



# 中国肉类协会

## 牛人俱乐部分会法律周刊

卷语：

亲爱的牛人分会朋友们：本期法律资讯供大家参考！

### 一、行业聚焦

《数据出境安全评估办法》建立了数据出境的企业风险自评估（第五条）与国家安全评估（第八条）相结合的出境评估要求，而且风险自评估阶段重点事项在安全评估阶段均有涉及，这就使需要进行出境安全评估的企业，开展数据出境风险自评估成为其向境外提供数据的必经之路。因此，对此类企业提出的必备能力和要求之重点，就是具有相应的人员、工作机制和能力，可以



(1) 进行数据出境资产摸排，判断拟出境数据的性质和出境必要性；  
(2) 对出境方式、数据数量、数据属性进行充分综合判断，制定数据出境计划；(3) 具备数据安全风险评估与审计机制，以及个人信息对外提供的影响评估机制；(4) 具备与数据接收方谈判能力并签署符合要求的数据安全责任条款或合同；最终形成数据出境风险自评估报告。数据处理者要把握和利用好9月1日施行前的时间以及6个月的整改窗口期，盘点清楚自身涉及数据出境的业务及相关数据情况，尽快满足《数据出境安全评估办法》的合规要求。

## 二、推荐阅读

### 一、强制执行到期债权程序中第三人异议权问题研究

**【摘要】**在强制执行程序中，若遭遇被执行人自身的财产不足以清偿债务时，向人民法院申请执行被执行人对第三人的到期债权是一种常见的途径和思路。相对的，法律也赋予了第三人维护自身合法权益的异议权应对申请执行人的强制执行。本文将重点对第三人到期债权执行程序中存在的第三人异议权问题的权利基础、行使方式以及实务中存在的问题等进行阐述，以期对该问题的执行难题尽快解决。

### 二、建设工程不平衡报价结算纠纷的裁判规则

**【摘要】**合同履行过程中，钢材、铝材、玻璃的原材料价格上涨，但原告采购案涉工程所需钢材、铝材、玻璃的总价格并未超出原告对上述三大材料的投标报价及原、被告双方合同约定价，原告无法用钢材、铝材、玻璃三种主材报价与市场价的价格差补贴其调低的人工费，系其不平衡报价的报价



方式所致，原告采用不平衡报价是其为达成中标目的的自愿和主动行为，原告应自行承担此种报价方式导致的结果。

[了解更多](#)

原文：

## 一、混合担保中，实现债权的顺序如何确定？

### 案情简介

住在农村的小李为了在城区拥有一套自己的房子，决定从银行贷款买房，并与银行签订了《个人借款合同》，约定了借款金额、还款期限以及利息的计算方式。

此外，小李又和银行签订了《最高额抵押合同》，将自己购买的房屋抵押给银行，并为银行办理了抵押登记。

与此同时，小李的父母亦为该笔贷款提供保证，并在保证人处签字捺印，保证方式为连带保证。

### 法官说法

Q若当小李无力偿还贷款本息时，银行应当如何实现其债权？ A

在本案中，银行的债权既有以小李房屋设置的抵押担保，又有小李父母的连带责任保证担保，属于混合担保债权。根据《中华人民共和国民法典》第三百九十二条规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期



债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。

本案中，小李及其父母均没有和银行约定其行使抵押权和保证债权的“顺序”和“份额”，属于“没有约定”的情况，此时若债务人小李最终无力偿还案涉借款本息，则银行只能先对债务人小李所有的房屋行使抵押权，就其拍卖、变卖所得价款享有优先受偿权，若是房屋拍卖、变卖价款不足以清偿借款本息的，则银行可以请求小李父母就剩余部分承担连带清偿责任。

那么混合担保中  
债权人行使担保物权和保证债权  
的规则是什么？

根据《中华人民共和国民法典》第三百九十二条规定可以确定混合担保中债权人行使担保物权和保证债权的规则如下：

01、若物保人、保证人与债权人约定了债权人行使担保物权和保证债权的“顺序”和“份额”的，按约定；

02、当事人没有约定或约定不明的，债务人以自己的财产提供物保的，债权人应当先就该物的担保实现债权。但要注意的是，若债权人未对债务人以其财产提供的物保行使担保物权，即请求提供担保的第三人就全部债权承担担保责任，则三人可主张对债务人以其财产提供物保担保的债权部分不承担担保责任；若债权人放弃债务人以其财产提供的物保的，提供担保的第三人在债权人因此丧



失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但第三人承诺仍对全部债权承担担保责任的除外；

03、当事人没有约定或约定不明的，在债务人未以自己的财产提供物保或债务人以其财产提供的物保已经实现但不足以清偿全部债权的情况下，存在债务人以外的第三人提供物保和人保的，此时第三人提供的物保和人保无先后顺序，债权人对提供担保的第三人行使保证债权或担保物权无顺序和份额上的限制，债权人可自行选择，可以仅要求保证人承担保证责任或仅行使担保物权，也可以同时要求保证人承担保证责任和行使担保物权。

#### 了解更多

原文：

### 二、公司股东之间控告职务侵占犯罪法律实务难点分析

职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。本罪主体为特殊主体，包括公司、企业或者其他单位的人员。

在实践中，较难办理的是公司股东之间控告职务侵占犯罪案件。有一种说法“股东关系是公司第一杀手”，矛盾激化到一定程度，竞相进行刑事控告，控告内容主要有侵财类犯罪如职务侵占、挪用资金，有涉税类犯罪如逃税、虚开增值税发票，有妨害对公司、企业的管理秩序类犯罪如违规披露、不披露重要信息罪等，或者以控告刑事犯罪为要挟进行敲诈勒索。从上市公司控制权之争到合伙人反目成仇，都真实反映了“合则两利，斗则俱伤”。本文重点讨论公司股东之间控告职务侵占犯罪法律实务问题。

#### 一、法律实务难点具体方面



### （一）法律实务难点之一：股东控告后案件的受理问题

职务侵占犯罪属于公安机关管辖。一方股东向公安机关提出控告，并提交相关证据，或者不提供相应证据，而是对公安机关称，你们去查，一查就能查出问题。鉴于目前普遍存在的财务会计账目问题现状，对不能明确判断出是刑事案件的控告，公安机关一般不会受理，因为受理，便意味着进入刑事调查程序，这对于被控告股东也是不公平的。对于公安机关来讲，如果受理案件没有相关事实证据，便开始调查，可能就会违反严禁插手经济纠纷的禁令。对一些线索不明、证据不充分的复杂案件的控告，如果公安机关作出受理决定，那么在法定的三十日或者六十日内不能作出立案或者不立案的决定，一方面办案部门将会违反办案期限规定，另一方面将会被报案人投诉。（相关规定见注释[1]）

在这种情况下，公安机关会要求控告人提供足够的、可以证明相关事实的证据。按照公司法相关规定，公司股东有查阅、复制或查阅公司章程、各种会议记录、决议、会计报告、会议账簿的权利。有限责任公司和股份有限公司股东的权利有所不同，比如股份有限公司的股东就不能查阅会计账簿。公司股东一般会在公司任职，对公司有一定控制权，有获取相关证据的条件，否则也不会产生控告的想法。为防止股东之间滥用控告权利，影响公司、企业发展，破坏地方经济，有的地方的公安机关要求，控告股东职务侵占犯罪需要提交审计报告。

### （二）法律实务难点之二：立案审查问题

提出控告的股东提交了相对明确的证据或提交了证实侵占的审计报告，公安机关受理后是否立案需要考量以下问题：一是涉案公司的会计账簿能否完全反映



公司经营活动，即是否存在帐外帐；二是审计报告是股东双方委托审计还是股东单方委托审计，审计依据的会计账簿、会计凭证是否完整、真实；三是公司会计制度是否完善，会计账簿、会计凭证是否规范；四是股东身份是否明确、股权关系是否清晰，是否存在股权争议。如存在以上问题，一般也不会立案。因为以上问题的存在，导致最后的结果是事实不清，即使立案也不会成案。建议可以通过税务稽查来确认有无涉税违法犯罪行为或者通过民事诉讼解决公司利益被侵犯问题。

**（三）法律实务难点之三：**即使进入立案侦查程序，在移送起诉、提起公诉、法院审理阶段，由于公、检、法认识不一致，案件结果相差悬殊。

- 1、经典案例：股东楼某等职务侵占案[2]，一审判决楼某等人构成职务侵占罪，湖北省武汉市中级人民法院经审理后认为，现有证据不能证实楼某等四人具有侵占的主观故意，其行为不符合职务侵占罪的犯罪构成，遂改判楼某等人无罪。
- 2、经典案例：股东曹某、张某某职务侵占案[3]，一审判决曹某、张某某无罪，检察院提出抗诉，二审法院驳回抗诉，维持原判。本案的焦点问题：一是由于股东之间没有投资书面协议，直接认定提出控告的股东是涉案公司的隐名股东或实际投资人依据不足；二是曹某、张某某作为工商登记资料上的股东，承载着股东的权利和义务，不宜以职务侵占罪追究其刑事责任。辩护人认为本案属于股权纠纷，不构成职务侵占罪的观点，可予采纳。



3、事实案例：一房地产公司控股董事长有事实清楚、证据充分的职务侵占行为，公安机关立案查处，移送起诉。检、法则认为不宜以犯罪处理。理由：该控股股东在公司发展、壮大过程中，起到不可替代的作用，其所占股权、所起的作用起到绝对作用，其侵占的资金与其所作出的贡献不能相提并论。

（四）法律实务难点之四：该类案件法律性质复杂，涉及投资协议、公司设立、变更、股权变更、增资扩股、股权退出、代持协议、隐名持股、股权争议，法律适用争议和行为性质认定争议等，有的公司类案件一审、二审、再审，审理结果各不相同，给案件定性带来很大困难。

## 二、具体案件的处理

（一）公司账务混乱的情况下，单一笔数额较大的事实清楚的职务侵占行为能否定罪。

笔者认为，不宜以犯罪处理，如果行为人辩解这笔侵占是弥补以前公司对其造成的损失或者后续又通过某种形式偿还给公司，在账务混乱无法查清的情况下，不宜定罪。

（二）甲方给予乙方一部分股权，并代乙方出资，乙方同意甲方使用其部分名称，还约定，乙方不参与经营、不担风险，只拿固定分红。在经营过程中，乙方提出甲方职务侵占的控告，乙方是否有权提出控告。

笔者认为，在不考虑乙方不参与经营、不担风险的约定的情况下，乙方以名称使用权出资不符合出资的条件，但甲方赠与乙方股权，并代乙方出资，是双方



合意的结果，乙可以取得股东身份。[4]在考虑乙方不参与经营、不担风险的情况下，以上约定违反了公司法的风险承担原则，是无效约定，对内，乙方不能取得股东身份，基于此事实，乙方应无权提出控告。

**（三）夫妻两人经营的有限责任公司，在夫妻关系存续期间，男方有外遇，女方则将财产转移。男方控告女方职务侵占，女方是否构成犯罪。**

笔者认为，在婚姻关系存续期间，在工商注册时，没有夫妻财产分割的书面证明或协议的情况下，公司的资产属于夫妻共同财产，是实质意义上的一人有限责任公司。[5]女方不构成职务侵占犯罪。即使有财产分割书面证明或协议、对经营所得的分配协议，在夫妻二人共同经营、共同管理的情况下，包含有管理、夫妻财产分割等法律关系，也不宜以刑事程序解决。

**（四）后期加入的新股东对原股东的行为提出刑事控告的处理。**

这里讨论新股东加入或者部分原股东退出，部分新股东加入情况。笔者认为，是否立案，应考虑被控告行为对新股东利益是否有实质损害，被控告行为是否是当时股东的合意处分行为。如新股东加入时对公司事实情况予以认可，并以认可的条件加入，加入前的被控告行为对其利益没有实质损害，则不宜提出控告；如加入前被控告的行为对后续加入的股东造成实质损害，则认为新股东有权提出控告。

**（五）对股权争议的认识**



有人认为股权是专属于股东的财产性权益，不属于公司财产。股权变动只涉及股东间的股权利益，公司的财产则不会受到任何侵害，只能适用公司法等民商事法律予以调整。最高人民法院刑事审判第二庭书面答复：“对于公司股东之间或者被委托人利用职务便利，非法占有公司股东股权的行为，如果能够认定行为人主观上具有非法占有他人财物的目的，则可对其利用职务便利，非法占有公司管理中的股东股权的行为以职务侵占罪论处。” [6]全国人大法工委批复：“据刑法第九十二条的规定，股份属于财产。采用各种非法手段侵吞、占有他人依法享有的股份，构成犯罪的，适用刑法有关非法侵犯他人财产的犯罪规定。” [7]

### 三、相关建议

**（一）加强公司的合规化建设。**公司在合法、合规的轨道上运行，能避免绝大部分纠纷，起到定争止纷的作用。如公司依法管理，严格会计、审计制度，那么就能很大程度上避免对公司财物的侵占。

**（二）股东应加强风险意识，依法行使股东监督权、知情权等权利。**在一起房地产公司股东控告案件中，控股股东常年不在本地，也不过问公司经营情况，将公司委托给一小股东经营，若干年后发现公司资不抵债，面临破产边缘，遂向公安机关控告小股东职务侵占公司财产。在初查中发现，公司管理混乱、建账不规范，资金往来混乱，甚至没有会计凭证，虽发现小股东有职务侵占嫌疑，但无法通过查账等方式确定其侵占行为。控股股东应对其放弃对公司的监督、管理承担风险。

**（三）从公司的性质分析解决方式**



有限责任公司、非上市股份有限公司其性质是人合公司。基于人合，公司法律、法规也没有把规定细化到方方面面，从表面上看是公司法规的漏洞，从实质上看，是基于人合本质的设定。对人合的理解就是“和”则一起经营，“不和”则散伙，没有必要搞到你死我活的地步。

**（四）股东之间控告是否成立取决于公司的运转是否合法、正规。**一个运转混乱的公司，神仙也理不清，缺乏确定其行为性质的基础。

[了解更多](#)

原文：

### 三、AEO海关高级认证企业标准（通用标准）解读之培训与组织架构

海关总署公告2021年第88号公布的《海关高级认证企业标准》保留了“1+N”模式，即通过“通用标准”+“单项标准”的模式对认证企业提出要求。标准按照类、条、项、分项四层级进行设置，共5类、18条、32项、百余分项，涉及企业内部控制、财务状况、守法规范、贸易安全的方方面面。

为帮助广大进出口企业更好的理解《认证标准》，本系列文章从本篇开始，对18条标准分别进行解读。

#### 一、“组织机构控制”标准

《海关高级认证企业标准（通用标准）》的第一条为“组织机构控制”，包括“海关业务培训”和“内部组织架构”两项。



报关企业、外综服企业、跨境电商平台企业及水路、公路、航空物流企业的单项标准中均对“组织机构控制”标准有具体要求。

受篇幅所限，本文解读仅针对通用标准。

## 二、海关业务培训

### 01 标准规定

《海关高级认证企业标准（通用标准）》要求企业应建立并执行海关法律法规等相关规定的内部培训制度，且法定代表人（负责人）、负责关务的高级管理人员、关务负责人、负责贸易安全的高级管理人员应当每年参加2次以上海关法律法规等相关规定的内部培训，及时了解、掌握相关管理规定。

### 02 标准解读

对海关业务及法律法规的培训被作为认证标准的第一项要求，足以体现其重要程度。

AEO海关高级认证企业应具备自主守法合规的意愿和能力，企业各级人员均应高度重视关务合规相关事宜，了解与企业进出口业务相关的基础及最新法律规定。

认证标准及指南中对于海关业务培训的内容、频次、参与人员等都有详细规定，需特别提醒的是，培训不能只注重形式，而是要切实与公司进出口业务相关联，且取得应有的培训效果，并妥善保留培训记录备查。



如企业法定代表人不参与企业日常经营管理，可由其签署书面授权文件，授权人员实际负责企业日常经营管理的负责人代为参加培训的，书面授权文件应列明由被授权人员负责企业日常经营管理的授权内容。

### 03 标准延伸

内部培训是高级认证企业标准中非常重要的内容，涉及公司管理的方方面面，既有公司级培训，也有各部门的专项培训。

例如：

1. 除海关业务培训外，公司每年还应进行信息安全培训、贸易安全培训、与国际贸易供应链中货物流动相关风险的教育和培训、危机管理的培训和危机处理演练；
2. 关务部门应针对每年的报关单删改单、查验异常、检验检疫异常、海关稽查补税、海关行政处罚等，对报关申报及复核人员开展专项培训；
3. 内部审计部门应对内审小组成员开展培训，提高内审技能，同时对被审计部门进行内部审计发现问题的培训和改进指导；
4. 对负责场所、进入安全、货物安全、集装箱、运输工具安全职责的特殊岗位人员，如保安、库管、理货员等，要进行与其工作相关的贸易安全要求与技能培训；
5. 必要时，企业还应对商业伙伴开展贸易安全培训，以确保整个供应链安全。



各种培训可以在同一个培训制度中进行规定，也可以根据企业部门分工与管理实际，分别制定相应制度，但均应重视培训的落实、成效和记录保留。

### 三、内部组织架构

#### 01 标准规定

《海关高级认证企业标准（通用标准）》要求企业应设立进出口业务、财务、贸易安全、内部审计等部门（岗位），并对其职责进行明确分工，同时应在任命文件中指定高级管理人员负责关务。

#### 02 标准解读

组织架构调整往往是企业在准备认证过程中较为迷惑的一项，究竟需要对企业原有架构做出何种程度的调整，是否需要新增部门和岗位，是否会为企业增加额外的运营成本，这些都是企业非常关心的问题。

根据笔者团队以往经验，企业需要有明确的部门或岗位承担进出口业务、财务、贸易安全、内部审计、IT、EHS、人力资源、行政等职能，且分工合理、管理有效，根据企业规模不同，在满足“不相容岗位相分离”的前提下，可以接受“一人多职”或“多人一职”的情况，但应在各制度文件中，列明具体负责每项职能的部门、岗位或人员。

企业的部门（岗位）设置情况与职责分工，应与企业的动态人员名单、高级管理人员任命文件、各项制度文件均保持一致。

#### 03 标准延伸



内部组织架构通常是海关认证专家审核企业认证档案时首先关注的内容，通过企业提供的组织架构图及部门岗位职责说明，即可大致了解企业的管理框架、业务流程等。

审核重点在于，企业组织架构设置应真实、合理，且能够体现企业对AEO海关高级认证标准的透彻理解。

例如：高级关务负责人应在企业中具有较高职级和管理权限，能够调动企业整体资源达到认证标准要求；内部审计部门或岗位应具有独立性，直接向高级关务负责人或公司法定代表人（实际负责人）汇报等。

#### 四、律师提醒

无论是在企业准备申请海关高级认证前、准备过程中，还是已经成为海关高级认证企业后，企业均应合理设置各部门岗位，明确分工承担企业日常管理职能及与认证相关的职责，积极开展培训，熟悉进出口相关各项法律法规要求，方能取得或保持AEO海关高级认证资格。

如果企业内部人员不具备提供相应培训的专业能力，也可以选择外部培训。

如因企业岗位调整、培训缺失导致发生违规事件，受到严重行政处罚或在重认中无法满足认证标准要求而信用降级，则得不偿失。



### 三、建言献策

中国肉类协会牛人俱乐部分会法律资讯每周更新，如需了解更多贸易、法律、金融、经济等相关资讯，请提出宝贵意见发送至牛人俱乐部分会秘书处。