



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners

2017/第 38 期  
(总第 305 期)

## 每周法规与热点信息速递

**北京总所：**北京市朝阳区东三环北路 8 号亮马河大厦写字楼 1 座 18、20 层，2 座 19 层

邮编：100004 总机：010-6590 6639 传真：010-65107030

**上海分所：**上海市浦东新区陆家嘴环路 1000 号恒生银行大厦 18 楼 18-111 室

邮编：200120 总机：021-5878 5301 传真：021-5876 3728

**深圳分所：**深圳市福田区福华三路国际商会中心 2205 室

邮编：518048 总机：0755-2633 8900 传真：0755-2633 8939

**武汉分所：**武汉市武昌区汉街万达总部国际 A 座 3202-3206 室

邮编：430070 总机：027-8730 6528 传真：027-8730 6527

**杭州分所：**杭州市钱江新城剧院路 358-396 号宏程国际大厦 29 楼

邮编：310020 总机：0571-8501 7000 传真：0571-8501 7085



请使用微信扫描二维码  
关注“天达共和法律观察”

Welcome to click: [www.east-concord.com](http://www.east-concord.com)

## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

为了依法推进简政放权、放管结合、优化服务改革，更大程度激发市场、社会的创造活力，国务院公布关于修改部分行政法规的决定；农业部、国家发展改革委、财政部、国土资源部、人民银行、税务总局 6 部门日前联合印发《关于促进农业产业化联合体发展的指导意见》，更多法规详见本周速递。

近日，经国务院同意，国家发展改革委、财政部、商务部、工商总局、国务院法制办联合印发了《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》(以下称《实施细则》)。这是继《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，以下称 34 号文件)后，针对公平竞争审查出台的又一指导性文件，对推动公平竞争审查制度的全面实施具有重要意义。发改委相关负责同志就《意见》制定和实施有关问题，回答记者提问，敬请关注本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《抵押权概念的演变及其法体系效应》，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《关于投资并购交易谈判中的焦点条款，你该注意哪些坑》，敬请阅读并指教。

## 目 录

### 法规速递

1. 国务院公布关于修改部分行政法规的决定\2017-10-23
2. 中共中央办公厅印发《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》\2017-10-29
3. 食药总局办公厅公开征求《〈中华人民共和国药品管理法〉修正案（草案征求意见稿）》意见\2017-10-23
4. 总局办公厅公开征求《药品注册管理办法（修订稿）》意见\2017-10-23
5. 公安部优化有关出入境政策措施并扩大实施范围\2017-10-23
6. 国家发改委等五部门联合印发《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》\2017-10-26
7. 两部委部署全国开展商品房销售价格行为联合检查\2017-10-25
8. 农业部等6部门联合发文培育农业产业化联合体\2017-10-25
9. 交通运输部关于修改《铁路运输企业准入许可办法》的决定\2017-10-25
10. 工信部印发意见推进环保装备制造业发展\2017-10-24
11. 税总发布关于《国家税务总局关于非居民企业所得税源泉扣缴有关问题的公告》的解读\2017-10-27
12. 工商总局、商务部、海关总署关于印发《推进“多证合一”改革 加强部门信息共享合作备忘录》的通知\2017-10-27
13. 北京市发展和改革委员会关于印发《北京市快递业价格行为规则》（试行）的通知\2017-10-25

### 法规解读

之 国家发展改革委有关负责同志就《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》  
答记者问

### 热点信息

### 法律观察

之抵押权概念的演变及其法体系效应

### 实务聚焦

之关于投资并购交易谈判中的焦点条款，你该注意哪些坑

## 法规速递

### 1. 国务院公布关于修改部分行政法规的决定\2017-10-23

为了依法推进简政放权、放管结合、优化服务改革，更大程度激发市场、社会的创造活力，国务院对取消行政审批项目涉及的行政法规进行了清理，决定对 15 部行政法规的部分条款予以修改。修改的内容主要包括：在取消行政审批事项方面，通过修改《导游人员管理条例》、《气象灾害防御条例》等 15 部行政法规的 35 个条款，取消了临时导游证、防雷单位资质许可等 20 项由地方实施的行政许可项目。在加强后续监管方面，按照“放管服”改革的要求，强化了有关部门对行政审批项目取消后从事相关活动的监管。一是增设了从事有关活动需具备的条件。比如，取消重大动物疫病病料采集审批后，《重大动物疫情应急条例》增设了进行重大动物疫病病料采集应当具有与采集病料相适应的动物病原微生物实验室等三方面条件，以进一步加强和规范动物疫情管理工作。二是授权有关部门制定事中事后监管规定。比如，因教学、科研需要在非疫区进行农业部或省、自治区、直辖市规定的植物检疫对象研究审批取消后，《植物检疫条例》增加了因教学、科研确需在非疫区进行对植物检疫对象的研究，应当遵守国务院农业主管部门、林业主管部门的规定。

[阅读原文](#)

### 2. 中共中央办公厅印发《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》\2017-10-29

近日，中共中央办公厅印发《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》，部署在全国范围内深化国家监察体制改革的探索实践，完成省、市、县三级监察委员会组建工作，实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖。《方案》强调，党的十九大对深化国家监察体制改革作出重大决策部署。在总结北京市、山西省、浙江省改革试点工作经验基础上，在全国各地推开改革试点，是贯彻落实党的十九大精神，推动全面从严治党向纵深发展的重大战略举措，对于健全中国特色国家监察体制，强化党和国家自我监督具有重要意义。在今年底明年初召开的省、市、县人民代表大会上产生三级监察委员会，使改革与地方人大换届工作紧密衔接，有利于加快改革步伐，确保改革有序深入推进。

[阅读原文](#)

### 3. 食药总局办公厅公开征求《〈中华人民共和国药品管理法〉修正案（草案征求意见稿）》意见\2017-10-23

10 月 1 日，中央办公厅、国务院办公厅印发《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》（以下简称《创新意见》），提出 36 项重要改革措施。为保障有关改革措施落实于法有据，食品药品监管总局就目前急需修改《中华人民共和国药品管理法》的内容进行认真研究，形成《中华人民共和国药品管理法修正案（草案征求意见稿）》，现向社会公开征求意见。修正案草案征求意见稿对现行《药品管理法》增加 6 条，修改

9 条，删去 2 条。主要修改内容包括：（一）全面实施药品上市许可持有人制度。（二）落实行政审批制度改革要求等。

[阅读原文](#)

#### 4. 总局办公厅公开征求《药品注册管理办法（修订稿）》意见\2017-10-23

为贯彻落实中共中央办公厅、国务院办公厅《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》（厅字〔2017〕42 号）和《国务院关于改革药品医疗器械审评审批制度的意见》（国发〔2015〕44 号），国家食品药品监督管理总局组织对《药品注册管理办法》进行了修订，起草了《药品注册管理办法（修订稿）》，现向社会公开征求意见。

[阅读原文](#)

#### 5. 公安部优化有关出入境政策措施并扩大实施范围\2017-10-23

为认真贯彻落实中央深入推进公安改革的部署要求，进一步发挥公安机关服务经济社会发展的职能作用，近日，公安部研究决定，进一步优化部分出入境政策措施并扩大实施范围，支持重点区域建设发展。此次政策措施扩大实施的范围包括：福建自贸区，广东珠三角、江苏苏南、浙江杭州国家自主创新示范区和吉林长春新区等区域。此次扩大有关出入境政策措施的实施范围，针对吉林、江苏、浙江、福建、广东等省份有关区域建设发展的特点和需求，立足于完善出入境政策措施体系，坚持突出政策措施本身的复制推广价值。这些政策措施主要服务外籍高层次人才、外籍华人、外籍留学生和长期在华工作人员等群体，包括授权国家自主创新示范区管委会等单位推荐外籍人才及家属直接申请在华永久居留；以工资和税收为标准，建立人才申请永久居留的市场化渠道；为外籍华人在华居留和永久居留提供更大便利；吸引外国留学生来华创新创业；为长期在华工作外籍人员提供居留便利；为外籍人才提供入境便利等内容。公安部将会同有关地方政府做好政策的实施准备，加强统筹协调、细化工作措施，待组织验收通过后正式实施相关政策，为地方创新发展创造良好的出入境环境。

[阅读原文](#)

#### 6. 国家发改委等五部门联合印发《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》\2017-10-26

为进一步推动落实公平竞争审查制度，根据《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，以下简称《意见》）要求，经国务院同意，国家发展改革委、财政部、商务部、国家工商总局、国务院法制办日前联合印发《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》（以下简称《实施细则》）。《实施细则》分 6 章、共 26 条，按照“强化程序约束、加强实体指导、严格监督问责”的总体思路，从审查机制和程序、审查标准、例外规定、社会监督、责任追究等方面对《意见》的规定进行了解释和细化，并绘制了审查基本流程图和审查表，供政策制定机关参考适用。《实施细则》的出台，为政策制定机关开展公平竞争审查提供了重要指引，有利于进一步增进对公平竞争审查制度的理解和认识，督促和规范审查工作，提高审查水平。

[阅读原文](#)

#### 7. 两部委部署全国开展商品房销售价格行为联合检查\2017-10-25

近日，国家发展改革委、住房城乡建设部联合发出通知，部署从2017年10月30日至11月30日在全国范围内开展商品房销售价格行为联合检查，检查对象为房地产开发企业和房地产中介机构，对房地产开发企业在售楼盘和房地产中介机构门店商品房销售价格行为进行检查。重点查处销售商品房未明码标价、未在交易场所醒目位置明码标价；未按规定实行“一套一标”；标示信息不全，没有按照规定内容明码标价；未标明房源销售状态，已售房源所标示价格不是实际成交价等行为。

[阅读原文](#)

#### 8. 农业部等6部门联合发文培育农业产业化联合体\2017-10-25

农业部25日发布消息，农业部、国家发展改革委、财政部、国土资源部、人民银行、税务总局6部门日前联合印发《关于促进农业产业化联合体发展的指导意见》，确定将培育发展一批带动作用突出、综合竞争力强、稳定可持续发展的农业产业化联合体，成为引领我国农村一二三产业融合和现代农业建设的重要力量。《意见》明确，农业产业化联合体是龙头企业、农民合作社和家庭农场等新型农业经营主体以分工协作为前提，以规模经营为依托，以利益联结为纽带的一体化农业经营组织联盟。

[阅读原文](#)

#### 9. 交通运输部关于修改《铁路运输企业准入许可办法》的决定\2017-10-25

为维护社会资本投资建设经营铁路的合法权益，规范铁路运输市场秩序，保障公众生命财产安全，依据《中华人民共和国行政许可法》《铁路安全管理条例》等法律、行政法规和国家有关规定，制定该办法。在中华人民共和国境内依法登记注册的企业法人，从事铁路旅客、货物公共运输营业的，应当向国家铁路局提出申请，经审查合格取得铁路运输许可证。涉及地方铁路运营事项的，国家铁路局应当邀请申请企业所在地省、自治区、直辖市人民政府有关部门参与审查。该办法所称铁路运输许可的范围分别为高速铁路旅客运输、城际铁路旅客运输、普通铁路旅客运输、铁路货物运输。

[阅读原文](#)

#### 10. 工信部印发意见推进环保装备制造业发展\2017-10-24

近日，工业和信息化部发布《关于加快推进环保装备制造业发展的指导意见》。《意见》明确，到2020年，要在每个重点领域支持一批具有示范引领作用的规范企业，培育十家百亿规模龙头企业，打造千家“专精特新”中小企业，形成若干个带动效应强、特色鲜明的产业集群，环保装备制造业产值将达到10000亿元。“《意见》从强化技术研发协同化创新发展、引导行业差异化集聚化融合发展等五个方面对环保装备制造业提出了发展的重点方向。”从重点领域来看，《意见》紧紧围绕绿色发展以及为改善环境质量提

供有效供给的双目标, 聚焦环境治理热点难点问题以及新形势下生态环境保护需求对环保装备提出的新要求, 涉及大气、水、土壤等八个重点发展领域的污染防治装备。

[阅读原文](#)

#### 11. 税总发布关于《国家税务总局关于非居民企业所得税源泉扣缴有关问题的公告》的解读\2017-10-27

为进一步深化税务系统“放管服”改革, 优化非居民企业所得税服务和管理, 完善非居民企业所得税源泉扣缴的相关制度办法, 国家税务总局发布了《国家税务总局关于非居民企业所得税源泉扣缴有关问题的公告》(税务总局公告 2017 年第 37 号, 以下称“本公告”)。本公告着眼于减轻纳税人及扣缴义务人负担, 简化计算操作, 便利扣缴义务人履行义务, 重点解决了征管中的问题, 减轻了纳税人和扣缴义务人的遵从责任。近日, 税总发布《国家税务总局关于非居民企业所得税源泉扣缴有关问题的公告》, 就在扣缴义务人未依法履行扣缴义务的情况下, 有关非居民企业申报缴纳税款期限的规定有何变化等问题进行了解读。

[阅读原文](#)

#### 12. 工商总局、商务部、海关总署关于印发《推进“多证合一”改革 加强部门信息共享合作备忘录》的通知\2017-10-27

为深入贯彻党的十八届三中、四中、五中全会精神, 落实《国务院办公厅关于加快推进“多证合一”改革的指导意见》(国办发〔2017〕41号)(下称《意见》)文件精神要求, 进一步降低市场主体创设的制度性交易成本, 激发市场活力和社会创新力, 工商总局、商务部、海关总署联合签署了《推进“多证合一”改革 加强部门信息共享合作备忘录》。该备忘录主要涉及建立信息共享渠道、建立信息共享机制、从严控制信息采集等方面的内容。

[阅读原文](#)

#### 13. 北京市发展和改革委员会关于印发《北京市快递业价格行为规则》(试行)的通知\2017-10-25

近日, 北京市发改委发布《北京市快递业价格行为规则》(试行), 明确规定快递员上门服务时应主动向消费者出示价目表或价目本, 而且必须与经营场所明码标价内容一致。

《规则》试行为期两年。《规则》要求, 快递公司应在服务网点、网站等经营场所显著位置明码标价, 公布商品价格、服务项目、计价单位和服务价格等事项; 标价内容要真实明确、清晰醒目, 价格变动时应及时更新标价, 不得收取任何未予标明的费用; 当快递员上门服务时, 应主动向消费者出示与经营场所明码标价内容一致的价目表或价目本, 以便消费者选择、查询。《规则》同时列出了快递公司的十二条行为“禁令”。

[阅读原文](#)

## 法规解读

### 之 国家发展改革委有关负责同志就《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》答记者问

10月23日，经国务院同意，国家发展改革委、财政部、商务部、工商总局、国务院法制办联合印发了《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》（以下称《实施细则》）。这是继《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，以下称34号文件）后，针对公平竞争审查出台的又一指导性文件，对推动公平竞争审查制度的全面实施具有重要意义。就此，记者采访了国家发展改革委有关负责同志。

问：《实施细则》的出台背景和重要意义是什么？

答：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。34号文件印发后，国家发展改革委会同有关部门，积极推进制度的贯彻落实。目前，制度实施已经取得了阶段性成效。国务院各部门均已建立审查机制，对新出台的政策措施进行审查；31个省（区、市）均已印发实施方案，有序开展审查工作；市县政府在省政府指导下着手部署落实。同时，在制度实施中也暴露出一些问题，影响制度全面实施。基于上述情况，国家发展改革委会同有关部门研究制定了《实施细则》，其重要意义体现在三个方面：

（一）有利于深化政策制定机关对制度的理解和认识。由于观念转变滞后、自身能力有限等原因，一些政府部门对制度重要性的认识仍不到位，影响了工作进展。在34号文件印发一年后，经国务院批准，五部门联合印发《实施细则》，对落实公平竞争审查制度再次提出要求，体现了党中央、国务院对此项工作的高度重视，有利于进一步深化各地区、各部门对制度的理解和认识，形成持续推动制度实施的良好局面。

（二）有利于解决公平竞争审查制度实施中的突出问题。从当前制度实施情况

看，虽然大多数部门和地区已经建立了审查机制，但实际运行中存在不认真审查和审查能力不足等问题。《实施细则》通过进一步明确审查机制和程序、细化审查标准、加强政策指导、强化监督问责，有效地解决这些问题，保障制度实施取得实实在在的效果。

（三）有利于推动公平竞争审查制度的不断完善。公平竞争审查制度是一项新的制度，需要在实践中不断发展完善。34号文件对制度建立做出了全面部署，文件印发以来一些地区和部门在审查机制、方式、程序和强化监督等方面进行了有益的探索，形成了很多有效的经验做法。《实施细则》正是在总结相关经验和各方面意见建议的基础上作进一步细化，推动公平竞争审查制度本身不断完善。

问：《实施细则》的基本特点和主要内容有哪些？

答：《实施细则》分6章、共26条，分别从审查机制和程序、审查标准、例外规定、社会监督、责任追究等方面予以细化。总体思路是，坚持问题导向，在遵循34号文件基本规定和现行法律法规的前提下，通过明确相关程序和规则，督促和指导政策制定机关切实开展公平竞争审查工作，保障公平竞争审查制度有效实施。

《实施细则》集中体现了三个特点：



（一）强化程序约束。有效的程序约束是落实公平竞争审查制度的重要保障。特别是在自我审查的前提下，如何设计好审查程序至关重要。《实施细则》主要从以下四个方面强化对公平竞争审查工作的程序约束，着力解决不审查、不认真审查问题。一是明确内部审查机制。为建立内部审查机制提供模式选择，既可以由政策制定机关的具体业务机构负责，也可以由内部特定机构统一负责。政策制定机关可以自行确定，关键要建立机制、明确责任。二是要求形成书面审查结论。未形成书面结论的视为未进行审查，而且书面结论应当体现包括核对审查标准、征求有关方面意见、判断是否适用例外规定等在内的整个审查流程，防止敷衍了事。三是细化征求意见规则和程序。强调公平竞争审查要征求利害关系人意见或向社会公开征求意见，并在书面结论中说明征求意见情况。同时，进一步明确了利害关系人的范围。四是建立定期报告制度。政策制定机关需要于每年1月31日前，将公平竞争审查年度总结报告报送同级联席会议办公室，便于联席会议掌握制度实施情况、加强监督指导。

为进一步规范公平竞争审查工作，《实施细则》还制定了“一图一表”，即流程图和审查表。流程图体现了公平竞争审查的基本步骤，可以概括为“三步走”：第一步判断是否需要公平竞争审查，第二步核对是否存在违反18条标准的情形，第三步在违反相关标准的情况下确定是否适用例外规定。审查表为形成书面审查结论提供了形式参考，包括文件名称、涉及领域、起草和审查机构、效力层级、征求意见、标准核对、具体结论、是否适用例外规定等要素，反映审查工作的全过程，并由审查机构主要负责人签字后，随相关材料一并履行发文程序。下一步，将在各地区、各部门鼓励推广使用审查表，不断提高公平竞争审查的统一化、规范化、精细化水平。

（二）加强实体指导。34号文件从维

护公平竞争和统一市场两个维度，明确了四个方面18条审查标准，基本涵盖了当前政府部门妨碍市场竞争的主要行为类型。但是，由于经济生活的复杂性，一些政府部门在面对具体政策措施时，仍然存在难以准确把握和适用审查标准的问题。《实施细则》根据相关法律法规、反垄断执法实践以及各方面反映的问题，在充分征求行业主管部门、行业协会、企业和专家学者意见的基础上，对四个方面18条审查标准逐条进行细化，形成了50余条二级标准。

细化审查标准的主要思路：一是进一步明确标准内涵。比如，明确了“不合理的歧视性准入退出条件”的内涵，即“不合理”指设置明显不必要或者超出实际需要的准入退出条件；“歧视性”指对不同所有制、地区、组织形式的经营者实施差别化待遇，设置不平等的准入退出条件。再如，明确了“不得违法披露或者违法要求经营者披露生产经营敏感信息”中的“敏感信息”概念，即除依据法律法规或者国务院规定需要公开之外，生产经营者未主动公开，通过公开渠道无法采集的生产经营数据，包括拟定价格、成本、生产数量、销售数量、生产销售计划、经销商信息、终端客户信息等。二是进一步列举表现形式。比如，列举了“限制外地和进口商品、服务进入本地市场”的具体形式，包括实施不同的技术要求、检验标准；采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施；设置专门针对外地和进口商品、服务的专营、专卖、审批、许可；设置关卡或者通过软件、互联网设置屏蔽等手段等。再如，列举了“给予特定经营者优惠政策”的具体形式，包括给予特定经营者财政奖励和补贴；减免特定经营者应当缴纳的税款；以优惠价格、零地价或者以划拨、作价出资方式向特定经营者供应土地；在环保标准、排污权限等方面给予特定经营者特殊待遇；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。三是与法律法规和国务院规定相衔接。我国相关法律、行政法规和国务院规定基于经济发展需要和

实现更大效率目标的考虑，对特定行业、领域和行为做出了特殊规定。《实施细则》在细化审查标准的同时注重做好相关衔接。

为更好地指导政策制定机关开展审查，《实施细则》还明确了咨询和争议协调解决机制。政策制定机关开展审查可以咨询专家学者、法律顾问、专业机构的意见；也可以向履行相关职责的反垄断执法机构提出咨询，反垄断执法机构基于政策制定机关提供的材料，提供咨询意见。对存在较大争议或者部门意见难以达成一致的问题，政策制定机关还可以提请同级公平竞争审查联席会议协调；仍无法协调一致的，由其提交上级机关决定。

（三）严格监督问责。现阶段公平竞争审查制度采取“自我审查”模式。这是当前最为现实可行的方案，有利于制度的尽快出台和顺利实施。但是，仅仅依靠自我审查是不够的，必须建立健全监督问责机制，使公平竞争审查真正可监督、可检查、可问责，保障审查工作的客观性、有效性。

《实施细则》进一步明确了监督举报和责任追究问题，主要包括：一是建立健全监督举报机制。对未进行审查或者违反审查标准出台政策措施的情况，任何单位和个人可以向政策制定机关反映，或者向上级机关或反垄断执法机构举报。二是明确责任追究方式。强调政策制定机关主动纠正与上级机关责令改正相结合。政策制定机关未进行审查出台政策措施的，应当及时补做审查；发现存在违反审查标准问题的，应当按照相关程序停止执行或调整相关政策措施。上级机关可以责令政策制定机关改正，拒不改正或者不及时改正的，要依法依规对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分。三是发挥反垄断执法机构的监督作用。政策制定机关未进行公平竞争审查或者违反审查标准出台政策措施，并涉嫌违反《反垄断法》的，反垄断执法机构有权进行调查，并向政策制定机关或者其上级机关提出停止执行或者调整政策措施的建议。

问：下一步有哪些工作安排？

答：《实施细则》对进一步贯彻落实公平竞争审查制度具有重要的指导意义。下一步，国家发展改革委将会同有关部门，切实抓好《实施细则》的组织实施工作。

（一）做好《实施细则》的宣传解读和贯彻落实。通过刊发文章、组织培训等方式，加强对《实施细则》的宣传解读，使各地区、各部门尽快了解和掌握主要内容，将审查程序、审查标准、例外规定、责任追究等方面的要求落实到实际工作中来，充分发挥《实施细则》的指导作用，推动公平竞争审查制度的进一步贯彻落实。

（二）严格审查增量政策。督促和指导各地区、各部门按照 34 号文件和《实施细则》的要求，进一步健全审查机制、落实审查责任，把公平竞争审查落实到每一项政策的起草和决策过程中，切实保障公平竞争审查的实际效果，防止再出台新的排除、限制竞争的政策措施。

（三）组织开展专项督导。以部际联席会议名义开展督导调研，督促各地区、各部门落实 34 号文件和《实施细则》，总结推广先进的经验做法，督促落实不力的地方和部门改进工作。

（四）进一步强化反垄断执法。依法加大执法力度，查处一批典型的滥用行政权力排除、限制竞争案件，及时公开案件情况，倒逼政策制定机关认真进行公平竞争审查，使反垄断执法与公平竞争审查形成合力，共同规范行政行为、维护市场竞争。

（五）加强监督问责。对未进行审查或者违反审查标准出台政策措施的政府部门，按照 34 号文件和《实施细则》规定严格追究责任，并依法及时向社会公开有关处理决定，发挥典型案例的警示教育作用。

来源：发改委官网

## 热点信息

1. 【中国共产党第十九次全国代表大会在京闭幕 习近平发表重要讲话】中国共产党第十九次全国代表大会在选举产生新一届中央委员会和中央纪律检查委员会，通过关于十八届中央委员会报告的决议、关于十八届中央纪律检查委员会工作报告的决议、关于《中国共产党章程（修正案）》的决议后，24日上午在人民大会堂胜利闭幕。大会号召，全党全国各族人民要紧密团结在以习近平同志为核心的党中央周围，高举中国特色社会主义伟大旗帜，认真学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，锐意进取，埋头苦干，为实现推进现代化建设、完成祖国统一、维护世界和平与促进共同发展三大历史任务，为决胜全面建成小康社会、夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利、实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现人民对美好生活的向往继续奋斗。（新华网）


2. 【央企加速全球“布局” 境外资产规模已超 6 万亿】据国资委介绍，目前中央企业境外资产规模超过 6 万亿元，分布在全球 185 个国家和地区，业务已经由工程承包、能源资源开发，拓展到高铁、核电、电信、电网建设运营等领域，有力提升了我国在国际舞台中的话语权。“一带一路”建设也在加快推进，共有 47 家央企与沿线国家合作共建了 1676 个项目，以亚吉、蒙内等一批铁路项目、中巴经济走廊电力项目等为代表的重点项目，有力提升了沿线国家互联互通水平，带动了当地经济快速发展。（经济参考报）
3. 【欧盟或提议英国缩短脱欧过渡期：2020 年底前彻底退出欧盟】据外媒报道，布鲁塞尔的高层消息人士近日透露，欧盟可能向英国首相特雷莎·梅提议，脱欧后缩短过渡期时间，从两年缩短至 20 个月。据报道，9 月 20 日，特雷莎·梅在意大利佛罗伦萨发表有关脱欧问题的演讲时表示，英国将于 2019 年 3 月脱离欧盟，并表示需要两年时间履行与欧盟的协议。据她表示，脱欧后，伦敦期望与欧盟在安全和情报信息交流方面密切合作。报道称，欧盟剩余 27 个成员国的代表们暂时没有作出有关过渡期时间问题的最终决定，但是高层官员认为，脱欧协议将表明，英国必须在 2020 年 12 月 31 日前脱离欧盟所有机构。（中新网）
4. 【美众议院将调查 FBI 对希拉里“邮件门”调查是否合规】美国众议院两个委员会 24 日称，将就联邦调查局（FBI）去年对民主党总统候选人希拉里·克林顿的“邮件门”的调查是否合规进行调查。调查将由众议院司法委员会与监管和政府改革委员会（监管委员会）共同开展，拟回应去年大选期间联邦调查局为何两次正式通知国会正在对希拉里“邮件门”进行调查，为何建议不对希拉里提起诉讼，及其公布信息的时间选择等质疑。（新华网）


5. 【韩国法院为朴槿惠指定 5 位新律师，开审前身份将保密】海外网 10 月 25 日消息，为抗议韩国法院延期拘捕的判决，朴槿惠七人律师团 16 日集体请辞。19 日，朴槿惠又以健康为由，拒绝出席律师团辞职后的首场听证会。案件审理一度陷入停滞状态。25 日，韩国法院宣布，已经为朴槿惠案物色 5 名新律师，不过案件重新开审前将对其身份保密。分析认为，新律师的首要工作是翻阅多达 12 万页的卷宗，预计短时间内很难开审。朴槿惠七人律师团 16 日集体请辞。（海外网）

6. 【美参议院情报委员会通过新的《外国情报监视法》】中新网 10 月 25 日电, 综合报道, 当地时间 24 日, 美国参议院情报委员会以 12 票赞成、3 票反对, 通过了更新的《外国情报监视法》(FISA)。据报道, FISA 的第 702 条允许政府对美国境内的外籍人士实施监控, 以获取情报, 用于打击国际恐怖主义和网络威胁。该法案的目前版本将于 2017 年底失效, 参议员们提议修改并延长该法案有效期至 2025 年。(中新网)
  7. 【中国保监会针对行业公司治理问题连续下发多份监管函】近日, 保监会分别对珠江人寿等 5 家保险公司以及华汇人寿、长江财险等 11 家保险公司下发监管函, 披露相关机构存在的公司治理问题, 要求公司限期整改。被下发监管函的公司均为在评估中监管评分较低的公司, 主要问题集中在公司章程与“三会一层”运作、内控与合规管理、关联交易管理以及股东股权等方面。其中, 董事会运作不规范, 关联交易管理不合规, 内控审计管理弱化、薪酬考核机制不到位四个方面问题较为突出。监管函中明确要求相关公司接到监管函后立即实施整改, 制定切实可行的整改方案, 并限期向保监会报送整改报告。(保监会官网)
  8. 【特朗普临时旅行禁令终止: 美启动移民新政, 审查标准极为严格】据美联社报道, 早前, 特朗普签署了一份行政命令, 美国暂时停止收容全球难民, 这份命令于当地时间周二(24 日)失效, 而特朗普并没有要求延长该命令有效期。这意味着, 美国将启动移民新政, 开启允许难民回到美国的进程, 并将其作为美国移民政策新的指导方针。美国官员称, 移民新政开始实施后, 移民们将面临更加严格与彻底的背景审查, 政府还将收紧入境美国的难民人数。(海外网)
- 
9. 【商务部: 围绕建立自由贸易港区积极开展工作】商务部新闻发言人高峰在今天召开的例行发布会上表示, 商务部正会同相关省市和部门, 在高标准高水平建设自贸试验区的基础上, 围绕建立自由贸易港区积极开展工作。党的十九大报告提出, 赋予自由贸易试验区更大改革自主权, 探索建设自由贸易港。高峰说, 这是对改革开放试验田的建设提出了更高要求, 指明了新的方向, 要求我们对标更高的标准, 推动更全面、更深入的开放新格局。(经济日报)
  10. 【全国统一版本离境退税系统海南上线】近日, 海南省境外旅客购物离境退税管理信息系统与国家税务总局研发的全国统一版本的境外旅客购物离境退税信息管理系统实现顺利对接, 一举解决了境外旅客无法异地办理退税的问题。作为海南国际旅游岛的配套政策, 境外旅客购物离境退税政策于 2011 年 1 月 1 日在该省首次试点实施, 省国税局自主研发的境外旅客购物离境退税管理信息系统同时启用。2015 年起, 该政策在全国符合条件的省市推开, 实施范围扩大后, 境外旅客可以在中国境内更多地区享受购物离境退税政策, 但在对接新版系统前, 境外旅客在海南购物只能在本省离境口岸办理退税。(海南日报)
  11. 【共享单车首例并购! 永安行全资吃下哈罗】近日我公司的参股公司江苏永安行低碳科技有限公司(以下简称“低碳科技”), 与上海钧正网络科技有限公司(以下简称“钧正科技”)签署了协议, 约定低碳科技受让上海钧正网络科技有限公司 100% 股权, 未来低碳科技与钧正科技双方业务将进行合并。上海钧正网络科技有限公司是一家主要经营共享单车业务的公司, 经营品牌为哈罗单车。本次交易完成后, 将进一步增强低碳科技在共享单车业务的市场竞争力。(搜狐网)

12. 【北京房贷利率微升 6 家银行分行暂停受理房贷业务】截至 10 月 25 日，北京地区房贷利率稍有上升，目前平均利率约为 5.28%，较 9 月份利率水平有所上浮，但仍处于上浮 5%-10% 水平，未呈现暴涨。监测的 30 家银行中，首套房执行基准利率上浮 5% 的有 11 家银行（分支行），分别为建设银行、工商银行、交通银行、农业银行、邮储银行、招商银行、广发银行、兴业银行、北京银行、北京农商银行、花旗银行；执行首套上浮 10% 的有 11 家银行（分支行），分别为天津银行、渣打银行、华夏银行、汇丰银行、中国银行、恒生银行、民生银行、渤海银行、友利银行、光大银行、中信银行；另有 6 家银行（分支行）暂停受理房贷业务。目前北京已无银行提供优惠利率折扣。（证券日报）
13. 【工信部就互联网套餐转换问题约谈三大运营商 不得限制用户资费选择】针对近日不少用户反映的老用户的互联网套餐的转换问题，闻库在发布会上表示，已约谈三家运营商，要求企业采取措施，在除了双方合约另有约定外，不得限制用户的资费选择权。闻库表示，工信部给三家企业提出明确要求，一是要求企业严格按照工信部有关保障移动电话用户资费方案选择权的相关文件，不得推出限制老用户选择资费的方案，并且要求企业梳理排查现有的资费方案，如有限制用户资费选择权的行为，立即整改。二是要求企业妥善处理用户相关的投诉，对于用户提出的套餐变更需求积极沟通解决，对于部分与第三方互联网公司合作推出的套餐，目前企业说需要系统改造，目前老用户还不能直接实现网上直接办理，工信部要求基础电信企业应该为用户提供方便，通过人工处理的方式为用户办理套餐的变更相关手续。三是要求企业明确对互联网类的套餐相关系统有一个改造计划的时间表，应该及时对社会公布，尽快实现为老用户在网直接办理。（北京青年报）
- 
14. 【我国网络版权产业规模超 5 千亿元 年均增长率 30%】在消费升级的背景下，中国网络版权市场迎来了从流量经济向内容经济的结构转变，并带动了音乐、动漫、游戏、网文等版权产业的快速崛起。目前我国网络版权产业总规模超过 5000 亿元，并以 30% 的年均增长率持续增长，或将成为拉动经济增长的动能之一。由腾讯文学与原盛大文学整合而成的阅文集团于 10 月 26 日发布招股书称将于 11 月初赴港 IPO，拟集资额超过 70 亿元，并将版权增值业务作为其未来增长点。（新华网）
15. 【完善立法落实司法责任 深化依法治国实践】习近平总书记在十九大报告中提出，健全人民当家作主制度体系，发展社会主义民主政治，将深化依法治国实践作为重要内容之一，并提出具体要求，全面依法治国是国家治理的一场深刻革命，必须坚持厉行法治，推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展、保障善治。深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。（正义网）
16. 【32 家地方国企上市公司已停牌重组 明年混改将提速】日前，深圳市属国资全系统混合所有制改革工作方案制定，对系统内法人企业整体混改情况进行摸底梳理，遴选出一般竞争性领域企业，特别是二级以下企业；2018 年，全面推进系统混改工作；2019 年，基本完成商业类企业的混合所有制改革，做到应改尽改、能混尽混。深圳市相关负责人表示，要坚持“一企一策”，应改尽改、快改早改，深入研究混改方案，有勇气、有魄力、有张力推动混改工作全面提速。山东省近期出台了《关于加快推进国有企业改革

的十条意见》(简称《意见》)。《意见》指出,要优化国有资本布局结构、加快国有企业转型升级步伐。(经济参考报)

17. 【2018年“国考”报名即将开始 计划招录2.8万余人】据国家公务员局网站消息,中央机关及其直属机构2018年度考试录用公务员工作即将开始。2017年10月29日以后,报考人员可登录中央机关及其直属机构2018年度考试录用公务员专题网站(<http://bm.scs.gov.cn/2018>)查询招考公告、招考职位、报考指南、考试大纲、政策法规等信息。据介绍,本次招录共有120多个中央机关及其直属机构和参照公务员法管理的单位参加,计划招录2.8万余人。考生报名主要采取网络报名的方式,报名时间为2017年10月30日至11月8日。公共科目笔试定于2017年12月10日在全国各省会城市、自治区首府、直辖市和个别较大的城市同时举行。(中国新闻网)



18. 【徐州贾汪法院发出首份涉少“人身安全保护令”】近日,江苏省徐州市贾汪区人民法院发出首份针对未成年人的“人身安全保护令”。该起“人身安全保护令”剑指“非法送养”灰色家暴,是反家庭暴力、建立未成年人安全社会防护网的有益探索和适用。该“人身安全保护令”是由审理一起同居关系抚养权纠纷案件而引起。原告王某与被告张某自由恋爱同居,后因感情不和分手,王某分手时发现自己怀孕,张某要求将孩子流产,两人协商无果。王某在网上联系“收养人”,到外地生下一女并将其非法有偿送养,收取了一万余元的“营养费”。结果导致刚出生的女儿流落到人贩手中被拐卖,后被警方解救,女婴被还给王某抚养。(中国法院网)
19. 【北京市老年人专属手机卡将上线:每月18元享受158元项目】11月1日起,本市老年人专属的北京通手机卡启动申办。该卡为北京通-养老助残卡首款社会化专属产品,为老年人提供优惠、专享的通讯服务,每月资费仅18元,采取“网上申请、在线审批、送卡上门”的方式办理。本市首款北京通—养老助残卡社会化专属产品上线,老年人专享的北京通手机卡将于11月1日正式开始线上申办。该卡是中国移动北京公司专为本市老年人量身定制的专属通讯服务手机卡,为老年人提供优惠、专享的通讯服务,仅限北京通—养老助残卡持卡人办理。目前全市共有231.6万北京通—养老助残卡的有效持卡人,持卡人均可申请。(北京青年报)
20. 【杨剑波诉证监会案正式落槌】近日,最高人民法院裁定驳回光大证券内幕交易案当事人之一杨剑波提起的再审申请。历时4年,历经一审、二审、再审听证的轰动证券期货市场因“光大乌龙指”引发的杨剑波诉证监会一案正式落槌,此案是一例涉及ETF及股指期货的新型内幕交易案件,此前无先例,因具有跨市场、跨品种的特点,案件处理引起广泛关注。一审、二审及再审听证均围绕本案的错单交易信息是否构成内幕信息、信息是否已在光大证券交易前公开、光大证券的交易是否构成内幕交易的豁免情形以及处罚幅度等问题展开。证监会在庭审过程中向法院充分说明了案件事实、相关证据与法律逻辑,在经过法院的严格审查后,最终得到了司法的认可。(证监会官网)
21. 【湖南紧盯一把手腐败:五年立案查处违纪一把手4615人】2016年3月,湖南省委、省政府统一部署,由省纪委牵头,在全省部署启动了“雁过拔毛”式腐败问题专项整治,结合开展农村信访举报集中办理专项行动,重点查处、纠正扶贫领域和发生在群众身边的以权谋私、优亲厚友、盘剥克扣、虚报冒领、强占掠夺、贪污挪用、收受贿赂等问题,严肃查处假脱贫、“被脱贫”、数字脱贫等问题。自开展专项整治至今年9月底,该省共

发现“雁过拔毛”式腐败问题线索 41118 件，立案 11571 件，处理 19975 人，给予党纪政纪处分 9672 人，追缴资金 6.2419 亿元，退还群众资金 1.1504 亿元。反腐败“红利”持续释放，群众获得感明显增强，进一步厚植了党执政的政治基础。（中国纪检监察杂志）

22. 【章莹颖案嫌犯律师：要求将正式审理时间延后】据美国侨报网报道，当地时间 10 月 25 日，美国当地媒体报道，涉嫌绑架中国访问学者章莹颖的嫌犯克里斯滕森（Brendt Christensen）的辩护律师称，他们需要更充分的时间来为嫌犯辩护，因此要求将案件的正式审理时间——2018 年 2 月 27 日延后。当地时间 2017 年 10 月 11 日下午，嫌犯克里斯滕森出庭接受法官审讯。随后，大陪审团提出新起诉，指控他一项绑架致死罪和两项向 FBI 提供伪证的罪名。（中国新闻网）

23. 【京津冀立案一体化 路北法院完成首例跨域网上立案】近日，路北法院完成对原告天津王某等 13 人诉被告唐山某房地产公司商品房预售合同纠纷系列案件网上立案。这是京津冀三地法院跨域立案服务一体化后，首例跨域系列案件网上直接立案。跨域立案，是指京津冀三地协作法院和案件管辖法院依托信息平台，完成当事人立案材料提交、审核、受理工作。当事人或其代理人，登录京津冀三地协作法院自助立案平台，提交起诉材料及证据，通过网络系统传输至管辖法院，管辖法院经审查符合受理条件的，直接予以登记立案。目前，京津冀法院跨域立案协作法院有 7 家。为做好这项工作，路北法院立案庭安排专人专岗，每日对网上立案巡查。（唐山劳动日报）



24. 【“电商霸权第一案”折射应平衡新零售关系】“双十一”日益临近，许多消费者早已开始往购物车里囤货，线上线下数百万商家更是马不停蹄地积极备货。然而，灯饰企业红品爱家创始人夏天平无心“备战”。前不久，夏天平公开表示，由于 618(京东店庆)期间面临参与促销调高价格的压力，便发布了《红品爱家不忍京东霸权退出声明》。该退出行为惹怒了京东，被京东以侵犯了名誉权为由，诉至法院要求赔偿 500 万元。（10 月 25 日《国际金融报》）该案被称之为“电商霸权第一案”，引起社会舆论和各界人士的广泛关注和热议，并掀起对电商时代的新零售关系大讨论，该案的最终裁决结果，也将被视为典型案例，对将来的新零售纠纷具有参考价值。（中国江苏网）

25. 【北京首例民政部门申请撤销监护人资格案宣判】日前，北京市海淀区人民法院对北京市西城区民政局申请撤销李某监护人资格一案进行了宣判。该案系北京市首例民政部门作为申请人要求撤销未成年人养母监护人资格的案件、北京市首例检察机关出庭支持起诉的涉未成年人民事案件，也是北京市首例法院判决指定民政部门担任未成年人监护人的案件。（中国法院网）

26. 【全国首例：江苏环保与工商共享信用信息，精准监管失信企业】10 月 26 日，江苏省环保厅官方网站刊载了相关通知原文。通知要求，工商部门要将企业的基本登记信息和变更、注销信息、行政处罚信息、列入企业经营异常名录和严重违法失信企业名单信息等，实时传输至江苏省市场监管信息系统，供环保部门查询、下载和使用。（澎湃新闻网）

27. 【张志松“杀妻骗保”案一审宣判 被判死缓】近日，对安徽省宣城市人民检察院提起公诉的张志松故意杀人、保险诈骗及其伙同邓某、徐某等八人保险诈骗案，宣城市中级人

- 民法院审理作出一审公开宣判，以被告人张志松犯故意杀人罪、保险诈骗罪，对其数罪并罚，决定执行死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币五万元，对其限制减刑；其他八名被告人均以犯保险诈骗罪，被判处不等的有期徒刑。这起性质恶劣、备受关注的杀妻骗保案的公开宣判就此结束。（正义网）
28. 【山西省政府向社会组织购买公共服务，比例原则上不低于 30%】10 月 25 日从山西省民政厅获悉：省委办公厅、省政府办公厅已联合印发《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的实施意见》，在完善社会组织支持政策、加强社会组织自身建设、严格社会组织管理监督等方面出台多项新举措。（山西晚报）
29. 【北京将建检察官履职年审制度】为深入学习贯彻党的十九大关于深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制的部署要求，10 月 25 日，北京市检察院召开党组会议，审议通过了七个司法改革工作办法。据记者了解，这些办法中包括了建立检察官履职年审制度、加强刑事执行检察院、清河人民检察院正规化建设、建立北京检察科技信息中心等举措。（北京晚报）
30. 【广东法院诉讼费网上缴费实现全覆盖 起诉周期缩短】10 月 27 日，随着广东省汕尾市中级人民法院正式启用诉讼费网上缴纳系统，诉讼费电子支付功能已覆盖广东全省，广东法院诉讼费缴纳进入电子支付新时代。诉讼费网上缴纳支持微信、支付宝、网上银行等电子支付方式，将便捷缴费、票据邮递服务结合在一起。法院受理立案后，每个案件会随机生成独立的一个 32 位数码以及诉讼费二维码，当事人可以按照指引，输入《预交诉讼费通知书》上的 32 位数码完成缴费，缴费后凭该 32 位数码查询缴费结果。（中国新闻网）



## 法律观察

### 之抵押权概念的演变及其法体系效应

**摘要：**抵押权概念的发展大致经历了三个阶段：“抵押权即不动产抵押权”阶段、“抵押权即不动产与限定动产抵押权”阶段和“抵押权即不动产与不限定动产抵押权”阶段。抵押权作为担保物权制度之王，其内涵与外延的演变必然引致担保物权的法体系效应：“抵押权即不动产抵押权”或者引致非典型动产担保物权的法外存在，或者引致动产担保物权的特别立法；“抵押权即不动产与限定动产抵押权”不可避免地导致不同动产担保物权类型之间同类制度的重复、不一致甚或矛盾；“抵押权即不动产与不限定动产抵押权”则足可以将其他动产担保物权类型如动产质权和权利质权吸收性消灭。抵押权概念演变的实质是可抵押动产范围的不断扩大，其法体系效应的最终结局是动产担保物权体系一元化立法模式选择。

#### 一、问题的提出

在《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）的制定过程中，民法学界就应在《物权法》中规定“让与担保”一章曾有过激烈争论。虽然最终让与担保未能成章建节地写入《物权法》，但民法学界对让与担保究竟为何不能独立成章地植入《物权法》的认知，至今仍然存在分歧。2015年5月在南京财经大学法学院承办的“第一届担保法理论与实践研讨会”上，仍有部分与会者提及让与担保制度，并呼吁立法对让与担保予以正面承认。对这一主张，笔者不能苟同。在以往的学术研究中，笔者曾经做过让与担保不能成章建节地写入《物权法》的论证。本文虽是旧话重提，但并非老调重弹，而是期望另辟蹊径——从更加宏大的法制史角度以及担保物权法体系建构方面入手，阐释抵押权概念的历史演变及其所产生的体系效应，也借此把让与担保不能植入民法典物权法编原委的研究再向前推进一步。

让与担保制度的浮沉历史，与抵押权制度的演变史休戚相关。暂且不论最早出现的抵押权制度源出于让与担保制度，仅就抵押权制度自身的演变历史而言，在近代法制史上就大致经历了以下三个发展阶段：“抵押权即不动产抵押权”阶段（立法

上没有动产可以抵押的规定），“抵押权即不动产与限定动产抵押权”阶段（立法上有“依法可以抵押的财产”可以抵押的规定），以及“抵押权即不动产与不限定动产抵押权”阶段（立法上有“未禁止抵押的财产”可以抵押的规定）。抵押权概念的演变历史，实质就是可抵押财产（动产）范围逐步扩大的历史。在物权法定原则的框架内，可抵押财产范围的变化，必将直接影响到其他担保制度如动产质权和权利质权制度尤其是让与担保制度的适存空间。《物权法》“担保物权”编之所以没有将“让与担保”成章建节的植入，也正是因为《物权法》确立的抵押权概念与以往的抵押权概念大不相同——“法律、行政法规未禁止抵押的财产”都可以抵押的规定，实质性地把让与担保制度一体性地纳入抵押权范畴，让与担保制度成章建节单独存在的空间因此荡然无存。因此，研究抵押权概念的演变及其法体系效应，对于解决让与担保制度能否继续成建制地单独存在的问题，具有重要价值。

#### 二、“抵押权即不动产抵押权”及其法体系效应

##### （一）“抵押权即不动产抵押权”之立法

在抵押权概念出现之前的罗马法中，以让与物之所有权的方式创设担保物权即

“让与担保”，最早可溯源至罗马法上之信托。而考诸担保物权之发展，其轨迹应是自移转标的物所有权为担保，演变至仅移转标的物之占有但不移转所有权为担保之占有质，再进化为标的物所有权与占有均不移转而仅取得具有担保作用之权利为担保之不占有质。让与担保以移转标的物所有权实现其担保之经济目的，可见其实为物的担保之最早形态。让与担保这一担保物权形式，是通过附条件让与担保物的所有权这一法律构造来确保债权实现的。随着法律概念的精致化、所有权与定限物权的分野以及不动产与动产之基本分类上的物权法体系建构的完成，担保物权概念项下的抵押权概念出现并且一开始就将抵押权这一法律概念固定在不动产担保物上。由此，就出现了抵押权概念即不动产抵押权的法典定型。随着民法法典化的进程，《法国民法典》第 2393 条、《德国民法典》第 1113 条、《日本民法典》第 369 条等都规定了不动产抵押权制度。又因为物权法定化的格局，“抵押权即不动产抵押权”概念得到进一步强化。作为一种不移转不动产担保物之占有，而于其上设定的一种在一定条件下担保物权人可以就不动产的交换价值优先受偿的担保物权制度，在民法法典化以及物权法定化的双重作用下，在“圈进”了不动产作为抵押物的同时，也将其他财产“圈出”了抵押物的范围。也就是说，在“抵押权即不动产抵押权”的法制环境之下，在不动产之外的其他可设担保财产如动产或权利等财产上，是不可以创设不移转占有并称之为“抵押权”的担保物权的。如果立法要创设一种不动产之外的财产上的不移转占有的担保物权，那么它也只能定其名为其他什么权利如权利质权，而绝无可能定名为抵押权。因为，抵押权的概念已经被立法固定——“抵押权即不动产抵押权”。再进一步看，上述各国立法也不是没有在不动产之外的财产上创设担保物权，如在动产上创设了以占有为公示方式的动产质权，在权利上创设了以登记为主要公示方式的权利质权。在抵押权、动产质权和权利质权法典化、法定化之后，

“圈进去”的暂且不谈，“圈出来”的就是在有形动产上不得创设不移转动产之占有的担保物权。由此，立法造成了法律制度资源供给上的短缺——动产上不移转占有的动产担保物权制度资源没有提供给社会。后来的经济社会法律实践证明，在动产上只能创设须经移转占有的动产质权的法律强制，实在是一种不能被经济活动实践所接受的法律制度安排：对担保人而言，放弃对动产的占有如放弃对生产设备的占有，将使其无法实现融资的目的——贷款是为了扩大或者继续生产，但此时生产设备不在担保人的占有之下，生产无以为继；对于担保权人而言，占有移转而来的担保物，对自己并非一件必需的好事，有时甚至对担保物之占有无能为力——占有需要花费人力、物力、财力。总之，移转动产担保物的占有，成了一种“弊”大而“利”小的制度安排。

## （二）“抵押权即不动产抵押权”的法体系效应

民法的法典化和物权的法定化，使得在动产之上创设一种被法律承认的不移转占有的担保物权成为难题。立法者拘泥于特定时空的想象力，永远落后于社会生活的发展脚步。对担保物权制度的经济社会需求，农业社会定然迥异于工业社会，但身处农业社会的立法者永远不能创设出满足未来商业社会的担保物权制度。立法拘泥于担保物分类及担保法体系完美的追求，以及受限于担保物权公示方式的技术不足，没有供给在动产上可以创设不移转占有的动产担保物权制度，就是著例。于是乎，不断发展的经济社会需求就内在地质力挣脱法典局限和物权法定主义的束缚，在法典之外步履蹒跚地——这就是不移转动产之占有的担保物权制度在法典之外的再度出现。法典之外不移转占有的动产担保物权法制主要有两种表现形式：

首先，非典型担保物权在法典之外的再度出现，主要是让与担保制度的出现。

民法典化和物权法定化，使得古已有之的让与担保制度被“圈出”了民法典。不移转动产占有的动产担保物权类型的制度缺失及社会发展的强烈需求，促使人们不得不在民法典之外另谋出路。让与担保制度在法典之外由此再度进入经济社会生活。目前大陆法系没有国家在其民法典中规定让与担保制度，但由于该制度在实践中有存在的空间和价值，一些国家和地区的司法实践和法学学说不得不承认这一制度，如德国、日本、瑞士和我国台湾地区。关于让与担保的标的物范围，德国、瑞士民法以动产为限，而日本和我国台湾地区为体现和突出让与担保的灵活性、广泛性和综合性特点，认为让与担保的标的物应包括动产、不动产以及正在形成中的财产和其他具有财产性质的权利。关于让与担保的性质，德国和我国台湾地区立法者认为，让与担保是一种信托让与行为，是以所有权的让渡来担保债权，故所有权应完全转移给让与担保权人，并由此得出进一步的结论——让与担保权人在债务履行期间届满前对担保物的处分有效。日本等国家和地区立法者则认为，让与担保不过就是一种担保的设定，担保权人在对外关系上虽然取得担保物的所有权，但在内部关系上只是取得担保权人的资格，其只能在担保的目的范围内行使权利，并由此得出进一步的结论——担保权人在债务期限届满前不得处分担保物。关于让与担保的公示，在德国不需要登记，因而不具有公示性，对交易安全构成威胁；在日本和我国台湾地区则需要公示，否则不具有对抗第三人的效力。关于让与担保的实现，在其初期，许多国家和地区的司法实践和学说都认为，债务人不履行到期债务的，让与担保权人可以取得担保物的完全所有权。这一做法可能使让与担保权人获得暴利，对让与担保人极为不利。在其后期，司法实践中采取了以下两种做法消除前者的弊端：一是以处分清算实现担保权，即让与担保权人出售担保物，以所得价款优先实现自己的债权，剩余价款退还让与人；二是以归属清算实现担保权，即让与担保权

人将担保物折价以获得担保物所有权的方式实现自己的债权，折价超出债权数额的部分返还让与担保人。以上两种做法兼顾了让与担保人与让与担保权人的利益。

其次，在民法典之外以特别民事立法的方式规定不移转动产占有的动产担保物权类型，以济民法典关于“抵押权及不动产抵押权”的制度供给之不足。例如，我国台湾地区在“民法典”之外于1963年另行颁布的“动产担保交易法”即是如此。该法规定了动产抵押、附条件买卖、信托占有三种不移转占有的动产担保物权。我国台湾地区之所以在“民法典”之外另行颁布“动产担保交易法”，就是因为其“民法典”关于动产之上担保物权制度资源的供给不足。我国台湾地区“民法典”所规定的动产担保制度，主要包括动产质权、权利质权和动产留置权。正如前文所提及，我国台湾地区“民法典”关于抵押权的规定只限于不动产抵押权，而动产之上的担保物权又只限于以移转占有为生效要件的质权，因而不移转动产之占有的担保物权付之阙如。质权的特色在于债务人需将动产移转占有予债权人，究其本意，系为了确保债权人之权利实现。然而如此一来，不仅债务人将无法再对标的物为使用收益，债权人也未必愿意负起保管之责。相对于今日现代人讲究先使用后付款的生活方式，传统动产担保交易制度显然已不能符合时代的需要，动产抵押、附条件买卖、信托占有等新型动产担保形式应运而生。

正是借助于民法典之外的特别立法，或者借助于法学学说和判例推动，一些国家和地区建立了民法典之外的在动产上可以设立的不移转占有的动产担保物权制度，由此也就形成以民法典确立的占有型动产抵押权概念的演变及其法体系效应担保物权类型为主干和中心、以特别立法和判例法确立的非占有型动产担保物权类型为辅从和外围的动产担保物权法制体系。在这一“解法典”式的动产担保物权法制发展进程中，民法典确立的“抵押权即不动产

抵押权”制度得到了维护，民法典之外生发出来的不移转动产占有的动产担保物制度得以发展，其重要形式就是让与担保这一古老的制度得以在法典之外再度获得重生，并显现了蓬勃的生机和活力。民法法典化的生成，使得原有的让与担保物权制度在法典之内“建构性”地消失；民法法典化的存续，又使得让与担保物权制度在法典之外“演进性”地重生。

### 三、“抵押权即不动产与限定动产抵押权”及其法体系效应

#### （一）“抵押权即不动产与限定动产抵押权”之立法

如前所述，“抵押权即不动产抵押权”将可抵押财产的范围限缩在不动产担保物之上。这一立法模式严重地阻碍了抵押权制度在经济社会发展中的制度价值。于是，为了充分利用抵押权制度的制度优势，各国担保物权立法不断将抵押权制度的适用范围予以扩张。上述民法典之外关于动产担保物权特别立法以及关于动产之上不移转占有的担保物权判例法的发展，是两种基本的动产之上不移转占有的担保物权制度适用外延的扩张路径。除此之外，我国作为后发的法治国家，在担保物权立法模式上另辟蹊径，走出了一条解决同一问题的不同道路，这就是我国于1995年颁布的《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）的相关规定。该法于第34条第

（二）、（四）、（六）项分别规定以下动产可以抵押：一是抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产，二是抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产，三是依法可以抵押的其他财产。从《担保法》关于可抵押财产范围的规定来看，一是《担保法》已经不是如我国台湾地区“民法典”等传统民事立法那样将抵押权制度限制在不动产抵押的狭小范围内，而是将抵押权制度扩展到“机器和交通运输工具”以及“依法可以抵押的其他财产”上；二是《担保法》关于可抵押财产的范围相比较于后来颁布的《物权法》“担保物权”编的抵押权概念的外延，还是属于有限的动产抵押权范畴——除了列举的

几项可抵押财产外，立法用抽象的方式规定“依法可以抵押”的其他财产可以抵押。相比较于《物权法》“担保物权”编适用的“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以抵押的规定，显然可抵押财产的范围相对有限。但即使是《担保法》规定的可抵押财产的范围相对有限，其也还是将抵押权这一概念从传统的“抵押权及不动产抵押权”的狭小外延中突围了出来，拓展到了动产的范畴。由此开始，动产上的担保物权就有了动产抵押权、动产质权和权利质权的分类并依序排列，但担保物权立法由此而引致的担保物权法体系效应却没有引起学界的关注。

#### （二）“抵押权即不动产与限定动产抵押权”的法体系效应

当抵押权开始出现动产抵押权时，首先引起的法体系效应就是担保物权分类标准的紊乱。原有的担保物权分类以担保物的不动产与动产之类分作为分类标准：不动产上的担保物权为抵押权，动产上的担保物权为质权包括动产质权和权利质权。当抵押权概念的外延开始包括动产抵押权的时候，动产抵押权与动产质权如何区分？动产抵押权与权利质权又如何区分？在同一动产上设定的担保物权何谓抵押权？何谓动产质权或权利质权？担保物分类不再起作用了，因为有可能是同一个担保物如同一设备上设定了抵押权或者质权。此时，人们开始注意到，担保物权的公示方式——担保物占有是否移转，可以把动产上的抵押权与质权区分开来——非移转占有而以登记为公示方式的担保物权为动产抵押权，移转占有即以占有为公示方式的动产担保物权为动产质权；但对于通常多以登记为其公示方式的权利质权而言，何谓权利上的抵押权以及何谓权利上的质权，则无法再予区分了。

其次，立法者没有自觉地注意到动产抵押权制度对动产质权制度和权利质权制度的可准用性并加以明确规制。从我国台湾地区“民法典”“担保物编”的规定来看，

有最高额抵押权对一般抵押权的准用，有最高额动产质权对最高额抵押权的准用，还有权利质权对动产质权的准用等，但该法没有动产质权和权利质权对抵押权的准用。究其原因，在于抵押权与动产质权和权利质权的制度隔阂——该法所界定的抵押权为不动产担保物权，动产质权和权利质权则为动产担保物权。在人们的心目中，两者不在同一担保物上，这恰似“井水不犯河水”一般。在“抵押权即不动产抵押权”的法制环境下，民法典没有关于动产质权和权利质权准用抵押权的规定，有其一定程度的正当性、合理性和可接受性。但是，在抵押权不再限于不动产抵押权，而是也包括了动产抵押权的法制语境下，抵押权概念之内涵和外延的演变，导致同一动产上的抵押权和质权之间区别无几。此时，如果立法者没有自觉地认识到两者之间的模糊界限，再延续原有立法的模式，就会出现立法的漏洞。《担保法》在规定了抵押权包括动产抵押权的情况下，没有将这一变化引致的担保物权法体系效应贯彻到底。也就是说，在抵押权之概念和外延扩展到动产的时候，立法者应当将由此引致的法体系效应清晰、及时并准确地作出回应——鉴于抵押权与动产质权和权利质权之间的界限几乎全无，鉴于抵押权制度的周详细致，随之规定动产质权和权利质权准用（动产）抵押权的规定。

再次，当抵押权的概念与外延扩展到动产之时，由于动产抵押权与动产质权和权利质权之间界限的模糊性，因此就要特别注意避免同一制度中出现不必要的重复、应该一致而不一致甚或不应有的矛盾等情形。在这一点上，《担保法》在扩展抵押权概念的内涵与外延的同时，确实存在对同一制度科学设计方面的疏漏。例如，《担保法》第40条规定了（动产）流押禁止条款，第66条又规定动产流质禁止条款，此为“不必要的重复”。在动产抵押权与动产质权仅限于公示方式的不同以及由此而产生的规则差异而没有其他不同的前提下，立法既然已经规定了流押禁止条款，

流质禁止条款就无需重复规定，只要规定“本章（节）没有规定的准用动产抵押权的规定”即可。又如，《担保法》第43条规定“当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效”，而该法第64条第2款规定“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”。同为担保物权，立法却没有实行同样的规制：动产抵押合同自签订之日起生效，而动产质押合同则自质物移交于质权人占有时生效。此为“应该一致的不一致”。再如，在抵押权概念扩展方面有过之而无不及的

《物权法》担保物权编在规制可担保财产方面，关于抵押物作出了“法律、行政法规未禁止抵押的财产”可以抵押的规定，而对质权则作出了“法律、政策法规规定可以质押的”动产可以质押的规定，由此造成关于担保物范围的立法政策上的矛盾——前者为“法不禁止即自由”的立法立场，后者是“法有授权才有权”的立法立场。此为“不应有的矛盾”。

#### 四、“抵押权即不动产与不限定动产抵押权”及其法体系效应

##### （一）“抵押权即不动产与不限定动产抵押权”之立法

《物权法》于第四编之“担保物权”第180条之（四）、（五）、（六）、（七）项分别作出了“生产设备、原材料、半成品、产品”，“正在建造的船舶、航空器”，“交通运输工具”，以及“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”都可以抵押的规定。由此，可抵押财产的范围就走到了可抵押财产的极限地步——《物权法》不仅明示列举了可以抵押的“现有动产”如“生产设备、原材料、半成品、产品”可以抵押，而且“正在建造的建筑物、船舶、航空器”，“交通运输工具”等“未来财产”也可以抵押；并且利用“法律、行政法规未禁止的抵押权的其他财产”的规定，将可抵押动产的范围推向了极致——形成了“法不禁止即自由”的可抵押财产局面。基于担保物权的通性，一般来说，可以于其上设定动产质权和权利质权的财产，当属于“法不禁止抵押”的财

产，但未必是“法律规定可以抵押的财产”。由此，可设定动产质权者，于其上则必可设定动产抵押权；可设定权利质权者，与其上也必可设定权利抵押权。这一结论在《担保法》“圈定”的可抵押财产范畴下当不可以得出，原因在于《担保法》第34条第6项规定了“依法可以抵押的其他财产”。从逻辑上分析，“依法可以抵押的财产”是一个有限的范围，而“法不禁止的可以抵押”的范围是一个无限的范围。“有限”与“无限”之间差异大矣！由此，我们认为，我国通过《物权法》“担保物权”编第180条第（七）项的规定，即将抵押权制度的担保物可适用范围扩展到了极致——法律、行政法规不禁止抵押权的财产都可以于其上设定抵押权。这样一来，我国民事立法关于抵押权制度的规定就迥异于其他国家和地区的抵押权制度，亦显然不同于《担保法》的规定。我国抵押权制度适用外延的“泛化”，将不可避免地引致整个担保物权的制度体系效应。但这一点同样没有引起国内学界和司法界的关注。

## （二）“抵押权即不动产与不限定动产抵押权”的法体系效应

当“法律、行政法规不禁止抵押的财产”都可以抵押的时候，抵押权概念外延的无限扩展会引致担保物权法体系的何种体系效应？从动产担保物权的体系规模来看，在不动产之外财产上创设的动产担保物权在实定法上被分为动产抵押权、动产质权和权利质权。如前所述，从担保物的角度观察，凡是能作为动产质权和权利质权之质押财产的，均可以作为抵押财产。由此，可抵押财产的极限化在担保物权法体系方面将引发两个问题：一是在理论上，动产担保物权的分类标准及类型问题；二是在实践上，有与抵押权“泛化”密切相关的动产质权和权利质权的“虚化”问题。

先说动产担保物权在理论上的分类标准和类型问题。因为在同一财产上既可以设定抵押权，也可以设定动产质权或权利质权，那么何为抵押权，何为动产质权或

权利质权？传统担保物权分类的标准是担保物的类型，即不动产上设定的担保物权为抵押权，动产上设定的担保物权为质权，有形动产上设定的担保物权为动产质权，无形动产上设定的担保物权为权利质权。但在法不禁止的财产均可以抵押的法制环境下，担保物之不动产与动产的类型划分不能再作为担保物权类型划分的标准了，因为同一财产既可以抵押又可以质押了。由此，带来了担保物权类型划分标准的再确认问题。从动产抵押权与动产质权的区别来看，似乎动产抵押权公示的方式是两者可以区别的标准——不移转占有而借助登记公示的动产抵押权为动产抵押权，移转占有并以占有为其公示方式的动产担保物权为动产质权。但这一动产抵押权分类标准如果被适用于动产抵押权与权利质权，则又失灵了。因为从权利质权的实定法规定来看，绝大多数权利质权都是以登记为其公示方式的，所以，在权利上设定担保物权时，我们称其为权利抵押权还是权利质权，因无区分标准而无从区别称呼之——似乎两者已经合二为一。

再议动产质权和权利质权的虚化问题。尽管立法确立了动产质权和权利质权的法律地位，但在抵押权极限化的法制环境之下，在同一有形动产既可抵押又可质押的选择中，人们将很自然地基于制度之便宜的利益衡量而择取动产抵押制度；同理，在权利上的担保物权，在权利抵押权与权利质权区分无界的法制环境下，是否还有在立法上予以区分的必要？尤其在建立了统一的动产担保物权登记公示制度之后，是否还需要对权利质权作出专章另节的规定？到底称权利上的担保物权为抵押权还是权利质权？笔者倒觉得直接在立法上将其编入抵押权并称其为抵押权更好。加之我国现有的立法没有关于权利质权准用动产抵押权的规定，权利质权在理论上和实践上归入动产抵押权制度，将是其宿命般的归依，因为抵押权制度历经时间的积累和实践的检验，其制度设计最为完善最为科学。总之，所谓动产质权和权利质

权的虚化问题，实质上是因抵押权概念外延的扩展以至于极限化，使得动产质权和权利质权失却在实践上独立存在基础和价值。“抵押权”这一概念，已经在可抵押权财产极限化的基础上，演变成为一个与“动产担保物权”概念居于同一层次的概念。在抵押权“泛化”的法制环境下，当我们谈论抵押权概念的时候，其所指其实就是在一切不动产与动产上创设的担保物权。因为现在的抵押权这一概念的外延已经实质性地等同于原先的不动产抵押权、动产抵押权和动产质权、权利质权概念的外延，而这一系类概念的外延之和，原先是在担保物权这一概念的统摄之下的，所以，现在的抵押权概念等同于担保物权概念。正因为如此，在抵押权概念“泛化”的法制环境下，让与担保作为一种担保物权类型，也没有独立存在的基础和价值，其外延也包含在了抵押权概念之下。这就是“让与担保”最终不能进入《物权法》“担保物权”编的根本原委。

## 五、抵押权概念演变的实质及其体系效应之趋向

### （一）抵押权概念演变的实质

抵押权概念演变的实质，是抵押权概念外延的不断扩张，即从“抵押权即不动产抵押权”过渡到“抵押权即不动产与限定动产抵押权”，最后极限化为法不禁止的所有的财产都可以抵押权的泛抵押权结局。其演变的方式，有先法典化国家关于或者非移转占有动产担保物权的法典外特别立法，或者法制实践中通过法学学说与司法判例推动的非典型动产担保如让与担保等习惯法的形成；也有后法典化国家通过不断扩展可抵押财产范围的法典化形式，吸收性消灭其他动产担保物类型。先法典化国家主要通过不断增加动产担保物权类型的方式来解决“抵押权及不动产抵押权”的制度供给不足问题；后法典化国家则是通过扩展抵押权概念的外延，并由此实质性地将动产质权和权利质权吸收性消灭的方式，来解决“抵押权即不动产抵押权”的立法缺陷。从让与担保存废的角度观察，是

一个让与担保制度因法典化生成而消失，又因法典化存续而非典型法典外存在，以及又因法典化演变而被抵押权制度吸收性消灭的发展过程；就动产担保物的法定类型来看，是一个动产担保物权类型不断增加后又因不断合并而减少的过程，并最终呈现出趋于动产担保物权一元化立法模式的取向。

从法律制度得以产生和存续的经济、社会基础分析，传统担保物权结构类型体系主要是建立在两种社会背景之上：一是经济社会基础，即后农业社会经济基础或者初步的自由经济社会基础，这一社会基础对交易安全的要求相对于现代自由经济的社会基础的要求，显然要低得多；二是哲学社会基础，即理性哲学基础上的对法典的崇拜和对法典逻辑形式的演绎的崇拜，使立法者少有了对社会实际需求的把控。在这两种社会基础上建立的近代民法典，关于担保物权的规定就不能满足现代社会的发展对融资安全和效率的要求。反映在法律制度层面，就是抵押权制度外延的狭隘和制度贡献无力。与此相对比，现代担保物权制度，即以抵押权制度的外延扩张为表象的现代担保物权制度，立足于高度发达的市场经济社会，着眼于解决现实经济活动中关于融资担保的各种问题，不拘泥于法律的形式逻辑而倾力于以透明、高效的制度设计，为融资安全和融资效率提供一整套法律方案。

### （二）抵押权概念演变导致的法体系效应趋向

抵押权概念外延的扩张，使得各种可抵押的动产甚或法律、行政法规不禁止抵押的“财产”得以进入可抵押财产的范围。先法典化国家与后法典化国家的不同之处在于，前者一般只能是在法典之外以特别立法或者判例法的方式，实现不移转占有型担保物权外延的扩张；而后者则完全可以通过可抵押财产范围的立法扩张，在法典内部实现不移转占有型担保物权概念外延的扩张。由此，对于后法典化国家而言，

在担保物权类型体系上就有了前述不动产抵押权与动产抵押权、动产质权、权利质权的分类体系问题。当我们这样来分析和看待整个担保物权体系的时候，在延续不动产担保物权与动产担保物权的基本分类路径下，就有了动产担保物权进一步被分为以登记公示、以占有公示的动产担保物权类型。但这种以公示方式的不同而对动产担保物权的分类不足以在立法层面予以单独成章的表达，而只能是在动产担保物权概念项下，在区分动产担保物权设立合同、动产担保物权的设立以及动产担保物的公示的基础上，再对动产担保物权公示的方式不同进行立法次级路径分述。动产担保物权多样化形式的公示方式，一是承继延续原有的动产担保物公示方式如“占有”，另一种是创新另立的动产担保物公示方式如“登记”公示方式以及“控制”公示方式等。

由此，我们可以在参考国外先进动产担保物权立法模式的基础上，对我国未来动产担保物权的立法模式提出如下设想：在动产担保物权概念项下，整个动产担保物权法制设计次第分别规制为动产担保物权的概念、担保物的范围和类型、担保物权的设立合同、担保物权的设立、担保物权的公示（登记、占有、控制等）、动产担保物权的优先受偿次序、动产担保物权的对内对外效力、动产担保物权的实现、动产担保物权的消灭等事关动产担保物权“从生到死”的全过程问题。这一立法模式，即学界所谓的“一元化”动产担保物权立法模式。动产担保物权的“一元化”立法模式，是相对于我国现有的动产担保物权立法模式而言的，如此，我国现有的动产担保物权立法模式可以称为“多元化”立法模式。“多元化”动产担保物权立法模式恰是依据动产担保物权公示方式的不同，而对其进行立法分类并分别规制。但各种动产担保物权又不可能不对其概念、合同、设立、

公示、效力、次序、实现、消灭等基本问题逐一规制。鉴于“多元化”动产担保物权立法模式的种种结构性弊端，动产担保物权的一元化立法趋向势不可挡。

## 六、结语

作为债权实现的法制保障措施，担保物权法制自民法法典化以来，已经走过了近二百年的历史。奠基于近代资本主义初级阶段或者农业经济发展后期的法典化担保物权法制，定有其形成理由并做出了历史贡献。但“抵押权及不动产抵押权”的法典化模式，随着时代的变迁和市场经济的发展，却日显捉襟见肘。在民法法典化与物权法定化的双重框架夹击之下，为满足市场经济发展对法制资源的需求，只能在法典之外以特别立法的方式或者以判例法（习惯法）的方式，实现对“抵押权即不动产抵押权”的突破——不移转动产之占有的动产抵押权制度得以在法典之外建立。我国现有担保物权立法确立的抵押权即法律、行政法规不禁止抵押的“财产”均可以抵押的立法选择，实质上是把抵押权制度的适用范围推向了极致。在此制度下，动产担保物权再延续现有的法制分类，已缺乏充分理由。应将动产抵押权、动产质权、权利质权法制中的概念、合同、设立、公示、效力、次序、实现、消灭等制度进行类项合并，只是在“公示”部分，再细分为登记公示、占有公示和控制公示等。至此，由抵押权概念的演变所导致的体系效应，推动着我国动产担保物权法制的一元化趋向。当我们将对这一趋向有一个自觉认知的时候，我们就会主动迎合并顺应这一趋势，并在法制完善和司法实践中，不断将其推向前进。

作者：董学立

来源：《法商研究》



## 实务聚焦

### 之关于投资并购交易谈判中的焦点条款，你该注意哪些坑

在投资并购交易工作中，常常会遇到关于如何拟定法律条款的问题。很多人觉得法律条款就应当由律师或法务来制定，只有商业条款才是投资人需要重视的。

然而实际上并没有纯粹的商业条款或法律条款，交易中所有的协议条款，都是为了界定纷繁复杂的交易内容，明确各方权利义务，防范交易风险。对于条款不够重视，会在后续过程中产生诸多问题。

为防患于未然，本文针对交易各个环节中协议的一些关键条款进行专门分析。

#### 一. 保密协议

在整个投资项目的过程中，初始阶段会先遇到签署保密协议的问题。

一般情况下保密协议是双向的，企业需要保护自己的敏感信息不被泄露，投资机构也要防止企业不当的利用机构知名度为自己背书。保密协议中需要明确缔约方、保密内容及期限、双方陈述保证、违约救济等内容，一般在谈判中容易出现争议的有以下两点。

##### 1. 保密期限

对卖方而言，保密期限越长越好。但从投资机构的角度，期限约定过长对己方非常不利。通常会约定为一年期限，最长也不能超过三年。如果超过三年以上，就需要业务部门和律师法务进行沟通，避免产生重大影响。

##### 2. Standstill 条款

在上市公司并购交易中，被收购方会担心买方在没有与管理层充分沟通下，发起敌意收购，或进行恶意私有化。因此会在保密协议中约定：在保密期限内，不能购买该上市公司股票。这种情况在美国市场比

较常见。若买方公司内部存在二级市场投资业务时，会由于部门间信息沟通滞后性导致风险。因此在谈判中买方可以通过约定具体范围，如购买股票的数量、时间等，减轻对己方的影响。

在 2012 年著名的美国化工企业 Westlake Chemical 敌意收购 Axiall 案中，面对 Westlake 突如其来的收购意向，Axiall 董事会为了维护自身利益，同时争取出时间接触潜在收购方，一方面积极寻找外部支援，另一方面以退为进，邀请 Westlake 对 Axiall 进行尽职调查，同时双方签署保密协议及 Standstill 协议，保证 Westlake 不会突然袭击。最终通过引入白衣骑士竞价与博弈，Axiall 董事会避免了自身遭到撤换，并且为其股东争取到比初次报价高出 65% 的最终报价，一举两得。

另外需要注意，在签署的保密协议中并没有约定 standstill 条款，但同时二级市场进行被收购公司的股票买卖时，也有可能触发内幕信息情形。这种情况要具体问题具体分析，是否构成内幕信息取决于前期接触时所获得的信息是否属于重大信息，交易是否进入实质性阶段。

一般认为，当获取到重大信息时，便认为交易进入实质性阶段。如果只是初步意向性接触，没有获取财务数据之类的重大信息，即使签署了保密协议，也不应该算做进入实质阶段。如果已经获取重大信息，或者已签署 Term Sheet 或框架协议，就认为进入了实质阶段。

另外，不同法域的规定也不一样。在美国，即使与上市公司签了 Term Sheet，交易进展到很深入的地步，也可以在二级市场继续增持。但在欧洲同样的情形就认为是内幕交易。又比如，在美国，意向对上市公司进行私有化时，持股超过 10% 就需要向

美国证监会披露是否有私有化意向，否则要在一年内需要承担不实责任。但在欧洲就无此规定。因此在保密协议签署时都要进行充分考虑。

## 二.Term Sheet (条款清单)

在签署 Term Sheet 阶段，意味着双方达成初步意向，意图就商业条款进行实质性磋商，并指引下一步的工作方向，以准备业务、财务、法务乃至人事的尽调。虽然大部分 Term Sheet 除了费用分担、排他条款和保密条款外并无实质上的法律约束力，但由于 Term Sheet 会对交易中的商业条款进行锁定，因此也是交易环节中非常重要的文件。

例如当年轰动一时的俏江南与鼎晖对赌案，由于俏江南未能达到业绩要求，导致投资协议条款被多米诺式恶性触发：上市未果触发了股份回购条款，无钱回购导致鼎晖启动拖售权条款，公司出售成为清算事件又触发了清算优先权条款。日益陷入被动的张兰最终被迫“净身出户”。

另外 Term Sheet 和框架协议并不完全一样，Term Sheet 更多目的在于达成将来签署 SPA（股权购买协议）或 LPA（有限合伙协议）的基础。一般来说少数股权投资更多采用签署 Term Sheet 的方式。而框架协议一般则是投资方作为大股东，就卖方如何剥离资产、或重组公司等方面达成框架性内容，相对来说条款简单一些，侧重点也因投资类型不同而不同。

Term Sheet 中包含众多条款，按类型可以分为进入条款、公司治理条款和退出条款，这里重点分析在谈判中常见的几个条款。

### 1.进入条款之反稀释条款

反稀释条款的目的在于保护投资机构的利益，在后续融资中不会导致己方股权比例的降低或控制权的减弱。无论是从经济利益还是战略角度考虑，该条款对投资机构来说都是应当尽力争取的。

股权被稀释主要包含两种情况。一种是由

于增发新股导致的股权比例降低，这种情况比较容易谈判，一般会约定通过无偿或以公允价格给予投资机构相应比例的股权，保证其股权比例不变。

另一种情况是由于下一轮融资对公司的估值降低，导致股权价值被摊薄。为防止出现此种情形，必须在协议中约定给予投资机构补偿，保证股权价值不被稀释。美元基金喜欢使用所谓的“棘轮条款”，即强行配给投资机构股权，直至其每股平均价格下降至增发的新股的价格水平。而更普遍的做法是加权平均调整条款，具体的公式算法比较复杂，但就谈判角度来讲，这种方式比较温和，也容易被企业接受。但需要注意，反稀释条款的约定，除用于员工期权计划的股权外，不应当接受例外。

### 2.公司治理条款之董事会席位要求

拥有董事会席位，意味着在公司的圆桌上，就拥有了话语权。对投资机构来说，参与到公司经营中，了解公司日常事项与重大事务决策，是相当重要的。如果公司有不利于己方的事务，可以提前进行协调，或行使投票权阻止，如果公司有优质的信息或资源，可以提前参与进来。

正是因为董事会席位的重要性，作为少数股权投资机构，很难争取到这个机会。如果退而求其次，为了信息对称，可以谋求观察员角色，即没有发言权和表决权，但可以进行信息内容的收集，及时向机构汇报。

### 3.公司治理条款之一票否决权

如果能够谋得董事会席位，可以谈判一票否决权的事项。从技术上讲，可以是董事会的一票否决权，也可以是股东会的一票否决权。行使否决权的领域主要包括下面三个方面。

第一，公司的重大资本结构调整。如增资、减资、并购重组等。一般来说，这些方面属于否决权的常规事项，公司比较容易接受。

第二，公司运营。公司运营事项的否决权属于谈判比较艰难的部分，其中主要的阻力来自公司管理层。一般来说管理层都不希望股东干涉公司的运营，特别是优秀的公司。具体来说，诸如重大合同、借款安排等事项，管理层很难接受一票否决权的安排，这需要借助于谈判进行取舍。但是，关联交易是必须要争取的行使事项。在谈判中，有些公司会提出设置关联交易的额度，比如金额 200 万以上纳入否决权审议。这大都是属于文字游戏，因为关联交易本来就是内部人的运作，合同金额完全由公司决定怎么写，大可以把资产以 200 以下的低价卖出。

第三，年度预算。这部分是管理层最难妥协、但投资机构也应当尽力去争取的部分。因为年度预算决定公司资金的使用，如果在预算部分拥有否决权，公司管理层无法绕开机构自由决策，会十分有助于投资机构的投后管理。

#### 4.退出条款之优先清算权

需要明确，我国现行法律并不允许股东超出出资比例分取清算剩余财产。《公司法》第一百八十七条规定：“公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。”虽有这样的规定，但是可以在股东之间约定再分配补偿机制或回购机制。

#### 5.退出条款之拖售权与随售权

在控投资机构退出时，收购方可能会担心公司原有的股东是否欢迎新股东，或会出现原有小股东不愿意出售公司的情形。为防止此种情况，投资机构在进入时就需要约定拖售权条款。即当大股东以一定的价格转让股权时，小股东也必须以同样价格和条件转让。

谈判的争议点在于，小股东担心在日后的交易价格上会缺乏话语权，导致自己吃亏，

因此在谈判中会主张设定转让最低价格。然而实务上几乎无法预测公司三至五年后的股权价格，因此如果必须要妥协，可以约定按照出售时的市场价格确定，或由独立的第三方进行确定。这也是谈判中较难解决的问题之一。

另外一种情况是，大股东退出时，小股东也希望一同退出，因此会在协议中约定随售权条款。随售权在谈判中相对来说比较容易接受，因为对大股东来说没有坏处，对小股东来说也是增加了己方的选择。

#### 6.管理层的不竞争义务

一般来说，大部分国家的法律会规定竞业禁止的义务，比如美国、欧洲、中国都有明确规定。但对于规定不甚明确的部分国家，应当将该内容在协议里进行体现。该条款谈判的难点在于，对管理层辞职后多长时间内不能进行同业竞争的约定，条款效力不同国家规定并不一样。

比如在中国，一般实务上最长规定三年，再长可能也不被法院认可。而在美国不同的州规定也不并一致，加州由于聚集了大量创业公司，故对于竞业禁止期限规定较短，一般不超过两年。其他州可能就会更长一些。因此在跨境交易签署协议时，选择有利于自己的法域和管辖法院很重要。

### 三.股权购买协议（SPA）

在签署 Term Sheet 后，投资机构业务团队就会开始进行商务、财务、法务的尽调。在持续数周的尽调中，交易各方如果达成实质性的合作意向，即可以 Term Sheet 为基础，准备股东协议或股权购买协议。以股权购买协议为例，基础条款中诸如时间期限金额、付款条件等没有太多难点，容易出现争议的地方在以下几个方面。

#### 1.价格调整条款

签署协议如果与正式交割存在时间差，在交割时间点之前一旦公司发生债务或现金流变化时，正式交割时的估值也会与最初

谈妥的价格发生变化，此时就应当对价格进行调整。特别是交割有前置政府审批时，时间差会比较明显。但按照行业规则，公司新增股份很少会约定价格调整，而在老股转让时比较常见。

## 2. 陈述与保证

协议中的陈述与保证部分，同时也是尽调时需要确认核实的内容。一般包括交易本身的合法性，公司设立、运营、资产的合法性等。但如果目标公司本身存在一定问题，并且告知了买方时，如何对陈述与保证进行处理呢？此时就需要披露函发挥作用。

披露函一般是卖方或公司提供，告知对方现有存在的问题，并保证除此之外无其他瑕疵。业务团队可以根据披露函中的内容对商业条款进行调整。比如披露有重大诉讼，则可以向律师确认可能出现的最大损失，然后根据金额在估值中进行调整。

对于协议各方陈述与保证的重视，也是投资并购成功的重要因素。著名的“蛇吞象”吉利收购沃尔沃案中，吉利的项目团队阅读了福特提供的 6473 份文件，通过十多次专家会议，2 次现场考察，3 次管理层陈述，才开始真正了解沃尔沃状况。针对福特起草的 2000 多页的合同，进行了 1.5 万处的修改标注。正是这样的重视，让吉利实现了成功的收购计划。

陈述保证是由谁做出，则是另外一个需要关注的问题。若是只有目标公司进行陈述保证，若后续有赔偿情形发生，投资机构已经作为公司股东，实质上会承担该损失，因此应当要求卖方进行陈述保证。除非是少数股权投资，公司新增股份时由创始人或公司进行陈述保证。

## 3. 交割条件

也就是付款前提，最常见的情形就是进行政府审批。由于此种情况的发生一般不受双方控制，如果不约定在协议中，完成交割后政府有可能会设置障碍或宣布交易无效。另外在后续处理政府关系方面，也会

遇到问题。因此对于交割条件，特别是政府审批一定需要重视。

在需要政府审批情形下，政府部门一般把时间要求表述为：自提交材料齐全之日起计算。由于材料齐全这个标准完全由政府掌握，无论是政府内部流程冗长，还是政府审核太过严谨，都会对双方交易产生重大影响。因此协议中约定的时间需要在经验和技术上判断，并提前与审批部门进行沟通。

另外为防止在交割前目标公司发生重大事项变化，导致投资目的难以实现，应当在协议里有相应的防范措施。如签约开始到交割之前，不能有非常规运营和交易等约定，具体可以根据情况列举。比如贷款不能超过一定金额，管理层不得涨薪，不得进行资产变卖等。

近些年，中国的一些企业响应国家“走出去”的战略号召，在海外进行投资并购时，屡屡遇到因政府审批而导致收购失败的案例。早些年中海油收购美国优尼科、中铝收购力拓案例，都是受到政治因素与政府审查影响导致收购失败，彼此都付出了高昂的代价；近几年的安邦、复星、华信、海航等民营新贵在海外投资市场攻城略地，也是不断汲取历史失败经验，以更成熟的姿态参与到国际资本市场上去。

## 4. 赔偿条款

陈述与保证部分出现违约情形时，赔偿金额会存在有上限规定。不同法域对上限规定也不尽一致。例如股权转让金额总计 5000 万，在美国规定最多赔偿上限是 5000 万；而欧洲一般是合同支付款的 10-30%；我国则一般规定为不超过实际损失的 30%。因此在赔偿条款部分，也需要投资机构根据不同情况，做出有利于己方的约定。

## 四. 结语

在复杂的投资并购工作中，业务、法务、财务等各方的通力合作是成功的前提。一方面要根据双方争议的焦点问题制定谈判

方案，另一方面要通过书面文件和条款将谈判结果落实。事实上并没有纯粹的商业条款或法律条款，交易中所有出现的协议条款，都是为了界定纷繁复杂的交易内容，明确各方权利义务，以期能最大程度防范交易风险，实现商业目的。

来源：法天使公众号



## 后 记



所有的时间管理的背后，是良好的习惯，而良好习惯养成的背后，是惊人的意志力。

### 【本刊内容参考及转载来源】

1. 中国新华社：[www.xinhuanet.com](http://www.xinhuanet.com);
2. 人 民 网：[www.people.com.cn](http://www.people.com.cn);
3. 中国新闻网：[www.chinanews.com](http://www.chinanews.com);
4. 财 经 网：[www.caijing.com.cn](http://www.caijing.com.cn);
5. 第一财经网：[www.yicai.com](http://www.yicai.com);
6. 证券时报网：[www.stcn.com](http://www.stcn.com);
7. 法 制 网：[www.fawan.com](http://www.fawan.com);
8. 各级政府及各部委行署官方网站