中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德 法律评论

2023年03月

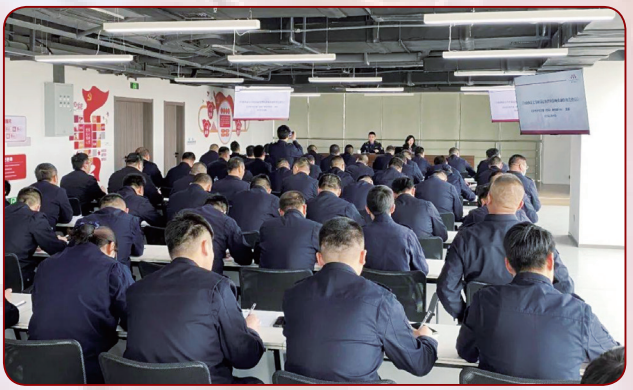
内部资料
免费交流

中伦文德法律研究院

2023 年 2 月 22 日 -25 日，国际律师联盟 INTERLAW 2023 亚太区域会议在泰国曼谷举办，本次会议以“KNOWING YOUR WORTH”为主题，来自亚洲、北美洲、欧洲等地 50 余位律师与嘉宾受邀出席。作为中国大陆区域唯一的成员，中伦文德上海分所、天津分所、前海联营所的合伙人林威律师、温志胜律师、周力思律师、李宇明律师、何理律师、沈天举律师、吕萌律师、付嫣然律师出席会议。

2023 年 3 月 2 号，北京市中伦文德律师事务所执委会换届选举圆满成功！经中伦文德董事会及中伦文德全体合伙人推选，选举夏欲钦律师为新一届事务所主任，张海军律师为执委会主任，李敏律师为事务所副主任，李政明律师、胡高崇律师为执委会委员，中伦文德董事长陈文律师为以上执委颁发了任命书。

2023 年 3 月 6 日上午，北京市中伦文德（上海）律师事务所新办公场所装修工程开工仪式正式举行，中伦文德上海分所主任陈云峰、合伙人程晓鹏律师、范海涛律师、池宇恒律师、唐丽娜律师、杨振武律师，以及施工方代表等共同出席了开工仪式。



2023 年 3 月 15 日，北京市中伦文德（西安）律师事务所高级合伙人高媛律师受西安市曲江城管执法局邀请，为局内中队长以上领导及执法人员共计 100 余人进行了专题培训讲座，主题为行政执法文书对诉讼案件的影响及制作规范指引。

2023 年 1 月 16 日至 29 日，中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所合伙人、西班牙及拉丁美洲法律事务部负责人梁新越律师、高级法律顾问 Victor Gonz lez、实习律师关芷欣随中国企业代表团赴墨西哥进行为期近 15 天的考察访问。

2023 年 1 月 4 日上午，北京市中伦文德（重庆）律师事务所在本所荣誉主任、执行监事朱代恒的带领下，由主任谢明华率队本所管理团队前往北京市中伦文德（郑州）律师事务所交流学习，管委会副主任侯成强、刘娜、崔莹参加交流。郑州分所李新双主任，合伙人吴严冬、李鹏伟、王欣一、刘丹丹对本所一行的来访表示热烈欢迎。

目录

CONTENTS

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2023-03

Zhonglun W&D
Law Firm

03/2023

主　　编：陈　文
执行主编：方登发
编　　委：李　刚　甄庆贵　夏欲钦
林　威　王志坚　陈云峰
温志胜　王爱国　刘银栋
朱代恒　洪国安　纪　斌
田学军

责任编辑：陈　萌
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　法庭论辩术 1：事实论辩　娄耀雄

公司法律

9　激励员工人数众多时的持股平台选择分析　赵鹏丽
13　央企经营不能触碰的高压线——“融资性贸易”　郝　伟　田卓亚
19　央企如何进行资金管理，才能避免被追责？　郝　伟　田卓亚

金融法律

22　“三个办法一个规定”重点修订内容评议　姚正旺
32　商业银行并购贷款业务中特许经营权收购项目的法律合规问题刍议　姚正旺
37　简析《私募投资基金登记备案办法（征求意见稿）》对私募基金管理人登记的影响　范君艳
43　《私募投资基金登记备案办法（征求意见稿）》对私募基金备案的六大影响　范君艳

能源环境法律

46　新能源电站项目倒卖“路条”的认定、法律风险及其防范　桂少华　周绍丰
53　新能源电站项目投资人与地方政府签订项目开发协议时应注意的法律问题　桂少华　周绍丰

人工智能法律

57　ChatGPT 会取代律师吗？　马　珂

CONTENTS

行政法律

59 行政合规激励的理论探索和实践 王志坚 王青清

国际商事仲裁

65 对一起国际商会仲裁院适用“快速程序”案例的思考 王 莺

数据合规法律

69 数据出境系列文章之一——
数据出境的立法历程、基本逻辑及合规路径概述 徐云飞

知识产权法律

73 浅析《市场调查报告》证据在商标侵权纠纷中的
司法认定及实践问题 邓 瑜

民事法律

79 遗产管理人制度适用问题浅析
——有关申请指定遗产管理人案件引发的思考 娄 爽

人文风采

83 一七令·晴 方登发

事务所快讯

84 事务所快讯 编辑部

娄耀雄，北京市中伦文德律师事务所合伙人；中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员；北京通信法制研究会会长。

法庭论辩术 1：事实论辩

□娄耀雄/文

“因为，虽然陪审员很可能对检控官或原告律师的故事，有自己的不赞同看法或意见；但是如果陪审员对案件不能建构出自己版本的故事，而辩方律师也没有提供这样的故事，那么最终判决还是很可能对被告方不利。”[1]

——【美】托马斯·郝理翰

娄耀雄

法庭论辩是在特定场景、按特定规则组织起来的辩论。特定场景就是法庭，特定规则就是诉讼法、证据法、法官法、陪审法等规则。法庭论辩既要遵循辩论的一般技巧，比如理性、尊重、程序公平，又有其特殊性。后者构成法庭论辩术，简称法庭辩术。

辩论是语言的战争，攻击目标是对方的立论，包括对论点、论据和论证过程进行攻击。在这场战争中，攻击对方的立论和建立自己的立论是相辅相成的，都是为了使自己的立论看起来比对方的更可信。

辩论策略是立论和攻击的谋略，包括对事实的立论和攻击，以及对规则的立论和攻击。前者是本文要探讨的内容，后者作为法庭论辩术 2 待续。对事实的立论和攻击就是事实论辩，就是讲一个自己的故事，并戳穿对方的故事。从判决三段论的角度看，攻击事实就是攻击小前提，攻击规则就是攻击大前提——分为规则真空（无规则）、规则模糊（小前提是否落入规则的涵摄）、规则冲突（多个规则共存，需要准据规则）三种情形。本文仅讨论对小前提的建构和攻击。

一、战事

法庭上事实辩论像是讲故事比赛，本质上是各自重构事实的可信度竞争。严格说，法庭辩论中的“事实”也是作为“意见”出现的，是一方试图说服陪审员相信的他对“事实”应该如何的意见。他认为的事实，是他确信的事实的应然状态。当然，律师通常并不确信他试图说服别人相信的。但既然他假装确信，并煞有介事地劝说别人相信，我们就给他做诚实推定，即他“相信”他的意见。事实辩论围绕事实的应然状态展开立论和攻防。

（一）事实建模

之所以说法庭辩论中的“事实”是“意见”，是因为这个“事实”不是利用科学手段证明的事实，而是人想象出的事实，是建立在有限的离散证据点上的无数可能的“事实”曲线中“最应该”的那一条。在有限的离散证据点之外，存在着无限的可能，为什么“真相”是这些可能中的某一种呢？这不是靠科学手段证明的，而是靠律师说服陪审员相信的。这种“证明”只是说服而已，不是科学证明，倒像是宗教里对信仰的“证明”，是通过讲故事来唤起对观点的确信。

对事实的建模是建立在不能突破离散证据点的约束条件上的，除非证明了某个点（证据）为假或不可入门（非法证据排除）。在离散证据点之外的广褒空间，有着无限的可能。律师的工作就是在无数条穿过全部离散证据点的曲线集中，找出一条对自己当事人最有利的曲线，并说服陪审员相信这是“最应该是”的那条，起码比对方律师找出的那条更“应该是”。

在全部离散证据点之外，律师无论如何狂想曲线的走向，都仅是意见，是其对无法用证据证明的空白空间的观点。只要不对证据点动手脚（隐匿、毁损、伪造证据），就不用承担“胡说八道”的责任，因为观点在言论自由的宪法保护下。

（二）决斗

法庭辩论如同两个人按照特定规则决斗，只有一个能活着，另一个必须倒下，除非法庭和解。客观事实不可回溯，没有参照对象来评价双方谁的故事更接近“真相”，因此，评价故事的可信度，不是判断其与客观事实的逼近程度，而是通过逻辑归谬、生活经验类比等逻辑的和非逻辑的方法，来甄别一个故事版本中每一个片段的可接受程度。

陪审员根据自己的生活经验和整体故事走势、现有证据、逻辑推理来判断哪个故事的破绽更多，哪个更可信，最后表决采信哪一个故事版本。还有一种情况，就是陪审团哪个版本都不信，其通过自由心证，建构了第三个版本，作为法定事实。这种情况下，法庭辩论双方的故事版本都有破绽，不能说服陪审员相信任何一个，陪审员根据全部离散证据点，以及双方对证据点之外的空白空间的想象竞赛，在自由心证过程中构建了自己的故事曲线。

事实调查中的决斗有很强的仪式感。决斗士、观众（旁听人员）、组织者（陪审员）和评委（陪审员）必须遵守特定的程序规范——诉讼法；决斗士在事实厮杀中使用的武器——证据，还要遵守特殊的规范——证据法。在这两部法律的约束下，故事版本决斗才可以公平、高效地、理性地进行。

（三）靶向

律师在法庭辩论中的表演是为了唤起陪审员的共情，从而将其故事推进陪审员的已有经验。在离散证据点之外的空白区域，律师无法靠推理证明事实片段的存在，只能通过演说和表演唤起陪审员的共情，以提高“应该”的可信度，从而形成陪审员的内心确认。

在捍卫故事版本可信度的攻防中，律师的口才和表演能力至关重要。由于没有客观标准，自由心证的裁判相信谁，谁就可以胜出。律师表演的道具只能是证据——支撑其故事曲线的离散点。故事版本必须穿过全部证据点，落下一个则全盘皆输，因为不包含某个证据点的故事当然被此点证明为假，除非该点系伪造或作为非法证据被排除。

攻击的靶向是对方故事的可信性，包括故事道具（证据）、故事推理、故事片段之间的关联性、故事片段与证据之间的关联性、故事整体走势的合理性等。另外，诉讼法和证据法也给决斗者预

留了靶向，那就是支撑故事曲线的离散点（证据）。攻击证据点可以否定依其建立的曲线走势，比如，说明超过举证期限或适用非法证据排除规则。

二、战略

法庭辩论是各自故事可信性的竞争，驳倒对方的故事版本，才可以立起自己的版本。对攻击的研究可分为战略和战术两部分，前者研究如何选择攻击手段，后者研究如何实施攻击。

有关攻击手段，可以粗略分为有法条依据的攻击和无法条依据的攻击。前者包括：（1）依据诉讼法的攻击，诸如超过举证期限、证据未经质证、单方委托鉴定等诉讼法对证据程序上的要求；（2）依据证据法的攻击，面向证据的入门资格，即根据非法证据排除规定，某证据不得入门。仔细研究诉讼法和证据法，就可以熟练掌握此类战略。

后者无法条依据，值得专门研究。其是从大量诉讼经验中总结出来的，如何把握分寸也只有在实践中才能领会。我们以骑自行车为例，有法条依据的攻击类似依据交通规则指责对方违章；无法条依据的攻击类似老赛手指责新入门者哪里骑得不好，只有在实践中才能领会。

以下我们仅探讨无法条依据的攻击。发起这种攻击时，不能明确说出受攻击的故事版本的支撑道具（证据）、讲述方式、推演进程到底违反了哪一部法律规范，但可以在法律之外找到攻击的依据，那就是逻辑规则，比如，偷换了概念，归纳不充分等。无法条依据的攻击大量借助逻辑分析。虽然立论不靠形式逻辑（立论靠说服，而非推理），但攻击对方立论主要靠逻辑。依赖逻辑的攻击分为消灭和比较。前者指违反了逻辑规则，推论无效；后者指经过逻辑分析和比较，我的推论比你的更可信。

1. 消灭，就是用逻辑完全推翻对方的故事版本。自相矛盾和归谬是常见的两种方法，前者是证明对方前后不一致，从而说明故事虚假；后者姑且接受对方的观点，从而得到一个显然荒谬的结论。举一个自相矛盾的案例：证人为了证明被告是过失犯罪，说被告从小胆小，但在本案中去拉架，拉架时误伤了受害人。从小胆小与拉架构成自相矛盾。再举一个归谬法案例：被告为证明被害人死亡是意外事故，提供了如下故事版本，在被告把被害人推下河里淹死的案件中，被告主张正午时分两个人一起从河边走过，被害人说看到河里有大量鱼在游，下去抓鱼时自己滑到河里淹死的。姑且接受这个版本的故事，如果为了抓鱼，被害人应该选择最能走进河水的河滩突兀处下水，这样更容易抓到鱼，但他是在河床凹陷处下水的，因此，被攻击故事版本的细节与经验不符。

2. 比较。被攻击故事版本与攻击者主张的版本比较，后者更可信，即与日常经验更相符。比较法中经常使用数学归纳，在人们的 n-1 次经验中，事情都是 A，主张 A 的可信性就比非 A 大。比如，辩方为证明被告不是故意杀人而是过失，其故事版本为：被告在打猎中误以为被害人是猎物而开枪射击的。控方律师对上述故事版本的攻击如下：袭击发生在上午 10 点，视野清晰，被告视力良好，且曾服过兵役，而被害人戴了一顶红帽子，很显眼。根据生活经验，被告故意伤害的概率（控方故事版本）比误伤（辩方故事版本）更可信。注意，比较型攻击方法需要调用裁判者的生活经验，对裁判者文化背景、生活习惯和地域、社会共识有一定要求，不同裁判者可能会给出不同的比较结论。

三、战术

法庭论辩的本质是如何攻击一条通过全部证据离散点的曲线的可信性，使之听起来不合理，从而增大自己故事曲线的比较优势。攻击战术分两个方面，即如何攻击对方故事曲线的可信性（破），以及如何确立自己故事曲线的可信性（立）。

（一）攻击对方故事曲线的可信性（破）

在刑事辩护中，无罪推定的归责原则赋予了“破”更大的价值。理论上说，刑事审判中的事实调查，辩方根本不需要立（无需讲自己的故事），只要破了控方的故事，按照无罪推定原则，被告即无罪。然而，为了增加攻击的效果，辩方需要建构自己的故事曲线，以此说服陪审团“事实本该如此”。在民事审判中，双方各有一个故事版本，在攻击对方版本的基础上，说服陪审团自己的版本才是“真相”。

对故事曲线可信性的攻击，可以用以下几种方法：

1. 攻击离散点（证据）

如果某个证据为假或不可入门（非法证据排除），经过该点的曲线走势自然不可信。当然，对于具有无穷多个点的曲线来说，其中一个点为假并不等于曲线走势不可信，但证据点通常是具有重要意义的故事转折点（非转折点上的证据是证明同一事实片段的冗余证据，只有补强效果，不是必需提交的），攻击证据点对否定故事走向将造成实质性伤害。只有证据点是实际存在的（曲线上的其他点都是想象的），如果否定了一个实在点，由其支撑的曲线的可信性就会大打折扣，尤其是证据本来就少的案件，对一个证据点的否定，故事可能完全改变走向。比如，刑事案件中，如果犯罪现场跟被告的连接点只有指纹一个证据，当这个证据被否定后，事实就会反转。

2. 攻击曲线走势（推理）

有时，曲线上每一个想象点都合理，但其组合（曲线走势）不合常理，故事也不可信。不过，只攻击对方的故事走势，没有新证据从实证意义上说明故事曲线不包含某情节（由新证据支撑），攻击力度并不大，因为说理不是实证。不过，这却是辩方的一种有效的合理怀疑，直接使控方故事的证明力达不到排除合理怀疑的证明标准。所以，在刑事审判中，辩方的职责是破（立是辩方锦上添花的事）；控方既要立也要破，即控方除了肩负立论的职责，还必须挫败辩方建构的任何一个合理的故事，因为辩方的任何一个假设，只要是合理的，就构成一个合理怀疑。比如，夫妻打架的刑事案件中，妻子从厨房窗户掉下去摔死了。证据集合是：丈夫身上的刀伤，厨房的双方脚印，厨房的刀上有妻子指纹。控方的故事版本是：吵架后，妻子用刀捅伤了丈夫，丈夫暴怒，把妻子从窗户扔了出去。辩方的故事版本是，妻子用刀捅伤丈夫后，畏罪跳楼自杀。双方的故事都穿越了所有证据点，都是合理的。虽然被告的故事有点奇葩，但确实提出了一种合理怀疑，如果控方不能挫败辩方的故事，那么，按照无罪推定，被告无罪。如果控方找不到补强证据，比如妻子不想被扔下去的证据（挣扎时留在护栏上的头发），控方就达不到排除合理怀疑的证明标准，被告就会判无罪。

3. 故事曲线上的猜测点不合理

猜测点是存在于证据曲线上的非证据点。说明猜测点的不合理性，整个曲线走势就会变得不合理。攻击猜测点，虽不如攻击证据点的效果好，但在对证据无法攻击时，攻击猜测点也是没有办法的办法。猜测点对故事逻辑的支撑度越高，攻击它就对故事曲线可信度的打击越大。在法庭辩论中，辩方对控方的意图实施攻击就用了这种方法。意图是无法证明的心理行为，没有证据点可以证明意图的存在。因为，虽然可以提供意图形成的背景、原因、外在表露，但心里是否真的存在某个意图，没有直接证据可以证明。无论多么详实的外在证据都不能证明一种心里愿望真的形成了。于是，控方对意图的描绘必然经过猜测点。比如，在一起杀妻案中，二人之前刚买了高额人身保险，控方的故事曲线就包括意图猜测点（买保险的证据只是提供了意图形成的背景，不能证明意图存在）。本案中，辩方可以发起对这个猜测点的攻击，弹药可以是丈夫每年捐 1 个亿的捐款证据，或者，信用卡积分经提示后放弃兑现的事实。

刑事证明中，为了达到排除合理怀疑的证明标准，犯罪对象、工具、结果必须有证据支持，不能靠猜测。除此之外，诸如犯罪意图、犯罪经过、犯罪时的周围环境等允许猜测，没有证据点支撑也可以。比如，如果查不清是先捅后勒，还是先勒后捅，即这段曲线（故事片段）没有证据支持，只靠猜测，也可以定罪。这就给了对方攻击猜测点的机会。对猜测点的攻击不只是为了打击该点的可信度，而是降低整个故事的可信度。比如，在系列先杀后奸的连环案中，控方主张其中一案件的被告具有系列案件作案手法的一致性，即先杀后奸，但并没有证据证明该次序（先杀后奸仅靠猜测）。于是，辩方提出，被害人是一残疾人，不需要杀就能强奸；为追求作案手法统一性的冲动不应高过享受活人快感的本能。辩护人对控方猜测点（先杀后奸）的攻击使得控方的整个故事需要重构。

4. 缺乏根据故事趋势推理出的必经点

如果故事曲线缺乏应有的必经点，其可信性

也大打折扣。必经点是不为现有证据支持，但根据故事曲线的趋势，通过逻辑推理，应该存在的点。比如，还在上一个案例中，为攻击辩方妻子跳楼的故事可信性，控方说，根据辩方故事，如果妻子跳楼，起跳处应该离窗户很近，“近窗起跳”应该在辩方的故事曲线上。然而，现场并没有在窗户旁边发现妻子的脚印；窗边只有丈夫的脚印，这就否定了妻子是自己跳楼的可信性。再举一个例子，辩方提供《不在场证明》也是采用了这种攻击方式。在场，是控方故事曲线上的一个必经点（控方通常没有证据证明被告在犯罪现场，其故事曲线可以推出来被告在现场，所以，被告在犯罪现场的证据就是一个必经点），如果辩方通过《不在场证明》证明该点不存在，控方的整个故事曲线则被否定。

5. 关键转折点缺乏证据支持

故事在曲线的平滑处，靠惯性可以延续，不需要证据支撑；但如果拐点处没有证据支撑，则可信度就会大打折扣。品格证据就是试图用被告一贯行为的统一性来攻击与其品格不统一的猜测。比如，在被告和被害人的互殴中，被害人一直占上风，如果二者的实力逆转缺乏证据支持（关键转折点缺乏证据），即找不到被告有实力杀死被害人的证据，被告杀死被害人的推理就不可信。

6. 有证据点不在曲线上

故事曲线应该包含全部证据点；即使是这样，也不能证明某一方的故事一定为真，因为穿越全部证据点的故事曲线有无数条；但如果不是这样，则故事一定为假。换句话，如果某一方的故事曲线不包含一个证据点，那么，此故事一定是假的。我国在确立证据交换制度之前，律师们常用的招式是藏着关键证据（杀手锏）不告诉对方，开庭时突然亮出来，打对方一个措手不及。此时，对方的故事已经说出来了（曲线已经画完），如果突然出现一个曲线不包含的实在点，就说明其故事与事实不符。比如，在债权追索案件中，被告突然亮出来债权债务互抵的证据，则原告描绘的被告尚未还款的故事不攻自破。

7. 故事曲线上的某点为映像点

攻击者可以对对方故事曲线上的某证据点做新的解释，说明该点只是一个镜像，其实体点并不在故事曲线上。换句话说，这个证据点只是一个像，其物自体不在曲线上。比如，犯罪现场虽然有一个与被告一样大的脚印，且鞋子的花纹也

与被告家里的一双鞋一致，但被告有犯罪发生时自己穿另一双鞋的证据。因此，控方给出的被告杀人的故事曲线，看似包含现场脚印这一证据，其实“被告的脚印”只是一个像，真正穿鞋的另有其人，此脚印为案外人的证据并不在故事曲线上，因此，故事为假。从这个案例可以看出，看似穿过了所有证据点的曲线，由于某个点只是另一实在点的像，该实在点并不在曲线上，因此，故事曲线并未穿越所有证据点，故为假。

（二）确立自己故事曲线的可信性

刑事辩论中的辩方如果没有自己的故事，一味把宝压在控方失败身上，期待控方立不起故事，会有很大风险，因为无立之破，难以形成陪审员的心证。换句话说，如果辩方不讲自己的故事，只是利用无罪推定原则让控方的故事不成立，并不容易说服陪审团摒弃控方的故事。如果辩方有了自己的故事，再在此基础上攻击控方的故事，更容易击败控方。

建立自己的故事比攻击别人的故事困难。前者需要说服，也就是打动陪审团相信；后者靠逻辑推理，可以一招致命。故事建构好之后，要重复做模拟演习，自己站在对方立场攻击自己的故事，面对任何一个合理的攻击（合理怀疑），看自己的故事是否能自圆其说。

建构一条令人信服的故事曲线，以下五点很重要：

1. 故事曲线要穿越全部证据点，一个都不能落下；

2. 曲线走势符合常理，即符合一般人的生活经验；

3. 每一个故事拐点都要有证据支撑，否则故事的惯性不会让其走势转向；

4. 故事曲线上凭空加入的猜测点，要符合证据点、故事走势、人物个性等背景框架；

5. 故事曲线要预留发展空间，与能够预见到的待发现的新证据相符。

建构一个故事需要注意所有细节，一个细节的疏漏会导致满盘皆输。而对对方故事的攻击，只需针对一个点就够了，因为一个点被击破，整个故事的可信性就轰然倒塌。因此，如果故事没有容错能力（对新证据的包容力），或讲故事者缺乏临场自圆其说的能力，一个新证据的出现或原证据被击垮，都会导致该故事版本被陪审团抛弃。我们以英国著名电影《控方证人》（Witness for the Prosecution）为例来说明。控方故事并非高度依赖被告夫人提供的《可能在场证明》辩方律师最后拿到了该证人由于私情而故意陷害其夫的证据，揭穿了其出具《可能在场证明》的真正动机，于是此份证据被击穿。关键是，这个证据被击穿后，并不导致控方故事的整体走势被改变，换句话，没有这个证据，控方的故事依然可信。然而，该证据被击穿后的情感因素导致陪审团完全不再相信控方，而控方并没有替代方案，也不能作出随机应变，一个证据的失败导致了整个故事版本被陪审团抛弃。由于本文只谈论辩，而故事建构不涉及论辩，本文不过多论述故事建构问题。

包工头

我有一个包工队，
可以搭一座金库，
里面的钱都属于你；
也可以造一座监狱，
让你住进去。

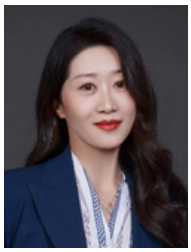
我们包工不包料，
原料是有关你过往的碎片，
我们用想象力把它们粘在一起，
按照我的蓝图，
创作一个作品。

每次都是二选一的建筑方案大赛。
谁搭建的更能打动评委，
谁的作品就会被定为官方作品，
印在一种叫“判决书”的纸上。

你看，我建筑的切角，
把天划出一道口子。
奇迹出现了，
在语言建构的虚拟世界，
故事在迎空飘扬。

注释：

[1]【美】托马斯·郝理翰等著，邓炘炘译：《论辩学教程》，清华大学出版社，2018 年 6 月第 1 版，第 282 页。

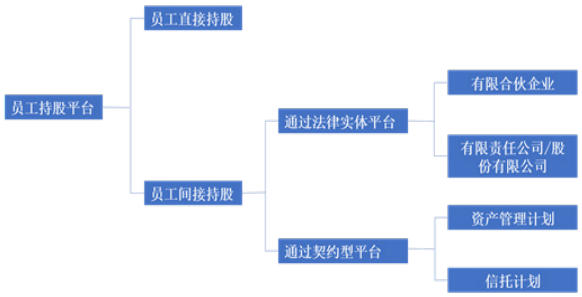


赵鹏丽律师先后在世界五百强公司、知名红圈所以及“四大”之一的法律服务团队工作，积累了非常丰富的工作经验，为众多大型国有企业、跨国公司，民营企业以及私募股权投资基金提供法律服务。业务领域涵盖跨境投融资和并购、外商直接投资、公司架构设计及员工股权激励和国企合规审查等。

□赵鹏丽/文

激励员工人数众多时的持股平台选择分析

员工持股的法律形式主要包括员工直接持股和通过平台间接持股。从公司的管理角度来说，员工直接持股一般适用于公司初创，激励人数少，持股比例低的情况。如果激励员工人数众多，采用直接持股模式的弊端是显而易见的，在此就不做赘述。以下对通过中间平台间接持股以及由工会/工会委员会代持的几种方式进行比较分析。其中对于通过平台间接持股，按照持股平台的性质，可以进一步区分为法律实体平台和契约型平台两种类型（如下图）。



一、通过法律实体平台间接持股

1. 有限公司作为员工持股平台间接持股

有限公司分为有限责任公司和股份有限公司。二者虽然都可以作为持股平台，但仅比较这两种方式而言，有限责任公司更有利于公司对平台的控制。《公司法》规定股东之有权对表决权机制另行约定，不一定要严格按照持股比例行使其表决权。因此，通过对章程中的条款设计或者协议约定，公司实际控制人仍然是可以控制持股平台，这对顺利推进实施员工激励计划显然是非常重要的。

反观股份有限公司，《公司法》规定股份有限公司要同股同权，股东持有一股份即享有一表决权，无法通过股东间的约定加以排除或对表决权灵活分配。当股份有限公司的股权被分散到各员工持有并累计达到一定比例后，可通过自行召集和主持股东会议、提出临时提案等方式要求修改公司章程、增减资、以及对公司合并、分立、解散或者变更公司作出决议[1]进而使得股权激励计划无法按照初衷实施。公司实际控制人无法控制公司时，极易引发争议和纠纷。

不过，对于激励员工人数众多时，股份有限公司作为持股平台也并非毫无长处，一是股份有限公司的股东上限人数可以达到200人，而有限责任公司和有限合伙企业的股东/合伙人上限人数为50人，二是股份有限公司无需对外公开披露除发起人之外的全部股东的姓名、持股比例等，保护信息不对外泄露。

纳税方面，不论采取有限责任公司还是股份有限公司作为持股平台，其从被投公司分得的红

利目前是免税的，当持股平台向员工再次分红时，员工按照“利息、股息、红利所得”应税项目需要缴纳 20% 的个人所得税。如持股平台转让被投公司的股权，持股平台层面应缴纳 25% 的企业所得税，就这部分所得向员工个人分红时，员工还需缴纳 20% 的个人所得税，税赋成本较高。

2. 有限合伙企业作为员工持股平台间接持股

有限合伙企业是实践中采用的最为广泛的一种员工持股平台形式，原因在于它不仅兼具有限公司作为持股平台的长处，还有额外优势，主要体现在：（1）管理决策灵活，易于控制。根据《合伙企业法》由执行事务合伙人 / 普通合伙人（GP）负责执行合伙事务，意味着公司实际控制人如果担任执行事务合伙人 / 普通合伙人（GP），其仅需要很少一点出资就能控制合伙企业。受激励的员工作为有限合伙人，享有几项很有限的参与合伙企业事务管理的权利。此外，合伙企业的设立和管理的基础性文件是合伙协议，其中绝大多数条款可以自行约定，自治空间很大。这对企业灵活自主地设计员工激励方案，特别是约定员工进入退出的条件都提供了极大的便利；（2）税负降低，有助于强化激励效果。因有限合伙企业不具有独立法人的地位，采用穿透纳税的方式，即有限合伙企业本身不需要缴纳企业所得税，而是直接以合伙人为纳税义务人。合伙人为法人的，缴纳企业所得税，合伙人为自然人的缴纳个人所得税。员工作为合伙人，如果取得投资红利，按照“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳 20% 的个人所得税，如果取得被投公司股权的转让所得，比照个人所得税法的“个体工商户的生产经营所得”应税项目，适用 5%~35% 的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。相比较有限公司作为持股平台来说，采用有限合伙企业作为持股平台的员工税负是较低的。

但《合伙企业法》规定有限合伙企业的合伙人数上限为 50 人，若激励员工人数过多，如要对几千人进行激励，意味着要搭建几十甚至上百个有限合伙企业，不论是实操还是管理都会变得十分困难。另外，外部人员可以通过公开渠道查询到合伙企业的合伙人及出资份额等信息，无法满足有些企业的信息保密要求。

二、通过契约型平台间接持股

资管计划 / 信托计划作为员工持股平台的载体在实践中并不是常规做法，这可能是由于：一是其为契约型方式，涉及委托方、受托方、员工受益人等三方之间的协议安排，比较复杂，员工感知力不强；二是受激励员工人数不是过于庞大的话，例如超过千人，采用有限合伙企业或者有限公司等法律实体作为持股平台即可满足相关需求；三是需要向作为受托方的金融机构支付一定金额的手续费 / 管理费，成本费用支出不低；四是相关的金融政策具有不稳定性或者模糊性，特别是中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会及国家外汇管理局于 2018 年 4 月 27 日联合下发《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发〔2018〕106 号，简称为“《资管新规》”）后，金融机构从事资产管理业务受到很大冲击，资管行业、信托行业也在积极谋求开辟业务转型的新路径，五是资产管理计划、契约型基金和信托计划被认为是不具有股东“适格性”的“三类股东”，是证监会严查的对象，有上市需求的拟上市公司需要谨慎选择资产管理计划或信托计划作为员工持股平台，处理不当，会阻碍上市进程。

1. 以资管计划作为员工持股平台的载体

根据证监会于 2018 年 10 月 22 日下发的《证券期货经营机构私募资产管理业务管理办法》及《资管新规》等，托管机构可以委托证券期货经营机构非公开募集资金或者接受财产委托设立资产管理计划并担任管理人，依照法律法规和资产管理合同的约定，为投资者的利益进行投资活动。

证券期货经营机构可以为单一投资者设立单一资产管理计划，也可以为多个投资者设立集合资产管理计划。采用单一资产管理计划对投资者人数没有限制，但集合资产管理计划要求投资者人数不得超过 200 人。资产管理计划应当以非公开方式向合格投资者 [2] 募集。

如上所述，采用单一资产管理计划对员工人数的上限没有限制，可以解决受激励员工人数过

多地问题，且因为其不具有穿透性，从公开场合一般难以查询到资产管理计划中的投资人，也可起到对员工信息保密的作用。实践中，不时可以看到有上市公司采用资产管理计划对员工实施激励的案例，不过根据我们与证券公司的沟通，资管计划多用于员工最终持有的标的是上市公司的股份的情况，如果上市公司的员工拟通过资产管理计划持有非上市公司的股份（例如项目跟投），实践中是否具有可操作性是存在疑问的，需要做进一步的研究。

2. 以信托计划作为员工持股平台的载体

根据人大常委会于 2001 年 4 月 28 日发布的《信托法》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。根据银监会（现已撤销）于 2009 年 2 月 4 日修订的《信托公司集合资金信托计划管理办法（2009 修订）》（"《集合信托办法》"），集合资金信托计划是由信托公司担任受托人，按照委托人意愿，为受益人的利益，将两个以上（含两个）委托人交付的资金进行集中管理、运用或处分的资金信托业务活动。

我国的信托业务虽已运行十余年，但在信托业务分类体系上一直存在分类维度多元、业务边界不清、服务内涵模糊等问题。《资管新规》颁布后，信托公司对利用信托计划作为员工持股平台载体也持较为谨慎的态度，各地的银保监局，乃至不同的信托公司在相关法规政策的理解和执行上也存在不小差异。 实践中采用信托计划作为员工持股平台的载体偶尔可见。其优势与资管计划相似，一是信托计划下，被激励员工作为受益人，信托公司为受托人，公司为委托人，受托人对委托人负责，对外不用穿透至受益人，因此被激励员工的个人信息受到保护；二是如果可以设立单一信托计划，员工人数不受限制，可以满足对大数量员工的激励需求。不过根据我们与信托公司的沟通，由公司归集受激励员工的资金，再以委托人的身份委托信托公司代为投资是可行的，但直接以公司直接以公司作为委托人，在产生争议和纠纷时对公司影响较大。如果是上市公司，甚至会引起股价的波动。因此从过往案例看，委托人一般多为工会 / 工会委员会，而非公司本身。但随着对信托公司日益严格的合规性要求，工会作为非营利性的社会团体法人，囿于其法定的设立目的，其能否集合人数庞大的员工的资金用于对外投资受到了质疑。目前是否能采用此种方式需要做进一步的讨论。如果采用集合信托计

划，根据《集合信托办法》信托计划的自然人不得超过 50 人，如果通过为单一融资项目设立多只资产管理产品的方式，变相突破投资人数限制或者其他监管要求，可能会被认为是一种规避《资管新规》的投机做法。

三、工会代持

在我国，股权激励最早可追溯至内部职工股和公司职工股以及此后的工会代持股和员工持股会持股等制度。早期在企业中实施的内部职工股制度实际为借公司上市之机给员工提供的一种短期福利措施，这一做法于 1998 年被中国证监会发文《关于停止发行公司职工股的通知》叫停。此后我国企业采用的股权激励主要通过由职工以自然人身份直接持有本企业的股份，但大部分职工持股公司为有限责任公司，而有限责任公司的股东人数不能超过 50 人，为解决这个问题，我国企业特别是国有企业当时大多借助工会或“职工持股会”解决持股人数太多的难题，实践中也不乏运作成功的范例。

由于工会和职工持股会持股直接和《工会法》《社会团体登记管理条例》等法律法规的规定相冲突等原因，负责社团法人登记的民政部于 1999 年停止了对职工持股会的审批。2000 年 7 月，民政部办公厅发出《关于暂停对企业内部职工持股会进行社团法人登记的函》不再对企业内部职工持股会进行社会团体法人登记。2000 年 12 月，中国证监会法律部以《中国证监会关于职工持股会及工会能否作为上市公司股东的复函》明确表示不再受理职工持股会和工会作为股东或者发起人的公司的上市申请。2002 年 11 月 5 日，证监会法律部发布《关于职工持股会及工会持股有关问题的法律意见》（法协字【2002】第 115 号），再次重申上述观点，不过对于工会或职工持股会持有拟上市公司或已上市公司的子公司股份的，可以不要求其清理，但上市公司应予以充分披露。

工会代员工持股，一定程度上确实可以解决信息保密和员工人数过多的问题，但除了上述提及的拟上市禁止采用工会代持外，工会代持员工股份还有其他一些严重的弊端。工会代员工持股本质上是股份代持，因股权代持引发的争议和纠纷屡见不鲜。另外，工会作为非营利的社团法人本身存在法律地位不明确、权属不清晰等缺陷，加之在代持协议的约定存在漏洞或模糊表述的话，不论对受激励员工，还是对公司的法律风险都比较大，在受激励员工人数庞大的情况下，处理不当，后果会比较严重。其次，工会作为代持方能否被登记为公司股东也是个要考虑的实务问题。对于拟上市企业来说，证监会明确表示不受理工会作为股东的上市申请的，对于没有上市的企业，据我们了解，有些地方工商局是明确拒绝将工会登记为公司股东的申请的。

综合比较上述若干种员工持股的方式，各有利弊。采取股份有限公司、资管计划 / 信托计划等契约型方式作为持股平台载体可以解决员工信息保密的问题，但股份有限公司作为持股平台存在控制性差的弊端，不利于后期推行员工激励方案的实施，此外，即便股份有限公司的股东上限人数为 200 人，但仍然需要设立多家股份有限公司，管理和运营成本均不低。资管计划 / 信托计划可以解决信息保密的问题，甚至能解决员工人数受限的问题，但采取此类契约型方式作为持股平台需要考虑由于金融政策的不明晰以及各地金融监管部门对此类业务的监管宽严不一带来的合规性风险。若采用资管计划 / 信托计划这类持股模式依赖于与多家从事此类业务的金融机构做充分的交流和沟通，必要时可能亦需要取得地方证监会 / 银保监局的支持。而工会代持因其诸多缺陷，现实中已经越来越少见到以工会代持实施员工激励的案例了。

注释：

[1]《公司法》第 101 条第 2 款规定，董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。
《公司法》第 102 条第 2 款规定单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东，可以在股东大会召开十日前提出临时提案并提交董事会；董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。
《公司法》第 103 条第 2 款规定股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

[2] 根据《资管新规》，合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只资产管理产品不低于一定金额且符合下列条件的自然人和法人或者其他组织。（一）具有 2 年以上投资经历，且满足以下条件之一：家庭金融净资产不低于 300 万元，家庭金融资产不低于 500 万元，或者近 3 年本人年均收入不低于 40 万元；（二）最近 1 年末净资产不低于 1000 万元的法人单位；（三）金融管理部门视为合格投资者的其他情形。

□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、能源法律业务委员会副主任，商事犯罪研究中心主任，具有上市公司独立董事资格、企业法律顾问资格，并任北京市律师协会环境与资源保护委员会副秘书长，北京市朝阳区律师协会争议解决委员会委员。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

田卓亚律师，中伦文德执业律师，毕业于华东政法大学，熟悉国内民商法、经济法、知识产权法等相关法律。主要业务领域为争议解决、公司与投资并购、常年法律顾问业务。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、央企合规审查项目等。

央企经营不能触碰的高压线——“融资性贸易”

本律师团队有幸接受国有资产监督管理委员会（以下简称“国资委”）的委托，对存在违规经营的央企进行法律调查。结合调查和实践，本律师团队对融资性贸易的认定、产生的原因、风险、业务模式、追责、防控风险等方面进行整理。

前言

融资性贸易又被惯常称为“贸易型融资”、“供应链金融”，常见于大宗商品贸易领域。融资性贸易是指参与贸易的各方主体在商品及服务的价值交换过程中，依托货权、应收帐款等财产性权益，综合运用各种贸易手段、金融工具，实现短期融资或增加信用目的，增加贸易主体的现金流量。

2015 年以来，由于我国实施稳健货币政策，各大银行的信贷规模紧缩，经济发展驱动力不足，社会可流动资金规模缩小，资金需求量大，供给不足，供需矛盾突出。国有企业相对于民营企业而言，一方面资金实力更强，具有更强的融资能力和融资渠道，能更好的从银行、信贷公司等金融机构获得资金支持；另一方面国有企业也有扩大业务规模、增加盈利、提高营业收入的业绩需求。

融资性贸易在实践中引发了大量的法律纠纷，给企业国有资产安全带来了许多风险和挑战。根据国资委 2017 年 7 月发布的《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》（国资财管【2017】652 号），融资性贸易是以贸易业务为名，实为出借资金、无商业实质的违规业务。

一、如何界定融资性贸易？

（一）融资性贸易的概念

融资性贸易又被惯常称为“贸易型融资”、“供应链金融”，常见于大宗商品贸易领域。融资性贸易是指参与贸易的各方主体在商品及服务的价值

交换过程中，依托货权、应收帐款等财产性权益，综合运用各种贸易手段、金融工具，实现短期融资或增加信用目的，增加贸易主体的现金流量。

由于融资性贸易并非法律概念，关于融资性贸易的描述多见于国务院国有资产监督管理委员会（以下简称“国资委”）对国有企业投资及经营行为的监管规范中。融资性贸易的表现形式是融资与贸易的结合，借贸易为名，本质上是在开展贸易业务的企业之间进行资金的融通。

（二）融资性贸易的特征

融资性贸易主要具有如下四个特征：一是虚构贸易背景，或人为增加交易环节；二是上游供应商和下游客户均为同一实际控制人控制，或上下游之间存在特定利益关系；三是贸易标的由对方实质控制；四是直接提供资金或通过结算票据、办理保理、增信支持等方式变相提供资金。“空转”“走单”类贸易业务，虽没有融资性质，但缺乏实物流或现金流，已完全脱离贸易实质，属于虚假贸易业务。

（三）融资性贸易通常的表现形式

在实践中，融资性贸易通常存在以下五种表现形式：

1、采购合同、销售合同形式简单且具有一致性。合同中一般不明确约定具体的交货时间、交货地点，交货方式一般约定为“仓库交货”，交货时间通常为一个区间段。贸易业务下的采购、销售合同常常格式基本一致，同一货物、金额基本相等，也可能多份合同在同一时间或相近时间签订，仅付款时间存在先后。

2、人为增加交易环节，交易上下游存在关联关系或特定利益关系，企业无加入贸易链条的商业合理性。

3、贸易合同毛利为零或负，或存在明显不合理的异常之处。如：“低卖高买”、合同中未约定市场价格变化的保障机制、商品价格不受市场变化所左右、货物检验由下游单位负责等。

4、不参与交易谈判或货物流转过程，货物未发生实际转移。不见供应商、下游客户、货物的“三不见”贸易形式；通过“走单、走票、不走货”进行交易流转；货物并未发生实际交付和流转，贸易标的始终由一方实质控制等。

5、其他表现形式。如：非专业贸易企业开展的与主业或熟悉领域无关的贸易；贸易形成的仓单、票据等质押融资、信用证期限越来越长等。

二、融资性贸易是如何产生的?

融资性贸易多表现为民营企业与大中型国企联合，之所以这种方式为各企业所热衷，原因主要有以下三点：

首先，民营企业、中小企业常由于自身资质、资产规模有限、抗风险能力弱等因素，在各类金融机构中的授信额度往往不高，多数中小型民营企业缺乏足够的资信，很难从银行通过自偿性的贸易融资解决流动性资金不足的问题。并且在银行流动资金贷款的实际申请过程中，还需要准备较多的材料，银行审核也十分严格和耗时，因此对企业而言，融资难度大，周期长，而且融资的期限也较难根据企业实际需要进行灵活的配置。

其次，企业之间直接进行资金拆借存在严格的法律限制。我国法律基于对监管难度、逾期风险和维护金融市场秩序的考量，对企业间的借贷行为设置了比较严格的限制条件。

最后，国有企业在在取得银行信贷方面仍具有天然优势，有通过出借自身信用赚取手续费，同时做大企业的营收规模和资金流，企业经营层因此能获得更好的考核的冲动。

三、央企开展融资性贸易的风险

国资委研究中心副研究员周丽莎在接受上证报记者采访时曾表示：“融资性贸易以融资为目的，当企业缺乏足够的资信，无法从银行获得资金时，通过与第三方联合，借用第三方的良好银行信用，凭借与目标客户签订贸易合同，取得银行融资，获得融资后再与第三方分成。”

融资性贸易不同于正常的贸易业务，其中存在的经营风险和法律风险亦不容小觑。由于此类贸易业务的本质目的是在企业之间进行资金的融通，具有占用资金量大、利润率低、业务风险高、收益与风险严重不对等的特点。民营企业应对市场经济环境变化的能力较弱，资金能力有限，到

期后无法归还资金，那么将会出现资金断裂，贸易链条无法为继的情形，扰乱正常的市场经济秩序。那么最终承担风险者多是有较强资信能力和提供资金的国有企业，造成国有资产的重大损失。

基于融资性贸易本身的特征和模式，国有企业开展融资性贸易具有极大的风险。主要有以下三点：

一是隐含极大的资金风险。融资性贸易业务具有自偿性，贸易合作方的还款能力、资金实力和还款意愿对资金风险起着关键性作用，也就是说贸易合作方的信用风险很重要，直接影响到贸易资金风险的大小。虽然国有企业事前也对贸易合作方进行了审查，但由于往往很难像金融企业信贷那样有一套较为完善的制度体系来保障，很大程度上会留下隐患；且从贸易模式看，国有企业没有控制货物，而国有企业预付的资金已被对方掌控，资金结算很难在其监管能力范围内，风险隐患不言而喻。尤其在宏观经济形势下行的情况下，贸易合作方的风险更会顺风而下，向提供融资性贸易支持的国企传递，进而形成国有企业的巨大债务。为了相应降低贸易的资金风险，虽由贸易合作方的关联企业提供了信用担保，但如果发生系统性风险或事件，不但会使资金风险得不到缓解，更可能会由于关联关系使资金风险进一步扩大，可见，担保措施的不到位也会加大资金风险。

二是存在较大的法律风险。民营企业相对于国有企业来说，获取银行贷款的能力较弱，企业融资较困难，受我国相关金融法律法规禁止企业间直接借贷的约束，因此经常通过一些变相途径，达成融资目的，融资性贸易也由此而生。

正常情况下，资金需求方获得资金，资金融出方获得相应的利益，似乎互惠互利。但资金需求方一旦陷入困境，无法清偿债务，资金融出方如诉诸法律，将会由于此类融资性贸易不具有贸易实质性，而被认定为以贸易为手段开展的企业间资金拆借，很可能一方面被判相关合同无效，包括贸易合同、担保合同等，对于开具发票的贸易，另一方面还被认为是虚开增值税发票，将承担重大损失，成为贸易链中的“冤大头”。

三是不利培育企业持续发展能力。受国家紧张货币政策等多种因素影响，社会资金整体偏紧，民营企业乐于通过融资性贸易等合作方式解决资金紧缺问题。国有企业通过与民营企业开展合作贸易，也能从中获取可观的经济效益。但在这些合作经营活动中国有企业是处在配角的位置，市场销售的实现主要依靠的还是合作方。从长期看，如国有企业过多依赖这种贸易方式，大量的资金信用被各类企业占用，荒废自身主营业务，将不利于提升自己的市场竞争能力。

四、融资性贸易的常见模式

随着融资性贸易业务的不断发展，其参与主体及交易形式也在不断变化，但就我国融资性贸易实践而言，比较常见的是资金方以直接提供资金的方式为融资方提供融资便利，一般被称为买卖型融资性贸易或增资型融资性贸易。在该贸易业务模式中，买卖合同是十分常见的法律关系，从主体关系上看，交易双方是买卖合同中最主要的法律关系，涉及主体也可能由于存在第三人而增加，在实际开展融资性贸易的过程中通常包含大量的贸易链条，资金方直接提供资金支持的形式也更为多见，下面主要总结了国资委明确禁止买卖型融资贸易的具体形式。

（一）托盘买卖贸易模式

托盘贸易是指托盘方与买卖双方企业分别签订采购合同，利用账期，为卖方提供融资的贸易形式。托盘贸易通常会发生真实的货物流转，但是提供资金一方并不直接参与货物流转的过程。在托盘贸易中，如果企业作为实际出货方与托盘方订立合同，再由托盘方将货物转售给实际用货方，则企业虽未直接参与融资，但可能受到融资风险波及；如果企业作为托盘方直接联系实际出货方和实际用货方，则有可能面对既不能根据与下游卖方的合同要求给付货款，又不能根据与上游卖方合同要求交付货物的风险。这种情形对企业不仅会造成资金风险，同时会可能面对相应的法律诉讼风险。

（二）循环买卖贸易模式

循环贸易是通过相同企业，或者关联企业之

间签订内容相同的多份买卖合同，形成一个闭合的货物流转回路，帮助融资方取得资金在一定时间内的使用权，同时无需发生实际的货物流转。

在典型的循环贸易法律关系中，其中A、B、C、D四公司间分别订立货物买卖合同，履行方式为一方支付货款、一方交付货权凭证。货权凭证最初由A公司提供，并最终流向A公司，在整个交易过程中，A公司并不需要实际交付货物，而取得了货款在一定期间内的使用权。随着中间环节的增加，或者货权凭证最终流向合同的关联企业而非直接流向A公司等因素的出现，循环贸易的交易结构可以变得更加复杂。

该种融资性贸易业务具有很大的风险，从贸易模式看，企业没有实际控制货物，而企业预付的资金已被对方掌控，资金结算很难在其监管能力范围内，所面临的资金风险及法律风险不言而喻。

五、违规开展融资性贸易，国资委如何追责？

（一）追责文件依据

2013年以来，国资委多次发布严禁开展融资性贸易的通知文件，如《关于进一步加强中央企业大宗商品经营业务风险防范有关事项的紧急通知》（国资厅发评价【2013】31号）、《关于中央企业所属子企业违规开展融资性贸易等业务有关问题的通报》（国资评价[2015]392号）、国务院办公厅发布《关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》（国办发【2016】63号）、《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》（国资财管【2017】652号）等相关通知文件。

以上通知文件明确要求“严禁中央企业开展无商品实物、无货权流转或原地转库的融资性业务。严禁通过虚构交易、循环交易等方式人为做大经营规模的行为，对无交易实质的“空转”贸易以及变相融资行为不得按照贸易业务确认收入。其中《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》（国资财管【2017】652号）通知中指出融资性贸易是以贸易业务为名，实为出借资金、无商业实质的违规业务。明确了融资性贸易的特征，要求各中央企业彻底排查融资性贸易，一经发现要立即停止退出，并严禁开展“空转”“走单”等各类虚假贸易业务。

2018年7月，国资委发布了《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国资委令37号）（以下简称“37号令”），其中第7条规定了集团管控方面的责任追究情形：（一）违反规定程序或超越权限决定、批准和组织实施重大经营投资事项，或决定、批准和组织实施的重大经营投资事项违反党和国家方针政策、决策部署以及国家有关规定。第9条规定了购销管理方面的责任追究情形：（三）违反规定开展融资性贸易业务或“空转”“走单”等虚假贸易业务。（六）违反规定提供赊销信用、资质、担保或预付款项，利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资。

（二）责任认定

根据37号令的规定，中央企业违规经营投资责任依据工作职责可分为直接责任、主管责任和领导责任，不同职责的人员承担的责任亦不相同。需要注意的是，在一定情况，除资产损失的本级中央企业相关人员需承担责任外，该中央企业的上级企业甚至是更高层级企业的有关人员也需要承担相应的责任。

1、直接责任

直接责任是指相关人员在其工作职责范围内，违反规定，未履行或未正确履行职责，对造成的资产损失或其他严重不良后果起决定性直接作用时应当承担的责任。

2、主管责任

主管责任是指相关人员在其直接主管（分管）工作职责范围内，违反规定，未履行或未正确履行职责，对造成的资产损失或其他严重不良后果应当承担的责任。

3、领导责任

领导责任是指企业主要负责人在其工作职责范围内，违反规定，未履行或未正确履行职责，对造成的资产损失或其他严重不良后果应当承担的责任。

4、上级企业有关人员责任

中央企业所属子企业发生如下情形的，上一级企业有关人员应当承担相应责任：（1）发生重

大资产损失且对企业生产经营、财务状况产生重大影响的；（2）多次发生较大、重大资产损失，或造成其他严重不良后果的。发生如下情形的，更高层级企业有关人员也应当承担相应责任：（1）发生违规违纪违法问题，造成资产损失金额巨大且危及企业生存发展的。（2）在一定时期内多家所属子企业连续集中发生重大资产损失，或造成其他严重不良后果的。

（三）责任追究处理

根据37号令的规定，对相关责任人的处理方式包括组织处理、扣减薪酬、禁入限制、纪律处分、移送国家监察机关或司法机关等，可以单独使用，也可以合并使用。

1、组织处理。包括批评教育、责令书面检查、通报批评、诫勉、停职、调离工作岗位、降职、改任非领导职务、责令辞职、免职等。

2、扣减薪酬。扣减和追索绩效年薪或任期激励收入，终止或收回其他中长期激励收益，取消参加中长期激励资格等。

3、禁入限制。5年直至终身不得担任国有企业董事、监事、高级管理人员。

4、纪律处分。由相应的纪检监察机构查处。

5、移送国家监察机关或司法机关处理。依据国家有关法律规定，移送国家监察机关或司法机关查处。

备注：关于国资委追责详细的内容，可参见本公众号《央企违规经营投资，国资委将如何追责？》文章。

六、风险防控对策

中央企业违规开展融资性贸易会对国有资产造成损失风险，相关的企业领导、人员也会面临被国资委追责的情况。那么在正常贸易的业务开展过程中，如何对贸易业务进行风险防控呢？我们建议企业应当从以下六个方面进行风险防控。首先要开展全方位管控，强化事前、事中、事后全流程业务跟踪，重点关注客户管理和体系化风险防控，建立危机处理预案机制，通过综合一体化管理，降低贸易业务的风险，详见图7所示。

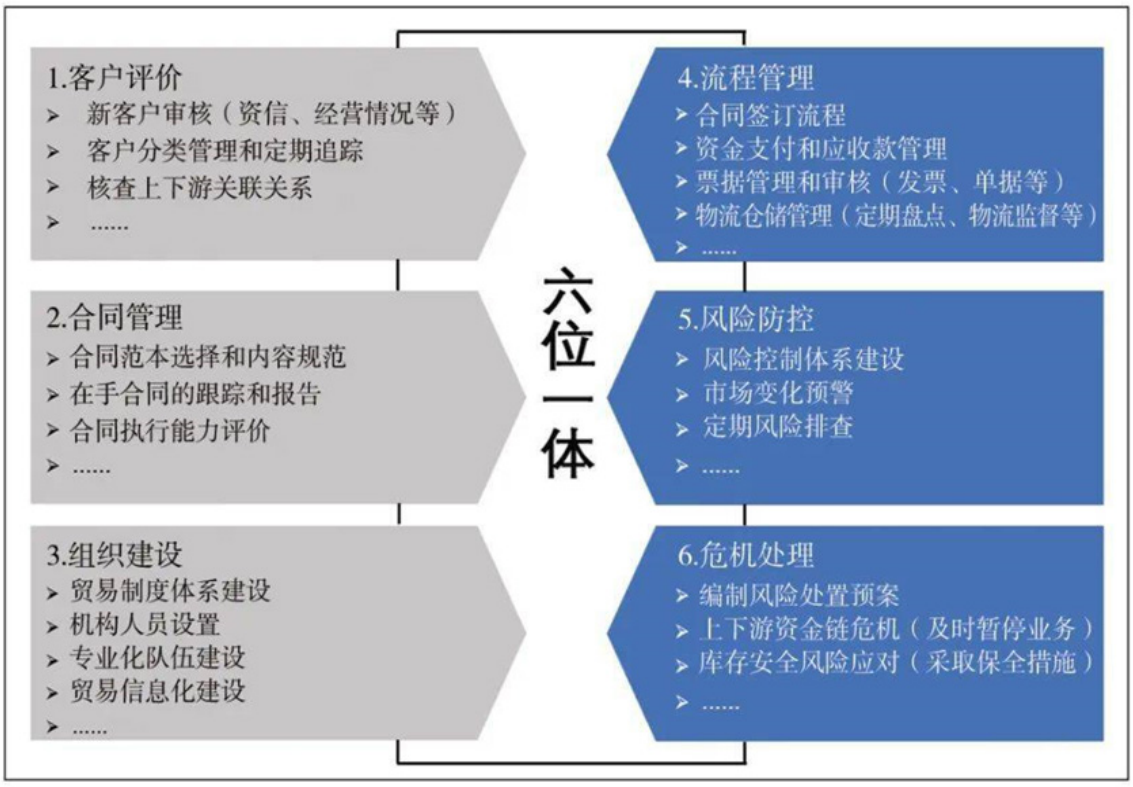


图7“六位一体”管控模式

数据来源：网络资料

（一）加强客户评价和管理

企业应当严格选择贸易业务的合作方，建立新客户准入审核制度，通过制定严格的内部控制流程加强贸易合作方的选择。加强对合作方的尽职调查及对贸易背景的真实性审查，确保业务真实、合规。对于现有客户进行分类管理，并定期追踪其经营情况，动态评价客户的经营况状变化，对业务模式和合作额度进行相应调整。严格核查上下游关联关系，多手段、多角度开展关联关系调查，杜绝空壳公司及关联公司的虚假业务。

（二）规范合同内容和跟踪管理

企业应审慎签订贸易合同，优先选择本企业的标准合同范本，严格规范合同标的、交货方式、结算方式、违约责任等合同内容。加强已签订合同的跟踪和分析，定期对合同执行情况进行评价，对于执行情况有偏差的合同及时进行汇报，考虑是否变更合作或终止合作。

（三）完善组织人员和信息化建设

企业应建立和完善组织结构，明确各部门职能，加强贸易业务开展过程中的审核和审批管理，通过各职能部门共同把关、共同决策，降低贸易业务风险。同时，加强专业化队伍建设，组织各类培训，提高业务人员对于贸易流程的理解和执行能力，提高对虚假贸易、融资性贸易的识别能力。积极利用大数据、云计算、人工智能等互联网技术构建信息化平台，提升其信息化程度，通过信息化手段进行贸易业务的实际操作和风险管控。

（四）加强资金单据管控和仓储运输管理

1. 加强资金管控。一是严格检查合作方资信情况。规范贸易合作方、担保人的资金信用背景调查，防范资金信用风险。二是加强资金集中归集和监管。结合企业实际，合理制定资金归集与使用管理制度，优化资金监控流程，实时监控资金去向和收支情况。三是压实抵押担保责任。合理评估抵质押物市场价格，保证担保抵押效力。四是严格把控贸易业务授信。合理分配授信额度，严格控制付款信用期限。五是加强应收账款管控。建立监督和清收机制，专人定期办理。

2. 加强单据审核。严格审查客户提供的合同、发票、报关、物流、提单等相关资料的真实性，分析各项资料之间的逻辑合理性，发现异常情况要加强追踪和调查，防范单据伪造、变造风险。

3. 加强增值税开票事前检查。严格规范增值税开票流程；对于特殊税务事项，要做好政策研究和合规性审查。

4. 加强货权控制。一是尽可能要求先货后款，严密监控出库和货权转移过程，确保交易的实物流转可控；二是严格落实业务、财务及仓库的存货定期盘点，确保存货安全；三是选择资质信誉好的仓储和物流单位，密切关注其服务和信用变化情况，严防相关方企业挪用货物或“一货二卖”。

（五）建立风险预警机制和监督机制

建立动态风险管控机制和市场变化预警机制，安排专职人员跟踪市场状态和贸易业务各流程的实时状态，防止信息不对称的产生，发现异常时及时采取有效财产保全措施。

建立贸易业务监督机制，将法务、风控、财务等各职能部门纳入到业务实施监管环节中，通过定期开展贸易业务的风险排查，使客户管理、合同管理、付款单据审核、物流等一系列环节都实现有监督、有控制。

（六）提高危机应对能力和效果

在分析、总结行业风险事件成因、处置过程、效果的基础上，借鉴同行单位的应对经验，结合公司自身风险防范、控制各项制度措施，系统编制风险处置预案。当发生贸易风险事项时，及时采取终止合作、财产保全等措施最大程度降低损失。

中伦文德

□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、能源法律业务委员会副主任，商事犯罪研究中心主任，具有上市公司独立董事资格、企业法律顾问资格，并任北京市律师协会环境与资源保护委员会副秘书长，北京市朝阳区律师协会争议解决委员会委员。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

田卓亚律师，中伦文德执业律师，毕业于华东政法大学，熟悉国内民商法、经济法、知识产权法等相关法律。主要业务领域为争议解决、公司与投资并购、常年法律顾问业务。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、央企合规审查项目等。

央企如何进行资金管理，才能避免被追责？

本律师团队通过参与国资委追责项目，总结相关经验并结合实践，对央企违规经营的行为及追责方面进行分析。本期文章是对资金管理概念、追责、央企如何加强资金管理的内容进行整理。

根据国资委《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国务院国有资产监督管理委员会令第37号，以下简称37号令）的规定，中央企业在资金管理方面存在问题造成国有资产损失的，国资委将对相关企业和人员进行责任追究。

随着社会经济的快速发展，资金是支持我国中央企业发展重要的条件，也是确保央企平稳发展、稳定运营的一个重要指标。为了加强中央企业资金内部控制管理，进一步提升防范重大资金损失风险能力，2021年3月2日国资委发布了《关于加强中央企业资金内部控制管理有关事项的通知》（国资发监督【2021】19号）。

一、资金管理知多少？

（一）什么是资金管理？

资金管理是一项专业性的管理工作，牵涉范围广泛，综合程度高，它对企业的资金活动及其形成的财务关系进行组织监督和调节，促进企业全面改善生产经营。为确保企业持续、稳定、协调地发展，资金管理部门必须研究合理的筹资组合和最佳的资本结构，提高资金效益，优化资源配置。组织企业资金合理有效地投放与运用。

资金管理制度是针对企业筹集资金和使用资金而设计的一系列制度的统称。由于企业财务管理的对象就是资金，因此，资金管理制度是企业内部财务制度的核心内容，其目的是在保证资金安全完整的情况下，既能满足企业生产经营过程中对资金的需求，又要尽可能提高资金的使用效益。

（二）资金管理制度的分类

根据资金管理层级的角度来看，可以划分为三个层次：决策层资金管理制度、执行层资金管理制度和资金风险管理制度。

1. 决策层资金管理制度：从公司治理、财务治理的角度出发，明确企业法人治理主体和关联企业在资金管理方面的权限和职责：划分企业权利机构和决策机构的资金权限，企业的筹资、投资决策和利润分配权属权利机构（股东会），企业的决策机构（董事会）负责筹资、投资和利润方案的指定及企业财务机构设置、财务制度与会计规范和财务负责人的任免。

2. 执行层资金管理制度：根据《会计法》《企业会计制度》《企业内部控制制度》和资金管理目标，制定企业内部资金管理制度、控制制度和实施细则。如筹资管理制度、结算管理制度、融资管理制度、投资管理制度、资产管理制度、对外担保制度等。

3. 为满足资金风险管理要求的专门制度，按照《内部会计控制规范——基本规范》《内部会计控制规范——货币资金》国资委的《中央企业全面风险管理指引》等要求，贯彻落实企业制定的货币资金制度，合理划分职责权限，使不相容岗位相互分离，形成权责分明、相互制约、相互监督的内控机制。从机制上保证资金安全，降低资金风险。在资金管理过程中，实时监控资金流向，编制现金流量表；实时分析汇率变化对企业资产负债的影响，根据企业的情况，采取风险管理措施，控制资金成本。

二、央企资金管理方面进行责任追究的具体情形

根据37号令的规定，中央企业经营管理有关人员违反规定，在资金管理方面未履行或未正确履行职责，存在以下7种情形的将面临责任追究。

（一）违反决策和审批程序或超越权限筹集和使用资金。

（二）违反规定以个人名义留存资金、收支结算、开立银行账户等。

（三）中央企业设立“小金库”。

（四）违反规定集资、发行股票或债券、捐赠、担保、委托理财、拆借资金或开立信用证、办理银行票据等。

（五）虚列支出套取资金。

（六）违反规定超发、滥发职工薪酬福利。

（七）因财务内控缺失或未按照财务内控制度执行，发生资金挪用、侵占、盗取、欺诈等。

三、强化央企资金管理工作具体建议

根据《关于印发＜关于加强中央企业内部控制体系建设与监督工作的实施意见＞的通知》央企在资金管理方面应当根据以下按照以下五个方面进行强化：

（一）央企应当建立健全资金内控管理体制机制

中央企业要高度重视资金内控管理工作，以提升资金内控有效性为目标，以强化资金内控监督为重点，以健全资金内控制度体系为保障，落实内控部门的资金内控监管责任、工作职责与权限，明确监管工作程序、标准和方式方法，构建事前有规范、事中有控制、事后有评价的工作机制，形成内控部门与业务、财务（资金）、审计等部门运转顺畅、有效监督、相互制衡的工作体系。

（二）央企应当切实加强资金内控制度建设

中央企业内控部门应当在推动完善财务资金制度的基础上，结合企业行业特点、业务模式和经营规模，建立资金内控监管制度，明确资金内控监管工作原则和任务、职责权限和控制程序，细化资金内控在资金支出、审批联签、收支结算、银行账户、网银支付、票据管理、不相容岗位设置、上岗资质、定期轮岗、后续教育等关键环节的控制触发条件和控制标准、缺陷认定标准，确保内控要求嵌入到资金活动全流程。

（三）持续强化资金内控关键环节监管

中央企业内控部门应当建立资金内控关键要素管理台账，对企业资金账户、核心岗位、上岗人员、审批权限、银行印鉴及网银U盾责任人等关键要素进行限时备案管理。持续跟踪监测预警资金内控要素异动情况，对资金内控关键要素失控、重要岗位权力制衡缺失、大额资金拨付异常等风险第一时间启动紧急应对控制措施。加强大额资金支付监管，从资金支付额度、支付频次、支付依据等方面研究设置控制参数，对于短期内向同一账户多次或单笔支付大额资金、预算外支出、超出预付信用敞口限额支付预付款等异常情形，通过线上信息系统推送或线下报送（未建立财务资金信息系统企业）等方式及时预警风险，纠正违规问题，消除资金风险隐患。

（四）有效开展境外资金风险管控

中央企业内控部门应当结合所属境外单位所在国家（地区）法律法规和本企业内控管理要求，建立健全境外资金内控监管体系。完善境外资金内控监管制度，明确境外大额资金审核支付、银行账户管理、财务主管人员委派、同一境外单位任职时限、资金关键岗位设置等方面要求，细化资金内控预警触发条件，促进境外资金合规管理。加大对境外单位大额资金监督力度，对大额资金的决策程序、资金调度、资金收付渠道、资金支付联签及银行账户变动、境外项目佣金管理等情况建立备案跟踪内控机制，对出现异常情况的，及时采取应对措施，保障境外资金安全。

（五）央企应当定时开展资金内控体系监督评价工作

中央企业对于新兴业务、高风险业务以及风险事件频发领域至少每半年开展1次内控自评，评价重点包括资金管理制度建设、重要岗位权力制衡、大额资金拨付程序、网银U盾管理等内容。有效推进“上对下”资金内控体系监督评价工作，将资金管理制度健全性、内控体系执行有效性、关键岗位制衡性、信息系统刚性约束等作为监督评价重要内容，查找内控缺陷和风险隐患，确保企业对下属子企业每三年至少评价1次。加大资金内控体系监督评价结果在干部管理、考核分配等工作中的运用力度，强化问题整改工作，明确整改责任部门、责任人和完成时限，加强整改工作跟踪检查力度，持续完善资金内控体系。对因资金内控缺失、未执行资金内控制度等造成资产损失的中央企业，严肃开展责任追究工作。

中伦文德

□姚正旺/文

姚正旺律师，西南政法大学研究生毕业，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，银行业法律专业委员会主任，中央民族大学法律硕士实务导师，北京市律师协会银行金融法律专业委员会委员，《银行金融法律通讯》主编。姚正旺律师主要从事银行金融、结构化融资、公司并购及上述领域的诉讼仲裁等有关法律事务，在该等领域拥有丰富的事务经验。

沈德凤律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

卢鑫蕊律师，主要从事公司证券、民商事争议解决业务。

丁星友律师，主要从事公司证券、银行金融业务。

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

“三个办法一个规定”重点修订内容评议

2023 年 1 月 6 日，银保监会对《固定资产贷款管理暂行办法》《流动资金贷款管理暂行办法》《个人贷款管理暂行办法》和《项目融资业务指引》进行修订，形成《固定资产贷款管理办法（征求意见稿）》《流动资金贷款管理办法（征求意见稿）》《个人贷款管理办法（征求意见稿）》和《项目融资业务管理规定（征求意见稿）》（以下简称“三个办法一个规定”）向社会公开征求意见。

“三个办法一个规定”是商业银行贷款业务的纲领性文件，对银行贷款具有规范性作用。本文抛砖引玉，对“三个办法一个规定”重点修订内容进行评议，以飨读者。

一、《个人贷款管理办法（征求意见稿）》重点修订内容评议

（一）鼓励金融科技应用，优化业务办理方式

《个贷（征求意见稿）》第十六条中新增：贷款调查应以现场实地调查与非现场间接调查相结合的形式开展，采取现场核实、电话查问、信息咨询以及其他数字化电子调查等途径和方法。对于金额不超过二十万元人民币的贷款，贷款人通过非现场间接调查手段可有效核实相关信息真实性，并可据此对借款人作出风险评价的，可简化或不再进行现场实地调查（不含用于个人住房用途的贷款）。

《个贷（征求意见稿）》第十八条中新增：贷款人可根据业务需要通过视频形式与借款人面谈（不含用于个人住房用途的贷款）。视频面谈应当在贷款人自有平台上进行，记录并保存影像。贷款人应当采取有效措施确定并核实借款人真实身份及所涉及信息真实性。

《个贷（征求意见稿）》第二十五条中新增：贷款人应要求借款人当面签订借款合同及其他相关文件，或通过电子银行渠道签订有关合同和文件（不含用于个人住房用途的贷款）。当面签约的，贷款人应当对签约过程进行录音录像并妥善保存相关影像。

在银行不断加大科技投入、提升科技水平的背景下，《个贷（征求意见稿）》鼓励银行加强金融科技应用，拓展其他数字化电子调查方式用于

开展贷款调查、合同签署、贷后监管等业务。利用科技手段，根据业务的不同情况调整简化调查流程，有利于提高贷款调查效率。同时，为更好保护消费者权益，《个贷（征求意见稿）》在原《暂行办法》面签制度的基础上加入了相关技术留痕要求。继《关于加强银行业消费者权益保护解决当前群众关切问题的指导意见》后，银保监会陆续发布《关于进一步加强信托公司风险监管工作的意见》《银行业金融机构销售专区录音录像管理暂行规定》等规定，多次提出了销售自有理财产品和代销产品应双录的监管要求。本次《个贷（征求意见稿）》进一步将双录要求拓展到了贷款业务中，明确规定贷款人也应对当面签约的过程进行录音录像并妥善保存相关影像。

（二）加强支付管控，强调贷款资金按约使用

本次《个贷（征求意见稿）》新增了较大篇幅强调贷款资金用途管控，主要有两个方面：

一是鼓励通过加强大数据和人工智能技术等金融科技手段提高监管水平，健全贷款资金支付管控体系，有效监督贷款资金按约定用途使用；

二是强调禁止规避受托支付。贷款人受托支付可以使银行亲自把握资金流向，也是可以有效管控贷款资金用途的方式之一。贷款人受托支付是指贷款人根据借款人的提款申请和支付委托，将贷款资金支付给符合合同约定用途的借款人交易对象。本次《个贷（征求意见稿）》第三十六条[1]和第三十七条[2]将化整为零规避受托支付明确为违约使用资金的典型情形，强调禁止规避受托支付。原则上，借款人应当首先使用贷款人受托支付方式向交易对象支付，但是有四种例外情况，原《暂行办法》规定的其中两种例外情况为“借款人无法事先确定具体交易对象且金额不超过三十万元人民币的”和“贷款资金用于生产经营且金额不超过五十万元人民币的”，本次《个贷（征求意见稿）》将上述“三十万”和“五十万”判断标准明确为“单次提款金额”，即单次提款不超额即可适用个人支付方式，对于总体提款额度则无限制，实际在一定意义上放宽了受托支付的适用要求。如此可能更有利于借款人利用单次不超额的方式采用个人支付而规避受托支付，反而为化整为零创造了便利条件。建议增加在一定时间内对于提款频率以及提款总额的限制，帮助银行综合判断是否为化整为零规避受托支付的情形提供参考。

（三）明确不同类型贷款期限，调整贷款展期规则

本次《个贷（征求意见稿）》第八条[3]除了明确个人消费贷款和生产经营贷款一般贷款期限外，还规定了因经营现金流回收周期长可以延长贷款期限的例外情况。同时，《个贷（征求意见稿）》第四十二条[4]对于贷款的展期也做出了调整，期限一年内的贷款展期规则不变，期限超过一年的贷款展期期限由原来的“展期期限累计与原贷款期限相加不得超过该贷款品种规定的最长贷款期限”调整为“期限超过一年的贷

款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半”。本次《个贷（征求意见稿）》与原《暂行办法》一致将贷款分为“一年内”和“超过一年”两种情况，与《贷款通则》中“一年内为短期贷款、一年至五年为中期贷款和五年以上为长期贷款”的分类[5]不同，而且《贷款通则》对于三种贷款的展期期限有各自的规定[6]，即短期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；中期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半；长期贷款展期期限累计不得超过3年。而按照《个贷（征求意见稿）》中期贷款和长期贷款均属于期限超过一年的贷款展期，按其规定展期期限不得超过原贷款期限的一半，《个贷（征求意见稿）》实际上将中期贷款和长期贷款进行了合并规定，与《贷款通则》关于中期贷款和长期贷款展期的各自规定出现矛盾。

本次《个贷（征求意见稿）》为银保监会发布的规范性文件，《贷款通则》为人民银行发布的规范性文件，二者效力位阶均属于“部门规章”，根据《立法法》第九十五条，部门规章之间对同一事项的规定不一致时，应由国务院裁决。虽然《贷款通则》后文规定“国家另有规定者除外”，但《个贷（征求意见稿）》内容是否属“国家另有规定者”可以除外，尚不得而知，有赖于有权机构进一步作出解释。

（四）增加不良贷款处置方式，缓解不良贷款处置压力

《个贷（征求意见稿）》第四十二条中新增：对于未按照借款合同约定偿还的贷款，贷款人应采取清收、协议重组、债权转让或核销等措施进行处置。

自2021年起，银保监会相继发布《中国银保监会办公厅关于开展不良贷款转让试点工作的通知》（银保监办便函〔2021〕26号）、《中国银保监会办公厅关于开展银行不良贷款转让试点的复函》（银保监办便函〔2021〕27号）以及《中国银保监会办公厅关于开展第二批不良贷款转让试点工作的通知》（银保监办便函〔2022〕1191号）开展试点工作。2023年1月18日，银登中心根据以上监管要求，发布了《银行业信贷资产登记流转中心不良贷款转让业务规则》。政策落地后，突破了个人不良贷款批量转让限制。个人不良贷款的批量转让，在此之前一直是银行处置个人不良资产的“禁区”，个人不良贷款资产的特点是单户金额较小，单户转让的“性价比”不高。以往的监管立场一直秉持个人贷款不允许批量转让的态度，例如《财政部、人民银行、银监会关于国有商业银行股改过程中个人不良贷款处置有关问题的通知》曾明确“银行和金融资产管理公司应依法对个人贷款进行全额追偿，不得采取打包出售、打折减免等方式处置”；《金融企业不良资产批量转让管理办法》第八条[7]对此亦有体现。

此前个人贷款不良资产不得进行批量转让，这一政策限制使得银行面对个人不良贷款时只能依靠自身能力去化解风险，对个人不良资产的处置手段相对单一，主要包括清收或核销，即便是试点多年的个人不良贷款资产证券化（ABS），至今因规模较小也只是小众领域。

自不良贷款转让试点开始后，个人不良贷款允许批量转让，具有规模效应，拓宽了个人不良资产处置渠道，有效缓解了商业银行不良贷款处置压力。2022年参与个贷不良资产包出让的国有大型商业银行有所减少，股份制商业银行有所增加；整体挂牌数量和规模均较上年有所增加。2022年首次挂牌转让的个贷不良资产包仍以消费贷、经营贷为主；2022年信用卡不良资产包规模普遍偏大，尤其四季度挂牌规模首次破亿。本次《个贷（征求意见稿）》在不良贷款的处置方式中增加债权转让，是顺应个人不良贷款转让市场新政策之举。

（五）强调审慎经营原则，严格控制经营风险

本次《个贷（征求意见稿）》延续了《商业银行互联网贷款管理暂行办法》第三十七条[8]以及《关于进一步规范商业银行互联网贷款业务的通知》第一条[9]中对于“风控关键环节严禁外包”的规定，明确了借款人真实意思表示、收入水平、债务情况、自有资金来源及外部评估机构准入等不得外包的核心事项；《个贷（征求意见稿）》通篇强调建立和完善风险评价机制，落

实风险评价的责任，细化贷款风险评价判断要素，鼓励商业银行不断强化合规意识，依据审慎经营原则，严格控制经营风险。

为控制关联交易风险，《个贷（征求意见稿）》提到贷款人为关联方办理个人贷款应严格执行关联交易管理相关规定。2022 年以前，规范银行机构关联交易的文件为《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》，2022 年 1 月 10 日银保监会发布了《银行保险机构关联交易管理办法》，此前关联交易有关规定与该办法不一致的，按照该办法执行，《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》同时废止。《银行保险机构关联交易管理办法》按照实质重于形式和穿透的原则，合理界定关联方范围，层层穿透认定关联方，避免多层嵌套等复杂安排，重点防范向股东及其关联方进行利益输送的风险。值得注意的是，关于《个贷（征求意见稿）》涉及的个人贷款业务，《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》曾规定商业银行不得向关联方发放无担保贷款[10]，但《银行保险机构关联交易管理办法》在第三章最后一节禁止性规定中仅保留“银行机构不得接受本行的股权作为质押提供授信。银行机构不得为关联方的融资行为提供担保（含等同于担保的或有事项），但关联方以银行存单、国债提供足额反担保的除外。”[11]，删去了“不得向关联方发放无担保贷款”这一限制性规定，即目前并不禁止商业银行向关联方发放无担保贷款，但需要满足“对单个关联方的授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的 10%。银行机构对单个关联法人或非法人组织所在集团客户的合计授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的 15%。银行机构对全部关联方的授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的 50%。”[12] 这一条件。而且，如果银行机构向关联方提供授信发生损失，自发现损失之日起二年内不得再向该关联方提供授信，但为减少该授信的损失，经银行机构董事会批准的除外。[13] 本次《个贷（征求意见稿）》未将关联交易具体监管要求写明，而是指向如《银行保险机构关联交易管理办法》等现有及未来新增的关联交易管理相关规定，为规定之间相互关联与引用提供了空间，有利于监管要求之间保持一致性。

二、《固定资产贷款管理办法（征求意见稿）》重点修订内容评议

（一）拓宽固定资产贷款的用途

《固贷（征求意见稿）》第三条规定：“本办法所称固定资产贷款，是指贷款人向法人或非法人组织发放的，用于借款人固定资产投资的本外币贷款。

按照国家有关规定不得办理银行贷款的主体除外。

本办法所称固定资产投资，是指借款人在经营过程中对于固定资产的建设、购置、改造等行为。”

《固贷（征求意见稿）》新增第四十七条规定：“对于专利权等知识产权研发项目办理的贷款，可参照本办法执行。”

原《暂行办法》并未直接明确“固定资产投资”的范畴，《固贷（征求意见稿）》第三条第三款明确了固定资产投资是指借款人在经营过程中对于固定资产的建设、购置、改造等行为，同时《固贷（征求意见稿）》新增第四十七条规定对于专利权等知识产权研发项目办理的贷款可参照本办法执行，拓宽了固定资产贷款的用途及对象范围。

（二）明确固定资产贷款期限要求

《固贷（征求意见稿）》中新增第八条规定：“固定资产贷款期限原则上不超过十年。确需办理期限超过十年贷款的，应由贷款人总行负责审批。其中，经营范围为全国的贷款人，可授权一级分行（含总行直属分行）审批。”

《固贷（征求意见稿）》新增第四十二条第二款规定：“期限一年以内的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；期限超过一年的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半且最长不得超过五年。”

《固贷（征求意见稿）》明确规定固定资产贷款原则上不超过 10 年，与《贷款通则》中关于“自营贷款期限最长一般不得超过 10 年”的要求相

呼应，填补了《暂行办法》中关于贷款期限的空白。根据《固贷（征求意见稿）》规定，超过10年的，需要由贷款人总行负责审批。地方性城市商业银行如发放10年以上固定资产贷款的，则需要总行审批；经营范围为全国的贷款人（例如全国性股份制银行）可授权一级分行审批。此外，《固贷（征求意见稿）》还新增了贷款展期的期限要求，进一步对贷款期限进行约束，以引导商业银行优化贷款结构。

（三）明确固定资产贷款利率

《固贷（征求意见稿）》新增第九条规定："固定资产贷款利率应当遵循利率市场化原则，由借贷双方在遵守国家有关规定的前提下协商确定。"

《固贷（征求意见稿）》对固定资产贷款利率的设置进行了单独提示，一方面顺应利率市场LPR的出台，另一方面也是提示商业银行贷款利率，定价方面需要符合国务院和地方政府的一系列要求。

（四）细化尽职调查与风险识别要求

《固贷（征求意见稿）》第十三条规定："部门和岗位，履行尽职调查并形成书面报告。尽职调查的主要内容包括：

（一）借款人及项目发起人等相关关系人的情况，包括但不限于：股权关系、组织架构、公司治理、内部控制、生产经营、核心主业、资产结构、财务资金状况、融资情况及资信水平等；

（二）贷款项目的情况，包括但不限于：项目建设内容和可行性，按照有关规定需取得的审批、核准或备案等手续情况，项目资本金等建设资金的来源和可靠性，项目承建方资质水平，环境风险情况等；

（三）借款人的还款来源情况、重大经营计划、投融资计划及未来预期现金流状况；

（四）涉及担保的，包括但不限于担保人的担保能力、抵（质）押物（权）的价值等；

（五）需要调查的其他内容。

尽职调查人员应当确保尽职调查报告内容的真实性、完整性和有效性。"

《固贷（征求意见稿）》第十五条规定："贷款人应建立完善的固定资产贷款风险评价制度，设置定量或定性的指标和标准，从借款人、项目发起人、项目合规性、项目技术和财务可行性、项目产品市场、项目融资方案、还款来源可靠性、担保、保险等角度进行贷款风险评价。

贷款人经评价认为固定资产贷款风险可控，办理信用贷款的，应当在风险评价报告中进行充分论证。"

《固贷（征求意见稿）》第十七条规定："贷款人为股东等关联方办理固定资产贷款的，应严格执行关联交易管理的相关监管规定。"

《固贷（征求意见稿）》在《暂行办法》的基础上进一步细化了尽职调查的内容范围，新增了关于借款人还款来源、重大经营计划、投融资计划及未来预期现金流状况作为尽职调查的相关内容，进一步强调了还款来源在信贷调查中的重要性，对贷款人的风险识别提出了更高的要求。同时，对于以信用方式发放的固定资产贷款及针对监管处罚案例中频现的违规发放关联人员贷款的现象进行了单独提示。

（五）新增固定资产贷款还款安排要求

《固贷（征求意见稿）》新增第二十四条规定："贷款人应在合同中与借款人约定明确的还款安排。贷款人应根据固定资产贷款还款来源情况和项目建设运营周期，合理确定贷款期限和还款方式。

贷款期限超过一年的，应实行本金分期偿还，还本频率原则上不低于每年二次。还款资金来源主要依赖项目经营产生的收入还款的，首次还本日期应不晚于项目达到预定可使用状态满一年。"

《中国银监会关于规范中长期贷款还款方式的通知》第一条第四段规定："三是对于新增的中长期贷款，各机构要根据项目建设运营周期和项目预期现金流情况，合理确定贷款期限和建设期内宽限期以及本息科学的还款方式，原则上项目技术建成后，每年至少两次偿还本金，利随本清。同时加强贷款资金发放后的管理，有效监控资金流向，适时掌握风 险因素变动情况，及早防范化解信贷风险。"

《固贷（征求意见稿）》对合同中贷款还款、

还本周期等进行了明确指定，对于长期贷款的还本频率要求与《中国银监会关于规范中长期贷款还款方式的通知》（银监发 [2010]103 号）中对中长期贷款至少半年还本付息的基本要求相呼应。

（六）加强对固定资产贷款资金用途监管

《固贷（征求意见稿）》第二十六条规定："贷款人在发放贷款前应确认借款人满足合同约定的提款条件，并按照合同约定的方式对贷款资金的支付实施管理与控制。贷款人应健全贷款资金支付管控体系，加强金融科技应用，有效监督贷款资金按约定用途使用。"

固定资产贷款监管的重点是资金用途的监管，贷款人应在融资协议中约定明确、合法的贷款用途，并监督贷款资金按约定用途使用。《固贷（征求意见稿）》新增要求贷款人应健全贷款资金支付管控体系，同时加强金融科技在贷款资金监管中的应用。

（七）强化受托支付要求

《固贷（征求意见稿）》第二十九条规定："向借款人某一交易对象单笔支付金额超过五百万元人民币的，应采用贷款人受托支付方式。"

《固贷（征求意见稿）》第三十条第二款规定："贷款人原则上应在贷款发放五个工作日内将贷款资金通过借款人账户支付给借款人交易对象。因借款人方面原因无法完成受托支付的，贷款人在与借款人协商一致的情况下，最迟应于十个工作日内完成对外支付。"

《固贷（征求意见稿）》第三十一条规定："采用借款人自主支付的，贷款人应要求借款人定期汇总报告贷款资金支付情况，并通过账户分析、凭证查验、现场调查等方式核查贷款支付是否符合约定用途，以及是否存在以化整为零方式规避受托支付的情形。"

《固贷（征求意见稿）》中取消了《暂行办法》中关于单笔支付金额超过项目总投资 5% 时应采用受托支付方式的规定，保留了《暂行办法》关于单笔支付金额超过五百万元人民币的应采用受托支付方式的规定，进一步松绑了受托支付要求，《固贷（征求意见稿）》增加了关于受托支付时限的要求，规定贷款人受托支付时限原则为五日（特殊情况下放宽至十日），避免一些银行以贷揽存，压榨借款人及下游单位。新增了"化整为零"规避受托支付的核查义务，进一步明确银行贷后管理的具体责任。

（八）加强贷后管理及违约贷款的处置措施

《固贷（征求意见稿）》新增第三十四条规定："贷款人应加强对借款人资金挪用行为的监控，发现借款人挪用贷款资金的，应按照合同约定采取要求借款人整改或提前归还贷款等相应措施进行管控。"

《固贷（征求意见稿）》第三十五条规定："贷款人应定期对借款人和项目发起人的履约情况及信用状况、股权结构重大变动情况、项目的建设和运营情况、宏观经济变化和市场波动情况、贷款担保的变动情况等内容进行检查与分析，建立贷款质量监控制度和贷款风险预警体系。

出现可能影响贷款安全的不利情形时，贷款人应对贷款风险进行重新评估并采取针对性措施。"

《固贷（征求意见稿）》新增第三十八条规定："贷款人应加强对项目资金滞留账户情况的监控，确保贷款发放与项目的实际进度和资金需求相匹配。"

《固贷（征求意见稿）》新增第四十二条规定："借款人申请贷款展期的，贷款人应审慎评估展期原因和后续还款安排的可行性。同意展期的，应根据借款人还款来源等情况，合理确定展期期限，并加强对贷款的后续管理，按照实质风险状况进行风险分类。

期限一年以内的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；期限超过一年的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半且最长不得超过五年。"

《固贷（征求意见稿）》新增第四十三条规定："贷款人应按照借款合同约定，收回贷款本息。

对于未按照借款合同约定偿还的贷款，贷款人应采取清收、协议重组、债权转让或核销等措施进行处置。"

在《固贷（征求意见稿）》第六章贷后管理

中，新增了关于贷款协商展期和后续处置的描述，进一步强调债权债务双方协调的重要性。为了解项目实施进度，贷款人可以在融资协议中要求借款人定期提供工程进度报告，并要求借款人提款时提供相应合同、发票以及工程进度的确认。贷款人也可通过对项目进度的把控预知可能出现的资金风险。《固贷（征求意见稿）》还增加了关于违约贷款的多元化处置方式，而不仅仅只是核销、追索和市场化处置。

同时，由于固定资产贷款通常期限较长，需要贷款人对资金用途、借款人资金状况、项目完工风险等风险因素持续关注，对贷款人的贷后管理提出了较高的要求，因此《固贷（征求意见稿）》第四十四条第一款第三项明确了贷后管理未尽职作为贷款人承担法律责任的情形。

三、《流动资金贷款管理办法（征求意见稿）》重点修订内容评议

（一）流动资金贷款期限

《流动资金贷款管理暂行办法》第六条规定："？贷款人应合理测算借款人营运资金需求，审慎确定借款人的流动资金授信总额及具体贷款的额度，不得超过借款人的实际需求发放流动资金贷款。

贷款人应根据借款人生产经营的规模和周期特点，合理设定流动资金贷款的业务品种和期限，以满足借款人生产经营的资金需求，实现对贷款资金回笼的有效控制。"

《流贷（征求意见稿）》第十一条规定："流动资金贷款期限不得超过三年。"

《流贷（征求意见稿）》第二十三条规定："贷款人应在借款合同中与借款人明确约定流动资金贷款的金额、期限、利率、用途、支付、还款方式等条款。

对于期限超过一年的流动资金贷款，在借贷双方协商基础上，原则上实行本金分期偿还。"

《流贷（征求意见稿）》第四十条规定："借款人申请贷款展期的，贷款人应审慎评估展期原因和后续还款安排的可行性。同意展期的，应根据借款人还款来源等情况，合理确定展期期限，并加强对贷款的后续管理，按照实质风险状况进行风险分类。

期限一年以内的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；期限超过一年的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半。"

《流贷（征求意见稿）》第十一条、二十三条和四十条规定：流动资金贷款期限不得超过三年，展期贷款需要审慎评估，对于期限超过一年的流动资金贷款，展期期限累计不得超过原贷款期限的一半，且原则上实行本金分期偿还。

流动资金贷款作为一种高效实用的融资手段，具有贷款期限短、手续简便、周转性较强、融资成本较低的特点，深受企业喜欢。《流贷（征求意见稿）》对大额长期流动资金贷款影响较大，流动资金贷款的目的是为解决企业经营流动资金所需，因此无论是监管机构还是金融机构都要求不能挪作他用，尤其是短贷长投[14]。要防止挪用就只能通过各种监管手段来保障。但对于大多数企业来说，流动资金贷款"成本更低"，或者说没有其他途径融资。因此部分企业就会以流动资金借款需求为名来获取贷款，将自有资金用于其他用途。这会在一定程度上增加企业融资成本和流动性风险。值得注意的是：《流贷（征求意见稿）》对贷款期限的要求并不是原则性要求，而是刚性规定。银保监会在《流贷（征求意见稿）》配发的"答记者问"[15]中表示："明确贷款期限要求，引导商业银行有效防范贷款期限错配风险，优化贷款结构。"这意味着金融机构需要严格执行，该《流贷（征求意见稿）》将有效杜绝流动性贷款用于长期资金用途。

（二）强化受托支付

受托支付作为贷款实贷实付管理的重要手段，是原"银监会"于2009年至2010年间先后发布的"三个办法一个指引"所确立的的信贷风险管理的根基，在防范贷款挪用和实贷实付，提升信贷管理水平，确保信贷资金能真正服务于实体经济等方面发挥了关键作用。《商业银行互联网贷款管理暂行办法》（银保监会令2020年第9号）第二十八条就规定，商业银行"应遵守《个人贷款管理暂行办法》和《流动资金贷款管理暂

行办法》的受托支付管理规定”，并要求银行根据实际情况，合理确定“差异化的受托支付限额”。又如，《商业银行并购贷款风险管理指引》（银监发【2015】5号）虽然没有明确要求“受托支付”，但特别强调贷款银行应按照借款合同约定，加强对贷款资金的提款和支付管理，做好资金流向监控，防范关联企业借助虚假并购交易套取贷款资金，确保贷款资金不被挪用。在实践中，强化受托支付仍是防止并购贷款资金不被挪用的重要手段。

《流动资金贷款管理暂行办法》第二十六条规定：“具有以下情形之一的流动资金贷款，原则上应采用贷款人受托支付方式：

（一）与借款人新建立信贷业务关系且借款人信用状况一般；

（二）支付对象明确且单笔支付金额较大；

（三）贷款人认定的其他情形。”

《流贷（征求意见稿）》第二十八条规定：“贷款人受托支付是指贷款人根据借款人的提款申请和支付委托，将贷款通过借款人账户支付给符合合同约定用途的借款人交易对象。”

《流贷（征求意见稿）》第三十条规定：“具有以下情形之一的流动资金贷款，应采用贷款人受托支付方式：

（一）与借款人新建立信贷业务关系且借款人信用状况一般；

（二）支付对象明确且向借款人某一交易对象单笔支付金额超过一千万元人民币；

（三）贷款人认定的其他情形。”

《流贷（征求意见稿）》对贷款支付方式进行细化，特别是单一、大额支付，并对单笔受托支付的金额进行了明确的规定。《流动资金贷款管理暂行办法》第二十六条规定：支付对象明确且单笔支付金额较大的，原则上采用贷款人受托支付的形式。《流贷（征求意见稿）》第三十条对单笔支付的金额进行了明确的规定：“支付对象明确且借款人单笔支付金额超过1000万时要求受托支付。”此次修订，受托支付将进一步强化流动资金贷款的用途管理，要求银行在贷款支付前，应当审核借款人是否符合贷款发放的条件，借款人提交的交易合同等资料是否符合借款合同约定的用途，进一步提高贷款发放的质量。

（三）小微企业尽职调查方式简化

《流贷（征求意见稿）》第十六条规定：“贷款人应采取现场与非现场相结合的形式履行尽职调查，形成书面报告，并对其内容的真实性、完整性和有效性负责。

为小微企业办理的流动资金贷款，贷款人通过非现场调查手段可有效核实相关信息真实性，并可据此对借款人作出风险评价的，可简化或不再进行现场调查。

贷款人应根据自身风险管理能力，按照小微企业流动资金贷款的区域、行业、品种等，审慎确定借款人可简化或不再进行现场调查的贷款金额上限。”

近年来，随着我国经济社会持续发展，对金融服务实体经济提出了新要求，其中的一些规定也表现出一定的局限性和滞后性，需要更新调整，以更加适应当前信贷业务的发展趋势。《流贷（征求意见稿）》提出为小微企业[16]办理流动性资金贷款贷款人通过非现场调查手段可有效核实相关信息真实性，并可据此对借款人作出风险评价的，可以简化或不再进行现场调查；贷款人根据自身风险管理能力，按照小微企业流动资金贷款的区域、行业、品种等，审慎确定借款人可简化或不再进行现场调查的贷款金额上限。这可以大大降低银行业金融机构展业成本，有利于金融机构利用人脸识别、机器学习、大数据算法等先进技术开展线上贷款，赋能小微企业，拓展小微企业服务边界，降低小微企业流动性贷款成本，为金融科技手段在风控中的进一步应用，提供了广阔空间。

（四）流动资金贷款用途禁止

《流贷（征求意见稿）》第九条规定：“贷款人应与借款人约定明确、合法的贷款用途。

流动资金贷款不得用于借款人股东分红，以及金融资产、固定资产、股权等投资；不得用于国家禁止生产、经营的领域和用途。”

《流贷（征求意见稿）》第十条规定：“流动资金贷款禁止挪用，贷款人应按照合同约定检查、

监督流动资金贷款的使用情况。”

《流贷（征求意见稿）》将流动资金贷款的用途禁止进行扩大，针对借款人股东分红以及金融资产投资行为明确做了限制性规定，坚持了金融服务实体经济的一贯主张，确保资金进入市场后不流入投机领域。但银行在进行监测资金实际流向时，存在系列难点，银行监管机构需要建立更加详细、可操作性强的规则来确保《流贷（征求意见稿）》第九条的立法目的实施。

四、《项目融资业务管理规定（征求意见稿）》重点修订内容评议

（一）在融资测算中增加“建设运营周期”要素

《项目融资业务指引》第九条规定：“贷款人应当根据项目预测现金流和投资回收期等因素，合理确定贷款期限和还款计划。”

《项目融资规定（征求意见稿）》第九条规定：“贷款人应当根据项目建设运营周期、项目预测现金流和投资回收期等因素，合理确定贷款期限和还款方式。首次还本日期应不晚于项目达到预定可使用状态满一年，还本频率原则上不低于每年二次。项目经营现金流主要体现为按年整体一次性流入的，还本频率最长可放宽至每年一次。”

《项目融资规定（征求意见稿）》在融资测算中增加“建设运营周期”要素，将“还款计划”调整为“还款方式”；在《固定资产贷款管理办法》第二十四条的新增基础上增加对于每年一次现金流入项目还本频率的特殊规定。

（二）增加借款利率“与借款人协商确定”的表述

《项目融资业务指引》第十条规定：“贷款人应当按照中国人民银行关于利率管理的有关规定，根据风险收益匹配原则，综合考虑项目风险、风险缓释措施等因素，合理确定贷款利率。

贷款人可以根据项目融资在不同阶段的风险特征和水平，采用不同的贷款利率。”

《项目融资规定（征求意见稿）》第十条 规定：“贷款人应当根据风险收益匹配原则，综合考虑项目风险、风险缓释措施等因素，与借款人协商确定合理的贷款利率。贷款人可以根据项目融资在不同阶段的风险特征和水平，采用不同的贷款利率。”

2019 年 8 月，人民银行推动改革完善 LPR 报价形成机制。改革后的 LPR 由报价行根据对最优质客户实际执行的贷款利率，综合考虑资金成本、市场供求、风险溢价等因素，在中期借贷便利（MLF）利率的基础上市场化报价形成。目前，LPR 已经成为银行贷款利率的定价基准，金融机构绝大部分贷款已参考 LPR 定价。《项目融资规定（征求意见稿）》删除了项目贷款利率“按照中国人民银行关于利率管理的有关规定”的要求，并增加“与借款人协商确定”的表述，全面贯彻落实贷款利率市场化改革部署。

（三）放松对项目资产及项目预期收益权利抵质押的硬性规定

《项目融资业务指引》第十一条规定：“贷款人应当要求将符合抵质押条件的项目资产和 / 或项目预期收益等权利为贷款设定担保，并可以根据需要，将项目发起人持有的项目公司股权为贷款设定质押担保。

贷款人应当要求成为项目所投保商业保险的第一顺位保险金请求权人，或采取其他措施有效控制保险赔款权益。”

《项目融资规定（征求意见稿）》第十一条第一款规定：“贷款人原则上应当要求将符合抵质押条件的项目资产和 / 或项目预期收益等权利为贷款设定担保，并可以根据需要，将项目发起人持有的项目公司股权为贷款设定质押担保。

贷款人经风险评价认为项目融资风险可控，办理信用贷款的，应当在风险评价报告中进行充分论证。”

《项目融资规定（征求意见稿）》中放松对项目资产及项目预期收益权利抵质押的硬性规定，由“应当”调整为“原则上应当”，并删除了项目投保及贷款行作为第一受益人的要求。针对信用贷款增加特别提示，与《固定资产贷款管理办法》第十五条的调整内容相呼应。

（四）增加“避免重复融资、过度融资”表述

《项目融资业务指引》第十九条规定：“多家银行业金融机构参与同一项目融资的，原则上应当采用银团贷款方式。”

《项目融资规定（征求意见稿）》第十九条规定：“多家银行业金融机构参与同一项目融资的，原则上应当采用银团贷款方式，避免重复融资、过度融资。”

银团贷款是指多家银行或非银行金融机构参加，基于相同的贷款条件，采用同一贷款协议，向同一借款人发放的贷款。银团贷款一般包括银团贷款安排和相应的融资顾问服务两部分。多家银行对同一客户发放双边贷款容易产生多头授信、超额授信、重复抵押、交叉违约等问题。《商业银行集团客户授信业务风险管理指引》第十二条规定了一家商业银行对单一集团客户授信余额不得超过该商业银行资本净额的15%，否则将视为超过其风险承受能力；当一个集团客户授信需求超过一家银行风险的承受能力时，商业银行应当采取组织银团贷款、联合贷款和贷款转让等措施分散风险。《项目融资规定（征求意见稿）》增加了关于“避免重复融资、过度融资”表述，正是对银团贷款风险缓释功能的肯定，并提示商业银行应注意贷款集中度问题。

结语

本次“三个办法一个规定”的出台以提升服务实体经济质效为出发点，以有效防控金融风险为关键点，研究解决市场反映较为迫切的有关问题，并根据市场发展的新情况、新变化，积极调整政策的适用性、有效性，更符合银行信贷业务和经济社会发展实际，有利于服务实体经济，有利于防控金融风险。同时，“三个办法一个规定”注重科学把握政策调整节奏，强化风险控制机制，坚持审慎性要求，以达到“盈利性”“安全性”和“流动性”之间的平衡。

注释：

[1]《个贷（征求意见稿）》第三十六条规定：“贷款人应当通过账户分析、凭证查验或现场调查等方式，核查贷款支付是否符合约定用途，以及是否存在以化整为零方式规避受托支付的情形。”

[2]《个贷（征求意见稿）》第三十七条规定：“贷款支付过程中，借款人信用状况下降、贷款资金使用出现异常或违反合同约定以化整为零方式规避受托支付的，贷款人应与借款人协商补充贷款发放和支付条件，或根据合同约定变更贷款支付方式、停止贷款资金的发放和支付。”

[3]《个贷（征求意见稿）》第八条规定：“用于个人消费的贷款期限不得超过5年；用于生产经营的贷款期限一般不超过5年，对于贷款用途对应的经营现金流回收周期较长的，可适当延长贷款期限，最长不超过10年。”

[4]《个贷（征求意见稿）》第四十二条规定：“期限一年以内的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；期限超过一年的贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半。”

[5]《贷款通则》第八条规定：“短期贷款、中期贷款和长期贷款：
短期贷款，系指贷款期限在1年以内（含1年）的贷款。
中期贷款，系指贷款期限在1年以上（不含1年）5年以下（含5年）的贷款。
长期贷款，系指贷款期限在5年（不含5年）以上的贷款。”

[6]《贷款通则》第十二条规定：“贷款展期：
不能按期归还贷款的，借款人应当在贷款到期日之前，向贷款人申请贷款展期。是否展期由贷款人决定。申请保证贷款、抵押贷款、质押贷款展期的，还应当由保证人、抵押人、出质人出具同意的书面证明。已有约定的，按照约定执行。
短期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限；中期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半；长期贷款展期期限累计不得超过3年。国家另有规定者除外。
借款人未申请展期或申请展期未得到批准，其贷款从到期日次日起，转入逾期贷款帐户。”

[7]《金融企业不良资产批量转让管理办法》第八条规定：“下列不良资产不得进行批量转让：
（一）债务人或担保人为国家机关的资产；
（二）经国务院批准列入全国企业政策性关闭破产计划的资产；
（三）国防军工等涉及国家安全和敏感信息的资产；
（四）个人贷款（包括向个人发放的购房贷款、购车贷款、教育助学贷款、信用卡透支、其他消费贷款等以个人为借款主体的各类贷款）；
（五）在借款合同或担保合同中有限制转让条款的资产；
（六）国家法律法规限制转让的其他资产。”

[8]《商业银行互联网贷款管理暂行办法》第三十七条规定：“商业银行应当合理分配风险模型开发测试、评审、监测、退出等环节的职责和权限，做到分工明确、责任清晰。商业银行不得将上述风险模型的管理职责外包，并应当加强风险模型的保密管理。”

[9]《关于进一步规范商业银行互联网贷款业务的通知》第一条规定：“落实风险控制要求。商业银行应强化风险控制主体责任，独立开展互联网贷款风险管理，并自主完成对贷款风险评估和风险控制具有重要影响的风控环节，严禁将贷前、贷中、贷后管理的关键环节外包。”

[10]《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》（已失效）第二十九条规定：“商业银行不得向关联方发放无担保贷款。商业银行不得接受本行的股权作为质押提供授信。商业银行不得为关联方的融资行为提供担保，但关联方以银行存单、国债提供足额反担保的除外。”

[11]《银行保险机构关联交易管理办法》第二十八条规定：“银行机构不得直接通过或借道同业、理财、表外等业务，突破比例限制或违反规定向关联方提供资金。银行机构不得接受本行的股权作为质押提供授信。银行机构不得为关联方的融资行为提供担保（含等同于担保的或有事项），但关联方以银行存单、国债提供足额反担保的除外。
银行机构向关联方提供授信发生损失的，自发现损失之日起二年内不得再向该关联方提供授信，但为减少该授信的损失，经银行机构董事会批准的除外。”

[12]《银行保险机构关联交易管理办法》第十六条规定：“银行机构对单个关联方的授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的10%。银行机构对单个关联法人或非法人组织所在集团客户的合计授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的15%。银行机构对全部关联方的授信余额不得超过银行机构上季末资本净额的50%。”

[13] 见前注10。

[14] 短贷长投是指企业利用短期贷款融资获得的资金进行长期项目投资的行为，企业的短贷长投行为会导致严重的债务期限错配，从而带来流动性风险增加等一系列问题。

[15] 参见：http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=1089183&itemId=915&generaltype=0：中国银保监会有关部门负责人就“三个办法一个规定”答记者问。

[16] 小微企业的标准以关于印发中小企业划型标准规定的通知（工信部联企业〔2011〕300号）、国家统计局关于印发《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》的通知进行划分确认。

中伦文德

□姚正旺/文

姚正旺律师，西南政法大学研究生毕业，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，银行业法律专业委员会主任，中央民族大学法律硕士实务导师，北京市律师协会银行金融法律专业委员会委员，《银行金融法律通讯》主编。姚正旺律师主要从事银行金融、结构化融资、公司并购及上述领域的诉讼仲裁等有关法律事务，在该等领域拥有丰富的事务经验。

田爱玲律师，北京市中伦文德律师事务所非权益合伙人，主要从事银行金融、建设工程与房地产业务。

沈德凤律师，主要从事银行金融、公司证券业务。

魏思佳律师，主要从事国有企业合规、银行金融业务。

商业银行并购贷款业务中特许经营权收购项目的法律合规问题刍议

商业银行在开展并购贷款业务的过程中，所面临的并购交易结构及并购资产性质越来越趋于多元化和复杂化。目前，并购业务中出现企业对政府特许经营资产进行收购的项目，该类项目一般交易结构为：地方政府将其可产生收益的经营权等特许经营资产打包出售给企业，经政府履行一定的流程后由企业进行市场化收购。本文根据实务中特许经营权收购项目常涉及的问题，针对商业银行应进行贷前审查的重点问题进行探讨，以期为商业银行并购贷款业务理顺思路，防范合规风险。

一、关于特许经营权的法律分析

（一）可以实施特许经营权收购项目的范围

《中华人民共和国行政许可法（2019 修订）》（以下简称《行政许可法》）第十二条第（二）款规定：“下列事项可以设定行政许可：（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；”

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（以下简称《特许经营管理办法》）第二条规定：“中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动，适用本办法。”

《特许经营管理办法》第六条规定：“基础设施和公用事业特许经营期限应当根据行业特点、所提供公共产品或服务需求、项目生命周期、投资回收期等综合因素确定，最长不超过 30 年。对于投资规模大、回报周期长的基础设施和公用事业特许经营项目（以下简称特许经营项目）可以由政府或者其授权部门与特许经营者根据项目实际情况，约定超过前款规定的特许经营期限。”

《特许经营管理办法》第七条规定：“国务院发展改革、财政、国土、环保、住房城乡建设、交通运输、水利、能源、金融、安全监管等有关部门按照各自职责，负责相关领域基础设施和公用事业特许经营规章、政策制定和监督管理工作。 县级以上

地方人民政府发展改革、财政、国土、环保、住房城乡建设、交通运输、水利、价格、能源、金融监管等有关部门根据职责分工，负责有关特许经营项目实施和监督管理工作。”

《特许经营管理办法》第二十三条规定：“国家鼓励金融机构为特许经营 项目提供财务顾问、融资顾问、银团贷款等金融服务。政策性、开发性金融机构可以给予特许经营项目差异化信贷支持，对符合条件的项目，贷款期限最长可达 30 年。探索利用特许经营项目预期收益质押贷款，支持利用相关收益作为还款来源。”

根据《行政许可法》第十二条规定、《特许经营管理办法》第二条、第六条、第七条规定，以及《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第二条的规定，对有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等（如能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域）可以设定行政许可，实施特许经营。

对于上述行业的特许经营权，主要有以下几种情形：

1. 相关法律法规明确规定可以转让或交易的、或者明确为无形资产的特许 经营许可权，构成企业的法人资产，可以依法进行评估。如公路收费许可权、采矿许可权、矿产资源勘查许可权（探矿权）、出租车营运许可权等，可以作为一项权利依法进行转让，可以作为一项无形资产单独进行评估。

2. 对于通过行政许可方式颁发的勘查设计和施工资质、排污许可证、林业 规划调查设计资质以及金融业务许可证等特殊（特种）准入资质，属于企业资源，尽管能为企业带来收益，但法律规定不得与企业分割单独转移。因此，此类行政许可不能作为一项无形资产单独进行评估。

简要列举如下：

1. 基础设施和公用事业特许经营

《特许经营管理办法》第三条规定：“本办法所称基础设施和公用事业特许经营，是指政府采用竞争方式依法授权中华人民共和国境内外的法人或者其他组织，通过协议明确权利义务和风险分担，约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益，提供公共产品或者公共服务。”

《特许经营管理办法》第二条规定：“中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动，适用本办法。”

2. 市政公用事业特许经营

《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第二条规定：“本办法所称市政公用事业特许经营，是指政府按照有关法律、法规规定，通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者，明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度。 城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业，依法实施特许经营的，适用本办法。”

3. 风景名胜区特许经营

《风景名胜区条例（2016 修订）》第三十七条规定：“进入风景名胜区的门票，由风景名胜区管理机构负责出售。门票价格依照有关价格的法律、法规的规定执行。

风景名胜区内的交通、服务等项目，应当由风景名胜区管理机构依照有关法律、法规和风景名胜区规划，采用招标等公平竞争的方式确定经营者。

风景名胜区管理机构应当与经营者签订合同，依法确定各自的权利义务。经营者应当缴纳风景名胜资源有偿使用费。”

（二）特许经营权的性质属于无形资产

《< 企业会计准则第 6 号——无形资产 > 应用指南》第一条规定：“本准则 第三条规定，无形资产是指企业拥有或控制的没有实物形态的可辨认非货币性资产。 无形资产主要包括专利权、非专利技术、商标权、著作权、土地使用权、特许权等。 商誉的存在无法与企业自身分离，不具有可辨认性，不在本准则规范。”

《关于企业国有资产交易流转有关事项的通知》第九条规定：“产权转让、企业增资导致国家出资企业及其子企业失去标的企业实际控制权的，交易完成后标的企业不得继续使用国家出资企业及其子企业的字号、经营资质和特许经营权等无形资产，不得继续以国家出资企业子企业名义开展经营活动。上述要求应当在信息披露中作为交易条件予以

明确，并在交易合同中对工商变更、字号变更等安排作出相应约定。”

根据《〈企业会计准则第 6 号——无形资产〉应用指南》第一条、《关于企业国有资产交易流转有关事项的通知》第九条规定，笔者认为特许经营权属于资产中的无形资产。

二、商业银行能够介入特许经营权收购业务的范围

《特许经营管理办法》第二十三条规定：“国家鼓励金融机构为特许经营项目提供财务顾问、融资顾问、银团贷款等金融服务。政策性、开发性金融机构可以给予特许经营项目差异化信贷支持，对符合条件的项目，贷款期限最长可达 30 年。探索利用特许经营项目预期收益质押贷款，支持利用相关收益作为还款来源。”

《并购贷款指引》第三条规定：“本指引所称并购，是指境内并购方企业通过受让现有股权、认购新增股权，或收购资产、承接债务等方式以实现合并或实际控制已设立并持续经营的目标企业或资产的交易行为。并购可由并购方通过其专门设立的无其他业务经营活动的全资或控股子公司（以下称子公司）进行。”

《并购贷款指引》第十二条第（一）、（二）款规定：“商业银行评估法律与合规风险，包括但不限于分析以下内容：（一）并购交易各方是否具备并购交易主体资格；（二）并购交易是否按有关规定已经或即将获得批准，并履行必要的登记、公告等手续；”

《并购贷款指引》第二十六条规定：“商业银行受理的并购贷款申请应符合以下基本条件：（二）并购交易合法合规，涉及国家产业政策、行业准入、反垄断、国有 资产转让等事项的，应按相关法律法规和政策要求，取得有关方面的批准和履行相关手续；”

目前，我国法律法规并未明确商业银行可对哪些具体种类或者特征的特许 经营权资产发放并购贷款。根据《特许经营管理办法》第二十三条规定，国家鼓励金融机构为特许经营项目提供财务顾问、融资顾问、银团贷款等金融服务。根据《并购贷款指引》第三条规定，并购方企业可通过收购资产的方式以实现合并或实际控制已设立并持续经营的目标企业或资产。

承前文分析，特许经营权属于无形资产，符合《并购贷款指引》关于并购资产的规定。故，笔者认为，如若符合《并购贷款指引》第十二条、第二十六条等及不违反相关法律法规的禁止性规定，对于相关法律法规明确规定可以转让或交易的、或者明确为无形资产且可以依法评估的特许经营许可权，如公路收费许可权、采矿许可权、矿产资源勘查许可权（探矿权）、出租车营运许可权等，商业银行并购贷款可以依法介入。

三、商业银行并购贷款业务贷前审查应重点关注的事项

（一）特许经营权项目经营者应依法确定

《特许经营管理办法》第十五条规定：“实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者。特许经营项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。”

《特许经营管理办法》第十七条规定：“实施机构应当公平择优选择具有相应管理经验、专业能力、融资实力以及信用状况良好的法人或者其他组织作为特许经营者。鼓励金融机构与参与竞争的法人或其他组织共同制定投融资方案。特许经营者选择应当符合内外资准入等有关法律、行政法规规定。依法选定的特许经营者，应当向社会公示。”

根据《行政许可法》第十二条第（二）项、第五十三条第一款的规定，有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等需要赋予特定权利的事项，可以设定行政许可，但行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。根据《特许经营管理办法》第十五条、第十七条规定，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者，依法选定的特许经营者，应当向社会公示。

因此，若需要授予能源、交通运输、水利、环境保护、市政等基础设施和公用事业领域的特许经营权，如高速公路收费权、停车位收费权、采矿 / 探矿权、广告位收费权、垃圾处理权、水域承包经

营权、采砂权特许经营权、景区（承包）特许经营权的，原则上应当通过公开、公平竞争的方式确定具体企业。

有原则也有例外。行政机关直接授予特定主体特许经营权的，应当符合《公平竞争审查制度实施细则》第十七条第一款第三项规定的条件，即：相关项目确实符合保护生态环境、维护公共卫生健康安全等社会公共利益的目的，且直接授予特许经营权对实现政策目的不可或缺（如仅能由特定社会资本方实施该项目，或发生了不可预见的紧急情况等），亦不会严重限制市场竞争的，行政机关在进行充分论证及说明并明确实施期限的情况下，方能直接授予特定主体特许经营权。

（二）特许经营权项目收费标准应依法执行

不同领域对特许经营项目价格或收费有不同的法律规定，笔者以风景名胜特许经营管理为例进行分析。

《特许经营管理办法》第十八条规定：“实施机构应当与依法选定的特许经营者签订特许经营协议。需要成立项目公司的，实施机构应当与依法选定的投资人签订初步协议，约定其在规定期限内注册成立项目公司，并与项目公司签订特许经营协议。特许经营协议应当主要包括以下内容：……（八）收益取得方式，价格和收费标准的确定方法以及调整程序；”

《特许经营管理办法》第十九条规定：“特许经营协议根据有关法律、行政法规和国家规定，可以约定特许经营者通过向用户收费等方式取得收益。向用户收费不足以覆盖特许经营建设、运营成本及合理收益的，可由政府提供可行性缺口补助，包括政府授予特许经营项目相关的其它开发经营益。”

《特许经营管理办法》第二十条规定：“特许经营协议应当明确价格或收费的确定和调整机制。特许经营项目价格或收费应当依据相关法律、行政法规规定和特许经营协议约定予以确定和调整。”

《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第九条规定：“第九条特许经营协议应当包括以下内容：……（三）价格和收费的确定方法、标准以及调整程序；”

《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第二十二条规定：“直辖市、市、县人民政府有关部门按照有关法律、法规规定的原则和程序，审定和监管市政公用事业产品和服务价格。”

《风景名胜区条例（2016 修订）》第三十七条规定：“进入风景名胜区的门票，由风景名胜区管理机构负责出售。门票价格依照有关价格的法律、法规的规定执行。风景名胜区内的交通、服务等项目，应当由风景名胜区管理机构依照有关法律、法规和风景名胜区规划，采用招标等公平竞争的方式确定经营者。风景名胜区管理机构应当与经营者签订合同，依法确定各自的权利义务。经营者应当缴纳风景名胜资源有偿使用费。”

根据《特许经营管理办法》第十八条、第二十条规定，特许经营项目价格或收费应当依据相关法律、行政法规规定和特许经营协议约定予以确定和调整。根据《特许经营管理办法》第十九条规定，可以约定特许经营者通过向用户收费等方式取得收益。根据《特许经营管理办法》第七条、第九条、第十三条等规定，特许经营协议的订立（含收费）前应当经县级以上人民政府有关行业主管部门或政府授权部门提出、审查实施方案，并由实施机构依法选聘特许经营者。

按照《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第八条第（五）项 6 的规定，有关主管部门与中标者签署特许经营协议前应当报经直辖市、市、县 人民政府批准。

根据《风景名胜区条例（2016 修订）》第三十七条规定，风景名胜区管理机构负责出售风景区门票，门票价格依照有关价格的法律、法规的规定执行。根据《建设部办公厅关于对国家重点风景名胜区经营权出让问题的复函》（以下简称《风景名胜区经营权问题复函》）第二条的规定，风景名胜区管理机构不得将门票经营权转让给企业垄断经营。因此，对于风景名胜区而言，门票经营权禁止进行转让、出让。实践中为便于经营者对景区进行统一的运营，较为常见的是采用以风景名胜区管理机构名义进行门票收取但具体收取人员由经营者指派，政府或风景名胜区管理机构基于合同约定将收取的门票收益以补贴等方式支付给特许经营者等处理安排。

（三）特许经营权项目不得擅自转让

《特许经营管理办法》第三十七条规定："在特许经营协议有效期内，协议内容确需变更的，协议当事人应当在协商一致基础上签订补充协议。如协议可能对特许经营项目的存续债务产生重大影响的，应当事先征求债权人同意。特许经营项目涉及直接融资行为的，应当及时做好相关信息披露。特许经营期限届满后确有必要延长的，按照有关规定经充分评估论证，协商一致并报批准后，可以延长。"

《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第十五条规定："获得特许经营权的企业确需变更名称、地址、法定代表人的，应当提前书面告知主管部门，并经其同意。"

《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》第十八条第（一）款规定："获得特许经营权的企业在特许经营期间有下列行为之一的，主管部门应当依法终止特许经营协议，取消其特许经营权，并可以实施临时接管：（一）擅自转让、出租特许经营权的；"

《中华人民共和国矿产资源法（2009 修正）》（以下简称《矿产资源法》）第六条规定："除按下列规定可以转让外，探矿权、采矿权不得转让：（一）探矿权人有权在划定的勘查作业区内进行规定的勘查作业，有权优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。探矿权人在完成规定的最低勘查投入后，经依法批准，可以将探矿权转让他人。（二）已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。前款规定的具体办法和实施步骤由国务院规定。禁止将探矿权、采矿权倒卖牟利。"

根据《特许经营管理办法》第三十七条规定，笔者倾向性认为特许经营权转让符合"对特许经营项目的存续债务产生重大影响"的情形，应当事先征求债权人同意。由于特许经营权相关规定散见于各个部门法、单行法中，笔者以探矿权及采矿权转让、景区经营权转让、市政公用事业特许经营权转让等为例进行分析：

1. 对于探矿权、采矿权转让而言，根据《矿产资源法》第六条规定，除"探矿权人在完成规定的最低勘查投入后，经依法批准，可以将探矿权转让他人"、"因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿"情形外，探矿权、采矿权不得转让。

2. 对于景区特许经营权而言，现行法律法规层面对于经营者在依法获取景 区特许经营权后能否再次对外进行转让以及以何种方式转让均没有明确要求，实践中，经营者能否再次转让景区特许经营权主要取决于经营者与授权主体之间的约定。通常而言，经营权授权主体不允许经营者再次转让经营权合同项下的整体权利义务，但一般可以有条件的接受经营者就非重点项目引入合作方。

3. 对于市政公用事业而言，根据《市政公用事业特许经营权管理办法（2015 修正）》第十五条和第十八条规定，虽然该办法并未明确规定特许经营权不得转让等；但是其规定"获得特许经营权的企业确需变更名称、地址、法定代表人的，应当提前书面告知主管部门，并经其同意"，以及"擅自转让、出租特许经营权的，主管部门应当依法终止特许经营协议，取消其特许经营权，并可以实施临时接管"。

根据法律解释"举轻以明重"的原则，在获得特许经营权的企业名称等发 生变更的情况下，都需要取得主管部门的同意，那么将特许经营权转让的较重的行为，至少也应当取得主管部门的同意，否则，擅自转让即将面特许经营协议终止的结果。

另外，根据《北京市城市基础设施特许经营条例》《贵州省市政公用事业特许经营管理条例》《湖南省市政公用事业特许经营条例》《新疆维吾尔自治区市政公用事业特许经营条例》《上海市城市基础设施特许经营管理办法》和《深圳市公用事业特许经营条例》等地方关于特许经营权管理的规定，各地基本上也都明确规定特许经营权不得转让或未经许可不得转让。

对于依法可以转让的特许经营权，如转让涉及产业政策、行业准入、反垄 断、国有资产转让等事项的，还应按相关法律法规和政策要求，取得有关方面的批准和履行相关手续。

□范君艳/文

范君艳律师现为北京市中伦文德律师事务所合伙人，毕业于华政政法大学，已为数百家基金管理人及基金客户提供相关法律服务，具有近千个项目实践经验。范君艳律师加入中伦文德之前，曾任职清科母基金法务总监，并在国浩律师事务所执业多年，范君艳律师主要执业领域为私募基金募投管退环节的法律服务，包括但不限于母基金的设立与投资；PE基金的设立与投资；合规管理；管理人登记与基金备案；基金的清算与退出、并购重组；争议解决；一般公司日常运营的法律服务。

简析《私募投资基金登记备案办法（征求意见稿）》对私募基金管理人登记的影响

2022 年 12 月 30 日，中国证券投资基金业协会（“中基协”）发布“关于就《私募投资基金登记备案办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”）及配套指引。《征求意见稿》分为总则、私募基金管理人登记、私募基金备案、信息变更和报送、自律管理及附则，配套指引分为基本经营、出资人及高管三个层面，整合及明确了私募基金管理人登记的要求。就私募基金管理人登记而言，本文从私募基金管理人登记的主要申请条件为着手点，简要分析本次《征求意见稿》的第二章“私募基金管理人登记”（《管理人登记征求意见稿》）及配套指引对私募基金管理人登记的影响，供大家交流参考。（见下表）

本次《管理人登记征求意见稿》及配套指引就私募基金管理人登记而言，形成“办法 + 指引 + 清单”的规则体系。对于实践中一直存在问答指导及窗口指导进行了细化与明确，同时，笔者也注意到，《管理人登记征求意见稿》及配套指引对相关申请要件提出更高以及新的要求，在一定程度上提高了申请资格的门槛，避免“伪”私募过多存在，但部分要求是否符合当前实践情况，还需进一步探讨。

申请要件	《管理人登记征求意见稿》及配套指引相关内容及相关解读
提交时间	提请私募基金管理人登记的公司、合伙企业应当以开展私募基金管理业务为目的而设立，自市场主体工商登记之日起 1 年内提请办理私募基金管理人登记，但因国家有关部门政策变化需要暂缓办理登记的除外。
中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引首次提出了工商登记主体设立后提请办理管理人登记的限期时间。笔者理解，提出期限的要求，确实可以规范目前私募基金的业态需求，避免了申请机构在未充足准备情况下，边设立边申请的情况。	
企业名称	私募基金管理人应当在名称中标明“私募基金”“私募基金管理”“创业投资”字样，不得包含“金融”“理财”“财富管理”等字样，法律、行政法规和中国证监会另有规定的除外。未经批准，不得在名称中使用“金融控股”“金融集团”“中证”等字样，不得在名称中使用与国家重大发展战略相同或者近似字样，不得在名称中使用违背公序良俗或者造成不良社会影响的字样。
中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引对企业名称做了调整，一方面与证监会于 2021 年 1 月 8 日发布的《关于加强私募投资基金监管的若干规定》（《若干规定》）关于名企业名称的规定保持一致；另一方面，保留及新增了原登记须知中相关企业名称相关禁止性规定。	
经营范围	私募基金管理人应当在经营范围中标 明“私募投资基金管理”“私募证券投资基金管理”“私募股权投资基金管理”“创业投资基金管理”等体现受托管理私募基金特点的字样，不得包含与私募基金管理业务相冲突或者无关的业务。私募基金管理人应当遵循专业化运营原则，其经营范围应当与管理业务类型一致。提请登记为私募证券基金管理人的，其经营范围不得包含“投资咨询”等咨询类字样。
中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引对经营范围做了调整，一方面与《若干规定》关于经营范围保持一致；另一方面，特别的就私募证券类管理人的经营范围不得包含“投资咨询”字样作出明确规定，避免私募证券类管理人进行不合规的投资顾问活动。	
展业情况	私募基金管理人的商业计划书应当清晰合理、具有可行性，与私募基金管理人的业务方向、发展规划、人员配备等相匹配。私募基金管理人不得直接或者间 接从事《登记备案办法》第八十条规定的冲突业务，不得通过设立子公司、合伙企业或者担任投资顾问等形式，变相开展冲突业务。私募基金管理人不得直接或者间接从事《登记备案办法》第八十条规定的冲突业务，不得通过设立子公司、合伙企业或者担任投资顾问等形式，变相开展冲突业务。
中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引就申请机构的展业基本上没有太大的变化，根据中基协最新发布的《私募股权、创业投资基金管理人登记申请材料清单》的规定，“冲突业务包括民间借贷、担保、保理、典当、融资租赁、网络信贷信息中介、众筹、场外配资、民间融资、小额理财、小额借贷、P2P、P2B、房地产开发、交易平台等。	

营业场所	私募基金管理人应当具有独立、稳定的经营场所，不得使用共享空间等稳定性不足的场地作为经营场所，不得存在与其股东、合伙人、实际控制人、关联方等混同办公的情形。经营场所系租赁所得的，租赁期应当在 1 年以上，但有合理理由的除外。私募基金管理人注册地与经营地分离的，应当具有合理性并说明理由。

中伦文德解读

办公地的真实性、独立性是本次《管理人登记征求意见稿》及配套指引的重申，实践中，确实存在租赁住宅内办公；民宅、底商等，以及关联公司划出小块范围供管理人办公的情形。本次新增不得使用共享空间等稳定性不足的场地作为经营场所，不得存在与其股东、合伙人、实际控制人、关联方等混同办公的情形，即是对现实中营业场所乱象精准防控。同时，又提出了办公地稳定性的要求，要求提出无申请合理理由外，经营场所为租赁所得，且租赁期限为 1 年以上。

出资人	资产管理产品不得作为私募基金管理人主要出资人，对私募基金管理人直接或者间接出资比例合计不得高于 25%。 对省级以上政府及其授权机构出资设立的私募基金管理人另有规定的，从其规定。 私募基金管理人的直接或者间接出资人涉及冲突业务的，出资比例合计不得高于 25%。 出资人有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人的股东、实际控制人、合伙人：……；（三）控股股东、实际控制人、普通合伙人没有经营、管理或者从事资产管理、投资、相关产业等相关经验，或者相关经验不足 5 年；（四）控股股东、实际控制人、普通合伙人、主要出资人在非关联私募基金管理人任职，最近 5 年从事过冲突业；（五）法律、行政法规、中国证监会和协会规定的其他情形。

中伦文德解读

根据过往私募基金管理人登记的实践反馈意见，申请机构的股东不得为资产管理产品（基金、资管计划、信托计划等），本次《管理人登记征求意见稿》及配套指引突破了原来禁止性的规定，允许资产管理产品向申请机构出资，直接或间接出资比例不超过 25%；但资产管理产品不得担任实际控制人。此外，就出资人明确了不得担任私募基金管理人的股东、实际控制人、合伙人的情形，概括来说，出资人的资金应为合法自由资金，财务状况良好，需具备相关工作经验需提供相关证明，且需至少 5 年，同时，不得在非关联私募机构任职，最近 5 年不得从事冲突业务。

实际控制人	实际控制人应当追溯至自然人、国有企业、上市公司、大学及研究院所等事业单位、社会团体法人等。私募基金管理人为合伙企业的，原则上认定其执行事务合伙人为实际控制人；执行事务合伙人无法控制私募基金管理人的，结合合伙协议约定的对合伙事务的表决办法、决策机制，按照能够实际支配私募基金管理人行为的合伙人路径进行认定。政府及其授权机构出资设立并控股的私募基金管理人的实际控制人应当追溯至有效履行相关职责的相关主体，包括追溯至财政部、各地财政厅（局）或者国务院国资委、各地方政府、各地国资委控股企业等主体。因层级过多或者股权结构复杂，导致前款主体无法履行实际控制人职责的，应当充分说明合理性和必要性，追溯至能够实际有效履行实际控制人责任的主体；因行政管理需要导致实际控制人认定的股权层级与行政管理层级不一致的，应当提供相关说明……。私募基金管理人的实际控制人为自然人的，除另有规定外应当担任私募基金管理人的法定代表人、高级管理人员或者执行事务合伙人及其委派代表。

<table>
<tr><td colspan="2">中伦文德解读
实际控制人追溯认定除了自然人、国有企业、上市公司，完善了大学及研究院所等事业单位、社会团体法人亦可追溯为最终实际控制人。同时，就实际控制人认定分了合伙企业、国资、外资、共同实际控制及无实际控制人的情形。尤其是针对合伙企业及国资机构实控人的追溯，更加完善，就合伙企业而言，更注重合伙企业人合性的特点，原则上认定其执行事务合伙人为实际控制人，但执行事务合伙人无法控制私募基金管理人的，结合合伙协议约定的对合伙事务的表决办法、决策机制，按照能够实际支配私募基金管理人行为的合伙人路径进行认定；就国资机构而言，更关注股权结构复杂性及行政管理之间的特殊性，综合实践情况及说明合理理由，综合判断国资实际控制人的追溯。此外，就实际控制人为自然人的，要求担任私募基金管理人的法定代表人、高级管理人员或者执行事务合伙人及其委派代表，以保证实际控制人能够真正实际的参与公司的管理，避免存在规避实际控制人挂靠情形。</td></tr>
<tr><td>实际控制人经历专业胜任能力</td><td>私募证券基金管理人的实际控制人……具备下列工作经验之一：（一）在商业银行、证券公司、基金管理公司、期货公司、信托公司、保险公司及其资产管理子公司等金融机构从事资产管理业务，或者担任前述金融机构的高级管理人员；（二）在政府部门、事业单位从事高级经济管理相关工作；（三）在政府及其授权机构出资设立并控股的企业或者上市公司，从事证券期货投资管理相关工作或者担任经营管理等职务；（四）在私募基金管理人从事证券期货投资管理相关工作或者担任高级管理人员；（五）中国证监会和协会规定的其他相关工作经历。 前款规定的投资管理工作经历不包括个人证券或者期货等投资经历。
私募股权基金管理人实际控制人……，具备下列工作经验之一：（一）在商业银行、证券公司、基金管理公司、期货公司、信托公司、保险公司及其资产管理子公司等金融机构从事资产管理业务，或者担任前述金融机构的高级管理人员；（二）在政府部门、事业单位从事高级经济管理相关工作；（三）在政府及其授权机构出资设立并控股的企业或者上市公司从事股权投资管理相关工作或者担任经营管理等职务；（四）在私募基金管理人从事股权投资管理相关工作或者担任高级管理人员；（五）在拟投领域相关企业从事高级管理工作或者专业技术工作，或者在科研院校从事相关领域研究工作；（六）中国证监会和协会规定的其他相关工作经历。</td></tr>
<tr><td colspan="2">中伦文德解读
证券类与股权类实际控制人的经历亦由明确的区分，相比原相关监管规定实际控制人为自然人且不具备 3 年以上金融行业、投资管理或拟投领域相关产业、科研等方面工作经历的，应提供材料说明实际控制人如何履行职责。主要出资人、实际控制人为自然人的，最近 5 年不得从事与私募基金管理相冲突业务而言，《管理人登记征求意见稿》及配套指引对实际控制人的工作经历提出了更明细且更高的要求。</td></tr>
<tr><td>关联方</td><td>私募基金管理人应当按照以下 情形，如实向协会披露关联方工商登记信息、业务开展情况 等基本信息：（一）私募基金管理人的分支机构；（二）私募基金管理人持股 5% 以上的金融机构、上市公司及持股 30% 或者担任普通合伙人的其他企业，已在协备案的合伙型私募基金除外；（三）受同一控股股东、实际控制人、普通合伙人直接控制的金融机构、私募基金管理人、上市公司、全国中小企业股份转让系统挂牌公司、投资类企业、冲突业务机构、投资咨询企业及金融服务企业等；四）其他与私募基金管理人有特殊关系，可能影响私募基金管理人利益的法人或者其他组织。因人员、股权、协议安排、业务合作等实际可能存在关联关系的相关方，应当按照实质重于形式原则进行披露</td></tr>
</table>

中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引首次提高了关联方认定的持股比例，由 20% 调整为 30%；增加关联方认定的范围，即增加担任普通合伙人的其他企业（已在协备案的合伙型私募基金除外），实际中担任普通合伙人的其他企业，大部分是用于未来基金备案的壳主体，这些主体未来展业情况存在不确定性，因此，作为关联方披露是合理要求；增加受普通合伙人直接控制的金融机构、上市公司、全国中小企业股份转让系统挂牌公司作为关联方。	
高管	法定代表人、执行事务合伙人及其委派代表、负责投资管理的高级管理人员应当合计持有私募基金管理人一定比例的股权或者财产份额，实缴资本合计应当不低于私募基金管理人实缴资本的 20%，或者不低于《登记备案办法》第八条第一款第一项规定的私募基金管理人最低实缴货币资本的 20%。 私募基金管理人的合规风控负责人……具备下列工作经验之一：（一）资产管理行业合规管理、风险控制相关工作经验；（二）资产管理行业相关的法律、会计、监察、稽核等工作经验；（三）中国证监会及其派出机构或者资产管理行业自律 管理等工作经验；（四）中国证监会和协会规定的其他条件。 合规风控负责人不得担任私募基金管理人的总经理、执行董事或者董事长、执行事务合伙人及其委派代表等职务。 私募股权基金管理人的法定代表人、执行事务合伙人及其委派代表以及高级管理人员……，具备下列工作经验之一：（一）在商业银行、证券公司、基金管理公司、期货公司、信托公司、保险公司及相关资产管理子公司等金融机构 从事股权投资、股票发行保荐业务，且担任基金经理、投资经理、信托经理、投资主办人、保荐代表人等职务，或者担任高级管理人员或者同等级别职务；（二）在政府及其授权机构出资设立并控股的企业或者上市公司，从事股权投资管理相关工作或者担任经营管理等职务；（三）在私募股权基金管理人从事股权投资管理相关工作或者担任高级管理人员；……。 私募股权基金管理人应当至少有一位负责投资管理的高级管理人员，具备前款第一项至第三项相关工作经历。 私募证券基金管理人的法定代表人、执行事务合伙人及其委派代表以及高级管理人员……，具备下列工作经验之一：（一）在商业银行、证券公司、基金管理公司、期货公司、信托公司、保险公司及相关资产管理子公司等金融机构的工作经历，且担任证券期货投资业务等投资主办人、基金经理、投资经理、信托经理等职务，或者担任高级管理人员或者同等级别职务；（二）在政府及其授权机构出资设立并控股的企业或者上市公司，从事证券期货投资管理相关工作或者担任经营管理等职务（三）在私募投资基金管理人从事证券期货投资或者担任高级管理人员；……投资相关的合规、风控、法务等业务；（六）中国证监会和协会规定的其他情形。 私募证券基金管理人负责投资管理的高级管理人员应当具备前款第一项或者第三项相关工作经历。 有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人的法定代表人、高级管理人员、执行事务合伙人及其委派代表：（一）最近 5 年从事过冲突业务；（二）私募证券基金管理人……没有证券、基金、期货投资管理等相关工作经验，或者相关工作经验不足 5 年；（三）私募股权基金管理人……没有股权投资管理或者相关产业管理等工作经验，或者相关工作经验不足 5 年；……。私募基金管理人高级管理人员 2 年内在 3 家及以上单位任职的，或者 2 年内为 2 家及以上私募基金管理人提供相同业绩材料的，其相关从业经历和投资业绩证明原则上不予认可。

中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引对高管的专业胜任能力提出了更高的要求，要求高管人员持股即法定代表人、执行事务合伙人及其委派代表、负责投资管理的高级管理人员应当合计持有私募基金管理人一定比例的股权或者财产份额，实缴资本合计应当不低于私募基金管理人实缴资本的 20%，同时，合规风控负责人不得担任私募基金管理人的总经理、执行董事或者董事长、执行事务合伙人及其委派代表等职务。此外，私募基金管理人高级管理人员 2 年内在 3 家及以上单位任职的，或者 2 年内为 2 家及以上私募基金管理人提供相同业绩材料的，其相关从业经历和投资业绩证明原则上不予认可。	
投资人员专业胜任能力	私募股权基金管理人负责投资管理的高级管理人员应当具有最近 10 年内至少 2 起主导投资于未上市企业股权的项目经验，投资金额合计不低于 3000 万元，且至少应有 1 起项目通过首次公开发行股票并上市、股权并购或者股权转让等方式成功退出。其中主导投资是指相关人员主持尽职调查、投资决策等工作。上述业绩要求应当提供尽职调查、投资决策、工商确权、项目退出等相关材料。……。 私募证券基金管理人负责投资 管理的高级管理人员应当具有最近 5 年内连续 2 年以上的作为基金经理或者投资决策负责人管理的证券期货产品的投资业绩，单只产品管理规模不低于 2000 万元。……。 私募基金管理人高级管理人员 2 年内在 3 家及以上单位任职的，或者 2 年内为 2 家及以上私募基金管理人提供相同业绩材料的，其相关从业经历和投资业绩证明原则上不予认可。
中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引对负责投资的高级管理人员要求具备与岗位要求相适应的专业胜任能力，就股权类管理人相比之前的要求，增加了 1 个成功退出项目的经验，2 起主导投资项目投资额度由合计 2000 万增加到合计 3000 万，并设置了追溯时间，即要求提供最近 10 年内的项目经验；就证券类相比之前的要求，产品管理规模由不低于 1000 万提高至不低于 2000 万，追溯期限要求近 5 年内连续 2 年以上的作为基金经理或者投资决策负责人管理的证券期货产品的投资业绩。此外，值得关注的是，私募基金管理人高级管理人员 2 年内在 3 家及以上单位任职的，或者 2 年内为 2 家及以上私募基金管理人提供相同业绩材料的，其相关从业经历和投资业绩证明原则上不予认可。	
员工及资本金	专职人员不少于 5 人（专职员工是指与私募基金管理人签订劳动合同并缴纳社保的正式员工，签订劳动合同或者劳务合同的外籍员工、退休返聘员工，以及国家机关、事业单位、政府及其授权机构出资设立并控股的企业委派的高级管理人员）。 私募基金管理人的资本金应当以货币出资，不得以实物、知识产权、土地使用权等非货币财产出资。境外出资人应当以可自由兑换的货币出资。 私募基金管理人有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人：（1）财务状况不符合持续经营要求，私募基金管理人实缴货币资本低于 1000 万元人民币或者等值可自由兑换货币，对专门管理创业投资基金的私募基金管理人另有规定的，从其规定……
中伦文德解读 《管理人登记征求意见稿》及配套指引明确了注册资本为货币出资，同时提供了注册资本的实际出资比例，根据《管理人登记征求意见稿》及配套指引的要求，实缴货币不低于 1000 万，这对诸多申请机构的来说，注册资本资金实缴出资的门槛提高，对中小型管理人资金实力及出资能力提出了考验。	

□范君艳/文

范君艳律师现为北京市中伦文德律师事务所合伙人，毕业于华政政法大学，已为数百家基金管理人及基金客户提供相关法律服务，具有近千个项目实践经验。范君艳律师加入中伦文德之前，曾任职清科母基金法务总监，并在国浩律师事务所执业多年，范君艳律师主要执业领域为私募基金募投管退环节的法律服务，包括但不限于母基金的设立与投资；PE基金的设立与投资；合规管理；管理人登记与基金备案；基金的清算与退出、并购重组；争议解决；一般公司日常运营的法律服务。

《私募投资基金登记备案办法（征求意见稿）》对私募基金备案的六大影响

2022 年 12 月 30 日，中国证券投资基金业协会（“中基协”）发布“关于就《私募投资基金登记备案办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”）及配套指引。《征求意见稿》分为总则、私募基金管理人登记、私募基金备案、信息变更和报送、自律管理及附则。

众所周知，私募基金需完成备案后方可进行投资，因此《征求意见稿》第三章“私募基金备案”的内容对私募基金管理人备案私募基金有着重大的影响，本文拟结合实践经验，就《征求意见稿》其中第三章“私募基金备案”的内容（《基金备案征求意见稿》）进行简要分析，供业内人士进一步探讨。

一、细化风险揭示书中涉及的特别风险

《基金备案征求意见稿》第二十八条：【风险揭示】私募基金管理人、基金销售机构向投资者募集资金，应当在募集推介材料、风险揭示书等文件中，就私募基金的管理人以及管理团队、投资范围、投资策略、投资架构、基金架构、托管情况、相关费用、收益分配原则、基金退出等重要信息，以及投资风险、运营风险、流动性风险等风险情况向投资者披露。有下列情形之一的，私募基金管理人应当通过风险揭示书向投资者进行特别提示：（一）基金财产不进行托管；（二）私募基金管理人与基金销售机构存在关联关系；（三）私募基金投资涉及关联交易（四）私募基金投向单一标的，未进行组合投资；（五）私募基金通过特殊目的载体投向投资标的（六）基金财产在境外进行投资；（七）私募基金存在分级安排；（八）私募基金主要投向收益互换、场外期权等场外衍生品标的；（九）私募基金管理人的实际控制人发生变更，尚未在协会完成变更手续；（十）其他重大投资风险或者利益冲突风险。

中伦文德解读：风险揭示是私募基金管理人募集过程中非常重要的合规环节，在实践中，确实已有管理人因风险揭示不到位被相关监管部门采取了行政监管措施或行政处罚，因此，建议管理人先自查是否涉及《基金备案征求意见稿》中特殊风险揭示的情形，并建议进一步关注《基金备案征求意见稿》生效后的规定，及时调整风险揭示书内容，就调整后的风险揭示书于资产管理

报送平台进行更新。同时，管理人未来募集过程中，就特殊风险应当进行充分的揭示。

二、禁止管理人将投资管理、合规风险等职责委托他人

《基金备案征求意见稿》第三十条：【受托管理】私募基金管理人应当按照诚实信用、勤勉尽责的原则切实履行受托管理职责，除另有规定外不得将投资管理、合规风控等职责委托他人行使。私募基金管理人委托他人履行职责的，其依法应当承担的责任不因委托而减轻或者免除。私募基金的管理人不得超过一家。

中伦文德解读：基金的管理职责应由管理人履行，一直是监管部门关注的要点，但在实践中，私募基金可能存在“双 GP”情形，即 GP1 担任基金的管理人及 GP1 履行管理人职责，并收取管理费，GP2 仅担任基金的 GP，收取相应的合伙事务报酬，就该等情形下就其 GP1 与 GP2 合伙事务分配也即相应的职责划分上有模糊地带，本次《基金备案征求意见稿》就管理人职责的投资管理、合规风控等职责明确不得委托给他人，是对管理人应履行基金管理职责的重申，也是禁止实践中存在的“借通道”行为。

三、新增基金初始募集实缴规模的规定

《基金备案征求意见稿》第三十二条：【基金规模】私募基金应当具有保障基本投资能力和抗风险能力的实缴募集资金规模。私募基金初始实缴募集资金规模除另有规定外，应当符合下列要求：（一）私募证券基金不低于 1000 万元人民币；（二）私募股权基金不低于 2000 万元人民币，但创业投资基金不低于 1000 万元人民币。契约型私募基金份额的初始募集面值应当为 1 元人民币，在基金成立后至到期日前不得擅自改变。

中伦文德解读：本次《基金备案征求意见稿》首次提出了基金初始实缴规模的规定，实践中，管理人登记申请成功后 6 个月内应完成首支基金的备案，否则，管理人资格将被注销，因此，部分私募基金管理人往往以较少实缴出资作基金备案，而这些基金即是通常所述的“保壳基金”，该等情形不利于监管部门甄别管理人的实际管理能力及基金运作的真实性，本次《基金备案征求意见稿》对基金实缴出资规模规定在 1000 万至 2000 万之间，在一定程度上对保壳基金进行了打击，同时，也对募资能力弱的中小管理人加剧了考验。

四、明确基金管理人应担任执行事务合伙人，GP 与管理人的关联关系认定更严格

《基金备案征求意见稿》第三十四条：【基金治理】私募基金管理人设立合伙型基金，应当担任执行事务合伙人，或者与执行事务合伙人存在控制关系或者受同一控股股东、实际控制人控制，不得通过委托其他私募基金管理人等方式规避本办法关于私募基金管理人的相关规定。

中伦文德解读：在中基协私募基金数据库 Q&A 中检索到“合伙型基金管理人可以由谁担任？”的问答，即：合伙型基金的管理人可以是合伙企业执行事务合伙人，也可以委托给其他私

募基金管理人。私募基金管理人设立合伙型基金，应当担任执行事务合伙人，或者与执行事务合伙人存在控制关系或者受同一控股股东、实际控制人控制。本次《基金备案征求意见稿》这条规定是对实践中存在的问题及问答以自律规则的方式明确下来。

此外，笔者理解，可以从合伙型基金的架构为切入点进一步分析，实践中，主要有两种基金架构，第一种GP与管理人身份合一，第二种GP与管理人身份分离。具体如下：（1）在GP与管理人身份合一情形下，基金管理人应担任执行事务合伙人，这个在实操中不存在争议，但需值得关注的是“双GP”情形，在“双GP”情形下，GP1作为基金管理人担任执行事务合伙人，那么，GP2是否还可以担任执行事务合伙人呢？笔者理解，本条规定并没有明确禁止，此外，根据《合伙企业法》相关规定，普通合伙人有权担任执行事务合伙人，综合来看，在“双GP”情形下，设立双执行事务合伙人应是可以的，但尽管有上述表述，鉴于各地工商注册登记要求并不统一，建议设立双执行事务合伙人的基金届时需与注册地的工商相关主管部门进一步确认；（2）GP与管理人身份分离，也即采用外部委托管理模式合伙型基金，外部委托管理人应与合伙型基金的GP具有关联关系，过往关联关系认定依据主要有两种：（i）根据《企业会计准则第36号——关联方披露》关联方认定标准；（ii）合伙人系由基金管理人高管团队及其他关键岗位人员出资情形。但结合基金备案的实践反馈意见，上述第（ii）关联关系认定依据被中基协认可难度越来越大。本次《基金备案征求意见稿》一方面排除了基金管理人高管团队及其他关键岗位人员出资作为关联关系的认定依据；另一方面本次《基金备案征求意见稿》相比于根据《企业会计准则第36号——关联方披露》认定关联关系更为严格。

五、新增基金托管人对投资确权承担督促责任

《基金备案征求意见稿》第三十七条：【投资确权】私募基金管理人运用基金财产进行股权投资，或者持有的被投企业股权、财产份额发生变更的，应当根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》等法律法规的规定及时采取要求被投企业更新股东名册、向登记机关办理登记或者变更登记等合法合规方式进行投资确权。基金托管人应当督促私募基金管理人及时办理市场主体登记或者变更登记。私募基金管理人应当及时将相关情况告知基金托管人并按照基金合同约定向投资者披露。

中伦文德解读：基金托管人承担督促责任是本次《基金备案征求意见稿》的新增内容，第三方机构的进入确实有利于推进私募基金管理人投后管理及防控投后风险，但该等督促责任如何实践中有效落地并实施，尚待进一步探讨。

六、完善基金合同关联交易约定，并于年度财报报告强制披露

《基金备案征求意见稿》第三十八条：【关联交易】私募基金管理人应当建立健全关联交易管理制度，在基金合同中明确约定关联交易的识别认定、交易决策、对价确定、信息披露和回避等机制。关联交易应当遵循投资者利益优先、平等自愿、等价有偿的原则，不得隐瞒关联关系，不得利用关联关系从事不正当交易和利益输送等违法违规活动。私募股权基金管理人应当在经符合规定的会计师事务所审计的私募股权基金年度财务报告中对关联交易进行披露。

中伦文德解读：本次《基金备案征求意见稿》要求在基金合同中约定关联交易识别认定、交易决策和信息披露等机制，是通过协议约定的方式对关联交易处理进一步细化，且股权类管理人需将基金的关联交易纳入经审计的年度财务报告进行披露，本质上主要为了防止利益输送、关联交易非关联化，损害对投资者权益，但笔者理解，监管部门并非不允许关联交易发生，而是需要私募基金管理人根据监管规定说明关联交易的合理性，履行适当程序，及时并真实的向投资者进行披露以及向相关监管部门进行披露。

中伦文德

□桂少华/文

桂少华，中伦文德合伙人律师，新能源法律专业委员会主任；中国政法大学法学学士，韩国国际法律经营大学国际法硕士；执业领域主要集中在与能源、环境保护、金融、建设工程等相关的投融资及争议解决法律服务。

□ 周绍丰/文

周绍丰，中伦文德实习律师，中国政法大学法学学士，长期从事光伏、风电、水电、抽水蓄能等清洁能源电站项目的投资并购与工程建设法律服务。

新能源电站项目倒卖“路条”的认定、法律风险及其防范

2023年1月6日，国家电网有限公司发布《关于公布第一批可再生能源发电补贴合规项目清单的公告》；同日，南方电网公司发布《关于公布第一批可再生能源发电补贴合规项目清单的公告》。至此，牵动广大光伏、风电等新能源电站项目投资人心弦的可再生能源补贴核查工作告一段落。本次补贴核查工作起始于2022年3月24日发布的《国家发展改革委办公厅 财政部办公厅 国家能源局综合司关于开展可再生能源发电补贴自查工作的通知》，该通知要求从项目合规性、规模、电量、电价、补贴资金、环境保护（仅生物质能）六个方面开展自查，其中，项目是否存在倒卖“路条”的情形是项目合规性核查的重要方面。

以内蒙古地区为例，在本次补贴核查过程中，共有7个项目属于因擅自变更投资主体，即倒卖“路条”，而被取消补贴资格。对于带补贴的新能源电站项目而言，其上网电价通常由燃煤标杆上网电价和补贴电价构成，一旦电站项目被取消补贴资格，项目投资人将遭受巨大经济损失，不但将来无法获得可再生能源电价补贴收入，而且过去已经领取的补贴收入也将被主管部门责令退还。

一、“路条”的由来

关于“路条”的由来，应追溯至2004年7月国务院实施投资体制改革，重大投资项目的审批方式逐渐从审批制向核准制转变。在此过程中，为规避项目前期工作中的风险，一些地方政府或项目投资人开始向发展改革部门咨询意见，针对项目的咨询复函逐渐演变成项目核准的一项前置条件，“路条”由此产生，早期在煤矿项目中较为典型。实践中，“路条”就是发展改革部门同意项目开展前期工作的批复文件，其表现形式一般是“××发展和改革委员会关于同意××项目开展前期工作的函”。

“路条”的本质是资源的开发权，各省市对光伏、风电等新能源电站项目基本上都实施按年度开发计划或年度建设规模管理，取得“路条”即意味着该项目将来能够被纳入年度开发计划或年度建设规模，能够获得建设指标，这就使倒卖“路条”变得有利可图。

2017 年 3 月 27 日，国家能源局印发《关于深化能源行业投融资体制改革的实施意见》（中发【2016】18 号），规定能源投资项目核准只保留选址意见和用地（用海）预审作为前置条件，除法律法规明确规定的，各级能源项目核准机关一律不得设置任何项目核准的前置条件，不得发放同意开展项目前期工作的“路条”性文件。“路条”包括“小路条”和“大路条”，中发【2016】18 号文针对的是“小路条”，即禁止地方发展改革部门发放同意项目开展前期工作的复函。虽然“小路条”被取消了，但倒卖“大路条”，即项目核准或备案文件，依然存在，实践中主要表现为在项目投产前未经能源主管部门同意擅自变更项目投资人。

二、禁止倒卖“路条”的法律依据与政策规制

倒卖“路条”是一种投机行为，倒卖人并不是以项目开发建设为目的，而是热衷于获取短期利益，这给新能源发电行业的正常发展与市场良性竞争造成较大冲击。为打击这一乱象，国家及各省市从 2013 年到现在陆续出台了政策文件予以规制，并开展了几轮治理行动。

（一）法律依据

发展改革部门核发的项目备案证或项目核准批复，在行政法上属于政府部门作出的行政许可，是一种具体行政行为。根据《行政许可法》第九条规定，“依法取得的行政许可，除法律、法规规定依照法定条件和程序可以转让的外，不得转让。”这是禁止倒卖“路条”的法律依据。

对于倒卖行政许可的法律后果，《行政许可法》第八十条规定：被许可人有下列行为之一的，行政机关应当依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）涂改、倒卖、出租、出借行政许可证件，或者以其他形式非法转让行政许可的……。

（二）政策规制

1. 国家层面的政策

2013 年 8 月 29 日，国家能源局印发《光伏电站项目管理暂行办法》（国能新能【2013】329 号，现已失效），规定“项目单位不得自行变更光伏电站项目备案文件的重要事项，包括项目投资主体、项目场址、建设规模等主要边界条件。”

为进一步规范光伏电站建设和运行管理，打击投机乱象，国家能源局于 2014 年 10 月 9 日发布《关于进一步加强光伏电站建设与运行管理工作的通知》（国能新能【2014】445 号），于 10 月 12 日下发《关于开展新建电源项目投资开发秩序专项监管工作的通知》（国能监管【2014】450 号）；同月 28 日又下发《国家能源局关于规范光伏电站投资开发秩序的通知》（国能新能【2014】477 号，现已失效）。国能新能【2014】477 号文强调制止光伏电站投资开发中的投机行为，对于不以自己为主投资开发为目的、而是以倒卖项目备案文件或非法转让牟取不当利益为目的的企业，各级能源主管部门应规定其在一定期限内不能作为投资主体开发光伏电站项目。已办理备案手续的项目的投资主体在项目投产之前，未经备案机关同意，不得擅自将项目转让给其他投资主体。

2016 年 5 月 30 日，国家发展和改革委员会、国家能源局印发《关于完善光伏发电规模管理和实施竞争方式配置项目的指导意见》（发改能源【2016】1163 号），规定光伏电站项目纳入年度建设规模后，其投资主体及股权比例、建设规模和建设场址等主要内容不得擅自变更。已纳入乃年度建设规模、未进入实质性工程建设阶段的项目不得向其他投资人转让，投资主体无力建设，应向所在省（自治区、直辖市）发展改革委（能源局）申请从年度规模中取消，并向原备案机关申请撤销备案。在建设期确因企业兼并重组、同一集团内部分工调整等原因需要变更投资主体或股权比例的，或者调整建设规模和场址的，项目投资主体应向所在省（自治区、直辖市）发展改革委（能源局）提出申请，获得审核确认后方可实施变更，并向国家能源局派出机构报备，同时在国家可再生能源信息管理平台重新登记有关信息。

2022 年 11 月 30 日，国家能源局印发《光伏电站开发建设管理办法》（国能发新能规【2022】104 号），规定项目单位应按照备案信息进行建设，不得自行变更项目备案信息的重要事项。项目备

案后，项目法人发生变化，项目建设地点、规模、内容发生重大变更，或者放弃项目建设的，项目单位应当及时告知备案机关并修改相关信息。

2. 各地区的政策

对于倒卖“路条”行为，基本上各省市都出台了地方政策文件予以规制，有的省市是通过地方政府规范性文件进行规定，有的省市是通过建设指标文件进行规定，但政策方向均是一样的，即禁止项目投产前变更投资人，比如：

2016 年 10 月 19 日，湖南省发展和改革委员会、湖南省环境保护厅下发《关于进一步规范风电发展的通知》（湘发改能源【2016】822 号），规定各开发企业不得私自转让开发权，不得倒卖前期工作批文、不得擅自变更核准文件重大事项、投产前不得擅自变动项目投资主体股权等重大事项，未核准项目不得先行开发建设。对存在上述问题的项目，有关部门要责令相关投资主体限期整改；对拒不整改的，可采取公开通报、暂停或者取消项目可再生能源电价补贴、从严审批开发企业其他开发项目、行政处罚等方式依法依规处置。

河北省发展和改革委员会在《关于下达河北省 2021 年风电、光伏发电保障性并网项目计划的通知》（冀发改能源【2021】1278 号）中强调，项目投资主体及股权比例、建设规模和建设场址等主要内容应与下达计划保持一致，不得擅自变更。

四川省发展和改革委员会、四川省能源局在《关于进一步规范风电建设管理有关事项的通知》（川发改能源规【2022】299 号）中要求，项目核准后投资主体、建设规模、建设场址发生重大变更，须报原核准机关审批同意。项目建设期间原则上不得变更投资主体及股权比例；确需变更的，应向原核准机关提出申请，经批准后方可变更。项目投产后变更投资主体及股权比例的，应向原核准机关变更登记，并在国家可再生能源信息管理平台变更登记信息。

三、倒卖“路条”的表现形式

倒卖“路条”的认定标准是项目投资人擅自发生变更，这种变更既有可能是项目公司的股东发生变更，也有可能是项目公司的现有股权比例发生变更；既有可能发生项目公司层面，也有可能发生在夹层公司（即项目公司的股东）层面。

（一）项目公司的股东擅自发生变更

项目公司的股东在项目投产前擅自发生变更，是一种相当典型的倒卖“路条”表现方式，实践中也比较好认定，主要是通过投产前项目公司的股东是否发生了工商变更登记来判断。

2015 年 10 月 28 日下发的《新建电源项目投资开发秩序监管报告（新能源部分）》归纳了本次专项监管活动所发现的五个问题，其中，第一个问题是“存在倒卖项目开展前期工作批复文件（俗称‘路条’）的涉嫌违法违规行为”，第二个问题是“存在倒卖项目核准（备案）文件的涉嫌违法违规行为”；第一个问题占核查总数的 0.24%，第二个问题占核查总数的 0.43%。

（二）项目公司的股权比例擅自发生变更

项目公司的股权比例擅自发生变更，主要发生在合资公司身上。为提高获取项目备案证或核准批复文件的成功率，作为资金方的收购方会与作为资源方的当地企业签订合作协议，双方共同发起设立合资公司，约定各自持股比例，一方发挥资金优势，另一方发挥当地资源优势。然后由合资公司作为项目建设单位去申报光伏、风电等新能源电站项目，在取得项目备案证或核准批复文件后，当地企业将其持有的项目公司股权变更登记至收购方名下。

按照发改能源【2016】1163 号文规定，光伏电站项目纳入年度建设规模后，其投资主体及股权比例、建设规模和建设场址等主要内容不得擅自变更。这种交易模式发生在项目投产前，未取得能源主管部门同意，也属于倒卖“路条”。

（三）夹层公司的股东、股权比例擅自发生变更

夹层公司，即项目公司的股东。从股权穿透审查角度来说，我们倾向于认为，夹层公司的股东、股权比例擅自发生变更也属于倒卖“路条”的情形之一。2014 年 10 月至 12 月国家能源局开展的新建电源项目投资开发秩序专项监管活动，将项目投资人擅自发生变更的核查层次锁定在项

目公司的股东层面。后来为规避风险，一些投资人采取先设立夹层公司，再由夹层公司设立项目公司的方式，投资人转让的是夹层公司，项目公司的股东、股权比例并未发生变化，但项目的实际控制人却发生了变化，即夹层收购模式。

这种交易模式从形式上来看符合政策规定，但各地区对于项目投资人擅自发生变更的核查层次是不一样的。以内蒙古地区为例，内蒙古自治区发展和改革委员会于 2022 年 6 月 29 日公布《关于废止部分可再生能源项目上网电价批复文件的通知》（内发改价费字【2022】1021 号），其中，有三家太阳能发电有限公司名下的光伏电站项目被取消了补贴资格。三家太阳能发电有限公司均为内蒙古某能源有限公司的全资子公司，自设立以来，都没有发生过股东、股权比例变更的情形，但夹层公司内蒙古某能源有限公司的股东却在项目投产前擅自发生了变更。

在 2022 年开展的可再生能源补贴核查过程中，我们亦收到了多家企业的咨询，咨询问题是审计部门巡查发现企业在项目投产前收购了夹层公司，要求企业作出合理解释。由此可见，从股权穿透角度审查项目投资人是否擅自发生变更，并不仅仅只有内蒙古一个地区。一旦当地能源主管部门将项目投资人擅自变更的核查层次向上溯源至夹层公司，夹层收购模式也将被认定为倒卖“路条”，从而遭受处罚。

四、倒卖“路条”的时间起算截止点

并不是所有的转让项目公司股权的行为都是被法律法规与政策文件所禁止，比如，在项目投产后股东转让项目公司股权即属于正常的商业交易行为。那么，这便产生一个问题：该如何准确界定倒卖“路条”的起算与截至时间点？

关于倒卖“路条”的时间起算点，是从“小路条”下发之日还是从项目建设指标文件下发之日计算，一些投资人对此并不清楚。我们认为，

应该从“小路条”下发之日起开始计算，理由是项目公司取得“小路条”时，发展改革部门会在文件中载明收文单位，该收文单位就是发展改革部门初步确认的项目投资人。从 2017 年 3 月起，各地陆续取消核发“小路条”，在项目没有“小路条”的情况下，我们倾向于认为这时应该从项目建设指标文件下发之日开始计算，建设指标文件除了会载明项目名称、建设规模、建设地点外，还会载明项目建设单位或投资人。

关于倒卖“路条”的时间截止点，现行政策规定的是“投产前”。为便于准确界定具体时间点，我们认为“投产前”应是指项目全容量并网时间。装机容量较大的光伏、风电项目，在工程建设时通常采取分批建设、分批并网的方式，可再生能源发电工程质量监督中心站出具的首批并网通知书并不能作为项目全容量并网的证明材料。判断项目全容量并网时间，应该综合电力业务许可证、并网调度协议、质量监督文件（包括并网通知书、质量监督报告等）来考虑，三者相一致的，该时间即为项目全容量并网时间；三者不一致的，应按照三个文件中的最后时间点来确认全容量并网时间。

五、同一集团内调整项目公司股权是否构成倒卖“路条”

同一集团内调整项目公司股权，是指项目公司的股东发生了变更，变更前与变更后的股东均隶属于同一集团。从形式上，项目公司的股东发生了变更，符合倒卖“路条”的表面特征，但经过向上追溯，变更前与变更后的股东其实都是来自于同一投资人。那么，这种情况是否构成倒卖“路条”呢？

国家发展和改革委员会、国家能源局在 2016 年 5 月 30 日印发的《关于完善光伏发电规模管理和实施竞争方式配置项目的指导意见》（发改能源【2016】1163 号）中指出，在建设期确因企业兼并重组、同一集团内部分工调整等原因需要变更投资主体或股权比例的，或者调整建设规模和场址的，项目投资主体应向所在省（自治区、直辖市）发展改革委（能源局）提出申请，获得审核确认后方可实施变更，并向国家能源局派出机构报备，同时在国家可再生能源信息管理平台重新登记有关信息。

内蒙古自治区发展和改革委员会在发给华北能源监管局的《内蒙古自治区发展和改革委员会关于新能源发电项目变更相关问题的复函》（内发改能源函【2016】23 号）中也指出，涉及投资主体变更的项目，如确因兼并重组、同一集团内部分工调整等原因发生变更时，由盟市级投资主管部门参照我委《关于印发＜内蒙古自治区发展和改革委员会核准、备案项目延期和变更程序（试行）＞的通知》（内发改法规字【2011】3306 号），盟市投资主管部门履行变更手续，并出具变更文件。

从现行监管规定，并结合我们近年开展的新能源电站项目法律尽调情况来看，我们认为，同一集团内调整项目公司股权不构成倒卖“路条”，但应取得原项目核准或备案部门出具的同意函。

六、“借款 / 垫资建设 + 股权质押 + 投产后股权转让”是否构成倒卖“路条”

项目取得备案证或核准批复后，一些投资人会采取借款（比较典型的是融资租赁）或者总包方垫资建设的方式推进项目开发建设，然后将项目公司股权质押给出借方或者总包方作为担保措施，在项目投产后将项目公司股权变更登记至出借方、总包方或其指定的第三方名下。该投资人在实践中被称为“小业主”，而出借方、总包方则是项目真正的实际控制人、操盘手。这种交易行为是否构成倒卖“路条”呢？

在山西某电力股份有限公司（出借方、收购方）与陕西某新能源有限公司（项目公司）、中铁集团某工程有限公司（总包方）建设工程施工合同纠纷案中，出借方与项目公司签订借款合同，出借方式为通过项目公司账户向总包方支付工程款，出借方与项目公司股东签订合作协议，对股权质押与股权转让作出整体安排并在项目投产后将股权变更登记至出借方名下，出借方完成收购后对工程款予以核减。总包方不认可核减的工程款，遂诉至法院要求项目公司、收购方共同支付欠付工程款。

项目公司认为其与收购方之间不存在借款关

系，收购方汇至其账户资金实为股权转让价款。陕西省高级人民法院在（2021）陕民终 67 号《民事判决书》中认为，各方建立如下法律关系：一是收购方与项目公司及其股东建立借款合同关系，出借资金为案涉工程总承包价款；二是收购方与项目公司股东建立股权质押合同关系及附条件的股权转让合同关系，均具有为借款合同提供担保的性质，属于借款合同的从合同。上述法律关系的建立，均为当事人真实意思表示，不违反法律强制性规定，合作协议中涉及借款合同、质押合同、股权转让合同相关内容的约定为有效约定，对当事人具有法律拘束力。

该案中山西某电力股份有限公司通过“借款＋股权质押＋投产后股权转让”的交易模式取得了项目公司 100% 股权，并在诉讼中得到司法部门认可，在很大程度上规避了被认定为倒卖“路条”的风险。

七、倒卖“路条”的法律风险及其防范

无论是自建项目，还是收购项目，倒卖“路条”带来的风险都不容小觑，若不在前期落实风险防范措施，投资人将可能遭受经济损失，甚至影响后续新项目开发建设。

（一）法律风险

一些投资人认为倒卖“路条”的风险主要集中在带补贴项目上，平价项目或竞价项目不受倒卖“路条”影响。这种理解是偏颇的，倒卖“路条”带来的法律风险是多方面的。

第一，倒卖“路条”项目不得享受国家可再生能源发电补贴。发改能源【2016】1163 号文规定，对于在投产前擅自变更投资主体等主要建设内容的，有关部门应当将项目从年度建设规模中取消，禁止该项目申请国家可再生能源补贴。换言之，倒卖“路条”项目因为合规性问题不得享有补贴资格，即使被纳入了国家可再生能源发电补贴清单，也应当被取消资格。例如，2022 年上半年乌兰察布市、鄂尔多斯市、锡林郭勒盟发展改革委废止了对审计发现的 5 个擅自变更投资主体项目的上网电价批复文件，通辽市发展改革委废止了对审计发现的 2 个擅自变更投资主体项目的上网电价批复文件，补贴资格被取消。

第二，倒卖“路条”项目的股权转让合同可能被司法部门认定为无效。国家及各省市现行政策基本都禁止在投产前擅自变更项目投资主体或进行项目转让，但对该等股权转让合同的效力尚无明确规定。司法实践中，倒卖“路条”项目的股权转让合同存在被认定为无效的风险。例如，甘肃省嘉峪关市中级人民法院在（2022）甘 02 民终 236 号《民事判决书》中认为，案涉股权转让协议虽名为“股权转让”，但实为“路条”文件买卖……案涉股权转让协议无效。

第三，倒卖“路条”项目的投资人在一定期限内将被限制开发建设新项目。倒卖“路条”的投资人并不是以自己为主投资开发为目的，而是以倒卖项目备案证、核准批复文件或非法转让牟取不正当利益为目的，这一行为扰乱了新能源发电行业的有序发展，将被禁止参加所在省市新项目申报。

第四，倒卖“路条”项目将使相关企业的资信状况受到不利影响。以广东省为例，根据《广东省发展改革委关于企业投资项目核准和备案管理的实施细则（试行）》规定，股东方发生变更的，项目单位应当通过在线平台及时告知原项目备案机关，修改相关信息，办理备案变更手续；未告知备案机关的，相关信息列入项目异常信用记录，并纳入广东省公共信用信息系统。

（二）风险防范措施

倒卖“路条”项目虽然存在风险，但也并非不可控，我们认为，投资人应当综合采取以下措施，防范相关法律风险：

第一，合理设计交易模式。收购方并购新能源电站项目，可考虑的交易模式有：收购项目公司股权；收购夹层公司股权；成立合资公司，投产后收购剩余股权；“借款 / 垫资建设＋股权质押＋投产后股权转让”等。收购项目公司股权的优势在于可以直接控制项目公司，减少将来压缩管理层级的工作；缺点在于若在投产前擅自办理股东工商变更登记，毫无疑问属于倒卖“路条”。收购夹层公司股权的优势在于各省市对于项目投资人变更的认定有一定的自由裁量空间；缺点在

于各省市并无明文标准，需要收购方事先与主管部门沟通。成立合资公司，投产后收购剩余股权的优势在于既能发挥合作方协调当地资源的优势，又能有效规避倒卖“路条”的风险；缺点在于项目建设期较长，存在一定变数。“借款 / 垫资建设 + 股权质押 + 投产后股权转让”的优势在于能够有效规避倒卖“路条”的风险；缺点在于前期投入较大，存在不可控风险。究竟该采取哪种交易模式，需要投资人根据项目、合作方及自身实际情况进行设计。

第二，变更项目投资人应取得原核准或备案部门同意。认定倒卖“路条”的标准是项目投资人在项目投产前擅自发生变更，换言之，若能取得主管部门审查同意，即使在投产前发生变更，也不属于倒卖“路条”。对于自建项目来说，若投资人在项目投产前确需发生变更，无论承接方是集团内的成员单位，还是集团外的单位，都需要取得主管部门的审查同意。对于收购项目来说，一是要在尽职调查时核查清楚目标项目历史上是否存在倒卖“路条”的情形，二是要判断本次交易是否存在被认定为倒卖“路条”的风险。

第三，由转让方承担损失赔偿或差额补足责任。如前所述，项目一旦被认定为倒卖“路条”，将不得享有国家可再生能源发电补贴资格，已收取的补贴需要退回；收购方与转让方一旦发生诉讼纠纷，股权转让合同可能会被认定为无效。若发生前述情形，收购方将遭受巨额经济损失。因此，收购方有必要在股权转让合同中设置专门条款防控风险。如：（1）在办理股东工商变更登记手续之前，转让方应协调原项目核准或备案部门出具同意投资人变更的批复文件，否则转让方应赔偿因手续缺失而给收购方、项目公司造成的所有损失；（2）若因项目投资人变更等合规性问题导致目标项目无法取得国家可再生能源发电补贴资格，或者虽被纳入补贴清单但将来又被取消补贴资格，转让方就项目公司丧失的补贴收入，应承担差额补足责任。

第四，采用分批付款方式，设置付款节点。除 0 元或 1 元收购以外，新能源电站项目的股权转让合同通常金额较大，适宜采取分批付款方式，以控制交易风险。比如可以分成三或四次支付股权转让价款，每次支付 30% 左右。第一次付款节点是完成目标公司股东工商变更登记手续，第二次付款节点是完成目标项目交接手续，第三次付款节点是目标项目被纳入国家可再生能源发电补贴清单，第四次付款节点是完成全部消缺工作。具体付款节点应根据项目实际情况进行灵活调整。

第五，要求合作方提供履约保函。履约保函由转让方或总包方等合作单位向商业银行申请开具，受益人为收购方或项目公司。要求合作方提供履约保函应注意以下事项：一是履约保函的类型，应要求见索即付；二是履约保函的期限，应能覆盖本次交易的全过程；二是履约保函的金额，应能涵盖收购方可能遭受的所有损失。

我国的发电行业正在经历结构性变革，逐渐由以煤电为主过渡到以清洁能源发电为主，在水电已基本开发殆尽的情况下，光伏、风电等新能源电站项目作为清洁能源发电的重要组成部分，将来的装机规模、发电量占比、消纳占比将日益吃重。对于光伏、风电等新能源电站项目的投资人来说，防范倒卖“路条”风险，是推进项目合规性的重要一环。

中伦文德

□桂少华/文

桂少华，中伦文德合伙人律师，新能源法律专业委员会主任；中国政法大学法学学士，韩国国际法律经营大学国际法硕士；执业领域主要集中在与能源、环境保护、金融、建设工程等相关的投融资及争议解决法律服务。

□ 周绍丰/文

周绍丰，中伦文德实习律师，中国政法大学法学学士，长期从事光伏、风电、水电、抽水蓄能等清洁能源电站项目的投资并购与工程建设法律服务。

新能源电站项目投资人与地方政府签订项目开发协议时应注意的法律问题

投资人开发建设光伏、风电等新能源电站项目，涉及发展改革、自然资源、生态环保、农业农村等多个行政主管部门的审批手续。通常来说，投资人在开发建设某个新能源电站项目之前，都会与当地政府签订项目开发协议，该协议是投资人与当地政府关于项目总体安排、建设地点、建设内容、双方权利义务约定的合同文件，也是项目开发建设的基础性、纲领性指引。对于投资人来说，通过具有法律约束力的合同文件来规范项目开发的合规性、合理性，不仅关系到将来项目开工建设能否顺利开展，而且关系到项目投资回报率，甚至决定项目开发建设的成败。

一、项目选址与独家开发权问题

光伏、风电等新能源电站项目建设涉及选址与用地问题，既包括永久性用地，也包括临时性用地。从土地的自然资源属性来说，新能源电站项目在选址与用地上具有天然的排他性，投资人若在项目开发协议中未设置排除其他投资人在同一选址范围内开发同类项目的条款，则当地政府有权在同一选址范围内审批其他企业开发项目，甚至出现投资人虽取得项目开发权但却无地可用的局面。

此外，根据《企业投资项目核准和备案管理办法》第十九条、第四十条的相关规定，无论是采用核准制的风电项目，还是采用备案制的光伏项目，投资人在项目申请报告中都需要详细说明项目选址与用地的落实情况。对于核准制项目来说，选址意见和用地（用海）预审是项目核准的前置条件，若不在项目开发协议中提前作出安排，由当地政府事先承诺选址用地问题，将来有可能导致项目无法获得核准。

需要注意的是，光伏、风电等新能源电站项目属于公共基础设施行业，《中华人民共和国行政许可法》第十二条、第五十三条虽然赋予了行政机关在有限自然资源开发利用领域设定行政许可的权利，但这种行政许可并不是没有边界的。根据《反垄断法》第四十条规定，“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，通过与经营者签订合作协议、备忘录等方式，妨碍其他经营者进入相关市场或者对其他经营者实行不平等待遇，排除、限制竞

争。”这意味着行政机关不能通过承诺方式排除、限制竞争，在某一行政区域内排除其他投资人的开发权。

因此，我们建议投资人在与当地政府签订项目开发协议时，首先应要求在合同中约定项目初步选址范围，或项目选址四至范围，由当地政府承诺在该选址用地范围内“不再审批其他企业”开发同类项目；其次，应要求当地政府在合同中承诺安排用地指标，为将来办理项目核准、用地预审等事项提前做好准备；第三，则是在合同中避免设置任何有关排除、限制其他投资人进入“相关市场”的类似条款。若是排除、限制其他投资人进入“相关市场”，如某个行政区域内的同类项目开发，则此类条款有可能因违反《反垄断法》第四十条规定，构成滥用行政权力，而被认定为无效。

二、税收优惠问题

根据《企业所得税法》《增值税暂行条例》等相关税收法律法规的规定，新能源电站项目的建设单位应缴纳的税种主要包括企业所得税、增值税、城市维护建设税、耕地占用税、城镇土地使用税等。投资人在项目申报时或在获得项目建设指标后，需要在当地设立项目公司，作为电站项目的建设单位，该项目公司即是纳税义务主体。

实践中，一些地方政府基于招商引资考虑，可能会在项目开发协议中作出税收减免的承诺，或者通过单方通知等方式减免税收。这种行为，我们可以称之为“行政允诺”，即行政主体为实现行政管理目标而作出的为自身设定一定义务、使相对人获得特定权利，从而在行政主体与相对人之间建立起行政法律关系的单方意思表示行为。但这种税收减免的允诺，是否都是合法有效的呢？

根据《中华人民共和国税收征收管理法》第三条规定，“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税，依照法律的规定执行；法律授权国务院规定的，依照国务院制定的行政法规的规定执行。任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”这一规定为税收减免设置了一个前提条件，即必须合法合规。换言之，任何地方政府都无权擅自作出开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定；若地方政府在项目开发协议中作出的税收优惠承诺违反了法律、行政法规的强制性规定，则该等承诺属于无效约定。

在（2019）内行终429号行政判决书中，二审法院认为，原告是否能够按照当地政府税务部门允诺的15%优惠税率申报缴纳企业所得税，取决于其是否符合相关法律法规规定。……行政机关作出的行政允诺、行政协议等行为必须建立在依法行政的前提下，即行政机关作出的允诺必须在其具有裁量权的处置范围内，且不违反法律的强制性规定，不会损害国家利益、社会公共利益，不能将信赖利益原则置于依法行政之前。上诉人以保护信赖利益为由要求履行该允诺的诉讼请求亦不能成立。

因此，我们建议投资人须注意项目开发协议中约定的税种税率等税务条款应符合现行法律、行政法规的规定；若地方政府作出减征免征、税款退还等税收优惠承诺的，则应附上相应的依据文件。

三、土地出让金减免问题

光伏项目的升压站和综合楼用地，风电项目的升压站和综合楼用地、风机及箱变基础用地，属于永久性用地，应办理农用地转建设用地、集体土地征收手续，经出让后由项目公司使用。

根据《土地管理法》的相关规定，建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位，应按照国务院规定的标准和办法，缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后，方可使用土地。实践中，一些地方政府会将全部或部分返还土地出让金作为招商引资的优惠措施之一，比如各种名义的“奖金返还”、“补贴返还”等。那么，项目开发协议中以各种名义约定的返还土地出让金条款是否有效呢？

根据《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（国土资源部令第39号）第四条规定，“工

业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。前款规定的工业用地包括仓储用地，但不包括采矿用地。”第十条第一款进一步规定，“市、县人民政府国土资源行政主管部门应当根据土地估价结果和政府产业政策综合确定标底或者底价。标底或者底价不得低于国家规定的最低价标准。”按照前述规定，建设单位使用土地应支付相应对价，以“奖金返还”、“补贴返还”等各种名义减免土地出让金，实质上违反了土地管理法关于国有建设用地使用权应当以出让等有偿使用方式取得的强制性规定。

最高人民法院在（2019）最高法民终1942号《民事判决书》中指出，案涉土地使用权的出让虽系采取招标方式进行的，但本案三方当事人通过事先的合同约定将土地价格确定为较低价格，并以“公用设施建设费用”的名义作为地方政策优惠将该价格与公开竞价的价格之间的差价返还给土地使用权竞得人，三方当事人这一行为……实质上违反了关于国有建设用地使用权应通过公开竞价方式取得的强制性规定，损害国家利益。……应认定为无效。

因此，我们认为以“奖金返还”、“补贴返还”等各种名义减免土地出让金，实质上违反了土地管理法的强制性规定，属于恶意串通、损害国家利益，应认定为无效。投资人须注意在项目开发协议中设置的土地出让金条款应符合《土地管理法》《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》等相关法律法规的规定；若已签订的项目开发协议中约定的土地出让金条款不符合前述规定，投资人或可考虑后续在补充协议等文件中另行约定。

四、扶贫捐赠问题

赠与是赠与人将自己的财产无偿给予受赠

人，受赠人表示接受赠与的行为。新能源电站项目的投资人，或出于履行社会责任考虑，或出于协调当地社会资源推进项目开发建设考虑，有时会在项目开发协议作出扶贫捐赠承诺，或者另行与有关单位签订赠与合同。

根据《中华人民共和国民法典》第六百五十八条规定，“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。”扶贫捐赠作为民事赠与的特殊形式，无论动机如何，捐赠人一旦作出便不得使用任意撤销权；若不交付赠与财产，受赠人可以请求捐赠人履行交付义务。

若投资人（捐赠人）是国有企业，对外捐赠事项应符合企业内部规章制度要求，履行内部审批手续，达到一定金额的还要报国资监管部门进行备案；国有上市公司还应按照上市规则在一定条件下履行董事会或者股东大会决策等程序，并按期及时进行信息披露。否则，将存在被国资监管部门敦促整改、问责追责的风险。

因此，我们建议投资人在项目开发协议中作出扶贫捐赠承诺，或者另行与有关单位签订赠与合同时，应充分考量扶贫捐赠承诺的约束力以及应履行的内外部决策、审批程序。同时，投资人或可对赠与附一定义务。

五、政府部门违约责任问题

政府部门与投资人签订项目开发协议后，应当遵循诚实信用原则，按照协议约定全面履行义务，未按照约定履行义务的，即构成违约，依法应当承担违约责任。在一些光伏、风电等新能源电站项目中，我们发现投资人与当地政府签订的项目开发协议出于各种考虑并未约定具体的违约责任条款。虽然协议中未约定违约责任并不能成为政府部门不承担违约责任的理由，但在司法实践中，一旦双方发生纠纷，而协议中未设置违约责任条款，投资人将面临难以举证证明政府部门的行为构成违约的不利情形，投资人的前期投入或将无法得到合理补偿。

在2019年某光伏公司与某乡镇人民政府合同纠纷一案中，二审法院认为，双方签订的项目开发协议中约定，乡镇人民政府的主要责任是按照国家有关政策法规，严格落实国家现行产业政策及招商引资优惠政策，给光伏公司提供相关服务，……积极协助光伏公司办理项目的报批手续，协调省、市、县、地区各有关部门工作。……目前，光伏公司并未举证证明乡镇人民政府违反以上任何一项。因此，其要求返还500万元前期投入款项无事实及法律依据，本院不予支持。

因此，我们建议，投资人应注意在项目开发协议中设置详细具体的违约责任条款，包括触发违约责任的各种情形、违约责任的承担主体、违约责任的承担方式、经济损失的计算方式与支付方式等内容。同时，投资人还应注意违约责任条款的内容不得违反法律、行政法规的强制性规定；否则，该条款不具有法律约束力，不履行该约定不构成违约。

中伦文德

马珂律师，中伦文德上海分所执业律师、企业合规师。毕业于上海交通大学，业务领域包括企业合规、建设工程、房地产以及公司业务相关的诉讼和非诉法律服务。

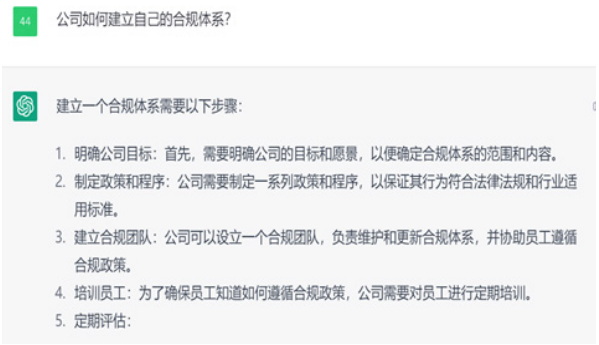
□马　珂/文

ChatGPT 会取代律师吗?

ChatGPT，美国“开放人工智能研究中心”研发的聊天机器人程序。一经推出，两个月注册用户就超过一亿，号称“对话水平超九成人类”，当然它不光可以聊天，还可以写作文、诗歌、音乐、小说等进行创作。笔者在浅浅研究了这款软件之后，结合目前人工智能发展情况，思考了一个问题：ChatGPT 会取代律师吗?

就在问了 ChatGPT 几个问题之后，我开始坚信它无法取代我和我千千万万个律师同行，也取代不了类似需要动脑子思考或者提供解决方案的职业，比如财富顾问、医生和设计师。

以下是我的提问以及 ChatGPT 的回答：



如果这个问题由专业律师回答，他可以从数据合规、反垄断合规、反商业贿赂合规、招投标合规，再到安全生产合规、劳动用工合规，针对不同类型公司主体、业务类型，再结合现行法律规范、司法实践，给出一份详实的、有分量、切实可行的公司合规方案，但是 ChatGPT 这个回答只能说没有出错，内容上却略显抽象且宽泛，针对性不强，对于解决实际问题可能起不到任何借鉴作用。因此，对于 chatGPT 是否能取代律师这个问题上，我尝试从以下几个维度方面进行分析：

一、chatGPT 对于客户事务是否承担保密义务?

但凡从事律师工作的都清楚，自己所接触的客户类型形形色色，其所涉及的咨询事务也复杂多样，有些甚至触碰法律敏感地带，有些不得已会暴露自己的私人生活，比如一些婚姻家事法律事务，律师不可避免会了解一些客户的家庭事务、私人事务，这就要求律师具备职业素养，不肆意八卦、评价客户的个人隐私，特别是根据我国《律师法》第三十八条规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密。”也就是说，对律师的行为规制上，我国从法律以及职业素养方面要求律师对客户事务承担保密义务，而对于 chatGPT，一个人工智能软件，并无任何成文的法律规定限制其行为，或

者要求其承担何种法律义务，尽管司法实践中可以主张要求软件服务的开发者承担相关的法律责任，但是一般法院也会考虑技术中立原则，确认软件涉及的技术应用是否违反该原则。因此，对一些涉及个人隐私或者商业秘密等内容，使用者应当谨慎在 chatGPT 等人工智能软件上进行披露，防止个人隐私或者商业秘密被泄露。

二、chatGPT 能否独立为客户提供咨询服务，完成委托事务？

为了全面了解 chatGPT 是否具备法律专业知识和能力，是否可以为客户提供准确无误的咨询解答，我还提问了如“如何起草借条”、“夫妻共同财产如何认定”、“利息的计算方式”等较为常见的法律咨询问题，chatGPT 都给出了非常全面正确的解答，因此，至少在一些简单基础的法律咨询方面，chatGPT 都可以独立完成。对于有这些需求的咨询者，可以参考 chatGPT 给出的答案，但是对于一些诸如法律尽调项目、合规、出庭、辩论、起草代理词、质证意见等“高难度”动作，则还是需要律师出场，毕竟 chatGPT 目前还无法研究案例，并且根据具体的法律事项出具意见，更无法出庭辩论。

三、chatGPT 会对错误的咨询意见或者解答承担法律责任吗？

这个问题的答案当然是 NO！我国法律并没有规定对于人工智能的惩戒措施，特别是它目前并非持有任何专业资质、牌照的独立第三方主体，所以即便它的回答出错或者造成严重后果，目前也很难对其追责。但是对于律师来说，律师执业资质受到法律约束，以及司法局每年的监管考核，如果存在违反法律规定的行为，或者执业过程中存在重大过失、疏忽，不光是律师，甚至律所都要承担法律责任，甚至面临被吊销执业证的风险。因此，这就要求律师以谨慎、专业的工作态度完成客户咨询以及受托事务。

四、chatGPT 会发生服务中断、无法响应吗？

这个问题的答案当然是 YES！ chatGPT 作为一款技术软件，由人类开发而成，其和其他任何软件一样，可能遭受黑客攻击、侵入或者网络中断、服务崩溃，需要开发者不断维护、更新、修复以实现其功能，比如在我多次访问之后，它会弹出“当前访问人数较多，请稍后再试”；类似的技术软件也有可能因为知识产权侵权或者其他问题等被要求停止使用。这对于律师来说是不可能发生的，只要接受当事人的委托，一个负责任的律师会随时对客户的需求进行反馈，报告受托事务进展，按时按约完成受托事务，这是律师职责所在。

综合以上问题，我姑且得出结论：在简单、普遍的概念性咨询、基础常识性法律咨询，chatGPT 的解答可以作为参考，并且咨询 chatGPT 不需要预约，不必付费（至少目前免费），随时随地可以进行，且快速得到响应。但是对于复杂、重要的案件上，chatGPT 目前无法给出精准、专业的解答，当事人还是要委托专业律师，取得律师的专业意见。

毫无疑问，chatGPT 可以称得上是现今较为成熟、功能完备的人工智能聊天软件（当然我觉得称之为聊天软件低估了它的功能和作用），并且开始取代传统的搜索引擎服务，后续还会被开发者赋予新的功能和服务。笔者认为，人工智能的出现并不是要取代谁，取代哪些行业，或者和人类成对立竞争关系，而是要把人类从机械、重复的体力劳动中解脱出来，把有限的时间投入到那些需要创造力、想象力、共情力的事情上，最大限度发挥人的价值和作用。

我相信随着 ChatGPT 的不断自我学习完善、迭代，它会带给我们更多惊喜，也会帮助人类解决更多的难题。如何和 ChatGPT 等人工智能产品共存、共赢，是我们人类未来面临的共同课题。

中伦文德

□王志坚/文

王志坚律师，北京市中伦文德律师事务所医药健康专委会主任、成都所主任。现为四川省人大常委员会立法专家、四川省公安厅食药环侦总队外聘专家、四川省涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员；现为国家市场监督管理总局、中国网络空间安全协会、四川省药监局和成都市市监局执法总队常年法律顾问。22次被钱伯斯和Legalband评为医药健康领域领先律师和客户首选合规多面手15强、2022 ACE LEGAL TECH AWARDS数据隐私20强。

王青清，北京市中伦文德律师事务所成都分所实习律师，为撰写本文做了大量辅助工作。

行政合规激励的理论探索和实践

从央企合规元年的2018年起，“合规”逐渐成为我国一个新兴法律词汇，而2022年则成为合规强化年。“随着认罪认罚从宽制度等一系列司法体制改革的深入推进，协商性刑事司法理念正在逐渐为我国司法机关所接纳，效果有目共睹。作为这种协商性刑事司法理念的最新发展，最高人民检察院部署推动的涉案企业合规改革的本质就是通过释放现有检察权能所蕴含的从宽处理空间（不批准逮捕、不起诉、变更强制措施、提出轻缓量刑建议等），激励组织体进行“以合规为中心”的结构修正类处理举措”。[1]

与刑事合规激励的理论与实践如火如荼的形势相比较，对于行政法领域的合规监管机制问题没有予以足够重视，只有特定领域的行政合规问题受到关注和探讨，尚未形成体系化研究；实务中，在行政监管领域引入企业合规治理仍处于少部分监管部门时断时续的零星探索阶段。

一、行政合规激励的理论探索

其实，随着刑事合规研究的逐步深入，学术界和实务界也逐渐认识并承认行政合规监管才是企业合规管理源头这一事实。本部分从行政合规监管的合法性、表现形式、问题检视和现有完善建议四个方面对理论界的研究现状进行阐述。

1. 行政合规监管的合法性问题

合规管理本属企业自治事项，如今却允许行政机关予以适度干预，对于这一新型监管方式的合法性讨论，学者崔瑜从政府职责角度论述，对企业进行合规监管是政府履行市场监管职能的体现。[2] 舒金春学者则是从成本与利益角度进行分析，合规管理成本高昂以及企业天然的逐利性决定其建立合规体系的动力不足，在此基础上政府提供的外部激励机制就尤为重要且正当。[3] 此外，张泽涛教授认为，企业涉嫌的犯罪属于“法定犯”，对于企业违法犯罪的预防与处罚，专业性的行政监管是企业合规的基础和前提。[4] 在国家层面，最高检指导组编写的《涉案企业合规办案手册》指出，企业违法犯罪的重要原因之一是政府监管不力，因此，减少企业违法犯罪，应重视从源头上解决企业违反行政法规的问题。对此，政府可通过合规手段介入企业内部治理，促使企业合规经营。

2. 行政合规监管的表现形式

陈瑞华教授认为目前我国已初步形成六种行

政监管合规制度，分别是发布合规指引、推行行政指导、实施强制合规、确立预防性监管机制、推动合规宽大处罚机制与试行行政和解制度。[5]在具体制度的基础上，一些学者尝试对具体制度进行分类。例如，学者舒金春认为行政合规监管在学理上有三种选择路径：强制性合规、激励性合规和倡导性合规。[6]也有学者提出我国政府介入企业合规管理有“刚性”和“柔性”两种模式。[7]孙春蕾学者则认为行政合规激励有三种形式：从轻减轻处罚依据的合规、与监管部门达成和解协议条件的合规、避免移送起诉的合规。[8]

3. 对行政合规监管的问题检视

随着行政合规监管实践的发展，也不可避免地会出现一些深层次问题值得我们进一步检视。目前，学界普遍认为当下行政合规监管面临的现实痛点有三：一是法律供给不足，存在法律依据不充分和法定权限欠缺的合法性风险。二是相关配套激励机制缺乏，未能彰显监管激励功能优势。三是依赖于结果导向的政府监管理念还未完全转变。[9]

4. 现有关于行政合规激励的完善建议

理论界和实务界对于行政合规监管的实践困境，纷纷从多角度给出完善建议。例如，学者提出针对法律供给不足的风险，应尽快完善相关法律依据、配套激励措施来保障合规监管落实。有学者还提供了构建政府合规监管激励机制的三种模式，分别是风险告知型激励机制、经济利益型激励机制以及社会声誉型激励机制。[10]还有学者将视角转换到企业合规管理上，从企业合规管理的环节入手，重视合规负责人任命、企业合规

报告、合规认证以及合规评价四个环节，从而实现对企业的合规监督。[11]此外，有学者着眼于企业合规计划，认为行政机关可通过指导和监督企业合规计划实现企业合规监管。[12]

综上可以看出，我国学界已经认识到合规制度在行政法领域的重要意义，并尝试对行政合规制度进行体系化构建，但所做工作明显不足，尚未形成深刻系统的研究，同时，行政合规监管在实践方面又面临诸多风险与挑战，阻碍着企业合规制度的完善发展。

二、行政合规激励的实践基础及可行路径

虽然行政合规激励制度从出现到成熟需要经历一个漫长且艰巨的成长过程，面对这项复杂并正确的任务，在推进行政合规的道路上，当然需要我们积极应对实践和理论中面临的困境，从制度层面确立符合中国法治化营商环境的行政合规推进方式，使其在中国的行政监管体制土壤中生根发芽，为法治化营商环境提供制度保障。但同时，在现有法律框架下，我们仍然能够进行行政合规激励实践探索，笔者从以下几方面进行分析。

1. 从强制行政管理模式向协商性行政监管模式的转变

“在行政执法领域，政府监管部门为鼓励企业建立有效的合规计划，在保留传统严刑峻罚政策的基础上，确立了一种以合规换取宽大行政处罚的监管方式。对于那些建立合规机制的企业，政府监管部门在对其违法违规行为进行执法调查时，既可以将合规作为不采取执法行动的依据，也可以作为减轻行政处罚的重要事由，还可以作为与企业达成行政和解协议的前提条件。由此，行政监管合规机制逐渐被引入行政执法程序之中”。[13]

（1）证券行业

2015 年中国证监会发布了《行政和解试点实施办法》，这也是我国首次在证券、期货监管领域试行行政执法和解制度。具体来说，在证监会调查行政相对人涉嫌违反证券期货法律、法规及相关监管规定的过程中，根据行政相对人的申请，与其就改正违法违规行为、消除不良后果等问题进行协商达成和解协议，并终止调查执法程序。至此，我国的行政监管从过去的以命令服从为核心的强制行政管理模式，开始转向一种积极性、协商性与合作性的行政监管模式。

2019 年 4 月，中国证监会与高盛亚洲、高华证券等 9 人达成和解。这也是《办法》出台以来我国首宗证券期货行政执法和解案例。[14]

2020 年 3 月 1 日，新修订的《中华人民共和国证券法》（下称“《证券法》”）正式实施，证券期货违法行为行政和解制度结束了长达 5 年的试点阶段，正式成为我国证券监管部门对证券期货违法行为进行监管的法定措施，这也标志着行政和解制度被正式确立在我国行政法律之中。根据《证券法》的授权，《证券期货行政执法当事人承诺制度实施办法》（下称“《实施办法》”）于 2021 年 10 月 26 日发布，并于 2022 年 1 月 1 日实施。《实施办法》以行政法规的形式对《证券法》第一百七十一条规定的行政执法当事人承诺制度进行了细化。根据《实施办法》证监会对涉嫌证券期货违法的单位或者个人进行调查期间，被调查的当事人承诺纠正涉嫌违法行为、赔偿有关投资者损失、消除损害或者不良影响并经证监会认可，当事人履行承诺后证监会将终止案件调查。

（2）反垄断领域

行政和解的理念也体现在我国《中华人民共和国反垄断法》（下称“《反垄断法》”）的有关规定中。《反垄断法》第五十三条规定：“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的，应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查”。国务院反垄断委员会发布的《垄断案件经营者承诺指南》直接依据《反垄断法》有关条款而建立，是我国监管部门首次系统确立行政执法承诺制度。

2021 年 4 月 10 日，市场监管总局对阿里巴巴集团做出行政处罚决定，认定其构成《反垄断法》第十七条的“没有正当理由，限定交易相对

人只能与其进行交易”的滥用市场支配地位行为，并对其处以 182.28 亿元的高额罚款。

本案中，市场监管总局综合考虑阿里违法行为性质、程度、持续时间等因素最终对其处以上一年度销售额 4% 的罚款，同时要求其按照《行政指导书》的内容完善企业内部合规控制制度，包括建立并有效执行反垄断合规制度、定期开展公司高管和工作人员合规培训、建立定期向监管部门报告合规情况制度等，并在未来三年向市场监管总局报送自查合规报告。

上述处罚及指导要求，实质上是对阿里实施的一种“合规整改机制”或与阿里达成的一种行政和解，即在行政监管环节，要求正在被调查或者完成调查后的涉案企业进行合规整改从而给予适当责任减免的机制（宽大行政处罚，在上一年度销售额的 1%-10% 的处罚幅度内采取了中线偏低的处罚）。

2. 企业行政合规的地方实践

（1）为帮助企业预防行政处罚，苏州市于 2021 年 11 月 29 日发布首批《企业行政合规指导清单》（下称“《清单》”），共计 2974 条。《清单》聚焦企业受到行政处罚的“高频”违法行为，根据违法行为出现频率、处罚程度设定相应风险等级，每个合规事项均详细阐述常见违法行为表现、法律依据及违法责任、合规建议、指导部门等内容，将行政指导融入涉企行政执法中，引导企业排查风险，指导企业合规经营。

（2）柳州市出台了一批企业行政合规指南，涉及市场监管局、人社局、交通运输局、税务局、应急管理局和生态环境局等部门。

（3）深圳宝安区已经推行“不起诉从宽处理”+“行政从宽处罚”双重激励机制，将刑事合规向行政合规领域延伸。

（4）南通市 2021 年 12 月 15 日出台了《南通市服务保障法治化营商环境开展涉行政处罚企业合规治理试点方案》（通司发【2021】76 号）。

3. 行政法律法规的行政合规激励空间

（1）《行政处罚法》的合规激励空间

2021 年新修订的《中华人民共和国行政处罚法》（下称“新《行政处罚法》”或“新法”），较之于旧法，在多处留下了行政合规激励的空间。

第一，新《行政处罚法》为事前合规预防提供了法律依据。新法第 33 条第 2 款明确规定：“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。 法律、行政法规另有规定的，从其规定。”这意味着，主观过错是应受行政处罚行为成立要件中的必备要素。 这为事前合规激励提供了根本依据，因为企业履行了合规义务就意味着其没有主观过错。[15] 又比如，《中华人民共和国反不正当竞争法》第七条第三款规定“经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外”。经营者怎样证明工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关呢？经营者证明自身建立并有效实施了合规管理制度就是很好的理由，具体地说就是经营者已制定合法、合规、合理的措施，采取有效措施进行监管，不放纵或变相放纵工作人员实行贿赂行为。

我国第一例以合规成功实现了无罪抗辩案例就是雀巢公司通过制定的《雀巢合规宪章》并有效实施成功实现了无罪抗辩案。

2016 年兰州市城关区人民法院一审认定雀巢公司 6 名员工为抢占市场份额，推销雀巢奶粉，通过拉关系、支付好处费等手段多次从多家医院医务工作人员手中非法获取十余万条公民个人信息，构成侵犯公民个人信息罪。一审判决后，各被告人均以其行为是公司行为、本案应属单位犯罪为由上诉至兰州市中级人民法院，以寻求更为轻缓的量刑。在本案一审过程中，雀巢公司就援引了合规作为抗辩事由。雀巢公司抗辩称，其从不允许员工以非法方式收集消费者个人信息，并且从不为此向员工、医务人员提供资金，其在《雀巢合规宪章》《雀巢指示》（取自雀巢公司员工培训教材）、《关于与保健系统关系的图文指引》等文件中明确规定“对医务专业人员不得进行金钱、物质引诱”，对于这些规定要求，其还要求所有营养专员接受培训并签署承诺函，已建立了有效的合规计划，本案中员工行为应属个人行为。法院经审理认为以上合规文件充分证明雀巢公司已尽

到合规管理的义务，具有规避、防范合规风险的意识，并进行了合规培训，本案被告人违反雀巢公司的合规管理规定，应属个人行为。最终二审法院兰州市中级人民法院对此也予以认可，裁定驳回上诉，维持原判。本案中，合规成为切割单位责任和员工责任的根据，成为无罪抗辩的理由。

第二，新《行政处罚法》为事后合规激励提供了制度依据。主要体现在作为宽大行政处理依据的行政合规方面，具体体现在新《行政处罚法》中突出修改的关于免罚和轻罚的部分规定。一旦企业发生行政处罚的风险，完全可以通过自身已经建构的合规经营体系，请求从轻、减轻甚至免除处罚的机会；或者以进行行政合规整改为由，请求从轻、减轻处罚。

新《行政处罚法》第三十二条规定："当事人有下列情形之一，应当从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；（二）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；（三）主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的；（四）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；（五）法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的"。其中具有合规激励因素的明显就有"主动消除或者减轻违法行为危害后果"和"配合行政机关查处违法行为有立功表现"。

（2）其他专门领域法律法规的行政合规激励空间

1）反垄断法

《反垄断法》第五十九条：对本法第五十六条、第五十七条、第五十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。？日后，可以将企业反垄断合规制度的建立情况纳入从轻处罚的考量因素。

2）环境保护法

《环境保护法》第六条第三款：企业事业单位和其他生产经营者应当防止、减少环境污染和生态破坏，对所造成的损害依法承担责任。可以将企业建立了合规制度视为单位防止、减少环境污染和生态破坏的有效措施。

3）安全生产法

《安全生产法》第十九条：国家对在改善安全生产条件、防止生产安全事故、参加抢险救护等方面取得显著成绩的单位和个人，给予奖励。有效的合规制度可以防止安全生产事故，也应当作为可以给予奖励、甚至从宽处罚的事项加以考虑。

4）反不正当竞争法

《反不正当竞争法》第七条第三款：经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。在经营者为法人组织的情况下，建立反商业贿赂合规制度可以作为切割单位责任与个人责任的合理根据。

4. 适合合规激励的情形

除了类似于刑事合规激励的条件外，从行业看，药品、医疗器械、汽车等强监管且有严格资质要求的行业；从处罚罚则看，资格罚（包括吊销营业执照、吊销许可证、市场禁入等）和巨额罚（如《中华人民共和国数据安全法》5000 万元以下或者上一年度营业额 5% 之下的罚款）均比较适合。因为无论巨额罚款的减少或者避免资格罚均对企业有巨大的动机，从国家层面也能有利于经济的健康发展。从法律分类看，垄断、不正当竞争、数据合规、安全生产和环境保护、虚开发票、知识产权等领域也相对适合。还有一种就是企业需要挽回企业声誉的情形也适合与主动进行行政规整改。

从律师实务角度，可以关注这些重点领域的行政合规底线（涉资格罚和巨额罚），及时切入为企业提供合规服务；另外一方面，这些领域也是事前合规律师服务的重点，企业容易接受建设专项合规制度。

5. 行政合规激励制度的要素

（1）有效合规的标准

"与检察机关对涉嫌犯罪的企业确立的合规整改标准一样，执法机构在行政和解中也应确立有效合规的基本标准。原则上，有效合规是指涉案企业通过合规整改和建立合规体系，可以行之有效地发现和预防违法行为，从而建立一种依法依规经营的企业管理结构和企业文化。为达成这

一目标，执法机构应监督企业采取必要的补救措施，寻找并发现企业违法行为发生的制度原因，针对制度漏洞、管理隐患和治理缺陷，采取有针对性的纠错和修复措施。在此基础上，企业应当根据其性质、治理结构、管理模式，引入一种最低限度的专项合规体系”。[16]这部分有待于出台不同行业、不同法律领域的专项标准。

（2）执法机构可以确立一定期限的合规整改期限，一般不超过五年。在合规整改期限内，执法机构应加强对企业合规整改的监督力度。根据企业的情况，可以考虑设立两种监督模式：一是定期报告模式，二是合规监管人监督模式。

（3）合规评估验收

参考最高人民检察院，国务院国有资产监督管理委员会，财政部，中华全国工商业联合会，司法部，生态环境部，国家税务总局，国家市场监督管理总局，中国国际贸易促进委员会九部委制定的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》结合行政合规激励特点制定相应机制。

（4）从实务视角看行政合规激励与刑事合规激励的异同

从企业合规的整体框架来看，二者都是事后合规，但一个在行政处罚环节，一个在刑事诉讼环节；一个由行政机关认可，一个由检察机关认可。因此，在探索企业行政合规的过程中应当注重建立与刑事合规的衔接机制，使合规激励效果得到充分发挥。

综上所述，我国的行政合规激励机制正处在积极探索并大有可为的阶段，理论界、实务界和企业在其中均大有可为。

参考文献：

[1] 陆云英、王朝勇、陆一凡 . 企业行政合规基础理论与法律实务 [M]. 北京： 法律出版社 .2022.
[2] 崔瑜 . 论企业合规管理的政府监管 [J]. 行政法学研究，2021 (04)：32-40.
[3] 郑雅方 . 论政府介入企业合规管理的风险及其防范 [J]. 法商研究，2021,38 (03)：80-91.
[4] 舒金春 . 论合规监管的路径选择与制度建构 [J]. 浙大法律评论，2022,8 (00)：89-115.
[5] 张泽涛 . 论企业合规中的行政监管 [J]. 法律科学（西北政法大学学报），2022, 40 (03)：44-57.
[6] 陈瑞华 . 论企业合规的性质 [J]. 浙江工商大学学报，2021 (01)：46-60.
[7] 陈瑞华 . 论企业合规在行政监管机制中的地位 [J]. 社会科学文摘，2022 (02)：72-74.
[8] 陈瑞华 . 行政执法和解与企业合规 [J]. 中国律师，2020 (06)：85-87.
[9] 陈瑞华 . 论企业合规在行政和解中的适用问题 [J]. 国家检察官学院学报，2022, 30 (01)：3-22.
[10] 孙春蕾 . 论行政执法和解中企业合规的引入 [J]. 长春市委党校学报，2021 (01)：41-46.
[11] 孙春蕾 . 论作为监管激励机制的企业合规 [J]. 行政管理改革，2021 (04)：84-91.
[12] 毛逸潇 . 合规在中国的引入与理论调适—企业合规研究述评 [J]. 浙江工商大学学报，2021 (02)：149-160.
[13] 解志勇 , 那扬 . 有效企业合规计划之构建研究 [J]. 法学评论，2022,40 (05)：161-173.
[14] 刘艳红 . 企业合规中国化的民行刑体系性立法 [M]. 北京： 法律出版社 .2022.

注释：

[1] 陆云英、王朝勇、陆一凡：《企业行政合规基础理论与法律实务》，法律出版社 2022 年版。
[2] 参见崔瑜：《论企业合规管理的政府监管》，载《行政法学研究》2021 年第 4 期。
[3] 参见舒金春：《论合规监管的路径选择与制度建构》，载《浙大法律评论》2022 年第 1 期。
[4] 参见张泽涛：《论企业合规中的行政监管》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022 年第 3 期。
[5] 参见陈瑞华：《论企业合规在行政监管机制中的地位》，载《社会科学文摘》2022 年第 2 期。
[6] 同前注［3］，舒金春文。
[7] 参见郑雅方：《论政府介入企业合规管理的风险及其防范》，载《法商研究》2021 年第 3 期。
[8] 参见孙春蕾：《论作为监管激励机制的企业合规》，载《行政管理改革》2021 年第 4 期。
[9] 参见陈瑞华：《行政执法和解与企业合规》，载《中国律师》2020 年第 6 期；舒金春：《论合规监管的路径选择与制度建构》，载《浙大法律评论》2022 年第 1 期；郑雅方：《论政府介入企业合规管理的风险及其防范》，载《法商研究》2021 年第 3 期；崔瑜：《论企业合规管理的政府监管》，载《行政法学研究》2021 年第 4 期；孙春蕾：《论行政执法和解中企业合规的引入》，载《长春市委党校学报》2021 年第 1 期。
[10] 同前注［7］，郑雅方文。
[11] 同前注［3］，舒金春文。
[12] 参见解志勇、那扬：《有效企业合规计划之构建研究》，载《法学评论》2022 年第 5 期。
[13] 参见陈瑞华：《论企业合规在行政和解中的适用问题》，载《国家检察官学院学报》2022 年第 1 期。
[14] 中国证监会与高盛亚洲、高华证券等 9 人达成行政和解案，证监会公告［2019］11 号。
[15] 参见熊樟林：《企业行政合规论纲》，载《法制与社会发展》2023 年第 1 期。
[16] 同前注［13］，陈瑞华文。

王莺律师，北京市中伦文德（上海）律师事务所合伙人，上海律协仲裁业务研究委员会委员。专业领域包括跨境争议解决（国际商事仲裁）、商事调解、外商投资、境外投资、兼并收购、一般公司业务等法律事务。王律师有超过二十年的法律服务经验，有能力以中英文两种语言为不同行业的国内外公司提供全流程高品质的双语法律服务。

□王　莺/文

对一起国际商会仲裁院适用“快速程序”案例的思考

简介： 本文着重分析一起国际商会仲裁院（ICC）仲裁案中，适用ICC“快速程序”规则的相关法律问题。

一、基本案情（案情简介已作加密处理）

我们的客户某中国公司（中方/卖方）在2018年与某外国公司（买方）签署了设备出口合同，该合同四个部分组成，分别为：（1）《承包协议》（Contract Agreement）（“承包协议”）；（2）1999版FIDIC标准条款（FIDIC Conditions）（“FIDIC条款”）；（3）对FIDIC标准条款进行修订的特别条款（Particular Conditions）（“特别条款”）；以及（4）由第三方提供的设备《技术规范》（Technical Specifications）（“技术规范”）。（上述四份文件在本文中统称为“涉案合同”）《承包协议》明确约定：FIDIC条款及特别条款以及标书和附件均为《承包协议》的组成部分。

特别条款约定涉案合同适用新加坡法律，并约定了争议解决方式包括争端裁决委员会（Dispute Adjudication Board）（“DAB”）裁决和/或国际商会仲裁院（“ICC”）仲裁。

2020年8月-9月间，设备出口后，买方雇佣当地公司，在中方的监督下完成了设备的安装、调试和试运行。但是双方均未严格依照FIDIC条款约定进行有关最终测试等程序。2020年9月中方人员撤离施工现场。2020年10月，部分设备出现问题。

双方对设备故障问题进行的一系列努力和交涉因分歧过大而以失败告终。买方遂根据合同（FIDIC条款）仲裁条款向ICC提起仲裁。

仲裁过程中，买方向仲裁庭提交了公司内部书面记录，称设备出现问题后，买方当即召回了中方技术专家到现场研究故障原因，但问题并未解决。中方否认买方曾在2020年10月将故障通知中方，由于该技术专家已经离开公司，无法对此作证，中方也无法提供其他证据证明2020年10月究竟是否获知故障情况。中方称，其第一次获知设备故障是在2021年2月底，并提交相关电邮、证人等证据，以证明故障发生时间距设备调试完成顺利试运行已经过去将近半年时间。中方并提供从甲方工作人员处获取的设备未按《技术规范》进行操作的电脑技术资料照片，并由专家对该些照片进行分析，推断故障系由买方提供的《技术规范》中的设计问题导致，并且在成功完成试运行后，买方并未按《技术规范》要求进行操作导致了最终的故障，过错不在中方。买方也提交了其聘用的专家报告，称设备故障系我方当事人过错导致。针对对方提交的专家报告，各方都提交了第二轮的专家报告以反驳对方的观点。仲裁庭对案件有关问题提出了问题清单，要

求双方给予回复。

二、本案适用 ICC“快速程序”规则的基本情况

本案 FIDIC 条款下约定了可以通过 DAB 和 / 或仲裁方式解决争议。双方未将争议提交 DAB，买方最终决定直接将争端提交 ICC，根据其仲裁规则以仲裁方式解决。双方在 FIDIC 条款第 20 条下约定的是三人仲裁庭，即双方各指定一名仲裁员，再由该两名仲裁员共同指定首席仲裁员。在双方无法就首席达成一致的情况下，由 ICC 指定该仲裁庭首席仲裁员。

适用于本案的最新版的 ICC 仲裁规则第 30 条规定了“快速程序”，即当事人同意按照 ICC 仲裁规则进行仲裁即表明其同意该规则第 30 条及附件六中所述的“快速程序”规则将优先于仲裁协议的任何相反的约定。根据该条规定，如果：

（1）在答辩期后确定的争议金额不超过 200 万美元（若仲裁协议是在 2017 年 3 月 1 日之后 2021 年 1 月 1 日之前达成）或 300 万美元（若仲裁协议是在 2021 年 1 月 1 日之后达成）；或者

（2）争议发生后当事人一致同意适用“快速程序”，

则应适用“快速程序”规则，而无论双方之前约定的仲裁协议 / 条款中是否有相反的约定，该类可能相反的约定包括但不限于约定三人仲裁庭及完整的证据披露程序等等。

根据 ICC 仲裁规则第 30 条，只有当下列三种情况之一发生时，“快速程序”规则才不予适用：

（1）仲裁协议系在 ICC“快速程序”规则生效日（即 2017 年 3 月 1 日）前达成；

（2）当事人（通常在仲裁协议或合同中）明确约定不采用 ICC“快速程序”规则；或者

（3）根据一方当事人在仲裁庭成立前提出的要求，或由 ICC 自行提出动议，ICC 认定在此类情况下适用“快速程序”规则并不恰当。

换言之，如果当事人约定了三人仲裁庭，或完整的证据披露等仲裁程序，但是并未约定不适用（opt out）“快速程序”规则，则 ICC 可能根据案情需要，自行决定将案件适用“快速程序”。这也就意味着 ICC 可以任命由一名仲裁员担任独任仲裁庭，而非协议约定的三名仲裁员组成仲裁庭；同时，该独任仲裁员有权决定是否限制证据披露程序的使用，即 ICC 将有权逾越当事人的意思自治而对案件的程序性管理作出违反当事人缔约时意愿的至关重要的程序性决定。

本案双方当事人并未在仲裁协议中排除适用“快速程序”，因而 ICC“快速程序”规则自动适用本案。

本案立案之初，申请人的仲裁申请中尚未提及具体争议金额（这在国际仲裁中也较常见，具体标的通常会在之后的仲裁程序中逐步明确），涉案设备合同总价为 5200 万元（约合 800 万美元），但是涉案的故障设备总价仅为人民币 260 万元（仅为约 40 万美元）。为节省仲裁成本提高仲裁效率，申请人在仲裁申请中提出请求适用独任仲裁庭来审理本案，并请求获得被申请人（即我方客户）的同意。出于相同的考虑，我方同意了申请人的请求，指示由 ICC 指定独任仲裁员，因为双方并不能就独任仲裁员人选达成一致。

ICC 在考虑了双方选择独任仲裁庭的意愿及案件的初步情况（包括案件可能的争议标的）后，与双方商讨拟将案件适用 ICC“快速程序”规则，而不仅仅适用独任仲裁庭。在征得双方同意后，案件转而适用“快速程序”。

需要解释的是，ICC 考察案件是否适用“快速程序”的标准主要包括案件争议金额以及案件的复杂性。根据 ICC 网站公布的信息，2021 年 1 月至 10 月间，ICC 接案的平均争议标的为 1.84 亿美元；2020 年全年的平均争议标的为 5410 万美元。2020 年全年及 2021 年前 10 个月的案件标的中位数分别为 560 万美元和 570 万美元。ICC“快速程序”规则第 2 条规定的 200 万 -300 万美元的争议标的金额远在 ICC 平均争议标的之下。

ICC 设立“快速程序”主要是出于当事人成本和案件处理效率的考量。从仲裁成本来说：国际仲裁成本较高，不仅包括高昂的律师费（由于国际仲裁案件通常具有涉不同法域、跨境的特点，一个案件通常可能同时需要境内外律师组团配合，因而律师费用不低）、还有不菲的机构仲裁费用（没有机构对案件进行管理的临时仲裁除

外）、仲裁员费用以及证据准备、翻译等各项费用。

从案件处理效率来看：如果案件适用英美法系的实体法（例如本案适用新加坡法律），仲裁地（seat）也很可能属于英美法系法域。虽然国际仲裁有自己的独立于各国诉讼程序法的仲裁程序软法（soft law，即为大部分国际仲裁案件所参照适用的程序规则），例如国际律师协会国际仲裁取证规则（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration）、国际仲裁当事人代理指引（IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration）、国际仲裁员行为规范准则（Rules of Ethics for International Arbitrators）等，但其规则制定者多为英美法系学者和国际仲裁法律实践专家，因此仲裁软法其实相当程度上说来源于英美法系诉讼程序。当仲裁地（seat）法律也为英美法系法域时（按照国际仲裁惯例，除非当事人另有约定，大部分情况下，仲裁条款及仲裁程序适用仲裁地的程序法－包括仲裁法、民诉法等），则仲裁案件的程序往往非常接近英美法系诉讼程序，如果仲裁员也来自于英美法系国家（本案仲裁员为澳大利亚仲裁员，因而也属于英美法系），则更加如此。一个完整的英美法系诉讼程序往往会为了追求程序公正牺牲效率、耗时良久。这也是为何近年来有声望的国际仲裁机构，包括ICC致力于提高仲裁效率，出台“快速程序”的一个重要原因。

根据ICC“快速程序”规则，仲裁庭必须在案件管理会议之日起六个月内作出最终裁决。ICC可以根据仲裁庭的合理请求或自行决定在需要的时候延长此期限。这就意味着选择“快速程序”的案件可能获得一个能够预期的结案时间。实际上，本案在案件管理会议之后不到8个月结案，大致符合“快速程序”6个月结案的规定。

三、适用ICC“快速程序”规则可能面对不足的程序保障和事实调查的困难

适用“快速程序”除了在仲裁时效上获得一定的保证，在一定程度上降低仲裁成本外，当事人也需注意因牺牲程序的完整性可能导致的不利情况。英美法系诉讼程序注重程序公正，这虽然在一定程度上导致了程序冗长、效率低下，但很大程度上也的确确保了对证据合法性的审查。例如，通过对证人（事实证人和专家证人）的询问、盘问确保证人资格的合法性、证言的真实可靠性，通过完整的证据披露要求，确保了所能获得证据的完整性等。而仲裁庭在“快速程序”中却可能为追求效率而部分甚至全部牺牲该些程序，这也是“快速程序”被诟病的一个重要原因。

ICC“快速程序”规则第3条第4和第5小点规定，仲裁员有权酌情采取其认为适当的程序措施，在与当事人协商后，决定不准许证据出示程序，或限制书面陈词或书面证人（包括事实证人和专家证人）证言的数量、长度和范围。此外，仲裁庭还可以在与当事人协商后，决定不进行开庭审理，不对证人或专家进行听证和盘问，而完全依赖于当事人提交的书面资料对案件进行审理。

本案中，独任仲裁庭即采取了该种方式对案件进行审理：本案没有经过开庭程序，除了仲裁庭主持召开最初的案件管理会议确定案件审理进程的时间表外，没有再进行任何形式的听证或开庭。仲裁庭完全仰赖双方当事人提交的书面陈词、答辩意见、证人证言、其他书面证据、范围受到极大限制的证据披露以及双方聘用的专家证人各两轮的专家报告等证据对案件事实和责任作出判断。

虽然本案争议标的并不大，申请人最终确定的诉求金额折合人民币约3800多万元，最终由于对我方明显不利的证据，仲裁庭判断设备故障责任在我方。但是在我方律师的据理力争下，最终裁决我方应承担的赔偿金额（相当一部分是对方支付的律师费和仲裁费）折合人民币约410万元，但是本案事实其实较为复杂。

一方面，关键事实证人已经离职，无法作证；另一方面，双方专家报告的结论存在重大分歧。在这种情况下，仲裁庭面临的困难包括：

（1）精简了的仲裁程序；

（2）双方不断要求继续提交证据和进行陈述所给予仲裁庭的可能违反既定程序的压力（考虑到“当事人意思自治”是国际仲裁程序的基石，为确保裁决不易被挑战，仲裁庭在程序上一般都会尽量尊重当事各方意愿）；

（3）专家报告的巨大分歧；

（4）仲裁庭因在案件管理会议确定的时间表之外额外给予双方举证和陈述时间而导致自己作出裁决时间的不断被压缩等。

如何在这多重压力下，确保查明非常专业的关于技术责任认定的事实，并根据双方提供的各执一词且仲裁庭并不熟悉的新加坡法律和案例，对案件作出公正裁决，这些对于仲裁庭来说都是莫大的挑战。

对责任的判断需要依赖书面证据、证人证言和专家报告等证据。在书面证据不足的情况下，如何在缺乏询问和交叉盘问的质证环节保障的情况下，对双方证人相互矛盾的证词进行采信？如仲裁庭在判决中所说：双方证人都指责对方证人“撒谎”、“不诚实”、“误导仲裁庭”，然而，不经过当庭对质和盘问，仅仅依赖极其有限的披露文件、可靠性大打折扣的证人证言和书面质证意见，以及相互矛盾的专家报告，是否能准确查明事实真相，对仲裁庭来说难度相当大。

四、如何避免因适用“快速程序”规则可能造成的负面影响

为尽量避免因适用“快速程序”而可能出现的对事实真相调查的困难，我们建议，当事人一方面可以根据 ICC 仲裁规则“快速程序”第 1 条第四项的规定，在发现“快速程序”难以帮助仲裁庭查明事实真相时，向仲裁庭提议不再适用“快速程序”审理该案。但在这种情况下，最终仍然是由 ICC 作为仲裁机构与双方和仲裁庭共同协商，并由 ICC 作出最终决定，当事人对结果只有提出意见和想法的权利，并没有掌控权，因此结果具有较大不确定性。

另一方面，当事人也可以在当事双方关系尚且融洽的合同谈判之时，商定排除（opt out）ICC 等仲裁机构的“快速程序”。这样做的好处是：当事人在缔约时就把选择三人还是独任仲裁庭以及是否精简仲裁程序的决定权掌握在了自己而非仲裁机构手中。不利的一面是：这样的约定不具有灵活性，万一事情发生变化，资金实力较弱的一方若希望以独任仲裁庭和精简仲裁程序的方式高效、低成本地处理一个简单或较小金额的案件，而另一方资金实力较强，不在意仲裁成本和效率，只希望用冗长和昂贵的仲裁程序拖垮对方或至少给对方造成更大的损失时，在已经约定了不适用（opt out）“快速程序规则”条款的仲裁协议中，就很难对此进行变通，除非有敌意的另一方同意变更仲裁条款，而在现实中，这种可能微乎其微。

此外，为避免出现证据缺失和举证困难，公司还可以在日常经营管理中，邀请有经验的法律顾问或内部法务，在各个部门中建立一套完善、系统的证据保存和保管机制，包括但不限于规范邮件等对外沟通工具的形式、内容及审批流程等。同时，考虑是否在劳动合同中，对关键员工离职后为公司作证的义务等问题进行约定。在我们遇到的大部分案件中，都存在员工离职导致关键事实缺失或难以查明、联络离职员工出庭作证遭到拒绝或干脆无法联络到离职的员工等证据收集困难的情况。公司如何在这个问题上防微杜渐，也值得公司领导层和风险防控人员，特别是法务思考和研究。

总之，我们认为，在日益频繁的国际商务活动中，如何事先在跨境合同中约定是否排除或适用仲裁机构的“快速程序”规则，或在争议发生后根据情况排除或适用“快速程序”规则，是一个值得缔约律师与有国际仲裁经验的律师共同合作为客户提供全方位考量和专业建议的重要议题。

中伦文德

□徐云飞/文

徐云飞 律师，中国人民大学法学硕士，北京市中伦文德律师事务所合伙人，EXIN认证数据保护官（DPO），中伦文德网络安全与数据合规专业委员会主任、人工智能法律专业委员会主任、东亚法律业务专业委员会主任。入选2020 年度、2022年度LEGALBAND网络安全与数据合规领域中国律师特别推荐榜 15 强，2021年度、2022年度、2023年度（第一梯队）LEGALBAND网络安全与数据合规领域中国顶级律师排行榜，Exterro ACE 2021年度Top 15 Data Privacy Lawyers、2022年度TOP 15 Legal Tech Lawyers。

数据出境系列文章之一——数据出境的立法历程、基本逻辑及合规路径概述

数据跨境流通对于维持全球商业运转、跨国公司的运营以及促进全球贸易、发展高新科技、运用科技改善人类的生活具有重要的意义。但同时，公民的财产信息、行踪轨迹、政府数据、重要数据、核心数据等如果不经监管自由出境流通，可能会造成数据泄露甚至导致危害国家安全的事件发生。因此大多数国家在其立法体系内对数据的跨境流通做出了一定程度的调整和限制。

我国对数据出境的立法也在近年来不断地变化发展。随着《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《网络数据安全管理条例（征求意见稿）》《数据出境安全评估办法》《关于实施个人信息保护认证的公告》《网络安全标准实践指南——个人信息跨境处理活动安全认证规范V2.0》和《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》等一系列法律法规、国家标准的出台，逐渐形成了数据出境的合规路径体系。

本文回顾了我国关于数据出境的立法进程，并在近期实践的基础上，概述了立法思路的转变、现行立法的基本逻辑和体系架构，作为本数据出境系列文章的序文，供相关人士参考！

一、中国数据出境的立法进程

2017年6月1日，《网络安全法》正式实施。《网络安全法》首次规定了数据出境的安全评估制度，随后配套法规《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》（以下简称“2017年配套法规征求意见稿”）和配套标准《信息安全技术数据出境安全评估指南（草案）》（以下简称“2017年配套标准草案”），相继出台。

根据《网络安全法》[1]，关键信息基础设施的运营者（以下简称“CIIO”）在我国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储；因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。据此，《网络安全法》规定的安全评估应仅限于CIIO处理的个人信息和重要数据的出境，对于不属于CIIO的数据出境未作出规定。2017年配套法规征求意见稿扩大了安全评估的范围，规定所有网络运营者[2]收集的个人信息和重要数据，只要符合该稿第九条的情形（含

有或累计 50 万人个人信息、数据量超过 1000GB 等），均需进行安全评估；2017 年配套法规征求意见稿对安全评估的内容、数据不得出境的情形等均做出了规定。2017 年配套法规征求意见稿规定，网络运营者在数据出境前自行进行安全评估并对结果负责；此外，行业主管或监管部门负责安全评估工作并定期开展安全检查。2017 年配套标准草案对上述安全自评估内容、数据出境计划的制定等内容做出了详细规定并在附录中列示了重要数据识别指南、个人信息和重要数据出境安全风险评估方法。但 2017 年配套法规征求意见稿和 2017 年配套标准草案均未正式公布实施。

2019 年国家互联网信息办公室（以下简称“国家网信办”）就《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》（以下简称“2019 年配套法规征求意见稿”）向社会公开征求意见。2019 年配套法规征求意见稿中没有对重要数据出境的安全评估作出规定，并且删除了 2017 年配套法规征求意见稿中的自评估制度。按照该稿规定，网络运营者处理个人信息不区分处理的人数等情况，凡是要将个人信息出境均需报请省级网信部门进行安全评估。这体现了当时强化个人信息出境的管制和数据本地化存储的价值取向，较为严格。但加强管制必然意味着数据流通便利的减弱，因为种种原因该稿也并未正式实施。

2021 年 9 月 1 日，《数据安全法》施行。《数据安全法》[3] 在规定 CIIO 在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理适用《网络安全法》的基础上，进一步对其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理进行了授权性立法。此外，《数据安全法》[4] 对向境外司法和执法机构提供数据做出了限制，要求境内的组织、个人向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据必须获得主管机关批准。

2021 年 11 月 1 日，《个人信息保护法》施行。《个人信息保护法》第三十八条 [5] 以及《网络数据安全管理条例》（征求意见稿）[6] 第三十五条，对数据出境的几种主要方式做出了清晰的描述，即：（一）通过国家网信部门组织的数据出境安全评估；（二）数据处理者和数据接收方均通过国家网信部门认定的专业机构进行的个人信息保护认证；（三）按照国家网信部门制定的关于标准合同的规定与境外数据接收方订立合同，约定双方权利和义务；（四）法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。

2022 年，相关主管机关、标准制定组织等陆续出台了《数据出境安全评估办法》（包括各级主管机关发布的实施指南）《关于实施个人信息保护认证的公告》《网络安全标准实践指南——个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0》和《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》，数据出境主要的三种路径逐渐落地。逐渐成型的法规体系既强调监管又方便数据流通，为涉及数据出境的市场主体提供了可供执行的指引。当然，实务中仍然存在大量的问题需要各方共同探讨解决。本文仅做体系性的概述，我们在后续系列文章中也将对三种路径做进一步的解读，并对部分境外数据出境规则做简要的分析和评述。

二、中国数据出境的基本逻辑与合规路径

（一）基本逻辑

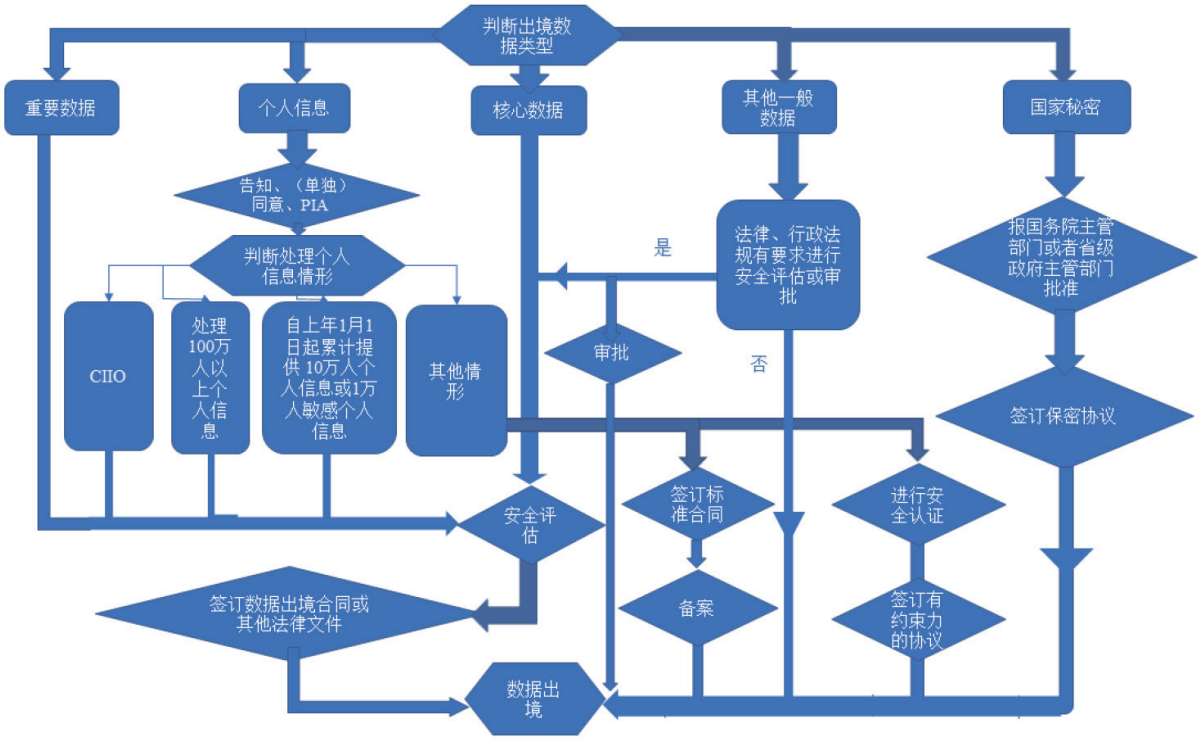
中国数据出境的基本逻辑是建构在数据类型和规模的基础之上的。目前中国法对数据的分类大致包括如下几种：国家秘密、核心数据、重要数据、个人信息（包括敏感个人信息）、企业数据、一般数据等。这些数据的分类标准各不相同，相互之间存在包含、交叉关系。

（二）合规路径

相关法规针对不同类型、不同规模的数据创设了不同的出境路径。如果我们所在的实体涉及到数据出境，那么通常我们的思路是首先判断拟出境数据的类型，根据类型初步判断相应的出境路径，然后在类型的基础上再判断拟出境数据的规模，根据规模（如需）进一步判断相应的出境路径。基本判断方式及合规路径如下图。

1. 关于国家秘密、重要数据和核心数据的出境

如果拟出境数据为国家秘密，则应当报国务院有关主管部门或者省、自治区、直辖市人民政



府有关主管部门批准，并与对方签订保密协议[7]。如果拟出境数据为重要数据，则根据《数据出境安全评估办法》和《网络数据安全管理条例（征求意见稿）》的要求，重要数据的出境应当通过网信部门组织的数据出境安全评估。关于核心数据的出境，《工业和信息化领域数据安全管理办法（试行）》规定，法律、行政法规有境内存储要求的，应当在境内存储，确需向境外提供的，应当依法依规进行数据出境安全评估。我们理解，虽然目前就核心数据出境规定不多，但是按照立法的基本逻辑，核心数据的管控要求应是高于重要数据的，或者至少应等同于重要数据，因此核心数据的出境至少应进行数据出境安全评估。

2. 关于个人信息的出境

如果拟出境数据为个人信息，根据《个人信息保护法》《数据出境安全评估办法》等法律法规的要求，个人信息的出境目前主要有三种路径，即：安全评估路径、安全认证路径和标准合同路径。根据《数据出境安全评估办法》，CIIO 和处理 100 万人以上个人信息的数据处理者以及自上年 1 月 1 日起累计向境外提供 10 万人个人信息或者 1 万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息的，应申报数据出境安全评估。对于不属于需要申请网信部门进行安全评估的个人信息出境情形，数据处理者可以选择安全认证或签订标准合同的方式实现个人信息出境。安全认证的方式适用于跨国公司或者同一经济、事业实体下属子公司或关联公司之间的个人信息跨境处理活动；在不需要进行安全评估的情况下，个人信息处理者也可以选择签订标准合同的方式作为个人信息出境的合规方式。

3. 关于其他数据的出境

对于其他数据，根据《数据出境安全评估办法》第四条第（四）项，如存在国家网信部门规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形，仍应进行安全评估。此外，如果其他法律法规就相关数据规定了出境相关要求的，亦应遵守该等要求。例如，《生物安全法》第五十六条规定，利用我国人类遗传资源开展国际科学研究合作、将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境、保藏我国人类遗传资源等行为，应当经国务院科学技术主管部门批准；同法第五十七条规定，将

我国人类遗传资源信息向境外组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用的，应当向国务院科学技术主管部门事先报告并提交信息备份；《测绘法》第三十四条规定，如果需要对外提供测绘成果的，应按照国务院和中央军事委员会规定的审批程序执行。

而对于法律、行政法规没有特别规定的其他一般数据，例如企业一般的经营信息、商业秘密等则可以根据数据处理者的需要自由出境。

三、结语

现阶段，我国数据出境的法律框架已初步建构起来，相关企业如果涉及数据出境，可以根据拟出境数据的类型选择适当的数据出境路径。但是，《数据出境安全评估办法》设置的6个月过渡期很快将届满，如果拟出境数据需要进行安全评估，则大家应抓紧时间推进安全评估的进程。

注释：

[1]《网络安全法》第37条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

[2]《网络安全法》仅规定了CIIO处理的个人信息和重要数据的出境需要进行安全评估，2017年配套法规征求意见稿将适用主体扩展到了所有网络运营者。这一点在当时的理论界和实务界均引起了较多的讨论。

[3]《数据安全法》第31条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理，适用《中华人民共和国网络安全法》的规定；其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法，由国家网信部门会同国务院有关部门制定。

[4]《数据安全法》第36条 中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供数据的请求。非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。

[5]《个人信息保护法》第38条 个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当具备下列条件之一：（一）依照本法第四十条的规定通过国家网信部门组织的安全评估；（二）按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证；（三）按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务；（四）法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的，可以按照其规定执行。个人信息处理者应当采取必要措施，保障境外接收方处理个人信息的活动达到本法规定的个人信息保护标准。

[6]《网络数据安全管理条例》（征求意见稿）由网信办于2021年11月14日向社会公开征求意见。依据该条例第35条，数据处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供数据的，应当具备下列条件之一：（一）通过国家网信部门组织的数据出境安全评估；（二）数据处理者和数据接收方均通过国家网信部门认定的专业机构进行的个人信息保护认证；（三）按照国家网信部门制定的关于标准合同的规定与境外数据接收方订立合同，约定双方权利和义务；（四）法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。数据处理者为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需向境外提供当事人个人信息的，或者为了保护个人生命健康和财产安全而必须向境外提供个人信息的除外。

[7]《保守国家秘密法》第30规定，机关、单位对外交往与合作中需要提供国家秘密事项，或者任用、聘用的境外人员因工作需要知悉国家秘密的，应当报国务院有关主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府有关主管部门批准，并与对方签订保密协议。

中伦文德

邓瑜律师，管理学学士，工商管理硕士。中伦文德律师事务所上海分所高级合伙人，上海市律师协会知识产权业务委员会委员，上海市律师协会律师执业考核复查委员会委员。邓瑜律师的主要执业领域包括：知识产权（著作权、商标权领域）、反不正当竞争、外商直接投资、重大民商事争议解决（诉讼与仲裁）等。

□邓　瑜/文

浅析《市场调查报告》证据在商标侵权纠纷中的司法认定及实践问题

商标侵权纠纷中，无论是驰名商标认定中涉及相关商标知名度的证明，亦或是一般商标侵权案件中需要证明“近似商标”及“混淆可能”，都需要以“相关公众”角度分析和判断。司法实践中，主要是通过代理人或法官模拟相关公众的视角，描述消费场景，通过对商标各要素的描述，证明其近似可能，以及是否达到混淆的可能。但这种方式亦存在逻辑的缺陷，即法律规定的“相关公众”，能否由裁判者替代？基于这样的考虑，近年来，在实践中出现《市场调查报告》这种证据，被提供给法庭作为另一视角的评价标准。本文主要从司法实践中“市场调查报告证据”的认定及实践中的问题展开讨论。

一、“市场调查报告”证据在司法解释及审判指南的依据

最高人民法院 2009 年颁布并于 2020 年修正的《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》明确规定了“市场调查报告”这种类型证据，在该司法解释第五条规定：“当事人主张商标驰名的，应当根据案件具体情况，提供下列证据，证明被诉侵犯商标权或者不正当竞争行为发生时，其商标已属驰名：……对于商标使用时间长短、行业排名、市场调查报告、市场价值评估报告、是否曾被认定为著名商标等证据，人民法院应当结合认定商标驰名的其他证据，客观、全面地进行审查。”

除了最高人民法院出台的司法解释对此有所规定外，江苏、北京等省市高级人民法院通过审理指南或指引等形式对“市场调查报告”做出规定，如：

北京市高级人民法院 2019 年 4 月 24 日发布《商标授权确权行政案件审理指南》第 15.5 条规定：“【市场调查报告的认定】当事人可以提交市场调查报告用于证明诉争商标和引证商标不构成近似商标，但该报告结论缺乏真实性、科学性的，可以不予采纳。”

江苏省高级人民法院 2021 年 4 月 15 日发布《侵害商标权民事纠纷案件审理指南》（修订版）第 7.4 条关于“驰名商标的认定标准”条款中规定：“认定商标驰名，应当考虑以下因素：……对于商标使用时间长短、行业排名、市场调查报告、市场价值评估报告、是否曾被认定为著名商标等证据，法院应当结合认定商标驰名的其他证据，客观、全面地进行审查、综合考虑。”

北京市高级人民法院 2021 年 4 月 22 日发布

《知识产权民事诉讼证据规则指引》第1.27条款规定："当事人提供的由中立第三方完成的市场调查报告，一般不能单独作为认定案件事实的依据，应结合在案其他证据综合认定其证明力。对前款所述市场调查报告可以从调查者资质、调查动机、调查对象、调查地域、样本规模、样本分布、抽样方法、问题设计、程序运作、调查形成的时间等方面予以审查。"

二、市场调查报告在司法案例中的实践

在具体的司法实践案例中，张小泉刀剪商标侵权及不正当竞争纠纷案（上海市高级人民法院（2004）沪高民三（知）终字第27号民事判决书）、蒙牛乳业诉蒙牛酒业侵犯商标权及不正当竞争纠纷案（北京市第一中级人民法院（2006）一中民初字第1896号民事判决书）、颐中烟草与联智广告商标侵权纠纷案（青岛市中级人民法院（2004）青民三初字第304号民事判决书）等在全国均有一定影响的商标侵权案件中，当事人即举示了第三方市场调查报告作为证据材料。尤其是在（2016）最高法行再15号审判监督行政判决书中，针对再审申请人提交的两份相关第三方调查公司于2012年完成的《Michael Jordan（迈克尔·乔丹）与乔丹体育品牌联想调查报告（全国、上海）》（以下统称两份调查报告），最高人民法院明确指出："两份调查报告的调查过程由公证机关进行了公证，调查程序较为规范，调查结论的真实性、证明力相对较高，可以与本案其他证据结合后共同证明相关事实"（引自"袁真富教授：商标案件中的市场调查报告问题"一文）。以上不同时期的案例，均说明在商标侵权案件中，《市场调查报告》这一证据形式已经被应用于司法实践，并取得了一定的效果。

以"威科先行法律数据库"为检索网站，检索关键词"市场调查报告"，在"商标侵权案件"案由中，自2017年至2022年，命中56份判决文书，查阅该等判决书，其中13份判决书文书中载有原被告分别提供不同证明目的的市场调查报告给法院作为证据使用，具体情况如下：

案例1：广州知识产权法院（2021）粤73民终4756号民事判决书查明，周六福公司二审向本院递交了如下证据：由广州市赛立信市场研究有限公司出具的《"周六福"商标混淆情况市场调查报告》拟证明"周六福"品牌具有较高的市场知名度，利盈珠宝店的行为容易导致相关公众的混淆和误认。利盈珠宝店质证认为，对证据1-3的真实性、合法性均予以认可，但证据2调查报告系周六福公司单方委托形成的，调查对象具有诱导性，对调查结果不予认可。经广州知产法院审查，对于利盈珠宝店在二审提交的证据，证据2所涉的调查报告，调查问卷的设计缺乏科学性，难以体现真实的市场环境，对该调查报告不予采纳。

案例2：北京市石景山区人民法院（2020）京0107民初16283号民事判决书，被告多益公司提交的市场调查报告显示，在向受访者隔离出示两款游戏官方网站的主要位置截图，图中包含游戏商标、导航栏、宣传横幅等内容，即两个截图中除文字分别为"武神"和"神武"外、其他元素完全不同，在全体667名受访者中，仍有占15.1%共101名受访者表示"不能区分"，这也从一个侧面印证了当"武"和"神"两个完全相同的字前后颠倒顺序组成不同词语并在相同或类似商品上进行使用时，易导致相关公众混淆误认。

案例3：北京知识产权法院（2019）京73民终3407号民事判决书，拉夫劳伦公司、波罗/劳伦公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：请求撤销一审判决，依法改判支持拉夫劳伦公司、波罗/劳伦公司在一审中的全部诉讼请求。事实和理由：第一，一审法院忽略了拉夫劳伦公司、波罗/劳伦公司提交的司法鉴定意见书、市场调查报告等重要证据，无视涉案作品与被控侵权标识的相同之处，错误地得出涉案作品与被控侵权标识不构成实质性相似的结论。

案例4：上海知识产权法院（2018）沪73民初694号民事判决书，本院对双方当事人均认可真实性的证据亦予以认可。对于原告提交的对于其附件中《2015年中国线上母婴市场发展白皮书》的真实性予以认可，但认为该份市场调查报告针对的是整个母婴市场，没有反映本案系争儿童饮水杯产品的渗透率的确实数据。

案例5：湖南省高级人民法院（2019）湘知

民终 617 号民事判决书，上诉人认为，一审法院对其作为证据提交的《市场调查报告》没有依法进行认证，系程序违法。本院经审查认为，上诉人提交的证据《市场调查报告》系上诉人单方提供，且该证据仅是被调查人的主观认识，并不属于认定案件客观事实的证据，一审法院对上诉人提交的该证据经庭审质证后，不予采信，有事实和法律依据，并不违反法定程序。但在判决书中不予回应欠妥。

案例 6：北京知识产权法院（2017）京 73 民初 94 号民事判决书，关于商标的市场调查报告，2017 年 3 月第三方市场调查有限公司出具的《某品牌市场调查项目——关于知晓度测试的报告》中载明，对于“某某标识是指向哪个品牌？”这一问题，在 300 名受访者中，有 183 名受访者认为该标识所示品牌为“POLO RALPH LAUREN”。

案例 7：北京市西城区人民法院（2019）京 0102 民初 5293 号民事判决书，当事人围绕自己的诉讼主张依法提交了证据，本院组织当事人当庭进行了证据举证、质证。当事人对真实性无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对各方当事人存在争议的证据，本院认定如下：在没有相反证据的情况下，本院认为第三方独立出具的市场调查报告能够一定程度反映出相关消费者对“猴姑饼干”产品的认知，本院予以采信。

案例 8：浙江省舟山市中级人民法院（2019）浙 09 民初 4 号民事判决书，原告提交证据 9 浙江东海酒业有限公司销售经营公司致原告公司领导的《市场调查报告》一份（四页）、原告《销售报表》《销售收入、利润汇总表》九页；拟证明因被告进行不正当竞争，致使原告的销量逐年减少，遭受巨大经济损失。

案例 9：浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙 01 民初 1681 号民事判决书，首先《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第五条第一款规定：“当事人主张商标驰名的，应当根据案件具体情况，提供下列证据，证明被诉侵犯商标权或者不正当竞争行为发生时，其商标已属驰名：（一）使用该商标的商品的市场份额、销售区域、利税等；（二）该商标的持续使用时间；（三）该商标的宣传或者促销活动的方式、持续时间、程度、资金投入和地域范围；（四）该商标曾被作为驰名商标受保护的记录；（五）该商标享有的市场声誉；（六）证明该商标已属驰名的其他事实。本案中，被告广东天猫投资集团有限公司及其下属公司的登记成立时间均是在 2015 年、2016 年间，而阿里巴巴集团早在 2012 年就注册了第 10130978 号“天猫”商标，2012 年 1 月 11 日阿里巴巴集团旗下的“淘宝商城”更名为“天猫”后，原告在“天猫”平台上持续地使用了上述“天猫”注册商标；“天猫”作为电子商务平台的用户规模、网络浏览量、商品交易总量等逐年快速增长，2014 会计年度“天猫”平台成交总额达到 8470 亿元，而根据上海第三方市场咨询有限公司出具的市场调查报告，从 2012 年到 2014 年“天猫”在 B2C 电子商务领域始终处于行业领先地位；原告通过浙江天猫技术有限公司投入巨额广告费用用于平台推广，对上述“天猫”注册商标进行了大量持续的宣传，而各类报纸、杂志及网络媒体也对“天猫”平台及其举办的双十一等经营活动进行了广泛的报道；根据中国统计信息服务中心等发布的 2014 综合电商口碑报告，天猫亦获得了较高的口碑综合指数。以上事实均可以证明在被控不正当竞争行为发生时，原告的“天猫”商标已与其提供的电商平台服务紧密地联系在一起，获得了广泛的公众知晓度，在电子商务行业具备了重要的市场地位和良好的行业声誉。故本院认定，原告使用在第 35 类替他人推销等服务上的第 10130978 号“天猫”注册商标为驰名商标。

案例 10：重庆市高级人民法院（2017）渝民再 56 号民事判决书，北京雅昌公司在二审中提交如下证据材料：重庆雅昌对于北京雅昌提交的证据 5“2009 年至 2012 年度《中国艺术品拍卖市场调查报告》”真实性无异议。经质证，对于北京雅昌公司提交的证据，重庆雅昌公司认为证据 3-6 与本案无关联性，也不能证明北京雅昌公司使用“雅昌”字样是商标使用行为，更不能证明“雅昌”商标的知名度。根据双方举证、质证，二审法院认证意见如下：重庆雅昌公司对于证据 2-8 的真实性无异议，且前述证据与本案待查事实具

有关联性，二审法院予以采信。至于以上证据的证明力，二审法院将综合全案证据进行综合评判。

案例 11：上海市杨浦区人民法院（2017）沪 0110 民初 19696 号民事判决书，原告提交证据 17“2015 年 IWSR 市场调查报告”，证明两原告产品 2010 年至 2014 年中国销售情况。原告提供了证据 17 的原件，经本院审核，本院对于上述证据的真实性予以确认。

案例 12：上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 518 号民事判决书，原告提供第四组证据：证据 41 是北京第三方市场调查公司《某葡萄酒品牌市场调查报告》。上述证据用以证明涉案被诉侵权行为发生于“拉菲”商标被核准注册之前，“拉菲”仍应在本案中被认定为未注册的驰名商标，两被告的行为构成商标侵权。被告对证据 41 的质证意见为：所涉调查并没有就本案所涉商标进行调查，也没有区分原告和拉菲集团的关系，且调查不具有普遍性，调查的都是大城市，没有调查全面的情况。针对双方当事人提交的证据及其质证意见，本院认证如下：两被告对原告提交的第四组证据中的证据 34 至证据 44 的真实性均无异议，对于上述本院已经确认真实性的证据，本院将根据证据与本案之间的关联性，酌情予以采纳。本院经审理查明：（三）其他相关事实根据原告提交的北京第三方市场调查公司 2015 年 12 月出具的《某葡萄酒品牌市场调查报告》显示：(1)75.3% 的受访者认为如果“CHATEAULAFITTE”与“CHATEAULAFITEROTHSCHILD”标注在葡萄酒标签上，两种葡萄酒“出产于同一家酒庄或公司”或者“可能不是同一家酒庄或公司，但两家存在某种关联关系”；(2)67% 的受访者认为如果“CHATEAULAFITTE”与“LAFITE”标注在葡萄酒标签上，两种葡萄酒“出产于同一家酒庄或公司”或者“可能不是同一家酒庄或公司，但两家存在某种关联关系”；(3)69.4% 的受访者认为商标“CHATEAULAFITTE”的葡萄酒由“法国拉菲罗斯柴尔德酒庄(CHATEAULAFITEROTHSCHILD)”生产或者出产于“法国五大一级酒庄之首，但不确定知道酒庄或公司名称”。

案例 13：福建省高级人民法院（2017）闽民终 551 号民事判决书，一审原告认为，本案中，除了原告注册商标”KINGDEE”具有较高的显著性、较强的知名度、两商标高度近似、商品相同或关联度较高之外，还存在以下几个考量因素：第二，被告提交的市场调查报告所反映的调查对象是否会对两个商标产生混淆的情况等。本案中，被告虽然在部分被诉侵权商品或服务上，在使用被诉侵权标识“KINGYEE”的同时，也使用了“京颐”、“京颐股份”或“交大京颐”，但这并不能排除混淆、误认的可能性。

除以上 13 份判决文书中“市场调查报告”作为具体案件的证据提供给审理法院外，在前述检索命中“市场调查报告”所展现的其他 43 份判决文书，仅是援引《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第五条的条款表述，即在判决主文中阐述“对于商标使用时间长短、行业排名、市场调查报告、市场价值评估报告、是否曾被认定为著名商标等证据，人民法院应当结合认定商标驰名的其他证据，客观、全面地进行审查”的客观立场，而在该 43 份判决文书中原被告均未实际提供“市场调查报告”作为证明其观点的证据。

分析前述 13 份判决文书中对于相关“市场调查报告”证据的具体描述，我们认为使用“市场调查报告”证据主要三种证明目标，其一是商标近似或混淆的可能，其二是证明涉案商标的市场知名度，其三是证明涉案商标使用的商品之销售数据。

三、市场调查报告在司法实践中应当注意的问题

从以上司法判例的相关表述，结合笔者能查阅到的相关市场调查报告等资料，我们认为以“市场调查报告”作为证据，需要在实践中注意如下问题：

1、市场调查报告的证据形式

市场调查报告属于何种证据形式是学理上厘清市场调查报告证据效力的前提。从目前相关案例中运用“市场调查报告”的情况分析，我们认

为市场调查报告既不属于司法鉴定，也不是证人证言。

在目前司法案例中运用市场调查报告的证据形成来看，其形式是第三方机构接受案件的某一方当事人的委托，以被委托人的名义独立的对不特定相关公众以问卷调查等形式展开调查，并根据回收问卷的情况进行统计，基于统计的数据推导出概率和相应具有一定倾向性的结论，并以该倾向性结论作为影响法庭判断的基础。

相较于司法鉴定而言，司法鉴定是依据科学技术或专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动，而市场调查报告回答的是相关公众的感受是如何，并根据相关公众的感受推导出具有倾向性的结论，因此调查报告知识总结不特定公众的观点和意见。

相较于证人证言而言，证人证言是证人就自己知道的案件情况在诉讼中所作的陈述，因此证人仅能就自己所知道涉及案件的事实做客观陈述，而不能描述自己的感觉或评价等倾向性意见，即证人仅有客观陈述所知道事实的责任。而市场调查报告则需要调查对象对于所调查的问题发表自己的评价等倾向性意见，从而总结出具有统计概率的倾向性结论。

综合以上所述，我们认为“市场调查报告”并不归属于司法鉴定或证人证言等证据形式，从相关案例所展现的市场调查报告作为证据提交的过程来看，我们理解其更接近于过往司法实践中所运用的“审计报告”证据。因此在实践中，市场调查报告可能是单方出具，也可能因对方举示结论相反的市场调查报告而被削弱证明效力，亦存在审理中当事人共同向法庭申请聘雇第三方调查公司以双方协商确认的调查方法、调查问卷等展开市场调查的可能。

2、市场调查问卷设计

市场调查报告应当设计客观公允的问卷，不得在其问卷中设计具有诱导性、指向性问题。不同的问卷设计，会导致不同的调查结论，如何保证问卷问题的中立性、客观性和科学性，是审查市场调查报告时需要重点评估的环节。

前述案例 6 中，北京知识产权法院（2017）京 73 民初 94 号民事判决书载明，2017 年 3 月第三方市场调查有限公司出具的《某品牌市场调查项目——关于知晓度测试的报告》中设计“标识是指向哪个品牌”的问卷问题，该问题没有提示被调查对象商标或者品牌的信息，而由被调查对象根据其对于被问询商标或者品牌的认知和记忆做出回答或者选项选择，因此其调查问题的设计具有中立性和客观性。

查阅相关第三方提供的市场调查报告文本，笔者注意到报告中如下记载和描述：当访问者向被调查对象出示产品实物，并问及“综合两款商品的包装装潢，您能区分这两款产品吗”。我们认为该问卷问题即具有一定的诱导性，缺乏客观性和中立性。两款商品的对比是为了证明商标或装潢是否有混淆可能，若直接问及被调查对象“能否区分”两款产品，事实上存在暗示被调查对象两款产品存在不同之处，从而引导被调查对象关注两款产品的不同之处，进而更大可能形成不相近似的结论，而在正常的消费场景中，不会有人提示相关公众注意涉案商标或商品的异同，完全取决于相公公众的模糊印象做出判断。我们认为，若属于商标或装潢近似或混淆的市场调查，应在遮蔽生产厂家信息等基础上，将相关商标或产品处于隔离状态中分别提供给被调查对象，设计的问卷问题应是类似于“您是否了解出示商标或商品的生产厂家 / 出品方”之询问，根据被调查对象的回答判断是否进入下一轮询问“出示的商标或商品是否是同一生产厂家 / 出品方生产或销售”等。我们认为根据调查问题中立性和客观性原则，应当尽可能消除对被调查对象的暗示或诱导。

3、被调查对象是否属于“相关公众”

无论是驰名商标的认定，亦或是商标近似或混淆认定，均以“相关公众的一般注意力和认知力为标准”。“相关公众”根据相关法律法规及司法解释规定，是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务营销有密切关系的其他经营者。因此，在进行市场调查时，应当根据委托调查的商标所标识的商品类型，以此为基础确定被调查对象。而在目前市场调查

中所常用的“街头或特定场所拦截”不特定调查对象进行调查，是社会调查研究方法中非概率抽样的具体体现，具体而言是调查者根据自己的方便或主观判断抽取样本的方法，它不是严格按随机抽样原则来抽取样本，所以失去了大数定律的存在基础，也就无法确定抽样误差，无法正确地说明样本的统计值在多大程度上适合于总体。因此市场调查受托方在市场调查中广泛采取的街头或特定场所的拦截潜在被调查对象，拦截时具有主观随意性，以被调查对象的陈述确定其是否属于委托调查事项的“相关公众”，这种调查方法在司法实践中可能存在科学性的欠缺，应当予以关注，而在司法实践中，我们亦注意到相关法院基于市场调查报告被调查对象不符合该案“相关公众”的范围而对该调查报告不予采信。

四、如何对市场调查报告进行质证和审查

市场调查报告一般是单方委托，受托进行市场调查的第三方机构多为营利机构，基于利益考量，其客观、公正立场将会受到质疑。如前述案例 1 被告方提出的质证意见即该案调查报告系周六福公司单方委托形成的，不予认可。以及在前述案例 5 中，人民法院经审查认为，上诉人提交的证据《市场调查报告》系上诉人单方提供，且该证据仅是被调查人的主观认识，并不属于认定案件客观事实的证据，一审法院对上诉人提交的该证据经庭审质证后，不予采信，有事实和法律依据。

对于市场调查报告中被拦截接受调查的对象，是否属于商标侵权特定案件纠纷中的“相关公众”，也是重要的质证角度。如四川省高级人民法院在（2009）川民终字第 371 号民事判决书中认为，丰谷公司所做社会调查的对象是社会中的普通人群，不是该案所涉商品的消费者或购买者，不属于法律规定的相关公众的范围，该证据因不具证明力而不予采信。

在质证中对于调查方法亦应如前所述予以高度关注，尤其在市场调查中，调查方将涉案商标或产品提供给被调查对象的方式方法，是否符合隔离观察、整体比对和要部比对方法，以及调查问卷的问题设计是否存在诱导等问题，均是质证环节的重点。如前述案例 1 中，广州知识产权法院查明，周六福公司二审向本院递交了如下证据：证据 2 由广州市第三方市场研究公司出具的《“周六福”商标混淆情况市场调查报告》拟证明“周六福”品牌具有较高的市场知名度，利盈珠宝店的行为容易导致相关公众的混淆和误认。利盈珠宝店质证认为，对证据 2 市场调查报告的真实性、合法性均予以认可，但证据 2 调查报告系周六福公司单方委托形成的，调查对象具有诱导性，对调查结果不予认可。经广州知产法院审查，认为证据 2 所涉的调查报告，调查问卷的设计缺乏科学性，难以体现真实的市场环境，对该调查报告不予采纳。

综合上述，诚如北京市高级人民法院在相关审判指南中所指出：当事人提供的由中立第三方完成的市场调查报告，一般不能单独作为认定案件事实的依据，应结合在案其他证据综合认定其证明力。对所述市场调查报告可以从调查者资质、调查动机、调查对象、调查地域、样本规模、样本分布、抽样方法、问题设计、程序运作、调查形成的时间等方面予以审查。该条所载明的审查原则，为原被告双方在相关商标侵权案件中提供市场调查报告作为证据应当注意的事项，及当事人对该证据如何质证指明了方向和依据。

五、结语

市场调查报告证据作为证据提交给人民法院，是为了协助人民法院对于涉及商标侵权案件中商标或产品在“相关公众”的认知度、辨识度进行查明，具有积极意义。

但我们仍然应该客观的认识到：尽管早在 2004 年即在相关司法判例中出现市场调查报告这种证据，尽管 2009 年最高人民法院颁布的相关司法解释已经明确在驰名商标认定中可以提交市场调查报告证据对证明目标予以证明，但市场调查报告证据在我国司法实践中，仍然属于起步阶段，需要不断的探索司法实践中的经验，并在理论上予以总结和归纳。

中伦文德

□娄　爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，南开大学经济法、公共管理双硕士，天津仲裁委仲裁员，北海国际仲裁院仲裁员，上市公司独立董事，中央电视台《律师来了》嘉宾，天津市保安协会监事长，天津工业大学法律硕士校外导师，无讼学院、英才苑府、万法通学院、智合、厚大律学特聘讲师，曾荣获中央电视台社会与法频道“优秀公益律师称号”。执业前在天津市公安局和天津市国资委任职多年。

遗产管理人制度适用问题浅析

——有关申请指定遗产管理人案件引发的思考

日前，笔者代理一起申请解除“限制高消费”措施的案件，并最终获得了法院的支持，对委托人马某某解除了限高措施。该案的源头，是基于一起借贷纠纷：潘某诉李某（与马某某系夫妻关系）返还借款本金100万元及利息损失。在诉讼过程中，李某因病死亡。后，马某某被法院指定为李某的遗产管理人。法院判令，“自本判决生效之日起十日内，被告马某某在其管理的被继承人李某遗产范围内返还原告潘某借款本金及利息损失……”。期限届满后，马某某并未执行判决，潘某申请执行，法院将马某某列为被执行人并采取了“限高措施”。

对于马某某被法院指定为李某的遗产管理人，则是因为另案当事人郭某的申请。这是一起特许经营合同纠纷，郭某诉马某某、李某及二人的公司，要求解除《合作加盟经营协议》并返还品牌加盟费、服务费、保证金、货款等共计人民币50余万元。后因李某去世，案件中止。郭某遂向法院申请指定马某某为李某的遗产管理人，并得到了法院的支持。此后，法院判令，二人的公司需支付原告郭某相关款项，马某某承担连带清偿责任，且马某某作为遗产管理人在李某的遗产范围内承担连带清偿责任。

上述两起案件，一起将遗产管理人直接列为被执行人并采取“限高措施”，一起是在诉讼过程中申请法院指定继承人为遗产管理人，均与遗产管理人制度息息相关，也反映出遗产管理人制度在司法适用层面存在一些问题。比较突出的问题有，放弃继承的继承人担任遗产管理人的问题、遗产管理人的诉讼地位问题、遗产管理人是否适用“限制高消费”措施问题等。本文将结合上述问题进行分析论证，并提出进一步完善遗产管理人制度的建议，这是有关申请指定遗产管理人案件带给我们的思考，也希望能通过本文的分析，给读者带来有益的启示。

一、放弃继承的继承人担任遗产管理人的问题

在郭某申请法院指定马某某为李某遗产管理人的案件中，马某某明确表示放弃对李某遗产的继承，并拒绝担任遗产管理人，但即便如此，法院仍坚持判决由其担任李某的遗产管理人。这也造成在潘某诉李某返还借款本金及利息损失的案件中，出现马某某不予履行遗产管理人的职责，拒绝执行生效判决的情况。那么，法院强令马某某作为李某的遗产管理人，是否依法合理，符合

遗产管理人制度设定的初衷呢？

从法律层面来看，根据《民法典》第1145条和第1146条的规定，遗产管理人共有五种产生方式，且有明确的先后顺序要求。第一种，遗嘱指定，包括遗嘱指定遗嘱执行人和指定遗产管理人。第二种，继承人推选，无遗嘱指定遗嘱执行人或遗产管理人的，由继承人及时推选遗产管理人。第三种，继承人共同担任，继承人未推选遗产管理人的，由继承人共同担任遗产管理人。第四种，基层自治组织担任。无继承人，或继承人均放弃继承时，由有关民政部门或村民委员会担任遗产管理人。第五种，法院指定，因争议而无法确定遗产管理人的，利害关系人可通过起诉要求法院指定遗产管理人。显然，当继承人均放弃继承时，就应由有关民政部门或村民委员会等基层自治组织担任遗产管理人，而不存在由法院指定的情形。据了解，目前基层自治组织对于遗产管理工作仍在摸索阶段，经验较少，但这并不能成为遗产管理责任转移的理由。

从情理方面来看，法院判决由马某某担任李某的遗产管理人，其理由为“夫妻财产为共同共有，马某某对夫妻共有财产有管理的义务，其对夫妻共有财产的管理实际也是对李某遗产的管理”。其实，正是因为夫妻财产的混合，在继承人明确放弃继承死者遗产的情况下，仍然由其担任遗产管理人，是不妥的。第一，死者欠债是否属于夫妻共同债务，死者遗留财产属于夫妻或家庭共有财产还是单纯属于遗产，对属于夫妻共同债务载体的住房等财产如何进行处置等问题，都需要予以争辩和厘清，由继承人担任遗产管理人，不利于上述问题的公正解决。第二，如果继承人与死者处于同一诉讼案件中，例如在郭某起诉的特许经营合同纠纷案件中，马某某、李某及二人的公司均为被告，那么由马某某作为遗产管理人对李某的遗产进行管理和处置，存在明显的利益冲突，不利于对李某遗产的保护。第三，当继承人均放弃遗产继承后，按照《民法典》第1160条的规定，遗产应归国家所有。因此，如果不能对死者的遗产和继承人财产进行有效的分割，将可能影响国家的利益。而由继承人担任遗产管理人，显然不如处于中立地位的基层自治组织更加客观准确、公平公正。

《民法典》确立遗产管理人制度，其功能在于“确保遗产得到妥善管理、顺利分割，更好地维护继承人、债权人利益”[1]。通过上述论述不难发现，在继承人明确放弃遗产继承的情况下，可能无法达到“更好地维护继承人、债权人利益”的目的。同时，如果继承人明确放弃遗产继承，一般来说，多半是因为与死者有矛盾而不愿意继承，此时再强令要求其承担遗产管理人的职责，往往是强人所难，显然无法满足立法者“妥善管理、顺利分割”的本意和初衷。

二、遗产管理人的诉讼地位问题

在潘某诉李某返还借款本金及利息损失的案件中，因为马某某是李某的遗产管理人，从而代替李某成为被告人，这似乎表明在司法实践中赋予了遗产管理人独立的诉讼主体地位。不过，这起案件的特殊性在于，遗产管理人即为继承人，其独立的诉讼主体地位可以依赖于继承人的身份，但如果是非继承人的遗产管理人，或者放弃继承的继承人作为遗产管理人，又是否具有独立的诉讼地位呢？

《民法典》虽然增设了遗产管理人制度，但是在关于遗产管理人制度的条款中，并没有找到对遗产管理人独立诉权的描述，这似乎意味着《民法典》并未赋予遗产管理人独立的诉讼主体地位。但是，在相关的案例中，遗产管理人的独立诉权却得到了司法机关的认可。例如“广西壮族自治区高级人民法院在（2018）桂民再54号案例”[2]；再如，最高人民法院在（2020）最高法民再111号案例中曾经做过如下论述：“一般情况下，遗产管理人及受托人进行遗产收集，为遗产管理、分配创造条件，有利于遗嘱受益人权利的实现，也有利于及时按照遗嘱分配遗产。因此，遗产管理人及受托人在收集遗产过程中遇到障碍，无法及时收集并有效管理遗产时，有权以自己名义对相关民事主体提起民事诉讼以保证遗产安全”。由此可见，司法实践在一定程度上也肯定了遗产管理人的独立诉讼地位。

其实，对于遗产管理人的法律地位，学界有不同的观点，其中比较有代表性的学说是“代理

说”和“固有权说”。“代理说”认为，遗产管理人的法律地位相当于代理人；而“固有权说”则认为，遗产管理人所从事的管理行为既是履行职责的行为，也是体现其固有权力的行为，并不代表被继承人和遗产权利人的利益。综合上述案例和论述来看，笔者认为，“固有权说”更符合我国的司法实践。以“固有权说”为基础，遗产管理人具有中立性，其保护的是继承人、受遗赠人及其他利害关系人的合法权益，但其既不是被继承人的代理人，也不是继承人的代理人，而是应该具有独立的法律地位，可以作为独立诉讼主体参与民事诉讼，并且依照法律规定行使职权。

三、遗产管理人是否适用“限制高消费”措施问题

在潘某诉李某返还借款本金及利息损失的案件中，由于马某某未执行判决，被法院列为被执行人并采取了“限高措施”。此案虽经笔者的努力，最终及时解除了马某某的限高令，但期间的法理和适用特别值得探讨和研究。

根据《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》的规定，“被执行人未按执行通知书指定的期间履行生效法律文书确定的给付义务的，人民法院可以采取限制消费措施，限制其高消费及非生活或者经营必需的有关消费”，因此，只有确定遗产管理人是责任承担的主体，才能对其采取“限高措施”。《民法典》第 1147 条规定了遗产管理人的职责，即清理遗产并制作遗产清单；向继承人报告遗产情况；采取必要措施防止遗产毁损、灭失；处理被继承人的债权债务；按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；实施与管理遗产有关的其他必要行为。根据上述规定，遗产管理人的主要职责为处理被继承人的债权债务和分割遗产，其虽然可以成为被执行人，但并非责任承担的主体。因此，不能直接执行遗产管理人的自有财产来清偿债务，更不能对遗产管理人采取限制消费措施，对遗产管理人申请执行的，也需要在遗产范围内承担责任。

在司法判例中，这样的案例并不鲜见，例如济南市中级人民法院（2020）鲁 01 执复 363 号

执行裁定、连云港市赣榆区人民法院（2021）苏0707执异26号执行裁定书都以司法案例的形式支持了上述观点。笔者也依据上述理由和相关判例，得到了法院的支持，成功解除了马某某的限高措施。但我们应该看到，各地法院对于遗产管理人职责和责任理解的不统一，也造成司法实践中遗产管理人被采取限高措施问题层出不穷。

四、完善遗产管理人制度的相关建议

《民法典》通过第1145条至第1149条等五条规定，明确了遗产管理人的权利和义务，是我国首次提出遗产管理人制度，对公正妥善管理遗产具有进步意义。但结合上述问题的论证，笔者认为，遗产管理人制度在适用中还存在一定的欠缺和不足，需要不断完善和精进。

（一）严格按照法律规定，选任确定适格遗产管理人。建议除按照《民法典》的规定，严格按照选任顺序和前提条件确定遗产管理人外，还需重点考量遗产管理人的任职资格、管理能力和担任意向与内心态度，确保确定的遗产管理人能够完成“妥善管理、顺利分割，更好地维护继承人、债权人利益”的目的。对于民政部门或村民委员会等基层自治组织，加强培训和指导，促使其尽快承担起遗产管理人的职责，做好遗产管理工作。目前，北京市民政局已经制定了《民政部门担任遗产管理人工作指引》值得各地学习借鉴。此外，建议扩大遗产管理人范围，推进遗产管理人专业化和职业化建设，建立专业遗产管理人名册制度，由相关部门负责考核、遴选，将符合条件的律师、公证员、会计师等列入名册，成为专门的遗产管理人备选者。例如，深圳市律师协会就在2021年分别公布了两批遗产管理人律师库名单，共计452名律师，这是对推进遗产管理人专业化和职业化的有益尝试和探索，应予总结和推广。

（二）扩展管理职责内容，明确遗产管理人诉讼地位。建议对遗产管理人的职责进行细化和扩展，赋予遗产管理人相应的管理权利。对于《民法典》已经规定的遗产管理人的职责予以明确，包括规范遗产清单的项目要件、编制主体、制作程序，建立遗产清单异议处理机制；在处理被继承人的债权债务时引入债权申报程序，加入通知或公示催告等处理程序；统一遗产管理工作的标准，并且建立监督和保障机制等等。此外，进一步扩展遗产管理人的权限，赋予其调查遗产状况、核实继承或者受赠主体范围、确定继承分配方案、协助办理继承权公证、召集利害关系人会议以及作为法院指定的遗产管理人向法院报告遗产管理事项及履职情况等权利。在细化扩展遗产管理人职责的基础上，以法律法规或者司法解释的方式，明确遗产管理人具有独立的诉讼地位，可以作为独立诉讼主体参与民事诉讼，并且依照法律规定行使职权。

（三）建立完善豁免规则，维护遗产管理人合法权益。建议对遗产管理人的责任进行合理考量，在其已尽到勤勉义务后仍不能避免损害后果发生的情况，免除其民事责任。《民法典》第1148条规定，“遗产管理人应当依法履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任”。根据上述规定可以看出，遗产管理人承担民事责任的性质是侵权责任，归责原则是过错责任原则，这其实已经考虑到了保护遗产管理人的必要性，只有在存在“故意或者重大过失”的过错时，才追究遗产管理人的责任。但在司法实践中，随着遗产数额的增大，遗产类型的增多和遗产分配进程的深入，遗产管理人的压力和负担也随之增大。因此，为维护遗产管理人合法权益，保证其管理积极性，应构建遗产管理人民事责任豁免规则，将符合遗产利益的善意行为和受害人过错导致的遗产损害后果作为对遗产管理人责任的豁免理由。同时，以明确的法律法规或者司法解释，规定不能直接执行遗产管理人的自有财产来清偿债务，更不能对遗产管理人采取限制消费措施。

注释：

[1] 全国人民代表大会常务委员长王晨在2020年5月22日第十三届全国人民代表大会第三次会议上所做的报告：《关于＜中华人民共和国民法典（草案）＞的说明》。

[2] 参见贾明军 袁芳 秦卓瑜：《遗产管理人”司法裁判观点的六个问答》，https://www.zhonglun.com/Content/2021/07-07/1337583240.html

一七令 · 晴

方登发/文

晴，

湛碧，空灵。

车马涌，陌头行。

新柳拂岸，老枝复青。

游人歌美景，画舫映红英。

横黛远山润色，泛波烟水清明。

昨放迎春微雨后，今开桃李彩云轻。

事务所快讯

▲ 中伦文德助力中国信息科技集团成功注册科技创新公司债券

2022 年 12 月 15 日，中国证券监督管理委员会同意中国信息通信科技集团有限公司向专业投资者公开发行面值总额不超过 60 亿元科技创新公司债券。北京市中伦文德律师事务所在此次中国信科科创债注册法律服务事项中，受聘为专项法律顾问。此次法律服务由中伦文德甄庆贵律师作为牵头人和总负责人、李志平律师作为项目主办合伙人，团队成员还包括孙熙婕、单贝贝、葛隆文、郑淑和张舒溦。

▲ 许波律师在“首届全国职务犯罪检察论坛征文活动”中获奖

2022 年 12 月 29 日，由最高人民检察院第三检察厅、中国刑法学研究会、人民检察杂志社共同举办的“首届全国职务犯罪检察论坛征文”活动获奖名单发布。北京市中伦文德律师事务所许波律师撰写的《职务犯罪案件企业合规工作研究》在此次征文活动中荣获三等奖。

▲ 中伦文德中标应急管理部机关服务中心常年法律顾问项目

2022 年 12 月 30 日，应急管理部机关服务中心对“应急管理部机关服务中心法律顾问服务项目”发出《成交通知书》北京市中伦文德律师事务所中标应急管理部机关服务中心法律顾问服务项目，服务期为一年。该法律顾问项目的律师团队负责人为中伦文德副主任、高级合伙人张海军律师。

▲ 中伦文德助力 Ehang Holdings Limited 亿航智能控股有限公司美国纳斯达克股票市场数千万美金定向增发融资

2022 年 12 月，亿航智能控股有限公司（“NASDAQ: EH”）与青岛西海岸新区达成战略合作。青岛西海岸新区所属机构认购亿航智能在美国纳斯达克股票市场（下称“NASDAQ”）定向增发的 A 类普通股。北京市中伦文德律师事务所作为专项法律顾问参与此次定增投资交易法律服务。本项目服务团队由中伦文德总所资本市场委员会主任李志平律师作为牵头合伙人和总负责人、团队孙熙婕律师作为主办律师及郑淑律师助理、张舒溦律师助理等人共同组成的法律服务团队。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行 2022 年度第六期、第七期超短期融资券

2022 年 12 月，深圳市人才安居集团有限公司成功发行 2022 年度第六期、第七期超短期融资券，发行规模分别为 10 亿元。北京市中伦文德律师事务所在此次超短期融资券的注册、发行过程中提供了全程法律服务。此次超短期融资券发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括李超、李小鹏、井昊阳、雷锐芝、苏晓芸、肖亚卓、邓智慧。

▲ 中伦文德上海分所律师代理客户赢得涉外仲裁案件巨额胜诉裁决

近日，中伦文德上海分所合伙人卓越律师、合伙人段庆喜律师、迟伟杰律师、贾凌春律师组成的律师团队代理某国内企业与沙特某公司的国际货物销售合同纠纷仲裁案件胜诉。经过律师团队同仁历时四年的艰苦努力，2022 年 12 月中国国际经济贸易仲裁委员会裁决支持了申请人请求的所有货款、损失赔偿及申请人实现债权等费用，各项费用高达人民币 2.3 亿余元。

▲ 中伦文德上海分所谢童心律师团队代理某泰国房地产项目

近日，中伦文德上海分所谢童心律师团队被某美国房地产私募股权基金管理公司和泰国某旅游房地产开发集团选聘共同为其在泰国房地产项目的法律顾问。

▲ 中伦文德上海分所谢童心律师团队成功签约锦江航运集团泰国子公司的常年法律顾问

近日，中伦文德上海分所谢童心律师团队成功签约锦江航运集团泰国子公司的常年法律顾问。此前，谢童心律师团队为上海锦江航运集团的泰国、越南投资项目提供法律服务。

▲ 中伦文德西安分所多名律师当选陕西省法学会资本市场法治研究会第一届理事会重要成员

2022 年 12 月，陕西省法学会资本市场法治研究会成立大会召开，大会一致通过陕西省法学会资本市场法治研究会章程，并选举产生第一届理事会。中伦文德西安分所主任丁国昌律师成功当选研究会副会长，高级合伙人周敏律师、合伙人郝依依律师当选研究会常务理事，合伙人陈小艺律师当选研究会理事。

▲ 中伦文德西安分所成功入选咸阳中院破产案件管理人名册

2023 年 1 月 4 日，经过严格的遴选、评审、公示等程序，陕西省咸阳市中级人民法院发布公告，中伦文德西安分所成功入选陕西省咸阳市中级人民法院破产案件管理人名册。

▲ 中伦文德高级合伙人胡高崇律师再次入选《商法》“The A-List 法律精英”榜单

2023 年 1 月 5 日，法律媒体《商法》（China Business Law Journal）正式公布了 2022 年度“The A-List 法律精英”榜单。北京市中伦文德律师事务所胡高崇律师凭借在过去一年里广受客户及业界认可的专业实力和出色表现再次入选该榜单。

▲ 中伦文德长沙分所刘雅容律师参加长沙市开福区第六届人民代表大会第三次会议

2023 年 1 月 5 日，湖南省长沙市开福区第六届人民代表大会第三次会议召开，中伦文德长沙分所刘雅容律师作为开福区人大代表参加本次大会。她表示将秉持高度的责任感和历史使命感，为开福区经济社会高质量积极建言献策，展现中伦文德长沙律师的社会担当。

▲ 中伦文德南昌分所被南昌经开区法院授予“优秀调解组织”荣誉称号

近日，中伦文德南昌分所因在 2022 年度一站式多元解纷工作中成绩突出，被江西省南昌市经济技术开发区人民法院授予“优秀调解组织”荣誉称号。

▲ 中伦文德重庆分所高级合伙人凌忠实律师受聘担任 BICAMC 仲裁员

2023 年 1 月 11 日，经各有关机构、法律专家推荐及遴选，遵循《吉尔吉斯斯坦仲裁法院法》规定的任职条件及国际惯例，经 BICAMC 理事会审议通过，增聘仲裁员 31 名。其中，中伦文德重庆分所凌忠实律师受聘担任该仲裁机构仲裁员，主要涉及境内外民商事争议、国际仲裁等专业领域。

▲ 中伦文德多个业务领域、多位律师荣登《钱伯斯大中华区法律指南 2023》榜单

2023 年 1 月 13 日，国际权威法律评级机构钱伯斯（Chambers & Partners）公布《钱伯斯大中华区指南 2023》（Chambers Greater China Region Guide 2023）榜单，中伦文德律师事务所公司商事领域、医药健康领域和房地产领域共 3 个业务领域获得推荐。同时，中伦文德王佳玲律师、张海军律师、徐成军律师、袁伟明律师、江亮律师、翟冰律师、王志坚律师、李政明律师、夏欲钦律师、陈永兴律师共 10 位律师荣获推荐。

▲ 中伦文德合肥分所召开 2022 年终高级合伙人会议

2023 年 1 月 13 日，中伦文德合肥分所召开 2022 年终高级合伙人会议。会议由中伦文德合肥分所主任徐成军主持，合肥分所全体高级合伙人齐聚一堂，回顾 2022 年的业绩与成果，展望新一年发展篇章。

▲ 中伦文德青岛分所召开 2022 年度工作总结暨表彰大会

近日，中伦文德青岛分所召开 2022 年度工作总结暨表彰大会。中伦文德青岛分所主任纪斌对 2022 年工作进行全面总结，并部署 2023 年工作规划。副主任马伟中代表党支部和律所宣布表彰决定，授予王文贵、王震律师“优秀共产党员”荣誉称号；授予戴志辉律师“法律援助优秀律师”荣誉称号；授予李维岳等 11 名律师“先进个人”奖，授予章海洋律师“优秀青年”奖；授予高端商事诉讼与仲裁团队、金融法律服务团队、涉外团队、企业合规管理团队和综合办公室“先进集体”荣誉称号。

▲ 中伦文德昆明分所党支部喜获 2022 年度“云岭先锋红旗党支部”称号

近日，按照“云岭先锋”系列示范创建工作部署，经全面创建、组织申报、擂台比武、分类复核、严格评选，中伦文德昆明分所党支部喜获 2022 年度“云岭先锋红旗党支部”荣誉称号。

▲ 中伦文德合伙人徐云飞律师荣登 2022 ACE LEGALTECH AWARDS 年度大奖榜单

2023 年 1 月 21 日，EXTERRO 公布了 2022 ACE LEGALTECH AWARDS 年度大奖榜单。此次评奖主要赋予 2022 年在国际数据保护及法律科技领域做出突出贡献的律师、企业个人和团队。北京市中伦文德律师事务所徐云飞律师入选榜单。

▲ 中伦文德助力深圳市人才安居集团成功发行 2023 年度第一期超短期融资券

2023 年 1 月，深圳市人才安居集团有限公司成功发行 2023 年度第一期超短期融资券，发行规模为 10 亿元。北京市中伦文德律师事务所在此次超短期融资券的注册、发行过程中提供了全程法律服务。此次超短期融资券发行工作由中伦文德朱登凯律师团队、周力思律师团队提供法律服务，团队成员包括李小鹏、井昊阳、雷锐芝、苏晓芸、肖亚卓、邓智慧。

▲ 中伦文德济南分所助力“金龙山实业”成功发行 1.15 亿美元境外债

2023 年 1 月，中伦文德济南分所作为券商境内律师，协助济南章丘控股集团有限公司之境外子公司 Golden Dragon Mountain Trading（BVI）Co., Limited（金龙山实业有限公司）在香港联交所成功发行 1.15 亿美元的高级美元债。此项目由中伦文德总部董事、济南分所执行主任、高级合伙人付春法律师牵头，并中伦文德总部高级合伙人、金融法律专业委员会主任、元宇宙法律专业委员会主任李云海律师及中伦文德济南分所刘传亨律师、实习律师翁超凡组成专项法律顾问团队。

▲ 中伦文德上海分所入选上海市长宁公证处遗产管理人推荐名录

近日，中伦文德上海分所入选上海市长宁公证处遗产管理人推荐名录。同时，上海分所陈云峰律师、李峰律师、池宇恒律师也入选上海市长宁公证处遗产管理人专家名录。

▲ 中伦文德南昌分所程锋律师入选江西省知识产权保护专家委员会名单

近日，江西省知识产权局面向社会公开征选江西省知识产权（专利、商标、地理标志）保护专家委员会专家。中伦文德南昌分所创始合伙人、党支部书记程锋入选。

▲ 中伦文德长沙分所中标国网湖南省电力有限公司 2022 年第二次服务项目

近日，中伦文德长沙分所组织专业投标人员积极参加多家单位的投标响应工作。最终中伦文德长沙分所凭借自身丰富的服务经验、过硬的法律服务质量及优秀的方案，在众多单位的角逐中脱颖而出，成功入围《国网湖南省电力有限公司 2022 年第二次工程及服务项目框架协议》法律项目。

▲ 中伦文德长沙分所中标湘江资产个人不良贷款委外诉讼机构备选库法律项目

近日，经过严格的遴选程序，中伦文德长沙分所顺利入选长沙湘江资产管理有限公司个人不良贷款委外诉讼机构备选库。

▲ 中伦文德西安分所合伙人许昌律师、刘子豪律师成功入选西安市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库

2023 年 1 月 29 日，西安市涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会发布“关于西安市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库人选的公示”，中伦文德西安分所合伙人许昌律师、刘子豪律师成功入选。

▲ 中伦文德长沙分所高级合伙人何畅文律师获长沙市开福区工商业联合会（总商会）“青年之星”奖

2023 年 1 月 31 日，中伦文德长沙分所高级合伙人何畅文律师受邀参加开福区工商业联合会七届二次执委会会议，并被授予 2022 年度长沙市开福区工商业联合会（总商会）新时代“青年之星”奖项。

▲ 中伦文德济南分所执行主任付春法律师获颁首批山东省公司法专业律师证书

近日，2022 年山东省律师协会在全省范围开展了首批专业律师评定。中伦文德济南分所执行主任付春法律师获颁首批山东省公司法专业律师证书。

▲ 中伦文德合肥分所举行安徽警官职业学院实习实训基地揭牌暨客座教授聘任仪式

2023 年 2 月 3 日，安徽警官职业学院实习实训基地揭牌暨客座教授聘任仪式在中伦文德合肥分所会议室举行。安徽警官职业学院院长操申斌，学生处处长陈杰，办公室副主任杨学志，汪劲松老师，桑佳佳老师，中伦文德合肥所主任徐成军，副主任江亮，副主任戴正有，高级合伙人高立品、胡清、汪剑律师，王永亮律师参加了本次实习实训基地揭牌暨客座教授聘任仪式。

▲ 中伦文德助力菏泽市恒生房地产开发有限公司破产重整

2023 年 2 月 6 日，菏泽“城发 · 书香里项目”（原“南华世纪城项目”）举行盛大开工仪式，标志着恒生房地产重整案进入实质的重整计划执行阶段。此次重整案，由北京市中伦文德律师事务所合伙人刘培峰律师担任负责人，刘培峰律师、武坚律师共同负责现场工作，合伙人陈文律师、郝伟律师、李赫律师、李志平律师、桂少华律师及其团队共同参与办理，项目组成员还包括韩楚洋律师、邵悦律师、顾建愉、蒋斌、郝旭等。

▲ 中伦文德上海分所宋帅律师受邀为内江市国资系统招投标采购做专题培训

2023 年 2 月 6 日，四川省内江市国资委党委、市纪委监委驻市国资委纪检监察组在内江路桥集团会议中心举办市国资系统招投标、采购工作培训会。中伦文德上海分所宋帅律师受邀做专题培训。

▲ 中伦文德助力北京世纪云安新能源有限公司完成 Pre-A 轮融资

2023 年 2 月 7 日，北京市中伦文德律师事务所陈玉龙律师团队受邀参加世纪云安 Pre-A 轮融资成功庆祝酒会。世纪云安本轮融资金额近亿元人民币，由桐曦资本、蔚来资本、国科嘉和、清新资本等投资方共同投资。中伦文德陈玉龙律师团队作为世纪云安的常年法律顾问和此次 Pre-A 轮融资的专项法律顾问，全程参与本轮融资法律服务，服务团队成员还包括陈逸伦律师、佟飞律师、田园律师等人。

▲ 法律先生一行莅临中伦文德昆明分所交流座谈

2023 年 2 月 12 日，法律先生彭帅一行莅临中伦文德昆明分所开展座谈交流。中伦文德昆明分所高级合伙人严锦、马红征、赵朝振、罗艳阳，以及国际业务部负责人汪黎、刘颖律师、运营团队李馨祎和蒋幸妍等人参与座谈。

▲ 中伦文德济南分所合伙人曹素娟律师受邀参加《壹点问法 • 律师唠一 LAW》栏目

2023 年 2 月 14 日，中伦文德济南分所合伙人曹素娟律师受邀参加《壹点问法 · 律师唠一 LAW》栏目。此栏目由山东省法律援助中心、齐鲁晚报 · 齐鲁壹点主办。

▲ 中伦文德助力深圳顺丰集团成功发行 2023 年度第一期超短期融资券

2023 年 2 月 16 日，顺丰泰森成功发行 2023 年度第一期超短期融资券，发行总额为 5 亿元，发行期限为 260 天。此次法律服务由北京市中伦文德律师事务所合伙人李志平律师负责，服务团队成员还包括孙熙婕律师和张舒微律师助理。

▲ 中伦文德济南分所康玉冰律师参加济南市律师行业党代表志愿服务队普法宣传活动

2023 年 2 月 16 日，中共济南市律师行业委员会组建的济南市律师行业党代表志愿服务队在华山珑城步行街进行了一场以“春风行动”为主题的普法宣传活动，中伦文德济南分所康玉冰律师作为党员代表参加了此次普法宣传活动。

▲ 中伦文德昆明分所获评“2022 年规模以上服务业统计先进单位”

近日，云南省昆明市盘龙区统计局发表《昆明市盘龙区统计局关于 2022 年规模以上服务业统计工作先进单位评比的通报》中伦文德昆明分所获评“2022 年规模以上服务业统计先进单位”。

▲ 中伦文德天津分所召开 2022 年度总结暨表彰大会

2023 年 2 月 19 日上午，主题为“携誉而行，奋绘新卷”的中伦文德天津分所年终总结暨表彰大会在天津市南开区金融街中心融汇广场负一层多功能厅举行。中伦文德天津分所创始合伙人、高级合伙人、合伙人、律师、律师助理及行政人员出席会议。会议还特别邀请了天津分所高级顾问南开大学法学院何红锋教授。

▲ 中伦文德昆明分所代理客户成功无效某跨国烟草公司欧洲专利

近日，中伦文德昆明分所代理客户成功无效某跨国烟草公司欧洲专利，为产品入欧扫除障碍。在提出无效申请过程中，中伦文德昆明分所律师与境外律师通力合作，提供了专业服务。此外，中伦文德昆明所律师是无效申请的主要承办律师。

▲ 中伦文德助力巨能股份北交所 IPO 项目顺利过会

2023 年 2 月 21 日，宁夏巨能机器人股份有限公司向不特定合格投资者公开发行股票并在北京证券交易所上市申请，获得北交所上市委员会 2023 年第 8 次审议会议审议通过。巨能股份成为 2 月 17 日我国全面实行股票发行注册制后的首家北交所过会企业。北京市中伦文德律师事务所合伙人曹春芬律师、裴惠善律师，项目组成员孙一民、范天续、卜振凤等组成的律师团队，为巨能股份此次发行上市提供了全程法律服务。

▲ 中伦文德长沙分所田学军主任一行莅临中伦文德昆明分所交流座谈

2023 年 2 月 20 日，中伦文德长沙分所田学军主任一行莅临中伦文德昆明分所开展学习交流座谈。昆明分所高级合伙人严锦、马红征、谢佳融、段秀峰，以及国际业务部负责人汪黎、运营团队李馨祎、孙艺菲、蒋幸妍等人参与座谈。

▲ 中伦文德受邀出席 INTERLAW 国际律师事务所联盟 2023 亚太峰会“KNOWING YOUR WORTH”

2023 年 2 月 22 日－25 日，国际律师联盟 INTERLAW 2023 亚太区域会议在泰国曼谷举办，本次会议以“KNOWING YOUR WORTH”为主题，来自亚洲、北美洲、欧洲等地 50 余位律师与嘉宾受邀出席。中伦文德上海分所、天津分所、前海联营所的合伙人林威律师、温志胜律师、周力思律师、李宇明律师、何理律师、沈天举律师、吕萌律师、付嫣然律师出席会议。

▲ 中伦文德助力中国信科集团成功发行科技创新公司债券

2023 年 2 月，中国信息通信科技集团有限公司（以下简称“中国信科”）成功发行 2023 年面向专业投资者公开发行科技创新公司债券（第一期）。本期科创债发行规模为 10 亿元人民币，债券期限为 3 年，票面利率为 3.10%。北京市中伦文德律师事务所在中国信科本期科创债发行法律服务事项中，受聘为专项法律顾问。此次法律服务由中伦文德北京总所副董事长甄庆贵律师作为牵头合伙人和总负责人、北京总所合伙人李志平律师作为项目主办合伙人，服务团队成员还包括孙熙婕律师、单贝贝律师、葛隆文律师和张舒溦律师助理。

▲ 中伦文德天津分所高级顾问及杨美琪律师共同撰写的文章被人大复印资料转载

近日，中伦文德天津分所高级顾问及杨美琪律师共同撰写的《〈政府采购法〉与〈招标投标法〉并存的困境与融合》被刊登于全国人文社科扩展期刊《公共财政研究》2022 年第一期。日前，该文章被人大复印资料《财政金融文摘》（双月刊）2022 年第五期转载。

▲ 中伦文德西安分所与自媒体账号“西太路”成功签订战略合作协议

2023 年 2 月 23 日下午，中伦文德西安分所与西安创琥科技有限公司战略合作签约仪式圆满举行。中伦文德西安分所高级合伙人、涉外法律实务研究中心负责人周敏律师与西安创琥科技有限公司执行董事、自媒体账号“西太路”主理人杨欢，以及双方单位的各级负责人，一同出席了本次仪式，并由姚玲律师主持进行。此次签约是双方基于对高新区“四个高新”理念认可，及对公益事业理念的高度认同而达成的，希望通过双方合作，真正惠及高新三期乃至区内百姓，让法律意识深入人心，实实在在为公众保驾护航。

▲ 中伦文德天津分所举行 2023 年度第一期大讲堂培训讲座

2023 年 2 月 24 日下午，中伦文德天津分所在多功能会议厅举行 2023 年度第一期大讲堂培训讲座。天津分所青年律师及律师助理积极参加了此次培训。主讲人为天津分所高级合伙人唐震律师，培训主题为《房地产危局，商票满天飞——建工企业的维权之道》。

▲ 中伦文德天津分所满如华律师承办未成年人保护案件，获得不起诉决定

近日，在一起未成年人保护案件中，检察机关采纳了辩护人的辩护意见，对当事人李某作出不起诉决定。中伦文德天津分所满如华律师为此案代理律师。据悉，李某系未成年人，因其在上班处盗窃店内现金而涉嫌盗窃罪被公安机关取保候审，案件侦查终结后依法移送了检察机关审查起诉。

▲ 中伦文德长沙分所王子怡律师荣获湖南博物院“荣誉志愿者”称号

近日，中伦文德长沙分所王子怡律师荣获湖南省博物院“荣誉志愿者”称号。从 2010 年起，王子怡律师正式加入湖南省博物院志愿者团队投身志愿服务，累计服务 2500 余小时。王子怡律师表示，将在今后的工作和生活中，珍惜荣誉、再接再厉、积极弘扬志愿服务精神，强化担当意识和责任意识，为博物馆志愿服务事业贡献自己的星火力量。

▲ 中伦文德执委会换届选举成功

2023 年 3 月 2 日下午，北京市中伦文德律师事务所 10 楼第 8 会议室春意盎然，中伦文德律师事务所执委会换届选举会议在此举行。中伦文德董事会及中伦文德全体合伙人推选夏欲钦律师为新一届事务所主任，张海军律师为执委会主任，李敏律师为事务所副主任，李政明律师、胡高崇律师为执委会委员。

▲ 中伦文德长沙所成功中标中国邮政储蓄银行湖南省分行全省律师库入围项目标段一（长沙地区）

2023 年 3 月 2 日，经评审委员会认真评定并报中国邮政储蓄银行湖南省分行最终确认，中伦文德长沙分所成功中标中国邮政储蓄银行湖南省分行全省律师库入围项目标段一（长沙地区）。

▲ 中伦文德合伙人李晓娟律师代理的“比特币”挖矿纠纷一案，经最高人民法院推荐被选入央视《法治深壹度》节目

北京市中伦文德律师事务所李晓娟律师代理的“比特币”挖矿纠纷一案，作为全国首例将《民法典》绿色原则援引到比特币说理的典型案件，经最高人民法院推荐被选入 CCTV-12 社会与法频道《法治深壹度》节目，该期节目于 3 月 4 日播出。

▲ 中伦文德青岛分所党支部组织纪念毛泽东同志为雷锋同志题词六十周年座谈会

近日，中共中伦文德青岛分所党支部组织纪念毛泽东同志为雷锋同志题词六十周年座谈会。中共青岛市律师行业党委副书记马新河、党建联络员周金城同志应邀出席会议。中共中伦文德青岛所党支部研究决定成立“学雷锋”青年律师志愿服务队，任命：张玉全同志为队长，赵园园同志为指导员。马新河副书记、纪斌主任为“学雷锋青年律师志愿服务队”授旗，田会强副书记领誓，全体队员宣誓 。

▲ 中伦文德上海分所新办公场所装修工程开工仪式正式开启

2023 年 3 月 6 日上午，中伦文德上海分所新办公场所装修工程开工仪式正式举行，中伦文德上海分所主任陈云峰、合伙人程晓鹏律师、范海涛律师、池宇恒律师、唐丽娜律师、杨振武律师，以及施工方代表等共同出席了开工仪式。中伦文德上海分所新办公场所位于上海市黄浦区南京西路 288 号创兴金融中心 25 楼，是基于律所进一步战略发展的需要作出的重大决策。新办公场所建筑面积 1660.25 平方米，仪式的成功举行标志装修工程正式启动。

▲ 中伦文德西安分所党支部召开 2022 年度组织生活会和民主评议党员会

2023 年 3 月 6 日，中伦文德西安分所党支部召开组织生活会，并开展民主评议党员工作。会议由党支部书记许昌律师主持，党支部全体党员、入党积极分子和部分群众参加会议。

▲ 中伦文德前海联营所律师到访中伦文德青岛分所

中伦文德前海联营分所主任林威博士、中伦文德天津分所主任温志胜、高级合伙人刘冬军、合伙人刘政育律师到中伦文德青岛分所访问交流。纪斌主任对林博士、温主任一行到访青岛分所表示热烈欢迎。纪主任介绍了青岛分所成立两年以来的业务发展以及存在的困惑，希望双方加强合作携手前行。林威博士、温主任表示要增进深圳前海所、天津分所与青岛分所人员往来交流、加强业务合作，特别要在涉外领域合作，包括中国企业走出去、一带一路、上合组织青岛示范区，上合组织国际投资等涉外法律服务。加强在新型业务，知识产权、高端诉讼、涉外、融资租赁等方面开展合作。

▲ 中伦文德高级合伙人胡高崇律师荣登 2023 年度 LEGALBAND 客户首选：劳动法律师 15 强榜单

2023 年 3 月 7 日，知名法律评级机构 LEGALBAND 发布《2023 年度 LEGALBAND 客户首选：劳动法律师 15 强》榜单。北京市中伦文德律师事务所高级合伙人胡高崇律师荣登该榜单。

▲ 助力种业发展，三农振兴，朱传炉律师获聘中国种子协会法律顾问团成员

近日，经定向遴选、专家推荐、网上公示，北京市中伦文德律师事务所合伙人朱传炉律师获聘为中国种子协会法律服务团成员，聘期 5 年。

▲ 中伦文德长沙分所成功入围人保财险湖南省分公司诉讼律师库项目（第二次）

近日，中伦文德长沙分所凭借卓越的综合实力、专业的律师队伍以及出色的服务方案，成功入围人保财险湖南省分公司诉讼律师库项目（第二次）。

▲ “走基层 · 惠民生”中伦文德长沙分所李燕律师赴茶亭开展公益普法活动

2023 年 3 月 9 日，中伦文德长沙分所李燕律师积极响应由长沙市律协牵头组织，在望城茶亭开展的“走基层 · 惠民生”之“乡村振兴 律师同行”法治宣传公益普法活动，向群众免费发放法治宣传资料，宣传法律知识，解答法律问题，提供法律建议。

▲ 中伦文德重庆分所党支部书记、高级合伙人曾杰律师受聘担任重庆市渝中区法学会首席法律咨询专家

2023 年 3 月 9 日，重庆市渝中区加强基层治理推动平安渝中建设大会暨区委政法工作会议召开。会上宣读了《关于聘任重庆市渝中区法学会首席法律咨询专家的决定》并为首席法律咨询专家代表颁发聘书。中伦文德重庆分所支部书记、管委会副主任曾杰受聘担任重庆市渝中区法学会首席法律咨询专家，聘期三年。此次聘任首席法律咨询专家共 20 人，受聘专家均来自全市司法机关、高校法学院、律师事务所等，呈现出层次高端、领域广泛、专业性强等特点。

▲ 中伦文德受邀出席环太平洋律师协会（IPBA）第 31 届年会

2023 年 3 月 7 日至 10 日，环太平洋律师协会第 31 届年会“One World：Law & the Environment Beyond Covid”在迪拜成功举办，这是后疫情时代全球首场由国际主要律师组织举办的线下年度盛会。中伦文德高级合伙人、国际业务专委会主任林威博士及海事海商专委会主任袁伟明律师受邀出席。

▲ 中伦文德收到中国铁路北京局集团有限公司感谢函

2023 年 3 月 10 日，北京市中伦文德律师事务所收到中国铁路北京局集团有限公司企业管理和法律事务部发来的《感谢函》充分肯定了中伦文德在提升企业法务人员专业素质和业务能力方面的工作成果。去年 11 月，中国铁路北京局集团有限公司与中伦文德取得联系，请求协助、安排中国铁路北京局下属企业 5 名法务人员在本所进行为期 4 个月的实习工作。收悉此事以后，本所第一时间组成以陈禄堂合伙人律师为负责人的工作小组，同时得到方登发合伙人律师、武坚合伙人律师及其团队的积极响应。

▲ 云南省昆明市盘龙区委两新组织工委率队莅临中伦文德昆明分所观摩党建工作

2023 年 3 月 10 日上午，在云南省昆明市盘龙区委两新组织工委刘祺姝书记的率领下，盘龙区各街道两新组织党委书记、行业党委书记或负责人、委员单位分管领导、部分两新组织党组织书记等一行近 30 余人莅临中伦文德昆明分所，对律所党建工作进行现场观摩。中伦文德昆明所党支部书记马红征和部分党员高级合伙人陪同参加了观摩活动。此外，刘书记代表上级党组织对昆明所支部荣获的 2022 年度“云岭先锋红旗党支部”和“春城先锋示范党支部”进行授牌。

▲ “走基层 · 惠民生”中伦文德长沙分所宋鑫律师带领律所部分党员律师及青年律师为怡海社区公益普法

2023 年 3 月 11 日，中伦文德长沙分所负责人宋鑫律师带领律所部分党员律师及青年律师走进怡海社区，向社区居民提供免费法律咨询、法律宣传等服务。律师们就居民关心的离婚、遗嘱、民间借贷、找工作和离职等问题进行了详细讲解，并结合居民的问题，向居民们宣讲典型金融诈骗案例。

▲ 何琴律师、蒋曦律师、王琴律师、吴娟律师、谢静黎律师五位律师晋升为中伦文德长沙分所 2023 年合伙人

近日，经本人申请，中伦文德长沙分所合伙人会议审核、批准，决定晋升何琴律师、蒋曦律师、王琴律师、吴娟律师、谢静黎律师等五位律师为律所合伙人。

▲ 中伦文德青岛分所举办企业合规知识培训

近日，中伦文德青岛分所举办企业合规知识培训。山东大学法学院副教授、博士生导师赵恒应邀做《涉案企业合规改革的成效与展望》专题培训。赵恒副教授以《涉案企业合规改革的成效与展望》为题，从“合规、企业合规，企业合规计划及其设计与运行，涉案企业合规改革历程概览，涉案企业合规改革的若干主题，涉案企业合规第三方机制适用，律师参与企业合规的风险及其防范”六个方面进性详细的讲解。赵恒副教授与大家共同对律师参与企业合规的风险及其防范等问题进行了深入讨论。

▲ 中伦文德南昌分所律师参加“法律明白人及骨干专题培训会”普法活动

2023 年 3 月 14 日，中伦文德南昌分所联合岱山司法所、施尧村新时代文明实践站、南昌市豫章公证处在施尧村新时代文明实践站举办了“法律明白人及骨干专题培训会”“美好生活、公证相伴”的普法宣传活动，为社区干部及居民进行法律知识、公证知识培训，并为居民解答相关法律咨询。

▲ 中伦文德西安分所刘子豪律师成功入选宝鸡市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库

2023 年 3 月 14 日，宝鸡市涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会发布“宝鸡市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员拟任人选公示”，中伦文德西安分所刘子豪律师成功入选。

▲ 中伦文德南昌分所开展“315 国际消费者权益日”公益普法活动

近日，中伦文德南昌分所党支部携手江西省南昌市红谷滩区司法局、南昌市豫章公证处、中环国际 T16 围绕 2023 年“提振消费信心”消费维权年主题，走进南昌市红谷滩区铜锣湾广场，开展“3 · 15 消费者权益日”专题普法宣传活动，受到广大群众一致好评。

▲ 中伦文德郑州分所开展“315 国际消费者权益日”公益普法活动

2023 年 3 月 15 日上午，中伦文德郑州分所组织 10 名律师，在河南省郑州市郑东新世界开展了“315 国际消费者权益保护日”的普法宣传活动。通过发放宣传手册，使广大市民掌握了更多消费者维权的常识，通过法律咨询处的设立，有效解答了生活中市民遇到的常见问题，也提高了市民通过法律手段进行维权的意识。同时，此次活动引导市民尊法、守法、用法，为营造“全民守法”的氛围及推动我国法治进程，弘扬法治精神，贡献了律师的一份力量。

▲ 中伦文德西安分所高级合伙人高媛律师受邀为西安市曲江城管执法局开展行政执法专题培训讲座

2023 年 3 月 15 日，中伦文德西安分所高级合伙人高媛律师受西安市曲江城管执法局邀请，为局内中队长以上领导及执法人员共计 100 余人进行了专题培训讲座，主题为行政执法文书对诉讼案件的影响及制作规范指引。

▲ 中伦文德合伙人张恒律师受邀参加《数字经济营商环境评估报告（2022）》发布会暨第二届“营商环境高端论坛”

近日，《数字经济营商环境评估报告（2022）》发布会暨第二届“营商环境高端论坛”在对外经济贸易大学成功举行。北京市中伦文德律师事务所合伙人张恒律师受邀参加并作主题发言。

▲ 中伦文德合伙人朱传炉律师就德勤华融受财政部处罚事件，接受中国日报采访

2023 年 3 月 17 日财政部公布对德勤和华融依法作出行政处罚决定。针对这一重磅财会监督事件，北京市中伦文德律师事务所合伙人，税法专业委员会主任朱传炉律师第一时间接受中国日报采访并发表专业意见。

▲ 中伦文德副董事长甄庆贵律师为中国信科集团开展《公司法》培训

2023 年 3 月 17 日，中伦文德副董事长甄庆贵律师为中国信息通信科技集团有限公司开展《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》的培训。

▲ 中伦文德高级合伙人胡高崇律师赴东兴证券开展专题培训

2023 年 3 月 17 日下午，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人胡高崇律师应邀赴东兴证券股份有限公司为人力资源、合规法律等职能部门就“解除劳动合同的路径分析与相关争议解决应对”这一主题开展专项培训。东兴证券公司近 400 人通过线上和线下相结合的方式参与培训。

▲ 中伦文德天津分所高级合伙人袁伟明、季厌庸律师被聘为首批天津市涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员

近日，天津市涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会，开展了全市第一批第三方监督评估机制专业人员名录库的推荐选任工作。经过评选，首批共 172 名专业人员入选，聘期三年。中伦文德天津分所高级合伙人袁伟明、季厌庸律师成功入选。

▲ 中伦文德天津分所 8 名律师顺利申请执业

近日，中伦文德天津分所孟莹、刘铭、刘勇、边琬淳、孙星、楼芸、李珂律师实习期满后顺利通过天津市律师协会的笔试与面核，成功申请执业，于 2023 年 1 月至 3 月期间分别获得天津市司法局颁发的律师执业证书，尹维朗律师加入律所后也于 3 月顺利申请执业。8 位律师将继续以事务所为平台，开启律师执业之路。

▲ 中伦文德天津分所举行 2023 年度第二期大讲堂培训讲座

2023 年 3 月 17 日下午，中伦文德天津分所在多功能会议厅举行 2023 年度第二期大讲堂培训讲座。天津分所青年律师及律师助理积极参加了此次培训。主讲人为中伦文德天津分所高级合伙人周景伟律师，培训课题为《财产保险合同争议解决中的部分法律问题》。

▲ 中伦文德成都分所获评“涉外法律服务先进单位”

近日，成都市律师协会、成都市涉外商事与法律服务中心对 2019-2022 年期间对成都市涉外法律服务建设和发展作出积极贡献的律师事务所进行表彰，中伦文德成都分所获评“涉外法律服务先进单位”。

▲ 中伦文德总所李惠娟律师应邀参加中国工程院《院士建议》闭门会

2023 年 3 月 18 日，北京市中伦文德律师事务所李惠娟律师应中国工程院战略咨询中心邀请，出席在广州召开的中国工程院重大战略咨询项目“全民健康管理工程研究”中期讨论会和该项目的《院士建议》闭门会，并作为重要嘉宾出席了“现代职业化管理院长研修班”推杆启动仪式。

▲ 中伦文德昆明分所组织开展《数据出境交流会》

2023 年 3 月 20 日，中伦文德昆明分所联合北京市中伦文德律师事务所合伙人、网络安全与数据合规专业委员会主任、人工智能法律专业委员会主 任、东亚法律业

务专业委员会主任徐云飞律师在昆明分所开展《数据出境交流会》，昆明所部分高级合伙人、合伙人、专职律师等参加了此次活动。

▲ 中伦文德西安分所赵杨律师受邀为西安市曲江城管执法局开展专题培训讲座

2023 年 3 月 22 日，中伦文德西安分所赵杨律师受西安市曲江城管执法局邀请，为相关执法人员开展了主题为“以‘违章建筑合法性拆除为例’浅析行政执法过程中常见的法律风险”的专题培训讲座。

▲ 中伦文德西安分所合伙人郝依依律师受邀为国家能源集团神东凯悦神木煤炭集运有限公司进行专题培训讲座

2023 年 3 月 23 日，中伦文德西安分所合伙人郝依依律师受国家能源集团神东凯悦神木煤炭集运有限公司邀请，进行了以《民法典》与法律风险防范合规建设”为主题的法律合规集中宣讲培训会，并作为公司法律顾问参加座谈会，与国能神木清洁能源有限公司对接交流审计业务涉法事项推进事宜。

▲ 中伦文德信托专委会成功举办今年首场信托法律专业讲座

2023 年 3 月 24 日，北京市中伦文德律师事务所信托专业委员会组织的题为《律师从事信托业务的心得及信托法律实务》的讲座如期举行。此次讲座由中伦文德胡高崇律师主持，由中伦文德李敏律师、张冰梅律师主讲。

▲ 中伦文德融资租赁专委会主任耿亚杰应邀参加第十一届中国租赁年会

2023 年 3 月 24 日，北京市中伦文德律师事务所融资租赁法律专业委员会主任耿亚杰应邀参加第十一届中国租赁年会，并参加分论坛“探讨筹建融资租赁交易流转平台”专业交流。

▲ 中伦文德航空及通航专委会应邀参加第六届航空法治论坛

2023 年 3 月 25 日，北京市中伦文德律师事务所航空及通航产业法律专业委员会主任耿亚杰、秘书长母波应邀参加第六届航空法治论坛，并发表主题为《飞机融资租赁交易重点法律问题探讨》的演讲。

▲ 中伦文德成都分所主任王志坚应邀参加 2023 医药行业合规发展大会

2023 年 3 月 25 日，中伦文德成都分所主任王志坚应邀参加 2023 医药行业合规发展大会。会议由中国化学制药工业协会主办，会议主题为“2023 医药行业合规发展大会”。成都分所王志坚主任，作为圆桌嘉宾，参与“建立行业合规管理标准，为企业合规发展奠定坚实基础”主题研讨。

▲ 中伦文德重庆分所高级合伙人凌忠实律师被授予英国皇家特许仲裁员协会会员资格

近日，经英国皇家特许仲裁员协会（CIArb）相关资格审查、专题课程培训及考核，中伦文德重庆分所高级合伙人凌忠实律师收到英国皇家特许仲裁员协会颁发的（CIArb Member）资格证书，被授予英国皇家特许仲裁员协会会员资格。

▲ 中伦文德成功入选中煤集团法律服务入库项目

2023 年 3 月 28 日，中国中煤能源集团有限公司外聘律师事务所争议解决法律服务短名单入库项目中标结果发布，中伦文德律师事务所成功中标中煤集团外聘律师事务所法律服务短名单。此次入库项目由中伦文德高级合伙人武坚律师团队牵头，非权益合伙人田亚男、许璟负责，并得到执委会、总所和各分所及魏大忠、林忠国、朱中华、李敏、王向阳、朱传炉、魏瑾华、刘培峰、张润宏、贾立峰、张晋宏、赵超群、董蔚等拥有丰富的法律服务实战经验及过硬的专业素养的律师力量的支持，服务团队还包括杜世清、王梦婷、王煦博、邵悦、张凌翔、徐娇、谢娜娜等律师及助理。

▲ 中伦文德合肥分所张立超律师团队收到合肥市某区人民检察院出具的《不起诉决定书》

2023 年 3 月 29 日，中伦文德合肥分所张立超律师团队收到合肥市某区人民检察院出具的《不起诉决定书》，其代理的朱某涉嫌侵犯公民个人信息罪一案，经过及时有效的沟通，检察机关作出不起诉的决定，实现了有效辩护。

▲ 中伦文德青岛分所主任纪斌一行四人到访上海海事大学青岛研究院

近日，中伦文德青岛分所主任纪斌一行四人到访上海海事大学青岛研究院。上海海事大学青岛研究院相雷副院长对纪斌主任一行来访表示欢迎，并介绍了上海海事大学与研究院基本情况。双方围绕研究生产学研工作建立了常态化联系机制。

▲ 中伦文德劳动人事专委会成功举办今年首场内部法律培训活动

2023 年 3 月 31 日，北京市中伦文德律师事务所劳动人事法律专业委员会，针对“从企业用工风险的识别与化解看劳动法律业务的跨界开拓”主题，组织开展内部专题培训活动。此次培训由中伦文德高级合伙人胡高崇主讲。

▲ 中伦文德重庆分所助力企业合规 多名律师荣聘为重庆市企业合规促进会委员、专家

2023 年 3 月 31 日，重庆市企业合规促进会第一届理事会第二次会议暨专委会成立大会在长江上游法律服务中心隆重召开。会上，中伦文德重庆分所高级合伙人阳坤艳律师被任命为反舞弊反贿赂专委会副主任、高级合伙人杜佳伦律师为该专委会秘书长、温娟娟律师为该专委会委员；温娟娟律师被任命为生态环境专委会专委会秘书长，阳坤艳、杜新兰律师为该专委会委员，陈建律师被聘为该专委会特聘专家；李俊号律师被任命为数字专委会委员。

中伦文德

2023 年 2 月 6 日，西南大学法学院副院长房香菜、实践中心主任范卫国莅临北京市中伦文德（重庆）律师事务所，与本所开展实务座谈交流，本所主任谢明华，荣誉主任朱代恒，支部书记曾杰，管委会副主任刘娜、崔莹及办公室主任李永锋参会。

2023 年 2 月，昆明市盘龙区统计局发表《昆明市盘龙区统计局关于 2022 年规模以上服务业统计工作先进单位评比的通报》，北京市中伦文德（昆明）律师事务所获评“2022 年规模以上服务业统计先进单位”。

2023 年 3 月 27 日上午，新加坡葛巴尼律师事务所主任洪仰东律师一行到中伦文德深圳分所交流。中伦文德深圳分所主任程海群律师、党支部书记张若鸿律师、管委会副主任朱容梅律师、白琳律师、谢曲杏律师参加了本次交流。

2023 年 3 月 25 日，中伦文德律师事务所航空及通航产业法律专业委员会主任耿亚杰、秘书长母波应邀参加第六届航空法治论坛。耿亚杰发表主题为《飞机融资租赁交易重点法律问题探讨》的演讲。

2023 年 3 月 18 日，北京市中伦文德律师事务所李惠娟律师应中国工程院战略咨询中心邀请出席了在广州召开的中国工程院重大战略咨询项目“全民健康管理工程研究”中期讨论会和该项目的《院士建议》闭门会，并作为重要嘉宾出席了“现代职业化管理院长研修班”推杆启动仪式。

2023 年 3 月 7 日至 3 月 10 日，环太平洋律师协会第 31 届年会“ One World：Law & the Environment Beyond Covid ”在迪拜成功举办，这是后疫情时代全球首场由国际主要律师组织举办的线下年度盛会。本所高级合伙人、国际业务专委会主任林威博士及海事海商专委会主任袁伟明律师受邀出席。

主　　编：陈　文
执行主编：方登发
编 委 会：李　刚　甄庆贵　夏欲钦　林　威　王志坚　陈云峰　温志胜　王爱国　刘银栋　朱代恒　洪国安　纪　斌　田学军

中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京•上海•成都•石家庄•天津•武汉•太原•济南•广州•深圳•南京•南昌•长沙•贵州•重庆•沈阳•杭州•大连•郑州•西安•青岛•昆明•南昌•合肥•香港•伦敦•纽约

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