中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德 法律评论

2020年06月

浅析个人借款保证保险合同项下的法院管辖权 代渠阳 刘济东

消费信托在中国的前沿发展 李 敏 张冰梅

瑞幸咖啡“财务造假”，保险公司应承担董事责任保险的赔偿责任吗？ 李政明 陈劲松

网络时代政府与市场的法律边际——以互联网金融模式创新的监管边界为例 郝 伟 田卓亚

私募基金参与上市公司定增业务法律实务操作系列 王敦平 黄盛楠 刘 晨 赵伟伟 朱佳楠

境内企业如何实现“走出去”——境外投资 郝 伟 田卓亚

聚焦区块链生态立法 武 坚 张晓晨

关联企业混同用工的认定及连带责任的承担 胡高崇 蒋倩倩

内部资料
免费交流

中伦文德法律研究院

▲ 2020 年 4 月 10 日，一起因企业破产衍生的商品房买卖合同纠纷案在中伦文德长沙分所“模拟法庭”开庭审理。该案由前资深法官、长沙仲裁委仲裁员李国俊老师担任审判长；长沙分所主任、长沙仲裁委仲裁员田学军律师与刘招术律师担任审判员。

▲ 2020 年 5 月 14 日，《民营企业家刑事法律风险管理与控制》和《企业劳动用工管理与筹划》的企业经营管理风险防控知识讲座在中伦文德长沙分所多功能厅举行。数十家法律顾问单位的企业家和管理者 60 多人参加了此次活动。

▲ 2020 年 4 月 18 日，深圳市金好得电子有限公司邀请中伦文德胡百全（前海）联营所王翎入、王书云律师采用线上和线下结合的方式为其 100 多名员工进行法律风险防控培训。

▲ 2020 年 5 月 9 日，由山西省建筑业协会主办，中伦文德太原分所协办的《建筑法》修订研讨会在太原分所新办公区举办。山西省建筑业协会张新民秘书长、王凡副会长，太原分所执行主任冀云峰律师等有关人员参会，研讨会由山西省建筑业协会张树成副秘书长主持。

▲ 2020 年 5 月 25 日，中伦文德重庆分所积极响应习近平同志的号召，由主任朱代恒律师率队前往陕西省平利县参观调研当地女娲凤凰茶业现代示范园区扶贫开发工作，并作为代表与平利县女娲凤凰茶业有限公司签订《法律顾问合同》。随后，中伦文德重庆分所与中伦文德南京分所达成共识，携手开展“法律脱贫攻坚”工作。

▲ 2020 年 5 月 13 日，天津市南开区人大法制室主任、社会建设委员会主任委员华耀欣、南开区人大内务司法工委办公室主任兰岚等工作人员，南开区人大代表王殿禄、夏登文、马建成以及南开区司法局副处级调研员孙誉、南开区司法局律管科科长郑一、工作人员梁一楠等一行十余人莅临中伦文德天津分所开展调研工作。

目录

CONTENTS

中伦文德
Zhonglun W&D Law Firm 2020-06

Zhonglun W&D
Law Firm

06/2020

主　　编：陈　文
执行主编：方登发
编　　委：李　刚　甄庆贵　夏欲钦
李　铮　林　威　王志坚
李熙华　温志胜　王爱国
刘银栋　余树林　洪国安
王长江

责任编辑：熊美琦
电　　话：64402232
传　　真：64402915
网　　址：www.zhonglunwende.com
地　　址：北京市朝阳区西坝河南路1号
金泰大厦19层、10层、21层
邮　　编：100028

事务所文化论坛

3　踏石留印　打破人才壁垒　田学军

月度人物

6　刘培峰：邂逅破产重组律师的全新时代　熊美琦

行政法

10　行政诉讼主体相关法律问题分析　武　坚　许　璟

金融与保险法律

18　浅析个人借款保证保险合同项下的法院管辖权　代渠阳　刘济东
20　消费信托在中国的前沿发展　李　敏　张冰梅
26　瑞幸咖啡“财务造假”，保险公司应承担董事责任保险的赔偿责任吗？　李政明　陈劲松
32　网络时代政府与市场的法律边际——以互联网金融模式创新的监管边界为例　郝　伟　田卓亚
39　私募基金参与上市公司定增业务法律实务操作系列　王敦平　黄盛楠　刘　晨　赵伟伟　朱佳楠
53　境内企业如何实现“走出去”——境外投资　郝　伟　田卓亚
58　监管升级，私募基金管理人异常经营核查再出新规　李政明　李文晶

区块链技术与法治

63　聚焦区块链生态立法　武　坚　张晓晨

CONTENTS

民商事法律

68 公司对外担保的合同效力问题分析
——评《九民纪要》对公司法第 16 条理解及适用的影响
林 威 陈 功

房地产法

73 以股权转让方式转让房地产，需交土地增值税吗？
武 坚 钟濠洋

劳动法

76 关联企业混同用工的认定及连带责任的承担 胡高崇 蒋倩倩

能源与环境法律

81 我国天然气调峰储备制度的现状及法律问题 郝 伟 田卓亚

数据安全管理法律

85 《数据安全管理办法（征求意见稿）》简要解读
及可能影响分析 徐云飞 李 楠

人文风采

91 新冠疫情也是一面照妖镜 陈 文
91 冬尽春来四韵 方登发

事务所快讯

92 事务所快讯 编辑部

踏石留印 打破人才壁垒

□ 田学军/文

田学军律师，北京市中伦文德（长沙）律师事务所高级合伙人、执行主任，湖南省优秀律师、湖南省发展与改革委员会特聘专家、湖南省地方金融办特聘专家、金融服务平台专家库专家、长沙市地方性立法专家委员会专家、长沙市律师协会常务理事、财委会主任、长沙仲裁委仲裁员、益阳仲裁委仲裁员。擅长领域：房地产与建设工程、商事争议解决。

在律生学院和湖南师范大学法学院的大学生创新创业调研团队联合推出的“走遍律师团队(长沙站)”活动中，我向“走遍律师团队”项目组介绍了中伦文德（长沙）的制度与管理模式和其团队人才的薪资待遇、培养方案与晋升途径。北京中伦文德（长沙）律师事务所成立于2017年，始终秉承“追求极致、创造价值、成就客户、共享共赢”的价值观，坚持规模化、专业化、品牌化和国际化的发展方向。在人才战略方面，我们重视人才的合理配置与培养，有清晰的职业培养方案。在我们薪酬管理体系中，薪酬分配与人文关怀同等重要。

1. 一所两制，规划清晰

中伦文德(长沙)既有传统的“三个一”即“一张桌子、一个章子、一个平台”的传统提成制模式，又有新型的公司制管理模式。未来，中伦文德(长沙)将往公司制律所的方向改革。现在其公司制度下的团队专人专事：业务部仅做和法律有关的事务，事务部负责维护客户、拓展市场、知识管理等事务性工作。未来十年是律所规模化、品牌化、专业化的十年，我们更多的是站在客户角度去思考。案件预计完成时间的告知、每一个细小进展的通知、周月季度年工作汇报等服务客户的工作特色都将成为中伦文德（长沙）品牌标识的一部分。此外，我们还制定了整个律所的五年计划和211工程：突出两个专业品牌，打造一个百人队伍，实现创收一个亿以上。其团队业务也将突出专业化，往“一主两辅”结构方向发展：主要突出建设房地产方面的业务，做强金融不良资产方向的业务，做精公司法方面的业务。

2. 待遇优厚，关怀备至

中伦文德（长沙）为未毕业的实习生提供3000元/月的薪酬。本科生试用期薪酬为3000元，

转正后底薪为 4000 元。硕士研究生试用期薪酬为 4000 元，转正后底薪为 5000 元。底薪并不固定，还会根据业绩、能力、学历等进行调整。律师助理的薪酬由底薪和办案奖金组成，律师的薪酬由底薪和办案提成构成。在“走遍律师团队”项目组访谈中，我曾自信地表示所内执业三年的律师，每月薪酬都能上万。中伦文德（长沙）为律所全员购买五险，节假日发放现金红包，除此之外还提供 600 元 / 月的租房补贴并以发放交通卡的方式提供交通补贴。

待遇优厚一方面体现在高薪酬，另一方面便体现在人文关怀：我团队内的女律师在 158 天产假期间基本工资照发；退休律师依然保留一定绩点，绩点与律所分红挂钩，即使退休每年也能拿到一定数量的律所分红。

3. 术业专攻，不拘一格

中伦文德（长沙）将律师分为三种类型：营销型、管理型和工匠型。不同类型的律师需要具备不同的特质与能力，每一类人才的才华都能在中伦文德（长沙）得到绽放。营销型律师适合开拓市场，发展方向为事务部市场总监和管理高层。中伦文德（长沙）在事务部聘请了一部分非律师职工，现在为提高团队积极性，正在考虑聘请专门的活动策划做团队建设。工匠型律师只需做案件，不需要拓展案源，发展方向为业务部技术总监。目前中伦文德（长沙）的技术总监专业给力，案源无忧，年薪百万起步。

4. 培养有方，弘奖风流

中伦文德（长沙）为律师提供：内容详尽的新人手册，每周三晚的内部培训以及每年至少一次的免费外派培训。为鼓励律师攻读在职研究生，工作后若律师考取研究生，除奖励入学金外，在读期间律所将报销一半研究生学费，拿到学位证书后律所将报销剩余一半的研究生学费。

中伦文德（长沙）对新人律师拥有清晰的职业培养方案：入职前期，如新人律师尚未明确专业方向，可先从法务秘书做起，在不同的团队中广泛体验。明确专业方向后，需进入专门的团队做律师助理，之后逐步成长为辅庭律师和出庭律师，直至主办律师、合伙人律师。

北京中伦文德（长沙）律师事务所晋升标准

初级合伙人	工作能力强		
中级合伙人	工作能力强	1-3年内（最长5年内）业绩突出	
高级合伙人	工作能力强	1-3年内（最长5年内）业绩突出	团队建设能力强 领导力突出

中伦文德（长沙）着重从工作能力、业绩和团队建设三个方面考察律师，不同阶段考察律师不同的维度。只要在上述三个方面达到标准，即可突破执业年限的限制，破格提拔为高级合伙人。

个人建议：踏石留印，抓铁有痕

目前，法学生与新人律师最突出的问题是缺乏清晰良好的职业规划。短至一年，中期至三到五年，长达十年的职业规划都十分有必要。因没有清晰的职业规划，在职业生涯中途短期的转化职业将会浪费时间与精力，对人脉拓展作用也不大。除此之外，我认为现在入职的新人律师普遍缺乏百折不挠与坚定不移的精神。如果决定从事律师行业，应当做好抵抗外在压力的充分准备，明晰律师工作的性质与内容，坚定自己的职业目标。从基础性业务做起并且朝一个细分的专业领域不断提升、钻研，表现出“踏石留印，抓铁有痕”的毅力，久久为功，方可实现自己的职业目标。

团队成员要求

采擢荐进，招贤纳士

我在招聘与提拔时会着重关注以下特别项：

1. 985、211 院校本科生与研究生

但同时，我们并不是唯学历论而是唯人才论，所内依然有许多普通院校出身的优秀律师。院校出身和学历成为特别项，仅仅是因为一般而言，985、211 院校的研究生法律功底会更扎实。在去年的招聘活动中，我在完全忘记应聘者名字的情

况下，仅根据笔试表现挑选出来的竟然全部是研究生。

2. 突出的专业能力

首先，专业功底要扎实，研究水平要高。其次，应当具备优秀的文书写作能力与案件检索分析能力。最后，能达到独立承办案件的水平，仅在个别疑难案件中需要团队负责人出面指点，在客户对接、案件分析、诉讼策略与服务方案的整个形成过程中能独当一面。

3. 优秀的业绩水平

案源是律师行业的入口端，出口端为产品交易，客户满意的产品交易代表着业绩。团队希望案件承办律师能因出色的法律服务水平让客户做到忘记团队负责人的存在。因此优秀的业绩不仅表现在创收，在案源管理、客户维护、案件承办质量与速度、客户满意度等方面都应当表现突出。

4. 高超的团队建设能力

虽然团队能力和领导能力需要不断锻炼，但在校期间有学生工作经历的学生相比于普通学生领导力会更强，因此学生干部经历将成为加分项。

5. 积极主动的工作态度

这项特质不仅是录用时的关注点，也是入职后升职加薪的闪光点。我们团队有一位新入职的律师在前期没有参与某项业务，亦未加入该项目工作组的情况下，主动给我发送了一份关于该业务长达 17 页的法律分析报告。这名律师提供的这份法律分析报告逻辑清楚、思路正确，我对该律师积极主动的工作态度与高水平的法律思维赞不绝口。后来，我主动将该律师拉入工作组，并奖励了高额的提成。

团队内一位 2017 年的应届毕业研究生因符合上述特质，今年已破格提拔为高级合伙人，除不断提升的提成外，还实现了底薪从 6500 元到 20000 元的飞跃。

除上述着重关注的特别项外，严谨的工作作风和党员身份将成为录用时的加分项。

刘培峰：邂逅破产重组律师的全新时代

熊美琦/文

“未来社会中破产的概念，将主要倾向于破产保护和破产拯救，就是用破产制度来保护和拯救具有挽救可能性的企业、企业家及自然人。”今年38岁的刘培峰如是说。刘培峰现为北京中伦文德律师事务所合伙人、破产重组法律专业委员会主任。

在经历了时代变迁，人们不再谈“破产”而色变，作为一个专业的破产重组律师，刘培峰也正敞开胸怀来迎接这一领域的全新时代。

刘培峰

或重生或退出市场

从2010年初涉破产重组领域到现在刚好整个十年，刘培峰在一些破产重组项目中，甚至是在大型集团的战略重组项目上不断“嗅”出破产保护和破产拯救的趋势。

2015年下半年，作为主办律师之一的刘培峰跟随中伦文德董事长陈文律师团队、合伙人姚正旺律师团队共同办理了两家大型央企集团公司间的战略重组项目。在对两家央企进行法律尽调过程中，刘培峰获知两家公司的名下均有多家子公司正在进行清算或者需要进行清算，并通过公开途径了解了这两家央企名下公司清算的详细情况。

刘培峰从这两家大型集团的成功运营中得到启发，他进一步深入研究了破产清算、强制清算对企业的重要价值和功能，不仅仅是“打捞沉船”，精深之处还在于“疏浚航道”。这更加坚定了他对破产法制度功能的认识，虽然我国社会的主流认识尚停留在破产清算的阶段。

盘活企业就是在带动经济。在改革开放40年来，中国社会经济在经历复苏、稳定和转型中前进，也提出了激发市场主体活力的改革主题。而在这场变革的浪潮中，对于破产重组律师来说，也“被迫”赋予了其应有的使命。“**帮助债权人的债权获得及时且超出预期的清偿，帮助委托人获得案件的胜诉，帮助许多诚实而不幸的债务人通过破产程序获得重生或解脱**，是一件非常欣慰的事情。”刘培峰说。

10年前，社会对破产法的理解刚开始萌芽，中国的破产重组业务不多，破产重组业务基本是通过法院摇号产生，从事破产重组业务的律师也很少。

虽然2015年以来，法院摇号产生的破产案件及强制清算案件逐渐增多。但是基于法院摇号产生的破产案件及强制清算案件，大多数为无产可破案件或财产比较少的案件。这就意味着，作为这些案件的管理人或清算组，可能收不到律师费或只能收到很少的律师费。“有的案件，甚至是赔钱的。”

付出与回报的不匹配，让大多数律师望而却步，不再承办这类案件。

“作为一家全国知名的大所，应该有社会担当。法院摇号产生的破产案件及强制清算案件，虽然

可能收不到任何律师费，甚至有的赔钱，但只要法院指定了由中伦文德承办，我们就必须办好。”在当年这种境况下，陈文却慎重地对事务所提出了他的要求。

陈文董事长作为中伦文德的创始人和领路人，对中伦文德的默默付出，其实远远超过大家所看到的。“别的团队不愿意办，就咱们团队办。你们不用管，赔钱了，我来担着。”陈文董事长对刘培峰及团队只有一个要求，就是尽快成长、做强做大，为将来办理更为重大的破产重组相关业务蓄力待发。这个时候，刘培峰在陈文团队做授薪律师，已在破产重组领域积累了四、五年的经验。

就这样，陈文作为中伦文德的领路人，安排自己的团队承担起了大多数法院摇号产生的破产案件及强制清算案件的办理工作。

重组背后是多种力量的交融

2018 年 1 月 1 日起，刘培峰正式晋升为中伦文德总部权益合伙人。刘培峰坚定地选择破产重组作为自己的业务发展方向。

随着破产重组案件逐年递增，刘培峰梳理发现每一个破产重组业务的难点各异，很多情况下看似盘根错节，但实际上都有应对方案。

在一个破产清算转重整项目中，刘培峰担任管理人负责人。在项目进行过程中，刘培峰发现最大的难点是关联公司债权审查问题。这个项目中，债务人与多家大额债权人受同一实际控制人控制，但从表面上看并不构成法律意义上的关联公司。“关联”公司之间账目往来极其频繁，有的“关联”债权人与债务人之间在十多年的时间里，资金往来数万笔，往来金额达数亿元，且门类繁多，债权债务关系难以认定。

针对这种情况，刘培峰团队研究出的解决方案是，聘请专业的会计师辅助管理人进行债权审查；若专业的会计师认为双方之间债权债务金额无法理清，则考虑采用实质合并破产或关联债权劣后受偿的后续方案。

刘培峰办理的另一个破产重组案件则要求他们团队在熟悉破产法律知识的同时，熟悉各种相关金融知识。**最重要的是要在债权申报过程中，准确判断债权性质，并依法确定申报数额。**

在这个项目中，刘培峰作为某大型国有银行代理人参与某集团破产重整案件。项目进行过程中，他们团队发现，客户的数十亿元债权纷繁复杂，有多种类型的债权。从债权产生原因来看，可以分为因流动资金贷款产生的债权、因信用卡汽车专项分期付款业务产生的债权、因信托受益权转让产生的债权等类型。从债权性质来看，可分为债务人以自身财产提供担保债权、债务人与第三方共同提供财产担保债权、第三方以自身财产提供担保债权以及无财产担保债权等类型。

期间，刘培峰与管理人就债权分类及债权受偿方案进行了多轮沟通。最终，刘培峰团队代理客户申报的债权，全部得到确认。这也说明刘培峰在代理客户申报债权过程中，采取的债权分类方案、债权调整方案、债权受偿方案以及最终的债权申报方案是完全正确的，与管理人制定的重整计划草案不谋而合，完全满足了委托人的利益诉求，项目圆满完成。

随着一个个鲜活案例不断涌现，破产制度可以支撑的或许不止帮助企业重生或退出市场，**用**

2019 年 10 月刘培峰代表中伦文德参加北京市破产管理人协会成立大会

刘培峰的话来说，“这是一个厚积而薄发的业务领域。”

2015 年，在办理中国五矿集团公司和中国冶金科工集团有限公司战略重组项目的同时，刘培峰还作为项目负责人之一办理了中国石油化工股份有限公司对一家涉外控股子公司的股权重组项目。在项目方案的论证阶段，项目组考虑采用破产清算和破产重整的方案。刘培峰作为主办律师查询了相关资料及案例，在项目进行中多次就破产清算和破产重整的方案发表了法律意见。“通过这个项目，我对破产重组业务有了更加深刻的认识和体会。”刘培峰说，破产制度将作为一项保持我国社会经济充满青春活力的一项重要制度，在优化营商环境，保持我国社会经济在新常态下健康发展的过程中发挥着关键作用。

很多相关项目中，除了律师团队的专业贡献外，背后也是多种力量融合的体现。

破产重组及相关业务本身非常复杂，除了基本的专业化要求和效率要求之外，也是一种对协作性要求极强的业务。因涉及会计财务、金融及管理等方面，律师团队需要与券商、会计师以及评估师等行业团队不断沟通与协作。

有的上市公司重大资产重组项目历时一年多，刘培峰深切感受到，券商、会计师、评估师这些行业的同仁们也都很拼。遇到提交尽调报告的节点上，券商、会计师以及评估师三个项目团队会与律师团队一同加班到凌晨两三点。在办理项目的过程中，刘培峰与参与项目的券商、会计师以及评估师们甚至都成了志同道合的好朋友。**“可以说，没有专业人员之间的密切协作，是不可能完成这些重大项目的。”刘培峰说。**

对于破产重组律师来说，最值钱的资本就是时间。破产程序是一种法定程序，不仅仅破产重整程序中对每个时间节点都有严格地要求，破产清算、破产和解程序也有严格的法律时限要求。“特别是今年以来，世界银行对我国进行营商环境评价体系中，很重要的考量便是破产重组业务的办理效率。”刘培峰介绍说，办事效率是考量破产重组律师的另一把标尺。

不断递进的全新时代

如果说前几年，刘培峰是在寸积铢累，那么随着破产制度不断根植人心，破产重组领域利好政策层出不穷，破产重组律师是真正迎来了厚积薄发的全新时代。

2018 年 11 月 26 日，北京市高级人民法院发布了《北京市高级人民法院关于编制企业破产案件机构管理人名册的公告》。**刘培峰意识到，这是一个新的契机。**

他推断这件事关乎中伦文德北京总所乃至中伦文德全国二十几家分所未来是否有资格办理破产管理人业务。他立即将此消息汇报给中伦文德领头人陈文，陈文随即发出指令，安排作为中伦文德破产重组法律专业委员会主任的刘培峰全权负责入册事宜，并且明确要求中伦文德这次必须入册成功。

刘培峰深感责任重大，在经过充分部署后，中伦文德进入了前 60 名面试名单。随后，**陈文董事长亲自代表中伦文德与刘培峰并肩参加了最为关键的面试，为破产重组领域再次释放律所领头人的“灯塔”效应。**

2018 年 12 月 28 日，北京高院发布了《北京市高级人民法院关于公布企业破产案件机构管

刘培峰（左二）在中伦文德 2020 年会上与陈文（左一）合影

理人名册的公告》，公布了进入此次正式入册的50家机构，中伦文德北京所成功入册。“成功的喜悦，令人难以忘怀。”刘培峰说。

回顾起来，从2018年11月26日发布公告至2018年12月28日确定并公布正式入册名单，共历时一个月多的时间。在准备申报材料的两周多的时间里，为了整理足够且符合要求的办案业绩，刘培峰团队和陈文团队的小伙伴们几乎每天都加班到凌晨两三点。“记得提交书面材料前的一天晚上，我在办公室梳理材料，不知不觉到了凌晨三点，就在办公桌上睡着了。一觉醒来，已经是第二天早上八点多。”

为支持事务所破产重组业务的发展，创始人陈文甚至亲自带队参加重要的破产重整项目投标。2018年8月下旬，刘培峰与陈文一起参加四川省某市的一个破产重整项目投标。当时，四川省某市一个破产重整的项目在全国范围内公开选聘破产管理人，刘培峰向陈文汇报了项目的基本情况后，陈文毫不犹豫地答应与他一起去参加竞聘。同时，为了保证成功中标，他们与专业会计师组成联合竞聘团一起前往该市参加竞聘。

2018年的8月下旬，对于他们这些从北方过来的人来说，四川省天气异常炎热，但陈文吃午饭后，与他们一道顶着炎炎烈日步行一公里多，亲自参加面试和现场讲标。

虽然因为相关业绩不够，中伦文德最终以微小的分差落选。但已花甲之年的创始人陈文为参加竞标，为支持事务所破产重组业务的发展，他在太阳下大汗淋漓步行的样子，极大地感动并鼓舞了刘培峰。

“记得出法院大门的时候，我和小伙伴们感到非常难过。”刘培峰回忆说，“陈律师看透了我们的心思，当即对我们说，这次我们已经尽力准备了。但这次我们没有白来，我们知道了自己哪里不足，这也是一个重要的收获，为我们以后发展破产重组业务找到了努力的方向。我们回去之后及时总结经验教训，为以后的成功做万全准备。”

是的，既然选择了要不断努力以及努力的方向，我们就要相信每一滴努力的汗水，都会培育出丰硕的果实。

今天的中伦文德，已经成为全国排名前列的顶级律师事务所。但刘培峰始终认为，中伦文德的破产重组业务与中伦文德的综合实力尚未匹配，与金杜、大成、炜衡等其他业内顶级律师事务所还有一定的差距。为此，2020年1月，中伦文德破产重组法律专业委员会专门组织北京总所成立了由十一位优秀合伙人组成的破产管理人小组。

中伦文德破产管理人小组的成立，标志着中伦文德破产重组业务进入了一个新的发展时期。“中伦文德破产管理人小组的成立以及相关配套支持政策的陆续出台，必将为中伦文德破产重组业务的做大做强提供新的能量。”

近年来，刘培峰陆续应邀担任了一些社会职务，例如北京市律师协会破产与清算法律专业委员会副主任、最高人民检察院民事行政案件法律咨询专家、北京市法学会债法学研究会常务理事等。

就破产重组业务未来的发展问题，刘培峰曾专门与金杜律师事务所的破产重组业务负责人刘延岭律师、大成律师事务所破产重组业务负责人尹秀超律师、炜衡律师事务所破产重组业务负责人尹正友律师等业内领军专家们进行了面对面沟通。

“大家的观点基本上是一致的，大家普遍认为，破产重组业务专业化是历史趋势，破产保护和破产拯救的理念将深入人心。破产重组业务律师必定是在整个程序中占据主导地位，拯救困境企业，让具有挽救希望的困境企业通过重整或和解等方式获得重生；帮助没有挽救希望的企业尽快实现市场出清。通过破产重组业务律师的努力，可以助力优化社会营商环境，推动我国社会的发展进步。”刘培峰说。

2020年5月28日，中华人民共和国第十三届全国人民代表大会第三次会议通过并公布了《中华人民共和国民法典》，这部被称作“社会生活的百科全书”的新中国首部民法典自2021年1月1日起施行。在刘培峰看来，博大精深的民事法律制度，是办理破产重组业务的基础法律制度，对于破产重组业务的发展具有重大意义。未来，律师办理破产业务将更加便捷、高效。

中伦文德

□ 武　坚/文

武坚，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。

□ 许　璟/文

许璟，中伦文德律师事务所律师，税法专业委员会秘书长，中央财经大学法律硕士（财税法方向），证券、基金从业资格。执业领域：诉讼和仲裁、常年法律顾问、并购重组、IPO等。

行政诉讼主体相关法律问题分析

所谓行政诉讼主体，是指在行政诉讼程序中，依法进行行政诉讼活动，引起行政诉讼程序发生、变更、消灭之后果，行政诉讼权利义务的承担者。行政诉讼主体主要分为三类，即原告、被告和第三人。本文主要从以上三类行政诉讼主体入手，以法律规定及相关案例为依托，对行政诉讼主体相关法律问题进行深入剖析，以确定适格的行政诉讼主体。

一、行政诉讼原告

公民、法人、其他组织与具体行政行为有利害关系，或者是具体行政行为相对人的，即有资格提起行政诉讼，成为行政诉讼的适格原告。关于与具体行政行为存在利害关系的情形，《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国行政诉讼法＞的解释》第十二条进行了规定，主要包括以下情形：被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；在行政复议等行政程序中被追加为第三人的；要求行政机关依法追究加害人法律责任的；撤销或者变更行政行为涉及其合法权益的；为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的；其他与行政行为有利害关系的情形。本文第一部分主要就行政诉讼原告相关法律问题进行分析。

（一）利害关系之认定

案例1：黄山市中级人民法院（2018）皖10行终65号案中，黄山市中级人民法院审理查明的事实如下：2017年11月30日，吴某接受镇政府颁发的乡字第341……号《乡村建设规划许可证》。吴某的房屋建设四至分别是：南至黄某地及本户空地，东至田间小路，北至本户空地，西至黄某房及本户空地，正北偏东为梅某房。吴某新建房屋北侧即为梅某承包土地，与梅某承包土地相邻4.2米。梅某向黄山市中级人民法院提起行政诉讼，请求依法撤销上述《乡村建设规划许可证》。

案例评析：根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第十二条，行政诉讼法第二十五条第一款规定的与行政行为有利害关系包括被诉的具体行政行为涉及其相邻权。该案吴某新建房屋北侧即为梅某承包土地，与梅某承包土地相邻4.2米。梅某有权因镇政府向吴某颁发的乡村建设规划许可侵犯其相邻权，根据上述法律规定提起行政诉讼。综上，梅某属于行政诉讼中的适格原告。[1]

案例 2：德阳市中级人民法院（2018）川 06 行终 156 号案中，罗某诉称，姚某于半年前在罗某楼下开设麻将馆，该麻将馆通宵营业，产生大量噪音，影响罗某及其家人休息，损害了罗某及其家人的身体健康。根据《娱乐场所管理条例》等相关规定，不得在居民楼设立娱乐场所。由此，区工商局向姚某发放娱乐场所营业执照的行为违法。罗某请求法院判决区工商局依法收回姚某的营业执照。

案例评析：该案被诉具体行政行为是区工商局向姚某颁发营业执照的行为。表面上看，被诉具体行政行为与罗某被影响休息之间存在一定的关联性，但该关联是否为行政诉讼法中的利害关系，有待于进一步探讨。根据行政诉讼法及相关司法解释，作为行政诉讼适格原告的核心就是相对人要与被诉具体行政行为存在法律上的利害关系。所谓法律上的利害关系，是指行政行为所援引的公法规范所要求保护的权利和利益受到该行政行为侵犯的可能性，只有相对人在公法领域的权利和利益可能受到行政行为侵害时，相对人才成为适格的行政诉讼原告。本案中，区工商局向姚某颁发营业执照，并不必然导致对罗某的权利义务产生影响，并不必然侵犯罗某利益，不属于有行政法上的利害关系。姚某经营的娱乐场所产生大量噪音，影响了罗某及其家人休息，属于民事领域的侵权行为，罗某应向姚某提起民事诉讼，通过民事诉讼维护自身合法权益。由此，罗某并非行政诉讼领域的适格原告。[2]

案例 3：甘肃省高级人民法院（2018）甘行终 328 号案中，第三人房地产公司向市住建局申请《商品房预售许可证》，市住建局核发了上述证件，之后，房地产公司与潘某订立了《商品房买卖合同》。由此，潘某与房地产公司之间形成民事法律关系领域的合同关系，市住建局与房地产公司之间形成公法上的权利义务关系。

案例评析：如前文分析，根据行政诉讼法及相关司法解释，作为行政诉讼适格原告的核心就是相对人要与被诉行政行为存在法律上的利害关系。所谓行政法领域的利害关系，是指行政行为所援引的公法规范所要求保护的权利和利益受到该行政行为侵犯的可能性，只有相对人在公法领域的权利和利益可能受到行政行为侵害时，相对人才成为适格的行政诉讼原告。市住建局根据相关法律规定向房地产公司颁发《商品房预售许可证》，并不必然引起商品房买受人潘某的权利义务变动，由此，潘某与房地产公司之间的纠纷属于民事领域的合同权利义务纠纷，应在民事诉讼程序中予以解决，潘某与市住建局颁发《商品房预售许可证》的具体行政行为之间不具备行政法领域的利害关系，潘某并非行政诉讼程序中的适格原告。[3]

通过上述案例可以看出，与具体行政行为存

在利害关系，是判断该主体是否为适格行政诉讼原告的核心标准，而与具体行政行为存在利害关系，是指行政机关的具体行政行为可能或者已经对相对人的权利义务产生实际影响，该利害关系包括有利及不利的关系，即行政机关的具体行政行为直接或者间接地处分了行政相对人的权利义务，使得行政相对人的权利义务有所增加或者减损。如果具体行政行为并未增加或者减损相对人的权利义务，也就未对相对人的权利义务产生实际影响，该相对人也就并非行政诉讼的适格原告。

（二）债权人救济

行政机关对债务人作出行政行为，损害债权人权益的，债权人以此为由提起行政诉讼，应通过民事诉讼程序解决相关纠纷，但行政机关应保护债权人权益的同时实施行政行为却并未对债权人利益进行保护的，以行政诉讼程序解决相关纠纷。

案例 1：岳阳市中级人民法院（2018）湘 06 行终 72 号案中，2009 年 12 月 30 日，湖南某旅游公司因开发建设国际酒店，向县房地产管理局申请国际酒店产权登记并颁发房屋所有权证。2011 年 6 月 28 日，湖南某旅游公司与长沙某装饰公司签订国际酒店施工合同，长沙某装饰公司负责国际酒店的装饰装修。施工完成后，因湖南某旅游公司未按约付款，长沙某装饰公司向原审法院起诉。平江县人民法院于 2015 年 10 月 13 日作出（2015）平民初字第 1106 号民事判决，判决湖南某旅游公司向长沙某装饰公司付款约人民币 895 万元及欠付利息，但未确定建设工程价款优先受偿权。判决执行过程中，湖南某旅游公司将涉案房屋抵押第三方，县房地产管理局在为涉案房屋办理产权登记后又为湖南某置业公司办理商品房预售许可，涉案房产抵押人又系湖南某旅游公司，至此，长沙某装饰公司相关债权无法实现。长沙某装饰公司认为，县房地产管理局作出的行政行为与其相关债权无法实现具有关联性，遂起诉。

案例评析：本案核心争议焦点为长沙某装饰公司是否为适格的行政诉讼原告。撤销涉案房屋初始产权登记为长沙某装饰公司的诉讼请求，要求撤销涉案房屋初始产权登记，长沙某装饰公司应证明涉案房屋产权登记行为与其自身存在利害关系，亦即县房地产管理局作出本案具体行政行为时客观存在依法应予保护长沙某装饰公司权益的情形。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第十二条，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第十三条规定，债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的，人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼，但行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的除外。行政法领域的利害关系，是指行政行为所援引的公法规范所要求保护的权利和利益受到该行政行为侵犯的可能性，只有相对人在公法领域的权利和利益可能受到行政行为侵害时，相对人才成为适格的行政诉讼原告。本案县房地产管理局 2009 年作出涉案房屋初始产权登记，2011 年，湖南某旅游公司与长沙某装饰公司签订国际酒店施工合同，其权利义务关系产生时间晚于涉案房屋初始产权登记的时间，且湖南某旅游公司与长沙某装饰公司之间的纠纷非涉案房屋所有权纠纷。房地产管理局作出本案被诉初始登记行为时，长沙某装饰公司未就涉案房产依法办理预告登记、抵押登记或申请人民法院采取强制执行措施，长沙某装饰公司亦未提供证据证实房屋登记机构工作人员明知湖南某旅游公司申请房屋初始登记系出于逃避偿还长沙某装饰公司合同价款之目的，从而恶意串通予以办理的情形。县房地产管理局也并无相关法律法规规定的需审核房屋登记主体负债情况之义务。长沙某装饰公司作为民事领域的普通债权人，与被诉初始登记的行政行为不存在行政法上的利害关系，不是本案适格的行政诉讼原告。[4]

（三）行政诉讼原告之其他规定

行政诉讼的原告死亡，可由其近亲属作为行政诉讼原告；行政诉讼的原告被限制人身自由，可委托其近亲属以其自身名义提起行政诉讼。合

伙企业参与行政诉讼的，原告为合伙企业登记的字号；个人合伙没有领取营业执照的，原告为全体合伙人，其中，该全体合伙人可以推选代表人参加行政诉讼。个体工商户提起行政诉讼的，原告为营业执照上登记的经营者；有字号的，原告为字号。法人或者其他组织终止，继受其权利义务的主体为原告。股东大会、股东会、董事会以企业为行政诉讼原告。联营企业、中外合资或者合作企业中的各方，可为行政诉讼原告。非国有企业被注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该企业或者其法定代表人为行政诉讼原告。事业单位等非营利法人的出资人、设立人，可为行政诉讼原告。业主委员会可作为行政诉讼原告，业主委员会怠于起诉的，专有部分占建筑物总面积过半数或者占总户数过半数的业主可作为行政诉讼原告。人民检察院履职过程中发现行政机关不作为或违法，侵害国家利益或者社会公共利益，应向行政机关提出检察建议，督促其依法履职；行政机关不依法履职的，人民检察院可提起行政诉讼。[5]

二、行政诉讼被告

具有国家行政管理职权的机关或组织，因其作出具体行政行为，有资格的行政诉讼原告不服，向人民法院提起行政诉讼，此时，该机关或组织即为行政诉讼的被告。本文第二部分主要就行政诉讼被告的相关法律问题进行分析。

（一）经行政复议案件的被告认定

经过行政复议的案件，复议决定为维持原行政行为的，复议机关与原行政行为机关同为行政诉讼被告；复议后复议决定改变原行政行为处理结果的，行政诉讼的被告为复议机关。法定期限内，复议机关未作出复议决定，以行政诉讼原告诉讼请求为区分，起诉复议机关不作为的，被告为复议机关；起诉原行政行为的，被告是作出原行政行为的机关。

案例 1：济南市市中区人民法院（2016）鲁 0103 行初 48 号案中，2015 年 11 月 2 日，原告向省公安厅提起政府信息公开申请，要求公开“省公安厅对于社会上群众反映强烈的关键词诈骗行为新型行业性犯罪问题的具体应对措施和预防措施”。2015 年 11 月 23 日，省公安厅作出政府信息公开答复，告知原告其政府信息公开申请涉及刑事司法工作，不属于《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条所指的政府信息。原告收到省厅政府信息答复后，向中华人民共和国公安部提起行政复议，要求确认省厅政府信息公开答复违法并撤销其答复。中华人民共和国公安部受理该行政复议申请后，在法定期限内向省厅发出行政复议提交答复通知书，省厅在法定期限内提交行政复议答复书。2016 年 1 月 29 日，中华人民共和国公安部作出《驳回行政复议申请决定书》。2016 年 2 月 3 日，原告收到上述复议决定书。

案例评析：行政诉讼法规定，经过行政复议的案件，复议决定为维持原行政行为的，复议机关与原行政行为机关同为行政诉讼被告，行政诉讼法解释明确规定了除以行政复议申请不符合行政复议受理条件为理由驳回的之外，驳回行政复议申请属于维持原行政行为的情形。本案中华人民共和国公安部受理原告的行政复议申请后，经过审理，驳回其行政复议申请，属于维持省厅原行政行为的情形，中华人民共和国公安部是本案行政诉讼被告之一。[6]

案例 2：北京市第二中级人民法院 2019 京 02 行终 490 号一案中，申请人向区公安分局申请信息公开，区公安分局作出政府信息公开答复。申请人不服，向市公安局提起行政复议。市公安局受理后，认为区公安分局所作的政府信息公开答复违法违规，撤销了区公安分局政府信息公开答复书，并要求其重新答复。

案例评析：该案属于典型的行政复议机关经过复议后，改变了原具体行政行为的处理结果，根据《中华人民共和国行政诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》的相关规定，该种情形下，作出改变的复议机关是行政诉讼的被告。

（二）被撤销或变更的行政机关之被告资格认定

根据行政诉讼法及相关司法解释，行政机关职权变更或者被撤销且有职权的继受主体的，该

职权继受主体为行政诉讼的适格被告。行政机关职权变更或者被撤销且没有职权的继受主体的，因该类行政机关的具体行政行为引起诉讼，垂直领导的，由其上一级行政机关作为适格的行政诉讼被告，非垂直领导的，由其所属的人民政府作为适格的行政诉讼被告。

案例1：长治市中级人民法院（2018）晋04行终253号案中，2017年12月1日长治市委办公厅、长治市人民政府办公厅作出长办发（2017）66号《关于印发〈长治高新技术产业开发区管理委员会（中国共产党长治高新技术产业开发区工作委员会）主要职责、内设机构和人员编制规定〉的通知》。《长治高新技术产业开发区管理委员会（中国共产党长治高新技术产业开发区工作委员会）主要职责、内设机构和人员编制规定》明确规定：长治高新技术产业开发区管理委员会为长治市政府派出机构；长治高新技术产业开发区建设管理部系长治高新技术产业开发区管理委员会内设机构；自发文之日起，长治高新区原定机构编制事项一律废止。2018年2月28日，长治市机构编制委员会办公室为长治高新技术产业开发区建设管理部颁发了统一社会信用代码证书，该证书载明机构性质为内设机构。[7]

案例评析：根据行政诉讼法及相关司法解释，行政机关职权变更或者被撤销且有职权的继受主体的，该职权继受主体为行政诉讼的适格被告。行政机关职权变更或者被撤销且没有职权的继受主体的，因该类行政机关的行政行为引起诉讼，垂直领导的，由其上一级行政机关作为适格的行政诉讼被告，非垂直领导的，由其所属的人民政府作为适格的行政诉讼被告。本案中的长治国家高新技术产业开发区管理委员会建设环保部被撤销，原审法院直接裁定驳回原告起诉是错误的，应对长治国家高新技术产业开发区管理委员会建设环保部是否有权利义务继受主体进行区分，如果存在继受的行政机关的，以该继受行政机关作为适格的行政诉讼被告；不存在权利义务继受主体的，还应当看是否为垂直领导，非垂直领导的，以其所属人民政府作为行政诉讼被告，垂直领导的，以其上一级行政机关作为适格的行政诉讼被告。

（三）委托方行政机关为被告之解析

行政机关委托其他组织行使行政职权时，委托方行政机关为适格的行政诉讼被告；行政机关内设机构、派出机构或者其他组织依据法律、法规或者规章授权行使行政职权，超出法定授权范围的，实施该行为的机构或者组织为行政诉讼的被告；没有法律、法规或者规章规定，行政机关授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，由该行政机关作为行政诉讼的被告。

案例1：松原市中级人民法院（2017）吉

07 行终 42 号一案中，原告李春茂为松原哈达山生态农业旅游示范区哈达山镇咚勒赫村村民。原告李春茂的部分土地在长白铁路扩能改造工程中被纳入征收范围。2014 年 12 月 3 日，松原市人民政府在《松原日报》上发布了《松原市人民政府关于做好长白铁路扩能改造工程线位保护工作的通告》。2016 年 5 月 24 日，被告哈达山管委会向原告李春茂下发了松哈达山责交（2016）004 号责令交出土地决定，内容为：1、于 2016 年 5 月 31 日后对在征收土地范围内的构筑物等地上附着物依法予以强制拆除、强行收回土地；限在 2016 年 5 月 31 日前自行拆除有经济价值的构筑物组成部分，逾期不拆除将全部强制拆除并有公证部门予以现场公证。2、执行强制拆除及强制收回土地时将封锁现场、禁止非执法人员入内，阻挠及侮辱执法人员依法执行公务的将由公安部门依法处理。同月 27 日，被告哈达山管委会向原告李春茂下发了（2016）004 号《拆除公告》，要求原告于 2016 年 5 月 31 日前自行拆除被征收土地范围内的作物大棚等地上附着物。2016 年 6 月 1 日，被告哈达山管委会组织相关单位人员对原告李春茂土地上的附着物（大棚架子、机井、葡萄苗等）进行了强制拆除。在拆除时，被告未进行证据保全。拆除后，原告李春茂在到有关部门上访未果后，诉至法院，请求法院依法撤销被告哈达山管委会作出的松哈达山责交（2016）004 号责令交出土地决定；恢复被强征土地上原有的地上物：生产大棚、抗旱机井、葡萄苗等设施，赔偿 2016 年的生产损失（以鉴定结果为准）。另查明，被告哈达山管委会于 2013 年经吉林省人民政府批准成立，属于松原市人民政府的派出机构，为正处级单位。又查明，长白铁路扩能改造工程由铁路总公司和吉林省人民政府共同出资建设，松原市人民政府负责本市沿线内项目的征地拆迁、工程外部环境保障和协调服务等工作。[8]

案例评析：行政诉讼法及相关司法解释明确规定，没有法律、法规、规章授权的，行政机关的派出机构以其自身名义作出行政行为的，行政诉讼原告不服，应以行政机关为被告进行起诉。本案的哈达山管委会于 2013 年经吉林省人民政府批准成立，属于松原市人民政府的派出机构，哈达山管委会对外以其自身名义作出行政行为，其法律后果由松原市人民政府承担。因此，本案适格被告应为松原市人民政府。

（四）关于房屋征收部门的行政诉讼被告资格认定

在征收房屋及补偿工作中，市、县级人民政府确定的房屋征收部门作出具体行政行为，该市、县级人民政府确定的房屋征收部门为适格的行政诉讼被告。如果房屋征收部门另行委托其他实施主体具体实施房屋征收及补偿工作的，该实施主体在房屋征收部门授权范围内的行为，引起争议的，仍然由房屋征收部门作为行政诉讼的适格被告。

济南市槐荫区人民法院（2018）鲁 0104 行初 64 号案中，槐荫区法院经审理查明的事实如下，2016 年 12 月 19 日，槐荫区政府作出济（槐荫）征字 [2016]24 号房屋征收决定并发布济（槐荫）征告字 [2016]24 号房屋征收决定公告，确定对本市槐荫区东至阳光新路，西至南辛庄西路，南至兴济河、丁字山，北至经十路范围内国有土地上的房屋进行征收，房屋征收部门为槐荫城更局，征收实施单位为槐荫征收中心，签约期限自房屋征收决定公布之日起 140 日。槐荫城更局于 2016 年 9 月与槐荫征收中心签订房屋征收委托合同，委托槐荫征收中心“负责协调征收范围内的房屋及其附属物的拆除以及未拆除建筑物部分的修复工作”。刘霞所有的位于槐荫区德兴东街 * 室的房屋在本次征收范围内，但槐荫城更局、槐荫征收中心一直未与刘霞签订房屋征收安置补偿协议书。约在 2017 年 12 月 26 日及其后，槐荫城更局、槐荫征收中心将案涉房屋及其所在的整幢楼房被拆除。刘霞因要求确认槐荫城更局、槐荫征收中心强拆其房屋的行为违法，于 2018 年 1 月 2 日向槐荫区政府提出行政复议申请。槐荫区政府于 2018 年 1 月 4 日收到行政复议申请，于 4 月 8 日依法受理，当日向槐荫城更局、槐荫征收中心发送提出答复通知书；2018 年 5 月 14 日，槐荫区政府作出被诉行政复议决定书，认为槐荫征收中心不具备行政复议被申请人的主体资格，刘霞要求确认槐荫城更局、槐荫征收中心强制拆

除其房屋行为违法的申请，没有事实和法律依据，决定驳回刘霞行政复议申请，并将行政复议决定书向各方当事人送达。刘霞对槐荫区政府作出的行政复议决定书不服，遂以济南市槐荫区城市更新局、济南市槐荫区房屋征收服务中心、济南市槐荫区人民政府为被告向本院提起行政诉讼。[9]

案例评析，根据行政诉讼法及相关司法解释，在征收房屋及补偿工作中，市、县级人民政府确定的房屋征收部门作出行政行为，该市、县级人民政府确定的房屋征收部门为适格的行政诉讼被告。如果房屋征收部门另行委托其他实施主体具体实施房屋征收及补偿工作的，该实施主体在房屋征收部门授权范围内的行为，引起争议的，仍然由房屋征收部门作为行政诉讼的适格被告。本案济南市槐荫区城市更新局受济南市槐荫区人民政府决定，担任涉案项目的房屋征收部门，后济南市槐荫区城市更新局与具体实施该项目的主体济南市槐荫区房屋征收服务中心签订委托合同，由济南市槐荫区房屋征收服务中心具体实施涉案项目。根据上述规定，项目实施主体济南市槐荫区房屋征收服务中心的行为后果由房屋征收部门济南市槐荫区城市更新局承担，济南市槐荫区房屋征收服务中心并非本案的适格被告。原告以济南市槐荫区房屋征收服务中心为被告起诉，应予以驳回。

（五）开发区管理机构行政诉讼被告资格认定

开发区管理机构由国务院、省级人民政府批准设立的，该类开发区管理机构作出具体行政行为，法律后果由该类开发区管理机构承担，行政诉讼程序中，该类开发区管理机构为适格的行政诉讼被告；该类开发区管理机构所属职能部门作出行政行为，法律后果由该类开发区管理机构所属职能部门承担，行政诉讼程序中，该类开发区管理机构所属职能部门为适格的行政诉讼被告。非国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构所属职能部门作出行政行为，法律后果由开发区管理机构承担，行政诉讼程序中，以开发区管理机构为适格的行政诉讼被告。开发区管理机构没有行政主体资格的，以设立该机构的地方人民政府为被告。

我国行政权力行使过程多样，行政组织内部关系复杂，在很多行政诉讼判例中，准确理解行政行为的法律后果承担主体显得尤为重要。浙江省高级人民法院浙行终 1448 号案中，就涉及到了这类问题。开发区管理机构由国务院、省级人民政府批准设立的，该类开发区管理机构作出行政行为，法律后果由该类开发区管理机构承担，行政诉讼程序中，该类开发区管理机构为适格的行政诉讼被告；该类开发区管理机构所属职能部门作出行政行为，法律后果由该类开发区管理机构所属职能部门承担，行政诉讼程序中，该类开发区管理机构所属职能部门为适格的行政诉讼被告。《中华人民共和国行政诉讼法》第二十六条第六款规定，“行政机关被撤销或者职权变更的，继续行使其职权的行政机关是被告。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第二十条第一款规定，“行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告”；第二十一条规定，“当事人对由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构作出的行政行为不服提起诉讼的，以该开发区管理机构为被告；对由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构所属职能部门作出的行政行为不服提起诉讼的，以其职能部门为被告。”本案中，《温岭工业园区（温岭市城市新区）管理委员会主要职责内设机构和人员编制规定》（温编〔2014〕61 号）证明，与上诉人签订涉案合同的温岭市城市新区建设办公室于 2014 年成为温岭工业园区的下属事业单位，而温岭工业园区管委会负责工业园区（城市新区）的规划、开发、建设、管理和协调工作，其下属的“退二进三科”具有“负责企业收储、评估、厂房拆除、补偿结算和档案整理归档等工作”的职能。《浙江省人民政府关于批准设立宁波望春工业园区等 16 家省级开发区的通知》（浙政函〔2006〕83 号）证明，温岭工业园区系浙江省人民政府批准成立的开发区，故开发区管理机构具有行政主体资格。上诉人忽略了行政职权转移的事实，仅以温岭市城市

新区建设办公室于 2009 年与其签订涉案合同系受温岭市人民政府的委托为由，就以温岭市人民政府为被告提起诉讼的做法，不符合前述法律规定。[10]

又如，西安铁路运输法院 2018 陕 7102 行初 1489 号案中，根据西安市机构编制委员会市编发 [2004]25 号《西安市机构编制委员会关于组建市？灞河综合治理开发建设管理委员会的通知》及市编发 [2007]34 号《西安市机构编制委员会关于市？灞河综合治理开发建设管理委员会更名的通知》,西安？灞生态区管理委员会(原名西安市？灞河综合治理开发建设管理委员会) 是由西安市人民政府设立的事业单位。根据行政诉讼法及相关司法解释，开发区管理机构由国务院、省级人民政府批准设立的，该类开发区管理机构作出行政行为，法律后果由该类开发区管理机构承担，行政诉讼程序中，该类开发区管理机构为适格的行政诉讼被告；该类开发区管理机构所属职能部门作出行政行为，法律后果由该类开发区管理机构所属职能部门承担，行政诉讼程序中，该类开发区管理机构所属职能部门为适格的行政诉讼被告。非国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构所属职能部门作出行政行为，法律后果由开发区管理机构承担，行政诉讼程序中，以开发区管理机构为适格的行政诉讼被告。开发区管理机构没有行政主体资格的，以设立该机构的地方人民政府为被告。西安？灞生态区管理委员会 (原名西安市？灞河综合治理开发建设管理委员会) 是由西安市人民政府设立的事业单位，没有行政主体资格，其行政行为的法律后果应由设立主体西安市人民政府承担。由此，本案被告应为西安市人民政府。

(六) 行政诉讼被告之其他规定

村民委员会或者居民委员会、高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会依据法律、法规、规章的授权实施行政行为，其法律后果自行承担，行政诉讼原告不服的，以村民委员会或者居民委员会、高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会为适格的行政诉讼被告。但是行政机关委托上述委员会、事业单位、行业协会作出行政行为的，其法律后果由行政机关承担，行政诉讼过程中，以委托方行政机关为适格的行政诉讼被告。

三、行政诉讼第三人

行政诉讼第三人，是指在行政诉讼过程中，与同案行政诉讼被诉具体行政行为或者案件结果存在利害关系的主体。第三人参与行政诉讼，可以通过自行申请，也可以通过法院通知。需要注意的是，这里的利害关系，不仅包括直接利害关系，还包括间接利害关系，例如，A 在公共场所与 B 争吵，C 为帮 B，出手殴打 A。后行政机关认定 A 扰乱公共秩序，C 殴打他人，对 A 和 C 进行了行政处罚。A 复议后提起行政诉讼。C 未起诉。A 提起的行政诉讼案中，从表面看，行政机关对于 A 和 C 分别作出两个独立的行政处罚，C 与该案被诉具体行政行为没有直接利害关系，但从法院角度，在审查该案行政处罚所认定的事实时，需要查清行政机关对 C 的行政处罚所认定的事实，由此，C 属于与被诉具体行政行为存在间接利害关系的主体，应作为本案第三人参加诉讼。

以上为根据法律法规、相关司法解释及相关判例，针对行政诉讼原告、被告及第三人相关法律问题作出的分析和总结。因实践情况错综复杂，对于行政诉讼主体资格的认定还存在各种各样的现实困难，仍需不断总结经验，以推动行政诉讼主体认定程序的完善，促进行政诉讼主体认定结果的准确。

注释：

[1] 黄山市中级人民法院（2018）皖 10 行终 65 号行政裁定书
[2] 德阳市中级人民法院（2018）川 06 行终 156 号行政裁定书
[3] 甘肃省高级人民法院（2018）甘行终 328 号行政裁定书
[4] 岳阳市中级人民法院（2018）湘 06 行终 72 号行政裁定书
[5]《中华人民共和国行政诉讼法》、《最高人民法院关于适用 < 中华人民共和国行政诉讼法 > 的解释》
[6] 济南市市中区人民法院（2016）鲁 0103 行初 48 号行政判决书
[7] 长治市中级人民法院（2018）晋 04 行终 253 号行政裁定书
[8] 松原市中级人民法院（2017）吉 07 行终 42 号行政裁定书
[9] 济南市槐荫区人民法院（2018）鲁 0104 行初 64 号案行政判决书
[10] 浙江省高级人民法院浙行终 1448 号星恒裁定书

□ 代渠阳/文

代渠阳，北京市中伦文德(成都)律师事务所资深合伙人律师，具有十五年以上丰富执业经验。代渠阳律师在公司业务、房地产、TMT行业、劳资风险防范及重大民商事代理等领域有着丰富的实务经验。其服务的客户中既有中国“一带一路”的大型企业也有民营企业与外资公司。

□ 刘济东/文

刘济东，北京中伦文德（成都）律师事务所律师，毕业于四川大学（硕士）。从2004年开始从事法律相关工作，2011年律师执业，一直并主要从事公司法律事务、房地产法律事务和诉讼法律事务，有多年企业任职经历。

浅析个人借款保证保险合同项下的法院管辖权

在个人信用借贷消费迅猛发展的今天，个人借款保证保险合同必然得到广泛应用。保险公司把握时代脉搏开发此项业务无可厚非，但借贷必然存在风险，特别是在没有抵押物的情形下，违贷现象不在少数。保险公司在对违约客户进行常规催收后依然无果，只能将其诉诸司法，这时，作为律师的我们就有机会从保险公司那里获得该类型案件。这类型案件有个特点，往往是成批交给承办律师 / 律所，少则数十件，多则数百件。我们拿到案件后，会发现一个严峻的问题，那就是这些案件的被告分散在各地，如果我们按照被告住所地法院管辖思路去解决这些案子的立案和后续诉讼问题，势必极大增加我们的运营成本。那么有没有可能打破常规思路，将这类型案件的立案和后续诉讼放在方便我们的法院呢？我个人认为是存在这种可能性的，对此，我作如下探讨供大家参考，以期将上述问题研究透彻。

一、个人借款保证保险合同管辖权问题研讨的现实意义

个人借款保证保险合同是保证保险合同的一种，其法律关系的外在表现形式大多为借款人先与银行等金融机构建立借贷法律关系，为了保证借款合同的履行，借款人（投保人）再与保险公司（保险人）签订保证保险合同，该保险合同的受益人则是发放借款的银行等金融机构。可以看出，保证保险合同除了具有保险合同的特征外，其形式也符合保证担保合同的要件构成。那么，对保证保险合同究竟是保险合同还是保证担保合同，我国法律理论界有较大争议，司法实务中对上述两种观点均有判例支持。我个人倾向于认为保证保险合同是保险合同的一种，如已废止的《中华人民共和国财产保险条例》【1983 年发】也将其明确列为财产保险合同的其中一类。这类型案件的共同特点就是：律师一次性接案数量众多、单案体量偏小（争议金额集中在数万～数十万区间）、被告四处分散，若按照传统的被告住所地

法院管辖思路去处理案件，承办律师必将陷入四处奔波、费时费力的不利境地。另一方面，作为原告的保险公司，他们也不希望案件分散在不同的法院管辖。保险公司方面担心，不同法院的法官对案件认知可能存在较大差异，万一出现对其不利的判决结果（同案不同判的情形在我国时有发生），将会对其苦心建立的经营模式带来摧毁性的打击。因此，保险公司作为原告方 / 委托方，他们希望将案件集中在合适的法院进行管辖，降低诉讼意外风险。所以，既要降低我们律师自己的运营成本，也要减少客户的经营风险，这就是我们进行这次研讨的现实意义所在。

二、除被告住所地外法院管辖权的法理分析

从我们已完成的具体案例来看，对个人借款保证保险合同案件，各地法院均以保险合同纠纷为案由立案审理，对此类案件的管辖，民事诉讼法（以下简称“民诉法”）作了专章规定：民诉法第二十四条“因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。”民诉法的规定为我们研讨其他法院对这类型案件的管辖权提供了核心法理支撑。

据此，我们大概可以认为，只要找到每个案件中具体的保险标的物所在地，即可判断除被告住所地外还可由哪个法院管辖。那么我们需要考量这类型案件中的保险标的物究竟是什么？鉴于案件中投保人与保险人签订的是《个人借款保证保险合同》，这是一款财产保险合同，根据《中华人民共和国保险法》第十二条之规定：“财产保险是以财产及其有关利益为保险标的的保险。”在个人借款保证保险合同法律关系中，我们发现符合作为保险标的物的元素只有也只能是各方权利义务共同指向的对象—“借款”。那么，我们再作分析，上述借款首先是从被保险人之一的银行那里发放给投保人 / 借款人，再由投保人 / 借款人按月分期偿还至前述银行，因此我们将前述银行所在地视为保险标的物所在地，还是有较充分的事实依据。这样，我们就可以将那些被告分散在四处的案件集中递交到发放借款的银行所在地法院进行管辖，一旦成功，将会极大降低我们的运营成本，显著提升我们的工作效率。这些银行所在地大多情况下与原告保险公司处在同一城市区划之内，案件从各地法院集中在身边的一家或数家法院管辖，对保险公司而言，他们对这种情况是喜闻乐见的。

三、前述理论分析能否用于实践的困惑

通过前面的分析和梳理，貌似我们可以认定银行所在地法院可以作为有管辖权的法院之一，但落实到实际操作，我个人认为存在较多不确定因素，理由如下：

1、保证保险合同中保险标的和保险标的物概念模糊，不易准确判断。通过对保证保险合同的研习，可以发现司法理论实务界对该类型保险合同的法律适用是存在诸多争议的，通说认为保证保险合同的保险标的是保证投保人履行债务（见保监法 1999 年 16 号文）。既然保险标的是一种行为，那么在这类型保险合同中是否存在保险标的物，如果存在那保险标的物是什么呢，本人尚未查到。经向保险行业的专业人士咨询，依然没有得到满意答复，他们也不能明确该类型合同的保险标的和保险标的物。对此，我个人认为，“个人借款保证保险合同”是为了配合金融机构个人信用贷款业务应运而生或刻意设计的一款保险合同，其目的可能也是为了让该项业务更好地游走在法律的边缘或缝隙之间，对这类型存在争议的事务，既然公说公有理、婆说婆有理，那么我们大可在解释时采用更有利于我方的观点和依据。

2、法院负责立案的法官对这类型案件管辖权的归属可能认知不同。按照目前各省会城市主城区法院每年立案审理案件的数量来看，其工作量早已饱和，那么法官对这种既可左又可右的案子，主观上可能是排斥放到自己所在法院来管辖的。他们若有了这种先入为主的思想，很可能对我们工作的开展造成阻碍。这时，可能需要更多的情理上的办法来说服法官接纳我们的观点。

综上，将被告住所地在外地的案件转交至发放借款银行所在地法院管辖既有一定的法律依据，更有极大的现实意义。在此希望以本文抛砖引玉，希望各位同仁不吝赐教，共同助力我们律师行业在该类业务领域的良好发展。

中伦文德

李敏律师，本所高级合伙人，毕业于清华大学建筑学院、法学院，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

□ 李　敏/文

张冰梅，本所律师，毕业于对外经济贸易大学，主要从事房地产、信托、保险资金投资等业务。

□ 张冰梅/文

消费信托在中国的前沿发展

在信托公司回归“信托”本源、寻求信托业务转型、服务实体经济的大背景下，随着互联网的发展以及网络购物平台模式的逐步成熟，网络平台、手机支付等创新消费方式越来越取代传统的商场现金消费模式，消费信托应运而生，本文试着从业务一线的角度梳理有关消费信托在中国的前沿发展。

一、消费信托的概念、最新动向及未来发展

（一）什么是信托

根据《中华人民共和国信托法》（以下简称“《信托法》”）第二条的相关规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。实践中，信托是金融行业的重要成员，目前我国信托行业的资产管理规模仅次于银行。有交易的地方需要金融，需要金融的地方都能用信托，所以很多人形象的说，信托是金融超市。

（二）什么是消费信托

在我国传统观念上，信托与消费并不直接相关，信托的出发点通常是投资者的投资收益，家族信托的出发点往往是家族财富管理和传承，但消费信托则是以消费者的消费需求为出发点，并且结合了理财、消费、其他的例如服务等功能。从实践的角度来看，消费信托通常是信托公司接受消费者的委托，按照消费者的意愿，将信托财产用于向供应商购买具有较高性价比的消费权益，例如餐饮、教育、旅游度假、体育健身、电子产品、艺术品、购房等，以此作为消费者部分或全部的信托投资收益，并按照信托文件的约定对信托产品运行提供全流程监管，以实现满足消费者特定消费需求的信托目的。

（三）消费信托是对传统信托观念的重大突破

传统观念上理财是延迟的消费，而消费信托则突破观念束缚，将理财直接与消费对接，打通了消费和理财的双需求通道，也打通了产业链的前端融资需求和后端消费需求的通道，使消费者通过投资理财，直接实现了消费这一最终目的。从消费端的角度，消费信托相当于打造了一张具有金融功能的消费卡；从产业端的角度，则既为

供应商构建了一个可以联动的投融资渠道，又为供应商构建了一个金融化的销售渠道。因此，消费信托作为传统信托观念的重大突破，极大地促进了产业链资金的循环。

（四）消费信托在我国的最新动向及未来发展

消费信托在我国的发展具有特殊的背景，从政策方面来看，服务实体经济、金融脱虚就实本身也是国家金融政策，整个信托行业鼓励信托公司回归信托本源，信托公司也都在寻求信托业务转型以及探索新的业务方向；从商业环境来看，传统的商场现金消费模式逐渐被网络平台、手机支付等创新消费方式所取代，并且互联网的发展以及网络购物平台模式的逐步成熟，也为消费信托的发展提供了技术支撑。

基于上述背景，自中信信托在 2013 年推出第一款消费信托产品开始，随着经济周期下行、资管新规驱动以及我国居民收入快速稳定增长和消费结构不断升级的大背景下，信托行业进入转型期，多家信托公司纷纷发力向消费金融信托业务转型，截至 2019 年第一季度，已有 30 多家信托公司明确开展了消费信托业务。目前，消费信托从一个摸着石头过河的“试水”项目，逐步变成了一个系列化运作的较为成熟的项目。消费信托也不断发展出新的外延，覆盖的消费领域逐步扩大，养老消费信托、手机消费信托、汽车消费信托和医疗消费信托等一系列消费信托产品逐渐进入了消费者的视野。

根据国家商务部发布的有关报告显示，2018 年我国消费金融市场（不含房贷）规模为 8.45 万亿元，市场渗透率为 22.36%，预计到 2020 年我国消费金融市场规模将达到 12 万亿元，届时渗透率将达 25.05%。据此可知，我国消费金融仍处于发展期，有较大的增长空间，业务模式也还有很多的创新空间，未来消费信托业务具有坚实的发展基础，信托公司积极布局消费信托业务将获益颇丰。

二、消费信托初期发展阶段的主要业务模式及优势

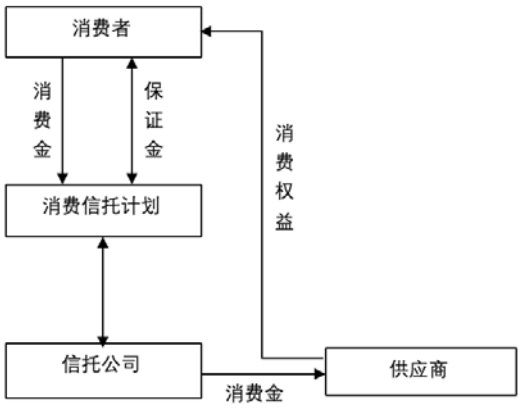
（一）消费信托在初期发展阶段的主要业务模式

在消费信托的初期发展阶段，消费信托中更多倾向于消费，消费信托的理财、服务等功能体现不明显。在此阶段消费信托主要有如下三种业务模式：

1、信托财产对应消费金及保证金的操作模式

此种模式中消费者购买消费信托产品，随之信托资金由信托公司交至供应商，信托资金分为消费金和保证金，其中消费金用于消费者购买消费权益，保证金由信托公司用作投资以获得收益，消费者在消费时无须另行支付价款，到期时由信托公司返还保证金（具体模式详见“图一”），例如中信信托和招商银行合作的“嘉丽泽国际健康岛”项目，该消费信托产品分为 H 类和 G 类两种，期限均为五年，购买 H 类产品的客户交付 8.8 万元，其中 7.5 万元为保证金，五年后到期信托公司全额返还保证金，1.3 万元作为会籍费一次性收取，每年会籍费 2600 元，按年度扣减；购买 G 类产品的客户交付 18.8 万元，其中 15 万元为保证金，会籍费为 3.8 万元。以 H 类产品为例，在度假消费权益方面，客户每年拥有 14 天云南嘉丽泽健康岛度假公寓居住权，另外附赠嘉丽泽项目健康消费卡，且消费者在使用度假消费权益时无需另行支付对价。

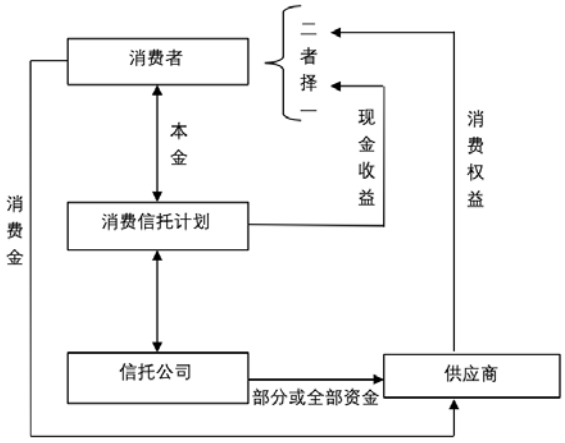
图一　本金 = 消费金 + 保证金



2、信托财产对应优惠权及保证金的操作模式

此种模式中，消费者向信托公司购买信托产品，信托计划到期后信托公司将信托财产全额返还给消费者，同时，消费者获得以折扣价购买商品或者服务的权利，信托计划到期后消费者具有一定的选择权，既可以选择产品或者服务，也可以选择现金收益（具体模式详见“图二”），例如长安信托推出的“中国电信消费信托”，该消费信托计划的运行模式为：消费者花费 5000 元可获得一部 iphone6 手机，每个月存入 319 元话费并获得 399 元的电话套餐，2 年合约到期后，信托公司向消费者返还 5000 元本金，此外还会向消费者提供消费选择权，即消费者可选择 1200 元的话费或 600 元现金的收益。

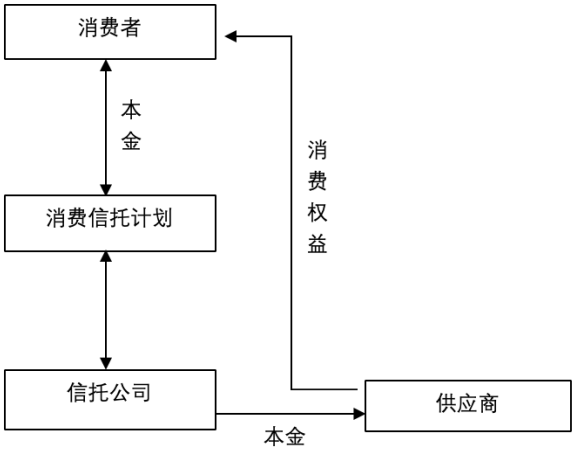
图二 本金＝优惠权＋保证金



3、信托财产全部为消费金，无名义上的保证金的操作模式

此种模式中，消费者向信托公司购买信托产品，信托计划到期时信托财产全部消耗，除非满足某一条件（如未消费）可退还消费者部分信托财产（具体模式详见“图三”），例如中信信托与凯撒旅游联合推出的 9999 元“海洋旅行包”。消费者购买该消费信托产品，即可获得包括 3 款精品线路各一次的出行权益，分别是：马尔代夫 6 日自由行，巴厘岛＋金银岛 6 日 5 夜花样之旅、歌诗达邮轮大西洋号日韩 6 日 5 夜，前述 3 条旅游线路的市场原价逾 2.1 万元，这也意味着，消费者的投资回报率超过 110%。

图三 本金＝消费金



从表面上来看，以上三种模式的信托财产用途、受益权的形式均有所不同，但其设计理念并无本质差别。第一种模式中消费者的支出是消费金和保证金，第二种模式中消费者的支出同样是消费金和保证金，二者的区别在于前者是通过信托公司向供应商支付消费金，而后者是消费者自行将消费金支付给供应商。同时第一种模式中消费者获得消费权益，第二种信托模式中消费者获得消费权益或现金收益，但在消费信托实务中，消费者在信托到期之时得到现金收益和消费权益往往在价值上相当，不论是现金收益还是消费权益，都将被纳入到信托报酬之中。换句话说，如果消费者选择消费权益，则从结果上看，第一种模式和第二种模式并无不同。由此，前两种模式的主要区别在于消费金所支付的对象和支付方式的不同，共同点在于两种模式都存在保证金的投资收益。

第三种模式似乎与前两种模式有很大的差别，实则不然。以上述中信信托与凯撒旅游联合推出的“海洋旅行包”为例，消费者购买“海洋旅行包”并支付信托财产后，信托财产将作为保证金由中信信托监管，消费者完成旅游线路后，中信信托再将商品或者服务的对价作为消费金支付给旅游服务供应商凯撒旅游。在行权期限之内，消费者提前支付了信托财产，该笔信托财产在信托存续期间内发挥了多种用途，在信托公司中作为保证金进行投资收益，又作为商品或者服务的对价以消费金的形式支付给供应商，因此，在第

三种模式中，信托财产仍然可以被分为消费金和保证金。

综上，消费信托在初期发展阶段的最主要的特点为：将信托财产分为消费金和保证金，消费者将消费金用于特定产品或服务的消费，保证金被信托公司集合利用以获取投资收益或消费折扣率；保证金一般高于消费金，在于保障信托财产整体保值增值，以完成购买消费权益的目标，保证金的使用也是消费信托不可或缺的一环。

（二）初期发展阶段中的消费信托业务模式的主要优势

1、对于消费者来说，前述消费信托业务模式可以帮助消费者选择性价比更高的消费权益。一方面，信托公司能帮助消费者寻找到优质的供应商，在消费者享受到更优质的产品和更高的服务品质的同时，无形中也将引导消费者关注更健康的生活方式和生活品质；另一方面，消费信托可以更好的维护消费者的权益，信托公司能以其商誉和组织上的优势获得有利的地位，帮助消费者维护其合法权益。

2、对于供应商来说，一方面，前述消费信托业务模式可以为供应商提供了极为重要的资源——消费者；另一方面，消费信托为供应商实现了以销定产，同时也起到了金融反哺实业的积极作用，信托财产可投入供应商运营，实现产融结合，有利于产业资本的快速流动，提高资本配置的效率。

三、消费信托在快速发展阶段的主要业务模式

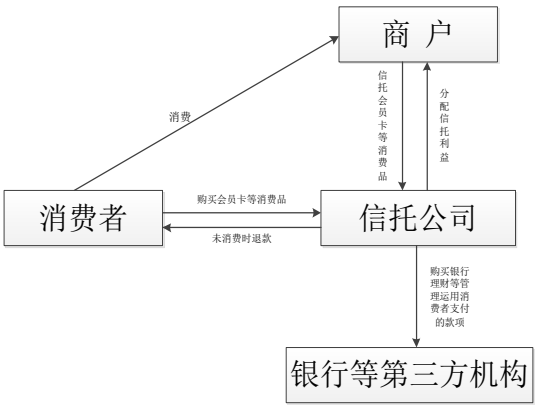
随着消费信托业务的发展，消费信托将消费与理财进行了紧密结合，更多的体现了消费信托的理财及消费的多重功能，这对于参与各方都有更大的吸引力和优势，所以消费信托也进入了快速发展的阶段，在此阶段消费信托主要有如下两种业务模式：

（一）模式一：信托财产为商户会员卡等消费品、受益人为消费者的交易模式

在此种模式中（具体模式详见“图四”），商户作为委托人，向信托公司提供会员卡等消费品作为信托产品，并由各消费者自信托公司处购买该等会员卡等消费品，消费者将获得一定额度的消费权益，并获得远高于其自信托公司处购买会员卡等消费品的购买本金的商品 / 服务；在一定期限届满后，若消费者未消费，则信托计划向其退回购买本金。

通过此种模式，消费者可以获得高性价比的消费权益，同时信托公司可以利用消费者支付的购买本金等沉淀资金进行集中投资获取超额收益，以弥补产品运用成本等。

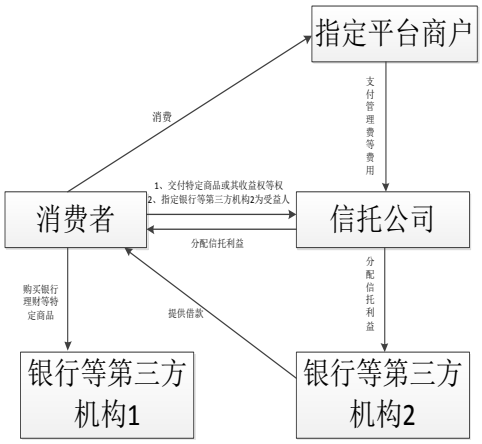
图四 信托财产为商户会员卡等消费品、受益人为消费者的交易模式



（二）模式二：信托财产为消费者购买的商品或消费者基于该等商品所享有的权利、受益人为向消费者提供借款的借款人、消费者的交易模式

在此种模式中（具体模式详见“图五”），消费者作为委托人，自行购买特定商品（如银行理财等），并将该等商品或基于该等商品所享有的权利交由信托公司以设立信托计划；在信托计划期限内，消费者可在信托公司指定的平台或商家消费，资金方可通过垫付消费者消费结算款的方式向消费者提供不超过特定商品购买价（如银行理财本金金额）等额的借款；在资金方向消费者发放借款后，消费者可将借款人指定为信托受益人；特定商品变现（如理财产品到期）后，变现资金优先以资金方向消费者提供的借款金额为限向资金方分配，分配后如有剩余用于向消费者进行分配。

图五 信托财产为消费者购买的商品或消费者基于该等商品所享有的权利、受益人为向消费者提供借款的借款人、消费者的交易模式



（三）上述消费信托业务模式的区别

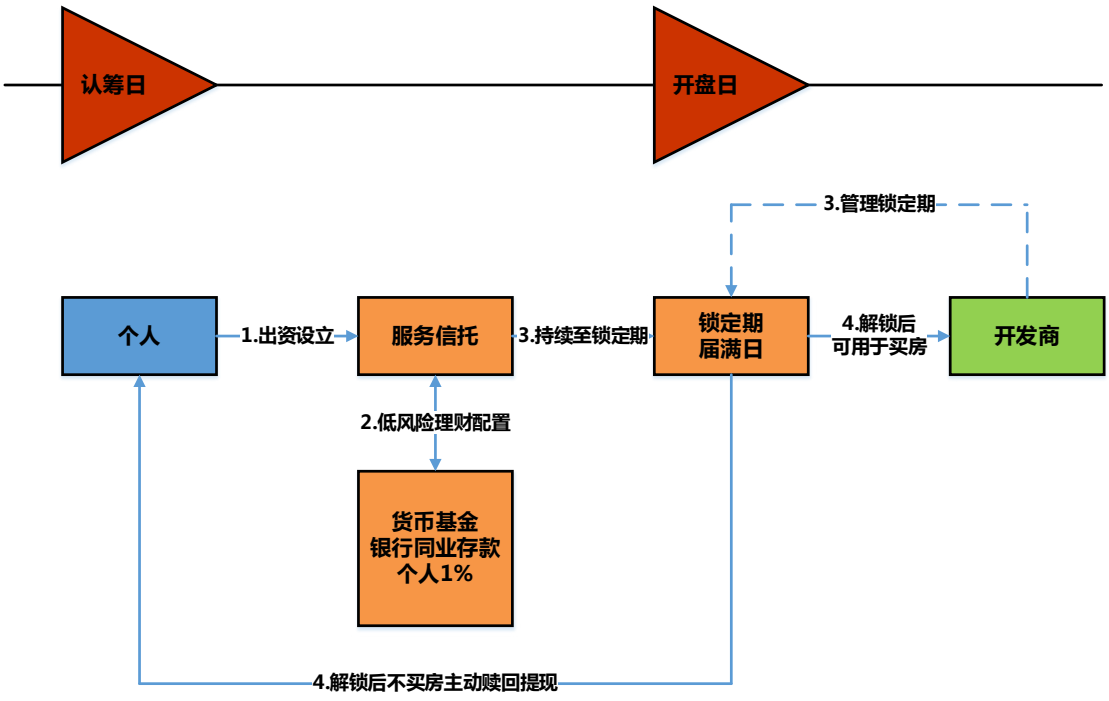
前述两种消费信托业务模式存在较大的区别，主要在于：

（1）模式一项下的委托人为商户，模式二项下的委托人为消费者；（2）模式一项下的信托财产为商户会员卡等消费品，模式二项下的信托财产为消费者购买的商品或消费者基于该等商品所享有的权利；（3）模式一项下的受益人为消费者，模式二项下的受益人为向消费者提供借款的借款人、消费者；（4）模式一未结合消费金融，而模式二结合了消费金融。但是不论何种业务模式，在消费信托快速发展的阶段，消费与理财总是紧密结合的。

四、消费信托最新发展阶段中的业务模式

随着消费信托业务的快速发展，除了消费信托中越来越将消费与理财进行了紧密结合，也越来越体现出服务以及其他功能，消费信托＝理财＋消费＋服务＋风险风控……的趋势越来越明显。例如在信托公司与某地产公司合作的项目中（具体模式详见“图六”），就重点体现了消费信托这一功能。

在上述项目中，消费者作为委托人，出资设立单一信托，并设置锁定期（如3个月，开发商拿到销售许可证后可向信托公司发送指令提前结束锁定期），锁定期内消费者不能支取服务信托账户内资金；信托公司将信托账户内闲置资金用于购买货币基金、同业存款等低风险理财产品，并于锁定期结束后赎回所购买的理财产品；与此



图六 某地产公司认筹金消费信托案例交易结构

同时锁定期到期后消费者有两种选择：第一，消费者可以选择购房，通过线上支付、下线扫码支付等方式将款项支付至开发商以冲抵房款，并获取投资收益（及购房折扣）；第二，如消费者未选择购房，则信托公司将本金返还消费者，并向消费者支付部分或全部投资收益。

上述项目作为我国消费信托最新发展阶段中的典型业务模式，具有多重意义，既为房地产开发商解决了蓄客问题，又合法合规的解决房地产开发商提前收取认筹金的需求，与此同时信托公司还可获取锁定期内资金沉淀收益。

五、消费信托发展过程中需解决的有关法律问题

（一）消费信托是否适用资管新规，委托人是否必须符合资管新规规定的合格投资者条件

根据《中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称“资管新规”）第三条相关规定，资产管理产品包括但不限于人民币或外币形式的银行非保本理财产品，资金信托，证券公司、证券公司子公司、基金管理公司、基金管理子公司、期货公司、期货公司子公司、保险资产管理机构、金融资产投资公司发行的资产管理产品等。

根据上述消费信托的交易结构，如委托人向信托公司交付的均为财产，而非资金，则不属于资金信托，因此不适用资管新规的有关规定，委托人也无需符合资管新规规定的合格投资者条件。但如果某一消费信托项下委托人向信托公司交付的是资金而非财产，则需适用资管新规的有关规定，届时委托人需符合资管新规规定的合格投资者条件。因此，信托公司在开展消费信托项目时，应根据消费信托的具体类型及模式，严格遵循《信托法》以及资管新规的规定，审慎选择符合相关法律法规规定的合格投资者。

（二）供应商的准入领域不明确

消费信托作为信托的一种创新形式，消费信托中的消费与传统意义中的消费存在着较大差异，消费信托为消费者提供一定的商品或者服务，但其本质依旧是信托，具有一定的投资风险，目前，供应商没有明确的准入制度，不利于降低消费者的消费风险。

（三）信息披露制度不够完善

为了保护消费信托项目的委托人与受益人的利益，在消费信托项目的运行期间，信托公司只有及时有效地披露消费信托项目的相关信息与内容，履行信息披露的义务，才能保护消费者利益。

根据《信托投资公司信息披露管理暂行办法》的相关规定，信托公司须进行定期披露与临时披露，但前述规定对信托公司的信托披露义务约定的较为原则和简单，对于不同的投资领域也没有进一步细化的操作标准，重要信息的缺位则会导致信托监管机构与委托人对于信托项目的经营状况不是很了解，无法去考察并且量化受托人是否忠实地履行了其应尽的义务，不利于保障消费者的利益。

中伦文德

□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长，拥有30多年国内外保险法律和业务经验。李政明律师为多家保险集团、保险公司、保险资管、中介机构以及投资人提供法律服务，包括保险机构筹建和股权转让、常年法律顾问与合规、诉讼仲裁和保险资金运用等。李政明律师在保险法领域的长期耕耘与深厚积淀、专业周全的服务以及良好的业绩，获得了保险业、司法界以及社会有关方面的广泛认可。

□ 陈劲松/文

陈劲松律师，中伦文德律师事务所资深律师，擅长金融保险诉讼、公司纠纷、房地产、并购重组等公司商事领域业务。曾先后在中国平安财产保险股份有限公司和中华联合保险集团股份有限公司从事多年法务合规工作。

瑞幸咖啡“财务造假”，保险公司应承担董事责任保险的赔偿责任吗？

2020 年 4 月 2 日，在美国上市的中概股瑞幸咖啡（NASDAQ:LK）在其官网发出公告称，自 2019 年二季度以来，公司的首席运营官（COO）参与业绩造假。此消息一经公布，无异于一石激起千层浪，令人唏嘘不已，持续发酵的瑞幸咖啡“财务造假”事件进一步引发国内外关注。4 月 3 日，平安财险发布信息，“收到瑞幸咖啡董事责任保险理赔申请、正在进一步处理中”。4 月 9 日，中国平安管理层在其股东大会上进一步指出，“产品有清晰条款，故意违反条款属于免责行为”。借助瑞幸事件，早些年一直不温不火，随着科创板问世和新证券法确立的“中国式证券集体索赔制度”逐渐升温的董事、监事与高管责任保险（以下简称“董事责任保险”），这一次可谓是“沸燃”，不但引起保险圈内人士的讨论，投资界、法律界和社会有关方面对此也非常关注。

那么，董事责任保险的承保公司是否应为瑞幸咖啡“财务造假”事件买单？保险公司否能否拒赔？对于这个热点问题，本文将做初步分析，与业内人士和社会相关方探讨。瑞幸事件还处于起步阶段，公开信息有限，随着调查的深入，相信会有更详尽的信息和承保情况披露出来。本文仅以现阶段的公开信息和保单样本条款做学理上的解读，并不代表承保公司的理赔结论。

1. 瑞幸咖啡“财务造假”事件的背景

2019 年 4 月 22 日，瑞幸咖啡向美国证券交易委员会 (SEC) 提交了招股说明书；2019 年 5 月 17 日，瑞幸咖啡正式在纳斯达克挂牌上市。

2020 年 1 月 31 日，著名做空机构浑水公司（Muddy Waters Research）在社交媒体宣称，收到了一份来自匿名者的做空报告。这份长达 89 页的报告指出，瑞幸咖啡从 2019 年第三季度开始捏造财务和运营数据，夸大门店的每日订单量、每笔订单包含的商品数、每件商品的净售价，从而营造出单店盈利的假象。又通过夸大广告支出，虚报除咖啡外其他商品的占比来掩盖单店亏损的事实。

2020 年 2 月 3 日，瑞幸咖啡对浑水公司公开的 89 页匿名报告作出回应，瑞幸咖啡坚决否认报告中的所有指控，并对做空报告中所指的店均日销售商品数、单均商品数、广告费用、其他产品净收入这四项做出回应。

2020 年 2 月 13 日，Pomerantz 等律师事务所以浑水公司做空报告中提及的虚假财务状况为由，向美国纽约南区法院提起证券集体诉讼索赔，被告包括瑞幸咖啡、公司 CEO 和 CFO，控告瑞幸咖啡作出误述和遗漏重要事实，主张在美国联邦证券法的框架下，为瑞幸咖啡的投资者追索经济损失。

2020 年 4 月 2 日，瑞幸咖啡在其官网发布公告，宣布公司董事会已成立特别委员会负责进行内部调查；瑞幸咖啡公告显示，自 2019 年二季度以来，公司的首席运营官（以下简称“COO”）兼董事，以及下属几名向其汇报的员工，参与进行了某些违规行为，包括伪造某些虚假交易；并指出和虚增交易相关的 2019 年第二季度到第四季度的总销售额约为 22 亿人民币。

随后，罗森律师事务所劳伦斯·罗森在接受《棱镜》采访时表示，将更新诉状，扩大瑞幸咖啡投资人的代理范围，并将 COO 加入被告一栏。

2020 年 4 月 3 日，中国证监会发布声明，高度关注瑞幸咖啡财务造假事件，对该公司财务造假行为表示强烈的谴责；同时指出，中国证监会将按照国际证券监管合作的有关安排，依法对相关情况进行核查，坚决打击证券欺诈行为，切实保护投资者权益。

2020 年 4 月 5 日，瑞幸咖啡在其新浪微博发布了道歉声明：涉事人员已被停职调查。并称对于任何涉事人员，公司将保留采取法律手段的权利，不会包庇，绝不姑息。

2020 年 4 月 9 日，中国平安管理层 4 月 9 日在中国平安股东大会上指出，瑞幸董事责任保险共保体基础层保额为 1000 万美金，平安的额度不超过两百万美金。产品有清晰条款，故意违反条款属于免责行为。

2. 瑞幸咖啡董事责任保险的保单安排

2.1 董事责任保险

董事责任保险，全称为董事、监事及高级管理人员责任保险。作为一种职业责任保险，董事责任保险缘起于欧美，诞生于 19 世纪末，起初鲜有问津，直到 20 世纪 80 年代才开始迅速得到工业化世界的青睐。200 年，平安财险和丘博保险合作推出了我国第一款“公司董事及高级职员责任保险”，董事责任保险作为“舶来品”首次引入中国。董事责任保险承保公司董事、监事、高管人员在履行管理职务或雇员职责时，存在因不当履职行为损害公司及其股东利益的风险。也就是说，董事及高管人员在履行管理职务或雇员职责时，存在因不当履职行为损害公司及其股东利益而遭受索赔的风险，由董事责任保险的保险公司承担赔偿责任。

根据侵犯的法律利益不同，董事责任保险的保障范围分为 SideA、SideB 和 SideC 三个部分。SideA 为董事、监事、高级管理人员违反勤勉尽责义务引发的公司索赔，例如股东代表之诉。SideB 为董事、监事、高级管理人员履职不当引发索赔下的公司补偿责任，这一补偿责任并非基于法律规定，而是根据董事、监事、高级管理人员与公司之间的协议约定。SideC 为董事、监事、高级管理人员履职不当和 / 或公司不当行为引发的股东证券类索赔，例如证券集体诉讼。

董事责任保险采用的是索赔提出制模式，索赔提出制是相对于事故发生制而言的。所谓索赔提出制，是指董事、监事、高级管理人员 / 公司被指控的不当行为发生在保险追溯期或保险期间内，且在保险期间内和发现期内（保险期间内届满后的一段时间）提出索赔。索赔提出制可以限

定索赔期限，更好地控制事故发生制面临的“长尾”风险。

有数据显示，目前美国上市公司董事责任保险的投保率约为 96%。港股上市公司董事责任保险投保属于半强制性的。根据港股的上市规则附录第 14 条规定：在香港联交所上市公司必须为董事购买保险；如果未能合规则，需要在年报和中报中披露未购买的原因。目前 A 股上市公司董事责任保险的渗透率还比较低，但随着 2020 年 3 月 1 日新证券法的实施，针对信息披露违法违规最高可处罚 1000 万元，董事责任保险已经被越来越多的 A 股上市所重视。

2.2 瑞幸咖啡中概股董事责任保险的保单安排及保单赔偿限额

在美国纳斯达克上市前，瑞幸咖啡投保了董事责任保险。根据公开报道，瑞幸咖啡的董事责任保险一共有四层保单组成，总的保险金额达到 2500 万美元。也就是说，瑞幸咖啡董事责任保险采用“三层超赔结构”安排，基础层上面还有三层超赔层。其中基础层保单是由 8 家中资公司组成的共保体承保，基础层保单的保险金额 1000 万美元，平安财险是基础层保单首席承保方，承保 30% 份额。

对于董事责任保险“超赔结构”安排，由于中概股董事责任保险保额高、承保风险大，通常由多家保险公司参与承保，部分项目还会安排超赔层结构，也就是在基础层上面还有几层超赔层，逐层触发理赔，有些承保保险公司在基础层，有些承保保险公司在超赔层，每一层的保单的承保范围、被保险人范围、除外条款、特约安排等也不尽相同。

3. 瑞幸咖啡“财务造假”事件，保险公司是否应承担董事责任保险的赔偿责任？

3.1 财务造假将面临极端严厉的责罚

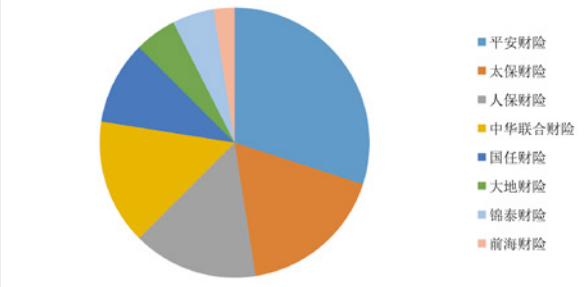
2001 年的安然事件，安然公司等财务欺诈和安达信等审计丑闻，严重影响了投资者的信心，损害了美国利益，社会各界纷纷呼吁严惩企业欺诈行为。在此背景下，美国颁布了《2002 年萨班斯—奥克斯利法案》(the Sarbanes-Oxley Act of 2002)。该方案被认为是自 20 世纪 30 年代以来最深刻的一部证券业改革法案。《萨班斯法案》对会计造假行为严格管制。如：故意进行证券欺诈的犯罪最高可判处 25 年入狱，对犯有欺诈罪的个人和公司的罚金最高可达 500 万美元和 2500 万美元；公司首席执行官和首席财务官必须对报送财务报告的合法性和公允表达进行保证，违反此规定，将处以 50 万美元以下的罚款或者入狱五年；故意破坏和捏造文件以阻止、妨碍或影响的调查行为被视为犯罪，将被处以罚款或判处 20 年入狱，或予以并罚。此外，《萨班斯法案》“404 条款”要求上市公司的首席执行官 (CEO) 和首席财务官 (CFO)，对公司出具财务报告的真实性、公允性应该做出承诺和保证。

3.2 瑞幸“财务造假”事件引发董事责任保险理赔分歧的原因

瑞幸咖啡于 2020 年 4 月 2 日在其官网发布的公告，称公司内部初步调查发现，和虚增交易

表一：瑞幸咖啡董责险“三层超赔结构”

图二：瑞幸咖啡董责险基础层共保体份额占比



相关的 2019 年第二季度到第四季度的总销售额约为 22 亿人民币，与这些虚增交易相关的成本和费用也被大量虚增，且投资者不应该依赖于公司此前公布的截止到 2019 年 9 月 30 日的前九个月、2019 年第二季度、第三季度的财务报表和业绩公告。从上述公告内容来看，此次瑞幸咖啡造假金额巨大、时间跨度长、同时涉及运营数据和财务数据，如果只是公司 COO 及其下属员工的个人层面行为，很难让人信服。

本次瑞幸咖啡“财务造假”事件，引发保险业内人士对董事责任保险理赔热议。大多数业内人士认为，上市公司财务造假属于严重的证券虚假陈述，欺诈行为属于董事责任保险的免责条款，保险公司不应该承担赔付责任。也有一部分业内人士提出了不同的看法，认为目前下结论为时过早。

那么，瑞幸咖啡“财务造假”事件，保险公司是否承担董事责任保险项下的赔付责任？这不是一个简单的“是”与“否”的问题。一起保险事故的理赔往往都涉及以下几个基本问题：案涉事故是否属于保单的保障范围？投保人是否履行了如实告知义务？是否属于除外责任或免责范围？被保险人主张的损失有无依据？事故既涉及保险项目又涉及非保险项目的，责任如何分担？等等之类的问题。

对于董事责任保险理赔工作来讲，以上四个问题通常是绕不过去的。中概股董事责任保险作为一项复杂的商事风险转移的交易安排，如果仅以瑞幸咖啡“自曝”的 COO 参与了“财务造假”，便得出保险公司应该赔偿或应拒赔的结论，是有失偏颇的。原因有四点：第一，董事责任保险是一款定制化程度比较高的责任保险，由于其涉及小股东、大股东、公司、董事、监事、高级管理人员等诸多利益团体，且各董事、监事、高级管理人员内部利益也可能存在冲突，如披露义务可分性、责任可分性等这类条款是一般的保险险种所不具备的，它的条款安排极为复杂。因此，其中某一位高级管理人的不实披露和欺诈行为并不一定影响其他未参与的被保险人的高级管理人员。第二，瑞幸咖啡董事责任保险共有四层保单组成，即基础层上面还有设有三层超赔层，每一层的保单责任安排可能也不一样。因此，即使属于一层保单的承保责任，也不等同于构成其他层保单的保险责任；其中一家或几家保险公司赔付或拒赔，并不代表可以触发所有承保公司的赔付或拒赔。第三，中概股董事责任保险是一张保单全球适用的，而英美法系与大陆法系在保险法律架构和规定上的差异比较大。例如董事责任保险作为一种舶来品，其如实告知义务条款诉诸于中国法院适用中国法律，如何以“西式（美式）”的条款安排来“套入”适用中国的法律适用，存在理解与适用上的分歧也是难免的。第四，瑞幸咖啡自爆公司 COO 参与“财务造假案”，这是其特别之处，现有证据尚无法完全判断“财务造假”是否为公司行为，是 COO 一人行为还是多名高级管理人员的共谋行为，这些问题还需要司法机构最终认定。

3.3 证券集体诉讼索赔是否属于董事责任保险责任范围？

如前文所述，美国多家律师事务所已代表投资者，向美国纽约南区法院提起证券集体诉讼索赔，控告瑞幸咖啡作出误述和遗漏重要事实。这是一种“证券类索赔”，或者叫“有价证券赔偿请求”，应属于董事责任保险 SideC 部分的承保范围。

3.4 财务造假是否构成不实告知，保险公司能否以此拒赔？

在上市公司投保董事责任保险时，财务数据通常是重要的告知事项，如果参与造假的被保险人投保时披露了该等虚假财务数据，保险公司应有权拒绝赔付。从现有公开材料可知，瑞幸咖啡公开招股说明书的时间是 2019 年 4 月 22 日，上市时间是 2019 年 5 月 17 日；实务中，董事责任保险的承保时间通常为上面两个时点之一。瑞幸咖啡的投保时间应该在此两个时点之前。而瑞幸咖啡于 2020 年 4 月 2 日披露 2019 年第二季度就存在财务造假；因此，瑞幸咖啡的投保时间和财务造假时间存在交叉，初步判断，瑞幸咖啡的 COO 在投保时存在“不实告知”的可能性。

那么，如果公司 COO 不实告知认定属实且

保险公司拒赔，是否意味着公司和 CEO、CFO 也会被当然拒赔呢？答案是不一定。这需要对承保公司的条款和相关法律规定进行分析。

第一，董事责任保险的 SideC 项下条款通常会有“可分性”条款。所谓可分性条款，是指其中一名被保险人的不实告知并不能适用于其他被保险人。为便于分析，笔者摘取了 a、b 两家保险公司的条款，分别如下：

a. 保险人不得将某一被保险人在申请保险时进行的陈述或提供的资料适用于其他任何被保险人；

b. 任何被保险个人或其代表所作的陈述，或其掌握的信息或知悉的情况，不应对确定其它被保险个人是否可以获得本保险合同所提供的保障造成任何影响。

也就是说，即使公司 COO 不实告知，并不意味着公司 CEO 和 CFO 也一定构成不实告知。就瑞幸咖啡“财务造假”事件而言，公司 CEO 和 CFO 是否构成不实告知，需要看二人是否参与造假或对造假知情。

第二，在 SideC 项“可分性”条款中，通常会有特定高级管理人的披露行为视为 / 推定 / 代表公司行为的约定。为便于分析，我们同样摘取了 a、b 两家保险公司的条款，分别如下：

a. 对于本保险条款第一条第 2 款“公司有价证券赔偿请求”项下的保障，只有被保险公司过去、现在或未来的首席执行官或首席财务官（或与前述职位相当者）所作的陈述或所掌握的信息才被推定为该被保险公司所作的陈述或所掌握的信息，担任投保人的前述职位的人士所掌握的信息将被推定为所有被保险公司所掌握的信息。

b. 根据第 1.3 款“证券类索赔的公司保险”的规定确定承保范围时，只有公司的财务主管、首席执行官、首席运营官、首席法律事务高级管理人员、执行董事和总裁（或类似职务）的陈述或者提供的资料才对该公司有效；同时，只有在保单持有人机构中担任上述职务的人士的观点才能代表该公司。

从以上两家保险公司的保险条款来看，有代表权的高级管理人员的范围不尽相同。b 保险公司条款明确约定首席运营官 COO 的投保告知对公司有效，此时如果公司 COO 未如实告知，保险公司可以以此拒绝向公司赔付。而 a 保险公司的条款未予明确，但同时括号内说到“或与前述职位相当者”，公司 COO 是否与 CFO 或 CEO 职位相当呢？这又涉及保险条款的解释与理解的问题。此时如果公司 COO 未如实告知，保险公司如果以此拒绝向公司赔付则可能引发争议。因此，就瑞幸咖啡“财务造假”事件而言，如果证据证明公司 COO 构成未履行告知义务，是否能等同于公司未履行如实告知义务？首先，需要结合保单条款和特别约定来进行判断。如果不能得出肯定结论，就需要进一步证据，来甄别瑞幸“财务造假”的行为究竟是公司 COO 的个人行为还是公司行为。

第三，除了承保公司的条款约定，我们还需要考虑法律适用的问题。尽管瑞幸咖啡在美国纳斯达克股票市场上市，如今在美遭受证券集体索赔，而其作为一家国内企业，承保保险公司也都是国内保险公司。与英美法系不同，我国适用严格的询问告知义务，所谓“无询问、不告知”；告知义务仅限于投保人，被保险人告知并不当然等同于投保人告知；且如果没有具体性询问而是概括性询问，也是难以被司法部门认可的。我国《保险法解释（二）》第六条规定：“投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。当事人对询问范围及内容有争议的，保险人负举证责任。保险人以投保人违反了对投保单询问表中所列概括性条款的如实告知义务为由请求解除合同的，人民法院不予支持。但该概括性条款有具体内容的除外。”因此，根据上述司法解释，需要审视承保公司在询问告知条款的安排是否存在法律上的瑕疵。此外，保险公司行使保险合同的解除权还应受 30 天除斥期间的限制。

3.5 保险公司能否以欺诈免责条款拒赔？

结合当前公开的报道来看，瑞幸咖啡的董事责任保险结构安排，在“基础层”上还有几层“超赔层”。所谓董事责任保险超赔层结构，简单来说就是有多家保险公司参与承保，通常是先由基础层的保险公司在限定保额内承担赔付责任（前提是符合理赔条件）；当损失超过这一额度后，“基

础层”将被突破，由紧接着的第一家承接“超赔层”的保险公司继续支付超出的部分；接着是第二个“超赔层”……；以此类推。这种逐层的阶梯结构在大额保险项目相当普遍。当然，不同层的条款约定可能不同，存在基础层“不赔”但超赔层“赔”的情况。

回到瑞幸咖啡“财务造假”事件，对于参与公司财务造假的被保险人，承保保险公司有权依据免责条款进行拒赔。如前文所述，此前瑞幸咖啡官网公告仅提到了公司 COO 及其下属几名向其汇报的员工参与了“财务造假”。那么，“财务造假”究竟是公司行为还是 COO 个人行为，是 COO 一人行为还是多名高级管理人员的共谋行为呢？

第一，董事责任保险保单条款的差异化较大，承保公司需要审查保险条款中是否明确约定，公司特定高级管理人的欺诈行为是否代表 / 推定 / 视同为公司行为的条款（“视同条款”）。如果存在此类条款，那么公司 COO 的欺诈行为视为公司的欺诈行为，COO 财务造假属于公司行为。在这种情形下，保险公司有权依据免责条款做出拒赔决定。

第二，如果保险公司设置了“视同条款”，财务造假的高级管理人员行为视同公司存在欺诈行为，则保险公司可以依据该类条款拒赔。对于没有证据证明参与财务造假的其他高级管理人员，特别是如果保单中约定了“在确定是否适用本项责任免除的规定时，任何被保险人的行为不应被推定为任何其它被保险个人的行为。”保险公司可能需要甄别研究，不能轻易做出对其他高管人员、对公司的拒赔决定。

第三，如果承保公司没有“视同条款”，保险公司需要根据条款的约定，结合司法裁决、被保险人自认或其他方式认定“财务造假”是公司 COO 个人行为还是公司行为。为便于分析，我们同样摘取了两家保险公司的条款，分别如下：

a. 经不可上诉的司法程序终局判决或仲裁裁决（不包括本公司为确定是否属于本保险合同规定的保险责任而提起的诉讼或程序）确定的下列任一情形引起的或以其为基础或原因的损失：(ii) 任何刑事犯罪或任何不诚实或欺诈行为……。

b. 不诚实或不适当的行为，指被保险人或者公司的下列行为：1) 故意违反职责或者对这种行为的纵容；2) 进行犯罪、诈骗、不诚实或恶意行为或者对这种行为的纵容；……上述行为经书面确认、法庭判决或其他形式的最终决定后，才能适用上述各项除外条款。

3.6 承保保险公司是否可以参加瑞幸咖啡在美证券集体诉讼？

在美中概股的证券集体诉讼通常是一个相当漫长的过程，诉讼当事人通常选择和解结案。因此，承保保险公司全面、充分地介入在美诉讼程序，掌握充分地案件事实，判断“财务造假”的责任面，为公司赔付 / 拒赔提供事实和证据支撑。

美国的诉讼第三人制度与与大陆法系国家存在较大的差异。大陆法系国家往往恪守两面诉讼的基本格局，而美国诉讼的第三人制度更注重纠纷解决的彻底性。根据《美国联邦民事诉讼规则》第 24 条（a）款有关规定，第三人诉讼参加有两种类型，即权利参加和许可参加。权利参加是一种法定加入方式，无需取得法院许可，前提是符合以下三个条件：（1）具有与作为诉讼标的的财产或交易相关的利益；（2）在申请人缺席的情况下，诉讼的处理结果会在实际上损害其保护自己利益的能力；（3）现有的诉讼当事人不能够充分代表申请人的利益。许可参加是一种经过法院裁量许可而参加到诉讼中来的制度。许可参加的条件较为宽松，通常第三人申请参加诉讼的条件只有一个，即其请求或抗辩与正在进行的诉讼存在共同的法律或事实问题，而不要求申请人对诉讼标的具有直接的、个人的或经济上的利益。综上来看，我们认为保险公司是可以以“权利参加”的方式加入到证券集体诉讼程序的。

总之，我们认为，在现阶段，保险公司是否应承担瑞幸咖啡董事责任保险项下的赔偿责任，或者保险公司是否可以拒赔，目前尚难定论。随着相关政府部门或司法机关调查的开展，许多事实和证据将公布于世，这将有助于董事责任保险的承保公司赔付责任的逐步甄别和明确。笔者愿与热心的读者、社会相关方一道，拭目以待。

□ 郝　伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司／并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。

□ 田卓亚/文

田卓亚，实习律师，华东政法大学法学学士，主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、企业合规审查项目等。

网络时代政府与市场的法律边际

——以互联网金融模式创新的监管边界为例

摘要：自市场经济出现以来，市场与政府、自主与干预一直是各种规则中的核心问题。网络与数字技术及其带来的社会高度联通性，改变了政府与市场的关系，开启了秩序再造和价值重塑的过程。其中，网络技术与传统金融业结合，产生的新的互联网金融商业模式极具代表性。本文以传统政府与市场关系界定与法律平衡的基础理论为根基，以互联网金融模式创新的监管边界为例，分析网络时代政府与市场的法律边际界定问题，探讨如何实现国家公权力有效协调市场主体创新及监管。

关键词：政府 市场 法律边际 互联网金融 监管边界

导言

在法律层面，有关市场和政府的边际问题是经济法学研究的逻辑起点，其随着社会与经济的发展，不断进行着探索和修正。如今，由数字、物理和生物技术结合推动的第四次工业革命正以前所未有的速度、广度和深度全面袭来。[1] 其中，互联网与传统金融业相结合产生的新的商业模式油然而生，互联网金融现已上升到我国国家战略层面，近年来连续被写入政府工作报告。继 2015 年 7 月十部委联合发布《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》后，我国先后出台了互联网保险、网络支付等一系列监管细则，初显我国政府对互联网金融创新从促进到规范的监管思路。

互联网金融与传统金融相比，一方面，互联网金融的本质依然是金融，所以互联网金融创新与监管之间的关系和传统金融创新与监管之间的关系有契合之处；另一方面，两者之间依然存在着明显的差异，由此带来的互联网金融监管也就具备了新的内涵，即在互联网金融监管方面应该适度区别于传统金融监管模式。由此可见，互联网金融的监管是网络时代政府与市场法律边际的典型缩影。找准互联网金融模式创新与监管的立法平衡点，对于厘清网络时代政府与市场法律边际的重要性是不言而喻的。

一、市场经济条件下政府职能选择与法律平衡

纵观西方资本主义国家市场经济体制演变

发展的历史，国家干预主义和自由放任主义的经济理论交替占据主导地位。“强调政府政策或干预会促进经济稳定与社会平等”和受到政府干预的“市场会削弱资源的有效利用，阻碍经济发展”两种观念轮番上映。[2]

随着亚当·斯密（Adam Smith）在《国富论》中极具经典地将市场喻为“看不见的手”（Invisible Hand），古典经济学应运而生[3]，其崇尚通过自由市场竞争的方式来配置资源，主张政府只充当“守夜人”的角色。但是20世纪30年代经济大危机的爆发，彻底暴露了自由放任市场的严重弊端。作为对完全自由市场的反思，凯恩斯主义主张用以总需求管理为核心的政策对经济实行干预。然而，伴随70年代严重“滞胀”现象的出现，否定政府作用的新自由主义经济学重新兴起。2008年国际金融危机之后，对新自由主义的反思又成为了经济学的潮流。两者的边界划分是消解两权冲突的首要前提，实质上是结合“两个失灵”辩证施治的过程，者注定是一个综合、动态、有底线的平衡过程。

（一）市场经济条件下政府职能选择

政府应该拥有哪些职能，即政府应该做些什么？解答这个问题的关键在于如何在两个极端之间寻求政府的最优干预：一个极端是“中央计划经济”[4]，即政府是一切经济行为的决定者；另一个极端是“自由放任主义”，即政府发挥作用仅限于其他力量失灵的情况下，例如发生自然灾害的时候，对经济活动进行干预。[5] 亚当·斯密的《国富论》与卡尔·马克思的《资本论》分别奠定了“自由经济”和中央计划体制的基础[6]。

亚当·斯密说，“市场经济是合乎自然与人性的、天然的自由制度。”[7] 所以，市场经济的政治含义就是政府与经济的分离，其政治前提是政府不插手民间的经济事务。没有权力受到限制的政府就没有真正的市场经济。与此同时，在当今世界，如果没有政府的作用，要形成错综复杂的经济和社会网络是不可能的。[8]

市场经济中政府的职能范围，即政府的职能定位，具体包括宏观调控、保护产权和维护市场秩序、社会管理、公共服务等，政府履行这些经济职能的目标，即政府对经济进行干预的目标，理查德·马斯格雷夫在《公共财政理论》中阐述为稳定经济、收入分配、资源配置，这与我国目前宏观调控的目标“促进经济增长，增加就业，稳定物价，保持国际收支平衡”不谋而合，此外，政府职能的范围也受一国经济发展水平、经济发展平衡程度、对外开放程度等诸多因素的制约。

现代国家政府多采用“治理”来形容政府行使其职能的过程，“治理”一词蕴含着政府在干预市场时所应当秉承的“度”，有学者总结“治理”的几个特点，治理主体多元化、治理机制中的权力运行可以是多个向度、治理结构呈现多元化网络等特点。[9] 抛弃“统治”的思维方式，给予市场主体更多的自由选择权，但并非自由放任，“治”字便体现在政府职能上，所以政府职能的发挥要合乎政府治理的宽度和限度，现阶段“让市场在资源配置中起决定性作用，让政府更好的发挥作用”讲求的就是一个“治理之度”的问题。

在现代市场经济中，要充分发挥市场机制应有的作用，在市场机制能够起作用的场合，要清除一切阻碍助其发展；而在市场机制受限领域，政府应踊跃承担、积极作用，对经济进行适时的干预和控制，既不“缺位”、“越位”也不“错位”，即要有所为，有所不为，不要胡为。

（二）市场经济条件下两权对抗的法律平衡

“市场经济是法治经济，市场的运行离不开良好的法治环境。”市场经济及其法治的正常运作与有序发展是市场和政府功能协作的结果，而这必须受到法律的规范和保障，如此一来就可以在法治中实现国家经济治理兼顾效率与公平的追求。[10]

当代经济环境的错综复杂要求所有国家的政府再也不能“无为而治”，但是政府干预的前提是必须是充分的尊重市场，任何背离市场规律和市场内在要求的干预都是阻碍经济发展的，我国曾经奉行的计划经济体制给我国的经济和社会留下了深刻的烙印，虽然现在政府已经鼓励让市场发挥资源配置的决定性作用，但在实践中政府的不当干预常常会造成难以消退的恶劣影响，因此

要保证政府的职能发挥到位，明确政府与市场的边际，必须通过法律的形式明确政府与市场的法律边界。

市场经济条件下，政府行使经济职能，或是通过经济立法，或是颁布相关经济法规来制定市场规则，规范市场行为，但是前提是对经济的正常运行不加以干涉，有时是通过调整经济政策，干预市场主体从而间接影响市场主体的经济活动，有时为了公共利益或者其他原因通过行政法规、条例、办法等途径直接向特定行业的市场主体发布命令来规范其市场行为，甚至是通过亲自的经营或者控制某些行业的企业来实现经济干预市场的目的。因此，在不同的经济环境和经济条件下，政府干预市场，履行经济职能的力度是不同的，也就是政府和市场的边界也是不断变化的。

二、互联网时代政府与市场关系变动

“互联网 +”时代的兴起，使得许多领域发生了颠覆式的改变。以网络购物为例，电子商务乘着互联网的东风迅猛发展，缩短了时空的限制，通过线上线下结合的方式，使得消费者足不出户就可以买到心仪的商品，这不仅拓宽了产品的销售渠道，也改变了人们的消费习惯。阿里巴巴数据显示，2016 年天猫“双 11”全球狂欢节总交易额超 1207 亿元，同比增长 32.37%。 国家统计局数据显示，2016 年全国网上零售额为 51556 亿元，同比增长 26.2%。其中，实物商品网上零售额 41944 亿元，同比增长 25.6%，占社会消费品零售总额的 12.6%，比上年提高 1.8 个百分点。“互联网 +”时代平台化、信息化、共享化的特征，较好地实现了供给者和需求者的双向互动，极大地降低了信息传递的成本，促进了分享经济的发展，使资源能够得到更加合理的配置和利用，提高了生产效率。

“互联网 +”时代创造的巨大机遇还体现在政务服务方面。2016 年 9 月，《国务院关于加快推进“互联网 + 政务服务”工作的指导意见》(国发〔2016〕55 号) 对政府网上服务的流程、模式、信息公开等各方面都作了规定。借助“互联网 + 政务服务”模式，能够实现公众需求和政府职能供给的有效匹配。对公众而言，公共服务的网络化建设为他们提供了便捷的诉求表达渠道，使其更好地享受公共服务。对政府而言，“互联网 +”时代的到来不仅促进了公共服务硬件设施的升级，加强了食品安全、商品质量等方面的市场监管信息收集。更为重要的是，互联网思维的普及，对政府职能的履行具有指导意义。面对诸多“创造性破坏”的产生，政府需要运用互联网思维，实现从“管控”到“监管”的重大转型。

诚如狄更斯所言，“这是最好的时代，这是最坏的时代”。“互联网 +”带来的“宝物”是令人欣喜的，相应地，“陷阱”和“猛兽”也无处不在。仍以网购为例，消费方式发生了变化，商品质量问题却突出出来。2016 年上半年，网络购物投诉占全部电子商务领域投诉的 52.75%，质量问题、售后服务、退款问题、网络诈骗、虚假发货等方面成为消费者投诉的主要问题。 网络送餐行业面临着同样的困境。“饿了么”、“美团外卖”、“百度外卖”等网络送餐平台在短期内呈爆炸式增长，为了抢占用户扩大市场占有率，外卖平台对入驻商家的资质审查不够严格，无证经营的情况数见不鲜。平台的虚拟空间性，也使得黑外卖的犯错成本降低，不良商家为获暴利不惜铤而走险。除了食品生产环节的安全隐患，配送过程中餐具的达标情况、食物的保鲜情况，同样严重影响食品安全。

实际上，“互联网 +”时代所产生的上述问题并非“一日之寒”，传统市场也存在着相似的问题，因为市场经济在信息不对称的环境下运行。为了弥补这种不确定性可能带来的风险——如逆向选择和道德风险，通常通过政府履行市场监管职能来降低信息不对称。政府干预的效果，在很大程度上取决于监管政策是减轻还是加重市场信息不对称。[11] 政府虽然可以借助专业化、机构化、制度化等优势将监管成本从市场交易转移到政府组织内部，但它也面临着来自企业和消费者的双重信息不对称，这使得它在收集和处理信息方面的成本相当昂贵，并且这些成本往往由企业和消费者承担，最终都转嫁到了消费者身上。政府也并非如经济学假设中那般客观理性、精明能干，监管失灵的情况屡见不鲜。当前，我国政府的市场监管职能尚不完善，监管权力配置不够清

晰，存在着横向监管部门间多头、分段监管，以及纵向各级政府间职权范围和权力关系模糊等问题。受指令型经济思维影响，政府对行政性监管手段的过多使用和监管执行过程中的越位、缺位、错位，又导致监管效果不尽如人意。

这些困难在“互联网+”时代新兴技术的发酵下，生发出更多的挑战。得益于信息技术的迅猛发展，信息获取、传递、记录和处理的成本不断降低，信息数量呈爆炸式增长，信息传播速度大幅提升。在这一过程中，市场主体依托技术获得了更强的信息收集和加工能力，提升了企业和消费者的供需匹配度，有效降低了市场交易成本。另一方面，互联网平台等新兴交易主体尽管发挥了其作为多边市场在开展实时交易、节约交易成本等方面的显著优势，但它们却并没有弱化或消解信息不对称。[12] 过度复杂和信息过载导致的产品突出特征的掩藏本身就是一种市场失灵，[13] 影响了消费者搜寻和识别信息的能力。这就导致在缺乏良好竞价机制的情况下，信息越多反而会使企业利用信息对消费者做出“钓愚”行为。[14] 由此可见，我们身处信息爆炸的时代，并非单纯的美事一桩。

新业态的成长，放大了监管漏洞，加剧了监管问题的复杂性。随着互联网经济诸多新模式的发展，市场主体呈现多元化、快速化的增长，传统专业市场的优势和竞争力日趋减弱，[15] 监管客体早已超越传统的线下实体企业范围。日渐壮大的是线上和线下交易结合的商业模式，其中包含了众多虚拟经济体，超越了时间和空间的限制。若单纯依靠资质准入、行政性检查等传统的政府市场监管力量，将无法适应市场环境变化的需要，难以确保市场秩序的维护。

可以看到，当前我国政府的市场监管正面临着双重考验，既有来自我国市场经济体制本身不成熟带来的陈年旧疾，也有由新技术革命产生的全新挑战。为了适应更加复杂的市场环境，实现市场经济体制的全面深化改革，亟需重新认识政府的市场监管职能及其履行方式。

三、互联网金融模式创新带来的挑战

互联网金融创新增强了未来一定时期内金融业发展的活力，但作为网络技术应用、实体经济变革和金融服务方式创新三因素共同作用下的新商业模式[16]，给传统金融业务及其监管带来挑战，且与现有

商业规则及立法的冲突不可回避。无论是受到保护鼓励的发达国家，还是具有后发优势的发展中国家，都必须以互联网金融交易的安全性、金融市场的稳健性、客户的权益保护性为前提，避免平台增长过快、恶性竞争、假冒伪劣、经营不善等问题。互联网金融创新与传统金融创新之间存在差别，因此与传统金融相比，互联网金融与监管之间的关系就产生了新的内涵与新的挑战。

第一，对利益相关者权益保障提出新要求。以股权众筹为例，该模式是依托网络平台开展的发散性、无中心且点对点的融资活动，在信息接受者范围、交易流程等方面均与传统股权流转不同，因而以现有立法规范难以实施有效监管。一是众筹平台作为筹资计划的审核方目前尚无准入门槛和资质要求，其对筹资计划审查缺乏公信力。二是我国立法规定非公开募股的认购人需在 200 人以内，这与众筹融资的开放性及互联网金融的普惠性相冲突，使得股权众筹中股权代持情况较为普遍，实际出资人的股权权益风险增大。三是投资完成后的项目监督、管理及投资退出机制不完善给投资者权利保障带来风险。四是股权众筹融资模式在短期内出现爆发式增长，行业内竞争加剧导致规模小、操作不规范的众筹平台面临重组或倒闭。上述情形的发生会使利益相关者权益面临前所未有的风险，这也是互联网金融创新监管所面对的客观情况，亟需完善相应立法。

第二，突破了传统融资模式的法律界限。传统股权融资模式中，公募与私募是筹资人依法募集资金的两种途径，有各自严格的条件、操作标准及流程。公募是筹资人通过法定中介向不特定主体公开募资的融资方式，在主体范围、募集资金用途、信息披露及风险防范等方面要求严格。私募是筹资人面向特定的投资主体募集资金的融资方式，对投资人经济实力、风险承担能力等要求较高，但在主体范围、信息披露及风险防范等方面要求较低。作为互联网金融模式的股权众筹既突破了私募融资非公开发行的要求，也突破了

公募融资严格的条件及程序限制。即若将股权众筹界定为公募方式，则无法解释其发行条件及程序相较于公募融资的简单便利和无法可依；若将股权众筹界定为私募方式，则私募的股本非公开发行与众筹、互联网开放性之间的矛盾又难以调和。

第三，网络平台的法律地位有待明确。互联网金融以网络平台为媒介实现利益相关者的交易目的，但网络平台在交易模式中的法律地位及其权利义务边界并不明确。以股权众筹为例，筹资人与投资人借助网络平台的开放性及公开信息实现各种资源的优化配置，提高了交易效率并在一定程度上减少了信息不对称条件下的资源浪费。在此过程中，网络平台独立于交易方而存在，促成交易发生却不直接参与交易，其功能类似于居间人，但居间合同中的居间人仅有义务向委托人提供交易机会并有权收取交易佣金，这与股权众筹中的网络平台还有不同。由于股权众筹具体运作模式的差异，网络平台在交易中不仅可获得佣金收入，还可能参与筹资人的收益分配，不同的功能定位直接涉及其在股权众筹交易模式中的权利义务关系，也会直接影响筹资人与投资人的实体权利实现。

可见，互联网金融模式创新在弥补传统金融业务缺陷的同时，目前尚无系统性法律规范可遵循，长期处于模式创新与监管缺位的双重空间下，势必会对整个互联网金融行业的持续发展不利。因而，互联网金融模式创新的法律边界亟需廓清，以便在鼓励创新与立法完善协调下建立互联网金融模式创新的长效机制。

四、互联网金融模式创新的监管边界厘定

金融模式创新是市场主体为获取市场潜在利益采取的变革措施，往往通过创新原有金融交易结构来实现，表现为推出新的金融产品与服务、开拓新的金融市场甚至变革金融交易模式。[17] 关注互联网金融发展，须考虑到模式创新所带来的负外部性，需要从金融创新与防范风险关系着手，实现创新、监管、再创新的良性循环过程。互联网金融创新是在自由、效率价值前提下对传统金融的发展，其普惠金融理念为广大民众带来切实好处，但鼓励创新不是放任自流，应遵循公平、秩序的创新规则，减少甚至消除负面效果。

（一）坚持正义价值框架下的效率优先兼顾公平

法理学家博登海默 (Edgar Bodenheimer) 在《法理学：法律哲学与法律方法》中认为，真正意义的法律制度应当关注某些超越当下社会结构和经济结构相对性的基本价值。[18] 从这个角度出发，探讨互联网金融创新的法律边界，需要考虑金融创新的效率及由此引发的其与社会公平价值之间的冲突与协调。从法经济学角度来看，效率与公平两种价值理念是衡量法律制度的重要标准，效率源于经济学的核心价值，公平则与法的正义价值密不可分。为此，罗尔斯 (John R awls) 在《正义论》中认为，不管法律制度多么有效率，只要它是不正义的，就必须进行变革甚至废止；同时强调，正义并不是绝对的，而是具有公平价值的正义，“他还尝试将效率放置于正义价值之内，探讨效率与公平价值的相容方式”[19]。但效率与公平在正义价值范畴内不可能始终一致，此时，没有正义价值的效率不可能优于公平的正义价值。

具体而言，效率是资源投入与产出的比率，追求效率是市场主体的首要目标。互联网金融创新的效率价值体现为在商业模式、产品与服务不断突破与变革的前提下，降低交易成本并实现交易价值，以此达成较高的经济效益。相较于传统金融业务，股权众筹等互联网金融模式对主体资质、准入门槛及融资流程目前均无严格标准，使其交易便捷，这是互联网金融效率优势的体现。公平作为当代社会的一个焦点价值追求，要求起点、过程及结果公平三者统一。互联网金融创新的公平价值体现在商业模式运作及金融产品与服务方面，主要是减少创新带来的负外部性，构建相应补偿、赔偿机制。创新效率与社会公平对立统一，片面追求创新效率可能导致补偿机制的缺失，而纯粹追求社会公平往往束缚创新活力，二者只有在正义价值范畴内才能遵循效率优先兼顾公平的价值取向。

（二）实现经济自由与法的秩序价值辩证统一

卢梭 (Jean — Jacques Rousseau) 有言：“人生

来是自由的，但无往不在枷锁之中。”[20] 因而自由不是想干什么就干什么，自由一定是秩序之下的自由。对此，哈耶克 (Friedrich August Hayek) 更全面地分析了二者关系，认为自由与秩序不可分割，自由是目的，秩序是手段。一方面，秩序可看作是自由的一个条件，建立秩序的目标不是限制和取消自由，而是服务于自由并为其提供保障；另一方面，自由只有在正义秩序框架下才有意义，“维护秩序权威就必须放弃一定的自由”。[21] 从法经济学角度来看，一项法律制度优劣的标准在于其实施后的收益与成本之间的差额是否最大化到足以接近帕累托最优。换句话说，若法律制度所构建秩序规则的实施成本不断增加，由此所产生的边际收益不断减少且限制了经济自由，则该法律规则就需要修订或变革。

互联网金融是网络经济背景下的新金融模式，是传统金融业务创新的产物，但这一创新不能违背既有立法的强制性规范，其自由限度应在现有法律秩序框架下。比特币的例子很好地说明了这一点。2013 年在国外发展迅速的比特币，却在 2014 年 1 月由国内淘宝网宣布禁售，此后各国政府也通过多种方式对其加强管理，原因就是比特币作为虚拟货币产品，不属于任何国家和金融机构且不受地域限制，交易混乱往往被不法分子利用，破坏了一国现有的金融秩序。当然，互联网金融的自由创新也促使已有法律规则的变革与更新，这从我国实践中对股权众筹模式创新的态度就可窥一斑。2014 年 12 月，中国证券业协会发布的《私募股权众筹融资管理办法 (试行)》中，对私募股权众筹行业的自律管理提出规范建议，但对何为公募股权众筹却并未涉及。这说明监管层并未全盘否定股权众筹模式创新，一方面虽力图将私募与公募融资方式按原有立法分别规制，另一方面却不得不重新审视原有规则对互联网金融的适用性，尝试制定能给予创新空间的新金融规则。

(三) 遵循规则框架内宽容最大化

目前，在《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国证券法》(下称《证券法》)，及《中华人民共和国刑法》等相关法律法规规制下，我国各类互联网金融网络平台及参与者行为时常游走于立法的灰色地带。如股权众筹借助于网络媒介向社会公众筹集资金，投资人一般不具有特定性，但按现行《证券法》的规定，筹资人不管是传统方式还是互联网众筹方式实现股权融资，只能通过向特定主体发行且发行对象累计不超过 200 人来实现，否则就违背了立法的禁止性规定。对此，众筹平台一般通过股权代持等方式规避之，由于股权代持行为本身存在的法律风险难以有效控制，因而规避行为既不利于新模式的持续发展，也不利于保障投资者的合法权益，实质上将金融创新行为置于法律监管之外。

2015 年 9 月，北京市海淀区人民法院就全国首例众筹融资案公开宣判认为：投资人都是经“人人投”众筹平台实名认证的会员，且未超过 200 人上限；涉案众筹融资交易不属于“公开发行证券”，该交易未违反《证券法》的规定，据此认定众筹平台公司“人人投”与诺米多餐厅签订的融资合同有效。该案是在现有立法范围内对新型的互联网众筹融资法律关系进行认定，在不违背立法强制性规定的前提下，从鼓励创新的角度肯定了众筹融资的新型金融业态地位，是对金融创新的有限支持。就在同月，中国证监会发布现场检查通知书，要求各地证监局对辖区内通过互联网开展股权众筹融资的机构进行专项检查，主要涉及股权众筹机构是否公开宣传、是否设立合格投资人制度、是否有适当风险提示等方面。可见，我国对互联网金融创新在支持、肯定和引导的同时，也强调加强风险管理与控制，保证法律规则的权威性。

综上，公平与秩序价值所体现的社会正义是公共利益保障的基本需要，公共利益是金融创新不能损害的，也是权利人依法行权的边界；但社会正义也同时强调金融创新要实现个体利益，尊重个体创新对金融变革的积极功能以体现自由与效率的价值，只有当个体利益与社会公共利益出现冲突的情况下，维护公共利益最大化才具有现实意义。股权众筹等互联网金融商业模式的新型金融业态地位，在司法实践与政府监管中得以初步确认，是市场自由与效率价值、法治公平与秩序价值有效协调的尝试，既促进互联网金融的不

断创新，又保证创新行为的规则边界；既通过规则保障了创新成果，又以创新成果促进监管立法完善。

五、结语

互联网金融模式创新是网络技术与传统金融相结合的产物，互联网金融商业模式无法消除传统金融业务运作的公共物品性及信息不对称现象，因而引入政府公权力是有效的，即金融创新在遵循效率与自由价值之下，不触及法律红线。对互联网金融而言，监管需要变革传统金融监管思路，从鼓励创新、防范金融风险与保障消费者权益相协调的角度出发，逐步促进互联网金融创新的健康发展，实现有效创新与维护公共利益等法律边界的平衡。

注释：

[1] 克劳斯·施瓦布:《第四次工业革命:转型的力量》,中信出版社 2016 年版,第 3-14 页。

[2] 沃尔夫 C：《市场与政府——权衡两种不完善的选择 / 兰德公司的一项研究》，中国发展出版社 1994 版，第 1-3 页。

[3] 陈庆：《转型期政府与市场的制度博弈——一个委托代理模型的中国案例分析》，载《南方经济》2013 年第 9 期，第 17-26 页。

[4] Kornai，Janos:《The Socialist System: The Political Economy of Communist》，Princeton: Princeton University Press1992。

[5] Moss，David A：《When All Else Fails》，Cambridge, Mass: Harvard University Press2002。

[6] Wheen，Francis：《Karl Marx》，London: Fourth Estate1999。

[7] 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，北京商务印书馆出版社 1981 年版，228 页。

[8] 道格拉斯·C·诺斯：《经济史中的结构与变迁》，上海三联书店出版社 1992 年版，第 3 页。

[9] 程李华：《现代国家治理体系视角下的政府职能转变》，载《中公中央党校》2014 年第 6 期。

[10] 中国社会科学院法学所课题组：《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》，载《法学研究》1993 年第 6 期，第 3-19 页。

[11] 丹尼尔·F·史普博：《管制与市场》，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社 1999 年版，第 45 页。

[12] Kevin J. Boudreau and Andrei Hagiu：《Platform rules：Multi-sidedPlatforms As Regulators.in Platforms，Markets and Innovation》，Edward Elgar Publishing2009 年版，第 163-191 页

[13] 凯斯·R·桑斯坦：《为什么助推》，中信出版社 2015 年版，第 15 页。

[14] 乔治·阿克洛夫，罗伯特·席勒 . 钓愚：《操纵与欺骗的经济学》，中信出版集团 2016 年版，第 11 页。

[15] 郑红岗，郑勇军：《专业市场与电子商务融合发展模式及对策》，载《中共浙江省委党校学报》，2016 年第 3 版。

[16] 戚莹：《金融创新与金融监管》，载《当代法学》2003 年第 10 期。

[17] 谢平，尹龙:《网络经济下的金融理论与金融治理》,载《经济研究》2001 年第 4 期。

[18] 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 2 页。

[19] 约翰·罗尔斯：《正义论》，中国社会科学出版社 1988 年版，第 321 页。

[20] 卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2011 年版，第 3 页。

[21] 弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理：上》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 227 页。

参考文献

【1】Kornai，Janos.1992. The Socialist System:The Political E-conomy of Communist (Princeton: Princeton University Press).

【2】Moss, David A.2002.When All Else Fails (Cambridge, Mass:Harvard University Press).

【3】Wheen，Francis.1999.Karl Marx(London:Fourth Estate).

【4】Kevin J. Boudreau and Andrei Hagiu.Platform rules：Multi-sided Platforms As Regulators.in Platforms，Markets and Innovation，ed. Annabelle Gawer.UK：Edward Elgar Publishing，2009. pp163-191.

【5】Edward L. Glaeser，Andrei Shleifer.The Rise of the Regulatory State.American Economic Association，2003，41(2).

【6】Giandomenico Majone.From the Positive to the Regulatory State：Causesand Consequences of Changes in the Mode of Governance.Journal of Public Policy，1997(17).

【7】Alex Chisholm，Nelson Jung.Platform Regulation——Ex-ante Versus Ex-post Intervention：Evolving Our Antitrust Tools and Practices to Meet the Challenges. Competition Policy International，2005(11).

【8】Benjamin G.Edelman，Damien Geradin.Efficiencies and Regulatory Shortcuts：How Should We Regulatory Companies Like Airbnb and Uber?.Stanford Technology Law Review，2016(19).

【9】Julie Froud，Adriana Nilsson，Michael Moran，Karel Williams.Stories and Interests in Finance：Agendas of Governance before and after the Financial Crisis.Governance：An International Journal of Policy，Administration，and Institution，2012(25)：35-59.

【10】OECD. The OECD Report on Regulatory Reform：Synthesis. Paris，1997：2.

【11】沃尔夫 C. 市场或政府——权衡两种不完善的选择 / 兰德公司的一项研究 [M]. 谢旭，译 . 北京：中国发展出版社，1994.

【12】[德] 克劳斯 · 施瓦布 . 第四次工业革命：转型的力量 [M]. 李菁译 . 北京：中信出版社，2016.3-14.

【13】斯密德 A A. 财产、权力和公共选择——对法和经济学的进一步思考 [M]. 黄祖辉，蒋文华，郭红东等译 . 上海：上海人民出版社，1999.

【14】约翰 · 罗尔斯 . 正义论【M】. 何怀宏，等，译 . 北京：中国社会科学出版社，1988.

【15】卢梭 . 社会契约论【M】. 李平沤，译 . 北京：商务印书馆，2011.

【16】弗里德利希 · 冯 · 哈耶克 . 自由秩序原理：上【M】. 邓正来，译 . 北京：生活 · 读书 · 新知三联书店，1997.

【17】博登海默 . 法理学：法律哲学与法律方法【M】. 邓正来，译 . 北京：中国政法大学出版社 ,2004.

【18】[英] 亚当 · 斯密：《国民财富的性质和原因的研究》【M】. 北京：商务印书馆，1981,228.

【19】道格拉斯 · C · 诺斯 . 经济史中的结构与变迁【M】. 上海：上海三联书店，1992.

【20】陈庆 . 转型期政府与市场的制度博弈——一个委托代理模型的中国案例分析 [J]. 南方经济，2013（9）：17-26.

【21】尹龙 . 金融创新理论的发展与金融监管体制演进【J】. 金融研究，2005，(3):34－38.

【22】谢平，尹龙 . 网络经济下的金融理论与金融治理【J】. 经济研究 ,2001,(4).

【23】戚莹 . 金融创新与金融监管【J】. 当代法学，2003，(10).

王敦平律师，中伦文德高级合伙人，本所风险与控制委员会委员，本所私募基金专业委员会主任，本所公司与资本市场业务领域主要合伙人之一。2011年被北京市律师协会聘任为“北京青年律师阳光导师”，具有基金从业资格、上市公司独立董事资格。专注于私募投资基金、投融资并购及资本市场法律业务。

□ 王敦平/文

黄盛楠律师，本科与研究生均毕业于北京化工大学，获得法学硕士学位。主要从事私募基金、投资并购、争议解决等法律业务。具有证券从业资格和基金从业资格。

□ 黄盛楠/文

赵伟伟律师，赵伟伟毕业于北京大学法学院。擅长于私募基金、项目投资、投后风控管理、并购重组、公司证券、资产证券化等领域法律服务，具有基金从业资格、证券从业资格和期货从业资格。

□ 赵伟伟/文

刘晨，实习律师,毕业于河北经贸大学，获得法律硕士学位。专注于私募基金、投资并购、公司治理及争议解决等法律业务，具有基金从业资格、证券从业资格。

□ 刘　晨/文

朱佳楠，实习律师，毕业于中国政法大学，获法学硕士学位。专注于私募基金、投融资、并购重组等资本市场业务及其衍生的争议解决业务，具有基金从业资格。

□ 朱佳楠/文

私募基金参与上市公司定增业务法律实务操作系列

第一部分 上市公司“再融资新规”修订背景及主要变化

2020 年 2 月 14 日，为深化金融供给侧结构性改革，完善再融资市场化约束机制，增强资本市场服务实体经济的能力，助力上市公司抗击疫情、恢复生产，中国证监会发布《关于修改＜上市公司证券发行管理办法＞的决定》《关于修改＜创业板上市公司证券发行管理暂行办法＞的决定》《关于修改＜上市公司非公开发行股票实施细则＞的决定》（以下简称《再融资新规》），自发布之日起施行。

本系列文章将对上市公司“再融资新规”的修订背景及主要变化、上市公司定增市场行情及近期案例和私募基金参与上市公司定增法律要点等进行分析解读。本部分将对上市公司“再融资新规”修订背景及主要变化展开分析。

一、再融资新规的出台背景

根据关于修改〈上市公司证券发行管理办法〉的决定》《关于修改〈创业板上市公司证券发行管理暂行办法〉的决定》《关于修改〈上市公司非公开发行股票实施细则〉的决定》的《立法说明》，再融资制度作为资本市场的一项基础性制度，在促进上市公司做优做强，支持实体经济高质量发展，服务“一

带一路”、军民融合、国资国企改革等国家战略方面发挥着重要作用。

2016 年末以来证监会对上市公司再融资实行紧缩政策，2017 年 2 月修订了《上市公司非公开发行股票实施细则》，2017 年 5 月证监会出台《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》，在此政策调节下，参与定增的机构套利空间减少、减持受阻，导致上市公司定增家数与融资额大幅下滑。随着《证券法》的修订及市场变化，现行再融资制度部分条款不能完全适应市场形势发展需要，市场对此反映较多，各方面改革呼声高。

二、《再融资新规》主要条款修改前后对比

针对本次《再融资新规》修改后与原规定的变化，笔者就主要条款修改前后的对比梳理如下。

1. 上市公司证券发行管理办法

注：左侧为原规定，右侧为修改后规定
红色为新增条款

《关于修改（上市公司证券发行管理办法）的决定》（证监会令第163号）

《上市公司证券发行管理办法》（2020修正）
第三十七条　非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定：
（一）特定对象符合股东大会决议规定的条件；
（二）发行对象不超过三十五名。
发行对象为境外战略投资者的，应当遵守国家的相关规定。

《上市公司证券发行管理办法》（2008修正）
第三十七条　非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定：
（一）特定对象符合股东大会决议规定的条件；
（二）发行对象不超过十名。
发行对象为境外战略投资者的，应当经国务院相关部门事先批准。

《上市公司证券发行管理办法》（2020修正）
第三十八条　上市公司非公开发行股票，应当符合下列规定：
（一）发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之八十；
（二）本次发行的股份自发行结束之日起，六个月内不得转让；控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，十八个月内不得转让；
（三）募集资金使用符合本办法第十条的规定；
（四）本次发行将导致上市公司控制权发生变化的，还应当符合中国证监会的其他规定。

《上市公司证券发行管理办法》（2008修正）
第三十八条　上市公司非公开发行股票，应当符合下列规定：
（一）发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之九十；
（二）本次发行的股份自发行结束之日起，十二个月内不得转让；控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，三十六个月内不得转让；
（三）募集资金使用符合本办法第十条的规定；
（四）本次发行将导致上市公司控制权发生变化的，还应当符合中国证监会的其他规定。

《上市公司证券发行管理办法》（2020修正）
第四十七条　自中国证监会核准发行之日起，上市公司应在十二个月内发行证券；超过十二个月未发行的，核准文件失效，须重新经中国证监会核准后方可发行。

《上市公司证券发行管理办法》（2008修正）
第四十七条　自中国证监会核准发行之日起，上市公司应在六个月内发行证券；超过六个月未发行的，核准文件失效，须重新经中国证监会核准后方可发行。

《上市公司证券发行管理办法》（2020修正）
第七十五条 依据本办法通过非公开发行股票取得的上市公司股份，其减持不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的有关规定。

2. 创业板上市公司证券发行管理暂行办法

《创业板上市公司证券发行管理暂行办法》（2014）	创业板上市公司证券发行管理暂行办法(2020修正)
第九条　上市公司发行证券，应当符合《证券法》规定的条件，并且符合以下规定： （一）最近二年盈利，净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算依据； （二）会计基础工作规范，经营成果真实。内部控制制度健全且被有效执行，能够合理保证公司财务报告的可靠性、生产经营的合法性，以及营运的效率与效果； （三）最近二年按照上市公司章程的规定实施现金分红； （四）最近三年及一期财务报表未被注册会计师出具否定意见或者无法表示意见的审计报告；被注册会计师出具保留意见或者带强调事项段的无保留意见审计报告的，所涉及的事项对上市公司无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除； ~~（五）最近一期末资产负债率高于百分之四十五，但上市公司非公开发行股票的除外；~~ （六）上市公司与控股股东或者实际控制人的人员、资产、财务分开，机构、业务独立，能够自主经营管理。上市公司最近十二个月内不存在违规对外提供担保或者资金被上市公司控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形。	第九条　上市公司发行证券，应当符合《证券法》规定的条件，并且符合以下规定： （一）最近二年盈利，净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算依据；但上市公司非公开发行股票的除外； （二）会计基础工作规范，经营成果真实。内部控制制度健全且被有效执行，能够合理保证公司财务报告的可靠性、生产经营的合法性，以及营运的效率与效果； （三）最近二年按照上市公司章程的规定实施现金分红； （四）最近三年及一期财务报表未被注册会计师出具否定意见或者无法表示意见的审计报告；被注册会计师出具保留意见或者带强调事项段的无保留意见审计报告的，所涉及的事项对上市公司无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除； （五）上市公司与控股股东或者实际控制人的人员、资产、财务分开，机构、业务独立，能够自主经营管理。上市公司最近十二个月内不存在违规对外提供担保或者资金被上市公司控股股东、实际控制人及其控制的其他企业以借款、代偿债务、代垫款项或者其他方式占用的情形。
第十一条　上市公司募集资金使用应当符合下列规定： ~~（一）前次募集资金基本使用完毕，且使用进度和效果与披露情况基本一致；~~ （二）本次募集资金用途符合国家产业政策和法律、行政法规的规定； （三）除金融类企业外，本次募集资金使用不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司； （四）本次募集资金投资实施后，不会与控股股东、实际控制人产生同业竞争或者影响公司生产经营的独立性。	第十一条　上市公司募集资金使用应当符合下列规定： （一）本次募集资金用途符合国家产业政策和法律、行政法规的规定； （二）除金融类企业外，本次募集资金使用不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司； （三）本次募集资金投资实施后，不会与控股股东、实际控制人产生同业竞争或者影响公司生产经营的独立性。
第十五条　非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定： （一）特定对象符合股东大会决议规定的条件； （二）发行对象不超过五名。 发行对象为境外战略投资者的，应当遵守国家的相关规定。	第十五条　非公开发行股票的特定对象应当符合下列规定： （一）特定对象符合股东大会决议规定的条件； （二）发行对象不超过三十五名。 发行对象为境外战略投资者的，应当遵守国家的相关规定。
第十六条　上市公司非公开发行股票~~确定发行价格和持股期限~~，应当符合下列规定： （一）发行价格不低于~~发行期首日前一个交易日公司股票均价的，本次发行股份自发行结束之日起可上市交易；~~ ~~（二）发行价格低于发行期首日前三十个交易日公司股票均价但不低于百分之九十，或者发行价格低于发行期首日前一个交易日公司股票均价但不低于百分之九十的，本次发行股份自发行结束之日起十三个月内不得上市交易；~~ ~~（三）上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联方以及董事会引入的境内外战略投资者，以不低于董事会作出本次非公开发行股票决议公告日前三十个交易日或者前一个交易日公司股票均价的百分之九十认购的，本次发行股份自发行结束之日起三十六个月内不得上市交易。~~ ~~上市公司非公开发行股票~~将导致上市公司控制权发生变化的，还应当符合中国证监会的其他规定。	第十六条　上市公司非公开发行股票，应当符合下列规定： （一）发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之八十； （二）本次发行的股份自发行结束之日起，六个月内不得转让；控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，十八个月内不得转让； （三）本次发行将导致上市公司控制权发生变化的，还应当符合中国证监会的其他规定。
~~第十七条　上市公司非公开发行股票募集资金用于收购兼并的，免于适用本办法第九条第（一）项的规定。~~	
第三十八条　上市公司应当自中国证监会核准之日起六个月内发行证券。超过六个月未发行的，核准文件失效，须重新经中国证监会核准后方可发行。	第三十七条　上市公司应当自中国证监会核准之日起十二个月内发行证券。超过十二个月未发行的，核准文件失效，须重新经中国证监会核准后方可发行。
——	第六十七条 依据本办法通过非公开发行股票取得的上市公司股份，其减持不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的有关规定。

3. 上市公司非公开发行股票实施细则

上市公司非公开发行股票实施细则(2017修正)	上市公司非公开发行股票实施细则(2020修正)
第七条 《管理办法》所称“定价基准日”，是指计算发行底价的基准日。定价基准日为本次非公开发行股票发行期的首日。上市公司应按不低于发行底价的价格发行股票。 ~~《管理办法》所称~~定价基准日前20个交易日股票交易均价”的计算公式为：定价基准日前20个交易日股票交易均价＝定价基准日前20个交易日股票交易总额/定价基准日前20个交易日股票交易总量。	第七条 《管理办法》所称“定价基准日”是指计算发行底价的基准日。定价基准日为本次非公开发行股票的发行期首日。上市公司应当以不低于发行底价的价格发行股票。 上市公司董事会决议提前确定全部发行对象，且属于下列情形之一的，定价基准日可以为关于本次非公开发行股票的董事会决议公告日、股东大会决议公告日或者发行期首日，认购的股份自发行结束之日起十八个月内不得转让： （一）上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人； （二）通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者； （三）董事会拟引入的境内外战略投资者。 定价基准日前二十个交易日股票交易均价的计算公式为：定价基准日前二十个交易日股票交易均价= 定价基准日前二十个交易日股票交易总额/定价基准日前二十个交易日股票交易总量。
	第八条 发行对象属于本细则第七条第二款规定以外的情形的，上市公司应当在取得发行核准批文后，按照本细则的规定以竞价方式确定发行价格和发行对象。发行对象认购的股份自发行结束之日起六个月内不得转让。 董事会决议确定部分发行对象的，该部分发行对象不得参与竞价，但应当接受竞价结果；并应当明确在没有通过竞价方式产生发行价格的情况下，是否继续参与认购、认购数量及价格确定原则。
第八条 《管理办法》所称“发行对象不超过10名”，是指认购并获得本次非公开发行股票的法人、自然人或者其他合法投资组织不超过10名。 证券投资基金管理公司以其管理的2只以上基金认购的，视为一个发行对象。 信托公司作为发行对象，只能以自有资金认购。	第九条 《管理办法》所称“发行对象不超过三十五名”，是指认购并获得本次非公开发行股票的法人、自然人或者其他合法投资组织不超过三十五名。 证券投资基金管理公司、证券公司、合格境外机构投资者、人民币合格境外机构投资者以其管理的二只以上产品认购的，视为一个发行对象。 信托公司作为发行对象，只能以自有资金认购。
~~第十条 发行对象属于本细则第九条规定以外的情形的，上市公司应当在取得发行核准批文后，按照本细则的规定以竞价方式确定发行价格和发行对象。发行对象认购的股份自发行结束之日起12个月内不得转让。~~	删除原第十条
——	第十五条 定价基准日为本次非公开发行股票的董事会决议公告日或股东大会决议公告日的，非公开发行股票的董事会决议公告后，出现以下情况的，应当由董事会重新确定本次发行的定价基准日： （一）本次非公开发行股票股东大会决议的有效期已过； （二）本次发行方案发生变化； （三）其他对本次发行定价具有重大影响的事项。
——	第二十九条 上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得向发行对象作出保底保收益或变相保底保收益承诺，且不得直接或通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者补偿。

4. 发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求

发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求（2018-11-09）	发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求（2020-02-14）
二是上市公司申请非公开发行股票的，拟发行的股份数量不得超过本次发行前总股本的20% 。	二是上市公司申请非公开发行股票的，拟发行的股份数量原则上不得超过本次发行前总股本的30% 。

三、《再融资新规》修改的主要内容

1. 精简发行条件，拓宽创业板再融资服务覆盖面

取消创业板公开发行证券最近一期末资产负债率高于 45% 的条件；取消创业板非公开发行股票连续 2 年盈利的条件；将创业板前次募集资金基本使用完毕，且使用进度和效果与披露情况基本一致由发行条件调整为信息披露要求。

2. 优化非公开制度安排，支持上市公司引入战略投资者

(1) 放宽再融资规模

将原融资规模不得超过本次发行前总股本的 20%，调整为原则上不得超过本次发行前总股本的 30%。

(2) 调整发行对象数量

将主板（中小板）、创业板非公开发行股票发行对象数量由分别不超过 10 名和 5 名，统一调整为不超过 35 名。

(3) 调整定价基准日、发行定价

上市公司董事会决议提前确定全部发行对象且为战略投资者等的，发行价格不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之八十；确定部分发行对象或未确定的发行对象的，定价基准日仍为发行期首日。

(4) 调整发行锁定期

将锁定期由 36 个月和 12 个月，分别缩短至 18 个月和 6 个月；不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的有关规定的相关限制。

3. 适当延长批文有效期，方便上市公司选择发行窗口

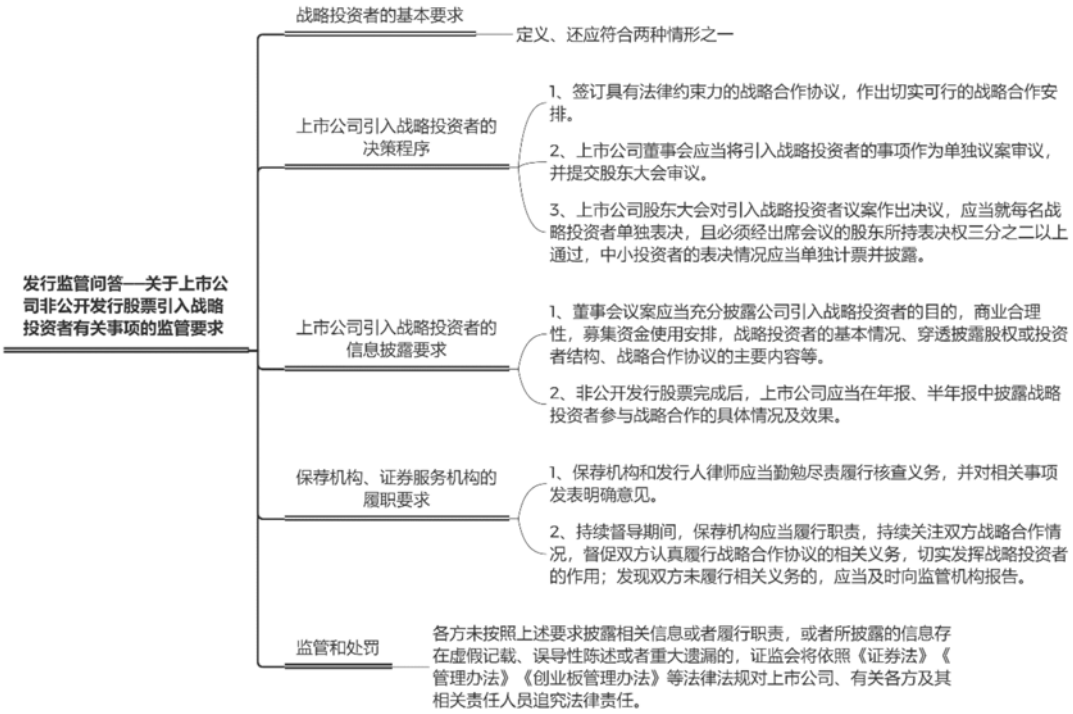
本次修改后的《再融资新规》将再融资批文有效期从 6 个月延长至 12 个月。

四、关于战略投资者的相关规定

《再融资新规》出台后，迅速点燃市场热情，有多家公司的非公开发行方案均表示要引入战略投资者 [注 2]。但究竟怎样才算战略投资者？

2020 年 3 月 20 日，中国证监会发布《发行监管问答——关于上市公司非公开发行股票引入战略投资者有关事项的监管要求 [注 3]》（以下简称“《战投监管问答》”），根据该问答，《上市公司非公开发行股票实施细则》（2020 修正）第七条所称战略投资者，是指具有同行业或相关行业较强的重要战略性资源，与上市公司谋求双方协调互补的长期共同战略利益，愿意长期持有上市公司较大比例股份，愿意并且有能力认真履行相应职责，委派董事实际参与公司治理，提升上市公司治理水平，帮助上市公司显著提高公司质量和内在价值，具有良好诚信记录，最近三年未受到证监会行政处罚或被追究刑事责任的投资者。战略投资者还应当符合下列情形之一：1. 能够给上市公司带来国际国内领先的核心技术资源，显著增强上市公司的核心竞争力和创新能力，带动上市公司的产业技术升级，显著提升上市公司的盈利能力。2. 能够给上市公司带来国际国内领先的市场、渠道、品牌等战略性资源，大幅促进上市公司市场拓展，推动实现上市公司销售业绩大幅提升。

此外，《战投监管问答》还对关于上市公司引入战略投资者的决策程序、信息披露要求、保荐机构等的履职要求以及监管和处罚等方面作出了规定（详见下图）。



《战投监管问答》的出台，使得战略投资者的界定进一步明晰，《再融资新规》的体系也进一步完善，上市公司在再融资申请引入战略投资者时将会有章可循、有法可依，这与本次《再融资新规》“坚持市场化法治化的改革方向”的指导思想也相吻合。除了完善《再融资新规》的体系外，《战投监管问答》的出台对打击套利和炒作，保护中小投资者利益，进而规范上市公司定增市场也有着积极的作用。

五、小结

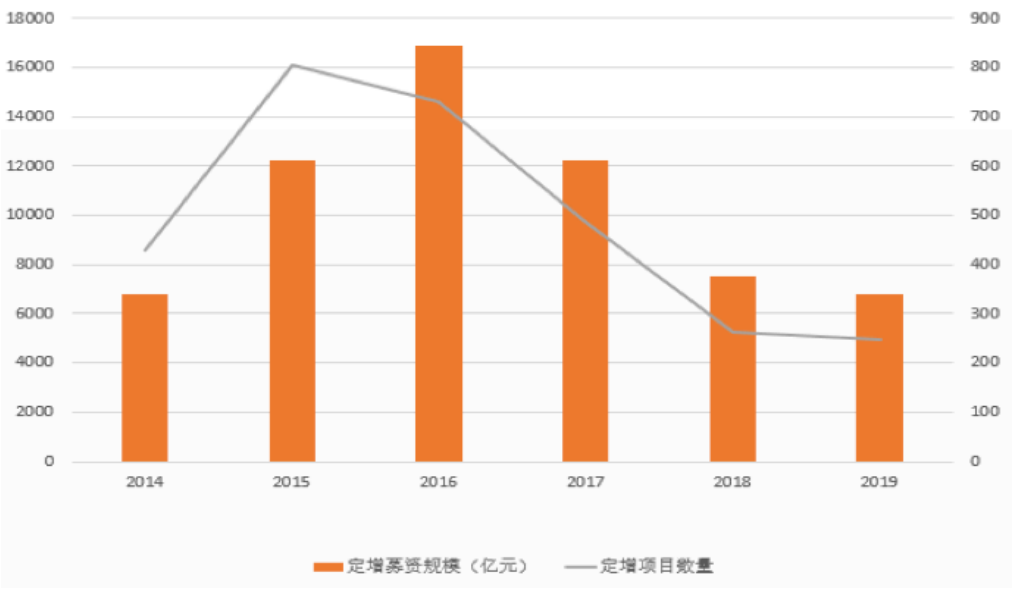
2019 年末，一场新冠病毒疫情爆发并逐步蔓延至世界各地，全球经济增长均受到疫情的严重冲击。在此背景之下，助力上市公司抗击疫情、恢复生产备受瞩目，而本次”再融资新规”的出台时间和部分修订均超过了预期。相信这次再融资制度部分条款的调整不仅会大力推动提高上市公司质量，还会督促上市公司以投资者决策为导向，真实准确完整地披露信息，也必将进一步提高上市公司再融资效率。

第二部分 上市公司定增市场行情及近期案例分析

本部分将对近年来上市公司定增市场行情及近期私募基金参与上市公司定增相关案例展开分析。

一、近六年上市公司定增情况

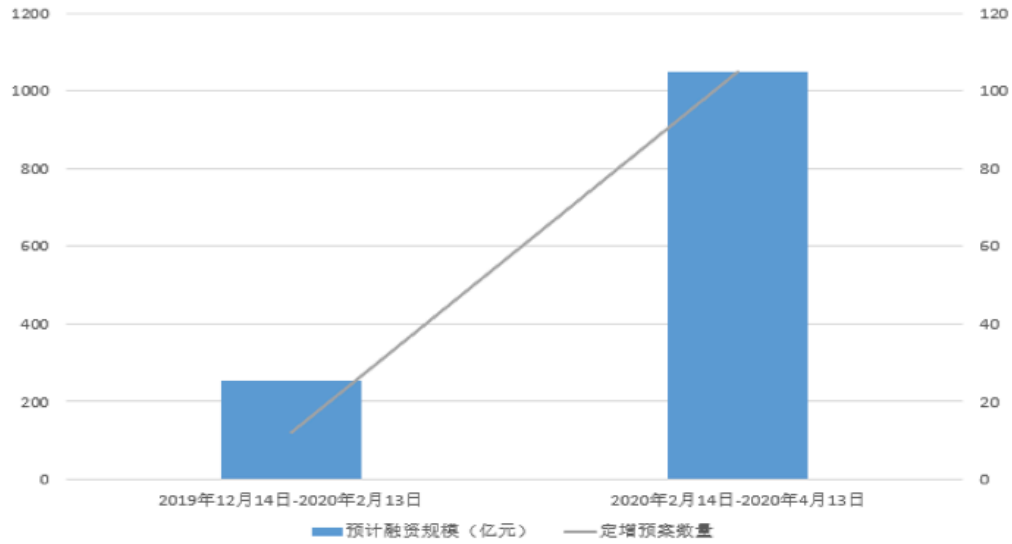
2013 年之前，上市公司定增保持稳定的融资规模，2014 年开始绝大多数上市公司陷入融资饥渴，上市公司定增规模在 2016 年达到顶峰。2017 年上半年证监会收紧再融资政策，定增融资金额由此迅速减少。下图反映了 2014 年至 2019 年间定增项目数量及融资规模的过山车走势。



（数据来源：巨潮资讯网）

二、2020 年 2 月 14 日前后定增情况

2020 年 2 月 14 日证监会发布的“再融资新规”后，随着政策的放宽，市场情绪高涨，2020 年 2 月 14 日之后短短两个多月，已有逾百家上市公司发布再融资预案，计划新增再融资或对此前方案进行修改，预计融资规模达 1047.80 亿元。而 2020 年 2 月 14 日之前的两个月内，发布再融资预案的上市公司仅 12 家，预计融资规模也仅有 253.10 亿元。下图较为直观地反映了 2020 年 2 月 14 日“再融资新规”发布后两个月内相较之前两个月，定增项目数量及预计融资规模的巨量增长。



（数据来源：巨潮资讯网）

三、私募基金参与近期定增案例

本文选取近期发布定增预案的 5 家上市公司，介绍其中私募基金的参与情况。

1. 莱美药业（SZ 300006）

2020 年 3 月 9 日，莱美药业披露了非公开发行 A 股股票预案，该定增预案信息摘要如下：

定价基准日	2020 年 3 月 9 日，董事会会议决议公告日
发行价格	3.5 元 / 股，折价率 80%
发行数量	24,367 万股
限售期	36 个月
预计募集资金金额	109,651.50 万元
发行目的	偿还银行贷款和补充流动资金

根据莱美药业披露的定增预案，本次定增的认购对象为 3 名特定对象，包括广西梧州中恒集团股份有限公司（以下简称“中恒集团”）及两只国内私募股权投资基金，即南宁中恒同德医药产业投资基金合伙企业（有限合伙）、广西广投国宏健康产业基金合伙企业（有限合伙）。

2. 富祥股份（SZ 300497）

2020 年 3 月 30 日，富祥股份披露了非公开发行 A 股股票预案，该定增预案信息摘要如下：

定价基准日	2020 年 3 月 30 日，董事会会议决议公告日
发行价格	20.75 元 / 股，折价率 80%
发行数量	5,128 万股
限售期	18 个月
预计募集资金金额	106,414 万元
发行目的	项目建设

根据富祥股份披露的定增预案，本次定增的认购对象为 6 名特定对象，均为外部战略投资者，包括景德镇金融控股有限责任公司、江西大道国鼎实业发展有限公司和四只国内私募股权投资基金，即深圳物明投资管理有限公司拟筹建和管理的私募投资基金、长三角（上海）产业创新股权投资基金合伙企业（有限合伙）、上海国企改革发展股权投资基金合伙企业（有限合伙）和成都得怡欣华股权投资合伙企业（有限合伙）。

3. 乐普医疗（SZ 300003）

2020 年 3 月 31 日，乐普医疗披露了非公开发行 A 股股票预案，该定增预案信息摘要如下：

定价基准日	2020 年 3 月 31 日，董事会会议决议公告日
发行价格	30.41 元 / 股，折价率 80%
发行数量	10,457.09 万股
限售期	18 个月
预计募集资金金额	318,000 万元
发行目的	补充流动资金和偿还债务

根据乐普医疗披露的定增预案，本次定增的认购对象为 7 名特定对象，均为战略投资者，包括国新投资有限公司、GIC（由新加坡政府持有 100% 股权的全球性投资管理公司）、润晖投资管理香港有限公司（QFII）、深圳市创新投资集团有限公司和三只国内私募股权投资基金，即国新央企运营（广州）投资基金（有限合伙）、青岛民和志威投资中心（有限合伙）和苏州翼朴苏栩投资合伙企业（有限合伙）。

4. 鹿港文化（601599 SH）

2020 年 4 月 15 日，鹿港文化通过了非公开发行 A 股股票预案，该定增预案信息摘要如下：

定价基准日	2020 年 4 月 15 日，董事会会议决议公告日
发行价格	2.34 元 / 股，折价率 80%
发行数量	不超过 213,670,000.00 股
限售期	18 个月
预计募集资金金额	不超过 49,998.78 万元
发行目的	补充流动资金

根据鹿港文化披露的定增预案，本次定增的认购对象为 2 名特定对象，均为战略投资者，包括淮北市中心湖带建设投资开发有限公司和一只国内私募基金，即安徽高新投新材料产业基金合伙企业（有限合伙）。

5. 金域医学（603882 SH）

2020 年 4 月 16 日，金域医学披露了非公开发行 A 股股票预案，该定增预案信息摘要如下：

定价基准日	2020 年 4 月 16 日，董事会会议决议公告日
发行价格	48.23 元 / 股，折价率 85%
发行数量	不超过 2,073.40 万股
限售期	梁耀铭；先进制造产业投资基金二期（有限合伙）
预计募集资金金额	不超过 100,000.00 万元
发行目的	偿还银行贷款和补充流动资金

根据金域医学披露的定增预案，本次定增的认购对象为 2 名特定对象，包括外部战略投资者先进制造产业投资基金二期（有限合伙）及公司实际控制人梁耀铭。

以上案例中，近期拟参与定增的私募基金除承诺愿意长期持有上市公司股份外，另多从以下角度论证自身符合战略投资者身份：（1）私募基金或其管理人在发行人所在行业进行广泛产业投资和布局，在同行业或相关行业拥有核心技术、市场、渠道、品牌等战略性资源，如国投招商投资管理有限公司管理的先进制造产业投资基金二期（有限合伙）拟参与的金域医学定增项目；（2）私募基金拟通过本次定增认购超过发行人 5% 以上股份并拟通过行使提案权、表决权等股东权利并向上市公司推荐董事等形式积极参与公司治理，如深圳物明投资管理有限公司旗下基金拟参与的富祥股份增发项目，安徽高新投新材料产业基金合伙企业（有限合伙）拟参与的鹿港文化定增项目；（3）私募基金关联方与发行人存在深度业务合作、与上市公司在业务发展方面具有较高的协同效应，如成都得怡欣华股权投资合伙企业（有限合伙）拟参与的富祥股份定增项目。

实务中，从重点投资领域、拟认购的股份比例、是否参与公司治理、基金关联方与发行人之间的业务合作等方面论述战略投资者身份对私募基金参与定增项目，成功享受锁价优惠具有积极借鉴意义。

四、小结

“再融资新规”带来的发行对象数量的放宽、发行规模的增加、发行折价率的提高、限售期缩短、减持政策优惠、面向特定对象的锁价优惠等一系列利好政策将给上市公司再融资带来极大便利，有利于上市公司再融资和实体经济的发展，同时也将给私募基金带来更多参与定增项目的契机。及早准备、提前布局、合法合规运营将成为私募基金成功参与上市公司定增项目，享受利好政策的关键所在。

第三部分 私募基金参与上市公司定增法律要点解析

本部分将结合相关法律法规及法律实务经验，就私募基金参与上市公司定增过程中应把握哪些实务要点，分析如下：

一、参与定增的私募基金类型

基金类别	相关解读	相关依据
私募股权投资基金	私募股权基金指投资包括未上市企业和上市企业非公开发行和交易的普通股（含上市公司定向增发、大宗交易、协议转让等），可转换为普通股的优先股和可转换债等的私募基金。因此，私募股权投资基金备案为上市公司定增基金完全没有阻碍。	《有关私募投资基金“基金类型”和“产品类型”的说明》
私募证券投资基金	私募证券投资基金的投资范围主要包括股票、债券、期货合约、期权合约、证券类基金份额以及中国证监会认可的其他资产。过往实践中，确实有部分私募证券投资基金备案为上市公司定增基金的实例。因此，私募证券投资基金备案为上市公司定增基金也是可行的。	《私募投资基金备案须知》
私募资产配置基金	由于私募资产配置基金主要采用基金中基金的方式，选取投资标的时可以投资备案为定增基金的私募股权投资基金或私募证券投资基金。	新版《有关私募投资基金“基金类型”和“产品类型”的说明》
其他类别私募基金	其他类别私募基金指投资除证券及其衍生品和股权以外的其他领域的基金。因此，其他类别私募基金无法备案为上市公司定增基金。	《有关私募投资基金“基金类型”和“产品类型”的说明》

二、参与定增的私募基金备案时间节点

根据《发行监管问答—关于与发行监管工作相关的私募投资基金备案问题的解答》，保荐机构和发行人律师在开展证券发行业务的过程中，应对上述投资者是否按规定履行基金备案程序进行核查并发表意见。

由于证监会上述要求的存在，实践中绝大多数参与认购的私募基金均已经完成备案，只有极少数在认购时尚未完成备案，但发行人通常会承诺在私募基金完成备案后再正式发行股份。

在目前强监管背景下，若私募基金参与上市公司定增项目，为保证项目的顺利获批，该私募基金应尽量在定增项目向证监会申报之前完成备案，至迟在反馈问询回复结束前完成备案。

三、参与定增的私募基金资金来源

根据《再融资业务若干问题解答（一）》，关于非公开发行股票的董事会决议确定认购对象的，发行人应当披露各认购对象的认购资金来源，是否为自有资金，是否存在对外募集、代持、结构化安排或者直接间接使用发行人及其关联方资金用于本次认购的情形，是否存在发行人及其控股股东或实际

控制人直接或通过其利益相关方向认购对象提供财务资助、补偿、承诺收益或其他协议安排的情形。

以竞价方式确定认购对象的，发行人应当在发行情况报告书中披露是否存在发行人及其控股股东或实际控制人直接或通过其利益相关方向认购对象提供财务资助、补偿、承诺收益或其他协议安排的情形。

四、参与定增的私募基金资金到位时间

如前所述，私募基金原则上应在定增项目向证监会申报前完成备案，至迟应在证监会反馈问询回复结束前完成备案。

根据《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》之规定，私募基金管理人应当在私募基金募集完毕后 20 个工作日内，通过私募基金登记备案系统进行备案。

根据基金业协会发布的《私募基金备案须知》之规定，募集完毕是指 1. 已认购契约型私募投资基金的投资者均签署基金合同，且相应认购款已进入基金托管账户（基金财产账户）；2. 已认缴公司型或合伙型私募投资基金的投资者均签署公司章程或合伙协议并进行工商确权登记，均已完成不低于 100 万元的首轮实缴出资且实缴资金已进入基金财产账户。

由此可见，契约型私募基金的投资者应在基金备案前，即至少在定增项目向证监会申报前或至迟在证监会反馈问询回复结束前，完成全部资金的缴付。公司型或合伙型私募基金的投资者应至少在定增项目向证监会申报前或至迟应在证监会反馈问询回复结束前向私募基金缴付首轮出资以完成基金备案，而全部资金可至迟于定增项目取得证监会核准后发行方案提请证监会备案前完成缴付。

五、私募基金参与定增项目的认购价格

关注事项	相关解读	相关依据
定价基准日	不确定全部发行对象时，定价基准日为发行期首日。	《上市公司非公开发行股票实施细则》第七条
	确定全部发行对象时且发行对象为以下情形之一的： （一）上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人； （二）通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者； （三）董事会拟引入的境内外战略投资者。 定价基准日可以为董事会决议时、股东大会决议日或发行期首日。	
	定价基准日为董事会决议公告日或股东大会决议公告日的，非公开发行股票的董事会决议公告后，出现以下情况的，应当由董事会重新确定本次发行的定价基准日： （一）本次非公开发行股票股东大会决议的有效期已过； （二）本次发行方案发生变化； （三）其他对本次发行定价具有重大影响的事项。	《上市公司非公开发行股票实施细则》第十五条

定价因素	股份认购价格不得低于定价基准日前20个交易日上市公司股票均价的80%。	《上市公司证券发行管理办法》第三十八条
	若私募基金与上市公司拟通过董事会决议日定价，需要严格履行保密义务并提高决策效率，否则一旦信息泄露，将对股价产生较大影响，进而对认购价格方面产生不利影响。	——
	上市公司可以在董事会决议中提前确定部分发行对象，并在取得证监会批文后以竞价方式确定剩余发行对象，此种情形下，确定为发行对象的私募基金无法按照董事会决议日或者股东会决议日作为定价基准日来确定认购价格，只能接受最终的竞价结果来参与认购。	《上市公司非公开发行股票实施细则》第八条
	国有控股上市公司发行定价存在特殊限制，受限于国资监管的特殊要求，国有控股上市公司的股票发行价格不得低于最近一个会计年度经审计的每股净资产值，因此私募基金在参与国有控股上市公司的定增项目时，认购价格需要同时不低于定价基准日前20个交易日上市公司股票均价的80%以及上市公司最近一个会计年度经审计的每股净资产值。	《上市公司国有股权监督管理办法》第三十二条

六、参与定增的私募基金锁定期

（一）《再融资新规》关于锁定期的规定

规则名称	新修订
《上市公司证券发行管理办法》	本次发行的股份自发行结束之日起，六个月内不得转让； 控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，十八个月内不得转让。
《创业板上市公司证券发行管理暂行办法》	本次发行的股份自发行结束之日起，六个月内不得转让； 控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份，十八个月内不得转让。
《上市公司非公开发行股票实施细则》	发行对象认购的股份自发行结束之日起六个月内不得转让； 上市公司董事会决议提前确定全部发行对象，且属于下列情形之一的，认购的股份自发行结束之日起十八个月内不得转让： (一)上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人； (二)通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者； (三)董事会拟引入的境内外战略投资者。

（二）关于锁定期后减持股票的规定

私募基金依据《再融资新规》通过非公开发行股票取得的上市公司股份，在上述锁定期届满后，其减持不适用《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》的有关规定。虽然《再融资新规》出台后，《减持新规》中与定增相关的规定将不再适用，但私募基金在《再融资新规》出台前通过非公开发行股票取得的上市公司股份，其减持仍需遵守《减持新规》。

七、保底定增的效力

（一）涉及保底定增的法律规范

涉及的规范名称	相关内容
《中华人民共合同合同法》	第五十二条 有下列情形之一的，合同无效：（五）违反法律、行政法规的强制性规定。
最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）》	合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。
《证券发行与承销管理办法》	发行人和承销商及相关人员不得直接或通过其利益相关方向参与认购的投资者提供财务资助或者补偿。
《全国法院民商事审判工作会议纪要》（即《九民纪要》）	人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第153条第1款和合同法司法解释（二）第14条的规定慎重判断“强制性规定”的性质，特别是要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定，应当认定为“效力性强制性规定”：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的。
《上市公司非公开发行股票实施细则》	上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得向发行对象作出保底保收益或变相保底保收益承诺，且不得直接或通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者补偿。

（二）保底定增效力分析

上述规范中，《证券发行与承销管理办法》和《上市公司非公开发行股票实施细则》都属于证监会制定的部门规章，合同条款不会仅因违反部门规章而导致合同无效。然而结合《九民纪要》的相关规定，在后续审判实践中，若上市公司、控股股东及其关联方向私募基金作出的保底承诺既违反了部门规章，同时又构成违背金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，则该等保底承诺被认定为无效的可能性比较大。

八、总结与建议

（一）有针对性的开展尽职调查

基金管理人在投资前应尽到勤勉与审慎义务，为避免定增项目中的潜在风险，应当在专业机构的辅助下，对于包括上市公司是否符合证券发行条件、前次募集资金使用情况、实际控制人及管理层的信用风险等在内的核心重大法律事项进行尽职调查，既节约相应成本，又可防范重大风险，同时可避免投资人在其投资收益低于预期收益时，以基金管理人未尽到勤勉尽责义务为由，要求基金管理人承担赔偿责任。

（二）在法律允许范围内设计私募基金条款

1. 谨慎设计出资人出资方式及违约出资条款

基于本文前半部分“参与定增的私募基金的资金到位”已分析了参与定增的私募基金的资金到位时间，在设计私募定增基金合同时，私募基金出资人的出资方式应与私募定增基金的资金到位时间相匹配。同时应在基金合同中约定未按约出资的违约责任，避免因出资人出资违约，导致基金对投资项目承担违约责任或最终丧失了对项目的投资机会等情形，出资人的出资违约责任应包括但不限于支付应付而未付出资的滞纳金、赔偿金、强制转让其出资人权益、强制违约出资人退出该基金等。

2. 合理设置投资范围及再投资条款

根据《私募基金备案须知》，私募股权投资基金和私募资产配置基金的存续期不得少于 5 年。定增项目锁定期为 18 个月或 6 个月。因此，管理人在设置基金产品时，可在法律允许的范围内拓宽基金的投资范围，并在基金投资期限内设计再投资条款，如再投资决策机制、不参与再投资的出资人基金份额转让、单一定增项目退出后的减资等。

3. 充分考虑基金存续期限与锁定期的匹配性问题

在设计基金产品时，应根据今后要备案的基金类型，充分考虑锁定期与基金存续期限的匹配性。

律师建议，私募证券投资基金管理人在发起设立定增基金时，基金存续期限、开放期限设置应充分考虑基金备案所需时间、证监会对上市公司定增项目核准所需时间以及定增锁定期等因素。开放式证券类基金建议在基金合同中约定，在标的股票锁定期内，不接受基金份额赎回申请，以避免不必要的争议。

私募股权投资基金管理人发起设立定增基金时，应充分考虑该基金在存续期届满前提前清算的情形，因此对于相关交易安排，基金合同、托管协议中应包括以下事项：触发提前清算的情形，提前清算应履行的程序，提前清算的分配原则，提前清算下的管理费、托管费计算方式、基金投资者对提前清算的配合义务等。

4. 锁定期后的减持安排

实践中，存在很多基金未在锁定期届满后立即进行减持，而之后标的公司股票价格大幅跌落或标的公司因存在违法违规行为而被证券交易所实施退市风险警示等，投资者便以管理人未尽到勤勉尽责义务，而要求管理人赔偿其损失的情形。建议管理人在基金合同中预先设置锁定期后减持安排的条款，并向投资者充分揭示定增风险。

（三）同上市公司进行市场化谈判并设计投资保护性条款

虽然本次《再融资新规》颁布后，不允许向发行对象作出保底保收益承诺，但参与定增项目的私募基金仍然可同上市公司就相关商业条件进行谈判，在认购协议中增加相关的保护性条款，例如有权改组董事会席位、定增基金委派的董事享有一票否决权、指定己方委派的董事为法定代表人、针对特定事项的陈述与保证义务、相关协议终止、违约责任等条款，这类条款在上市公司经过符合程序的审议与披露后，也是合法有效的。

需要注意的是，虽然《再融资新规》发布后，近期定增市场较为火爆，但投资者对于市场变化应存有敬畏之心，私募基金在与上市公司商业谈判过程中可争取在认购协议中增加防止股价倒挂的终止性条款，高瓴资本的以下做法可作为参考：

高瓴资本作为战略投资者投资凯莱英，将定价基准日定为董事会决议公告日，对于高瓴资本而言，以董事会决议公告日作为定价基准日采取锁价发行固然确定性很高，但毕竟董事会决议公告日与发行期首日之间仍存在一定时间间隔，极端情形下可能会出现发行期首日前 20 个交易日均价低于发行价的 80% 的情况，这种情况下按照双方之间签署《附条件生效的股份认购协议》条款约定，认购协议将自动终止（除非重新调整发行价），此举为高瓴资本的认购增加了“安全垫”。

九、小结

“再融资新规”的出台，将大大刺激资本市场的发展，同时也为私募基金参与上市公司定向增发带来了良好的发展机遇，给予私募基金在上市公司定增过程中更多投资方式选择，私募基金管理人应当在把控好合规风险的前提下，抓住本次利好机会，大展宏图。

□ 郝　伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司／并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。

□ 田卓亚/文

田卓亚，实习律师，华东政法大学法学学士，主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、企业合规审查项目等。

境内企业如何实现“走出去”——境外投资

前言：

近几年来，自“走出去”战略提出以后，国与国之间的经济往来越发密切，我国的对外直接投资规模也迅速扩大，推动了我国经济的快速增长和产业结构的调整。

据商务部公布的数据显示，2020 年 1-2 月，我国境内投资者共对全球 147 个国家和地区的 1733 家境外企业进行了非金融类直接投资，累计实现投资 1078.6 亿元人民币，同比增长 1.8%(折合 155 亿美元，同比下降 1%)。对外承包工程完成营业额 1080 亿元人民币，同比下降 9.5%（折合 155.2 亿美元，同比下降 12%），新签合同额 2150.3 亿元人民币，同比增长 38.3%（折合 309 亿美元，同比增长 34.5%）。对外劳务合作派出各类劳务人员 3.9 万人，同比减少 2.9 万人，2 月末在外各类劳务人员 77.8 万人。

随着我国对外投资的持续增长，我国也陆续出台了《境外投资项目核准和备案管理办法》、《企业境外投资管理办法》、等相关法律法规，笔者根据以上相关法律法规，针对境外投资所涉及的审批部门及相应流程进行以下的整理。

一、境内企业境外直接投资审批程序概述

在通常情况下，中国企业投资者必须获得三个政府部门的登记或核准，分别是发展和改革委员会（以下简称“发改委”）、商务主管部门（以下简称“商务部”）、外汇管理部门（以下简称“外管局”）其职权和管理事项分别为：

1、发改委：负责规划、监管和协调中国经济发展和行业政策，主管对外投资项目的立项审批；

2、商务部（厅）：负责具体境外投资事项审批或核准，并发放中国企业境外投资证书；

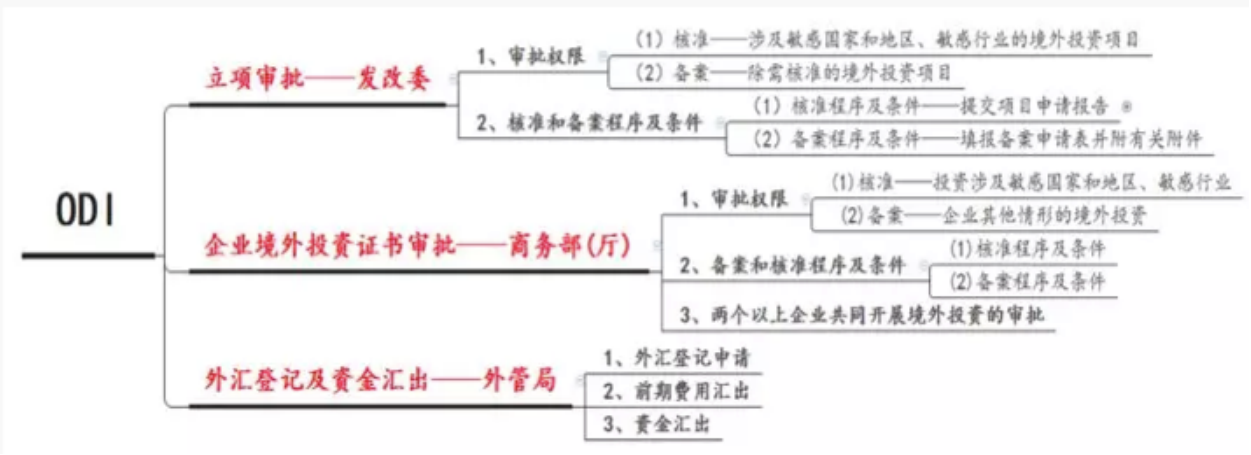
3、外管局：负责对境外投资的外汇登记及备案。

二、具体审批流程及要点

（一）境外投资立项审批—发改委

1、核准

依据《企业境外投资管理办法》第 13 条，实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目。核准机关是国家发展改革委。



备注：在实践中，报请发改委审批与商务部（厅）审批可同时进行

（敏感类项目包括：涉及敏感国家和地区的项目；涉及敏感行业的项目。）

（敏感国家和地区包括：与我国未建交的国家和地区；发生战争、内乱的国家和地区；根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家和地区；其他敏感国家和地区。）

（敏感行业包括：武器装备的研制生产维修；跨境水资源开发利用；新闻传媒；根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。）

【核准程序及条件】：

依据《企业境外投资管理办法》第 18 条，实行核准管理的项目，投资主体应当通过网络系统向核准机关提交项目申请报告并附具有关文件。其中，投资主体是中央管理企业的，由其集团公司或总公司向核准机关提交；投资主体是地方企业的，由其直接向核准机关提交。

项目申请报告应附以下附件：

（1）公司董事会决议或相关的出资决议；

（2）投资主体及外方资产、经营和资信情况的文件；

（3）银行出具的融资意向书；

（4）以有价证券、实物、知识产权或技术、股权、债权等资产权益出资的，按资产权益的评估价值或公允价值核定出资额，并应提交具备相应资质的会计师事务所、资产评估机构等中介机构出具的审计报告、资产评估报告及有权机构的确认函，或其他可证明有关资产权益价值的第三方文件；

（5）投标、并购或合资合作项目，应提交中外方签署的意向书或框架协议等文件。

2、备案

依照《企业境外投资管理办法》第 14 条，实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目。

实行备案管理的项目中，投资主体是中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业，下同）的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元及以上的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元以下的，备案机关是投资主体注册地的省级政府发展改革部门。

（非敏感类项目，是指不涉及敏感国家和地区且不涉及敏感行业的项目。）

（中方投资额，是指投资主体直接以及通过其控制的境外企业为项目投入的货币、证券、实物、技术、知识产权、股权、债权等资产、权益以及提供融资、担保的总额。）

（省级政府发展改革部门，包括各省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府发展改革部门和新疆生产建设兵团发展改革部门。）

【备案程序所需材料】：

依据《企业境外投资管理办法》第 29 条，

实行备案管理的项目，投资主体应当通过网络系统向备案机关提交项目备案表并附具有关文件。其中，投资主体是中央管理企业的，由其集团公司或总公司向备案机关提交；投资主体是地方企业的，由其直接向备案机关提交。项目备案表格式文本及附件清单由国家发展改革委发布。在实践中，通常需要以下材料：

（1）境外投资项目备案申请表

（2）投资主体注册登记证明文件

（3）追溯至最终实际控制人的投资主体股权架构

（4）最新经审计的投资主体财务报表

（5）投资主体投资决策文件

（6）具有法律约束力的协议或类似文件

（7）证明投资资金来源真实合规的支持性文件

（8）境外投资真实性承诺书

【备注】：

依据《企业境外投资管理办法》第30条，项目备案表或附件不齐全、项目备案表或附件不符合法定形式、项目不属于备案管理范围、项目不属于备案机关管理权限的，备案机关应当在收到项目备案表之日起5个工作日内一次性告知投资主体。逾期不告知的，自收到项目备案表之日起即为受理。

依据《企业境外投资管理办法》第31条，备案机关在受理项目备案表之日起7个工作日内向投资主体出具备案通知书。

备案机关发现项目违反有关法律法规、违反有关规划或政策、违反有关国际条约或协定、威胁或损害我国国家利益和国家安全的，应当在受理项目备案表之日起7个工作日内向投资主体出具不予备案书面通知，并说明不予备案的理由。

（二）企业境外投资证书审批—商务部（厅）

1、核准

企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理。实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家。必要时，商务部可另行公布其他实行核准管理的国家和地区的名单。实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。对属于核准情形的境外投资，地方企业通过所在地省级商务主管部门向商务部提出申请。

【核准程序所需材料】：

企业申请境外投资核准需提交以下材料：

（1）申请书，主要包括投资主体情况、境外企业名称、股权结构、投资金额、经营范围、经营期限、投资资金来源、投资具体内容等；

（2）《境外投资申请表》企业应当要求填写打印，并加盖印章；

（3）境外投资相关合同或协议；

（4）有关部门对境外投资所涉的属于中华人民共和国限制出口的产品或技术准予出口的材料；

（5）企业营业执照复印件。

【备注】

核准境外投资应当征求我驻外使（领）馆（经商处室）意见。涉及中央企业的，由商务部征求意

见；涉及地方企业的，由省级商务主管部门征求意见。征求意见时，商务部和省级商务主管部门应当提供投资事项基本情况等相关信息。驻外使（领）馆（经商处室）应当自接到征求意见要求之日起 7 个工作日内回复。

商务部应当在受理中央企业核准申请后 20 个工作日内（包含征求驻外使（领）馆（经商处室）意见的时间）作出是否予以核准的决定。申请材料不齐全或者不符合法定形式的，商务部应当在 3 个工作日内一次告知申请企业需要补正的全部内容。逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。中央企业按照商务部的要求提交全部补正申请材料的，商务部应当受理该申请。

省级商务主管部门应当在受理地方企业核准申请后对申请是否涉及本办法第四条所列情形进行初步审查，并在 15 个工作日内（包含征求驻外使（领）馆（经商处室）意见的时间）将初步审查意见和全部申请材料报送商务部。申请材料不齐全或者不符合法定形式的，省级商务主管部门应当在 3 个工作日内一次告知申请企业需要补正的全部内容。逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。地方企业按照省级商务主管部门的要求提交全部补正申请材料的，省级商务主管部门应当受理该申请。商务部收到省级商务主管部门的初步审查意见后，应当在 15 个工作日内做出是否予以核准的决定。

2、备案

对属于备案情形的境外投资，中央企业报商务部备案；地方企业报所在地省级商务主管部门备案。企业其他情形的境外投资，实行备案管理。

【备案和核准程序及条件】

（1）境外投资项目备案申请表

（2）对外投资设立企业或并购相关章程（或合同、协议）

（3）董事会决议或出资决议

（4）前期工作落实情况说明（包括尽职调查、可研报告、投资资金来源情况的说明、投资环境分析报告等）

（5）境外投资真实性承诺书

（6）境外并购事项前期报告表（如属于并购

类）

3、两个以上企业共同开展境外投资的审批

两个以上企业共同开展境外投资的，应当由相对大股东在征求其他投资方书面同意后办理备案或申请核准。如果各方持股比例相等，应当协商后由一方办理备案或申请核准。如投资方不属同一行政区域，负责办理备案或核准的商务部或省级商务主管部门应当将备案或核准结果告知其他投资方所在地商务主管部门。

（三）外汇登记及资金汇出—外管局

1、外汇登记申请

境内机构境外直接投资获得境外直接投资主管部门核准后，持下列材料到所在地外汇局办理境外直接投资外汇登记：

（1）书面申请并填写《境外直接投资外汇登记申请表》；

（2）外汇资金来源情况的说明材料；

（3）境内机构有效的营业执照或注册登记证明及组织机构代码证；

（4）境外直接投资主管部门对该项投资的核准文件或证书；

（5）如果发生前期费用汇出的，提供相关说明文件及汇出凭证；

（6）外汇局要求的其他材料。

外汇局审核上述材料无误后，在相关业务系统中登记有关情况，并向境内机构颁发境外直接投资外汇登记证。境内机构应凭其办理境外直接投资项下的外汇收支业务。

多个境内机构共同实施一项境外直接投资的，由境内机构所在地外汇局分别向相关境内机构颁发境外直接投资外汇登记证，并在相关业务系统中登记有关情况。

2、前期费用汇出

境外直接投资前期费用是指境内机构在境外投资设立项目或企业前，需要向境外支付的与境外直接投资有关的费用，包括但不限于：

（1）收购境外企业股权或境外资产权益，按项目所在地法律规定或出让方要求需缴纳的保证金；

（2）在境外项目招投标过程中，需支付的投标保证金；

（3）进行境外直接投资前，进行市场调查、租用办公场地和设备、聘用人员，以及聘请境外中介机构提供服务所需的费用。

境内机构向境外汇出的前期费用，一般不得超过境内机构已向境外直接投资主管部门申请的境外直接投资总额（以下简称境外直接投资总额）的15%（含），并持下列材料向所在地外汇局申请：

（1）书面申请（包括境外直接投资总额、各方出资额、出资方式，以及所需前期费用金额、用途和资金来源说明等）；

（2）境内机构有效的营业执照或注册登记证明及组织机构代码证；

（3）境内机构参与投标、并购或合资合作项目的相关文件（包括中外方签署的意向书、备忘录或框架协议等）；

（4）境内机构已向境外直接投资主管部门报送的书面申请；

（5）境内机构出具的前期费用使用书面承诺函；

（6）外汇局要求的其他相关材料。

对于汇出的境外直接投资前期费用确需超过境外直接投资总额15%的，境内机构应当持上述材料向所在地国家外汇管理局分局（含外汇管理部）提出申请。

外汇指定银行凭外汇局出具的核准件为境内机构办理购付汇手续，并及时向外汇局反馈有关信息。

3、资金汇出

境内机构应凭境外直接投资主管部门的核准文件和境外直接投资外汇登记证，在外汇指定银行办理境外直接投资资金汇出手续。外汇指定银行进行真实性审核后为其办理。

外汇指定银行为境内机构办理境外直接投资资金汇出的累计金额，不得超过该境内机构事先已外汇局在相关业务系统中登记的境外直接投资外汇资金总额。

中伦文德

□ 李政明/文

李政明律师，中伦文德律师事务所高级合伙人、保险研究院院长，拥有30多年国内外保险法律和业务经验。李政明律师为多家保险集团、保险公司、保险资管、中介机构以及投资人提供法律服务，包括保险机构筹建和股权转让、常年法律顾问与合规、诉讼仲裁和保险资金运用等。李政明律师在保险法领域的长期耕耘与深厚积淀、专业周全的服务以及良好的业绩，获得了保险业、司法界以及社会有关方面的广泛认可。

□ 李文晶/文

李文晶律师，中伦文德资深律师，中国人民大学法律硕士，从事法律工作五年，主要擅长保险资金运用、保险中介合规运作、投融资、并购等法律服务工作。

监管升级，私募基金管理人异常经营核查再出新规

引言

近期，中国证券投资基金业协会不断完善、细化并规范对私募基金管理人的监管，相继发布《关于便利申请办理私募基金管理人登记相关事宜的通知》及《关于公布私募投资基金备案申请材料清单的通知》，以“清单”式监管厘清私募基金管理人登记及私募基金产品备案的要求。

2020 年 3 月 23 日，中国证券投资基金业协会发布《关于进一步规范异常经营专项法律意见书出具行为的通知》及《异常经营专项法律意见书出具指引》，进一步规范私募基金管理人异常经营核查行为，并明确规定了专项法律意见书不予接受的情形、出具补充法律意见书的情形、异常经营专项法律意见书的处理及律师事务所、签字律师公示通报制度。

基于上述，我们以私募基金管理人异常经营核查的法律法规及自律监管规则为基础，结合笔者有关私募基金管理人异常经营核查的工作实践，对私募基金管理人异常经营核查规定及操作实务要点进行梳理、剖析及总结，以供私募基金管理人、投资人及相关人士参考。

一、私募基金管理人异常经营核查的情形及影响

对私募基金管理人而言，2019 年是严监管、强监管的一年，中国证券投资基金业协会（以下简称“中国基金业协会”）针对私募基金管理人不同的经营状况，实施分类监管，分别要求私募基金管理人进行自查及异常经营核查。

（一）异常经营核查的情形

为加强私募基金管理人的自律管理，建立健全行业诚信约束机制，维护投资者合法权益，促进行业健康发展，2018 年 3 月中国基金业协会发布了《关于私募基金管理人在异常经营情形下提交专项法律意见书的公告》（以下简称“《公告》”），《公告》明确规定了私募基金管理人异常经营情形限期提交专项法律意见书事项。

私募基金管理人及其法定代表人、高级管理人员、实际控制人或主要出资人出现以下情形，可能影响私募基金管理人持续符合登记规定时，

应当向中国基金业协会提交专项法律意见书：（1）被公安、检察、监察机关立案调查的；（2）被行政机关列为严重失信人，以及被人民法院列为失信被执行人的；（3）被证券监管部门给予行政处罚或被交易所等自律组织给予自律处分，情节严重的；（4）拒绝、阻碍监管人员或者自律管理人员依法行使监督检查、调查职权或者自律检查权的；（5）因严重违法违规行为，证券监管部门向协会建议采取自律管理措施的；（6）多次受到投资者实名投诉，涉嫌违反法律法规、自律规则，侵害投资者合法权益，未能向协会和投资者合理解释被投诉事项的；（7）经营过程中出现《私募基金登记备案问答十四》规定的不予登记情形的；（8）其他严重违反法律法规和《私募基金管理人内部控制指引》等自律规则的相关规定，经营管理失控，出现重大风险，损害投资者利益的。

基于上述规定，私募基金管理人经营中出现上述八种情形的，即出现可能影响私募基金管理人持续符合登记规定时，需限期提交专项法律意见书。

（二）异常经营核查对私募基金管理人的影响

根据相关监管规定及私募基金管理人异常经营核查的工作实践，私募基金管理人异常经营专项核查期间，自专项核查通知发出之日起，中国基金业协会暂停受理私募基金管理人的基金备案申请、有关重大事项变更申请，以及相关关联方新设私募基金管理人的登记申请。

根据笔者从事私募基金管理人异常经营专项核查的工作实践，如被异常经营核查的私募基金管理人存在已登记为私募基金管理人的关联方的，为避免风险传递，作为异常经营核查私募基金管理人关联方的私募基金管理人的基金产品备案、重大事项变更也存在被暂停的可能。

私募基金管理人收悉异常经营核查的通知后，应向当地证监局报告公司的异常经营情形，并报备公司委托律师事务所出具专项法律意见书的情况。同时，需向私募基金管理人发行设立的基金产品的投资者进行信息披露。

二、私募基金管理人异常经营核查的要求

《公告》及中国基金业协会发布的《关于进一步规范异常经营专项法律意见书出具行为的通知》及《异常经营专项法律意见书出具指引》，对私募基金管理人异常经营核查提出了更明确、规范的要求，具体如下：

（一）异常经营核查律所及签字律师的要求

出具私募基金管理人异常经营情形下专项法律意见书的律所及签字律师应当符合《私募基金登记备案相关问题解答（八）》和《公告》第三项的相关规定，即律所及签字律师需符合下列要求：

（1）中国境内依法设立、可就中国法律事项发表专业意见的律师事务所及其中国执业律师，且应当具备相应的执业能力；

（2）未曾为异常经营核查的私募基金管理人出具登记、备案法律意见书；

（3）律所内部管理规范，合规风控健全，执业水准高，恪守职业道德和执业纪律；

（4）签字律师证券基金法律业务执业经验丰富，并在专项法律意见书中详细明确列明签字律师在证券基金领域从业经验；

（5）律所和签字律师最近三年未受到证券监管部门的行政处罚或者被采取行政监管措施，也未被协会列入不予接受法律意见书的限制性名单。

上述为私募基金管理人异常经营核查出具专项法律意见书的律所及签字律师的基本要求。经了解，曾为异常经营核查的私募基金管理人出具重大事项变更法律意见书的律所及签字律师，中国基金业协会一般会认可其符合上述要求；且根据《公告》及《关于进一步规范异常经营专项法律意见书出具行为的通知》关于专项法律意见书的分类处理方式，如私募基金管理人存在异常经营情形，需选择符合上述条件的律所及签字律师出具专项法律意见书，并建议尽可能选择证券基金经验丰富的会员律师事务所出具专项法律意见书。

（二）异常经营核查的原则、方式的要求

根据《公告》的规定，专项法律意见书应当载明核查原则、核查方式、核查内容、核查过程、核查结果、所依据的法律法规和自律规则。

1、异常经营核查的原则

出具私募基金管理人异常经营情形下的专项法律意见书，律所及签字律师核查应该坚持履行法定职责，遵循勤勉尽责和诚实信用的原则，对私募基金管理人进行充分核查验证，并保证出具的结论真实、准确、完整，不存在任何虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

专项法律意见书应出具明确的结论性意见，不得使用“基本符合”、“未发现”等含糊措辞；并且，未发表或无法发表明确的结论性意见的专项法律意见书，中国基金业协会将不予受理。

2、异常经营核查的方式

鉴于中国基金业协会进一步明确了律师在私募基金管理人异常经营核查中的责任，同时也提高了对承办该项业务的律所及律师的要求，承办律师需提高职业操守及专业胜任能力。

基于上述对律师承办该项业务提出的更高要求，律师在承办私募基金管理人异常经营核查过程中，需采取多元化的尽调方式，包括但不限于书面审阅、实地走访、高管访谈、互联网及数据库搜索等方式，尽调结果互相印证，以如实、完整发现私募基金管理人展业过程中存在的问题，方可达到中国基金业协会异常经营核查的目标，从而完善行业诚信约束机制，维护投资者的合法权益，促进私募行业健康发展。

（三）异常经营核查内容的要求

根据中国基金业协会发布的《异常经营专项法律意见书出具指引》，专项法律意见书应包括四部分内容，分别为律所及律师关于符合出具专项法律意见书资质要求的声明、专项问题核查、整体问题核查及结论。

专项法律意见书核心在于专项问题核查及整体问题的核查两部分，其中专项问题核查需要根据中国基金业协会下发的通知进行具体核查，本文不予赘述。

关于整体问题的核查，主要为再次明确核查私募基金管理人是否持续符合中国基金业协会相关自律规则及私募基金管理人登记的要求。该部分通过对私募基金管理人十六项问题进行逐一核查并发表明确的结论意见。需要特别说明的是，除了私募基金管理人登记需核查的问题外，需特别核查私募基金管理人的财务状况、发行设立并管理的基金情况、私募基金管理人展业情况、基金产品的信息披露情况及出具专项法律意见书报备情况。

（四）异常经营核查时限的要求

根据《公告》的要求，私募基金管理人及其法定代表人、高级管理人员、实际控制人或主要出资人出现异常经营情形的，中国基金业协会将书面通知私募基金管理人委托律师事务所对有关事项进行查验，并在 3 个月内提交专项法律意见书。

同时，《公告》规定了私募基金管理人未能在书面通知发出后的 3 个月内提交符合规定的专项法律意见书的，中国基金业协会将按照规定予以注销，注销后不得重新登记。

根据上述规定，可以推断，私募基金管理人异常经营专项核查的时限为 3 个月，该期限自中国基金业协会发出异常经营核查通知之日起算；并且如专项法律意见书提交后存在中国基金业协会不予接受情形的，上述提交专项法律意见书的时限不暂停、不重新起算。

另外，特别说明的是，异常经营核查期限为提交专项法律意见书的时限，并不包括中国基金业协会的审核期限，即并非通知发出后 3 个月内审核完毕。

（五）充分发挥律师作用，建立公示通报制度

2018 年 3 月 27 日中国基金业协会发布《关于进一步加强私募基金行业自律管理的决定》，规定了私募基金管理人异常经营专项核查中，需充分发挥律师的作用，建立健全私募基金管理人登记法律意见书的责任追究机制，出具登记法律意见书一年内，相关私募基金管理人被公告注销的，三年内不再接受相关律师事务所和律师出具的登记法律意见书。

中国基金业协会最新发布的《关于进一步规范异常经营专项法律意见书出具行为的通知》，进一步强化了出具专项法律意见书律师的责任机制，即若律师事务所及签字律师出具存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏且结论为肯定性结论的法律意见书的，协会将按照要求，“不再接受相关律师事务所的法律意见书，依法移送中国证监会和相关司法行政部门及律师协会查处，并在协会网站公示”。

上述对律所及签字律师追究责任的机制及公示制度，均体现了中国基金业协会对私募基金管理人的严监管趋势，同时，也对律师承办私募基金管理人异常经营专项核查提出了更高的要求。律所及签字律师需进一步提高职业操守和专业胜任能力，坚持勤勉尽责和诚实信用的原则，并采取多元化的尽调方式，依据《证券投资基金法》《证券投资基金监督管理暂行办法》《私募基金管理人内部控制指引》等法律法规及自律监管规则，对私募基金管理人的经营状况进行审核，审慎出具法律意见，充分发挥律所及律师的专业服务能力，并注意防范执业风险。

三、私募基金管理人异常经营核查的实务重点解读

1、关于专项法律意见书指引的分析

中国基金业协会发文进一步规范私募基金管理人异常经营核查行为，并出具了《异常经营专项法律意见书出具指引》，即私募基金管理人异常经营核查出具的专项法律意见书，需按照指引的内容进行逐一核查并发表法律意见。

基于上述，中国基金业协会通过《异常经营专项法律意见书出具指引》对异常经营核查的专项法律意见书内容进行了固化与明确，这与中国基金业协会先后发布《关于便利申请办理私募基金管理人登记相关事宜的通知》及《关于公布私募投资基金备案申请材料清单的通知》，对私募基金管理人登记及产品备案审核“清单化”、“透明化”的原则和精神一脉相承，使得中国基金业协会监管要求得以标准化、透明化及规范化，将法律法规、自律规则中的各项规定落实为对私募基金管理人监管的具体要求，以进一步提升私募基金管理人的合规意识、促进私募基金行业的规范发展。

2、关于专项法律意见书补正要求

根据笔者从事私募基金管理人登记及异常经营核查的工作实践，私募基金管理人异常经营核查过程中，提交专项法律意见书后被中国基金业协会反馈并要求出具补充法律意见书比较常见，本次中国基金业协会以通知的形式对出具补充法律意见书正式予以明确。

根据中国基金业协会最新的通知要求，在专项法律意见书中未能详细论述律师事务所和签字律师是否符合《公告》相关要求的、专项法律意见书存在不符合《公告》中关于专项法律意见书出具要求的相关规定的、及专项法律意见书存在其他需要进一步补充论证或补充提交辅助证明材料等情形的，需出具补充专项法律意见书。

另外，除了上述情形需要出具补充法律意见书外，在异常经营核查中发现私募基金管理人机

构本身及展业过程中存在的问题需要整改，提交专项法律意见书时，如存在暂时无法整改及 / 或采取了整改措施但未整改完毕的情形，中国基金业协会也可能要求出具补充法律意见书，要求律师对整改措施及进度进一步说明。

3、关于专项法律意见书的审核处理

根据《公告》及中国基金业协会最新通知，中国基金业协会对私募基金管理人的异常经营核查处理方式有以下三种，分别为注销登记、不予接受出具的法律意见书及要求出具专项补充法律意见书。

（1）注销私募基金管理人

私募基金管理人收到中国基金业协会异常经营核查的通知，出现以下情形的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人，具体如下：

1）私募基金管理人未能按期提交专项法律意见书；

2）私募基金管理人未能按期提交补充专项法律意见书；

3）出具的专项法律意见书结论性意见为不能持续符合现行管理人登记要求。

（2）不予接受法律意见书情形

专项法律意见书有以下情形之一的，中国基金业协会不予接受：

1）出具专项法律意见书的律师事务所和签字律师不符合《公告》要求的；

2）出具异常经营专项法律意见书的律师事务所或签字律师存在《问答十四》规定的予以公示情形的；

3）专项法律意见书中未发表或无法发表明确的结论性意见的；

4）出具异常经营专项法律意见书的律师事务所或签字律师存在其他协会不予接受其出具的法律意见书的情形的。

（3）出具补充法律意见书情形

专项法律意见书有以下情形之一的，协会将要求私募基金管理人限期补充出具专项法律意见书：

1）专项法律意见书未能详细论述律师事务所和签字律师是否符合《公告》相关要求的；

2）专项法律意见书存在不符合《公告》中关于专项法律意见书出具要求的相关规定的；

3）专项法律意见书存在其他需要进一步补充论证或补充提交辅助证明材料等情形的。

四、私募基金管理人异常经营核查及合规展业寄语

根据中国基金业协会 2019 年至今的监管情况及趋势来看，笔者认为，对私募基金管理人的监管细化、强化是必然的趋势，私募基金管理人应认真遵守《证券投资基金法》《证券投资基金监督管理暂行办法》《私募基金管理人内部控制指引》等法律法规及自律监管规则，合规运营展业，坚持适格申请及持续合规为原则，持续符合内控要求。

同时，私募基金管理人登记后，在经营展业过程中出现不合规的情况，也应当及时发现问题并采取措施完成整改；承办私募基金管理人异常经营专项核查的律所及签字律师应勤勉尽责，提高自身专业能力及执业能力，充分发挥律师事务所的法律专业服务作用，以公司提供的基础材料为基础，并以实地走访、高管访谈、第三方机构征询及互联网及数据库搜索等多元化的调查方式辅佐，根据尽调的结果对存在的问题提出合规、恰当的整改方案，并敦促私募基金管理人自查、整顿、落实到位。

中国基金业协会通过正式文件固化监管要求，同时对律师专业服务能力相应提出了更高的要求。从事私募基金法律服务的律师事务所和律师应加强对监管规定的学习，在实践中增强自身的专业服务能力，敦促私募基金管理人合规展业，为规范、透明、标准的监管模式的实施提供条件，以期促进我国私募基金行业的持续、稳定、健康发展。

中伦文德

□ 武　坚/文

武坚，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。

□ 张晓晨/文

张晓晨，中伦文德律师事务所律师助理，TMT专业委员会委员，南开大学经济学学士，管理学硕士，具有丰富的互联网行业经验，主要业务方向为公司并购和企业风险管理，涉及能源、电信和建设工程等领域。

聚焦区块链生态立法

2019 年 10 月 24 日，中共中央政治局就区块链技术发展现状和趋势进行第十八次集体学习。习近平总书记在主持学习时强调：区块链技术的集成应用在新的技术革新和产业变革中起着重要作用。我们要把区块链作为核心技术自主创新的重要突破口，明确主攻方向，加大投入力度，着力攻克一批关键核心技术，加快推动区块链技术和产业创新发展。2019 年 10 月 28 日，中国国际经济交流中心副理事长黄奇帆在首届外滩金融峰会上表示，中国人民银行很可能是全球第一个推出数字货币的央行。2019 年 11 月 17 日，司法部举办了“区块链 + 法治”论坛，进一步明确了积极推进区块链技术与法治建设全面融合的决心。经历比特币的炒作，ICO 的狂热，迄今为止在应用级别的突破仍旧乏善可陈的区块链技术，从民间走到了庙堂。

一、区块链的概念

2008 年，一个化名为中本聪的人发布了文章《比特币——一种点对点的电子现金系统》，比特币随之诞生。与其他电子货币相区别的是，比特币用“公共账本 + 共识”的模式取代了普通电子货币“中心化账本 + 中介”的模式，从而在历史上第一次实现了去中心化的电子货币交易。

尽管中本聪并未在比特币白皮书中直接提出“区块链”的概念，但其去中心化、账本公开、多方共同写入、不可篡改等特性，却无一不响应了区块链系统的精髓。在典型的区块链系统中，数据以区块为单位产生、存储，并按照时间顺序，连接成链式结构。当且仅当链上所有节点共同参与时，链上的数据才能够被验证和维护。

二、区块链 + 法律的实务应用

区块链技术的引入，对提升审判效率、践行高效便民原则、强化司法公正公开等方面具有重要作用：

（一）有利于帮助法官强化对电子证据的认定。证据是诉讼的基础和核心。案件审理过程中，电子数据在生成后，还要经历存储、传输、提交等多个环节，而这些环节中，每一个都存在产生错误的风险。司法区块链去中心化结构、不可篡改、加密存储等特点，可以确保上述电子数据固定全环节上链，克服电子数据天然的复杂性，使其容易追溯，提高可信度。

（二）有利于前置化解纠纷。如前所述，区块链技术有利于帮助法官解决电子证据认定问题。一旦证据认定效率提升，则做出裁判的事实基础清晰明了，且在链上公示，双方当事人均无法抵赖。于是案件调解率、调撤率上升，前置化纠纷对双方当事人而言成为更好选择。

（三）有利于提高司法效率。当案件调解未果从而进入诉讼程序，区块链的证据固定技术，可以帮助法官更加高效地认定事实、进行裁判，从而提升审判效率。

三、区块链 + 法律的案例总结

（一）杭州互联网法院审理侵犯信息网络传播权案件

应用场景：存证、取证。

2018 年 9 月，杭州互联网法院审理了一起侵犯信息网络传播权案件。本案中，针对被告的侵权行为，原告通过司法区块链平台，进行了存证、取证。在审判中，法院采信了上述证据，并判决被告侵权成立，赔偿原告经济损失。

本案开了我国司法区块链平台取证、存证的先河，并进一步明确了区块链平台所形成的电子数据可以作为证据。除此之外，基于区块链技术的公示效应，一审宣判后，双方当事人均未上诉，案件处理效率较高。

（二）杭州互联网法院上线智能合约司法应用

应用场景：合同签署、履行全流程上链。

2019 年 10 月 24 日，杭州互联网法院上线了基于司法区块链技术的智能合约司法应用。未来，将在网络服务合同、互联网金融合同等领域率先推广该应用，合同签署、履行及产生纠纷后的调解、立案等将全流程上链。

（三）四地法院引入蚂蚁区块链技术

应用场景：审判执行全程上链，全程可追溯。

2019 年 5 月，杭州互联网法院、上海市第一中级人民法院、苏州市中级人民法院、合肥市中级人民法院、蚂蚁区块链科技（上海）有限公司签署了《长三角司法链合作意向书》，宣布以杭州互联网法院司法区块链平台为依托构建长三角司法链，打造“全流程记录、全链路可信、全节点见证”的司法级别信任机制，共促长三角区域司法一体化发展。

四、区块链 + 法律的应用意义

（一）消除电子数据取证障碍

2012 年，电子证据在我国三大诉讼法修订后，被认定为独立的证据类型。现实生活中，原告、被告双方也经常向司法部门提供电子证据，包括但不限于网络交易信息、电子合同、聊点记录等。由于技术水平限制，长期以来，网络交易信息、电子合同等的修改往往难以保留痕迹，不利于司法机关追踪溯源。因此，司法部门往往极少或不予采纳可靠性较低的电子数据。法院长期以来对于电子证据的态度更多的是：“未经公证，不能证明未被篡改”。

2018 年，移动公证数据中心发布的《2018 年中国电子证据应用白皮书》显示，全国民事案件超 73% 涉及电子证据。中国人民大学的一项调查显示，在涉及电子数据应用取证时，仅有 7.2% 的案例中，法院做出了明确的采信判断，对于剩余 92.8%，法庭均未明确做出采信的判定。

同年，最高法出台了《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》，明确可以用区块链等技术手解决电子数据的存证问题。自此，在区块链技术的加持下，电子数据的存证、取证不在是困扰原被告双方的首要问题。法官们也可以将更多精力放在对案件事实的认定和法律适用上。

（二）大幅提高案件调撤率

杭州互联网法院统计数据显示，在知识产权纠纷案件的审理中，采用司法区块链存证的案件调撤率高达 98.5%。特别的，对于知识产权类案件，调解撤诉率从以前的 82.3% 上升到 95.3%。显然，区块链的公示效应显著提升了调撤率。

此外，区块链技术还可以显著缩短调解周期。根据北京互联网法院法官媒体披露显示，2018 年，北京互联网法院在审理一起侵权案件时，在通知应诉阶段，被告坚持拒绝承认自己的违法行为，并拒绝法院的调解。针对被告强硬的态度，北京互联网法院明确告知被告，本侵权案件的存证是在区块链平台上进行的，且该区块链平台与北京互联网法院的“天平链”有效对接。该法官在向被告充分讲解后，被告的态度从不承认侵权行为，到主动要求调解，仅用了 20 余天。

（三）大幅提高审判效率

根据 2019 年最高人民法院发布的《中国法院知识产权司法保护状况 (2018)》白皮书，2018 年全国法院共收知识产权类民事案件 312171 件，一审案件中 195408 件为著作权案件。其中，有相当数量的著作权纠纷均涉及网络媒体。如果我们仍旧按照传统的方式，逐个对文章是否构成侵权进行判定，那么法院审理的工作量将极大，不利于法官有的放矢的将其精力放在更加需要法律知识判断的领域，反而因技术问题耽误了司法机关及双方当事人的时间。区块链技术的防篡改、可追溯、分布式记账等技术，恰恰能够配合移动微法院等电子诉讼平台，高效的对案件事实作出认定。因此，如果相应证据在链上被有效存储记录，法官做出裁判的速度将大大提高。

五、现行区块链立法概览

（一）区块链企业乱象

所谓 ICO，即首次代币发行，是一种为区块链项目筹措资金的常用方式，早期参与者可以从中获得初始产生的加密数字货币作为回报。由于已经有比特币珠玉在前，资本市场为 ICO 的腥风血雨进一步推波助澜，加之暴风、迅雷、人人这些传统的互联网企业迅捷的投机反应，ICO 成为了企业非法吸纳资金，推动公司股价上扬的利器。大量的企业在没有落地应用，甚至没有应用开发计划的情况下，仅仅通过撰写白皮书，即可“发行代币”。投机者们击鼓传花，进一步吹大代币的泡沫，直至破裂。

2017 年 9 月，比特币暴跌 40%，成为了诸多比特币玩家的心头之殇——这就是比特币历史上著名的“九四事件”。“九四事件”发生的直接原因是中央政府的调控政策。2017 年 9 月 4 日，

中国人民银行等七部委发布了《关于防范代币发行融资风险的公告》。公告中指出，ICO 为非法金融活动，严重扰乱金融秩序。由此，七部委叫停了国内所有代币融资项目，同时，责令所有境内数字货币交易所限期关闭，并停止新用户注册。紧接着，国家出台了一系列规范 ICO 行为的政策与文件：2017 年 9 月 13 日，中国互联网金融协会发布《关于防范比特币等所谓“虚拟货币”风险的提示》；2018 年 1 月，中国互联网金融协会发布《关于防范变相 ICO 活动的风险提示》；2018 年 4 月，处置非法集资部级联席会议在银保监会召开。2018 年 8 月 23 日，互金整治办表示，将定期摸排和关闭涉境内 ICO 及虚拟货币交易相关网站、公众号；下一步采取针对性清理整顿措施，维护金融秩序和社会稳定。

（二）区块链领域立法

2019 年 1 月 10 日，国家互联网信息办公室发布了《区块链信息服务管理规定》。《规定》第二条第一款指出，在中华人民共和国境内从事区块链信息服务，应当遵守本规定。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。藉此，国家首次明确了区块链行业的属地管辖原则。《规定》第二条第三款指出，本规定所称区块链信息服务提供者，是指向社会公众提供区块链信息服务的主体或者节点，以及为区块链信息服务的主体提供技术支持的机构或者组织；本规定所称区块链信息服务使用者，是指使用区块链信息服务的机构或者个人。可见，网信办对“区块链信息服务提供者”进行了较为宽泛的定义。这种宽泛的定义，其意义在于，限制一系列的“主体出海，境内技术支持”的区块链项目，防止企业通过交易结构的设计逃脱监管。

此外，《规定》第一条特别说明了，《中华人民共和国网络安全法》为本规定的制定依据，这说明，《中华人民共和国网络安全法》将成为本《规定》的上位法，《规定》被正式纳入了国家网络安全法律体系。

《区块链信息服务管理规定（征求意见稿）》被视作国家加强比特币法律监管的重要法律文件。币圈人士已经达成共识，即《规定》的出台，标志着国家将进一步规范化管理区块链服务。这对区块链技术而言，既是鞭策，也是保护，避免区块链应用被污名化。

区块链相关法律、法规概览

类别	法律、法规名称	时间
基本法律	刑法	1997 年全面修订
	民法总则	2017 年实施
	侵权责任法	2010 年实施
	消费者权益保护法	1994 年施行，2014 年修订
专门法律	信息网络安全法	2016 年发布
	电子商务法	2019 年 1 月 1 日实施
	电子签名法	2004 年颁布
	密码法	2019 年 10 月 26 日通过，2020 年起施行
行政法规及部委通告	国务院发布《计算机信息系统安全保护条例》	1994 年颁布，2011 年修订
	国务院发布《互联网信息服务管理办法》	2000 年颁布，2011 年修订
	国务院发布《“十三五”国家信息化规划》	2016 年发布
	央行等五部委发布《关于防范比特币风险的通知》	2013 年发布
	央行等七部委发布《关于防范代币发行融资风险的公告》	2017 年 9 月 4 日
	银保监会等五部委发布《关于防范以“虚拟货币”“区块链”名义进行非法集资的风险提示》	2018 年 8 月 24 日

除了互联网信息办公室发布的上述规章之外，我国现行的法律、行政法规和规章，均能在不同层次、不同角度起到约束企业经营，保障交易安全，维护权利义务当事人合法权益的作用。例如，《刑法》第 253 条第一款规定了“侵犯公民个人信息罪”，是指非法出售、提供公民个人信息，包括窃取或者通过履职获取个人信息并出售或向外提供，情节严重的行为；《刑法》第 286 条第一款规定了“拒不履行网络安全管理义务罪”，是指网络服务提供者拒不履行法定的维护网络安全的义务，经主管机关责令仍不采取措施，导致非法信息大量传播、用户信息泄露造成严重后果、刑事证据灭失等严重后果的行为；《刑法》第 286 条第一款规定了“非法利用信息网络罪”，是指利用信息网络，为了实施诈骗、传授犯罪方法等违法犯罪活动而设立网站、为实施诈骗而发布信息的行为；本条第二款进一步规定了“帮助信息网络犯罪活动罪”，是指明知他人利用信息网络实施犯罪，仍为其提供互联网接入、网络存储等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。

从民事行为主体权利保护角度来看，《民法总则》第 111 条规定了自然人个人信息安全保护制度。就公民个人信息遭受侵害的救济，在《侵权责任法》中也做出了相应规定。此外，作为《规定》的上位法，《中华人民共和国网络安全法》也对区块链生态管理具有约束力。

六、区块链监管的立法方向

（一）区块链与加密数字货币分开立法

将加密数字区别于区块链单独立法，早已是国际社会的共识。2014 年 6 月 29 日，加利福尼亚州州长签署《数字货币合法化法案》（简称“AB-129 法案”），新法案规定：“虚拟货币不是法定货币。”加拿大政府也明确表示，加拿大不认可比特币的法币地位。欧洲央行指出，比特币等加密数字货币不符合经济或者法律中对于“货币”的定义。可见，将区块链与加密数字分开立法，是区块链监管中值得注意的重要问题。纵观各国央行，几乎所有的监管，都只针对数字加密货币及其之后的一系列发行、衍生行为，而并非针对区块链技术本身。

上述立法趋势在我国也体现的十分明显。针对数字加密货币及其之后的一些列发行、衍生行为，我国早就加以注意并及时采取了监管措施。2013 年中国人民银行等五部委的联合发文（简称“五部委通知”）。在五部委通知中，一是明确加密数字货币性质，二是隔离正规金融服务，三是强调了要加强平台监管。与前文所述的其他主要国家一致，我国也明确的指出加密数字货币不能作为法币流通使用。

（二）区块链与加密数字货币分开立法

《区块链信息服务管理规定》中初步提到了区块链信息服务的备案制度。相比于许可制，备案制为企业提供了更加灵活的空间。许可制往往会把行业管得过分严格，缺乏灵活性，放任自流又会导致不可预估的风险，取用中间的“备案制”，可见监管机构希望区块链行业既有规矩又有活力。

（三）加快区块链相关领域立法

区块链行业的发展涉及到社会发展的方方面面。在未来可见的范围内，区块链将被广泛的应用到金融、物联网、物流、公共服务、知识产权保护等领域。针对相应的特别法，相关领域应当就本领域与区块链技术的结合做出与时俱进的修改和补充。

（四）区块链 + 法治平台建设稳步推进

区块链技术的发展为我国推进治理体系和治理能力现代化，全面推进依法治国有重要意义。区块链 + 法治平台的建设，将在降低诉讼成本、提高诉讼效率、便利当事人、提高审判质量等方面发挥重大作用。

参考资料：

《“区块链”现行法律及合规概览》邓益洲
国家信息中心朱幼平解读《区块链信息服务管理规定（征求意见稿）》
中央部委、两高网站
《华为区块链白皮书》
《区块链，法治的新课题新思路》

中伦文德

□ 林　威/文

林威，法国巴黎第二大学民商法博士、大连海事大学海商法硕士、厦门大学国际经济法学士。现任北京市中伦文德律师事务所上海分所管理合伙人、中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所主任、香港胡百全律师事务所注册外地律师；法国巴黎第二大学、EMLYON 商学院、SKEMA 商学院、华东政法大学等院校兼职教授、校外导师。2019年入选司法部“全国千名涉外律师人才”。

□ 陈　功/文

陈功，北京市中伦文德律师事务所上海分所律师，武汉大学法律硕士学位，具备中英双语工作能力。执业领域：争议解决及公司合规管理，包括各类民商事诉讼及商事仲裁，在商事纠纷、金融纠纷、劳动争议、婚姻家庭继承等领域具有丰富的实务执业经验。代理的客户包括大新银行、天津银行、中银保险、招商信诺、统一集团、天安集团、阿尔斯通、通用电气等。

公司对外担保的合同效力问题分析

——评《九民纪要》对公司法第 16 条理解及适用的影响

引 言

《中华人民共和国公司法》第 16 条（以下简称 16 条）规定：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

该法条首次出现在 2005 年修订的《中华人民共和国公司法》中并沿用至今，在司法实践中针对该条的理解及适用问题一直存在争议，正如 2019 年 11 月 08 日印发、施行的《全国法院民商事审判工作会议纪要》[1]（以下简称《九民纪要》）中所述：关于公司为他人提供担保的合同效力问题，审判实践中裁判尺度不统一，严重影响了司法公信力，有必要予以规范。《九民纪要》对第 16 条的理解及审判规则进行了论述，对后续的司法裁判有着指引作用，本文将结合 2011 年最高人民法院的公报案例中北京高级人民法院对该 16 条的相关论述及《九民纪要》施行后最高人民法院改判辽宁省高级人民法院一审判决认定担保无效的有关判词，评析《九民纪要》对于公司法第 16 条理解及适用的影响，以对公司担保可能存在瑕疵而导致的无效性问题给予合规性建议。

关键词：公司法第 16 条、《九民纪要》、担保合同效力

一、2011 年最高人民法院公报案例对公司法第 16 条之论述

案例：中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展（北京）有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案 [2]

北京市高级人民法院二审认定：

第一，该条款并未明确规定公司违反上述规定对外提供担保导致担保合同无效；第二，公司内部决议程序，不得约束第三人；第三，该条款并非效力性强制性的规定；第四，依据该条款认定担保合同无效，不利于维护合同的稳定和交易的安全。

此外，根据合同法第五十条关于“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效”以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十一条关于“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效”的规定，公司的法定代表人违反公司章程的规定对外提供担保应认定为有效。

被上诉人中建材公司应为善意第三人。有限责任公司的公司章程不具有对世效力，有限责任公司的公司章程作为公司内部决议的书面载体，它的公开行为不构成第三人应当知道的证据。强加给第三人对公司章程的审查义务不具有可操作性和合理性，第三人对公司章程不负有审查义务。第三人的善意是由法律所推定的，第三人无须举证自己善意；如果公司主张第三人恶意，应对此负举证责任。

因此，不能仅凭公司章程的记载和备案就认定第三人应当知道公司的法定代表人超越权限，进而断定第三人恶意。故在上诉人银大公司不能举证证明中建材公司存在恶意的情形下，应当认定中建材公司为善意第三人，中建材公司已经尽到合理的审查义务。

综上，上诉人银大公司出具的《承诺书》担保形式完备，内容不违反法律、法规有关效力性的强制性法律规定，应认定为构成合法有效的第三人保证，银大公司应承担连带保证责任。故银大公司上诉关于其法定代表人何寿山对外提供担保，其行为违反公司章程的规定，并没有经过股东会、股东大会或者董事会同意，故何寿山对外担保因违反公司法第十六条的强制性法律规定，应为无效担保的上诉请求以及被上诉人中建材公司未能尽到审慎的审查义务，不能作为善意的第三人要求银大公司承担保证责任的上诉请求，不予支持。

通过分析该公报案例的论述可以得知，当时权威司法意见对于未经公司法 16 条法定程序的担保合同，推定获益人（债权人）为善意，公司章程为公司内部文件，即使公示也不能推论第三人明知，在有相反证据证明获益人（债权人）知晓相关文件前，并不会认定第三人存在恶意，出于维护合同稳定和交易安全的考虑，即使公司担保合同并未依照第 16 条的规定履行必要程序，该种形式瑕疵一般情况下不影响担保合同的效力。

上述公报案例认定了公司章程不对外产生效力，同时弱化了公司法 16 条所强调的公司内部流程合规的重要性，该认定值得商榷，但却在司法实践中一度成为主流观点。基于此,《九民纪要》针对审判实践中对公司对外担保案件审判尺度不一、观点不同引起的理论与实务界的争议与分歧，确立了统一的审判思路，“法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当按照《合同法》第 50 条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。”同时对“善意”的判断标准也进行了明确规定。下述案例即体现了《九民纪要》生效前后裁判思路的转变。

二、2019 年 12 月 16 日最高人民法院终审案件中关于第 16 条之裁判

案例：亿阳集团股份有限公司、亿阳信通股份有限公司合同纠纷案 [3]

上诉人亿阳集团股份有限公司（以下简称亿阳集团）、亿阳信通股份有限公司（以下简称亿阳信通公司）因与被上诉人吉林柳河农村商业银行股份有限公司（以下简称柳河农商行）、原审被告邓伟合同纠纷一案，不服吉林省高级人民法院于 2019 年 4 月 2 日作出的（2017）吉民初 80 号民事判决，向最高人民法院提起上诉。

此处需要注意几个重要的时间点：一审判决日 2019 年 4 月 2 日，二审判决日 2019 年 12 月 16 日，最高人民法院关于印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知施行日期：2019 年 11 月 08 日。

辽宁省高级人民法院一审对于未经公司法第16条程序的认定：

关于亿阳信通与长安信托签订的《保证合同》效力问题，亿阳信通的抗辩理由主要是未经过亿阳信通公司股东大会决议，应为无效。《中华人民共和国公司法》第十六条第二款规定："公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。"该规定属于针对公司内部管理、运营机制的程序性规定，本意在于限制公司主体行为，防止公司的实际控制人或高级管理人员损害公司、小股东或其他债权人的利益，实质系内部控制程序，不能以此增加交易相对方的责任或冲击交易安全。故该规定应理解为管理性强制性规定，违反该规定不必然导致合同无效。另，案涉《保证合同》约定了保证人亿阳信通公司保证其提供担保已经通过了股东会或股东大会决议，合同相对方已经尽了合理审查义务。因此，案涉《保证合同》不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的无效情形，应认定为有效。

最高人民法院二审对于未经公司法第16条程序的认定：

《中华人民共和国公司法》第十六条第一款规定："公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。"按照亿阳信通公司于2016年10月修订的公司章程第五十五条的规定，公司对股东、实际控制人及其关联方提供的担保，须经股东大会审议通过。2018年6月29日，亿阳信通公司作为上市公司，召开的2017年年度股东大会发布的公告未提及对案涉担保情况进行决议的事项。公司章程中并未授权法定代表人为他人提供担保的决定权，亿阳信通公司时任法定代表人曲飞在《保证合同》上加盖名章、决定为他人提供担保的行为，超越了法律和公司章程规定的权限。基于《中华人民共和国公司法》第十六条第一款对公司为他人提供担保权限的规定，案涉《保证合同》的相对人柳河农商行知道或者应当知道亿阳信通公司在拟决定签订该《保证合同》时应当按照公司章程规定的权限行事。据此，柳河农商行在受让债权时，应当合理审慎地审查亿阳信通公司的章程及有关决议或者决定文件。一审中，柳河农商行起诉主张亿阳信通公司为案涉借款签订的《保证合同》合法有效、《保证合同》中载明亿阳信通公司对外提供担保已经经过亿阳信通公司股东会决议。但是，柳河农商行并未提供审查亿阳信通公司股东会决议材料的证据。《中华人民共和国合同法》第五十条规定："法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。"鉴于柳河农商行知道或者应当知道亿阳信通公司法定代表人决定签订《保证合同》超越权限，该《保证合同》应认定为无效。一审法院认定《保证合同》合法有效，适用法律错误，本院予以纠正。

亿阳信通公司时任法定代表人曲飞，在未按其公司章程规定经股东大会决议情况下，擅自决定为他人提供担保，是导致《保证合同》无效的原因之一。曲飞以亿阳信通公司法定代表人名义签订《保证合同》的行为属职务行为，《保证合同》上亦加盖亿阳信通公司公章，亿阳信通公司应对曲飞的职务行为后果承担责任。亿阳信通公司对于《保证合同》无效具有主观过错，应承担相应责任。对于亿阳信通公司方面签订《保证合同》的权限，柳河农商行未尽谨慎审查义务，其对于《保证合同》的无效也具有过错，同样应承担相应责任。根据《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国担保法＞若干问题的解释》第七条关于"主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一"的规定，柳河农商行与亿阳信通公司的上述过错程度大致相当，故对于债务人亿阳集团不能清偿部分债务，亿阳信通公司应承担50%的赔偿责任。根据《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国担保法＞若干问题的解释》第九条的规定，亿阳信通公司向柳河农商行承担赔偿责任后，可以向债务人亿阳集团追偿。

在该案中，一审辽宁省高级人民法院明显延续了本文引述的2011年最高人民法院公报案例

中的裁判思路，认定未经公司法第 16 条法定程序的担保合同有效，但是二审程序中最高人民法院对于善意推定作出了变更，不再推定善意第三人，而是要求第三人就其善意承担举证义务，即在受益人无法证明其履行了相关审核义务时，推定其并未尽到应尽的责任义务，存在过错，保证合同无效，因债权人与保证人对保证合同无效都存在比例程度相当的错误，故就由此产生的损失各承担 50%。

可见，本案中最高人民法院在 2019 年 12 月 16 日所作出的判决显然系遵循了《九民纪要》中关于公司担保的指引。其间第 17 条规定，“为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害中小股东利益，《公司法》第 16 条对法定代表人的代表权进行了限制。根据该条规定，担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项，而必须以公司股东（大）会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表，人民法院应当根据《合同法》第 50 条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力：债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。”

同时，第 18 条进一步阐明，“前条所称的善意，是指债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同。《公司法》第 16 条对关联担保和非关联担保的决议机关作出了区别规定，相应地，在善意的判断标准上也应当有所区别。一种情形是，为公司股东或者实际控制人提供关联担保，《公司法》第 16 条明确规定必须由股东（大）会决议，未经股东（大）会决议，构成越权代表。在此情况下，债权人主张担保合同有效，应当提供证据证明其在订立合同时对股东（大）会决议进行了审查，决议的表决程序符合《公司法》第 16 条的规定，即在排除被担保股东表决权的情况下，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过，签字人员也符合公司章程的规定。另一种情形是，公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保，根据《公司法》第 16 条的规定，此时由公司章程规定是由董事会决议还是股东（大）会决议。无论章程是否对决议机关作出规定，也无论章程规定决议机关为董事会还是股东（大）会，根据《民法总则》第 61 条第 3 款关于“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”的规定，只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东（大）会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。

债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，只要求尽到必要的注意义务即可，标准不宜太过严苛。公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、担保金额超过法定限额等事由抗辩债权人非善意的，人民法院一般不予支持。但是，公司有证据证明债权人明知决议系伪造或者变造的除外。”

《九民纪要》第 19 条还规定了几种例外的情形。换句话说，在如下情形下，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：

（1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司，或者是开展保函业务的银行或者非银行金融机构；

（2）公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保；

（3）公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系；

（4）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。

综上可见，《九民纪要》对于公司法 16 条项下相关的担保有效性问题进行了明确的细化，强调了第 16 条所涉及的担保合同有效性之关键点在于债权人的善意与否，即债权人善意的，合同有效，反之，合同无效；其次对于善意的推定及举证责任予以进一步明确，善意是指债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同，明确了债权人有审阅相关决议的义务，并且举证责任应由主张担保合同有效的债权人承担。在此一般原则以外，还规定无需审阅决议的例外情形，如：相互担保、以担保为主营业务等。在《九民纪要》施行后最高人民法院的判决文书之论述中，体现了纪要中所载的“保护交易安全

和投资安全，激发经济活力，增强投资创业信心”的精神与“在审理公司纠纷案件中要依法协调好公司债权人、股东、公司等各种利益主体之间的关系，处理好公司外部与内部的关系，解决好公司自治与司法介入的关系”的审判思路。

三、《九民纪要》规范公司对外担保合同效力的本意

如《九民纪要》中所载“关于公司为他人提供担保的合同效力问题，审判实践中裁判尺度不统一，严重影响了司法公信力，有必要予以规范。”近年来，由公司对外担保引发的纠纷日益增多，但对公司的法定代表人或其他人员违反法定程序越权实施的对外担保行为效力如何认定的问题，现行《公司法》和司法解释中均没有规定，因此在司法实践中就公司对外担保效力的认定存在较大分歧，主要表现为：从公司内部决议与外部第三人的关系角度判断，从《公司法》第 16 条是否属于效力性强制性规定判断，从公司负责人是否构成表见代表，债权人是否为善意判断。这几种裁判思路产生分歧的本质是因为价值衡量不同，保护股东尤其是中小股东的利益与维护交易的安全稳定孰优孰劣难分上下。因此为了统一尺度，从最高院民二庭第七次法官纪要到现在的《九民纪要》均表达了同一思想：《公司法》第 16 条是为了防止法定代表人任意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害中小股东利益从而给法定代表人的代表权设置的法定限制。对此，《九民纪要》通过设立“越权代表”与“善意相对人”两重标准对担保合同的效力进行判定，对债权人在接受公司担保时的审慎义务提出了更高的要求。

四、合规性建议

根据《九民纪要》中关于公司对外担保合同有效性问题的规范，各级法院针对该类案件的裁判思路逐渐统一，因此债权人在实务中也应作出相应调整，以避免产生不必要的损失，我们提出以下合规建议：

● 建议债权人对在担保期限内的担保合同进行排查，确认担保合同是否有相应的决议文件；

● 若决议文件缺失，建议与经办人及相关方沟通，明确担保合同签订时的相关事实，确认担保人是否经过了法律所规定的决议要求等事实问题；

● 若担保人已通过法定流程进行了内部决议，则应要求担保人提供决议文件以作留档，若未经过决议，则应要求担保人尽快就担保问题根据法律的规定进行补充决议，并提供相应决议的文件，若担保人为上市公司，则可同时搜寻其担保时的公司年报及相关公告是否有针对担保问题的相关公示；

● 根据担保的不同性质（关联或非关联，是否存在互保等），判断担保合同所需要的相应决议文件，如涉及非关联担保需根据公司章程进行决议的，则应要求担保人提供担保时的公司章程或委托律师前往工商局调取，根据章程判断相关决议是否符合法定要求；

● 若在排查后确认担保时决议文件存在缺失或瑕疵的，应要求担保人尽快补充提供，并由双方签订确认书，再次就担保及决议的相关事实进行确认。若发现相关决议缺失，担保程序瑕疵且无法补救，或担保人确实存在恶意，拒不确认或提供相应决议的，则应考虑要求担保人重新提供担保或要求债务人追加保证等救济增信措施，若相关方拒绝配合或存在明显恶意的，债权人应重新评估债权的履行可能性，并同时进行证据、事实的搜集工作，做好通过司法途径保护自身权益的准备工作。

以上合规性建议主要针对在《九民纪要》明确债权人对担保方的担保行为负有“形式审查义务”的规定下，债权人如何保持“善意”以在纠纷中能有效举证从而保障自身权益。

（本文章之分析、论述及合规建议仅供相关方参考，并不代表作者的法律意见，若公司对相关问题有进一步的法律需求，请联系本文作者或律师事务所，我们将结合具体情况进行分析，并提供相应的专业法律意见。）

注释：

[1] 参见：最高人民法院关于 2019 年 11 月 4 日印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知

[2] 参见：2011 年 2 月 10 日《中华人民共和国最高人民法院公报》[2011] 第 2 期出版

[3] 参见：最高人民法院 2019 年 12 月 16 日，（2019）最高法民终 1603 号《民事判决书》

□ 武　坚/文

武坚，中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。

□ 钟濠洋/文

钟濠洋，实习律师，中国政法大学法学学士、法律硕士，曾挂职贵州省安顺市中级人民法院办公室副主任，曾在昌平区人民法院工作、曾任罗马尼亚布加勒斯特大学讲师，具有较强的法学研究能力和实务能力。执业领域：公司业务、房地产与建设工程、民商事争议解决等。

以股权转让方式转让房地产，需交土地增值税吗？

【案情简介】

2010年，工贸公司与YK公司签订《房地产转让协议》，约定工贸公司将位于乌市的1块土地使用权转让给YK公司，转让价款总计4300万元。之后，工贸公司股东石某某等五人与YK公司签订《股权转让协议》，约定将工贸公司100%的股份转让给YK公司。工贸公司与YK公司签订的《房地产转让协议》在工贸公司原股东与YK公司完成股权变更登记并按约定完成相关移交工作的当日解除，股权转让的总价款为人民币10770万元。2011年，石某某等人向法院起诉，提出YK公司签订《股权转让协议》是为了规避土地增值税，属于以合法形式掩盖非法目的，合同无效。

【裁判观点】

新疆高院一审认为《股权转让协议》有效。最高院二审认为，YK公司签订《股权转让协议》的真实意思表示并非为获得工贸公司股权从而经营该公司，而是为控制和支配工贸公司所有的建设用地使用权和占有的土地，合同无效。最高人民法院再审认为，石某某等人主张《股权转让协议》存在偷逃国家税收的情况，但石某某等人提交的新证据只能说明当地税务部门准许工贸公司免征土地增值税，而股权转让行为和房地产交易行为应分别课以不同的税收，对当事人需如何缴纳税款亦应由税务部门根据实际发生的行为作出相应认定，不能仅以二者课税标准存在不同而认定各方存在偷逃税收的合意并进而认定合同无效，石某某等人亦无税务部门对此予以查处的决定等证据对其此项主张予以佐证，故其以此主张合同无效的理由不能成立，对其要求调查各方当事人纳税情况的请求不予支持。一审判决认定股权转让合同及其补充协议有效正确。

【案件评析】

一、为什么实践中常出现以股权转让方式转让房地产的做法？

在实践中，收购目标房地产有两种最常见的方式：一种方式是收购方直接收购被收购方的房

地产资产本身，这种收购方式称为“资产收购”；另一种方式是收购方收购被收购方公司 100% 的股份，从而到达收购目标房地产的效果，这种收购方式称为“股权收购”。两种收购方式需要支付的税费情况如下表所示：

房地产企业股权收购税负情况					
	所得税	增值税及其附加	土地增值税	契税	印花税
转让方	√	X	X	X	√
受让方	X	X	X	X	√

房地产企业资产收购税负情况					
	所得税	增值税及其附加	土地增值税	契税	印花税
转让方	√	√	√	X	√
受让方	X	X	X	√	√

从上表可知，股权收购对比资产收购税负较轻，尤其是考虑到实践中收购协议往往约定所有税费由收购方承担的情况下，股权收购的优势就更加明显了。然而，税务部门也不是等闲之辈，岂能坐视税款流失而无所作为，尤其是数额巨大的土地增值税引发了税务部门和交易方的巨大争议。

二、支持征收土地增值税的意见

《中华人民共和国土地增值税暂行条例》规定，转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物并取得收入的单位和个人，为土地增值税的纳税义务人，应当依照本条例缴纳土地增值税。支持征收土地增值税的意见认为，名义上转让股权，实际上转让土地及其建筑物的，应当从实质上分析，认定为转让土地及其建筑物，征收土地增值税。

例如在国税函 [2009]387 号文件中，国税局指出，“鉴于广西玉柴营销有限公司在 2007 年 10 月 30 日将房地产作价入股后，于 2007 年 12 月 6 日、18 日办理了房地产过户手续，同月 25 日即将股权进行了转让，且股权转让金额等同于房地产的评估值。因此，我局认为这一行为实质上是房地产交易行为，应按规定征收土地增值税。”国家税务局在国税函〔2011〕415 号中、国税函 [2000]687 号中，湖南地税局在湘地税财行便函

〔2015〕3 号中也表达了类似的观点。最高人民法院在 (2014) 民二终字第 264 号案件中也指出，以股权转让方式实现土地使用权转让目的的行为其内容实质性违法，应当认定其为无效。

三、反对征收土地增值税的意见

反对征收土地增值税的意见认为，从土地增值税的征税对象上看，只有房地产转让行为才能成为土地增值税的征税对象，税法上没有规定转让股权行为应当缴纳土地增值税，股权转让行为并不能成为土地增值税的征税对象。《中华人民共和国土地增值税暂行条例》系国务院颁布，为行政法规，而国税函 [2000]687 号文件、国税函 [2009]387 号文件、国税函〔2011〕415 号文件等只是税收规范性文件，其法律位阶远在暂行条例之下，因此，其扩大暂行条例义务主体范围的规定显然属于超越上位法，不具备合法性，其效力也无法得到法院的承认。本文开篇引用的最高院的案例亦支持了该观点。

而且，《国家税务总局关于纳税人资产重组有关营业税问题的公告》（国家税务总局公告 2011 第 51 号）规定："纳税人在资产重组过程中，通过合并、分立、出售、置换等方式，将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、债务和劳动力一并转让给其他单位和个人的行为，不属于营业税征收范围，其中涉及的不动产、土地使用权转让，不征收营业税。"对股权转让方式转让房地产的交易行为的法律性质应如何判定，税收政策相互矛盾。

四、征收土地增值税可能存在的问题

1. 是否以转让房地产为目的难以界定。认定股权转让的实质是转让房地产需要满足三个条件：一是，股权转让行为为一次性行为；二是，转让 100% 股权；三是，以股权形式表现的资产主要是土地使用权、地上建筑物及附着物。但是，如果一次性转让 99% 的股权是否是转让房地产呢？所以，实践中，如果非得界定转让行为的实质，还得考虑公司成立时间、实际经营情况等诸多因素，导致很难操作。

2. 增值额难以确定。根据《土地增值税暂行条例》的规定，纳税人转让房地产所取得的收入，减除规定扣除项目金额后的余额，为应纳土地增值税的增值额。以股权转让方式转让房地产的交易中，要确定增值额，首先要确定房地产转让收入和扣除项目金额。扣除项目金额被转让企业账面有记载，容易获得。房地产转让收入应如何确定，转让方获得的是股权转让收入，包括房地产价值、股本价值和其他资产价值。哪些属于房地产价值，很难确定。

3. 存在重复征税。适用国税函 [2000]687 号对股权转让行为征收土地增值税，是对股权转让方征税，被转让企业的土地账面价值不会相应得到调整，股权收购方在购买被转让企业股权，获得该房地产后，无论继续开发后转让或直接转让，均只能以被转让企业账面记载的房地产开发成本作为计算土地增值税的扣除项目金额，不能将股权转让方已经缴纳的土地增值税计入扣除项目金额。势必造成对同一房地产销售行为重复缴纳土地增值税的情况。

【总结】

对以股权转让方式转让房地产的行为征收土地增值税的法律依据于法律位阶较低，扩大上位法的规定范围，其合法性存在疑问。在本文开篇所列举的案例中，最高院再审时也没有引用位阶较低的规范性文件。不过，最高院对于该类问题的态度也曾有过反复，说明司法界对于该问题是存有争议的，各方利益群体也进行过激烈博弈，才形成现在的情况。

考虑到在实际操作中征收土地增值税可能存在诸多问题，笔者认为，在目前的法律框架下，对以股权转让方式转让房地产的行为不应征收土地增值税。实务中，除少数地方外，大部分地区税务局也不对以股权转让方式转让房地产的行为征收土地增值税。这与笔者的观点是一致的。但是，若在遇到类似项目时，稳妥起见，建议仍可咨询当地税务部门，以当地税务部门的意见为准。

□ 胡高崇/文

胡高崇律师，现任中伦文德律师事务所北京总所合伙人，主要业务领域涵盖争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。加入中伦文德之前，胡高崇律师供职于国内另一家知名律所，先后担任律师及合伙人；胡律师也曾经长期在北京市某法院从事审判工作，审理千余起案件，类型涵盖合同纠纷、劳动争议等。

□ 蒋倩倩/文

蒋倩倩，现为中伦文德律师事务所北京总所实习律师，主要业务领域为争议解决、劳动雇佣与员工激励、公司合规及企业法律顾问服务。

关联企业混同用工的认定及连带责任的承担

单一主体的企业，在劳动用工方面的法律关系较为简单，不需要去考量所谓混同用工或者连带责任。但是在人力资源实践活动中，以大型互联网公司和国有企业集团为代表，企业主体可能存在人格混同，更可能出现混同用工行为。法律并不禁止关联企业之间互相调用人员，但实践中须注意规范内部管理和用工，避免出现法人人格混同、劳动主体模糊、人员管理混乱等情形，否则可能会被认定为利用关联关系恶意规避用工责任，最终各关联企业会被认定需要对劳动者承担连带责任。

一、混同用工的认定标准和常见形式

（一）混同用工的概念

混同用工是指劳动者已经与一家企业建立了劳动关系，由于主观或者客观原因，该劳动者有被抽调、委派、借调到该企业的关联方工作，与该企业的关联方同样建立了劳动关系，从而导致该劳动者的劳动关系及用工主体出现混乱的一种社会现象 [1]。混同用工通常发生在关联企业之间，劳动者会同时为两个或两个以上的用人单位提供劳动，难以分辨劳动者和哪家单位存在劳动关系，用工主体不明确。

（二）混同用工的认定标准

按照《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（四）》第五条的规定，下列情形可能被认定成劳动者非本人原因从原用人单位安排到新用人单位工作的情形：第一，劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；第二、用人单位以组织委派或者任命的形式对劳动者进行工作调动。第三、因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动。第四、用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同。在上述情形发生时，如果其中出现用人单位区分不明的情况，则可能会被认定为混同用工。

在实践活动中，对于混同用工的认定标准，主要有以下几个方面：第一，关于企业间的出资人、实际控制人、法定代表人和高管是否存在混

同。比如出资人是同一股东或者实际控制人是同一个自然人，或者同一个自然人同时担任了多家公司的法定代表人；管理层是同一拨人等等。如果是上述情形，则有可能认定公司之间存在人格混同，进而被认定为存在对劳动者混同用工的情形；第二，企业在行政、人事和财务管理以及经营范围方面是否存在重叠；第三，企业间的注册地址或实际办公地址是否相同或者相近；第四，员工是否同时或交替为企业提供劳动或以企业名义开展业务、接受企业的用工管理；第五，企业间是否轮流或者交替与员工签订劳动合同、发放工资。

（三）混同用工的常见形式

第一种常见形式为“一套人马、两套牌子”，即两家或多家公司的法定代表人或实际控制人是同一个人或具有亲属关系，或两家公司的办公场所、人员、业务内容、财务等高度混同，劳动者难以区分自己属于哪家用工单位的情形。在司法实践中，法官对于该种情形通常都会给与否定性评价。例如，北京市朝阳区人民法院在马宝顺与北京中通大盈物流有限公司劳动合同纠纷案中，认定马某与 A 公司在 2010 年签订劳动合同书记载的办公地址是 B 公司的注册地址，并且工商部门处罚记录也显示这两家公司的实际经营地址是重合的，而且两家公司在股东和法定代表人上也存在交叉，劳动者工作内容和工作地点没有发生变化。综合上述情况，法院认定两家公司存在混同用工，判决两个公司对员工承担连带责任。

第二种常见形式为“通过出租承包合同、经营合同等隐蔽用工”。实务中部分公司发生劳动纠纷时，会主张将场地出租给第三人经营，或相应业务外包给第三人，劳动者和自己不存在劳动关系。此种情况主要集中于商场、超市、酒店等主体中的各类销售人员、服务员、厨师等人员中；虽然上述人员在工作时间、工作服装、工作内容等方面可能也是统一管理，但具体到劳动合同的签订、用工主体的确认上，可能存在混乱，实际用工主体往往借此隐蔽与员工之间的真实劳动关系。

第三种常见形式为“集团公司内部之间交替用工”。实践中，集团公司通过统一调配，将员工在不同的子公司、分公司之间频繁调动、交替用工。尤为常见的是，员工的劳动合同、工作地点、工资、社保等分布在不同的子公司或分公司，

集团公司在调动时甚至不履行书面的调动手续，也不会与员工就劳动关系进行解除处理，埋下隐患。例如，在某甲公司武昌分公司与赵伟劳动争议案 [2] 中，法院认为两个被告甲、乙公司都是集团设立的分支机构，具有用工主体资质。乙公司因宣布停业导致与劳动者的劳动合同无法继续履行，公司提前通知了劳动者待岗，由甲公司承接与公司劳动合同事宜。甲公司与赵某签订了员工变动确认信，降低了劳动者的薪酬。员工提出解除劳动合同，最终认定了甲乙两家公司要连带承担支付劳动的解除劳动合同经济补偿金的义务。

第四种常见形式为“逆向劳务派遣”。从法理上说，真正的劳务派遣关系应当由劳务派遣公司先固定雇佣员工，再将员工派遣至用工单位。这种正向的劳务派遣在实操层面不会存在相应的法律风险；但是如若由用工单位率先接触劳动者，后由劳务派遣单位建立劳动关系之后再派遣至用工单位则可能被认定为逆向劳务派遣。实务中对于逆向劳务派遣的认定，主要体现在三个方面：第一，最先与劳动者接触的是派遣单位还是用工单位；第二，劳务派遣协议与劳动合同订立的先后次序；第三，是否针对用工单位现有职工。《临沂三德特钢有限公司与孙保金、蒋俊翠等劳动争议案》[3] 就是直接认定劳动者与用工单位建立事实劳动关系的典型案例，在该案中，法院认为：孙殿勇经人介绍在用工单位处从事用工单位安排的工作，接受用工单位的劳动管理，领取用工单位发放的劳动报酬，符合与用工单位建立有事实劳动关系的构成要件。

二、混同用工状态下，用人单位主体的认定原则

关联企业混同用工的情况下，如劳动者已经订立劳动合同，则通常按劳动合同的当事人确认用人单位主体；如未订立劳动合同，可以将有关联关系的用人单位均列为当事人，并以发放工资、缴纳社会保险、工作地点、工作内容等方面的连接点，作为判断哪家用人单位与劳动者存在劳动关系的主要因素。而就在混同用工状态下，多个用人单位是否与劳动者存在双重劳动关系、甚至多重劳动关系这一问题，司法实践并未给出统一的认定标准，往往需要结合具体情形进行区别判断：

通常而言，法院在判决时，即使存在关联企业混同用工的情形，也只认定劳动者与某一用人单位之间存在单一劳动关系。这种认定方式，也是实践中最为常见的认定方式。例如，《李铁锋、广州港湾工程质量检测有限公司建设工程合同纠纷案》[4] 中，法院认为：关联企业之间的混同用工，也只是存在一层劳动关系，其他关联企业应就用人单位的具有给付性质的义务对劳动者承担连带责任。原审法院根据李某与 A 研究院所签订劳动合同的事实，确认双方存在劳动关系，并对李某主张的其与 B 公司存在劳动关系之诉请不予支持，并无不当。

但是个别地区的法院，也会认定双重劳动关系的存在。比如在《黄石市新鑫沅冶金科技有限责任公司与黄石市人力资源和社会保障局行政确认案》[5] 案中，法院认为：结合证据和调查可认定 A 公司系吴某的用工单位。亦可认定 B 公司与 A 公司经营场所无法区分，人员等高度混同，经营内容基本相同，且都未与吴某签订书面劳动合同，具有混同用工特征的事实。B 公司、A 公司与吴某之间客观上均符合构成劳动关系的要件，形成双重劳动关系。

三、混同用工状态下，用工主体连带责任的承担

（一）混同用工状态下，连带责任的主体范围

《劳动合同法》第二条规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”因而，劳动法意义上的用人单位不仅包括公司法人，同样涵盖了分公司等非法人实体、个体经济组织以及民办非企业单位等组织。笔者认为，混同用工

连带责任的主体范围自然应当包括劳动法项下的所有用人单位，即只要数个用人单位之间满足“人、财、物”混同且彼此之间存在混同用工的情形，则可以适用连带责任。从我国《劳动合同法》倾向性地保护劳动者的合法权益的立法背景来看，将所有法律规定项下的用人单位纳入连带责任的主体范围同样可以使得对于劳动者的保护更为周全。如若仅仅因为用人单位主体性质的不同，而产生法律责任认定上的区分，对劳动者权益的保护也是有失公允的。[6]

（二）混同用工状态下，连带责任的适用情形

在认定关联企业是否应对劳动者承担连带责任的问题上，有两种思路：其一是只审查用人单位的主体混同情况，从而判断是否需要承担连带责任；其二是不仅审查用人单位主体的混同情况，同时审查各用人单位之间是否存在混同用工的情况，只有当二者均存在混同时，才可以认定各用人单位之间存在混同用工，需要对劳动者承担连带责任。

笔者认同第二种认定思路，如若仅仅以用人单位主体混同来认定连带责任，则裁量空间过大，可能造成连带责任承担的随意性。因而，用工行为的混同成为劳动法意义下关联企业对劳动者承担连带责任的基础和必要条件。

（三）混同用工状态下，连带责任的适用限制

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》第二十六条意见规定：“在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的主张，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由多家用人单位承担连带责任。”该意见为关联企业混同用工的责任分配问题确立了处理原则，即可由混同用工单位承担连带责任，也可基于员工的要求，仅由其中一家单位承担责任；因为连带责任的承担需要以劳动者的主张为基本前提，法院通常不会主动适用和分配。

比如在《蒋兴泉与华北电力科学研究院有限责任公司等劳动争议案》中，法院确认了 A 公司与 B 公司之间存在混同用工行为，双方应承担连带责任。但是本案中劳动者明确表示，仅要求一家公司承担责任，基于当事人的处分权，法院对此并未提出异议。

四、混同用工状态下，劳动关系中潜在的其他问题

（一）劳动者工龄的计算

工龄的连续计算与否，有两方面的核心价值：第一，在劳动合同解除与终止问题中，工龄直接决定了劳动者可以获得多少经济补偿金。司法实践中，在混同用工状态下，工龄应当连续计算。《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（四）》[7] 以及北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要 [8] 对此做出了具体的规定。第二，决定用人单位应否与劳动者签订无固定期限劳动合同。依据《劳动合同法》第十四条的规定，在同一个用人单位工作超过十年的员工，应当签订无固定期限劳动合同；而在混同用工状态下，前后几家用人单位的工龄，会认为是连续工龄而累加计算。

（二）劳动合同签订次数的计算方式

劳动合同签订次数的累计计算具有同样重要的意义。在全国范围内的司法实践中，同一家用人单位与劳动者签订了两次劳动合同，第二份劳动合同到期时，如果劳动者没有出现《劳动合同法》第三十九条规定的特殊情形，则第二份劳动合同到期终止时，劳动者要求用人单位签订无固定期限劳动合同，用人单位则必须与劳动者签订无固定期劳动合同；而在混同用工状态下，两个形式上不同的用人单位先后与劳动者订立劳动合同的情形，也会被视为同一家用人单位与劳动者先后订立了两份劳动合同，从而导致第二家用人单位丧失了到期单方终止劳动合同的权利。

当然，此种认定有一个例外，那就是两家关联公司之间接替履行剩余劳动合同期限的情形；

即 A 公司与劳动者签了三年期限的劳动合同，基于用人单位的安排，劳动者又与 B 公司签订了一份劳动合同，但是劳动者与 B 公司签的劳动合同的期限，是与 A 公司与劳动者签订劳动合同期限的剩余期限。在这种情况下，司法实践中基本会认定 B 公司与劳动者只签订了一次劳动合同，基本不存在被视为“实际上签订了两份劳动合同的风险”。

（三）签订劳动合同义务主体的认定

在混同用工状态下，最终被认定为实际用人单位的那个主体有义务与劳动者签订劳动合同，否则该主体需要向劳动者支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额，其他混同用工主体则承担连带支付义务。如果混同用工中有一家单位与员工签订了书面劳动合同，则员工不享有获得未签订书面劳动合同双倍工资差额的权利。即在混同用工状态下，只要存在一家用人单位与劳动者签订了书面劳动合同，则用人单位免除支付劳动者未签订劳动合同而需要支付二倍工资差额的法律责任。比如在《安桂明诉北京满仓红投资管理有限公司等劳动争议案》中，二审法院认同了一审法院的观点，认为劳动者已经与某一家用人单位签订了劳动合同，因而其主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的诉讼请求没有事实依据。

五、关联企业如何规避连带用工责任以及其他风险

为避免被认定为混同用工从而在可能产生的劳动争议中承担连带责任，用人单位应当注意以下事项：

第一，因工作安排需要调整劳动者工作单位或者关联企业分别给劳动者安排工作时，应当及时与劳动者先后签订劳动合同，依法承担各自的劳动权利义务，依约定向劳动者支付劳动报酬和福利待遇；当解除劳动关系时，需要与劳动者签订解除劳动合同协议书，厘清不同劳动关系的建立时点。如若企业集团之间用工，建议进行明确的区分，即彻底结束之前一段劳动关系后再建立一段新的劳动关系，待员工与原企业之间彻底解决工资的发放、劳动关系的解除、社会保险的转移等问题后，再转入下一家用人单位。

第二，从人力资源实务层面来看，用人单位还应当注意：首先，与劳动者建立劳动关系的合意需要为同一个主体作出，收集简历、笔试面试及录用通知书的发放，均由同一个主体来进行；其次，劳动合同的签订、工资的支付、社保、公积金、代扣个税等，均由同一用人单位进行；最后，不与其他企业混用公章、不同时委派担任多家企业高管的人员管理同样的劳动者。

第三，对于“借用”劳动者安排到被借用单位的，用人单位须就“借用”行为与劳动者协商一致并留存书面协议等相关手续，否则可能会构成《劳动合同法》第三十八条第一款“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”的情形，劳动者将有权单方解除劳动合同并且向用人单位主张经济补偿金。

注释：

[1] 郑慧玫 张亮亮《关联企业“混同用工“劳动争议问题探讨》,《中国劳动》2017 年 第三期 第 71 页。

[2] 详见湖北省武汉市武昌区人民法院（2013）鄂武昌民初字第 03151 号民事判决书。

[3] 详见山东省临沂市中级人民法院（2014）临民三终字第 510 号民事判决书。

[4] 详见广州市中级人民法院（2017）粤 01 民终 18153 号民事判决书。

[5] 详见湖北省黄石市中级人民法院（2017）鄂 02 行终 19 号民事判决书。

[6] 黄彩相等《多个用人单位因“混同用工承担连带责任之检视——以某市劳动争议审判同类裁判为样本》,《国家法官学院科研部会议论文集》2015 年 4 月 8 日。

[7]《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（四）》第五条规定：劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

[8] 北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）第三十七条规定：对用人单位存在规避签订无固定期限劳动合同和连续计算工作年限的情况，如何处理？用人单位存在规避《劳动合同法》第十四条规定的下列行为，劳动者订立固定期限劳动合同和工作年限的次数仍应连续计算：（一）为减少计算劳动者的工龄，迫使劳动者与其解除或终止劳动合同后重新与其签订劳动合同的；（二）通过设立关联用人单位，在与劳动者签订合同时交替变换用人单位名称的；（三）仅就劳动合同的终止期限进行变更，用人单位无法做出合理解释的；（四）采取注销原单位、设立新单位的方式，将劳动者重新招用到新单位，且单位经营内容与劳动者的工作地点、工作内容均没有实质性变化的；（五）其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

□ 郝　伟/文

郝伟律师，中伦文德高级合伙人，本所争议解决专业委员会主任。主要业务领域为争议解决（诉讼与仲裁）、公司／并购、国际投资与贸易。现担任多家大型能源企业常年法律顾问，为天然气等能源行业提供全方位法律服务。

□ 田卓亚/文

田卓亚，实习律师，华东政法大学法学学士，主要从事民商事诉讼，熟悉民商事相关法律以及天然气行业法规政策，在为能源企业提供法律服务上具有丰富经验，曾多次参与大型能源企业的法律尽职调查项目、企业合规审查项目等。

我国天然气调峰储备制度的现状及法律问题

城镇燃气是我国现代化城市的重要基础设施，城镇燃气消费量占天然气消费量的50%，中国将逐步成为天然气消费大国。根据我国能源发展战略，中国天然气市场发展前景广阔，在发展过程中仍然存在管道、储气设施建设不足、互联互通程度不够、上中下游缺乏统筹等问题。

为了促进天然气产业健康发展，2018年8月，国务院印发了《关于加快储气设施建设和完善储气调峰辅助服务市场机制的意见》，文件中指出我国要构建多层次的储备体系，建立以地下储气库和沿海液化天然气接收站为主，重点地区内陆集约规模化储气罐为辅，管网互联互通多层次的储气体系。

长期以来，在实践中，我国的地下储气库作为管道的附属设施，基本由一体化的管输/销售公司管理运营。储气库投资、运行成本和收益则包含在管输费中，由管输/销售企业向下游用户收取。2016年，中华人民共和国国家发展和改革委员会就天然气管道、储气库的服务定价发布了一系列文件，要求储气库与天然气管道实现业务分离、财务独立，储气库可通过销售调峰气与提供储气服务盈利，管输费中不得包含储气服务费用，储气库将逐步实现与管道的产权独立，自主经营，这是我国天然气市场发展的必然方向。

一、天然气调峰储备概念及特点

天然气调峰储备已是一个关乎社会稳定的重大议题，在进行天然气调峰储备的探讨时，对其概念的厘清以及对天然气调峰储备设施的类型进行详细的了解具有重要意义，能够指导我们遵循市场及社会发展规律，因时因地制宜，做好对天然气调峰储备的建设及完善工作，并能够根据需求调整法律及政策对其的规制方式。

1、天然气调峰储备的概念

天然气调峰储备是指，在天然气的使用过程中，总是存在用气的峰值变化，用气量的变化导致天然气供气系统的供气负荷在不同的时段呈现差异。因此，为了保障高峰时期居民的用气质量，就需要有关供气部门积极行动采取各种手段保障高峰时段天然气气量供应的平衡问题，建设各种调峰储备设施作为高峰时段气源的辅助性供应方。

2、天然气调峰储备的特点

要实现有效的天然气调峰，就离不开调峰储

气设备的支撑，一个完整的调峰储备体系，可以保障天然气用气高峰时节气源供应的稳定性。中国目前拥有的天然气调峰储备体系主要包括了三大部分，第一个是最早建设且储备能力最佳的地下调峰储气库，其建设主体主要是中石油，建设类型主要是枯竭油气藏地下储气库和盐穴地下储气库；其二是伴随着气源的液化技术发展而来的LNG储气库，该类储存设备包含的主要储气方式是:LNG接收站、LNG工厂及LNG卫星站，;其三是输气管道末端储气，该储气设备的储气量不及前两者高，但由于其直接与用户终端相衔接，对用气缺乏的时间和用气量具有极高的敏感度，因此也是天然气调峰储气体系中必不可少的部分。

二、我国已建成27座大型地下储气库

目前，我国已建成地下储气库27座，其中中国石油23座，中国石化3座，港华燃气1座。港华燃气是我国仅有的由城市燃气企业建设运营的储气库，是由香港中华煤气、中盐金坛盐化有限责任公司合作建设的港华金坛储气库，利用金坛地下盐穴空间资源优势，在用气低峰时期将富余气量存储起来，到用气高峰时期进行释放补充气量，起到调峰填谷的作用。

2019年1月9日，中国石油2019-2030年地下储气库建设规划部署安排会议在京召开。会上，中国石油天然气股份有限公司与各相关油气田企业签订储气库项目建设责任书，落实责任主体。明确至2030年，中国石油将扩容10座储气库（群），新建23座储气库。

据笔者了解，我国供气能力最强的相国寺储气库，从2019年11月22日进入供气期以来，累计供气11.26亿立方米，日供气量目前已经达到2443万立方米，属历史最高水平；中国第一座地下储气库天津大张坨储气库，日供气量也超过了2100万立方米。为保障2019年春节的天然气供应，中国27座地下储气库加大了调峰采气供应，截至目前，累计调峰供气量突破500亿立方米，相当于2019年全年天然气消费量的六分之一，创历史新高。

三、我国天然气调峰储备法律制度总体介绍

随着城市化进程的加快，以及天然气冬夏季

气源供应的不稳定性，调峰储备体系基础设施建设投入逐步加大，我国目前已经构建相当一部分的调峰储备设施，且随着技术的进步和建设规划的落实，整个调峰储备体系在市场需求和国家政策的推动下，已经在逐步走向完善，伴随着天然气调峰储备体系建设及运行的快速发展，探索构建天然气调峰储备相关的法律制度规范也应该提上议程。现行的涉及天然气调峰储备方面的法律制度主要包含以下几个方面：

（1）法律：我国目前暂时没有针对天然气调峰储备制定相关的法律，在实践中，对调峰储备建设及运营中的规制通常依据的是已有的现行法律，例如《安全生产法》、《环境保护法》等，这些法律仅对天然气行业的安全生产以及生产过程中的环境保护提供了法律依据。

（2）行政法规：《城镇燃气管理条例》、《特种设备安全监察条例》。

（3）部门规章：《关于加快推进储气设施建设的指导意见》、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》、《天然气发展“十三五”规划》、《天然气利用政策》、《天然气基础设施建设与运营管理办法》、《油气管网设施公平开放监管办法（试行）》、《保障天然气稳定供应长效机制若干意见的通知》、《能源发展战略行动计划（2014—2020年）》和《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》，其中与储气库相关的政策措施涵盖了储气库的建设、运营以及投资等各个方面。

四、我国天然气调峰储备面临的法律问题

2018年4月，国家发改委、国家能源局联合印发了《关于加快储气设施建设和完善储气调峰辅助服务市场机制的意见》。这是自《中共中央国务院关于深化石油天然气体制改革的若干意见》（中发〔2017〕15号）下发以来，国家有关部委出台的第一个配套落实文件。针对以下实践中可能存在的法律问题做出详细的规定。

1、通常供用气双方签订的购销合同时并未对天然气调峰作出约定。

在实践中，供用气双方通常在签订购销合同时，仅针对交付期、合同量、合同价格、气款结算等通用条款作出明确的约定，未针对天然气调峰作出详细的约定，比如供气方的年度供气量、分月度供气量或月度不均衡系数、最大及最小日供气量等参数。导致在出现超出合同的需求的情况，只能通过双方协商或由用气方通过市场化采购的方式解决，但针对出现的应急用气的情况下，仅通过以上两种方式显然不是长久之计。

对此《关于加快储气设施建设和完善储气调峰辅助服务市场机制的意见》中针对供用气双方签订的购销合同作出详细的规定。首先，在签订购销合同时，双方要对天然气的年度供气量等作出明确的约定，并对双方违约的惩罚机制作出约定。其次，在实践中，购销合同未明确约定时，出现应急保供的情况下，供气方和管道企业可在能力范围内供应天然气并同时获得合理收益，额外产生的费用由用气方承担。最后，如购销合同未对供气方不能履行合同供应作出明确的约定，用气方外采气量超额支出的费用可由供气企业承担。

加强合同化的管理不仅有利于供用气双方计划用气、依法合作，同时也解决了天然气供应企业调峰储备时出现的“寒冬不寒”或“虽寒不用”等情况，即用气量不及预期的情况或出现因调峰价格高而导致的用气量短缺。

2、基础设施使用方与实际运营方签订的服务合同不完善。

据笔者了解，在实践中，对于提供天然气运输、气化、液化或压缩等服务的实际运营方与基础设施使用方在签订服务合同时，并未针对实际运营方根据各个时期的用气量，提供的不同类型的管输、气化、液化等服务，从而造成基础设施的运营效率低下、服务成本不确定、基础设施尚有剩余能力但闲置等问题。

对此《关于加快储气设施建设和完善储气调峰辅助服务市场机制的意见》中作出了进一步的规定，要加强天然气运输、储存、气化、液化和压缩服务的合同化管理。首先，明确了在运营方向基础设施使用方提供服务时，双方应签订服务合同，同时应针对实际运营方根据各个时期的用气量，提供的不同类型的管输、气化、液化等服

务等。其次，设施使用方及运营方应共同加强用气曲线的科学预测，提高基础设施运营效率，从而确定服务成本。最后，该意见还规定了在设施运营方不能履行服务合同的情况下，保供支出（含气价和服务收费）超出正常市场运行的部分，原则上应由设施运营方承担。如果基础设施尚有剩余能力，且存在第三方需求时，基础设施运营企业需以可中断、不可中断等多样化服务合同形式，公平开放基础设施并可获得合理收益。

3、储气设施通常未成立独立的储气服务公司，由政府调控储气服务价格。

我国的地下储气库作为管道的附属设施，基本由一体化的管输或销售公司管理运营，并未成立独立的储气服务公司。随着国家管网公司的成立，截止目前，原中石油公司修建并管理的地下储气库现在由国家管网公司与中石油公司共同管理，其中部分的地下储气库已经由国家管网公司全权接管。尽管如此，储气设施仍作为国家管网公司、中石油、中石化、中海油的附属设施。在储气设施不能完全独立的情况下，储气设施在天然气市场上不具有主动性，导致储气设施天然气购进价格和对外销售价格统一由政府调控，形成垄断的市场结构，这对我国储气库未来的发展造成很大的影响。

国家发改委一直鼓励将储气设施的经营模式放开，鼓励成立独立的储气服务公司。据了解，目前，部分中国石油的分公司已经逐渐成立独立的储气服务部与储气公司，也逐步实现财务独立核算，但该储气服务部仅针对中国石油内部的公司提供储气服务，储气服务价格也均由中国石油公司调控，暂不对外提供服务，也并未针对天然气调峰储备而开展不同的储气服务模式。

对此，2016 年国家发改委发布了《天然气管道运输价格管理办法》《天然气管道运输定价成本监审办法》《关于明确储气设施相关价格政策的通知》等文件，首先是明确管道运输实行政府定价，把储气库、液化天然气接收站等资产排除在管道运输业务准许成本之外，实现管道运输价格和储气服务价格的分离；然后在储气设施价格政策中把储气设施价格彻底放开，完全实行市场定价。

2018 年出台的《关于加快储气设施建设和完善储气调峰辅助服务市场机制的意见》也作出了进一步的规定，首先鼓励储气设施实行财务独立核算，成立专业化，独立的储气服务公司。其次要求储气设施经营企业自营天然气买卖业务，储气设施经营企业可统筹考虑天然气购进成本和储气服务成本，购进和销售天然气的价格应由市场竞争形成，根据市场供求情况自主确定对外销售价格。最后，鼓励储气服务、储气设施购销气量进入上海、重庆等天然气交易中心挂牌交易。峰谷差大的地方，要在终端销售环节积极推行季节性差价政策，利用价格杠杆“削峰填谷”。城镇燃气经营企业投资建设的储气设施，建设和运营成本纳入城镇燃气配气成本统筹考虑。

结语：

针对我国天然气的储备，我国要构建多层次的储备体系，建立以地下储气库和沿海液化天然气接收站为主，重点地区内陆集约规模化储气罐为辅，管网互联互通多层次的储气体系，以及完备的储气设施、调峰体系建设及顺畅的运作。

针对天然气储备设施目前所面临的法律问题，首要任务是将供用气双方购销天然气的行为、实际运营方为基础设施使用方提供天然气运输、气化、液化或压缩等服务的行为实行合同化管理，并在合同中的对不同时期的天然气调峰储备作出明确详细的约定。其次，储气设施应尽快成立专业独立的储气服务公司，并实行财务独立核算；储气设施经营企业也可自营天然气买卖业务，根据天然气市场不同时期的供求情况自主确定对外销售价格。最后，城镇燃气经营企业在投资建设储气设施时，可将建设和运营成本纳入城镇燃气配气成本统筹考虑。

构建和完善天然气储气调峰市场机制，落实储气调峰的责任，明确政府、供气企业、管道企业、燃气公司和大用户的储备调峰义务与责任，不仅需要中央政府和地方政府的支持，同时也需要天然气行业上中下游各个环节的共同努力。

中伦文德

□ 徐云飞/文

徐云飞律师，中国人民大学法学硕士，中伦文德律师事务所合伙人，中伦文德网络安全与数据合规专业委员会主任、东亚法律事务专业委员会执行主任、竞争与合规专业委员会副主任。执业领域：投资并购、电信及互联网监管、网络安全与数据合规、劳动、争议解决和其他一般公司法务等，在互联网及信息产业、高科技等众多产业领域拥有丰富的执业经验。

□ 李　楠/文

李楠，实习律师，中国政法大学法律硕士，中伦文德律师事务所律师助理，中伦文德网络安全与数据合规专业委员会成员。业务领域包括投资并购、电信及互联网监管、网络安全与数据合规、劳动和其他一般公司法务等。

《数据安全管理办法（征求意见稿）》简要解读及可能影响分析

为维护国家安全、社会公共利益，保护公民、法人和其他组织在网络空间的合法权益，保障个人信息和重要数据安全，国家互联网信息办公室（“网信办”）于 2019 年 5 月 28 日发布《数据安全管理办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”），向社会公开征求意见。征求意见稿在《网络安全法》的基础上，进一步从数据的收集、处理使用和安全监督管理等方面规定了网络运营者的数据安全保护义务。

鉴于在中国境内利用网络开展数据收集、存储、传输、处理、使用等活动（“数据活动”）的企业或公司等均将适用该办法，如征求意见稿正式生效，将深刻改变所涉企业的业务安排及合规体系，我们建议从事数据活动的企业或公司的管理层、法务部门和数据安全管理部门以及相关的专业人士对相关的立法活动持续予以关注。

征求意见稿由网信办发布，如未来正式生效，则其性质应为国务院部门规章。根据十三届全国人大常委会 2018 年 9 月 7 日公布的立法规划，《数据安全法》已被列为第一类立法项目，即条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案。我们理解，《数据安全管理办法》可以视为《数据安全法》的先驱或预演，其确立的规范、制度和体系可能被《数据安全法》吸纳而成为未来中国数据安全保护领域的基本规则。从长远来看，征求意见稿的影响可能比现阶段看到的更为深远。

现从立法思路、监管措施、实务争议点（及可能的影响）等角度就征求意见稿简要解读及分析如下。

一、立法思路

（一）区分数据类型，明确重点保护对象

征求意见稿明确提出其立法目的为保障个人信息和重要数据安全。虽未明确提及普通数据，但在逻辑上我们理解征求意见稿实质上已将数据区分为个人信息、重要数据和其他数据。征求意见稿重点保护个人信息和重要数据，其他数据按

照征求意见稿和其他法律法规的一般性规定保护即可。此外，征求意见稿明确将纯粹家庭和个人事务排除在其适用范围之外，但该等数据仍可以由其他相关法律法规保护，例如隐私权保护的相关规定。

（二）吸纳国标内容，构建个人信息保护的基本制度

征求意见稿在《网络安全法》的基础上，吸收了国家推荐性标准《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273-2017）（“《个人信息安全规范》”，包括 2019 年 6 月发布的最新版本的征求意见稿）中的若干规定，提出了收集、处理使用个人信息的系列要求，将国家推荐性标准中较为适用的监管措施以及实践要点上升到了国务院部门规章层面。我们在此也提示网络运营者充分重视《个人信息安全规范》，个人信息保护的立法工作是一个渐进的过程，《个人信息安全规范》的内容未来大概率将更多地被纳入到相关法律法规中。

（三）重新定义重要数据，构建重要数据保护的基本制度

2017 年国家互联网信息办公室先后发布了《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》、《信息安全技术 数据出境安全评估指南（征求意见稿）》，初次对重要数据做出了定义（指与国家安全、经济发展，以及社会公共利益密切相关的数据）并按照行业（领域）列举了各自所涉及的重要数据范围。但经征求意见后，为进一步明确重要数据保护的边界及其在实务中的可行性，征求意见稿从后果的角度进一步明确了重要数据的定义，即“一旦泄露可能直接影响国家安全、经济安全、社会稳定、公共健康和安全的数据，如未公开的政府信息，大面积人口、基因健康、地理、矿产资源等”。征求意见稿原则上将企业生产经营和内部管理信息、个人信息等排除在重要数据之外，澄清了部分实务中的困惑。

征求意见稿初步构建了等于甚至严于个人信息保护标准的重要数据保护制度，如针对以经营为目的收集重要数据（或个人敏感信息）的备案制度；针对发布、共享、交易或向境外提供重要数据的批准制度等。

（四）针对新技术，提出新的监管措施

征求意见稿针对采用自动技术（如网络爬虫等）爬取数据，采用用户画像技术定向推送广告，利用大数据、人工智能等技术自动合成信息等基于新技术的数据活动，分别引入了新的监管措施及合规要求。

（五）明确网络运营者的义务，澄清国家标准的法律地位

征求意见稿规定，网络运营者的主要义务为履行数据安全保护义务（详见征求意见稿第 6 条），并应对接入其平台的第三方应用运营者的行为承担过错推定责任。

征求意见稿要求网络运营者履行数据安全保护义务时应当参照国家网络安全标准，并就个人信息和重要数据保护明确要求网络运营者参照国家有关标准采用数据分类、备份、加密等措施。

二、监管措施

（一）监管主体及主要义务主体

1. 监管主体

《网络安全法》初步规定由国家网信部门负责统筹协调网络安全工作和相关监督管理工作。《征求意见稿》进一步明确在中央网络安全和信息化委员会领导下，国家网信部门统筹协调、指导监督个人信息和重要数据安全保护工作，地（市）及以上网信部门依据职责指导监督本行政区内个人信息和重要数据安全保护工作。即数据安全管理的监管主体为中央网络安全和信息化委员会、国家网信部门、地（市）及以上网信部门。

2. 主要义务主体

网络运营者是数据安全管理的主要义务主体。征求意见稿在总则第 6 条中原则规定了网络运营者的主要义务，该等义务被充分体现在了征求意见稿各具体条文中。

此外，关于重要数据出境安全评估，与个人信息出境安全评估一样，征求意见稿也存在义务

主体扩大（从关键信息基础设施运营者扩大为至网络运营者）问题。

（二）监管措施

1. 数据收集

由于个人信息和重要数据在性质上的差异，征求意见稿在数据收集环节更多规定了个人信息收集的相关合规要求，对于重要数据的收集规定了相对较少但更为严格的合规要求（与适用于个人敏感信息收集的特殊要求同等）。此外，征求意见稿进一步针对网络运营者使用自动化手段（如网络爬虫）收集数据的行为提出了约束性的要求。

①. 个人信息收集

征求意见稿在总结《网络安全法》、《个人信息安全规范》实践经验的基础上，就个人信息的收集使用提出下述合规要求。

• 公开收集使用规则要求

征求意见稿规定，网络运营者通过网站、应用程序等产品收集使用个人信息，应当分别制定并公开收集使用规则。征求意见稿明确规定了收集使用规则应包含的内容，以及收集使用规则的提供形式，例如应可以包含在隐私政策中，也可以以其他形式提供。

• 自主明示同意要求

征求意见稿规定，仅当用户知悉收集使用规则并明确同意后，网络运营者方可收集个人信息。网络运营者不得以改善服务质量、提升用户体验、定向推送信息、研发新产品等为由，以默认授权、功能捆绑等形式强迫、误导个人信息主体同意其收集个人信息。

• 功能设计一致要求

征求意见稿规定，网站、应用程序收集或使用个人信息的功能设计应同隐私政策保持一致，并同步调整。

• 区分核心业务功能要求

征求意见稿规定，个人信息主体同意收集保证网络产品核心业务功能运行的个人信息后，网络运营者应当向个人信息主体提供核心业务功能服务，不得因个人信息主体拒绝或者撤销同意收集上述信息以外的其他信息，而拒绝提供核心业务功能服务。

• 非歧视要求

征求意见稿规定，网络运营者不得依据个人信息主体是否授权收集个人信息及授权范围，对个人信息主体采取歧视行为，包括服务质量、价格差异等。

• 间接收集同等责任要求

征求意见稿规定，网络运营者从其他途径获得个人信息，与直接收集个人信息负有同等的

保护责任和义务。

②.重要数据或个人敏感信息收集（以经营为目的）

个人敏感信息的收集除应适用上述个人信息收集的一般性合规要求，还应适用征求意见稿进一步提出的制度性要求，该制度性要求同时适用于个人敏感信息和重要数据。征求意见稿规定，网络运营者以经营为目的收集重要数据或个人敏感信息的，应该遵守以下规定：

• 向所在地网信部门备案

备案内容包括收集使用规则，收集使用的目的、规模、方式、范围、类型、期限等，不包括数据内容本身。

• 明确数据安全责任人

数据安全责任人由具有相关管理工作经历和数据安全专业知识的人员担任，参与有关数据活动的重要决策，直接向网络运营者的主要负责人报告工作。

③.自动化手段收集网站数据（如网络爬虫）

征求意见稿规定，网络运营者采取自动化手段访问收集网站数据，不得妨碍网站正常运行，此类行为严重影响网站运行，如自动化访问收集流量超过网站日均流量三分之一，网站要求停止自动化访问收集时，应当停止。

我们理解，现阶段本条主要针对的是网络运营者使用网络爬虫收集网站数据的情形。现行法律对网络爬虫的相关规定主要集中于刑法中有关计算机信息系统犯罪的条文上，罪名包括非法获取计算机信息系统数据罪、非法控制计算机信息系统以及破坏计算机信息系统罪。但刑法仅在造成严重影响并具有社会危害性时方能适用，难以规制商业活动中的一般危害行为。如征求意见稿生效，则本条将在国务院部门规章层面初步解决了网络爬虫行为相关规定缺失的问题。在立法技术上，本条采用了“自动化手段”的表示，也为未来规范网络爬虫以外的自动化手段收集网站数据的行为留下了充分的空间。

2. 数据处理使用

与收集环节相同，征求意见稿在数据处理使用环节也更多规定了个人信息处理使用的相关合规要求，对于重要数据收集的规定相对较少但更为严格。此外，征求意见稿进一步明确了网络运营者平台上存在第三方应用以及网络运营者兼并、重组、破产等特殊情形下的归责原则和数据处理原则。

①.个人信息的处理使用

• 安全保障要求

征求意见稿规定，网络运营者应当参照国家有关标准，采用数据分类、备份、加密等措施加强对个人信息和重要数据保护。

• 个人信息保存期限要求

征求意见稿规定，网络运营者保存个人信息不应超出收集使用规则中的保存期限，用户注销账号后应当及时删除其个人信息。结合征求意见稿对于收集使用规则应包含个人信息保存期限和到期后处理方式、以及对于个人敏感信息应备案期限的要求，征求意见稿对于个人信息保存期限的要求实际上存在突破《个人信息安全规范》原则性要求（在目的所需的期限内）的可能性。

• 合理、及时响应要求

征求意见稿规定，网络运营者收到有关个人信息查询、更正、删除以及用户注销账号请求时，应当在合理时间和代价范围内予以查询、更正、删除或注销账号。网络运营者接到相关假冒、仿冒、盗用他人名义发布信息的举报投诉时，应当及时响应，一旦核实应立即停止传播并作删除处理。从用户权利角度，《网络安全法》仅规定了用户的更正、删除个人信息权利，征求意见稿承袭了《个人信息安全规范》的规定扩大了用户权利，引入了个人信息主体撤销同意及查询个人信息的权利。

• 信息标注（“定推”、“合成”、自动标注ID）要求

基于保护用户知情权以及信息发布责任自负的原则，征求意见稿要求网络运营者推送广告和合成信息时以明显方式标注“定推”、“合成”等字样，在转发他人制作的信息时自动标注信息制作者ID。

▶ 征求意见稿规定，网络运营者利用用户数据和算法推送新闻信息、商业广告等（以下简称“定向推送”），应当以明显方式标明“定推”字样，为用户提供停止接收定向推送信息的功能。

定向推送的数据来源为用户的个人信息，技术来源为用户画像技术。标注“定推”有助于用户了解网络运营者如何使用其个人信息，赋予拒绝权则响应了广告法项下“不得投放未经请求或明确拒绝的广告”的要求，有助于保障用户的知情权和自主选择权。本条规定对于互联网广告从业者的业务实践将产生实质性的影响。

▶ 征求意见稿规定，网络运营者利用大数据、人工智能等技术自动合成新闻、博文、帖子、评论等信息，应以明显方式标明“合成”字样；不得以谋取利益或损害他人利益为目的自动合成信息。标注“合成”可以在一定程度上限制业界大量存在的自动化洗稿等侵权行为，有助于保护原创作品。

▶ 征求意见稿规定，网络运营者对于用户通过社交网络转发他人制作的信息，应自动标注信息制作者在该社交网络上的账户或不可更改的用户标识。本条规定为网络实名制的进一步落实，目的在于确保网络发布者对其发布的内容负责，进一步规范网络发布者的行为。

• 向第三方提供时的评估要求

征求意见稿规定，网络运营者向他人提供个人信息前，应当评估可能带来的安全风险，并征得个人信息主体同意。下列情况除外：从合法公开渠道收集且不明显违背个人信息主体意愿；个人信息主体主动公开；经过匿名化处理；执法机关依法履行职责所必需；维护国家安全、社会公共利益、个人信息主体生命安全所必需。此项规定承袭了《个人信息安全规范》的要求，但有关例外情形的规定与《个人信息安全规范》略有差异。

②. 重要数据的处理使用

• 安全保障要求

安全保障要求为基本要求，如上所述，对重要数据的安全保障要求与对个人信息的要求相同。

• 发布、共享、交易或向境外提供前的评估及审批要求

征求意见稿规定，网络运营者发布、共享、交易或向境外提供重要数据前，应当评估可能带来的安全风险，并报经行业主管监管部门同意；行业主管监管部门不明确的，应经省级网信部门批准。个人信息和重要数据保护的对象不同，个人信息保护的对象主要为个人信息主体的合法权益，重要数据保护的对象主要为国家安全、社会公共利益等。个人信息的保护在方式上更倾向于以个人信息主体的授权同意为前提，而重要数据的保护在方式上则更倾向于取得代表国家安全、社会公共利益等的相关主管机关的同意或批准。因此，重要数据保护的呈现方式更为严格，其发布、共享、交易或向境外提供均须经行业主管监管部门或省级网信部门的同意或批准。此外，就网络运营者向境外提供重要数据事宜，与《网络安全法》的规定相比，征求意见稿的规定更为严格：义务主体从关键信息基础设施运营者扩大为至网络运营者；行为范围从出境扩大至包括发布、共享、交易以及出境；监管措施从安全评估升级至行业主管部门同意或省级网信部门批准。

③. 存在第三方应用时的归责原则（过错推定责任）

征求意见稿规定，网络运营者对接入其平台的第三方应用，应明确数据安全要求和责任，督促监督第三方应用运营者加强数据安全管理。第三方应用发生数据安全事件对用户造成损失的，网络运营者应当承担部分或全部责任，除非网络运营者能够证明无过错。本条规定明确了网络运营者在前述情形下的过错推定责任，加重了网络运营者的安全管理责任，有利于推动网络运营者履行对第三方平台的监管责任。

④. 网络运营者兼并、重组、破产时的数据处理原则

征求意见稿规定，网络运营者兼并、重组、破产的，数据承接方应承接数据安全责任和义务。没有数据承接方的，应当对数据作删除处理。法律、行政法规另有规定的，从其规定。如征求意见稿正式生效，则企业如进行并购重组且作为数据承接方接收数据的，应留意相应的数据安全责任和义务的承担问题。

3. 数据安全监督管理

①. 监管部门约谈机制

《网络安全法》规定，省级以上人民政府有关部门如发现网络存在较大安全风险或者发生安全事件的，可以按照规定的权限和程序对该网络

的运营者的法定代表人或者主要负责人进行约谈。而征求意见稿进一步明确，网信部门如发现网络运营者数据安全管理责任落实不到位，应按照规定的权限和程序约谈网络运营者的主要负责人，督促整改。将约谈对象缩小为主要负责人，更具针对性。根据监管部门对数据安全问题的执法实践，约谈整改在现阶段已成为主要监管措施之一。

②. 数据安全管理认证和应用程序安全认证

2019 年 1 月 25 日，中央网信办、工信部、公安部、市场监管总局正式发布《关于开展 App 违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》（“《公告》”），并于 2019 年 1 月至 12 月期间在全国范围内开展专项治理。此举对互联网企业的数据合规产生了重大影响。征求意见稿将《公告》治理违法违规收集个人信息的监管思路推广至所有数据安全管理中，鼓励网络运营者自愿通过数据安全管理认证和应用程序安全认证，鼓励搜索引擎、应用商店等明确标识并优先推荐通过认证的应用程序。征求意见稿规定，国家网信部门会同国务院市场监督管理部门，指导国家网络安全审查与认证机构，组织数据安全管理认证和应用程序安全认证工作。

③. 发生数据安全事件时的通知义务

征求意见稿规定，发生个人信息泄露、毁损、丢失等数据安全事件，或者发生数据安全事件风险明显加大时，网络运营者应当立即采取补救措施，及时以电话、短信、邮件或信函等方式告知个人信息主体，并按要求向行业主管监管部门和网信部门报告。

4. 法律责任

征求意见稿规定，对于违反本办法规定的网络运营者，有关部门将依据相关法律、行政法规的规定，根据情节严重程度施加不同的处罚措施，具体包括：公开曝光、没收违法所得、暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或吊销营业执照等。构成犯罪的，将依法追究刑事责任。

三、实务争议点

征求意见稿基于新的监管思路明确了数据安全管理的具体制度，但就其中的部分内容，从实务的观点，我们理解仍然存在进一步商榷的余地。

（一）“以经营为目的”等概念尚待明确

征求意见稿规定，网络运营者以经营为目的收集重要数据或个人敏感信息的，应向所在地网信部门备案，但征求意见稿中并未明确规定何为“以经营为目的”，此项概念的缺失可能导致实务中出现适用标准的混乱或矛盾冲突，建议予以明确。

（二）关于备案和批准的要求缺乏明确的程序性规定

关于网络运营者以经营为目的收集重要数据或个人敏感信息的备案要求，以及重要数据发布、共享、交易或向境外提供前的评估及审批要求，征求意见稿均未规定具体的程序要求，例如准予备案或同意或批准期限、具体审核内容等均不明确，实务中缺乏执行标准，建议予以明确。

（三）信息标注可能导致合规成本增加及用户体验降低

“定推”、“合成”、自动标注 ID 等有关信息标注的规定，或多或少均要求网络运营者变更其网站的功能设计，如需大幅更改网站功能设计，则此项要求可能导致较大的合规成本。此外，从普通用户的角度，仅标注“定推”、“合成”等字样，普通用户往往不会关注其含义或者难以理解其含义，则将导致用户体验的降低。

（四）重要数据外延待进一步澄清

如前所述，征求意见稿重新定义了重要数据，虽然 2017 年《信息安全技术 数据出境安全评估指南（征求意见稿）》曾按照行业（领域）界定过重要数据的外延，但鉴于监管思路已经发生了显著变化，我们理解前述评估指南中的外延大概率不会被原封不动地继续采用，重要数据的外延仍待进一步澄清。

新冠疫情也是一面照妖镜

陈　文/文

这次席卷全球的病毒，
这场史无前例的瘟疫，
不仅肆虐人们的肉体，
也摧残了人民的心灵。

在这场灾难面前，
有的人肝胆相照，
有的人见义勇为，
有的人舍生忘死。

有的人越洋相助，
有的人隔岸观火，
有的人忘恩负义，
有的人相望相助。

有的人落井下石，
有的人雪里送炭，
有的人彷徨疑惑，
有的人一马当先。

上天知道你做了什么，
你心里明白干了什么，
别人也欣赏你的表演，
大家在等候最终审判。

冬尽春来四韵

方登发/文

花开望故乡，
冬去忆苍茫。
海上风云起，
荆襄雨雪狂。
千帆劈巨浪，
万马饮长江。
晓战驱长夜，
春归复艳阳。

庭中的花儿次第开放了。春天来了，故乡的冬云远去了吗。回想去冬今春这场突然袭来的巨大灾难，真是狂风暴雨、惊涛骇浪。有爱、有勇、有信，还有心中的坚定和不屈的精神，顽强的白衣战士正带领我们走出疾疫的阴霾。是艳阳、是和风、是细雨，是亲情、是友情、是爱情，未来的生活更值得我们去珍惜！以《冬尽春来四韵》记抗疫奋战之事，抒思乡念亲之情，表感激祝福之意，畅未来生活之愿。

事务所快讯

▲中伦文德高级合伙人李铮律师、刘培峰律师受邀担任最高人民检察院民事行政案件咨询专家

为推动社会治理现代化，最高人民检察院依托互联网搭建起检察机关民事行政案件专家咨询网。全国各地检察人员可通过咨询网连线全国统一专家库中的律师专家，咨询有关专业问题。2020 年 3 月 27 日，中伦文德高级合伙人李铮律师、刘培峰律师正式受邀成为最高人民检察院民事行政案件咨询专家。

▲中伦文德济南分所付春法律师团队助力 2020 年青岛市（区市级）政府专项债券成功发行

2020 年 3 月，中伦文德济南分所付春法律师团队助力 2020 年青岛市（区市级）政府专项债券成功发行，融资额人民币 10.18 亿元！涵盖“学前教育”、“基础设施”政府专项债券领域。该批专项债券发行，由济南分所合伙人付春法律师、祝春旺律师、刘双梅律师组成的专项法律服务团队，共同提供专项法律服务，并出具相关《专项法律意见书》。

▲中伦文德杭州分所为某企业 2 亿元的融资租赁项目出具法律意见书

日前，浙江某融资租赁公司与杭州某投资集团有限公司、杭州某工程有限公司顺利完成了一项金额为 2 亿元的联合融资租赁项目。本项目以不动产及相关设施作为标的，采用售后回租模式，以开具远期国内信用证作为项目的租金支付结算方式和担保。中伦文德杭州分所受融资租赁公司的委托，由高级合伙人傅林放律师及其团队成员承办该项目。

▲中伦文德助力顺丰控股供应链金融上线

日前，由顺丰控股打造的供应链金融科技平台融易链（Rong-E 链）正式上线运营。中伦文德合伙人李志平团队和高级合伙人黎学宁团队全程为融易链提供法律服务，李志平团队作为顺丰集团常年法律顾问，以其在金融机构、大型金融类企业等领域的丰富非诉经验，结合黎学宁团队商事争议解决领域的沉淀，为融易链提供了全程闭环法律服务。

▲中伦文德程海群律师获深圳市龙华区政府法律顾问聘书

日前，深圳市龙华区政府为中伦文德深圳分所高级合伙人程海群律师颁发《深圳市龙华区政府法律顾问聘书》。

▲中伦文德全程为现代财险增资引进联想控股和滴滴出行全资子公司项目提供法律服务

2020 年 4 月 13 日，现代财产保险（中国）有限公司（以下简称“现代财险”）完成了公司变更登记。中伦文德律师事务所（“本所”）作为现代财险的法律顾问，从合资谈判、起草相关交易文件到起草政府部门报批材料，全程为本次现代财险增资项目提供法律服务。项目牵头人为本所高级合伙人金鲜花律师，项目承办律师为合伙人裴惠善律师和合伙人李赫律师，此外，本所李政明律师团队也为本项目提供了协助。

▲中伦文德助力内蒙古自治区司法厅开展“世界知识产权日”法律宣传活动

2020 年 4 月 26 日是第二十个“世界知识产权日”，北京市中伦文德律师事务所接受内蒙古自治区司法厅邀请积极参与“世界知识产权日”法律宣传活动。在中伦文德陈文董事长、执委会甄庆贵律师和朱登凯律师的大力支持下，在北京师范大学法学院教授、博士生导师、中伦文德刑事法研究院常务副院长黄晓亮律师的亲力指导下，由中伦文德刑事法研究院院长许波律师牵头，中伦文德刑事法研究院、中伦文德知识产权专业委员会联合编制了《企业知识产权法律保护手册》，为内蒙古自治区高新技术企业依法合规经营保驾护航。

▲天津市宜童自闭症研究服务中心主任一行莅临中伦文德天津分所参观交流

2020 年 5 月 6 日上午，中伦文德天津分所创始合伙人、主任温志胜律师带领合伙人孙秋实律师、阎愚博士以及实习生石津津等接待了莅临天津所的天津市宜童自闭症研究服务中心创始人张原平先生及姜红主任一行，并与之进行了深入、全面的交流。

▲中伦文德太原分所邓建成、赵峰副主任律师团队中标太原国有资本投资运营集团有限公司选聘律所框架协议项目

2020 年 5 月 6 日，由中伦文德太原分所邓建成、赵峰副主任律师团队投标的“太原国有资本投资运营集团有限公司选聘部分律师事务所框架协议项目”开标。经评标委员会经过客观公正的评审推荐，中伦文德太原分所成功中标成为该项目入围单位，为太原国有资本投资运营集团有限公司提供专业法律服务。

▲中伦文德参与新乡中新化工有限责任公司破产重整案

2020 年 5 月 19 日，新乡中新化工有限责任公司（下称“中新化工”）第一次债权人会议通过网络会议形式召开。中伦文德合伙人刘培峰律师、相星驰实习律师及张娇茹实习律师接受客户的委托，作为债权人代理人参加了本次债权人会议。中伦文德律师接受客户委托，将全程参与中新化工破产重整案。

▲天津电视台《法眼 · 大法庭》栏目全程摄录中伦文德天津分所律师代理诉讼案件庭审情况

2020 年 5 月 21 日上午，天津市红桥区人民法院开庭审理原告孙某某起诉被告张某、天津某停车管理有限公司财产损害赔偿纠纷一案。中伦文德天津分所合伙人律师娄爽、律师杨利娜作为被告张某的诉讼代理人参加庭审，进行抗辩。天津电视台《法眼 · 大法庭》栏目派出摄制团队对庭审现场进行了全程录像，并对娄爽律师进行了专访。

▲中伦文德助力民营企业顺利完成“市场化债转股”项目

在各方对项目进行充分调研、分析的基础上，历经六个月的不懈努力，通过各方积极地沟通协调，该民营企业市场化债转股项目最终落地，各方近日顺利签约。该项目债转股金额超过 1 亿元。北京中伦文德律师事务所高级合伙人张彦周律师及其团队为该项目提供了全程法律服务。

▲中伦文德太原分所律师入围中国邮储银行忻州、运城律师服务库

近日，中伦文德太原分所合伙人赵峰律师团队和淮锦锦、张鲁震律师团队代表中伦文德太原分所参加中国邮储银行股份有限公司山西省分行国内公开招标活动，成功入围律师事务所框架协议采购中标候选人。

▲中伦文德律师事务所担任雄安新区建设专项债券发行的特聘专项法律顾问

2020 年 5 月 28 日，河北省人民政府成功发行 2020 年雄安新区建设专项债券（一期）——2020 年河北省政府专项债券（十九期）并在交易所上市交易，本期债券为 30 年期固定利率附息债，规模为 150 亿元，债券利率为 3.76%。中伦文德律师事务所担任本次债券发行的特聘专项法律顾问。

▲登记清单制背景下，中伦文德助力中海富林投资公司顺利通过私募基金管理人登记

近日，北京市中伦文德律师事务所作为北京市中海富林投资管理有限公司（以下简称“中海富林”）的私募基金管理人登记专项法律顾问，成功助力中海富林通过私募基金管理人登记。中伦文德为本次私募基金管理人登记提供法律服务的团队成员为本所私募基金专业委员会主任、高级合伙人王敦平律师及其团队律师刘晨、赵伟伟、朱佳楠。

时光荏苒，岁月如梭。转眼间，北京中伦文德（天津）律师事务所迎来了十六岁诞辰。2020 年 5 月 26 日下午，中伦文德天津分所成立十六周年座谈在南开区金融街中心融汇广场 A 座 38 层多功能厅举行。中伦文德集团副董事长、事务所创始合伙人、党支部书记、主任温志胜律师，中伦文德集团董事、事务所创始合伙人、副主任王蓉律师，事务所创始合伙人肖青律师以及本所全体合伙人参加了座谈。

热烈庆祝中伦文德连设四家分所

近日，中伦文德青岛分所获准设立，系中伦文德在山东省设立的第 2 家律所。中伦文德从 2020 年初至 6 月份新设立了四家分所，分别是大连分所、郑州分所、西安分所和青岛分所。截至目前，中伦文德已设立了 21 家境内分所和 7 家境外分所，现有执业律师及专业人员 2000 余名，35 个专业委员会。

庆祝中伦文德商事犯罪研究中心成立

2020 年 6 月 12 日，北京市中伦文德律师事务所举行中伦文德商事犯罪研究中心成立大会，这标志着中伦文德商事犯罪研究中心正式成立。

主　　编：陈　文
执行主编：方登发
编 委 会：李　刚　甄庆贵　夏欲钦　李　铮　林　威　王志坚　李熙华　温志胜　王爱国　刘银栋　余树林　洪国安　王长江

中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京•上海•广州•深圳•成都•石家庄•天津•武汉•太原•济南•西安•南京•厦门•前海•香港•伦敦•巴黎•里昂•利雅得•柏林•汉堡

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层、10层、21层
19/10/21F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing, 100028
总机(Tel): (010)64402232
传真(Fax): (010)64402915
www.zhonglunwende.com