

法

人和人
视界



人和人律师事务所
RENHEREN LAW FIRM



主 编

江 帆

副 主 编

晏 军 / 黄 珍 / 罗伯武 / 游 飞 / 雷惠媛 / 张 容

张劲松 / 张如泉 / 刘展伟 / 梅 刚 / 卢四海

责 任 编 辑

于 翠

美 术 编 辑

江卓欣

—— 知行合一 止于至善 ——



C 长沙
HANGSHA



L 娄底
LOUDI



H 怀化
UAIHUA



C 郴州
HENZHOU



Y 永州
ONGZHOU



Z 张家界
HANGJIAJIE



Z 株洲
HUZHOU



X 湘潭
IANGTAN



S 深圳
HENZHEN



S 邵阳
HAOYANG



C 常德
HANGDE



Y 岳阳
UEYANG



H 海口
AIKOU

人和人释义

一人为人，势单力薄；

二人为从，相辅相成；

人和人为众，众志成城！

人和，以和为贵，合乎人心，为仁由己

和人，以人为本，依法治国，本治国固

人和人，以诚为要，和为桥梁，人人为公

人和人使命

用法律创造价值 让法治深入人心

人和人愿景

聚焦政府与商事主体，成为社会认可、

行业尊重、客户信赖、员工幸福的全国领先律所

人和人价值观

知行合一，止于至善

以客户为中心，以奋斗者为本

坚持自我批评



在人和人，遇见更好的自己

◆文／江帆

在奔流不息的人生旅途中，无论是痛苦的经历，还是幸福的回忆，所有经过的一切都已经定格成为了历史。而人生最大的精彩，并非凝固于历史的当下——它依然托寄在可能的未来之中。对于未来，倘若我们还坚持着各种美好的期待，那便需要不断地创造出一个更好的自己。

一个更好的自己——这既是对当下自我的深度超越，也是对未来自我的理想把握，既是对自我可能的无限自信，也是对自我发展的不倦追求。每个人都期待着创造一个更好的自己，每个人也都能够创造出一个更好的自己。对于律师而言，创造出一个更好的自己，并在这种创造中将自身的本能升华为人性的自由，将个体的欲望凝固成人格的丰满，将自我憧憬的法治蓝图化作人类文明的大厦丰碑——这，无疑是我们应当赋予律师人生意义的最高价值。

然而，“人最大的敌人是你自己”。挑战自己、超越自己、塑造一个更好的自己是每个人对自身完美状态的深度自知与终极追求，但却需要付出艰辛奋争甚或浴火涅槃的代价。人最难的不过是战胜自己，最容易的不过是原谅自己，怠惰自得总归是庸人常态。一个更好的自己并非妄自玄想的镜花水月，亦非虚无空构的幽灵幻像，没有风刀霜剑的千锤百炼，没有寒逼暑炙的万般磨砺，更好的自己又将从何而来？

因此，作为律师自我发展的理想状态，不断地创造出一个更好的自己不仅是我们的梦寐以求的伟大目标，同时也是一个主体素质结构与客观现实环境不断相互改变、相互适应的革命过程。在这个过程中，律师不仅需要倾注个体的全部经验与智慧，同时也需要寻求外在环境的容纳与发展平台的支撑。一个更好的自己并不是个体单纯的本质与能力在自身内部的先验规定和抽象发展，它的成就需要律师在现实的环境中不断汲取一切可能的扶持力量。这样，当我说出“在人和人，遇见更好的自己”这样一句简短话语之时，“人和人”的所有人都瞬间激动了、沸腾了……

“在人和人，遇见更好的自己”——

这是我对自身十年发展，对律所十年成长的回顾与总结。十年前那个稍带懵懂、略含青涩、时而惆怅的我遇到了更好的自己，十年前那个蹒跚起步、摸索前行、间或迷惘的人和人律师事务所也遇到了更好的自己。十年里的“望断天涯路”，十年里的“为伊消得人憔悴”，我们终于在十年之后的“灯火阑珊处”都欣喜地遇见到了更好的自己。

“在人和人，遇见更好的自己”——

这也是“人和人”对所有汇集在“人和人”旗帜之下的同仁精英们的真诚期待。“更好的自己”绝非仅指历史相对的自我进步，它拒绝一切自我陶醉式的怠惰与自我欺骗式的满足。“一个更好的自己”必须在一群“更好的他/她”中得到映射与证明。在“人和人”，无论是已然功成名就的资深大律，还是尚在起航的律界新秀，“他/她”都在努力地成为更好的自己。身处这样一支充满了理想与追求的“人和人”队伍之中，你，只有“更好”，除了“更好”，别无选择！

“在人和人，遇见更好的自己”——

这更是“人和人”对所有融汇于“人和人”伟大目标之下的一切人的庄严承诺。经过十年的成长，“人和人”已经形成了自己独特的价值文化与发展模式。“知行合一，止于至善”的“人和人”依靠着真诚紧密的团队合作，依靠着永无止境的求美精神将为期期待着遇见更好的自己的每个人打造坚实的发展基础，营育最佳的成长环境。有了“人和人”的陪伴与支撑，在成为更好的自己的艰辛道路上，你，并不孤独！

如今，“人和人”的发展正如歌似火，分所建设正如火如荼，一大群期待着遇见更好的自己的精英同仁汇集在“人和人”的旗帜之下，共同书写着“人和人”更加精彩的传奇未来。而对于“头戴荆棘王冠，手握正义之剑”的律师而言，极致主义是我们应有的人生态度。“更好的自己”永在出发，“遇见更好的自己”没有止境，在“人和人”，我们都会遇见更好的自己！



· 目录 ·

6 在人和人，遇见更好的自己 ◆文／江 帆

>> 诉讼篇

13 湖南省高级人民法院劳动争议大数据报告 文／董毅

29 预告登记权利人能否就纳入破产财产的抵押财产享有优先受偿权？——某银行担保物权确认纠纷案实例 文／张如泉、廖思异

35 公司债权人利益受损，具有清算义务的股东并不当然承担责任 文／高端民商诉讼部

38 “非吸”借贷中担保责任的认定 文／李海燕

42 银行是否有权扣划第三人误汇入借款人账户内的资金 文／伍雪平

44 《民法典》视野下个人合伙纠纷相关问题探讨 文／宋谨言

48 不小心买到凶宅了想毁约？法院这样判！ 文／杜天雨

>> 行政篇

56 新修订《行政复议法》对行政执法带来的影响 文／黄珍

61 最新！《行政复议法》修订前后对照表 文／刘樱

76 责令改正的性质探析 文／杨伟

78 浅析行政诉讼的证明标准 文／杨伟

81 行政机关履行法定协助执行义务的风险控制 文／吴波训

84 行政规范性文件的公平竞争审查——以 A 市变相增设共享单车市场准入条件案为例 文／顾问咨询事业中心

89 政府采购合同性质探析 文 / 杨伟

>> 公司篇

95 砂石矿业企业法律尽职调查关注要点 文 / 蔡璐

98 砂石矿业企业投资并购模式分析 文 / 蔡璐

101 42 家中企被列入清单——美国制裁中多次使用的“实体清单”究竟是什么？ 文 / 顾问咨询事业中心

>> 政府经济篇

105 哪些项目可以实施政府特许经营？ 文 / 鲁珊珊

108 政府特许经营权该如何授予？ 文 / 鲁珊珊

111 政府特许经营权能否转让？ 文 / 鲁珊珊

114 《基础设施和公用事业特许经营管理办法（修订征求意见稿）》的九大重要变化 文 / 鲁珊珊

118 2022 年湖南省地方政府专项债用途调整五大特点 文 / 黄珍

122 2022 年湖南省地方政府新增专项债券发行全貌（918 个项目，累计发行 1486 亿元） 文 / 黄珍、李洁

131 从国家发改委通报典型案例看市场准入负面清单制度 文 / 李洁

143 如何做好转型期地方融资平台公司员工薪酬和绩效设计？ 文 / 李晨

>> 破产与重整篇

148 企业重整价值识别之探讨 | 以某石油化工有限公司重整案为例 文 / 企业治理与破产部

158 建筑企业破产情形下挂靠项目债权审查的实务探析 | 以湖南省 T 公司破产重整案为例 文 / 谢蕊

163 企业破产清算内部控制框架的构建 文 / 罗伯武、杨玮玮

166 关于破产清算会计若干问题的思考 文 / 罗伯武

169 民营企业破产保护相关法律问题研究 文 / 杨玮玮

172 “为诚实而不幸”的人按下人生“重启键” | 个人破产失权与复权制度研究 文 / 陈莉花、寻媛媛

>> 刑事篇

177 刑事被害人财产返还或退赔的几条途径 文 / 刑事业务部

182 被索贿人的罪与非罪 | 一桩索贿案引发的思考 文 / 刑事业务部

186 刑事案件数字资产处置的困境与合规途径 文 / 刑事业务部

195 通过行贿签订的合同是否有效 文 / 刑事业务部

199 轻罪时代下的刑事辩护 文 / 王森 杨天婷

>> 建设房产篇

205 裁判梳理：新法实施后，开发商还需按原合同继续承担阶段性保证责任吗？——以湖南省司法实践为例 文 / 伍赛男

210 最高法《批复》解读 | 优先保护商品房消费者权利 文 / 卢庭潘

>> 金融证券篇

213 浅析企业股权架构设计 文 / 朱丽

>> 知识产权篇

225 烟花行业的知识产权保护 文 / 顾问咨询事业中心

228 湖南文旅产业的知识产权保护和发展的 文 / 顾问咨询事业中心

232 知识产权质押融资实务 文 / 顾问咨询事业中心

>> 民生法治篇

237 出嫁女请求分发农村土地征收补偿款案 文 / 易江、喻小燕、周林

240 最高院婚姻家庭典型案例带来的思考：让彩礼回归“礼” 文 / 刘小莉

244 职业打假人，您了解多少？ 文 / 吴欣欣

247 网络并非法外之地，言论自由也需谨言慎行 文 / 欧育兰茜

250 离婚案件不动产财产分割剖析 文 / 张勤飞

253 侵害人格权禁令对肆意谩骂侮辱说“不” 文 / 张立城

>> 企业文化篇

257 努力做党和人民满意的好律师 文 / 张如泉

260 初入『人和人』的实习生：仰望星空之阔，俯察脚下之路 文 / 蒋奕

诉讼篇

劳动争议

湖南省高级人民法院劳动争议大数据报告

◆文 / 董毅

引言

《中华人民共和国劳动合同法》生效自 2008 年 1 月实施以来，劳动争议纠纷出现了从案件数量大爆发到高位运行的态势，劳动争议案件已经成为占民事案件数量比例较高的一类案件类型，与社会经济发展和民生问题息息相关。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》自民法典出台后于 2021 年 1 月 1 日起施行。2001 年 4 月 16 日颁布的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》、2006 年 8 月 14 日颁布的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》、2010 年 9 月 13 日颁布的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》、2013 年 1 月 18 日颁布的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》同步废止。由此，劳动争议正式进入“民法典”时代。

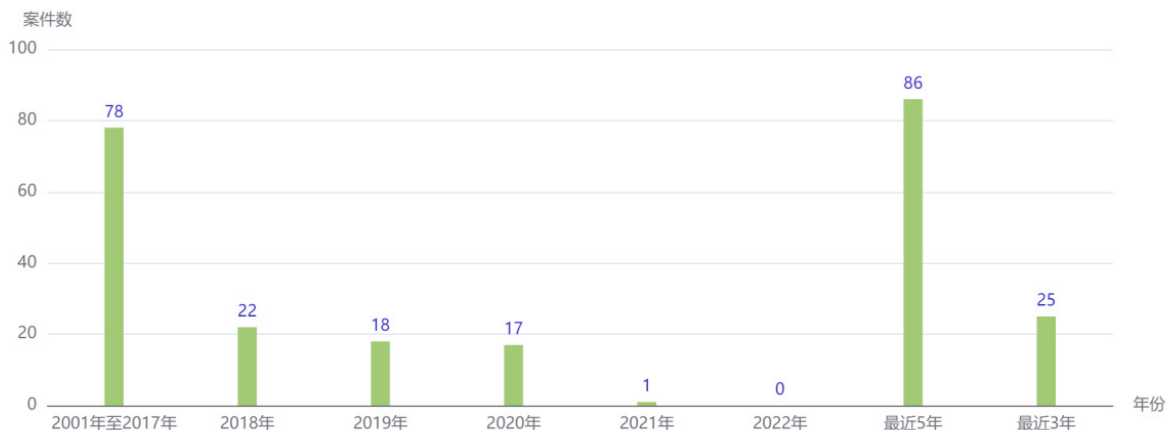
与此同时，司法公开逐步推进，各地逐步实

现法院裁判文书上网，法律从业者得以通过各类裁判文书公开网站检索相关裁判文书，并进行深度分析。湖南人和人律师事务所团队使用威科先行法律信息库，以“案由：劳动争议”“湖南省高级人民法院”“民事”“判决书”为关键词，截至 2022 年 10 月 11 日，检索到了 136 份劳动争议案件判决文书。在对以上裁判文书进行分类、整理、分析、提炼，形成了此份报告，旨在对湖南省高院审理劳动争议案件裁判要旨进行分析，对现状有一个全面了解，也为湖南省内各企业处理好本单位的劳动用工关系提供借鉴和参考。

一、大数据分析

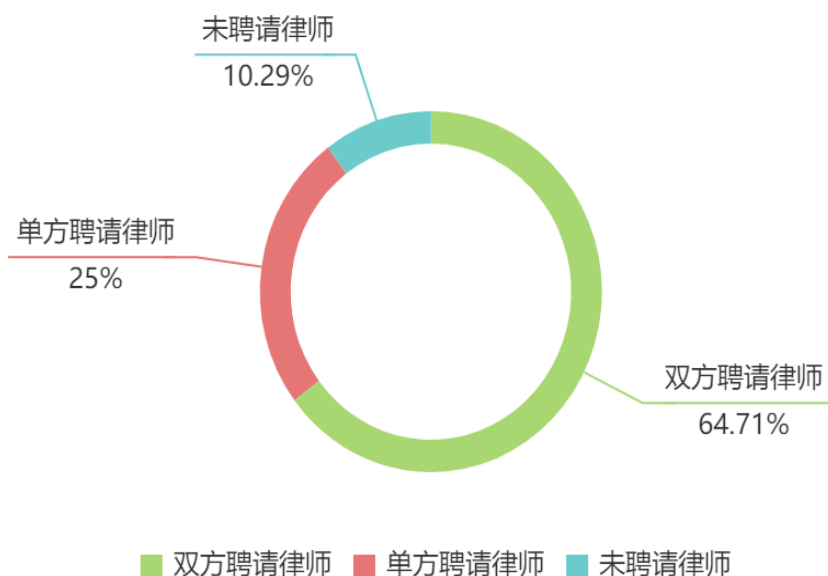
1、诉讼时间分析

自 2001 年以来，湖南省高级人民法院审理案件数量逐年略有下降趋势，其中 2001 年至 2017 年 78 个；2018 年 22 个；2019 年 18 个；2020 年 17 个；2021 年 1 个，最近 3 年共审理 25 件，最近 5 年共审理 86 件。



2、律师参与度分析

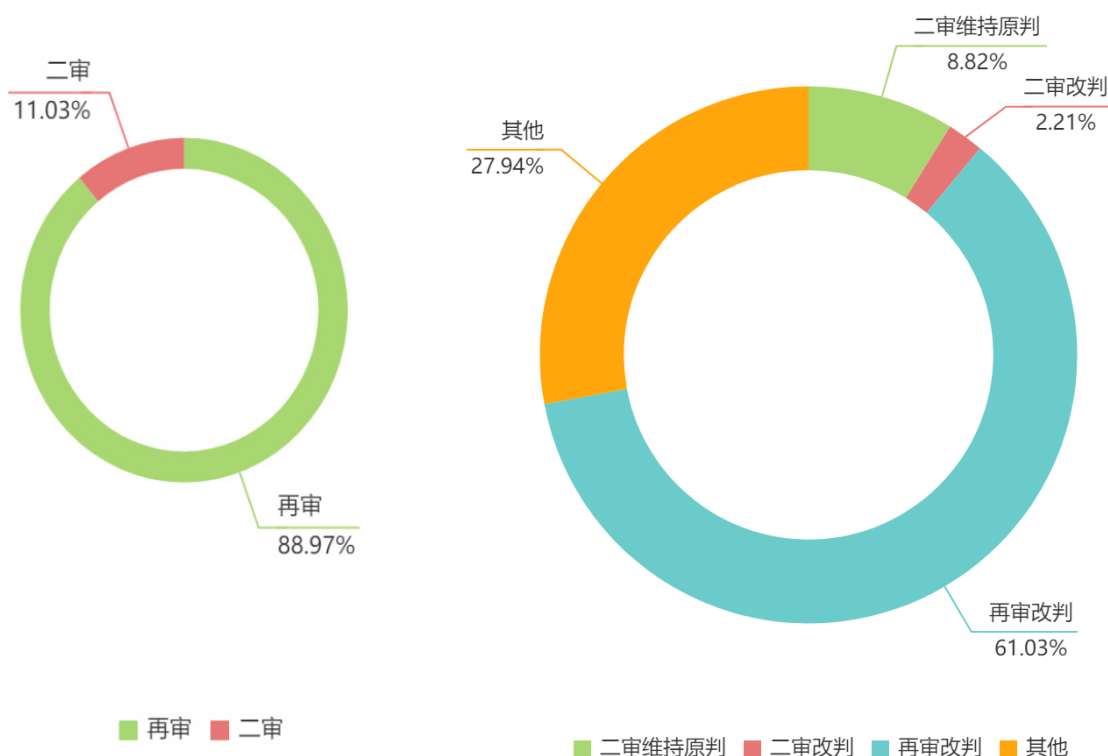
律师在劳动争议案件中参与度较高,我们对136件案件劳动关系双方聘请律师情况也进行了统计。其中双方都聘请律师的有88件,占比64.71%;单方聘请律师的有34件,占比25%;而双方都未聘请律师的有14件,占比10.29%。由此可见,劳动争议案件中,有律师参与的案件达到了89.71%,是一个比较高的数值。



从用人单位方面来看,聘请律师对其胜诉与否是有一定影响的。但是,律师更应在争议发生前帮助用人单位做好事前预防,发挥作用。例如为用人单位解除劳动合同的理由、程序把关,检查用人单位和劳动者协商解除签订的协议是否违法,提醒用人单位及时与劳动者签订书面劳动合同等,把问题“扼杀”在摇篮里。

3、诉讼程序分析

从审判阶段来看，湖南省高级人民法院受理的案件中处于二审程序有 15 件，占比 11.03%；再审程序 121 件，占比 88.97%。其中二审改判难度大，二审结果维持原判 12 件，二审改判仅有 3 件，在二审案件中仅占比 20%。根据数据分析体现，有很多用人单位觉得劳动争议案件案情简单，标的金额不大，往往并不重视，一审常常不聘请律师。然而，当一审判决对己方不利时，用人单位忽然认识到，这不仅仅是单个案例的问题，往往会在其他员工或已离职员工中引起很大的示范效应，甚至会威胁到整个公司的管理。此时，用人单位即使非常希望在二审中扳回一局，也悔之晚矣。根据以上数据，二审改判的可能性仅二成。因此，无论是用人单位、还是劳动者当被告上法庭时，都应重视一审，不要因为标的金额不大就掉以轻心。

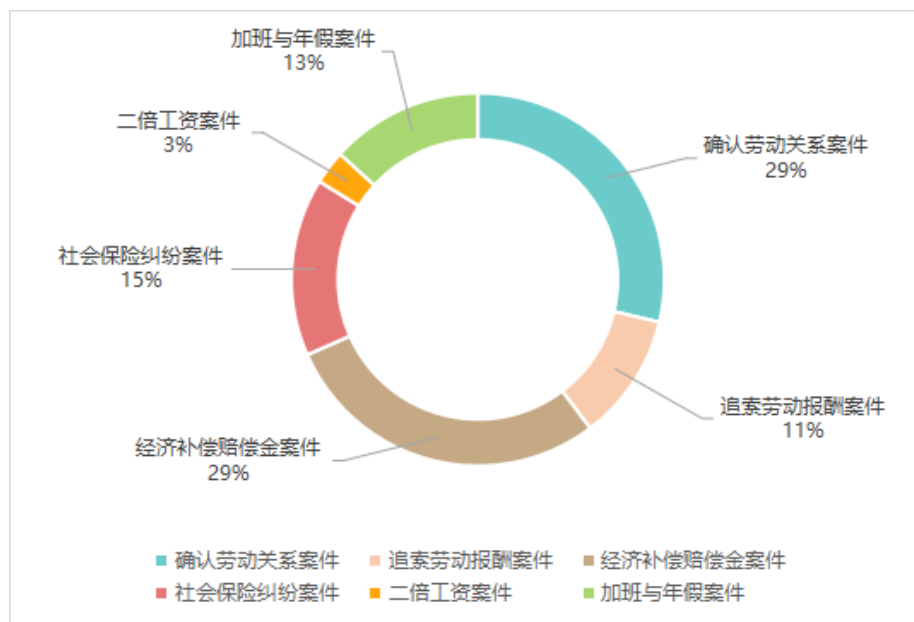


而相应再审改判案件 83 件，在再审案件中占比 68.6%。分析原因为考虑再审程序的功能定位，对于每个已经经过司法诉讼的案件都是有确定的既判力，再审程序是针对已经发生法律效力裁判中的错误发生的，因而对发生法律效力裁判中的错误，仍有通过法律程序得到纠正的机会，是对民事合法权益更完善的保护。主要提起民事再审程序的方式有四种：一是本院的院长提交审判委员会讨论决定再审；二是最高人民法院和上级人民法院提审或者指令再审；三是当事人申请再审；四是人民检察院按照审判监督程序提出抗诉再审。当事人申请需符《民事诉讼法》第二百零七条的情形，法院应当再审。其他情形不得随意启动再审程序，故此时再审的改判率会较二审有显著提高。

4、案由分析

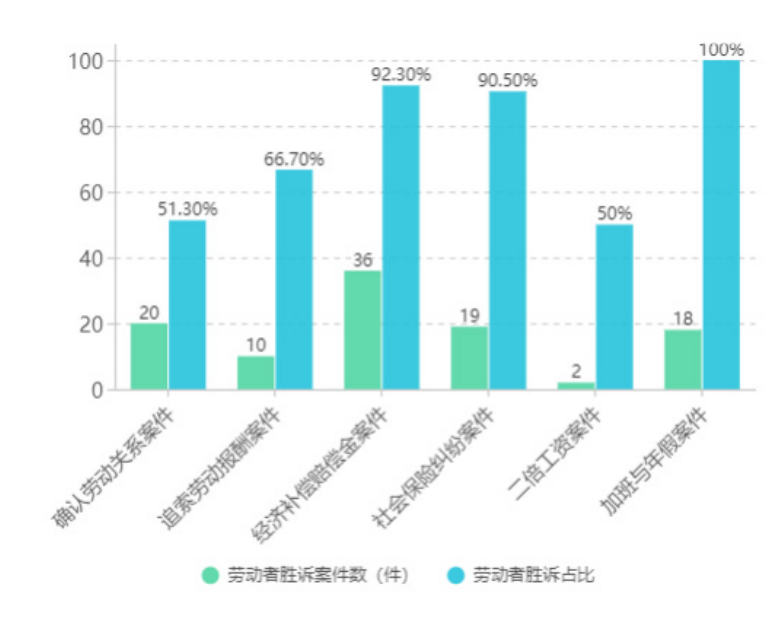
参考《民事案件案由规定》的案由对所有案件进行分类统计，确认劳动关系共计 39 件，占比

28.68%；追索劳动报酬共计 15 件，占比 11.03%；经济补偿赔偿金共计 39 件，占比 28.68%；社会保险纠纷共计 21 件，占比 15.44%；二倍工资共计 4 件，占比 2.94%；加班与年假共计 18 件，占比 13.24%。



5、诉讼结果分析

对劳动者略有倾向性保护，无论在法条规定还是现实的劳动争议中，对处于弱势地位的劳动者有倾向性保护。在统计的 136 件案件中，劳动者胜诉的案件有 105 个，占比总案件数 77.2%。其中确认劳动关系案件劳动者胜诉 20 件，占比 51.3%；追索劳动报酬案件劳动者胜诉 10 件，占比 66.7%；经济补偿赔偿金案件劳动者胜诉 36 件，占比 92.3%；社会保险纠纷案件劳动者胜诉 19 件，占比 90.5%；二倍工资案件劳动者胜诉 2 件，占比 50%；加班与年假案件劳动者胜诉 18 个，占比 100%（以上为占比对应案件类型的比例）。



二、各类案件重要裁判观点

1、确认劳动关系

企业破产清算，管理人所聘用的工作人员所获得的报酬属于劳务费，并非劳动关系。[(2020)湘民终 1164 号]

张文胜与零陵金属公司于 2017 年 2 月签订了《解除劳动合同协议书》，双方之间的劳动关系已依法终止。《解除劳动合同协议书》签订后，因破产清算工作需要留任了张文胜等人，至 2018 年 6 月解聘。关于 2017 年 3 月至 2018 年 6 月留守期间双方是否存在劳动关系，本院认为，该期间双方之间的关系不应认定为劳动关系。第一，管理人不属于劳动合同法第二条规定的用人单位的范畴。企业进入破产清算程序后，民事行为能力受到限制，债务人的财产、印章和账簿等资料均须向管理人移交，债务人的内部管理事务、日常开支、处分财产、参加诉讼等均须由管理人进行。故在破产程序中，债务人不能自行行使权利、履行义务，无权决定订立或履行民事合同（印章和财产均移交给管理人），债务人的民事行为系由管理人决定和进行。而管理人属于人民法院在受理破产案件过程中为完成相关破产事务而临时成立的组织，并非劳动合同法第二条所规定的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。零陵金属公司的管理人是由破产清算组担任，破产清算组是法院在受理破产案件时，为了保障企业职工和债权人的合法权益不受侵害而临时有关部门、机构人员构成的小组，既不是依法成立领取营业执照的经营单位，也不是非营利法人或组织，更不是公司的部门或分支机构，也并未受公司的委托。破产清算组从事的是对破产企业的清算，没有经营资格，破产程序终结企业注销后，清算组即终止执行职务，因此清算组不具备劳动合同法上的用工主体资格。零陵金属公司的破产程序是破产清算程序，而非破产重整程序，清算的目的是要注销企业，终止与职工的劳动关系，而

不是重新经营，与职工建立新的劳动关系。虽然零陵金属公司进入破产程序后未及时进行破产宣告，在一段时期内尚未完全停止运营状态，但其实质仍属于已被法院裁定进入破产清算程序的企业，应认定为已陷入困境的企业，而非正常经营的企业，按照劳动合同法第四十一条的规定，属于因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化之情形，即使该破产企业暂未停业也不应按正常企业来对待，此时管理人继续运营企业的目的主要是为了清算，这与正常经营以盈利为目的的企业是不同的。第三，管理人所聘用的工作人员所获得的报酬属于劳务费，而不是劳动法所调整的工资报酬。企业破产法第二十八条规定：“管理人经人民法院许可，可以聘用必要的工作人员”；第四十一条规定：“管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用为破产费用”。从上述规定可以看出，清算组不具有用工资格，清算组与职工解除劳动合同后发给包括破产企业留守人员在内的聘用人员的报酬是劳务费，而不是劳动法意义上的工资。清算组与留守聘用人员之间所建立的只是一种临时性的劳务关系，清算完成或清算组认为无需再聘用人员完成工作时，劳务关系终止。

劳动者未与用人单位订立书面劳动合同，未在用人单位管理、指挥、监督下劳动不符合事实劳动关系。[(2020)湘民终 601 号]

事实劳动关系作为一种不依赖于书面合同存在的劳动关系。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”即劳动关系的认定主要看劳动者是否提供劳动，双方是否形成

劳动力的支配与被支配关系，亦即是否具备劳动关系的从属性，包括人格上、经济上和组织上三方面。据此，由于劳动关系本身的特殊性和复杂性，在没有订立书面劳动合同的情况下，可从以下方面判断双方是否存在劳动关系：劳动者是否接受用人单位的管理、指挥与监督；用人单位是否定期向劳动者发放工资，劳动者能否提供用人单位支付工资的记录，劳动者是否在经济上依赖用人单位；劳动者是否被纳入用人单位的生产组织体系从事劳动，与其他劳动者存在分工合作，并受用人单位决定或受其控制；劳动者提供的劳务是否具有连续性；劳动者的工作性质是否日常等。本案中，李剑与株洲摩托车厂未订立书面劳动合同。根据李剑陈述，其在2005年以后并未为株洲摩托车厂提供劳动和服务。株洲摩托车厂也未对其作提供劳动要求，李剑未接受株洲摩托车厂的考勤，也未在其管理、指挥、监督下劳动。总之，李剑未从事株洲摩托车厂安排的有报酬的劳动，其提供的劳动也不是株洲摩托车厂业务的组成部分。因此，李剑与株洲摩托车厂之间不符合上述认定事实劳动关系的情形。

关联公司混同用工行为，关联公司应对给付义务承担连带责任。(2019)湘民再683号

劳动关系是一种双务关系，建立劳动关系需劳动者与用人单位双方具有建立劳动关系的合意，这种合意亦包括劳动者对与其建立劳动关系的对方主体的明确认知。本案中，吴锋虽然在起名公司的工作场所从事了属于起名公司经营范畴的工作内容，起名公司亦于2017年5月起为吴锋缴纳了社会保险，但吴锋至起名公司从事项目开发工作系基于吉福居公司的安排和委派，起名公司为吴锋缴纳社会保险亦是基于吉福居公司的委托，吴锋亦直至与吉福居公司发生劳动争议后方知起名公司曾为其缴纳过社会保险，方才主张与起名公司之间存在劳动关系，可见，吴锋与起名公司之间从无建立劳动关系的合意。并且，吉福居公司与吴锋之间不仅签订有劳动合同，且仍

在合同期内，不认定吴锋与起名公司之间的劳动关系，并不会影响吴锋作为劳动者的基本权利的保障，因而，原审未认定吴锋与起名公司之间存在劳动关系并无不当。然而，由于吴锋在职期间，起名公司和吉福居公司的法定代表人均为陈晓辉，二公司的住所地曾经相同，均在格林星城，吴锋虽与吉福居公司签订劳动合同，但其工作地点、工作内容又为起名公司，且起名公司亦为吴锋缴纳了社会保险，因而，吉福居公司与起名公司对吴锋的用工行为，为关联公司混同用工行为，起名公司应对吉福居公司的给付义务承担连带责任。

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。(2017)湘民再101号

《劳动和社会保障部关于确定劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2015〕12号）第四条：“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。”该条规定是指不存在劳动关系时仍需承担用工主体责任的情形，是就法律责任承担而非法律关系建立所作的规定。阳正湘在拆棚子时摔伤，而棚子属于建筑物，拆除必须交由具有施工资质的单位实施，大力成公司将拆除建筑物的工程发包给没有资质、不具备用工主体资格的自然人，在拆除时出现伤亡事故，根据上述规定，大力成公司依法应当承担用工主体责任。仲裁裁决确定大力成公司承担用工主体责任，符合本案事实和法律规定。虽然阳冬桔等向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁的请求为确认大力成公司与阳正湘之间存在事实劳动关系，但从阳冬桔等申请仲裁的真实意思看，主要还是欲让大力成公司承担相应用工责任，故原审未以仲裁超过当事人的请求范围否定仲裁裁决符合本案的实际。

劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。(2014)湘高法民再终字第78号

1993年8月12日，肖新熙与原株洲庆云股份有限公司签订了劳动合同，合同约定合同期限自1993年8月1日起至2003年7月31日止。在此期间，肖新熙与株洲庆云股份有限公司存在劳动合同关系。后株洲庆云股份有限公司分别变更为株洲庆云发展股份有限公司、湖南金德发展股份有限公司、西王公司。合同到期后，湖南金德发展股份有限公司并没有办理终止劳动关系手续，且一直在为肖新熙缴付养老费至2004年4月。因此，在合同到期至2004年4月，双方存在事实劳动关系。肖新熙与湖南金德发展股份有限公司合同在2003年7月31日期满，虽然双方一直并没有续订劳动合同，但仍然存在事实劳动关系。事实劳动关系存续期间，任何一方均可以随时终止劳动关系。因此，湖南金德发展股份有限公司2004年4月14日终止劳动关系并无不当。肖新熙提出的合同约定25年以上工龄不能解除合同问题，因2003年8月份的劳动合同已到期，此后又没有续订有合同，因此本案并不受该条约定的约束。原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第38条规定：“劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止，用人单位可以不支付劳动者经济补偿金。国家另有规定，可以从其规定”。根据上述规定，劳动关系终止不需要补偿，但对国家有明确规定的则从其规定。原劳动部办公厅对《关于终止或解除劳动合同计发经济补偿金有关问题的请示》的复函指出：“凡属国有企业职工和与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动合同关系的职工以及全民所有制企业招用的农民合同制工人，在劳动合同终止以后，仍应执行其中有关支付经济补偿金的规定”。因肖新熙

在调入株洲庆云大厦前一直系全民工身份，故在合同终止后应进行相应补偿。因此，肖新熙提出的补偿问题予以支持。终止劳动关系证明书是否送达以及何时送达并不影响劳动关系终止的客观事实，只是影响当事人仲裁时效的起算。

2、追索劳动报酬

雇请提供劳务属于执行合伙事务的行为，该行为的法律后果应当由全体合伙人承受。(2020)湘民再329号

卢鑫良取得星沙砖厂所有权后，将该砖厂作价45万元，邀请卢学文、赵启明入伙，三人并于2013年2月28日签订《星沙机制砖厂合伙协议书》，约定三人各出资15万元入股，其中赵启明以支付给原星沙砖厂的15万元押金和租金入股，星沙砖厂所有财产属三人共同共有，风险共担。虽然上述合伙协议未对合伙盈余等作出约定，但该合伙协议可以根据法律相关规定予以完善，部分条款的欠缺不影响卢鑫良、卢学文与赵启明之间根据合伙协议约定建立了合伙关系。三人合伙关系形成后，卢鑫良、卢学文又与赵启明签订《星沙砖厂租赁合同》，约定将星沙砖厂整套生产机砖设施及现有场地租给赵启明个人经营使用，赵启明向卢鑫良、卢学文支付相应租金。卢鑫良、卢学文也认可赵启明在扣减自己应分得的三分之一租金后依约向卢鑫良、卢学文支付了租金。上述《星沙砖厂租赁合同》签订并实际履行于卢鑫良、卢学文、赵启明三人合伙期间，三人内部成立的租赁关系仅是三人于合伙期间选择的内部经营管理模式，该内部租赁关系并不能排除三人在先形成的对外的合伙关系，况且，赵启明在租赁期间向卢鑫良、卢学文支付了相应租金，卢鑫良、卢学文实际享受了合伙经营的利润。赵启明、徐满华夫妇在租赁经营期间内雇请李祖平提供劳务，该行为显然属于执行合伙事务的行为，而不是执行与合伙事务无关的个人事务，该行为的法律后果应当由全体合伙人承受，而不应当由

赵启明个人承受。因此，二审法院判决卢鑫良、卢学文对赵启明所欠付的李祖平劳务工资承担连带清偿责任有事实和法律依据且并无不当，依法应予维持。

双方自愿选择签订书面的保险代理合同，按佣金形式支付劳动报酬，高于同期按劳动合同应支付的工资，该款具有工资性质。加付赔偿金的性质属于惩罚性赔偿金，仍然受仲裁时效和诉讼时效的约束，超过一年仲裁时效的部分不能支持。 (2017) 湘民再 39 号

2008 年 1 月农银人寿湖南分公司聘任吴孟凯为湘潭县营销服务部负责人，2008 年 2 月 25 日双方签订了为期一年的保险代理合同，农银人寿湖南分公司按照保险代理合同的约定从 2008 年 1 月至 2009 年 3 月支付了吴孟凯税后收入 99603.85 元，月均 6640.26 元。本院认为，吴孟凯被农银人寿湖南分公司聘任为湘潭县营销服务部的负责人，双方已经构成事实上的劳动关系。吴孟凯作为农银人寿湖南分公司的工作人员开展保险业务属于其向用人单位提供的劳动，吴孟凯也没有提交证据证明其从事保险代理工作推销保险业务就完全是工作时间之外进行的，因此，在此期间吴孟凯的劳动待遇不能依照保险代理合同关系的待遇和劳动关系的待遇简单相加，遗漏的待遇应该补足，也不应重复发放。由于双方自愿选择签订书面的保险代理合同，按佣金形式支付劳动报酬，高于同期按劳动合同应支付的工资，故原审认定该款具有工资性质并无不当。《中华人民共和国合同法》第八十五条规定“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（三）安排加

班不支付加班费的；（四）解除或者终止劳动合同的，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。”按照该条规定的字面意思，加付赔偿金的适用有一个统一的前提，即用人单位在劳动行政部门责令限期支付相应的报酬、经济补偿等情况下而逾期未支付的。但是，为保障劳动者权益，方便劳动者维权，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》将其纳入劳动争议案件的审理范围，该司法解释第三条规定“劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理。”这也就意味着，只要用人单位存在第八十五条规定的几种情形时，劳动者均可以在诉讼中主张用人单位支付加付赔偿金。因此，原审以吴孟凯没有经过向劳动行政部门投诉，由劳动行政部门责令用人单位限期支付的前置程序而驳回其该项诉求有失偏颇，应予纠正。吴孟凯要求农银人寿湖南分公司支付加付赔偿金的诉求中的合理部分应予支持，但是，由于加付赔偿金的性质属于惩罚性赔偿金，仍然受仲裁时效和诉讼时效的约束，超过一年仲裁时效的部分不能支持。

待岗生活费属于用人单位拖欠的劳动报酬，在适用仲裁时效制度时，应对劳动者的基本生存权利予以充分考量，否则有违公平原则。 (2014) 湘高法民再终字第 7 号

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款关于“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”的规定，和第二十七条第四款关于“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出”的规定，殷敢主张的待岗生活费属于湘筑公司拖欠的劳动报酬，且殷敢与湘筑公司之间的劳动关系仍然存续，同时待岗生活费关系到

劳动者的基本生活保障，在适用仲裁时效制度时，应对劳动者的基本生存权利予以充分考量，否则有违公平原则，因此本案不受仲裁时效期间的限制，殷敢申诉提出仲裁申请未过仲裁时效期间的理由成立，本院予以支持，湘筑公司应补发殷敢1997年1月至2001年6月期间每月200元的待岗生活费。

3、经济补偿赔偿金

法人合并，成为同一法人事业单位，合并前法人单位的民事权利、义务应当由合并后法人单位享有，承担，工作年限应合并计算。(2020)湘民再373号

阙霞飞在2004年9月起至2016年9月，一直在安化县清塘铺镇太平完小任教，虽然该两所学校均具有法人资格，但解除阙霞飞劳动合同前，该两所学校均与清塘铺中心学校进行了合并，成为同一事业法人单位，即安化县清塘铺镇中心学校。根据阙霞飞在原审中提交的安化县清塘铺镇中心学校五十周年校庆纪念册、荣誉证书、学前教育巡回支教点志愿者工资发放表以及支教协议书等证据，亦可证实合并前，安化县清塘铺镇太平完小均接受安化县清塘铺镇中心学校管理，且阙霞飞从2004年9月起至2016年9月，连续工作了十二年，故其用工主体可认定为清塘铺镇中心学校。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第五条的规定：“用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同，认定为劳动者非本人原因从原用人单位被安排到新的用人单位，新用人单位提出解除终止劳动关系时，计算经济补偿金或赔偿金的年限时应合并计算工作年限。”本案中，虽清塘铺镇完小、清塘铺太平完小均系事业法人，但在解除阙霞飞劳动合同之前，该两所学校均与安化县清塘铺镇中心学校进行了合并，成为同一法人事业单位，故合并前法人单位的民事权利、义务应当由合并后法人单位享有，承担。

非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，新用人单位与劳动者解除劳动合同的，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，应当把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。(2019)湘民再540号

刘永斌自2011年12月至2017年8月7日先后受郴州市红海人力资源服务有限公司、郴州市为民人力资源有限公司、上有人力公司的派遣在郴州市房产交易管理处（原郴州市房产交易与权属登记管理处）工作，虽然刘永斌的用人单位发生了变更，但刘永斌一直在原工作场所工作，该变更属于非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第五条的规定，非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，新用人单位与劳动者解除劳动合同的，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，应当把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。据此计算，刘永斌的工作年限为2011年12月至2017年8月7日，因违法解除劳动合同而应支付的赔偿金为24120元（2010元×6个月×2倍），用人单位上有人力公司应当承担赔偿责任。

用人单位以劳动者旷工严重违反用人单位规章制度为由解除劳动合同，应由用人单位举证证明劳动者旷工的事实。(2018)湘民终310号

敬和堂公司书面通知张丽华办理离职手续，实际上系敬和堂公司提出解除劳动合同。本案审理过程中，敬和堂公司称解除劳动合同主要是因为张丽华严重违反用人单位规章制度，无故旷工数日，故根据证据规则，敬和堂公司应当举证证明张丽华旷工的事实。但敬和堂公司在本案中提交的打卡记录只有2017年5月27日之前的，并无此后的打卡记录，本案的相关证人证言也与敬和堂公司的主张相反，因此，本院认为，由于敬

和堂公司缺乏证据证明张丽华存在旷工的事实，其解除与张丽华的劳动关系不符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定的情形，也未与张丽华协商一致，同时也未提出其他合法解除劳动关系的事由和证据，应当认定为违法解除劳动合同。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定，以及双方无异议的工资标准，本案用人单位应当向张丽华支付违法解除劳动合同赔偿金数额为 62100 元（上年度平均工资 3450 元乘以 9 年乘以 2）。

五、六级工伤职工的劳动合同不论到期与否，劳动关系应当保留，除非劳动者主动提出解除或终止劳动合同。(2017) 湘民再 156 号

本案劳动合同于 2012 年 5 月 31 日到期，新方圆公司以劳动合同到期为由终止与刘长根的劳动合同，符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条规定的终止劳动合同情形，不符合该法第四十二条的规定，并未违法解除劳动合同。但刘长根为六级工伤职工，还应适用《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条和《工伤保险条例》第三十六条。《工伤保险条例》第三十六条规定：职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为 18 个月的本人工资，六级伤残为 16 个月的本人工资；（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的 70%，六级伤残为本人工资的 60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。根据上

述规定，五、六级工伤职工的劳动合同不论到期与否，劳动关系应当保留，除非劳动者主动提出解除或终止劳动合同。

4、社会保险纠纷

政府作为企业出资人的设立机构，应对原企业没有为劳动者申报参加工伤保险的行为承担责任。(2019) 湘民再 86 号

2014 年 12 月 24 日，苏业庭经娄底市疾病预防控制中心诊断为“煤工尘肺叁期”。2014 年 12 月 30 日，娄底市疾病预防控制中心向原告核发了《职业病证》（证书编号：P-2014-368）。苏业庭的职业病于 2016 年 11 月 5 日经冷水江市人力资源和社会保障局以冷人社工认字 [2016] 第 287 号《认定工伤决定书》认定为工伤，并于 2017 年 3 月 6 日经娄底市劳动能力鉴定委员会以娄劳鉴 2017 年第 0155 号《劳动能力鉴定结论书》鉴定构成伤残叁级。因苏业庭在工作中患职业病并依法认定为工伤，并经劳动能力鉴定构成伤残叁级，因此苏业庭生前依法应当享受工伤保险待遇。现再审申请人主张原冷水江市大兴煤矿自 2007 年就按照市政府要求，通过煤炭税扣缴的方式向工伤保险局缴纳了职工工伤保险费（其中包括苏业庭），但并未提供证据证明，其申请理由不能成立。因原用人单位冷水江市大兴煤矿已经被注销，冷水江市铨山镇人民政府作为原冷水江市大兴煤矿出资人冷水江市铨山镇经济发展服务站的设立机构，应对原冷水江市大兴煤矿没有为苏业庭申报参加工伤保险的行为承担责任，故原审判决苏业庭的工伤保险待遇由冷水江市铨山镇人民政府承担并无不当。

申请供养亲属抚恤金需属于因工死亡职工供养亲属且依靠因工死亡职工生前提供主要生活来源。(2018) 湘民再 265 号

关于贺朝清、亢正芳是否属于《工伤保险条例》规定的被供养亲属范围问题。《工伤保险条例》

第三十九条，职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：（一）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资；（二）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；（三）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。劳动和社会保障部颁布的《因工死亡职工供养亲属范围规定》第二条第一款规定：本规定所称因工死亡职工供养亲属，是指该职工的配偶、子女、父母、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹。第三条规定：上条规定的人员，依靠因工死亡职工生前提供主要生活来源，并有下列情形之一的，可按规定申请供养亲属抚恤金：……（三）工亡职工父母男年满60周岁、女年满55周岁的；……。本案贺朝清、亢正芳均已年满60周岁，均系农民，并无其他收入来源，且只有死者贺廷强和另外一个女儿贺琴，故贺朝清、亢正芳主要生活来源依靠死者贺廷强。根据上述规定，贺朝清、亢正芳属于供养亲属范围，每人每月按照贺廷强本人工资30%计发抚恤金。因此，贺朝清、亢正芳每人每月应得的抚恤金为1051.8元（ $3506 \times 30\% = 1051.8$ ）。

职工经认定为工伤后复发的，应当享受工伤保险待遇。（2018）湘民终313号

黄坤因工受伤致残，且已经依法被认定为工伤，理应依法享受工伤保险待遇。《工伤保险条例》第三十条规定：“职工因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。职工治疗工伤应当在签订服务协议的医疗机构就医，情况紧急时可以先到就近的医疗机构急救。治疗工

伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准，由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部门、食品药品监督管理部门等部门规定。职工住院治疗工伤的伙食补助费，以及经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。工伤职工治疗非工伤引发的疾病，不享受工伤医疗待遇，按照基本医疗保险办法处理。工伤职工到签订服务协议的医疗机构进行工伤康复的费用，符合规定的，从工伤保险基金支付”。《工伤保险条例》第三十八条规定：“工伤职工工伤复发，确认需要治疗的，享受本条例第三十条、第三十二条和第三十三条规定的工伤待遇”。因此，职工经认定为工伤后复发的，应当享受工伤保险待遇。黄坤的伤情已经司法鉴定确认将继续复发，且复发的频率不低于前期，复发治疗的医疗费用标准也可能高于以往，数额较大。因新一佳公司经营状况恶化，一审法院已经受理债权人对新一佳公司提出的破产申请，新一佳公司因此已经与黄坤等人解除劳动合同关系，停缴工伤保险费用，黄坤的后续治疗费用不能按照《工伤保险条例》的规定从工伤保险基金中支付，因此，新一佳公司作为用人单位，应承担黄坤的后续治疗费用，一审判决新一佳公司支付工伤后续医疗费用并无不当。鉴于鉴定确认黄坤复发次数不低于前期，故本院酌情认定黄坤后期伤情复发次数为22次。鉴定中明确黄坤后期平均治疗费用高于前期，且考虑到黄坤随着年龄增长，身体机能老化等因素，本院认为一审法院按照历次治疗费用平均计算后期治疗费用偏低，应予变更。

用人单位应当按照国务院卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并建立职工职业健康监护档案。违反前款规

定，职工患职业病的，其工伤保险待遇由用人单位支付。(2018)湘民再147号

《中华人民共和国职业病防治法》已经施行，该法第三十二条和第三十三条规定，对从事接触职业病危害的作业的劳动者，用人单位应当按照国务院卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果如实告知劳动者，用人单位应当为劳动者建立职业健康监护档案。故朝阳矿业公司在周海桃于2003年2月离开朝阳矿业公司时，并未严格依照《中华人民共和国职业病防治法》的相关规定对周海桃进行健康检查，亦没有为周海桃建立健康监护档案。周海桃自1987年至2001年5月在原朝阳煤矿从事井下掘进工作、2001年6月至2003年1月，周海桃仍在朝阳矿业公司处从事原工作、2011年7月26日周海桃经娄底市疾病预防控制中心诊断为煤工尘肺叁期等事实客观存在。朝阳矿业公司没提供证据证明周海桃离开朝阳矿业公司后在其他地方从事过接触粉尘的工作，依据现有的证据只能认定朝阳矿业公司是周海桃的最后工作单位。《湖南省实施办法》第三十八条规定，对从事接触职业病危害作业的职工，用人单位应当依法组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并建立职工职业健康监护档案。用人单位不得安排未经上岗前职业健康检查的职工从事接触职业病危害的作业；不得安排有职业禁忌的职工从事所禁忌的作业；对未进行离岗前职业健康检查的职工不得解除或者终止与其订立的劳动合同。用人单位违反前两款规定，职工患职业病的，其工伤保险待遇由用人单位支付。用人单位拒绝支付，拖延支付或者无支付能力的，由工伤保险基金依法先行支付。用人单位应当偿还工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇费用；用人单位不偿还的，经办机构依法向用人单位追偿。

只要工伤发生时间是在参保时间，即使职业病诊断或工伤认定时单位已经停缴社会保险费，亦应由工伤保险基金依法承担相应的工伤费用。

(2018)湘民再25号

本案中，2012年12月18日，锡矿山建安公司将杨利忠（申报名字为杨利忠）向冷水江工保局申报为工伤保险参保人员。尽管锡矿山建安公司确实管理混乱的状况，但没有证据证明该单位存在杨利忠和杨立忠两人，故可以认定杨利忠即为杨立忠，并且该单位已为其申报工伤保险。虽然2013年4月2日，锡矿山建安公司将杨利忠向冷水江工保局办理了工伤保险参保人员异动减少手续，即杨利忠已不再参加工伤保险，但是在此之前的2013年2月28日，杨利忠到娄底市第三人民医院进行职业健康检查，检查结论为“疑似尘肺改变，建议申请尘肺病诊断，不宜从事粉尘作业”，2013年5月2日，杨利忠经娄底市疾病预防控制中心诊断为矽肺贰期，由此可以推断杨利忠的工伤发生时间系参保期间，只要工伤发生时间是在参保时间，即使职业病诊断或工伤认定时单位已经停缴社会保险费，亦应由工伤保险基金依法承担相应的工伤费用，原审以杨利忠确诊患职业病时已不再是冷水江工保局的工伤参保人员为由，判决锡矿山建安公司承担杨利忠的全部工伤保险待遇缺乏法律依据。根据《人力资源社会保障部关于执行若干问题的意见》第九条规定：“按照本意见第八条规定被认定为工伤的职业病人员，职业病诊断证明书（或职业病诊断鉴定书）中明确的用人单位，在该职工从业期间依法为其缴纳工伤保险费的，按《工伤保险条例》的规定，分别由工伤保险基金和用人单位支付工伤保险待遇……”，杨利忠因公致残被鉴定为四级，根据《工伤保险条例》第三十五条的规定，从工伤保险基金支付其一次性伤残补助金和伤残津贴，由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。

计算工伤赔偿金和经济补偿金时应当以劳动者税前的、未扣社保等费用的“应发工资”作为计算基数。(2016)湘民再109号

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十七条规定：“劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入……。”《工伤保险条例》第六十四条规定“……本条例所称本人工资，是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前12个月平均月缴费工资……。”月缴费工资是指可以纳入缴纳社会保险费范围的工资性收入，按照现行政策规定，缴费工资就是按国家统计局规定列入工资总额统计范围内发放的工资。国家统计局《关于工资总额组成的规定》第三条规定“工资总额是指各单位在一定时期内直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额。工资总额的计算应以直接支付给职工的全部劳动报酬为根据。”按照上述规定，计算工伤赔偿金和经济补偿金时应当以劳动者税前的、未扣社保等费用的“应发工资”作为计算基数。用人单位代扣的社会保险费、税费、其他扣款等均为个人劳动所得的组成部分，用人单位只是承担了代扣代缴的义务，所扣除的部分实际上仍然是劳动者的工资，故该部分款项应当计入工资性收入。

5、二倍工资共计

文件不具备劳动合同的必备条款，该文件不能视为已签订了书面劳动合同，总经理的聘任由董事会决定，没有义务与自己签订书面劳动合同。
(2019)湘民再18号

华鹤公司申请再审查称华鹤公司华鹤发〔2005〕5号文件《关于公司领导机构设置及分管工作安排的决定》应视为具有书面劳动合同内容的文件，可以视为华鹤公司已与宁吉彦签订了书面劳动合同。《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定：“劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期

限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。”从华鹤公司华鹤发〔2005〕5号文件内容来看，该文件仅决定宁吉彦为公司总经理，并未对其劳动合同期限、工作时间、劳动报酬、社会保险等作出规定，该文件不具备劳动合同的必备条款，故该文件不能视为华鹤公司与宁吉彦签订了书面劳动合同，华鹤公司该申请理由不能成立，本院不予支持。华鹤公司还申请称宁吉彦作为总经理，其职责包括代表华鹤公司与员工签订劳动合同，其应当代表公司与其自己签订劳动合同，故即使华鹤公司未与其签订劳动合同，也是其本人过错造成，华鹤公司无需支付二倍工资。公司经理的聘任与解聘应由董事会决定，公司经理只能对董事会决定聘任或解聘以外的负责管理人员决定聘任或解聘。故对于是否聘任宁吉彦担任华鹤公司总经理，应由华鹤公司董事会决定，在董事会作出聘任决定后，再由公司董事长陈爱莉代表公司与宁吉彦签订书面劳动合同。华鹤公司申请称宁吉彦作为公司总经理，应与自己签订书面劳动合同，没有法律依据，该理由不能成立，本院不予支持。

6、加班与年假

劳动者与用人单位约定不定时工作制度及底薪加计件的工资发放模式，再以此为由要求支付延时加班工资不予支持；劳动者主张加班工资的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。
(2016)湘民再240号

邓立军自进入金宇公司从事混凝土驾驶员工作以来，一直是按工作一天休息一天，工作时间

有出车任务时出车，没出车任务时可以休息的模式为金宇公司提供劳动，金宇公司按照“底薪+计件”的方式计发月工资给邓立军。从工资组成结构来看，底薪是固定的，计件部分则是对其工作期间完成的具体工作量的劳动报酬，付出的劳动越多，报酬越多。此种劳动报酬支付模式包括了基本工资及其他应获得的劳动报酬，金宇公司按照此种工资模式给付的劳动报酬是与劳动者付出的劳动相当的。双方于2012年7月1日签订的劳动合同约定的工作模式亦与上述不定时工作制相同，说明邓立军对于此种不定时工作制度及底薪加计件的工资发放模式是认可的。一审中邓立军提交了2012年8月2日、4日、6日、8日、10月1日、7日、9日、11日等8张驾驶员出勤考勤表、签到表的照片以及相关的证人证言。一审庭审中金宇公司陈述法定节假日休息是以通知或者规章制度的形式出现的，但之后并未提供任何的证据材料证明。从证据形式来看邓立军提交的8张驾驶员出勤考勤表、签到表的照片并不完全符合证据要求，但是结合证人证言及庭审中双方的陈述，邓立军作为劳动者一方已经履行初步的举证责任，而金宇公司未能举证证明按照国家法定节假日的规定给予邓立军假期，依照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条的规定，劳动者主张加班工资的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。故，本案中应当具有法定节假日加班情形，邓立军已完成了其举证责任。根据《中华人民共和国劳动法》第四十条的规定，国家法定节假日，用人单位应当安排劳动者休假；依该法第四十四条的规定，法定节假日安排劳动者工作的，用人单位应当向劳动者支付百分之三百的工资报酬。故此，金宇公司应当按规定支付邓立军在职期间的法定节假日加班工资报酬。

结语

我国的劳动争议处理制度建立于新中国成立后，劳动争议处理的程序为：发生争议后，先由当事人相互协商解决，协商不成申请劳动行政部门调解，调解不成可申请仲裁委员会仲裁，对仲裁不服的一方可向人民法院提起诉讼。通过对截至2022年10月11日，湖南省高院劳动争议案件进行检索深入分析，尝试总结一些经验供湖南省各企业参考。

三、劳动争议案件成因

劳动争议的产生、发展及其特征是当时的经济、社会、法治环境的映射。经济环境对劳动争议产生的影响最为直接。经济环境主要包括国家整体的经济发展水平、国家宏观经济政策、产业结构状况等。劳动争议案件发生数与经济政策以及宏观经济形势息息相关，在一定程度上，劳动争议案件数可以称为经济社会发展的“晴雨表”。目前，新冠疫情使得我国经济增速放缓，加大了就业压力。

1、从用人单位层面上看

国家政策的不断优化，使民营企业的营商环境大大改善，民营企业数量大幅增加。这些企业设立时间普遍不长，在此工作的劳动者对企业的归属感不强，人员流动比较频繁。同时，这些企业在劳资沟通、人力资源管理方面缺陷较多，容易触发劳动争议。此外，经济新常态下，大量市场竞争力低下的小微企业被市场淘汰，由此引发的劳动争议开始大量出现。首先，企业经营者降低成本，追求利益最大化与劳动者生活保障薪资待遇的矛盾，使得资方与劳动者处于利益冲突的两端。这种利益冲突便通过劳动关系确认、工资报酬、社会保险等纠纷形式体现出来。其次，部分企业法律意识淡薄、管理制度失衡、缺失和谐用工氛围，导致劳资关系紧张，缺乏企业内部疏导、调处机制。再次，中小型企业管理体系的不

完善及发展过程中的力不从心，使企业或主动或被动地不得不牺牲员工的利益，这导致了劳动争议的大量出现及企业败诉率的居高不下。

2、从劳动者层面上看

首先，劳动者维权意识的觉醒，导致了劳动争议案件多发。当合法权益受到侵犯时，劳动者不会再一味忍让，而是选择通过正当的途径维护自身合法的权益。其次，仲裁、诉讼的费用大幅降低，程序上更简易完善，劳动者维权的成本下降，进一步促进了劳动争议案件的多发。劳动争议仲裁已经取消收费，提起民事诉讼，诉讼费多为十元不等。作为弱势群体的劳动者再不会由于经济困难而放弃维权机会。当然，这在一定程度上也会导致滥诉现象的产生，只要是法律法规中存在的项，劳动者不管是否与自己的情况相符，均提出相应的赔偿请求，导致司法资源一定程度上的浪费。再次，因劳动争议皆与员工的切身利益有着密切关系，往往企业存在管理问题，一名员工带头，联合与其有相似情况的其他员工共同进行维权，涉诉面广调解工作极难开展；另一方面，涉及同一问题的员工，其中某一员工的胜诉往往会带动本企业其他员工陆续或共同起诉，给企业治理带来极大危机。

3、从立法层面上看

《劳动合同法》等法律法规的相继实施，致使用人单位与劳动者之间原有的利益格局与力量对比产生了重大变化。《劳动合同法》及实施条例的正式颁行，在实体方面为劳动者的合法权益提供了更为周全的保护，这也是用人单位败诉率极高的主要原因。而《劳动争议调解仲裁法》和《诉讼费用交纳办法》的实施，也在降低仲裁、诉讼成本的同时，进一步规范了劳动争议纠纷的解决途径，明晰了相应操作规程，方便劳动者以更简便、更经济的方式来解决纠纷。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》对前面四部司法解释进行汇总并重新梳理，

逻辑更为严谨，更为强调意思自治。在新冠疫情的影响下，国家迅速发布国家层面的政策，《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明[2020]5号）、

《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的通知》（人社部发[2020]8号）等，在立法政策上对劳动者保护自身权益提供支撑，众多案件劳动者胜诉案例引起了示范效应，于是更多的劳动者面对合法权益受损不再忍让，导致了大量劳动争议纠纷如潮般地进入仲裁及诉讼领域。

四、劳动争议风险防范对策

1、加强劳动争议预防，法律培训学习常规化

劳动争议的预防是将可能发生的劳动争议消弭于无形。有学者指出，以科学的高效的社会治理机制预防和早期介入纠纷，甚至比解决纠纷本身更为重要。加强劳动争议的预防，应该充分发挥各级劳动争议调解委员会的作用，尤其是加强企业劳动争议调解委员会的作用。各调解委员会不仅要调解处理劳动争议，更应该发挥劳动争议的预防作用。各企业应该建立合理的员工申诉和沟通的渠道，定期进行法治宣传，使劳动关系的双方当事人将争议扼杀在萌芽状态。对企业法务专员的劳动法业务培训常规化。劳动领域法律规定非常庞杂，且几乎每年都有更迭，甚至在一些问题上存在冲突，没有持续性的关注及实战经验的积累，很难娴熟驾驭劳动争议案件。对企业中层及以上管理人员的培训常规化。基础的法律培训能够帮助企业建立起劳动争议预警和预判能力。当发现有一些员工有争议苗头的时候，应首先启用企业文化、人文管理等看似概念化但实则非常重要的管理手段和方法。定期对中层及以上管理人员进行法律培训，能够帮助企业进一步摸清引发劳动争议的风险点所在、关注可能引发争议涉及的员工、树立正确的证据意识、吃透解决争议的法律规定。如此，才能将争议化解工作贯

穿至发生的始末，最大程度减少企业的损失。

2、升级经营理念，加强多元处理格局

这是从源头上预防和减少劳动争议纠纷产生的最根本路径。一方面，企业应更新观念，充分认识到践行诚信原则、遵守劳动法规的重要性，立足长远、着眼实际，摒弃急功近利、追逐短期利益的错误心理，从而迅速树立《劳动合同法》所倡导的新型用工理念，为企业长期健康的发展创造有利条件。另一方面，企业应建立完善的制度体系，并对其定期进行合规性审查。制度间应相互间形成配套且能够相互协调。另外，很多公司的规章制度会出现与《劳动合同法》或其他相关法律强制性规定相互严重冲突和矛盾的地方，需要专业的人员定期对制度进行全面梳理。《关于进一步加强劳动人事争议调解仲裁完善多元处理机制的意见》（人社部发〔2017〕26号）提出，建立党委领导、政府主导、综合协调为主的、积极发挥人社部门牵头作用、鼓励各有关部门和单位发挥职能作用、引导社会力量积极参与的争议多元处理格局。劳动争议多元处理格局属于社会治理的重要组成部分，未来应该进一步完善政府、工会、企业共同参与解决纠纷的协商协调机制，构建和谐劳动关系。

3、规范用工形式，减少用工风险

企业应根据自身情况及需求，针对不同岗位选择最为合理的用工形式。第一，企业应结合实际情况，考虑将劳务派遣用工转换成劳动合同用工、业务外包等其他用工方式，或在相关岗位上继续使用劳务派遣工。企业应根据不同情况和不同岗位要求区别对待和同时使用，确定最佳用工方案。第二，在进行业务外包时，把握好其与劳务派遣的区别，并在相关协议和具体实务中做好相应的安排，避免真正外包被打上劳务派遣的烙印；在继续使用劳务派遣工的岗位，做好对劳务派遣用工的筹划，以及薪酬制度的规划与调整。第三，选择合法手续完备的劳务派遣单位，企业

在选择劳务派遣单位时，应认真审查其经营资质及注册资本信息，选择与有资质、实力强、布点多的劳务派遣公司合作，避免由于派遣公司资质的欠缺而形成违法派遣的局面。

构建和谐劳动关系，维护劳动者利益，保障劳动者权益，是企业的社会责任，也是实现行业持续、协调、共同发展的必然要求。企业要在激烈的市场竞争中树立良好形象，并得到较好的发展，就必须协调好劳动关系，在注重经济效益和资本效益最大化的同时，充分保护、调动、发挥好职工群众的积极性和创造性，承担应负的社会责任。企业不仅是劳动关系建立和存续的载体，也是劳动关系在建立、存续、变更和终止过程中，协调双方利益关系的基础，在创建和谐劳动关系责无旁贷。因此，为职工提高工资、增加福利、改善劳动条件就成为企业必须承担的社会责任。要建立长久的和谐劳动关系，有赖于高效且人性化的管理制度。制度是否合法合理、完善配套、便捷高效，直接决定了企业的运营。除此之外，企业制度应更加突出“以人为本”，更注重人的社会属性和精神层面，激发人的潜能和价值。在设计标准体系和制订制度规范时，着重能引导劳动者发挥积极性和创造性，在实施过程中实行柔性管理模式，以企业独特的制度文化和行为文化对职工进行潜移默化的管理。规范用工、重视风险，力争做到事前预防与及时化解，以企业和谐的劳动关系促经济效益的稳步增长。以人为本、健康和谐的劳动关系，才是使企业有序、健康发展之本。

物权担保

预告登记权利人能否就纳入破产财产的抵押财产享有优先受偿权？——某银行担保物权确认纠纷案实例

◆文／张如泉 廖思异

本文刊发于《湖南律师》2023年第1期（总第181期）

一、案情简介

2011年10月24日，株洲某公司与张某、贺某签订了三份《商品房（预）销售合同》，约定由张某、贺某购买案涉132套房屋，株洲某公司向张某、贺某出具了首付款收据，双方于2011年10月25日办理了商品房（预）销售合同备案手续。后张某、贺某向某银行申请贷款，某银行遂与株洲某公司、张某、贺某三方共同签订了《个人购房借款及担保合同》，该合同约定以案涉132套房屋为借款提供抵押担保，并办理了抵押预告登记手续。后因张某等人逾期还款，某银行起诉至株洲市中级人民法院，该院作出（2014）株中法民二初字第XX号民事判决，判令张某、贺某偿还某银行的借款本金及利息，株洲某公司承担连带清偿责任；张某、贺某等人在抵押房屋具备抵押登记条件时，配合某银行办理抵押登记。该判决生效后，某银行申请强制执行，但至今并

无执行回款。

2015年张某、贺某向株洲市中级人民法院起诉株洲某公司，请求判决株洲某公司交付案涉132套房屋。在该案件审理过程中，株洲某公司自认与张某、贺某串通，签订虚假的《商品房（预）销售合同》并办理备案，以张某、贺某的名义向某银行申请贷款，双方共同套取了银行贷款。经审理，株洲市中级人民法院认定株洲某公司与张某、贺某签订的《商品房（预）销售合同》为无效合同，判决驳回张某、贺某的诉讼请求。该案经湖南省高院二审、最高人民法院再审均维持原审判决。

2020年12月30日，株洲市芦淞区人民法院受理株洲某公司的破产重整申请，后其破产管理人将案涉132套房屋纳入破产财产。在破产程序中，某银行才知晓株洲某公司与张某串通，虚

签购房合同，套取银行贷款的事实，案涉《商品房（预）销售合同》已被认定为无效合同。经了解，某检院已于2016年就张某、贺某涉嫌高利转贷罪，作出存疑不起诉决定。现案涉132套房屋的所有人系株洲某公司，并已纳入破产财产范围，某银行遂以株洲某公司为被告向株洲市芦淞区人民法院起诉，请求确认某银行对案涉132套房屋的拍卖、变卖等处置价款在株洲市中级人民法院（2014）株中法民二初字第XX号民事判决书所判定的债权金额范围内享有抵押权的优先受偿权。经依法审理，株洲市中级人民法院作出生效判决依法确认某银行具有优先受偿权。

二、本案难点

1、民法典实施前，某银行作为权利人办理抵押预告登记的商品房，现因开发商和购房者签订的《商品房（预）销售合同》系虚伪意思表示被依法认定无效，从而出现所有权人与抵押人不一致的情形。

2、民法典施行前办理抵押预告登记的权利人因客观上无法办理正式抵押登记手续的，能否适用民法典及相关司法解释规定，主张其在特定条件下依法享有优先受偿权？

3、抵押财产所有权人与抵押人不一致时，所有权人破产并将抵押财产纳入破产财产范围，抵押预告登记权利人就抵押财产是否享有优先受偿权？

三、代理意见

1、某银行系善意第三人，案涉《个人购房借款及担保合同》及抵押预告登记合法有效。

本案中，某银行基于对《株洲市商品房（预）销售合同》、首付款收据，以及三份商品房预售备案合同的信赖，与株洲某公司、张杨、贺某等人签订了《个人购房借款及担保合同》并办理了抵押预告登记，已尽到合理注意义务，系善意第

三人。案涉三方《株洲市商品房（预）销售合同》因虚伪意思表示无效，并不影响作为善意第三人的某银行与张某、贺某、株洲某公司签订的案涉借款、担保合同以及抵押预告登记的效力。

2、案涉《个人购房借款及担保合同》的抵押条款对株洲某公司具有约束力。

在《个人购房借款及担保合同》签订之始，株洲某公司明知其才是案涉房屋真实的权利人，其对《个人购房借款及担保合同》中关于借贷、抵押、优先受偿等条款内容明确知悉，依然作为合同主体签字认可，是其作为实际权利人作出的承诺。因此，株洲某公司作出了“提供案涉房屋为贷款的抵押物”的真实意思表示。案涉借款及担保合同中的抵押条款对株洲某公司具有约束力。

3、案涉抵押预告登记具有排他性，不受其后发生的权利变动的影响，某银行有权向株洲某公司主张权利。

根据民法典第四百零六条第一款的规定“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响”。举重以明轻，可知，抵押预告登记后发生抵押财产物权变动的，抵押预告登记的效力不受影响。本案中在案涉房屋已办理抵押预告登记，对其后发生的违背预告登记内容的不动产物权变动具有排他性，因商品房预售合同无效导致房屋权利人发生变动，不能对抗抵押预告登记权利人某银行，某银行作为善意的抵押预告登记权利人有权向株洲某公司主张权利。

4、株洲某公司不正当阻止抵押条件成就，应视为抵押条件已成就，某银行依法享有优先受偿权。

株洲某公司与张某、贺某等人为套取银行资金，串通签订虚假购房合同，出具虚假首付款收据，导致抵押预告登记的抵押权人为张某、贺某，企图通过这种方式阻却办理正式抵押登记手续的条件成就，阻止某银行就案涉132套房屋主张优先受偿权。

此外，在借款无法如期清偿时，株洲某公司和张某等人不积极、及时采取措施促使抵押登记条件成就，反而通过另案诉讼抗辩商品房买卖合同非真是意思表示系无效合同，以企图消除案涉房屋的权利负担，进一步阻止抵押条件的成就。

株洲某公司的行为有违诚实信用原则，根据民法典第一百五十九条的规定：附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。故，本案中株洲某公司不正当阻止抵押条件成就的行为，应当视为案涉抵押条件已成就，案涉抵押权成立，某银行有权就案涉抵押财产享有优先受偿权。

5、现株洲某公司破产，抵押财产纳入破产财产，某银行作为预告登记权利人有权就抵押财产主张优先受偿。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第五十二条第二款的规定“当事人办理了抵押预告登记，抵押人破产，经审查抵押财产属于破产财产，预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的，人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持，但是，在人民法院受理破产申请前的一年内，债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外”。该条款的核心要义在于破产财产的抵押预告登记权利人具有优先受偿权。本案属于办理抵押预告登记后，抵押财产属于破产财产的情形，应当适用该条款。

6、本案应当适用民法典及相关司法解释关于破产财产的抵押预告登记权利人具有优先受偿权的规定。

本案中所涉及的问题系：客观上无法办理正式抵押登记手续时，抵押预告登记权利人享有何种权利。在民法典相关担保法解释前，法律上并无明确规定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉时间效力的若干规定》第三条的规定，“民法典施行前的法律事实引起的

民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外”，本案中株洲某公司串通套取银行资金，不正当阻止抵押条件成就，企图阻却抵押物的优先受偿，适用新法不会减损当事人的合法权益，也未增加当事人法定义务，更未背离合理预期，能更好的保护善意第三人的合法权益，符合诚实守信原则，有利于保护金融安全，维护市场经济秩序，弘扬社会主义核心价值观。

7、本案并非个案，涉及到金融秩序安全问题，请求人民法院综合考虑本案的社会影响，依法支持某银行的诉请。

其一，非法行为不应获利。若株洲某公司通过串通套取贷款的行为即能使用到贷款资金又可以脱壳取回抵押物，有违民法基本法律原则；

其二，保护善意第三人。某银行在放贷时，已尽到合理注意义务，系善意第三人，合法权益的实现应当得到保证，不能由善意第三人为非法行为买单。

其三，保障金融秩序安全。如本案某银行车站路支行抵押物优先受偿权被排除，会起到反面的引导作为，制造出金融漏洞，银行无法开展预售房抵押贷款业务，金融安全将遭到严重打击，交易信赖基础丧失，严重破坏交易秩序。

综上，某银行系善意第三人，案涉《个人购房借款及担保合同》及抵押预告登记合法有效，张某、贺某及株洲某公司不正当阻止抵押条件的成就，现株洲某公司宣告破产，并将案涉132套房屋纳入破产财产，某银行有权依法享有优先受偿权，请求贵院查明事实，依法支持某银行合法权利。

四、判决结果

确认某银行对案涉132套房屋的拍卖、变卖

等处置价款在株洲市中级人民法院（2014）株中法民二初字第XX号民事判决书所判定的债权金额范围内享有优先受偿权。

五、裁判文书

二审法院认为，本案并非株洲某公司与某银行的合同关系引发的纠纷，本案系担保物权确认纠纷。本案争议焦点为：

1、本案是否应适用民法典及相关司法解释的规定；

2、当株洲某公司作为所有权人破产，某银行对案涉132套房屋是否享有优先受偿权。

分析如下

（1）本案中，某银行主张适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》五十二条的规定，株洲某公司主张应适用民法典施行前的相关规定。二审法院认为，在民法典施行前，抵押预告登记设立的目的是防止抵押人再次处分抵押物，未经预告登记权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力，即预告登记对其后发生的违背预告登记内容的不动产物权处分行为具有排他效力。但对于客观上无法办理正式抵押登记手续的，抵押预告登记权利人享有何种权利，法律并无明确规定。在民法典施行后，因抵押人处分抵押物无需经抵押权人同意，则抵押预告登记亦无法阻止抵押人处分抵押物，此时《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第五十二条规定了抵押预告登记权利人在符合相关条件下，抵押权自预告登记之日或破产申请受理之日起设立，赋予了抵押预告登记具有抵押登记的效力，抵押预告登记权利人享有抵押权的优先受偿权。由此可知，民法典施行前，抵押预告登记具有排他效力，但抵押预告登记是否具有抵押登记的效力没有规定；民法典施行后，赋予了抵押预告登记在特定条件下具有抵押登记的效力，新法的规定弥

补了旧法的空白。具体在本案中，本案的商品房买卖合同、抵押预告登记均发生在民法典施行前，本应适用当时的法律、司法解释的规定，但本案争议焦点即在于案涉抵押预告登记在破产的情况下是否具有抵押登记的效力，民法典施行之前的法律、司法解释没有规定而民法典施行后有规定，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三条规定：“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外。”本案可以适用民法典及相关司法解释的规定。且本案株洲某公司与张某、贺某签订虚假的商品房买卖合同套取银行资金并阻却抵押条件的成就，有违民事主体从事民事活动应当遵循的诚实信用原则，适用新法不会减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期，而有利于保护善意民事主体的合法权益，有利于维护正常社会和经济秩序，故对于某银行的主张，法院予以支持。

（2）根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第五十二条第二款规定：“当事人办理了抵押预告登记，抵押人破产，经审查抵押财产属于破产财产，预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的，人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持，但是在人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。”本案中，株洲某公司与张某、贺某通过签订虚假的《商品房（预）销售合同》，以张某、贺某的名义向某银行申请贷款，套取银行资金。某银行基于对上述商品房买卖合同、房款收据的信任，与张某、贺某签订借款、抵押合同，并办理案涉房屋的抵押预告登记。本案并无证据证明某银行在接受抵押担保、发放贷款过程中有违法或者重大过失行为，属于善意第

三人。虽然株洲某公司与张某、贺某之间的商品房买卖合同因双方通谋虚伪表示而被确认无效，但并不影响某银行与张某、贺某之间借款、抵押合同及抵押预告登记的效力。现株洲某公司破产，案涉132套房屋的抵押财产属于破产财产，《中华人民共和国企业破产法》第四十六条规定，未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。本案抵押预告登记无论在此之前是否具备办理抵押登记的条件，但于破产申请受理时即应视为办理抵押登记的条件已成就，故某银行请求株洲某公司在具备抵押登记条件时协助办理抵押登记手续的请求，已无必要，某银行作为抵押预告登记权利人自破产申请受理时即取得了正式抵押权，其依法对案涉132套房屋享有优先受偿权。至于株洲某公司主张适用上述规定的前提是抵押人破产，而株洲某公司是作为案涉房屋的所有权人破产，不适用上述规定。法院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》五十二条第二款的立法精神之核心在于抵押财产属于破产财产，在企业破产法的规定下，破产财产加速到期，赋予了抵押预告登记具有抵押登记的效力。当抵押人与所有权人同一时自然适用，在抵押人与所有权人不同时，因此时已赋予了抵押预告登记具有抵押登记的效力。依据《中华人民共和国物权法》第一百零六条规定，当事人善意取得抵押权的，抵押权人对所有权人的抵押物当然的享有追及效力，故对于株洲某公司的主张，法院不予采信。

六、案例评析

1、民法典施行前办理抵押预告登记的权利人因客观上无法办理正式抵押登记手续的，能否适用民法典及相关司法解释规定，在特定条件下依法享有优先受偿权？

根据物权法第二十条的规定，预告登记是为了保障将来物权的实现，按照约定向登记机构申请办理的登记。预告登记后，并不导致不动产物权的设立或变动，只是在法律上对预告登记权利

人将来实现请求物权变动的权利赋予一定的保障性。不动产抵押权设立登记之前，其享有的是当抵押登记成就或约定期限届满对系争不动产办理抵押登记的请求权，并可排他性地对抗他人针对系争不动产的处分，但并非享有现实抵押权。民法典施行后，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第五十二条的规定，抵押预告登记权利人在符合相关特定条件下，赋予了抵押预告登记具有抵押登记的效力，抵押预告登记的权利人具有优先受偿权。

那么，民法典施行前办理抵押预告登记的权利人，因客观上无法办理正式抵押登记手续，依法享有何种权利？这一问题在民法典相关担保法解释前，法律上并无明确规定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第三条的规定，“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外”，本案中，株洲某公司串通套取银行资金，签订虚假的商品房预售合同并备案，不正当阻止抵押条件成就，现株洲某企进入破产程序，客观上已无法办理抵押登记手续，适用民法典相关担保法司法解释不会减损当事人的合法权益，不仅不会减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或背离当事人合理预期，而且有利于保护善意民事主体的合法权益，有利于维护正常的社会经济秩序。

2、抵押财产所有权人与抵押人不一致时，所有权人破产并将抵押财产纳入破产财产范围，抵押预告登记权利人就抵押财产是否享有优先受偿权？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第五十二条第二款规定：“当事人办理了抵押预告登记，抵押人破产，经审查抵押财产属于破产财产，预告

登记权利人主张就抵押财产优先受偿的，人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持，但是在人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。”当抵押人与所有权人同一时，自然适用该条解释。当本案中抵押人与所有权人不同一时，抵押预告登记权利人能否取得优先受偿权？该条解释的核心要义是企业破产程序中，将抵押财产纳入破产财产时，赋予抵押预告登记具有抵押登记的效力。本案中，某银行作为善意第三人依法取得抵押预告登记，对所有权人株洲某公司具有追及效力，享有对抵押财产的优先受偿权。

七、结语和建议

本案是关于民法典施行前的抵押预告登记效力的争议问题。《物权法》对于客观上无法办理正式抵押登记手续，抵押预告登记权利人享有何种权利并无明确规定；《民法典》及相关司法解释弥补了这部分的空白，赋予了抵押预告登记具有抵押登记的效力，抵押预告登记权利人享有对抵押物的优先受偿权。抵押预告登记等行为均发生在民法典施行前，能否直接适用民法典及其相关规定，既关系到私法精神的贯彻，也关系到司法实践的应用。本案明确了民法典施行前办理抵押预告登记的权利人，因客观上无法办理正式抵押登记手续的，在不明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期得情形下，可以适用民法典及相关司法解释规定，在特定条件下依法确认享有优先受偿权。这既明确了民法典及相关担保法司法解释的适用时间效力问题，同时也为客观上无法办理正式抵押登记手续的抵押预告登记权利人提供了权利保护的途径。

另，本案明确了抵押财产所有权人与抵押人不一致时，所有权人破产将抵押财产纳入破产财产范围的，善意的抵押预告登记权利人在特定条件下可以享有优先受偿权。这既符合民法典相关担保法司法解释关于将抵押财物纳入破产财产，则赋予抵押预告登记具有抵押登记的效力的立法精神，又保障了善意的抵押预告登记权利人优先受偿权的实现，为司法实践中出现的新问题提供了法律指引。

再者，随着我国商品房预售制度的发展，抵押预购商品房相应产生，成为防范信贷风险的一种担保方式。银行在开展贷款业务时已尽到合理审查义务，并办理了抵押预告登记，却因他人恶意阻却而未办理正式的抵押登记手续，进而影响抵押权的实现。在司法实践中，由于各级法院对法律规定存在不同理解，容易出现不同的裁判结果。本案的正确处理保障了某银行近一亿元的金融债权安全，打击了套取银行贷款、逃避银行债务行为，对引导商品房预售贷款业务良性有序发展具有重大作用，为依法维护了金融债权安全，保障储户资金安全，优化营商环境提供了司法支持。



公司债权人利益受损，具有清算义务的 股东并不当然承担责任

◆文／ 高端民商诉讼部

前言

2008年5月，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《公司法解释（二）》）颁布，其后于2014年2月、2020年12月两次进行了修正。该司法解释出台背景和立法目的为：强化清算义务人依法清算的法律责任，督促清算义务人依法及时启动清算程序，有效保护债权人的合法权益，遏制和消除应清算而不清算的突出问题，建立健康有序的法人退出机制。那么，当公司债权人利益受损，具有清算义务的股东是否一定要承担责任呢？并不尽然。就此，笔者结合下述生效案例进行探讨。

案例

2013年11月15日，李甲、熊乙、李丙、吴丁、常戊等五人，分别与案外人A公司股东签订《股权转让协议》，受让了A公司的股权。同日，A公司召开股东会，全体股东一致决议：同意李甲等五人为公司新股东，公司注册资本（实收资本）

1000万元；五人持股分别为：60%、20%、10%、5%、5%；同意公司不设董事会，只设一名执行董事，选举吴丁为执行董事兼法定代表人，选举李丙为监事，聘任常戊为公司经理，任期均为三年。后A公司依据上述股权转让协议修改公司章程并办理了股权变更登记。A公司于2017年5月22日被吊销营业执照，但至今未予清算。

2014年3月24日，湖南法院受理B银行与A公司等金融借款、抵押合同纠纷一案，2014年8月18日，该院作出民事判决，判决：A公司向B银行偿还借款本金1300万元并支付借款利息。该判决生效后，B银行申请强制执行。2020年8月5日，湖南法院执行局出具《关于某公司执行案的情况说明》载明：B银行申请执行A公司等金融借款、抵押合同纠纷一案中，依法对A公司等被执行人名下的财产进行处置，目前已将执行款共计1180.5203万元交付给B银行。

后B银行认为A公司的股东李甲等五人在公司被吊销营业执照后怠于履行清算义务，造成其

损失，遂另向法院起诉请求：判令李甲等五人对A公司在执行案件中尚未履行的债务向B银行承担连带清偿责任（本金及利息）。

裁判结果

一审法院经审理认为，李甲等五人作为该公司股东，系A公司的清算义务人。A公司的股东在法定清算事由出现后，即在2017年5月22日被吊销营业执照，至今仍未启动清算程序，且未能妥善保管公司账册等重要文件，存在怠于履行清算义务，应对案涉公司债务承担连带清偿责任。判决：李甲等五人对A公司应付B银行的债务承担连带清偿责任（A公司应付B银行的债务为：本金100万元，利息600万元）。

李甲等五人不服提起上诉，二审法院对原判认定的事实予以确认。该院经审理认为一审判决适用法律不当，遂判决：撤销原判；驳回B银行的诉讼请求。

评析

该案的处理应适用《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）及《公司法解释（二）》等相关法律、司法解释规定。笔者从如下两个方面对本案二审法院裁判思路进行评析。

一、清算义务人的确定

处理该案的第一关键点，在于李甲等五人是否为清算义务人。只有确定其为清算义务人，才有可能承担相应的民事责任。

公司的清算是指在公司面临终止的情况下，负有清算义务的主体按照法律规定的方式、程序对公司的资产、负债、股东权益等公司的状况作全面的清理和处置，是公司与其他社会主体之间产生的权利和义务归于消灭，从而为公司的终止提供合理依据的行为。

《公司法》第一百八十条规定：“公司因下

列原因解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（五）人民法院依照本法第一百八十三条的规定予以解散。”A公司于2017年5月22日被吊销营业执照时，A公司已出现上述法条第（四）项规定的法定解散事由。

《公司法》第一百八十三条规定：“公司因本法第一百八十一条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。”A公司因出现解散事由，清算义务人应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。依据该条法律规定，李甲等五人系A公司的登记股东，依法当然为A公司的清算义务人。

二、清算义务人是否应当承担责任

前文已述《公司法解释（二）》出台背景和立法目的，不赘述，同时，该司法解释明确规定了清算义务人不当履行清算义务的民事责任。这里涉及两条与本案处理相关的重要条款。《公司法解释（二）》第十八条第一款规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失方位内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持”。该司法解释第十八条第二款规定：“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿

责任的，人民法院应依法予以支持。”

在该案中，清算义务人李甲等五人在本案中是否应承担相应的法律责任，笔者依据上述司法解释的两种情形，结合二审法院裁判思路分别阐述如下：

第一，关于李甲等五人是否应依据《公司法解释（二）》第十八条第一款规定承担责任的问题。该第一款实际规定了清算义务人拒绝履行清算义务的损害赔偿责任，本质上属于侵权责任。依法在责任构成上应同时具备以下条件：1、清算人不履行清算义务；2、公司财产贬值、流失、毁损或者灭失并使债权人实际受损；3、清算义务不履行与债权人损失之间存在因果关系。

在湖南法院审理的B银行与A公司等金融借款、抵押合同纠纷一案过程中，A公司辩称“公司目前经济困难，公司已经停止运作，同意抵押全部资产偿还。…但现在公司无力偿还，用之前的抵押物偿还这笔债务，再没有其他的资产作抵押了”，湖南法院在2016年7月20日的执行裁定中亦认定“现因上述被执行人除抵押财产外，暂无其他资产可供执行…”，B银行对A公司在该案审理及执行时除抵押财产外并无其他财产的事实未持异议，已经知晓A公司在被吊销营业执照前的财产现状，该案不存在因清算义务人未及时组织清算而导致公司现有财产贬值、流失、毁损或者灭失的情形，李甲等五人所提交的证据，能够证明A公司被吊销营业执照时，公司已出现破产情形的证据。因此，该案清算义务人虽存在不履行清算义务的行为，但并不存在因未及时组织清算而导致公司现有财产贬值、流失、毁损或者灭失的情形，李甲等五人作为清算义务人不应依据《公司法解释（二）》第十八条第一款规定承担损害赔偿责任。

第二，关于李甲等五人是否应依据《公司法解释（二）》第十八条第二款规定承担责任的问题。该第二款实际上对清算义务人怠于履行清算义务

致使清算不能的民事责任进行了规定。

确定A公司的股东（即各清算义务人）在本案中是否应承担民事责任，关键应确定其是否怠于履行清算义务而导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，造成无法进行清算的后果。这里涉及两个环节，一是股东是否怠于履行清算义务；二是股东“怠于履行清算义务”的消极不作为与“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”的结果之间有无因果关系。依据《全国法院民商事审判工作会议纪要》有关精神，“清算义务”仅指没有启动清算程序成立清算组，而“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”的结果，是因为股东“怠于履行清算义务”造成的，股东才应该承担连带赔偿责任。在该案中，A公司的股东在法定清算事由出现后（即在2017年5月22日被吊销营业执照），至今长达多年未启动清算程序，确已存在怠于履行清算义务的情形。现有证据来看，尚无法确定A公司主要财产、账册、重要文件等已灭失，并致无法进行清算结果发生的事实，B银行应就此承担举证不能的不利后果。因此，该案亦不符合上述司法解释第十八条第二款规定的情形，李甲等五人在本案中不应就A公司在湖南法院执行案件中尚未履行的债务向B银行承担连带清偿责任。

结语

一、二审法院实际上均适用了《公司法》及《公司法解释（二）》相同条款，但一审法院未正确理解《公司法解释（二）》条文本身含义，导致错误判决，其本质上还是属于适用法律不当。分析二审裁判思路，无疑是正确的。

笔者虽不认同公司具有清算义务的股东不依法及时清算的不当行为，但在实践中应就具体案件予以分析处理，准确适用法律，使具有清算义务的股东，在不应承担责任的情形下依法不承担责任，当败则败，该胜应胜。本文能对本律所同行及关心律所的友人有所启迪，则不负行文初衷。

民事诉讼

“非吸”借贷中担保责任的认定

◆文/ 李海燕

在正常的借贷法律关系中，担保人应当按照合同约定或法律规定在主债务范围内承担担保责任。那么，在借款涉嫌“非吸”或被生效判决认定为“非吸”资金、出借人的损失可通过刑事追赃退赔方式解决的情况下，其能否另行提起民事诉讼要求担保人承担担保责任？若能，担保责任的范围又该如何确定？现笔者通过现行法律规定以及当前司法审判实务对前述问题进行法律分析。

一、借款涉嫌“非吸”或被认定为“非吸”的情况下，出借人能否提起民事诉讼要求担保人承担担保责任？

对于该问题，在2015年9月1日开始实施的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷若干规定》）第八条就已明确规定，即借款人涉嫌犯罪或者生效判决认定其有罪，出借人起诉请求担保人承担民事责任的，人民法院应予受理。但司法实践中，仍有部分法院以《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《办理非法集资的意见》）第七条或《最高人民法院关

于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（以下简称《经济纠纷涉及犯罪嫌疑规定》）第十一条之规定，驳回出借人对担保人的起诉。如湖南省高级人民法院（2017）湘民终537号、辽宁省高级人民法院（2018）辽民初17号、大连市甘井子区人民法院（2021）辽0211民初124号裁判文书，但上述案件分别被最高人民法院作出的（2018）最高法民再212号、（2020）最高法民终1041号、大连市中级人民法院作出的（2022）辽02民终2754号裁判予以改判，最终均认为应当受理出借人对担保人的起诉。

二、借款涉嫌“非吸”或被认定为“非吸”情形下担保合同的效力如何认定？

在对担保合同的效力进行认定之前，我们先分析借款被认定为“非吸”情形下主合同——借款合同的效力。在以往的司法实践中，在借款被认定为“非吸”的情况下，部分法院会以“非吸”借贷违反《刑法》《商业银行法》等有关“任何单位和个人不得从事吸收公众存款”等禁止性规定、或借贷双方以借贷的合法形式掩盖“非吸”

的非法目的为由，认定借款合同无效。但当前的审判实践普遍认为，非法吸收公众存款罪是借款人一方违反公法所规制的市场准入资格（管理性强制性规定）而单方实施的犯罪行为，借贷双方签署的单个借款合同并不构成非法吸收公众存款罪，只有达到一定量后才发生质变，构成犯罪。故非法吸收公众存款罪与借款合同法律关系分属于两个不同的法律关系，借款合同不因借款人构成“非吸”犯罪而当然无效。

自2015年9月1日实施的《民间借贷若干规定》第十三条第一款（《民间借贷若干规定（2020第二次修正）》第十二条第一款）明确规定：“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据合同法第五十二条、本规定第十四条之规定，认定民间借贷合同的效力”。由此可见，借款合同不会因借款人涉嫌或被认定为“非吸”犯罪而当然无效，其效力应当依照有关合同效力的民事法律规范进行认定，即在满足合同主体具有相应民事行为能力、意思表示真实、内容不违反法律强制性规定的情形下，借款合同应属有效。在借款合同有效且担保合同自身不存在无效情形下，担保合同亦有效。因此，借款人涉嫌或构成“非吸”不会直接导致担保合同无效。

三、借款涉嫌“非吸”或被认定为“非吸”情形下的担保责任的范围如何确定？

对于借款涉嫌“非吸”或被认定为“非吸”情形下的担保责任范围的确定，当前司法实践主要有两种不同的观点：第一种观点为担保人应按合同约定或法律规定对借款本息承担担保责任；第二种观点为担保人仅应对借款本金承担担保责任。

第一种观点的理由为：虽然借款涉嫌“非吸”或被认定为“非吸”，但借款合同及担保合同并不因此无效，在担保合同有效的情形下，担保人应严格按照合同约定或法律规定履行担保义务，

即在担保合同明确约定担保范围包含本金和利息的情况下，担保人应对本息承担担保责任，若担保合同对担保范围没有约定或约定不明，则担保人应按法律规定对全部债务承担担保责任，担保人向出借人承担本息偿还责任后，可向借款人追偿。根据笔者的检索，当前最高院及各地方人民法院普遍采信这种观点。如最高院作出的（2014）民二终字第142号、（2021）最高法民申1529号、四川高院作出的（2017）川民申1724号、江苏连云港中院作出的（2021）苏07民终676号、湖北荆门中院作出的（2021）鄂08民终309号、北京二中院作出的（2021）京02民终7717号、湖南岳阳中院作出的（2021）湘06民终120号、浙江嘉兴中院作出的（2022）浙04民终1292号、深圳中院作出的（2019）粤03民终814号判决等等。

第二种观点的理由为：《民间借贷若干规定》仅解决了刑民交叉情形下借贷、担保合同的效力评价标准及法律适用问题。根据《办理非法集资的意见》第五条规定：“向社会公众非法吸收的资金属于违法所得。以吸收的资金向集资参与人支付的利息、分红等回报，以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金提成等费用，应当依法追缴。集资参与人本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金……”，非吸的本金及所约定的利息，均已被定性为刑事涉案财物汇总的“违法所得”，已经给付的利息，应追缴后折抵本金。即从刑事法律适用看，借款人对约定利息不承担偿还责任，在主债务的偿还范围不包括利息的情况下，担保债务作为从债务，其责任范围亦不应包含利息，否则将存在法律逻辑上的矛盾。如河北高院作出的（2021）冀民再115号、湖南省高院作出的（2021）湘民终62号判决。

笔者认为

第一，自2015年实施的《民间借贷若干规定》第十三条第二款规定：“担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的裁

判认定构成犯罪为由，主张不承担民事责任的，人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度，依法确定担保人的民事责任。”由此可见，《民间借贷若干规定》已经明确规定判定担保人承担担保责任的依据是借贷合同及担保合同的效力及当事人的过错程度，即在借贷合同及担保合同有效的情形下，应当判定担保人按照合同约定或法律规定在本息范围内承担担保责任，在担保合同无效的情形下，则应当根据当事人的过错确定担保人的担保责任。

第二，根据《民间借贷若干规定》第八条的规定，在法院作出生效判决对借款人是否构成“非吸”犯罪进行认定之前，出借人即可提起民事诉讼要求担保人承担担保责任。若担保责任不能依据借贷合同及担保合同进行确定，而需待借款人涉嫌“非吸”的生效判决作出后才能确定担保责任的范围是否包含利息。那么，《民间借贷若干规定》（2020第二次修正）第八条规定将无从适用。

第三，《办理非法集资的意见》第五条规定的应当追缴的利息是以“吸收的资金”，即违法所得支付的利息，故从理论上来说，借款人以合法资金支付的利息不应当属于追缴的范畴。从这个层面上来说，前述规定所要规范的内容是违法所得的界定和追及范围，并不是对“非吸”借款人向出借人支付利息的合法性进行评价或否定，故法院以前述规定来驳回出借人向借款人或担保人的利息主张不符合该规定的立法本意。

第四，根据《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》第一百七十六条“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会议纪要》）129条“涉嫌集资诈骗、非法吸收公众存款等涉众型经济犯罪，所涉人数众多、当事人分布地域广、标的额特别巨大、影响范围广，

严重影响社会稳定，对于受害人就同一事实提起的以犯罪嫌疑人或者刑事被告人为被告的民事诉讼，人民法院应当裁定不予受理……受害人的民事权利保护应当通过刑事追赃、退赔的方式解决。”的规定，“非吸”受害人对犯罪嫌疑人或刑事被告人提起的刑事附带民事诉讼或另行提起的民事诉讼，人民法院不予受理。故有观点认为，出借人对“非吸”借款人的民事权利只能通过刑事追赃退赔方式解决，而刑事退赔的范围仅限于借款本金，故“非吸”借款的主债范围已被强制限定为借款本金，根据主从债务相一致的原则，担保人亦仅需在借款本金范围内承担责任。

但笔者认为，《刑诉法解释》和《九民会议纪要》之所以规定不受理“非吸”受害人对“非吸”嫌疑人或被告人提起的刑事附带民事诉讼或民事诉讼，首先是因为在借款人是否构成“非吸”犯罪尚不确定的情况下，出借人对借款资金的救济渠道尚不确定，故在对“非吸”案作出生效判决前，先不予受理；其次，对于借款本金，在生效判决认定借款人构成“非吸”罪的情况下，出借人的借款本金已通过刑事退赔方式解决，出借人再行提起民事诉讼属于重复救济，不应受理。再次，对于借款利息，在生效判决认定借款人构成“非吸”罪的情形下，基于现实的刑事退赔压力和社会稳定，刑事判决执行机关需最大限度地追缴被告人的财产来退赔被害人的本金损失，而在“非吸”借款中，借款人的绝大部分资产都用作了借款担保。根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条规定，债权人对执行标的依法享有的优先受偿权优先于退赔被害人的损失。而在“非吸”借贷中，借款利息的数额是非常庞大的，甚至超过本金，若民事判决支持出借人向“非吸”被告人主张利息，那么，有担保债权的部分借款人即可通过优先受偿的方式将绝大部分借款人的资产用于清偿其个别债权，这将大大降低其他受害人本金退赔的实现比率。故，为更有效地支持刑事退赔工作，同

时为了让非吸受害人的本金损失得到公平受偿，不受理出借人就利息对“非吸”被告人提起的民事诉讼是解决“非吸”社会问题的有效办法。

而“非吸”担保人则不一样，在实践中，“非吸”担保人一般是借款人的股东、关联公司、实际控制人、工作人员或家属，其系基于与借款人的各种利害关系而自愿进行担保。相对于出借人而言，其更有能力判断借款人的行为是否涉嫌“非吸”以及其对借款的偿还能力。在此情形下，若因借款人构成“非吸”减轻担保人的担保责任，从而使得出借人独自承担借款利息损失，公平价值将无法在“非吸”借贷中得到体现。相反，担保人按照合同约定或法律规定对借款本息承担担保责任，系其在签署担保合同之时已经预见到的，也是其自愿承担的法律后果，故如此认定不会对担保人造成不公。同时，法院在判决担保人对借款利息承担担保责任的同时，还会判决担保人有权向借款人追偿，从而从实质上实现主从债务相一致的法律效果，有效维护了担保人的合法权益。

故笔者支持前述第一种观点，认为担保人应当按照合同约定或法律规定对本息承担担保责任。



银行是否有权扣划第三人误汇入借款人账户内的资金

◆文 / 伍雪平

一般情况下，银行在向企业发放贷款时，为了增加交易行为的稳定性，控制交易风险，往往在金融借款合同中约定“借款人到期未清偿贷款本息的，贷款人有权随时从借款人任何账户直接扣收贷款本息”，即赋予银行随时扣划的权利，来避免不良债权的产生。对于银行行使扣划权利行为的认识，关系到债权人、债务人及第三人合法权益的保护，笔者结合相关案例，在此进行探讨。

【案情简介】

2016年12月13日，某银行（贷款人）与A公司（借款人）签订了《流动资金借款合同》，约定A公司向某银行借款，并约定A公司指定其公司的“0000”银行账户为资金回笼账户，并不可撤销地授权某银行从该账户划收，2017年5月20日，人民法院确认A公司应当偿还某银行借款本金2000万元及支付相关利息。之后，因A公司未履行，某银行向人民法院申请强制执行，该院因未发现可供执行的财产线索，故裁定终结本次执行程序。

2017年12月20日，B公司与C公司签订购销合同，双方自签订合同后一直存在资金往来。2018年1月19日，B公司通过网上银行转账将应转给C公司的20万元货款误转入了A公司在某银行账号为“0000”的银行账户，在此之前，“0000”的银行账户余额为0。同日，某银行从A公司的该账户扣划了20万元用于偿还A公司所欠贷款本息。B公司认为该笔款项属于错误汇入，A公司没有取得该款项的所有权，某银行单方扣划该款项亦没有法律依据，故起诉至法院。

本案的争议焦点在银行是否有权扣划第三人误汇入借款人账户内的资金。对此有两种观点。

第一种观点认为：

该笔款项虽形式上汇入过A公司的账户上，但实质上仍然属于B公司所有。B公司虽实施了将该款误汇到A公司账户的行为，但B公司并无支付20万元给A公司的主观意思，A公司亦无接受此20万元的意思表示，故B公司将案涉款项汇入A公司在某银行开立的账户，仅系事实行

为，而非B公司向被告A公司交付20万元，且该款项转入的当天立马被某银行扣划，A公司既未以权利人的主观意思实际占有该款，亦无法使用、处分该款项，因此不应是该款的实际权利人，所有权人仍为B公司。某银行不能依据其与A公司的约定，扣划属于B公司的资金。某银行的扣划行为构成不当得利，应将扣划的资金予以返还。

第二种观点认为：

货币属于种类物，不是特定物，其本身具有流通功能。某银行的扣划行为系依据其与A公司在《流动资金借款合同》对欠款行为及还款方式之约定进行的，其扣划的是A公司账户内的资金，该项资金属于A公司控制和所有，扣划的并不是B公司账户内资金，B公司无权要求某银行返还。

笔者赞同第一种观点。由于B公司向A公司转款的20万元系误转，B公司对于转款行为不具有真实的意思表示，A公司亦缺乏接受款项的意思表示，故该转款行为不属于能够设立、变更、终止民事权利和民事义务的民事法律行为，该误转款项的行为未能产生转移款项实体权益的法律效果，该款项的实体权益仍属于B公司所有，而不属于A公司。案涉款项虽因误转进入A公司，但因该账户已被某银行控制，在款项进入该账户后即被某银行扣划，故该款项事实上并未被A公司占有、控制或支配，且该账户没有其他款项，一经汇入就会自动转扣至某银行账户使其得以与其他款项相区别，已属特定化款项。在此情况下，B公司对该20万元款项依旧享有合法的民事权益。某银行主张货币属于一种特殊的种类物，其性质和职能决定货币的所有权不得与对货币的占有相分离，即货币“占有即所有”原则，因此其认为B公司只能根据不当得利之债的相关规定向A公司主张权益的主张不能成立，理由如下：虽然货币属特殊种类物，在一般情况下适用“占有即所有”原则，但本案中B公司向A公司误转20万元，系通过银行账户转账实现，并非以交付

作为“物”的货币实现，A公司事实上并未从B公司处获得与案涉20万元相等价的货币；且如前所述，案涉款项实质上被某银行直接扣划，A公司并未实际占有、控制或支配上述款项。因而，本案中并不存在某银行所主张的作为“特殊种类物”的货币，且A公司亦并未占有案涉款项，故不具备适用“货币占有即所有原则”的基础条件。误转入的20万元仍属于B公司所有，某银行无权扣划B公司误转入的20万元，应当予以返还。

【结语】

银行从借款人账户扣划欠款是一种非常有效的保护债权安全的手段，也是我国《贷款通则》和其他有关法律规定的银行作为贷款人所享有的基本权利之一。银行从借款人账户内扣划资金的权利来源于借款人的授权，但该权利的行使并不是任意不受限制的，该权利的行使不能侵犯他人的合法权益。

合同纠纷

《民法典》视野下个人合伙纠纷相关问题探讨

◆文 / 宋谨言

“合伙”作为被多种市场主体广泛运用的经营模式，基于该种模式的经营所产生的纠纷数量也逐年上涨，根据相关网站的案例检索情况来看，近五年来合伙合同纠纷案件达到了近30几万件，其中个人合伙纠纷案件达到了近6万件，仅湖南地区就有近5千件。由于“合伙”一般属于亲戚朋友之间关系紧密的经营关系，合伙关系以互相信赖开始，但常因无书面合伙协议或约定不清的问题导致发生纠纷，案件最终走向僵局。因此本文将聚焦于《民法典》出台后个人合伙合同纠纷，进行相关分析与探讨。

一、什么是个人合伙？

根据《中华人民共和国民法通则》第30条、第31条“个人合伙是两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动；合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙退伙、合伙终止等事项订立书面协议。”的规定来看，满足以下条件，即可以构成个人合伙关系：

- 1、各方达成书面合伙协议；
- 2、合伙人必须共同出资、共同经营、共同劳动；
- 3、合伙协议对于出资数额、盈余分配、债务承担、入伙退伙、合伙终止等有约定；
- 4、合伙人对合伙债务负连带责任。

而根据《民法典》第967条“合伙合同是两个以上合伙人为了共同的事业目的，订立的共享利益、共担风险的协议。”的规定来看，合伙合同关系的认定在《民法典》的框架下显得更加简单化，即仅需要各方为了共同的事业目的，达成了共享利益、共担风险的合意，就满足了合伙合同成立的要素。此外，根据《民法典》第972条“... 合伙合同没有约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。”的规定可以看出“对于出资比例、利润分配、亏损分担规则的约定或

明确约定”不再视为合伙合同关系成立的必然要件。当然，在办理具体个案过程中对于法律的适用，即想要认定个人合伙成立及厘清合伙合同关系中的各项权利与义务，首先应当满足《民法典》第九百六十七条的规定，才能适用《民法典》合伙合同编的其他条款。

二、《民法典》实施后，个人合伙合同纠纷相关实务困境

《民法典》并没有对合伙一词进行定义，而是对合伙合同的性质进行了界定，存在合伙合同则是合伙成立的前提，相较于《民法通则》对于个人合伙的规定，《民法典》不再要求合伙合同需要以书面方式订立，然而，在司法实践中，没有书面合同的情况下极易产生纷争，会存在以下几点问题：

1、没有书面合伙协议，合伙合同关系的成立及参与人的权责难以认定

在之前的最高人民法院《关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见（试行）》第五十条“当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定合伙关系。”的规定来看，最高院曾明确了在无书面合伙协议的情形下认定合伙成立的几种情形，即：

（1）经过工商行政管理部门的核准登记。因为一旦经过登记，那么即使不具备合伙协议，基于登记的公信力，法院自然认定合伙关系的存在。

（2）满足合伙成立的其他条件且有两个以上无利害关系人证明有合伙协议的，否则不能认定成立合伙成立。

但在《民法典》实施以后，没有签订书面合伙协议的，想要认定合伙关系的成立，只需满足共享利润、共担风险的这一标准，而这一标准的

认定在无书面协议的情况下可能需要结合实际操作中的迹象来认定，即需要通过证据来进行综合判断，否则极易错误认定案件法律关系。

2、个人合伙合同与投资合作合同关系易混淆？

合伙合同相较于投资合作合同而言，更倾向于人合性，前者的合同当事人称为“合伙人”，根据《民法典》第973条的规定，合伙事务的亏损或负债，由合伙人对外承担连带责任，首先以合同财产对外承担责任，合伙财产不足以清偿的，由各合伙人的财产承担连带责任，对内而言，合伙人按自己的份额承担责任，超出责任部分有权向其他合伙人追偿。后者的合同参与者则更多倾向于资合性，属于“出资股东”的性质，仅对内部投资人之间产生效力，内部投资人以约定方式承担亏损及债务，以约定的出资额作为亏损承担的限额，一般承担有限责任。在利润分配上，根据《民法典》第九百七十二的规定，前者遵循依次依据约定、协商、出资比例的方式确定内部分配方式，后者的分配方式与前述大致相同。

3、个人合伙合同与借款合同关系难区别？

合伙合同相较于借款合同而言，区别依然在于利润的分配及亏损的分担问题上，合伙人之间共享收益、共担亏损，而借款合同中，出借人仅需履行出资义务，对于借款人的经营事项不承担经营责任也不承担任何风险，在合伙合同或投资合同中，如果相关内容约定出资人仅享受固定利润，不参与实际经营的，一般将合同关系认定为借款合同关系，即属“名为合伙，实为借款”“名为投资、实为借款”类型的合同。

三、个人合伙相关案例

案例一：名为合伙实为借贷案件

湖南省高级人民法院（2016）湘民终66号

裁判观点

刘某根据《建设工程合作协议》和《建设工

程合作协议结算书》主张廖某某偿还投资款本金并支付投资利润，实际是认为刘某某与廖某某之间根据该两份协议形成了个人合伙法律关系，但从两份协议约定的内容来看，双方之间并不构成个人合伙法律关系。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第三十条、第三十一条、第三十五条的规定，个人合伙至少应当有以下法律特征：

(1) 个人合伙是两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动；

(2) 合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项，订立书面协议；

(3) 合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。本案双方签订的上述两份协议均不具备个人合伙的特征。刘某某在双方的法律关系中，不参与经营管理，不承担经营风险，只收取固定利润，且对利润的约定完全未考虑项目经营的实际情况。因此，双方签订两份协议的真实意思并非合伙经营。从协议约定的利润收回时间短，回报高的情形看，双方名为合伙，实为借贷，故刘某某主张以合伙关系要求廖某某支付高额利润的诉请不应得到支持，本案应当按照民间借贷法律关系来处理。

案例二：个人合伙未经清算不能要求分割财产、返还投资款的问题

(2020) 最高法民申 1150 号

裁判观点

案涉合伙投资法律关系是否终止或者解除。本案中，陈灿清与何家进、何家旺约定投资采矿项目并实际进行了投资，投资行为本身必然存在风险，不能因为投资行为不顺利而主张双方投资目的不能实现，在投资项目尚未清算或者终止的情况下，陈灿清以合同目的不能实现为由主张投

资法律关系终止或解除并请求返还投资款缺乏相应的法律依据。陈灿清虽主张其投资的并非案涉白庄采区，但是仅为其单方陈述，未能提供相应的证据予以佐证，且本案中亦无证据证明存在可以退伙的其他情形，陈灿清与何家进、何家旺之间合伙投资法律关系依然存在，并未终止或者解除。关于何家进、何家旺返还给陈灿清的 400 万元款项的性质，鉴于双方构成合伙投资关系且尚未清算，该 400 万元无论是多投资款项、还是利息抑或是投资回报，都是投资项目内部审核问题，与本案诉请并不直接相关，一、二审判决未予审查并无不妥。

案例三：个人合伙未经清算，可以要求返还投资款

(2019) 鲁民终 2471 号民事判决书

裁判观点

于亚当应否退还刘久康合伙出资款问题。本案中，《合伙经营协议》中约定的 7 方共同经营的露娜音乐餐厅，现已停业无法继续经营，合伙事务不能完成，符合《合伙经营协议》第八条第 1 款第 4 项的约定情形，合伙解散。依照《合伙经营协议》约定，亚当系合伙餐厅的实际经营人和合伙资金的持有人，其有义务提交经营期间的账目材料以证明合伙投资款项的实际使用情况，但其并未提交。亚当应对露娜音乐餐厅盈亏状况无法查清承担举证不能的法律后果。依据《合伙经营协议》第九条第 4 项和第 5 项的约定，亚当应对其他合伙人的实际损失进行全额赔偿。为履行《合伙经营协议》，刘久康共汇给亚当人民币 9 万元，亚当应全额赔偿刘久康实际损失人民币 9 万元。

四、延伸：个人合伙事务最终未成功的情况下，如何主张返还出资？

1、合伙合同订立后未实际履行，在正式投入运营前各方已得知合伙目的无法实现的，根据《民法典》第五百六十三条：“... 以持续履行的

债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”一般认为出资人有权随时向资金占用方主张返还出资并加付资金占用费。

2、合伙合同订立后合伙人或部分合伙人实际没有履行合伙合同约定的相关义务，例如约定出资而未出资、隐瞒合伙经营账目情况等，致使合同目的不能实现、根本违约的，合伙的人合性丧失，已出资的合伙人可以依据《民法典》第五百六十三条的规定，解除相关合伙合同并要求出资占有人按约定或协商的比例退还出资款并且追究违约方的违约责任。

3、合伙合同订立后虽合伙财产尚未投入到合伙具体的项目中，但实际已经开始了对于项目的前期准备工作和前期运营工作，合伙财产已发生了一定的损失或盈利的，应视为已经进行合伙经营，相关损失或盈利及于全体合伙人，想要主张返还出资只能在合伙清算后按照约定或协商的份额后返还相应资产。

4、合伙合同中约定保底收益或者固定收益，不承担合伙经营过程中的任何风险的，与合伙关系中共同出资、共同经营、共享利润、共担风险的特性不符，对比《中华人民共和国民法典》第六百六十七条的规定，一般将该类合伙合同认定为“名为合伙，实为借贷”的合同。合同中的出资人可以按照合同约定期限主张还款及相关利息。

五、对于拟采取个人合伙方式进行生产经营的相关建议

1、选择诚信、可靠且熟悉的合伙人。

2、合伙人之间签订书面《合伙协议》。

3、书面《合伙协议》内容应尽量权责清晰、明确，尽量涵盖合伙事项、合伙范围、合伙出资数额、出资与合伙期限、合伙事务执行人、利润分配与亏损分担、退伙结算、违约条款等约定。

民商诉讼

不小心买到凶宅了想毁约？法院这样判！

◆文／杜天雨

本文作为法律分析型文章，旨在分析法律适用规则，分享法律知识，弘扬社会主义核心价值观，绝无封建迷信之情事。文章约 8000 字，阅读需 20 分钟。

凶宅一词，一般人谈之色变，可以脑补出各种场景画面及恩怨情仇。然词语本身非法律规范性用语，遍寻法律法规之规定，确无明文规制，通说符合《中华人民共和国民法典》第八条“公序良俗”之概念。与之相关的房屋买卖合同纠纷，常见于二手房交易市场，表现为凶宅信息被隐蔽，普通人以原价误买凶宅，一旦发觉即对簿公堂，属于不可调和的极端争议类型。本文拟通过检索代表性司法案例，提炼案情加以分析评议，归纳法律适用规则并总结救济路径。

一、案例评析

案例一（因欺诈而撤销合同）

基本案情

2020 年 7 月，曾某与税某缔约如下：曾某将位于三明市梅列区某房屋以 65 万元的价格出售

给税某，并同意将该房屋过户登记到税某指定人员的名下。2020 年 8 月，曾某将房屋交付给税某，税某对该房屋进行了装修。2020 年 9 月，税某与蔡某签订合同约定：税某将该房屋以 80 万元的价格出售给蔡某，曾某配合办理过户。上述房款均已付清。税某将该房屋交给蔡某后，通过某一契机，蔡某了解到房屋内曾于 1997 年 6 月发生刑事凶杀案件【（1997）三刑初字第 xx 号刑事附带民事判决书载明】，遂要求退房，最终法院判决撤销上述合同；曾某及税某返还购房款；房屋恢复登记至曾某名下并腾空交付。

法院认为

1、凶宅并非法律概念，无法在实体法律规范上对其进行准确定义。将房屋命名为凶宅，是日常生活中人们追求喜庆吉祥、忌讳死亡和趋利避害心理而演化的产物。对凶宅有所忌惮当然是主观上的心理感受，房屋本身客观使用并不受影响，但主观感受形成一定规模，为社会较多数人接受，势必会影响房屋的交易价值，也就存在法律规制的必要。对凶宅予以特殊注意，并非主观

的封建迷信，相反属于客观的公序良俗。判断是否为凶宅不能以个体主观感受为依据，应以社会共识为判断基准。具体到本案，案涉房屋内曾于1997年6月发生刑事凶杀案件，属于通常意义上的凶宅。

2、现无证据证明税某知悉凶宅实情，曾某向税某出卖房屋时，约定允许税某转卖，曾某未向税某披露房屋属于凶宅的事实，导致税某未能及时了解相关事实而陷于错误认识，作出与其本意相悖的购房行为，并导致税某无法向下一手购房人预先告知案涉房屋系凶宅的实情，曾某的行为构成欺诈，该买卖合同可撤销。另税某向蔡某表示“房子本来是为其儿子购买，因疫情儿子不能回来只好转卖”，该信息一定程度上也会让蔡某陷入税某在购入房屋时已经审慎了解了房屋现状、该房屋符合一般人可以直接购入要求的认知。就税某与蔡某之间成立的房屋买卖合同而言，曾某系第三人，第三人（曾某）实施欺诈行为，导致蔡某陷于错误认识，作出与其本意相悖的购房行为。根据《中华人民共和国民法典》第一百四十九规定，蔡某房屋买卖合同可以撤销。

律师分析

本案中无证据证明曾某告知税某非正常死亡实情，将曾某定性成凶宅欺诈者并无争议。但税某身份成谜，虽曾某未向税某披露非正常死亡信息，但不能排除税某已经知悉凶宅情况（表现为购买时要求过户到指定人员、短短2个月内购入装修转卖、高溢价卖出），税某身份既可为误买凶宅者，可也成为低价购凶宅转卖牟利者，如是后者，则代表了一种社会现象，但查证难度较大。而法院实际上已注意到税某身份，在无证据证明的基础上适用欺诈规定，将第一份合同认定直接欺诈，将第二份合同认定第三人欺诈，两份合同均属于可撤销合同，从而取缔购房款差价利润，房屋产权重新归属于一手卖家曾某。另可以探讨，基于上述可能，税某装修损失是否可以救济及如何救济。

法规索引

《中华人民共和国民法典》

第一百四十八条 一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第一百四十九条 第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第一百五十七条 民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》

第二十一条 故意告知虚假情况，或者负有告知义务的人故意隐瞒真实情况，致使当事人基于错误认识作出意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百四十八条、第一百四十九条规定的欺诈。

案例二（因重大误解而撤销合同）

基本案情

北京市丰台区某房屋系李某所有，于2016年1月出售于柴某并办理不动产产权登记手续，柴某收房后与孩子在此居住两年有余。2018年11月，袁某向柴某购买该房屋并转移登记到自己名下。后袁某获悉李某之母田某于2015年8月自案涉房屋内坠落身亡，意外还是自杀无从查证。袁某诉请撤销其与柴某签订的案涉合同并返还购

房款，最终法院裁判结果：撤销案涉合同；柴某返还袁某已付购房款；袁某协助柴某转移登记案涉房屋至柴某名下；袁某交付房屋给柴某。

法院认为

1、凶宅并非法律概念，无法从法律规范中搜寻其明确定义，但交易实践中对凶宅的认定标准已相对形成共识。主要考虑两个因素，一是死亡地点，二是死亡形式。一方面，田某自案涉房屋内坠落，虽最终的坠落地点在案涉房屋外，但坠落的起点在案涉房屋内，所以从死亡地点上，不能排除因果关系，案涉房屋为凶宅。另一方面，田某之死并非正常的生老病死，无论是自杀或者意外，均不能否认其非正常死亡具有高度可能性，死亡形式亦可纳入凶宅认定的范围内。据此，案涉房屋应认定为凶宅。

2、袁某购房时完全有理由相信案涉房屋是正常房屋，不影响其使用，既包括房屋质量客观上不存在问题，也包括房屋不会对一般人产生使用上的主观障碍，后者与房屋存在质量问题对使用人的影响无差。袁某在交易成功后知晓案涉房屋曾发生非正常死亡事件，相隔不足四年，该非正常死亡事件的影响并未消失殆尽，对其使用房屋仍会造成主观的障碍。即袁某订立合同时相信案涉房屋是正常房屋是错误认识，使订立合同的行为与其真实意思相悖，当其内心存在使用的主观障碍时，必然会影响其正常使用房屋，无法使房屋的使用功能发挥到最大，房屋再次交易时价值也极有可能会受到影响，客观上也对其造成较大的损失，所以应认定袁某系基于重大误解订立合同。田某自案涉房屋内坠亡一事，符合社会普通民众所接受的意外死亡观念，因没有证据显示柴某知道或者应当知道交易时案涉房屋系凶宅，柴某无需承担赔偿责任，亦为妥当。

律师分析

本案同样判定凶宅买卖合同可撤销，但判决

结果和依据有所区别，仅袁某的合同因重大误解而撤销。柴某作为中间环节购买人，购买后携子在凶宅实际居住两年有余，结合现有证据并根据通常人的一般判断，应当认定其不知情，故柴某更符合误买凶宅的受害者身份。此时，法院聚焦于局部争议，排除了柴某的主观欺诈恶意，也未提及李某的主观恶意和第三人欺诈的构成，仅适用重大误解规定撤销第二份合同，房屋产权返回到中间买家柴某名下。在此之后，不排除柴某会另行救济，要求退房。可见在凶宅存在多手交易的基础上，每一手交易均存在不稳定性。有兴趣的读者，可以比较下两案事实查明和法律适用的差别，各自体现了何种价值考量，两种救济方式的过程、结果是否存在优劣之分。

法规索引

《中华人民共和国民法典》

第一百四十七条 基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》

第十九条 行为人对行为的性质、对方当事人或者标的物的品种、质量、规格、价格、数量等产生错误认识，按照通常理解如果不发生该错误认识行为人就不会作出相应意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百四十七条规定的重大误解。

行为人能够证明自己实施民事法律行为时存在重大误解，并请求撤销该民事法律行为的，人民法院依法予以支持；但是，根据交易习惯等认定行为人无权请求撤销的除外。

案例三（因质量违约、目的不达而解除合同）

基本案情

广州市白云区云景路 63 号 202 号房和毗邻的 201 号房曾登记在李某某名下，时被打通使用，结构为六房两厅。2013 年 12 月 31 日 14 时许，吴某携带作案工具到该房屋，将被害人李某、刘某捅刺致两人当场死亡，死亡位置位于原 201 号房，李某某曾提起刑事附带民事诉讼。后李某某将两房屋重新隔开，恢复物理间隔为现 201 号房屋，202 号房屋。后房屋经近十次买卖流转。2020 年 5 月，蒋某与最后一任房主张某签订合同买下 202 号房屋。机缘巧合，蒋某知悉上述事实后诉请解除合同，最终法院判决解除案涉合同、返还款项。

法院认为

1、涉案房屋在凶杀案件发生时应与相邻的 201 房已打通为一套六室两厅的房屋，据此可以认定涉案房屋发生过非正常死亡的重大刑事案件。即使涉案房屋与相邻的 201 房在出售时已被恢复物理间隔，但不影响涉案房屋曾发生过非正常死亡的重大刑事案件的事实存在。

2、原告主张解除合同。房屋的质量除房屋的主体建筑、装修等客观质量外，还包括房屋是否便于生活居住使用等交易价值，对交易价值之瑕疵的救济应与质量之瑕疵作同一处理，可类推适用质量之瑕疵的规定。中华民族传统习俗中存在追求喜庆吉祥、忌讳死亡和趋利避害的心理，这并非封建迷信的范畴，而是社会传统遗留下来的一种善良无害的风俗。根据我国传统的民风民俗及公众的一般心理，房屋内发生过非正常死亡事件致使普通民众在正常交易情形下通常不愿购买的房屋。据此，涉案房屋发生过非正常死亡的重大刑事案件属于标的物质量不符合质量要求，原告可要求解除合同。

律师分析

非正常死亡事件发生后，对于房屋的提质改造也比较常见。本案中房主虽灵活隔断房屋，但

法院最终并未否定凶宅之影响，对于凶宅能否随着房屋的改造、年代的更迭而摘名，有一定借鉴意义。此外，第三种救济出现，凶宅价值折损问题类推瑕疵担保责任，因质量不符合约定，致使合同目的无法实现而解除合同。本案包含了典型的凶宅多手交易纠纷，不出意外的话，会衍生多个争议，你退房给我，我退房给他。根据合同的相对性，多少笔凶宅交易，就产生多少起诉讼，可见凶宅信息隐蔽买卖的消极社会影响之大。对此，实有必要规范存量房屋买卖合同“凶宅条款”、加强监管凶宅类房屋交易市场并提升买家凶宅概念的风险意识。

法规索引

《中华人民共和国民法典》

第六百一十条 因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

第六百一十六条 当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用本法第五百一十一条第一项的规定。

第六百一十七条 出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依据本法第五百八十二条至第五百八十四条的规定请求承担违约责任。

第五百八十二条 履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

案例四（不支持撤销合同）

基本案情

乌市头屯河区房屋原系时某的父母居住。2010年，时某的父母因煤气中毒在该房屋中去世。二人去世后，时某于2011年9月至2018年10月将该房屋一直对外出租。2018年11月2日，张某与时某签订《房屋买卖合同》约定张某购买涉案房屋，双方在合同中“权属瑕疵保证上”约定：“卖方保证权属清楚，无债权债务纠纷；买方对上述房产具体情况已充分了解。”款项付清后，同年11月12日，张某将涉案房屋过户到其名下，后其在装修房屋时听说涉案房屋中发生煤气中毒致死事件，与时某产生纠纷，诉至法院，最终法院判决驳回原告诉讼请求。

法院认为

1、现实中，人们对“凶宅”普遍存在着忌讳和恐惧。“凶宅”不是法律上的概念，而是一种民间习俗。民间理解的“凶宅”是指曾发生人为因素致人死亡的或地处异常地段的房屋，或者自杀、他杀或凶杀等人为因素致人非正常死亡的房屋，它是一种客观存在的现象而非源于人们的主观感受。经庭审查实，被告的父母系意外事件身亡，在签订合同时原告未询问该房屋是否涉及“凶宅”的相关事实，应当视为原告对合同约定的“买方对上述房产具体情况已充分了解”。现原告无证据证实被告故意隐瞒事实真相，故原告认为被告存在欺诈的行为举证不足，该合同合法有效，不属于可撤销的合同。

2、忌讳“凶宅”并非良俗，不应提倡，更不能运用法律的手段进行调整及保护。人的生老病死为自然规律，因意外事故、其他各种原因在家中身亡的事件也大量存在于现实生活之中。如果以此为标准，就将此类房屋定性为“凶宅”，不仅与民法的善良风俗相悖，也破坏了社会秩序，更不利于社会文明的进步发展。本案涉案的房屋

符合使用条件，亦不存在自杀、他杀或凶杀因素，且房屋自2011年至今对外出租已近十年，故希望原告摒弃封建迷信心理，调整心态正确面对。

律师分析

部分法院认为凶宅之说属于封建迷信，并非良俗，未将意外事件引发的死亡纳入认定凶宅行列，也否定了卖方的告知义务。而在司法实践中，关于凶宅中非正常死亡的告知义务往往既无法定也无约定，能否根据交易习惯、公序良俗推定其有告知义务仍存在较大争议，也会直接影响到“沉默型”欺诈的认定。是否知悉非正常死亡情况就必须披露，笔者认为卖方法定义务、身份立场、公平原则、期待可能性等因素均应当纳入考虑，不可一刀切。与此相对，一般认为买受人存在一定的审慎注意义务，但因为买方信息差、卖方期待可能性等影响，该义务设定标准不宜过高。

二、凶宅的认定

关于凶宅的认定，笔者通过检索全国各地司法案例并参考研究性文章发现，目前多采用“积极要件说”，即认为生老病死乃自然规律，“发生过非正常死亡的房屋”才被认定为凶宅，并且不会因为时间的更迭、房屋的易主否定其凶宅属性。何为非正常死亡，普遍性定义标准如下：

死亡形式【区别于寿终正寝这一正常类型死亡，有悖于自然规律的如他杀、自杀等引发的非正常死亡】。但意外事件（过劳猝死、游泳溺亡、失足坠亡等）、因病而亡是否属于此列，在司法实践中仍存有一定争议。

死亡地点【一般认为需位于建筑专有部分，如客厅、卧室、浴室、厨房、阳台等，死亡因果关系不可切断，即致死原因发生在专有部分或者死亡结果发生在专有部分。】但在实际认定中如何认定边界较为模糊，经常可见扩大解释，例如死亡地点位于屋外楼道、楼顶、地下室、电梯的，相关联房屋也可能被认定为凶宅。例如，跳楼坠

亡地点属于别人花园，跳楼房屋和坠亡花园所在房屋是否均定性为凶宅，参照上述标准答案貌似是肯定的。屋内割腕、爬至门口外死亡，是否又符合凶宅认定呢？

鉴于凶宅有一定民俗属性，认定标准边界模糊，笔者认为在司法审判认定层面，可以考虑模糊或者绕过关于是否构成凶宅的认定，就事论事，依法用法。凶宅仅系买方主张合同救济的事由，属于民间评价，并非专门法律规范用语，其定性如何并无法律含义，也不妨碍法律适用和逻辑推理。而司法审判层面一旦作出凶宅的肯定性评价，为房屋打上标签，对房屋后续处置必然产生影响，也将产生连锁维权的消极社会效果，反而更容易滋生争议，激化矛盾。

三、救济方式

二手房买卖中的买受人在误买到凶宅后，如无法与出卖人协商解决，可起诉至法院，通过以下诉讼路径进行救济：

（一）主张欺诈撤销合同

如买受人有证据证明出卖人明知交易房屋系凶宅，故意告知虚假情况或应告知却故意隐瞒真实情况，致使其误买凶宅，可主张受欺诈撤销合同，退还房款。虚假告知属于积极欺诈，主打一个“骗”字，该类欺诈较容易认定；而负有告知义务却隐瞒真相属消极欺诈，主打可怕的沉默，你不问我不说，认定存在争议。因现并无法律法规明确规定，出卖人是否负有凶宅告知义务，买卖双方往往也很少约定凶宅排除条款，届时仅能凭借交易习惯、合同目的等判断其告知义务有无以及边界，由此也拉大了买卖双方争议空间并取决于法官的自由裁量权。此外，还需注意撤销权一年除斥期间的限制。

（二）主张重大误解撤销合同

如买受人没有证据证明出卖人明知该交易房

屋系凶宅，可以考虑通过主张对标的房屋产生重大认识错误撤销合同。根据前述法律规定，重大误解的范围包括标的物的规格、质量、价格等，而凶宅交易中主要涉及的是房屋的质量（类推）和价格认知错误，具体说来凶宅本身的使用功能因主观障碍而存在客观限制，交易价格一般也低于同类房屋市场价格。相较前一维权路径，重大误解的举证义务设定不高。按照通常理解，一个有普遍性的正当需求的正常人，在具备完全民事行为能力的前提下，只要价格没击穿心理预期，一般不会选择主动购买凶宅，主观认知和客观行动均符合常人认知。故购买凶宅本身就属于不错误认识就不会为之的小概率事件，因此交易习惯也可以支撑重大误解的主张。

（三）主张瑕疵担保而解除合同（或不解除合同但减少价款、赔偿损失等）

瑕疵担保制度也是另一可行救济路径，凶宅交易中主要涉及物的瑕疵担保。根据前述规定，凶宅本身的房屋使用价值因社会共性的主观心理障碍，将导致一定的客观使用价值贬损，而使用价值贬损也会导致交换价值折减。如此一来，无论是使用还是交易，凶宅的价值均会减少，类推标的物不符合质量要求的规定，可以认定合同目的无法实现而解除合同。如买受人不愿意解除合同，也可以兼顾公平原则和买卖利益平衡，主张减少价款或另行赔偿损失。

四、笔者认为

唯结果论的话，上述三种法律路径均能达到退房退款的维权目的，并无优劣之分。但对于实施过程来讲，主张欺诈较为复杂，其认定存在一系列前提：出卖人是否获悉凶宅信息、告知义务的有无、1年的撤销权除斥期间是否超过、第三人欺诈的适用边界。并且举证难度较高，欺诈故意、欺诈行为、错误认知结果、因果关系的举证缺一不可，存在欺诈构成要件最终不满足或举证不能的风险。当然，也不排除法院简化处理。

关于凶宅属于标的物不符合质量要求，导致合同目的不能实现而解除合同，笔者认为并非必然。凶宅属于标的物质量问题已存在类推之嫌，超出了扩大解释的范围，分割来看，凶宅的住宅居住使用功能客观存在，仅将交易价值贬损类推到质量问题缺乏理论支撑，具体参照新车落地即贬值。除此之外，即便凶宅属于房屋质量瑕疵，也不等同于已达到合同目的无法实现的程度。在实践中，经常有普通人误买凶宅价格其实已经低于市面价格，这时再交易价值也基本不存在贬损，此时通过赔偿损失等方式处理亦于法不悖。

谈到重大误解，买受人举证内容具体为客观获取的房屋信息、房屋用途、购买价格等，不会涉及出卖人主观欺诈恶意，只要呈现对于标的物某些相关信息存在误解即可。并且举证义务经常被分配给出卖人，是否有提前披露非正常死亡信息、价格高低等。而正常人无故不会买凶宅这一共性认知，已经树立了重大误解的前提。此外，重大误解带来的法律效果是合同被撤销、退房退款，不会存在不退房仅赔偿的情况，适用也不存在其他条件、时间限制。

综上所述，笔者较为推荐第三种维权方式，当然在评判事实和法律要件满足的情况下，如有其他维权需求，也可以具体问题具体分析，答案选项并非唯一。

五、结语

凶宅类房屋买卖合同纠纷作为缺乏关注又争议极大的一类纠纷，实际上反映了一类社会现象，既存在于民间交易市场，也偶见于法院司法拍卖，涉及的争议焦点和法律风险不可谓不多，且必然伴随房屋买卖市场长期存在。具体说来，该类争议涉及了合同可撤销、合同无效、合同解除、缔约过失责任、侵权责任等法律适用类型，救济方式难以统一。截至今日，相关司法案例均集中于各地中基层法院，并无较高层级的指导意见，故在法学理论和司法实践层面均有研究价值。除此之外，对于二手房市场中购房人的风险前瞻意识启蒙和后续救济措施启动也有积极指导意义。基于上述原因特书本文，感谢阅读，欢迎交流。

行政篇

行政复议

新修订《行政复议法》对行政执法带来的影响

◆文/黄珍

摘要：2023年9月1日第十四届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过新修订的《中华人民共和国行政复议法》，自2024年1月1日起施行。新行政复议法吸纳了近年行政复议工作中总结出来的优秀成果，对于未来行政复议工作的开展有重要的指导意义，对于行政执法机关工作也有着重要的影响，本文梳理了以下十个方面的影响：

影响 1：行政复议机关变更为本级人民政府，上级行政机关不再审理下级行政机关的案件。

第二十四条 县级以上地方各级人民政府管辖下列行政复议案件：

（一）对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服的；

解读：新行政复议法施行后，行政执法机关应及时修改有关行政文书格式，完善复议途径告知内容，修改复议机关名称。

影响 2：扩大了行政复议范围，明确工伤认定、行政

赔偿以及政府信息公开行为属于复议范围。

第十一条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：

（一）对行政机关作出的行政处罚决定不服；

（二）对行政机关作出的行政强制措施、行政强制执行决定不服；

（三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服；

（四）对行政机关作出的确认自然资源的所有权或者使用权的决定不服；

（五）对行政机关作出的征收征用决定及其补偿决定不服；

（六）对行政机关作出的赔偿决定或者不予赔偿决定不服；

（七）对行政机关作出的不予受理工伤认定申请的决定或者工伤认定结论不服；

(八) 认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权;

(九) 认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争;

(十) 认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务;

(十一) 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利等合法权益的法定职责, 行政机关拒绝履行、未依法履行或者不予答复;

(十二) 申请行政机关依法给付抚恤金、社会保险待遇或者最低生活保障等社会保障, 行政机关没有依法给付;

(十三) 认为行政机关不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议;

(十四) 认为行政机关在政府信息公开工作中侵犯其合法权益;

(十五) 认为行政机关的其他行政行为侵犯其合法权益。

解读: 本条对复议范围的规定从列举式改为归纳式表述(如行政处罚、行政许可、行政确认), 这样可以避免相关法律变化而导致的行政复议范围的变化, 避免频繁修改, 进而保证法律的相对稳定性。同时, 扩大了可被提起行政复议的行政行为种类和范围。参照行政诉讼法第十二条规定的受案范围, 增加及完善了五类情形: 一是认为侵犯经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权; 二是认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争; 三是申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利等合法权益的法定职责, 行政机关拒绝履行、未依法履行或者不予答复; 四是申请行政机关依法给付抚恤金、社会保险待遇或者最低生活保障等社会保障, 行政机关没有依法给付; 五是认为行政机关不依法订

立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议。更重要的是, 增加了对行政赔偿、工伤认定、信息公开等行为不服的情形。

影响 3: 列明“负面清单”, 明示部分行为不属于行政复议范围。

第十二条 下列事项不属于行政复议范围:

(一) 国防、外交等国家行为;

(二) 行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令等规范性文件;

(三) 行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定;

(四) 行政机关对民事纠纷作出的调解。

第三十条 行政复议机关收到行政复议申请后, 应当在五日内进行审查。对符合下列规定的, 行政复议机关应当予以受理:

(一) 申请人与被申请行政复议的行政行为有利害关系;

解读: 第十二条明确了行政复议的负面清单, 较之此前公布的修订草案删除了“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”, 但是在第三十条规定的行政复议法定受理条件中规定了“申请人与被申请行政复议的行政行为有利害关系”, 与行政诉讼法第二十五条保持了一致。

影响 4: 完善了行政复议前置的范围, 将不予公开政府信息行为和未履行法定职责行为纳入行政复议前置范围。

第二十三条 有下列情形之一的, 申请人应当先向行政复议机关申请行政复议, 对行政复议决定不服的, 可以再依法向人民法院提起行政诉讼:

(一) 对当场作出的行政处罚决定不服;

(二) 对行政机关作出的侵犯其已经依法取得的自然资源的所有权或者使用权的决定不服;

(三) 认为行政机关存在本法第十一条规定的未履行法定职责情形;

(四) 申请政府信息公开, 行政机关不予公开;

(五) 法律、行政法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议的其他情形。

对前款规定的情形, 行政机关在作出行政行为时应当告知公民、法人或者其他组织先向行政复议机关申请行政复议。

解读: 行政复议前置是指行政相对人对法律、法规规定的特定具体行政行为不服, 在寻求法律救济途径时, 应当先选择向行政复议机关申请行政复议, 而不能直接向人民法院提起行政诉讼。本条扩大了行政复议前置范围, 可以很大程度上减轻司法机关的诉讼压力, 该条款的增加和近年履行法定职责类和政府信息公开类的行政诉讼案件激增不无关系。另外, 本条将行政复议前置情形的设定权限由法律法规修改为法律、行政法规。

对于行政执法机关而言, 应当注意在作出举报投诉等申请履责回复以及不予公开政府信息公开答复文书时, 应当告知公民、法人或者其他组织先向行政复议机关申请行政复议。

影响 5: 行政复议机关审理案件可以按照合法、自愿原则进行调解。

第五条 行政复议机关办理行政复议案件, 可以进行调解。

调解应当遵循合法、自愿的原则, 不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益, 不得违反法律、法规的强制性规定。

第七十四条 当事人在行政复议决定作出前可以自愿达成和解, 和解内容不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益, 不得违反法律、法规的强制性规定。

解读: 现行《行政复议法实施条例》第 50 条

规定, 两种情形下行政复议机关可以进行调解: 一是对行政机关行使法律规定的自由裁量权的具体行政行为不服; 二是当事人之间的行政赔偿或行政补偿纠纷。新法的规定解开行政复议调解范围的限制, 扩大了行政复议调解的适用, 既避免了当事人的诉累, 又降低了行政成本, 有利于促进行政争议实质性化解。行政执法机关在参加调解过程中要注意把握原则和底线, 即不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益, 不得违反法律、法规的强制性规定。

影响 6: 建立健全行政复议证据规则, 明确申请人和被申请人的举证责任。

第四十四条 被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任。

有下列情形之一的, 申请人应当提供证据:

(一) 认为被申请人不履行法定职责的, 提供曾经要求被申请人履行法定职责的证据, 但是被申请人应当依职权主动履行法定职责或者申请人因正当理由不能提供的除外;

(二) 提出行政赔偿请求的, 提供受行政行为侵害而造成损害的证据, 但是因被申请人原因导致申请人无法举证的, 由被申请人承担举证责任;

(三) 法律、法规规定需要申请人提供证据的其他情形。

第四十五条 行政复议机关有权向有关单位和人员调查取证, 查阅、复制、调取有关文件和资料, 向有关人员进行询问。

第四十六条 行政复议期间, 被申请人不得自行向申请人和其他有关单位或者个人收集证据; 自行收集的证据不作为认定行政行为合法性、适当性的依据。

行政复议期间, 申请人或者第三人提出被申

请行政复议的行政行为作出时没有提出的理由或者证据的，经行政复议机构同意，被申请人可以补充证据。

第四十七条 行政复议期间，申请人、第三人及其委托代理人可以按照规定查阅、复制被申请人提出的书面答复、作出行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者可能危及国家安全、公共安全、社会稳定的情形外，行政复议机构应当同意。

解读：此前，《行政复议法》（2017年修订）对行政复议证据作了相关规定，但是非常原则，只要求行政机关对当初作出具体行政行为的证据负有举证责任，而对申请人、第三人是否承担举证责任以及可否因此承担举证不能的法律后果没有予以明确。此次修订建立了行政复议的证据规则，明确了被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任，同时增加了补充证据的规定。并规定了申请人对书面答复、作出行政行为的证据、依据和其他有关材料的复制权。对于行政执法机关而言，一是要积极履行应复的职责，熟悉证据规则；二是执法过程中要注意程序以及证据的合法性，避免因证据不合法、不充分导致不利后果。

影响 7：完善行政复议附带审查的程序和处理方式。

第五十七条 行政复议机关在对被申请人作出的行政行为进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内转送有权处理的国家机关依法处理。

第五十八条 行政复议机关依照本法第五十六条、第五十七条的规定有权处理有关规范性文件或者依据的，行政复议机构应当自行政复议中止之日起三日内，书面通知规范性文件或者依据的制定机关就相关条款的合法性提出书面答复。制定机关应当自收到书面通知之日起十日内

提交书面答复及相关材料。

行政复议机构认为必要时，可以要求规范性文件或者依据的制定机关当面说明理由，制定机关应当配合。

第五十九条 行政复议机关依照本法第五十六条、第五十七条的规定有权处理有关规范性文件或者依据，认为相关条款合法的，在行政复议决定书中一并告知；认为相关条款超越权限或者违反上位法的，决定停止该条款的执行，并责令制定机关予以纠正。

第六十条 依照本法第五十六条、第五十七条的规定接受转送的行政机关、国家机关应当自收到转送之日起六十日内，将处理意见回复转送的行政复议机关。

解读：《行政复议法》第五十六条至第六十条是关于行政复议附带审查的内容，专设一个章节来明确规范性文件附带审查的内容，可见其重要性。根据《湖南省规范性文件管理办法》第二十五条规定，规范性文件违法的，由制定机关自行纠正或者由本级司法行政部门或本部门法制机构依照规定处理。因此，对于行政执法机关而言，可能将面临到三个工作：一是收到有关行政复议机关转送处理的文书，则需在自收到转送之日起六十日内，将处理意见回复转送的行政复议机关；二是收到行政复议机关的书面通知，自收到书面通知之日起十日内就相关条款的合法性提出书面答复及相应资料；三是如本部门制定的规范性文件被行政复议机关认为相关条款超越权限或者违反上位法，作出停止该条款的执行决定的，应及时予以纠正。

影响 8：规定行政复议决定书向社会公开制度。

第七十九条 行政复议机关根据被申请人行政复议的行政行为的公开情况，按照国家有关规定将行政复议决定书向社会公开。

县级以上地方各级人民政府办理以本级人民政府工作部门为被申请人的行政复议案件，应当将发生法律效力行政复议决定书、意见书同时抄告被申请人的上一级主管部门。

解读：目前，检察院的起诉书、法院的裁判文书都实现了网上公开查阅，但是对于行政复议决定书这一块而言并没有完全实现普及。行政复议决定书向社会公开。行政复议决定书公开制度是推进政务公开、规范行政复议工作的客观需要，也是行政复议制度公平、公正、便民原则的具体体现，也将进一步推进依法行政。

影响 9：建立行政复议委员会，为办理重大疑难复杂案件提供咨询意见。

第五十二条 县级以上各级人民政府应当建立相关政府部门、专家、学者等参与的行政复议委员会，为办理行政复议案件提供咨询意见，并就行政复议工作中的重大事项和共性问题研究提出意见。行政复议委员会的组成和开展工作的具体办法，由国务院行政复议机构制定。

审理行政复议案件涉及下列情形之一的，行政复议机构应当提请行政复议委员会提出咨询意见：

- （一）案情重大、疑难、复杂；
- （二）专业性、技术性较强；
- （三）本法第二十四条第二款规定的行政复议案件；
- （四）行政复议机构认为有必要。

行政复议机构应当记录行政复议委员会的咨询意见。

解读：行政复议是一个较为专业的实体和程序性活动，疑难复杂案件更是如此。重大疑难案件中加入专家参与研究并提供咨询意见，有利于行政复议机关在复议活动中更好的作出决策，提升行政复议的公正性。

影响 10：强化了行政复议决定的执行监督力，增加了对负有责任的领导人员的处分。

第七十七条 被申请人应当履行行政复议决定书、调解书、意见书。

被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的，行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行，并可以约谈被申请人的有关负责人或者予以通报批评。

第八十二条 被申请人违反本法规定，不提出书面答复或者不提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料，或者阻挠、变相阻挠公民、法人或者其他组织依法申请行政复议的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分；进行报复陷害的，依法给予降级、撤职、开除的处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第八十三条 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分；经责令履行仍拒不履行的，依法给予降级、撤职、开除的处分。

解读：新行政复议法明确了被申请人不履行或拖延履行行政复议决定等文书的，有权责令限期履行，并可以约谈被申请人的有关负责人或者予以通报批评，并明确了对负有责任的领导人员和直接责任人员的处分；也明确了被申请人不履行行政复议应复职责的，对负有责任的领导人员和直接责任人员进行处分的规定。

最新！《行政复议法》修订前后对照表

◆文／刘樱

《中华人民共和国行政复议法》（2017 修正）与《中华人民共和国行政复议法》（2023 修订）对比表

《中华人民共和国行政复议法》 (2017 修正)	《中华人民共和国行政复议法》 (2023 修订)
第一章 总 则	第一章 总 则
第一条 为了防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，保障和监督行政机关依法行使职权，根据宪法，制定本法。	第一条 为了防止和纠正违法的或者不当的行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，监督和保障行政机关依法行使职权，发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用，推进法治政府建设，根据宪法，制定本法。
第二条 公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益，向行政机关提出行政复议申请，行政机关受理行政复议申请、作出行政复议决定，适用本法。	第二条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益，向行政复议机关提出行政复议申请，行政复议机关办理行政复议案件，适用本法。 前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织的行政行为。
第四条 行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。	第三条 行政复议工作坚持中国共产党的领导。 行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、高效、便民、为民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。
第三条第一款 依照本法履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项，履行下列职责： （一）受理行政复议申请； （二）向有关组织和人员调查取证，查阅文件和资料； （三）审查申请行政复议的具体行政行为是否合法与适当，拟订行政复议决定； （四）处理或者转送对本法第七条所列有关规定的审查申请； （五）对行政机关违反本法规定的行为依照规定的权限和程序提出处理建议； （六）办理因不服行政复议决定提起行政诉讼的应诉事项； （七）法律、法规规定的其他职责。	第四条 县级以上各级人民政府以及其他依照本法履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。 行政复议机关办理行政复议事项的机构是行政复议机构。行政复议机构同时组织办理行政复议机关的行政应诉事项。 行政复议机关应当加强行政复议工作，支持和保障行政复议机构依法履行职责。上级行政复议机构对下级行政复议机构的行政复议工作进行指导、监督。 国务院行政复议机构可以发布行政复议指导性案例。
	第五条 行政复议机关办理行政复议案件，可以进行调解。 调解应当遵循合法、自愿的原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，不得违反法律、法规的强制性规定。

第三条第二款 行政机关中初次从事行政复议的人员，应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。	第六条 国家建立专业化、职业化行政复议人员队伍。 行政复议机构中初次从事行政复议工作的人员，应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，并参加统一职前培训。 国务院行政复议机构应当会同有关部门制定行政复议人员工作规范，加强对行政复议人员的业务考核和管理。
	第七条 行政复议机关应当确保行政复议机构的人员配备与所承担的工作任务相适应，提高行政复议人员专业素质，根据工作需要保障办案场所、装备等设施。县级以上各级人民政府应当将行政复议工作经费列入本级预算。
	第八条 行政复议机关应当加强信息化建设，运用现代信息技术，方便公民、法人或者其他组织申请、参加行政复议，提高工作质量和效率。
	第九条 对在行政复议工作中做出显著成绩的单位和个人，按照国家有关规定给予表彰和奖励。
第五条 公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的，可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。	第十条 公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的，可以依照《中华人民共和国行政诉讼法》的规定向人民法院提起行政诉讼，但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。
第三章 行政复议申请	第二章 行政复议申请
第二章 行政复议范围	第一节 行政复议范围
第六条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议： （一）对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的； （二）对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的； （三）对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的； （四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的； （五）认为行政机关侵犯合法的经营自主权的； （六）认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的； （七）认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的； （八）认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的； （九）申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的； （十）申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的； （十一）认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。	第十一条 有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议： （一）对行政机关作出的行政处罚决定不服； （二）对行政机关作出的行政强制措施、行政强制执行决定不服； （三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服； （四）对行政机关作出的确认自然资源的所有权或者使用权的决定不服； （五）对行政机关作出的征收征用决定及其补偿决定不服； （六）对行政机关作出的赔偿决定或者不予赔偿决定不服； （七）对行政机关作出的不予受理工伤认定申请的决定或者工伤认定结论不服； （八）认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权； （九）认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争； （十）认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务； （十一）申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行、未依法履行或者不予答复； （十二）申请行政机关依法给付抚恤金、社会保险待遇或者最低生活保障等社会保障，行政机关没有依法给付； （十三）认为行政机关不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议； （十四）认为行政机关在政府信息公开工作中侵犯其合法权益； （十五）认为行政机关的其他行政行为侵犯其合法权益。

	第十二条 下列事项不属于行政复议范围： （一）国防、外交等国家行为； （二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令等规范性文件； （三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定； （四）行政机关对民事纠纷作出的调解。
第七条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请： （一）国务院部门的规定； （二）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定； （三）乡、镇人民政府的规定。 前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。	第十三条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为所依据的下列规范性文件不合法，在对行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规范性文件的附带审查申请： （一）国务院部门的规范性文件； （二）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规范性文件； （三）乡、镇人民政府的规范性文件； （四）法律、法规、规章授权的组织的规范性文件。 前款所列规范性文件不含规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。
	第二节 行政复议参加人
第十条第一款 依照本法申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。 第十条第二款 有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。	第十四条 依照本法申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。 有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，其权利义务承受人可以申请行政复议。 有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。
	第十五条 同一行政复议案件申请人人数众多的，可以由申请人推选代表人参加行政复议。 代表人参加行政复议的行为对其所代表的申请人发生法律效力，但是代表人变更行政复议请求、撤回行政复议申请、承认第三人请求的，应当经被代表的申请人同意。
第十条第四款 同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人参加行政复议。 第十条第五款 申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。	第十六条 申请人以外的同被申请行政复议的行政行为或者行政复议案件处理结果有利害关系的公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加行政复议，或者由行政复议机构通知其作为第三人参加行政复议。 第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。 第十七条 申请人、第三人可以委托一至二名律师、基层法律服务工作者或者其他代理人代为参加行政复议。 申请人、第三人委托代理人的，应当向行政复议机构提交授权委托书、委托人及被委托人的身份证明文件。授权委托书应当载明委托事项、权限和期限。申请人、第三人变更或者解除代理人权限的，应当书面告知行政复议机构。
	第十八条 符合法律援助条件的行政复议申请人申请法律援助的，法律援助机构应当依法为其提供法律援助。
第十条第四款 公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的，作出具体行政行为的行政机关是被申请人。	第十九条 公民、法人或者其他组织对行政行为不服申请行政复议的，作出行政行为的行政机关或者法律、法规、规章授权的组织是被申请人。 两个以上行政机关以共同的名义作出同一行政行为的，共同作出行政行为的行政机关是被申请人。 行政机关委托的组织作出行政行为的，委托的行政机关是被申请人。 作出行政行为的行政机关被撤销或者职权变更的，继续行使其职权的行政机关是被申请人。

	第三节 申请的提出
第九条 公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。 因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。	第二十条 公民、法人或者其他组织认为行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道或者应当知道该行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。 因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。 行政机关作出行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织申请行政复议的权利、行政复议机关和申请期限的，申请期限自公民、法人或者其他组织知道或者应当知道申请行政复议的权利、行政复议机关和申请期限之日起计算，但是自知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不得超过一年。
	第二十一条 因不动产提出的行政复议申请自行政行为作出之日起超过二十年，其他行政复议申请自行政行为作出之日起超过五年的，行政复议机关不予受理。
第十一条 申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请；口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。	第二十二条 申请人申请行政复议，可以书面申请；书面申请有困难的，也可以口头申请。 书面申请的，可以通过邮寄或者行政复议机关指定的互联网渠道等方式提交行政复议申请书，也可以当面提交行政复议申请书。行政机关通过互联网渠道送达行政行为决定书的，应当同时提供提交行政复议申请书的互联网渠道。 口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。 申请人对两个以上行政行为不服的，应当分别申请行政复议。
第八条 不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的，依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。 不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理，依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。	第二十三条 有下列情形之一的，申请人应当先向行政复议机关申请行政复议，对行政复议决定不服的，可以再依法向人民法院提起行政诉讼： （一）对当场作出的行政处罚决定不服； （二）对行政机关作出的侵犯其已经依法取得的自然资源的所有权或者使用权的决定不服； （三）认为行政机关存在本法第十一条规定的未履行法定职责情形； （四）申请政府信息公开，行政机关不予公开； （五）法律、行政法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议的其他情形。 对前款规定的情形，行政机关在作出行政行为时应当告知公民、法人或者其他组织先向行政复议机关申请行政复议。
	第四节 行政复议管辖

第十三条 对地方各级人民政府的具体行政行为不服的，向上一级地方人民政府申请行政复议。 对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的，向该派出机关申请行政复议。 第十五条 对本法第十二条、第十三条、第十四条规定以外的其他行政机关、组织的具体行政行为不服的，按照下列规定申请行政复议： （一）对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的，向设立该派出机关的人民政府申请行政复议； （二）对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议； （三）对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的，分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议； （四）对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的，向其共同上一级行政机关申请行政复议； （五）对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的，向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议。 有前款所列情形之一的，申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请，由接受申请的县级地方人民政府依照本法第十八条的规定办理。	第二十四条 县级以上地方各级人民政府管辖下列行政复议案件： （一）对本级人民政府工作部门作出的行政行为不服的； （二）对下一级人民政府作出的行政行为不服的； （三）对本级人民政府依法设立的派出机关作出的行政行为不服的； （四）对本级人民政府或者其工作部门管理的法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为不服的。 除前款规定外，省、自治区、直辖市人民政府同时管辖对本机关作出的行政行为不服的行政复议案件。 省、自治区人民政府依法设立的派出机关参照设区的市级人民政府的职责权限，管辖相关行政复议案件。 对县级以上地方各级人民政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规、规章规定，以派出机构的名义作出的行政行为不服的行政复议案件，由本级人民政府管辖；其中，对直辖市、设区的市人民政府工作部门按照行政区划设立的派出机构作出的行政行为不服的，也可以由其所所在地的人民政府管辖。
	第二十五条 国务院部门管辖下列行政复议案件： （一）对本部门作出的行政行为不服的； （二）对本部门依法设立的派出机构依照法律、行政法规、部门规章规定，以派出机构的名义作出的行政行为不服的； （三）对本部门管理的法律、行政法规、部门规章授权的组织作出的行政行为不服的。
第十四条 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。	第二十六条 对省、自治区、直辖市人民政府依照本法第二十四条第二款的规定、国务院部门依照本法第二十五条第一项规定作出的行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。
第十二条 对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议。 对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的，向上一级主管部门申请行政复议。	第二十七条 对海关、金融、外汇管理等实行垂直领导的行政机关、税务和国家安全机关的行政行为不服的，向上一级主管部门申请行政复议。 第二十八条 对履行行政复议机构职责的地方人民政府司法行政部门的行政行为不服的，可以向本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级司法行政部门申请行政复议。
第十六条 公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。 公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。	第二十九条 公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，在行政复议期间不得向人民法院提起行政诉讼。 公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。

第四章 行政复议受理	第三章 行政复议受理
第十七条 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查，对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人；对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。 除前款规定外，行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。 第十八条 依照本法第十五条第二款的规定接受行政复议申请的县级地方人民政府，对依照本法第十五条第一款的规定属于其他行政复议机关受理的行政复议申请，应当自接到该行政复议申请之日起七日内，转送有关行政复议机关，并告知申请人。接受转送的行政复议机关应当依照本法第十七条的规定办理。	第三十条 行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查。对符合下列规定的，行政复议机关应当予以受理： （一）有明确的申请人和符合本法规定的被申请人； （二）申请人与被申请行政复议的行政行为有利害关系； （三）有具体的行政复议请求和理由； （四）在法定申请期限内提出； （五）属于本法规定的行政复议范围； （六）属于本机关的管辖范围； （七）行政复议机关未受理过该申请人就同一行政行为提出的行政复议申请，并且人民法院未受理过该申请人就同一行政行为提起的行政诉讼。 对不符合前款规定的行政复议申请，行政复议机关应当在审查期限内决定不予受理并说明理由；不属于本机关管辖的，还应当在不予受理决定中告知申请人有管辖权的行政复议机关。 行政复议申请的审查期限届满，行政复议机关未作出不予受理决定的，审查期限届满之日起视为受理。
	第三十一条 行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚，无法判断行政复议申请是否符合本法第三十条第一款规定的，行政复议机关应当自收到申请之日起五日内书面通知申请人补正。补正通知应当一次性载明需要补正的事项。 申请人应当自收到补正通知之日起十日内提交补正材料。有正当理由不能按期补正的，行政复议机关可以延长合理的补正期限。无正当理由逾期不补正的，视为申请人放弃行政复议申请，并记录在案。 行政复议机关收到补正材料后，依照本法第三十条的规定处理。
	第三十二条 对当场作出或者依据电子技术监控设备记录的违法事实作出的行政处罚决定不服申请行政复议的，可以通过作出行政处罚决定的行政机关提交行政复议申请。 行政机关收到行政复议申请后，应当及时处理；认为需要维持行政处罚决定的，应当自收到行政复议申请之日起五日内转送行政复议机关。
	第三十三条 行政复议机关受理行政复议申请后，发现该行政复议申请不符合本法第三十条第一款规定的，应当决定驳回申请并说明理由。
第十九条 法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，行政复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的，公民、法人或者其他组织可以自收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起十五日内，依法向人民法院提起行政诉讼。	第三十四条 法律、行政法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，行政复议机关决定不予受理、驳回申请或者受理后超过行政复议期限不作答复的，公民、法人或者其他组织可以自收到决定书之日起或者行政复议期限届满之日起十五日内，依法向人民法院提起行政诉讼。
第二十条 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。	第三十五条 公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理、驳回申请或者受理后超过行政复议期限不作答复的，申请人有权向上级行政机关反映，上级行政机关应当责令其纠正；必要时，上级行政复议机关可以直接受理。

第四章 行政复议受理	第四章 行政复议审理
	第一节 一般规定
	第三十六条 行政复议机关受理行政复议申请后，依照本法适用普通程序或者简易程序进行审理。行政复议机构应当指定行政复议人员负责办理行政复议案件。 行政复议人员对办理行政复议案件过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私，应当予以保密。
	第三十七条 行政复议机关依照法律、法规、规章审理行政复议案件。 行政复议机关审理民族自治地方的行政复议案件，同时依照该民族自治地方的自治条例和单行条例。
	第三十八条 上级行政复议机关根据需要，可以审理下级行政复议机关管辖的行政复议案件。 下级行政复议机关对其管辖的行政复议案件，认为需要由上级行政复议机关审理的，可以报请上级行政复议机关决定。
	第三十九条 行政复议期间有下列情形之一的，行政复议中止： （一）作为申请人的公民死亡，其近亲属尚未确定是否参加行政复议； （二）作为申请人的公民丧失参加行政复议的行为能力，尚未确定法定代理人参加行政复议； （三）作为申请人的公民下落不明； （四）作为申请人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人； （五）申请人、被申请人因不可抗力或者其他正当理由，不能参加行政复议； （六）依照本法规定进行调解、和解，申请人和被申请人同意中止； （七）行政复议案件涉及的法律适用问题需要有权机关作出解释或者确认； （八）行政复议案件审理需要以其他案件的审理结果为依据，而其他案件尚未审结； （九）有本法第五十六条或者第五十七条规定的情形； （十）需要中止行政复议的其他情形。 行政复议中止的原因消除后，应当及时恢复行政复议案件的审理。 行政复议机关中止、恢复行政复议案件的审理，应当书面告知当事人。
	第四十条 行政复议期间，行政复议机关无正当理由中止行政复议的，上级行政机关应当责令其恢复审理。

第二十五条 行政复议决定作出前，申请人要求撤回行政复议申请的，经说明理由，可以撤回；撤回行政复议申请的，行政复议终止。	第四十一条 行政复议期间有下列情形之一的，行政复议机关决定终止行政复议： （一）申请人撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回； （二）作为申请人的公民死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利； （三）作为申请人的法人或者其他组织终止，没有权利义务承受人或者其权利义务承受人放弃行政复议权利； （四）申请人对行政拘留或者限制人身自由的行政强制措施不服申请行政复议后，因同一违法行为涉嫌犯罪，被采取刑事强制措施； （五）依照本法第三十九条第一款第一项、第二项、第四项的规定中止行政复议满六十日，行政复议中止的原因仍未消除。
第二十一条 行政复议期间具体行政行为不停止执行；但是，有下列情形之一的，可以停止执行： （一）被申请人认为需要停止执行的； （二）行政复议机关认为需要停止执行的； （三）申请人申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行的； （四）法律规定停止执行的。	第四十二条 行政复议期间行政行为不停止执行；但是有下列情形之一的，应当停止执行： （一）被申请人认为需要停止执行； （二）行政复议机关认为需要停止执行； （三）申请人、第三人申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行； （四）法律、法规、规章规定停止执行的其他情形。
	第二节 行政复议证据
	第四十三条 行政复议证据包括： （一）书证； （二）物证； （三）视听资料； （四）电子数据； （五）证人证言； （六）当事人的陈述； （七）鉴定意见； （八）勘验笔录、现场笔录。 以上证据经行政复议机构审查属实，才能作为认定行政复议案件事实的根据。
	第四十四条 被申请人对其作出的行政行为的合法性、适当性负有举证责任。 有下列情形之一的，申请人应当提供证据： （一）认为被申请人不履行法定职责的，提供曾经要求被申请人履行法定职责的证据，但是被申请人应当依职权主动履行法定职责或者申请人因正当理由不能提供的除外； （二）提出行政赔偿请求的，提供受行政行为侵害而造成损害的证据，但是因被申请人原因导致申请人无法举证的，由被申请人承担举证责任； （三）法律、法规规定需要申请人提供证据的其他情形。
	第四十五条 行政复议机关有权向有关单位和个人调查取证，查阅、复制、调取有关文件和资料，向有关人员进行询问。 调查取证时，行政复议人员不得少于两人，并应当出示行政复议工作证件。 被调查取证的单位和个人应当积极配合行政复议人员的工作，不得拒绝或者阻挠。

第二十四条 在行政复议过程中，被申请人不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。	第四十六条 行政复议期间，被申请人不得自行向申请人和其他有关单位或者个人收集证据；自行收集的证据不作为认定行政行为合法性、适当性的依据。 行政复议期间，申请人或者第三人提出被申请行政复议的行政行为作出时没有提出的理由或者证据的，经行政复议机构同意，被申请人可以补充证据。
第二十三条第二款 申请人、第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，行政复议机关不得拒绝。	第四十七条 行政复议期间，申请人、第三人及其委托代理人可以按照规定查阅、复制被申请人提出的书面答复、作出行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者可能危及国家安全、公共安全、社会稳定的情形外，行政复议机构应当同意。
	第三节 普通程序
第二十三条第一款 行政复议机关负责法制工作的机构应当自行政复议申请受理之日起七日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到申请书副本或者申请笔录复印件之日起十日内，提出书面答复，并提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。	第四十八条 行政复议机构应当自行政复议申请受理之日起七日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件之日起十日内，提出书面答复，并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。
第二十二条 行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。	第四十九条 适用普通程序审理的行政复议案件，行政复议机构应当当面或者通过互联网、电话等方式听取当事人的意见，并将听取的意见记录在案。因当事人原因不能听取意见的，可以书面审理。
	第五十条 审理重大、疑难、复杂的行政复议案件，行政复议机构应当组织听证。 行政复议机构认为有必要听证，或者申请人请求听证的，行政复议机构可以组织听证。 听证由一名行政复议人员任主持人，两名以上行政复议人员任听证员，一名记录员制作听证笔录。
	第五十一条 行政复议机构组织听证的，应当于举行听证的五日前将听证的时间、地点和拟听证事项书面通知当事人。 申请人无正当理由拒不参加听证的，视为放弃听证权利。 被申请人的负责人应当参加听证。不能参加的，应当说明理由并委托相应的工作人员参加听证。
	第五十二条 县级以上各级人民政府应当建立相关政府部门、专家、学者等参与的行政复议委员会，为办理行政复议案件提供咨询意见，并就行政复议工作中的重大事项和共性问题研究提出意见。行政复议委员会的组成和开展工作的具体办法，由国务院行政复议机构制定。 审理行政复议案件涉及下列情形之一的，行政复议机构应当提请行政复议委员会提出咨询意见： （一）案情重大、疑难、复杂； （二）专业性、技术性较强； （三）本法第二十四条第二款规定的行政复议案件； （四）行政复议机构认为有必要。 行政复议机构应当记录行政复议委员会的咨询意见。
	第四节 简易程序

	第五十三条 行政复议机关审理下列行政复议案件，认为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的，可以适用简易程序： （一）被申请行政复议的行政行为是当场作出； （二）被申请行政复议的行政行为是警告或者通报批评； （三）案件涉及款额三千元以下； （四）属于政府信息公开案件。 除前款规定以外的行政复议案件，当事人各方同意适用简易程序的，可以适用简易程序。
	第五十四条 适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机构应当自受理行政复议申请之日起三日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件之日起五日内，提出书面答复，并提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。 适用简易程序审理的行政复议案件，可以书面审理。
	第五十五条 适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机构认为不宜适用简易程序的，经行政复议机构的负责人批准，可以转为普通程序审理。
	第五节 行政复议附带审查
第二十六条 申请人在申请行政复议时，一并提出对本法第七条所列有关规定的审查申请的，行政复议机关对该规定有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理，有权处理的行政机关应当在六十日内依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。	第五十六条 申请人依照本法第十三条的规定提出对有关规范性文件的附带审查申请，行政复议机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内转送有权处理的行政机关依法处理。
第二十七条 行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查。	第五十七条 行政复议机关在对被申请人作出的行政行为进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内转送有权处理的国家机关依法处理。
第三十条 公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的，应当先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院提起行政诉讼。 根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。	删除
	第五十八条 行政复议机关依照本法第五十六条、第五十七条的规定有权处理有关规范性文件或者依据的，行政复议机构应当自行政复议中止之日起三日内，书面通知规范性文件或者依据的制定机关就相关条款的合法性提出书面答复。制定机关应当自收到书面通知之日起十日内提交书面答复及相关资料。 行政复议机构认为必要时，可以要求规范性文件或者依据的制定机关当面说明理由，制定机关应当配合。

	第五十九条 行政复议机关依照本法第五十六条、第五十七条的规定有权处理有关规范性文件或者依据，认为相关条款合法的，在行政复议决定书中一并告知；认为相关条款超越权限或者违反上位法的，决定停止该条款的执行，并责令制定机关予以纠正。
	第六十条 依照本法第五十六条、第五十七条的规定接受转送的行政机关、国家机关应当自收到转送之日起六十日内，将处理意见回复转送的行政复议机关。
第五章 行政复议决定	第五章 行政复议决定
	第六十一条 行政复议机关依照本法审理行政复议案件，由行政复议机构对行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，以行政复议机关的名义作出行政复议决定。 经过听证的行政复议案件，行政复议机关应当根据听证笔录、审查认定的事实和证据，依照本法作出行政复议决定。 提请行政复议委员会提出咨询意见的行政复议案件，行政复议机关应当将咨询意见作为作出行政复议决定的重要参考依据。
第三十一条第一款 行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂，不能在规定的期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不得超过三十日。	第六十二条 适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机关应当自受理申请之日起六十日内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限少于六十日的除外。情况复杂，不能在规定的期限内作出行政复议决定的，经行政复议机构的负责人批准，可以适当延长，并书面告知当事人；但是延长期限最多不得超过三十日。 适用简易程序审理的行政复议案件，行政复议机关应当自受理申请之日起三十日内作出行政复议决定。
	第六十三条 行政行为有下列情形之一的，行政复议机关决定变更该行政行为： （一）事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，但是内容不适当； （二）事实清楚，证据确凿，程序合法，但是未正确适用依据； （三）事实不清、证据不足，经行政复议机关查清事实和证据。 行政复议机关不得作出对申请人更为不利的变更决定，但是第三人提出相反请求的除外。

第二十八条 行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定： （一）具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持； （二）被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行； （三）具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为： 1. 主要事实不清、证据不足的； 2. 适用依据错误的； 3. 违反法定程序的； 4. 超越或者滥用职权的； 5. 具体行政行为明显不当的。 （四）被申请人不按照本法第二十三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据，决定撤销该具体行政行为。 行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。	第六十四条 行政行为有下列情形之一的，行政复议机关决定撤销或者部分撤销该行政行为，并可以责令被申请人在一定期限内重新作出行政行为： （一）主要事实不清、证据不足； （二）违反法定程序； （三）适用的依据不合法； （四）超越职权或者滥用职权。 行政复议机关责令被申请人重新作出行政行为的，被申请人不得以同一事实和理由作出与被申请行政复议的行政行为相同或者基本相同的行政行为，但是行政复议机关以违反法定程序为由决定撤销或者部分撤销的除外。
	第六十五条 行政行为有下列情形之一的，行政复议机关不撤销该行政行为，但是确认该行政行为违法： （一）依法应予撤销，但是撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害； （二）程序轻微违法，但是对申请人权利不产生实际影响。 行政行为有下列情形之一的，不需要撤销或者责令履行的，行政复议机关确认该行政行为违法： （一）行政行为违法，但是不具有可撤销内容； （二）被申请人改变原违法行政行为，申请人仍要求撤销或者确认该行政行为违法； （三）被申请人不履行或者拖延履行法定职责，责令履行没有意义。
	第六十六条 被申请人不履行法定职责的，行政复议机关决定被申请人在一定期限内履行。
	第六十七条 行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，申请人申请确认行政行为无效的，行政复议机关确认该行政行为无效。
	第六十八条 行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，行政复议机关决定维持该行政行为。
	第六十九条 行政复议机关受理申请人认为被申请人不履行法定职责的行政复议申请后，发现被申请人没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的，决定驳回申请人的行政复议请求。
	第七十条 被申请人不按照本法第四十八条、第五十四条的规定提出书面答复、提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该行政行为没有证据、依据，行政复议机关决定撤销、部分撤销该行政行为，确认该行政行为违法、无效或者决定被申请人在一定期限内履行，但是行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。

	第七十一条 被申请人在不依法订立、不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除行政协议的，行政复议机关决定被申请人承担依法订立、继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。 被申请人变更、解除行政协议合法，但是未依法给予补偿或者补偿不合理的，行政复议机关决定被申请人依法给予合理补偿。
第二十九条 申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿。 申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，行政复议机关在依法决定撤销或者变更罚款、撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等具体行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施，或者赔偿相应的价款。	第七十二条 申请人在申请行政复议时一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对依照《中华人民共和国国家赔偿法》的有关规定应当不予赔偿的，在作出行政复议决定时，应当同时决定驳回行政赔偿请求；对符合《中华人民共和国国家赔偿法》的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销或者部分撤销、变更行政行为或者确认行政行为违法、无效时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿；确认行政行为违法的，还可以同时责令被申请人采取补救措施。 申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，行政复议机关在依法决定撤销或者部分撤销、变更罚款，撤销或者部分撤销违法集资、没收财物、征收征用、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施，或者赔偿相应的价款。
	第七十三条 当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书，经各方当事人签字或者签章，并加盖行政复议机关印章，即具有法律效力。 调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当依法审查或者及时作出行政复议决定。
	第七十四条 当事人在行政复议决定作出前可以自愿达成和解，和解内容不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，不得违反法律、法规的强制性规定。 当事人达成和解后，由申请人向行政复议机构撤回行政复议申请。行政复议机构准予撤回行政复议申请、行政复议机关决定终止行政复议的，申请人不得再以同一事实和理由提出行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请违背其真实意愿的除外。
第三十一条第二款 行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖印章。 第三十一条第三款 行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。	第七十五条 行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖行政复议机关印章。 行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。
	第七十六条 行政复议机关在办理行政复议案件过程中，发现被申请人或者其他下级行政机关的有关行政行为违法或者不当的，可以向其制发行政复议意见书。有关机关应当自收到行政复议意见书之日起六十日内，将纠正相关违法或者不当行政行为的情况报送行政复议机关。
第三十二条 被申请人应当履行行政复议决定。 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的，行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。	第七十七条 被申请人应当履行行政复议决定书、调解书、意见书。 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的，行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行，并可以约谈被申请人的有关负责人或者予以通报批评。

第三十三条 申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理： （一）维持具体行政行为的行政复议决定，由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行； （二）变更具体行政行为的行政复议决定，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。	第七十八条 申请人、第三人逾期不起诉又不履行行政复议决定书、调解书的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理： （一）维持行政行为的行政复议决定书，由作出行政行为的行政机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行； （二）变更行政行为的行政复议决定书，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行； （三）行政复议调解书，由行政复议机关依法强制执行，或者申请人民法院强制执行。
	第七十九条 行政复议机关根据被申请人行政复议的行政行为的公开情况，按照国家有关规定将行政复议决定书向社会公开。 县级以上地方各级人民政府办理以本级人民政府工作部门为被申请人的行政复议案件，应当将发生法律效力行政复议决定书、意见书同时抄告被申请人的上一级主管部门。
第六章 法律责任	第六章 法律责任
第三十四条 行政复议机关违反本法规定，无正当理由不予受理依法提出的行政复议申请或者不按照规定转送行政复议申请的，或者在法定期限内不作出行政复议决定的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；经责令受理仍不受理或者不按照规定转送行政复议申请，造成严重后果的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分。	第八十条 行政复议机关不依照本法规定履行行政复议职责，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分；经有权监督的机关督促仍不改正或者造成严重后果的，依法给予降级、撤职、开除的处分。
第三十五条 行政复议机关工作人员在行政复议活动中，徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的，依法给予警告、记过、记大过的行政处分；情节严重的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	第八十一条 行政复议机关工作人员在行政复议活动中，徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的，依法给予警告、记过、记大过的处分；情节严重的，依法给予降级、撤职、开除的处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
第三十六条 被申请人违反本法规定，不提出书面答复或者不提交作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料，或者阻挠、变相阻挠公民、法人或者其他组织依法申请行政复议的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；进行报复陷害的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	第八十二条 被申请人违反本法规定，不提出书面答复或者不提交作出行政行为的证据、依据和其他有关材料，或者阻挠、变相阻挠公民、法人或者其他组织依法申请行政复议的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分；进行报复陷害的，依法给予降级、撤职、开除的处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
第三十七条 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；经责令履行仍拒不履行的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分。	第八十三条 被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定书、调解书、意见书的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的处分；经责令履行仍拒不履行的，依法给予降级、撤职、开除的处分。
	第八十四条 拒绝、阻挠行政复议人员调查取证，故意扰乱行政复议工作秩序的，依法给予处分、治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
第三十八条 行政复议机关负责法制工作的机构发现有无正当理由不予受理行政复议申请、不按照规定期限作出行政复议决定、徇私舞弊、对申请人打击报复或者不履行行政复议决定等情形的，应当向有关行政机关提出建议，有关行政机关应当依照本法和有关法律、行政法规的规定作出处理。	第八十五条 行政机关及其工作人员违反本法规定的，行政复议机关可以向监察机关或者公职人员任免机关、单位移送有关人员违法的事实材料，接受移送的监察机关或者公职人员任免机关、单位应当依法处理。 第八十六条 行政复议机关在办理行政复议案件过程中，发现公职人员涉嫌贪污贿赂、失职渎职等职务违法或者职务犯罪的问题线索，应当依照有关规定移送监察机关，由监察机关依法调查处置。

第七章 附 则	第七章 附 则
第三十九条 行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费，应当列入本机关的行政经费，由本级财政予以保障。	第八十七条 行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。
第四十条 行政复议期间的计算和行政复议文书的送达，依照民事诉讼法关于期间、送达的规定执行。 本法关于行政复议期间有关“五日”、“七日”的规定是指工作日，不含节假日。	第八十八条 行政复议期间的计算和行政复议文书的送达，本法没有规定的，依照《中华人民共和国民事诉讼法》关于期间、送达的规定执行。 本法关于行政复议期间有关“三日”、“五日”、“七日”、“十日”的规定是指工作日，不含法定休假日。
第四十一条 外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国境内申请行政复议，适用本法。	第八十九条 外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国境内申请行政复议，适用本法。
第四十二条 本法施行前公布的法律有关行政复议的规定与本法的规定不一致的，以本法的规定为准。	删除
第四十三条 本法自1999年10月1日起施行。1990年12月24日国务院发布、1994年10月9日国务院修订发布的《行政复议条例》同时废止。	第九十条 本法自2024年1月1日起施行。

行政履职风控

责令改正的性质探析

◆文/ 杨伟

《中华人民共和国行政处罚法》第二十八条第一款规定：“行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。”我国很多法律都有责令改正的规定，如《产品质量法》第六十三条规定：“伪造产品产地的，伪造或者冒用他人厂名、厂址的，伪造或者冒用认证标志等质量标志的，责令改正，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。”《农产品质量安全法》第六十八条规定“违反本法规定，农产品生产企业有下列情形之一的，由县级以上地方人民政府农业农村主管部门责令限期改正；逾期不改正的，处五千元以上五万元以下罚款：（一）未建立农产品质量安全管理制度；（二）未配备相应的农产品质量安全管理人员，且未委托具有专业技术知识的人员进行农产品质量安全指导。”“责令改正”或“责令限期改正”，是不是行政处罚？能不能以责令改正代替行政处罚？

案情简介：某有机肉牛养殖有限公司申请了商业用地，但是在经营过程中却开始建设住宅，相

关部门发现了该公司的违法行为，于是向该公司送达了《责令整改通知书》，要求该公司在规定时间内完成整改。该公司认为行政机关的这一行为是行政处罚，该处罚影响到了自己的合法权益，于是向人民法院提起行政诉讼，请求撤销《责令整改通知书》，但是行政机关主张这一《责令整改通知书》只是行政命令。案件的争议焦点就是该《责令整改通知书》的法律定性。

第一种意见认为，责令改正即《责令整改通知书》是一种行政处罚。理由是：不同行政处罚的强度和功能不同。有的行政处罚具有较强的惩罚性质，行政机关要对当事人课以额外的义务，也就是说，除了迫使其承担一定的弥补性的违法后果之外，还要对其给予人身自由或者财产权益方面的剥夺或者限制。有的行政处罚则具有较强的补偿性质，也就是行政处罚并未课以当事人一定义务，而是促使其在能够履行义务时继续履行应当履行的义务或者通过其他方式达到与履行义务相同的状态。

第二种意见认为，责令改正即《责令整改通

知书》不是一种行政处罚，而是一种行政行为。理由是：行政处罚的最重要的特征是其惩罚性，而非补偿性。在相当多情况下，责令改正的行为具有教育性，也就是责令改正是要求行政相对人有错必纠，对任何违法行为不管是否需要处罚，首先必须要求纠正。责令改正还具有救济性的特征，是一种救济性措施，救济性措施是指恢复被侵害的权利秩序或为使侵害不再继续而对违法者采取的措施。

笔者同意第二种意见。行政处罚，是指行政主体依据法定职权和程序对违反行政法规范的公民、法人或者其他组织给予行政制裁的行为，其目的在于通过减损或剥夺违法行为人特定权益以示对其违法行为予以惩戒。行政处罚具有制裁性，法律规定的常见表现形式如：警告、罚款等。责令改正或者限期改正违法行为，是指行政主体责令违法行为人停止和纠正违法行为，以恢复原状，维持法定的秩序或者状态，具有事后救济性。责令改正符合行政决定中的行政命令的属性。行政命令是行政主体依法要求相对人进行一定的作为或不作为的意思表示。行政命令具有强制力，它包括两类：一类是要求相对人进行一定作为的命令，如命令纳税、命令外国人出境；另一类是要求相对人履行一定的不作为的命令，称为禁止令，如因修建马路禁止通行，禁止携带危险品的旅客上车等。从实质上理解，行政命令是行政主体的一种强制性行为，只存在于行政处理行为之中，与行政检查、行政决定和行政强制执行相联系，并且相互衔接。它的特征是：（一）行政命令由有权发布命令的行政主体作出；（二）行政命令属于行政主体的一种处理行为，表现为要求相对人进行一定的作为或不作为；（三）行政命令是要相对人履行一定的义务，而不是赋予相对人一定的权利；（四）行政命令是为相对人设定的行为规则，属于具体规则，表现在特定时间内对特定事或特定人所作的特定规范；（五）相对人违反行政命令，可以引起行政主体对它的

制裁；（六）行政命令是依法或依职权作出的。

行政处罚只是保证法律实施的一种手段，不是目的。对违法行为给予处罚，目的在于维护社会秩序。能不能以责令改正代替行政处罚？不能。我们都理解不能“以罚代刑”，因为这种情况涉嫌渎职。同样，也不能“以责令改正代替行政处罚”，应当予以行政处罚的，不能责令改正而不罚。在对违法行为人给予行政处罚的时候，要同时责令行为人改正违法行为，不能以罚了事，让违法行为继续下去。否则就使行政处罚成了违法行为的“通行证”，这是要绝对禁止的。

实践中，个别行政机关把责令改正与行政处罚相混淆。《中华人民共和国行政处罚法》第九条规定：“行政处罚的种类：（一）警告、通报批评；（二）罚款、没收违法所得、没收非法财物；（三）暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件；（四）限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业；（五）行政拘留；（六）法律、行政法规规定的其他行政处罚”，该条规定的行政处罚的种类中未包含“责令改正”。我国并没有统一的行政程序法或行政监管法，因此，责令改正等行政行为散见于众多实体法中。对于责令改正的性质，其属于一种具体的行政行为，通常认为其属于行政命令。有观点认为责令改正属于行政处罚或行政强制措施，这都是不正确的。责令改正在行政执法过程中有着重要作用，法律上有规定，客观上有需要，应该重视责令改正的使用。责令改正体现的是行政执法中“处罚与教育相结合的原则”。为使违法当事人很好地改正违法行为，行政机关也有责任帮助一些自我整改有困难的行政相对人，为他们提供支持和服务，使之尽快完成整改。

行政诉讼

浅析行政诉讼的证明标准

◆文/ 杨伟

行政诉讼的证明标准是诉讼法中的重要内容。由于行政管理活动的广泛性及管理事务的多样性，决定了行政案件所涉及的行政行为的模式性质差异较大，使得法院在审查行政行为的合法性（或合理性）时证明标准很难把握。行政诉讼证明标准，是指在行政案件中依据行政诉讼法的规定，当事人履行举证责任、证明案件事实所应达到的程度，是人民法院查明行政案件事实，特别是被诉行政行为是否符合客观真实的标准，具体应包括行政诉讼证据所应达到的质和量两方面的要求。从当事人的角度来理解，首先是行政诉讼当事人履行举证责任、证明其诉讼主张成立的标准；从法院角度来理解，是法官对行政诉讼当事人证明的案件事实形成内心确信的标准。

基本案情

原告某建设公司是某市轨道交通某标段项目的总承包方。2019年，第三人李某到该项目从事木工工作。同年11月11日下午1点半左右，李某在该项目工地工作时，遇工地油漆作业，李某持续在油漆喷雾中工作，后出现眼睛不适。次日，李某被送至甲医院救治，后又转至乙医院治疗，

诊断为右眼角膜溃疡、右眼前房积脓、左眼外伤史、左眼无晶体眼、左眼角膜白斑、左眼视网膜萎缩等病灶。李某伤后，向被告某市人力资源和社会保障局提交工伤认定申请。2021年2月24日，该建设公司向市人社局回函，不认可其与李某存在劳动关系，认为李某因自身残疾致右眼失明。同年4月1日，市人社局作出《认定工伤决定书》，认定李某受伤符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定，予以认定为工伤。原告某建设公司不服，诉至某人民法院，请求撤销该《认定工伤决定书》。

法院认为

一审法院某人民法院审理后认为，根据我国《工伤保险条例》第十四条规定：“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的……”和《工伤认定办法》第十七条规定：“职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，社会保险行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据，依法作出

工伤认定决定”，本案中，第三人李某系原告某建设公司承包工程项目的务工人员，2019年11月11日，李某因在该项目工地工作时，遭遇油漆喷雾环境伤害，导致眼睛受伤，其受伤情形符合上述法律规定。在工伤认定程序中，原告某建设公司虽不认可李某受伤系工伤，但未提供充分证据予以证明，被告某市人社局予以认定为工伤并无不当。根据某市人社局调查笔录、李某提供的工资流水等证据可证实，李某在原告某建设公司承包的某市轨道交通某标段项目务工，且由该建设公司直接向李某发放劳动报酬，市人社局在工伤认定中确认原告某建设公司为用人单位具有事实依据。

一审法院判决驳回了原告某建设公司的诉讼请求。原告某建设公司不服，上诉至某市中级人民法院。

二审法院审理后认为，行政机关作出的行政行为主要证据不足的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决行政机关重新作出行政行为。本案中，现有证据无法判定李某的眼部受伤是因工作原因导致还是因自身眼部外伤导致，被告某市人社局作出案涉认定工伤决定主要证据不足，该法院判决撤销了某市人社局作出的《认定工伤决定书》并责令某市人社局重新作出工伤认定决定。

律师分析

此案法院的处理为什么会有较大的分歧，涉及对行政诉讼证明标准的把握问题。行政诉讼证明标准是衡量行政诉讼证明主体的证明活动是否已达到证明要求及具体达到何种程度的标尺，是法官衡量行政机关、行政相对人的诉讼主张能否予以采纳，被诉行政行为的合法性（或合理性）能否予以确认的依据。行政诉讼证明标准具有以下特点：

1、中间性。行政诉讼证明标准的中间性是指行政诉讼证明标准从总体上讲要低于刑事訴訟证

明标准而高于民事诉讼证明标准，处于中间地带。

2、多层次性。中间性是行政诉讼证明标准与其他诉讼证明标准相比较的特点，是从整体上、宏观上把握的，而多层次性是证明标准的内部特点，其主要体现在两个方面：

（1）由证明责任性质的不同所决定，行政诉讼证明标准呈现出层次性。在行政诉讼中，被告的证明责任表现为说服责任，即被告证明被诉行政行为具有合法性和合理性的责任；原告证明责任表现为推进责任，即原告证明行政诉讼程序事实或者推进行政诉讼程序的责任。前者所适用的证明标准层次性显然要高于后者所适用的证明标准；

（2）由诉讼所涉及的实体权利性质的不同所决定，说服责任证明标准也呈现出层次性。在行政诉讼中，对于限制人身自由、大额罚没等对行政相对人身、财产权益影响较大的行政行为的案件，可以比照适用类似于刑事案件排除合理怀疑证明标准；对于行政裁决类行政案件和其他行政案件，可以比照适用类似于民事案件优势证据标准。

3、灵活性。包含两方面的含义：

（1）根据案件具体情况选择适用适当的证明标准；

（2）根据案件具体情况对所选择证明标准的宽严程度进行适当的把握。在紧急情况，证明困境或者法律有特别规定的情形下，直接以行政机关现场执法人员的认定作为案件事实，相对人提出反对但没有充分理由的，不予支持。一些即时行政行为，取证手段比较困难，为公共秩序的需要应授予即时授权，如交通即时违法行为的认定，以及其他即时管制行政行为，可以适用这一最低的标准。

4、审查性。行政诉讼证明标准的独特性便

在于它的司法审查性，其表现为：人民法院在审查这些案件时，以被诉行政机关在作出行政行为时所应适用的证明标准为基础作出自己的判断，并以自己的判决去衡量行政机关的判断。与民事、刑事诉讼证明标准相比较，行政诉讼证明标准的特殊性主要是源于行政诉讼中行政权与司法权的特殊关系，行政权独立于司法权，同时受司法权的监督。但是，监督行政权不能代表司法权能够干预行政权的行使，只有在行政权行使的合法性或合理性受到正当怀疑时，司法权才能介入。在司法审查中，行政诉讼证明标准的高低便直接反映了司法权对行政权的“介入”程度。过高则构成对行政权的干预，会阻碍行政目的实现；过低则表明对行政权的监督不足，无法为公民、法人和其他组织的合法利益提供有效保护。因此，行政诉讼证明标准，必须考虑行政权和司法权的协调问题，保证司法权对行政权“适度”监督。



行政机关履行法定协助执行义务的风险控制

◆文 / 吴波训

基于司法权不能代替行政权的权力设定，司法机关要求行政机关办理协助执行事项的种类有很多，既有基于法定协助关系的协助事项，也有基于请求关系的协助事项等。本文仅探讨行政机关基于法定协助关系履行协助义务时的风险控制问题。

行政机关对法定协助义务必须履行，且对苛以法定协助义务的司法文书没有实质审查的权力。当协助执行文书存在相互冲突或者错误等情形时，行政机关办理协助执行事项易生多种风险。在实务中，行政机关因履行法定协助执行义务不当产生巨额罚款、拘留、纪委监委调查、群访闹访等各种风险的案例并不少见。

一、法定协助执行行为的法律特征简析

（一）司法性。《民事诉讼法》第251条规定，在执行中，需要办理有关财产权证照转移手续的，人民法院可以向有关单位发出协助执行通知书，有关单位必须办理。此类协助执行行为具有司法权延申的性质，行政机关在履行协助执行义务中没有自己的意思表示，而是依人民法院的嘱托办

理相关证照转移登记，对嘱托登记行为不承担法律责任。司法解释（法释〔2018〕1号）将此类行为表述为“行政机关根据人民法院的生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为”，界定了前述协助执行行为的司法性。

（二）行政性。行政机关在办理协助执行事项时扩大了执行范围或者采取了违法方式实施，扩大执行范围的行为和违法行为系行政机关有自身意思表示的行为。最高人民法院在法释〔2006〕6号批复和法释〔2018〕1号司法解释中，将此类行为纳入行政诉讼的受案范围，进行司法审查，界定了前述行为的行政性。

（三）复合性。判令县级人民政府履行安置协议义务的生效判决在执行过程中，人民法院会要求政府职能部门办理建设工程规划许可等协助执行事项。规划主管部门在办理协助执行事项时仍需按照行政许可的程序办理，该听取利害关系意见的仍要听取利害关系人意见，不能仅以司法协助执行文书作为唯一依据省略行政许可程序。此类协助执行行为既具有司法性，又具有行政性。

二、法定协助执行行为的法律责任与主要风险点归纳

根据三大诉讼法和相关司法解释规定，行政机关履行法定协助执行义务不当，行政机关和责任人员可能面临的法律责任有：罚款（对个人的罚款金额为人民币10万元以下，对单位的罚款金额为人民币100万元以下）、司法拘留、责令追回财产等；构成犯罪的还会涉及刑事责任。

行政机关在履行法定协助义务的过程中，容易产生风险的环节可以归纳以下几个方面：

（一）疏忽大意构成擅自转移查封财产。行政机关在办理协助执行事项时一般不会故意转移查封财产，但在办理预查封等协助执行事项过程中易因疏忽大意构成转移查封财产。比如法院对签订了成交确认书但尚未登记的国有建设用地使用权进行了预查封，登记机关未经查封法院同意擅自办理登记影响执行，登记机关会构成擅自转移查封财产。

（二）发现执行文书有误置之不理。尽管行政机关对协助执行的司法文书没有实质审查的权力，倘若对错误的协助执行文书置之不理，仍会有陷入矛盾漩涡的风险，协助执行行为的司法性也不是行政机关的“免责金牌”。比如行政机关发现法院错把执行和解协议作为执行依据，不向法院提出审查建议，也不向检察监督机关反映，按照错误执行文书办理协助执行事项的后果是难以预料的。

（三）执行文书冲突处理不当。多地多级法院对同一标的作出协助执行文书是比较常见的，有的法院责令登记机关办理登记，有的法院责令注销登记。登记机关协助办理注销登记以后，其他法院责令追回财产如此等等。在实务中，同一土地使用权背负多省市多级多家法院上百份协助执行文书的案例都有。行政机关处理执行冲突事项稍有不慎，就会陷入执行冲突的泥潭。

（四）信访事项处理不当。申请执行人对行

政权和司法权的边界是难以区分的，执行迟延就会以群访、闹访、控告、举报等各种途径向协助执行的行政机关施压，以达到有利的协助执行结果。执行法院在处理执行冲突时也会采取向同级政府发出司法建议、向纪委监委反映情况等措施向行政机关施压，行政机关对信访事项处理不当也会产生很大的履职风险。

三、履行法定协助执行义务的风险控制策略

（一）用好审查建议权。《国家工商行政管理总局对〈关于工商行政管理机关对人民法院的协助执行通知书是否负有审核责任的请示〉的批复》（工商法字〔2010〕116号）中规定，行政机关根据人民法院协助执行通知书办理协助事项，是行政机关必须履行的法定协助义务。工商行政管理机关在协助人民法院执行时，不对生效法律文书和协助执行通知书进行实体审查，不负有审核责任。工商行政管理机关认为协助执行事项存在错误的，可以向人民法院提出书面建议，并要求其记录在案，但不应当停止办理协助执行事项。最高人民法院、国土资源部、建设部联合下发的《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》（法发〔2004〕5号）中明确，国土资源、房地产管理部门在协助人民法院执行土地使用权、房屋时，不对生效法律文书和协助执行通知书进行实体审查。国土资源、房地产管理部门认为人民法院查封、预查封或者处理的土地、房屋权属错误的，可以向人民法院提出审查建议，但不应当停止办理协助执行事项。

由上可见，行政机关对司法协助执行文书没有实质审查的权力，对法定协助义务也没有拒绝的权利，只有提出审查建议的权利。但行政机关如果真按照错误的司法执行文书办理协助执行事项，由此产生的后果无法预料。如果人民法院不采纳行政机关的审查建议，目前较为可行的风险控制措施就是一而再再而三的提审查建议。和以

往规定的“可以提出审查建议”相比,《不动产登记暂行条例实施细则》第19条第3款规定了“不动产登记机构认为登记事项存在异议的,应当依法向有关机关提出审查建议”。由“可以”变化为“应当”,这是行政机关控制法定协助执行风险的进步。只要对协助执行的事项存在异议,都应当提出审查建议。

(二) 用好执行监督权。对于协助执行司法文书中的执行依据错误,司法机关的自我纠错不仅效率低,而且程序繁琐,仅靠行政机关提审查建议是很难启动纠错程序的。比如前文列举的行政机关发现司法协助执行文书错把执行和解协议作为执行依据,需要法院通过审判监督程序撤销原执行裁定时,有效控制风险的措施就应考虑启动检察权对执行依据错误进行监督,由国家法定监督机关启动监督程序纠错。

(三) 用好执行协调权。执行冲突尤其是不同省市的执行冲突发生时,《人民法院执行工作规定》(2020年12月23日最高人民法院审判委员会第1823次会议修正)第67条规定,两个或两个以上人民法院在执行相关案件中发生争议的,应当协商解决。协商不成的,逐级报请上级法院,直至报请共同的上级法院协调处理。执行争议经高级人民法院协商不成的,由有关的高级人民法院书面报请最高人民法院协调处理。在实务中,不同省市的执行法院协调解决好执行冲突的案例不多,主动报请最高人民法院协调处理的更少。各执行法院为维护自己的执行利益向协助执行的行政机关施压倒是比较常见。在检察权一般不介入执行冲突监督的背景下,行政机关控制此类风险的有效措施,是逐级汇报到上一级法院直至最高人民法院执行局,启动法院系统内部至上而下的执行监督和指挥系统协调。

(四) 用好法定救济权。当执行法院对法定协助执行行为的制裁偏离公平正义时,行政机关应毫不迟疑的行使法定救济权,有权向上一级法院申请复议,有权向高级人民法院乃至最高人民法院申请执行监督,直至不当制裁得以纠偏纠正。

(五) 用好诉访分离权。行政机关对履行法定协助执行义务中产生的信访类风险,较为有效的控制措施是在属地政法委的协调下启动执行法院参与的联合接处机制,按照诉访分离的制度,分类处理。当事人对行政机关履行协助执行行为不服的,导入司法程序审查。

结语

在司法权可以制裁法定协助执行行为的背景下,行政机关在履行协助执行义务时既要尊重司法权,又要尽到谨慎的注意义务,提高风险防范意识。

规范性文件审查

行政规范性文件的公平竞争审查——以 A 市变相增设共享单车市场准入条件案为例

◆文／顾问咨询事业中心

一、案例基本情况

2020 年 8 月 13 日，A 市人民政府办公室印发《A 市中心城区共享单车管理办法（试行）》，自 2020 年 10 月 1 日起施行。《办法》要求，在该中心城区从事共享单车运营的企业，须依法在 B 区市场监管部门注册，设立具有独立法人资格的企业或持有营业执照的企业法人分支机构，在 B 区开立企业资金专用账户，并将相关数据接入 B 区数字化城市管理平台。有关行为限制了外地企业到本地从事生产经营和提供服务。B 区城市管理综合行政执法局对该中心城区互联网租赁自行车特许经营权项目采取公开招标，特许一家企业准入经营。2022 年 3 月 24 日，B 区政务服务管理局发布中标结果，某数字产业发展有限责任公司获得运营资格，中标价格为 960 万元。

经督查整改后，2022 年 9 月 15 日，A 市组织相关部门召开废止《A 市中心城区共享单车管理办法（试行）》规范性文件专家座谈会，9 月

16 日向 10 个部门及 5 个街道发出废止征求意见函，9 月 26 日完成文件废止工作。按照有关工作要求，于 10 月中旬解除与相关企业签订的特许经营权合同，并妥善做好后续工作。

二、公平竞争审查制度的确立

公平竞争审查制度首次提出是在 2015 年 3 月 13 日中共中央、国务院发布的《关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》中。后《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（国发〔2016〕34 号）以及《湖南省人民政府办公厅关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的实施意见》（湘政办发〔2016〕63 号）中明确规定，行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织（以下统称政策制定机关）制定市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施，应当进行公平竞争审查。

政策制定机关在政策制定过程中，没有进行公平竞争审查的，不得出台。自此确立了规范性文件需进行公平竞争审查的制度。紧接着，国家市场监督管理总局等五部委又出台了《公平竞争审查制度实施细则》，对公平竞争审查标准流程等具体工作作出进一步的细化规定，为公平竞争审查工作提供了更加明确的依据。

三、公平竞争审查的标准

公平竞争审查的标准主要是依据《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（国发〔2016〕34号）和《公平竞争审查制度实施细则》（国市监反垄规〔2021〕2号）的规定。《意见》从四个方面提出了18项标准和两项兜底条款，《细则》进一步细化了审查标准，将18项标准细化为50余项二级标准。为公平竞争审查提供了基本遵循，也为行政行为列出了“负面清单”。

项目	一级标准	二级标准
市场准入和退出标准	（一）不得设置不合理和歧视性的准入和退出条件	1、设置明显不必要或者超出实际需要的准入和退出条件，排斥或者限制经营者参与市场竞争； 2、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，对不同所有制、地区、组织形式的经营者实施不合理的差别化待遇，设置不平等的市场准入和退出条件； 3、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，以备案、登记、注册、目录、年检、年报、监制、认定、认证、认可、检验、监测、审定、指定、配号、复检、复审、换证、要求设立分支机构以及其他任何形式，设定或者变相设定市场准入障碍； 4、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，对企业注销、破产、挂牌转让、搬迁转移等设定或者变相设定市场退出障碍； 5、以行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制等方式，强制或者变相强制企业转让技术，设定或者变相设定市场准入和退出障碍。
	（二）未经公平竞争不得授予经营者特许经营权	1、在一般竞争性领域实施特许经营或者以特许经营为名增设行政许可； 2、未明确特许经营权期限或者未经法定程序延长特许经营权期限； 3、未依法采取招标、竞争性谈判等竞争方式，直接将特许经营权授予特定经营者； 4、设置歧视性条件，使经营者无法公平参与特许经营权竞争。
	（三）不得限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品和服务	1、以明确要求、暗示、拒绝或者拖延行政审批、重复检查、不予接入平台或者网络、违法违规给予奖励补贴等方式，限定或者变相限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品和服务； 2、在招标投标、政府采购中限定投标人所在地、所有制形式、组织形式，或者设定其他不合理的条件排斥或者限制经营者参与招标投标、政府采购活动； 3、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，通过设置不合理的项目库、名录库、备选库、资格库等条件，排斥或限制潜在经营者提供商品和服务。
	（四）不得设置没有法律法规依据的审批或者事前备案程序	1、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，增设行政审批事项，增加行政审批环节、条件和程序； 2、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，设置具有行政审批性质的前置性备案程序。
	（五）不得对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等设置审批程序	主要指没有法律、行政法规或者国务院规定依据，采取禁止进入、限制市场主体资质、限制股权比例、限制经营范围和商业模式等方式，限制或者变相限制市场准入。

商品和要素自由流动标准	(一) 不得对外地和进口商品、服务实行歧视性价格和歧视性补贴政策	1、制定政府定价或者政府指导价时，对外地和进口同类商品、服务制定歧视性价格； 2、对相关商品、服务进行补贴时，对外地同类商品、服务，国际经贸协定允许的进口同类商品以及我国作出国际承诺的进口同类服务不予补贴或者给予较低补贴。
	(二) 不得限制外地和进口商品、服务进入本地市场或者阻碍本地商品运出、服务输出	1、对外地商品、服务规定与本地同类商品、服务不同的技术要求、检验标准，或者采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施； 2、对进口商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施； 3、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，对进口服务规定与本地同类服务不同的技术要求、检验标准，或者采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施； 4、设置专门针对外地和进口商品、服务的专营、专卖、审批、许可、备案，或者规定不同的条件、程序和期限等； 5、在道路、车站、港口、航空港或者本行政区域边界设置关卡，阻碍外地和进口商品、服务进入本地市场或者本地商品运出和服务输出； 6、通过软件或者互联网设置屏蔽以及采取其他手段，阻碍外地和进口商品、服务进入本地市场或者本地商品运出和服务输出。
	(三) 不得排斥或者限制外地经营者参加本地招标投标活动	1、不依法及时、有效、完整地发布招标信息； 2、直接规定外地经营者不能参与本地特定的招标投标活动； 3、对外地经营者设定歧视性的资质资格要求或者评标评审标准； 4、将经营者在本地区的业绩、所获得的奖项荣誉作为投标条件、加分条件、中标条件或者用于评价企业信用等级，限制或者变相限制外地经营者参加本地招标投标活动； 5、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，要求经营者在本地注册设立分支机构，在本地拥有一定办公面积，在本地缴纳社会保险等，限制或者变相限制外地经营者参加本地招标投标活动； 6、通过设定与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关的资格、技术和商务条件，限制或者变相限制外地经营者参加本地招标投标活动。
	(四) 不得排斥、限制或者强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构	1、直接拒绝外地经营者在本地投资或者设立分支机构； 2、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，对外地经营者在本地投资的规模、方式以及设立分支机构的地址、模式等进行限制； 3、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，直接强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构； 4、没有法律、行政法规或者国务院规定依据，将在本地投资或者设立分支机构作为参与本地招标投标、享受补贴和优惠政策等的必要条件，变相强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。
	(五) 不得对外地经营者在本地投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇，侵害其合法权益	1、对外地经营者在本地投资不给予与本地经营者同等的政策待遇； 2、对外地经营者在本地设立的分支机构在经营规模、经营方式、税费缴纳等方面规定与本地经营者不同的要求； 3、在节能环保、安全生产、健康卫生、工程质量、市场监管等方面，对外地经营者在本地设立的分支机构规定歧视性监管标准和要求。

影响生产经营成本标准	(一) 不得违法给予特定经营者优惠政策	1、没有法律、行政法规或者国务院规定依据,给予特定经营者财政奖励和补贴; 2、没有专门的税收法律、法规和国务院规定依据,给予特定经营者税收优惠政策; 3、没有法律、行政法规或者国务院规定依据,在土地、劳动力、资本、技术、数据等要素获取方面,给予特定经营者优惠政策; 4、没有法律、行政法规或者国务院规定依据,在环保标准、排污权限等方面给予特定经营者特殊待遇; 5、没有法律、行政法规或者国务院规定依据,对特定经营者减免、缓征或停征行政事业性收费、政府性基金、住房公积金等。 给予特定经营者的优惠政策应当依法公开。
	(二) 安排财政支出一般不得与企业缴纳的税收或非税收入挂钩	主要指根据特定经营者缴纳的税收或者非税收入情况,采取列收列支或者违法违规采取先征后返、即征即退等形式,对特定经营者进行返还,或者给予特定经营者财政奖励或补贴、减免土地等自然资源有偿使用收入等优惠政策。
	(三) 不得违法减免特定经营者需要缴纳的社会保险费用	主要指没有法律、行政法规或者国务院规定依据,根据经营者规模、所有制形式、组织形式、地区等因素,减免或者缓征特定经营者需要缴纳的基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费等。
	(四) 不得在法律规定之外要求经营者提供或者扣留经营者各类保证金	1、没有法律、行政法规依据或者经国务院批准,要求经营者交纳各类保证金; 2、限定只能以现金形式交纳投标保证金或履约保证金; 3、在经营者履行相关程序或者完成相关事项后,不依法退还经营者交纳的保证金及银行同期存款利息。
影响生产经营行为标准	(一) 不得强制经营者从事《中华人民共和国反垄断法》规定的垄断行为	主要指以行政命令、行政授权、行政指导等方式或者通过行业协会商会,强制、组织或者引导经营者达成垄断协议、滥用市场支配地位,以及实施具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中等行为。
	(二) 不得违法披露或者要求经营者披露生产经营敏感信息,为经营者从事垄断行为提供便利条件	生产经营敏感信息是指除依据法律、行政法规或者国务院规定需要公开之外,生产经营经营者未主动公开,通过公开渠道无法采集的生产经营数据。主要包括:拟定价格、成本、营业收入、利润、生产数量、销售数量、生产销售计划、进出口数量、经销商信息、终端客户信息等。
	(三) 不得超越定价权限进行政府定价	1、对实行政府指导价的商品、服务进行政府定价; 2、对不属于本级政府定价目录范围内的商品、服务制定政府定价或者政府指导价; 3、违反《中华人民共和国价格法》等法律法规采取价格干预措施。
	(四) 不得违法干预实行市场调节价的商品和服务的价格水平	1、制定公布商品和服务的统一执行价、参考价; 2、规定商品和服务的最高或者最低限价; 3、干预影响商品和服务价格水平的手续费、折扣或者其他费用。

例外规定	(一) 维护国家经济安全、文化安全或者涉及国防建设的	政策制定机关应当说明相关政策措施对实现政策目的不可或缺，且不会严重限制市场竞争，并明确实施期限。
	(二) 为实现扶贫开发、救灾救助等社会保障目的的	
	(三) 为实现节约能源资源、保护生态环境等社会公共利益的	
	(四) 法律、行政法规规定的其他情形	
例外规定	(一) 没有法律、法规依据，各地区、各部门不得制定减损市场主体合法权益或者增加其义务的政策措施	
	(二) 不得违反《中华人民共和国反垄断法》，制定含有排除、限制竞争内容的政策措施	

本案例中的《A市中心城区共享单车管理办法（试行）》就是变相增设了共享单车市场准入条件，通过限制经营企业所在地、所有制形式、组织形式等方式，限定或者变相限定经营、购买、使用特定企业提供的商品，限制了外地企业到本地从事生产经营和提供服务，属于滥用行政权力排除、限制竞争的行为。

四、公平竞争审查注意事项

首先，明确审查范围。政策制定机关制定的市场准入和退出、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件、其他政策性文件以及“一事一议”形式的具体政策措施均需进行公平竞争审查。机关内部管理文件（如人事、财务、工作制度等）、一般事务性文件（如工作报告、领导讲话、会议通知等）、过程性文件（如不涉及出台具体政策措施的请示、征求意见函等）、常规性具体行政行为（如行政处罚、行政许可、项目备案等）不需要进行公平竞争审查。

在实践中，建议对所有的行政规范性文件都进行公平竞争审查，若经审查不涉及市场主体经济活动，可出具一个不涉及市场主体经济活动，不具有排除、限制竞争情形的意见。

其次，严格对照审查标准。深入学习理解《公平竞争审查制度实施细则》中规定的标准及每个标准下的具体参考内容。在对规范性文件进行审查的过程中，需对照四大方面 18 个“不得”标准，从严审查文件内容，避免出现排除限制竞争的情况。在实践中，审查文件看到“优先、本地、奖励、补贴”等词语时需重点注意，仔细对照标准。

最后，加强学习国家公布的督查案例。认真学习已公布的违反公平竞争情形的案例，加深对审查标准的理解，准确把握审查尺度，增强审查结果准确性。

政府采购

政府采购合同性质探析

◆文/ 杨伟

政府采购合同是招标采购单位（采购人）与中标或成交供应商签订的合同，它与其他合同的最大区别在于：政府采购合同的拟定不仅要符合《民法典》第三编合同的规定，而且还要符合《政府采购法》的规定；政府采购合同的拟定必须要以招标文件（包括竞争性谈判文件、询价采购文件等）为蓝本，不能脱离招标文件的基本原则与范围；政府采购合同既有民事合同的属性，又具有行政合同的属性，它是指行政主体为了实现行政管理目的，而与公民、法人或其他组织就相互间的权利义务所达成的协议，它的一方为政府相关部门，其目的是政府各级及其所属机构为了开展日常政务活动或为公众提供公共服务的需要所进行的采购；政府采购合同属于双务、有偿合同，即指当事人双方相互之间存在对待给付义务，且当事人一方取得权利必须支付相应代价的合同。这个代价一般是指支付报酬或酬金，报酬或酬金属于财政性资金。

对于政府采购合同到底是属于民事合同还是行政协议，实践中争议较大。有的认为政府采购合同是民事合同，《政府采购法》第四十三条规

定：“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”原《合同法》第二条规定：“本法所称合同是平等民事主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”合同是平等主体的自然人、法人和其他组织所实施的一种民事法律行为。政府采购合同在本质上应属于民事合同范畴。政府采购合同本身是一种商品交易行为，但因购买方主体为政府而具有行政性。所以，政府采购合同应属于具有行政特殊性的民事合同，而非行政合同。

案例简介

某市政府采购中心受被告某市教育局的委托，采用公开招标方式对2013年—2016年度某市中小学校服定点生产企业资格项目进行采购，并于2013年5月发布采购项目名称为“2013年—2016年度某市中小学校服定点供货协议”，政府采购编号为XX，委托代理编号为XX的政府采购招标文件，原告某服装有限公司参与竞标。

该政府采购招标文件第二部分第八章第3条

第(1)项为《2013-2016年度某市中小学校服定点生产企业资格招标准入工作实施方案》，该方案中有如下内容：“为切实维护我市学生利益和着装安全，根据某市物价局、某市教育局、某市质量技术监督局、《某市中小学校校服管理暂行办法》的文件精神，结合我市实际，现制定《2013-2016年度某市中小学校服定点生产企业资格招标准入工作实施方案》……三、工作原则……

(一)公开、公平、公正的原则。某市中小学校服定点生产企业资格招标工作必须按照《中华人民共和国政府采购法》和《中华人民共和国招标投标法》组织实施。(二)坚持学生自愿采购原则，尊重学生和家长的意愿，由学生和家長自愿选择订购符合需求的校服，切实维护学生的利益。……四、招标定点企业数量和学校选择企业的原则……(一)定点企业和服务对象设置：为确保我市学生校服生产的时效和质量，减少学生家长因此类问题的投诉和避免中标生产企业超负荷生产，我市准入的中小学校服定点生产企业设定为4家。各学校在选择服务企业时原则上只能选一个企业作为服务对象，防止企业之间不正当竞争，同时便于企业服务师生，便于管理部门跟踪质量监督。……”。

该招标文件第二部分第八章第3条第(2)项为《某市中小学校服管理暂行办法》，该办法第四条规定：“校服收费作为学校代收费，按照‘谁主管、谁负责’的原则，由各级政府主管部门审核具体价格，并实行《服务价格登记证》管理，学校应根据管辖权限到政府价格主管部门领取《服务价格登记证》，并接受价格主管部门的监督。”

2013年6月18日，某市政府采购中心向原告某服装有限公司发出《中标通知书》，告知原告已被确定为中标单位，该项目采购人为被告某市教育局，项目名称为“2013年—2016年度某市中小学校服定点公开招标项目”，合同履行期自2013年7月1日至2016年6月30日，要求原

告于规定的时间内到某市教育局签订政府采购合同。

2013年7月4日，原告某服装有限公司与被告某市教育局签订《合同》，内容为：“甲(某服装有限公司)乙(某市教育局)双方根据2013年6月17日政府采购定点招标的结果和‘招标文件’的要求，并经双方协商一致，达成如下协议：……一、乙方相关采购单位各县(市、区)教育局或学校。……五、乙方权利及义务：1、有权获得优先服务；2、对所采购的商品如有不符合要求的，有权要求甲方无偿及时调换；3、有权向某市纠风办投诉；4、有权享受甲方项目投标文件所承诺的其他优惠和服务；5、各相关采购单位必须统一到定点供应商采购；6、必须按协议及时支付购货款；7、应妥善保管所有单据，随时接受有关部门检查。……10、本合同有效期自生效之2013年7月1日起至2016年6月30日止”。

2016年6月29日，原告某服装有限公司以被告某市教育局三年来未按《招标文件》及《2013-2016年度某市中小学校服定点生产企业资格招标准入工作实施方案》的规定为该公司指定服务对象，违反《合同》约定，并导致该公司巨大经济损失为由向法院提起行政诉讼，请求：1、请求确认原、被告于2013年7月4日签订的政府采购合同为有效合同；2、请求确认被告未按《2013年-2016年度某市中小学校服定点生产企业资格招标准入工作实施方案》的规定为原告指定服务对象的行为为违约违法行为；3、请求判决被告继续履行原、被告于2013年7月4日签订的《合同》，由被告依约为原告指定服务对象(学校)；4、请求判决被告承担违约责任和由被告赔偿原告的经济损失5500万元。

对于此案的处理，有两种不同的意见

第一种意见认为，原告某服装有限公司请求确认2013年7月4日签订的《合同》为有效合

同不属于行政诉讼受案范围,《行政诉讼法》第12条没有把政府采购行为纳入行政诉讼的受案范围,《政府采购法》第43条明确规定,政府采购合同适用合同法,按照民事诉诉讼的种类划分(确认之诉、变更之诉、给付之诉),属于确认之诉。同时根据《合同法》规定,关于合同的效力问题,均适用合同法规定。因此原告某服装公司的诉讼请求应属于民事诉讼的范围,而非行政诉讼,法院应当裁定驳回原告的起诉。

第二种意见认为,《行政诉讼法》第十二条第一款规定:“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼:……(十一)认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的;……”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十一条规定:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:(一)政府特许经营协议;(二)土地、房屋等征收征用补偿协议;(三)其他行政协议。”

本案中原、被告因政府采购合同发生争议,属于行政诉讼的受案范围。根据《政府采购法》第二条第二款“本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为”的规定,非财政性资金采购活动不属于政府采购范畴。

虽然某市政府采购中心在招标文件中将2013-2016年度市中小学校服定点协议供货定为“政府采购”,但市中小学校学生校服采购使用的资金是中小學生自行出资,由各学校代收代支,

上述资金不属于财政性资金,市中小学校服采购不属于《政府采购法》所规定的政府采购,所采购的物品也并非当地政府集中采购目录的物品。

《政府采购法》第十三条第一款规定:“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门,依法履行对政府采购活动的监督管理职责。”本案招标文件中所附《2013-2016年度某市中小学校服定点生产企业资格招标准入工作实施方案》,该方案中明确了由某市教育局、市物价局、市质量技术监督局成立领导小组负责全市中小学校服的公开招投标、统筹管理、监督等工作,没有提及财政部门在校服采购过程中应履行监督管理的职责,进一步说明校服采购并不是政府采购,故涉案招标投标不属于政府采购范畴。某市教育局将不应当纳入政府采购管理范畴的中小学校服采购委托市政府采购中心进行招投标,系在没有法律依据的情况下任意增加行政程序,属办理程序违法。据此,法院判决:一、确认被告某市教育局将《2013-2016年度某市中小学校服定点协议供货》项目进行政府采购招标的行政行为违法;二、责令被告某市教育局采取补救措施;三、驳回原告某服装有限公司的其他诉讼请求。

笔者赞同第二种意见。行政协议(俗称“行政合同”)是指行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织订立的具有行政法上权利义务内容的协议。在行政合同之中,行政主体并非以民事法人的身份而是行政主体的身份与行政相对人订立关于民事权利义务协议的,以合同的方式来达到维护与增进公共利益的目的。在其间行政主体享有行政优益权。与民事合同相比,行政协议具有以下五个方面的特点:

目的要素

行政协议与民事合同最大的不同就在于目的不同。行政协议的目的是为了实实现公共利益或者行政管理目标,是为了实现公法上的目的。需要

注意的是，并非行政机关与公民签订的任何协议都属于行政协议，如果行政机关并非为了公共利益或者行政管理目标签订的协议，应当认定为民事合同。

主体要素

民事合同的主体是平等主体的自然人、法人或者其他组织，而行政协议的主体则是行政主体和行政相对人，其中行政主体是不可缺少的主体。行政主体与行政相对人的地位并不完全对等，双方属于管理与被管理的关系，行政主体始终处于主导地位。行政主体的主动性主要体现在行政协议中的优益权（或者称行政特权）。行政主体的优益权有：（1）指挥权、监督权。（2）单方变更解除权。（3）制裁权。

职责要素

行政机关签订行政协议必须是“在法定职责范围内”，签订协议的程序应当符合法律规定。

意思要素

行政主体与行政相对人签订行政协议必须经过协商，意思表示一致。

内容要素

行政主体与行政相对人之间签订合同的内容是行政法上的权利义务。

行政协议具有两面性，既有作为行政管理方式“行政性”的一面，也有作为公私合意产物“合同性”的一面，故行政协议既是一种行政行为，具有行政行为的属性；又是一种合同，体现合同制度的一般特征。一般而言，民事合同主体签订合同主要是为了自身利益，而行政机关签订行政协议却主要是为实现公共利益或者行政管理目标。不仅签订协议本身是实现公共利益或者行政管理目标的方式，而且在履行协议过程中，行政机关也可根据合同签订目的而单方变更、解除

协议，甚至可依法单方作出行政强制或行政处罚。政府采购合同不能简单等同于民事合同，政府采购合同虽也要遵循平等、自由、诚实信用、禁止权利滥用等民事合同规则，但在这些民事规则之外，政府采购合同又具有自身的特性：

第一，政府采购合同的目的具有很强的公共性。这个特点在有些政府采购合同如公共工程或公益设施等采购合同中表现得尤为明显。

第二，政府采购合同的采购方或采购主体必须是具有公共职能的各级国家机关、事业单位及团体组织。这也是由其缔结目的的公共性所决定的。

第三，政府采购合同所支出的主要是财政性资金。

第四，政府采购合同是行使公权力的体现，是国家机关等公共组织使用财政性资金行使职权的一种形式，行政主体在政府采购合同的缔结、履行、变更等方面拥有诸多私法主体不可能具备的权力。

所以，政府采购合同在形式上采用了合同这种传统的民事行为形式，但在具体运作上又采用了大量超出民事行为而偏重行政行为的模式。《政府采购法》虽然规定了政府采购合同适用合同法，但并没有明确说政府采购合同就是民事合同。政府采购合同的一方主体是行政主体和行使公共职能的单位。他们拥有公共职能和参与商事合同的双重身份，在更大意义上代表了社会公共利益。并且政府采购合同的目的具有鲜明的公共政策目标。《政府采购法》第九条规定：“政府采购应当有助于实现国家的经济和社会发展政策目标，包括保护环境，支持不发达地区和少数民族地区，促进中小企业发展等”，从此条中可以看出政府采购合同的公益性。如果将政府采购合同都视为民事合同会限制其优势的发挥，不利于行政目的的实现，难以维护国家利益和社会公共利益。

从私法的角度看，私法会更加忠诚于契约自

由，更加重视维护合同关系的稳定性；而从公法的角度看，合同关系稳定只是行政合同价值的一个方面，如何确保公共服务的质量和高效，才是政府采购合同制度更应关注的命题。基于政府采购对象本身的多样性和政府采购价值目标的多样性，政府采购合同的性质不能被简单化的认定，可以根据采购对象和用途进行区分，将采购人为了实现政务活动（维护机关运行）取得货物、工程和服务的行为而签订的合同，定性为民事合同；将政府为了公共服务目的，通过合同方式（包括政府和社会资本合作方式）取得的货物、工程和服务并直接为公众使用所订立的合同，定性为行政合同。

公司篇

矿业投资

砂石矿业企业法律尽职调查关注要点

◆文／蔡璐

导读

笔者团队近期参与了多起砂石矿业企业的投资项目，矿业企业与其他行业相比，有其特殊的行业属性和监管属性，投资前期的尽职调查亦区别于其他行业。本文简要论述砂石矿业企业法律尽职调查重点关注板块。

一、核查基础资质

砂石矿业企业要符合合法开采加工的条件，所涉及的资质条件非常严格，具体如下：

（一）采矿许可证

《采矿许可证》的有效及存续是矿业企业合法开采的基础性资质。如目标企业的《采矿许可证》在有效期内，则需考虑有效期限，在该有效期限内，是否具备投资价值，当然，《采矿许可证》可以延续办理，《采矿许可证》的有效期限根据大、中、小型矿而有不同；如目标企业的《采矿许可证》已失效，则需考虑《采矿许可证》是否可以延续，影响的因素包括当地政府是否出具政策文件明确该矿属于保留矿或关停矿、其矿区范围是否在当

地政府的矿规范范围内、矿区范围或周边是否有国家、省、市重点规划项目，影响到该矿业企业的持续发展等。在《采矿许可证》无法有效存续的情况下，该矿业企业无投资价值。

（二）林地手续

矿区开采需办理《使用林地审核同意书》。根据《中华人民共和国森林法》第三十七条及第七十三条第一款的规定，矿藏勘查、开采以及其他各类工程建设，应当不占或者少占林地；确需占用林地的，应当经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，依法办理建设用地审批手续。根据该规定，要求矿业企业占用林地开采办理建设用地审批手续，但在实际操作中，矿业企业就林地使用未办理建设用地手续，一般获得《使用林地审核同意书》即进行开采。另，《使用林地审核同意书》的有效期限为2年，超出期限的，需重新办理。

如《使用林地审核同意书》需重新办理的，则应根据各省市林地审批的相关规定，排除是否存在影响林地手续办理的不利因素，包括是否涉

公益林（含后续扩建范围内）、林木等级、是否符合生态保护要求、是否属于高速、铁路、大江大河的可视范围等。

（三）采伐许可

林地手续办理后，需对林木进行采伐，需根据《中华人民共和国森林法》办理采伐许可，方可采伐林木。

（四）安全生产许可

矿区开采需办理《安全生产许可证》，《安全生产许可证》下发应首先办理《安全设施设计批复》，大部分矿业企业获得了《安全设施设计批复》后便开始进行开采，该行为不符合法律规定。应急管理部门下发《安全设施设计批复》是要求矿业企业根据批复的设计内容完成安全设施建设，在建设过程中可以因安全设施建设的需要进行零星开采，而不得大量开采。在安全设施建设验收合格后下发《安全生产许可证》。

（五）环评及排污许可

矿业企业生产、加工需获得环评批复，并办理《排污许可证》。根据绿色矿山建设要求，矿山生产、生活废水综合利用率或治理率以及达标排放率均有要求。

（六）水保批复

矿业企业新建需办理水保批复，如后续生产规模扩大，根据《开发建设项目水土保持方案编报审批管理规定》，项目单位应及时修改水土保持方案，并按程序报原批准单位审批。

（七）项目用地

矿业企业用地性质及手续办理存在法律与矿业企业实际操作层面的难题，在矿业企业生产过程中，矿地矛盾较为突出，“合法采矿 违法用地”的现象较多。矿业企业用地涉及到开采区用地、加工区用地、办公场地用地、弃土堆放用地、矿

产品堆放用地、进场道路用地等各种用地情形。基于采矿许可证颁发年限不长、弃土堆放方案调整、矿区资源的有限性以及各地政策调整等各种不确定情形，如全部办理国有建设用地手续，对矿业企业成本过高；如全部办理临时用地手续又不符合法律规定，某一用地情形符合办理临时用地要求的，临时用地的年限又被限制；根据 2022 年 11 月 28 日自然资源部颁布的《自然资源部关于做好采矿用地保障的通知》相关规定，办理集体建设用地是较符合实际的选择，但暂在实操层面落地还有探索空间。基于此，为降低企业用地成本，又考虑当地工农矛盾处理，部分矿业企业采取“以租代征”该不合法的方式过渡。因此，在项目用地方面的调查要核查每一部分用地现在采取的用地方式，根据实际情况判断风险，并提出处理意见。

除以上资质外，还需要考虑是否已经完成绿色矿山建设，并验收通过。

二、核查运营资质

矿业企业生产经营业务主要分为开采、加工及运输。该三部分内容大部分矿业企业采取对外承包经营的方式。针对开采、加工及运输，亦需要核查承包方的相应资质。

（一）开采、加工

大部分矿业企业开采及加工的承包方为同一主体，根据《非煤矿山外包工程安全管理暂行办法》第十九条的规定，矿山开采承包单位应当依法取得非煤矿山安全生产许可证和相应等级的施工资质，并在其资质范围内承包工程。

（二）运输

《中华人民共和国道路运输条例》规定，道路运输需办理经营资质。矿业企业将运输承包的，需选择有道路运输经营资质的单位，如选择无资质单位或个人，造成第三人财产、人身损失或司

机自身财产、人身损失的，矿业企业需承担责任。

在尽职调查过程中，如发现承包单位资质不符合要求的，需考虑《承包合同》的变更、解除及后果。

三、了解工农矛盾

矿业企业的工农矛盾较为突出。工农矛盾本身不是法律尽职调查的重点，但基于矿业企业的特殊性，需关注这一板块内容。

（一）相关协议

了解为解决当地工农矛盾，矿业企业采取了哪些方式。此处可能涉及租赁协议、分红协议、捐赠协议、修路协议等类型的协议，需了解该部分协议的履行情况及后续是否需长期履行。或未签署正式的协议，但约定俗成的定期支付相关费用，需了解该部分费用的金额及后续是否需长期支付等。

（二）涉访涉诉

查询与信访相关的网站，如红网等，了解是否涉及群众举报、投诉等相关事宜。

（三）安全防护距离

矿业企业生产对安全防护距离有规定。以小型露天开采矿山为例，根据《小型露天采石场安全管理与监督检查规定》，矿区周边 300 米范围内不得有生产生活设施。该防护距离的规定亦将影响到周边工农矛盾的处理。

四、深度核查债务

以往，笔者在参与其他行业尽职调查过程中，对实际控制人或股东的个人债务关注度不会过高。通过接触相关民营矿业企业，其内部财务管理多错杂紊乱，“法人混同”现象常见。故针对该类型企业，对实际控制人或股东个人的债务应重点关注，该部分债务可能会被认定为企业债务，

或实际需要目标企业承担该笔债务的偿还责任。

五、了解行业相关

依笔者个人拙见，法律尽职调查工作在众多非诉讼业务中属于相对有趣的业务板块，参与该类型的业务可以了解各类型行业的运作方式。当然，对于行业的深入了解，亦有利于后续投资方案及风险防控方案的设计。对于矿业企业，在尽职调查过程中，可以要求目标企业提供《资源开发利用方案》《矿山地质环境综合防治方案》《地质调查报告》《绿色矿山建设方案》等与矿山本体相关的资料，深入了解该矿的资源储量、开采方式等内容。

结语

以上，笔者简要归纳了砂石矿业企业法律尽职调查应关注的要点，当然，法律尽职调查的另一个有趣之处在于，不同的企业有其不同的特点，所有法律作业方案都应当根据面对的企业、企业家而做出不同的调整。



砂石矿业企业投资并购模式分析

◆文／蔡璐

笔者上一篇文章论述了砂石矿业企业法律尽职调查关注要点。尽职调查完成后，需进入投资并购阶段。投资并购模式如何确定？本文以笔者参与的两个项目进行对比分析。实质上投资并购模式无非两种，一是资产并购；二是股权并购。

一、资产并购模式

本案例中被并购企业为寻求长期、稳定发展，故寻求国有企业的投资，该意向国有企业为最大可能防控风险，不受被并购企业原债权债务以及税务、行政处罚等各类不稳定因素的影响，决定直接采取资产并购的模式，成立新的合资公司来承继被并购企业的资产。被并购企业的资产主要为两部分，一是固定资产，包括厂房、设备等；二是无形资产，也就是收购的核心资产——采矿权。该合作模式相对简单，被并购企业以其已有固定资产和采矿权出资，投资方以现金方式出资，成立新的合资公司。

该合作模式的主要优势在于可以规避被并购企业在原经营过程中形成的包括各类债务、税务、行政处罚、劳资管理等各方面不可控的风险，直接以新的合资公司轻装上阵，对于投资人来说，风险较小。但在实际操作中，采取该投资模式的企业较少，主要原因在于：

(1) 大部分愿意被并购的企业都有较为棘手的债务要处理，如果通过资产并购的模式把所有债务进行剥离，被并购企业的接受度较低；

(2) 采取该模式涉及到采矿权的转移，需履行相应的审批程序，具有一定的不确定性。关于采矿权转让的条件，相关规定如下：

《中华人民共和国矿产资源法》	第六条 除按下列规定可以转让外，探矿权、采矿权不得转让： （二）已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。 前款规定的具体办法和实施步骤由国务院规定。
《探矿权采矿权转让管理办法》	第六条 转让采矿权，应当具备下列条件： （一）矿山企业投入采矿生产满1年； （二）采矿权属无争议； （三）按照国家有关规定已经缴纳采矿权使用费、采矿权价款、矿产资源补偿费和资源税； （四）国务院地质矿产主管部门规定的其他条件。 国有矿山企业在申请转让采矿权前，应当征得矿山企业主管部门的同意。
《国土资源部关于完善矿产资源开采审批登记管理有关事项的通知》	（十四）申请采矿权转让变更的，受让人应具备本通知第（七）条规定的采矿权申请人条件，并承继该采矿权的权利、义务。涉及本通知第（九）条重叠情况的，受让人应按本通知第（九）条规定，提交互不影响和权益保护协议或不影响已设矿业权人权益承诺。 （十七）有下列情形之一的采矿权不得办理转让变更登记： 1. 采矿权部分转让变更的； 2. 同一矿业权人存在重叠的矿业权单独转让变更的； 3. 采矿权处于抵押备案状态且未经抵押权人同意的； 4. 未按要求缴纳出让收益（价款）等费用，未完成矿山地质环境恢复治理义务的； 5. 采矿权被国土资源主管部门立案查处，或法院、公安、监察等机关通知不得转让变更的。

该项目最终以上述资产收购的模式合作成功。笔者认为，合作成功的原因反而在于被并购企业原经营者运营较好，无重大债务或相关不可控的风险，其寻求的投资不是为解燃眉之急，而真正是寻求长期、稳定发展。

二、股权并购模式

本案例中被并购企业存在重大债务风险，且“法人混同”现象严重，原经营者的主要目的是引入资金实力雄厚的企业化解债务，同时注入资金盘活企业。因此，在此种情况下，考虑股权并购模式是较为可行的方式。“股权并购”相较于“资产并购”，优劣势分析如下：

优势：通过股权并购直接获得了“采矿权”，而无需办理“采矿权”的转移手续，也在一定程度上加快了并购程序。

劣势：股权并购并未产生新的主体，原目标公司仍然存续，因此，原目标公司的债务风险、税务风险、行政处罚风险、劳资风险等将继续由并购后的目标公司承担。即使在投资并购协议中约定，在并购完成之前以上所有风险全部由原股东方承担，但是，对外责任承担的主体仍然是目标公司，目标公司承担后，只能依据双方之间的投资并购协议进行追偿。

另外，在股权并购模式中，双方谈判的症结回归到“股权收购”和“增资扩股”两种模式上来。下面笔者对该两种模式对比分析如下：

（一）股权收购

1、对于投资人而言，相比于增资扩股，以获得相同的股权比例为前提，股权收购首笔投资的投资金额少。

2、对于被并购企业而言，股权转让款全部支付至被并购企业原股东，投资资金未进入被并购企业，被并购企业的后续发展及债务化解，需双方股东继续投资。

3、对于被并购企业原股东而言，其可以通过股权出售实现“套现”；另外，采取股权转让方式，在股权转让的当即需缴纳大额的所得税。

（二）增资扩股

1、对于投资人而言，相比于股权收购，以获得相同的股权比例为前提，增资扩股首笔投资的投资金额多。

2、对于被并购企业而言，投资人的所有投资资金全部进入被并购企业，投入的资金列入“注册资本”或“资本公积”，被并购企业资本增大，亦有利于后续的银行融资。

3、对于被并购企业原股东而言，其无法通过本次投资套现，以解决其自身的债务风险；另，采取增资扩股方式，无需在增资的当即缴纳所得税。

本案例中，基于被并购企业存在重大债务风险急需化解，且被并购企业原股东后续无能力进行资金跟投，同时，又不愿意其股权后续在增资过程中被稀释，最终经协商，采取了“增资扩股”的模式。后续，被并购企业以增资做大的“资本”，通过银行再融资化解了一部分债务风险。

三、结语

不论是资产并购还是股权并购，不论是股权收购还是增资扩股，每一种模式的选择，都有其优劣势。笔者拙见，很多法律问题的解决，没有最完美的方案，只有在平衡各方利益基础上的解决当下问题的最优方案。

国际贸易

42 家中企被列入清单 | 美国制裁中多次使用的“实体清单”究竟是什么？

◆文 / 顾问咨询事业中心

10月7日，据路透社报道，美国商务部于当地时间6日将42家中国企业列入实体清单，美方指责这些企业“支持俄罗斯国防工业基础”。此前，美国也已多次制裁中国的企业、科研院校，将他们纳入实体清单。那么，这个在美国制裁中多次被提及的“实体清单”到底是什么？中国企业被纳入实体清单之后将有什么后果呢？

一、实体清单是什么？

实体清单（Entity List），是美国商务部下属工业与安全局（BIS）列明其出口限制对象的清单，是美国出口管制条例（EAR，Export Administration Regulations）的一部分，凡是被纳入该名单的实体（包括自然人、企业、科研院校、政府机构和其他组织）均为BIS限制出口的对象。实体被纳入实体清单后，任何主体在未得到许可证前，不得通过受EAR管制的方式向该实体提供受EAR管制的物项。

其中，EAR管制的方式包括以下三种：

- （1）出口：从美国直接出口；
- （2）再出口：从美国以外的国家出口到另一个美国以外的国家；
- （3）境外转移：在美国以外的国家境内进行转让。

根据EAR第734.3条，受EAR管制的物项（包括商品、软件与技术）包括以下四种：

- （1）所有在美国境内的物项；
- （2）所有原产于美国的物项；
- （3）含有一定比例美国成分的物项；
- （4）特定美国技术或软件的直接产品；
- （5）由美国境外工厂生产的物项，但该工厂或工厂的主要部件源自美国技术或软件等。

对于列入实体清单的实体，其供应商或合作伙伴需要获得美国的特别许可证才能向其出口、

再出口或转让（国内）被 EAR 管制的相关产品或技术。此外，BIS 对大多数中国被列实体采取“推定拒绝”的许可证发放标准，可以理解为基本不批准，这种许可证发放标准意味着想获取向被列中国企业供货的许可证难度极大。

二、什么情况下会被纳入实体清单？

根据 EAR 第 744.11 条的规定，最终用户审查委员会（ERC）可以根据具体和明确的事实，将有合理理由相信已经参与、正在参与或者有重大风险参与或即将参与有悖于美国国家安全或外交政策的活动的实体（包括代表此类实体行事的实体）列入实体清单。

该等活动通常包括以下五种行为：

- （1）对从事恐怖主义行为的主体提供支持；
- （2）或提升支持恐怖主义活动国家的军事能力；
- （3）以违反美国国家安全或者外交利益的方式转让、研发、维护、修理或生产常规武器；
- （4）妨碍 BIS 或国务院国防贸易管制局开展最终用途核查；
- （5）有可能违反 EAR 且让最终用户审查委员会认为有必要进行许可审查的行为。

三、被纳入实体清单的影响

从实体清单的特点来看，一旦中国企业被列入实体清单，相关企业在国际贸易合作中将可能受到较大打击。

首先，在供应方面，一旦被列入实体清单，相关企业就很难获得受 EAR 管制的产品、软件和技术供应，即使供应商向 BIS 申请许可证，由于对中国企业的许可证发放标准大部分都是“推定拒绝”，意味着申请许可证的难度极大，企业的相关供应商极可能无法获得许可证，进而无法

向相关企业提供商品，这样可能导致部分依赖外国供应且短时间内难以找到他国替代供应的企业在短期内遭到一定打击。

案例

中科曙光是中国高性能计算的明星企业，拥有强大的技术实力。该企业与许多美国企业均有合作。在该企业于 2019 年 6 月被美国纳入实体清单后，该公司短期内经营收入受到了一定的不利影响。

其次，在企业国际合作方面，列入实体清单以后，相关企业在国际市场寻求合作的机会特别是与美国企业合作的机会将受到限制，许多国际公司即使自身并不向实体清单中的企业供应受管制物品，但为了不违反美国出口管制的要求，避免自身受到美国制裁的波及，他们将可能在评估合规风险后，主动停止与实体清单中企业的业务往来，从而保护自身。

案例

北京天圣华信息技术有限公司是西门子工业软件在大中华区的铂金合作伙伴，于 2017 年成为首批通过西门子 SMART EXPERT 专业实施认证中的军工行业合作伙伴。但在该企业今年 6 月被美国纳入实体清单后，德国西门子于今年 7 月停止了与天圣华公司的业务往来。

最后，在企业发展方面，由于被列入实体清单的相关企业被限制了获取受 EAR 管制的物项，而其中包含许多涉及先进技术的物项。由于无法获取这些物项，这些企业将可能在高速的科技发展中无法获取部分先进技术的红利，在竞争中落于下风，一定程度上限制相关企业的短期技术发展。

案例

作为全球领先的通信设备制造商和 5G 技术的领军企业，华为在产品制造过程中需要大量的 5G 芯片来支持功能和性能。然而，由于受到美

国芯片制裁，被列入实体清单，华为无法制造需要使用美国技术的 5G 芯片，也无法购买受美国出口管制的 5G 芯片，这在短期内为华为的市场竞争力和企业技术发展带来了一些不利影响。

四、如何从实体清单中移除？

EAR 等相关法规目前并未对实体申请从实体清单中移除规定明确的条件，因此，目前仅能从相关法规与案例中推测可能的移除条件。

如前文所言，根据 EAR 第 744.11 条的规定，被列入实体清单的原因是“已经参与、正在参与或者有重大风险参与或即将参与有悖于美国国家安全或外交政策的活动”，那么，如果被列入实体清单的主体能够证明其不从事且也没有从事该等活动的重大风险，BIS 可能会将其从实体清单中移除。

此外，美国工业与安全局在 2013 年 1 月 16 日发布的联邦公报中也提出：最终用户审查委员会在做出将某实体移出实体清单决定时，会考虑到两个因素：该主体与美国政府的合作，以及该主体承诺未来遵守 EAR 的规定。

同时，近年来也有中国企业将自身从实体清单移除的成功案例。中兴通讯股份有限公司和深圳市中兴康讯电子有限公司在 2016 年 3 月 8 日被列入实体清单，在 2017 年 3 月 29 日与美国商务部、司法部和财政部达成和解协议之后被移除，被移除的相关条件包括：

(1) 支付近 9 亿美元的罚款；

(2) 对公司设置 3 年观察期；观察期之后 3 年，需对公司遵循法律履行义务的情况出具年度审计报告；

(3) 缓期 7 年的拒绝令和 3 亿美元罚款；

(4) 为管理层、员工和控制的其他实体的管理层及员工提供出口管制培训。

综上，我们初步推测，想要从实体清单上被移除，企业可能需要满足下列条件：

(1) 证明其不再从事且未来没有从事“损害美国国家安全或者外交利益的活动”的重大风险；

(2) 配合美国有关政府部门解决导致其被列入实体清单的事项；

(3) 承诺未来遵守 EAR 的规定并践行（将被设置观察期）；

(4) 与有关政府部门达成和解协议并支付相应金额的罚款。

五、结语

近年来美国对中国制裁打压不断，实体清单中的中国企业名单也屡次增加。正如商务部发言人所言，美国泛化国家安全，在缺乏事实依据的情况下，滥用出口管制措施，动用国家力量打击他国企业和机构的这一行为，是典型的经济胁迫和单边霸凌行径。对中国企业而言，一方面应当立足于独立自主发展，摆脱对美国产品和技术依赖，例如华为正是在美国的制裁中，加大了自主研发力度，着力提升自家芯片设计及生产能力，才能迎难而上，持续发展，最终取得了重大突破；另一方面，为了尽量降低被纳入实体清单后受到短期内的负面影响，中国企业也可在经营过程中咨询律师等专业人士，对相关风险进行前期筛查，尽量降低被列入实体清单的可能性。

政府经济篇

政府投融资

哪些项目可以实施政府特许经营？

◆文／鲁珊珊

近年来,为了进一步盘活区域内存量资产资源,缓解地方财政压力,各地方政府创新性地设置了各类特许经营权,并通过竞争性方式直接拍卖特许经营权或选定特许经营权项目投资人。但由于我国目前对于政府特许经营权定义、实施范围并没有明确法律规定,导致实务中对于政府特许经营项目并没有统一的认定标准,很多地方政府将本属于政府购买服务或市场公平竞争项目包装为政府特许经营项目,影响了市场公平竞争。

一、什么是政府特许经营？

2004年建设部颁布的《市政公用事业特许经营管理办法》第二条规定,“本办法所称市政公用事业特许经营,是指政府按照有关法律、法规规定,通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者,明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。”为适应PPP项目的蓬勃发展,2015年国家发改委、财政部等六部委颁布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第三条规定,“本办法所称基础设施和公用事业特许经营,是指政府采用竞争方式依法授权

中华人民共和国境内外的法人或者其他组织,通过协议明确权利义务和风险分担,约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益,提供公共产品或者公共服务。”以上两个规定并没有在特许经营前冠以“政府”二字,只是因为《行政诉讼法》第十二条正式引入了“特许经营协议”表述方式,为了区分商业特许经营,实务中一般将上述两个规定中的特许经营经营称为“政府特许经营”。

目前在我国法律法规中并未对政府特许经营作出明确定义,有人认为特许经营就是《行政许可法》第十二条第二项所规定的行政特许,即“公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项”。但是行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为,其通常没有数量限制,企业只要符合法定的资质条件,经申请即可获得许可。而政府特许经营源于政府对公权力、直接提供公共产品、服务的法定职责的让渡。二者之间存在诸多区别:(1)设定依据不同。

行政许可限于法律规定可以设定行政许可的事项；是否实施特许经营由政府决定。（2）取得方式不同。行政许可经申请审批取得，数量不受限；特许经营权通过竞争取得，具有排他性，会产生垄断经营效果。（3）内容不同。行政许可的内容由法律法规进行规范；特许经营的内容通过协议进行约定。

二、哪些项目可以实施政府特许经营？

目前我国未对政府特许经营权进行专门立法，相关法律、行政法规未对政府特许经营实施范围作出明确规定。《市政公用事业特许经营管理办法》（建设部令2004年第126号）第二条规定“城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业，依法实施特许经营的，适用本办法。”，《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（国家发展改革委等六部委令2015年第25号）第二条规定“中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动，适用本办法。”，《基础设施和公用事业特许经营管理办法》相较于《市政公用事业特许经营管理办法》扩大了政府特许经营权适用范围，采取“列举+兜底”的方式规定了属于基础设施和公用事业领域的项目可以实施特许经营。

但相关法律法规又未对基础设施和公用事业领域的具体范畴和行业做出定义或细化，反而导致了政府特许经营实施范围的泛化与滥用。笔者认为，在判断一个项目能否采用特许经营时，属于基础设施和公用事业领域只是一个前提条件，还应从以下几个方面进行综合考虑：

1、是否属于政府负有提供义务的公共产品和服务？

政府特许经营的本质是政府将其负有提供义务的公共服务和产品授权给社会资本方经营，以提高公共服务质量和效率，并且政府特许经营设置了市场准入条件、限制了进入某市场的主体数量，本身就具有垄断性和排他性的特点，因此必须具备法

定且正当的职权来源和基础，若该项目运营内容不属于公共服务或产品，政府就没有相应的提供义务或垄断经营的权利，也就不具备享有该特许经营权的正当性，更谈不上将该权利授予给社会资本方。如有些地方正在实施的机关事业单位食材配送、公立医院医药耗材配送等特许经营权项目，笔者认为由于该经营权的运营内容并不属于公共服务，而是属于政府机关事业单位需采购的政府服务，不宜采取政府特许经营。

2、政府是否享有对不特定社会公众的收费权？

根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十九条规定，“特许经营协议根据有关法律、行政法规和国家规定，可以约定特许经营者通过向用户收费等方式取得收益。”项目本身具有收益性或公共资源可以有偿化是实施特许经营的逻辑起点，若政府本身就无权向享受了某项公共服务或使用了某项公共资源的不特定社会公众进行收费，被授权的社会资本方更不可能享有该收费权。

实务中很多地方政府将《市政公用资源有偿使用收入管理办法》（财税〔2016〕116号）作为实施政府特许经营的依据，根据《市政公用资源有偿使用收入管理办法》第九条的规定，“本办法所称市政公用资源有偿使用收入，是指县级及县级以上地方人民政府出让或者以其他有偿方式（出租、出借等）转让市政公用资源的占有权、使用权、收益权、经营权及其相关权益，所取得的收入。包括但不限于以下收入：（一）城市公共场地、场所等有偿使用收入；（二）市政道路路内停车泊位及政府投资的公共停车场等有偿使用收入；（三）政府投资的地下人防设施等地下公共空间有偿使用收入；（四）市政公共设施、空间、地名等冠名权有偿使用收入；（五）公园绿地等城市绿地内配套服务设施（含临时设置）及场地有偿使用收入；（六）城市公共空间广告设置权等有偿使用收入。”但是该条款并未明确列举的市政公用资源可以实施特许经营，并且市政公用资源有偿化相较于《市政公用

事业特许经营管理办法》《基础设施和公用事业特许经营管理办法》规定的特许经营，更强调的是政府对市政公用设施的有效利用，更侧重商业经营权，如户外广告。而政府特许经营更强调对于基础设施和公用事业的投资建设运营一体化。因此《市政公用资源有偿使用收入管理办法》并不是政府特许经营的实施依据，但列举的市政公用资源均属于城市基础设施配套或公共服务，并有权向社会公众收费，可以作为判断是否适用特许经营的参考依据。

3、设置该特许经营权是否会影响市场公平竞争？

政府特许经营具有垄断与排他性，与市场准入紧密联系，它直接决定着哪些市场主体可以进入市场进行商业活动，在国家垄断之外的公共产品或服务领域，政府并无排他性的权利（力），也无权设置特许经营。根据《公平竞争审查制度实施细则》第十三条（二）规定，不得“在一般竞争性领域实施特许经营或者以特许经营为名增设行政许可”，政府特许经营权应受公平竞争审查制度的规范和约束。因此，地方政府不能通过设置特许经营权，变相地提高了行业准入门槛，影响了市场公平竞争。

《市场准入负面清单（2022年版）》明确对清单所列事项，各地区各部门要持续优化管理方式，严格规范审批行为，优化审批流程，提高审批效率，正确高效地履行职责。清单之外的行业、领域、业务等，各类市场主体皆可依法平等进入，不得违规另设市场准入行政审批。如全国多地共享单车特许经营权公开拍卖，因无法律依据违规设置特许经营权，限制其他共享电单车企业准入经营，违反了市场准入负面清单制度有关要求，被国家发改委纳入第四批违背市场准入负面清单典型案例进行通报。

三、国家政策性支持文件或地方政府规范性文件能否作为实施政府特许经营权的依据？

因政府特许经营由政府主导实施，政策性较强，因此国家各部委经常会针对某类基础设施或公用事业出台政策性文件，并鼓励支持其实施特许经营，地方政府为确保政府特许经营权合法合规性，也会

出台相应特许经营管理办法等规范性文件明确政府特许经营范围。如路内停车泊位和公共停车场（《关于加强城市停车设施管理的通知》）、公共租赁房（《关于运用政府和社会资本合作模式推进公共租赁住房投资建设和运营管理的通知》）、高标准农田建设（《关于扎实推进高标准农田建设的意见》）等。国家政策性文件具有一定引导作用，具有一定行政效力，可以作为判断是否适用特许经营的参考依据。

另外，也有地方政府通过出台规范性文件明确可以实施特许经营的范围，如城市建筑垃圾资源化利用（《湖南省人民政府办公厅关于加强城市建筑垃圾管理促进资源化利用的意见》）、利用城市公共区域或者空间设置户外广告（《湘潭市基础设施和公用事业特许经营权管理办法》）等。笔者认为，地方规范性文件在规定涉及设置特许经营权或者规范特许经营范围等内容时，仍应符合《市政公用事业特许经营管理办法》和《基础设施和公用事业特许经营管理办法》明确规定可设置特许经营的行业、领域、业务，也应认真落实公平竞争审查制度和市场准入负面清单制度，并且要特别关注国家禁止的、不提倡的行业、领域、业务，保障各类市场主体合法权益，营造公平有序的市场准入环境。因此，地方政府规范性文件不能单独直接作为实施特许经营权的依据。

四、结语

综上，虽然目前对于政府特许经营权实施范围并没有统一认定标准，但一个项目能否实施政府特许经营可以从是否属于公共服务产品、是否享有收费权、是否影响市场公平竞争、是否有政策支持等多维度去综合判断，各地方政府应当克制自己借特许经营牟利的冲动，千万不能随意跟风包装、创设各类特许经营项目，因为只有真正合法合规的特许经营项目才能获得金融机构的融资，才能提高公共产品和服务的质量与效率，惠及百姓，真正实现政府特许经营的目的。

政府投融资

政府特许经营权该如何授予？

◆文／鲁珊珊

政府特许经营具有垄断性与排他性，涉及社会公共服务产品质量与效率，各地方政府应通过竞争性程序选择特许经营权人并明确授权范围，以确保特许经营权人的权利正当性及权利范围。

一、政府特许经营权的实施主体

1、实施机构

根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十四条规定，“县级以上人民政府应当授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作，并明确具体授权范围。”实务中，地方政府一般会通过会议纪要或单独出具授权文件的方式，授权行业主管部门作为某个具体特许经营项目的实施机构，负责该特许经营项目的具体实施，包括实施方案编制、特许经营权招选及协议签订、履行等工作。但该授权并未将该项目的特许经营权授予给实施机构，实施机构仅作为授权代表政府具体实施该特许经营项目。

关于事业单位能否作为实施机构一直都有争议，《基础设施和公用事业特许经营管理办法》

第十四条规定了“有关部门或单位”都可以作为实施机构，但是并未明确有关单位具体范围。《市政公用事业特许经营管理办法》第四条仅规定了“市政公用事业主管部门负责本行政区域内的市政公用事业特许经营的具体实施。”但从实务角度考虑，行业主管部门具有相应管理和监管职责，更有利于特许经营项目的实施，并且在发生特许经营协议纠纷时，诉讼主体资格更加明确，因此我们建议尽量选择行业主管部门作为特许经营项目的实施机构。

2、授权对象

很多中标特许经营权人可能是联合体，并且为了便于项目实施、隔离风险，一般中标特许经营权人都会选择设立项目公司，根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十八条规定，“实施机构应当与依法选定的特许经营者签订特许经营协议。需要成立项目公司的，实施机构应当与依法选定的投资人签订初步协议，约定其在规定期限内注册成立项目公司，并与项目公司签订特许经营协议。”实务中也存在先由实施机构

与中标联合体签订特许经营协议，待项目公司成立后再签订承继协议，由项目公司承继特许经营协议中的权利义务的情形。因此，在成立项目公司的情形下，被授权对象应为项目公司。

另外，实务中还存在有些母公司中标后授权其全资子公司与实施机构签订特许经营协议的情形，但全资子公司与中标母公司是分别独立的企业法人，是不同的法律主体，依靠母公司自身资质、业绩成功中标后，由其全资子公司签订特许经营协议，有被认定为改变中标人的法律风险。

二、政府特许经营权的授权方式

根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条规定，“应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者。特许经营项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者”。并且政府特许经营的本质就是，政府将负有提供义务的某项公共服务授权给特许经营权人经营后，再向其购买服务以满足社会公众需求，可能会涉及财政可行性缺口补助，所以实务中一般会要求按照政府采购程序通过竞争性方式选择特许经营权人。实务中竞争性方式主要包括：

1、招标

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条明确规定了“特许经营项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。”，除上述一般规定外，部分细分领域的政府特许经营权授予方式还有其专门规定。例如，《收费公路管理条例》规定，经营性公路建设项目应该采用招标方式选择经营者；《城镇燃气管理条例》规定，政府投资建设的燃气设施，应当通过招标投标方式选择燃气经营者。从上述规定可以看出，除建设运营标准不明确或不能充分竞争的领域，政府特许经营权的授予方式原则上应当采用招标的方式。

另外，对于涉及建设的特许经营权项目，很多地方一般会依据《中华人民共和国招标投标法实施条例》第九条的规定，“（三）已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供；”可以不再进行施工招标，通过“两标并一标”的方式同时招选特许经营项目投资人及施工单位。但需注意的是，首先该条款的适用前提是按照《招投标法》规定通过招标方式选择的投资人；其次特许经营项目的建设一般为“大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目”，属于招投标法规定的必须进行招标的项目，因此政府方若想通过“两标并一标”选择特许经营项目的投资人和施工单位，应当采取招标方式。

2、竞争性谈判与竞争性磋商

竞争性谈判与竞争性磋商均是法定的政府采购方式，《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条明确规定了可以采取竞争性谈判方式选择特许经营权人；根据《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第二条规定，“竞争性磋商指采购人、政府采购代理机构通过组建竞争性磋商小组与符合条件的供应商就采购货物、工程和服务事宜进行磋商，供应商按照磋商文件的要求提交响应文件和报价，采购人从磋商小组评审后提出的候选供应商名单中确定成交供应商的采购方式”，其属于法定的一种公开竞争方式，地方政府可以采取竞争性磋商式选择特许经营权人。

但需要注意的是，相较于招标方式，根据《政府采购非招标采购方式管理办法》第二十七条以及《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第三条规定，一般适用于技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求或市场竞争不充分的科研项目，以及需要扶持的科技成果转化项目。

三、政府特许经营权的授权范围

政府特许经营具有垄断性和排他性，因此授

权范围关系到特许经营权人享有唯一排他性的范围。在实务中最容易对授权范围出现争议的是垃圾处理、污水处理及管道燃气等行业领域，因为特许经营权期限一般 20—30 年，在特许经营权期内因经济发展等原因，可能会出现该类特许经营项目的服务范围和处理能力不匹配的情形，如某个污水处理项目的设计规模为 10000 立方米 / 天，服务区域是全县范围内，但当县域内需要处理的污水量增加，该污水设施处理能力不能满足处理需求时，该特许经营权人是否享有自主扩建的权利？这个问题就关系到授权范围的确定，若在项目招标时不进行明确，在后续履行过程中很容易出现争议。

2020 年财政部办公厅发布了《关于印发污水处理和垃圾处理领域 PPP 项目合同示范文本的通知》（财办金〔2020〕10 号），其中第 3.5 条从经营权排他性角度出发，提出了“项目设施特许经营权”及“合作区域特许经营权”两个概念，以便于在特许经营权项目招标时，更好地明确特许经营权范围。项目设施特许经营权强调的是特许经营权人在项目设施的处理能力内享有独家、排他的权利，在实际需求超过项目设施处理能力时，特许经营权人不能另行扩建或新建设施；合作区域特许经营权则强调的是在特许经营权人在服务区域内享有独家、排他的权利，在实际需求超过项目设施处理能力时，特许经营权人享有扩建或新建设施的权利。

鉴于特许经营项目可能会涉及政府可行性缺口补助，可行性缺口补助金额与项目总投资有直接关联，所以相比区域特许经营权，首先项目设施特许经营权更容易确定项目边界及总投资；其次更有利于地方政府占有主动权，其可以根据运营效果考虑是否在本区域内引入其他经营者，避免行业垄断。所以，我们建议对于特许经营权的授权范围优先选择项目设施特许经营权，为了兼顾特许经营项目的延续性与统一性，可以考虑在特许经营协议中约定，由政府方根据实际需求决定启动项目设施的新建或扩建，特许经营权人在同等条件下享有优先权。



政府投融资

政府特许经营权能否转让？

◆文／鲁珊珊

目前实务中对于特许经营权人“不得擅自转让特许经营权”已达成共识，但对于经政府同意后，特许经营权人能否对政府特许经营权进行转让却一直存在争议，值得进一步探讨。

一、特许经营权人不得转让政府特许经营权

《市政公用事业特许经营管理办法》第十八条规定“擅自转让、出租特许经营权的”，“主管部门应当依法终止特许经营协议，取消其特许经营权，并可以实施临时接管”。《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》（财金〔2016〕92号）第三十一条规定，“PPP项目中涉及特许经营权授予或转让的，应由项目实施机构根据特许经营权未来带来的收入状况，参照市场同类标准，通过竞争性程序确定特许经营权的价值，以合理价值折价入股、授予或转让”。实务中很多人将上述规定作为特许经营权人可以转让政府特许经营权的依据，认为虽然《市政公用事业特许经营管理办法》未明确规定特许经营权可以转让，但正是因为“可以转让”才有必要对“擅自转让”作出负面评价；《政府和社会资本合作

项目财政管理暂行办法》更是明确规定特许经营权可以转让。笔者不认同上述观点，主要理由如下：

1、政府特许经营权具有行政许可属性，特许经营权人不得转让

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第三条规定“本办法所称基础设施和公用事业特许经营，是指政府采用竞争方式依法授权中华人民共和国境内外的法人或者其他组织，通过协议明确权利义务和风险分担，约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益，提供公共产品或者公共服务”，即政府特许经营实质是一种行政特别授权，由政府将直接提供公共产品、公共服务的法定职责授予符合法律、法规规定及授权条件的经营者，在一定时期和范围内该经营者对相应公共产品或公共服务享有一种特定的、独占的市场准入权利。这种政府对公共产品及服务的授权经营行为，符合《中华人民共和国行政许可法》第十二条所规定的可以设定行政许可的事项“（二）有限自然资源开发

利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项”，并且《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》也已明确将政府特许经营协议定性为行政协议，并将行政协议的争议解决纳入行政诉讼的受案范围。

因此，虽然政府特许经营与行政许可有本质区别，但从授权主体、授权内容、争议解决等方面来看，政府特许经营具有行政许可的属性。根据《中华人民共和国行政许可法》第九条规定“依法取得的行政许可，除法律法规规定依照法定条件和程序可以转让的外，不得转让。”

2、政府特许经营权由政府通过招标等竞争性方式授予，若允许特许经营人转让，有被认定为规避竞争性程序的风险

对于政府特许经营权的取得方式，根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十五条规定，政府应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者，授予特许经营权。除了通过政府授权取得外，目前法律法规并没有规定其他的取得方式。笔者认为，政府特许经营权本质是一种行政特别授权，授权的权利主体只能政府，特许经营人无权通过转让方式再授权给其他第三方。

同时，政府特许经营权具有垄断性与排他性，涉及公共服务与公共利益，对特许经营人有着相应的资质、业绩、能力要求，政府只有通过法定竞争性程序，才能让市场主体充分竞争，选出最优经营者，确保特许经营权取得程序的正当性和有效性。若允许特许经营人进行转让，可能导致一些不符合相应资质、业绩、能力的经营者规避竞争性程序取得特许经营权，影响市场公平竞争。另外，根据《中华人民共和国招标投标法》第四十八条规定“中标人应当按照合同约定履行义务，完成中标项目。中标人不得向他人转让中标项目，也不得将中标项目肢解后分别向他人转让。”若特许经营项目涉及工程建设并按照招标

程序授予特许经营权，中标人转让特许经营权，违反法律强制性规定，有被认定为无效的风险。

3、《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》不能作为特许经营人转让政府特许经营权的依据

首先，《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》（财金〔2016〕92号）第三十一条中规定的可以转让特许经营权的主体是项目实施机构，即政府方，并不包括特许经营人；

其次，《中华人民共和国公司法》第二十七条规定“可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资”，《市场主体登记管理条例》第十三条规定“公司股东、非公司企业法人出资人、农民专业合作社（联合社）成员不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。”根据上述规定，可以推论出《市场主体登记管理条例》认定特许经营权不属于“可以依法转让的非货币财产”。《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》作为规范性文件，不能违反上位法的规定。

二、转让项目公司股权并退出项目经营管理，属于变相转让政府特许经营权

实务中，中标投资人通过转让项目公司股权完全退出特许经营项目，实现对政府特许经营权的转让已经成为实践中较为常见的变相转让形式。

虽然从特许经营权人的法律关系主体而言，根据《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十八条规定，“实施机构应当与依法选定的特许经营者签订特许经营协议。需要成立项目公司的，实施机构应当与依法选定的投资人签订初步协议，约定其在规定期限内注册成立项目公司，并与项目公司签订特许经营协议”，中标投资人成立的项目公司为特许经营人，股东的变化对于项目公司法律主体身份不产生影响，未改变政府特许经营权的权属，政府特许经营权并未在不

同法律关系主体之间发生转变。

但是政府特许经营权系通过竞争性程序授予，对特许经营权人的资质、运营能力等有特殊要求。在投标过程中，投标人是以自身的相关资质、业绩等进行投标，政府方也是看中投标人的资质及能力才选择其为特许经营权人。虽然为了方便项目实施，允许中标投资人作为股东出资成立项目公司，并将特许经营权授予给项目公司，但项目公司只是中标投资人的经营管理载体，本身并不具备运营能力。若中标投资人转让其持有的项目公司绝大部分或者全部股权，导致项目公司实际控制人变更且特许经营者完全退出项目后，极有可能导致项目公司不再符合《特许经营协议》约定的特许经营条件，使得项目公司丧失对特许经营项目的建设运营能力。

因此，虽然项目公司股权转让不等同于对政府特许经营权的转让，但是若原中标投资人完全退出特许经营项目的经营管理，由股权受让方作为新的经营者进入特许经营项目，本质上实现了政府特许经营权的变相转让。若股权受让方不具备相关资质和授权条件，则可能会影响项目实施进度，甚至出现损害社会公共利益的情形。

三、建议

虽然目前我国法律法规和司法实践中，未对政府特许经营权转让的法律效力进行明确规定，对中标特许经营人转让项目公司股权的行为是否构成特许经营权转让，尚未形成统一的认定标准。但为了确保政府特许经营项目的稳定实施，避免就政府特许经营权转让产生纠纷与争议，提出以下建议：

1、在出现原特许经营人无法继续投资建设运营特许经营项目情形时，地方政府不能同意其自行转让特许经营权，而是应该终止特许经营协议，在政府方收回特许经营权后再另行通过竞争程序授予特许经营权；

2、为了避免变相转让特许经营权，引入不适格的特许经营权人，在《特许经营协议》中设置项目股权转让限制条款：

(1) 转让项目公司股权必须经实施机构同意；

(2) 股权受让方的资质、能力不得低于原招标条件；

(3) 设定股权转让锁定期及股权转让限额，若确需全部转让，为避免中标投资人完全退出，需明确其对特许经营协议的履行承担连带责任。

政府投融资

《基础设施和公用事业特许经营管理办法（修订征求意见稿）》的九大重要变化

◆文 / 鲁珊珊

2023年11月28日，国家发改委网站公布了《基础设施和公用事业特许经营管理办法（修订征求意见稿）》（下称《征求意见稿》）。此次《征求意见稿》中的重大修订内容与2023年11月3日国务院办公厅转发国家发展改革委、财政部发布的《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见》的通知（国办函〔2023〕115号）内容基本保持一致，并针对上一轮特许经营项目、PPP项目实施过程中出现的一些问题进行了补充与修正。鉴于此次修改内容较多，特将2015年《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（以下简称《管理办法》）与《征求意见稿》进行对比，整理出重大变化内容，以便快速掌握《征求意见稿》修订要点。

一、回报机制：聚焦使用者付费项目

《征求意见稿》中删除了《管理办法》中关于“政府提供可行性缺口补助”“必要合理的财政补贴”等相关表述及条款，并在《征求意见稿》

第六条及第二十二条中明确规定，“基础设施和公用事业特许经营应当聚焦使用者付费项目，项目经营收入具备覆盖建设投资和运营成本并获取一定投资回报的条件，不因采取特许经营而额外新增地方财政未来支出责任”“在项目建设期对使用者付费项目给予政府投资支持；政府付费只能按规定补贴运营，不能补贴建设成本。除此之外，不得通过可行性缺口补助、承诺保底收益率、可用性付费等任何方式使用财政资金弥补项目建设投资和运营成本。”

从上述变化可以看出，项目经营收入不能覆盖建设投资与运营成本的可行性缺口补助项目，已不具备实施特许经营模式的基础条件。该规定的修改一方面有利于从根本上防止出现政府投资项目借特许经营模式筹集建设资金，兜底建设成本，新增地方政府隐性债务的风险。另一方面，可促使特许经营模式回归初心，剥离财政信用在项目融资中的作用，转而关注项目自身收益，有

利于在公共服务领域引入专业运营商，提高公共服务质量和效率。但对于“政府付费只能按规定补贴运营”的理解，笔者认为有待进一步释明，对于政府付费的限额是否仅为“法律或上级政策文件明确规定的行业专项运营补贴”还有待明确，防止实务中出现部分项目“打擦边球”，变相兜底运营成本。

二、参与主体：扩大民营企业占比

相较于《管理办法》，《征求意见稿》新增第十八条明确规定，鼓励民营企业以独资、控股、参股等方式积极参与特许经营项目，实施机构应根据发改委制定的《支持民营企业参与的新建及改扩建特许经营项目清单》（清单将根据实际情况进行动态调整）确定民营企业参与的具体方式。对于市场化程度较高、公共属性较弱的项目，应由民营企业独资或控股；关系国计民生、公共属性较强的项目，民营企业股权占比原则上不低于35%；少数涉及国家安全、公共属性强且具有自然垄断属性的项目，应积极创造条件、支持民营企业参与。对清单所列领域以外的政府和社会资本合作项目，可积极鼓励民营企业参与。

虽然以前也出台相应配套文件支持鼓励民营企业参与PPP项目、特许经营项目，但中标社会资本实际仍多为资金或施工实力较强的国有企业，具有专业技术能力但资金实力不足的民营企业常被边缘化。《征求意见稿》明确不同领域民营企业占比要求，将有利于打破上一轮PPP、特许经营实践中出现的央企、地方国企主导的局面，未来民营企业通过特许经营模式参与基础设施及公共服务领域将迎来新的市场机遇。

三、管理主体：明确发改委为牵头单位

相较于《管理办法》第七条、第八条对于政府相关部门职责分工的笼统规定，《征求意见稿》第九条明确规定，国务院发展改革部门牵头做好基础设施和公用事业特许经营模式推进工作，加

强政策指导；地方各级发展改革部门发挥综合协调作用，严格把关项目实施领域、范围、方案等，依法依规履行项目审批、核准或者备案职责，推动项目落地实施；各级财政部门严格执行预算管理制度，加强地方政府债务管理。

该变化解决了上一轮PPP、特许经营实践中，发改委和财政部两头监管与领导的局面，明确了发改委的管理与领导职责，有利于特许经营项目的规范实施与监管。

四、运作模式：删除BTO，新增TOT

《征求意见稿》第七条删除了《管理办法》第五条规定的“特许经营运作方式包括特许经营投资者投资新建或改扩建基础设施和公用事业并移交政府后，由政府授予其在一定期限内运营”即BTO运作模式，新增了“在一定期限内，政府将已经建成的基础设施和公用事业项目转让特许经营运营，期限届满移交政府”即TOT运作模式，并明确规定禁止在建设工程完成后直接将项目移交政府，或者通过提前终止协议等方式变相逃避运营义务。

该变化主要是因在上一轮PPP、特许经营实践中，出现了部分项目利用BTO模式提前回购建设成本、变相BT、社会资本逃避运营等问题，《征求意见稿》这一变化有利于在特许经营项目实施过程中规范管理国有资产、回归项目运营。

五、特许经营最长期限：从30年延长至40年

《征求意见稿》第八条将特许经营最长期限从原来的“最长不超过30年”延长至“最长一般不超过40年”，个别投资规模大、回报周期长的特许经营项目可以根据实际情况适当延长。该变化主要是基于特许经营将回归项目运营收入本身，在不允许使用财政资金弥补项目建设投资和运营成本的前提下，可以通过拉长经营年限的方式来实现项目投资与收益的平衡。

六、融资支持：鼓励发行基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）

《征求意见稿》第二十八条、二十九条删除了《管理办法》中关于“通过设立产业基金等形式入股提供特许经营项目资本金”“有关部门与金融机构设立基础设施和公用事业特许经营引导基金”两种融资渠道，在第二十七条、二十八条新增了“鼓励保险资金通过债权、股权、资产证券化产品等多种方式为特许经营项目提供多元化资金支持”“积极支持符合条件的特许经营项目发行基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）”等融资方式。

《征求意见稿》明确鼓励特许经营项目发行REITs、资产证券化等产品，拓宽了特许经营项目的融资的渠道和方式，为各方参与特许经营项目增强了信心。

七、审批流程：特许经营方案报投资主管部门审批

《管理办法》第十三规定，特许经营实施方案由发展改革、财政、城乡规划、国土、环保、水利等有关部门进行联审后报本级人民政府审定。而《征求意见稿》第十五条将审批程序修改为按照政府投资项目审批权限和要求，报投资主管部门或者其他有关部门审批，删除了部门联审并报本级政府审定这一程序。笔者认为，虽然特许经营项目由地方政府授权实施机构实施，但特许经营方案可能涉及需要其他有关部门配合、协调事宜，为了确保特许经营方案的严谨性及在实施过程中各部门的协调作用，建议在特许经营方案报投资主管部门审批后，报地方政府审定。

另外，《征求意见稿》第二十五条新增了对特许经营项目立项的规定，明确政府采用资本金注入方式投资的特许经营项目，应当按照《政府投资条例》有关规定，履行审批手续。企业投资的特许经营项目，应当按照《企业投资项目核准和备案管理条例》有关规定，履行核准或者备案手续；《征

求意见稿》第四十七条规定，实施机构应依托全国投资项目在线审批监管平台，及时向社会公开特许经营方案、特许经营者选择结果、特许经营协议主要内容及其变更或终止等项目信息。

八、法律责任：细化公职人员法律责任

相较于《管理办法》第五十五条对实施机构、行政主管部门及其工作人员法律责任的笼统规定，《征求意见稿》新增第五十六、五十七、五十八、五十九条，区分细化了实施机构、行政主管部门、公职人员在不同情形下的不同法律责任，尤其针对公职人员违反规定向特许经营者收取、摊派财物的；干预特许经营者正常经营活动，故意刁难、吃拿卡要的；在特许经营者选择程序中设置不合理条件限制或排斥竞争，对不同所有制经营主体实行歧视待遇的三种情形，明确规定情节特别严重的，予以开除。

另外，《征求意见稿》第五十九条新增了有关责任人故意延误支付服务费的法律后果，对于截留、挪用、坐收坐支由政府统一收取的特许经营项目用户付费款额，导致未能按特许经营协议约定向特许经营者支付服务费的，应当对有关责任人员依法予以处分。

该项变化主要是针对在上一轮PPP、特许经营实践中，政府方容易出现的怠于履职、不诚信履约、排斥竞争等问题，通过严格追责的方式，保障特许经营项目规范实施，督促政府方诚信履约，加大社会资本参与的积极性。

九、争议解决方式：按争议内容定性行政诉讼还是民事诉讼

《管理办法》第五十一条仅明确规定了因行政机关作出的具体行政行为侵犯特许经营者合法权益的，可以提起行政复议或者行政诉讼。《征求意见稿》第五十四条对不同争议类型进行区分，规定了不同争议解决方式，特许经营者认为行政机关不依法订立、不依法履行、未按照约定履行

或者违法变更、解除特许经营协议的，有陈述、申辩的权利，并可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼；特许经营项目相关协议各方因协议约定的权利义务产生的民商事争议，可以依法申请仲裁或者提起民事诉讼。

在上一轮 PPP、特许经营实践中，因《管理办法》第五十一条的规定，以及 2020 年 1 月 1 日出台的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》认定政府与社会资本合作协议、特许经营协议属于行政协议，导致特许经营项目、PPP 项目在发生争议时，法院通常会直接认定该争议属于行政争议。《征求意见稿》采取“两分法”根据争议内容定性属于行政争议还是民事争议，有利于平衡实施机构在特许经营中的行政管理地位与平等商事主体地位，扩宽了特许经营争议解决方式。但第五十四条规定的两种分法仍过于抽象，在范围上可能存在交叉，实务中依旧会面临难以认定的问题。例如，行政机关未按照约定履行其付款义务，究竟是属于第一款规定的“行政机关未按照约定履行协议”的情形，还是属于第二款规定的“协议各方因协议约定的权利义务产生的民商事争议”的情形，还有待探析。

政府专项债

2022 年湖南省地方政府专项债用途调整五大特点

◆文 / 黄珍

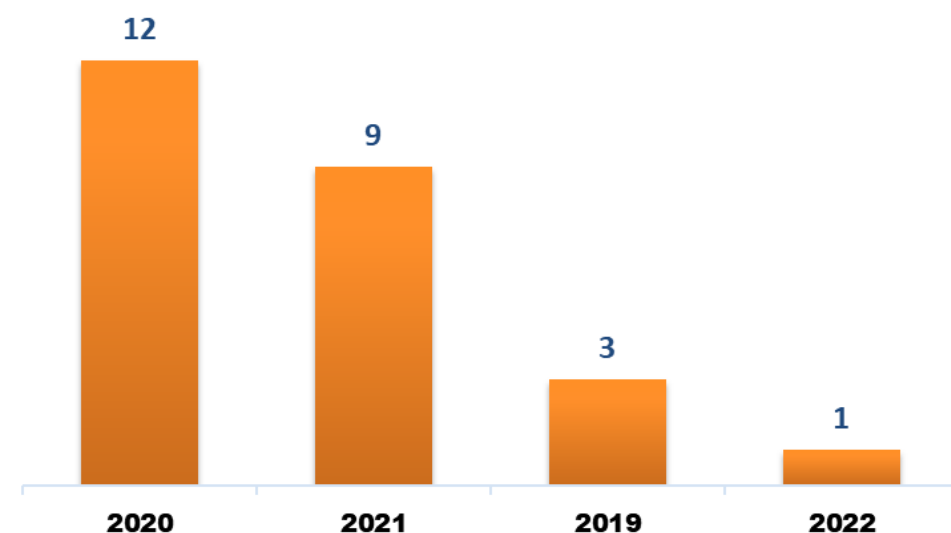
近年来，随着专项债发行规模逐步加大，资金闲置和使用违规等问题非常普遍，专项债资金用途调整的需求也不断增加。2018 年以来，财政部多次印发文件建立并不断完善专项债资金用途调整制度体系。2021 年 9 月 8 日，财政部印发《地方政府专项债券用途调整操作指引》（财预〔2021〕110 号）对项目调整条件、原则、程序、执行管理、信息公开、监督管理进行了细化规定。该指引明确“专项债券资金使用，坚持以不调整为常态、调整为例外。”省级财政部门原则上每年 9 月底前可集中组织实施 1 到 2 次项目调整工作，负责汇总各地调整申请，统筹研究提出包括专项债务限额和专项债券项目在内的调整方案，于 10 月底前按程序报省级政府批准后，报财政部备案。

2022 年 11 月 17 日，湖南省财政厅发布《关于调整部分专项债券用途的公告》首次调整专项债券资金用途。本次调整调出项目 23 个，调入项目共计 22 个，调整已发行债券期数 25 期，调整金额 307530.4724 万元，调整金额占原发行金额的 58.86%。从资金使用情况来看，涉及全额调整的项目 7 个，占比 29.1%，专项债券期数 8 期，占比 32%。回顾 2022 年湖南省地方政府专项债券用途调整情况，呈现出以下五大特点：

一、调整项目涉及 2020 年发行债券最多，其次为 2021 年发行的债券。

从债券发行年度来看，调整涉及的债券大多数为 2020 年发行的专项债券，2021 年为其次。其中，涉及全额调整发行金额的数量共计 8 期，均为 2020 年和 2021 年，分别为 2020 年 5 期，2021 年 3 期。具体见下图：

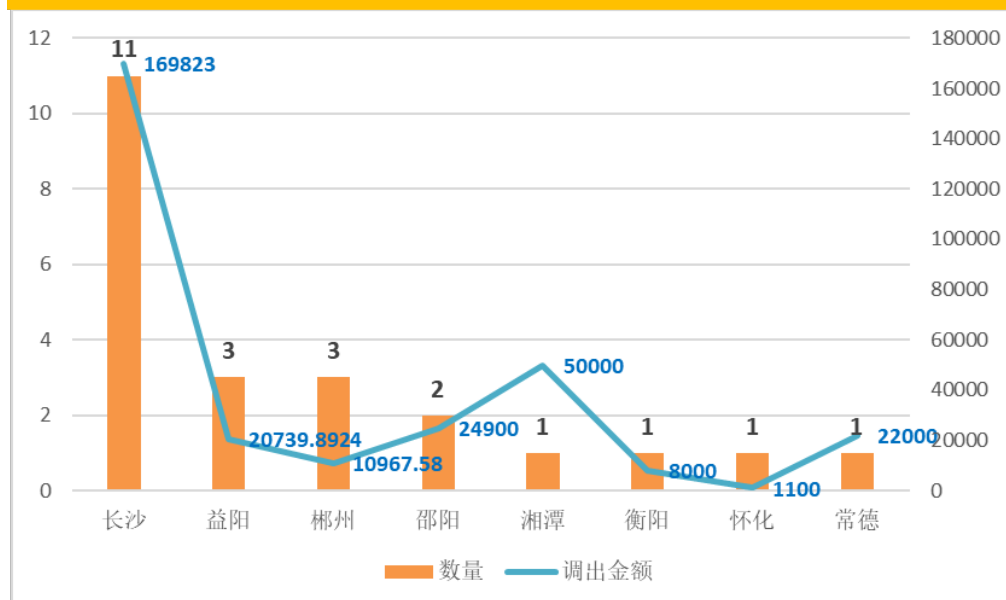
图：用途调整专项债券发行年度数量对比



二、本次调整涉及 8 个地市，长沙调出项目、调整金额最多

2022 年湖南省进行用途调整的地市共 8 个，其中长沙调整项目 11 个，数量最多，调整金额 168923 万元；其次为益阳、郴州，同为 3 个项目，调整金额分别为 20739.8924 万元和 10967.58 万元。另外湘潭调整项目 1 个，调整金额 50000 万；怀化调整项目 1 个，涉及发行期数 2 期，调整金额 1100 万元。其中涉及全额调整的项目 8 个，分别涉及长沙、常德、益阳、郴州和怀化 5 个地市，调整原因主要有新冠疫情对文旅产业造成的不利影响、项目在建设过程中发生重大变化，无专项债资金需求以及项目停止建设等。

图：各地市调出项目、调整金额对比



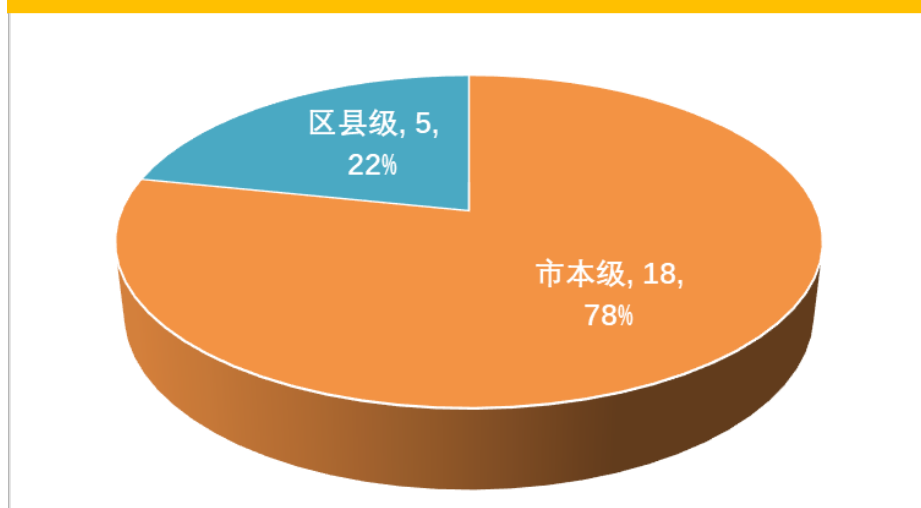
图：各地市涉及全额调整债券期数对比



三、市本级项目调整较多，区县调整、跨地区调整项目较少

本次进行用途调整的项目 23 个，从行政层级调整方向来看，用途调整均为相同层级之间调整，且 78% 的项目为市本级项目，绝大多数调向项目效益更高的产业园区基础设施项目以及项目进度更快的棚改项目。其中跨地区调整发生在长沙市本级与湘潭市本级之间。

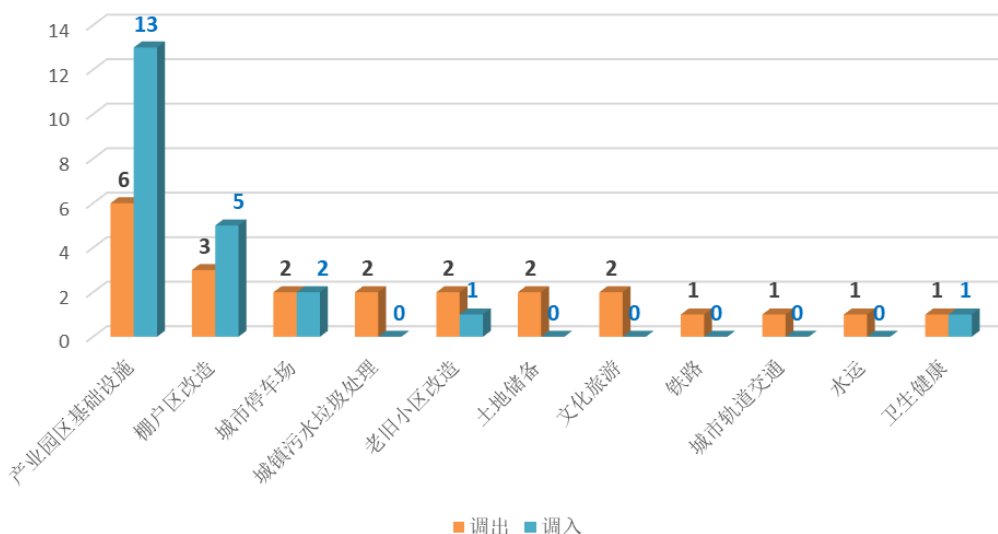
图：不同行政层级项目调出数量占比



四、跨领域调整为主，绝大多数调向产业园区基础设施项目

调整前项目用途涉及产业园区基础设施、文化旅游、老旧小区改造、棚户区改造和城市停车场，同领域调整项目 12 个，发生在棚户区改造和停车场项目、产业园区基础设施项目；跨领域调整项目 17 个，调向项目效益更高、资金需求相对更高的产业园区基础设施项目、项目进度更快的棚户区改造项目及城市停车场项目。（以上项目数据存在重叠，主要原因在于部分项目一对多、多对一调整）

图：市本级用途调整项目调出、调入对比



五、从调整原因来看，“钱等项目”“资金趴在账上闲置”的情形较多

《地方政府专项债券用途调整操作指引》第五条明确专项债券资金可以申请调整的具体情形包括：（一）项目实施过程中发生重大变化，确无专项债券资金需求或需求少于预期的；（二）项目竣工后，专项债券资金发生结余的；（三）财政、审计等发现专项债券使用存在违规问题，按照监督检查意见或审计等意见确需调整的；（四）其他需要调整的。

结合财政部《地方政府专项债券用途调整操作指引》明确的可申请调整情形，2022年湖南省地方政府专项债项目平衡方案中载明用途调整情况如下：一是竣工后专项债券资金发生结余的项目有5个；二是项目实施过程中发生重大变化，确无专项债券资金需求或需求少于预期的有5个；三是其他原因调整的项目9个，主要包括项目停止建设、项目建设进度滞后、项目业主发生变化，建设资金由社会资本方出资、项目所需资金不存在缺口，导致资金闲置、新冠疫情不可抗力的不利影响可能造成项目效益大幅降低，影响债券到期兑付等原因。从以上原因可看出，前期部分专项债项目存在“钱等项目”“资金趴在账上闲置”等问题，难以尽快形成实物工作量。依法及时调整专项债用途能有效提高资金使用绩效，发挥专项债拉动有效投资的作用。

结语

总体来看，调整部分专项债券项目资金用途对于加快盘活债券资金存量、避免资金闲置浪费、增强投资拉动经济能力都有着更为积极的作用，同时也折射出地方政府对专项债项目规划和管理不到位。建议各地方政府要强化专项债项目的前提评估和准备工作，做好前期设计和谋划，切实保证项目的稳定性和可行性，避免非正常因素的项目调整导致追责。

政府专项债

2022 年湖南省地方政府新增专项债券发行全貌 (918 个项目, 累计发行 1486 亿元)

◆文/ 黄珍、李洁、欧铭

2022 年, 疫情反复、国际局势动荡, 经济下行压力持续增加, 地方政府专项债券成为积极财政政策最直接有效的重要抓手, 不但新增额度达到历史高位且发行节奏也明显前置, 使用频率也较之以往明显提速。早发行、早下达、早使用、早形成实物工作量已成为 2022 年地方政府专项债券的时代标签。

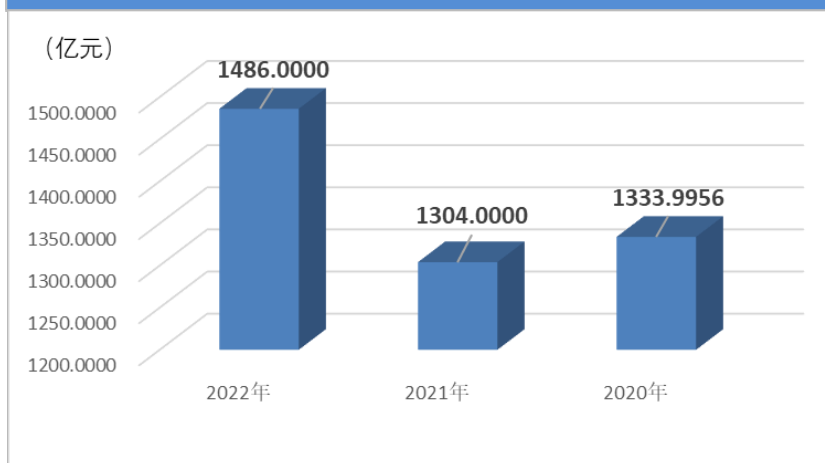
2022 年湖南省地方政府新增专项债券共发行 142 期, 累计发行总额 1486 亿元, 囊括 5 年期、7 年期、10 年期、15 年期、20 年期、30 年期。

一、2022 年湖南省地方政府新增专项债发行概况

(一) 发行规模创新高

按照中央“依法盘活地方存量专项债务限额支持重大项目建设”部署, 财政部三批下达湖南省新增专项债务限额 1463 亿元, 是近年来规模和力度最大的一年。加上上年结转今年发行的 23 亿元, 2022 年湖南省地方政府新增专项债券发行规模达到 1486 亿元, 较 2021 年同比增长 13.95%, 发行规模创历史新高。

图1：2020年~2022年专项债券发行额度对比



（二）发行节奏明显前置

2022年湖南省地方政府新增专项债券发行节奏明显前置,截至10月底,除9月底下达的75亿元外,前期发行的1388亿全部在6月底发行完毕,全部新增专项债券支出进度达95%,是最快的一年,为加快形成实物工作量进而稳投资稳增长提供了有力支撑。

图2：2020年~2022年专项债券发行节奏对比（月度）

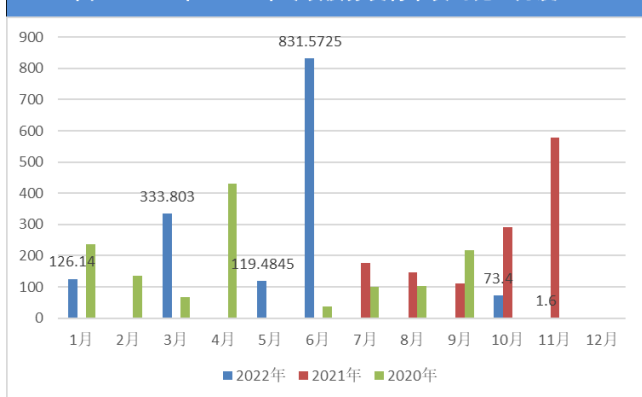
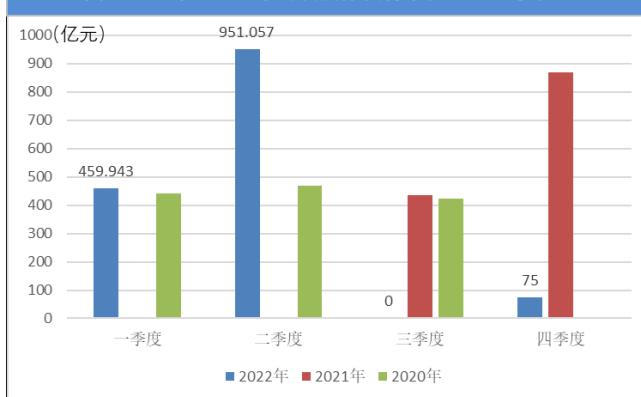


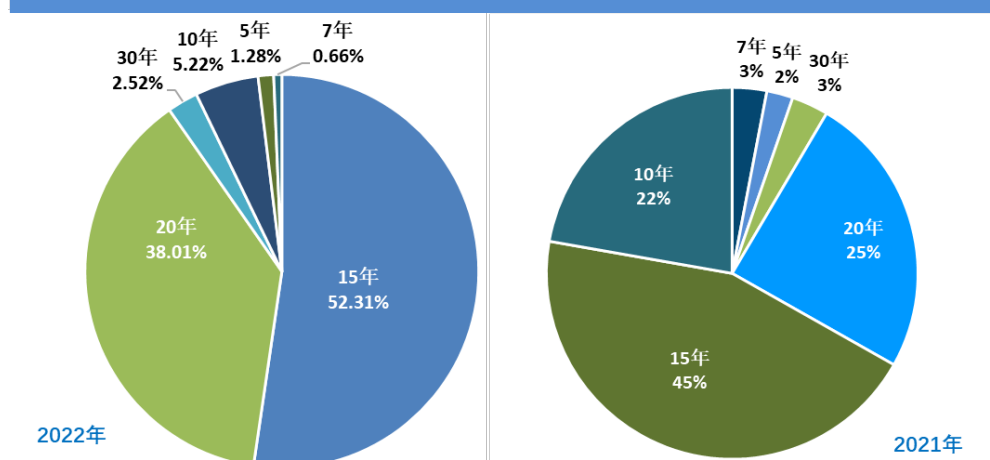
图3：2020年~2022年专项债券发行节奏对比（季度）



（三）平均发行期限延长

2022年,由于期限相对较长的专项债发行较多,湖南省地方政府专项债平均发行期限由14.76年延长至15.68年,发行长期化趋势延续。从专项债期限结构占比看,以15年期为主,较之2021年占比回升6.69个百分点至52.31%,次之为20年期,较之2021年占比回升13.01个百分点至38.01%。10年及以上期限专项债整体占比较上年进一步上升约4个百分点至98.06%。

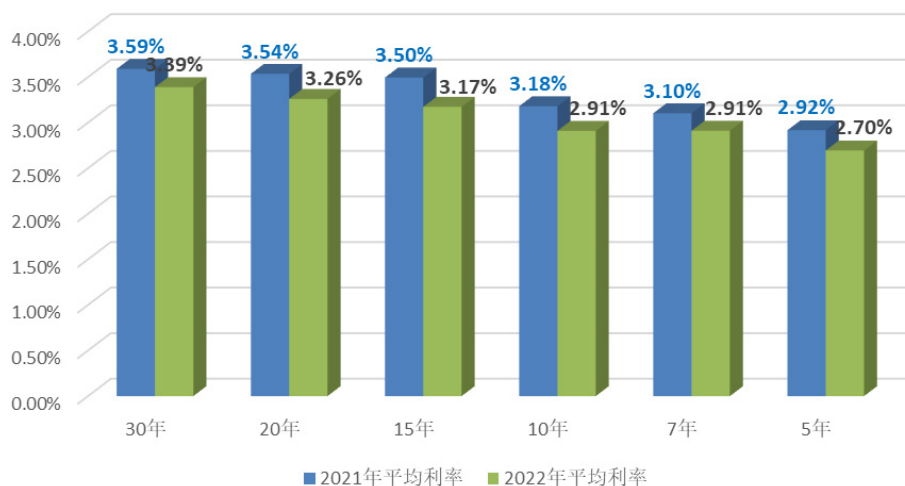
图4：2021年~2022年各期限专项债券发行规模对比



（四）平均发行利率下降

受利率中枢波动下行、发行市场化程度提升等影响，2022年地方债发行利率波动下降。专项债平均发行利率 3.05%，同比下降 24.66BP（基点）。

图5：2021年~2022年各期限新增专项债券发行平均利率对比



二、2022 年湖南省地方政府新增专项债发行结构

（一）发行品种同比：园区建设专项债券比例上升

2022 年湖南省地方政府新增专项债券共发行 1486 亿元，发行品种包括园区建设、社会事业、交通基础设施建设、水务建设、农林水利、保障性安居工程、城乡冷链等物流基础设施 7 类专项债券。其中发行品种前三为园区建设、社会事业、交通基础设施：园区建设专项债券 716.4980 亿元、占比 48%，同比增长 6%；社会事业专项债券 257.6004 亿元，占比 17%，同比下降 4%；交通基础设施建设 190.1456 亿元，占比 13%，同比下降 2%。

图8-1：2022年新增专项债发行品种占比

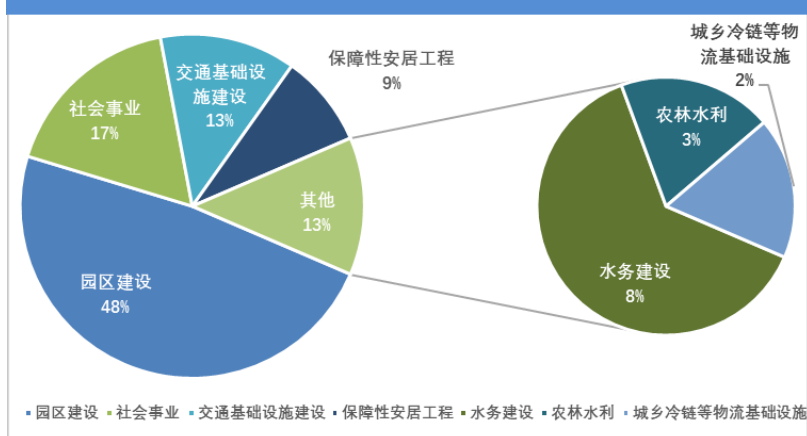
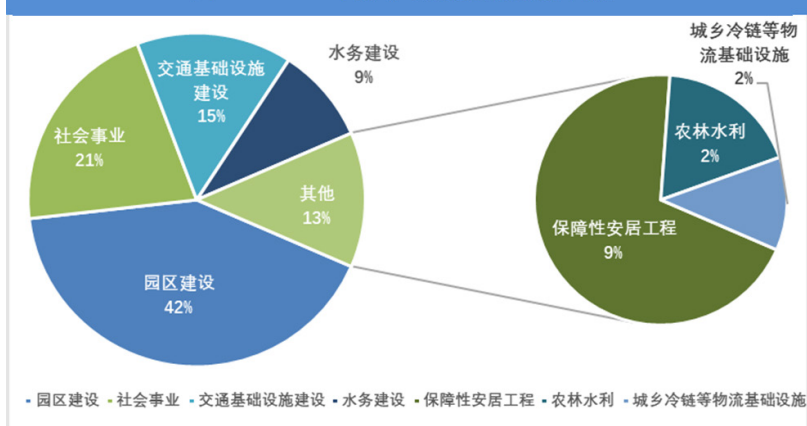


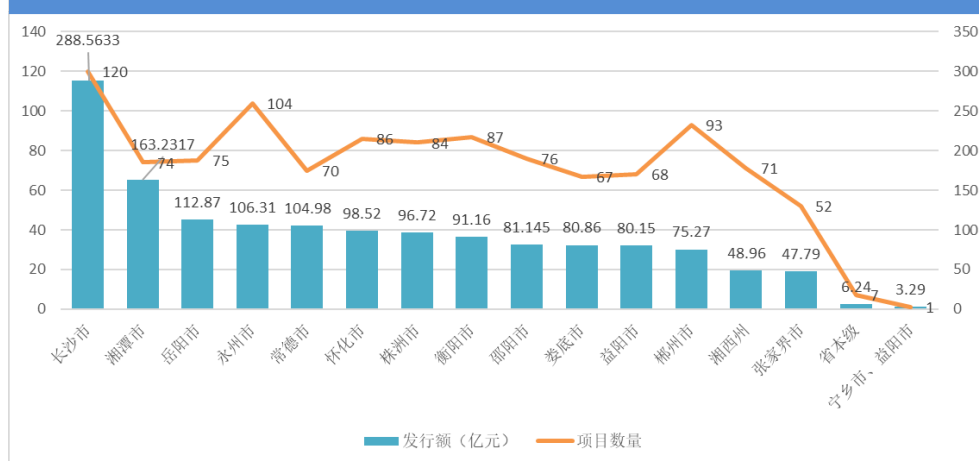
图8-2：2021年新增专项债发行品种占比



（二）区域类比：长沙市一枝独秀，占据全省近五分之一份额

从发行区域来看，2022年湖南省地方政府新增专项债券在省本级和14市州成功发行1486亿元，其中长沙市发行最高，发行288.5633亿元，发行规模占全省发行规模的19.42%，其次是湘潭市发行163.2317亿元、岳阳市发行112.87亿元。

图6：2022年各区域新增专项债发行规模、项目数量对比



从行政层级来看，除长沙县发行额高于长沙市本级外，其余市州市本级均远远高于其他县市区。

图7：省本级及各市州发行额一览表

区域	发行额	区域	发行额	区域	发行额	区域	发行额	区域	发行额
省本级	2975795	岳阳市	1128700	郴州市	752700	怀化市	985200	邵阳市	811450
长沙市	2885633	市本级	435800	市本级	140000	市本级	424600	市本级	319000
市本级	626200	临湘市	202600	北湖区	117700	溆浦县	81200	邵东市	84800
长沙县	805573	汨罗市	140400	永兴县	78100	沅陵县	74100	洞口县	69800
望城区	476860	平江县	109000	宜章县	74500	洪江市	64900	新邵县	58100
浏阳市	436300	岳阳县	68700	桂阳县	72200	麻阳县	45400	武冈市	57900
宁乡市	269100	华容县	62000	安仁县	53600	会同县	44200	新宁县	49600
芙蓉区	51800	湘阴县	41100	资兴市	50000	辰溪县	43400	隆回县	40900
开福区	70600	岳阳楼区	34100	嘉禾县	48300	芷江县	41800	绥宁县	40700
天心区	29600	君山区	19500	临武县	45000	新晃县	41100	邵阳县	27150
雨花区	65600	云溪区	15500	苏仙区	28500	靖州县	37400	城步苗族自治县	27100
岳麓区	54000	益阳市	801500	桂东县	23600	通道县	36200	北塔区	17300
株洲市	967200	市本级	316600	汝城县	15300	中方县	29500	双清区	12000
市本级	343700	安化县	103600	绥宁县	5900	鹤城区	18900	大祥区	7100
茶陵县	94800	赫山区	97700	永州市	1063100	保靖县	1500	娄底市	808600
石峰区	91300	桃江县	93700	市本级	338600	凤凰县	1000	市本级	331600
醴陵市	89200	沅江市	74500	宁远县	128700	湘西州	489600	娄星区	180000
天元区	66000	资阳区	51900	道县	96800	湘西州本级	137100	新化县	130600
芦淞区	64300	南县	51700	祁阳市	83600	吉首市	65700	涟源市	80500
荷塘区	63800	宁乡市、益阳市本级	32900	东安县	64600	保靖县	52900	双峰县	70800
攸县	58700	大通湖区	11800	零陵区	62800	龙山县	50500	冷水江市	15100
渌口区	58500	常德	1049800	蓝山县	60600	永顺县	43200	衡阳市	911600
炎陵县	36900	市本级	327800	江华瑶族自治县	59400	花垣县	37100	市本级	469900
湘潭市	1632317	桃源县	181500	冷水滩区	53400	凤凰县	35400	衡南县	79900
市本级	1425217	澧县	112800	新田县	40600	古丈县	27400	衡阳县	64000
湘潭县	70600	鼎城区	76600	双牌县	38900	泸溪县	21400	祁东县	62700
韶山市	42700	石门县	75400	江永县	30200	泸溪县	16100	衡东县	56800
湘乡市	31600	汉寿县	70800	金洞管理区	4900	凤凰县	2800	耒阳市	44100
雨湖区	36200	津市市	54100			张家界市	477900	常宁市	38600
岳塘区	26000	武陵区	43400			市本级	266900	衡山县	37200
		临澧县	40900			慈利县	75500	南岳区	18100
		安乡县	40600			永定区	67100	蒸湘区	13800
		西洞庭管理区	10000			桑植县	60600	珠晖区	11000
		西湖管理区	9100			武陵源区	7800	雁峰区	9000
		安乡区	6800					石鼓区	6500

（三）资金投向类比：产业园区配套建设、卫生健康、城镇老旧小区改造排名前三

2022 年湖南省地方政府新增专项债券共发行 918 个公益性项目，重点投向产业园区配套建设、卫生健康、城镇老旧小区改造、城市停车场、教育等 24 个领域，新增新能源、新型基础设施领域。

表 1：投向领域、项目数量及发行额

投向领域	项目数量	发行金额（亿元）
产业园区基础设施	291	709.428
卫生健康	126	121.0609
城镇老旧小区改造	83	91.6057
城市停车场	70	74.3458
教育（学前教育和职业教育）	61	50.5495
供水	54	65.2217
文化旅游	46	67.18
城镇污水垃圾处理	50	56.1186
其他社会事业	26	16.1
城乡冷链等物流基础设施	24	34.1
棚户区改造	22	32.2
水利	20	16.63
铁路	9	42.1098
农业	9	19.99
收费公路	6	35
保障性租赁住房	5	5.82
养老	6	2.35
地下管廊	2	4.57
水运	2	3.02
城市轨道交通	2	12.9
公共租赁住房	1	0.2
机场（不含通用机场）	1	22.4
林业	1	0.6
天然气管网和储气设施	1	2.5

2022 年安排专项债资金 10 亿元及以上的项目 12 个，体现了集中债券资金办大事，加大了对中央和省委省政府部署的重要政策、重点区域的支持力度，如长株潭三地都市圈建设、湖南自贸区建设。

表 2：使用 2022 年专项债券 10 亿元以上的重点项目

序号	市州	县市区	投向领域	本期安排专项债10亿元以上的重点项目	项目金额 (亿元)
1	长沙市	长沙县	园区建设	中国（湖南）自由贸易试验区黄花国际贸易港智慧物流二期建设项目	30
2	长沙市	市本级	交通基础设施建设	长沙机场改扩建项目	22.4
3	常德市	市本级	交通基础设施建设	常益长铁路常德站及配套基础设施建设项目	21
4	益阳市	市本级	园区建设	益阳国家级高新区通信装备及零部件研发生产基地项目（一期）	15
5	岳阳市	市本级	园区建设	岳阳临港高新技术产业开发区新一代数字信息技术产业园基础设施期项目	14.6
6	湘潭市	市本级	园区建设	湘潭经济技术开发区智能装备制造产业孵化基地建设项目	12.73
7	株洲市	市本级	园区建设	株洲高新技术产业园区配套设施项目	11.97
8	怀化市	市本级	园区建设	怀化市省级经济开发区承接产业转移标准化厂房及配套设施项目二期	11
9	怀化市	市本级	交通基础设施建设	靖州至黎平（湘黔界）公路项目	10
10	岳阳市	临湘市	园区建设	临湘工业园沿江化工企业退出和转型升级发展项目	10
11	长沙市	市本级	交通基础设施建设	长沙市轨道交通1号线北延线一期工程	10
12	长沙市	娄星区	园区建设	娄星产业开发区涟钢周边环境综合整治区域基础设施建设项目	10

（四）专项债用作资本金同比：项目数量、投向领域较 2021 年有所减少

在政策持续强调发挥专项债“四两拨千斤”作用、加强金融机构配套融资支持、带动扩大有效投资的要求下，2022 年专项债用作项目资本金的项目 5 个（市本级 4 个，县市区 1 个），用作资本金数额 13.4332 亿元，资金投向领域集中在收费公路和水利。2021 年专项债用作项目资本金的项目 9 个（市本级 7 个，县市区 2 个），用作资本金数额 24.13 亿元。同比 2021 年项目数量和用作资本金数额均有所减少。

从投向领域来看，2022 年专项债用作项目资本金的项目集中收费公路和水利。2021 年专项债用作项目资本金的项目集中在城镇污水垃圾处理、供水、城市轨道交通、城市停车场、铁路、机场。同比 2021 年，投向领域有所减少。

表 3：2022 年湖南省地方政府专项债用作项目资本金的项目

序号	市州	县市区	项目名称	发行金额 (亿元)	总投资金额 (亿元)	用作资本金 金额 (亿元)	市场化融资金 额 (亿元)
1	怀化市	市本级	靖州至黎平（湘黔界）公路项目	10.0000	56.4911	1.6317	
2	宁乡市、益阳市	市本级	宁乡至韶山项目	3.2900	47.3142	3.29	
3	永州市	市本级	湖南省涇天河水库扩建工程灌区项目	2.0000	40.1831	1	2.00
4	衡阳市	市本级	祁东归阳至常宁蓬塘项目	7.0000	33.2780	6.0415	
5	长沙市	长沙县	江背至干杉公路项目	1.4700	21.5090	1.47	

表 4：2021 年湖南省地方政府专项债用作项目资本金的项目

序号	辖区	项目名称	项目总投资 (亿元)	发行金额 (亿元)	用作资本金数额 (亿元)	项目市场化融 资金额
1	长沙市本 级	长沙市新开铺污水处理厂二期改扩建工程	4.11	1.00	1.00	
2	长沙市本 级	长沙市花桥污水处理厂改扩建工程(三期)	11.57	0.50	0.50	
3	长沙市本 级	长沙磁浮东延线接入T3航站楼工程项目	27.87	5.30	5.30	13.69
4	长沙市本 级	长沙城市智慧公交停车设施项目	8.17	2.00	2.00	
5	永州市市 本级	永州市冷水滩河东污水处理厂及配套工程 (一期)	4.25	2.00	1.00	
6	常德市本 级	常德市高铁枢纽站站前南北广场建设项目	18.30	6.53	1.83	
7	长沙市本 级	长沙市第二水厂扩建工程	11.15	2.00	2.00	0.59
8	长沙县	长沙县城乡供水一体化项目	5.88	0.50	0.50	
9	长沙县	长沙机场改扩建项目	429.67	10.00	10.00	114.84

（五）市场化配套融资同比：项目数量和金额减少，区域更为集中

《国务院关于印发扎实稳住经济一揽子政策措施的通知》（国发〔2022〕12号）强调，在依法合规、风险可控的前提下，财政部会同人民银行、银保监会引导商业银行对符合条件的专项债券项目建设主体提供配套融资支持，做好信贷资金和专项债资金的有效衔接。

中国债券信息网披露数据显示，2022年市场化融资参与专项债项目24个，市场化配套融资金额446.6961亿元，配套比例平均27.78%，且基本上集中在长沙市，较之2021年项目数量和金额都有所减少，区域更为集中，反映了2022年长沙市以外的其他地市项目市场化融资难度更大。

2022年市场化配套融资项目资金投向领域集中在园区建设、城乡冷链等物流基础设施、城市轨道交通、城镇老旧小区改造、机场、水利等领域。配套比例园区建设平均27.91%，其中宁乡市现代农业三产融合示范区项目配套比例最高达53%，交通基础设施建设平均28.83%，其中长沙市轨道交通1号线北延线一期工程配套比例最高达43.63%，城乡冷链等物流基础设施平均35.3%，其中长沙（金霞）物流枢纽建设（二期）项目配套比例最高达40.85%。

表 5：2022 年专项债市场化配套融资投向领域、配套比例

区域	项目数量	项目总投资金额	发行金额	项目市场化融资金额	市场化融资配套比例
长沙市	22	1560.960251	91.32	444.0211	28.45%
产业园区基础设施	17	1023.679724	56.06	286.92	28.03%
城市轨道交通	1	61.109164	10	26.6645	43.63%
城乡冷链等物流基础设施	2	43.433212	2	15.33	35.30%
城镇老旧小区改造	1	3.064951	0.86	0.27	8.81%
机场（不含通用机场）	1	429.6732	22.4	114.8366	26.73%
株洲市	1	6.734449	2.8	0.675	10.02%
产业园区基础设施	1	6.734449	2.8	0.675	10.02%
永州市	1	40.1831	2	2	4.98%
水利	1	40.1831	2	2	4.98%
总计	24	1607.8778	96.12	446.6961	27.78%

表 6：2021 年专项债市场化配套融资投向领域、配套比例

区域	项目数量	项目总投资金额	发行金额	项目市场化融 资金额	市场化融资配套比 例
长沙市	22	1550.364828	113.52	454.866854	 29.34%
产业园区基础设施	14	437.637048	41.54	158.08	 36.12%
城市轨道交通	1	27.868459	5.3	13.688459	 49.12%
城乡冷链等物流基础设施	1	12.340494	3	2.47	 20.02%
供水	1	11.151408	2	0.585695	 5.25%
机场（不含通用机场）	4	987.311464	55.08	260.3152	 26.37%
水运	1	68.80858	3	21.5275	 31.29%
文化旅游	1	11.503914	4.5	1.2	 10.43%
娄底市	2	73.5968	11.35	7	 9.51%
产业园区基础设施	2	73.5968	11.35	7	 9.51%
永州市	2	80.3662	4	4	 4.98%
水利	2	80.3662	4	4	 4.98%
岳阳市	1	25.080986	1	17	 67.78%
产业园区基础设施	1	25.080986	1	17	 67.78%
株洲市	1	6.734449	1.19	0.675	 10.02%
产业园区基础设施	1	6.734449	1.19	0.675	 10.02%
总计	29	1742.399802	131.96	486.541854	 27.92%

三、2023 年新增专项债预测及展望

2022 年 12 月 16 日，中央经济工作会议强调突出做好“三稳”工作，“积极的财政政策要加力提效”。2023 年 1 月 4 日财政部部长刘昆接受采访时表示，2023 年将合理安排地方政府专项债券规模，适度扩大专项债券资金投向领域和用作资本金范围，持续形成实物工作量和投资拉动力，推动经济运行整体好转。专项债投向领域和用作资本金范围扩大，有利于扩充适用于专项债的项目数量。但是积极的财政政策要“提效”，对项目要求也更加精准，这就要求各地方政府必须坚持“资金跟着项目走”，进一步提升项目储备质量及数量，加快合格项目储备，推动项目尽快形成实物工作量。同时，在稳增长压力下，专项债仍将保持较快的发行节奏，各地方政府要用好用足专项债，提升资金使用效率，避免后续用途调整常态化。

2022 年年底湖南省财政厅发布《2023 年一季度湖南省地方政府债券发行安排表》明确一季度拟发 500 亿元，额度上不及 2022 年发行计划 643 亿元，与 2022 年一季度实际发行 459.943 亿元基本持平。2023 年第一批专项债预计在春节后即将开启，各地方政府可提前做好项目储备，尤其是重点项目要积极做好项目谋划、备好申报材料，为争取专项债券成功发行做好准备。

注：报告数据来源于中国债券信息网、2023 年湖南省级预算报告。

政府经济

从国家发改委通报典型案例看市场准入负面清单制度

◆文 / 李洁

2021年11月以来，国家发展改革委会同有关行业主管部门和第三方机构共同对全国违背市场准入负面清单情况进行归集排查，建立违背市场准入负面清单案例归集和定期通报制度，截至目前国家发展改革委已公开通报4批共65个违背市场准入负面清单典型案例。本文将结合通报案例情况，浅谈市场准入负面清单制度的关注重点。

一、市场准入负面清单及案例归集和通报制度

全面实施市场准入负面清单制度是党中央为加快完善社会主义市场经济体制作出的重大决策部署，意味着我国在市场准入领域确立了统一公平的规则体系，清单之外的行业、领域、业务等，各类市场主体皆可依法平等自主选择是否进入。2015年10月，国务院印发《关于实行市场准入负面清单制度的意见》，将负面清单概念从对外投资协定谈判引入到国内经济治理，按照先行先试、逐步推开的原则，实行市场准入负面清单制度。2018年国家发展改革委、商务部印发《市场准入负面清单（2018年版）》，正式在全国全面实施

该项制度。此后，清单持续修订，实行“全国一张清单”，市场准入制度体系逐步成熟完善。目前最新的文件是《市场准入负面清单（2022年版）》，列有禁止准入事项6项，许可准入事项111项，共计117项。

2021年11月，国家发展改革委发布通知建立违背市场准入负面清单案例归集和定期通报制度：国家发展改革委会同有关部门和第三方机构通过地方上报、公开媒体搜集、开展效能评估等方式，多渠道发现案例线索，按照“一案一核查、一案一通报”原则，对违背市场准入负面清单情况进行归集排查，按季度通报典型案例，并将有关情况纳入全国城市信用状况动态监测，在国家发展改革委门户网站和“信用中国”网站向社会公布。

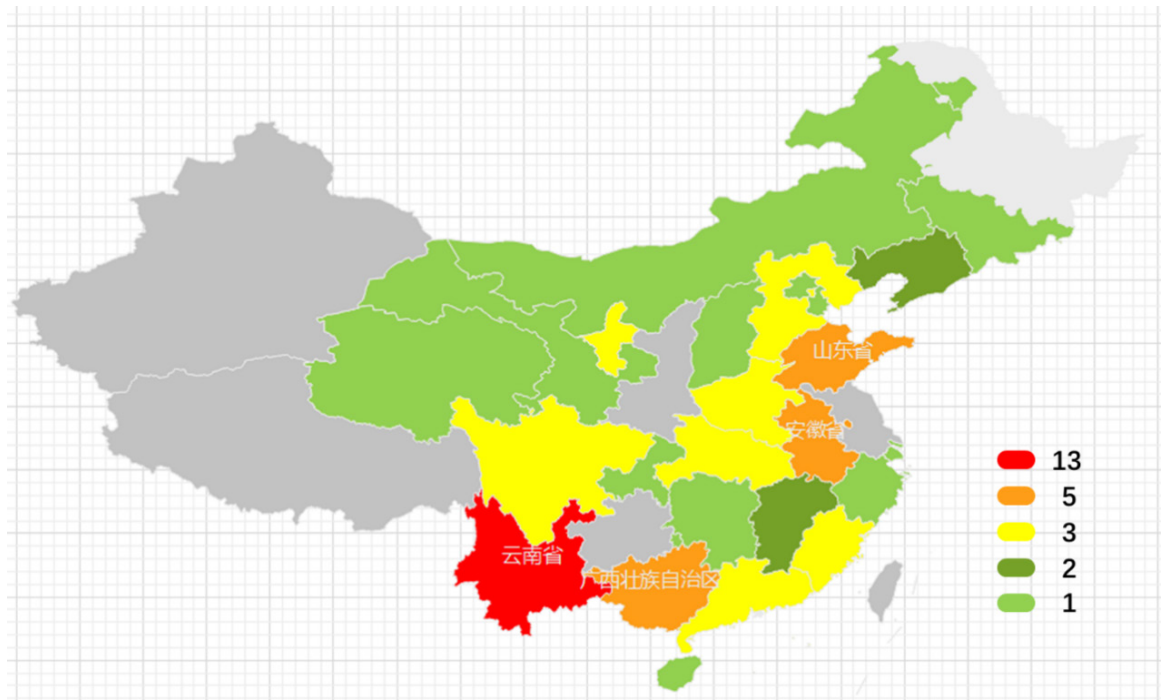
二、典型案例通报情况

截至2022年11月，国家发改委已经发布4期通报共65个案例，分别是：

序号	文件名称	时间	案例数量（单位：个）
1	《国家发展改革委关于建立违背市场准入负面清单案例归集和通报制度的通知》（发改体改〔2021〕1670号）	2021/11/19	18
2	《国家发展改革委办公厅关于2021年第四季度违背市场准入负面清单典型案例的通报》（发改办体改〔2022〕400号）	2022/4/29	18
3	《国家发展改革委办公厅关于2022年第一季度违背市场准入负面清单典型案例的通报》（发改办体改〔2022〕669号）	2022/7/26	6
4	《国家发展改革委办公厅关于违背市场准入负面清单典型案例（第四批）的通报》（发改办体改〔2022〕907号）	2022/10/28	23

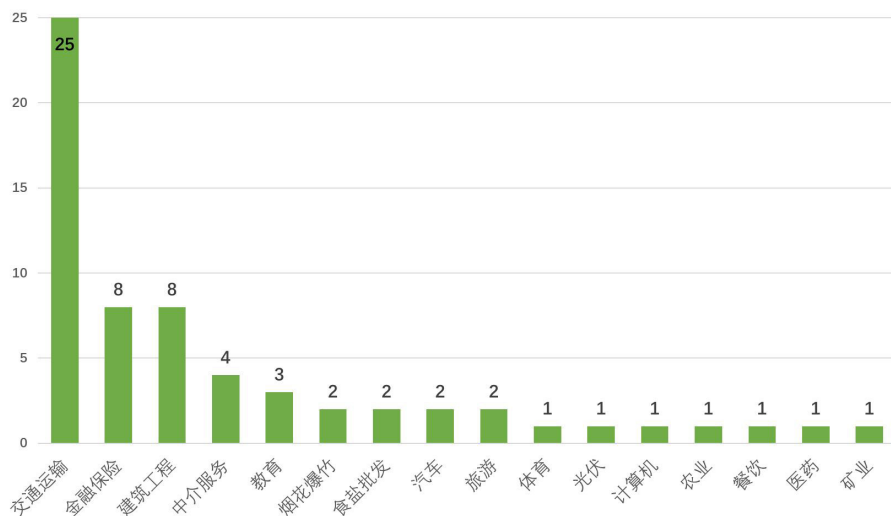
三、典型案例数据分析

（一）典型案例地域分布



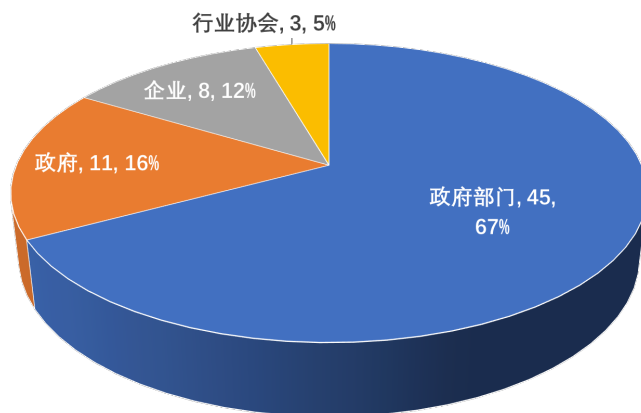
从通报的典型案例发生省份来看，西藏自治区、新疆维吾尔自治区、黑龙江省、江苏省、贵州省未发生通报案例。云南省为最，共13个案例，其中第1批通报2个案例，第4批通报11个案例（10个案例涉及共享单车特许经营）。其次为山东省、广西壮族自治区和安徽省，分别为5个案例。宁夏回族自治区、湖北省、福建省、广东省、四川省、河北省、河南省均为3个案例，辽宁省、江西省均为2个案例，其他省份、区及直辖市为1个案例。

（二）典型案例领域分布



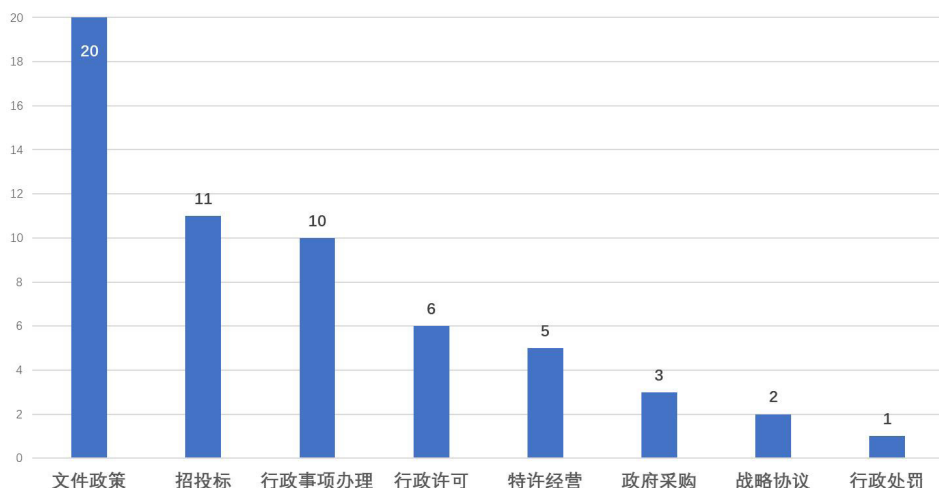
通报的四批案例中，交通运输领域属于高发领域，共 25 个案例，其中涉及共享单车特许经营的就有 15 个案例，其次为渣土车、货车等行业；金融保险、建筑工程、中介服务也属于易发领域。根据通报案例可知，国家不仅重视排查清理建筑工程等传统行业领域的市场准入壁垒，也在关注新兴行业领域带来的一系列市场垄断和不公平竞争问题，以便保障动态调整后的市场准入管理体系能更加符合当前经济社会发展的需要，更加契合诸多市场主体的需求，进一步规范相关行业的准入秩序。

（三）典型案例行为主体分布



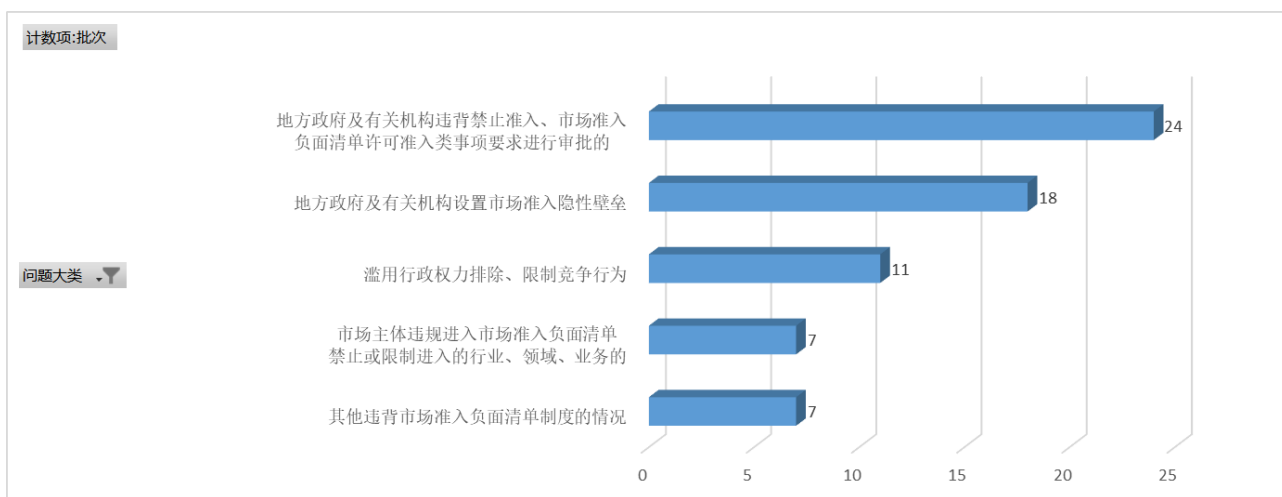
纳入违背市场准入负面清单案例涉及的行为主体，主要包括政府及政府部门、企业和行业协会。在通报的案例中，政府及政府部门是涉嫌违背市场准入负面清单制度的主要违规主体，占总数的 83%，是国家监管的重点关注范围，值得各地政府提高警惕。

（四）典型案例行政行为分布



通报案例中涉及政府及政府部门行政行为的案例共 56 个，行政行为类型主要包括文件政策、招投标、行政事项办理、行政许可、特许经营、政府采购、战略协议和行政处罚。其中，文件政策数量最多，高达 20 个，比例达 35.7%。故各地政府及政府部门在制定出台文件政策时应时刻警惕，避免制造带有市场准入限制的显性和隐性壁垒。

（五）典型案例问题分布



纳入违背市场准入负面清单案例通报的，主要包括以下几类情况：

1、地方政府及有关机构违背市场准入负面清单禁止准入类或许可准入类事项要求进行审批的情况。如违规增设行政许可、以特许经营等方式变相限制市场准入、强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构等。如第四期通报的 23 个案例中有 15 起案例涉及共享单车特许经营，通报案例中各地对共享（电）单车的违规监管行为具体表现为：越权设定特许经营权，变相设置行政许可；指定国企独家经营，强制收取管理服务费；设置不合理准入门槛，强制外地企业在本地注册等。

从这些案例中可以看出：一是特许经营权拍卖成为地方政府增加收入的一个手段，逐渐成为普

遍现象，这些通报案例的发布将极大影响当前地方政府特许经营项目的推行；二是上述问题的产生反映了部分政府及部门对反垄断法律法规、市场准入负面清单制度的理解不够透彻。《中华人民共和国反垄断法》第十条规定：“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争。”党的十八届三中全会明确提出：“实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。”2022年3月12日发布的《市场准入负面清单（2022年版）》再次强调“对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等，各类市场主体皆可依法平等进入。”由此可以看出，拍卖共享单车特许经营权、设置不合理准入门槛等行为都涉嫌违反相关法律法规和中央文件规定。严格执行市场准入负面清单制度，认真落实公平竞争审查制度，不断打造良好营商环境，才是地方政府不断吸引民间投资、发展市场经济、助力建设全国统一大市场的应走之路。

2、市场主体违规进入市场准入负面清单禁止或限制进入的行业、领域、业务的情况。在已通报案例中，此类问题多表现为市场主体违规开展金融相关经营活动。市场准入负面清单限定非金融机构、不从事金融活动的企业，在注册名称和经营范围中不得使用“银行”“保险”“证券公司”“基金管理公司”“信托公司”“金融控股”“征信”“交易中心”“交易所”等与金融相关的字样，某些地方出现执行不力的情况。另外某省发现某银行有关负责人未经任职资格核准实际履行职责等情况，国有金融企业的主要负责人委任应关注此类规定。

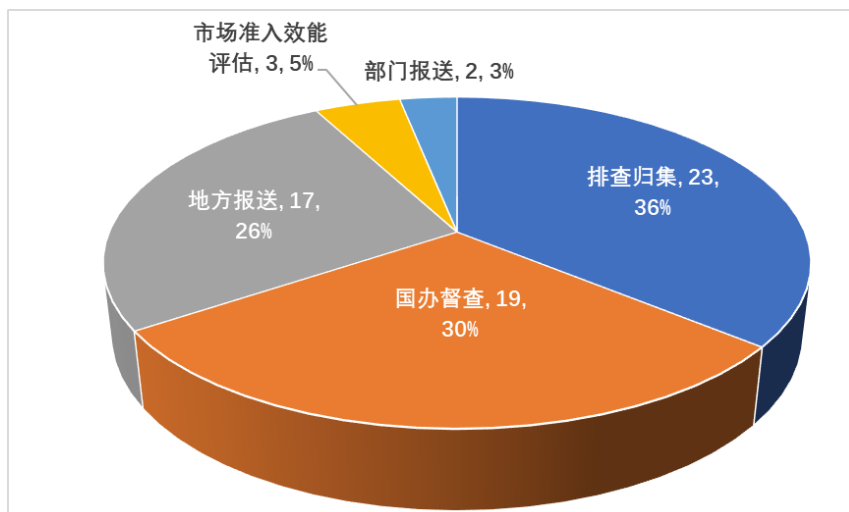
3、地方政府及有关机构设置市场准入隐性壁垒的情况。如国家层面已放开但地方仍在审批、另设市场准入限制性条件、行政审批互为前置等。如某些地方有关部门办理车辆行政许可事项中变相增设安装设备、限制行驶路线等市场准入条件；有关部门变相要求企业在当地设立分（子）公司；

某地以治理大气污染为名，变相增设餐饮业个体工商户营业执照申领条件；某地部分市县采取以罚代管、选择性执法等方式，排斥限制打压外埠食盐批发企业进入当地市场；某地有关部门增设烟花爆竹零售许可前置条件等。

4、滥用行政权力排除、限制竞争的情况。如以行政手段干预市场准入、违规限制外地经营者参与本地招投标活动、设立名录库、行政垄断、委托第三方企业实施行政许可、企业借机乱收费等。如某些地区有关部门指定独家或者“五选一”等方式违规设置采购市场准入限制；某地住建部门以行政手段招标成立安责险承保机构共保体，干预施工安全责任险市场准入，限定购买特定经营者提供的服务；某地有关部门违规将电动自行车登记许可职责委托给当地保险公司导致出现强制保险、乱收费等情况；某地有关部门设立招标代理“名录库”，有违反市场主体平等准入嫌疑；某地有关部门要求市属国企与本地国企阳光采购服务平台对接，并要求“同等条件下优先选用市属国企系统内企业作为供应商”，涉嫌行政干预企业招投标自主权和企业自主经营权。

5、其他违背市场准入负面清单制度的情况。如行政事项审批不便捷、审批标准不明确、行业协会乱收费、行业垄断等。如某地有关部门不动产登记办件超时严重，疑似在市场准入环节滥用权力寻租牟利；某省有关部门在工程建设项目设计方案审查、施工图审查等环节，为规避市场准入审批时限要求，将部分环节改为线下审查；某市有关部门增设的“档案号牌”“备案合格证”等由当地市自卸车协会发放，市自卸车协会借此向泥头车运输企业及驾驶员违规收费，强制泥头车运输企业入会并收取会费；某市预拌混凝土协会及会员企业因通过垄断协议实施垄断行为，被依法予以处罚。

（六）典型案例来源分布



从通报案例载明以及笔者根据材料分析总结的案例来源来看，36%的案例来源于排查归集，即由各省发展改革部门牵头，对违背市场准入负面清单有关规定的情况进行定期排查，排查结果报送国家发展改革委汇总；30%的案例来源于国务院督查及暗访；26%的案例来源于地方报送；5%的案例来源于市场准入效能评估，这是依托市场准入效能评估平台，通过系统梳理排查，并对可能存在的相关风险进行预研预判，发现线索；最后3%的案例是来源于部门报送，即中央和国家机关各有关部门根据市场准入负面清单中所涉及的事项，对违背市场准入负面清单有关规定的案例进行定期排查，将排查结果报送国家发展改革委汇总。

各地主要排查以下情况：

- (1) 国家层面已经放开但地方仍在审批的许可事项；
- (2) 对于已经放开行政审批的行业领域，通过行政手段干预造成行业垄断，导致其他市场主体难以公平进入的；
- (3) 对于部分风险性较高，监管难度大的行业领域，有关主管部门长时间无故不予审批的；
- (4) 为了保护本地企业发展，以行政手段干预设置准入门槛限制外地企业公平进入的；
- (5) 行政审批互为前提或同类事项跨区域重复审批的；
- (6) 部分承诺制审批事项缺乏公开透明的核准标准和审批要求，导致市场主体难以进入的；
- (7) 在市场准入负面清单之外违规另设市场准入限制条件的；
- (8) 与国家发展改革委已公开通报的65个典型案例类似或其他违背市场准入负面清单制度的情况。

四、政府及其部门如何防范违规风险

一是提高思想认识，加强相关制度学习。各地政府及相关部门应提高思想认识，积极学习《反垄断法》、市场准入负面清单制度、公平竞争审查制度及优化营商环境等有关文件及精神，认真学

习有关经验做法，密切关注通报案例类似情况，不断提升依法行政意识水平，有条件的地区及部门可定期举办专题培训和学习考核，提高依法行政能力。

二是合法出台规范性文件。从前文数据分析可知，规范性文件的制定属于违背市场准入负面清单问题的“重灾区”，文件制定、执行部门涵盖发改、市场监管、财政、住建、自然资源、城管、交通运输、应急管理、金融监管、教育、卫生健康、文旅、农业农村、生态环境、工业和信息化、人社等多部门。通报案例的处理情况中也反映了合法性审查制度未严格落实、征求意见程序不规范等问题。严格落实规范性文件合法性审查工作是全面推进法治政府建设，能从源头上预防和化解政府行政决策法律风险的有效“检测器”。故，各级政府、部门提升法治审查力量和能力尤为重要，邀请政府法律顾问协助审查，能极大程度地预防规避法律风险隐患。同时，文件起草过程中也要注重依法充分征求相关主体意见建议，提高公众参与程度和信息透明度。

*《国务院办公厅关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》（国办发〔2018〕115号）全面推行规范性文件合法性审核机制，强调凡涉及公民、法人和其他组织权利义务的规范性文件，均要纳入合法性审核范围。《国务院办公厅关于在制定行政法规规章行政规范性文件过程中充分听取企业和行业协会商会意见的通知》明确：对企业切身利益或者权利义务有重大影响的，要通过多种方式充分听取有代表性的企业和行业协会商会以及律师协会的意见，除依法需要保密的外，要通过网络、报纸等媒体向社会公开征求意见，要保证公开征求意见的期限，杜绝走形式、走过场。

三是扎实开展公平竞争审查。通报案例中有12个案例的处理情况整改措施中提到了公平竞争审查制度，但是另一方面也反映了政府及部门在

实践中存在公平竞争审查不严、不准的问题。公平竞争审查制度是党中央、国务院深化经济体制改革的重要决策部署。公平竞争审查的上位依据主要有《中华人民共和国反垄断法》《公平竞争审查制度实施细则》等，《实施细则》更是明确了公平竞争审查四大类、18项禁止性审查标准，违反这些标准的政策措施，原则上不得出台。因此，政府及政府部门在政策措施出台前要严格把好公平竞争审查关，同时可构建对已出台政策措施的定期评估、动态清理的长效工作机制，坚决防止和纠正滥用行政权力排除、限制市场竞争行为。

四是规范行政执法行为，建立实时排查制度。通报案例中有17个案例涉及行政许可、行政事项办理和行政处罚，问题集中在选择性执法、行政事项委外、违规设置前置条件、互为审批、审批标准和要求不明确等问题。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》和《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》对全面推行行政执法公示制度、执法全过程记录制度、重大执法决定法制审核制度（以下统称“行政执法三项制度”）作出了具体部署、提出了明确要求。行政机关应贯彻落实好行政执法三项制度，完善执法程序、创新执法方式、加强执法监督，防止选择性执法、类案不同罚、逐利执法等减损市场主体合法权益，破坏营商环境的问题。相关主管部门也要及时规范行业协会商会的行为，避免产生行业内隐形壁垒，限制市场主体公平竞争。同时，各地应建立实时排查制度，定期全面开展市场准入壁垒排查清理工作，及时制止违背市场准入负面清单制度的情况发生，并针对相关情况及时总结经验、吸取教训，避免重蹈覆辙。

五是探索推广市场准入效能评估制度。各地可建设各级市场准入效能评估平台，争取涵盖准入规范管理、准入效能提升、案例归集通报等全过程，科学构建评估指标体系，持续探索创新市场准入效能评估方式和结果应用，不断总结先进经验做法，促进市场准入效能全面提升。另外，

各地可进一步健全完善与市场准入负面清单制度相适应的准入机制、审批机制、社会信用体系和激励惩戒机制、商事登记制度等，系统集成、协同高效地推进当地市场准入制度改革工作。

六是畅通投诉举报渠道。相关部门间应做好协调衔接工作，充分畅通现有投诉举报渠道，结合科技发展水平积极探索新的渠道方式，扩大线索征集范围，规范投诉举报处理程序，明确受理监管主体及责任，强化执行整改力度，及时将处理进度和结果告知投诉人，不断健全完善投诉举报处理工作机制。

七是强化反垄断宣传。面向市场主体、行业协会商会等，各地政府及部门可主动开展公平竞争法律制度和政策及典型案例的宣传，不断创新普法方式，扩大普法范围，强化市场主体合规经营、公平竞争意识，引导全社会形成崇尚追求、主动保护和积极促进公平竞争的营商环境。

五、市场主体如何维权

一是积极表达需求建议。各类市场主体可结合自身实际需求，积极参与政府及相关部门组织的有关政策措施社会征求意见活动，积极建言献策，反映自身需求和建议。

二是充分利用现有投诉举报渠道。如发现有违背市场准入负面清单制度的行为，可通过发改部门公布的投诉举报方式进行投诉举报；如发现妨碍统一市场和公平竞争的行政行为，市场主体可以充分利用现有投诉举报渠道如12345平台等，向政策制定机关或主管部门反映，或者向政策制定机关或主管部门的上级机关以及本级及以上市场监督管理部门进行投诉举报。

三是依法申请行政复议、提起行政诉讼。如发现存在严重损害自身合法权益的行政行为，市场主体可依法向有关机关申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。

四是依法提起民事诉讼。如发现其他市场主体存在不正当竞争和垄断等行为并危害自身合法权益的，市场主体可对不正当竞争行为以及行为造成的损失进行证据固定，再依法向人民法院提起民事诉讼，要求其承担相应民事责任。

附件：典型案例汇总清单

批次	序号	案例名称	案件来源	地域
第 1 批	1	广东省深圳市有关部门和单位对砂石渣土运输涉嫌违法设置准入条件增设行政许可和深圳市建设工程运输车辆协会违规收费搞行业垄断等问题	国办督查	广东
第 1 批	2	安徽省怀远县变相要求企业在当地设立分（子）公司	国办督查	安徽
第 1 批	3	福建省漳州市诏安县违规设置市场准入门槛	地方市场监管局	福建
第 1 批	4	广东省普宁市教育局违规设置校服采购市场准入门槛	地方市场监管局	广东
第 1 批	5	福建省仙游县工业和信息化局以区域差异为由设市场准入壁垒	地方市场监管局	福建
第 1 批	6	云南省落实市场准入效能评估试点工作，及时发现地方政府变相前置审批设市场准入壁垒	省发改委	云南
第 1 批	7	甘肃省三地区违规设市场准入壁垒	/	甘肃
第 1 批	8	河北省邯郸市永年区以治理大气污染为名，变相增设餐饮业个体工商户营业执照申领条件	国务院第八次督查	河北
第 1 批	9	河北省沧州市城市管理综合行政执法局滥用行政权力排除、限制竞争行为	地方市场监管局	河北
第 1 批	10	河南部分市县排斥、限制、打压外埠食盐批发企业进入当地市场	地方市场监管局	河南
第 1 批	11	上海市临港片区管委会设立招标代理“名录库”	国家发改委	上海
第 1 批	12	安徽省合肥汽车保险市场垄断销售	地方金融监督管理局	安徽
第 1 批	13	宁夏自治区石嘴山市安责险涉市场垄断	国务院第八次督查	宁夏
第 1 批	14	江西省丰城市预拌混凝土协会及其会员企业涉市场垄断	地方市场监管局	江西
第 1 批	15	河南省部分地方指定盐业批发企业供应未加碘盐	国办督查室暗访	河南
第 1 批	16	云南省根据反馈线索及时处理部分州市货运卡车“上路难”问题	市场准入效能评估	云南
第 1 批	17	福建省有关部门主动梳理排查审批数据，对可能存在的相关风险进行预研预判，发现采用告知承诺制审批的政务服务事项办件量少，疑似存在核准标准和审批要求不明确，审批不便捷的情况	市场准入效能评估	福建
第 1 批	18	四川省成都市交管部门违规增设行政许可和即时配送协会乱收费问题	国务院第八次督查	四川

第2批	1	河北省邢台市强制非道路移动机械安装在线监测设备和尾气后处理装置，变相增设市场准入条件	国务院第八次督查	河北
第2批	2	四川省成都市运渣车安装车载诊断系统，变相增设运渣车市场准入条件	国务院第八次督查	四川
第2批	3	内蒙古乌兰察布不动产登记办件超时严重，疑似在市场准入环节滥用权力寻租牟利	国务院第八次督查	内蒙古
第2批	4	吉林省有关部门违规设置行政许可等事项前置条件	国务院第八次督查	吉林
第2批	5	北京市密云区跨部门行政许可前置条件衔接不畅导致准入障碍	国务院第八次督查	北京
第2批	6	安徽省马鞍山市有关部门违规设置矿业权出让前置资格审查条件限制民营企业发展	国务院第八次督查	安徽
第2批	7	天津市有关部门违规增设许可准入条件	国务院第八次督查	天津
第2批	8	辽宁省沈阳市红线内公用事业施工相关许可证办理未纳入工程建设项目审批环节	国务院第八次督查	辽宁
第2批	9	辽宁省大连市为规避市场准入审批时限要求，将部分环节改为线下审查	国务院第八次督查	辽宁
第2批	10	山西省太原市车辆通行证办理违规增设准入条件	国务院第八次督查	山西
第2批	11	安徽省淮南市有关市场主体未经许可违规取得土地经营权	国务院第八次督查	安徽
第2批	12	江西省九江市濂溪区、湖口县公安交管部门违规将电动自行车登记许可职责委托给当地保险公司	国务院第八次督查	江西
第2批	13	海南省澄迈县公安交管部门违规将电动自行车登记许可职责委托给第三方企业	国务院第八次督查	海南
第2批	14	广东省广州市国资委通过行政手段干预招投标领域市场行为	省行业协会	广东
第2批	15	宁夏自治区发展改革委通过市场准入效能评估发现，相关市场主体疑似违背《市场准入负面清单（2020年版）》禁止准入类措施“禁止违规开展金融相关经营活动”的相关规定	市场准入效能评估	宁夏
第2批	16	广西来宾市主动排查发现相关市场主体疑似违背《市场准入负面清单（2020年版）》禁止准入类措施“禁止违规开展金融相关经营活动”的相关规定	主动排查	广西
第2批	17	银保监会会同安徽银保监局排查发现相关市场主体违规进入市场准入负面清单禁止或限制进入的行业、领域、业务	部门报送	安徽
第2批	18	银保监会会同青海银保监局排查发现相关市场主体违规进入市场准入负面清单禁止或限制进入的行业、领域、业务	部门报送	青海

第3批	1	湖北省黄冈市有关部门违规限制外地经营者参与本地招投标活动	排查归集	湖北
第3批	2	山东省菏泽市有关部门违规设置行政许可前置条件	排查归集	山东
第3批	3	湖北省随州市有关部门违规设置土地估价机构准入前置条件	排查归集	湖北
第3批	4	重庆市合川区有关部门违规设置教育采购市场准入限制	排查归集	重庆
第3批	5	广西壮族自治区柳州市相关市场主体违规进入负面清单禁止或限制进入的行业、领域、业务	地方报送	广西
第3批	6	四川省内江市相关市场主体违规进入负面清单禁止或限制进入的行业、领域、业务	地方报送	四川
第4批	1	云南省西双版纳州、丽江市文化和旅游部门因旅游市场净化整治,未按相关规定开展审批,影响当地旅行社准入经营	地方报送	云南
第4批	2	云南省昆明市呈贡区禁止特定企业以外的共享单车市场主体在本区运营	地方报送	云南
第4批	3	山东省滨州市城市管理局与共享单车企业签订独家战略合作协议,限制其他共享单车企业准入经营	地方报送	山东
第4批	4	山东省滨州市城市管理局设置不合理市场准入条件,限制小规模运输企业在本地开展建筑垃圾运输经营	地方报送	山东
第4批	5	河南省安阳市8家市场主体违背《市场准入负面清单(2022年版)》禁止准入类措施“禁止违规开展金融相关经营活动”的相关规定	地方报送	河南
第4批	6	湖南省张家界市以特许经营权公开拍卖方式限制共享单车企业准入	排查归集	湖南
第4批	7	山东省高密市综合行政执法局滥用行政权力排除共享单车企业准入经营	排查归集	山东
第4批	8	山东省滨州市惠民县综合行政执法局以签署战略合作协议的方式排除其他共享助力车企业准入经营	排查归集	山东
第4批	9	云南省昆明市城市管理局通过“招标+协议”的方式变相增设市场准入条件	排查归集	云南
第4批	10	云南省保山市变相增设共享单车市场准入条件	排查归集	云南
第4批	11	云南省瑞丽市住房和城乡建设局以特许经营权公开拍卖方式限制共享单车企业准入经营	排查归集	云南
第4批	12	云南省曲靖市城市综合管理局变相增设市场准入条件,限制共享单车企业准入经营	排查归集	云南
第4批	13	云南省宣威市住房和城乡建设局以招租采购方式变相设置市场准入条件,限制共享单车企业准入经营	排查归集	云南

第 4 批	14	云南省华宁县住房和城乡建设局变相增设市场准入条件，限制共享单车企业准入经营	排查归集	云南
第 4 批	15	云南省文山市违规转让特许经营权，变相增设市场准入条件限制共享电单车企业准入经营	排查归集	云南
第 4 批	16	云南省大理市变相转让特许经营权限制共享单车企业准入经营	排查归集	云南
第 4 批	17	广西壮族自治区钦州市以招标投标方式确定唯一助力车经营者，限制其他企业准入经营并违规收取车辆占道经营费	排查归集	广西
第 4 批	18	湖北省随州市曾都区城市管理执法局违规增设市场准入条件，限制共享单车企业准入经营	排查归集	湖北
第 4 批	19	广西壮族自治区玉林市博白县应急管理局违规限制烟花爆竹批发企业自由配送经营	排查归集	广西
第 4 批	20	广西壮族自治区河池市都安瑶族自治县卫生健康局违规限制除特定公司外其他医药公司准入经营	排查归集	广西
第 4 批	21	云南省昆明市某县人民政府办公室违规限制外地企业进入本地行政事业单位公务用车市场	排查归集	云南
第 4 批	22	浙江省海宁市住房和城乡建设局等单位以行政手段干预施工安全责任险市场准入，限定购买特定经营者提供的服务	排查归集	浙江
第 4 批	23	宁夏回族自治区银川市贺兰县住房和城乡建设局在辖区有线电视工程建设方面制造垄断经营	排查归集	宁夏

政府经济

如何做好转型期地方融资平台公司员工薪酬和绩效设计？

◆文／李晨

随着中央、省市融资平台公司转型政策及工作的持续推进，众多地方融资平台公司逐步从单纯的基础设施融资平台转型为集建设、投资、融资、运营为一体的大型集团化企业。当前，绝大多数融资平台公司正处于转型升级的关键节点，有序的人力资源管理将为公司迈向现代化企业提供强有力的支撑。本文将从地方融资平台公司薪酬和绩效体系设计实操案例出发，剖析地方融资平台公司人力资源管理中存在的问题，并提出操作要点和建议，为做好地方融资平台公司人力资源管理提供借鉴和参考。

一、融资平台公司人力资源管理现状及存在的问题

（一）缺乏规划，人员冗杂，供需失衡。

公司大多参照事业单位进行管理，往往存在编制员工、正式员工、劳务派遣员工、退休返聘、实习生、子公司借调等多种身份。公司在转型时，未进行整体和长期规划，也未及时了解内部人员岗位匹配性，仍根据各人员原所在部门及岗位配置人员，造成人岗不匹配、一岗多人、一人多岗、

母子公司人员混同等局面，也导致后续招聘缺乏指导性和可操作性。

（二）招聘随意，流于形式，人才匮乏。

公司在选人用人上难以把控“人情关、亲情关、面子关”，加之各类关系复杂，受地方政府和公司领导影响因素较大，招聘时因人设岗、未经公开招聘将临时工直接转正式工、面试时打分标准不一等现象严重，缺乏人力资源部门或人力资源部门形同虚设，往往以公司主要领导的意志作为依据，招聘人员达不到岗位要求，专业技术人才能力难以得到展示，或招聘后岗位无法适配也容易导致人才流失。

（三）培训欠缺，人才断层，运行不畅。

公司基本未建立内部培训制度和体系，对员工的培养方式仍停留在“传带帮”或“自我消化”的传统模式，公司老员工素质参差不齐，新员工难以获得成长，加之，受体制思维和就业环境影响，普通人员只增不减，难以优胜劣汰，人员晋升主要依托关系，缺乏内部沟通机制、专业技术人才、

市场竞争力等,导致公司难以开展人才梯队建设。

(四) 薪酬陈旧,平均主义,分配不公。

公司大多采用事业单位套改工资模式,导致员工薪酬标准基本持平,岗位重要性、业绩等对薪酬影响不大,而资历等成为影响晋升的主要因素,员工“干好干坏、干多干少、干与不干”区别不明显,难以得到晋升,工作积极性低,“大锅饭”、人浮于事现象较为严重。

(五) 考核滞后,目的单一,管理固化。

地方国企由于没有单独的国资机构进行管理,依靠财政局下属的国资股室往往很难对公司负责人进行系统考核和目标分解。而公司债务包袱重、融资压力大等现状导致公司负责人更多关注在化债、融资、项目建设等主要工作,缺乏对各部门及员工的管理和目标考核的重视,往往以年终述职的方式进行一次性考核打分。无论是否合格,也均会拿到相应金额的年终奖金,日常表现、个人业绩等很难通过年度述职予以反馈,导致绩效考核流于形式,无法有效约束和激励员工,更无法实现能上能下。

二、公司员工薪酬和绩效设计实操步骤及要点

(一) 调研诊断

在充分收集公司现有资料的基础上,与公司员工、中层、班子成员进行一对一调研或访谈,在访谈时充分了解公司人员的工作内容、分工、工作饱和度、存在问题、部门分工、预期目标等,为后续工作提供前期基础。

(二) 定岗定责

1、公司部门设置

(1) 与公司战略规划相匹配的部门设置。结合公司架构和布局,将资产运营管理、工程施工等部分职能逐步下沉至子公司,增设投资发展部、风险控制部等部门,强化党建、纪检的职能,充分将

党建、纪律监督、企业合规、运营发展有效结合。

(2) 将部门进行合理划分,区分管理类部门和业务类部门,管理类部门强调内部管理和制度建设,业务部门强调目标达成和项目运营等。

(3) 加强各部门的联动。充分梳理各部门涉及各事项的审批流程及表格,重新提出优化建议,增强各部门制度建设的职能职责,重点梳理存在重叠部分的职能,有效解决各部门之间分工不合理,分工重叠,互不配合等问题。

2、公司岗位设置

(1) 结合部门实际情况合理设置岗位。细化同一部门各岗位职责,以综合办公室为例,大多以办公室主任指令作为任务分配,导致办公室勤者事多,闲者更闲。在定岗时,应有效设置综合文秘、党建专员、后勤、文员等岗位和职数,细化各岗位职责,同时,合理区分不同部门类似岗位,如项目资料员、档案专员、融资项目资料专员等,便于后续各岗位的薪酬设置。

(2) 设置与岗位相匹配的任职资格和要求。从员工教育水平、工作经验、综合水平等多个维度进行有效区分,为员工竞聘提供依据。

3、开展岗位竞聘

(1) 确定竞聘范围,岗位竞聘应针对正式员工而非劳务派遣,而实践中经常存在通过竞聘将劳务派遣员工转正的做法,导致公司人员公开招聘形同虚设。因此,公司正式员工以有序的内部竞聘与外部公开招聘相结合的方式管理,更有利于公司人员管理和优化。

(2) 优化竞聘内容。通过制定切实可行的竞聘方案,对竞聘流程、竞聘具体要求、竞聘评分标准等予以明确。综合员工的自身条件、竞聘述职、结构化面试或笔试等制定详细的评分细则及表格,让公司班子成员对公司中层、关键员工岗、次关键员工岗、一般员工岗充分了解和评判,以竞聘

结果确定各员工岗位和岗位对应的薪酬等级。

（三）薪酬设计与绩效考核

1、薪酬设计

（1）突显关键岗位，以岗定薪和多岗级的薪酬结构设计合理拉开差距，充分对标公司负责人及当地其他国有企业或其他融资平台公司的薪酬标准合理确定各岗位薪酬浮动标准，通过合理设置岗位岗级拉开各岗位差距，同时，制定同岗位多岗级、人岗匹配定岗定薪标准等，以竞聘结果拉开同一岗位差距。

（2）优化薪酬结构，删除公司原薪酬发放时的各类特殊项，如岗位补贴、提标工资等，优化公司基本薪酬和绩效薪酬的构成，按业务部门和管理部门予以区分，突出绩效对业务部门的激励。同时，合理确定附加工资，尤其是在职业资格证和职称方面，实践中往往存在职称与职业资格证等同、不符合公司发展需要的证书仍可享受附加工资、证书与岗位不匹配、证书挂靠其他单位但在公司享受附加工资等现象。因此，通过重新拟定和区分职业职称资格证类别，结合在各县市融资平台公司服务经验确定符合公司需要的证书范围等，分门别类地设置附加工资。

2、绩效考核

（1）细化各部门考核指标，以年度目标责任状的方式分解到各季度。根据业务部门和管理部门的不同，编制各部门年度目标任务指标及评分表格，由业务部门层层分解至个人，压实任务落实责任，目标完成情况与绩效考核工资挂钩，改变以往按年度一次性考核和月度频繁考核的问题。

（2）将员工的定量和定性考核相结合，根据分解的目标任务，制定详细的评分要求，按照上级对下级的原则，将考核与员工日常考勤、任务完成情况、综合素质等因素挂钩，增加考核的客观性。

（3）适当给予绩效激励，激发员工的能动性，结合公司实际，在公司当前成本控制、投融资、化债等关键任务指标中设置绩效奖金来激励突出贡献人员，给予切实可行的绩效激励。

（4）加强负面清单管理，考核结果与薪酬挂钩。由于公司短期内难以真正淘汰不合格员工，因此增加部门和个人行为负面清单和一票否决考核机制，同时，合理划分考核结果等次和比例，控制各评价人评价各等次比例，解决当前公司普遍高分的现象，对于考核优秀人员可提升薪酬等级，但设置封顶，对于临近合格人员降低绩效，视情况采取培训或调岗等。

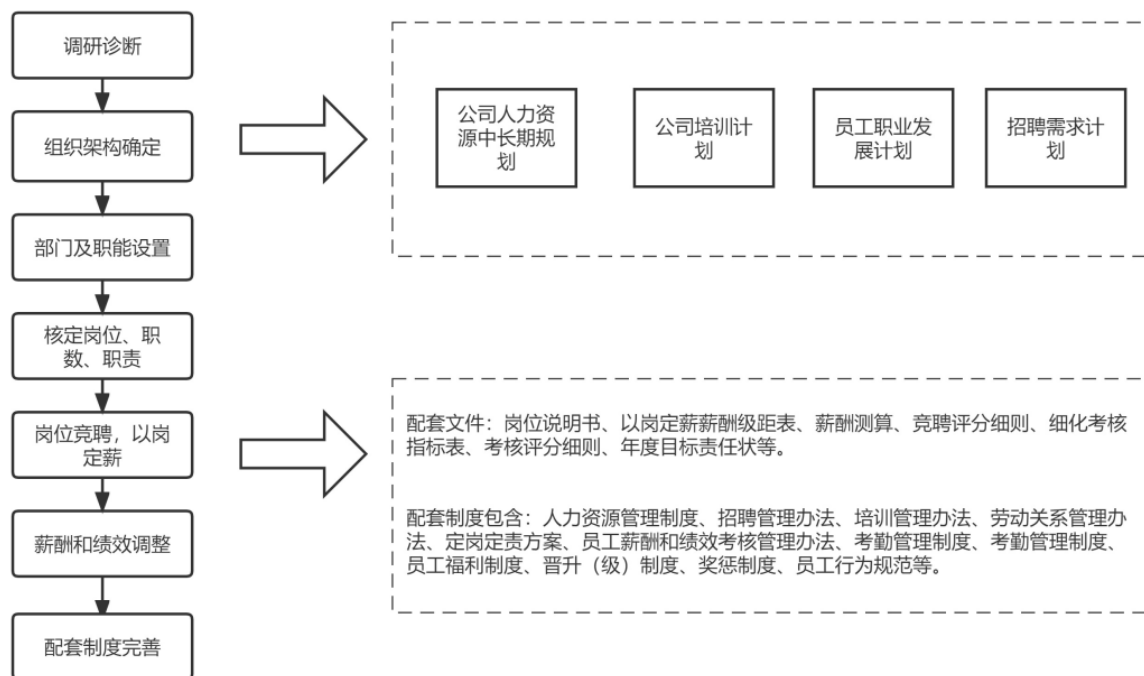
（四）配套措施

1、完善内部培训制度，制定详细培训计划，将培训纳入绩效考核，鼓励各部门重视内部培训分享。同时，从国企国资改革政策、政府投资项目合规模式、债务合规化解、人力资源管理、公司治理、法律常识等各方向出发，派驻讲师对公司进行指导培训，以内外部培训相结合，逐步搭建公司的培训体系。

2、制定公司业务规划，同时结合前期调研及定岗定责定薪情况，合理制定公司人力资源中长期战略，提高公司人力资源管理的前瞻性、系统性和全面性。

3、为公司人才梯队建设助力，通过制定管理层干部储备计划、基层骨干继任计划、关键员工培养计划等，开发人才发展通道，合理搭建公司人才梯队。

4、形成配套完善的人力资源制度及流程文件。



图：薪酬和绩效设计步骤流程图

三、地方融资平台公司人力资源管理优化建议

综上所述，地方融资平台公司在不断强调要成为自主经营、自负盈亏、自我约束、自我发展的现代化企业的同时，完善的人力资源管理体系是公司可持续发展，提升自身核心竞争力的关键。因此，公司必须要重视和解决当前公司人力资源存在的问题，改革传统的选人用人机制，制定符合公司实际的具有可操作性的人力资源管理配套制度，公司也可通过引进具备融资平台公司转型和人力资源管理服务经验的专业团队完善公司人力资源管理体系及相关制度，为公司实现市场化转型和合规稳健发展助力。

破产与重整篇

破产重整

企业重整价值识别之探讨 以某石油化工有限公司重整案为例

◆文／企业治理与破产部

内容提要

企业重整作为克服企业危机，促使企业再生的一种司法手段，已在司法实践中广泛运用，其中如何识别企业的重整价值是最关键的环节。本人作为长期从事管理人职业的法律工作者，对此拟做一些有益的探讨。

【关键词】重整；企业重整价值；企业重整价值识别

案例

[1] 某石油化工有限公司（以下简称某石化公司）于2006年7月25日在岳阳市工商行政管理局注册登记设立，注册资本人民币1020万元；经营范围为生产、销售润滑油、化工产品及其石油制品；销售沥青、改性沥青等。

某石化公司由于其法定代表人身体原因，自2017年7月起一直处于停产状态，公司资金链已断裂，主要经营管理人员均已离岗，企业处于无

人管理状态。企业因诉讼、执行案件缠身，其资产被多家人民法院查封。进入强制执行程序后，因公司资产已被抵押，抵押权人申请法院拍卖两次均流拍。后经债务人某石化公司申请，某区人民法院执行工作局通过“执转破”程序，将其移送某市中级人民法院（以下简称某中院）进行破产审查。

某中院于2019年3月裁定受理某石化公司的破产清算申请，并指定了管理人。

管理人于2019年3月下旬进场开展工作，通过多种措施开展调查，基本查清了某石化公司的财产状况，该公司主要财产即土地、房屋、机械设备等均已抵押给某银行，仅剩下厂区围墙等极少量的不能办理抵押登记的财产未抵押。2018年，某区人民法院在执行时，聘请评估机构对企业的财产进行了评估，资产评估价值为2100余万元，但经两次流拍后底价为1665万元，仍无人买受。

通过债权申报、审查和债权人会议核查，某

石化公司对外负债为 6600 余万元，其中，有特定财产担保债权 3400 余万元、职工劳动债权 200 余万元、税收债权 100 余万元、其他普通债权等 2900 余万元。在破产清算程序中，其财产应当直接进入公开拍卖程序，拍卖所得价款，按照法律规定，抵押权人即某银行应当得到优先受偿。未抵押的极少量资产，其价值微乎其微，可能不足以清偿破产费用，职工劳动债权可能是零分配，更不必说其他债务的偿还问题。管理人开始改变思路，从某石化公司实际情况出发，将某石化公司从“清算程序”转变为“重整程序”。

2019 年 12 月 18 日，某石化公司召开第二次债权人会议，债权人会议分组通过重整计划草案。截止 2022 年 12 月 31 日，重整计划全部执行完毕，该重整案件完美收官。

前言

企业重整是指已经具有破产原因或有破产原因出现的可能，而又具有再生希望的企业债务人，经利害关系人申请，由法院裁定对该企业债务人实施债务调整和企业治理的，旨在挽救企业不至于破产清算，以促使其复兴和再建的法律制度。[2]与破产清算和和解制度不同，企业重整不仅要保护重整程序中多个利益主体的利益，更为重要的是从社会公共利益出发，以体现企业重整制度的社会性。

在国家经济模式转型的过程中，经济运行的结构性和体制性矛盾逐渐显现，不少企业因经营不善等原因陷入财务危机和经营危机，不得不进入破产程序。但这些企业中不乏可以再生和可以拯救的。因此，企业重整在企业拯救过程中发挥着非常重要的作用，也是优化营商环境的重要程序。（2019）254 号《全国法院民商事审判工作会议纪要》中指出，要继续加大对破产保护理念的宣传和落实，及时发挥重整制度的积极拯救功能，通过平衡债权人、债务人、出资人、员工等利害关系人的利益，实现社会整体价值最大化。

要注重提升破产制度实施的经济效益，降低破产程序运行的时间和成本，有效维护企业的营运价值，最大程度发挥各类要素和资源潜力，减少企业破产给社会经济造成的损害。

在企业重整过程中，最重要的环节就是如何识别企业的重整价值，如何判断哪些企业可以通过重整被挽救。本文结合上述案例，对如何识别企业的重整价值进行一些有益的探索。

一、企业重整的考量——识别企业重整价值的思维方法

企业进入破产程序后，如何判定企业是否具有重整的价值是一项能力性、综合性的工作。某石化公司是法院“执转破”而进入破产清算程序的，对于该公司重整的考量，需要系统地运用法律思维、经济思维和社会学思维的方法对企业进行分析和研究。

所谓法律思维，企业进入破产程序后，是否具有重整的可能性，是首先应当考虑的问题。从法律上讲，考量企业是否可以重整，首先应当研究企业产业的合法性，如企业有无单位犯罪、有无其他违法经营行为等；其次应当考察企业的发展前景，其产业是否属于国家鼓励或支持发展的产业。（2019）254 号《全国法院民商事审判工作会议纪要》中指出要推进不符合国家产业政策、丧失经营价值的企业尽快从市场退出，如果破产企业属于夕阳产业，一般应当排除重整；再次是应当考虑企业进行重整的程序性规定，如果已经宣告破产，按照企业破产法的规定，程序不可复转，则不能再行重整。某石化公司是石油化工企业，虽然国家严格控制，但企业有国家生产许可，其生产经营的产业与国计民生相关，企业重整符合国家宏观管理政策。某石化公司虽然是执转破，但未被宣告破产，在破产程序上具有可能性。

经济思维，是指成本效益原则，即通过重整，企业的财产将得到增加，其所带来的收益必须大于其破产清算程序中所产生的经济成本。破产法

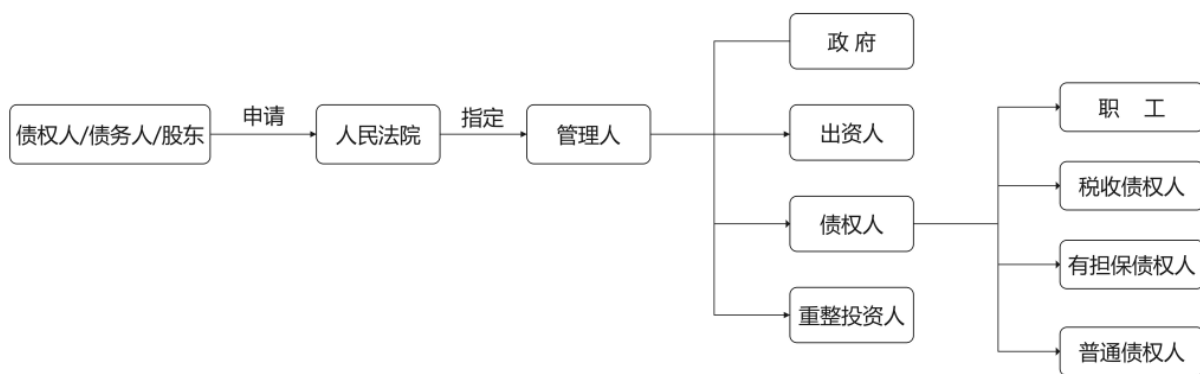
范围内各主体之间的行为实质上是一种交易行为，该交易的作用就是防止社会财富的浪费。[3] 企业进入破产程序后，管理人会根据评估机构对债务人所有账面资产，在实施破产清算的假设下的评估价值，并按照破产法规定的清偿顺序在优先清偿有财产担保债权、破产费用、共益债务、职工债权和税款债权后计算普通债权的清偿比例，但通常情况下，这一比例仍存在很大的不确定性。在实践中，债务人实际破产清算状态下的普通债权清偿比例可能比上述预测的比例更低。债务人如实施破产清算，能够达到预测的普通债权清偿比例的前提，表现为一方面为全部资产均能够按照评估价值变现，另一方面为破产费用能够控制在管理人和评估机构预测的范围内。所以在考量企业重整的过程中，最基本的思维要求，就是通过企业重整，必须使各主体从其结果中获得的收益超过对其破产清算程序下所得到的清偿。同时，企业重整后所产生的经济价值，行业地位、社会影响等也是其经济思维应当考量的范围。某石化公司在进入破产程序前，其财产已经过两次公开拍卖，无人受买，财产的市场价值比较低，为企业重整提升经济价值留有较大的空间。

所谓社会学思维，是指企业重整必须更好地维护社会稳定，以免造成社会混乱。[4] 企业一旦进入破产程序，尤其是上市公司往往涉及到众多员工，必然会引起员工恐慌情绪，易引起混乱。在此情形下，在对企业尤其是大型企业破产重整进行价值判断时必定会有相应的考量。某石化公司如果破产清算，其职工劳动债权都难以受偿，普通债权必然零受偿，因此，该公司在破产清算程序下，可能存在重大社会不稳定的因素，这也是某石化公司进入重整程序的重大原因之一。

二、企业重整的提出——识别企业重整价值的主体

按照企业破产法的规定，申请企业重整的主体有三种：即债务人、债权人和占出资额十分之一以上的出资人。[5] 但在司法实践中，真正识别企业重整价值的主体不仅仅是上述申请人，法院、破产管理人、重整投资人、地方政府都应该是企业重整价值的重要识别主体。

企业重整价值识别主体图



从上图可以看出，债权人、债务人和十分之一以上出资额的出资人是企业重整的申请主体。法律赋予主要的直接利益关系人以重整程序的启动权，实现了私法主体之间的公平与正义，同时程序启动及时有助于重整目标的达成。[6] 纵观世界各国破产立法的相关规定，有权申请企业重整的主体一般包括债权人、债务人和出资人（股东）。由于重整程序的成本较大，如果允许任何利害关系人均可以申请债务人企业重整，恐怕就会出现个别利害关系人为了一己之私利肆意申请重整，干扰

企业的正常经营活动。因此，基于公平与正义的考虑对申请主体进行一定程度的限制是十分必要的。此外，从金额比例和人数两个方面进行限制相比单纯从金额比例上限制更为合理，可以有效地限制重整程序被滥用。我国《企业破产法》第七十条规定，债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。然而，尽管我国法律规定了债务人、债权人以及出资人享有重整申请权，却并未对权利进行必要的具体限定，对于债权人没有债权额和人数的限定，对于出资人没有已出资时间的限定，这些都不利于日后的具体操作以及重整程序的运行，以上问题建议借鉴国外立法，以司法解释的形式加以完善。这样才能更好地体现公平与正义的价值理念，实现重整制度公平与正义的价值目标。[7]

法院是企业重整申请的批准主体，也是重整计划或重整计划草案的批准主体。法院所审查的主要是社会利益优先原则、公平对待利益相关方的权利、提高办案效率等。对于债权人、债务人和出资人的重整申请，法院要依法进行审查，符合法律规定的，要裁定受理其重整申请。在重整计划草案提交债权人会议表决后，应根据债权人会议的情况作出是否批准重整计划或重整计划草案的裁定。鉴于此，法院是重整程序的核心要素。

债权人不但是企业重整的申请主体，更是企业重整计划草案的决定主体。《企业破产法》第八十四条第二款规定，出席债权人会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。《企业破产法》第八十六条第一款规定，各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。由此可知，全体债权人是重整程序的决定性主体。

投资人是企业重整的直接利益主体，也是重整价值最直接的识别人之一。在大多数的企业重整中，都是在重整投资人的参与下，企业重整才获得成功的。

政府是企业重整的宏观利益主体，关注的是企业重整是否符合社会公平正义的价值观，社会经济发展以及社会稳定，从宏观层面去衡量投入的社会资源挽救企业之后能够带来的社会效益，如稳定、就业、税收等是否符合地方政府的宏观利益。

在重整程序中，破产重整管理人的职能具有复杂性。[8] 与清算、和解程序中管理人的职能相比，破产重整状态要求管理人接管、处分财产，还要保证债务人企业正常运行，尽可能妥善管理财产，使之保值甚至增值，此时管理人兼具管理与经营双重职能。除此之外，管理人还要制作重整计划草案并向法院提交；在债务人管理企业时，要对其进行监督；重整计划通过后，向债务人移交财产和营业事务。同时，在重整计划执行期间，管理人还要监督债务人执行重整计划的情况并写出监督报告送交法院审查。破产重整管理人的身份具有多重性。[9] 一方面，在破产重整管理人在申请重整至重整计划通过前，可能是公司经营权的实际控制人，另一方面，在债务人控制公司或在重整计划通过后，在重整计划的执行期间，管理人又具有监督人的身份。多重身份的转换使得管理人的性质更为复杂。破产重整管理人的地位具有中立性。破产重整阶段，企业涉及多方利益，如债务人、债权人、股东以及其他利害关系人。非破产企业，经营者主要对股东负责，而处于破产程序中的经营者，可能是掌握经营权的破产重整管理人，主要对债权人负责，同时肩负帮助债务人走出困境的任务，对于股东的利益也不能完全忽视，在经营中需要与其他企业建立联系，此时管理人需要平衡债权人、债务人、股东以及其他利害关系人的关系，并在其中处于中立地位。

管理人在企业重整中发挥着多种角色的作

用,但其中最重要的应该是思维主体,对企业重整起引导和主导作用。从程序上讲,在企业破产过程中,管理人是法院的助手、债务人的代表、债权人利益的维护者。[10]从《企业破产法》第二十五条规定的管理人职权来看,管理人在企业重整过程中,担负着调查债务人财产、决定债务人内部管理事务等责任,其中,识别企业重整价值一直贯穿于管理人的职责之中。《企业破产法》第八十条第二款规定,管理人负责管理财产和营业事务的,由管理人制作重整计划草案,更加具体地明确了管理人在企业重整过程中的主导作用和地位。

从某石化公司的重整情况来看,在企业重整价值的识别过程中,管理人发挥了非常重要的作用。某石化公司是通过“执转破”后进入破产清算程序的,其申请执行的债权人众多。债务人的出资人身体不佳,对于拯救企业处于一种有心无力的状态,所以债务人、出资人本身没有申请重整的意愿。但企业一旦破产清算,作为化工园区的“一员”某石化公司就会消失,企业财产将继续贬值,债权人的利益将会受到重大损失。在此情况下,管理人在对企业重整进行认真分析和研究的基础上向债务人提出了申请重整的建议,并向法院和债权人提交了《某石化公司重整可行性分析报告》,代债务人拟定重整申请书并搜集相关证据提交法院。在某石化公司债权人会议上,管理人专门做某石化公司重整的分析和动员,向债权人全面披露对债务人进行重整的必要性与重要性。最终,某石化公司的重整申请得到了债权人的认可以及法院的支持。

三、企业重整价值的分析——对重整企业价值分析的方法

在企业破产中,破产清算程序和和解程序都仅仅考虑到破产事件对债权人和债务人的影响,而对其他利益相关人则没有考虑或者无暇顾及。破产程序中三种制度即清算、和解、重整之间在

一定情况下是存在着转化关系的,这一制度的设计,体现了企业重整的价值目标及其实现,必须以客观事实为基础,以效益最大化的方式选择破产程序的需要。《企业破产法》规定,企业进入破产程序后,可以直接进入清算程序,亦可进入和解程序,当然也可以直接或转而进入重整程序。当重整失败或法律规定的情形出现时,重整程序终止,进入清算程序。不同的破产程序对应不同的破产原因,破产法提供了多种程序供债务人或利害关系人根据企业的实际情况自行选择;当情势发生变更时,又提供其自由转换的机制,充分尊重事实、尊重债务人或利害关系人的意思自治。重整以效率为基本准则,即效益最大化和成本最小化,那么在程序运行过程中,一旦发现企业复兴或清偿债务的目的处在不能实现的边缘,应该即时结束重整程序。这也是基于效益最大和成本最小的价值判断而产生的。重整程序自身的成本较大,重整成功当然皆大欢喜,意味着达到了重整计划草案中所制定的目标;然而一旦重整失败,损失将会极其惨重,所以重整目的不能实现或是实现困难的情形一旦发生,便要立即采取行动,终止重整程序,避免造成更大的损失。不同破产程序之间的相互转化,操作灵活,随机应变,是提高破产效率的有效途径,也是实现重整效率的重要方法。

同时,破产清算程序不能有效地预防企业的解散和破产,不能有效地保障社会秩序的稳定。而重整程序使陷入困境的企业再生,重返市场经济舞台,不仅保障了股东和债权人利益,而且稳定了良性的社会经济秩序和促进了经济的发展。企业重整体现了法对社会秩序的调节和稳定作用,是法对社会秩序价值目标的追求。企业重整的价值,就是对于重整企业进行重整的投入与重整后产生的经济价值的对比。[11]虽然和解程序仅是债权和债务人达成的清偿债务的协议,并不能体现程序的公平和社会公平正义的价值追求,

法院更不能强制批准和解协议草案，因此，和解程序中，难以体现法对社会秩序价值目标的追求。

对企业重整价值的分析一般要进行定性分析和定量分析。

定性分析

所谓定性分析，就是对企业重整后能够使其财产价值增长的诸多因素进行抽象的分析判断，研究这些因素能否使企业财产增值，能否对投资人产生吸引力。从广义上讲，前述企业重整考量的因素也属于定性分析的范畴。如何识别企业的重整价值，是管理人能力的体现，即如何将企业营销出去，让其企业资产增值，提高破产企业债权受偿率，需要管理人素质的提升和多方面知识的积累。

从定性的角度看，企业重整价值的识别主要是两个大的方面：一是企业是否具有“壳资源”。所谓“壳资源”一般是指企业是否具有与其载体紧密相连的上市公司资质、知识产权、政府许可、行业资质，如建筑业资质、企业商誉等；二是指企业重整后是否具有升值的空间，如股票、可流通的债券、税费优惠或减免，还包括在建工程续建的增值潜力等。

从定性的因素来分析，还应当考虑以下几个方面：

（一）企业所处行业前景及市场状况

以某石化公司为例，从表面看，该公司“壳资源”的优势并不明显，但管理人通过调查发现，某石化公司具有以下资源：1. 企业的区位价值优势。岳阳有两大国家级石油化工企业，某石化公司位于岳阳市云溪区石油化工园区，国家环保规定，化工企业必须进入专门的工业园区，对于有意进入石油化工行业的企业家来说，某石化公司的区位价值优势是非常明显的。同时，某石化公司所在的“岳阳市绿色石油化工产业园区”，靠

近湖南水路第一门户城陵矶港，“通江达海，互联世界”。原材料和货物不仅运输便利且水路运输比陆路运输更有成本优势，使岳阳某石化公司具有一定的地域价值。2. 石油化工行业价值优势。某石化公司有石油化工生产加工的行业经营许可，这一种生产许可，包括企业的排污证等，国家规定“只出不进”，即只减少，不新批增加。这种资源，在目前国家建设两型社会的大背景下，具有不可复制性，具备比较高的附加值。因此，该行业的经营资质是一种稀缺资源，具有市场价值。3. 企业重整的税费价值优势。企业重整可以减少大量的税款支出，增加债权的受偿比率。因工业企业土地出让时价格极低，所以和破产清算比，某石化公司重整可以免除土地增值税等大额税款，还可以减少房地产交易的契税等，对于全体债权人非常有利。4. 商誉及其他价值优势。某石化公司不仅拥有“壳资源”，还在石油化工行业原料供应和货物销售方面有一定的客户资源，具有一定的商誉价值。某石化公司生产设备保存比较完好，只要能解决资金问题。可以比较快地恢复生产经营活动，立刻创造利润。综合上述因素，管理人从性质上判断，某石化公司具有挽救和再生的条件和价值。从实践上看，管理人的这一判断是正确的。通过公开招募重整投资人，有两家公司有意重整投资某石化公司，并最终确定岳阳市某公司为重整投资人。

（二）地方政府的支持程度

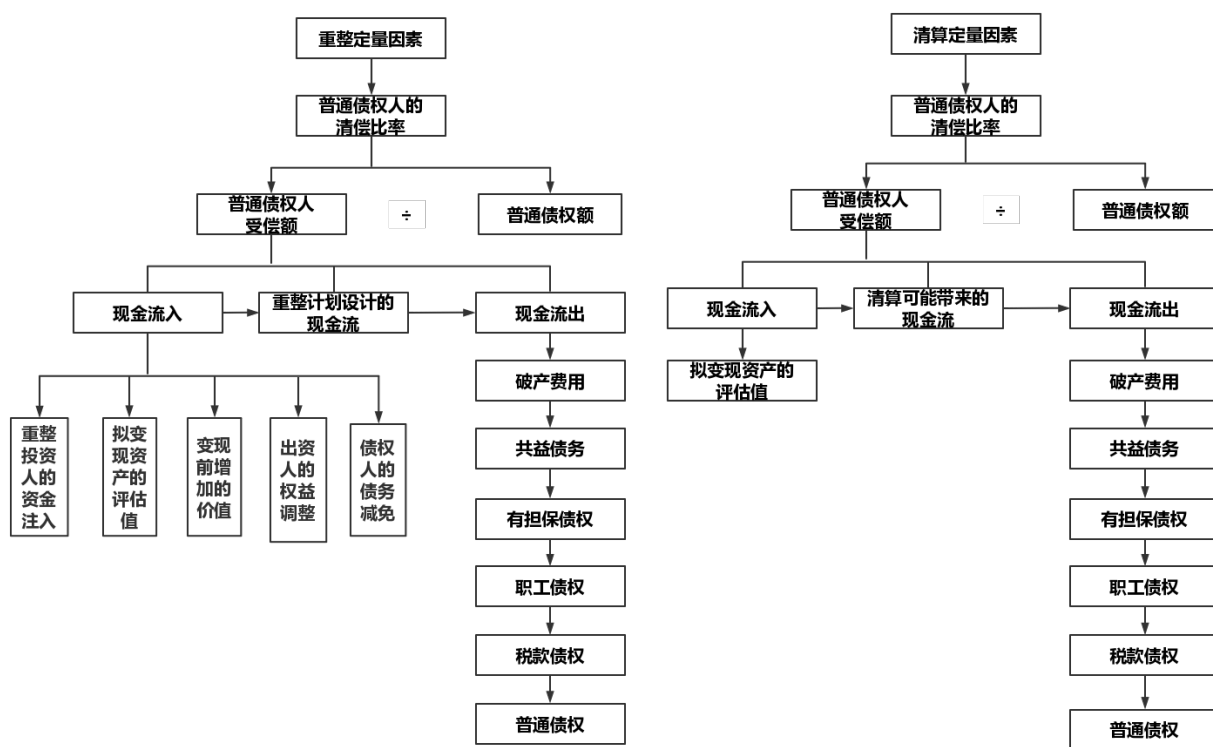
企业一般与地方政府的联系比较密切，有些企业还得益于地方政府的扶持，在遇到资金困难和现金流断裂的情况下，政府往往会伸出援手，帮助其脱离困境。在这种情况下，政府对企业重整的态度也会成为重整价值判断的定性因素，有时甚至是非常重要的因素。此外，在重整程序中，有效的“府院联动”机制很有必要，有效的“府院联动”机制可以加强信息沟通，提高重整程序的效率和质量，也可以协助困境企业重整，帮助其解决税务、企业征信的恢复等问题。

定量分析

所谓定量分析，就是考虑破产重整与破产清算二者所带来的不同收益即债权人债权受偿差异的对比。定量分析不但要对企业整体进行分析判断，更重要的是要对其债权人的债权受偿进行定量分析，让债权人确信，企业重整计划草案确定的债权受偿方案对比破产清算债权受偿的结果确实让债权人受益。这是管理人、投资人、债务人与债权人协商沟通最直接的理由和证据，也是重整能否成功的关键。

企业重整价值判断是建立在企业破产重整价值评估的基础上，而其评估的重点其实是考虑破产重整与破产清算二者带来的不同收益之间的对比，这一对比是企业破产重整价值判断中的定量因素。[12] 当然，这一定量因素主要还是为了匹配法院对重整计划的批准要求。企业重整过程中，各主体之间都会有着各自不同的判断方法。

企业重整和破产清算价值定量分析示意图



企业重整过程中各主体对企业重整价值判断的归类对比

判断主体	影响因素	遵循原则	判断方法
大股东、实际控制人	企业财务状况、与自身相关的关联债务	积极推进	现金流折现法
普通债权人	重整收益与清算收益的比较（受偿率高低）	受偿率最大化	1. 清算受偿率：【清算财产变现收入 - （破产费用 + 共益债务 + 有担保债权净额 + 职工劳动债权净额 + 税收债权净额）】 / 普通债权总额。 2. 重整受偿率：重整收入 - （破产费用 + 共益债务 + 有担保债权净额 + 职工劳动债权净额 + 税收债权净额） / 普通债权总额。
管理人	1. 企业财务状况 2. 企业经营情况	重整计划可行性原则	1. 成本法评估资产 2. 重整收益大于清算收益 3. 经营问题可得到进一步改善
重整投资人	1. 自身购买需求 2. 价格承受范围 3. 未来预期收益 4. 购买偏好，未来收益大于购买成本	未来收益大于购买成本	1. 破产企业与自身业务是否有相关或互补性。 2. 破产企业是否具有战略投资价值。 3. 未来收益：未来现金流折现 + 实物期权价值。 4. 购买成本：投入资金 * （1 + 十年期国债收益） + 风险补偿（债权评级所对应的违约概率 * 公司净资产规模）。
法院	1. 是否符合法定破产重整受理条件 2. 重整计划是否能够满足大多数利益相关方的要求	公平补偿原则	1. 符合破产法规定的相关实体与程序性要求。 2. 公共利益最大化与社会稳定的原则。
政府	1. 企业对地区经济的贡献大小 2. 企业所在行业未来趋势	社会利益最大化	1. 收入法核算 GDP。 2. 行业趋势分析法判断行业发展趋势。

以某石化公司为例，管理人就是采用企业在进入破产程序前法院对其资产拍卖的财产价格作为参考，对某石化公司重整价值进行定量分析的。某石化公司在破产清算以及重整程序中均未进行单独的资产评估和财务审计，因为在管理人进场工作前一年内，有关法院为拍卖企业资产，进行了资产评估，评估价值为2100余万元，并以此评估价为基础，对企业财产进行了两次拍卖，但均流拍，第二次的拍卖的底价为1665万元。某石化公司最终重整投资人投资2200余万元，对比第二次拍卖的底价溢价600余万元，溢价率达36%。通过重整，企业减少税费等支出300余万元，提高普通债权受偿率5个百分点左右。

某石化公司的最大债权人是某银行，如果不能获取他们的支持就无法通过重整计划草案。某银行债权总额为2728万元，全部是抵押担保债权。该银行曾申请岳阳市某区人民法院对某石化公司已抵押的土地使用权、房产及机器设备进行拍卖。第一次拍卖起拍价格1850万元，无人竞拍取得该资产；第二次拍卖底价1665万元，仍无人竞拍。管理人以第二次流拍价格为基础，测算该银行通过抵押资产拍卖，扣除

税费后能够实际实现其债权的财产价值为794万元。管理人、投资人通过多次与该银行协商,最终确认该银行有特定财产担保债权的数额为794万元,按100%的受偿率进行受偿;另外未清偿的债权调整为普通债权,按17%的受偿率进行受偿,受偿金额为329万元,总计应受偿债权1123万元。从量上讲,某石化公司重整使该银行债权受偿增加了329万元。因此,该银行对重整计划草案投了赞成票。

经过定量分析测算,在破产清算程序下,某石化公司的普通债权受偿比例为零。但企业通过重整,其财产可以溢价,同时,可以大量减少破产清算程序下企业财产处置的税费成本。因此,某石化公司除职工劳动债权、税款债权全额受偿外,其普通债权最终按17%比例受偿,受偿金额达900余万元。因此,职工劳动债权组、税款债权组、普通债权人等各债权组均表决通过了重整计划草案。

四、企业重整目标的实现——企业重整社会价值与经济价值的最大化

重整并非为了实现某一利益相关方的利益最大化,而是追寻整体社会利益的最大化。企业重整,从整体上讲,就是要实现企业各权利主体的利益和重整社会价值与经济价值的最大化,这是企业重整的终极目标,也是最高层次的利益。[13]但涉及不同的利益主体,企业重整的目标实质上也有所区别。

债务人的目标是实现企业存活以及未来自身价值的最大化。只有企业存活才有价值,只有继续发展才有实现未来价值的可能。如果企业原出资人权益存续或部分存续,企业重整是对债务人利益的最大保护。但在实践中,由于大多数企业在重整时都处于资不抵债的状态,原出资人的权益实际为零,企业重整时,原出资人的出资权益会调整为零。因此,企业重整对债务人(原出资人)也许没有那么重要。但企业的负债往往与原企业的出资人个人承担的债务是密切相关的,企业债权人债权的受偿与原出资人的利益密切相关,所以,债务人(出资人)的经济利益目标可能成为主要因素。

债权人的目标就是实现债权受偿率的最高化。对于债权人而言,重整与破产清算最大的不同就在于债权受偿的不同,债权人希望通过企业重整获取较高的债权受偿比例。《企业破产法》第八十七条第二款第(三)项规定,按照重整计划草案,普通债权所获得的清偿比例,不低于其在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例,这是企业在重整程序下,其债权受偿的法律规定。但在实践中,受认知差异的局限,即使重整计划草案规定的债权受偿比例明显高于破产清算程序下的受偿比例,但债权人会议往往会出现不通过重整计划草案的情况。这是重整过程中就当引起高度重视的问题。

地方政府的目标就是追求社会整体价值的最大化。地方政府对企业重整价值的考量主要是投入一定的社会资源挽救企业与企业存续所带来的社会效益是否相匹配。从现实情况出发,政府更多地会考虑就业和税收两大目标。企业重整成功,能为劳动力就业提供可靠的岗位,提高就业率,增加民众的收入。企业能够正常经营,就能创造税收,为地方增加财政收入。

重整投资人的目标就是投资收益的最大化。对于投资者来讲,投资重整企业就是一种股权收购、资产交易。重整投资人要的是低价收购相关权益,未来企业继续经营能够给投资人带来回报。

企业重整,就是上述主体之间的利益博弈。企业重整应围绕上述目标展开协商和谈判,以获取最佳的社会效益和最高的经济价值目标。

结语

企业重整,相较于一般的破产清算、和解程序更为复杂,涉及的利益主体更多,影响其价值判断的因素也纷繁多变。对于企业重整价值的识别,不仅需要从各识别主体的角度来考虑,还应当从地方政府、法院等方面的角度来综合考量。只有尽可能从均衡保障各利益相关方的合法权益,实现多方共

赢的角度来思考,才有可能准确地判断企业的重整价值和破产重整成功的可能性。

参考文献:

[1] 该案例来源于某市中级人民法院的有关裁判文书

[2] 张艳丽,李蒙娜.企业重整的价值目标及其实现——从重整制度构成的角度[J].北京理工大学学报(社会科学版),2008,10(06):3-8.

[3] 赵梦茜.社会福利最大化视角下企业破产重整制度研究[D].江西财经大学,2022.DOI:10.27175/d.cnki.gjxcu.2022.002027.P143

[4] 刘诚,刘沂江.论利益相关者对重整企业的社会责任[J].法学论坛,2010,25(04):156-160

[5] 依据《企业破产法》第七条、第七十条第二款的规定

[6] 张艳丽,李蒙娜.企业重整的价值目标及其实现——从重整制度构成的角度[J].北京理工大学学报(社会科学版),2008,10(06):3-8.

[7] 为了保证重整的公平与正义,法律对重整申请权的行使也做出了一定规制。例如,我国台湾地区“公司法”规定相当于公司已发行股份总额10%的公司债权人才能申请对公司开始重整程序。日本《公司更生法》规定了同样的内容。美国《联邦破产法》不仅规定了债权人的债权数额,对债权人的人数也做了一定的限制。通常至少必须有三个债权人提出申请,且其确定、无争议的且无担保的债权额必须达到5000美元;假如债权人总数少于12人时,申请可由一个或两个债权人提出,但其债权额必须符合上述规定。对于股东申请重整也有类似的限定。例如,台湾地区“公司法”规定,连续6个月以上持有已发行股份总额的10%以上的股东可以提出申请;日本《公司更生法》也规定,持相当于已发行股票的1/10以上那个的股东可以提出重整申请。

[8] 危欢.破产重整中管理人制度研究[D].江西:南昌大学,2012:P12

[9] 刘雯丽.我国企业破产重整管理人法律制度研究[D].吉林财经大学,2017.P6

[10] 刘雯丽.我国企业破产重整管理人法律制度研究[D].吉林财经大学,2017.P6

[11] 张艳丽,李蒙娜.企业重整的价值目标及其实现——从重整制度构成的角度[J].北京理工大学学报(社会科学版),2008,10(06):3-8.

[12] 赵梦茜.社会福利最大化视角下企业破产重整制度研究[D].江西财经大学,2022.DOI:10.27175/d.cnki.gjxcu.2022.002027.P53

[13] 赵梦茜.社会福利最大化视角下企业破产重整制度研究[D].江西财经大学,2022.DOI:10.27175/d.cnki.gjxcu.2022.002027.P53

企业破产

建筑企业破产情形下挂靠项目债权审查的实务探析
以湖南省 T 公司破产重整案为例

◆文 / 谢蕊

本文收录于湖南省法学会企业破产与重组研究会 2023 年学术研讨会论文集

摘要

近年来，受宏观经济形势的影响，尤其是房地产市场的剧烈冲击，不少建筑企业因业务体量大、周期长、资金回笼不及时等原因使得经营遭受严重亏损，最终走向破产。在处理这类破产案件时，管理人发现，建筑企业普遍存在违法挂靠情形，加之 2016 年“营改增”政策的实施，致使挂靠项目的实际施工人及其下游债权人在建筑企业破产时纷纷向管理人申报债权，而这些债权的处理又因挂靠项目工程款是否属于破产财产这一问题未有定论而颇具争议。笔者认为，管理人应当在不损害全体债权人及债务人利益的前提下，将挂靠项目的债权纳入申报范畴，并以“单个项目、单个处理”的原则进行应对，以促使项目顺利完工后收回尾款，尽可能维护与保障实际施工人及其下游债权人的合法权益，推进破产案件的顺利结案。

【关键词】挂靠项目；实际施工人；工程款债权；破产财产

一、案情简介

湖南省某市 T 公司设立于 2002 年，注册资本为 50227 万元，主要经营建筑业，曾同时拥有建筑工程施工总承包一级和市政公用工程施工总承包一级两项重要资质。经过近二十年的发展，T 公司不仅成为当地金融机构重点支持的民营企业，更成为当地建筑行业的龙头企业。2020 年以来，因受宏观经济形势的影响，尤其是在房地产市场的冲击下，建筑施工行业整体状况急剧下滑，T 公司也受到重创，工程项目回款难，经营状况逐渐陷入困境，甚至出现巨额亏损，诉讼频出，公司账户均被冻结，致其不能清偿到期债务，并明显缺乏清偿债务的能力，最终被当地法院受理进入破产重整程序。

T公司所承接的工程业务大致分为“自营项目”[1]和“挂靠项目”[2]。据统计,T公司总共承接162个工程项目。其中,挂靠项目125个,占比77%。截至T公司破产重整案第一次债权人会议召开时,公司债务总量约28.4亿元,其中挂靠项目的债务约4.6亿元,占比16%。此部分的申报主体不仅有项目的实际施工人,还有材料供应商、设备租赁商、劳务承包商、施工人员等大量下游债权人。由于金额大、牵涉面广、法律关系错综复杂,该类债权是否可以申报、申报后能否被确认,以及实际施工人与下游债权人申报同笔债权时应当如何审查等,是管理人急需解决的重要问题。

二、“营改增”政策对挂靠项目中各方主体间法律关系的影响

2016年3月23日,财政部、国家税务总局发布了《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》(财税〔2016〕36号)及相关附件,通知从2016年5月1日起,在全国范围内全面推开营业税改征增值税试点,建筑业、房地产业、金融业、生活服务业等全部营业税纳税人纳入试点范围,由缴纳营业税改为缴纳增值税。正是这一政策的全面推行,使得建筑企业进行挂靠经营的方式产生了翻天覆地的变化。

在“营改增”政策实施以前,T公司财务处理的核心问题是对收入的确认,而该收入主要分为会计收入、企业所得税、营业税收入三个部分。首先,根据《企业会计准则-基本准则》第十六条的规定,会计收入的判定,并非依据合同、标书、发票等形式要件,而必须依据实际发生的事实。如劳务是由劳务班组而非T公司提供,那么形成的收入也不应确认为T公司的。第二,根据《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第十五条规定,“提供劳务收入,是指企业从事建筑安装……活动取得的收入”,此与会计规定的要旨相同,均以实际劳动所得计算收入。第三,

根据《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》第十一条规定,单位以挂靠方式经营的,挂靠人发生应税行为,挂靠人以被挂靠人名义对外经营并由被挂靠人承担相关法律责任的,以被挂靠人为纳税人;否则以挂靠人为纳税人。相较前两者,营业税更注重形式而非实质。

因此,在原来的挂靠经营中,由被挂靠企业承担经营名义和法律责任,由其开票、纳税。因此,被挂靠企业在收到业主的工程款后,通常先将管理费和营业税及其附加费用一并扣留,再将剩余款项直接拨付给挂靠人。三方之间的法律关系如下:第一层是业主(发包人)与建筑企业(承包人)所签订的建设工程施工合同关系;第二层是建筑企业(承包人)与挂靠人(实际施工人)的挂靠经营合同关系;第三层系业主(发包人)与挂靠人(实际施工人)所产生的事实上的建设工程施工合同关系。

当“营改增”政策实施后,T公司财务处理的核心变为“核算”与“发票”。由于凭证的要求愈发严格,建筑企业面临两大风险:第一,可能因进项不足导致企业税负大幅上升,因此存在亏损风险;第二,因进项不真实导致虚开增值税专用发票的风险。为避免上述风险,开票则必须同时满足“四流合一”的要求,即:合同签订、资金付款、物资流通、发票开具均须与同一单位有确定关系,且符合市场真实交易行为。

因此,在当前的挂靠经营中,建筑企业收到业主的工程款后,不能再扣下管理费等费用后将剩余工程款付给挂靠人,而是先根据进项支出,向签订合同的开票方材料商、劳务公司等付款,再将剩余利润付给挂靠人。多方之间的法律关系发生以下变化:第一层是业主(发包人)与建筑企业(承包人)所签订的建设工程施工合同关系;第二层是建筑企业(承包人)与挂靠人(实际施工人)的挂靠经营合同关系;第三层是业主(发包人)与挂靠人(实际施工人)所产生的事实上

的建设工程施工合同关系；第四层是材料商/设备商/劳务公司与建筑企业（承包人）签订的采购/租赁/劳务合同关系；第五层是材料商/设备商/劳务公司与挂靠人（实际施工人）形成事实上的采购/租赁/劳务合同关系。

三、处理挂靠项目债权的基本原则及内生逻辑

1、挂靠项目的债权应当纳入可申报的范畴

尽管目前暂无相关法律规定对此问题进行明确，不同管理人对该问题的认知、处理不一。但经分析，笔者认为挂靠项目的债权应当纳入可申报的范畴。

第一，挂靠项目工程款属于破产财产。破产财产是破产程序开始时债务人企业所有的财产，即财产权利所构成的财产性集合体[3]。根据《中华人民共和国企业破产法》第三十条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第一条的规定，从时间范围上看，债务人财产指的是破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产；从种类上看，债务人财产包括除债务人所有的货币、实物外，债务人依法享有的可以用货币估价并可以依法转让的债权、股权、知识产权、用益物权等财产和财产权益。因此，建筑企业在进入破产程序前、受理破产程序后至终结前，账户内收取的已完工挂靠项目工程款系货币，根据货币无因性的特点，此应属于债务人财产。

第二，实际施工人应当享有工程款请求权。虽然根据现行法律规定，因挂靠关系所产生的建设工程施工合同无效，但合同无效后遗留的问题如何处理，却是有指引方向的。如，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十四条规定，“当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当

事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。”

《湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第二十三条规定，“挂靠人直接起诉发包人应如何处理？借用资质的实际施工人起诉发包人要求支付工程款的，人民法院可在查明事实的基础上按以下两种情形处理：（一）发包人明知实际施工人借用资质而未提出异议的，根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第四百九十条规定处理，实际施工人可直接向发包人主张权利。人民法院应追加被挂靠人为第三人。（二）发包人对借用资质不知情的，出借资质方怠于向发包人主张权利，实际施工人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷的司法解释（一）》第四十四条规定行使代位权。人民法院应追加被挂靠人为第三人。”上述法律、司法解释及规定旨在尽可能务实地解决挂靠现象所带来的衍生问题，其蕴含的法理有二，一是建设工程施工合同的内容是施工企业将材料、机械、人力物化至建设工程的过程，工程完工时，发包人实际上取得的是最终的物化成果。即便合同无效，但事实上已无法返还，只能折价补偿。而在挂靠经营中，承包人仅出借资质，真正组织、投入人财物的是实际施工人，故实际施工人应当为挂靠工程款请求权权利人。二是尽管法律对挂靠现象持否定态度，并不倡导通过借用资质的形式承揽工程，但其中从事劳动的广大建筑工人系社会弱势群体，他们的权益需要倾斜性的司法保护。因此，在某些特殊情况下，一定程度上突破了合同相对性的原则，拓宽实际施工人主张权利的通道，以实现实质意义上的公平。

第三，挂靠项目债权的法理基础系不当得利之债。据前述分析，业主支付至T公司账户的挂靠工程款属于债务人财产，而实际施工人是该笔工程款的请求权权利人。T公司一方受益，实际施工人一方受损，此受益、损害之间具有直接因果关系，且T公司的受益并无法律依据，因而构

成不当得利，实际施工人对T公司享有挂靠工程款返还请求权。

而对于下游债权人而言，他们虽与T公司签订了合同、开具了发票，但事实上是向实际施工人提供合同内容。在此过程中，他们就自己提供的材料、劳务等对实际施工人负责，而实际施工人也会向他们先行垫付费用。故这部分债权请求的对象实质上应当是实际施工人。但，若管理人将挂靠工程款债权全部确认至实际施工人名下，再向其向下游债权人清偿，这不仅与“四流合一”的做法不符，还会产生巨大风险。同时，基于前述法理，在破产案件中维护建筑工人等弱势群体权益的做法也应当一以贯之。因此，下游债权人在破产案件中申报债权更有利于化解矛盾，解决现实问题。

可见，将挂靠项目债权纳入可申报范畴的做法，不仅尊重了建筑行业挂靠普遍的客观现实，还能尽量减少破产程序对项目工程顺利实施的干扰，避免全体债权人利益受损的同时还能最大限度的增加债务人财产，有利于提高总体债权清偿率。

2、挂靠项目工程款应以项目为单位进行单独结算

若将挂靠项目工程款直接纳入破产财产，那么，实际施工人及其下游债权人一旦以债权申报方式主张工程款，得到的仅仅是和其他普通债权人相同的清偿比例，远远小于其应得的工程款数额。另外，由于工程款中包含大量建筑工人的劳务工资，如果不进行单独处理，将严重损害建筑工人的利益，可能会因欠薪引发社会不安定因素，导致难以解决的社会矛盾。

因此在实务操作中，挂靠项目应当以项目为单位进行单独结算，在破产财产中做“相对剥离”处理。在做受偿、分配方案时，应考虑这部分财产在扣除破产费用、共益债务、本项目的税费支出及管理费后，先行清偿本项目的债权人，就本项目债权人的清偿顺位上，应从维护人的生存权

和发展权的角度出发，首先清偿建筑工人，再清偿其他下游债权人，最后清偿实际施工人。司法实践中，已有管理人从保护弱者的角度出发对普通债权人的债权予以优先清偿的案例[4]。

四、挂靠项目债权审查规则的建议

结合T公司的实际情况，管理人在本案的债权审查办法中就挂靠项目债权制定了具体的审查规则。

1、施工项目已完工，工程价款尚未付清的项目的债权

实际施工人申报债权，以项目发包人确定的建设工程价款总额为该项目的资产总额，剔除应该交至债务人的管理费、劳保费、税金等有关费用和债务人预支付给实际施工人的款项，债权人申报的债权小于项目资产的，可认定实际施工人为该工程项目垫付了工程款项，剩余的部分可确认为实际施工人的债权。债权中有可能包含原材料供应商、设备租赁商、劳务承包商、施工人员等的债权，上述人员分别进行债权申报的，分别确认；上述人员委托实际施工人统一向管理人申报债权的，按上述原则进行确认，同时注意审核相关委托手续；项目工程价款总额小于所负债务，处于亏损状态的，实际施工人应当配合管理人对项目进行彻底清理和调查，管理人对实际施工人所申报的债权不予确认。

2、项目工程已基本完工，但尚未办理项目结算手续，项目工程施工总价款尚未确定的债权

管理人可根据实际施工人提供的债权申报材料及与债务人进行的阶段性对账或结算资料，在明确应扣除的管理费、税费、劳保费等费用的数额或者原则之后按第一点规定进行初步确认，并备注债权金额以最终结算金额为准。同时，实际施工人应协助管理人催促发包人早日结算，结算结果确定后，按签署办法及流程进行结算并最终确定债权金额。因未结算，且实际施工人和债务人未能就项目结算金额确定数额的，债权待确认，

并以合同约定的金额或其他能初步证明项目结算数据的材料确定的数额作为待确认债权的数据。

3、工程未完工、未结算项目的债权

管理人可根据实际施工人提交的工程施工情况说明、工程施工合同约定的金额等证据暂时确认其债权数额，在债权表上标注为“待确认债权”，并注明“以最终工程结算”为准，并可以“待确认债权”数额测算案件债权受偿方案。尚有欠付其他工程价款的，还应提供其欠款的具体情况。

4、挂靠项目其他债权人申报的债权

挂靠项目其他债权人申报债权时，除应按申报债权的要求提供资料外，还应通知实际施工人按上述要求提交材料，并告知申报人应与实际施工人核对数据和有关资料，可与实际施工人的债权合并申报和审查。

结语

在办理建筑企业破产案件的过程中，因挂靠乱象的普遍存在使得债权审查工作变得尤为复杂，而管理人受法院指定、受广大债权人所托，应当遵循破产程序贯穿始终的基本原则——公平清偿原则[5]进行处理。针对挂靠项目，首先应当对项目进行全面深入的调查，在正确识别发包人、承包人、实际施工人及下游债权人身份的基础上理顺各方之间的法律关系；再在不损害他方利益的前提下，以“单个项目、单个处理”的方式进行处理，尽可能地满足并保障实际施工人等债权人的合法权益。

参考文献:

[1] 自营项目是指企业自筹资金，自行组织人员、购买材料，并以自有或租赁的机器设备进行施工，自负盈亏，而不向其他第三方收取管理费的建设工程项目。

[2] 挂靠项目是指施工企业允许他人在一定期间内使用自己企业名义对外承接工程的行为。允许他人使用自己名义的企业为被挂靠企业，相应的使用被挂靠企业名义实际从事经营活动的企业或个人（个体工商户和其他有经营行为的自然人）为挂靠人，也是实际施工人。

[3] 李永军：《破产法——理论与规范研究》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 230 页。

[4] 王力、张弛：“在公平原则指导下对生活困难债权人的特殊救济”，载浙江省律师协会编：《破产疑难案件实务应对》，法律出版社 2017 年版，第 83~90 页。

[5] [日] 伊藤真：《破产法》，刘荣军、鲍荣振译，中国社会科学出版社 1995 年版，第 7 页。

破产清算

企业破产清算内部控制框架的构建

◆文／罗伯武 杨玮玮

本文刊发于《科学新生活》2023年第11期

摘要

企业破产清算是一项复杂而关键的任务，需要确保资源的有效利用和债权人的合法权益。内部控制框架在破产清算过程中扮演着重要角色，它有助于规范企业内部管理，减少风险，提高清算效率。本文旨在探讨企业破产清算内部控制框架的构建，并提供相关建议。

【关键词】企业破产清算，内部控制框架

【引言】在破产清算过程中，需要对资产进行评估和处置、保障债权人利益、合法合规地进行程序，以及有效地应对各类风险和挑战。一个健全的内部控制框架能够帮助企业清晰界定职责、规范操作程序，并确保清算过程中的信息准确传递，从而保护各方利益，维护社会经济秩序。

一、企业破产清算的意义

企业破产清算是一种有序解散企业并分配其资产的法律程序，其意义在于处理那些无法继续经营的破产企业，以实现债权人的权益保护和社

会经济秩序的维护。

首先，企业破产清算的意义在于处理无法继续经营的破产企业，维护债权人的权益。在经济运行中，由于市场竞争、管理不善、外部环境变化等因素，部分企业可能遭遇业绩下滑、负债累积，无法维持正常运营。此时，通过破产清算程序，将企业的资产变现，将收益按照法定顺序优先偿还债权人的债务。这种程序化的处理方式确保了债权人的权益得到保护，避免了资产被挪用、非法转移或不公平处置，增加了债权人的信心和合作意愿。

其次，破产清算有助于维护社会经济秩序。企业是社会经济活动的重要组成部分，如果破产企业无序解散或自行清算，可能导致大量拖欠债务、无法承担责任的情况发生。这不仅会对债权人造成损失，还可能引发社会不稳定和经济恶性循环。通过正规的破产清算程序，可以确保破产企业的债务得到公平合理的处理，维护社会经济秩序，减少社会负面影响。

第三，企业破产清算还有助于释放资源，为新的经济活动和创新创造空间。经济发展需要不断优胜劣汰的过程，破产清算能够清除市场上低效、不健康的企业，减少无效资源的浪费。这些资源可能被更具活力和创新能力的企业所吸纳，推动市场资源的重新配置和经济结构的优化。

二、企业破产清算内部控制框架的构建

1、内部控制环境的建立

企业破产清算的内部控制环境是确保整个清算过程透明、规范和高效的重要基础，它涵盖了组织结构、职权责任、企业文化、制度政策以及员工培训等方面。在企业面临破产清算时，构建健全的内部控制环境至关重要，它不仅能够保护各方利益，还能有效地管理风险，确保资产合理处置，为整个清算过程奠定坚实的基础。在清算过程中，可能涉及多个部门和岗位的合作，因此需要明确每个部门和个人在清算中的角色和职责。确保清算管理团队的有效沟通与协作，避免信息传递和责任落实出现偏差，同时也能够提高工作效率和质量。清算过程中，管理层的作用至关重要，他们需要对整个清算过程进行有效的决策和监督。明确管理层的职责，确保他们对清算风险和挑战的认识，能够更好地应对不确定性和压力。

2、风险评估与控制

风险评估旨在识别和分析可能影响清算过程的各类风险，包括法律风险、资产处置风险、债权人利益冲突等，以便清算管理层能够提前预知潜在的风险事件，制定相应的风险应对策略。清算管理层应当仔细分析破产企业的经营状况、财务状况以及市场环境等因素，明确可能导致清算失败或延误的风险因素 [1]。这可能涉及到涉诉纠纷、债权人权益保护、资产评估与处置难度等问题，需要充分考虑并建立相应的风险评估指标和标准。一旦潜在的风险被识别，清算管理层需要

与相关专业人员和法律顾问进行充分沟通，制定具体的风险控制计划。这可能包括改善企业的财务状况、采取法律措施化解纠纷、与债权人协商达成一致等。风险应对策略需要因风险的不同而灵活变化，以适应清算过程中的各种情况。清算管理层应当设立专门的风险预警部门或委员会，负责监测清算过程中的风险指标和风险事件，及时发现可能的风险信号。一旦风险预警信号触发，应当及时采取措施进行风险管控，以避免风险进一步扩大。通过合理规划资产处置时间和方式，避免集中出售可能导致市场冲击的大宗资产。同时，设立专项风险管理部门，加强对风险事件的监控与管理，提高风险控制的针对性和专业性。此外，建立严格的风险防控措施，对关键环节实施更严格的控制，以确保清算过程的稳妥进行。

3、控制活动的设计与实施

在企业破产清算过程中，控制活动的设计与实施是确保清算程序规范、高效进行的核心要素。它涵盖了明确的程序和操作流程、针对性的风险控制、建立责任制、监督与评价以及有效的信息披露和沟通。下面将深入探讨这些方面的重要性和具体实施方法。在破产清算中，涉及众多环节和步骤，如资产评估、债权人确认、财产处置等，每个环节都需要有明确的操作指南。制定标准化的流程，明确责任人和时间节点，可以避免混乱和延误，确保整个清算过程有序进行 [2]。每个控制措施都应指派明确的责任人，确保他们了解其职责和权限。这些责任人负责控制活动的实施和监督，及时报告和沟通相关情况，以便管理层能够及时了解控制措施的执行情况。建立独立的监督机构或委员会，对控制措施的有效性和执行情况进行定期评估。通过内部审计、外部评估或独立专家的审查等方式，发现问题和薄弱环节，并及时采取改进措施。

4、信息与沟通

有效的信息与沟通机制有助于避免误解和争

议,增进各方之间的理解与合作,为清算过程创造良好的环境。清算管理层应建立健全的信息收集、报告和传递机制,以确保所提供的信息真实、完整和准确。相关信息应及时更新,并向各方公开,避免信息滞后或隐瞒。只有在信息公开和透明的基础上,各方才能更好地了解清算进展和相关情况,从而作出理性决策。

清算管理层需要积极与债权人、员工、供应商等各方进行沟通,倾听他们的关切和需求。通过召开定期会议、发布公告、回应咨询等方式,确保信息传递的双向性和多样性[3]。这样可以避免信息不对称,减少误解和猜测,维护各方的合法权益。在破产清算过程中,各方可能会对清算方案、资产处置方式等方面产生疑虑和争议。清算管理层应积极解答疑问,提供合理解释,并充分考虑各方的意见和建议,尽量达成共识和妥善解决分歧。

5、监督与评价

通过内部审计、外部评估等方式,发现控制体系中的薄弱环节和问题,并及时进行纠正和改进,以提高清算过程的管理水平和效率。首先,建立独立的监督机构或委员会对于监督与评价至关重要。这个机构应该由具有独立性和专业性的人员组成,确保评价过程的客观性和公正性。监督机构的职责是全面监控清算过程中的内部控制措施的执行情况,评估其有效性,发现问题并提出改进建议。其次,监督与评价过程需要注重全面性。它不仅要关注控制的执行情况,还要关注是否达到了预期的效果。也就是说,不仅要确保控制措施按照规定进行,还要评估这些控制措施是否能够有效地达到控制的目标,即减少潜在风险和确保债权人利益得到保护。监督与评价的手段多样,其中内部审计是一种重要的方式。内部审计是独立于被审计活动的一种保证与咨询活动,它通过系统地评估和改进风险管理、控制和治理过程,帮助清算管理层识别问题和改进措施。

此外,也可以考虑借助外部专业机构进行评估,以获取更客观的评价结果。

三、结束语

在未来的发展中,我们应继续加强对内部控制框架的研究和改进,不断提高清算管理水平,以更好地适应经济发展和市场变化的需求。只有如此,我们才能在破产清算中真正实现公平、公正和可持续的发展目标。

参考文献:

- [1] 于淑媛.企业破产清算内部控制框架的构建[J].财经界,2015(18):97-98.
- [2] 袁帅.论企业破产清算内部控制框架的构建[J].中国注册会计师,2012(10):74-80.
- [3] 闫佳佳.国有企业破产清算内部控制理论框架研究[D].首都经济贸易大学,2012.

破产清算

关于破产清算会计若干问题的思考

◆文 / 罗伯武

本文刊发于《大众科学》2023 年第十三期

摘要

本文对破产清算会计进行了深入思考和研究。首先介绍了破产清算会计的概念，强调其在维护债权人和债务人权益方面的重要性。随后分析了当前破产清算会计工作中存在的问题，包括监督力度不足、法律法规不健全、信息壁垒和专业能力不足等方面。最后，针对这些问题提出了解决对策，包括加强监督力度、健全法律法规、增加破产清算会计细分科目以及提高人员专业素质等方面的建议。

【关键词】破产清算会计；债权人；债务人；监督力度

【引言】破产清算会计是财务会计的一个特殊分支，其重要性在于维护债权人和债务人的权益，保障破产财产的合法清偿和分配。然而，当前破产清算会计工作中存在一些问题，这些问题需要我们认真思考和解决，以提高破产清算会计工作的效率和准确性。

一、破产清算会计的概念

破产清算会计是以现有的各种会计方法为基础，以破产法律制度为依据，反映和监督企业破产清算过程中的各种会计事项，对破产财产、破产债权、破产净资产、破产损益等进行确认、计量、记录和报告的一种程序和方法。破产清算会计的目标是确保债权人的合法权益得到保障，并最大程度地清偿破产债务 [1]。

二、当前破产清算会计工作中存在的问题

1、监督力度不足

监督力度不足可能会导致破产清算会计工作的规范性和合法性受到影响。监督机构的不足监管可能导致一些破产企业在清算过程中出现不规范的行为，如财务造假、资产转移等，从而损害债权人和其他利益相关者的合法权益。此外，监督力度不足还可能导致破产清算会计工作的透明度和公正性不足。监督机构的不足监管可能会影

响信息披露的及时性和准确性，使得相关信息难以以为外界所知，降低了破产清算会计工作的公开度和透明度。

2、法律法规不健全

在破产清算过程中，缺乏明确的法律框架和详细规定，导致破产清算会计操作缺乏明确的法律指引。这可能导致在破产清算会计核算中出现模糊不清的情况，难以准确处理各种资产、债务和损益事项。此外，缺乏明确的法律规定也容易引发争议和纠纷，给破产清算工作带来一定的风险和不确定性。

3、存在严重的信息壁垒

由于破产清算涉及到商业机密、债务信息等敏感内容，相关当事人可能不愿意充分披露相关信息，造成外界对破产企业财务状况的了解不足。信息壁垒问题可能导致监督机构和其他利益相关者难以全面了解破产企业的财务状况，进而影响对破产清算会计工作的监督和评估。信息壁垒还可能导致不公平竞争、资产流失等问题，增加了破产清算会计工作中的风险和不确定性 [2]。

4、专业能力不足

部分会计人员可能对破产清算的专业知识和技能了解不够深入，缺乏对破产法律法规和会计准则的全面理解。这可能导致在实际操作中出现一些错误和疏漏，影响破产清算会计工作的质量和准确性。专业能力不足问题可能导致破产清算会计工作中的核算、计量、记录和报告等环节存在问题。如果会计人员无法准确理解和应用破产法律法规，可能无法正确核算破产债务、资产变现价值等重要要素，进而影响破产清算的结果和效果。

三、破产清算会计工作存在问题的解决对策

1、加强监督力度

解决破产清算会计工作中监督力度不足的问题，需要采取一系列有力的对策。首先，建立健全破产清算会计工作的监督机制，明确监督机构的职责和权限。监督机构应当具备独立性和权威性，能够有效地对破产清算会计工作进行全程监督。其次，加强监督机构的人员培训和专业素养提升，确保监督人员具备足够的专业知识和技能，能够准确判断会计核算的合规性和准确性。同时，建立监督信息共享机制，监督机构应与法院、企业、会计师事务所等建立紧密联系，及时获取破产清算会计信息，确保监督工作的及时性和全面性。此外，建立有效的举报机制也是加强监督力度的重要手段。鼓励企业内部员工、债权人、投资人等各方参与监督，对破产清算会计工作中的违规行为进行举报，以便及时发现问题并加以纠正。同时，加强对举报人的保护，防止其受到不当压力和报复。另外，加大对违规行为的打击力度，对违法违规行为进行严肃处理，依法追究责任人，形成对违规行为的强有力威慑。

2、健全法律法规

为解决破产清算会计领域法律法规不健全的问题，应采取一系列有针对性的举措，以确保该领域有明确的法律依据和规范。首先，应对破产清算会计工作制定专门的法律法规，明确破产清算会计的核算范围、流程、方法和报告要求，确保会计工作符合法律法规的规定 [3]。此外，要根据不同类型的破产情形，制定相应的细则和操作规程，确保不同情况下的会计处理有明确的法律指引。其次，应加强对破产清算会计法律法规的宣传和培训，确保相关从业人员充分了解并遵守法律法规的规定。为此，可以组织破产清算会计培训班、研讨会等，提高从业人员的法律法规意识和遵守能力。同时，要建立法律法规的监督和评估机制，定期对法律法规的实施情况进行评估，发现问题及时进行修订和完善，以适应破产清算实践的需要。

另外，要建立法律法规的追溯机制，对于已经发生的破产清算案件，要确保按照当时的法律法规进行处理，防止追溯时期产生混淆和不确定性。同时，要加强与相关部门的合作，确保破产清算会计工作与其他领域的法律法规相衔接，形成一个完整的法律体系，为破产清算会计工作提供有力的支持和保障。

3、会计细分科目中增加破产清算

为解决破产清算会计工作中信息壁垒的问题，可以通过在会计细分科目中增加破产清算会计，明确相关财务信息的披露要求，从而确保破产企业的财务信息透明度和公开性。首先，可以增设破产清算会计科目，将破产企业的清算相关收入、支出、损益等进行专门核算，使其能够清晰地反映破产清算的情况。同时，明确破产企业财务信息的披露要求，规定清算会计报表的披露内容和披露时间，确保相关信息及时、准确地向各方披露，避免信息壁垒的问题。其次，可以加强对会计信息披露的监督和审核。建立专门的监督机构，负责对破产企业的财务信息披露进行审核和监督，确保披露信息的真实性和可靠性。另外，对于不按规定披露信息的企业，要依法进行处罚，形成对违规行为的强有力打击，提高披露信息的合规性。

还可以鼓励利益相关者积极参与对破产企业财务信息的监督。例如，债权人、投资人、监管部门等可以对破产企业的财务信息进行审查和评估，及时发现问题并提出建议和意见，从而增加对破产清算会计工作的透明度和公开性。

4、提高人员专业素质

为有效解决破产清算会计工作中存在的专业能力不足问题，亟需采取措施加强对破产清算会计人员的培训和提高，以提升他们的专业素质和业务水平，从而确保破产清算会计工作的高效和准确。第一，应该建立健全的培训体系，针对破

产清算会计的特殊需求，开发专门的培训课程和教材。这些培训课程可以涵盖破产法律法规、会计核算方法、资产评估技巧、债务清偿程序等内容，以确保破产清算会计人员具备必要的理论知识和实际操作能力。第二，可以组织定期的培训活动和专业交流会议，为破产清算会计人员提供学习和交流的平台。通过与行业专家、监管机构代表等的互动，可以使会计人员了解最新的政策法规变化和行业动态，及时调整工作方法，提高工作水平。第三，还可以鼓励破产清算会计人员积极参与相关职业认证考试，如注册会计师、评估师等，这些认证可以为会计人员提供更全面的知识体系和更高的职业认可度，有助于提升其专业素质和职业发展。

四、结束语

通过采取以上对策，我们可以逐步解决当前破产清算会计工作中存在的问题，提高破产清算会计工作的质量和效率，维护各方的合法权益，促进企业破产清算工作的顺利进行，为经济的健康发展提供有力支持。只有在各方共同努力下，破产清算会计工作才能更好地为社会和经济做出贡献。

参考文献:

- [1] 成璐婷. 关于破产清算会计若干问题的思考 [J]. 当代会计, 2020(16):131-132.
- [2] 安华. 关于破产清算会计若干问题的思考 [J]. 中国乡镇企业会计, 2019(10):167-168.
- [3] 邵月. 关于破产清算会计若干问题的思考 [J]. 现代经济信息, 2018(18):262.

破产保护

民营企业破产保护相关法律问题研究

◆文／杨玮玮

本文刊发于《探索科学》2023 年第 21 期

摘要

民营企业在我国经济中占据重要地位，但由于市场、融资、产品结构等问题，部分民营企业面临困境，甚至陷入破产危机。为了规范企业破产程序，维护社会主义市场经济秩序，我国制定了破产法，并不断完善其中关于民营企业破产保护的相关法律制度。本文旨在深入研究民营企业破产保护相关法律问题，探讨破产法在保护民营企业中的作用和挑战，提出优化法律制度的建议，为解决民营企业困境提供参考。

【关键词】民营企业；破产保护；破产法；法律制度；优化建议

【引言】破产程序是一种法定程序，旨在帮助企业解决债务问题、重整经营，或者以清算方式退出市场。对于困境的民营企业来说，破产程序可以是一种重生的机会，也是一种合法化解债务的手段。然而，在实践中，民营企业适用破产程序面临着诸多挑战，涉及法律、经济、社会等多方面的因素。本文将重点研究民营企业破产保

护相关法律问题，探讨破产法在保护民营企业中的作用和局限性，分析目前法律制度中存在的问题，提出优化建议。

一、民营企业破产保护的现状与问题

1、破产保护的现状

我国自 2007 年实施破产法以来，破产程序逐渐成为解决企业债务问题的法定途径。破产法的修改和完善也逐步扩大了破产主体范围，将民营企业纳入了适用范围 [1]。在破产程序中，民营企业可以通过重整、和解等方式实现债务清偿、经营重建。破产保护的法律框架逐步完善，为民营企业在困境中获得拯救提供了法律依据。

2、存在的问题与挑战

然而，在实际操作中，民营企业适用破产程序仍然面临一些问题与挑战。首先，一些民营企业对破产程序存在抵触情绪，担心破产会影响企业声誉、经营，甚至可能导致企业破产退出市场。其次，由于民营企业的股权结构、融资方式等多

样性，破产程序的适用和实施相对复杂，需要考虑更多因素。此外，一些地方政府和法院在破产程序中对民营企业持谨慎态度，导致程序进展缓慢，甚至被滥用。另外，破产程序的实施过程中，缺乏标准化的程序和经验，导致程序效率不高。

二、优化民营企业破产保护的法律制度

1、完善宣传和教育

针对民营企业对破产程序的抵触情绪，迫切需要加强相关宣传和教育工作，以明确破产程序作为一种合法、有效解决债务问题的手段，有助于为企业提供新的重生机会。在当前社会环境下，破产不再是“死路一条”，而是为企业摆脱债务困局、重振旗鼓的正常途径。为实现这一目标，政府和相关机构应当采取一系列措施，以全面普及破产法律知识、引导企业树立正确的破产观念。第一，政府可以积极策划并举办针对民营企业主、高管以及有关从业人员的破产法律培训班、研讨会等活动。通过专业的法律专家讲解，详细介绍破产程序的法律原则、程序步骤、权利义务等，帮助企业人员深入了解并掌握破产保护的优势和应用。同时，结合实际案例，阐释成功的破产重整与和解案例，从而强化企业对破产机制的认识和信心 [2]。第二，政府可以借助多种宣传媒体，如电视、广播、网络、报刊等，传播正面的破产案例以及企业通过破产程序实现复苏的故事。通过精心制作的宣传片、报道文章，生动形象地展示了解破产困局、实现企业转型的成功范例，有力地打破了民营企业对破产的负面印象，增强了企业对破产保护的认可度。第三，政府还可以组织开展破产知识普及月、宣传周等活动，将破产法律知识融入企业文化建设、职工培训体系等，使破产观念渗透到企业的各个方面。同时，借助社交平台、微信公众号等新媒体工具，定期发布与破产保护相关的法律法规、政策解读等内容，以便企业随时获取必要的信息。

2、简化程序流程

目前，我国破产程序的流程相对繁琐，且一刀切的标准难以适应各类企业的不同情况。为了更好地优化民营企业破产保护的法律制度，可以考虑在破产法律框架中设立不同的程序路径，以便根据企业的规模、性质等因素进行分类，从而简化程序流程，提高破产程序的效率与适用性。一方面，针对小微民营企业，可以设置一条较为简化的破产程序路径。这类企业通常规模较小、资金有限，破产程序过于繁琐会增加负担。因此，可以在法律中明确相关简化流程，简化文件材料的提交要求，简化审查程序，缩短审理时间，从而更迅速地实现企业的破产保护和重整。另一方面，对于中型民营企业，可以设置更为灵活的破产程序路径。这些企业通常涉及更多的债权人和债务种类，情况较为复杂。因此，可以设立更具弹性的程序要求，允许企业根据实际情况进行债务重组、资产处置等操作，以更好地实现债务问题的解决和企业的复苏。另外，对于大型民营企业，可以保留相对完整的破产程序路径。这些企业通常规模较大，涉及的利益关系更加复杂，因此需要较为严谨的程序保障。在这一类企业的破产程序中，可以进一步强化审查程序，保障各方利益，确保程序的公正性和透明度。

3、加强监督与执法

为确保破产程序的公平、公正和有效运行，必须加强对破产程序的监督与执法力度。首先，需要建立健全破产程序的监管机制，明确各相关部门的职责和权限，确保监督工作的全面覆盖。监管机构应当及时收集和核实破产申请的相关信息，对疑似虚假破产案件进行深入调查，避免破产程序被滥用或误用。其次，对于破产申请，应进行严格审核，确保符合破产条件的企业能够顺利进入程序，而非滥用破产来逃避债务责任。在审核过程中，要注重排查可能存在的虚假资产、恶意逃废债务等行为，对于不符合破产条件的企

业,要果断拒绝受理其申请,防止滥用破产程序对债权人和社会造成不良影响[3]。此外,应加大对恶意逃避债务和拖延破产程序的企业和个人的处罚力度。对于企业和个人故意通过虚假破产来规避债务责任,或者故意拖延破产程序以逃避债权人的追偿,必须依法予以严惩。相关部门应当依法查处违法行为,维护破产制度的严肃性和权威性,保障债权人的合法权益。

4、强化政府支持

在优化民营企业破产保护的法律制度中,政府的积极支持和协调作用不容忽视。政府在民营企业破产保护中发挥着重要的引导和促进作用,应当采取一系列措施,为企业提供必要的支持,促进其顺利实施破产重整或清算,实现持续健康发展或顺利退出市场。第一,政府可以在民营企业引入投资人方面提供政策优惠,鼓励外部资本进入,推动企业的重整和转型升级。通过减免税费、提供贷款支持、设立专项基金等方式,吸引投资人参与破产重整,为企业注入新的活力和资金,有助于实现企业的翻身和发展。第二,政府还可以在土地使用、产权保护等方面提供支持,减轻企业经营负担。例如,可以简化土地使用手续,降低企业用地成本;加强知识产权保护,保障企业创新成果的合法权益。这些措施有助于提升企业的竞争力和持续经营能力,为其在破产保护过程中创造更有利的条件。第三,政府应当积极为职工提供就业机会,保障其权益。在破产重整过程中,可能会涉及企业的人员裁员或调整,政府可以与企业合作,提供培训、再就业等支持,帮助职工顺利实现转岗就业,减少其受到的影响。同时,政府还应当加强对职工权益的保障,确保其合法权益不受侵犯。第四,政府要建立多部门协同、整体联动的工作机制,便利破产管理人相关业务的办理。破产管理人在履职过程中需要办理破产企业工商、税务、社保、银行、不动产等信息查询业务;在破产重整程序中,还有可能要办理企业合并、分立等业务;在破产清算程序中,

还须要办理破产企业税务、工商注销等业务。一些地方政府和部门对破产管理人的法律地位不了解,对相关业务的办理程序把握不准,增加受理限制条件、增设办理环节或者拖延办理时间,导致整个破产程序滞后。因此,政府应当建立工作机制,全力推进各部门完善涉破产企业业务办理条件及流程,打造“一件事一次办”的服务理念,提高破产效率。

三、结束语

综上所述,民营企业破产保护是一个复杂而紧迫的问题,需要政府、企业和法律机构共同努力。通过加强宣传教育、简化程序流程、加强监督执法、强化政府支持以及借鉴国际经验,可以优化我国的破产保护法律制度,为民营企业提供更加有效的破产保护,促进其健康发展,为经济持续增长提供有力支撑。

参考文献:

- [1] 柴丽. 民营企业破产保护相关法律问题研究[J]. 法制与社会,2021(15):40-42.
- [2] 刘平婕. 民营企业破产重整过程中法律问题和相关规范研究[J]. 法制博览,2021(26):75-76.
- [3] 刘红,王昌昌. 民营企业破产重整相关法律问题探析——以债权人利益保护为视角[J]. 湖北师范大学学报(哲学社会科学版),2020,40(05):49-51.



法和人
视界

“为诚实而不幸”的人按下人生“重启键” ——个人破产失权与复权制度研究

◆文/ 陈莉花、寻媛媛

引言

破产并不是一件新鲜事，热搜里总是不缺某家商业巨头宣告破产的消息，亦或是某位风云人物行将破产的传闻。然而世界擅长为大人物的失败写传奇，却鲜有人会为小人物的失败作序。就像个人破产这件事，怎么听着都让人感觉有些陌生。但事实上果真如此吗？呼某因做生意背负上了480余万元的债务，卖掉唯一住房所得的260万全部用于偿还债务后仍有很多欠款。2021年6月，呼某向法院递交了个人破产申请，经过破产清算程序，法院作出裁定宣告其破产。呼某个人破产清算案是我国境内法院审结的首宗个人破产清算案，也是“新时代推动法治进程2022年度十大案件”候选案件之一。3月4日，全国政协第十四届一次会议在北京召开，全国政协委员袁小彬提交《关于尽快建立全国性个人破产法律制度的建议》。这些都标志着个人破产这片曾经的“无人区”正在破冰，那么个人破产是不是就意味着老赖欠钱不还？其实并不是，因为还有个人

破产失权与复权制度予以规制。个人破产失权与复权制度是指个人因不能清偿债务而被有关主管部门认定属于破产情形后，其部分权利、资格等在公、私法上受到一定程度的限制与满足特定条件后予以恢复的制度。

目前我国尚未确立全国范围内的个人破产失权与复权制度，仅在深圳等沿海地带开展针对个人破产失权与复权制度的试点工作，如截至去年2月28日，深圳中院共收到个人破产申请1031件，每月平均收到申请85件。申请人的债务规模最小约1.8万元，最大约16亿元。57.5%的申请人有创业失败或者经营不善经历。《深圳经济特区个人破产条例》作为全国首部个人破产制度的地方性法规，其主要从三个方面限制债务人行为。一是限制消费行为，第二十三条规定了八种禁止消费行为，主要参考《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》；二是限制职业资格，自人民法院宣告债务人破产之日起至依照本条例免除债务人未清偿债务之日止，债务人不得担任

上市公司、非上市公众公司和金融机构的董事、监事和高级管理人员职务；三是限制借贷额度，进入破产程序后，债务人借款一千元以上或者申请等额信用额度时，应当向出借人或者授信人声明本人破产状况。由此可以看出整个条例尚未规定复权内容以及立法模式、期限等问题，因而本文借鉴其精华，并试图对建立全国范围内的个人破产失权与复权制度提出以下构想。

一、我国个人破产失权与复权制度的立法模式选择

（一）个人破产失权制度的立法模式选择

当然形成主义的失权模式是指被宣告个人破产的自然人无需经过法院或有关部门的裁定，其部分权利、资格直接受到一定程度的法律限制。其最大优势在于大幅提高审理个人破产案件的效率。

裁判形成主义的失权模式是指被宣告个人破产的自然人的部分权利、资格需要通过法院作出相应裁定才会受到限制。其最大优势是其会根据个人破产中破产人负债的主观恶意程度和像负债原因、负债金额等客观情况综合判断是否适用失权制度以及具体怎么适用失权制度，从而更有利于实现实质正义，保护债务人利益。

从结合当前我国国情角度出发，笔者更赞成在构建我国个人破产失权制度时候选择更为恰当的裁判形成主义的立法模式。原因在于当然形成主义的立法模式属于一揽子治理模式，其“一刀切”的规则违反了比例原则，不利于保护“诚实而不幸”个人破产中的破产人的合法权益，也不利于其积极清偿债务致使达到债权人的受偿目的。而裁判形成主义的失权模式赋予了法官一定的自由裁量权，相当于在个人破产失权制度启动前设置了一个关卡，让法官通过自己的理性判断与法律素养选择是否准予适用个人破产失权制度以及失权范围大小、失权时限长短等问题，兼顾个人破产失权制度惩戒与保护的双重立法目的。

（二）个人破产复权制度的立法模式选择

混合复权主义综合了当然复权主义的便捷高效、节约司法资源优势与申请复权主义排除不良隐患、精细化处理的优势，更符合我国破产案件数量多且案情复杂的司法现状。那在采用混合复权主义立法例的前提下，究竟何种情形适用于当然复权，何种情形又需要经过申请才可恢复权利呢？本文认为可以按照以下方式进行划分。

（1）如果个人破产中的破产人属于失权经过法定期限，且既不能清偿债务也未通过其他合法方式减免债务，亦没有与债权人达成和解协议且合法履行完该和解协议的情形，则应适用当然复权主义。原因在于法律针对这种情形已经明确规定了其期限，若再设置法院介入审核程序实际上是多此一举了，没有合理配置司法资源。

（2）如果个人破产中的破产人属于已经清偿所有债务或者通过其他合法方式被减免债务再或者与债权人达成和解协议且合法履行完该和解协议的情形，则应适用申请复权主义。因为这几种情形与利害关系人的利益密切相关，需要采用严格审核来确保债权人合法权益得以实现。

二、我国个人破产失权与复权制度的具体内容设置

（一）个人破产失权与复权制度的主体

中国目前只有“半部”破产法，即现行法律只规定了企业的进入与退出市场机制，个人作为与企业同等地位的市场主体，却只有进入市场机制而没有退出市场机制，导致大众创新、万众创业的良好势头难以为继。为顺应社会发展趋势，本文认为经营性主体与消费性主体均应被纳入我国个人破产失权与复权法律制度的调整范围，也就是采取一般自然人模式。

（二）个人破产失权制度的限度

关于个人破产失权的限度，建议我国宜采取动态弹性主义，赋予有关主管部门一定的自由裁

量权，使相关主管部门可以在法定范围内按照特定状态设定恰当的期限与范围。

1. 个人破产失权制度的期限

跟企业破产一样，个人破产也应由清算、和解和重整组成，个人破产失权制度的期限长短也应该按照适用的不同个人破产程序予以差异化设置。对于适用清算程序的，失权期限与其剩余债务数额呈正比例关系；对于适用和解程序的，失权期限应当与当事人之间达成的和解协议中确定的偿债期限保持一致；对于适用重整程序的，失权期限等于重整期限且不得超过个人破产失权的法定最长期限，个人破产失权的法定最长期限是为了避免失权期限过长而不利于被宣告个人破产的破产人重获新生，但考虑到目前我国民众的诚信法治意识尚待加强，所以建议我国设定个人破产失权的法定最长期限时，应不短于法制较为健全的发达国家或地区。像我国台湾地区规定个人破产失权的法定最长期限为3年，法国与日本规定个人破产失权的法定最长期限的分别为5年与10年，因而我国首次个人破产失权的法定最长期限可以考虑在5-10年这个区间内选择，二次及以上被宣告个人破产的失权法定最长期限予以相应延长。

2. 个人破产失权制度的范围

我国可以从限制被宣告个人破产的破产人的职业选择、消费支出、出入境行为以及信用获取这四个方面来界定个人破产的失权范围，但值得注意的是，在限制被宣告个人破产的破产人的职业选择时，我们不能完全照搬我国现行的失信人名单制度。因为其与域外立法相比，其职业限制的类型并未涉及信誉性职业，其对经营性职业的限制也不够全面并且其对公务性职业的限制又过于严苛。故本文据此提出以下三点建议：

第一，我国个人破产失权制度的未来立法需要对被宣告个人破产的破产人从事信誉性职业进

行限制，如律师、会计师、公证人等。

第二，针对经营性职业的限制不应局限于国有企业、事业单位、金融机构等，而应扩大至所有性质的企业中的董事、经理等高级管理人员，以更好地达到惩戒被宣告个人破产的破产人目的。

第三，因为失信名单针对的是不诚信的失信人，而个人破产失权制度针对的是诚实而不幸的破产人，故后者的失权范围应窄于更具可责性的前者才更为合理。因而建议对被宣告个人破产的破产人的公务性职业限制除了公务员外，至多包括国有企业、事业单位、党政组织的领导职务，而非前述组织中的一切职务。另外为了使被宣告个人破产的破产人尽早脱离破产窠臼，我们强调的是限制其进入公务性职业，而非限制其继续从事公务性职业，换句话说就是不得因此辞退在被宣告个人破产前已经从事公务性职业的破产人，但可据此影响其晋升评奖等。

（三）个人破产复权制度的条件

我国在构建个人破产复权制度的条件时，可借鉴域外立法经验主要设置以下三种可复权情形：

1. 被宣告认定为个人破产的自然人已依法清偿债务或其债务被依法减免。被宣告认定为个人破产的自然人之所以其部分权利或资格受限是源于其无力偿债，所以如果在被宣告认定为个人破产的自然人通过合法途径能够清偿全部剩余合法债务，或其债务通过免除等方式不再需要清偿的话，其就能够被允许向有关主管部门请求恢复之前被限制减损的权利与资格。

2. 被宣告个人破产的破产人与其债权人达成了和解协议并已依法履行完毕该和解协议。破产和解协议实际上是经当事人同意变更被宣告个人破产的破产人的债务并因履行完毕而消灭该债务，当然在这过程中被宣告个人破产的破产人不得欺诈其债权人，否则该和解协议自始至终不发生法律效力，被宣告个人破产的破产人也不得据

此申请复权。

3. 被宣告个人破产的破产人失权已满法定期限。如果被宣告个人破产的破产人既不能清偿债务，其债务也未得到减免，也未与其债权人达成和解协议，但是其失权已满法定期限，其受限的权利可以得到自动恢复，这属于符合了当然复权的条件。

参考文献:

[1] 权萌. 个人破产失权与复权制度研究——探寻惩戒与保护的平衡点 [J]. 法制与社会, 2018(06): 34-36.

刑事篇

刑事诉讼

刑事被害人财产返还或退赔的几条途径

◆文 / 刑事业务部

目次

- 1、刑事诉讼程序进行当中的返还或退赔途径
- 2、刑事附带民事诉讼途径
- 3、刑事执行程序中的执行申请和异议途径
- 4、民事诉讼程序途径
- 5、刑事裁判涉财内容不明确的情况下的返还或退赔途径
- 6、结语

被害人是指合法权益遭受不法行为直接侵害的人。所以，在刑事案件中，被害人财产并非指其所有遭到侵害的财产，而必须是遭受不法行为直接侵害的财产。刑事被害人财产的返还或退赔在实务中非常复杂。本文依据相关法律规定对刑事被害人财产返还或退赔的途径进行简单梳理。

一、刑事诉讼程序进行当中的返还或退赔途径

《刑法》第六十四条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；

对被害人的合法财产，应当及时返还。”《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》指出：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。据此，追缴或者责令退赔的具体内容，应当在判决主文中写明；其中，判决前已经发还被害人的财产，应当注明。”

另依据《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》第18条规定：“有关违法犯罪事实查证属实后，对于有证据证明权属明确且无争议的被害人、善意第三人或者其他人员合法财产及其孳息，凡返还不损害其他利害关系人的利益，不影响案件正常办理的，应当在登记、拍照或者录像后，依法及时返还。”因此，对于刑事案件中被害人的财产损失可以通过返还或退赔来实现。

二、刑事附带民事诉讼途径

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百零一条：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事

诉讼。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百七十五条第一款：“被害人因人身权利受到犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼；……”第一百七十六条：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”另外，《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》中也规定，“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。……被害人提起附带民事诉讼，或者另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的，人民法院不予受理。”可见，只有被害人因人身权利受到犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，才有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼。对于被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔，而不能提起附带民事诉讼，而且从条文上看也不能提起民事诉讼（但是否就一概不能提起民事诉讼将在下文中论述）。

三、刑事执行程序中的申请执行和异议途径

在刑事诉讼中，对于被害人财产没有或未及时返还或退赔的，可以在刑事执行程序中通过申请执行或提出执行异议来处理。但是，对于这一问题，不同的法院有不同的操作：有的法院要求刑事被害人以载有退赔内容的刑事判决为依据，就判决退赔的部分申请法院强制执行；有的法院由审判人员将有退赔内容的刑事判决直接移送至执行部门强制执行。

1、刑事裁判涉财产部分申请强制执行的依

据。2020年12月23日修正后的《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第2条规定执行机构负责执行下列生效法律文书包括“人民法院民事、行政判决、裁定、调解书，民事制裁决定、支付令，以及刑事附带民事判决、裁定、调解书、刑事裁判涉财产部分”。另一方面，《民事诉讼法》第二百四十三条规定“发生法律效力的民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。”这里的其他应当由人民法院执行的法律文书当然包括涉财产刑事判决书。此外，2014年9月1日最高人民法院审判委员会第1625次会议通过《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第一条明确该规定所称刑事裁判涉财产部分的执行，是指发生法律效力的刑事裁判主文确定的下列事项的执行，包括（1）罚金、没收财产；（2）责令退赔；（3）处置随案移送的赃款赃物；（4）没收随案移送的供犯罪所用本人财物；（5）其他应当由人民法院执行的相关事项。并且明确刑事附带民事裁判的执行，适用民事执行的有关规定。

2、刑事裁判涉财产部分执行的启动。《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第17条规定的执行的启动为：“生效法律文书的执行，一般应当由当事人依法提出申请。发生法律效力的具有给付赡养费、抚养费、抚育费内容的法律文书、民事制裁决定书，以及刑事附带民事判决、裁定、调解书，由审判庭移送执行机构执行”。由此可见，对于审判庭移送执行案件并未涉及刑事裁判涉财产部分。也就是说，刑事裁判涉财产部分的执行只能由当事人提出申请来执行。但是，《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第七条规定，“由人民法院执行机构负责执行的刑事裁判涉财

产部分，刑事审判部门应当及时移送立案部门审查立案。移送立案应当提交生效裁判文书及其附件和其他相关材料，并填写《移送执行表》”，并且《移送执行表》需要载明被害人的基本信息。人民法院立案部门经审查，认为属于移送范围且移送材料齐全的，应当在七日内立案，并移送执行机构。因此，如果法院没有移送，被害人可以要求法院刑事审判部门移送。

如果被害人要求法院刑事审判部门移送，但法院刑事审判部门仍怠于移送执行的情况下，如何处理？由于《民事诉讼法》第二百四十三条规定：“调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。”刑事裁判涉财产部分属于执行机构负责执行的生效法律文书，那么刑事判决书作为人民法院执行的法律文书，当事人必须履行，否则对方当事人向人民法院申请执行也符合民事诉讼法的规定。如果刑事审判部门怠于移送执行，违背“应当及时移送”之规定的，那么被害人作为当事人也可以自行申请强制执行，因为《刑事诉讼法》第一百零八条的“当事人”包括被害人。

四、民事诉讼程序途径

《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第五条第2款规定的“经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。”但这一规定已经废止。后来公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》并没有沿用这一规定。反而《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》还规定：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。……被害人提起附带民事诉讼，或者另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的，人民法院不予受理。”这一批复会造成经过追缴或者退赔

仍不能弥补损失时、追缴或退赔无法启动时，或者执行和异议也不能启动时，被害人的财产权利得不到救济。依据基本的法理，在这种情况下被害人如果想弥补损失，必须通过民事诉讼的途径获得救济。例如，（2017）最高法民申4094号民事裁定书，在裁判说理中明确表示，在通过刑事追赃、退赔不能弥补被害人全部损失的情况下，赋予被害人向人民法院另行提起民事诉讼的权利，有利于最大限度地保护被害人的合法权益，刑事判决与民事判决对于保护被害人的合法权益是相互补充的，并未加重刑事判决被告人等人的赔偿责任。

五、刑事裁判涉财内容不明确的情况下的退赔途径

实践中还经常遇到一种情况，刑事判决书中虽然提到了应当责令被告人退赔，但是因为没有确定被害人的财产损失数额，也没有确定被告人应当向被害人退赔的数额，视为被害人尚未就财产损失取得确定性判决。这必然导致刑事退赔或执行受阻，那么该如何处理呢？一般情况下可以通过以下三种程序来处理。

1、刑事补正程序。尽管《最高人民法院关于刑事裁判涉案财产部分执行的若干规定》第六条规定，“刑事裁判涉财产部分的裁判内容，应当明确具体。涉案财物或者被害人人数较多，不宜在判决主文中详细列名的，可以概括叙明并另附清单。判处追缴或者责令退赔的，应当明确追缴或者退赔的金额或者财物的名称、数量等相关情况”，但是在司法实践中经常出现刑事裁判涉财产部分的裁判内容不明确的情况。《最高人民法院关于人民法院立案、审判与执行工作协调运行的意见》第十五条规定：“执行机构发现本院作出的生效法律文书执行内容不明确的，应书面征询审判部门的意见。审判部门应在15日内作出书面答复或者裁定予以补正。审判部门未及时答复或者不予答复的，执行机构可层报院长督促审判部门答复。执行内容不明确的生效法律文书

是上级法院作出的，执行法院的执行机构应当层报上级法院执行机构，由上级法院执行机构向审判部门征询意见。审判部门应在15日内作出书面答复或者裁定予以补正。上级法院的审判部门未及时答复或者不予答复的，上级法院执行机构层报院长督促审判部门答复。执行内容不明的生效法律文书是其他法院作出的，执行法院的执行机构可以向作出生效法律文书的法院执行机构发函，由该法院执行机构向审判部门征询意见。审判部门应在15日内作出书面答复或者裁定予以补正。审判部门未及时答复或者不予答复的，作出生效法律文书的法院执行机构层报院长督促审判部门答复。”《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十五条规定：“执行过程中，案外人或被害人认为刑事裁判中对涉案财物是否属于赃款赃物认定错误或者应予认定而未认定，向执行法院提出书面异议，可以通过裁定补正的，执行机构应当将异议材料移送刑事审判部门处理。”

2、审判监督程序。依据《刑事诉讼法》第二百五十二条：“当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力的判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，……”，以及第二百五十三条：“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：……；（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；”原审法院未在刑事判决书中写明追缴或者责令退赔内容的，属于漏判，即适用法律错误，被害人可以直接向法院进行申诉，或者向检察院申请抗诉。例如，湖南省怀化市中级人民法院（2021）湘12刑申60号刑事申诉再审审查决定书认为：原一、二审判决、裁定仅对被告人梁某某犯诈骗罪判处了相应刑期及罚金，未对其非法占有被害人李某的财产判决责令退赔，不符合《中华人民共和国刑法》第六十四条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑法〉第六十四条有关问题的批复》及《最高人民法院关

于适用〈中华人民共和国刑法〉的解释》第一百七十六条等的规定，依法应予纠正。决定对本案另行组成合议庭进行再审。

另外，《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十五条规定，“无法通过裁定补正的，应当告知异议人通过审判监督程序处理。”

需要注意的是，在一般情况下，被害人向人民法院申诉的期限为刑罚执行完毕后两年内。根据《人民检察院民事诉讼监督规则》第二十条的规定，向人民检察院申请监督，应当在人民法院作出驳回再审申请裁定或者再审判决、裁定发生法律效力之日起两年内提出。但是《人民检察院办理刑事申诉案件规定》中，向检察院提出申诉没有时间上的限制性规定。据此，被害人基于生效的刑事判决书向检察院申诉的，不受时间限制。

3、民事诉讼程序。正如前文所论及的，尽管《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》中也规定，“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。……被害人提起附带民事诉讼，或者另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的，人民法院不予受理，”但是，此条贯彻的是刑事返还或退赔优先原则，其立法意图在于依法予以追缴或者责令退赔可以更加快捷地让被害人的损失得到挽回，并没有排除在追缴或者退赔不能的情况下被害人获得民事救济的权利，因为民事诉讼是解决纠纷的最终程序。在刑事涉财裁判不明的情况下，也必然导致被害人在刑事案件中追缴或退赃不能，被害人有权就其财产损失部分，向人民法院另行提起民事诉讼。

六、结语

刑事案件被害人权益保护在刑事诉讼中是个边缘问题，无论是在立法还是司法实务当中都存在需要提升的空间，加上被害人权益遭受不法侵

害的情形复杂多样，使得刑事被害人的合法权益被侵害后难以得到有效救济，尤其是在被害人财产返还或退赔方面更加艰难。无论如何，法律作为纠纷解决和权利保护的最终途径，在遵循基本法理和原则的基础上，让本来已经受到伤害的被害人的合法权益得到公正保护，是我们这个制度的基本尊严和我们法律人的基本良知。

刑事诉讼

被索贿人的罪与非罪——一桩索贿案引发的思考

◆文／刑事业务部

前言

刑法第三百八十九条第三款规定，“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”体现了法律对“被索贿者”的宽容与保护。但刑法第三百八十九条第一款已经把“为谋取不正当利益”作为行贿的构罪条件，即如果没有谋取不正当利益就不满足构成行贿罪的条件。可见，刑法第三百八十九条第三款明显多余。这就导致刑法关于被索贿人没有任何实质性规定，同样导致司法实务中对索贿情形下被索贿人的罪与非罪问题认定不一。基于索贿情形下个各行为人的特征，笔者认为，应当进一步明确索贿情形下被索贿人的入罪条件，对于入罪的也应当规定可以减轻或从轻处罚。

一、问题的提出

2018年，某县建设投资有限公司（以下简称“建投公司”）融资困难，资金缺口较大，但时任副总经理的G某觉得相关机构报价太高，于是向其同学D某寻求推荐融资成本低的公司，D某欣然同意并说可以从中分取好处费。于是D某介

绍能够承揽定融业务的C某给G某。G某将当时已向建投公司提供定融业务报价的其他机构的方案和报价告知C某，并要求C某以低于其他机构的价格报送方案。C某团队准备完毕相关材料后，G某带着C某、Q某、S某与建投公司董事长M某见面，C某等人以承销费1.5%、综合成本11%左右的价格报送定融方案。2018年6月，建投公司党工委员会决定由C某等人承销建投公司的定融产品承销募集业务。会后，M某进一步提出再次降低费用，最终C某等人以承销费1.4%、综合成本11%左右的价格签订了定融承销协议。

在建投公司开会确定由C某团队承销定融业务后、但尚未将消息告知C某前，G某电话D某，指使D某趁C某等人尚未知道建投公司已经确定由他们做定融承销前，与C某谈好给G某等人好处费的相关事宜。于是D某与C某联系，要求C某支付承销费一半的好处费，如果答应就可以定C某团队承销，如果不可以就算了。C某说需要同团队其他人商量。起初团队成员觉得对方索要的好处费太高，但考虑到今后的长远合作，只好同意支付D某等人一半承销费的好处

费。2018年至2022年期间，C某、Q某、S某为建投公司挂牌发行15.8亿元定融产品提供承销费用，实际募集资金15.0455亿元，合同约定承销费6843.905万元。之后，G某和D某一起收到“好处费”1060.6576万元。

2023年7月，某县人民检察院以C某、Q某、S某涉嫌行贿罪起诉至某县人民法院。

本案中C某、Q某、S某应建投公司的要求以低价来承销，却又被勒索一半的承销费。该案反映出了一个问题：被索贿人C某、Q某、S某的行为是否构成行贿罪？

二、何为不正当利益

研习法律的人都知道，尽管行贿和受贿是一对范畴，但在立法上存在明显的差异。《中华人民共和国刑法》（以下简称刑法）第三百八十五条规定，受贿罪是指，国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。而第三百八十九条第一款规定的行贿罪是指，为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。从中可以看出，除了有财物上的往来之外，只要是为他人谋取利益，无论是正当利益还是不正当利益，都构成受贿罪，但要构成行贿罪，就必须是要为了获得不正当利益。

然而，对于何为不正当利益，无论是学术界还是司法实务界都存在很大争议。撇开学术界的争议不说，我们先来看刑法第三百八十九条第二款的规定，即在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。该款并没有提及“不正当利益”，依据第一款的规定，可以认为第二款实质上是将在经济往来中，违反国家规定给予国家工作人员以财物或者违反国家规定给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费都视为因违反

国家规定而获得的利益，均为“不正当利益”。

在司法解释层面，1999年“两高”《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》首次对“谋取不正当利益”进行界定，其明确规定：“‘谋取不正当利益’是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。”

2008年“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》对“谋取不正当利益”作了新的解释：“在行贿犯罪中，‘谋取不正当利益’，是指行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件”；“在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于‘谋取不正当利益’。”

2012年，“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2012〕22号）整合了以上两个解释，是迄今为止最高司法机关对此问题作出的最全面、最权威的规定。其第十二条规定，“行贿犯罪中的‘谋取不正当利益’，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势的，应当认定为‘谋取不正当利益’”。由此可见，“不正当利益”可以分为两大类，一类是从法律、法规、规章、政策、行业规范的规定中能够找到不正当依据的利益，另一类是发生在竞争性活动中的不公平利益。具体包括：一是违法的利益，即行为人谋取的利益违反法律、法规、规章的规定。二是违背政策的利益，即根据相关政策不应当获得的利益。三是违背行业规范的利益，

即按照相关行业规范不应当获得的利益。四是程序上的不正当利益，即要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，通过非正常途径、程序为自己提供帮助或者方便条件而获取的利益。五是违背公平、公正原则的利益，即在经济、组织人事管理等活动中谋取竞争优势而获取的利益。

三、索贿情形下行为人的行为特征

索贿情形下，对于国家工作人员而言，是否构成索取型受贿，关键在于其行为是否构成“索取”他人财物。但即便有先提出、安排的成分，如未超出请托人的心理预期，没有对请托人形成心理压力，请托人内心是愿意接受的，也不宜认定为索贿。因为无论是国家工作人员还是请托人，总有一方先提出要求，然后双方协商，完成权钱交易。在这种权钱交易中，双方都处于“你情我愿、各取所需”的状态中，如果不考虑行受贿双方当时真实的情形和心理状态，仅仅简单以国家工作人员先提出财物要求为由，就认定为索贿，不仅与事实不符，也容易造成索贿认定的扩大化。

与对于国家工作人员索贿的规定不同，刑法规定对被索贿者免除责任，用的是“被勒索”一词。“被勒索”蕴含的被强迫性、被害性要远远大于普通“被索取”，已经达到了被要挟的程度。实践中，应该根据程度不同，把“被索贿者”分为两种，一种是达到“被勒索”的程度，对请托人形成心理强制从而达到内心极度痛苦、极不情愿拿出财物的程度，或者以欺骗的方式诱使他人给予财物。如不交付财物就拖延甚至拒绝办理应当办理的事情，或利用职务上的便利进行打击报复来要挟请托人，请托人迫于无奈，只好选择给予财物。这种行为在性质上相当恶劣，对于国家工作人员应该予以严惩，作为被迫行贿方应免除刑事责任。另一种是远远没有达到勒索程度的普通索取行为，一般就是乘请托人有求于己之机，主动向其索要财物。请托人虽然不是特别愿意交付

财物，但是在权衡利弊之后仍作出了选择，并且希望通过行贿，获得更大的收益，归根结底仍是一场双方获利、你情我愿的交易。这种普通被索取的行贿行为，不属于法律免除刑事责任的范畴，但可以作为一个从轻情节，在对行贿人定罪量刑时予以考虑。

本案中，在建投公司开会确定由C某团队承销定融业务后、但尚未将消息告知C某前，G某电话D某，指使D某隐瞒已经确定由C某团队承销定融业务事实与C某谈好给G某等人好处费的相关事宜。于是D某与C某联系，要求C某支付承销费一半的好处费，如果答应就可以定C某团队承销，如果不可以就算了。C某说需要同团队其他人商量。起初团队成员觉得对方索要的好处费太高，但考虑到今后的长远合作，只好同意支付D某等人一半承销费的好处费。显然，C某、Q某和S某三人属于被勒索。

那么，被索贿人是否存在谋取不正当利益的问题呢？依据刑法第三百八十九条第一款，行为人为了谋取不正当利益而给予国家工作人员财物的构成行贿。也就是说给予国家工作人员财物的目的是为了谋取不正当利益。这种目的性体现了行贿人给予财物的主动性。显然，在索贿情形下，至少被勒索人不存在这种给予财物的主动性，因而也就不存在谋取不正当利益的目的性。本案中，Q某、C某、S某系被勒索，因此，Q某、C某、S某不存在谋取不正当利益的目的性。而且，在G某和D某索贿之前，已经确定了Q某、C某、S某的方案，就不存在需要谋取竞争优势的问题了。

四、完善建议

鉴于刑法第三百八十九条第一款已经把“为谋取不正当利益”作为行贿的构罪条件，使得该条第三款的规定失去了意义。因此有必要对被索贿人的入罪进行法律上的规定。

基于前面的论述，我们还将不正当利益分为

非法利益和其它不应当得到的利益。非法利益是指违反法律、法规、政策，用非法手段给予、收受的利益，非法利益不仅表现为给予、收受手段的非法性和不正当性，更突出地表现为利益本身的违法性，非法利益的给予、收受侵害了国家的法律秩序即国家的利益。其他不应当得到的利益是指利益本身不是法律、法规、政策所禁止的，但从给予、收受利益的手段具有非法性和不正当性，这种利益的给予、收受，侵犯的是他人正当的利益。

因此，基于刑法谦抑性原则，为了更为妥善地解决索贿情况下被索贿人的归罪问题，可以将刑法第三百八十九条第三款规定修改为，“因被勒索给予国家工作人员以财物，不是行贿。”同时增加一款：“因被索取给予国家工作人员以财物，没有获得非法利益的，不是行贿。”这就意味着，对于请托人，因被索取给予国家工作人员以财物，但获得非法利益，则可以认定为被索取型行贿。构成被索取型行贿的，因其系被索取给予国家工作人员以财物，因此可以从轻或减轻处罚。

刑事合规

刑事案件数字资产处置的困境与合规途径

◆文 / 刑事业务部

前言

- 1、引言
- 2、刑事案件数字资产处置的现状
- 3、刑事案件数字资产处置面临的困境
- 4、刑事案件数字资产处置的合规途径
- 5、刑事案件数字资产处置的立法前瞻
- 6、结语

一、引言

数字资产，也称为虚拟资产，是指以数字化形式存在，具有独特属性、价值和使用价值的资产。这些资产可以是数字货币（虚拟货币）、数字艺术品、数字版权、数字游戏道具等等。[1] 近年来随着数字化支付和投资方式的普及，与区块链相关的虚拟货币获得了快速发展，涉及虚拟货币的刑事案件呈现逐年增长的趋势。根据公安部披露的数据显示，近年来全国公安机关共破获涉及虚拟货币的刑事案件达 3100 余起，涉案金额

超过 100 亿元人民币。[2] 但由于数字资产交易市场不成熟，缺乏中心监管、没有涨跌幅度限制、价格波动较大，目前又缺乏有资质的专业机构进行价格鉴定等，实践中对其处置的方式多样，存在诸多的问题。在此情况下，如何在我国的政策背景下合法地处置涉案数字资产，成为当前刑事诉讼中涉案财产处置的面临的重要问题。本文主要以数字货币为对象集中探讨刑事案件语境中数字资产处置的相关问题。

二、刑事案件数字资产处置的现状

（一）案件涉及的数字资产主要类型

公安部 2020 年 7 月 30 日官网显示，公安机关破获了首起以比特币等数字货币为交易媒介的网络传销案，涉案金额逾 400 亿元。[3] 2022 年 1 月 14 日，公安部网络安全保卫局二级巡视员孔长青向记者表示，2021 年公安机关打击治理网络黑灰产，针对虚拟货币洗钱新通道，全国共破获相关案件 259 起，收缴虚拟货币价值 110 亿余元。[4] 2023 年 7 月 18 日，湖北省荆门市沙洋县公安

局将某跨境网络赌博案主犯依法送审，参赌人员交易全部用虚拟货币结算，涉案流水达4000亿。专案组成功锁定并将价值1.6亿美元的涉案虚拟货币进行冻结。2022年10月，法院作出判决，对部分冻结的虚拟货币依法没收。该案成为全国首例经法院判决没收的虚拟货币第一案。[5]

从2022年刑事案件涉及的虚拟货币种类来看，主要包括USDT、ETH、BTC等。其中USDT（泰达币）涉案比例最高，占据了绝对主力位置。USDT是在一系列不同的区块链中发行的，如：OMNI-USDT是基于BTC（比特币）网络的OMNI协议、ERC20-USDT是基于ETH（以太坊）网络的ERC-20协议、TRC20-USDT是基于TRON（波场）网络的TRC-20协议。USDT（泰达币）是Tether公司推出的是一种将加密货币与法定货币美元挂钩的虚拟货币，是稳定币的一种，它与美元稳定在1:1的比值，并且它能和所有的虚拟货币自由兑换，这样稳定币就成了虚拟货币世界与法币之间的桥梁。[6]USDT作为使用最为广泛的稳定币，一方面起到了法币入金媒介作用，涉案人会使用法币购买USDT，然后再兑换为其他虚拟货币；另一方面，由于其价值相对稳定，也被不法分子用于洗钱或转移非法收入等用途。

（二）目前涉案数字货币的处置方式

当前，公安机关将其取得犯罪嫌疑人授权的虚拟货币，以及法院司法审判没收处置的虚拟货币，大都通过委托民间的企业进行代为处置。民间企业在处置虚拟货币的过程中，主要有如下几种方式：

一是受托公司利用在虚拟货币交易所开设的账户，将委托处置的虚拟货币直接卖给承兑商，即在虚拟货币交易所注册成为商家，利用虚拟货币市场的实时价差，通过买入卖出赚取价差的经销商。承兑商以人民币方式支付给受托公司。受托公司在扣除服务费后再转给委托机关或其指定的账户。

二是受托公司在深圳、广州等地，找到一些拥有大量现金的买家（多为“地下钱庄”），将虚拟货币卖给这些买家，买家以人民币现金支付，受托公司在扣除服务费后，将现金交由司法机关，或者司法机关指定的当地财政部门。

三是受托公司跟境内外贸公司合作，要求外贸公司跟境外公司合谋，通过虚构出口贸易的模式，由境内的外贸公司发空包裹、或者提供虚假的跨境技术服务，让境外公司依照合同汇款，然后通过人民银行外管局进行结汇，进而兑换成人民币。受托公司在扣除服务费后再转给委托机关或其指定的账户。

（三）目前涉案数字货币处置存在的风险

目前公安机关取得犯罪嫌疑人授权的虚拟货币和法院司法审判罚没处置阶段的虚拟货币，无论采取以上何种方式都属于未经过司法评估手续就委托给一些营业范围不匹配的科技公司代理处置虚拟货币，而且各地在处置过程中普遍存在着规定不具体、执行方式不统一等问题，存在着较大的风险。

1、受托公司客观上存在非法经营的风险直接影响到处置的合法性。一般来说，受托公司经营范围中不包含经营“虚拟货币处置”业务。而且《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》对虚拟货币相关业务活动，明确定性属于非法金融活动。故参与代处置虚拟货币的相关公司理应先履行前置审批获得资格，方可开展业务。

2、相关政府机构的操作风险。境内的司法机关在没有履行司法评估手续的前提下，就将虚拟货币交由没有处置权限的“科技”公司到境外处置，程序上存在重大司法瑕疵。处置过程不可控，倘若在境外处置的过程中出现纠纷，无法及时收取对应的外汇，则造成处置资产发生损失。

3、处置过程中被其他非法活动利用销账风

险。由于大量的电信诈骗、网络赌博、网络传销资金，通过虚拟货币交易所上承兑商（OTC）购买虚拟货币来完成销赃，一旦承兑商没有识别出来是赃款资金，就间接帮助了从事电信诈骗、网络赌博、网络传销等犯罪分子完成了销赃。此外，使用“地下钱庄”等灰色渠道的，涉嫌触犯洗钱罪或者掩饰隐瞒犯罪所得及其收益罪。

4、现行处置方式存在相关经办人员后续面临追责的或有风险。违反国家监管政策规定受托公司处置虚拟货币的交易对象多为境内的中国居民，且以人民币直接结算。该处置路径实质上间接助长了境内虚拟货币的炒作，与当下国家对虚拟货币交易炒作活动的高压打击态势和现行政策相违背。

5、造成财产流失的风险。绝大多数涉案虚拟货币的处置，往往是没有进行任何司法鉴定、司法评估等规范程序，只是简单采用受托公司推荐某交易所当日成交价作为计价的依据。而交易所的控盘现象在大资金的庄家手里存在较大的可操作性，这就导致司法处置的价格基准也是个问题，使得最终变现回归国库的处置资金数额有一定的损失风险。

6、违反国家外汇管理政策的风险。如受托公司通过灰色渠道来进行变现，或外贸商家通过以非真实的货物或服务贸易合同进行变现，向外汇管局申请结汇的，违反了外汇管制相关的法律法规。《外汇管理条例》第40条已明确规定，“有违反规定以外汇收付应当以人民币收付的款项，或者以虚假、无效的交易单证等向经营结汇、售汇业务的金融机构骗购外汇等非法套汇行为的，由外汇管理机关责令对非法套汇资金予以回兑，处非法套汇金额30%以下的罚款；情节严重的，处非法套汇金额30%以上等值以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

三、刑事案件数字资产处置面临的困境

（一）数字资产处置缺乏法律及相关政策支持

自以比特币为代表的各类虚拟货币及衍生业务活动诞生以来，我国相关政策及法律基本对其保持了谨慎态度，出台了一系列对其予以规制的政策、法规。如2021年9月15日由中国人民银行牵头包括“两高”、公安部在内多个司法、行政机关联合发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》（银发〔2021〕237号）（以下简称《通知》），明确规定：虚拟货币不能作为货币在市场流通，虚拟货币相关业务活动定性为非法金融活动，虚拟货币的投资交易活动不受民事法律保护。即虚拟货币不具有与法定货币等同的法律地位、虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动、参与虚拟货币投资交易活动存在法律风险。由此给司法机关对虚拟货币的处置带来很大的障碍，司法机关难以通过合法、权威的渠道对查扣、没收的虚拟货币进行变卖、拍卖。

（二）数字资产的委托处置缺乏公开透明性

目前公安机关对虚拟货币处置的主要依据是《公安机关办理刑事案件程序规定》（2020修正）第二百四十六条的规定：“对冻结的债券、股票、基金份额等财产，应当告知当事人或者其法定代表人、委托代理人有权申请出售”。也就是说被冻结的财产在经当事人申请的情况下公安机关可以出售。但面临的困境，一是虚拟货币能否认定为财产并受到民事、刑事法律保护，目前在司法实践中存在争议；二是目前政策法律如前述《通知》文件，已经将所有涉及虚拟货币的兑换、中介、定价等业务活动定性为非法金融活动，即全面禁止了虚拟货币相关的渠道服务。因此，涉案虚拟货币无法在国内通过公开变卖、拍卖的方式进行处置。

对此，公安机关主要基于犯罪嫌疑人或其亲属的申请，委托第三方机构代为变卖虚拟货币。然而，实际的操作过程中处置程序缺乏公开、透明的问题，由此极可能导致寻租、赚取差价、贪

腐等不规范现象发生。比如江苏盐城 PlusToken 特大跨国网络传销案，被告人向公安机关申请由其委托第三方公司依法出售变现公安机关扣押的虚拟货币，但售价远低于当时虚拟货币的市场价。

（三）数字资产扣押、冻结和移送缺乏稳定性

第一，市场价格的波动大。数字资产具有高度的流动性和波动性，其价格波动可能受到多种因素的影响，如市场供需、政策调控、投机情绪等，价格波动幅度较大。在极端情况下，价格甚至可能出现暴跌。

第二，部分数字资产存在市场流动性风险。由于不同数字资产在市场上的被接收度、受欢迎程度不一样，加上数字资产交易市场相对不成熟，导致部分数字资产的市场流动性不足，从而需要承担市场流动性风险。

第三，在实际操作上，数字资产扣押方式遇挑战。涉案数字财物的扣押行为不同于传统刑事诉讼对涉案实物、银行账户资金、股权扣押行为。犯罪嫌疑人如果不交出数字货币的密钥，侦查机关破解密钥难度大，无法实施扣押。

第四，数字资产存在黑客攻击和技术风险。比如虚拟货币存储在数字钱包中，如果数字钱包被黑客攻击，虚拟货币可能被盗取，投资者需要承担资产安全风险。同时，虚拟货币技术本身也存在风险，如区块链技术的不稳定性和安全漏洞等。

第五，数字资产移送流程难通畅。如何移送，采取何种手段保管可以保证涉案数字资产的安全等，目前没有相关的规定。且数字资产的现实价值性及匿名性，使传统的保管方式起不到完全控制的作用，司法机关保管数字资产须由经办人掌握私钥，这如同将现金交由经办人保管一样，与目前的涉案财物管理制度相冲突。

四、刑事案件数字资产处置的合规途径

（一）刑事案件数字资产处置的法律依据

目前针对刑事案件数字资产处置没有明确的、直接可以适用的法律规定。但相关法律依据主要有：《刑事诉讼法》第 300 条规定，“人民法院经审理，对经查证属于违法所得及其他涉案财产，除依法返还被害人的以外，应当裁定予以没收。”《公安机关涉案财物管理若干规定》第 21 条规定：“对于因自身材质原因易损毁、灭失、腐烂、变质而不宜长期保存的食品、药品及其原材料等物品，长期不使用容易导致机械性能下降、价值贬损的车辆、船舶等物品，市场价格波动大的债券、股票、基金份额等财产和有效期即将届满的汇票、本票、支票等，权利人明确的，经其本人书面同意或者申请，并经县级以上公安机关主要负责人批准，可以依法变卖、拍卖，所得款项存入本单位唯一合规账户；其中，对于冻结的债券、股票、基金份额等财产，有对应的银行账户的，应当将变现后的款项继续冻结在对应账户中。对涉案财物的变卖、拍卖应当坚持公开、公平原则，由县级以上公安机关商本级人民政府财政部门统一组织实施，严禁暗箱操作。善意第三人等案外人与涉案财物处理存在利害关系的，公安机关应当告知其相关诉讼权利。”

此外，财政部关于印发《罚没财物管理办法》的通知第 14 条规定：“除法律法规另有规定外，容易损毁、灭失、变质、保管困难或者保管费用过高、季节性商品等不宜长期保存的物品，长期不使用容易导致机械性能下降、价值贬损的车辆、船艇、电子产品等物品，以及有效期即将届满的汇票、本票、支票等，在确定为罚没财物前，经权利人同意或者申请，并经执法机关负责人批准，可以依法先行处置；权利人不明晰的，可以依法公告，公告期满后仍没有权利人同意或者申请的，可以依法先行处置。先行处置所得款项按照涉案现金管理。”

（二）刑事案件数字资产处置的几个关键问题

尽管虚拟货币在我国当前的法律和政策框架中仍处于较为尴尬的地位，但必须面对的现实是虚拟货币本身确实具有财产属性，且事关涉案各方的权益，司法机关和监管机构应当加快对涉案虚拟货币处置的政策和法规制定，确保虚拟货币的处置程序合法、公正、透明。结合实践情况来看，涉案数字资产处置应从以下几个方面进行：

1、明确数字资产可以成为提前处置的对象。由于数字资产的市场机制并不成熟，因此存在较大的市场波动风险，加上数字资产的长时间扣押存在被黑客攻击等技术风险，因此选择合理时机对涉案数字资产进行变现处置，对于最大可能地挽回被害人损失，并合理保障犯罪嫌疑人（被告人）的权益都有重要的作用、意义。同时，在法理依据上，《公安机关涉案财物管理若干规定》第21条也有可以作为参照的规定：“对于因自身材质原因易损毁、灭失、腐烂、变质而不宜长期保存的食品、药品及其原材料等物品，长期不使用容易导致机械性能下降、价值贬损的车辆、船舶等物品，市场价格波动大的债券、股票、基金份额等财产和有效期即将届满的汇票、本票、支票等，权利人明确的，经其本人书面同意或者申请，并经县级以上公安机关主要负责人批准，可以依法变卖、拍卖，……。”

2、数字资产处置应当征得当事人的书面同意。尽管虚拟货币虽然没有被我国法律认可，但其在客观上具备财物的属性，参照《公安机关涉案财物管理若干规定》第21条规定：“……，市场价格波动大的债券、股票、基金份额等财产和有效期即将届满的汇票、本票、支票等，权利人明确的，经其本人书面同意或者申请，并经县级以上公安机关主要负责人批准，可以依法变卖、拍卖，……。”由此，在未经法院判决的情况下，虚拟货币提前处置应当征求当事人的意见，“经其本人书面同意或者申请，并经县级以上公安机

关主要负责人批准”，才能对其进行处置。

3、处置程序中辩护律师应当介入。辩护律师应当介入涉案数字资产的处置过程，其作用在于：一是法律风险控制。涉案数字资产处置涉及到法律、法规和政策等多个方面，辩护律师能够帮助提前了解法律风险，提供风险控制的方案，避免不必要损失。二是对处置过程进行见证，确保处置的公开透明。《公安机关涉案财物管理若干规定》明确规定，对涉案财物的变卖、拍卖应当坚持公开、公平原则，由县级以上公安机关商本级人民政府财政部门统一组织实施，严禁暗箱操作。因此，律师参与涉案财物处置过程，有利于促进虚拟货币处置的公开透明与公平公正。三是起到交易审核和确认作用。刑事诉讼中很多情形下，当事人都处于羁押状态，对涉案物品处置难以直接参与，辩护律师接收委托参与处置，能够起到交易审核和确认，确保交易的真实性和合法性，避免因虚假交易和非法交易而给当事人造成损失。

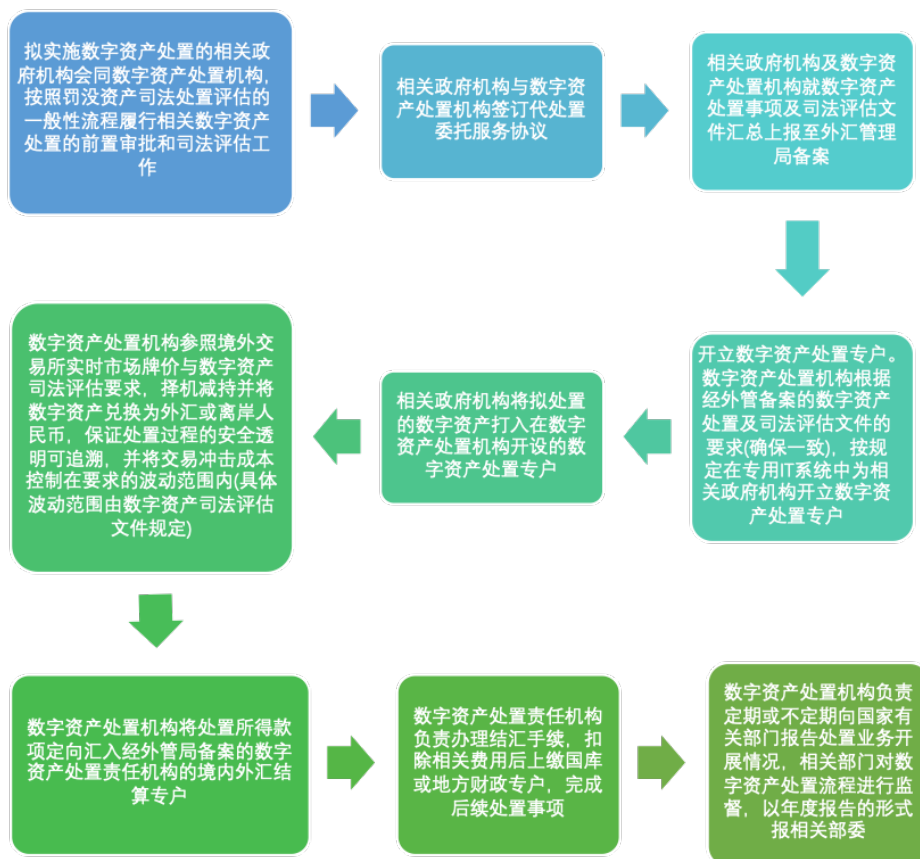
4、应当委托专门的机构进行处置。从目前的情况来看，办案机关委托处置涉案数字资产存在较大的随意性，处置过程缺乏公开与透明，为数字资产的不当处置留下了较大的空间。因此需要引入一些具有数字资产业务经验并且有一定财产担保的专业机构，设立专门的数字资产处置机构名库。对专门的数字资产处置机构有以下几个方面要求：一是专业性，要求专门机构对虚拟货币的交易和管理有着深入的了解和经验，能够更好地保障处置的安全和效率。二是流动性，专门机构应有广泛的用户群和流动性，能够更快速地完成虚拟货币的处置，并且能够以较优的价格进行交易。三是价格公正性，专门机构应有市场竞争和价格发现机制，能够确保处置过程的公正性和价格合理性，避免因处置价格偏低或过高导致的争议。四是安全性，专门机构应有完善的安全措施和技术手段，能够确保处置过程的信息安全和交易安全，避免因操作不当或信息泄露导致的

风险。据悉已有境内企业控股的关外备案特许经营主体在边境合作中心设立的境内关外机构，持有国际边境合作中心行政监管机构所颁发的可合法开展数字资产司法评估与处置及其相关业务的牌照，可为境内司法机关处置虚拟货币提供跨境一站式的数字资产司法评估与处置服务，保证了承担代处置安全透明且可追溯，不但具有高度可靠性且合法合规。

（三）刑事案件数字资产处置的流程

专门的数字资产处置机构对数字资产处置的一般流程如下（如图所示）：

- 1、拟实施数字资产处置的相关政府机构会同数字资产处置机构，按照罚没资产司法处置评估的一般性流程履行相关数字资产处置的前置审批和司法评估工作；
- 2、相关政府机构与数字资产处置机构签订代处置委托服务协议；
- 3、相关政府机构及数字资产处置机构就数字资产处置事项及司法评估文件汇总上报至外汇管理局备案；
- 4、开立数字资产处置专户。数字资产处置机构根据经外管备案的数字资产处置及司法评估文件的要求（确保一致），按规定在专用 IT 系统中为相关政府机构开立数字资产处置专户；
- 5、相关政府机构将拟处置的数字资产打入在数字资产处置机构开设的数字资产处置专户；
- 6、数字资产处置机构参照境外交易所实时市场牌价与数字资产司法评估要求，择机减持并将数字资产兑换为外汇或离岸人民币，保证处置过程的安全透明可追溯，并将交易冲击成本控制在要求的波动范围内（具体波动范围由数字资产司法评估文件规定）；
- 7、数字资产处置机构将处置所得款项定向汇入经外管局备案的数字资产处置责任机构的境内外汇结算专户；
- 8、数字资产处置责任机构负责办理结汇手续，扣除相关费用后上缴国库或地方财政专户，完成后续处置事项；
- 9、数字资产处置机构负责定期或不定期向国家有关部门报告处置业务开展情况，相关部门对数



数字资产处置的一般流程图

五、刑事案件数字资产处置的立法前瞻

(一) 域外数字资产（虚拟货币）处置的相关情况

全球范围内，虚拟货币的合法性和监管模式在不同国家和地区存在较大差异，有的国家完全禁止虚拟货币的发行和交易，有的国家对其进行严格的许可和监管，有的国家则采取相对宽松或中立的态度。据中国经济网的消息，欧盟批准首套加密货币监管规则《加密资产市场法规》，预计2024年7月实施。在此之前，该行业发生了一系列引人注目的丑闻，包括美国大型加密货币交易平台FTX的倒闭和稳定币TerraUSD的崩溃。《加密资产市场法规》旨在提高透明度和打击洗钱，也包括对稳定币的监管，稳定币通常与硬通货或黄金等商品挂钩，这使得它们的波动性低于普通加密货币。根据《加密资产市场法规》，想要在欧盟27个成员国发行、交易和保护加密货币资产、代币化资产和稳定币（波动性低于普通加密货币）的公司必须获得许可证。欧盟各国财政部长同意了一项要求，即从2026年1月起，无论转移的金额多少，服务提供商都必须获得加密货币资产的发送人和受益人的姓名。对于欧盟新规，有加密货币公司表示，他们希望监管更具确定性，要向各国施加压力，要求它们效仿欧盟规则，还要向监管机构施加压力，为跨境活动制定全球规范。[7]

东南亚正成为加密货币企业家和投资者寻找高增长初创公司的目的地。其中，泰国和越南是发展较好的两个国家，而印度尼西亚，特别是巴厘岛地区，则是因为签证的便利吸引了从业者。根据

印度尼西亚贸易部的统计,2021年前5个月,该国共有超过650万人交易过加密货币,远远超过交易股票的220万人。加密货币交易量从2020年的44亿美元,增长至2021年前5个月的250亿美元,增长率达470%。[8]我国香港地区今年开始的新规《适用于虚拟资产交易平台的指引》已于2023年6月1日生效,允许散户交易加密货币,并对加密货币交易平台提供了合规的监管路径。

(二) 我国的立法构想

在数字货币席卷全球的时代,无论接受与否,我们都难以拒斥新技术所带来的革新。尽管我国目前法律不认可数字货币的货币属性,但其作为商品的财物属性并未消失。基于现实的需要,我们可以设立处置过程中的数字资产司法评估委员会,公司与理事会的组织架构形成混合治理模式,配备有专业高效IT系统,制定相应的处置制度和流程,确保数字资产获得合法合规的价值评估,并形成完整独立的司法评估与监管体系。

1、制定数字资产价值评估规范与标准。在确定评估标准时,应当根据虚拟货币的特点和市场规律,选择最能体现虚拟货币流通性和公允性的标准,如以国内外知名、规范、安全的交易平台为参考,并在必要时进行加权平均或区间取值。在保证评估客观性和公正性时,应当严格遵守法律规定和职业道德,加强对评估数据来源、过程和结果的审核、监督和问责,并及时公开透明地向各方利益主体披露相关信息。在处理评估异议和争议时,应当充分尊重和保护各方利益主体的合法权益,依法告知其提出异议、复核、复议或诉讼等救济途径,审理其提出的证据和理由,按照法定程序 and 标准进行裁决。

2、制定数字资产变现标准和程序。数字资产变现标准和程序需要考虑到如何选择合适的变现渠道、如何保证变现过程的合规性和安全性、如何处理变现结果的分配和归属。在处理变现结

果的分配上,如何充分尊重和保护各方利益主体的合法权益,依法告知其提出异议、复核、复议或诉讼等救济途径,审理其提出的证据和理由,按照法定程序 and 标准进行裁决。

六、结语

随着我国数字经济的不断发展,数字资产将逐步进入我们每个人的财产视野。刑事案件中涉案数字资产涉及到各方的重要权益,在目前没有专门的处置流程规定情况下,一方面需要主管机关加快立法进度,堵住制度漏洞;另一方面,针对目前存在的问题,司法机关对数字资产的处置应当更加规范化的进行,提高处置的公正性、安全性和合规性,保障涉案各方当事人的权益,充分维护司法的权威和社会公共的利益。

参考文献:

[1]董高静,孙娜和王保平,《数字资产的概念辨析、估值技术与应用策略》,载《财务管理研究》2023年第10期,第68-70页。

[2]大众新闻,SAFEIS安全研究院发布《2022年涉虚拟货币罪研究报告》<https://m.163.com/news/article/HR79KNCN00019UD6.html>,2023-01-16,最后访问日期2023-11-21。

[3]经济犯罪侦查局,公安部指挥破获首起以数字货币为交易媒介的特大跨国网络传销案,政府信息公开<https://app.mps.gov.cn/gdnps/pc/content.jsp?id=7458496>,2020-07-30,最后访问日期2023-11-21。

[4]封莉,打击虚拟货币洗钱 公安机关2021年收缴虚拟货币价值110亿余元,中国经营网<http://www.cb.com.cn/index/show/zj/cv/cv135149291269>,2022-01-15,最后访问日期2023-11-21。

[5]平安湖北,湖北公安|涉案金额达4000亿元,涉案人员逾5万人……湖北警方历时两年

破获一起特大跨境赌博案 ,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1782131034088490953&wfr=spider&for=pc> , 2023-11-10, 最后访问日期 2023-11-21。

[6]See Antonio Fatás,The Economics of fintech and digital currencies,London: CEPR Press,2019,p.66.

[7] 任重, 外媒: 欧盟批准首套加密货币监管规则 预计 2024 年 7 月实施 ,<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1766185441507218333&wfr=spider&for=pc>,2023-05-18, 最后访问日期 2023-11-21。

[8] 澎湃新闻, 海滩、比特币与数字游民背后: 东南亚为何成为 Web3.0 热土? <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1766582011439530552&wfr=spider&for=pc> , 2023-05-22, 最后访问日期 2023-11-21。



通过行贿签订的合同是否有效

◆文／刑事业务部

刑法对受贿等职务犯罪行为进行否定评价之后，实践中往往会面临后续对于受贿案件被告人在职期间因为相对人行贿而签订的合同的效力如何来进行认定的问题。此类合同是否有效导致的处理结果对于相对人甚至整体市场经济而言差别巨大。因此，讨论通过行贿签订的合同是否有效相关的问题，在法律上和经济上都有重要的意义。

法律分析

相对人之所以以行贿手段来获得项目以及签订相关合同，通常是因为通过实施行贿手段能够获取超出一般正常商业交易带来的经济利益，这种行为从程序上破坏了市场的正常竞争秩序，在结果上也往往造成了国家或者第三方利益的受损。行贿行为被认定为刑事犯罪活动而被刑法禁止，因此通常会认为通过行贿方式签订合同触犯了《民法典》第一百五十三条规定的“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”，因此合同无效。

但是，合同效力的“强制性规定”的具体概念和详细类型在法律上并没有明确。是否违反任

何法律规定需要遵循的要求都构成违反法律、行政法规的强制性规定呢？答案当然是否定的。举例来说，《城市房地产管理法》[1]规定，以划拨方式取得土地使用权的，再次转让房地产时，需要报有批准权的人民政府审批。而对于虽签订但是未报有批准权的人民政府审批的协议的效力，在经典案例最高人民法院（2017）最高法民再87号民事判决书中，法院认为：

“从条文内容看，《城市房地产管理法》第三十八条、第四十条均未直接规定违反后的行为无效。而且在此类纠纷中，认定划拨土地上的房屋买卖合同有效，继续履行合同，也不会侵害国家利益和社会公共利益。因此，《城市房地产管理法》第三十八条和第四十条属于管理性强制性规定。《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十四条、第四十五条亦不是效力性强制性规定。《房屋登记办法》和《深圳经济特区高新技术产业园区条例》均不是法律、行政法规。综上，《房屋转让协议》违反上述规定并不属于《合同法》第五十二条第五项规定的违反法律、行政法规的强制性规定的情形。”

由此可见，司法实践对于法律规定的违反强制性规定的情形是进行了区分的。只有违反“效力性强制性规定”的合同无效，而违反“管理性强制性规定”的则不影响合同效力。王利明教授对效力性强制性规定的区分提出过三分法：第一，法律、法规规定违反该规定，将导致合同无效或不成立的，为当然的效力性规定；第二，法律、法规虽然没有规定违反其规定，将导致合同无效或不成立，但违反该规定若使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益，这也属于效力性规定；第三，法律、法规没有规定违反其规定，将导致合同无效或不成立，虽然违反该规定，但若使合同继续有效并不损害国家利益和社会公共利益，而只是损害当事人利益的，属于取缔性规定（管理性规定）。这种区分对于实践中处理此类纠纷具有一定的参考意义，对于通过行贿签订的合同效力的认定也可以予以参考。但是，由于个案的特殊性和复杂性，在判断违反法律法规的行为是否导致合同无效，往往需要结合个案的交易场景进行具体的分析。

具体应用

一、行贿行为违反明确规定的效力性规定的合同无效

《招标投标法》[2]对于在招投标环节串标、行贿来谋取中标的行为明文规定了中标无效。而《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第一条[3]就规定了，建筑工程中标无效的，建设工程施工合同应当被认定无效。结合以上两条规定，在招投标环节通过行贿签订的合同，由于违法了明确的法律的强行性规定，合同应当被无效。

这一点在司法实践中也被普遍适用。

如最高人民法院（2021）最高法民申5486号民事判决书。

“（2020）赣0983刑初168号刑事判决、（2019）

赣09刑终273号刑事判决、（2019）赣09刑初12号刑事判决[4]已查明各方当事人是基于为促成奥其斯公司向江西银行融资目的而签订案涉《合伙协议》及其《补充协议》……原审综合案涉协议签订背景事实和案涉协议约定内容，认定案涉《合伙协议》及《补充协议》均为当事人虚假的意思表示。根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》第一百四十六条、《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》第二十四条的规定，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。故原审判决据此判定案涉《合伙协议》及其《补充协议》无效，并在此基础上针对诉讼费用负担作出处理，具有事实和法律依据，并无不当。”

二、未有明确效力性强制规定情况下通过行贿签订的合同

而在没有法律法规明确行贿签订的合同无效的情形下，司法实践对于此类合同纠纷的处理差异较大。裁判结果有的认定合同有效，有的认定合同无效，认定有效或者无效的理由也各不相同。

1. 认定无效

司法实践认定通过行贿签订的合同无效，一般会基于有确切证据（通常是先行刑事判决）证明了行贿行为和合同签订有直接关联，然后进一步从公平实质上判定该合同同时触犯了合同无效的相关法律规定从而认定无效。常见判定无效的理由有两类，一是认为存在行贿行为的情况下，那么交易因为行贿行为而被人为扭曲，相关人员之间相互串通，所达成的条款并非双方真实的意思表示，因此以虚假意思表示认定相关合同无效；另一类则是认为通过行贿签订的合同谋取了不正当利益，损害了市场经济秩序和国家、集体或者第三人的合法权益，因此合同是无效的。

如北京市第三中级人民法院（2020）京03民终13259号民事判决。

“根据本案查明的事实及杨某行贿罪案件认

定的事实及在案证据，顺天凯特中心系杨继凯注册并担任法定代表人，实际由杨某出资。勘某在任古城经济合作社负责人期间，接受杨某请托、行贿，在未履行合法民主程序情况下帮助杨某承租涉诉土地，与杨某恶意串通，损害了集体经济组织的合法权益，一审法院认定涉案《租赁协议》及《附加协议》无效，处理正确，本院予以维持。”

如西藏自治区高级人民法院（2022）藏民申361号民事判决。

“首先，根据本案查明的事实，可以确认亳州西亚公司及其法定代表人张某与西藏甘露公司高层管理人员为谋取各自的不当利益，通过行贿、受贿的犯罪行为相互串通，促成案涉合同的签订及履行。其次，民事主体的合法权益受法律保护，亳州西亚公司及其法定代表人张某与西藏甘露公司高层管理人员相互勾结致使西藏甘露公司违背真实意思表示，签订利益明显受损的不公平交易合同，具有明显的不法性，应当依法给予否定性评价，以维护正常的市场经济秩序。二审判决认定案涉买卖合同无效符合法理亦有法律明确规定。”

2. 认定有效

正如在没有违反明确效力性强制性规定的情况下，司法机关往往会联系商业实质和交易公平来确定是否侵犯国家或者其他方利益来决定是否无效，那么同样，如果通过行贿签订的合同具备正常商业逻辑并没有损害他人利益的，也存在认定通过行贿签订的合同有效的情形。

如浙江省杭州市中级人民法院（2020）浙01民终7094号民事判决。

“但（2018）浙0108刑初262号刑事判决书系认定被告人郑生兴存在受贿行为，判处相应刑罚，并未认定案涉《项目合作开发合同》《房屋租赁合同》本身存在违反刑法相关规定的情形。案涉留用地合作项目经过有关部门批准立项，符

合当地政策，且协同经济合作社与海威公司签订的《项目合作开发合同》《房屋租赁合同》本身并没有违反法律、法规强制性规定的情形，双方之间的合作开发法律关系、房屋租赁法律关系本身亦不存在违反公序良俗的情形。就《项目合作开发合同》而言，合同中对于双方当事人在合作开发过程中的权利义务并不存在明显不对等的情形，就《房屋租赁合同》约定的租金标准是否过低而言，王生泉等八人也未提供证据证明租金标准明显过低，故王生泉等八人以恶意串通损害国家、集体、第三人利益，损害社会公共利益，以合法形式掩盖非法目的为由主张合同无效，理由不成立。”

如山东省高级人民法院（2021）鲁民申8178号民事判决。

“本院认为，行贿、受贿行为严重违反法律规定，但王友红的行为并不必然导致民事合同无效。本案中，涉案协议并不存在无效事由，从协议程序看，融资协议的签订系经大有正颐公司董事会决议同意，从协议的内容看，并不存在导致合同无效的条款。王友红关于其修改东舟医疗公司融资方案的陈述，亦不足以证实系王友红与东舟医疗公司恶意串通所为，大有正颐公司主张王友红与东舟医疗公司、谢富臻恶意串通的证据不足。故原审法院判决大有正颐公司主张案涉融资协议书无效的理由不成立，驳回其诉讼请求并无不当。”

本文观点

虽然行贿受贿行为应当从法律上予以严厉处罚，但是基于中国营商环境尚在逐步改善的现状来看，大量留存的以行贿来签订的合同是无法回避的现实。特别是随着对于反腐工作力度的逐步加大，越来越多的此类合同将会被暴露出来。如果仅以违反刑法来确定全部行贿签订的合同无效的话，那么对于整体的市场稳定和保护合理商业预期的角度，都不利于整体经济的发展，也有悖

于法律保护实质公平的应有之义。

因此对于通过行贿签订的合同的效力，除非法律有明确的效力性规定，否则应当从交易本身来衡量该合同是否赋予了当事人谋取不正当权益的机会。一般来说，可以从如下几个方面来衡量是否认可合同的有效性：一是是否履行了正规的决策程序，如公司股东会董事会的决策、政府部门的集体会议决策等，在程序上是否具有合法性；二是交易本身是否具有商业价值，是否符合正常的商业决策逻辑以及发展规划，在商业上是否具有合理性；三是合同的条款本身双方的权利义务是否相当，是否不存在一方利益明显受损的不公平条款，在内容上是否具备公平性；四是整个交易是否损害国家、集体或者第三人利益，是否存在损害社会公共利益的情形，在实质上是否具备正当性。

参考文献:

[1]《城市房地产管理法》第四十条 以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。

[2]《招标投标法》第五十三条 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效。

[3]《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：……（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

[4] 二审判决载明：（2019）赣09刑终273号刑事判决、（2019）赣09刑初12号刑事判决，共同确认：龙腾、罗嗣国等人曾就案涉款项融资问题向时任高安市人民政府市长、常务副市长行贿。

刑事诉讼

轻罪时代下的刑事辩护

◆文／王森 杨天婷

目录

- 1、引言
- 2、轻罪时代的提出
- 3、轻罪时代对刑事辩护的影响
- 4、轻罪时代下刑事辩护的对策
- 5、结语

一、引言

随着经济高速发展，我国当前犯罪结构已经发生了重大的变化，正呈现“双降”与“双升”的趋势，即八类严重暴力犯罪的犯罪率、重刑率下降，轻微犯罪、轻刑率上升 [1]。犯罪结构的变化推动着整个刑事法治体系不断调整优化，立法上，体现出极其明显的轻罪立法倾向，轻罪类型以及罪名明显增加，犯罪圈层逐渐扩大；司法上，改革不断推进，少捕慎诉慎押司法政策进一步落实，认罪认罚从宽、刑事和解、刑事速裁程序等“轻罪治理”的法律制度逐步确立。这产生刑事辩护市场两极分化加快、辩护阶段重心前移、辩护方式以协商式为

主、辩护领域不断深化拓展等重大影响。基于此，刑辩律师应积极转变辩护思维，提高专业能力素质，增强责任意识以应对轻罪时代带来的机遇和挑战，更好维护当事人的合法权益。

二、轻罪时代的提出

（一）轻罪的界定

轻罪界定主要依赖犯罪分层理论，其核心在于犯罪分层模式与犯罪分层标准的确定。

我国对于犯罪分层模式理论界主要有“罪分两类”与“罪分三类”之说。前者将犯罪划分为重罪和轻罪两类，主要参照德国、意大利、瑞士等国家；后者将犯罪划分为重罪、轻罪和微罪（或称“违警罪”）三类，主要参照美国、法国、俄罗斯等国家 [2]。无论是以上主流区分，还是进一步分四类，分六类，背后均是宽严相济司法原则体现，通过对犯罪行为划分层次，做到该宽则宽，当严则严，罚当其罪。

我国对于犯罪层次标准划分尚未统一。根据目前的理论，轻罪和重罪的划分体现为两个标准：

一是以法定刑为标准，二是以宣告刑为标准。笔者认为应当从法定刑的角度来界定轻罪，即重罪是法定最低刑为三年以上有期徒刑的犯罪，反之为轻罪。首先，区分轻重罪的目的在于针对不同等级的犯罪适用相应的刑事诉讼的配套制度，所以应当在宣判之前就明确轻重罪的标准；其次，“宣告轻刑”并不当然等于“轻罪”，是考虑诸如“自首”“坦白”“认罪认罚”等量刑因素综合考量之后而形成的结果，立法中的轻罪则更能体现轻罪时代的稳定性；再次，轻罪重罪的判断在刑法典不作变动的情况下应是一个恒定的结论，法定刑对于大众而言，对自身行为的可预测性强，可以发挥刑法对行为人的指导作用且对于犯罪后果可以预测。

（二）轻罪时代的现状

尽管我国轻重罪分层的模式、标准在刑事立法上的缺失，但纵观我国司法现实，轻罪时代的到来是不争的事实。

从犯罪结构看，轻罪比例占绝大多数。人民法院审理的杀人、抢劫、绑架、放火、爆炸等几类严重暴力犯罪案件，从2013年的7.5万件9.57万人，已经下降到2021年的4.9万件5.68万人。[3] 三年以下有期徒刑比例长期稳居80%以上的高位，2018年-2022年刑事案件被告人被判处三年以下有期徒刑的人数占判决生效情况总人数的比例分别为84.37%、83.92%、81.76%、85.11%、85.96%。从立法趋势看，轻罪立法持续增加。自2006年《刑法修正案（六）》首次增加轻罪罪名开始。《刑法修正案（八）》将危险驾驶罪的刑罚规定为“处拘役，并处罚金”，这是我国刑法首次将拘役设置为最高刑的立法例。特别是《刑法修正案（九）》共增加轻罪23个占82%，“轻罪化”在最近十年来的刑法修正案中具有明显的体现。从司法实践看，轻罪配套制度逐步增加。根据刑事政策及刑事立法的要求，为积极应对激增的轻罪案件，刑事司法领域对处理轻罪案件的

制度进行调整。主要包括认罪认罚从宽制度、简易程序及速裁程序、刑事和解程序、刑事案件律师辩护全覆盖、值班律师制度等，特别是认罪认罚从宽制度，2022年在检察环节的适用率已超过90%。

三、轻罪时代对刑事辩护的影响

轻罪时代的到来，中国刑事司法改革步入快车道，刑事司法理念、制度发生了历史性变革。巨大变化导致辩护市场两极化加快、辩护阶段重心前移、辩护方式对抗式和协商式并重、辩护重点有所调整、辩护领域深化拓展，既有挑战也有机遇。不论具体制度如何设计，司法改革的目标始终是保护人权，这与刑事辩护律师的追求是契合的，唯有顺势而为，才能在激烈的市场竞争中脱颖而出。

（一）轻罪时代下刑事辩护市场两极分化加快

我国刑事辩护由委托辩护和指定辩护组成，两极分化现象早已有之，随之轻罪治理的推进更加明显。我国刑事案件可以大致切分成三大部分：头部非轻罪案件，适用的诉讼程序复杂，面临的刑罚严重、辩护的空间较大、当事人的委托意愿和能力更强，这是委托辩护的传统领域，由于数量较少竞争不断加剧；“中间”刑期、委托意愿、中端付费能力的案件，随着简易程序、速裁程序认罪认罚从宽制度的大量应用，有可能向不委托滑落。尾部轻罪案件占据了整体案件数的绝对值，委托意愿始终较低，一方面是值班律师制度的建立以及刑事案件律师辩护全覆盖工作的开展，使其免费得到律师帮助；另一方面，受诉讼分流制度和认罪认罚从宽制度影响，大量轻罪案件庭审程序被简化，部分当事人产生“轻罪不重”“律师无用”的误区，以及委托能力不足的客观限制。

（二）轻罪时代下刑事辩护阶段重心前移

传统刑事案件，辩护人在代理案件时会将有有效辩护的机会放在庭审时，通过控辩双方法庭上

激烈交锋，以此增加说服法官争取有利判决。截至2022年，认罪认罚从宽制度在检察环节的适用率已经超过90%，而2022年检察机关提出的量刑建议采纳率98.3%；一审服判率97%。[4]同时，随着酌定不起诉适用数量的增多和附条件不起诉适用范围的扩大，将会使更多的轻罪案件结束在审查起诉阶段。对不起诉和量刑建议轻缓的诉求将会使辩护律师将更大的精力和关注度放在审查起诉阶段。此外，辩护工作甚至会进一步前移至侦查阶段，因为新增轻罪落实到具体案件时的入罪法律适用问题将会成为一个司法难点和关键点。辩护人可以结合少捕慎诉慎押的司法理念，通过仔细阅卷、分析证据，结合犯罪事实、量刑情节，跟办案人员进行充分的沟通，提出辩护意见，争取从轻、减轻、免于处罚的结果。

（三）轻罪时代下刑事辩护方式以协商式为主

一般意义上，对抗式辩护已经成为常态。如今，随着轻罪治理体系的构建，刑事司法处理犯罪的方式、方法也在调整变化，促进了刑事辩护方式的重大调整：从对抗型辩护为主，走向协商型辩护为主。[5]以认罪认罚从宽制度的确立为标志，彰显着协商性司法理念在我国刑事诉讼领域正式立足。但是，由于普通民众通常不具有专业的法律知识，很多时候又被采取了强制措施丧失人身自由，特别是法律没有规定被追诉人的阅卷权，所以其对控方掌握的证据材料基本无从知悉，更不具备与检察官沟通的技巧和能力，被追诉人对检察机关的意见往往只能是被动接受。换句话说，在认罪认罚案件中，被追诉人迫切需要通过辩护律师来与检察机关进行协商、沟通。辩护律师拥有阅卷权、会见权和取证权，在仔细阅卷，吃透案情，准确确定案件主要事实和量刑情节的基础上，与办案人员进行良好沟通、有效协商，可以做到有理有据让人信服，为当事人争取最有利结果。

（四）轻罪时代下刑事辩护领域不断深化拓展

在迈入轻罪时代后，刑法修正案大量增加轻

罪罪名并出台法律对相关制度展开试点工作，不断拓宽刑事辩护领域。对于新增罪名，由于要经历一个司法实践过程，实体法律的适用、司法流程的开展也是一个从陌生到熟悉的过程，由于民众对新罪名的接受度和理解度差异，司法自由裁量尺度较大，律师辩护空间较大，而也会出现较大的委托需求。对于企业合规改革试点，辩护律师多种方式参与企业合规建设，如作为企业合规体系建设的法律顾问；作为辩护人的涉案企业的合规整改申请；作为第三方组织监督评估员对涉案企业合规整改进行评估。对于刑事辩护前后关联业务，比如刑事风险防控、刑事合规、专业咨询、涉刑财产处置、刑罚执行相关法律服务等，在轻罪时代也更受到企业与普通人的重视，出现了大量机会。

四、轻罪时代刑事辩护的对策

在轻罪时代已经来临的当下，轻罪案件大量增加，轻罪治理在立法层面的规定及司法层面的改革，为刑事辩护工作提出了新的要求和期待。律师作为法治队伍的重要角色，刑辩律师始终走在案件办理的前沿一线，只有转变思维、提高责任感和能力素质才能更好维护当事人的合法权益，并为维护社会的公平正义作出贡献。

（一）积极转变辩护思维

从“严厉打击”到“宽严相济”再到“少捕慎诉慎押”，我国的刑事司法政策不断与时俱进，引起了现有辩护生态的改变，作为辩护人也需要变及时地调整辩护思维，从而采取最有效的措施最大程度地维护当事人的合法权益。要有系统思维，对待案件的事实和证据时，不能孤立、分割地看待，要统筹考虑不同事实和证据之间的关联关系，进行系统化和整体化思考；不同的诉讼阶段侧重又各有不同，但相互衔接和影响，要系统思考后再做决定，比如在什么阶段认罪认罚，在什么阶段退赃赔偿；要有创新思维，律师向客户提供法律服务，最根据目标是帮助其解决问题，要打破机械、教条。例如，在企业合规建设中，不能

将企业完全限制死，要通过对商业模式、业务流程的设计和调整，甚至利用一些模糊和争议点让企业的经营行为不直接触犯法律的禁止性规定都是可以的。又如，办理刑事辩护业务时，还可以提供刑事风险防控、刑事合规建设、涉刑财产处置等相关法律服务；要有独立思维，律师要保持独立判断的精神，不随意屈从和附和当事人，不盲从权威，结合证据根据自身的专业知识和经验做出独立判断；要有合作思维，刑事辩护要讲究方式方法，一味地猛冲猛打和退缩忍让都存在问题，既要有勇气也要有智慧。刑事案件的结果受到多种因素的影响，被犯罪破坏的社会关系需要恢复、社会矛盾需要化解、受害人需要得到赔偿，在适当的时机退赔、退赃、达成和解、获得谅解并认罪认罚，相较于一味对抗，更可能得到不捕、不羁、不诉的结果。

（二）提高专业能力素质

轻罪时代下，制度供给不断丰富，新型罪名不断出现，对刑事辩护律师也提出了更高的要求，只有不断提高能力，提高专业程度才是立身之本。要提高协商谈判能力，沟通协商贯穿于案件办理的全过程，与客户、办案人员、甚至受害人都需要进行沟通。协商谈判需要辩护人有良好的沟通能力、应变能力、对案件的敏锐度以及对案件辩护方向的判断力。通过充分做好辩护的准备工作，仔细阅卷，吃透案情，准确确定案件主要事实和量刑情节，全面深挖指控中存在的薄弱环节，最大限度地增加协商谈判的筹码，做到有理有据让人信服，而不是空口无凭、泛泛而谈；要提高政策制度的理解和运用能力，在“轻罪治理”“少捕慎诉慎押”“认罪认罚从宽处罚”等刑事司法政策相继出台后，辩护人善于把握案件特点，找到与改革措施找到对接点，说服办案人员，争取有利结果，实现双方共赢；要提高综合能力，一方面，为避免激烈竞争，要找到属于自己的业务蓝海，比如信息技术犯罪、金融证券犯罪等，另一方面在不断提高辩护技巧、庭审技能、文书写作等能力的同时，应该扩展自身运用大数据资源的能力，在财务、企业管理、商业等专业

能力，成为复合型人才。

（三）增强辩护责任意识

轻罪的刑罚可能不重，可一旦打上“犯罪人”的标签，终其一生不能消灭，在求职、求学、入伍抑或在社会评价上都会遭到不一样的对待，这样的负面效果甚至波及其近亲属。刑事律师常说，“我们办的不是案子，而是被告人的人生”，没有责任心办不好刑事案件。在认罪认罚案件中，效率成为主要的追求，程序简化、标准降低，可能导致重要的事实和证据被忽视。当事人的认罪也可能是基于错误的认识作出的。这就要求律师要结合法律的规定、专业的知识、辩护的经验，充分了解分析案件，开展有效的辩护工作；在法律援助案件中，今后，80%多以上的案件可能是经指派，由值班律师、法律援助律师介入办理。虽然收费较少，更要强化责任心，拒绝套路式的“走过场”辩护，把小案做细、证据做实，切实保障当事人的合法权益；此外，刑事辩护律师还应当对实践中感知的问题，积极建言献策，助力法治建设。例如，针对当前严重的犯罪附随后果，呼吁建立前科消灭制度。针对犯罪圈扩大，犯罪数量增长，呼吁激活出罪机制、扩大不起诉的适用。

五、结语

在轻罪时代背景下，轻罪治理体系正在不断地构建与完善，法律法规的修改、相关诉讼制度的创新与完善、民众传统法律观念的转变，都给未来刑事辩护的发展提供了广阔的空间。作为刑事辩护律师，要适应时代发展，转变思维，不断提升自身综合素质与业务能力，以精益求精的态度完成刑事辩护工作，积极投身法治建设，为充分维护当事人的合法权益、推动新时代法治的建设贡献自己的一份力量！

参考文献：

[1] 卢建平，《为什么说我国已经进入轻罪时代》，载《中国应用法学》2022年第3期，第

132-142 页。

[2] 刘仁文, 钱蕙, 《刑法扩张视角下犯罪分层的路径选择》, 载《贵州民族大学学报》2021 年 4 期, 第 99-127 页。

[3] 最高人民法院院长周强, 最高人民法院工作报告——在第十三届全国人民代表大会第五次会议上, 中华人民共和国最高人民法院 <http://gongbao.court.gov.cn/Details/2c16327a4bc6cc0a26a9caa5450d2a.html>, 2023-03-08, 最后访问日期 2023-12-14。

[4] 最高人民检察院检察长张军, 最高人民检察院工作报告——在第十四届全国人民代表大会第一次会议上, 中华人民共和国最高人民检察院 https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202303/t20230317_608767.shtml, 2023-04-07, 最后访问日期 2023-12-14。

[5] 周卓, 轻罪治理视角下的刑事辩护, <https://zhuanlan.zhihu.com/p/594494691>, 2022-12-26, 最后访问日期 2023-12-10。

建设房产篇

建设房产

裁判梳理：新法实施后，开发商还需按原合同继续承担阶段性保证责任吗？——以湖南省司法实践为例

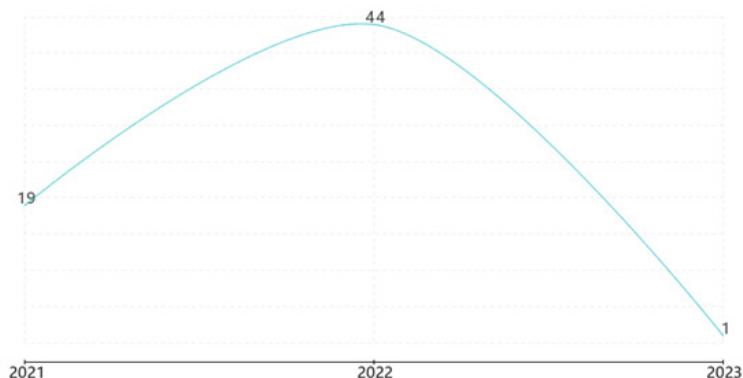
◆文／伍赛男

在预售商品房买卖中，购房人以按揭贷款方式购买房屋时，银行通常会要求房产开发商承担阶段性保证责任。阶段性保证责任指购房者在办妥以银行为抵押权人，所购房屋为抵押物的正式抵押手续前，由开发商作为保证人，对购房者贷款承担的阶段性保证责任。《民法典》施行前，由于抵押预告登记并不产生优先受偿效力，故贷款合同阶段性保证责任免除的条件一般表述为“自保证合同生效之日起至办理完毕抵押房屋的产权证及抵押物登记手续，并将抵押物的抵押登记证明交于贷款银行之日止。”但新法实施后，《担保制度解释》第52条明确规定，抵押预告登记在特定条件下可具备优先受偿效力。当银行已对预告登记的抵押物享有优先受偿权后，开发商是否仍需依照原合同约定继续承担阶段性保证责任？

为全面深入了解司法审判实践情况，本文以司法案例数据库为研究对象，对湖南省2021年以来司法审判情况进行大数据分析。

本次检索以“银行 优先受偿权 抵押权预告登记 阶段性保证责任”为关键词搜索案例数据库，获取了2023年03月30日前共64篇裁判文书。截止2023年3月30日，湖南省2021年1月以来各级法院共计审理涉及该类案件64起，案件审判实践情况分析如下：

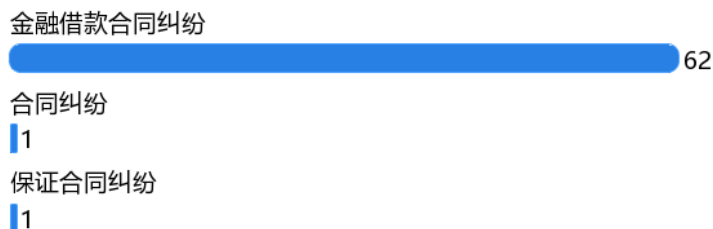
审判年月



图片及数据统计来自聚法案例数据库（下同）

上表反映的是当前条件下案件数量在不同年份的变化趋势，其中 2022 年的案件数量最多，达到 44 件，2023 年的案件数量最少，达到 1 件。

案由



从上面的案由分布情况可以看到，当前最主要的案由是金融借款合同纠纷，有 62 件，其次是合同纠纷、保证合同纠纷。

审理程序



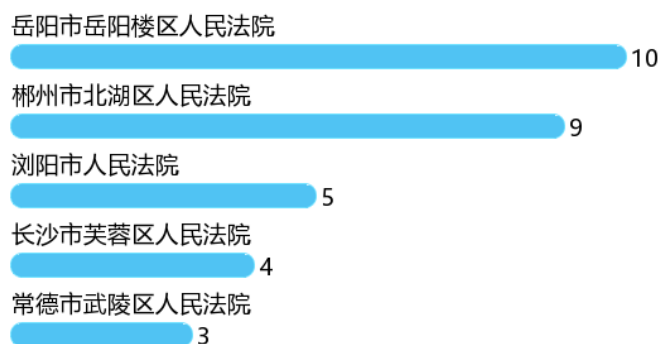
从上面的程序分类统计可以看到当前的审理程序分布状况。一审案件占比 93.75%，二审案件占比 6.25%。

法院层级



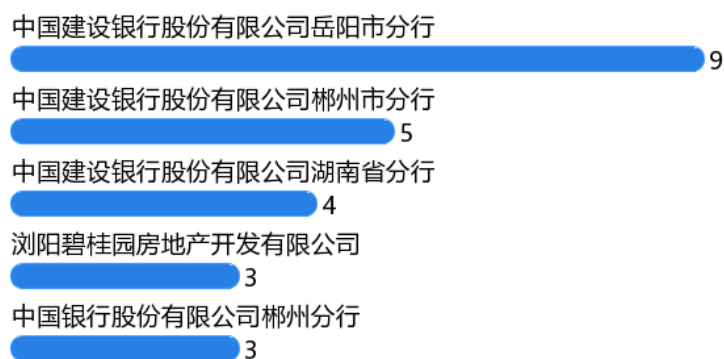
从上面法院层级的统计来看，此类案件大多由基层法院审理，占比 93.75%，其次是由中级人民法院审理，占比 6.25%。

审理法院



通过对法院的可视化分析可以看到，审理此类案件由多至少的法院分别为岳阳市岳阳楼区人民法院、郴州市北湖区人民法院、浏阳市人民法院、长沙市芙蓉区人民法院、常德市武陵区人民法院。

机构



通过对参与案件的机构的统计对比可以看出，参与此类案件数量最多的机构分别是：中国建设银行股份有限公司岳阳市分行、中国建设银行股份有限公司郴州市分行、中国建设银行股份有限公司湖南省分行、浏阳碧桂园房地产开发有限公司、中国银行股份有限公司郴州分行。

判决分析

1、检索的 64 篇裁判文书中，判决开发商承担阶段性保证责任的有 15 个，不承担阶段性保证责任的有 49 个。裁判情况如下：

(1) 判决开发商承担阶段性保证责任的理由：

15 个案例中，9 个案例为法院认为案涉房屋他项权证未办妥，抵押权预告登记不能替代正式登记，故认定阶段性保证的合同目的尚未实现，房开商阶段性保证责任未解除。

另外 6 个判决房开商不承担阶段性保证责任的原因——5 个是因涉案房屋未办理所有权首次登记或房开商怠于办理正式登记，1 个是因合同约定保证期间为借款人债务履行期届满之日起两年，保证期间未届满。

(2) 判决开发商不承担阶段性保证责任的理由：

49 个案例中，46 个均认为因案涉房屋办理了抵押权预告登记和所有权首次登记，应认定房开商不再承担连带保证责任。

其余 3 个解除原因为——1 个是因已办理抵押权正式登记，1 个是因合作协议已明确约定阶段性保证责任承担至办理预告登记，1 个是因合同约定保证形式为一般保证。

通过分析可知，目前湖南省司法实践中，更多判决倾向于认为当银行已对预告登记的抵押物享有优先受偿权后，开发商不需依照原合同约定继续承担阶段性担保责任。

2、笔者倾向于认可开发商不再承担连带保证责任。通过将检索的判决书进行梳理，整理并分析因案涉房屋办理抵押权预告登记和所有权首次登记而认定开发商不再承担连带保证责任的判例，本文认为裁判规则大致可分为以下几种：

(1) 开发商阶段性保证责任因合同目的已实现而解除。

案例一：岳阳市岳阳楼区人民法院（2021）

湘 0602 民初 11328 号《A 银行、黄某某等金融借款合同纠纷民事一审民事案》

法院认为

对于 B 公司应否就上述债务向原告承担连带清偿责任，B 公司就涉案债务向原告提供的是阶段性保证，设立的初衷是为了降低原告因不动产预告抵押权无法实现而导致的债权清偿风险。本案中 B 公司已完成案涉建筑物的所有权首次登记，本院已认定案涉房屋抵押权自预告登记之日起设立，原告可就涉案抵押房产依法变价所得款项享有优先受偿权，不动产抵押权已获得保障，应当认定阶段性保证的合同目的已经实现，故 B 公司的阶段性保证责任应予免除，对原告要求 B 公司承担连带担保责任的诉讼请求，本院不予支持。

案例二：长沙市望城区人民法院（2021）湘

0112 民初 4395 号《原告 C 银行与被告杨某某、D 公司金融借款合同纠纷民事一审民事案》

法院认为

关于本案的担保问题。依据《个人购房担保借款合同》的约定，被告 D 公司的阶段性保证截止至借款人取得房地产权属证书，并办妥以贷款人为抵押权人的抵押登记手续之日止，其合同目的在于促成抵押权的成立，让原告享有优先受偿权，从而使原告的债权得到保障，被告 D 公司得以解脱保证义务……现因依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第五十二条第一款的规定，案涉房屋因办理了抵押权预告登记和所有权首次登记，抵押权推定自预告登记之日起设立，即不需办妥抵押登记手续，合同目的已实现。因此，这里应不局限于字面约定，而应对其做限缩解释，从合同的本意出发予以理解。因此，应认定被告 D 公司不再承担连带保证责任，原告诉请被告 D 公司承担阶段性保证责任，本院不予支持。

(2) 开发商阶段性保证责任因优先受偿权与

阶段性保证责任系前后衔接或承接关系而解除。

案例一：衡阳市雁峰区人民法院（2022）湘0406民初764号《E银行、冯某某等金融借款合同纠纷民事一审民事案》

法院认为

E银行与F公司约定的保证责任属附解除条件的阶段性保证责任，阶段性保证责任的目的在于与抵押担保形成前后衔接关系，使E银行在享有案涉房屋抵押权之前由F公司对E银行的债权实现提供保证担保，在E银行对案涉房屋享有抵押权的情况下，阶段性保证责任的解除条件即成就，F公司不再承担保证责任。现本院已认定E银行对冯某某、朱某某抵押的房屋享有优先受偿权，合同约定的抵押担保目的已实现，应视为阶段性保证责任的解除条件已成就，F公司不再对本案债务承担保证责任，对E银行要求F公司承担连带责任的诉请，本院不予支持。

案例二：宁远县人民法院（2021）湘1126民初4808号《G银行、乐某某等金融借款合同纠纷民事一审民事案》

法院认为

关于被告宁远H公司在本案中是否承担连带保证责任的问题。虽然原、被告在《按揭业务担保合作协议》中有约定“乙方的保证期限为自甲方依其与购房者、乙方签订的借款合同将贷款划入乙方的账户之日起至购房者所购房产的《房地产他项权证》出具之日（以《房地产他项权证》上注明的登记日期为准）止”及本案涉案抵押房屋至今尚未办理抵押登记手续的事实，但因被告宁远H公司的阶段性保证与原告G银行取得不动产优先受偿权不是并存关系而是承接关系，即原告G银行取得优先受偿权后，被告宁远H公司的阶段性保证责任即可免除，故对原告G银行要求被告宁远H公司对上述贷款承担连带保证责任的诉请，本院不予支持。

结语

预售商品房交易是我国房地产行业的重要业态，开发商阶段性保证责任条款在其中具有普遍性。总的说来，通过全面分析湖南省司法审判实践，法院裁判该类案件大多注重分析交易上的合理性，否定银行获得双重担保的可能，通过明确开发商阶段性保证责任的解除条件，使其免于负担法外过重的连带赔偿责任，实现了债务负担上的分配正义，一定程度上，也将有助于房地产行业的长远稳定发展，实现了司法判断与商业预期的耦合。

建设房产

最高法《批复》解读 ——优先保护商品房消费者权利

◆文 / 卢庭潘

2023年4月20日,《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》(法释〔2023〕1号,以下简称《批复》)正式公告施行,立即引发社会各界的关注和热议。该《批复》对于广大购房者维护自己的权利究竟有什么意义?《批复》涉及的规定与既往相关法律法规有何不同?笔者围绕商品房消费者权利保护规定的演变对《批复》解读如下:

一、商品房消费者权利保护规定之缘起

最高人民法院关于商品房消费者权利保护的规定最早出现于2002年,《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号)第2条规定:消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

对于该条文的理解与适用,《最高人民法院关于针对山东省高级人民法院就处置济南彩石山庄房屋买卖合同纠纷案请示的答复》(〔2014〕执他

字第23、24号)中作出了详细答复:首先,上述条款规定了房屋买受人的权利优先于建筑工程承包人的优先受偿权与抵押权人的抵押权,体现了优先保护处于相对弱势地位的房屋买受人的精神;其次,“承包人的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”的规定应当理解为既不得对抗买受人在房屋建成情况下的房屋交付请求权,也不得对抗买受人在房屋未建成等情况下的购房款返还请求权;最后,上述优先保护商品房买受人权利的规定在破产程序中也应予以适用。

二、商品房消费者权利保护规定的演变

在前述规定的基础上,商品房消费者享有优先于建工优先权和抵押权及其他债权的“物权期待权”已经成为了司法界的共识,之后《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》对消费者享有“物权期待权”的条件进行了明确:

1、已签订合法有效的书面买卖合同;

2、所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；

3、已支付的价款超过合同约定总价款的50%。

对于如何理解商品房买卖中“以居住为目的”和“价款支付进度”，《全国法院民商事审判工作会议纪要》对此作出了细化规定：“买受人名下无其他用于居住的房屋”可以理解为在案涉房屋同一设区的市或者县级市范围内商品房消费者名下没有用于居住的房屋，商品房消费者名下虽然已有1套房屋，但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的，可以理解为符合该规定的精神；“已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”可以理解为，如果商品房消费者支付的价款接近于百分之五十，且已按照合同约定将剩余价款支付给申请执行人或者按照人民法院的要求交付执行的，可以理解为符合该规定的精神。

2021年1月生效的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》再次明确了建设工程价款优先受偿权与抵押权之间的权利顺位关系，“承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。”

至此，商品房消费者权利保护的制度基本成形，确立了房地产开发商的债权偿还顺序，即：商品房消费者房屋交付请求权或购房款返还请求权>承包人建设工程价款优先权>银行抵押债权>普通债权。

三、新规《批复》的具体解读

然而，由于《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号）已于2021年1月1日失效，上述建立其上的商品房消费者权利保护制度的效力出现了争议，近年房地产行业爆发了史无前例的危机，也使得开发商的债务处理问题变得更为复杂。如何在化解各方冲突、兼顾多方利益的同时维护商品房消费

者的正当权益、保护人民群众的合理住房需求成为了刻不容缓的问题。

而此次《批复》直接针对商品房消费者权利问题，作出了较以往更具针对性的保护。

首先，《批复》再次肯定了以往相关制度确定的债权偿还顺序：商品房消费者房屋交付请求权或购房款返还请求权>承包人建设工程价款优先权>银行抵押债权>普通债权。

其次，《批复》对于商品房消费者要求返还购房款也作出了限制，购房款返还需在房屋不能交付且无实际交付可能的情况下实现。这一点较以往制度更为严格，在开发商仍有交付可能的情况下，例如已经“保交楼”的项目则只能请求房屋交付而难以要求退还购房款。

此外，《批复》对商品房消费者的认定重新列举了条件：以居住为目的购买房屋；已支付全部价款或只支付了部分价款但在一审法庭辩论终结前已实际支付剩余价款。本次规定较以往制度的不同之处在于只要求商品房购买以居住为目的，不再限制“买受人名下无其他用于居住的房屋”，也未要求“订立书面买卖合同”的形式要件，从而扩大了适用商品房消费者的范围。

四、结语

从上述变化来看，《批复》的规定更符合当前地产爆雷潮情况下的现实需求，更注重保护市场风险和房地产行业整体风险，价值取向上更兼顾各方利益，实现权利清偿顺序的公平，而不仅仅是保护商品房消费者的权益，对于妥善处理房地产爆雷潮引发的债务危机，促进房地产行业平稳健康发展有着重大现实意义。

金融证券篇

金融证券

浅析企业股权架构设计

◆文 / 朱丽

本文刊发于《中国律师》2023年第8期（总第394期）

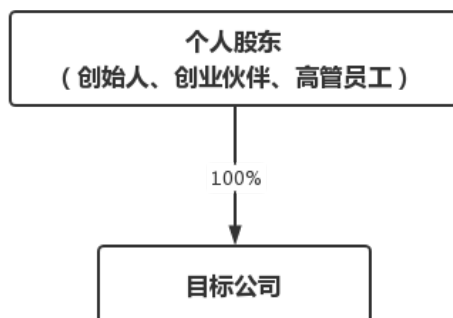
股权架构安排是企业的顶层设计，关系到企业的发展战略、经营管理、控制权、税务负担等各个方面。我们可以看到，很多企业家用“股权”作为杠杆撬起了一个个商业帝国，也有些企业由于股权纠纷、企业控制权争夺而元气大伤，不少企业发展到一定阶段后出现股权结构失衡导致企业发展的底层动力不足，由此可见，股权架构设计合理与否，对于企业发展影响深远。因此，企业应当未雨绸缪，构建符合企业自身实际的股权架构，为企业长期发展夯实基础、防范风险。

企业常见的股权架构有三种模式，即“自然人直接持股”“有限公司间接持股”“有限合伙企业间接持股”，作者将分析论证不同股权架构的基本模型及其公司经营管理、控制权、税务负担的特点，并提出不同股权架构的适用情形，以飨读者。

受限于文章篇幅，本文仅对“自然人直接持股”这一股权架构进行分析，后续将会持续分享其他两种常见股权架构的相关内容以及三种股权架构的优劣对比。

一、自然人直接持股

自然人直接持股，是最为常见、简单的一种持股架构，即股东直接按照各自出资额占目标公司



总出资额占公司经营管理相应股权，全部股权合计为1000股。平台在该类股权架构设计中，不仅保持持股平台，

在自然人直接持股的股权架构模式下，股东直接以个人身份行使股东权利，参与公司经营管理，公司治理程序较为简单，管理成本低，但是这种股权架构抵抗经营风险的能力也较差。

实务中，如果由自然人直接持股，较易发生一些财务与税务风险。由于股东个人可以直接参与公司的经营管理，控股股东或实际控制人对公司的实际影响力较大，如果公司的控股股东或实际控制人有个人消费、个人借款无法厘清，或者有发票套现等行为，公司的财务和税务都会面临风险，相应股东也容易涉嫌偷税漏税，甚至造成挪用资金、职务侵占、虚开发票等刑事犯罪。

当公司经营不善或者股东与公司财产出现混同，公司股东可能失去出资期限利益，需立刻向公司补足其认缴出资额，并且根据公司法人格否认制度，股东有可能对企业债务承担连带责任。

（二）公司控制权

由自然人直接持有股权，股东行使权利时不需要其他人的协助，发生股权纠纷的风险较小，股东可以完全按照自己的意志行使权利，股东对于其个人所享有的股权具有很强的控制力，股东行权效率高。

但是以自然人直接持股的方式来设计目标公司的股权架构往往不利于控制权的集中。个人持股时，能够掌握的仅有其直接持有的股权，在这种情况下，个人持股比例超过67%才能取得对目标公司的绝对控制权、持股比例超过51%才能取得对目标公司的相对控制权。

除此之外，通过代持其他人的股权、表决权委托或者签订一致行动协议等方式可以集中表决权，实现对公司的控制。但是，这种方式依赖于契约，存在一定的违约风险。相比之下，在通过有限公司持股、有限合伙企业持股等模式下，可以通过持股平台集中控制权，以较少的股权控制

（三）税务负担

个人股东的税务负担主要体现在取得目标公司分红与转让目标公司股权时，涉及的个人所得税、印花税。

1、目标公司分红

（1）一般情形

目标公司向个人股东分红时，按照股息、红利所得的20%缴纳个人所得税。在目标公司的往来会计科目将前述股息或者红利分配到股东个人名下，且股东有权向目标公司提取股息或红利时，由目标公司按月或按次代扣代缴该部分股息或者红利应当缴纳的税费。

应用示例：

目标公司分红125万元，在股东有权领取分红时，由目标公司代扣代缴股东个人所得税25万元，实际发放到个人股东手中100万元。

（2）公众公司分红优惠政策

若目标公司为挂牌公司（新三板）或上市公司，个人股东根据持股时间在取得分红时可享受税费减免或推迟税费缴纳时间的优惠政策。

个人持股期限超过1年的，股息红利所得暂免征收个人所得税；持股期限在1个月以上至1年（含1年）的，暂减按50%计入应纳税所得额；持股期限在1个月以内（含1个月）的，其股息红利所得全额计入应纳税所得额，但是可以推迟税费缴纳时间；对个人持有的上市公司限售股，持股时间自解禁日起计算，解禁前取得的股息红利继续暂减按50%计入应纳税所得额。

应用示例：

目标公司为挂牌公司或上市公司，拟向该个人股东分红125万元，个人股东依据其持有目标公司股权的时间计算个人所得税。

若股东持股1年以上，个人所得税为0，实际发放到个人股东手中125万元；持股1个月以上至1年（含1年），个人所得税款12.5万元，实际股东应得金额为112.5万元，税费待个人转让股票时扣缴；持股期限在1个月以内（含1个月）的，个人所得税款25万元，实际股东应得金额为100万元，税费待个人转让股票时扣缴。

2、转让目标公司股权

（1）所得税

个人股东在转让目标公司股权时需缴纳个人所得税，由受让方作为扣缴义务人。

财产转让所得，适用20%的税率。应纳税所得额为转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，由受让人在向市场监督管理部门办理变更登记手续前缴纳。

应用示例：

个人股东转让目标公司100%股权，取得股权转让收入2亿元（即与股权转让相关的各种款项，包括违约金、补偿金以及其他名目的款项、资产、权益等），个人股东取得该股权的成本1.2亿元（包括股权原值与合理费用），则应纳税所得额为0.8亿元，该部分股权转让所得应当缴纳的税费为1600万元，由股权受让方在办理股权变更工商登记前完成代扣代缴，取得完税凭证。

（2）印花税

个人股东在转让目标公司股权时需缴纳印花税，计税基础为股权转让书据价款，税率为万分之五，可以减征50%的税额。

应用示例：

沿用上段情形，股权转让书据价款为2亿元，个人股东需要缴纳印花税为2亿元 $\times 0.0005 \times 50\% = 5$ 万元，受让方（也为个人的）也需要缴纳印花税5万元。

若目标公司为上市公司，个人股东股权转让需缴纳证券交易印花税。印花税的计税基础为成交金额，税率为千分之一，由出让方缴纳。

应用示例：

沿用上段情形，个人股东需要缴纳证券交易印花税为2亿元 $\times 0.001 = 20$ 万元，受让方无需缴纳证券交易印花税。

（四）主要适用情形

1、规划上市后售股套现的财务投资人

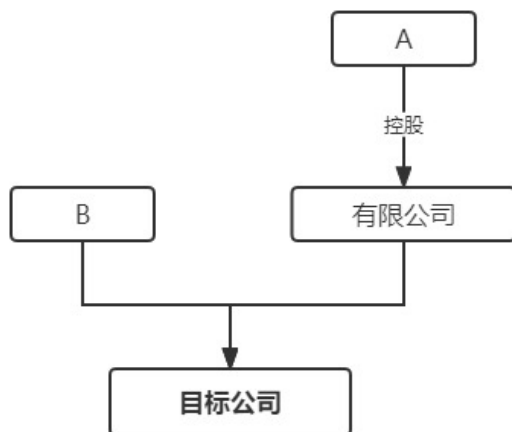
拟上市公司的股东，如果规划公司上市后把股票出售套现，最好采用自然人直接持股的架构，不但套现时可以直接通过证券交易账户便利操作，而且税负较低。

2、初创期的创始人股东

初创期的商业模式尚不成熟，股权结构也不稳定，不宜把股权架构设计得过于复杂，创始人股东可在企业初创期采用直接持股模式，待公司商业模式逐渐成熟，再对公司股权架构适时进行设计和调整。

二、有限公司间接持股架构

有限公司间接持股的架构是指在投资设立目标公司之前，投资者先投资设立一家有限公司，再由有限公司投资设立目标公司。在这种架构中，有限公司一般不进行任何具有实质性的制造、经销、管理等活动，其存续的唯一目的就是对外投资，所以又被称为“持股平台”。常见模型如下：



（一）公司经营管理

以有限公司作为持股平台的股权架构模式下，投资者不直接参与目标公司的经营管理，可以在投资者与目标公司之间建立一道防火墙。当目标公司发生经营困难或者亏损时，有限公司在其认缴的出资额范围内对目标公司的债务承担有限责任，并不会直接影响到投资者。并且如果对部分投资者的股权进行调整，可以在有限公司层面进行调整，从而达到间接调整股权结构的目的，使目标公司保持一定的稳定性。

（二）公司控制权

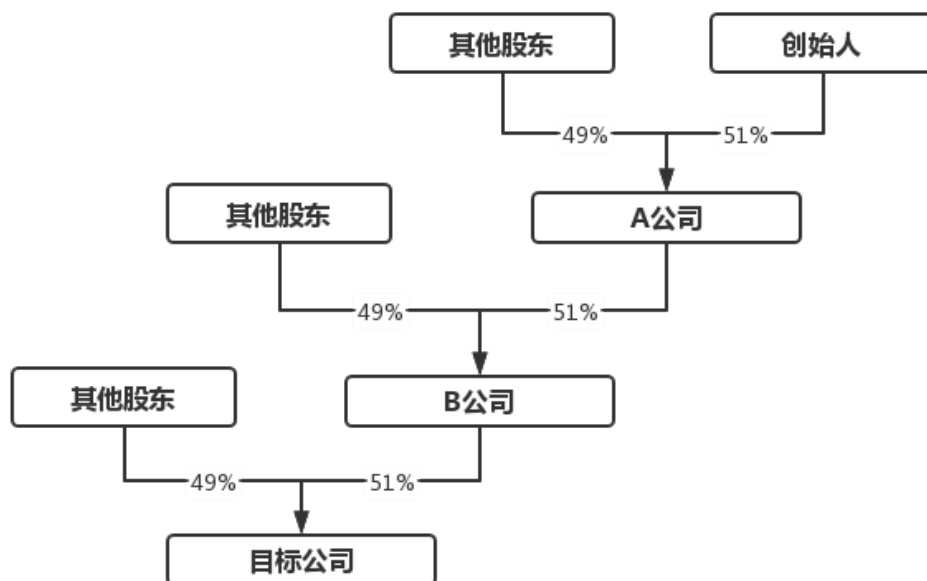
投资者通过对有限公司的股权结构、董事会、股东会等作出相应安排，可以在一定程度上分离股权的收益权和表决权，在较低持股比例的情形下实现对目标公司的控制。常见的有以下几种方式：

1、通过有限公司章程约定同股不同权

根据《中华人民共和国公司法》第四十二条的规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。即尊重有限责任公司的意思自治，有限责任公司可以不按出资比例分配表决权，公司完全可以通过股东之间的约定把股权中的表决权和收益权进行分离。

比如，某公司注册资本为100万，且全部实缴到位，其中A出资70万、B出资15万、C出资15万，如果股东按照出资比例享有表决权，那么三人分别享有70%、15%和15%的表决权，此时A对股东会就有控制权。但是，如果章程规定在表决时C享有70%表决权、A和B分别享有15%表决权，此时C就对股东会有控制权，尽管C的出资额只占15%。

2、通过金字塔持股架构间接掌握控制权



在这种架构下，公司创始人通过间接持股形成一个金字塔式的控制链实现对该公司的控制，且控制链越长，越利于通过少量资金撬动更大控制权。如上图所示的股权架构，创始人掌握 A 公司的 51% 的股权，然后 A 公司再掌握 B 公司 51% 的股权，B 公司再掌握目标公司 51% 的股权，在这种情况下，创始人间接持有目标公司 $51\% \times 51\% \times 51\%$ ，大概 13% 的股权就能够控制目标公司。

3、通过掌握有限公司的董事会获得控制权

如前所述，在通过有限公司间接持股的架构下，创始人行使股东权益除通过上述股权层面来获得控制权外，还可以通过控制董事会来实现实际控制。控制董事会，也就控制了公司的日常经营管理，核心创始人可以占有有限公司董事会的大部分席位，以保障决策效果和决策效率。

（三）税务负担

投资者通过设立有限公司间接投资目标公司的税务负担从分红和转让股权两方面来分析，主要涉及企业所得税、个人所得税、印花税、增值税。

1、目标公司分红

根据《企业所得税法》第二十六条第二款的规定，符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益为免税收入。因此，有限公司在取得目标公司分红时无需缴纳企业所得税。个人投资者取得有限公司的分红时，按照股息、红利所得的 20% 缴纳个人所得税。

应用示例：

若目标公司向有限公司分红 125 万元，有限公司无需就此分红缴纳企业所得税，假设这 125 万元在有限公司层面全部满足分红条件，个人投资者在取得该 125 万元的分红时需要缴纳个人所得税为 $125 \text{ 万元} \times 20\% = 25 \text{ 万元}$ ，个人投资者取得的税后分红为 100 万元。

2、转让目标公司股权

（1）所得税

根据《企业所得税法》第四条的规定，有限公司在转让目标公司股权时需缴纳 25% 的企业所得税。个人股东若以分红方式从有限公司中获取其转让目标公司的所得的收益，需要缴纳 20% 的个人所得税。因此，若有限公司出售目标公司股权，所得收益以分红方式分配给个人股东，综合税负高达 40%。

应用示例：

有限公司转让目标公司 100% 股权，取得股权转让收入 2 亿元（即与股权转让相关的各种款项，包括违约金、补偿金以及其他名目的款项、资产、权益等），个人股东取得该股权的成本 1.2 亿元（包括股权原值与合理费用），应纳税所得额（即股权增值部分）8000 万元，有限公司应当缴纳企业所得税 $8000 \text{ 万元} \times 25\% = 2000 \text{ 万元}$ ，可供分配给有限公司股东个人的收益为 6000 万元，该 6000 万收益应当缴纳个人所得税 $6000 \text{ 万元} \times 20\% = 1200 \text{ 万元}$ ，则最终分配股东个人手中 4800 万元，仅为股权增值部分的 60%。

有限公司转让目标公司股份时，可以结合商业实质和股东的需求，进行税务筹划，以合理合法减轻税务负担。

（2）印花税

有限公司在转让目标公司股权时，需缴纳万分之五的印花税。

应用示例：

沿用上述情形，有限公司（属于一般纳税人）需要缴纳印花税 $2 \text{ 亿元} \times 0.0005 = 10 \text{ 万元}$ ，受让方也需要缴纳印花税 10 万元。

若目标公司为上市公司，有限公司作为股东，转让该上市公司股权需缴纳证券交易印花税，有限公司应当缴纳的证券交易印花税的税率与个人股东一致，为成交金额的千分之一。

（3）增值税

转让上市公司股权还需缴纳增值税。根据《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2016〕36 号），金融商品转让，属于销售服务中的金融服务，税率 6%，按照卖出价扣除买入价后的余额为销售额。转让金融商品出现的正负差，按盈亏相抵后的余额为销售额。若相抵后出现负差，可结转下一纳税期与下期转让金融商品销售额相抵，但年末时仍出现负差的，不得转入下一个会计年度。

（四）主要适用情形

1. 计划统筹投资多个业务板块项目的投资者。

投资者通过设立有限公司对外投资，因有限公司从目标公司处获得的股息、红利等权益性投资收益无需缴税，因此，有限公司可以将目标公司的分红用于再投资，如此既可以免除税务负担，亦可以满足股东多元化投资需求，便于股东与不同主体合作各种类型的项目，从而实现同一持股平台下多个业务板块公司的多元化发展。

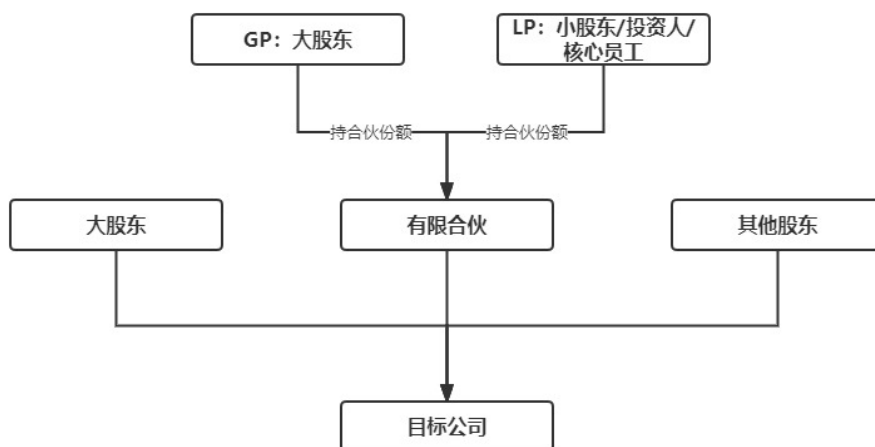
2. 计划长期持股的实业家

有限公司间接持股有利于目标公司股权的稳定，且相较于自然人直接持股，能够隔离风险，适合长期持股的实业家。

三、有限合伙企业间接持股架构

有限合伙企业的投资人为合伙人，分为普通合伙人（GP）与有限合伙人（LP），其中普通合伙人执行合伙事务并对有限合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人不执行合伙事务且以其在合伙企业的投资金额为限对合伙企业的债务承担有限责任。有限合伙企业持股的架构设计是指通过一系列操作，构造起目标公司、持股平台（有限合伙企业）、GP 和 LP 的三方主体，通过对这几个主体之间关系再构造，达到最终让 GP 通过控制持股平台从而控制目标公司的目的，LP 通过持股平台获取来自目标公司的收益的效果。

常见模型如下：



（一）公司经营管理

有限合伙企业作为持股平台的架构下，投资者通过有限合伙企业行使对目标公司的权利。有限合伙企业的天然属性就是同股不同权，可以在合伙协议中约定合伙人的进入和退出、议事规则等，同时可以约定创始人作为普通合伙人（GP）享有决策权，决定合伙人的进入与退出，执行合伙企业的重大和普通事项，以及合伙人转让财产份额的受让人等。但是，根据《合伙企业法》的相关规定，普通合伙人需要对合伙企业的债务承担无限连带责任，可以先成立一家有限责任公司来作为合伙企业的普通合伙人，然后由创始人全资控制这家有限责任公司，如此可规避普通合伙人连带责任的风险。

有限合伙企业作为持股平台的架构可以规避投资者进入与退出对目标公司的影响。投资人集中在有限合伙企业中，以其在合伙企业的份额间接持股公司，通过合伙份额的转让处置其在目标公司的股权，操作简单方便，目标公司无须频繁办理工商变更登记。相比之下，直接持股模式下转让股权需要股东会决议，还涉及优先购买权，耗时耗力，可能影响股权结构的稳定性和创始人的控制权。此外，当投资者人数较多时，有限合伙企业持股架构比直接持股更便于公司治理。在公司经营管理中很多时候需要股东决议，仅召集股东会都需要很长时间，而在合伙企业中，可以直接由普通合伙人直接执行重大或普通事项。

（二）公司控制权

根据《中华人民共和国合伙企业法》第六十七条、第六十八条的规定，有限合伙企业中，普通合伙人为执行事务合伙人，有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

在上述股权架构设计中，大股东作为目标公司的股东，享有一定比例的表决权。而在有限合伙企业中大股东又作为执行事务合伙人，对外代表有限合伙企业，即有限合伙企业对目标公司的表决权也实际归大股东所掌控。

那么通过以上股权架构设计，目标公司的控制权能够掌握在大股东手中，从而成为实际控制人。而投资人或者持股员工则作为有限合伙企业的 LP，享有有限合伙企业对目标公司股权投资所生产的收益。

（三）税务负担

有限合伙企业只是税收导管，合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人。合伙人可以是公司、也可以是自然人，以合伙人的性质确定其各自的税务负担。

1、目标公司分红

根据国家税务总局关于《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》，合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股利、红利所得，按“利息、股息、红利”所得，按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。

目标公司分红到合伙企业，再由合伙企业分到合伙人，由合伙人各自缴税。合伙人是一般纳税人的按 25% 的税率缴纳企业所得税（不考虑所得税的各项优惠政策），合伙人是个人的按 20% 的税率缴纳个人所得税。

同时，有限合伙企业不适用挂牌公司或上市公司股息红利差别化个人所得税政策，目标公司为挂牌公司或上市公司时，通过有限合伙企业投资取的目标公司分红的个人股东无法享受个人所得税的优惠政策。

应用示例：

目标公司分红 125 万元到有限合伙企业，合伙企业无需缴纳企业所得税。有限合伙企业将这 125 万分给合伙人，若合伙人为个人，则应缴纳个人所得税 $125 \text{ 万元} \times 20\% = 25 \text{ 万元}$ ，实际发放到个人股东手中 100 万元；若合伙人为有限公司且属于一般纳税人的，则应缴纳企业所得税 $125 \text{ 万元} \times 25\% = 31.25 \text{ 万元}$ ，实际发放到有限公司手中 93.75 万元。

2、转让目标公司股权

（1）所得税

合伙企业的合伙人转让合伙企业份额所得，由合伙人分别缴纳所得税，早期在适用“财产转让所得”项目税率 20% 与“经营所得”项目税率“5%-35%”之间存在争议，也存在核定征收和查账征收的两种方式，后期得到了统一。2022 年 1 月 1 日，《关于权益性投资经营所得个人所得税征收管理的公告》（财政部、税务总局公告 2021 年第 41 号）开始实施，各地税务机关陆续开展对存在股权转让行为的有限合伙企业的税务检查，一律采用查账征收，要求投资者按照生产经营所得 5%—35% 缴纳税款。税率表如下：

级数	全年应纳税所得额	税率(%)
1	不超过 30000 元的	5
2	超过 30000 元至 90000 元的部分	10
3	超过 90000 元至 300000 元的部分	20
4	超过 300000 元至 500000 元的部分	30
5	超过 500000 元的部分	35

应用示例:

沿用之前例子，有限合伙企业转让目标公司 100% 股权，取得股权转让收入 2 亿元（即与股权转让相关的各种款项，包括违约金、补偿金以及其他名目的款项、资产、权益等），个人股东取得该股权的成本 1.2 亿元（包括股权原值与合理费用），应纳税所得额 8000 万元，分配到个合伙人共 8000 万元，每名合伙人依据自己分配的金额按照上表计算所得税。假设有 4 名合伙人，每人分到 2000 万元，每人的个人所得税为 $3 \times 5\% + (9-3) \times 10\% + (30-9) \times 20\% + (50-30) \times 30\% + (2000-50) \times 35\% = 693.45$ 万元，4 人合计税费 2773.8 万元，综合税负为 34.67%，接近 35%。

（2）印花税

合伙企业转让目标公司股权需缴纳印花税，税率为万分之五。

若目标公司为上市公司，合伙企业作为股东，转让需缴纳证券交易印花税。有限合伙企业证券交易印花税的缴纳与个人股东一致，为成交金额的千分之一。

（3）增值税

若目标公司为上市公司，合伙企业转让目标公司股权需要缴纳增值税。增值税税率与有限公司一致，一般纳税人税率 6%，小规模纳税人税率为 3%。

（四）适用情形

有限合伙持股架构一般适用于以下三种情形：

1、钱权分离度极高的创始人股东

对于一些资金密集型行业，如互联网公司，VC/PE 在企业发展中会起到至关重要的作用。随着资本的不断加入，如果创始人股东及其团队预判，自己的持股比例可能会被稀释得非常低，为了控制权的需要，可以采取该种有限合伙架构。

2、有短期套现意图的财务投资人

合伙企业可以选择在税收洼地注册，合伙人可能可以享受核定征收或者财政返还的地方优待，如果投资人投资后有短期套现的计划，可以选择有限合伙架构。

3、股权激励人数较多的员工持股平台

如果股权激励的对象较多，以合伙企业作为员工持股平台，不仅方便对股权进行管理，还有利于大股东获得更多的控制权。

总结

前文已分析三种常见股权架构模式下公司的经营管理、控制权、税务负担以及主要适用情形等，现简要汇总如下：

项目	自然人直接持股	有限公司间接持股	有限合伙企业间接持股
投资者对公司经营管理的参与	直接以个人身份参与对目标公司经营管理。	通过有限公司的股东会或董事会作出相应安排，间接参与对目标公司的经营管理。	普通合伙人执行合伙企业的重大和普通事项，间接参与对目标公司的经营管理。
股东控制权	可以完全按照自己的意志行使股东权利，对于其个人所享有的股权具有很强的控制力，具有更强的效率性。	通过对有限公司的股权结构、股东会、董事会作出相应安排，可以在一定程度上分离股权的收益权和表决权，在较低持股比例的情形下实现对目标公司的控制。	普通合伙人为执行事务合伙人，对外代表有限合伙企业；有限合伙人执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。控制权与收益权分离，通过取的普通合伙人身份取的目标公司控制权。
风险隔离	如果存在出资瑕疵、财产混同等问题，在外部债权人追索的情况下，可能突破股东有限责任的限制，被要求对公司债务承担连带清偿责任。	持股公司以其对目标公司的认缴出资额为限对目标公司承担有限责任，在投资者与目标公司之间建立了一道防火墙。	普通合伙人要对合伙企业的债务承担无限连带责任，但如果普通合伙人为公司，则普通合伙人的债务均由公司承担，从而隔离了普通合伙人的无限连带责任。
股权控制力的放大效应	个人直接持股时，能够掌控的就是其直接持有的股权，除非通过个人代持其他人的股权、表决权委托后者一致行动等约定的方式，才能额外增强个人的股权控制力。而从实际效果看，这些增强控制权的方式依赖于契约，存在一定的违约风险。	有利于充分发挥股权杠杆作用，在实际控制权不分散的情况下，充分利用其他投资人的资金，实现以小博大。	普通合伙人通过对合伙企业的控制，可以完全掌握合伙企业对目标公司股权的控制力，可以以较小的投资额掌握对目标公司的控制权。
投资者分红的税务负担	自然人投资者缴纳 20% 的个人所得税（公众公司享受分红优惠政策）。	有限公司无需缴纳企业所得税；自然人投资者缴纳 20% 的个人所得税。	有限合伙企业无需缴纳企业所得税，自然人投资者缴纳 20% 的个人所得税，企业投资者（一般纳税人）按 25% 缴纳企业所得税。

投资者转让股权的税务负担	1. 所得税。按“财产转让所得”适用 20% 的比例税率缴纳个人所得税； 2. 印花税。个人股东直接转让目标公司股权，按照“股权转让协议所载金额”的万分之五缴纳印花税，可以减征 50% 的税额。但个人股东转让上市公司股权由出让方按成交金额的千分之一缴纳。	1. 所得税。有限公司在转让目标公司股权时需缴纳 25% 的企业所得税；可供分配给有限公司股东个人的收益缴纳 20% 的个人所得税； 2. 印花税。有限公司转让目标公司股权，按照“股权转让协议所载金额”的万分之五缴纳印花税。有限公司转让上市公司股权，有限公司应当按照成交金额的千分之一缴纳。 3. 增值税。有限公司转让上市公司股权应按照卖出价扣除买入价后的余额缴纳增值税，一般纳税人为 6%，小规模纳税人为 3%。	1. 所得税。按照“先分后税”的原则，适用 5%-35% 的超额累进税率缴纳个人所得税； 2. 印花税。合伙企业转让所持目标公司股权，按照“股权转让协议所载金额”的万分之五缴纳印花税。合伙企业转让上市公司股权按照成交金额的千分之一缴纳； 3. 增值税。合伙企业转让上市公司股权应按照卖出价扣除买入价后的余额缴纳增值税，一般纳税人为 6%，小规模纳税人为 3%。
主要适用情形	1. 规划上市后售股套现的财务投资人； 2. 初创期的创始人股东。	1. 计划统筹投资多个业务板块项目的投资者； 2. 计划长期持股的实业家。	1. 钱权分离度极高的创始人股东； 2. 有短期套现意图的财务投资人； 3. 股权激励人数较多的员工持股平台。

我们可以看到，不同的股权架构各有利弊，而企业总在不断发展变化中，在不同的发展阶段，企业应根据经营发展实际并结合不同股权架构模式下对企业经营管理的影响、控制权的程度、税务负担轻重等多角度对企业股权架构进行综合考量，适时的设计和调整企业股权架构，必要时应咨询专业机构为企业量身设计专业的股权架构方案，以期从顶层设计方面促进企业稳定、可持续发展。

知识产权篇

知识产权

烟花行业的知识产权保护

◆文 / 顾问咨询事业中心

引言

我国烟花爆竹产业是一个传统产业，经历了上千年的发展延续至今。在烟花行业的研究、生产等活动中，经常涉及专利权、商标权、版权和其他知识产权问题。如何防止自己侵犯他人的知识产权，又如何运用法律手段保护自己的合法权益，促进烟花行业产业技术的不断发展和创新，本文将一探究竟。

一、行业概述

“爆竹声中一岁除，春风送暖入屠苏”。在我国，燃放烟花爆竹作为传统习俗已经有两千多年的历史。发展至今，烟花爆竹逐渐成为庆祝传统节日、举办大型庆典时的“标配”。每逢佳节，燃放烟花爆竹以示庆祝，增添喜庆氛围，特别是在春节期间，爆竹声声让年味更浓。

目前，我国是全球最大的烟花生产、出口和消费国，烟花产量占到全球产量的 90%，湖南浏阳、醴陵和江西上栗、万载是四大烟花主产区，其中浏阳也被誉为“中国烟花之乡”。2021 年，

浏阳烟花产业集群实现总产值 261.5 亿元，同比增长 28.9%。其中出口销售额 33.3 亿元，同比增长 11.7%；国内销售额 171.7 亿元，同比增长 25.9%；原辅材料及相关产业实现 56.5 亿元，同比增长 23.4%。

二、烟花行业涉及的知识产权

专利方面

随着近年国内对环保事业的重视，烟花生产企业也在加快技术创新步伐，采用低硫、无硫的新型材料生产环保烟花。比如，通过减少单管火药量，并用新材料替代纸筒做发射管，从而减少约 70%~80% 的烟雾量和纸屑、泥土渣等污染，以适应社会发展需求。相关数据显示，在环保烟花领域，全球共有相关专利申请 1000 余件，其中我国的专利申请达 900 余件，技术路线主要涉及改良烟花配方的方式，创新重点更侧重于在避免使用硫化物的同时，不改变烟花燃烧效果并增加其稳定性。

商标方面

有的小企业假冒“浏阳烟花”等驰名商标，通过低价低质、恶性竞争打开市场，甚至存在安全问题，影响行业整体品牌形象。假冒伪劣的烟花爆竹产品一方面存在重大安全隐患，另一方面也严重侵犯了经营烟花爆竹民企的知识产权。2020年10月至11月间，林某某先后三次从一经销商处购入烟花爆竹，其明知从此处所购的烟花爆竹产品质量得不到保障，仍将烟花爆竹储存于其租用的霞浦县某村一民房内用于销售。涉案烟花爆竹于2021年1月9日被公安机关查扣，共1164件。同年2月8日，经霞浦县价格认定中心鉴定，涉案烟花爆竹认定价格为人民币238477元。经比对，涉案1164件烟花爆竹中标有六家著名烟花制造公司商标的烟花、爆竹均为假冒商品。

目前，侵犯企业知识产权的行为多为个人或者小作坊侵权，侵权行为分布广泛。另外，销售凭证难以取得，有的商家找不到假冒伪劣商品，再加上部分企业的知识产权保护意识薄弱，导致目前企业知识产权维权难。

版权方面

烟花要吸引人，好看的图案是必不可少的，一场大型烟花秀从燃放图纸设计、生产制作、现场编排布阵到最终燃放效果的呈现是一个系统性的工程。烟花企业需要招聘视觉设计等文化创意人才，通过高级工艺美术师围绕产品造型、效果进行持续创新，设计图的版权也是烟花企业立足市场的根本所在。

地理标志及综合知识产权

前文提到的湖南浏阳、醴陵和江西上栗、万载四大烟花主产区，就是很明显的地理标志。例如，2003年3月6日，原国家质检总局就已经批准对“浏阳花炮”实施地理标志产品保护。

此外，国内烟花行业近年来也在利用高新技术谋求突破，努力创新烟花产品，如手机摇一摇烟花、VR焰火、趣味互动烟花，以及大量个性

化的小型玩具烟花等，将传统烟花赋予智能、时尚、趣味、创意、文化等因素，让烟花的内涵变得越来越丰富。同时，各地举办的焰火节也吸引了大量的游客，让消费者从“听响动”变为“看表演”，“烟花+艺术+文旅”这一组合符合人们对美好生活的追求，市场的想象空间是巨大的。

三、知识产权保护途径

那么烟花从业者如何运用法律手段保护自己的合法权益呢？在侵权行为发生前，企业自身可以通过知产布局建立保护体系防范风险；侵权行为发生后，可以借助行政和司法途径进行维权。

（一）建立知产保护体系

专利权布局

烟花行业相关的专利大多是针对制作烟花的原料、配比以及烟花载具进行保护，例如“一种烟花生产用原料隔离存放装置”、“一种防撞防火的烟花运输包装箱”等。但近年来，随着人工智能和物联网的高速发展，烟花的编排系统、虚拟烟花控制系统开始受到人们的关注、虚拟编排系统以音乐的播放时间为主要轴线，根据音乐节奏进行踩点，将系统烟花库中的各种烟花产品拖放到踩点位置上，系统会根据踩点位置自动生成烟花产品的点火时间；当然操作者也可以额外设定烟花产品的上升时间、持续时间、效果等属性，使整个方案的效果更完整。这是烟花企业承办大型烟花晚会的核心竞争力。

以上述编排系统为例，企业可以考虑采取专利权与商业秘密权相结合的布局，先以技术秘密保护，后采用专利保护。将烟花配方和系统创新技术中容易泄露的、容易被模仿的部分通过申请专利保护，同时保留一部分作为商业秘密保护。因为一旦选择专利保护则代表着技术公开，不可能再倒过来选择技术秘密的保护。在专利申请类别、文书撰写以及企业商业秘密保护体系建设方面，可以寻求专业人员或机构的帮助，以达到更

好的保护效果。

商标权布局

在我国，获得商标专用权的原则是以注册取得制度为主。由于互联网传播信息速度非常快，并且在实践中有相当一部分人或企业以大量囤积商标、抢注商标牟利，因此企业在经营中设立新项目、推出新产品、品牌等之前，可以结合企业经营范围及项目中涉及的烟花产品、服务，在核心的商标类别对商标进行注册申请；另外还可以将烟花技术名称、工艺名称、材料名称等商标化，不仅可以通过商标的形式快速表达产品信息，还可以获得法律保护，防止竞争对手模仿。还可以通过区块链等工具，将产品的生产过程记录保存，抵御潜在对手的恶意抢注的风险，为后续诉讼做好证据储备。烟花产业的创新成本很高，每一个产品都是经过成百上千次的实验后，才能确定最终的制作工艺，然而，其他人进行抄袭和模仿却十分容易。新产品推出后，很容易就被他人购买并进行复制。比如，某企业创新了一款“水母”烟花，竞争对手就推出一款“金水母”。烟花企业可以通过组建自己的法务团队或者同外部律师合作，共同应对各种知识产权问题。

浏阳市中洲烟花集团有限公司在这一方面的做法就很值得借鉴。2022年5月23日，其在《浏阳日报》上发布公告，郑重声明其合法享有“三分钟”的商标权、著作权，商标注册号为42467862。要求未经声明人授权或许可，任何单位和个人在烟花爆竹产品上使用“三分钟”及“3分钟”、或其他与“三分钟”高度近似的字样或进行宣传推广的，应立即停止侵权、停止生产、收回或销毁相关产品（如有），消除影响（包括但不限于在报纸显著位置致歉）。其还有打假合作公告，为了坚决打击商标侵权及不正当竞争行为，面向全国招聘知识产权专案合作律师事务所。这种对于商标的重视以及提前布局，能够有效地构建企业知识产权保护网，在被侵权后也可以更

加快速、更加便利地采取相应手段，最大程度保护企业自身利益。

总的来说，烟花企业的知产布局要做到专利权与著作权相结合，商标权与著作权相结合。用着眼全局的眼光，看对手运用了什么样的技术，分析对手拥有的知识产权给我们设置了什么样的障碍；要清楚专利不仅仅可以直接保护自己的产品，也可以让专利打击竞争对手，不让其生产同样的产品，进而保护自己的产品与市场。

（二）通过行政和司法途径维权

当知识产权侵权行为发生时，权利人或利害关系人可向知识产权的主管机关寻求行政帮助。目前，按知识产权侵权类型不同，我国主管知识产权的行政机关也有所不同。如专利权的侵权可向主管专利权的国家知识产权局和地方知识产权行政管理部门寻求行政保护；商标权的侵权可向主管商标权的县级以上工商行政管理部门寻求行政保护；著作权的侵权可向著作权行政执法部门投诉，相关主管机关可对侵犯知识产权的行为进行行政处罚。

权利人或利害关系人寻求行政保护的同时，也可单独通过知识产权的司法保护途径寻求保护。提起知识产权侵权司法诉讼应满足的前提是：原告是与侵权行为有直接利害关系的公民、法人或其他组织；有明确的被告；有具体的诉讼请求和事实依据和理由；属于请求诉讼法院受理范围并且受诉法院有相应的管辖权。

结语

通过树立知识产权保护意识，加强知识产权保护措施，让烟花这一古老的产业艺术重新迸发活力。进一步在渠道、技术上增强国际竞争力，完成品牌化、高端化的蝶变，做大做强自主品牌，走向海外市场。



知识产权

湖南文旅产业的知识产权保护和发展

◆文 / 顾问咨询事业中心

前言

自疫情防控政策调整到春节旅游、再到春暖花开游人如织，从长沙不夜城的灯火辉煌到湖南各地出游火爆，无不辉映着湖南省旅游业的全面回暖，这注定是一个美好的春天。作为我国的文化资源大省，湖南省拥有许多独特的旅游资源和景点，“奇峰三千”的世界自然遗产地张家界、“丹霞之魂”世界自然遗产地崀山、“世界媒体艺术之都”长沙、“五岳独秀”的南岳衡山、“忧乐精神”的岳阳楼等瑰丽竞秀，享誉世界。这些景点作为湖南省丰富、独特的文化遗产和旅游资源，需要得到有效的知识产权保护，以确保其持久的保护和发展。

一、现状

与传统旅游依靠基础投资建设景观或打造周边商业圈为手段、获取简单的投资收益相比，新型的文化旅游和IP旅游着重于通过对知识产权的开发和运用，将文化资源转化为旅游产品，以提升旅游的文化附加值，从而促进旅游综合经济与社会效益的共同发展。

我国曾长期处于旅游景点建设与文化产业开发脱节的状态。目前，地方文旅主管部门以及相关旅游景点运营单位更多的还是关注于旅游资源和旅游项目的初级开发和运营，却忽视了与知识产权有关的开发和管理，导致旅游资源同质化现象严重，主要体现在：旅游景点名称抢注、滥注严重；旅游路线设计雷同，旅游项目同质化严重；山寨景点增多，旅游衍生品设计品质不足；非物质文化遗产旅游开发与保护欠缺等。

基于对以上情况的研究与思考，本文将从著作权、商标、专利、商业秘密等知识产权角度，探讨湖南省旅游景点的知识产权保护和发展问题，并提出相关建议。

1、景点的著作权保护

景点本身就是一种创作，它的形象、布局、名称、解说等都是由人创造的。因此，景点作为一种文化产品，应该受到著作权的保护。在实际应用中，景点的著作权可以通过景点的地理标志、商标、标识、标牌、介绍等方式进行保护。例如，岳阳楼相关美术作品可以注册商标、设计特殊的

标志和标牌,以确保其品牌形象的独特性和权益。

同时,景点的解说也可以通过著作权的方式进行保护。景区中的文物、建筑、自然景观等都有其独特的历史背景和文化价值。这些信息可以通过景区官方发布的讲解文字、音频、视频等形式传递给游客。景区可以通过创新设计独特的讲解形式和内容,从而获得更高的知名度和市场竞争力。

2、景点的商标保护

景点的商标保护也非常重要。景点的商标不仅代表了景点的品牌形象,还代表了景点的经济价值和社会价值。景区名称或关联性强的其他名称可以注册商标,以保护其品牌形象和专有权益。此外,景区还可以根据景点的不同特点和文化背景,设计不同的商标形象,以更好地传递景点的独特价值和文化内涵。

主管部门和具体运营单位应当积极关注相关的商标确权和保护,对抢注滥注以景区名称为商标的行为予以抵制,及时提起商标异议、商标无效和商标诉讼等程序;对于具有代表性的景点名称,应及时申请注册商标和开展商标布局;对于当地特色旅游产品应及时申请地理标志、集体商标和证明商标。

3、景点的专利保护

景点的专利保护主要是针对景区开发的新型游乐设备、特殊交通工具、观光车辆等。景区可以申请专利保护,以防止其他景区或企业盗用其发明和创新成果。此外,景区还可以通过技术引进和技术转移等方式,提高景区的技术水平和竞争力。

4、景点的商业秘密保护

景点的商业秘密包括景区的营销策略、经营管理模式、资金流动等。景区可以通过签订保密协议和建立保密制度等方式,保护其商业秘密,

防止其被竞争对手窃取。同时,景区还应该加强对员工的保密教育和管理,确保员工不泄露商业秘密。

5、景点的地理标志保护

景点作为一个地理区域的文化产品,具有独特的地理标志,例如张家界、岳阳楼、衡山等。景区可以通过地理标志保护制度,保护其地理标志的独特性和专有权益。通过地理标志认证,可以增加景区的知名度和美誉度,提高景区的市场竞争力。

6、景点的传统文化保护

湖南省的旅游景点中,许多景点具有深厚的传统文化底蕴,例如岳阳的岳阳楼记、常德的桃花源记等。景区应该加强对这些传统文化的保护和传承。景区可以通过举办文化活动、推广传统文化产品等方式,让更多的人了解和关注这些传统文化。同时,景区也应该注意文化传承与商业开发之间的平衡,避免过度商业化导致传统文化的失味。

7、景点的网络知识产权保护

随着互联网的普及和发展,网络知识产权的保护越来越重要。景区可以通过建立官方网站、微博、微信公众号等,扩大其品牌影响力和知名度。同时,景区还应该加强对网络知识产权的保护,避免网络盗版和侵权行为对景区形象和品牌造成负面影响。

8、景点的形象设计保护

景区的形象设计包括景点的标识、宣传册、广告、建筑设计等方面,是景区的重要组成部分,可以为景区的营销和品牌形象带来重要的贡献。景区应该注重形象设计的保护和管理,保持其原创性和独特性,避免侵权行为对景区形象和品牌造成负面影响。

二、建议

在保护景区知识产权的过程中，需要重视以下几点：

1、加强意识教育

景区管理者和从业人员应该加强知识产权相关教育，了解知识产权的基本知识和保护方法，增强保护意识和法律意识，避免侵权行为的发生。

2、完善管理制度

景区应该建立健全的知识产权管理制度，包括知识产权的登记、管理、保护和维权等方面，明确责任和权限，规范管理流程，确保知识产权的合法权益得到保护。

各个地区各个旅游景点各具特色，有必要就其自身特点制定适合当地旅游业实际情况的、具有可操作性的旅游知识产权规范体系。结合我国现行知识产权法和旅游法的现状，结合当地旅游业发展的实际情况，为旅游系统制定相关的知识产权工作指南，甚至可以请求市级或以上级别的人大就当地旅游业开展相关立法工作。同时，在区分旅游资源的基础上，根据不同类型的旅游资源制定不同的操作规范细则。

3、加强合作和沟通

景区应该加强与相关部门、企业、组织和专家的合作和沟通，了解行业发展趋势和政策法规变化，分享知识产权保护的经验和方法，共同推动旅游业的发展和知识产权的保护。

在我省的著名旅游城市张家界就有一个很好的例子。张家界旅典文化有限公司，是一家专门从事国家非物质文化遗产土家织锦（西兰卡普）相关经营活动的高价值创新型企业，集传承、保护、研发、生产、销售于一体，是目前国内最大的土家织锦研发中心和生产基地。公司知识产权战略目标清晰、管理运行模式科学，知识产权人

才团队创新有力。目前获得发明、实用新型、外观设计等专利共计 50 余件，其中双面土家织锦织造技术和 64 扣织造工艺填补了国内土家织锦技术和工艺的空白，对土家织锦的传承和发展起到了良好的示范带动作用，被确定为张家界市首批知识产权重点保护企业。公司深挖知识和技术，依托张家界得天独厚的旅游资源优势，确立了“文化 + 旅游 + 扶贫”发展思路，致力于民族文化资源的抢救整合、开发和传承推广，走出了一条“文旅融合发展，产业带动扶贫”的特色路子。

4、加强监督和执法

政府应该加强对景区知识产权保护的监督和执法力度，建立健全的知识产权保护体系，加强执法机构的专业化和人员素质，提高执法效率和质量，为景区知识产权的保护提供有力的保障。

在《湖南省文化和旅游厅对省政协十二届五次会议第 0264 号提案的答复》中，省文化和旅游厅就明确提出“以大赛和各类文创活动为契机，立足湖湘文化，聚焦当地文化元素，提升当地文旅产品整体水平，创新文旅融合新模式，形成文旅产品设计、生产、落地、销售、推广的全产业链，打造文旅融合创新创业新模式。坚持双效统一、创意赋能，助力构建文化、旅游、生态、互联网、科技深度融合的湖南文旅新经济发展格局”，并再次强调了对文旅产业的知识产权保护，将与省市场监督管理局积极协商、配合，加强顶层政策设计、持续强化行政保护手段、严厉打击侵犯知识产权行为、强化电商平台知识产权保护等。

三、结论

作为湖南省的重要产业之一，旅游景点具有丰富的文化资源和经济价值，旅游业的发展离不开对景区知识产权的保护，这不仅是景区自身发展的需要，也是旅游业整体发展的需要。景区应该加强对景点著作权、商标、专利、商业秘密、地理标志、传统文化、网络知识产权、形象设计

等方面的保护和管理，只有通过加强保护和管理，保护景区知识产权的合法权益，才能提高景区的竞争力和吸引力，促进旅游业的发展和繁荣。同时，政府也应该制定相应的政策和法律法规，加强对景区知识产权保护的支持和保障，为旅游业的发展创造更加有利的环境。

知识产权

知识产权质押融资实务

◆文／顾问咨询事业中心

一、前言

知识产权质押融资是近年来兴起的一种新型的融资方式，是指企业以合法拥有的专利权、商标权、著作权中的财产权经评估作为质押物从银行等金融机构获得贷款的一种融资方式。知识产权质押融资可在一定程度上缓解企业“融资难、融资贵”的难题，以知识产权“轻资产”获得必要资金补给，旨在帮助科技型中小企业解决因缺少不动产担保而带来的资金紧张困境。

二、发展趋势

为贯彻落实党中央、国务院关于知识产权工作的一系列重要部署，促进银行保险机构加大对知识产权运用的支持力度，扩大知识产权质押融资，银保监会联合国家知识产权局、国家版权局于2019年8月20日发布了《关于进一步加强知识产权质押融资工作的通知》，而后国家知识产权局、中国银保监会、国家发展改革委又于2021年6月16日联合制定并发布了《知识产权质押融资入园惠企行动方案（2021—2023年）》。目前，健全知识产权质押融资风险分担机制和质物处置

机制已列入国务院办公厅复制推广营商环境创新试点改革举措清单。

以上各项制度和举措的推行和落地，将进一步提高知识产权金融的普惠度和惠及面。具体包括：

（一）深化政银合作，发挥国有大型商业银行龙头带动作用，开展商标质押助力餐饮、文旅等重点行业纾困，组织银企对接。

（二）完善服务支撑，建设运行全国知识产权质押信息平台，向公众提供更多专利商标质押信息和金融产品信息，向金融机构提供更多数据调用服务。

（三）将专利、商标信息推送共享到全国中小企业融资综合信用服务平台，促进中小微企业融资。

（四）加强部门协同，深化银行业金融机构单列信贷计划、专项考核激励等政策措施，开展知识产权质押融资入园惠企行动，实施专利转化专项计划，制定金融支持创新体系工作举措，将

知识产权金融作为重要内容。

各项机制已初显成效，根新华社报道，我国知识产权质押融资规模继续快速增长，2022年全国专利商标质押融资额达4868.8亿元，连续三年保持40%以上增幅。其中，2022年全国专利商标质押金额1000万元以下的普惠贷款登记项目惠及1.8万家中小企业，充分发挥了助力中小微企业纾困发展的普惠作用。

三、质押融资实务：以湖南省为例

整体而言，从国内各地方的知识产权质押融资运作模式来看，目前主要以北京、上海浦东、武汉三种模式为代表。北京模式是“银行+企业专利权/商标专用权质押”的直接质押融资模式；浦东模式是“银行+政府基金担保+专利权反担保”的间接质押模式；武汉模式则是在借鉴北京和上海浦东两种模式的基础上推出的“银行+科技担保公司+专利权反担保”混合模式。这几种模式主要涉及到银行、企业、政府、中介机构、担保公司等多方主体。

湖南省在学习借鉴上述模式的同时，也在探索建立具有本土特色的市场化知识产权质押融资风险补偿机制。2021年5月6日，省市场监管局会同银保监部门印发《关于进一步加强知识产权质押融资工作的指导意见》，围绕知识产权质押融资工作发布多项举措，着力加强全省知识产权质押融资工作，重点推广财政捆绑的质押融资风险分担和“投贷联动、债股结合”两种模式，加快促进知识产权与金融资源融合，破解中小企业融资难题。

近年来，湖南省、长沙市和湖南自贸区岳阳片区知识产权部门推动设立了总规模为6500万元的知识产权质押融资风险补偿金，委托湖南省知识产权交易中心进行市场化运营，按照“风险补偿金45%、合作银行及指定的合作担保或保险机构45%、评估处置机构10%”的风险承担比例，

建立起了“谁参与、谁受益、谁担责”的风险分担机制。截至2022年6月，累计纳入风险补偿资金补偿范围的专利商标质押登记206笔，质押金额达25.6亿元，惠及近200户科技型中小微企业。

那么，企业该如何就知识产权申请质押融资、尽快获取运营资金呢？

（一）确定是否符合该项目的准入标准。根据相关的规定，如果需要向湖南省知识产权交易中心申请知识产权质押融资，必须符合以下几点：

- 1、在湖南省内登记注册的独立企业法人；
- 2、符合当地区域产业发展战略和扶持政策，以及符合合作银行等金融机构的信贷政策；
- 3、优先扶持高新技术企业、知识产权示范企业、知识产权优势企业、知识产权贯标企业，或有知名投资机构投资的科技企业；
- 4、企业的财务制度健全，企业和法人无恶意不良信用记录，没有其他可能导致严重贷款风险的不良情况；
- 5、用于质押融资的知识产权（如商标、专利、著作权等）必须是合法有效且可以转让的；
- 6、质押融资的资金必须专款专用，用于技术的研发和改造、产业化建设和运营管理、流动资金周转等正常的生产经营活动，不得用于其他途径；
- 7、企业在注册资本和企业负债率方面符合银行的基本要求。

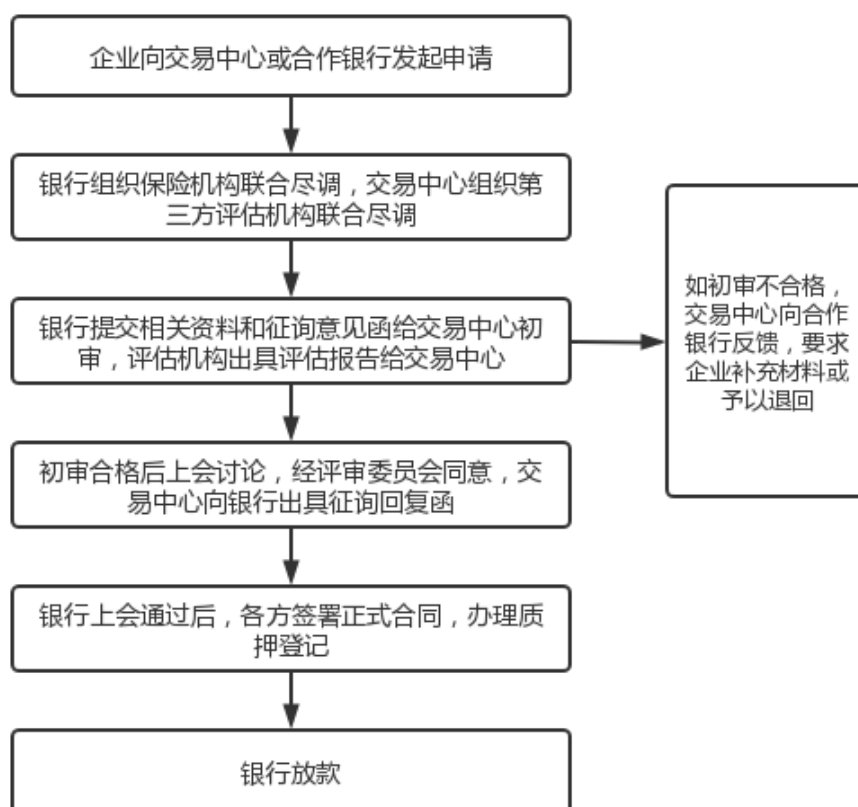
（二）了解申请质押贷款的材料要求。由于知识产权价值评估的差异化和潜在的不确定性，银行和担保机构等对相关申请材料的审核非常严格，因此，需要在申请前将各项资料准备齐全、确保真实性。

目前，知识产权质押融资的客体还集中在专

利与商标等较为常见的知识产权项目。一般情况下，针对专利和商标质押融资所需的材料如下：

知识产权类型	所需材料
专利	1. 专利权质押登记申请表 2. 专利权质押合同 3. 出质人与质权人的企业营业执照复印件或身份证明 4. 委托书、代理人身份证明 5. 专利权评估报告 6. 湖南省知识产权交易中心或合作银行要求的其他材料
商标	1. 商标专用权质押登记申请书 2. 出质人及质权人企业营业执照复印件 3. 代理人身份证明和相关的证明文件 4. 质押财产清单和价值认定书 5. 出质商标有特殊情况时应当提交的说明材料 6. 湖南省知识产权交易中心或合作银行要求的其他材料

（三）知识产权质押融资申请流程。在企业确认符合申请条件、准备好基本的文件材料后，就可以联系湖南省知识产权交易中心或合作银行申请质押贷款。在资料准备齐全的情况下，审批流程大约在 30 个工作日左右完成。具体流程如下图所示：



四、企业的准备工作

为了能够尽量符合相关部门和机构对知识产权质押融资的标准和要求、能够尽快获得相应的资金，企业不仅在申请前要做好准备，也要在之后的经营生产过程中保持良好的知识产权运营，以维持商业信誉。我们建议企业可以从以下几个方面着手：

（一）建立知识产权管理体系。为了保障知识产权的价值，企业需要建立完善的知识产权管理体系，包括知识产权的申请、管理、维护、授权、转让等方面的规定。这些规定应该具有可操作性和实效性，能够确保知识产权的合法性和有效性。企业还需要定期进行知识产权管理评估和改进工作，了解管理效果和存在的问题，并及时采取措施加以改进和完善。

（二）建立内部知识产权价值评估体系。在进行知识产权融资前，企业需要对自己的知识产权进行评估，确定其价值。这可以通过内部的技术人员与市场人员组成专家组定期进行评估来完成。

（三）选择合适的融资方式。知识产权融资的方式有很多，包括抵押、质押、租赁、授权、股权融资等。企业应根据自身情况或市场情况选择最适合的融资方式。

（四）制定详细的融资计划。企业需要制定详细的融资计划，包括融资金额、用途、期限、还款方式等。同时还需要制定合适的还款保障措施，以确保按时还款。

（五）进行融资谈判和签约。在确定融资机构后，企业需要与融资机构进行谈判，商定具体的融资方案，并签署相关的合同和协议。

（六）做好后续管理工作。企业需要根据合同约定按时还款，并做好相关知识产权的管理和维护工作，以保证知识产权的有效性和保值增值。

总之，知识产权融资是一项复杂的工作，需要企业全面考虑各种因素，制定合适的融资计划，并与融资机构进行深入的沟通和协商，且在使用相应资金的过程中做好合规工作。同时，建立知识产权管理体系也是保障知识产权价值的关键步骤，需要企业全面制定合适的管理制度和规范，并建立完善的管理机制和档案，确保知识产权的有效性和保值增值。

民生法治篇

土地征收

出嫁女请求分发农村土地征收补偿款案

◆文/ 易江 喻小燕 周林

【案情简介】

2020年5月19日，某市人民政府发布《拟征收土地公告》，拟征收位于某市某区A社区的土地，用于B储备地块的建设。经A社区书记及C组组长确认，该项目征收款到组金额为8870594元，参与征收款分配的人数为100人，分配方式为在8870594元的范围内平均分配，参与分配的100人中并不包括已经结婚但一直居住、生活在C组的梁某等“出嫁女”及其子女、配偶。

经查，梁某的母亲、哥哥及哥哥子女、配偶均系上述参与征收款分配的“100人”，享有本次征收权益。而梁某等因其系已经结了婚的女儿，即使自出生以来一直在C组生产、生活，C组也认为其属于不能享受征收权益的“出嫁女”。为此，梁某等向某市某区人民法院提起诉讼，维护其合法权益。

某市某区人民法院审理认为，梁某婚后户籍未迁出，也没有在夫妻另一方的原户籍地取得集体经济组织成员利益，应当认定梁某仍具有嫁出地村民小组的集体经济组织成员资格，梁某子女因出生原始取得集体经济组织成员资格，梁某配

偶因婚姻落户取得集体经济组织成员资格，梁某等人均有权享受成员待遇，且梁某等人在其诉称的征地补偿款对应的征地补偿方案确定时，已经享有集体经济组织成员资格，有权获得村民小组分配给该集体经济组织成员的征地补偿款。为此，法院作出了梁某等人在8870594元征收款范围内享有同等分配份额的判决结果。

【代理意见】

梁某虽然已经结婚，但其户籍未迁出仍然在娘家，且婚后生产经营在娘家，村民身份并没有发生变化，即具有集体经济组织成员资格。梁某的子女出生即原始取得集体经济组织成员资格，梁某配偶在因婚姻落户于C组，且原户籍地在其变更户籍后已取消其原户籍地的集体经济组织成员待遇，故梁某配偶自此取得C组集体经济组织成员资格。故梁某等人应该依法享有村民的各项待遇，包括作为村民参与分配土地征收款的权利。

根据《中华人民共和国农村土地承包法》第六条规定：“农村土地承包，妇女与男子享有平等的权利。承包中应当保护妇女的合法权益，任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土

地承包经营权。”《中华人民共和国妇女权益保障法》第三十二条：“妇女在农村土地承包经营、集体经济组织收益分配、土地征收或者征用补偿费使用以及宅基地使用等方面，享有与男子平等的权利。”第三十三条：“任何组织和个人不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶等为由，侵害妇女在农村集体经济组织中的各项权益。因结婚男方到女方住所落户的，男方和子女享有与所在地农村集体经济组织成员平等的权益。”

故A社区C组不予分配土地征收款的做法，不仅剥夺、侵害了妇女应当享有的土地承包经营权，侵害了妇女在农村集体经济组织中的各项权益，也侵害了因婚姻落户女方的男方和子女享有与所在地农村集体经济组织成员平等的权益。

梁某等人在其诉称的征地补偿款对应的征地补偿方案确定时，已经享有集体经济组织成员资格。依据《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条规定：“农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组，可以依照法律规定的民主议定程序，决定在本集体经济组织内部分配已经收到的土地补偿费。征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人，请求支付相应份额的，应予支持……”，梁某等人有权平等参与分配该集体经济组织的相关权益。

A社区C组以2008年组民签订的《会议纪要》为由，提出梁某等人不能参与分配，因违反法律规定，侵害了梁某等人的合法权益而无效。《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十七条规定，村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。

【判决结果】

2021年9月底，梁某等11个案件审理完毕。法院认为梁某等出生即落户于C组，属于该组成

员，原始取得了C组集体经济组织成员资格，判决：梁某等11人在8870594元征收款范围内享有同等分配份额。

【案例评析】

上述案例是一起侵害集体经济组织成员权益的案件，现实生活中，关于女子出嫁后户口未迁出，在嫁入地又未取得承包地，其户籍所在地土地被征用后，出嫁女是否应分得土地征收补偿款的情况还是很常见的。根据《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条规定，“征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人，请求支付相应份额的，应予支持。”就上述案例而言，该村民小组拟将集体所有的土地征收款按人均分配发放给该组其他村民，而不予发放给梁某等人，侵害了梁某作为该集体经济组织成员的合法权益。为此，某市某区人民法院的判决维护了梁某等人的合法权益。

【结语和建议】

虽然民间风俗中有男娶女嫁之分，但在中国法律规定方面并无任何区别，任何组织在集体土地征收补偿方面并不能对出嫁女有任何的歧视行为。

1、关于出嫁女能否分得农村征地补偿款的问题，核心是该出嫁女是否具备该村组农村集体经济组织成员身份。那么，根据法律规定，出嫁女的“成员身份”情况有哪几类？应该注意哪些方面？

现实生活中，出嫁女的“成员身份”情况大体可分为三类：

第一类

出嫁后户口未迁出的情况。此种情况下出嫁女和其他村民一样可以获得征地补偿款。虽然妇女已经结婚，但在新居住地未取得新的土地承包经营权，出嫁女原村集体不得收回其原承包地，所以出嫁女仍然享有土地承包权，属于农村集体

经济组织成员身份，在遇到征迁中可依法享有征地补偿款。

第二类

出嫁后进城落户的情况。此种情形下出嫁女原承包土地在承包期内的也有权取得征地补偿款。据相关法律规定：“承包期内，发包方不得收回承包地。国家保护进城农户的土地承包经营权。不得以退出土地承包经营权作为农户进城落户的条件。承包期内，承包农户进城落户的，引导支持其按照自愿有偿原则依法在本集体经济组织内转让土地承包经营权或者将承包地交回发包方，也可以鼓励其流转土地经营权。”在保留土地承包经营权的情况下，出嫁女当然有权获得相应的征地拆迁补偿费。

第三类

出嫁后户口迁入其他村的情况。据相关法律规定：“承包期内，妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地；”此种情况也需要区别对待，如果户籍迁出，但出嫁女在婆家并未取得新的土地承包经营权，而原来村子的土地承包经营权还保留。此种情况下“出嫁女”在遇到征地时候可以获得相应补偿款；如果出嫁女户口从娘家迁出，且在婆家已经取得新的土地承包经营权，此种情况下丧失了娘家的土地承包经营权，在遇到征地补偿时候当然不能取得相应的征地补偿款。

2、村民小组对土地补偿款的分配属于村民自治事项，但不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得违反法律的强制性规定。首先，应加强乡村法治建设，普法进村、建立村级法律顾问制度，依法依规制定并修改村民自治章程、村规民约等。其次，加强村民自治章程、村规民约备案管理，据相关法律规定，将村民自治章程、村规民约报乡、民族乡、镇的人民政府备案。

婚姻家事

最高院婚姻家庭典型案例带来的思考：让彩礼回归“礼”

◆文/刘小莉

一、“彩礼为礼”——彩礼溯源

纵观古今，婚俗文化由来已久。据查，“彩礼”始创于西周的“婚姻六礼”。古籍《仪礼》有云：“昏有六礼，纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。”纳征，用当下的习俗来理解，即为男方在婚前给女方“彩礼、聘金”。

历数彩礼物件种类的变更史，历朝历代对于彩礼的要求均不相同，从古至今，基于社会物质条件与经济基础的不同，彩礼物件也大不相同，细数之有：西周的玉帛裘皮、汉朝的黄金首饰、隋唐的绫罗绸缎、90年代的“三转一响”（缝纫机、自行车、手表、收音机）以及如今的“三子”（车子、房子、票子）。即便历史各朝代所要求的彩礼物件不同，但彩礼的内在寓意与功能却大抵相近——普遍被视为求两姓之好的橄榄枝，同时“纳征”之举也被理解男方向女方家庭表达谢意的礼节之举、补偿之措。

二、“彩礼非礼”——天价彩礼的成因及社会现状

谈及彩礼的演变史，上世纪50-60年代，彩礼只需一笔名义上的礼金即可；60-80年代，彩

礼逐渐变为家具、自行车等大件用品；90年代后，彩礼逐渐演变为大额金钱；2010年后彩礼逐渐演变为万里挑一（11000）、四金一钻、有车有房。[1]上述彩礼的演变，绝非一因之果，最终天价彩礼的出现是当前国内男女比例供需失衡、男女方家庭“面子观念”、博弈思想、部分地区经济落后等综合作用的结果。

近年来，因天价彩礼引发的惨案时有发生。随着彩礼物品由“三转一响”向“三子”转变，彩礼婚俗早已由原来追求“合二姓之好”的礼节之举，逐渐演变为“棒打鸳鸯”的施压之措。全国人民代表大会代表、江西省住房和城乡建设厅厅长卢天锡曾在《关于整治农村高价彩礼促进乡风文明的建议》一文中提到：“高价彩礼物化了婚姻，让婚姻蒙上了阴影，给双方家庭带来了许多困扰，损害了淳朴的社会风气，让一些农村家庭生活负担不断加重。”动辄20万、30万、40万的数字排列，不仅给当事人带来不可磨灭的情感伤痛，让相恋多年的情侣被迫分离、反目；更甚的是，其对国家乡村振兴战略布局的实现、文明乡风的构建、良性经济循环均产生了不同程度的影响。显然，失去初心的“彩礼”婚俗，体现

的不仅仅是中华文明礼节的变相衰退，其本质更是在挑战现代的经济、文明与法纪。基于此，由天价彩礼引发的系列“血案”，亟需通过制度构建、观念树立予以规范整改。

三、“法说彩礼”——现有法律规定及典型案例

(一) 立法现状

正所谓，法令行而私道废。要使彩礼在婚恋关系中规范化运行，应有的法律规范必不可少，尤其是上位法不可缺位。但是，关于彩礼的立法现状，通过检索可知，2021年前，从法的效力层级来看，国家各部门均未就“彩礼”问题制定专门的法律（此处特指狭义的法律），仅有《国务院关于进一步宣传贯彻婚姻法的通知》及个别地方性法规中附带性地提及关于“彩礼”规范化运行的原则性规定。2021年1月1日，《中华人民共和国民法典》虽承继了《婚姻法》（已失效）“禁止借婚姻索取财物”的规定，此条款勉强能够算得上是对天价彩礼的“隐形规范”，但就法律规则而言并无太多具备指引作用的创新之举。同年，以《民法典》为基础，最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称“《解释一》”），《解释一》第五条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（1）双方未办理结婚登记手续；（2）双方办理结婚登记手续但确未共同生活；（3）婚前给付并导致给付人生活困难。适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。”上述规定虽对彩礼返还问题进行了清晰界定，一定程度上为法院处理彩礼引发的婚姻家庭纠纷提供了基本的裁判指向，但关于彩礼该如何定性、达到多少额度能够被认定为可被法律规范的“天价彩礼”、阻断“天价彩礼”出现的实施方式、“天价彩礼”出现后的处理方案等问题在法律规则设定中仍属空白。

(二) 司法现状及典型案例

就各地的司法现状来看，关于彩礼的案例纠纷多以男方欲向女方及女方家庭主张返还彩礼为纠纷起点。各地法院审理此类案件的法律依据多为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（已失效）、各地法院自行编写的《案件审理指南》以及2021年新颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》。针对形态各异的社会情形，法院以上述条文与司法解释为裁判依据进行了自由裁量，笔者以彩礼返还情形为主要着眼点，选取了如下典型案例，案中裁判所决与法院的裁判观点虽仅涉及彩礼返还问题，但也在一定程度上表明了国家整治“天价彩礼”的倾向与决心。法院作出如下判决，维护的不仅仅是案件当事人的经济权益，更在于还婚恋关系以自由、还婚嫁习俗以风清气正。

典型案例及其裁判观点：

序号	适用情形	裁判观点	案件来源
1	双方未办理结婚登记手续的，后续能否主张返还彩礼？	观点：能。 裁判原文：“原告与被告经人介绍认识，原告按照当地风俗习惯给予被告彩礼，但原告与被告之后未能登记结婚。彩礼虽具有赠与的外观，但法律后果与普通的赠与却大相径庭。被告关于原告给予其彩礼的行为为赠与的抗辩，法院不予支持。”	最高人民法院公布10起婚姻家庭纠纷典型案例（山东）之一：张某某、赵某婚约财产纠纷案

2	双方未办理结婚登记手续但同居的，后续能否主张返还彩礼？	观点：部分返还。 裁判原文：“被告黄某甲进行人工流产手术花费相应医疗费，在手术后需休息并补充营养，造成一定期限内误工费及营养费损失应属合理，该部分物质性损失原告理应给予一定补偿。另，鉴于被告黄某甲作为女性在怀孕及订婚后未能顺利结婚，且进行了人工流产手术，必然对其精神带来巨大痛苦，且对今后生活会有一定影响，原告需给予精神抚慰。综上，被告黄某甲全额将彩礼返还原告有失公平，酌定被告黄某甲返还原告 40000 元及所有金饰。”	(2014) 嘉秀民初字第 173 号
3	双方已办理结婚登记手续但未共同生活的，后续能否主张返还彩礼？	观点：部分返还。 裁判原文：原告郭某与被告吕某于 2009 年 8 月经人介绍相识，2011 年 3 月 7 日登记结婚、12 日举行结婚仪式。从双方相识到结婚这段时间内，被告吕某共接收原告郭某彩礼金 21200 元。双方相识四年来，确实未共同生活。根据婚姻持续时间以及双方过错，判决被告返还彩礼 14840 元等。	(2014) 嵩民五初字第 22 号
4	双方已办理结婚登记手续并共同生活的，后续能否主张返还彩礼？	观点：不能。 裁判原文：关于冯某所述婚前的聘礼，属于以结婚为目的的有条件赠与，双方已结婚，条件已成就，应按赠与处理。关于刘某婚后住院的花费，冯某要求刘某返还，因当时处于共同生活期间，冯某有义务给作为其妻子的刘某看病。尽管双方共同生活时间不长，但毕竟已经结婚并共同生活，被告非因给付彩礼而导致非常困难，所以其要求返还彩礼的主张，法院不予支持。	最高人民法院公布 10 起婚姻家庭纠纷典型案例（山东）之二：刘某、冯某婚姻财产纠纷案
5	婚前给付导致给付人生活困难的，后续能否主张返还彩礼？	观点：酌情返还。 裁判原文：原、被告订婚时被告向原告索要彩礼的行为，已违反婚姻法关于禁止借婚姻索取财物的规定，且造成原告家庭生活困难。因此对被告索要的彩礼款 10 万元应酌情予以返还。	最高人民法院公布 49 起婚姻家庭纠纷典型案例之二十七：王某、徐某某彩礼返还案

四、让彩礼回归“礼”

显然，从国家政策到司法解释再到法律法规，国家有关部门虽正逐步将彩礼问题搬上立法的荧幕，但现行规定仍难以应付社会纷繁复杂、波诡云谲的人情纠纷。该采取何种路径将“彩礼”婚俗拉回“礼”之轨道，恐怕是国家各部门未来几年应努力的方向。

笔者认为，畅通彩礼回归路径可从以下几点着手：（一）加大上位法的构建力度。婚恋关系关乎社稷民生，从立法层面来说，有必要制定一部规范婚姻家事的上位法，为下位法的构建提供指引。为保障法律文件的实操性，建议在该部法律规范中对彩礼的概念、范围、金额、彩礼返还主体、返还比例认定等予以规定。同时，国务院民政部等有关部门也可及时对接社会实际需求出台系列打造文明婚嫁、营造良好风尚的政策规定。（二）重视乡规民约的教化作用。乡村治理向来是社会治理的重点内容，法治社会的构建既要重视法律法规的供给，也要重视村规民约的构建。在乡规民约的筹建上，应加强对营造文明婚嫁、打击高价彩礼的规则设置，从细处着手，引导村民树立正确的“彩礼观”。（三）完善社会保障。现有“天价彩礼”陋习的出现，从本质上来说可认定为是社会经济

落后的结果。经济基础决定上层建筑。唯有地区经济水平提升，方能根除此陋习。因此，政府应立足国情，因地制宜，“筑巢引凤”，发展地区经济；同时应精准完善各地基础设施建设、社会保障体系，缩小城乡差距，有效配置男女资源。

2022年8月，中央八部门联合印发《<开展高价彩礼、大操大办等农村移风易俗重点领域突出问题专项治理工作方案>的通知》，明确开展专项治理工作，重点整治高价彩礼等陈规陋习。相信在类似政策法规的不断努力下，通过家国共筑，齐心协力，在不久的将来，价格高昂、“棒打鸳鸯”的彩礼“三子”将逐步回归为最初的“礼”。

参考文献:

[1] 董春栋：《农村彩礼现象分析及对策》，当代农村财经，2022年4月10日。



职业打假人，您了解多少？

◆文／吴欣欣

近期，“女子超市购买 250 斤过期大米索赔被殴打”事件冲上微博热议榜，在网友对商家销售过期商品还殴打消费者的恶劣行为愤愤不平的同时，也再次引发了大家对职业打假人的热议。在市场环境不完善的大背景下，“职业打假人”概念由来已久，甚至“职业打假人”早已成为某些人的营生手段，其势必面临更多的法律问题，以下对职业打假人所涉及的法律问题进行探析：

一、职业打假人的概念

职业打假人是指通过购买或消费假冒、不合格产品或服务后依据法律获得惩罚性赔偿，并以获得此赔偿为主要营业收入来源的职业活动，也就是我们通常所说的“知假打假”。随着社会经济形势的变化，打假已经衍生成为一种营生，一种赖以生存的手段，并逐步形成以维权为手段、索赔为目的的职业打假群体。早期职业打假人的出现，一定程度上激励了消费者的维权意识，优化了市场环境，但随着打假人的职业化，有的人反而将其当成牟取暴利的手段，更有的恶意打假人存在名为打假，实为敲诈的违法行为。

二、索赔主要依据

1、《中华人民共和国消费者权益保护法》
第十一条：“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。”

2、《中华人民共和国消费者权益保护法》
第五十五条：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”

3、《中华人民共和国食品安全法》
第一百四十八条：“消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，

也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。”

4、《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第3条：“因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利。生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为理由而进行抗辩的，人民法院不予支持。”

三、职业打假人是否属于消费者？

对于知假买假的职业打假人是否属于消费者在法律上缺乏明确的规定，《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国食品安全法》等都没有作出相关规定，以至于在司法实践中争议较大。

因知假打假行为客观上一定程度遏制了制假售假行为，保护了消费者和合法经营者的权益，且现行的法律制度为职业打假人索赔提供了法律依据，我国在一定程度上是认可职业打假人属于消费者，可以适用《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国食品安全法》，请求销售生产不符合食品安全标准的食品生产者、销售者承担惩罚性赔偿。如（2019）湘04民终2291号“何某诉马某网络购物合同纠纷一案”，一审法院认为向经营者主张惩罚性赔偿的主体应当具有消费者身份，而何某自2017年以来，以相同的购物方式购买产品，后以类似的理由起诉至法院要求销售者赔偿的案件达一百四十余件，

认为何某购买涉案产品的目的已不是用于日常生活消费，故其不是一般意义上的消费者，其主体资格不满足《中华人民共和国消费者权益保护法》第二条以及《中华人民共和国食品安全法》第一百四十八条第二款对消费者的定义。

该案上诉后，二审法院改判支持十倍赔偿，认为根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第二条：“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条：“因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”的规定可知，消费者是相对于生产经营者即生产者和销售者的概念，购买商品者只要不是为了生产经营需要而购买，就应当认定为消费者，认为何某的购买动机是否用于牟利亦无法否认购买者的消费者身份，故认定何某属于应依法保护的消费者。

自知假打假发展为一项职业，开始扰乱市场正常经营秩序，也有不少案例表明对纯粹以获得惩罚性赔偿为目的同时购买大量商品的职业打假人不应当认定为消费者，不宜适用惩罚性赔偿。如安徽省安庆市中级人民法院（2021）皖08民终939号“董某某诉宿松县福康大药房有限公司产品销售者责任纠纷案”。董某某向某大药房购买药品后，以该药房明知其产品不符合食品安全国家标准，为获暴利故意销售，诉至法院请求该药房退还货款及十倍惩罚性赔偿。经法院审理查明，认为董某某在短期内多次向不同销售者购买类似产品，继而以产品不符合食品安全标准为由起诉，要求支付价款十倍的赔偿，可以看出董某某是以买假索赔为目的的职业打假人，不符合《中华人民共和国食品安全法》第一百四十八条第二款所规定的“消费者”，其多次诉讼亦有违诉讼诚信原则。因此，驳回了对董某某依据上述第

一百四十八条第二款规定要求判令福康大药房十倍赔偿的上诉请求。

湖南省高级人民法院在（2019）湘民申 365 号“黄某诉袁某网络购物合同纠纷一案”中也指出：关于知假买假者是否属于“消费者”，存在着较大的争议。从正面效果来看，自知假买假的“职业打假人”出现以来，对于增强消费者的权利意识，鼓励百姓运用惩罚性赔偿机制打假，打击经营者的违法侵权行为产生了一定的积极作用；从负面效果来看，知假买假行为违背了诚实信用原则，无视司法权威，浪费司法资源，属于以恶惩恶，饮鸩止渴的治理模式，更甚者还扰乱了市场经济秩序。因此，国家对于这类知假买假行为的司法导向已经逐步从理解与支持转向限制与反对，但因食品、药品是直接关系人体健康、安全的特殊、重要的消费产品，群众对食药安全问题反应强烈。因此，食品、药品领域并未禁止知假买假的行为，可以依据《中华人民共和国食品安全法》第一百四十八条第二款的规定判令原告获得十倍惩罚性赔偿。

四、诉请惩罚性赔偿能否得到支持？

2021 年，最高人民法院司法案例研究院通过整理近几年公开渠道搜集的相关司法案例，对“知假买假”行为能否要求商品经营者或生产者承担惩罚性赔偿责任的裁判规则进行了汇总，司法实践中共计有以下五种裁判规则：

1、食品、药品领域的“知假买假”行为，因其所涉领域的特殊性，不应以职业打假人牟利性打假而否定其在食品、药品领域中的消费者身份，其要求赔偿的行为一般不为法律禁止。

2、普通商品领域的“知假买假”索赔，或行为人非出于食用目的购买食品、药品的，因其购买行为不属于为生活消费需要购买商品，其不具备消费者主体资格，不能要求惩罚性赔偿。

3、《消费者权益保护法》第 55 条规定的“欺诈”与《民法典》所规定的“欺诈”应作相同理解，

即行为人通过虚构事实或隐瞒真相等手段使他人产生认识错误，并基于该认识错误与相对人为一定法律行为。职业打假人并没有产生认识错误，其购买不符合质量要求的商品完全是出于自愿、真实的意思表示，目的是举报牟利。因此，知假买假人未受到销售者的欺诈，不能适用《消费者权益保护法》第 55 条规定的惩罚性赔偿。

4、知假买假索赔行为有违诚实信用原则，尤其是“禁止反言原则”，同时也背离了《消费者权益保护法》《食品安全法》等法律保护消费者合法权益、维护食品安全的立法初衷，故对其索赔请求不应支持。

5、知假买假行为人利用经营者的疏忽变相牟利，与社会主义核心价值观背道而驰，大量起诉浪费了司法成本，对其索赔请求不应予以支持。

五、总结

在裁判文书网以“职业打假人”作为关键词进行搜索，仅公开的类案有 16165 篇文书，意味着在利益的驱使下，“职业打假人”的出现对督促商品生产者、销售者的合法经营并没有得到有效遏制，相反更使得“职业打假人”愈演愈烈，激化矛盾。

无论是近期的“女子超市购买 250 斤过期大米索赔被殴打案”还是“重庆卖 150 碗熟肉被罚案”，制假售假者有恃无恐，“职业打假人”打假手段、目的逐渐与立法初衷出现偏差。优化市场环境仍需以国家公权力为主导，避免一些“职业打假人”钻法律漏洞浪费司法资源，扰乱市场秩序。因此，相关部门在对商家违法行为进行严厉打击的同时，也需肃清打假乱象，在法治的框架内不断优化市场环境。

网络安全

网络并非法外之地，言论自由也需谨言慎行

◆文/欧育兰茜

在互联网快速发展的当下，人人都可以随时随地将自己的观点和想法通过网络社交平台传播到全球各地，让更多的人了解和关注自己的观点和想法。虽然网络发言可以匿名进行，能够保护发言人的隐私和安全，让人更加自由地表达，但是言论自由并不意味着不受约束，在网络上发表不当言论，很可能会触碰到法律的底线，受到法律的严惩。我国已颁布的多部法律和出台的司法解释中，均对互联网信息发布、传播和违法责任作了明确规定。以下，笔者将从民事责任、行政处罚、刑事责任三个方面进行举例分析：

一、民事责任

网络匿名让部分网友的发言变得夸张、臆断、肆无忌惮，有些人甚至为了一时泄愤，随意造谣、发布虚假信息，网络名誉权侵权事件时有发生。而网络社交平台实质上是具有公共空间属性的，在网络上散布的侵权言论往往会更加迅速地传播，给被侵权人带来更加严重的损失。通常，法院在评价网络名誉侵权行为时，会结合侵权人言论的恶劣程度、发布频次、持续时间、潜在的影响等因素进行综合考量，最终根据侵害程度，

判决侵权人承担停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等责任，造成受害人严重精神损害的，还需要赔偿精神损失。

(一) 案例警示

1、近日，××大学一学生赵某恶意P图造女生黄谣被曝光，××大学一学生何某造女同学黄谣、P女同学不雅图片牟利被曝光。经公安机关和学校调查，赵某和何某均实施了利用计算机信息网络传播淫秽信息的违法行为，均被处以行政拘留、开除学籍。赵某和何某的行为还侵害了他人肖像权、名誉权，被侵权人可以依法提起民事诉讼，要求赵某、何某赔礼道歉。

2、张某于2021年5月22日至5月24日期间利用境外信息网络平台，公然发表、转推侮辱、诋毁袁隆平院士的推文共计9条，相关推文被他人留言10条，被转推36次，被点赞275次。在经依法征询袁隆平院士近亲属的同意后，天津市人民检察院第二分院向天津二中院提起了民事公益诉讼，要求张某在国家级新闻媒体上公开赔礼道歉、消除影响。庭审中，合议庭围绕张某是否

实施了侵害英雄烈士荣誉、名誉的行为，是否应承担相应的民事责任的争议焦点进行事实调查和法庭辩论。合议庭经审理认为，张某在网络平台上公然发表不实言论，亵渎了袁隆平院士的事迹和精神，丑化了袁隆平院士的形象，贬损其名誉，超出了言论自由的合法范围，主观上存在明显过错。其行为不仅侵害了袁隆平院士的个人人格尊严，而且伤害了社会公众的感情，损害了社会公共利益。当庭宣判被告张某于判决生效之日起十日内，在国家级新闻媒体公开赔礼道歉、消除影响。

（二）法律依据

在《民法典》实施以前，对名誉侵权的法律规定主要有：

《民法通则》第一百二十条；《侵权责任法》第三十六条；《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百四十九条、第一百五十条、第一百五十一条；《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》等。

《民法典》实施后，对名誉侵权的法律规定主要有：

《民法典》第一千零二十四条第一款 民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。

《民法典》第一千一百六十五条第一款 行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

《民法典》第一千一百八十三条第一款 侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

二、行政责任

对于编造、发布和传播不实、违法信息的违法行为，会受到包括拘留、罚款的行政处罚。做一名合法网民，在网络空间的言行不能逾越法律

底线，要文明上网、理性发言，学会分析、辨别网络上传播的各类信息，不发布、不传播、不评论未经证实、无端臆测的消息，做到不信谣、不造谣、不传谣，不做不实信息的“二传手”，对已发布、转发或评论的不实信息要尽快删除，积极主动消除不良社会影响，不破坏广大网民情感，不扰乱网络公共秩序，共同构建文明有序的网络空间。

（一）案例警示

1、2022年4月1日，网民李某某凌晨在小区业主微信群里看到他人发布海口某地核酸检测信息，其主观臆断认为该地已有确诊病例，遂在另一微信群内发布“国科园查出24例”的不实言论，并私发给微信好友，后李某某因谎报疫情扰乱公共秩序被行政拘留5日。

2、2021年12月22日，网民“迟某某”在网上评论西安疫情防控太差，遭到网民言语攻击，后为泄私愤，在自己的新浪微博主页谩骂，诅咒西安人及疫情防控，造成不良社会影响。后王某某因寻衅滋事被西夏区公安分局依法处以行政拘留处罚。

3、2020年1月20日、2月6日，易某某分别在互联网百度眉山吧和成都吧中以图片和文字的形式发表眉山市委××和××是“一个彻底的反××主义者，敢与法律相对抗。”等不实言论。后易某某因公然捏造事实诽谤他人被行政拘留8日。

（二）法律依据

《治安管理处罚法》第二十五条第一款 有下列行为之一的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款：（一）散布谣言，谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序的。

《治安管理处罚法》第二十六条第四款 有下列行为之一的，处五日以上十日以下的拘留，可以并处五百元以下罚款；情节较重的，处十日

以上十五日以下拘留，可以并处一千元以下罚款：

（四）其他寻衅滋事行为。

《治安管理处罚法》第四十二条第二款 有下列行为之一的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款：（二）公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的。

三、刑事责任

刑法中规定的侮辱、诽谤罪属于亲告罪，即在一般情况下需由被害人主动提起刑事自诉，法院才处理，这是由于侮辱、诽谤罪大多发生在熟人之间，且被害人可能不愿让他人知道自己受侮辱、诽谤的事实，故多数情况下是可以通过调解的方式解决纠纷的。但刑法中同时规定了，对于严重危害社会秩序和国家利益的，人民检察院可以提起公诉，网络诽谤传播广、危害大、影响难消除，被害人往往面临举证难、维权难，通过自诉很难实现权利救济，更无法通过自诉有效追究犯罪嫌疑人刑事责任，如果网络诽谤犯罪侵害了社会公共利益，就应当适用公诉程序处理，如果被害人已提起自诉的网络诽谤犯罪案件，因同时侵害公共利益需要适用公诉程序办理的，应当依法从自诉程序转换为公诉程序。

（一）案例警示

2020年7月，杭州谷某在楼下取快递时，被郎某偷拍照片和视频，郎某与朋友何某出于寻求刺激、博取关注等目的，通过分饰“快递小哥”与“女业主”的身份，捏造谷某与快递员存在不正当关系的聊天记录，并将摄录的谷某的视频和聊天内容截图发至微信群，造成不良社会影响，公安机关对郎某、何某行政拘留，并发布警情通报辟谣。2020年10月26日，谷某向法院提起自诉，要求以诽谤罪追究郎某、何某的刑事责任；2021年2月26日，检察院依法对郎某、何某以涉嫌诽谤罪提起公诉；2021年4月30日，法院以诽谤罪判处郎某、何某有期徒刑1年，缓刑2年。

（二）法律依据

《刑法》第二百四十六条 以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。

《刑法》第二百九十一条之一第二款 编造虚假的险情、疫情、灾情、警情，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是上述虚假信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。

《刑法》第二百九十三条第四款 有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。

“良言一句三冬暖，恶语伤人六月寒”。言论自由是每个公民都享有的基本权利，但言论自由不是万能的保护伞，网络绝非法外之地，网络的匿名性也绝非是不法分子的“挡箭牌”。面对纷繁复杂的世界，我们的确可以发言，但发言不等于造谣、谩骂，经过思考的发言才能掷地有声。当网络谣言、网暴等层出不穷时，受害的不仅是风暴中心的某一个人，而是整个网络环境、所有网民的精神家园。作为有良知有担当的网络公民，我们应该怀有敬畏心，避免盲目跟风和从众心理，擦亮双眼，理性看待网上各种观点，让网络传递温情和正能量，让网络空间天朗气清。

婚姻家事

离婚案件不动产财产分割剖析

◆文/张勤飞

前言

随着社会经济的飞速发展，离婚案件也逐渐增多，在离婚案件中不动产房屋的分割成为焦点问题。离婚案件不动产财产的分割在实际生活中也有着各种复杂的情形，《中华人民共和国民法典》及《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》等都对离婚案件不动产财产分割作出了具体的规定。

一、一方婚前承租，婚后用共同财产购买房屋，登记在一方名下的情形

婚后用共同财产购买，登记在一方名下的房屋，应当认定为夫妻共同财产。虽然不动产的公示公信效力是以登记为准的，但在购买该房屋时其购房款的来源是夫妻共同财产，购买房屋后只是将夫妻二人原本共有的购房款转变为另一种形式的共有，也就是房屋共有。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）第二十七条之规定，由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。在这种情形下，夫妻

双方解除婚姻关系的时候，对于该房屋应当按照夫妻共同财产进行分割，有协议的从其约定。

二、一方婚前个人部分出资，婚后用共同财产偿还房贷的情形

一方婚前个人部分出资，婚后用共同财产偿还房贷的情形，通俗来说就是一方在婚前付首付，婚后夫妻二人共同偿还房贷。根据《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）第七十八条之规定，夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归登记一方，尚未归还的贷款为不动产登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据民法典第一千零八十七条第一款规定的原则，由不动产登记一方对另一方进行补偿。也就是说在婚前的个人部分出资，是一方个人的财产，该部分属于出资方个人所有，在婚后用夫妻共同财

产偿还房贷部分及增值部分，应当属于夫妻共同财产，在离婚时应当按照夫妻共同财产进行分割。

三、一方婚前个人出资购买房屋及婚后用共同财产购买房屋的情形

一方在婚前自己出资购买的房屋，在此时所用的购房款均是其一人所有，在婚后并不能改变该房屋是其个人所有的性质，在夫妻双方离婚时，该房屋为一方个人所有的财产，不能作为夫妻共同财产进行分割。

婚后用共同财产购买的房屋，该房屋在本质上依然是夫妻共同财产，只是变换了一种共有的形式，并不影响其是夫妻共同财产的本质，在夫妻双方离婚时，应按夫妻共同财产进行分割。

四、父母出资购置房屋的情形

父母出资购置房屋的情形在《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）第二十九条有明确规定，当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外；当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。

因此，由父母出资购置房屋的，分为婚前出资和婚后出资两种情形。一般来说，婚前出资的，应当认定为父母对自己子女的赠与，应当属于一方的个人财产，在离婚时属于个人所有，不应进行分割，但如果父母明确表示是赠与夫妻双方的除外。在婚后由父母出资购房的，如果有明确约定是哪一方的，那就按照约定属于哪一方个人财产，没有约定或者约定不明的按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理，应当属于夫妻共同财产，在离婚时应当按照夫妻共同财产进行分割。

五、尚未取得房屋所有权的情形

根据《中华人民共和国民法典》婚姻家庭

编的解释（一）第七十七条，离婚时双方对尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，应当根据实际情况判决由当事人使用；当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院提起诉讼。因此，对于尚未取得所有权或尚未取得完全所有权的房屋，在离婚时一般需要夫妻双方协商解决，协商不成的应当在取得房屋的完全所有权后，再向人民法院提起诉讼。

六、夫妻一方擅自处分共同所有房屋的情形

在实际生活中，经常会出现夫妻一方将夫妻共同所有的房屋擅自处分，依照《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（一）第二十八条之规定，一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并已办理不动产登记，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。夫妻一方擅自处分共同所有的房屋造成另一方损失，离婚时另一方请求赔偿损失的，人民法院应予支持。也就是说在夫妻一方擅自处分夫妻共同所有的房屋造成另一方的损失，在离婚时，遭受损失的一方可以要求擅自处分的一方赔偿相应的损失。

七、离婚时夫妻共同财产中的房屋价值及所有权的归属

在夫妻双方主张离婚的时候，对于夫妻共同财产中的房屋价值及所有权的归属，依照最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）第七十六条之规定双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：

（一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；

（二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；

(三) 双方均不主张房屋所有权的, 根据当事人的申请拍卖、变卖房屋, 就所得价款进行分割。

八、不能按照夫妻共同财产分割的特殊情形

以父母的名义参加房改的房屋, 且登记在父母名下的, 不能按照夫妻共同财产进行分割, 根据最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)第七十九条之规定, 婚姻关系存续期间, 双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋, 登记在一方父母名下, 离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的, 人民法院不予支持。购买该房屋时的出资, 可以作为债权处理。因此, 该房屋即便是夫妻二人在婚姻关系存续期间以共同财产出资向父母购买, 在夫妻双方离婚时对于该房屋也不能主张以夫妻共同财产进行分割, 只能主张债权, 也就是只能向父母主张返还当时出资的购房款, 该购房款可以按照夫妻共同财产分割。

结语

对于离婚案件不动产财产的分割在《中华人民共和国民法典》《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》等都有明确、具体的规定, 在离婚案件不动产财产的分割上, 我们要始终把握的一个原则就是要明确涉案不动产是否属于夫妻共同财产的范围, 只有属于夫妻共同财产, 才能进行分割, 对于个人所有的是不能分割的, 应认定为夫妻一方个人的财产, 但有协议的应当从其约定。事实上, 关于离婚案件不动产财产的分割, 在实际裁判中也会同多种情形综合考虑, 而非单一的, 一成不变的。

民事诉讼

侵害人格权禁令对肆意谩骂侮辱说“不”

◆文/张立城

近年来，随着抖音与微博等一系列社交平台的兴起，社交平台用户数量激增。以抖音为例，截至2023年1月，抖音用户数量在8.09亿，国内抖音的日活跃用户突破1.5亿。社交平台在满足人们多样化需求，为生生活带来便利与愉悦的同时，也因用户基数过大，目前技术难以准确审核每一个视频或每一段文字，产生了一系列网络侵权问题。近日，武汉校内被撞身亡小学生的妈妈选择跳楼自杀，无不令人深感痛心与惋惜。遭遇丧子之痛的她，在网络上寻求救助，可是网络上竟然有人对她的着装等进行批判，肆意对她进行谩骂侮辱，恶意曲解她的本意，扭曲她为孩子伸冤的初衷，使其遭受到了极大的网络暴力，而这也成为她选择轻生的理由之一。

网络侵权的对象主要是人格权，在网络时代，应当更加重视对人格权侵权行为的预防，因为与传统社会的信息传播方式不同，网络信息的传播具有即时性，而且网络的无边界性以及受众的无限性，也使得网络环境对信息的传播具有一种无限放大效应，即，网络信息一经发布，可以瞬间实现全球范围的传播，损害后果将被无限放大。

尤其是在网络环境下，侵害人格权的损害后果往往具有不可逆性，损害一旦发生，如覆水难收、不可逆转，甚至造成难以估计的损害。[1]因此，我国民法典特在人格权编规定了侵害人格权的禁令制度，开启了人格权保护的新方式。

一、何为人格权禁令制度

人格权禁令制度是人格权侵害领域中预防性责任形式的快速实现机制，其独立于先予执行和普通的行为保全，是不必然伴随诉讼程序、具有非暂时性和非保全性的人格权独立保护制度。[2]依据《民法典》第九百九十七条之规定，“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施”，当他人在线上或线下实施侵害个人人格权的行为时，申请人可通过向人民法院申请人格权禁令的方式予以制止。

二、人格权禁令适用条件

（一）行为人正在实施或者即将实施侵害

人格权的行为。值得注意的是,《民法典》第九百九十七条并未限制仅能对正在实施的侵害人格权的行为申请人格权禁令,而这从某种程度表明,申请人并非一定要举证证明行为人实际已构成侵权。当行为人有侵害之虞的情形,例如行为人拟通过拍摄并上传侮辱、诽谤个人视频的形式实施侵权,因视频并未上传,申请人很难证明行为人构成侵权,因为在此情形下,损害后果并未发生,此时不宜要求申请人证明行为人构成侵权。因此,在适用禁令时,应当区分行为人正在实施或者即将实施侵害人格权的行为。对将要实施的侵害行为,法院在审查时应当确认是否有证据证明行为人将要实施侵害行为,并有可能造成申请人不可弥补的损害。

(二) 如不及时制止将会使损害后果迅速扩大或难以弥补。在当今信息传播如此之迅速的互联网时代,一旦侵权行为发生,对于申请人的损害,可能最终难以估量,且无法通过金钱等形式弥补。因此,及时遏制不法行为,避免损害的扩大化,是十分必要且关键的。最高人民法院《民事案件案由规定》在“非讼程序案件案由”部分新增加了“申请人格权侵害禁令”案由,人格权禁令本质上属于民事诉前保全行为,这也意味着申请人无需通过耗时的诉讼去纠正不法行为,通过非诉程序可以更快实现制止损害后果迅速扩大的目的。

(三) 申请人有证据证明行为人正在实施或者即将实施相关侵害行为。正如前述,在适用禁令时,应当区分行为人正在实施或者即将实施侵害人格权的行为,正在实施侵害人格权行为的证明标准明显要高于即将实施侵害人格权行为。前者申请人需提供明确的证据证明侵权行为已实际发生,且在满足其他要件的情形下,人民法院方可颁发禁令,而后者申请人也并非无需承担举证责任,申请人需举证证明他人的行为可能造成损害或有损害之虞,且证明标准需达到盖然性即可,无需达到高度可能性。

(四) 禁令的适用不要求行为人具有过错。正因人格权禁令本质上为一种民事诉前保全行为,其不以审查在未来可能的诉讼过程中的胜诉可能性为前提。人格权侵害禁令的审查,往往以书面审查为主,行为人是否具有过错,可留待诉讼程序中予以审查。

三、人格权禁令与民事责任的承担

尽管人民法院颁布人格权禁令,可能会使行为人为人承担一定的责任,如使其删除已发布的侮辱诽谤申请人的视频,但人格权禁令本身并不属于民事责任形式。人格权禁令只是临时性制止行为人的不法行为,其并不具有填补申请人损害的功能。因此,权利人在申请禁令后,仍然应当有权请求行为人为人承担民事责任。然而,值得注意的是,当申请人径直提起人格权侵权诉讼,如其诉讼请求涵盖了人格权禁令申请的内容,在此情形下,因行为人的行为可以在诉讼中进行评价,人格权禁令的申请会予以驳回。当申请人因行为人的不法行为而遭受损害时,在及时制止损害后果迅速扩大或难以弥补的基础上,可以向人民法院提起人格权侵权诉讼,以维护自身合法权益。

四、关于人格权禁令的两点司法实务问题

(一) 申请人格权禁令是否需要担保?

禁令的申请,通常对应紧迫的不法侵害,如不及时制止,可能会导致难以估量的损害发生。如申请人格权禁令皆需提供担保,显而易见,对于十分紧迫的,诸如在网络平台发布他人裸照一类的侵害,提供担保所耗费的时间,将会极大的加深对申请人的损害。然而,实务过程中,亦有概率存在,他人恶意申请人格权禁令,以实现不法目的的情形。因此,对于已发生不法侵害的人格权禁令的申请,不宜要求申请人提供担保,而对于尚未发生不法侵害的人格权禁令的申请,可视具体情况,要求申请人提供担保。

(二) 人格权禁令的颁布是否有期限?

人格权禁令的审查，往往以书面审查为主，且多数申请皆具有紧迫情形，在此情形下，可能存在人民法院基于申请人的恶意申请，而颁布人格权禁令的情形。因此，关于禁令的期限问题，应当区分不同情形，分别予以认定：如果禁令旨在实施一次性的行为，如删除，则禁令没有期限限制；而如果禁令旨在实施持续性的行为，如封锁、屏蔽等，则应当有一定的期限限制。[3]

五、以案说法

（一）基本案情

徐某是某幼儿园的学生家长，2020年11月26日，她向派出所报案，称其儿子在幼儿园期间被班主任、保育员及外教老师殴打。派出所于次日立案受理，在听取相关人员陈述，查阅视频监控，听取证人证言后认定没有违法事实，不予行政处罚。

徐某不服，以其本人和儿子的名义提起行政诉讼，请求撤销不予行政处罚的决定。以徐某母亲手机号注册的账号在线上平台发文称该幼儿园老师打其儿子。另徐某将其从公安机关获得的幼儿园监控视频进行剪辑加工，配以字幕和图片，内容包括“当众扇该幼童耳光并且发生极大声响”“啪”“突然从背后拎起该幼童进行拖拽”“使用不明物体刺幼童的手”“给该幼儿喂不明颗粒状物体”等等，发布在幼儿园周边小区业主微信群及其他微信群中。

（二）裁判结果

根据幼儿园提交的微信聊天记录及视频光盘等证据，法院经审查认为，徐某发布视频至周边小区业主微信群及其他微信群的行为，如不及时制止将有可能使该幼儿园的合法权益受到难以弥补的损害，幼儿园的申请符合适用停止侵害人格权禁令的情形。法院裁定禁止徐某对该幼儿园在教育管理过程中的监控视频进行编辑、加工并公开发布，并告知若徐某违反上述禁令，法院将视情节轻重，处以罚款、拘留；构成犯罪的，依法

追究刑事责任。[4]

六、结语

人格权是宪法和法律保障的我国公民享有的十分重要的权利，保障人格权，目的是让人民更有尊严地生活。在民法典中规定独立成编的人格权编，将禁令等制度纳入其中，有利于及时制止侵害人格权的行为，有效预防侵害人格权损害后果的发生，尤其是及时制止网络侵害行为。在遇到侵害人格权事宜时，我们绝不应选择息事宁人，而应勇敢地拿起法律的武器，对肆意谩骂侮辱说不，对网络暴力说不，捍卫自身的合法权益。

参考文献:

- [1] 王利明. 民法典人格权编的亮点与创新 [J]. 中国法学, 2020
- [2] 朱虎. 人格权侵害禁令的程序实现 [J]. 现代法学, 2022
- [3] 王利明. 民法典人格权编的亮点与创新 [J]. 中国法学, 2020
- [4] 黄伟:《瓯海法院发布全省首份人格权侵害禁令》，载温州市人民政府官网 2021 年 8 月 21 日

企业文化篇



努力做党和人民满意的好律师

◆文/张如泉

本文刊发于《湖南律师》2022年第3期

本文主要围绕坚持科学理论指引、履行社会责任担当、加强职业道德、提升专业能力四个方面讨论如何做一名党和人民满意的好律师，探析如何为人民提供高质量的法律服务，从而更好地为新时代特色社会主义法治建设和经济社会发展贡献力量。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视律师工作，习近平总书记多次对律师工作作出重要指示批示，为新时代律师工作提供了根本遵循、指明了前进方向。习近平总书记强调，要加强对律师队伍的政治引领，教育引导广大律师自觉遵守拥护中国共产党领导、拥护我国社会主义法治等从业基本要求，努力做党和人民满意的好律师。作为新时代的律师，应当牢固树立社会主义法治理念，忠于事实真相，严守执业纪律，履行社会责任，提升专业素养，以满腔热忱投入全面依法治国伟大实践。

一、坚持科学理论指引，切实把科学理论贯彻落实到法律服务的全过程

1、学深悟透习近平法治思想

习近平总书记指出，一个民族要走在时代前列，就一刻不能没有理论思维，一刻不能没有正确思想指引。律师作为中国特色社会主义法治工作者，要与时代发展同步，与人民群众共命运，自然需要深刻的理论思想来指引。习近平法治思想既坚持了马克思主义法治理论的基本立场、观点和方法，又在法治理论上有许多重大突破、重大创新、重大发展，是马克思主义法治理论中国化最新成果，是全面依法治国的根本遵循和行动指南。作为新时代的律师，我们要不断提高政治判断力、政治领悟力、政治执行力，把个人的价值追求同党和国家事业发展紧密联系在一起，做与党同心同德、同向同行的中国特色社会主义法治工作者。

2、切实将学习成果转化为具体实践

习近平法治思想根源于实践、运用于实践，又在实践中不断得到发展完善。作为律师，我们不仅应当持续学习习近平法治思想核心要义和工

作要求，不断升华认识、提高站位，更应将其运用到平常的工作中，在工作中践行服务大局、服务人民的理念，在解决问题的过程中更加深刻地领会习近平法治思想。

3、贯通理论与实践，践行律师初心

学之愈深，知之愈明，行之愈笃。通过持续深入学习领会习近平法治思想，将所学理论与司法实践、法律服务实践相结合，不断提高法治思维，不断增强解决问题的能力。在习近平法治思想的引领下，更好地维护当事人的合法权益、维护法律的正确实施、维护社会公平和正义。

二、坚持参与公益法律服务，为人民群众办实事

近年来，随着依法治国理念深入人心，社会主义法治国家建设步伐不断加快，公益理念在现代法治国家中的价值愈发凸显。作为推进全面依法治国的一支重要力量，坚持执业为民、开展公益法律服务是我们履行社会责任的制度要求和实践需要。律师应当积极主动参与公益法律服务，为人民群众提供切实的法律帮助，关注和及时助力解决老百姓的“急、难、愁、盼”问题，助力经济社会高质量发展。

1、关注青少年，开展法治宣传教育

自1985年我国实施全民普法活动以来，青少年这一群体就备受重视。开展法治宣传教育，不仅可以帮助青少年提升法治认知水平、养成法治观念和法治行为，更是为今后的法治工作队伍培养人才。为加强青少年法治启蒙教育，我们经常与学校合作开展“宪法进校园”“未成年人保护”以及“小记者进律所”等形式的法治宣传活动，努力让青少年了解更多法律知识、提升法治素养，取得了不错的效果。

2、心系社区，解答日常法律咨询

为满足群众法治需求，解决群众实际问题，我组织本所律师常态化深入社区开展普法宣传，为社区群众提供法律咨询等。《民法典》颁布以来，

我们通过以案说法、以案释法等方式开展《民法典》的宣传教育，帮助群众了解与他们日常生活密切相关的法律问题。同时，运用专业法律知识，将大量矛盾纠纷化解在基层，维护社会稳定。

3、护航企业，提供法治体检和培训

为经济发展建言献策，为企业建设保驾护航，是律师义不容辞的责任。我积极参加民企法律援助中心组织的活动，参加市“疑难复杂法律问题攻坚团”，深入企业，近距离了解企业发展中的法律需求，根据企业的法律服务需求，为企业提供法治宣讲；协助企业开展法治体检，帮助其增强法治思维、法律意识及风险防范意识；针对企业在劳资、合同等方面可能出现的法律问题，积极提供解决办法，为企业纾困解忧。作为一名市人大代表，我对企业在生产经营中遇到的难题进行深入研究，结合实际情况，提出切实有效的解决办法，为帮助企业解决难题、优化营商环境提出意见建议。

在和律所同事共同开展公益法律服务的过程中，我对律师职业的认识有了升华。我深刻地领会到，为当事人解决纠纷，为社会化解矛盾，让群众感受到法律的公平和正义，才能真正实现律师的社会价值。

三、加强执业操守，恪守职业道德

习近平总书记强调，法治和德治不可分离、不可偏废，国家治理需要法律和道德协同发力。要坚持法治与德治相结合，做到两手抓、两手都要硬。作为律师，在执业过程中要心中有法，也要心中有德，心存敬畏，把握道德底线，恪守职业道德。

1、诚信执业，树立良好行业形象

律师是法治精神的信仰者、传播者和践行者，更应成为民众之表率，做好遵纪守法、诚实信用的榜样。在执业过程中，恪尽职守，遵纪守法，严格约束自己。我也时常警醒自己，严格依法依

规诚信执业，在面对任何以背离道德或职业操守为前提的利益蛋糕时都应该坚守自我，不为其所惑，也不能为了达成委托人的目标而逾越法律底线，要自觉维护行业声誉，树立良好行业形象。

2、恪尽职守，依法维护人民群众合法权益

在代理案件过程中，我们要时刻秉持高度的责任心，尽己所能为每一名委托人做好法律服务，这既是对委托人负责，也是对法律职业的尊重。我在执业过程中，要求自己耐心接待每一次咨询，认真对待每一份合同，积极应对每一次诉讼，从斟字酌句到法治体检，从文书表述到诉讼策略，都尽心尽责，努力为委托人控制风险、化解矛盾，依法忠诚履行辩护代理职责。

我们每一位律师在执业过程中，都要坚守职业道德，把握自身职业定位和操守，在金钱、地位、权势面前，守住尊严，守住法律的公平和正义，以追求秩序和正义为最高、永恒的目标，通过自己的行动表达对法律的忠诚和信仰。

四、不断提升专业能力，切实维护人民群众合法权益

律师面对人民群众对法律服务的新要求、新期盼，唯有时刻保持学习和吸收新知识的能力，才能更好地满足委托人的获得感。

1、以法为业，以律为师

律师应不断提高专业水平，更新知识结构，提高辩护、代理能力，成为法律服务专家，这一切都要靠持之以恒的学习。古语“书山有路勤为径，学海无涯苦作舟”，律师的学习成长之路正是如此，法律专业体系庞大，内容繁杂，唯有以法为业，以律为师，以勤为径，方能有所建树，更好地维护委托人的合法权益。

2、活到老，学到老

从事律师工作以来，我真正明白了什么是活到老、学到老。每年基本上都有新的法律颁布、新的司法解释出台，这些都需要我们不断地学习。

如果不能及时更新知识，我们将不能为当事人提供精准的法律服务。除了学习法律条文及理论知识，我们还应更多地关注司法实务和法律服务实务，全面提高业务能力。因为，实践中的案件远比法律条文错综复杂，如果不能及时总结实践经验，熟悉裁判规则，就难以为当事人提供有效的法律帮助。

人民律师最本质的特征就是全心全意为人民服务，最根本的任务就是依法维护人民群众合法权益。贯彻以人民为中心的服务理念，是新时代做好律师服务工作的出发点、落脚点。我们每一个法律人，都应不忘初心、牢记使命，厚植为民情怀、参与法治建设，努力做党和人民满意的好律师，以满腔热忱投入新时代全面依法治国伟大实践，为经济社会高质量发展和全面依法治国贡献智慧和力量！



初入『人和人』的实习生：仰望星空之阔，俯察脚下之路

◆文／蒋奕

编者按：为帮助更多青年学子开拓成才之路，促进青年人才与律师行业高质量发展的良性互动。人和人律师事务所自成立伊始，积极与团省委、湖南省青联以及国内各大高校开展律所开放日、暑期实习计划等活动，支持大学生开展社会实践，已累计接收实习生400余名，辐射省内外100多所高校。

一、前言

星空璀璨，繁星点点，像是无数法条和案例的交织，点亮了无边的法治之路。俯察脚下，这是一条曲折的路径，充满了艰辛和挑战，却也是通向胜利与公正的真谛。

人生天地之间，若白驹过隙，忽然而已。转眼间已从起伏之日到了入秋之时，我的实习也就此告一段落，回顾一个月前初来律所，正襟危坐于前台的沙发上，焦急地等待着面试，一遍一遍地上网搜索着面试可能会问到的问题，心中既充斥着走出校园这个十多年来舒适圈的惶恐与局促，又有着前方有一番天地等着我去探索和奋斗兴奋与干劲。这复杂的情绪在脑海已是恍若隔世，可今天想来，也不过一个月的时间。

一个月的时间如果要穷尽法学的奥妙、领略法律实务的真谛是远远不够的，但是一个月的时间足够让我朝着我理想的星空走进一大步。

一个月的实习让我感受到了法律的广袤与深邃，同时感受到了律师行业的魅力与挑战，这一段经历是宝贵的，是值得反复回忆与咀嚼的。由此我写下这篇文章，记录这一个月以来的实习生活，以此用来今后回味，同时也借此忆往昔以自省，濯清泉以自洁。

二、培养 & 成长

我本次暑期实习所在单位是湖南人和人（株洲）律师事务所，实习期间担任的职务是律师助理，需要协助指导律师做好相关法律法规的搜集、研究、分析，最好同时搜集相关已有案例，以便更好地理解相关规定。

本次实习我的工作共分为三个部分，分别是：基础性工作、案例工作、策划工作。

1、基础性工作

基础工作是每个职业生涯之初必经的道路，

作为职业生涯的起点，也是构建稳固职业基础的关键。在基础性工作中我进行了卷宗的整理，而每一份卷宗，都是一篇故事，里面写满了争议与论辩，我就是那位见证者。整理卷宗的过程就是案件再一次梳理的过程，能够在案件办理终结后，站在全局角度审视整个案件办理过程，总结其中的经验和存在的不足。通过对卷宗的整理我第一次切实看到了真实卷宗的全貌，知晓了在一次真实的诉讼案件中必备的材料，并且从整理卷宗中可以了解到真实的诉讼过程。

2、案例工作

在一个月的实习中，我参与解决了三个真实案例，涵盖了民事侵权和刑事问题。在物业费问题的民事侵权案例中，我通过仔细研读相关法律法规和先例案例，成功帮助律师揭示了案件的关键点和证据链，为律师提供了重要的法律支持。在强奸案和组织领导传销活动案的刑事案例中，我对相关法律法规进行了系统研究，并撰写了事件的案情分析报告，为律师在辩护中提供了有力的证据和辩护策略。这些案例的处理给予了我许多宝贵的经验，并且让我更加明白实践是巩固法律知识和提升工作能力的最佳方式。

3、策划工作

上下同欲者胜。一人为人，势单力薄；二人为从，相辅相成；人和人为众，众志成城。一个企业要增强凝聚力和向心力那么团体活动是必不可少的。

在实习期间，我有幸参与了“青春正奋斗，砥砺前行”暑期实习座谈会活动和“争做党和人民满意的好律师积分赛”活动的策划工作。我与团队合作，积极参与活动的策划和组织，担任不同角色，挑战自己的创造力和组织能力。这些活动的成功举办不仅让我体验到了团队的力量，也让我更加明白了沟通、协作和组织能力对于职业生涯的重要性。

三、收获 & 心得

千里之行始于足下，这次实习虽然短暂，但是依然让我学习到了许多书本上无法得来的知识，抬头仰望，透过一条缝隙，我似乎窥见了法律本来的模样。下面仅仅是我的一得之见，欢迎各位前辈批评指正。

1、谈判能力的重要性

在一个案件中，诉讼可能不是最好的解决方案，而调解在这时就发挥了很大的作用，不仅使得程序简洁便捷、缓解司法审判压力，还能缓和人际关系的紧张与利益的冲突。而其中谈判的能力就直接决定了调解的有效性，在带教律师为我们分享的一个财产纠纷案例中，我了解到，第一需要掌握对手最渴求的目标，了解其真实意图，这样才能有谈判的筹码，第二要以逻辑方式思考，重视逻辑与理性，第三准备好B计划自保。

2、诉讼策略的重要性

正所谓善弈者谋势，善谋者致远，诉讼案件是否能够取得良好的社会效果，诉讼案件是否能够取得良好的经济价值，往往取决于律师是否能够正确运用诉讼策略。

诉讼策略是诉讼的大政方针，是诉讼的方向和道路，因此从事法律服务事业离不开战略性思维与深远的规划，必须思深方益远，谋定而后动，审时度势，谨慎行事。

诉讼策略是动态的。诉讼是动态的，因此诉讼策略当然也是动态的，随着案件走向而实时调整，甚至发生根本性变化。制定诉讼策略是贯穿案件始终的，而无法固定在案件代理的某一个阶段或具体流程中。

诉讼策略是全局性的，制定诉讼策略第一步就是确定诉讼目标，而确定诉讼目标是不单单要考虑当事人的权益，必须要全方位考虑包括但不限于公众影响、期限利益等。

诉讼策略是综合性的，制定一个诉讼策略必须要根据证据判断案件走向，给定一条路，判断

能否走下去、多条路能走，判断往哪条路走、几条路都要走，判断先走哪条、眼前没路或此路不通，如何另辟蹊径。

四、感恩 & 展望

回首这一个月来的工作历程，我收获了知识，也收获了朋友，在此实习结束之际，提笔拜谢。

首先，我要感谢人和人（株洲）律师事务所给我这次宝贵的机会，并且为我提供良好的实践条件。对我而言人和人不仅仅是一个办公场所，更是一个充满温暖与人文关怀的“家”，实习期间不仅可以在读书室任意借阅或专业或人文的书籍，还可以在食堂内享用美味丰富的午餐。试问，谁不愿意在工作疲劳之际、夏季炎热之时去冰柜内享受一根清爽提神的冰棒呢？

同时，我要感谢张如泉主任，桃李不言，下自成蹊。礼者，所以正身也；师者所以正礼也。您不仅仅是我们专业方面的老师，更是我们人生的导师，您教会我们如何待人接物，让我们这些还关在象牙塔内的学生们懂得职场礼仪和如何人际交往。感谢您给予了实习生们充分的展示平台和无限的关怀，让我们在这一个月能够飞速成长。

再者，我还要感谢律所的律师前辈们和行政姐姐们，在我的实习期间内给了我无限的关照。你们在法律事业中耕耘的身影，是我心中的明灯，激励着我不断前行和追求更高。在不知道如何活成理想中 20 岁的样子的时候，想到你们，对自己正在做的事情就坚定了许多。

最后，我要感谢我的带教律师廖思异姐姐，忽遇文殊开慧眼，他年应记老师心。我这一个月的成长与进步离不开思异姐的悉心教诲。您专业知识渊博、对事认真严谨，待人可亲可爱，记得您会认真指导我每一次撰写的法律文书，对法律辩论技巧与诉讼策略倾囊相授，同时也会主动了解实习生的真实想法与需求。人生之幸，得遇良师。

追风赶月莫停留，平芜尽处是春山。我的实

习将会随着这篇文章的落笔而结束，但是我的人生还要继续书写，再一次感谢湖南人和人（株洲）律师事务所给我这一次宝贵的实习机会和对我的关心、教导与照顾。道阻且长，行则将至，经过这次实习我深谙在校学生与一位成熟律师之间的差距。今后我将继续学习，提升理论涵养；努力实践，自觉进行主角转化。星光不问赶路人，时光不负有心人，星空将继续为我指引，而我也会随着星光深入脚下，脚踏实地，在担当中主动作为，在实践中埋头苦干，在奉献中实现价值，真正成为为社会主义法治事业添砖加瓦的建设者。

祝福人和人越来越好！愿我们前路漫漫亦灿灿！





人和人律师事务所

■ 人和人律师事务所 www.rhrlawyer.com

长沙 ADD: 长沙市岳麓区梅溪湖路 56 号国际研发中心 12 栋人和人律师大厦
TEL:0731-84156148 | E-mail:jiangfan@rhrlawyer.com

娄底 ADD: 娄底市娄星区月塘街大汉吉星汇 A 座 27 楼
TEL:0738-8808859 | E-mail:loudi@rhrlawyer.com

怀化 ADD: 怀化市鹤城区南环路富域城写字楼 12 层
TEL:0745-2235088 | E-mail:hh@rhrlawyer.com

郴州 ADD: 郴州市郴州大道与郴江路交汇处第一国际金童座 15 层
TEL:0735-2288831 | E-mail:chenzhou@rhrlawyer.com

永州 ADD: 永州市冷水滩区育才路帝王广场 7 栋 3 层
TEL:0746-8225566 | E-mail:yz@rhrlawyer.com

张家界 ADD: 张家界市永定区永定大道东城首座 1 栋 2 层
TEL:0744-2823888 | E-mail:zjj@rhrlawyer.com

株洲 ADD: 株洲市天元区庐山路 399 号华晨国际 11 栋 26 层
TEL:0731-28821555 | E-mail:zhuzhou@rhrlawyer.com

湘潭 ADD: 湘潭市岳塘区河东大道 88 号建鑫国际二期 2 号楼 30 层
TEL:0731-55550148 | E-mail:xt@rhrlawyer.com

深圳 ADD: 深圳市福田区滨河大道 5022 号联合广场 A 座 4208 室
TEL:0755-82734380

邵阳 ADD: 邵阳市双清区建设路口柏林国际写字楼 10 楼
TEL:0739-5325024 | E-mail:sy@rhrlawyer.com

常德 ADD: 常德市武陵区三闾路博奥大楼六层
TEL:0736-7718139; 7718137 | E-mail:cd@rhrlawyer.com

岳阳 ADD: 岳阳市岳阳楼区金鹗东路 219 号万象瑞城 4 栋 21 楼
TEL:0730-8558666 | E-mail:yy@rhrlawyer.com

海口 ADD: 海南省海口市美兰区和平大道 20 号鹏晖国际大厦 20 楼 A
TEL:0731-84156148