

上市公司协会特刊

XMLCA

天衡联合律师事务所
厦门上市公司协会

联合办刊

2014年
第二期 (双月刊)

01 最新法规快报

- 01 法规新闻
- 05 立法动态

07 律师专栏

- 07 约定购回式证券交易是
否应当遵守短线交易的
禁止性规定？
- 10 股票期权——公司高管
“金手铐”之激励与争讼
- 12 网银转账错误能否以不
当得利为由要求返还？



扫一扫
了解最新法律资讯



最新法规快报

法规新闻

一、券商资管业务风控升级

中国证券业协会2月12日向券商下发《关于进一步规范证券公司资产管理业务有关事项的补充通知》（以下简称“《通知》”），从银证合作、券商聘请第三方机构为集合计划提供投资建议等服务、券商分级集合计划产品设计、券商资管风控及尽职调查等方面开出新的监管清单。其中，《通知》针对近年来快速扩张的“银证合作”业务提出了两项补充规定，调整了“银证合作”合作银行的遴选标准，对合作银行范畴进行限定，其资产规模门槛也由原来的300亿元升至500亿元。除调整合作银行遴选要求，《通知》新增了对券商聘用第三方机构为集合计划提供投资策略、研究咨询和投资建议等专业服务的要求，明确第三方机构需具备团队中至少有5人通过有关从业资格考试，且个人从业经验不少于3年；业务管理制度、风控体系健全等条件。并要求券商对第三方机构进行尽职调查和合规风控监测。《通知》还细化了券商分级集合计划产品设计要求，明确权益类产品初始杠杆倍数不超过5倍；其他产品初始杠杆倍数不超过10倍。同时要求券商在产品合同中约定风控条款、设定产品运作期限内的杠杆倍数上限。此外，《通知》还针对券商资管业务提出了一项新的禁止性规定和两项具体要求。即：禁止券商通过集合计划开展通道业务；要求券商开展资管业务时加强流动性风险管理；要求券商建立健全日常合规风控监测机制，加强人员管理、防范道德风险。《通知》自2月17日起开始实施，在此之前券商已存续的集合计划和已签订的定向资管合同，不符合通知规定的，到期后将立即终止，不得展期。

二、中国证监会发布《证券交易数据交换协议》等三项行业标准

2月10日，中国证监会正式发布《证券交易数据交换协议》、《证券交易数据交换编解码协议》和《证券期货业非公开募集产品编码及管理规范》等三项金融行业标准。

《证券交易数据交换协议》提供了市场参与者内部系统与其他市场参与者协议转换接口的连接标准，以及市场参与者内部系统通过开放接口与证券交易所间的连接标准。协议适用于证券交易所与市场参与者和相关金融机构间的业务数据交换。

《证券交易数据交换编解码协议》提供了证券交易所交易系统与市场参与者系统之间使用金融信息交换协议（FIX协议）或证券交易数据交换协议（STEP协议）时，对传输数据的编码、解码和会话传输等内容的规范。标准针对我国证券业市场的具体的业务和特点，降低了STEP消息的尺寸，适用于证券期货交易所、市场参与者等相关金融机构之间的交易数据交换编解码。

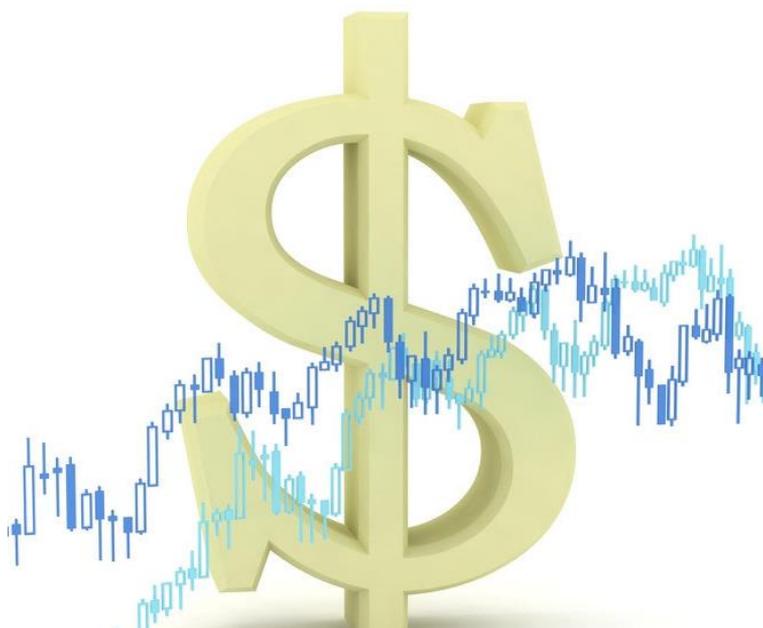
《证券期货业非公开募集产品编码及管理规范》规定了证券期货业非公开募集产品的编码规则、编码分配与管理原则、编码细则制订要求以及代理分配机构管理规范。规范适用于证券期货业非公开募集产品编码的分配管理过程。

三、中国证监会废止部分证券期货规章

2月12日，《中国证券监督管理委员会关于废止部分证券期货规章的决定》（第十二批）（中国证券监督管理委员会公告[2014]8号）公布。中国证监会对自成立以来至2013年12月31日期间公布的证券期货类规章进行了再次清理。其中，自2010年12月1日至2013年12月31日期间，应予废止的规章包括《上市公司向社会公开募集股份操作指引（试行）》（证监公司字[2000]45号）、《证券公司高级管理人员谈话提醒制度实施办法》（证监发[2001]6号）、《关于证券公司担保问题的通知》（证监发[2001]69号）等22件，已经明令废止的规章包括《关于企业申请境外上市有关问题的通知》（证监发行字[1999]83号）等55件。

四、中国证监会取消3项行政审批项目

2月21日，中国证券监督管理委员会公告[2014]10号发布，自2014年1月28日《决定》发布之日起，中国证监会取消3项行政审批项目：证券公司借入次级债审批、境外期货业务持证企业年度外汇风险敞口核准、证券公司专项投资审批（取消该项业务，审批相应取消）。中国证监会及其派出机构不再受理当事人依据已取消行政审批项目提起的有关申请。与被取消行政审批项目有关的后续管理方式和衔接工作，中国证监会将专门发布通知。



五、证券公司风险管理要求全面升级

中国证券业协会25日发布《证券公司全面风险管理规范》（以下简称“《规范》”）及《证券公司流动性风险管理指引》（以下简称“《指引》”），并于3月起实施。按要求，券商须建立全面风险管理体系，安排专职人员、专门部门开展流动性、市场、信用、操作等风险的管理工作。针对流动性管理，特别新设流动性覆盖率和净稳定资金率等两项监管指标，要求券商按期达到指标要求。对于未落实上述两项规定及未达到有关监管指标的证券公司，协会将采取自律惩戒措施。

《规范》规定，证券公司应建立健全与公司自身发展战略相适应的全面风险管理体系。《规范》不仅对券商开展全面风险管理提出了原则性要求，还对具体操作方式进行了细化。包括制定风险容忍度和风险限额等的风险指标体系、建立风险管理信息技术系统、建立健全压力测试机制、依照风险影响程度及发生可能性建立评估标准、规范金融工具估值方法及模型流程等、针对风险指标建立逐日盯市机制、制定风险应对策略、针对新业务开展专门风险评估、针对流动性危机或交易系统事故等重大风险建立应急机制等。

《指引》对券商流动性风险管理的具体办法提出了十分细致的要求，明确券商须依照公司实际确定流动性风险偏好，制定流动性风险监控指标，并对流动性风险实施限额管理。《指引》对券商流动性风险管理提出了流动性覆盖率、净稳定资金率等两项具体的监管指标，要求券商按期达标。根据《指引》，券商引入新产品、新业务、新技术手段和建立新机构之前，须评估其可能对流动性风险产生的影响，须制定流动性风险应急计划，并至少每半年开展一次流动性风险压力测试，分析其承受短期和中长期压力情景的能力。

六、中国证监会修改《证券发行与承销管理办法》

2014年3月21日，中国证监会发布《关于修改〈证券发行与承销管理办法〉的决定》（以下简称《决定》，证监会令[第98号]），自公布之日起施行。

《决定》增加一条，作为第五条：“首次公开发行股票，网下投资者须具备丰富的投资经验和良好的定价能力，应当接受中国证券业协会的自律管理，遵守中国证券业协会的自律规则。

“网下投资者参与报价时，应当持有一定金额的非限售股份。发行人和主承销商可以根据自律规则，设置网下投资者的具体条件，并在发行公告中预先披露。主承销商应当对网下投资者是否符合预先披露的条件进行核查，对不符合条件的投资者，应当拒绝或剔除其报价。”

同时，《决定》对原《证券发行与承销管理办法》第五条、第六条、第九条、第十条、第十五条、第十六条等作出修改；删除第八条。

七、中国证监会修改《首次公开发行股票时公司股东公开发售股份暂行规定》

2014年3月21日，中国证监会发出证监会公告[2014]11号公告，公布《关于修改〈首次公开发行股票时公司股东公开发售股份暂行规定〉的决定》，并自公布之日起施行。

公告指出，将第九条第二款修改为：“公司首次公开发行股票应主要用于筹集企业发展需要的资金。新股发行数量应根据企业实际的资金需求合理确定；公司股东公开发售股份数量不得超过自愿设定12个月及以上限售期的投资者获得配售股份的数量。”

增加一条，作为第十五条：“自愿设定12个月及以上限售期的投资者不得与公开发售股份的公司股东及
相关利益方存在财务资助或者补偿、股份代持、信托持股等不当利益安排。存在上述行为的，中国证
监会将比照《证券发行与承销管理办法》第40条的规定处理。”

八、中国证监会发布《优先股试点管理办法》

为贯彻落实《国务院关于开展优先股试点的指导意见》，加快推进资本市场改革创新，3月21日，中
国证监会发布《优先股试点管理办法》（以下简称《办法》，证监会令[97号]），自公布之日起施行。
《办法》共9章，70条，包括总则、优先股股东权利的行使、上市公司发行优先股、非上市公众公司非公
开发行优先股、交易转让及登记结算、信息披露、回购与并购重组、监管措施和法律责任、附则等。主
要内容包括以下方面：一是上市公司可以发行优先股，非上市公众公司可以非公开发行优先股。二是三
类上市公司可以公开发行优先股：（1）其普通股为上证50指数成份股；（2）以公开发行优先股作为支
付手段收购或吸收合并其他上市公司；（3）以减少注册资本为目的回购普通股的，可以公开发行优先股
作为支付手段，或者在回购方案实施完毕后，可公开发行不超过回购减资总额的优先股。三是上市公司
发行优先股，可以申请一次核准，分次发行。四是公司非公开发行优先股仅向本办法规定的合格投资者
发行，每次发行对象不得超过二百人，且相同条款优先股的发行对象累计不得超过二百人。五是优先股
交易或转让环节的投资者适当性标准应当与发行环节保持一致；非公开发行的相同条款优先股经交易或
转让后，投资者不得超过二百人。

九、《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》发布

国务院于2014年3月7日发布《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（以下简
称《意见》，国发[2014]14号）。《意见》强调，进一步优化企业兼并重组市场环境，必须尊重企业主体
地位、发挥市场机制作用、改善政府的管理和服务，力争实现体制机制进一步完善、政策环境更加优化、
企业兼并重组取得新成效等主要目标，有效发挥兼并重组促进产业结构调整积极作用。

《意见》针对企业兼并重组面临的突出矛盾和问题，重点提出了7个方面的政策措施。一是加快推进
审批制度改革，二是改善金融服务，三是落实和完善财税政策，四是完善土地管理和职工安置政策，五
是加强产业政策引导，六是进一步加强服务和管理，七是健全企业兼并重组的体制机制。

十、中国证监会发布《中国证监会行政许可和监管执法事项不当说情备案规定（试行）》

3月28日，中国证监会发布《中国证监会行政许可和监管执法事项不当说情备案规定（试行）》（以
下简称“《规定》”）。《规定》清晰界定了“不当说情”的含义，并明确将备案范围限定于不当说情
行为。依据《规定》，不当说情是指在中国证监会行政许可、日常监管和案件调查、审理工作中，当事
人自己或请托他人针对某一具体事项，在正常程序之外，对中国证监会工作人员施加不当影响，以谋取
利益或减免责任的行为。对于已经被纳入既有法定程序予以规范的行为，比如当事人根据中国证监会的
规定程序以及信访、听证等法定程序合法表达诉求的行为，以及法人或其他组织因工作需要，就中国证
监会对当事人作出的行政行为来函、来访等行为，明确不属于《规定》的规制范围。《规定》建立了操
作性较强的不当说情备案工作制度。一是列举了证券期货监管工作中经常发生的几类不当说情情形，当

上述不当说情发生时，要求经办人员立即填写《不当说情备案表》，记录说情人的姓名、联系方式、工作单位及职务、与当事人的关系，以及说情事由、时间、地点等情况；二是规定《不当说情备案表》应当报送所在部门主要负责人签字，登记归档，录入相应的信息系统，并及时报备中国证监会监察局。中国证监会监察局可根据需要检查有关不当说情备案情况。



立法动态

一、区域性股权市场法律地位亟待明确

3月4日，全国人大代表、湖北证监局局长芮跃华在接受上证报记者采访时表示，从目前来看，我国区域性股权市场的发展面临着缺乏顶层设计、法律制度供给不足等方面的困境，国家没有出台关于场外市场发展的统一规划，没有相关立法，甚至没有法规性指导条款，区域性股权市场面临着法律地位不明确的尴尬境地，其合法性一定程度上存疑。目前证监会正在配合立法部门有序推进《证券法》修法的各项工作，芮跃华建议值此修法契机，将区域性股权市场的发展列入法律体系，明确其法律地位、市场功能以及参与主体的权责。此举既有利于市场参与者对区域性股权交易市场形成明晰预期（区别于深沪交易所及新三板市场的区域性、私募股权转让市场），亦有利于区域性股权市场在明确的法律边界内开拓和创新业务，规范市场行为，加快发展步伐，更好地为中小微企业提供服务，支持实体经济健康发展。

二、证券行业将由机构监管重点转向功能监管

3月4日，全国人大代表、证监会机构部巡视员欧阳昌琼在湖南团驻地接受上证报记者独家专访时透露，2014年证券公司创新发展的监管重点将转向风险管理，其中更关注的是流动性风险。随着证监会内设机构调整，下一步证券行业的监管思路，将在放松管制、加强监管的总体原则下，由机构监管转向功能监管、行为监管、业务监管。他还表示，证监会正在着手修改《证券公司风险控制指标管理办法》，已形成初稿，并在业内小范围征求意见，将很快发布实施。该最重要的修改之一，在于在原有以净资本为核心的风险管理体系中，纳入对证券公司流动性风险的条款。欧阳昌琼还透露，证监会拟从今年二季度开始，对证券行业进行新一轮现场检查，重点检查证券公司融资类业务。资产证券化业务并未被叫停，未来将大力发展。

三、证券行业将由机构监管重点转向功能监管

3月4日，全国人大代表、证监会机构部巡视员欧阳昌琼在湖南团驻地接受上证报记者独家专访时透露，2014年证券公司创新发展的监管重点将转向风险管理，其中更关注的是流动性风险。随着证监会内设机构调整，下一步证券行业的监管思路，将在放松管制、加强监管的总体原则下，由机构监管转向功能监管、行为监管、业务监管。他还表示，证监会正在着手修改《证券公司风险控制指标管理办法》，已形成初稿，并在业内小范围征求意见，将很快发布实施。该最重要的修改之一，在于在原有以净资本为核心的风险管理体系中，纳入对证券公司流动性风险的条款。欧阳昌琼还透露，证监会拟从今年二季度开始，对证券行业进行新一轮现场检查，重点检查证券公司融资类业务。资产证券化业务并未被叫停，未来将大力发展。

四、券商资产证券化或转向备案制

上证报记者获悉，新的资产证券化业务管理办法正在修订中。未来券商资产证券化产品或将先由专家评审会评审，通过后备案发行。除了对发行方式进行较大调整外，正在修订中的资产证券化业务管理办法相比此前发布的《证券公司资产证券化业务管理规定》在产品定性、结构等业务细节问题上基本一致。券商专项资产管理计划有望继续作为资产证券化业务载体。

五、中国证监会发出通知就《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法（征求意见稿）》公开征求意见

中国证监会于2014年3月21日发出通知，就《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法（征求意见稿）》（以下简称《管理办法》）公开征求意见，意见反馈截止时间为2014年4月22日。

本次修订《管理办法》要贯彻落实新股发行体制改革以及保护中小投资者合法权益的有关要求。修订后总体架构不变，仍分为总则、发行条件、发行程序、信息披露、监督管理和法律责任、附则六章，共57条，其中，删除7条、新增6条、修改28条。主要修改内容如下：适当放宽财务准入指标，取消持续增长要求；简化其他发行条件，强化信息披露约束；贯彻落实保护中小投资者合法权益和新股发行体制改革意见的要求。

六、中国证监会发出通知就《创业板上市公司证券发行管理暂行办法（征求意见稿）》公开征求意见

中国证监会于2014年3月21日发出通知，就《创业板上市公司证券发行管理暂行办法（征求意见稿）》（以下简称《暂行办法》）公开征求意见，意见反馈截止时间为2014年4月22日。

《暂行办法》共六章六十八条，包括总则、发行证券的条件、发行程序、信息披露、监管和处罚、附则等。主要内容如下：设置客观量化的发行条件，减少实质判断；推出“小额快速”定向增发机制，允许“不保荐不承销”，提高再融资效率；支持上市公司在特定范围自行销售非公开发行的股票，降低融资成本；加大公司董事会的自我约束功能，强化公司管理层再融资的责任意识。



约定购回式证券交易是否应当遵守短线交易的禁止性规定？

作者：李金招（福建天衡联合律师事务所 律师）

一、引言

某年1至3月期间，A上市公司实际控制人B控制的C公司及其一致行动人D公司以自有资金分别增持A上市公司股票。

同样在该年3月，C公司为融资需要，将其持有的A上市公司部分股票（“标的证券”）与某证券股份有限公司（“证券公司”）进行约定购回式证券交易。双方就此签署了相应的《交易协议书》、《约定购回式证券交易客户协议》、《风险揭示书》。根据相关协议约定，该次交易折扣率为40%，初始交易金额上限为标的证券按上一交易日股票收盘价所计算的股票总价的40%，购回期为360天，到期购回利率为9%，到期购回交易金额按初始交易金额加上待购回期间的利息确定。该项融资交易已经上海证券交易所（“上交所”）确认成交，相关标的证券已经划转至证券公司，证券公司业已支付初始交易金额。

因C公司及其一致行动人在六个月内增持A上市公司的股票，同时又进行了约定购回式证券交易，将部分股票过户给证券公司，是否构成了“六个月内买入卖出”的短线交易行为呢？

二、约定购回式证券交易

根据上海证券交易所、中国证券登记结算有限责任公司关于《约定购回式证券交易及登记结算业务

办法》的相关规定，约定购回式证券交易是指“符合条件的客户以约定价格向其指定交易的证券公司卖出标的证券，并约定在未来某一日期客户按照另一约定价格从证券公司购回标的证券，除指定情形外，待购回期间标的证券所产生的相关权益于权益登记日划转给客户的交易行为”。

约定购回式证券交易是相关监管部门近年来推出的一项重要创新业务，其实质上是相关监管部门所推出一项新的证券融资方式。众所周知，传统的证券融资方式主要有股票质押、信托、典当等渠道，但是这些渠道都面临一个同样的问题，即融资效率低、融资成本高、操作不够灵活等。以股票质押为例，通常质押融资率约在30%的水平，同时对于证券公司而言，质权在变现时需要通过拍卖变卖等程序，操作灵活度低，也存在一定的市场风险。而约定购回式证券交易，通过回购交易方式，直接为客户提供短期资金融通，可有效提高融资效率，降低客户融资成本，证券公司在客户无法还款时，可直接将标的证券转让迅速实现资金回笼。基于该等优势，约定购回式证券交易在试点推出后，便迅速获得融资方和证券公司的亲赖。

三、约定购回式证券交易是否应当遵守短线交易的禁止性规定

（一）短线交易的构成要件

根据《中华人民共和国证券法》第四十七条规定，短线交易指：“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入”。因此，构成短线交易必须存在相应的主体在六个月内同时买卖上市公司股票的行为。

（二）理论上，约定购回式证券交易并不属于证券法第四十七条规定的“卖出行为”

1、根据《约定购回式证券交易及登记结算业务办法》，约定购回式证券交易具有如下特征：

（1）该交易以标的证券上一交易日收盘价的一定折扣率（如40%）确定初始交易金额上限（即融资金额上限），而非以正常出售的价格计价，显然非正常的证券卖出行为；

（2）标的证券购回时的价格是按照初始交易金额加上待购回期间的利息确定，而非按购回时的标的证券市场价格确定，本质属于借贷行为；

（3）根据《约定购回式证券交易及登记结算业务办法》，标的证券在待购回期间：证券公司不得通过交易或非交易方式转让标的证券、办理标的证券质押；待购回期间，标的证券所产生的相关权益归融资方所有；待购回期间，证券公司不得就标的证券主动行使股东或持有人权利，但可以根据客户的申请，行使基于股东或持有人身份而享有的出席股东大会、提案、表决等权利。由此可见，待购回期间标的证券对应的股东权利并未随着标的证券过户而转移。

2、基于上述交易特征，约定购回式证券交易并非以卖出股票为目的的交易行为，而是一种以融资为目的的交易行为。融资方将标的证券过户给证券公司，并在一年后购回，这实质上是一种融资的担保方式，在法理上称之为“让与担保”。

因我国《物权法》尚未设立“让与担保制度”，故实践中往往通过“转让标的物并限期购回”的方式实现借贷目的。双方之间的买卖合同仅是表现形式，而真实的意思表示为借贷关系。此点已经在司法实践中得以确认，例如江苏省高级人民法院审判委员会在关于审理民间借贷纠纷案件的会议纪要（2013）

1号中即明确规定，以借贷为目的签订房屋买卖合同作为担保的，人民法院应当认定名为房屋买卖实为民间借贷的关系。

综上，笔者认为融资方进行的约定购回式证券交易本质上属于以标的证券过户作为担保的融资行为，而不属于证券法第四十七条规定的“卖出行为”。

（三）交易所等监管部门的態度

然而，约定购回式证券交易毕竟是一项处于试点阶段的创新业务，交易所等监管部门对此的态度仍然持非常谨慎的态度，要求相关交易进行时应当遵守股份转让的相关规定，不能构成短线交易。如上海证券交易所发布的《上市公司日常信息披露工作备忘录》规定，约定购回式证券交易是投资者以融资为目的的交易行为，属于通过证券交易所的证券交易。原股东的初始交易、购回交易分别参照适用股份出售、股份买入有关权益变动和信息披露的规则。在一家上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份5%的股东及其一致行动人、上市公司董事、监事、高级管理人员参与本所约定购回式证券交易的，应当遵守相关信息披露规则，不得存在短线交易，并应当遵守股份买卖“窗口期”以及年度股份转让比例限制的规定。

四、结语

约定购回式证券交易在本质上属于“以标的证券过户作为担保的融资行为”，而不属于证券法第四十七条规定的“卖出行为”。交易所等监管部门仍然将约定购回式证券交易作为传统的股票买卖行为对待，而不是根据该交易的本质属性进行区别对待值得商榷，亦不利于该等创新业务的推广。当然，在相关监管部门改变态度之前，融资方在进行约定购回式证券交易时仍然应当遵守监管部门的相关规定，避免触及短线交易问题。

作者介绍



李金招律师

李金招律师毕业于厦门大学民商法专业，获法学硕士学位。具备扎实的法律理论基础，曾参与企业资产重组、股权收购、外商投资等多项业务，在股权并购、外商投资、公司业务等方面积累相当经验。

联系电话：0592-6304575、13616052142

股票期权

——公司高管“金手铐”之激励与争议

作者：胡小媛（福建天衡联合律师事务所 律师）

股票期权激励机制，堪称上市公司高管的“金手铐”，它能有效解决上市公司经营者（高管）和投资者（股东）之间的代理风险，提升公司治理水平和经营业绩。目前，中国已有300多家上市公司实行了股权激励，其中，有三分之二的上市公司选择实施股票期权模式，股票期权模式已成为中国上市公司股权激励的主要模式。

但是，投资者往往忽视运行股权激励机制将引发新的代理人道德风险，例如经营者利用实际控制人地位，人为制造财务会计信息、故意泄露公告消息等。国内涉及股票期权类型的案件中，主要存在以下两大争议：公司与高管的劳动报酬之争、离婚诉讼中的夫妻共同财产之争。

一、公司与高管劳动报酬之争

劳动合同与激励协议效力的认定

现代公司治理结构中，由于所有权与经营权相分离，股东（大）会、董事会手中的公司事务决策和执行权力，往往由公司高管进行实际操纵。实践中，由董事会聘任的高管“代表”公司，自己与自己签订劳动合同的情况时有发生。由于作为激励对象的高管们，往往对于激励方案的制定、决策与实施均有操纵优势，使得股权激励不但不能制止高管的短期行为，反而制造了新的道德风险，例如人为制造财务会计信息、故意泄露公告消息，并进行关联交易、挪用侵占公司财产、自我激励、控制选举等行为，严重损害公司股东的利益。致使上市公司高管的劳动合同与股票期权激励协议的合理性及其效力屡遭质疑。

基于法律规定的考量，根据合同相对性原则，当事人达成一致的合同，对当事人各方将具有约束力。在公司与高管之间的劳动合同与激励协议效力认定的问题上，在公司股东于决策程序未提出异议时，若否认其效力，则明显违背合同双方的真实意思表示，这亦有悖于股权激励机制的长期激励目的。因此，除双方当事人恶意串通损害第三人利益外（例如在并购事务发生前，签订高额的经济补偿金条款，意图掏空公司资产），其劳动合同及激励协议对公司与高管均具有法律效力。

股票期权激励是否属于高管劳动报酬

根据《中华人民共和国劳动法》第五十条之规定，工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。此外，根据国务院《工资组成规定》，股票类收益并不属于工资报酬之列。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条之规定，劳动争议的六种类型中不包含股权激励纠纷。由此可见，对于股票期权是否属于劳动报酬问题，尚无明确的法律依据。

为了实现利益双赢的局面，现代大多数上市公司选择实行股票期权激励计划，将高管的薪资收入与公司的利益紧密联系在一起，这实际上是一种新型薪酬模式。如今上市公司高管报酬的形式，可以是薪金、奖金或其他形式，例如股票期权。基于此种趋势，从经营者劳动权利保护角度出发，结合中国税法的相关规定，即股票期权所得应当按照“工资、薪金所得”的计税标准缴纳个人所得税，建议相关立法应当明确将股权激励奖励纳入上市公司高管的劳动报酬之列。

行权救济途径的困境

事实上，股票期权的行权倍受挑战。加之中国劳动争议处理实行“先裁后审”制度，实践中，劳动者于申请劳动争议仲裁时，往往由于行权条件不成就，并未提出涉及股票期权激励的劳动报酬之请求。因此，于诉讼阶段，若劳动者寻得行权依据，提出相关请求，很可能因为其未经劳动仲裁前置程序，不属于诉讼案件的受理范围，而被驳回诉求。目前，相关立法对此问题并未明确规定，极大打击了劳动者寻求司法救济的信心。

不可否认，上市公司与高管之间，存在一种雇佣与被雇佣的法律关系，即存在劳动合同关系。因此，若未将股权激励奖励作为劳动报酬之列，并将此类纠纷纳入劳动争议范畴，则明显增加了当事人的诉讼成本。为此，建议将股权激励纠纷列入劳动争议受案范围，并确认股权激励报酬属于劳动报酬，同时，相关立法应就股权激励纠纷的解决办法作出补充规定。

二、离婚诉讼中的夫妻共同财产之争

夫妻共同财产的认定

根据《中华人民共和国婚姻法》第十七条之规定，夫妻共同财产的范围包括：工资、奖金；生产、经营的收益；知识产权的收益；继承或赠与所得的财产；其他应当归共同共有的财产。现代婚姻家庭财产，呈现出财产构成多元化的趋势。除了传统意义上的存款、房屋、车辆等外，还包括夫妻一方或双方在投资经营过程中的财产性收益，例如股权、股票期权收益等。然而实践中，对投资经营收益的处理时，可能会涉及到夫妻以外其他利害关系人的权益问题，因此引发诸多困扰。值得注意的是，处理好夫妻财产的分割问题，认定夫妻共同财产是关键。

从法理上而言，除了夫妻双方通过“婚前协议”或“婚内协议”明确约定排除适用法定夫妻共同财产制，股票期权权益应当纳入夫妻共同财产之列，并允许予以分割。

股票期权权益作为夫妻共同财产的分割与处理

中国目前立法将夫妻共同财产权的取得时间限定在婚姻关系存续期间内。然而，股票期权权益相较于一般财产性权益具有其特殊之处，即股票期权权益的实现是有条件并附期限的。基于股票期权的法律特征，激励对象获得股权时不必支付对价，若激励对象符合条件并选择行权，则需支付一定的对价购买公司股票，即在股票期权模式下，激励对象的行权行为是有偿的民事法律行为，这也将直接产生夫妻共同财产投资经营收益的分割及相关负债的承担问题。

司法实践中，对于此类难以确定其实际价值的可期待性权利，法院往往通知当事人等待其权利价值得以确定之际再提起诉讼。目前中国立法尚未就离婚诉讼中的股票期权行权问题出台详细的规定。司法实践中，如何认定作为夫妻共同财产分割后的股票期权行权问题成为一个难题。

从期待权的法理入手，建议对于离婚之前，已选择行权并可按照市场行情确定其价值的股票期权，应视为夫妻共同财产并均等分配；而对于离婚之后尚未行权的股票期权，不应采取共同共有及均等分配的方式进行分割，而应根据婚姻关系持续期间与股票期权持有期间的比例，并依照按份共有的原则，确定属于夫妻共同财产的股票期权的数额，及因支付行权对价而产生的夫妻共同债务的比例，进行相应的风险分担和利益分配。

夫妻共同财产分割请求权与公司法人财产权的冲突

通说认为，法人财产权概念的理论基础，仍然是现代公司法理论中关于所有权与经营权的分离理论，这与股权激励的理论依据相同。根据《中华人民共和国公司法》第三条、第四条之规定，公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。上述条款是法人财产权的法律依据。需要注意的是，该条款对离婚诉讼中激励股权的分割形成制度障碍，即其不能反映股权作为财产所有权的动态流转过程，并实际否认经营者作为激励股权持有者行权时的投资收益的归入权。

且不论有限责任公司与股份有限公司之间“人合性”与“资合性”的区别。根据最高人民法院颁布的《婚姻法司法解释（二）》第十六条关于“有限责任公司股权出资分割”条款之规定，离婚案件涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，应当按照不同情况分别处理。可见，婚姻立法中规定的共同财产分割原则，与公司立法中规定的股权原则存在明显冲突。

司法实践中，分割到离婚诉讼一方当事人名下的，仅是激励对象作为股权所有者的收益，不应包括股东资格。在未来立法修改中，建议在夫妻共同财产的认定范围上，增加股票期权权益作为夫妻共同财产的规定，并就股票期权权益作为夫妻共同财产的条件、权利行使原则和离婚时的分割方式等问题作出相应规定，这是适应当代夫妻共同财产制度的必然要求。

作者介绍



胡小媛律师

胡小媛律师现为天衡联合律师事务所专职律师，厦门大学法律硕士研究生。胡律师具备扎实的法学理论和文字功底，擅长于从事公司投资、贸易、并购、股权转让项目等诉讼及非诉讼法律事务，以及涉外婚姻继承等新型家事法律事务。执业数年来，为顾问单位建章立制，审查修改经济合同、法律知识培训、重大项目的法律论证，提供了大量的法律帮助，获得各界的好评。其注重专业化发展方向，多次在《中国律师》、《法律观察》等期刊上发表专业学术论文，任《财新网》财新公司法务专栏作家。

联系电话： 0592-6304591、13696973168

网银转账错误， 能否以不当得利为由要求返还？

作者：梁 敏（福建天衡联合律师事务所 律师）

近段时间以来，我们接触到几起当事人通过网银转账后再以转账错误为由要求返还所汇款项的案件。经过研究，我们发现其中不乏可资探讨之处，现将相关问题分析如下。

一、问题的提出

甲通过网银转账的方式向乙汇款人民币100万元，但甲与乙之间并没有订立合同性文件，问：甲能否依据《民法通则》关于不当得利的规定以转账错误为由要求乙返还所汇款项？

二、法理探究

（一）不当得利与给付型不当得利

我国法律对不当得利制度只有一个条文的规定。《民法通则》第九十二条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”上述案例中，甲能否要求乙返还所汇款项，关键在于甲的诉讼标的能否得到法院的支持。转账错误只是甲提出主张所依据的客观事实，而本案的诉讼标的则是甲所主张的不当得利返还请求权。

不当得利作为债的发生原因之一，在债法上占有相当重要的一席。基于不当得利发生的请求权，学理上称之为不当得利返还请求权。根据学者对不当得利所作的类型化研究，不当得利可划分为给付型不当得利和非给付型不当得利，本文所要关注的是给付型不当得利。

所谓给付，是指有意识、基于一定目的增加他人财产的行为。给付型不当得利的成立要件为：（1）受领人基于给付而受利益；（2）“造成”他人损失，即受领人所受利益与他人损失之间存在因果关系。（3）受领人取得利益没有合法根据。而给付型不当得利的发生原因又可划分为自始欠缺给付目的（如误偿他人之债）、给付目的不达（如预期条件不成就）、给付目的消灭（如合同被撤销或解除）这三种类型。网银转账是付款人通过电子银行的网络服务平台向收款人支付款项的一种方式。网银转账必须填写收款人姓名、收款人账号以及转账金额。而所谓的网银转账错误不外乎转账对象错误和转账金额错误两种。转账对象错误在通常情况下极难发生，因为在转账过程中，收款人姓名与其银行账号是一一对应的关系，无论是收款人姓名错误或是银行账号错误，网银转账均无法操作成功。至于转账金额错误，因为网银转账在实际操作过程中，对转账金额同时有大小写两种币种表达方式，在转账的最后步骤还要求付款人对转账金额进行付款确认，转账金额错误一般也不易发生。

通过上述分析可以发现，网银转账在绝大多数场合是付款人有意识、有目的向收款人支付款项的行

为，属于一种给付，并且网银转账错误在通常情况下极难发生。即便承认网银转账错误在客观上可能存在，在证明标准上，也应对主张转账错误的一方提出较高的要求。

（二）给付型不当得利的举证责任

在给付型不当得利领域，由于受领人基于给付而受利益造成给付人损失的事实，举证责任比较简单，争议的关键在于“没有合法根据”的举证责任分配给哪一方。

自德国著名的民法学家罗森贝克创建举证责任的“法律要件分类说”以来，这一学说已经普遍为大陆法系国家所接受并作为举证责任分配的基本原则。根据“法律要件分类说”，举证责任在分配上只有一个原理，即“若无一定法条的适用，则无法获得诉讼上请求成果的当事人，应就该法条要件与实际上已经存在的事实，负主张及举证责任。”据笔者所知，如果说德国、日本以及我国台湾地区在非给付型不当得利的举证责任分配上尚存争议的话，那么在给付型不当得利领域，大陆法系的主要国家或地区无论是在学说上（通说）或者在司法实践上都一致认为应由给付人承担“没有合法根据”的举证责任。

由给付人承担举证责任的原因，主要有二：第一，根据“法律要件分类说”，“没有合法根据”系不当得利请求权成立的要件之一，属于权利发生的规范，应由主张请求权成立的一方承担举证责任。第二，“没有合法根据”虽然属于消极事实的性质，但给付人系使财产发生变动的主体，控制财产资源的变动由其承担举证责任困难的危险，实属合理。

三、我国的司法实践

如前文所述，我国法律对不当得利制度的规定非常简单，只有一条原则性的规定，各地司法实践对不当得利纠纷的处理，特别是对“没有合法根据”的举证责任分配尚存分歧。另外，不当得利纠纷由于受审级因素的限制，通常不会由最高人民法院来审理，所以笔者尚未发现最高人民法院对不当得利纠纷中举证责任分配的直接观点。

尽管受到上述因素的限制，笔者还是对给付型不当得利纠纷中“没有合法根据”的举证责任分配进行了一些个案分析。笔者发现上海、北京、广东等地区所公布的不当得利纠纷的判决书中，几乎一致认为应由原告承担“没有合法根据”的举证责任，但这并不意味着这一观点已经被其他地方法院所普遍接受。

在《中国裁判文书网》中，笔者发现一个与本文第一部分所提问题几乎完全相同的案例——李勋华（给付人）与盛泽东（受领人）不当得利纠纷一案（案号2013皖民提字第00027号）。李勋华通过网银转账30万元给盛泽东，转账一年后，李勋华以转账错误为由要求盛泽东返还不当得利。





合肥市中级人民法院二审认为：“不当得利诉讼应适用‘谁主张、谁举证’的一般举证原则。本案李勋华所主张的不当得利系给付型不当得利，应由李勋华对不当得利请求权的成立要件负举证责任……李勋华作为财产的所有者，对其项下的财产具有一般管理和注意义务，对财产变动的原因及基本情况应当有基本的了解，李勋华通过网银汇款30万元，应当对欠缺给付原因的具体情形提出证据予以证明，而不应由盛泽东负举证责任证明自己取得30万元合法……”。合肥中院二审驳回了李勋华的诉讼请求。而安徽省高级人民法院在此案的再审中则明确指出：“在举证责任分配上，李勋华只需举证证明其转款及对方收到该款的证据，即完成举证负担，而不当得利一方则需举证证明其获得的利益有合法根据。如果不能举证证明，则构成《民法通则》规定的‘不当得利’。”安徽高院再审支持李勋华的诉讼请求。

笔者认为，合肥中院的观点与笔者在本文第二部分中的论述相契合，其裁判理由可资赞同。至于我国不同地区法院对给付型不当得利在举证责任分配上的不同看法，可能是各地法院关注的视角不同，有的法院更加关注法律规则的推理与适用，有的法院则更加关注道义上的公平，最终的裁判尺度能否统一，可能尚须立法或者司法解释的出台。

作者介绍



梁敏律师

梁敏律师，2004年~2008年，就读于武汉大学法学院法学专业；2010年~2011年，担任厦门市思明区人民法院法官助理；2012年6月获厦门大学商法学硕士学位。2011年12月至今，在福建天衡联合律师事务所工作。经过7年系统化、专业化的法律学习以及丰富的实习经历，梁敏律师具有扎实的专业基础和出色的工作能力。尤其擅长公司法、房地产法、合同法、金融法等领域。加入福建天衡联合律师事务所后，参与多家大型、知名公司的法律服务，积累了较为丰富的工作经验。

联系电话：0592-2956480、15160059106



天衡联合律师事务所 TENET & PARTNERS

天衡联合律师事务所简介

天衡联合律师事务所总部位于福建厦门，是海峡西岸规模最大的律师事务所之一，天衡所拥有合伙人30余名，专职律师110余名，律师助理60余名。天衡所通过规模化、专业化和现代化建设，正在逐步跻身于全国一流律师事务所行列。

成立20年来，天衡律师一直致力于为客户提供务实、综合的法律解决方案。天衡在房地产、建设工程、融资并购、金融证券、外商投资、劳动、知识产权等领域的法律服务水平长期处于地区领先地位。天衡赢得大型企业集团的青睐，长期为高端客户提供全方位法律服务。天衡的不懈努力与创新，也使天衡荣膺中国律所的两项最高荣誉——中国司法部授予的“部级文明律师事务所”称号和中华全国律师协会授予的“全国优秀律师事务所”称号。天衡的业务年收入自2001年起在业内一直稳居福建省首位，并擅长根据客户需求量身定制专门的、有针对性的法律服务。天衡在个性化、团队化服务方面积累了丰富的经验，拥有无法比拟的绝对优势。

天衡不仅在上海浦东、福建福州、福建泉州、福建龙岩设立四个分所，并与多地的第一大所及国际律师事务所建立了中世律所联盟(SGLA)，为客户提供境内外跨区域的高质量法律服务。此外，天衡还与香港、澳门、台湾、新加坡、欧盟、美国等国家和地区的律师事务所建立了广泛的合作关系。天衡目前的办公面积近6000平方米（含分所），实行电子化办公和信息化建设。为满足不同客户多样化和专业化需求，天衡所设立了金融证券业务部、房地产及建筑业务部、公司商事业务部、刑事业务部、知识产权业务部、海商海事业务部、劳动&HR法律事务部、家庭法律事务部、海外事务部、综合业务部和法律信息编辑等10余个专业法律服务部门，并以合伙人为核心组建了十几个业务团队服务常年客户，每个团队由合伙人、资深律师、律师助理组成，同时各团队之间密切合作，共同向客户提供尽可能完善的服务。

总部联系方式：

地址：厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-17层(361004)

电话：0592-5883666 5899701 传真：0592-5881668 5899702

邮箱：public@tenetlaw.com 网址：www.tenetlaw.com



厦门上市公司协会简介

厦门上市公司协会是厦门上市公司、拟上市公司及其董事的行业自律组织。英文全称The Listed Company Association of Xiamen，英文简称（XMLCA）。协会接受业务主管单位中国证券监督管理委员会厦门监管局和登记管理机关厦门市民政局的业务指导和监督管理。

厦门上市公司协会于2003年9月成立，会员单位由厦门辖区所有境内上市公司、部分境外上市公司、部分拟上市公司和相关中介服务机构组成。

协会主要职能是：加强上市公司及其董事、监事和高管人员的自律管理，强化上市公司的规范意识，维护会员的合法权益，推进上市公司现代企业制度建设和诚信建设，提高上市公司质量，促进上市公司和证券市场的健康发展。

协会以“服务、自律、规范、提高”为主旨，在章程中将“自律、传导、服务”确定为协会工作的宗旨。协会自成立以来，致力于服务会员单位，建立多层次的服务平台。在加强上市公司及其董事、监事和高管人员的自律管理的同时，持续关注、扶持拟上市公司，做好各项服务工作。组织开展境内外上市公司间的工作交流、加强自律和法制宣传工作、探讨企业管理和投资者关系管理工作，为公司规范工作，减少关联交易，健全内控机制打下良好基础，为促进上市公司和厦门辖区资本市场的健康发展发挥了积极作用，得到了监管部门和政府有关部门的肯定，被厦门市社会组织管理工作领导小组评为厦门市先进社会组织并被授予第一批4A级社会组织。

协会的业务范围是：

- 一、协助厦门证监局组织会员学习贯彻执行国家有关证券法律、法规和政策；
- 二、依据有关法律、法规和规章制定协会行为规范、职业道德规范等自律性管理规章，倡导健康的股权文化，进行自律性管理；
- 三、组织对上市公司、拟上市公司董事、监事和高管人员培训，提高其职业道德、业务技能和行业规范水平；
- 四、加强与地方政府、证券监管部门和证券交易所的联系，及时反映会员的意见和建议，保障和维护会员的合法权益；
- 五、组织开展会员间的业务交流活动，举办相关的讲座、研讨，组织有关的学术交流、考察活动；
- 六、收集整理信息，为会员提供咨询服务；
- 七、根据各上市公司资本运营需要，协助提供媒介服务；
- 八、开展证券监管部门和地方政府有关部门委托或要求的工作以及符合协会宗旨的其它活动。



协会地址：湖滨南路388号国贸大厦六楼 邮编：361004

联系电话：5511212、5512727、5167148、5162284

传真：5522525

电子邮箱：gt ds392@163.com

网址：www.xmlca.com