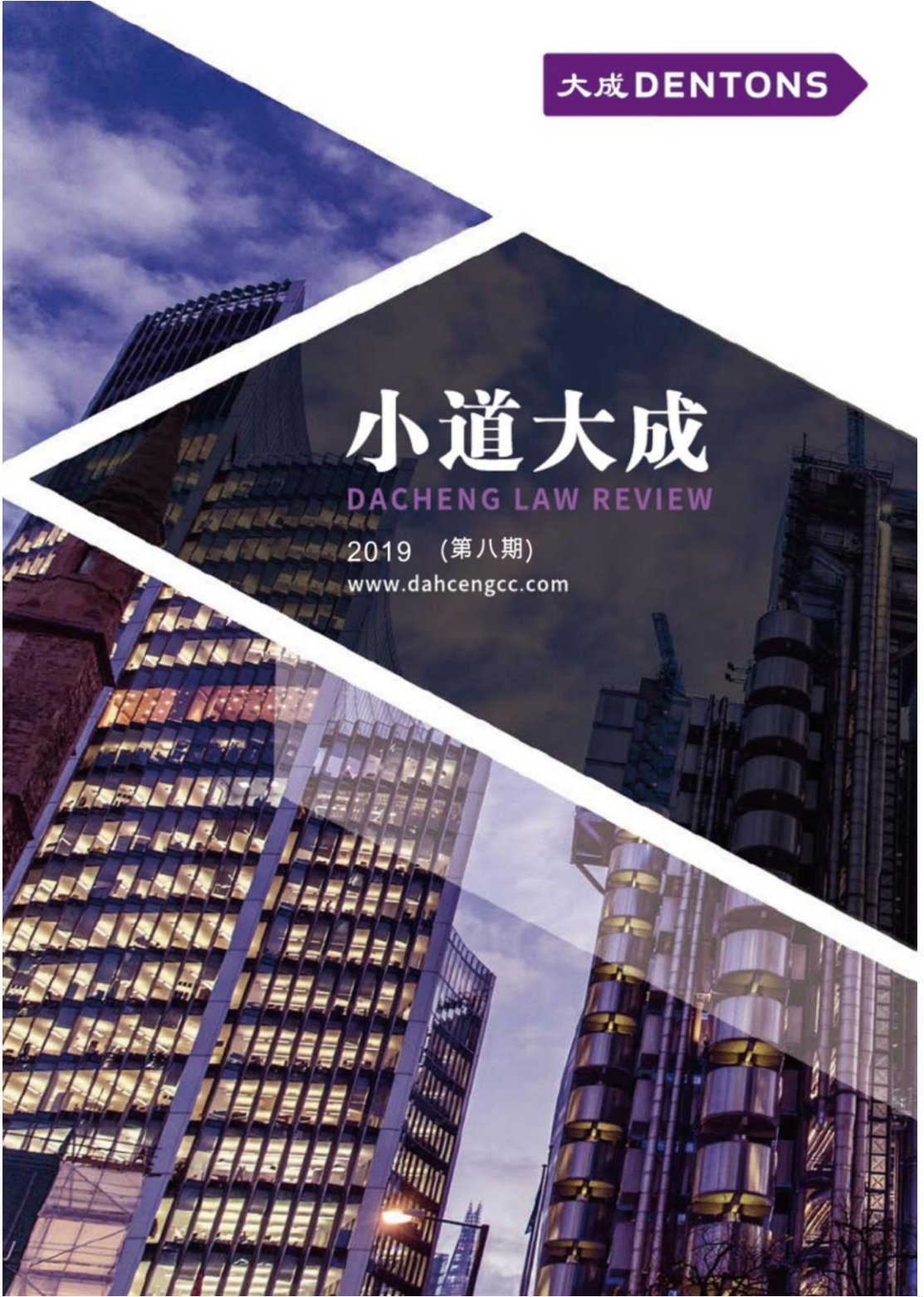




大成 DENTONS

小道大成

DACHENG LAW REVIEW

2019 (第八期)

www.dahcengcc.com

CONTENTS 目录 2019 (第三期)



主办：北京大成（长春）律师事务所

主 编：王 哲
执行主编：张佳伟 刘书弟
编 委 会：王 哲 张佳伟 刘书弟
李 晴 李怡霏 孙恺阳

友情支持：大成律师事务所公司业务部

新法速递

中华人民共和国密码法	01
最高人民法院关于建立法律适用分歧解决机制的 实施办法	08

大成动态

党旗下--公益行动我们在路上	10
大成长春律师事务所王哲律师荣获吉林省司法行政 系统“个人二等功”荣誉称号	11
大成法律沙龙之企业国有资产交易基本规则	12
不负秋日好时光，我们共同成长	13

大成法评

主债权转让，主债权上存在的抵押权未办理变更登记，受 让人能否取得抵押权	——葛仲彰 14
生育津贴与产假工资是否可以兼得	——于英新 16
《关于全面推开划转部分国有资本充实社保基金工作 的通知》（财资【2019】49号）要点解读	——王爱静 吴迪 20

中华人民共和国密码法

中华人民共和国密码法
(2019年10月26日第十三届全国人民代
表大会常务委员会第十四次会议通过)

第一章 总 则

第一条 为了规范密码应用和管理，促进密码事业发展，保障网络与信息安全，维护国家和社会公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益，制定本法。

第二条 本法所称密码，是指采用特定变换的方法对信息等进行加密保护、安全认证的技术、产品和服务。

第三条 密码工作坚持总体国家安全观，遵循统一领导、分级负责，创新发展、服务大局，依法管理、保障安全的原则。

第四条 坚持中国共产党对密码工作的领导。中央密码工作领导机构对全国密码工作实行统一领导，制定国家密码工作重大方针政策，统筹协调国家密码重大事项和重要工作，推进国家密码法治建设。

第五条 国家密码管理部门负责管理全国的密码工作。县级以上地方各级密码管理部门负责管理本行政区域的密码工作。

国家机关和涉及密码工作的单位在其职责范围内负责本机关、本单位或者本系统的密码工作。

第六条 国家对密码实行分类管理。

密码分为核心密码、普通密码和商用密码。

第七条 核心密码、普通密码用于保护国家秘密信息，核心密码保护信息的最高密级为绝密级，普通密码保护信息的最高密级为机密级。

核心密码、普通密码属于国家秘密。密码管理部门依照本法和有关法律、行政法规、国家有关规定对核心密码、普通密码实行严格统一管理。

第八条 商用密码用于保护不属于国家秘密的信息。

公民、法人和其他组织可以依法使用商用密码保护网络与信息安全。

第九条 国家鼓励和支持密码科学技术研究和应用，依法保护密码领域的知识产权，促进密码科学技术进步和创新。

国家加强密码人才培养和队伍建设，对在密码工作中作出突出贡献的组织和个人，按照国家有关规定给予表彰和奖励。

第十条 国家采取多种形式加强密码安全教育，将密码安全教育纳入国民教育体系和公务员教育培训体系，增强公民、法人和其他组织的密码安全意识。

第十一条 县级以上人民政府应当将密码工作纳入本级国民经济和社会发展规划，所需经费列入本级财政预算。

第十二条 任何组织或者个人不得窃取他人加密保护的信息或者非法侵入他人的密码保障系统。

任何组织或者个人不得利用密码从事危害国家安全、社会公共利益、他人合法权益等违法犯罪活动。

第二章 核心密码、普通密码

第十三条 国家加强核心密码、普通

密码的科学规划、管理和使用，加强制度建设，完善管理措施，增强密码安全保障能力。

第十四条 在有线、无线通信中传递的国家秘密信息，以及存储、处理国家秘密信息的信息系统，应当依照法律、行政法规和国家有关规定使用核心密码、普通密码进行加密保护、安全认证。

第十五条 从事核心密码、普通密码科研、生产、服务、检测、装备、使用和销毁等工作的机构（以下统称密码工作机构）应当按照法律、行政法规、国家有关规定以及核心密码、普通密码标准的要求，建立健全安全管理制度，采取严格的保密措施和保密责任制，确保核心密码、普通密码的安全。

第十六条 密码管理部门依法对密码工作机构的核心密码、普通密码工作进行指导、监督和检查，密码工作机构应当配合。

第十七条 密码管理部门根据工作需要会同有关部门建立核心密码、普通密码的安全监测预警、安全风险评估、信息通报、重大事项会商和应急处置等

管理的协同联动和有序高效。

密码工作机构发现核心密码、普通密码泄密或者影响核心密码、普通密码安全的重大问题、风险隐患的，应当立即采取应对措施，并及时向保密行政管理部门、密码管理部门报告，由保密行政管理部门、密码管理部门会同有关部门组织开展调查、处置，并指导有关密码工作机构及时消除安全隐患。

第十八条 国家加强密码工作机构建设，保障其履行工作职责。

国家建立适应核心密码、普通密码工作需要的人员录用、选调、保密、考核、培训、待遇、奖惩、交流、退出等管理制度。

第十九条 密码管理部门因工作需要，按照国家有关规定，可以提请公安、交通运输、海关等部门对核心密码、普通密码有关物品和人员提供免检等便利，有关部门应当予以协助。

第二十条 密码管理部门和密码工作机构应当建立健全严格的监督和安全审查制度，对其工作人员遵守法律和纪律等情况进行监督，并依法采取必要措施，定期或者不定期组织开展安全审查。

第三章 商用密码

第二十一条 国家鼓励商用密码技术的研究开发、学术交流、成果转化和推广应用，健全统一、开放、竞争、有序的商用密码市场体系，鼓励和促进商用密码产业发展。

各级人民政府及其有关部门应当遵循非歧视原则，依法平等对待包括外商投资企业在内的商用密码科研、生产、销售、服务、进出口等单位（以下统称商用密码从业单位）。国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展商用密码技术合作。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让商用密码技术。

商用密码的科研、生产、销售、服务和进出口，不得损害国家安全、社会公共利益或者他人合法权益。

第二十二条 国家建立和完善商用密码标准体系。

国务院标准化行政主管部门和国家密码管理部门依据各自职责，组织制定商用密码国家标准、行业标准。

国家支持社会团体、企业利用自主

新技术制定高于国家标准、行业标准相关技术要求的商用密码团体标准、企业标准。

第二十三条 国家推动参与商用密码国际标准化活动，参与制定商用密码国际标准，推进商用密码中国标准与国外标准之间的转化运用。

国家鼓励企业、社会团体和教育、科研机构等参与商用密码国际标准化活动。

第二十四条 商用密码从业单位开展商用密码活动，应当符合有关法律、行政法规、商用密码强制性国家标准以及该从业单位公开标准的技术要求。

国家鼓励商用密码从业单位采用商用密码推荐性国家标准、行业标准，提升商用密码的防护能力，维护用户的合法权益。

第二十五条 国家推进商用密码检测认证体系建设，制定商用密码检测认证技术规范、规则，鼓励商用密码从业单位自愿接受商用密码检测认证，提升市场竞争力。

商用密码检测、认证机构应当依法取

得相关资质，并依照法律、行政法规的规定和商用密码检测认证技术规范、规则开展商用密码检测认证。

商用密码检测、认证机构应当对其在商用密码检测认证中所知悉的国家秘密和商业秘密承担保密义务。

第二十六条 涉及国家安全、国计民生、社会公共利益的商用密码产品，应当依法列入网络关键设备和网络安全专用产品目录，由具备资格的机构检测认证合格后，方可销售或者提供。商用密码产品检测认证适用《中华人民共和国网络安全法》的有关规定，避免重复检测认证。

商用密码服务使用网络关键设备和网络安全专用产品的，应当经商用密码认证机构对该商用密码服务认证合格。

第二十七条 法律、行政法规和国家有关规定要求使用商用密码进行保护的关键信息基础设施，其运营者应当使用商用密码进行保护，自行或者委托商用密码检测机构开展商用密码应用安全性评估。商用密码应用安全性评估应当与关键信息基础设施安全检测评估、网络安全等级测评制度相衔接，避免重复评估、测评。

关键信息基础设施的运营者采购涉及商用密码的网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当按照《中华人民共和国网络安全法》的规定，通过国家网信部门会同国家密码管理部门等有关部门组织的国家安全审查。

第二十八条 国务院商务主管部门、国家密码管理部门依法对涉及国家安全、社会公共利益且具有加密保护功能的商用密码实施进口许可，对涉及国家安全、社会公共利益或者中国承担国际义务的商用密码实施出口管制。商用密码进口许可清单和出口管制清单由国务院商务主管部门会同国家密码管理部门和海关总署制定并公布。

大众消费类产品所采用的商用密码不实行进口许可和出口管制制度。

第二十九条 国家密码管理部门对采用商用密码技术从事电子政务电子认证服务的机构进行认定，会同有关部门负责政务活动中使用电子签名、数据电文的管理。

第三十条 商用密码领域的行业协会等组织依照法律、行政法规及其章程的规定，为商用密码从业单位提供信息、技术、培训等服务，引导和督促商用密

码从业单位依法开展商用密码活动，加强行业自律，推动行业诚信建设，促进行业健康发展。

第三十一条 密码管理部门和有关部门建立日常监管和随机抽查相结合的商用密码事中事后监管制度，建立统一的商用密码监督管理信息平台，推进事中事后监管与社会信用体系相衔接，强化商用密码从业单位自律和社会监督。

密码管理部门和有关部门及其工作人员不得要求商用密码从业单位和商用密码检测、认证机构向其披露源代码等密码相关专有信息，并对其在履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私严格保密，不得泄露或者非法向他人提供。

第四章 法律责任

第三十二条 违反本法第十二条规定，窃取他人加密保护的信息，非法侵入他人的密码保障系统，或者利用密码从事危害国家安全、社会公共利益、他人合法权益等违法活动的，由有关部门依照《中华人民共和国网络安全法》和其他有关法律、行政法规的规定追究法律责任。

第三十三条 违反本法第十四条规

未按照要求使用核心密码、普通密码的，由密码管理部门责令改正或者停止违法行为，给予警告；情节严重的，由密码管理部门建议有关国家机关、单位对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分或者处理。

第三十四条 违反本法规定，发生核心密码、普通密码泄密案件的，由保密行政管理部门、密码管理部门建议有关国家机关、单位对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分或者处理。

违反本法第十七条第二款规定，发现核心密码、普通密码泄密或者影响核心密码、普通密码安全的重大问题、风险隐患，未立即采取应对措施，或者未及时报告的，由保密行政管理部门、密码管理部门建议有关国家机关、单位对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分或者处理。

第三十五条 商用密码检测、认证机构违反本法第二十五条第二款、第三款规定开展商用密码检测认证的，由市场监督管理部门会同密码管理部门责令改正或者停止违法行为，给予警告，没收违法所得；违法所得三十万元以上的，可以并处违法所得一倍以上三倍以下罚

款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，可以并处十万元以上三十万元以下罚款；情节严重的，依法吊销相关资质。

第三十六条 违反本法第二十六条规定，销售或者提供未经检测认证或者检测认证不合格的商用密码产品，或者提供未经认证或者认证不合格的商用密码服务的，由市场监督管理部门会同密码管理部门责令改正或者停止违法行为，给予警告，没收违法产品和违法所得；违法所得十万元以上的，可以并处违法所得一倍以上三倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足十万元的，可以并处三万元以上十万元以下罚款。

第三十七条 关键信息基础设施的运营者违反本法第二十七条第一款规定，未按照要求使用商用密码，或者未按照要求开展商用密码应用安全性评估的，由密码管理部门责令改正，给予警告；拒不改正或者导致危害网络安全等后果的，处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员处一万元以上十万元以下罚款。

关键信息基础设施的运营者违反本法第二十七条第二款规定，使用未经安全审查或者安全审查未通过的产品或者

务的，由有关主管部门责令停止使用，处采购金额一倍以上十倍以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。

第三十八条 违反本法第二十八条实施进口许可、出口管制的规定，进出口商用密码的，由国务院商务主管部门或者海关依法予以处罚。

第三十九条 违反本法第二十九条规定，未经认定从事电子政务电子认证服务的，由密码管理部门责令改正或者停止违法行为，给予警告，没收违法产品和违法所得；违法所得三十万元以上的，可以并处违法所得一倍以上三倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，可以并处十万元以上三十万元以下罚款。

第四十条 密码管理部门和有关部门、单位的工作人员在密码工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，或者泄露、非法向他人提供在履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私的，依法给予处分。

第四十一条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任；给他人造成损害的，依法承担民事责任。

第五章 附 则

第四十二条 国家密码管理部门依照法律、行政法规的规定，制定密码管理规章。

第四十三条 中国人民解放军和中国人民武装警察部队的密码工作管理办法，由中央军事委员会根据本法制定。

第四十四条 本法自2020年1月1日起施行。

最高人民法院关于建立法律 适用分歧解决机制的实施办法

法发〔2019〕23号

（2019年9月9日由最高人民法院审判委员会
第1776次会议通过，自2019年10月28日起施行。）

为统一法律适用和裁判尺度，树立与维护人民
法院裁判的公信力，根据《中华人民共和国法院组织法

和《最高人民法院关于完善人民法院
司法责任制的若干意见》，结合人民法
院工作实际，制定本办法。

第一条最高人民法院审判委员会（以
下简称审委会）是最高人民法院法律适
用分歧解决工作的领导和决策机构。

最高人民法院审判管理办公室（以下
简称审管办）、最高人民法院各业务部
门和中国应用法学研究所（以下简称法
研所）根据法律适用分歧解决工作的需
要，为审委会决策提供服务与决策参考
，并负责贯彻审委会的决定。

第二条最高人民法院各业务部门、各
高级人民法院、各专门人民法院在案件
审理与执行过程中，发现存在以下情形
的，应当向审管办提出法律适用分歧解
决申请：

（一）最高人民法院生效裁判之间
存在法律适用分歧的；

（二）在审案件作出的裁判结果可
能与最高人民法院生效裁判确定的法律
适用原则或者标准存在分歧的。

第三条法研所在组织人民法院类案
同判专项研究中，发现最高人民法院生
效裁判之间存在法律适用分歧的，应当
向审管办提出法律适用分歧解决申请。

第四条提出法律适用分歧解决申请
，应当包括以下材料：

（一）法律适用分歧解决申请书。
申请书中应当提炼、总结存在法律适用
分歧的法律问题；

（二）存在法律适用分歧的最高人
民法院裁判文书或者案号；

（三）其他需要提交的材料。

材料中含有在审案件的，应当隐去
当事人及其他可能影响案件公正审理的
信息。

第五条审管办收到法律适用分歧解决申请后，应当及时进行审核。符合立项条件的，应当立项并将有关材料送交法研所。

第六条法研所收到审管办送交的材料后，应当在五个工作日内对申请书中涉及的法律适用分歧问题进行研究，形成初审意见后送交审管办。

第七条审管办收到法研所送交的初审意见后，应当按照最高人民法院审判执行工作职能分工，将初审意见送交相应业务部门进行复审。

第八条最高人民法院相应业务部门收到上述材料后，应当及时组织研究，形成复审意见后送交审管办。必要时可以组织专家进行论证。

第九条审管办收到业务部门的复审意见后，应当及时报请院领导提请审委会就法律适用分歧问题进行讨论。

第十条审委会对法律适用分歧问题进行讨论，作出决定后，审管办应当及时将决定反馈给法律适用分歧解决申请报送单位，并按照该法律适用分歧问题及决定的性质提出发布形式与发布范围的意见，报经批准后予以落实。

第十一条审委会关于法律适用分歧作出的决定，最高人民法院各业务部门、地方各级人民法院、各专门人民法院在审判执行工作中应当参照执行。

第十二条本办法自2019年10月28日起施行。

党旗下--公益行动我们在路上

9月18日，北京大成（长春）律师事务所积极响应上级号召，组织志愿律师参加了由吉林省律师协会、长春市律师协会举办的党员律师公益法律咨询活动。



北京大成（长春）律师事务所在开展“不忘初心、牢记使命”系列主题教育实践活动中，广泛进行公益宣传，倡导社会公益新风尚，大力弘扬社会主义法治精神，不断提升律师行业的良好形象。



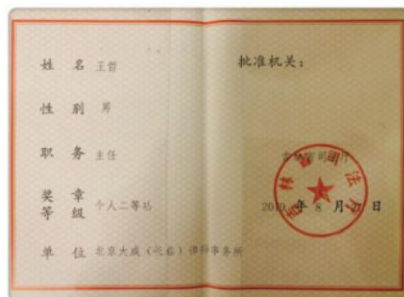
北京大成（长春）律师事务所李婧、高飞等律师参加了活动。活动现场李婧、高飞律师为来访者义务提供法律咨询，现场问题主要集中在继承、劳动争议等法律问题。两位律所给予了耐心细致的解答，本次活动达到了宣传法律知识的效果，也充分发挥了律师的优势，为来访群众排忧解难。

大成长春律师事务所
王哲律师荣获吉林省司法行政系统
“个人二等功”荣誉称号

9月21日，为庆祝祖国母亲七十华诞，弘扬正气，表彰近年来涌现出的全省司法行政先进模范，由吉林省司法厅主办“吉林省司法行政系统表彰大会暨庆祝新中国成立70周年‘司法铸魂、礼赞祖国’文艺汇演拉开序幕，全省司法行政机关近千人参加盛会。



这是一次感念祖国，表达吉林司法行政人驰骋豪情的盛会，这是一次不忘初心，牢记使命，凝心聚力，同心筑梦的盛会。会议上宣读了表彰决定并举行了隆重的颁奖仪式，北京大成（长春）律师事务所王哲律师荣获个人二等功。王哲律师表示他会继续发扬、传承好自己的优秀事迹和奋斗精神，在法律服务工作的征程上再立新功。



在祖国母亲七十华诞来临之际，我们不尽感怀祖国母亲披荆斩棘一路走来极不平凡的足迹，更为祖国母亲今日的祥和和繁荣英姿而自豪。在此，北京大成（长春）律师事务所向祖国致敬，感恩祖国，祝福祖国。



法治兴，则国家兴。未来，北京大成（长春）律师事务所将不断探索和开辟更加优质法律服务工作，为培养优秀的法律服务人才继续努力，为助力吉林省司法行政工作顺利发展作出新的贡献。

大成法律沙龙之企业 国有资产交易基本规则

2019年9月20日下午，北京大成（长春）律师事务所2019年度第二期法律沙龙如约而至。

本次法律沙龙的主题是“企业国有资产交易基本规则”，由政府与国企部青年律师赵婉竹为大家做精彩、细致的分享。



赵婉竹律师

赵婉竹律师基于对企业国有资产交易监督管理办法的理解以及自身的工作经验，对32号令的适用范围、监管事项进行了介绍，并详细解读了国有企业的产权转让、增资、资产转让三大类交易活动的基本监管要求和交易规则。



陈秀丽律师

北京大成（长春）律师事务所政府与国企部主任陈秀丽律师作为与谈人，结合自身丰富的国资国企业务经验，进行了总结：第一、32号令是国有资产交易活动的基础法规。青年律师要不断夯实基础业务素养，学习规则、利用规则；第二、在国企服务过程中，除了单纯判定能否做某件事，更重要的是充分了解所服务客户的商业目的，利用专业知识研判实现路径；第三、国资国企业务看似简单，实则千变万化。

沙龙结束后，陈秀丽律师表示法律是多边市场，需要多人参与，多角度参与，需要大家共同分享经验心得，广泛交流，这样良性循环下去，我们提高自身的专业水平一定会事半功倍。

不负秋日好时光，我们共同成长

秋色浮动在初暖的窗棂
岁月又将翻开新的篇章

在这秋高气爽的日子里

我们迎来了第三季度大成生日会

闭上双眸，合上双手
虔诚地在心里许下一个愿望
吹灭蜡烛 分享蛋糕
欢声笑语里踩着快乐的音符
歌唱着幸福的瞬间
哇，好浪漫的蛋糕！！



生日
是属于每个人特殊的日子

对于它的意义

不同的人有不同的诠释

但相同的是

都伴随着浓浓的爱



在这个大家庭里
我们一起并肩奋斗，
也一起分享快乐。

愿我们永远如家人般
一起奔跑，一起成长。



主债权转让，主债权上存在的抵押权未办理变更登记，受让人能否取得抵押权

文/ 葛仲影



北京大成律师事务所 律师
专业领域：银行、信托、资产管理、股权转让、
公司并购、企业重组改制、建设工程与房地产、
重大疑难商事诉讼

一、问题的提出

A 公司与B 银行签订借款合同，向B 银行借款5000万元，A公司以其位于C市的10套房屋向B银行提供抵押担保，并办理了抵押登记手续，10套房屋的抵押权人均登记为B银行。借款期限届满，但是A公司未能还款。B银行遂将对A公司享有的债权转让给C资产管理公司，但各方并未办理抵押权的变更登记手续，抵押权人仍然登记为B银行。

C资产管理公司从B银行处受让前述债权后，向法院提起了诉讼，要求A公司偿还借款本息并主张对A公司抵押的10套房屋折价、拍卖或者变卖所得价款享有优先受偿权。A公司抗辩称，案涉抵押物登记的抵押权人是B银行而非C资产管理公司，根据物权法定原则，C资产管理公司不是案涉抵押物的抵押权人，无权主张对案涉抵押物折价、拍卖或者变卖所得价款享有优先受偿权。A公司的该等抗

辩的该等抗辩能否成立？

主债权发生转让的情况是比较常见的，而附随在主债权之上的抵押权是否随着主债权的转让而发生转让，以及转让后是否需要重新办理抵押登记手续才能设立有效的抵押权，有些当事人在实务中会存有困惑。另外，如在案例中所看到的，当主债权受让人向债务人和担保人提出权利主张时，担保人往往还提出因抵押物未从新办理抵押登记从而导致债权受让人不享有对抵押物的抵押权等抗辩主张，那如何对这类抗辩进行有效反驳呢？我们一起来看一下。

二、法律分析

首先，物权法第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。”该条规定明确了不动产物权的设立必须经过登记才能生效，不经登记不发生法律效力。抵押人通常会据此主张债权发生转让后，抵押权人未变更登记为债权受让人，从而债权受让人并非抵押物的合法抵押权人，不能主张对抵押物优先受偿。

其次，物权法第一百九十二条规定：“抵押权不得与债权分离而单独转让

者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”该条规定则明确了主债权和抵押权一并转让的转让原则。也就是说，主债权发生转让的，附随在主债权之上的抵押权也一并转让给受让人，受让人即依据转让成为抵押物的新的抵押权人。法律并未要求在此种情形下，需要办理抵押权变更登记手续。合同法第八十一条关于“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外”的规定与物权法第一百九十二条的规定是一致的。

综合以上分析可知，在主债权发生转让时，附随于主债权之上的抵押权也一并发生转让，受让人基于该等转让即合法取得抵押权，成为抵押物的新的抵押权人。受让人取得抵押权是基于法律的规定，故无需办理抵押变更登记手续。因此，在开头的案例中，A公司关于案涉抵押物没有办理抵押权变更登记手续，故受让人C资产管理公司不是案涉抵押物的抵押权人的抗辩理由没有法律依据，无法成立。

三、结语

综合以上分析可知，对于债权受让人

而言，除非法律另有规定或当事人另有约定，通过受让主债权即可取得主债权上存在的抵押权，而无需办理抵押权变更登记手续，将抵押权人变更为债权受让人。且考虑到实践中，登记部门的实际操作往往是先注销抵押权登记，再重新将抵押权登记在债权受让人名下。如果注销登记与重新登记无法实现无缝衔接，则可能发生抵押物被他人采取保全措施从而导致重新登记无法实现，从而导致债权受让人丧失抵押权的结果，故在债权受让的情况下，除非确有必要以及能够保证无缝衔接，否则不建议债权受让人办理抵押权变更登记手续。

生育津贴与产假工资可否兼得？

文/ 于英新



北京大成（长春）律师事务所 二级合伙人
专业领域：劳动诉讼、非诉讼、破产、行政诉讼，
法律顾问

一、问题的提出

（一）设计诉讼请求时，主张“生育津贴”或主张“产假工资”可能导致不同的诉讼结果

劳动争议案件处理实务中，劳动者的仲裁/诉讼请求是否超过仲裁时效、是否属于人民法院的受案范围是每个专业的劳动法律师都不会放过的诉讼抗辩程式。关于人民法院受理劳动争议案件的受案范围，目前最直接的规范依据是《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第一条的规定。而该条规定的第二款第三项又直接引出了“世纪命题”：社会保险相关的请求是否属于人民法院关于劳动争议案件的受案范围？如果不是，劳动者的权利如何救济？如果是，究竟何种社会保险相关的请求属于人民法院的受案范围呢？在实践中，遑论各仲裁委员会对此把握尺度不一，就连各人民法院对此都有不同的处理。因此，劳动法律师如何设计仲裁请求、诉讼请求、采取何种答辩策

策略，就决定了裁决/判决结果的天壤之别。

在阿尔法系统中，如以“生育津贴”为关键词进行检索，在吉林省范围内的判例中，笔者未检索到法院支持用人单位向劳动者发放“生育津贴”或补交“生育保险”诉讼请求的直接相关判例；但以“产假工资”为关键词进行检索，则可检索到具有直接关联性的胜诉案例。在（2019）吉01民终306号吉林广播电视台与李丹劳动争议案件中，吉林省长春市中级人民法院在《民事判决书》中维持了原审法院关于“吉林广播电视台于判决生效后十日内支付李丹产假期间工资44800元”判决结果，即为法院支持“产假工资”的一则证明。

（二）未涉诉时，生育津贴与产假工资是否可以兼得之争

在未涉诉时，很多用人单位曾向我咨询：已经给劳动者缴纳了生育保险，劳动者生育时，用人单位是否仍应向劳动者发放产假工资呢？也曾有律师同行与我探讨，劳动者同时主张生育津贴与产假工资时，二者可否兼得？一位律师同行与我讨论时，直接拨通了某人社局的电话，人社局相关工作人员表示，津贴都是给劳动者发放的，没有给用人单位发津贴的情况？所以，津贴是人社局发给劳动者的，产假工资是用人单位发给劳动者的，生育津贴与产假工资发放

体不同，当然可以兼得。

以上讨论可见，对于生育津贴及产假工资是否可兼得的问题，竟然连不少专业人士都会产生分歧，更何况用人单位呢？因此，本文拟对生育津贴及产假工资的同与异进行简要剖析，以期对用人单位处理生育津贴/产假工资的发放问题提供建议。

二、生育津贴与产假工资的“同”与“异”

（一）生育津贴与产假工资的概念

1. 生育津贴的概念

在《中华人民共和国社会保险法》中，有“生育津贴”这一概念，但无“生育津贴”这一概念的定义。根据《中华人民共和国社会保险法》第五十四条的规定，生育津贴是生育保险待遇的下位概念，生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴。

同时，根据《中华人民共和国社会保险法》的规定，生育津贴的发放标准是“按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。”

因此，从生育津贴的性质上讲，生育津贴是社会保险部门对生育的职工的津贴，具有《国家统计局关于工资总额组成的规定》中的“工资”性质。

2. 产假工资的概念

在我国法律等规范性文件中，没有“产假工资”这一概念。对“产假工资”做以文义解释，笔者认为，“产假工资”属于劳动者在产假期间应得的工资。

（二）生育津贴与产假工资的关系

1. 生育津贴与产假工资的“同”

关于生育津贴与产假工资的关系，在一些地方性规定中可见端倪。《海南省城镇从业人员生育保险条例》第16条规定：“用人单位从业人员有下列情形之一的，在法定休假期间内，由领取工资变更为享受生育津贴；”

北京市人力资源和社会保障局《关于调整本市职工生育保险政策有关问题的通知》第三条规定：“参加本市生育保险的职工，因生育或计划生育享受产假的，产假期间可享受生育津贴。生育津贴按照职工所在用人单位月缴费平均工资除以30天再乘以产假天数计发。

生育津贴即为产假工资，生育津贴高于本人产假工资标准的，用人单位不得克扣；生育津贴低于本人产假工资标准的，差额部分由用人单位补足。”

从以上规定可见，生育津贴与产假工资从某种程度上来说是相同的。那么，为何会有“生育津贴”和“产假工资”两个不同的概念呢？笔者查阅了相关论文，发现二者的存在系因时代不同、

在计划经济时代、无社会保险覆盖时，对生育女职工的生育期间工资的补贴由用人单位一己之力承担，称为“产假工资”，而在我国全面实行社会保险制度后，由社会保险机构对生育女职工的生育期间工资进行补贴，称为“生育津贴”，因此，生育津贴就是产假工资的“继任者”，产假工资就是生育津贴的“前身”。

其实，二者范畴多数重合，从缴费要求上也可见端倪。《社会保险法》第五十三条规定：“职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。”为何生育保险无需劳动者分担和缴纳呢？笔者认为，此乃因为生育津贴除了是对劳动者的保障外，也是对用人单位的“保险”，女职工生育期间，无法为用人单位提供劳动，但用人单位却需要正常支付劳动报酬，这对用人单位而言无疑是一种负担。设定生育保险制度后，生育保险费用分担了用人单位的财务成本，因此由用人单位承担全部的生育保险缴纳义务，这也从侧面佐证了生育津贴与产假工资的关系。

2. 生育津贴与产假工资的“异”

虽然存在以上“同”，但二者仍在某些情况下存在“异”。一言蔽之，二者主要是发放主体不同。生育津贴是国家法律、法规规定对职业妇女因生育而离

离开工作岗位期间，给予的生活费用。为员工发放生育津贴的主体是社保机构；产假工资是员工休产假期间，企业为其发放的工资，为员工支付工资的主体是用人单位。而如果用人单位为职工缴纳了生育保险，则由保险机构发放生育津贴，如用人单位未为职工缴纳生育保险，则由用人单位为劳动者发放产假工资。

另外，对于已经缴纳了生育保险的职工，如其产假超过法定产假时间，对于超过部分的工资，应由用人单位予以承担。因此，从时间的广度上看，产假工资的发放时间可能长于生育津贴的发放时间。

三、生育津贴与产假工资的合法发放路径

（一）生育津贴的领取条件

《中华人民共和国社会保险法》第五十六条规定：“职工有下列情形之一的，可以按照国家规定享受生育津贴：

1. 女职工生育享受产假；
2. 享受计划生育手术休假；
3. 法律、法规规定的其他情形。”

根据以上法律规定，结合生育津贴的操作实践，笔者认为生育津贴的领取条件包括：用人单位已为劳动者办理参保登记手续，并连续缴纳生育保险费达

法定期限（各地要求各异，一般为1年左右）、女职工生育符合法定条件、在法定产假时间范围内。按照相关法律规定，各省产假时间不尽相同，产假最短的是拉萨，产假为98天，长春市产假较长，为158天。

（二）产假工资、生育津贴的计算方法

《中华人民共和国社会保险法》第五十六条规定：“生育津贴按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。”

《吉林省城镇职工生育保险办法》第十二条规定：生育津贴标准按照女职工所在用人单位上年度职工月平均工资（有雇工的个体工商户按照所在统筹地区上年度职工月平均工资）计发，从生育保险基金中支付。

《女职工劳动保护特别规定》第八条规定：“女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。”

因此，生育津贴或产假工资应按月向女职工发放，如用人单位已缴纳生育保险，生育津贴的发放的标准是用人单位上年度职工月均工资，如用人单位未缴纳生育保险，生育津贴的发放的标准是

是女职工产假前工资的标准。

在实践中，有的用人单位认为生育津贴报销后一次性向劳动者支付即可，这种观点存在误解，女职工产假期间，生育津贴/产假工资应按月发放，以保障女职工的基本生活权益。

（三）产假工资、生育津贴发放的就高不就低原则

《吉林省城镇职工生育保险办法》第十二条规定：生育津贴低于女职工本人工资标准的，差额部分由用人单位补足。因此，生育津贴发放应采取“就高不就低”的原则，如生育津贴数额高于生育职工本人工资，应按生育津贴数额向生育职工发放工资；如生育津贴数额低于生育职工本人工资，应由用人单位补足差额，按女职工生育前工资标准向劳动者发放工作。

综上所述，笔者认为，为劳动者缴纳生育保险是用人单位的法定义务，如用人单位为劳动者缴纳了生育保险，则生育津贴即为产假工资，社会保险部门承担为生育女职工发放生育津贴的义务，用人单位无需重复发放产假工资；如用人单位未为劳动者缴纳生育保险，则生育女职工产假工资的发放义务则由用人单位承担。除缴费年限不足、产假期限长于法定产假期限等特殊情况下，生育津贴即为产假工资。

《关于全面推开划转部分国有资本充实社保基金工作的通知》 (财资【2019】49号) 要点解读

文/ 王爱静



北京大成(长春)律师事务所 律师
专业领域: 国有企业股权转让、增资及重大资产处置、公司并购重组、等诉讼法律服务

文/ 吴迪



北京大成(长春)律师事务所 律师
专业领域: 国企法律风险与防范、公司并购、资本市场等

一、政策沿革

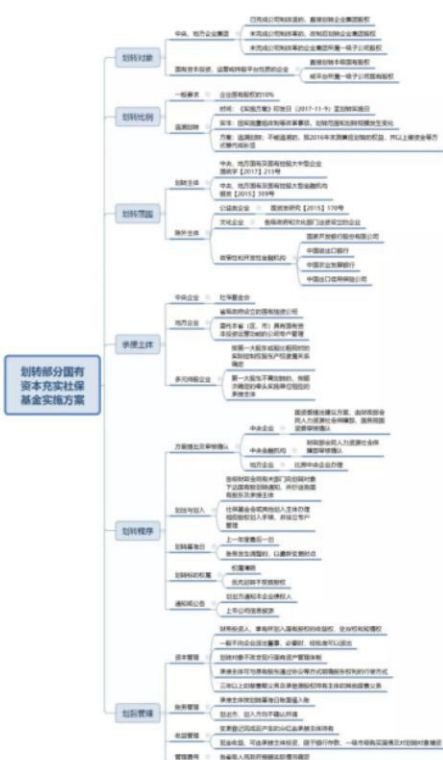
2001年6月6日, 国务院关于印发《减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法》的通知(国发【2001】22号); 2009年6月19日, 财政部、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、全国社会保障基金理事会关于印发《境内证券市场转持部分国有股充实全国社会保障基金实施办法》的通知(财企【2009】94号), 对国有股转(减)持补充社保基金作出规定。

2017年11月9日, 国务院关于印发《划转部分国有资本充实社保基金实施方案》(国发【2017】49号, 以下称《实施方案》), 废止前述二个办法, 决定划转中央和地方国有及国有控股大中型企业、金融机构10%的国有股权, 弥补企业职工基本养老保险金缺口。

2019年9月20日, 财政部、人力资源社会保障部、国资委、税务总局、证监会发布《关于全面推进划转部分国有资本充实社保基金工作的通知》(财资【2019】49号), 以下称《通知》, 附具体操作办法, 全面推开中央和地方划转部分国有资本充实社保基金工作。

二、划转要点

综合《实施方案》及《通知》, 划转部分国有资本的方案要点如图所示:



三、关注重点

前述对《实施方案》及《通知》的解构分析后，笔者归纳在划转部分国有资本充实社保基金过程中，除划转比例、划转程序、限售期、收益管理等事项外，认为应同时厘清并重点关注如下几个具体事项：

（一）划转标的：依据《实施方案》及《通知》，划转范围与划转对象实际上发挥着提供确定划转标的“坐标”的作用，即划转标的是纳入划转范围的企业中由国家直接出资形成的国有资本，未包括国有企业利用企业法人财产再次投资形成的国有法人股股权。另外，划转标的公司应为国有或国有控股的企业，不含国有实际控制企业。

（二）划出主体：以划转标的为切入点，则其持有主体，代表国务院和地方人民政府履行出资人职责的部门（机构）、负责监督管理行政事业单位所办企业国有资产和金融类企业国有资产的财政部门，系划出主体。需要注意的是，未完成公司制改造的企业集团和资本投资、运营公司或具有持股平台性质的企业，如划转其所受一级子公司国有股权，则划出主体扩大至此类一级企业。

（三）划入主体：划入股权由两级主

体持有，一级是中央企业所对应的全国社保基金会，一级是省政府设立的国有独资公司或其委托的本省（市、县）具有国有资本运营功能的公司；未见限定地方的划入主体只能是一户企业。

（四）划后管理：《实施方案》及《通知》均强调了对划转股权的收益权和处置权的管理；《通知》进一步增加知情权，明确划转对象不改变现行国资管理体制，承接主体和企业原股东可通过协议等方式明确股东权利的行使方式，这与划入主体财务投资者的政策定位有关。但是毕竟划转标的是股权，标的公司治理需要股东的积极参与，需要股东权利的完全行使，那么在本次《通知》中所规定的与原股东协议明确股东权利行使方式，有待在实际操作中进一步探索和总结。

四、工作提示

《通知》已明确了中央和地方实施的时间表，与中央、地方正在实施的国有企业深化改革的多项举措并行的时期，律师在参与中央、地方国有企业实施重大重组、改制上市、改组组建国有资本投资、运营公司等涉及国有股权变动的改革事项时，记得提示客户在改革方案制定中统筹考虑与国有资本划转方案的衔接。