



2021

第 36 期/总第 495 期

每周法规速递
▶ 热点信息

成功，始于助人成功



天達共和律師事務所
East & Concord Partners

导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近日，银保监会发布《中国银保监会办公厅关于资产支持计划和保险私募基金登记有关事项的通知》、《关于服务煤电行业正常生产和商品市场有序流通保障经济平稳运行有关事项的通知》等文件；中国人民银行发布《征信业务管理办法》；中国证券业协会发布《自律规则适用意见第2号——关于〈公司债券承销报价内部约束指引〉有关规定的适用意见》；证监会发布《首次公开发行股票并上市辅导监管规定》；上交所完成了季度报告格式（以下统称《季报格式》）的修订。最高法启动四级法院审级职能定位改革试点工作并发布《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》及反垄断和反不正当竞争典型案例；最高检发布第三十批指导性案例及生物多样性保护公益诉讼典型案例等，详情请见本周法规速递。

近日，中国银保监会有关部门负责人就《关于资产支持计划和保险私募基金登记有关事项的通知》答记者问，详情请见“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《关于抵押权的行使方式的若干问题研究》《同人作品创作的法律风险分析》，以供参考。

目 录

天达共和热点动态

长三角 | 天达共和慕娟律师出席上海市青浦区赵巷司法所组织开展“法治带头人”“法律明白人”普法讲座

资讯 | 天达共和叶鹏律师受邀在安拓数据安全与个人信息保护合规大会（北京）做主旨演讲

长三角 | 天达共和杭州办多位律师任职杭州市拱墅区律师行业专业委员会主任/副主任

资讯 | 天达共和成都办与川大国际关系学院签订战略合作协议

契筑合作之路，共刻仲裁之美——天达共和管委会主任周琦谈仲裁事业发展

法 规 速 递

➤ 金融领域

1. 银保监会：保险资产支持计划和私募基金由注册制改为登记制\ 2021-09-28
2. 央行出台征信业务管理办法 征信法治体系再完善\ 2021-09-30
3. 银保监会：严禁利用银行保险资金违规参与大宗商品投机炒作\ 2021-10-04

➤ 资本市场

4. 中证协发布自律规则适用意见第 2 号\ 2021-09-28
5. 上交所发布上市公司季度报告格式 \ 2021-09-28
6. 证监会出台首发上市辅导监管规定 \ 2021-09-30

➤ 两高发文

7. 最高法启动四级法院审级职能定位改革试点工作\ 2021-09-27
8. 最高法发布反垄断和反不正当竞争典型案例\ 2021-09-27
9. 最高检发布第三十批指导性案例 实质性化解行政争议 \ 2021-09-27



10. 最高法印发实施意见 推动矛盾纠纷源头化解\ 2021-09-28

11. 最高检发布生物多样性保护公益诉讼典型案例\ 2021-10-09

➤ 其他领域

12. 国务院：研究推动将 3 岁以下婴幼儿照护服务费用纳入个税专项附加扣除\ 2021-09-27

13. 生态环境部就《危险废物贮存污染控制标准》等标准征求意见\ 2021-09-29

14. 九部门：加强互联网信息服务算法综合治理\ 2021-09-29

15. 交通部修改《民用航空行政处罚实施办法》\ 2021-09-29

16. 2021 年版市场准入负面清单征求意见 共计 117 项\ 2021-10-08

17. 中共中央、国务院印发《黄河流域生态保护和高质量发展规划纲要》\ 2021-10-08

法 规 解 读

中国银保监会有关部门负责人就《关于资产支持计划和保险私募基金登记有关事项的通知》答记者问

热 点 信 息

法 律 观 察

之民法典专题 | 关于抵押权的行使方式的若干问题研究

之 观点 | 同人作品创作的法律风险分析

天达共和热点动态

长三角 | 天达共和慕娟律师出席上海市青浦区赵巷司法所 组织开展“法治带头人”“法律明白人”普法讲座



为进一步提高全镇“法治带头人”“法律明白人”法律知识水平，充分发挥“法治带头人”“法律明白人”在推进基层民主法治建设、预防和化解社会矛盾中的示范引领作用，近期，上海市青浦区赵巷司法所举办“法治带头人”“法律明白人”专题普法讲座。天达共和律师事务所上海办公室慕娟律师作《老年人权益保护、继承与赠与》内容宣讲。46名村（居）“法治带头人”“法律明白人”及相关条线工作人员参加了此次宣讲会。

慕律师深入浅出地针对老年人在财产传承方式的选择和可能出现的风险方面进行了一一解读，同时，慕律师通过以案释法，生动诠释了《中华人民共和国民法典》中的法律条文与真实案例。最后，多名“法治带头人”、“法律明白人”还提出了自己在生活和工作中碰到的实际问题，并得到了慕律师耐心解答。



天达共和立足于提升法律服务专业能力，坚守“成功，始于助人成功”的理念，用法律人的情怀帮扶弱势群体，助力基层法治建设，践行社会责任。

律师名片



慕娟

天达共和律师

上海办公室

Mail: mujuan@east-cocnord.com

Tel : +8621 5191 7900

慕娟律师主要为政府、公司业务提供法律服务，熟悉行政法、公司法、合同法等业务领域，进行法律研究，就被服务单位及其辖区居民日常工作生活中遇到的法律问题，提供专项法律咨询、出具法律意见等。

资讯 | 天达共和叶鹏律师受邀在安拓数据安全与个人信息 保护合规大会（北京）做主旨演讲



9月28日，天达共和律师事务所北京办公室顾问叶鹏律师作为主讲嘉宾之一，应邀参加了安拓组织的数据安全与个人信息保护合规大会（北京）。本次大会吸引了包括雀巢、创新奇志、康乐保、豪洛捷、美敦力、平凯星辰等多家知名企业参与。会议上叶鹏律师以“**数据跨境规则与数据处理者的义务**”为主题，通过解读最新法律政策，梳理企业合规风险，提出合规解决方案，为企业清晰呈现了现有法律框架下的数据跨境规制全貌。

叶鹏律师在网络安全及数据合规领域具有扎实的理论研究基础及丰富的实务经验——曾为知名跨国企业提供网络安全等级保护定级、备案及咨询服务（包括对应等保要求对信息系统的技术和运维管理进行整改的咨询），也曾为知名跨国企业网安法数据合规、数据跨境提供法律咨询服务。

本次会议中，叶律师首先介绍了数据跨境治理的背景与主要国家地区的数据跨境治理情况，并就我国数据跨境的规制体系展开了详细讲解，主要内容包括了《网络安全法》中的数据出境规则、《数据安全法》中的数据出境规则、《个人信息保护法》对个人信息跨境的规制以及不同行业对于数据跨境的规制。此外，叶律师还对数据跨境传输中涉及的重点概念如

数据出境、跨境数据、处理活动、关键信息基础设施运营者（CIIO）、数据处理者等进行了深度解析，并就目前法律框架下的数据跨境规则进行了全面归纳整理。最后，叶律师为企业分享了数据出境的合规建议，在与会嘉宾中获得了热烈反响。在提问交流环节，叶律师也就与会嘉宾从企业视角提出的相关实务问题提供了详细解答，并就数据跨境的合规实践等问题与企业代表们展开了深入的探讨与交流。

作为国内最早开展网络安全与数据保护法律服务的律师事务所之一，天达共和集合各地优势资源，组建天达共和数据合规团队，多名合伙人/顾问及律师在公司合规、数据和互联网领域具有丰富经验，业务范围覆盖全国。天达共和数据合规团队可以为客户提供综合性、全方位、多领域的网络安全与数据保护服务，涵盖数据系统安全运营以及数据生命周期全过程和各个应用场景下的数据应用处理。天达共和秉承“成功，始于助人成功”以及专业至精、尽心竭力的服务理念，为客户提供高效、优质、专业的服务。

律师名片



叶 鹏

天达共和顾问

北京办公室

Mail: yepeng@east-concord.com

Tel : +8610 6510 7032

叶鹏律师曾经在世界 500 强的跨国企业工作十余年，全面负责在华企业集团包括其所投资公司在内的法务事务及风险管理、劳动人事、政府公共关系等组织管理工作，对企业法务和内部管理具有丰富的经验。律师执业以后，叶律师曾先后为住友商事、松下电器、丸红、双日、三菱电机、三菱重工、富士通等跨国大型企业以及中信集团、人民教育出版集团、人民网、三峡集团等国内外大、中型企业提供过包括企业并购和重组、合规体系建立和合规调查、网络安全法相关法律咨询、劳动人事纠纷解决、贸易环节行政调查对应等多项法律服务，深得企业客户的信任。

叶律师的代表项目包括：某跨国企业的网络安全等级保护定级、备案及咨询服务（包括对应等保要求对信息系统的技术和运维管理进行整改的咨询等）、某跨国企业网安法数据合规、数据跨境的法律咨询服务、某国企贸易公司贸易环节合规和买卖合同及纠纷解决的咨询服务、多家世界五百强企业在华投资企业的设立、重组、清算相关法律服务、某跨国企业在华汽车零部件销售合资企业设立合规调查、某大型出版企业版权纠纷的法律咨询、某合资企业涉及劳动人事等的日常业务管理的咨询服务等。



长三角 | 天达共和杭州办多位律师任职杭州市拱墅区律师行业专业委员会主任/副主任



2021年9月29日，杭州市拱墅区召开律师行业党委、拱墅分会授牌暨“打造共同富裕示范区运河律师在行动”启动大会，宣读了杭州市拱墅区律师行业党委成立文件以及杭州市律师协会拱墅区分会成立文件，天达共和杭州办公室负责人李燕山律师被任命为杭州市拱墅区律师行业党委委员、杭州市律师协会拱墅分会副会长，并作为党员代表上台宣读倡议书。



李燕山律师（左起第一位）宣读倡议书

天达共和杭州办公室党支部书记**夏家品律师**被聘为拱墅分会宣传与公共关系工作委员会副主任，杭州办公室管理合伙人**黄鹏律师**被聘为拱墅分会涉外法律服务研究中心主任，**蒋立新顾问**被聘为拱墅分会合规业务研究中心主任。



专业化论坛环节，蒋立新顾问作合规业务主题演讲

“打造共同富裕示范区运河律师在行动”的号角已吹响，天达共和杭州办公室将积极参与基层社会治理，助力社会平安建设；深入参与优化营商环境，助力社会繁荣建设；主动参与法律援助行动，助力社会公平建设；全面参与普法宣传活动，助力社会法治建设；广泛参与公益慈善事业，助力社会善行建设，为打造共同富裕示范区作出应有的贡献。

资讯 | 天达共和成都办与川大国际关系学院签订战略合作 协议



9月30日上午，四川大学国际关系学院庆祝建院五周年师生座谈会在川大望江校区举办。天达共和管理合伙人汪冬律师受邀出席，并代表天达共和成都办公室与川大国际关系学院签订战略合作协议。四川大学副校长姚乐野、四川大学国际关系学院常务副院长李志强、天达共和成都办公室执行主任杨川平、合伙人钟静晶出席签约仪式。签约仪式由四川大学国际关系学院党总支书记汪东升主持。



成立于 2016 年的四川大学国际关系学院，学术底蕴深厚，是培养高层次人才、开展国际问题研究、推进国际交流合作的重要基地，在“一带一路”建设、南亚和周边国家关系、中俄关系、中欧关系、中美关系、边疆安全与发展等重大问题上资深且专业。

四川大学副校长姚乐野对国际关系学院成立五年来所取得的成就表示了充分肯定，并对未来的发展提出建议与期待。国际关系学院常务副院长李志强回顾了学院成立以来的点点滴滴，对学院未来的发展作出远景规划。他表示，希望通过与天达共和战略合作，搭建“国关人”和法律人携手共进的平台，为推进“一带一路”建设和成渝地区双城经济圈建设作出实实在在的贡献。



天达共和管理合伙人汪冬表示，作为一家大型综合一体化律所，天达共和所涉业务领域已渗入国内国际法律服务市场的方方面面。基于多年来深厚的业绩积淀与人才积累，天达共和以专业化、规模化、品牌化、国际化的强所战略深耕细作，务实笃行。近年来，尤其重视涉外法律人才培养与国际业务拓展，特别是在 WTO 与国际贸易、反垄断与竞争法、反倾销反补贴、知识产权保护、体育仲裁等国际业务的法律服务中积累了丰富的实战经验与成功案例。期待以此次战略合作为契机，以“国关”人与法律人共有的智慧与担当，探索国际商事法律服务新趋势、新领域，破解服务贸易新问题，以法护航“一带一路”高质量发展。

未来，天达共和将与川大国际关系学院展开深度合作，在人才培养、专业研究、资源开发方面展开深度合作，为推进“一带一路”建设，提升国际商事法律服务水平共同努力。双方将努力为中国企业顺利“走出去”保驾护航，为外资企业放心“走进来”营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境，为国家与地区间加强立法协调、减少法律冲突、实现规则联通、促进司法互信贡献专业力量。

契筑合作之路，共刻仲裁之美——天达共和管委会主任周琦谈仲裁事业发展



近日，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）发布了《中国国际商事仲裁年度报告（2020-2021）》，报告显示，新冠疫情对于各国乃至世界经济发展带来了严重的影响，在仲裁程序以及审理方式的层面，实体争议数量的增长和疫情导致的障碍给全球商事仲裁机构带来了挑战。

2021年9月14日，由贸仲和中华全国律师协会共同主办的“2021中国仲裁高峰论坛暨第二届‘一带一路’仲裁机构高端论坛”（以下简称“高峰论坛”）在京举行。本届论坛以“志之所趋，无远弗届：新时代国际争端解决的合作与发展”为主题，对“一带一路”仲裁机构合作模式、仲裁效率的提升、《仲裁法》的修订等话题进行了深入讨论。高峰论坛汇聚了中国立法、司法、行政等部门最权威的声音，同与会专家分享国内外多元争议解决机制实践的前沿成果，成为“中国仲裁周”中最高规格的国际盛会。天达共和律师事务所（以下简称“天达共和”）作为本届“中国仲裁周”独家合作伙伴，为系列活动的开展提供了多方支持。天达共和创始合伙人、管委会主任周琦律师接受“金律良言”记者专访，谈仲裁事业发展。



“多元化的争议解决机制为当事人提供了看待问题的不同视角和方式。”

--- 天达共和律师事务所管委会主任 周琦

2021 中国仲裁
高峰论坛
系列人物专访
INTERVIEW SERIES

守法于行，聆听法治足音

2021年7月，来自天达共和律师事务所的律师与奥运健儿一起前往东京奥运会的赛场，负责在奥运会期间为中国代表团提供必要的法律服务，特别是与“反兴奋剂”和“体育仲裁”相关的事务。这是中国首次在奥运会代表团中派出随团律师，天达共和则打响了我国奥运体育法律服务历程新起点的“第一枪”。无论对中国，还是对天达共和而言，这届推迟了一年，在万众瞩目下开展的国际顶级体育赛事均具有非凡的意义。

随着中国体育事业的发展，体育已经不仅仅是体能层面的竞技，其中涉及的多方利益关系日趋复杂，而与之相关的纠纷已经下沉到“知识产权”和“人身权”等多项专业领域。为此，解决体育纠纷需要采用具有较强专业性、时效性和技术性的方式，而体育仲裁无疑具备处理体育争议案件所需的优势条件。

由于仲裁独特的保密性，很多国际体育仲裁案例难以被社会大众知悉详情。但在仲裁业内，天达共和在体育文化领域取得的成果广为人知，其法律团队不仅代理了数十名运动员参加兴奋剂听证会等上诉程序，也代理过多家体育俱乐部参与国际仲裁，常年为国内大型体育赛事提供专项法律服务。作为律所的创始人兼管委会主任，周琦律师在东京奥运会结束后的第一时间便与随行律师取得了联系，了解了此次担任代表团律师的感受与心得。

“这是第一次有律师随团参与奥运会，可见我国对体育法律的认知已上升到了前所未有的高度。”周琦律师提到，此次前往赛事一线为运动员提供法律保障，除解决体育纠纷外，

更多服务内容是在每一个可能涉及到敏感问题的法律事项上出具专业的法律意见,例如赫尔辛基委员会就《罗琴科夫法案》召开的听证会、运动员佩戴像章,以及竞技评分等问题。“这是对律师专业知识的尊重,也体现了我国体育代表团的规则意识。”他说。

尽管在疫情期间,出国隔离会耽误大量时间,并影响到其他工作的开展,但对律师而言,这是一次机遇,更是一种荣誉。周琦律师认为,任何对国家可能产生声誉影响的事项都需要法律服务的保障,在这一点上,我国律师在体育法律层面提供后勤保障仍有很大的提升空间。如此,方能与中国体育大国的地位相匹配。

以人为本,着力多元发展

时间回溯到1986年,我国第六届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国义务教育法》、《中华人民共和国外资企业法》,第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过了《中华人民共和国企业破产法(试行)》,也是在这一年,周琦律师正式进入法律行业。

见证了一个行业从起步时的艰辛走到今日的强盛,足以称得上翻天覆地的变化令周琦律师的内心充满感慨。

“当下法律服务行业的状况是我们当初完全无法想象的事情,”他回忆道。“1986年,中国的律师事务所规模都相对较小。我当时所在的北京市对外经济律师事务所是为了满足对外开放、吸引外资的法律服务需求而设立。在当时,北京市对外经济律师事务所属于市属规模最大的律所,但也就30多个人。”

不仅人数上无法与今日的规模律所相比,在中国法律服务行业起步之初,律所能获得的年收入最高也不过100万人民币左右。但短短的三十余载,律所的年收入已能达到数亿美金。从律所管理模式的变化上看,周琦律师介绍道,不同于原来的官办律所,目前的律所的管理模式有公司制、股权制、个人所以及传统的管理模式等,呈现出多元化发展的状态。

天达共和自成立以来便追求一体化管理模式，在这种模式下，“适度规模”的专业化优势尤为凸显。他指出，一体化管理铸就的是完整的集体。“虽然一体化管理模式会增加成本，但律所的根本是‘人合’，人与律所的理念相匹配才是最重要的。”他说。

机构管理模式与运营模式的转变，在仲裁领域也有所体现。周琦律师提到，就仲裁机构而言，贸仲始终处于领先地位，但现在社会各界也能看到相当多的仲裁机构稳步发展、勇于创新，并取得了不俗的业绩。80年代末至90年代初的中国仲裁，给他一种“小而美”的印象，“小”代表了通过仲裁解决纠纷的数量之少，而“美”则是他对仲裁庭和仲裁员展现出来的专业性、执业操守真诚的认可与欣赏。时至今日，中国仲裁已经走上了世界的舞台，越来越多的中国企业会推荐中国仲裁，越来越多的国外企业会接受中国仲裁。这是一代代仲裁人的努力成果，是使命，也是责任。



知物由学，发掘人才势能

自2000年初成为贸仲仲裁员后，仲裁便与周琦律师的职业生涯产生了更加密切的联系，他也亲眼见证了千禧年后国内仲裁员的发展与中国仲裁制度的不断完善。“仲裁有它绝对的

特点和优势，虽然依旧存在一些客观的、亟待解决的问题，但对当事人来讲，多元化的争议解决机制为他们提供了看待问题的不同视角和方式。”周琦律师说道。

再次参与“中国仲裁周”系列活动，周琦认为，一方面，商事仲裁是天达共和的主要业务之一，通过开设分会等形式参与活动，能够提升所内律师在仲裁领域的综合能力；另一方面，在天达共和，有包括周琦律师在内超过 20 位律师任职不同机构的仲裁员，他们对于我国仲裁事业均具有相当程度的了解以及深厚的感情。

周琦提到，面对后疫情时代不断变化的国际环境，国际间经济交往难免发生纠纷，而仲裁机构既作为争端解决机构，同时也是服务于国际交流的机构，在当下情形中，更应夯实自身业务，稳健服务市场，始终坚持本真。因此，本届高峰论坛以“新时代国际争端解决的合作与发展”为主题，是对时代之需的有力回应。“论坛邀请了国际知名仲裁机构的代表参与讨论，对开阔国际视野，促进国际仲裁法律服务适应实践需求具有现实意义。”他总结道。

贸仲开展仲裁系列活动，为国际社会深入认识中国仲裁制度优势，吸引更多当事人看见仲裁、选择仲裁提供了展示与交流的平台。在中国即将成为国际仲裁重要场所的关键节点上，周琦律师认为，在现有基础上，仲裁领域应坚持不断挖掘与输入“新鲜血液”。

新时代青年人才在接受的基础教育以及对新生事物的学习能力方面，大多比执业多年的法律人更具有优势。无论是对仲裁机构未来的发展而言，还是从律所管理的角度而言，周琦律师提出，必须加强人员的专业化与年轻化。

“青年法律人或许还难言成熟，但他们是整个行业未来的希望。”周琦律师期待未来青年一代的中国法律人，能提供更契合国际化标准的法律服务，为争议解决营造公正良好的法治环境。

（注：原文转载自“金律良言”）

法规速递

➤ 金融领域

1. 银保监会：保险资产支持计划和私募基金由注册制改为登记制\ 2021-09-28

9月28日，银保监会官网发布《中国银保监会办公厅关于资产支持计划和保险私募基金登记有关事项的通知》，自2021年10月1日起施行。

《通知》共七条，旨在通过明确登记环节、缩短登记时间以及压实机构主体责任等方式，进一步规范产品发行，并提高产品发行效率。

银保监会有关负责人表示，下一步，银保监会将通过加强对登记机构业务指导、压实机构主体责任和加强日常监管等方式着力加强事中事后监管。

[阅读原文](#)

2. 央行出台征信业务管理办法 征信法治体系再完善\ 2021-09-30

9月30日，中国人民银行发布《征信业务管理办法》，自2022年1月1日起施行。

《办法》适用于在中国境内，对法人和非法人组织、个人开展征信业务及其相关活动。

《办法》明确了信用信息的范围，细化征信业务的合规要求，规定征信机构、信息提供者和信息使用者的法律责任，为依法合规开展征信业务提供具体可操作的规范指引。

《办法》进一步明确征信全流程业务规则，征信机构应当依法合规提供信用报告、信用画像、信用评分、信用评级和信用反欺诈等征信服务，应用于服务实体经济的金融等活动。

[阅读原文](#)

3. 银保监会：严禁利用银行保险资金违规参与大宗商品投机炒作\ 2021-10-04

近日，为维护煤电行业 and 商品市场正常秩序，严防利用银行保险资金囤积居奇、哄抬价格，银保监会印发《关于服务煤电行业正常生产和商品市场有序流通 保障经济平稳运行有关事项的通知》。

《通知》强调，严禁利用银行保险资金违规参与煤炭、钢铁、有色金属等大宗商品投机炒作，严禁挪用各种贷款包括经营贷、消费贷投机炒作茅台酒、名贵普洱茶等高端消费品，严禁银行保险资金违规流入股市、债市、期市，严禁对符合支持条件的煤电、煤炭等企业和项目违规抽贷、断贷。要积极推动消费信贷规范健康发展。不得诱导金融消费者盲目借贷、过度超前消费，不得通过诱导信用卡“过度分期”等方式侵害金融消费者权益，不得提供显著高于市场利率的消费信贷产品，不得开发违反公序良俗、助长社会陋习和不良风气的消费信贷产品。

[阅读原文](#)

➤ **资本市场**

4. 中证协发布自律规则适用意见第 2 号 \ 2021-09-28

中国证券业协会发布《自律规则适用意见第 2 号——关于〈公司债券承销报价内部约束指引〉有关规定的适用意见》。

据适用意见，承销机构内部约束线应包含绝对值内部约束线与费率内部约束线。承销报价突破绝对值内部约束线与费率内部约束线任何一个的，应当履行公司内部特批程序，并向协会提交加盖公司公章的专项说明。承销机构选择接受的价格低于自身绝对值内部约束线与费率内部约束线任何一个的，应当向协会提交专项说明。

[阅读原文](#)

5. 上交所发布上市公司季度报告格式 \ 2021-09-28

上交所近日完成了季度报告格式（以下统称《季报格式》）的修订，并作为《上海证券交易所上市公司自律监管指南第 1 号——公告格式》附件第一百零一号和《科创板上市公司信息披露业务指南第 3 号——日常信息披露》附件第二十八号对外发布。

本次《季报格式》修订的总体思路包括 3 个方面：一是纳入交易所规则体系。将《季报格式》作为交易所的一项业务指南，增加了规则的灵活度和针对性，便于根据投资者信息需要及时修订。二是精简披露内容。形式方面不再区分季度报告正文和全文；内容方面按照“季度”周期特征，不再要求披露超期未履行承诺、下一报告期利润预测等内容。三是明确财务数据重大变动标准。根据重要性原则并结合实践共识，将主要财务数据重大变动的标准定为 30%，并将数据变动范围明确为 9 项主要会计数据和财务指标。

《季报格式》于发布之日起施行，分别适用于沪市主板和科创板上市公司。上市公司应当按照相关要求，编制和披露 2021 年第三季度报告；同时，上市公司的董事、监事、高级管理人员应当参照《证券法》《上市公司信息披露管理办法》中定期报告的相关要求，对季度报告依法依规进行表决、签署书面确认意见。

[阅读原文](#)

6. 证监会出台首发上市辅导监管规定 \ 2021-09-30

9 月 30 日，证监会发布《首次公开发行股票并上市辅导监管规定》，自发布之日起实施。

《辅导监管规定》包括由辅导目的、辅导验收内容、辅导验收方式、辅导工作时点及时限、科技监管等内容。辅导验收内容包括：辅导机构辅导计划和实施方案的执行情况；辅导机构督促辅导对象规范公司治理结构、会计基础工作、内部控制制度情况等。科技

监管方面,《规定》明确验收机构应当利用辅导监管系统开展辅导监管工作,实现辅导材料提交、辅导公文出具、信息共享等工作的电子化,并向社会公开辅导及辅导监管信息。

[阅读原文](#)

➤ **两高发文**

7. 最高法启动四级法院审级职能定位改革试点工作\ 2021-09-27

9月27日,最高法发布《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》。《试点实施办法》主要包括:明确四级法院审级职能定位;完善行政案件级别管辖制度;完善案件提级管辖机制等五个方面的内容。

在完善行政案件级别管辖制度方面,《试点实施办法》合理调整了第一审行政案件级别管辖标准,根据案件可能受地方因素影响程度,明确了对政府信息公开、不履行法定职责等四类以县级、地市级人民政府为被告的第一审行政案件,由基层人民法院管辖,推动行政争议实质性化解。

[阅读原文](#)

8. 最高法发布反垄断和反不正当竞争典型案例\ 2021-09-27

9月27日,最高人民法院发布了十件反垄断和反不正当竞争典型案例,推动统一裁判标准、明晰裁判规则。

据悉,此次发布的案例既涉及供水服务等民生领域,也涵盖高新技术领域,既包括传统的侵害商业秘密、滥用市场支配地位等不正当竞争、垄断行为,也回应网络刷单、视频屏蔽广告等新类型不正当竞争行为的认定问题。

其中,“爱奇艺账号”不正当竞争纠纷案就明确了网络视频行业中新商业模式的合理边界,彰显了人民法院促进网络平台有序发展、激发社会创新活力,打造公平竞争市场环境的司法导向。

[阅读原文](#)

9. 最高检发布第三十批指导性案例 实质性化解行政争议 \ 2021-09-27

9月27日,最高检召开以“实质性化解行政争议,为群众办实事解难题”为主题的新闻发布会,发布最高检第三十批指导性案例。

据悉,此次发布的第三十批指导性案例有四个特点:一是6件案例全部为实质性化解案件;二是6件案例均为重大、复杂、影响大的案件;三是体现规范性强、指导价值高的标准;四是强化内容的针对性和实效性。

[阅读原文](#)**10. 最高法印发实施意见 推动矛盾纠纷源头化解\ 2021-09-28**

9月28日，最高法发布《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》。

《实施意见》强调，要健全人民法院源头预防化解矛盾纠纷工作机制，将更多符合条件的组织或者人员纳入特邀调解名册，为群众提供“菜单式”解纷服务。要求建立健全虚假诉讼防范和惩治机制，完善诚信诉讼保障机制，加强对司法建议落实情况的跟踪指导和效果评估，从源头上减少矛盾纠纷产生，减少衍生诉讼案件发生。

此外，《实施意见》还对金融、劳动争议、知识产权、互联网纠纷等重点领域源头化解工作提出具体要求。

[阅读原文](#)**11. 最高检发布生物多样性保护公益诉讼典型案例\ 2021-10-09**

10月9日，为配合联合国《生物多样性公约》第十五次缔约方大会（COP15）召开，最高检发布了一批生物多样性保护公益诉讼典型案例。

此次发布的典型案例包括四川省剑阁县检察院督促保护古柏行政公益诉讼案、江苏省泰州市检察院诉王某某等人损害长江生态资源民事公益诉讼案等14件，有8件行政公益诉讼案件、3件民事公益诉讼案件、3件刑事附带民事公益诉讼案件。其中，有2件案例与督促整治外来物种入侵相关。

[阅读原文](#)**➤ 其他领域****12. 国务院：研究推动将3岁以下婴幼儿照护服务费用纳入个税专项附加扣除\ 2021-09-27**

国务院9月27日印发《中国妇女发展纲要（2021—2030年）》和《中国儿童发展纲要（2021—2030年）》，要求完善人口生育相关法律法规政策，推动生育政策与经济社会政策配套衔接。

《纲要》提出，要研究推动将3岁以下婴幼儿照护服务费用纳入个人所得税专项附加扣除、加强住房等方面支持政策，以减轻家庭生育、养育、教育负担。

[阅读原文](#)

13. 生态环境部就《危险废物贮存污染控制标准》等标准征求意见\ 2021-09-29

近日，生态环境部发布《危险废物贮存污染控制标准（二次征求意见稿）》（下称“控制标准”）、《危险废物识别标志设置技术规范（征求意见稿）》等四项标准，公开征求意见至 2021 年 10 月 28 日。

此次《控制标准》的修订，细化了危险废物贮存设施的分类。根据危险废物贮存设施建筑形式、设计要求和功能的不同，将危险废物贮存设施分为贮存库、贮存场、贮存池、贮存罐区和临时（少量）贮存点等 5 种形式。并根据贮存设施适宜贮存危险废物的类型梳理相应的污染控制要求。

[阅读原文](#)

14. 九部门：加强互联网信息服务算法综合治理\ 2021-09-29

9 月 29 日，国家网信办、中宣部等九部门联合发布《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》。《指导意见》指出，利用三年左右时间，逐步建立治理机制健全、监管体系完善、算法生态规范的算法安全综合治理格局。

《指导意见》提出，要加强算法治理规范。健全算法安全治理政策法规，加快制定算法管理规定，明确算法管理主体、管理范围、管理要求和法律责任等，完善算法安全治理措施，制定标准、指南等配套文件。

[阅读原文](#)

15. 交通部修改《民用航空行政处罚实施办法》\ 2021-09-29

9 月 29 日，交通部公布《交通运输部关于修改〈民用航空行政处罚实施办法〉的决定》，该决定自公布之日起施行。

《决定》提出，将原办法中的第四条修改为：民航行政机关实施的行政处罚的种类包括

- （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）法律、行政法规规定的其他行政处罚。

[阅读原文](#)

16. 2021 年版市场准入负面清单征求意见 共计 117 项\ 2021-10-08

10 月 8 日, 国家发改委发布《市场准入负面清单 (2021 年版) 》, 公开征求意见至 10 月 14 日。《清单 (2021 年版) 》列有禁止准入事项 6 项, 许可准入事项 111 项, 共计 117 项, 比《市场准入负面清单 (2020 年版) 》减少 6 项。

《清单 (2021 年版) 》明确, 禁止违规开展金融相关经营活动, 禁止违规开展新闻传媒相关业务。此外, 在对《产业结构调整指导目录》有关措施的修订方面, 虚拟货币“挖矿”活动被列入淘汰类“一、落后生产工艺装备”。

[阅读原文](#)

17. 中共中央、国务院印发《黄河流域生态保护和高质量发展规划纲要》\ 2021-10-08

近日, 中共中央、国务院印发了《黄河流域生态保护和高质量发展规划纲要》。《纲要》指出, 到 2030 年, 黄河流域人水关系进一步改善, 流域治理水平明显提高, 生态共治、环境共保、城乡区域协调联动发展的格局逐步形成。

《纲要》提出, 严禁在黄河干流及主要支流临岸一定范围内新建“两高一资”项目及相关产业园区。开展黄河干支流入河排污口专项整治行动, 加快构建覆盖所有排污口的在线监测系统, 规范入河排污口设置审核。严格落实排污许可制度, 沿黄所有固定排污源要依法按证排污。

[阅读原文](#)

法规解读

中国银保监会有关部门负责人就《关于资产支持计划和保险私募基金登记有关事项的通知》答记者问

为持续深入落实国务院“放管服”工作部署，进一步深化保险资金运用市场化改革，提高服务实体经济质效，银保监会于近日印发了《关于资产支持计划和保险私募基金登记有关事项的通知》（以下简称《通知》）。近日，银保监会有关部门负责人就《通知》相关问题回答了记者提问。

一、制定《通知》的背景是什么？

2015年，原保监会印发《资产支持计划业务管理暂行办法》（保监发〔2015〕85号），规定资产支持计划实行“初次申报核准，同类产品事后报告”。为进一步提高监管效率和透明度，2019年银保监会印发《关于资产支持计划注册有关事项的通知》（银保监办发〔2019〕143号），将设立程序调整为“初次申报核准，后续产品注册”，并交由中保保险资产登记交易系统有限公司办理注册工作。

2015年，原保监会印发《关于设立保险私募基金有关事项的通知》（保监发〔2015〕89号），允许保险资金设立私募基金并实行注册制。为进一步提高保险私募基金注册效率，2019年银保监会保险资金运用监管部印发《关于股权投资计划和保险私募基金注册有关事项的通知》（资金部函〔2019〕1号），将保险私募基金注册工作交由中国保险资产管理业协会办理。

从实际运行看，中保保险资产登记交易系统有限公司和中国保险资产管理业协会（以下统称登记机构）承接注册工作后，产品发行效率有所提高，但相对于保险资产管理产品以及市场其他同类产品的登记时效，还存在一定差距。因此有必要对现行的注册机制进行改革，进一步优化流程、提质增效。

为持续深入落实“放管服”改革工作部署，推动优化营商环境，进一步推进保险资金运用市场化改革，持续加强保险资产管理机构产品事中事后监管，在充分听取行业机构意见建议基础上，银保监会制定了《通知》。

二、推进此次改革的主要考虑有哪些？

总体来看，推进资产支持计划和保险私募基金登记制改革是大势所趋。一是从产品角度看，资管新规后，随着同类产品监管规则日趋统一，资产管理行业竞争日益激烈，产品发行效率成为决定机构竞争力的重要因素。二是从投资者角度看，保险资金投资两类产品规模占比均接近九成，将产品由注册改为登记，将极大提高保险资金的配置效率。三是从

风险承担角度看，将产品由注册改为登记，有利于压实保险资产管理机构的主体责任，有效厘清管理人、委托人、受益人、登记机构等各方的权利义务。

此外，银保监会去年印发《保险资产管理产品管理暂行办法》及三个配套细则后，三类保险资产管理产品均已实行登记制。从实际运行看，保险资产管理机构的风控合规意识不断增强，登记机构在产品登记方面积累了一定经验，服务效率不断提高。因此，此次登记制改革具备了较为坚实的推行基础。

三、制定《通知》的主要原则有哪些？

一是深化改革。坚决贯彻国务院“放管服”政策要求，通过明确时限、精简材料、优化程序等改革措施，在严把质量关前提下，进一步提高产品发行效率。二是稳中求进。考虑到登记机构在保险资产管理产品登记方面已有成功经验，人员保障充分、系统运行平稳，因此推进两类产品登记制改革时机较为成熟。三是完善配套。制定《通知》同时，指导登记机构借鉴同行经验，加快制定产品登记规则及操作规程，完善相应登记系统，做到规则先行，系统配套。四是压实责任。厘清各方职责边界，即保险资产管理机构承担产品合规风控的主体责任，登记机构承担产品登记、信息统计和风险监测等责任，监管部门强化对登记工作的业务指导和监督。

四、《通知》的主要内容有哪些？

《通知》共7条，旨在通过明确登记环节、缩短登记时间以及压实机构主体责任等方式，进一步规范产品发行，并提高产品发行效率。主要包括：一是明确产品登记流程。明确资产支持计划实行初次申报核准、后续登记制度，首单产品由银保监会核准，后续产品由保险资产管理机构设立，并向中保保险资产登记交易系统有限公司进行登记。保险私募基金由保险资产管理机构下属机构设立，并向中国保险资产管理业协会进行登记。二是严格登记时限要求。要求登记机构收到产品登记材料之日起5个工作日内出具登记结果。三是压实机构登记职责。要求保险资产管理机构承担设立产品的合规风控主体责任，强化产品登记内部控制、质量管理和信息安全保护。要求登记机构对产品登记材料完备性、合规性进行查验，加强产品登记工作管理和质量把关。完善登记系统建设，加强登记信息运用。四是提出相关监管要求。明确产品登记制改革后，仍由银保监会对产品实施监管，并加强对登记机构的工作指导和监督，发现未按规定和程序履行相应职责的，将依法采取监管措施，不断完善事中事后监管手段。

五、《通知》发布后，如何加强事中事后监管？

《通知》的发布实施是银保监会贯彻落实党中央、国务院关于深化“放管服”改革，推动优化营商环境的重要举措，是对保险资产管理机构相关产品监管框架的优化和完善，对于进一步推进保险资金运用市场化改革具有重要意义。银保监会将通过加强对登记机构业务指导、压实机构主体责任和加强日常监管等方式着力加强事中事后监管。

一是加强对登记机构的业务指导，督促其完善工作流程、系统建设和人员管理，扎实做好两类产品业务登记工作；强化登记机构产品登记后风险监测和统计职责，服务于银保监会日常监管。二是压实管理人主体责任，要求保险资产管理机构加强内部管理，提高登记质量，提升信息披露市场化、规范化水平。三是强化日常监管，银保监会将登记情况作为保险资产管理机构监管评级的参考依据；对于登记工作不力或存在失误和问题的保险资产管理机构，及时采取有力监管措施，加大机构违规成本。

来源：中华人民共和国银行保险监督管理委员会官网

热点信息

1. 【美国将与阿富汗塔利班举行高层会晤】据路透社援引两名美国高级政府官员消息称，美国即将派出一支代表团于当地时间 10 月 9 日、10 日，在卡塔尔首都多哈会见阿富汗塔利班高级代表，这是自美国从阿富汗撤军及塔利班接管阿富汗以来，双方举行的首次面对面高层会议。（央视新闻）
2. 【避税天堂或成历史 全球 136 个国家达成国际税改协议】当地时间 8 日，总部设在法国巴黎的经济合作与发展组织宣布，136 个国家和地区已同意进行国际税收制度改革，将从 2023 年起向大型跨国企业征收至少 15% 的企业税。经合组织预计，方案实施后，来自全球约 100 家大型跨国公司的超过 1250 亿美元利润将被重新分配给各国。（央视网）
3. 【法国大使将返回澳大利亚 称澳方对潜艇协议保密“幼稚”】法国外交部 7 日宣布，此前因“潜艇危机”被召回的法国驻澳大使让-皮埃尔·特博将返回澳大利亚。但法方没有明确法国大使返澳的具体时间。特博 8 日接受媒体采访时表示，澳方声称无法与法国就潜艇协议磋商是“幼稚的”。（香港经济导报）
4. 【100 岁前纳粹集中营看守挡脸出庭受审 涉嫌共谋屠杀 3518 人】7 日，德国一名现年 100 岁的前纳粹成员在德国一法庭受审。检方说，犯罪嫌疑人在 1942 年到 1945 年间在柏林以北的萨克森豪森集中营担任看守，其间涉嫌共谋屠杀 3518 人。他成为德国迄今因纳粹时代罪行受审的最年长的人。1936 年至 1945 年期间，萨克森豪森集中营关押超过 20 万人，在苏联军队解放集中营之前，数万名囚犯死于强迫劳动、谋杀、非人道的人体实验、饥饿或疾病。舒茨在审判期间保持自由。即使被定罪，鉴于他年事已高，他也极不可能被关进监狱。（观察者网）
5. 【朝鲜和伊朗任务中心被裁撤 美国中情局将设中国任务中心】当地时间 10 月 7 日，美国中央情报局局长伯恩斯宣布，将对中情局的组织架构进行大幅度调整，成立“中国任务中心”。设立“中国任务中心”意味着中央情报局的内部结构将发生重大变化。根据最新的调整，朝鲜和伊朗任务中心将被裁撤，新设的中国任务中心将成为中情局内部唯一一个以特定国家命名的任务中心。自今年 3 月上任以来，中情局局长伯恩斯一直主持对中情局工作的战略评估，并将中国形容为“美国在 21 世纪面临的最重要地缘政治挑战”。（央视网）
6. 【国家减灾委等启动国家Ⅳ级救灾应急响应】10 月 9 日 12 时，国家减灾委、应急管理部针对陕西、山西两省近期严重洪涝灾害，启动国家Ⅳ级救灾应急响应，派出工作组赶赴灾区实地查看灾情，指导和协助地方做好受灾群众转移安置和基本生活救助等工作。（环球时报）

7. **【43.85 亿元！国庆档电影票房创历史同期第 2】**来自国家电影局的数据显示，今年国庆长假期间，全国电影票房以 43.85 亿元的成绩成为中国影史同期第二，仅次于 2019 年国庆长假 44.66 亿元的票房成绩。截至发稿，长津湖已打破过 10 项影史纪录，分别为中国影史国庆档影片单日票房纪录、中国影史国庆档影片首映日场次纪录、中国影史战争片首映日票房纪录等。截至 10 月 7 日，《长津湖》票房达 34.09 亿元，《我和我的父辈》票房达 10.56 亿元。
(人民日报)
- 
8. **【《中国的生物多样性保护》白皮书：超 7 成国家重点保护野生动植物得到有效保护】**8 日发表的《中国的生物多样性保护》白皮书介绍，中国的生物多样性保护取得显著成效。90% 的陆地生态系统类型和 71% 的国家重点保护野生动植物得到有效保护。朱鹮野外和人工繁育种群超 5000 只，大熊猫野外种群数量增加到 1864 只，亚洲象野外种群数量增加到 300 头左右，海南长臂猿野外种群数量增长到五群 35 只。
(人民日报)
 9. **【新一轮成品油调价 加满一箱油多花 13.5 元】**根据国家发改委消息，新一轮成品油调价窗口将于今天（10 月 9 日）24 时开启。央视财经记者从国家发改委获悉，本次油价调整具体情况如下：汽油每吨上调 345 元，柴油每吨上调 330 元。全国平均来看：92 号汽油每升上调 0.27 元 95 号汽油每升上调 0.29 元 0 号柴油每升上调 0.28 元。2021 年，国内成品油调价已呈现“十三涨三跌三搁浅”的格局。截至本次调价，汽油价格累计每吨上调 1700 元，柴油价格累计每吨上调 1635 元。央视财经记者给您算了一笔账，按一般家用汽车油箱 50L 容量估测，加满一箱 92 号汽油，将多花 13.5 元。
(央视财经)
 10. **【两部门：任何单位不得无指标开采冶炼分离稀土】**近日，工信部、自然资源部下达 2021 年度稀土开采、冶炼分离总量控制指标。两部门明确，稀土是国家严格实行生产总量控制管理的产品，任何单位和个人不得无指标和超指标生产。2021 年度稀土开采、冶炼分离总量控制指标分别为 168000 吨、162000 吨，上述指标均含已下达的第一批指标。
(中国新闻网)
 11. **【易纲：始终坚持“两个毫不动摇”，支持民营经济、互联网经济和数字经济健康发展】**10 月 8 日消息，央行行长易纲在国际清算银行（BIS）监管大型科技公司国际会议上表示，我们始终坚持“两个毫不动摇”，支持民营经济、互联网经济和数字经济健康发展。不断增强政策透明度和可预期性，保护产权和知识产权，保护隐私，促进公平竞争。坚持市场化、法治化、国际化方向，创造良好营商环境，扩大高水平对外开放，在数字领域强化科技创新国际合作。
(财经网)
 12. **【美团回应被反垄断处罚】**10 月 8 日，国家市场监管总局依法作出行政处罚决定，责令美团停止违法行为，并处以其 2020 年境内销售收入 3% 的罚款，计 34.42 亿元。美团对此回应：诚恳接受，坚决落实，全面深入自查整改，杜绝“二选一”。
(中国新闻网)

13. 【三亚检方对罗某平侵害英雄烈士名誉、荣誉违法行为进行公益诉讼立案调查】海南省三亚市城郊人民检察院在履行公益诉讼检察职责中发现，网民“罗某平”于2021年10月6日在新浪微博发布侮辱抗美援朝“冰雕连”英雄烈士的违法言论，侵害了抗美援朝志愿军英雄烈士的名誉、荣誉，伤害了广大人民群众对抗美援朝志愿军英雄烈士的特殊民族情感，严重损害了社会公共利益。根据《中华人民共和国英雄烈士保护法》《中华人民共和国民事诉讼法》《人民检察院公益诉讼办案规则》等相关规定，海南省三亚市城郊人民检察院于2021年10月8日决定对罗某平侵害英雄烈士名誉、荣誉的违法行为民事公益诉讼立案并展开调查。（海南检察）
14. 【外逃红通人员魏奇回国投案】近日，在中央反腐败协调小组国际追逃追赃工作办公室统筹协调和黑龙江省追逃办具体指导下，经哈尔滨市、尚志市两级纪检监察机关不懈努力，外逃7年的“红通人员”、职务犯罪嫌疑人魏奇回国投案。魏奇，1960年5月出生，哈尔滨市私营业主，涉嫌向国家工作人员行贿，于2014年9月出逃境外。2015年3月，尚志市人民检察院对魏奇立案侦查。监察体制改革后，该案移交尚志市监察委员会办理。2016年3月，国际刑警组织对其发布红色通缉令。（央视新闻）
15. 【国家发改委征求意见：非公有资本不得从事新闻采编播发业务】10月8日，国家发改委就《市场准入负面清单（2021年版）》向社会公开征求意见。征求意见稿提到，禁止违规开展新闻传媒相关业务。（中国新闻网）

法律观察

之民法典专题 | 关于抵押权的行使方式的若干问题研究



《民法典》第四百一十九条规定：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”《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》（简称《民法典担保制度的解释》）第44条第1款规定：“主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持”。据此，抵押权应在主债权诉讼时效期间内行使，否则，在主债权诉讼时效期间届满后，抵押人有权据此抗辩抵押权的行使。但是，关于抵押权行使的方式、如何理解“主债权诉讼时效期间”等问题，实务中依然存在诸多争议。本文即结合相关司法判例，对上述问题进行简要的梳理并展开初步探讨。

一、抵押权的行使方式

《民法典》第410条规定：“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵

押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。”上述《民法典》第410条延续了《物权法》第195条的规定。

根据《民法典》第410条的规定，抵押权人行使抵押权的方式有两种，一是与抵押人达成协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得价款优先受偿，二是通过提起诉讼的方式向人民法院主张权利，请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

1. 以协议方式实现抵押权

在一些判例中，法院认为行使抵押权的方式必须符合法律规定的方式，如果抵押权人仅仅以短信或通知等方式就抵押还款进行沟通的，则不视为行使了抵押权。

例如，共青城玉玺投资管理合伙企业与甘俊最高额抵押权纠纷[江苏省南京市中级人民法院，（2019）苏01民终2979号，2020年01月08日]，法院认为，玉玺企业二审中提交的其代理人于2017年3月29日、4月1日发送的短信，真实性无法确认，且即便属实，也不属于《中华人民共和国物权法》第一百九十五条规定的行使抵押权的方式，不能据此认定玉玺企业行使了抵押权。

据此，抵押权人仅仅与抵押人就实现抵押权进行协商沟通的，无法被视为与抵押人就实现抵押权达成了协议。因此，笔者建议，如抵押权人与抵押人之间就抵押物折价、变卖达成一致意见的，应以书面协议的方式对抵押权人就抵押财产所得价款优先受偿的事宜作出明确约定。如在主债权诉讼时效期间内仍无法就抵押权的实现达成协议的，则为了充分保障抵押权人的权益，抵押权人应及时通过诉讼的方式实现其抵押权。

2. 以诉讼方式实现抵押权

关于以诉讼方式行使抵押权，其中又可细分为三种：其一，在对主债权提起诉讼之时，一并诉请折价、拍卖、变卖抵押财产并就所得价款优先受偿；其二，申请实现担保物权的非讼程序；其三，在主债权诉讼之外，单独提起抵押权之诉。

(1) 在对主债权提起诉讼之时，一并诉请折价、拍卖、变卖抵押财产并就所得价款优先受偿

此种实现抵押权的途径在司法实务中最为普遍。由于主张债权的行为与要求行使抵押权的行为是两个不同的行为，二者不能相互替代，故而，在诉讼中，应将追索债权以及实现抵押权作为两个不同的诉请。

同时，笔者注意到，部分法院对抵押权人采取诉讼方式行使抵押权的具体方式的要求较为宽松，如果抵押权人在主债权诉讼中提出要求抵押人在案涉抵押物价值范围内承担保证责任的诉讼的，也认为是行使抵押权。

例如，在许孝容与李俊李志国等抵押权纠纷[重庆市第五中级人民法院，（2018）渝 05 民终 5906 号，2018 年 12 月 26 日]中，一审法院认为，许孝容针对主债权提起诉讼时一并要求抵押人即本案蔡高平、李志国、李俊在抵押物的价值范围内承担保证责任，并非主张拍卖、变卖抵押财产，故不属于行使抵押权的方式。同时，许孝容亦未举证证明其主债权诉讼完毕之前就抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得价款优先受偿事宜与抵押人即本案蔡高平、李志国、李俊达成相关协议。综上，许孝容在主债权诉讼时效期间即（2017）渝 05 民终 969 号民事判决书送达其之前并未行使抵押权，其提起本案诉讼主张抵押权已超过抵押权行使期间。二审法院则认为，在（2016）渝 0153 民初 3551 号案的诉讼中，许孝容亦向法院请求了蔡高平、李俊、李志国在案涉抵押物价值范围内承担保证责任，虽然法院以许孝容的此项请求不明确为由未予支持，但可以看出，许孝容是对蔡高平、李俊、李志国和抵押物行使了权利的，其并未怠于行使权利。因此，法院认定许孝容对案涉抵押物可以行使抵押权。

需要注意的是，在上述判例中，一审法院与二审法院对于抵押权人是否以法律规定的方式行使抵押权是存在不同意见的，因此，笔者建议，在提出诉讼请求时，应具体、明确地向法院提出折价、拍卖、变卖抵押财产并就所得价款优先受偿的诉讼请求。

(2) 申请实现担保物权的非讼程序

司法实务中，以申请实现担保物权的非讼程序行使担保物权的案件，大体分为两类：第一类：担保物权人直接向法院提出实现担保物权的申请；第二类，担保物权人与债务人之间已在主债权诉讼程序中就债权债务关系以及债务金额作出确认，并已就主债权纠纷形成民事判决书或民事调解书，在主债权案件的执行过程中，另行通过非讼程序向法院提出实现担保物权的申请。

通过非讼程序实现担保物权具有简便快捷的优点。根据《民事诉讼法》第 178 条、第 180 条的规定，依照特别程序审理的案件，实行一审终审（但可以根据《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 374 条的规定向作出该裁定的人民法院提出异议），且应当在立案之日起三十日内或者公告期满后三十日内审结。

但非讼程序的缺点在于，如果当事人对担保物权有争议，则难以通过此类特别程序顺利实现担保物权人的诉请。《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》第三百七十二规定：“人民法院审查后，按下列情形分别处理：（一）当事人对实现担保物权无实质性争议且实现担保物权条件成就的，裁定准许拍卖、变卖担保财产；（二）当事人对实现担保物权有部分实质性争议的，可以就无争议部分裁定准许拍卖、变卖担保财产；（三）当事人对实现担保物权有实质性争议的，裁定驳回申请，并告知申请人向人民法院提起诉讼。”

司法实务中，“当事人对实现担保物权有部分实质性争议”的情形主要包括如下几种：

序号	情形	案例
1	当事人对借款本金无异议，但对借款利息或罚息、复利、违约金及律师费部分有异议	(2020)沪0106民特548号 (2016)内0521民特2号 (2015)锡滨民特字第00009号 (2015)西法民特字第93号
2	当事人对抵押权人对房屋享有抵押权无异议，但对某建筑物是房屋的一部分还是属于动产（抵押权人对该建筑物是否享有抵押权）有异议	(2016)苏0281民特214号

“当事人对实现担保物权有实质性争议”的情形主要包括如下几种（以上海地区的司法

实践为例)：

序号	情形	案例
1	对本金、利息、罚息、复利等均有异议	(2019) 沪 0101 民特 434 号
2	对借款事实或出借主体有异议	(2017) 沪 0116 民特 30 号 (2017) 沪 0115 民特 59 号
3	对担保物的权属有实质性争议	(2020) 沪 0112 民特 743 号
4	对于系争抵押物所担保的债权范围存在争议	(2020) 沪 0107 民特 974 号
5	借款金额与不动产登记证明上登记的债权数额存在差异	(2019) 沪 0104 民特 109 号
6	共有人对抵押并不知情，设定的抵押侵害了共有权人的权利	(2019) 沪 0120 民特 24 号
7	不具备实现担保物权的条件	(2020) 沪 0120 民特 65 号
8	被申请人下落不明，法院无法审查是否存在民事权益争议	(2018) 沪 0117 民特 75 号

基于判例分析可以发现,在申请实现担保物权的非讼程序中,法院一般作的是形式审查,且仅作有限的实质审查。如果法院认为当事人之间对担保物权存在实质争议的,则有较大可能性会裁定驳回申请。

笔者认为,申请实现担保物权的非讼程序较为适合债权债务明晰,当事人对担保物权没有实质争议且已具备实现担保物权的条件,只是当事人对于担保物权实现的方式不能达成一致的情形的案件。因此,如果根据对案情的研判,当事人之间可能对担保物权存在实质争议的,则从诉讼策略上而言,根据案件具体情况采取与主债权一同起诉或者单独提起抵押权之诉的方式更为稳妥,也更有利于节约时间以及经济成本。

(3) 单独提起抵押权之诉

现行法律并未要求主债权诉讼过程中必须同时诉请实现抵押权,这意味着,主债权之诉与抵押权之诉可以分别提起。

但需要注意的是,即便在主债权诉讼之外另诉行使抵押权,也必须符合《民法典》第四百一十九条的规定,即“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民

法院不予保护。”在另诉行使抵押权的案件中，法院通常需要审核抵押人是否符合“在主债权诉讼时效期间行使抵押权”这一要件。

二、如何理解“主债权诉讼时效期间”

主债权诉讼时效期间届满前，如果债权人仅对债务人提起诉讼，未主张行使抵押权的，那么债权人是否可以在主债权纠纷胜诉并进入执行程序后，主张行使抵押权？换言之，此种情况是否属于法院不予保护的“未在主债权诉讼时效期间行使抵押权”情形？

（一）物权法时代的相关判例

关于上述问题，物权法时代的法律及司法解释未作明确规定。司法实务中关于这一问题的处理也存在较大分歧。

1. 认为抵押权实现的时效可顺延至执行阶段的判例

在物权法时代，有部分判例认为，因债权人已经通过胜诉判决对其债权进行了司法确认，故并不存在诉讼时效是否届满的问题。在主债权尚未获得清偿、生效判决尚处在执行程序中的情况下，债权人起诉要求行使抵押权的，应当予以支持。

例如，北京轻联富佳商贸有限公司等与刘玉芝抵押权纠纷[北京市第二中级人民法院，（2018）京02民终1165号，2018年04月20日][1]，该案中，轻联富佳公司在主债权诉讼中未主张对刘玉芝的抵押权，在主债权诉讼获得生效判决进入执行程序之后，抵押人刘玉芝拒不履行抵押人义务，轻联富佳公司诉至法院要求刘玉芝履行抵押人义务。法院认为：轻联富佳公司依据《债务转移协议书》对华帮公司享有的主债权已得到生效民事判决的支持，现轻联富佳公司在本案中要求行使房屋抵押权，是否属于上述法律规定中法院不予保护的“未在主债权诉讼时效期间行使抵押权”情形，本院根据法律解释方法论证如下。第一，从文义解释角度看，抵押权人未在主债权诉讼时效期间行使抵押权的，法院不予保护。权利人提起诉讼的，诉讼时效中断。根据最高法院诉讼时效规定第十三条的规定，申请强制执行与提起诉讼具有同等的诉讼时效中断效力。债权人轻联富佳公司对债务人华帮公司提起诉讼，

且已对生效判决申请强制执行，执行程序尚在进行中，故主债权的诉讼时效中断，本案中轻联富佳公司仍属在主债权诉讼时效期间行使抵押权，应受法院保护。第二，从目的解释角度看，抵押权系从属于主债权的从权利，主债权因超过诉讼时效期间而丧失胜诉权和强制执行力的，法院对作为从权利的抵押权亦不再保护，防止对主权利和从权利的保护失衡以及出现抵押人追偿困境。轻联富佳公司的主债权经生效判决支持后，该债权并非丧失胜诉权，而是实现胜诉权，其并非丧失强制执行力，而是取得强制执行的依据。因此，不能因主债权经生效判决支持而认为抵押权不再受法院保护。主债权经生效判决支持的法律效果不同于主债权诉讼时效期间届满，即不同于主债权丧失胜诉权和强制执行力，故不能认为主债权判决后另诉行使抵押权属“未在主债权诉讼时效期间行使抵押权”。第三，从体系解释角度看，法院在主债权判决生效后对抵押权予以保护，不会导致抵押权人与抵押人之间的利益失衡。如果抵押权人在主债权判决生效后怠于行使抵押权而妨碍抵押人利益，抵押人可以根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十六条和《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》第三百六十一条的规定，向法院申请实现抵押权，从而平衡抵押权人与抵押人的利益。

类似判例还有黄小善、吴日初执行分配方案异议之诉[广西壮族自治区高级人民法院，(2020)桂民申1309号，2020年06月24日]，法院认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十九条“申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。”的规定，抵押权人在法律规定的期限内请求实现抵押权的，人民法院应当支持。抵押权实现的时效亦应顺延至执行阶段。否则抵押权作为担保物权的功能将不复存在，债权人胜诉权亦无法得到相应保障。本案抵押权人梁义彪于2015年1月23日胜诉后，于2015年2月12日向平果县人民法院申请执行，并未超过法定的执行期间。故抵押权并未失去效力，二审法院据此认定梁义彪对拍卖款享有优先受偿权并无不当，本院予以维持。吴日初、黄小善、黄汉斌等关于梁义彪的抵押权已失效的主张无事实和法律依据，本院不予支持。

2. 认为抵押权人应当主债权诉讼过程中主张抵押权，否则视为放弃权利的判例

例如，郑州农村商业银行股份有限公司柳林支行、郑州威尔森壁纸有限公司抵押权纠纷[河南省郑州市中级人民法院，（2020）豫01民终6042号，2020年09月27日]，法院认为，《物权法》第一百九十五条规定，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。根据物权法定原则，抵押权人行使抵押权应当遵循《物权法》规定，而不存在其他选择。债权人在主债权诉讼过程中未主张抵押权，故应视其放弃权利。

（二）对《民法典担保制度的解释》第44条第1款的理解

《民法典担保制度的解释》第44条第1款规定：“主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持。主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。”

有学者认为，“主债权诉讼时效期间”包括申请执行时效期间。理由在于，《民法典担保制度的解释》第44条第1款后句规定：“主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。”在解释上，《民事诉讼法》所规定的“申请执行时效期间”虽与《民法典》上所规定的普通诉讼期间的长短不同，但其在性质上仍然属于诉讼时效期间。如此即能解释为何《民法典》第195条关于“权利人提起诉讼或者申请仲裁”的，“诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算”的规定。这里，重新计算的诉讼时效期间，即为申请执行时效期间。[2]

笔者认为，结合《民法典担保制度的解释》第44条第1款的文义，应将《民法典担保制度的解释》第44条第1款的“主债权诉讼时效期间”理解为抵押权行使的时效可顺延至执行阶段。主要理由如下：

第一,《民法典担保制度的解释》第44条第1款的文字表述上虽未直接言明抵押权行使的时效可顺延至执行阶段,但《民法典担保制度的解释》第44条第1款后句规定:“主债权诉讼时效期间届满前,债权人仅对债务人提起诉讼,经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行,其向抵押人主张行使抵押权的,人民法院不予支持。”由此可以反推得出,主债权诉讼时效期间届满前,抵押权人仅对债务人提起诉讼,经人民法院判决或者调解后在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行的,抵押权人有权在执行程序中主张行使抵押权。

第二,债权人如果在主债权诉讼时效期间内已对债务人提起诉讼,且债权人已通过胜诉判决对其债权进行了司法确认,即已通过诉讼的方式中断了诉讼时效。因此,在主债权判决后通过申请强制执行的方式行使抵押权,并不属于“未在主债权诉讼时效期间行使抵押权”。

第三,在抵押权人已经通过生效裁判对其债权进行司法确认的情况下,如果仅仅因为抵押权人未在主债权诉讼中行使抵押权,就认为抵押权人无法在强制执行阶段行使抵押权,不利于对抵押权人的权益保护。

三、抵押权人在执行阶段未明确主张抵押权的,能否就抵押物优先受偿?

《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》第五百零八条规定:“被执行人为公民或者其他组织,在执行程序开始后,被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的,可以向人民法院申请参与分配。对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人,可以直接申请参与分配,主张优先受偿权。”

最高人民法院《关于如何确定生效法律文书确定的抵押权优先受偿范围的请示答复》(〔2013〕执他字第26号)规定:“在参与分配程序中,抵押权的实现并不以生效法律文书的确认为前提。《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93条规定,对人民法院查封、扣押或冻结的财产有优先权、担保物权的债权人,可以申请参加

参与分配程序，主张优先受偿权。第 94 条规定，参与分配案件中可供执行的财产，在对享有优先权、担保权的债权人依照法律规定的顺序优先受偿后，按照各个案件债权额的比例进行分配。依照上述规定，在参与分配程序中，债权人只要在实体上享有抵押权，即可主张债权的优先受偿。”

根据最高院的上述批复意见，如果债权人享有有效的抵押权，则在执行程序中可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。那么进一步的问题是：债权人在执行阶段是否需要明确地向执行法院主张优先受偿权？

在部分判例中，法院认为，如果在执行程序中仅申请法院查封案涉抵押物，但未主张就抵押权优先受偿的，则不认为是行使抵押权。

例如，辽源市安森房地产开发有限责任公司与谭丁元、王桂艳抵押权纠纷[吉林省辽源市中级人民法院，（2020）吉 04 民终 178 号，2020 年 07 月 10 日]中，一审法院认为，本案案涉主债权业经生效判决确认，该生效判决同时确认抵押合同合法有效，在吉林银行辽源分行对主债权提起诉讼和申请强制执行、吉林银行辽源分行将主债权转让给长城资产公司、长城资产公司将主债权转让给谭丁元、谭丁元申请法院强制执行、法院查封案涉房产、安森公司提起执行异议之诉后，主债权诉讼时效已先后多次发生中断。鉴于主债权纠纷目前尚处于执行程序之中，且案涉房产仍处于抵押、查封状态，故目前主债权诉讼时效依然处于持续性中断的状态，谭丁元作为涉案主债权及相应抵押权的合法受让人，有权请求对抵押房产行使优先受偿权。但二审法院认为，吉林银行辽源分行、长城资产公司行使案涉抵押权的法定期间在 2011 年 10 月 28 日之前，但吉林银行辽源分行、长城资产公司在该期间内均未行使抵押权。吉林银行辽源分行、谭丁元申请辽源市西安区人民法院在执行程序内查封案涉抵押物，不具有执行依据，该申请查封行为并不具有行使抵押权的法律效力。

在上述（2020）吉 04 民终 178 号案件中，二审法院将申请查封抵押物与主张对抵押

物优先受偿视为两个不同的行为，且认为仅后者才具有行使抵押权的法律效力。

笔者认为，法律不保护“躺在权利上睡觉的人”。抵押权作为一种担保物权，必须由权利人主动提出行使权利的主张。如果抵押权人因种种原因未及时行使其抵押权，或者未能明确地主张其抵押权，则无异于放弃其权利的行使，此时即无法得到法律的强制力保护。

四、抵押权人仅就主债权提起诉讼但未同时主张抵押权，在债务人进入破产清算阶段后，抵押权人是否可以主张行使抵押权？

《民法典担保制度的解释》第44条第1款确立了抵押权实现的时效可顺延至执行阶段的规则，但未明确规定，如果主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，在申请执行时效期间内，抵押权人尚未申请强制执行，抵押人已被法院宣告破产清算的，此时抵押权人是否可以主张就抵押物享有优先权？

在部分判例中，法院认为，因前诉的发生引起主债权诉讼时效中断，诉讼时效期间应从诉讼程序终结之时重新计算。在前诉已经通过法院判决对主债权予以司法确认之后，抵押权人仍可以在诉讼时效期间内，通过提起破产债权确认之诉行使抵押权。

例如，中国工商银行股份有限公司阳信支行、山东世利华不锈钢制品股份有限公司破产债权确认纠纷[山东省滨州市中级人民法院，（2019）鲁16民再27号，2019年11月15日]，本案中，债权人工行阳信支行在主债权诉讼过程中未行使抵押权。2017年12月11日，阳信县人民法院就主债权诉讼做出（2017）鲁1622民初1090号民事判决。阳信县人民法院于2018年7月20日作出（2018）鲁1622破5号之三民事裁定书，宣告世利华公司破产清算。工行阳信支行向破产管理人提交债权确认表要求就抵押物享有优先权。但世利华公司的破产管理人对工行阳信支行主张的优先权不予确认。2018年8月1日，工行阳信支行向阳信县人民法院提起诉讼，请求实现抵押权。阳信县人民法院作出（2018）鲁1622民特1号民事裁定书，裁定驳回工行阳信支行实现担保物权的申请。紧接着，工行阳信支

行于 2018 年 10 月 16 日提起破产债权确认诉讼。本案一审法院以及二审法院均驳回了工行阳信支行关于其就抵押物享有优先权的诉请。但再审法院认为，因前诉的发生引起主债权诉讼时效中断，诉讼时效期间应从诉讼程序终结之时重新计算。2018 年 8 月 1 日工行阳信支行提起实现抵押权诉讼和 2018 年 10 月 16 日工行阳信支行提起破产债权确认诉讼，均未超过法定诉讼时效期间，法院据此判决确认工行阳信支行向世利华公司破产清算组申报的有效债权为有抵押权的债权，在世利华公司破产财产中优先受偿。

但也有判例认为，《民法典担保制度的解释》第 44 条第 1 款的规定不适用于破产清算阶段。例如，张爱厂、广德中雅置业有限公司普通破产债权确认纠纷[安徽省宣城市中级人民法院，（2021）皖 18 民终 500 号，2021 年 03 月 22 日]，本案中，张爱厂向债务人卢向中借款共计 400 万元，中雅公司提供连带责任担保，并以其房屋提供抵押担保。借款到期后，债务人卢向中未及时偿还借款，张爱厂诉至南京市溧水区人民法院请求中雅公司承担连带还款责任，未对抵押房屋主张实现担保物权。法院判决中雅公司支付张爱厂借款本金 387.5 万元及利息。张爱厂获得生效判决后申请人民法院强制执行，张爱厂虽对案涉房屋进行了查封，但并未主张就该房屋拍卖、变卖价款优先受偿。2019 年 10 月 25 日，广德市人民法院裁定受理中雅公司破产清算，张爱厂进行了债权申报。管理人未确认张爱厂的上述债权为优先债权，张爱厂遂提起本案诉讼。法院认为，张爱厂亦无其他证据证明其在主债权诉讼时效期间内行使了抵押权，依据物权法规定，上述抵押权不受保护。张爱厂上诉称依据《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》第四十四条规定主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。张爱厂已在主债权诉讼时效期间内对中雅公司提起了诉讼，且在人民法院判决后及时申请强制执行，应享有抵押权。因案涉事实发生在民法典施行前，应当适

用物权法的相关规定。加之上述规定亦不适用于本案事实，故张爱厂的该项上诉理由亦不能成立。

笔者认为，尽管《民法典担保制度的解释》第44条第1款仅规定了抵押权实现的时效可顺延至执行阶段的规则，而未对是否适用于破产清算阶段做出明确规定，但是，根据《民法典》第419条以及《民法典担保制度的解释》第44条第1款所体现出的精神，如果在主债权诉讼中对债权进行了确认，则在申请执行的期间内，虽未申请强制执行，但在法院裁定受理抵押人的破产清算申请的情况下，向破产管理人申报破产债权或提起破产债权确认诉讼，并主张对抵押物的优先受偿权的，宜视为抵押权人行使了抵押权。同时，考虑到现行司法解释确实未对抵押权实现的时效是否可以顺延至破产清算阶段做出明确规定，司法实务中对此也存在不同的处理意见，仍有待司法解释或最高院指导案例对该问题予以明确。

此外，需要留意的是，如果在2年的申请执行的期限内，抵押权人未申请强制执行以实现抵押权，抵押人在第3年被法院宣告破产，此时抵押权人还能请求实现抵押物的优先权吗？笔者认为，债权超过强制执行期间不应作为破产债权，抵押权人的优先权也就无法获得支持。《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（三）》第六条第二款规定：“管理人应当依照企业破产法第五十七条的规定对债权的性质、数额、担保财产、是否超过诉讼时效期间、是否超过强制执行期间等情况进行审查、编制债权表并提交债权人会议核查。”第七条第一款规定：“已经生效法律文书确定的债权，管理人应当予以确认。”据此，在破产程序中，破产管理人对超过诉讼时效期间或超过强制执行期间的债权不予认定为破产债权[3]，实际上是代表债务人行使相应的抗辩权。因此，抵押权人不论是通过申请强制执行，还是在抵押人被宣告破产后通过提起确认破产债权之诉的方式请求实现抵押物的优先权，均应在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内进行。

五、抵押权不能排除对执行标的的强制执行

在实务中，有的抵押权人担心，抵押人有多项负债，甚至在其他执行案件中抵押物已被强制执行，其享有的抵押权难以得到有效保障，故而尝试在执行案件中提出执行异议。

《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）（2020 修正）》第 31 条规定 “人民法院对被执行人所有的其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，可以采取查封、扣押措施。财产拍卖、变卖后所得价款，应当在抵押权人、质押权人或留置权人优先受偿后，其余额部分用于清偿申请执行人的债权。” 根据上述规定，即便被执行人（抵押人）的财产已经被强制执行，抵押权人对于抵押财产拍卖、变卖后所得价款仍享有优先受偿权。

在司法实践中，判例也基本认为，抵押权不能排除对执行标的的强制执行。例如，张家口农村商业银行股份有限公司城郊支行、王来军执行异议之诉[河北省高级人民法院，（2018）冀民终 1104 号，2019 年 06 月 12 日]中，法院认为，抵押权作为担保物权，非对抵押物本身的实际支配权，而是对抵押物价值（变价所得）的支配权，抵押权人可从抵押物的变价款中优先受偿，但却不能排除人民法院对抵押物的强制执行。

正如上文所述，抵押权人必须要在主债权诉讼时效期间届满前行使抵押权。因而，抵押权人应有充分的风险意识，在抵押人出现财务风险或涉诉风险之时，应积极采取协议或者诉讼的方式行使抵押权；如抵押物已在其他案件中被申请强制执行，则应积极与执行法院取得联系，要求对抵押物的变价款中优先受偿。尤其是，如果主债权诉讼时效期间即将届满的，抵押权人更应及时采取各种积极有效的措施中断主债权的诉讼时效（包括但不限于就主债权以及实现担保物权提起诉讼等）。

六、小结

抵押权的行使方式包括两种，第一种是与抵押人达成协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得价款优先受偿，第二种是通过提起诉讼方式向人民法院主张权利，请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。通过诉讼方式行使抵押权又可细分为如下三种方式：（1）在对主债权提起诉讼之时，一并诉请折价、拍卖、变卖抵押财产并就所得价款优先受偿；

(2) 申请实现担保物权的非讼程序；(3) 单独提起抵押权之诉。

抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权。但关于如何理解“主债权诉讼时效期间”，则存在争议。在物权法时代，司法实务中关于“主债权诉讼时效期间”是否可以延伸至执行阶段存在较大争议。在民法典时代，根据《民法典担保制度的解释》第44条第1款的规定可以推知，“主债权诉讼时效期间”包括申请执行时效期间。但《民法典担保制度的解释》第44条第1款未对抵押权实现的时效是否适用于破产清算阶段作出明确规定。笔者认为，根据《民法典》第419条以及《民法典担保制度的解释》第44条第1款所体现出的精神，如果在主债权诉讼中对债权进行了确认，则在申请执行的期间内，虽未申请强制执行，但在法院裁定受理抵押人的破产清算申请的情况下，向破产管理人申报破产债权或提起破产债权确认诉讼，并主张对抵押物的优先受偿权的，宜视为抵押权人行使了抵押权。同时，考虑到现行司法解释确实未对抵押权实现的时效是否可以顺延至破产清算阶段做出明确规定，司法实务中对此也存在不同的处理意见，仍有待司法解释或最高院指导案例对该问题予以明确。

现行法律以及司法解释对抵押权的行使方式的规定较为简略，关于特定情形中抵押权人是否有权行使抵押权等问题，仍有较大的讨论空间。尤其是，抵押权人的优先受偿权在执行阶段以及破产案件中均有可能涉及。在抵押物已在其他执行案件中被强制执行的情况下，或者抵押人已被法院宣告破产的情况下，抵押权人如何才能有效行使其抵押权，是非常值得进一步研究探索的。

从实务角度出发，为保障抵押权人的利益，笔者建议：

(1) 从诉讼便利以及经济的角度而言，抵押权人在对主债权提起诉讼之时同时主张对抵押物的优先受偿权，通常而言是较为稳妥的诉讼途径；

(2) 如果抵押权人仅就主债权提起诉讼的，则在主债权诉讼中对债权进行确认之后，

应在申请执行的期限内及时申请强制执行；

(3) 如果抵押权人仅就主债权提起诉讼，在主债权诉讼判决生效后尚未来得及申请强制执行的情况下，抵押人已被法院宣告破产的，则应在申请执行期限内及时另案提起破产债权确认诉讼，同时在该诉讼中主张对抵押物优先受偿；

(4) 抵押权不能排除对执行标的的强制执行。如果抵押物已在其他案件中被申请强制执行，则应积极与执行法院取得联系，要求对抵押物的变价款优先受偿；在必要的情况下，还应在主债权诉讼时效期间内积极提起诉讼，追索主债权以及实现抵押权。

注释：

[1] 北京轻联富佳商贸有限公司等与刘玉芝抵押权纠纷（北京市第二中级人民法院，（2018）京02民终1165号，2018年04月20日），其后历经再审（北京市高级人民法院，（2018）京民申4195号，2018年09月28日），北京高院支持了北京二中院的判决。

[2] 高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第301-302页。

[3] 关于债权没有在规定时间内申请强制执行，不属于破产债权的判例，参见江苏省春晨面粉有限公司与陈国宁职工破产债权确认纠纷（江苏省淮安市中级人民法院，（2020）苏08民终1718号，2020年09月30日）等。

来源：天达共和法律观察

作者：陆以洁 贺晓红

律师名片



陆以洁

天达共和合伙人

上海办公室

Mail: luyijie@east-concord.com

Tel : +8621 5191 7900

毕业于美国威斯康星大学，法学硕士。执业多年来为各类中外企业及上市企业提供法律服务。专注于公司相关事务、投融资并购、风控等法律服务领域

律师名片



贺晓红

天达共和律师

上海办公室

Mail: hexiaohong@east-concord.com

Tel : +8621 5191 7900

毕业于中南财经政法大学，法学博士。2014 年入选教育部留学基金委国际联合培养博士研究生项目，并留学德国马尔堡大学。出版专著《公司犯罪刑事责任理论比较研究》，并发表多篇论文。曾为多个上市公司提供法律服务，包括公司设立、管理架构建立、合同、股权投资、风险控制、纠纷解决等。在公司合规管理及收购兼并业务等商事法律方面积累了丰富的实践经验。

之 观点 | 同人作品创作的法律风险分析



随着互联网的广泛普及，网络文学俨然已经成为大众文化的重要组成部分，尤其受到青少年群体的青睐。近年来，粉丝文化、粉丝经济的日益繁荣，粉丝群体的喜爱对象已经不局限于明星群体，热门的文字（系列）作品以及其中的各类角色也成为了粉丝群体追捧的客体。粉丝文化、粉丝经济与网络文学发生了奇妙的化学反应，同人作品应运而生，且日益发展，已经成为网络文学作品中重要的一个分支。

本文将关注同人作品，探究同人作品创作的法律风险。

一 什么是同人作品

同人领域的各种作品表现形式其实在我国有着很长的历史积淀，好比高鹗对于《红楼梦》的续写，可以说是我国古代最为著名的典例。但是“同人”这一语汇，一般认为是起源于现代日本，后又输出到整个东亚文化圈。具体而言其是以非作者原创的各类著作权意义上的作品（如文字作品、美术作品、视听作品等）中的主要角色、故事情节或宏观设定等要素为蓝本进行二次创作而成的各类表现形式的作品，包括但不限于同人文学、同人视听作品（音频、视频）、同人志（图册、画报、刊物等）、同人向的各类平台游戏等。

初期同人领域的广泛作品都具有很高的独立性，此类作品的创作起点都是作者基于自身对原作品的理解与期望。同人作品的作者基于自己的价值观，往往对于原作品的一些处理、

情节发展或者留白感到遗憾，或者对于原作品存有更高的期待，因此他们创作同人作品更多是为了弥补个人的遗憾、满足其期待而创作的，还不具备市场性质和盈利目的。

但是，发展到今日，部分同人作品已经走向了商业市场，但由于其作品本身对原作品的角色设定、角色关系、世界观设定等要素都进行了借鉴，因此，其背后所隐含的法律风险也比一般文学作品要高。

二 同人作品创作的法律风险

1. 《著作权法》领域内的法律风险

2021年6月1日，最新修订的《著作权法》正式实施，虽然本次修订后，我国的《著作权法》中仍然没有定义“同人作品”这一概念，但根据本法第十三条：改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。

同人作品在再创作中，对于原作品的借鉴方式及借鉴程度大不相同，因此所面临的《著作权法》侵权的法律风险同样各异。

2016年，查良镛先生（笔名金庸）以作家杨治（笔名江南）著作权侵权及不正当竞争为由，提起诉讼（（2016）粤0106民初12068号）。

作家杨治在其作品《此间的少年》中广泛使用了查良镛先生作品中大量的角色名称，但同名人物的性格特征、人物关系及故事情节在具体表达的取舍、选择、安排、设计上并不一致。

其中，部分人物与原告作品同名人物的简单性格特征相似；部分人物与原告作品的同名人物性格不同，二者存在不同的安排与设计；部分人物仅作简略提及，并无原告作品同名人物的典型性格。对于人物关系也仅与原作品简单相似。部分情节与原告作品中特定人物之间的故事情节具有抽象的相似性，但故事的主要情节、一般情节以及对人物性格塑造有关键作用的典型情节的构造上都存在明显不同。[1]

我国《著作权法》遵循的是“思想与表达二分法”原则，著作权法只保护对于思想观念的独创性表达，而不保护思想观念本身。因此判断侵权的关键在于，正确地区分思想和表达之间的界限。

著作权法领域著名学者王迁教授认为，如果情节系作者独创，同时作者对于情节的描写很细致，那么这种情节应当被认为是表达，对于该情节的实质性相似的表达就是侵权行为。如果在同人小说中，直接将原作者已经细致刻画的角色以及安排的情节通过同名角色为中心的情节带入新作品，那么这种借用就构成了实质性相似的表达。但仅是借用了抽象剥离的角色名称、简单的性格特征及角色之间的简单关系，更多地是起到识别符号的作用，难以认定同人作品与原作品构成实质性相似。[2]

据此，《此间的少年》尽管大量采用了查良镛先生原小说中的人物姓名、简单人物关系、简单剧情等，但在此基础上，作者杨治已经完全形成了一个完整的青春与校园生活的叙事结构，让读者充分地沉浸在一个完整的故事之中，而没有和原小说产生实质性的相似。法院同样没有认定《此间的少年》构成著作权侵权。

该案例也可以证明，在文字创作中对原小说角色单纯的标识性使用的场景下，并没有使得同人小说和原作品之间形成实质性的相似，那就不会构成著作权侵权。但必须注意的是，如果同人小说实质性地运用了原小说中以人物为中心的剧情，则有导致著作权侵权的风险。

而且，正如我们前文所需要介绍的，同人领域的作品形式也并不仅仅只是局限于各种文字类的小说，而是百花齐放的。对于同人领域的不同作品表现形式，著作权侵权的认定标准也并不完全一致。

相较于同人文学来说，同人游戏等表现形式中，对于原作品进行改编的表达空间可能更为局限，“电子游戏包括网络游戏对于文字作品如武侠小说的改编，不一定会大段引述文字作品中的内容，往往就是通过人物、地点、门派、武功之间的联系及其相关描述，让玩家感觉游戏与小说直接相关，吸引玩家并使玩家从中获得乐趣。”[3]

因此,如果同人游戏中对于原作品的角色和背景设定、世界观设定等元素较多地综合使用,能够构成具体、完整的意思表达,应认定为对原作品进行了改编,即构成对原作品著作权的侵犯。

2. 《反不正当竞争法》领域内的法律风险

在查良镛诉杨治著作权侵权及不正当竞争一案中,法院认定原作品的人物名称、简单人物关系、简单情节等虽然不能构成独创性表达,无法从著作权法的角度进行保护,具有极高的知名度和影响力,在读者群体中这些元素与作品之间已经建立了稳定的联系,具备了特定的指代和识别功能,具有较高的商业市场价值。原告作品元素在不受著作权法保护的情况下,在整体上仍可能受我国反不正当竞争法调整。

虽然我国《反不正当竞争法》中没有对上述行为进行明文规制,但是仍可通过该法第二条进行规制:

经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。

本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

在最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书中评析:适用反不正当竞争法第二条第一款和第二款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件:一是法律对该种竞争行为未作出特别规定;二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害;三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性,这也是问题的关键和判断的重点。[4]

法院通过说理论证被告的行为,一不属于《反不正当竞争法》明文规制的行为;二是原告对原作品中的角色及故事情节付出了相当的心血,被告通过利用该等角色及情节构造新作品的行为,无疑是借用了原告作品在长时间培养下的知名度和影响力,发展了自己的市场,但是却严重侵占了原告使用其原作品开拓新的商业空间的可能性,原告的合法权益受到了实

质侵害; 三是诚实信用是民法的基本原则, 在发展获取自身利益的情况下, 不应当侵犯他人的合法权益。具体到文学作品, 虽然鼓励言论自由和文化传播, 但是也应当尊重其他创作者的智慧成果。[5]

因此, 广州市天河区人民法院一审判决《此间的少年》停止出版, 并销毁库存书籍, 赔偿损失。

值得注意的是, 在判决书中, 法院提及, “若 ‘同人作品’ 创作仅为满足个人创作愿望或原作读者的需求, 不以营利为目的, 新作具备新的信息、新的审美和新的洞见, 能与原作形成良性互动, 亦可作为思想的传播而丰富文化市场。” 由此可见, 法院的观点是同人作品的违反《反不正当竞争法》的风险建立在同人作品的创作是以商业为目的的基础上, 非商业目的的个人创作, 免费提供给读者群体阅览的行为并不侵犯原作者的合法权利。

3. 名誉权的侵权风险

同人作品中的人物角色一般是其他作者创作的作品中的虚构的人物角色, 但是由于在同人小说的不断发展中, 其内涵和外延也因现实的行为的发展而有所变化, 现实的人物在一些同人作品也成为了其中的角色甚至是主角。

使用现实人物作为小说的主角, 尤其是知名的历史人物、革命烈士或者是现代著名的专家、学者、演员等, 由于此类人物的知名成度较高, 加之如果在作品中辅以特定的历史背景、时间地点、故事情节或人物关系, 很容易使人民群众将特定人物同同人作品的角色产生联系。如果在同人作品中处理不当, 对相应人物产生负面评价, 那么这种行为存在这侵犯他人名誉权的风险。

如在彭家惠诉《中国故事》杂志社名誉权纠纷一案中, 四川高院认为, 1998 年第 4 期《中国故事》刊登的小说《祸祟》, 虚构情节, 用较大篇幅将在辛亥革命中英勇牺牲的彭家珍烈士, 描写为令人厌恶的反面人物, 严重丑化了彭家珍烈士的人格, 侵害了彭家珍烈士的名誉权。[6]

三 结语

我国目前处在高速发展的黄金时代，文化领域也如各领域的发展一样，百花齐放，百家争鸣。现代人的创作平台更是多元化，各类大众传媒，各大门户网站都可以使创作者们的作品第一时间被全国乃至全世界的人们随时阅览。

在这个人人创作，而创作又容易为大众所知悉的新时代，更要提高风险意识，确保行使自己的权利的同时，也不能侵犯他人的正当权利。

如前文所说，目前《著作权法》对于创作同人作品这一部分尚且没有明确的规定，但是为了规避著作权和不正当竞争的侵权风险需要创作者守法、自律，创作同人作品最好向原作者取得相关授权，或是在非商业的目的下借鉴优秀作品的抽象要素为标识创作全新的优质同人作品，创作者才可以没有后顾之忧地进行创作，真正实现新的同人作品展示新的信息、新的审美和新的洞见，与原作形成良性互动，作为思想的传播而丰富文化市场。

与此同时，还不成熟的同人作品创作领域的发展需要法律规范的指引，使同人作品创作在不侵犯原作品权利人的各项合法权利的前提下，发挥创造与想象，开拓文学的边疆，实现更丰富的文化繁荣。[7]

注释：

[1] 参见广州市天河区人民法院，(2016)粤0106民初12068号判决书

[2] 同人作品著作权侵权问题初探，王迁，《中国版权》，2017年第3期，p9

[3] 参见北京市石景山区人民法院，(2018)京0107民初17904号判决书

[4] 参见最高人民法院，(2009)民申字第1065号民事裁定书

[5] 同尾注[3]

[6] 参见四川省高级人民法院，彭家惠诉《中国故事》杂志社名誉权纠纷案判决书

[7] 同尾注[1]

来源：天达共和法律观察

作者：管冰 柯敬文

律师名片



管冰

天达共和合伙人

北京办公室

Mail: guanbing@east-concord.com

Tel : +8610 6510 7040

管冰律师主要从事的领域包括：知识产权、文娱传媒和争议解决。从业十数年间，代理多家中外知名企业的商标权、著作权及不正当竞争侵权诉讼、知识产权行政投诉案件、知识产权海关保护、为企业提供知识产权许可、转让和保护相关的专业法律意见、协助企业制定知识产权策略等。同时，担任数家国内外文娱传媒公司的法律顾问，就演艺合同、著作权许可、影视发行、肖像权侵权等事项提供法律服务。2020年，管冰被《亚洲法律杂志》Asian Legal Business (ALB) 评选为“中国十五佳诉讼律师”。

律师名片



柯敬文

天达共和实习律师

北京办公室

Mail: kejingwen@east-concord.com

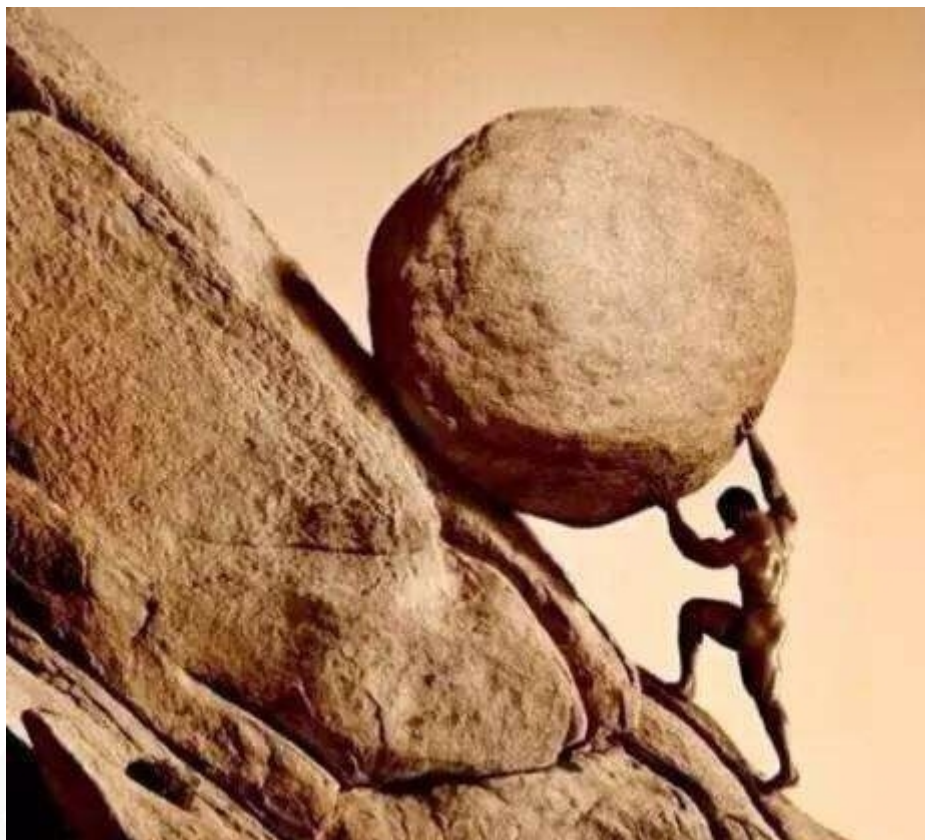
Tel : +8610 8514 3480



柯敬文，毕业于国际关系学院获法学学士学位，后于爱尔兰都柏林大学圣三一学院获法学硕士学位。工作语言为中文、英语、日语。主要业务领域涉及知识产权及文娱传媒。为客户提供著作权、商标权、植物新品种权相关的合规审查、权利申请、争议解决等法律服务。曾作为派驻律师为某世界 500 强日企提供法律服务。同时，也为多家国内外知名企事业单位、社会组织提供常年法律顾问服务。



成功，始于助人成功



**我们面对困难任务一开始的态度，
比所有其它因素更会影响成功的结果。**

天达共和律师事务所
East & Concord Partners



咨询热线 +8610 6590 6639
北京市朝阳区东三环北路8号亮马河大厦写字楼1座20层

网址：www.east-concord.com

邮箱：beijing@east-concord.com

