典、李志刚：《交易实践与司法回应：融资租赁合同若干法律问题》，载《法律适用》2014年第4期，第39页。
- [3] 参见陈华彬：《我国民法典物权编占有规则立法研究》，载《现代法学》2018年第1期，第44页。
- [4] 参见高圣平：《融资租赁登记公示制度的建构——以民法典合同编融资租赁合同的修改为中心》，载《河南社会科学》2017年第6期，第41页。
- [5] 参见奚晓明主编：《最高人民法院关于融资租赁合同纠纷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2014年版，第155-156页。
- [6] 参见王叶刚：《融资租赁交易中租赁物公示方法的冲突及其解决》，载《广东社会科学》2017年第5期，第251页。
- [7] 参见高圣平：《动产担保交易制度比较研究》，中国人民大学出版社2008年版，第313页。
- [8] 参见江平：《完善租赁登记制度》，《金融时报》2011年第20期。



□ 李政明/文

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



□ 贾 泽/文

贾泽，北京市中伦文德律师事务所律师助理，中伦文德金融保险法律服务团队成员，中央财经大学法律硕士，擅长保险资金运用、公司合规运作等法律服务工作。

我国融资租赁中保险模式的选择与法律风险初探

一、引言

近年来，在宏观环境趋紧、经济增速放缓的大背景下，中国融资租赁业快速发展，成为我国现代服务业的新兴领域。保险作为风险保障的重要方式，与融资租赁具有天然的互补性且受到国家政策的扶持。国务院办公厅发布的《关于加快融资租赁业发展的指导意见》（国办发〔2015〕68号）中有6次提及“保险”，并重点指出国家鼓励保险机构开发融资租赁保险品种，扩大融资租赁出口信用保险规模和覆盖面。上海市人民政府办公厅在《关于加快本市融资租赁业发展的实施意见》中也明确提出，“应在中小微企业融资租赁服务中引入履约保证保险产品，探索通过财政资金保费补贴的方式加大对科技型、创新型和创业型中小微企业的融资租赁支持力度”。在政策利好的大背景下，融资租赁与保险合作的路径却不十分清晰，尤其是融资租赁业务对保险模式的选择上缺乏必要的理论和实务指导。本文拟通过梳理融资租赁的主要风险以及与之相适应的保险产品，分析各保险产品 in 融资租赁业务中的运

用方式及法律风险，并提出完善建议，以期降低融资租赁业务法律风险，促进我国融资租赁业更好服务实体经济。

二、融资租赁的法律性质、类型及其风险特点

（一）融资租赁的法律性质

目前我国没有关于融资租赁的专门立法，针对融资租赁的规定散见于《中华人民共和国合同法》、《金融租赁公司管理办法》及《企业会计准则第21号—租赁》（财会〔2018〕35号）中。按照《合同法》第237条的规定，融资租赁是指出租人根据承租人对出卖人的选择及租赁物的特定要求，出资向出卖人购买租赁物，并提供给承租人使用，承租人则分期向出租人支付租金，在租赁期内租赁物的所有权属于出租人所有，承租人拥有租赁物的使用权。根据《租赁会计准则》第35条，租赁分为融资租赁和经营租赁。融资租赁，是指实质上转移了与租赁资产所有权有关的几乎全部风险和报酬的租赁。由此可见，融资租赁可

以理解为，是一种以融物方式达到融资目的的一系列合同安排。

（二）融资租赁类型

从融资租赁的类型上划分，融资租赁包括三种模式，分别为直租模式、售后回租模式及其他模式。直租模式下包括三方主体和两种法律关系，三方主体分别为出租人、承租人和供货人。两层法律关系分别为出租人与承租人间的租赁法律关系，以及供货人与出租人之间的买卖法律关系。具体模式为，出租人根据承租人对租赁物和供货人的选择或认可，将租赁物从供货人处取得并按合同约定出租给承租人占有、使用，向承租人收取租金的交易活动。售后回租模式下仅包括两方主体和两层法律关系，两方主体为承租人和出租人。两层法律关系分别为承租人与出租人之间的买卖法律关系，以及出租人与承租人间的租赁法律关系。具体模式为，承租人将自有物件出卖给出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将该物件从出租人处租回。其他模式包括联合租赁、厂商租赁和转租赁。在融资租赁业中，售后回租是最主要的模式。

（三）融资租赁的风险特点

鉴于出租人对租赁物的所有权与对租赁物占有状态长期分离的情况，以及融资租赁法律结构的复杂性，融资租赁的风险具有广泛性和多样性的特点。

首要的风险为承租人的信用风险，也称债权风险。它是指债权实现所存在的现实危险及潜在的未来风险。如承租人未按合同的约定支付租金，出租人将承担债权不能实现的信用风险。信用风险主要来自以下两个方面，一是供货方未按购销合同规定的时间交付设备，或所交付的设备因质量、包装和技术上的问题致使承租企业蒙受损失；



二是出租方（租赁公司）因资金不足等原因未能按购销合同规定，向供货方支付融资现金，造成供货方拒绝或延迟交货；或者出租方因工作的疏忽而造成的，不及时向运输部门订租运输工具等使承租方遭受损失的风险。其次是承租人违法处置租赁物的风险。因承租人仅享有租赁物的使用权，如承租人擅自对租赁物进行出售、转租、抵押等处分行为，均可能侵害出租人所有权的完整性。一是承租人恶意出售租赁物；二是承租人将租赁物抵押给金融机构等进行二次融资。再次租赁物质量瑕疵风险。产品质量风险主要是指直租模式下的工程机械设备制造商向承租人交付的工程机械设备不符合买卖合同的约定内容，或者不符合工程机械设备自身的行业标注与国家标准，或者外观残缺、使用性能缺陷或不能正常进行作业生产等明显的质量瑕疵。复次是租赁物占有和使用过程中的毁损、灭失风险。租赁物在使用过程中和日常保管过程中，由于承租人的过失或意外事故，导致租赁物在租赁期间内毁损或灭失，承租人由于支付能力有限无法承担维修费的经济补偿费的风险。最后是承租人不当使用租赁物给他的人身或财产造成损害的风险。

三、融资租赁特定风险下保险模式的选择与考量

根据对融资租赁风险的分析，信用风险、租

赁物质量瑕疵风险、租赁物占有和使用过程中的毁损、灭失风险以及承租人不当使用租赁物给他人人身或财产造成损害的风险均可以由保险来分担。通过运用保险分摊损失和经济补偿的功能，可以有效解决这些风险。具体可以选择信用保险、履约保证保险、产品责任保险、货物运输保险、工程保险和人身意外伤害保险。

（一）信用保险

信用保险是一项企业用于风险管理的保险产品，其主要功能是保障企业应收账款的安全。针对融资租赁业务，信用保险主要解决承租人的信用风险。通过将信用风险分散至保险公司，提升出租人的风险保障能力。信用保险的保险责任一般规定为，承租人未按照融资租赁合同约定按期向出租人足额履行付款义务，且拖欠任何一期账款超过保险合同所载等待期的，则保险人对承租人剩余应付但未付的各期应收款项，依据保险合同的约定向被保险人承担赔偿责任。^[1]信用保险的保险期间一般不超过3年，也就是说，保险公司仅承担中短期限的信用风险。

（二）履约保证保险

履约保证保险是一种保障付款方可以持续履行给付义务的保险。在融资租赁业务中，履约保证保险在融资租赁业务中的目的是提升承租人给付租金的能力。目前市场上针对履约保证保险的有很多，但专门针对融资租赁履约保证保险的却不多。从中国银保监会网站上检索，仅有鑫安汽车保险股份有限公司承保的融资租赁履约保证保险（三年期）。其保险责任为，承租人未能按照与出租人签订的融资租赁合同的约定履行交付租金和合法利息义务，且承租人拖欠任何一期租金的时间到达保险单约定索赔等待期以上的，保险公司承担保险金给付责任。该保险的保险期间最长为3年，属于中短存续期的保险。该保险的投保人与被保险人均为特定主体，目的是保证出租人的持续收款利益。

（三）产品责任保险

产品责任保险是指以产品制造者、销售者、

维修者等的产品责任为承保风险的一种责任保险，它是对产品损害责任风险的保障。在融资租赁业务中，产品责任保险主要解决的是出租人在购买租赁物或从承租人处回购的租赁物固有的缺陷或瑕疵所造成的他人财产或人身的损害。产品责任保险的保险责任一般约定，在本保险合同列明的保险期间或追溯期内，因本保险合同所列被保险人的产品存在缺陷，在承保区域内造成使用、消费该产品的人或第三者的人身伤害、疾病、死亡或财产损失，依照中华人民共和国法律应由被保险人承担的经济赔偿责任，经使用、消费该产品的人或其近亲属在保险期间内向被保险人首次提出索赔时，保险人根据保险合同的规定，在约定的赔偿限额内予以赔偿。^[2]产品责任保险的被保险人为生产、销售产品的企业。该产品尤其适合于售后回租模式下的承租方，承租人在向出租人出售租赁物时，可投保此保险，以此来防止因租赁物损害而给第三方造成人身或财产损害的风险。

（四）货物运输保险

货物运输保险是以运输途中的货物作为保险标的，保险人对由自然灾害和意外事故造成的货物损失负赔偿责任的保险。货物运输保险包括海运、陆运及航空保险，分别保障租赁物从水路、陆路及航路方式下发生的标的物毁损、灭失的风险。这类保险通常包括基本险和综合险。基本险一般保障因自然灾害造成的损失，综合险一般保障由人为原因导致的损失。^[3]在融资租赁业务中，货物运输保险可以保障动产租赁物在运输途中的毁损和灭失风险。

（五）工程保险

工程保险是承保建筑工程期间一切因意外所导致的财产损失和人身损害的保险。工程保险包括建筑工程一切险与安装工程一切险。保险标的为工程项目主体、工程用的机械设备以及第三者责任。在融资租赁业务中，工程保险主要针对直租模式下新购设备或经营设备的安装。安装工程一切险的保险责任通常为，由保险合同分项列明的保险财产在列明的工地范围内，因保险合同责

任免除以外的任何自然灾害或意外事故造成的物质损坏或灭失，由保险人按保险合同的约定负责赔偿。¹⁴¹

（六）人身意外伤害保险

人身意外伤害保险是指投保人向保险公司缴纳一定金额的保费，当被保险人在保险期限内遭受意外伤害，并以此为直接原因造成死亡或残废时，保险公司按照保险合同的约定向保险人或受益人支付一定数量保险金的一种保险。其承保的风险是意外伤害。通常，保险公司的意外险产品对意外伤害定义是：以外来的、突发的、非本意的客观事件为直接且单独的原因致使身体受到的伤害。在融资租赁业务中，人身意外伤害保险主要解决承租人及其工作人员在使用租赁物过程中所发生的人员死亡或残疾的风险。人身意外伤害保险的保险责任一般约定为，若被保险人发生意外伤害，且自该意外伤害发生之日起 180 日内（含第 180 日）因该意外伤害导致身故或伤残，保险公司将按保险合同载明的该被保险人的意外伤害保险金额给付意外身故保险金或意外伤残保险金，同时本合同对该被保险人的保险责任终止。¹⁵¹

四、融资租赁特定风险下保险模式的法律风险

（一）信用保险

信用保险在保障出租人按时收回租金的同时，存在一定风险，主要包括人为风险和自然风险两点。人为风险主要为非被保险人原因导致的行政行为或司法行为，包括租赁物被国家征收或征用，被司法查封，以及融资租赁合同被认定无效等。在这些情况下，保险人将不承担保险责任。自然风险主要为洪水、台风、地震、海啸及其他人力不可抗拒的自然灾害。因自然原因导致租赁

物毁损灭失的，保险人不承担保险责任。

（二）履约保证保险

首先，履约保证保险并不能立即赔付，须经过“索赔等待期”。“索赔等待期”是保险人为了确定保险损失已经发生及其程度，在被保险人向保险人提出书面索赔前需等待的一段时间。因此，投保人需要等待一段期间才能获得保险金赔付。其次，履约保证保险的法律效力在司法实践中的认定存在争议。有些法院认为，商业履约保证保险系属保证保险，保证保险法律关系与单纯的保险法律关系不同，本质上为保证关系，具有担保性质，其目的不是转移被保险人的风险，而是担保主合同债务的履行。¹⁶¹有些法院认为，履约保证保险不属于担保。因此，从投保人的角度，投保履约保证保险从很大程度上相当于为融资租赁模式中引入一位保证人，这样更能有效防范风险。

（三）产品责任保险

首先，产品责任保险承保标的的种类存在局限性。产品责任保险所承保的产品一般为经产品质量检验机构检验合格的产品。对于未取得合格证明的产品，则不属于保障范围。对于一些非产品性质的租赁物，如厂房、在建工程，则不能很好保障其风险。其次，产品责任保险承保的风险存在局限性。产品责任保险通常排除产品给大气、



土地、水污染及其他各种污染所引起的责任，以及对飞机或轮船的损害责任。因此，在针对特殊风险租赁物时，承租人应当加强其他风险防范措施的运用。

（四）货物运输保险

首先，运输保险承保的风险的种类存在局限性。运输保险通常排除承保货物自然损耗、本质缺陷、特性以及运输延迟导致的损失风险。其次，运输保险承保的时间存在局限性。运输保险仅保障运输过程中的租赁物毁损、灭失的风险，一般秉持“仓至仓”原则。自被保险货物运离保险单所载明的起运地仓库或储存处所开始运输时生效，包括正常运输过程中的陆上和与其有关的水上驳运在内，直至该项货物运达保险单所载目的地收货人的最后仓库或储存处所或被保险人用作分配、分派的其他储存处所为止，如未运抵上述仓库或储存处所，则以被保险货物运抵最后卸载的车站满六十天为止。^[7]如租赁物因意外或非意外的原因滞留卸载地超过保险合同约定的期间的，保险公司将不保障这段期间的风险，承租人将自行承担风险。

（五）工程保险

工程保险承保的风险的种类存在局限性。通常情况下，对于承保财产自然磨损、内在或潜在缺陷、物质本身变化、自燃、自热、氧化、锈蚀、渗漏、鼠咬、虫蛀、大气（气候或气温）变化等保险财产自身的损失和费用，保险公司不予赔偿。也就是说，对于工程本身的固有风险，不在保险公司的保障范围内。

（六）人身意外伤害保险

首先，人身意外伤害保险承保的风险种类存在局限性。人身意外伤害保险仅承担意外事故所造成的人员伤害，而对于非意外事故则不予保障。非意外事故主要为被保险人自身身体原因，主要是疾病或因疾病导致的特发事故。对于因疾病导致的风险，需要通过购买人寿保险或医疗险产品，

来获得保障。但保险成本无疑会大幅提高。

五、融资租赁中保险模式的完善

通过对我国融资租赁业务中涉及的保险产品及其法律风险的分析，我们可以看到保险产品的保障范围仅局限于特定领域，并没有涵盖全部风险，主要存在三个问题。一是对于承租人违法处置租赁物且未导致租金拖欠的风险，目前尚不能通过购买保险的方式予以防范。实务中多通过在租赁合同条款中增加违约条款的方式加以限制，但风险防范效果并不显著。因为租赁物长期被承租人占有，该风险不易被发现。更重要的，如果第三人根据《物权法》第106条的善意取得制度取得租赁物的所有权，出租人将无法追回租赁物，只能要求承租人赔偿，出租人将失去最为重要的物权保障。^[8]该风险如果能通过保险来分散，无疑提升交易安全，增强出租人的利益保护。二是针对货物在运输过程中的固有损害风险，既无法通过货物运输保险，也不能通过产品责任保险来保障，缺乏有效的保险保障。三是保险公司尚没有针对融资租赁业务的组合险产品或套餐服务。客户仅能通过自己对业务模式及风险的判断来选择保险，并不能获得一揽子的保险服务。因此，我国保险公司应当在综合考量融资租赁风险点的情况下，有针对性的开发单一产品及组合产品，有效丰富融资租赁产品体系，为我国融资租赁业提供全面的风险保障，有效促进我国融资租赁业持续稳健发展。

参考文献：

- [1] 参见众安在线财产保险股份有限公司企业融资租赁应收账款信用保险条款。
- [2] 参见中国人寿财产保险股份有限公司产品责任保险（A）条款。
- [3] 参见华泰财险保险股份有限公司陆上运输货物保险条款（火车、汽车）。
- [4] 参见华泰财险保险股份有限公司安装工程一切险保险条款。
- [5] 参见中国人寿财产保险股份有限公司建筑工程团体意外伤害保险条款。
- [6] 参见杭州市滨江区人民法院（2017）浙0108民初2311号。
- [7] 参见华泰财产保险股份有限公司航空运输货物保险条款、华泰财产保险股份有限公司海洋运输货物保险条款、华泰财产保险股份有限公司路上运输货物保险条款。
- [8] 参见雷继平，原爽，李志刚：“交易实践与司法回应：融资租赁合同若干法律问题”，《法律适用》2014年第4期。



□ 黄冀蒙/文

黄冀蒙律师，北京市中伦文德律师事务所（天津）分所律师，毕业于中国政法大学。业务范围主要集中于：常年法律顾问、资产证券化、私募基金、国有产权交易、公司投资并购等非诉讼法律事务，擅长金融机构、上市公司的公司内部治理及风险防范。

融资租赁合同纠纷租金加速到期问题分析

租金加速到期是融资租赁合同的一项重要制度。租金加速到期的本质是合同继续履行，出租人不得既要求承租人支付合同约定的全部未付租金又请求解除融资租赁合同。本文结合代理的相关案件及天津市的相关规定对租金加速到期制度进行几方面的分析。

一、租金加速到期条件

租金加速到期条件分为约定的条件和法定的条件。《合同法》第二百四十八条规定“承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物”。根据该条规定，出租人行使租金加速到期的法定条件仅为承租人未按照约定支付租金一种情形，而不包括承租人擅自处分租赁物等。另，承租人欠付租金达到何种程度出租人可宣布租金加速到期，《合同法》及《融资租赁合同解释》未予以说明。《天津法律融资租赁合同纠纷案件审理标准》第4.2.1.2规定“对租金加速到期没有约定或者约定不明的，欠付租金达到两期以上或者欠付租金数额达到全部租金百分之15%以上”，但是《天津法院融资租赁合同纠纷案件审理标准》仅为法院内部审理的指导性文件，并非法的渊源，不能当然作为裁判依据。

租金加速到期应首先尊重当事人的意思自治，在合同对租金加速到期有明确约定时，应尊重合同约定。根据笔者代理的案子，《融资租赁合同》约定出租人要求承租人支付全部未付租金的条件基本分为两类，一类为承租人延期支付租金、利息及费用等；另一类为承租人出现合同中所列举的所有违约情形包括但不限于擅自处置租赁物、承租人被查封、强制执行等。

在达到上述法定或约定的条件时，出租人有权要求承租人支付全部未付租金。

二、出租人是否须催告承租人且给予其合理期限

根据《合同法》第二百四十八条规定，承租人应当按照约定支付租金，承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金。根据该规定，在承租人不按照约定支付租金时，出租人选择租金加速到期，催告为必经程序。该条款仅规定在“承租人应当按约定支付租金”的条件下须履行催告程序，若承租人违反合同约定的擅自处置租赁物、被查封、执行时，是否仍须提前催告并没有明确规定，笔者认为根据催告程序设立的本意，该情形下亦应履行催告程序。

合同中没有约定催告程序或明确排除催告程

序时，催告是否为必经程序？根据《融资租赁案件裁判精要》一书观点，“即使合同未约定催告程序或者明确排除催告程序，出租人也要进行催告”。^[1]

出租人未进行催告直接起诉承租人支付剩余租金的后果为何？根据《最高人民法院关于融资租赁合同纠纷案件适用法律与适用》一书观点，“当事人未经催告即起诉请求解除合同的，不宜以解除权未成就为由直接驳回诉讼请求，可将起诉状送达时间作为催告时间，并为被告确定合理的履行期限”^[2]，虽该观点仅对出租人未经催告而直接起诉要求解除合同的情形作出了解释，但笔者认为可类推适用于要求提前支付全部租金的情形。即法院不应直接驳回，而是以起诉状送达被告的时间作为催告的时间并由法院为被告确定的履行期限。

三、加速到期日的确定方式不统一

加速到期日即未到期租金提前支付的日期，加速到期日决定违约金的支付起始日期，但法院即使是同一家法院对加速到期日的确定方式都不统一。出租人在诉讼前进行了催告的，有的法院以发送的《催收函》写明的还款最晚日期为加速到期日，参见上海市浦东新区人民法院（2016）沪0115民初20756号民事判决书；有的法院以《合同加速到期通知书》送达时间为加速到期日，参见上海市浦东新区人民法院（2016）沪0115民初44217号民事判决书。出租人在诉讼前没有进行催告的，有的法院以起诉状副本送达之日为加速到期日，参见上海市浦东新区人民法院（2016）沪0115民初22621号民事判决书、天津市高级人民法院（2016）津民初41号民事判决书；有的法院以起诉状副本送达后合理期限作为加速到期日，参见上海市黄浦区人民法院（2014）黄浦民五（商）初字第9473号民事判决书；有的法院以开庭日作为加速到期日，参见天津市滨海新区人民法院（2017）津0116民初844号民事判决书。

四、未到期部分是否支付违约金

《合同法》及《融资租赁合同解释》并未对未到期租金发生的逾期利息、违约金是否支持作出规定。《天津法院融资租赁合同纠纷案件审理标准》第4.2.2条规定“支持已到期租金发生的逾期利息、违约金，不支持未到期租金发生的逾期利息、违约金”。但经笔者对天津法院系统同类案件的检索，判决书同时存在支持与不支持两种不同的判决，天津法院并未严格执行上述4.2.2条规定的标准。

司法理论界认为租金加速到期，承租人已经丧失期限利益即分期付款的利益，实际上已经是对承租人的惩罚，若要求承租人支付未到期租金的违约金，是对承租人的双重惩罚，显失公平。但笔者认为简单的这样判定也不太公允，如出租人起诉时要求支付全部未付租金，待到判决书生效时，所有未付租金均已到期但承租人并未支付。例1月1日起诉要求支付4月1日、7月1日、10月1日三期应付的租金，该案判决生效为12月1日，生效时前述三期租金均已经到期而承租人未履行，因出租人承担着相应资金成本并丧失了按期收取租金的利润，对上述三期租金不收取逾期利息、违约金对出租人亦不公，尤其在诉讼期限较长的情形下。

以上为笔者对融资租赁合同租金加速到期所涉问题的简要分析，其中租金加速到期的法定条件、加速到期日的确定方式、未到期租金部分是否应支付逾期利息或违约金的问题司法判决不一致，期望尽快对上述问题出台统一性的规定，增加相关从业人员的预判性。

参考文献：

- [1]《融资租赁案件裁判精要》第458页，李阿侠著，法律出版社，2018年7月版
[2]《最高人民法院关于融资租赁合同纠纷案件适用法律与适用》第207页，奚晓明主编，人民法院出版社，2014年3月第1版

中伦
文德



□ 桑 昶/文

桑昶律师，北京市中伦文德律师事务所（上海）分所资深律师。华东政法大学法学学士，复旦大学法律硕士。专注于金融领域的法律业务，特别在飞机买卖、融资租赁、经营租赁，以及项目租赁等方面具有全方位的丰富经验。除此之外，还致力于投资并购以及企业合规方面的法律事务。

飞机租赁合同中法律条款和法律风险的再界定

笔者之所以选择这一话题，主要是考虑到在实际的飞机租赁合同谈判过程中，通常由客户经理决定商务条款，由工程师来讨论技术条款，由法务对法律条款出具意见，或者由外聘律师对此谈判。这一情况非常普遍，一方面可以做到各司其职、明确责任分工，但另一方面，法律条款的引出问题，就一定是法律风险吗？合同条款、法律风险的分类边界是否真的如此清晰？笔者将在下文分享自己对工作方式和思维方式的一些总结性思考。

一、合同风险 VS 法律风险

合同风险 VS 法律风险

合同风险的分类	合同管理的要求
妥协的风险	商务谈判、精细管理
漏洞的风险	运用解释、书面补充
约定无效/被取代的风险	法律风险

广义的合同风险，可以是指因合同产生的、与之相关的一切风险，包括履约风险等等。笔者个人把合同风险分为三类：合同妥协的风险、合同漏洞的风险和约定无效/被取代的风险，但个

人观点并非教科书式的答案。对法务或者合同管理人员来说，这三类风险分别对应了什么呢？

（一）合同妥协的风险

合同妥协的风险，换句话说，就是合同里有约定，但法律上并没有特别规定的事项，相对来说这一类别比例最多，虽然不涉及特别的法律风险，但是会影响到日常的合同管理工作。

飞机租赁起源于西方，对中国来说相当于“西学东渐”的产物。国内合同法中租赁合同章节和融资租赁合同章节条款不多，对飞机租赁也未作出特别规定；融资租赁倒是出台了相关司法解释，但经营租赁的规定则较少，基本都是遵循契约自由原则。飞机租赁合同向来是充分协商谈判的合同，各方的妥协之处比比皆是。租赁公司的自有合同模板，与不同承租人，谈出的条款结果截然不同，甚至于同一个承租人的后续交易，承租人要求改善条件，那么一个承租人项下的合同也会有所不同，这会导致在同一个条款项下面对不同的合同相对方，执行手段、期限、方式等都有不同。

从事国际业务的租赁公司会发现，境外航空公司和境内航空公司在合同条款上的关注点是不同的。与较多中资租赁公司已开展合作的境外航空公司和刚与中资租赁公司合作的境外航空公司，彼此之间关注的点也是存在不同的，在航空

公司主张权利这方面,有一点“东风西渐”的感觉。合同妥协的风险,需要对内部管理做到精细管理,比如对航空公司分级,设定对应合同条款妥协让步的空间、额度和档次。

(二) 合同漏洞的风险

所谓合同漏洞就是合同约定不明或没有约定的风险,换句话说,就是法律上可能有、也可能没有特别规定,但是合同上模糊或未约定的事项。

经过多年积累,飞机租赁合同相对来说已经相当完善,但是无人能预计未来,因而不可能完全排除合同漏洞,那么在出现这种风险时,对法务或合同管理人员来说,需要运用法律思维进行合同解释,或者在合同没规定、但法律有规定时,引用法律条文或法律解释来首先确保能对本方做出有利解释,其次通过补充协议等方式来填补漏洞。需要注意的是,合同是权利、义务和责任的划分,不是手册指南,因而不能按照航空公司常用的思路来判断合同是否约定清晰。

(三) 约定无效 / 被取代的风险

约定无效 / 被取代的风险,换句话说,就是合同条款里作出约定,但法律法规其实另有其他不同规定的情况。法律风险的外延很广,包括结构、主体等方面,这里属于狭义的合同上的法律风险,单指合同层面上法律风险与合同风险的一个交集,占比最小,但往往致命的,因为在执行合同条款时会遇到障碍。

笔者认为,一些法务会局限自己的工作思路,较少投入到合同谈判中去,他人眼中的法务工作好像也就应该是这样的:“法律怎么说,合同这样约定对不对、有没有效”。把法务限制在法律风险部分,把商务限制在妥协风险部分,一方面双方就形成了一种对立面,并不利于团队之间的合作,另一方面,很多条款的分类界限没有那么明确。举个例子,比如说各方对 Disclaimer, 免责条款总是约定的很详细,排版上还要大写、加粗。但我们要知道,在中国合同法的语境下,合同法第 53 条规定,合同中下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的、(二)因故意或重大过失造成对方财产损失的。如果免责条款里有这

两种免责,在适用中国法的语境下是无效的。但除此以外的免责范围,绝大多数的文字,那就都是可谈的,属于可妥协的风险范畴。所以法务也要妥协,也要学会解释法律,既要知道强制性的法律风险问题,也要知道可妥协的部分,不要一味从法律规定中找答案。但这也不是说法律没相反规定的,就都可以写进合同里。

简单来说,笔者认为,除了第三项风险以外,合同其他的部分都是可谈判的,都算不上狭义的法律风险,无需对法务太过苛刻。

二、“商务条款 VS 法律条款”

(一) 保证金 / Security Deposit

人们第一反应都会觉得保证金属于商务条款,其谈判内容主要是金额、有无利息、退回期限、提取后补齐的期限等等。出租人喜好收取现金保证金,有助于提高内部收益率,而承租人则会尽力争取用保函替代现金保证金。人们通常觉得作为商务条款的保证金若要和法律条款产生关系,大概会是保证金交叉担保其他飞机等情况。那么,如果要保证金视为一个法律条款,其思路的关注点应在放什么地方呢?

在飞机租赁交易中常见保证金的支付方式主要分为:现金、备用信用证和银行保函。实践中基本没有用银行本票或存单来支付保证金的,而备用信用证有涉外因素的要求,暂不讨论。

1. 现金

商务条款 VS 法律条款

■ 保证金 / Security Deposit

现金

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第85条——金钱质权

(2017)最高法民申4185号:保证金特定化的实质意义在于使特定数额金钱从出质人财产中划分出来,成为一种独立的存在,使其不与出质人其他财产相混同,同时使转移占有后的金钱也能独立于质权人的财产,避免特定数额的金钱因“占有即所有”的特征混同于质权人和出质人的一般财产中。

以现金支付保证金有利有弊。其优势在于,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 85 条规定,“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式

特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。”也就是说，如果出租人能把支付的保证金特定化，便可主张这属于金钱质权，可以作为物权担保优先受偿。

问题在于如何界定“特定化”。试看一例，(2017)最高法民申4185号判决如下：“保证金特定化的实质意义在于使特定数额金钱从出质人财产中划分出来，成为一种独立的存在，使其不与出质人其他财产相混同，同时使转移占有后的金钱也能独立于质权人的财产，避免特定数额的金钱因‘占有即所有’的特征混同于质权人和出质人的一般财产中。”简而言之，就是每个项目的保证金支付在出租人的一个专户里。

其弊端在于，该特定化的做法实在难以实践，基本上没有出租人会开立那么多的账户而将保证金闲置。在一般做法中，收到的保证金往往在出租人的基本账户中，与出租人财产很可能是混同的、不特定化的，不满足金钱质权的标准。这样的保证金性质上还是属于债务人的财产，如果承租人破产，这部分资金仍可被认定为破产财产，管理人可以要求收回，出租人没法优先受偿，无法及时抵销或即使被抵销也可能被管理人撤销。有一个极端的案例，在一个融资租赁回租项目中，出租人和承租人约定，承租人应付给出租人的保证金从出租人投放给承租人的融资租赁款中扣除，那么这笔保证金相当于一直在出租人自己的账户里，出租人也没有再开专户特定化。后来，虽然承租人在这个融资租赁合同项下正常，但在

与其他债权人的其他合同项下出现了纠纷，债权人找到了该保证金的线索，向法院申请财产保全，冻结出租人这个保证金账户，并获得了法院的支持。国内飞机租赁方面出现的纠纷争议还很少，所以这些问题和手段都鲜有遇到的。

2. 银行保函

商务条款 VS 法律条款

■ 保证金 / Security Deposit

银行保函

《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》 第3条——独立保函

1. 保函载明见索即付；
2. 保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；
3. 根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

在工作流程中，合同定稿后，银行保函方面基本都是由航空公司财务部主导的操作层面的事宜了。将银行提供的模板转给出租人修改，出租人提出意见转回给银行，一来一回之间，其实可能已经不是同一个法律文件了。

2016年《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第三条规定，“保函具有下列情形之一，当事人主张保函性质为独立保函的，人民法院应予支持，但保函未载明据以付款的单据和最高金额的除外：（一）保函载明见索即付；（二）保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；（三）根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承

担相符交单的付款责任。当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。

出租人拿到保函



往往试图修改为独立保函，保函加上独立或者见索即付这几个字后，其性质就会发生变化。因为在中国法语境下，担保合同是从合同，保函是银行出具的保证担保，因此是从合同。一般情况下，主合同无效，从合同无效，但独立保函具有独立性，不受主合同项下的请求和抗辩的影响。以下为各类函证的简要区别对比：

商务条款 VS 法律条款

■ 保证金 / Security Deposit

类型	适用法律	性质
保函 担保法		从合同
独立保函	URDG758 国际商会《见索即付保函统一规则》	独立性
备用信用证	ISP98国际商会《国际备用证统一惯例》	独立性

因此，笔者认为，保证金看似是一个商务条款，但重要核心其实是法律形式的问题。

(二) 不合法 / Illegality

该条款包含 legal 这个单词，乍一看属于法律条款，但读者转念一想，既然笔者在此举例，应该并不简单。是的，笔者一直主张 Illegality 属于经典商务条款。

在中国法语境下，笔者认为，可以将该条款粗略解构为如下部分：

商务条款 VS 法律条款

■ 不合法 / Illegality

组成	内容
产生原因	一方法律上的履行不能
起算时间	计算起点
协商期间	多久签订补充协议
重组权利	选项：给或不给
协商不成	解除权的形成
解除后果	谈判空间

1. 产生原因——一方法律上的履行不能。法律理论概念上的 Illegality 的原因其实有好几个，包括主观上的违法；但是在飞机租赁合同中，各方实际想表达的是法律上的客观履行不能。因为如果是承租人主观上的违法运营，那便违反了保证条款，属于违约事件，不应归入 Illegality。

2. 起算时间——主要是为后续奠定一个起始时间点，比如说不合法事件的发生时间，亦或是通知载明的时间。

3. 协商期间——双方协商所需要的时间，可通过签订补充协议的方式来消除不合法。

4. 重组权利——属于选择项，双方协商不成是直接终止还是考虑重组。

5. 协商不成——合同解除。

6. 解除后果。

商务条款 VS 法律条款

■ 不合法 / Illegality

《合同法》第97条：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。



其中 1-5 项比较程式化，第 6 项则出现了谈判空间。

若在中国法语境下看下合同解除的后果，合同法第九十七条规定了解除的效力，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”

据此，笔者提炼列举了三种后果：

后果一，A（支付到期应付款项）+B（按还机状态返还飞机）；

后果二，A+B+C（支付其他应付款项）；

后果三，A+B+D（视同承租人违约所造成的出租人损失）。

对终止后果的谈判，就是对如果出现了 Illegality 的情况，由谁承担责任的谈判。

对航空公司而言，是想方设法争取最上方的结果，也就是说，合同解除后出现租期没有履行完毕的损失，由出租人全部承担；而租赁公司则会想方设法往往达成最下方的结果，相当于合同解除后，由承租人承担全部租期没有履行完毕的损失。如果是跨境租赁，因为两个主体涉及的司法区域不同，那么最后可能是谁引起便由谁负担风险。如果是在国内保税租赁的结构下，由于当

事方都是依据中国法经营的中国公司，司法管辖是重合的，所以问题便在于由谁承担风险。如果认为这属于法律问题，让法务或者外聘律师去谈判，其实是有难度的，因为这并不涉及对错，仅是由谁买单的问题，而律师也没法代客户承诺承担风险。

最后，合同很可能只能采取折中模糊的语言，其实只是搁置了争议，将不确定性放到了未来，并没有解决不确定性。如果未来发生了，就变成司法实践上损失金额的举证问题。

简单来说，笔者认为，不合法看似是一个法律条款，但谈判的核心是风险分置的商务问题。

(三) 管辖权 / Jurisdiction

管辖权必然属于法律术语，其背后的法律条款又如何与商业问题产生关联呢？

以涉外交易为例，适用法律基本上是英国法或纽约法，管辖法院则是英国法院和纽约州法院。简单归纳，境外公司主张如此起草文件的原因主要不外乎如下几点：1. 交易惯例、英国作为判例法国家的判例完善；2. 不了解熟悉承租人所在地的法律状况，而英国法院诉讼便利；3. 境外公司本身合同管理上的一致性。

笔者发现，通常中国企业的法务拿到这样的管辖权条款，一般都会建议改成中资企业所在地，其理由无非是出于如下几点：1. 律师费、诉讼费便宜；2. 地理位置近，机票便宜；3. 不熟悉国外程序而对国内法院比较熟，甚至说不定有门路可走。但笔者认为这些理由大多数是出于商业思维。下图是几种常见管辖方式的比较：

■ 管辖权 / Jurisdiction

管辖方式	在中国的承认和执行
英国/纽约 - 法院诉讼	双边条约、互惠原则
香港/新加坡 - 仲裁	纽约公约
中国法院诉讼	适用民法，财产保全

在讨论这个问题之前，笔者认为，可以设立两个很现实的假设条件：

1. 一旦发生诉讼争议，境外公司特别是出

租人诉承租人的概率更大，毕竟出租人的义务相对少，而承租人需履行租金支付义务和还机义务，容易出现争议；

2. 一旦到诉讼阶段，肯定是由于之前无法沟通协调，只能提起诉讼，这样一来，出租人也明白，提出了诉讼，未来肯定会进入承租人的黑名单，无需手下留情。

回到这三种管辖方式来讨论涉外交易，从诉讼律师的眼光来说，选择中国法院诉讼对出租人来说其实更为主动，因为提起诉讼的同时，可以直接采取财产保全的手段来对付中国企业，在诉讼策略和威慑上，会有更积极的影响。

如果选择仲裁，中国是纽约公约的缔约国，因而承认和执行仲裁裁决，但是时效性是个大问题，仲裁到裁决的时间可能很长，拿到裁决再到国内执行也很可能很久。

最后是英国法院 / 纽约法院诉讼，中国和英国、美国没有相互承认和执行司法判决的双边条约，只有靠互惠原则才有可能执行外国判决。需要注意的是，中国三年前才出现首例，2016年12月9日，江苏省南京市中级人民法院作出了(2016)苏01协外认3号《民事裁定书》，系我国法院首次根据“互惠原则”承认执行外国生效判决的案例。2017年6月30日，武汉市中级人民法院基于互惠原则作出了首例承认和执行美国法院判决的裁定。目前还没有与英国的互惠先例。中国这两个基于互惠原则做出的承认和执行，都基于事实互惠，也就是对方国家先抛出橄榄枝，承认和执行了一个中国法院的判决，那么中国法院好比是在还人情。中国还没有在对方国家没有承认的先例情况下，主动基于这一原则承认外国判决的案例。所以英国法院、纽约州法院的判决，能否在中国执行，有很强的不确定性。因此，如果合同上约定了排他性英国法院管辖，出租人向中国法院起诉，并且如果中国企业在境外没有什么财产的时候，便可以依合同提起管辖权异议，让法官秉公执法。

因此，对中国企业作为被诉方来说，从实际结果出发，选择中国法院往往不一定能达成最优结果，而选择外国法院的限制效果反而可能是最小的，仲裁则居中，以上诉讼律师眼中的排序和

法务或合同管理的思路是不同的。然而，中国这些年来的航空租赁市场中，发展和交易多，纠纷实践少，很多问题并没有经过充分验证。

简而言之，对管辖权条款的策略思路，交易律师和诉讼律师可能是不同的。

三、法律风险在几个条款中的体现

(一) 临时替换件

运营和维护条款都会对临时替换和永久替换作出详细规定，永久替换通常不会出现大问题，但在临时替换中，一般出租人都会约定，临时替换所拆下的发动机、部件的所有权仍归属出租人，即便他们被装到其他的飞机上去。

根据合同的适用法，该合同约定本身是有效的，对双方有约束力，但对于物权权利而言，还需要审查所在地的法律规定。在合同方有偿付能力时，合同的约定不会产生问题，而如果发生破产情形，只有合法设定的物权才有可执行性，反之，只是一个合同之债。如果真的要取回，那此时要取回的飞机，还是不是自己的“亲飞机”呢？

法律风险在几个条款中的体现

■ 临时替换件 / Temporary replacement

《日内瓦公约》第一条

“.....权利的设定符合该航空器进行国籍登记的缔约国在设定该权利时的法律。”

“...such rights have been constituted in accordance with the law of the Contracting State in which the aircraft was registered as to nationality at the time of their constitution”

日内瓦公约第一条，规定“权利的设定符合该航空器进行国籍登记的缔约国在设定该权利时的法律”（“such rights have been constituted in accordance with the law of the Contracting State in which the aircraft was registered as to nationality at the time of their constitution”）。这里引入了“国籍登记地法律”的概念，Blue Sky Case 项下对登记地和所在地法从国际私法角度进行了描述，此文暂不论述。

荷兰民法典第8编（运输工具与运输）第3(a)条第2款规定，“机身、发动机、螺旋桨、

通讯设备和其他物品用于此种机器上或机器内的，不论其在机器上、机器内或暂时与机器分离，都是航空器的组成部分。”

这一条有点类似于中国法下添附的概念：当第三方的发动机、部件装在出租人的飞机上时，该发动机、部件的所有权自然随之属于出租人的飞机，而当出租人的发动机、部件被拆下装到第三方的飞机上时，所有权归属于第三方的飞机。

回到那句话，合同的约定产生的是合同权利，在合同方有偿付能力时不成问题，而如果发生破产情形，当约定不可实现时，只能依赖当地的法律来确定物权是否有效设立。

法律风险在几个条款中的体现

■ 临时替换件 / Temporary replacement

《荷兰民法典》第8编（运输工具与运输）第3(a)条第2款：

机身、发动机、螺旋桨、通讯设备和其他物品用于此种机器上或机器内的，不论其在机器上、机器内或暂时与机器分离，都是航空器的组成部分。

the airframe, engines, propellers, radio apparatus, and all other goods intended for use in or on the machine “(toestel)”, regardless whether installed therein or temporarily separated there from, are a component part “(bestanddeel)” of the aircraft.

企业法务和合同管理者在面对租赁合同的条款时，要从国内法（合同适用法、物之所在地法、航空器登记地法）以及国际法（如日内瓦公约、芝加哥公约、开普敦公约）多个维度去思考物权效力的风险。

(二) Lien

Lien 这个单词很难翻译，在日常工作中，通常会简化成留置权的概念，但实际上，英美法下 Lien 的概念要远大于中国法留置权的概念，既有 possessory lien, 也有 non-possessory lien, 既有 common law lien, 也有 equitable lien, 相当于中国法的留置权加上优先权，出于方便，本文仍采用留置权表示。该条款会影响到取回飞机时，是否会遇到第三方权利障碍。

与飞机相关的权利中，民用航空法中规定了所有权、抵押权、占有权、优先权，但唯独没有对留置权做任何特别规定，这给留置权的行使带来很大的不确定性，因为民用航空法是民事特别法，根据特别法优先于一般法，如果民航法有规

定，是优先于物权法和担保法的。2016年修改民用航空法之前的征求意见时，笔者提过这个建议，不过最终修订的民用航空法里还是没有关于留置权的特别规定。

中国《物权法》的230和231条对留置权作了规定。

■ 留置权 / Lien

《物权法》 - 2007年10月1日颁布

第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

第二百三十一条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

谈到国内的航空公司纠纷，免不了要提及东星航空，下文将分析与东星航空破产案平行相关的一个留置权案件。

需注意的是，物权法于2007年10月1日颁布，2013年6月3日，广东省广州市中级人民法院做出了关于广州白云国际机场股份有限公司诉通用电气商业航空服务有限公司等留置权纠纷一案的一审判决（案号：(2009)穗中法民四初字第27号）。

案件背景其实很简单，东星航空有8架飞机，欠白云机场各项服务费用，破产清算完成后，因为东星航空的破产财产有限，白云机场只得到了部分清偿，仍有未得到清偿的金额，白云机场留置了一架东星航空从GECAS租赁的飞机，要求GECAS来承担未清偿的金额。

■ 留置权 / Lien

广州白云国际机场股份有限公司诉通用电气商业航空服务有限公司等留置权纠纷案（2009）穗中法民四初字第27号

法院认为：“《民法通则》第八十九条对留置标的物规定为‘对方的财产’，《物权法》第二百三十条、《担保法》第八十二条则规定为‘债务人的动产’，均没有规定留置标的物必须是‘债务人所有的财产’。……依照我国留置权法律制度的规定，原告及其关联企业并不负有对留置标的物的所有权人是否债务人本人进行审查的义务。”

法院认为：“《民法通则》第八十九条对留置标的物规定为‘对方的财产’，《物权法》第二百三十条、《担保法》第八十二条则规定为‘债务人的动产’，均没有规定留置标的物必须是‘债

务人所有的财产’。……依照我国留置权法律制度的规定，原告及其关联企业并不负有对留置标的物的所有权人是否债务人笔者进行审查的义务。”而且在证据交换中法院也是审查了民航局的所有权登记证书，在法院明知被留置的飞机不属于东星航空的情况下，判决留置合法。

■ 留置权 / Lien

广州白云国际机场股份有限公司诉通用电气商业航空服务有限公司等留置权纠纷案（2009）穗中法民四初字第27号

法院认为：“东星航空公司欠付白云机场的服务费用中，维修费、养护费、监护费、停场费、起降费、安检费、登机桥等属于航空性业务收费，机务费、运输服务费、机务配餐费、桥载设备费等属于与航空器有关联的非航空性业务收费，均属于与飞机营运有关的费用。”

法院认为：“东星航空公司欠付白云机场的服务费用中，维修费、养护费、监护费、停场费、起降费、安检费、登机桥等属于航空性业务收费，机务费、运输服务费、机务配餐费、桥载设备费等属于与航空器有关联的非航空性业务收费，均属于与飞机营运有关的费用。”因而判决：“由GECAS承担所有8架飞机的欠付的费用。”

作为航空业的参与者，其实大家知道，有些费用是作用于飞机的费用，有些其实是服务于航空公司的运营费用，与直接产生于飞机之上的费用还是有所区别的。

笔者不对这个判决本身做评价，但是从其内在逻辑出发，判决两次扩大了对物权法的解释，第一是债务人的财产不限于债务人所有的财产；第二是在这个基础上，又运用了商事留置权的思路，用留置一架飞机来主张所有一批次8架飞机的应付费用，不仅限于可以归属到这架飞机上债务。用法院的逻辑，如果8架飞机分属8个出租人的话，那相当于8个出租人最后需要承担连带责任。这一判决结果其实得以让白云机场对东星航空的一般破产债务，上升为了有担保的债务，从而全部得到清偿，而且因为一般债权已经清偿完毕了，此时GECAS因为清偿留置债务所产生的债权也来不及再申报和清偿了。这是法官释法的结果。

我们可以参考下邻国日本的相关规定，其对

行使留置权的立法还是非常细致和明确的：

■ 留置权 / Lien

英国1982年《民航法》(Civil Aviation Act 1982)第88条
(为未付机场费用之目的扣押和销售民用航空器)

特点：

1. 针对欠费飞机，而非对债务人，不管运营人是否变化；
2. 针对债务人，机队留置权(Fleet Lien)；
3. 有权自行出售飞机。

《日本民法典》第二百九十五条一般规定的民事留置权(minji ryuchiken)，或根据《日本商法典》第五百二十一条所规定的商事留置权(shoji ryuchiken)。区别在于，民事留置权的主体可以是自然人和商人，留置物是所产生债务的该民用航空器，无论是债务人所有还是租赁占有。而商事留置权的债权人和债务人需均为商人，而依据商事留置权所留置的物，限于债务人拥有所有权的一系列民用航空器。

接着来讨论英国的情况。英国1982年《民航法》(Civil Aviation Act 1982)中规定：“(1)如果在因民用航空器在本条中所适用的机场所产生的机场费用延迟未付，则机场当局可以(a)为待付款项，而扣留(i)产生该些未付机场费用的民用航空器(无论在扣留开始之时的运营人是否是产生该些未付机场费用之人)；或(ii)未付机场费用之运营人在扣留开始之时的其他民用航空器。且(b)如果扣留开始后56天费用仍未付清的，出售民用航空器以清偿债务。

注意的是，英国的留置权的特点在于：1. 第一项的扣留对象是对飞机，而非对债务人，不管运营人是否变化，只要这架飞机上欠付机场费用，则可扣留；2. 第二项就是我们常说的机队留置权(Fleet Lien)；3. 英国的留置权人有权通过自行出售飞机来清偿债务，这和中国留置权思路不同，中国都要求通过法院拍卖、变卖。

以上讨论的是机场费用，而一般来说，Eurocontrol的费用是针对运营人的，除非识别不出运营人，则会要求所有权人来承担支付义务。但是英国2001年的立法，用与1982民航法完全相同的行文逻辑，对Eurocontrol charge设定了扣

押权利，只是把机场费用改成了Eurocontrol费用。

在租赁合同中，虽然对Lien有种种要求，但根据合同相对性的原则，根本无法阻止第三方权利人基于法律对飞机采取留置措施。虽然出租人可能会觉得，既然Eurocontrol的费用是运营人支付的，那么除英国以外的地方对出租人可能还是比较友善的。但在实践中，由于费用是产生于飞机之上且归属飞机的，假设航空公司破产而有未缴的费用的时候，即使出租人没有遭遇留置或扣押等顺利取回了飞机，但在remarketing之时，下一位承租人其实会担心这架飞机上是否有未缴费用而导致其在后续运营这架飞机过程中被迫债乃至扣押，因而会要求出租人实际付清所有欠付款项。出租人即使避开法律规定，不承担法律责任，但仍然难以避开清偿欠款这一实际的商业结果。

基于法律所产生的风险，在很多情况下是难以规避的，要求法务用合同条款、用各种方法去规避所有风险，是不现实的，其实应当加以监控和管理。

(三) 违约事件中的破产条款

航空公司破产是这两年比较热门的话题，前年笔者就曾处理柏林航空的破产事宜。租赁合同中违约事件条款(Event of Default)里肯定会写明，如果承租人出现破产、资不抵债、清算、歇业等等构成违约事件，之后出租人一旦主张违约，就可以行使违约救济，违约救济里必然也包括解除租赁合同。

问题是，这个条款一定有用吗？如果承租人破产，出租人能够立刻第一时间解除合同然后行使救济取回飞机吗？

■ 违约事件中的破产条款

公约、法律	仅因破产而解除的限制
《中国破产法》第18条	挑拣履行权
开普敦公约《议定书》第11条 (破产时的救济)	方案A - 等待期
《美国破产法》1110条款 (飞机设备和船舶)	60天期间

在此先讨论中国的情况,中国《破产法》规定:

第十八条 人民法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行,并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的,视为解除合同。

管理人决定继续履行合同的,对方当事人应当履行;但是,对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的,视为解除合同。

值得注意的是,管理人可以有权要求继续履行合同,法律上称为挑拣履行权。期限是催告后30天或者申请破产后60天。所以破产后基于违约事件的合同约定解除权是受管理人的限制的。

《开普敦公约》议定书第十一条(破产时的救济)方案A规定:

第2款 一旦发生与破产有关的事件,在不影响第7款适用的情况下,破产管理人或者债务人,依其所属,应迟于下述日期中较早的日期将航空器标的物交由债权人占有:

(a) 等待期终止之日;和

(b) 若未适用本条,债权人有权占有航空器标的物的日期。

第7款 破产管理人或者债务人,依其所属,在第2款规定的时间之前消除了除因破产程序开始而产生的不履行之外的所有的不履行情况,并同意按照协议履行全部未来义务的,可以保留对航空器标的物的占有。在履行此种未来义务时发生了不履行的,第二个等待期不得适用。

如果仅开始了破产程序,而没有其他违约事件发生的话,取回权受限,承租人是保留飞机的。大部分国家,包括中国声明选择了方案A,中国声明的等待期是60天。

其实《开普敦公约》的这项规定和美国破产法是非常类似的,美国破产法 Chapter 11 (重组)

之 1110 条款 (飞机设备和船舶) 规定:

取回权和行使其他救济权利是受限于 362 条 (自动冻结) 的规定, 如果

(A) 救济令后 60 天内, 管理人, 经法院批准, 同意行使全部义务, 且

(B) 任何违约, 除了 365(b)(2) 的违约外,

(i) 如果在救济令开始之前发生的, 在 60 天期间内纠正的;

(ii) 在 60 天期间内发生的, 在下列二者中较晚的日期届满前得以纠正的:

a) 违约发生后 30 天; 或

b) 60 天届满之日;

(iii) 在 60 天届满或之后发生的, 根据合同规定的相关条款得以纠正的。

也是同样的, 开始破产程序本身并不足以构成合同解除的条件, 取回权基本上受限于 60 天等待期, 如果没有其他违约, 便可以继续履约。

其实在德国破产法中也有相关类似规定, 基于篇幅便不再论述。因为从立法目的来说, 破产法的首要目的是能够通过程序得以让破产企业得以恢复重整, 如果重整不了, 再平和地予以关闭, 法律旨在防止债权人一哄而上, 乃至落井下石, 加速申请破产企业的解散和关闭。

通过以上实例, 在《开普敦公约》选择方案 A 的缔约国, 以及破产法完善的国家里, 通过违约事件中的破产条款本身解除合同基本很难得以适用。如果真的要主张取回, 还是要看破产程序后是否新出现其他违约事件, 比如最为直接的, 支付租金的违约。

由于笔者只是一位具有中国法律执业资格的律师, 本文提及的一些外国法的问题, 都只涉及理论研究层面, 仅旨在为读者提供思路和参考。有具体事宜需要咨询, 仍建议求助于适格法域的专家和律师。如果行文有不妥之处, 还请各位读者多包涵。





□ 李政明/文

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



□ 李文晶/文

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

保险资金投资养老地产项目之法律风险防控 与合规路径分析

【引言】随着我国老龄化日益严峻，传统的家庭养老模式已无法满足社会养老需求。保险资金作为重要的社会投资力量，具有资金规模大、稳定性、长期性及多元性的属性，该等保险资金属性与养老地产资金需求量大、初期投资成本高及投资周期长的特点具有天然的契合优势。

对保险机构而言，参与投资养老实体产业，既能拓展保险资金的投资渠道，提高保险资金的投资收益，也增强保险资金服务实体经济的能力。

以上所述为背景，笔者以现行有效的保险资金投资养老地产项目的相关法律法规及政策为依据，结合从事保险资金投资养老地产或投资不动产项目的经验，对保险资金投资养老地产项目合规风险防控及投资路径提出法律分析及建议。

一、保险资金投资养老地产项目发展现状

所谓保险资金，根据《保险资金运用管理办法》第三条之规定，指保险集团（控股）公司、保险公司以本外币计价的资本金、公积金、未分

配利润、各项准备金以及其他资金（以下合称“险资”）。近年来，险资投资的养老地产项目陆续开业，如中国人寿的“国寿（廊坊）生态健康城项目”、“国寿嘉园逸境项目”、新华保险的“新华家园健康管理中心”及中国太平的“太平梧桐人家项目”等。

险资积极参与养老地产实体产业，一方面，既实现了提高保险资金的投资收益，也增强保险资金服务实体经济的能力，另一方面，也从某种程度上缓解了养老困境的社会难题。

我国保险公司参与开发养老地产项目时间较短，故，我国针对险资投资养老地产法律法规尚在不断完善中，因此，与发达国家相比，我国险资投资养老地产项目仍处于探索期及发展期。

随着老龄化社会的到来，养老需求会越来越强烈，甚至出现较大的缺口。

基于上述分析，首先，严峻的养老困境及巨大的养老需求催生了险资投资养老地产项目的无限商机；其次，险资规模大、稳定性、长期性及多元性的属性，无缝契合了养老地产项目资金需

求。

基于上述原因，险资投资养老地产项目既是大势所趋，也是社会发展及保险机构发展所需。

二、保险资金投资养老地产项目的主要模式及其监管规定

根据《暂行办法》、《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》及其他监管规定要求，险资投资养老地产项目模式主要有股权投资、债权投资、物权投资等模式。上述模式在投资过程中各有利弊，基于不同的投资模式，监管规定也有所区别。

（一）股权投资模式及其相关监管规定

1、股权投资模式

保险资金交由专门的投资机构通过并购、控股等方式取得项目公司所持有的项目资产，作为股东，保险机构通过整合存量养老地产及/或开发建设综合养老服务社区，通过运营、管理养老地产，从而获得养老地产运营收益。

2、股权投资特点

以股权投资模式投资养老地产项目，与物权投资模式相比，其办理股权/股份过户及登记手续较为便捷，产生税费较少；而与债权投资模式相比，保险公司作为投资股东，有权运营、管理

养老地产，但是同时也需承担养老地产的经营风险。

3、股权投资监管规定

经笔者梳理，险资股权投资相关主要法律法规如下：

序号	法律法规名称	文号	决定机关/发文机关	发文时间
1	《中华人民共和国保险法》	中华人民共和国主席令第26号	全国人民代表大会常务委员会	2015.4.24
2	《保险资金运用管理办法》	中国保险监督管理委员会令[2018]1号	原中国保监会	2018.1.24
3	《保险公司投资不动产暂行办法》	保监发[2010]80号	原中国保监会	2010.9.5
4	《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》	保监发[2012]59号	原中国保监会	2012.7.16

（二）债权投资模式及其相关监管规定

1、债权投资模式

债权投资模式，是指保险机构不直接参与养老地产的开发、运营管理，主要通过向养老地产项目公司提供债权融资而获得相关收益的模式。

2、债权投资特点

由于债权投资还本付息的特点，投资风险低，同时收益也较低，作为债权人，保险机构无权运营、管理养老地产。

3、债权投资监管规定

经笔者梳理，险资债权投资相关主要法律法规如下：





经笔者梳理，险资物权投资相关主要法律法规如下：

序号	法律法规名称	文号	决定机关/发文机关	发文时间
1	《中华人民共和国物权法》	主席令[2007]第62号	全国人民代表大会	2007.3.16
2	《中华人民共和国保险法》	中华人民共和国主席令第26号	全国人民代表大会常务委员会	2015.4.24
3	《保险资金运用管理办法》	中国保险监督管理委员会令[2018]1号	原中国保监会	2018.1.24
4	《保险公司投资不动产暂行办法》	保监发[2010]80号	原中国保监会	2010.9.5

序号	法律法规名称	文号	决定机关/发文机关	发文时间
1	《中华人民共和国保险法》	中华人民共和国主席令第26号	全国人民代表大会常务委员会	2015.4.24
2	《保险资金运用管理办法》	中国保险监督管理委员会令[2018]1号	原中国保监会	2018.1.24
3	《保险公司投资不动产暂行办法》	保监发[2010]80号	原中国保监会	2010.9.5
4	《保险资金间接投资基础设施项目管理办法》	中国保险监督管理委员会令2016年第2号	原中国保监会	2016.6.14
5	《关于债权投资计划注册有关事项的通知》	保监资金[2013]93号	原中国保监会	2013.1.24

三、我国房地产相关禁令对保险资金投资养老地产项目的影 响

(一) 现行有效法律法规对险资投资养老地产项目的禁止性规定

1、《保险资金运用管理办法》

《保险资金运用管理办法》(中国保险监督管理委员会令[2018]1号)第十八条第三款、第四款规定，禁止险资投资不符合国家产业政策的企业股权和不动产、禁止险资直接从事房地产开发建设。

2、《暂行办法》

(1)《暂行办法》第十三条第二款之规定，投资必须遵守专地专用原则，不得变相炒地卖地，不得利用投资养老和自用性不动产(项目公司)的名义，以商业房地产的方式，开发和销售住宅。

(2)《暂行办法》第十六条第四款、第五款之规定，禁止险资直接从事房地产开发建设(包括一级土地开发)、投资设立房地产开发公司，或者投资未上市房地产企业股权(项目公司除外)，或者以投资股票方式控股房地产企业。

3、《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》

根据《关于保险资金投资股权和不动产有关

(三) 物权投资模式及其相关监管规定

1、物权投资模式

物权投资模式，即保险机构以自有资金购买取得养老地产所有权，并作为持有人运营养老地产取得投资收益。

2、物权投资特点

物权投资模式办理过户产生高额税费，且有关证照变更手续复杂。

3、物权投资监管规定

问题的通知》(保监资金[2017]282号)第三项第四款之规定,保险公司投资不动产,不得以投资性不动产为目的,运用自用性不动产的名义,变相参与土地一级开发。保险公司转换自用性不动产和投资性不动产属性时,应当充分论证转换方案的合理性和必要性,确保转换价值公允,不得利用资产转换进行利益输送或者损害投保人利益。

综上,上述监管规定对险资投资不动产(包括养老地产项目在内)进行了一定程度上的限制(以下简称“房地产相关禁令”)。

(二) 房地产相关禁令影响险资投资养老地产的实务案例分析

在笔者从事险资投资养老地产项目及/或不动产项目过程中,保险机构普遍存在的一个困惑是,房地产开发商融资时确认该等融资款用于养老地产等险资可以投资的项目使用,但是融资后就肆意用之,一部分用在了养老地产项目,一部分却被用在了房地产相关禁令项目上,将险资投资于上述房地产相关禁令项目,属于不合规的险资运用。

如发生上述险资不合规运用情形,将给保险机构造成极大的法律风险,关于该问题的解决,笔者结合从事相关项目经验,提出以下解决措施以控制法律合规风险:

1、项目启动前,保险机构及其聘请的专业服务机构(比如:律师事务所)对融资方及融资方拟用款项目进行详细尽职调查,了解融资方基本情况及拟用款项目情况;

2、根据保险机构及其专业服务机构尽职调查情况,如项目启动,则由融资方及其关联方共同出具书面承诺文件,承诺该等融资款项仅适用于养老地产项目,不得适用于约定之外的任何其他项目;

3、在保险机构与融资方签署的融资合同中明确约定融资款项使用用途,如未按照上述承诺或融资合同约定使用险资,则融资方构成违约,保险机构可随时要求结束本次融资项目,要求融资方提前还本付息,并承担违约责任及给保险机构造成的其他损失(如有);

4、项目启动后,根据上述融资方出具承诺及融资合同的约定,保险机构、融资方及商业银行三方签署《资金使用监督协议》,由银行严格监控融资方对险资的使用情况,融资方使用融资款之前,需以书面报告形式向保险机构发出请求,保险机构确认融资方使用项目及用途后,向银行发出指令,银行方可划款给融资方使用。

四、保险资金投资养老地产项目法律风险控制及合规路径分析

鉴于我国关于养老地产项目的立法尚未明确,标准不统一,根据《暂行办法》之规定,险资投资的不动产,为土地、建筑物及其它附着于土地上的定着物,而养老地产属于上述不动产范畴,我们以现行有效的法律法规对险资投资不动产的相关规定为基础,结合相关类似项目经验,总结以下险资投资养老地产项目实务法律风险控制措施及险资投资养老地产项目的合规路径。

(一) 保险资金投资养老地产项目法律风险控制

《暂行办法》、《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》对险资投资不动产的投资主体、资质条件、投资方式、投资标的、投资规范、风险控制和监督管理等事项进行了全面和系统的规定,因养老地产项目归属于不动产的范畴,上述规定均适用于险资投资养老不动产。

1、投资主体资质

投资主体,即保险公司拟投资养老地产项目,应符合以下条件:

(1) 具有完善的公司治理、管理制度、决策流程和内控机制;

(2) 实行资产托管机制,资产运作规范透明;

(3) 资产管理部门拥有不少于8名具有不动产投资和相关专业经验的人员,其中具有5年以上相关经验的不少于3名,具有3年以上相关经验的不少于3名;

(4) 上一会计年度末偿付能力充足率不低于150%,且投资时上季度末偿付能力充足率不低于150%;

(5) 上一会计年度盈利,净资产不低于1亿

元人民币（货币单位下同）；

（6）具有与所投资不动产及不动产相关金融产品匹配的资金，且来源充足稳定；

（7）最近三年未发现重大违法违规行为；

（8）中国保监会规定的其他审慎性条件。

投资养老地产项目相关金融产品的，除符合前款第（1）、（2）、（4）、（5）、（6）、（7）、（8）项规定外，资产管理部门还应当拥有不少于2名具有3年以上不动产投资和相关经验的专业人员。

根据《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》，上述投资主体资质调整为：保险公司投资不动产，不再执行上一会计年度盈利的规定；上一会计年度净资产的基本要求，均调整为1亿元人民币；偿付能力充足率的基本要求，调整为上季度末偿付能力充足率不低于120%；开展投资后，偿付能力充足率低于120%的，应当及时调整投资策略，采取有效措施，控制相关风险。

2、投资标的

险资投资的不动产，应当产权清晰，无权属争议，相应权证齐全合法有效；地处直辖市、省会城市或者计划单列市等具有明显区位优势的城市；管理权属相对集中，能够满足保险资产配置和风险控制要求

险资投资不动产要求权证清晰明确，但险资投资养老地产项目并不受此限制。

险资可以投资符合下列条件的不动产：

（1）已经取得国有土地使用权证和建设用地规划许可证的项目；

（2）已经取得国有土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证的在建项目；

（3）取得国有土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证及预售许可证或者销售许可证的可转让项目；

（4）取得产权证或者其他项权证的项目；

（5）符合条件的政府土地储备项目。

险资可以采用股权方式投资上述第（1）项至第（4）项规定的不动产，采用债权方式投资第（1）项至第（5）项规定的不动产，采用物权

方式投资第（3）、（4）项规定的不动产。险资采用债权、股权或者物权方式投资的不动产，仅限于商业不动产、办公不动产、与保险业务相关的养老、医疗、汽车服务等不动产及自用性不动产。

险资投资养老不动产、购置自用性不动产，不受上述第（1）项至第（5）项及区位的限制；但是，值得注意一点是，险资投资必须遵守专地专用原则，不得变相炒地卖地，不得利用投资养老和自用性不动产（项目公司）的名义，以商业房地产的方式，开发和销售住宅。投资养老、医疗、汽车服务等不动产，其配套建筑的投资额不得超过该项目投资总额的30%。

以债权、股权、物权方式投资的养老不动产项目，其剩余土地使用年限不得低于15年，且自投资协议签署之日起5年内不得转让。保险公司内部转让自用性不动产，或者委托投资机构以所持有的不动产为基础资产，发起设立或者发行不动产相关金融产品的除外。

3、投资方式

险资介入养老地产项目的基本方式为股权、债权、物权等模式，本部分详见本文之“四、保险资金投资养老地产项目法律风险控制及合规路径分析第（二）保险资金投资养老地产项目合规路径分析。”

4、投资比例

根据《暂行办法》、《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》及《中国保监会关于加强和改进保险资金运用比例监管的通知》相关规定，保险资金投资养老地产项目需符合监管机构关于“投资不动产类资产的账面余额，合计不高于本公司上季末总资产的30%”、“投资单一固定收益类资产、权益类资产、不动产类资产、其他金融资产的账面余额，均不高于本公司上季末总资产的5%”、“投资单一法人主体的余额合计不高于本公司上季末总资产的20%”的相关规定。

5、信息披露

（1）投资机构信息披露义务：险资投资养老地产项目，应当在在每季度结束后的15个工作日内和每年3月31日前，向中国银保监会提交季度报告和年度报告；投资机构应当于每年3月31日前，就保险资金投资养老地产相关金融产

品情况，向中国银保监会报告。

(2) 托管机构信息披露义务：托管机构应当于每季度结束后的 15 个工作日内和每年 3 月 31 日前，向中国银保监会提交季度报告和年度报告。

根据《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》，上述信息披露义务调整为：保险公司和托管机构向中国保监会提交投资股权和不动产季度报告的时间，调整为每季度结束后 30 个工作日内；保险公司、投资机构和托管机构向中国保监会提交投资股权和不动产年度报告的时间，调整为每年 4 月 30 日前。

(二) 保险资金投资养老地产项目合规路径分析

1、险资直接投资养老地产项目并辅以“运营+金融服务”

保险公司直接投资养老地产项目，项目资金全部由保险公司承担，保险公司承担项目的全部收益及经营风险，不但一方面获得持续的运营收入，另一方面获得运营后保险金融服务价值增值收入，且可实现通过养老地产的增值覆盖资金沉淀成本。

泰康之家就采用了该种投资模式，采用 CCRC 模式的复合养老社区，提供不同层级服务，包括不同的生活服务区域、并配备专业康复医院和养老护理专业设备，核心业务体系包括活力养老、高端医疗及企业社区投资等，泰康人寿通过上述业务体系的运用获得营销收入，同时提供保



险金融服务，获得服务增值收入。

2、股权或债权的投资路径

保险公司通过直接/间接持有项目公司的股权/股份及/或者融资给房地产公司以获得险资运营收益。

笔者曾参与了某保险公司投资养老地产项目，即采取了股权投资模式：首先，以拟开发建设的项目土地使用权实物出资设立项目公司；其次，保险公司与专业房地产开发商企业（比如万科、金地集团、新湖中宝等）合作设立投资基金；第三，投资基金收购项目公司股权，取得拟开发建设土地使用权；第四，保险公司委托专业房地产开发商企业（比如万科、金地集团、新湖中宝等）进行开发建设；第五，建设完成后，由保险公司运营、管理，取得开发建设养老不动产项目的收益。

上述投资模式值得注意的是，根据《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》之规定，保险公司投资不动产项目，应当明确投资人定位，委托具备相应资质的开发机构代为建设，不得自行开发建设投资项目，不得将保险资金挪做他用。

3、设立或参与股权投资基金

根据《保险资金运用管理办法》，专业保险资产管理机构可以设立符合条件的保险私募基金。保险资金可以参与一些产业龙头企业或自行发起设立股权投资母基金或直投基金投资养老地产项目。

保险公司投资股权投资基金是保险资金间接投资股权的常见方式之一。

笔者也曾参与某保险公司采取设立或参与股权投资基金的方式投资养老地产项目案例，从险资投资股权投资基金合规要求出发，笔者对投资基金的设立及投资法律关注问题进行了梳理分析，提醒保险投资机构，如采取该模式投资，请注意基金投资方向、托管安排、募集规模、退出安排、风控措施、顾问委员会设置及信息披露等方面法律风险。

(1) 基金管理人资质及注册资本的相关要求

目前监管机构对管理人资质的要求包括：资产管理部门配备的不动产投资和相关经验的专业

人员不少于 10 名，拥有不少于 10 名具有股权投资和相关经验的专业人员，已完成退出项目不少于 3 个，其中具有 5 年以上相关经验的不少于 2 名，具有 3 年以上相关经验的不少于 3 名，且高级管理人员中，具有 8 年以上相关经验的不少于 1 名；拥有不少于 3 名熟悉企业运营、财务管理、项目融资的专业人员。

保险公司投资股权投资基金，发起设立并管理该基金的投资机构，其注册资本应不低于 1 亿元，已建立风险准备金制度。

(2) 托管安排

已经实行投资基金托管机制，募集或者认缴资金规模不低于 5 亿元，具有预期可行的退出安排和健全有效的风控措施，且在监管机构规定的市场交易。

险资投资基金合伙协议中应明确约定基金需委托具备托管服务资质且符合适用法律要求的中国境内商业银行或其他机构向合伙企业提供托管服务。

(3) 募集规模

根据《保险资金投资股权暂行办法》第十三条第（五）款的规定，基金协议认缴出资总额不低于 5 亿元人民币。

(4) 退出安排及风控措施

一般较为常见的退出安排为股权转让、上市、清算、资产支持计划；风险控制措施一般包括专项审计、项目决策和执行、风险评估、风险监督等。

(5) 投资顾问委员会

根据《保险资金投资股权暂行办法》之规定，投资基金采取公司型的，应当建立独立董事制度，完善治理结构；采取契约型的，应当建立受益人大会；采取合伙型的，应当建立投资顾问委员会。

(6) 信息披露

《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》第 10 项规定：“保险公司和托管机构向中国保监会提交投资股权和不动产季度报告的时间，调整为每季度结束后 30 个工作日内；保险公司、投资机构和托管机构向中国保监会提交投资股权和不动产年度报告的时间，调整为每年 4 月 30 日前。”；

《保险资金股权投资信息报告监管口径》规

定：“保险机构应于每季度结束后 30 个工作日内和每年 4 月 30 日前，在报告系统中提交季度投资报告和年度投资报告。……保险资金投资股权投资基金的，由保险机构和投资机构分别通过报告系统提交相关报告。”

4、Riets 投资路径分析

Riets 是资产支持计划金融工具，能够在很大程度上解决养老不动产项目流动性差、难以变现等缺点，险资可通过投资 Riets，间接投资养老地产项目，收取养老地产项目稳定收益。

经笔者梳理，Riets 投资路径具有高派息和低成长、收益稳和风险小、专家管理和风险分散、较高流动性和安全性及透明度高、可预见性强的特点。

基于上述 Riets 投资路径特点，笔者认为，险资具有规模大、周期长、稳定性高等属性，而该等属性与 Riets 基础资产 - 养老地产为重资产，资金需求大、使用周期长相互匹配，具有良好的契合度，据此，险资以 Riets 投资路径投资养老地产不失为一个好的选择。

五、结语

笔者以现行有效的险资投资不动产法律法规为基础，梳理分析了险资投资养老地产项目的相关问题，总结出“一鼓励一红线，两允许两禁止”原则，即“一鼓励一红线”是指国家鼓励险资投资养老地产，禁止保险公司从事养老不动产销售。“两允许两禁止”是指允许险资投资不动产资产、投资房地产项目公司，禁止险资投资未上市房企股权、禁止控股上市房企。

同时，笔者也简要分析了险资投资养老地产合规路径，除了一般的股权、债权、物权方式外，随着经济发展，金融不断创新，险资投资养老地产项目，乃至其他不动产项目的合规路径将会不断增加，笔者也将紧跟险资投资合规路径多元化的发展趋势，不断提升法律服务水平，提高法律服务贴合度。



□ 李政明/文

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



□ 何娟/文

何娟律师，北京市中伦文德律师事务所专职律师，专注于保险公司常年法律顾问、保险诉讼与追偿、物权纠纷、合同纠纷等各类民商事争议解决业务。



□ 张易杰/文

张易杰，实习律师，业务专注于保险公司常年法律顾问、保险诉讼与追偿、股权合同纠纷等各类民商事争议解决案件。

试析保证保险项下保险人代位求偿权纠纷的主管及管辖问题

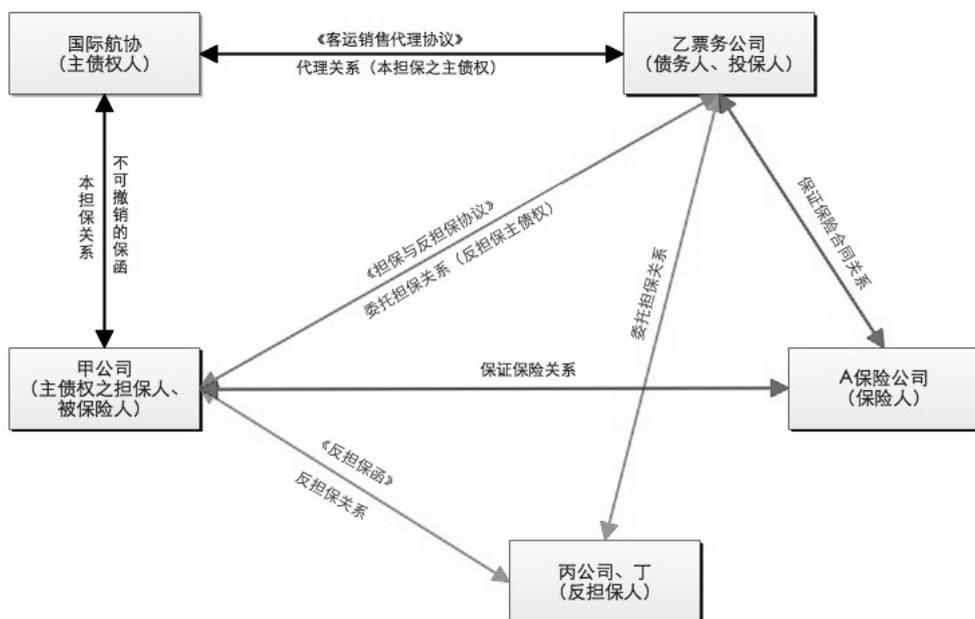
本文系中伦文德保险律师团队在承办一系列保证保险司法追偿案件中总结、研究所遇到具体问题基础上而引发的思考，希望对于相关方解决该类案件在实务中的主管与管辖问题能有所启迪。

一、案件的基本情况

甲公司为国际航空运输协会（以下简称“国际航协”）在中国实施代理人计划所认可的担保主体；乙航空票务代理公司（以下简称“乙票务公司”）系航空客运销售代理人，为取得并保持国际航协在中国国内实施的代理人计划中的客运销售代理人资格，需要甲公司为其与国际航协签署的《客运销售代理协议》（以下简称《代理协议》）

提供保证担保。为此，乙票务公司在与国际航协签署《代理协议》的同时，与甲公司签订了《担保与反担保协议》，该协议约定：甲公司为乙票务公司履行《代理协议》向国际航协提供不可撤销的保证担保；丙公司及乙票务公司的法定代表人丁为甲公司提供反担保。与此同时，乙票务公司还向A保险公司投保了保证保险，被保险人为甲公司，一旦被保险人甲公司根据《担保与反担保协议》履行担保责任，向国际航协支付乙票务公司所欠票款即视为保险事故发生，A保险公司将根据保险合同的约定向被保险人甲公司支付赔偿款。【详见关系图一】

值得注意的是：上述《担保与反担保协议》的争议条款约定为，因该协议产生或与该协议有



【关系图一】

关的纠纷应提交甲公司所在地的 B 区人民法院受理；而上述保证保险保单约定的争议解决条款为，因履行本合同产生的争议应提交 Z 仲裁委员会仲裁。可见，在争议解决上，担保协议约定了法院管辖，而保险合同则约定了仲裁。

其后，因乙票务公司经营不善，违反《代理协议》之约定拖欠国际航协机票款 100 万元；甲公司在接到国际航协的索赔函后在担保范围内承担了担保责任，向国际航协支付 100 万元；随后甲公司向 A 保险公司提出保险索赔，A 保险公司根据保险合同的约定向被保险人甲公司赔偿保险金 100 万元，并依法取得了保险人代位求偿权。【详见关系图二】

根据《最高人民法院关于〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》（以下简称“《保险法司法解释（四）》”）第十二条^[1]规定，A 保险公司在赔付保险赔偿金后，以乙票务公司、其反担保人丙公司和丁为被告，按照被保险人甲公司与乙票务公司之间的《担保与反担保协议》之约定向 B 区法院提起保险人代位求偿权纠纷之诉进行追偿。

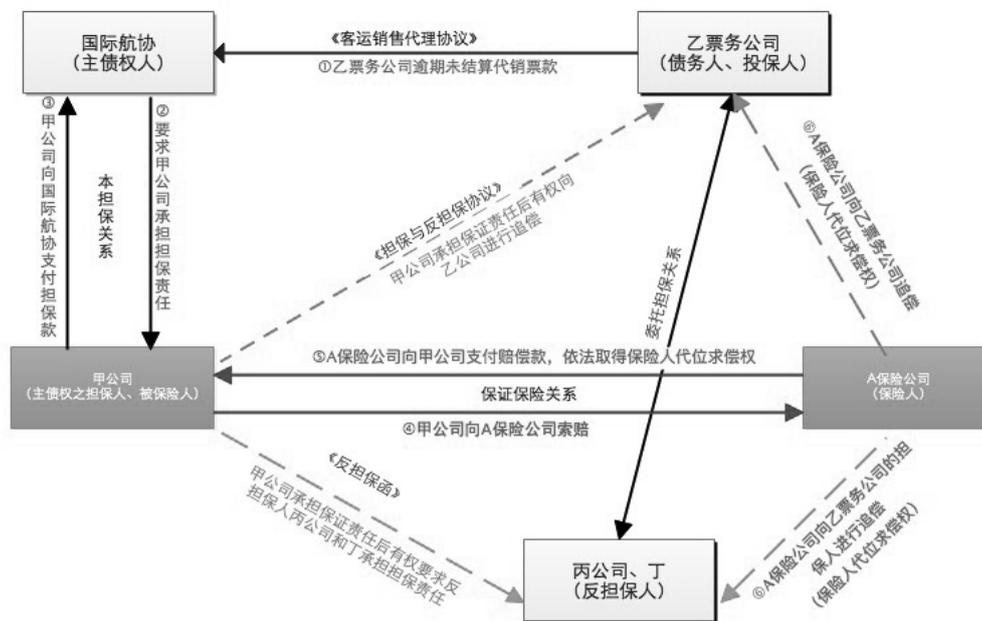
在 B 区人民法院的 6 件同一类型的保证保险项下保险人代位求偿权纠纷案件中（如图三），

不同法院甚至同一法院的不同法官对保证保险项下保险人代位求偿权纠纷案件的主管和管辖问题有着截然相反的理解。认可 B 区人民法院有管辖权的一审承办法官直接对案件进行了开庭审理，并就保险人代位求偿权纠纷案进行了判决，B 区法院已经判决的 2 件案件目前已经进入执行程序；否定 B 区人民法院有管辖权的一审承办法官和二审承办法官裁定驳回起诉和驳回上诉的理由均为：“保险合同约定了仲裁条款，当事人应当按照保险合同的约定向 Z 仲裁委员会申请仲裁，该纠纷不属于人民法院主管”。所幸律师团队于近期先后收到二审法院的两份《民事裁定书》，在一审法院裁定驳回起诉的情况下，二审法院裁定：“撤销 B 法院裁定，本案指定 B 法院审理”。

二、关于保险人代位求偿权纠纷的主管和管辖问题

为解决本案的主管问题，首先需要厘清本案复杂的法律关系，并结合法律、司法解释的规定，释疑有关问题。

首先，要区分在民事法律纠纷中，主管和管辖两个概念的不同。主管是指法院受理和解决民事案件的范围，或者说是人民法院与其他国家机



【关系图二】

案件裁判结果统计表					
案件总数	一审法院	数量	二审法院	数量	备注
6件	认可B法院有管辖权并审理判决	2件	/	/	/
	否定B法院有管辖权并裁定驳回起诉	4件	驳回上诉, 维持原裁定	1件	已申请再审
			撤销原裁定, 指令B法院管辖	2件	/
			尚未出具裁定	1件	/

【图三】

关、社会组织之间解决民事纠纷的分工和权限范围；管辖是指在法院系统内部，确定各级法院之间以及同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。也就是说，主管解决的问题是该纠纷由谁来管，管辖解决的问题是在确定由谁管的基础上，选择进哪个门的问题。亦即主管问题是管辖问题的前置。如果某纠纷不属于某机构或机关主管，就谈不上具体的管辖问题。

解决民事主体之间因民事法律关系而产生的纠纷，其主管机构或机关一般有：各级人民法院、各地仲裁委员会、各地人民调解委员会等等。通常情况下，容易产生主管问题的纠纷往往发生在，

纠纷到底是应该向人民法院提起诉讼程序还是应该向某一仲裁委员会申请仲裁。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)和《中华人民共和国仲裁法》(以下简称：“《仲裁法》”) 对这一问题有明确的规定。根据《民事诉讼法》的规定，平等民事主体之间发生纠纷，在符合法律规定的情形下，是可以向人民法院起诉的，也即打开了主管的大门。但《仲裁法》规定了申请仲裁需要民事法律关系主体间达成有效的仲裁协议，在有明确有效的仲裁协议约定的情况下，才可以排除人民法院的管辖。也就是说，明确有效的仲裁协议可以起到确定仲裁主管问题的作用。

在保险人代位求偿权纠纷案件中，依据《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）第六十条第一款^[2]及《保险法司法解释（四）》第七条^[3]规定，保险人代位求偿权应当基于被保险人与第三者之间的侵权或违约等法律关系（统称“基础法律关系”）来主张追偿权的。根据《保险法司法解释（四）》第十二条“保险人以造成保险事故的第三者为被告提起代位求偿权之诉的，以被保险人与第三人之间的法律关系确定管辖法院。”因此，主管和管辖问题同样也是要根据基础法律关系来确定的。一般情况下，基础法律关系为合同关系的当事人之间可能会在合同中明确约定争议解决的方式，比如向某法院起诉或者向某仲裁委员会申请仲裁等。从民事法律关系的意思自治原则出发，该类争议解决条款应首先得到适用，甚至可以起到排除其他机关或机构对该纠纷的主管权。如，某民事纠纷根据《民事诉讼法》的规定，可以由某人民法院受理，但是如果当事人之间存在了有效的仲裁协议，根据《仲裁法》的相关规定，当事人就该纠纷必须向约定的仲裁机构申请仲裁解决，如果该纠纷诉至人民法院，则法院不应受理或受理后亦应当裁定驳回起诉。

综上，根据我们对主管问题与管辖问题的分析，保险人代位权纠纷案件的主管和管辖问题应由被保险人和第三者（责任方）之间的基础法律关系来确定。

三、关于保证保险项下的保险人代位求偿权

那么，在本类型案件中，即保证保险项下的保险人代位求偿权纠纷是不是可以直接依据该案件的基础法律关系解决主管和管辖问题呢？我们认为，这需要对保证保险项下的保险人代位求偿权作必要的分析。

第一，保险人代位求偿权。根据《保险法》第六十条的规定，保险人代位求偿权是保险人在履行保险责任后，依法向第三者也即责任方代位行使被保险人的权利。该权利的特殊性在于，一是追偿权的成立必须以实际履行完保险赔偿责任为前提；二是追偿权的行使必须以保险人实际赔付的保险赔偿金额为限；三是保险人所代被保险

人之位，在被保险人和第三者之间的基础法律关系中，除了可以享有其权利外，还要承担第三者对被保险人在基础法律关系中的抗辩。保险人代位求偿权的特殊性实际上是基于民法中关于代位权的规定而产生的，也就是说保险人代位求偿权只是民法中代位权的一种。

第二，债权人代位权。根据《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第七十三条^[4]及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“《合同法解释（一）》”）第十一条^[5]的规定，保险人代位权既属于债权人代位权，又有其特殊性，二者属于一般法和特别法的关系。

第三、保证保险项下保险人代位求偿权的特殊性。保证保险往往是投保人为了保障被保险人（债权人）的债权能够得到有效清偿而购买的。在保证保险项下，被保险人（债权人）的债权清偿主体为投保人（债务人）及投保人的担保人，投保人（债务人）及其担保人未依约履行债务是保险人承担保证保险项下保险责任的前提，即“投保人及其担保人未依约履行债务”是造成保险事故发生的原因。《保险法司法解释（四）》第八条规定：“投保人和被保险人为不同主体，因投保人对保险标的的损害而造成保险事故，保险人依法主张代位行使被保险人对投保人请求赔偿的权利的，人民法院应予支持，但法律另有规定或者保险合同另有约定的除外。”此时的“投保人”即是《保险法》第六十条规定的“造成保险事故发生的第三者”，故在保证保险项下的保险人代位求偿权，应当按被保险人与投保人（投保人此时作为造成保险事故的第三者）之间的基础法律关系行使追偿权，也就是说保险人要向投保人追偿，应当适用投保人（债权人）和被保险人（债务人）之间的合同关系确定权利义务关系。

第四，保证保险项下保险人代位求偿权的管辖问题。《保险法司法解释（四）》第十二条规定：“保险人以造成保险事故的第三者为被告提起代位求偿权之诉的，以被保险人与第三人之间的法律关系确定管辖法院。”结合上述分析，在图示保证保险案件项下，“投保人”乙票务公司即是《保险法》第六十条规定的“造成保险事故发

生的第三者”，故，保险人应当依据被保险人甲公司与造成保险事故发送的第三者（投保人）乙票务公司之间的保证合同法律关系确定管辖；鉴于甲公司与乙票务公司之间签订的《担保与反担保协议》约定了“因该协议产生或与该协议有关的纠纷应提交甲公司所在地的 B 区人民法院受理”，故在图示保证保险项下之保险人代位求偿权纠纷案件应当由《担保与反担保协议》约定的 B 区法院管辖。

四、关于法院裁判观点的分析

否定 B 区法院有管辖权的一审法院的观点是：乙票务公司作为保证保险合同的投保人，与 A 保险公司成立保险合同关系。A 保险公司向被保险人甲公司赔付后向投保人乙票务公司进行追偿依然受双方之间保险合同关系的约束；同时，相对于乙票务公司与 A 保险公司的保险合同关系，丙公司、丁的反担保义务属于从合同，故 A 保险公司一并要求丙公司、丁承担连带偿还责任的主管亦受主合同主管约定的约束。鉴于保证保险合同中关于争议解决的约定是“因履行本合同发生争议，应提交 Z 仲裁委员会仲裁”。根据《民事诉讼法》第一百二十四条第二项的规定，法院裁定驳回起诉。

笔者代理 A 保险公司对一审法院裁定驳回的 4 件案件均提起了上诉，并援引了《保险法司法解释（四）》第十二条关于“保险人以造成保险事故的第三者为被告提起代位求偿权之诉的，以被保险人与第三者之间的法律关系确定管辖法

院。”的规定作为上诉依据，请求裁定撤销一审裁定，裁定 B 区法院有管辖权。

二审法院在沿用以上一审法院的观点之外，还对《保险法司法解释（四）》第十二条的规定作了如下认定：“在确定管辖法院之前须先行满足的前提条件是相关纠纷属于人民法院的受理范围，该规定是在确定由人民法院主管的基础上，以明确管辖问题的规定，该规定并未确定相关纠纷是否属于人民法院的受理范围，本案要解决的是人民法院主管问题而非人民法院管辖权问题，故 A 保险公司援引上述规定，理由不成立，本院不予采信”最终裁定驳回上诉请求，维持一审裁定。

对于法院的上述观点，笔者难以认同。

一是，上述两级法院对于主合同与从合同界定，显然不符合图示案件的实际情况。图示案件中，乙票务公司与甲公司签订《担保与反担保协议》，约定了甲公司为乙票务公司与国际航协签署的《代理协议》向国际航协提供不可撤销的担保；同时，丙公司及乙票务公司的法定代表人丁为甲公司提供反担保。在图示案件中，甲公司担保的主合同为乙票务公司与国际航协之间的《代理协议》；而反担保人丙公司和丁担保的主合同则为乙票务公司与甲公司之间的《担保与反担保协议》，即反担保人丙公司和丁的反担保义务属于乙票务公司与甲公司之间保证合同（即《担保与反担保协议》）的从合同，而非属于保证保险合同的从合同。图示案件中的保证保险合同关系与“担保与反担保合同关系”是两个完全独立的民事法律关系，不存在谁主谁从的问题。

二是，两级法院对于保险人代位求偿权纠纷性质认定有误。图示案件中，存在两个独立的民事法律关系，一个是以《代理协议》为主合同项下的担保与反担保合同关系，另一个是保证保险合同关系。保证保险合同关系发生在投保人、被保险人、保险人之间，合同约定了保险人在投保人无力履行合同债务，导致被保险人承担保证责任时，保险人应对被保险人承担保险责任。在图示案件的实际情况中，因投保人乙票务公司无力履行导致甲公司代为支付的所欠国际航协的债务，A 保险公司已经实际向被保险人甲公司支付



了保险赔款,全额履行了保险合同义务。我国《合同法》第六章对合同的权利义务终止做了明确的规定,其中第九十一条规定“【合同消灭的原因】有下列情形之一的,合同的权利义务终止:(一)债务已经按照约定履行;”当保险人 A 保险公司已经实际履行了对被保险人的赔付义务后,A 保险公司的保险合同债务已经按约定履行,故该保证保险合同的债权债务关系已经消灭,而且当事人对保证保险合同并无争议,更不是本案所列诉讼请求的案件纠纷类型。

三是,两级法院混淆了保险合同中关于申请仲裁解决合同争议的约定与担保与反担保合同中关于诉讼解决合同争议的约定。一般来说,仲裁协议属于一个独立的合同,在我国,仲裁协议一般有单独订立、协议中某一条款订立、或者双方合意等方式,常见的即是在合同中约定仲裁条款,以明确主管问题。图示案件中的保证保险合同亦不例外,明确约定了当事人因履行保险合同发生争议应当向 Z 仲裁委员会申请仲裁。该仲裁协议属于保险合同的从合同,系因保险合同发生争议而引起纠纷所适用的。但是,在图示案件中,保证保险合同并无争议,也就当然不能适用该仲裁协议,不能说当事人之间只要达成过仲裁协议,就枉顾具体发生法律纠纷的事实与仲裁协议之间适用的差别,一味将纠纷导向仲裁,这样是有损当事人的诉讼权利的。此外,图示案件纠纷的类型属于保险人代位求偿权,系 A 保险公司在履行完保险赔付义务之后,代被保险人甲公司之位向第三者,也就是实际的责任方乙票务公司行使代位追偿的权利。该保险人代位追偿权的行使要以被保险人在基础法律关系中的地位,以及其权利义务范围为限。故 A 保险公司行使保险人代位求偿权应当依照基础法律关系之保证合同关系中《担保与反担保协议》的约定来行使的,该协议中关于争议解决条款的约定也一样适用于 A 保险公司。故上述两级法院的裁判观点是存在混淆的,更忽略了保险人代位求偿权的基础法律关系的确定问题。

四是,二审法院适用法律存在错误,不当排除了《保险法司法解释(四)》第十二条在图示案件中的适用。正如前文所述,本案的基础法律

关系是《担保与反担保协议》约定的保证合同关系,故应当按照《担保与反担保协议》关于争议解决的实际约定确定本案的主管问题,在确定由人民法院主管的基础上,再根据《保险法司法解释(四)》第十二条的规定,进一步确定管辖法院。

五是,图示案件已经有现有法律、司法解释的明确规定,人民法院应当直接适用。首先,关于保险人代位求偿权,《保险法》第六十条明确规定了“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的,保险人自向被保险人赔偿保险金之日起,在赔偿保险金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。”也即该第三者系承担保险事故发生责任的人。其次,根据《保险法司法解释(四)》第八条的规定“投保人和被保险人为不同主体,因投保人对保险标的的损害而造成保险事故,保险人依法主张代位行使被保险人对投保人请求赔偿的权利的,人民法院应予支持,但法律另有规定或者保险合同另有约定的除外。”即《保险法》第六十条所指的第三者,也可以是投保人,即保险人有权主张投保人承担赔偿责任。再次,关于保险人代位求偿权的管辖问题,根据《保险法司法解释(四)》第十二条之规定“保险人以造成保险事故的第三者为被告提起代位求偿权之诉的,以被保险人与第三人之间的法律关系确定管辖法院。”;故该类案件的管辖规则已经确立。最后,根据《民事诉讼法》第三条的规定“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼,适用本法的规定。”由此可见,该类案件明显属于人民法院的主管范围,人民法院应依法立案受理。

五、该类案件后续走向及思考

对于二审法院驳回 A 保险公司上诉,维持原裁定的案件,鉴于二审裁定为生效裁定,而根据二审法院终审裁定的指引,该案件需要向 Z 仲裁委员会申请仲裁。其中很重要的一个问题在于,《担保与反担保协议》中的反担保人丙公司、乙公司、法人丁与 A 保险公司之间并无有效的仲裁协议,且反担保人的担保义务属于乙票务公司与甲公司之间保证合同(即《担保与反担保协议》)

的从合同，而非属于保证保险合同的从合同，即使主合同的争议解决条款对担保人有约束力，争议解决条款也要依据反担保债务的主合同保证合同（即《担保与反担保协议》）的约定去解决该纠纷的主管问题。那么就图示案件，在保险人代位求偿权纠纷中 A 保险公司请求丙公司和丁一并履行反担保义务则会因没有实际有效的仲裁协议而陷入请求不能。

为此，我们特向图示案件所指向的 Z 仲裁委员会立案庭工作人员进行了立案咨询，Z 仲裁委员会立案庭工作人员表示，如图示案件之保险人代位求偿权纠纷直接向该仲裁委申请仲裁的，将会因为没有有效的仲裁协议而不被受理。但是，该工作人员也表示，如果人民法院已经出具相关的裁判文书明确确定了该案应当由 Z 仲裁委员会主管，Z 仲裁委员会可以受理。

笔者认为，该纠纷原不属于仲裁委员会的主管范围，纵然仲裁委员会勉强受理了该案件，由于无法将所有反担保人纳入被申请人的范围，反而更不利于 A 保险公司的合法权利的保护。为此，笔者已经接受 A 保险公司的委托，就上述二审法院驳回 A 保险公司上诉、维持原裁定的案件向高级人民法院提出再审申请，该再审案件已经组织过一次谈话，待高级人民法院出具再审裁定书。笔者认为，该案的裁判对于该类型案件在实务中具有很强的指导性意义，急需明确该类案件人民法院该不该管、该怎么管的问题。笔者于近期收到二审法院的两份《民事裁定书》，在一审法院裁定驳回起诉的情况下，二审法院裁定：“撤销 B 法院裁定，本案指定 B 法院审理”。稍有遗憾的是，该两份《民事裁定书》中均未对保证保险项下保险人代位求偿权纠纷主管和管辖问题的法律适用进行阐述或分析，仅是直接裁定指定 B 区法院审理。不过，在同一法院的同一庭室对于该类案件已经出具过一份“驳回上诉，维持一审裁定”的基础上作出上述“撤销一审裁定，指令 B 区法院审理”的裁定，亦为该二审法院内部接受了本文相应的观点，并在此基础上作出的相应调整，从而支持了 A 保险公司上诉请求。笔者相信，上述“撤销一审裁定，指令 B 区法院审理”的裁定在之后类似案件的审理过程中能够起到一定的

指导作用，对该类问题也能起到定纷止争的作用。笔者更期待高院对本案的再审处理结果，届时将借机向大家分享。

总结司法实践中关于保险人代位求偿权纠纷案件中的主管问题和管辖问题的有关争议，一方面，保险人代位求偿权纠纷案件的专业性较强，一些地方法院对于保险人代位求偿权纠纷案件的受案量有限，法官接触较少或缺乏研究，往往出现尺度不一，同案不同判的情况。另一方面，也与近年来经济形势有关，债权债务类案件高发，特别是涉及到保证债权的案件，很多法院往往试图通过转移主管来防止收案量的大幅增加，以化解案多人少的难题。还有，基于当下债务人普遍履行能力较差，失信情况多发，保证保险出险率高等社会现象的考量，意在通过该种方式让保险公司最终承担“社会责任”，以缓解社会矛盾。但是该类含混的做法非但有悖于法律规定，也不利于社会矛盾的化解，更损害了民事主体的诉讼权利。

综合全文分析与思考，笔者认为该类保证保险项下保险人代位求偿权纠纷案件事实清楚、法律关系明确、法律依据充足，理应按照基础法律关系之保证合同（及《担保与反担保协议》）的约定确定主管及管辖。以上内容，仅供专业人员学习探讨之用，不足之处还望各位专家、读者批评指正。

注释：

- [1]《最高人民法院关于〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(四)》第十二条规定：保险人以造成保险事故的第三者为被告提起代位求偿权之诉的，以被保险人与第三人之间的法律关系确定管辖法院。
- [2]《中华人民共和国保险法》第六十条第一款规定：因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。
- [3]《保险法司法解释(四)》第七条规定：保险人依照保险法第六十条的规定，主张代位行使被保险人因第三者侵权或者违约等享有的请求赔偿的权利的，人民法院应予支持。
- [4]《中华人民共和国合同法》第七十三条的规定，债权人的代位权是因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。
- [5]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十一条规定，债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：(一)债权人对债务人的债权合法；(二)债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；(三)债务人的债权已到期；(四)债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。



□ 陈禄堂/文

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



□ 程 静/文

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

执行异议程序相关法律问题分析与实践

【前言】我国现行有效的《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》中对执行异议程序作出了较为详细的规定。

作者结合最近几年代理的三个执行异议案件，针对执行案件中涉及到的法律问题进行分析。

案件一：执行程序中申请执行人 A 公司直接追加被执行人 B 公司唯一股东 C 公司为本案被执行人，C 公司不服执行裁定，提起执行异议之诉。

【案情简介】

2014 年，生效判决判令 B 公司返还 A 公司货款，B 公司不履行生效判决确定的债务，A 公司向法院申请执行，由于未发现 B 公司名下可供执行的财产信息，法院终结本次执行程序。

2016 年，A 公司向法院递交了追加被执行人 B 公司的唯一股东 C 公司为被执行人的申请

书；2017 年，法院裁定追加唯一股东 C 公司为被执行人。

之后，C 公司以 B 公司与 C 公司不存在混同为由，向法院提起执行异议之诉，请求依法判决不得追加其为被执行人。2018 年，一审法院作出民事判决：认为 C 公司提供的年度审计报告及记账凭证等证据并未形成完整的证据链条，未能实现相应的证明目的，因此，驳回了 C 公司的诉讼请求。

C 公司不服一审判决，向上级法院提起上诉，请求依法撤销民事判决，依法改判不得追加 C 公司为被执行人。二审程序中，C 公司提供了 B 公司 2018 年补出的专项审计报告，该审计报告上载明“对 B 公司与 C 公司的关联交易情况发表审计意见”。

2018 年，二审法院作出民事裁定，认为一审法院应当对 C 公司提交的新证据进行全面、客观审核后，对 B 公司财产是否独立于 C 公司的财产进行审查认定，裁定撤销一审判决，发回原审法院重审。

本案自起诉立案至执行异议被二审法院发回

重审，已历时四年多时间，考虑到发回重审，案件周期可能再拖延至少一年多的时间，且诉讼结果亦存在不确定性，执行异议裁定二审被发回重审后，笔者作为本案代理人，向原执行法院提交了申请恢复执行申请书，同时提交了执行异议一二审审判程序中C公司提交的B公司审计报告等证据中B公司可供执行的未向法院报告的财产信息，包括车辆、银行账号等。

本案恢复执行后，执行法官根据《民事诉讼法》的相关规定依法对B公司法定代表人进行传唤，被执行公司法定代表人依照传票要求来到法院接受询问，仍以B公司“没钱”为由，拒不履行还款义务。故此，执行法官报请院领导立即签发拘留决定书，对其采取了拘留的强制执行措施。

随后，B公司与A公司在执行程序中达成了和解协议，同意偿还全部本金。次日，B公司立即将全部本金一次性汇入A公司账户，执行法官确认B公司全部履行了和解协议还款义务后，依法解除对该B公司法定代表人的司法拘留。

至此，A公司与B公司买卖合同纠纷一案终于结案。

[法律问题]

结合上述案情，作者总结了此类案件所涉及的重点法律问题：

关于一人公司财产混同的认定标准及举证责任的分配规则

1、法律规定

《公司法》第63条规定，“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”

2009年6月25日上海市高级人民法院发布的《上海市高级人民法院民事审判第二庭关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》相关规定。

2、典型案例

(1)《最高人民法院公报》公布的《应高峰诉嘉美德(上海)商贸有限公司、陈惠美其他合同纠纷案》裁判摘要，“一人公司的财产与股东个人财产是否混同，应当审查公司是否建立了独立规范的财务制度、财务支付是否明晰、是否具

有独立的经营场所等进行综合考量。在一人公司法人人格否认之诉中，应区分作为原告的债权人起诉所基于的事由。若债权人以一人公司的股东与公司存在财产混同为由起诉要求股东对公司债务承担连带责任，应实行举证责任倒置，由被告股东对其个人财产与公司财产之间不存在混同承担举证责任。”

(2)中国裁判文书网公告案例《魏华与张海熈、原审原告巴州华业国际贸易有限公司挂靠经营合同纠纷案》(案号(2016)新28民终500号)裁判摘要，“一人公司股东仅提供了审计报告、会计师事务所报告和银行对账单而未提供公司投资、经营、预决算、亏损弥补、个人分红等各个环节的书面决议和相应的财务凭证等相关证据的，不能证明其个人财产与公司相互独立，应承担举证不能的法律后果。”

3、本案情况分析

结合本案情况，根据被执行人一人股东C公司提供的证据材料，B公司与其在人员、财务、办公场所等方面均存在混同。其中，人员方面：财务人员由一人公司的财务兼任，且人员的任命不符合法定程序；财务方面：提供的审计报告内容不完整，且2015年财务报告未对长期投资、内部关联往来等债权债务进行抵消，存在与股东及子公司的关联往来，没有建立独立规范的财务制度、财务支付情况不明晰；办公场所方面：经营场所系长期租用其一人公司股东且存在未付租金情况，没有独立的经营场所。

本案证明责任在一人公司股东C公司，C公司无法举证证明其财产独立于B公司，虽二审程序中补充提供了专项审计报告，但一方面是其单方指定的审计机构作出，未能提供B公司的原始财务数据，如会计账簿、具体财务账目及资金往来情况等资料；另一方面C公司一审程序中提交的年度审计报告难以证明其独立性反而能够证明与B公司混同，二审程序中B公司因为诉讼原因专门出具了独立审计报告，其真实性、合法性存疑，应承担举证不能的法律后果，由其对公司的债务承担连带责任。

[作者观点]

综合上述基本案情及所涉及的法律问题，作者认为：

第一、根据《公司法》的规定，一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或者法人股东的有限责任公司，其性质仍属于有限责任公司，具有独立的法人资格，以公司的全部财产对外承担责任，股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。同时，根据《公司法》第63条的规定，当公司的债权人提出公司财产与股东个人财产混同主张时，则股东就要承担证明其个人财产与公司财产相互独立的责任，拒绝举证或举证不能的，为保护公司债权人合法权益，股东不再仅承担有限责任，而是与公司一起承担连带责任。

第二、由于法律法规对于如何认定一人公司与其股东是否构成财产混同，并无明确具体的规定，因此实践中法院对于一人公司适用混同标准时认定范围相对比较宽泛。

结合上述典型案例，我们发现，实践中一人公司的财产混同多表现为：公司营业场所、主要设备与一人股东的营业场所或居所等完全同一，公司与股东使用同一办公设施且人员交叉使用；公司与股东的银行存款账户、财务管理机构 and 财务收支核算均未分开，公司无健全财务制度及财务记录；也表现为公司盈利与股东收益无法区分，公司盈利不按法定程序分配，而是直接作为股东收益为股东所有；还可能表现为公司财产被转移用于偿还股东个人债务，公司财产和股东财产之间可随时转化。

第三、根据最新《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》20条规定，明确了在执行程序中可以直接追加一人公司股东为被执行人。如被追加人提出异议，可以通过听证解决。如果不追加一人公司股东为被执行人而是依法告知债权人通过另行诉讼追加，最终，还是回到执行一人公司股东的原点，那样就会大大降低执行效率，增加诉累，加大司法成本，达不到应有的法律效果和社会效果。

第四、作为本案的代理人，通过在执行程序中追加被执行人启动诉讼程序来解决执行中的问题，是本案的第一个突破口，从执行异议的诉讼程序中获取被执行人未向法院依法报告的其他

财产线索，成为促使被执行人快速还款的一把利剑；同时在本案执行异议诉讼程序陷入被动局面之时，考虑到执行效率的问题，作为代理人能够从维护当事人利益的角度出发，在第一时间申请恢复执行程序是本案的第二个突破口，通过对被执行人公司的法定代表人依法采取强制措施，给被执行人及其一人股东施加压力，成功促使其尽快履行还款义务，保障了当事人的合法权益。

综上，作者认为，作为申请执行人，此类案件的难点在于，认定一人公司与其股东构成财产混同，由于法律并无明确具体的规定，因此在司法实践中存在认定的争议。同时，在案件执行程序审判程序中，要善于发现可能存在的问题，通过发现被执行人的弱点，对症下药来解决执行难的问题。

案件二：因被执行人财产不能清偿所有债权人的债务，法院出具财产分配裁定，认定首封债权人A在胜诉标的额远大于保全查封标的额且处置涉案标的物所得价款不能清偿所有债权的情况下，享有优先足额受偿的权利。第二顺位债权人B不服《执行财产分配通知》，提出执行异议，要求应当重新依法按照诉讼保全的顺序和金额来确定各债权人的受偿顺序和数额。

[案情简介]

2016年5月，中院作出民事裁定书，裁定冻结债务人C的银行存款人民币5,000多万元或查封其同等价值的财产。首封债权人A首封顺位查封被执行人名下的土地使用权。

2016年6月，中院作出民事裁定书，裁定冻结债务人C的银行存款人民币4,000多万元或查封其同等价值的财产。债权人B第二顺位查封被执行人名下的土地使用权。

2016年9月，首封债权人A向法院提交了变更诉讼请求申请书，并向法院提交了申请变更财产保全数额，依法查封、冻结被告1亿多元的银行存款或查封其同等价值的财产，但法院未重新作出财产保全裁定。

2017年6月，高院作出民事判决书，判令维持一审判决，由债务人C偿还第二顺位债权人B借款本金及利息。后第二顺位债权人B向法院申请强制执行。

2017年12月，中院作出民事判决书，判令债务人C偿还首封债权人A借款本金及利息。2018年2月，首封债权人A向法院申请强制执行。2018年5月，法院作出执行裁定书，裁定继续查封、被执行人名下土地使用权。

2018年6月，法院对涉案标的物进行网络拍卖成交。

因被执行人财产不能清偿所有债权人的债务，本案债权人共同申请财产分配，2018年9月，法院作出《执行财产分配通知》，本案执行款清偿顺序和数额为“1、执行费用；2、税费；3、抵押权4、首封案件：1亿多元，不足以实现该案全部债权；5、二封案件：0元”。

第二顺位债权人B不服《执行财产分配通知》，向法院提出书面异议，请求：将涉案土地使用权拍卖所得案款在扣除执行费、税费、抵押权优先受偿金额后，剩余案款应当重新依法按照诉讼保全的顺序和金额来确定各债权人的受偿顺序和数额，即剩余案款先向首封债权人A分配第一顺位保全金额人民币5,000多万元，再向异议人第二顺位债权人B分配第二顺位保全金额人民币4,000多万元，其余法院依法分配。

2018年11月，法院作出了执行异议裁定书，裁定对《执行财产分配通知》的部分内容予以变更，支持了异议人第二顺位债权人B的请求。后首封债权人A不服裁定向法院申请复议，之后，高院作出了维持原裁定的裁定。

[法律问题]

结合上述案情，作者总结了此类案件所涉及的法律问题，由于没有明确的法律规定，司法实践中存在一定的争议：

申请查封在先的债权人在胜诉标的额远大于保全查封标的额且多个债权人轮候查封而处置涉案标的物所得价款不能清偿所有债权的情况下，首封债权人优先受偿的范围，限于其财

产保全的范围还是享有优先足额受偿的权利。

1、法律规定

《中华人民共和国民事诉讼法》102条规定，“保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第168条规定，“保全裁定未经人民法院依法撤销或者解除，进入执行程序后，自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施。”该法第516条规定，“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。”

《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第1条第(三)项规定，“当事人申请财产保全，应当向人民法院提交申请书，并提供相关证据材料。申请书应当载明下列事项：(三)请求保全数额或者争议标的。”该法第6条规定，“申请保全人或第三人为财产保全提供财产担保的，应当向人民法院出具担保书。担保书应当载明担保人、担保方式、担保范围、担保财产及其价值、担保责任承担等内容，并附相关证据材料。”

《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第4条规定，“诉讼前、诉讼中及仲裁中采取财产保全措施的，进入执行程序后，自动转为执行中的查封、扣押、冻结措施。”

2、本案情况分析

本案虽经高院执行复议裁定，首封债权人优先受偿的范围，限于其财产保全的范围更符合法律的公平原则，但是本案所涉及的法律问题在司法实践中仍存在一定的争议。

(1)《执行分配通知》之裁定观点

《执行财产分配通知》裁定首封债权人享有优先足额受偿权利的主要观点：

“法律并未将分配数额限定在保全裁定载明的数额上，且对不动产的查封登记也不需要限定标的额，而是进行整体查封。”

本案中，保全裁定对与保全数额的列明仅是一种习惯表述方式，仅表明保全时点的诉讼标的而不应限定查封土地的标的额，更不应限定财产分配的数额。土地变价款财产分配时，执行标的作为一个整体进行受偿既符合法律规定又便于实际操作，如果将其中一部分以保全裁定载明的数额为限进行切割按相应查封顺序进行受偿，保全后增加的剩余标的将难以判断查封顺序，又或将导致因持续增加的剩余标的而对同一不动产重复查封，这会给不动产登记和财产分配带来诸多不便。”

作者认为，执行分配通知的主要观点是将执行标的作为一个整体看待，但是忽视了保全裁定的顺序，损害了其他顺序债权人的利益。

我国法律制定的诉讼保全制度是我国民事诉讼的一项重要制度。根据《中华人民共和国民事诉讼法》102条以及《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第1条的规定，保全申请人提交的诉讼保全申请书中应当明确载明申请保全的金额或特定争议标的物，法院依据申请人的诉讼保全申请书和提供的担保，依法作出诉讼保全民事裁定，保全裁定必须明确载明保全金额或特定争议标的物，并根据保全裁定采取保全措施，有关协助单位应当根据保全裁定书和协助执行通知书协助办理登记手续。

本案中，虽然首封债权人A申请执行金额远远超过1亿多元，但其诉讼保全请求及保全裁定金额仅为5,000多万元，对应的查封土地使用权的价值金额仅限于5,000多万元，而非价值超过2亿余元的全部土地使用权，上述执行财产分配通知关于“法律并未将分配数额限定在保全裁定载明的数额上，且对不动产的查封登记也不需要限定标的额”等认定及据此作出的将除优先受偿金额之外的剩余案款全部给分配给首封债权人A的裁定，是将执行标的作为一个整体看待，但是忽视了保全裁定的顺序，首封债权人A全额受偿除优先受偿金额之外的剩余执行案款，损害了其他顺序债权人的利益，亦违背了诉讼保全制度的基本精神。

(2)《执行异议裁定》之裁定观点

《执行异议裁定》首封债权人在保全限定金

额内享有受偿权利的主要观点：

“债权人可以申请对债务人所有财产中相当于诉讼请求的数额部分采取保全措施，以保证日后生效裁判得以顺利执行。

当事人的诉讼保全申请和法院的财产保全裁定必须具有明确的数额，并提供相应数额的财产作为保全担保，在原告增加诉讼请求时如需同时申请追加财产保全数额时，应重新向法院提出申请并另行提供担保财产，法院同意后亦应重新作出保全裁定。

本院对涉案标的物的查封权力因其为不可分物而及于其全部，但在限定了保全查封的数额且存在轮候查封的情况下，查封顺序在先的债权人优先于顺序在后的债权人优先受偿的范围，应限于其财产保全的范围。

财产保全的数额和顺序应结合起来予以解释，更符合法律公平保护债权人的本意。”

作者认为，执行异议裁定的主要观点，更加符合法律规定和公平原则，保证了首封债权人的首封利益的同时也保证了其他顺序债权人的利益。

[作者观点]

根据《中华人民共和国民事诉讼法》102条的规定，“保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物”。本案中首封债权人A的民事裁定书裁定保全金额为5,000多万元，第二顺序债权人B民事裁定书裁定保全金额为4,000多万元，前述保全措施在进入执行程序后自动转化为执行中的查封、扣押、冻结措施。

在案件执行过程中，被查封的土地使用权经法院拍卖成功，依据《民事诉讼法》规定，涉案土地使用权拍卖所得案款在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。

而首封债权人A变更诉讼请求申请书，向法院提交了申请变更财产保全数额为1亿多元后，法院未重新作出财产保全裁定。因此，首封债权人A优先就保全裁定数额5,000多万受偿，第二顺序债权人B受偿保全裁定数额4,000多万元，

首封债权人 A 增加变更诉讼请求后的应当重新作出保全裁定，该部分保全数额应当在第二顺位债权人 B 之后轮候，如此分配财产，更加符合法律规定和公平原则。况且，在多个债权人轮候，且处置涉案标的物所得价款不能清偿所有债权的情况下，本案保证了首封债权享有一定的首封利益，在财产分配顺序中处于第一顺位，已经能够实现首封债权人的首封利益。

虽然本案已经中院裁定维持，支持了第二顺位债权人的主张，但是本案所涉及的法律问题在司法实践中仍存在较大争议，值得继续研究，深入探讨。

案件三：案件当事人在诉讼阶段达成调解：“若（次债务人）总包方 C 怠于向发包方追索相应工程款，则总包方 C 需承担债务人分包商 A 向债权人供货商 B 给付款项及违约金的义务。”调解书生效后，总包方 C 的银行账户被法院冻结，之后总包方 C 向法院提出执行异议。

[案情简介]

2017 年 5 月，法院出具民事调解书，案件双方达成调解协议，由债务人分包商 A 向债权人供货商 B 一次性支付欠付款项，若限期内款项仍未全额支付，需支付违约金。总包方 C 保证收到涉案项目发包方工程款后，将应付款项支付给债务人分包商 A 并同日通知债权人供货商 B。若总包方 C 怠于向发包方追索相应工程款，或收到发包方支付的涉案款项后未向债务人分包商 A 支付应付款项，或向债务人分包商 A 支付应付款项时未告知债权人供货商 B，则总包方 C 需承担债务人分包商 A 向债权人供货商 B 给付款项及违约金的义务。

调解书生效后，法院冻结了总包方 C 名下银行账户。2018 年 12 月，总包方 C 向法院提交执行异议申请，请求对总包方 C 银行账户予以解封；并在异议理由中提出：“总包方 C 承担责任的前提是‘怠于向发包方追索相应工程款’，承担的是从属性质的付款义务，不是主要付款义务人。”

2019 年 1 月，法院出具执行裁定书，裁定

驳回总包方 C 的异议请求。法院审理了总包方 C 并未作为异议请求的理由，即总包方 C 并未怠于行使向发包方追索工程款，并出具具体裁定理由为：“一、总包方 C 仅向发包方送达三次催款函，并未穷尽其他如诉讼的方式催款，故法院认为总包方 C 怠于行使追索权，冻结其账户的行为，并无不当；二、法院未超标的冻结。”

上述执行裁定作出后，总包方 C 向上级法院提出复议申请，请求：1、依法撤销异议裁定，不应当将总包方 C 列为被执行人；2、依法对三个账户的错误执行行为予以纠正。

2019 年 6 月，上级法院作出执行裁定书，裁定驳回总包方 C 的复议申请。认为：一、总包方 C 在执行异议程序中明确是对一审法院冻结行为提出的执行行为异议。在执行复议程序中，请求裁定不应当将其列为被执行人系其对是否应当承担本案实体清偿责任提出异议，该项异议请求不属于执行行为异议审查范围，且在执行异议程序中亦未提出该项异议请求，故对该项请求不予审查，可通过其它法律途径另行主张；二、审查过程中一审法院已解除对其中两个账户的冻结措施，目前仅冻结一个银行账户，未对其他财产采取强制执行措施，不存在超标的查封的情况。

之后，总包方 C 依据上述裁定，已经向法院提起了债务人执行异议，请求依法裁定申请人不符合列为本案被执行人的条件，申请人不承担本案实体清偿责任。

[法律问题]

结合上述案情，我们总结了此类案件所涉及的法律问题。

一、附条件的被执行人总包方 C 是否达到了“怠于”行使追索权的条件，应当承担本案实体清偿责任？

本执行案件对被执行人总包方 C 而言，是一个附条件的执行案件，目前总包方 C 的付款条件尚未成就，没有达到调解书约定的怠于行使追索权的条件，不应当承担本案实体清偿责任。

如何理解本案调解书中的“怠于向发包方追索相应工程款”中“怠于”的意义？

本案调解书中的“怠于向发包方追索相应工程款”与《合同法》第73条^[1]关于债权人代位权所规定的“怠于行使其到期债权”，两个“怠于”的意义明显不同，主要理由如下：

1、法律关系不同

代位诉讼的法律主体是债务人、债权人、次债务人三方。而本案中的法律主体是发包方、总包方C（次债务人）、分包商A（债务人）、供货商B（债权人）四方。

代位诉讼的“怠于行使”是债务人怠于向次债务人行使诉讼权利，而本案中的“怠于”是次债务人怠于向发包方（第四方）行使追索权。可见本案中的怠于追索与代位诉讼中的怠于行使对象完全不同。

2、法律后果完全不同

代位权诉讼中“怠于”行使权利的后果是债权人代位提起诉讼以弥补债务人不主动诉讼的后果，是符合法律补充性逻辑的。而本案中的“怠于”行使权利的法律后果是直接被列为被执行人，相对来说后果严重的多，并不符合法律逻辑，我们应当采取更为谨慎的方法来判断本案中的“怠于”。

3、法定“怠于行使”概念和意定“怠于行使”概念的区别

代位权诉讼是法律明确规定的一种情形，只适用于代位诉讼这一种情况，对于其他法律规定及其他意定情形中的怠于行使权利，不应当使用

这个“怠于行使”的概念。

而本案中的怠于履行是双方的合意，与法定的代位诉讼的情形有明显区别。不应当将法定的一种特殊情况来定义双方的意定概念。本案中的“怠于”应当是一种普通人的理解，而普通人对于履行应当分为三种情况“积极行使”、“合理范围行使”、“怠于行使”三种情况。本案中总包方C按照行业惯例积极要求结算并发函催促付款，至少算是合理范围履行义务，不能理解成是怠于行使权利。

4、不应当采用类推解释的方法对法律解释进行再次解释

以上已经明确说明本案与代位诉讼不是一种情形，而司法解释应当限于特定的法条，不应当将“怠于行使”扩大范围解释再及于其他情形，合同法及其他法律中还有很多怠于行使权利的规定，不能以代位诉讼一种情形及于其他法律情形。法律解释失之毫厘谬以千里，当代各国法律都已经摒弃类推解释，本案中应当考虑实际情况，不能类推适用法律概念。

5、代位诉讼中的债权必须到期而且明确，本案中总包方C对发包方的债权既不明确也不到期

本案中总包方C对发包方的债权还没有结算，而按照合同约定结算后剩余债权才能到期，也就是说本案中总包方C对发包方的债权既不明确也不到期。值得注意的是，债权数额与债权人

供货商B的债权数额也不一样，如果在不明确不到期的情况下诉讼则存在巨大风险。

即使允许债权人供货商B就自身债权部分向发包方提起诉讼也是符合逻辑的，但要求总包方C就所有债权向发包方提起诉讼（因为债权人供货商B债权只是一部分）必然影响其他债权的实现，其中包括其他项目的债权，本项目的其他债权等，如果盲目诉讼导致败诉必然影响其他人的合法权益。本案中总包方C



一直勤勉履行了催告义务，积极协调发包方进行结算，明显不属于“怠于”履行追索义务。

二、执行异议程序中，异议申请人应当明确异议请求事项，明确是执行行为异议还是附条件的债务人异议，对执行异议案件的申请人的权利保障至关重要。

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

根据法律规定，当事人在法院执行过程中，认为执行行为违反法律规定可以提出书面异议。若当事人对是否应当承担本案实体清偿责任提出异议，应当在执行异议程序中明确提出请求事项，否则法院将不予审查，申请人只能通过其它法律途径另行主张。

[作者观点]

作者认为，代位权诉讼的“怠于行使”是债务人怠于向次债务人行使诉讼权利。在本案“怠于”与法律规定的“怠于”在法律关系、法律后果等均不一致的前提下，代位诉讼中“怠于”行使权利的后果是代位提起诉讼以弥补债务人不主动诉讼的后果，是符合法律补充性逻辑的；而本案一审法院仅以“总包方 C 仅向发包方送达三次催款函，并未穷尽其他如诉讼的方式催款，故法院认为总包方 C 怠于行使追索权”，直接将总包方 C 列为被执行人，冻结其账户的行为，并不妥当。一审法院判决判定逻辑，属于适用类推解释的方法对本案怠于参照《最高人民法院关于适用

《中华人民共和国合同法》若干问题的解释》第 13 条进行解释，如此解释不符合法律逻辑，对当事人造成的法律后果更加严重，应当采取更为谨慎的判断方法。

因此，本案中的“怠于”应当是一种普通人的理解，总包方 C 按照行业惯例积极要求结算并发函催促付款，至少算是合理范围履行义务，不能说是怠于行使权利。并且，本案中约定“怠于行使追索权”起码应当有个合理的期限或者催告程序。如果按照一审法院的裁定逻辑，调解书签订以后可以立即将总包方 C 列为被执行人并采取强制措施，因为总包方 C 没有立刻向法院诉讼，明显误解了调解书的合意，也不符合实际情况而损害了总包方 C 的利益。起诉总需要一个准备时间，包括搜集证据等，或者债权人供货商 B 应当告知总包方 C 要求采取诉讼手段并给一个期限。由于“怠于行使权利”是一个模棱两可的表述，而总包方 C 一直在积极催促结算，作者认为这些手段是积极行使权利的表现。对于总包方 C 来说有权利知道在一个期限内不诉讼或者仲裁带来的法律后果就是怠于行使权利，才符合公平原则。

另外，一审法院错误审理了总包方 C 并未作为异议请求的理由，即总包方 C 并未怠于向发包方追索工程款，并出具具体裁定理由；且总包方 C 并未搞清楚执行行为异议与附条件债务人异议的区别，未向法院明确提出其尚不符合被列为本案被执行人的条件。前述两个原因导致总包方 C 启动了执行复议程序后被驳回，导致诉累。

注释：

[1] 《中华人民共和国合同法》第 73 条规定，“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 13 条规定，“合同法第 73 条规定的‘债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的’，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。”



□ 谢 阳/文

谢阳律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，并任中伦文德诉讼仲裁部管理合伙人。在加入中伦文德律师事务所之前，谢阳律师曾在联想集团法务部担任法律顾问，并曾在某中级人民法院工作。主要执业领域包括：融资纠纷、房地产及建设工程纠纷、公司股权纠纷、担保纠纷等商业诉讼与仲裁。



□ 钟万梅/文

钟万梅，北京市中伦文德律师事务所律师助理，毕业于北京大学法学院。业务领域主要包括：民商事诉讼与仲裁、资本市场、合规。

公司解散之诉裁判规则实务梳理

一、问题提出

公司作为独立的市场主体，自依法成立时产生、自依法终止时消灭。除公司章程约定、股东会一致决议解散公司以及《公司法》第 180 条规定的解散事由外，在公司陷入“公司僵局”的情况下，单独或合计持有公司 10% 表决权的股东有权依据《公司法》第 182 条的规定提起解散公司之诉，对公司进行强制解散。

但是，司法裁判机构对于公司解散之诉一直持谨慎态度。最高人民法院（以下简称“最高法”）



在（2017）最高法民申 2148 号（董占琴、长春东北亚物流有限公司公司解散纠纷案）再审民事裁定书中指出：“有限责任公司系具有自主决策和行为能力的组织体，虽然公司会由于内部成员间的对抗而出现机制失灵、无法运转，公司决策和管理无法形成有效决议而陷入僵局，但是基于公司永久存续性的特征，国家公权力对于股东请求解散公司的主张必须秉持谨慎态度。”在当前经济环境大背景下，公司解散之诉频发，笔者拟结合个人近期案件代理经验以及相关法律法规及司法判例对此问题加以梳理，以资各方参考。

二、关于公司解散之诉的法律规定

《公司法》第 182 条规定：“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。”

另外，《〈公司法〉司法解释（二）》第 1 条进一步明确了公司经营管理发生严重困难的具体情形：即：“（一）公司持续两年以上无法召开股

东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；（二）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；（三）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；（四）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。”

据此，股东请求解散公司的理由应当符合《公司法》第 182 条以及《〈公司法〉司法解释（二）》第 1 条的规定，并满足以下条件：（1）公司经营管理发生严重困难；（2）公司继续存续会使股东利益受到重大损失；（3）已经穷尽其他解决途径，且公司经营管理是否发生严重困难为法院审查的重点。

三、关于公司解散之诉的构成要件裁判规则实务梳理

（一）公司的经营管理已发生严重困难

“公司经营管理发生严重困难”，应当指公司内部决策陷入僵局，公司是否盈利并非其认

定标准

《公司法》182 条并未明确“经营管理发生严重困难”的具体内涵，实务中，各股东经常基于项目需要设立项目公司，而项目公司一直处于亏损状态，或者多年来无实际经营，属于“三无”公司，此种情况是否属于“经营发生严重困难”？

最高法在 2012 年发布的最高人民法院第二批指导性案例之案例八——林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案（[2010]苏商终字第 0043 号）中指出：“判断‘公司经营管理是否发生严重困难’，应从公司组织机构的运行状态进行综合分析。公司虽处于盈利状态，但其股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，已陷入僵局状态，可以认定为公司经营管理发生严重困难。对于符合公司法及相关司法解释规定的其他条件的，人民法院可以依法判决公司解散。”在（2017）最高法民申 2148 号——董占琴、长春东北亚物流有限公司公司解散纠纷再审案以及（2018）最高法民申 5411 号——黑龙江中祺亿和房地产开发有限公司、王慧公司解散纠纷再审案中，最高法均重申了上述观点，并进一步明确：“公司是否处于盈利状态并非判断公司经营管理发生严重困难的必要条件，其侧重点在于公



司经营管理是否存在严重的内部障碍，股东会或董事会是否因矛盾激化而处于僵持状态，一方股东无法有效参与公司经营管理，具体可结合公司董事会、股东会及监事会运行机制三个方面进行综合分析。”

广州中院在（2018）粤01民终20157号——广东盛乐房地产投资有限公司、广州市臻纳投资有限公司公司解散纠纷案中认为，“即使出现经营性亏损或其他困难，只要其内部自治机制还未失灵，就应当最大限度发挥其功能并维持其存在。本案中，各股东持股比例明确，能够召集并形成股东会决议，可以通过召开股东会的形式对公司相关事务作出决策，现有证据不能证明公司经营管理出现了严重困难。”

北京市第二中级人民法院在（2016）京02民终1357号——中国医学科学院阜外医院与北京阜外医院管理有限公司公司解散纠纷案中也认为：“公司亏损”与“公司经营管理发生困难”是两个层面的问题，“公司亏损”并不能当然构成公司僵局。公司经营管理发生严重困难，是指因股东间或者公司管理人员之间的利益冲突和矛盾导致公司的有效运行失灵，股东会或者董事会因对方的拒绝参加会议而无法有效召集，任何一方的提议都不被对方接受和认可，即使能够举行会议也无法通过任何议案，公司的一切事务处于一种瘫痪状态。这种状态需是通过其他途径不能解决时，才应当解散公司。

因此，“公司经营管理发生严重困难”应当是指公司内部决策机制的瘫痪，而无论公司是否处于盈利状态。另外，如果股东之间关于设立公司的合作协议被认定为无效，股东是否有权请求强制解散公司呢？笔者认为，此种情况下，公司本身为独立个体，其除非因章程约定或者法律规定的事由解散之外，股东不能因为设立公司的合作协议无效而请求解散公司。

在笔者代理的某案件中，法院认为：“A公司作为依法成立的独立民事主体，在不违反法律法规的前提下，其存续、解散的唯一依据为公司章程。虽《合作建设合同书》及两份补充协议记载了A公司成立的起因，但《合作建设合同书》及两份补充协议的无效并不必然导致A公司的解

散，本院对要求解散A公司的第一点理由不予支持。”

“公司经营管理发生困难”应当具有一定的持续性，时间应达两年以上

首先，如果公司最近一次股东会召开时间（并取得了有效决议）与公司解散之诉的立案时间距离不到两年，则股东请求解散公司难获法院支持。在笔者近期代理的某起公司解散纠纷案件中，法院认定：“本案立案于2017年3月23日，A公司于2017年3月16日尚依法召开了临时股东会且形成了有效决议，不符合前述公司经营管理发生严重困难的情形。”

其次，公司僵局出现的时间持续在两年以上，具体表现应为股东会无法召开或者无法产生有效表决的时间持续两年以上，此处无法召开指应当召开而不能召开，在实践中主要表现为无人召集或者召集之后没有股东出席股东会。如果请求解散公司的股东有权利并有能力召集股东会而未召集，导致公司持续两年以上未召开股东会，此种情况下请求解散公司也难获法院支持。

例如，在上述（2016）京02民终1357号案件中，就股东会是否属于无法召开问题，法院认为：“……依据公司章程的规定，在董事会不召集召开股东会时，阜外医院委派的监事及阜外医院均可以行使职权召集召开临时股东会。而本案中，阜外医院虽然在函件中谈到过召开股东会，但阜外医院及其委派的监事并未实际召集过股东会。因此，阜外管理公司未能在前述期限内召开股东会，阜外医院本身负有责任，其未能证明系因对方的拒绝参加会议而无法有效召集，故不应被认定为已经形成股东会僵局。”

（二）公司继续存续会使股东利益受到重大损失

《公司法》182条并未明确界定何为“重大损失”。实务中，常见的小股东因大股东侵害公司利益而主张股东利益受损提请解散公司之诉，则因损害股东利益之诉与公司解散之诉并非同一法律关系而难获支持。比如，在前述（2016）京02民终1357号案件中，法院认为：“如阜外医院

有证据证明阜外管理公司或阜外投资公司在实际经营过程中存在损害阜外医院股东利益情形，可依据公司法有关维护股东及公司相关权益的规定另行提起诉讼解决，与本案不属同一法律关系。”

与此同时，只要公司管理机制发生紊乱，公司股东之间出现了管理的僵局，则通常会被认定为公司继续存续会使股东利益产生重大损失。比如，在前述（2018）最高法民申 5411 号案件中，中祺公司申请再审称：“中祺公司治理结构顺畅，可以做出股东会决议和董事会决议，监事履职状况良好，且持续性盈利，不存在经营管理发生严重困难的情形。”但最高法再审认为：“公司股东依法享有选择管理者、参与重大决策和分取红利等权利，参与公司经营仅是股东权利的一部分。根据一审、二审查明的事实，中祺公司长期未召开股东会，王慧享有的股东权利长期处于无法行使的状态，在公司陷入僵局的情况下，可以认定公司继续存续会使王慧的股东利益受到重大损失。”

（三）已经穷尽其他解决途径

《〈公司法〉司法解释（二）》第 5 条规定：“人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时

判决。”

由于裁判机构对解散公司持谨慎态度，因此，各方是否穷尽了其他解决途径也是法院是否支持解散公司的重要考量因素之一。实务中，其他解决途径通常包括：调解、双方协议股权收购、公司进行减资或者股权转让等。如股东未举证证明已经尝试了其他解决途径，则其主张也难获支持。如（2018）最高法民申 5411 号案件中，最高法认为：“本案经法院多次主持调解，双方仍无法达成一致的解决方案。此时，可以认定公司僵局已经不能通过其他途径解决。”

四、实务建议

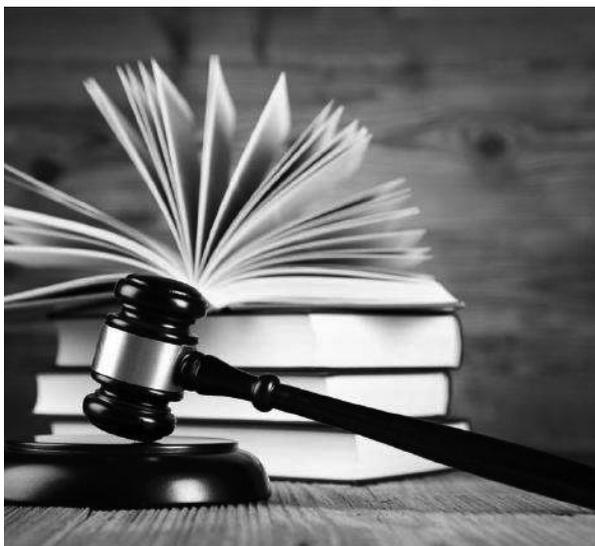
在公司僵局中，解散公司之诉实为股东进行权利救济的最后一道防线，但如上述，解散公司之诉本身的法律要件要求较高，对请求方的举证责任分配较重，而裁判机构又对强制解散公司持谨慎态度，导致股东请求解散公司获得支持的可能性相对较小。笔者以为，在公司僵局中，股东除考虑提起解散公司之诉外，尤其还应注意从以下几个方面进行权利救济：

第一，积极行使股东知情权。根据公司法，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，因此，公司可以依法积极行使股东知情权，提前了解公司经营情况，保障自身权益。

第二，对于公司通过的决议积极行使撤销权或无效请求权。如果公司的股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求法院撤销。

第三，对损害公司利益的股东、董事、高级管理人员提起诉讼。根据公司法，公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任，董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向法院提起诉讼。

中伦
文德





□ 李政明/文

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



□ 陈劲松/文

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

从董监高履职责任风险 看我国董事责任保险制度与实务

在所有权与经营权分离的现代公司治理结构下，为了平衡董事、监事和高级管理人员（以下简称“董监高”）与股东的利益，在授权的同时也形成了对董监高的约束体系。随着最高人民法院《公司法司法解释（五）》的出台和科创板问世，再结合历年司法大数据来看，目前公司尤其是上市公司董监高的履职风险在不断增加。董事责任保险作为一种风险转移安排，对公司来说具有积极的公司治理作用，有助于提高管理层的风险承担水平和管理效率，进而促进企业创新。当前，我国上市公司对董事责任保险的投保率仍然较低，但随着监管趋严和索赔案件的增加，公司的投保意愿也逐渐增强。

一、关于董监高民事责任的相关规定

20世纪30年代，美国经济学家伯利和米恩斯提出“委托代理理论”，首倡所有权和经营权分离，自此所有者和经营者分开已经成为现代公司治理的逻辑起点。在所有权与经营权分离的情

况下，为了保障公司、投资者和债权人的利益，我国也建立了一套对经营者即董监高的约束与制衡制度。

（一）《公司法》相关的约束性规定

我国公司法对董高监履职的约束性规定涵盖公司设立、存续及退出的整个阶段。

首先，在公司设立及增资扩股阶段，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（“《公司法司法解释（三）》”）有关规定，在公司增资时，股东未履行或者未全面履行出资义务的，未履行忠实和勤勉义务的董事和高管应当承担连带责任；在股东抽逃出资时，协助抽逃出资的董事和高管应当承担连带责任；在股权转让时，未及时办理股东变更登记有过错的董事和高管应当承担相应责任。

其次，在公司经营管理中，根据《公司法》有关规定，董监高利用关联关系损害公司利益，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；董监高

对公司负有忠实义务和勤勉义务，在执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，应当承担损害赔偿责任。

再次，在公司清算退出阶段，根据《公司法司法解释（二）》有关规定，股份公司的董事未在法定期限内成立清算组开始清算，或者怠于履行义务，导致公司财产损失的，应当对债权人承担相应赔偿责任；在公司解散后恶意处置公司财产及未经清算即办理注销登记的，股份公司的董事应当承担损害赔偿责任。

（二）其他法律的相关规定

除《公司法》外，董监高不当履职行为造成债权人损失的，债权人还可以依据《合同法》和《侵权责任法》的相关规定主张损害赔偿责任。根据《合同法》的有关规定，债权人可向损害其合同债权的公司董监高主张代位权和撤销权。在没有契约关系的情况下，债权人可以根据《侵权法》的有关规定追究董监高的侵权损害赔偿责任。

（三）上市公司对于董监高履职的特殊规定

对于上市公司来说，董监高承担的信息披露义务和责任尤为重要。因为，证券市场是一个信息市场，信息对证券市场的价格发现和价格均衡具有决定性影响。当前，我国上市公司的信息披露行为监管规范体系主要包括三个层次：法律与行政法规、部委规章以及沪深证券交易所发布的自律规则。

根据《证券法》第六十九条规定，上市公司的信息披露资料有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，除非能够证明自己没有过错的，否则上市公司的董监高承担连带赔偿责任。根据《上市公司信息披露管理办法》第五十八条规定，在没有充分证据表明其已经履行勤勉尽责义务的情况下，上市公司董监高应当对公司信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性负责。

二、董监高的履职风险增加

相关数据显示，截至 2019 年 6 月 10 日，今

年共有近 50 家上市公司或上市公司的董监高因违法违规行为被立案调查，而信息披露违法违规是主要原因。

（一）《公司法司法解释（五）》的出台与科创板的问世

《公司法司法解释（五）》于 2019 年 4 月 29 日实施后，董监高责任履职风险增加。它规定了关联交易的内部赔偿责任，突破了程序合法的抗辩理由。在公司董监高利用关联关系损害公司利益时，履行法定程序不能成为豁免关联交易赔偿责任的抗辩理由。此外，在答疑时最高院将公司与董事之间关系明确为委托关系，依股东会的选任决议和董事同意任职而成立合同法上的委托合同。既然为委托合同，《公司法司法解释（五）》实施后，公司可以随时解除董事职务，这意味着董事职务不再是三年“铁饭碗”。

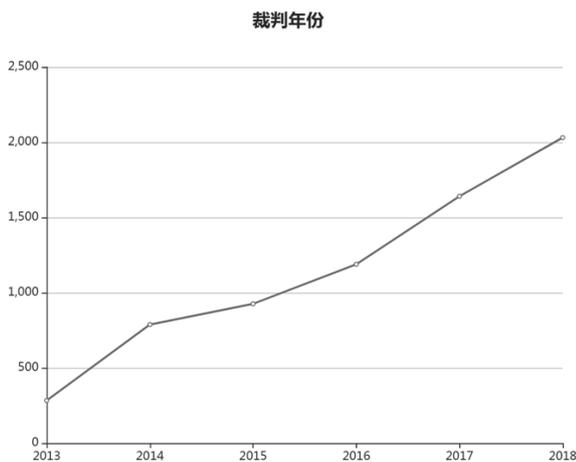
2019 年 7 月 22 日，中国资本市场开启划时代的新篇章，第一批 25 家科创板公司正式上市交易。本次科创板注册制试点总体分为上交所审核和证监会注册两个环节，与现有的核准制不同，科创板实行信息披露为中心的发行审核制度，这是一种更严格的信息披露制度。此前，最高院在 2019 年 6 月 20 日发布实施《关于为设立科创板并试点注册制改革提供司法保障的若干意见》，指出民事责任的追究是促使信息披露义务人尽责归位的重要一环，也是法律能否“长出牙齿”的关键。在审理涉科创板上市公司虚假陈述案件时，除审查的信息披露文件不仅包括招股说明书、年度报告、临时报告等常规信息披露文件，还应审查信息披露义务人对审核问询的每一项答复和公开承诺；不仅要审查信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性和公平性，还要结合科创板上市公司高度专业性、技术性特点，重点关注披露的内容是否简明易懂，是否便于一般投资者阅读和理解。

2019 年 4 月 -5 月，田中精机、*ST 康得、*ST 赫美、*ST 华信、ST 西发、银鸽投资等 10 家公司的董监高在年报中纷纷提出异议声明，称“无法保证公司 2018 年度报告内容的真实、准确、完整”。据统计，这一数据高于以往年度总和。

（二）从大数据看董监高履职风险增加

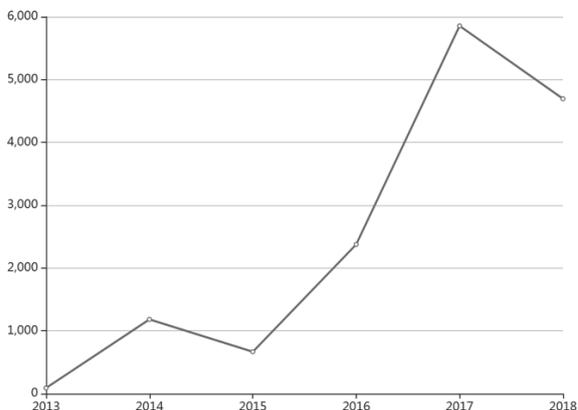
根据《民事案件案由规定》，与董监高履职责任风险相关的司法判例主要分布在“损害公司利益责任纠纷（剔除《公司法》第二十条股东滥用权利损害公司利益的无关案例）”和“证券虚假陈述责任纠纷”两个案由中。此外，董监高履职责任风险司法案例还散见于“损害股东利益责任纠纷”、“债权人代位权纠纷”、“债权人撤销权纠纷”以及“侵权纠纷”案由中。我们利用司法案例数据库，结合“损害公司利益责任纠纷”和“证券虚假陈述责任纠纷”两个案由，以2013-2018年公开的司法案例为样本，筛选出其中的一审、二审及再审裁决，整体看下近6年来的与董监高履职责任风险相关的大数据案例情况。

2013年至2018年，与损害公司利益责任纠纷相关的一审、二审及再审裁判案件共约7000件，且呈逐年递增趋势，详见下图：



当前，投资者基于诉讼效率和效果的考虑，以及归责原则的不同，通常选择将上市公司作为被告，不会直接起诉上市公司董监高等自然人。上市公司向投资者赔偿后，可能会向包括董监高在内其他连带责任主体追偿损失，尤其是在控制权发生变更时。2013年至2018年，与证券虚假陈述责任纠纷相关的一审、二审及再审裁判案件共约15000件，且2017和2018年案件量明显高于往年，详见下图：

裁判年份



三、我国董事责任保险的相关规定及现状

董事责任保险，全称为董事、监事及高级管理人员责任保险。它缘起于欧美，作为“舶来品”在2002年首次引入中国。公司董事、监事、高管人员在履行管理职务或雇员职责时，存在因不当履职行为损害公司及其股东利益的风险；为转移这一风险，董事责任保险应运而生。对于公司来说，董事责任保险是一种风险转移安排，发挥积极的公司治理作用；对于公司董监高来说，董事责任保险提高管理层的风险承担水平和管理效率，进而促进企业创新。

（一）我国董事责任保险的相关规定

在我国，董事责任保险并不是强制性保险。严格来讲，上市公司与非上市公司董监高面临的履职风险有很大不同。我国现行法律并未涉及非上市公司董事责任保险的相关规定；鉴于上市公司承担着更多的社会公众利益，上市公司董监高往往面临着更大的履职风险。早在2001年，证监会在《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》（证监发〔2001〕102号）指出，上市公司可以建立必要的独立董事责任保险制度，以降低独立董事正常履行职责可能引致的风险。2002年，证监会《上市公司治理准则》第三十九条规定，经股东大会批准，上市公司可以为董事购买责任保险。但董事因违反法律法规和公司章程规定而导致的责任除外。2018年证监会对《上市公司

治理准则》进行了修改，上述规定保留有效。

（二）我国董事责任保险的现状

根据券商中国的报道，有数据显示，在目前A股3600多家上市公司中，投保董事责任保险的不到300家，投保率不到10%。而在国际市场，董事责任保险投保率很高，比如美股市场有96%以上的投保率。其中一个重要原因是此前我们上市公司面临索赔的案例较少，上市公司可能因此认为发生赔偿的概率较低，这一定程度说明董事责任保险的风险转移功能尚未得到国内上市公司的普遍理解和认可。不过，随着近两年经济下行和资本市场监管趋严，尤其是2019年以来上市公司因信息披露违法违规遭监管调查增加，上市公司的投保意愿和数量也在增加。

目前购买董事责任保险的A股上市公司主要包括以下四类：一是大陆香港两地上市的“A+H”股公司；二是公司治理较好的大型国有企业及金融机构；三是有独立董事推动投保的上市公司；四是具有“涉外”基因的上市公司，这些公司或者高管有国外背景、或者有外资股份，或者公司有涉外业务。

正如上文中相关大数据分析，我国市场上与董监高履职责任诉讼案件数量、索赔金额等整体呈

上升趋势，与之相应的，国内市场的董责险费率也在明显抬升。据了解，此前董责险费率一般是在1‰~3‰，现在比较低保额的费率已经达到1%。

四、我国董事责任保险的几个重要实务问题

（一）关于董事责任保险的保障范围

结合人保财险、太平洋财险、国寿财险、太平财险、美亚财险、国任财险、渤海财险、都邦财险等官网披露的董事责任保险条款来看，国内董事责任保险主要承保董监高人员因履职行为过错或管理过失导致第三方遭受的经济损失。“管理过失”，既可以包括上市公司董监高不当信息披露，也可以包括非上市公司董监高的一般履职过失。此外，有的保险公司也对劳动用工过失和损害名誉（指履行职务行为的文书损害第三人的名誉权或姓名权等）进行赔偿。

并非本文第1部分所有的董监高履职风险都在承保范围。第一，董事责任保险意在分散董监高的履职风险，提供担保、承诺代为履行债务或表示赠与等非惯常职务行为通常不属于保障范围。第二，董事责任保险主要承保董监高履职过失造成的损失，故意行为导致的损失不予赔偿。董监



高对公司负有忠实义务和勤勉义务，我国《公司法》第一百四十八条以“列举+兜底”的方式规定了包括挪用资金、自我交易、同业竞争等八种董监高违反忠实义务的行为，这些行为都有一定的主观故意性，通常不在董事责任保险的承保范围。此外，内幕交易、欺诈、贿赂等故意违法犯罪行为也不在保险责任范围。第三，董事责任保险作为一种财产保险，适用损失补偿责任，其主要承担民事损失补偿；因此具有法律惩戒作用的惩罚性民事赔偿、行政罚款并不在保障范围之列。

（二）关于董事责任保险的被保险人

通常地，董事责任保险的被保险人为董事、监事和高级管理人员，也有部分保险公司将被保险机构纳入被保险人范围。根据《公司法》第二百一十六条规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。实际上，很多董责险保单中的被保险人定义要比公司法中的董监高的定义宽泛很多，比如有些保单会将影子董事（指虽无董事头衔却实质上行使被保险公司董事会职权的人员）纳入保障范围。此外，有些保单会通过扩展条款的方式扩大被保险人的范围，这些人员包括遗产、继承人与法定代理人（当被保险人死亡、丧失民事行为能力、丧失债务清偿能力或破产时）、被保险人的配偶、外部董事与高级管理人员、子公司及董事与高级管理人员。

（三）关于索赔提出制和事故发生制

我国董事责任保险的保险期间通常为一年，而董事责任保险作为一种“长尾巴”业务险种，通常地，索赔提出制更有利于保险公司控制承保风险。索赔提出制下，保险公司拥有更大的主动权，如果投保上市公司受到证监部门的调查，通常意味着保险风险的增加，后续将面临续保不能、附条件续保或者加费续保的问题。同时考虑到董责险承保经验积累不足，目前多数保险条款采用索赔提出制设计。简单来讲，索赔提出制，是指无论保险事故发生在保险期间内还是保险期之前，只要被保险人在保险期间内提出索赔，保险公司应依条款承担赔偿责任。事故发生制，是指

只要在保险期间内发生事故并导致对第三者的损害，不论被保险人何时提出索赔，保险公司均依条款负赔偿责任。

索赔提出制下，通常会存在追溯期和发现期。简单来讲，所谓追溯期，于新保单而言就是保单起保日，于续保保单通常是首年起保日。所谓发现期，是指保险期间届满后的一定期限（通常为1个月至1年），在发现期内的赔偿请求保险公司也应当予以赔偿。追溯期设置的目的是鼓励投保人续保，而发现期则更好的保障1年保险期间不足的问题。

2003年1月9日，最高院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（法释〔2003〕2号）规定，因虚假陈述引发的民事赔偿案件，立案受理时应当以监管部门的行政处罚和生效的刑事判决认定为前置条件。2015年12月24日，最高院的《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》废除了前述规定，即不再以行政处罚和生效刑事判决作为证券虚假陈述损害赔偿诉讼的前置条件，目前取消前置程序也成为司法实务的主流。不过，对于上市公司来说，证监会从调查到处罚有1-3年的时间差，处罚带有滞后性，基于诉讼成本和效果考虑，投资者往往选择在证监会作出行政处罚或经判断大概率会遭受行政处罚后再提起损害赔偿诉讼。举个例子，在投资者诉上市公司祥源文化（原为万家文化）、赵薇证券虚假陈述责任索赔案中，2017年2月，祥源文化及赵薇控股的龙薇传媒，因在控股权转让过程中信息披露违法被证监会立案调查，2018年4月，证监会作出行政处罚决定。直至2018年1月，最早的一批普通投资者诉祥源文化、赵薇索赔案诉至杭州中院。

综上，尽管目前国内董事责任保险的投保率仍然不高，但随着公众法律意思的提升、监管环境趋严、索赔案件的增加和风险的暴露，可以想象未来董事责任保险的投保需求将会不断增加。对保险公司来说，在控制前端承保风险的基础上，建议进一步完善、改良现有董事责任保险产品，以便更好地契合投保单位的需求，并促进董事责任保险制度的健康发展。



□ 谢 阳/文

谢阳律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，并任中伦文德诉讼仲裁部管理合伙人。在加入中伦文德律师事务所之前，谢阳律师曾在联想集团法务部担任法律顾问，并曾在某中级人民法院工作。主要执业领域包括：融资纠纷、房地产及建设工程纠纷、公司股权纠纷、担保纠纷等商业诉讼与仲裁。



□ 倪 慧/文

倪慧律师，曾就职于北京市海淀区人民法院民三庭、执行局和北京市金杜律师事务所，现任北京市中伦文德律师事务所资深律师，同时担任北京多元调解发展促进会调解员、中房协调解中心调解员、北海国际仲裁院仲裁员，业务领域为金融纠纷、合同纠纷、公司纠纷及房地产纠纷诉讼仲裁、强制执行、常年法律顾问。



□ 钟万梅/文

钟万梅，北京市中伦文德律师事务所律师助理，毕业于北京大学法学院。业务领域主要包括：民商事诉讼与仲裁、资本市场、合规。

债券预期违约，债券持有人能否主张提前清偿

一、引言

债券交易的法律关系本质系发行人与债券持有人之间形成的借贷关系，双方权利义务同时受债券交易文件及《合同法》的约束。实务中，按照合同履行期限是否届满，可将债券违约划分为实质违约和预期违约两种类型。实质违约是指债券在正常的付息、到期或回售时点未能还本付息或回售引发的违约，在此类违约诉讼中，发行人的违约情形容易认定，债券持有人要求的清偿诉讼请求争议较小。

预期违约是指债券本身尚未到期或付息时点，发行人的其他债务存在逾期违约的情形，触发了债券持有人持有的标的债券交叉违约、加速清偿条款或者《合同法》规定的预期违约情形。当发行人发行的其他债券或债务融资工具出现违

约时，如同时触发相关债券的交叉违约条款，可能导致发行人集中违约，出现流动性困境。此时，如果债券持有人持有的债券尚未到期，且其不能依据合同约定或者法律规定主张发行人构成预期违约时，则其自身债券权利难获保障，因此，对债券预期违约的梳理实属必要。笔者拟结合相关法律规定及司法判例对预期债券违约求偿路径进行实务分析，以资参考。

二、债券预期违约求偿路径分析

(一) 一般原则：有约定，从约定；无约定，从法定。

如前述，债券交易实质乃借贷法律关系，因此，对于预期债券违约的求偿路径，仍然遵循约定先于法定的原则：如债券交易文件对预期违

约有明确规定的，则债券持有人首先有权依据合同约定向发行人或担保人主张提前清偿；如债券交易文件未作约定的，则债券持有人需依据《合同法》的相关规定进行具体分析判断。

（二）债券预期违约的具体分析

债券交易文件中明确约定了预期违约条款的情形

实务中，预期违约条款主要包括交叉违约条款和加速到期条款两种情形。所谓交叉违约，是指如果本期债券项下的债务人在其它债券或类似交易项下出现违约，那么此种违约将触发本期债券的提前到期，从而本期债券持有人有权要求解除合同或者要求发行人或其他担保人提前偿还本期债券的本息。加速到期条款主要是指单个合同项下发行人未能按时付息、提供抵押或存在其他约定的违约情形，则本期债券的全部未付利息及本金均立即到期。

银行间市场交易商协会于2016年9月8日推出《投资人保护条款范例》，对于交叉违约条款给出了范例，自此后，众多公司债券和银行间债务融资工具纷纷添加了交叉违约条款。实践中，债券持有人在标的债券的交叉违约条款或其他特定条件触发后，持有人有权宣布债券提前到期，并可要求发行人偿还全部本息。



在“东海证券股份有限公司与大连机床集团有限责任公司、大连机床营销有限公司破产债权确认纠纷案(2017)苏04民初135号”中，常州市中级人民法院认为：“募集说明书、《质押合同》、《应收账款质押合作协议》、《应收账款质押登记协议》等均系当事人真实意思表示，且不违反法律法规的强制性规定，应属合法有效，各方均应按约履行。大连机床集团发行的案涉16大机床SCP003短期融资券触发交叉违约条款且未获投资者豁免，于2017年2月7日构成实质违约，故应提前于该日到期兑付。”

债券交易文件未明确约定预期违约条款的情形

实务中，也存在大量的债券产品并未明确约定预期违约条款的情形，此时，需要从《合同法》的相关规定出发，寻找支持债券持有人主张发行人构成预期违约的法律依据。

法条依据	具体规定
《合同法》第94条	有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。
《合同法》第108条	当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

根据上述法律规定，预期违约分为明示违约和默示违约两种情形，明示违约是指：在合同履行期限届满之前，当事人一方明确表明其不履行合同义务；默示违约则是指：在合同履行期限届满之前，当事人一方以自己的行为表明其不履行合同义务。债券预期违约诉讼中，对于明示违约和默示违约的司法裁判尺度存有差异，具体而言：

（1）债券明示违约诉讼中，债券持有人的诉请通常能够获得裁判机构的支持。

在“招商银行股份有限公司与山东山水水泥

集团有限公司公司债券交易纠纷案（2016）最高法民终 397 号”中，一审山东高院和二审最高人民法院均支持了原告的诉讼请求。最高法院二审认为：“鉴于山水公司 2015 年 12 月 20 日向招商银行明确表示无法履行本案涉诉债券清偿义务，同时本案一审审理中该公司还认可招商银行宣布本案涉诉债券提前到期的理由，在此情形下，



即使双方在涉诉票据募集说明书中未约定涉诉债券可以提前到期，招商银行以《合同法》第 108 条之规定主张涉诉债券提前到期，应予支持。

（2）债券默示违约诉讼中，裁判机构对发行人是否构成默示违约审查较为严格，对此问题存在一定的争议

根据笔者的检索，目前已有的符合默示预期违约的案例并不多见，发行人符合默示预期违约标准的证明难度也较高，且各地裁判机构对于发行人是否构成默示违约存有不同的观点。

在“宝钢集团财务有限责任公司与保定天威集团有限公司证券纠纷案（[2015]浦民六（商）初字第 4310 号）”中，上海市浦东新区人民法院认为：“本案的争议焦点在于，被告是否存在《合同法》第 108 条规定的预期违约行为。……首先，从双方合同的约定来看，尽管被告发生了《募集说明书》约定下的“违约事件”，但合同并未赋予原告就此主张被告提前兑付的权利。《募集说明书》第十一章第二条约定，原告只有在涉案债券到期未予兑付的情况下，才能依约主张违约责任，故原告的主张缺乏相应的合同依据。其次，从《合同法》的规定来看，原告主张的被告经营状况恶化、涉及多起诉讼从而可能丧失兑付能力的情形，是我国合同法上关于不安抗辩权行使的前提。既然原告主张被告预期违约，则应根据预

期违约的构成条件进行判断。被告虽对其他债券存在违约行为，但每一项债券的发行和兑付均系被告的独立履约行为，对其中任何一项债券丧失兑付能力并不必然延及其他债券的兑付结果，且被告对涉案债券一直按期兑付利息，无论从主观上还是行为的外化表现上，均未“表明”其将不履行涉案债券的兑付义务，因此，在案证据不足以证明被告出现了《合同法》第 108 条规定的预期违约的情形，被告关于其不构成预期违约的辩称成立。原告的该项主张缺乏法律和合同依据，本院不予采纳。”上海高院在《对未到期债券发行人默示拒绝履行的标准应严格认定——上海法院 2017 年发布 2016 年度金融商事审判十大典型案例之案例八》一文中，对该案一审判决观点再次重申，认为：“债券交易的实质是发行人与债券持有人之间就该债券在一定期限内进行还本付息的约定，仍应受到合同法律规范的约束。鉴于债券违约事件对于金融市场的稳定和秩序具有较大影响，判断债券发行人是否构成“预期违约”或“拒绝履行”，应当依据合同法规定的条件，严格加以认定。”并指出对于这类案件的裁判要旨：公司发行多项债券的，每一项债券的发行和兑付均具有独立性。对于未到期债券，发行人在其他债券项下的违约事实不能轻易认定为“以自己的行为表明不履行合同义务”的情形，即不构成对未

到期债券之兑付义务的默示拒绝履行行为。此种情况下，未到期债券的持有人不能以发行人默示拒绝履行为由要求其提前兑付债券。

因此，该案一审法院和上海高院均坚持认为，在默示违约诉讼中，发行人在其他债券下的违约行为并不构成标的债券的预期违约情形。默示违约诉讼的关键在于债券持有人要证明发行人的行为已经达到不能履约的程度。

但笔者注意到，北京法院对于默示违约的观点与上海地区法院稍有不同。在“中国城市建设控股集团有限公司与华润深国投信托有限公司公司债券交易纠纷案（2018京民终410号）”中，一审北京市第二中级人民法院支持了原告关于发行人构成默示违约的主张，认为：“中城建公司在2017年7月14日未向华润信托公司支付债券利息，已构成违约。另中城建公司发行的11中城建MTN1债券、12中城建MTN1债券、12中城建MTN2债券、15中城建MTN001债券、16中城建MTN001债券等多期债券均出现到期不能兑付本金、利息的违约事件；中城建公司因不能按照《募集说明书》约定的时间兑付债券本息，已经被多个债券持有人提起诉讼，有部分案件已经作出判决，判决中城建公司向债券持有人兑付债券本息，中城建公司的资产也被相关法院冻结；联合资信评估有限公司因中城建公司出现多期债券未能按期兑付本息的情况，将中城建公司主体长期信用等级及本案涉案债券从AA+下调至C。中城建公司至今未支付任何款项及采取相应补救措施，据此一审法院认为，华润信托公司关于中城建公司以其行为表明不履行主要债务，构成预期违约的主张，具有事实及法律依据，一审法院予以采纳，后该案二审法院也支持了原告主张。

结合上述法院的裁判观点，我们认为，对于债券默示违约问题，当前司法实践的主流观点仍然是：在不存在交叉违约条款及明示违约的情形下，发行人在其他债券的违约并不必然构成标的债券的默示违约，北京法院的观点仍属个案。

三、实务建议

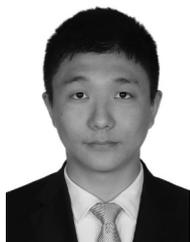
以上是笔者结合相关实务判例及法律规定对

债券预期违约的实务梳理，供相关方参考。另外，就题述事宜，笔者也结合自身案件代理经验，提出如下实务建议：

第一，债券持有人应注意核查已购买或者拟购买债券产品的债券交易文件是否包含交叉违约、加速到期等条款，以便债券发生预期违约时，依照合同约定提出提前清偿主张；

第二，发行人出现预期违约的情形时，如交易文件未明确约定预期违约条款的，债券持有人在与发行人沟通时，注意搜集发行人明确表示或者以自己的行为表示其无法履行主要债务的书面证据，进而依据《合同法》的规定主张发行人构成预期违约。此外，债券持有人还可通过召开或参与债券持有人会议，启动投资者保护机制：要求发行人对案涉债券提供信用增进措施、增加交叉违约条款等。如果发行人明确拒绝或者以自己的行为拒绝履行相应义务，致使募集说明书中约定的投资者保护机制丧失了其应有的保护作用，投资人可依据《合同法》的规定主张发行人预期违约，要求提前清偿；

第三，实践中，债券预期违约诉讼尤其是默示违约诉讼中，法官对预期违约判断相对谨慎，对于债券持有人的举证责任和证明要求极高，这既取决于合同约定及发行人履约情况，也依赖于举证能力，债券持有人的败诉风险较大。一般而言，债券持有人的败诉成本包括诉讼费用及其他诉讼成本，比如保全费、担保费，且发行人有可能提起保全错误赔偿之诉。实务中，如果债券不存在交叉违约条款，但存在默示违约的情形，结合我国审判时限实践，我们建议可采取如下折中方案：债券持有人可在债券到期前6个月内，先以预期违约为由起诉，这样债券到期时大概率尚未判决。如果债券违约了，则债券实质违约，如果没有违约，则立刻撤诉，仅债券持有人仅损失一半的诉讼费。最后，我们建议债券持有人结合自身案件情况咨询专业律师意见以综合加以研判。



□ 董一清/文

董一清，北京市中伦文德律师事务所律师助理，云南民族大学法律硕士。主要研究领域为能源与环保、房地产与建设工程、融资租赁、信托与私募基金等。

投资开发产权式酒店二模式对比及法律风险防范

产权式酒店是房地产业与酒店行业两方资源优势结合的产物，是房地产和酒店经营模式的创新。我国的产权式酒店诞生于海南省，主要依托其旅游城市酒店市场需求大背景，目前，产权式酒店已经成为我国多地尤其是旅游城市的热门投资项目，且运营模式也在传统模式上具有较大突破。与此同时，投资开发产权式酒店涉及的法律主体较多，法律关系相对复杂，因而有较大的法律风险，容易产生法律纠纷。在实务操作过程中，尤其要注意酒店单间购买人（小业主）签订租赁合同后在租赁期间违约——中途退出、拒绝将房屋出租等的法律风险防范。

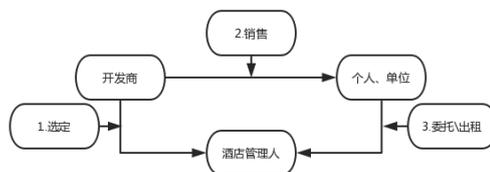
一、投资开发产权式酒店的两种典型模式

在遵循法律规范的前提下，产权式酒店运营模式呈现多样化，其中传统模式是由个人或企业（小业主）从开发商处购买的酒店单间客房，并作为委托人，全体将酒店委托给开发商选定的酒店管理公司管理，小业主直接从酒店管理公司处获得委托经营的投资回报；由此衍生的新模式是由开发商单独建立一个投资公司，并承租小业主从开发商处购买的酒店单间客房，由该投资公司统一委托给专业的酒店管理公司经营，而酒店管理公司定期向投资公司支付一定比例的酒店经营收益作为委托经营的投资回报。在此过程中，开

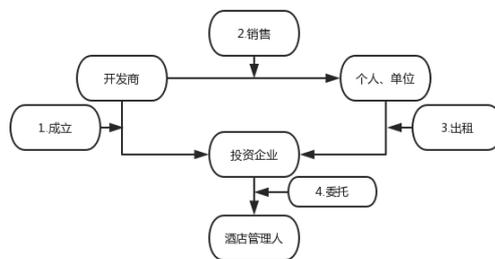
发商和投资公司为吸引小业主购买并出租房屋，除支付其租金外，还会联合酒店管理公司赠送其一段时间的酒店免费入住权或酒店配套经营性设施的优惠使用权等。

与传统模式相比，衍生模式增加了单独的投资公司作为“中间人”，小业主与投资公司之间为租赁关系，投资公司与酒店管理公司之间为委托关系。具体对比图示如下：

传统模式：



衍生模式：



二、传统模式中易出现的法律纠纷与应对

关于产权式酒店的争议问题，目前多集中于

酒店承租方在出现运营资金困难，难以按时支付房屋所有人的租赁费用或难以按时回购房屋，房屋所有人的诉求一般均为要求支付租金、回购房屋，而拒绝将客房交付给酒店管理公司经营或中途要求更换酒店管理公司的情况则较为鲜见。下面就一些典型判例，分析由《委托经营管理合同》引发的典型争议。

（一）《委托经营管理合同》的实质法律关系名实不符

在实际操作过程中，许多小业主与开发商或由开发商指定的酒店管理公司会签订一份《委托经营管理合同》，但就其实质来看，其条款多为租赁合同的内容，出现名为委托合同实为租赁关系的混乱局面，此时，法院一般会将其认定为租赁合同，按照租赁合同纠纷而非委托合同纠纷来处理。

具体情况如下两个判例认定：“原、被告签订的《委托经营管理合同》合法有效，从内容看，该合同实为房屋租赁合同……”^[1]“本院认为，双方当事人签订的《委托经营管理合同》实为房屋租赁合同。”^[2]

（二）传统模式产生的法律纠纷应对

传统模式中常出现的法律纠纷的症结在于小业主直接与酒店管理方签订委托（租赁）合同，酒店管理方需要面对众多个体，一方面要管理酒店，一方面要应付众多的小业主，各小业主诉求不同，酒店管理方又直接与开发商相关联，小业主会同时找酒店管理人与开发商解决问题，在这样混乱的法律关系下，产生纠纷的几率大大增加。但是如果在这样的法律关系中增一个“中间人”角色——投资开发公司，该公司专门负责与各个小业主对接，将其所有的单间酒店承租，与小业主建立租赁关系，小业主的各种诉求可以直接与投资开发企业对接；再将酒店整体委托给专业酒店管理公司经营，与之建立委托关系。这样便能将法律关系理顺，实现各方共赢局面。

当然，在我们选定衍生模式解决传统模式最大的缺陷后，投资开发产权式酒店仍然存在其他法律风险，需要进一步剖析与解决。

三、小业主中途退出、不将房屋出租

（一）保证租赁期间合同正常履行的策略

1. 承租人充分掌握法律规定范围内的合同解除权

根据《合同法》的规定，当事人可以协商一致解除合同，也就是当事人可以在房屋租赁合同中约定解除租赁协议的条件，也可以经过协商后决定解除房屋租赁协议。除协议约定，租赁合同还有法定单方解除条件规定：

承租人解除合同：【不能实现合同目的】《合同法》第二百三十一条规定：因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同；【租赁物危及健康】《合同法》第二百三十三条规定：租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

出租人解除合同：【损害租赁物、违反约定方式使用房屋】《合同法》第二百一十九条规定：承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。承租人违反约定方式，或者不依租赁房屋的性质而对租赁房屋进行使用收益的；【未支付、延期支付租金】《合同法》第二百二十七条规定：承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。承租人迟延支付租金，经出租人催告，仍不于催告期限内支付租金的；【未经同意转租】《合同法》第二百二十四条第二款规定：承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。承租人未经出租人同意，将租赁房屋转租于第三人的。

由此，承租人首先要尽量避免出现上述法定解除情形。在此前提下，可以与业主约定其它解除条件。可以尽量使用“出租方不得任意解除该合同”、避免“承租方不得任意解除该合同”的

条款。

酒店经营中，租赁合同签订的期间一般较长，多数租赁合同会约定长达 20 年的租期，而在漫长的租期中，各种不可预见的因素众多。可能由于酒店开业后长期达不到预期业绩，酒店经营者会考虑提前解约；或者在经营过程中，可能会考虑改变酒店用途，甚至由于酒店管理公司的变更等情况也可能提前解约。因此，在长期租赁合同中应充分考虑到未来可能的商业情况的变化，应当尽量避免接受类似于“承租方不得任意解除该合同”的条款，或对类似条款的字眼做模糊化处理，保留作为承租方单方解约的权利，在合同中详细约定单方解约的责任。与此相对，为了保障承租人能够长期经营酒店，避免也出以其他方式毁约，可以尽量使用“出租方不得任意解除合同”的约定。

2. 约定固定的租赁期限

依照《合同法》第 232 条：“当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。”（出租人可以收回房屋）但是，如果租赁协议有固定的期限，上述条款就不能适用了，相关的司法实践也表明法院在租赁协议有固定期限的情况下将承认租赁协议的效力。因此，承租人和业主签订的租赁协议应注意规定固定的租赁期限，在租赁期限内，双方只要不违反前述法定解除权的条件，其次，不约定出租方的任意解除权，承租人即可享有至少 20 年的固定租赁期限，此间业主无权提前终止租赁协议。

长远来看，双方可以约定续签下一个 20 年合同的条件，尽量保证出租人能够在合同期满后，续签合同。

3. 防止小业主擅自改变装饰装修

如果承租人在租赁协议中明文规定业主不得擅自改变其所有的房屋内的装修，该条款将被视为租赁条款。根据《中华人民共和国城市房地产管理法（2009 修正）》第 55 条：“住宅用房的租赁，应当执行国家和房屋所在城市人民政府规定的租赁政策。租用房屋从事生产、经营活动的，由租

赁双方协商议定租金和其他租赁条款。”

4. 利用买卖不破租赁原则——业主的第三方受让人必须遵守租约

对于业主将房屋转让给第三方和第三方是否受租赁合同的约束，我国法律也有明确的规定，根据《合同法》第 229 条：租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。根据“买卖不破租赁”原则，当业主将自己的房屋转让给第三方时，第三方应当受酒店管理公司与业主签订的租赁协议的约束。

5. 设置违约条款

若出租人执意解除租赁合同，可能面临较大的违约风险，支付大额违约金。

但违约条款的设置不能过高，不能超过造成损失的 30%。最高人民法院《关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释二》第 29 条第二款规定，当事人约定的违约金超过造成损失的 30% 的，一般可以认定为合同法第 114 条第二款规定的过分高于造成的损失。

须注意的是，签订合同时，出租人须了解并明确，承租人的目的是租赁房屋开设酒店，装饰装修并保证房屋的完整性，是其营业必备条件，其中一个业主解约，必然会造成大额损失，相应地，违约金也会较高，违约成本较高。

6. 开发商视角——保障租赁合同长期有效的基础

（1）严格依法建造

开发商应严格按照法律规定进行房地产开发，取得房地产开发的相关证件与房屋销售文件（即“五证”），保证承租人与购房人、酒店管理公司所要签订的合同建立在合法的基础之上；

（2）用合同保障权益

开发商在主管部门示范文本的基础上与购房人签订商品房买卖合同，并签订与投资模式相适应的补充协议，规范各自的权利和义务，规定房款付款方式，明晰酒店配套设施的权属，明确个人投资者同意将客房交由酒店管理公司统一经营，但应避免以开发商的名义使用售后包租、固定回报及其类似表达方式的约定。因为于 2001 年 6 月 1 日起施行的《商品房销售管理办法》就明确规定，房地产开发企业不得采取“售后包租”

的方式销售商品房，这就意味着在法律层面是不允许开发商以“售后包租”方式销售产权式酒店的，否则商品房买卖合同效力就有可能存在争议。另外，开发商在与个体购房人签订合同时，应当主动就管理模式、维护资金、投资回报等问题进行明确说明，以消除个体购房人的误解，避免欺诈行为的发生。

（3）及时成立业主委员会

在开发商将酒店客房或公共用房全部销售出去之前，开发商还与已购客房的购房人（小业主）形成了共有关系，为了保障开发商作为部分客房或公共用房的所有者应获取的收益，开发商应当及时召开业主大会成立业主委员会、制定业主规约，防止个别购房人拒绝将客房交由酒店管理公司统一管理经营或拒绝履行其约定或法定义务，从而影响酒店的统一管理。业主大会决议或业主规约应当明确约定，小业主（购房人）应按照租赁管理合同的约定，履行支付维护资金、购买相关保险以及出具相关授权等义务否则须承担相应的违约或赔偿责任，以弥补受损方的损失。

（二）合同解约后的应对策略

1. 约定合理的解约责任补偿条款

租赁合同应充分地结合考虑可能的收入损失、市场以及经济因素的变化、地理位置丧失、对连锁酒店商誉造成的损害以及其他因素综合预估。

另外，作为酒店投资经营者的投资方，建议可以约定阶段性的固定金额解约赔偿金，以便对解约后的损失以锁定。同时明确，出租方理解并明确承租方由于改建和承租等行为属于对租赁合同项目的风险投入，如果出现解约情形，除以上锁定的固定解约金以外，不应再索要其他费用，不应再附带其他解约条件。酒店经营者以此预估违约成本适当调整商业计划并提高止损效率。

2. 对合同解除后的房屋处置方式、程序具体约定

在对涉及改建、装修房屋的条款中，进一步细化约定恢复原状的费用承担、对于退回租赁房屋的手续进行细化，尤其对于出租方约定不能无故接收退租房屋，即便房屋还需要恢复或者进一

步装修才能使用，但是相关原因不能成为其不接收退租房屋的理由。因为往往在这种情况下，房屋恢复原状需要施工，或者争议中需要对恢复费用进行鉴定评估，耗时巨大，如果不约定出租方先接收退租房屋的义务，而房屋空置的费用如果要由承租人继续承担，那么出租方通过故意拖延争议时间反而可以获得拖延利益，实属不公平。

另外对承租方退房的条件具体约定，比如清退人员、设备，并撤离现场，对租赁房屋各场地进行公证录像和拍照留证，同时见证归还相关文件和钥匙等物品，以免出现出租方不配合情形下的单方物业交接不被司法认可。

四、防范业主委员会诉求——全体拒绝出租房屋

其一，应对全体业主的基本思路与前述应对单个业主的思路一致，在租赁期限、解约条件、续约条件上作出规定。

其二，可以在租赁协议中商定业主将其部分业主权益（尤其是在物业管理方面）授权委托给承租人。目前我国法律对此方面的规定如下：

1. 业主对其所有建筑物的权益——建筑物区分所有权

（1）根据《中华人民共和国物权法》建筑物区分所有权的内容：业主的对建筑物享有的权利分为专有部分和共有部分，对于专有部分，可以享有占有、使用、收益、处分的权利；对于共有部分，享有共有和共同管理的权利。

（2）对于专有部分，属于业主自己的所有权的范畴，承租人租赁房屋之后，可以授权委托承租人代为行使所有权的部分内容，但不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益；

（3）对于共有部分，承租人在共同财产管理上没有成员权，因为实际的物业使用人并不存在于以区分所有建筑物为财产基础的共同财产关系中。此时，业主若将共有和共同管理权的相应权益授权委托给承租人，则承租人应当在不损害其他业主的权利基础上享有权利，同时还需要承担义务；与业主一样，不得以放弃权利不履行义务。

对于专有部分、共有部分，都没有明确的法律规定其权益知否可以授权委托给承租人。只有

在涉及房屋的管理时，法律规定了一部分业主与承租人在物业管理上的权利义务授权。

法条依据：

《中华人民共和国物权法》第七十条：“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。”

第七十一条：“业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。”

第七十二条：“业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。”

2. 现行法律对业主与承租人在物业管理方面的规定

物业管理是指：业主通过选聘物业服务企业，由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定，对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动。此方面，法律有明确规定，部分权益可以约定由承租人行使。

根据现行法律，业主与承租人关于物业管理的规定如下：

第一，总体上，作为“物业使用人”的承租人，可以与业主约定在物业管理活动中的权利义务。只要不违反法律、法规和管理规约有关规定即可。但是，目前相关法律并没有明确规定可以授权委托的具体权限范围。

第二，法律明确提到的有：承租人可以与业主约定由承租人交纳物业服务费；同时，如果承租人与物业管理方发生纠纷，业主要负连带责任。所有物业的现实使用人—包括业主与物业使用人—形成一种共同的利益关系

第三，在物业管理中承租人获得业主权益的方式：与业主约定；法律法规规定的方式；业主自治决议产生。

法条依据：

《物业管理条例（2018修正）》

第六条：“房屋的所有权人为业主。”第十五条：“业主委员会执行业主大会的决定事项，履行下列职责：（三）及时了解业主、物业使用人的意见和建议，监督和协助物业服务企业履行物业服务合同。”

第四十一条：“业主应当根据物业服务合同的约定交纳物业服务费用。业主与物业使用人约定由物业使用人交纳物业服务费用的，从其约定，业主负连带交纳责任。”

第四十七条：“物业使用人在物业管理活动中的权利义务由业主和物业使用人约定，但不得违反法律、法规和管理规约的有关规定。物业使用人违反本条例和管理规约的规定，有关业主应当承担连带责任。”

《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》关于业主与物业承租人的规定如下：

第七条：“业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费，物业服务企业请求业主承担连带责任的，人民法院应予支持。”

第十二条：“因物业的承租人、借用人或者其他物业使用人实施违反物业服务合同，以及法律、法规或者管理规约的行为引起的物业服务纠纷，人民法院应当参照本解释关于业主的规定处理。”

《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十六条：“建筑物区分所有权纠纷涉及专有部分承租人、借用人等物业使用人的，参照本解释处理。专有部分承租人、借用人等物业使用人，根据法律、法规、管理规约、业主大会或者业主委员会依法作出的决定，以及其与业主的约定，享有相应权利，承担相应义务。”（物业使用人的权利义务既可以由物业使用人与业主约定产生，又可以由法律法规以及业主自治决议产生）

注释：

[1] 参见：云南省丽江市古城区人民法院2018云0702民初1384号民事判决书

[2] 参见：山西省太原市中级人民法院(2019)晋01民终1120号民事判决书。



□ 戴宏坤/文

戴宏坤律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人。1989年毕业于对外经济贸易大学，1991年毕业于英国皇家保险学院，取得英国皇家保险学会会员资格，2006-2008年中国政法大学在职研究生，律师执业长达23年，擅长于房地产和建筑工程、国际贸易、保险、购并、涉外公司法律顾问等领域的诉讼仲裁和非诉讼法律业务。

如何正确理解我国《海商法》规定的海上保险诉讼时效

诉讼时效是指权利人不行使权利的事实状态，持续经过法定期间届满，丧失其请求法院依诉讼程序强制义务人履行义务的权利的诉讼制度。^[1]从本质上讲是消灭时效，消灭不行使的权利的胜诉权，即实体意义上的诉权。诉讼时效制度的立法目的在于“防止权利人怠于行使自己的权利”，其本质是通过限制权利人行使权利的程度，从而实现社会经济稳健、均衡发展这一民商法律目的。因此，设定诉讼时效制度的出发点是督促权利人及时行使权利。

一、我国《民法总则》规定的一般诉讼时效和中断

根据我国2017年10月1日生效的《民法总则》第一百八十八条规定，一般诉讼时效从2年改为3年。自权利人知道或应当知道权利受侵害之日以及义务人之日起算。这里的“知道”是指权利人现实地知道；例如，知道具体的加害人之时。如甲被人从背后打伤，后多方打听才知道是乙所为，那从知道乙所为之日起算诉讼时效。“应当知道”是指根据权利人所处的环境有充分的证据推断他已经知道：例如：约定还款期限的，从期限届满之日起为应当知道之日；附条件的从条

件成就之日起算。

《民法总则》第一百九十五条规定：有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：（一）、权利人向义务人提出履行请求；（二）、义务人同意履行义务；（三）、权利人提起诉讼或者申请仲裁；（四）、与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

二、我国《海商法》规定的海上保险特殊诉讼时效和中断

我国《保险法》第二十六条规定：“人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效期间为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算”。因此，我国《保险法》关于诉讼时效的规定与我国《民法通则》的规定起算原则相同。但是，我国《保险法》第一百八十二条规定：海上保险适用《中华人民共和国海商法》的有关规定。因此，关于海上保险问题，应当优先使用我国《海商法》的有关规定。

我国《海商法》第二百六十四条规定：“根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求

权，时效期间为二年，自保险事故发生之日起计算。”《海商法》规定的诉讼时效“自保险事故发生之日起计算”与《民法总则》和《保险法》规定的诉讼时效“自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算”显然不同，《海商法》规定的诉讼时效计算相对要严格的多，不管被保险人“知道或者应当知道”保险事故是否发生。只要保险事故客观发生，就开始严格计算二年诉讼时效。与《民法通则》比较，《海商法》显然是特别法，根据特别法优于普通法的与原理，有关海上保险的问题显然要优先适用《海商法》。

关于时效中断问题，《海商法》第二百六十七条的规定：时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。很显然，《海商法》关于时效中断的规定明显不同于《民法通则》，《海商法》中的中断不包括：“权利人向义务人提出履行请求”的情形。因此，海上保险诉讼时效的中断法律有更严格的规定，即仅在以下情况下中断：

1、海上保险请求权人向义务人提出权利要求，且义务人同意履行义务的，时效中断；仅有请求权人的权利要求，而义务人不同意或没有明确表示同意履行义务的，时效不中断。在实务中我们一定要注意，海上保险的时效从“保险事故发生之日”起算2年，而不是保险公司“拒赔之日”起算2年。只有在保险公司明确“同意赔付或部分同意”之日，才适用时效中断。被保险人向保险公司提出索赔要求(包括发出律师函等)，以及保险公司同意对保险事故进行的检验、定损等理赔程序并不是时效中断的法定理由。

案例一：澳中公司 V. 人保天津公司

在该案中，澳中公司认为：最终的赔付义务必须通过前置的“核定理赔义务”才能够确定，因此，事故发生后必然要经过保险人理赔的环节。保险公司在澳中公司提出索赔后，也立即做出了响应，要求澳中公司提供相应的材料并指示其澳洲代理人 Fremans Marine 公司进行了查勘检验、核定案情、分析案情、计算赔偿金额等工

作，这是保险公司以自身行为表明了同意并正在履行保险合同。在保险公司正式作出拒赔通知之前，澳中公司并不存在任何怠于行使权利的行为，而是积极配合勘察检验工作，积极争取获得最终的赔偿。在得到最终拒赔通知之前，澳中公司完全没有必要通过提起诉讼的方式再主张自己的权利——因为此时保险人正在履行保险合同。

在保险合同纠纷中，“权利被侵犯”实际上并非是指“被保货物”受损，而是指“保险金求偿权”（保险合同权利）受损。保险事故发生后，当事人的货物的确受到了损害。但这种损害只是针对物权的，货损并不等同于保险合同项下的保险金求偿权受到损害，两者是完全不同的法律概念。而保险合同纠纷中，要法院公权力保护的恰恰不是货权，而是保险合同项下的保险金求偿权。保险事故发生后，在保险公司迟迟拖至2010年7月5日才向澳中公司正式发出《拒赔通知书》前，被保险人的“保险金求偿权”实际并未受损，理论上并无诉权可以行使。

但是，最高院审理认为：《海商法》第二百六十四条规定：“根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权，时效期间为二年，自保险事故发生之日起计算。”本案中，涉案货物于2009年6月1日运抵目的港，澳中公司在卸货时发现货物有不同程度的毁损，因此2009年6月1日应视为保险事故发生之日。本案诉讼时效期间应从2009年6月2日起算，至2011年6月1日届满。如澳中公司不能证明本案存在诉讼时效中止、中断的情形，澳中公司于2011年12月7日提起诉讼，已经超过二年的诉讼时效期间。

澳中公司于2009年8月7日向保险公司提出理赔要求后，保险公司对涉案事故进行了检验、核定工作，但上述行为不能认定保险公司同意履行保险赔偿义务，仅系保险公司决定是否进行保险赔付的前提和依据。本案并无证据证明保险公司同意履行保险赔偿义务。澳中公司主张本案时效因保险公司同意履行义务而中断，缺乏充分的事实依据和法律依据，不予支持。

《海商法》第二百六十四条规定了有关海上保险合同的时效期间及起算点，该法第二百六十七条规定了时效中断的条件。澳中公

司主张涉案海上保险合同的时效自保险公司发出《拒赔通知书》起算，缺乏法律依据。一、二审法院对《海商法》第二百六十七条规定的“被请求人同意履行义务”理解为保险公司基于保险合同关系同意履行保险赔付义务，并无不当。澳中公司关于一、二审法院将《海商法》第二百六十七条规定的“同意履行义务”缩小解释为保险人“基于保险合同关系同意进行保险赔付义务”，系错误适用法律的主张，本院不予支持。

案例二：帕尼莎公司 V. 人保深圳公司

2011年3月1日，原告帕尼莎公司向佛山汇成公司购买了2412台电风扇，并于3月2日向被告人保深圳公司投保，被告签发了货物运输保险单，险种为一切险。涉案货物于3月2日被装船运往尼泊尔，涉案货物被运抵原告仓库后发现包装纸箱破损。原告依照保险单的规定，通知被告在尼泊尔的代理人尼泊尔索赔局现场查勘。该局于4月8日派员现场查勘，并出具了查勘报告，认定损坏/损毁电风扇921台，损坏原因是“由于粗暴装卸和/或不良路况，在运输过程中货物受到严重颠簸、冲撞、挤压所致”。原告于7月14日将保险索赔的全部文件材料以保险挂号邮件方式送达给被告。原告诉称被告严重疏忽，

收到索赔文件后无人处理。原告多次催问，直至2013年6月20日，被告才在电子邮件里承认收到了原告邮寄的索赔文件和报告，但仍拒绝向原告赔付保险金，请求判令被告向原告支付保险赔偿金。

法院审理认为：关于原告的诉讼请求是否超过诉讼时效。根据《中华人民共和国海商法》第二百六十四条、第二百六十六条以及第二百六十七条第一款的规定，海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权，时效期间为二年，自保险事故发生之日起计算。在时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止。时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断。

根据尼泊尔索赔局的查勘报告，涉案货损事故最迟发生于2011年4月8日，如诉讼时效无法定中止、中断情形，则本案诉讼时效止于2013年4月7日。本案中，原告未举证证明存在诉讼时效中止的情形。原告声称其已于2011年7月14日以邮寄文件的方式向被告提起索赔，并无事实依据。且即便原告于2011年7月14日向被告提起索赔要求，也没有证据表明被告同意



履行涉案保险合同项下的义务。原告也没有举证证明在诉讼时效期间内提起仲裁或被告以其他方式同意履行义务。本院认定本案诉讼时效并未中断。原告于2014年12月22日提起对被告的诉讼，自2011年4月8日至2014年12月22日，已超过两年。因此，被告关于原告的起诉超过诉讼时效的抗辩，有事实和法律依据，予以支持。

2、海上保险请求权人提起诉讼或提交仲裁而中断时效，但撤回起诉、撤回仲裁或起诉被裁定驳回的，时效不中断。诉讼或仲裁也只有直接针对保险公司提出，才可以认定为中断理由。反之，被保险人与第三人就赔案进行的诉讼或仲裁对保险索赔时效中断不起作用。

案例三：扬州五洋公司 V. 永安财险

五洋公司与月神公司签订造船协议，并向永安财险购买一切险（保险期限为2007年3月14日-31日），将船运至新加坡，2007年3月28日在码头发生碰撞，船体受损。五洋公司报案，永安财险对事故进行了勘验。五洋公司与月神公司在新加坡进行了仲裁，永安财险坚持按仲裁裁决进行赔付。2010年12月29日，新加坡仲裁裁决，五洋公司赔付月神公司384251美元。2011年6月27日，五洋公司与苏美达公司达成《保单转让协议书》，2011年7月4日永安财险向五洋公司发出《告知书》，要求提供理赔所需文件。2011年10月21日，五洋公司诉讼要求永安保险赔付。

原告五洋公司辩称，被告永安财险于2011年7月4日在发给原告的《告知书》中要求原告尽快提供书面文件，以便被告确定损失和责任，进入理算程序，可以证明被告同意履行义务，构成诉讼时效的中断，本案的诉讼时效自此时重新计算；且原、被告在事故发生后协商理赔事宜时，被告提出待损失确定后，再协商解决，原告在取得新加坡裁决后，再次向被告主张自己的权利，显然并未超过法定的诉讼时效。

法院审理认为，根据《协会货物险A条款》第16条的规定，原告应当适当地保留和行使对承运人、受托人或其他第三者追偿的一切权利。

被告永安财险于2011年7月4日在发给原告的《告知书》中要求原告提供与本案保险事故有关的证明和材料，符合前述条款的规定，且该份《告知书》仅为被告对其理赔程序向原告所作告知，并无同意理赔的意思表示，不能表明被告同意履行保险合同项下义务。进一步而言，财产保险的一个基本原则即最大诚信原则，要求保险合同关系当事人应当向对方提供足以影响对方作出订约、履约的全部重要事实，并绝对信守保险合同的约定与承诺。被告依照保险条款的规定要求原告提供证明保险事故发生、理赔有关的证据，并不违反最大诚信原则，也是其保险事业持续进行的需要；而原告至今不仅未提供任何证据表明其已履行了该项义务，亦未提供证据证明本案是否存在第三方责任或其是否已从第三方处得到赔偿，违反合同义务。原告主张被告要求待涉案损失确定后再协商解决本案纠纷，并无证据证明，且原告与月神公司就涉案船舶的建造和交付发生的纠纷在新加坡进行仲裁，与本案纠纷无涉。故原告主张本案诉讼发生时时效中断没有事实与法律依据，本院不予支持。原告在起诉状中称涉案保险事故发生于2007年3月28日，在第二次庭审中又改称发生于2007年3月26日，不论涉案保险事故发生于原告所主张的前述任一时点，其于2011年10月21日就涉案纠纷向江苏省仪征市人民法院起诉时，显然已超过诉讼时效。

案例四：哈空调股份公司 V. 太平洋黑龙江公司

2009年8月31日，哈空调公司与安莎尔多公司签署了订单，向其提供空冷器设备及部件，向太平洋保险公司投保海洋运输货物保险，承保险别为一切险；货物运抵目的港卸载前发现货损，哈尔滨空调公司通知了太平洋保险公司，太平洋保险公司指派代理人对货损进行查勘，代理人查勘后就三份提单项下的货物做出了查验报告；哈尔滨空调公司与安莎尔多公司协商决定受损货物由安莎尔多公司在意大利进行维修；2011年7月28日，安莎尔多公司向哈尔滨空调公司提出索赔，哈尔滨空调公司将索赔文件转交太平洋保险公司，太平洋保险公司代理律师于2011年12月

28日回复并要求说明“每个修理部分的修理费用，是属于质量修理还是海损修理”；安莎尔多公司于2012年12月11日向米兰仲裁庭申请仲裁，米兰仲裁庭就专门的技术问题委托第三方专家对安莎尔多公司提供的维修资料和相关费用单据进行鉴定，专家报告载明货损中属于货物质量问题的维修为88%，属于海损维修的为12%，米兰仲裁庭于2017年2月28日作出仲裁裁决，裁定哈尔滨空调公司向安莎尔多公司支付赔偿9575415欧元，后于2017年4月26日作出补正裁决，赔偿金额调整为8570350欧元；太平洋保险公司于2013年4月18日提出给予150000美元的赔付方案并于2013年4月19日向哈尔滨空调公司发送不予保险赔付通知书，哈尔滨空调公司于2013年4月25日-2017年7月31日向太平洋保险公司多次发出保险赔付请求书。

法院审理后认为，根据《中华人民共和国海商法》第二百六十四条“根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权，时效期间为二年，自保险事故发生之日起计算”和第二百六十七条“时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是，请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断”的规定，海上保险合同纠纷案件的当事人只有在自保险事故发生之日起两年内提起诉讼、提交仲裁或者保险人同意履行义务才能中断诉讼时效。本案中，“乐同”轮于2010年7月12日在意大利卸货完毕，“天坛海”轮于2010年9月11日在意大利卸货完毕。故哈尔滨空调公司向太平洋保险公司主张案涉货损保险赔偿的诉讼时效应当于2010年7月12日和2010年9月11日分别开始计算。太平洋保险公司于2013年4月19日提出给予150000美元赔付方案的行为应视为太平洋保险公司就涉案两船的货损赔偿问题自动履行义务，故案涉两船货物的保险赔偿的诉讼时效自2013年4月19日中断，重新计算。故哈尔滨空调公司就涉案货损要求太平洋保险公司承担理赔责任的诉讼时效于2015年4月18日结束。而哈尔滨空调公司于2017年12月才就案涉货损保险理赔问题起诉至原审法院，已经超过了诉讼时效。

至于哈尔滨空调公司答辩所提，案涉货损是经过意大利米兰仲裁庭仲裁后才确定的损失数额，该仲裁是本案时效中断的情形。且哈尔滨空调公司每次都在两年的时间内向太平洋保险公司主张权利，时效一直中断的理由。因米兰仲裁庭的仲裁并非哈尔滨空调公司向太平洋保险公司主张保险理赔的仲裁，故对其之间的纠纷不产生时效中断的结果。另外，哈尔滨空调公司于2013年4月25日、2015年4月15日、2016年4月7日及4月25日、2017年7月31日向太平洋保险公司发出保险赔付请求书的行为也不是《中华人民共和国海商法》第二百六十七条规定的请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务的情形，故亦不能产生时效中断的结果。因此，太平洋保险公司的上诉理由符合客观事实和法律规定，本院予以支持。

三、“权利不用，过期作废”，我们必须严格掌握海上保险诉讼时效的这个特殊规则，避免不必要的损失。

一般而言，海上保险赔偿请求权的长期持续不行使，必致证据湮灭，当事人举证维艰，法庭亦难以查明事实真相。在海上保险诉讼时效制度之下，即可将时效替代证据，直接认定持续长期未行使海上保险赔偿请求权的人丧失权利，以提高法院审判效率。

根据以上案例，我们可以看出，海上保险诉讼时效中断要比民事诉讼时效中断严格的多，这是因为海上保险争议较普通民事纠纷更复杂，涉及的金额更大，为稳定社会经济秩序，促进海上运输业规范发展，需要尽快明确和了结当事人之间的权利义务关系。在实务中，我们要严格把握这个规则，防止本来可以完胜的案子，仅仅因为权利“过期而被作废”，导致败诉，以避免不必要的损失。

注释：

[1] 江平主编，《民法学》，中国政法大学出版社，2003年11月，第233页。

黄河壶口瀑布印象与遐想

陈 文/文

雨过天晴，碧空万里。
抬头向北眺望，
水天一色。
那缓缓流动的河水，
由远及近，
仿佛从天而泻！
奔腾的河水荡起一朵朵浪花，
卷起一圈圈漩涡。
在黄褐色的石槽上和突兀不平而又坚硬耐冲刷的石板上相互撞击，
形成惊涛骇浪。
用力击打坚硬、粗糙、光滑、凸凹又逐渐变窄的隘崖。
两岸耸立的群峰，
把片片白云轻轻托起，
又缠绕在山腰。
宽阔的河床，
陡然变窄，
又突然往下跌落几十丈，
无数暗褐色巨大的岩石，
犬牙交错，规则不一，
似阶梯般的生成深邃而又狭窄的深谷，
好像壶口瓶颈般的要锁住那奔腾而下的黄河！
天上之水，
从青海发源，
冲过甘肃，饶过宁夏，流过内蒙，，缓缓来到山西。
九曲十八弯，
既酣畅流淌，
又势如破竹，
充沛的流量，
巨大的冲力，
高大的落差，
浪涛撞击，
似雷霆万钧，
从无阻挡！

到壶口，
一时间，
波涛激荡，腾雾飞扬。
汹涌澎湃，波澜壮阔，
如雷声轰鸣，
似万马奔腾，
气势如虹，
黄河在咆哮！

世界上没有任何力量能够阻止黄河之水东流，
更何况一个狭隘的壶口！
正像我们伟大的中华民族，
任何人也阻止不了她的复兴！
不难想像，
在当年我们中华民族的危难时刻，
正是这黄河壶口瀑布那波澜壮阔的浪涛，
是那黄河咆哮的轰鸣，
叩动了星海和聂耳的创作灵感。

风在吼！
马在啸！
黄河在咆哮！
经典的“黄河大合唱”诞生了。
它给了危难时刻的中华民族一个必胜的信心，
它坚定了黑暗中的中国人民坚持抗战的信念。

中国人民挺住了！
中国人民胜利了！
这就是黄河的精神！
这就是中华民族不屈不挠的精神！
黄河、我们的母亲河，
壶口瀑布，
黄河的咆哮，
祖国的呐喊。

今天中华民族又要开始一次新的伟大复兴，
就像这奔腾不息的黄河，
要冲过那狭窄深邃的壶口，
义无反顾的奔向东海。
咆哮吧！黄河在咆哮！
壶口瀑布的黄河在咆哮！



夜色下的维多利亚港湾

陈 文/文

虽然是在夜晚，
五彩缤纷的灯光却闪烁耀眼，
太平山的黑色轮廓在夜幕下依稀可见。
山上灯光繁星点点，
天上星星闪烁眨眼。
使人分不清哪是山上的灯光，
哪是天上的星星。

尽管已是黑夜，
你仍可看见天上的白云，
仍能辨别出今夜是晴空，
并且还能看出白云在漂浮，
月亮在睡眠。
在群星璀璨的楼群中，
最耀眼的是中行大厦。
彩灯将她的轮廓勾勒出来，
好似一柄利剑直刺夜空，
楼顶上的两支避雷针上的红灯，
在夜幕里闪烁，
使夜航的飞机不致迷失方向。

香港会展中心好似一个大彩蚌，
歇息在维多利亚港湾的海边。
它张大蚌壳，
吐露着光芒，
邀约着周围群星闪耀的楼群。
有红光，有绿光，有蓝光，有紫光，有白光，
还有各类粉色的光！
五光十色，色彩斑斓，
披着彩光的群楼在海水中的倒影交相映辉，
把海面也照耀得变成了五颜六色，
变成了一片片颜色不同光怪陆离的海面。

黑夜突显了光幻的世界，
不时从远方驶来的帆船，
大小不一的游船，
更给这本来就五彩缤纷的夜景，
带来更激动人心的景象。
滨海供人观览景色的星光大道上，
明星的手印被镌刻在栏杆上。
许多楼顶上光彩夺目的广告牌，与缓缓驶来的帆船上摇曳的灯光，相映成趣。
厚重的太平山怀抱着流光溢彩的群楼，
色彩斑斓的夜景，伴随着徐徐微风，
和着宁静的港湾，
让人心旷神怡，
让人留恋往返。
这就是美丽的维多利亚港湾的夜晚。



初夏雨后

方登发/文



今年初夏雨后，步出西城潭西胜境，观德胜门西护城河有感：

骤雨洗苍穹，雷震动远空。

云携炎暑去，风起广寒宫。

摇荡一池玉，婀娜几点红。

且观新霁后，万物更葱茏。

事务所快讯

▲姜雯律师受邀参加“中国学前教育创新发展论坛”并做主题演讲

2019年5月24日,中伦文德律师事务所合伙人姜雯律师受邀参加中国学前教育创新发展论坛并做了“从法律角度看新政后幼儿园如何发展”的主题演讲。姜雯律师围绕学前教育新政后产生的若干法律问题,包含小区配套园政府回收、营利性幼儿园的公司化治理、投资人社会募资投办幼儿园可能产生的非法吸收公众存款等,从法律以及案例的角度,剖析了相关问题,给幼儿园投资人以及园长们提供了最新的法律更新以及建议。

▲中伦文德桂少华律师为中国质量认证中心及其11个分中心作招投标合规培训

2019年5月30日,应中国质量认证中心(CQC)总部邀请,我所桂少华律师在北京国际会议中心为中国质量认证中心及其11个分中心作了“招标、投标及技术服务分包中的合规风险”专题培训。参加本次培训的有中国质量认证中心总部的主要领导、各部门负责人,以及来自上海、杭州、南京、广州、深圳、福州、武汉、沈阳、西安、青岛、成都11个分中心的主要负责人。

▲中标简讯

2019年6月,中伦文德北京总所联合上海分所和深圳分所成功入选中国石油天然气销售分公司(昆仑能源有限公司)2019-2022年度非诉类合资合作专业的二级律师库。本次投标由中伦文德合伙人、能源委员会主任王向阳律师牵头,联合上海分所主任陈永兴律师、深圳分所主任洪国安律师、程海群律师携同团队共同合作完成。此次投标成功入库,体现了中伦文德在能源燃气法律服务领域的综合实力,为中伦文德与中国石油建立良好的合作关系打了坚实的基础,也为以后的法律服务工作做了区域化整体布局。

▲中伦文德助力2019年北京市政府土地储备专项债券(二期)发行成功

2019年北京市土地储备专项债券(二期)成功发行。本次土地储备专项债券是继2018年北京市本级土地储备专项债券(一期)后,再次发行的市一级土地储备专项债券。中伦文德律师事务所作为特聘专项法律顾问,为北京市政府本次市一级土地储备专项债券发行提供全程法律服务,并出具了法律意见书。

▲网络安全法实施两周年暨网络安全法前沿问题研讨会召开,徐云飞律师受邀参加互动交流座谈

2019年6月1日,《网络安全法》正式施行两周年之际,网络安全法实施两周年暨网络安全法前沿问题研讨会在苏州隆重举行。中伦文德律师事务所合伙人/竞争与合规专业委员会副主任徐云飞律师受邀参与了“《网络安全法》合规疑点、难点、争议点”互动交流环节讨论,与各受邀嘉宾就数据出境、关键信息基础设施运营者的认定、个人信息保护等《网络安全法》在实务中的合规难题进行了热烈探讨。

▲中伦文德郑明律师为天岳恒作法律培训

2019年6月11日,应北京天岳恒房屋经营管理有限公司邀请,我所郑明律师为天岳恒作了2019年度法律培训,公司宣传及法务工作人员参加此次培训。我所夏欲钦律师团队已为天岳恒提供了多年的法律顾问服务,本次亦属于法律顾问服务的一部分,根据天岳恒反馈,本次法律培训强化了公司的风险防范意识,取得了积极良好的效果。

▲中伦文德上海分所合伙人晋升仪式

2019年6月18日,根据《中伦文德律师事务所章程》规定,经过严格考核审查、合伙人推荐,最终全体一级合伙人通过会上投票表决,黄敏律师晋升为一级合伙人,滕云律师加入一级合伙人,朱向鸣律师晋升为二级合伙人。

▲中伦文德赵建英律师参加北京经济技术开发区总工会基层工会法律顾问项目签约仪式

2019年6月26日,为提高区域内各公司劳动方面的法律水平,中伦文德律师事务所授权我所合伙人赵建英律师,参与北京经济技术开发区总工会基层工会法律顾问项目签约仪式。该仪式上,赵建英律师介绍了我所在劳动与雇员激励法律业务上的优势,包括:我所丰富的执业经验,良好的执业背景;专业的团队服务,完善的客服标准以及处于领先地位的专业律师,丰富的研究成果等等。赵建英律师作为律师代表与北京经济技术开发区总工会签订开发区总工会基层工会法律顾问服务律所框架协议。

▲ 2019年中伦文德（济南）律师事务所半年总结会在济南文博苑酒店圆满举行

7月20日，中伦文德（济南）律师事务所半年总结会在济南文博苑酒店举行，济南所全体同仁齐聚一堂，携手追梦，共话未来。会议由中伦文德济南所党支部书记齐仲儒主持。全体律师进行了分组讨论，将工作中的问题和意见建议提交给监事会、女律师委员会，同时形成书面文件提报给分所执委会，执委会将经过开会讨论及时将问题建议反馈给各位律师。中伦文德（济南）分所，将秉承“中大至正，伦理求是，文以载道，德信为本”的理念，风雨无阻、同心同行，向着美好的未来出发！

▲ 中伦文德张叶飞律师团队成功助力客户维权，终获法院支持再审改判被告偿还全部欠款本息

2019年7月25日，中伦文德律师事务所高级合伙人张叶飞律师团队代理的客户（原告）北京金泰恒业燃料有限公司诉对方被告内蒙古华远现代物流有限责任公司买卖合同纠纷一案，经再审程序改判，原告燃料公司终获胜诉。该案是在一审原告被法院驳回全部诉讼请求、二审发回重审、重审后法院仅判决先由案外第三人向被告承担还款责任然后再由被告向原告偿还，但案外第三人并无偿债能力。为不让原告的利益落空，张叶飞律师受委托亲自代理该案申请再审，凭借多年诉讼经验，使得该案再审成功改判，判令有偿还的能力的被告直接承担还款义务，避免了客户巨大的经济利益受损。

▲ 中伦文德助力晨鸣纸业成功发行境外美元债

中国造纸龙头企业山东晨鸣纸业集团股份有限公司于2019年8月1日通过其境外全资子公司 Meilun (BVI) Limited 在香港联合交易所成功发行美元高级固息债券。本次债券发行规模为1.63亿美元，期限3年。中伦文德律师事务所高级合伙人姚正旺律师、付笑晨律师及其带领的项目组律师成员田爱玲、裴晓蕾、吴昊、刘西胜、姚秦川担任发行人中国法律顾问，为晨鸣纸业本次债券发行提供专业的中英文法律服务，服务内容包括参与发债结构设计、对境内主体及其附属子公司进行法律尽职调查、审阅海外招债说明书和海外发债交易文件、出具中国律师法律意见书等。

▲ 中伦文德多名律师入选第十一届北京市律师协会专业委员会和北京市律师协会专门工作委员会

2019年8月9日，北京市律师协会公布了第十一届北京市律师协会专业委员会（研究会）委员名单，中伦文德17名律师在17个领域入选。同时北京市律师协会公布了第十一届北京市律师协会专门工作委员会名单，中伦文德高级合伙人李铮律师为外事委员会的副主任，合伙人郭雪华律师为女工委副秘书长。中伦文德入选专业委员会委员名单：并购重组法律事务专业委员会——武坚，不良资产处置法律事务专业委员会——史志敏，公司法专业委员会——黎学宁，国有资产法律专业委员会——王向阳，合同法专业委员

会——赵诤利，环境与资源保护法律专业委员会——郝伟，建设工程法律专业委员会——张海军，劳动与社会保障法律专业委员会——胡洁，破产与清算法律专业委员会——刘培峰，侵权法专业委员会——郭雪华，商事犯罪预防与辩护专业委员会——许波，土地与房地产法律专业委员会——王芳、夏欲钦，信托与财富管理法律事务专业委员会——李敏，刑法专业委员会——操乐龙，银行金融法律专业委员会——姚正旺，专利法律专业委员会——郑明。

▲ 中伦文德合伙人张显峰律师团队走进区块链企业

2019年8月15日下午，中伦文德高级合伙人张显峰律师团队律师对弦子科技公司进行交流访问，弦子科技是中国政法大学区块链金融法治研究中心研究实践基地，是中国真正实现让区块链技术服务于实体经济的企业。弦子科技创始人李茗、弦子科技CEO武捷接待了来访律师，与律师从技术、经济、法律角度做了深入的交流并带律师体验了利用区块链技术搭建的模拟平台。中伦文德张显峰律师团队和弦子科技达成战略合作意向，张显峰将带领团队成立专门的区块链法律事务小组与其共同探讨区块链行业的法律问题。

▲ 中伦文德黎学宁律师为脉脉作法律培训

2019年8月21日，应北京脉脉时代科技有限公司邀请，我所高级合伙人黎学宁律师为脉脉作了关于股权管理的法律培训，脉脉法务、运营、技术、市场等相关部门人员参加。本次培训以股权管理和股权收购为主要内容，黎律师结合多年股权纠纷办案经验，从并购、股权结构、对赌、争议解决、动态股权激励等方面对公司治理进行全面剖析，并对关键事项的防范应对方法进行分享。黎律师以幽默的讲课风格赢得脉脉员工的喜爱，并在答疑环节对股权转让、竞业禁止以及其他业务范围问题进行答疑。

▲ 北京市中伦文德律师事务所与阿斯塔纳国际交易所（AiX）签订战略合作备忘录

2019年8月28日哈萨克斯坦当地时间下午五时，中伦文德胡百全联营事务所主任、总所副董事长林威律师受陈董事长的委托在哈首都阿斯塔纳与阿斯塔纳国际交易所（AiX）总裁 Timothy Bennett 先生及副总裁万建强先生会面并签署双方战略合作备忘录。双方本次合作将助推中国企业登陆 AiX “一带一路版”，并探讨与实践“一带一路”人民币国际化相关法律业务的进一步创新与发展。本次战略合作是中伦文德继今年6.18与“国家发改委一带一路建设促进中心”签订法务合作协议以来，在“一带一路”建设实践上的又一重要步伐，为事务所开发大西部业务建立了强有力的国际纽带，并为中伦文德稳步推进全球发展战略奠定了坚实的基础。





▲ 2019年6月16日，在鳳凰秀——全媒体大開講現場直播節目中，中倫文德律師事務所高級合夥人、中倫文德刑事法研究院院長許波律師做客鳳凰衛視，作為特邀嘉賓律師為一樁在社交網上引起大家廣泛熱議的案件接受了主持人的問答，並給出了專業的法律意見。



▲ 2019年7月11日，中倫文德律師事務所高級合夥人李錚律師、王敦平律師、律師助理艾文婧、黎萬奇接待了來訪的美國卡特律師事務所（CARTER LEDYARD & MILBURN LLP）中國業務部主席張秀律師、知識產權業務部主席John M. Griem, Jr. 律師，雙方一致表示未來將創造機會，加強交流走訪，擴大合作領域。



▲ 廣東省佛山市保險行業協會於2019年6月25日主辦了“2019佛山保險業服務粵港澳大灣區建設論壇”。當地銀保、監分局、金融工作局有關領導，產險公司、壽險公司和中介機構的負責人100多人參加了論壇。作為受邀嘉賓，北京市中倫文德律師事務所高級合夥人、保險研究院院長李政明律師在論壇上發表了《保險在服務大灣區建設中的相關法律和政策問題》的專家分享。



▲ 2019年6月13日，北京市中倫文德律師事務所執行主任方登發律師、合夥人金鮮花律師、徐雲飛律師、裴惠善律師等人，在本所北京辦公室19層會議室接待了日本NISHIMURA & ASAHI 律師事務所顧問Koki Hara（中文名“原光毅”）先生來訪。雙方一致表示未來將創造更多的機會，擴大合作。



▲ 2019年5月30日，中倫文德保險研究院2019年活動之“保險中介業務合規管理與保險中介機構股權轉讓之經驗分享”，在北京市金泰大廈中倫文德律師事務所舉行。本次活動有保險公司、保險代理公司、保險經紀公司、保險公估公司、擬投資保險中介機構的投資者、保險諮詢機構和大專院校等單位的領導及嘉賓蒞臨參會。



▲ 2019年7月27日清晨，朝陽區民建七支部和十支部幾十名會員，在七支部主委張顯峰和十支部主委顏丙杰帶領下來到慕田峪長城，開展登長城、畫長城、在長城上歌唱《我和我的祖國》等一系列主題活動，慶祝中華人民共和國成立70周年。民建北京市委聯絡委副主任馬凌云，民建區委副主委黃關葆，副主委楊揚，民建七支部主委張顯峰，民建十支部主委顏丙杰以及著名長城主題油畫家田鳳銀等致開幕詞。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

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

中伦文德律师事务所 ZHONGLUN W&D LAW FIRM

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

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层

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

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

www.zhonglunwende.com