



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2019年03月

商业物业资产证券化

业务（REITs）中的资产重组 夏欲钦 曹 管

REITs业务中运营收益的增值税缴纳
及对交易结构设计的影响

——从财税140号文说起 田 磊 刘俊巍

在践行“一带一路”战略
过程中的政策再调整 陈 文

中美贸易战危中有“机” 李 铮 黎万奇

资本全球化视域下的CDR

——创新企业境内融资新路径探析 王敦平 朱佳楠

破产管理人如何接管债务人 刘培峰 李宇凡

内部资料
免费交流



▲ 2018年10月15日至2018年10月26日，北京市中伦文德（成都）律师事务所合伙人代渠阳律师及其团队应四川省通信产业服务有限公司邀请，为该公司下属19家市州分公司及10家专业公司近400名员工就“合同起草和审核”进行了为期二个星期的法律培训。



▲ 北京市中伦文德（杭州）律师事务所的设立，从2018年3月底提出意向，2018年5月25日正式启动，2018年8月17日北京市司法局出具符合条件证明，到2018年10月24日浙江省司法厅作出行政许可决定，准予北京中伦文德（杭州）律师事务所设立，前后只有短短7个月不到的时间，体现了中伦文德团队一贯的高效率作风。



▲ 今年，全球法律联盟（“Global Legal Alliance”，以下简称“GLA”）年会于美国华盛顿特区和纽约市举行。会前，在主席郑慕智先生和联席主席陈文先生的带领下，GLA华盛顿特区办公室、本届年会组织委员会执行主席 Timothy Mills 先生、北京市中伦文德律师事务所天津办公室主任、天津市律师协会副会长温志胜律师、北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人李铮律师一行，访问了中华人民共和国驻美国大使馆，大使馆经济参赞潘江博士和二等秘书何晶女士接待了GLA年会代表团。



▲ 2018年10月12日下午14时，在北京市中伦文德律师事务所（以下简称中伦文德）第八会议室，中伦文德执行主任、高级合伙人方登发律师接待了由湖南省律师协会组织的“北京大学——湖南省律师领军人才培养”青年律师参访团。



▲ 2018年11月12日至2018年11月16日，新加坡金融管理局与新加坡银行协会合作举办了“第三届新加坡金融科技节”，本届金融科技节为新加坡和其他地区的金融科技提供了连接和共同协作的平台。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、中伦文德保险研究院院长李政明律师受邀参加了本届新加坡金融科技节。



▲ 2018年12月13日下午14时，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）与北京永大税务师事务所有限公司在中伦文德北京总所第一会议室，举行了《战略合作协议》的签约仪式。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

03/2019

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：李建鑫 沈心悦

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 2019-03

不 动 产 资 产 证 券 化 专 栏

- 3 商业物业资产证券化业务（REITs）中的资产重组
夏欲钦 曹 管
- 7 REITs 业务中运营收益的增值税缴纳及对交易结构设计的影响
——从财税 140 号文说起 田 磊 刘俊巍
- 11 住房租赁市场发展路径分析
——以房地产证券化（REITs）角度切入 陈永兴

热 点 论 坛

- 21 在践行“一带一路”战略过程中的政策再调整 陈 文
- 24 中美贸易战危中有“机” 李 铮 黎万奇
- 28 王宝强离婚案二审宣判
——从司法实务角度谈谈民商事诉讼先行判决 马宏敏

专 题 研 究

- 31 从“咖啡伴侣”商标侵权案谈商品通用名称的认定
甄庆贵 周忠胜
- 34 资本全球化视域下的 CDR
——创新企业境内融资新路径探析 王敦平 朱佳楠
- 40 天然气行业反垄断行政执法研究 王向阳 孙 莅
- 43 关于法定代表人承担法律风险之问题分析 李云海
- 45 保险人代位求偿权之保证保险实务研究 李政明 何 娟

CONTENTS

实务指南

- 52 破产管理人如何接管债务人 刘培峰 李宇凡
59 仲裁保全操作指南 谢阳 倪慧 钟万梅
-

人文风采

- 63 学业导师，人生慈父
——记有诗人情怀的法学家刘瑞复老师 陈文
66 我们等着你慢慢成长
——记一起十五年前的法律援助案件 胡洁
68 七律 除夜 李政明



□ 夏欲钦/文

夏欲钦律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，保险资金运用专业委员会主任。毕业于北京大学法学院。北京市朝阳区律师协会房地产和建设工程研究会副主任，北京市朝阳区优秀律师。夏欲钦律师专注于房地产法律服务领域，曾被《中国法律与实务》(China Law & Practice) 推选评选为年度最佳房地产律师新星，并在至今十余年房地产法律服务领域积累了丰富的经验，受到客户的广泛赞誉。



□ 曹 管/文

曹管律师，毕业于中国政法大学，现为中伦文德律所执业律师，主要执业领域为房地产、保险资金投资、REITs、并购、融资、诉讼仲裁等。

商业物业资产证券化业务（REITs）中的资产重组

在我国现行法律体系下，资产重组因涉及到税收筹划、债权人的安排等多方面问题，成为REITs产品的设立需要首先解决的难题，甚至直接决定了某项资产是否能成功发行REITs。故此，本文结合笔者为某REITs产品提供法律服务的经验，就REITs产品设计中的资产重组方式、主要法律问题和税收筹划安排等进行简要分析。

一、REITs 概述

（一）REITs 概念

REITs (Real Estate Investment Trusts) 是指房地产投资信托基金，是一种主要以商业地产等不动产为基础资产，以发行收益凭证的方式汇集投资者资金，由专门投资机构对基金资产进行经营管理并将投资收益按份分配给投资者的一种融资工具。

按照投资类型的不同，REITs 可以分为权益型（直接投资房地产，收益来源于租金和买卖收入，风险和收益较高）、抵押型（将募集资金通过委贷方式贷给开发商，收益来源于利息，风险

和收益较低）和混合型（兼有权益型和抵押型特点，既收取租金，也收取利息）三种。

（二）我国 REITs 相关政策的发展

我国 REITs 相关政策发展历程如表 1。

（三）我国 REITs 现状

虽然 REITs 在海外已经发展壮大，成为和股票、债券、存款并列的第四大类配置资产，但国内受制于政策约束，至今尚未完全放开。早在 2007 年，监管层就开始研究 REITs 产品，并成立“房地产投资基金专题研究领导小组”。此后，虽然监管层动作频频，多次发文推动，但由于 REITs 产品未被赋予公募属性，市场表现沉寂。

随着《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》，以专项资产管理计划形式发行的 REITs 产品开始增多，包括中信金石主导的中信启航、中信华夏苏宁云创、中信华夏苏宁云创二期等多个产品开始在交易所挂牌交易。此外，2015 年 6 月 26 日，国内首只公募 REITs 产品鹏华前海万科的 REITs 成功发行。2016 年 1

表 1 我国 REITs 相关政策发展历程

时间	单位	文件	主要内容
2008 年	国务院办公厅	《关于当前金融促进经济发展的若干意见》	明确指出要开展房地产投资信托基金试点，拓宽房地产企业融资渠道
2009 年	人民银行牵头 11 部委	《银行间债券市场房地产信托受益券发行管理办法》	成立 REITs 试点协调小组，在北京、上海、天津开展试点，并就其起草的《银行间债券市场房地产信托受益券发行管理办法》征求意见
2010 年	住建部等七部门	《关于加快发展公共租赁住房的指导意见》	鼓励金融机构探索运用保险资金、信托资金和房地产信托投资基金拓展公共租赁住房融资渠道
2013 年	国务院	《关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见》	提出“用好增量、盘活存量”的总体货币政策指导思路，支持经济结构的调整和转型升级。资产证券化业务是盘活存量的重要工具之一
2014 年	证监会	《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》	确认可证券化的基础资产包括企业应收款、信贷资产、信托受益权、基础设施收益权等财产权利，商业物业等不动产资产等
2014 年	证监会	《关于进一步推进证券经营机构创新发展的意见》	明确提出研究建立房地产投资信托基金的制度体系及相应的产品运作模式和方案
2014 年	银监会	《中国银行业监督管理委员会关于进一步做好住房金融服务工作的通知》	文件多层次入手，对房地产信贷进行进一步放松，其中，《通知》对合理建设给予贷款支持外，明确表示扩大市场化融资渠道，鼓励银行业金融机构通过发行住房抵押贷款支持证券（MBS）：积极稳妥开展房地产投资信托基金试点
2015 年	住建部	《关于加快培育和发展住房租赁市场的指导意见》	明确提出“积极推进房地产投资信托基金试点，积极鼓励投资 REITs 产品”，同时初步确定在北京、上海、广州、深圳四个城市开展租赁性保障房 REITs 试点
2015 年	中国房地产估价师与房地产经纪人学会	《房地产投资信托基金物业评估指引（试行）》	被业内称作首个中国版 REITs 专业物业评估规范性文件
2016 年		会议	证监会主席肖钢在题为《深化改革健全制度加强监管防范风险促进资本市场长期稳定健康发展》的讲话中提出“发展企业资产证券化，推进基础设施资产证券化试点，研究退出房地产投资信托基金”

月，证监会原主席肖钢在全国证券期货监管工作会议上提出“发展企业资产证券化，推进基础设施资产证券化试点，研究推出房地产投资信托基金”，表明了高层对 REITs 产品的明确支持。

二、REITs 产品设计中资产重组的复杂性

在整个 REITs 产品的设立过程中，资产重组虽然并不一定会显明体现在法律框架或者基金的说明书中，但它却是一个必要的准备阶段。只有先将发起人所拥有的不动产进行重新整合，实现拟发售资产与发起人的资产的独立，才能保证投资人的权益而避免关联交易等风险，从而为基金的设立奠定基础。

然而，由于发起人所拥有的不动产的状况不同，加之我国目前尚未针对 REITs 出台专门的税收优惠政策，REITs 产品设计中资产重组相对而言具有一定的复杂性，甚至一定程度上决定了 REITs 的成功与否，具体体现在以下几个方面：

（一）银行方面

发起人用于设立 REITs 产品的不动产往往在其建设或运营阶段已经向银行或其他金融机构进行过借款，并以该不动产用于抵押，且一般在借款合同或者抵押合同中约定：在偿还借款前不得再次进行融资或者在偿还借款前不得解除抵押等。根据现行政策的规定，对于已抵押资产的对外转让需要获得抵押权人的同意，且登记部门均要求解除抵押。鉴于阶段性解除抵押往往会对贷款安全造成一定的影响，如何设计重组方案以确

保银行贷款的安全，是资产重组首先需要解决的难题。

（二）税收方面

REITs 之所以在美国等国家盛行，最大的优势在于税收减免的优惠政策。而我国 REITs 关于税收的优惠政策并不明确，不仅在资产重组阶段缺乏针对性的税收优惠政策，在运营期间同样没有专门的税收优惠安排。虽然财税(2015)37号、财税(2014)109号和国家税务总局公告2011年第51号等相关文件对税收等进行了一定的规定，但重组方案中相关税收处理需要获得税务部门的认可。如果实践中缺乏充足案例支持，税务部门是否认可，还存在很大的不确定性。

（三）债权债务方面

基于 REITs 运营期间的税收考虑，一般 REITs 均会设计成同时持有 SPV（特设公司）的股权和债权，以期通过债权收益的安排来实现一定的税收筹划目标。故此，在资产重组环节，发起人除通过买卖或者出资等方式将不动产转移给 SPV（特设公司）外，还需要在此过程中同时创设对 SPV 的债权，这无形中增加了资产重组的难度。

三、REITs 产品设计中资产重组的方式

资产重组可以采取多种途径和方式，鉴于资产买卖的方案税收成本过高，实践中很少单纯采取该方案，以下重点介绍 REITs 产品设计中资产重组的两种主要操作方案及重点关注的问题：

（一）出资方案

由发起人将不动产按照实物出资的方式设立 SPV，此种方式是目前实务中较为常见的方式，但如上文所述，此种方案需要解决如何创立对 SPV 的债权的问题。中信苏宁云创项目采取了委托贷款和双层 SPV 反吸收合并等复杂的安排，另外一种可行的办法是实物出资后依法履行减资程序，核减的出资约定在一定期限内以现金方式分配予发起人，形成发起人对 SPV 的





债权。

（二）资产债务打包划转方案

由发起人先行全资出资设立 SPV，发起人将其持有的不动产及其对应的债务打包划转予 SPV。私募基金收购发起人持有的 SPV 股权和相关债权人对 SPV 享有的全部债权。

此方案需要重点关注资产债务打包划转的合法性、资产债务打包划转的税务处理问题（如资产划转涉及的所得税问题）、打包债务的选择等问题。

四、REITs 产品设计中资产重组的税收筹划安排

税收制度和税收政策是推动房地产证券化发展的一个重要因素。REITs 这种证券化手段的本质是一种信托，虽然我国《信托法》为信托行业的规范发展奠定了法律基础，但我国信托业税收政策的研究和制定一直处于滞后状态，导致 REITs 的税收待遇存在较大的不合理性（我国税种多、税负重、纳税主体不明确、在税法上无优惠政策，REITs 融资模式存在高融资成本）。REITs 资产重组中一般主要涉及契税、增值税、土地增值税、所得税等税种。

（一）契税

REITs 资产重组中关于契税的规定，主要详见财税 [2015]37 号文的相关规定。如在资产重组过程中采取将资产及对应债权、债务、劳动力一

并转让，可以免缴契税。但鉴于各地税务部门对从规定的理解不同，比如部分税务主管部门不认可出资可以免缴契税，故此需就该种免缴情形向当地相关部门进行咨询，是否具备现实可操作性。

（二）增值税

根据国家税务总局公告 2013 年第 66 号、国家税务总局公告 2011 年第 13 号的规定，资产重组过程中如将资产及对应债权、债务、劳动力一并转让的，不征收增值税。但同样，各地税务部门对资产重组的范围理解也存在不同意见，须结合实际情况就该种情形向当地税务部门进行咨询，取得当地税务部门对该规定的认知以及是否可操作。并结合后续增值税能否进行相应的抵扣等情形决定是否需要免除。

（三）土地增值税

土地增值税在流转环节中对房地产公司征收。关于土地增值税的征收须重点核实、关注以下几个问题：对不动产进行定价、资产划转时的资产评估报告与 REITs 产品发行时的资产评估报告的估值存在较大差别的法律风险、成本核算的范围和标准是否符合税务部门要求等问题。

（四）所得税

关于所得税，一般需要重点关注资产划转方式（是否为无偿划转）、SPV 股权价格的确定（是否存在溢价）、股权评估报告的形式（具体报告形式是否符合当地工商部门、税务部门的要求）等方面，从而合理的筹划所得税的缴纳比例。

REITs 是房地产企业一种行之有效的融资工具，有利于完善房地产企业融资结构，促进房地产企业健康稳定有序的发展，将成为后续房地产企业进行融资的一种重要手段。而资产重组为 REITs 设立发行中的一个重要环节，须予以重点关注和研究。相信未来更加成熟、健康、有序的资本市场环境必将迎来 REITs 在我国的蓬勃发展。



田 磊/文

田磊律师，中伦文德律师事务所高级合伙人，REITs法律专业委员会主任。北京大学法学院民商法博士，北京大学法学院房地产法研究中心研究员。擅长业务领域：房地产开发，房地产项目转让、融资、销售和后期服务等房地产法律服务；私募基金、信托、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。



刘俊巍/文

刘俊巍律师，北京大学法律硕士（民法方向）。中伦文德REITs法律服务团队成员，专注境内外资产证券化项目的交易结构设计、税务筹划、资产划转、债务处理、基础资产法律尽调、交易所上市等。

REITs 业务中运营收益的增值税缴纳 及对交易结构设计的影响 ——从财税 140 号文说起

一、引言

REITs (Real Estate Investment Trusts) 是指房地产投资信托基金，是一种主要以商业地产等不动产为基础资产，以发行收益凭证的方式汇集投资者资金，由专门投资机构对基金资产进行经营管理并将投资收益按份分配给投资者的一种融资工具。目前，在国内市场上流通的此类产品离成熟市场中的 REITs 仍有距离，多数本质上仍是一个资管计划。因此，国内通常将此类资产证券化产品称为“类 REITs”。对于类 REITs 产品，我国目前还没有相关税收法规进行专门调整，没有出台相关的税收优惠政策，使参与机构在业务开展过程中面临多重限制和不确定性。

2016 年 12 月 22 日，财政部和国家税务总局发布了《关于明确金融房地产开发教育辅助服务等增值税政策的通知》(财税[2016]140 号)(以下简称“140 号文”)，其中部分条款对金融资管行业影响较大，本文以 140 号文为切入点，

结合《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税〔2016〕36 号)(以下简称“36 号文”)、《关于进一步明确全面推开营改增试点金融业有关政策的通知》(财税〔2016〕46 号)(以下简称“46 号文”)、《关于金融机构同业往来等增值税政策的补充通知》(财税〔2016〕70 号)(以下简称“70 号文”)及《关于资管产品增值税有关问题的通知》(财税〔2017〕56 号)(以下简称“56 号文”)，主要考察其对 REITs 业务中运营收益如何缴纳增值税可能产生的影响，进而对如何设计交易结构方能降低 REITs 本身的税负做出评判。

二、与 REITs 相关的增值税税收政策解读

(一) 资管产品管理人及资管产品的界定

56 号文发布后，目前市场上借道券商资管计划并嫁接私募基金发行的 REITs 主流产品均无法避开缴纳增值税的问题。56 号文对资管产

品管理人和资管产品的范围进行了明确：

1、资管产品管理人

包括银行、信托公司、公募基金管理公司及其子公司、证券公司及其子公司、期货公司及其子公司、私募基金管理人、保险资产管理公司、专业保险资产管理机构、养老保险公司。

2、资管产品

包括银行理财产品、资金信托（包括集合资金信托、单一资金信托）、财产权信托、公开募集证券投资基金、特定客户资产管理计划、集合资产管理计划、定向资产管理计划、私募证券投资基金、债权投资计划、股权投资计划、股债结合型投资计划、资产支持计划、组合类保险资产管理产品、养老保障管理产品。

由此可知，REITs 业务中的基金管理人和计划管理人属于资产管理人的范畴，同时，资产支持专项计划也属于资管产品范畴，即 REITs 业务应当适用 36 号、140 号、56 号文关于资管产品征收增值税的相关规定。

（二）资管产品运营过程中增值税的纳税主体

140 号文第四条规定：“四、资管产品运营过程中发生的增值税应税行为，以资管产品管理人为增值税纳税人。”

根据财政部税政司、国家税务总局货物和劳务税司就 140 条部分条款的解读，本条政策

主要界定了运营资管产品的纳税主体，明确了资管产品运营过程中发生的增值税应税行为，应以资管产品管理人为纳税主体，并照章缴纳增值税。

原营业税税制下，对资管类产品如何缴纳营业税问题，《财政部 国家税务总局关于信贷资产证券化有关税收政策问题的通知》（财税〔2006〕5 号）已有明确规定。增值税和营业税一样，均是针对应税行为征收的间接税，营改增后，资管产品的征税机制并未发生变化。具体到资管产品管理人，其在以自己名义运营资管产品资产的过程中，可能发生多种增值税应税行为。例如，因管理资管产品而固定收取的管理费（服务费），应按照“直接收费金融服务”缴纳增值税；运用资管产品资产发放贷款取得利息收入，应按照“贷款服务”缴纳增值税；运用资管产品资产进行投资等，则应根据取得收益的性质，判断其是否发生增值税应税行为，并按现行规定缴纳增值税。

（三）REITs 产品运营过程中增值税的征税范围

根据 36 号文附件 1《营业税改征增值税试点实施办法》中的相关规定，金融服务属于增值税的征税范围。

金融服务，是指经营金融保险的业务活动。包括贷款服务、直接收费金融服务、保险服务和金融商品转让。

1、贷款服务

根据 36 号文对贷款服务的界定，贷款，是指将资金贷与他人使用而取得利息收入的业务活动。各种占用、拆借资金取得的收入，包括金融商品持有期间（含到期）利息（保本收益、报酬、资金占用费、补偿金等）收入、信用卡透支利息收入、买入返售金融商品利息收入、融资融券收取的利息收入，以及融资性售后回租、押汇、罚息、票据贴现、转贷等业务取得的利息及利息性质的收入，按照贷款服务缴纳增值税。以货币资金投资收取的固定利润或者保底利润，按照贷款服务缴纳增值税。也就是说，一般情况下涉及金融产品持有期间（含到期）



利息需要缴纳增值税。但是有以下两个例外：

(1) 不征收、免征收项

详见 36 号文附件 3《营业税改征增值税试点过渡政策的规定》、46 号文、70 号文的相关规定。

(2) 不属于利息或利息性质的收入

140 号文第一条规定,36 号文所称“保本收益、报酬、资金占用费、补偿金”,是指“合同中明确承诺到期本金可全部收回的投资收益。金融商品持有期间(含到期)取得的非保本的上述收益,不属于利息或利息性质的收入,不征收增值税”。

结合上述条款,对于目前发行的交易所类 REITs 产品通常采取的交易结构,私募基金通常采取“股+债”的形式将募集资金发放给项目公司,对此,我们可以初步得出以下结论:(1)基金管理人向项目公司发放贷款符合上文关于“贷款服务”中“贷款”的定义,对于因此取得的利息应当缴纳增值税。(2)投资人因持有资产支持证券(金融商品)取得的利息视合同约定判断是否缴纳增值税。

根据上述条款,对于金融商品持有期间(含到期)利息收入,目前只对“保本收益”征收增值税,对于“非保本收益”不征收增值税。目前市场上的类 REITs 产品一般不在认购协议等合同条款中明确承诺本金可到期收回,在此情况下,投资人持有资产支持证券而享有的收益从形式上可能符合“非保本收益”的要求,因而无需缴纳增值税。

但是,为了保障不同投资者的需求,类 REITs 产品往往会通过设定优先级、次级等结构性安排,对不同级次投资者设定不同的收益分配金额和分配顺序,在对资管产品正式征收增值税之前,对于投资人收益的“保本”与“非保本”的认定仍具有不确定和复杂性。

2、直接收费金融服务

直接收费金融服务,是指为货币资金金融通及其他金融业务提供相关服务并且收取费用的业务活动。包括提供货币兑换、账户管理、电子银行、信用卡、信用证、财务担保、资产管理、信托管理、基金管理、金融交易场所(平台)管理、资金结算、资金清算、金融支付等服务。

具体到类 REITs 产品,可能包括以下几种费用:(1)基金管理人和计划管理人收取的管理费(服务费);(2)托管人收取的托管费;(3)委贷银行收取的手续费。上述费用均属于“直接收费金融服务”的征税税目,应当由资产管理人依法缴纳增值税。

3、保险服务

保险服务,是指投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任保险金责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。包括人身保险服务和财产保险服务。人身保险服务,是指以人的寿命和身体为保险标的的保险业务活动。财产保险服务,是指以财产及其有关利益为保险标的的保险业务活动。

4、金融商品转让

金融商品转让,是指转让外汇、有价证券、非货物期货和其他金融商品所有权的业务活动。



其他金融商品转让包括基金、信托、理财产品等各类资产管理产品和各种金融衍生品的转让。140号文第二条规定：“二、纳税人购入基金、信托、理财产品等各类资产管理产品持有至到期，不属于《销售服务、无形资产、不动产注释》（财税〔2016〕36号）第一条第（五）项第4点所称的金融商品转让。”

例如，投资人在类REITs产品持续期间转让所持有的资产支持证券份额的，则属于金融产品转让，应当缴纳增值税。其中，根据36号文附件3规定，个人投资者免征增值税。

（四）其他注意事项

1、税率

56号文第一条第1款规定：“资管产品管理人（以下称管理人）运营资管产品过程中发生的增值税应税行为（以下称资管产品运营业务），暂适用简易计税方法，按照3%的征收率缴纳增值税”。

2、核算方法

56号文第三条规定：“管理人应分别核算资管产品运营业务和其他业务的销售额和增值税应纳税额。未分别核算的，资管产品运营业务不得适用本通知第一条规定。”第四条规定：“管理人可选择分别或汇总核算资管产品运营业务销售额和增值税应纳税额。”

3、起征时间

56号文第六条规定：“本通知自2018年1月1日起施行。对资管产品在2018年1月1日前运营过程中发生的增值税应税行为，未缴纳增值税的，不再缴纳；已缴纳增值税的，已纳税额从资管产品管理人以后月份的增值税应纳税额中抵减。”

三、如何合理安排REITs业务中的税负承担，避免潜在的税务纠纷

（一）明确类REITs产品的收益性质

140号文规定，“金融商品持有期间（含到期）

取得的非保本的上述收益，不属于利息或利息性质的收入，不征收增值税”，因此，在投资人与计划管理人签订的认购协议等合同文本中应尽量避免出现“保本收益”、“到期可全部收回本金”等字样的表述，减少被认定为保本收益的税收风险。

（二）明确类REITs产品的持有期间

根据140号文的规定，对于“持有至到期”的各类资产管理产品，不属于金融商品转让，不征收增值税。由于现行存续的很多资管产品分期发行，且存续期较长，对于“持有至到期”的理解不一。如在2017年10月23日获得上海证券交易所审议通过的“中联前海开源-保利地产租赁住房一号资产支持专项计划”是国内首单采取储架发行的类REITs产品，即一次核准，多次发行。对于此类产品，有必要对持有期间及到期日进行清晰界定。

（三）明确管理人收取的管理费用是否已经包含应缴纳的增值税

在私募基金和资产支持专项计划运营期间，管理人收取的管理费是否已经包含增值税，建议管理人在基金合同或者相关服务合同中予以明确。

（四）明确税负的最终承担者

140号文虽然规定资管产品管理人是增值税纳税人，但根据《证券投资基金法》第8条的规定：“基金财产投资的相关税收，由基金份额持有人承担，基金管理人或者其他扣缴义务人按照国家有关税收征收的规定代扣代缴。”对于二者规定不一致的情况，有待税务部门进一步出台有关解释。但此类税负成本最终如何承担实际上取决于投资人、管理人、原始权益人各方的需求弹性和议价能力。因此，类REITs产品的基金管理人和计划管理人、投资人、融资人应就相关增值税税负问题协商谈判，相应修改协议中的税收条款或签署补充协议。





□ 陈永兴/文

陈永兴律师，中伦文德高级合伙人，上海办公室主任。
 专长于房地产及相关投融资法律服务领域。在房地产领域，其
 服务范畴涵盖了住宅项目的兼并收购、开发和预售阶段法律服
 务，以及包括商场、办公楼及酒店式公寓和酒店在内的商业、
 工业地产的开发及经营的专业法律服务。

住房租赁市场发展路径分析 ——以房地产证券化（REITs）角度切入

租售并举是房地产长效调控的政策之一，是深化住房制度改革、增加有效供给、解决住有所居的重要举措。2015年的中央经济工作会议提出要建立购租并举的住房制度；2016年2月6日，国务院在国发〔2016〕8号《关于深入推进新型城镇化建设的若干意见》中首次提出：“以满足新市民的住房需求为主要出发点，建立购租房与租房并举、市场配置与政府保障相结合的住房制度”；国家“十三五”规划纲要进一步明确了建立租购并举的住房制度为主要方向深化住房制度改革。2016年6月，国务院办公厅发布《关于加快培育和发展住房租赁市场的若干意见》（国办发〔2016〕39号），提出培育发展住房租赁市场的具体要求。2017年7月，住建部等九部委联合发布《关于在人口净流入的大中城市加快发展住房租赁市场的通知》，并选取了12个人口净流入的大中城市开展试点。

2017年7月，广州市公布了《广州市加快发展住房租赁市场工作方案》，提出保障“租购同权”，赋予符合条件的承租人子女享有就近入学等公共服务权益。2017年9月15日，上海出台了《关于加快培育和发展本市住房租赁市场的实施意见》，详细阐明上海市常住居民租房居住者享有基本公共服务的内容。2017年9月

29日，北京市多部门联合发布《关于加快发展和规范管理本市住房租赁市场的通知》，该通知在增加租赁住房供应、建立住房租赁监管平台、明确住房租赁行为规范、加强市场主体监管等四个方面提出要求，涵盖16个方面的具体问题。

自中央提出购租并举以来，已有多地政府积极尝试出台适宜本地实际情况的文件。然而唯有广州的“租购同权”政策号召了广泛的社会关注。究其原因在于广州的“租购同权”作为新的培育住房租赁市场的举措方向，触动大多数漂泊在城镇的无房群体内心的最软弱处，承载了对共享城镇公共资源的广泛期待。期望单纯依靠“租购同权”促进一线城市房地产租赁市场的内在逻辑的本质错误在于没有充分认识到：租赁同权是住房租赁市场发展和社会资源供给能力提高的综合结果，而非其原因。

社会治理具有的复杂性和法律本身所具有的谦抑性特征都决定了房屋租赁市场的振兴应当是多层次、多部门齐心协力的结果。尽管已经有诸多地产相关行业进入住房租赁领域试水，但更多企业并无力进入此领域。造成此种窘境的重要原因在于住房租赁市场回报周期过长，融资困难。为了真正充分发挥市场的调节作用，提高住房租赁企业融资能力，有必要进一步推

动房地产证券化（REITs）进程。美国房地产企业借助 REITs 方式成功上市，不仅增强了开发经营能力，实现了经营模式转型，而且整个美国房地产业在 REITs 的带动下，成功地实现产业资本与金融资本的相结合的经验，有针对性培育一些具有专业化竞争优势的房地产企业，将会凭借自身的专业化优势取得快速成长，市场规模将会不断扩大，并通过对一些在竞争中失败企业的兼并、收购，壮大自己的实力，从而造就一批大型的专业化房地产公司。

一、理性看待“租购同权”、租金控制等热点举措

“租购同权”的热点讨论吸引了社会能量向房屋租赁市场的汇集，热点问题（子女入学、户口登记和迁移、租金管理等）持续升温，需要我们保持理性的审视“租购同权”的政策背景和其可能产生的影响。

“租购同权”的对二、三线城市吸引人才，推动城镇化进程能够产生直接、积极影响，但无力真正改变社会教育和医疗等资源本身供给紧张的一线城市租赁市场困境。期望单纯依靠“租购同权”促进一线城市房地产租赁市场内在逻辑中重大误解，即：租赁同权是住房租赁市场发展和社会资源供给能力提高的综合结果，而非其原因。

（一）“租购同权”有助于推动二三线城市城镇化进程

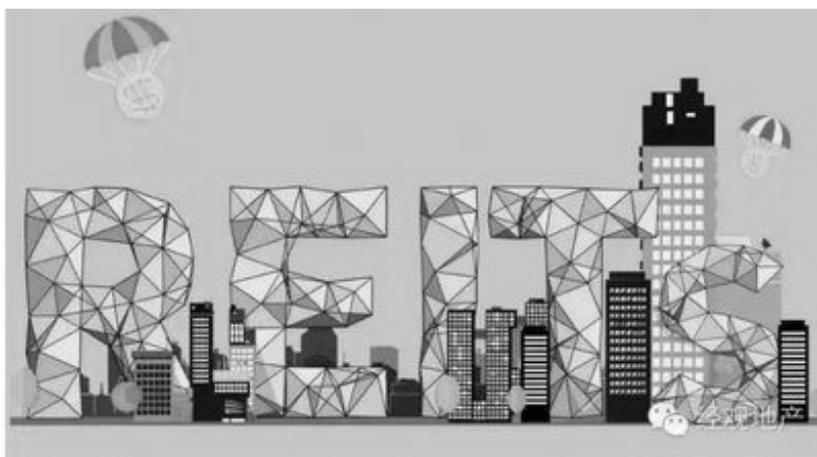
社会对“租购同权”讨论的视角大致集中于：第一，从购房者角度而言，我国房地产市场存在租赁市场与销售市场的结构性差异。租售同权能否从租赁房屋附加福利角度为突破，增加社会公众对租赁房屋价值之预期，从而遏制房价过快上涨，优化房地产市场结构。第二，对广大城市外来、尚不具备购房能力的“新市民”而言，期待凭借“租购同权”的带动

走出涉及子女教育、医疗等社会福利分配困境。第三，从国家住房制度改革层面而言，期待凭借政策性红利的落地从而调整房地产市场销售与租赁结构性失衡状况，释放住房租赁市场繁荣，创造下一个房地产市场业务增长点。

在中国传统文化中，拥有产权住房是成家立业的应有之义，成家包含找对象结婚之意，也蕴含拥有一个住房之意。“成家立业的诉求几乎对所有的中国人完成了文化规训，90 后也深深嵌入这种文化规训中。”“有恒产者有恒心”，房屋绝非单纯的资产，更象征了一个安定、体面的生活。正是由于购房承载了诸如安定、幸福等人生感受促使其功能外延不断扩展。

古有孟母三迁，为孩子提供优质教育资源几乎是每个父母心中的头等大事。广州推出“租购同权”理念，民众讨论的热点话题集中于学区房价、学位排序、教育均权等问题。有观点认为既然“租购同权”给予了租房者同样的入学资格等，将从一定限制学区房出售和租赁价格。有观点认为恰恰相反，基于租赁房屋本身附加权利的增加会更进一步刺激学区房价格预期。

争论通过政策能否保证租赁同权，不如分析之所以产生“租购不同权”的社会背景。立法保障“租售同权”，单靠房屋主管部门无法解决附加于住房上的户籍、学位、社会保障等评价因素。广州出台“租购同权”着重解决的是在资源供给充足前提下的的平等问题，而非在资源供给不足情况下的均等主张。在北上广深



等热门一线城市中，由于社会资源有限与人口过量之间的矛盾，导致在进行教育资源分配过程中只能通过添加诸如户籍、居住证制度等多项指标，辅助性确定对有限社会资源的有序分配。正如广州“租购同权”对“租购同权”设置的门槛：“具有广州户籍的适龄儿童少年、人才绿卡持有人子女等政策性照顾借读生、符合市及所在区积分入学安排学位条件的来穗人员随迁子女等。

倘若本市优质教育资源供给不足，有户籍人群尚需排序，那么此种情况下的承租人赋权显然只能留在象征层面。换言之，能否实现“租购同权”并非源于政策的支持力度，而在于社会资源的供给能力。我国经济发展水平仍旧存在不均衡情况，应当结合不同地方现状和需求区别看待“租购同权”政策对房屋租赁市场的影响。“租购同权”的政策对二、三线城市吸引人才，推动城镇化进程能够产生直接、积极影响，但却无力真正改变社会教育和医疗等资源本身供给紧张的一线城市租赁市场困境。期望单纯依靠“租购同权”促进一线城市房地产租赁市场存在重大误区，即：租赁同权是住房租赁市场发展和社会资源供给能力综合提高的结果，而非其原因。

（二）我国尚无必要增强租赁合同控制模式

既然“租购同权”政策无力从根本上带动住房租赁市场活力，那么是否可以通过强化租赁控制模式以规范住房租赁市场交易氛围从而促进住房租赁市场？社会舆论普遍讨论是否有必要修改房屋租赁方面的法律法规。我国法律对住房租赁市场的规范确实较为宽松。从国际范围而言，确实不少国家对住房租赁合同进行一定的社会控制。住房租赁合同的社会控制模式主要存在两个倾向，即租金管制和解约限制。前者以美国纽约市为典型，后者以德国为代表。

根据我国现行法律规定，租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。租赁合同以转移标的物占有、使用、收益权利为前提，属于诺诚双务有偿合同。

房屋租赁合同相对于一般租赁合同而言，基于其标的物（房屋）的特殊性，故其权利保障体系有所侧重。目前而言，我国房屋租赁方面主要受《民法通则》《合同法》《城市房地产管理法》《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》等规范。现行法律法规致力于重点勾画房屋租赁合同规范体系的大致轮廓（涉及房屋交付、房屋使用、支付租金、返还原物等诸多板块权利布局）前提下，将更多精力投入给诸如租赁权（占有、使用、收益）与完整物权的关系（买卖不破租赁和抵押权顺位）、租赁权由准物权性质向完整物权性质转换（优先购买权）等环节。以下可以结合租金管制和解除权控制两个方面进行具体考察：第一，就租金管制角度而言，目前已经出台的政策文件所提及的租金指导价格制度、租金发布平台构建可以认为是此方面的典型尝试。北京市多部门联合发布《关于加快发展和规范管理本市住房租赁市场的通知》规定，租赁当事人应当根据出租住房所在区域市场租金水平合理约定租金，合同期内房东不得单方面提高租金。如果房东收取押金的，应当在合同中约定押金的数额、管理或托管方式和退还时间等。除合同另有约定外，自合同终止日起3个工作日内，房东应将押金退还租户。另外，依据该《通知》，市住房城乡建设部门应当建立住房租金发布制度，及时发布住房租赁市场实际成交租金水平等信息。住建部门未来将发布的这个租金参考价并不是强制要求房东和租户照此出租，而是起到参考作用。

第二，就解约权限制而言，完全可以正常的司法活动予以调节。我国目前房屋租赁市场所存在的结构性失衡问题并非由于法制缺陷抑或行政干预不足。我国多年来没有形成完整、健康、有序的住房租赁市场，并非订立合同的双方当事人意思不自治，而在于市场过于初级、粗放所导致的房源供需矛盾而引发的出租方市场强势。如果不从根本上鼓励房屋租赁市场的有序竞争，无论法律详尽的规定承租人权利，在合同订立之时都将被合同强势方予以排除。从法律性质而言，基于租赁市场本身具备的短

期性和高流动性，高成本、长周期且存在一定技术壁垒的法律救济往往不能得到较高运用。住建部九部委联合通知指出“发挥街道、乡镇，尤其是居民委员会和村民委员会等基层组织的作用，将住房租赁管理和服务的重心下移，实行住房租赁的网格化管理；建立纠纷调处机制”，便体现了推动引入多元化纠纷解决机制的倾向。需要正视的问题是，在推进住房租赁建设总体规划布局中进行争议解决配套制度设计虽然有助于租赁市场维权和公平，但推动社会基层组织中立协调和工作热情的具体办法仍需进一步细化。

综上，从法律制度的调整和具体社会经济效果看，无论是强化对租金的管制还是对出租房解约权的限制都有明显的消极影响，且不符合我国现有权利体系布局。通过行政手段对租金、房屋维护、租赁期限等事项进行严格限制，虽然有助于保障住宅权，但其必然在一定程度上干扰市场规律；以解约限制为中心，有助于鼓励房屋租赁合同的稳定性，可以从一定程度上避免过度偏离市场且可以有效减少租赁合同中当事人的机会主义行为。我国目前的租金指导制度不具备强制性，一方面确实避免了过度干预市场，但也决定了此项制度流于形式之命运。另一方面，限制解约制度从本质上与房屋租赁合同的短期性和高流动性存在冲突，尽管目前政策鼓励建立长期稳定房屋租赁关系，但尚不适宜以立法文件形式予以确定。

二、推动住房租赁市场的破局之处在融资环节

社会治理的复杂性和法律本身所具有的谦抑性特征决定了房屋租赁市场的振兴应当是多层次、多部门齐心协力的结果。住房租赁制度包括公租房租赁、廉租房和私房租赁几种。公房

租赁主要用于解决事业单位的遗留问题，廉租房制度则主要着眼于城市低收入家庭，二者适用范围都比较有限，随着社会经济的发展，将慢慢退出市场。自 2015 年开始，从政策框架到试点，租赁市场的政策正在从导向逐步落实到实践。在政策号召下，不少房企将长租公寓业务板块列为公司发展重点板块。龙湖是首家将长租公寓业务定位于主航道业务的房地产公司。冠寓是龙湖推出的长租公寓品牌。按照龙湖的计划，长租公寓业务将被推广至 16 个城市。日前，龙湖集团副总裁兼冠寓公司 CEO 韩石表示，冠寓是龙湖集团继住宅、商业、物业后，集团的第四大战略主航道业务。万科也在积极布局长租公寓市场，但是将其列为“拓展业务”。万科于 2014 年提出从纯住宅开发商转型为一城市配套服务商，并且公司在当时就确立要在十年内完成新业务探索与布局。2015 年万科以不同品牌在广州、厦门、西安等城市尝试长租公寓业务。2016 年 5 月，万科正式推出以 25-30 岁白领青年为客户群体的泊寓系列公寓。

公开数据显示，截至 2017 年 7 月，万科泊寓在全国 22 个城市拥有 16000 间公寓在运营，签约公寓约为 4.5 万间。除了房企，房地产代理机构也试水长租公寓市场。2014 年，世联行开始试水公寓市场，2015 年世联行参与短租市场；同年 8 月，其长租公寓品牌红璞公寓在广州开业。除了这几家典型企业试水长租公寓市场以外，包括链家、我爱我家以及不少创业机构等企业也已布局或正在调研长租公寓市场。这其中，集中式长租公寓是所有公寓品类中竞

	大型房地产商	酒店行业	房屋中介机构	互联网公司
代表企业	万科的万科寓，龙湖的冠寓，复星与乐乎公寓的合作模式。	铂涛的窝趣公寓、如家的逗号公寓、住友集团的候鸟长租。	链家旗下的自如、我爱我家的相寓。	魔方公寓、YOU+公寓、青客公寓、爱上租。
房源模式	设立住房租赁公司经营自持物业、租赁物业，或以二房东模式输出品牌管理。	自持物业、租赁物业、酒店长期空置房间。	房源主要为个人住房，在不同地方租用零散物业。	酒店式公寓或工业改造房，毛坯房、快捷公寓改造，或零散物业。
运营模式	集中式。	集中式。	分布式。	集中式+分布式。

争最为激烈的一个。目前集中式长租公寓已聚集了来自多个行业的玩家，既有 YOU+、魔方这种带有互联网基因的公寓品牌，也有万科、龙湖等地产大亨入场，还有逗号、窝趣等酒管集团跨界。尽管诸多地产相关行业进入住房租赁领域试水，但参与主体仍旧不够广泛，造成此种窘况的重要原因在于住房租赁市场回报周期过长，融资困难、回报率低。

（一）房地产市场中融资困境分析

我国主要城市的静态租赁回报率为 2.6%，一线城市在 2% 左右，低于二三线城市。在北京、上海等城市，有些房子甚至需要近百年才能收回成本，所以企业更对进入住房租赁市场热情不足。

一般来说，房地产融资可以分为内部融资和外部融资两种。内部融资主要是房地产企业的自有资金，包括一些抵押贴现的票据，债券，立即出售的楼宇，以及在近期内可以收回的各种应收账款，近期可以出售的各种物业的付款，也包括公司向消费者预收购房定金。外部融资有可以分为间接融资和直接融资。间接融资主要是从金融机构获得的资金，主要是房地产贷款，解决房地产开发中短期的资金需求。直接融资主要是从资本市场获得的资金，主要满足长期投资的资金需求，包括股票融资、债券融资、房地产产业投资基金、房地产信托等多种融资方式。我国的房地产业是在改革开放后的 20 世纪 80 年代逐步复苏和发展起来的。

总体来看，我国房地产融资渠道仍然比较单一，房地产企业的资金来源仍以银行贷款为主。特别是对比银行贷款最多不超过房地产总投资 40% 的国际通行标准，我国房地产企业对银行的依赖度过高。房地产投资资本量大，运行周期长，房地产开发企业的资本在周转过程中存在时间上和空间上的矛盾。在企业经营状况良好的情况下，介入资本转入房地产开发企业的资本周转，经过生产和销售过程，货币资本回流至企业，则能按时归还所借款项，房地产融资就能顺畅进行，并取得较好的收益。如果企业经营状况较差，预算约束较软，介入资

本参与房地产开发企业资本周转后，则可能在某一环节发生沉淀，难以按时归还所借款项，由此影响房地产金融机构信贷资本的正常运行，或影响其他企业的资本周转，从而限制房地产融资取得较好收益。正是此种原因，致使我国住房租赁市场长期没有企业进军拓展。我国的房地产企业主要依靠银行贷款解决资金需求，尤其是中小房地产企业需求。

（二）房地产证券化（REITs）解决住房租赁市场融资困境合理性探讨

2016 年，美国租赁住房（多户家庭住房）市场的投资额占到美国商业房地产投资总额的 1/3，其中房地产投资信托基金（REITs）成为该市场最大的投资者。与之相比，中国目前仍缺乏有效的融资和税收体系来推动租赁住房市场的发展。中国房地产资本市场结构不完善，房地产企业长期依赖于银行的间接融资，缺乏直接融资渠道。一方面，使房地产业难以与雄厚的社会资本对接，缺乏发展后劲；另一方面，银行资金来源的短期性和房地产信贷资金运用的长期性之间的矛盾，增加了银行的流动性风险，也不能满足房地产企业对长期资金的需求。因此，直接融资渠道的缺乏成为影响中国房地产业发展的重要因素。房地产业直接融资渠道的缺乏，实际上是源于大众投资者对于房地产业的直接投资渠道的缺乏。中国居民目前已经累积了 15 万亿元储蓄存款，他们对于利润丰厚的房地产投资有着强烈的需求。然而，由于缺乏针对广大中小投资者的合意的房地产投资工具，社会闲散资本无法积聚起来投资房地产。这种房地产企业直接融资需求与社会投资者直接投资渠道缺乏的矛盾是中国房地产市场的主要缺陷所在。

1. 住房租赁市场引入 REITs 融资模式土壤

事实上，我国住房租赁市场具备引入 REITs 融资模式的土壤和需求。具体而言：第一，中国改革开放 20 多年的发展，特别是社会主义市场经济体制的建立和发展，逐步培育了中国人通过市场组织参与市场竞争成为了社会认同，为中国 REITs 的产生和发展创造了良好的社

会文化环境。在此过程中，社会诚信机制也逐步建立起来，人们对社会组织的信任度不断提高。中国人市场投资意识的增强推动其希望借助某种途径参与利润丰厚的房地产投资的热情。为中国 REITs 的产生和发展创造了良好的社会文化环境。第二，目前中国已经初步具备了 REITs 发展的市场环境，这表现在以下几个方面：1. 大众投资主体已经形成且投资需求强烈。巨额的民间资本不断积累必然需要相应的释放渠道。然而目前股市投资风险很大、银行存款利率过低，民间资本的投资渠道极为狭窄，对 REITs 这种风险不高、收益稳定、增值潜力大的房地产投资品种具有强烈需求。2. REITs 是通过发行股票和单位受益凭证等证券来筹资建立的，证券市场的建立和有效运行是 REITs 产生的基本前提。中国的证券市场已经有 10 多年的发展历程，沪深股市有近 1500 只股票、近 100 只证券投资基金上市交易。中国证券市场的发展，特别是证券投资基金的发展，为 REITs 基金的公开上市发行提供了平台和可借鉴经验。一旦中国建立了 REITs 制度，就可以直接在证券市场上公开发行股票或者单位收益凭证向社会大众筹资以设立 REITs。第三，REITs 主要是针对市场上成熟的商业房地产进行投资，以获取稳定的租金收入和资产增值。商业活动的发达以及对商业房地产的需求是 REITs 孕育和发展的一个必要条件。我国经过 20 多年的市场经济发展，商品化、社会化日益明显，人们对于购物、休闲、娱乐、旅游等消费需求和消费能力都显著增加，各种商业房地产也因此蓬勃发展。随着我国商业业态的不断转型、经济的持续发展、交通的改善以及人们收入水平的提高，我国的商业房地产必将迎来高速发展。

2. 我国房地产证券化（REITs）的实践和政策红利

REITs 在我国的发展可以追溯到十多年前。2006 年，证监会与深交所启动了推出国内交易所 REITs 产品的工作；2007 年 6 月，央行联合住建部等部门召开会议，认为应按照“试点与立法平行推进”的原则推进 REITs；2008 年，银监会发布《信托公司管理办法》的修订版，

鼓励 REITs 的发展；2009 年 8 月，央行和银监会发布《房地产集合投资信托业务试点管理办法》，提出 REITs 将被两家监管机构共同监管，此时的 REITs 仍旧以信托的方式发行，不能以公募基金的形式挂牌交易，也就是说不在资本市场交易。在上述节点，国内的 REITs 还处于萌芽阶段，发展较为缓慢。而自从 2013 年开始，我国 REITs 的推进步伐明显加快。2013 年 8 月，瑞银环球资产管理（中国）宣布与上海市虹口区公租房公司、太平资产管理和国投瑞银及基金合作，联合设立中国首只投资于公租房并持有其所有权的基金。

2014 年 4 月，中信证券设立中信启航专项资产管理计划。这是国内首只接近真正意义上的 REITs 的权益型房地产投资产品，当时募集金额达到了 52.1 亿元。同年 9 月 30 日，央行发布《关于进一步做好住房金融服务工作的通知》，提出积极稳妥开展房地产信托基金（REITs）的试点工作。经过几年的发展，国内的 REITs 产品变得愈加成熟。2015 年 6 月，鹏华前海万科 REITs 公开发售，这是国内首只公募 REITs，发行规模为 30 亿元。随后，各种类型的 REITs 产品便不断涌现。

建房 [2017]153 号通知提出，国家鼓励“加大对住房租赁企业的金融支持力度，拓宽直接融资渠道，支持发行企业债券、公司债券、非金融企业债务融资工具等公司信用类债券及资产支持证券，专门用于发展租赁业务。”“鼓励地方政府出台优惠政策，积极支持并推动发展房地产投资信托基金。”

此后，北京《关于加快发展和规范本市住房租赁市场的通知》明确提出将“研究制定鼓励房地产投资信托基金（REITs）发展的优惠政策，协调与指导金融机构积极参与，支持住房租赁企业利用房地产投资信托基金融资。”鼓励开发性金融等银行业金融机构在风险可控、商业可持续的前提下，加大对租赁住房项目的信贷支持力度，通过合理测算未来租赁收入现金流，向住房租赁企业提供分期还本等符合经营特点的长期贷款和金融解决方案。未来，北京市也将继续推进公共租赁住房开发贷款试点工

作，适度增加试点参与银行数量。研究制定鼓励房地产投资信托基金（REITs）发展的优惠政策，协调与指导金融机构积极参与，支持住房租赁企业利用房地产投资信托基金融资。REITs被业界呼吁多年，根据国外经验，其在增强融资能力、提高资金收益率方面的效果明显，被认为是租赁市场发展的一项关键性政策。若REITs得以破局，无疑是租赁市场的重大利好。

借鉴国外先进的融资模式，开辟多元化融资渠道能为我国的房地产开发企业、投资者提供可靠的资金循环保障，能促进房地产经营专业化及资源的合理配置，有利于我国房地产资本市场形成、丰富我国居民的投资品种、降低银行风险。

（三）房地产证券化（REITs）的进路选择

1960年，美国通过《国内税收法典》（Internal Revenue Code of 1960, I.R.C）和《房地产投资信托法案》（Real Estate Investment Trust Act of 1960），创设了房地产投资信托（Real Estate Investment Trusts, 简称REITs）。该法允许大众投资者通过购买面值较低的基金份额，将众多投资者的资金汇集起来形成基金，然后委托专业化的房地产投资信托公司对房地产进行投资，所得投资收益绝大部分分配给投资者，这就是REITs投资制度的创建本意。

“在美国，第一家REITs公司于1962年上市，

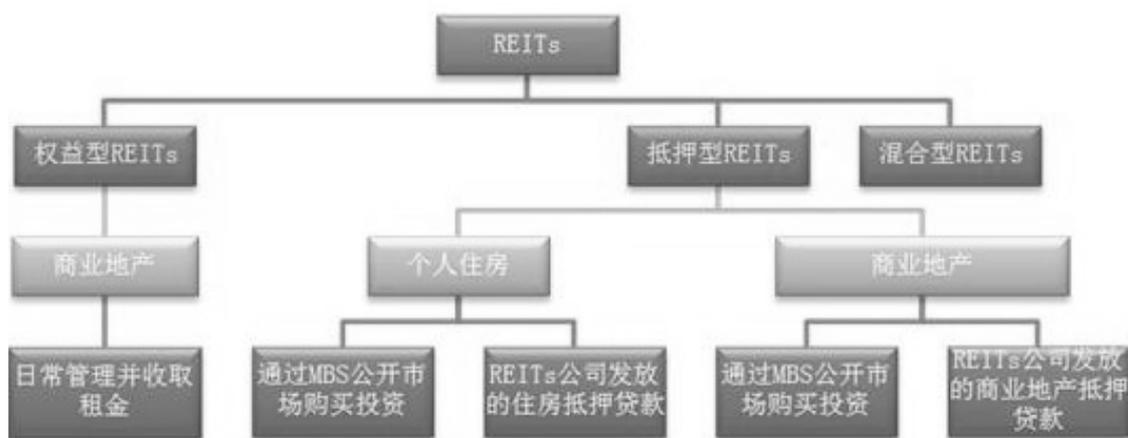
到1969年底，整个市场只有5家REITs公司。到2003年底，所有上市的REITs公司的股票市值是2242亿美元，而1990年的市值只有87亿美元，即13年中REITs公司的市值增长了将近26倍”。特别是上世纪90年代以来，许多美国房地产企业借助REITs方式成功上市，不仅增强了开发经营能力，实现了经营模式转型，而且整个美国房地产业在REITs的带动下，成功地实现了产业资本与金融资本的结合，促成了其全面升级和持久繁荣。基于推动我国发地产证券化进路，仍有必要对房地产证券化模式进行梳理。

1. REITs 组织模式分类

REITs是由单个投资计划组织起来的“集合投资计划”。从世界范围来看，REITs的组织制度安排（又称为组织形式）主要就是两种：一种是信托型的，一种是公司型的。当这种组织制度安排是信托时，REITs在组织形态上就表现为信托型投资基金；当这种组织制度安排是公司时，REITs在组织形态上就表现为投资基金公司。

信托型REITs是基于信托法律制度而设立的，它由投资者、基金管理人、基金托管人、房地产资产经营者等主体针对REITs基金签订一系列的投资管理契约组建而成。公司型REITs是基于公司制度而设立的，它由基金投资者、基金公司、基金托管人、房地产资产经





营者等主体通过签订一系列的合同组建而成，其中 REITs 基金公司主要由基金投资者（股东）选举的董事会和董事会聘任的经理团队组成。我国可进一步加大对 REITs 融资方式的扶植力，积极试点信托型和公司型，探求适合我国的房地产运营模式。

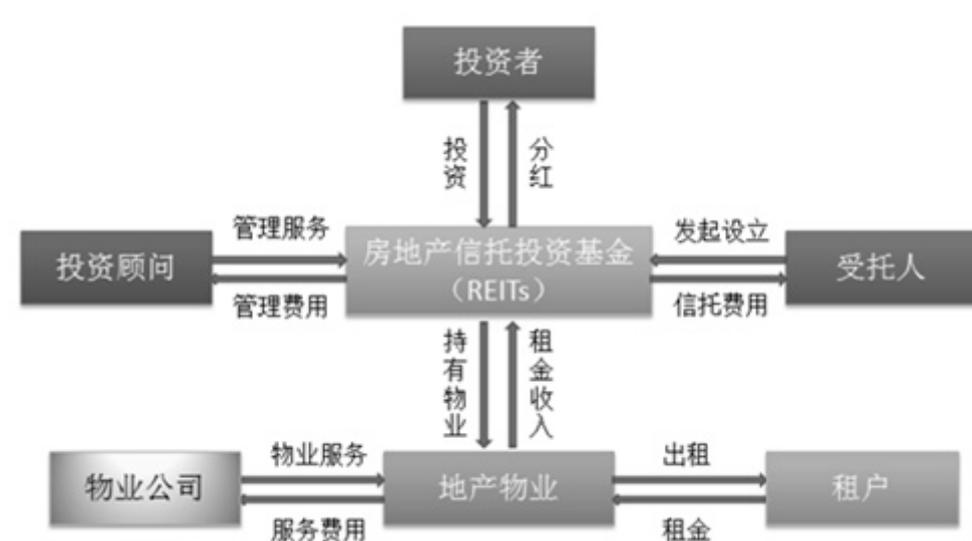
房地产投资信托的主要投资对象是具有稳定经营收入和现金流的商业房地产。公寓的资产保值增长能力强，相对而言较为符合 REITs 的主要投资要求。

2. REITs 获利模式分类

房地产投资信托（REITs）根据获利模式可以分为：权益投资型、抵押贷款型和混合型三种，其中以权益投资型为主。权益投资模式是指 REITs 投资主要是用于收购现有房地产和新

项目开发，以获得房地产所有权，通过对所持有房地产的长期持有和经营来获得稳定可观的租金收入和资产增值。权益投资型 REITs 的投资对象主要是写字楼、购物中心、酒店、专业市场、仓库、公寓住宅、办公厂房等能够产生稳定收入流的经营性商业房地产。其投资方式不仅包括直接收购或者投资开发房地产物业进行经营管理，还包括对经营性房地产进行股权投资。

权益投资型 REITs 与一般房地产公司的区别在于权益型 REITs 必须将其开发或收购的房地产作为其投资组合的一部分长期持有以经营获利，而一般房地产公司开发或收购房地产则主要是为了转手出售。由于有稳定的租约作保证，权益型 REITs 的收入受利率等市场因素



波动的影响不大；更为重要的是，权益投资型 REITs 持有的房地产可以有效抵御通货膨胀对投资人资产的侵蚀。因此，从此种角度分析，有必要推进权益性投资性的房地产投资信托（REITs）的规模和应用范围。

3. 长租公寓类 REITs 产品前瞻

深交所 11 月 3 日发布消息称，2017 年 11 月 3 日，新派公寓权益型房托资产支持专项计划（以下简称“新派公寓专项计划”）正式发行设立，并将于近期在深交所综合协议交易平台挂牌转让。新派公寓专项计划是全国首单住房租赁类 REITs（房地产投资信托基金）产品，也是首单长租公寓权益型类 REITs 产品。

新派公寓专项计划的推出是深交所积极服务供给侧结构性改革、推进住房租赁资产证券化的又一创新尝试，也是落实国务院政策文件中“支持符合条件的住房租赁企业发行债券、不动产证券化产品，稳步推进房地产投资信托基金（REITs）试点”的重要成果。

新派公寓专项计划由渤海汇金证券资产管理有限公司担任计划管理人，以位于北京市国贸 CBD 区域的“新派公寓”作为标的物业资产，产品总规模 2.7 亿元，期限为 5 年（前 3 年为运营期，后 2 年为处置期），其中优先级产品规模 1.3 亿元，获得 AAA 评级，发行利率为 5.3%。该产品不依赖于主体信用，凭借公寓资产的租

金回报和良好的物业增值预期获得了优先级和权益级投资者的认可。新派公寓专项计划于 10 月 11 日取得深交所无异议函，本次发行成功标志着国内类 REITs 市场除写字楼、购物中心、门店、物流仓储等类型之外又增加“公寓”这一资产类型，深交所类 REITs 版块品种不断丰富。自从国内首单交易所类 REITs 产品“中信启航”、国内首只公募 REITs“鹏华万科前海 REITs”分别于 2014 年、2015 年在深交所推出以来，深交所 REITs 版块不断取得突破，陆续推出了国内首单物流仓储资产类 REITs“苏宁云享”、首单“PE+REITs”“大融城”、首单不依赖主体信用类 REITs“勒泰一号”等。截至 2017 年 11 月 3 日，深交所已发行的类 REITs 证券化产品数量为 13 只，总发行规模为 298.4 亿元，为 REITs 市场发展提供了良好的实践和创新平台。

我国房地产业集中度很低。目前全国大大小小的房地产开发企业共有 3 万多家，据国务院发展研究中心公布的数据显示，全国房地产业开发企业前 10 强的国内市场占有率不足 3%，而美国 2002 年时的前 5 家最大的房地产开发商的市场占有率达到 14%，香港最大的 3 家房地产企业拥有本地市场占有率的 50%。内房地产龙头企业——万科集团，2003 年的销售收入为 64 亿元，其在全国市场的占有率仅为 1% 左右，

美国最大房地产开发商的全国市场占有率达到 4.6%。由于国内房地产小规模建设大量存在，房地产业的规模经济没有体现，成为制约中国房地产业整体竞争力提高的一个重要因素。房地产业是国民经济的支柱产业，目前这种小规模分散经营显然与其地位是不相称的。大量规模小、实力差的房地产企业充斥市场，只会削弱中国房地产业的发展后劲。面对全球化的市场竞争，我国有必要采取措施淘汰一批规



模小、实力差的小型房地产企业，集中力量促进大型房地产企业的发展，以加强中国房地产业组织化和集中化。

近几年国家开展宏观调控，严把信贷和土地“闸门”，就是有意识的产业调整政策。在此过程中，REITs 在中国的萌芽既是国家产业政策调整下的产物，反过来又会促进房地产业调整，加速中国房地产业集中。REITs 基金将促进房地产业在分工基础上的集中。一些具有专业化竞争优势的房地产企业，将会凭借自身的专业化优势取得快速成长，市场规模将会不断扩大，并通过对一些在竞争中失败企业的兼并、收购，壮大自己的实力，从而造就一批大型的专业化房地产公司。

市场经济的发展已经证明，国与国之间的竞争主要是大企业、大集团之间的竞争。因此，我国房地产业竞争力的提高需要落实到大型房地产企业集团的培育和发展上。房地产业是一个资金密集型产业，离开了金融支持，发展大型房地产企业集团是不可想象的。在这方面，REITs 以其独有的产融结合功能，成为我国培育大型房地产企业集团，加速产业集中的重要手段和途径。

REITs 制度建立以后，一些大型的房地产企业通过发起设立 REITs，形成以 REITs 为核心的房地产投资运营模式，实现企业内部的产融结合。这类房地产企业在 REITs 金融平台的强大资金支持下，滚动发展，通过市场兼并、企业重组，迅速扩大规模，成长为一批实力雄厚、具有世界竞争力的大型集团。从而加速中国房地产业集中，提高整个房地产业的组织化程度和国际竞争力。

纵观国外的 REITs，其在税收、投资门槛以及流动性上都有较好的环境及支撑。美国、澳大利亚、日本等发达国家已建立较为完善的 REITs 运行机制，以及法律制度和税收政策。而目前我国 REITs 的投资门槛则相对较高。以

中信启航为例，其募集说明书上表示，为了确保交易前后投资者限制在 200 人以内，在进行优先级受益凭证转让交易时，每手为 5 万份，每次转让不得低于 10 手；进行次级受益凭证转让交易时，每手为 30 万份，每次转让不得低于一手。每份受益凭证面值 100 元，换算之后，根据受益权优先级的不同，每次交易金额分别不低于 5000 万和 3000 万，这对于普通投资者来说无疑是个天文数字。随着市场的不断发展，实践经验持续积累，我国在关于 REITs 的制度环境安排上将更加具有针对性，会设计出符合国情的 REITs 政策法规来。在合适的市场时点，我国的 REITs 的政策法规也将瓜熟蒂落，符合国情的标准化 REITs 产品会顺利推出。

此外，考虑制度成本和后发优势，我国引入和发展 REITs 制度，在借鉴国际上 REITs 发展的经验与教训基础上，充分考虑我国经济环境和金融市场发展实际，注意税收、财产登记等配套规则的跟进。有计划的分步骤地发展一批独立、公正、客观的信用评级机构、承销商等中介机构，让中介机构与投资者来真正承担购买企业债的风险并获取与之成正比的收益。因此，政府应该大力促进我国债券市场的发展，鼓励房地产企业通过发债来融资，通过市场客观、公正的发掘发现房地产企业债券的风险与价值。应该尽早出台房地产投资信托基金法等相关法律法规，鼓励民间资本与外资合理流向房地产等利润率较高的行业。

参考文献

- [1] 李智：《房地产投资信托 REITs 法律制度研究》，[D]，北京，中国政法大学 2005 年。
- [2] 向永泉：《房地产投资信托（REITs）：理论分析与中国实践》，[D]，厦门，厦门大学，2006 年。
- [3] 魏赛：《房地产融资方式比较与选择 - 以重庆地区为例》，[D]，西南财经大学，2007 年。
- [4] 许德凤：《住房租赁合同的社会控制》，载《中国社会科学》2009 年第 3 期。
- [5] 黄燕芬、王淳熙、张旭、陈翔云：《建立我国住房租赁市场发展的长效机制》，《价值理论与实践》，2017 年第 7 期。





□ 陈文/文

陈文律师，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。

在践行“一带一路”战略过程中的政策再调整

一带一路是一场人民战争

一带一路不仅需要国家队，更需要全民参与，打一场人民战争。不仅国企要积极参与一带一路，广大民企和混合所有制也要参与一带一路建设，不仅国家队参与大型基础设施建设和大型资源收购与兼并重组，民企也要参与中小型项目的投资和收购，更要参与推广中国文化和价值的活动，让中国的文化、生活和理念更大范围地融入国际社会。不仅有国家主办的孔子学院，更应该有多层次的、长期的、不同主题的中国文化推广和宣传活动。

需要多国共同参与一带一路

需要各个国家参与，要让各个国家知道和理解一带一路战略对所有参与国是有益处的，消除他们的恐惧心理，让他们知道参与一带一路是大有好处的，让他们真正得到实惠，他们就会主动参与其中。

吸引外国企业和机构参与一带一路

不仅与各国政府合作，更

要与各国家的企业合作，让各企业获得利益。尤其是让各国的金融机构参与其中，例如：银行，保险公司，私募基金，甚至资本市场，这样对人民币国际化大有好处。

改善与印度的关系

与印度改善关系，让印度加入一带一路。印度是中国的近邻，有11亿多人口，是个除中国之外的最大的发展中国家，与中国有许多相似之处。目前中国开展一带一路，印度也是大国，在主导亚非走廊，实际上这并不矛盾，中国的一带一路完全可以把亚非走廊融合在一起对双方都有益处。我们中国应当主动向印度进一步介绍一带



一路，并主动把印度的亚非走廊有机地融合在一起。

中国开展一带一路如果近邻印度这个大国不参与是我们的失败；如果吸引印度参与则我们的一带一路将是完善的，前途将是更光明的。改善与印度的关系，吸引印度参加一带一路并能影响一批南亚国家共同参加一带一路。

到世界各地长期宣传一带一路战略

国家不仅一年一度在北京举办有关一带一路的国际宣传峰会，也应该有组织有计划的到世界不同有代表性的国家和地区去宣传一带一路战略与政策，让更多的国家和地区了解一带一路的意义和好处。

环境保护与和谐发展

一带一路项目不仅只是资源获取型的，而且也应该是资源和环境维持型的，不能给当地国造成环境污染，否则会引起当地国人民的反对。所以，一带一路的项目应该是给当地国长期带来利益和造血机能的。不仅有基础设施的，而且还应有生产型的、高科技产品的。不仅有与政府企业合作的，而且还要与有代表性的私企的。不仅要有发展中国家的项目，而且也要重视与发达国家合作的高科技项目。总而言之，应该是多元化的，不同类型和不同国家和地区的。

要分化瓦解美国利益板块

在一带一路战略中，应特别加强与澳大利亚和加拿大的经贸关系，澳大利亚和加拿大都是地大物博，资源丰富的，在未来一带一路战略发展中都极其重要。我们要特别加强与他们的关系，这两个国家法律规范，社会秩序良好，对我们的未来资源供给极其重要。使我们的天然气、石油及各种资源供给多元化，不必单一依赖某一个国家或受制于某一个国家。

加强与日本的合作，利用美日矛盾，分化瓦解

日本的高科技产品多，日本有一亿多人口，对世界有较大影响，改善与日本的关系，促使其

对中国的一带一路多给予支持与理解。对我们在全世界推进一带一路战略，促使人民币与日元直接兑换，对铺平人民币国际化道路大有好处。美日之间也存在许多矛盾，如美元与日元国际化的矛盾，美国对日本经济与政治的控制等。我们要利用这种矛盾，分化瓦解美日的关系。

在一带一路宏大战略实施中，不管哪个国家，只要他支持我们并参与到我们中来，中国就应该积极与他合作。

应该吸引美国加入一带一路

美国是海洋国家，西有太平洋，东有大西洋，在地理位置上是历史上海上丝绸之路的延长带，无论从中国的东海往东航行，还是经南海往西穿过印度洋再到大西洋，万吨巨轮都能从中国直达美国。

商务部等三部委发布的《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》中提出：“共建“一带一路”是中国的倡议，也是中国与沿线国家的共同愿望。站在新的起点上，中国愿与沿线国家一道，以共建“一带一路”为契机，平等协商，兼顾各方利益，反映各方诉求，携手推动更大范围、更高水平、更深层次的大开放，大交流，大融合。一带一路是开放的、包容的，欢迎世界各国和国际地区组织积极参与。”

根据美国商务部的统计数据：2016 年美国与中国双边货物进出口额为 5785.9 亿美元。其中，美国对中国出口 1157.8 亿美元，占美国出口总额的 8%；美国自中国进口 4628.1 亿美元，占美国进出口额的 21.1%。美国贸易逆差 3470.4 亿美元。中美贸易总额占美国对外贸易总额的比例最高。2016 年占美国进口总额的 21.1%。除欧盟之外，中美贸易额是世界第一。所以，美国加入一代一路对中美双方经贸关系都是极其重要，并对世界各国都是非常有利的。

应该吸引加州率先加入一带一路

0 加州（state of california）是美国西部太平洋沿岸的一个州，州政府位于萨克拉门托。北接俄勒冈州，东接内华达州和亚利桑那州，南邻墨西哥，西濒太平洋。1850 年，加州成为美国第



31 州。面积 411013km²，世界知名的“好莱坞”和“硅谷”均在州内。2016 年 6 月，美国加州政府公布的数据显示：2015 年加州经济总量已经超过法国，成为全球第六大经济体。

加州有 3925 万人，2016 年加州的 GDP 为 25896.28 亿美元，加州离亚洲最近，离中国最近。加州最有必要率先加入一带一路，加州加入一带一路是海上丝绸之路在太平洋上的延续与发展。

商务部等三部委发布的《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》中提出：“共建“一带一路”的途径是以目标协调、政策沟通为主，不刻意追求一致性，可高度灵活，富有弹性，是多元开放的合作进程。”中国愿与沿线国家一道，不断充实完善“一带一路”的合作内容和方式，共同制定时间表、线路图，积极对接沿线国家发展和区域合作规划。

2017 年 6 月，加州州长布朗访华期间曾表示，加州珍惜同中国的传统友谊，加州政府长期致力于同中国地方政府积极对话与合作。加州高度赞

赏并愿积极参加共建“一带一路”，期待加强同中国地方在经贸投资、清洁技术、低碳环保等领域合作，推进人文交流，为中美关系发展作出更大贡献。

美国加州加入一带一路将会使这一伟大国际战略的实施更具广泛性和深远意义。一带一路国际战略的实施将会对全世界人民带来经济和贸易方面的促进与发展。

吸引世界各地高科技人才和科学家加入我国

在进一步深化一带一路战略之时，中国政府和企业要吸引英美及欧洲或前苏联各国的优秀科学家和高科技人才，给予优越于其国内的几倍工资待遇和生活条件。尤其是在芯片领域，飞机或汽车发动机研发及制造领域的领头人。

中国政府或企业可以在国内或其他国家和地区设立各类研究机构，推进高科技产品研发和发展。

中伦
文德



□ 李 铮/文

李铮律师，中伦文德副主任，执委会执委，“一带一路”发展战略研究院院长；荷兰阿姆斯特丹大学法学硕士，对外经济贸易大学法学硕士，北京理工大学法学学士。主要从事跨境投资法、公司法、娱乐业法、房地产法和金融法等法律服务，擅长重大交易的交易结构设计和企业法律风险控制、大型企业集团及上市公司内部治理和法律风险控制以及劳动纠纷的咨询与处理等。



□ 黎万奇/文

黎万奇，律师助理
2015年毕业于美国威廉玛丽学院美国法律体系专业，获得法律硕士学位。
本科就读于北京理工大学，获得法律和经济双学位。主要业务领域：民商事诉讼与仲裁，涉外民商事业务、公司常年法律顾问业务等。

中美贸易战危中有“机”

2017年8月，特朗普授权发起对华“301调查”，调查中国有关技术转让、知识产权和创新的法律、政策和做法。

2018年3月23日凌晨，美国对从中国进口的约600亿美元高端制造商品大规模征收25%的关税，限制中国企业对美投资并购。

2018年4月4日凌晨，美国对从中国进口的约500亿美元的1300余种进口商品加征25%的关税。

2018年4月5日，美国政府考虑对从中国进口的额外1000亿美元商品加征关税。

从去年4月份开始，美国政府以“威胁国家安全”为由，对进口产品来源国和外资企业开展了一系列调查，对进口产品采取征收保护性关税措施。自今年年初以来，又以其单方面出具的《对华301调查报告》（“报告”）内容为基础，将制裁措施集中指向中国，自3月23日至4月5日不到半个月时间连续出台多项加征关税措施对中国出口美国产品进行打压。中美贸易摩擦演变成贸易战争似乎势不可挡。日本“失落的二十年”的教训还历历在目，如今中美贸易战鼓已响，中国政府和企业必须紧抓这场战争中的机遇寻求转机，逆转战局，确立中国

在国际经济政治秩序中的新地位。

一、什么是301条款。

“301条款”是美国《贸易法》中有关对外国立法或行政上违反协定、损害美国利益的行为采取单边行动的立法授权条款。上世纪6、70年代，美国因在关贸总协定(GATT)法律框架内处置贸易摩擦无法达到预期的效果而对GATT争端解决机制失去信任。与此同时，由于欧洲和日本的经济崛起，美国对外商品贸易由顺差开始转为逆差，众多产业受到欧洲和日本商品的冲击，国会和联邦政府受到来自行业的压力，

决定采取措施保护国内市场。在此环境下，“301条款”应运而生。

“301条款”原指美国《1974年贸易法》的第301节，其标题为“回应外国政府的某些贸易做法”，后该条款几经修改与补充，现在所说的“301条款”是指经《1988年综合贸易与竞争法》第301节到319节的全部内容。其标题为：“实施美国依贸易协定所享有的权利和回应外国政府的某些贸易做法”。修改后的“301条款”适用范围更广，程序规则更严格，态度也更为强硬。

1998年11月25日，欧共体根据《1994关税与贸易总协定》（1994 GATT）第22条第1款和WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》（“DSU”）第4条，请求与美国就“301条款”进行磋商（“301条款案”）。2000年1月27日，WTO争端解决机构通过了专家组报告，认定“301条款”相关法律规定不符合WTO相关规则，美国政府随即作出一系列承诺，并对“301条款”的实施设置了前提，即“301条款”的实施必须符合世贸组织相关规则，即“美国可以发起调查，但不能根据调查结论单方面制裁别人”。

去年8月，美国发起对中国历史上第6次

“301调查”，主要调查中国有关技术转让、知识产权和创新的法律、政策和做法。今年3月23日凌晨，美国正式发布《对华301调查报告》，该报告主要依据大量美国政府行政部门或美国公司的单方面认定结论，对中国进行指责：（1）中国通过股权限制和行政许可审批程序对美方企业施压，强制技术转让；（2）中国知识产权保护不力；（3）涉及“中国制造2025”相关重要领域，如航空航天、信息和通信技术、机器人和机械等行业得到额外补贴而使美国企业在竞争中处于不利位置。

二、美国启动301条款违反了哪些国际义务？

（1）WTO最惠国待遇原则。

最惠国待遇原则是WTO中最为重要的基本原则。WTO成员一方给予任何第三方的优惠和豁免，将自动地给予各成员方。该原则涉及一切与进出口有关的关税削减，与进出口有关的规则和程序、国内税费及征收办法、数量限制、销售、储运、知识产权保护等领域。一个国家对另一个国家征收的关税不能高于这个国家对其他国家征收的关税，目前，美国单方面决定



对中国出口美国产品加税违反最惠国待遇原则，严重违背了 WTO 最基本的精神和原则。

(2) 美国在“301 条款案”中所做的承诺。

美国曾于 2000 年欧共体诉 301 案件中以“明确、正式、再次以及无条件”方式做出过“不会根据 301 调查结果采取单边措施，仅依据争端解决机构裁决做出认定”的承诺。而当下美国在对华开展“301 调查”后并未依照 WTO 争端解决程序，而是以单边实施的“301 调查”结果为依据，企图对中国出口产品采取限制措施，这一做法显然是无视自己的承诺，损害了 WTO 争端解决机构的权威性。

(3) WTO 的争端解决程序。

WTO 规定的贸易争端解决机制包括磋商、专家组和上诉机构，DSU 第 23 条要求：“WTO 成员在与其他成员发生争议时应诉诸争端解决机制，而不能做出单边决定和采取单边措施”，美国在中国出口产品未造成损害的前提下，以自己单方面调查的结论直接采取报复措施是针对他国的全面报复性措施，违背了 WTO 的争端解决程序。

三、美国发动贸易战的目的

(1) 国际社会立威。

无论是竞选时期还是上任总统后，特朗普一直以“Make America Great Again”作为自己的口号，这其实从一定程度上反应了当下美国的社会状况和民众期待。美国在二战后无论从政治、军事、经济、文化等各个方面一直是世界的霸主。美国一直以自由世界领袖的身份执掌国际秩序，将自己塑造成政治制度的典范。然而近年来，各种社会分裂、价值观冲突、民粹势力，种族对立卷土重来，阶级固化，贫富差距加大，世界笼罩在恐怖主义的阴云之下，科技的发展使资讯得以快速地传播，人们更容易被煽动。几十年来，美国社会的撕裂和民众的不安情绪似乎从未像现在这么严重过。无论是对特朗普还是对美国社会而言，重新竖立起美国的世界霸主的地位都显得至关重要。

(2) 给谈判扭转逆差拿到砝码。

尽管中美两国统计机构对于中美贸易逆差

具体数额的统计方式有出入，但不可否认的是美国对中国有千亿美元级别的贸易逆差，这个量级的贸易逆差绝不是多发行钞票就可以消化掉的，为了扭转贸易逆差，美国必须在与华贸易中先下手为强，率先拿到谈判的砝码。

(3) 打压人民币国际化势头。

随着中国国际地位和经济实力的提升，人民币国际化是不可阻挡的趋势，但是，这一定会威胁到美元作为国际货币的霸权地位。2016 年 10 月 1 日，包含中国货币人民币在内的国际货币基金组织新的特别提款权（“SDR”）货币篮子正式生效，成为新的 SDR 五种构成货币中唯一的新兴经济体货币。今年 3 月 26 日中国启动以人民币计价的原油期货合约。原油期货正式在上海国际能源交易中心挂牌交易，原油期货实现以人民币进行计价，将助力人民币国际化进程。美国通过发动贸易战，打击中国出口产业，进而影响人民币汇率，从而打压人民币国际化势头。

四、中国应对美国贸易战中的机会

(1) 战略上确立中国的新地位。

目前中国已是世界第二大经济体，已经有了一定的国际地位，尽管中国一直坚持和平发展道路，但无论称霸与否，都会遭到第一经济体的打压和忌惮，中国不是美国发动贸易战争的第一个对手，也不会是最后一个。历史的经验告诉我们与美国贸易战争战略上必须打赢，这不仅事关我国在国际社会树立新威信，也是为中国继续享有国际社会发展空间和取得更多国家支持所必须。

(2) 战术上必须重视。

美国仍是世界第一大经济体，如果贸易战确定要打，那么我们就必须严阵以待，不能轻敌。美国政客是贸易战的老手，但我们也不是无牌可打，贸易战的精准打击要掌握火候，而且必须做好牺牲的准备，在全球化的今天，任何一方即使胜利，也是杀敌一万，自损三千。我们绝不希望贸易摩擦演化为贸易战争甚至真的战争，但我们必须以备战的心态在战术上予以高度重视。



国家和深受其欺负的盟友。中国今天的“一带一路”战略，是和全球经济一体化接轨，是与其他来自多元文化的朋友一道探索一条新的和平发展道路，中国是一个崛起中的负责任的大国。从如今“一带一路”战略的初期成果可见，中国的和平发展道路是受到世界各国人民广泛支持的。在“一带一路”沿线建设中，我们也可以

（3）建设东北亚自由贸易区。

2012年年初，中日韩三国高层曾就东北亚自贸区的设置开展谈判并接近成功；4月，中日货币互换和中日之间互相持有对方国债也初步达成协议。但此时，由于钓鱼岛争端，黄岩岛争端等，这两项计划被搁置。中日韩同属儒家文化圈，商业习惯和人文民俗方面都极为相似，且因地缘优势贸易往来较欧美相比快捷便利。中日韩三国经济占世界经济的五分之一，占亚洲经济的70%，互补性很强。通过给予韩国、日本超最惠国待遇，建立中日韩自贸区乃至东北亚自贸区，降低对美国经济的依赖程度。

（4）积极改善与台湾关系，给同胞以支持。

自蔡英文不承认“九二共识”以来，两岸关系持续恶化。台湾当局提出“新南向政策”，寻求与南亚和东南亚国家开展合作，企图与大陆“一带一路”政策分庭抗礼。然而“新南向政策”实施以来，却开展缓慢，未取得良好的成效。两岸人民血浓于水，在政策上，我们可以通过优惠政策吸引更多台商来华投资，吸引更多台湾民众来大陆工作、学习。

（5）继续推进一带一路和平发展战略，寻求更多朋友和战略支点，拓展新的海外投资和出口市场。

得道多助，失道寡助。团结被美国制裁的

拓展更多新的海外投资和出口市场，与更多的国家成为盟友并建立经济合作伙伴关系。

（6）WTO法律框架下坚决回击，争取世界舆论支持。

中国商务部表示，中方已经于4月4日就美国对华“301调查”项下征税建议在WTO争端解决机制下提起磋商请求，正式启动WTO争端解决程序。中国从过去缺乏国际争端解决经验，到目前熟悉国际争端解决规则用了十几年。随着中国国际话语权的提高，我们将更加自信地使用国际规则维护自身的合法权益。

（7）必须扩大内需和投资，拉动经济，为替代进口的行业提供新机遇。

中国在应对外部压力的同时，也应该以更开放的姿态增进内部结构性改革的动力，更好地发展社会主义市场经济，从长期看，中国贸易磨擦将促使中美两国经济结构转型升级，由外向型转向内向型，为长期受到进口产品竞争压力的国内行业提供空间，这有利于我国经济长期发展，有利中美经贸关系再平衡。

贸易战对于中美两国的人民而言都是一场灾难，我们不希望和任何国家打贸易战。但如果中国的利益受到了损害，我们不得不采取一切措施来捍卫我们的利益。

中伦
文德



□ 马宏敏/文

马宏敏律师，北京市中伦文德律师事务所合伙人，诉讼与仲裁委员会副主任。中国人民大学法学学士、法律硕士。前北京市某中级法院高级法官，北京市优秀法官。房地产庭和审判监督庭近20年审判经验，办理民商事案件合计1868件。专注金融和房地产法律事务，专注争议解决和常年法律顾问事务。

王宝强离婚案二审宣判

——从司法实务角度谈谈民商事诉讼先行判决

2018年2月11日，北京市朝阳区法院对王宝强与马蓉离婚纠纷案作出一审判决：解除双方婚姻关系；婚生子由王宝强抚养，婚生女由马蓉抚养；关于财产分割问题，因财产线索较多，双方争议较大，相关事实尚待进一步查明，将依法另行处理。判决后马蓉不服提出上诉。北京市第三中级法院经审理，于2018年6月22日判决驳回上诉维持原判。

离婚诉讼通常解决三个问题：婚姻关系解除、子女抚养和财产分割。这个案子，两审法院在未对财产部分进行处理的情况下，就婚姻关系和子女问题先行作出判决。这样做，有其法律依据。

本文拟以此案为契机，从司法实务角度谈谈民商事诉讼的先行判决问题。

一、法律、司法解释依据

先行判决是相对于全部判决而言的，它又叫部分判决，是指在诉讼进行中，法院认为诉讼标的的一部分达到可裁判程度，为及时保护当事人合法权益，对已经查清的部分事实作出判决。

我国《民事诉讼法》第一百五十三条规定：“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。”

此外，2004年最高法院颁布的《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第十七条规定：当事人就部分诉讼请求达成调解协议的，人民法院可以就此先行确认并制作调解书。当事人就主要诉讼请求达成调解协议，请求人民法院对未达成协议的诉讼请求提出处理意见并表示接受该处理结果的，人民法院的处理意见是调解协议的一部分内容，制作调解书的记入调解书。该规定第一次以司法解释形式确认法院可以对当事人之间的部分争议进行先行处理。

二、司法实务中的先行判决情况

通过检索分析相关判决，司法实务中适用先行判决的情形大致分为如下几类：

（一）一方当事人迫切需要对方当事人尽快履行义务，否则将对其生产或生活产生严重的不利影响，或者造成重大损失^[1]

这一类大致包括保险合同纠纷案件，建设工程施工合同纠纷案件涉及竣工验收问题（进而涉及施工工人工资问题）的，对于赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用等进行追索的案件，等等。

例如(2015)最高民一终字第269号,上诉人浙江昆仑建设集团股份有限公司与被上诉人安徽文越投资置业有限公司、安徽省文化厅建设工程施工合同纠纷案^[2],两审法院均认为涉讼房地产项目的房屋已交付购房户两年多时间,竣工验收备案手续未办理将导致购房户长期无法办理房屋产权登记,侵害众多购房户的利益,安徽文越投资置业有限公司请求先行判决,符合本案实际。据此判决浙江昆仑建设集团股份有限公司配合安徽文越投资置业有限公司办理涉讼项目竣工综合验收及竣工验收备案的相关手续。浙江昆仑建设集团股份有限公司的本诉请求和安徽文越投资置业有限公司的其他反诉请求另行处理。

(二) 案件情况比较复杂,在法定审理期限内或短期内查清全部案件事实确有困难,可就已查清部分先行判决

例如王宝强与马蓉离婚案,因财产部分线索较多争议较大,相关事实一时难以查清,法院遂就解除婚姻关系和子女抚养问题作出先行判决,财产问题另行解决。

又如(2014)淮中民终字第0913号,上诉人唐某与被上诉人汪某离婚纠纷案,两审法院均认为,关于夫妻共同财产问题,因双方当事人对财产系夫妻共同财产还是家庭共有财产发生争议,该事实在本案中无法查清,为防止婚姻案件过分迟延,法院应对已查明的事实先行判决,对

争议部分当事人有证据可另行主张,故对双方当事人婚后共同财产在本案中不予处理^[3]。

依据《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》(法[2011]42号2011年2月18日)第二部分第二项“婚姻家庭纠纷”中,有“离婚纠纷”,也有“离婚后财产纠纷”^[4]。上面所举两个离婚纠纷案件,在先行判决作出后,因有“另行解决”、“另行主张”之语,后续再行审理,成为一件新的“离婚后财产纠纷”案件的可能性较大。

(三) 商事合同涉及合同效力对后续履行影响较大,法院从合同的后续履行角度考量,就合同效力及与合同效力相关问题作出先行判决

例如(2016)沪民终字第107号,上诉人陕西鑫隆石油设备有限公司(下称鑫隆公司)与被上诉人智义投资有限公司(下称智义公司)、傅某股权转让纠纷案^[5],两审法院经审理均认为,鑫隆公司系中外合资经营企业,根据《中外合资经营企业法实施条例》,合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效,其修改时间。合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的,须经合营他方同意,并报审批机构批准,向登记管理机构办理变更登记手续。故系争股权转让协议应办理向审批机构报批的手续,经批准后涉案股权转让事项方能生效。同时涉讼股权转让协议亦约定傅某负有向审批机构进行报批的合同义务,鑫隆公司作为股权转让的标的公司亦有协助报批义务。据此先行判决傅某和鑫隆公司履行报批义务,若傅某和鑫隆公司不履行上述义务,智义公司可自行报批。智义公司所提支付股权转让价款、赔偿已支出合理费用等其它诉请将根据股权转让协议的审批情况再行处理。

又如(2015)最高民一终字第166号,上诉人芜湖新马投资有限公司与被上诉人人



芜湖天宇建设有限公司土地使用权转让合同纠纷案，两审法院先就合同效力问题作出先行判决，确定三份涉讼协议有效。后续再行就赔偿问题做出判决^[6]。

通过对上述案例的分析可见，法院对案件作出先行判决处理，通常要符合两个条件：第一，案件部分事实已经查清，其余部分一时难以查清；第二，已经查清的事实具有相对独立性，可以与暂未查清部分分开单独审理，即二者可以分离。

三、司法实务中先行判决的后续相关问题

我国《民事诉讼法》第一百五十三条规定较为原则，就先行判决的后续相关问题没有作出规定。例如：当事人可否就先行判决提出上诉，原审法院对当事人诉请的剩余部分，是另案处理还是本案后续继续审理，如果继续处理审理期限如何确定等问题，均有待进一步规定和细化。

关于上述问题，从实操层面看，包括最高法院在内的多家法院多选择允许当事人就先行判决部分提出上诉；未判决部分，或另案处理或本案继续审理。

另案处理情形下，是两个不同的案件，或者由原审法院启动该程序，或者由当事人另行提起诉讼，法院也允许当事人就两案分别提起上诉；本案继续审理情形下，因为是两份判决书就不同的诉讼标的和请求进行判决，所以也允许当事人就两份判决书分别提起上诉。

也因此，先行判决生效法律文书具有既判力，该既判力的客观范围是判决主文中处理过的那部分诉讼标的，而非当事人在起诉状中所声明的全部诉讼标的。未判决部分不受先行判决既判力的约束。另案审理情形下，若原审法院不主动启动相关程序，当事人可以向有管辖权的法院另行起诉，这样做亦不违背一事不再理原则。

前面所举（2015）最高民一终字第166号，上诉人芜湖新马投资有限公司与被上诉人芜湖天宇建设有限公司土地使用权转让合同纠纷案，安徽省高级法院以（2013）皖民四初字第00015号

民事判决对合同效力先行判决，确认涉讼三份协议有效。芜湖新马投资有限公司不服上诉，最高法院经审理以（2015）民一终字第166号终审判决，驳回上诉，维持原判。之后，安徽省高级法院就该案损失赔偿部分进行审理并作出（2013）皖民四初字第00015-1号民事判决。芜湖新马投资有限公司仍不服上诉，最高法院经审理作出（2016）最高法民终471号终审判决。

上例中，安徽省高级法院两份判决的案号，分别是（2013）皖民四初字第00015号和（2013）皖民四初字第00015-1号。依惯例，这是同一案件在同一程序内不同处理阶段或过程的案号标识方法，所以对安徽高院而言，这是一个案件。而最高法院对应安徽高院的两个案号各不相同，因此对最高法院而言这是两个案件。可见两审法院对这个问题的认识并不一致。不做学理分析而从实务角度论，只要达到当事人实体权利和程序权利保护之目的，这些都无伤大雅。后续需要的是立法层面的继续完善和细化。

站在争议解决律师角度，对先行判决制度和实操有较深入的理解和把握，在接受客户委托后，就能够适时有有效的利用这一制度提出先行判决请求，通过法定程序使客户的部分权利先行得到确认，并为后续可能的权利的实现奠定基础。这是律师的本分之一。

注释

- [1] 李伟《该案能否先行判决》，载《山东审判》，1998年第8期。
- [2] （2015）最高民一终字第269号上诉人浙江昆仑建设集团股份有限公司与被上诉人安徽文德投资置业有限公司、安徽省文化厅建设工程施工合同纠纷案
- [3] 参见最高法院中国裁判文书网（2014）淮中民终字第0913号判决书，上诉人唐某与被上诉人汪某离婚纠纷案。
- [4] 《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法[2011]42号2011年2月18日）：二、婚姻家庭纠纷 10. 婚约财产纠纷 11. 离婚纠纷 12. 离婚后财产纠纷 13. 离婚后损害责任纠纷 14. 婚姻无效纠纷 15. 撤销婚姻纠纷 16. 夫妻财产约定纠纷。
- [5] 参见最高法院中国裁判文书网（2016）沪民终字第107号判决。
- [6] 参见最高法院中国裁判文书网（2015）民一终字第166号判决，上诉人芜湖新马投资有限公司与被上诉人芜湖天宇建设有限公司土地使用权转让合同纠纷案。最高法院（2016）最高法民终471号判决，上诉人芜湖天宇建设有限公司与上诉人芜湖新马投资有限公司土地使用权转让合同纠纷案。



□ 甄庆贵/文

甄庆贵律师，中伦文德副主任，副董事长；伊利诺伊理工大学芝加哥肯特法学院国际比较法LLM，对外经济贸易大学国际经济法专业法学硕士，北京大学法学和哲学学士。甄庆贵律师擅长公司、投融资、知识产权（含反垄断与反不正当竞争）、并购重组、企事业单位改制、外商投资、房地产开发等法律事务。



□ 周忠胜/文

周忠胜，中伦文德律师事务所律师助理；毕业于对外经济贸易大学法学院。周忠胜律师主要业务领域为知识产权、TMT和公司证券业务，曾服务过的客户涉及TMT、制造业、零售业等多个领域，目前已具备法律职业资格和证券从业资格。

从“咖啡伴侣”商标侵权案谈商品通用名称的认定

通用名称是我国商标法中比较重要的一个概念，对于通用名称的认定在商标确权和司法实践中一直以来都存在很大的争议。就商标确权程序而言，商标法第十一条第一款对通用名称注册为商标作出了以下规定：仅有本商品的通用名称、图形、型号的标志，不得作为商标注册。同时，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》等法律法规对商标确权案件中通用名称的认定作了更详细的规定。

商标法之所以规定商品的通用名称不得作为商标注册，一是因为通用名称反映了某一类商品的共同属性，从而无法起到识别商品来源的作用；二是因为通用名称如果被某一特定主体注册为商标，将会剥夺同行业其他经营者使用该通用名称的权利，侵犯了社会公共利益。通用名称能否作为商标注册，是商标确权程序要解决的问题，而在商标侵权案件中，商标权利人的商标已经是被核准注册的商标，作为被指控侵权的一方，同样可以主张对方的商标已经淡化为商品通用名称，从而作为不侵权的抗辩理由。例如，在“甌流”商标侵权纠纷案^[1]中，北京高院认为，“甌流”为注册商标，“甌流”还是特定白酒的通用名称。商标权人无权禁止他人正当使用。事实说明产品的

性质及特点而使用“北京甌流酒”字样，属正当使用。

下面笔者就以近期代理的雀巢公司诉昆明后谷咖啡因使用“咖啡伴旅”字样与其注册商标“咖啡伴侣”近似，从而构成商标侵权案件入手，谈一谈商标侵权案件中通用名称认定的几个问题。

一、商标侵权案件中通用名称抗辩的法律依据

在商标侵权案件中，通用名称抗辩的主要法律依据为《商标法》第五十九条的规定：“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。”

除此之外，对于在北京进行的商标侵权案件（例如“咖啡伴侣”商标侵权案），当事人还可以引用《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》（京高法发[2006]68号）进行抗辩。该解答第27条规定：“哪些行为属于正当使用商标标识的行为？满足本解答第26条规定要件的下列行为，属于正当使用商标标识的行为：（1）使用注册商标中含有的本商品的通用名称、

图形、型号的;……。”另外,该解答第 28 条规定:“他人将该商标文字在已通用化的范围内使用而不是作为商标使用,且不足以造成相关公众的混淆、误认的,应当认定不构成商标侵权。”

二、商标侵权案件中通用名称的认定规则

关于商标侵权案件中通用名称的认定标准,《商标法》及相关司法解释并未给出明确的规定。笔者认为,基于商标法理论上及司法实践,商标确权案件通用名称认定的相关规定同样应适用于商标侵权案件。

基于商标确权案件通用名称认定的相关规定^[2]以及司法实践中的在先判例,笔者对商标侵权案件中通用名称的认定规则概括如下:

1、通用名称包括法定的通用名称和约定俗成的通用名称两种

《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第七条规定:“人民法院在判断诉争商标是否为通用名称时,应当审查其是否属于法定的或者约定俗成的商品名称。”按照该条规定,通用名称包括法定和约定俗成两种类型。

所谓法定的通用名称,是指法律规定或者国家标准、行业标准等规范性文件确定的通用名称,如阿莫西林、阿司匹林等。此处的“法定”应该还是比较宽泛的概念,除了包括法律、行政法规外,还包括国家标准、行业标准等规范性文件。而实际上,法定的通用名称更多的是出现在国家标准或行业标准中。

所谓约定俗成的通用名称,是指相关公众普遍认可和使用的通用名称,如 U 盘、咖啡伴侣等。同时,被专业工具书、辞典列为商品名称的,可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。

与法定的通用名称相比,约定俗成的通用名称的认定,具有一定难度。但是,当事人依然可以根据案件的实际情况,通过各种渠道收集商标淡化为通用名称的证据。以“咖啡伴侣”商标侵权案为例,为证明原告的“咖啡伴侣”商标实际上已经成为咖啡用植脂末等商品的通用名称,笔者代表被告昆明后谷咖啡提交了大量证据,包括但不限于:以“咖啡伴侣”作为相关经营范围的企业主体信息、国家专利局公布的与“咖啡伴侣”有关的部分专利说明书,以及国家图书馆文献复

制证明、网页公证书、与“咖啡伴侣”有关的部分企业标准、零点调查公司做出的“咖啡伴侣”公众认知情况调查报告、行业协会及企业关于“咖啡伴侣”通用名称的说明、中国产业研究院关于咖啡伴侣行业研究的调研报告等。基于被告提交的上述证据,无论是相关行政部门(各地工商局、中国专利局),还是相关领域的学术人员,抑或是咖啡相关领域的从业人员或消费者,均认为“咖啡伴侣”为植脂末等商品的通用名称。由此可见,“咖啡伴侣”显然属于约定俗成的通用名称。

2、约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准

在一般情况下,约定俗成的通用名称是以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。所谓相关公众,是指与商标所标示的某类商品有关的消费者和与前述商品的营销有密切关系的其他经营者。在确定相关公众时,应当考虑商品性质、种类、价格等因素对其范围及其注意程度的影响。

在“咖啡伴侣”商标侵权案中,为证明“咖啡伴侣”商标实际上已经成为咖啡用植脂末等商品的通用名称,被告专门委托第三方市场调查机构,零点调查公司,对相关公众进行了调查,调查群体涉及北京、上海、广州三大主要城市,基本可以代表全国范围内相关公众的通常认识。通过本次市场调查可知,一提到“咖啡伴侣”,受访者较多的联想到奶、糖或糖类等咖啡用物品,另外有高达 87.5% 的受访者认为“咖啡伴侣”是“调解和改善咖啡口感的各种配料的统称”。因此,该市场调查结果已经足以反映出“咖啡伴侣”商标在全国范围内已经成为咖啡用植脂末等商品的通用名称。

例外情况是,对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品,在该相关市场内通用的称谓,人民法院可以认定为通用名称。比如在鲁锦案^[3]中,法院通过已查明的事实认定:鲁西南民间织锦在鲁西南地区已有上千年的历史。经过媒体的大量宣传,“鲁锦”一词已经成为以棉花为主要原料手工织线、手工染色、手工织造的山东地区独有的民间手工纺织品的统称,且被山东地区纺织行业领域内通用并被相关社会公众约定俗成的名称。在该案中,法院认为对于具有地域性特点的商品,其名称广泛性

的判断应以其特定产区及相关公众为标准而不应以全国为标准。

3、通用名称的认定应根据案件实际情况确定具体时间节点

在通用名称认定时，需要根据实际情况确定具体时间点。比如，对于将已经成为通用名称的标志申请注册为商标这种情形，如果主张该名称不应被注册为商标，则应以系争商标注册时间作为判断是否成为通用名称的时间，不应考虑注册后的事实；而对于注册后通用化的商标，新的《商标法》专门设置了无效宣告程序，这种情况下就应该提交该商标在获准注册后淡化为通用名称的证据。

在商标侵权案件中，虽然法律并没有明确规定以哪个时间点为准，但是理论上应该以被控侵权人开始使用涉案商标的时间为判断标准，也就是说，被控侵权人需要提交在其开始使用涉案商标之前，该商标就已经淡化为通用名称的证据。在“咖啡伴侣”商标侵权案中，无论是被告提供的以“咖啡伴侣”作为相关经营范围的企业主体信息，还是与“咖啡伴侣”有关的部分专利说明书、国家图书馆文献复制证明、网页公证书以及雀巢公司自身对“咖啡伴侣”的使用方式等证据，均可以证明被告在使用涉案商标之前，“咖啡伴侣”商标就已经淡化为通用名称。

4、通用名称的认定不应局限于某一具体商品，还应包括商品总类别

根据国家工商行政管理总局商标局颁布的《关于整顿酒类商标工作中几个问题的通知》（1989年2月8日）第一条，“……商品通用名称是指为国家或某一行业所共用的，反映一类商品与另一类商品之间根本区别的规范化称谓。商品通用名称的确定，主要源于社会的约定俗成。既要得到社会或某一行业的广泛承认，又要规范化。这是商品通用名称概念的最本质的特征，也是我们判定是否是商品通用名称的主要依据。商品通用名称的构成是多层次的和多元的。既有商品总类别的通用名称，又有具体商品品种的通用名称。如酒类商品总的通用名称是“酒”，按品种又可以分为白酒、黄酒、啤酒、果酒、露酒等，又有曲酒、窖酒、山楂酒、苹果酒等。总之，对是否是商品

通用名称必须具体问题具体分析，一个个地去认定，很难笼而统之的匡定。”

从上述通知内容来看，通用名称包括商品总类别的通用名称和具体商品的通用名称两种。其中，具体商品的通用名称比较多见，比如，“席梦思”就是弹簧床垫这一具体商品的通用名称。商品总类别的通用名称相对比较少，比如“咖啡伴侣”，它是相对于“咖啡”来说的，是指咖啡用植脂末、牛奶、黄油等这一类商品的总称。

5、商标权利人对其商标的使用方式会影响通用名称的认定

正常来说，商标权利人注册了某个商标，会从商标标注、商品宣传等方面对商标进行使用。但是，如果商标权利人自身不规范使用商标，则有可能导致注册商标淡化为通用名称。

再次以“咖啡伴侣”商标侵权案为例，根据原告在庭审中提交的证据，原告至今还是将“咖啡伴侣”作为商品名称使用在其商品包装上，而非商标性使用：“加入雀巢咖啡伴侣或糖，给你丰富、个性化的咖啡体验！”、“雀巢100%纯咖啡可随个人喜好加雀巢咖啡伴侣或糖。”、“在雀巢咖啡醇品中加入，雀巢咖啡伴侣，让咖啡更香浓，口感更幼滑”、“凡在本店购买任何……或者雀巢咖啡伴侣……”、“买雀巢咖啡醇品及雀巢咖啡伴侣，送雀巢咖啡心情伴侣”等等。原告的这种使用方式，进一步导致“咖啡伴侣”商标被淡化为商品的通用名称。

注释：

[1] 案号：(2007)高民终字第39号。

[2] 《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（法释[2017]2号）

第十条，“诉争商标属于法定的商品名称或者约定俗成的商品名称的，人民法院应当认定其属于商标法第十一条第一款第（一）项所指的通用名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的，应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的，应当认定为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典等列为商品名称的，可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，人民法院可以认定为通用名称。诉争商标申请人明知或者应知其申请注册的商标为部分区域内约定俗成的商品名称的，人民法院可以视其申请注册的商标为通用名称。……”最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》有同样规定。

[3] 案号：(2009)鲁民三终字第34号。





□ 王敦平/文

王敦平律师，中伦文德高级合伙人，本所风险与控制委员会委员，本所私募基金专业委员会主任，本所公司与资本市场业务领域主要合伙人之一。北京市律师协会并购与重组法律专业委员会秘书长；业务专长为私募基金业务、投融资、并购重组、公司债券、股权激励、上市公司再融资等金融及资本市场法律业务，并具有良好的财务、税务基础，具有基金从业资格。



□ 朱佳楠/文

朱佳楠，毕业于中国政法大学，获法学硕士学位。专注于私募基金、投融资、并购重组、公司债券等资本市场法律业务，具有基金从业资格。

资本全球化视域下的 CDR ——创新企业境内融资新路径探析

一、CDR 业务的出现背景

CDR 一词虽然在 2018 年迅速火遍大江南北，但事实上 CDR 概念却并非近年才首次在国内出现。中国存托凭证（CDR）的首次出现是用于满足香港上市公司的回归需求，20 世纪 90 年代中期香港红筹股进入了快速发展期，但接下来港股却进入了持续数年的低迷期，面对低迷的香港股市，很多红筹股盼望回归 A 股市场，而 CDR 正是在这一时期作为创新金融工具由红筹股公司首次提出。而在 2009 年至 2011 年上海证券交易所研究设立国际版的可行性论证过程中，CDR 作为实现路径之一也被相关各方进行过研究与论证。而在《中国人民银行 2015 年报》中，中国人民银行表示“允许符合条件的优质外国公司在境内发行股票，可考虑推出可转换股票存托凭证（CDR）”。时间进入到 2018 年，随着又一批境外红筹企业着手筹备回归国内资本市场，开始掀起海外上市企业中概股回归浪潮，值此之际，国内监管机构表示“过去以信息技术为代表的头部创新企业的境内上市路径受限于国内现有资本市

场制度以及宏观改革措施缓慢之影响，部分企业不得不选择境外上市，但是经过多年的改革与发展，我国资本市场投资者成熟度、持续监管安排和发行上市监管能力有了较大提高，基础制度全面加强，市场容量稳步扩大，开放水平进一步提高，已经具备支持创新企业境内发行上市的基础条件”。可以说，境外上市的中概股企业此时盼望回归国内市场与国内鼓励发展高技术产业、资本市场改革、加强国内资本市场与国际接轨等趋势是密不可分的。不夸张地讲，CDR 相关制度的快速构建可以说是天时、地利、人和的产物。

二、CDR 相关的基础概念

若要把握中国存托凭证（CDR）的概念，准确理解与中国存托凭证有关的以下概念就显得非常关键。

（一）存托凭证的含义

存托凭证（Depository Receipt）是指在某一国家或地区证券市场上发行与交易的可转让凭证，每份存托凭证代表一定数量的境外公司（存

托凭证发行人)的已发行股票(即基础证券)。存托凭证,又称存券收据或存股证,属公司融资业务范畴的金融衍生工具。存托凭证一般代表公司股票,但有时也代表债券。1927年,J.P.摩根公司(J.P. Morgan & Company)为了方便美国投资者投资英国的股票从而创造了存托凭证这种金融工具。

(二) 存托凭证的交易结构

存托凭证创设目的在于存托凭证发行人能够在其注册地以外的证券交易市场进行上市与交易。

存托凭证设立与交易过程中往往涉及以下几类主体:

1. 存托凭证发行人:存托凭证发行人将其已上市或拟上市的股票托管在注册地的托管机构处,并通过存托机构来签发境内存托凭证(DR)的方式在境内证券交易所实现上市交易。

2. 托管机构:托管机构一般是由存托凭证发行人注册地的商业银行担任,负责托管存托凭证所代表的基础证券。

3. 存托机构:存托机构一般是由境内商业银行担任,因此也称为存托银行。存托机构以被托管股票为基础证券,在境内的证券市场发行一定数量的存托凭证。虽然存托机构是作为存托凭证名义上的权益人,但实际上存托机构的主要作用是为存托凭证的发行人与存托凭证的持有人提供中介服务,包括帮助存托凭证发行人完成存托凭

证的发行、注册、过户和注销,代表存托凭证持有人获取分红、行使表决权等,并负责存托凭证发行人与持有人之间的信息传递工作。

4. 存托凭证持有人:境内投资人成为存托凭证的持有人一般通过以下两种方式,通过认购或通过证券市场交易以此来获得存托凭证,存托凭证的持有人是存托凭证实际上的权益人,享有存托凭证代表的境外基础证券权益。

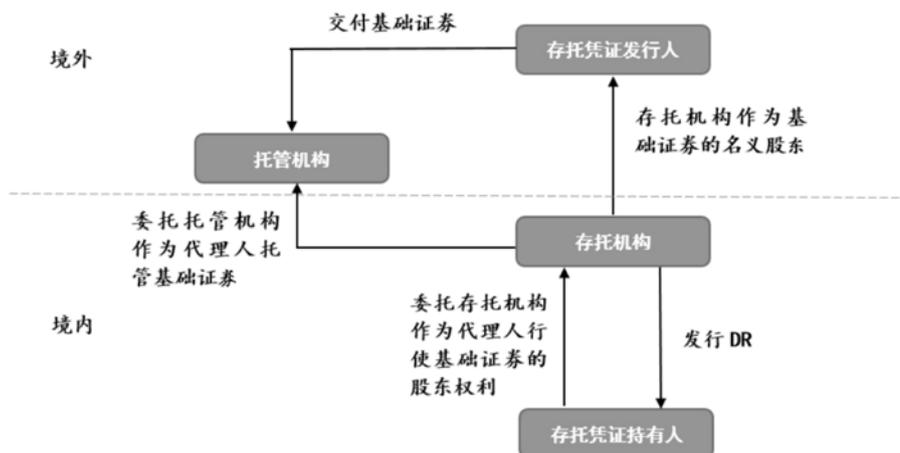
三、回归国内资本市场传统模式的风险与CDR模式的优势

境外红筹企业过去一直在积极探索回归境内资本市场的途径,但是以往的回归方式总结下来面临两大困境,首先是风险大,体现在整个回归过程中的不可控因素非常多,其次是成本高昂,既包括巨大的资金成本又包括大量的时间成本。因此,纵览整个回归过程,很容易因为突发因素导致回归失败,或者即使是回归成功了,花费的代价也是非常沉重。境外红筹企业回归国内资本市场的方式通常包括“私有化+拆除VIE结构+国内借壳上市或IPO”、“私有化+IPO”、“转借新三板回归”等方式,但是以上几种操作模式,在各个环节中都存在相应的风险。

(一) 回归国内资本市场传统模式的风险

1. 私有化环节的风险

私有化环节通常是回归过程的第一步,但即使是第一步执行起来也有非常大的不确定性。私



有化过程涉及环节众多，任何一个环节都可能会有突发问题，如董事会不同意、股东会否决或者证券监管机构不批准等，而任何一个突发问题都可能带来私有化过程失败的后果。2011年新奥混凝土董事长兼 CEO 韩先福和副董事长兼 COO 何伟力向公司发出私有化要约，结果 Rigrodsky&Long,P.A. 律所随后马上宣布以违反信托责任对新奥混凝土董事会展开调查，并寻求潜在索赔，最终导致了私有化交易终止。而在 2010 年侨兴移动私有化的过程中，由于进行股东大会投票时，参加的股东数量未达到法定人数，投票被永久性延期，侨兴移动的私有化计划也随之搁浅。

2. 拆除 VIE 结构环节的风险

在整个回归国内资本市场的过程中，拆除 VIE 结构环节的风险最大，此环节的潜在不确定因素非常多，由于 VIE 结构中牵涉的利益方众多，平衡各方利益非常困难，一旦无法实现利益平衡，就意味着无法拆除 VIE 结构，从而导致整个回归过程功亏一篑。

3. 借壳环节的风险

借壳上市虽然减少了整个回归过程的时间成本，但是借壳过程中需要考虑的因素却非常多，从哪里寻得合适的壳资源，标的对价，支付对价的方式，税收筹划以及壳公司的原有资产能否顺利剥离等，都会影响到借壳环节能否取得成功，并且近年来交易壳资源也受到了监管层的密切关注，由此看来借壳环节的风险也不小。

4. 转借新三板回归的风险

借新三板回归方式的弊端也是显而易见的，由于新三板挂牌企业属于非上市公众公司，并不能通过发行股票融资，并且其股票不能在证券交易所上市交易，因此新三板挂牌企业的融资能力和流动性较差。并且，由于 VIE 结构的存在可能会导致无法获得监管层的核准，通过增发股份的方式并购可能会导致出现股东累计超过 200 人的情形，而通过现金方式收购则挤占了公司大量资金从而可能对公司本身的经营状况构成不利影响。

5. 重新进行 IPO 的风险

利用“私有化 + 重新 IPO”的方式面临的主

要风险为私有化风险与申请 IPO 过程中的风险，刚才已对私有化的风险进行过论述，而申请 IPO 环节的风险主要在于是否能够获得监管层的批准。除了境内公司上市过程中所通常需要面临的问题，监管层对于中概股回归还会有些特别关注的问题，如退市过程的合法合规性，退市交易主体与发行人的关系，外汇使用的合法合规性，发行人股东穿透问题等，而以上问题的答案是否令监管层满意会成为能否顺利过会的关键。

(二) 采用 CDR 模式回归国内资本市场的优势

采用发行 CDR 的方式回归国内市场，大大降低了境外红筹企业回归的成本，首先资金成本大幅降低，发行 CDR 无需企业再进行私有化以及在国内购买壳资源，这就大大减少了企业的资金负担。其次，时间成本大幅降低，传统回归境内资本市场的方式，需要经历私有化、调整 VIE 结构、找寻合适的壳资源、甚至会重新进行 IPO，往往需要数年时间才能完成以上环节，而采用发行 CDR 的方式相当于避开了传统回归方式所面临的困境，会显著降低时间成本。再次，采用发行 CDR 的方式进行融资，往往不再需要对企业的经营管理结构做出巨大的调整，从而可以保持企业经营管理结构的稳定性。最后，发行 CDR 的企业可以实现同一股票在多个市场上市，能够获得更广泛的融资机会。

四、发行 CDR 需要满足的条件

随着证监会发布《存托凭证发行与交易管理办法（试行）》及《试点创新企业境内发行股票或存托凭证并上市监管工作实施办法》以及随后上海证券交易所与深圳证券交易所接连发布的《上海证券交易所试点创新企业股票或存托凭证上市交易实施办法》、《深圳证券交易所试点创新企业股票或存托凭证上市交易实施办法》等上市交易规则，我国 CDR 业务的整体框架正在形成。

(一) 哪类企业有资格成为发行 CDR 的试点企业

1. 目前对试点企业的业务领域存在特殊要求

并不是所有业务领域的企业都有机会成为试点企业，想要成为试点企业往往需要在符合国家战略的特定领域开展经营活动。根据《试点创新企业境内发行股票或存托凭证并上市监管工作实施办法》第六条规定，试点企业应当是符合国家战略、科技创新能力突出并掌握核心技术、市场认可度高，属于互联网、大数据、云计算、人工智能、软件和集成电路、高端装备制造、生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业，达到相当规模，社会形象良好，具有稳定的商业模式和盈利模式，对经济社会发展有突出贡献，能够引领实体经济转型升级的创新企业。

2. 上市与未上市的红筹企业有不同要求

(1) 已境外上市的红筹企业

已境外上市的试点红筹企业，市值应不低于 2000 亿元人民币。市值按照试点企业提交纳入试点申请日前 120 个交易日平均市值计算，汇率按照人民银行公布的申请日前 1 日中间价计算。上市不足 120 个交易日的，按全部交易日平均市值计算。

(2) 尚未境外上市的红筹企业，应符合下列标准之一：

A. 最近一年经审计的主营业务收入不低于

30 亿元人民币，且企业估值不低于 200 亿元人民币，企业估值应参考最近三轮融资估值及相应投资人、投资金额、投资股份占总股本的比例，并结合收益法、成本法、市场乘法等估值方法综合判定。融资不足三轮的，参考全部融资估值判定。

B. 拥有自主研发、国际领先、能够引领国内重要领域发展的知识产权或专有技术，具备明显的技术优势的高新技术企业，研发人员占比超过 30%，已取得与主营业务相关的发明专利 100 项以上，或者取得至少一项与主营业务相关的一类新药药品批件，或者拥有经有权主管部门认定具有国际领先和引领作用的核心技术；

C. 依靠科技创新与知识产权参与市场竞争，具有相对优势的竞争地位，主要产品市场占有率排名前三，最近三年营业收入复合增长率 30% 以上，最近一年经审计的主营业务收入不低于 10 亿元人民币，且最近三年研发投入合计占主营业务收入合计的比例 10% 以上。

D. 对国家创新驱动发展战略有重要意义，且拥有较强发展潜力和市场前景的企业除外。

3. 由证监会科技创新产业化咨询委员会对企业是否符合纳入试点企业范围做初步判断

根据《国务院办公厅转发证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见的通知》(21 号文)第三条与《试点创新企业境内发行股票或存托凭证并上市监管工作实施办法》第九条的有关规定，由证监会成立科技创新产业化咨询委员会(以下简称咨询委员会)，充分发挥相关行业主管部门及专家学者作用，

	已上市红筹企业	未上市红筹企业
行业类型	属于互联网、大数据、云计算、人工智能、软件和集成电路、高端装备制造、生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业	
企业地位	符合国家战略、科技创新能力突出并掌握核心技术、市场认可度高	
市值/营业收入/估值	市值应不低于 2000 亿元人民币	最近一年营收不低于 30 亿且估值不低于 200 亿
可替代条件		1. 具有明显技术优势，研发人员占比超过 30%，取得与主营业务相关的发明专利 100 项以上或主管部门认定为拥有国际领先与引领作用的核心技术； 2. 主要产品市场占有率排名前三，最近三年营业收入复合增长率 30% 以上，最近一年营收不低于 10 亿元人民币，且最近三年研发投入合计占营业收入的比例 10% 以上； 3. 对国家创新驱动发展战略有重要意义，且拥有较强发展潜力和市场前景。

严格甄选试点企业。

咨询委员会由相关行业权威专家、知名企业家、资深投资专家等组成，按照试点企业标准，综合考虑商业模式、发展战略、研发投入、新产品产出、创新能力、技术壁垒、团队竞争力、行业地位、社会影响、行业发展趋势、企业成长性、预估市值等因素，对申请企业是否纳入试点范围作出初步判断。证监会以此为重要依据，审核决定申请企业是否列入试点，并严格按照法律法规受理审核试点企业发行上市申请。

（二）发行 CDR 的条件

根据《存托凭证发行与交易管理办法(试行)》第五条的规定，公开发行以股票为基础证券的存托凭证的，境外基础证券发行人应当符合下列条件：

1. 《证券法》第十三条第（一）项至第（三）项关于股票公开发行的基本条件：

- （1）具备健全且运行良好的组织机构；
- （2）具有持续盈利能力，财务状况良好；
- （3）最近三年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；

2. 为依法设立且持续经营三年以上的公司，公司的主要资产不存在重大权属纠纷；

3. 最近三年内实际控制人未发生变更，且控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的境外基础证券发行人股份不存在重大权属纠纷；

4. 境外基础证券发行人及其控股股东、实际控制人最近三年内不存在损害投资者合法权益和社会公共利益的重大违法行为；

5. 会计基础工作规范、内部控制制度健全；

6. 董事、监事和高级管理人员应当信誉良好，符合公司注册地法律规定的任职要求，近期无重



大违法失信记录；

7. 中国证监会规定的其他条件。

（三）证监会对 CDR 发行的审核要求

虽然由于小米公司主动撤回 CDR 申请，最终导致小米公司没有成为首例发行 CDR 的公司，但是从证监会针对小米申请 CDR 有关材料的反馈意见来看，我们还是能够从中分析出一些监管机构的审核思路。

虽然《存托凭证发行与交易管理办法(试行)》中规定的存托凭证发行条件较为简单，但是我们从证监会针对小米申请材料的反馈意见来分析，监管机构并没有降低公司上市发行中对重要问题的潜在要求，如公司股权、同业竞争、关联交易、合法合规情况（资质、行政处罚等）、类金融业务剥离、管理层的稳定等重大法律问题，监管机构同样在小米申请 CDR 的文件中表示了重点关切。

依照《公开发行证券的公司信息披露编报规则第 23 号——试点红筹企业公开发行存托凭证招股说明书内容与格式指引》第二条的规定，境外基础证券发行人为公开发行存托凭证编制招股说明书时，应遵循中国证监会有关招股说明书内容与格式准则的一般规定以及本指引的要求。由此可见，除财务盈利要求外，证监会在审核企业发行 CDR 产品时的审核要求基本上与以往国内

企业上市的审核要求相当。

五、开展 CDR 业务需要遵循的监管要点

CDR 发行人承担的是我国证券法规监管体系中发行人的义务，需要接受证监会以及证券交易所的监督管理，应当遵循相关的监管要求。

（一）信息披露

依照《存托凭证发行与交易管理办法（试行）》第十六条规定，CDR 发行人应当依照《证券法》、证监会的规定以及证券交易所的相关业务规则及时履行信息披露义务，披露信息真实、准确，不能直接有误导性陈述与重大遗漏。

依照《试点创新企业境内发行股票或存托凭证并上市监管工作实施办法》第十一条规定，财务信息的披露要在所有重大方面公允地反映了公司的财务状况、经营成果和现金流量，并由具有证券期货相关资格的会计师事务所出具无保留意见的审计报告。第十二条规定，CDR 发行人存在股东投票权差异与 VIE 结构或类似特殊安排的应当按照相关信息披露规定在招股说明书等公开发行文件显著位置充分、详细披露相关情况，特别是风险、公司治理等信息，以及依法落实保护投资者合法权益规定的各项措施。

（二）投资者保护

依照《国务院办公厅转发证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见的通知》（21 号文）第八条规定，CDR 发行人不得有任何损害境内投资者合法权益的特殊安排和行为，投资者合法权益受到损害时，CDR 发行人应确保境内投资者获得与境外投资者相当的赔偿。应确保 CDR 持有人实际享有权益与境外基础股票持有人权益相当，由存托人代表 CDR 持有人对境外基础股票发行人行使权利。

依照《存托凭证发行与交易管理办法（试行）》第三十五条规定，法律、行政法规以及中国证监会规定对投资者保护有强制性规定的，应当适用其规定。第三十八条规定，境外基础证券发行人与其境内实体运营企业之间的关系安排，不得损害 CDR 持有人的合法权益。第三十九条规定，CDR 发行人对于投票权有特殊架构的，不得滥用特别投票权来损害 CDR 持有人的合法权益。

依照《试点创新企业境内发行股票或存托凭证并上市监管工作实施办法》第十三条规定，CDR 发行人对投资者权益保护的总体水平上应不低于境内法律、行政法规以及中国证监会规定的要求，并保障 CDR 持有人实际享有的权益与境外基础证券持有人的权益相当。

（三）外汇监管

试点企业发行 CDR 涉及的外汇监管问题主要是募集资金使用、分红、CDR 转

换等方面的外汇管理问题。依照《国务院办公厅转发证监会关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点若干意见的通知》（21 号文）第四条规定，募集的资金可以人民币形式或购汇汇出境外，也可留存境内使用。试点企业募集资金的使用、存托凭证分红派息等应符合我国外资、外汇管理等相关规定。

六、结语

国内资本市场与国际接轨是大势所趋，CDR 制度的构建为国内外资本市场的联通搭建了一座桥梁，发行 CDR 切实提供了一种可行方案，但创新企业境内融资仍是一个复杂的系统工程，目前仍然存在很多问题需要进一步加深理论与总结实践经验，期待首例 CDR 的成功发行，为业内提供更多的研究素材与实务经验。

中伦
文德



□ 王向阳/文

王向阳律师，中伦文德律师事务所合伙人，能源与环境保护专业委员会主任，业务领域：能源、自然资源、环境保护、公司并购、争议解决、信托、私募股权投资。



□ 孙 莅/文

孙莅，律师助理，业务领域：能源、自然资源、环境保护、公司并购、争议解决、信托、私募股权投资。

天然气行业反垄断行政执法研究

一、针对滥用市场支配地位的行政执法研究

近年来，反垄断成为热点话题。反不正当竞争法的修改使垄断行为与不正当竞争行为的界定更为明晰。通过检索国家市场监督管理总局以及原国家工商总局，截至 2019 年 2 月，天然气行业反垄断行政处罚共有四个案例，滥用市场支配地位的垄断行为三例，达成垄断协议一例。本节主要针对滥用市场支配地位的行政执法案例进行分析。

（一）案例简介

（1）渝工商经初字 [2014]1 号，重庆燃气集团股份有限公司通过设置工作流程与签订格式合同的方式，要求在天然气表正常显示读数上乘以“修正系数”作为最终的气量结算数据。重庆市工商行政管理局认定该行为系滥用市场支配地位，责令停止违法行为，处上一年度销售收入 1% 的罚款。

（2）苏工商案字 [2016] 第 00048 号，宿迁中石油昆仑燃气有限公司利用独家供气的垄断地位，限定开发楼盘的天然气管道安装工程必须由其承接安装。江苏省工商行政管理局认定该行为系滥用市场支配地位，责令停止违法行为，处上一年度经营额 5% 的罚款。

（3）鲁工商公处字 [2016] 第 24 号，青岛新奥新城燃气有限公司向客户收取预付气费款。山东省工商行政管理局认定该行为系滥用市场支配地位，责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度相关市场销售额 3% 的罚款。

（二）天然气行业滥用市场支配地位的表现

上述三起滥用市场支配地位的垄断行为，表现形式为《反垄断法》第十七条的一款第四、五项，“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者与其指定的经营者进行交易”；“没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件”。

国家工商总局于 2016 年 4 月 7 日发布的《国家工商总局关于公用企业限制竞争和垄断行为突出问题的公告》指明确出，当前公用企业经营中突出问题的主要表现形式有：供水、供电、供气公用企业中，强制或变相强制申请办理水、电、气入户的经营者或者消费者购买其提供的入户设备和材料；强制或变相强制用户接受其指定经营者提供的服务；强制或变相强制向用户收取最低用水(电、气)费用,强行向用户收取“用水(电、气)押金”“保证金”或者强行指定、收取“预付水(电、气)费”的最低限额；强制或变相强制用户购买保险或其他不必要的商品；水电气企业及其下属

单位或被指定的经营者的滥收费用行为。

（三）天然气行业滥用市场支配地位的认定

结合行政处罚案例，反垄断执法机关对滥用市场支配地位的认定主要按照以下步骤进行：

1、相关市场界定。《反垄断法》第十二条给“相关市场”下了定义，即经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》是界定相关市场的准则。天然气行业相关商品市场主要结合商品的特性、用途及价格等因素，考虑商品可替代性以界定。天然气行业相关地域市场，结合天然气管网运输的特点以及范围内供应商的数目综合界定。结合上述行政处罚案例，提供燃气供气服务的企业，与政府签订特许经营协议，在一定地域范围内往往拥有唯一经营者地位，因此，往往可以根据特许经营协议行使的地域范围来确定相关地域市场。

2、市场支配地位认定。是否具备市场支配地位，是判断经营者行为能否构成滥用市场支配地位的前提。《反垄断法》和《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》对经营者市场支配地位的认定因素做出明确规定。公用企业本身所具有的自然垄断属性，使得天然气供气服务客观上具有不可替代性、公益性等特点。法律层面，《城镇燃气管理条例》对经营城市天然气供气有着严格的主体资格要求；行业层面，城市公共天然气供应官网及其附属设施投资大、难度高、成本收回周期长；资源层面，天然气资源有限。综合考虑市场份额及相关市场的竞争状况、经营者在相关市场上的控制能力及其他经营者对其依赖性、其他经营者进入相关市场经营的难度，用以界定经营者的市场支配地位。

3、分析利用市场支配地位的具体违法行为。根据收集的相关证据，分析经营者利用市场支配地位的具体行为。

4、认定利用市场支配地位的行为无正当理由。

上述三个行政处罚案例，被处罚经营者的抗辩理由主要有：（1）为了确保工程质量和后期维护的方便；（2）经营者已经获得了某地域范围内天然气及相关业务的特许经营资格；（3）为避免

企业损失或规避风险；（4）其上游气源企业预收费用行为；（5）其行为与已与相对人协商并获得同意。

针对上述抗辩理由，反垄断执法机关作出分析主要有：（1）结合燃气行业的国家、地方的法律规范，如《城镇燃气管理条例》，对经营者行为是否具有法律的正当性作出判断；（2）特许经营协议对特许经营的范围作出明确约定，对经营者行为是否为特许经营的范畴作出判断；（3）经营者以自身利益为出发点转嫁风险的行为不应被支持；（4）相对人的同意是迫于经营者的市场支配地位，并非自愿。

5、分析滥用市场支配地位行为的危害。垄断行为是排除、限制竞争的行为，对扰乱市场公平竞争，并且损害消费者的合法权益。限定交易相对人的交易对象、在交易时附加不合理的交易条件，既剥夺了其他企业的公平竞争权，又剥夺了交易相对人的自主选择权。

（四）对滥用市场支配地位的行政处罚

《反垄断法》第四十七条规定滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。执法机关根据《中华人民共和国行政处罚法》中从轻或减轻处罚的规定，对滥用市场支配地位的行为在一定范围内自由裁量。

二、针对垄断协议的行政执法研究

（一）案例简介

发改办价监处罚[2018]1号，中国石油天然气股份有限公司大庆油田公司天然气分公司（下称“中石油大庆分公司”）和中国石油天然气股份有限公司天然气销售大庆分公司（下称“中石油销售大庆分公司”）与哈大齐地区13家下游CNG母站经营者达成并实施了限定转售CNG天然气最低价格的垄断协议。国家发改委认定该行为系达成垄断协议，责令停止违法行为，对中国石油天然气股份有限公司大庆油田公司天然气分公司处上一年度销售额6%的罚款，对中国石油

天然气股份有限公司天然气销售大庆分公司处上一年度销售额 6% 的罚款。

（二）天然气行业达成垄断协议的表现

由于天然气行业的垄断性，经营者往往取得一定地域范围的特许经营地位，天然气行业经营者之间达成横向垄断协议的可能性很小。截至目前，天然气行业达成垄断协议被行政处罚的公示案例仅前述一例，系经营者与交易相对人达成的纵向垄断协议。

根据《反垄断法》第十四条规定，纵向垄断协议的表现形式有：固定向第三人转售商品的价格；限定向第三人转售商品的最低价格；国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。可以看出，我国反垄断法规定的纵向垄断协议均为价格相关，此类垄断行为的执法机关为我国发改委。

（三）天然气行业达成垄断协议的认定

国家发改委对中石油大庆分公司、中石油销售大庆分公司达成纵向垄断协议的认定步骤如下：（1）限定下游 CNG 母站转售 CNG 天然气最低价格。通过召开会议、签订协议与补充协议的方式，推动最低限价付诸实施。（2）下游 CNG 母站实施了价格垄断协议。

（四）对达成垄断协议的行政处罚

《反垄断法》第四十六条规定达成垄断协议的，责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；该垄断协议尚未实施的，可以处 50 万元以下的罚款。同时规定酌情减轻或免除处罚的情形。执法机关结合《中华人民共和国行政处罚法》和《反垄断法》的规定，在一定范围内做出自由裁量。

三、天然气行业垄断行为认定的原则

垄断行为认定的原则有两种，合理原则和本身违法原则。两者侧重点不同，前者的侧重点为综合衡量行为是否合理，后者侧重点为认定行为性质。

滥用市场支配地位的认定采取合理原则。《反垄断法》第十七条列举了七种具体的滥用市场支

配地位的行为，除“以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”、“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”外，其他五种行为的构成条件均包括“没有正当理由”。拥有市场支配地位本身不违法，此基础上的“滥用”行为才是法律禁止的。反垄断执法机构权衡限制竞争带来的收益是否大于其损害，对行为是否“滥用”市场支配地位作出认定。

与之不同的是达成垄断协议。一般认为，横向垄断协议中有关限制价格、限制商品数量、分割市场的行为采取本身违法原则。纵向垄断协议采取本身违法原则。天然气行业的垄断协议为纵向垄断，只要执法机关认定该协同行为的性质为垄断协议，即可进行认定其违法。

四、天然气行业如何应对反垄断执法

天然气行业上游的“三桶油”垄断了气源，中游天然气管道运输往往具有唯一性，下游的城市燃气是传统的公用事业。天然气行业垄断行为在下游频发，表现形式为滥用市场支配地位和垄断协议。

天然气行业下游为传统公用事业，通过与政府签订特许经营协议而获得某区域的特许经营权，由此也获得相关市场的支配地位。天然气行业应当注重以下因素，避免被认定为垄断行为：

（1）企业严格按照《特许经营协议》的约定，明确特许经营权的地域范围与具体权利义务，避免构成滥用支配地位的行为；

（2）遵守燃气行业的相关法律法规，尤其是燃气经营者的责任承担，如管道燃气经营者对其供气范围内的市政燃气设施承担运行、维护、抢修和更新改造的责任；

（3）应避免将自身经济风险通过交易转移给相对人；

（4）交易相对人的被动接受不视作行为正当性；

（5）避免限定与交易相对人之间的价格。

公用事业事关广大经营者和消费者的合法权益，天然气行业的反垄断执法将进一步提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，营造公平竞争的营商环境。



□ 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，现为中伦文德律师事务所合伙人律师，中伦文德金融委员会主任，主要从事金融、房地产、IT及诉讼仲裁法律服务。

关于法定代表人承担法律风险之问题分析

我国现行《民法通则》规定：“依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人”。法定代表人对企业注册登记、生产经营、变更清算、执行生效法律文件等方面负有主要责任。由于法定代表人的特殊身份和职责，在一定条件下，法定代表人可能会就公司的行为承担相应的民事、行政或刑事责任。但这种情况，往往是因法定代表人违反法律、法规和公司章程规定，或违反忠实、勤勉义务而产生。本文对公司法定代表人可能承担的民事、行政、刑事责任以及可能受到强制措施的情形做如下分析：

一、法定代表人可能承担的民事责任

法定代表人的职务行为应由公司对外承担责任。《民法通则》第四十三条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为，承担民事责任。”根据《公司法》第一百五十条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。《公司法》第一百四十八条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级

管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”根据《公司法》第二十一条（1）、第一百四十九条（2）规定，公司实际控制人、董事、监事、高级管理人员违反忠实、勤勉义务，损害公司利益的，应当对公司承担损害赔偿责任。

二、法定代表人可能承担的行政责任

《民法通则》第四十九条规定：“企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的；（二）向登记机关、税务机关隐瞒真实情况、弄虚作假的；（三）抽逃资金、隐匿财产逃避债务的；（四）解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；（五）变更、终止时不及时申请办理登记和公告，使利害关系人遭受重大损失的；（六）从事法律禁止的其他活动，损害国家利益或者社会公共利益的。”根据上述规定以及其他相关法律规定，在某些情况下，法定代表人可能需就公司的违法、违规行为承担行政责任。除非，法定代表人可以举证证明，其对公司的行为并不知情，且主观上没有过错亦不存在失职。

三、法定代表人可能承担的刑事责任

我国《刑法》规定的某些罪名中，除了对单位进行处罚外，还可能追究“直接负责的主管人员和其他直接责任人”的刑事责任。例如，生产销售伪劣产品罪、逃税罪、侵犯著作权罪、非法经营罪等。而对于上述“直接负责的主管人员”的具体范围，虽然法律未明确规定，但是司法实践通常均将法定代表人认定属于单位“直接负责的主管人员”，并据此判定法定代表人对公司的行为亦应承担刑事责任。

四、法定代表人可能被采取的强制措施

当公司进入破产程序、被申请强制执行或欠缴税款时，在特定情形下，司法、行政机关有权对法定代表人采取相应强制措施。公司有未了结的民事诉讼或不履行法律文书确定的义务，司法机关可对法定代表人采取限制出境等强制措施。《民事诉讼法》第二百五十五条规定，“被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。”《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》第三十七条规定：“被执行人为单位的，可以对其法定代表人、主要负责人或者影响债务履行的直接责任人员限制出境。”根据上述规定，在公司因不履行法律文书确定的义务而被申请强制执行时，人民法院可以对法定代表人采取限制出境的强制措施。

如公司进入破产程序，法定代表人未经许可不得离开住所地。此外，在破产程序中，法定代表人还应承担相应义务，如妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；列席债权人会议并如实回答债权人的询问；不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员等。如公司欠缴税款，税务机关可以对法定代表人限制出境。根据《税收征收管理法》第四十四条规定，“欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。未结清税款、滞纳金，又不提供担保的，税务机关可以通知出境管理机构阻止其出境”。因此，如果公司未结清税款、滞纳金，又不提供担保的，法定代表人可能被限制出境。

综上，从现行法律法规来看，公司法定代表人在未违反上述《民法通则》、《公司法》、《刑法》以及《税收征收管理法》的情况下，无需以个人财产对公司债务承担连带赔偿责任。

此外，公司法定代表人可以采取合法、合理的方式规避风险的发生，如：在股东协议、合资合同或公司章程中增加相关免责条款；通过集体决策程序，避免风险，对于违反法律、行政法规或者公司章程的行为，应提出明确异议并记载于相关会议记录；以及建立公司设立执业责任风险保险制度等。





□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长，拥有30多年国内外保险法律和业务经验。李政明律师为多家保险集团、保险公司、保险资管、中介机构以及投资人提供法律服务，包括保险机构筹建和股权转让、常年法律顾问与合规、诉讼仲裁和保险资金运用等。



□ 何娟/文

何娟律师，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。

保险人代位求偿权之保证保险实务研究

保险代位求偿权体现了“损失补偿”这一财产保险的核心原则，其意义在于防止被保险人获得双重赔偿、弥补保险人损失以及追究第三者应当承担的民事责任。在我国市场经济条件下，随着保险产品的不断创新和发展，财产保险所涉及的范围越来越广泛，保险人代位求偿权的行使也日益普遍，而与之相关的争议也日渐增多。尤其是关于“保险人代位求偿权”的取得及保险人代位求偿权的行使等，成为我国司法、保险业以及社会有关方面重要而棘手的问题。

近年来，我国经济持续发展、信贷市场迅猛扩张、商业信用风险频繁发生，为适应金融业发展需要，保险机构迎合银行降低信贷风险的市场需求，纷纷开展各类保证保险业务。然则，我国有关保证保险领域较为系统和完善的法律法规以及司法解释迟迟未能出台，导致有关方面对该类产品的性质、法律适用产生争议。本文根据我国《保



险法》、有关司法解释和司法实践，结合我们代理保险公司承办保证保险追偿案件的情况，从实务应用的角度对

保证保险项下保险人代位求偿权的有关实务问题进行梳理和探讨，以期对司法、保险业内以及社会有关方面有所裨益。

一、关于保险人代位求偿权的行使

(一) 保险人代位求偿权行使的法律依据

主要有七项：

1.《保险法》第六十条 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。

前款规定的保险事故发生后，被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。

保险人依照本条第一款规定行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。

2.《保险法》第六十一条 保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。

被保险人故意或者因重大过失致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以扣减或者要求返还相应的保险金。

3.《保险法》第六十二条 除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第六十条第一款规定的保险事故外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。

4.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第十六条 保险人应以自己的名义行使保险代位求偿权。

5.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》第七条 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。

6.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》第八条 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。

7.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（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，以被保险人与第三者之间的法律关系确定管辖法院。

我国《保险法》第六十条赋予了保险人代位求偿的权利，最高人民法院《保险法司法解释二》进一步明确了保险人代位求偿权应以保险人自己的名义来行使，这使得保险人以自己名义行使保险人代位求偿权为司法部门所确认；而在此之前，各地法院对于保险代位权的行使名义及操作要求是不统一的。保险代位求偿权发生在保险事故因第三者的违约或者侵权而对保险标的造成损害的财产保险合同中。第三者对保险标的造成损害后，被保险人有权依据有关民事法律的规定向该第三者请求赔偿，属于保险责任的，被保险人同时也有权依据保险合同的约定向保险人请求赔偿保险金。由于财产保险以“损失补偿”即赔偿实际损

失为核心原则，为避免被保险人因行使上述两种请求权而获得双重或额外的利益，在其获得保险人赔偿的保险金后，就不应也无权再向第三者行使其原有的损害赔偿请求权，而必须将这一权利转让给保险人，由保险人代位行使。

（二）保险人代位求偿权行使的前提

我国《保险法》规定了保险人代位求偿权的含义及其行使的前提，具体分析如下：

1. 保险人与被保险人之间的财产保险合同关系是保险人代位求偿权产生的基础。

2. 保险标的需因第三者的违约或者侵权而产生损害。如果保险标的的损害不是因第三者造成的，如，保险标的为自然灾害造成的，保险人代位求偿权也就无从谈起。

3. 第三者对保险标的的损害负有向被保险人赔偿的义务。故在司法实践中，我们需要根据法律规定及保险合同的约定，在行使保险人代位求偿权之前，明确所要进行追偿的“第三者”是否为负有向被保险人赔偿义务的第三者。例如在财产保险中，保险合同中约定“保险人不得向被保险人的关联企业/公司”进行追偿；在此情形下，保险人不能向被保险人的关联企业行使代位求偿权。

4. 第三者对保险标的的损害属于保险事故。如果不属于保险事故，保险赔偿责任将不复存在，也就不存在代位求偿权的问题了。

5. 保险人已经履行了保险金赔偿义务。如果保险人没有履行赔付保险金的义务，代位求偿权也将无从谈起。保险人履行赔付保险金的同时，无需经过被保险人的权利转让即可依法取得保险人的代位求偿权。当然，在实务操作中，保险公司在履行赔付的同时或在此之前，会要求被保险人签署《权益转让书》或类似的权益转让文件，以确保保险人的追偿权利；但司法机关在审理保险人代位求偿权纠纷诉讼时通常还是以保险人赔付保险金的支付凭证作为判断保险人是否已经履行了保险金赔偿义务的判断标准。

（三）保险人代位求偿权行使的范围

我国《保险法》第六十条规定，“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。”可见，保险人行使代位求偿权的范围不得超过其实际赔偿金额的范围。

我们都知道，保险人代位求偿权的设立目的在于防止被保险人因保险事故的发生而获得双重利益，保险人也不应因行使代位求偿权而获得额外利益。因此，保险人行使代位求偿权应在其实际赔偿的保险金范围内，而不能超出其实际赔付金额向第三者行使损害赔偿请求权。

二、关于保证保险案件中代位追偿的“第三者”的确定

2014年8月10日国务院发布《关于加快发展现代保险服务业的若干意见》，将“加快发展贷款保证保险”明确其中，意在让中小企业通过投保贷款保证保险增信获得银行贷款，解决融资难、融资贵的老大难问题。实践中，保证保险的目的在于保证银行贷款安全、扩大保险公司业务、刺激国民消费、解决中小企业融资难的问题，但结果却是保险公司往往成为最后的买单者。保险人在向被保险人理赔后，如何实现自身的权益，开展追偿工作，减少损失至关重要。

保证保险合同的保险形式是，借款人向银行贷款时，借款人作为投保人向保险人投保贷款保证保险，被保险人通常为银行，保证保险合同通常约定：“投保人未能按照与被保险人签订的借款合同的约定履行还贷责任的或发生任一该合同约定的借款人违约情形，视为保险事故发生，保险人将按照保险单载明的承保比例向被保险人赔偿投保人所欠的贷款本金、贷款利息、逾期罚息、相关费用及因投保人违约给被保险人造成的损失。”一旦借款人/债务人未能按照借款合同约定按时偿还贷款，即认定为“保险事故”发生，由保险人直接向被保险人（债权人）赔付保险金。

根据我国《保险法》的规定，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。在保证保险案件中该如何理解保险人代位求偿权指向的“第三者”？在最高人民法院于适用《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》”）（2018年7月31日发布，2018年9月1日生效）前，司法实践中对于保证保险案件中“投保人”/“债务人”能否被认定为保险人代位求偿权的第三者尚存在一定的分歧。有观点认为，投保人系保险合同的一方当事人，与保险标的存在千丝万缕的关系，投保人也承担了缴纳保险费的义务等等，因此投保人不应该被认定为保险代位追偿的“第三者”。2018年7月31日发布、并于2018年9月1日生效的《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。”最高人民法院的这一司法解释彻底解决了上述争议，为保险人向投保人行使保险人代位求偿权设立了明确的司法依据，扫清了过往保险人向投保人追偿中遇到的障碍。

我们通过对自身承办的大量“保证保险”类保险人代位求偿权纠纷案件的统计分析，发现在投保人与被保险人为不同主体的情形下，投保人一般是基于某种特定的商业原因或目的为被保险人投保。在“保证保险”中，投保人是为了获得银行更大额度的授信或贷款而投保。诚然，投保人与被保险人可能具有某种特定的利益关系，但这并不能否认因投保人逾期还款、违约等原因导致保险标的损害，进而引发保险事故的情况下，投保人仍负有继续承担还款的责任和义务。如果将保证保险合同中的投保人排除在保险追偿的“第三者”之外，将使引起保险事故发生的投保人逃避赔偿责任，这显然有违该类保证保险设置的目的是，也会造成严重的道德风险，最终导致贷款保证保险制度无法维系。《保险法司法解释四》第八条的规定符合保险原理，为保险追偿理论提供了司法依据。

三、关于保证保险案件中保险人能否对第三者的保证人、担保人行使保险人代位求偿权

保证保险案件中保险人能否对第三者的保证人、担保人行使保险人代位求偿权的问题，在司

法与保险实践中也存在较大的争议。有观点认为，保险人代位求偿权的对象仅限于造成保险事故发生的“第三人”，第三人的保证人和担保人既不是保险合同的当事人，也不是造成保险事故发生的当事人，故不能成为保险人代位求偿权的追偿对象。另外，保证合同及担保合同明确约定了担保人，且抵押担保中还涉及到抵押权登记。据此，一种观点认为，只有在有关行政机关的登记中明确登记的抵押权人才能行使抵押权。另一种观点则认为，保险人承担保险责任后，在符合代位求偿权的情形下，代位取得被保险人对第三者的赔偿损失请求权；因担保权属于从权利，故保险人当然取得该从权利，保险人可以向第三者的担保人主张担保权利。对后者观点，我们表示认同。

上海市高级人民法院民事审判第五庭关于印发《关于审理保险代位求偿权纠纷案件若干问题的解答（一）》的通知（沪高法民五〔2010〕2号）

八、保险人能否对第三者的保证人行使保险代位求偿权？

答：根据《担保法》第二十二条、《物权法》第一百九十二条的规定，让与主债权时，该债权的保证债权、抵押权一并转移给受让人，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

赔偿请求权因保险代位求偿权转让给保险人时，被保险人对第三者的保证债权、抵押权等从权利一并转移给保险人，保险人可以对保证人、抵押人行使保险代位求偿权，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

我们认为，保险人代位求偿权实质上是一种法定的“债权转移”。正如上海高院的上述《解答》给出的意见，除法律另有规定或保险合同另有约定外，赔偿请求权因保险代位求偿权转让给保险人时，是一种法定的“债权转移”，被保险人对第三者的保证债权、抵押权等从权利一并转移给保险人，保险人有权对保证人、抵押人行使保险代位求偿权。

四、关于保险人代位求偿权的请求权基础及诉讼类型

（一）保险代位求偿案应根据保险人代位行

使的赔偿请求权所依据的基础法律关系进行审理，并不涉及保险合同的效力。

1. 最高人民法院关于印发《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》的通知（最高人民法院法发〔2005〕26号）第125条规定：“受理保险人行使代位请求赔偿权纠纷的法院应当仅就第三者与被保险人之间的法律关系进行审理，第三者对保险人行使代位请求赔偿权利依据的保险合同效力提出异议的，海事法院不予审查。”可见最高院的意见非常明确，即保险人代位求偿权纠纷案件应根据第三者与被保险人之间的法律关系进行审理，保险代位求偿案并不涉及保险合同的效力，法院不应对保险合同进行审查。

《上海市高级人民法院关于票据和保险纠纷案件中若干问题的意见》（沪高法民二〔2009〕15号）

9、保险代位求偿权纠纷中，保险人向第三者行使代位求偿权，第三者就保险合同本身的效力提出异议，认为该保险合同无效，保险人不应对被保险人进行保险赔付。法院是否应当审查保险合同的效力？

根据最高人民法院《关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定》第十四条：“受理保险人行使代位请求赔偿权利纠纷案件的人民法院应当仅就造成保险事故的第三者与被保险人之间的法律关系进行审理。”这虽是海商法对保险代位求偿权制度的规定，但都属于保险法的范畴，可以在陆上保险代位求偿权纠纷中参照适用。此外，保险合同是对被保险人的保障，对于第三者来说，是否承担法律责任与保险合同效力无关，而应当依据第三者与被保险人之间的法律关系确定。保险人是基于第三者与被保险人之间的法律关系提起的代位求偿之诉，如果轻易允许第三者对保险合同效力提出异议，将使得保险合同已经确定的保险责任再生变故，徒将法律关系复杂化。

最高人民法院的上述规定虽然是针对海上保险的，但对其他保险代位求偿案件也具有参照意义。上海高院的《意见》第9条对一般保险代位求偿案件中法院应否审查保险合同的问题进行了详述，上海高院认为：陆上保险代位求偿权纠纷可以参照适用最高院上述《海上保险案件规定》

的有关内容，保险合同是对被保险人的保障，对于第三者来说，其是否承担法律责任与保险合同效力无关，而应当根据第三者与被保险人之间的法律关系确定；如果允许第三者对保险合同的效力提出异议，等于允许合同外的人对合同效力提出异议，使得保险合同已经确定的保险责任再生变故，徒将法律关系复杂化。

2.2006年最高人民法院颁布的《关于审理海上保险纠纷案件若干问题的意见》也做了保险代位求偿案应就第三人与被保险人的法律关系进行审理的规定。

最高院《意见》第14条：受理保险人行使代位请求赔偿权利纠纷案件的人民法院应当仅就造成保险事故的第三人与被保险人之间的法律关系进行审理。

第15条：保险人取得代位请求赔偿权利后，以被保险人名义向第三人提起诉讼、提交仲裁、申请扣押船舶或者第三人同意履行义务为由主张诉讼时效中断的，人民法院应予支持。

第16条：保险人取得代位请求赔偿权利后，主张享有被保险人因申请扣押船舶取得的担保权利的，人民法院应予支持。

最高人民法院的这些规定都表明，保险人代位求偿案应当以第三人与被保险人之间的法律关系进行审理。

3.《保险法司法解释四》对所有保险代位求偿案件的管辖作了明确规定。

《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，以被保险人与第三者之间的法律关系确定管辖法院。

可见最高人民法院的态度很明确：所有保险代位求偿案件，均应根据保险人代位行使的赔偿请求权所依据的法律关系确定管辖，该类管辖问题与保险合同本身无关。

4.相关法理及实务分析。一是，保险人行使的代位求偿权的本质仍是被保险人对第三人所享有的赔偿请求权，保险人行使代位求偿权并不会加重第三人的责任，仅仅只是求偿主体的变化而已，保险人对第三人享有的请求权源自被保险人与第三人之间的基础法律关系，与保险合同的效

力无关；二是，第三人并不是保险合同的当事一方，依据合同相对性原理，在不损害第三人合法权益的情况下，第三人无权就合同的效力问题提出抗辩；三是，保险人在不考虑保险合同的效力或超出保险责任范围的情况下对被保险人进行理赔，并为被保险人所接受的，应视为双方对保险合同内容进行了变更，依法应为有效；四是，法院在审理保险代位求偿权纠纷案件时，对保险合同的效力进行审查没有实际意义，会造成司法资源的浪费，并可能造成前后判决相冲突的困境。同时，如法院最终否定保险人向被保险人进行赔付的有效性，从而认定保险人对第三人不享有保险代位求偿权，也并不会影响保险人对第三人所享有的诉权；因为在此情况下，被保险人向保险人出具的权益转让书可被认为是债权转让的凭据，保险人可以据此向第三人继续主张权利或通过另诉途径向第三人主张权利。而且，如果法院曾就保险人与被保险人之间的保险合同纠纷案件做出过实体判决，在保险代位求偿权纠纷案件中，法院对保险赔付的效力又再次进行实质审查并形成不一致的裁判，则势必会造成前后判决的冲突，损害司法的统一性和权威性。

总之，我们认为，根据最高法院及上海等省市高院的文件规定，保险代位求偿案件应根据保险人代位行使的赔偿请求权所依据的法律关系进行审理。

（二）保险人代位求偿权的请求权诉讼类型

保险人代位求偿权的实质为保险人代替造成保险事故发生的第三者承担责任（即保险合同约定的“保险责任”）后，代位行使被保险人享有的向造成保险事故发生并负有赔偿责任的第三者请求赔偿的权利。根据上述法律法规及理论的分析，保险代位求偿案应根据保险人代位行使的赔偿请求权所依据的基础法律关系进行审理，在此不再赘述。根据《保险法司法解释四》第七条：“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。”保险标的造成损失的基础法律关系并不局限于侵权行为，还包括合同关系等产生的损害赔偿请求权及违约赔偿请求权。

鉴此，保险人支付保险金后即取代被保险人，有权对第三者提起代位求偿权诉讼，法院应当根据被保险人与第三者之间的基础法律关系进行审理。

五、关于关于保险人代位求偿权的诉讼时效问题

诉讼时效是民事诉讼中的一项重要诉讼制度，在权利人的民事权利受到侵害后，若权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，债务人获得诉讼时效抗辩权，即在法定的诉讼时效期间届满之后，权利人行使请求权的，人民法院就不再予以保护。诉讼时效在保险人代位求偿权行使过程中是一个非常重要、同时也非常容易被忽略的问题。保险人往往重投保轻理赔、重理赔而轻追偿，很多情况下，疏于案件管理，尤其忽略案件诉讼时效的管理。一旦被追偿人以超过诉讼时效进行抗辩，将导致保险人丧失请求人民法院强制义务人履行所承担义务的权利。

我们现对保险人代位求偿权中关于诉讼时效的起算问题进行相关梳理。

1. 《中华人民共和国民事诉讼法》2009年修订）第一百三十五条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

2. 《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

3. 最高法民一庭明确民法总则与民法通则有关诉讼时效的规定适用规则（摘自《民事审判指导与参考》2017年第4辑（总第72辑）

问：民法总则实施前，已逾民法通则规定的2年诉讼时效期间但未满3年，权利人起诉应否予以保护？

答：……再次，权利人的权利受到损害的事实，发生在民法总则实施之前，按照民法通则的规定诉讼时效期间在2017年9月30日前已经届满的，义务人已经确定取得了不履行义务的诉讼时效抗辩权，该抗辩权不因民法总则施行而消灭。另外，按照民法通则规定诉讼时效期间在2017年10月1日前尚未届满的，义务人的诉讼时效抗辩权系在民法总则施行后产生，基于新法施行及新法关于

诉讼时效规定有利于保护权利人等因素考虑，此时民法总则关于诉讼时效规定产生溯及力，不再适用民法通则相关规定。

4. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（二）

第十六条第二款 根据保险法第六十条第一款的规定，保险人代位求偿权的诉讼时效期间应自其取得代位求偿权之日起算。

5. 北京市高级人民法院民一庭《关于〈民法总则〉实施后适用诉讼时效制度的参考意见》

第三条《民法总则》有关诉讼时效期间的溯及力问题第（二）款普通诉讼时效的溯及力问题 权利人之权利受到损害的事实发生在2017年9月30日之前，自权利人知道或者应当知道其权利受到损害以及义务人之日（以下简称诉讼时效起算之日）起至2017年10月1日超过二年的，诉讼时效期间已届满，不因《民法总则》的施行而变更；尚未超过二年的，其向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。

北京市高级人民法院民一庭《关于〈民法总则〉施行后适用诉讼时效制度的参考意见》明确了《民法总则》实施后使用诉讼时效制度的相关规则，对诉讼时效的适用具有十分重要的参考意义，其中关于《民法总则》与《民法通则》诉讼时效的衔接问题与最高法民一庭在《民事审判指导与参考》2017年第4辑中“关于《民法总则》与《民法通则》有关诉讼时效的规定适用规则”一致，即：权利人之权利受到损害的事实发生在民法总则施行之前，按照《民法通则》的规定诉讼时效期间在2017年9月30日之前已经届满的，义务人已经确定取得了不履行义务的诉讼时效抗辩权，该抗辩权不因《民法总则》的施行而消灭。但按照《民法通则》的规定诉讼时效期间在2017年10月1日尚未届满的，义务人的诉讼时效抗辩权系在《民法总则》施行后产生，基于新法施行及新法关于诉讼时效的规定有利于保护权利人等因素考虑，此时《民法总则》关于诉讼时效的规定应产生溯及力，不再适用《民法通则》的相关规定。

如前所述，我们认为，保险人代位求偿权纠纷的诉讼时效亦应当遵循上述原则，即：

1. 保险人取得保险人代位求偿权发生在《民

法总则》施行之前，按照《民法通则》规定的诉讼时效期间在2017年9月30日之前已经届满的，适用《民法通则》规定的诉讼时效。

2. 保险人取得保险人代位求偿权发生在《民法总则》施行之前，但按照《民法通则》的规定诉讼时效期间在2017年10月1日尚未届满的，适用《民法总则》规定的诉讼时效。保险人在行使保险人代位求偿权的过程中，务必要做好案件诉讼时效的管理工作，避免因为超过诉讼时效而带来不必要的损失。

六、对保险公司做好保证保险代位求偿案的工作建议

近年来一些中小企业出现资金链断裂，银行贷款逾期等情况，保证保险案件的赔付率随之不断攀升，保险公司出现大量的保证保险追偿案件。我们为保险公司代理了大量的保证保险类案件，在承办实务中发现，保证保险代位求偿权案件存在被告下落不明、办案周期长、程序复杂、诉讼成本高等问题。有鉴于此，我们试对保险公司的保证保险追偿工作提出相关建议。

（一）做好理赔时的信息调查工作

在保险理赔阶段，保险公司理赔人员应与被保险人进行耐心、细致的沟通，对投保人、债务人、担保人的完整信息进行充分调查，包括但不限于对相关还款义务人的基本身份信息、财产状况等进行调查，为后续追偿工作打好良好的诉讼基础。

（二）加强追偿前的评估工作

在案件理赔阶段调查的基础上，结合案件的实际情况，对案件的追偿价值进行诉讼前的评估分析，确定案件是否有进行诉讼追偿的价值。根据评估确定的追偿价值，确定下一步的工作方案。

（三）对确有追偿价值的案件的处理

1. 就有还款意愿的债务人、担保人或尚在经营的债务人、担保人，可以通过协商还款的方式进行处理。

2. 投保人仅就部分债务投保保证保险的情况下，如果被保险人（如银行）已经全额起诉债务

人及其担保人，可以根据被保险人的案件进展情况，与被保险人协商，要求被保险人变更诉讼请求（将保险人已经理赔的部分剔除），或直接通过与被保险人签订债权转让协议的方式，加入到被保险人与债务人之间的执行案件中，成为案件的执行申请人，节约诉讼成本。

3. 投保人仅就部分债务投保保证保险的情况下，如果被保险人仅就保险人理赔金额以外的债务起诉债务人及其担保人，保险人可单独提起保险人代位求偿权之诉，进行诉讼追偿。

（四）对无追偿价值的案件的处理

对确无追偿价值的案件，建议可以放弃追偿，或与被保险人签订相关协议，约定由被保险人全权、全额负责案件的追偿工作，待被保险人追回欠款，扣除被保险人的相关债权及费用后，将剩余部分直接支付给保险人。这样可以节省因诉讼追偿工作造成的大量诉讼成本。

实践中，一些被保险人（银行）将不良贷款打包转让给资产管理公司。我们认为，保险机构在处理确无追偿价值的保证保险追偿案件时，亦可借鉴上述处理方式，甩掉包袱，避免诉累。

（五）处理中的注意事项

1. 保险人应在理赔前与被保险人就保险人有权选择直接加入执行程序的相关事宜进行有效沟通，并签订书面承诺，要求被保险人在其案件的执行阶段能够配合完成执行阶段的债权转让程序（以达到执行法官的要求为准）。

2. 在直接加入执行程序这一方案中，需与执行法官进行有效的沟通。

3. 当选择直接由被保险人全额主张权利，全额申请执行时，应当注意与保持被保险人的及时沟通，以追踪债务人、担保人的财产执行动向。

我们认为，保证保险案件中的保险人代位求偿权具有普通财产保险案件保险人代位求偿权的共性，亦具有其自身的特殊性；保证保险案件代位求偿权的行使，对保险人、投保人、被保险人的利益至关重要，保险业内、与之相关企业乃至司法部门，都应重视和关注，以促进我国保证保险制度的健康有序发展。



□ 刘培峰/文

刘培峰律师，中伦文德律师事务所合伙人，兰州大学法律硕士，中伦文德破产重组法律专业委员会主任，中伦文德税法专业委员会副主任，北京多元调解发展促进会调解员，北京山东企业商会理事。主要专业领域为：公司证券、金融、房地产与建设工程，及商事争议解决。尤其擅长公司破产重组、公司解散与清算、公司并购重组、私募基金设立与运行、债券发行等领域的法律业务。



□ 李宇凡/文

李宇凡律师，中伦文德律师事务所律师助理，北京师范大学法学学士、经济学学士。主要专业领域为公司证券、金融、房地产与建设工程，及商事争议解决。

破产管理人如何接管债务人

《中华人民共和国企业破产法》(下称“《企业破产法》”)第二十五条规定了破产管理人(或称“管理人”)接管债务人的职责,但并无关于管理人如何接管债务人的具体规定,除此之外,也没有其他法律、法规对管理人接管债务人相关事宜进行统一规范。实务中,因债务人类型、人民法院要求等存在差异,管理人在接管债务人过程中容易出现各种问题,进而影响破产程序的推进。笔者在借鉴相关法律规定的基础上,结合长期从事管理人工作的实务经验,分析管理人应当如何规范高效地接管债务人,以期为读者提供有益的借鉴。

一、破产管理人

(一) 破产管理人的概念

破产管理人又称管理人,通常是指由人民法院指定的,在人民法院及相关主体的监督之下接管债务人企业并负责调查、管理、处分债务人财产,决定债务人内部管理、日常开支,代表债务人参加诉讼、仲裁,提议召开债权人会议等法定职责的专门机构。

破产管理人有广义和狭义之分。广义的破产管理人是负责破产清算、和解、重整三个程序中负责债务人财产管理和其他事项的机构的统称。狭义的破产管理人则专指在破产程序中,全面接管债务人并负责其财产清算分配的机构。我国《企业破产法》舍弃了《中华人民共和国企业破产法(试行)》中的清算组称谓,改采广义的破产管理人概念。^[1]

(二) 破产管理人的产生

破产管理人并非一种长期固定职业,而是一种临时性的职位。在破产程序开始时,管理人接受专门指定并依法履行职责,在破产程序终止时或重整计划执行监督期满时自动退出。根据相关法律法规及规范性法文件的规定,破产管理人的产生,有以下几个条件:

1、符合管理人的任职资格

管理人在破产程序中处于重要地位,其任职资格关系到破产程序能否顺利进行,因此对管理人任职资格的规定十分重要。管理人任职资格可分为积极资格和消极资格。积极资格是指具备什么条件可以担任破产管理人,消极资格则是指在

何种情况下不能担任管理人。^[2]

关于管理人任职的积极资格,《企业破产法》第二十四条第一款和第二款规定:“管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。人民法院根据债务人的实际情况,可以在征询有关社会中介机构的意见后,指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人”。

关于管理人任职的消极资格,《企业破产法》第二十四条第三款规定,不得担任管理人的情形包括:(1)因故意犯罪受过刑事处罚;(2)曾被吊销相关专业执业证书;(3)与本案有利害关系;(4)人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。其中,第一项和第二项是对管理人道德操守、专业能力等方面的要求,第三项强调管理人的中立性,在行使职权过程中不倾向任何一方。

最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》(下称“《指定管理人规定》”)对其“利害关系”进行了界定。《指定管理人规定》第二十三条规定:“社会中介机构、清算组成员有下列情形之一,可能影响其忠实履行管理人职责的,人民法院可以认定为企业破产法第二十四条第三款第三项规定的利害关系:(一)与债务人、债权人未了结的债权债务关系;(二)在人民法院受理破产申请前三年内,曾为债务人提供相对固定的中介服务;(三)现在是或者在人民法院受理破产申请前三年内曾经是债务人、债权人的控股股东或者实际控制人;(四)现在担任或者在人民法院受理破产申请前三年内曾经担任债务人、债权人的财务顾问、法律顾问;(五)人民法院认为可能影响其忠实履行管理人职责的其他情形。”同时,《指定管理人规定》第二十四条规定:“清算组成员的派出人员、社会中介机构的派出人员、个人管理人有下列情形之一,可能影响其忠实履行管理人职责的,可以认定为企业破产法第二十四条第三款第三项规定的利害关系:(一)具有本规定第二十三条规定情形;(二)现在担任或者在人民法院受理破产申请前三年内曾经担任债务人、债权人的董事、监事、高级管理人员;(三)与债权人或者债务人的控股股东、

董事、监事、高级管理人员存在夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系;(四)人民法院认为可能影响其公正履行管理人职责的其他情形。”

因此,可以看出,《企业破产法》第二十四条的“利害关系”是包含债权债务关系、雇佣关系、合伙关系、合作关系、亲属关系等影响或可能影响管理人忠实履行管理人职责的各种社会关系。

《企业破产法》第二十四条第三款第四项是一项兜底条款,由法院自由裁量。《指定管理人规定》第九条对此进行了具体的规定:“社会中介机构及个人具有下列情形之一的,人民法院可以适用《企业破产法》第二十四条第三款第四项的规定:(1)因执业、经营中故意或者重大过失行为,受到行政机关、监管机构或者行业自律组织行政处罚或者纪律处分之日起未逾三年;(2)因涉嫌违法行为正被相关部门调查;(3)因不当履行职务或者拒绝接受人民法院指定等原因,被人民法院从管理人名册除名之日起未逾三年;(4)缺乏担任管理人所应具备的专业能力;(5)缺乏承担民事责任的能力;(6)人民法院认为可能影响履行管理人职责的其他情形。”

因此,管理人的任职首先要满足管理人任职资格,管理人任职资格是管理人产生的前提。

2、编入管理人名册

管理人名册制度是指由高级人民法院或者中级人民法院根据社会中介机构和个人申请,并经人民法院评审委员会审定通过,将公示期满后审定的管理人名册上报备案,并以此作为以后法院在破产案件中指定管理人的基本依据的一项制度。^[3]我国在《指定管理人规定》中确立了管理人名册制度。法院根据执业业绩、专业程度、具备从业资格人员数量进行指定,保证破产案件的质量;需要注意的是,管理人名册是动态调整的,人民法院可以对管理人名册进行适时调整,因此,未列入管理人名册的机构和个人在符合管理人条件之后仍有可能被编入,而已编入的管理人也有可能被除名。正式被编入管理人名册需要以下步骤:

第一,申请。人民法院将编制管理人名册的有关事项进行公告,符合法律法规规定的任职资格的人可以申请编入。《指定管理人规定》第六条、

第七条、第八条对编入管理人名册的申请材料进行了详细的说明。

第二，评审。根据《指定管理人规定》，编制管理人名册的人民法院应当组成专门的评审委员会，决定编入管理人名册的社会中介机构和个人名单。评审委员会成员应不少于七人。人民法院根据评审委员会评审结果，确定管理人初审名册。

第三，公示。人民法院应当将管理人初审名册通过本辖区有影响的媒体进行公示，公示期为十日。公示期满后，人民法院应审定管理人名册，并通过全国有影响的媒体公布，同时逐级报最高人民法院备案。

3、经人民法院指定

《企业破产法》明确规定，人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。但实践中，对于需要以竞争方式选择管理人的情形，如根据“同时”的文义要求推迟受理时间，则难以满足中止诉讼、执行、对抗保全措施等具有紧迫性的合理诉求。综合来看，法院裁定受理破产案件与指定管理人为两项不同的工作，且依据立法，中止诉讼、执行、对抗保全措施等不以管理人提出申请为条件，因此，在以竞争方式选择管理人的情形，不必严格要求法院在裁定受理破产申请的同时指定管理人。^[4]

(1) 管理人的指定权限

根据《企业破产法》，一方面允许人民法院指定管理人，另一方面也允许债权人会议在认为管理人不能依法履行职责时申请人民法院更换，这样不仅最大程度维护了利益相关者的利益，同时也提高了破产程序的效率。

(2) 管理人的指定方式

《指定管理人规定》规定了人民法院指定管理人的三种方式，即随机、竞争和接受推荐，对此，笔者已在《破产管理人是否应当在公告之外另行通知已知债权人申报债权》及《律师在企业破产案件中的作用》两篇文章中进行过详细论述，此处不再赘述。

(三) 破产管理人的职责

我国《企业破产法》采用的是广义的管理人概念，管理人职责不仅在破产清算程序中体现，

同时在破产和解、重整程序中适用，这体现了管理人功能的多重性，是由破产程序的复杂性和多元性决定的。

管理人的职责具有法定性。我国《企业破产法》第二十五条明确规定了管理人的职责，即：(1) 接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；(2) 调查债务人财产状况，制作财产状况报告；(3) 决定债务人的内部管理事务；(4) 决定债务人的日常开支和其他必要开支；(5) 在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；(6) 管理和处分债务人的财产；(7) 代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；(8) 提议召开债权人会议；(9) 人民法院认为管理人应当履行的其他职责。除了《企业破产法》第二十五条是对管理人职责的专门规定外，《企业破产法》的其他条款以及相关司法解释、法规等也存在对管理人职责的规定。值得注意的是，在重整程序下，管理人一般行使的是监督权。根据《企业破产法》第七十三条，在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。立法对管理人职责的明确规定，有利于协调破产程序参与人的利益，确保管理人的中立地位。

同时，《企业破产法》明确了管理人的责任，其中第二十七条规定，管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务；第一百三十条规定，管理人未依照本法规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。法律不仅赋予了管理人全面接管债务人的权利，同时也明确规定了管理人的义务与责任，防止管理人失职和滥用职权。

二、破产管理人对债务人的接管

(一) 破产管理人接管债务人的法律依据

管理人被人民法院指定后，要全面接管债务人的财产、资料以及相关事务，这是破产程序顺利进行的前提，对于保护债权人的利益具有重要作用。

《企业破产法》第二十五条规定了管理人应

当履行的职责，其第一款即规定了管理人接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料的职责。《注册会计师承办企业破产案件相关业务指南(试行)》第二章规定了注册会计师作为管理人时的职责，其中，第五条第一项第一款规定，注册会计师受人民法院指定担任管理人，接管债务人财产并进行管理为其主要职责之一。

接管债务人是管理人的法定职责，因此，在破产重整期间，债务人自行管理的，管理人已接管债务人的事务也应当移交给债务人，由债务人自行管理，在管理人变更时，原管理人也应当向新任管理人移交其接管的全部财产、资料及相关事务。《企业破产法》第七十三条规定，重整期间债务人自行管理的，已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交，法律规定的管理人职权由债务人行使；根据《企业破产法》第八十九条，重整计划被人民法院裁定批准后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务；《指定管理人的规定》第三十七条规定，人民法院决定更换管理人的，原管理人应当自收到决定书之次日起，在人民法院监督下向新任管理人移交全部资料、财产、营业事务及管理人印章，并及时向新任管理人书面说明工作进展情况。原管理人不能履行上述职责的，新任管理人可以直接接管相关事务。

(二) 破产管理人接管债务人之前的准备

参考江西省律师协会破产与清算专业委员会发布的《管理人接管破产企业操作指引》(下称“《管理人接管操作指引》”),结合笔者长期从事管理人工作的实务经验,笔者认为,管理人接管



债务人的前期准备主要包括以下几方面:

首先,申请调阅债务人相关材料。管理人领取人民法院的指定管理人通知书后,应当听取

人民法院对本项目的指示,申请调阅包括破产申请书、财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、审计评估资料以及职工工资支付和社会保险费用缴纳情况等债务人的相关卷宗。

其次,刻制管理人印章,开设管理人账户。管理人应凭人民法院的民事裁定书、指定管理人通知书等文书按照国家相关规定刻制管理人印章,开设管理人账户,以便后续企业接管、破产工作的开展。

再次,了解债务人基本情况。管理人在接管债务人前应联系债务人的法定代表人或实际负责人,让其通知企业生产、财务、劳资用工等相关责任人员向管理人介绍债务人的生产经营、资产负债、劳动用工等有关基本情况。

另外,设立专门的管理人办公室。基于破产程序的长期性和复杂性,管理人应当考虑在债务人办公地址或就近设立管理人办公室的问题。一方面,设立专门的管理人办公室,可以方便管理人的工作,提高工作效率;另一方面,若债务人在外地或距离管理人的单位较远,到债务人办公地址驻场办公几乎是唯一的选择。

根据笔者长期从事管理人工作的实务经验,在债务人办公地址或就近设立管理人办公室的过程中,在选择大小适中、舒适卫生办公场所的同时,尤其需要注意办公场所的安全性、私密性。笔者一般的做法是,管理人办公室的房门要更换为防盗门;管理人办公室的门锁要由管理人来更换并由管理人保存所有钥匙;管理人办公室的门口要安装24小时监控;管理人办公室的窗子外要安装保险窗;管理人办公室要配备专门的保险柜、打印机等。

最后,确定召开交接工作会议的相关内容,并召集交接工作会议。管理人应根据初步了解的债务人状况,确定召开交接工作会议的时间、地点、相关参会人员,并通知债务人的法定代表人或实际负责人。根据交接工作会议通知,由管理人负责人召集管理人成员和债务人的法定代表人、生产负责人、法务负责人、财务负责人、劳动人事负责人等相关人员召开交接工作会议。

会议的主要内容为:管理人向债务人的有关

人员宣讲破产法律政策，说明破产管理人的职责和债务人相关人员的法定义务及责任；听取债务人有关人员介绍债务人情况，初步调查债务人的现状：其中主要包括对债务人基本情况、合同情况、诉讼仲裁情况、财产情况、出资情况、劳动用工情况等的调查；商定交接的对口人员、交接步骤、交接程序等具体事宜；向债务人的有关人员送达接管告知书，告知书详细列明管理人拟接管的内容，进行先期的交接指导；要求债务人按照接管告知书做好财产清理、账簿文书资料整理等交接的准备工作。

（三）破产管理人接管债务人的主要工作

1、接管内容

根据《中华全国律师协会律师担任破产管理人业务操作指引》（下称“《律师任管理人操作指引》”）、《管理人接管操作指引》，结合笔者长期从事管理人工作的实务经验，笔者认为，管理人接管债务人的主要工作有以下几方面：

（1）接管债务人的印章、证照、财务资料等文书资料

首先，关于接管债务人的印章。根据《管理人接管操作指引》，管理人应最先办理印章的接管工作，避免印章在接管前被滥用以至于给此后的债权审核等工作带来不必要的困难。管理人应接管的印章包括但不限于债务人的公章、财务专用章、合同专用章、发票专用章、海关报关章、法定代表人名章、部门印章、分支机构印章等全部印章。

管理人应通知债务人法定代表人收集整理全部印章，再用印章在 A4 空白纸上按顺序盖上印样并一一编号。移交后，由法定代表人（或保管人）和管理人小组接管人员在移交清单上签字确认。此外，管理人应到工商行政管理部门及公安机关提取债务人印章登记备案的印样，核对一致性。

其次，关于接管债务人的证照。应接管的证照包括但不限于法人营业执照、分公司营业执照、税务登记证、企业代码证、经营许可证、报关证、法定代表人登记证、贷款证、企业信用等级证（包括正副本和电子文本）等，债务人法定代表人（或

保管人）和管理人接管人员在证照移交清单上签字确认。

第三，关于接管债务人的财务资料。包括但不限于财务报告、会计账簿、会计凭证、银行票据、税务资料、其他会计资料、审计检查资料、评估资料、验资资料等，债务人的财务负责人与管理人接管人员逐项进行移交并制作财务资料移交清单，详细记录交接事项，双方签字认可。

第四，关于接管债务人的人事资料。管理人应接管的员工人事档案包括但不限于职工花名册、劳动合同、用工手续、劳动保险、职工联系方式等，债务人的人事负责人整理归类后移交给管理人接管人员，并填写移交清单，双方签字确认。

第五，关于接管债务人的其他文书资料。包括但不限于主管部门设立批准文件、公司章程、股东协议、验资证明、各种会议记录、对外合同、公证文书等法律文书及各类决议、管理系统授权密码，上述文书资料由债务人的行政办公系统管理人员全面收集，逐项移交至管理人接管人员，并填写移交清单，双方签字确认。

最后，管理人应通知债务人法定代表人或负责人应整理诉讼（含仲裁）案件明细，主要载明，诉讼当事人、受理法院、案由、诉讼标的、基本案情简介、诉讼所处阶段等，并按案件明细，收集诉讼证据、法律文书等涉及诉讼的各类资料移交至管理人接管人员，之后双方制作相关接管清单并签字确认。

应注意，管理人应当在接管过程中要求债务人相关人员提供资料原件，对只提供复印件的应当要求相关人员如实陈述并记载。

（2）接管债务人的资产

首先，管理人应接管的不动产包括但不限于土地使用权、房屋所有权、在建工程等，应由债务人法定代表人或实际负责人带领管理人现场查验，填制移交清单，并将相关权证文书移交给管理人，双方签字认可。另外，为查明不动产的权属和权利限制，管理人应前往房产、土地管理部门查询证书的真实性、有效性以及不动产权利限制情况。

其次，管理人应接管的动产包括但不限于机

器设备、存货、办公设备用品、交通设备等，此项工作应由债务人的法定代表人及有关负责人（财务人员或仓库保管员）按照企业会计帐册、设备、存货库存清单等资料记载内容制作盘点表，管理人依据盘点表指派其成员与债务人相关人员进行现场实物清点，根据清点情况，在盘点表的基础上双方编制动产移交清单，并签字认可。需要注意的是，针对不同行业不同类型的债务人，其动产情况可能不同，有的企业动产数量庞大，因此，管理人在此环节往往会消耗巨大的人力、时间等成本，影响破产程序的进程。为此，应提前做好与债务人的沟通工作，要求其配合管理人盘点，提前将盘点表按一定逻辑制作完成，提前熟悉相关财产的信息，在盘点时提高效率，推进破产程序的进程。

第三，管理人接管交通设备时应将交通设备的发票、行驶证、保险单、养路费票证、车船使用税完税证一并接管，如有需要管理人可到车辆管理部门查询车辆登记档案。

第四，管理人应接管的货币资产包括但不限于库存现金、银行存款、其他货币资金等。银行存款的接管，除资金外还包括基本存款账户、一般存款账户和专用存款账户的开户银行、账户、密码；其他货币资金主要是指外部存款、银行汇票存款、银行本票存款、信用卡存款、信用证外部保证金存款、住房资金管理中心所存的房改售房款等。管理人对库存现金应盘点移交，对银行存款、其他货币资金等到相关金融机构或部门进行核实，并根据盘点、核实情况制作移交清单，由双方签字确认。

第五，管理人应接管的有价证券包括但不限于应收票据（商业承兑汇票、银行承兑汇票）、基金、债券、股票等。债务人的法定代表人、财务负责人以及管理人应在管理人制作的移交清单上签字确认。

第六，管理人应接管的对外投资包括但不限于非公司企业出资、有限责任公司股权、非上市公司股份、合伙型（或合同型）联营投资权益等。管理人接管对外投资时，应要求债务人相关人员提供对外投资合同、协议、货币、实物、技术等出资情况和股权证书等相关投资证明资

料。债务人的法定代表人、财务负责人以及管理人应在管理人制作的移交清单上签字确认。

第七，管理人应接管的债权包括但不限于应收账款、其他应收款、预付账款等。债务人相关人员应提供相关文书资料。债务人的法定代表人、财务负责人以及管理人应在管理人制作的移交清单上签字确认。

第八，管理人应接管的无形资产包括但不限于著作权、专利权、商标权、商业秘密权（即经营秘密权和技术秘密权）、专有技术权、及其他特许权，由债务人的法定代表人和相关负责人对相关权证及附属文书、图纸等资料进行整理移交，管理人制作移交清单，双方签字确认。

（3）接管债务人的债务

管理人应接管的债务包括但不限于短期借款、应付票据、应付账款、预收账款、应付职工薪酬、应交税款、应付利息、应付股息、其他应付款等流动负债和长期借款、应付债券、长期应付款等长期负债。对债务人的流动负债和长期负债，债务人财务负责人与管理人应按照债务清册、财务会计帐册等资料记载内容逐项进行移交并制作债务移交清单，详细记录交接事项，双方签字认可。

根据《管理人接管操作指引》第二十七条，管理人完成对债务人的接管后，应向人民法院报告交接工作完成情况，并报送相关移交资料一份。笔者在长期从事管理人工作的过程中，在接管完毕后，均会向人民法院提交接管报告汇报接管工作情况，并且在接管期间，会根据接管情况随时向人民法院报告接管工作情况，以便人民法院及时了解破产程序的进展，推动破产程序顺利进行。

2、接管债务人的时间

关于接管债务人的具体时间，相关法律法规及规范性文件均没有明确的规定，但接管债务人作为管理人正式履行职责的首要任务，应当及时办理。值得注意的是，《北京市高级人民法院企业破产案件审理规程》规定了受理破产申请后管理人的相关工作，其第四十九条对管理人接管债务人财产的时间进行了规定：人民法院指定管理人后，管理人应当及时接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料。管理人接管债务人的财产，

一般应当自管理人被指定之日起二个月内完成。确因客观原因无法在二个月内完成接管的，经人民法院许可，接管期限可相应延长。

3、债务人不予配合或违法接管的救济

我国《企业破产法》对于债务人怠于配合管理人接管以及管理人违法接管等情形下应如何处理并无明确的规定。对于债务人怠于移交其财产、印章、账户、文书等资料的，根据《江苏省高级人民法院破产案件审理指南》第二章第六节第一条，管理人负有接管债务人财产、印章和账簿、文书等资料的职责。相关单位或个人不予配合的，管理人可以依据受理破产申请的裁定，申请人民法院采取相应执行措施，强制接管。当事人、利害关系人认为接管行为违反法律规定的，可以依据民事诉讼法第二百二十五条关于执行行为异议的相关规定进行救济。案外人对接管标的有异议的，可以依据民事诉讼法第二百二十七条关于执行标的的异议的相关规定进行救济。

三、破产管理人接管债务人后的工作

管理人接管债务人后，应当对财产、印章、资料等相关材料进行保管。同时由管理人管理债务人的内部事务。

首先，债务人印章、证照、文书等资料的保管。笔者在长期从事管理人工作的过程中的做法是，会视情况将除印章、证照外的其他非核心资料暂存于债务人处管理人专用办公室的带锁铁皮柜内，并安排专人负责管理。至于印章、证照，可以视情况决定存放于债务人处管理人办公室的保险柜内，或转移至管理人自己的办公室，并安排专人保管。

其次，关于资产的管理。对于不动产，对于权属不清、可能存在争议或者未经登记的资产，管理人应及时依法确权或登记。对于闲置的、具备对外出租条件的不动产，如案件处理周期较长，在不影响最终变价清算的前提下，经人民法院许可后可对外出租，以实现资产价值的最大化；对于动产，管理人应指派专人现场看管，如存放地点分散，数量较小，可采取集中封存管理。待债权人会议通过或人民法院裁定财产变价方案后将财产变价。如果在财产变价方案经债权人会议通

过或人民法院裁定之前，债务人的财产确实会出现贬损的，如易腐烂的财产或贬值极快的股票等，或者继续保存维护的成本高昂的，管理人本着债务人财产价值最大化的工作目标，可以将此类财产及时变价并向人民法院报告处置情况；对于货币资产，管理人应指定成员或聘用的出纳人员专人负责保管与核算，并注意安全防范措施。对于银行存款，在具备条件的情况下，应采取全面销户集中存款的方式，划入管理人账户集中管理；对于无形资产，如可能存在权属争议的，管理人应及时采取措施以确定其权属；对出资形成的资产，管理人应及时通知被出资企业，并依法行使出资人权利或依法处置对外投资。

此外，《律师任管理人操作指引》规定了管理人在接管债务人财产、印章和账簿、文书等资料后，债务人的内部事务由管理人管理。管理人部分接管的，与已接管部分相关的内部事务由管理人管理；与未接管部分相关的内部事务仍由债务人依法管理。接管后的管理是全面接管债务人财产和事务的体现，是对债务人的全面控制，只有对企业的全面接管，管理人才能在破产程序中充分发挥作用，保护债务人、债权人和社会整体利益。

四、结束语

成功的接管债务人，是破产程序顺利开展的一项重要基础性工作。自2007年6月1日《企业破产法》实施以来，我国破产法律体系中对于管理人如何接管债务人的规定相对较少，笔者在提出或引用本文中提及的一些接管债务人的方法和理念的同时，期待与读者朋友们共同探讨接管债务人过程中遇到的相关问题。

参考文献：

- [1] 王欣新，王斐民：《破产法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第67页。
- [2] 王欣新，王斐民：《破产法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第73页。
- [3] 王欣新，王斐民：《破产法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第77页。
- [4] 王欣新，王斐民：《破产法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第79页。



□ 谢 阳/文

谢阳律师，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。谢阳律师的主要执业领域包括：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，中伦文德诉讼仲裁部资深律师，同时担任北京多元调解发展促进会调解员、北海国际仲裁院仲裁员，曾就职海淀法院和北京市金杜律师事务所，专注于公司纠纷、金融纠纷、合同纠纷、房地产纠纷等商事领域的争议解决业务。



□ 钟万梅/文

钟万梅，毕业于北京大学法学院，业务领域：民商事诉讼与仲裁、资本市场、合规。

仲裁保全操作指南

一、问题提出

仲裁作为现代多元化纠纷解决机制之一，为当事人之间的纠纷解决提供了更多的解决路径。《中国国际商事仲裁年度报告(2017)》显示，2017年，全国253家仲裁委员会共受理案件239,360件。从受理主要案件类型来看，案件量排在前两位的分别是房地产类案件和金融类案件；从案件标的额来看，排在第一位的金融类案件，标的额为1,558亿元，占全国案件标的总额的29.18%。相比诉讼，选用仲裁通常能更加快速地取得生效裁决并率先进行财产处置，保障当事人合法权益，因此，仲裁往往是金融及房地产类案件纠纷解决的首选方式。根据我国法律规定，仲裁财产保全并非由仲裁机构办理，而是由仲裁机构将申请材料移送相关法院，由法院审核并裁定执行。实务中，仲裁案件立案后，财产保全申请转交法院与将仲裁申请材料送达给被申请人的时间间隔较短，此种情

况下，如何快速高效地进行仲裁财产保全，直接关系到案件最终的执行效果。然而，由于各地法院及仲裁机构对财产保全申请的文件要求不尽一致，律师除了熟悉各地法院及各家仲裁机构的规定外，还必须借鉴办理过仲裁保全业务案件的最新实操经验，方能少走弯路。

本文根据相关法律法规及北京仲裁委员会(以下简称“北仲”)的相关规定，结合笔者自身案件代理经验，对在北仲仲裁的国内仲裁财产保全的实务操作经验进行梳理，如在北仲或其他仲裁机构申请仲裁财产保全，可供参考。但鉴于各地法院及仲裁机构对财产保全的具体要求不尽相同，具体经办案件时还需咨询具体办案机构以确定最终操作流程。

二、仲裁财产保全流程

仲裁前的财产保全申请，直接向相关法院提交；仲裁中的财产保全申请，向仲裁机构提交，

并可于申请仲裁当日与仲裁申请书一并提交。根据我们在北京地区的案件代理经验及与承办法官的沟通交流，仲裁中的财产保全涉及到的流程大致如图 1 所示。

三、仲裁财产保全文件及要求

根据北仲官网公布的《申请仲裁中保全材料须知（北京市）》文件清单（该文件下载地址为：<http://www.bjac.org.cn/>），在北仲申请仲裁财产保全，所需的材料如表 1 所示。

关于以上文件，需要特别指出的是：

(1) 保全申请书落款应当注意写明：“此致北京仲裁委员会 转交 xxx 法院”；

(2) 为确保一次性成功保全，在向仲裁机构提交保全材料前，建议申请人提前与相关保全法院沟通并确认该法院财产保全的流程以及保全财产的范围、保全文件明细及格式、保险公司及保函、财产线索要求、保全法院竞合时的选择、法院联系信息等，以免因不符合要求而被退回；

(3) 关于财产线索，总体而言，仲裁中财产

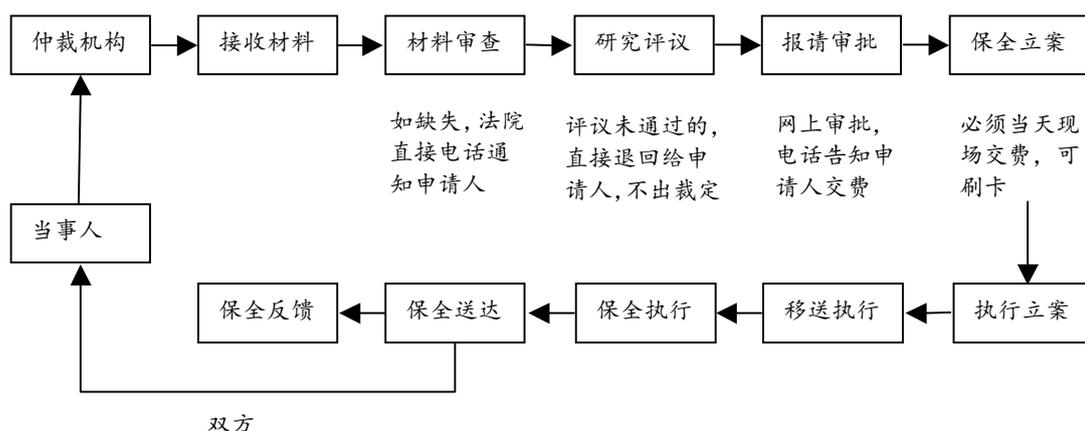


图 1 仲裁中财产保全大致流程图

保全材料	1. 仲裁保全申请书（2 份） 仲裁案件材料（1 套）	1. 不能有“诉讼”字样 2. 申请书必须加盖公司公章
	2. 身份证明材料	3. 自然人须有身份证复印件 4. 法人须有营业执照、法定代表人身份证明书、法定代表人身份证复印件，三者均须加盖公章
	3. 授权委托书	5. 须有给法院的授权委托书 6. 特别授权，其中须有“授权申请保全” 7. 须有申请人或代理人送达地址、联系方式
	4. 代理人材料	8. 律师须有律师证复印件、给法院的律所所函
		9. 公司员工须有《劳动合同书》，并加盖公章 10. 与申请人无相关法规规定的亲属关系的普通自然人，不得作为保全立案的代理人
	5. 被申请人身份证明材料、送达地址、联系方式	
	6. 该法院对被保全财产所在地、被申请人住所地财产有管辖权的证明材料	
	7. 线索材料（法院不予查询被申请人财产线索）	11. 须有准确、具体的财产线索，并附相应凭证（如房产证复印件、股权凭证、车辆凭证等） 12. 不能附相应凭证的，须有房产证号及房屋坐落地址、车辆所有权证号及车牌号等
	8. 《因被申请人的行为或其他原因，可能使裁决不能执行或难以执行的相关材料》	
9. 担保材料	13. 法院审核保全材料通过后，会通知当事人补办担保材料，申请立案阶段一并提交也可	

表 1 北仲申请仲裁中保全材料表

保全与诉讼中保全的财产线索相似，如冻结银行账户的，需要提供自然人/单位名称、账号和开户行；冻结股权的，应提交冻结股权公司的工商登记信息及持股比例；查封房产的，需要提供房屋地址和房产证，房主身份证明文件；保全其他不动产的，需要提供不动产地址和相关产权信息；

(4) 关于担保材料：需要提供保函、保险人资质文件、偿付文件等。具体而言，担保人为法人的，需提供法人的最新年检的营业执照副本（需加盖公章）和最近一年的财务审计报告；担保人为自然人的，需提供有效的身份证和对担保财产的权属证明。如果选择由保险公司出具保函形式提供担保，建议与具体保全法院沟通确定该院认可的保险公司并咨询该家保险公司承保所需文件及费率等；

(5) 关于文件顺序。除准备以上材料外，申请人还应注意申请文件的摆放顺序，建议申请人严格按照保全申请书、仲裁申请材料和担保材料的顺序进行整理提交，否则将影响保全的进度及效率。

四、仲裁财产保全中的注意事项

1. 保全的必要性审查

《仲裁法》第二十八条规定：“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。”除了对案件材料的形式审查外，对财产保全的必要性审查也属于法院审查的重点之一。实践中，如果被申请人实力雄厚，而保全金额较小，则通常不具有保全的必要性。比如，在某仲裁案件中，被申请人是中国水电集团，其注册资本为人民币二十四亿元，但申请人申请保全的标的额为人民币七百万元，经法院认为，如果不能提交其他证据材料证明，案件存在执行难的问题，比如被申请人转移财产，法院将认为不具有保全的必要性。

实践中，如果申请人对被申请人享有担保物权或其他优先权，此种情况下，是否还有必要进行仲裁财产保

全？北京地区办理仲裁保全的法院通常认为，此种情况下没有保全的必要，若仍进行财产保全，有浪费司法资源之嫌。就此问题，我们理解，关于首封法院与优先权法院对于担保物处置权的协调往往是执行实践中的一个难题，如不进行保全，优先权人可能难以顺利受偿，因此，从快速高效推进执行角度考虑，即使债权人享有担保物权或其他优先权，我们建议其仍应努力与经办法院沟通力争保全相关财产。

2. 仲裁财产保全管辖

《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件适用法律若干问题的规定》第三条规定：“仲裁过程中，当事人申请财产保全的，应当通过仲裁机构向人民法院提交申请书及仲裁案件受理通知书等相关材料。人民法院裁定采取保全措施或者裁定驳回申请的，应当将裁定书送达当事人，并通知仲裁机构。”据此，仲裁财产保全应由仲裁机构提交给法院。《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第十一条规定：“在国内仲裁程序中，当事人如欲申请财产保全，应由仲裁机构提交给被申请人住所地或者被申请保全的财产所在地的基层人民法院作出裁定并执行”。因此，仲裁财产保全由被申请人住所地或者被申请保全的财产所在地的基层人民法院管辖。

但在司法实践中，各地法院会根据各地实际情况对受理仲裁财产保全的管辖法院另行作出规定。比如，江苏省高级人民法院《关于审理民商事仲裁司法审查案件若干问题的意见》第四十六条规定，“仲裁机构根据仲裁法第二十八条的规定，



提请人民法院采取财产保全措施的，由财产所在地的中级人民法院按照民事诉讼法的相关规定和《江苏省高级人民法院关于财产保全担保审查、处置若干问题的暂行规定》办理。”北京市高级人民法院于2017年12月7日颁布的《北京市法院执行局局长座谈会（第八次会议）纪要--关于仲裁裁决执行与不予执行申请审查若干问题的意见》规定，“仲裁前或者仲裁中申请财产保全的，由被保全财产所在地或者被申请人住所地中级人民法院管辖。”由于各地区规定尚存在较大差异，实务操作中，仲裁中财产保全的具体管辖法院的确定仍应与被申请人所在地或财产所在地法院咨询确定。

此外，在保全财产及被申请人所在地在不同地区，存在多个保全法院可供选择的情况下，该如何选择保全法院？在笔者代理的一起仲裁案件中，仲裁机构为北仲，保全财产包括土地使用权、银行账户、股权，且被申请人及土地使用权所在地为山东省某市，股权对应的公司位于北京市内，此种情况下，保全法院该如何选择？是否可以向北京法院申请财产保全呢？

针对此问题，咨询北仲立案处得知：在北仲申请仲裁财产保全，当事人应自行明确管辖法院，北仲仅依据当事人指示向相应法院转送财产保全材料。如果在北京的地区法院进行财产保全，应向相应的中级人民法院（依法院辖区判断）提出申请，在其他地区进行财产保全，由当事人自行咨询当地法院以确定相应的管辖法院；由于该案的大部分财产线索都不在北京市内，且股权价值具有不确定性，同时在拟保全财产中所占比例较小，而土地使用权的价值较大，该案拟保全股权所在地对应的北京某中院建议我们选择土地使用权所在地法院进行仲裁保全；而土地使用权所在地法院表示，目前不接受仲裁前财产保全，如果在仲裁中保全，在涉及保全多种财产的情况下，是否能在本院保全尚不确定。综合上述法院的反馈，我们最终选择在土地使用权所在地法院进行财产保全，并调整了财产保全的申请内容，仅就该法院辖区范围内的财产线索申请保全，暂未就管辖地域外的财产线索进行保全。最终，该院受

理并执行了我们的保全申请。结合以上经历，笔者再次提醒，申请人在提交保全申请材料前，应提前与法院沟通，并结合案件的具体情况来确定管辖法院及相关保全材料。

3. 关于仲裁立案与仲裁保全的时间衔接

北仲《仲裁规则》第八条第一款规定：“收到仲裁申请后，本会认为符合受理条件的，自当事人预交仲裁费用之日起5日内予以受理。”第九条规定：“本会自受理案件之日起10日内，将受理通知、本规则和仲裁员名册发送申请人；将答辩通知连同仲裁申请书及其附件、本规则、仲裁员名册发送被申请人。”根据以上规定，从案件受理到通知被申请人的时间间隔非常短，在预交仲裁费之前，尽早地跟仲裁机构及保全法院就保全事项沟通实有必要。

另外，根据我们的办案经验，如果案件存在财产保全，北仲将尽量延长通知被申请人的时间。据介绍，申请人预交仲裁费当日后的5日内，北仲进行案件立案，如果立案的次日为工作日，北仲将从次日开始连续计算，第10日向被申请人邮寄仲裁文件；如果立案的次日为非工作日，则从非工作日结束后的第一个工作日开始连续计算，第10日向被申请人邮寄仲裁文件，而北仲往往在立案当日就向法院邮寄保全材料，如此一来，间隔时间得以拉长，财产保全更有保障。因此，在预交仲裁费后与北仲沟通合理确定立案时间以延长立案日与向被申请人送达仲裁文书的时间间隔，同时与保全法院及时沟通，以便更加从容地进行财产保全。

以上，笔者结合北仲相关规定及案件保全经验做的实务梳理，供各方参考。由于各地法院及仲裁机构对财产保全的材料要求不尽相同，建议相关方同时向相关法院及仲裁机构进行具体咨询。需要特别提醒的是，财产保全对裁决的最终执行具有直接影响且具有一定的专业性，准备文件较多且需与不同法院、仲裁机构保持较多沟通，为了更有效地维护申请人的合法权益，建议尽量聘请具有相关实务操作经验的律师代为处理。



□ 陈文/文

陈文律师，中论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。

学业导师，人生慈父

——记有诗人情怀的法学家刘瑞复老师

转眼我认识刘瑞复老师已有20个春秋了。最初认识刘老师那是在1998年，那时我想报考刘老师的博士研究生。第一次见到刘老师是在北大法学院刘老师的办公室。当刘老师得知我要报考他的博士研究生时，刘老师非常慈祥地微笑着接待了我，他耐心地询问我的情况，在哪里工作以及以前的学习背景等。并问我为什么要读博士，我的理想是什么，我最终的目的什么。刘老师要求我既要广泛阅读大量的经济法学教材，也要重点研读几本法理学理论著作。和刘老师这一次的见面给我留下了非常深刻的印象，他既博学多才，又治学严谨有方。我很荣幸，考上了刘老师的2000级的博士研究生，从此与刘老师结下了一辈子的师生之缘。



治学严谨，鼓励创新

刘老师平时对我们的学习要求十分严格，对于我每次写的文章和论文都认真批改，他多次与我交谈时说：“你写文章要有深度，要广泛参阅参考资料，深入阅读参考书和各种文献。只有在你大量的阅读了许多文章和文献后，你写的文章才会有深度，才会让人读起来不至于像喝白开水。”

我仍记得当时年轻的我，急功近利，写论文不想下功夫，把别人的观点生吞活剥地拿来使用。刘老师语重心长地教育我说：“别人的观点你可以参考，可以借用，但不能生搬硬套，你要吸收别人的观点，然后要进行消化，进行创新，最后要产生你自己的观点，形成你自己的理论，一篇好的文章关键是看作者自己的理论创新，你自己的创新的观点和理论在哪里！”

严于律己，以身作则

刘老师不仅在学业上严格要求我，给我开出必读的书目和文献，还指导我如何去读书，如何去写文章，甚至连如何引证参考文献刘老师都不厌其烦的去一一指导。

刘老师常说：“你们的文章别人看一遍就明白了，那是白开水，没有深度。要看两遍才能看得明白，而且越看越感到有味道，那才叫有深度。但如果看了三五遍还不懂，那就证明你写的文章有问题了。”

根据老师的观点我曾认真的阅读了一些不同的法学文献与著作，感到老师的观点极为正确。有些文章看一遍，甚至半遍就已经明白了大意，感到很寡味。而有的文章或经典著作，若是只看第一遍根本不知其所云。而看了两遍或三遍后，就感到非常有味，才真正理解其中人生深奥的哲理。而刘老师的力作“法学方法与法学方法论”就是一本需要读者细细琢磨和研读几遍的越读越有味道的好书。

以下我摘录一段与读者分享：“法学方法与法学方法论”第5页第4段“唯物辩证法是法学科学的方法论原则和认识论原则。唯物辩证法与法学方法论的关系，是普遍性与特殊性的关系。法学方法论的学科性，决定了在唯物辩证法的原则指导下，法学应有自己的方法论。用唯物主义解释辩证法，是唯物辩证法，用唯物辩证法解释法律，可概括为“法律辩证法”。法律辩证法就是法学方法论。”可见老师从来都是以身作则的，治学也是严于律己。

平易近人，事业导师

刘老师不仅在学业上关心我，在事业上也常给予我支持。我的职业是律师，由于工作关系，我们常与有关合作单位共同举办法律研讨会。有时我请刘老师做演讲嘉宾，刘老师都是非常热情的接受邀请，不辞辛苦地准时准点参加演讲。刘老师在研讨会上铿锵有力的演讲，深入浅出、妙语连珠，常常博得与会嘉宾的热烈掌声，每次有刘老师参加的法律研讨会，总是非常成功的。

我在运营和管理律师事务所时，每当遇到困难，我找到刘老师求得支持，他总是帮我分析，找出问题的原因，鼓励我，并给予我启示。为我指出前进的方向。虽然毕业这么多年，刘老师总是关心我事业的发展，让我感到自己有强大的后盾。

医院探望，亲如慈父

2004年我已获得博士学位，离开了北大。2005年春天由于我心脏做了消融手术，住在北京阜外医院。当时刚做完手术，心情比较低落，忽然有人敲了病房的门，只见刘老师拿着水果来医院看望我了。见到刘老师我喜出望外，就像见到亲人一般。刘老师热情又关切地问我手术情况，问我感觉恢复如何，并深切地交待我说，要安心养病，不要着急工作，也不要看太多的电视和书。总之他像父亲一般关心我这个学生，让我感动万分，写到这里我也不禁潸然泪下。

刘老师不仅是我的终生导师，在生活中也像慈父一般关心着我。刘老师与我师生之情20年来，点点滴滴，润物无声。刘老师严谨的治学精神，对学生的大爱无疆，以及为人的真诚坦荡无时无刻不在影响我，让我知道如何为人、做事。

高风亮节，志向高远

“未名水，恰是墨液彩浆，博雅端直如笔，天为纸，疾书华章”。刘老师的诗作反映了他高尚的品格和情操。刘老师不仅教我们法学理论，更教我们如何去做一个北大人，他的言行举止，无一不透露出一个北大人的高远的志向、责任和担当。他让我们意识到我们在北大不仅要丰富我们的法学理论知识，更重要的是要培养我们达到一种北大人的格局和眼界、胸怀和理想。要我们跳出个人的小圈圈，要树立一个大的世界观。毕业这么多年来，在我的工作生涯中，我不断用北大人的标准去要求自己，把办

律师事务所当成一种责任，一种情怀，一种担当，一种事业和理想，我感到这也是一种诗的升华。在北大四年的时间，我不仅学习了法学理论和学习及研究的方法，更学会了怎么做人，尤其是怎样去做一个北大人。

独树一帜，智慧超越

刘老师不但学问造诣深邃，而且还富有诗人的浪漫情怀。正如北大原副校长梁柱老先生所评，“瑞复同志诗稿，文如其人，立意大气，格调清新，风骨挺峻，理念高清”。从读老师的诗词大作，就能感受到老师心灵的超脱和潇洒的风范。

“花开何须问杨柳，且看东风又一枝”。每当我读到刘老师的这一震撼人心的诗作，就感到浑身充满力量，充满信心。刘老师这么多年来倾心研究学问，不管社会上多么大的折腾与影响，在治学的道路上深耕细作，守住心灵的净土，不参与社会上的各种商业性活动，耐得住寂寞。不仅为国家，为北大培养出了上百位博士和硕士，而且不断大作问世，在经济法理论和法学理论方面不断的创新和超越领先。

法学界的理论与观点千姿百态，繁杂不一，但刘老师几十年潜心治学和致力于法学理论和经济法理论的研究与建设，并不受外界的任何影响。虽然这几十年来在喧嚣的法学市场上刘老师并不像有些人那样出名，但刘老师陆续出版了几十本法学著作，由此奠定了刘老师在中国法学理论界，尤其在经济法理论界的开山大师的地位，他才是一个名副其实的法学大家和经济法学大家。刘老师在诗作中所体现出大师般的浪漫情怀和自信，不但促进了他的法学理论研究和创新，而且对我的工作和学习都有积极的影响。

是啊，“花开何须问杨柳，且看东风又一枝”，这是何等的豪迈与自信。我深信，刘老师的这一伟大的诗作，不但鼓舞了我前十几年的工作和生活，而且还会继续鼓舞我前进，让我能勇于创新，不拘泥于一点成绩，敢于拼搏，不断超越。正如梁柱教授所言，“教授生涯，不可无诗”，这句话同样也深深影响了我，律师生涯不可无诗，实际上在我读完博士后，我也不断以诗来励志，以诗会友，以诗来养性。刘老师的精神在持续不断地赋予我正能量。





□ 胡 洁/文

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

我们等着你慢慢成长 ——记一起十五年前的法律援助案件

今年是二零一九年，转眼间，《劳动法》已经颁布二十余年了。做律师这些年，经历的案件也有几百件，这么多案件中，让我难忘的是十五年前那个普通的法律援助案件，很巧的是，我和我的先生先后作为援助律师参与了这么一个案件。

案情很简单：一个会电焊技术的农村青年，至今我俩都记得他的名字叫白春辉，他经人介绍给一个经过层层转包的工程焊接钢架，地点是在一个小学的操场上。一天在他电焊的过程中，四溅的火花点燃不知谁放在现场的油桶，轰然一响，他的一条胳膊没了。

出院后，他找到法律援助中心，市法律援助中心的工作人员非常重视这个案件，先是安排律师帮他申请工伤认定，工伤认定不被受理；接着安排律师替他提起行政诉讼，要求劳动局受理工伤认定，这个帮他提起行政诉讼的律师就是当时刚拿到律师证的我的先生，这个案件经过数次交涉，劳动局同意受理工伤诉讼，却给出一个双方没有劳动关系，不认定为工伤的结论。

法律援助中心安排律师为他提起人身损害赔偿之诉，我作为律师助理有幸参与了这个案件，这一案件经过了一审二审查回重审再审，媒体也帮助大篇幅报道。很遗憾的是，2003年，法院最终认为个人的误操作是造成其损失的大部分原因，只判决雇佣他的包工头支付了少量的赔偿金。白春辉是个善良的、相貌英俊的有技术的农村青年，家里说好了是一门亲事等他干完活回家成亲，然而他最终落在我们眼中的是一个一只袖子飘起的孤独背影。

2005年，劳动部颁布《关于劳动关系认定有关事项的通知》，其中规定“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任”。劳动局再遇到没有办法提供劳动合同的要求认定工伤的案件，也不会拒不受理，而会告知劳动者先到劳动争议仲裁委员会提起要求确认劳动关系之诉。

2014年9月1日，最高人民法院颁布了《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》，一时间，全国各界热议，微博微信纷纷转载，套用一位律师的说法“满屏皆是下班买菜受伤算工伤”，和白春辉类似的案件，按照司法解释的规定，属于工伤。

每每谈到白春辉，我和先生都感叹万千，他的案件恰好是我俩作为律师的第一个案件，满怀一腔热血，没有办法帮到他。如果他的案件放在今天，一定会有不一样的结果，和白春辉一样的劳动者将获得赔偿来保障今后的生活，他们的背影不会再孤单。

仔细回想这个过程，看到的是我们国家劳动法的一点一滴的完善，对劳动者的保护一点点的加强。

二十年，婴儿成长为强壮有力的青年，同样，我们的《劳动法》也一点一点的完善，枝繁叶茂，成长为一个日益完善的保护劳动者的参天大树。

作为律师，尤其是专业做劳动法的律师，经历了许多类似的案件，心态趋于平和，我们越来越知道，长城不是一天铸就的，法治社会不是一天、一年成就的，而是一点一点逐步建设起来，我们需要更加的耐心和努力。



七律 除夜

□ 李政明/文

天狗汪汪逐日去，
金猪款款拱门来。
福灯高挂红盈户，
美酒新尝香满腮。
掌上真情微信暖，
堂中絮语笑颜开。
欢声浮动团圆夜，
只待春风拂露台。

**全国首单省级人才租赁住房REITs
海南省人才租赁住房
第一期资产支持专项计划
成功获批**






原始权益人/项目机构
基金管理人
计划管理人
联席承销商
法律顾问
审计师
托管人

海南发展控股有限公司
海南长租不动产基金
ICBC 工商银行
CMB 招商银行
KPMG

▲ 2018年12月24日，北京市中伦文德律师事务所（以下简称“中伦文德”）助力由中联前源不动产基金管理有限公司、深创投不动产基金管理（深圳）有限公司共同担任总协调人和财务顾问，由工银瑞信投资管理有限公司担任计划管理人，海南省发展控股有限公司担任原始权益人及增信机构的“海南省人才租赁住房第一期资产支持专项计划”（以下简称“本项目”）成功获批。

**中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM**

2018年中伦文德REITs项目专题研讨会

主办单位：北京中伦文德律师事务所
协办单位：北京大学法学院房地产法研究中心
协办单位：北京大学法学院校友房地产法分会

▲ 2018年12月28日14:00-17:00，由北京市中伦文德律师事务所主办、北京大学法学院房地产法研究中心、北京大学法学院校友会房地产法分会（筹）协办的2018年中伦文德REITs项目专题研讨会在金泰大厦十层第八会议室隆重举行。北京大学法学院房地产法研究中心主任楼建波教授、北大法学院校友慕游先生、北京大学法学院24名硕士生、北京市中伦文德律师事务所主任方登发、北京总所高级合伙人夏欲钦、田磊、张海军、刘晓琴等律师参加了此次研讨会。研讨会由北京总所高级合伙人田磊主持。



▲ 2019年1月10日晚18时，“不忘初心·砥砺前行”中伦文德律师事务所年会盛典在金茂北京威斯汀酒店三层宴会厅隆重举行。中伦文德律师事务所（以下简称中伦文德）的合伙人、律师、行政人员共200余人着正装、礼服红毯入场，出席了此次盛会。

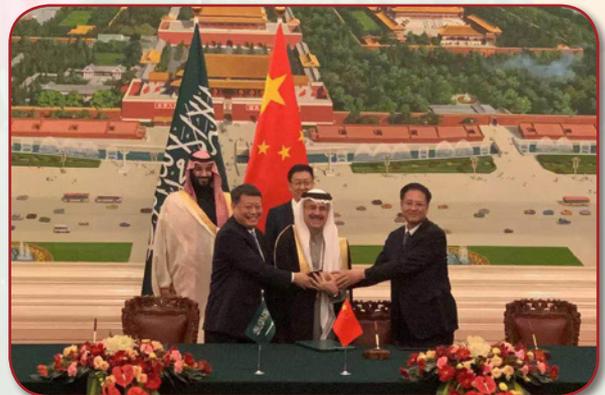


中国石油

▲ 2018年1月15日，中伦文德北京总所与成都分所、天津分所共同组成联合体参加了中国石油天然气集团有限公司（以下简称“中国石油”）一级律师库（争议解决类）选聘项目的投标活动，凭借丰富的法律服务经验业绩，专业的服务团队，完善的服务体系，中伦文德联合体成功入选。



▲ 2019年1月26日下午，北京市中伦文德律师事务所刑事法研究院与万合企业合规研究院在京城俱乐部成功举办首届企业合规与风险管理论坛。来自中国人民大学、北京师范大学、中国政法大学、中央财经大学、山东大学、常州大学、中国矿业大学、湖北省社会治理研究中心等高等院校、科研院所的专家学者，来自京东、搜狗、拜耳、完美世界、威科先行等企业的法律、合规高级管理人员，及来自法制日报等新闻媒体的记者，共计五十余人参加了此次盛会。



▲ 2019年2月22日，由我所高级合伙人李刚律师、朱登凯律师、郭林军律师及团队雷锐芝律师等代表中国兵器工业集团公司承办的该集团公司与沙特阿美石油公司、辽宁盘锦鑫诚集团公司合资项目在中央政治局常委、国务院副总理韩正和沙特王储穆罕默德·本·萨勒曼共同见证下在北京人民大会堂签署合资公司协议。

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·前海·香港·伦敦·巴黎·里昂·新加坡·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