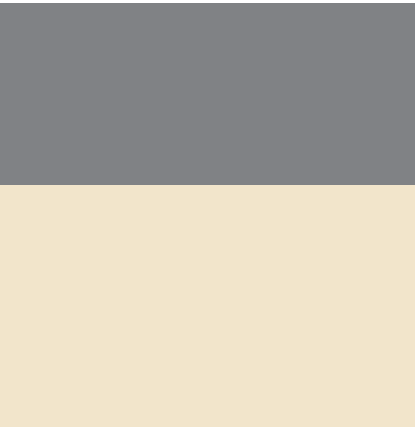




第3期 2009年2月

法律观察

Legal Insight

主编：王霁虹

编委：张 志

徐 猛

李 宏

徐志光

张丽杰

徐寿春

编辑：黄彬琳

第3期 2009年2月

# 法 律 观 察

# Legal Insight

V&T LAW FIRM

万商天勤律师事务所

[www.vtlaw.cn](http://www.vtlaw.cn)

北京

地址：北京市朝阳区东四环中路39号

华业国际中心A座3层（100025）

电话：86-10-82255588 85711188

传真：86-10-82255600

深圳

地址：深圳市深南大道4013号

兴业银行大厦21楼（518048）

电话：86-755-83026386 83026389

传真：86-755-83026828 83026990

上海

地址：上海市浦东新区福山路458号

同盛大厦11楼（200122）

电话：86-21-50819091

传真：86-21-50819591

---

© 万商天勤律师事务所版权所有



# 目录

- 02 事务所动态
- 13 万商天勤律师事务所2008年发展报告
- 20 合作 发展 共享  
徐猛
- 22 上市公司重大资产重组的若干法律问题（二）  
毛国权
- 27 有限责任公司整体变更为股份有限公司相关税收法律问题  
徐寿春 李季先
- 32 煤炭企业融资发展新渠道：私募  
王霁虹
- 38 证券公司行政清理工作若干经验谈  
胡治家
- 44 证券公司融资融券业务主题法律关系探析  
周杨
- 48 证券公司实际控制人监管相关问题简析  
孙俊霞
- 51 浅析期货公司首席风险官制度  
郑三明
- 55 工程进度计划的法律分析及合同管理  
林立
- 60 软件侵权的认定以及企业如何主动防范和应对软件侵权纠纷  
王志明 胡晋南
- 63 从一则案例理解《保险法》代位求偿制度  
马婧 吴卿
- 66 保险人的合同说明义务研究  
胡婧

## 事务所动态

- 本所被《亚洲法律杂志》（ALB）授予“2008领先之星”，同时入选2009亚洲区十家值得关注的律师事务所
- 本所入选彭博（Bloomberg）发布的中国国内IPO发行人法律顾问15强
- 本所与国际知名法律服务商CCH携手出版《中国建设工程项目招标投标法律实务指南》
- 本所承办的西南证券借壳\*ST长运项目在上海证券交易所挂牌上市
- 本所承办的名流置业集团股份有限公司公开发行公司债券项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核
- 本所承办的贵州盘江精煤股份有限公司重大重组发行项目获准发行
- 本所承办的云南城投置业股份有限公司非公开发行A股项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核
- 本所成功促成天津地铁与交银金融租赁6亿元融资租赁项目
- 本所为天津武清区新技术产业园区开发建设提供法律服务
- 本所担任“2009春暖楼市”北京居民优惠购房系列活动法律顾问
- 本所为博世力士乐（北京）液压有限公司房地产项目提供专项法律服务
- 本所为南洋商业银行北京分行提供信用证项目专项法律服务
- 本所为日本Monex Inc.公司提供专项法律服务
- 本所中标中兴通讯专利代理项目
- 本所代理北京延庆县人民政府及千家店镇人民政府、大庄科乡人民政府行政诉讼案件一审胜诉

- 李宏律师受邀出席全国人大常委会法工委法律专家新春座谈会
- 王霁虹律师随中国贸促会经贸仲裁访问团访问台湾
- 王霁虹律师担任第六届“贸仲杯”国际商事仲裁辩论赛评审专家
- 天津市律协考察团来深圳所参观访问
- 张志律师应邀为广东移动深圳分公司高管进行法律培训
- 张志律师出席深圳政协四届第五次会议并做专题发言
- 张丽杰律师赴台湾考察学习
- 张丽杰律师当选为深圳妇联执委会委员
- 张丽杰律师三项立法议案列为人大会议主题议案
- 本所应邀参加贸仲会研讨会
- 本所多位律师被聘为贸仲华南分会调解中心专家、仲裁员
- 本所多位律师被深圳市仲裁委聘任为仲裁员
- 于洋律师荣获第四届全国青年律师论坛优秀辩手称号
- 本所员工为帮助汶川灾区孤儿重回学校踊跃捐赠献爱心
- 陈凯律师被授予“上海市静安区第六批优秀中青年拔尖人才”荣誉称号
- PCB诉讼律师事务所创始人斯蒂芬·菲利普逊访问上海所

■ 本所被《亚洲法律杂志》（ALB）授予“2008领先之星”，同时入选2009亚洲区十家值得关注的律师事务所

凭借2008年的优秀业绩和突出表现，本所被《亚洲法律杂志》（ALB）授予“领先之星”，在其评选的“中国发展最快的10家律师事务所”中，排名第二。同时，本所也被ALB列为2009年亚洲区十家值得关注的律师事务所之一。

■ 本所入选彭博（Bloomberg）发布的中国国内IPO发行人法律顾问15强

凭借卓越的证券及资本市场业绩，本所入选彭博（Bloomberg）发布的中国国内IPO发行人法律顾问15强律师事务所。2008年，本所先后顺利完成甘肃独一味生物制药股份有限公司和威海华东数控股份有限公司首次公开发行股票并上市项目，均在深圳证券交易所挂牌上市交易；本所承办的北京久其软件股份有限公司和保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目也都顺利通过中国证监会发行审核委员会审核；同时本所正在承办的包括上海银行等在内的IPO项目达38个。

■ 本所与国际知名法律服务商CCH携手出版《中国建设工程项目招标投标法律实务指南》

基于本所在建设工程和城市基础设施建设领域深厚的专业法律服务经验，具有一百多年历史的全球法律专业信息服务商CCH公司与本所合作，于2008年12月出版了《中国建设工程项目招标投标法律实务指南》一书。该书由本所王霁虹、陈铭么、林立、张晓峰、石杰、谢颐、肖延人等律师撰写。该书以实践操作为依托，全面、完整描述了招投标基本流程和相关环节，并对中国建设工程领域复杂的法律环境以及独有的行政管理规定进行了深入评述，对实践操作中的各种问题加以提示和指引，由王霁虹律师牵头的工程律师作者运用在其服务的多个重大项目工程中积累的上千份招标投标文件的法律经验，旨在帮助在中国从事建设工程招投标业务的相关企业、机构，更好地理解中国特定市场环境下的招投标法律、法规和政策环境，避免招投标过程中各类难题和法律风险，实现招投标的顺利进行。

**■ 本所承办的西南证券借壳\*ST长运项目在上海证券交易所挂牌上市**

由李宏、徐春霞、崔国峰律师承办的重庆长江水运股份有限公司（\*ST长运,600369）重大资产出售暨吸收合并西南证券有限责任公司项目，于2008年11月21日经中国证监会上市公司并购重组审核委员会2008年第20次会议审核通过；于2009年1月20日获得中国证监会的许可批文；2009年2月26日，西南证券有限责任公司正式更名为“西南证券股份有限公司”，并在上海证券交易所正式挂牌上市。西南证券是唯一一家注册地在重庆的全国性综合类证券公司，为我国资本市场上第7家借壳上市的券商。

**■ 本所承办的名流置业集团股份有限公司公开发行公司债券项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核**

由徐寿春、胡刚律师承办的名流置业集团股份有限公司公开发行公司债券项目，于2008年12月24日顺利通过中国证监会发行审核委员会审核，获有条件通过。名流置业集团股份有限公司为国内具有知名度的房地产开发企业，本所自2002年起即与名流置业集团股份有限公司建立了长期稳定的合作关系，本所已为其在证券市场累计融资50余亿元的三次发行提供了出色的法律服务。

**■ 本所承办的贵州盘江精煤股份有限公司重大重组发行项目获准发行**

由温烨、王冠律师承办的贵州盘江精煤股份有限公司重大资产购买暨关联交易项目，于2008年12月31日通过中国证券监督管理委员会重组审核委员会的审核，获准重组。作为贵州省为数不多的上市公司之一，盘江精煤自2001年首次公开发行上市后，一直未在资本市场上有所动作，致使公司的经营发展受到一定限制。在包括本所在内的中介机构的精诚合作、通力协助下，盘江精煤经过与各相关股东、债权人的数轮艰苦谈判，终于启动了本次重大重组的申请工作。本次重大重组的获准进行，将有效整合上市公司母公司及其控股子公司的相关资源，大幅提升上市公司的整体质量，使公司及广大股东的权益得到进一步保障。

**■ 本所承办的云南城投置业股份有限公司非公开发行A股项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核**

由徐寿春、胡刚律师承办的云南城投置业股份有限公司非公开发行A股项目，于2009年1月8日顺利通过中国证监会发行审核委员会审核，获有条件通过，这是该公司在重大资产重组后的首次融资。云南城投置业股份有限公司本次非公开发行股份募集的资金将用于土地一级开发，该等经营模式将为房地产上市公司提供新的经营思路。

**■ 本所成功促成天津地铁与交银金融租赁6亿元融资租赁项目**

应天津市地下铁道集团有限公司委托，王霁虹、肖延人、邢壮、谢颐、何帅领、石杰等律师为天津地铁二期（2、3号线）工程建设所需盾构管片设备融资租赁项目提供交易架构设计、合同及相关文件的草拟、审订以及项目谈判等全过程法律服务，该项目为天津地铁与交银金融租赁有限责任公司之间的首次合作，融资金额为人民币6亿元；在时间紧迫，而融资方要求又十分苛刻的情况下，本所律师克服困难，集中调配人力，加班加点，及时、高效地完成了客户委托的全部法律服务，促成了双方交易的成功，满足了客户对融资资金的迫切要求。2009年2月，项目融资的6亿元资金已经全部及时到达客户账户。

**■ 本所为天津武清区新技术产业园区开发建设提供法律服务**

天津武清区新技术产业园区为1991年12月正式批准建立的国家级高新技术产业开发区。其中一期已全部完成招商建设，二期基础设施建设也已全面到位。由天津新技术产业园区武清开发区总公司、中国水电建设集团房地产有限公司、中国水电建设集团路桥工程有限公司、以及天津亿卓投资公司等公司作为主要投资方，以BT方式参与投资建设开发区三期共35.5平方公里的土地一级开发项目、130万平方米的村民回迁安置房项目以及园区内的基础设施项目。王霁虹、谢颐、肖延人、邢壮等律师正在为本次项目的投资建设等提供专项法律服务，目前各方已就本项目的合作签署了投资建设框架协议。

**■ 本所担任“2009春暖楼市”北京居民优惠购房系列活动法律顾问**

“2009春暖楼市”北京居民优惠购房系列活动系政府倡导支持、协会组织、专业机构承办、国有企业带头、主流房企积极参与的一系列优惠购房活动，意在持续性引导住房消费，推动我市房地产市场交易量的启稳和回升。在北京市建委等多个政府部门指导下，活动于2月16日至4月12日在京进行。主办单位为北京市房地产开发市场、北京市房地产中介协会、北京市房地产业协会、北京市房地产法学会。本所王霁虹等多名律师应市建委及主办单位等邀请担任本次系列活动的全程法律顾问。

日前，王霁虹、高丽春、谢颐、庄园等律师已介入前期服务，为活动的合法性进行论证、制订示范性合同文本、对活动有关的政策法规进行公开宣传解读、审查活动主办方及参与的房地产企业公开发表的文件等，届时，本所还将以热线电话、现场咨询等方式为此次活动提供法律服务。

**■ 本所为博世力士乐（北京）液压有限公司房地产项目提供专项法律服务**

受博世（中国）投资有限公司、博世力士乐（北京）液压有限公司的委托，本所徐猛、马婧、吴卿等律师为其位于北京市海淀区西三旗的房地产转让项目全程提供专项法律服务。该项目涉及宗地总面积逾三万平方米，涉及交易金额人民币千万元。

**■ 本所为南洋商业银行北京分行提供信用证项目专项法律服务**

受南洋商业银行（中国）有限公司北京分行的委托，本所徐猛、吴卿等律师就其与开证行、受益人之间的多笔信用证欺诈一案提供专项法律服务，并就本案风险提出了非常及时、到位的法律意见，有望为南洋商业银行（中国）有限公司北京分行挽回巨大损失。

**■ 本所为日本Monex Inc.公司提供专项法律服务**

受日本Monex Inc.公司委托，胡治家、周杨律师就其在华设立合资公司事宜提供了专项法律服务。Monex Inc.系一家在东京注册的证券公司，除从事证券经纪、金融性资产管理等证券类业务外，还涉及投资者教育、上市承销与保荐、共同基金、衍生金融产品及国际银行票据业务，系日本的著名投资银行，2007年度总资产规模逾3700亿日元，净资产超过470亿日元。

### ■ 本所中标中兴通讯专利代理项目

中兴通讯股份有限公司是全球领先的综合性通信制造企业，在技术创新能力以及知识产权保护方面的业绩在国内企业亦处于领先地位。在其公开举行的年度专利代理项目招标活动中，万商天勤知识产权事务所一举中标，成为该公司2008—2009年度中国专利申请代理服务提供商。本次招标根据投标人的管理水平、代理质量与服务承诺等因素进行综合评定，最终万商天勤知识产权事务所凭借业内良好声誉和较强的综合实力顺利中标。

### ■ 本所代理北京延庆县人民政府及千家店镇人民政府、大庄科乡人民政府行政诉讼案件一审胜诉

作为北京市延庆县人民政府的常年法律顾问，在董自仲、王书国诉北京延庆县人民政府及延庆县千家店镇人民政府、大庄科乡人民政府修改某政府文件、返还土地、山林、果园及赔偿损失的行政诉讼案件中，本所王霁虹、高丽春、谢颐、石杰律师作为北京延庆县人民政府及千家店镇人民政府、大庄科乡人民政府的一审代理人，认真完成本案代理工作，代理意见获得法院支持，取得一审胜诉。

### ■ 李宏律师受邀出席全国人大常委会法工委法律专家新春座谈会

2009年1月15日下午，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会在人民大会堂召开2009年法律专家联谊会，本所李宏律师亦应邀与会。出席本次联谊会的领导有全国人大法律委员会主任胡康生，全国人大常委会法工委主任李适时，副主任王胜明、安建、李飞、信春鹰、郎胜。李适时主任主持了本次联谊会，并介绍了2008年我国立法的情况。出席联谊会的法律专家包括高铭暄、陈光中、王家福、应松年、王利明、王保树、刘海年等著名专家80余人。

### ■ 王霁虹律师随中国贸促会经贸仲裁访问团访问台湾

2008年11月初，王霁虹律师作为中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员随中国贸促会经贸仲裁访问团一行32人访问台湾，与台湾中华仲裁协会及其他台湾外贸、律师界团体进行了沟通与交流。在台期间，中国贸促会经贸仲裁访问团与台湾中华仲裁协会共同主办了“两岸仲裁法律比较研讨会”和“两岸仲裁人法律讲习”，并为参会人员颁发了证书。在此次交流中，本所与台湾律师同行就两岸商务仲裁和工程仲裁等专业领域进行了深入交流，并为今后两岸律师间的交流奠定了良好的基础。

### ■ 王霁虹律师担任第六届“贸仲杯”国际商事仲裁辩论赛评审专家

2008年11月17日至20日，第六届“贸仲杯”国际商事仲裁辩论赛在北京举行，由来自国内20所著名高等院校法学代表队参赛，选手分别模拟仲裁案件申请人和被申请人，参与仲裁庭开庭的各环节，比赛语言为英文。王霁虹律师受邀担任模拟仲裁庭仲裁员，参与评判了北京大学、清华大学、复旦大学、西北政法大学等参赛的多场模拟仲裁庭辩论。本届辩论赛的成功举办为不同法律体系及不同法律教育体制下的各国法学院学生提供了相互学习和交流的机会，增进了相互的了解和友谊。

“国际商事仲裁模拟仲裁庭辩论赛”是为了纪念已故著名国际商法学家Willem C. Vis先生而举办，旨在进一步扩大仲裁法律制度的影响，加强我国法学院学生对国际商事立法和国际商事仲裁制度的了解。这项赛事在国际商事仲裁界和法律教育界都有着广泛影响。

### ■ 天津市律协考察团来深圳所参观访问

2008年10月24日上午，天津市律协一行十余人来深圳所参观访问，张志律师向各位来访嘉宾介绍了本所的一些基本情况，并举行了座谈会，会上双方就律师事务所管理、内部运行机制、服务运作模式等方面进行了交流。考察团各位嘉宾均对本所在业务管理方面和信息化建设的经验和做法表示了赞赏，并非常关注本所在公司化体制管理方面取得的成功经验，双方还就互相感兴趣的问题展开了深入的探讨。

### ■ 张志律师应邀为广东移动深圳分公司高管进行法律培训

应广东移动深圳分公司的邀请，张志律师于2009年1月5日和7日为该公司高管进行了两次法律培训。张志律师结合本所为移动公司服务的经验和案例，就移动通讯领域的法律问题进行了讲解。

### ■ 张志律师出席深圳政协四届第五次会议并做专题发言

2009年2月21日，深圳市政协第四届第五次会议召开，张志律师出席会议并在专题议政会上发表《深圳应适时调整房地产业政策》的主题发言。此外，张志律师还在政协联组讨论会上就基层执法问题发言，并提出通过建立房地产权诚信档案的方式，解决面临的违章建筑问题。

### ■ 张丽杰律师赴台湾考察学习

张丽杰律师于2008年11月2日至9日随深圳律师赴台考察团赴台湾考察学习。考察团一行受到台湾台北律师公会、台北地方法院杨隆顺院长、台湾证券交易所等的热情接待。在台期间，张丽杰律师先后参观了理律、寰瀛法律事务所、台北律师公会、台湾证券交易所、台湾立法院、台北地方法院等相关机构，并与其负责人进行了座谈，分别就台湾律师发展情况、台湾律师事务所的管理模式、商事法律的变化及未来台湾与深圳律师合作的空间、台湾证券业务规定、台湾立法院质询会情况、台北地方法院组织架构、改革新举措等方面进行深入的了解。张丽杰律师表示，此次考察对开拓视野，加强对外交流与合作有着重要的作用。

### ■ 张丽杰律师当选为深圳妇联执委会委员

2008年12月30日，深圳市妇女第四次代表大会召开，张丽杰律师当选为执委会委员。深圳市妇联作为代表妇女参与国家和社会事务的民主管理、民主监督，参与妇女儿童法律、法规、规章的制定，维护妇女儿童合法权益的机构具有非常重要的职责。张丽杰律师此次当选为执委会委员，是对其长期以来关注和维护妇女儿童合法权益的肯定。

### ■ 张丽杰律师三项立法议案列为人大会议主题议案

作为连任的省人大代表，张丽杰律师在近日召开的广东省第十一届人民代表大会第二次会议上，提出的制定《广东省实施<律师法>办法》、《制定广东省预防职务犯罪条例》以及《制定广东省公益广告条例》三项立法议案均被列为大会主题议案，成为本次大会上提交议案最多的代表（本次大会主题议案共八项）。同时，张丽杰律师还接受了新华社广东分社、广东省电视台、深圳电视台、深圳特区报等多家媒体的采访，就法治政府建设和律师执业促进等问题，提出多项建议。

### ■ 本所应邀参加贸仲会研讨会

2008年11月14日上午，应中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会的邀请，张志、徐志光、宋阳、刘利彪律师等一行8人参加了座谈会，对《华南分会调解中心调解程序指引》中的调解受理、调解专家确定、调解费用收取方式、调解与仲裁相结合等提出了诸多建设性意见，并就进一步完善和修改提出了具体建议。

### ■ 本所多位律师被聘为贸仲华南分会调解中心专家、仲裁员

2008年12月22日，张志、徐志光律师被聘为第一届中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会聘请为调解中心调解专家，并受邀出席华南调解中心揭牌仪式。

张丽杰律师被贸仲华南分会商事仲裁委员会与深圳市外商企业协会联合聘任为仲裁员。

### ■ 本所多位律师被深圳市仲裁委聘任为仲裁员

2009年2月14日，深圳仲裁委员会召开第四届仲裁员聘任会议，张志、张丽杰、陈冰梅、刘宇光律师被聘为深圳仲裁委员会新一届（第四届）仲裁员，任期五年。深圳仲裁委员会以其专业、中立、高效、公正的仲裁服务，成为全国知名的仲裁机构，在香港、澳门、台湾和东南亚具有一定的影响。

### ■ 本所为帮助汶川灾区孤儿重回学校踊跃捐赠献爱心

为帮助汶川灾区孤儿早日重回校园，在张志律师的倡议下，本所员工踊跃报名参加了“2009救助民族孤儿百元捐”活动。此次活动由中国儿童少年基金会主办，旨在帮助云南丽江民族孤儿学校的贫困民族地区的孤儿筹集2009年度学校的教育、生活经费，帮助灾区困难儿童早日回到学校完成学业。

### ■ 于洋律师荣获第四届全国青年律师论坛优秀辩手称号

第四届全国青年律师论坛于2008年12月6日—7日在北京师范大学珠海校区国际交流中心举行。论坛以“中国律师的职业精神”为主题，律师代表、法律界、经济界知名专家、企业界、学术界代表等300多人参加了本次论坛。于洋律师在论坛主办的律师辩论赛上凭借优异的表现得到了评委的一致好评，荣获本次辩论赛“优秀辩手称号”。

■ 陈凯律师被授予“上海市静安区第六批优秀中青年拔尖人才”荣誉称号

2009年2月，陈凯律师被中共上海市静安区委及上海市静安区人民政府授予“上海市静安区第六批优秀中青年拔尖人才”荣誉称号。本次评选由静安区委、区政府共同主办，共向为静安区经济和社会发展做出突出贡献的六十余名优秀人才给予表彰。

■ PCB诉讼律师事务所创始人斯蒂芬·菲利普逊访问上海所

2008年12月9日，PCB诉讼律师事务所创始人斯蒂芬·菲利普逊访问上海所。PCB诉讼律师事务所是世界知名的欺诈诉讼律师事务所，成立于1972，专著于欺诈诉讼与商业诉讼，业务遍及全球。斯蒂芬·菲利普逊介绍了PCB近年的发展及典型案例等，陈凯律师介绍了本所的基本情况和近一年的业务发展，双方达成了在相关业务领域开展长期合作。

# 万商天勤律师事务所2008年发展报告

## 一、万商天勤综述

万商天勤是立足中国本土业务发展起来的一家大型律师事务所，2008年由广东省万商律师事务所和北京市赛德天勤律师事务所整体合并设立，主要从事公司证券、重组与收购、金融、保险、城市基础设施、建筑与房地产、环境保护、资源与能源、电信、知识产权、外商投资、国际贸易、政府法律事务等业务，在中国北京、深圳、上海三地设有办公室，拥有律师和专业人员二百余人。

2008年，万商天勤坚持以专业化、规模化、品牌化为发展目标，注重执业风险和服务质量的控制，不仅使优势业务领域进一步得到巩固和发展，而且在酒店管理、风险投资、信托基金、破产管理清算等新业务领域也取得较大成绩，全年各项业务创收超过7600万元，再创历史新高。

凭借2008年的优秀业绩和突出表现，万商天勤被《亚洲法律杂志》（ALB）授予“法律之星”，在其评选的2008中国发展最快的十家律师事务所中，排名第二；同时，本所还入选彭博（Bloomberg）发布的2008年中国国内IPO发行人法律顾问15强。

## 二、万商天勤业务发展情况

### （一）持续发展的证券及资本市场业务

证券及资本市场业务是万商天勤的传统优势业务之一，万商天勤也是最早获得境内外证券法律服务资格及拥有最多证券从业资格的专业律师的专业机构之一。得益于2007、2008

年中国资本市场蓬勃发展的机遇，2008年本所完成和新受托的境内首次公开发行项目、收购、兼并和重大资产重组等资本市场项目达到71个之多。

万商天勤2008证券及资本市场业务一览表

| 证券及资本市场业务       | 顺利完成<br>或通过中国<br>证监会审核<br>项目 | 正在办理中的项目 |
|-----------------|------------------------------|----------|
| 首次公开发行（IPO）项目   | 4                            | 38       |
| 上市公司收购及重大资产重组项目 | 8                            | 4        |
| 上市公司再融资项目       | 6                            | 2        |
| 境外发行上市及再融资业务    | —                            | 2        |
| 资本市场相关业务        | 7                            | —        |

### 1. 首次公开发行（IPO）项目

- 甘肃独一味生物制药股份有限公司首次公开发行股票并上市项目，在深圳证券交易所挂牌上市；
- 威海华东数控股份有限公司首次公开发行股票并上市项目，在深圳证券交易所中小板挂牌上市；
- 北京久其软件股份有限公司首次公开发行股票并上市项目，顺利通过中国证监会发行审核委员会审核，这

是第一例由新三板（中关村科技园区代办股份报价转让系统）成功转主板的案例；

- 保龄宝生物股份有限公司首次公开发行股票并上市项目，顺利通过中国证监会发行审核委员会审核；

- 本所2008年度正在服务中的38个IPO项目：

上海银行股份有限公司A股发行并上市项目

黑牛食品工业股份有限公司A股发行并上市项目

云南临沧鑫圆锑业股份有限公司A股发行并上市项目

安徽省司尔特肥业股份有限公司A股发行并上市项目

红塔证券股份有限公司A股发行并上市项目

深圳海洋王投资发展有限公司A股发行并上市项目

江苏辉丰农化股份有限公司A股发行并上市项目

广东长青集团股份有限公司A股发行并上市项目

宁波合力模具有限公司A股发行并上市项目

江苏红旗印染机械有限公司A股发行并上市项目

深圳市漫步者科技股份有限公司A股发行并上市项目

深圳市美盈森环保科技有限公司A股发行并上市项目

北京百万庄园西式餐饮有限公司A股发行并上市项目

北京富盛星电子有限公司A股发行并上市项目

北京埃肯天立节能环保工程技术有限公司A股发行并上市项目

南京青和投资集团有限公司A股发行并上市项目

青岛黄海制药有限责任公司A股发行并上市项目

湖南中泰特种装备有限责任公司A股发行并上市项目

浙江展诚建设集团股份有限公司A股发行并上市项目

宁波四维尔汽车装饰件有限公司A股发行并上市项目

攀枝花商业银行股份有限公司A股发行并上市项目

肇庆鸿特精密压铸有限公司A股发行并上市项目

安徽昊方机电股份有限公司A股发行并上市项目

江苏红叶视听器材股份有限公司A股发行并上市项目

武汉南国置业股份有限公司A股发行并上市项目

江苏丹毛纺织有限公司A股发行并上市项目

四川雅化实业集团公司A股发行并上市项目

深圳市永达电子有限公司A股发行并上市项目

重庆市蓝黛实业有限公司A股发行并上市项目

四川省创意技术发展有限责任公司A股发行并上市项目

目

沈阳萃华金银珠宝制品实业有限公司A股发行并上市项目

海南中瑞康芝制药有限公司A股发行并上市项目

海南海峡航运股份有限公司A股发行并上市项目

东湖软件产业股份有限公司A股/创业板发行并上市项目

瑞达信息安全产业股份有限公司A股发行并上市项目

湖南航天磁电有限责任公司A股发行并上市项目

珠海双喜电气有限公司改制及A股发行并上市项目

深圳瑞福达液晶显示技术有限公司改制及A股发行并上市项目

## 2. 上市公司收购及重大资产重组项目

- 湖北幸福实业股份有限公司向名流投资集团有限公司整体转让资产和负债并以新增股份换股吸收合并北京市华远地产股份有限公司、股权分置改革项目；

- 中山公用科技股份有限公司吸收合并中山公用实业集团有限公司暨发行股份购买相关乡镇水务资产的重大资产重组项目；

- 作为北京市华远集团公司的专项法律顾问，为其控股的成功信息产业（集团）股份有限公司重大资产重组项目提供法律服务；

- 重庆长江水运股份有限公司（\*ST长运,600369）重大资产出售暨吸收合并西南证券有限责任公司项目，西南证券将成为我国资本市场上第7家借壳上市的券商；

- 绵阳高新发展（集团）股份有限公司向特定对象非公开发行股份收购资产暨重大资产重组项目；

- 贵州盘江精煤股份有限公司向特定对象非公开发行股份收购资产暨重大资产重组项目；

- 原子高科股份有限公司与GE亚洲药业公司并购项目；

- 华侨城房地产公司并购天祥投资集团在沪投资公司股份项目；

本所2008年正在办理中的4个上市公司收购及重大资产重组项目：

- 山东鲁信高新技术产业股份有限公司向山东省鲁信投资控股集团有限公司发行若干股份用于购买山东省高新技术投资有限公司100%股权的重大资产重组项目；
- 贵州航天工业有限责任公司因申请无偿划转贵州航天朝晖电器厂、贵州航天朝阳电器厂所持贵州航天电器股份有限公司股权事宜，申请豁免以要约方式收购股权项目；
- 中国航天科工集团公司申请豁免以要约方式增持航天信息股份有限公司股份；
- 深圳能源集团股份有限公司、满洲里深能源达赉湖热电有限公司股权重组项目。

### 3. 上市公司再融资项目

- 广东科达机电股份有限公司非公开发行股票项目；
- 贵州中天投资股份有限公司非公开发行股票项目；
- 甘肃莫高实业发展股份有限公司非公开发行股票项目；
- 山东华泰纸业股份有限公司公开增发A股项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核；
- 名流置业集团股份有限公司公开发行公司债券项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核；
- 云南城投置业股份有限公司非公开发行A股项目顺利通过中国证监会发行审核委员会审核；

本所2008年正在办理中的2个上市公司再融资项目：

- 贵州赤天化股份有限公司公开发行股票项目；
- 航天科技控股集团股份有限公司实施股权划转并向特定对象非公开发行股份收购资产暨关联交易项目。

### 4. 境外发行上市及再融资业务

本所2008年正在办理中的2个境外发行上市及再融资业务：

- 山东威高集团医用高分子制品股份有限公司向境外特定对象发行H股项目；

- 山东威高集团医用高分子制品股份有限公司由香港联交所创业板转至主板挂牌上市项目。

### 5. 资本市场相关业务

- 受中国证监会委托，担任甘肃证券有限责任公司清算组负责人，经过两年零四个月的行政清理工作，于2008年初顺利向兰州市中级人民法院（破产案件受理法院）移交甘肃证券的全部管理职责。本所顺利完成了债权登记、账户清理、证券类资产处置、债权债务清理与清收、个人债权甄别确认、个人债权收购与客户证券交易结算资金弥补、员工安置补偿、责任审计、破产申请以及案例整理汇编等各项工作，圆满完成了证监会针对高风险证券公司风险处置工作所部署的各项任务；
- 为深圳市瑞茨投资有限公司认购青岛某公司若干股份私募项目提供法律服务；
- 受第一创业证券有限责任公司委托，成功完成该公司对百福期货的收购及增资扩股工作；
- 受第一创业证券有限责任公司委托，顺利完成“创业1号安心回报集合资产管理计划”的发行申报工作，该计划目标规模为30亿元人民币；
- 受日本Monex Inc.公司委托，就其在华设立合资公司事宜提供了专项法律服务。Monex Inc. 系日本的著名投资银行，主要从事证券经纪、金融性资产管理、投资者教育、上市承销与保荐、共同基金、衍生金融产品 & 国际银行票据业务；
- 受东莞证券有限责任公司委托，为其股权变更、增资扩股及设立集合资产管理计划等项目提供法律服务；
- 受深圳市蓝瑞投资有限公司委托，为其收购深圳市金牛投资（集团）有限公司股权项目提供法律服务。

#### （二）领先的城市基础设施、建筑、房地产业务

万商天勤富有特色的基础设施及建筑、房地产业务在2008年继续蓬勃发展，近年连续服务的国家体育馆、奥运村、奥林匹克森林公园、数字北京大厦等奥运场馆项目以及首都国际机场3号航站楼项目、中央电视台新台址建设项目、酒店项目及工艺项目、国家博物馆改扩建工程、中国科技馆等奥运

文化项目，都在奥运期间大放异彩。2009年国家4万亿投资政策，为本所继续扩张基础设施和建设工程业务带来巨大的机遇。

- 中央电视台新台址建设项目是国家重点建设项目，也是全球公认的设计和施工难度排名第一的项目，是北京CBD最为突出的地标建筑。本所自2004年起担任中央电视台新台址建设工程项目法律顾问，并在08年中继续为中央电视台工艺工程提供全方位法律支持；
- 中国国家博物馆工程乃中国建国十大建筑之一，位于天安门广场东侧，本所为其改扩建工程项目提供全过程法律服务。日前已正式结构封顶，开始进入精装修阶段，本所正在继续跟进服务；
- 成功签约中化国际石油公司位于福建泉州近200亿重油深加工项目，这标志着本所在石油化工领域的新突破；
- 为国奥投资发展有限公司成都某地产项目提供法律服务。该地产项目是国奥投资发展有限公司继成功开发、建设奥运村后，将绿色、科技、人文理念再次充分体现的又一力作。同时，本所还为国奥投资发展有限公司并购重庆江北农场地产项目提供法律服务；
- 担任天津市地下铁道总公司法律顾问。天津地铁一号线借鉴香港地铁沿线“地铁+物业”的建设经验，在地铁项目建设同时开发西南角、二纬路、复兴门等十余个地产项目。本所为其沿线物业的融资招商，以及合作开发、资产管理等相关事宜，持续提供全方位法律支持；同时为其位于天津市中心城区的翔宇公园地下商业广场系列租赁项目提供专项法律服务；
- 受中国科学院力学研究所的委托，为其“钱学森工程科学实验基地”项目建设提供了前期法律服务；
- 为中国药品生物制品检定所办公大楼建设项目前期土地使用权获得及授予提供了法律服务，中国药品生物制品检定所是国家检验药品生物制品质量的法定机构和最高技术仲裁机构；
- 受香港中国保险集团委托，为其投资开发的太平金融大厦项目提供法律服务，该项目总投资约20亿元人民币，建成后将成为上海浦东陆家嘴金融贸易区的又一标志性建筑；

- 受首都机场地产集团有限公司的委托，为其在北京市丰台区投资建设的“首地·大峡谷”商业地产项目提供法律服务；
- 受华润集团委托，为其投资建设的第26届世界大学生运动会体育场馆——深圳湾体育中心项目提供法律服务，该项目总投资超过20亿元人民币，项目建成后将成为深圳市深圳湾区标志性建筑；
- 受中国水电建设集团路桥工程有限公司的委托，为其以BT方式投资建设天津新技术产业园区三期共35.5平方公里的土地一级开发项目、130万平方米的村民回迁安置房项目和陈石路项目提供法律服务；
- 受中国水利水电建设集团公司委托，为其以BOT方式投资21亿元的国道318线成都邛崃至雅安名山高速公路BOT项目提供法律服务；同时还为其以BT方式投资近20亿元的成都市“成简快速路”提供全过程法律服务。

### （三）成熟的银行及融资业务

万商天勤在金融业务创新方面一直走在业内的前沿，是国内首批从事债转股业务、企业集团财务公司业务、不良资产处置业务、资产证券化及银行间市场票据发行业务的律师事务所之一，2008年本所先后为多家政策性银行、商业银行、资产管理公司及财政金融主管部门提供全方位的金融法律服务。

- 受国家开发投资公司委托，为其向中国人民银行申请待偿还余额不超过60亿元的短期融资券提供法律服务。自中国人民银行首批批准国家开发投资公司发行短期融资券以来，本所已连续三次为该公司提供短期融资券发行法律服务；
- 受国家开发投资公司委托，为其发行57亿中期票据提供法律服务。中期票据是中国人民银行继推出“短期融资券”以后，在拓宽企业融资渠道方面的又一种债务融资工具，相比较短期融资券、公司债和企业债，中期票据具有门槛低、时间灵活、手续简便等优势，受到越来越多企业的青睐；
- 受华侨城集团公司委托，就华侨城集团公司发行2008年度第一期30亿元人民币短期融资券事宜提供专项法

律服务；

- 在继2007年为天津地下铁道总公司提供人民币10亿元的短期融资券法律服务之后，2008年本所先后为其1号线变电站系统融资租赁项目、以及1号线机电设备租赁项目提供数十亿元人民币融资提供法律服务。

#### （四）企业破产清算、注销清算业务

新《破产法》实施以来，本所已经先后以企业清算人、破产管理人、债权人代理人等多种身份参与企业破产法律工作。

- 在汉唐证券有限公司破产案件中，本所受第二大债权人中国建银投资有限责任公司的委托，提供破产债权清偿法律服务，代表债权人出任债权人委员会，涉及资产超过十亿元；
- 在河北证券有限公司破产案中，本所受大债权人中船科技投资发展公司委托，提供破产债权清偿法律服务。该巨额债权已经确认为担保债权，获准本息全额优先受偿；
- 受中富证券有限责任公司第一大债权人金飞民航经济发展中心委托，参加破产债权申报等工作，申报债权金额近四亿人民币。该案件目前还在处理过程中；
- 受首都机场集团公司委托，参加中国华阳金融租赁有限责任公司破产债权申报等工作，申报债权金额2850万元人民币，该案件目前正在进行中；
- 受深圳市能源集团公司委托，对其所持主业低效股权企业进行清算、注销法律服务，同时还受其委托协助选定了会计师事务所提供审计服务；
- 本所负责的南方证券股份有限公司破产清算证券业务继2007年成功处置市值70亿元的“哈药”、“哈飞”股票后，又圆满处置了所持银华基金公司股权，将处置款11.8亿元全部回收；
- 本所负责的深圳南山区二轻公司破产清算的清理工作已全部完成，为2009年的处置打下了良好基础；
- 受中国海外贸易总公司破产清算组委托，处理其在香港资产，并在其下属子公司中海贸（上海浦东）海外贸易公司破产清算中，受托担任全程法律顾问。

#### （五）高端的政府法律业务

万商天勤是业内较早介入政府法律业务的律师事务所之一，2008年万商天勤延续历史优势，继续担任全国人大机关采购中心、国家发改委产业促进会、北京市延庆县人民政府、北京市建设委员会招标投标办公室、深圳市盐田区人民政府、深圳市宝安区人民政府、深圳市光明新区管理委员会、深圳市大工业区管理委员会、深圳市人民政府深港西部通道建设办公室等政府部门的常年法律顾问，在政府法律业务的创新服务上取得新的突破和发展。

- 参与地方规范性文件制定、审查，将日常法律服务对政府行政管理行为的深层认识和总结，服务于地方规范性文件的制定工作，从实效上促进和提高了政府依法行政；
- 参与政府主导、投资的重大项目，包括盐田区“旧城旧村”整体拆迁改造项目、盐田区大梧桐历史用地项目、大工业区康达尔坑梓基地用地项目等，均提供了全过程的法律服务；
- 参与政府采购招投标项目，为政府采购提供招标、投标、评标、争议解决全过程的法律服务；
- 协助政府解决重大社会维稳事件，从应急方案的启动、社会保障基金使用、政府权益保障等主要方面为政府提供法律意见和建议，为措施方案的实施提供动态跟进服务。

#### （六）全面发展的电信法律业务

长期服务于中国移动通信集团广东有限公司客户服务中心、中国移动通信集团广东有限公司深圳分公司的业务实践，万商天勤在电信基础业务法律服务和电信增值业务法律服务上日臻成熟和专业，法律业务覆盖合同审查、专题法律意见、客户投诉处理、项目风险控制、突发事件应对、“反黑联盟”诉讼、前端业务研究、法律培训等诸多方面。

- 审查合同13000余件；
- 处理客户投诉1200余件/次；
- 应对和处理重大、突发事件15件/次；
- 出具专题法律意见57件；
- 参与重大项目运作27个，为各项目方案设计、运作、风险控制提供全过程的法律服务；

- 提供业务优化完善建议13件/次；
- 提供前端业务法律研究5件；
- 提供专题法律培训10次；
- 代理“反黑联盟”诉讼及其它专业诉讼68宗。

#### （七）专业的城市改造和整体拆迁业务

受土地资源的限制，旧城改造和“城中村”拆迁成为城市发展的必然选择，对法律服务的需求应运而生。2008年万商天勤在城市改造和整体拆迁法律业务上取得迅速成长。

- 作为深圳市大冲村整体拆迁项目的法律顾问，为大冲村旧改项目提供全过程的法律服务。大冲村整体拆迁项目占地68.4公顷，为深圳市目前最大的城市旧改项目；
- 为深圳市盐田区暗径村整体拆迁旧改项目提供全过程的法律服务；
- 为深圳市盐田区盐田三、四村、西山吓村拆迁旧改项目提供全过程的法律服务。

#### （八）诉讼及仲裁业务

- 受中国长城资产管理公司上海办事处委托，对其名下不良债权资产通过诉讼方式实现债权清偿，涉及不良资产总额超过人民币三亿元；
- 受震旦投资（中国）有限公司委托，代理其与宁波震旦办公用品有限公司的驰名商标侵权纠纷案；
- 受金飞民航经济发展中心委托，代理其与中信银行股份有限公司、北京金脉房地产开发有限公司委托贷款合同纠纷案；
- 受国营北京市卢沟桥农场委托，代理其与北京燕化联营开发总公司、北京兴丰房地产经营开发公司的联营合同纠纷案；
- 受中国人民解放军66400部队委托，代理其与北京正豪办公大厦房屋租赁合同纠纷案；
- 受成都瑞安汇达房地产有限公司委托，代理其与Continental Century Investment Management Group Ltd 及Windsor Star Investments Ltd. 房产买卖合同仲裁案；
- 代理广东现代国际展览中心委托收购合同纠纷一案，已在最高人民法院开庭审理两次；

- 代理上市公司深圳深宝实业股份有限公司收购案；
- 三亚鸿洲房地产综合服务合同纠纷案；
- 深圳市人民政府深港西部通道办公公司与（湖南路桥公司）关于深港西部通道大桥建设工程纠纷仲裁案；
- 深圳移动公司与“反黑联盟”关于电信服务系列诉讼案；
- 盐田城建集团旅游合作开发项目诉讼案；
- 深圳市五洲宾馆委托经营管理项目纠纷案；
- 深圳市盐田区建设局建筑施工许可行政诉讼案；
- 深圳盐田区民政局医疗和社会保险行政诉讼案；
- 思科技术公司和深圳市东景盛信息技术有限公司商标侵权纠纷案；
- 恩科公司和深圳市迅展达科技有限公司计算机软件侵权纠纷案；
- 美商Q逻辑公司和深圳市奥普特旺科技有限公司商标侵权纠纷案；
- 诺基亚公司和深圳市朋缘电子有限公司商标侵权纠纷案
- 诺基亚公司和深圳深圳市天时达移动通讯工业发展有限公司专利侵权纠纷案；
- 诺基亚公司和深圳市富鑫盛贸易有限公司商标侵权纠纷案。

#### 三、万商天勤重大发展事件及社会活动

2008年万商天勤获得了较为全面的发展，在专注业务拓展和分享客户成功的同时，万商天勤积极开展有益社会活动，以多种途径回馈社会，承担律师的社会责任。

- 合并后的万商天勤首先在北京CBD商圈自购办公物业2000多平方米，于2008年7月初完成乔迁。新的办公场所为客户及律师提供了舒适、宽敞的工作环境，全所范围内先进的网络管理及通讯设施，确保客户更及时地享受高效快速的法律服务。
- 本所基于业务发展需求，晋升17位二级合伙人，分别是：陈铭么、董越、高丽春、关键、胡刚、李大鹏、李季先、卢二松、马婧、毛国权、文成炜、石有明、孙冬松、王冠、吴泽普、肖延人、薛莲；
- 第29届奥运会在北京成功举办，本所为该届北京奥运

会提供了不同领域、不同层次的法律服务；

- 2008年9月26日，本所和伟凯律师事务所（White & Case）共同成功承办了由中国国际经济贸易仲裁委员会和中国建筑业协会联合发起的“建设工程争议解决及专家评审机制”研讨会；
- 由本所编著的《中国建设工程项目招标投标法律实务指南》，于2008年11月底由世界领先的专业信息出版商CCH公司正式出版发行；
- 张丽杰律师作为广东省第十一届人大代表提出的关于制定《广东省实施<中华人民共和国劳动合同法>办法》、《广东省职工民主管理条例》等三个议案被广东省第十一届人大第一次会议列为大会主题议案，并列入当年立法计划；
- 2008春节，本所28名律师在第一时间为我国南方雨雪冰冻受灾地区捐款共计10540元；
- 在“5.12汶川大地震”救灾，全所同事捐赠款项191700元；
- 资助北京大学共青团委员会共青团5万元基金；
- 承担了胡胜妨害公务罪刑事案、滕岫岩抢劫罪刑事案以及郑福建人身损害赔偿等多个法律援助案件；
- 张志律师连任深圳市律师协会副会长；
- 张丽杰律师荣获全国优秀律师称号，同时受聘担任深圳市人民政府法律顾问室聘为法律专家库专家、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、深圳市委决策咨询委员会专家委员；
- 陈凯律师当选第八届上海市律师协会理事；
- 郭磊明律师当选深圳证券交易所第五届上市委员会委员；
- 张志、徐志光和胡晋南律师均受聘担任中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会调解中心首批专家。

# 合作 发展 共享

## ——关于下一阶段事务所文化建设的构想



徐猛律师 北京

万商天勤在通过整体合并后已经发展成为一家具有相当规模的大型律师事务所。在今后一段时期内，万商天勤如果要取得健康和快速的发展，必须着手一系列制度、经营、管理模式和企业文化的磨合、融合和整合。在以往的发展过程中，我们曾经积极而认真地尝试和实践了团队的整合、部门的整合、分配模式的整合，这些具体的整合方式，也的确曾对事务所的发展起到了积极的推动作用。

然而，事务所发展过程中的文化整合问题则较少地被人关注，因为很多人都会认为所谓文化整合属于相对务虚甚至是远水解近渴的事情。但实际情况是，国内律师行业中许多优秀事务所的发展经验已经证明，文化整合应该是所有整合中最重要和最有价值的整合。

所谓文化整合（也称跨文化整合），我的理解是指待整合各方对各自文化的认同以及对新的文化的建设过程。所谓认同，是让全体同事相信、尊重这一价值；所谓文化建设，是指提出、发现、挖掘共同价值，并能长久地维护和坚守这个价值理念。

得益于横向合并，万商天勤的人员数量、业务收入等主要指标在2008年发生了巨大变化，增长速率较合并前各自业绩前所未有。客观地说，这次合并已经产生了积极的经济效应（即使扣除合并因素，各办公室的指标也同有较大提高）。就品牌效应而言，正是合并后总体指标达到一定高度，才使我们成为《亚洲法律杂志》关注的对象，并评我们为中国2008年发展最快的十大律所之第二名。在公正评价合并成绩的同时，我们必须正视的是，由于我们合并时间尚短，我们也象许多刚刚经历过合并的跨国集团一样，面临多方面整合的艰巨任务。而跨国集团整合的经验表明，文化整合既是最难的，也是最重要的，是成败的攸关所在。

因此，发现、创造、信守、坚持一种共同的价值观，实现文化整合，进而促进全方位的融合和整合，是我们每个合伙人、律师、助理、行政人员的义务，同时也是对我们智慧、胸怀、魄力和见识的考验。抛砖引玉，我认为当前应当倡导“合作、发展、共享”的观念。

这里倡导的“合作”，不仅仅是指合伙人具体业务的合作或利益方面的某种分享，而主要是指对合作伙伴的尊重和信任，指百家争鸣、求同存异的胸怀，指对一加一肯定能够

大于二的信心和追求，指对他人不同意见甚至错误观点的宽容和包容。用合作的态度处理合伙人关系，可以使合伙人彼此更信任、沟通更顺畅、资源发挥最大效能；用合作的态度处理合伙律师与一般律师的关系、处理合伙人与行政辅助人员的关系，可以使行政、辅助人员感到更受尊重，激发他们的潜能；可以使合伙人更有凝聚力，团队更有战斗力。

为了形成“合作”的价值观，合伙人应当自觉避免形成独断专行、唯我独尊的山大王习气；应当尊重每个人表达不同观点的权利，虚心听取他人的意见和建议，友好平等地善待每一位同事，在事务所内营造心平气和、理性议事、畅所欲言、相互支撑的环境。

这里倡导的“发展”，不是指盲目扩张、片面追求人员的数量和收入的数量，而是指把律师业务做大、做强、做深的事业心和热情，是不满足现状和过去成绩的谦虚心态，是身居一隅、放眼天下的见识，是脚踏实地、追求卓越的品格。

发展的本质是不断追求创新和变化，是对现状不断地反思和改革，所谓“流水不腐，户枢不蠹”。发展的基础是合作，追求在合作模式下的发展；发展的目标是事务所内在质量的提高，即我们的品牌知名度、美誉度和专业水准的提高。

为了形成“发展”的观念，合伙人应当带头学习国内外优秀律师事务所的成功经验，而不能夜郎自大，固步自封；应当自觉创新服务模式和内容，而不是机械地照猫画虎、墨守成规；应当制定事务所发展的计划并付诸行动，而不只是纸上谈兵或叶公好龙。

这里倡导的“共享”，不仅仅是指人力资源、客户资源、公关资源的共享（当然，这些资源共享也都是有积极意义和价值），更主要是指全体同事对我们共同取得的成果的分享。这个成果，是我们“合作”、“发展”的必然结果，是随着事务所规模的扩大、知名度和美誉度的提高、收入的增长，给同事们带来的集体荣誉感、事业成就感、收入满足感、家人信任感、生活安全感等等。这些成果不是一个人所能创造的，也不是一天能创造的，所以要在我们整个群体共享，也只有那些参与了“合作”、“发展”，并坚持下来的人才能分享得到。

为了形成“共享”的观念，合伙人应当更多担负起对

团队人员业务方面指导、培养、监督的责任，了解每一位同事个人的理想、工作及生活的困难，让每一位同事有机会体验到在集体中分享的乐趣，增加其对事业的忠诚，树立对金钱、地位、名誉的正确认识和欲望。

我们知道，仅就目前的社会评价而言，律师是人们心目中的精英人才、优秀职业，人们甚至更习惯把律师看成正义的或公正的代表。我们这些身在城中的业内人士，应当清楚人们之所以对律师评价高，首先是因为人们对法律的尊重，而不是因为所有律师在执业道德准则方面都做得足够好。社会评价既是对律师的肯定也是对律师的期待，事务所作为律师执业的平台和管理律师的基础载体，应当顺应社会的价值观，形成自己的文化，把事务所打造成熏陶、教育、培养优秀律师的摇篮，承担起我们对社会的责任。

# 上市公司重大资产重组的 若干法律问题（二）



毛国权律师 北京

## 【摘要】

上市公司重大资产重组包括购买、出售股权类或非股权类资产、以及其他性质类似的资产交易，均需要严格按照法律法规进行。上期简单讲述了上市公司董事会、股东大会在审议重大资产重组事项之时，应关注的若干事项。本期将继续讲述交易类型的审核程序、重大资产重组交易合同的主要条款以及重大资产重组实施需要关注的主要事项。

## 【关键词】

上市公司 重大资产重组

## 四、按照交易类型的审核程序

只有符合特定情形的重大资产重组才需要证监会并购重组委员会审核，在特定情形以外的则由证监会直接审核。但《管理办法》赋予了上市公司在一定条件下申请提交并购重组委员会审核的权利。

### 1、应当由并购重组委员会审核的重大资产重组

上市公司重大资产重组存在下列情形之一的，应当提交并购重组委员会审核：

（1）上市公司出售资产的总额和购买资产的总额占其最近一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例均达到70%以上；

（2）上市公司出售全部经营性资产，同时购买其他资产；

（3）上市公司申请发行股份购买资产，应当提交并购重组委员会审核。

（4）证监会审核中认为需要提交并购重组委员会审核的其他情形。

### 2、上市公司可以申请由并购重组委员会审核的重大资产重组

不存在前述情形，但存在下列情形之一的，上市公司可以向证监会申请将重组方案提交并购重组委员会审核：

（1）上市公司购买的资产为符合规定的完整经营实体且

业绩需要模拟计算的；

(2) 上市公司对中国证监会有关职能部门提出的反馈意见表示异议的。

### 3、“完整经营实体”与“模拟计算”

上市公司可以申请的第2个情形实际上赋予了上市公司对证监会意见的异议权。但更重要的是第1个情形，实际上使得上市公司真正可以“脱胎换骨”，摆脱重组前的“劣绩”束缚，而以重组后的“优良资产”作为出身，从而为重组之后增资扩股提供了方便。“脱胎换骨”的关键在于“完整经营实体”与“模拟计算”。

(1) 完整经营实体，应当符合下列条件：

(a) 经营业务和经营资产独立、完整，且在最近两年未发生重大变化；

(b) 在进入上市公司前已在同一实际控制人之下持续经营两年以上；

(c) 在进入上市公司之前实行独立核算，或者虽未独立核算，但与其经营业务相关的收入、费用在会计核算上能够清晰划分；

(d) 上市公司与该经营实体的主要高级管理人员签订聘用合同或者采取其他方式，就该经营实体在交易完成后的持续经营和管理作出恰当安排。

(2) 模拟计算是一种业绩连续计算方法，是将标的资产在本次重大资产重组前的业绩模拟计算到上市公司，而不按照收购完成才能计入的一般会计规则。

(a) 适用时点：在经并购重组委员会审核获得核准的重大资产重组实施完毕后、上市公司申请公开发行新股或者公司债券之时适用。但上市公司在本次重大资产重组前不符合证监会规定的公开发行证券条件、或者本次重组导致上市公司实际控制人发生变化的，上市公司申请公开发行新股或者公司债券，距重大资产重组交易完成的时间应当不少于一个完整会计年度。

(b) 模拟计算的条件是：

i 进入上市公司的资产是完整经营实体；

ii 本次重大资产重组实施完毕后，重组方的承诺事项已经如期履行，上市公司经营稳定、运行良好；

iii 本次重大资产重组实施完毕后，上市公司和相关资产实

现的利润达到盈利预测水平。

## 五、重大资产重组交易合同的主要条款

在操作中要注意的是，重大资产重组交易合同的文本是重大资产重组交易方案的法律落实，不能脱离交易方案的协商、设计与沟通来制作合同文本；要力争体现交易相关各方的利益关切，试图在文本上偏袒某方是不可取的。在上市公司的角度上，交易合同可以分为重大资产出售合同、重大资产购买合同、发行股份购买资产合同、资产置换合同等。

### 1、主要条款

根据相关规定，重大资产重组交易合同的主要内容包括：

(1) 合同主体、签订时间；

(2) 交易价格及定价依据；

(3) 支付方式（一次或分次支付的安排或特别条款、股份发行条款等）；涉及发行股份购买资产之时，应当载明特定对象拟认购股份的数量或者数量区间、认购价格或者定价原则、限售期。

(4) 资产交付或过户的时间安排；

(5) 交易标的自定价基准日至交割日期间损益的归属；

(6) 与资产相关的人员安排；

(7) 合同的生效条件和生效时间；

(8) 合同附带的任何形式的保留条款、补充协议和前置条件；

(9) 违约责任条款。（以下将详细说明若干条款。）

### 2、合同生效条款

(1) 合同生效条件与重大资产重组实施条件

实践中当事人经常有这样的疑问，在附生效条件的合同中，促使合同生效条件成就的义务，是否是必须要履行的合同义务？这还关联着相应的违约责任是否存在、如何避免相应风险的问题。

为了在重组谈判中避免纠缠这个法律专业问题，可以在合同文本中，区分出合同生效条件与重大资产重组实施条件，将合同生效条件尽量减少，例如只限于合同当事方签字盖章、董事会或股东大会批准等，而将另外的需要第三方同

意、批准的事项作为重大资产重组实施之前应该满足的条件。当然，这种技术处理需要考虑特定重组方案的细节以及相关法律法规、规范性文件的要求。

根据证监会《关于规范上市公司重大资产重组若干问题的规定》要求：“交易合同应当载明本次重大资产重组事项一经上市公司董事会、股东大会批准并经中国证监会核准，交易合同即应生效。”这样，在重大资产重组交易合同中，必须将证监会核准作为交易合同的生效条件。

为了避免某些当事方借口交易合同未生效而随意改变重大资产重组方案，证监会《关于规范上市公司重大资产重组若干问题的规定》还要求，“重大资产重组的首次董事会决议公告后，上市公司董事会和交易对方非因充分正当事由，撤销、中止重组方案或者对重组方案作出实质性变更（包括但不限于变更主要交易对象、变更主要标的资产等）的，中国证监会将依据有关规定对上市公司、交易对方、证券服务机构等单位和相关人员采取监管措施，并依法追究法律责任。”不过，即使发生这种特殊情况，证监会的措施仅仅是行政救济措施，一般而言，交易合同的对方难以在交易合同基础上获得违约赔偿。

#### (2) 约定的合同生效条款

除证监会规定要求的合同生效条款之外，交易合同也可以根据重组方案的具体情况依法拟定其他生效条款，例如需要经过其他主管部门审批通过、需要合同对方的董事会或和股东会或股东大会批准，还有可能需要获得债权人、抵押权人、标的股权的其他股东同意等。

需要注意的是，上述规定要求“经中国证监会核准，交易合同即应生效”，那么，如果交易合同还规定了其他生效条款，是否可以推断，其他生效条款一定需要在证监会核准之前成就？或者说，是否存在这样的可能，在证监会核准之时，尚有其他生效条款未能成就？在实践中有时比较难以明确。

换一个角度看，其实就上市公司等交易当事方而言，某些生效条款何时成就不是其自身可以控制的，特别是涉及不同主管部门的审批之时；而就证监会而言，也需要协调其他主管部门的审批程序。因此上述问题似乎可以变成一个技术问题，即证监会在上市公司申报之时、在审核过程中、签发核准文件之时，要求上市公司等交易相关方提供何种文件。

在实践中，向证监会申报之时可以有部分其他报批事项未完成，但应进行相应的披露。不过明显的是，其他报批事项的顺利完成肯定有助于证监会受理上市公司的申报、审核以及签发核准文件。

另外，上海证券交易所上市公司部2008年5月20日《上市公司重大资产重组信息披露工作备忘录—第一号 信息披露业务办理流程》要求，若本次重大资产重组涉及银行、保险、证券、期货、信托、传媒出版等特殊行业的资产业务注入上市公司的，上市公司因重大资产重组事项已申请股票连续停牌，编制重组预案经董事会审议通过后，在及时履行信息披露义务并申请股票复牌之时要提交国家相关行业有权主管部门出具的原则性批复。

### 3、期间损益

由于定价基准日与重大资产重组实施之时存在较长时间间隔，是常见的事情，相关资产在此期间可能会发生损益。需要注意的是：

(1) 并不是所有类型的资产都必然会发生损益，需要根据重组方案、以及涉及的具体标的资产进行具体分析。

(2) 损益是在财务上按照会计准则可以正常计量的收入或支出，而不应包括单纯的市场价格变化，否则将改变交易合同的定价基准日。

(3) 尽管交易合同当事方可以协商约定期间损益的承担与享有，但是在实践中，当事人的约定可能受到政策制约。对于上市公司收购资产而言、特别是当以发行股份作为支付对价之时，原则上，期间发生亏损，原转让方一定要补足；而期间产生收益，在政策导向上却是应归属上市公司。

### 4、与上市公司购买资产的盈利预测相关的补偿责任

根据《管理办法》规定，在上市公司购买资产之时，资产转让方在特定情形下应对标的资产的盈利预测承担补偿责任，该责任应在相应的补偿协议（条款）中明确约定。

资产转让方承担补偿责任的条件是：资产评估机构采取收益现值法、假设开发法等基于未来收益预期的估值方法对上市公司拟购买资产进行评估并作为定价参考依据的，在上市公司重大资产重组实施完毕后3年内，如经会计师事务所审

核后，相关资产实际盈利数不足利润预测数的，交易对方应当向上市公司承担补偿责任。

### 5、限制资产转让方在过渡期间因标的资产而享有的部分权利

在交易合同中，对资产转让方在过渡期间因标的资产而享有的部分权利应进行限制性约定，以保障标的资产在过渡期间不致人为因素发生重大不利变化。

相应的权利限制一般包括：未经交易合同对方的事先书面同意，

(1) 资产转让方不得将标的资产转让给第三方、设置质押、抵押等；

(2) 对于处在经营过程中的标的资产，在正常经营之外不得进行借款、提前还款、处置重要经营资产、进行投资或购买资产等重大支出；

(3) 对于股权类的标的资产，转让方作为股东不得同意、并确保被投资企业在正常经营之外不得进行借款、提前还款、处置重要经营资产、进行投资或购买资产等重大支出、为他人提供担保、分配利润等。

### 6、交易合同中几个重要时点

在交易合同的拟定中，定价基准日、合同签订日、合同生效日、资产交接日、资产过户登记日是非常重要的，把握了这几个时点，就能够容易理解重大资产重组交易方案以及实施思路、厘清相关各方在不同时间段上的权利义务。在实践操作上，还有上市公司董事会的召开日、公告日、发行股份实施的验资日、发行股份的上市日、工商变更登记日等。

一般而言，定价基准日、合同签订日与上市公司董事会召开日等密切相关，而资产交接日、发行股份实施的验资日（如有）、资产过户登记日等密切相关。

(1) 定价基准日、合同签订日与上市公司董事会召开日

根据证监会的规定，上市公司首次召开董事会审议重大资产重组事项的，应当在召开董事会的当日或者前一日与相应的交易对方签订附条件生效的交易合同。因此，交易合同签订日必须是董事会召开当日或前一日。

定价基准日分为上市公司出售或者购买资产的定价基准日，在上市公司以发行股份作为购买资产的对价之时还有发

行股份的定价基准日，而发行股份的定价基准日与董事会决议公告日相关，即：发行股份的价格不得低于本次发行股份购买资产的董事会决议公告日前20个交易日公司股票交易均价。董事会决议公告日当然是随着董事会会议召开日而定的。

发行股份的定价基准日在特定情况下会发生变化，根据证监会规定，如果（a）发行股份购买资产的首次董事会决议公告后，董事会在6个月内未发布召开股东大会通知的，上市公司应当重新召开董事会审议发行股份购买资产事项，或者，（b）发行股份购买资产事项提交股东大会审议未获批准的，上市公司董事会如再次作出发行股份购买资产的决议，那么，后次董事会决议公告日应作为发行股份的定价基准日。

(2) 合同生效日

根据《管理办法》的规定，本次重大资产重组事项一经上市公司董事会、股东大会批准并经中国证监会核准，交易合同即应生效。从此条文推断，交易合同的生效日应该是证监会核准文件的签发日。但实践上会有更复杂的情形。

(3) 资产交接日、资产过户登记日

在交易合同生效后，相关各方应积极促进重大资产重组的实施。资产交接日的重大法律意义在于与标的资产相关风险的转移。

对于需要进行权属变更登记的资产（例如土地使用权、房屋、专利商标、股权等）而言，交接日可能与过户登记日不一致，这取决于相关各方的具体安排。但需要与风险转移一起考虑，并事先作出详细约定。

在标的资产类型、数量非常多之时，全部标的资产的交接日、资产过户日均保持一致在操作上可能不现实。一般而言，可以约定一个统一的资产交接日，清点之后转移资产的实际控制与法律风险，然后将一些特例明确记载在交接备忘录之中，同时积极处理过户登记事宜以及其他后续事项。

## 六、重大资产重组实施需要关注的主要事项

根据《管理办法》，上市公司应当在证监会核准之后及时实施重组方案，上市公司聘请的独立财务顾问和律师事务所应当对重大资产重组的实施过程、资产过户事宜和相关后续事项的合规性及风险进行核查，发表明确的结论性意见。

### 1、实施期限

上市公司自收到证监会核准文件之日起60日内，本次重大资产重组未实施完毕的，上市公司应当于期满后次一工作日将实施进展情况报告中国证监会及其派出机构，并予以公告；此后每30日应当公告一次，直至实施完毕。超过12个月未实施完毕的，核准文件失效。也就是说，证监会的核准文件有效期为12个月。

## 2、资产交接

在重大资产重组满足了实施条件之后，相关各方应尽早进行标的资产的交接，为明确责任，应进行资产清点、签署资产交接备忘录。需要注意的是，交接备忘录只是一个汇总文件，应附有详细的资产清单；同时，交接之后资产受让方必须对资产拥有实际的控制，以使得“交接”名副其实。

(1) 资产清点之时，应查验资产评估报告、审计报告、财务资料进行，但是，除了资产评估报告记载的资产之外，与标的资产相关的证照、技术资料、运营记录、财务资料、合同文本、规章制度等，资产转让方也应向受让方移交。

(2) 一般而言，在资产交接之时，标的资产与评估基准日相比会发生一定的变化，特别是对于正在经营的资产而言。这种变化主要是指标的资产范围内的特定物的物理变化以及与经营相关的协议履行而导致的变化，这些变化不一定会导致期间损益。相关各方应核查这些变化是否是正常经营所致，并将变化情况记录在案、予以确认，并确定是否发生了财务上的期间损益。

(3) 标的资产与一些业务合同的履行相关之时，在资产交接之时也应安排业务合同的变更事宜，例如与资产经营相关的供水、供电、原材料购买、产品销售、与土地使用权相关的土地出让合同等。由于此种变更涉及第三方，需要取得第三方的同意，但是第三方同意何时取得可能不确定，所以在资产交接之时应作出充分估计与安排。

## 3、验资、资产过户、发行股份的登记

在发行股份购买资产的交易中，上市公司需要进行验资。在验资之时，原则上标的资产应完成过户手续，不过实践中可能会因资产类型多、量大而有少数具体资产未完成过户。这需要会计师在出具验资报告之时严格关注，也需要上市公司充分披露。

根据《管理办法》的规定，上市公司应在购买的相关资产过户后3个工作日内就过户情况作出公告，并向中国证监会及其派出机构提交书面报告，公告和报告中应当包括独立财务顾问和律师事务所的结论性意见。

上市公司只有完成前述公告、报告后，才可以到证券交易所、证券登记结算公司办理新发行股份的证券登记手续，之后才可以安排上市事宜。

# 有限责任公司整体变更为股份有限公司 相关税收法律问题



徐寿春律师 北京



李季先律师 北京

## 【摘要】

在中国证监会已核准的首次公开发行并在中小板上市的公司中，有相当大一部分是自然人为主要股东的有限责任公司整体变更设立的股份有限公司。本文试图对有限责任公司整体变更为股份有限公司的相关税收法律问题做探讨，以在既有法律框架下，找到一条可行、渐进的变更设立股份有限公司税收问题法律解决之道。

## 【关键词】

有限责任公司 变更设立 股份有限公司 首次公开发行 税收

企业申请首次公开发行股票并上市，其前提条件是企业必须为股份有限公司。对比发起设立方式，由于业绩连续计算之优势，从有限责任公司变更设立股份有限公司是拟上市的中小板公司发行前设立股份有限公司方式的主要选择，无需进行资产和业务的剥离，并满足中国证监会有关首次公开发行的审核要求。

随着有限责任公司整体变更设立股份有限公司成为拟上市公司的主流重组操作模式，原本被整体变更设立概念掩盖的诸多政策、法律问题也逐渐暴露在企业首次公开发行股票并上市的聚光灯下，如资产评估问题、折股问题、税收问题等，这其中比较令人关注的问题就是受国家强行法规制却又存在立法疏漏、法律供给不足的变更设立税收法律问题。本文试对此做探讨，以便在既有法律框架下，找到一条可行、渐进的股份有限公司变更设立税收问题解决之道。

## 一、有限责任公司整体变更为股份有限公司是否应该缴纳个人所得税

有限责任公司整体变更为股份有限公司是指将有限责任公司整体以组织形式变更的方式改为股份有限公司，并将公司净资产额相应折合成股份有限公司的实收股本总额，在股权结构、主营业务和资产等方面维持同一公司主体；该种变更设立方式仅仅是公司组织形式的变更和一个承继过程，公司的业务、资产、负债、人员等并未发生任何变化。

个人所得税是对个人(自然人)取得的各项所得征收的一种

所得税,包括工资薪金所得;个体工商户生产、经营所得;对企事业单位的承包经营、承租经营所得;劳务报酬所得;稿酬所得;特许权使用费所得;利息、股息、红利所得;财产租赁所得;财产转让所得;偶然所得;以及经国务院财政部门确定征税的其他所得。

根据《中华人民共和国公司法》,有限责任公司变更为股份公司时公司净资产额相应折合成股份有限公司的实收股本总额;而公司净资产额除股本、资本公积金外,还包括盈余公积金、未分配利润。根据《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》(国税发[1997]198号)和《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》(国税函[1998]333号)关于“对属于个人股东分得并再投入公司(转增注册资本)的部分应按照‘利息、股息、红利所得’项目征收个人所得税”的规定,应该对有限责任公司变更为股份有限公司时取得并再投入公司的部分的自然人股东征收个人所得税。

值得一提的是,并不是所有人都认为有限责任公司变更为股份公司将净资产值折合为股本时都存在需要交纳个人所得税问题,这个问题并没达成共识。以杭州士兰微电子公司IPO审核为例,发行人律师在答复中国证监会就“杭州士兰电子有限公司的自然人出资人在转增注册资本和变更股份有限公司过程中均没有交纳个人所得税”反馈意见时就认为,杭州士兰电子有限公司变更股份有限公司,以经审计后的净资产1:1折股,不是股份制企业送红股或转增注册资本的过程,我国现行法律、法规没有规定有限责任公司变更设立股份有限公司时,其自然人出资人应该交纳个人所得税,律师确认杭州士兰电子有限公司的出资人无须为此交纳个人所得税。

但有意思的是发行人律师同时表示,基于下述理由,杭州士兰电子有限公司的自然人出资人在2000年7月以未分配利润转增注册资本过程中没有交纳个人所得税对士兰微本次申请上市不形成法律障碍:

(1) 根据杭州市人民政府杭政(2000)1号《关于进一步鼓励科技人员在杭创办高新技术企业若干意见的通知》第十一条的规定“科技人员所获的股权收益,用于高新技术成果转化项目投资的,在计征个人所得税时给予税基扣除”和杭州市人民政府办公室杭政办(2000)8号《关于贯彻杭政〔2000〕1号文件实施意见的通知》第十条第3款的规定,杭州士兰

微电子有限公司的全体股东免交因本次以未分配利润转增股本所应缴纳的个人所得税。2002年5月20日,杭州市人民政府办公厅出具杭政办函(2002)80号《关于杭州士兰微电子股份有限公司有关个人所得税问题的函》对此进行确认。

(2) 杭州士兰微电子有限公司的全体自然人出资人于2000年8月12日承诺“士兰微公司在2000年内以利润转增股本,并进行股份制改造,将原账面净资产按公司法要求折为股份,引起本人所持士兰微公司股份总额增加。如税务部门认定需缴纳个人所得税,特承诺由本人另行以自有资金自行申报缴纳,缴纳事项和士兰微公司无涉”。

士兰微律师在转增注册资本和变更股份有限公司过程中自然人是否需纳税这个问题上的反复和矛盾也从侧面说明了这个问题在是否该纳税法律边界上的可争议之处。不过,其他已经通过中国证监会发审会审核的公司,如广东嘉应制药,以及广东、甘肃、安徽等地拟上市企业的税收优惠政策对同类问题的返还、缓交等处置显示,有限责任公司变更为股份有限公司将净资产值折合为股本时需要交纳个人所得税的观点占多数;而这,也正是本文所体认的观点和立论基础。

## 二、有限责任公司整体变更为股份有限公司的纳税处理

有限责任公司整体变更为股份有限公司由于纳税主体未发生变化,故一般不涉及拟上市企业(“发行人”)纳税问题,如原有限责任公司名下房地产过户到变更后的股份有限公司名下并不征收营业税,以免重复纳税。然而,若存在以注册资本外的资本公积金、盈余公积金及未分配利润转增股本,则发行人的法人股东单位或自然人股东就涉及到所得税问题,应按照以下情况区别纳税:

(一) 转增股本中属于个人股东的盈余公积和未分配利润部分应当缴纳个人所得税,资本公积部分是否缴纳个人所得税应区别对待

1、资本公积金分配个人所得部分是否缴纳个人所得税应区别对待。根据《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》(国税发[1997]198号)和《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》(国税函[1998]333号)规定,对于企业从税后利

润中提取的法定公积金和任意公积金转增注册资本,实际上是该企业将盈余公积金向股东分配了股息、红利,股东再以分得的股息、红利增加注册资本,属于股息、红利性质的分配,因此应按“利息、股息、红利所得”项目计缴个人所得税。而用资本公积金转增资本个人取得的转增股本数额,不属于股息、红利性质的分配,不作为个人所得,不征收个人所得税。

不过,此资本公积金非彼资本公积金,根据《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》(国税函发[1998]289号)规定,《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》(国税发[1997]198号)中所表述的“资本公积金”是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金,将此转增股本由个人取得的数额,不作为应税所得征收个人所得税,而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分,应当依法征收个人所得税。换言之,只有因溢价发行收入形成的法定资本公积金转增股本时才不纳税,其他的资本公积金分配行为都应照章纳税。

2、盈余公积金转增股本时应当缴纳个人所得税。根据上述《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》(国税发[1997]198号)和《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》(国税函【1998】333号)精神,股份制企业用盈余公积金转增股本属于股息、红利性质的分配,对个人股东取得的红股数额或对属于个人股东分得再投入公司(转增注册资本)的部分应作为个人所得征税。

3、未分配利润转增股本时应当缴纳个人所得税。

根据上述《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》(国税发[1997]198号)和《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》(国税函【1998】333号)精神,股份制企业用未分配利润转增股本属于股息、红利性质的分配,对个人股东取得的红股数额或对属于个人股东分得再投入公司(转增注册资本)的部分应作为个人所得征税。

进而言之,自然人股东只有资本公积与股票溢价的差额部分可以免缴个人所得税,其他部分就算是新加入的公司股东多认缴了部分出资,其在净资产折股中还是要再纳税、

依法清缴,包括发行人转制前的有限责任公司个别股东所缴的“认购溢价”,尽管股份有限公司变更设立之初还不存在“纸质股票”这一股份载体。

上述个人股东应纳税款由拟上市企业在有关部门批准增资、拟上市企业股东会决议通过后代扣代缴。根据《国家税务总局关于盈余公积金转增注册资本征收个人所得税问题的批复》(国税函[1998]333号)等税务法律法规和中国证监会的相关要求,代扣代缴系拟上市企业法定义务,如果作为扣缴义务人,拟上市企业在其由有限责任公司整体变更为股份有限公司,且以盈余公积和未分配利润转增股本时对个人股东或自然人股东没有履行代扣代缴义务,则拟上市企业在个人股东没有分别缴清全部应纳税款时,将面临税务稽查和处罚风险,从而在一定程度上构成对拟上市企业发行上市的法律障碍。

当然,鉴于不少发行人自然人股东在变更设立时因为各种主观上或客观上的原因没有严格按上述规定进行纳税申报并缴纳相关税款,而发行人也没有予以代扣代缴,为最大限度降低该等税务违法行为对发行人上市的影响,目前比较认可的一个方式是由发行人当地税务主管部门出具一个缓交证明并不予处罚的决定书;同时,由相关股东承诺,由其另行以自有资金自行申报缴纳,缴纳事项和发行人无涉。

(二) 转增股本中一定情形下属于法人股东的资本公积、盈余公积及未分配利润部分应当缴纳所得税

根据《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》(国税发[2000]118号)规定及其他税收法律、法规,有限责任公司整体变更为股份有限公司时,法人股东纳税原则包括:

1、公司制企业盈余公积和未分配利润进行转增时,视同利润分配行为或分红,法人股东不需要缴纳所得税。

2、属于股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本由法人取得的数额不需要缴纳所得税。

3、如果法人股东与公司所适用的所得税率不一致时,法人股东应根据《国家税务总局关于企业所得税几个具体问题的通知》(国税发[1994]229号)补缴所得税差额部分。

4、对不属于股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本由法人取得的数额,同样要按照上述国税发

[1994] 229号文的规定补足差额。

### 三、有限责任公司整体变更为股份有限公司纳税处理中存在的问题

有限责任公司整体变更为股份有限公司纳税处理的复杂性、纳税基点的不确定性和自然人股东与法人股东的区别立法给拟上市有限责任公司整体变更设立股份有限公司增加了不少难度。具体来说,有限责任公司整体变更为股份有限公司纳税处理中存在的问题主要包括:

(一) 自然人股东与法人股东非“无缝式”差别立法给有关拟上市企业提供了避税空间

自然人股东利用个人股东与法人股东的非“无缝式”减免税差别立法漏洞在股份制改革之前调整股东性质,进行趋势性身份转换操作进行避税,从而达到少交税的目的。譬如,根据2007年3月16号全国人大通过的《中华人民共和国企业所得税法》第26条第2款规定,符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益,属于免税收入,居民企业免于缴纳相应的所得税。很多自然人股东依此对自然人分得的“股息、红利”等个人收入部分,通过在有限责任公司整体变更前将有限责任公司股权转让给自己的控制公司法人后再进行净资产折股(包括将盈余公积与未分配利润转增资本)的方式规避纳税义务。

(二) 税收法律法规语义含糊,适用起来多有难度。

毫无疑问,有限责任公司整体变更为股份有限公司是一种比较特殊的股份有限公司设立方式,直到现在还有许多理论问题没有厘清,这决定了规制其税收问题的法律、法规、规章及规范性文件不可能在这些理论尚未成熟之前先验式的对之加以清晰化规定。但即使这样,也并不意味着相关税收法律法规、规章就可以无所作为,对相关税收问题放之任之,比如像红利收入确定、转增注册资本的内涵这样的纳税首要问题,就并不需要太多的公司法理论做支持,完全可以在相关法律法规中明确固化下来,明确红利收入确定在有限责任公司变更为股份有限公司时在纳税问题上的计算方式,以利税收征纳部门进行法律适用。

(三) 缺少通盘考虑,没有用好变更设立税收调控杠杆

随着上市公司在地方经济发展中地位的不断提升,有限责任公司整体变更为股份有限公司进而实现平稳上市对一个地区地方经济发展速度的影响日益凸显。而中央或地方政府通过对股东的纳税调整,尤其是对自然人股东个人所得税的调整可以充分起到鼓励还是抑制企业变更设立上市的欲望,从而实现对国家或一地的经济调控。这些年来,很多地方政府在招商引资上狠下功夫,但却对有限责任公司整体变更为股份有限公司的纳税问题可以作为政策引导工具重视不足。

### 四、几点具体建议

(一) 对拟上市企业的纳税建议

由于拟上市企业在变更设立时的纳税清缴情况将直接影响企业能否上市以及上市成本,因而对一个旨在以上市为阶段性发展目标的企业来说,依法足额纳税是必要的,也是必须的,尽管这并不妨碍在这中间也可以灵活采用一些合法避税措施。

1、对于法人企业作为投资方的,在被投资企业所得税率小于投资企业所得税率的,法人企业的投资分红或投资收益应当按照《国家税务总局关于企业所得税几个具体问题的通知》(国税发[1994] 229号)及其他税收法律规定的所得税率差额补缴所得税;对于自然人设立的有限责任公司整体变更为股份有限公司,对未分配利润和盈余公积实施净资产折股时应当缴纳个人所得税。

2、在保证实际控制人不变的情况下,为了最大限度减轻税负,可以由拟改制企业自然人股东通过事前股权转让等形式调整成法人股东,当法人股东和拟改制企业不存在税率差额的时候,改制企业净资产折股将不缴纳企业所得税和个人所得税。但这种避税处理方案只是暂缓缴纳了个人所得税,当法人股东将发起人股变现时法人股东如果根据“成本法”没有出现大额的可在所得税前列支的成本,法人股东将缴纳处置发起人股产生的企业所得税,而法人股东的自然人出资人在利润分配环节将缴纳个人所得税,这种情况造成先避税,后缴纳。据此,建议变更设立企业如果是自然人出资的,可考虑要求自然人股东设立的有限责任公司在改制为股份公司时,按相关税法规定缴纳个人所得税,即先缴个税后避税模式。

## （二）对税务立法、执法部门的建议

1、查漏补缺，加强有限责任公司变更为股份有限公司税收立法。中国是一个统一税收框架下采用分税制的国家，这有利于我们对既有有限责任公司变更为股份有限公司的相关税收法律法规查漏补缺，结合中国国情与国外类似法例由其是德国法互通有无，比如变更设立税收行为的界定、税收减免的操作界限、税务部门的稽查权、自然人股东和法人股东在纳税问题上的无缝式制度衔接等，努力做到立法明确，执法有力。

2、用好有限责任公司变更为股份有限公司时纳税调控杠杆，通过所得税收政策杠杆引导企业行为，为经济发展服务。拟上市企业作为市场“经济人”，其对税收政策弹性的感知无疑是最为敏感的，有限责任公司特别是自然人作为实际控制人的有限责任公司变更为股份有限公司时的税收成本是任何一个有限责任公司的自然人股东所不能不考虑的事情。税收成本大，则企业一方面可能寻求非正常避税，而另一方面，企业自然人股东等负有变更设立纳税义务的人很可能在衡量得失后，放弃寻求企业变更设立为股份有限公司后上市做大做强机会，从而导致个人和国家最终走向“双输”。

因此，一个比较合理的税收征管思路是，放弃高税负的变更设立税收政策，结合最新的《企业所得税法》及已有的政策性投资基金、公募基金税收优惠政策，制定专门的变更设立税收政策，至少是细化相关税收政策，切实减轻自然人股东和其他负有纳税义务股东的税负，以防止重复征税。在这方面除广东、甘肃、安徽一些省规定可以对征收的上述个人所得税予以一定比例返还或暂缓缴纳外，上海的做法或可镜鉴全国，为有限责任公司变更为股份有限公司自然人股东的税收负担过重困局提供一个新思路。

按照上海市金融办等相关部门发展私募股权投资通知的精神，在上海进行私募股权投资的普通合伙人按所得税法中“个体工商户的生产经营所得”应税项目缴纳5%至35%个人所得税，有限合伙人按所得税法中“利息、股息、红利所得”应税项目缴纳20%的个人所得税；而其辖下的浦东新区则走得更远，除宣布对在浦东新区登记注册的企业按照注册资本金的比例给予300万-1500万的开办费外，还对企业高管以返还个税部分40%的方式进行奖励，对企业中层则返还个税部分

20%。如果有限责任公司变更为股份有限公司最后自然人股东等相关纳税义务人的税负能够降到与此差不多水平，则或可激励出一个新的变更设立股份有限公司并上市高潮。

# 煤炭企业融资 发展的新渠道——私募



王霁虹律师 北京

【中华全国律师协会环境与资源法专业委员会2008年会于2008年11月22日在山西召开，此次年会的主题是“煤炭资源开发投融资法律问题”，王霁虹律师受邀在大会上发表《煤炭企业融资发展的新渠道——私募》专题演讲，本文根据其演讲内容改编而成。】

近年来，随着煤矿安全整顿和资源整合全面展开，外资私募股权投资基金伴随着中国以及山西、河南等省区陆续出台专门的规范外资政策，开始关注并进入煤炭行业，其中比较典型的代表为兖州煤业和中国神华等。对于煤矿企业来说，如何在目前的良性局面下，及时有效地满足企业发展需求，摆脱企业资金上的“瓶颈”，已经日益成为各企业急需面对的课题。30年前寻找政府拨款，20年前找银行贷款和政府债券，10年前找证监会搞上市发行股票，而目前，私募股权融资则日渐成为企业首选的融资渠道。

## 一、私募的概念及其融资优势

### （一）私募的主要概念

探讨私募这个话题，首先需要了解的最为重要的概念就是“私募”、“私募基金”与“私募股权投资”。

#### 1、私募（private placement）

相对于公募（public offering）而言，是指证券发行方法之差异，以是否向社会不特定公众发行或公开发行证券的区别，界定为公募和私募，或公募证券和私募证券。

#### 2、私募基金（privately offered fund）

所谓私募基金，就是通过私人的渠道来募集资金。指通过非公开方式，面向少数机构投资者募集资金并成立运作的投资基金。由于私募基金的销售和赎回都是通过基金管理人与投资者私下协商来进行的，因此它又被称为向特定对象募集的基金。

#### 3、私募股权投资（Private Equity Investment，简称“PE”）

指通过私募形式获得资金后对非上市企业进行股权投资,在所投资目标企业发育成熟或相对成熟后主要通过上市(Go Public)、股权转让(Transfer of Equity)或标的公司管理层回购(Management Buy-Outs)等方式,出售持股获利实现资本增值的投资方式。

## (二) 私募的优势

### 1、传统融资方式的主要缺点

改革开放以来,我国企业虽发展迅猛,但他们的经营环境并不甚理想,特别是表现在企业融资方面,我国企业仍以利用企业积累和自有资金、银行贷款为首选融资方式,少数企业采取发行股票、债券等外源性融资工具。

上述传统融资方式存在着固有的缺点,如:

企业积累和自有资金不但受到企业经营状况和市场波动的影响,其利用方式亦受到《公司法》等法律法规的限制(税后利润必先弥补亏损和提取法定公积金、法定公积金不得全部转为资本金)。

银行等金融机构贷款,在紧缩银根的货币政策以缓解银行资金流动性过剩问题的宏观背景下,获得贷款的门槛将有所提高。此外,银行等金融机构贷款还存在着财务风险较大、限制性条款较多、融资数额有限等不利因素。

发行债券、股票都有着相当高的政策性和财务性指标等门槛,需要企业满足《公司法》、《证券法》及证监会、证交所的相关规定,融资时间等成本很高,对绝大部分煤炭等企业迫切的资金需求来说是“远水解不了近渴”。

### 2、私募基金的优势

私募基金的优势体现一个“私”字上。相比于传统的融资方式,他的市场运作能力更强,市场嗅觉更敏锐;且决策机制、运作机制都更有效率,投资回报率的空间更大。多青睐那些急需资金的、处于飞速发展阶段且发展前景一片光明的扩展期、成熟期和Pre-IPO阶段的企业。具体来讲,私募基金有着如下优势:

#### (1) 组织结构简单

私募基金的组织形式主要为公司制、信托制和有限合伙制等类型。

有限合伙制是目前海外私募基金的主要组织形式。

2007年6月1日生效的《中华人民共和国合伙企业法》确立

了有限合伙企业的合法地位,中国私募投资基金必将正式采用有限合伙这一国际通行的私募基金形式,大行其道。

有限合伙制私募基金的基本框架为:由基金管理人担任普通合伙人(General Partner),发起设立有限合伙企业,并全权负责基金的投资、经营和管理,其出资一般为总资金的1%;而基金的有限合伙人(Limited Partner)承诺并认缴基金出资的绝大部分(总资金的99%)但不参与企业的经营管理。

“此种组织模式下,日常管理和投资决策自由度高,资金运用更具效率。相对于组织机构复杂的体制,在机会稍纵即逝的关键时刻,私募基金竞争优势明显。

尤其需要说明的是,合伙制的最大优点是合法避免了“双重征税”问题,新《合伙企业法》第六条明确规定合伙企业的生产经营所得和其他所得,按照国家有关税收规定,由合伙人分别缴纳所得税。这一规定明确合伙企业不作为独立的所得税纳税主体,将合伙企业所应缴纳的税收缓后后置到各个合伙人层面,这将有利于不同税赋水平的企业进行合作。

#### (2) 灵活性更高

和公募基金严格的信息披露要求相比,私募基金在这方面的要求低得多,加之政府监管比较宽松,受到的限制也较少,如:公募基金的债券型基金不允许买超过标准的股票,公募基金不允许做衍生品,不允许做一些跨市场的套利,但是私募基金没有这些限制。故私募基金的操作非常灵活自由,社会成本较低,投资更具有隐蔽性,投资组合随机应变,获得高收益回报的机会更大。

#### (3) 激励性更好

基金运作的成功与否与基金管理人的自身利益紧密相关(有限合伙制私募基金都有基金管理人的钱在里边,谁也不会拿着自己的钱随便玩);故承担无限责任的基金管理人的敬业心极强,从而保证了投资者与管理者利益高度一致,实现了二者之间的激励相容,从而形成利益捆绑、风险共担、收益共享的机制。这较好地解决了公募基金经理人激励约束机制严重弱化的弊端。

#### (4) 针对性更强

由于私募基金面向少数特定的投资者,因此,其投资目标更具有针对性,能够根据客户的特殊需求提供度身定制的投资服务产品,实现了投资产品的多样化和差别化。如索罗斯的量子基金除投资全球股市外,还大量投资外汇、期货

等，创造了很高的收益率。

#### (5) 资金来源广泛

私募游资作为市场上嗅觉最灵敏的资金集团之一，在市场中拥有巨大的号召力。资金来源广泛十分广泛，如富有的个人、风险基金、并购基金、战略投资者、养老基金、保险公司等。

## 二、私募的各当事方及其法律关系

在私募过程中，主要涉及投资人、融资方（标的企业）、基金管理人及法律、审计、评估、财务、税务等中介服务机构。

### （一）各当事方及其职责

#### 1、投资人

投资人主要负责私募基金的资金来源问题。

投资人主要由富有的个人、其他投资基金、并购基金、战略投资者、养老基金、保险公司、金融公司、投资集团等构成。

以目前我国创业投资市场非常活跃的鼎晖投资（CDH Investments）为例，作为中国第一家采用有限合伙形式设立的创业投资机构，其投资主体为7名负有限责任的合伙人，包括苏黎士投资集团（Capital Z Investment II,LP）、国际金融公司（IFC）、East Light（新加坡政府投资公司GIC的全资子公司）、韩国三星人寿保险公司（Samsung Life）及荷兰DNIB投资基金等。

#### 2、融资方（标的企业）

指资金需求方，多为未上市的成长型或即将上市（处于PRE-IPO阶段）的已经形成一定规模的成熟型企业，特别是中小高新技术企业。近年来，PE除持续青睐TMT企业（电信、媒体和科技）外，向矿产等能源领域的投资亦呈现迅猛增长趋势。

在私募中，融资方（标的企业）作为资金的需求方，一方面是要配合投资方及中介服务机构完成相应工作，如：投/融资双方的充分接洽与考察评估、协助投资方完成尽职调查；另一方面在构建交易体系、设计投资方案的过程中也要积极参与合同谈判，充分表达自己的需求，共同完成本次PE所需的各类文件并最终签署使之生效。

需要说明的是，此部分提及的融资方还应包括标的企业的股东。

#### 3、基金管理人

在PE中，基金管理人主要负责基金的投资、经营和管理，多有着丰富创业投资或相关领域经验的专业人士或机构。作为回报，基金管理人一般每年提取相当于基金总额一定比例（1%-5%）的管理费，以及占基金超额收益（基金投资利润）一定比例（一般为20%左右）的收益分配，以作为管理分红。

实务中，当投资人自身具备创投或相关领域的丰富经验时，投资人也可以一并承担所募集基金的经营和管理工作。当然，也可以委托其他创业投资企业、创业投资管理顾问企业作为管理机构负责投资管理业务。

在以有限合伙方式设立的私募股权投资基金中，则由普通合伙人（General Partner，即GP）担任基金管理人，全权负责基金的投资、经营和管理，有限合伙人（Limited Partner，即LP）不参与经营管理。以鼎晖为例，其普通合伙人为CDH China Holdings Company Limited，是在开曼群岛注册成立的有限责任公司，担当基金经理人的角色，主要负责批核所有投资决策及退出投资计划、监察尽职审查及审批年度预算等。另一普通合伙人——深圳市鼎晖创业投资管理有限公司，则主要负责CDH的管理运作。

基金管理人主要工作包括但不限于融资方（标的企业）的物色、考察评估、尽职调查、投资方案设计、合同谈判、达成一致后签署法律文件及投资基金运作监管等等。

#### 4、中介服务机构

在PE过程中，主要涉及法律、审计、评估、财务、税务等中介服务机构。该等服务机构应投资方、融资方或基金管理人的要求，提供各个领域的专职服务，包括但不限于投/融资双方的尽职调查、合同起草与谈判、财务审计与资产评估、税务计算与规划等等。

### （二）法律关系

在私募投资的法律关系上，我们将其归为如下三种类别的法律关系：

#### 1、投资人与基金管理人之间的信托法律关系

要把握私募基金，首先需要把握信托关系：

投资人基于对基金管理人的信任,将其财产权转移给基金管理人,由基金管理人按投资人的意愿以自己的名义,为投资人或投资人指定的受益人的利益或特定目的,进行管理或处分财产的行为关系。

信托属金融契约范畴,因而也有着一般金融契约的共同特点,如均涉及到委托人与受托人的关系、财产运作和财产收益等。

### 2、投资人与融资方(标的企业)股东之间的合作关系

对于私募股权投资,基金管理人受投资人的委托,以投资(增资)的方式取得标的企业的股权,投/融资双方因此存在合作关系。诸如:股东之间合作经营的法律关系。

### 3、中介机构与客户间提供服务的委托法律关系

投/融资双方各自与中介机构签署委托合同后,中介结构进场工作,完成各自工作任务,向委托方提供相应工作成果。

## 三、企业如何寻求合意的投资基金

### (一) 充分的市场调研与律师等中介机构的“牵线搭桥”

目前,资本市场上存在各种各样的投资基金,作为“求钱若渴”的企业来讲,在寻求合意的投资者时,可以从如下两个方面着手:

1、应做到结合本企业的特点,做好充分可靠的市场调研工作,选择那些经常跃入眼帘的“活跃分子”,因为这些“活跃分子”一般具有丰富的创投经验、骄人的业绩与高尚的企业道德素养。

2、利用律师、财务顾问等中介机构的“私募资源”,通过中介机构的“牵线搭桥”寻求并确定合意的投资者。

此种方式最为直接有效,其主要原因就是目前市场资金供求双方信息“不对等”或“不对称”,存在着比较严重的错位。而专业从事私募(含上市)领域的律师、财务顾问等中介机构,本身就掌握着大量的“私募资源”,对各个私募基金的投资业绩(成功案例)、主要投资方向(投资目标企业)、投资规模、管理模式、风险控制机制等等十分了解,融资方可以通过此类中介机构的渠道,有针对性的寻找潜在合意的投资者。

在此之后,企业须与各意向投资者分别独立地进行多次接洽与谈判,从中确定最佳投资者并完成随后的相关投资工

作。

### (二) 企业的自身条件与企业家的心态

私募基金在选择投资目标企业时,其主要考虑两个方面内容:目标企业的利润水平,即盈利能力;目标企业业务和资产等真实合法性以及目标企业高管层的管理能力,便于投资后的获利退出。

#### 1、企业的“自身引力”是首位的

要知道,任何投资者的首要目的都是追求高额的投资回报,而资本从来不做雪中送炭的事,只做锦上添花的特性决定了私募股权投资更倾向于那些已经形成一定规模的,并产生稳定现金流的成熟企业。所以,只有企业具有强大的实力与诱人的发展潜力,才能引来金凤凰,得到投资人的眷顾。

在实务中,处于煤炭领域的龙头企业或具有环保或循环利用等特点的煤炭企业,往往具有相当的实力与美好的前途,更易获得PE的垂青。

目前,本所正在为山东省某煤炭企业提供私募及上市的全过程法律服务,该企业就具备了环保和可循环利用的题材,吸引了众多私募基金的“眼球”。煤矿产出的煤,优质煤对外出售,劣质煤用于发电厂;而发电厂的电一部分用于上网,另一部分回用于煤矿,同时发电时产生的煤粉用于建筑材料的原料。另外,发电产生的热水回用于煤矿供暖。

#### 2、目标企业业务和资产等真实合法性

目标企业业务和资产等是否真实,其取得是否合法有效,是私募投资者重点关注的问题之一。实务中,大量存在“虚假包装”的企业,私募投资者一旦进入,则结局很可能就是“血本无归”。

基于此,私募过程中,私募投资者对目标企业的尽职调查成为私募过程中必不可少的程序之一。

以煤炭企业为例,私募投资者在尽职调查中重点关注:公司设立变更和业务的批文;已经获取的矿产情况(位置和名称、面积、期限、资源储备状况、产出量、开采计划、运输、成本等);拟获取矿产进展情况;获得并延续运营矿产开采所需牌照和许可的监管程序概要;开采成本和销售情况;盈利情况和竞争对手等情况;公司所拥有/购买了/拟收购的探矿/采矿权、土地、房产占用、使用的详情以及设备等资产情况。

#### 3、企业家的心态和气魄

企业的自身条件及发展潜力固然是吸引投资的基础，但更需要的是企业具有开放的心态和对未来企业发展的规划，要把所有权和控制权相对看得比较淡薄，完全从利益最大化来考虑问题，同时，应对企业未来3—5年的发展有着明确具体且可行的“规划蓝图”，与投资者一同把企业做大做强，形成共赢的局面。

融资实际上就是一个交易的过程，一个资源整合的过程。整合资源，就是用你的资源去交换你所需要的别人的资源，要有开放的心态，学会如何分享是首要。募集资金首先就是要求企业在理念上要有与人共同分享繁荣的一种胸怀。

同时，私募基金的进入的唯一目的就是为日后3—5年后的获利退出，企业家对企业未来3—5年发展的“规划蓝图”，则进一步增强了投资者的信心，消除其在投资前对潜在投资风险的疑虑。

#### （三）完备的程序性工作

企业寻找并确定意向投资者后，还需进行一系列的程序性工作，其中最为重要的就是需聘请中介服务机构作为顾问提供各方面的专业服务，通过与意向投资者的多次接洽与谈判，从中确定最佳投资者，并在中介服务机构的帮助下完成投资方案及其他相关配套合同等一揽子文件的起草、谈判、签署等工作，并最终进入履行阶段。

需要特别强调的是，由于投/融资双方的出发点和利益不同，双方经常就企业估值、投资条件、投资期限与方式、退出策略等诸多至关重要的条款产生分歧，解决这些分歧的技术要求很高，为保证私募的合法有效、合同文件的完备及程序的严谨，律师、财务顾问等中介服务机构的鼎力协助是必不可少的。

### 四、律师在私募中的作用

私募股权投资作为一种新兴的融资手段，也为律师开辟了更为广阔的服务领域。律师不应仅限于单为投/融资一方提供法律服务，而更应发挥“桥梁”作用，通过信息和专业优势，寻找融资方，帮助融资方完善治理结构，设计可行的商业模式，然后推介给适合的私募基金。

在此过程中，律师提供的是一整套包括财务服务在内的专业的私募融资服务，这也对律师的业务水平提出了更高的

要求。

#### （一）律师在私募股权基金设立中的作用

目前，国内外常见的私募股权基金有三种组织形式。即：公司型基金、信托型基金和有限合伙型基金。无论私募股权基金采取哪种组织形式，都涉及比较复杂的法律架构，需要专业的律师拟订设立方案，并草拟相关协议、章程等法律文件。

#### （二）律师在私募股权投资中的作用（作为私募基金的顾问）

私募股权的投资一般要经过标的企业选择与可行性核查；投资文件设计、谈判、签署；私募基金运作监管等几个程序。律师作为私募基金的顾问，主要工作是在尽职调查阶段和投资条款谈判、签约阶段。

对融资企业的尽职调查主要分财务调查和法律调查。法律调查的主要内容包括被投资企业主体设立及存续的合法性、股权结构、法人治理情况、企业经营项目合法合规性、企业重大资产（包括有形资产与无形资产）的权属情况、企业重大合同的履行情况、企业是否存在重大诉讼、仲裁或行政处罚等事项。在尽职调查完成后，律师要出具详尽的尽职调查报告，对融资企业的基本情况、存在的法律问题及解决问题的建议提供专业意见。

投资谈判一般由私募基金的项目经理负责，主要包括商务条款的谈判和价格条款的谈判。律师一般参与商务条款的谈判，主要包括投资额度、投资阶段、保证条款、董事会、监事会的架构、财务监督、资金退出等内容。在谈判进程中，律师要从法律层面适时提出建议或进行风险提示。在谈判结束后，律师还要协助双方起草股权转让协议、公司章程、股东会、董事会议事规则等法律文件。

#### （三）律师在私募股权融资中的作用（作为融资企业的顾问）

作为融资企业的顾问，其工作内容主要包括：对融资企业的尽职调查并提出规范建议、协助企业选择合适的投资基金并推介、协助企业拟订商业计划书、协助企业配合投资机构尽职调查、参加投融资谈判等。

律师对融资企业的尽职调查，其目的是发现企业存在的问题，并为私募投资法的尽职调查做好准备工作。调查结束后，律师要出具调查报告，列明企业存在的问题，并提出整改意见。

能否协助企业选择合适的投资基金也是影响项目成败的关键环节之一。境内外私募股权基金对投资行业、投资额度、退出方式等方面有不同的要求。律师应熟悉不同基金的要求，并协助企业完成融资前的市场调研工作，以确定合适的投资基金并向其推荐融资企业。

商业计划书编制水平的高低往往直接影响企业融资的成败，协助企业拟订商业计划书是律师的重要工作内容。商业计划书一般包括四个部分：摘要、机构计划、财务计划及附件。

另外，律师要协助企业配合私募基金的尽职调查，真实、完整地向私募基金提供资料，但应要求对方做好保密工作，保密条款是必不可少的法律文件和前置程序。

值得注意的是，律师在维护委托人合法权益的同时，更要站在公正的立场协助投融资双方达成合意，排除影响双方合作的法律障碍，促使交易的成功。

#### （四）律师在私募股权投资后的持续法律服务

私募股权投资的主要目的是获得高额投资收益，在投资过程中及完成后，私募基金将通过一系列手段协助融资企业提升市值，包括优化企业运营机制，完善企业法人治理结构、协助企业发行股票并上市等。鉴此，律师可做为融资企业的专项或常年法律顾问，参与融资企业的规范化工作。

私募基金退出的方式主要有上市、股权转让、股票回购等方式，其中上市最为常见与最理想的退出方式，通常回报率也最高。针对投融资双方的特点与投资活动的进展状况，律师在私募基金的退出过程中将对退出方式的选择、股权架构及交易架构的设计等提供大量法律服务。

## 证券公司行政清理工作若干经验谈



胡治家律师 北京

### 【摘要】

证券公司行政清理工作是一项具有高度复杂性及专业性的工作，涉及多方面的内容，本文作者从参与证券公司行政清理工作的切身体会出发，对证券公司行政清理的性质、基本工作流程及在工作实践中应予关注的若干重点问题进行了探讨。

### 【关键词】

证券公司 行政清理

证券公司行政清理是一项全新的综合性业务，这项工作涉及面广、专业性及系统性强、工作内容繁杂并具有较高的政治和社会敏感性，无论是中国证监会还是对直接承担相关工作的其他政府部门及各类中介机构而言，都是很大的挑战。从2005年初证监会在全国范围内正式启动大规模的高风险证券公司风险处置工作起，至2007年底全面收口的三年时间里，经过各托管、行政清理机构的实践与探索，对于高风险证券公司退市及行政清理机制，已积累了一些比较成功的经验，并形成了系统化的业务流程。2008年4月23日《证券公司风险处置条例》的颁布，应归属于对过去三年来已建立的证券公司行政清理工作机制及工作内容的阶段性总结和法律层面上的系统性确认。

笔者有幸作为证监会委任的某证券公司行政清理组负责人，在证监会的直接领导下，自2005年8月底至2007年末的近两年半时间里，全面系统地参与了该证券公司的行政清理工作，现抛砖引玉，将工作中的若干心得与体会与大家分享交流。

### （一）证券公司行政清理的性质及基本工作流程

根据《证券公司风险处置条例》第二十一条的规定，证监会撤销具备撤销条件的高风险证券公司时，应当做出撤销决定，并按照规定程序选择律师事务所、会计师事务所等专业机构成立行政清理组，对该证券公司进行行政清理。可见，在证券公司行政清理中，行政清理组是由行政机关组织成立的，其权力来自于行政机关的授权或委托，其行为性质

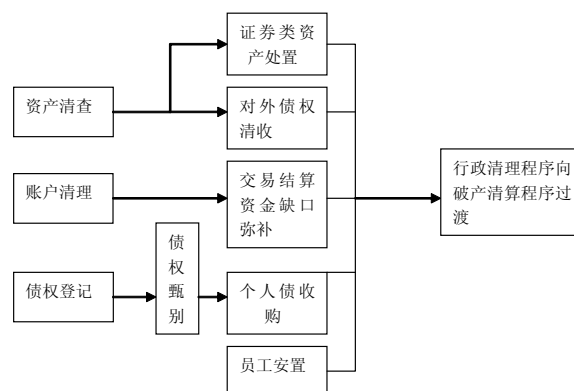
应属行政行为的范畴，不同于司法破产中由法院指定破产管理人进行破产清算或公司自行解散中由股东（或其他主体）组织成立清算组进行清算，这一特征亦是行政清理组这一称谓冠以“行政”二字的原因之所在。

此外，由于证券公司自身所具有的种种特殊性，使得证券公司因被证监会撤销而进行的行政清理程序远比一般公司的清算程序复杂。从法律意义上而言，一般公司的清算主要是为了有效保全公司资产，平等保护全体债权人的利益，而证券公司的行政清理除具有保全公司资产、保护债权人利益的目的外，还涉及到广大证券投资者的切身利益，并同金融市场的安全及社会秩序的稳定息息相关，具有较大的敏感性与特殊性，因此，在证券公司的行政清理工作中存在着很多与普通公司清算不同的做法。例如，为了在撤销证券公司的同时及时防范和化解社会风险和金融风险，在证券公司行政清理期间，证券公司所属各营业部的正常经营是不能中断的，因此监管部门一般同时按照规定程序选择其他证券公司对被撤销的证券公司各营业部实施托管经营<sup>1</sup>。又如，鉴于行政清理工作的敏感性与特殊性，被撤销证券公司的股东不得自行组织清算，亦不得参与行政清理工作<sup>2</sup>。

《证券公司风险处置条例》第二十二條通过对行政清理组职权的规定界定了证券公司行政清理的主要工作内容，即：管理证券公司的财产、印章和账簿、文书等资料；清理账户，核实资产负债有关情况，对符合国家规定的债权进行登记；协助甄别确认、收购符合国家规定的债权；协助证券投资者保护基金管理机构弥补客户的交易结算资金；按照客户自愿的原则安置客户；转让证券类资产等。

根据实践经验，笔者从具体操作层面将证券公司的行政清理工作总结为如下三个阶段：第一阶段为行政清理的初期工作，这一阶段的工作内容主要包括三个方面，即资产清查、账户清理和债权登记，这三项工作是证券公司行政清理的基础性工作，也是顺利开展下一阶段工作的前置条件；第二阶段为行政清理的中期工作，这一阶段的工作内容主要包括五个方面，即证券类资产处置、客户交易结算资金缺口弥

补、个人债权甄别及收购、对外债权清收及员工安置；第三阶段为行政清理的收尾工作，这一阶段的工作内容主要是完成行政清理程序向司法破产程序的过渡。上述各阶段工作的逻辑关系如下图所示：



## （二）证券公司行政清理工作中若干应重点关注的问题

### 1、账户清理

账户清理是证券公司行政清理中的一项重要基础性工作，主要工作内容是对被处置证券公司的所有证券账户及相关业务资料进行全面核查与清理，其主要目的是确定客户交易结算资金状况，为被处置证券公司客户交易结算资金缺口弥补工作及交易结算资金第三方存管工作提供基础性依据，同时避免可能发生的账户资产转移风险。

为规范各托管清算机构进行全面账户清理工作，证监会发布了一系列指导性文件，这些文件对账户清理工作的程序、标准、要求、分工及分类处理措施均作出了比较明确的规定<sup>3</sup>。各托管清算机构依据这些规范性文件的规定，结合具体清算工作及被处置证券公司的实际情况，分别制定了各自的账户清理方案，并予以实施。

根据上述文件的规定，账户清理工作一般以高风险证券公司被处置日（即托管清算日）作为清理基准日，清理范围涵盖被处置证券公司的系统内账户、系统外账户、客户交易

1 《证券公司风险处置条例》第24条：“行政清理期间，被撤销证券公司的证券经纪等涉及客户的业务，由国务院证券监督管理机构按照规定程序选择证券公司等专业机构进行托管。”

2 《证券公司风险处置条例》第23条：“被撤销证券公司的股东会或者股东大会、董事会、监事会以及经理、副经理停止履行职责。行政清理期间，被撤销证券公司的股东不得自行组织清算，不得参与行政清理工作。”

3 这些指导性文件包括：《关于加强高风险证券公司账户清理工作的通知》（证监风险办[2005]62号）、《关于加强证券公司风险处置中有关工作的通知》（证监风险办[2005]82号）、《关于印发〈高风险证券公司账户清理工作指引〉的通知》（证监风险办[2005]111号）、《关于印发〈被处置证券公司账户清理工作指引〉的通知》（证监风险办[2007]84号）等。

结算资金存款账户及结算备付金账户，主要工作流程包括数据整理、甄别确认、重点核查及账户规范等环节。根据《证券公司风险处置条例》第二十七条的规定，在账户清理工作完成后，行政清理组清理被撤销证券公司账户的结果，应当经具有证券、期货相关业务资格的会计师事务所审计，并报证监会认定。

尽管从理论上而言，账户清理工作目前已有比较成熟的工作流程，但该项工作的具体实施过程却远比理论复杂。由于账户清理工作内容庞杂、专业性强、人员需求量大，对于律师事务所而言，仅依靠自己的力量是很难完成该项工作的，因此，在律师事务所主导证券公司行政清理项目的情况下，应多依靠托管方及会计师事务所的力量，相互配合，共同完成该项工作。

此外，为增强账户定性工作的准确性，对于某些在定性过程中存有疑问的账户，有必要与相应客户进行联系，要求客户对账户的详细情况进行说明，并认真听取客户对该账户定性的意见或对某些问题的申辩，同时还应尽可能的查询多方面资料，在此基础上最终确定账户的性质。

## 2、债权登记及个人债权甄别确认

行政清理期间的债权登记工作主要有两方面的目的：第一，收集对被处置证券公司的个人债权资料，为个人债权甄别确认及收购工作奠定基础；第二，核实被处置证券公司对外负债的情况，为破产案件受理法院了解被处置证券公司的对外负债提供参考依据。其中，前者是债权登记工作的主要目的，从一定意义上而言，行政清理期间的债权登记工作实际上是个人债权收购工作的一个环节。

行政清理期间债权登记的基本程序及要求在四部委（中国人民银行、财政部、银监会、证监会）联合发布的几个规章中进行了规定<sup>4</sup>。在实际操作中，各托管清理机构主要是在上述文件的指引下，参照司法破产中的债权登记程序制定具体的债权登记方案。行政清理组可根据实际情况确定债权登记的开始时间及安排债权登记的具体地点和经办人员，但应采取必要措施将债权登记工作和营业部的正常经营作适当隔离，以避免债权登记对营业部的正常经营产生影响。同时，

行政清理组还应在正式开展债权登记工作前，预先做好经办人员的业务培训工作及登记所需资料（如登记公告、空白登记表格、登记数据统计表等）的准备工作，并在登记期间做好对债权人的解释工作。另外，考虑到在债权登记过程中可能会有突发事件发生，提前做好安全工作预案也是很有必要的。

债权登记的后续工作是对个人债权进行甄别确认，根据现行个人债权收购政策的规定，对个人债权进行甄别确认的机构是由被处置证券公司所在地省级人民政府组织成立的个人债权甄别确认小组。我们在具体工作中的体会是：及早协调监管部门促请当地政府成立个人债权甄别确认小组，并尽快开展对个人债权的甄别确认工作是十分必要的，如能在债权登记的同时便开始进行个人债权的甄别确认工作，将能有效缩短甄别确认的时间，有利于行政清理组及早根据甄别确认结果提出收购个人债权的申请。

## 3、个人债权收购与客户交易结算资金缺口弥补

以保护基金贷款收购个人债权及弥补客户交易结算资金缺口的工作基本上是一些程序性的事项，由于证监会针对这项工作已建立了比较系统的规范体系来指导各托管清理机构的工作，因此，对于各托管清理机构而言，其主要工作是如何在证监会有关文件的指引下，结合自己的具体情况制定切合实际的保护基金申请及使用方案，并组织实施。根据我们的工作体会，在申请、使用保护基金收购个人债权及弥补客户交易结算资金缺口的具体工作实践中，应注意以下几方面的问题：

### （1）专项审计

为规范个人债权及客户交易结算资金的专项审计工作，证券投资者保护基金有限责任公司制定了《个人债权及客户证券交易结算资金专项审计管理办法（试行）》，作为各托管清理机构及专项审计机构实施个人债权及客户交易结算资金的专项审计的指引。根据上述文件精神，结合我们在实际工作中的体会，我们认为在具体工作中应把握好以下几点：

首先，专项审计机构的选任应符合证监会的有关规定。

《个人债权及客户证券交易结算资金专项审计管理办法（试行）》对承担个人债权及客户证券交易结算资金专项审计工作的会计师事务所应具备的条件做出了规定，行政清理组在

<sup>4</sup> 即《个人债权及客户证券交易结算资金收购意见》、《个人债权及客户证券交易结算资金收购实施办法》、《关于证券公司个人债权及客户证券交易结算资金收购有关问题的通知》等文件。

聘请会计师事务所开展专项审计工作时一定要严格遵循这些规定,否则会计师事务所出具的审计报告可能无法得到监管部门的认可。

其次,专项审计的工作程序及内容应符合证监会的要求。在专项审计工作中,审计项目、审计标准、审计依据、审计程序及审计报告的格式与内容都要符合《个人债权及客户证券交易结算资金收购意见》、《个人债权及客户证券交易结算资金收购实施办法》、《关于证券公司个人债权及客户证券交易结算资金收购有关问题的通知》及《个人债权及客户证券交易结算资金专项审计管理办法(试行)》等文件的规定。为确保会计师事务所最后的工作成果符合证监会的要求,行政清理组有必要根据证监会的上述规定在与会计师事务所签订的审计业务约定书中做出相应约定。

再次,要协调好专项审计与账户清理及个人债权甄别确认工作之间的关系。这里有两方面的问题值得注意:其一是要协调好账户清理与客户交易结算资金专项审计之间的关系,特别是在由律师事务所主导证券公司行政清理的情况下,行政清理组如何在聘请会计师事务所开展客户交易结算资金专项审计工作的同时,依靠其力量完成账户清理工作,值得认真考虑;其二是要协调好个人债权甄别确认工作与个人债权专项审计之间的关系,由于个人债权的甄别确认机构为被处置证券公司所在地的省级政府,我们在专项审计过程中一方面要尊重个人债权甄别确认机构的甄别确认结果,保持审计结论同甄别确认结果的一致性;另一方面,专项审计机构还应坚持自己的独立性,对于在审计过程中发现的甄别确认结论明显违反国家政策的情况,应在有关报告中予以披露。

## (2) 保护基金的使用与管理

根据《证券投资者保护基金申请使用暂行办法》的有关规定,行政清理组应预先在受托银行(即保护基金公司委托代理保护基金发放的商业银行)开立保护基金存款账户,专门用于核算承借的保护基金,并应及时将账户开立情况报证监会授权机构、人民银行当地分支机构和保护基金公司备案。另外,为配合各地个人债权收购款的发放工作,行政清理组还应在各地办理个人债权收购手续的受托银行分支行开立保护基金存款账户,专门用于收购个人债权。

以保护基金弥补客户交易结算资金缺口的工作必须和

客户证券交易结算资金第三方存管工作同步进行,即保护基金的拨付必须与各营业部客户交易结算资金第三方存管上线工作对资金的需求情况结合起来,做到“弥补一家,上线一家”,保护基金的拨付路径为从受托银行的保护基金存款专户至第三方存管账户。以保护基金收购个人债权则需先根据各地需收购的个人债权情况制作个人债权收购清单,并出具个人债权收购资金划拨通知书,一并提交受托银行分支行,然后再由受托银行按照一定的程序在收回各债权人个人债权甄别确认函(该函由行政清理组提前向债权人发放,是债权人领取收购款的凭证)的同时,向其支付收购款。

在收购个人债权及弥补客户交易结算资金缺口的过程中,可能会出现既定收购范围发生变化的情况,行政清理组应根据具体情况及时调整保护基金的使用额度及使用计划,并将相关情况向证监会及其授权机构、保护基金公司报告。在使用保护基金收购个人债权和弥补客户证券交易结算资金缺口的工作完成后,行政清理组应将剩余资金(及利息)划回保护基金公司在受托银行开立的保护基金存款专用账户,并根据实际使用保护基金的情况调整相应的借款金额,同时,行政清理组还应及时汇总保护基金使用情况和风险处置工作情况,并向证监会及其授权机构、保护基金公司报告。

## 4、证券类资产处置

证券类资产处置是指通过一定的方式,将被处置证券公司与证券业务(主要是经纪业务)存在直接关系的经营性资产一并转让给其他的证券公司。根据《证券公司风险处置条例》第二十二條的规定,证券类资产,是指证券公司为维持证券经纪业务正常进行所必需的计算机信息管理系统、交易系统、通信网络系统、交易席位等资产。证券类资产处置是证券公司行政清理工作的核心内容之一,是证券公司风险处置过程中的关键性程序,其目的是通过资产处置,平稳转移被处置证券公司的原有经纪业务及客户,为被处置证券公司顺利退出市场创造条件。

总结我们在被处置证券公司证券类资产处置工作中的各方面经验,我们认为有如下几点建议值得在行政清理工作中予以考虑:

第一,在正式开展证券类处置工作前一定要认真研究证监会制定的《高风险证券公司证券类资产处置指导意见》

，同时对各类有关证券类资产处置的成功案例多多学习和借鉴，在此基础上根据被处置证券公司的实际情况制定出切合实际的证券类资产处置方案。

第二，在对证券类资产实施公开询价的过程中，应以“内容合法，程序公开”作为工作的基本指导思想，做到询价内容符合国家法律、法规、规章及相关政策的规定，询价程序公开且完善。对于询价过程中的重大事项应及时、充分地向各询价参与人通报，并应从程序上保证各询价参与人公平参加询价过程的权利。

第三，在确定受让方后，行政清理组应在坚持基本原则的前提下，本着双赢的目的，尽可能全面地与受让方就涉及证券类资产转让的各方面问题进行谈判，并将谈判达成的意见落实在证券类资产转让合同的条款中。

第四，在证券类资产转让合同签订后，行政清理组应根据具体情况采取一定措施督促受让方及时履行合同。受让方以各种理由延迟支付或拖欠受让款的情况在实践中是存在的，对于这一问题，行政清理组在合同签订后应有必要的心理准备，并应视情况及早研究解决方案。

## 5、员工安置

员工安置是证券公司行政清理进入收尾阶段前的最后一项重要工作。这项工作涉及被处置证券公司所有员工的切身利益，并与社会稳定息息相关，具有较强的复杂性与敏感性，是行政清理工作中一个较为棘手的问题。由于员工安置工作的特殊性与灵活性，证监会并未针对这项工作制定专门的指导意见，仅在针对证券类资产处置工作的指导意见中，就经纪业务员工的安置问题提出了“人随业务走”的要求，各托管清理机构在实践中一般是本着合法合规的原则，在维护社会稳定的前提下，根据自身的实际情况开展该项工作。

对于不同的证券公司行政清理项目而言，员工安置工作总是与该项目的各方面实际情况结合在一起的，有着各自的不同侧重点和特殊情况，这里，我们将结合我们自身的具体工作经验，谈一谈开展这项工作时应予注意的几个问题：

第一，应及早开始有关员工安置的各项准备工作，以提高员工安置工作的效率。员工安置的前期准备工作最好能在行政清理组进场初期完成与公司员工的磨合后即开始，因为在此阶段，员工对行政清理组的配合度较高，行政清理组可

以充分利用这一时机，借助公司的力量完成对后期员工安置工作所需各类信息及资料（包括员工入司时间、工资情况、劳动合同签订的情况、个人特殊情况、公司的各项福利待遇、员工社保及住房公积金缴纳情况等）的收集。

第二，在正式开展员工安置工作前，应根据各方面情况制定全面、翔实的员工安置方案，为后续工作做好安排。根据我们的经验，在员工安置工作开始前制定好切实可行的安置方案并做好人员及时间安排，是员工安置工作能够顺利进行的必要条件之一。员工安置方案的制定应以符合法律、法规、规章及国家有关政策的规定为基本前提，同时应与被处置证券公司的实际情况相结合，平衡各方面利益冲突，并充分考虑在员工安置过程中可能出现的各类问题，力求制定出来的方案合理、合法，对安置工作的开展具有实际指导意义。

第三，在员工安置工作中应多与员工进行沟通，并充分听取员工的意见，在坚持合法合规的前提下，为员工解决实际问题，切实保护员工的合法权益。员工安置工作要想开展下去，必须得到员工的认同与支持，因此行政清理组在整个员工安置工作中都应员工进行充分的交流与沟通，多做换位思考，听取员工代表关于员工权益方面的意见和要求。对于符合法律、法规 and 政策的合理要求，行政清理组应本着维护员工合法权益的原则予以考虑，对于违反法律法规的不合理要求，行政清理组应采取一定的策略进行回绝，并耐心地向员工就相关问题进行解释，做好员工的思想工作。

第四，在员工安置工作中应与劳动部门及破产案件受理法院保持密切联系，对于安置工作中的重大问题应及时与其进行沟通，在达成一致意见后再组织实施，以杜绝工作中可能出现的疏漏与隐患。我们在被处置证券公司员工安置方案的制定阶段，曾采取立场协调会的形式，多次邀请劳动行政、劳动仲裁、社保机构、住房公积金管理及法院等部门的有关负责同志与会，专题讨论员工安置工作中的各种重要问题，并就员工安置方案的具体内容征求上述各有关部门的意见。另外，在安置方案的具体实施过程中，对于某些重大或复杂问题的处理，我们也在事前向有关政府部门进行通报，听取他们的意见。实践证明，这些方法和步骤对被处置证券公司员工安置工作的顺利进行起到了极大的促进作用，并能有效减少行政清理组在员工安置工作中的潜在风险。

第五，员工安置宜采用“先易后难，逐步安置”的工

作方式,有计划、有步骤地将工作逐步向前推进。由于员工安置涉及到“人”的问题,因此在实际操作中往往是阻力重重,而且大部分阻力都是人为因素造成的。对于行政清理组而言,如何在具体工作中应对员工的不安与抵触情绪,将安置工作顺利向前推进,事关社会稳定的大局。因此,我们建议应区别不同员工的具体情况,分别采取不同的安置策略。对于与行政清理组的安置意见分歧小且配合度较高的员工,应尽量加快其安置工作的进度,将其作为初期安置工作的重点,在安置过程中可考虑对其利益作适当倾斜,力争早日形成安置工作的突破口。对于与行政清理组的安置意见分歧大且抵触情绪较高的员工,可留待员工安置进行到一定阶段后再开始其安置工作,通过增加其心理压力的方式促使其接受安置条件。

#### 6、行政清理程序向司法破产程序的过渡

绝大部分高风险证券公司在被撤销时已处于事实上的资不抵债状态,因此对其进行行政清理的最终目标是在维护社会稳定的前提下,为证券公司的司法破产创造条件。因此,在各方面条件成熟的情况下,行政清理组应适时向法院提出破产申请,争取早日进入司法破产程序,实现行政清理程序的终结。

由于证券公司破产问题的特殊性与敏感性,法院在受理证券公司破产案件时,一般采取比较谨慎的态度,除要求证券公司满足企业破产的法定条件外,还需符合一系列特殊条件。最高人民法院副院长奚晓明在“全国部分中、高级人民法院审理证券公司破产案件座谈会”上,对法院受理证券公司破产案件的各方面特殊条件进行了归纳,目前,各级法院在受理证券公司破产案件时一般以奚晓明副院长的讲话作为其基本指导原则。

尽管正式的破产申请工作须待所有前置条件基本成就后方可开展,但在该项工作正式开展之前,与破产案件受理法院就某些与破产申请相关的工作及问题进行前期沟通,是非常有必要的。前期沟通的内容至少应包括以下三个方面:

第一,有关各项破产申请前置条件的完成度问题。行政清理组应在开展破产申请的各项前置工作的同时同法院进行必要的沟通,明确法院对这些工作有什么特别的要求以及工作应做到何种程度可以被法院接受,以免为将来的破产申请

工作留下隐患。

第二,有关破产材料的准备问题。为保证破产申请工作的效率,行政清理组在准备破产申请所需的各方面材料时同法院进行充分沟通是非常重要的。行政清理组有必要在向法院提交正式的破产申请材料前,就破产申请材料的各方面事项事先征求法院的意见,包括破产申请材料的内容、破产申请材料的格式、破产申请材料的份数等等,如果这些材料在正式向法院提交前便已得到了法院的初步认可,将会大大缩短法院正式审核这些材料的时间,并能有效避免因前期沟通不足所造成的返工,有利于提高破产申请工作的效率。

第三,有关工作及财务的交接问题。在行政清理组向法院提交正式的破产申请材料以前,行政清理组有必要同法院进行充分的沟通与协商,确定法院在宣告被处置证券公司破产后,接管被处置证券公司时的工作及财务交接问题。这里,行政清理组必须同法院至少敲定以下两个问题:其一,行政清理组在将被处置证券公司移交给法院后,其在破产清算阶段的身份与职责如何界定。其二,在行政清理组将被处置证券公司的财务管理权移交给法院后,行政清理组在公司破产清算期间为处理各项前期未完结事务所需的费用必须得到保障。

法院在宣告被处置证券公司破产后,将指定破产管理人依法对破产证券公司进行破产清算。在行政清理组不担任破产管理人的情况下,如何做好行政清理组与破产管理人之间的工作衔接也是一个应值得我们认真考虑的问题。我们认为,为提高行政清理组同破产管理人各方面交接工作的效率,保证行政清理工作向司法破产工作的平稳过渡,行政清理组在向破产案件受理法院提交破产申请时,有必要同法院进行沟通,建议其安排将来的破产管理人成员尽早进入公司现场,熟悉公司的各方面情况及行政清理组的各项工作,并可就公司的资产及资料进行预先交接,这样一旦被处置证券公司被宣告破产,破产管理人便能在较短的时间内将司法破产工作同行政清理工作衔接起来。

总而言之,由于证券公司行政清理工作的新颖性、复杂性、社会性、高风险性,上文仅就我们在从事这一工作过程中曾经面临的一些带有普遍性的问题,做了简要的介绍和分析总结,管中窥豹,供各位同仁借鉴,并欢迎批评指正。

# 证券公司融资融券业务 主体法律关系探析



周杨律师 北京

## 【摘要】

融资融券业务作为我国证券市场即将开展的一种新型交易方式，涉及诸多复杂的法律关系，本文从融资融券业务主体法律关系角度，探讨了证券公司及客户之间因参与融资融券业务所产生的委托关系、借贷关系及担保关系，以助于广大市场参与主体充分了解自身在融资融券业务中的相关权利义务，避免不必要的法律纠纷。

## 【关键词】

融资融券 主体法律关系

2008年12月1日，中国证监会《证券公司业务范围审批暂行规定》正式实施，这意味着监管部门受理证券公司融资融券业务申请的闸门已正式打开，融资融券业务的脚步离我们也越来越近了。融资融券业务将从根本上改变了我国证券市场单边的盈利模式，其推出为市场提供了双向机制，为广大投资者带来了新的双边盈利机会。同时，融资融券业务的开展也有利于优化证券公司的盈利结构，更有利于其长远发展。但是，作为我国证券市场的一种新型的交易方式，融资融券业务在运作时涉及诸多方面，产生的法律关系也较普通的证券经纪业务复杂，不论是对证券公司而言，还是对投资者而言，充分了解相互之间在融资融券业务中的法律关系及相应的权利义务内涵，有利于其合法有效的参与这一新业务，维护自身的合法权益并避免不必要的法律纠纷。

根据《证券公司监督管理条例》第四十八条的规定，证券公司融资融券业务是指在证券交易所或者国务院批准的其他证券交易场所进行的证券交易中，证券公司向客户出借资金供其买入证券或者出借证券供其卖出，并由客户交存相应担保物的经营活动。根据《证券公司监督管理条例》、《证券公司融资融券业务试点管理办法》及证券交易所配套实施细则的有关规定，证券公司融资融券业务的基本模式为：投资者与证券公司签订融资融券合同并明确双方在融资融券业务中的权利义务，证券公司按照与投资者签订的融资融券合同的约定，向投资者收取一定比例和数量的保证金作为担保物，在证券买卖成交后的结算过程中，为投资者垫付买卖证券时不足部分的资金或者证券，与投资者形成借贷关系，并以买入的证券或者卖出所得的价款作为担保物，投资者在约定期间内以相反方向的买卖（卖券还款、买券还券）或以现金、现券方式进行偿还。可见，证券公司融资融券业务的主体主要包括两方，即证券公司和投资者，其相互之间的法律

关系则主要包括以下三方面：第一、证券公司与投资者之间的委托关系；第二、证券公司与投资者之间的借贷关系；第三、证券公司与投资者之间的担保关系。本文现就此三方面法律关系略作探析。

### 一、证券公司和投资者之间的委托关系

投资者要在证券交易过程中从证券公司处获得融资或融券，必须首先与证券公司建立一般的证券经纪业务委托关系，即成为证券公司的客户，在此基础上方可与证券公司进一步建立融资融券业务关系。可以说，证券公司与投资者之间的委托关系是证券公司向投资者提供融资或融券服务的前提条件，如果一个证券公司为其他证券公司的客户提供出借资金或证券的服务，则不能认为其行为属《证券公司监督管理条例》及《证券公司融资融券业务试点管理办法》所指的融资融券业务，只能构成类似借贷性质的行为。

与一般的证券交易相同，在融资融券交易中，客户委托作为证券经纪商的证券公司代其买卖证券，证券公司为客户进行交易申报，成交后以结算参与人的名义参与登记结算公司组织的清算、交割。在此情况下，证券公司必须严格按照客户的指令履行代理交易职责。根据我国法律的有关规定，在证券公司与投资者之间的委托法律关系中，双方当事人应该享有的权利和承担的义务如下：

1、证券公司享有的权利主要有：第一、证券公司有权请求投资者向其支付一定的代理费用，也即通常所说的佣金或买卖证券需付的手续费；第二、在代理委托事项完成后，作为受托方的证券公司有权请求作为委托方的投资者承担委托事项的法律后果，也即投资者必须为证券公司代其买入的证券支付一定数额的款项，或接受证券公司代其出售证券所得之款项。证券公司承担的义务主要有：第一、在办理委托事项的过程中，应该尽到勤勉、谨慎和忠实的义务；第二、按双方约定，及时将委托事项的完成结果交付给投资者；第三、当证券公司因自身过错而导致投资者受到损失时，必须承担损害赔偿的法律责任。

2、投资者享有的权利主要有：第一，投资者有权要求证券公司向其及时交付委托事项的完成结果；第二，因证券公司的过错给投资者造成损失的，投资者有权要求证券公司向其赔偿损失。投资者承担的义务主要有：第一，投资者应按

照与证券公司的约定向其支付证券公司因从事托付事项所应获得的代理费用；第二，投资者有义务承担证券公司所交付的委托事项的完成结果。

### 二、证券公司和投资者的借贷关系

投资者在证券公司开展融资融券交易时，仅需支付部分买入证券的资金或提供部分拟卖出的证券，其余部分在证券买卖成交后由证券公司办理结算时垫付。因而，证券公司与投资者之间形成了一种借贷（债权债务）关系，即证券公司为债权人，投资者为债务人。此外，尽管证券公司和投资者在签订融资融券合同时，通常会就提供融资融券以及担保的内容同时加以约定，但是担保行为和提供融资融券的行为，毕竟是两个不同层面上的法律行为，而且担保行为以借贷行为的存在为前提，并随着借贷行为的消失而消失。因此，证券公司与投资者之间的借贷法律关系是证券公司融资融券业务中的基础法律关系。根据我国法律的有关规定，在证券公司与投资者之间的借贷法律关系中，双方当事人应该享有的权利和承担的义务如下：

1、证券公司享有的权利主要有：第一、期限届满之后，有权收回借贷给投资者的一定数额的资金或证券。第二、有权请求投资者支付一定的融资利息或融券费用。证券公司承担的义务主要有：在投资者缴纳一定比例的保证金之后，根据保证金比率的规定，借贷给投资者一定数额的资金或证券。

2、投资者享有的权利主要有：对于从证券公司处借入的资金和证券享有所有权，有权对之自由处分。投资者承担的义务主要有：期限届满之后，应该向证券公司归还所借入的一定数额的资金或证券，并支付一定的融资利息或融券费用。

在实际操作中，判断证券公司与投资者之间是否存在借贷关系的法律标准，主要是看在双方签订的合同中是否包含借款合同的基本条款，如证券公司承诺按照约定为投资者的信用交易提供相应的资金或证券，投资者作为资金或证券的使用人，向证券公司承诺到期归还资金和证券及相应利息或手续费。单就借贷关系层面而言，证券公司和投资者之间订立的融资融券合同具有如下特点：

1、融资融券合同属于要式合同。所谓要式合同，是指法律规定必须具备一定形式的合同。在开展融资融券交易的国家和地区，其证券法律法规或业务规则中，一般要求当事

人之间订立的融资融券合同必须采用书面形式，有的甚至明确规定了书面合同所应记载的事项和范围。如我国《证券公司融资融券业务试点管理办法》第十三条规定：证券公司在向客户融资、融券前，应当与其签订载入中国证券业协会规定的必备条款的融资融券合同，明确约定下列事项：（1）融资、融券的额度、期限、利率（费率）、利息（费用）的计算方式；（2）保证金比例、维持担保比例、可充抵保证金的证券的种类及折算率、担保债权范围；（3）追加保证金的通知方式、追加保证金的期限；（4）客户清偿债务的方式及证券公司对担保物的处分权利；（5）融资买入证券和融券卖出证券的权益处理；（6）其他有关事项。

2、融资融券合同属于诺成合同。所谓诺成合同，是指以缔约当事人意思表示一致为充分成立条件的合同，即一旦缔约当事人的意思表示达成一致，合同即告成立。一般而言，在证券公司与投资者双方在融资融券合同上完成签章后，该合同即告成立，至于合同内容涉及的借贷标的物，即一定数额的资金和证券是否已交付同融资融券合同的成立并无关系。

3、融资融券合同属于双务合同。所谓双务合同，是指当事人双方互相承担对待给付义务的合同，在双务合同中，当事人双方均承担合同义务，并且双方的义务具有对应关系，一方的义务就是对方的权利，反之亦然。融资融券合同成立生效之后，证券公司负有按约定为投资者融资或融券并代办交割的义务，而投资者负有支付融资利息或融券手续费的义务以及提供相应担保品的义务。

4、融资融券合同属于有偿合同。所谓有偿合同，是指当事人一方享有合同规定的权益，须向对方当事人偿付相应代价的合同。在融资融券合同中，投资者在享有证券公司为其证券交易提供一定数额资金和证券的同时，须向证券公司承担按期返还所借入的资金或证券，并支付一定的融资利息或融券费用的义务。

5、融资融券合同属于格式合同。所谓格式合同，是指当合同一方当事人与多数相对人缔结相同的合同时，为了重复使用而事先拟定好格式化的合同条款，由相对人决定是否接受的合同，相对人没有就合同条款进行协商的自由，只能概括的接受或不接受全部条款。在证券公司融资融券业务中，投资者与证券公司建立融资融券业务关系时，只可以在证券公司提供的融资融券合同上签名认可，而没有和证券公司讨

价还价的余地。实践中，为避免证券公司利用其优势地位通过格式合同侵害投资者的合法权益，监管部门对融资融券合同的内容进行了必要的限制与要求。

### 三、证券公司和投资者的担保关系

根据《证券公司监督管理条例》及《证券公司融资融券业务试点管理办法》的规定，在证券公司融资融券业务中，投资者除了事先必须缴纳一定数额的资金（或以证券折抵）作为担保其因向证券公司借入资金或证券所生债务的保证金之外，其融资所购入的证券以及融券卖出所得的价款，也必须存放在证券公司处作为担保物，以确保证券公司实现其债权。此外，当投资者担保物的价值与投资者的债务比例低于规定的最低维持比例时，投资者还须根据证券公司的要求在一定期限内向证券公司补交差额，作为追加担保物，否则，证券公司可处分担保物以清偿债务。可见，在证券公司融资融券业务中，证券公司与投资者之间还存在着担保法律关系。

担保法律关系的确立是融资融券业务中的重要环节之一，它不仅能为证券公司的债权实现提供保障，也是监管部门及证券交易所控制市场信用风险和过度投机的必要手段，即通过调节保证金比率达到控制信用扩张规模的效果，防止证券市场过热。这种担保关系既具有一般担保物权的普遍性特征，同时也具有其自身的独特之处。例如，由于证券价格的持续波动性会导致担保物的价格或被担保债权的价值不断发生变化，从而导致担保物对主债权的担保能力也处于不断变化之中，因此融资融券业务中的担保关系要求投资者应承担维持担保物价值的义务，即当因证券价格波动达到一定程度导致投资者所提供担保物价值与其债务比例不足担保维持率时，证券公司有权要求投资者在一定期限内补交差额以维持担保物价值，否则证券公司即可按照融资融券合同的约定自行对担保物进行处置，而无需等到主债权的期限届满。此外，在一般的担保法律关系中，担保权人不能对担保物进行使用收益，但是在有些国家或地区（如美国、日本、香港等）的融资融券业务实践中，证券公司可以将某一投资者提供的担保物作为融资融券的标的再借贷给其他投资者或用于其向其他金融机构的融资融券进行担保。

融资融券业务中的担保关系涉及的担保物主要包括融资融券初始保证金、基本担保物和追加担保物三大类。融资融

券初始保证金是指投资者在参与融资融券业务时应向证券公司缴纳的一定比例的保证金（可用证券冲抵）。基本担保物是指投资者融资买入的证券和融券卖出所得之价款。追加担保物是指因证券价格上涨或下跌导致初始保证金及基本担保物价值与投资者所负债务比例不足以维持担保关系，投资者根据证券公司的要求应补交的维持保证金（可用证券冲抵）。根据我国法律的有关规定，在证券公司与投资者之间的担保法律关系中，双方当事人应该享有的权利和承担的义务如下：

1、证券公司享有的权利主要为：对投资者所缴纳的保证金、投资者融资买入的证券以及投资者融券卖出所得的价款享有担保权，在担保物价值实际维持率低于最低限度时，有权要求投资者追加担保物，否则证券公司可以行使其担保权，强行平仓以清偿债务。证券公司承担的义务主要为：证券公司负有妥善保管担保物的义务，因保管不力而导致担保物灭失或毁损的，证券公司应承担相应的赔偿责任。

2、投资者享有的权利主要为：有权要求证券公司妥善保管其作为担保物的证券或资金，如因证券公司保管不力而导致投资者无法下单交易时，投资者有权要求证券公司赔偿其损失；在完成对证券公司所负债务在清偿后，有权要求证券公司返还其担保物。投资者承担的义务主要为：提供担保物，即保证金、融资买入的证券和融券卖出所得的价款，在担保物价值明显减少的情况下，有义务追加担保物以维持担保物价值与担保债务的约定比率，并承担证券公司因投资者无法履行补足担保物价值义务而进行强制平仓所引起的不利后果。

此外，根据《证券公司监督管理条例》及《证券公司融资融券业务试点管理办法》的规定，投资者用于担保其债务的担保物（投资者证券担保账户内的证券和投资者资金担保账户内的资金）的法律性质为信托财产。中国证券业协会制定的《融资融券合同必备条款》第六条对这一信托关系的设立进行了细化，即要求证券公司及投资者通过融资融券合同进行约定，由投资者将其存放于证券公司“证券公司客户信用交易担保证券账户”和“证券公司客户信用交易担保资金账户”内相应的证券和资金转移给证券公司，设立以证券公司为受托人、投资者与证券公司为共同受益人、以担保证券公司对投资者的融资融券债权为目的的信托。在此信托关系

下，投资者为担保证券公司的债权得到偿付，在债权债务关系存续期间，应将保证金、借款买入的证券、融券卖出所得价款、补交的担保物作为信托财产委托给证券公司，由证券公司作为受托人开立名义账户予以存管，在担保目的范围内取得担保标的物的所有权，并以投资者授信账户记载该投资者在信托财产中拥有的受益权，投资者清偿债务后可以取走作为担保物的资金或证券。

这一非典型担保方式在学理上被称为“让与担保”，所谓让与担保是指债务人为确保债务的履行，将标的物的所有权或某种权利转移给债权人，当债务人不履行债务时，债权人可就标的物或该项权利优先受偿的担保方式<sup>1</sup>。在融资融券业务以信托方式建立的担保关系下，债务人为担保债务的履行，在担保期间将担保标的物的所有权信托转移给债权人，而使债权人在担保目的范围内取得担保标的物的所有权，这是一种以担保为信托目的，“附停止条件的返还债务的信托所有权转移”，其停止条件是债务人偿还债务<sup>2</sup>。

与质押等传统担保方式相比，让与担保这一担保方式更符合融资融券业务的特点和需求，有利于充分保护证券公司及投资者双方的合法权益。就作为债权人的证券公司而言，一方面，其在外部分关系上是担保物的所有权人，投资者的其他一般债权人不得主张担保物是投资者的财产而对它申请强制执行；另一方面，其在内部关系上是担保物的担保权人，在投资者出现申请破产的情形时，对担保物有优先受偿权，故即使客户被宣告破产，证券公司的债权也能得到充分的保障。就作为债务人的投资者而言，因其就担保物设定信托，使得担保物属于信托财产，应当受到《信托法》的特别保护，即证券公司的一般债权人不得对信托财产申请强制执行；同时，鉴于让与担保本质上是物的担保制度，投资者对担保标的物具有一种将来可取回所有权的物上期待权，在信托财产已登记、公示的情形下，可根据《民事诉讼法》的规定提起第三人异议之诉，以排除强制执行；此外，由于担保财产是信托财产，作为受托人的证券公司破产时，担保物不属于清算财产。

1 王建源，《让与担保制度研究》，载于《民商法论丛（第10卷）》，北京，法律出版社，1998，第758页。

2 何艳春，《证券公司融资融券业务债权担保的法律分析》，载于《证券市场导报》2008年9月号，第46页。

# 证券公司实际控制人相关问题简析



孙俊霞律师 北京

## 【摘要】

为防止公司实际控制人利用控制权损害股东和债权人的合法权益，我国立法和司法实践越来越重视对公司实际控制人的法律规制。证券公司由于其行业性质的特殊性，监督管理机构对证券公司的实际控制人采取了更加严密的监管措施。本文试图厘清证券公司实际控制人的概念，浅析证券公司实际控制人的认定标准，并对证券公司实际控制人相关监管措施做了简要介绍。

## 【关键词】

证券公司 实际控制人

## 一、证券公司实际控制人的概念

随着现代公司制度的不断发展，很多公司出现了实际控制公司的人并非公司股东的情况。这一控制行为具有隐蔽性，滥用支配权会损害股东（尤其是中小股东）和债权人的合法权益，需要法律加以规制。法律首先需要明确的即是实际控制人的概念。

2006年施行的新《公司法》首次以法律形式明确规定实际控制人的定义，该法规定，实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

但是，证券公司监管中所谓的实际控制人有别于《公司法》意义上的实际控制人。早在2003年，监督管理机构以证监机构字【2003】259号发布了《证券公司治理准则（试行）》，规定了证券公司实际控制人的定义，根据该准则，实际控制人，是指能够在法律上或事实上支配证券公司股东行使股东权利的法人、其他组织或个人。

《公司法》以法律的形式规定了实际控制人的定义，是针对所有公司的一般性法律规定；《证券公司治理准则（试行）》以规范性文件的形式规定了实际控制人的定义，是专门针对证券公司的特别规定。虽然在法律位阶上《公司法》的位阶比《证券公司治理准则（试行）》要高，并且《公司法》相对于《证券公司治理准则（试行）》来说是新法，但是，证券公司具有的行业特殊性决定了其监管的特殊性，所以，判断证券公司的实际控制人应比照法律适用中“特别法优先于普通法”的原则，适用《证券公司治理准则（试行）》

规定。

我们可以通过以上两种实际控制人定义的比较分析进行更深入的理解。证券公司的实际控制人与一般公司的实际控制人的区别主要体现在：

1、一般公司的实际控制人是能够支配公司行为的人，而证券公司的实际控制人则只要求能够支配证券公司股东的行为即可。因此，证券公司的实际控制人可以有很多个，而一般公司的实际控制人一般情况下只有一个。此点为两者的关键区别。

2、一般公司的实际控制人不是公司的股东，而证券公司的实际控制人并无此含义。强调公司的实际控制人不是公司股东，此点应该算是《公司法》关于实际控制人定义的一个小漏洞，因为可能会存在这样一种状况：某股东只持有公司少量股权，但该股东仍可能通过其他协议、安排来实际控制公司，按照《公司法》的定义，这样的情况将被排除在实际控制人之外。

3、一般公司的实际控制人控制的范围是整个公司的行为，而证券公司的实际控制人控制的范围是证券公司股权。

## 二、证券公司实际控制人的认定

根据《证券公司治理准则（试行）》的规定，证券公司实际控制人“是指能够在法律上或事实上支配证券公司股东行使股东权利的法人、其他组织或个人”。这一规定很笼统，以此为依据认定证券公司的实际控制人缺乏可操作性。

实践中，监管机构通常借鉴上市公司实际控制人披露的方式来认定证券公司的实际控制人，即通过方框图配合文字表述来描述证券公司股权的控制关系。但是，对于达到支配的标准、最终追溯人等问题并没有明确、统一的规定。建议监管机构制定相关指引，明确证券公司实际控制人的认定标准。

笔者建议通过以下几点明确证券公司实际控制人的认定标准：

### 1、法律上的支配标准

法律上支配指通过某种法律关系能够支配证券公司股东行使股东权利。由于证券公司的股权不允许托管、代持，所以法律上支配证券公司股东行使股东权利主要是通过持有证券公司股东的股权来实现。持有证券公司股东的股权达到何

种比例能够成为证券公司的实际控制人，这一点需要监管机构予以明确。

### 2、事实上的支配标准

事实上支配指虽然无法律上支配的权利，但通过某种人员或其他安排能够在实际上支配证券公司股东行使股东权利。这种支配方式具有一定的隐蔽性，很难用统一的标准来规定，也因此，《证券公司监督管理条例》规定了实际控制人的告知义务。

### 3、最终追溯人

实际控制人的审查是层层剥茧的一个过程，最终追溯到什么程度需要予以明确。借鉴上市公司实际控制人披露的要求，“实际控制人应披露到自然人、国有资产管理部門，或者股东之间达成某种协议或安排的其他机构或自然人，包括以信托方式形成实际控制的情况”，这一要求同样适合证券公司实际控制人的审查。

## 三、证券公司实际控制人的监管

证券公司监督管理机构通过制定相关政策不断完善对实际控制人的监管制度，尤其是今年出台的《证券公司监督管理条例》对实际控制人的监管进行了更加严密的规定。

### （一）法律依据

与证券公司实际控制人的监管相关的法律法规主要有：

- 1、《证券法》
- 2、《证券公司监督管理条例》
- 3、《证券公司风险处置条例》
- 4、《证券公司治理准则（试行）》
- 5、《公司法》
- 6、《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》

若干问题的规定（二）》

### （二）监管内容

证券公司的监督管理机构对证券公司实际控制人的监管主要体现在实际控制人资格的审查方面，另外，对实际控制人的信息披露也作出了规定。

#### 1、资格审查

并非所有证券公司的实际控制人资格均需审查，是否需要审查主要看实际控制股权的比例。根据《证券法》第一百二十九条的规定，证券公司……变更持有百分之五以上股权

的股东、实际控制人……必须经国务院证券监督管理机构批准。

《证券公司监督管理条例》第十条规定了不得成为持有证券公司5%以上股权的股东、实际控制人的情形，包括：

- 1) 因故意犯罪被判处刑罚，刑罚执行完毕未逾3年；
- 2) 净资产低于实收资本的50%，或者或有负债达到净资产的50%；
- 3) 不能清偿到期债务；
- 4) 国务院证券监督管理机构认定的其他情形。

但并非不具有以上情形的人都可以成为证券公司的实际控制人，监督管理机构还要根据审慎监管原则予以审查确定。

## 2、信息披露

### 1) 告知义务

《证券公司监督管理条例》首次规定了实际控制人的告知义务，以往“不告不理”的间接持股方式已经不通了。

根据《证券公司监督管理条例》第十四条的规定，任何单位或者个人有下列情形之一的，应当事先告知证券公司，由证券公司报国务院证券监督管理机构批准：……（二）以持有证券公司股东的股权或者其他方式，实际控制证券公司5%以上的股权；第七十一条规定，任何单位或者个人未经批准，持有或者实际控制证券公司5%以上股权的，国务院证券监督管理机构应当责令其限期改正；改正前，相应股权不具有表决权。

该条例第八十六条规定了违反告知义务的罚则，从该罚则的力度可见监督管理机构对实际控制人监管力度的加强。

“违反本条例的规定，有下列情形之一的，责令改正，给予警告，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足10万元的，处以10万元以上60万元以下的罚款；情节严重的，撤销相关业务许可。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销任职资格或者证券从业资格，并处以3万元以上30万元以下的罚款：（一）未经批准，……认购、受让或者实际控制证券公司的股权”

### 2) 提供资料、信息的义务

为保证监督管理机构对实际控制人的监管能够有效执行，法律法规规定了监督管理机构对实际控制人的调查权和与之相应的实际控制人向监督管理机构提供有关资料、信息

的义务，同时规定了违反义务的罚则。

《证券法》第一百四十八条规定，……国务院证券监督管理机构有权要求证券公司及其股东、实际控制人在指定的期限内提供有关信息、资料……实际控制人向国务院证券监督管理机构报送或者提供的信息、资料，必须真实、准确、完整；第二百二十二条规定，证券公司或者其股东、实际控制人违反规定，拒不向证券监督管理机构报送或者提供经营管理信息和资料，或者报送、提供的经营管理信息和资料有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款，可以暂停或者撤销证券公司相关业务许可。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，给予警告，并处以三万元以下的罚款，可以撤销任职资格或者证券从业资格。

## 四、小结

从证券公司实际控制人监管工作的发展看，监督管理机构越来越重视实际控制人对证券公司的影响，这是吸取多年来证券公司发展过程中经验和教训的结果。从开始的被动依靠证券公司报告，到如今规定实际控制人的主动告知义务；从只规定义务到设立相应罚则，对实际控制人的监管力度逐步加强，为证券公司的良性发展奠定了基础。

# 浅析期货公司首席风险官制度



郑三明律师 北京

## 【摘要】

为备战即将推出的股指期货，券商对期货公司实行了大范围的“地毯式”收购，为扩大业务范围，期货公司开始了增资扩股的浪潮，期货公司大规模的扩张，带来的是对内部风险控制高级管理人才的急需，期货公司作为现代金融企业，面向大量的公众投资者，其运作不规范、风险管理措施不严密均可能对期货市场产生重大影响，只有建立严格和有层次的内部约束机制，才能保障公众投资者的合法权益。鉴于此，在期货公司治理中，首席风险官作为一个不可缺少的角色应运而生，中国证监会于2007年4月9日发布《期货公司管理办法》，明确期货公司应当设立首席风险官。本文结合新颁布的《期货公司首席风险官管理规定(试行)》，对我国现行的期货公司首席风险官制度作了简要的阐述和分析，同时笔者依据近年来为证券公司、期货公司提供法律服务的实践经验，对我国期货公司首席风险官制度提出立法建议。

## 【关键词】

首席风险官 法律地位 制度 建议

## 一、首席风险官产生的背景

### 1、国内因素

我国期货市场已走过了十多年风风雨雨，在早期发展阶段，期货市场各类风险事件层出不穷，由于对期货市场功能、风险认识不足、法规监管严重滞后，期货公司在运作过程中不可避免地产生各种违规行为，甚至危及到期货公司的生存，因此，前些年的中国期货发展历程，几乎就是一部风险教育史。经过1993和1998年以来的两次清理整顿，我国期货市场渐渐进入了规范发展阶段。然而，风险是无时不存、无处不在的，特别是近期即将推出股指期货等其他金融期货品种，风险控制已成为期货公司日常运行的重中之重。为了确保期货公司能够始终稳定、良性地发展，期货公司必须从制度层面来加以保障，首席风险官正是在这个基础上诞生的。

### 2、国外因素

国外金融机构频频发生的因风控制度不严密而造成巨额损失的事件给我国期货业风险管理敲响了警钟。例如：法国兴业银行2008年1月24日披露，因该银行一名交易员违法股指期货交易行为造成了该行高达49亿欧元的损失，导致该行陷入困境，并直接引发全球股市的一轮暴跌。法国兴业银行一直扮演着世界上最大衍生交易市场领导者的角色，一直被认为是世界上内控制度和风险管理制度最出色的银行之一，可就是这样一个标杆性银行，悲剧发生的根本原因仍然在于监管和风险控制存在漏洞。实际上，相对于法国兴业银行等国际著名投行，我国期货公司的内部治理和风险控制还是相当脆弱的，因此，我国期货公司更应加强风险管理和内部控制体系的建设，重视各种风险控制和管理制度的落实。法国兴业银行事件警示我们，无论资金多么雄厚的金融机构，如果忽视了安全保障和风险防范，都难免遭受市场的惩罚。法国兴业银行事件的暴发加速了我国设立期货公司首席风险官制度的步伐。相信在吸取法国兴业银行事件的惨痛教训后，随着

相关制度的陆续出台，我国期货公司内部治理和风险控制必将得到进一步健全与完善。

## 二、首席风险官的概念和法律地位

2008年4月1日中国证监会发布《期货公司首席风险官管理规定(试行)》(以下简称《管理规定》)，《管理规定》明确首席风险官是负责对期货公司经营管理行为的合法合规性和风险管理状况进行监督检查的期货公司高级管理人员。其不直接介入公司决策和具体的风险管理操作，而是对公司经营管理行为的合法合规性、风险管理进行监督、检查。

由此可以看出，首席风险官是被赋予特殊职责及特殊使命的公司员工，扮演着双重角色。一方面，首席风险官的履行职责行为仍然属于公司内部管理的范畴，其作为公司员工必须服从公司的基本管理制度；但另一方面，以监管的要求设立和被赋予职责的首席风险官，可以直接向中国证监会派出机构汇报且无正当理由期货公司不得免除其职务，从某种意义上赋予了首席风险官在期货公司内部相对独立的权利，其扮演着类似于独立董事的角色。在中国期货史上，对一个单独的职能岗位以规章的形式进行规范尚属首次，足以体现监管部门对期货公司首席风险官制度的高度重视。

## 三、首席风险官制度

### 1、任职资格

- (1) 具有期货从业人员资格；
- (2) 具有大学本科以上学历或者取得学士以上学位；
- (3) 通过中国证监会认可的资质测试；

(4) 首席风险官应当具有从事期货业务3年以上经验，并担任期货公司交易、结算、风险管理或者合规负责人职务不少于2年；或者具有从事期货业务1年以上经验，并具有在证券公司等金融机构从事风险管理、合规业务3年以上经验。

期货公司董事会选聘首席风险官，还将考核其是否熟悉期货法律法规、是否诚信守法、是否具备胜任能力。

### 2、任免程序

期货公司根据公司章程的规定依法提名并聘任首席风险官。期货公司设有独立董事的，还应当经全体独立董事同意。

首席风险官任期届满前，期货公司董事会无正当理由不得免除其职务。期货公司董事会拟免除首席风险官职务的，

应当提前通知本人，并按规定将免职理由、首席风险官履行职责情况及替代人选名单书面报告公司住所地中国证监会派出机构。被免职的首席风险官可以向公司住所地中国证监会派出机构解释说明情况。首席风险官提出辞职的，应当提前30日向期货公司董事会提出申请，并报告公司住所地中国证监会派出机构。

### 3、职责内容

首席风险官不直接介入期货公司经营管理，在期货公司不兼任除合规部门负责人以外的其他职务，其只负责对期货公司经营管理行为的合法合规性和风险管理状况进行监督检查。其主要业务范围为：

(1) 对期货公司经营管理中可能发生的违规事项和可能存在的风险隐患进行质询和调查，并重点检查期货公司是否依据法律、行政法规及有关规定，建立健全和有效执行期货公司各项制度（包括但不限于客户保证金安全存管制度；期货公司风险监管指标管理制度；期货公司治理和内部控制制度；期货公司经纪业务规则、结算业务规则、客户风险管理制度和信息安全制度；期货公司员工近亲属持仓报告制度等）。

(2) 对于依法委托其他机构从事中间介绍业务的期货公司和取得实行会员分级结算制度的交易所的全面结算业务资格的期货公司，首席风险官还需重点核查该项业务有关的风险管理制度（包括但不限于是否存在非法委托或者超范围委托等情形、是否建立与全面结算业务相适应的结算业务制度和与业务发展相适应的风险管理制度，并有效执行等）。

### 4、知情权

首席风险官在对期货公司经营管理中可能发生的违规事项和可能存在的风险隐患进行质询和调查过程中，根据履行职责需要，可参加或者列席与其履职相关的会议；查阅期货公司的相关文件、档案和资料；与期货公司有关人员、为期货公司提供审计、法律等中介服务的机构的有关人员进行谈话；了解期货公司业务执行情况等期货公司章程规定的其他职权。

### 5、履职的保障

在报告渠道方面，首席风险官发现期货公司有《管理规定》第二十四条所列违法违规行为或者存在重大风险隐患的，可立即向公司住所地中国证监会派出机构报告，并向公

司董事会和监事会报告。

期货公司董事、高级管理人员、各部门应当支持和配合首席风险官的工作，不得以涉及商业秘密或者其他理由限制、阻挠首席风险官履行职责。

期货公司股东、董事不得违反公司规定的程序，越过董事会直接向首席风险官下达指令或者干涉首席风险官的工作。

#### 四、现有政策的局限性

1、《管理规定》中关于“任免制度”的规定不利于首席风险官独立有效的履行职责。

《管理规定》虽然赋予首席风险官极大的权利，但笔者认为首席风险官角色定位的重合性将导致首席风险官在现阶段很难行使法律赋予他的权利。首席风险官是期货公司根据公司章程的规定依法提名聘任的，相当部分首席风险官是由期货公司以前的风险总监转任的，其与期货公司其它高管之间难免有千丝万缕的联系，且首席风险官薪酬来源于期货公司，在生活来源上受制于他人之手，当期货公司真正存在违规行为，首席风险官能否做到大义灭亲，就算首席风险官凭借其优秀的职业操守，能严格履行职责，但受到处罚后的期货公司和其他高管人员能否在后期配合首席风险官的工作呢？

2、《管理规定》中某些条文规定得过于原则性，使首席风险官在行使权力时受到相当大的制约。

比如：《管理规定》第十三条规定：首席风险官不得有下列行为：（五）滥用职权，干预期货公司正常经营；第十五条规定：首席风险官不能够胜任工作，或者存在第十三条规定的情形和其他违法违规行为的，期货公司董事会可以免除首席风险官的职务。

如何界定首席风险官哪类情形属于“滥用职权，干预期货公司正常经营”，哪类情形属于“不能够胜任工作”，《管理规定》对此并无详细的规定，缺乏可操作性，期货公司管理层对此认定的随意性较大，如果期货公司管理层认为首席风险官可能会妨碍公司发展或者想打击报复首席风险官，完全可以依据此条款，由期货公司董事会免除首席风险官的职务。目前相当部分期货公司均由券商全资拥有或控股，作为控股股东，券商的意见对期货公司董事会意见起着决定性的作用，也就是说期货公司控股股东将会左右首席风险官的前途和命运。在这种环境下，首席风险官能否冒着自己饭碗

被砸的危险，严格履行职责，这对首席风险官提出了过高的要求。虽然《管理规定》中提到，期货公司董事会拟免除首席风险官职务的，应当提前通知本人，并按规定将免职理由、首席风险官履行职责情况及替代人选名单书面报告公司住所地中国证监会派出机构。但这只是赋予了期货公司报告的义务，其决定权仍然在于期货公司。

3、《管理规定》对首席风险官的惩罚措施规定不严厉。

《管理规定》中涉及到对首席风险官的惩罚措施，具体归纳有以下几项：

（1）首席风险官不履行责任或其他违法违规行为，中国证监会及其派出机构可以对首席风险官采取监管谈话、出具警示函、责令更换等监管措施；情节严重的，认定其为不适当人选。自被中国证监会及其派出机构认定为不适当人选之日起2年内，任何期货公司不得任用该人员担任董事、监事和高级管理人员。

（2）期货公司发生严重违规或者出现重大风险，首席风险官未及时履行本规定所要求的报告义务的，应当依法承担相应的法律责任。但首席风险官已按照要求履行报告义务的，中国证监会可以从轻、减轻或者免于行政处罚。

（3）中国证监会及其派出机构将中国证监会及其派出机构对首席风险官采取的监管措施及认定的与首席风险官有关的其他事项记入期货公司及首席风险官诚信档案。

从上述规定可以看出，监管部门对首席风险官违规行为为最严厉的行政处罚也就莫过于认定其为不适当人选，至于《管理规定》中提及期货公司发生严重违规或者出现重大风险，首席风险官未及时履行《管理规定》所要求的报告义务的，应当依法承担相应的法律责任。此“相应法律责任”究竟是何责任，未明确予以界定。因此笔者认为，在现行制度框架下，首席风险官违规成本相对较低，不足以约束首席风险官的行为。

#### 五、立法建议

（1）尝试将首席风险官的人事任免权收归中国证监会的派出机构或中国期货业协会或成立一个行业协会统一行使，建立首席风险官专家库，同时将首席风险官的薪酬由上述机构予以统一发放，费用来源从期货公司营业收入中按一定比例提取或从期货公司风险准备金中提取。此举一方面可使

首席风险官在任免及薪酬待遇上不受期货公司控制，保证其独立性；另一方面，当首席风险官遭遇期货公司管理层刁难时，可寻求上述机构依法维护首席风险官的合法权益，降低首席风险官的任职风险。

(2) 可借鉴我国党政机关关于纪检监察干部的交流经验。派出机构应加强首席风险官的流动性，避免首席风险官与其它高管人员之间结党营私，派出机构应定期将首席风险官在全国或全省范围内进行调动，这样可防止首席风险官与其他高管人员联系过于紧密，首席风险官碍于情面、不能公正的履行职责。

(3) 建立配套的实施细则，细化首席风险官的职权范围，避免其权利过大，而影响期货公司正常经营，同时要加大对首席风险官违法违规行为的处罚力度。因为首席风险官如果滥用职权，将会对期货公司治理产生很大影响，因此在保证首席风险官丰厚薪酬的同时，也要对首席风险官违法违规行为进行严厉的处罚。例如：如果期货公司存在《管理规定》第二十四条所列违法违规行为或者存在重大风险隐患的，首席风险官未及时履行《管理规定》所要求的报告义务的，给期货公司或其它股东造成损失，首席风险官应该对公司或受损害的股东承担连带民事赔偿责任。只有法律责任约束的义务，才可能得到切实的履行，也只有潜在的法律责任的威胁，才会促使首席风险官忠于职守，恪守诚信，勤勉尽责的进行风险管理工作，避免首席风险官成为“花瓶高管”。

(4) 建立对首席风险官因履职而遭受不公正待遇的救济制度。首席风险官职务的特殊性，导致其在履行职责中难免遭受打击报复，对于因此而造成的经济损失及精神损失，应明确承担此责任的主体及首席风险官的救济途径。

(5) 提高首席风险官的准入门槛。因为首席风险官除应当具有良好的职业操守和专业素养外，还应当熟悉期货法律法规，因此其应当不同于一般的高级管理人员，建议对首席风险官的报考条件、考试难度等方面进行更高标准的要求。

## 六、结束语

首席风险官制度作为期货公司治理的一部分关键内容，旨在通过设立首席风险官，引导期货公司从长远健康发展出发，为有效规避合规风险，加强自我管理，自发建立起一套以首席风险官制度为基础的合规、风控体系。但是，首席

风险官制度作为一个复杂的制度，它的运行并非如此简单，需要诸多相关制度的相互配合。这就要求相关部门学习国外的先进经验，结合中国的实际情况，尽快的推出相应的运行与操作办法，使之不会成为“无本之木”。

# 工程进度计划的法律分析及合同管理



林立律师 北京

## 【摘要】

进度管理是工程管理的重要环节，重视进度管理，首先需对进度计划的法律属性予以明确。本文既是以这一想法为基础，从法律理论和实务出发，对工程进度计划的法律属性进行描述，然后结合标准合同中关于进度计划的规定，以及实践中企业的一些不合理的做法进行分析，最后提出一些有关进度管理的方法论的建议。

## 【关键词】

施工进度计划；法律属性；合同条款；问题与实践；解决方法

工程进度管理是项目建设周期控制的重要因素之一，进度控制的好坏与项目建设的质量和造价控制有着密切的联系。而编制进度计划则是管理和控制施工进度的重要手段。各类标准施工合同中都有工程进度的条款，因此承发包双方应当将合理编制并严格执行进度计划贯穿于投标、施工、竣工、结算的全过程。可以说，如何更好地履行合同约定的进度条款也是承发包双方所面临和解决的问题之一。

作为体现工程进度管理依据的进度计划具有什么样的法律性质，它在整个合同中具有什么样的地位和重要性，是承发包双方首先应该加以明确的问题。只有在明确这个问题之后，在论及如何加强进度管理的建议和意见方面才会显得有的放矢，才更具有力度。

## 一、关于工程进度计划

### （一）工程进度计划的含义

工程进度计划是工程项目建设管理的重要文件，进度计划通常是作为施工组织设计的一部分而编制的。它是专门针对工程合同约定的施工工期，实施工程项目的各个组成部分所需要的总工期、分阶段工作内容及其起止时间、相互关系所进行的描述。进度计划的作用在于确定各个建筑产品及其主要工种、分部（子分部）分项工程的准备工作和关乎全工地性的工程的施工期限、开工、竣工的日期和各个期限之间的逻辑关系。

### （二）进度计划在施工组织设计中的地位

由于进度计划的编排与工程的总工期安排密切相关，

而工程总工期能否按照预定的目标完成,又将涉及到施工中的、人、财、物的安排、施工场地布置、现场临时设施、机械设备、临时用水用电、交通运输的安排和投入使用情况。因此,在整个施工组织设计中,进度计划的编排及其实施对工程的实际进展至关重要,从这个层面上来看,进度计划在施工组织中占据的份额尽管不是很多,但是其份量却不容小觑。

实际上,进度计划在施工组织设计中的确占有非常重要的地位:

首先,工程进度计划是作为反映工程工期目标的文件出现的,是对承包双方针对工程工期约定的补充和具体化,承包双方都应当遵照执行。

其次,按照这个进度计划,承包人将合理的安排施工人、财、物的投入和使用,因此在一定程度上也映衬了承包人的经济实力和管理能力。

## 二、工程进度计划的分类及其法律属性

### (一) 工程进度计划的分类

根据与工程招标投标的关系为来划分,工程进度计划可以分为投标进度计划和标后进度计划两类。

投标进度计划是指在招标投标阶段,由投标人编制,并提交给发包人的用于投标的资料,该进度计划是作为投标文件的技术标部分提交给招标人的,其目的为了确保中标和签署施工合同。

而标后进度计划则是投标人中标之后,在承包双方已经签订了施工合同的情况下,由承包人根据合同约定并结合自身的人员、资源以及发包人提供的设计资料和图纸情况、现场的施工条件等编制的文件。通常是在承包人进场施工前提交给发包人,其目的在于对场地、资源等统一安排,确保工程按照预期目标顺利进行。

### (二) 投标进度计划和标后进度计划的关系

理论上,投标进度计划和标后进度计划应当保持一致的,然而,由于建设项目的特殊性,两者在大多数情况下又存在差异性,原因即在于投标时的项目情况与承包人进场时的实际状态相比可能发生了变化。比如,投标时的一些不确定因素到了这个阶段可能会变得明朗,对承包人来讲,此类情况或者变得对施工更为有利,或者加大了施工的难度。所以,从这个方面来看,根据不同的情况和需要,对投标进度

计划进行适当修正以适应实际情况则是明智的。这也正是大多数工程合同中约定承包人应在施工进场前再次提交施工组织 and 进度计划的原因。这当然也为承包人重新考虑施工安排创造了条件。

不可否认,如果严格从法律上考量,对于经过招标投标的建设项目,标后进度计划不应在实质上背离投标进度计划。也就是说,标后的进度计划只能是在投标进度计划的基础上进行适当的修正、补充,否则,如果对投标进度计划进行大幅度的更改,则可能涉及到其他施工方案和计划的实施,进而对工程造价产生影响。因此,如果没有正当理由而允许随意更改进度计划,对其他投标人而言则是不公平的,也违反了招标投标法的规定。

### (三) 工程进度计划的法律性质

将工程进度计划区分为投标进度计划和标后进度计划,笔者认为:其一是因为此两者在法律上具有不同的性质,故而在工程合同的成立和履行阶段具有不同的功用,投标是在招标投标项目中,需要分别关注;其二也正是因为承包人和发包人对进度计划的法律性质的认识稍有欠缺,认为进度计划仅仅是技术文件,还没有认识到其法律意义,没有完全意识到进度计划在建筑工程法律实务中的作用,故有必要在此重述。

按照我国招标投标法以及合同法的相关理论观点,招标文件属于要约邀请,投标人的投标在法律上属于要约,招标人签发中标通知书则属于承诺,承诺生效则合同即告成立。我国《合同法》第二十一条规定:“承诺是受要约人同意的意思表示。”同时,《合同法》第三十条也规定了:“承诺的内容应当与要约的内容一致。”

在招标投标阶段,进度计划作为施工组织设计的组成部分,它和投标文件的商务报价、技术规范及其他内容一并构成了要约,其内容一旦被招标人接受,即构成施工合同的组成部分,成为约束发包人和承包人双方行为的法律文件。这也正好验证了众多工程合同关于合同文件组成中将投标书及其附件描述为施工合同的组成文件的原因。由此可知,从法律上讲,投标进度计划属于构成要约的法律文件。

而且,依照法律的规定,招标人发出中标通知书后,即意味着其接受了要约,称为承诺,承诺生效则合同即告成立。此时,招标人和投标人之间的法律关系变成了发包人和

承包人的关系，双方即成立了合同法律关系。而此时承包人在投标文件中编制的进度计划就成了建设工程施工合同的组成部分，双方都应当遵守和执行。也就是说，投标工程进度计划的法律性质在投标人中标后发生了变化，其变成了工程合同文件的组成部分。

在此之后，承包人再向发包人提交的标后进度计划，以及后续施工过程中对标后进度计划的修改，更新，或者在工程建造阶段，发包人要求对施工进度计划进行修改、变更等等，其法律行为在本质上都是对原工程合同内容的变更，属于合同履行过程中的变更。对于此类变更，按照合同法的规定，应当遵循合同法关于变更的程序规定，即取得双方的一致同意方为有效。

### 三、有关标准合同中关于进度计划的规定

#### （一）建设部GF-1999-0201施工合同范本的规定

原建设部和国家工商总局于1999年制定施行的《建设工程施工合同示范文本》对施工进度计划进行了详细的描述。该示范文本的第10条规定：承包人应按专用条款约定的日期，将施工组织设计和工程进度计划提交工程师，工程师按专用条款约定的时间予以确认或提出修改意见，逾期不确认也不提出书面意见的，视为同意。并且，该条还规定：承包人必须按工程师确认的进度计划组织施工，接受工程师对进度的检查、监督。工程实际进度与经确认的进度计划不符时，承包人应按工程师的要求提出改进措施，经工程师确认后执行。因承包人的原因导致实际进度与进度计划不符，承包人无权就改进措施提出追加合同价款。

#### （二）2007版标准施工合同的规定

2007年11月颁布的标准施工合同也规定了：承包人应根据合同进度计划的安排，向监理人报送要求发包人交货的日期计划。承包人应按合同进度计划的要求，及时配置施工设备和修建临时设施。承包人使用的施工设备不能满足合同进度计划和（或）质量要求时，监理人有权要求承包人增加或更换施工设备，承包人应及时增加或更换，由此增加的费用和（或）工期延误由承包人承担。经监理人同意，承包人可根据合同进度计划撤走闲置的施工设备。

#### （三）FIDIC红皮书的规定

作为施工合同“圣经”的FIDIC红皮书，则侧重于实际施

工进度的报告，它要求承包人按月提交进度报告，提交进度报告的时间也应持续到竣工之日。此外，红皮书还对进度报告的内容进行了非常详尽的描述，特别是要求报告中应当包含实际进度和计划进度的对比，包括可能影响工程竣工的各类事件，以及为消除或准备消除影响的措施。

#### （四）有关进度计划的延伸内容

当然，上述仅是直接的规定工程进度计划的内容，不可否认，在上述各合同文本中，还有许多间接描述进度计划，或者虽然没有提及进度计划，但是执行的效果仍然与进度计划有关的延伸条款。比如，工程的开工、停工、竣工、结算、保修等条款的约定和履行都涉及到工程进度计划。

上述内容足以说明工程进度计划在整个工程建设过程占有及其重要的地位。

### 四、实践中进度计划管理存在的问题及法律分析

#### （一）招标投标阶段没有科学编制进度计划

众所周知，承包人编制施工组织设计和进度计划需要考虑的因素除了自身所有的和可以支配材料、机械、设备等硬件，以及人力资源、管理体制等软性资源外，对发包人工程进度（预付）款的支付情况，设计变更（修改）的频度和幅度，共同参与工程建设的其他各分包商、设计单位的工作进展等也需要列入考察的范围之内。

然而实践中，有些承包人在投标时时不予重视进度计划的编制，要么流于形式，没有结合项目特点编排计划，没有针对工程建设提出切实可行的方案；要么没有针对特定的项目建设进行具体分析，而是照抄照搬其他工程项目的施工组织设计，没有发挥出施工组织设计和进度计划应有的作用。这都背离了科学、合理编排工程进度计划的原则，导致在工程施工过程中频繁更改，进而影响了对整个工程的总体施工安排。而发包人在招标阶段也往往偏重于关心商务报价部分的内容，或者只注意到技术本身的因素，容易忽视进度计划对后续工程建造的影响力。这些行为都会给后续施工过程中的工期、造价、质量、安全控制带来法律风险。

#### （二）中标后没有根据工程进展情况修正进度计划

如前文所述，依照合同法和招标投标的相关规定可知，中标后的工程进度计划属于施工合同的组成部分，此后凡是涉及工程进度计划变更的有关事项均属于合同履行过程中的

变更。按照招标投标法的规定,中标后,承发包双方是不允许再对合同内容进行实质性变更的,如果按照狭义的理解,那么,除非有正当理由,作为要约内容的工程进度计划便不能在中标之后再行调整。

也正因为如此,所以,一方面要求承包人在投标时认真编写工程进度计划;另一方面,如果中标后,工程的现状发生变化,则应当及时修正进度计划,以使其与实际情况相符合。

如果承发包双方没有合理利用这一机会,充分地考虑工程现状,合理修正进度计划,则将会给进度计划的实际执行造成困难,这些进度计划很可能变成束缚正常施工的枷锁。

### (三) 施工过程中进度计划的更新

尽管有前面两次调整进度计划的机会,但是工程建设和施工管理是个动态的过程,很多在编制进度计划时考虑的因素可能会在施工阶段发生变化;在项目开始施工后,进度计划还是需要根据施工期间发生的各类变更而不断的更新,这使得承包人编制的标后进度计划因工程进展的不同而有所改动,否则,标后进度计划将会变得难以驾驭而影响实际的效果,反而给承包人增加了不必要的麻烦。

就发包人而言,为了使进度计划与实际施工状态保持协调一致,满足发包人的各项预期目标,并提高项目建设管理的可预见性,也需要承包人提供实际的进度情况作为相关决策的依据。故而,在一些项目建设过程中,特别是一些跨年度的大中型项目,发包人还会经常要求承包人提交年度进度计划、季度进度计划、月度进度计划甚至是每周的工作计划,以便更好的了解工程状况,以便更好的安排后续待解决的事项。

同样道理,施工进程中的进度计划的更新从法律性质上来讲也属于施工合同内容的变更。此类变更应当取得双方的协商一致,并以协商后的内容作为承包人施工的依据。

### (四) 管理理论及其运用水平有待进一步提高

经过近几年的研究和实践,国外很多有关工程管理的理论被引进到中国,同时,也通过在中国国内的实践得到了进一步的发展。但是,毕竟中国的建筑企业起步晚、起点低,很多有益的理论和实践经验并没有被科学的运用到实际工作中去。

比如,网络计划在工程进度控制中起着非常重要的作

用,也应该算是比较成熟的技术。然而,很多承包人不愿编制网络图。究其原因,一是嫌编制网络图麻烦,二是认为网络图编的再好,到最后仍然没法执行。

笔者认为,恰恰是因为编制网络图是一项花时间、花精力的工作,因而更强调了承包人在编排进度计划和资源配置上的主动性和积极性,真正需要承包人综合考虑工程实施的实际情况。事实上,能否编制一份科学、合理的进度计划在一定程度上也反映了承包人的管理能力。也正因为施工过程中,会经常发生偏离进度计划的事件,所以,合理编制进度计划才能强化施工管理,有助于分析影响工期的原因,为可能发生的工期索赔奠定基础。

### (五) 执行力度不足,反馈不及时

如果严格遵照依约管理的原则,合同的任何一个条款都应当严格执行,并且都有必要定期的回顾和总结,以便为后续更好地执行合同打好基础。

但是在实践中,由于施工企业缺少相应的机制,对施工合同的执行情况也没有进行及时的检查、分析、总结,导致进度计划沦为摆设,没有发挥其应该具备的功能。

## 五、解决对策

基于上述分析,就有必要运用多种手段,从法律层面、技术层面、经济层面进行工程进度的控制和风险防范。笔者认为,承包人可以通过以下几个方面来提高进度管理水平,解决进度施工中存在的进度问题。

### (一) 网络图的编制和运用

相比较于横道图,网络图能够科学规范的将各施工工序的逻辑关系,因此,在工程进度管理和风险控制中能够发挥超乎横道图的作用。

利用网络图,可以很好的将工序和工期结合起来参考,并能作为工期索赔计算的依据;通过网络计划的调整,优化工期,寻找出制约和影响施工进度的关键工序和关键环节,从而进一步有针对性地采取进度控制措施,实现进度的目标管理。

### (二) PDCA循环理论思路的借鉴及运用

PDCA循环理论被广泛地应用于质量管理领域,不过,该理论Plan(计划)、Do(执行)、Check(检查)和Action(处理)的四阶段思路仍然可以为工程进度管理和风险控制所借鉴的。

在工程进度管理中,如果能够将进度的计划、执行、检查和处理切实结合起来,同样能够取得很好的成效。

### (三) 充分运用赢得值理论

赢得值(EV)是一种能够全面、科学的衡量工程进度、费用状况的分析方法。利用项目进度差异计算公式 $SV=BCWP-BCWS$ 的SV取值,可以很直观的检查工程进度是否延误,并进而比较实际进度与计划进度之间的差距,分析产生此类差距的原因,因而是一种较为有效的工程进度监控指标和方法。

但在实践中,鲜有承包人利用赢得值分析法,究其原因,一是觉得这是理论化的东西,跟实际不符,二是嫌其运用麻烦。从本质上来讲还是因为承包人自身的管理能力与现代工程管理的要求之间存在差异。笔者认为,如果要想真正做好进度控制和管理,承包方还是有必要加强这方面知识的学习和运用。

### (四) 计算机数据信息化处理技术的使用

利用计算机系统辅助编制进度计划,对工程进度的实施进行实时监控不失为好办法。目前的项目管理软件和其他计算机数据信息化工具为实施工程进度管理提供了极大的方便,为了实现进度管理目标,承包人不妨考虑引进这些技术,以及能够运用这些技术的人员。

从长远的角度来看,培养人才,充分利用这项现代化技术,将有助于提供承包人的管理水平,增强承包人的竞争能力。

### (五) 增强法律意识、努力提高合同管理水平

尽管有前述这些先进的理论和科技手段来帮助承包人实现施工进度的目标管理和具体实施,但是,不可否认,增强企业人员的法律意识仍然是进度管理的关键。事实也证明,如果没有提升员工的法律意识,将这些理论和技术运用起来,再好的规划和决策也只能成为摆设,根本无法从本质上解决工程进度风险控制和合同管理所面临的问题。

所以,针对前文所述关于进度计划管理存在的问题,承包人完全有必要对其施工人员定期,不定期的进行法律培训和业务培训,提高其法律意识,提高合同管理水平,尤其是履约过程管理,加强进度计划的实施,以防范工程进度的法律风险,实现预期的经济目标。

# 软件侵权的认定以及 企业如何主动防范和应对软件侵权纠纷



王志明律师 深圳



胡晋南律师 深圳

由于我国的知识产权制度的建立较晚，中国企业普遍缺乏版权意识，加之一些国外大型软件公司采用先故意放任盗版，以实现低成本迅速扩大市场占有率的营销策略。国内随处可以用极其低廉的价格买到盗版软件，导致国内许多企业都安装了盗版软件。最近，国外的大型软件公司，如autodesk公司在中国开始加大了打击盗版软件的力度，不少城市对软件盗版问题进行专项执法检查，有不少企业由于使用盗版软件受到了处罚。由于软件盗版，尤其是象autocad软件盗版的打击面相当大。本次会议把企业如何防范和应对可能出现的软件侵权指控作为主要研究主题是非常必要和及时的，这将有助于国内企业跳出盗版国外软件的怪圈。本文试图从律师的角度，针对多数企业可能面临的软件著作权问题提供一些可供参考的思路和应对措施。

## 【摘要】

近年来，国外软件公司在中国打击盗版软件的力度不断加大，由于复杂的历史原因，国内许多企业，特别是制造业企业都不同程度地存在使用国外盗版软件，如autocad软件的问题，企业使用盗版软件的法律风险必将越来越大。本文针对目前国内企业普遍存在的软件版权问题，提供一些可供参考的风险规避和危机处置思路以及企业软件正版化方案。

## 【关键词】

软件版权 盗版 软件最终用户 软件正版化

## 一、侵犯计算机软件著作权的认定

在讨论企业如何主动防范和应对日益增多的计算机软件著作权侵权纠纷之前，有必要先介绍侵犯计算机软件著作权的主要行为方式以及法院在处理和认定侵犯计算机软件著作权的一些基本原则。

### （一）侵犯计算机软件著作权的主要行为方式

侵犯计算机软件著作权有许多种形式，归纳起来主要有如下五种：

#### 1.单位内部及用户之间拷贝软件

在单位内部违反软件使用许可协议的规定，为方便雇员在办公室和家庭中使用，而对软件多次拷贝。在单位以外的

朋友之间交换装有软件的磁盘也属于这种类型。通常是在单位中把软件拷贝下来，传递到单位外的朋友之中。

### 2、硬盘预装软件

计算机商家为刺激最终用户从他们那里购买计算机（硬件），常把未经许可的计算机软件装入其准备出售的计算机硬盘上。这些商家并不提供软件产品的合法版本通常所附带的原版磁盘、文档以及用户授权协议，而且也没有明确向企业声明这是盗版。磁盘预装盗版软件是比较容易确定的软件侵权行为。

### 3、伪装销售软件

设法以貌似合法的形式（伪造正版软件包装），非法复制、销售有版权的软件。软件的伪造销售者与单位内部的盗版者及用户之间的非法复制者不同，他们以盈利为目的。

### 4、非法出租软件

临时租用软件：用户将其租用的软件拷贝到自己的计算机硬盘上，然后将软件归还给租赁商。有三种类型：一是有零售商出租软件供租用办公室或家庭的计算机是使用；二是通过邮购方式租赁；三是将软件安装在计算机内而将计算机出租给他人暂时使用。

### 5、利用电子公告牌、联机和互联网盗用软件

利用电子公告牌、联机和互联网盗用软件将商业软件（不是免费软件和共有领域软件）通过连接调制解调器把盗版软件上载或下载至计算机。

第1、第3和第5种是企业（计算机最终用户）最常见的软件侵权行为方式。

## （二）侵犯计算机软件著作权的认定

根据我国《著作权法》以及《计算机软件保护条例》的规定，任何未经计算机软件著作权人许可的软件使用行为，而且该使用行为也不在法律规定的合理使用范围之内，都应视为是侵犯计算机软件著作权的行为。

计算机软件著作权人到法院起诉他人侵犯其软件著作权时，应向法院提交如下证据：

1、侵权的源程序、文档以及与之对比的原告的源程序、文档；

2、被告实施软件侵权行为的其他证据；

3、原告软件与被告软件的对比情况。

软件著作权与专利权不同，它仅保护软件源代码的表现

形式而不保护软件的编程思想。也就是说，软件著作权不具备专利权那样的“排他性”，软件著作权人并不能排除他人就自己开发的相同软件再次享有权利的可能性。因此，法律规定对于软件侵权的认定原则为“实质性相似+接触”。即软件著作权人必须证明以下两个条件同时满足才能认定被告侵权：

1、被告的软件与原告的软件相同或存在实质性相似；

2、被告接触过原告的软件。

原、被告软件是否相同比较好判断，但要判断原、被告的软件是否构成实质性相似就比较复杂。一般要对软件从如下三个层面进行交叉对比：

1、代码，包括各种形式的源代码及目标码；

2、深层逻辑设计，即软件程序的结构、顺序和组织；

3、程序的“外观与感受”，即软件运行的方式和结果，如软件的输入参数、输出结果和输出界面等。

上述三个层面的分析既可各自独立，分别作出判断，又可互相联系，从而作出综合判断。法院在判断原被告软件是否实质性相似有困难时，还可以委托司法鉴定机构进行技术鉴定。

关于如何认定被告是否接触过原告软件的问题，分两种不同情况：一是对于绝大多数的应用软件，必须由软件著作权人举证，如证明被告曾经在软件著作权人那里工作过，或证明被告与著作权人曾经有合作关系等。另一种是涉案软件是知名度非常高的流行软件，如微软的视窗软件，或者在工业设计被广泛使用的autocad软件，则可以直接推定被告接触过原告软件而无需软件著作权人举证证明。因为对于工程技术人员，说他没有接触过本领域的流行软件是无论如何也说不过去的。

（三）《著作权法》规定不视为侵犯软件著作权的使用情况：

1、非商业目的使用；

2、必须执行国家有关政策、法律、法规和规章而使用；

3、必须执行国家标准而使用。

4、软件可供表达的方式有限而造成软件相似。

## 二、企业应增强主动防范软件侵权纠纷的意识

国内制造业企业使用盗版软件，尤其是如autocad这样的

软件有其复杂的历史和社会根源,但是,随着我国法制建设的不断发展,知识产权保护力度将越来越强,企业使用盗版软件所面临的法律风险必将越来越大。因此,即使企业还没有遇到国外软件著作权人的侵权投诉和指控,也应主动积极地防范可能出现的软件著作权纠纷,企业应主动采取的防范措施包括:

1、对企业员工进行有关知识产权的普法教育,使企业员工对使用盗版软件可能带来的法律风险有比较清楚的认识,只有普遍提高企业员工的版权意识,企业才能有效地杜绝使用盗版软件。

2、主动对企业使用软件的情况进行全面自查,看企业是否存在使用盗版软件的情形,可以根据本文第一节所列举的五种侵犯计算机软件著作权的常见行为方式逐条开展自查,如果在企业的电脑中确实安装有盗版软件,可先对不同类型的盗版软件的使用情况进行登记、分类。

3、寻求以较少的投资尽快实现企业软件正版化的途径。即根据上述自查的结果,尽快购买国产正版软件来取代各种盗版软件,目前绝大多数进口软件,如用得最广泛的autocad软件都有多种国产品牌可供选择,如纬衡浩建的CAD软件。国产品牌软件在价格方面远远低于进口产品,而且其使用功能也已经达到了进口软件的水平。由于国产软件在开发时就定位于国内制造业,造成在宜人化程度、设计效率等方面还超过国外的同类软件。因此,用国产正版软件来代替盗版软件是经济可行的企业软件正版化方案。即使今后在国产软件的使用过程中出现个别使用功能有缺陷,也可以通过再买进少量进口软件与国产软件结合使用的方式来消除个别使用功能的缺陷。

### 三、企业面对软件侵权指控时的应对策略

如果企业已收到国外软件著作权人的律师函,或者国外软件著作权人已直接到版权部门投诉或直接到法院起诉,说明企业的软件侵权行为已经被软件著作权人所关注。企业如果处理不当,就可能会造成重大的名誉和经济损失。

(一)企业收到国外软件著作权人的律师函时的应对措施

当企业收到国外软件著作权人的律师函时,下面的两种处理方式是不可取的:

1、收到国外软件著作权人的律师函后惊慌失措,立即不惜高价大批购买国外正版软件,企业为软件正版化付出了巨额资金;

2、对国外软件著作权人的律师函置之不理,心存侥幸地继续使用盗版软件,最终导致企业被起诉或受到版权执法部门的查处,企业不仅商业信誉受损,而且还要承担经济赔偿责任。

正确的做法是:企业在收到律师函后必须引起高度关注,立即组织有关人员对企业使用软件的情况进行全面自查,如果国外律师函所指出的软件盗版问题属实,即企业确实存在安装使用盗版软件的行为,则进一步核实登记使用方式、范围和数量后,在第一时间清除所有盗版软件,然后再考虑以较低的成本投资实现企业软件正版化的问题。

(二)国外软件著作权人直接到版权部门投诉或到法院起诉的应对措施

如果国外软件著作权人已经在法院立案起诉,则应委托知识产权律师积极做好应诉准备,争取把损失降到最低的程度。应诉应从如下几个方面对软件侵权案件进行分析:

1、原告的软件著作权是否存在瑕疵;

2、原告提供的侵权证据是否存在瑕疵,即原告是否有举证不能的情形;

3、企业是否存在不承担赔偿责任的情况,如:

(1)公司员工使用私人电脑完成的工作成果,因私人电脑不属企业管理范围,对其如何使用软件,企业无权干预、也不承担相应法律责任;

(2)企业购买电脑,电脑供应商附送的非正版复制软件,企业在不知情情况下,可不承担赔偿责任;

(3)企业购买、使用软件公司销售的侵权软件,企业可不承担赔偿责任。

上述情况(1)~(3)虽然也属于软件侵权行为,但可以不承担赔偿责任,其法律后果是停止使用、销毁侵权软件。不承担赔偿责任的法律依据是《计算机软件保护条例》第三十条:“软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的,不承担赔偿责任;但是,应当停止使用、销毁该侵权复制品。”

# 从一则案例理解《保险法》 代位求偿制度



马婧律师 北京



吴卿助理 北京

## 【摘要】

保险人代位求偿制度是保险法确定的一项基本制度，我国《保险法》第45、46条明确规定了保险人如何依据代位求偿规则，向“第三者”追偿。尽管如此，我们在实践还是发现有许多人、甚至许多保险公司对于代位权理解有误，对“第三者”所指是谁认识不清。本文案例，为我们理解保险法中的代位求偿制度提供了借鉴。

## 【关键字】

保险法 车辆损失险 代位求偿 第三者

## 一、案情摘要

08年6月的一天，李先生驾车前往某大酒楼吃饭，大酒楼安排迎宾的服务员小张代客泊车（小张刚拿到驾驶证几个月）。令李先生没想到的是，小张居然在驾驶甲新车入停车场时，因为驾驶不慎将车撞上了车场里的水泥柱，致使李先生的轿车严重损毁，小张也因车祸受伤。事发后，李先生一方面立即报告了保险公司，另一方面与酒楼交涉赔偿事宜。大酒楼一方认为，李先生既然有保险，损失由保险公司赔偿即可，酒楼可以给予一些抚慰性补偿。李先生认为，虽然保险公司可以承担修车费用，但是即使车修好了，也会贬值，所以大酒楼还应当赔偿贬值的部分。最后，双方达成赔偿协议如下：酒楼当场一次性赔偿李先生“车辆损失”人民币四万元，其它“保险事宜由甲自行处理”，乙酒楼“对该事故不再承担任何责任”。

几个月后，新车修好，保险公司依李先生提供的维修单据支付了六万多元的修理费，同时要求李先生写了一份权利让渡书，让李先生将其对事故第三方享有的追偿权转让给保险公司。很快，保险公司向法院起诉了大酒楼，要求大酒楼承担保险公司为李先生修车而支出的修理费六万多元。其依据是《保险法》第四十五条的规定：“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利”。

大酒楼当然不同意保险公司的赔偿请求。大酒楼认为：既然已经赔偿了李先生了，不应再承担对保险公司的赔偿，

并出示了与李先生的“协议书”，要求法院驳回保险公司的起诉。保险公司于是转而要求李先生返还保险公司已经赔付的六万元保险金。

保险公司此次又引用了保险法的如下规定：

#### 第四十五条

“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。

前款规定的保险事故发生后，被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者已取得的赔偿金额。

保险人依照第一款行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利”。

#### 第四十六条

“保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。

保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。

由于被保险人的过错致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以相应扣减保险赔偿金额”。

基于上述规定，保险公司向李先生提出了两个方案：1、退回全部修理费六万元；2、退回四万元（即，保险公司本应从六万元中扣除大酒楼赔偿给李先生的四万元，当时没扣，所以李先生应当退回四万元）。

至此，李先生再次陷入法律纠纷之中，因此找到了律师咨询。李先生说：我是个守法公民，当然不会做骗取保险公司赔偿的事情。可是，保险公司拿出的法律规定看起来又十分清楚，我是不是就该退钱给保险公司？如果我退了钱，就等于我的车贬值了却没处补偿。那我投保的钱不是白花了么？我在整个事件中没有过错啊？为什么要承担这个损失呢？

## 二、我们的分析

从表面上看，本案当事人各自的立场均有理有据。如此一来，本案似乎并非是赔偿多少那么简单，争议的焦点分化多个问题：保险公司是否需要支付保险金、且有没有代位权，酒楼是否可以免责、且可以免责多少，以及甲是否可以

得到双重赔偿且无需返还的问题。那么，上述理解是否都准确呢？众多争议是否有章可循呢？本案到底孰是孰非呢？

首先，为了解答李先生的困惑，我们得先弄清楚什么是保险代位求偿制度。

保险代位求偿权（Right of Insurance Subrogation），指的是在财产保险中，保险标的发生保险事故造成推定全损，或者保险标的由于第三者责任导致保险损失，保险人按照合同约定履行赔偿责任后，依法取得对保险标的的所有权或者对保险标的的损失负有责任的第三者的追偿权<sup>1</sup>。该种追偿权包括权利代位和物上代位。

那么为什么要有代位求偿制度呢？约翰·F·道宾在《保险法精要》中论述，保险背景中的代位求偿原则是与补偿原则紧密的交织在一起的，“适用代位求偿权最常引用的理由是为了防止被保险人从损失中获得利益——也就是说，得到重复赔偿，一次从保险人处以及一次从侵权人处；二是，它符合应当允许由首先引起损失的一方来最终承担责任的公共政策<sup>2</sup>。

北京大学法学院教授刘凯湘在其《保险代位求偿权规范价值、适用范围与效力研究》中也指出：一方面，保险代位求偿能够避免使肇事方逃脱责任，个人在行事时仍然会尽到小心谨慎，而不致心存侥幸；另一方面，保险代位求偿避免了因双重赔偿引发的道德风险。此外，还能增加保险人责任财产，相对降低社会大众对保险费率的负荷<sup>3</sup>。

根据我国保险法有关规定，我国采用的是当然代位求偿主义，比如，我国《保险法》45条规定，因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自支付赔偿保险金之日起，可以在保险金范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。我国《海商法》第252条至254条也规定了“保险标的发生保险责任范围内的损失是由第三人造成的，被保险人向第三人要求赔偿的权利，自保险人支付赔偿之日起，相应转移给保险人”。

同时，我国《保险法》第46条对保险人法定代位求偿权

1 扈纪华主编，《中华人民共和国保险法释义及实用指南》，中国民主法制出版社

2 约翰·F·道宾/著，《保险法精要影印本》第三版，美国西方出版公司。译本，第十章代位求偿权，刘传海/译，中国法律检索系统（北大法宝）。

3 刘凯湘 汪华亮，论文《保险代位求偿权规范价值、适用范围与效力研究》

进行了说明，对被保险人放弃第三者的赔偿请求权的行为进行了限制。被保险人在取得保险金后未经同意保险人擅自放弃第三者请求赔偿的权利的，该行为无效；被保险人在取得保险金之前放弃第三者请求赔偿的权利的，保险人不再承担保险金。

也就是说，代位求偿权是保险人的法定权利。而且，被保险人要取得赔偿，必须与保险人站在“统一”战线内，协助保险人实现代位求偿权。

其次，我们还要弄清保险法中的“第三者”指的是谁。

我们再回顾一下《保险法》第四十五条的规定。该规定指出，“因第三者对保险标的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利”。在此次事故中，车辆之所以受损害，是由于代客泊车的驾驶员操作失误。从法律规定字面意思来看，似乎驾驶员就是那个第三者，而由于驾驶员是受大酒楼安排从事泊车，因此大酒楼才应是承担责任的第三者。如此说来，保险公司的代位求偿是成立的。

可是，《保险法》第四十七条还有一条规定也不应被忘记：“除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第四十五条第一款规定的保险事故以外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利”。

而所谓被保险人的“组成人员”，最主要的就是指受被保险人委托的或允许的其他合法驾驶员。本次事故中，泊车员是在得到李先生许可情况下才驾车的，因此，其驾车出险，保险公司依法不能向其追偿。这才是大酒楼应当抗辩保险公司的理由。

最后，我们再来看看大酒楼赔偿李先生是否有依据。

那么还有一个问题，既然《保险法》规定了大酒楼有权抗辩，那么大酒楼应不应赔偿李先生？李先生能不能从大酒楼取得赔偿？答案是肯定的。我们不能忘了，李先生是来用餐才到大酒楼的，大酒楼泊车是其为客人提供的一种服务。

在这个服务过程中，由于店员工作失误给李先生车辆造成损失，在《合同法》上，是没有妥善履行服务合同而给对方造成的损失，因而可以也应当依《合同法》给予赔偿。

# 保险人的合同说明义务研究



胡婧助理 上海

## 【摘要】

保险人的说明义务作为一项法定义务，是保险合同成立的基础。随着我国保险事业的发展，保险人的说明义务的重要性也日益显露出来，它对维护处于弱势的投保人的合法权益，实现公平正义，有着重要作用。本文拟从保险人说明义务的内涵、特征及说明范围和方式，结合实践中存在的问题来探讨保险人的说明义务。

## 【关键词】

保险合同、说明义务、明确说明、说明范围和方式

## 一、说明义务的内涵和特征

### （一）说明义务的内涵

我国《保险法》第17条第1款规定：“订立保险合同，保险人应当向投保人说明保险条款的内容，并可以就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问，投保人应当如实告知。”第18条规定：“保险合同中规定有关保险人责任免责条款的，保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力。”

保险人说明义务是保险活动诚实信用原则在保险合同订立过程中的体现。保险合同是典型的标准合同，具有附和性。商业保险主要险种的基本条款由保险监督管理机构或保险人事先拟订好，保险合同条款的内容为具有专业知识和业务经验的保险人所熟知，但对于一般的投保人来说，由于缺乏对专业知识的了解等因素，可能导致对条款内容的误解，以致保险合同的不当订立。因此，保险人在保险合同订立时应当负有主动向投保人说明保险合同条款内容的义务<sup>1</sup>。

### （二）说明义务的特征

1、法定性。保险人的该项义务由法律直接规定，保险人或投保人或被保险人不得通过约定予以限制、变更和免除。有此约定的，约定无效。

2、说明义务是先合同义务。保险人的该项义务是保险人于保险合同订立之际所负的合同义务。故此项义务之履行不受保险合同是否有效成立的影响。说明义务是作为订立合同的一种预备行为，是订立合法有效的保险合同的前提<sup>2</sup>。

1 马原主编：《保险法条文精释》，人民法院出版社，2003年版，第72页。

2 朱有彬著：《保险法实务与案例评析》，中国工商出版社，2004年版，第44页。

3、主动性。保险人应主动履行此项义务,不以投保人询问为条件。

4、说明的内容是保险人向投保人正确解释保险合同的条款,尤其是保险责任除外条款。因此,对投保人提出的有关合同订立或合同条款的问题,保险人必须如实回答。

## 二、“说明”与“明确说明”

根据我国《保险法》第17、18条的规定,保险人对保险合同的一般条款负有说明义务,此项义务可称作“一般说明义务”;保险人对免责条款负有明确说明义务,称为“免责条款说明义务”。说明(一般说明),是指保险人在订立保险合同时,就保险合同条款内容向投保人所作的口头或书面的陈述。<sup>3</sup>明确说明,是指保险人应当在保险单或者其他保险凭证上对有关免责条款做出能够足以引起投保人注意的提示,并且应当对有关免责条款的内容以书面或口头形式向投保人做出解释。保险人对是否履行了明确说明义务承担举证责任,而保险合同中的免责条款本身,不能证明保险人履行了说明义务。<sup>4</sup>从表述上看,“明确说明”比“说明”要求更为严格。

保险合同上的免责条款,严格来说可以用于免除投保人依照保险合同负担的责任,也可以用于免除保险人的保险责任,但多数为后者。法律对于保险合同约定的有关投保人责任免除的条款,并没有特别要求。这是因为在实务操作上,投保人能够取得责任免除的合同利益,并不会发生保险人不知而有损于保险人的利益的情形。相反,保险合同的格式化,使得保险人在订立保险合同时,居于较优于投保人的地位,其拟订的保险合同的条款若含有免除保险人责任的规定,投保人往往会不甚了解。在这种状态下,若保险人不对投保人详加事先说明,等于投保人被强制接受该条款<sup>5</sup>。

但不能从字面上的差异来认定“说明”与“明确说明”在程度上有本质的差异。原因是:二者作为保险人的法定义务都具有法定性;同时,在语义上“说明”含有“使之明确”之意;再者,免责条款并不一定比一般条款更重要。事实上,足以影响投保人决定投保与否的重要条款,除免责条

款外,还有保险责任、保险费及支付办法、保险金赔偿或给付办法等。

## 三、说明义务的履行

### (一)说明义务的履行范围

按照《保险法》第17、18条的规定,两种说明义务的履行范围是有区别的。一般认为,说明义务的内容是有关保险合同的最基本的内容,包括合同的性质、合同关系、合同形式、保险金额、保险费、承保范围、请求权行使以及合同的有效期限等等。

而法律要求明确说明的范围只有免责条款,而免责条款有广义和狭义之分。狭义的免责条款是指完全免除当事人责任的条款,广义的免责条款则既包括完全免除责任条款,也包括限制责任的条款。为了更好的保护投保人的利益,对免责条款宜采用广义之说,即指双方当事人合同中实现约定的、旨在限制或免除其未来责任的条款。主要包括:除外责任条款、免赔额(率)条款、被保险人义务及违反义务的法律责任。

### (二)说明义务的履行方式(说明与明确说明)

由于说明内容性质的不同,在保险纠纷司法实践中,两种说明义务(说明与明确说明)的区分具有积极意义。很多情况下,只有进行细致区分才能公平合理地认定有关当事人的权利义务。因此,两种说明义务的履行在具体操作上应有所不同。

1.履行说明义务应注意:(1)应当以书面的形式向投保人或被保险人提交或提示保险条款;(2)应当提供准确的保险条款,不能以类似、近似条款替代;(3)应当提供完整、全面的保险条款;(4)保险条款的印刷应当清晰,字体、字型不能过小、过密、模糊不清;(5)应当使用行业规范用语,避免使用不准确、已经废止或非中文语言。

2.履行明确说明义务除应做到一般说明义务的注意外,根据其特殊性和重要性及实践中存在的问题,结合国内外通行的做法,以及《最高人民法院关于审理保险纠纷案件若干问题的解释<征求意见稿>》的建议,应做到:(1)保险合同中增加“保险人义务”一节,将明确说明义务列入其中;(2)以醒目的方式印制免除责任条款,提请投保人注意;(3)合理掌握提请注意的方式、内容、时间和程度;(4)投保人、

3 马原:《保险法条文精释》,人民法院出版社,2003年版,第76页。

4 参见:《最高人民法院〈关于审理保险纠纷案件若干问题的解释〉征求意见稿》。

5 马原:《保险法条文精释》,人民法院出版社,2003年版,第78页。

保险人业务代表的签字确认；（5）拟定规范的声明条款等。

#### 四、保险人违反说明义务的法律后果

《保险法》第十八条规定，保险人对免责条款未明确说明的，该条款不产生效力。但第十七条仅规定保险人对一般条款的说明义务，并未规定保险人不履行该义务的法律后果。

《保险法》第一百三十二条规定：“保险公司及其工作人员在保险业务中隐瞒与保险合同有关的重要情况，欺骗投保人、被保险人或受益人，或者拒不履行保险合同约定的赔偿或给付保险金的义务，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，由金融监督管理部门对保险公司处以一万元以上五万元以下罚款；对有违法行为的工作人员，给予处分，并处以一万元以下罚款。”该条虽规定了保险人及其工作人员不履行说明义务的法律后果，但该责任是刑事责任和行政责任，不足以弥补投保人、被保险人或受益人因此所受到的损害，特别是经济损失。因此，建议增加保险人不履行说明义务的民事责任。笔者认为，若保险人未履行对一般条款的说明义务，可认定有关合同条款无效、可撤销或做有利于被保险人的解释。

#### 五、结束语

随着保险事业的发展，新的险种不断出现，保险人说明义务的范围也在不断发展变换，使得保险人的说明义务在保险合同种的重要性日益增强，亟需完善法律加以规范，以维护投保人的合法利益。

