京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM
2015/05
季刊 总第114期

京都律师事务所
King & Capital

P16 中小企业法律服务新思维

P13 特稿 / 司改终极目标——实现依法独立行使审判权

P39 金融业务 / 私人基金会：与家族信托比肩

P52 京都实务 / 一个披着“合法外衣”的创投公司行骗的典型案例

P71 京都论法 / 用抢来的钱投资获益，该缴？该留？

《亚洲法律杂志》2015年亚洲最大50家律所京都排名第20位

2015年11月，全球领先的独立法律杂志《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, ALB)公布了2015年度亚洲最大50家律师事务所名单，京都入选了该榜单，排名第20位。这是京都律所事务所继入选英国《律师》杂志亚太地区50强律师事务所之后的又一殊荣。

《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, ALB)是在全球有较大影响力、专门报道法律新闻与最新法律动态、提供亚太地区法律服务团队信息（包括律师事务所及公司律师排名）的独立杂志。其针对从事法律业务的律师事务所、公司法务以及其他法律专业机构进行权威评选，每年评选一次，其奖项将授予在各专业领域表现最为出众的律所。

该评选结果及调研报告已公布于2015年11月《亚洲法律杂志》。该调研工作于2015年9月开始，综合各家律师事务所亚洲办公室总数，合伙人总数，执业律师及初级律师总数等人事数据，遴选出50家总部位于亚洲或在亚洲设有办公室的律师事务所。

京都律师事务所作为新上榜单位，其综合实力引人瞩目。2015年，京都律师事务所不断开拓，积极引进先进的管理理念和人才，致力于成为中国最优秀的专业化、团队化、国际化的综合性律师事务所。

微信不好玩 律师需谨慎

杨妖

微信的诞生与普及已经成为当下人们的一种生活方式和生活习惯。每一个黎明，太阳还没有升起，微信朋友圈已经苏醒。每一个深夜，星星已经睡去，微信圈还在转发点赞。她让我们的生活更加丰富多彩，她让人与社会的距离越来越近，近在咫尺天涯；她让人与人之间的沟通越来越快，快到弹指一挥间；她让人们及时快速了解新资讯，获取新知识，展现新自我，倾诉新感受，表达新观点，成为我们每一个人倾诉、沟通、展现、交流和表达的新平台和新舞台。

微信，把世界变成了一个圈，大家在这个圈里享受着微信带给我们的快乐幸福。畅所欲言，议论纷纷。我和每一位京都律师一样，也在微信上发表个人观点，点赞真诚善美，抨击虚伪丑恶，转发美图雄文。但是，我慢慢发现，微信，不仅仅是一个圈，有时也是一个又一个江湖。你的点赞转发与评论，存在着潜在的风险。背后有各式各样的眼睛在注视着你，还会有形形色色的人在揣摩着你。当然，那些注视你的眼睛和揣摩你的人也会在朋友圈露底。暴露出不同的价值观乃至一个又一个风险。

譬如，某日我转发了一则某地级市供电局长因部下为其过生日被处分的微信贴。没过五分钟，一哥们留言：“兄弟，作为律师，最好不要转发这样的帖。”我仔细一看，原来留言是该市的律师协会会长。我很好奇，供电局长不但敢顶风违反八项规定集体过生日，而且已经被纪委处分，我转发这样的新闻帖有什么不合适呢？事后才得知，该律协会长与供电局长是多年的好朋友。朋友当然要维护朋友的声誉，更何况这位供电局长的朋友是一位律师协会的会长。我真的不知道该如何回答他的留言，更不知道该不该给我的这位律师朋友点赞。差一点，我就因为转发一则新闻帖而得罪那位律师协会会长。

又譬如，黑龙江庆安事件发生后，各种质疑不断，法律人和媒体人的文章更是一篇接一篇，试图揭开事实真相——是警察开枪故意杀人还是死者袭警被依法击毙。那些天，我在微信朋友圈也陆续转发了一些学者和律师的质疑文章，表达一个法律人的特别关注——我们希望知道真相，我们不能够忍受警察可以随意开枪。谁知道，就像警察开枪一样突然，一个朋友在我转发的文章下面留言道：“大家一直都很关注你的微信，有时间我们谈谈。约吗？”我很惊讶这样的留言，经过核实，确认留言的朋友是我老家某区县公安局一副局长。此番留言，令我回味，既反映出他们维护自己警察权益的立场和态度又表达出他们警察权力的傲慢与专横。如此留言，既有朋友之间的客套也有凭借警察公权力向律师私权利的挑衅。大家要知道，我在微信上的那些文章全都是转发，像其他人一样的转发。但是，却招来了从事警察职业的朋友的叫板，因为他们认为，我们和他们不是一个立场。或者我们转发的文章触犯了他们警察权力的威严。多亏我是一名从事了18年律师工作的京都律师，既依法控告过沈阳市公安局违法，又为重庆市公安局缉毒总队副总队长涉嫌故意杀人罪进行过辩护。要不然，还真会被这短短几句微信留言吓倒吓坏吓傻。

微信是一个圈，但她又不是一个圈。在这个圈里你的资讯，你的转发，你的评论，乃至你的点赞，都代表了你的立场和观点，哪怕是一个表情，哪怕是换一次头像，哪怕是一次笔误。都会影响着你的朋友圈，都会落入你朋友圈的圈子圈套。

最近，律师浦志强案开庭，多少人将头像换成了“哈儿”。那一天，法律人的朋友圈一个接一个为浦志强律师刷屏。其实，大家只是希望审判的公正，渴望表达的自由。遗憾的是浦律师最终没有被无罪释放而是判三缓三，他那区区几百字的评论与表达居然让他失去了自由，惹来了牢狱之灾。

由此看来，立场与观点会带来麻烦和风险。微信不好玩，希望每一位京都同仁谨慎评论，转发小心。别像我一样，因为汪峰案的评论，差一点得罪了我的师姐，其实，我是爱师姐更爱真理。

通过这一件件事，我才有所悟——在微信朋友圈既不能妄议政治，更不能妄议兄弟姐妹亲朋好友。只能爱，爱大家，爱朋友，爱祖国，爱京都，爱自己，爱专业，爱法律，爱一切。

只有爱，唯有爱，最无敌。

专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所　　追求卓越　不负重托

主　办　京都律师事务所
承　办　京都律师事务所品牌建设部

编辑委员会

主　任　田文昌

编　委

曹树昌　孟　冰　白冬飙
蔡景丽　韩嘉毅　杨照东
金　杰　朱勇辉　秦庆芳
王九川　瞿丽红　张振祖
公丕国　杨大民　钟延红
郭　庆　韩　良　肖树伟
邹佳铭　吴立伟　刘　铭
王卿芸

主　编　杨大民
编　辑　孟　妮　王凌凌
美　编　王敬瑜

地　址　北京市朝阳区景华南街 5 号 远洋光华国际 C 座 23 层
邮　编　100020
北京总所电话　010-57096000
全国免费咨询电话　400 700 3900
业务咨询电话　010-85253900
传　真　010-85251268
上海分所电话　021-52341066-1099
深圳分所电话　0755-33226588
大连分所电话　0411-85866299
网　址　www.king-capital.com
邮　箱　info@king-capital.com

目　录

卷首语

微信不好玩　律师需谨慎　杨大民 / **01**

京都资讯　品牌建设部 / **04**

特　稿

司改终极目标——实现依法独立行使审判权　吴立伟 / **13**

封面主题

中小企业法律服务新思维 / 16

创新中小企业法律微服务　深耕企业法律服务大市场　李波 / **17**

聚焦企业法律风险管理战略之法律事务管理顶层设计　杨柳 / **22**

浅谈中小企业法律风险防范
——建立健全劳动用工管理规章制度　丁丽萍 / **26**

中小企业股权结构设计浅析　肖小保 / **32**

挂牌新三板，你准备好了吗？　安璟 / **37**

金融业务

私人基金会：与家族信托比肩　韩良 / **39**

信托公司信息披露若干问题简析　肖树伟　游乐 / **42**

浅析保险法解释三对保险实务之影响　于川 / **46**

限售流通股非交易过户相关问题探析　杨琨 / **48**

京都实务

远离非法集资，营造和谐家园
——一个披着“合法外衣”的创投公司行骗的典型案例　吕志轩、郝京 / **52**

骗局（上）——“铤而走险”的收购能否“化险为夷” **54**

中韩自贸协定下优惠关税适用及原产地证明规则解析　金燕　崔慧莲 / **58**

新形势、新规定下的银行员工私售行为的法律风险解析　瞿丽红 / **65**

京都论法

用抢来的钱投资获益，该缴？该留？　杨照东 / **71**

法人、其他组织未经内部决策对外担保的法律效力分析　常莎 / **73**

论建设工程转包、违法分包合同中管理费的处理方式　王春军、朱坤 / **78**

所庆 · 征文

我与京都缘——纪念京都律师事务所成立二十周年　赵岐龙 / **84**

律师 · 生活

也说《寻龙诀》　宗栋娟 / **87**

京都律师

封面题字　江　平

2015年第4期
总第114期　季刊

业　务

京都律师事务所中标《北京律师为“一带一路”项目提供法律服务的调研报告》项目

2015年11月16日，由韩良与肖树伟律师主持的京都团队凭借强大的专家律师阵容和过硬的“走出去”研究成果，在全国众多知名律所和高校中脱颖而出，与德恒律师事务所一起中标由北京市律师协会面向政府、高校、培训机构、律所等公开招投标的《北京律师为“一带一路”项目提供法律服务的调研报告》（以下简称《调研报告》）课题。该课题的中标，标志京都所在“一带一路”的法律服务方面走在了全国律所的前列，也标志着京都所在“国际化、综合化、专业化”道路上迈出了坚实的一步。

韩良律师

肖树伟律师

《北京律师为“一带一路”项目提供法律服务的调研报告》旨在帮助北京律师了解“一带一路”的提出背景和战略框架设计，了解政府、企业参与“一带一路”项目的法律服务需求和将面临法律风险，以及律师如何为参与“一带一路”建设的政府企业提供法律服务等。

2012年，京都创办了国内首家非洲法律事务中心，加速了“走出去”法律服务的进程。2013年底，京都金融律师团队成功中标北京律师协会《非洲各国国别投资流程及法律风险调研》课题， 负责非洲22国投资指南的编制工作，该课题受到了北京律协及司法局领导的高度肯定。非洲课题完成后，京都金融团队在此基础上，又出版了《非洲商事法律制度精析》一书，努力做到理论与实践相结合。

与此同时，京都大力开展“走出去”律师团队建设，在原英语律师团队的基础上，京都建立了俄语、韩语、日语等多国语言律师团队，同时多次举办“走出去”研讨会并与多国驻华使馆保持密切联系。京都“走出去”法律业务也蓬勃开展起来。

京都律师事务所为该调研项目组织了超强明星团队：项目负责人韩良与肖树伟律师是京都律师事务所涉外金融法律业务的核心。韩良博士是京都律师事务所金融业务部总监，作为商法教授、律师，韩良律师在“走出去”金融业务领域有深入研究，共独著和主编法学著作8部，发表学术论文40余篇，曾主持几十项投融资法律业务，是在金融法律理论研究与法律实践均有建树的专家型律师，也是团队的专家律师及顾问。肖树伟律师是涉外业务部和非洲法律事务中心合伙人，1989年开始从事律师工作，期间受全国律师协会的委派，曾在香港律师事务所工作；肖树伟律师担任了多家中央和地方大型企业的法律顾问，累了丰富的为当事人提供法律服务的经验；肖树伟律师精通英语，擅长从事国际贸易及投资法律事务，曾成功代理了数起国际经济贸易投资纠纷仲裁案等。团队成员还包括：涉外法律业务专家、韩国业务团队主管金燕博士，刑法学专家、刑诉部合伙人邹佳铭博士，金融法专家董新义博士，金融部合伙人柏高原博士、资深律师郁璇博士、丛彦国博士等人。团队15名成员中8名具有博士（后）学历，并且在“走出去”法律业务领域具有丰富经验和出色成绩。

通过《北京律师为“一带一路”项目提供法律服务的调研报告》项目，京都律师事务所将充分发挥在金融与涉外法律业务两大领域的经验与特长，为北京律师服务“一带一路”项目提供优秀的研究报告，同时也为京都律师事务所在“走出去”金融以及其它法律业务的发展奠定更坚实的业务基础。

业　务

京都律师事务所为安徽和正农牧股份有限公司在全国中小企业股份转让系统成功挂牌提供法律服务

2015年12月18日，安徽和正农牧股份有限公司（证券代码：835299）在全国中小企业股份转让系统成功挂牌。

京都律师事务所钟延红律师、高文晓律师、安璟律师及孙小云律师组成的律师团队为安徽和正农牧股份有限公司在全国中小企业股份转让系统挂牌提供了全程的法律服务。本团队勤勉尽责，对公司挂牌的主体资格、股权结构是否清晰、公司的治理机制及经营活动是否合法合规、是否存在其它潜在的法律风险等问题进行详尽的法律尽职调查并出具了相应的法律意见书。安徽和正农牧股份有限公司是由安徽和正种鸭有限公司整体改制而来，成立于2012年6月，是一家专业的种禽饲养、孵化与销售企业，主营业务为樱桃谷超级鸭SM3型父母代种鸭饲养、育种、孵化和鸭苗的销售。该公司经过两年多的发展，坚持走出了一条孵化、养殖、生产、销售一体的产业化道路。该团队同时还为湖北鸣利来冶金机械股份有限公司（证券代码：833107）及湖北兴和电力新材料股份有限公司（证券代码：830988）在全国中小企业股 份转让系统挂牌和湖北兴和电力新材料股份有限公司的定向增发业务提供全程法律服务，京都律师在资本市场的法律服务中凭借专业的团队、丰富的经验及敬业的精神赢得了 一次又一次的成功。

钟延红律师

高文晓律师

安璟律师

孙小云律师

京都律师事务所金燕律师代理《来自星星的你》朴海镇广告纠纷案胜诉

3年前，韩国当红明星朴海镇(《来自星星的你》中的男二号演员)所在的W.M COMPANY株式会社与广州一家服装公司签订了广告代言合同，由朴海镇代言该服装公司品牌。但在履约过程中，双方发生纠纷。2015年10月19日，这宗广告合同纠纷二审案在广州中院公开审理，法庭当庭宣判，驳回服装公司上诉，维持原判，由服装公司支付韩国公司违约金81.9万元。

案情简介：

2012年9月17日，W.M COMPANY 株式会社与广州市某服装有限公司(以下简称服装公司)签订《广告代言合同书》，约定由W.M COMPANY 株式会社所属艺人朴海镇代言该公司男装服装品牌。

但在合同履行到后期时，服装公司消极的对待合同履行，无理由不安排广告拍摄行程且迟迟不支付合同尾款。W.M COMPANY 株式会社将该服装有限公司诉至法院，请求其支付合同尾款以及利息和违约金，并立即停用朴海镇代言的所有产品。

该服装公司则提起反诉，其认为，朴海镇在合同期内代言其他服装品牌违约在先，请求判令W.M COMPANY 株式会社支付违约金。

该案由广州市增城区法院进行一审审理，金燕律师作为W.M COMPANY 株式会社代理人出庭。在一审两次庭审中，双方围绕争议焦点展开有关合同解释、法律规定及行业管理等方面的辩论。

法院认为，该案中服装公司的行为构成违约，对合同不能继续履行负全部责任，判令广州某服装公司向W.M COMPANY 株式会社支付违约金81.9万元， 立即停止使用W.M COMPANY 株式会社的艺人朴海镇代言该公司服装品牌的所有产品，同时驳回广州万纯公司的全部反诉请求。

一审宣判后，服装公司不服，向广州市中院提出上诉。

二审当庭维持原判

10月19日下午，该案在广州中院二审开庭。审判长舒扬归纳了三个争议焦点：第一，朴海镇在合同期内代言其

业 务

他服装品牌是否构成违约？第二，朴海镇未进行最后一次广告拍摄的违约方是谁？第三，广州某服装公司未按约定提前10天支付最后一期合同款是否构成违约？

合议庭在全面听取诉辩双方意见的基础上，经过合议当庭作出判决。二审最后判定，维持原判。

案件当庭宣判后，W.M COMPANY 株式会社代理人，京都律师事务所合伙人金燕律师表示，法院充分尊重当事人的合同约定，尊重商业交易规则，体现了判决的公平与公正，“合议庭三位成员都有很高的专业水准，法庭能够当庭判决，极大地节省了诉讼成本，感到很高兴。”

朴海镇代言韩国品牌不算违约

对于第一个焦点，合议庭认为，依据双方签订的《广告代言合同书》约定，朴海镇对于“西元前”品牌的实质代言范围仅为中国内地。虽然朴海镇在合同有效期内代言了其他服装品牌，但该品牌是韩国的品牌，且代言区域仅限于韩国，并不违反合同约定，现亦无证据表明朴海镇代理韩国品牌对涉诉品牌服装的推广销售产生了影响。因此，该服装公司关于朴海镇代言其他服装品牌构成违约的主张没有依据，法院不予支持。

服装公司未付合同款构成违约

对于第二、第三个焦点，二审法院认为，W.M COMPANY 株式会社依据合同约定向服装公司发出书面的合同履行促进书，而该公司仍未安排时间拍摄最后一次平面广告及支付酬金，已构成违约。因此，服装公司的上诉主张缺乏事实及法律依据，二审当庭驳回上诉，维持原判。

朱勇辉、聂素芳律师办理的
陈某涉嫌非法吸收公众存款罪一案二审改判：大幅减刑

2015年10月20日，京都律师事务所朱勇辉、聂素芳律师办理的陈某涉嫌非法吸收公众存款罪一案二审宣判，上诉人陈某的刑期从一审的两年改判为六个月（有期徒刑的最短刑期，亦是上诉人的羁押期），罚金也从一审的5万元减为2万元（罚金刑的最低金额）。

上诉人陈某，系一家收藏公司的管理人员，因公司在经营过程中涉嫌变相吸收公众存款300余万元，陈某作为管理人员以个人犯罪被追究刑责。陈某一审被判处两年有期徒刑，并处罚金5万元，并被判令继续退赔被害人经济损失160余万元。

2015年7月，京都律师事务所朱勇辉、聂素芳律师接受委托，担任陈某涉嫌非法吸收公众存款一案二审阶段的辩护人。从案件本身来看，一审判决在认定陈某具有自首情节的基础上已经对其减轻处罚，且当事人本人对事实总体经过及定性争议也并不大，只是希望能争取缓刑。因此，可以说，本案的辩护空间事实上并不大。

朱勇辉律师　　聂素芳律师

但尽管如此，为了能够达到当事人期望的辩护效果，辩护人与承办法官就案件的量刑情节反复沟通，并通过多次会见、详细阅卷，从细节上寻找突破口，同时对当事人陈述的一些案件细节调查取证，减少了退赔金额，不断寻找并创造辩护空间。最终，由于辩护人调取到了部分新的证据，且家属配合继续退赔了部分款项，二审得以开庭审理。辩护人在庭审中充分阐述了诸多新的辩护观点，包括本案应属单位犯罪、部分款项上诉人不应担责等等，提出了一审判决某些细节事实认定上的错误，并且引用二审开庭前两天才颁布的最新司法解释，充分利用退赔情节，建议二审法院对上诉人判处缓刑或按照羁押期判处实刑。

最终，二审法院采纳了辩护人的大部分观点，在上诉人已经被羁押近六个月的情况下，改判上诉人有期徒刑六个月，罚金也从一审的5万元减为2万元。

虽然只是一个辩护空间并不大的二审案件，但通过辩护人的充分有效辩护以及与法官的积极、充分、有效的沟通，充分利用各量刑情节，最终取得了良好的辩护效果，律师的工作及案件结果也得到了当事人本人及家属的充分肯定。

业 务

京都律师事务所周振国、董宇琼律师为江西美凯宝挂牌新三板提供法律服务

2015年12月30日，京都律师事务所客户江西美凯宝科技股份有限公司（证券简称：美凯宝 证券代码：835214）通过协议转让的方式在全国股转系统挂牌公开转让。

美凯宝成立于2009年4月10日，注册资本为4600万人民币，核心业务是为各行业提供专业化的包装服务，主要产品是包装用纸板、纸箱、彩箱、金属听罐等，同时向客户提供整体包装服务解决方案。美凯宝突破以往印刷企业的传统纯加工以及技术应用模式，推出了应用于自动高速包装的各种金属包装和纸质包装产品，以及应用于防伪功能的多项技术，并注重包装产品服务的延伸，从而满足客户对各类包装的要求。

本所律师周振国律师、董宇琼律师担任本次挂牌项目的专项法律顾问，为美凯宝股份顺利通过审核提供了全面的法律服务。

京都律师事务所柳波律师办理
国家能源局副司长魏鹏远受贿、巨额财产来源不明案开庭

京都律师事务所柳波律师办理的国家能源局副司长魏鹏远受贿、巨额财产来源不明一案，于2005年12月29日在河北省保定市中级人民法院开庭审理。据媒体报道，魏鹏远被带走调查时，办案人员从其家中搜查发现现金21170余万元，另有13109余万元财产不能说明来源，是新中国成立以来检察机关一次起获赃款现金数额最大的案件。

根据保定市中级法院微博：“河北省保定市人民检察院认为，被告人魏鹏远身为国家工作人员，利用职务之便，为他人谋取利益，非法接受他人财物，折合人民币21170余万元，数额特别巨大；魏鹏远个人及其家庭财产、支出明显超过其合法收入，尚有13109余万元的财产不能说明来源差额特别巨大，其行为触犯了《中国人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百九十五条第一款之规定，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以受贿罪、巨额财产来源不明罪追究其刑事责任。魏鹏远辩解：其对起诉书指控的犯罪未提出异议，但认为其犯罪行为未给国家和人民利益造成重大损失。辩护人柳波律师的主要辩护意见是：辩护人对公诉机关指控魏鹏远构成受贿罪、巨额财产来源不明罪不持异议。关于受贿罪部分，辩护人认为，公诉机关指控的部分受贿罪事实事实不清、证据不足，不符合受贿罪的构成要件，指控不能认定。辩护人认为魏鹏远具有以下从轻情节：魏鹏远具有自首情节、认罪态度好，真诚悔罪、积极退赃，避免和减少损害结果的发生，没有给国家造成损失，将社会危害性降到最低等从宽处罚情节，应对魏鹏远做出最大幅度的减轻处罚。”

据北青报报道：“对于具体案情和辩护情况，辩护人柳波律师称暂时不方便透露。另外，对于此前报道的‘为清点魏鹏远家中现金，烧坏四台验钞机’的新闻，柳波律师也予以了否认，认为没有证据可以证明该事实。”

魏鹏远辩护律师为京都律师事务所柳波。柳波律师，毕业于中国政法大学刑法学专业，获法学硕士学位；兼任中国政法大学语言与证据研究中心研究员、中国政法大学刑事司法研究中心研究员、北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长；专注于职务犯罪、经济犯罪、财产犯罪类刑事案件的辩护。柳波律师办理的比较典型和有影响的刑事案件有：河南梁某某被控合同诈骗2亿余元无罪案，山东刘某某被控受贿、滥用职权无罪案，北京朱某某涉嫌诈骗1900余万被不起诉案，全国手机走私第一大案——珠海黄晓凯被控走私普通货物案(涉案金额78亿余元)，广东许某某被控组织领导黑社会组织等罪案（一审开庭第一时长——连续两个多月），郭某某被控危险驾驶案(北京市法院系统审理的第一起醉驾案)，张某某涉嫌诈骗被不起诉案，陕西某法院原院长何某某受贿案，广东某看守所原所长王某某受贿案等等。

业　务

京都白冬瓢律师担任厦门银润投资股份有限公司非公开发行募集资金收购学大教育的专项法律顾问

近日,京都律师事务所合伙人白冬瓢带领的律师团队担任了厦门银润投资股份有限公司（以下简称“银润投资”，股票代码：000526）非公开发行募集资金收购学大教育的专项法律顾问。

本项目有三大亮点：一是开创了境外上市公司私有化退市的同时直接回归境内A股市场的先例，对此前通行的境外上市公司先私有化退市再在境内进行IPO或者借壳上市的模式，创新了新的回归模式。二是，本项目创造了VIE架构拆除的同时直接回归A股市场的先例，在收购协议生效的同时拆除VIE架构。对此前通行的VIE架构先拆除然后再通过IPO或者借壳上市的模式，开启了VIE 架构模式拆除同时上市的新模式。三是，在国家鼓励民办教育并修订《民办教育促进法》的大背景下，创新了民办教育类公司在国内A股市场上市模式。

京都白冬瓢律师担任同方国芯电子股份有限公司非公开发行募集资金专项法律顾问

近日,京都律师事务所合伙人白冬瓢带领的律师团队担任了同方国芯电子股份有限公司（以下简称“同方国芯”，股票代码：002049）非公开发行募集800亿资金，暨收购同行业领先的台湾地区上市公司力成公司的专项法律顾问。

本项目特点：一是募集资金体量巨大。同方国芯净资产约30亿，市值200亿，本次非公开募集资金达800亿元，规模仅次于中国平安最终未能成行的1600亿元公开再融资。二是，台湾力成科技股份有限公司（以下简称“台湾力成”）是全球第五大封测厂商，在该领域具有领先地位，并在台湾证交所和美国纳斯达克两地上市。

此次收购完成后，同方国芯将成为台湾力成的第一大股东，并取得一个董事席位，本次交易不仅加强了国芯与上下游行业合作，更开启了两岸IC 行业的强强合作模式。三是此次募集800亿，除收购台湾力成以及其他上下游芯片公司的相关股权外，还将用于投资新建存储芯片工厂，将使得国芯在IC 领域跨越式发展进入国际前列，并将有力推动我集成电路行业的发展和壮大。

荣　誉

京都律师事务所荣获“中国法学会团体会员单位”称号

2015年12月4日，京都律师事务所获邀参加”中国法学会团体会员授牌仪式暨座谈会“，会上获颁”中国法学会团体会员单位“证书，中国仅三家律所荣获该称号。京都律师事务所主任曹树昌律师代表京都律师事务所领取了证书。

荣　誉

京都所荣获“2015中国中小企业首选服务商”称号

2015年10月17日至18日，由工信部中国中小企业发展促进中心、中国中小企业国际合作协会等单位联合主办的“2015中国中小企业服务创新与发展大会暨苏州吴中·太湖经贸合作洽谈会”在江苏省苏州市吴中区太湖国际会议中心召开，北京市京都律师事务所在“2015中国中小企业服务创新与发展大会”上再次荣获“2015中小企业首选服务商”称号。

李波律师作为北京市京都律师事务所的代表同时作为中小企业法律服务机构的代表出席会议，领取了证书。

京都所一直致力为广大中小企业提供优质、专业、综合的法律服务。京都所关键律师、李波律师、袁长夫律师、宋刚明律师一直与工信部中国中小企业发展促进中心、中国中小企业国际合作协会保持联系和沟通，共同通过法律服务和社会活动努力在国家中小企业管理服务平台上树立起中小企业首选法律服务商——北京市京都律师事务所的品牌与形象。

本次会议，全国中小企业服务联盟成员单位、各类中小企业服务机构、海内外客商、当地龙头企业负责人以及媒体记者等800余人参加了本次会议。

中国中小企业国际合作协会会长郑斯林，工业和信息化部原党组成员、总工程师朱宏任，工业和信息化部中小企业局局长郑昕，工业和信息化部中小企业局副巡视员韦向群，中国中小企业发展促进中心主任、中国中小企业国际合作协会秘书长秦志辉，中国中小企业发展促进中心副主任张晓峰，江苏省苏州市人民政府市长周乃翔，中共江苏省苏州市吴中区委书记俞杏楠，江苏省苏州市吴中区人民政府区长金洁出席会议。

张启明律师被聘请为中国传媒大学法律硕士课程教师

2015年10月15日，京都律所张启明律师被聘请为中国传媒大学文法学部的授课教师，先后多次赴该校为法律硕士班授课。张启明授课内容为经济犯罪、贪污贿赂犯罪和渎职犯罪，他结合自己的司法机关的办案经历，讲解了这些案件的犯罪构成、特点，控方指控的思路和技巧；他又从辩方的角度，为同学们讲解了这类案件的破解关键和辩护技巧。根据刑法规定和法学理论，运用案例教学的方式，紧密联系司法实务，全方位剖析了刑法这三章犯罪的重点罪名。

此外，张启明律师还结合办案经历，在中国传媒大学进行专题讲座，并担任模拟法庭大赛兼职教练。

京都王丹律师担任某涉外刑事案件辩护人获人民法院和市司法局表彰

北京市第四中级人民法院受理的哥伦比亚籍被告人赫某某涉嫌走私毒品罪一审案件，由北京海关缉私局侦查终结、北京市人民检察院第四分院提起公诉，由于案情重大，我所组建了由王丹律师担任出庭辩护人，王九川律师担任业务指导，褚轶、张启明从事辅助工作的专业法律服务团队。团队为被告人专门聘请了西班牙语翻译，尽职完成了查阅案卷、会见在押被告人、调查取证、案件研讨、法庭庭审、判后答疑等各项工作，哥伦比亚驻华使馆外交人员旁听了案件的庭审活动，近期该案已处理终结。该案件是北京市人民检察院第四分院、北京市第四中级人民法院成立以来受理的首起涉外刑事案件。

被告人对京都律师的辩护工作非常满意，同时由于王丹律师恪尽职守、充分履职受到了北京市第四中级人民法院和北京市司法局的表彰。

活　动

京都律师事务所合伙人梁雅丽律师、李秀娟律师受邀出席第五届法律、语言、话语国际会议

2015年9月27日，第五届法律、语言、话语国际会议在瑞典厄勒布鲁大学（Örebro University）盛大召开。京都律师事务所合伙人、“京都刑辩八杰”之一的梁雅丽律师，受邀出席了此次国际性学术会议，并以《对中国“证据开示”试点的观察与思考》为题发表了英文演讲；京都律师事务所合伙人李秀娟也应邀出席了此次国际性学术会议并发表了题为《论刑事讯问中言语沟通对法律公正与效率的影响》的演讲。

本届会议主题为“法律环境中的沟通与公正”，有来自十多个国家和地区，国内多个省份、中外50余所高校、科研院所及实务部门的100余名中外代表参加，研究视野覆盖了亚洲、欧洲、北美、中东的广大区域。与会者代表了各自国家在法律语言学界研究的前沿力量，无论是研究视角、研究背景、研究者身份都十分多元，不仅有语言学家、法学家，还有跨学科研究的法学、政治学、社会学学者，也有国内外知名律所的大律师等等，无疑是云集了中外法学、法律语言学、法律翻译学界知名专家和学者的一次盛会。

本届会议围绕“法律环境中的沟通与公正”这一主题，就法庭修辞学、公正审判以及程序中的沟通与公正、诉讼调解沟通与公正、诉前沟通与公正、儿童、弱势群体、性别与法律环境中的沟通与公正等十余项话题开展了三场主题发言、十场大会发言、三十一场分会场讨论以及一场圆桌会议，就上述议题展开了深入的讨论。

梁雅丽律师在现场演讲

梁雅丽律师以《对中国“证据开示”试点的观察与思考》为题发表了英语演讲。随着1996年刑事诉讼法的修改，中国各地出现了刑事“证据开示”试点，梁雅丽律师向与会学者介绍了2003年北京市海淀区检察院便制定了《证据开示规则》（“海检模式”）及2004年底出现的寿光模式(以法官助理主持下的证据开始试点)。

梁雅丽律师认为，规范而严谨的庭前“证据开示”的确具有可取之处。“证据开示”的优点主要包括两个方面：首先，能够保障犯罪嫌疑人、被告人对指控证据等信息的知情权，而知情权的实现又为其在庭审中有效地行使质证权和辩护权提供了有利条件。其次，在我国法律对犯罪嫌疑人、被告人与其辩护律师就证据信息交流的方式和范围等无明确规定的情况下，“证据开示”为其交流证据等信息提供了一个相对透明而安全的环境，这对于处在目前司法环境下的辩护律师来说，可以有效地避免涉嫌证据犯罪的职业风险。

梁雅丽律师与美国专家、瑞士及日本学者参加程序与公正主题讨论

活　动

李秀娟律师在现场演讲

与会专家合影

认为，刑事讯问中，言语沟通的结果对刑事法律能否公正和有效实施具有重要意义。因此，在刑事讯问过程中，应巧妙运用言语沟通的艺术，将言语沟通的艺术与言语沟通的合法性相结合，才能既保障法律公正又最大化的提升法律效率。

梁雅丽和李秀娟两位京都律师的精彩演讲，展示了京都律师及中国律师的风采，受到与会多国学者的好评及关注。

质证权，从而更好地保护被告人和犯罪嫌疑人的权利。”

李秀娟律师在参与分会场讨论的的发言题目为《论刑事讯问中言语沟通对法律公正与效率的影响》。李秀娟律师

京都律师事务所名誉主任田文昌参加中国案例法学研究会2015年年会

11月15日，由中国案例法学研究会主办的“中国案例法学研究会2015年年会暨‘具体法治：个案公正与司法改革’研讨会”在京举行。来自最高人民法院、最高人民检察院、以及北京大学、清华大学等单位的专家学者及律师代表参加了研讨会。京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师参加了会议。

北京市京都律师事务所主任田文昌提出，个案公正应当作为衡量司法公正的一个标准、一个界限。而个案公正要想实现必须回归到审判中心主义的诉讼模式上来：从卷审转向庭审是审判中心的基础；独立审判是实现审判中心主义的前提；阳光司法是审判中心主义的必由之路。阳光司法要求实现媒体、舆论对司法的有效监督。

此次年会聚焦“个案公正与司法改革”,并细化为“司法改革宏观思路研判”“司法改革措施与技术分析”“司法改革与个案研讨”“司法改革与案例指导制度”等具体议题展开研讨,有助于顺利推进评估工作。年会充分肯定十八届三中、四中全会所确立的通过个案公正实现公正、高效和权威的司法体系的司改方向,并对当前推行司法改革措施展开了热议。

活　动

京都律师事务所合伙人瞿丽红律师为中国光大银行北京分行做法律培训

2015年10月23日，京都律师事务所合伙人瞿丽红律师受中国光大银行北京分行邀请，为北京各支行行长、部门主要负责人以及因场地限制未能到场的各支行理财经理、部门经理进行了一场以“新形势、新规定下的银行员工私售行为的法律风险解析”为主题的视频讲座培训。

作为北京仲裁委员会仲裁员和金融领域的资深律师，瞿律师在紧张忙碌的工作之余将自己办理的委托理财案件进行归纳总结，认真准备讲座材料，从私募投资基金的理论知识入手，中间穿插各种生动鲜活的法院判例和仲裁案件，并结合《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》、《私募投资基金监督管理暂行办法》等新近法律动态，就银行销售、私售理财产品（“银行飞单”）的问题为光大银行北京分行的广大员工带来了一场丰富的精神盛宴，同时瞿律师还热情解答了现场听众的提问。此次讲座受到了光大银行与会人员的广泛赞誉。

京都大连分所《ppp项目法律服务研究》内部研讨会顺利举行

2015年11月13日下午，京都大连分所举办了关于《ppp项目法律服务研究》的内部研讨会，本次研讨会由京都大连分所主任华洋律师牵头发起，华洋律师多年来一直致力于政府法律服务项目的研究，长年为政府提供重大项目审查、合同起草等法律服务，参与政府特许经营（BOT）、基础设施BT等专项法律服务工作，并代理政府多起重大行政及经济诉讼案件，在行业界具有一定的影响。

研讨会开始华洋主任首先对PPP业务模式做了简单介绍，重点指出了PPP业务的研究意义，他指出京都大连分所作为大连市政府的法律顾问，通过长年的政府法律服务经验深刻感知到资源的汲取与分配应该以高效率的方式进行。政府负责政策制定与规划，而将政策执行落实于民间社区或私营部门，这样不仅可以减轻政府长久以来的财政负担，又可将社区及民众力量引入公共服务的进程当中，以强化公民意识与社会认同感，同时提高了资源使用效能和建设、运营效率。因此，在现代化社会的发展进程中，PPP的研究具有现实积极的意义。发展PPP模式对于现代社会来讲意义重大，不但可以更好的将民间资本和政府工作结合起来，推动社会事业建设。同时PPP模式的出现，还可以帮助政府进一步改善缓解财政压力，制定出更加符合时代发展的规划，促进国家整体进步。当然同样不能忽视PPP模式的兴起是近几年的事，此模式目前还尚未成熟，存在着诸多的不足，尤其是对PPP项目风险的研究还不够，PPP风险究竟有多大，此模式还有哪些劣势等都有待进一步研究。随后李姗律师针对《财政部关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知财金〔2014〕156号》文件做了重点介绍。

研讨会上各领域律师针对各自的专长发表了意见，通过这样的交流学习，将进一步促进大连分所的专业化发展，作为一个综合性业务的律所，我们拥有各领域的专业精英，秉承团队协作精神开拓最新业务领域。我们欢迎对此项目感兴趣的各界人士一起参与研究讨论，我们也在全力完善该领域的法律服务体系，为有需求的客户打造PPP全程法律服务模式。

司改终极目标
实现依法独立行使审判权

■ 吴立伟 / 文

司法公正，作为法治社会的重要标志，早已为我们所重视。目前进行的司法改革，其终极目标亦应该是实现司法公正，进而实现社会的公平正义。

回首一年司改进程

一年来，我们欣喜地感受着人民法院司法改革的各项重大举措。欣喜在于，我们通过这些举措，看到了人民法院追求司法公正的决心，看到了实现社会公平正义的希望。但是，我们也应明晰，建设法治社会、实现社会的公平正义不是一蹴而就的，也不是仅仅通过人民法院的改革就能完成和实现的。这是一个庞大的、复杂的、系统的社会工程，需要由包括但不限于司法机关在内的整个社会的职能部门各司其职、各自约束、不怠责、不滥权才可能实现。

从这个角度说，在能否实现司法公正上，人民法院只是整个司法程序中的一个环节。但由于它是最后一个环节，因此我们就当然地认为这一环节对于能否最终实现司法公正至关重要，这里笔者称之为“最后一道防火墙”。

回首近一年来法院的发展历程，变化不可谓不大

如今，人民法院已完成了立案登记制改革。这一制度的确立，保证了人民群众能依法充分行使诉讼权，更便捷地通

独立审判是一项为现代法治国家普遍承认和确立的基本法律准则。我国《宪法》《人民法院组织法》等也都明确规定。

过法律途径解决纠纷。这对于增强人民群众对法律的信仰，强化人们的法治观念，提高法律意识等都大有裨益，这也会大大提升我们国家法律的地位。

同时，由于有了便捷、顺畅的诉讼渠道，人们能够通过诉讼解决纠纷，而不是选择法外其他包括违法手段在内的途径，这就会减少由于纠纷不能依法得到解决而激化矛盾，促进了社会的和谐与安定。设立了巡回法庭和跨行政区划法院，这对于方便巡回法庭所辖区域内当事人进行诉讼，避免由于当地各方面因素干扰影响司法公正等起到了一定的作用。这项制度应进一步探索和完善，条件成熟时予以推广。

通过加强审判流程、裁判文书、执行信息公开平台建设，运用信息化手段构建阳光司法机制，使司法更加公开。将司法最大限度地置于公众的了解和监督之下，一方面增强了通过司法活动进行的法制宣传教育，另一方面也使司法机关及其工作人员更加自律，更加规范司法行为，正确适用法律。

正在进行的人民陪审员制度改革试点，是司法民主的必要措施，也是置司法活动于人民监督的一个途径。我们应当在参审案件范围、参审模式、参审人民陪审员的抽选机制、人民陪审员参审意见的采纳、人民陪审员选任及素质培训等方面更积极地去探索和完善。同时，一定要注意避免人民陪审员受聘于人民法院，即服务于人民法院，按照法官或法院的意志参与案件。否则，人民陪审员制度就会流于形式，即“陪而不审”。

身为律师，在司法实践中已经开始感受到，人民法院的司法活动已经向着更加法治化、规范化的方向发展，一些问题已经得到纠正和解决。比如，庭审时被告人不再穿囚服、戴戒具；被告人当庭翻供时，已很少被法官以“注意认罪态度”来呵斥；律师庭审质证及法庭辩论时，除确系时间关系外，很少被打断或制止，使得辩护律师能够充分行使质证权和辩护权，等等。这些都说明，我们的司法越来越注重人权，越来越注重律师的作用，我们国家正在向司法文明发展，也使我们看到了国家文明的希望，因为司法文明是国家文明的重要标志。

此外，人民法院强调和采取了一定的必要制度和措施，最大限度地防止或减少其他法外因素对司法活动的干扰。这些工作和努力，说到底就是为了最终实现真正的独立审判。

重点推进独立行使审判权

作为一名刑辩律师，我想从执业近三十年的体验出发，试探讨独立审判对司法公正的重要性，以及存在的问题和解决途径。

独立审判是一项为现代法治国家普遍承认和确立的基本法律准则。我国《宪法》《人民法院组织法》等也都明确规定：“人民法院依照法律独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人干涉。”之所以规定和强调独立审判，就是为了使人民法院作为独立的、能够依法充分表达自己意志裁判者，客观、公正地去裁判，从而最终实现社会公平正义。

发生冤假错案，出现司法不公，虽然从程序和环节来看，最终责任人是人民法院，但根源不在于此。根本原因在于，我国法律确立的独立审判的法律原则没有真正得到落实和实现。有太多的因素干扰、甚至左右人民法院依法处理案件。笔者认为，要实现真正的独立审判，必须正确对待和处理好以下几方面的因素：

行政机关、社会团体和个人的干预甚至强制。

这一行为显然违法，尤其是不顾我们目前对这种行为的严令禁止，其恶愈彰。这是导致人民法院不能独立审判的最主要因素，一定要排除。解决这个问题的法律、制度已经有了，但问题仍然存在，有的甚至仍很严重。关键在于，要让那些干预司法的主体明确法律是最高意志，确立一个“尚法不唯权”的法治观念。

媒体舆论对人民法院处理案件的影响。

新闻媒体作为对司法活动的监督手段之一，这是必要的，本人不持异议。关键在于人民法院如何正确对待舆论监督。之所以有些案件由于媒体的关注或过度报道，出现失衡，应客观从媒体和法院两个方面来分析原因。从媒体方面说，由于只是了解案件的表象，难免出现报道失实乃至观点偏颇。从法院方面讲，有时为了顺应媒体及舆论的导向，作出了不适当裁判。个人以为，人民法院审理案件，就应该只尊重事实和法律。否则，受损的是我们人民法院的形象，是国家法律的威严。

过于顺从“民意”。

这里的民意我之所以加了引号，是因为某些案件所顺应的民意，不过是与案件有利害关系的一些人或群体，以及部分公众从情感而非理性、从道德而非法律的角度去看待案件所产生的意志和情绪，不能代表真正的民意。事实上，只有依法裁判，才是真正的顺从民意。

司法机关之间的监督制约机制不合理。

我国《刑事诉讼法》规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”这一原则和制度是必要和可行的，如果真正得以实现，一切案件都会在良好的司法机制下运行。但遗憾的是，由于在权利分配、运行模式等方面存在不科学甚至是有违立法初衷的情形，以至于这一原则在实践中形成了配合有余而制约不足之势。尤其是人民法院，在整个司法过程中，似乎成为了弱势群体。之所以出现这种局面，有但不限于如下原因：

从思想根源上找原因，就是我们的司法机关及司法人员，没用真正地贯彻无罪推定原则，失去了这一原则的指导和约束。

此外，各司法机关的权力分配不科学、不均衡，也是导致人民法院不能真正独立行使审判权的重要因素。有的地方公安机关负责人由地方政府副职兼任，有的由政法委书记兼任。尤其涉及重大疑难案件时，即使公安机关错了，后面的两个环节纠正也存在困难。再有，有时检察长和公诉人还要参加法院审委会讨论并作决定性发言，这就使人民法院很难作出有违起诉书的判决，独立审判也就无从谈起。要解决这个问题，就必须让公诉机关与审判机关权力均衡，公诉机关只享有与被告人及其辩护人的上诉权对等的抗诉权，别无他权。这样，即使人民法院作出了有违起诉书的无罪、罪轻判决，公诉机关除了提出抗诉以外，别无他法，人民法院才可能真正独立行使审判权。干扰和制约人民法院独立行使审判权的因素林林总总，这里只是就其中一部分谈谈粗浅的看法。不论有哪些因素影响，要想真正实现独立审判，除了科学合理的制度以外，更重要的是要贯彻“法律至上”、“疑罪从无”等正确的理念。否则，再好的制度都可能难以发挥效用。

吴立伟律师简介

京都律师事务所合伙人。1987年开始从事律师工作，经办了职务犯罪、经济类犯罪、涉黑犯罪、毒品犯罪、其他普通刑事犯罪等大量案件。吴立伟律师曾在某高校执教，副教授职称，主讲刑法、刑诉法，有扎实的理论和丰富的实践经验。吴立伟律师入选了中华全国律师协会主办的中国律师年鉴——2014年度优秀刑辩律师。

中小企业法律服务新思维

创新中小企业法律微服务 深耕企业法律服务大市场

■ 李波 / 文

中小企业作为当前国民经济中活跃的一支力量，在满足社会需求、增加就业、促进创新、调整结构等方面正发挥着日益重要的作用。一方面，国家先后出台了一系列促进中小企业发展的法律法规，政府部门也制定了相应的扶持政策，为其快速发展奠定了基石；另一方面，在国家经济发展速度放缓的现实背景下，产业结构调整升级势在必行，国际化竞争趋势日渐显现，中小企业发展之路注定了不平坦。因此，如何把握“机遇”，同时控制“风险”已成为当前中小企业发展过程中关键词。北京市京都律师事务所积极顺应时代趋势，整合资源优势积极融入中小企业发展棋局，积极创新适合中小企业市场需求的法律微服务，并在中国中小企业国际合作协会、工业和信息化部中小企业发展促进中心等各有关协会的支持协助下，入选中小企业协会首选服务商名单，在中小企业法律服务市场树立品牌，助力中心企业发展腾飞。

李波律师简介

京都律师事务所合伙人，从事法律工作十二年，主要承接疑难复杂民事、商事案件，政府法律顾问、企业法律顾问业务。先后为央企、外企、金融机构、政府机构提供专项法律服务或常年法律顾问服务。

一、中小企业处于“机遇”与“风险”并存的外部环境

随着政府对中小企业扶持政策的逐步健全完善，中小企业在创业、融资、财税、市场、服务等方面享有突出的政策优势，面临前所未有的“机遇”，同时中小企业所受到产业布局变化和国际化竞争所导致的“风险”也不容小觑。

（一）国家扶持中小企业的法律政策体系日趋完善

2003年《中华人民共和国中小企业促进法》颁布实施后，国务院又制定了《关于进一步促进中小企业发展的若干意见》，提出了若干具体的扶持方案，并为各地方制定相应的扶持政策指明了目标和方向。近年来，国务院相关部门及地方政府因地制宜不断落实积极扶持、加强引导、完善服务、依法规范、保障权益的方针，因地制宜制定大量的地方性法规、部门规章，相关法律体系和政策体系不断完善。“十一五”、“十二五”规划纲要连续提出了实施“中小企业成长工程”，可以预想编制中的“十三五”规划纲要将进一步丰富扶持政策、拓宽服务平台，强化组织协调，完善法律政策体系。在这一顶层设计下，中小企业必将获得更加多元化、个性化、专业化的法律政策支持。

（二）“一带一路”战略辐射下的国际化进程加速

2013年中共中央提出“一带一路”战略构想并作为政府重点工作，这一战略布局将成为中小企业走向国际市场，参与到国际竞争与合作的重要契机。中小企业可以借助经营灵

“十一五”、“十二五”规划纲要连续提出了实施“中小企业成长工程”，可以预想编制中的“十三五”规划纲要将进一步丰富扶持政策、拓宽服务平台，强化组织协调，完善法律政策体系。

活的优势，突破地域限制，不失时机地实施“走出去”的策略，同时对接国际市场，发展外向型经济。但是，不可忽略的是在竞争国际化不断深化的同时，中小企业规模小、竞争力弱，抵御国际市场风险的能力较差的弱势也将被放大，尤其需要运用法律保障自身合法权益，防范和抵御各类风险。

（三）产业、资源结构整合及“互联网+”的推进

当前我国经济总体发展速度放缓已经成为既定事实，在调整优化产业结构深层次矛盾的语境和目标下，一些依靠劳动力优势、价格优势、土地资源优势发展的传统中小企业将首先受到冲击，用工成本的增加、产品质量的升级，环保标准的提高将使得中小企业必须研发适应市场需求的新产品，增加商品附加值，同时向科技要质量，向管理要效率，改变产品结构雷同，缺乏特色，发展方式粗放，效率低下的现状。中小企业必须适应新环境、新变化，把握市场规律和趋势，尤其是当前信息化、网络化的趋势，借助“互联网+”模式的革新变化，抓住机遇实现转型升级，也将成为中小企业必须经历的一次革新。

二、中小企业兼具“灵活”与“封闭”的内在特征

相比较大型企业，中小企业具有“灵活”和“封闭”内在特征，经营灵活、反应迅速的优势，即所谓“船小好调头”；同时其规模小、融资能力差、信息获取滞后、管理水平欠缺，存在着诸多内部和外部风险需要防范。

（一）决策和管理富有效率但依赖于个人素质

与大型企业规范化科层管理和职业经理人制度不同，中小企业的产权所有人与经营管理人通常是统一的，其决策与所有权人利益是高度统一的，因此利益分歧小，管理环节简单，无需特定议事规则，因此可以灵活、灵敏地捕捉商机，适应市场变化。但是，中小企业的管理决策机制犹如一把双刃剑，往往依赖于管理者个人素质能力，然而在市场信息和资源占有不足的情况下，个人决策往往注重眼前利益，具有一定的盲目性，管理者为了获得生存而急功近利，采取“打擦边球”、“钻空子”的行为，势必导致法律风险的增加。

（二）经营灵活性强但融资能力受限

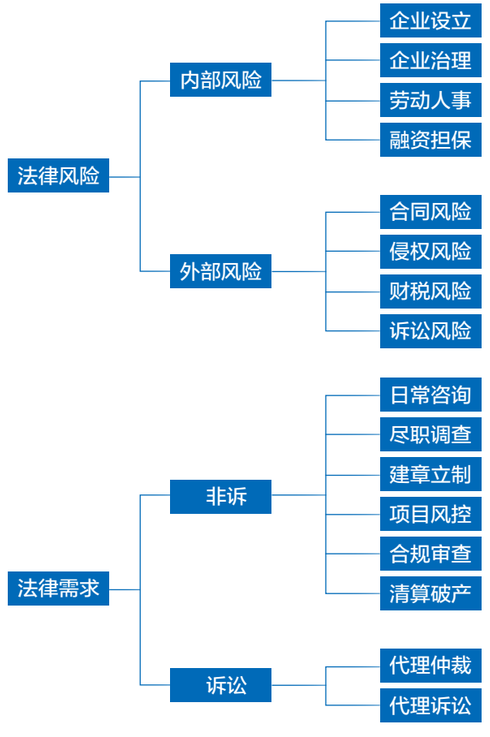
中小企业的规模小，投资额度不大，可以很快地投入或退出某一市场领域，因此具有适应力强的优势，特别是在当前转变经济增长方式、调整产业结构的背景下，中小企业相比较大型企业，更容易及时调整战略，转换经营机制，降低市场变化带来的风险。与此同时，中小企业发展资金也经常面临短缺特别是外源资金的融资障碍，已成为制约我国中小企业发展的关键因素，信用能力低，融资途径少，难以得到充分及时的资金支持。近年来，互联网金融的兴起，各种民间融资行业的放开，各种资本运作模式的创新为中小企业提供了多种融资渠道的可能性，如何运用好各种模式的融资手段，控制融资行为中的法律风险也将成为中小企业亟待解决的问题。

（三）结构层次简单但规范程度低

中小企业组织结构简单可以有效降低成本，同时可以以接收大量成本较低的劳动力，其资源可以集中在提高公司经营收益和应用技术的创新上，在经营管理过程中，受到的阻力障碍也相对较少。但由于缺乏科学规范的管理体系，其经营和内部管理流程中缺乏有效的监督和制约，从而导致中小企业存在大量的法律风险，其中包括劳动关系法律风险，合同履行法律风险，财税审计法律风险、内部管理法律风险等。因此，中小企业更需要专业的法律风险控制和外部服务支持，其法律服务需求日渐增长，且呈现出其自身特点和趋势。

三、中小企业法律服务需求的特征和趋势

结合中小企业所面临的外部环境及其内部特征，中小企业运用法律途径在外部经营活动中取得政策支持，维护自身合法权益，在内部管理过程中控制风险，已经成为企业常态化的运营模式，其对于专业法律服务的需求也在逐步增加，且呈现出一定的趋势特征。根据传统分类，企业法律风险可以分为内部组织结构、经营、管理、决策等各行为导致的内部法律风险，和根据法定或约定，企业外部交易之行为等所依法律之变化或法律主体之为与不为，对企业产生不利后果的外部法律风险，如下图所示。与此对应，当前中小企业法律服务需求结构亦如下图所示，本文均不再赘述。



（一）从“碎片化”向“系统化”转变

中小企业的法律风险分布较广、结构分散，尤其是在层级式和流程化程度较低的中小企业中，其往往并不设立专门法律风险控制部门，未对其法律风险进行系统化梳理和排查，在寻求外部专业化法律服务的过程中，也多限于特定项目的合规性审查，或者特定案件中的诉讼代理服务，因此其法律服务需求呈现出“碎片化”的特征。但是，近年来中小企业管理者的法律意识普遍提升，法律风险控制越来越成为日常经营管理中的常态化工作，使得中小企业法律服务需求从个别项目转向系统常规。经过调查，我们发现越来越多的企业开始设立法律合规部门，或聘请专职律师或法务工作人员从事常规法律风险控制，或将企业法律服务外包律师事务所，聘请律师提供专业化和系统化的法律服务，或对某一特定领域提供专业法律服务。此外，部分地方政府设立平台、中介机构对接资源、律师事务所提供支持，为中小企业开展常年法律体检活动，也进一步整合了中小企业的法律服务需求。

（二）从“事后救济”向“风险控制”转变

中小企业以往通常在法律风险管理中不愿意做过多投入，甚至不做任何投入，但在法律风险触发后便开始急切地寻求律师法律服务，这种“临时抱佛脚”的控制方法缺陷明显，一方面事后救济的成本远远高于事前防范，另一方面法律风险未得到有效控制后，其事后补救往往于事无补。这一观念已逐渐得到中小企业管理者的认同，注重律师服务的事前、事中介入，防范于未然。一些中小企业聘请律师专门从特定事务的法律风险防控，例如在公司设立阶段参与股权结构的设计、议事规则的设定，在内部管理中参与建章建制，堵塞内部管理漏洞，控制劳资纠纷风险，在外部经营中进行合同审查，参与制定规范合同文本，参与项目谈判签约，协助解决争议等事务。相比较而言，中小企业的诉讼法律服务数量呈现下降趋势，而法律咨询、专项法律服务等非诉业务比重却在不断加重。

（三）从“固定产品”向“私人定制”转变

中小企业的组织结构、所涉领域、规模大小不同，其法律服务需求也存在较大差异。因此，律师事务所往往难以通过设计一套固定法律服务方案包治百病，适用于不同客户。故而在中小企业法律服务中，需要律师对企业的经营结构、业务类型有基础的了解，对重点环节的法律风险进行梳理识别，对企业的需求目标进行评估分析，从而制定适合特定客户需求和目标的法律服务方案，更能受到中小企业的欢迎。

（四）更注重“形式灵活”、“成本可控”

中小企业总体资金规模不大，法律风险控制往往也并非企业的核心部门，现阶段中小企业往往会对法律服务的成本进行严格控制。因而在律师向中小企业提供法律服务时，不可避免要对成本进行压缩控制，因此在服务方式上应当进行创新，削减不必要的成本，采取灵活的形式进行沟通，才能体现竞争优势。

四、中小企业法律服务的产品化设计

京都律师事务所于2015年入选中国中小企业首选服务商名录，将发挥好这一平台优势，整合所内各专业化团队协作的特长组建中小企业法律服务团队，同时根据中小企业自身特点和需求积极创有针对性的开发和设计适合中小企业的系统化的法律微服务产品，助力中小企业健康发展。

（一）根据发展阶段区分不同中小企业需求

中小企业在不同发展阶段所面临的法律风险和相应的法律服务需求并不相同，因此我们应当把握住中小企业在发展阶段上所存在的差异，对应其个性化法律需求设计相应的微服务模式。根据发展阶段不同，中小企业大致可以分为三类：（1）初创期中小企业，其主要法律服务需求在于协助发起人完成企业设立阶段的事务性工作，就企业设立方式、资本构成、出资方式、设立程序等问题提供咨询，协助完成企业股权结构和激励方式设计，协助企业拟定章程、制定相应的议事规则。初创期企业法律服务还可重点包括协助拟定规章制度，包括行政管理制度、财务管理制度、人事管理制度、资信管理制度、合同管理制度、档案管理制度等。此外，根据不同企业需求，我们还可就专业问题提供咨询服务，包括知识产权保护、财税管理、中小企业扶持政策等问题的专业法律咨询。（2）成长期中小企业，应有针对性地对企业现行经营管理制度进行“常规体检”，识别法律风险，提供风险提示和完善建议，根据企业需求就股权变动、

> 法律风险控制越来越成为日常经营管理中的常态化工作，使得中小企业法律服务需求从个别项目转向系统常规。

管理结构调整、人事制度等问题提出法律意见。对于成长期的中小企业法律服务还应着重就投融资业务提供方案和法律支持，帮助中小企业合理利用法律法规中的投融资优惠政策，利用平台优势协助企业对接资源，同时控制投融资项目中的法律风险。（3）成熟期中小企业法律服务，主要针对企业治理结构完善，所有权与经营权制约关系设定，以及其他高效、良性运转和长远发展战略等问题提供深度法律支持。就企业发展中面临的特定法律事项提供咨询，协助处理，如企业合并分立、设立分支机构、股权激励项目、私募及上市融资、处理企业破产及清算事务等。

（二）创新多样灵活的法律微服务模式

当前中小企业不接受常年法律顾问服务的关键因素在于不愿意支付高额的法律服务费，或者认为不需要常年法律顾问或专项法律服务，尤其是在支付了法律服务费用后未发生法律纠纷的情况下，对于律师服务价值的认可程度较低。因此，我们应当创新适合中小企业的法律微服务模式，首先，通过标准化法律服务降低服务成本，例如通过特定行业协会开拓某一领域的众多中小企业市场，就特定领域的重点法律服务进行集约化的法律服务，针对多家主营业务相同或类似、规模相似的、企业存在的法律风险状况问题雷同的中小企业开展集中法律服务。其次，对同一企业开展同类业务打包服务的形式，为企业提供特定标准文本，帮助企业制定规章制度等，发挥团队优势在内部进行专业化分工，共同完成法律服务。再次，采用网络化技术，通过电子邮件、视频会议、微信、APP软件等沟通形式降低服务成本，对于特定纠纷可采取梳理案件要点提示，提供书面出庭意见的形式减少实际工作量。最后，采取灵活的收费模式，如该企业的法律服务标准化程度高，工作量可控，可采取固定年费的收费方式，同时明确标准化服务项目，赢得客户信任。如该企业的法律服务工作量不确定，可以采取计件、计时的方式收取费用，也可在固定年费的基础上约定特定事项件数或工时上限，对于超出上限的事项或工时另行计收费用，从而增加中小企业法律服务成本的可控性。此外，考虑中小企业的资金压力，可对部分服务事项采取分阶段计收费用，对于特定风险可控的法律服务内容，可采取风险代理的方式计收费用。

（三）提高中小企业法律顾问服务的产品化程度

企业法律顾问是企业法律服务中的重要组成部分，虽然法律顾问制度个性化较强难以像金融服务一样达到高度的产品化程度，但法律顾问服务向产品化的方向发展已经毋庸置疑，提高产品化程度一者将明确服务内容，同时使顾问服务转化为有形的形式，规范法律服务标准，体现工作实效。产品化的两个要求是标准化和可视化，标准化意味着需制定特定的法律顾问流程和标准化的审查清单，通过法律意见书、尽职调查报告等形式形成标准化的工作成果；可视化是将工作成果以客户能够理解的方式予以呈现，通过普通人能够理解的方式呈现法律事实和专业意见，使用图表等形式代替普通文字表达，迅速直观传递信息，提升服务附加值。

（四）发挥平台优势实现信息资源对接

中小企业法律服务离不开政府部门的扶持，也需要行业协会的支持，中介机构的辅助。首先，律师团队应当强化与相关部门的沟通联络，熟悉掌握中小企业扶持政策导向和重点，以及实务认定标准和审批程序，并在团队内部实现信息共享。其次，律师团队还可借助中小企业协会等其他行业协会，重点针对特定行业开展专业化、精细化、标准化的法律顾问服务，在特定行业树立品牌和专业优势。再次，律师团队应加强与特定中介机构的合作，协助企业获得信息，帮助企业对接资源，缓解企业融资难问题。

聚焦企业法律风险管理战略：法律事务管理顶层设计

■杨柳 / 文

近年来，随着中国经济下行压力带来的风险不断释放，以及一带一路等国家战略的实施，企业的法律风险也不断凸显，一个很明显的标志就是企业案件数量迅速增长，案件纠纷处理的数量和难度显著提高。反观中国企业的法律风险管理水平，却仍然大都滞后于企业的发展水平。企业的法务部门如何带动整个企业提升法律风险管理水平？我们不如换个思路，以企业法律事务管理提升作为企业法律风险管理的切入口，进而带动整个企业法律风险管理水平的提升。我们首先再来认识一下什么是企业法律风险管理。

认识企业法律风险管理

企业风险的管理，最终的落脚点是法律风险的管理。综观与企业共存的各种风险，其最终的表现往往就是法律风险。法律风险也是一种商业风险，企业管理人员有责任像管理企业商业经营风险一样管理法律风险。企业法律风险管理，是企业风险管理中最为基础的管理，也是所有风险管理中的“底线管理”，更是一项非常宏大而广阔的事业。

政府监管要求

国资委于2006年发布了《中央企业全面风险管理指引》，该指引旨在进一步提高企业管理水平，增强企业竞争力，促进企业稳步发展。要求企业围绕总体经营目标，通过在企业管理的各个环节和经营过程中执行风险管理的基本流程，培育良好的风险管理文化，建立健全全面风险管理体系，包括风险管理策略、风险管理措施、风险管理的组织职能体系、风险管理信息系统和内部控制系统，从而为实现风险管理的总体目标提供合理保证。指引将企业风险分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险和法律风险等。

为了加强和规范企业内部控制，提高企业经营管理水平和风险防范能力，财政部会同证监会、审计署、银监会、保监会于2008年发布了《企业内部控制基本规范》，并于2010年发布系列企业内部控制配套指引。

作为企业实施法律风险管理的通用指南，全国风险管理标准化技术委员会分别于2009年和2011年发布了GB/T 24353-2009《风险管理——原则与实施指南》和企业法律风险管理指南（GB/T 27914-2011）。

为推动中央企业扎实开展管理提升活动，加快构建内部控制体系，夯实基础管理工作，促进实现做强做优、培育具有国际竞争力的世界一流企业的发展目标，国务院国有资产监督管理委员会、财政部于2012年发布了《关于加快构建中央企业内部控制体系有关事项的通知》。

> 企业的法务部门如何带动整个企业提升法律风险管理水平？我们不如换个思路，以企业法律事务管理提升作为企业法律风险管理的切入口，进而带动整个企业法律风险管理水平的提升。

我国企业法律风险管理现状

随着企业规模的扩大、市场交易规则的日趋复杂，企业面临的风险尤其是法律风险持续加大。传统的以事后救济为主要特征的法律工作模式越来越难以满足企业的发展需要。近年来，中国企业借鉴国际同行的发展经验，企业法律工作取得了长足的进步。这主要体现在以下两个方面：

一方面，企业尤其是国有企业以法律顾问制度为突破，进行了卓有成效的法律风险防控机制建设。企业法律工作在政策支持和企业自身的大力推动下，由点到面、从中央企业到地方企业，在多方面、多维度得到了强化。大部分企业将防范法律风险作为加强企业内控体系建设的一项重点工作来抓，积极探索建立科学、规范的企业法律风险防范工作制度和工作程序，完善法律管理职能，逐步建立由企业主要负责人领导、总法律顾问牵头、法律部门与业务部门共同参与的法律风险防范组织模式和工作机制。

另一方面，法律工作的重心开始逐渐转移，部分大型企业已从风险管理的角度进行了卓有成效的法律风险管理体系建设工作，如中国移动通信集团公司、中国航空工业集团公司等。作为企业全面风险管理的一个重要组成部分，法律风险的重要性越来越受到关注。相关政府部门出台的一系列规定也标志着我国从政策法规层面提出从管理的角度进行法律风险防控的要求。

尽管中国企业在法律防控方面已经开展了卓有成效的工作，但是因发展较晚，从整体情况来看依然存在很多问题。

1.企业法律风险识别不够全面、系统，没有一套完整、规范的法律风险识别方法和流程；

2.企业法律工作还不能真正介入企业的日常经营活动中，以实现法律风险的过程控制；

3.法律工作局限于处理具体的法律事务，无法调动整个企业的资源进行法律风险的防控；

4.企业对选择什么类型的服务机构没有形成统一认识，管理咨询公司、会计师事务所、律师事务所对此类项目都有不同程度的介入，且不同服务机构提供服务的效果差异很大。企业毕竟要开展的是“法律”风险管理，不是一般的管理咨询或普遍意义上的风险管理，意愿就法律风险进行深层次管理的企业还是会选择律师事务所进行专项法律服务，但还是有部分企业没有意识到选择律师事务所进行法律风险管理的必要性。

作为企业法律风险管理的重要组成部分，我们再来看看中国企业法律事务管理发展路径及现状如何。

企业法律事务管理现状

法律事务机构职能定位发展主要阶段：

1.机制建设方面：建立法律事务工作机构——建立总法律顾问制度——企业法律风险防范机制逐步建立健全——健全完善企业法律风险防范机制——完善提高法律风险防范机制，加强法律管理与经营管理的有效融合，法律风险防范机制的完整链条全面形成。我国大型企业目前大多处于法律风险防范机制逐步建立健全阶段，一些小型民企甚至还未建立法律事务工作机构。

2.法务职能方面：从事后救济型向事前防控、事中控制、事后救济全流程管理转变；从基础法律事务处理向影响公司重大决策升级；法务工作从合同审核和诉讼环节走向经营链条的各个环节。

3.总法律顾问制度：1997年-2001年，引入总法律顾问制度并进行初步探索和实践；2002年-2003年，国家重点企业开展企业总法律顾问制度试点；2004年 -2007年，实施中央企业法制工作第一个三年目标；2008年至今，实施中央企业法制工作第二、第三个三年目标，中央企业及其重要子企业全面建立总法律顾问制度。

民营企业法务，普遍存在感弱，主要工作就是协助配合外聘律师，在企业中的定位与发展路径不明确。法务部的规模、专业化于复杂程度，相对大型国企、外企还有相当差距。这些企业往往是老板个人说了算，老板对法务部及法务工作的重视程度，决定了法务在这些企业中的地位和发展空间。

企业法律事务管理要点

企业法律事务管理涉及很多方面，本文主要从法务定位、法务策略架构、用印管理、法律研究这些非常重要也恰恰容易被企业忽略的方面进行粗浅的分析。

1.法务定位——法律创造价值。

法务定位可谓企业法律事务管理的核心问题。结合我们多年法务管理经验，我们将法务管理定位为：法律管理与经营管理有效融合，提供更加全面有力的法律支撑和保障，推动公司价值创造。

1）法律事务机构职能定位发展趋势：

法务工作理念由权益维护向价值创造转变；法务工作目标由建立机制向发挥作用转变；法务工作体系由独立分散向整体协同转变；法务工作模式由专业事务向管理融合转变。总法律顾问直接参与企业重大决策，全面领导企业法制工作，成为保障企业依法决策、依法经营的核心岗位。

企业各级法律事务机构上下联动，并于其他业务部门横向合作，初步建立起了“横向到边、纵向到底”的法律风险防范链条。

法律顾问业务领域不断拓展。在风险防范、业务保障、价值创造和权益维护等方面，法律顾问的重要作用日益彰显。坚持规章制度、重要决策和经济合同应审必审，进一步强化法律风险的事前防范，2013年中央企业集团及重要子企业规章制度、重要决策、经济合同三项法律审核率分别达到96.7%、98.1%和98.6%。

杨柳律师简介

京都律师事务所合伙人，办理了大量诉讼和非诉讼业务，担任多家央企、大型国企、中外合资企业法律风险管理项目首席律师，如中航国际控股、北京现代汽车金融、中航国际工程、中航建发、神东煤炭、中航国际物流等。担任多家公司和机构的法律顾问，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、股权转让、资产并购、争议解决等法律问题的处理。

法律管理目标——不断提升和打造企业法律软实力，为培育世界一流企业提供坚强的法律保障。

创新集团法务管理模式：法务直接管理、派出管理和报备管理。“直接管理”就是集团公司法务部对集团本部及下属的子分公司的全部发来事务进行直接处理、集中管控。“派出管理”是根据下属单位的重要性、业务规模，通过将集团公司法律人员派出到下属单位负责法律事务管理，派出人员对派入企业的法定代表人或总经理负责，但业务上归集团法务部直接领导和考核。“报备管理”是针对不适合直接管理、派出管理的合资公司、上市公司的法务管理，通过报备管理模式，对下属单位的法律事务采取事前上报、事后备案的方式进行管理，并对其日常法律事务进行指导、协调、监督和检查。

2）法律事务机构职能定位最佳实践

（1）中国石油天然气集团公司

把法律业务的处理向法律的管理转变，由事后的被动处理向事前的主动防范控制转变。

公司总法律顾问四个作用：参谋咨询作用、组织筹划作用、桥梁纽带作用和保驾护航作用。

法律工作既是对事的管理，更是对人的管理。中国石油法律风险防控机制更注重防控到个人，每一个岗位，特别是涉及法律风险比较多的岗位，由法律部门和业务部门梳理出法律风险，并作为其岗位职责。

（2）中国石油化工集团公司

法律工作实现从事务型向管理型转变，从事后救济型向事前防范和事中控制型转变。坚持管理第一位，完善法律风险防控体系，打造中国石化法治文化，为建设世界一流能源化工公司提供有力的法律支撑和保障。“法律是权利是义务，是责任是担当，是参谋是智囊，是理念是文化，是成本是效益，是卫士是斗士，是支撑是保障。”

总法律顾问担当好法律系统的领导者，重要决策的参与者和把关者，企业规章制度的制定者，法律理念的传播者，法律工作职能体系的创建者，法律队伍的培育者，法律事业舞台的搭建者，企业合法权益的捍卫者。

> 把法律业务的处理向法律的管理转变，由事后的被动处理向事前的主动防范控制转变。法律工作既是对事的管理，更是对人的管理。

强化领导干部尤其是一把手的法律意识，“领导重视是关键，重视领导更关键”。“企业法治文化也是竞争力”，将企业法治文化有机融入企业文化建设和企业发展战略；将依法经营、合规经营、诚信经营培育成中国石化的企业经营核心价值理念；将企业法治文化发展成为中国石化的重要竞争力。

（3）中国中煤能源集团有限公司

法制工作以提升企业法律精细化管理水平为目标，通过对管理制度、流程的优化和再造，将法律工作与企业经营发展全面有效融合，法律管理向新并购企业及新设企业延伸。在企业转型升级、结构调整中发挥法律管理的支撑保障作用。

法制工作定位于“控风险、强管理、创效益、出精品、带队伍”。法制工作树立“依法经营”理念，做到事前防范、事中控制、事后补救的全过程管理。

2.法务策略架构

理想的法律事务策略架构体现在法律事务管理所要满足的，一个是业务系统需求，一个是整体诉讼与合规。法务部门是一种不是部门之间，而是纵横关系的法务团队。纵是平台法务中心，它进入业务一线，各种法务问题都要面对，能够与产品部门、业务部门深入沟通，在产品设计、业务规划初期即介入，进行法律风险提示并提出优化方案；但是这个法务又有精干的专业的部门，对一些领域研究很深，比如诉讼、知识产权，组成横向的支持。纵横结合，来解决面和深度的问题。

3.用印管理

我们主要看看问题较突出的分支机构用印管理问题。法律事务部以“用印管理”为抓手，将各分支机构的重要经济合同由公司总部统一用公司公章，不再使用自己分支机构印章，其他用印使用分支机构自己公章的用印结构。由于公司是法人单位，具有独立法人资格，要承担法律上的权利义务，各分支机构是法人下设的临时机构，不具有独立法人资格，其权利义务由法人承担。通过对合同签订过程中重要节点的控制，解决授权管理中出现的，因为代理人与委托人目标不一致，代理人失职怠政贪腐等行为损害委托人利益的问题，实现提升企业法律风险管理水平的目标。

4.法律研究

法务部门跟踪立法，把握立法走向，或向立法机关反馈行业意见。通过前瞻布局法律研究，及时追踪前沿法律问题。并对热点、难点问题进行研究，形成行业意见，在学术界和司法界形成影响和探讨。通过对行业热点、难点问题的研究，为立法提供参考意见，进而有利于行业发展。

此外还有合同管理、诉讼管理、法律咨询和服务管理、授权管理、部门行政管理等法务常规业务，在此不做赘述。

放眼未来，法律事务部门需要进行角色转换，从支持公司业务发展，到更加主动布局，从仅对内支撑变为扩大对外合作与交流，与行业、学术界共同研究行业发展过程中面临的问题。法务发展的历程从自我保护，到代表行业发声，后续进入主动承担社会责任的阶段。

我们再来看看本文提及的法务定位“法律创造价值”，法务的价值是什么？就是法律创造价值。法务为企业、为社会创造价值，在企业作为社会运作主体的过程中，将法律融进去创造价值。法务为学术界创造价值，我们为学术研究提供大量的研究素材，为决策提供研究成果，为执法、司法和立法起到参考作用。小企业法务不应置身事外，也应努力提升自身素质，提高自己在市场中的价值。

浅谈中小企业法律风险防范
——建立健全劳动用工管理规章制度

丁丽萍 / 文

所谓“企业法律风险”是指企业预期与未来实际结果发生差异而导致企业必须承担法律责任，并因此给企业造成损害的可能性。当企业违反了法律，或者行为不符合法律规范，或者缺乏防范意识，都会产生法律风险。既然企业经营存在不确定的法律风险，就要从防范和预防的角度出发事先对风险进行管理。随着企业法律风险意识的提高，很多企业对法律风险的应对措施已经从防范走向了预防和控制，并逐渐建立了一套涵盖法人治理结构风险控制、劳资关系风险控制、对外投资经营风险控制等各方面的科学的法律风险控制体系或管理机制。特别是2008年1月1日《劳动合同法》颁布实施后，一系列规范劳动用工关系的法律法规、司法解释等相继出台，对用人单位的管理要求逐步提高，劳动争议案件数量的不断激增，越来越多的用人单位开始意识到劳资关系风险控制的必要性，并着手起草、修订涉及劳动用工管理的规章制度。作为长期从事劳动法律服务的律师，笔者在为客户提供法律顾问服务以及劳动争议仲裁、诉讼案件代理的过程中，接触了很多企业的规章制度，也协助很多企业搭建、建立健全了劳动用工管理的制度体系，本文将结合笔者的实践经验，就中小企业如何建立健全企业的劳动用工管理规章制度提出了几点拙见，供企业参考。

一、劳动用工管理规章制度的概念

何为企业的劳动用工管理规章制度，法律并未给予一个明确的定义。《劳动法》中首次提出了规章制度的概念，但也仅以简单的一句话赋予企业制定规章制度的义务，未明确规章制度的范围。《劳动合同法》虽然作了一定的列举，但也只是列出了涉及劳动者切身利益的规章制度的主要范围。笔者结合八年多来为企业提供劳动法律服务的经验，试着给企业劳动用工管理规章制度下了初步定义：企业的劳动用工管理规章制度，是企业根据国家及地方性法律法规，结合企业自身特点制定的，明确劳动条件、调整劳动关系、规范劳动关系当事人权利义务的各种规则、规程、标准等制度的总称。

二、建立健全劳动用工管理规章制度的意义

（一）实现经营管理自主权的有效工具

制定和实施内部劳动用工管理规章制度，是企业在其自主权限内用规范化、制度化的方法对劳动过程进行组织和管理的行为，是企业行使用工管理自主权的重要方式之一。企业的所有者可以通过规章制度体现自身的管理理念、实施管理决策，是企业的各项活动符合企业的发展战略和股东决定的发展方向，进而实现企业的发展目标。

丁丽萍律师简介

京都律师事务所合伙人。
主要执业领域为劳动常年法律顾问及专项法律服务、劳动仲裁及诉讼代理及公司常年综合法律顾问。先后为近百家国内外客户提供常年、专项法律顾问服务，成功代理数百起劳动仲裁诉讼案件及民商诉讼代理服务，协助企业出色完成诸如建章建制、员工劳动关系处理、集体裁员、工伤、薪酬体系设计、劳动法律风险防控、劳动争议案件代理等法律事务。

（二）保证经营管理秩序的重要手段

企业制定的规章制度主要是规范内部的生产经营和劳动管理，使企业的生产经营和各项活动规范化，保证稳定的生产经营秩序，提高生产效率，进而增强企业在市场上的竞争力。

（三）平衡劳资关系的必要手段

《劳动法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务；《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等方面的劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

企业制定的各项规章制度，使职工在劳动过程中有了共同的行为规范，如劳动报酬的确定及调整，工作时间、劳动安全卫生条件和保障措施，员工培训，劳动纪律，岗位职责、任职标准，奖惩规定等，有利于平衡劳资关系，避免用人单位对职工的不平等对待。

（四）企业法律风险防范的重要工具

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十三条规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。第十九条规定，用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。在劳动争议案件的仲裁、诉讼过程中，最常见、对企业最为有利的证据就是企业的规章制度，这是法律赋予企业的、能体现其经营管理自主权的判案依据。根据企业依法制定的规章制度，判定责任和过错。因此，企业的规章制度是企业实现自我保护的重要工具。

鉴于法律赋予企业建立健全劳动用工管理规章制度的权利，以及企业劳动用工管理规章制度所体现的重要意义，建立一套合法、科学、有效的制度对企业而言将是非常必要的。

三、中小企业劳动用工管理规章制度的制定

如何制定一套既符合中小企业经营管理的实际需要，又能有效防范法律风险的规章制度？中小企业的劳动用工管理规章制度应当包括哪些内容？这是很多中小企业在搭建劳动用工管理规章制度时经常会遇到的问题。笔者参与了上百家企业（不乏中小企业）的劳动用工管理规章制度，这些规章制度或以单行的制度体现，或以集成的员工手册等形式体现，无论表现的形式为何，笔者从为这些企业修订劳动用工

> 当企业违反了法律，或者行为不符合法律规范，或者缺乏防范意识，都会产生法律风险。既然企业经营存在不确定的法律风险，就要从防范和预防的角度出发事先对风险进行管理。

管理规章制度、为这些企业代理劳动争议案件的过程中，就中小企业劳动用工管理规章制度的制定从体系的搭建、内容的安排以及生效程序的设计等方面，总结出如下三个方面：

（一）中小企业劳动用工管理规章制度的体系搭建

1、中小企业劳动用工管理规章制度体系的常见内容

关于劳动用工管理规章制度的内容，《劳动合同法》中只是列举了需履行明主讨论程序的规章制度的范围，并未规定劳动用工管理规章制度的范围。笔者认为，企业劳动用工管理规章制度的体系中应当包括如下几方面的内容：

（1）规范员工日常行为的规章制度

这些制度是指用以规范员工的权利义务、必须告知员工的规章制度。主要包括：招聘录用制度；试用期管理制度；考勤休假管理制度；薪酬福利制度；绩效考核制度；保密制度；培训制度；岗位调整制度；日常行为规范；奖惩制度；离职管理制度等。

（2）用以规范、指导日常用工管理的流程

这是很多企业都缺失的规章制度。企业用工管理的法律风险除了来源于制度本身外，还有很多是来源于日常的管理流程中。内部用工管理的流程旨在指导企业的人力资源管理人员规范地进行日常用工管理，利用规程化的制度避免用工管理的随意性、无序性，防范管理风险。

2、中小企业需结合自身的实际情况量体裁衣设计制度

笔者在劳动争议案件代理的过程中，常发现有一些中小企业照搬其他单位的规章制度，到发生劳动争议时才发现所制定的规章制度无法解决自身存在的问题。例如：笔者曾接触多起用人单位以旷工为由与劳动者解除劳动合同的案件，在这些案件中，企业相关奖惩制度中都规定员工旷工达到多少天构成严重违纪，可立即解除劳动合同，企业据此认定一些不服从工作分配、任务调配且不到新的岗位处履行工作职责的销售人员构成旷工并与之解除劳动合同。然而，进入案件审理才发现，这些人员实行的是不定时工时制度，由于这些企业缺乏对实行不定时工时制度的员工的特殊管理制度，导致旷工的认定结果不被仲裁委、法院认可。因此，在搭建用工管理规章制度体系的时候，中小企业应当结合自身的实际情况，制定有针对性的管理制度，即所谓“量体裁衣”，否则将可能会面临无制度可依或有制度无法依的法律风险。

（二）中小企业劳动用工管理规章制度的内容设计

什么样的劳动用工管理规章制度内容可以得到法律的支持并能有效防范企业的法律风险？

1、合法性

无论是《劳动合同法》第四条的规定，还是《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十九条的规定，都将合法性作为企业规章制度的首要条件。这个合法性包括两个方面：制度内容合法；制定程序合法。企业规章制度的内容不合法，无法得到法律的支持；同样的，若规章制度未履行法定的生效程序，也将会导致该制度不具备法律效力，无法作为法院判案依据。

2、体系化

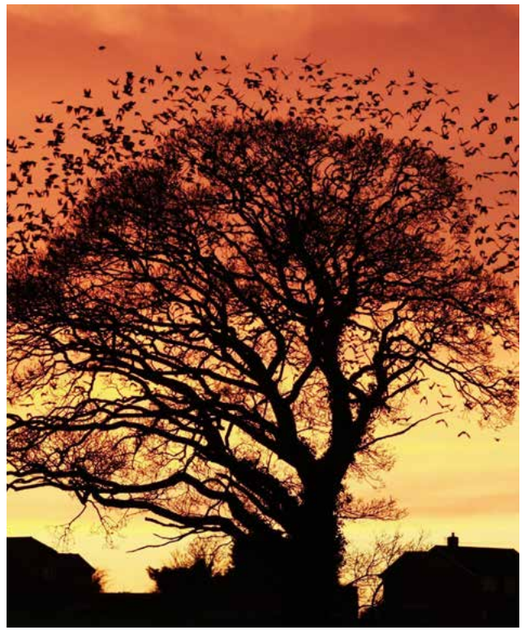
企业的劳动用工管理规章制度无论以何种形式体现，都应当是一个体系化的规范性文件，各个制度之间需相互衔接、相互配套，不能存在任何冲突。这种系统性包括如下几个方面：（1）与企业章程的衔接；（2）各个制度之间的衔接；（3）制度与合同、配套表格附件文件等之间的衔接；（4）制度与企业实际情况的衔接；（5）已经实施和将要修订的制度、文件之间的衔接。

3、防范风险性

企业的规章制度是企业经营管理自主权的体现，依法有效的规章制度往往是企业实现自我保护的有效工具。实践中，笔者发现有些企业制定的规章制度人性化有余、风险防范性欠缺。很多企业规定了员工应当遵守的纪律，但却未规定违反了这些纪律的罚则；规定了绩效考核指标，却未规定胜任工作的标准；在制度中经常使用“严重”、“重大”、“无故”等抽象词语，却不对此加以描述界定等等。由于劳动用工过程中用人单位处于主动管理地位，在一些事实认定过程中企业依法需承担主要举证责任，如果仅有行为要求却没有罚则，将导致违纪处罚无据可依；如果没有规定胜任工作的标准，将导致认定员工不胜任缺乏依据；如果对“重大”等缺乏明确的界定，企业将无法有效证明而导致举证不能的法律后果。因此，企业制定的规章制度在体现人文关怀、考虑员工感受的同时，也应当具备一定的风险防范性，否则将可能导致无法有效地保护企业的合法权益。

4、合理性

一方面，企业规章制度所规定的各类管理措施应当与企业的实际情况相符并能有效地规范劳动权利义务、科学合理地体现按劳分配的原则，另一方面，合理性也越来越成为仲裁员、法官审理劳动争议案件时考虑的因素。因此，企业在制定用工管理规章制度时，还应当考虑制度设计的合理性。



（三）中小企业劳动用工管理规章制度生效的程序设计

根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位制定的涉及劳动者切身利益的规章制度，应当依法履行民主讨论和公示程序，履行了这些程序后方具备法律效力。

关于企业劳动用工管理规章制度生效的程序，需结合每个中小企业的实际情况进行设计。但应关注如下几点：

1、民主和公示是两个相对独立且都必经的程序。民主是指民主讨论，很多企业在履行这个程序时，只注重公示程序（即送达），忽略了民主讨论的环节。

2、民主讨论是法定程序，只有两种途径：经职工代表大会讨论和经全体员工讨论并提出方案和意见。需要提示的是，职工代表大会是一个特定的机构，而非企业选定的职工代表讨论一下即可。而职工代表的产生也需要经过法定的程序，并不是企业可以指定的。在上述途径的基础上要对提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

3、由于企业对于规章制度的效力承担举证责任，因此，在履行民主讨论和公示程序的过程中，企业也应当注意保留相应的讨论和公示记录。

四、中小企业规章制度制定中的影响因素分析

除上述总结的内容之外，中小企业在制定规章制度中还需要考虑如下因素：

1、行业特点

为了分析的方便，笔者将曾经服务过的中小企业划为三种：智力密集型、资本密集型、劳动密集型。

（1）智力密集型企业一般指高新技术产业，企业特点是集中着较多中高级技术人员，综合运用现代化的科学技术成就，能生产高精尖产品的单位。例如：IT公司、科研院所等。

此类企业中高知识层次的员工较多，人员综合素质水平较高。高科技人才的去留决定了企业经营管理的成败。因此在为这样的企业建章建制中，就要考虑并贯穿“以人为本”的理念，要尊重人、信任人、爱护人和激励人。规章制度在充分风险防范的前提下要尽量宽松。尽量设计以职位和能力为基础的薪酬体系来留人，通过关键业绩指标为核心的绩效管理体系来激励员工。

对于高新技术产业来说，还有一个备受关注的问题，即涉及知识产权的保护和管理。例如：商业秘密、专利权保护等。那么在设计保密制度、保密协议、竞业限制协议要特别关注。

（2）资本密集型企业的特点是巨额资本是企业价值创造的主要来源，在单位产品成本中，资本成本与劳动成本所占比重较大，每个劳动者所占用的固定资本和流动资本金额较高，例如：房地产开发企业。在这类企业中，主要高层管理者对公司业绩的提升有较大影响。在规章制度设计中，要加强对中高管理者的激励措施。

（3）劳动密集型企业的特点是，主要依靠大量使用劳动力创造价值，对于设备和技术的依赖程度较低，生产成本中人员工资和设备折旧所占比重较大。典型代表是制造型、服务型企业等。例如：物业公司。这类企业的人力资源管理目标一般是提高员工的工作效率。在规章制度的设计中，对员工劳动纪律、考勤记录、休息休假、操作规程、奖惩制度等制定要详细、严格。

2、企业发展阶段

企业规章制度的建设是与企业的发展阶段密切相关的。我们一般通常将企业的发展阶段分为创业阶段、集体化阶段、规范化阶段和精细化阶段。中小企业一般处于前三个阶段，尚未进入精细化阶段。

（1）在创业阶段，企业管理规模小，抵抗风险的能力差，最核心的问题是解决生存问题，“船小好掉头”，能够随着外部环境的变化而迅速调整经营策略和业务行为。这一阶段，企业的管理主要依靠的是创业团队的管理经验和管理特长，“人治”大于法制，企业的制度很少或没有，完全构不成体系，但强求过多的制度反而会束缚住企业的活力和动力。因此，这一阶段企业的规章制度以少而精为主，这时单一部门可兼多个管理职能，审批、操作流程要简化，可以随着发展的需要逐步增加和完善。

（2）在集体化阶段，企业的规模扩大，企业家的管理幅度增大，仅仅靠企业家或是创业团队的个人管理能力已经不能充分有效地调动和协调企业的资源，企业家往往会有分身乏术的感觉。这时候最重要的就是通过制度管人，而不是人管人。因此，在这一阶段，规章制度管理的要求开始出现并逐渐迫切。这个阶段规章制度的设计应追求建立基本的制度框架与流程，为未来的发展打下良好的基础。

（3）在规范化阶段，企业的规模进一步扩大，由集权管理不断向分权管理发展，经营管理中的问题使得制度的重要性已经提到了前所未有的高度，企业已经形成了制定规章制度、用规章制度说话的意识和习惯，大量的规章制度被制定出来。但是，随之而来的问题是大量的制度冗余，甚至是“一事一制度”，不仅员工感到混乱，破坏了制度的严肃性，而且带来了官僚化的作风。因此，在这一阶段，要加强对制度体系化的建设，对制度进行梳理和整合，我们通常所接的项目很多是处于这个阶段。我们在制度设计上力求对员工保持一套体系、一个标准，一方面强调制度的体系化，另一方面更加强调制度的可操作性，这样才能维护制度的严肃性和刚性。

3、组织架构

企业的组织结构设计体现了一个企业的管理幅度、集权与分权、运作流程。当企业经营环境、经营产品、经营范围、全员素质等发生变化时，组织架构及部门和岗位职能等相应发生变化，企业采用的组织结构类型一般分为：直线职能制、事业部制。

清晰地了解企业的组织架构，可以为我们了解企业运作流程、优化流程、提高组织效率打下基础。

（1）直线职能制是把直线制结构与职能制结构结合起来，以直线为基础，在各级行政负责人下设置相应的职能部门，分别从事专业管理，做为该领导的参谋，实行主管统一指挥与职能部门参谋、指导相结合的组织结构形式。组织结构的优点是分工精细、责任明晰，各部门仅对自己应做的工作负责，效率较高。组织的稳定性较高。缺点是可能造成高层决策堆积，职能部门之间缺少横向交流与协调。信息传递路线较长，上层主管的协调工作量大。组织系统刚性大，适应性差，对外界环境反应不及时。

基于此，在流程设计上就要考虑：

① 针对制度中的审批权限究竟应设计几个审批层级；根据不同的审批事项需要逐级审批到哪一层级，以避免审批层级较多增加不必要的管理成本，造成效率低下以及高层领导整天被事务性工作包围的情况发生。

② 在设计部门之间相协调的内容时要依据部门职能、管理权限进行设计，例如：员工入职、离职管理制度的设计等，包括配套的表格以及附件。

（2）事业部制是以某个产品、地区或顾客为依据，将相关的研究开发、采购、生产、销售等部门结合成一个相对独立单位的组织结构形式。表现为总公司领导下设立多个事业部，各事业部有各自独立的产品或市场，在经营管理上有很强的自主性，实行独立核算，是一种分权式管理结构。但企业高层和事业部内部也仍然按照职能结构进行组织设计，高层为了实现集中控制下的分权，要根据具体情况设置一些职能部门。如资金供应与管理、科研、法律事务、公共关系等。事业部做为利润中心，内部也要建立管理机构，一般采用职能制结构。能够适应不稳定环境下的高度变化，客户满意度高，体现了决策分权。缺点是事业部之间缺乏协调，可能增加不必要的成本支出，相互之间的整合和标准化变得困难。

为这样的企业设计规章制度及流程时就要考虑：

① 由于事业部有很强的独立自主性，在操作流程上考虑管理权限的划分；

② 事业部之间存在的产品的差异。对于生产不同产品的事业部那么在内部的职能结构上、操作流程上肯定存在差异。

③ 事业部所处的地区的差异。由于地区政府颁布的规章、规范性文件在执行国家法律法规存在一些差异，在人事档案、社会保险办理方式上也存在不同。因此，对于不同区域适用的规章制度还要根据当地的特点进行调整。

4、企业文化

（1）企业的规章制度应体现企业文化的内涵，而企业文化的核心是共同的价值观和行为规范，那么，企业的价值观的表现形式就是规章制度。能够反映企业所提倡的价值观和行为规范是设计规章制度的核心。

（2）企业制度的建立与实施，是通过人的作用来体现的，而人的品质、意识、观念及诸多要素都从各个层面上影响到企业制度的形成与完善。这就体现为企业文化对企业制度的影响和作用。

（3）在企业发展过程中，规章制度是刚性约束，推动企业的越过死亡线达到标准线，而企业文化是柔性约束，引导企业达到长青线。制度与文化，两者相辅相成，共同促进企业的健康发展。单纯依靠外在的强制性约束，缺乏对企业文化理念的认同感，在规章制度的执行方面就会受到消极的对待。只有文化认同方面的软性约束，缺乏制度的刚性约束，企业管理的随意性就会增加，规范性就会减少。只有在制度体系中浸润企业文化的核心理念，以企业文化的核心理念统领制度建设，用制度来展现企业文化核心理念的内涵，企业文化与制度才能做到宽严并济、理念与行动的统一。

基于此，我们在为企业设计规章制度时，应首先要了解企业的文化是什么？企业倡导的是什么？摈弃的是什么？企业的价值理念是什么？对一个有着“以人为本”的价值理念的企业，人力资源管理制度所追求的效果就不能仅仅是成本的节约、绩效的改进、出勤率的增加、效益的提高等功利的目标，还应考虑员工工作生活质量的改善、工作满意度的提高、员工的成长与发展等与人性相关的人文指标。要更多地考虑人的因素，例如：奖惩制度设计时对惩处中对“过错行为”归类时要考虑管理的目标、员工的感受；对奖励一节中“奖励情形”就要紧紧围绕企业价值理念去设计。在培训制度的设计中要体现员工成长和发展的机会。在招聘录用制度“人员甄选”标准设计上要用企业倡导的行为规范去衡量，在绩效考核标准不能量化指标的设计上要反映企业倡导的价值理念，在企业福利制度原文件基础上可建议实施自助式的福利计划，在体现人文关怀的同时满足员工的个性化需求。

人才是企业最宝贵的资源，企业必须通过高效积极管理才能培养和留住人才，实现劳资双方的共同发展。而建立一套科学高效的管理制度体系是实现高效管理的首要工具。企业劳动用工管理制度体系的建设是一门科学，也是一门艺术，笔者也将在为客户提供服务的过程中，继续探索法律与管理相结合之道，以期能实现二者的完美结合，为企业构建劳资关系法律风险控制的“防火墙”。

人才是企业最宝贵的资源，企业必须通过高效积极管理才能培养和留住人才，实现劳资双方的共同发展。而建立一套科学高效的管理制度体系是实现高效管理的首要工具。

中小企业股权结构设计浅析

肖小保 / 文

个公司的股权结构如何设计更有利于创始人/控股股东有效的控制公司？应当从哪些角度着手对公司股权结构进行合理的规划和设计？另一方面，随着资本市场的活跃，股权融资正成为中小企业的核心需求之一，何种股权结构更能得到资本市场的认可，这些问题正日益受到广泛关注，尤其是一些知名企业的股权结构也经常成为公众的热点话题。本文以有限公司为分析对象，对有限公司的股权结构设计进行介绍。

一、公司的股权结构与对公司的控制力

1、股权比例、股东会与对公司的控制

对公司的控制包括有权决定公司的经营发展方向、发展战略、对外投资、公司的日常经营及公司的其他行为等。对公司的控制通常表现在股东会、董事会和经营层三个层面，其中股东会是公司的最高权力机构，《公司法》赋予股东会决定公司的经营方针和投资计划，选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项，审议批准董事会的报告，审议批准监事会或者监事的报告，审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案，审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案，对公司增加或者减少注册资本作出决议，对发行公司债券作出决议，对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议和修改公司章程等合计十一项权利，这些基本涵盖了公司的生死大事，充分体现了对公司的控制，因此对股东会的控制即是控制一个公司最基本最重要的方式，而对股东会的控制基本的方式是通过持有公司的股权来实现。

依《公司法》第42条规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，43条规定，股东会会议作出修改公司章程、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，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。由此可知，最简单最直接有效的对股东会的完全控制毫无疑问是通过持有超过三分之二以上的公司股权/股份实现。然而，除那些家族企业或企业的早期阶段单一股东持有超过三分之二以上的公司股权外，现实中很少有单一股东能持有超过三分之二以上的公司股权，即使有，未来随着公司的发展及走向资本市场亦需要调整股权结构，稀释单一大股东持有的股比，进而形成相对分散公司的股权结构。

实务中通过持有公司三分之二以上的股权来实现控制公司的目的并不现实，也不利于公司未来的发展，更无法满足公司走向资本市场的要求；在此情形下，如何通过设计相对控股公司的股权结构来达到实现控制公司股东会，进而实现控制公司的目的更具有现实意义。

2、相对控股下对公司控制的结构设计

相对控股一般指在公司的股权结构中占股比最大的股东持有的股权比例少于二分之一，在此种股权结构下，实现对公司的控制常见的方式有：

（1）根据《公司法》第42条但书条款，在公司章程中约定股东会会议不按照出资比例行使表决权，而改为大股东持有约定比例的表决权；

（2）大股东设定重大事项的股东会一票否决权，即就某些公司重大事项，大股东享有对该事项的一票否决权，进而实现控制公司；

（3）通过提名董事席位的策略，使得大股东能够享有过半的董事提名权，进而保证大股东提名的董事在董事会席位中占多数，实现通过董事会来控制公司的目的；

（4）与其他小股东联合，以一致行动人方式形成表决权优势，进而控制公司。

肖小保律师简介

京都律师事务所合伙人。
北京市律师协会风险投资与私募股权法律专业委员会委员，先后在公司、律所工作十余年，专注于公司法律事务，在私募基金、新三板、公司并购重组、投融资、员工股权激励、互联网金融和诉讼等方面具有丰富的法律服务经验。

二、股权结构设计应关注的因素

一个公司的股权结构设计不能仅从一个维度去考虑，也不能一成不变，而应当是根据公司的不同发展阶段的特点和需要进行一个动态的考虑，如此说来应当是将股权结构设计当成一个系统的动态工程来考虑，其应当贯穿于公司设立之初，直至走向IPO资本市场抑或是消亡。

进行系统的动态的股权结构设计即是考虑在公司发展的不同阶段有不同的关注因素，股权结构设计需关注/考虑的因素有如下：

（一）公司融资需求

1、老股东套现需求，即公司创始股东基于规范公司出资瑕疵、个人资金需求、满足后续股权重组资金需求等而需要通过股权转让或资产转让的方式变现，而老股东套现通常需注意的是应满足相关法律法规关于股权/股份锁定的要求、套现的路径（即是否通过直接转让目标公司的股权还是通过转让目标公司的母公司股权来实现）及套现时点和套现后仍保持对公司的控制力等，这些均是股权结构设计需考虑的。

2、公司业务板块发展的资金需求

根据公司业务转型升级及业务方向的调整而需要的资金分配，可能需对目标公司的子公司、关联公司进行股权重组，IPO及新三板一般也应披露融资的资金需求；比如目标公司旗下某一子公司的资金需求，则需考虑增资到该子公司的资金比例和股权比例、资金路径的可行性（如是否通过增资扩股到目标公司，再由目标公司以股本金的方式入资该子公司）。

（二）公司业务整合需求

1、公司业务转型升级

随着资本市场的活跃，股权融资正成为中小企业的核心需求之一，何种股权结构更能得到资本市场的认可，这些问题正日益受到广泛关注，尤其是一些知名企业的股权结构也经常成为公众的热点话题。

不管是基于公司战略发展需要还是被迫进行业务重组，公司都需要进行业务转型升级，在对公司进行业务转型升级，势必可能牵涉到公司的股权结构的调整，尤其是对于集团性公司，需要根据业务转型升级对控股公司及旗下公司的资产优化、剥离，最重要的手段即是通过对公司的股权结构进行调整实现。

2、规范同业竞争和关联交易问题

同业竞争和关联交易问题主要是当公司走向资本市场，根据相关资本市场的规则，需要重点关注的问题；目前新三板和IPO都要求解决发行主体与关联方之间的同业竞争问题，常见的方式是关、转、停，并且要求不得再转给关联方；对于关联交易问题必须披露，并应当尽可能避免关联交易，对于不能避免的，需保证定价的公允性（从程序上保证，比如关联股东或董事回避表决等）。

规范同业竞争和关联交易的问题还要结合目标公司/发行主体的业务独立性、完整性、持续经营时间的认定等方面来考虑，采取收购、剥离转让等进行，这些均可能涉及股权结构调整的问题。

（三）引入投资者与保持控制权需求

1、多轮融资的安排

公司从创立之初至天使轮、A轮、B轮直至上市前的PRE-IPO的融资均会稀释创始股东的股比，为保持创始股东的控股权、对公司的控制及保持公司的实际控制人地位的持续稳定性的要求，涉及股权结构的调整。

2、入资价格的合理性解释

对于投资方入资价格的合理性解释也是公司进入资本市场而成为公众公司需要关注的一个重要方面，其初衷主要是防止控股股东利益输送侵害广大社会小股东的利益（一般是按同一次入资的价格应相同的原则，但亲属间的转让、员工持股计划可以有所区别）。

（四）员工持股计划的需求

股权激励是指以股权作为支付手段对员工进行长期性的激励以留住人才，使员工能够以企业主人翁的精神，勤勉尽责地为公司长期发展服务，实现员工与企业的长期合作共赢，共同成长。

根据激励的计划，给予员工持股的比例、员工持股结构及员工持股的股份表决权等势必应提前在公司的股权结构设计中有所体现。

（五）资本运作及财务税务的筹划需求

1、融资及资本运作结构安排

主要是考虑未来的融资需求和股东资本运作的便利性、灵活性及避税的需要对公司持股层级的设定，比如典型的海外架构有三层，BVI(控股公司)-开曼（海外上市发行主体）-香港（税收考虑）-WOFI（实际业务）。

再者挂牌新三板或IPO都对目标公司/发行主体的股权具有相应的要求。如挂牌新三板对挂牌主体公司股权结构要求，《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》2.1条“（四）股权明晰，股票发行和转让行为合法合规”，主要涵义包括股权权属清晰，不得有代持和权属不清，不存在不确定性，出资到位、股权转让交割完整且程序合法，现金到账，资产出资经过评估；不存在代持，如存在代持必须还原并且相关各方签署承诺保证不存在纠纷和股权争议。股票发行和转让定价公允，程序合法合规，遵守相关股份锁定的要求。

根据《公司法》第一百四十二条规定：“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份做出其他限制性规定。”

《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》规定：“挂牌公司控股股东及实际控制人在挂牌前直接或间接持有的股份分三批解除转让限制，每批解除转让限制的数量均为其挂牌前所持股票的三分之一，解除转让限制的时间分别为挂牌之日、挂牌期满一年和两年。

2、所得税及适用特殊性税务处理

在进行公司融资或公司资本公积转增股本及公司并购重组时涉及所得税及其他税的问题，这亦是公司进行股权结构设计应重点关注的要素。

为适用《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59号）对公司重组的特殊性税务处理规定及为适用财政部和国家税务总局《关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围的通知》（财税【2015】116号）文对所得税递延缴纳规定而需考虑的股权结构安排。

三、股权结构设计常见的方式

股权结构总体可分为直接持股和间接持股两种方式，所谓直接持股是股东直接持有目标公司股权/股份，间接持股是股东通过其他公司或实体等持股平台间接持有目标公司的股权/股份（如下图所示）。直接持股和间接持股各有优劣，在不同的方案设计中有不同的应用，实务中往往是直接持股和间接持股相结合的方式。直接持股与间接持股的选择最常见的考虑的因素是税收和适用特殊性税务处理。

间接持股所得税分析：

持股平台为公司的累计所得税税负最高为：

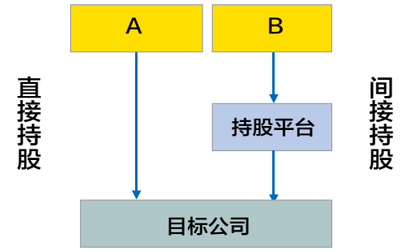
自然人股东税负是：25%（企业层面）+（1-25%）*20%（投资者层面）=40%

持股平台为有限合伙制的累计所得税税负最高为：

自然人股东税负是：0+5%~35%=35%

而特殊性税务处理适用条件：收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%，且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%；转让方和受让方均以被收购股权的原有计税基础确定。

直接持股与间接持股图示：



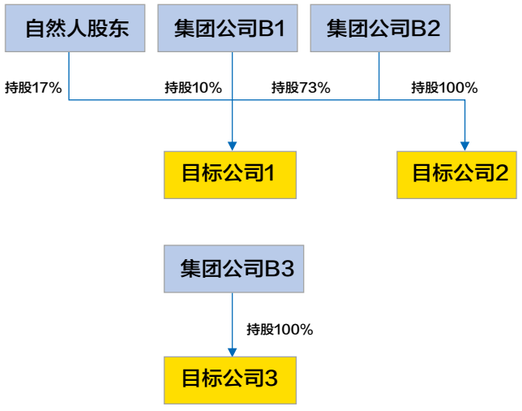
1、持股平台的选择

持股平台一般可设立为有限公司或有限合伙企业，有限公司的特征是股权控制的结构即以股份比例来决定公司的话语权；而有限合伙企业的特征是协议控制的方式，通过约定的方式，即按合伙企业法，是由普通合伙人负责代表合伙企业，对合伙企业的控制和运营主要通过全体合伙人以协议约定的方式实现。现在越来越多的选择有限合伙企业的模式，因为比较灵活，更加倾向合伙人之间的意思自治。而有限公司需按公司法的要求，有的还涉及小股东利益保护啊，信息披露等导致持股平台的决策效率低下，甚至难以达到对目标公司/持股平台控制的特殊安排。

2、股份转让、合并与增资

这些主要是考虑公司股权重组实现的路径问题，这个可结合如下案例进行简单说明：

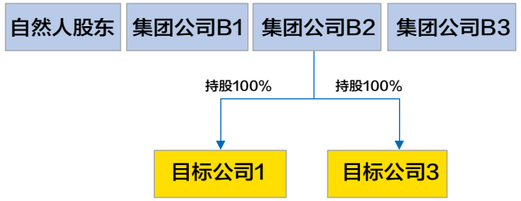
（1）某集团公司股权结构现状：



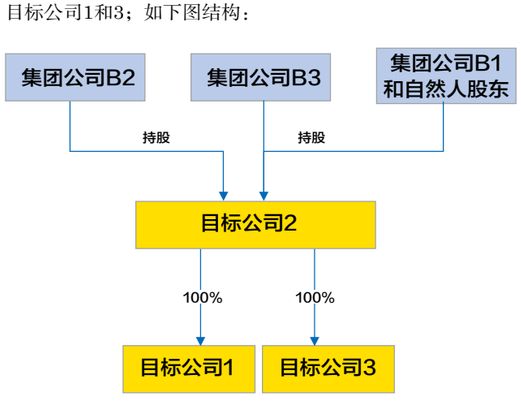
现分别通过重组方案A和B实现相类似的股权重组结构。

（2）重组第一步后的股权结构：

A1：通过股权转让的方式，使得集团公司B2全资持有目标公司1,2,3；如下图结构：

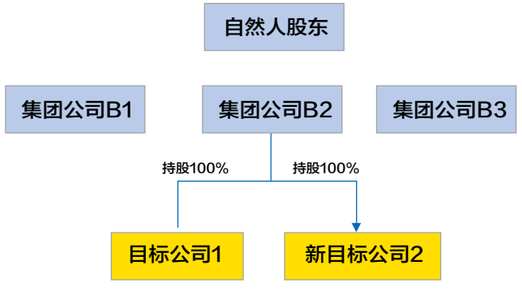


B1：通过目标公司2增资的方式，使得目标公司2持有目标公司1和3；如下图结构：

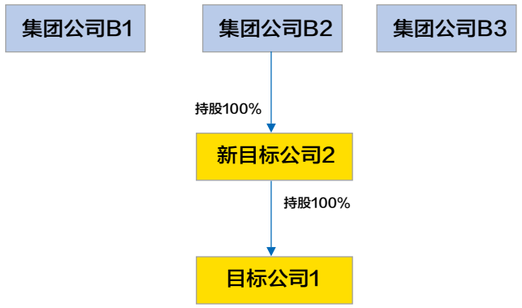


（3）第二步，吸收合并后的股权结构：

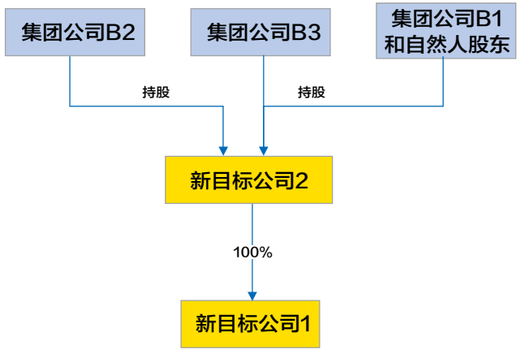
A2：在A1的股权结构基础上，目标公司2吸收合并目标公司3，形成新的目标公司2，如下图结构：



A3：在A2的股权结构基础上，集团公司B2以目标公司1的股权认缴新目标公司2增资，新目标公司2持有目标公司1，如下图结构：



B2：在B1的股权结构基础上，目标公司1吸收合并目标公司3，形成新目标公司1，如下图结构：



从A和B两个方案可知，重组的路径选择不同，股权结构设计方式亦不同，需要根据实际情况进行优化设计。

综上所述，股权结构设计考虑的因素广泛，还涉及税务、财务等相关专业知识，设计方案复杂多样，创业者及企业家决不能以拍脑袋方式随意决定，否则未来再进行规范调整可能需付出巨大的金钱和时间成本，有的甚至导致公司僵局而使公司陷入困境，有的致使创始股东之间矛盾重重，甚至出现股权纠纷乃至被出局的风险，我们建议应寻求专业律师的意见予以合理规范设计公司的股权结构。

挂牌新三板，你准备好了吗？

安璟 / 文

全国中小企业股份转让系统（俗称新三板，以下简称全国股转系统）是经国务院批准设立的全国性证券交易场所，是我国多层次资本市场的重要组成部分。那么新三板到底是什么，与证券交易所的区别在哪呢？

全国股转系统与证券交易所的主要区别在于：一是服务对象不同。《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》（以下简称《国务院决定》）明确了全国股份转让系统的定位主要是为创新型、创业型、成长型中小微企业发展服务。这类企业普遍规模较小，尚未形成稳定的盈利模式。在准入条件上，不设财务门槛，申请挂牌的公司可以尚未盈利，只要股权结构清晰、经营合法规范、公司治理健全、业务明确并履行信息披露义务的股份公司均可以经主办券商推荐申请在全国股份转让系统挂牌；二是投资者群体不同。我国交易所市场的投资者结构以中小投资者为主，而全国股转系统实行了较为严格的投资者适当性制度，这类投资者普遍具有较强的风险识别与承受能力；三是全国股转系统是中小微企业与产业资本的服务媒介，主要是为企业发展、资本投入与退出服务，不是以交易为主要目的。

根据全国股转系统公布的数据，截止2015年12月18日，在全国股转系统挂牌的企业达到4862家，总股本为2797.28亿股；截止2015年12月11日，在全国股转系统在审申请挂牌的企业为1657家。2015年9月1日，《场外证券业务备案管理办法》正式施行，明确了股转系统与上海证券交易所、深圳证券交易所、期货交易所同样的场内交易场所地位。

新三板为什么这么火，企业挂牌新三板对企业的战略性发展又有哪些好处呢？

根据《中国证监会关于进一步推进全国中小企业股份转让系统发展的若干意见》，全国股转系统立足于服务创新型、创业型、成长型中小微企业的市场定位，对于公司健全直接融资体系，对中小微企业借助资本市场的力量发展实体经济，推动经济结构转型升级，促进企业创新，具有战略意义。挂牌新三板，将在以下几个方面促进企业发展：

首先，规范治理机制。规范的公司治理是中小微企业借助资本市场力量的基础前提，也是实现可持续发展、确保基业常青的根本保障。主办券商、律师事务所、会计师事务所等专业中介机构将帮助公司建立起以“三会”为基础的现代企业法人治理结构，梳理规范业务流程和内部控制制度，大大提升企业经营决策的有效性和风险防控能力。挂牌后，主办券商还将对公司进行持续督导，保障公司持续性规范治理。

其次，拓宽融资渠道。挂牌企业的股票可以在全国股转系统公开转让，为公司股东、离职高管以及创投、风投和PE等机构提供退出渠道，同时也可以公开发行股份等方式

向看好公司发展的外部投资者提供进入的渠道。

再次，提升公司品牌价值。企业挂牌后，二级市场将充分挖掘企业股权价值，有效提升企业股权的估值水平，充分体现企业的成长性。同时，挂牌企业作为公众公司纳入全国股转系统和证监会统一监管，履行了充分、及时、完整的信息披露义务，市场对企业的信赖度将明显加强，企业能更迅速的获取商业银行贷款，也因消费者的信赖度更快捷的开拓新市场及提升销售业绩。

企业挂牌新三板需要哪些条件呢？

根据《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》的规定，股份公司申请挂牌应当符合下列条件：

1、依法设立且存续满两年。有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司，存续时间可以从有限责任公司成立之日起计算；

2、业务明确，具有持续经营能力；

3、公司治理机制健全，合法规范经营；

4、股权明晰，股票发行和转让行为合法合规；

5、主办券商推荐并持续督导；

6、全国股份转让系统公司要求的其他条件。

上述规定是对企业挂牌新三板的较为框架性的规定，《全国中小企业股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》对上述挂牌条件做了更为详尽的解释。

企业为挂牌新三板又该做哪些准备呢？

首先，是心理准备。企业的股东、管理层甚至员工应对公司拟挂牌新三板有必要的认识和基本统一的立场，企业在挂牌推进过程中需召开多次董事会和股东（大）会、董监高人员需出具相应的声明和承诺，如部分股东或管理层对公司挂牌新三板存在心理抵触情绪，可能导致各项董事会议案和股东（大）会议案无法审议通过，将对企业的挂牌工作造成实质性障碍。

其次，规范经营的成本。中小微企业在发展过程中难免存在不合规情况，为使企业符合挂牌条件，需对企业不合法合规的情况进行整改规范。例如股东出资不符合法律规定、股权结构不清晰或存在股权代持情形、股权变更等未履行相应的决策程序、股东占用公司资金未归还、财务不规范、公司治理机构不完善、未根据法律规定与员工签订劳动合同并缴纳社会保险、超越资质经营、生产经营活动违反环保、安全生产、消防、食品安全、海关、工商、质检等规定。企业对上述情况整改规范，需要补足出资、归还占用资金、为员工依法缴纳社保、规范财务依法纳税等，可能需要付出相对比较大的人力成本和经济成本。当然，在整改过程中，主办券商、律师事务所及会计师事务所也将在尽职调查的基础上就发现的企业不合规问题与企业充分沟通，帮助企业以最小的经济成本规范上述问题，使企业符合挂牌条件。

再次，聘请专业的中介机构。企业挂牌新三板，企业是主体，但可以说企业在挂牌过程中的专业性问题还是依赖中介机构的专业辅导。主办券商、律师事务所和会计师事务所的专业判断、项目经验、出具的整改方案和专业文件，都将影响企业挂牌新三板的时间成本、财力成本及顺利度。

企业挂牌新三板并不是最终目的，挂牌后的企业需要根据全国股转系统的要求自治自律，规范经营，及时完整的履行信息披露义务，这些都对企业提出了更高的要求，但企业规范经营的同时也增强了抵御风险的能力，可借着资本市场的力量寻求新的发展契机。

京都律师事务所在新三板方面有着丰富的经验，已经成功帮助十多家企业在全国股转系统挂牌，同时还对多家挂牌企业的定向发行出具法律意见书。挂牌新三板，我们已经准备好了，你呢？

安璟律师简介

京都律师事务所合伙人。曾先后参与多家公司的挂牌上市、股权并购、资产重组、股权设置等非诉讼法律事务，同时具备丰富的诉讼、仲裁办案经验。

私人基金会：与家族信托比肩

■韩良 / 文

对于家族信托，我国无论是法律理论上，还是在实践上，都没有为其准备好适宜的生长环境。由于我国属于大陆法系，建立私人基金会法律制度要比建立家族信托的配套法律制度容易的多，可以通过在国内某一自贸区制定《私人基金会管理条例》的方式先试先行，建立起具有我国特色的家族信托与私人基金会法律制度。

2009年5月11日，龚如心遗产争夺案在香港高等法院开审。香港高等法院裁定，龚如心与陈振聪之间仅属客户与“风水师”关系，陈振聪持有的2006年遗嘱中的龚如心签名是伪冒，华懋基金会所持2002年遗嘱是最后及有效的遗嘱。但因该遗嘱措辞不清晰，2012年5月18日，香港律政司以遗产守护人身份要求法庭解释遗嘱的条文。香港高等法院裁定华懋基金会是受托人，需依据遗嘱将该遗产全部用作慈善。但华懋基金会认为自己是唯一受益人，有权决定如何执行遗嘱并使用遗产。官司一直打到香港终审法院。2015年5月18日，香港终审法院裁定华懋基金会只是遗产“受托人”，并非“受益人”。

龚如心遗产争夺案带给我们很多思考：华懋基金会所持的龚如心2002年遗嘱为什么是遗嘱信托？而不是将遗产赠与华懋基金会？私人基金会与家族信托有何不同？关于家族信托，很多人已经有了或多或少的了解，但私人基金会对我国大陆地区的很多人来说还是一个新概念，有必要对私人基金会进行详细的分析和探讨。

由来和法律性质

私人基金会与服务于公共利益的公益基金会不同，通常是基于个人或家族成员捐赠或遗赠财产的方式设立的，目的是按照设立人的意愿对该财产进行运作、保存、管理和投资，并为一个或多个与设立人具有亲属和利益关系的“受益人”利益对该财产及其收益做有效安排的法人实体。私人基金会通常以其设立者或家族姓氏为名，如闻名世界的卡内基基金会、福特基金会、洛克菲勒基金会等三大基金会，以及近期设立的高达240亿美元的比尔与梅林达·盖茨基金会等。

根据Johanna Niegel博士的考证，基金会产生于罗马法时期的欧洲，其历史与英国的信托制度一样久远。在普遍接受基督教的罗马帝国后期，教会的财富来自信徒的捐献，捐献行为一旦确认，财产所有权就马上和捐献人分离。为了管理捐献财产，教会成立了监管委员会以保证财富按照一定的方式增值和让特定群体受益，这是最早的私人基金会的雏形。教会接受捐赠并以教会的名义统一管理和经营这些捐赠财产，教会本身被认为是上帝设立的基金会，教会可以用这些财产进行组织敬拜、修建教堂等宗教活动。

罗马法（泛指罗马奴隶制国家法律的总称，存在于罗马奴隶制国家的整个历史时期）及中世纪的教会法（泛指罗马天主教、东正教以及基督教其他一些教派等的各种法规。但在法学著作中通常专指中世纪罗马天主教的法律）对基金会概念的形成与发展起到了很大作用。受教会法的影响，当时出现的基金会是严格服务于教会利益和公共利益的，16世纪宗教改革后，欧洲才出现了商人和手工业者成立的既为了商业、行会利益也为了公共利益的基金会。

1926年1月20日，列支敦士登公国颁布了《自然人和公司法》（Law on Persons and Companies），成为世界上第一个颁布家庭基金会法的国家，该法提出了不同于传统公益基金会的“家庭基金会”和“混合基金会”的商业组织形式。“家庭基金会”是为了一个或多个家庭中成员的私人利益而设立的基金会，“混合基金会”是指不仅为家庭的利益也为第三方或某些组织的利益而设立的基金会。2008年，该国通过修改《自然人和公司法》，进一步完善了私人基金会与慈善基金会法律制度。

由于列支敦士登属大陆法系，私人基金会法律制度又是在罗马法影响下形成的，因此我国学者张晓冬先生将“私人基金会”制度定义为民法中的“信托”制度是非常合适的。由于私人基金会制度非常适合富有的家族进行财产与家族事务管理，以至于列支敦士登王室家族也通过建立各种列支敦士登基金会以持有和管理其家族财富。

1995年，巴拿马共和国向列支敦士登公国的“家庭基金会”立法学习，对“私人基金会”进行立法。巴拿马民

法典吸取了列支敦士登的立法经验，同时融合了普通法系的信托与现代的公司概念，赋予“私人基金会”更具商业化和现代化的内涵。巴拿马的“私人基金会”只需到政府注册机构进行登记就可以，不需要得到政府其他机构的批准，其运营非常灵活，可以用于离岸财产规划并进行商业交易。

在列支敦士登与巴拿马对私人基金会立法的基础上，不仅隶属大陆法系的奥地利、意大利、荷兰、瑞士、荷兰安蒂斯、直布罗陀、印度尼西亚、卢森堡等国已对私人基金会进行立法，隶属英联邦的圣基兹和尼维斯、巴哈马以及英国的泽西岛、耿西岛等国家和地区也都对私人基金会进行了立法。

从上面私人基金会的产生和立法历史可以看出：私人基金会是在罗马法体系中发展起来的，中间吸收了普通法系的信托法和现代公司法的一些概念和制度，具有信托的一些职能，但又采取类似公司的方式进行运营，是一种具有独立的法人资格的法律主体形式。

与公益基金会相比，私人基金会具有以下不同特点：

第一，建立目的不同。公益基金会的建立必须以参与公益事业为目的，即参与教育、慈善、宗教或其他社会活动以服务于公共福利的目的，而私人基金会则服务于设立者的亲属或者家族，以家族的发展和壮大为目的。

第二，资金来源不同。公益基金会可以采取公开募集的方式筹措资金，如根据我国《基金会管理条例》第三条规定：基金会分为面向公众募捐的基金会和不得面向公众募捐的基金会，面向公众募捐的基金会可以采取公开募集的方式筹措资金。而私人基金会的资金则来源于创立者的捐赠或者遵从创立者的遗嘱将其遗产注入而来。

第三，受到政府监管的力度不同。由于公益基金参与公益事业并且部分资金通过面向社会公募而来，所以受到政府的严格监管，而私人基金会由于资金来源于特定主体而且服务于特定的家族成员，除了需向政府登记机构进行注册外，一般不受政府监管。对于既有私人目的也有公益目的的混合基金会，列支敦士登2008年修改的《基金会法》规定，以公益作为主要目的的混合基金会需要接受政府监管。

韩良律师简介

京都律师事务所金融业务总监。执业领域为信托与基金、公司与证券、国际金融业务等。韩律师现任南开大学法学院教授，民商法博士生导师，南开大学资本市场研究中心主任，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

特殊的法律特征

与信托及其他法律主体相比，私人基金会具有如下特殊的法律特征。

一是私人基金会具有独立的法律主体资格。家族信托只是一种管理家族财产和家族事务的制度设计，不具有独立的法人资格，是受托人旗下的资产或者事务管理计划。私人基金会是具有独立法律主体资格的法人，具有基金会章程所赋予的民事权利能力与行为能力，其民事权利能力与行为能力是通过基金会理事会实现的。一般情况下，私人基金会章程会对基金会的职能与基金会理事会的职责进行严格限定，如果基金会章程允许基金会作为受托人从事特定的信托业务（一般情况下，私人基金会由于承担设立者设定的特殊家族财产与家族事务的管理职能，不能成为营业信托机构）是可以的，如在龚如心遗产争夺一案中，香港高等法院裁定华懋基金会是受托人，华懋基金会应该按照龚如心的遗嘱，受托管理该遗产，实现龚如心设立遗嘱信托的目的。

二是私人基金会拥有所管理资产的最终所有权。信托财产划分为普通法上的所有权与衡平法上的所有权，受托人享有普通法上的所有权，而受益人享有衡平法上的所有权。私人基金会秉承大陆法系所有权的“一物一权”原则，一旦设立者将财产捐赠给私人基金会，该财产就不再属于设立者，基金会就享有了该财产的全部所有权。基金会不同于公司，没有股东，也就没有基金会之外的最终所有者。当委托人设立信托的意思表示不明确时，法院即可推定信托财产为委托人的利益而存在，此谓“回归信托”。在龚如心遗产争夺案中，因该遗嘱措辞不清晰，香港高等法院遵循“回归信托”的法律理论和相关判例，裁定龚如心与华懋基金会之间为信托关系，受托人华懋基金会需依据遗嘱将遗产用作慈善目的。当一个私人基金会特别是混合基金会不能有效成立，或者其设立目的不再存在时，法院将不会用推定信托的方式处置这些资产，资产很难再返回到设立者或者设立者的亲属，通常会运用于社会公益的目的。

三是私人基金会可以永续存在。反永续存在是英国信托法的基本原则，到了一定的存续时间，信托资产要么被分配，要么被放置到另外一个信托中。为了满足家族财产传承和家族企业治理所必备的时间较长的条件，一些离岸地创新性地将信托存续期进行延长，如巴哈马的《永续法》（The Perpetuities Act）将信托期限从80年延长到150年。巴哈马的另外一种创新是允许设立目的信托，其《目的信托法》（The Purpose Trusts Act）规定：信托可以没有明确的受益人并且不是为了慈善目的而设立，并使股权信托能够借助私人信托公司与持牌信托公司的两次信托关系达到永续存在的目的。但私人基金会是一个独立的法律实体，不需要做以上创新，只要保持注册状态就可以一直存在下去。

四是基金会的法律职责是特定的。由于信托依据信托契约成立，对于财产托管人和受托人而言，享有较大的灵活性和自由度。在新西兰、英属维尔京（BVI）和塞舌尔，信托的受托人功能是可以分离的，一个受托人可以持有资产，而另外一个受托人管理资产。但基金会一般要根据成文立法及章程设立，每一个基金会都有特定的职责和功能，基金会的全部法律职责要由基金会独立承担，除非基金会的章程进行特殊规定，一般不能委托基金会以外的机构承担主要的财产管理职责，也不承担基金章程规定以外的职责。

由于基金会具有以上特殊的法律特征，使其成为与信托并驾齐驱的家族财产管理与传承的工具。但与信托相比，由于私人基金会需要登记，在家族财产私密性管理上，离岸信托不需要登记的特点会略胜一筹。由于私人基金会是独立法人，是独立的纳税主体，而信托不是独立的纳税主体，在税收筹划设计上，信托的优势也是明显的。另外，由于更多离岸地区为英联邦属地，这些地区通常会接受信托而不是基金会。如果一个客户是跨国的，尤其是与银行打交道时，信托也比基金会更容易被接受。

参与人以及主要功能

私人基金会的主要参与人包括：基金会的设立人，基金会理事会，基金会的受益人以及基金会的保护人。

私人基金会的设立人是指将其财产捐赠给基金、设立基金的自然人，一般是家族事业的创办人或者家族财产的拥有人。一般情况下，如果设立人没有设定可撤销基金章程的保留权，设立人设立基金后就没有任何权力了。对基金会理事会的监管以及基金会章程的修改权要由基金保护人行使。如果设立人设定了可撤销基金章程的保留权，设立人即享有修改和撤销基金会章程的权力，也享有任命、添加或更换基金会理事会成员的权力。

基金会理事会是指对基金会享有控制和管理权的常设机构，列支敦士登《自然人和公司法》规定：基金会理事会由不少于两个自然人或法人实体组成。一般而言，基金会理事会享有以下权力：第一，执行基金会章程并根据授权对章程进行修正；第二，根据章程规定指定和更换受益人；第三，分配、运作、处置基金会财产；第四，代表基金会对外签署相关契约。

基金会的受益人是指有权按照基金章程规定享有一定的基金会财产收益权的人，一般情况下，受益人是基金会设立人的亲属或者和设立人有特殊关系的人。需要注意的是，由于基金会受益人不像信托受益人那样享有信托财产的衡平法上的所有权，受益人也不是基金的债权人。受益人不能直接向基金会主张权利，除非基金会章程有规定准许。

基金会的保护人是指接受基金会设立人的委托或者指定，对基金会理事会进行监管，对受益人利益进行保护的自然人或法人。其权力如下：第一，对超出章程规定的基金会理事会行为进行授权；第二，添加和更换受益人；第三，监管基金会理事会并要求获得基金账户和财务信息。

私人基金会除了具有一般家族信托具有的家族财产保护、家族财富管理与传承、家族治理、慈善以及家族税务筹划等功能外，尚还具有以下两种特殊功能：

第一，起到控股公司的作用。通过拥有私人公司的股份及财产，基金会可作为家族财富的最终拥有者，掌控家族财富。第二，优化目的信托结构。股权信托借助私人信托公司与持牌信托公司的两次信托关系以实现永续存在的目的信托架构由于过于复杂，常常不被客户所理解。对于家族财富管理来说，最经济而且比较简单的结构是让基金会成为私人信托公司的股东，而由私人信托公司持有实业公司的股份。

一般情况下，大陆法系国家的财产委托人通常会选择私人基金会，而普通法系国家的委托人通常选择信托。对于家族信托，我国无论是法律理论上还是实践上，都没有为其准备好适宜的生长环境。由于我国属大陆法系，建立私人基金会的法律制度要比建立家族信托的配套法律制度容易得多，可以通过在国内某一自贸区制定《私人基金会管理条例》的方式先试先行，取得经验后再将此条例内容补充进2004年国务院颁布的《基金会管理条例》，与该条例已有的公益基金会制度进行结合，这样才能有效建立起具有我国特色的家族信托与私人基金会法律制度。

原文刊载于《当代金融家》2015年第11期

信托公司信息披露若干问题简析

■肖树伟 游乐 / 文

肖树伟律师简介

京都律师事务所合伙人

主要执业领域为：公司、合同、信托、基金及国际贸易和投资。1989年开始从事律师工作。现为中国法学会会员、中国政法大学兼职教授、中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解员、北京市律师协会理事及执业纪律与执业调处委员会主任。长期为信托公司和基金公司的募集、投资、管理及退出业务提供法律服务，积累了丰富的经验。曾被司法部和北京市律师协会评为优秀律师。

前言

我国信托业在经历了前几年的爆发式增长后，风险与问题逐渐暴露。今年以来，信托产品兑付违约事件频发，信托业发展过程中“刚性兑付”的潜规则逐渐被打破，这也意味着信托产品投资的无风险时代已一去不返。信托产品兑付一旦出现违约，信托公司在管理、运用、处分信托财产过程中是否履行了尽职义务，信托公司信息披露是否合法、合规等问题即成为投资人、监管机构乃至社会公众关注的焦点。本文通过对我国现行信托公司信息披露制度的简要梳理，结合目前信托行业的实际提出信托公司在信息披露工作中存在的问题，并就完善信托公司信息披露制度提出几点粗浅的建议。

我国现行信托公司信息披露制度

目前我国对信托公司信息披露的相关规定主要集中于2005年实施的《信托投资公司信息披露管理暂行办法》[1]（以下简称“《暂行办法》”），此外，信托公司履行信息披露义务的有关规定也散见于《信托法》、《银行业监督管理法》、《信托公司管理办法》、《信托公司集合资金信托计划管理办法》（以下简称“《管理办法》”）等法律法规中。根据上述法律法规的规定，我国现行信托公司信息披露制度主要包括如下内容：

1.信息披露的概念

根据《暂行办法》第三条的规定，信息披露是指信托公司依法将反映其经营状况的主要信息，如财务会计报告、公司治理、业务经营、风险管理、关联交易及其他重大事项等真实、准确、及时、完整地向客户及相关利益人予以公开的过程。

2.信息披露的原则

信托公司作为受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。信托公司披露信息时也应当遵循真实性、准确性、完整性和可比性原则，规范、及时地披露信息。

3.信息披露的内容

（1）年度报告及摘要。信托公司在会计年度结束后应就公司概况、公司治理、经营概况、会计报表、财务情况说明、重大事项等信息编制年度报告。年度报告摘要是对年度报告全文重点的摘录。信托公司应于每个会计年度结束后的四个月内披露年度报告和年度报告摘要。因特殊原因不能按时披露的，应至少提前15日向银监会申请延迟。

（2）重大事项临时报告。对发生可能影响信托公司财务状况、经营成果、客户和相关利益人权益的重大事项，信托公司应当制作重大事项临时报告，并应自事实发生之日后5个工作日内将重大事项临时报告向社会披露。

（3）信托公司管理信托财产，处理具体信托事务的信息披露。主要包括：①信托公司在处理信托事务时应当避免利益冲突，在无法避免时，应向委托人、受益人予以充分的信息披露，或拒绝从事该项业务；②信托公司开展关联交易，应以公平的市场价格进行，逐笔向中国银行业监督管理委员会事前报告，并按照有关规定进行信息披露；③受益人有权向信托公司查询与其信托财产相关的信息，信托公司应在不损害其他受益人合法权益的前提下，准确、及时、完整地提供相关信息，不得拒绝、推诿；④信托公司推介集合资金信托计划，应有规范和详尽的信息披露材料，明示信托计划的风险收益特征，充分揭示参与信托计划的风险及风险承担原则，如实披露专业团队的履历、专业培训及从业经历，不得使用任何可能影响投资者进行独立风险判断的误导性陈述；⑤集合资金信托计划设立后，信托公司应当依信托计划的不同，按季制作信托资金管理报告、信托资金运用及收益情况表；⑥集合资金信托计划发生某些情形时，信托公司应当在获知有关情况后3个工作日内向受益人披露，并自披露之日起7个工作日内向受益人书面提出信托公司采取的应对措施；⑦信托终止的，信托公司应当依照信托文件的约定作出处理信托事务的清算报告。

（4）其他内容。如法律、行政法规、银监会规定应予披露的其他信息；信托公司在遵守法定信息披露义务基础上自行决定披露的信息；信托文件约定应当予以披露的信息。

4.信息披露的对象：从信息披露的概念可以得知，信息披露的对象为客户及相关利益人。

5.信息披露的方式

（1）年度报告及摘要的披露方式：信托公司应当将书面年度报告全文及摘要备置于本公司主要营业场所，供客户及相关利益人查阅。信托公司应将年度报告全文登载于本公司的网站上，将年度报告摘要刊登在至少一种银监会指定的全国性报纸上。

（2）重大事项临时报告的披露方式：信托公司应将重大事项临时报告自事实发生之日后5个工作日内刊登在至少一种银监会指定的全国性报纸上。

（3）信托公司可自行决定的披露方式：信托公司除在银监会指定的全国性报纸上披露信息外，还可以根据需要在其他报刊上披露信息，但必须保证：①指定报刊不晚于非指定报刊披露信息；②在不同报刊上披露同一信息的文字一致。

（4）信托文件中约定的披露方式：信托公司与投资人通常会根据实际需要在信托文件中约定信息披露的方式。

6.未履行信息披露义务的法律责任

（1）一般规定：信托公司未按照规定进行信息披露的，提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的，由国务院银行业监督管理机构责令改正，并处20万元以上50万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，可

[1] 《信托投资公司信息披露管理暂行办法》颁布于2005年，而2007年颁布的《信托公司治理指引》中已将信托投资公司变更为信托公司，因此本文统一表述为信托公司。

以责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）特殊规定：信托公司未依照《管理办法》的规定进行信息披露或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，由中国银行业监督管理委员会责令改正，并处20万元以上50万元以下罚款；给受益人造成损害的，依法承担赔偿责任。

7.其他内容。《暂行办法》对信托公司信息披露的其他内容也进行了规定。如信托公司应当有专门人员负责信息披露事务，包括建立信息披露制度、接待来访，回答咨询，以及负责与银监会、客户、新闻机构等的联系；信托公司应当将负责信息披露事务人员的姓名、联系电话、电子邮件、图文传真等信息报公司所在地银监会派出机构备案，并在年度报告和年度报告摘要中载明等。

信托公司信息披露工作中存在的问题

通过对我国现行信托公司信息披露制度的简单梳理，可以看出我国目前对信托公司信息披露的原则性规定较多，涉及实际操作层面的细节性规定缺乏，这导致实践中各信托公司对相关规定的理解不一，对信息披露工作的开展标准也各不相同。笔者通过对信托行业的信息披露现状进行梳理发现，信托公司在进行信息披露工作时主要存在如下问题：

1.信托公司在撰写年度报告时基本是按照《暂行办法》第十条[2]的规定对报告内容进行机械式罗列，各项报告内容之间各成一体，整个报告的编排缺乏逻辑性、系统性，无法向投资人展示公司的特色及优势，也无法就投资人关心的内容进行重点安排，导致投资人没有时间与耐心阅读年度报告。此外，因年度报告涉及大量专业术语，部分投资人也很难读懂报告。最终导致投资人对年度报告的重要性认知不足，多数时候年度报告沦为形式主义。

2.无法对信托公司的突发事件是否属于应当披露的重大事项进行明确界定，对重大事项的披露操作不一。《暂行办法》第十八条[3]规定了在发生某些重大事项时，信托公司应当制作重大事项临时报告并进行披露。同时，第二十条[4]规定了信托公司发生突发事件的报告制度。实践中，有信托公司认为《暂行办法》第二十条规定的突发事件属于该办法第十八条所规定的应当披露的重大事项，对突发事件进行披露，亦有信托公司认为突发事件并不当然属于应当披露的重大事项，从而针对部分突发事件仅履行向银监会报告的义务而未向投资人进行披露。

3.在集合资金信托计划存续期间，对某些影响投资人利益的事项无法准确作出是否应当予以披露的判断。信托公司一方面应当按照规定以及约定履行信息披露义务，另一方面信托公司对委托人、受益人以及处理信托事务的情况和资料负有依法保密的义务，信托公司无法做到也绝不可能事无巨细均进行披露，所以如何在两者之间进行平衡也成为了信息披露时的难点。在信托公司管理信托财产过程中，当某一事项发生时，信托公司通常会按照《管理办法》第三十八条[5]的规定对该事项的出现是否会导致信托财产可能遭受重大损失，是否属于信托资金使用方的财务状况严重恶化的表现等进行判断。但由于规定的笼统、模糊，信托公司往往无法准确判断该事项是否应当予以披露，从而在此基础上做出不予披露的决定。如信托产品一旦出现违约，投资人无法按约取得信托利益，则极大可能会以信托公司未履行信息披露义务为由将信托公司诉至法院。今年年初，中信信托发行的“中信国元农业基金一号集合资金信托计划”出现违约，投资人将中信信托诉至法院要求其赔偿损失的理由之一便是中信信托未依法履行信息披露义务。

游乐律师简介

京都律师事务所专职律师。

主要执业领域为：金融、合同、公司及民商事争议解决等法律事务。

4.披露季度资金管理报告等文件资料的时间具有随意性。《管理办法》仅规定信托公司应当按季制作信托资金管理报告、信托资金运用及收益情况表并进行披露，但并未明确信托公司应当进行披露的时间。而对于年度报告及摘要与重大事项临时报告披露义务的履行时间，《暂行办法》均有明确规定。因此，实践中有的信托公司在每一季度期满后迟迟未将季度报告予以披露，导致投资人不能及时获取有关信息。

5.信息披露方式不规范。《暂行办法》规定重大事项临时披露的载体是报刊，而实践中由于重大事项的发生具有突发性，其披露又有严格的时间要求，许多信托公司为了维护投资者的利益，保障投资人的知情权，往往选择使用更加方便、快捷的网络对相关信息进行披露，而未必会在报刊上或在规定的时间内在报刊上对重大事项进行披露。如果因信托公司在网站上进行信息披露而未在报刊上或未及时在报刊上进行信息披露，而该重大事项的出现又导致了信托财产的损失进而造成了投资人未能按约获得信托利益，将可能导致信托公司由于未按照规定履行披露义务被当事人追责。

6.仅向委托人、受益人进行信息披露。根据前文所述，信息披露的对象为客户及相关利益人。委托人、受益人享有法定及约定的知情权，理应是信息披露的对象，而由于相关利益人包括哪些主体，没有统一的标准，信托公司在进行信息披露时通常采取较为谨慎的态度将信息以加密形式进行披露，严格将披露对象限定为委托人、受益人，以避免与其履行的保密义务产生冲突。

完善信托公司信息披露制度的建议

针对目前信托公司信息披露工作中存在的问题，笔者认为，立法机关、监督机构应尽快完善信托公司信息披露相关的规定。具体可考虑从以下几个方面予以完善：

1.完善关于年度报告制作的规定。完善的主要思路是年度报告应当突出投资人重点关心的内容，突出信托公司各自的优势，从便于披露对象阅读的角度制作年度报告，年度报告应重内容而轻形式，重质量而非数量。

2.进一步明确突发事件是否属于信托公司应当进行临时披露的重大事项，规范信托公司针对突发事件的披露行为。

3.对集合资金信托计划应当进行披露的情形予以细化规定，使信托计划运行的风险及时被发现，投资人能够及时采取行动止损，也能降低信托公司因此而被投资人责难的风险。

4.完善各项应披露信息的披露时限，以保障投资人的知情权，使投资人能够及时、完整、准确地获知披露信息。

5.灵活规定信托公司进行信息披露时所采取的方式。在网络化发达的当今社会，应明确将通过网络进行信息披露作为披露信息的方式之一，而非仅仅将信息披露的方式局限于报刊。

6.完善信息披露对象的规定。可对相关利益人的范围进行较为明确的划分，使信托公司的行为能得到有效监督。

结语

信托公司按照规定以及约定及时、完整、准确地履行信息披露义务，这既是保障投资人知情权的必然要求，也是对信托产品风险进行监督与控制的必要手段。同时，当信托产品兑付出现违约情形时，也能降低信托公司因未履行或未完全履行信息披露义务而陷入诉讼漩涡之中的风险。因此，完善信托公司信息披露制度是对于投资人、信托公司乃至我国信托业良性发展，我国金融秩序稳定的有益之举。

---

[2]《暂行办法》第十条规定：“信托投资公司年度报告至少包括以下内容：（一）公司概况；（二）公司治理；（三）经营概况；（四）会计报表；（五）会计报表附注；（六）财务情况说明书；（七）特别事项揭示。”

[3]《暂行办法》第十八条规定：“信托投资公司发生重大事项，应当制作重大事项临时报告并向社会披露。重大事项包括（但不限于）下列情况：（一）公司第一大股东变更及原因；（二）公司董事长、总经理变动及原因；（三）公司董事报告期内累计变更超过50%；（四）信托经理和信托业务人员报告期内累计变更超过30%；（五）公司章程、注册资本、注册地和公司名称的变更；（六）公司合并、分立、解散等事项；（七）公司更换为其审计的会计师事务所；（八）公司更换为其服务的律师事务所；（九）法律法规规定的其他重要事项。”

[4]《暂行办法》第二十条规定：“信托投资公司发生如下事件，应当出具由公司董事会负责的情况报告，在事件发生的2日内报所在地银监会派出机构。情况报告应说明事件发生的时间、地点、内容、原因、对公司影响的估计、公司拟采取的应对措施及董事会对该事件的披露意见，并附律师事务所法律意见书。（一）重大经营损失，足以影响公司支付能力和持续经营能力的；（二）与公司及公司员工有关的刑事案件；（三）受到工商、税务、审计、海关、证券管理、外汇管理等职能部门风险提示、公开谴责或行政处罚；（四）银监会及其省级派出机构认为需报告的其他突发事件。”

[5]《管理办法》第三十八条规定：“信托计划发生下列情形之一的，信托公司应当在获知有关情况后3个工作日内向受益人披露，并自披露之日起7个工作日内向受益人书面提出信托公司采取的应对措施：（一）作日内向受益人披露，并自披露之日起7个工作日内向受益人书面提出信托公司采取的应对措施：（一）信托财产可能遭受重大损失；（二）信托资金使用方的财务状况严重恶化；（三）信托计划的担保方不能继续提供有效的担保。”

浅析保险法解释三对保险实务之影响

于川 / 文

《中华人民共和国保险法》（以下称“《保险法》”）自1995年颁布实施以来，先后经历三次修订，其中2009年对《保险法》保险合同章做了一定程度的改动，推动了保险合同法律制度的完善，但由于种种原因，其条文过于原则性，难以适应保险市场和保险审判实践所面对的各种复杂的情况。有鉴于此，在2015年11月26日，最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2015〕21号，以下称“《解释三》”）。该解释已经于2015年12月1日开始施行。《解释三》着重解决《保险法》保险合同一章中关于人身保险的部分在适用中存在的争议。人身保险部分一直是保险法中非常重要也非常复杂的部分，因为人身保险直接关系到公民个人的权益，且在实践中人身保险不再局限于传统的人寿保险、医疗保险、意外伤害保险，而是发展创新活跃，出具很多新型保险产品，但是，《保险法》中仅有一些原则性规定，在遇到实际情况时往往导致有关方无所适从。因此，《解释三》对保险实务中的一些情形作出了具体的规定，有利于人身保险的实务操作，对于实践具有很强的指引作用。《解释三》的规定比较细致，本文仅对其主要内容进行初步的分析。

一、明确对对人身保险保险利益的主动审查原则

人身保险是以人的生命和健康为保障对象的保险，在人身保险中防范道德风险责任重大。为有效地防止他人为谋取保险金而伤害被保险人，《保险法》第31条要求，投保人在订立保险合同时必须对被保险人具有保险利益；第34条要求，以死亡为给付保险金条件的保险合同，需要经过被保险人同意并认可保险金额。《保险法》上述规定的目的是为了保护被保险人的利益，避免被保险人因他人为其投保而遭受伤害。从民事诉讼的基本原理来看，对影响合同效力、关系社会公共利益的事项，法院在审理案件时需要主动进行审查。有鉴于此，《解释三》第3条要求各级人民法院审理人身保险合同纠纷案件时对人身保险保险利益进行主动审查，即应当主动审查投保人订立保险合同时是否具有保险利益，以及以死亡为给付保险金条件的合同是否经过被保险人同意并认可保险金额。此条规定的目的在于强化各级人民法院防范道德风险的意识，以更好地保护被保险人。从司法实践情况来看，目前多数法院已经在人身保险合同纠纷的处理中注重对保险利益进行主动审查。在《解释三》确定法院主动审查保险利益的责任之后，对保险利益进行主动审查就需要成为人身保险合同纠纷审理中一个必经的步骤。保险公司在承保时同样需要加强对保险利益的关注，以合理的方式审验投保人订立保险合同时是否具有保险利益，以及以死亡为给付保险金条件的合同是否经过被保险人同意并认可保险金额。

二、明确体检不能免除投保人的如实告知义务

在人身保险中，保险人都要求被保险人如实告知其既往病史和现今病症，同时，保险公司在承保特定险种时也可能会安排被保险人进行体检，以更好地控制风险。在投保人身保险时，体检项目的确定很大程度上有赖于被保险人告知保险人的自己的健康状况。如果投保人没有如实地告知被保险人的情况，可能误导保险公司做出与实际情况不相符的体检安排，体检时医生因为不了解真实的被检者既往病史也可能对体检结果真实性、准确性的判定造成影响甚至出现错误的判断。因此，在很多情况下，单凭体检并不足以让保险公司正确地评估被保险人的健康风险。如实告知义务是投保人应当承担的法定义务，它并不因体检而免除。此外，就被保险人根据保险公司的安排进行体检后，投保人是否仍需要如实告知，在审判实践中存在不同观点。针对该问题，《解释三》第5条明确规定，被保险人在保险合同订立时根据保险人要求到指定医疗机构进行体检，投保人如实告知义务不能免除。此项规定可以鼓励最大诚信，避免投保人获取不正当的利益。如果保险人知道被保险人的体检结果后仍同意订立保险合同的，那么，保险人在已知体检结果的范围内构成弃权，保险人不得再以投保人未就相关情况履行如实告知义务为由要求解除合同。

三、明确“法定”受益人的认定

受益人是人身保险合同中特有的一类主体，是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人。根据《保险法》第42条的规定，被保险人死亡后，受益人指定不明无法确定的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人依照《继承法》的规定履行给付保险金的义务。实践中，受益人的指定一般都是由保险人在保险格式条款中提前拟定，由投保人或者受益人进行选择。由于保险格式条款不够明确以及被保险人身份关系的变化，受益人如何确定在实务中存在争议。《解释三》第9条对实践中存在争议突出的情形进行了规定。根据《解释三》第9条的规定，受益人约定为“法定”或者“法定继承人”的，以《继承法》规定的法定继承人为受益人。一般认为，受益人取得保险金属于原始取得。由此，在将受益人约定为“法定”的情况下，其法定继承人作为受益人可以直接获得保险金，不需要承担以保险金清偿被保险人的债务的义务。

> 《解释三》的出台，是促进保险市场健康发展的重要举措，更是依法保障保险消费者的重要举措，对各级人民法院正确审理保险合同纠纷案件，促进保险行业健康发展具有重要意义。

四、明确医疗保险适用补偿原则的情形

医疗保险是人身保险的重要类型。人身保险不同于财产保险，并不适用财产保险的损失补偿原则，也就是说，被保险人在从公费医疗或者社会医疗保险取得赔偿之后，仍然可以根据医疗保险合同的有关约定向保险公司请求给付保险金。《解释三》充分考虑了实践中的情况，根据保险人承保风险与投保人支付保险费应当保持平衡的基本原理，规定费用补偿型医疗保险在特定条件下可以适用补偿原则。《解释三》第18条、第19条和第20条规定：保险人要求扣减被保险人从公费医疗或者社会医疗保险取得的赔偿金额的，应当证明其在厘定保险费率时已将公费医疗或者社会医疗保险相应部分扣除，并按照扣减后的标准收取保险费；保险合同约定按照基本医疗保险的标准核定医疗费用的，保险人应参照基本医疗保险同类医疗费用标准给付保险金；被保险人未在保险合同约定的医疗服务机构接受治疗的，保险人可以拒绝给付保险金，但被保险人因情况紧急必须立即就医的除外。

五、明确死亡保险中被保险人同意并认可的方式

2009年修订之前的《保险法》第56条规定，以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人书面同意并认可保险金额的，合同无效。从该条规定来看，强调同意应当采用“书面”形式。2009年修订之后的《保险法》第34条则规定，以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效。在修订中删除了“书面”的形式要求，但是，修订后的《保险法》对同意的具体形式未作出明确的规定。在实践中，普遍认为既然《保险法》已经删除了“书面”的形式要求，那么，被保险人就可以以合理的方式来作出同意的意思表示，以避免保险合同被认定为无效而损害保险合同相关当事人的利益。《解释三》第1条对实践中的做法予以确认，明确规定“被保险人同意并认可保险金额”可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。

《解释三》的出台，是促进保险市场健康发展的重要举措，更是依法保障保险消费者的重要举措，对各级人民法院正确审理保险合同纠纷案件，促进保险行业健康发展具有重要意义。

限售流通股非交易过户相关问题探析

■ 杨琨 / 文

数月前，本所代理了一起遗产继承纠纷。被继承人是上市公司控股股东的配偶，主要遗产是其持有的限售流通股，如何对遗产进行继承，其中有哪些限制，本文将以本案为引子，为读者对限售流通股非交易过户的相关问题进行解析。

基本案情

A男与B女于上世纪80年代结婚，育有独生子C一名。2000年，B女意外去世，因种种原因未办理其遗产的继承。A目前系深交所上市公司M的控股股东与实际控制人，持有M公司48%的股份。M公司上市已满3年，A所持股份的IPO限售期已过，目前处在高管锁定期内。

近日，C希望获得母亲遗产中其应当继承的部分，遂与A进行协商。双方协商达成一致，A持有的48%股份为夫妻共同财产，其中24%为B的遗产，继承人仅有A和C，所以C可以分得12%的M公司股份。

案例剖析

首先应当明确的是，C是通过法定继承的方式获得A持有的股份，所以C与A之间是不需要通过交易过户的，即非交易过户。目前并没有法律法规对非交易过户做出明确规定，仅是在中国证券登记结算有限责任公司（以下简称“中证登”）及其分公司发布的实施细则和业务指南中有所提及。按一般理解，因法定继承导致的证券过户应当是比较容易办理的，但实践中却遭遇了很多问题。以下试举几例。

> 随着国民财富的不断积累，越来越多的人步入高净值人士行列，他们的婚丧嫁娶等诸多事宜也更多的增添了经济活动的色彩。

问题一 非交易过户的适用范围

《证券非交易过户业务实施细则（适用于继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形）》（以下简称《实施细则》）第二条规定了非交易过户的适用范围：“登记在本公司开立的证券账户中的A股股票（不含非流通股）、债券、基金（限于证券交易所场内登记的份额，下同）、权证等证券，因发生证券继承、赠与、依法进行的财产分割、法人资格丧失等情形之一涉及证券持有人变更的，作为过出方和过入方（以下统称申请人）可以申请办理非交易过户登记”。

根据这一规定，A与C是可以申请非交易过户的。但就我们向中证登深圳分公司、深圳证券交易所以及A的托管券商咨询的情况来看，三家机构均表示A与C的情况无法办理非交易过户。因为申请非交易过户所需提交的证券权属证明文件中，必须明确载明需要划转的证券系被继承人所有。而本案中需要划转的证券全部登记在A名下，并非被继承人B，所以无法适用非交易过户。

按照这样的原则，如果存在股份代持的情况，则存在继承、离婚等情况无法进行非交易过户的风险。

问题二 过户后是否仍为限售流通股?

如前所述，A虽然已经不受IPO的3年限售约束，但因为其是M公司的董事长，所以仍然受到高管限售约束，即每年仅能对外转让其所持有股份数量的25%。而A在2015年度已经对外转让了部分股份，其应当划转给C的10%股份又恰好占到其所持股份的25%。那么如果A与C顺利实现股份的划转，C所持有的股份应当是有限售条件还是没有限售条件?

《公司法》第一百四十一条规定，“公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五”。而对于本案中的情况，C继承股份的同时是否也要继承限售条件，并没有法律法规或者操作指南进行明确规定。我们认为，这一限售条件是针对在职董监高的，继承股份的C并不是在职董监高，所以不需要受此约束。

为验证此观点，我们对上市公司发生的非交易过户进行了不完全总结。

表1 上市公司非交易过户总结（截至2015年5月）

变动人		变动原因	变动幅度	限售承诺	备注
蓝色光标	孙陶然 董事	离婚	4.59%	● 前妻胡凌华承诺遵守首发限售，遵守一致行动协议，表决权委托孙陶然行使	● 截至目前，胡凌华已全部减持蓝色光标股份 ● 2013年2月26日首发限售解禁后，公告显示胡凌华所持股份全部为无限售股 ● 胡凌华分别于2013年~2015年分多笔出售所持股份，因其持股比例不高，所以没有任何公告
硅宝科技	王有治 董事兼总经理	离婚	9.22%	● 前妻杨丽玫承诺遵守首发限售，承诺限售期满后六个月不转让	● 截至目前，杨丽玫婚后未出售股份 ● 其所持股份自首发限售解禁六个月后已全部解禁 ● 目前因其担任董事，受董事限售要求
纳川股份	陈志江 实际控制人	离婚	16.147%	● 前妻张晓樱承诺遵守首发限售、高管限售	● 截至目前，张晓樱离婚后未出售股份，只是以其中部分进行了质押 ● 2014年4月8日首发限售解禁后，公告显示张晓樱所持股份无其他限售要求
神州泰岳	王宁董事长	离婚	6.89%	● 前妻安梅承诺高管限售，表决权委托王宁行使	● 截至目前，安梅离婚后未出售股份 ● 其所持股份存在高管限售要求
梅安森	程岩 董事兼副总	离婚	1.11%	● 前妻王燕华未承诺任何事项	● 截至目前，王燕华已全部减持梅安森股份 ● 因双方离婚在首发限售解禁后，且王燕华未做任何承诺，所以王燕华离婚获得股份全部为无限售股

闰土股份	阮加根 控股股东、 实际控制人	继承	30.74%	● 三名继承人承诺继续履行阮加根做出的相关承诺	● 截至目前，三名继承人未出售股份 ● 继承人之一的阮静波在继承后任闰土股份董事长，受董事限售要求 ● 另两名继承人未担任职务，全部股份均为非限售股
威华股份	刘宪 董事	继承	12.66%	● 继承人李建华放弃继承，由继承人李晓奇全部继承 ● 李晓奇作为控股股东李建华的一致行动人，承诺继续履行刘宪做的相关承诺	● 截至目前，李晓奇已部分减持所持股份 ● 根据权益报告书披露，李晓奇继承后取得的股份无任何限售要求 ● 李晓奇2014年7月2日对中小股东承诺，任意连续六个月减持不超过5%
科华恒盛	陈建平 实际控制人之一	继承	6.99%	● 继承人黄婉玲承诺继续履行陈建平所做的相关承诺	● 截至目前，黄婉玲未公开出售股份，仅在实际控制人内部进行过转让 ● 自继承之日起，黄婉玲股份即为非限售
广电电气	严怀忠 实际控制人	继承	40.67% 直接+间接	● 六名继承人承诺继续履行严怀忠所做的相关承诺	● 六名继承人承诺继续履行严怀忠所做的相关承诺
嘉寓股份	覃天翔	继承	15.51%	● 其他继承人放弃继承，继承人李兰全部继承	● 截至目前，李兰未出售股份 ● 李兰继承前，覃天翔持有的即为无限售条件股份，故对李兰无限售要求

在非交易过户中，虽然没有法律法规做出明确的限制性规定，但深交所《上市公司规范运作指引》的4.5.14条规定，“承诺人做出股份限售等承诺的，其所持股份因司法强制执行、继承、遗赠、依法分割财产等原因发生非交易过户的，受让方应当遵守原股东做出的相关承诺”。所以通过上表我们可以发现，绝大多数的受让人都做出了与出让人同样的限售承诺（梅安森例中王燕华未作任何承诺，可能因持股比例仅1.11%；嘉寓股份例中李兰未作任何承诺，因为受让股份为无限售流通股）。

但是，虽然都需要做出承诺，但承诺内容不同也会导致义务的不同。如纳川股份中的张晓樱，其承诺内容是“在公司担任董事、监事、高级管理人员期间每年转让的股份不超过所持有公司股份总数的25%”，所以在首发限售解禁后，张晓樱并未担任董监高，故不受前述承诺限制；但如神州泰岳中的安梅，其承诺内容是“在王宁任职公司董事、监事或高管期间，每年可减持份额为其所持股份余额的25%”，所以尽管安梅并未在公司任职，仍然受董监高限售要求。

对本案非常有指导意义的案例是威华股份。威华股份最初披露的权益变动报告书中显示，因刘宪为公司董事，李晓奇从其母亲处继承的股份为高管限售股。但隔了几天又刊发更正公告，表示与中证登深圳分公司核实后，李晓奇从其母亲处继承的股份全部为无限售流通股。

所以我们认为，除了首发限售股以及特殊的限售承诺外，通过非交易过户取得的股票应当为无限售流通股。

问题三 过户所需缴纳的相关税费

自然人转让限售股的所得应当缴纳个人所得税。但按照一般理解，在遗产税开征以前通过法定继承取得财产应当是不需要缴纳各种税费的。所以我们理解法定继承限售股也应当不需要缴纳个人所得税。

但是根据财税[2009]167号《财政部、国家税务总局、证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的通知》（以下简称《通知》）和财税[2010]70号《财政部、国家税务总局、证监会关于个人转让上市公司限售股所得征收个人所得税有关问题的补充通知》（以下简称《补充通知》）的规定，个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权的，应当按照规定缴纳个人所得税。而且，在《中国结算深圳分公司证券非交易过户业务指南》中还将“主管税务机关出具的完税凭证”作为办理过户手续的必备材料之一。

为此我们研究了《通知》和《补充通知》的相关规定，并咨询了相关税务专家。《通知》中第三条规定了转让限售股的个人所得税计算方法，“个人转让限售股，以每次限售股转让收入，减除股票原值和合理税费后的余额，为应纳税所得额。即：应纳税所得额＝限售股转让收入－成本（限售股原值＋合理税费）；应纳税额 ＝ 应纳税所得额×20%”。因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股的，转让收入以转让方取得该股时支付的成本计算。具体到本案中，转出方为A，其因法定继承将10%股份转让给C，转让收入为A取得该股时支付的成本，成本仍为限售股原值+合理税费，所以应纳税所得额为0，故应纳税额为0。所以A只需前往其托管证券机构所在地的主管税务机关零纳税证明，即可作为其完税凭证。

其他相关问题

在中证登深圳分公司的答疑版块中，有一些涉及到非交易过户的问题，我们认为对于理解非交易过户相关事宜很有帮助，也摘录如下：

问：遗产继承公证书只有几个继承人“共同继承”的表述，没有具体的分配明细，可以办理继承非交易过户业务吗？

答：公证书中需明确具体的股份明细，或者由继承人签署析产协议并经公证处公证。

问：继承非交易过户中，16周岁以下的未成年人如何办理继承过户？

答：两种方式：一、公证书中注明由法定监护人代为继承的，可直接过户至法定监护人名下。二、如未成年人持有身份证，可凭借身份证开户，直接过户给未成年人本人。

问：遗产继承非交易过户的过户费如何收取？

答：按转让股份面值的1‰计收，最高各10万元（双向收取）；自然人证券账户起点1元，其他证券账户起点10元。每一单过户申请中，不同证券的过户分别计收过户费，同一证券的不同证券类别的过户合并计收过户费。

结语

随着国民财富的不断积累，越来越多的人步入高净值人士行列，他们的婚丧嫁娶等诸多事宜也更多的增添了经济活动的色彩。如何能够为高净值人士提供更好的法律服务？除了需要掌握传统的婚姻家庭法律知识外，证券、保险、基金等金融知识同样非常重要。

远离非法集资，营造和谐家园

一个披着“合法外衣”的创投公司行骗的典型案例

■吕志轩、郝京/文

【警示语】

最近“e租宝”被查，直接撕碎了众多投资者“互联网淘金梦”，在2015年这个初冬，多少投资者因投资失误而黯然伤神，投资者在渴望得到投资结果的同时，是否对自己的投资行为进行了反思，如何甄别以不同花样出现的非法集资现象，避免这种悲剧的重演。

在非法集资案件中，金融类案件增多，花样翻新，其中私募股权投资基金类、P2P网贷类、投资理财类案件呈爆发态势。近年来，尤以私募股权投资基金类成为大案要案高发领域，是非法集资主要方式。非法集资类型很多，笔者选择比较有典型意义的案例，将一个创业投资领域的“披着合法外衣”行非法集资之实的创投公司的案例呈现给大家，以期投资者能够从中获得借鉴。

【典型案例】一个披着“合法外衣”的创投公司

XXXX创业投资有限公司就是这样一家披着“合法外衣”的创投公司。从诞生起，它就不断自喻有着各种“背书”和光环，包括以“首家为中小企业提供金融服务的投资银行”的身份高调亮相北京金融街，随后又每年都会跻身北京国际金融博览会（下称“北京金博会”）为其镀金。这些“背书”也给它带来丰厚的“回报”但导致很多投资参与人受损，出资额近数亿元。

2006年7月6日，XXXX公司借款注入资金，在XXX成立，法定代表人为XXX。同年9月，XXXX高调入驻金融街，为自己带上光环。XXXX通过举办研讨会，讲座，电话、网络、散发发小广告，向社会公开推介项目，展开非法募资活动，XXXX表面上与一般投资行为没有区别，但其向投资者推介该公司的创业投资项目，以委托代理投资、股权转让为名开展非法集资活动，并向投资者承诺高回报和固定收益，对外宣传的投资项目主要有数个项目，即投资北京XX科技有限公司股权、XXX石油加工项目、XXX项目和xx银行股权。从业务模式来看，XXXX与其他创投机构无异。公司与投资人之间一般会签订《xx（XX）号委托代理创业投资合同书》。双方约定，投资人委托XXXX代为持有被投资企业股权，依法从事创业投资。同时，双方约定投资人承担代理创业投资的投资损失。收益分配方式为，合同期限内投资人可按持股比例分享出资所投股权当年产生红利的70%，投资期满后投资人可按持股比例分享股权升值部分70%的收益；红利与股权升值部分之外的30%归XXXX所有。合同有效期多为2年。但上述合同会包括一个手写补充条款：“合同期满时，如果投资项目未上市，乙方（XXXX）按投资额的140%为股权转让价格，受让投资人的全部股权。”也正是这条回购条款，让投资人陷于被动。随着合同所设定的投资期限纷纷到期，风险终于暴露。但合同到期后XXXX会以经营困难没有流动资金、项目启动推迟等为由，“稳住”投资者，进而迫使对方同意合同延期。或选择“股权转债权”。但无论延期还是转债权，最后都没有兑现。

2013年X月X日，XXX人民检察院发布《XXX等人集资诈骗案被害人权利告知书》，称犯罪嫌疑人XXX、XXX、XXX、XXX等人涉嫌集资诈骗罪，已由XXX分局侦查终结， 并移送检察院审查起诉。2104年12月 18日北京市XX中级人民法院一审判决。判决XXX犯集资诈骗罪。判处无期徒刑，其他三人分别判处非法吸收公众存款罪。

【案例警示】

高收益必然带有高风险，披着合法外衣的投资公司利用各种手段为自己镀金，以示实力强大，甚至拿出各种虚假的政府批文、文件、证件、许可证等迷惑投资者，并在广播、电视、微信等新媒体，降低投资者的警惕性，最终让追逐高回报的善良投资者血本无归，倾家荡产。

【投资者防范投资风险措施】

1、首先要了解什么是创业投资，创业投资系指向创业企业进行股权投资，以期所投资创业企业发育成熟或相对成熟后主要通过股权转让获得资本增值收益的投资方式。

2、投资者要善于利用信息平台，国家对创业投资企业实行备案管理。如在国家工商信用公示网上查询被投资公司背景情况。

3、了解创业投资企业向管理部门备案情况，备案应当具备下列条件，投资者查询创业投资实收资本是否不低于3000万元人民币，或者首期实收资本不低于1000万元人民币且全体投资者承诺在注册后的5年内补足不低于3000万元人民币实收资本。投资者未超过200人。其中，以有限责任公司形式设立创业投资企业的，投资者人数不得超过50人。

4、投资者要慎重考虑自己是不是一个合格的投资者，是否有投资风险承担的实际能力和心理承受能力，法律规定单个投资者对创业投资企业的投资不得低于100万元人民币。所有投资者应当以货币形式出资，投资者一定要清楚自己的风险投资承受能力。

5、要了解创投公司是否有至少3名具备2年以上创业投资或相关业务经验的高级管理人员承担投资管理责任。

6、要关注2006年3月1日起施行《创业投资企业管理暂行办法》规定创业投资企业不得从事担保业务和房地产业务，如果有担保业务和房地产业务就是违规经营，一定要远离。

7、投资时向投资公司索要和查看公文、证件、行业业务许可证及其它可证明投资公司主体存在及主体有合法经营资格的文件。要仔细询问推荐投资者项目合法性及相关批文并查看原件，确定投资者投资项目的真实性。

8、要了解参与股权投资的合法程序是投资者和股权投机机构同时应向中国证券投资基金业协会备案，共同发起设立合伙制和公司制的股权投资基金，签署的合伙协议、章程办理工商注册、取得执业执照后在中国证券投资基金业协会备案。建议投资者在投资前了解学习《私募投资基金监督管理暂行办法》（中国证券会令第105号令）。

9、看看该公司是否公开宣传和推介，股权投资公司只能以非公开方式向特定对象募集、而不能公开宣传、如果利用小广告、电视、广播、微信、电话、推价会、培训会、讲座等形式公开宣传，投资者一定要提高警惕，应向远离并向有关部门及北京市非紧急救援中心12345进行举报）。

10、对于高回报的理财项目一定要高度警惕和远离、高收益必然带有高风险、投资者风险自担，没有人会替投资者买单，投资者应当对照银行贷款利率和普通金融产品的回报率看是否过高，多数情况下明显偏高的投资回报很可能就是投资者一个陷阱。我国法律规定，超过国家规定贷款利率4倍以上高利率不受法律保护，可作为判断回报是否过高的参考。“快速致富”、“高回报、零风险”极有可能是非法集资的骗局，投资者一定要高度警惕，为了家庭应远离非法集资。

投资有风险，投资需谨慎，投资后果需自担，慎重投资，营造和谐家园。

吕志轩律师简介

京都律师事务所合伙人。执业二十年资深律师，曾在政府法制部门工作过，系北京市律师协会会员，金融衍生品专业委员会委员，朝阳区民法民事专业研究会会员。业务领域为政府日常法律事务、刑事辩护、非法集资案件处置的专项法律服务、私募股权基金、金融及互联网金融等领域金融衍生品法律业务、金融机构不良资产处置业务。公司企业日常风险控制、法人治理结构设计、股权融资、房地产项目转让及融资等法律业务。吕志轩律师办理过多起重大复杂刑事案件、民商事案件及非法集资专项处置案件，有丰富的政府法务、刑事辩护、民商案件代理的实际工作经验，有优秀的从业业绩。

骗局（上）

——“铤而走险”的收购能否“化险为夷”

前言

走出招商局大厦的那一刻，刘玄德的心中百感交集。“在收购荆州公司的过程中，有几次真的想解约了事。今天的这个结果，虽说如愿以偿，但现在回想整个过程，对这场铤而走险的股权收购仍心有余悸”。

殷俊茹

李彬

周海琼

李源

律师团队成员：

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院
李　彬，毕业于中国公安大学，法学院
周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院
李　源，毕业于中国政法大学，法学院

奇货可居，货通天下

荆州公司于2001年由东吴公司出资设立。自2002年至2010年，荆州公司经过激烈的竞争公关，陆续自东汉府取得地铁4号线、10号线及15号线等线路站前广场的经营许可权。自此，荆州公司掌控了东汉60%的地铁站前广场，成为东汉最大的地铁广场经营商。2011年初，随着东汉府下令停止地铁站前广场经营权的特许许可，荆州公司已经取得的地铁站前广场经营许可权更是奇货可居。

然而，没有任何零售经验的荆州公司自成立之后就连年亏损，为解决资金不足问题，荆州公司自2010年开始引入投资人追加投资，希望以此盘活公司资产。到2012年初，东吴公司通过增资扩股以及股权转让的方式共计让渡了荆州公司51%的股权给甘兴霸、程德谋及鲁子敬三人，换来了5000余万的投资款。但是，没成想不仅未能将荆州公司转亏为盈，反而越亏越多，截止2014年末共计欠下7000余万元的债务，公司处在破产的边缘。

刘玄德系蜀汉公司法定代表人，其经营水产农特产品多年，公司日益壮大，逐步占据了东汉地区水产品销售市场份额的70%以上，可谓货通天下。自2014年开始，随着互联网零售业的飞速发展，刘玄德敏锐的发现，传统的通过市场设点销售的零售模式受到极大的冲击，其市场占有率正在逐步缩减，于是刘玄德想在蜀汉公司推行销售模式的改革，将市场集中销售转变为分点直销，并引进网络购销的销售模式，为此，其急需遍布东汉地区各个交通据点销售网络。

还是机遇？是骗局？

两家公司，一个独掌东汉地铁站前广场经营权，但并无零售经验及货物供应渠道，一个资金雄厚、零售经验丰富，且急于市场扩张，变更经营模式。在熟人的介绍下一拍即合，迅速进入股权转让的实质磋商阶段。其后，双方于2014年12月31日签订《股权转让意向书》，约定蜀汉公司聘请中介机构对荆州公司进行尽职调查，并基于调查结果与荆州公司全体股东签订正式股权转让协议，收购荆州公司100%的股权。

随后，刘玄德依据意向书的约定，委托锁匠会计师事务所及皮匠律师事务所开始对荆州公司所负债务进行全面的调查评估，并期望一旦确认债权债务金额即立刻协商投资金额，尽速订立正式的《股权转让协议》。然而，随着尽职调查的进展，荆州公司的种种问题开始浮出水面，一场原本清晰的股权交易变得扑朔迷离。

——债务无底洞

经过初步审查，荆州公司的债务总额与其承诺的并无太大出入，共计7000余万元。但在这些债务中，除拖欠东汉府的许可使用费外最大的几笔均为公司股东向荆州公司提供的股东借款，且借款的利息极高，其中东吴公司提供的借款利息竟然高达月利6分。经过数年的积累，这些股东借款已经像滚雪球一样变成越滚越大，形成约3000余万元的一笔烂账。一旦蜀汉公司入主荆州公司，这些股东借款将成为债务无底洞，将蜀汉公司后续追加的投资耗损殆尽。

——历次投资“半路夭折”

债务的清偿尚有定数，而在审查过程中发现的另一个问题却让人不得不怀疑荆州公司引进投资的初衷。

在2014年初，东吴公司曾经为了引进投资而与刘景升签订过《股权转让协议》，在刘景升向荆州公司投资1000余万元后双方并未继续履行合同，而是闹上法庭并最终解除了合同。2014年6月，东吴公司又与曹魏公司签订股权转让协议，无独有偶，曹魏公司在注资1500余万元后又与东吴公司解除合同。

为何两次投资均半路夭折？

荆州公司将两笔交易的终止归结于刘景升及曹魏公司无继续投资的能力，因其二人承诺的投资款始终未到位，进而导致交易流产。但根据种种交易迹象表明，致使交易流产的始作俑者很可能是荆州公司。因为根据这两次交易所订立的合同内容，在投资人已经向公司投入1000

余万元的款项后，应由荆州公司先行履行股权变更工商登记的义务，其后再由投资人支付剩余的合同价款。但在涉及两次交易的股权变更登记文件中，唯独缺少东吴公司及荆州公司共同的法定代表人周公谨的签字以及荆州、东吴两家公司的公章。由此分析，是东吴公司及荆州公司最先发难，拒绝继续履行股权变更工商登记的义务。

——时间

因荆州公司经营不善，其已经拖欠东汉府近4000万元的地铁广场许可使用费，为了清偿欠款，东汉府与荆州公司于2014年8月签订还款协议书，约定由荆州公司采取分期付款的方式向东汉府偿还许可使用费，基于还款协议书的约定，荆州公司应在2015年1月30日前向东汉府支付首期还款共计1000万元，在4月30日向东吴公司支付第二期还款3000万元。如荆州公司未能如期足额支付款项，东汉府将解除对荆州公司的地铁经营许可使用权。届时，荆州公司将一文不值。

在蜀汉公司与荆州公司订立股权转让意向书时，距离荆州公司偿还首期欠款仅剩下不到1个月的时间，除非蜀汉公司决定放弃收购，否则蜀汉公司不得不在2015年1月30日前，向荆州公司提供1000万元的资金以解决地铁广场许可使用权的解约危机，而这1000万元的投资将成为蜀汉公司不惜代价将交易进行到底的鸦片。

正如在调查过程中所得知的，荆州公司内部资产情况复杂，办理公司全面交割将耗时日久。在蜀汉公司支付首期投资款1000万元后，如果荆州公司及其股东蓄意拖延办理公司交割及股权转让工商登记变更的股权转让的主要义务，随着第二期还款期限的临近，荆州公司将随时丧失收购价值。届时，及时的履行合同将成为荆州公司股东借机要价的条件。而荆州公司早已资不抵债，如果蜀汉公司因荆州公司拖延履行公司交割义务选择解除合同，其将无法收回已经支付的投资款。

履约的速度将成为决定蜀汉公司收购成败的唯一条件，2015年1月30日，2015年4月30日也因此成为了整个交易时间轴中的两个重要的时间节点。

曾静音

任视宇

高琨

陈宇

律师团队成员：

曾静音，毕业于中国人民大学，法学院
任视宇，毕业于吉林大学，法学院
高　锟，毕业于吉林大学，法学院
陈　宇，毕业于中国政法大学，法学院

山重水复，铤而走险

对交易目的的疑惑，对如约履行的质疑使得刘玄德游疑不定。蜀汉公司的资源辅之以荆州公司地铁站前广场现成的销售网络将使刘玄德迅速抢占东汉的销售市场，但一旦荆州公司心怀叵测，继续交易将可能使蜀汉公司在一场骗局中越陷越深。为解疑惑，刘玄德向皮匠律师事务所提出了一个命题，“如果真的是骗局，有什么方法能够保障我们如愿完成收购计划？”

缜思密想，柳暗花明

三天后，皮匠律师事务所向刘玄德提交了一份分析意见书。结论是“可以达成收购目的，但需要满足四个条件。”

第一，以非常规的偿债式收购方式收购股权，即以向荆州公司提供资金偿还其所欠债务为交易对价的方式收购原股东股权。

第二，放弃收购荆州公司100%股权的计划，改之以收购66.7%以上的股权，保留现有全部股东的股东身份。股东出让股权的对价将在日后荆州公司转亏为盈时的股东分红中予以实现。

第三，必须将办理工商变更登记及交付公司印章、财务章及其它经营资料作为股权转让交易中出让方的主要合同义务，一旦其延期履约，蜀汉公司有权立即解除合同。

第四，必须使现有全部股东同意，一旦合同解除，所有股东对蜀汉公司已提供的资金承担连带清偿责任。这个要求会触及所有股东的根本利益，不到紧要关头，荆州公司股东不会轻易同意。所以在荆州公司的股东作出书面保证前，即便最终导致东汉府因荆州公司未能在2015年1月30日前偿还首期欠款而解除荆州公司的许可授权，也绝对不能向荆州公司提供一分钱。

基于长期合作的信任，拿到皮匠律师事务所出具的分析意见书后，刘玄德算是吃了一颗定心丸，其决定放手一搏，继续收购荆州公司。

此时，距离2015年1月30日，东汉府将享有解除地铁许可授权之日还剩不足7天的时间，一场极具戏剧性的履约之争正式开始。

骗局重演，过河拆桥

2015年1月28日，经过长达5天的谈判，蜀汉公司与东吴公司、甘兴霸、程德谋及鲁子敬订立正式《股权转让协议》，约定蜀汉公司以向荆州公司提供股东借款7000万元以偿还荆州公司所欠债务的方式收购荆州公司70%的股权，办理公司股权变更登记以及公司经营资料交割的合同主义务以及在蜀汉公司依约解除合同时，东吴公司、甘兴霸、程德谋及鲁子敬应对荆州公司返还投资款承担连带保证责任均在合同中作出约定。

> 两家公司，一个独掌东汉地铁站前广场经营权，但并无零售经验及货物供应渠道，一个资金雄厚、零售经验丰富，且急于市场扩张，变更经营模式。在熟人的介绍下一拍即合，迅速进入股权转让的实质磋商阶段。

此时，距离2015年1月30日，东汉府可解除地铁广场经营许可权仅剩两天。

为了保障地铁广场经营许可权不被解除，蜀汉公司在《股权转让协议》中同意在东吴公司、甘兴霸、程德谋及鲁子敬移交公司经营资料，变更公司股权工商登记前，先行提供借款1000万元以偿还对东汉府的欠款。

协议订立后，蜀汉公司依据约定的向东汉府支付了1000万元。然而，蜀汉公司最担心的事情还是发生了。荆州公司法定代表人周公谨故技重施，又一次开始以各种借口拖延继续履行公司股权变更登记及交割公司经营资料的义务。

经过长达1个月的催告协商，周公谨最终亮出了自己的底牌，其要求蜀汉公司先行偿还东吴公司向荆州公司提供的借款并在合同约定外另行向东吴公司提供1400余万元。

此时，距离2015年4月30日荆州公司应向东汉府偿还第二期借款的时间节点还剩不到2个月的时间。

未完待续

蜀汉公司之前的怀疑成为了现实，这真的是荆州公司与东吴公司精心策划的一场 “骗局”。骗与被骗、利用与被利用……在商战的迷雾里，趁火打劫、欲擒故纵、以逸待劳的好戏逐步上演。各怀鬼胎的原股东，或是隔岸观火、作壁上观，或是乘人之危、趁火打劫。双方的交锋将不断升级，在整个对峙过程中角色的互相转化，以及皮匠律师事务所预先埋设的四个条件所起到的作用将随着2015年4月30日的临近一步步呈现。

敬请关注《骗局》（下）

中韩自贸协定下优惠关税适用及原产地证明规则解析

■金燕 崔慧莲 / 文

一、导论

中韩自由贸易协定(以下简称“中韩FTA”)自2004年开展民间层面的联合研究中韩贸易区可行性研究开始，共经历11年时间和两国之间14轮艰苦磋商后于2015年6月1日正式签署。随后，双方经过国内认可程序，于2015年12月9日，中国商务部副部长王受文和韩国驻华大使金章洙在北京交换外交照会，中韩双方共同确认《中华人民共和国与大韩民国政府自由贸易协定》将于2015年12月20日正式生效。

作为全球最大贸易国和第九大贸易国，中韩FTA的签署不仅展现了双边合作的极高水平，也是我国迄今为止对外签署的覆盖议题范围最广、涉及国别贸易额最大的自贸协定。

在进出口企业最为瞩目的关税减让方面，中韩自贸协定生效后20年过渡期内，韩方实现零关税的产品将达税目的92.2%、占进口额的91.2%，中方实现零关税的产品将达税目的90.7%、占进口额的85%。

中韩自贸协定从生效当天（12月20日）就有958个韩国商品进入中国时实现零关税，4125个中国商品进入韩国时实现零关税。适用关税减让的商品在实施当日进行第一次降税，2016年1月1日第二次降税，因此对于国内进出口企业来说，确认本公司与韩国交易的商品是否适用自贸协定的减让关税尤为重要。

在中韩FTA生效当日，韩国首批适用该协定的对华出口货物为2600多吨硫磺，共减免税金3000余美元。该批货物的出口公司在确认中韩自贸协定生效时间后办理了相关手续，最早取得了产品原产地证明。与此同时，同丰友道自动化设备有限公司出口的一批迷你机器人，成为享受中韩FTA关税优惠的首批出口货物。“中国智能机器人进入韩国的关税由8%降至零，仅这批货物就能节省税费两万多元。”该企业负责人说，费用的降低将直接提升企业在韩国市场的竞争力。

进出口企业要适用中韩FTA规定的优惠关税，应该在进出口通关时提交相关原产地证明并申请享受中韩自贸协定下的优惠关税。所以说，原产地证明是能否享受自贸协定下优惠关税的主要依据，正确理解自贸协定规定的原产地证明规则，将对企业积极适用优惠关税，减少关税成本，提高市场竞争力有重要意义。

金燕律师简介

京都律师事务所合伙人

金燕律师曾于2002年至2007年在韩国大陆法务法人担任律师，为韩国三星电子，现代集团，新韩银行等投资中国提供法律服务，并为建设银行首尔分行，上海汽车等投资韩国业务提供法律服务。

二、中韩原产地规则概述

1. 定义

原产地是指在施加、征收、减免和进出口物品的通关过程中，按照优惠贸易协定等规则而确定物品生产、加工、制造的地区或国家。即，原产地是指特定物品生长、生产、制造或加工的国家，又指产品的国籍。

原产地规则的规定一般包括原产地标准、直运规则和书面证明要求。有些区域贸易安排，尤其是自由贸易区对原产地规则的内容还有其他更细致的规定，如原产地累计条款、微量条款和吸收原则、包装规则和监管等规则等。最初的原产地规则主要是为了海关征税和进行贸易统计，自由贸易区与关税同盟等区域性贸易组织的大量涌现使原产地规则已由一种非歧视的海关技术规则转化为一种新的贸易保护工具。原产地规则作为区域贸易协定不可缺少的组成部分，其重要性正日益加强。

2. 原产地认定标准

原产地标准是原产地规则的核心和规则实施的关键，它是指一国用以衡量某种产品为本国生产或制造的标准或尺度，是签发原产地证书的依据，凡是符合原产地标准的产品即为本国的产品。对于进口国来说，原产地标准也正是识别货物“经济国籍”的依据。

原产地认定标准可以根据国别、商品、目的而适用不同标准。但 FTA原产地认定标准的基本原则却大同小异。在国际上，原产地认定标准中最常用的标准是完全获得标准和实质性改变标准，这两个原产地认定标准是

原产地标准是原产地规则的核心和规则实施的关键，它是指一国用以衡量某种产品为本国生产或制造的标准或尺度，是签发原产地证书的依据，凡是符合原产地标准的产品即为本国的产品。

WTO 统一原产地规则中遵循的基本原则。

完全认定标准是指在没有别国介入的情况下，完全在一个国家（地区）获得或生产的特定商品，将该国家认定为原产地标准。实质性改标标准是指当特定产品讲过两个以上的国家（地区）加工、生产、制造时，以最后给该货物实质性改变的国家（地区）当作原产地标准。实质性改变标准中最广泛适用的标准有三种，即税则归类改变标准，即以HS编码来判定实质性改变，当原材料的税则归类在特定加工后发生改变时，将该国判定为原产地；其二是从价百分比标准，即以增值价值来判断实质性改变；三为加工工序标准，以特定制造工序来判定实质性改变。

中韩FTA的原产地认定标准主要适用完全认定标准以及实质性改变标准的税则归类改变标准和从价百分比标准，以及作为特定货物对《境外加工区》（开城工业园）生产的310种货[1]物赋予原产地证明。

3. 中国的原产地规则

中国原产地规则由《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国海关法》等法律规定，具体实施由《中华人民共和国进出口货物原产地条例》（以下简称“原产地条例”）、《原产地标记管理规定》、《原产地标记管理规定实施办法》等相关规定规定。原产地条例适用于实施最惠国待遇、反倾销和反补贴、保障措施、原产地标记管理、国别数量限制、关税配额等非优惠性贸易措施以及进行政府采购、贸易统计等活动对进出口货物原产地的确定。实施优惠性贸易措施对进出口货物原产地的确定，不适用该条例，而适用 《中华人民共和国海关进出口货物优惠原产地管理规定》。此外，中国已签订的各个FTA中，规定的有关优惠原产地的规则，《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》中的原产地规则等构成了中国有关原产地规则的体系。

4. 韩国原产地规则

韩国原产地规则的相关法律体系大体可以分为两种类型；一是以《关税法》为主的优惠原产地规则；另一是以《对外贸易法》为主的非优惠原产地规则。除《关税法》之外，优惠原产地规则还有《FTA履行关税特例法》、《南北交流合作的相关法律》等。其中，FTA关税特例法对优惠原产地证明、核查程序及处罚规则等，另行作出了详细的规定。

崔慧莲律师简介

2008年通过司法考试，后赴英留学回国后2012年开始从事法律工作。从业以来向多家韩资企业提供有关日常经营的法律咨询，且参与多项外商投资尽职调查项目和中外合资合同的起草工作，办理多起涉外民事诉讼及劳动仲裁。2015年加入京都律师事务所后，在涉外业务部就职。

三、中韩FTA关于原产地规则的规定

1. 原产地认定标准

在协定的原产地规则章节中，对原产货物的判定标准做出了具体规定。原产货物主要包括三大类：第一类是在一方完全获得的货物；第二类是全部使用原产材料生产的货物；第三类是使用进口非原产材料在一方经过实质性加工的货物。对于第三类情况，产品特定原产地规则清单对全税则所有5205个6位子目（2012版HS）逐一制定原产地标准。

表二：原产地认定标准 [2]

区分	构成	详细构成
完全生产标准	仅使用缔约国内获得或者生产的材料进行生产的货物。	
实质性变更标准	税则归类改变[3]标准	如果利用进口材料制作的产品税号不同于所使用的进口材料税号，则被认定为系本国产的标准。
	增值标准（百分比标准）[4]	在本国生产过程中，产生一定比例的增值则被认定为本国产的标准。
	特定货物处理	认可领域外特定地域“境外加工区”[5]完成加工时，认定为该缔约方原产标准的原则。
特例规定	累计规则	使用缔约方的原产货物或材料时，认定为生产或加工的缔约方本国产的标准。
	微小含量标准	在本国生产过程中，产生一定比例的增值则被认定为本国产的标准。
	微小加工或者处理原则	对货物的本质特征影响轻微的加工或处理，不得赋予原产资格。
	成套货品	非原产货物价值不超过成套产品价格的15%，该成套货物视为原产于该缔约国的标准。
	另还约定可互换材料、中性成分标准、附件、备件及工具、包装材料及容器等原产标准原则。	

2. 直接运输标准

中韩FTA在3.14条中规定了直接运输标准，申明享受优惠关税待遇的缔约方原产货物，应当在缔约双方之间直接运输，且规定了货物运经一个或多个非缔约方时仍被视为在成员方之间直接运输的情况。如货物的转运被证明是基于地理原因或者仅出于运输需要考虑、货物在非缔约方未进入贸易或消费领域、除装卸、因运输原因而分装，或使货物保持良好状态所需的处理外，货物在非缔约方未经任何其他处理等情况，虽然经过非缔约方国家或地区仍会认定为直接运输。但，同时还规定了在非缔约方临时储存的，货物在储存期间必须处于非缔约方海关监管之下，停留时间不得超过3个月，最长不得超过6个月的时间限制。

3. 原产地证明颁发机关

国家质量监督检验检疫总局2015年12月11日发布《质检总局关于受理签发中国—韩国自由贸易协定原产地证书的公告》（2015年第146号），“依照中韩自由贸易协定和国家法律有关规定，申请人可以向各地出入境检验检疫机构、中国国际贸易促进委员会及其各地方分会申请签发中韩自由贸易协定原产地证书，随附上述证书的出口货物依照中韩自由贸易协定规定在韩国享受优惠关税待遇。对于2015年12月20日处于运输过程中、在缔约方、或在海关仓库暂存的出口货物，申请人可于2016年3月19日前申请补发中韩自由贸易协定原产地证书”，上述公告明确指出，中国颁发原产地证书的机构为各地出入境检验检疫机构以及中国国际贸易促进委员会及其各地方分会。

韩国颁发原产地证书的机构为各地海关及大韩商工会议所。

4. 原产地证书样式

原产地证书应用英文填制，应具有不重复的证书编号，证书样式如下：

原产地证明书样式（中文）[6]

1. 出口商的名称、地址、国家：	证书号： 中国-韩国自由贸易协定 原产地证书 签发国 _____ （填制方法详见证书背面说明）	
2. 生产商的名称、地址、国家：		
3. 收货人的名称、地址、国家：		
4. 运输方式及路线(尽其所知)： 离港日期： 船舶/飞机/火车/车辆编号： 装货口岸： 到货口岸：	5. 备注：	
6.项目号(最多20项)	7.唛头及包装号	8.包装数量及种类；商品描述
9. HS编码（6位数编码）	10.原产地标准[7]	11.毛重、数量（数量单位）或其他计量单位（升、立方米等）
12. 发票号和发票日期		
13. 出口商申明： 下列签字人证明上述资料及申明正确无误， 所有货物产自 _____ （国家） 且符合自由贸易协定原产地规则的相关规定。 该货物出口至 _____ （进口商）	14.证明： 根据所实施的监管，兹证明上述信息正确无误，且所述货物符合中国-韩国自由贸易协定的原产地要求。	
地点、日期及授权人签名	地点、日期、签字及授权机构印章	

原产地证明书样式（英文）[8]

1.Exporter’s name and address, country 2.Producer’s name and address, country 3. Consignee’s name and address, country	Certificate No: CERTIFICATE OF ORIGIN From for China-Korea FTA Issued in _____ （See Overleaf Instruction）	
4. Meas of transport and route(as far as known): Departure Date: Vessel/Flight/Train/Vehicle No: Port of loading: Port of discharge:	5. Remarks:	
6.Item number(Max 20)	7.Marks and Numbers on packages	8.Number an kind of packages; description of goods
9.HS code(Six-digir code)	10.Origin criterion	11.Gross weight, quantity (Quantity Unit) or other measures (liters, m3, etc)
12. Number and date of invoice		
13. Declaration by the exporter: The undersigned hereby declares that the above details and statement are correct that all the goods were produced _____ （Country） And that they comply with the origin requirements specified in the FTA for the goods exported to _____（Importing country）	14.Certification On the basis of control carried out it is hereby certified that the information herein is correct and that the goods described comply with origin requirements specified in the China-Korea FTA.	
Place and date, signature of authorized signatory	Place and date, signature and stamp of authorized body	

5. 其他相关规定

当原产货物进口后，进口商可以在进口之日起一年内申请退还该货物未享受优惠关税待遇而多付的税款、保证金。但享受该待遇，进口商在进口时向海关正式申报以此作为享受优惠关税待遇的前提条件。对完税价格不超过700美元或该缔约方币值等额的一批次原产货物免予要求提交原产地证书，并给予优惠关税待遇。

另，中韩FTA还规定了原产地核查的内容，即进口方海关可以按规定顺序进行核查。 根据规定进口方海关可以要求进口商提供进口货物原产地相关的信息、要求出口方海关核查货物的原产资格、向出口方海关提出对出口方的出口商或者生产商开展核查访问等。出口方海关应自收到核查请求之日起6个月之内，向进口方海关反馈核查结果；进口方海关应自接到出口海关反馈核查结果之日起3个月内，将所核查货物是否具备原产资格的决定通知出口方海关。如进口方海关对出口方海关反馈的核查结果不满意，进口方海关可对出口商或者生产商的工作场所开展核查访问，出口方海关全程陪同。

四、结论

根据中韩FTA的关税减让规定，5年内取消关税的塑料加工产品从目前的8%的关税从16年1月1日开始降低为4.8%，10年取消关税的冰箱、洗衣机、空调等产品从目前的8%降低为6.4%。进出口企业利用原产地证明申请并适用优惠关税迫在眉睫。中韩FTA的优惠税率规定适用“谁申请谁适用”原则，这也给企业提出了积极利用规则的要求。

另外，目前韩国已经与52国家签署了自贸协定，此次与中国签署自贸协定后，韩国与世界三大经济圈均签署了自贸协定，成了自贸协定的枢纽国家。中国企业可以利用韩国的这个地位，积极开拓韩国市场，利用韩国市场将更多的中国产品输出到与韩国签署自贸协定的国家。

---

[1]《中韩自贸协定》第三章3.3条规定的附件3-B所列货物。

[2] 部分内容参考《大韩贸易投资振兴公社》发布的韩中FTA应用手册。

[3] 如果货物加工后在《税则》中税目一级，即前四位数级，税则归类发生改变，即以使其发生改变的国家为该货物的原产地。

[4] $RVC(\text{区域价值成分}) = \frac{FOB(\text{商品价格}) - VNM(\text{非原产材料的价值})}{FOB(\text{商品价格})} \times 100$

[5] 境外加工区仅限FTA签署前在朝鲜半岛上已运行的工业区，即开城工业园。

[6]《中韩自由贸易协定》，附件3-C。

[7] 出口商必须按照下表所示方式，在第10栏中标明其货物申明享受优惠关税待遇所依据的原产地标准：

原产地标准	填入第10栏
该货物根据第3.4条（完全获得或生产的货物）或者附件3-A(产品原产地特定规则)的规定，在一缔约方完全获得或生产；	WO
该货物完全由符合第3章（原产地规则和原产地实施程序）规定的原产材料在一缔约方生产；	WP
该货物在一缔约方生产，所使用的非原产材料符合附件3-A（产品特定原产地规则）所规定的税则归类改变、区域价值成分、工序要求或其他要求。	PSR
该货物适用第3.3条（特定货物处理)的规定。	OP

[8]《中韩自由贸易协定》英文版，附件3-C。

新形势、新规定下的银行员工私售行为的法律风险解析

瞿丽红 / 文

近日，京都律师事务所合伙人瞿丽红律师受某银行的邀请，为其北京各支行行长、部门主要负责人以及各支行理财经理、部门经理进行了一场以“新形势、新规定下的银行员工私售行为的法律风险解析”为主题的视频讲座培训。作为北京仲裁委员会仲裁员和金融领域的资深律师，瞿律师从私募投资基金的理论知识入手，中间穿插各种生动鲜活的法院判例和仲裁案件，并结合《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》、《私募投资基金监督管理暂行办法》等新近法律动态，就银行销售、私售理财产品（“银行飞单”）的问题为大家带来一场内容丰富的法律盛宴，现将发言稿整理如下，以飨读者。

今天我想就近几年银行销售理财产品中新的关注点跟大家分享一下，这次讲座的题目是“新形势、新规定下的银行员工私售行为的法律风险解析”。这既涉及到支行客户经理代卖其他投资公司的理财产品，也涉及到私募投资公司利用银行的平台销售理财产品。私募投资基金对于普通老百姓来说可能比较陌生，但是对于诸位行长们来说并不陌生。“私募投资基金”有其特定的发展渊源，其发展和延续是有轨迹可循的，而且顺着它的发展轨迹，每个阶段的每一类案件都是不一样的；它的危害性和优越性可能很多人并不清楚，我们在不断地办理理财案件时发现这都是有规律可循的，下面将要阐述的具体内容是我个人根据实践办案经验总结归纳出来的，主要是想通过在北京仲裁委员会办理的诸多案例来看私募投资产品的有效性和无效性；然后是对私售行为法律责任进行

分析，这里的法律责任分析，主要是指刑事责任；最后再跟大家讲一下最近出台的一些与银行有关的司法解释。本次讲座的具体内容将从以上这四个方面展开。

一、私募投资基金

（一）概念

关于私募投资基金的概念，中国证券监督管理委员会审议通过的《私募投资基金监督管理暂行办法》中是指“在中华人民共和国境内，以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金”。私募基金财产的投资包括买卖股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。

现实当中银行经理私售理财产品的情形，我们称之为“银行飞单”。“飞单”只是一种比较形象的说法，并非法律所规定、认可的专门术语，那么何为“飞单”？简单来说，“飞单”就是销售业务员拿到订单后，不将订单交由自己公司做，而是放在别的公司做。“飞单”在很多行业都普遍存在，比如印刷行业等。

“银行飞单”是指并非银行发售的理财产品，而是银行客户经理私自代售的、银行之外的理财产品。从概念上来看，可以明确的是，这些理财产品并不是银行自身的。关于理财产品的有效、无效性，我们将在后面探讨。

（二）私募基金的发展历史

关于私募基金的发展历史，我想介绍一下我国自改革开放以来、80年代以后的市场发展，当时我们的贷款、融资已经不再只依靠银行。在这里引入一个案例，“牟其中信用证案”，这个案件开启了融资的先河，牟其中十分具有商业头脑，懂得运用信用证的融资功能，他用2000万美金到美国租用商业飞机，去满洲里买15平方公里的土地，这一信用证案的民事案件部分是我代理的，我们当时代理的是垫款方中国银行，经过较难的二审诉讼，这笔资金中的大部分从担保行方执行回来了。当时，我们起诉的不是牟其中，因为其商业资金投入到美国，我们不可能到美国去执行、也不可能到满洲里去执行，我们当时诉的是交通银行，是交通银行贵阳分行，实际操作人是分行的员工甚至是经理、老总，我在这里不过多涉及案子本身，只讲牟其中利用信用证的融资功能触犯了刑法，被判十年以上。关于此后民间资本如何融资，大家都知道，当时的私募资金投向了证券市场，而证券市场开始泛滥成灾是在2001和2002年，2001-2003年期间证券公司的委托理财纠纷特别多，当时最为轰动的是啤酒花股票案，新疆的艾克拉木是其实际操控人，其利用投资公司融了国有企业的资金，国有企业资金是从银行贷款来的，银行贷款利率也就5%-6%左右，而艾克拉木将资金融给了他的投资公司，利率高达10%左右，这后来体现在多家证券公司的系列案中，这批案件大部分是我们所代理的，在系列案中最终赢的就是我所代理的案件，即代表光大证券诉上海东方网上市公司委托理财纠纷案，这个案

瞿丽红律师简介

京都律师事务所合伙人。

瞿丽红律师针对金融、证券、房地产业、大型项目投融资业务、不良资产处理、并购重组、企业改制上市、知识产权等方面的诉讼和非诉业务拥有丰富的办案经验。曾先后为中国光大银行、中国银行、五矿集团、光大证券股份有限公司等多家大中型企业、金融机构、政府机关、事业单位提供法律服务。

> 目前私售理财产品现象在北京市场是十分泛滥的，从去年开始，因理财产品引起的纠纷案件呈急剧上升趋势。从危害性层面上考虑，首先，这损害的是客户利益；其次，损害的是银行的利益。

件持续了将近4年，最后报请国务院，后来由于股市渐好，股票增值，最终我们采取调解的方式结案，双方对此都很满意。当时从事委托理财的证券公司日子比较艰难，同样日子比较艰难的还有信托公司，广东国际信托公司就是在这一浪潮中关闭的，后来国家政策导向是关闭全国所有的信托公司。此后，大家就把资金转向了银行，2012年9月私募投资最泛滥，当时法律规定私募公司可以合法成立。大家可以发现，现在市场上投资公司与客户所签订的协议基本一样，一般叫做“xxx股权协议”或“xxx股权回购协议”，是购买的xx投资公司的产品，投资的是xx投资公司的项目。

（三）私募基金的特点

私募基金产品本来是很好的，但是现在的发展却出现问题，原因是什么？我总结了三点：1、产品本身具有隐蔽性。在银行出售的理财产品是由客户经理来卖的，客户经理介绍时一般会说银行理财产品利率相对较高，以前的投资都回来了，而且金额越大，回报率越高，渐渐地，客户就对客户经理产生了信任。买了几年后，大概到2012年，客户经理又介绍，现在银行理财产品利率少了，大概只有4%、5%，100万以上的最高才6%，现在有别的理财产品利率较高，11%以上，或者18%，还有20%的，项目很有前景，我们行长、客户经理都在买——这样一来，客户在高利率的诱惑下也委托客户经理购买理财产品，可最后客户的投资款却往往无法收回，这体现了私募基金的隐蔽性。2、专业性。这主要体现在客户所签订的协议一般是很专业、规范的，这些协议大都是经过律师项目尽职调查后审核过的。3、迷惑性。由于客户没有鉴别能力，不知道自己的投资会投资到什么样的项目中去，想象不到客户经理所推销的产品的风险有多大。当然了，甚至有些客户经理自己也不知道产品的风险有多大。

（四）潜在危害性

目前私售理财产品现象在北京市场是十分泛滥的，从去年开始，因理财产品引起的纠纷案件呈急剧上升趋势。从危害性层面上考虑，首先，这损害的是客户利益，很多投资者因为购买被私售的理财产品而血本无归；其次，损害的是银行的利益，很多客户对银行相当信任，有些客户甚至把密银行卡密码告诉客户经理，让客户经理帮忙购买理财产品，这可以说是一种无限的信任，然而在这一轮的银行“飞单”浪潮中，这种信任恐怕是要荡然无存。现在社会上对于银行的理财产品总体上还是比较信任的，这些理财产品是需要客户经理去介绍的，一线客户经理直接关系到银行与客户关系的维护，一旦客户发现自己被骗，就会对银行的信誉产生怀疑，这会极大损害到银行的利益；第三，损害其他良好投资基金公司的利益。由于现在的投资基金市场良莠不齐，有些公司就是以骗钱为目的的，我们曾经做过尽职调查，在所调查的五个公司中有四个公司是为了骗钱，只有一个公司是真的有项目、建了安置房，只是钱无法回笼。据我了解，因投资理财产品受骗的群体非常复杂，既有普通老百姓，也有律师，甚至有银行领导。可见，如果对项目不了解，切不可盲目投资。

二、私募投资基金产品的有效性和无效性

之所以介绍这一块，是因为我最近办理了几起仲裁

> 法律规定：个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在20万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在100万元以上的，应当依法追究刑事责任。

案件，其中有一起案件是与易胜佰有关系。易胜佰在北京市场做的比较大，审理过程中我问到某投资公司（被申请人）资金走向问题，从中了解到该公司把合同、承诺书、收据、担保函四样全部盖章后，便委托给易胜佰公司，由易胜佰通过招聘大量营销人员帮忙出售产品，这些销售人员有些是与银行客户经理有关系的，他们销售产品后没有把资金打入合同指定的账户，而是到了易胜佰指定账户。通过与公司签订一个其他项目的投资协议，易胜佰帮公司把钱付给客户，客户会发现第一笔收益如期收回，20%，很不错，而后来的情况却是本金收益均无法返还。就裁决来看，为了支持投资者，有些仲裁员认为这“名为股权回购实为借贷纠纷”，按照借贷关系处理；有些仲裁员主张按照股权投资纠纷来解决，这样就利息无法保障，因为股权投资行为收益不应返还，既然是股权投资款，也就不能把资金返还给投资者。

三、私募投资基金所涉及到的法律责任及法律风险

关于银行员工私售行为涉及到的案例以及法律风险，主要讲一下刑事责任。

1、非法吸收公众存款罪。现在类似案件基本是按照“非吸”来认定，最高量刑10年，在此强调一下该罪规定了单位犯罪，所以对于客户经理的私下行为各位领导切不可参与。“非法吸收公众存款”行为通常会通过媒体、短信、推介会等方式来推销产品吸收存款；一般承诺股权的还本付息；在对象上，不能针对亲戚朋友；在数额上，法律规定：个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在20万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在100万元以上的，应当依法追究刑事责任；在人数上，法律规定：个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象30人以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的，应当依法追究刑事责任。

下面引入几则案例：

案例一：资亿盛通案件。这个公司做了两个产品，每个2亿，请律师做过尽调，是蒲黄榆房改项目，该公司四个负责人投案自首，案件涉及的托管行有农行、浦发行等。

案例二：华夏银行“飞单”案件。我在北京交通电台《警法时空》曾专门做过“银行飞单”的节目，提醒大家要有风险意识，后来很多投资者找到我，寻求解决方案，这些投资者都反映他们是在银行通过银行客户经理濮婷婷买的这些产品。这个案件是银行在“飞单”案例中被追究刑责的生效判决的第一例。据了解，在此案件中，理财产品收益率达11%-13%，购买该产品的有银行的副行长、老总，只有第一次收益按期如约回报给了投资者，第二次便没有音讯，后来银行的担保公司出面，以本金收购了客户手上的这些股权，才使得客户的问题得到解决，客户经理濮婷婷获利130多万，其行为构成非法吸收公众存款罪，被判处有期徒刑四年九个月。该案之所以被认定为非法集资，原因有三个：一是风险与收益不相称，二是风险提示不合规，三是涉嫌虚假投资。该案的争议点在于濮婷婷的行为属于职务行为还是个人行为，这在网上引起了很大讨论，如果是职务行为的话，银行就要承担责任。如果追究银行的责任，那么先看违约责任，由于客户与银行事实上并不存在合同，所以很难追究银行的违约责任，此处濮婷婷的行为是否构成表见代理是问题的关键。再看侵权责任，主要是追究银行监管不力的责任，由于此案涉及人数众多，投资者的资金血本无归，这种情况下肯定要给予补偿，通过内部谈判，给客户补偿损失，比例限定在5%，但投资者期望更高，在这里就是一个法律的较量。银监会下一步很可能会出台相关规定对银行监管责任作出相应规定。

2、接下来谈一谈集资诈骗罪。此处要引入吴英案，吴英案是促进我国民间借贷合法化的里程碑，京都律师事务所从2007年4月接受吴英父亲委托后，委派了合伙人杨照东律师、张雁峰律师作为辩护人，代理了从一审到死刑复核的全程。吴英一审被判处死刑，二审维持原判，并报请最高法院核准，最高人民法院经复核后认为，对吴英判处死刑，可不立即执行，并裁定发回浙江省高院重审，2012年5月21日，浙江省高级法院经重新审理后作出终审判决：以集资诈骗罪判处被告人吴英死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。2014年7月11日，浙江省高级法院经过开庭审理,将吴英由死缓改判无期徒刑。我们所专门就此案召开了新闻发布会，将相关法律问题向社会公开，正是我们的行动促进了今年民间借贷司法解释的出台。这在我们国家的民间资本发展的历程上是具有代表性的。

下面引入一则银行客户经理因私售理财产品被判处诈骗罪的案例——民生银行天津分行财产返还纠纷案。该案的私售理财产品行为是在银行的贵宾室发生的，由客户经理刘晶向客户销售产品，第一期和第二期收益都如期收回，后来客户多次要继续其购买，有的客户要求购买2560万的理财产品，但刘晶却只购买了25万的产品，有的客户要求购买3900万的理财产品但是刘晶却只买了39万的产品，其他的钱均被其私吞。客户并没有详细看合同，而是基于对客户经理的信任就签了字，刘晶则利用了客户的这种信任私吞了客户的资金，最终天津市和平区人民法院（2011）和刑初字第239号刑事判决书和天津市第一中级人民法院（2011）一中刑终字第264号刑事裁定书均认定刘晶犯诈骗罪，被判处有期徒刑十五年。

3、最后谈一下合同诈骗罪。《刑法》第二百二十四条规定：有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；

（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；

（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；

（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；

（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。

此处简单讲下“李勇合同诈骗案”。李勇是招商银行的合同制员工，在任职理财岗位期间，以各种名义向客户介绍产品，诱骗客户与其个人签订“委托理财协议”或借款合同，骗了800多万资金，用其中的700多万元购买“重庆时时彩”，结果全部亏损。原审法院认为，被告人李勇利用其本人系银行理财人员的身份，对其理财客户隐瞒事实真相，以银行有一种高息、低风险的银行内部理财产品、炒黄金白银的理财产品、给亲戚朋友做收益高的理财产品、内部资金拆借业务、全权代理理财、朋友餐厅装修用款等名义欺骗理财客户，与理财客户签订所谓的委托理财协议和借款合同，先后骗取23名客户资金828.6万元，并造成732.15万元的损失，其行为已构成合同诈骗罪，应依法惩处。并得出判决如下：一、被告人李勇犯合同诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；二、涉案赃款依法继续追缴。

私募基金只要进行备案登记就是阳光私募，不能因为产品的经营损失而将其认为是非法吸收公共存款，但这里有两个限制，即不得向投资者承诺投资本金不受损失或承诺最低收益。

四、新近法律动向

今年9月1号最高院出台了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，这个对于银行有极大的冲击，比如第11条规定：法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。这条意味着民间企业间的拆借合法化，这条会分流银行的公司业务部的业务。再比如第12条：法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，且不存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。这意味着企业跟员工借贷合法化，这两条借贷方式的放开给银行的经营带来了冲击。

在这里还要强调两点，第一点是24%和36%的年利率。只要借款协议约定的利率不超过24%，法院都予以支持，24%—36%的部分，只要自愿履行，法院也支持，但超过36%的部分，法院不予支持；第二点是《私募投资基金监督管理暂行办法》和《私募投资基金管理人登记和基金备案办法(试行)》这两个法律规定。银行代销的阳光私募就是根据这两个规定来的，投资公司发行产品来登记备案了，就被可以认为是合法的，如果发行的产品亏损了，公安不能以此为理由对相关负责人实施抓捕。私募基金只要进行备案登记就是阳光私募，不能因为产品的经营损失而将其认为是非法吸收公共存款，但这里有两个限制，即不得向投资者承诺投资本金不受损失或承诺最低收益。

在经济形势下行、压力进一步加大的情况下，银行的工作肯定会面临诸多困难的，如何预防银行员工私售行为，将法律风险的发生几率降到最低，我认为将是我们银行下一阶段工作的重点内容。

用抢来的钱投资获益，该缴？该留？

■杨照东 / 文

近日，案发于16年前颇为轰动的郑州“12.5”银行抢劫案告破，5名犯罪嫌疑人全部被抓获。1999年的280余万元银行巨款被抢，抢劫过程中如电影般的暴力情景，历时16年艰苦曲折的刑事侦查，这些无不足以令人咂舌瞠目。然而，这一系列的故事似乎并没有捕捉住人们的兴奋与关注，人们感兴趣和热议的却是另外一个话题。

此案的主犯，犯罪嫌疑人石某群，男，现年53岁。16年前，当同犯将抢来的钱挥霍一空时，石某群已经将分得的百余万元赃款用于投资房地产等项目。十几年后的今天，石某群成为了当地知名的，拥有亿元身价的企业家。

商品经济社会中，金钱似乎是永恒的话题。石某群的亿万资产立即取代了案件本身的惊险曲折成为社会关注的焦点。人们纷纷在议论：石某群用抢来的钱投资创业，对于他今天的资产该如何处理？是该以非法所得予以追缴，还是该以合法财产予以没收，还是该以合法财产予以保留？

政法大学的洪教授认为，通过抢劫非法所得钱财理财或投资等，只要是有风险的行为，即可赔可赚并不确定的情况，则不能算是非法所得。只有将抢劫非法所得的钱财投入银行获得利率等此类无风险的理财行为，获得的利润才能算是非法所得，可予以追缴。言外之意，石某群没有把抢来的钱存在银行吃利息，他通过投资房地产赚来的钱不能算是非法所得，不应予以追缴。

人们对洪教授的这一观点似乎没有认可，从网上的评论看，更多的是吐槽、反对，甚至是谩骂。

网民的感情是朴素的。谁都痛恨犯罪，尤其是抢劫罪这种针对公民人身权和财产权的暴力性犯罪。老百姓的意愿当然是要重罚，不仅要让犯罪分子铃铛入狱甚至付出生命的代价，还要让其倾家荡产。在本案中，石某群以抢来的钱发了家、致了富，如果不把他赚来的这些资产追缴，而是让其留给子孙后代，用这样的钱逍遥享受，老百姓无论如何是想不通的，也无论如何不会答应的。

网民的认识及呼声不无道理。

尽管如此，我仍然不赞成网上的吐槽和谩骂。洪教授是从法律人的角度，结合相关的法律规定阐述个人的观点，无论其观点是否正确，都只是认识上、学术上的问题，并不代表他对犯罪分子进行包庇，或者为犯罪分子开脱。

同时，我也不认同洪教授的观点。

让犯罪分子同时付出自由及财产的代价，即打又罚，不让犯罪分子在经济上占到任何便宜，这不仅是百姓朴素的想法，刑事立法的初衷原本也是如此。刑法二百三十六条关于抢劫罪的量刑中，在规定最高可至死刑的主刑的同时，还规定了罚金、没收财产的附加刑。这就是说，在判处生命刑、自由刑的同时，还要将犯罪分子个人合法的财产罚没充公。

对抢劫犯个人的合法财产尚且要罚没充公，法律又怎能对犯罪所得的赃款赃物，包括像本案中这种以赃款

杨照东律师简介

京都律师事务所合伙人

律师执业20年来先后担任过中国大陆前首富黄光裕内幕交易案、浙江亿万富姐吴英集资诈骗案等国内重大刑事案件的辩护，在职务犯罪和经济犯罪领域有深入的研究并取得了显著的业绩。2009年荣获中国律政年度十大精英律师刑事辩护奖；2010年获北京市百名优秀刑辩律师奖；2013年获《亚洲法律评论》全国十佳诉讼律师奖。

毒树的果子一定是有毒的。用抢来的钱进行投资经营，所赚的钱一定是非法所得，一定要被追缴。在刑法面前，抢劫犯罪分子不仅要付出自由乃至生命，在经济上同样要付出代价，不会占到任何的便宜。

投资赚来的钱予以姑息放任，不予追缴，任凭犯罪分子或其后人享受呢？

刑法第六十四条规定：犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。那么，这里的“一切财物”指的是什么？

2014年9月1日通过的《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》【法释（2014）13号】（以下简称“规定”）第十条第二款规定：被执行人将赃款赃物投资或者置业，对因此形成的财产及其收益，人民法院应予追缴。第三款规定：被执行人将赃款赃物与其他合法财产共同投资或者置业，对因此形成的财产中与赃款赃物对应的份额及其收益，人民法院应予以追缴。

这一规定告诉我们，刑法第六十四条中的“一切财产”包括三个方面：一是赃款赃物，即因犯罪行为直接获得的钱或物；二是将赃款赃物投资或者置业形成的财产，即赃款赃物的转化形态，如用于投资形成的股本金，用于置业而购买的物产；三是投资或者置业行为产生的收益。

赃款赃物、投资本金、购置的物产，这些不难理解。问题是这里的“收益”指的是什么？

关于“收益”，现行法律并没有给出明确的解释，但是从法理的角度解释，“收益”应该包括三个方面：一是赃款赃物的自然孳息，如抢来的牛生出的小牛犊；二是法定孳息，如抢来的赃款存在银行而产生的利息；三是将赃款赃物用于置业、投资而带来的经营收入，如买房出租获得的租金、购置物产的市场升值、经营利润及股金分红等物质利益。

既然刑法六十四条规定了犯罪分子违法所得的“一切财物”都应该予以追缴，“一切财物”又包括了赃款赃物、赃款赃物的转化形态以及前述三方面的收益，那么，这些就都应该被认定为违法所得，都应该予以追缴。

根据《规定》的规定，犯罪分子单独将赃款赃物用于投资或者置业，在赃款赃物已经发生形态转化的情况下，不仅要将投入的本金或者购置的物产追缴，还应当对投资、置业行为产生的前述三方面的收益予以追缴。如果犯罪分子将赃款赃物与本人或他人的合法财产合在一起共同投资或者置业，则只能对因此形成的财产中与赃款赃物所对应的份额及其收益予以追缴，对于犯罪分子自己的合法财产及他人的合法财产对应产生的收益则不可以作为非法所得予以追缴，这充分体现了对公民个人合法财产的保护。

洪教授认为，把抢来的钱进行有风险的投资，该投资行为产生的收益就不是“非法所得”，而只有将抢来的钱存入银行进行无风险的理财，这样获得的利息才是非法所得。这一观点显然是限缩了“收益”的外延。有一句话叫做“投资有风险，入市需谨慎”，任何投资行为都是有风险的，即便是将钱放在银行也存在着利率调低的风险，只不过相对来说风险小些而已。要知道，这个世界上就没有只赚不赔的买卖。

从另一个角度看，既然《规定》在明确“被执行人将赃款赃物投资或者置业，对因此形成的财产及其收益，人民法院应予追缴”的时候，没有对“投资”进行有无风险的区别，我们就应该理解为这里的“投资”即包括有风险的投资也包括无风险（低风险）的投资，而不仅仅是放进银行吃利息的理财行为。

就本案来说，石某群用抢来的钱进行投资经营，尽管在致富的过程中其除了投入抢来的钱，还付出了智慧和辛勤的努力，但是，其所赚来的钱仍然是非法所得，依据《规定》，仍然应予追缴。如果其投资中有其他人的合法财产，则应对相对应的收益份额予以保留。对其个人的合法财产（包括以其个人合法财产投资经营所获收益中相对应的部分），则应根据案件的具体情况，判处罚金或者没收财产。

毒树的果子一定是有毒的。用抢来的钱进行投资经营，所赚的钱一定是非法所得，一定要被追缴。在刑法面前，抢劫犯罪分子不仅要付出自由乃至生命，在经济上同样要付出代价，不会占到任何的便宜。

这一点，应该被社会周知。

法人、其他组织未经内部决策对外担保的法律效力分析

常莎 / 文

在企业部分业务的风控措施中，常有交易对手提供法人、其他组织的保证担保。但保证人有时无法就其对外担保事项提供内部决策文件（包括但不限于股东会决议、股东大会决议、董事会决议等）。本文从法律规定、司法实践、应对措施及建议等方面，就保证人未履行内部决策程序是否影响保证合同的效力的问题进行法律分析。

一、相关法律规定

《公司法》第十六条规定，“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

《公司法》第一百二十二条规定，“上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所

持表决权的三分之二以上通过。”

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》（以下简称“《担保法》司法解释”）第四条规定，“董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。“

《合伙企业法》第三十一条规定：“除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：……（五）以合伙企业名义为他人提供担保；……”

《合伙企业法》第三十八条规定：“合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗不知情的善意第三人。”

《合伙企业法》第六十九条规定：“合伙人对本法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人同意始得执行的事务，擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。”

《合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

《合同法》第五十条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效”，

《担保法》司法解释第十一条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

在市场交易过程中，担保权人向担保人主张权利的合法有效性，作为担保人的法人或其他组织，却主张其虽与担保权人签订了担保合同。但依据上述法律规定，其对外担保行为未经股东会或董事会决议，或未经全体合伙人一致同意，担保合同应属无效，不存在担保义务。

对担保人的此种抗辩理由，担保权人则会主张担保合同已经双方签字盖章，担保合同即已成立，担保人应履行义务。虽然担保人没有股东会或董事会决议，或未经全体合伙人一致同意，但《公司法》第十六条、《合伙企业法》第三十一条等规定属对法人、其他组织内部运营的规定，是调整法人、其他组织内部行为的，不应对抗善意第三人，加之担保人已加盖法人章，理应承担保证义务。

由于对法律规定的理解与适用不同，担保权人与担保人双方会就《担保合同》以及担保行为的效力产生争议。

二、司法实践

（一）公司（法人）对外担保行为的立法沿革及司法案例

对于公司对外担保行为本身的效力问题，我国立法与司法实践都经历了一个演变过程。公司对外担保是在我国市场经济快速发展的背景下出现的一种经济现象，它一定程度上促进了市场经济的繁荣，但同时由于缺乏相应法律法规的规制，我国公司企业在过往的活动中极度忽视股东利益，任由法定代表人或者控股股东通过担保谋求一己私利而损害公司利益的行为泛滥，使得公司治理结构丧失制衡功能，特别是上市公司问题更加严重，由此造成滥保现象泛滥，因而引发大量的纠纷。

1993年版《公司法》第六十条第三款明确规定，“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。”其后，《担保法》司法解释第四条进一步规定，董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，“以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。”仅从上述规定来看，其实际上禁止了大部分公司对外担保的行为，因为实践中公司对外担保一般都为董事或经理代表作出，而在该条中，也并未提到其他例外情形，如依照公司章程规定经过董事会或股东会批准时，公司对外担保是否有效。针对这种情形，立法上虽无明确规定，但最高院在司法指导案例中加以了肯定。

> 我国公司企业在过往的活动中极度忽视股东利益，任由法定代表人或者控股股东通过担保谋求一己私利而损害公司利益的行为泛滥，使得公司治理结构丧失制衡功能，特别是上市公司问题更加严重。

在2001年“福建省中福实业股份有限公司与中国工商银行福州市闽都支行借款担保纠纷”一案中，最高院援引1993年版《公司法》第六十条的规定，认定中福实业公司五名董事通过形成董事会决议的形式代表该公司为大股东中国福建国际经济技术合作公司提供连带责任保证的行为，违反了法律的强制性规定，所签订的保证合同无效。该案例将董事以通过董事会决议的形式批准对外担保行为亦排除在公司有权担保情形之外。但在2006年“中国进出口银行与光彩事业投资集团有限公司、四通集团公司借款担保合同纠纷”一案中，最高院的判决对该条款进行了修正性的阐释，即该条规定中的董事限于单个董事，至于董事会则有权依照公司章程的规定，决定公司是否对外提供担保。

于是，2005年《公司法》修订，新增了第十六条公司对外担保的规定。此后，《公司法》于2013年第三次修正，但其主要针对的是公司注册资本登记等相关内容的修改，并未涉及第十六条的修正。

至此，法律明确肯定了公司具有对外担保的能力，但又规定了公司提供担保时应履行的内部决策程序。从表面上来看，该条款较好地解决了公司对外担保行为效力的问题，但由于对该条款的理解产生了较大分歧，在实践中却引发了更多的争议和纠纷。

在《最高人民法院公报》2011年第2辑公布的“中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展(北京)有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案”一案中，其裁判要旨明确了：第一，《公司法》第十六条并未明确规定公司违反上述规定对外提供担保导致担保合同无效；第二，公司内部决议程序，不得约束第三人；第三，该条款并非效力性强制性的规定；第四，依据该条款认定担保合同无效，不利于维护合同的稳定和交易的安全。

在《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》一书中，对该问题亦作了解释，其观点认为大多数有限责任公司和非上市的股份有限公司的公司章程、董事会或股东会决议未在公开媒体上专门进行公开、公示，应当不具有对外的效力。因此，不宜严格要求公司对外担保必须提交董事会决议，何况实践中已经出现不少的伪造董事会决议的情形。故只要担保书上盖章真实，该担保行为即应认定为有效。

由此可见，最高院倾向性的观点认为公司章程、决议不具有对世效力，未审查公司章程、决议不影响公司对外担保合同的效力。

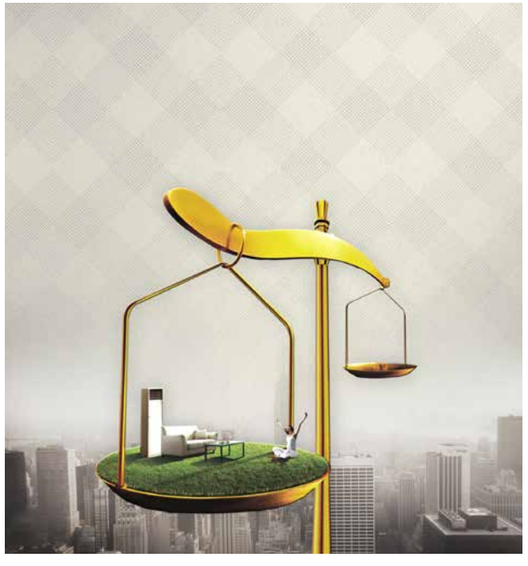
（二）其他组织对外担保行为

前文提及的《合伙企业法》的相关规定，实质上明确规定了合伙执行人擅自以企业名义对外担保的内、外效力区别。只要第三人主观上是善意的，执行人的擅自担保行为对外仍然有效，其他合伙人亦应为此对外承担法律责任。但该担保行为在合伙人内部并不产生法律效力，应认定无效，合伙企业及其他合伙人对外承担责任后，有权要求执行人予以赔偿。

既然不对抗善意第三人，其他合伙人就应按一定程序对担保债权人承担法律责任。《合伙企业法》第39条同时规

常莎律师简介

北京市经济法学会理事，北京市律师协会信息网络与电信邮政法律专业委员会委员，北京市朝阳区律师协会知识产权业务研究会委员、公益委员会委员。主要执业领域为公司业务、知识产权、民商事诉讼仲裁。同时担任多家公司和机构的法律顾问，精通内外资企业知识产权战略管理规则，承办了大量诉讼及仲裁案件。



定，“合伙企业对其债务，应先以其全部财产清偿。合伙企业财产不足以清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带责任。”因此，合伙人在企业财产不足清偿时，应承担无限连带责任。在承担责任后，不知情的合伙人既可选择向主债务人追偿，亦可要求合伙执行人赔偿。

由此可见，在司法实践中，对合伙企业等其他组织对外担保的效力认定标准，与法人企业对外担保的效力认定标准类似，倾向认定内部决策不具有对世效力，未审查其他组织内部决策，不影响其他组织对外担保合同的效力。

（三）司法案例的裁判要旨

以《最高人民法院公报》2011年第2辑公布的北京市高级人民法院审理的“中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司等进出口代理合同纠纷”一案为例，具体分析法院处理法人、其他组织对外担保未履行内部决策程序时保证合同的效力案件的裁判要旨如下：

1、担保合同的成立

担保合同双方主体均为合法成立、具有完全民事行为能力的企业法人，签订合同时，主体存在且加盖企业公章，其行为符合我国《民法通则》第五十五条之规定，不违反第五十八条之规定，应属合法有效的法人行为。签订的合同亦是双方的真实意思表示，担保合同内容本身不违反《中华人民共和国合同法》第五十二条之规定。因此，担保合同成立。

2、担保合同的效力

作为担保人的企业依据《公司法》第十六条的规定主张担保无效，公司对外为其它主体担保或投资须经股东会或董事会决议，对内为本公司股东或实际控制人担保或投资须股东会决议。从公司法的立法宗旨来看，该条是规范公司内部的运营管理操作，避免公司股东、控制人滥用权力使得公司法人为自己或利害关系股东随意提供担保或投资，从而损害公司法人的权益，避免股东害公司的情况出现。因此，公司法对公司为自己的股东或实际控制人提供担保或投资予以严格限制，必须要经股东会决议。而对于公司对外为其它企业担保或投资，由于公司实际控制人或股东滥用权力为自己或利害关系人谋取利益损害公司利益的可能性较小，因此《公司法》规定公司对外担保由董事会或股东会决议均可。可见，《公司法》第十六条的规定是针对公司内部权限及运营的规定，而并非针对公司对外与担保权人签订的担保合同效力的强制性规定，对担保合同的效力无约束力。《公司法》第十六条虽然规定了公司对内及对外担保的程序规定，但并没有规定公司违反该规定对外提供担保或投资导致合同无效。因此，担保合同有效。

3、担保权人属善意第三人

担保人无论凭借《公司法》第十六条的规定还是主张其公司章程的规定主张合同无效均无说服力并不符合法理。公司章程的本质属于公司股东之间的内部约定，对公司及股东之间具有约束力，而不能依此来对抗善意第三人。并且，公司章程的公开行为并不构成善意第三人知情或推定知情的证据，第三人不负有审查的义务，强加给第三人的审查义务亦不符合法理和可操作性。因此，当担保权人确认担保人企业的公章在合同上签盖完成之后，作为善意第三人的担保权人即完全有理由相信这个企业法人的对外担保行为是完全经过其公司内部决策程序决议并符合其企业内部约定的合法有效的法人行为。并且，推翻担保权人系善意第三人须担保人承担举证责任，证明其为恶意。因此，无论依据《公司法》第十六条这个对公司内部的法律规定还是依据公司内部的公司章程来主张公司对外担保合同的效力都是不符合法律和法理的，不得对抗善意不知情的第三人，担保人应承担担保义务。

4、认定担保合同无效的后果

> 如果企业接受法人、其他组织提供的担保，在交易或接受担保前，应认真审查担保及投资主体的合法性、真实性，收集相关材料。

认定担保合同无效，不利于维护合同的安全和交易的稳定。如担保人都依《公司法》十六条或公司章程来抗辩担保合同或投资行为的有效性，不仅增加了担保权人的审查义务，更使得企业法人的公章、法人行为、法定代表人的行为形同虚设，使交易相对人转而注重董事会或股东会的书面决议，使得每一笔交易均须有股东会或董事会的决议才能有保障，这显然违反了我国《公司法》甚至其它法律的立法初衷，更违背了我国市场经济的基调和规律，影响经济和社会的发展。再者，担保人为逃避义务均可以《公司法》第十六条或公司章程或修改公司章程来主张担保无效、不承担责任，那么担保权人将无担保权，担保行为亦不存在了。显然这是不符合逻辑和法理的，因此，担保合同有效，担保人不能免责。

由上述司法裁判要旨可见，在担保权人是善意第三人的情况下，担保人以担保未经股东会或董事会决议而主张无效的，法院通常将不予支持。

三、应对措施及建议

虽然在司法实践中对法人、其他组织对外担保未履行内部决策程序时保证合同的效力认定有较为倾向性的结论，但对此问题的争议仍然存在，尤其最高法院及地方法院裁判尺度并非一以贯之，而且我国并非判例法国家，现有判例仅为法院审判中的参考资料，并无强制力。

在“中国建设银行股份有限公司与北京北大青鸟有限责任公司、信达地产股份有限公司、湖南长城通信网络工程建设有限公司、湖南广播电视网络传输中心金融借款合同纠纷案”中，我所律师作为信达地产股份有限公司的委托代理人，在诉讼中提出如下抗辩理由：此项质押担保未经公司董事会、股东大会批准，根据当时有效的《公司法》第六十条第三款的规定，董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。根据《关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知》（证监公司字（2000）61号）第二条的规定，上市公司不得以公司资产为本公司的股东，股东的控股子公司、股东的附属企业或者个人债务提供担保。建设银行对上述事实及法律规定应当知悉。因此，即使股份出质记载于股东名册，根据合同法第五十条、第五十二条的规定，《权利质押合同》也属于无效合同。本案一审北京市第一中级人民法院，以及二审北京市高级人民法院均采纳了本所律师的抗辩理由，认定在上市公司为股东债务提供担保的情形中，没有证据证明上市公司作出为股东提供权利质押担保的股东大会决议时，应当认定《权利质押合同》无效。

因此，为稳妥起见，律师在此建议，如果企业接受法人、其他组织提供的担保，在交易或接受担保前，应认真审查担保及投资主体的合法性、真实性，收集相关材料，如企业法人营业执照、组织机构代码证、开户证明、授权委托书等等，必要时应到相应主管行政机关处查询并留取证明。查明担保人的资金情况、担保能力等等，再考虑交易或接受担保的可行性。

同时，企业应审查担保人的公司章程。公司章程规定对外担保需由其股东会或者董事会决议，就应该按照该公司章程规定由担保人股东会或者董事会决议。担保人应出示股东会或董事会的书面决议，企业应留取担保人的公司章程并要求其签字盖章，明确权限。

如担保人为上市公司，除了要注意上述情形外，还应注意，如果公司在一年内担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

如果企业明知担保人的公司章程的规定，或明知其担保或贷款数额受到限制，而仍然接受其担保或投资的，显然不符合善意第三人的要件。对于日后行使担保权利、主张其承担担保义务显然不利。

论建设工程转包、违法分包合同中管理费的处理方式

■ 王春军、朱坤 / 文

一、概述

1、工程转包

《建设工程质量管理条例》(2000年1月30日国务院第279号令发布施行)第七十八条第三款规定：“本条例所称转包是指承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为”。

根据上述法律规定,工程转包的基本形式包括：①将承包的全部建设工程转给他人承包；②将承包的全部建设工程肢解以后,以分包的名义分别转给其他单位承包。

2、工程分包

工程分包,一般指施工分包,是指“工程建设施工承包合同的承包方将其承包的施工任务的一部分发包给另一施工单位承包”。

《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》(2004年2月3日建设部令第124号发布)第四条规定:“本办法所称施工分包,是指建筑业企业将其所承包的房屋建筑和市政基础设施工程中的专业工程或劳务作业发包给其他建筑业企业完成的活动。”工程分包又包括专业工程分包和劳务作业分包。专业工程分包,是指施工总承包企业将其所承包工程中的专业工程发包给具有相应资质的其他建筑业企业完成的活动。劳务作业分包,是指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。对分包的法定要求在《建筑法》第二十八条、第二十九条；《合同法》第二百七十二条；《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》；《建筑工程施工现场管理规定》(1991年12月2日建设部令第15号发布)第九条、第十条中都作了相应的规定。分包主体、对象、程序等符合规定的行为方为合法的分包行为。

但是在实际施工过程中，却存在大量的违法分包行为。《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定：“本条例所称违法分包，是指下列行为：（一）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；（二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；（三）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。”

3、管理费

建设工程领域的管理费，是指建设单位从项目筹建开始至工程竣工验收合格或交付使用为止发生的项目建设管理费用。这是广义的建设工程领域的管理费的定义，本文中所称管理费仅限定在转包与违反分包合同中。

根据《建筑法》第二十九条规定：“建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。”当总承包人要求发包人同意其分包时，发包人往往要求总承包人同意由其直接与分包人结算，并约定以分包工程价款的一定比例向总承包人支付总包管理费。

《建设工程质量管理条例》第二十七条规定：“总承包单位依法将建设工程分包给其他单位的，分包单位应当按照分包合同的约定对其分包工程的质量向总承包单位负责，总承包单位与分包单位对分包工程的质量承担连带责任。”因此，总承包单位收取总包管理费后，当专业工程项目出现质量、进度、安全等问题，总包人与分包人应共同向发包人承担连带责任。

在实际施工过程中，转包人或违法分包人向发包单位支付管理费后，将工程转包或违法分包给实际施工人，并向实际施工人收取高额管理费，通过赚取“管理费差价”获利。

二、最高人民法院审判观点汇总

建设工程转包、违法分包合同被确认无效后，对于已经收取的管理费及尚未收取的管理费如何处理，最高人民法院基于不同的价值考虑，产生了不同的裁判标准。

（一）管理费全额返还给实际施工人

最高人民法院（2014）民抗字第10号案件中，最高人民检察院提起抗诉，理由为：《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”《建筑法》第六十七条第一款规定：“承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。” 收缴或者没收非法转包、违法分包的非法所得，充分体现了法律对非法转包、违法分包行为的否定性评价，立法目的在于规范建筑业市场，保证建筑工程质量，进而保证人民群众生命、财产安全。具体到本案，十六化建公司依据无效的《设备租赁合同书》取得的105万元管理费，系违法分包所得，是典型的非法所得，无论是判归十六化建公司还是返还胡某，都没有法律依据，应当予以收缴。

最高人民法院审理认为：根据《解释》第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程

施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”上述司法解释通过对“非法转包”等无效行为取得的“非法所得”规定“可以”进行收缴，目的在于平衡当事人之间的利益关系，及时制裁违法行为，进一步规范建筑市场，保证建筑工程质量，进而保证人民生命、财产安全。对建设工程施工合同中的民事违法行为是否惩罚应根据案件实际情况及当事人违法情节而定，不能因为适用惩罚措施而导致当事人利益严重失衡。最高人民法院根据本案实际情况，判决十六化建公司全额返还已收取的管理费。

上述案件中，最高人民法院在认定建设工程合同无效后，依据《解释》第四条对定，将非法转包人已经取得的管理费，认定为“非法所得”。但是对该“非法所得”最高人民法院没有采取收缴的方式，而是根据案件实际情况，以公平公正原则为基础，以平衡各方利益为标准，做出了符合“个案平衡精神”的合理判决。

（二）法院酌定管理费支付比例

最高人民法院（2014）民申字第1277号案件中，最高人民法院审理认为：本案中所涉及《工程施工合同》因属非法转包而无效，合同自成立时起不具有法律约束力，因此该合同中约定腾达公司转包后可向实际施工人姚汉昭、姚汉林收取施工管理费的条款亦无效，故腾达公司根据合同中约定请求姚汉昭、姚汉林支付管理费用，不予支持。腾达公司在施工过程中派出了工作人员参与管理和协调，原审判决酌情确定姚汉昭、姚汉林向腾达公司支付施工管理费55．6241万元，并无不当。

最高人民法院（2014）民申字第1635号案件中，最高人民法院审理认为：原审判决鉴于教育公司对工程进行了施工管理和组织工作，依照公平原则，酌定以工程款8236363.09元为基数，参照教育公司发包小额工程按照造价2%收取管理费的实际情况，按照工程价款1.5%的比例确定管理费公平合理。

上述案件中，最高人民法院在确认建设工程合同无效后，根据无效合同的处理原则，认定合同中的管理费条款亦无效。但是上述案件中，违法分包人或非法转包人实际上进行了施工管理和组织工作，依据民法中的公平原则，酌定实际施工人管理费支付比例。最高人民法院并未将管理费视为工程价款的一部分，从而参照合同约定确定管理费数额，而是将管理费确定为违法分包人或非法转包人实际进行的管理和组织工作的劳务费用，从而酌定实际施工人管理费数额。

（三）根据过错原则确定管理费数额

最高人民法院（2014）民申字第861号案件中，最高人民法院审理认为：2009年12月30日《工程施工承包协议》约定：乙方（余松坚、黄泽喜）按工程实际结算总价的22%扣缴甲方（中太公司）的工程管理费、税金。如前所述，2009年12月30日《工程施工承包协议》性质为转包合同，应认定为无效，中太公司与余松坚、黄泽喜对合同无效均有过错。此笔管理费、税金的法律性质主要是转包诉争工程渔利费用，属违法所得，不宜认定为合同无效后应当据实结算的工程款；尽管此约定是当事人真实意思表示，但合同被认定为无效后，如何分配此笔费用属审判权即自由裁量权调整范畴；一、二审判决根据案件实际情况决定各半分配并无不当。中太公司再审主张按照无效合同约定收取此款，法律依据不足，本院不予支持。

上述案件中，最高人民法院在确认建设工程合同无效后，根据我国《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”上述案件中，非法转包人和实际施工人对涉案承包协议的无效均有过错，最高人民法院根据过错责任原则，依据法院自由裁量权确定管理费数额。

（四）根据合同履行情况结算

最高人民法院（2014）民申字第1078号案件，最高人民法院审理认为：对管理费，从二审查明的案件事实来看，双方在有关会议纪要中明确路航公司按工程造价的5.5%比例向谢剑标收取。对此，实系路航公司为履行合同所产生的必需的开支，属于工程价款的一部分，即使合同无效，双方亦应根据合同情况按实进行结算。因此，二审判决认定谢剑标应按工程造价的5.5%比例向路航公司支付管理费，并无不当。

上述案件中，最高人民法院在认定建设工程合同无效后，认定涉案管理费属于工程价款的一部分。《解释》第二条规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”上述案件中，涉案合同虽然无效，但是路航公司实际履行了管理义务，该管理义务对应工程款中的一部分。涉案工程竣工验收合格，双方参照合同结算工程价款时，亦应当参照合同约定按实结算管理费。

（五）尚未支付的管理费无需再支付

最高人民法院（2012）民申字第1522号案件中，最高人民法院审理认为：《解释》第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”根据上述规定，人民法院收缴当事人非法所得的前提条件为当事人已经实际取得。本案中，因当事人未实际取得分包合同中约定的10%管理费，且华隆公司未能提交对此项工程进行过管理并支付相应管理费的证据，二审法院对此处理并无不当。

> 建设工程转包、违法分包合同被确认无效后，对于已经收取的管理费及尚未收取的管理费如何处理，最高人民法院基于不同的价值考虑，产生了不同的裁判标准。

三、转包、违法分包合同中管理费处理方式差异的主要原因

上述最高人民法院审判观点出现差异的主要原因是：转包、违法分包合同中管理费是否属于工程款？

如前文中最高人民法院（2014）民申字第861号案件中，最高人民法院在“本院认为……二、认定中太公司按结算价11%收取税金、管理费是否有法律依据。”部分，明确写到“此笔管理费、税金的法律性质主要是转包诉争工程渔利费用，属违法所得，不宜认定为合同无效后应当据实结算的工程款”。即最高人民法院认定，在转包、违法分包合同中，若转包人、违法分包人的主要目的是通过转包、违法分包工程，赚取管理费差价，则此种请款下合同中的约定的管理费不属于工程款，不应当适用《解释》第二条的规定结算。

而在最高人民法院（2014）民申字第1078号案件中，最高人民法院在“本院认为……3.3管理费”部分，明确写到“从二审查明的案件事实来看，双方在有关会议纪要中明确陆航公司按工程造价的5.5%比例向谢剑标收取。对此，实系陆航公司为履行合同所发生的必须的开支，属于工程价款的一部分，即使合同无效双方亦应根据合同履行情况据实进行结算”。即最高人民法院认定，在转包、违法分包合同中，若转包人、违法分包人实际履行了“无效合同”中约定的管理义务，并约定了合理方管理费收费标准，则可以认定转包人、违法分包人不具有通过转包、违法分包工程赚取管理费差价的主观恶意。再根据“无效合同”约定及当事人履行情况，确定此种情形下，管理费属于工程价款的一部分。根据《解释》第二条的规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，可以参照合同约定工程价款结算，本案中管理费属于工程价款的一部分，当然可以根据合同履行情况据实进行结算。

王春军律师简介

王春军律师2004年起在建筑施工企业从事法务工作，2006年开始从事律师工作，现加入京都律师事务所，着手建立其建设工程法务部门，执业七年，办理了大量建设工程施工合同纠纷的诉讼和非诉讼业务。王春军律师担任多家建筑施工企业公司和公益机构的法律顾问，为公司项目决策、运作提供法律服务，并处理涉诉业务；多次参与央视及地方电视台法治节目、新闻评述的录制。

通过对比上述两个案件，我们发现，最高人民法院认定管理费是否属于工程价款的一部分，主要考虑的是转包人、违法分包人将工程转包、违法分包的主要目的是什么？

若是因为自身没有资质或不具备施工能力等，将工程转包、违法分包给具有资质或具备施工能力的实际施工人，转包人、违法分包人实际严格按照“无效合同”约定履行了管理义务，且约定了合理的管理费标准，转包人、违法分包人主观上不具有赚取“管理费差价”的主观恶意，则此种情况下，可以结合当事人签订合同之初的真实意思表示及合同履行情况，将管理费认定为工程价款的一部分。

若转包人、违法分包人主观上想通过转包、违法分包工程，赚取管理费差价；或者即使转包人、违法分包人履行了部分管理义务，但是管理费标准明显约定过高；或者转包人、违法分包人没有履行管理义务或仅履行很少一部分管理义务，则此时如果将管理费认定为工程价款的一部分，显然不符合当事人签订合同之初的本意，也有违我国民法中的公平原则与诚实信用原则。

笔者认为，工程管理费对应的是工程管理义务，在转包、违法分包合同无效情况下，若转包人、违法分包人实际履行了管理义务，则实际施工人因实际上享受了转包人、违法分包人的管理劳务，应当支付转包人、违法分包人的劳务对价。而劳务对价的标准，则可以参考合同约定、国家或地方指导标准、交易习惯等确定。若转包人、违法分包人并未实际履行管理义务，其主要目的即是通过转包、违法分包工程赚取管理费差价，则因其主观上具有“通过违法行为获取非法利益的故意”，实际施工人不应当履行支付管理费的义务，否则就相当于变相认可了转包人、违法分包人的违法行为。

四、转包、违法分包合同中管理费的处理方案

根据前文论述，最高人民法院在实际审理建设工程合同纠纷案件过程中，在确认合同无效后管理费如何处理的问题上，出现了不同的裁判理念，本文以法律为基础，结合最高人民法院的审判精神和现实情况，提出如下处理方案：

（一）严格适用合同法关于无效合同的处理原则

建设工程合同作为我国《合同法》中十五种有名合同之一，必须严格遵守《合同法》总则的规定。《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

第一，对于已经收取的管理费。建设工程合同被确认无效后，合同自始无效，双方基于该合同取得的财产，应当予以返还。即违法分包人、非法转包人基于无效合同已经收取的管理费，应当返还实际施工人。

第二，对于尚未收取的管理费。合同被确认无效后，合同中尚未履行的义务无需再履行。即违法分包人、非法转包人基于无效合同尚未收取的管理费，实际施工人无需再缴纳。

（二）根据公平原则对管理费进行区分

我国《民法通则》第四条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”我国《合同法》第五条规定：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

> 承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。

第一，对于已经收取的管理费。如前所述，建设工程合同无效后，违法分包人、非法转包人基于无效合同已经收取的管理费，应当返还实际施工人。但是，如果违法分包人、非法转包人实际履行了管理义务，则根据公平原则，实际施工人应当支付违法分包人、非法转包人与其实际履行管理义务对应的劳务费用，具体数额可由人民法院根据案件实际情况酌定。扣除上述劳务费用后，剩余的违法分包人、非法转包人已经收取的管理费应当返还实际施工人。这样既符合无效合同的处理原则，又避免了实际施工人因无效合同而“超过有效合同能够获得的利益”，体现了公平公正的法律原则。对与违法分包人、非法转包人实际履行管理义务对应的劳务费用，应当如何处理？将在下文中论述。

第二，对于尚未收取的管理费。如前所述，建设工程合同无效后，实际施工人尚未支付的管理费无需再缴纳，也就不存在对管理费进行区分的问题。

（三）属于“违法所得”部分的管理费的处理方法

《解释》第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”

第一，对于已经收取的管理费。对于“当事人已经取得的非法所得”，应当理解为“实际施工人已经给付的管理费中，属于违法分包人、非法转包人所有”的那部分，而并非违法分包人、非法转包人所收取的全部管理费，否则就相当于既确认合同无效，又要求当事人履行合同内容，这与法律的基本原则是相违背的。前文论述中的“与违法分包人、非法转包人实际履行管理义务应获劳务费用相对应的管理费部分”，才是“当事人已经取得的非法所得”，人民法院可以“予以收缴”。剩余部分管理费，则应当返还实际施工人。

有人会提出，若法院“予以收缴”可能会导致案件结果失衡，其实并非如此。首先，违法分包人、非法转包人基于无效合同而应获且实际取得的部分管理费，是典型的“非法所得”，并不以违法分包人、非法转包人实际付出了管理性劳务而改变其“非法所得”的性质，人民法院有权予以收缴。若人民法院收缴此部分管理费，则可以达到制裁违法行为，整顿建筑行业不良风气的效果。若人民法院出于平衡当事人之间的利益关系、有效化解矛盾的目的，则可以将此部分管理费判归实际施工人或者违法分包人、非法转包人所有。即该部分管理费如何处置，应有人民法院综合案件实际情况行使自由裁量权，从而达到个案平衡。

第二、对于尚未收取的管理费。根据《解释》第四条规定，人民法院收缴当事人非法所得的前提条件为当事人已经实际取得的管理费，对于尚未收取的管理费，因当事人没有实际取得，不属于人民法院可以收缴的范围。对这部分管理费，基于合同无效，实际施工人不需要再缴纳。

结语

人民法院审理建设工程合同纠纷案件，目的在于平衡当事人之间的利益关系，依据公平公正原则，妥善解决法律纠纷。并且及时制裁违法行为，进一步规范建筑市场，保证建筑工程质量，进而保证人民生命、财产安全。人民法院对建设工程合同中的民事违法行为，应综合考虑案件实际情况及当事人违法情节、双方过错情况，厘清双方的权利义务及财产关系，从而作出客观公正的判决。

我与京都缘

——纪念京都律师事务所成立二十周年

赵岐龙 / 文

无论是七年之痒还是八年抗战，无不形容时间之久，或产生厌倦，或胜利在望。我在京都执业已经七年七个月了，能在一家律师事务所驻足近八年，可见这家律师所具有非凡的吸引力。

一、邂逅京都

如果说与京都有缘，可能是命中注定，缘份的邂逅注定是惊艳与持久的。1997年左右的我还在吉林省白山市某区人民法院刑事审判庭任审判员，工作之余复习功课参加律师资格考试，有缘看到田文昌老师主编律师资格考试的书籍，那时田文昌老师离我的生活世界甚远，只知道他是一位学识渊博、很有名气的学者型的律师。97年的一天，突然听说田文昌老师要到白山市开庭，为吉林大学的一位涉嫌伪证罪的教授辩护。中国刑辩大腕（那时还不知道是“中国刑辩第一人”）要到白山出庭辩护了！白山地区司法界轰动了，我夫人所在的律师事务所主任开始忙碌了，要以最高规格接待这位刑事辩护界的前辈。可惜开庭的时候我忙于工作，没有时间去旁听庭审。我夫人所在的律师事务所倾巢出动，争先恐后一睹大律师风采。回家后，夫人向我讲述田文昌老师如何在法庭针锋相对、据理力争、慷慨陈词，如何驳得公诉人哑口无言,令我好生羡慕，遗憾错过一次学习的机会。最后，该案被告人被宣告无罪，田文昌老师在白山地区声名大噪，做为正在参加律考的我对田老师更是心驰向往，盼望有一天能一睹田老师风采！

右起第三为赵岐龙律师

2002年9月我离开法院来到中国政法大学读同步进修的民商法研究生，虽然没有机会聆听田文昌老师的讲座，但是那时的田老师以及京都律师事务所在高校里知名度甚高。2004年秋毕业后一直就想到一家大型的律师事务所深造，也曾经考虑去京都律师事务所应聘，但由于无人引荐，终于还是与京都所擦肩而过。在北京律师界打拼了三年，在一家中型的律师事务所做过民商部主管、业务总监（诉讼类），我开始对律师事务所的管理模式、业务模式创新、团队管理、业务风险控制等有了一定的理解。一次偶然的机会我到京都所找一位老乡，老乡顺便把我引见给田老师，在田老师的办公室匆忙见了一面，这一面改变了我人生的轨迹。田老师非常平和地与我探讨了律师所如何开拓案源及律师所的管理等问题，也许是承蒙田老师厚爱，也许是在某一点上我与田老师产生了一些共鸣，田老师非常诚恳地邀请我于当天下午与全体合伙人见了一面，畅谈了律师事务所的管理与业务开拓问题。无心插柳柳成荫，一次偶然地拜访，一次不经意的邂逅，田老师等人向我抛出了橄榄枝，邀请我加入京都，做京都所的业务主管。2007年4月底，我正式加盟京都所，成为京都所的业务主管，创建了京都律师事务所的业务部。

二、创建业务部

具有市场化运作模式的京都业务部严格意义成立于2007年5月，以往的业务部更倾向于律师业务的管理，对于案源的开拓还停留在当事人慕名登门拜访。京都业务部成立于2007年5月，至今已有近八年的历史，现在拆分为为业务发展部和业务管理部。由于合伙人对我的信任，业务部在人员招聘、人员管理、品牌推广享有更大的自主权。业务部不但在业务开拓上创造了更具竞争力的市场推广模式，还在人才的培养与职业规划上更加严格、更具有人性化。

在业务开拓上，我坚信酒香也怕巷子深，京都刑事辩护国内顶尖，但未必家喻户晓；京都民商诉讼业务出类拔萃，在北京地区未必尊为翘楚；京都的非诉业务不错，在北京但鲜为人知。因此，业务部一个重要工作就是加强品牌宣传和市场营销。当时田老师说了一句话：咱们不求虚假宣传，只求实事求是宣传即可，现在京都连十分之一的品牌业绩都没有宣传出去！于是京都加强了市场推广，强调了品牌营销，加大了广告宣传。现在业务发展部尽管人员没有当时的业务部人员多，但是现在的创收能力却比以往更加强大！

在人才培养上，业务部为律师区输入了更多的优秀年轻律师。当时的业务部培养人才的宗旨是：业务部的律师秘书必须具有律师资格，新员工入职后，首先要学会与客户交流，沟通能力是律师的必备功课之一，“巧妇难为无米之炊”，寻找客户就是找米的过程，律师办案才是做饭的时候。其次，律师秘书一定要加强业务学习，做好律师的助手，因此，我负责每天对律师秘书进行培训，我每周都会安排资深律师对律师秘书急需的业务知识进行传授。最后，对于业务部的签约案件，律师秘书可以跟进案件，可以为办案律师提供一些辅助工作，通过实战提高法律实践能力。当年从业务部走出来的律师秘书几乎都能独当一面，成为京都所的优秀年轻律师，如刑事部的孙广智、朱娅琳、民商部的刘洋均成为合伙人，民商部的智艳军、宇文鸿雁、房地产部的王洋、刑事部的郑瑞华也成为业务骨干，魏黎明也成为业务发展部主管。还有一些优秀的律师秘书考入了检法机关，其中彭艳霞考入最高人民检察院，张昊考入国务院法制办。这些人曾经以京都为骄傲，现在京都也为拥有或曾经拥有他们而自豪！

三、领略京都文化

十年企业靠品牌，百年企业靠文化，企业文化决定着企业的脚下之路能否望断天涯。企业的文化往往是鲜明的、有形的，但是对于在中国起步较晚、仅仅有着十余年历史的合伙制律师事务所来讲，企业文化的树立远比大型企业滞后。律师行业的单打独斗、无视于流动等特点，注定律所很难付出精力、打造企业文化。但是，我见到的京都却有所不同，首先领略是京都所倡导的十六字文化“强化责任观念，修炼气质风度，树立精品意识，提供系统服务。”这十六字不但是律所文化，更是执业理念。京都所通过不断地推陈出新、发展完善，已经形成了自己独具特色的企业文化。

1、良好的团队协作精神，坚强的团队战斗力。

以诉讼业务为主的律师事务所很难打造有深度的文化，因为北京大多数以诉讼业务为主的律所都是提成制管理。提成制管理的律所在管理上是初级的、松散的，每个律师都可以单打独斗，因此，律师们很难聚合在一起。但京都所与其他诉讼律师事务所不尽相同，在管理模式上，京都更像一家做非诉业务的律师事务所。京都所是较早实行工薪制分配模式、以公司化管理为主要管理模式的律所，公司化的管理使每一名律师有更多的时间集中在工作场所，律师之间的合作也更加密切。加入京都之初，我也很快融入京都大家庭，为京都的规模化、团队化、综合化运作尽一份绵薄之力。首先，业务部实行末位淘汰竞争机制以及超额完成创收的奖励制度，业务部的成员既有协作又有竞争，既有压力也有放松。每一、二月一次的晚餐交流会，让大家放松之余，增进了友谊，增强了团队的凝聚力、战斗力。其次，在律师业务管理上，实行以老带新制度，每一个案件除了主办律师外，配备一名年轻的协办律师，通过实战提高知识与技能。良性的竞争、人文的关怀、有前景的职业规划，留住了优秀的律师，铸造了京都律师团队的凝聚力、战斗力。

2、良好的学习氛围，培养着更多的学者型律师。

自进入京都以来，我发现京都的学习氛围非常浓。组织学习也是我的

岗位职责之一，每周都会举办谈案律师经验分享会，每月各部门的律师都会举办专业培训，就如同现在刑事业务部举办的《法律圆桌》，民商诉讼部举办的模拟法庭，每周五下午举办的全所业务大培训等。这些培训不但迅速提高了年轻律师的执业能力，还提高了全所律师的综合能力。田老师也会在百忙之中给全所律师传授执业经验，尤其是刑事辩护技巧--直接询问与交叉询问的技巧培训，田老师言传身教，使京都律师深得田老师“主动、平和、充分”辩护风格的影响。京都律师的每一次出庭也深得同行赞誉为“学者型律师”。

3、积极响应全民健身活动，不但锻炼了体魄，还提升了团队凝聚力。

现在，新来律所的律师及其他工作人员都会感受到京都的体育活动非常多，而且还是所里给提供的资助，这也是其他律所无法比拟的。京都活动室有台球、乒乓球活动，每周三下午举行羽毛球活动，每周五下午京都运动健将又挥洒在篮球场上。这些体育活动不仅锻炼了律师的体魄，还增强了律师团队的凝聚力，“场上是对手，场下是朋友！”京都的每一位新人会通过这些体育活动，迅速地与京都团队认识并融合，为以后顺利地工作奠定基础。

回想刚加入京都，我提出举办篮球活动，韩嘉毅律师鼎力支持，他说：“岐龙，你若能组织起来，我就负责赞助！每年不就一万块钱吗，就当咱们花钱找人陪咱们锻炼身体，值！”京都的篮球活动就是这样于2007年6月份开展起来。后来京都所为了鼓励律师强身健体，不但资助了篮球场地费，还购买台球桌、乒乓球台，并且为了女律师能参加活动，还资助了羽毛球活动。我每次跟律师同行说起京都的体育活动，他们都投来艳羡的目光，我心中也不禁为京都合伙人的慷慨与关怀感到自豪!

4、平等的地位，人性化的管理，提升着京都所的凝聚力。

“人生而平等”这句话可能在京都所这些法律人身上体现的最为明显。田老师以身作则，与其他合伙人一起，无论是在律师业务管理还是个人生活上，都平易近人、平等对待、一视同仁。田老师在外面声名显赫、德高望重、威不可近，但在京都所田老师有时像一位慈祥的家长，对待年轻律师及工作人员关爱有加。律师同仁如有案件需要田老师帮助，无论节假日，只要他在北京，都会抽出时间帮助律师谈案、分析案情。每次律所举行的旅游活动，田老师总会带上师母与大家打成一片，其乐融融，仿佛一个大家庭！台球桌旁，大家时常能看到田老师一丝不苟、认真瞄准的身影；打牌娱乐时，田老师又会冒出滑稽的山东腔（模仿）；郊游时，大家都喜欢听田老师令人捧腹的吹牛、侃大山；聚餐时，田老师又喜欢把能喝点小酒的人聚在一桌，觥筹交错、醉月流觞。田老师经常说一句话：“外人说我有架子，他们是不知道，我在京都最受欺负，连前台都能欺负我！”我想，当一个人放下架子时，你就会获得最大的尊重。京都的合伙人在田老师随和精神的感召下，均都践行平等的理念，不管你是创收千万的大律师，还是收入微薄的小律师，在京都人眼里没有大小之分。这也是我最为感动的一面，我自认为入京都八年，结识了很多朋友，能交心的朋友也不少，每次的聚会不再是应付场面、正襟危坐，取而代之的是欢歌笑语、竞相嬉戏、身心放松，我想这也是律师追求自由的一种方式或目标吧。

四、京都展望

做为一个诉讼大所，由于具备了现代的管理模式，灌输了市场化竞争的理念，京都一直在寻求管理模式的创新，增强行业间的竞争力。京都不仅加强了人力资源的管理，设计出各项科学、规范的管理制度，留住优秀的律师，还在律师业务管理上勇于探索，增加了管理合伙人这一职位，创设了业务发展部、业务管理部、运营支持部、品牌管理部、人力资源部等庞大的后台支持，解决了律师的后顾之忧。应该说京都已经具备了厚积薄发之势，近几年有多名律师加盟京都所，而离开京都所的律师越来越少，吸引力法则在京都所已初见端倪。在京都的八年，我经历了律师事务所的改革与创新，姑且不谈论改革的成功与否，有一点可以肯定：以田老师为首的合伙人改革的决心从未动摇，改革的目标是创建百年大所，决不为眼前利益所动摇。京都这几年迅速扩张，虽然成本不断加大，但是成果已初见成效，京都一旦步入正轨，会高速发展、迅猛扩张！当然，作为京都的老律师不但见证了京都的发展与辉煌，也见证了京都的不足。京都在很多方面还存在不足，京都的发展也走过一些弯路，京都分配模式还有待完善，京都的人才培养还应加强梯队建设，京都在律所并购上还应该更大胆一些，京都在管理成本科学化上还需更加科学化、精细化。

总之，做为一名已度过七年之痒的律师，看到了京都的不足，但更加观察到了京都的优点，瑕不掩瑜，“择其善者而从之，择其不善而改之。”田老师经常说一句话：“京都是大家的京都，不是我田文昌的京都。”我衷心地希望每一位京都人都能与京都共发展，以京都为骄傲，京都壮大以后，会以拥有每一位京都人而自豪！

也说《寻龙诀》

■ 宗栋娟 / 文

今年贺岁档的开幕影片当属《寻龙诀》，视效和美术都当得起“大片”一词。影片自上映以来，赞美和批评两种论调截然相反，作为一名普通观众，不敢妄称影评，以下都只是个人的漫谈随想，纯属个人观点吧。

上大学时看过原著小说，印象最深的就是“黄皮子坟”一卷——无独有偶，《寻龙诀》的故事便是基于“黄皮子坟”这一卷。虽然年代久远记忆模糊，但原著中诡谲奇幻的地下世界和惊险万分的盗墓过程，以及自己真正被吓到的惊恐感觉，却是深深刻在脑海里。所以，首先从还原原著气氛来说，电影做到了，草原上突现的诡异石像、旋风般出现的吸血地龙、日本人的地下工事和日军僵尸，古墓中的鬼门关、忘川河、奈何桥……完全符合原著党的想象！比原著更进一步的是，电影建立了一个完整的冥界体系，相当于带领观众游览了一遭阴曹地府。还有人评论说：《寻龙诀》真的有盗墓！可见，在中国严苛的审查制度下，《寻龙诀》带给大家的惊喜，不过广电总局也不是那么好糊弄的，乌尔善也刷了个小聪明：关于盗墓的情节只在片头一闪而过，接下来就进入了真正的电影主题其实已经不是盗墓了。当然，另一部打着“鬼吹灯”旗号的电影《九层妖塔》也成功地为《寻龙诀》的好口碑做了铺垫。

中国与好莱坞的制片体制不同，好莱坞是制片人中心制，但是在中国还停留在导演中心制。一部电影的成功与否，导演几乎起决定作用。《寻龙诀》的导演乌尔善，是目前中国最擅长奇幻题材的导演，从《刀见笑》到《画皮2》，再到《寻龙诀》，乌尔善的影像风格非常一致。拍摄《刀见笑》时，由于预算低，乌尔善甚至采用了服装只做上半身的办法来解决画面质感问题，所以当看到成片时，你会“万万没想到”

该片制作成本之低。《刀见笑》之后，乌尔善很快就被万达揽入旗下，继续拍出了《画皮2》和《寻龙诀》。举凡中国的大导演，都是对画面、镜头掌控十分良好，比如张艺谋和顾长卫都是出身摄影，乌尔善与他们类似，只不过他是出自大名鼎鼎的中央美术学院油画系，美术功底毋庸置疑，这一点从他的每一部电影中都可以看出。

《刀见笑》剧照

《画皮2》剧照

《寻龙诀》剧照

《寻龙诀》的“好看”还来源与它是一部参照好莱坞制片流程体系制作的电影。据说，乌尔善在拍摄之前，把《夺宝骑兵》、《木乃伊》、《古墓丽影》看了几百遍，提炼出了最核心的部分，如一定有负责谈恋爱的两个人（陈坤舒淇）、不停叨逼叨的逗比（黄渤夏雨）、和邪恶大反派（刘晓庆）等等元素。所以你看《寻龙诀》会有似曾相识的感觉。事实上，好莱坞的大片都是按照工业流程制作，编剧创作剧本并非如你想象般是一门创作，相反都是有套路的，好莱坞大片会让你在观影过程中一直保持兴奋，而他们的面目也基本雷同。反观国内制片，导演随心所欲进行个人创作的成分更多，电影更多是个人表达，所以观众不爱看。《寻龙诀》从角色的设置、剧情的推进到视觉效果，参照好莱坞制片流程的痕迹都是十分明显的。不过，影片成功的关键点在于，《寻龙诀》再怎么使用好莱坞工业流程制片，其核心包裹的仍然是中国传统风水文化。一路闯关依靠的五行八卦，十二生肖、地狱鬼门关、往生观念等等，都分外让国人感到亲切。

当然《寻龙诀》不是一部十全十美的影片，很多地方透着小心翼翼，故事也不够饱满，关键的道具“彼岸花”还被吐槽像普洱茶饼。尽管有着审查制度和制作资金的种种禁锢，作为一部国产贺岁大片，《寻龙诀》的完成度还是很高的。假以时日，中国电影一定能够扯下“国产电影”这个标签，走出自己人相互比较的怪圈，真正作为“电影”与世界电影一较高下。

京都高校活动

2015年10月27日，由北京市教育委员会主办、中国政法大学承办、北京市京都律师事务所协办的第七届北京市大学生模拟法庭竞赛开赛，京都律师事务所全程支持此次活动。京都律师事务所常年支持高校法学院活动，包括普及法律知识、举办“京都杯”高校模拟法庭辩论赛、赞助北京市大学生高校模拟法庭竞赛等活动。对各大法学院实践活动的支持，是京都律师事务所培养青年一代法律人才的重要内容之一，体现了京都践行“源于社会、回报社会”的宗旨。

北京总所
地 址：北京市朝阳区景华南街 5 号远洋光华国际 C 座 23 层
邮 编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86–10) 57096000
传 真：(86–10) 85251268
E–mail: info@king–capital.com

深圳分所
地 址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦1701室
邮 编：518048
电 话：0755 – 33226588
传 真：0755 – 33226566
E–mail: shenzhen@king–capital.com

上海分所
地 址：上海市南京西路 580 号
（南证大厦）3903A 室
邮 编：200041
电 话：021–52341066 52341099
传 真：021–52341011
E–mail: shanghai@king–capital.com

大连分所
地 址：大连市沙河口区中山路 572 号
星海旺座 603 室
邮 编：116023
电 话：0411–85866299
传 真：0411–84801650
E–mail: dalian@king–capital.com

天津分所
地址：天津市河西区友谊路5号
北方金融大厦14层A座
邮编：300201
电话：022–88351750
传真：022–28359225
E–mail：info@king–capital.com

www.king-capital.com