

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2016/02

季刊 总第116期



京都律师事务所  
King & Capital



## P16 自律监管框架下的私募基金业务研究

P15特稿 / 公权力任性是对国家公信力的极大破坏

P40京都论坛 / “走进德国水务”交流研讨会

P51 京都实务 / 为涉嫌犯罪的外国人担任辩护律师时应注意的几个问题

P80京都论法 / 有效化解回款风险 方能破解PPP项目中标后融资难题



# 任何权力都不可以任性

楊斌

## 京都入选 英国《律师》杂志亚太地区 50强律师事务所

近日，京都律师事务所成功入选英国《律师》杂志（《The Lawyer》）亚太地区50强律师事务所。2016年6月27日出版的《律师》杂志上刊登了这一消息。京都律师事务所已连续三年入围此奖项。

《律师》杂志（《The Lawyer》杂志于1987年在英国伦敦创刊，是英国上市公司Centaur传媒的下属刊物，发展至今已成为欧洲乃至全球最知名且历史最悠久的法律行业专业刊物之一。从2014年开始，《律师》杂志的编辑团队开始就亚太地区150强律师事务所进行独立调查、分析，每年评选一次。



近期，雷洋案和吴良述律师事件引起法律界、学术界和新闻界的强烈关注。雷洋案涉及到警察暴力执法的危害性和公民权利如何保障的问题；而吴良述律师事件则涉及到律师的执业权利与职业尊严。这两起事件均是由公权力与私权利的冲突与较量而引发的，却共同反映出当前法治环境存在的问题和弊端，令人费解、令人担忧，令人恐惧。

网上和微信朋友圈针对这两起事件而展开的各种争论也是此起彼伏，各有各的逻辑，各有各的道理。警察有警察的理由，法官有法官的逻辑，律师有律师的说法。法律圈之外的人民群众看得更是一头雾水，难辨是非。但是，我相信最终这两起事件一定会有一个公平公正公开的结论，那是未来的事，我们共同期待着。

为什么雷洋案和吴良述律师事件会引起如此强烈而持续的关注？因为它关系到我们每一个人的生命安全、人身自由与个人权益。

发生在北京和南宁两个地区的两起不同的事件却反映出一个共同的问题：公权力如何行使与私权利如何保障，这两者之间发生冲突时又该如何界定和把握。如果公安、法院行使公权力没有原则和准则，没有限制和界限。那么，我们每一个人的私权利就根本无法得到保障，“我们当中的任何人，在任何时间、任何地点、任何场合，都可以被任何警察（不论真假），以任何理由进行盘查和搜查，只要这个警察认为他有理由这样做而无须任何限制。接下来，如果任何人以任何理由拒绝配合，则警察都可以用任何手段将其暴力制服，带上械具，装进警车，带进警局，强行讯问，限制自由，且不允许其与外界联系。再接下来，当事后证明被查者无辜时，警察却可以说，他有执法的权力和维持治安的义务，他依法可以怀疑某人涉嫌违法且有权盘查，暴力制服和讯问、留置。”（田文昌律师语）

著名历史学家吴思先生在《潜规则》一书中把这种衙役没有限制、没有制约、没有准则、没有原则随时任意的针对任何普通百姓的暴力制服行为称之为“合法伤害权”。但吴



思先生所揭露和批判的是封建社会衙门里衙役的野蛮行为。对于已经进入文明的21世纪的社会主义中国来说，更不会也绝不允许人民警察违法行使“合法伤害权”。否则就是对制度的否定，对文明的亵渎，对法治的破坏。这也正是我们关注雷洋案、关注吴良述律师事件的重要原因之一。

习近平主席说，把权力关进制度的笼子里。

李克强总理说，法无授权不可为，法无

禁止即可为。

这些都是政府或公检法行使公权力的基本原则和基本准则。否则，包括警察权在内的任何公权力都将成为没有制约没有限制没有监督的“脱缰野马”。

本期特稿《公权力任性是对国家公信力的极大破坏》力透纸背，论证透彻。田文昌在文中指出，在法治思维的理念下，政府和公众都要服从法律，政府行为必须依法尊重和保障公民的个人权利，“让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”，就意味着，不能以任何理由和借口以牺牲人民群众的个人权利为代价去实现政府功能和司法功能，这正是法治国家与警察国家的本质区别。

田文昌强调：当务之急，是必须从人治的惯性思维中走出来，彻底摆脱行政权独大的错误观念。这才是在认识上走出困惑的唯一途径，除此之外别无选择。

暴力执法事件所引发的严重后果已经在各地蔓延、发酵，在世界进入信息时代而传播无边界的今天，这种事件的负面效应与过去已经完全不同同日而语。公权力的恣意妄为，虽然只发生在少数人身上，但这种因害群之马所引发的公愤，矛头指向却会是代表公权力的国家机器。正如孩子惹祸要由家长担责一样，日积月累，会导致人们对政府和司法的失信、失望、仇视甚至报复！

所以，公权力任性所导致的后果，决不仅仅只波及到任性者自身，而会从根本上侵害到公权力的根基，是对国家公信力的极大破坏！甚至可以威胁到国家政权的安危！对于这种问题的严重性，再也不能置若罔闻！



京都律師事務所  
King & Capital Law Firm

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 白冬枫  
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  
陈宇 吕志轩 金燕  
张雁峰 梁雅丽 李彬  
刘敬霞  
主编 杨大民  
编辑 孟妮 王硕  
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  
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

任何权力都不可以任性 杨大民 / 01

### 京都资讯 品牌建设部 / 04

### 特稿

公权力任性是对国家公信力的极大破坏 田文昌 / 15

### 封面主题

自律监管框架下的私募基金业务研究 / 18

契约型私募基金的信托属性与制度完善 韩良 / 19

私募基金管理人登记备案的规则简评 郝璇 / 23

金融新业态下私募股权投资基金的法律风险防范 吕志轩、郝京、王悠 / 27

顾问管理型私募基金类型与解析 丛彦国 / 33

设立开曼基金相关法律事宜简析 于川 / 37

### 京都论坛

“走进德国水务”交流研讨会 / 40

### 京都实务

为涉嫌犯罪的外国人担任辩护律师时应注意的几个问题 肖永成 / 51

如何追捕外逃美国贪官? ——《红色通缉令》系列(一) 王馨全 / 58

我国A股上市公司家族信托的实践与思考 柏高原 滕杰 / 62

骗局(下) ——“铤而走险”的收购能否“化险为夷” 65

### 京都论法

机构投资者入市具有何种表决权? 刘锋 韩良 / 69

图解两高关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释 孙广智 / 72

有效化解回款风险 方能破解PPP项目中标后融资难题 刘敬霞 / 80

宋慧乔怒告《太阳的后裔》赞助商,明星公开权如何保护? 金燕 / 84

### 律师·生活

没有母亲的母亲节 杨大民 / 88

# 京都律师

封面题字 江平



2016年第1期  
总第115期 季刊



## 业务

### 京都律师事务所为私募基金管理人出具的数项法律意见书成功通过基金业协会审核

继2016年5月27日京都律师事务所为某股权投资管理合伙企业申请私募基金管理人登记出具的法律意见书获中国证券投资基金业协会审核通过后，6月份，京都频传捷报，截止目前，已有十余份私募基金管理人登记法律意见书，一份重大事项变更专项法律意见书获中国证券投资基金业协会审核通过。

律师、陈宇律师、周振国律师等专业律师团队对这些公司进行了全面的法律尽职调查，严格按照法律法规和相关规范性文件规定协助该公司进行全面规范，在此基础上出具的关于私募基金管理人登记的法律意见书，终获基金业协会审核通过。

律师团队特别是金融业务律师团队现已发展成为国内规模较大、服务品种较全、人员分工较专业的投资基金法律服务团队。京都律师事务所一直担任国家创投委常务理事和法律顾问，获得2015年度“中国优秀股权和创业投资最佳法律服务机构”的称号，且是首批入选中国证券投资基金业协会入会信息核查的律师事务所之一。

从2005年服务于船舶产业投资基金、渤海产业投资基金至今，京都专业

京都律师事务所韩良律师、刘敬霞

### 京都律师事务所为世界玖玖获思科资本新一轮融资提供全程法律服务

近日，京都律师事务所孙靖宇律师团队为世界玖玖获思科资本新一轮融资并与Sabre、Amadeus达成合作提供全程法律支持。

营体系的保障下，为整个旅游行业 and 游客提供优质的产品和服务。

玖玖汇聚了旅游行业众多资深人士，团队规模已近300人，资源覆盖全球400多个主要旅游目的地。2015年玖玖全年交易额超过20亿人民币，2016年预计达到50亿人民币。

世界玖玖成立于2014年2月，由李遇春、冯娜、宫在友、吴显富等创始人联合创办，成立初期获得了“优投金鼎”的天使投资;2015年5月，公司完成上市公司“众信旅游”的A轮融资，并与澳洲最大的旅游上市公司CTM集团成立了合资公司;仅一年时间，玖玖又再次获得了“思科资本”对公司的新一轮投资。经过了2年多的发展，世界玖

继2015年陆续与Sabre、Amadeus等海外主流GDS签订全球合作协议后，世界玖玖作为GDS在中国的主要合作伙伴，又分别与Sabre、Amadeus开展新的国际性战略合作。

2016年5月，世界玖玖再次获得资本青睐，获得“思科资本”新一轮融资，最新估值达6亿元人民币。世界玖玖是一家自由行全球分销平台，通过互联网技术自建分销系统，将全球核心旅游资源进行整合并分销到各大在线及线下渠道，在7\*24小时高效的自动化运

### 京都（上海）律师事务所提供法律服务的上海宝亚安全装备股份有限公司近日通过全国中小企业股份转让系统股票挂牌审核

京都（上海）律师事务所提供法律服务的上海宝亚安全装备股份有限公司（股票简称：“宝亚安全”，股票代码：836939），近日通过全国中小企业股份转让系统股票挂牌审核。

售一类医疗器械，并针对以上相关业务提供咨询服务，公司专注于呼吸防护行业，广泛应用于石油、石化、电力、钢铁、市政、核电、国防建设等领域。

验室，拥有由国内外从事呼吸保护研究的一流专家和解决现场问题的资深高级工程师组成的研发团队，拥有专利技术百余项，是集研发、生产、销售为一体的专业化呼吸保护解决方案供应商。

公司秉承“关爱生命，关注安全”的企业理念，致力于提供最人性化的呼吸保护装备和呼吸保护供气系统的解决方案，是中国唯一一家拥有独立研发试

该项目由京都（上海）分所王众律师、叶志文律师及律师助理唐树进组成的团队提供全程法律服务。

宝亚安全主要研制、生产及销售消防设备及器材、仪器仪表、通讯器材、空气压缩机、一般、特种劳防用品，销

## 业务

### 首创金服与京都律师事务所签订战略合作协议

首创金服作为北京市大型国企集团首创集团控股的互联网金融公司，日前与北京市金融局法律顾问单位——京都律师事务所签订战略合作协议。

人、平台个人及机构用户投资量合计超过30亿，并先后获得“最受消费者喜爱的互联网金融产品奖”、“2015年度互联网金融创新机构奖”、“2015年度金牌国资互联网金融平台奖”、“2015互联网金融年度领军品牌”等荣誉。

产与建筑工程、基础设施与公用事业等方面为客户提供全方位、高水准法律支持与服务，是中国大型综合性律师事务所。

2016年，互联网金融行业发展遭遇危机和质疑，投资者对互联网金融丧失信心，首创金服此举无疑在振兴行业发展、引领行业规上做出了大型国企的表率。

京都律师事务所成立于1995年，是国内较早设立的合伙制律师事务所之一。经过二十多年的稳健发展，京都不仅在诉讼领域持续居于全国领先地位，而且在公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、能源与环保、风险防控、海商海事、涉外投资、知识产权、信息技术与互联网、物流、娱乐与媒体、婚姻家庭、劳动法律，特别是金融、房地

在金融服务方面，京都律师事务所为数十家银行、证券公司、优质上市公司建立了密切合作关系，树立了卓越的行业口碑和社会公信力。可以说，京都律师事务所在金融法律服务方面拥有优秀的专业能力可以为首创金服提供精准的法律服务。

首创金服旗下互联网财富管理平台首E家自上线来，依托首创集团股东优势，凭借安全的资产源、稳健的收益、严格的风控措施、银行级的信息架构一直行走在行业合法合规的前列，也由此迅速获得用户青睐，注册人数超15万

此次首创金服与京都律师事务所签署战略合作协议，也表明了首创金服在行业乱象中找准自身定位，坚定走合规经营之路的决心。

### 京都律师事务所为国内首单“限价保障房信托受益权专项计划”提供法律服务

2015年8月13日，天津市房地产信托集团有限公司通过华泰证券（上海）资产管理公司设立的“房信限价房信托受益权资产支持专项计划”成功设立，融资3.7亿元。该产品为国内首单以“限价保障房信托受益权”为基础资产的资产支持专项计划，为全国首批保障房题材交易所发行挂牌企业资产证券化产品。

产证券化论坛年会（中国资产证券化论坛（CSF）、清华大学五道口金融学院主办、美国结构性融资行业组织（SFIG）提供支持）主办方颁发的“企业类年度优胜奖”。

京都律师事务所作为“天津房信限价保障房信托受益权专项计划”的法律顾问单位，资本市场部白冬颀律师、贺南华律师全程参与了该资产支持专项计划的设立，并为其出具专项法律意见书。该计划为全国首批保障房题材交易所发行挂牌企业资产证券化产品，得到了天津市相关主管部门以及证监会、基金业协会、深圳证券交易所等相关监管机构的高度重视。

因该专项计划在2015年度中国资产证券化与结构性融资行业中具有极高的创新性，获得2016年4月举行的中国资





## 荣誉

### 京都律师事务所党支部被授予北京市律师行业先进党组织、朝阳区先进党组织荣誉称号

2016年6月25日，北京市朝阳区律师协会党委召开党建工作会议。京都律师事务所党支部被评为朝阳区先进党组织，支部书记、高级合伙人秦庆芳律师被评为优秀党务工作者，朱勇辉、秦庆芳、肖树伟、吴欣荣、杨海明、徐莹、欧洋被评为优秀共产党员。

2016年6月29日，北京市律师协会党委召开2015-2016年度北京市律师行业先进党组织、优秀共产党员、优秀党务工作者表彰大会，京都律师事务所党支部被评为2015-2016年度北京市律师行业先进党组织，秦庆芳律师被评为北京市律师行业优秀党务工作者，肖树伟律师和朱勇辉律师被评为北京市律师行业优秀共产党员。



## 媒体

### 田文昌：两高司法解释的出台并非放纵了贪污贿赂犯罪

2016年4月18日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，明确贪污罪、受贿罪的定罪量刑标准以及贪污罪、受贿罪死刑、死缓及终身监禁的适用原则等，强调依法从严惩治贪污贿赂犯罪。

针对该司法解释，法制网记者采访了北京京都律师事务所名誉主任、中华全国律协刑事业务委员会主任田文昌律师的看法。

法制网记者：该解释将贪污贿赂罪的起刑点提高到三万元，其他量刑数额也有大幅提高，对此，有观点认为这是对贪腐行为标准放宽了，对此您怎么看？

田文昌：首先，这种涉及到犯罪数额的经济犯罪，在量刑标准上是很难以有一个明确的界限。过去在经济犯



罪上，只是简单以数额为量刑标准来划线，实际上这个方法不是很科学，在现实司法实践中很难有操作性。所以，立法机关结合过去的经验出台了这部解释，将过去的量刑标准改为“数额加情节”。改后的标准，应该说相对更合理些。因为单独一个数额很难界定一个犯罪行为，经济犯罪的犯罪数额不管是规定多了还是少了，

都不能准确的对这个行为定性。

鉴于中国的司法现状，贪污受贿犯罪如果没有规定明确的标准，很难保持司法的均衡，因为各地司法机关以及办案人员在量刑时，对于犯罪行为的判断标准不可能一致，所以需要有一些“杠”，这就给司法解释出了很大的难题。大家都知道，《刑九》出台以后，这部司法解释可谓是“千呼万唤始出来”，因为出台这部解释确实是很难办到的。

我认为这个解释相对具有操作性，相对合理。比如，其中规定了三个档次，“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”，并且这三个档次之间都有一个相对具体的情节描述，这样把情节和数额结合起来看，有一定的操作性。所以说，数额虽然说放大了很多，其实是有一定的必然性。因为整个经济在发展，通货经济

## 媒体

膨胀比例也很高，比如说过去《刑法》规定，贪污受贿10万元，要判10年刑期，俨然已与目前的司法现实脱节，不符合现实情况，并不合理。所以说，加大了数额并不能意味着对贪污犯罪处罚减轻。同时，该解释还比过去提出更加严格的规定，比如在刑罚的限制，减刑的限制上等，这也是对刑法如何更好的应用于实践一个具体的补充。

总体来讲，整个国际刑法领域都在“轻刑化”，而贪污贿赂犯罪并不是终身危险的暴力犯罪。一味的追求重刑，并不是一种科学有效的遏制犯罪的方法，并不是一律的“重刑”就能遏制住贪污腐败犯罪。而真正能有

效的遏制住这种犯罪的办法，在于整个机制的完善以及预防机制的增强，事后的惩罚只是遏制犯罪的部分功能，而不是最主要的功能。所以从这些角度来看，该解释的出台并非放纵了贪污贿赂犯罪。

法制网记者：该解释的出台对于反腐会产生怎样的影响？

田文昌：我并不认为，量刑的幅度宽了，会无形中纵容官员的贪腐行为。因为该解释的颁布，并不是一个简单的数量关系，不会因为该解释把贪污受贿的数额标准提高了，就会导致官员在实施贪污受贿行为时会促使他们多贪三五十万。不会因为这个解释就会消退了反腐力度，放纵了腐败

犯罪的发生，它跟加大反腐力度丝毫不发生冲突。

恰恰相反的是，它使得刑法处罚更加合理了，更具有司法操作性了。总体来说我对这个解释是支持肯定的态度。

法制网记者：作为一名刑事辩护专家，该解释的出台对于您今后刑事辩护工作有何影响？

田文昌：我在日后的贪污贿赂犯罪案件的辩护中会更多的考虑除了数额以外情节的作用，情节在具体的复杂的贪污贿赂案件中操作起来会有更多的考虑因素在里面。其实，刑诉辩护角度考虑因素增多，从惩罚角度考虑也是更加科学合理。

### 京都律师事务所李波律师接受民主与法制社采访谈《新环保法》

近年来，我国跨省界水污染纠纷不断增加，逐渐成为引发社会矛盾、影响社会安定的重要因素。2008年，环境保护部专门就此下发指导意见，以求化解难题，多地政府也纷纷自寻“出路”，可时至今日，该问题仍未彻底解决。京都律师事务所合伙人李波近日接受《民主与法制》报社采访，专门分析了该问题。

有业内专家分析，出现这种现象的主要原因是，我国现有的关于政府间流域跨界污染纠纷的调处机制局限在行政体系内部，排斥法律手段。

但记者注意到，2014年全国人大通过修订后的“新环保法”已经以法律形式明确了跨行政区域的环境污染与生态破坏联合防治协调机制。

可近来发生的几起跨区域污染事

件表明，仅靠环保法的单一条款可能无法有效改变目前跨区域环境治理的现状。

“各自为战”  
京都律师事务所合伙人李波律师在接受民主与法制社记者采访时说：“可以说，新环保法为国家打破行政区划，建立重点区域、流域的联防联控措施提供了上位法的法律依据，但部分下位法规定仍相对滞后。”

李波还是北京市律师协会环境与资源委员会委员，对环境公益诉讼颇有研究，在他看来，“现行的环境管理行政体制只要求本地政府对本地环境负责，是导致跨界污染愈演愈烈的主要原因，也是造成我国水环境质量总体恶化的主要因素之一。”

在众多跨省界水污染案例中，最

典型的为甘肃静宁县水源地被污染事件。该县水源地上游分布着宁夏回族自治区隆德县数家污染型企业，这些企业将污水排进了静宁县唯一的生命之源——甘渭河。

从2004年以来，虽然两县之间协调治污的往来函件摆满了一张会议桌，却没见到实质进展。静宁县水务局甚至找不到申诉的地方。最终，环境保护部副部长翟青只好带队到静宁处理此事。

此后，虽然隆德县环保执法部门关停了11家污染企业，但污染严重的水源地要想完全恢复并不容易。

需要指出，我国是一个江河较多的国家，目前七大水系中有近一半受到严重污染，而在这些河流中，多数都是流经数个行政区的河流。



## 媒体

“在流域水环境保护方面，地方政府可能存在争夺资源开发利用，例如流域上游过度开发造成下游生态环境改变。”李波说。他还称，另一方面，地方政府在对待污染治理方面又可能存在监管真空，例如流域上游区域政府对排污企业监管不力，导致流域下游环境恶化。可国家层面对跨省界流域治污的行政手段一直处于高压态势。

除上述2008年环境保护部下发过指导意见外，2009年，环境保护部、国家发改委、监察部、财政部、住房城乡建设部、水利部还联合发布过《重点流域水污染防治专项规划实施情况考核暂行办法》。

可随后的2011年和2013年又发生了广西贺江污染广东用水的纠纷等，2013年，山西长治苯胺泄漏事故导致河北邯郸市污染的纠纷也再次发生。

“以行政区为基础的流域治理体制使整个流域的治理缺乏流域上下游、左右岸之间的科学协调，流域上下游之间污染转嫁严重，增加了协调治理污染的难度，从而使流域的跨行政区治理成为难治之症。”李波分析说。

对此，前几年不少业内专家的共识是，强化区域间的联防联控，可从不少案例来看，效果还不太理想。

李波也认为，在“各自为战”的环保布局中，联防联控的手段措施受到制约，区域污染的整体控制效果大打折扣，部分地方政府出于本位主义可能着力解决本行政区划内的污染治理目标，但要求各地方政府主动打破地域，从整个流域的全局协调布控防治污染存在现实困难。

他的建议是：

要建立更高层级的管理主体，统筹规划，统一标准，建立联防联控体系，完善相关立法，同时明确各流域管理机构的职权以及各行政区域地方政府的职责。

缺少体系建设

在不少环保专家眼中，我国现有的政府间流域跨界污染纠纷调处机制运作效果也不理想。

“应当说，我国跨行政区域水污染治理工作取得了一定成效，水污染急剧恶化的趋势得到一定程度的遏制，但仍没有从根本上扭转水污染的严峻形势。”李波称。

李波的理由是，当前水资源管理机构的法律地位仍然模糊，在协调各行政区划之间联合防治措施方面权威性不高，行政监管和执行权力十分有限，缺乏履行职责所必须的强制性制约手段，许多具体的工作任务还主要依靠地方政府来贯彻落实。

“在处理省际之间的纠纷时，只能调查研究和协调而不能仲裁，这些管理机构面对的工作阻力和障碍较多，难以承担流域管理统筹协调的职责，无法对流域水污染进行统一、有效的治理。”李波坦言。

实际上，在跨省界污染中，行政权力配置与生态系统相割裂本身就产生了冲突，“我国水污染治理体制以行政区域管理为主体，规定地方政府对本行政区域的水环境质量负责，是水污染治理的主体。”李波表示。

他还称：“水污染的一个主要特征就是跨区域性，上游、支流的水污染物会随着水的流动而扩散到下游和干流，

并在流动中不断聚集，最终造成整个流域的严重污染。”

另外，在跨省水污染纠纷的司法实践中，李波注意到，依然存在难点，“法律制度和法律体系不完善、行政体制不健全，还有地方政府缺乏积极性，以及司法机关在审理跨省水域纠纷案件时，面临地方保护主义的影响，地方政府还有可能受到政府部门的压力。”

同时，在李波看来，目前政府部门在跨界水污染执法方式上还需要改进，“各个部门之间职权不明晰，职能严重交叉，形成部门分割严重的‘多龙治水’格局。”

对此，李波的观点是，除了流域水污染治理应打破行政区划的限制、统一规划与协调流域水资源的经济功能和生态功能外，还有强化上级人民政府的职权，打破行政区划设置，根据水域属性划分司法机关对于跨省水污染案件的管辖权，防止地方保护主义的干扰，同时统一裁判标准。

同时，还有人大代表曾提出，在适当时候，将水域污染包括陆源污染水域案件划归沿海和长江主要港口城市的10个海事法院专属管辖。

虽然跨省界水污染存在一定的治理难度，但李波认为有彻底解决的可能性，这是因为，他看到北京奥运会、上海世博会、广州亚运会乃至北京APEC会议期间，国家通过联防联控机制统筹规划，突破行政区划实现联防联控，改善了空气质量。

“这些经验都可以运用在跨省水域环保工作，我们有理由相信能够在不长的时期内找到破解跨界水污染治理难题的举措。”李波说。

## 媒体

### 警察盘查权中的中国法治镜像

传说上帝造人之后，人请求上帝再造一个英雄，来保护人类。上帝说：“英雄在保护你们的同时，也会欺压你们，吃你们。”一语成谶：人类为走出危险的“丛林社会”，缔造了一个强大的政府，并通过警察打击犯罪、维护秩序、保护大众，但是警察也是现代国家除军队之外，唯一合法拥有暴力的国家机器，“他们的权力被认为是必要的，但也是高度危险的；他们可能将权力作为武器用于自己的臣民，就和用于外敌一样。”所以，如何把警察权力关在笼子里，可能是现代国家永远无法回避的问题。

现代社会，警察可能嵌入人们社会生活的方方面面。其中，盘查是其最日常的勤务，正是透过这一日常性的权力运行机制，我们可以窥见一个国家鲜活的法治生态。前段时间广受关注的雷洋案，将警察盘查权带入到人们热议的视野，在坚持需求真相的同时，我们也应该从制度上探寻与每一个公民权利密切相关的警察盘查权的边界在哪里？因为，边界之外是我们每个人自由和幸福的居所。

所谓警察盘查权，是指在公共场所或指定场所，警察对怀疑违法犯罪的人进行拦阻并为必要盘问和检视的权力。盘查权中主要包括了盘问、检查和留置的权力，这些权力与刑事侦查中的讯问、搜查和逮捕十分相似，但是后者属于警察的司法权，前者则是行政权，性质的不同决定了警察执法的范围和强度都不能等同，其中界限和尺度的把握，不仅是对一国立法科学性和警察执法能

力的考验，也折射出一个国家和执法者内在的法治精神和理念。

#### 盘查的根据

从制度层面而言，警察盘查权需要解决的是对什么样的人，在什么范围之内进行盘问和检查是合法的？《中华人民共和国人民警察法》第九条规定，警察对有“违法犯罪嫌疑的人员”，出示相关证件之后，可以进行盘查。网上有观点说：“警察可以随意选择对象进行盘查”，“这里的随意选择是随警察的意愿选择”，“警察可以盘查其想盘查的人”，这些说法不仅是对立法的曲解，更是对行政强制权的肆意扩张，这些都是滋生雷洋案的土壤。不可否认，对于“违法犯罪嫌疑人员”的认定，警察有很大的裁量权，但是这种裁量权是建立在对特定事实的判断之上，而不是一种主观臆断。

美国联邦最高法院以特瑞安案确定了截停与拍身搜查（类似于我国的盘查）的标准，即“合理怀疑”，并以此区别逮捕的启动标准——“相当理由”。同时认为，“合理怀疑”的确认要求警察依据特定的事实，以理性人的标准，合理地推论认为嫌疑人有犯罪的怀疑。并强调，仅凭预感、猜测和无特定目标的怀疑是不够的。美国首席大法官Burger在相关判例中指出：“警察必须结合整个过程和环境对所怀疑的对象进行列举和客观性描述，而不是建立在主观猜测之上。”为了在执法实践中制约警察任意启动截停和拍身搜查，在纽约，如果警察盘查后确定被盘查人没有嫌疑，则

要给他一张卡片，上面写明警察的姓名、工号、盘查的原因，甚至包括投诉的渠道和方式，以此约束警察的执法。如果说中美两国在立法上关于启动盘查的标准并无本质区别，那么实践中的具体做法却让权力在权利面前呈现放肆与克制的不同面貌。

#### 盘查的范围和强度

在警察拦停嫌疑人之后，就涉及到警察能问什么，能查什么？但是我国的相关立法对此都缺少规定，在实践中更是乱象重生，盘问和盘查都没有明确的范围限制。对于强制手段的使用，依照《中华人民共和国人民警察使用警械和武器条例》，警察盘查时不能使用武器，除非在暴力、袭警、脱逃、自杀等特定情况下，也不得使用手铐、脚链等约束性警械，但是实践中并未得到严格执行。其中一个很重要的原因，是我们没有厘清讯问和盘问、盘查和搜查的界限。讯问和搜查是在案件已经发生，并有相关证据指向犯罪嫌疑人，经过审批程序之后采取的刑事侦查措施，所以它具有相当程度的强制性。但是盘查针对的对象不仅包括刑事犯罪嫌疑人，还有行政违法嫌疑人，并且是在没有发生违法犯罪或者只有很低嫌疑的情况下，对嫌疑人采取的临时性、未经审批的调查措施，所以它以对公民权利最小限度的干扰为限。

在此前提之下，先进法治国家都会严格限制盘查的范围和强度。在美国，警察拦阻嫌疑人后可以询问其身份信息 and 涉嫌犯罪的基本事实，并且可以



## 媒体

强制获取其身份信息。但是对于案件基本事实，嫌疑人无回答的义务，拒绝回答也不得成为逮捕的理由。同时，基于联邦宪法第四修正案的保护，美国严格禁止以获取证据为目的的盘查，而只能是在警察本身或周遭第三者有受到攻击危险的合理怀疑时，可进一步对被拦阻者进行身体外部的拍搜。如果被拦阻者不配合盘查，警察在执法的过程中，原则上只能使用轻微的强制力。在暴力犯罪的紧迫性情况下，例外允许警察采取一些并非类似逮捕的强制力，比如展示武器，而不能使用武器。在日本，若无相对人同意，原则上不得检查其携带物品。但在特殊情况下，考虑检查的必要性、紧急性以及所侵害的个人法益与所保护的公共利益的权衡，也可以容许检查。

作为大陆法系国家代表的德国，注重盘查的实效性以维护治安预防，赋予警察必要的强制力获取相对人的身份信息。在相对人拒绝提供时，警察可以采取直接强制力压制相对人的反抗，并扣留其人身进行深入搜查身体和携带物品，以发现身份信息。但是对于其他信息，警察没有强制权。这里需要强调的是，德国宪法中的“比例原则”即国家仅在必要且以最小侵害性的方法来维护公共安全和秩序，即滥觞于警察法学，后来经由行政法原则上升为宪法原则。德国行政法学者弗莱纳则以“不可用大炮打小鸟”的名言，比喻警察行使权力的限度。所以警察日常执法中会严格贯彻比例原则，避免对公民造成不必要的侵扰。

由此回到雷洋案，在雷洋涉嫌嫖

娼的情况下，即使他抗拒执法，对待一个赤手空拳的行政违法嫌疑人，多个警察有无必要使用如此大的强制力压迫他的反抗，直至一个鲜活生命在暴力之下消失。在这个过程中，我们看不到警察对权益的衡量和对权力的克制，这正折射了我国警察执法过程中法治理念的缺失。法治的最高层次应该是对人的价值的尊重，生命就是最高的价值，当我们尊重生命，敬畏生命，就会管好自己的手和手中的权力，就不会有此类悲剧的发生。

### 留置的时间

警察在拦阻嫌疑人之后，现场留置和带到警局继续留置的时间，在某种程度上是盘查区别于逮捕的一个重要指标，所以必须严格加以限制。德国立法规定现场留置的时间不超过十分钟，如果情况紧急，警察先行继续留置以查明嫌疑人身份的，至迟在留置当日结束；如果是法官裁定留置，则由法官根据案情需要决定继续留置的时间。美国通过判例，将现场留置时间原则上控制在二十分钟之内，并且警察不得将嫌疑人带至警察局或者其他任何地方继续盘问，否则便构成逮捕，需要相当理由。这就是说美国警察没有继续留置权，日本警察同样也不得对嫌疑人采取强制手段继续留置。

我国立法对于警察现场留置的时间没有任何规定，并且赋予警察很大的裁量权自行决定将嫌疑人带至公安机关继续留置。根据《中华人民共和国人民警察法》，继续留置的时间是自嫌疑人被带至公安机关之时起不超过24小时，

在特殊情况下，经县级以上公安机关批准，可以延长至48小时。但是根据《中华人民共和国刑事诉讼法》，公安机关采取刑事拘留的最长时限只有12小时，案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，也不得超过二十四小时。由此可见，继续留置作为一种行政调查措施，其强制性还高于刑事侦查措施，这是明显违背比例原则的。德国学者N·霍恩说：“法的功能不仅在于国家权力的稳定和合法化，而且在法治国家中，很大程度上在于一个国家权力的限定和削弱。”从以上各国关于警察盘查权的立法来看，具体的设置制度会有所区别，但是支撑制度的法治理念却是相通的，比例原则、法益衡量思想以及法治精神都贯穿始终。立法的目的在于“对统治者在社群之上行使的权力设置界限，而这种限制就是他们所指的自由。”

上帝对人类期盼英雄保护的告诫并未随着社会的发展而失效，日本著名法学家棚濑孝雄说：“如果行政权力的膨胀是现代社会的宿命，那么为了取得社会的平衡，一方面必须让政治充分反映民众的意愿，另一方面在法的体系中应该最大限度地尊重个人的主体性，使他们能够与过分膨胀的行政权力相抗衡。”雷洋案带给我们的，不仅是对他个人无常命运的嗟叹，更应该是一种制度上的反思，以权利限制权力，可能是人类迄今发现的驯服警察权的最有效路径。

（作者邹佳铭 京都律师事务所高级合伙人  
原文刊登于财新网）

## 媒体

### 梁雅丽律师：昔日首富黄光裕再获减刑度法律解读

国美电器创始人黄光裕，曾是中国企业界的风云人物，他曾三次登上胡润中国百富榜榜首。不过，黄光裕于2010年8月因犯非法经营罪、内幕交易罪等，被北京市高级人民法院终审判处有期徒刑14年，并处罚金6亿元，没收个人财产2亿元。

2016年5月31日，黄光裕第二次获减刑11个月。这意味着服刑后的黄光裕，前后两次共获得减刑21个月，14年刑期的刑满日由2022年11月16日提前到2021年2月16日。

黄光裕服刑期间为何能再次获得减刑？落马官员、富豪等服刑人员的减刑程序是否有相应的监督程序？6月8日，京都律师事务所的资深刑事辩护律师梁雅丽，做客法制晚报法律大讲堂，通过视频直播的方式，就服刑人员的减刑假释相关法律问题进行了深入分析和解读，并与网友进行了交流和互动。

问：5月31日，北京市第二中级法院发布刑事裁定书，认为黄光裕符合法定减刑条件，对其减去有期徒刑11个月。黄光裕为何能再次获得减刑？

梁雅丽律师：黄光裕被判入狱后，属于一名接受监狱教育改造的服刑人员。根据相关法律规定，服刑人员在服刑期间，如果能认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，就可以依法获得减刑的机会。

而具体到黄光裕而言，他再次获得减刑的原因，在北京市第二中级法院发布的刑事裁定书中有详细表述。

该裁定书显示：经审理查明，罪犯黄光裕在刑罚执行期间，能认罪悔罪，认真遵守法律法规及监规，接受教育改

造，积极参加思想、文化、技术学习，按时完成劳动任务。该犯自2012年1月至2012年9月末，累计有效积分达到62分，评定奖励时管理级别为二级严管，获监狱改造积极分子奖励；该犯自2012年10月

至2013年5月末，累计有效积分达到65分，评定奖励时管理级别为普管，获监狱改造积极分子奖励。之前的生效判决所处罚款刑的款项也已经全部执行完毕。

通过这份刑事裁定书，可以看出黄光裕减刑的原因主要包括4个方面：

1，认罪悔罪，而且是自愿的。这是减刑的一个重要前提，如果犯人在服刑期间始终不能够认罪悔罪，说明他在思想层面还没有认识到其行为的违法性及危害性，则很难对其进行减刑。

2，遵守监规，接受教育改造。根据媒体的报道，黄光裕在服刑期间能够积极参加力所能及的劳动，比如曾被派往监狱医院当护理员护理“病犯”。黄光裕能够认真遵守法律法规及监规，其在接受教育改造方面表现出一定的积极性。

3，两次获得监狱改造积极分子奖励。这是决定减刑幅度的关键因素之一。根据裁定书显示计算，黄光裕在监狱改造一个月，平均能挣到8个考核积分，60分左右评一个改造积极分子，一个积极分子减刑6个月左右。

4，判决的财产刑执行完毕。近年



来，司法机关加大财产刑执行力度，并将财产刑执行状况与减刑假释相挂钩，有能力执行而拒不执行的，视为没有悔改表现，并限制减刑假释。这次减刑前，黄光裕已主动缴纳罚金及没收个人部分财产共8亿元，上缴违法所得人民币2366.94万元，生效判决所处罚款刑的款项已经全部执行完毕

问：近年来，广东省江门市原市委常委、副市长林崇中，广东健力宝集团原董事长、总裁张海等通过权钱交易，违法暂予监外执行、减刑等案件被媒体披露，引发关注。我国政法部门对这些现象是否出台了新规定予以规范？

梁雅丽律师：中央政法委曾在实地调研中发现，以权、花钱“赎身”的问题多发生在职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织(领导、参加、包庇、纵容)黑社会性质组织犯罪三类罪犯身上。这三类罪犯存在减刑快、假释及暂予监外执行比例高、实际服刑时间偏短的情况。

为此，2014年2月，中央政法委出台意见作为指导性规范，规范各司法机关在减刑、假释、暂予监外执行案件可能出现的自由裁量以及违纪违法行为。

该意见从严规定了三类罪犯减刑、假释、暂予监外执行的实体条件。如，三类罪犯减刑除一般标准外，还需考察其是否主动退赃、积极协助追缴境外赃款赃物、主动赔偿损失等。在刑期方面，死缓罪犯减刑后的最低刑期延长至22年。



## 活动

### 京都律师事务所金燕律师出席第三届深圳梧桐山文化艺术节暨深圳中韩影视文化版权推介交易日活动

2016年第三届深圳梧桐山（国际）传媒文化艺术节系列活动之2016中韩优秀影视作品版权交易活动，是韩国在中国全新电视节目产品数量和质量最高规格的交流、交易推广活动之一。活动得到中韩两国政府、文化界、传媒界、演艺界的大力支持，韩国政府、以及韩国MBC电视台等韩国十多家文化传媒机构团体都派出了代表参加了此次活动。

金燕律师是京都律师事务所高级合伙人，为京都律师事务所韩国业务团队负责人之一，此次作为中韩版权交易律师顾问出席活动，为参加的中韩企业提供专业的法律服务。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。金燕律师曾与2007年至2015年在北京市金平律师事务所工作，为（株）LG商事，大宇造船，CJ集团投资中国项目提供法律服务，并为福建某公司韩国上市等中国企业投资韩国业务提供法律服务。



### 2016中德律师交流团到访京都律师事务所



代表团合影

2016年4月17日至22日，由德国联邦律师协会、中华全国律师协会和德国国际合作机构合作举办的“中德律师交流”活动在北京举办。代表团成员包括德衡律师事务所主任栾少湖律师、京都律师事务所高级合伙人韩嘉毅律师和辽宁法大律师事务所高级合伙人张旭涛律师等中方代表，以及安妮卡·迪斯纳博士、克里夫·格茨维勒博士和德国联邦司法和消费者保护部国际法律合作处处长安妮·齐默曼女士等德方代表，以及中华全国律师协会的张学兵副会长、冯秀梅副秘书长和国际部主任蓝红。德国国际合作机构也派出了驻华首席代表翱鸽、韦博博士和田恒妍女士参与了活动。

交流团在为期六天的活动中，分别拜访了全国市律师协会、司法部和京都律师事务所。4月19日，代表团到访京都律师事务所，展开了“中德律师制度差异”的交流讨论，京都律师事务所主任曹树昌律师出席了会议并欢迎了代表团的访问。

上午，张旭涛律师和海恩斯·林克律师就辩护律师作用以及强制辩护体系的话题分别做了发言分享，包括辩护律师的权利与作用、强制辩护体系的优点与不足、（辩护）律师执业的挑战。海恩斯·林克律师讲述了德国律师制度和法院办案



京都所曹树昌主任



张旭涛律师

## 活动

特点。

下午，韩嘉毅律师做了《中国刑法的任务和基本原则》的演讲，详细阐述了中国刑法的宗旨与作用、公诉的原则、无罪推定和公平审判。韩嘉毅律师提到：“尽管我们国家是从上个世纪的一九七九年才制定了《刑事诉讼法》，尽管我们仅仅在一九九七年、二零一三年进行了两次修改，但是我们国家的《刑事诉讼法》吸收、借鉴了其他国家的立法经验，较为全面地确立了一些基本原则。这些基本原则反映了刑事诉讼理念和目的的要求，贯穿于刑事诉讼的全过程或者主要诉讼阶段，对刑事诉讼过程具有普遍或者重大指导意义和规范作用，为国家专门机关和诉讼参与人参与刑事诉讼必须遵循的基本行为准则。包括：侦查、检察、审判权由专门机关依法行使原则、严格遵守法律程序原则、人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则、法律面前人人平等



韩嘉毅律师



海恩斯 林克律师

的原则、审判公开原则、无罪推定原则、保障诉讼参与人的诉讼权利原则、具有法定情形不予追究刑事责任原则、分工负责，互相配合，互相制约原则等。”

本次交流会促进了中德律师对两国律师制度的了解，开启了中德律师交流的先河。

### 京都律师事务所韩良律师出席“首届中国—阿联酋伊斯兰金融研讨会”并作主题发言



2016年5月24日，首届“中国—阿联酋伊斯兰金融研讨会”在北京钓鱼台国宾馆、北京外国语大学举办。大会由中国开发性金融促进会、中国国际商会、中国房地产业协会、中国股权投资基金协会、中国伊斯兰金融俱乐部共同主办，旨在探讨伊斯兰金融在中国的机遇与挑战。

为期两天的会议，参与研讨会的多家机构和专家们均表示，将积极探讨与伊斯兰金融合作，助力中国企业走出去，京都律师事务所金融总监韩良律师应邀出席25日下午在北京外国语大学举办的焦点小组讨论，就“优化与发展中国与阿联酋在伊斯兰金融领域的合作”问题进行探讨。

韩良律师是京都律师事务所金融业务部总监，2004年10月被评为天津市首届十名优秀中青年法学家之一。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（最右为韩良律师）。

首先，韩良律师介绍了京都律师事务所的金融业务概况，并强调了京都律师事务所在伊斯兰金融领域取得的成绩。其次，韩良律师将由其主持的、在业界获得强烈反响的“一带一路调研报告”的主要内容向与会嘉宾做了阐述。最后，韩良律师指出，伊斯兰国家是“一带一路”上重要的目的地，我国在未来将与其有着更多的交流与沟通，我们在学习其债项资产的投资经验的同时，也要注意发展中的政策法律等问题。



最右为韩良律师



## 活动

### “京都杯”北京大学法学院第八届模拟法庭大赛圆满落幕

5月21日晚19点，由北京大学法学院模拟法庭训练营主办、京都律师事务所协办的第八届“京都杯”北大模拟法庭竞赛决赛在北京大学英杰交流中心月光厅举行。

北京大学法学院民事诉讼法专家傅郁林教授、海淀区人民法院三庭副庭长殷华法官、京都律师事务所高级合伙人刘铭律师、京都律师事务所合伙人赵岐龙律师担任了现场点评嘉宾。

经过一个半月的对决，从五十二支队伍中脱颖而出进入决赛的两支队伍分别是原告方代理李昂、李昊林，被告方代理人刘利柯、刘竹。

当天比赛以一起股权回购案为赛题，比赛前京都律师事务所高级合伙人刘铭律师代表嘉宾发表了致辞。随后，原告代理人和被告代理人双方展开了唇枪舌剑的辩论。

比赛结束后，四位嘉宾分别对选手做了点评并颁布了奖项。最终结果：原告代理方获得了本次模拟法庭大赛的冠军，被告代理人刘竹获得了“最佳代理人”的荣誉。

北京大学“京都杯”模拟法庭竞赛由京都律师事务所独家支持，从2009年以来已经成功举办八届，旨在开阔学生视野、促进学生学术进步、推动教学与实践相结合。



傅郁林教授



殷华法官



刘铭律师



赵岐龙律师



原告代理方李昂、李昊林



被告代理方刘利柯、刘竹



选手与嘉宾合影



# 公权力任性 是对国家公信力的极大破坏

田文昌/文

自雷洋和吴良述律师事件以来，网络上诸如查验身份证、骑车罚款、城管打人等各种暴力执法的视频连连曝光，致使人民群众群情激奋，声讨之声不绝于耳。

面对这种现象，律师界、学术界等各界人士纷纷发声，谴责和论证暴力执法行为的不正当性和危害性。与此同时，为警方辩解的声音也不断出现。诚然，在公众的普遍谴责中，辩解的理由会处于弱势，因此也使得与事件相关联的执法人员群体一时间处于弱势地位，甚至于自感委屈和抱怨。但是，这两种声音和两种理由的博弈，也将人们带入了一种

莫名的困惑之中。

这种尴尬状态，向社会提出了一个尖锐的问题：警察该不该执法？老百姓该不该抱怨？是不是，要么，需要警察执法就不能束缚执法者的手脚？要么，执法者就会因束手束脚而无所适从，难保一方平安？

面对这个问题，一部分人坚持二者可以兼顾，一部分人则坚持二者无法兼顾。而在两者论争之下，另有一部分人则感到“真的是说不清楚了”！

虽然论争双方各有其理由和法律依据；虽然为执法者辩解的观点不无道理，也博得了一部分公众的认同；虽然警察



法治社会的重要特征是以严格、正当的法律程序来治理整个社会，而不允许公权力者享有法律之外的任何特权。公权力任性所导致的后果，是对国家公信力的极大破坏！

执法、城管执法过程中确有苦衷；虽然其中一些执法人员甚至感到委屈难当……但无论如何，都不能以践踏人权为代价而在执法中任意妄为！这是现代社会中法律价值观的基本取向。

在人治思维的框架下，个人权利必须服从于政府权力，因而常常会处于被忽视的地位，通过牺牲部分个人的利益以维护社会整体局面，可以被视为“正当”。

在这种重治理轻人权的价值观支配下，执法者被赋予任意性权力，社会治安严峻状况虽然可以得到暂时缓解，但必然也会付出践踏人权的沉痛代价！这是警察国家的基本特征。80年代初期“严打”以及前些年的“维稳”所付出的代价，就是这种价值观所带来的直接后果。

而在法治思维的理念下，政府和公众都要服从法律，政府行为必须依法尊重和保障公民的个人权利，“让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”，就意味着，不能以任何理由和借口以牺牲人民群众的个人权利为代价去实现政府功能和司法功能，这正是法治国家与警察国家的本质区别。

法治社会的重要特征是以严格、正当的法律程序来治理整个社会，而不允许公权力者享有法律之外的任何特权。在这种社会结构中，一方面，人民群众的个人权利受到更加充分的尊重和切实的保障，另一方面，则对政府和公职人员提出了更高的要求，那就是既要尽职尽责，又要严守程序规则，更不能侵犯人权。

在有些人看来，这种要求似乎是强人所难，更有人声称，美国的警察权力更大！其实并非如此。若说是强人所难，在法治发达国家，执法者的权力因受到多方制约而无法任性，其个人的权力空间十分有限，但那里的社会秩序并非不如我们或许更稳定。若说美国警察的权力更大，纯属是误

导，只有真正地全面了解之后才有发言权。更重要的是，面对严密而有效的救济措施，美国警察一旦违法，被害方便会及时获得有效救助，而警察则难辞其咎。

在为暴力执法行为辩解的理由中，总是强调个人判断权和行为权的必要性和不可避免性。诸如，非如此便无法盘查，无法对拒查者采取强制手段，甚至无法执行职务，等等。对这些理由的错误之处，不必一一驳斥，因为已有人多次反复论证过了。在此，只强调一个换位思考的问题：我们设想一下，面对近期以来频繁曝光的种种暴力执法事件，如果按照暴力执法理由正当论的观点，我们当中的任何人，在任何时间、任何地点、任何场合，都可以被任何警察（不论真假），以任何理由进行盘查和搜查，只要这个警察认为他有理由这样做而无须任何限制。接下来，如果任何人以任何理由拒绝配合，则警察都可以用任何手段将其暴力制服，带上械具，装进警车，带进警局，强行讯问，限制自由，且不允许其与外界联系。再接下来，当事后证明被查者无辜时，警察却可以说，他有执法的权力和维持治安的义务，他依法可以怀疑某人涉嫌违法且有权盘查，暴力制服和讯问、留置。

有人会说，这个假设是伪命题，是强词夺理。因为一个正常的、负责任的警察，不可能那样做。但不可否认的是，在缺乏制约和利益的驱使下，这种行为的发生不仅具有可能性而且具有必然性，尽管它只是个别的而不是普遍的。

还有人会说，这毕竟是个别现象，个别不能代表整体，不值得大惊小怪，更不能因噎废食。但是，个别虽然不能代表整体，却可以抹黑整体，带坏整体，甚至毁掉整体。

重要的是，雷洋事件和吴良述律师事件以及全国各地陆续曝出的同类事件，一再地表明，这种现象已经发生过，而且现在还在发生！而仅仅当前这些所谓的个别现象，已经激

起了公众的愤怒，形成了人们仇视公权力的不安定因素。面对这种局面，究竟是不应当因噎废食？还是必须刮骨疗毒？

毋庸讳言，警察执法确有苦衷，在维护治安中也功不可没。这是每一个社会公众应当予以理解和认同的事实。但是，我们透过对种种践踏人权暴力执法事件的反思，则必须认识到，当我们换位思考之后，再想想人民群众的苦衷，想想被执法者的感受，想想老百姓的处境，想想当执法者本人回归到老百姓身份时会如何面对这样的暴力执法，就再没有理由理直气壮地坚持暴力执法的正当性和任意性。

当务之急，是必须从人治的惯性思维中走出来，彻底摆脱行政权独大的错误观念。这才是在认识上走出困惑的唯一途径，除此之外别无选择。

暴力执法事件所引发的严重后果已经在各地蔓延、发酵，在世界进入信息时代而传播无边界的今天，这种事件的负面效应与过去已经完全不可同日而语。公权力的恣意妄为，虽然只发生在少数人身上，但这种因害群之马所引发的公愤，矛头指向却会是代表公权力的国家机器。正如孩子惹祸要由家长担责一样，日积月累，会导致人们对政府和司法的失信、失望、仇视甚至报复！

所以，公权力任性所导致的后果，决不仅仅只波及到任性者自身，而会从根本上侵害到公权力的根基，是对国家公信力的极大破坏！甚至可以威胁到国家政权的安危！对于这种问题的严重性，再也不能置若罔闻！

如何破解这个尴尬而又重大的政治难题？

转变观念是前提，完善机制是根本。转变观念，就是要摆脱人治理念下思维方式的局限性，从根本上认识到重视和保障人权的重要性，并认识到人心所向才是维系国家公信力的真正基础。完善机制，就是在机制设计上打造出可以有效限制公权力任性的制度笼子。

人们最普遍的认识，是执法者素质低下，但更需要分析的是这种现象背后的深层原因。无论是警察、城管，还是滥用公权力的其他政府官员，在入职这些行业之前和离开这些行业之后，他们都与普通公众并无二致，尤其是当他们一旦遭受这种境遇时，也会因身份转换而向公权力抗争。这充分说明，这种素质所体现的，不仅仅是作为自然人本身的个人素质，而是作为一种职业特征的整体素质。因此，这种素质的养成，与其所依存的特定的职业环境密切相关。

历史的经验一再证明，公权力可以随时走向任性，这是一种在常态下难以遏制的自然倾向，具有必然性。因此，公权力只有在控制下运行，才能抑恶而扬善，一旦失控就会贻



害无穷。

从这个意义上讲，一些执法人员之所以利用公权力恣意妄为，其直接原因自然与其个人的素质有关，因为虽然有人会这么做，但更多的人并不会这么做。但是，从根本上讲，导致这种现象的深层次原因则是公权力本身的制度性缺陷。因为，正是这种缺陷所形成的权力真空，才诱发和放任了一些执法者在公权力失控状态下的恣意妄为。所以，尽管执法者个人素质亟待提高是不容忽视的问题，而改变现状的根本途径则必须是在机制设计上痛下决心，狠下功夫。只有改善机制才能从根本上使这种现象得到遏制。

无论是城管执法还是警察执法，都是维系社会秩序不可或缺的基本力量，对此无人质疑。问题只在于，将此必要性保障公众合法权益的关系置于冲突地位的观点，不仅会混淆视听，而且还将本可以正当行使的公权力陷于引起公愤的不义境地，其危害不言自明。

其实，机制的突破，既不是禁区，也不是盲区，根本障碍是来自于观念的滞后。对此，学者们已经提出过多次呼吁和建议。希望借四中全会之春风，在司法改革大潮的带动下，尽快改进、完善警察和城管的执法规范。

再不能放任这种公权力的任意妄为，必须警惕这种公权力任性对国家公信力乃至对政权的严重威胁！



# 自律监管框架下的 私募基金业务研究



## 契约型私募基金的信托属性与制度完善

■ 韩良 / 文

2014年8月中国证监会发布了《私募投资基金监督管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》），该《暂行办法》第二条允许投资人、管理人和托管人通过基金合同形式建立投资法律关系，为契约型私募基金的设立提供了法律上的依据。在有限公司型和有限合伙型私募基金中，单只私募基金的投资者人数累计不得超过50人，而契约型私募基金则可达200人，具有明显的数量优势；有限责任公司与有限合伙企业需要履行工商登记手续，而契约型私募基金通过订立基金合同即可成立，具有设立手续简便的特点。基于上述优势和特点，自《暂行办法》实施以来，契约型私募基金发展迅速，但由于契约型私募基金的法律属性不明，实践中存在较大法律风险，对此需要明晰契约型私募基金的信托属性，并做制度设计完善。

### 契约型私募基金因法律属性不明存在的法律风险

契约型私募基金虽然具有上述优点，但是由于其法律属性不明，至少存在下列法律风险。

#### （一）基金财产存在被法院强制执行的风险

我国《证券投资基金法》以信托原理为理论基础，对证券投资基金的信托法律关系进行了规定，该法第七条规定：“非因基金财产本身承担的债务，不得对基金财产强制执行”。因此在证券投资基金活动中，基金财产与信托财产一样具有独立性，既与基金份额持有人未投资于基金的其他财产相区别，也与基金管理人和基金托管人的固有财产相区别。但该法的调整对象仅限于证券投资基金，而对于非证券

投资基金则没有明确规定。《暂行办法》要求基金财产与基金管理人财产相互独立，但《暂行办法》仅为部门规章，法律层级较低，一旦发生纠纷，司法机关对契约型私募股权基金的财产是否属于独立财产、能否与基金管理人的固有财产相互独立还没有判例可寻。因此，对于契约型股权等非证券投资，基金财产仍然存在被法院强制执行的风险。

#### （二）基金财产与基金管理人自有财产相混淆的风险

契约型私募基金不具有类似于有限责任公司、有限合伙企业的组织形式和主体资格，其基金财产自然也不会转移至或登记在有限责任公司、有限合伙企业的名下。因此在契约型私募基金中，私募基金管理人对基金财产的经营管理，容易导致基金财产与私募基金管理人的固有财产（包括所持股）相混淆、缺乏独立性。虽然《暂行办法》第二十三条规定了私募基金管理人不得将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事投资活动，也不得侵占、挪用基金财产，但是并没有针对此种情形进一步规定专门的防范措施；另一方面，即使在基金合同中约定了私募基金应当由基金托管人托管，也不足以保证基金财产与私募基金管理人的自有财产相混淆。更何况《暂行办法》的效力级别仅是部门规章，不属于严格意义上的法律和行政法规。

#### （三）私募基金管理人道德和法律风险

有限责任公司与有限合伙企业均属于较成熟的企业形式，对于企业所有者与管理者的制衡有较好的经验可供借鉴。而契约型私募基金与此不同，对管理人的约束缺乏普遍适用的制度和案例参考。虽然有人认为基金持有人和基金托管人可以对契约型私募基金管理人进行监督，但是在

实践中，一方面，基金持有人作为投资者，本身就处于劣势地位，很难对基金管理人进行有效的监督；另一方面，在契约型私募基金中，基金管理人有权决定基金托管人的选任，基金托管人出于经济利益的考虑，也很难对基金管理人进行实质意义上的监督。由此可见，契约型私募基金管理人的行为缺乏监督，可能面临道德和法律风险，包括利用基金财产或职务之便，为本人或投资者以外的人牟取利益，进行利益输送；从事损害基金财产和投资者利益的投资活动；玩忽职守，不按照规定履行职责等。

#### （四）存在基金管理人在资本市场上代持与关联交易的风险

由于契约型私募股权基金不是商事主体，不能在工商局办理股东登记，在投资过程中，如果以管理人名义登记，则构成了股权代持关系。依照我国目前的上市规则以及新三板挂牌规则，股权代持是不允许的。虽然将契约型私募股权投资基金作为有限合伙人纳入另一个有限合伙企业可以解决股权代持问题，但毕竟增加了成本。

由于我国主板、创业板、新三板市场以及《暂行办法》并没有清晰规定基金管理人的竞业禁止义务，当基金管理人同时管理多个契约型私募股权基金，在不同契约型私募股权基金所投资的目标公司及投资项目之间，基金管理人就有可能通过关联交易将管理某一基金产生的利益输送给另一基金，从而导致关联交易和利益冲突的问题。

如果将契约型私募基金的法律属性定位为信托，以上因法律属性不明存在的法律风险将会迎刃而解，根据《信托法》规定：第一，信托财产具有独立性，信托财产独立于委托人和受托人和其他的受托财产，必须分别进行管理，这样就避免了由于财产混淆而带来私募基金管理人的道德和法律风险；第二，除非法律特殊规定，信托财产不能被司法机关

### 韩良律师简介



京都律师事务所金融业务总监，金融工程学博士，法学博士后，民商法学教授，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。主持了200亿船舶基金、20亿滨海创投引导基金等十余只股权投资基金的研发及筹建法律服务工作。主编了《非证券类投资基金法律问题研究》，《并购基金法理与案例精析》，等著作。擅长投资基金产品研发与基金架构、投资工具设计、基金法律风险防控、家族信托等业务。

第一，契约型私募基金以信任为基础。投资者基于对基金管理人的信任，将资金委托给基金管理人进行投资活动；第二，契约型私募基金以财产转移为基础。投资者通过契约性投资合同，将资金转到基金托管人的账户，使该财产独立于投资者与基金管理人的固有财产；第三，契约型私募基金以受托人为核心。在契约型私募基金中，基金管理人居于核心地位，有权独立管理和运用基金财产，并有权代表私募基金与其他第三方签署基金投资相关协议文件、行使诉讼权利或者实施其他法律行为；第三，契约型私募基金以实现委托人意愿为目的。在契约型私募基金中，投资者通过基金合同来表达自己的信托目的，在实践中主要是以实现投资收益为主。

2. 契约型私募基金定性为信托属性的法律依据

强制执行，这样，也避免了基金财产存在被法院强制执行的风险；第三，契约型私募基金以集合资产管理计划出现也避免了存在基金管理人在资本市场上代持的法律风险，《信托法》关于受托人的信义义务的规定也会使基金管理人在资本市场上发生关联交易的风险大大降低。

### 契约型私募基金定性为信托属性的依据及存在问题

#### （一）契约型私募基金定性为信托属性的依据

1. 契约型私募基金符合信托法律定义的内涵

我国《信托法》第二条规定：“本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的进行管理或者处分的行为”。上述定义揭示了信托定义四个方面的法定内涵，契约型私募基金完全符合上述《信托法》关于信托定义的内涵。



《证券投资基金法》第三条规定：基金管理人、基金托管人和基金份额持有人的权利、义务，依照本法在基金合同中约定。基金管理人、基金托管人依照本法和基金合同的约定，履行受托职责。从以上规定可以看出：证券投资基金的法律属性为信托。该法第二条规定：公开或者非公开募集资金设立证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。因此，该法第二条不仅明确了私募证券投资基金的信托属性，也明确了《信托法》作为调整证券投资基金的上位法地位。

#### （二）将契约型私募基金定性为信托属性存在的法律问题

1. 缺乏对非证券类契约型私募基金信托属性的法律认可  
尽管契约型私募基金符合《信托法》关于信托的定义，《证券投资基金法》也认可证券类私募投资基金的信托属性，但对于非证券类私募投资基金是否具有信托属性则缺乏法律层面的认可。而《暂行办法》第二条虽然允许投资人、管理人和托管人通过基金合同形式建立投资法律关系，为契约型私募基金的设立提供了法律上的依据，《暂行办法》第二十三条第一款也规定了私募基金管理人不得将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事投资活动，但并没有明确规定契约型私募基

金特别是非证券类私募投资基金的信托属性。

#### 2. 业务范围受到监管机构的严格限制

由于契约型私募基金还没有被认可为信托属性，没有像信托计划、券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划那样从监管机构取得了“名份”，其业务范围受到监管机构的严格限制。第一，契约型私募基金无法直接委托商业银行发放委托贷款。实践中均以管理人的名义对外签署，蕴含着资产混淆、法院强制执行的风险；第二，契约型私募基金无法成为ABS。由于信托计划、券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划从监管机构取得了“名份”，它们都可以成为资产证券化业务中的ABS，由于没有明确契约型私募基金信托属性，契约型私募基金还不能成为ABS；第三，尽管全国中小企业股份转让系统在《机构业务问答（一）——关于资产管理计划、契约型私募基金投资拟新三板挂牌公司股权有关问题》基本明确了契约型私募基金持有拟新三板挂牌公司股权的合法性，在新三板挂牌审查时无需还原至实际股东，可直接登记为该基金产品名称。但是否可直接投资于拟上市公司股权尚没有明确的法律结论，参与上市公司定增可能还要适用穿透原则。

### 明晰契约型私募基金为信托属性的对策建议

为明确契约型私募基金的信托属性，需要在下列几个方



自《暂行办法》实施以来，契约型私募基金发展迅速，但由于契约型私募基金的法律属性不明，实践中存在较大法律风险，对此需要明晰契约型私募基金的信托属性，并做制度设计完善。

面进行完善。

### （一）制定统一的《受托人条例》

《信托法》本来是一部以规范民事信托为主，兼具营业信托的法律，但由于我国缺乏民事信托的传统与外在实施条件，所以我国现在的信托基本是由营业信托主导。但由于金融体系“分业经营，分业监管”的原因，信托业被当成了金融业，由银监会主管，这就造成了由证监会监管和力推的券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划，对外不能以信托计划的名称出现，虽然证监会的相关文件赋予了这些计划“财产独立性”等类信托属性，但毕竟缺乏上位法《信托法》的支持，给券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划法律纠纷的产生与解决带来了隐患。与券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划相比，由于法律属性的不明确，契约型私募基金面临的法律风险要大得多。解决的办法是，由国务院制定《受托人条例》。《受托人法》是英美法系国家在信托领域非常成熟的成文法，通过对国外成熟的立法经验的学习，我国应以国务院行政法规的形式，对信托机构、券商、公募基金子公司，私募基金管理机构等成为受托人的资格条件进行统一规定，打破“分业经营，分业监管”的部门局限，使信托这一具有普世性的人类文明工具发挥其应有的作用。同时对受托人的权力、义务和责任，对受托人的选任、撤销进行规范，真正使契约型私募基金的信托属性得到上位法的承认。

### （二）赋予契约型私募基金“名份”

与信托计划、券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划相比，契约型私募基金还没有一个适当的“名份”，这使得契约型私募基金投资于“三板市场”，未上市企业以及将来的上市企业，既不像公司制基金、有限合伙制

基金那样具有在工商局登记的企业主体资格，也不像信托计划、券商资管计划、基金子公司特定客户资产管理计划一样具有监管机构认可的“身份”，实践中采取的以基金管理人名义和以契约型私募基金编号名义进行投资蕴含较大的法律风险。为了防范这一法律风险和增加操作性，有人主张赋予契约型私募基金可以在工商部门进行主体登记的权利，笔者认为这不仅与契约型私募基金通过合同设立的信托属性相去甚远，也和我国目前的法律体系中商事主体法定原则相悖。可行的方式是监管机构通过部门规章的形式赋予契约型私募基金正式“名份”，如“契约型基金资管计划”，契约型私募基金以“契约型基金资管计划”的名义对外进行投融资活动。

### （三）在当事人“意思自治”与“行业自律”中取得平衡

明确了契约型私募基金的信托属性，意味着在投资人与管理人之间建立信托关系的基础是契约型私募基金合同，当事人之间要秉承“意思自治”的原则建立信托关系，在《受托人条例》还没有出台之前，监管机构应该尊重当事人在《信托法》规定的原则和条款之内，对投资目标、投资范围、投资策略、投资限制等方面，对私募基金财产投资条款进行具体设计的权利。《暂行办法》出台之后，中国证券投资基金业协会作为“行业自律”机构，在完善私募基金管理人登记、私募基金备案，私募基金的销售、信息披露、文本的规范化方面做了很多基础性工作，这是非常值得肯定的，但需要做到在当事人“意思自治”与“行业自律”中取得平衡，基金业协会还应该在推动基金管理人评级、信息披露、惩戒等领域做更多的工作，使投资者和管理人掌握的信息更加对称，使投资者能够选择更加具有信托精神和良好管理业绩的管理人，更好地实现自己投资理财的目的。



## 私募基金管理人登记备案的规则简评

■ 郁璇 / 文

自中国基金业协会2016年2月5日发布《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》以来，又相继出台了十五个关于私募基金登记备案的相关问题解答，可见私募基金管理人登记备案的重要性和复杂性远远超出了业界在年初时的预测。根据基金业协会的上述规定，私募基金管理人进行登记备案的基本前提是向协会提交律师事务所出具的法律意见书，但是至今为止，私募基金管理人登记的法律意见书过关率较低，导致私募基金管理人无法如期发行基金产品，面临极大的财务风险和声誉风险。因此，对私募基金管理人登记备案规则的梳理和评析变得尤为必要。

### 一、基金业协会关于私募基金管理人登记备案的规则

私募基金管理人登记备案包括私募基金管理人的登记和由私募基金管理人进行的私募基金产品的备案。基金业协会关于私募基金管理人登记的规则主要包括：《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》、《关于进一步规范

私募基金管理人登记若干事项的公告》和基金业协会就私募基金管理备案发布的相关问题解答和答记者问。

1.《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》

基金业协会于2014年1月发布的《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》从基金管理人登记、基金备案、人员管理、信息报送和自律管理等五个方面进行了具体规定。

2.《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》

基金业协会于2016年2月发布的《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》对私募基金管理人的登记、私募基金产品备案、私募基金管理人信息报送、年度审计报告、私募基金管理人登记的法律意见书、基金从业资格等事项进行了全面系统的规定，是私募基金管理人登记的最主要的适用规则。

3.相关问题解答

为落实和指导私募基金登记备案工作，截至6月基金业协会还发布了十五个相关问题解答和答记者问，详见下表所示。



表1 私募基金登记备案相关问题解答

序号	发布时间	名称	主要内容
1	2014-1-17	《私募基金登记备案常见问题》	私募基金登记备案的性质、范围、办理时限、公示，从业资格的认定和注册。
2	2014-3-5	《私募基金登记备案相关问题解答（一）》	外资私募基金管理机构是否纳入登记备案范围，自然人、实缴资本未到位的机构能否登记为私募基金管理人，能否承诺保底保收益，是否必须履行登记手续及不登记的后果。
3	2014-3-10	《关于私募基金登记备案有关问题的说明》	私募基金管理人是否必须履行登记手续，创业投资基金管理人是否也必须履行登记手续。
4	2014-3-16	《私募基金登记备案相关问题解答（二）》	合格投资者的认定标准，没有管理过基金的机构能否在协会登记。
5	2014-5-28	《私募基金登记备案相关问题解答（三）》	经登记的私募基金管理人募集设立新的私募基金，在适用合格投资者标准时，针对合伙企业、契约等非法人形式的投资者类型，是否需要穿透核查最终投资者为合格投资者，并合并计算投资者数量，并规定了例外情形。
6	2015-1-6	《私募基金登记备案相关问题解答（四）》	《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》关于基金经理“静默期”的要求是否适用于私募基金行业。
7	2015-1-16	《私募基金登记备案相关问题解答（五）》	私募基金管理人登记后变更控股股东、实际控制人或者法定代表人（执行事务合伙人）的，应当在基金业协会履行的手续。
8	2015-4-2	《私募基金登记备案相关问题解答（六）》	私募证券基金从业资格的取得方式。
9	2015-6-3	《私募基金登记备案常见问题解答汇总》	私募基金的概念解析等30个问题。
10	2015-11-23	《私募基金登记备案相关问题解答（七）》	开展民间借贷、小额理财、众筹等业务的机构，同时开展私募基金管理业务的，如何进行私募基金管理人登记；从事私募证券投资基金业务的高管人员以及基金经理的资质要求。
11	2016-2-5	基金业协会负责人就发布《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》答记者问	我国私募基金行业的整体情况，私募基金的各种问题和风险事件，该公告及其中取消私募基金管理人登记证明、加强私募基金管理人及时备案私募基金要求、重申私募基金管理人及时履行信息报送义务、要求私募基金管理人提交法律意见书、对私募基金管理人高管人员基金从业资格做出要求的规定，所考虑的因素。
12	2016-2-22	基金业协会负责人就落实《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》相关问题答记者问	是否暂停私募基金登记备案工作，评价一些券商、律师事务所等中介服务机构的“保壳”、“卖壳”等一条龙服务，对私募基金管理人提交《法律意见书》事宜进一步说明，回应私募机构咨询顾问产品备案事项、基金从业资格考试等问题。
13	2016-3-18	《私募基金登记备案相关问题解答（八）》	《私募基金管理人登记法律意见书》和《私募基金管理人重大事项变更专项法律意见书》的基本要求，出具《法律意见书》的律师事务所及其经办律师应当符合的资质要求，律师事务所及其经办律师对私募基金管理人风险管理和内部控制制度的尽职调查。
14	2016-5-13	《私募基金登记备案相关问题解答（九）》	细化了私募基金高级管理人员的基金从业资格认定情形。
15	2016-5-27	《私募基金登记备案常见问题解答》	涉及私募基金管理人登记、私募基金产品备案、法律意见书的相关问题

## 二、私募基金管理人登记备案规则简评

私募基金管理人作为资本市场的重要参与主体，不仅关乎投资者利益，而且对我国资本市场的健康发展有着重要影响。因此，中国证监会和基金业协会等监管机构将私募基金管理人及私募基金产品纳入统一监管规范框架是市场发展需要且有日益严格的明显趋势。

从基金业协会关于私募基金管理人登记备案的规则可以看出，私募基金管理人是私募基金制度的核心，私募基金管理人的准入机制是整个私募基金监管体系的前置条件。《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》第五条规定，“私募基金管理人应当向基金业协会履行基金管理人登记手续并申请成为基金业协会会员。”第六条规定，“私募基金管理人申请登记，应当通过私募基金登记备案系统，如实填报基金管理人基本信息、高级管理人员及其他从业人员基本信息、股东或合伙人基本信息、管理基金基本信息。”通过强化对私募基金管理人的规制，可以有效监管私募基金，这与国际发达国家做法类似。

但是，登记备案仅是私募基金监管的第一步，基金业协会更加注重私募基金后续的持续合规运作和发展。随着《私募投资基金管理人内部控制指引》、《私募投资基金信息披露管理办法》的出台和7月生效的《私募投资基金募集行为管理办法》和《私募投资基金合同指引》，私募基金的自律管理体系正在逐步完善，登记备案仅是私募基金合规运作的前提，而持续性符合中国证监会的监管规则和基金业协会的自律管理规则，则是私募基金需要更加注意的问题。因此，私募基金管理人在提交法律意见书进行登记备案时，不仅要符合《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》、《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》、和基金业协会就私募基金管理备案发布的相关问题

### 郁璇律师简介



英语学士，法律硕士，管理学博士，具有证券从业资格。为《非证券类投资基金法律问题研究》一书的主要撰稿人，参与了船舶产业投资基金架构设计和相关制度起草工作，在投资基金管理人备案和投资基金法律风险控制领域具有丰富的经验。专长于基金研发、基金投资工具设计以及涉外投资基金法律业务。

解答，在运营过程中必须符合《私募投资基金管理人内部控制指引》、《私募投资基金信息披露管理办法》的规定，按照《私募投资基金募集行为管理办法》和《私募投资基金合同指引》的要求进行资金募集和签订相关协议，避免增加额外的交易谈判成本和时间成本。

## 三、实务建议

京都律师事务所金融部团队自2016年3月开展私募基金管理人登记备案法律业务以来，与数家私募基金管理人签订了专项法律服务合同，截至目前有六家私募基金管理人登记法律意见书和重大事项变更专项法律意见书成功通过基金业协会的审核。

针对基金业协会的反馈意见和我们对私募基金管理人进行尽调和出具法律意见书过程中遇到的问题，笔者认为在经营范围、营业场所、关联方、从业资格等方面需要引起私募基金管理人和律师事务所的重视。

### 1、经营范围

根据基金业协会的要求，对私募基金管理人经营范围的审核分为两个方面：第一、必须含有与私募基金管理人业务属性密切相关的字样，如：“基金管理”、“投资管理”、“资产管理”、“股权投资”、“创业投资”等；第二、禁止含有和兼营与私募投资基金业务存在冲突的业务、与“投资管理”的买方业务存在冲突的业务、信贷业务以及其他非金融业务，如民间借贷、配资业务、配资业务、小额理财、小额贷款、P2P/P2B、众筹、保理、担保、房地产开发、交易平台等业务。

由于私募基金管理人属于专业管理机构，应当遵循专业化管理和防范利益冲突原则，除了要符合上述基金业协会的规定外，如果私募基金管理人同时从事私募股权投资业务和私募证券投资业务，还需要设置相应的防火墙和业务隔离制度，防范可能发生的利益冲突。此外，在实务中，“投资咨



中国证监会和基金业协会等监管机构将私募基金管理人及私募基金产品纳入统一监管规范框架是市场发展需要且有日益严格的明显趋势。

# 金融新业态下私募股权投资基金的法律风险防范

■ 吕志轩、郝京、王悠 / 文

询”、“财务咨询”、“财务顾问”等字样争议较大,为了避免被基金业协会退回的审核风险,建议私募基金管理人对含有上述字样的经营范围尽早进行整改。

## 2、营业场所

根据基金业协会的规定,私募基金管理人应当具有开展业务所需的营业场所,该营业场所可以与私募基金管理人注册地不在同一行政区域内,但是私募基金管理人应当如实填报,律师事务所应当进行尽调,做好相关事实性陈述,并说明是否确实存在实际经营地经营、注册地和实际营业场所不一致的原因等事项。

实务中,由于各地或区域的地方优惠政策差别较大,处于税收和其他利益方面的考量,很多私募基金管理人的注册地和实际营业场所是不一致的。律师在进行尽调过程中,不仅需要视情况要求私募基金管理人提供营业场所的房屋所有权证、租赁合同以及其他相关使用证明,而且要实地核查是否确实存在该营业场所及办公设备,对能否满足私募基金管理人开展业务的需要发表明确的结论性意见。

## 3、关联方

根据基金业协会的定义,私募基金管理人的关联方包括三大类:a.私募基金管理人的子公司,即私募基金管理人持股5%以上的金融企业、上市公司以及持股20%以上的其他企业;b.私募基金管理人的分支机构;c.其他关联方,即受到私募基金管理人的实际控制人或者控股股东控制的金融企业、资产管理机构或者相关服务机构。

因此,私募基金管理人不仅要根据基金业协会的上述关联方分类对律师事务所进行主动披露,而且要提供关联方的工商登记文件、自然人股东身份证复印件以及与关联方的业务往来资料和相关协议;对于私募基金管理人的关联方已经登记为私募基金管理人的,还需要提供私募基金登记备案系

统登录名和密码等相关信息供律师进行查验。实务中,律师事务所不仅需要对私募基金管理人提供的关联方信息进行查验,而且要根据私募基金管理人提供的业务往来资料和相关协议进行梳理分析,对私募基金管理人与其关联方之间是否存在关联交易以及是否需要根据《信息披露管理办法》向其管理的私募基金持有人披露相关信息发表明确结论性意见。

## 4、从业资格

根据基金业协会的要求,对于仅从事私募股权投资基金业务的私募基金管理人,其法定代表人/执行事务合伙人(委派代表)、合规风控负责人应当取得基金从业资格;对于专营或者兼营私募证券投资基金业务的私募基金管理人,则要求所有高管人员及基金经理都必须取得基金从业资格。

实务中,律师事务所在核查私募基金管理人相关人员是否具有基金从业资格时,不仅要核查相关人员是否符合基金业协会关于基金从业资格认定的数种情形,而且需要根据《公司法》、《合伙企业法》等相关法律规定及私募基金管理人的公司章程、合伙协议等文件分析论述高管人员是否具有任职资格,也就是说基金从业资格的认定和高管人员的资质是从从业资格问题的两个方面,需要综合分析后发表明确性结论。

此外,私募基金管理人在聘用基金经理时,除了需要确认其具有基金从业资格,还需要考虑“静默期”的规定。根据《私募基金登记备案相关问题解答四》的规定,《基金管理公司投资管理人员管理指导意见》(证监会公告[2009]3号)中第三十四条关于“静默期”的规定同样适用于私募基金管理人的基金经理,即对于从公募基金管理公司离职,转而在私募基金管理公司就职的基金经理需要遵守3个月的“静默期”要求,不得从事投资、研究、交易等相关业务。

## 自

1984年我国引进“风险投资”概念至今,我国私募股权投资基金已经历了30个春秋的潮起潮涌。随着国际私募股权投资基金的大规模发展,国内的私募股权投资基金也在快速发展壮大,尤其近几年呈现出异常繁荣的景象。据证券基金业协会统计,截至2016年1月底,在中国证券投资基金业协会登记的私募基金管理人已达到25841家,已备案私募基金25461只,认缴规模5.34万亿元,实缴规模4.29万亿元。仅北京地区,管理人已经达到5616家。多年来,我国私募股权基金行业的迅猛发展,已经成为促进国民经济发展、调整产业结构、繁荣城乡市场、优化居民财富管理结构、满足居民多元化投融资需要、支持实体经济创新和创新创业战略、推动产业结构转型升级、扩大社会就业的重要力量。目前,作为私募基金子分类的创业投资基金等私募股权基金,是支持“大众创业、万众创新”的重要资本力量。

但是,私募股权投资在给我国金融市场带来巨大活力的同时,大量风险相伴产生,尤其近几年借助互联网的快速发展,私募股权投资领域风险集中爆发,给社会经济带来一定冲击。近两年来,全国私募股权公司涉嫌非法集资现象出现井喷之势,由局部向全国蔓延,集资金额从几亿发展到几十亿,集资参与人从几十人发展到几万人不等,均在一定程度上给社会经济和社会稳定造成了很大的冲击。据有关部门统计,综合分析近三年非法集资发案情况,投资理财、私募股权投资等类金融领域成为非法集资案件高发较为集中的领域。

据新闻网报道,2013年全国50余家私募股权企业涉嫌非法集资金额逾160亿。2015年北京晨报报道中公安部提供的数据显示,2014年全国公安机关关于非法集资的立案共

计8700余起、涉案金额逾千亿元,2015年1至2月立案2200余起、涉案金额346亿余元,上述数据同比均大幅上升。近两年大要案高发领域,形式更加趋于证券化、债券化、法人化。由于私募基金备案制改革后,登记备案门槛较低、私募机构良莠不齐、运营模式状况不明,风险隐患较大。部分机构借私募股权之名,行非法集资之实,引发了大量投资者投诉、群访及闹访等恶性事件,已经成为严重影响金融稳定和社会安定的主要因素。

## 私募股权投资行业主要风险

### (一) 法律风险

私募股权投资基金受行业发展失衡、投资过热、竞争加剧等影响,股权投资企业实际操作过程中会越过底线,通过

## 吕志轩律师简介



京都律师事务所高级合伙人,北京市朝阳区民事专业研究会会员。

主要执业领域:政府法务、金融及金融衍生品、金融互联网法律风险控制、刑事案件辩护及刑事风险控制。公司日常民事法律风险控制、房地产、基础设施,公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算等综合性法律服务和专项法律服务等业务。



公开方式募集资金，加大了非法集资和非法经营的风险。

通过市场使其财产合法化。

### （二）道德风险

委托代理人（管理企业）的行为不可避免产生信息不对称，代理人可以隐藏自己的知识或行为，募资和投资阶段可以产生双重的逆向选择和道德风险，基金管理企业有动机误导公众，夸大自身能力，出现类似“劣币驱逐良币”现象。

### （三）操作风险

私募基金往往会以高收益高回报作来吸引投资者，甚至故意夸大收益率、隐瞒项目的潜在风险，有涉嫌非法吸收公众存款的可能性。项目管理人往往虚构项目，搞“庞氏骗局”和“自融”。实际投资过程中“明股实债”，投资者很难对项目做出监督和管理。

### （四）洗钱风险

从资金筛选角度看，股权投资基金信息披露程度低，资金来源复杂，一些灰色地带交易获得的违法所得，不敢公开投资转而投资股权投资基金，除了获得利益外，更重要的是

### （五）投资者自身风险

投资者不具备成熟的投资理念，并非完全的合格投资者，暴富心理强，对投资项目并未认真考察，不具备相应的抗风险能力，往往投资失败后组织串联，到政府上访讨要说法，意图让政府承担自身投资失败的风险。

### （六）企业经营风险

主要是指被投资企业的业务经营风险。发生风险的原因可能是所处行业的市场环境发生变化、经营决策失误、盲目扩张、过快多元化、企业管理者能力不够，管理团队不稳定等原因，导致企业难以持续经营，违约兑付危机爆发。

## 目前私募基金行业的主要存在的问题

私募基金行业当前的问题主要集中在以下几个方面：

一是滥用中国基金业协会的登记备案信息及政府部门信息，非法自我增信，甚至从事违法违规行；

二是私募基金机构鱼龙混杂、良莠不齐，甚至有些私募基金管理人不具备基本运营管理条件；

三是有些私募基金管理人法律意识淡薄、合规意识缺乏，没有持续地按法律规定履行私募基金信息报告的义务；

四是有些私募基金管理人虚构产品、虚假宣传，蒙蔽投资人；

五是未建立合格投资人制度，未向投资人充分告知投资风险；

六是未进行第三方资金管存；

七是其他违法、违规经营运作行为。

## 近年来私募股权投资涉嫌非法集资案件情况

一是私募股权投资企业涉嫌非法集资的发案率高、集资金额大。从历年发案数、涉案金额、涉案地区来看，私募投资基金是大案、要案高发领域，可以在短时间内形成涉案金额高达几亿甚至几十亿的全国性大案。

二是以合法经营形式募集资金，调查取证、追赃减损难度大。基金项目运作过程中，以有限合伙企业形式设立，同时引入担保、质押等方式，较一般非法集资案件迷惑性更强。

三是潜伏期长，给社会经济安全稳定造成重大隐患。私募投资从成立、募集资金到资金运作，往往历时几年时间，即使发生资金链暂时中断，私募基金管理人可以发行新的产品“击鼓传花”。当私募基金管理人意识到损失无法弥补时，往往选择隐匿财产、销毁证据、潜逃等犯罪行为，给后续侦查处置带来极大困难。

## 私募股权投资领域的风险控制

### （一）我国私募股权基金的法律方面的规定

我国私募股权基金法律规定不断完善发展。

在修订的《合伙企业法》实施之前，我国对合法的私募投资基金主要采用两种方式：一种是公司制，另外一种是通过信托计划的形式。在这一时期，有限合伙型私募投资基金是缺少法律基础的；而契约型私募投资基金也是一种非法的形式，只能充当信托计划的投资顾问，间接地实施投资管理

行为；阳光私募就是一种典型的借道信托计划进行证券市场投资的私募基金组织形式。

2007年6月1日，修订后的《合伙企业法》正式出台，其中明确规定了有限合伙企业进行私募基金投资的形式。在这种形式中，有限合伙人作为财务投资人以出资额为限对债务承担有限责任，普通合伙人承担无限责任，从而有效地对普通合伙人进行了道德约束。自此，私募股权投资基金开始较多地采用有限合伙企业制。

2013年6月1日，修订后的《中华人民共和国证券投资基金法》正式发布，标志着私募投资基金的法律基础正式形成。成为了契约制私募证券投资基金存在的法律基础。

2013年6月，中央机构编制委员会办公室发布了《关于私募股权基金管理职责分工的通知》，明确将包括创业投资基金在内的私募股权基金的管理职责赋予中国证监会。

2014年8月21日，证监会发布《私募投资基金监督管理暂行办法》，根据该办法，私募证券投资基金和私募股权投资基金统称为私募投资基金。明确了私募投资基金的三种设立方式：公司制、合伙制以及契约制，并将私募基金财产的投资对象拓展到“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。”至此，私募投资基金的三种设立方式（公司制、合伙制与契约制）均具备了相应的法律法规基础。

2015年，《中华人民共和国证券投资基金法》明确规定在中华人民共和国境内，公开或者非公开募集资金设立证券投资基金，由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，进行证券投资活动，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国证券法》和其他有关法律、行政法规的规定。

由于私募基金法律规定逐步完善，我国私募基金由2015年3月底的登记私募管理人9036家、已备案私募基金10853只、认缴规模3.03万亿元，增加至2016年3月底的已登记私募基金管理人25901家、已备案私募基金27553只、认缴规模5.70万亿元。而同期公募基金管理公司仅增加5家、规模增加2.5万亿元。

### （二）大监管时代来临，我国近期对私募股权基金的监管措施

依据中国证券投资基金业协会2016年5月4日发布最新

近两年来，全国私募股权公司涉嫌非法集资现象出现井喷之势，由局部向全国蔓延，集资金额从几亿发展到几十亿，集资参与人从几十人发展到几万人不等，均在一定程度上给社会经济和社会稳定造成了很大的冲击。

数据显示，截至今2016年3月31日，基金管理公司及其子公司、证券公司、期货公司、私募基金管理机构资产管理业务总规模约为41.68万亿元，其中，基金管理公司管理公募基金规模达7.77万亿元，私募基金管理机构资产管理规模达5.70万亿元，再创历史新高。私募基金在资管规模上大有赶超公募基金之势。

基金业协会的工作重心将从原来的事前登记备案逐步转向事中事后监测检查和纪律处分。为营造良好的市场秩序，监管部门开始建章立制，私募基金实行登记备案制。

基金业协会先后制定出台一系列规章制度，目前修订的《会员管理办法》，目前7个自律管理办法和2个指引的修订与出台。实行全面覆盖登记备案、募集行为、投资顾问业务、信息披露、内部控制、合同指引、托管业务、外包业务、从业人员管理的自律规则体系。

2015年2月初，基金业协会发布《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》，在备案产品、从业人员等方面对拟备案私募基金提出新的指导，之前未备案的基金产品目前需要补充备案（已清盘产品除外），此规定在一定程度上促进了今年备案产品增加。中国证券业协会出台了组合拳，规制私募投资基金并出台了《中国证券投资基金业协会会员登记注册程序》，；

自2014年2月7日开始，协会正式开始办理私募基金管理人登记和私募基金产品备案。截止2016年2月29日，协会已登记私募基金管理人25,979家，备案私募基金26,387只，认缴规模5.5万亿元，实缴规模4.42万亿元，私募基金从业人员39.18万人。

其中，有管理规模的仅有8,414家，占32.4%。2015年5月以来，投诉事项有495件，占比高达85%，主要集中在产品违约延期兑付、涉嫌非法集资、登记备案不实和私募基金

违规募集。2015年12月，北京地区在被核查的397家管理人中，超过50%的机构登记备案信息与事实有出入。

### （三）私募基金管理人登记和备案的法律实质不是行政审批

一是登记备案不是行政审批，更不是变相行政审批。登记备案是对申请文件的形式审查而非实质审查，只对申请文件的完整性和规范性提出要求，不设许可门槛，不做是否同意的决定。

二是私募基金管理人申请登记备案，就要对申请事项和申请文件的合法性、真实性承担法律责任，就是要承认接受法律法规和自律规则的约束。

三是监管机构和自律组织以登记备案文件为依据、为基础进行事中事后监督处罚。

### （四）2015年出台的《私募投资基金募集行为管理办法》主要内容的亮点：

一是明确私募基金募集主体只有在协会登记的私募基金管理人自己，以及在中国证监会取得基金销售业务资格并成为中国基金业协会会员的基金销售机构；

二是明确募集人承担合格投资者甄别和认定责任；

三是明确募集机构与监督银行要签订监督协议，对募集专用账户进行监督，保证资金不被募集机构挪用；

四是明确私募基金不得公开宣传产品和业绩情况；

五是明确私募基金产品宣传必须面向特定对象，非特定对象转为特定对象必须经过问卷调查和适当性匹配；

六是明确要进行合格投资者确认，即近三年年收入大于50万元，金融资产不低于300万元；

七是明确单个投资人购买私募基金的最低金额必须不少



于100万元，禁止非法拆分转让；

八是实行冷静期制度，给予投资者不少于二十四小时的投资冷静期。在完成合格投资者确认程序后，投资者在冷静期满后后方可签署私募基金合同。

九是实行回访确认制度，冷静期满后募集机构由非销售人员向投资人确认投资意愿，只有在确认成功后方能运用投资资金。

### （五）私募基金实行实施注册制的必要性

一是要让私募基金管理人登记真正发挥作用。私募基金管理人在协会登记，私募基金产品在协会备案其实就是注册制。

二是要打破市场与监管博弈，建立市场化信用制衡机制，形成市场主体间有效博弈，让私募基金管理人与律师、会计师等市场中介服务机构相互博弈、相互增信。

三是要让私募基金产品备案成为切实保障私募基金管理人和客户有效博弈的机制。

四是信息披露制度和合同指引，是要让私募基金管理人与客户实现有效的互联互通，最大程度减少信息不对称，为投资者提供良好的法律保障。

五是要让私募基金管理人充分发挥买方作用，形成与上

市公司和融资企业的买方卖方有效博弈格局。

### （六）证券投资基金业协会出台的7个办法和2个指引的作用

一是协会为了将工作重心将从原来的事前登记备案逐步转向事中事后监测检查和纪律处分。协会全面修订了《会员管理办法》及7个自律管理办法和2个指引的修订与出台。形成以实行依托全面覆盖登记备案、募集行为、投资顾问业务、信息披露、内部控制、合同指引、托管业务、外包业务、从业人员管理的自律规则体系。

二是通过建立健全私募基金管理人的行为规则体系。目前协会已经发布私募基金管理公司《内部控制指引》和《信息披露管理办法》，《募集行为管理办法》和《合同指引》，《私募基金管理人从事投资顾问业务管理办法》，《托管业务管理办法》和《外包业务管理办法》，《登记备案管理办法》和《从业人员管理办法》。

三是通过推动私募基金外包服务机构积极参与专业化市场服务。协会进一步鼓励和规范从事份额登记、交易结算、估值核算、信息技术等业务的专业机构开展私募基金外包业务。



## 完善私募基金行业监管的建议

### （一）做好监管权力交接工作

一是理顺工作机制。政府管理部门做好源头监管工作，严把私募基金备案关。对运营过程的监管由本市股权投资基金协会具体负责，金融管理部门监管行业协会，定期检查其工作，并向其提出工作建议。

二是督促本市股权投资基金协会尽快完善内部工作机制。根据《私募投资基金监督管理暂行办法》的要求，完善行业协会的内部监督制度和工作机制，建立与职责相匹配的责任部门，吸纳一批专业素养较高的从业人员，提升自身的监管能力。

三是加强与行业协会的合作。建立信息共享机制，互通私募基金行业信息。为顺利推进监管权力交接工作，应明确权力交接思路，制定权力交接时间表，实现行政监管向行业监管的平稳过渡。

### （二）加强私募基金行业的市场准入监管

一是严把注册关。为从源头上加强防范，在私募基金注册阶段，建立工商登记部门与金融管理部门的会商机制，并发挥私募基金协会的自律作用。股权投资机构登记环节，应加强与主管部门会商，由行业自律组织出具合格投资管理人意见。

二是审查基金管理人的资格。当前私募基金市场机制还不够成熟，如果把对基金管理人的监管完全交给市场和行业协会，可能会导致私募基金行业秩序的混乱，因此有必要审查基金管理人资格。有关部门可从学历、从业资格、从业经历、有无因个人过错发生重大亏损的投资、有无违法记录等方面进行审查，并要求基金管理人每年到行业协会备案。

### （三）行业协会加强对私募基金运营过程的监管

政府监管部门可向本市股权投资基金协会建议重点监管以下运营事项：

一是监管私募基金产品。建立PE募集资金登记制度，凡在京PE必须在募资过程中指定机构办理产品登记，并且在银行进行资金托管，托管银行切实发挥好监督作用。募集完毕，私募基金管理人应办理基金备案手续，并报送基本信息。

二是监管私募基金的运营方式。首先，应禁止私募基

金企业利用报刊、电台、电视、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会和布告、传单、手机短信、微信等方式，向不特定对象宣传推介。其次，应监管PE的运营手段，禁止向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。最后，严格控制PE的投资者人数。凡投资者超过200人的，必须作为公开募集基金项目监管，或作为非法经营案件移交有关部门。

三是识别合格投资者。根据《私募投资基金监督管理暂行办法》，私募基金的合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承受能力，投资于单只私募基金的金额不低于100万元且符合下列相关标准的单位和个人：净资产不低于1000万元的单位；金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50万元的个人。为落实该规定，防止投资者遭受损失后采取极端行为，维护社会稳定，本市股权投资基金协会应严格监控投资者的资质，防止不合格投资者卷入其中。

四是要求私募基金企业充分进行信息披露、揭示相关风险，避免误导投资者者，同时自觉接受投资者监督，促进自身健康发展。

### （四）完善社会信用体系

加快建设征信系统，建立企业和个人信用信息基础数据库是防范私募基金企业非法集资的重要环节。信用信息基础数据库的建设，将使一个人难以伪装自己的身份，其实施过违法犯罪行为后会成为重点监控对象，犯罪成本增加。同时，还应确定信用评级机构，要求PE企业准确、完整、及时地向信用该机构报送平台基本信息、财务信息、客户业务信息等。评级机构定期作出评级结论，并向社会公开，避免公众走进非法集资的陷阱。

### （五）加强打击防控

要进一步加强私募基金类非法集资案件的打击力度，打击力求快、准、狠，及时化解风险，消除不良隐患。利用一切资源开展防范和打击非法集资宣传活动，营造良好的社会氛围，震慑犯罪，积极运用现代科技手段，建立完善打非预防监测平台，加强对民间融资的即时监管，及早入手、从小防范，一旦发现非法集资的苗头性问题，做到早发现、早化解。

# 顾问管理型私募基金类型与解析

■ 丛彦国 / 文

# 根

据中国证监会于2014年8月发布的《私募投资基金监督管理暂行办法》（中国证监会令2014年第105号）的规定，各类私募基金募集完毕，私募基金管理人应当根据基金业协会的规定，办理基金备案手续，并报送有关信息。而在登录基金业协会私募基金登记备案系统，进行私募基金备案过程中，会发现基金业协会根据管理类型，将私募基金分为受托管理、自我管理和顾问管理三类。受托管理，是指投资者采取委托管理方式将资产委托私募基金管理人进行管理，基金管理人委托其他管理人管理其基金也是受托管理；自我管理，是指基金自聘管理团队，而不是委托第三方管理人管理；顾问管理，是指私募基金管理人为其他私募基金管理人所管理的私募基金提供投资顾问服务。与受托管理和自我管理相比，业界对顾问管理型私募基金的研究明显偏少。本文以现行法律制度为基础，对顾问管理型私募基金进行法律解析，以供业界参考。

## 顾问管理型私募基金的主要类型

根据基金业协会的列举，采用顾问管理的私募基金类型，主要包括信托、银行理财、券商、保险、期货、基金公司等资管计划<sup>1</sup>。

### 丛彦国律师简介



京都律师事务所金融部律师，法学硕士、民商法博士生。参与了大量的并购基金、家族信托、离岸金融、上市企业法律风险防控、融资租赁等项目的研发与法律服务工作。专长于信托与投资基金、公司与证券、银行、投融资等领域的法律业务。

### （一）信托计划

在（资金）信托计划中，是由信托公司担任受托人，按照委托人的意愿，为受益人的利益，将委托人交付的资金进行集中管理、运用或处分。大概是由于《信托公司集合资金信托计划管理办法》将“集合资金信托计划”简称为“信托计划”的缘故，常有人将“信托计划”视为“集合资金信托计划”的简称。实际上（资金）信托计划包括两种，一是单一资金信托计划，例如“北方国际信托股份有限公司盈阳七号证券投资单一资金信托计划”（基金编号：S29786）；二是集合资金信托计划，例如“中航信托天启747号港市证券投资集合资金信托计划”（基金编号：SH0206）。单一资金信托和集合资金信托的主要区别在于委托人的数量不同，只有一个委托人的信托为单一信托；两者的区别还表现为单一资金信托计划的委托人多为机构，而集合资金信托计划的委托人多为自然人。

### （二）银行理财资管计划

我国商业银行理财业务已步入稳健发展时期，在运作模式、收益类型和经营模式等方面均具有鲜明的时代特色。与

<sup>1</sup> 顾问管理型私募基金还包括其他一些类型，例如QDII等，本文暂以信托、银行理财、券商、保险、期货、基金公司资管计划为研究重点。



基金业协会根据管理类型，将私募基金分为受托管理、自我管理和顾问管理三类。与受托管理和自我管理相比，业界对顾问管理型私募基金的研究明显偏少。

信托产品、券商资管产品、保险产品等相比，银行理财产品有其自身特点，优势和劣势均比较明显。根据中国人民银行发布的《关于商业银行理财产品进入银行间债券市场有关事项的通知》的规定，商业银行理财产品（简称理财产品），是指商业银行作为资产管理人（简称管理人），在依法合规的前提下，接受客户（简称委托人）的委托和授权，为按照与委托人约定的投资计划和方式开展资产管理和投资业务，并由托管人进行独立托管的理财产品。

### （三）券商资管计划

继经纪业务、承销业务和自营业务之后，资管业务已逐步成为券商的第四大业务，并呈上升趋势。《证券公司客户资产管理业务管理办法》规定，证券公司可以依法从事下列客户资产管理业务：（1）为单一客户办理定向资产管理业务，即定向资产管理计划，例如“中信建投百年人寿股票组合1号定向资产管理计划”（基金编号：S82372）；（2）为多个客户办理集合资产管理业务，即集合资产管理计划，例如“招商汇智之中证金牛量化对冲FOF1期集合资产管理计划”（基金编号：S62461）；（3）为客户办理特定目的的专项资产管理业务，即专项资产管理计划。

### （四）保险资管计划

随着保险业和保险市场的发展，保险资产管理业逐渐成长，已在我国金融市场占有重要地位，是大资管市场不可分割的一席。在中国保监会发布的《关于保险资产管理公司开展资产管理产品业务试点有关问题的通知》中规定了“资产管理产品”，是指保险资产管理公司作为管理人，向投资人发售标准化产品份额，募集资金，由托管机构担任资产托管人，为投资人利益运用产品资产进行投资管理的金融工具。产品限于向境内保险集团（控股）公司、保险公司、保险资

产管理公司等具有风险识别和承受能力的合格投资人发行，包括向单一投资人发行的定向产品和向多个投资人发行的集合产品，例如“民生通惠优选1号保险资产管理产品”（基金编号：S23868）。

### （五）期货资管计划

期货资管于2012年9月开始在我国试点，期货资管业务在法律环境上的突破，势必在整体上提升中国期货业的竞争力。《期货公司资产管理业务试点办法》规定了“资产管理业务”，是指期货公司接受单一客户或者特定多个客户的书面委托，根据规定和合同约定，运用客户委托资产进行投资，并按照合同约定收取费用或者报酬的业务活动。与资产管理业务相对应的，就是资产管理计划，例如“申银万国期货有限公司汇富永安科技一号单一资产管理计划”（基金编号：S66413）、“中信期货金富招商1号集合资产管理计划”（基金编号：S82985）。

### （六）基金公司资管计划

#### 1.基金专户

根据《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》的规定，基金管理公司特定（客户）资产管理业务，是指基金管理公司向特定客户募集资金或者接受特定客户财产委托担任资产管理人，由托管机构担任资产托管人，为资产委托人的利益，运用委托财产进行投资。有人将上述业务称为“基金专户理财”、“基金管理公司独立账户资产管理业务”、“基金管理公司专门账户资产管理业务”、“基金专门账户资产管理业务”等。资产管理人通过设立资产管理计划从事特定资产管理业务，可以采取以下形式：（1）为单一客户办理特定资产管理业务，即“一对一”；（2）为特定的多个客户办理特定资产管理业务，即“一对多”，例如



“千石资本-泰铱量化对冲1号资产管理计划”（基金编号：S35325）。

#### 2.基金子公司

根据《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》的规定，在基金管理公司特定客户资产管理业务中，资产管理计划资产的投资领域可以分为两种情况，一是用于投资现金、银行存款、股票、债券、证券投资基金、央行票据、非金融企业债务融资工具、资产支持证券、商品期货及其他金融衍生品；二是用于投资未通过证券交易所转让的股权、债权及其他财产权利，以及中国证监会认可的其他资产，该类特定资产管理计划称为“专项资产管理计划”，而基金管理公司应当设立专门的子公司，通过设立专项资产管理计划开展专项资产管理业务。与此相对应的，就是基金子公司型私募基金，例如“招商财富-招商银行-华西青雅西格玛CTA一期专项资产管理计划”（基金编号：S33656）。

## 顾问管理型私募基金解析

我国现行法律并未对顾问管理型私募基金进行明确的界

定，但是在现有法律环境中，仍然可以对顾问管理型私募基金进行一般性分析。

### （一）表现为一种信托法律关系

根据我国《信托法》的规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。虽然上述很多顾问管理型私募基金并未带有“信托”字样，但是这些私募基金却完全符合信托的基本特征，表现为一种信托法律关系。无论是信托公司，还是商业银行、证券公司、保险资产管理公司、期货公司、基金管理公司等资产管理机构，在资产管理业务中都属于受托人，应当履行受托人义务，承担受托人责任。例如我国《信托法》规定，受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务；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。

### （二）具有契约型私募基金的特征

一般认为，契约型私募基金是指当事人通过订立专门的基金契约来明确各自的权利义务关系而形成的投资于资本市场的私募基金。与公司 and 合伙企业不同，契约型私募基金是并未成立法律实体，而是通过契约形式设立的私募基金。在私募基金监管权限转移之前，由于国家发改委对私募基金的审批条件较高，并且仅可以从事股权投资、创业投资，因此当时的私募证券投资基金往往借助集合资金信托计划、券商资管计划、基金子公司等通道，以达到金融产品阳光化的结果，故称“阳光私募”，从本质上讲，这些金融产品的组织形式也是契约型的；同时，上述金融产品的运作对一般契约型私募基金的影响也是比较大的。信托、银行理财、券商、保险、期货、基金公司等资管计划具有明显的契约型，甚至可以说，顾问管理型私募基金属于典型的契约型私募基金。

### （三）法律依据和适用具有多元性

由于我国金融体制的特殊性，信托、银行理财、券商、保险、期货、基金公司等资管计划在法律和行政法规层面还没有完全统一的规则可以适用。而在部门规范性文件层面，顾问管理型私募基金的法律适用与其监管机构相对应，具体包括：

1.中国银监会发布的规范性文件法律文件

我国现行法律并未对顾问管理型私募基金进行明确的界定，但是在现有法律环境中，仍然可以对顾问管理型私募基金进行一般性分析。

第一，适用于信托计划的《信托公司管理办法》（中国银监会令2007年第2号）、《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》（银监发[2008]45号）、《信托公司集合资金信托计划管理办法》（中国银监会令2009年第1号）和《信托公司净资本管理办法》（中国银监会令2010年第5号）等；第二，适用于银行理财产品的《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（中国银监会令2005年第2号）、《商业银行个人理财业务风险管理指引》（银监发[2005]63号）、《关于进一步规范商业银行个人理财业务有关问题的通知》（银监办发[2008]47号）、《关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（银监发[2009]65号）、《商业银行理财产品销售管理办法》（中国银监会令2011年第5号）、《关于进一步加强商业银行理财业务风险管理有关问题的通知》（银监发[2011]91号）、《关于规范商业银行理财业务投资运作有关问题的通知》（银监发[2013]8号）和《关于商业银行理财产品进入银行间债券市场有关事项的通知》（银市场[2014]1号）等。

#### 2. 中国证监会发布的规范性法律文件

第一，适用于券商资管计划的《证券公司定向资产管理业务实施细则》（中国证监会公告[2012]30号）、《关于加强证券公司资产管理业务监管的通知》（证监办发[2013]26号）、《证券公司客户资产管理业务管理办法》（中国证监会令2013年第93号）和《证券公司集合资产管理业务实施细则》（中国证监会公告[2013]28号）等；第二，适用于期货资管计划的《期货公司资产管理业务试点办法》（中国证监会令2012年第81号）、《期货公司风险监管指标管理办法》（中国证监会公告[2013]12号）和《期货公司监督管理办法》（中国证监会令2014年第110号）等；第三，适用于基金公司资管计划的《基金管理公司投资管理人员管理指导

意见》（中国证监会公告[2009]3号）和《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》（中国证监会令2012年第83号）等。

#### 3. 中国保监会发布的规范性法律文件

适用于保险资管计划的《关于加强资产管理能力建设的通知》（保监发[2009]40号）、《保险资产管理公司统计制度》（保监发[2010]85号）、《保险资金委托投资管理暂行办法》（保监发[2012]60号）、《关于保险资产管理公司有关事项的通知》（保监发[2012]90号）、《关于保险资产管理公司开展资产管理产品业务试点有关问题的通知》（保监资金[2013]124号）、《关于加强和改进保险资金运用比例监管的通知》（保监发[2014]13号）、《保险资金运用管理暂行办法》（中国保监会令2014年第3号）、《保险公司管理规定》（中国保监会令2015年第3号）和《关于印发〈保险资金运用内部控制指引〉及应用指引的通知》（保监发[2015]114号）等。

### 结语

《私募投资基金监督管理暂行办法》虽然对“私募（投资）基金”进行了界定，但是并没有对投资基金进行界定，也没有对契约型私募基金进行界定，更没有提及顾问管理型私募基金。在我国现有法律环境中，顾问管理型私募基金并不是一个明确的法律概念，由此导致相应理论研究的薄弱，这与该类型私募基金在实务中的发展程度是明显不符的，尤其是在统一私募基金监管、统一资产管理监管、整合金融监管的大背景和趋势下，对法律依据和适用具有多元性的顾问管理型私募基金进行研究，具有重要的理论和实践意义。



## 设立开曼基金相关法律事宜简析

■ 于川 / 文

开曼群岛（The Cayman Islands）位于加勒比海中，由三个主要的岛屿组成，分别是大开曼、小开曼和开曼布拉克，首府为乔治敦（Georg Town），目前仍为英国属地。开曼群岛在1978年获得了一个英国皇家法令，法令规定永远豁免开曼群岛的缴税义务，故而，开曼群岛完全没有直接税收，无论是对个人、公司还是信托行业都不征任何直接税，根据开曼群岛的税收规定，岛内税种只有进口税、工商登记税、旅游者税等简单税种。根据商务部统计数据，2015年，我国对外直接投资流量10亿美元以上有13个，分别为中国香港、开曼群岛、美国、英属维尔京群岛、新加坡、荷兰、澳大利亚、哈萨克斯坦、卢森堡、老挝、印度尼西亚、加拿大和巴西。按照交易规模计算，开曼群岛已经成为仅次于伦敦、纽约、香港和东京的世界第五大金融中心，开曼群岛对于世界性的金融服务，有着举足轻重的影响，开曼拥有大量的私募基金与风险投资，例如IDG、软银、SAIF、红杉、鼎晖、华平、高盛、摩根士丹利、华登国际、黑石等等。在人民币贬值的预期下，现在很多中国境内居民都产生了全球资产配置的需求，一方面在国内设立基金，另外一方面也有

海外设立基金的需求，在多重背景因素下，海外基金特别是开曼基金受到特别的青睐，发展迅猛，越来越多的人开始了解什么是开曼基金以及如何设立开曼基金或对其充满兴趣。下文就从法律的角度说明什么是开曼基金以及如何设立开曼基金。

依据开曼群岛《Mutual Funds Law》（2013 Revision），开曼基金的主要形式有三种：一、根据《Companies Law》（2013 Revision）的豁免公司（exempted company）；二、单位信托（unit trust）；三、根据《Exempted Limited Partnership Law》（2013 Revision）的豁免有限合伙（exempted limited partnership）。

### 豁免公司（exempted company）

豁免公司是指满足豁免条件，按照普通有限公司形式注册的基金。对于公司型基金，开曼群岛对其公司治理和信息披露都没有特别规定。公司无需向公众或股东进行信息披

露。而且，开曼群岛对公司型基金的股份形式、股东和董事的限制都非常少。采用这种形式的基金，可获得开曼政府20年的免税保证，通常可以再延长10年。公司只需在注册时向政府缴纳注册费，并且每年缴纳年费。

## 单位信托

为了与以信托制为主要基金形式的国家和地区接轨，开曼群岛颁布了《Trust Law》。该法基本与英国信托法律制度相一致，而且主要的英国判例都适用于开曼群岛，但开曼群岛根据自身情况对英国信托法律制度又有所发展，例如，开曼与英国信托制度不同的是，开曼群岛不要求单位信托的受托人必须与管理人独立。因此，可以在开曼群岛建立一个单位信托，由受托人负责所有的托管、投资管理和基金管理功能。当然，在实际操作中，委托人常常通过构造一个享有更换受托人以及其它措施的权力来保持对信托的最终控制权。开曼群岛规定，采用单位信托形式的基金，受托人不必是开曼群岛的信托机构。采用信托形式的基金通常都属于可豁免信托，拥有50年的免税期限。

## 豁免有限合伙

为满足美国等国家和地区的金融机构对合伙企业收入确认的需求，开曼群岛颁布了《Exempted Limited Partnership Law》。这一形式的基金同样也有50年的免税期限。《Exempted Limited Partnership Law》（2013 Revision）要求豁免有限合伙至少有一个普通合伙人，且该普通合伙人为开曼群岛的居民或在开曼群岛注册的公司，豁免有限合伙只需登记普通合伙人的姓名、注册办公室地址、合伙目的、合伙期限（允许无限期合伙）等基本资料外，无需向开曼群岛任何政府机构提供有限合伙人的名单和出资等情况。实践中，多数开曼基金采用豁免有限合伙形式设立，因此豁免有限合伙的普通合伙人的设立事宜同样尤为重要，开曼群岛的公司形式主要有三类：一般当地公司（ordinary

## 于川律师简介



吉林大学法学院学士，英国杜伦大学法学院硕士，京都执业律师。工作语言为汉语和英文。于川律师参与了大量的私募基金、离岸金融、对外投资等项目的研发和其它法律服务工作，专长于私募基金、基金并购、涉外投融资、创新性金融和诉讼等法律业务。

resident company)；非当地公司（non-resident company）以及豁免公司（exempted company），在实践中，各国企业、个人主要以豁免公司来进行金融方面的筹划，下面就豁免公司进行简单的介绍。

### 1. 豁免公司的特点：

#### （1）注册资本

开曼群岛政府对其拟注册的离岸公司的注册资本并没有限制，但是一般做法是采用50,000美元作为最少的注册资本注册。资本可划分为50,000股每股1.00美元。

#### （2）股东

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司最少有一名股东，该股东可以是自然人也可以是法人，对其没有国籍上的限制。

#### （3）董事

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司最少有一名董事。该董事可以是自然人也可以是法人，对其没有国籍上的限制。

#### （4）注册办事处

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司的注册办事处必需位于开曼群岛内。

#### （5）公司名称

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司名称不能与在先已注册公司名称相同或过于相似，除此以外，没有特殊要求。但公司必须使用以Limited、Corporation、Incorporated、Societe Anonyme或其缩写作为结束语以表示公司性质为有限责任公司。除此之外，除非经过特许，否则公司名称不能出现bank(银行)、trust(信托)、mutual fund(基金)、insurance(保险)，或是reinsurance(再保险)等字眼。

#### （6）财务报表

开曼群岛政府对于离岸公司不要求其编制和提交财务报表。

#### （7）税务要求

除了缴纳年度牌照费之外，开曼群岛政府对于离岸公司不要求其申报或缴纳任何税项。

#### （8）隐密性

在开曼群岛登记设立的离岸公司，享有高度的隐密性，公司股东名册完全不对外公开。

### 2. 设立豁免公司客户需提供的资料：

#### （1）拟注册公司的名称。

（2）注册资本。一般做法是采用50,000美元作为最少的注册资本注册。资本可划分为50,000股每股1.00美元。

#### （3）股份比例（在存在多于一个股东的情况下）。

（4）所有股东和董事的身份证明文件。该等身份证明文件必须清楚地显示该人士的姓名、地址、出生日期以及国籍，例如护照经认证的复印本。如股东和/或董事是企业法人，则需提供企业注册证书。

（5）所有股东和董事的住址证明，例如水电费单、电话费单或银行对账单。

（6）除上述文件外，开曼当局一般还要求每位股东（持有10%或更多于10%的股份）和每位董事分别出具两封由认识他们超过两年以上的专业机构或人士签署的推荐信（介绍信）。该等推荐信（介绍信）必须详细地说明被推荐（介绍）人的姓名和住址，通常其中一封为被推荐人熟悉的银行出具的推荐信（介绍信）。

在决定成立海外基金前，基金的发起人要做好充分的前期准备工作，其中最主要的工作就是要确定好目标投资者、目标投资者的要求条件、所在地点以及其风险承受力分别是什么。其中，目标投资者的所在地点和其身份可能造成监管等因素的不同考虑，这些考量将对基金的架构和注册地点产生巨大影响。此外，如果这些目标投资者的要求条件没被很好地满足，那么他们就有可能不作出投资。还有一个非常重要的考量因素就是税务因素，优化基金的税务状况特别重要，这意味着多边税收条约、避免双重征税协定、税收情报交换协定等税收相关法律、法规、条约和协定成为考量私募基金的重要因素。截止2015年12月，我国已对外正式签署101个避免双重征税协定，其中97个协定已生效，和香港、澳门两个特别行政区签署了税收安排，与台湾签署了税收协议。并且与巴哈马、英属维尔京群岛、马恩岛、根西、泽西、百慕大，列支敦士登和开曼签署了税收情报交换协定。充分了解和掌握上述文件

在决定成立海外基金前，基金的发起人要做好充分的前期准备工作，其中最主要的工作就是要确定好目标投资者、目标投资者的要求条件、所在地点以及其风险承受力分别是什么。

也是成立海外基金的前提性工作。此外，还需要说明的是，投资资金目前仍然主要是通过香港地区进出大陆，新加坡也比较活跃，对这两个法域的法律环境也应该有一定程度的了解。而且，香港及新加坡的股票市场允许在开曼群岛注册的境外公司到当地股票市场进行挂牌交易。此外，还有很多中国资本需求在美国上市，按照美国纽约交易所的交易规则，作为海外公司在纽约交易所上市的话，需要在其认可的几个国家和地区，比如香港、开曼(但是不能是维尔京群岛BVI等国家和地区，其主要考量的是该国家和地区的会计制度与美国的差异不大，税收管制和信息披露要求也比较严格。在香港和开曼设立企业的目的是不同的。一般来说，从具体业务操作以及运营有关的税费高低的角度等进行考虑，企业设立在香港比较方便，而在开曼等地区设立企业的更主要得原因是这些地区的股权买卖比较方便，还有就是这些地区的股权买卖只有很低的交易税费。很多上市企业为了更好地控制管理旗下企业，也为了更加便利地进行交易，一般会通过一个或者多个上述地区的公司来控股旗下运营的企业，所以很多上市企业旗下都有这些地区注册的企业。中国境内设置外商投资企业，从实践操作上来看，一般都是通过开曼来进行控股的，正如上文所说，通过开曼来进行控股的主要目的是为了更加良好的税收筹划和便利的股权交易。举例来说，一个国内企业的股东如果要进行股份出让时，需要在工商、税务等部门办理一系列的手续，但是如果这个国内企业的股东是一个开曼公司的话，该开曼公司的股东在出让其国内公司的股份时，其实就可以出售该开曼公司，这样，就可以省去了国内工商等部门的股东变更手续。

企业在‘走出去’时，会根据几方面因素来选择离岸司法管辖区。优良的服务质量、完善的基础设施及法律体制都是最重要的。开曼群岛作为最重要的离岸司法管辖区之一，始终吸引着人民的注意，尤其是受到众多赴美上市的中国互联网企业的青睐，2014年，中国的阿里巴巴在纽约证交所首次公开招股，其投资者实际上是买入一家开曼群岛公司的合约股份。开曼群岛是加勒比海地区根基深厚的企业工具和基金投资渠道，它的优势地位至少为中国投资者全球资产配置提供了一个良好的选择。

在决定成立海外基金前，基金的发起人要做好充分的前期准备工作，其中最主要的工作就是要确定好目标投资者、目标投资者的要求条件、所在地点以及其风险承受力分别是什么。其中，目标投资者的所在地点和其身份可能造成监管等因素的不同考虑，这些考量将对基金的架构和注册地点产生巨大影响。此外，如果这些目标投资者的要求条件没被很好地满足，那么他们就有可能不作出投资。还有一个非常重要的考量因素就是税务因素，优化基金的税务状况特别重要，这意味着多边税收条约、避免双重征税协定、税收情报交换协定等税收相关法律、法规、条约和协定成为考量私募基金的重要因素。截止2015年12月，我国已对外正式签署101个避免双重征税协定，其中97个协定已生效，和香港、澳门两个特别行政区签署了税收安排，与台湾签署了税收协议。并且与巴哈马、英属维尔京群岛、马恩岛、根西、泽西、百慕大，列支敦士登和开曼签署了税收情报交换协定。充分了解和掌握上述文件

在决定成立海外基金前，基金的发起人要做好充分的前期准备工作，其中最主要的工作就是要确定好目标投资者、目标投资者的要求条件、所在地点以及其风险承受力分别是什么。其中，目标投资者的所在地点和其身份可能造成监管等因素的不同考虑，这些考量将对基金的架构和注册地点产生巨大影响。此外，如果这些目标投资者的要求条件没被很好地满足，那么他们就有可能不作出投资。还有一个非常重要的考量因素就是税务因素，优化基金的税务状况特别重要，这意味着多边税收条约、避免双重征税协定、税收情报交换协定等税收相关法律、法规、条约和协定成为考量私募基金的重要因素。截止2015年12月，我国已对外正式签署101个避免双重征税协定，其中97个协定已生效，和香港、澳门两个特别行政区签署了税收安排，与台湾签署了税收协议。并且与巴哈马、英属维尔京群岛、马恩岛、根西、泽西、百慕大，列支敦士登和开曼签署了税收情报交换协定。充分了解和掌握上述文件





## “走进德国水务”交流研讨会

环境保护特别是水污染问题一直是困扰世界各国的难题，现今也困扰着中国。在污水治理方面欧美国家拥有相当丰富的经验。这其中，工业化高度发达的德国更是通过治理取得了良好的效果。在德国，人们可以享用到充足且优质的水资源，除了该国自身资源丰富之外，还得益于完善的立法、先进的环保技术和资源保护措施，值得我们学习和借鉴。与此同时，2015年环保并购市场火爆，海外并购更是出现惊人的增长，这一年的并购数量是前三年总量的两倍多。2016年伊始，中企就已开始海外并购，北控14亿欧元收购德国最大垃圾发电企业EEW就是一个大手笔。然而，海外并购没有那么简单，中国环保企业如何真正走出去，在国际市场站得稳走得远仍是一个需要

深入探讨的议题！

为进一步促进中德两国环保企业间的商务合作，加深中国企业对海外并购的了解，由德国BEETZ & PARTNER律师事务所、京都律师事务所共同主办的走进德国水务交流会于4月16日下午在京举办。来自德国BEETZ & PARTNER专利商标律师事务所的高级顾问胡志强律师、E20环境平台的高级合伙人薛涛，京都律师事务所高级合伙人韩良、刘敬霞以及来自金融、能源和环保行业的多位专家、嘉宾参加了会议。活动主要围绕德国环保企业现状及海外环境和资源并购的法律问题展开介绍和交流，京都律师事务所合伙人刘敬霞律师代表主办方致欢迎辞。现摘取部分发言嘉宾内容，供业界交流。

## 德国水务及其环境保护



发言人：胡志强律师，德国BEETZ & PARTNER律师事务所的高级顾问，德国STARNBERGHU 企业有限公司总裁

大家好！我在德国慕尼黑定居，这一次我给大家交流的主题是德国水务、环保，这几年在德国主要的法律领域就是知识产权，并购和金融方面的事务，对中国和德国两国之间的项目，还是有很多的经验。在德国，水务和环境保护是一个很重要的领域，实际上已经把它作为经济其中的一个板块，这里面有很多的内容，我节选了一些内容供大家交流。

我讲四个板块。第一，先给大家介绍一下德国水工业联合会这个机构。想要了解德国的水务经济，想要了解跟水务经济有关的环境保护这个领域，就先要了解这个机构。德国水工业联合会是一个协会性质的机构，但是基本上整个水务和环境保护领域所有的企业主体、研究机构，以及后面政府的资源全部在这个平台上，而且协会特别主打就是国际合作。我想对中国水务和环境保护的同行来讲，如果要跟德国进行合作，这是一个很好的平台。

德国水工业联合会，是一个协会民间机构，主要的目的促进水务行业的协作和创新，然后是融资，以及资金上

的交流。最重要的是几个方面的特点，第一，虽然他是一个协会民间机构，相当于一个法人，但是是一个独立经济实体，有一定的行为能力。这个机构发展得很快，后面有德国联邦五个部给他背书和支持。五个部，是指环境部、教育研究部、经济合作与发展部、经济部，以及外交部等共同支持，水务和环境领域的企业想要在世界市场上跟世界同行去合作，这个机构是一个很大的平台。协会的信息功能很强，政府支持能力很强，把德国水务经济和水务产业推到世界上去，把德国好的东西推到世界上去，这是德国水工业联合会最重要的一个宗旨。

德国在水经济领域跟其他德国工业部门是一个道理，水务经济领域有150年积累的技术，以及应用管理方面的经验，这个恐怕不是吹的。所谓150年，因为联邦德国和德国统一，1873年俾斯麦把德国统一之后，成为了一个真正统一的德国强大起来了。德国经过150年的发展，水务市场基本上是饱和的，水务一般情况下是水，跟人的生活都很有关系，我们可能有很多需要建设的，

需要更新改造，但在德国基础的东西已经饱和了，尤其是水务这一块，要建一个东西，100年的想法，100年建的東西，到现在还有用。但是又有那么好的技术，又有那么好的设备，有那么好的国内经验，水务经济要不断的发展，要找到新的价值，只能把眼光放到国际。特别是对新兴市场，特别是对中国市场，德国人的脑子里想的，或者是行动上已经在做的，就是把中国作为重点，他们希望在营造合作的机会，跟中国水务经济领域和环境保护领域有更多的合作。

大家如果具体想跟德国的水务项目上有合作的机会，通过水工业联合会这个机构建立一个比较长期的、稳定的合作关系，可能是一个很好的渠道。

第二，讲一下德国水务4.0。德国的工业4.0，联邦政府和中国政府这一方面也签了很多的协议，要在这一方面进行合作。今天讲的水务4.0，是德国的新一轮工业革命。这个革命已经发生了，正在过程当中，中国发展也很快，我真正感觉到中国企业的创新能力是很强的。但是两国之间的领域恐怕有很



多不同，德国水务4.0有必要跟大家介绍，如果有机会在这个领域找项目合作，也可以作为借鉴。

水务4.0基本的内容逻辑，实际上就是以网络技术，或者以传感器技术结合起来，把产业链通过网络技术连接起来，然后各个产业之间共享。这是一个城市居民小区，这是一个工业区，这是一个仓储区，还有污水处理区，还有一个智能工厂，旁边都是河流，在这个范围内，通过这个网络技术连接在一起了。无论跟经济有关的水务、农业、工业、城市居民的水务用户，在这个平台上都能共享。用这个技术，用德国水务4.0这样一个标准来打造这样一个工业，应该有几个方面的好处。这家公司水务4.0已经拿到的技术，或者已经应用的，作为一个例子来给大家做一个说

明，这是德国的一个化工企业，在水务领域利用环境保护方面的技术，利用水务4.0技术，企业这个规模是一亿的销售额。用水务4.0这个技术或者这个系统，主要解决四个目标，一个是更有效利用水资源。第二，使工业上用水能够循环的利用。第三，更加有效的处理废水，而且使得我们这个河流的水质得到很好的环境保护。第四，利用现代的科技，用现代的IT技术来解决上面四大目标任务。

这个公司用水务4.0的技术，可以节水达到20-80%，用水的净化跟环境保护这一方面，能够节约能源可以达到30-80%，就是节省人工，以后有一些智能化和网络化了之后，人工可以节省50%，可以更少的人去操作整个系统。用这个先进的水务4.0技术，可以使废

水处理的质量能够提高到10-100倍的水平，为什么讲到新的工业化革命，这个公司系统已经在弄的，可以实现的，就是在水务经济领域既可以节水，又节能，水处理后的质量能够快速提高，提高的数量很大。还不断节省人工成本，对于德国人来说，劳动力始终很缺，减少50%的人，对他们来说具有非常重要的意义。

水务4.0正在进行当中，有一些技术可能还正在进行开发，但是有相当部分是成熟的，我拿出这个公司作为一个例子，他们已经有这样的成熟技术，如果中国相关方面有兴趣，也可以跟他们去进行商量。

第三，我选了几家德国的水务和环境保护的企业给大家做一个介绍，如果想跟德国企业进行合作，我只选

了几家。选了几家，一个是Invent Umwelt，一个是TIA Technologien，还有一个是UHRIG，还有一个是VEOLIA。

Invent Umwelt主要是环境保护，工程设计，水跟污水处理能力的一个企业。他的设备，他处理的技术，都是有独特的专利保护技术。本身又有工程设计的能力，针对一个项目，利用设备，利用技术，还有工程设计方面全包。我为什么选这一家企业，因为本身在德国水务经济界的技术，他的设备，他企业的经营效率，各方面拿了很多金奖。他拿到了州科技部的创新奖，技术是很先进的。水务和水处理领域是世界领先的企业，为什么把他介绍给大家，是因为我发现他现在还没有进入中国市场，他很想进入中国市场，只是欧洲的一些国家，中东、非洲有一些国家有进入，如果我们对他感兴趣，他可能是一个很好的选择。水处理方面有设备，有技术，有工程设计整套的系统。

第二个企业是TIA Technologien，他也是废水处理方面，因为他有独特的技术，有设备，而且主要处理的废水，以及设备技术主要是在工业废水，和民用废水领域，城市废水领域。他在整个水处理领域来讲，从理论技术上来讲是非常成熟的。整个废水处理的区域有那么多，整个废水处理的区域不一样，可

如果具体想跟德国的水务项目上有合作的机会，通过水工业联合会这个机构建立一个比较长期的、稳定的合作关系，可能是一个很好的渠道。

以选择不同的流程，目前技术所能够达到处理能力，工业废水每天装置的处理能力大概7500立方米的水平，如果说一个城市或者居民的生活废水的处理，可以是300人到15万居民的水平，德国一般都是中小城市，15万的城市很多。工业废水处理和城市居民废水处理，基本上用生物技术处理。这个废水处理技术来讲，在工业领域比较擅长的是一些领域，在工业领域包括了机械行业，化工，制药，电子，能源再生利用，饮料，食品，肉类加工，纺织，还有医院，基本上工业领域的一些废水处理技术全都能应用。

第三个企业是UHRIG，拥有的技术还是水务工程领域，相关的水环保处理技术，主要有几个领域，一个是深井的建造，包括水管的建设，水管之间的连接都有独特的技术。本身因为水管或者说管道建设处理过程中，也需要专业的机械设备，这个专用设备是这个公司的专利，就跟挖管道不同的条件，有专有技术。水管道领域，这一家企业非常有技术实力的，他也没有进入中国市场，中国相关企业跟他合作，他也非常高兴。

第四个是VEOLIA公司，是法国的一家公司，这一家公司在中国有的，他的领域也很广，我觉得他比较大。德国在水务领域特别大的企业比较少，德

国的技术设备还是非常好的，真正好的东西都在德国中型的企业。按照我的了解来说，这一方面跟中国有很强的互补性。

第四部分，跟大家介绍一下慕尼黑环境展览会一水及垃圾处理2016。德国人的工业展览是世界闻名，中国要想跟德国合作，这样的平台是很好的机会。这个展览会在5月30日到6月3日，在慕尼黑举行，主题是废水处理、废垃圾的处理，用废垃圾处理了之后的产品来做原材料。德国的展会有一个特点，在展会期间有很多小的论坛，或者说小型的各种专业性的交流，我看到很多中国企业到德国参加展览会，德国更多重视在展会期间有很多的论坛，进行专业性的交流，一个可以很深入跟相关德国同行进行讨论，可能要一家单独来进行。利用这个平台到德国去寻找合作机会，参加展会之外，精心选择参加一些专业性的论坛。当然要参加这些专业性的论坛，就应该事先要有很好的准备，事先跟会务组要去联系，我要参加这些论坛，希望跟哪些德国的同行进行交流，效果就更好了。这种平台交流，对中国其实是很好的一个机会。

今天要讲的内容大概就是这么多，我这几年一直在做项目，如果有企业想做收购的项目，我也有一个收购的团队，大家可以合作。谢谢大家！



## 环保事业大有可为



发言人：薛涛，E20环境平台高级合伙人、E20研究院执行院长、资深市政环境产业专家薛涛

薛涛：非常荣幸有机会跟大家交流，这几年是PPP第二个高峰期，而这次高峰会比上一次更持久，更深远，律师服务的行业有一个很大的契机。说到PPP，包括我们国家对生态的重视，国家有很大的环境发展需求，市场化需求对推动了各种平台的作用，京都组织了这次会议，体现了现在律所机构转型向各种平台服务，包括胡律师从德国回来了，分享了德国经验，还有韩律师在走出去的经验，服务于国内的公司。

今天胡律师介绍德国为代表的发达国家的情况，韩律师讲到了第三世界的伙伴们的情况，我们从前年开始，从新西兰开始，整个国际化进入的一个高峰期，这个本身有很强的代表意义，一个国家经济发展就像80、90年代一样，本身有一个同步规律的重现。说到环境领域，两位所介绍的情况，也可以分开看，第一个跟发达国家之间的国际上的并购，走出去，一个是跟发展中国家。发达国家的例子有，巴恩收购美国全球最早的期货公司，还有北控收购EEW。第一类是买技术公司，中国在未来十年的发展依然是以制造业为

核心，我们在污染治理会是长期的。我们技术研发是很弱的，一个国家到中等发达阶段的时候，很难爬得特别好，我们的原创技术跟美国和德国他们有长期的沟壑。制造业，尤其是第二产业占到一定比例之后，为了保证环境的基本质量，环保的需求就会一直存在。

我个人觉得从这一点来看，我们的环保末端治理需求，在十年之内都是一个高强度的。在西方很多环保技术的公司，实际上没有那么大的市场，因为他们很多的低端制造已经转移了，而我们的能力是有限的，配比带来末端环保治理的需求，也带来了市场，为什么巴恩去收购期货公司，一个核心原因是因为在美国空间应用很有限，在中国存在大量的发展机会和市场。第二类，北控去收EEW，能够提高北控的品牌，从德国吸收到很好的运营管理技术，在在外汇变动很大的时候，在德国投一个公司是很安全的，虽然价格很高，但是很抢手。

发达国家走出去这一块，很少看到国内的环保公司能去发达国家去做投运，往往以高的价格买发达国家的投

运。胡老师谈到了德国的新技术，我个人有一个建议，目前中国环保技术哪都有，什么都有一点，如果德国一家公司在整体上很优秀的公司，从整体面上引入国内，其实是比较困难的。第一我们的管理机制不同，第二，每个细节上几乎都有国内的公司竞争，发达国家的技术到国内更多是在某个点上的布局，在某个点上突破，污水整体包，整体上推给国内，这个可能接不上。有一些技术可能比国内好一点，但是好不了太多，你选择中国短板比较明显的地方，比如说污水厂节能的问题，还有地下管网，还有数据平台，研发的问题，在国内都是短板，选择几项进来，比把整体包引进来要好得多。

在发展中国家，环保产品在向发展中国家掌握了数据，投运是非常明显的，去年云南水务，现在在东南亚的马来西亚和泰国区做BOT污水处理厂，这边环境稍微比非洲好一点。但是我相信当这种案例越来越多，某个国家政局变动以后，对市政的基础设施是有风险的。所以这一块希望京都发挥更多的作用。

还有一些大型央企跟着国家政府一块去做“一带一路”的基础设施，目前我们比较熟悉的环保产业和环保企业还比较小，往往是大型央企，中铁和中

建，以前配合国家政策推动的部分，往往是大型工厂，大型水利枢纽等这些工程，在“一带一路”国家参与推动的这一部分比较多，环保有能力参与这一部

分的，很大一部分是地方国企，要么是一些民企，央企做的比较少，跟着国家一块去是可以的，但是单子拿不着。谢谢大家！

## “一带一路”与中国企业海外投资面临的法律风险及其防范



发言人：韩良律师，京都律师事务所金融业务总监

今天主要和大家分享以下两方面的内容：一个是我国“一带一路”战略构想提出的背景及内容，另一个是中国企业海外投资面临的法律风险及其防范。

在座的各位企业家对“一带一路”都比较熟悉，“一带一路”最早是指中国古代丝绸之路，以及海上丝绸之路。习总书记在出访的时候借用了这两个名词，在2013年9月和10月特别提出了陆上丝绸之路经济带和海上丝绸之路经济带，现在已经成了我们的国策。

### 一、“一带一路”战略的背景

#### (一) 经济背景

第一，“一带一路”战略是经济新常态下对我国经济转型的要求。在经济新常态下，我们企业再像以前那样快

速增长的可能性就不大了，我们需要有新的市场，新的理念，新的技术和新的人才，这就徐亚我们采取对外并购，企业在营业模式上下功夫，可能只会带来暂时的收益，企业要想获得深入的发展依靠的还是企业的长久竞争能力，这个竞争能力就是企业投入在研发上的费用，而不是单纯在营业模式上去下功夫。正是由于这个原因，一些互联网非常有名的企业把功夫下在做平台上，不如扎扎实实去做一些技术，做一些海外收购。

在业界，一个非常有名的定律叫一万小时定律，如果一个技术人员、律师或者企业家，在这个领域里面不扎扎实实工作或钻研一万个小时，是很难成为这个领域专家的。我国的机会多，人也很浮躁，现在我们国家很多专业人员往往没有在做技术岗位工作或钻研到一万

个小时，比如说2千个小时，做出了一些成绩，马上就被提为部门技术主管，或者走上了领导岗位，他就不再接触技术了。由此导致我国企业在技术领域的研发能力是非常弱的，和世界的差距非常大。反观北美和欧洲，企业的研发人员都走过这样踏实的路径，有很多的人才和技术，需要我们的企业和他们去进行对接，一方面，到这些发达国家去收购相应的技术，人才，甚至品牌。另一方面，这样的对接也会给我们带来一些新的市场。就欧洲特别是德国的一些水务企业来讲，他们在技术上，人才上等各个方面具有优势，会给我们企业带来新的竞争能力，我们并购这些技术和人才是提高竞争力非常好的一种方式。

第二，“一带一路”战略是中国对外形成全方位开放格局的要求。改革开放30年，我们形成了一个“东强西



“一带一路”提出来，特别是陆上丝绸之路经济带的提出，使得西部的一些省份就有了直接面对国外企业进行交流 and 提升的机会，有利于我们国家经济的平衡。

弱”的格局，东部沿海的一些省份都很发达，但是西部相对来说则比较落后。

“一带一路”提出来，特别是陆上丝绸之路经济带的提出，使得西部的一些省份就有了直接面对国外企业进行交流 and 提升的机会，有利于我们国家经济的平衡。西部不仅仅包括新疆，青海，西藏，像云南和贵州这些省份，也包括在内，很可能会后来居上。

第三，“一带一路”战略是促进中国区域经济发展的需要。我们这种区域经济应该形成各自的一些特色，不能各个区域都是大而全，每个区域可以根据自己的特色，来和周边国家进行联系和进行相应的业务往来。

## （二）法理背景

我们特别感觉到中国经济发展起来之后，在国际上要有一些话语权，而这些话语权的制定规则，基本上都掌握在发达国家的手里，中国需要有更广阔的天地，需要掌握一些规则的制定权。加入WTO，中国通过融入世界取得了飞速的发展，而美国绕开了WTO，去搞TPP，使得话语权仍然掌握在美国等西方国家的手里，我们通过“一带一路”能争到一些规则的制定权。

## （三）政治背景

通过加入WTO，我国在综合国力上有了非常大的发展，但美国又提出了更高的要求，像TPP以及TTIP，

我们需要有另外相应的一些区域和组织来纾解一下压力，而不是相抗衡。我们有一些地方需要向这些标准去看齐，如果永远是低标准，大家会没有进步。正如我们都熟悉的木桶原理，水的多少取决于短板的长度。大家都按高标准要求自己，我们国家的进步就会很大。如果我们放松了要求，总和世界上所谓的一些失败国家打交道，我们也高不到哪里去。我们一方面在疏解这种压力，另外一方面我们也要创造条件，符合这种国际的高标准的要求。比如说服务业的大幅度开放，负面清单制度，严格的环境标准，社会责任标准，知识产权标准，对政府干预的限制等。

## 二、“一带一路”战略的内容

“一带一路”战略构想的共建原则包括以下五个方面，第一，恪守联合国宪章的宗旨和原则；第二，坚持开放合作；第三，坚持和谐包容，我们要对各种宗教信仰，各种文化传统采取一个非常包容的态度；第四，坚持市场运作机制；第五，坚持互利共赢。在“一带一路”里面，政府不应该唱主角，企业应该唱主角，企业有自己的判断能力，他知道怎么去做。除了有些国家战略，政府不得已而采取一些非经济的手段，一般情况下还是让企业通过市场行为，来去达到“一带一路”的目的，而不是政

府总是像以前赔本赚吆喝，这个亏我们吃得已经非常多了。

“一带一路”的具体框架的思路：无论从陆路，还是海路，都是从中国开始，陆路经过了俄罗斯，经过了东亚，最后到达欧洲。海路是从我们国家的东南部的这些沿海城市，然后到我国的南海，和东南亚的一些国家，一路要到达澳洲、新西兰，另外到达非洲和阿拉伯一些国家，最后还是指向欧洲。“一带一路”的设想，现在还有一个更开放的设想，不仅仅包括亚洲、欧洲、非洲地区，还包括美洲和中南美洲，把世界上的国家都包括了，“一带一路”是一种提法，通过这种提法让我们更加开放和包容。

就具体内容而言：“一带一路”沿线的重点城市，重点产业园区和重点港口，是我们合作开放重要的节点。和沿线国家共建一些开发区，甚至自贸区，双方协定形成便利的通关手续，达到比较自由的贸易来往。港口的基础设施建设一直是我们的强项。我们共同打造中国—中亚—西亚，中国—中南半岛等国际经济合作走廊，海上则以重点港口为重点，共同建设通畅高效的经济走廊。

“一带一路”战略构想的合作重点：

第一，政策沟通是“一带一路”建设重要的保障。各个国家的历史不同，价值观也不同，需要从政府之间的层级互相进行沟通，通过我们国家政府和当

地政府签署双边的协议，比如说双方投资互惠的协议，在投资最惠国待遇上，在关税的减免上，给企业家带来相应的便利，这是作为政府之间的沟通。

第二，基础设施的互联互通，是“一带一路”建设的优先领域。中国尝到了要致富先修路的甜头，我们国家东部的基础设施和欧美没有什么太大的差距。大家经常在互联网上看一张照片，印度人在一个火车上，上下左右全都站满了人，我们在佩服印度人民高超的技艺的同时，感觉到印度的基础设施是非常落后的，印度最佩服中国的基础设施建设。

第三，投资与贸易畅通是“一带一路”建设的重要内容。通过“一带一路”，企业提高自己的竞争能力，扩大自己的市场，进而到相关区域去做生意的。

第四，资金融通是“一带一路”建设的一个重要的支撑。我们通过改革开放与加入WTO，我们有了3万亿美元的外汇储备，可以到沿线当地投资和修路，并进行融资，这个钱来之不易，我们是用高污染的代价去换来的，这个钱要慎用，让它产生效益，而不是打了水漂。

第五，民心相通是“一带一路”建设的社会的根基。民心相通要在教育、旅游、医疗、科技、文化等方面展开全方位的合作，这种合作不是单纯要对方的市场，要对方的资源，而是在和发展中国家在打交道的过程中，帮助当地人民实现现代化，树立我们企业家在当地的良好形象，而不是让当地的人对我们产生很多的意见。

“一带一路”作为一个合作的机制，目前都是通过双边合作，多边合作，以及论坛交流的方式进行的，像双边合作的机制，我们和巴基斯坦签订了



贸易协定，和马来西亚也签订了贸易协定，通过双方条约，把一些共同的和特殊的投资领域的一些政策固定下来。第二个是多边合作机制，包括上海合作组织，中国—东盟，亚太经合组织，亚欧会议。这其中有一些区域所试行的制度，我们自己都不见得有人家先进，比如像非洲，中非和西非说法语的一些国家，他们所达成内部的联盟，一体化程度相当高，比亚洲这些区域的一体化还要高。

## 三、对外投资面临的法律风险和防范

企业通过“一带一路”去对外投资可能会面临各种各样法律方面的风险，这些风险我们如何去进行防范是很关键的。

### （一）投资保护和准入的法律风险

因为沿线65个国家都是主权性的国家，出于主权保护的需要，对于投资的范围和行业，都是有一些限制的。其实在我们国家，引进外资的很多方面也

是有限制的，比如说我们在加入WTO的时候，针对当时西方比较先进的一些国家，我们提出来在服务业特别是金融服务业，我们要随后开放，美国也都同意了。其他国家都有一些保护，都是非常正常的，一是要保护自己本国的一些产业，另外要鼓励海外资本投资一些产业。我国与沿线国家签订了很多双方合作条约，双边和多边条约，包括最惠国待遇。二是征收和国有化及其补偿，一般不能对外资进行征收，如果征收也要进行相应的补偿。可实际上总会有例外，以津巴布韦为例，他们突然宣布了一个政策，外资在他们国家不能绝对控股，必须要由他们的国家公民占51%以上的股权。在津巴布韦投资的外国企业，实际上70%是中国企业，所以我们在这些国家投资一定要非常注意，一定要看政治风险的评级。

各个国家针对不同的外资制订了很多的优惠政策，比如说俄罗斯对基础设施有特殊的优惠政策，高于10亿卢布的投资总额，将对外国投资者给予相应进口关税和税收的优惠。在禁止投资领域，泰国《外资经营法》明确禁止外国



各个国家针对不同的外资制订了很多的优惠政策，比如说俄罗斯对基础设施有特殊的优惠政策，高于10亿卢布的投资总额，将对外国投资者给予相应进口关税和税收的优惠。

人进行投资水稻，渔业等。

具体在投资者保护和准入方面都存在哪些法律风险？第一，政治风险，“一带一路”沿线各国，特别是中亚和西亚一些国家，属于政治体制多样，政局变化比较大的，像中亚五国，原来是俄罗斯联邦和独联体的这些国家，有强人政治存在，其政局变化莫测。第二，无法享受优惠措施的风险，有的国家对投资者享受优惠措施，提出了很多的附加条件，这些附加条件一定要研究透彻。

我们评价一个国家的政治风险，就涉及到政治风险投资评级，以非洲为例，非洲这些国家没有A级，都是B级以下，D级占好几个，刚果、几内亚、尼日利亚的级别是非常低的。政治风险和商业风险等级一样，但都是遵循ABCD排序，我们从投资上讲，B级以下就没有投资价值了，B级以下的风险非常大，我们在非洲几个国家投资量非常大，都遭受了损失，一个是在刚果，一个是在利比亚，都是属于C级和D级以下的国家。所以必须理性的做一个非常详细的评估。大家相信卡扎非是老朋友，在利比亚投入了那么多，结果卡扎非死亡之后，新的政权对于我们的投资权益承认不承认还是一个问题的，所以我们确实需要很好的反思一下我们对非的一些投资政策。

整体上讲，一方面，企业应该事前进行充分的政治法律风险评估。可以根

据国际上的评估分级，如果风险太高，我们就尽量少介入，当然有些企业家是喜欢风险的，但喜欢风险是一回事，管理得了这个风险是另外一回事。我们一些企业家在国内通过和政府之间处的关系很好，取得了资源，觉得应该把这个经验复制到国外去，这种经验往往是不灵的。即使在非洲，因为很多国家采取选举的方式，几年一换，等你把关系搞的很好了，过了几年他就下去了，所以很难把我们现在的经验复制过去，一定要遵循法律，从法律的角度来考虑这些问题。

另一方面，企业应该采取前瞻性的投资策略，而不是只顾一时。我们应该是确实帮助东道国去做一些公益的事情，和他们建立一种长久的关系和友谊，而不是和某一个强人建立关系和友谊。再就是全面了解投资东道国的相关政策，严格遵守其相关规定，避免因不符合要求而失去一些投资资格。

## （二）外汇管制风险

我们遇到了很多的投资者，特别是投资到一些不发达的严格进行外汇管理的国家，挣的钱就是汇不出来 具体来讲，外汇管制风险包括以下风险：

第一，流动性风险，资金汇不出来，资金进行转移在当地受到了很多的限制。

第二，汇率变动的风险，对于有些货币，要看历史上稳定不稳定，如果不

稳定，把美元换成当地的货币，会导致一些贬值风险。

第三，外汇政策变动的风险，有些国家说变就变，这些国家尽量不要去投资。

第四，各国外汇政策有很大的差异性，特别是实行部分外汇管理的国家，差异性一定要去搞清楚。

具体风险防范：

第一，对外汇制度的识别。一定要了解我们投资东道国外汇管理制度，是实行外汇严格管制制度，还是外汇可以自由进出。其实并不是说所有的发达国家都没有外汇管制，大家都知道新加坡经济制度很灵活，并且是国际金融中心，新加坡对新币的管制也是比较强的，尤其对外国人持有新币也有很大的限制。

第二，中资企业应当重视对当地外汇政策的调查研究并保证严格遵守，随时关注他们一些外汇的政策。也有一些国家有外汇的配额和额度，超过了额度，就要面临着坐牢的风险。

第三，积极预测汇率走势和投资东道国汇率变化趋势，采用针对性的多种金融手段，比如外汇避险手段，期货期权等来防范风险。

第四，尽量推动沿线国家制定统一的外汇管理制度。

## （三）税收法律风险

一个国家税收优惠政策的影响是非

常大的，在投资过程中，由于各个国家之间对于税收政策的规定是不一样的，需要大家进行一个筹划。到去年为止，我们国家已经和海外100多个国家签署了避免双重征税的协议，其中97个协议已经生效了。避免双重征税就是在其他的国家已经纳了税，到母国就不需要纳税了。其他的国家给了一定的税收优惠，在母国就不能对优惠再补交了，在这方面一定要研究清楚，后一种情况是要写得非常清楚，不能想当然。

从税收的风险上：

第一，居民身份认定上的风险，如果两国之间没有双边税收协定，企业面临着全球两次征税。美国是全球征税，税负是非常重的，所以进行一些国籍筹划的时候，一家人不见得都要移民，如果持有美国的国籍或者美国的绿卡，就被认定为美国的税务居民，在美国居住到一定的期限，也被认为是税务居民。

第二，双边税收协定条款和当地税收优惠的冲突风险，当地属于减免税，不能再交这个税，大家看一下我们国家和将要投资的国家，在税收协议上有没有这一条，如果是在当地所在国减免了税，回到中国就不需要再交税。

第三，税收处理的合法性判断不足的风险，作为税务的处理确实是一门学问，大家要请非常专业的税务师给大家做税务筹划。

具体风险防范：

第一，正式投资之前，应当进行详尽的税务尽职调查，对出现一些税务风险进行防范。

第二，企业尽可能避免我国和东道国双重居民身份认证，应该做好这一方面的筹划。

第三，企业还应该注意东道国是否跟我国签订了国际重复征税的税收协定。

第四，税收筹划必须是确保在法律允许范围之内，如果超出了当地法律的允许，进行的税收筹划，可能就是逃税。逃税和避税这两个概念是不一样的，避税是合法的，但是逃税是不合法的。

## （四）注册风险

选择什么样的商事主体在投资国家进行注册不仅涉及到是否得到当地许可的问题，还与税负紧密相关。如柬埔寨经营标准比较低，可以以个人、合伙、公司等各种商业组织的形式注册，取得合法的证书。

风险防范措施：第一，充分了解当地相关法律法规的规定，根据投资目的和需要，来设定投资的一些方式，有限合伙在国际上是通行的，都是交一次税，由LP和GP分别去交税，而不是公司交一次税，公司的投资者再去交一次税，通过这种方式有一定的税收优惠。

第二，应当深入了解东道国企业注册的具体制度，并严格遵守，避免无照经营和非法经营。

## （五）劳动法律风险

这是我们企业去海外投资面临的非常严峻的风险，劳动风险，如果不注意，轻者被罚款，重者倾家荡产，还得要坐牢。

第一，违反当地劳动合同签订强制性规定，没有给人家最低劳动工资的报酬以及按照最低的劳动时间去实施。当地还会有一些特殊的规定，比如说在某些行业必须要雇佣当地国籍的人。

第二，非法聘用外籍劳工。比如阿尔巴尼亚的建筑领域，一般员工跟外国工人的比例是1: 5-1: 7，雇佣一个中国人要雇佣五个当地的工人。而埃及则要求对一般员工不得低于90%，对中层

员工比例不得低于75%。大家都听说，前年的时候我们国家一些淘金的业主在加纳遭受了非法驱赶。为什么遭受了当地的驱赶，主要是两个原因，一个就是加纳的法律规定，外国的投资者必须要通过加纳证券市场去投资金矿，在加纳上市的这些金矿都是大金矿，所以作为欧美一些投资人，基本上通过券商，通过证券交易所来投资，这个受法律的保护。而作为中小的金矿，规定必须是由本国人去经营，这一点规定确实是难不倒聪明的中国人，我们一些企业家就跟当地中小矿主签订租赁协议，而且在租的过程之中，不采取国际上先进的淘金方式，我们是用最原始的方式，结果导致水土流失，环境污染，导致当地政府的反感。第二，在劳工方面的问题。中华民族确实是勤劳的民族，这种勤劳确实是国外很多人比不了的，我们的一些投资者愿意雇佣中国的劳工，他们采用了一些非法的方式，贿赂当地海关的官员，进入了很多中国非法打工的人，这些人没有合法的身份，一旦出现了暴乱，或者动乱，当地政府是不保护的。

风险防范措施：

第一，要全面了解和掌握东道国关于劳动法律法规的一般性规定并予以严格遵守，还要关注东道国与我国劳动法差距较大的特殊性规定。要有节日朝拜的假期。

第二，认真遵守东道国的劳动保护、劳动保障法律法规等各方面强制性规定，指导性规定。

第三，还要充分了解东道国的劳动救济制度，企业展开活动难免产生劳动纠纷，要重视劳动纠纷的解决程序和过程。

## （六）基础设施投资法律风险

基础设施是我们在“一带一路”



战略中，非常重要的领域，风险也非常大。

第一，项目业主大多具有政府背景，是项目的参与者，也是规则的制定者，经常造成违约的情况。比如，希腊新总理就职当天就叫停了中远集团及其他四家竞购者出售比雷埃夫斯港67%股份的计划。

第二，投资基础设施多采用BOT、PPP等项目的融资形式，投入非常大，涉及到法律风险非常多，不单单是当地基础设施方面的法律，并且和当地的经营法律体系联系起来。比如，在斯里兰卡建设科伦坡港口城的项目，习主席也做了剪彩，但新上台的领导说变就变，新上台这个领导是亲印度的，他希望用印度的公司。

具体风险防范措施：

第一，应在投资前对东道国的法律环境进行详尽的调查。

第二，企业要特别注重降低合同履行中的风险，进行违约风险防范。在建筑工程领域里面，我们国家在一些施工工程方面吃了很多亏。工程保函是没有条件的，即使这个项目方由于对方的违约，没有导致项目进行，但是仍然会找

我们来索赔或者是要延长这个保函，给我们和银行都造成了很大的损失，这种案例在前些年发生了好几次。

第三，企业要筹划好投资结构，我国企业在BOT项目中可以通过增加主体，从而分摊风险。和当地部门进行一些合作，上个月的时候国家开发银行的一个分行行长，考察中美洲的一个项目，得出了一个非常好的经验，在当地你绝对不能当老大，因为你摆不平，在当地你参股才可以，特别是工程建设。针对不同的国家做不同对待，像欧洲有一些国家法制比较健全是可以的。

### （七）投资退出和投资安全的风险

投资是要赚钱，前期要把退出想好，究竟采取什么样的方式。你在国外投资也好，并购也好，是采取上市退出的方式，还是采取清算退出的方式，一定要筹划好。

具体的风险：

第一，在股权转让的风险之中，由于股权转让合同约定的不好，存在着股权转让合同的违约，和当地关联方造成违约，最后会产生相对的法律风险。

第二，在上市退出方式中，投资沿岸一些国家证券市场非常小，我们都习惯了国内的证券市场，流动性非常强，因为国内证券市场在全球是排前几位的。可是加纳的证券市场，还有中亚一些国家的证券市场量都非常小，流动性不够，要通过公开证券市场退出来，提前要进行筹划。

第三，在清算退出方式中，也要熟悉当地清算法和破产法。

具体风险防范：

第一，中国企业应当尽量利用自己股东身份在公司章程的制定和修改中加入对自己有利的条款，便于股权安全退出。我们在实际中接触的案件也有这样的问题，比如说，因为当地国家公司法，跟中国的规定是不一样的，投资中对赌的协议和条款用了一些判例的方式，在当地起了纠纷，怎么确定含义。再比如，如果我们约定的是仲裁，适用的哪些国家的法律，最后是不是能够执行，这些都是问题。所以提前在这些方面一定要筹划好。

第二，在上市退出过程中，一定要找比较成熟的交易所，不见得非得得到当地上市。像矿业类，可以在世界著名矿业交易所上市，比如说多伦多和澳大利亚的矿业交易所，在非洲可以去南非矿业交易所。比较大的交易所，制度相当好，要在这些交易所去退出，而不在小的交易所退出。

第三，对于清算条款，一些优先权的条款，要加入到里面去，以此来保证投资者的权益。这里面也是有一些对赌条款的，清算如果到期了，我作为投资者，我必须先拿到一定的比例，后面才是股东享有的权益。当然这些条款要是当地法律所许可的，这样才可以。

跟大家分享了这些，不知道适不适合，请大家批评指正，共同探讨。

## 为涉嫌犯罪的外国人担任辩护律师时应注意的几个问题

肖永成 / 文

近年来，随着改革开放的进一步深入和对外交流的日益频繁，大量的外国人涌入国内。外国人的非法入境、非法居留、非法就业等现象十分突出，由此引发了一些外国人在中国境内的一些刑事犯罪活动。

过去外国人的犯罪主要表现为组织、运送他人偷越国（边）境、盗窃、诈骗等简单类型的案件。但近年来，外国人的犯罪不仅出现了故意杀人、抢劫、强奸等暴力型犯罪，还出现了高智能的合同诈骗、金融诈骗等新型犯罪。目前，外国人犯罪所涉及到的最多的罪名分别是走私类犯罪、毒品类犯罪，以及各类诈骗、盗窃、故意伤害、抢劫等罪名。外国人在中国境内的犯罪逐渐呈上升的趋势。按照中国法律的规定，涉嫌犯罪的外国人，除享有外交特权和豁免权的以外，凡是犯罪的行为和结果有一项发生在中国领域内的，中国的司法机关均享有管辖权，并追究其刑事责任。

由于涉嫌犯罪的外国人各自文化背景不同，语言交流存在障碍，加之对中国的司法制度不了解。如何能顺畅的为涉嫌犯罪的外国人进行沟通和辩护，以便维护其合法权益，是中国律师须特别注意的问题。

本文结合京都律师事务所同事及本人过去承办的涉外刑事案件的一些经验，就外国人涉嫌犯罪应遵循的法律规定，国际准则，以及如何与涉嫌犯罪的外国人办理委托，如何进行沟通，及如何进行更为有效的辩护而总结的一些意见，供为办理类似案件的律师同仁进行借鉴。

### 如何与涉嫌犯罪的外国人建立委托关系

中国律师承办涉嫌犯罪外国人的刑事案件，首先要解决的是委托手续问题。依照中国法律的规定，外国人在华涉嫌犯罪，其委托的辩护律师必须是中国律师。

如何与涉案的外国人建立委托关系，我们通常采取如下方式。

1、如果涉嫌犯罪的外国人有中国籍亲属，直接与该亲属办理委托手续。

有些涉案的外国人与中国人具有着婚姻关系或其他亲属关系，可以直接与具有亲属关系的中国人办理委托手续。但应提供该亲属的身份证明及亲属关系证明，如结婚证。上述材料基本上是由中国行政机关颁发，在材料的认证方面不存在障碍。

2、由驻华使、领馆代为委托律师。

普通的中国人如果涉嫌犯罪并被公安机关刑事拘留，公安机关会在24小时之内通知其亲属，并告知羁押场所和所涉嫌的罪名。对于外国人的刑事犯罪，中国的办案单位通常是通过省一级公安机关，在48小时之内将外国人涉嫌犯罪的主要事实，已采取的强制措施，以及外国人的姓名、性别、入



## 肖永成律师简介



京都律师事务所合伙人  
肖永成律师具有英语、法学教育背景，并有长达十年的国际贸易实务经验和十多年的律师执业经历。主要执业领域为国际贸易、公司业务、民商业务、刑事业务。

境时间、护照或者证件号码通知该外国人所属国家的驻华使、领馆，同时报告公安部。中国的公安机关并不直接将外国人的涉案及羁押情况通知其亲属。为尽快建立委托关系，我们可以通过涉案外国人驻华使、领馆办理委托手续。

中国曾在1979年7月申请加入了《维也纳领事关系公约》，该公约第三十六条规定：“领事官员有权探访受监禁、羁押或拘禁之派遣国国民，与之交谈或通讯，并代聘其法律代表”。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》解释第四百零二条第二款规定：“外国籍被告人在押的，其监护人、近亲属或者其国籍国驻华使、领馆可以代为委托辩护人”。

笔者认为，不论是北京当地或其他地方，通过使领馆办理委托手续并不存在法律障碍。但是，与涉案的外国人建立委托关系可能涉及相应的委托协议条款事宜。外国的驻华使、领馆并不愿意代为签署委托协议。

我们通常的做法是与涉案的外国人亲属商谈委托协议的同时，先由使领馆出具《委托书》，以解决与涉案外国人的会见问题。

3、与涉案外国人的近亲属，或监护人办理委托手续。

我国法律规定，犯罪嫌疑人的近亲属，或监护人可以委托辩护律师。同样涉案外国人在境外的近亲属或监护人也可以与中国律师直接办理委托手续。

在民事案件中，我国法律规定，在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人委托中国律师代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。

就刑事案件，最高人民法院关于执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释第四百零三条规定：“外国籍当事人从中华人民共和国领域外寄交或者托交给中国律师或者中国公民的委托书，以及外国籍当事人的监护人、近亲属提供的与当事人关系的证明，必须经所在国公证机关证明，所在国中央外交主管机关或者其授权机关认证，并经我国驻该国使、领馆认证。”北京市高级人民法院等五家单位也联合颁布了类似规定。

也就是说，涉案外国人的监护人、近亲属居住在境外的，如果要委中国律师进行辩护，必须经所在国公证机关公证和中国使、领馆的认证。

但境外公证和认证十分繁琐和耗时，取得境外公证和认证手续可能长达几个月的时间。涉案外国人被羁押后，在检察院批准逮捕之前，其刑事拘留的期限为一个月。在此期间，犯罪嫌疑人迫切需要辩护律师的帮助。如果相关的公证和认证手续办理完毕后，再与涉案的外国人会见，将无法给涉嫌犯罪的外国人提供及时、有效的法律服务。

笔者认为，直接与涉案外国人近亲属或监护人办理委托手续的办法并不可取。

笔者通常的作法为，如果涉案的外国人有中国籍近亲属，可与中国籍亲属办理委托手续；如果没有中国亲属，可要求涉案外国人所在国的驻华使、领馆代为出具委托书。

由于刑事案件的办理过程须三个阶段。每次都须使、领馆出具委托书可能也存在一些问题。

笔者建议，在第一次或随后的与外国人会见过程中，

中国律师承办涉嫌犯罪外国人的刑事案件，首先要解决的是委托手续问题。依照中国法律的规定，外国人在华涉嫌犯罪，其委托的辩护律师必须是中国律师。

在征得被告人同意的情况下，可与涉案的外国人直接办理三个阶段的委托手续。涉案的外国人直接签署的委托书并不需要公证和认证。

## 如何与涉嫌犯罪的外国人进行有效的沟通

与涉嫌犯罪的外国人办好委托手续后，辩护律师第一步工作就是会见犯罪嫌疑人。目前我国各地的看守所均将不同罪名，且相互之间没有任何关系的被告人关押在一个监室内。由于看守所的条件有限，一个监室有时关押的被告人达七、八人左右，有时甚至多达到十几人。涉嫌犯罪的外国人并不能由于其身份特殊而将其单独关押，他们也与其他的被告人关押在一起。

涉案的外国人被羁押后，由于不了解中国法律的相关规定，同时存在语言障碍，他们无法与同监室的其他被告人，包括看守所的干警进行有效地交流。他们对看守所的规则，饮食和其他条件有很多抱怨，对自己所处的环境非常焦虑，有的还很恐慌。他们迫切需要见到律师，并得到律师的法律帮助。

在第一次与涉案的外国人会见时，大部分的外国人都迫切想知道他们所涉犯罪的法律后果，以及可能的刑期。他们想要知道案件的审理程序和过程，想了解如何回答办案机关的讯问，以及他们应享有的权利。有些外国人，特别是欧美籍，以及发达地区和国家的被告人非常关心他们是否能够得到保释，如何申请保释等。

依据中国的刑法规定，律师在公安机关侦查阶段可以为涉嫌犯罪的外国人提供法律帮助；可以代理申诉、控告；申请变更强制措施；也可以向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，并提出意见等。

笔者在与涉案的外国人会见及沟通过程中，通常采取如下的方式；

1、在第一次会见时，首先要告诉被告人，中国是一个法治国家，中国的司法机关依据证据和事实对犯罪嫌疑人进行定罪量刑，中国的司法机关不会因被告人是外国籍而进行特殊照顾。中国的律师也是在法律规定的范围内进行辩护，中国律师的主要职责是根据事实和法律，提出无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，并维护犯罪嫌疑人的诉讼权利和其他合法权益。

2、在会见过程中，辩护要了解被告人的罪名，详细解释该罪名的法律含义，及罪与非罪的界限，以及可能判处的刑期。同时要告知被告人案件进行的阶段和期限。

要特别对被告人强调，在办案机关对其讯问时，应要求现场全程录音录像，如果不懂中文，被告人应要求提供合适的翻译。在对讯问笔录签署时，要逐字核实笔录的全部内容。

要提醒被告人，要尽可能地记住每次办案机关讯问的时间和内容，以便将来进行核对。

在此过程中，律师也可与办案机关进行接触，了解被告人所涉犯罪的基本情况。

3、依据中国的法律，当案件由侦查机关移送检察院后，辩护律师可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。对此，辩护律师应对涉案外国人的供述及其他卷宗材料仔细进行核实。在核对被告人供述时，应结合同



步录音录像。特别要注意第一次讯问时的录音录像是否完整，全程是否间断，是否存在剪辑、删改的情况。

在此过程中，如果发现或根据被告人的叙述，公安机关或检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的，辩护律师应当申请检察院、法院调取。当然辩护律师也可以搜集涉案外国人无罪，罪轻，或对他有利的证据，也可以申请检察院、法院收集，调取证据材料。

4、当检察院将案件移交法院并提起公诉时，辩护律师应将中国法院的审判程序及过程，以及被告人应享有的权利向被告人进行说明。

我国《刑事诉讼法》第三十七条第四款规定，“自案件移送审查起诉之日起，辩护人可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据”。

由此，对于检察院提交的起诉书，证据，及卷宗材料，辩护人应与被告人逐一进行核实，并仔细进行研究。

在法院开庭之前，辩护律师应尽可能地与涉案外国人就法院的质证环节进行演练，帮助被告人熟悉和了解中国刑事审判的举证、质证顺序，以便对相关证据的回答和辩解做好相应的准备。

5、律师在会见过程中，有些被告人，特别是来自西方的犯罪嫌疑人会多次谈及看守所的羁押条件。他们埋怨饮食，抱怨监室的卫生状况。他们认为监室的居住条件过于拥挤。他们不熟悉看守所的监管规定。他们希望通过律师能得到一定的改善。经常去探视被告人的所在国使、领馆官员也经常提起此事。

目前我国规范看守所监管制度的法律规定为1990年国务院颁布的《中华人民共和国看守所条例》，及公安部制定的《中华人民共和国看守所条例实施办法》。首先，该条例和实施办法均将在押人员，无论是已决的或未决的，统称为“人犯”，而非对于

未决的在押人员应称呼为“被告人”或“犯罪嫌疑人”。说明在我国看守所的制度建设上，及看守所负责管理的干警心目中，凡是关押在看守所的人员都被视为“罪犯”。自然被羁押的被告人不可能像平常人一样对待。

对于外国犯罪嫌疑人就看守所居住条件和饮食的抱怨，笔者也只能根据看守所条例及实施办法进行说明，或向有关部门进行反映。如看守所条例第二十三条规定，“对外国籍人犯，应当考虑到他们的民族风俗习惯，生活上予以适应照顾”。看守所条例实施办法第二十六条规定，“外国籍人犯，可视情适当提高伙食费标准”，以及实施办法第二十七条，“人犯居住的监室面积平均每人不得少于二平方米等。”

外国籍犯罪嫌疑人经常诟病的还有他们无法主动、及时地要求与辩护律师进行会见。每当犯罪嫌疑人被提审或讯问，被告人通常需要尽快与辩护律师联系，以便进行法律咨询。但他们无法将想与律师会见的讯息及时地传递给辩护律师。笔者通常的做法是定期与犯罪嫌疑人进行会见，或与所在国使、领馆官员商议，错开会见的时间。当得知犯罪嫌疑人想要见律师时及时的进行见面。

### 关于境外证据的取得和认定问题

涉外刑事案件中，由于犯罪嫌疑人的主体是外国人，其犯罪的行为地、结果地有可能发生在境外。而证明是否构成犯罪的证据，包括证人也极有可能在境外。而这些证据的取得和认定，对涉外刑事案件的审理也有极大的作用。我国《刑事诉讼法》也规定了根据缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助的条款。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第四百零五条规定：“对来自境外的证据材料，人民法院应当对材料的来源、提供人、提供时间及提取人、提取时间等进行审查。经审查，能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的，可以作为证据使用。”上述司法解释界定了来自境外的证据材料可以作为法院定案的依据。

对于辩护律师提交的境外证据，司法解释规定，“当事人以及辩护人、诉讼代理人提供来自境外的证据材料的，该证据材料应当经所在国公证机关证明，所在国中央外交主管机关或者其授权机关认证，并经我国驻该国使、

领馆认证”。辩护人提交的境外证据，只要符合上述程序规定，并办理了认证和公证手续，法院应当予以认定。但有些证据，辩护人及犯罪嫌疑人的境外亲属无法通过公证和认证获得，如境外司法机关掌握的相关证据。对此，笔者认为，辩护律师应申请法院通过司法协助的方式进行调取。《公安机关办理刑事案件程序规定》三百六十四条，“公安部是公安机关进行刑事司法协助和警务合作的中央主管机关，通过有关国际条约、协议规定的联系途径，外交途径或者国际刑警组织渠道，接收或者向外国提出刑事司法协助或者警务合作请求。”第三百六十五条规定：“公安机关进行刑事司法协助和警务合作的范围，主要包括犯罪情报信息的交流与合作，调查取证，送达刑事诉讼文书，移交物证、书证、视听资料或者电子数据等证据材料。”《人民检察院刑事诉讼规则》也规定了类似的司法协助条款。

目前情况下，辩护人，或犯罪嫌疑人的境外亲属无法从境外的司法机关，或有关部门获得对当事人有利的证据时，辩护人应尽可能地申请法院，并通过公安机关或检察院的司法协助途径获取。

### 关于涉案外国人申请取保候审的理解和适用

由于中国和外国法律制度存在较大差异，外国人涉嫌犯罪被羁押后，特别是欧美籍犯罪嫌疑人，他们最为关心是否能够获得“保释”。

西方的保释制度源自于其无罪推定的司法理念。犯罪嫌疑人、被告人在法院作出有罪判决前，不应当被当作犯罪人对待，犯罪嫌疑人应享有无罪公民的一切权利。西方保释制度的目的是为了保障犯罪嫌疑人在人身自由不被限制的情况下充分地进行准备，以便在法院的审理过程中进行对抗和论辩。

我国的取保候审制度有点类似西方的保释制度，但本质不同。

我国《刑事诉讼法》规定，人民法院、人民检察院和公安机关对有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审：（1）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；（2）可能判处有期徒刑以上刑罚的，采取取保候审不致于发生社会危险的，以及其他情形。我国的刑诉法及司法解释虽然对取保候审的审批程序、适用的法律文

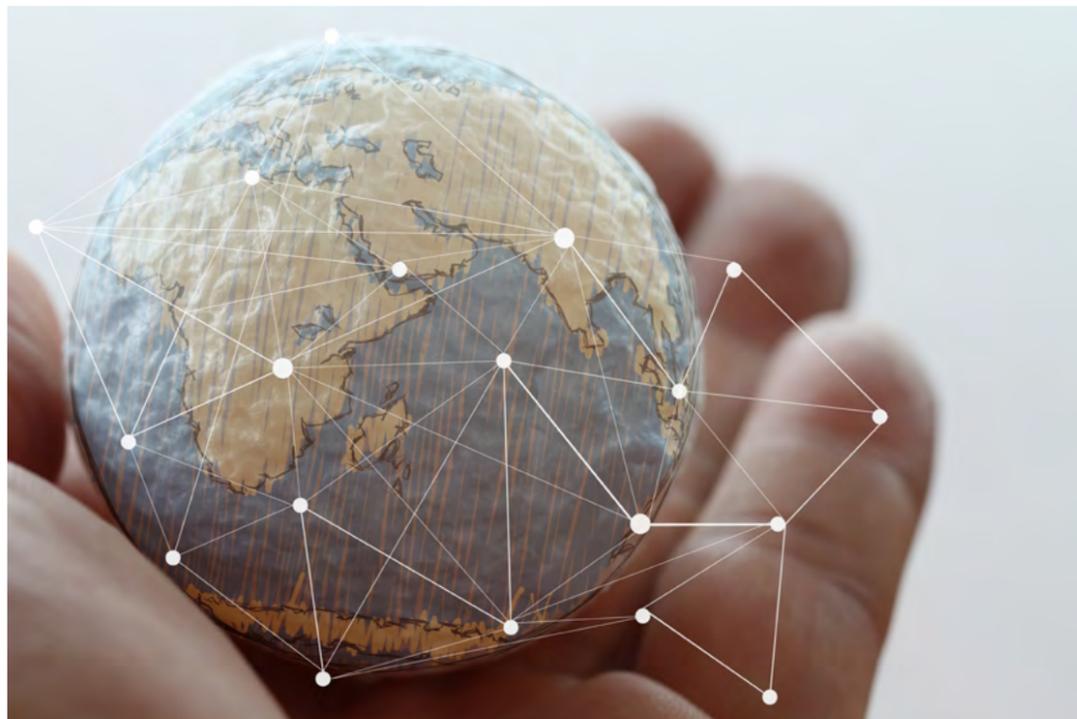
书、应当履行的手续、执行程序、期限以及变更、撤销程序作了详尽的规定。但由于我国办案人员固有的羁押犯罪嫌疑人可以防范被告人逃跑或者串供、伪证、破坏、毁灭证据等观念，被告人所提起的取保候审申请，除刑法所规定的特殊情形外，很难得到批准。对于涉嫌犯罪的外国人所提出的取保候审更加慎重又慎重。

在笔者接触的涉外刑事案件中，涉案的外国人，其亲属，以及所在国驻华使、领馆官员对于中国的刑事羁押，及取保候审制度有很多的不解。他们认为，既然法律规定犯罪的认定必须经法院的审理和判决，为什么在法院开庭并在宣判之前，犯罪嫌疑人就像罪犯一样失去了自由，并长期被羁押。既然中国的法律规定了取保候审制度，为什么犯罪嫌疑人在符合基本条件的前提下，屡次提出的取保候审申请均被驳回或不予理睬，而无正当理由。就此，笔者也无法给出一个符合法律逻辑的解释。

严格意义来讲，中国的司法机关是否批准取保候审更多的是一种行政上的决定，而非法律程序上的问题。司法机关作出是否取保候审决定时，犯罪嫌疑人、被告人及其聘请的律师不能到场进行说明，中国没有取保候审的听证制度，对取保候审的决定也不能提出复议。

在此情况下，笔者只能根据犯罪嫌疑人的要求，在案件审理的各个阶段，不厌其烦的提出取保候审申请。也只能在申请书中，就被告人所涉罪名的社会危害性，及取保候审是否发生“社会危险性”上作文章。

但需要注意的是，依照中国的法律规定，提出取保候审申请必须提供保证人或者交纳保证金。在实践中，如果犯罪嫌疑人在中国境内有近亲属的，可由中国籍的亲友作为保证人。如果犯罪嫌疑人在中国无近亲属，应以交纳保证金的方式提出取保候审，因外国籍近亲属很难在中国履行监督被保证人的职责。对于保证金的数额，我国仅有原



则性的规定。

我国《刑事诉讼法》第七十条规定：“取保候审的决定机关应当综合考虑保证诉讼活动正常进行的需要，被取保候审人的社会危险性，案件的性质、情节，可能判处刑罚的轻重，被取保候审人的经济状况等情况，确定保证金的数额。人民法院应当根据起诉指控犯罪的性质、情节、被告人的经济状况等因素，决定应当收取的保证金数额。”

通常情况下，公安机关和检察院在作出取保候审决定时，其保证金的数额起点均为1000元人民币。

### 涉外刑事案件所使用的语言及翻译问题

我国刑法规定：“人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。”最高人民法院于适用《中华人民共和国刑

事诉讼法》的解释第四百零一条规定：“人民法院审判涉外刑事案件，使用中华人民共和国通用的语言、文字，应当为外籍当事人提供翻译。人民法院的诉讼文书为中文本。外籍当事人不通晓中文的，应当附有外文译本，译本不加盖人民法院印章，以中文本为准。”

上述规定确定了我国的司法机关在处理涉外刑事案件过程中，所使用的语言文字均为中国通用的汉语言文字。除必要的诉讼文书译本外，涉外刑事案件的所有材料、证据、卷宗均为中文书写。公检法各部门在各自的阶段，应当向不通晓中文的外籍当事人提供翻译。

但目前我国并没有就翻译人员的准入、资质、翻译水平的界定，以及翻译的管理有明确规定。大部分的基层司法机关主要是通过翻译公司指定人员，大专院校教师或高年级学生，或旅行社的导游来担任翻译。有些翻译对法律一知半解，不能充分理解法律语言的特定含义。在翻译之前，不完全了解相关案情，也不能查阅相关案卷材料。出现翻译错误不可避免。实践中，有些外籍当事人认为翻译没有将其意思进行充分、准确的表达，怀疑翻译身份的公正和中立性，从而拒绝在笔录上签字，或依此提起上诉。而这种情形常常出现在刑事诉讼的各个阶段。

就涉外刑事案件可能存在的翻译问题和错误，笔者通

常采取如下的几种方式：

1、目前，我国已出版了外文版的《刑法》和《刑事诉讼法》，及相应的司法解释，就通晓英文的外籍犯罪嫌疑人，应向他们宣读和解释被告人所涉罪名的法律概念，诉讼程序，以及他们应享有的诉讼权利。就犯罪嫌疑人提出的问题，应用法言法语进行准确答复。

2、我国相关的司法解释规定，针对外籍被告人的讯问笔录应全程录音录像。笔者认为，辩护律师在阅看被告人的讯问笔录时，应对照录音录像进行核对，如果发现讯问笔录与录音录像存在不一致的地方，或答非所问，在核实无误的情况下，应就该笔录的准确性和问题向检察院和法院提出。

3、在办理涉外刑事案件中，最好与懂得外语，并受过训练的律师同事共同办理。对于不了解和掌握的语音，可从翻译公司聘请专业的人员。但在会见过程中，这些专业人员是否能过会见，须事先征得办案机关的同意。

### 关于涉外刑事案件的量刑建议

在通常的刑事辩护过程中，中国的律师对于有罪案件辩护时，往往根据案件性质、情节、及对社会的危害性，以及被告人是否自首、立功和认罪态度等，综合性的提出一个从轻、减轻处罚的辩护意见。很少有律师会根据案件事实，就被告人的刑罚，刑期给出一个具体的量刑建议。

最高人民法院在2014年颁布了《关于常见犯罪的量刑指导意见》。该指导意见确定了量刑的原则、步骤，调节基准刑的方法，常见量刑情节的适用及调节比例等。

笔者认为，在代理涉外刑事案件过程中，对于指导意见所确定的十五种常见型犯罪，辩护律师应依据量刑指导意见，给法官一个具体的量刑建议。

但涉外刑事案件中的有些被告人毕竟是外国人，对外国人的刑罚和量刑也确实存在着一些特殊性。对此，辩护律师应根据特定的情况提出一些建议。

如有些外国人涉嫌的犯罪为毒品类犯罪，或故意伤害、故意杀人等罪名，而这些犯罪有可能被判处死刑。对于此类案件辩护时，律师应事先了解被告人所在国家是否已废除死刑。如果按照中国法律判处死刑，这种刑罚可能与犯罪人本国的法律、社会的价值观念产生巨大的差异，有可能引发两国之间的外交争端，并影响我国的形象。当然外国人犯罪并不能因为其身份特殊而造成内外有别、用刑不公。但是，律师可以提出自己的建议。

再如驱逐出境。驱逐出境是我国刑法规定的一种特殊的附加刑，它的适用对象只限于犯罪的外国人。驱逐出境既可独立适用，也可附加适用。但在实践中，有些外国人已在我国建立了家庭，不宜判处驱逐出境。另外，有些外国人是无国籍人，如果对无国籍人判处驱逐出境，可能存在着将来如何执行驱逐出境的问题。对此，律师也应提出自己的观点。

在针对外国人的财产刑事处罚问题上，我国刑法规定了罚金和没收财产两种。

在我国刑法上，一些犯罪必须并处财产刑。如进行信用证诈骗活动的，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，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

对于没收财产的处罚既可以是没收个人的部分财产，也可以没收其全部财产，包括其境外的财产。但实践中，外国犯罪人在我国可能没有任何财产，我国司法机关也很难查明、没收和执行其位于境外的财产。对此，律师应建议并处罚金而不是没收财产，否则没收财产的判处将会是一纸空文。

对于外国人犯罪的量刑建议应根据案件的具体情况，及法律规定而提出。当然量刑建议是建立在被告人有罪的基础之上。如果量刑建议非常客观，中肯，符合案件实际，将对法官的裁量有很大的益处，并被法官所采纳。

中国一向秉承“涉外无小事”的原则。中国的司法机关处理涉外刑事案件也比较慎重。中国的律师在代理涉外刑事案件中，应坚持以事实为依据，以法律为准绳。在与外国人当事人及外国使、领馆人员接触过程中要做到不卑不亢，坚持原则，并不被外国人的意见或态度所左右。

中国律师要靠扎实的法律功底，严谨认真的做事风格办理案件。只有这样才能更多的赢得涉外刑事案件当事人的尊重。



# 如何追捕外逃美国贪官？

——《红色通缉令》系列（一）

■王馨全 / 文

在打击贪腐犯罪所开展的“天网行动”中，中纪委发布了《百名红色通缉令外逃人员名单》，从而在全球范围内通缉涉嫌贪腐犯罪的外逃国家工作人员和重大腐败案件的涉案人员。在这份百人名单中，共有40人逃往美国，这意味着美国似乎已经成为名单上外逃人员的外逃首选。美国作为一个高度法治化的发达国家，为何会成为涉嫌贪腐犯罪的外逃人员首选的“避难所”？这些在国内曾经“位高权重”的国家工作人员，一旦被国际刑警组织以红色通缉令进行通缉，他们在美国又将面临什么样的司法程序？等待他们的又是怎

样的法律后果？针对这些疑问和问题，本文将为您做出相应的解读。

## 一、外逃国家工作人员为何多选择美国

众所周知，法律在美国享有极高的权威，完善的司法制度和信用体系大大提高了在美实施犯罪的成本，国际刑警组织的红色通缉令制度又为涉案信息全球共享和国际合作追逃提供了便捷的平台。但即便如此，相当一部分涉嫌贪腐犯罪的外逃人员却仍然倾向于选择出逃美国，这样的选择应当是出自外逃人员基于个人情况和美国当地的法律制度所做的综合考量。如此看来，美国之所以成为“外逃

首选”，可能基于以下原因：

### （一）中美无引渡条约

所谓引渡，是指一国把在本国境内且被他国指控涉嫌犯罪或已被他国定罪判刑的人员，根据有关国家的请求移交给请求国接受审判或处罚的行为。但在国际法实践中，出于对各国司法管辖权和主权的尊重，各个国家并没有必须引渡的义务，实际发生的引渡往往是依据国家之间的双边条约或国际公约。由此，假如中美之间存在引渡条约的话，则在中方提出引渡请求时，美方的权力机构并不需要拟引渡的犯罪嫌疑人是否触犯美国或中国法律等实体问题做出认定，只需中方提交犯罪嫌疑人可能触犯中国法律的证明即可进行引渡。然而问题却是，由于美没有签订引渡条约，导致两国之间缺乏成熟的引渡机制和成功的引渡案例，这也说明了，为什么目前从美国归案的犯罪嫌疑人（如余振东、杨进军和邝婉芳）所依据的都是遣返程序。

### （二）成功遣返的案例不多

虽然我国的追逃工作取得了一定成效，在法律程序之外的劝返和当事人主动归案这两方面的成果尤其显著，但成功遣返的案例却不多。美国有媒体称，中国向美国开出的“贪官外逃名单”已过千人。但由于缺乏权威数据，我们目前无法核实这一数字的准确性，而从《百名红色通缉令外逃人员名单》来看，被通缉的在美外逃人员已经多达数十人。而根据公开的新闻报道，美方向中方成功遣返的案件却仅有几起而已。其中，2004年，美国向中国遣返了余振东，而直到11年后的2015年，美国才继余之后遣返了杨进军和邝婉芳。

### （三）美国不承认红色通缉令具有其国内逮捕令的效力

由于中美法律制度差异较大，美国对待中国发出的红色通缉令有其独立的处理程序。在美国，联邦法律禁止仅凭红色通缉令实施逮捕。在美国境内发现被红色通缉令通缉的人员后，美国司法部下属的刑事部门将首先确定美国与红色通缉令请求国之间就所涉罪名是否存在有效的引渡协议。如果依据协议可以引渡，则请求国向美国提出对犯罪嫌疑人予以临时逮捕的请求后，相关事实将呈交到犯罪

## 王馨全律师简介



京都律师事务所刑诉部律师，主要从事涉外刑事业务。曾在荷兰海牙黎巴嫩特别刑事法庭、塞拉利昂特别刑事法院，以及前南斯拉夫国际刑事法庭工作。荷兰莱顿大学高端国际刑法硕士。曾在波兰、法国、德国、意大利和荷兰参加国际人道主义法、国际人权法和刑法等方面的培训。能熟练地用英语工作，并获得法语 DELF B1 优秀资质。

嫌疑人所在地的检察官办公室，由检察官办公室进行立案并取得要求引渡的逮捕令。但如前文所述，由于中美缺乏引渡条约，此类案子并不能适用上述程序，而只能采取其他方式处理。

## 二、红色通缉令案件的美国处理方法

许多涉案人员在案发之前已有准备，他们或采取投资移民的方式获得美国绿卡或移民身份，或使用虚假的身份获得美国签证或者公民身份。在国际刑警组织对涉案人员签发红色通缉令后，各国际刑警组织成员国（包括美国）都可以看到涉案人员涉嫌犯罪的信息，在掌握这些初步犯罪信息后，各国



为了取得美国绿卡、签证或移民美国，被红色通缉令通缉而逃亡美国的人员往往会实施诸如隐瞒重大犯罪事实、欺诈等违反美国移民法的行为。

际刑警组织成员国（包括美国）将可能选择依据本国法律予以处理。美国的处理方式大致包括“依据移民法处理”和“采取异地追诉”这两种方式。

### （一）依据移民法处理

为了取得美国绿卡、签证或移民美国，被红色通缉令通缉而逃亡美国的人员往往会实施诸如隐瞒重大犯罪事实、欺诈等违反美国移民法的行为。针对这样的行为，美国的移民局有权撤销其签证，提起签证欺诈诉讼，取消其已经取得的美国公民身份，将其遣返回国。据华尔街日报报道，实际上有许多中国移民因违反签证规则或隐瞒犯罪信息而面临遣返，但成功遣返的前提是中国当局需签发旅行证件，而中国方面却没有对此予以及时配合。2015年9月，美国移民及海关执法局发言人Jennifer Elzea就曾宣布，该局近期拘留了33位需要获得中国旅行文件而被遣返的人士，但因为中方未积极参与到此程序中，最后不得不将大多数人员释放。

因贪腐案件而被全球追逃的犯罪嫌疑人一般不涉及中方配合的问题。“红通一号”人物杨秀珠的弟弟杨进军在出逃前的身份是温州市明和集团公司法定代表人兼总经理。2001年12月，杨进军因涉嫌贪污贿赂犯罪逃往美国。2015年9月，美国移民及海关执法局主任助理Pedro Ribeiro确认，杨进军因其重大犯罪记录而成为美国移民局

强制遣返的首要人物之一，已于2015年9月18日遣返回中国。

美国移民局在审理具体案件的过程中，当事人的律师也可以提出中国国内的刑事追诉实质上是政治斗争，并据此提出申请政治避难的诉求。前述“红通一号”人物杨秀珠的律师就曾“如法炮制”。与其弟弟不同，杨秀珠并不持有美国绿卡，也没有移民美国，她是从荷兰来到美国的时候，因“违反免签证项目的规定”，被美国移民及海关执法局予以逮捕并提起公诉。目前该案由美国司法部下辖纽约移民法庭审理，杨秀珠的代理律师已为其提出了政治庇护请求，由杨秀珠一方提交证据，再由移民法院来最终决定。在这种情况下，杨秀珠是否符合庇护条件要由移民法院依据本地的法律程序来决定。鉴于杨秀珠所涉嫌的是经济犯罪，因此，她的政治庇护请求很可能被移民法院驳回，但这将是一个漫长的过程，联想到当年赖昌星在加拿大申请“政治难民”身份，司法程序就长达6年之久。

### （二）异地追诉

异地追诉源于“或引渡或起诉”的国际法原则。“或引渡或起诉”原则是指，在本国境内发现被请求引渡的犯罪嫌疑人的被请求国，按照签订的有关条约或互惠原则，应当将该人引渡给请求国；如果不同意引渡，则应当按照本国法律对该人提起诉讼追究其刑事责任。2003年《联合国反腐败公约》即针对贪腐类犯罪规定了这一原则，中国和美国都是该公约的签约国。遵循这一原则，曾轰动全国的“中行开平案”的三名犯罪嫌疑人余振东、许超凡、许国俊及三人的妻子都在美国法庭接受了审判。

中国银行广东开平分行前后三任行长许超凡、余振东、许国俊，涉嫌将4.83亿美元的银行资金非法转移到海外。2001年10月13日案发后，三人分别逃往美国、加拿



大。在此之前，三人的妻子也采取与美国公民假结婚的方式获得美国公民资格移居美国。2001年11月，公安部通过国际刑警组织发出了红色通缉令，因此，在逃往美国后，上述人员很快就被美国执法人员拘押。美国检察官对许超凡、余振东、许国俊及三人的妻子向美国联邦法院提起国内刑事起诉。其中，余振东在美国通过辩诉交易认罪判快速审，美国法院认定其欺诈罪名成立对其判处144个月监禁。之后，余向美当局申请递解出境自愿遣返，中国司法机关也承诺其在国内的量刑不会超过在美国所判的刑期。余振东之妻于绪慧、许超凡、许超凡之妻邝婉芳、许国俊、许国俊之妻余英怡分别因涉嫌骗取美国公民身份、洗钱、跨洲转运盗窃资金、护照和签证欺诈等罪名被美国法院定罪判刑。目前邝婉芳通过减刑已刑满释放，但又因其签证欺诈被剥夺美国公民身份，已于2015年9月24日被遣送回中国。

位列《百名红色通缉令外逃人员名单》第三位，前中国储备粮管理总公司河南周口直属库主任乔建军及其前妻赵世兰目前也在加州中区法院受审，二人被指控涉嫌共同犯有共谋罪，相关指控事实包括：为申请EB-5投资移民签证，二人共同掩盖已经离婚的事实；乔建军谎称自己名下的两家公司能够带来效益；乔建军非法从中国储粮调离资金转移到自己账户，再汇入国外账户；乔、赵用所得赃款在美国购置房产物业等。上述指控一旦查

证属实将被定罪判刑，而等待他们的很可能也是漫长诉讼之后的遣返。

## 三、综述

尽管有以上成功遣返或在美起诉的案例，但仍有相当数量的外逃人员至今在美逍遥法外。其中有些人可能已经改变了身份、外貌特征，加大了查找难度，另有些人可能目前还没有成为中美反腐败行动的追逃对象，针对这些人员，相关司法程序仍有待进一步推进。在没有达成引渡协议之前，中国在美追逃追赃工作更多基于双方的利益权衡、互惠合作，需要依据案件具体情况分析和处理。这样的非正式协商过程是往往非常复杂、而且因涉密等因素不会对外公开。对于美国，因该国属于三权分立的政治体制，政府的权力受制于法律，即使美国政府欲将某人遣返，也必须符合本国的相关法律规定，并且严格依照相应的司法程序。在进入司法程序之后，因为涉及跨境犯罪，来自中国的证据及对这些证据的运用对于定罪量刑都将起到重要的作用。因此，在美追逃追赃过程中，对法律的运用和对证据的把握，往往是涉案人员能否被成功遣返的关键。



# 我国A股上市公司家族信托的实践与思考

柏高原 滕杰 / 文

## 一、案例概要

### (一) 家族信托设立前的上市公司股权架构

根据深圳英飞拓科技股份有限公司（以下简称“英飞拓”）发布的2015-009号公告（简称“公告”），英飞拓控股股东/实际控制人刘肇怀先生对其持有的英飞拓

公司股东JHL INFINITE LLC的部分股权设立了家族信托。虽然家族信托在我国已有实践，但对我国上市公司控股股东/实际控制人对所持有股权进行家族信托安排，尚属首例。

根据公告内容，刘肇怀先生为英飞拓实际控制人，在2015年2月6日前，刘肇怀共持有公司70.26%的股份，其中直接持股34.76%，通过其在美国100%控股的JHL INFINITE LLC，间接持股35.5%，刘肇怀持股结构如下（图1）：

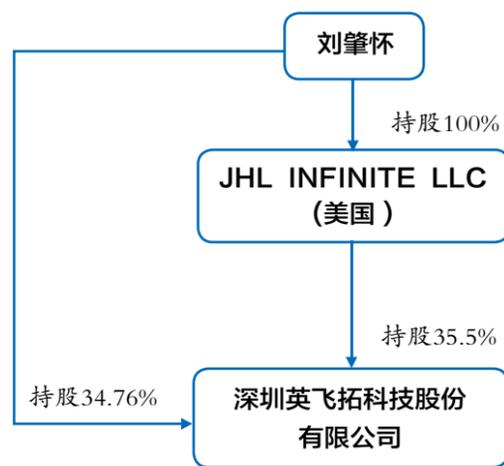


图1：2015年2月6日前，刘肇怀持股结构

### (二) 家族信托设立后的上市公司股权架构（2016年2月6日）

2016年2月6日，刘肇怀先生将其名下持有的部分JHL INFINITE LLC的股权设立了家族信托，其中：刘肇怀先生将JHL INFINITE LLC的10%股权设立JZ LIU家族信托（#D）；将JHL INFINITE LLC的20%股权设立JZ LIU家族信托（#1）。设立信托后，英飞拓的持股结构变更如下（图2）：

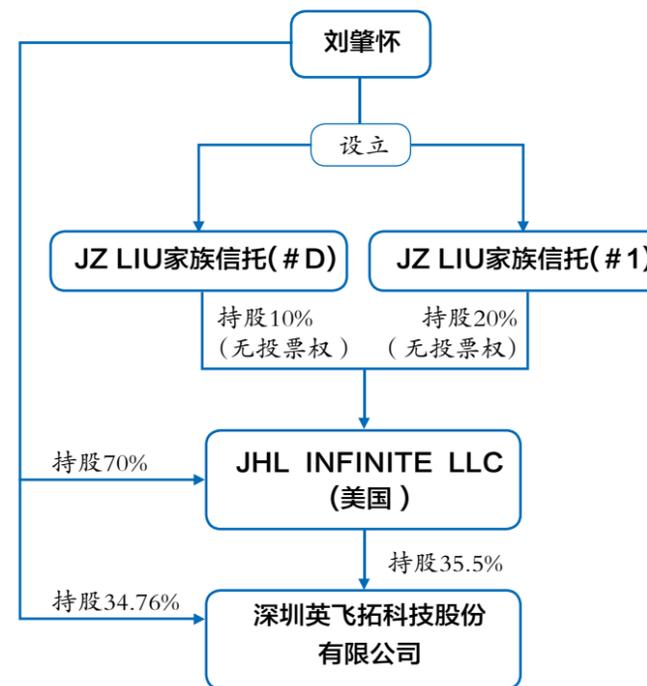


图2：2015年2月6日，英飞拓的持股结构

刘肇怀先生设立两个家族信托后，作为信托财产的股权所对应的投票权并未随之转移，因此刘肇怀先生虽持有JHL INFINITE LLC 79%的股权，但却享有100%投票权。因此，刘肇怀先生设立家族信托的行为并未导致英飞拓的实际控制人发生变更。

## 二、家族信托安排中值得关注的几个问题

### 1. 受托人安排

在刘肇怀先生所设立的家族信托架构中，受托人并非为持牌的信托公司，而是其女儿Anna Liu。一般而言，英美法对于受托人的主体资格没有特殊要求，任何能够具有持有财产的法律上能力的主体都可以成为受托人，无论是法人还是自然人。某些不具有完全民事行为能力的人甚至都可以担任受托人，例如，一个未成年人可以成为受托人，被认为可以履行信托职责。如果他成年后接受了信托和认可了他依照信托所为的行为，他就不能再否认信托的存在。当然，英美法也并非对受托人资格没有任何限制。

### 滕杰律师简介



滕杰律师的执业范围为互联网金融、银行、信托、基金等法律服务领域。曾参与了某民营银行设立法律服务、某文化金融公司法律服务、某家族信托设立法律服务、非洲国家投资指南法律服务等项目，参与了多部著作的编写工作，并发表多篇研究成果。

在一些特定情况下，外国人和未成年人还是被禁止担任受托人。

反观我国，2001年颁布并施行的《信托法》在受托人资格的问题上，似乎也采取了类似的做法。我国《信托法》第二十四条第一款规定，受托人应当是具有完全民事行为能力的自然人、法人。第二款规定，法律、行政法规对受托人的条件另有规定的，从其规定。但截至目前，我国法律和行政法规均未对受托人的资格有任何的规定。但在我国信托实践中，通常认为只有信托公司才能担任受托人，其他类型的法人或自然人无法作为信托法律关系中的受托人。如此一来，如果财产在境内（如现金、不动产或境内公司股权、股份），那么只能选任信托公司作为家族信托的受托人。

### 2. 受益人安排

无论在美国各州还是我国，信托受益

### 柏高原律师简介



柏高原律师于南开大学获法律硕士专业学位，并于2010年在天津大学获管理学博士学位。现为京都律师事务所合伙人。

执业领域包括：银行信托法律事务；私募股权投资基金设立、募集及运作；外商投资企业设立、变更、增资、境内再投资等；企业重组、改制及并购；企业日常法律事务等。



家族信托业务在大陆已经呈现爆发式的增长，但遗憾的是当前家族信托业务主要以资金信托为主，而不动产家族信托或股权（份）家族信托则亟待破冰。

人的安排都既具有灵活性。在刘肇怀先生所设立的家族信托架构中，JZ LIU 家族信托（#D）的受益人是刘肇怀先生的后裔，即他的子女Anna Liu、Robert S. Liu及Tina Liu；而JZ LIU 家族信托（#1）的受益人则安排为刘肇怀先生的后裔和刘肇怀先生的妹妹刘爱平女士及其配偶张衍锋先生。在美国判例法中，受托人对信托财产的权利被称为“普通法上的所有权(legal title)”（或称为名义上的所有权），而受益人享有的权利则被称为“衡平法上的所有权(equitable title)”（或称为利益所有权），形成信托财产的“双重所有权”原则。相比之下，我国因为奉行一物一权的原则，并没有双重所有权产生的可能。因此，在我国信托法下，受益人的权利称为“受益权”，其所享有的利益称为“信托利益”。但为了保障受益人的利益，在我国的非公益信托中，受托人管理、处分信托财产应“为受益人的利益”。

在刘肇怀先生所设立的家族信托中，他本人并非受益人，而由其后裔及其他亲友分别作为两个家族信托的受益人。但公告宣称该等受益人与刘肇怀先生均为一致行动人，因此上市公司的控制权并未发生变化。

### 3. 信托财产

根据公告，在刘肇怀先生所设的家族信托中，信托财产为JHL INFINITE LLC的部分股权。JHL INFINITE LLC设立在美国特拉华州，为“有限责任公司”。该有限责任公司与国内法意义上的有限责任公司有所不同。美国特拉华州的有限责任公司不同于合伙企业和普通公司。根据特拉华州

的《有限责任公司法》（特拉华州法典第6编第18章）第702条，有限责任公司的权益可以全部或部分转让，但受让权益并不自动取得成员（股东）资格。受让人并非当然有权参加有限责任公司的业务和实务管理。正是特拉华州的这样一种规定，使得JHL INFINITE LLC30%的股权设立了信托，但却不会导致相应投票权的转移，也确保了刘肇怀先生的控制权不发生转移。

倘若在中国境内将有限责任公司的股权设立信托，也可实现表决权保留的安排。主要可以通过两种方式：第一，在公司的章程中约定股东不按持股比例行使表决权，受托人（即信托公司）所持有公司的股权不享有表决权；第二，通过信托文件安排，将信托财产——公司股权——对应的表决权安排由委托人行使，从而可使委托人能够继续行使相应的表决权。

### 4. 中国证监会的监管态度

近两年，家族信托业务在大陆已经呈现爆发式的增长，但遗憾的是当前家族信托业务主要以资金信托为主，而不动产家族信托或股权（份）家族信托则亟待破冰。此次中小板上市公司英力拓的实际控制人刘肇怀先生设立家族信托，可以看做是一次有益的实践。当然，可能是出于各种因素考虑，刘肇怀先生所设立的家族信托中或许显得略显“保守”：其一，受托人和受益人安排都限于家族成员，当然这可能是基于避免对上市公司控制权可能的变化的考虑；其二，信托财产也仅有JHL INFINITE LLC30%的股权；其三，JHL INFINITE LLC30%的股权对应的投票权并未转移，仍由刘肇怀先生所持有。假如刘肇怀先生的家族信托规划止步于此，那么家族信托保全传承财富、隔离风险的功效几乎没法发挥。但是，倘若刘肇怀先生将JHL INFINITE LLC的51%或更多的股权设立家族信托，是否触发实际控制人的变化、监管如何应对，这或许是信托业、相关专业人士和监管层不得不进一步研究的问题。

## 骗局（下）

——“铤而走险”的收购能否“化险为夷”

### 前情大事记

2001年东吴公司组建荆州公司，陆续自东汉府取得地铁4号线、地铁10号线及15号线等线路站前广场的经营许可权。

2012年初，东吴公司向甘兴霸、程德谋及鲁子敬三人让渡荆州公司51%的股权。

2014年初，荆州公司对外负债7000万元，经营陷入困境。

2014年1月、2014年6月，东吴公司两度与刘景升、甘兴霸协商出售荆州公司股权，以换取投资款事宜，但均告流产。

2014年8月，荆州公司与东汉府签订《还款协议书》，约定由荆州公司于2015年1月30日向东汉府偿还地铁站前广场许可使用费1000万元，于2015年4月30日向东汉府偿还地铁站前广场许可使用费3000万元，否则将收回地铁站前广场经营许可权。

2014年12月31日，蜀汉公司法定代表人刘玄德与荆州公司订立《股权转让意向书》，约定蜀汉公司对荆州公司展开尽职调查，并拟收购荆州公司100%的股权。

2015年1月23日，皮匠律

师事务所向刘玄德及蜀汉公司提交法律分析意见书，设计交易模式。

2015年1月28日，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受让荆州公司70%的股权。

2015年1月30日，蜀汉公司依约提供1000万元股东借款以履行荆州公司与东汉府订立的还款协议。

2015年2月末，东吴公司拒绝协助办理股权变更工商登记手续及交接荆州公司经营资料等合同义务，致使2015年1月28日《股权转让协议》履行陷入僵局。

2015年3月初，东吴公司及荆州公司的法定代表人周公瑾要求蜀汉公司向东吴公司提供1400万元借款，否则将拒绝配合继续履行《股权转让协议》。

2015年3月3日，为迫使蜀汉公司就范，东吴公司及荆州公司的法定代表人周公瑾控制荆州公司强行驱逐蜀汉公司派驻代表，并发送函件的方式企图制造证据以证明蜀汉公司违约。

2015年3月17日，蜀汉公司正式向东汉



殷俊茹



李彬



周海琼

### 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



根据我国相关法律法规的规定，未履行  
股权变更工商登记手续之前，公司新的  
股权结构不具有对抗第三人的效力。

府仲裁委员会提出仲裁申请，请求裁定荆州公司继续履行股权转让协议。

2015年3月24日，荆州公司向东汉府仲裁委员会提出仲裁反请求，请求解除股权转让协议。

2015年3月31日，蜀汉公司再次变更仲裁请求，要求解除股权转让协议，追加荆州公司小股东鲁子敬、甘兴霸及程德谋为案件共同被申请人，并请求荆州公司、东吴公司及荆州公司全部股东共同返还蜀汉公司已提供的借款1700余万元。

2015年4月初，荆州公司小股东鲁子敬、甘兴霸及程德谋强行收缴了荆州公司的公章、印鉴及财务资料并在东汉日报上发布公告撤换法定代表人声明。

2015年4月10日，鲁子敬、甘兴霸及程德谋三人同时提出仲裁反请求，要求继续履行股权转让协议。随后，三人与蜀汉公司法定代表人刘玄德协商，承诺2015年4月30日前办理完毕荆州公司经营资料交割义务并向工商局提交股权变更工商登记申请。

### 救命稻草

在荆州公司的小股东向蜀汉公司做出承诺后，东吴公司已然众叛亲离，但就在蜀汉公司与皮匠律师事务所为即将收获的全面胜利而弹冠相庆的时候，收购计划再次节外生枝。

2015年4月12日，荆州公司小股东全面夺权后的第三天，鲁子敬等人在清理公

司交易资料时发现，荆州公司在2015年4月6日与东汉地区的另一家知名零售企业京东公司订立了一份《合作意向书》，约定京东公司与荆州公司建立战略合作关系，由京东公司提供资金，荆州公司提供地铁站前广场经营许可权共同合作经营地铁站前广场销售网项目。根据该合作意向书约定的时限，双方业已就合作的基本条款达成一致，将于2015年4月15日订立正式的合作协议。

蜀汉公司最为担心的事情还是发生了。虽然蜀汉公司已经订立股权转让协议并且依约履行了提供股东借款的合同义务，但在未办理股权及法定代表人变更工商登记前，东吴公司对外仍然是荆州公司最大的股东，周公瑾仍是荆州公司的法定代表人。一旦周公瑾代表荆州公司与京东公司订立正式有效的合作协议，即便是荆州公司更名易主，合作协议仍然将对荆州公司产生约束力。届时，蜀汉公司控股的荆州公司不得不履行该合作协议的约定向京东公司提供地铁站前广场经营许可使用权，蜀汉公司的收购目的将彻底丧失。更为棘手的是，根据蜀汉公司的调查，在荆州公司与京东公司订立前述合作意向书的同时，东吴公司与京东公司又签订了股权转让协议，将已经出售给蜀汉公司的荆州公司股权全部转让给了西凉公司，并已着手办理股权变更登记手续。如荆州公司与西凉公司办理完毕股权工商变更登记手续，则整场交易将因为京东公司实际取得荆州公司股权而无法继续履行下去。

### 恶意通谋，坐收渔利

根据我们的了解，京东公司应当是在明知蜀汉公司业已收购荆州公司的情况下与周公瑾达成合作意向的。根据我国法律的规定，如其明知蜀汉公司业已与东吴公司、鲁子敬、甘兴霸及程德谋等荆州公司股东订立股转协议并履行了合同义务成为公司最大的股东的情况下，仍然与周公

瑾合谋，在股权交割及经营资料交割的过渡期与对外订立合同受限的荆州公司签署合作协议，将因违反我国合同法中恶意串通损害第三人利益而导致合同无效。

西凉公司更是明知蜀汉公司业已收购荆州公司股权，却为了在蜀汉公司与东吴公司战事焦灼时以较低的代价取得荆州公司股权而与荆州公司恶意串通，并企图瞒天过海办理股权变更登记手续，以期坐收渔翁之利。

### 骆驼之死

京东公司及西凉公司的介入成为了东吴公司的最后一根救命稻草。而此时对于蜀汉公司而言，最好的选择可能只有放弃收购计划，解除股转协议。届时，蜀汉公司将成为继刘景升和曹魏公司后第三个股转骗局的受害者。

能够阻止这一切的只有让京东公司及西凉公司在签订正式合作协议和办理股权变更登记将荆州公司的股权转至西凉公司名下之前彻底放弃与荆州公司及东吴公司之间的交易。而让两家公司乖乖就范的关键点在于收集京东公司及西凉公司明知荆州和东吴无权在股权变更登记前的过渡期内订立交易文件的相关证据。

2015年4月14日，皮匠律师在蜀汉公司的委托下向京东公司正式发送函件，披露蜀汉公司业已收购荆州公司股权，并将鲁子敬等人在东汉日报上发表的撤换法定代表人声明一并附上。同日，为阻止西凉公司与东吴公司的股权变更工商登记的办理，蜀汉公司会同鲁子敬等人向东汉府工商行政管理局提出股权变更登记异议，以蜀汉公司业已收购东吴公司持有的荆州公司股权，并业已履行支付对价的义务为由，要求停止股权转让工商变更登记手续。自此，京东公司及西凉公司明知荆州和东吴无权在股权变更

#### 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  
陈宇，毕业于中国政法大学，法学院



曾静音



任视宇



陈宇

登记前的过渡期内订立交易文件的相关证据收集妥当。如西凉公司及京东公司选择继续交易，将因侵犯蜀汉公司的权利而导致交易无效，两家公司还有可能会因与东吴公司恶意串通而需对蜀汉公司承担巨额的损害赔偿赔偿责任。

2015年4月20日、2015年4月21日，京东公司及西凉公司先后作出放弃合作及收购股权的声明，京东、西凉之困迎刃而解。

极具戏剧性的是，共谋阻碍蜀汉公司收购计划的西凉公司与东吴公司随即发生了内斗，西凉公司见偷鸡不成调转枪口对准了东吴公司，以东吴公司向其隐瞒业已出售股权的事实一股二卖为由，要求东吴公司向其承担违约责任。周公瑾不但没有逼迫蜀汉公司就范，反而后院起火，救命稻草变成了压死骆驼的最后一根稻草。

### 尘埃落定

2015年4月25日，周公瑾及东吴公司终于妥协，蜀汉公司与荆州公司及其原股东在京都仲裁委员会的主持下达成和解协议，荆州公司及其原股东签署了全部的股权变更文件，正式提交办理工商变更登记申请，并于当日向蜀汉公司移交了全部的经营资料。

2015年4月28日，蜀汉公司依据股转协议的约定向东汉府缴纳了第二期地铁站前广场经营许可使用费。此时，距东汉府解除经营许可使用协议的最后期限仅剩两天。

这场股转纠纷仲裁之争，从守约方要求继续履行合同，违约方要求解除合同，到守约方要求解除合同，再到违约方要求继续



长期以来，有限责任公司的股权转让的过渡期一直是收购者的噩梦。收购目标的实际经营情况、延迟履行股权变更登记手续以及股东之间的对抗等因素均有可能导致一场正常的收购计划流产。

履行合同，最终以各方严格依约履行而告终。

### 除恶务尽

正如前文提到过的，经过这场纠纷，周公瑾及东吴公司与荆州公司的众股东已经产生芥蒂，在蜀汉公司正式入驻荆州公司后，周公瑾利用留在荆州公司任职的心腹阻碍荆州公司的正常转型，并私自对外披露荆州公司的经营资料，控制东吴公司滥用股东权力阻碍荆州公司的日常经营。

周公瑾的行为虽然并无法给荆州公司造成实质性的损害，但周公瑾利用东吴公司股东的身份在荆州公司日常运营中处处掣肘，对于蜀汉公司而言实在是如鲠在喉，极不舒服。

一切的纠纷既然源于周公瑾，自然也只会终于周公瑾。为保障公司的顺利发展，蜀汉公司决定再向周公瑾施压，借助鲁子敬等原股东之手彻底排除东吴公司对荆州公司的影响。

2015年6月初，在蜀汉公司的授权下，皮匠律师事务所及诸葛会计师事务所将在股权转让协议订立前对荆州公司进行的尽职调查报告披露给三名荆州公司原股东。

该尽职调查报告中囊括了周公瑾在掌控荆州公司期间实施的违规报销私人出国旅游费用，与关联方东吴公司订立高利借款合同，违规通过荆州公司向个人提供借款，聘用不在岗人员并发放高额工资等损害荆州

公司的相关资料。

鲁子敬、甘兴霸、程德谋终于得知公司负债累累的真实原因。2015年6月20日，怒不可泄的三人正式向东汉府人民法院提起损害公司利益责任纠纷之诉，要求周公瑾及东吴公司就其实际控制荆州公司期间滥用管理人及大股东身份给荆州公司造成的损失对荆州公司承担巨额的赔偿责任。

另一方面，为了排除东吴公司的妨碍，在皮匠律师团队的谋划下，鲁子敬、甘兴霸、程德谋及蜀汉公司以托管经营的方式将荆州公司的地铁经营许可权委托给第三方关联公司，东吴公司在地铁站前广场经营中的话语权彻底丧失。

眼见惹火烧身，周公瑾及东吴公司只得举旗投降，2015年6月30日，东吴公司正式向蜀汉公司提出收购其所占荆州公司剩余股权的请求，经过两天的磋商，双方订立股权转让协议，东吴公司正式撤出荆州公司。

### 结语

长期以来，有限责任公司的股权转让的过渡期一直是收购者的噩梦。收购目标的实际经营情况、过渡期内的关联交易、延迟履行股权变更登记手续以及股东之间的对抗等因素均有可能导致一场正常的收购计划流产。如何确保订立的协议如期履行，如何保障守约方合同目的的最终实现成为摆在我国商界精英与法律工作者面前的一道大课题。

解决的方案不可能自行的装束停当、排列成行，律师的价值永远不在于事后补救而在于事先预防。正如这场骗局的布局破局一样，除了刘玄德坚定的收购决心外，巧妙的交易模式构建和缜密的合同设计是攻克这道难题的致胜关键。

## 机构投资者入市具有何种表决权？

刘锋 韩良/文



者入市？机构投资者如何自律？各个机构投资者拥有的表决权有何不同？是监管机构和资本市场面对的重大课题。

### 银行理财计划是否享有表决权？

银行理财计划属于银行的中间业务或称为表外业务，不能进入银行的资产负债表。纯粹的银行理财计划具有投资者门槛低、投资风险低、担保充足、期限较短的特点，一般用于投资比较稳健、具有固定收益的债项类产品。由于受《商业银行法》的限制，银行不能直接进行信托业务和股权投资，银行理财计划需要通过银信合作、银证合作、银基合作的形式才能投资股票二级市场。因为信托、证券行业都有严格的“合格投资者”界定，对投资者的要求较高，银行理财计划一般通过与证券投资基金合作，汇集普通投资者的理财资金，进行股票二级市场投资。为了适合不同投资者的资金实力、风险偏好的需求，银行理财计划也经常采取结构化的设计方式，即区分为优先级和劣后级。对于银行理财资金优先级投资额的法律性质认定问题，现行法律没有明确的界定，但优先级投资者一般要取得固定回报，劣后级投资者要承担优先级投资者取得固定回报的担保，以上优先级投资者的性质类似我们熟知的“优先股”，我国现行《公司法》没有对上市公司股票做普通股和优先股的区分，但根据2013年11月30日国务院发布的《国务院关于开展优先股试点的指导意见》，2014年3月21日中国证券监督管理委员会令第97号公布的《优先股试点管理办法》，上市公司可以发行优先股并申请上市交易或转让。因此，优先股在我国是取得国务院及证券监管机构的许可、可以合法存在的。优先股没有表决权是各国商事领域的通例，如果我们将进入二级市场投资上市公司股票的银行理财计划的优先级投资者定位为“优先股”股东，无论银行理财计划的优先级投资者将理财资金管理权授予何人，不管是资产管理人还是劣后级投资者，都不享有优先级投资者的表决权。

**宝**万股权之争是我国证券市场少有的通过二级市场进行收购的事件，对万科公司治理架构以至于对我国整体金融法制环境的改善和资本市场的健康发展都带来了难得的机会。宝能系通过旗下前海人寿保险股份有限公司汇集万能险资金，通过旗下深圳市钜盛华股份有限公司汇集银行理财资金和基金公司的资产管理计划资金，是以机构投资者的身份成为万科的“第一大股东”。机构投资者入市是中国资本市场发展方向，但是如何规范机构投资



在目前分业监管的环境下，“一行三会”应该各司其责，把各自监管下的产品和机构的各种关系厘清，界定好权力和责任边界，做好信息披露，保护投资者的最终权益。

针对上市公司的普通股，劣后级投资者和优先级投资者都是财务投资者，已经在理财计划中约定了退出时间，银行理财计划的投资期限很短，无法承担一个理性的股东的公司治理职责，由于投资收益的不确定性，劣后级投资者要担保优先级投资者的固定收益承诺，实际上劣后级投资者的权益是不确定的，即使不考虑其将财产管理权益授予了管理人，也无法确定根据其自身收益的变化而拥有的具体表决权。

在银行理财计划中，根据银监会《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（银监会令【2005】第2号）第九条规定：综合理财服务，是指商业银行在向客户提供理财顾问服务的基础上，接受客户的委托和授权，按照与客户事先约定的投资计划和方式进行投资和资产管理的业务活动。在综合理财服务活动中，客户授权银行代表客户按照合同约定的投资方向和方式，进行投资和资产管理，投资收益与风险由客户与银行按照约定方式承担。根据以上规定，在银行理财计划中，理财客户和银行之间形成的是委托代理关系，在标准的理财合同中，由于银行理财资金的特殊性质，客户授予银行的只是理财资金的财产管理权，而不是理财资金的事务管理权，这是理财计划的基础关系。银行要严格按照客户的委托和授权进行资产管理活动，在银基合作中，因为银行使用客户委托资金而不是用自有负债资金与证券投资基金建立了信托关系，证券投资基金作为管理人也不能超越银行理财资金基础的委托代理关系而行使事务管理权，包括表决权。因此，如果在银行理财计划的基础关系就不存在表决权的授权，基金管理人就不具有表决权，更不能授权某一委托人代行表决权。

### 资产管理计划与基金管理人是否具有表决权？

在信托计划，券商资产管理计划，证券投资基金子公

司资产管理计划中，投资者和信托公司、券商、证券投资基金子公司、私募投资基金管理人之间实际上形成的是信托关系。在私募投资基金中，除了数量很少的公司型基金，契约型基金及有限合伙型基金实际上投资者和管理人之间形成的也是信托关系。信托关系与委托代理关系不同，委托代理关系中，代理人要严格在委托人的授权范围内从事代理活动，不能超越。而在信托关系中，委托人基于对受托人的信任及管理能力的认可，受托人具有从事管理财产业务较大权力的空间，除了禁止性义务外，信托合同对受托人都授予了较大的财产与事务性处置的权利，包括表决权。但这种表决权是为了投资者的最大利益而使用的，不能滥用。由于投资者与管理人之间建立了信托关系，管理人作为受托人具有谨慎投资的信义义务，管理人基于委托人对其的信任，一般情况下，要亲自履行受托职责，不经过委托人同意，不能将受托职责再委托他人。作为各类信托计划、资管计划、各类股权投资基金（并购基金除外），应该比照中国证券投资基金业协会发布的《基金管理公司代表基金对外行使投票表决权工作指引》（中基协发〔2012〕22号）确立的“不谋求控制”原则，代表委托人行使表决权。

### 保险公司是否享有表决权？

保险公司通过自有资金投资应符合保监会关于《保险资金运用管理暂行办法(2014年修订)》、《保险资金投资股权暂行办法》的规定，保险公司投资权益类资产的账面余额，合计不高于本公司上季末总资产的30%，且重大股权投资的账面余额，不高于本公司上季末净资产。投资单一权益类资产、不动产类资产、其他金融资产的账面余额，均不高于本公司上季末总资产的5%。投资上市公司股票，有权参与上市公司的财务和经营政策决策，或能够对上市公司实施控制的，纳入股权投资管理，遵循保险资金投资股权的有关规

定。投资单一法人主体的余额，合计不高于本公司上季末总资产的20%。保监会并没有限制标的公司股权的投资比例。因此，只要保险公司投资上市公司股权不违反以上规定，以自有资金持有上市公司的股份享有完整的表决权当无异议。

但保险公司通过万能险资金持有上市公司股份，则具有较大争议。这是由于业界对保险产品的认识不清和相关规定不明所造成的。对于银行理财资金，信托、券商与基金子公司理财计划是这些金融机构的表外资产，监管机构对其具有清晰的界定，但对于保险资金特别是万能险，其是表内还是表外产品尚还存在许多模糊之处。

万能险所缴保费分为两部分，一部分用于保险保障，另一部分用于投资账户。万能险下设最低保证利率，投资风险由保险公司与客户承担，因此，由万能险所形成的资产进入其资产负债表。但是，与传统险保单有非常明确的负债特征不同，万能险账户设置要求资产账户对应来源，不得与长期寿险准备金混淆，在损益表上，万能险投资款不列为保险公司收入。由于万能险资金客户可以任意支取、追加投资款，与前面所述的银行理财计划的劣后级一样，无法事先确定其权益的具体数额，当然也就无法确定其作为二级市场投资方的具体权益及表决权。

根据公平原则，将万能险所缴保费用于保险保障部分，因为是保险公司的负债，可以由保险公司在二级市场投资时行使表决权。而用于投资账户的另一部分资金，由于权益不能确定，不能由保险公司行使表决权。但这样划分会遇到和现有的保险资产会计核算体系不符的矛盾，很难分清楚两个账户的具体数额的问题。由于现行保险会计核算体系以及对保险资金投资行使表决权规定不明，从机构者积极参与上市公司治理，充分发挥机构投资者在上市公司重大决策中的作用的角度出发，在监管机构没有明确修改保险会计核算体系以及对保险资金投资行使表决权进行清晰界定之前，笔者认为万能险产品更加类似于资产管理计划，将投资者与保险公司界定为信托关系，以受托人的身份行使投资上市公司股份的表决权可能是一个比较可行的方案。

### 如何改进公司治理和监管？

机构投资者在参与公司治理方面，经济合作组织（OECD）以下改善公司治理的建议值得借鉴：第一，机构投资者以受托人地位行使的表决权，应当披露他们涉及投资

的全部公司治理和投票的策略，包括决定使用他们投票权的适当程序。第二，机构投资者以受托人地位行使投票权，应当披露如何应对影响其行使关键表决权的利益冲突情形。第三，在不滥用的情况下，大股东、机构投资者和个人投资者可以对有关股东的基本权利进行相互协商。

宝万股权之争至少为金融监管部门和金融立法提出了以下几方面需要改进的问题：第一，尽快制定统一的《资产管理机构对外行使投票权管理办法》。宝万之争涉及到了各类机构投资者在投资证券二级市场上享有的表决权问题，暴露出在资产管理机构对外行使投票权领域存在诸多监管漏洞及协同监管空白问题。笔者建议：对于进入机构投资者资产负债表的金融产品，视同自己投资、机构投资者应该享有完全的股权包括表决权；对于银行理财计划等短期要求固定回报的优先级及劣后级资金则明确其债项资金或者优先股属性，不赋予其表决权；对于各类资管计划及私募投资基金应该明确为信托关系，按照“亲自管理”和“不谋求控制”原则，代表委托人行使表决权。第二，在目前分业监管的环境下，“一行三会”应该各司其责，把各自监管下的产品和机构的各种关系厘清，界定好权力和责任边界，做好信息披露，保护投资者的最终权益。对各类投资者的资格及不同资管计划投资的范围进行明确和穿透。第三，加快制定统一的《受托人条例》。“分业经营与分业监管”的模式不仅使各种本来具有信托关系的“资产管理计划”无法适用统一的《信托法》进行规制，也使各个“资产管理计划”的受托人缺乏统一的行为准则，需要对受托人取得表决权及委托他人行使表决权进行规制。第四，对保险会计核算体系以及对保险资金投资行使表决权进行界定。一是将保险公司传统业务取得的保费，进入其资产负债表的资金对外进行股权投资可以由保险公司对外直接行使表决权；将万能险所缴保费用于保险保障部分，作为保险公司的负债，可以由保险公司在二级市场投资时直接行使表决权。而用于投资账户的另一部分资金，视作资产管理计划，保险公司作为受托人行使表决权；对于保险互助基金、投连险等不进入资产负债表的资金，视作资产管理计划，保险公司作为受托人行使表决权。

（作者：刘锋，麦吉尔大学金融学兼职教授、多个金融机构的独立董事；韩良，南开大学法学院教授，民商法博士生导师，京都律师事务所金融业务总监）



# 图解两高关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释

■ 孙广智 / 文

近日，最高人民法院、最高人民检察院公布了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）。有关贪污、贿赂犯罪及关联罪名的量刑标准均通过《解释》得以明确。但条文表达的局限性，使得我们在查阅时总免不了“瞻前顾后”。

有鉴于此，笔者特地以解释对象（即《解释》所针对的刑法法条）为单位，将《解释》中的相关条文重新进行整合，并将条文中的数额、情节等信息表格的形式予以呈现。这样做既可以使生涩的条文变得直观、易读，同时也把相关条文分别“归口”到各个罪名项下，从而完善阅读体验，提高工作效率。

## 针对“贪污罪、受贿罪的处罚规定”、“受贿罪”、“利用影响力受贿”的相关解释

### 刑法第三百八十三条【贪污罪、受贿罪的处罚规定】

对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）贪污数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

### 孙广智律师



京都律师事务所合伙人  
孙广智律师的工作方向主要为针对经济犯罪案件、有组织犯罪及商业贿赂犯罪案件的刑事法律服务。在针对经济犯罪案件所提供的刑事法律服务中，孙广智律师在涉及侵害企业财产权、妨害金融管理秩序、金融诈骗及涉及企业高管人员渎职案件方面积累了丰富的刑事法律服务工作经验。

（二）贪污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，并处罚金或者没收财产。

（三）贪污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；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

犯第一款罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，有第一项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第二项、第三项规定情形的，可以从轻处罚。

犯第一款罪，有第三项规定情形被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

### 刑法第三百八十五条【受贿罪】

国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。

国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

### 刑法第三百八十八条之一【利用影响力受贿罪】

国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请

托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的，依照前款的规定定罪处罚。

### 1、贪污罪或者受贿罪及利用影响力受贿罪的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额较大	贪污或者受贿数额在3万元以上不满20万元的	第一条第一款
2	数额巨大	贪污或者受贿数额在20万元以上不满300万元的	第二条第一款
3	数额特别巨大	贪污或者受贿数额在300万元以上的	第三条第一款

《解释》第十条第一款规定，刑法第三百八十八条之一规定的利用影响力受贿罪的定罪量刑适用标准，参照本解释关于受贿罪的规定执行。

### 2、贪污罪的“其他较重情节”、“其他严重情节”、“其他特别严重情节”

序	情节	数额+情形		对应解释条文
1	其他较重情节	贪污数额在1万元以上不满3万元	具有下列情形之一的： （一）贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的；	第一条第二款
2	其他严重情节	贪污数额在10万元以上不满20万元	（二）曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的； （三）曾因故意犯罪受过刑事追究的； （四）赃款赃物用于非法活动的；	第二条第二款
3	其他特别严重情节	贪污数额在150万元以上不满300万元	（五）拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作，致使无法追缴的； （六）造成恶劣影响或者其他严重后果的。	第三条第二款



### 3、受贿罪、利用影响力受贿罪的“其他较重情节”、“其他严重情节”、“其他特别严重情节”

序	情节	数额+情形		对应解释条文
1	其他较重情节	受贿数额在1万元以上不满3万元	具有下列情形之一的： (二) 曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的； (三) 曾因故意犯罪受过刑事追究的； (四) 赃款赃物用于非法活动的； (五) 拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作，致使无法追缴的； (六) 造成恶劣影响或者其他严重后果的或者具有下列情形之一的：	第一条第三款
2	其他严重情节	受贿数额在10万元以上不满20万元		第二条第三款
3	其他特别严重情节	受贿数额在150万元以上不满300万元		第三条第三款
《解释》第十条第一款规定，刑法第三百八十八条之一规定的利用影响力受贿罪的定罪量刑适用标准，参照本解释关于受贿罪的规定执行。				

### 4、贪污罪、受贿罪的“死刑”、“死刑缓期二年执行”、“终身监禁”

序	情节	标准	对应解释条文
1	死刑	贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的	第四条第一款
2	死刑缓期二年执行	符合前款规定的情形，但具有自首，立功，如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，或者避免、减少损害结果的发生等情节，不是必须立即执行的	第四条第二款
3	终身监禁	符合第一款规定情形的，根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行，同时裁判决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释	第四条第三款

### 5、贿赂犯罪中的“财物”

根据《解释》第十二条规定，贿赂犯罪中的“财物”，包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额，以实际支付或者应当支付的数额计算。

### 6、关于受贿犯罪中的“为他人谋取利益”

根据《解释》第十三条规定，具有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取利益”，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：

- (一) 实际或者承诺为他人谋取利益的；
- (二) 明知他人有具体请托事项的；

(三) 履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。

国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值3万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。

### 7、关于受贿数额的“累计”

根据《解释》第十五条规定，对多次受贿未经处理的，累计计算受贿数额。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益前后多次收受请托人财物，受请托之前收受的财物数额在1万元以上的，应当一并计入受贿数额。

### 8、将贪污、受贿所得财物用于单位公务支出或社会捐赠情况下的处理

根据《解释》第十六条第一款规定，国家工作人员出于贪污、受贿的故意，非法占有公共财物、收受他人财物之后，将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的，不影响贪污罪、受贿罪的认定，但量刑时可以酌情考虑。

### 9、特定关系人索取、收受他人财物的情况下，对于国家工作人员是否具有受贿故意的认定

根据《解释》第十六条第二款规定，特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意。

### 10、关于受贿罪与渎职罪的数罪并罚

根据《解释》第十七条规定，国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。

### 11、对贪污贿赂犯罪分子违法所得的处理

根据《解释》第十八条规定，贪污贿赂犯罪分子违法所得的一切财物，应当依照刑法第六十四条的规定予以追缴或者责令退赔，对被害人的合法财产应当及时返还。对尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，应当继续追缴或者责令退赔。

### 12、对贪污罪、贿赂罪的财产刑

序	主刑	标准	对应解释条文
1	三年以下有期徒刑或者拘役的	判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的	第十九条一款
2	三年以上十年以下有期徒刑的	应当并处20万元以上犯罪数额2倍以下的罚金或者没收财产	
3	判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的	应当并处50万元以上犯罪数额2倍以下的罚金或者没收财产	
《解释》第十九条第二款规定，对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪，应当在10万元以上犯罪数额2倍以下判处罚金。			

### 针对“挪用公款罪”的相关解释

#### 刑法第三百八十四条【挪用公款罪】

国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用

公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。



**1、关于挪用公款归个人使用，进行非法活动的“数额起点”、“情节严重”及“数额巨大”**

关于“挪用公款归个人使用，进行非法活动”的挪用公款罪的法条内容整理：国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，是挪用公款罪，处五

年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额起点	数额在3万元以上的	第五条第一款
2	情节严重	(一)挪用公款数额在100万元以上的； (二)挪用救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济特定款物，数额在50万元以上不满100万元的； (三)挪用公款不退还，数额在50万元以上不满100万元的； (四)其他严重的情节。	第五条第二款
3	数额巨大	数额在300万元以上的	第五条第一款

**2、关于挪用公款归个人使用，进行营利活动或者超过三个月未还的“数额较大”、“情节严重”及“数额巨大”**

关于“挪用公款归个人使用，进行营利活动或者超过三个月未还”的挪用公款罪的法条内容整理：国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，

处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额起点	数额在3万元以上的	第六条第一款
2	情节严重	(一)挪用公款数额在100万元以上的； (二)挪用救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济特定款物，数额在50万元以上不满100万元的； (三)挪用公款不退还，数额在50万元以上不满100万元的； (四)其他严重的情节。	第六条第二款
3	数额巨大	数额在500万元以上的	第六条第一款

**针对“行贿罪”、“对有影响力的人行贿罪”的相关解释**

**刑法第三百九十条【行贿罪的处罚规定】**

对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处

罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，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。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

**刑法第三百九十条之一【对有影响力的人行贿罪】**

为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并

处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

**1、行贿罪、对有影响力的人行贿罪中“数额起点”、“情节严重或者使国家利益遭受重大损失的”、“情节特别严重，或者使国家利益遭受特别重大损失的”**

序	情节	标准		对应解释条文
1	数额起点	标准之一	数额在3万元以上的	第七条第三款
		标准之二	数额在1万元以上不满3万元，具有下列情形之一的： (一)向三人以上行贿的； (二)将违法所得用于行贿的； (三)通过行贿谋取职务提拔、调整的； (四)向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动的； (五)向司法工作人员行贿，影响司法公正的； (六)造成经济损失数额在50万元以上不满100万元的。	第七条第二款
2	情节严重或使国家利益遭受重大损失	情节严重	(一)行贿数额在100万元以上不满500万元的； (二)行贿数额在50万元以上不满100万元，并具有本解释第七条第二款第一项至第五项规定的情形之一的； (三)其他严重的情节。	第八条第一款
		使国家利益遭受重大损失	造成经济损失数额在100万元以上不满500万元的	第八条第二款
3	情节特别严重或使国家利益遭受特别重大损失	情节特别严重	(一)行贿数额在500万元以上的； (二)行贿数额在250万元以上不满500万元，并具有本解释第七条第二款第一项至第五项规定的情形之一的； (三)其他特别严重的情节。	第九条第一款
		使国家利益遭受重大损失	造成经济损失数额在500万元以上的	第九条第二款

《解释》第十条第二款规定，刑法第三百九十条之一规定的对有影响力的人行贿罪的定罪量刑适用标准，参照本解释关于行贿罪的规定执行。

《解释》第十条第三款规定，单位对有影响力的人行贿数额在20万元以上的，应当依照刑法第三百九十条之一的规定以对有影响力的人行贿罪追究刑事责任。



2、刑法第三百九十条【行贿罪的处罚规定】第二款中的“犯罪较轻”

根据《解释》第十四条第一款规定，根据行贿犯罪的事实、情节，可能被判处三年有期徒刑以下刑罚的，可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的“犯罪较轻”。

3、刑法第三百九十条【行贿罪的处罚规定】第二款中的“重大案件”及“对侦破重大案件起关键作用”

根据《解释》第十四条第二、三款规定，根据犯罪的事实、情节，已经或者可能被判处十年有期徒刑以上刑罚的，或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响的，可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的“重大案件”。

具有下列情形之一的，可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的“对侦破重大案件起关键作用”：

- (一) 主动交待办案机关未掌握的重大案件线索的；
- (二) 主动交待的犯罪线索不属于重大案件的线索，但该线索对于重大案件侦破有重要作用的；

(三) 主动交待行贿事实，对于重大案件的证据收集有重要作用的；

(四) 主动交待行贿事实，对于重大案件的追逃、追赃有重要作用的。

### 针对“非国家工作人员受贿罪”、“职务侵占罪”的相关解释

**刑法第一百六十三条第一、二款【非国家工作人员受贿罪】**

公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

**刑法第二百七十一条第一款【职务侵占罪】**

公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并

国家工作人员出于贪污、受贿的故意，非法占有公共财物、收受他人财物之后，将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的，不影响贪污罪、受贿罪的认定，但量刑时可以酌情考虑。

处没收财产。

非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪中的“数额较大”、“数额巨大”的数额起点

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额较大起点	6万元	第十一条第一款
2	数额巨大起点	100万元	第十一条第一款

### 针对“挪用资金罪”的相关解释

**刑法第二百七十二条第一款【挪用资金罪】**

公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。

1、关于挪用资金进行非法活动的“数额起点”

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额较大起点	6万元	第十一条第二款

2、关于挪用资金罪的“数额较大”、“数额巨大”

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额较大起点	10万元	第十一条第二款
2	数额巨大起点	400万元	第十一条第二款

### 针对“对非国家工作人员行贿罪”的相关解释

**刑法第一百六十四条第一款【对非国家工作人员行贿罪】**

为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

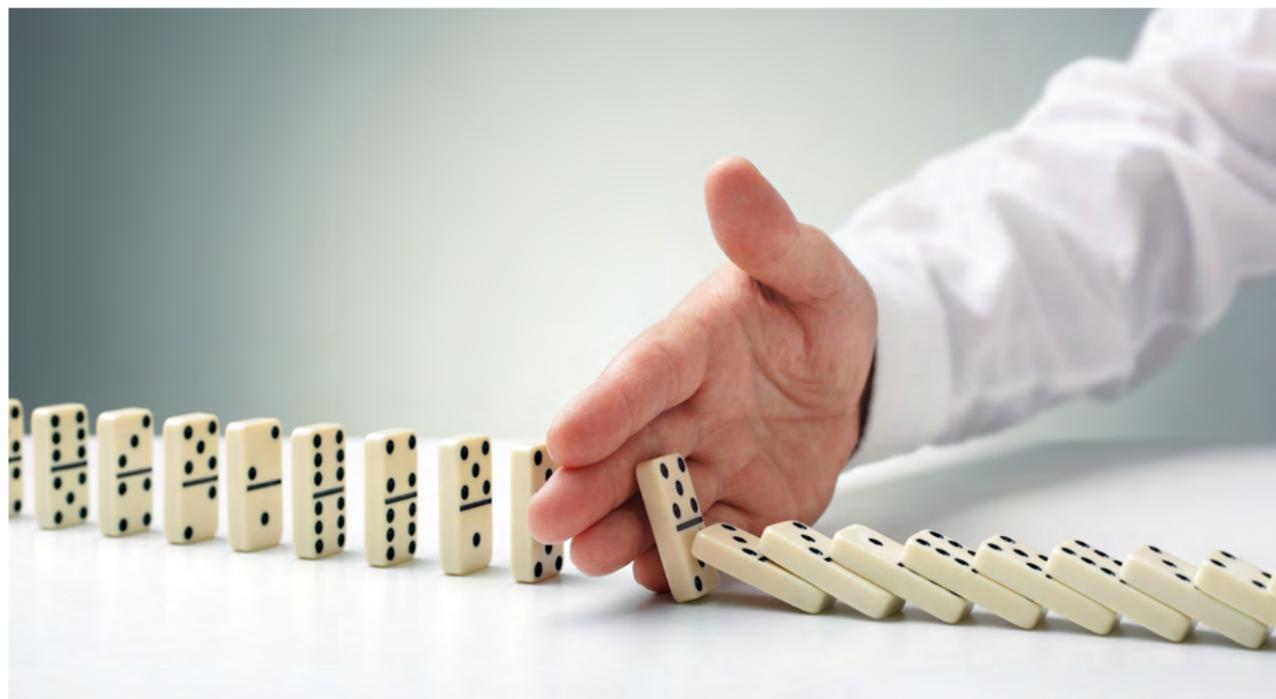
对非国家工作人员行贿罪中的“数额较大”、“数额巨大”的数额起点

序	情节	标准	对应解释条文
1	数额较大起点	6万元	第十一条第三款
2	数额巨大起点	200万元	第十一条第三款

### 其他

根据《解释》第二十规定，本解释自2016年4月18日起施行。最高人民法院、最高人民检察院此前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

<sup>1</sup>个人理解，这里的“数额巨大”并未区分挪用资金的用途，因此，挪用资金进行非法活动，抑或进行营利活动或者归个人使用或者借贷给他人未归还的，在“数额巨大”的起点上均系一致的，即《解释》第六条第二款（一）项所规定的200万元的二倍，400万元。



## 有效化解回款风险 方能破解PPP项目中标后融资难题

■ 刘敬霞 / 文

**根**据财政部“全国PPP综合信息平台项目库”统计信息，截至2016年4月30日，全国PPP项目数量8042个，项目金额93,094.74亿元。

2016年以来，PPP项目中标的消息不断，且与前两年明显不同：一是投资总额大，动辄十几亿、上百亿；二是央企、大型地方国企、上市公司是社会资本主力军。

但即使央企、大型地方国企、上市公司的许多已中标项目，依然存在融资贵、融资难问题。融资难是表象，核心问题最终聚焦于融资机构担心项目回款风险较大。

虽然多数PPP项目都有“通过论证”的《财政承受能力报告》，但因金融机构在提供信贷支持时独立审贷，根据借款主体和项目实际情况，按照国家规定对资本金的真实性、投资收益和贷款风险进行全面审查评估，在风险可控、商业可持续前提下自主决定是否发放贷款以及贷款数量和比例。

投资十几亿、上百亿的PPP项目，首先是社会资本往往难以解决项目资本金，更核心的问题是金融机构对政府财政支付能力和项目回款存疑。

破解PPP项目中标后的融资难题，需要识别影响PPP项目回款的风险因素，有针对性地采取切实可行的应对措施，消解金融机构的顾虑，以满足金融机构放款条件。本文从识别影响PPP项目回款因素角度，从十个方面分析影响PPP项目回款的风险，并有针对性地提出相应的风险控制建议，供PPP项目相关主体参考。

### PPP项目中政府实施机构主体资格不适当风险

如由当地政府实际控制的国有企业或融资平台公司等非

政府机关法人，以及无独立主体资格的管委会、街道办事处等派出机构，担任PPP项目政府实施机构，作为政府方签署PPP项目合同。

对于PPP项目中的政府实施机构，财政部《政府和社会资本合作模式操作指南》第十条明确规定：“政府或其指定的有关职能部门或事业单位可作为项目实施机构”。因PPP项目绝大多数涉及政府职能和公共利益，应由政府或其职能部门作为项目实施机构方能确保项目合同履行；事业单位作为项目实施机构往往是基于特定情况下的行业管理需要，如绿化项目归口园林绿化部门、环卫项目归口环卫管理部门等，但事业单位作为项目实施机构并非常态。

政府实施机构主体资格不适当，风险在于将导致项目程序不合法，招选社会资本的结果无效，合同无效或效力待定、无法履行，本应由政府支付的费用无法列入财政预算，直接影响项目回款。这类风险，在资格预审、招投标、项目公司设立后签订PPP合同、项目运营阶段始终存在。

控制这类风险，可采取的应对措施是：在资格预审、招投标阶段，如果通过与政府方沟通，确实无法更换为适格主体，社会资本最安全的选择是不参与投标。如果社会资本基于某种原因自愿承担风险而参与投标并中标，则在谈判阶段应要求适格的政府实施机构追认资格预审、招投标过程和结果，并给予代表政府签约的一方签约、履约及将政府支付的费用列入财政预算的授权书且作为合同附件，同时在合同条款中明确应由政府支付的费用列入财政预算，且以政府或其

相关部门出具的相应文件保障项目付费路径清晰、措施切实可行，足以使金融机构确信项目公司可以按时、足额收到本应由政府支付的费用。

### 社会资本招选程序不合法风险

《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》第四条规定：“PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。”

招选程序不合法，风险在于将导致招标结果无效或效力待定、本应由政府支付的费用无法列入财政预算，直接影响项目回款。这类风险，通常在资格预审、招投标阶段发生。

控制这类风险的应对措施是：社会资本在参与以非公开招标方式选择社会资本的PPP项目时，应在投标澄清过程中要求采购方提供当地财政部门批准直接采用非公开招标方式的批复，以保障中标的合法性、获得合同的合法性和合同中收费条款的可执行性。

### PPP项目前期手续不完善风险

按照财政部规定：项目实施机构应组织编制项目实施方案，财政部门（政府和社会资本合作中心）应对项目实施方案进行物有所值和财政承受能力验证，通过验证的，由项目实施机构报政府审核后采用政府和社会资本合作模式。对于

### 刘敬霞律师简介

京都律师事务所高级合伙人。中国社会科学院研究生院民商法硕士。1992年考取律师资格并开始法律工作，资深PPP、证券、并购法律专家。1996年起从事证券业务，2000年起持续从事PPP咨询，国内最早PPP专业律师之一，为近百个PPP项目提供了专业服务。北京市律师协会京津冀协同发展法律服务研究会委员、天津大学高端教育培训高级讲师、北京宁夏中卫商会副会长。





新建、改建项目，应提交可行性研究报告，还应落实项目选址、规划、立项、环评等前期手续。

这类风险通常在资格预审、招投标、项目建设阶段发生，风险后果是手续不完善或存在瑕疵导致项目无法开工建设，甚至无法确定政府有无支付能力。

控制这类风险的应对措施是：在投标澄清过程中要求采购方提供《物有所值评价报告》、政府付费项目和政府可行性缺口补助项目的《财政承受能力论证报告》、获得人民政府审批的《PPP项目实施方案》以及项目选址、规划、立项、环评等前期手续，以证实政府有支付能力且付费程序具有合法性、办理项目建设手续不存在障碍。

### 社会资本投标承诺不当风险

如有的项目中投标人明知招标文件要求的条件明显不合理甚至要求垫资施工，却依然在投标文件中予以承诺。

这类风险通常在招投标阶段发生，其后果是承诺无法兑现导致违约或合同无效。

控制这类风险的应对措施是：高度重视投标文件的重要性，谨慎承诺，不合法的坚决不承诺；不合理的要通过澄清、谈判等方式进行符合实际的承诺；避免无法兑现而导致承担违约责任被扣款或无法收回投资的情况发生。

### 资本金比例不合理风险

国务院《关于调整和完善固定资产投资项目资本金制度的通知》（国发〔2015〕51号）规定，房地产开发类项目的最低资本金比例，保障性住房和普通商品住房项目维持20%不变，其他项目由30%调整为25%。

项目资本金比例过高，权益投资人投入项目的资金过多，承担的风险越高。但是如果项目资本金比例过低，风险后果是导致项目公司融资困难，或贷款银行会要求股东承担额外责任（如股东担保及其他增信措施）。

这类风险通常发生在投标和项目公司设立阶段。

控制这类风险的应对措施是：（1）按国发〔2015〕51号规定合理确定项目资本金；（2）拓宽融资渠道，设计有利于多元化融资及银行可接受的项目条件；（3）保障项目运营前期有适当充裕资金，以顺利度过运营前期的磨合阶段。



### 支付风险

如地方政府财力不足、签约主体不适当导致收费无法列入财政预算、合同无效、收费机制和路径措施不明确等都会影响收费。如有的项目合同对付费简单地规定为“在合作期内，由项目公司负责本项目的经营管理工作，以“使用者付费”作为主要收入来源，资金缺口政府以国家预算资金方式予以补助”或“本项目的收入来源为‘使用者付费+可行性缺口补助’”，但对于使用者付费的定价依据、收费标准、付费方式和可行性缺口补助的标准、支付措施均没有具备可操作的约定，其后果是无法收费、收费不足。

PPP项目的收费风险主要发生在项目运营阶段，但其隐患往往来自项目的招投标、中标后合同谈判阶段，如果前期程序合法、合同主体适当、合同内容完备、付费机制和路径措施明确（使用者付费的标准确定，可行性缺口补助、政府付费列入财政预算，支付渠道、付费主体、付款程序、付款周期有保障机制）、政府财力充足，风险即可得到控制。

### 固定回报条款的风险

财政部财金[2015]57号明确规定：严禁通过保底承诺、回购安排、明股实债等方式进行变相融资，将项目包装成PPP项目。其后果是约定无效，投资人无法得到期待的投资收益，或项目无法列入PPP项目库、无法通过当地人大批准列入政府支付预算。

破解PPP项目中标后的融资难题，需要识别影响PPP项目回款的风险因素，有针对性地采取切实可行的应对措施，消解金融机构的顾虑，以满足金融机构放款条件。

这类风险通常发生在招投标、合同谈判、合同签订阶段。

控制这类风险的应对措施是：根据项目利益相关方面的法律关系搭建不同的合同结构，如施工方的工程利益通过《施工合同》实现，借款方案的本息通过《借款协议》实现，项目公司股东利益通过利润分配或股权转让实现。

### 投标过程与项目合同签订及管理脱节的风险

一些社会资本存在重投标过程、轻合同谈判及签约管理的情况，认为中标不容易，中了就赶快签合同、开干，只重视从项目公司进行施工款的回收，轻视运营期项目公司的收款，施工单位做社会资本时的这种倾向尤其明显。这反映出社会资本尚未认清PPP模式首先是一种投资模式，不同于过去施工承包情形下的债权债务关系。

由于招标文件中所附的PPP项目合同仅是招标方发出的要约邀请中的部分内容，而且仅是未来拟签订的合同的格式文件，其中的许多实质性内容尚需根据中标人的要约条件进行确定，因此，中标后的合同谈判至关重要，谈判的结果将影响项目全生命周期的履约情况。社会资本在投标过程中编制的投标文件中的各种方案均须落实到项目合同等法律文件中，“信守契约”的前提是建立一个好契约。

### 只在融资时想到金融机构的风险

PPP模式下，社会资本应建立在PPP项目全生命周期统筹考虑融资机构利益的风险责任意识。政府大力推行PPP模式，并强调投资主体在项目全生命周期的责任、风险，社会资本从参与资格预审、招投标到中标后谈判、项目公司设立、项目建设、运营管理直到完成项目移交，都应树立高度的全局性、整体性风险意识，建立健全风险控制体系。

控制这类风险的应对措施是：

（1）首先要建立投资主体在PPP项目全生命周期的风险责任意识，建立健全PPP项目风险控制体系，要从控制整体风险的角度控制项目各阶段、各环节的风险；

（2）负责项目施工的社会资本要树立金融和投资风险意识，在控制好作为项目施工总包单位应控制的项目风险的同时，要确保金融机构的权益不受损害，一旦发生金融机构的投资及收益得不兑付的情况，不仅施工总包单位在特定PPP项目中的利益难保，更为严重的是可能今后在类似项目中再无法得到金融机构的支持。

风险后果：资格预审阶段或招投标阶段联合体成员对外承担无限连带责任、违规被列入黑名单的禁入风险、中标后谈判阶段被没收投标保证金的风险、项目合同不完善风险、融资不足、无法按期完工、建设质量缺陷、无法投入运营、无法收费、无力偿还银行贷款本息、投资无法收回等。

（3）负责项目施工的社会资本作为PPP项目在建设阶段的实际实施和控制单位，要充分重视与政府沟通、理顺项目完工投入使用后的收费机制和路径，确保项目公司在运营阶段按时、足额收费，以及时偿还银行及股东贷款本息并可向股东分配利润，使项目可持续发展。

### 项目拆迁、建设及完工风险

项目拆迁、建设及完工也会影响项目回款。这类风险与一般建设项目的风险类同，通过加强施工方管理和投保保险等措施予以控制。

总之，地方政府财政能力、PPP项目程序是否合规是根本因素。也是金融机构普遍关注的原则性问题。社会资本应结合项目实际情况，自行进行项目准入控制和分类管理，除与银行等金融机构对接项目融资外，适当扩大与保险资金、信托、资管计划等渠道的资金来源，为项目争取较低成本的资金，提升项目的盈利空间。



## 宋慧乔怒告《太阳的后裔》赞助商，明星公开权如何保护？

■ 金燕 / 文

### 事件的经过

作为第一部中韩同步播放的电视剧，《太阳的后裔》在韩国和中国创出了惊人的收视率，还在世界各地人气飙升。截至最后一集结束，播出平台爱奇艺的点击播放量达到了26.85亿，“太阳的后裔”微博话题阅读量达122亿，缔造话题霸榜8周的神话，这让引进该剧的爱奇艺赚了好几倍，还让该剧制片方NEW的第二大股东华策影视在股价和话题性上均有不少提升。该剧也造就了宋仲基、宋慧乔等超级韩流明星，使得他们的身价暴涨。《太阳的后裔》刚播完没几天，粉丝们还沉浸在魅力超群的柳大尉和自信可爱的姜医生的魅力中意犹未尽，纷纷追捧和购买电视剧中柳大尉作

为定情信物送给姜医生的J品牌项链时，这家珠宝公司却被宋慧乔告上了法庭。宋慧乔称双方的代言关系已于2016年1月合同期届满而结束，但该公司未经许可使用她的肖像，在实体店和社交网络上反复播放，让消费者误以为宋慧乔仍是该品牌的代言人，并要求返还不当得利3亿韩币(约人民币170万)。宋慧乔还主张，虽然该珠宝饰品公司是《太阳的后裔》赞助商，但这也不等于可以不经允许使用自己的形象进行商业宣传。

对此，拥有J品牌的R公司马上发表反驳声明，称该公司与《太阳的后裔》制作公司签署了赞助协议，合法取得了线上和线下使用电视剧的场景和照片的权利，他们使用《太阳的后裔》剧照进行商业宣传并没有侵犯任何人的合

法权益。如果按宋慧乔所主张，商家在赞助电视剧制作后还需要向每个艺人取得允许才能用电视剧进行宣传，会产生赞助费和肖像权使用费双重费用。那根本就不会有商家愿意耗费巨资来赞助电视剧制作。

《太阳的后裔》制作公司表示，赞助商不能随意将植入广告画面用于商业宣传也不能随意使用艺人的形象，如有需要使用电视剧中艺人的形象进行宣传需事先与艺人的经纪公司协商并支付相关费用。该制作公司还表示，被宋慧乔起诉的这家珠宝饰品公司并不是电视剧唯一的饰品赞助商，但他们却在商业宣传时自称为《太阳的后裔》唯一的饰品赞助商，并且未经同意随意剪辑电视剧画面制作成宣传视频在卖场播放，多次遭到了《太阳的后裔》植入广告部门的警告。

自此，本案利害关系人悉数登场，牵涉出了明星代言权、形象权、赞助商协议、肖像权、著作权等诸多法律问题。

据报道，2014年R公司与宋慧乔签署合同期限为2年、代言费为30亿韩币(约人民币1700万)的有关J品牌饰品和箱包代言合同，合同于2016年1月期限届满(箱包代言2016年4月合同期限届满)，故宋慧乔主张其继续使用本人形象是违反肖像权的。但R公司公布的《赞助协议》中规定了其可以在线上线下使用剧照和画面以及预告片等权利以及拥有3个月(最初植入广告播出时开始)的Footage使用权(将60秒电视剧画面用于广告)，故主张未违反协议的规定。就如R公司主张，他们使用的是电视剧中的剧照和影像，这属于制作公司的著作权，只要在与电视剧制作公司达成协议或取得制作公司的许可，他们是可以使用。

假设R公司的主张是合理的，本案R公司对《太阳的后裔》赞助费是7000万韩币(约人民币40万)，而宋慧乔与R公司签署的2年的代言费为30亿韩币(约人民币1700万)，是否可以推定大多数广告主都可以通过赞助明星出演的节目、电视剧、影片后利用该演出形象进行广告的方式代替日

### 金燕律师简介



京都律师事务所高级合伙人

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。

益高涨的明星代言费呢？

上述主张显然对那些名人是不合理的。假设上述主张是不合理的，那么名人维权的依据是什么的？这里引申出了一个新兴的权利-公开权(Right of Publicity)。

### 公开权是什么？

公开权是指对其身份特征保护和控制商业上使用的权利，是每个人固有的权利。公开权保护的是个人的商业利用价值，属于财产权利。权利人可就其身份进行商业性使用进行许可，并且这种权利具有独占性，类似于对商标的使用。公开权所保护的的范围分为广义和狭义，狭义的保护范围限定为姓名、肖像、照片及声音，广义的保护范围包括人身标识意义的身份特征，这些身份特征至少包括：姓名、肖像、照片、声音、特有的衣着、独特的财产等。

公开权的概念来源于美国，司法实践最初出现在1953年的Haelan Laboratories案中。该案中，一棒球运动员授予Haelan公司排他性的权利，在棒球卡上使用其形象。Haelan公司指控Topps公司引诱该运动员违反合同，将其形象再次授权给Topps公司用于生产棒球卡片。Topps公司辩称，即便Haelan公司的主张是真实的，Haelan公司与该运动员之间的合同也仅仅是该运动员对Haelan公司使用其形象的这一行为涉嫌侵犯该运动员隐私权的豁免。隐私权是人格权，该运动员与Haelan公司之间的合同并没有授予该公司任何的财产权可以被Topps公司侵犯。

第二巡回法院使用纽约州法，反驳该理论：“除了隐私权，自然人还享有其照片中的公开价值(publicity value)，也就是授权他人独占特权公开其照片的权利，这种授权是合法的，‘总’(gross)的方式进行，可以不伴随商务或其他进行转让。该项权利可以被称之为‘公开权’。众所周知，许多知名人士(尤其是演员和球员)，其肖像的公开并不会使其直接受到伤害，但是不能通过报纸杂志、公交车、火车、地铁等载体发布授权广告和形象推广而



获取金钱，则会使他们感觉遭受剥夺。这种公开权的侵犯会导致其无法获得金钱收益，除非它能成为独占授权的主题，禁止其他广告商使用其照片。”

如果之前的肖像权注重于人格权的保护，主要保护其精神利益，那么上述案例开启了肖像权的财产保护的先例，把公开权作为独立的财产进行保护，“即肖像权的公开即使未直接产生侵害，但导致无法获取金钱，则会使权利人感觉遭受剥夺”。

再看与本次宋慧乔事件相类似的案例，在达斯汀·霍夫曼一案中，洛杉矶杂志制作并刊登了一幅名人的照片，该照片是利用数字技术将著名电影中的静态图片转化而成，但未经过该名人授权。该杂志数字处理了该照片，使得该名看起来好像穿着现代设计师的衣服。达斯汀·霍夫曼诉称该杂志出版他的角色“窈窕淑女（Tootsie）”的照片是对其公开权的侵犯。该杂志给“Tootsie”穿着理查德·泰勒的长裙和拉夫·劳伦的高跟鞋，尽管事实上没有达斯汀·霍夫曼支持该产品或该设计的示意。最终，法庭判决达斯汀·霍夫曼公开权被侵犯，霍夫曼获得包括惩罚性赔偿和律师费在内的300万美金赔偿。

由以上案例我们可以看出，美国对公开权的保护原则是，无论是对名人肖像的直接使用，还是使用了其在影视作品中的形象及剧照，如果肖像的使用确切指向了该名人的身份，那么权利人应获得保护。并且美国法院在确定公开权受侵害的财产赔偿数额时，会考虑以下因素：原告的声誉、原告采用被告的方式使用其人格特征所能获得的利益以及与原

告有相似地位的名人在许可被许可人使用其人格特征所能获得的利益。

## 韩国对公开权的保护

相比之下，韩国法律没有对公开权的明文规定，连肖像权的保护也没有成文法的规定，只是通过案例认可对名人肖像权的保护，但肖像权的保护更注重于人格权的保护，即停止侵害、赔礼道歉，而对其赔偿额的认定比较保守。

因为法律没有明文规定，韩国对明星公开权的保护在司法实践上也是不经相同。在宋慧乔曾经起诉几家网购公司利用其在另一个电视剧中的形象做耳环广告的案例中，韩国大法院做出终审判决称，“在现行的物权法定主义制度下，因法律没有明文规定，故无法认定公开权”；但对于肖像权，法院指出“未经宋慧乔的许可，使用其名字与照片的行为侵害了权利人，故对其赔偿精神损害金100万韩元（约人民币6000元）”。这个案例也说明了本次案件中为何宋慧乔以侵犯肖像权为理由起诉了R公司。

但是在2010年的首尔西部地方法院的案例中，对几个球星起诉棒球游戏公司侵犯其姓名权的案例中，认可了姓名权的公开权，判游戏公司造成了侵权，赔偿1亿韩元（60万人民币）并判停止使用球星姓名。

## 我国-范冰冰保护，赵本山驳回

我国通过民法通则对肖像权的保护进行了明文规定，但是就剧中形象权的保护上，也没有统一的司法实践依据或者判决。

中国著名艺人赵本山发现广州某电子科技有限公司在推销其生产的VCD、DVD影碟机时，将自己的照片使用在广告上，并在销售的过程中随机赠送赵本山小品。赵本山认为，未经许可在产品广告上使用其照片是对其肖像权的侵犯。于此同时给公众造成自己为该产品进行广告宣传的假象、误导消费者，随之将广州某电子科技有限公司告上法庭。本一中法院认为影碟机上使用的并不是赵本山本人的肖像，而是表演剧照，著作权应该属于辽宁音像出版社和被授权发行该VCD的广东鸿×影视发行公司。赵本山在小品中扮演的角色形象和造型，并不是其个人形象在客观上的再现，所以被告的行为不构成对其肖像权的侵犯。据此，法院驳回了赵本山

的诉讼请求。

但是最近北京朝阳法院却对演员范冰冰的剧照适用了肖像权保护的原则。在范冰冰起诉广东南海德技优品门窗有限公司擅自利用其观音山等剧照进行商业宣传的案例中，法院判处被告侵犯了肖像权。就损害赔偿额，虽然范冰冰请求1000万最终获赔80万，但法官在损失赔偿额的认定上称“关于损失赔偿，范冰冰虽未能充分举证证明其因被告不当使用其肖像所受到的具体财产损失及被告使用其肖像而实际获得的具体利益，但是该公司行为极易使消费者误认为双方存在代言关系，而关于产品代言，一般均有禁止代言人对同类产品在同一地区重复代言的合同条款，且该公司使用范冰冰肖像的渠道及平台较广，故德技优品门窗公司的侵权行为，有可能使范冰冰丧失对门窗类产品的代言商机。故，结合德技优品门窗公司过错程度，侵权行为的情节、时间、范围、程度，侵权行为可能获取的利益，范冰冰的同期广告收益等情形综合考虑，确定经济损失数额。”该判决引入了肖像权的财产权原理，并对失去代言商机作为损失考虑依据，可以说接近了公开权的保护原理。

## 各国对公开权的保护及展望

现如今，虽然保护力度不尽相同，但是越来越多的国家和地区开始认可公开权的保护。如美国，根据各州法律和判例来进行保护，英国、德国根据判例进行保护，日本之前地方法院有不同的判决，直至2012年由最高裁判所的判例认定进行保护。

目前，韩国国会正在着手制定有关公开权的法律法规，目前正处调查研究阶段，有些议员主张修改《著作权法》，将肖像权和姓名权等纳入著作权保护范围，作为著作权的财产权进行保护，也有些议员主张修改《文化产业振兴法》，也有人主张制定独立的《公开权保护及利用的法律》来解决司法实践和相关产业的不确定性。

我国学术界也有引进公开权法律保护的意见，但似乎立法者和司法机关均未达到共识。虽然目前通过民法的肖像权保护规定来保护名人的肖像权，但是如上述案例，如果跟其他权利相冲突时如何保护肖像权还是成为难题，如何保护名人在肖像权中的财产权问题，还需要学界的探讨和司法实践的日益成熟。在法律上对公开权没有明确规定的前提下，笔者认为目前应该通过合同规定来规范各方的权利义务。



## 再回到本案

据说，宋慧乔与剧组签订合同时明确规定其形象只能用于电视剧制作与播出目的。这也许就是《太阳的后裔》制作公司出面力挺宋慧乔的原因。对于应负有保密义务的R公司断章取义地公开《赞助协议》的行为，制作公司表示很气愤，继而也踢爆了R公司隐瞒了对其不利的协议内容，即其在线上线下使用画面、剧照等时应该征得制作公司的同意。继而暴露说，3个月的Footage使用权本应再支付3000万韩元的赞助费，但因R公司与宋慧乔的代言合同到期，所以R公司放弃了该权利。

一波三折，短短几天，R公司销售额剧减，股价波动，正式宣称会尽快解决此事，不会再对媒体就此事做任何公布。

还有报道说，R公司向宋慧乔提出续签代言合同，被乔妹一言回绝。乔妹最近因为某日本大公司在二战时期强制征用朝鲜雇工且至今不予道歉而回绝了其代言。坚持原则的乔妹，希望这次也走到最后，取得一个里程碑式的判例。

《太阳的后裔》制作公司力在力挺宋慧乔的同时也指出目前存在诸多对该作品著作权侵权的现象，该公司正收集相关资料以便采取措施。这下不仅宋慧乔和宋仲基等明星的剧照等肖像权不得擅自使用，那些充斥在淘宝上的冠上剧中人物柳时镇、姜暮烟等未经许可的商品都会构成侵权，到时候可别怪我没提醒你们！





## 没有母亲的母亲节

■ 杨大民 / 文

没有母亲的母亲节  
我站在大敖包的山顶上呼喊  
才发现妈妈已经越走越远  
消失在我童年的记忆里  
再也听不到儿子的呼唤

没有母亲的母亲节  
我躲到城市的角落里哭泣  
才知道自己已经是孤儿  
再也看不到妈妈的微笑  
听不到妈妈的叮咛

没有母亲的母亲节  
我只能一个人和自己说话  
用谁也听不懂的语言述说只属于自己的思念

故乡的小院 妈妈的针线  
还有草原傍晚勒勒车咯吱咯吱的牧归曲

没有母亲的母亲节  
我朝着草原的方向鞠躬叩首祈福  
希望妈妈能够听到我的歌声  
歌声里有我父亲的草原母亲的河  
儿子的思念女儿的情

没有母亲的母亲节  
我拒绝人类的一切思考  
惟有想念我的妈妈  
额吉额吉 我爱你  
妈妈妈妈 儿子想你

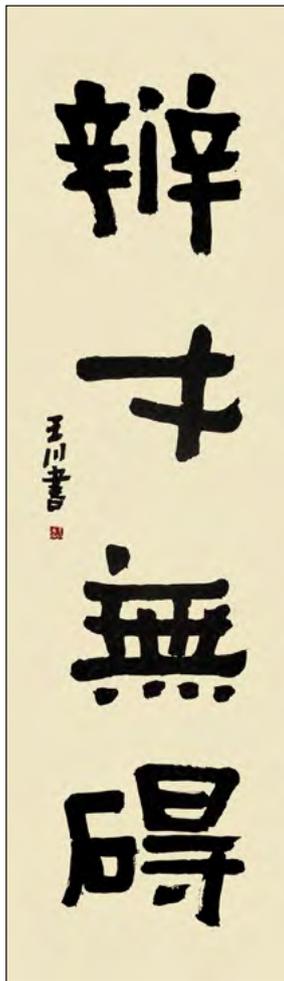


## 拔河，我们是认真的！

5月19日，京都律师事务所北京总部所在的远洋大厦举办了一年一度的大厦单位拔河比赛。京都律师事务所拔河队由行政部欧洋领队，男队员包括杨坤、吴卫炜、刘奕岐以及两位外援袁鹏和大军。女队员则由何维、刘倩、侯丽楠、刘佳组成。

在全体队员的奋勇拼搏下，京都队获得了第二名的好成绩，队员们勃发向上、进取拼搏的精神面貌震撼了现场所有人！





书法：辩才无碍  
作者：王九川律师



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17楼  
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9层1座  
邮编：300201  
电话：022-88351750  
传真：022-28359225  
E-mail: info@king-capital.com