



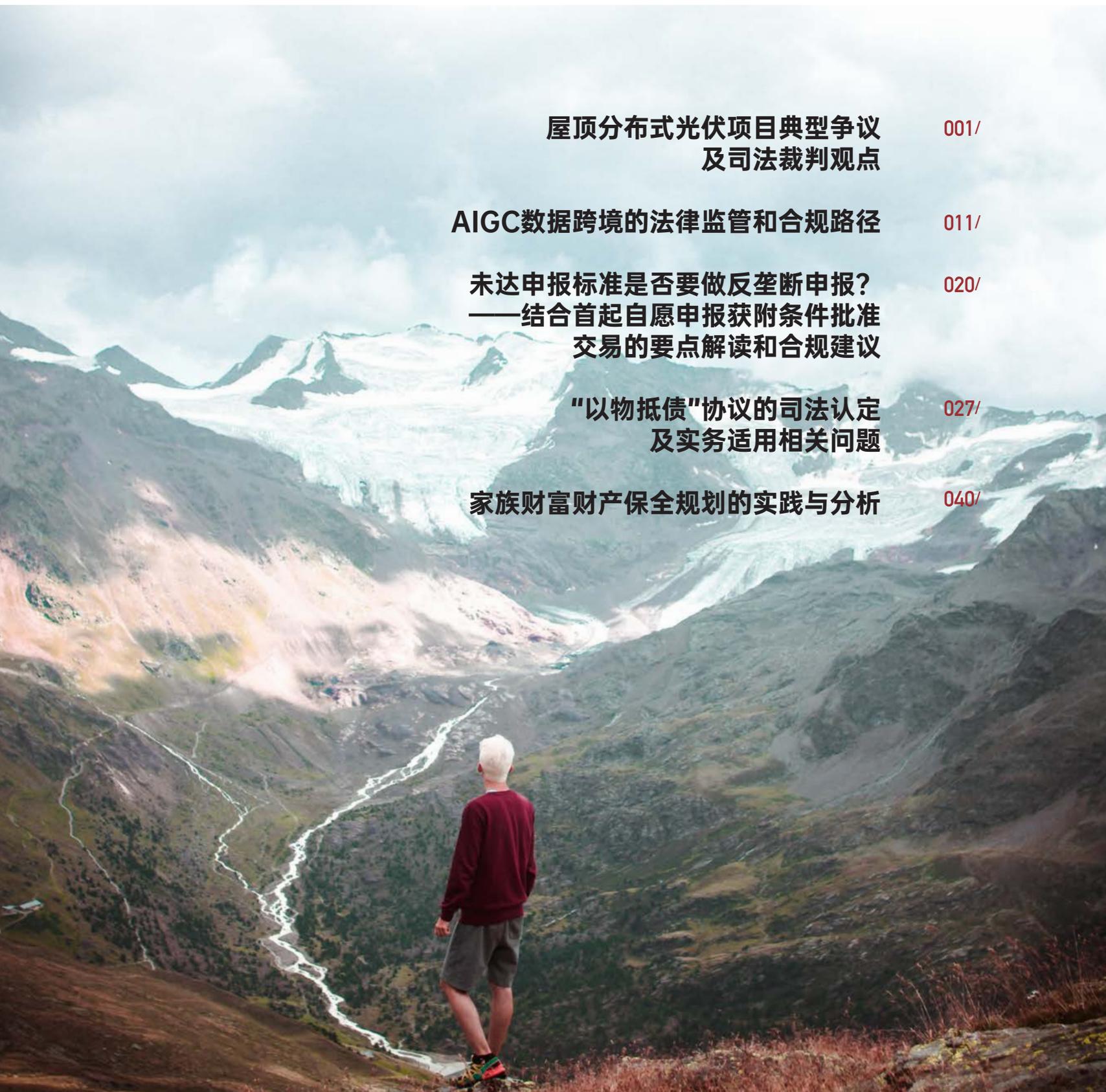
屋顶分布式光伏项目典型争议
及司法裁判观点 001/

AIGC数据跨境的法律监管和合规路径 011/

未达申报标准是否要做反垄断申报？
——结合首起自愿申报获附条件批准
交易的要点解读和合规建议 020/

“以物抵债”协议的司法认定
及实务适用相关问题 027/

家族财富财产保全规划的实践与分析 040/



屋顶分布式光伏项目 典型争议及司法裁判观点

作者：郝利 王威 金冲



屋顶分布式光伏项目因其投资门槛低、建设周期短、回报率较高等特点，近年来已成为新能源投资领域的热点。此类项目在运营过程中可能涉及项目公司、用电方、屋顶业主等多方主体，并可能形成购售电、房屋租赁、合作开发等多种法律关系，导致其在实践中较易引起纠纷。为此，我们特别关注涉及屋顶分布式光伏项目的各类典型法律纠纷，并查阅分析了超过300个相关司法判例。总结过往司法实践中的裁判观点，并结合我们代理分布式光伏案件的实务经验，提出相关建议，供业内人士参考。

第一部分\

能源管理合同性质与效力的典型纠纷

实践中，能源管理合同通常被界定为一种包含“电力供应”和“屋顶提供”两方面内容的综合性无名合同，如最高人民法院在2020年的相关判决中即采用此种认定。对于前者，实践中一般均认可构成供用电法律关系。¹但对于后者，其究竟构成“租赁关系”还是“合作关系”，往往存在争议，需要个案判定。

（一）合作关系项下存在无法直接适用租赁保护规则的风险

若项目公司通过“租赁关系”获得屋顶，则其可以适用《民法典》第七百二十五条的“买卖

不破租赁”规则。同时，在发生征收拆迁事宜时，项目公司基于承租人的身份，也存在依据地方规定主张相关停产停业损失的可能，如《河北省国有土地上房屋征收与补偿实施办法》第十五条的规定。相应的，租赁期限不得超过20年的规定也会予以适用，超过20年的部分可能无效。

若项目公司通过“合作关系”获得屋顶，笔者理解，固然能够在一定程度上突破《民法典》对于租赁期限的限制，但可能导致无法直接主张适用前述“买卖不破租赁”和“停产停业损失”等相关保护性规定，有损于项目稳定。例如在（2022）浙06民终4075号案件中，项目公

1.如滨州中院（2022）鲁16民终1761号、盐城中院（2021）苏09民终7186号等案件。

司与屋顶业主即约定采用“零租金”模式，尽管案涉能源管理合同中存在“租用”等字眼，但法院仍然认为“该租用与租赁有本质的不同，且该合同中对租金并无约定，因此本案并非是租赁合同纠纷”。基于合同相对性的原则，在前述案件中法院认为项目公司无权向受让房屋的新业主主张继续履行能源管理合同或要求赔偿损失。

（二）房屋缺失建设工程规划许可证会导致租赁合同无效

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二条明确规定：“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。”因此，若项目所涉房屋未取得建设工程规划许可证、建设用地规划许可证的，则存在租赁关系无效的风险。例如，在（2023）京民申2129号案件中，北京高院即以相关房屋未取得建设工程规划许可证为由认定案涉项目的屋顶租赁协议无效。

因此，项目公司需要特别关注租用屋顶本身的合规性，在开发项目前必须充分核查所涉房屋的房产证。若未办理房产证的，则至少应确保其取得建设工程规划许可证并完成规划验

收，否则屋顶租赁关系存在无效风险。实践中，由于诸多地区对于集体经营性建设用地的登记流程尚不明晰，可能会导致建设工程规划许可证的取得存在一定不确定性，故项目公司尤其需要关注、核查此类用地范围内的房屋权证。此外，设施农用地范围内的房屋同样存在无法办理建设工程规划许可证的情况，项目公司也应对此予以关注。

第二部分 项目公司索赔电费相关的典型纠纷

供用电法律关系是能源管理合同中最核心的内容之一，实践中电费索赔引起的诉讼案件也相对较多，尤其在如何确定索赔对象、合同能否解除以及电价调整等问题上值得各方关注。²

（一）项目公司可考虑以形成事实合同关系为由直接向实际用电方主张电费

由于产业升级等因素，实践中分布式光伏项目建成后，项目所涉房屋的租户（用电方）可能发生变化，且各方可能未对原能源管理合

2.通常电力账户由屋顶业主注册，租用厂房的企业即实际用电方并不注册电力账户，也即厂房被出租或者租户更换通常并不更换电力账户或者电表。

同进行变更或签署补充合同，导致实际用电方并非签约用电方。在此种情况下，司法实践中通常会基于合同相对性原则进行裁判，认为项目公司仅能向其合同相对方主张电费。

不过，司法实践中也存在少量案例，为项目公司直接向实际用电方主张电费提供了参考路径。如在（2020）鲁13民终4445号案件中，原告项目公司在两审程序中分别以“不当得利”“能源管理合同的概括式承继”为由向实际用电方，也即案涉厂房的新租用人主张电费。虽然前述两项理由未获认可，但是法院认为项目公司与实际用电方“双方以消极的事实行为形成供用电的法律关系”，最终以“形成事实合同关系”为由支持了项目公司对实际用电方的电费主张。

但需注意的是，虽然存在前述案例，然经笔者观察，该路径并非实践中的常见情形，项目公司直接向实际用电方索赔的难度仍然较大，且由于人民法院会扣减一部分应由屋顶业主取得的收益，故最终支持的电费也可能低于合同约定的数额。因此，若电力供应可能涉及第三方主体的，项目公司仍应尽量协调三方签署能源管理合同，或取得第三方的支付确认，或至少在合同中就第三方的引入、更换、消纳、结算等事项作出约定。

（二）项目公司仅因相对方欠付电费为由主张解除合同的难度较大

解除合同是解决合同僵局的最终手段，故司法实践对于解除权的行使存在一定限制。因此，即便能源管理合同就解除情形存在明确约定，法院仍可能会根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》的规定审查用电方的违约程度是否显著轻微，是否影响合同目的实现，并根据诚实信用原则，确定合同应否解除。

实践中，若项目公司直接简单以欠付电费为由主张解除合同，并要求屋顶业主承担巨额赔偿，则可能存在违约行为与责任失衡的情况，较难获得法院支持。例如（2019）鲁1392民初1706号、（2019）鲁1392民初2449号等案件中，法院均认为“原告未提供证据证实合同已事实履行不能”，且解除合同不符合经济性原则，故未支持项目公司要求解除合同的主张。所以，只有项目公司能够初步证明用电方财务状况明显恶化，或严重拖欠电费会导致合同目的无法实现的，才有可能获得胜诉。例如（2020）鲁1525民初4128号案件中，用电方长期拖欠电费且未提出任何抗辩理由，法院认为“支付电费是用电方的主要义务”，“未按约定履行主要债务，经原告催告后在合理期限内仍未履行符合法定合同解除事由”，继而支持了项目公司解除合同的诉请。

因此，对于因屋顶业主拖欠电费引发的解除，均需进一步核查拖欠行为的严重性，若拖欠行为严重性不足的，则不论合同中是否明确就拖欠电费事宜设置了解除权，亦不论是否约定了解除后的赔偿方式、违约金计算公式等条款，项目公司直接主张解除合同和赔偿损失的难度较大。不过，即使无法直接解除合同，项目公司始终具有向屋顶业主追索电费及逾期支付违约责任的权利。

（三）电价的政策调整可以不纳入情势变更的范畴

实践中，大部分能源管理合同采用参照当

地电网电价进行折扣的方式结算自发自用部分的电费，不过相关条款中往往不会明确约定价格的具体构成，例如其仅包括电价本身，还是也包括代理费、过网费、各类基金等其他费用，以及是否考虑了租金抵扣、业主收益分享等其他因素。此后，若电价政策发生变动，则关于实际结算电价的计取便可能发生争议。此外，实践中还存在小部分能源管理合同约定了固定电价，而并未与电网实际电价相联系，此时如果电价波动不利于项目公司的，则极易发生纠纷。

从司法判例而言，前述情形下诉争双方的主张能否获得支持，关键在于合同约定是否明



确清晰。若不存在相关约定，部分当事人可能会根据《民法典》第五百三十三条的规定主张适用情势变更制度。然而，由于电价政策的变化本就具有高频性，基于我们目前检索到的案例，实践中法院倾向于认定电价的政策波动不属于情势变更。如在（2022）浙05民终151号案件中，湖州中院认为政府对于销售电价的调整“系市场主体参与经营活动中可预见的市场规律，属于正常的商业风险范畴”，“不应认为构成足以动摇案涉合同基础的重大变化”。再如，南通中院在（2019）苏06民终1497号案件中认为新能源项目补贴政策的变化“不属于缔约时无法预见的情形，因而不能认定缔约后情势发生变更”。

第三部分\

因项目所涉房屋权属引发的典型纠纷

分布式光伏项目极度依赖租赁关系的稳定性，但在超过20年的电站运营过程中，租赁房

屋可能出现征收拆迁、被查封或者被抵押、出售等情形，屋顶业主也可能变更或者破产。前述权属变化可能导致相关项目无法继续运营，实践中因此发生的争议也较多。

（一）租赁发生在抵押、查封之后的，无法对抗抵押、查封的权利人

现有规定明确租赁无法对抗在先设立的抵押权或者查封，故租赁之前若存在抵押、查封情况的，则权利人行使权利而对房屋进行处置后，项目公司无法要求新业主继续履行原协议。³在（2020）苏0902执异160号、（2021）鲁09执异65号等较多案件中，法院即依据相关规定驳回了项目公司要求在案涉房屋被司法拍卖后仍然继续履行租赁协议请求。

因此，在选择项目屋顶和与意向客户签约之前，项目投资人对屋顶业主的资信情况进行调查，确认其涉诉、被执行情况等，同时也可要求业主提供不动产登记信息，确认房屋是否存在抵押或查封。

（二）破产可能导致能源管理合同的终止

根据《企业破产法》第十八条第一款的规定，企业破产申请受理后，破产管理人有权解除双方均未履行完毕的合同，且在破产受理后

3.《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条明确规定，“租赁房屋在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；（二）房屋在出租前已被人民法院依法查封的。”

2个月内未通知相对方的即视为解除。⁴因此，一旦屋顶业主发生破产情形的，项目公司须及时与管理人沟通，以取得继续履行能源管理合同的确认书。否则，若破产管理人未就继续履约作出明确表示的，则2个月后均视为合同自动解除。若能源管理合同解除的，则竞拍取得房屋所有权的新业主将不再负担提供屋顶的义务，可能直接要求项目公司拆除光伏项目或借机提高租金。

根据上述规定，司法实践中通常认为如果管理人未通知则2个月的期限届满即视为合同解除。但是，也存在部分例外情况，如笔者代理的（2020）浙01民终7053号案件，杭州中院即接受了我们的意见，认为《企业破产法》第十八条的规定是为了在破产程序中尽快明确合同双方的权利义务，如管理人在法定期间内没有行使继续履行合同的权力，即丧失了要求对方继续履行的权利，而不是双方已经在持续履行合同的情况下均推定解除合同。因此，在

4.《企业破产法》第十八条规定，“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。”

5.BAPV (Building Attached Photovoltaics) 即附加式屋顶光伏电站，是将光伏发电系统安装在建筑屋顶进行发电应用的电站形式。

6.《民法典》第三百二十二条规定，因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

《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》第四十一条第二款规定，抵押权依法设立后，抵押财产被添附，抵押人对添附物享有所有权，抵押权人主张抵押权的效力及于添附物的，人民法院应予支持，但是添附导致抵押财产价值增加的，抵押权的效力不及于增加的价值部分。

7.BIPV (Building Integrated Photovoltaics) 即光伏建筑一体化，是一种将太阳能发电设备集成到建筑上的电站形式。

屋顶业主进入破产程序后，因在案证据显示项目公司已支付首年的屋顶租赁费，所获利益已归为屋顶业主财产，且涉及的是破产申请受理后才开始的租赁期间，而破产管理人既未退还租金，也未提出拆除设备，表明其以实际行为确认继续履行案涉协议。

（三）对于房屋的抵押权可能及于分布式光伏项目设备

鉴于BAPV项目本身并非房屋屋顶，光伏设备与屋顶具有一定区分度，故实践中通常认为，房屋抵押权并不当然及于该类项目资产，例如在（2022）浙02民终4005号案件中，宁波中院明确认为“屋顶光伏并未附合在涉案房地产上而无法分离，不应按照添附中有关附合的规则处理”。⁵但是，也有部分法院认为BAPV项目设备基于“添附”已经由房屋业主所有，同时基于方便执行的考虑，应一并评估拍卖执行，如（2021）苏0282执异117号案件。⁶

与BAPV项目不同，BIPV项目在设计 and 建造时将整个光伏组件直接作为墙面、屋顶等建筑不可分割的一部分，光伏组件即承担了相应的墙面、屋顶的功能，具有一定的不可分割属性。⁷因此，实践中对于此类项目法律关系的认定较为复杂，其适用“添附”制度的可能性将更大。例如（2021）浙0522民初5437号案件，

法院即认为BIPV工程建成后动产物权不再单独存在，而由建筑物所有权人统一享有，故房屋抵押权将有可能及于这类项目。

因此，为了避免因添附而丧失项目资产所有权，项目公司应在能源管理合同中明确双方的权利关系、资产归属，以及资产划分方式，从而降低适用添附制度的可能性。

第四部分\

分布式光伏项目导致屋顶漏水、毁损等引起的纠纷

分布式光伏项目在运营周期内，可能会出现由于光伏电站的拆装或者其他原因导致屋顶功能损坏，使得屋顶出现漏水、无法继续实现保温等功能的问题，屋顶业主往往会主张由项

目公司承担损害赔偿责任，甚至要求解除能源管理合同，对分布式项目的持续运营影响较大。

（一）屋顶业主向项目公司索赔以证明因果关系为必要前提

如发生屋顶漏水相关争议，不论其属于BAPV还是BIPV项目，司法实践中一般均严格审查屋顶毁损、漏水与分布式光伏项目之间的因果关系。此时，具有资质的第三方机构出具的鉴定报告可以作为认定存在因果关系的关键证据，如（2021）辽0903民初583号等案件中均予以适用。

相反，若原告未就因果关系提供鉴定报告等有力证据的，则其主张可能无法获得支持或无法全面获得支持，例如：

裁判法院	特定案件事实	裁判结果
德州市中级人民法院在2021年的相关判决	安装了分布式光伏项目的区域发生了漏水，但是原告屋顶业主未提供鉴定报告证明漏水的直接原因。	法院无法认定案涉项目与屋顶漏水之间存在因果关系，未支持原告主张。
南通市中级人民法院在2021年的相关判决	双方认可屋顶曾因分布式光伏项目安装建设导致漏水，后又再次发生漏水，但是原告未就本次漏水的直接原因提供鉴定报告。	法院无法认定案涉项目与本次漏水之间存在因果关系，未支持原告主张。

（二）能源管理合同的约定将直接影响屋顶业主索赔的难度

如前所述，业主因屋顶漏水、损毁而主张索赔的，需就因果关系进行举证。但是在实践中，我们也发现部分屋顶业主直接以项目公司违反能源管理合同中约定的“保障屋顶功能”“替代屋顶”等义务为由提起诉讼，从而将侵权之诉转化为违约之诉，淡化因果关系的要求。如在（2022）浙06民终3142号案件中，案涉能源管理合同中明确约定项目公司需要“保障屋顶正常使用功能”，并针对性地约定项目公司未能履行该项义务时业主享有合同解除权。在该案中，尽管项目公司以原告未证明漏水与案涉项目存在因果关系，漏水原因未经鉴定等理由进行抗辩，但是由于合同对于解除权的既有约定，并且证明屋顶“未实现正常功能”的难度低于证明侵权法上的因果关系，绍兴中院仍然支持了屋顶业主的诉讼请求，判决解除能源管理合同。

因此，项目公司需要格外关注合同对于屋顶维护相关事项的约定，避免类似“替代屋顶”义务的约定，否则将在发生漏水后给项目公司带来较大压力。

此外，如果在能源管理合同中未明确约定相关解除权，在发生漏水后屋顶业主只能依据“法定解除”主张解除合同。实践中，类似主张

通常难以获得支持。例如，在（2021）云07民终628号案件中，丽江中院认为“只要双方对修缮方案相互配合进行协商，屋顶漏水的情况是能得以解决的，双方所签租赁协议并非不能履行”。即使对于BIPV类的项目，实践中法院也采取了同样的观点，例如在（2023）浙0111民初1780号案件中，法院认为房屋业主“未举证证明双方争议的房屋漏水构成根本性违约，致使债权人的履行利益落空”，因此未支持房屋业主提出的解除合同、拆除项目的诉请。

最后，如果能源管理合同中对于损失赔偿的范围约定较大，如已经包括预期利润、向第三方承担的违约责任等，则可能导致项目公司就相关间接损失、预期收益、纯粹经济损失等承担赔偿责任，致使赔偿责任泛化。若合同中不存在相关约定的，则项目公司可能需要承担漏水房屋的维修费用并赔偿因漏水导致的设备毁损损失。在（2021）豫09民终2892号案件中，法院亦认可由项目公司承担因屋顶漏水导致厂房租户退租给厂房业主造成的租金损失。

第五部分\

结语

本文所述的争议仅是屋顶分布式光伏项目中的部分典型纠纷，实践中的争议类型实则更

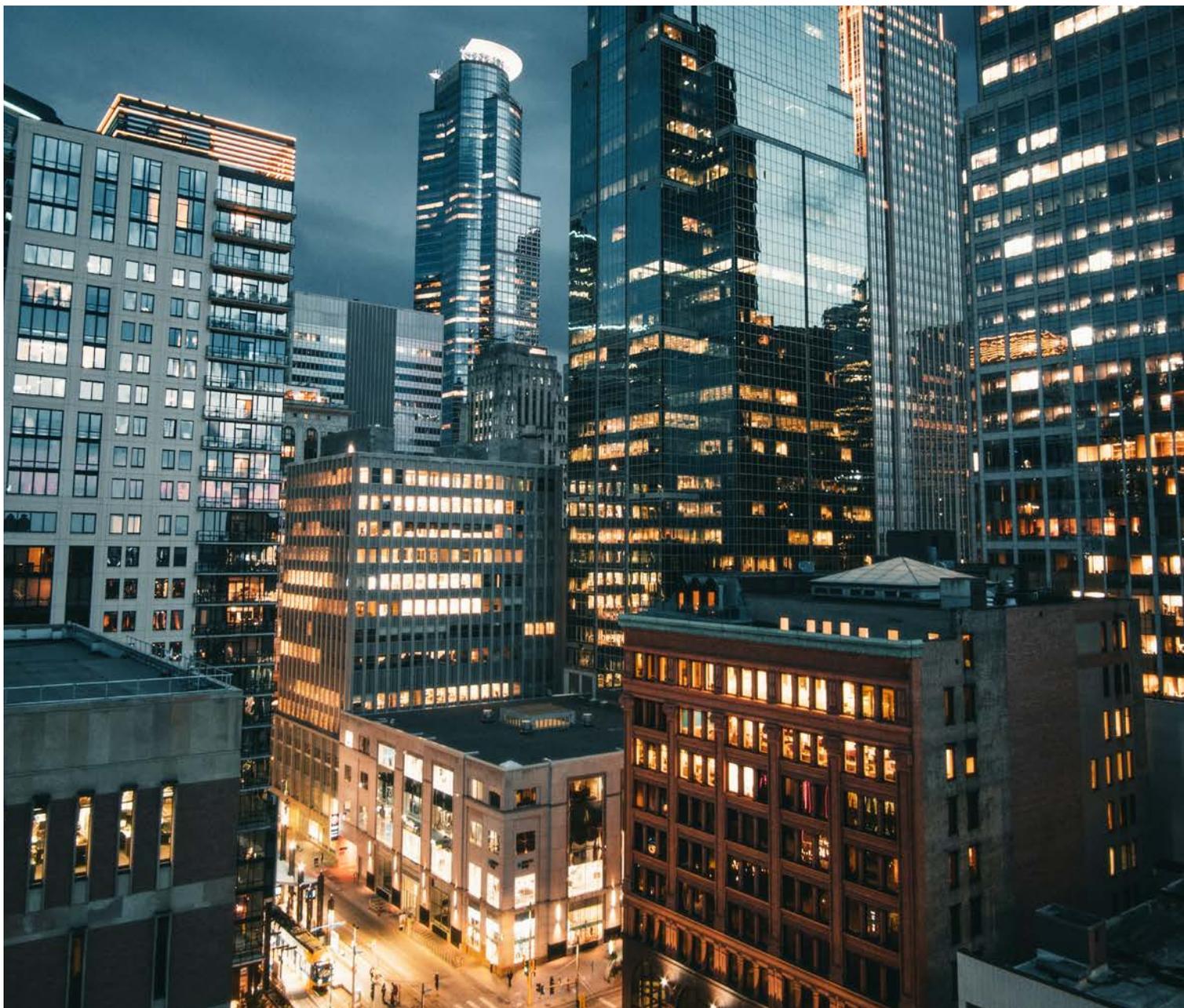
为多元。目前，屋顶分布式光伏项目的数量、装机容量均呈现快速增长态势，步入运营期的项目也逐年增加，在此期间的各类问题亦将进一步凸显。因此，如何结合司法实践的倾向性意见，预先在项目开发、签约阶段尽可能规避或降低项目风险，以及如何在发生风险时进行有效应对，将是相关从业人员面临的一大挑战，亟需光伏行业内的专业法律人员处理和解决。☒



郝利
合伙人
公司业务部
杭州办公室
+86 571 5692 1386
haoli@zhonglun.com

AIGC数据跨境的法律监管 和合规路径

作者：蔡荣伟 斯响俊 杨杰



在生成式人工智能（Generative AI，下称“AIGC”）技术的发展和应用过程中，相关法律监管问题一直备受各国政府关注。例如，AIGC相关技术和硬件的出口管制问题、预训练数据的数据合规问题、AIGC生成物的可版权性和权利归属问题、电信监管及行业监管问题以及科技伦理问题等。相关法律问题直接关系到各国AIGC技术的健康发展和广泛应用。

国家互联网信息办公室（“国家网信办”）于2023年7月10日发布了《生成式人工智能服务管理暂行办法》（“《AIGC服务暂行办法》”），该办法已于2023年8月15日正式实施。该办法是我国针对AIGC技术服务专门出台的一个部门规章，表明了我国对于AIGC技术服务的发展及其合规监管的重视。

《AIGC服务暂行办法》中明确了，AIGC技术是指“具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术。”¹可见，AIGC是基于模型及相关技术而搭建的，而要训练出成熟可用的模型需要海量的数据。因此，数据合规问题是AIGC技术发展和应用过程中不可避免的重要课题。《AIGC服务暂行办法》亦特别指出，AIGC服务提供者应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动，使用合法来源的数据及基础模型，遵守《中华人民共和国网络安全法》（“《网安法》”）、《中华人民共和国数据安全法》（“《数安法》”）、《中华人民共和国个人信息保护法》（“《个保法》”）等法律、行政法规的有关规定和有关主管部门的相关监管要求。²

AIGC数据合规是一个复杂的议题，需要讨论的问题颇多。本文将主要围绕其中一个重要问题——AIGC的数据跨境合规问题进行探讨，以期可能涉及数据跨境的AIGC开发者和服务提供者提供参考。

1. 《生成式人工智能服务管理暂行办法》第22条。
2. 《生成式人工智能服务管理暂行办法》第7条。

第一部分\

AIGC数据出境主要场景分析

从目前实践来看，在AIGC技术开发过程中，主要存在以下数据出境场景：

1.跨境调用算力导致数据出境

AIGC底层模型的开发不仅需要海量的数据推动大模型“涌现”功能的出现，还需要强大的算力作为支撑。但是，目前国内AIGC产业链的基础设施层（主要包括芯片技术和云计算平台）仍待完善。与此同时，鉴于高性能AI芯片对国家竞争力的重大影响，美国也相继出台了一系列政策措施，以限制美国高性能AI芯片的对华出口。

因此，目前境内AIGC开发者可能存在算力不足的问题。在该种情况下，不少AIGC开发者在探讨跨境调用境外算力的可能性。如AIGC开发者跨境调用境外算力，则其采集的训练数据将会被传输至境外进行训练，相关训练数据和搭建后的模型亦可能被存储至境外数据中心，从而引发数据跨境相关风险。

2.调用境外算法模型导致数据出境

考虑到目前一些境外的AIGC算法和模型更为成熟和先进，故在实践中，AIGC开发者采用

的更为直接的方式是通过境外模型平台（Model as a Service）或其他方式直接调用境外的算法模型来训练自己的定制化模型。在这一过程中，境内的AIGC开发者需要将其采集的相关行业数据、业务数据等数据传输至境外用以模型训练，从而引发数据跨境相关风险。

第二部分\

数据出境法律监管和合规路径

自《网安法》、《数安法》和《个保法》相继发布和实施后，我国数据出境监管的基本框架初步搭建。此后，《数据出境安全评估办法》以及配套的《数据出境安全评估申报指南（第一版）》《个人信息保护认证实施规则》《网络安全标准实践指南——个人信息跨境处理活动安全认证规范（第二版）》《个人信息出境标准合同办法》等法规和标准相继颁布，进一步完善了我国数据出境监管体系，并促进了相关监管措施的落地和实施。

目前，我国数据出境监管体系主要围绕对个人信息和重要数据出境的监管。在现有监管体系下，个人信息和重要数据出境的合规路径主要如下：

1. 个人信息出境

(1) 个人信息出境的前置合规

a. 履行告知义务

根据《个保法》相关规定，个人信息处理者在向境外提供个人信息前，应当履行以下告知义务：

i. 一般告知义务——个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知下列事项：

(i) 个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式；(ii) 个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限；(iii) 个人行使《个保法》规定权利的方式和程序；以及(iv) 法律、行政法规规定应当告知的其他事项。³

ii. 特殊告知义务——个人信息处理者向境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的 (i) 名称或者姓名、联系方式；(ii) 处理目的、处理方式、个人信息的种类；以及 (iii) 个人向境外接收方行使《个保法》规定权利的方式和程序等事项。⁴

b. 取得个人信息主体的单独同意

根据《个保法》相关规定，个人信息处理者在向境外提供个人信息前，应当取得个人信息主体的单独同意。⁵

c. 开展个人信息保护影响评估

根据《个保法》相关规定，个人信息处理

者向境外提供个人信息的，应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录，且个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。⁶

(2) 个人信息出境的三种路径

在完成以上所述的个人信息出境的前置合规程序后，个人信息处理者应视其所处行业及其处理个人信息的数量等因素选择其数据出境的合规路径。根据《个保法》及其配套法规，个人信息出境主要有以下三种路径：

a. 向国家网信办申报数据出境安全评估

根据《数据出境安全评估办法》相关规定，个人信息出境符合以下情形之一的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信办申报数据出境安全评估⁷：

i. 关键信息基础设施运营者向境外提供个人信息；

ii. 处理100万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息；以及

iii. 自上年1月1日起累计向境外提供10万人个人信息或者1万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息。

3. 《个人信息保护法》第17条。

4. 《个人信息保护法》第39条。

5. 《个人信息保护法》第39条。

6. 《个人信息保护法》第55、56条。

7. 《数据出境安全评估办法》第4条。

b.与境外接收方订立标准合同并备案

根据《个人信息出境标准合同办法》相关规定，个人信息处理者为非关键信息基础设施运营者，且其处理的个人信息的数量未达到申报数据出境安全评估标准的，可依法通过与境外接收方订立标准合同的方式向境外提供个人信息。⁸

标准合同应当严格按照《个人信息出境标准合同办法》附件的范本订立。个人信息处理者应当在标准合同生效之日起10个工作日内向所在地省级网信部门备案。备案时应当提交(i)标准合同，以及(ii)个人信息保护影响评估报告。⁹

c.进行个人信息保护认证

如个人信息处理者为非关键信息基础设施运营者，且其处理的个人信息的数量未达到申报数据出境安全评估标准的，其可根据《个保法》相关规定，通过专业机构进行个人信息保护认证。

根据《个人信息保护认证实施规则》相关规定，个人信息保护认证的认证模式为：技术验证+现场审核+事后监督。认证机构根据认证委托资料、技术验证报告、现场审核报告和其他相关资料信息进行综合评价，作出认证决定。对符合认证要求的，颁发认证证书。认证证书有效期为3年。在有效期内，通过认证机构的获证后监督，保持认证证书的有效性。¹⁰

2.重要数据出境

根据《数据出境安全评估办法》相关规定，数据处理者向境外提供重要数据的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信办申报数据出境安全评估。¹¹

根据《数安法》相关规定，国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，各地区、各部门应当按照数据分类分级保护制度，确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录。¹²但截止目前，仅有少数个别行业制定了重要数据识别的行业标准，如《汽车数据安全若干规定（试行）》及《YD/T 3867-2021基础电信企业重要数据识别指南》，分别界定了汽车行业及基础电信行业的重要数据。但是，大多数行业的重要数据目录仍待进一步明确。

3.国家发布数据出境新规征求意见稿，数据出境合规程序或可简化

2023年9月28日，国家网信办发布了《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》（“《数据跨境流动征求意见稿》”）。如果该

8.《个人信息出境标准合同办法》第4条。

9.《个人信息出境标准合同办法》第7条。

10.《个人信息保护认证实施规则》第3、4.4、5.1.1条。

11.《数据出境安全评估办法》第4条。

12.《数据安全法》第21条。

征求意见稿正式实施，或可简化部分企业数据出境的合规程序，降低其数据出境过程中所需履行的合规成本，具体如下：

(1) 个人信息出境

对于个人信息出境场景，《数据跨境流动征求意见稿》主要从以下方面豁免了相关企业的数据出境合规义务：

a. 设置出境白名单，明确特定场景下，无需要申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证¹³（以下合称“**数据出境合规程序**”）：



i. 不是在境内收集产生的个人信息向境外提供的，可豁免数据出境合规程序。例如，AIGC企业从境外收集的训练数据，在境内处理后传输出境的情况，可无需再履行任何数据出境合规程序。

ii. 为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，如跨境购物、跨境汇款、机票酒店预订、签证办理等，必须向境外提供个人信息的。

iii. 按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理，必须向境外提供内部员工个人信息的。

iv. 紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全等，必须向境外提供个人信息的。

b. 不再将个人信息处理总量作为考量因素，而是以预计一年内向境外提供的个人信息数量作为考量标准。具体而言¹⁴：

i. 预计一年内向境外提供不满1万人个人信息的，无需履行任何数据出境合规程序。本条实质降低了仅涉少量个人信息出境企业的合规负担。

ii. 预计一年内向境外提供1万人以上、不满100万人个人信息的，无需申报数据出境安全评

13. 《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》第三、四条。
14. 《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》第五、六条。

估，仅需订立并备案个人信息出境标准合同或者通过个人信息保护认证的。

iii. 预计一年内向境外提供100万人以上个人信息的，应当申报数据出境安全评估。

此外，《数据跨境流动征求意见稿》并未区分一般个人信息和敏感个人信息的合规门槛，敏感个人信息出境的更为严格的计算标准或将被弱化。

c. 允许自贸区自行制定负面清单，对于负面清单外数据出境，可以豁免数据出境合规程序。¹⁵与白名单相比，“负面清单”仅保留了对清单内数据的监管，无疑是采取了更为宽松的监管策略，为自贸区建立了先行先试的数据跨境流通专有通道。

虽然《数据跨境流动征求意见稿》在特定场景下豁免了部分企业的数据出境合规程序，但值得注意的是，《数据跨境流动征求意见稿》并未免除《个保法》等相关法律法规下对于个人信息保护的基本要求。例如，个人信息处理者需履行的“告知 - 同意”义务；《个保法》第55条项下的进行个人信息保护影响评估的义务，同样未被豁免。

(2) 重要数据出境

《数据跨境流动征求意见稿》中规定，未被相关部门、地区告知或者公开发布为重要数据的，数据处理者不需要作为重要数据申报数

据出境安全评估。¹⁶对于属于重要数据目录尚未制定行业的企业，这一规定无疑可以解决他们的困惑。相关企业无需再主动自查出境数据是否属于重要数据，而是可等待被动告知，而后再采取相关合规措施。

第三部分\

对AIGC数据出境的合规建议

针对AIGC数据跨境的主要场景（详见本文第一部分），结合我国现行数据出境法律监管和合规体系（详见本文第二部分），我们总结了以下AIGC数据出境相关合规建议，供可能涉及数据出境的AIGC开发者及服务提供者提供参考。

1. 注意识别训练数据中的重要数据及个人信息

在调用境外算力或模型进行训练的过程中，可能涉及训练数据的出境。因此，在训练数据采集、清洗和标注的过程中，应注意识别相关训练数据中是否包含重要数据及个人信息。尤其是在模型定制场景下，可能涉及大量特定行业和业务场景数据的出境，如果相关行

15. 《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》第七条。
16. 《规范和促进数据跨境流动规定（征求意见稿）》第二条。

业属于关乎国家安全、公共利益的重要或敏感行业，则应特别注意相关行业数据是否会落入重要数据的范畴。

如经识别，相关训练数据中确实包含重要数据及个人信息，则应根据国家相关规定，积极采取合规措施；如无法确定是否包含，则建议与相关监管机构及时沟通或咨询专业机构进行确定，以减少和规避相关法律风险。

2. 根据数据来源判定合规风险及责任

目前，AIGC的训练数据主要来源于(i)在自身业务中直接采集或生成的数据，如银行直接在业务中获取的客户个人信息，以及形成的相关业务数据（“**直采数据**”）；(ii)通过互联网获取的数据，如通过爬虫爬取的相关互联网数据（“**互联网数据**”）；以及(ii)通过数据交易方式向专门的数据提供商购买数据（“**交易数据**”）。

根据训练数据的来源不同，企业应注意采取不同的措施履行合规义务：

(1) 对于直采数据，如其中包含个人信息，则企业在该等训练数据的采集阶段，即应注意对采集对象履行充分告知义务，并取得采集对象的单独同意。

(2) 对于互联网数据，其数据来源一般较为复杂，难以追溯，本身即可能存在合规风险。因此，应当尤其注意对此类数据的清理和

处理，尽量确保该类数据不包含任何个人信息和重要数据。

(3) 对于交易数据，企业则应注意在与数据提供商的合同中，明确数据将会被跨境传输，并将数据出境的合规义务转移给数据提供方。例如，如交易数据中包含个人信息的，数据提供方应保证其已经履行了个人信息出境合规义务，包括已向个人信息主体履行了充分告知义务，并取得个人的单独同意。

3. 及时履行数据出境合规程序

AIGC企业应注意识别相关出境数据中是否包含重要数据和个人信息，并根据出境数据的类型以及个人信息的数量及时判定其是否需要履行相应数据出境合规程序（如数据出境安全评估、进行个人信息出境标准合同等）。

虽然网信办发布了《数据跨境流动征求意见稿》，或可豁免部分企业履行数据出境合规程序的义务。但是，该征求意见稿尚处于向社会公开征求意见阶段，各企业仍应按照国家现行数据出境的监管要求，积极采取各项合规措施，以防范和应对数据出境相关风险。

AIGC技术的发展日新月异，相关监管措施也必定会日益完善。本文仅从AIGC数据出境这一议题切入，进行了理论层面的探讨。但是，AIGC在实践中遇到的法律问题必定更为复杂。

因此，AIGC开发者和提供者应密切关注其技术开发及技术服务提供所在国家和地区的相关法律监管措施及趋势，以减少和规避相关法律风险。☞



蔡荣伟
高级顾问
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3175
roncai@zhonglun.com



斯响俊
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3771
jaysi@zhonglun.com

未达申报标准是否要做反垄断申报？ ——结合首起自愿申报获附条件批准 交易的要点解读和合规建议

作者：蒋蕙匡 侯彰慧 贾申



2023年9月22日，中国国家市场监督管理总局（“市监总局”）发布关于附加限制性条件批准A公司收购B公司股权案反垄断审查决定的公告¹。本案是我国目前60起附条件批准经营者集中案件中，首起未达申报标准而自愿申报的交易，涉及中国药企A公司从香港公司收购其境内全资子公司B。当事人除本案外，另在反垄断调查、诉讼领域有所交锋，过程亦涉及A公司作为港股上市公司的信息披露等复杂问题，对其他企业处理潜在反垄断争议具有较强参考意义。此外，本案所反映出的市监总局对未达申报标准交易的监管态度和口径，以及企业可能的应对思路，值得企业在合规中予以高度关注。我们梳理和总结了如下案件要点和合规提示，供企业参考。

第一部分\

案件要点一：执法机构首次认定，未达申报标准的交易可能具有排除、限制竞争影响

2022年6月、7月，B公司和A公司先后自愿向市监总局申报相关交易。2022年11月23日，市监总局确认本案未达申报标准，但仍予以立案并审查。2023年9月22日，市监总局作出决定，认为收购方A公司是上游中国境内巴曲酶原料药市场的独家供应商、下游中国境内巴曲酶注射液市场的唯一潜在进入者，被收购方B公司是下游中国境内巴曲酶注射液市场的唯一生产商；相关交易存在消除潜在竞争的横向竞争担忧，以及封锁下游原料供应的纵向竞争

担忧，最终予以附条件批准。

实际上，在本案公告之前，我国反垄断立法层面对于未达申报标准交易竞争影响问题的重视已初露端倪。2022年8月1日修正生效的《反垄断法》正式赋予市监总局在有证据证明未达申报标准的集中具有或可能具有负面竞争效果的情况下要求经营者申报的权力。如经营者未按要求申报，市监总局可依法进行调查。

这也与近期全球主要反垄断法域对于未达标准交易的积极执法趋势相吻合。以欧盟为例，2021年7月，欧委会开始调查DNA测序巨头收购癌症检测公司Grail，尽管该交易因Grail

1.参见《市场监管总局关于附加限制性条件批准先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司股权案反垄断审查决定的公告》，
https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/ftj/art/2023/art_90a71deadd224689b026920807c0389c.html。

营业额低而未达到欧盟层面的申报标准，但欧委会仍表达对该交易强烈的竞争担忧，于2022年9月作出禁止决定²，并于2023年7月就收购方抢跑对其处以4.32亿欧元（约合33亿元人民币）³。2023年10月，欧委会进一步要求收购方解除收购⁴。收购方已提出上诉，认为欧委会对该交易没有管辖权，目前欧洲法院尚在审理过程中。2023年8月，欧委会又针对另一起未达申报门槛的交易——某美国芯片技术公司收购以色列汽车芯片制造商Autotalks通知要求申报⁵。

合规提示：在执法机关强化针对可能排除、限制竞争的交易进行审查的背景下，预计市监总局对于未达申报标准的交易也会持续关注，本案即是市监总局积极行使审查权力的最好例证。企业除关注常规的申报排查外，必要时也应做好未达标准交易的竞争影响预评估工作。



第二部分\

案件要点二：在评估认为交易可能存在竞争影响时，自愿申报可增强交易确定性

如前文介绍，本案系被收购方B公司先行自愿申报经营者集中，后收购方A公司进行了申报，市监总局审核后根据相关法律法规启动立案审查程序。

通过公开信息，我们猜测当事人选择自愿申报的理由可能有三：

第一，A公司在前已因拒绝向B公司供应巴曲酶原料药，被认定滥用在上游巴曲酶原料药市场的支配地位，迫使下游唯一生产商退出市场，从而使得自己成为下游独家生产商，排除下游巴曲酶注射液市场的竞争，于2021年被市监总局处以1亿反垄断罚单。B公司随后于2022年向北京知识产权法院起诉A公司拒绝交易，请求赔偿损失2亿元，该案目前尚在审理中。相关交易与前述处罚决定和诉讼涉及完全相同的主体及相关市场，被认为存在竞争问题的可能性也高。

² 参见欧委会，https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5364。

³ 参见欧委会，https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3773。

⁴ 参见欧委会，https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4872。

⁵ 参见欧委会《Daily News 18 / 08 / 2023》，https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_23_4201。

第二，A公司如不自愿申报、接受审查，市监总局也可以要求申报，并在不申报的情况下依法调查。根据《经营者集中审查规定》，在被要求申报后，交易反而面临更大的不确定性：

□ 如交易尚未实施，经营者在交易获批前不得实施集中；

□ 如交易已经实施，经营者需在收到通知后120天内申报，并采取暂停实施集中等必要措施减少集中对竞争的不利影响。

第三，A公司作为港股上市公司，在B公司明显不配合的情况下，更需慎重考虑被市监总局要求申报的可能性、以及被要求申报后交易的不确定性对公司声誉、股价等可能造成的不利影响。

合规提示：企业应综合考虑交易的竞争影响、舆论环境等，评估执法机关是否可能关注到有关交易并提出申报要求，导致交易面临暂缓风险。尤其是涉及调查、诉讼或潜在争议的企业或者上市公司⁶，更需关注和警惕未达申报标准的潜在合规风险，审慎决策自愿申报与否。

6. 近期无菌包装行业一起备受关注的交易中，无菌包装供应商美因不满被竞争对手新巨丰收购，于2023年3月主动向市监总局提交了反垄断申报；而收购方新巨丰始终坚持交易不构成经营者集中，无需申报。而后，交易引发了深交所的关注，于同年6月其向新巨丰下发了问询函，要求新巨丰详细论证交易的经营者集中问题。回复函中，新巨丰坚持其不负有申报义务。同年7月，市监总局向新巨丰下发提示函，建议其就收购美交易提交经营者集中申报。该案虽不涉及未达申报标准问题，但对于企业决策申报与否也有一定参考意义。

7. 参见《市场监管总局发布远大医药与武汉汇海达成并实施垄断协议、滥用市场支配地位案行政处罚决定书》，https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/art/2023/art_7c2e7bb441c04c8f8bf45a96d9f4f9a2.html。

8. 参见《市场监管总局发布东北制药集团股份有限公司滥用市场支配地位案行政处罚决定书》，https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/art/2023/art_2658f8c940c24a0e95bccbb7b9ccdb770.html。

9. 参见《市场监管总局发布先声药业集团有限公司滥用市场支配地位案行政处罚决定书》，https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/xzcf/art/2023/art_149b6c9eeeb44ed8bba856b09969ff53.html。

第三部分\

案件要点三：单个产品（一种原料药、一种制剂）可能构成单独的相关商品市场

本案中，收购方A公司从事巴曲酶原料药销售。围绕A公司业务进行市场界定时，市监总局认为，从需求替代分析，巴曲酶原料药是生产巴曲酶注射液的唯一原料药，不能被其他原料药替代；从供给替代分析，巴曲酶原料药在提取工艺、制作流程等方面有别于其他原料药，其仿制难度和临床测试要求又导致其他原料药企业短期内难以转产，因此界定巴曲酶原料药为相关商品市场。

这一界定思路与《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》中“一种原料药一般构成单独的相关商品市场”的一般规则相符；也与此前原料药行业反垄断执法案例中的思路基本吻合，例如，今年查处的某医药企业滥用中国去甲肾上腺素原料药和肾上腺素原料药市场支配地位的处罚案件⁷、某医药企业滥用中国左卡尼汀原料药市场支配地位的处罚案件⁸、以及A公司此前滥用中国巴曲酶原料药销售市场支配地位的处罚案件⁹。可以预见，在没有明确证据证明不同原料药之间存在紧密替代关系的情况下，后续申报案件中较难推翻这一界定思路。

另一方面更多考虑了巴曲酶注射液在细分应用领域不可替代性。后续申报审查中，不排除市监总局会延续这一思路，采纳更小的相关市场界定，精细化评估竞争影响问题。

合规提示：相关市场的界定通常是竞争影响分析的起点，相关市场的大小可能直接影响对后续交易竞争影响问题的判断。如交易所涉产品或服务相较于其他“竞品”存在明显竞争优势，或在细分维度存在明显不可替代性，企业应予重视交易在细分市场的竞争影响。

第四部分

案件要点四：执法机关重申消除横向潜在竞争可能引发竞争担忧

本案中，被收购方B公司是中国境内巴曲酶注射液的唯一生产商；而收购方A公司有巴曲酶注射液在研项目，且已获得仿制药批件，是巴曲酶注射液市场的潜在进入者。市监总局认为，A公司作为上游原料药销售商，具备独特研发优势，若其研发成功、进入市场，将对B公司巨大竞争压力；而相关交易直接消除了潜

在竞争对手，巩固了B公司在下游市场的支配地位，存在横向竞争担忧。

这并非市监总局第一次就并购交易消除潜在竞争问题提出担忧。此前在某附条件批准飞机行业收购案中，市监总局认定，收购方在研产品相较上市产品存在明显技术进步特征，一旦上市可能对被收购方的市场支配地位造成直接威胁。收购交易直接消除了潜在竞争，降低收购方研发动力，延缓新品上市速度。且相关市场进入壁垒高，短期内无法出现新的有效市场进入者，交易因此对市场竞争和技术进步产生不利影响¹²。商务部时期附条件批准的医疗器械行业合并案¹³也提出了类似的竞争担忧。

合规提示：尽管经营者集中相关规则尚无对潜在竞争的系统规定，但执法机关在审查案例中多次讨论了，消除潜在竞争对增强集中后实体市场控制力、减少市场竞争、延缓技术进步等方面的负面影响。认定是否构成潜在竞争时，执法机关通常会考虑当事人的投入情况、研发进度、产品性能等。判断是否存在竞争担忧时，执法机关则通常会考虑潜在竞争者是否对在位企业构成竞争约束、是否存在其他市场进入情况会对对在位企业构成竞争约束等。

“大吃小”“扼杀式并购”等典型交易，常常被质疑具有天然扼杀潜在竞争目的，更应重视监管审批风险。

12. 参见《市场监管总局关于附加限制性条件批准联合技术公司收购罗克韦尔柯林斯公司股权案反垄断审查决定的公告》，https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/ftj/art/2023/art_16e078c25bc54ca9aa0c604b3a7103b4.html。
13. 参见《商务部公告2017年第92号 关于附加限制性条件批准贝克莱-迪金森公司与美国巴德公司合并案经营者集中反垄断审查决定的公告》，<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201712/20171202691390.shtml>。

第五部分\ 结语

新《反垄断法》和《经营者集中审查规定》出台后，未达标准交易的不确定性陡然增加。加之市监总局已开始积极审查未达标准交易，为降低潜在的反垄断风险，我们建议企业强化事前风险控制，重视对敏感交易的竞争影响评估工作；同时做好风险预案，审慎评估是否通过自愿申报程序缓释风险。 ㉔



蒋蕙匡
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuikuang@zhonglun.com



侯彰慧
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2336
houzhanghui@zhonglun.com



贾申
顾问
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2263
jiashen@zhonglun.com

“以物抵债”协议的司法认定 及实务适用相关问题

作者：冯东 吴琼 黄渤



“以物抵债”在实践中被普遍运用，债权人为了确保债权的顺利回收往往会通过约定“以物抵债”的方式，为债权的顺利清偿增加筹码。但是，有时当事人未明确将协议描述为“以物抵债协议”或在协议中未将“以物抵债”的意思予以明确表示，导致双方因债权届满但未获清偿而发生争议时需要对协议或条款是否属于“以物抵债”的意思表示进行解释。鉴于“以物抵债”的约定在法律后果上具有特殊性，债权人最终是否可以真正实现“以物抵债”的目的需要判断其是否具备相应的条件，本文拟结合相关案例，并参照《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民纪要》”）中“以物抵债”的相关规定，对司法实践中如何适用“以物抵债”的相关规定的问题进行讨论。

第一部分\

如何界定相关约定为以物抵债性质的协议

实践中，对“以物抵债”存在多种定义。例如，江苏省高级人民法院审判委员会会议纪要[2014] 2号认为，所谓“以物抵债”是指债务人与债权人约定以债务人或经第三人同意的第三人所有的财产折价归债权人所有，用以清偿债务的行为。中国应用法学研究所在《人民法院案例选》2020年第6辑中称，“以物抵债是指当事人签订的以他种给付替代原定给付的合同。一般来说，债权人与债务人之间存在金钱债

务，双方之间另行达成协议，由债权人受领他种给付替代原金钱债务的清偿，进而使原债权债务关系归于消灭，即构成以物抵债，替代给付的内容可以是债务人享有物权的物，也可以是权利。”可见，通常来说，“以物抵债”可以是笼统的以他种给付替代原定给付的约定，也可以是具体的抵债物折价后的价款归债权人所有的约定。

现实中，“以物抵债”的约定内容大多为**债务人同意以某物抵顶债务（即抵债物归债权人所有），债权人同意消灭债务**。针对这种约定，人民法院的裁判观点均认为属于“以物抵债”协议。相关司法裁判案例认定内容如下：

案号	以物抵债约定	裁判内容
贵阳青丰房地产开发有 限公司、李世敏民间借 贷纠纷再审审查与审判 监督民事裁定书 （2018）最高法民申 4659号	2014年3月8日，青丰公司（甲方）与朱锦春（乙方）签订《协议书》，该协议主要约定“甲乙双方经多次协商就甲方原告所欠乙方人民币1600万元的款项，由于具体原因双方达成如下条款：一、乙方同意甲方在 云岩区大营路紫金庄园二期商业写字楼按照写字楼一层建筑面积不低于1500平方米冲抵甲方原来所欠乙方的全部欠款。 ……”	关于《协议书》及《承诺书》的效力问题。从《协议书》及《承诺书》的主要内容看，该协议属于以物抵债协议，青丰公司以其期房不低于1500m ² 冲抵对朱锦春所负的1600万元债务。
葫芦岛市中业房地产开发有 限公司与孙宝刚、 葫芦岛恒远混凝土搅拌 有限公司申诉、申请民 事裁定书 （2016）最高法民申 3620号	依据中业公司与恒远公司签订的《团购商品房预购协议书》可以认定，中业公司欲以其开发的 196户房屋及车库抵顶未来应支付给恒远公司的混凝土价款。	而在本案中，恒远公司与中业公司之间签订的 《团购商品房预售协议书》以及《团体商品房预售补充协议书》均属于以物抵债协议 ，二者之间并非“名义购买人与实际购买人”的关系。
艾永修、王凤芹等抵押 合同纠纷民事二审民事 判决书 （2021）鲁03民终 2250号	两被执行人以其山东泰溪文化创意园名义开发的旅游房 24套抵顶给申请人（已查封）抵偿债务 ，在2020年7月31日前被执行人可自行变卖交款到法院，届期后10日内不能清偿债务，则所有权转移申请人。	在双方达成执行和解协议，并约定以物抵债时，尚约定被上诉人须于之后的时间还款，当时还款履行期限尚未届满。 该约定属于履行期限届满前达成的以物抵债协议 ，且抵债物尚未交付债权人。
李永为、李永利合同纠 纷民事二审民事判决书 （2021）川15民终 2490号	2007年12月4日，李永利（甲方）、李永为（乙方）在亲戚的见证下，又签订一份《协议书》，载明：现经甲乙双方协商达成一致，就胞兄所买房屋，坐落于大益（原食品站）地段，胞兄在购房时借胞弟16000元，后经俩兄弟协商，其弟需要住房， 故胞兄同意将16000元借款，按胞兄的房屋分割一份为胞弟李永为所居住位置着为胞弟所有（产权所有属乙方）。	案涉16000元系借款，且借条上均未载明具体还款期限，李永为亦未举证证实其明确要求李永利返还借款本金和利息的具体时间，后期李永为与李永利签订的多份协议均是对偿还16000元借款达成的新的履行意见， 在性质上应当属于履行期届满前达成的以物抵债协议。
山西晋通伟业建筑安装 工程有限公司、山西华 菱电梯工程有限公司承 揽合同纠纷二审民事判 决书 （2020）浙05民终 1684号	双方签订《补充协议》一份，约定合同电梯工程款72万元， 晋通公司用汾秀苑小区1#楼的1701室和304室房屋产权支付华菱公司电梯款 ，晋通公司必须保证房屋产权的唯一性，不允许二次抵押或销售。	根据双方签订的《电（扶）梯设备合同》《补充协议》约定的付款方式为用晋通公司汾秀苑小区1#楼的1701室和304室房屋产权支付72万元电梯款。 上述协议内容系当事人在债务履行期届满前达成的以物抵债协议。

案号	以物抵债约定	裁判内容
涟水县汉邦置业有限公司与歌拉瑞电梯股份有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书 (2020)苏05民终8187号	双方同意用甲方应付的上述货款抵付乙方购买甲方开发的中央城项目房屋的购房款 ，即抵付的货款金额为1228.85万元。本协议确定的房源及价格作为双方以后签订的《商品房买卖合同》的一部分。	汉邦置业有限公司与歌拉瑞公司成立电梯买卖及安装合同关系，双方在2016年8月3日的供货安装合同及同日的《货款及房款结算协议》中约定了以汉邦置业公司开发的房产抵偿相应的电梯款，之后在同日至2017年4月双方签订了六份《商品房买卖合同》履行前述抵偿约定，…… 前述抵偿的约定性质上属于在债务履行期届满前达成的以物抵债协议。
乔平利与陕西高鸿房地产开发有限公司,陕西正伟建筑工程有限公司商品房销售合同纠纷二审民事判决书 (2020)陕04民终2593号	《彬县公园时光1#楼项目工程室内低温热水地面辐射采暖工程施工承包合同》，合同第六条结算及付款方式为：3.1本工程无预付款。3.2本工程款原则上非现金支付， 甲方均用彬县公园时光项目(1#、2#楼)的在售住宅商品房进行抵付 （原则上不抵扣4、5层及25、26层房源）。	上诉人认为案涉工程交付使用，按照法律规定，应当视为合格，以房抵债的条件已经具备，因截至目前，上诉人提交的证据不能证明正伟公司与第三人博雅公司按照合同约定就地暖安装工程进行竣工结算。 当事人在债务履行期届满前达成的以物抵债协议 ，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，应当根据原债权债务关系起诉。
盛立新与徐杰等股权转让纠纷二审案件二审民事判决书 (2020)沪01民终10708号	盛立新提供承诺书一份，其中载明“经过多次协商，徐杰欠盛立新上海冠卓45%股权转让款1,800万，上海杰桢60%股权300万出资款，承诺到2018年年底付清，如果不付， 本人名下的上海杰桢60%和上海冠卓45%归盛立新所有。 ”	据承诺书所载，盛立新对徐杰享有300万元债权的履行期限为2018年年底，逾期未清偿，徐杰名下杰桢公司60%的股权归盛立新所有。结合盛立新陈述该承诺书系2017年形成、徐杰尚未将股权交付给盛立新等情况可见， 该承诺书系双方在债务履行期届满前达成的以物抵债协议 且抵债物尚未交付债权人。
张小英与永州金帝房地产开发有限公司、黄桂华、叶义万民间借贷纠纷二审民事判决书 (2020)11民终446号	《抵账结算单》约定*-*号 商铺作价2,235,125元抵张小英、王海平借款2,160,000元。	永州金帝房地产开发有限公司将抵押物中的*层*-*号商铺出卖给张小英，《抵账结算单》约定*-*号商铺作价2,235,125元抵张小英、王海平借款2,160,000元， 上述房屋买卖合同实为当事人在债务履行期届满前达成的以物抵债协议 ，其性质属于对借款合同的担保。

案号	以物抵债约定	裁判内容
李振辉、陈光燕民间借贷纠纷二审民事判决书（2019）黔05民终6895号	第5条约定：合同期满，甲方不能还清借款，甲方将与乙方协商是否续签合同，过期（限5天）不还款又不协商， 则甲方所购房屋将自动属于乙方所有 ，任何人无权干涉。	双方在借款合同中约定借期两个月，以李振辉购买的商品房作抵押（未办理抵押登记），并约定合同期满，不还款又不协商，李振辉购买的房屋归陈光燕所有。陈光燕陈述2018年起诉前到政务大厅咨询发现房屋已变更登记为他人。 该约定系在履行期届满前达成的以物抵债协议……。
浙江创业建设工程有限公司与宁夏银川龙马房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书（2019）宁民初33号	2017年9月27日，创业公司与龙马公司签订《对账确认函》…… 阳光城·中央商务广场房屋抵顶工程款202086458元，车辆抵顶工程款3680000元。	创业公司与龙马公司签订的两份《建设工程施工合同》是双方真实意思表示，内容亦不违反法律、行政法规的强制性规定，系有效合同。案涉工程尚未竣工，创业公司与龙马公司在《建设工程施工合同》中约定可以以房抵顶工程款，并在付款过程中实际以案涉254套房屋（对应工程款181041580元）以房抵顶工程款， 系债务履行期届满前达成的以物抵债协议。
辽阳市祥祺房地产开发有限公司、沈阳北方建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书（2018）辽民终645号	2012年4月12日，祥祺公司与北方公司签订《以车位支付工程款协议书》，约定用祥祺左岸高尔夫新城C2区的 324个地下车位至2080年1月14日的使用权支付抵扣工程款22,680,000元 （每个车位7万元）。	本院认为，……双方于2012年4月12日签订的《 以车位支付工程款协议书 》 系在后续债务履行期届满前达成的以物抵债协议 ，其本质是为了担保后续工程价款的实现……

第二部分\

在相关约定被界定为“以物抵债”协议性质的情况下，新债与旧债的关系

（一）对于在债务履行期届满后达成的“以物抵债”协议，除非双方明确约定消灭旧债，否则新旧债同时并存

针对债务履行期限届满后达成的“以物抵

债”协议，最高人民法院不同法庭在该问题上的认识略有不同，有的法庭认为可能构成债务更新，即成立新债务，同时消灭旧债务；亦可能属于新债清偿，同时存在新旧两债；有的法庭未明确说明新债如何履行，笼统定义为债务变更；还有的法庭明确了新旧债的履行顺序，说明债权人应当先要求履行新债，在履行新债不存在障碍时不得单方面要求履行旧债，具体情况整理如下：

《九民纪要》出台前最高人民法院关于履行期限届满后达成的“以物抵债”协议所涉新旧债关系的认定

法庭	定性	具体内容
最高人民法院民事审判第一庭	新债清偿	当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，可能构成债务更新，即成立新债务，同时消灭旧债务；亦可能属于新债清偿，同时存在新旧两债。…… 基于保护债权的理念，债务更新一般需有当事人明确消灭旧债的合意，否则，当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，性质一般应为新债清偿。 换言之，债务清偿期届满后，债权人与债务人所签订的以物抵债协议，如未约定消灭原有到期债务，则应认定系双方当事人另行增加一种清偿债务的履行方式，而非原债权债务的消灭。……在新债清偿下，旧债务于新债务履行之前不消灭，旧债务和新债务处于衔接并存的状态； 在新债务合法有效并得以履行完毕后，因完成了债务清偿义务，旧债务才归于消灭。 若新债务届期不履行，致使以物抵债协议目的不能实现的，债权人有权请求债务人履行旧债务；而且，该请求权的行使，并不以以物抵债协议无效、被撤销或者被解除为前提。——《民事审判实务问答》
最高人民法院民事审判第二庭	债务变更	债务履行期届满后约定以物抵债的……考虑到债务更新彻底消灭原债，原债的担保也随之消灭，对债权人非常不利。从保护债权人利益出发，除非当事人有明确的债务更新的意思表示，否则， 应以物抵债协议解释为是债务变更而非债务更新。 ——《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要》
最高人民法院第五巡回法庭	新债与旧债并存	当事人达成以物抵债协议是为了清偿旧债，在以物抵债协议未履行前新债与旧债并存，但基于对债权人与债务人利益的平等保护，以及对当事人行为的可预期性要求，为了维护交易秩序的稳定， 在以物抵债协议不存在履行障碍时，当事人不得单方要求履行旧债 ——《最高人民法院第五巡回法庭法官会议纪要》

(二) 可见，最高人民法院各法庭在该问题上认识曾经并不统一

为此，最高人民法院在其出版的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》第303页中对债务履行期限届满后达成的“以物抵债”协议的新债与旧债的关系进行了明确，认为

其系新债清偿，即，“以物抵债”协议成立后，同时存在新旧两债，债务人不履行“以物抵债”协议的，债权人既可以请求继续履行“以物抵债”协议，也可以请求恢复履行旧债。……债权人原则上应当先请求履行新债。债务人不履行新债的，债权人既可以根据新债主张继续履

行、违约责任，也可以恢复旧债的履行。自“以物抵债”有效成立之日起，新旧两债均归于消灭，债权人取得抵债物的所有权。

(三) 对于在债务履行期届满前达成的“以物抵债”协议，新债与旧债为担保与被担保关系

最高人民法院民事审判第二庭的审判观点认为，考虑到在抵债物价值发生巨大变化的情况下，履行新债不利于平衡双方当事人的利益，故不宜机械地采纳传统债法有关新债清偿的理论。……可以参照适用《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23条¹的规定来处理。据此：一是所谓的买卖合同实质上是借款合同的担保，故法院应当按照民间借贷关系来审理，而不应按照所谓买卖合同来审理，从而明确了审理对象；二是买卖合同既然本质上属于担保，则出借人不得请求实际履行买卖合同，只能请求变价，从而较好地平衡了双方的权利义务关系；三是作为担保的买卖合同因未经公示，故不具有物权效力，所以债权人不能以对价款优先受偿。将该条适用于“以物抵债”协议，则明确了作为履行依据的仍是原债，以物抵债协议仅是作为债权性质的担保，债权人并无优先受偿效力，较之于新债清偿，可以较好地平衡双方当事人利益。抵债物已经交付债权人的，构成让与担保，新旧两

债仍然是主债权与从债权的关系，可以参照质押的规定处理。

第三部分\

在相关约定被认定为“以物抵债”协议性质的情况下，债权人主张权利的路径分析

(一) 履行期限届满前达成的“以物抵债”协议，债权人有权要求债务人履行旧债，若抵债物已经交付构成让与担保，债权人有权要求行使担保物权；若抵债物未予交付，债权人只能主张旧债或在债务人不履行旧债的情况下主张拍卖抵债物，以拍卖的价款来偿还债务

《九民纪要》出台后，其在第45条中明确规定，抵债物是否交付直接影响债权人的权利主张方式，在抵债物已交付的情况下，按照第71条²的规定，债权人可以要求对抵债物拍卖、变卖、折价并优先偿还债权；但是，在抵债物

1.《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》第二十三条：当事人以订立买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。

按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本金之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。

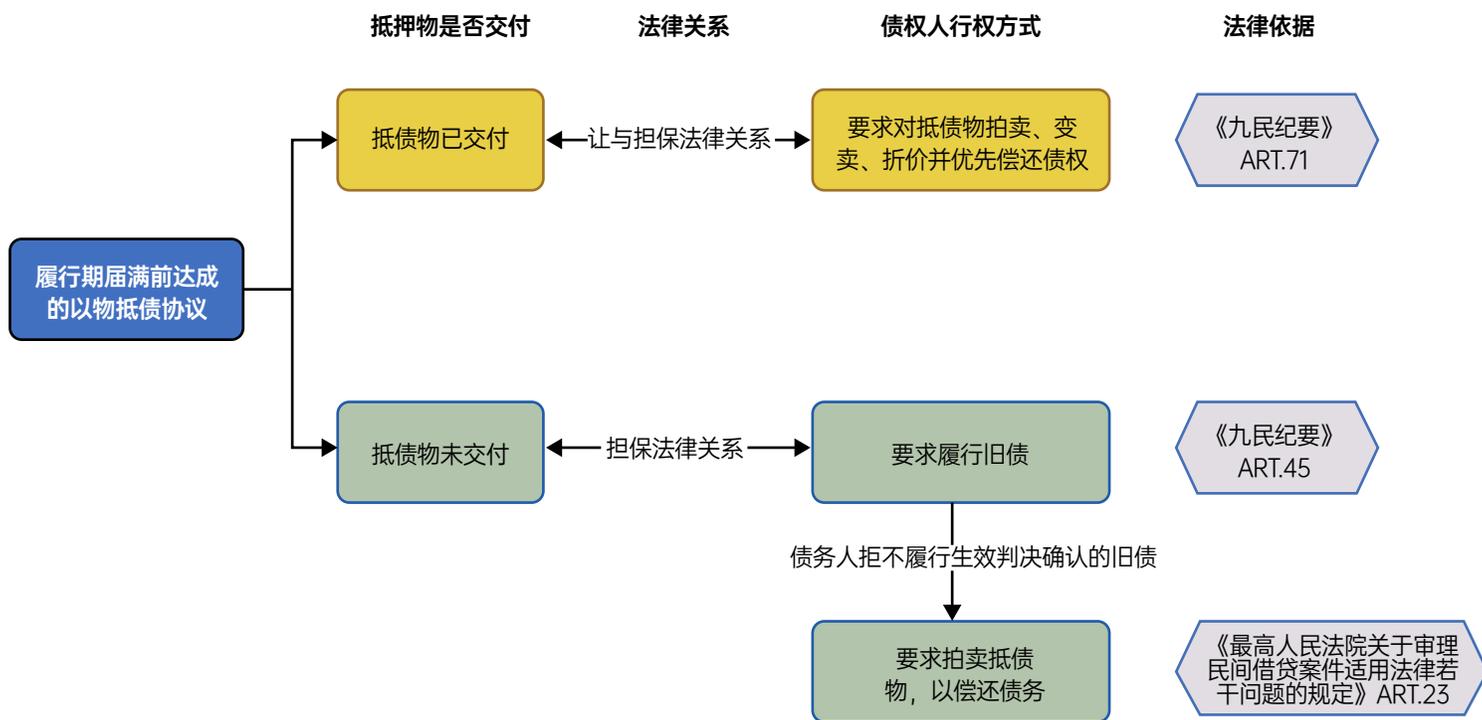
2.《全国法院民商事审判工作会议纪要》71.【让与担保】债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。

当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。

未交付的情况下，债权人不能对抵债物主张物权，只能要求债务人履行旧债，或者依据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十三条³的规定，在债务人不履行旧债的情况下主张拍卖抵债物，以偿还

债务，但债权人对抵债物的拍卖所得价款并不具有优先受偿权，与债务人的其他普通债权人顺位一致。

不同情况下债权人具体主张权利方式对应图示整理如下：



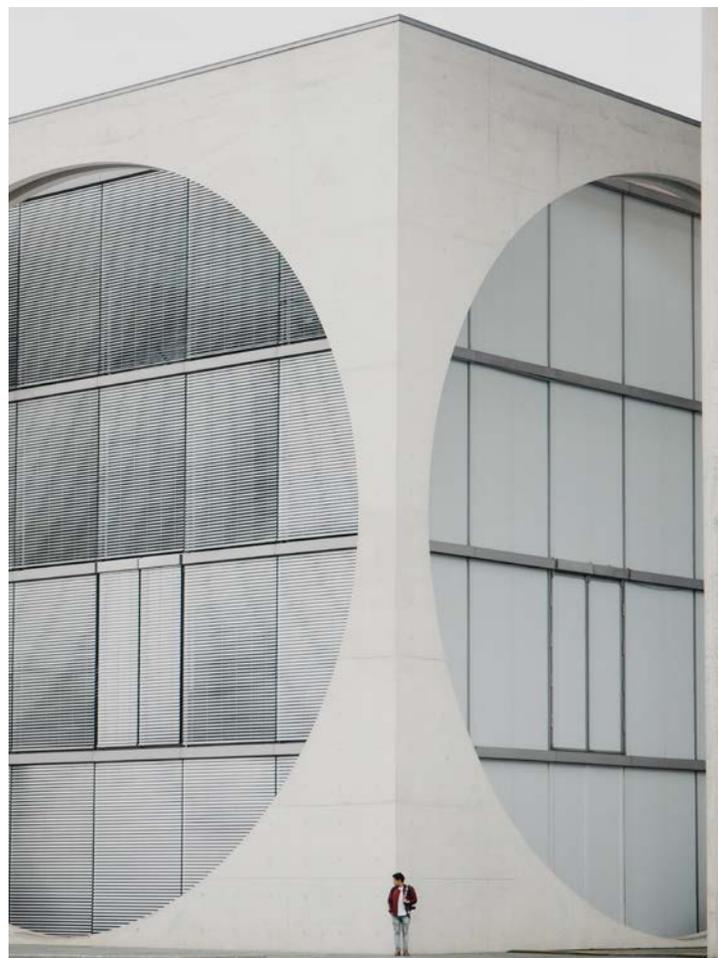
但需要特别提示的是，虽然《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》规定的是债务人不履行生效判决确定的金钱债务，债权人有权申请拍卖抵债物以偿还债务，但是笔者通过检索发现，在司法实践中，法院并不要求债权人必须首先起诉要求债务人清偿金钱债务，此后再另行起诉要求拍卖抵债物。实际上债权人可以同时要求债务人履

行金钱债务和要求拍卖抵债物以偿还债务，此时只是需要注意诉讼请求的表述方式，以确保诉讼请求足够具体并具有可执行性。具体诉求方式可参考如下案例：

3. 《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》第二十三条：当事人以订立买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本金之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。

同时主张清偿旧债及拍卖抵债物的案例

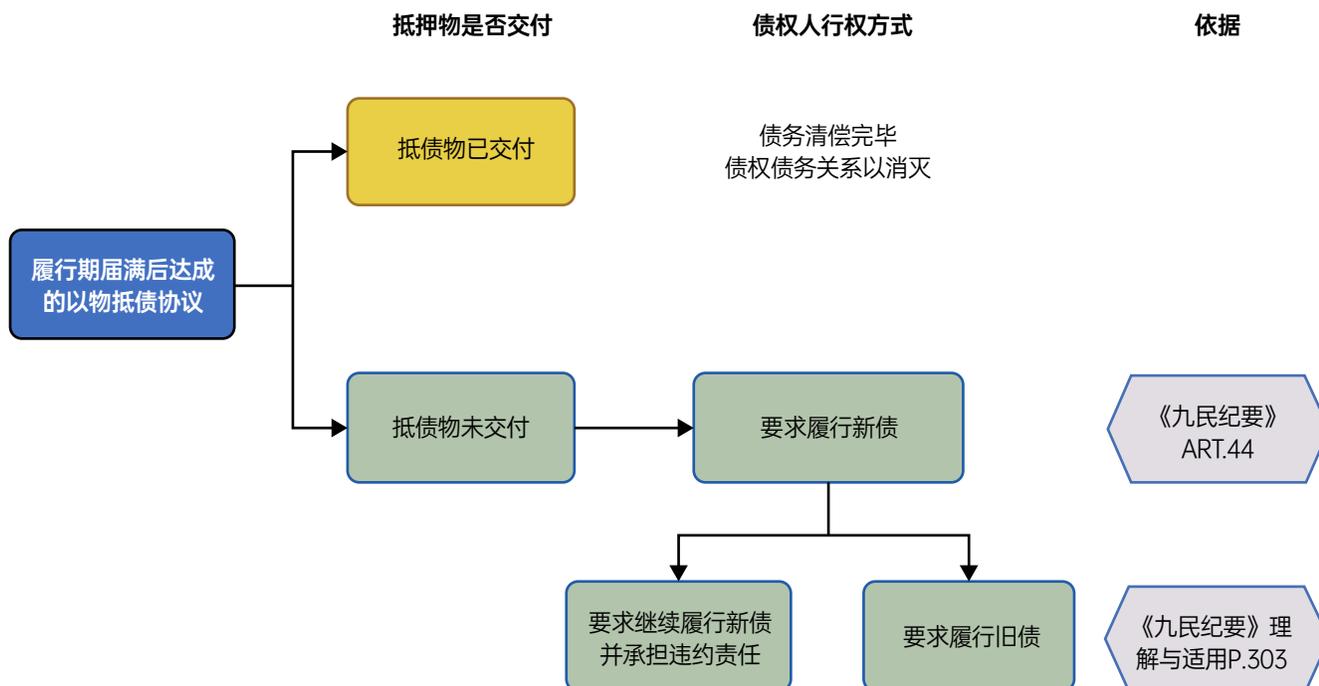
案号	清偿旧债的判项	以抵债物清偿债务的判项
陈灵康、浙江省广业钢铁实业有限公司民间借贷纠纷二审民事判决书 (2017)最高法民终940号	判令广业钢铁公司于判决生效之日起十日内偿还陈灵康借款本金90830500元及相应利息（以40830500元为基数按照年利率24%计息，自2010年5月14日起计至付清之日止；以5000万元为基数按照年利率24%计息，自2011年5月20日起计至付清之日止，已经支付的187.5万元在此利息中予以冲减）。	判令杭州堡业建设有限公司对浙江省广业钢铁实业有限公司 不能清偿的债务 在2012年1月8日《房屋转让合同》（合同编号分别为：（2010）堡转字第0034号、（2010）堡转字第0035号、（2010）堡转字第0036号、（2012）堡转字第0001号、（2012）堡转字第0002号）所涉 房产清算作价的价值范围内承担清偿责任 。



(二) 债务履行期届满后达成的“以物抵债”协议的债权人既可以请求履行“以物抵债”协议，也可以请求恢复履行旧债

结合上述分析，在履行期届满后达成的“以物抵债”协议所涉的新债与旧债并存，根据《九民纪要》第44条的规定，若抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院要着重审查“以物抵债”协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。经审查，不存在以上情况，且无其他无效事由的，人民法院依法予以支持。

不同情况下债权人主张权利方式对应图示整理如下：



第四部分\

关于债务人明确放弃债务履行期限届满前达成的“以物抵债”协议约定的期限利益，以及在“以物抵债”协议履行期限届满前抵债物已经交付给债权人的处理

(一) 如何认定“以物抵债”协议为债务履行期限届满前达成的“以物抵债”协议

1、履行期届满前达成的“以物抵债”协议，协议的形成时间不能晚于债务履行期届满时间

这一时点。具体体现为“以物抵债”协议的签订时间可以是债务形成前，可以是债务形成时，还可以是债务形成后但履行期限届满以前，笔者整理相关具体案例如下：

案号	时间节点	裁判内容
<p>邯郸市时刻典当行有限公司、河北聚良环保设备有限公司等执行异议之诉民事二审民事判决书 (2021)冀04民终3949号</p>	<p>【协议签订时间为债务形成前】： 债务形成时间：2015年3月30日、2015年9月23日 以物抵债协议达成时间：2015年3月20日</p>	<p>因需要聚良环保公司为博大华鸥公司偿还贷款，润实公司以自有的房产代替博大华鸥公司偿还所欠聚良环保公司的债务，属于以物抵债性质，因签订房屋买卖合同的时间为2015年3月20日，聚良环保公司代为偿还贷款分别是在2015年3月30日和2015年9月23日，房屋买卖合同系在博大华鸥公司所欠聚良环保公司债务形成之前达成，属于在债务履行期届满前达成的以物抵债协议。</p>
<p>北京大银资本管理有限公司与黑龙江同禹药品包装股份有限公司等合同纠纷二审民事判决书 (2021)京民终387号</p>	<p>【协议签订时间为债务形成时】： 债务形成时间：2015年10月23日 以物抵债协议达成时间：2015年10月23日</p>	<p>……大银公司在与同禹公司签订《借款合同》的同日又签订了《债转股协议》，即在各方当事人达成借款合意的同时，亦约定了以股抵债的清偿方式。当事人在债务履行期届满前达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院应当向其释明，其应当根据原债权债务关系提起诉讼，经释明后当事人仍拒绝变更诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。</p>
<p>王建平与常州凯悦房地产有限公司商品房销售合同纠纷申诉、申请民事裁定书 (2020)苏民申6150号</p>	<p>【协议签订时间为债务形成后但履行期限届满以前】： 债务形成时间：2015年2月18日 债务到期时间：2015年4月30日 以物抵债协议达成时间：2015年4月21日</p>	<p>王建平与王金成的债权债务关系来源于双方达成的股权转让协议，王建平因出让股份而对王金成享有相应债权，该债权届满日为2015年4月30日。而王建平是在2015年4月21日与王金成、凯悦公司签订三方协议，并在同日与凯悦公司签订《商品房买卖合同》，显然在王建平与凯悦公司达成以物抵债协议时，其对王金成享有的债权尚未到期。当事人在债务履行期限届满前达成的以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，应当根据原债权债务关系提起诉讼。因此，王建平依据在债务履行期届满前达成的以物抵债协议要求凯悦公司交付抵债物的请求，缺乏法律依据，不能成立。</p>

2、履行期届满后达成的“以物抵债”协议，顾名思义，协议签订时间应当晚于债务履行期届满时间。但是，若协议虽形成于履行期届满之前，但是债务人明确放弃了期限利益，则亦属于履行期届满后达成的“以物抵债”协议，具体理由详见第（二）点。

（二）债务履行期限届满前达成的“以物抵债”协议，如债务人明确放弃期限利益，将被视为履行期限届满后达成的“以物抵债”协议；如抵债物在债务履行期限届满前已交付债权人，则形成让与担保关系

理论层面上有一种观点认为，“以物抵债”协议表面上是双方通过抵债物抵顶债务的意思表示，若将该意思表示拟制为担保，则拟制色彩过于浓厚。为避免拟制的担保法律关系掩盖当事人的真实意思表示，最高人民法院在其出版的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》第308页中说明“当事人在签订“以物抵债”协议时，可能确实没有设定担保的意思表示，将其解释为担保是否与当事人真实意思表示相违背？我们认为如果当事人有明确抛弃期限利益的意思，则不再适用本条规定（《九民纪要》第45条——履行期限届满前达成的以物抵债协议），而应适用前一条有关履行期限届满后达成的以物抵债协议的相关规则。”因

此，“履行期限届满前达成的”“以物抵债”协议，在债务人明确放弃期限利益的情况下，可以转化为履行期限届满后达成的“以物抵债”协议，此时，债权人有权按照《九民纪要》第44条规定主张权利。

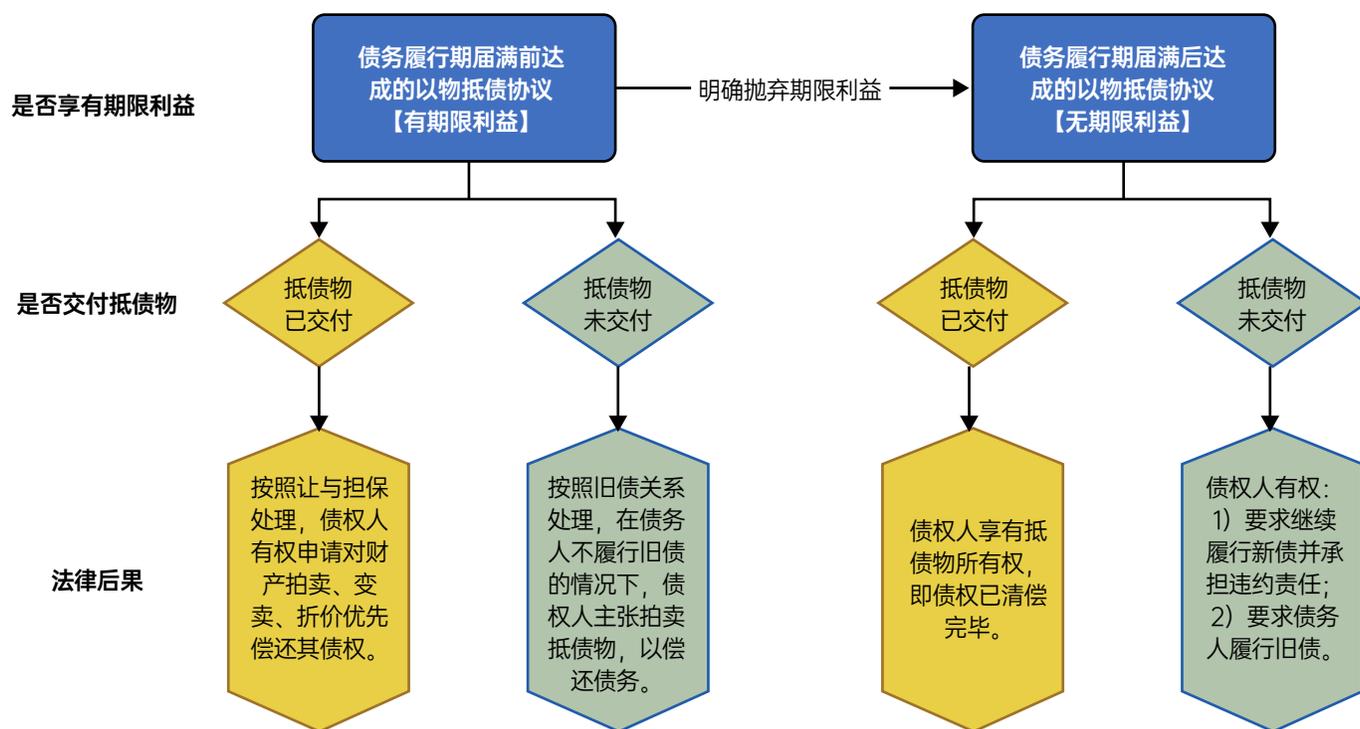
若以物抵债协议在履行期届满前达成，但抵债物已经交付给债权人，则形成的是担保法律关系，新债构成对旧债的担保，属于让与担保规定的情形。应适用《九民纪要》第71条规定的让与担保规则进行处理，即债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院将予以支持。

第五部分\

总结与建议

（一）“以物抵债”协议根据签署时间、抵债物是否交付、是否放弃期限利益等不同情形下法律后果一览表

总结本文以上所述“以物抵债”协议在不同情形下的不同法律后果如下：



(二) 签订、履行“以物抵债”协议实务操作建议

通过本文分析, 总结签订、履行“以物抵债”协议实务操作建议如下:

1、结合交易目的以及履行期限对债权人、债务人的意义, 以不同身份合理安排以物抵债协议的签订时间及决定是否完成 (或要求完成) 抵债物的交付。

2、根据实际需求, 债务人应审慎考虑放弃履行期限利益。

3、履行期限届满前达成的“以物抵债”协

议, 债权人即便未能取得担保物权, 但在“以物抵债”协议项下, 债权人仍享有在债务人不履行旧债的情况下主张拍卖抵债物以偿还债务的权利。 ☞



冯东
 合伙人
 争议解决部
 深圳办公室
 +86 755 3325 6979
 fengdong@zhonglun.com

家族财富财产保全规划 的实践与分析

作者：贾明军 秦卓瑜 杨佳洁



我国改革开放四十多年来，民营企业规模越来越大，为经济发展作出了巨大贡献。与此同时，随着财富规模的增加，企业家家族内部的风险或许也日益增加，而部分企业主的法律意识可能有所不足。故而，在“变化”与“无常”之下，企业家的社会责任与家庭责任有时候需要平衡与兼顾。一般而言，家族财富安全保障是一项“润物细无声”的日常工作，但囿于主观意识与法域制度等因素，部分企业家可能没有抓住“家庭资产负债最优化”的良机，特别是近年来，许多企业家往往是在企业生死存亡之际，才恍然意识到需要为家人留些“救命的稻草”。

有鉴于此，为避免企业家及其家族重复“从最风光，到最沧桑”的遗憾教训，针对家族财富的财产保全规划，本文根据实际操作经验，结合热点案例进行分析，浅谈家族财富财产保全规划的法律保障路径和操作要点，供企业家与同业参考借鉴。

第一部分\

家族财富财产保全规划项目的整体流程

一般来说，家族财富财产保全规划项目通常包括以下几个环节：

（一）项目的签约

对于此类项目，通常具有以下特点：

1. 签约目的

从客户的签约目的来看，不论客户的背景是在企业发展顺利时为防患于未然，还是在企业遭遇发展危机时保留“救命稻草”，客户都是

希望律师通过法律上的财产保全规划，依法合规地进行法律分析并采取措施，尽可能扩展家族财富的“安全边际”。

2. 团队组建

从律所内部的团队组建来说，核心在于匹配客户的实际需求，通常需要由不同业务领域的团队进行通力合作，从多个角度来为客户提供综合化的财产保全规划。在实践中，一般由项目牵头合伙人负责组织，所组建的团队通常包括财富规划律师、公司证券律师、刑事合规律师、涉外律师等各业务类型的律师。

3. 拓展服务

拓展服务，也需要根据客户的实际情况来

开展。例如，针对已经面临发展困境的企业来说，可能需要破产律师、并购律师等业务类型的律师加入，并且通常还需要聘请外部的审计和会计机构，来推进企业的破产重组或并购工作。

(二) 尽职调查

项目签约后，首先需要开展的是尽职调查。

1. 律所内部团队的分工与融合

开展项目的尽职调查，需要考虑律所内部各个团队之间的分工和合作。一般，应当由项目牵头负责人统筹安排、推进。不同团队的尽职调查工作，应当根据各个板块的紧急程度、客户的需求、律师团队的实际工作情况来安排。

2. 调查问卷和材料清单

在开展尽职调查的过程中，向客户提供调查问卷和材料清单是实践中比较常见的一种方式。

以财富规划的板块来说，调查问卷通常包括三个方面的内容，第一是家族成员身份信息，通常包括姓名、国籍、境外身份、任职、常住地、婚姻状况等；第二是财产和负债信息，财产方面通常包括公司股权、合伙企业份额、不动产、现金、存款、投资、信托、保险，以及由他人代持的财产，负债方面通常包括借款、担保、权利质押和其他连带责任风险等，以上信息既包括境内也包括境外的；第三

是传承意愿及规划，也即家族成员是否签署或订立过婚姻协议、配偶同意函等涉及夫妻共同财产处分的文件，是否订立过遗嘱、遗赠扶养协议、赠与协议等涉及个人财产处分的文件等。

资料清单通常是围绕调查问卷的相关内容，请客户提供相关资料或证明文件。

3. 实地走访与面谈

开展尽职调查的过程中，通常也需要进行实地走访，了解项目的背景和实际情况。并且，通常需要和客户进行多次的面谈，核实项目情况，了解客户的想法和需求，并进行沟通。

(三) 调研后的归纳与分析

在尽职调查初步完成后，律师需要对获取的材料和信息进行归纳和分析。

1. 补充调查

针对初步调查中缺失的材料和信息，律师需要进行补充调查，关键信息需要由客户补充提供材料。

2. 客户与律师多轮的沟通会

在此类项目开展的初期，律师通常应当和客户进行多轮的沟通，一方面，此类项目通常涉及的材料较多，财产价值较高、种类较多，财富变迁的时间也比较久远，律师需要尽量全面地了解项目背景，掌握项目信息；另一方面，客户针对财产保全项目通常也有自己的想法和



意愿，并且随着律师提供的法律分析，可能也会发生改变，律师需要及时了解客户的意见，以便更有针对性地提供法律服务。另外，充分的沟通也有利于培养客户对律师的信任，从而为双方顺利合作提供更加便利的环境。

（四）规划方案的确定与调整

在掌握了项目信息和材料，了解了客户的需求之后，律师会着手进行法律分析并设计具体的财产保全规划方案。

1.综合报告的定稿

根据项目的具体情况，律师会起草《家族财富保障建议与筹划报告》，梳理项目信息和材料，进行法律分析，并提供法律筹划建议。

2.方案的落地与据实调整

在综合报告定稿后，律师通常需要和客户再进行沟通，了解客户有无修订意见。

在方案最终确定后，律师可以根据客户的意见实施方案，并根据实际情况进行调整和灵活处理。

（五）项目的持续跟踪与完善

在综合报告定稿并落地后，此类项目的工作只能说是暂时告一段落。值得注意的是，律师应当注意引导客户，只要企业持续存在和发展，家族财富的财产保全规划就应当持续进行，并且应当根据未来出现的新变化和新情况加以调整。

第二部分

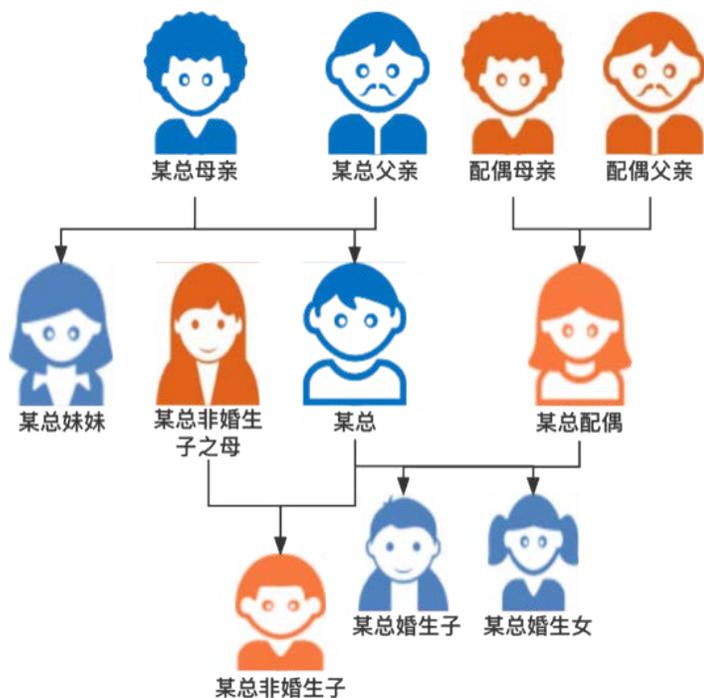
家族财富梳理与常见风险应对

(一) 家族财富三张图：展现“人”与“财”

梳理家族财富时，通常可以通过以下三张图来进行。例图仅供参考，具体应根据企业主实际情况绘制。

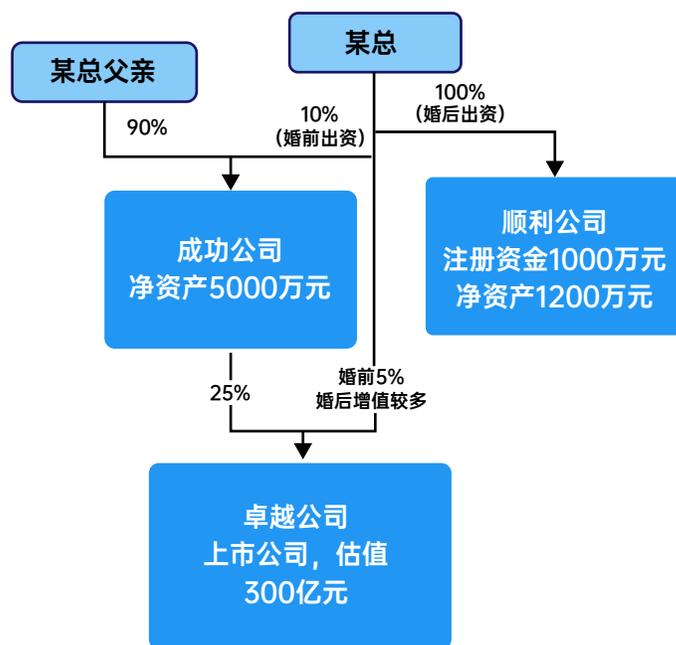
1. 家族人物关系结构图

所谓家族人物关系结构图，主要是展示家族主要成员之间的关系，通常包括家族几代人的情况：



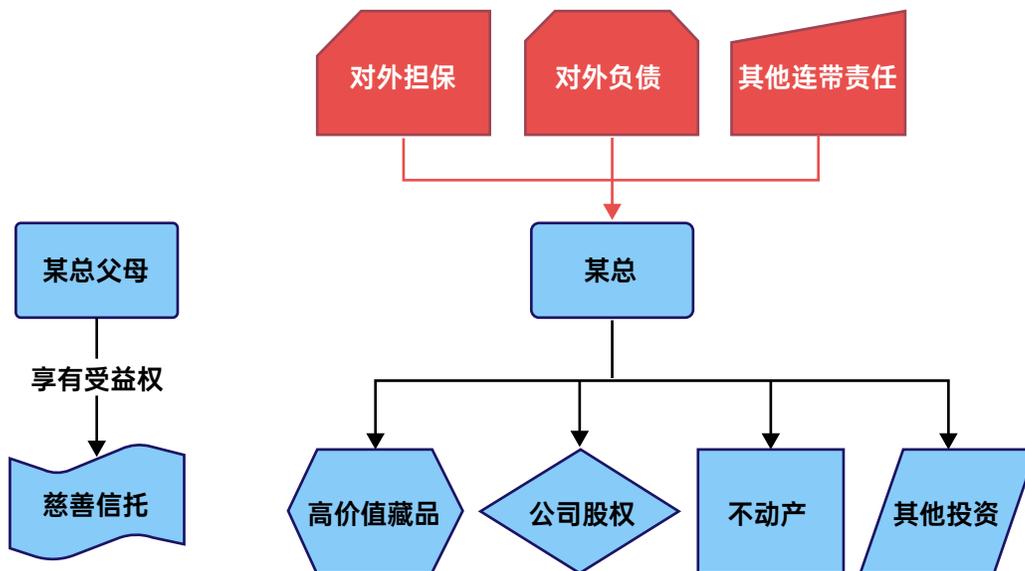
2. 家族股权结构图

所谓家族股权结构图，主要是为了展示家族企业的股权结构，通常应当突出主要家族成员对核心公司的持股方式：



3. 家族资产负债图

所谓家族资产负债图，主要是为了展示家族成员名下的资产和负债，也即将“人”和“财”联系起来：



(二) 家族财富的常见风险与应对

家族财富通常主要会面临以下四个方面的风险。

1. 婚姻风险

婚姻风险是指家族成员因婚姻的缔结和解除，导致家族财富被分割的法律风险。针对婚姻风险，通常可以考虑的筹划工具包括：

(1) 签订指定赠与协议

根据《民法典》第一千零六十二条、第一千零六十三条等法律的规定，夫妻一方在婚内受赠或继承的财产原则上为夫妻共同财产，除非继承或赠与合同中确定只归一方所有。

因此，对于父母向子女赠与的财产，建议父母和子女之间签订指定赠与协议，明确所赠

与的财产为子女一方的个人财产，排除子女配偶一方的财产权利。

指定赠与协议不需要子女的配偶签字或知情，可以在保障家族资产定向传承的同时，尽量避免破坏子女与其配偶的夫妻感情。

(2) 签订婚前协议或夫妻财产协议

根据《民法典》第一千零六十五条的规定，夫妻双方可以订立书面的夫妻财产协议，对婚姻关系存续期间所得的财产进行约定，可以约定归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。

因此，对于将要结婚或已经结婚的家族成员，可以考虑签订婚前协议或夫妻财产协议，明确财产及未来收入的归属。

(3) 划分个人财产、夫妻共同财产与家族资产

律师在进行规划时，应当对家族成员的个人财产、夫妻共同财产、家族资产进行认定和划分，一方面是有利于梳理不同家族成员的财产，另一方面，在进行债务筹划时，也可以更有针对性。

2. 继承风险

“天有不测风云”，如果家族成员不幸发生意外，在没有遗嘱的情况下，按照我国法律将发生法定继承，将导致遗产继承存在不确定性，并且可能导致家族财富向姻亲外流。如果客户家族的财产种类较多，财产价值较高，我们建议家族成员都订立遗嘱。

(1) 签订遗嘱

建议家族成员订立一份遗嘱，遗嘱形式可以采取公证遗嘱、自书遗嘱或其他符合《民法典》要求的遗嘱形式。

另外，《民法典》规定夫妻一方在婚内继承的财产原则上属于夫妻共同财产。为了保障家族财富的有效传承，避免家族财富向姻亲外流，可以考虑在遗嘱中明确“由继承人个人继承，属于继承人的个人财产，排除继承人配偶的财产权利”。

(2) 签订意定监护协议

根据《民法典》第三十三条的规定，成年

人可以通过书面形式确定自己的监护人，在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责。

根据我国法律，重要家庭成员，倘若部分丧失或者全部丧失民事行为能力，则配偶是天然的法定监护人，可以代理“失能”的家庭成员做出很多重大决定，比如治疗方案、对个人财产的处分等，这可能会对家族资产的传承不利，因此也需要考虑为持有家族控股公司股份的重要家庭成员配以意定监护协议。

我们建议重要的家庭成员要配备意定监护协议，万一重要家庭成员“失能”，将日常护理、就医治疗、财产处分等不同方面的决定权通过不同的意定监护协议，委托不同的监护人代理。同时，涉及要行使家族控股公司董事成员权利的，也可提前签订“失能”情形下的授权委托书。

3. 债务优化

在经营企业的过程中，企业主产生债务的情况非常常见，包括家族成员自身的借款债务，也包括家族成员为公司担保而产生的担保债务，有些情况下，还可能因揭开公司面纱而导致的企业主连带责任债务等。在家族财富筹划中，债务优化也是非常重要的一个方面。

(1) “安全临界区域”进行认定

值得注意的是，针对客户的债务情况，如

果其债务情况已经恶化，律师在进行规划时应当对家族资产的“安全临界区域”进行认定，例如，资不抵债的大致时间可能出现在什么时候？在认定时，通常可以结合上市公司股价、核心公司股权价值与债务进行对比，以此推定“安全临界区域”。

认定“安全临界区域”对于律师针对项目进行法律分析和筹划具有重要的意义。例如，对上述时间进行大致的测算后，律师可以针对“安全财产”与“风险/责任财产”进行认定和划分，并根据实际情况制定不同的筹划方案，以最大程度保证筹划方案的依法合规，维护客户的合法权益。

(2) 专项筹划

对于债务优化部分的规划，通常还是应当根据实际情况，由律所内部的破产律师、并购律师、公司证券律师等出具其他专项法律分析报告进行说明。

4. 代际传承

“财富千千万，最终归家园。”家族财富筹划的核心在于财富的传承，包括委托人向二代和三代的传承。

家族财富的代际传承要考虑财产的实际情况、家庭成员的意愿、传承的成本和风险等诸多因素，综合各种情况制定方案。通常来说，代际传承的常见方式包括生前赠与、身后继

承，通常还可以通过家族信托、大额保单等金融工具实现代际传承的目的。

第三部分\

不同类型财产的常见分析与处理

在进行规划时，律师应当根据实际情况提供法律分析和筹划方案，以下内容仅是针对一般常见情况的介绍。

(一) 不动产

不动产通常是客户比较常见的财产形式。在财产保全规划中，对于不动产的规划通常涉及以下要点。

1. 常见风险

对于不动产来说，分析风险应当关注购买、持有、出售等不同环节。常见风险通常包括但不限于：

(1) 实际付款和合同约定是否一致；

(2) 合同约定的购房主体与实际办理网签或者产证的主体是否一致；

(3) 房屋所有人在经济状况恶化时名下房屋被执行的风险……

2. 规划建议

对于购买房屋的过程，通常需要梳理购房款的实际支付情况，并注意和购房合同的一致

性。如果实际办理网签或产权的主体和合同存在出入，则需要完善钱款给付的手续，注意依法合规。

对于房屋的持有，如果所有人的经济状况恶化，其名下房产面临被执行的风险，可以建议客户依法合规处分房屋，目的在于回流资金，缓解现金的压力。如果所购房屋只是办理了网签手续，但是没有实际办理产证，则可以考虑撤销网签，将房屋的合同权利退回给开发商，目的也是在于回流资金。

对于房屋的出售，应当梳理售房款的流向。

(二) 金融资产

以银行存款为例，财富规划律师通常会仔细梳理客户的银行流水，尤其是经济情况恶化、或者购买相关核心资产以来的完整银行流水。

1. 常见风险

对于银行流水的梳理，财富规划律师应当详细梳理客户银行流水中的大额支出，主要的常见风险包括：

(1) 对家族成员的大额转账，通常是长辈对晚辈（例如父母对子女）的大额转账；

(2) 对其他特定主体，例如进行资金周转的特定人员之间的大额转账；

(3) 与公司之间的大额支出，这可能会引发个人资产和公司资产的混同，严重时可能导

致“揭开公司面纱”的情况。

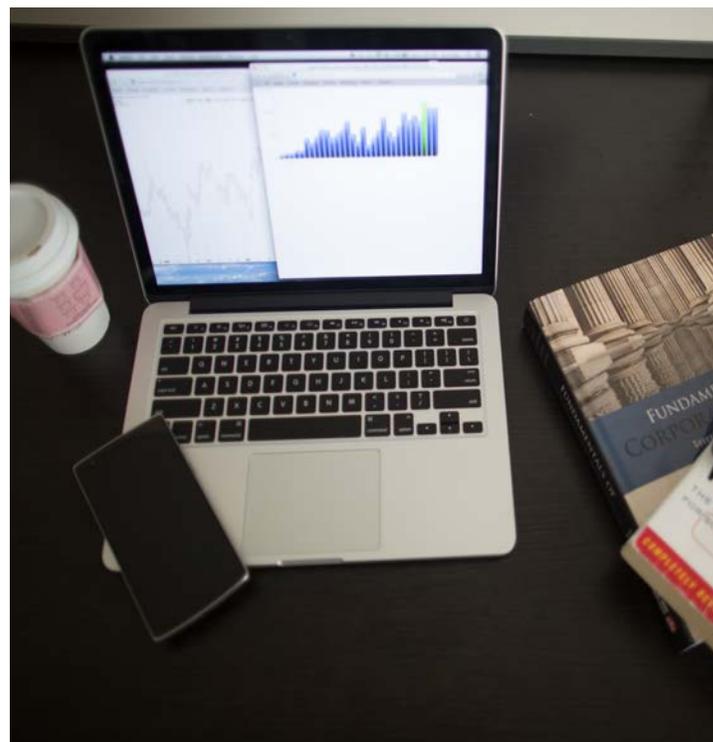
2. 规划建议

对于银行存款的规划，一般应当注意以下几个方面：

(1) 根据“安全临界区域”分类整理银行流水和资金情况

所谓推算“安全临界区域”，也就是测算出家族财富状况恶化的大致时间，一般可以结合债务情况和家族核心资产的价值进行比较。

在这个过程中，财产方面应当梳理个人财产、夫妻共同财产和家族财产；负债方面也应当区分个人债务、夫妻共同债务和家族债务，分类进行对比。



(2) 对特定主体大额支出的合规化处理

通常来说，对于“安全临界区域”之外，也即家族财富资不抵债以后的大额支出，属于恶意转移财产的可能性较大。因此，对这部分通常要进行依法返还。

对于“安全临界区域”之内的，也即家族财富状况良好的时间进行的财产处分，通常需要结合实际情况。例如，父母对子女进行适当的赠与，就当时的家族财富来说属于合理的范畴内的，一般可以被依法支持其效力。

(三) 公司股权

对于高净值客户来说，通常公司股权、合伙企业份额以及上市公司股票往往是核心的家族财富，对于这类财产的规划，通常有以下特点。

1. 常见风险

对于公司股权来说，通常应当关注以下几个方面的风险，例如：

- (1) 股东是否实际出资；
- (2) 股权变更或者增资减资是否合法合规；
- (3) 股东个人资产和公司资产是否存在混同；
- (4) 股东名下股权是否被执行等。

2. 规划建议

对于公司股权，进行规划通常也需要结合实际情况依法合规进行，通常来说：

(1) 律师应当梳理股权变更的过程，核实出资情况，股东应当实际出资到位；

(2) 对于股权转让款，应当注意金额是否合理、是否实际支付到位，可以通过补充协议的形式进行合规化处理；

(3) 对于公司增资或者减资的情况，也要注意对价款是否合理，可以通过补充协议的形式进行合规化处理，并实际支付相关款项；

(4) 对于股权代持的情况，应当注意代持协议、实际出资和实际履行股东权利方面，是否符合代持的要求，补充完善相关的材料和手续。

第四部分\

非典型筹划方案的争议与商榷

实践中，目前也陆续出现了相关案例，为了达到财产保全的目的，有的企业主采取了“技术性离婚”、慈善捐赠、海外破产等措施，属于有一定特殊性的筹划方案。下文将从国内外相关法律规定的角度出发，对上述措施进行法律分析。

(一) “技术性离婚”

1. 案例介绍

某企业家A，筚路蓝缕将企业做大做强，成功上市，为行业发展做出贡献的同时，也为

个人与家庭积累了一定财富。但企业发展道路风云变幻，受多方面因素影响，企业发展路径出现瓶颈和停滞，甚至开始出现难关和风险。于是，在考量夫妻感情变化和子女发展需求等多个角度之后，企业家A与配偶B签订了离婚协议，并到民政局进行了离婚登记。

根据双方的离婚协议，A与B双方经慎重考虑之后，决定解除双方的夫妻关系。考虑到B在A创业过程中的不懈支持与巨大牺牲，以及子女未来成长之需要，离婚协议确定，双方离婚后，夫妻共同财产归B和子女所有，在企业经营过程中产生的A名下的负债、担保等债务，均属于A的个人债务，由A独立承担。

双方离婚后不久，企业经营情况愈下，最终产生破产危机，A因巨额负债被介入调查。此时，B和子女已携财产留居国外。

以上就是所谓的“技术性离婚”，也即当事人通过离婚的方式，将优质资产留给配偶或子女，将债务留给企业主自己，从而达到财产保全的目的。

2. 法律效果

在上述案例中，A与B离婚时，将财产全部约定给了B和双方的子女，而将债务全部留给了A自己。从法律效果上来说，夫妻关系存续期间在企业经营过程中产生的债务被分割为两部分：

第一部分是A负担的债务，但B以配偶身份参与签字或出具了同意函等，使得债权人能够证明债务属于《民法典》第一千零六十四条第二款所称的“用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示”的情况，这部分属于夫妻共同债务，根据《民法典》婚姻家庭编司法解释一第三十五条的规定，债权人仍然有权向男女双方主张权利；

第二部分是A的个人债务。在这种情况下，由于债务为A的个人债务，而双方通过离婚将财产归属于B个人所有，在离婚协议效力未被推翻、且权利登记在B名下的情况之下，一般来说债权人无法直接对B名下的财产主张权利。

“技术性离婚”并非基于实质的感情破裂而进行，虽然在一定程度上似乎可能达到债务隔离的效果，但采用此种方式的行为风险值得商榷。

3. 法律风险

企业家A希望通过“技术性离婚”来实现债务隔离，但债权人亦不会轻易放弃实现债权。从法律上来说，对于企业家A的这一行为，债权人可能提出如下主张，从而撤销或者否定离婚协议中财产分割条款的效力：

(1) **因通谋虚假意思表示无效。**A与B之间通谋以离婚的形式将夫妻共同财产交由B，但A

与B之间仍然在实质上共同享有相关财产的权益，并不存在实质上的分割和赠与行为，A与B的离婚协议中关于将财产全部分配给B的条款系双方以通谋虚假的意思表示作出，该行为属于民法典第一百四十六条规定中应为无效的情形，当属无效。

(2) **因违反公序良俗无效。**A与B之间通过离婚协议将债务全部分配给企业家A，将财产全部留给其配偶B和子女，使得相当部分的夫妻共同财产逃脱债务责任财产的范围，鉴于企业家A所负的债务数量多、金额高、影响大，这种分配行为极大地妨害了社会公共秩序，损害了社会公共利益，伤害了社会普通民众的感情，属于民法典第一百五十三条规定中“违背公序良俗”的情形，当属无效。

(3) **因恶意串通损害第三人利益无效。**A与B之间通过离婚协议使得部分债务人的责任财产减少，属于民法典第一百五十四条规定的“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益”的情形，当属无效。

(4) **债权人可行使撤销权。**A与B之间通过离婚协议约定夫妻共同财产均归B所有，实际上是一种使原属于A的夫妻共同财产无偿转让给B的行为，属于民法典第五百三十八条规定的“影响债权人的债权实现的”情形，债权人可以请求人民法院撤销A与B的这种行为。

4. 律师分析

除了上文介绍的法律风险，对于采用“技术性离婚”的当事人来说，还应当重点防范“假戏真做，人财两空”的悲剧发生。

通过离婚而对夫妻财产进行分配，除了上述第三项所说的财产分割条款无效、被撤销的风险之外，即使仍有部分财产被认定为确属B所有而无须对夫妻关系存续期间的夫妻共同债务负责，对A及A的家族来说仍然可能面临新的风险：即“技术性离婚”真成了“离婚”，B带着分配所得的财产从此“远走高飞”。特别是一旦A因为涉嫌违法犯罪在中国大陆境内被采取刑事措施，而B已持着外国身份远居国外时，根据我们的经验，相关风险可能会更大。

(二) 慈善捐赠

1. 案例介绍

有的企业主会考虑通过慈善捐赠来进行财富规划，本文提供两个案例，通过企业主对公司股权进行的不同处理方式，以此分析每种方式对家族财富筹划的影响。

(1) 股权交易

某集团公司甲整体规模很大，下属亦有多多个规模较大的上市公司。现因集团公司发展陷入困境，可能存在较大的债务危机，集团公司实控人A欲出售集团公司下属的港股上市公司

甲1实现资金回笼，缓解企业和个人债务压力。甲1系集团公司大行业内重要的细分领域头部公司，年营收达二三十亿元，净利润近10亿元，属于集团公司甲所持有的优质资产。A已与同行业另一集团公司经过洽谈确定收购条件，但洽谈后不久，集团公司甲突然因未知原因宣布终止对甲1股权的交易，交易最终走向失败。

(2) 慈善捐赠

同行业另一集团公司乙，公司情况与甲公司类似。某日，公司实控人B突然宣布将其名下所持有的香港上市公司乙1的全部股权捐赠给香港X公益基金会，B持有的乙1股权约占乙1公司全部股权的20%，其时市值近十亿港元。乙1亦属乙集团公司持有的优质资产，最终乙1公司的相关股权被成功转让给了香港X公益基金会。据了解，B及其父亲多年来从事慈善事业，曾在某省创办广东省Y公益基金会，登记于该省民政厅，由乙集团公司主管；香港X公益基金会依本地法成立，创办人为B的家人。

2. 案例分析

上述案例中，B家族通过在香港设立公益基金会的形式，绕开了境外公司股权向境内基金会捐赠的一系列限制（据我们查询，目前还没有公开的中国境内基金会和慈善组织成功接受境外股权捐赠的案例），依据股权与基金会所在地的法律进行了赠与，使得B家族持有的

资产被转让到公益基金会名下。

A选择的直接交易股权的方式，虽然在成功时可能起到“套现离场”的效果，但在整个集团企业面临危机时，容易受到外来因素干扰导致交易失败。且如果A在套现后出于私人目的使用相关资金，相关行为容易被击穿。反观B家族选择的慈善捐赠形式则成功实现了股权的移转。从形式上看，该移转系出于慈善目的，且依法完成捐赠，是另外一种财富安排的方式，且因为该移转本身以及受让主体的公益性质，相关股权移转被击穿的可能性较低，股权也将长期处于以香港公益基金会为控股实体的B家族控制之中。

3. 律师分析

慈善捐赠也是家族财富安排的常见方式。当然，要提醒企业主的是，上述案例中乙1公司的股权是被转移到公益基金会名下，其一切收益均应按照该基金会的公益目的进行使用，不能如盈利性持股那样为B家族所用。但相较于甲集团公司交易失败、相关股权最终将被用于偿还债务而言，乙集团公司还能将相关股权继续用于公益目的，为我国慈善事业作出进一步的贡献。

当然，我们还需要提醒企业主们注意，当企业主所控制的集团公司确实陷入巨大经营危机、企业主的家族财富已经发展到“安全临界区

域”之外的地步时，即使采取上述慈善捐赠方式，也未必能如同本案例一样成功转让相关公司股权。另外，由于相关案例稀少，如果企业主因经营集团公司过程中发生的违规行为而面临刑事风险时，作出上述慈善捐赠安排对企业主刑事合规方面的影响尚未可知，有待现实发展和实务判例进一步揭示。

（三）海外破产保护

破产保护，是企业发展到最危困阶段所选择的最终保护手段。由于上市企业大多涉及境外特别是美国的资产与债务，出于美国法院的

全球管辖惯例，部分企业主选择在美国申请破产保护以缓解企业发展困境，保存企业资产。

因此，下文将分析在美申请破产保护的两则案例，为企业主提供财富规划上的参考。

1. 境外个人破产案例介绍

美国破产法被写入美国法典*U.S. Code*当中，位列第11部*Title 11*。其中，破产清算和重组的部分分布在第7、11和13章。

2019年10月，微博名为“A债务处理小组”的用户发布了《有关A个人破产重组及成立债权人信托的声明》一文，表明某原企业家A已依据美国法律正式向美国法院提起了个人破产重组申请。12月，美国特拉华州破产法院对A申请个人破产重组案件举行了第一次正式的法庭听证会，决定将此案移交至美国加州中区法院破产法院审理。最终，A的个人破产重组终于在洛杉矶当地时间2020年5月举行的听证会上获得了加州中区破产法院的最终确认和通过。

A在美成功实现个人破产重组有多个重要原因：

其一，A在美申请个人破产重组时，提交的方案显示其使用的破产重组架构为债权人信托架构，即A与债权人一同通过设立信托的方式，将A个人名下全部资产装入信托中，而信托受益人为债权人，信托的控制与管理则由债权人委员会和信托受托人负责。通过这种重组



方案，由于A明面上的财产已经被装入债权人受益的信托之中，实际效果等同于A以明面上的全部财产对相关债务进行了不足额的偿付。同时，由于信托的存在，A在其创办的美国X公司的股权仍然能够被集中利用，有助于实现股权的增值，推动债务的进一步偿还。这种破产重组方案得到了美国法院的认可。**其二**，A的债务中有相当一部分为其具有密切关系的自然人（包括兄弟姐妹、前妻等）所主张，而这些人在法院召开的A个人破产重组听证会上，就重组方案通过与否投出了关键性的赞成票。由于这些债权人的存在，使得少数反对A个人破产重组方案的债权人的影响力被稀释，难以阻止其破产重组申请。

在上述案例中，A使用的破产保护方法为个人破产重组，而个人破产重组目前在我国尚有待发展。通过在美以债权人信托方案申请个人破产重组，虽然A名下的财产被移转到信托中而不再归其个人所有，但其所持有的X公司的股权也被打包进了该信托。而出于该公司运营发展和股权增值以进一步偿还债务的考虑，A又可以与债权人委员会商议由其或其指定的人担任信托受托人，使得相关股权仍然处于A的控制之下。这种破产重组方案，系从个人角度出发，降低了个人偿债负担，同时也因为相关股权的集中性和企业主手上的控制权，为企

业主保留了东山再起的希望。

2. 境外破产重组案例介绍

美国法典第11部的第15章 *Ancillary and Other Cross-Border Cases* 是申请美国法院认可在美国之外达成的破产重组方案，进而使得美国法院出于已在进行破产重组的考虑，而暂停对债务人的相关诉讼或暂停对债务人在美财产的冻结、清算与执行等，以使相关破产重组方案能够得到顺利进行。由此可知，企业主在美国申请破产重组方案的认可程序，前提是其已经在破产重组企业所在的司法辖区内与债权人等达成并通过了相关破产重组方案。在美国的这一申请步骤，实际上是起到令美国法院认可美国境外的破产重组方案，避免因其他人在美国法院提起诉讼与执行程序，而使得企业破产重组受到不利影响的效果。

2023年8月，B公司向美国纽约南区破产法院提起的Bankruptcy Petition（破产申请）就属于这一类型。在提起这一认可程序申请之前，B公司实际已经在中国香港和英属维京群岛就相关债权与其债权人达成了重组协议。B公司在美国申请得到认可的重组协议是针对B公司境外发行的本金总额为100多亿美元的高级担保票据，和另一部分本金总额为50多亿美元的优先票据两部分境外美元债的。由于在我国司法辖区内，境外美元债的偿还优先级本身

就属于劣后地位，B公司再在美国申请认可相关重组协议，能进一步降低境外美元债债权人对其集团公司，特别是公司的中国大陆境内部分造成的负面影响，能在一定程度上帮助境内公司主体实现危机化解或破产重组。

3. 律师分析

对于上述海外个人破产的案例，值得提示注意的是，A在美申请个人破产重组是基于其已长期居留国外、在美国已有相当数量的财富准备、重新运营并控制了新生企业等众多前提下实现的。且A在国内已经被包括多地法院和北京证监局、深交所、中国证监会等多个官方机构判定为被执行人、失信人或终身证券市场禁入人员等负面身份。因此，如果企业主如A一样已经具有海外相关准备，也不再考虑在美个人破产的中国境内影响，则个人境外破产重组可能可以在一定程度上起到帮助其实现境外公司控制权保留的财富规划效果，为企业主留一份财富再增长的最后希望。

对于上述在美申请破产重组方案认可程序的案例，可能可以达到的效果是使企业在一定程度上避免受到境外债权人影响，或能完成企业自救或破产重组。

因此，两种方案的适用目的、适用前提和适用条件均有所不同，但本质上都不排除是企业主为了留住财富重生希望进行的规划。

第五部分\

企业主家族资产保护的保障提示

结合我们的经验，家族财富的财产保全规划，企业主通常应当注意以下几个方面，提前做好规划，以备不时之需。

（一）人身关系

1. 证明“父亲是父亲”

对于父母子女之间的亲属关系，一般可以通过户口本等材料来证明，但应当提供相关当事人在同一个户籍地的户口本。

对于非婚生子女等特殊情况来看，可以证明亲子关系的材料包括出生医学证明。如果出生证明没有体现父母（通常会体现母亲的信息，可能存在未体现父亲信息的情况）或者材料上的父亲信息和实际情况有出入，可以考虑通过进行亲子鉴定的方式来证明亲子关系。

2. 证明“配偶是配偶”

配偶关系最直接的证明材料是结婚证。如果结婚证遗失的，可以进行补办，或者前往档案馆等机构来调取婚姻登记材料。

如果当事人在境外登记结婚，要在境内证明其婚姻效力，应当办理相关的公证和认证手续。

3. 证明“自己是自己”

如果本人的国籍或者身份发生变化，通常

需要提供同一人证明材料。如果中国公民获得了中国香港地区的居民身份，注销了国内的户口，要提供同一人证明，一般可以前往香港地区的律师事务所进行同一人公证，相关公证文件经过认证转递手续之后就可以在内地使用。

（二）资产的优化配置

对企业主来说，家族资产在持有的过程中，应当重视优化配置方面的工作，包括以下几个方面。

1. 股权结构规划

企业主在进行股权规划时可以借鉴较为成熟的股权设计模式，尤其是在企业设立之初就需要注意构建股权结构的要点，避免股权不明晰乃至股权争斗等问题，影响企业的正常经营和发展。在维持企业正常经营和发展的同时，也离不开公司的妥善治理，包括对公司印章的管理、对公司章程的设计、妥善管理公司账户、避免公司资产和股东个人资产混同等。

在开展财产保全规划过程中，律师应当着眼于股权结构规划的以上几个方面，根据客户的实际情况，依法合规为客户进行筹划。

2. 企业控制权安排

我国改革开放已经四十多年，许多企业主白手起家，属于创业一代，把企业做大做强，也经历了风风雨雨。在创业一代步入年迈后，

对于企业的控制权，是仍然牢牢握在自己手里，还是提前进行布局 and 安排，现实中存在很多种情况。

对于部分“坚守岗位”的创业一代来说，固然可以通过丰富的经验继续为企业助力，但随着年纪的增长、精力的衰退，建议应当提前考虑布局或者安排。最重要的是，企业主应当正视风险，避免意外发生后将企业和家人陷于混乱。

3. 境内外资产的布局与平衡

在进行财产保全规划时，应当注意客户在境内外资产的布局 and 平衡。例如，在企业计划上市时，可以选择在境内上市，也可以选择通过红筹架构等方式在境外上市。在这个过程中，客户应当征询境外律师的专业意见。同时，跨境财产的规划通常还应当考虑税务、外汇等方面的问题。

4. 投资误区

对于企业主来说，应当避免陷入一些投资的误入，从而避免家族财富受到损失。例如，目前国内的某些财富管理公司暴雷，导致投资者遭受很大损失。企业主应当厘清风险，合理谨慎投资。

5. 信托、保险金融工具的应用

企业主在一方面要注意避免陷入投资误区，另一方面，也应当了解财富规划的工具。

通常来说，为了实现家族财富的保值、增值，客户可以选择家族信托、大额保单等工具来安排，具体的筹划应当根据实际情况和客户的意向进行。

(三) 资产的代际传承

资产的代际传承，指的是家族财富在不同代际的家族成员之间进行传承，比较常见的是长辈将家族财富传承给晚辈，例如父母给子女，或者祖父母给孙子女。

1. 父母、子女的钱款往来

父母和子女之间存在钱款往来是非常常见的，并且实践当中通常是父母给子女的情况更多。如果双方未对钱款往来的性质进行明确，则认定为赠与的可能性比较大。

在进行财产保全规划时，分析父母与子女之间的钱款往来一般需要确定“安全临界区域”。也就是说，在家族财富状况比较好的时候，父母对子女的赠与符合一般生活常识，通常具有法律效力。但是如果家族财富的状况已经恶化，父母对子女的无偿赠与可能会侵犯其他债权人的权益，就会导致赠与行为效力存疑。

2. 父母、子女之间的实物给付

除了钱款往来之外，有的父母也会将实物给付给子女，通常包括贵重金属、古董字画以

及其他具有较高价值的动产。对于实物给付，法律上的分析和钱款往来类似，还是应当注意“安全临界区域”的确定。实际操作中，应当注意动产相对灵活的特点，可以结合这一特点妥善进行财产保全规划。

3. 近亲属之间的“代持”

对于企业主来说，由于家族财产较多，家族成员也比较多，实践中近亲属之间的“代持”情况也不罕见。

在财产保全规划中，对于这类近亲属之间的“代持”，首先应当从法律上来分析所谓的“代持”关系是否成立，通常从代持合意、实际出资、实际行使权利等方面来认定。随后，根据具体的情况，依法合规地提供筹划建议。

4. 身故后遗产规划的安排

按照我国法律，如果被继承人生前留有有效遗嘱，其遗产继承将按照遗嘱进行；如果其生前没有留下遗嘱，或者遗嘱无效，则将按照法律进行法定继承。

司法实践中，许多遗嘱继承案件的主要争议焦点往往就是遗嘱的有效性。而在继承人对遗嘱有效性产生争议的案件中，有超过一半的案件，法院最终认定遗嘱无效。也即，实践中遗嘱被认定为无效的比例是非常高的，这就提示企业主在生前要重视身后的遗产安排，提前留好遗嘱，并且订立遗嘱务必妥善慎重，借助

律师、公证处或其他专业人员来订立遗嘱是非常有必要的。

第六部分\

结语

孟子云：“君子之泽，五世而斩”，无论祖辈开创的事业如何辉煌，在经过数代动荡和流失之后，其积累的家业也就消耗殆尽了。千百年来，如何实现家族永续、基业长青，打破“富不过三代”的魔咒，成为家族财富传承永恒的话题。

在子女接班教育、时代潮流冲击、经营风险控制的“三大”风险面前，需要从家族精神的道德教化、法律与金融的智慧应用、经营心境的调整控制三个方面，力求实现对于物质财富的驾驭控制。而作为基础的物质财富，又能反哺影响家族的精神追求与人生境遇。财富规划是企业家族中支撑“物质”与“精神”的关键支点和重要工作，修正家族财富筹划“重要但不紧急”的认识偏差，积极着手落实此项工作，对于保障“基业长青”尤为重要。 ☞



贾明军
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3770
jiamingjun@zhonglun.com



中伦研究院出品

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。