

2020

1

总第 787 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER

“硬核”上海 律师战“疫”

上海律师助力疫情攻坚系列之一



上海市律师协会主办



上海律师人大代表履职纪实

上海市政协十三届三次会议律师政协委员参政议政实录

“离婚冷静期”是否合理与必要



上海律师



编辑部地址：
上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼
电 话：021-64030000
传 真：021-64185837
投稿邮箱：tougao@lawyers.org.cn
网上投稿系统：http://info.lawyers.org.cn
上海市律师协会网址（东方律师网）：
www.lawyers.org.cn

发送对象：上海市律师协会会员
印刷单位：上海天地海设计印刷有限公司
印刷日期：2020年5月8日
印数：7000本

本刊所用图片如未署名的，请作者与本刊编辑部联系

主 管
上海市司法局

主 办
上海市律师协会

编 辑
《上海律师》编辑部

编辑委员会主任
季 诺

副 主 任
张鹏峰 朱林海 陈 峰 邹甫文 潘书鸿
林东品 杨 波 曹志龙 徐培龙 陈 东

编 委 会
李 强 卫 新 马 朗 周知明 谭 芳 汪智豪
连晏杰 田庭峰 葛 蔓 袁肖铭 翁冠星 闫 艳
洪 流 徐巧月 叶 萍 葛珊南 杨颖琦 顾跃进
马永健 黄培明 应朝阳 王凌俊 严 嫣 周 忆
施克强 方正宇 叶 芳 屠 磊 邓海虹 岳雪飞

主 编
曹志龙

副 主 编
周 波 潘 瑜 曹 频

责任编辑
王凤梅

摄影记者
曹申星

美术编辑
高春光

编 务
许 倩

2020年春节前夕,新冠肺炎疫情警报鸣响!广大上海律师纷纷用实际行动加入到“最美逆行者”的行列中。在灾难面前,一座城的温情与“硬核”相互交融,上海律师顾全大局、严守纪律、主动作为、全力支援、无私奉献,身体力行地展现着上海独特的城市品格。

上海律师的感人事迹是“硬核”上海、律师战“疫”的缩影,是法律人不忘初心和牢记使命的具体体现,必将有助于传递信心、全力打赢疫情防控阻击战,书写上海律师服务社会、推动法治、践行社会责任更为华美壮丽的篇章。

——《“硬核”上海 律师战“疫”
上海律师助力疫情攻坚系列之一》

1月,上海市政协十三届三次会议期间,黄绮、董敏华、胡光、游闽键、张毅、裘索、邹甫文、安翊青、陆敬波、齐轩霆、洪亮、陈贵、童麟、徐珊珊等14位政协委员律师聚焦提升城市能级和核心竞争力,着眼于强化“四大功能”、加快建设“五个中心”,为进一步加强依法行政、持续优化营商环境、对标超大城市特点和规律、提高城市治理现代化水平而发挥专业优势,精准建言。据不完全统计,他们提交个人提案33件、联署提案83件,其中16件为执笔第一提案人。

——《为提升城市能级和核心竞争力建言
上海市政协十三届三次会议
律师政协委员参政议政实录》

上海科创中心建设的法治保障是什么?“悬空老人”问题如何解决?疫情中的法治思考有哪些?这些与国计民生息息相关的问题,正由这样一批人解答。他们就是15名身为上海律师的人大代表。专业理性、忧国忧民在他们身上有了最完美的结合。他们充分发挥专业优势,积极建言献策,提交议案和代表建议41件,内容涉及司法、教育、科创等多个领域,展示了律师代表较高的参政议政能力和社会责任意识、大局意识。

——《情系民生献良策 牢记使命建诤言
上海律师人大代表履职纪实》

2019年年底,《民法典婚姻家庭编(草案第三次审议稿)》(以下简称《草案》)正式公布。《草案》条文对“离婚冷静期”进行规定:夫妻双方首次到婚姻登记机关递交离婚登记申请之日起的三十日内,双方必须以不作为的方式保持递请离婚的持续状态,任何一方的撤回都将导致协议登记离婚的失败;前述期间届满后的三十日内,双方必须以积极作为的方式再次亲自到婚姻登记机关申请发放离婚证,再次确认离婚的意思表示。

对于“离婚冷静期”,网络上、社会上出现了不同的声音,主要有支持派和反对派两大“阵营”。本期“法律咖吧”将从多个角度、多个层面对“离婚冷静期”展开探讨。

——《“离婚冷静期”是否合理与必要》

04

本期关注

- 4 “硬核”上海 律师战“疫”
上海律师助力疫情攻坚系列之一 / 吕轩
- 6 情系民生献良策 牢记使命建谏言
上海律师人大代表履职纪实 / 陈颖婷
- 8 为提升城市能级和核心竞争力建言
上海市政协十三届三次会议律师政协委员参政议政实录 / 顾晓红

10

区区大事

- 10 促进良性互动 维护司法公正
松江律工委参加区人民法院与区司法局座谈会 / 松江律师工作委员会
- 11 参与服务民企 改善营商环境
奉贤律工委“民企法治体检”团队走访区工商联 / 奉贤律师工作委员会

12

法律咖吧

- 12 “离婚冷静期”是否合理与必要 / 文字整理 潘锦捷

18

律师实务

- 18 论环保合规业务在政府法律顾问中的挑战和机遇 / 王雷 易千
- 22 组织、领导传销活动罪之辩护思路与要点 / 阚吉峰



CONTENTS

- 26 注册制下证券律师角色定位及责任机制问题研究
兼谈新《证券法》证券服务机构的法律责任 / 李强 葛涛
- 31 证券集体诉讼初探
新《证券法》时代的投资者保护 / 徐晓
- 34 中国证监会对企业 IPO “三类股东” 适格性审核体现出的
监管逻辑与监管理念 / 范兴成
- 38 论上市公司对外担保无效的认定 / 丁德应 杨红
- 40 包容、透明与高效：科创板并购重组规则要点评述 / 刘涛 廖学勇
- 44 境外已上市红筹企业申报科创板相关问题刍议
从公司治理角度的对比与探析 / 王立 沈诚 陈炜
- 49 当股权激励遇见科创板
实务中的契机与困惑 / 张兰田 孙维平
- 53 A 股分拆科创板上市的监管要点探析
以 A 股、港股分拆 / 类分拆科创板为视角 / 李珍慧 王浚哲

59

仲裁精研

- 59 国际工程保险中保险人的代位求偿权与仲裁协议准据法的确定
评英国高等法院 Enka v. Chubb Russia 禁诉令申请案
/ 上海国际经济贸易仲裁委员会国际商事仲裁研究中心

64

闲笔趣谈

- 64 庚子年支援武汉有感 / 曹志龙
天佑中华 战疫必胜 / 潘雄

“硬核”上海 律师战“疫”

上海律师助力疫情攻坚系列之一

文 | 吕轩

2020 年春节前夕，新冠肺炎疫情警报鸣响！广大上海律师纷纷用实际行动加入到“最美逆行者”的行列中。在灾难面前，一座城的温情与“硬核”相互交融，上海律师顾全大局、严守纪律、主动作为、全力支援、无私奉献，身体力行地展现着上海独特的城市品格。



上海市锦天城律师事务所捐赠物资



上海瑾之润申达律师事务所捐赠物资



上海市银都律师事务所捐赠物资

疫情就是号角

“这里是武汉分所，我们缺少医疗用品，请求支援。”1月25日下午，上海市锦天城律师事务所收到武汉分所发出的求助信息。

早在新冠肺炎疫情爆发之初，锦天城总所即与各地分所建立了信息沟通机制，对身处本次疫情爆发中心的武汉尤为关注。当武汉分所发出求助信息后，总所第一时间展开行动，向各地分所发出动员令。1月26日上午，上海总所以刚成立的“锦天城公益基金”名义购买120万只医用手套捐赠给武汉，并委托武汉分所转交汉江区人民政府统一调度使用。

可是如何运送这么多物资？之前联系的物流公司由于超负荷运作，已经无法继续承接新的运单，其他几大运输公司一直联系不上。

怎么办？1月27日上午，上海总所找到新的运输企业进行运输，并由武汉分所负责湖北境内出入问题。当天下午，满载锦天城人爱心的第一辆运输车顺利出发。1月28日下午，第二辆车也顺利出发。

一场与时间赛跑的捐赠行动，在锦天城所有人的努力下，绽放出了最美的光芒。

许海霞律师是上海瑾之润申达律师事务所主任，同时也是上海律协理事、社会责任促进委员会副主任。疫情刚开始时，她就高度关注疫情发展情况。在得知湖北省大部分医院缺少医用防护物资后，许海霞在大年夜连夜寻找平台订购口罩、护目镜和医用帽，在36个小时内克服物资短缺、物流运输、店家休假、大额付款平台受限等问题，陆续将2万个N95医用口罩、

5100个医用护目镜和10万个医用帽，共计100余万元的医用物资送往湖北省50家医院，践行律师不忘初心、救困扶危、服务社会的情怀与使命。

新冠肺炎疫情爆发以来，北京观韬中茂（上海）律师事务所律师每天都关注抗击疫情的消息，虽不在抗疫一线，但他们都想为抗击疫情出一分力、尽一份心。

湖北各地防疫物资全线告急，包括恩施、黄冈、宜昌、襄阳等在内的许多市、州、县医疗机构都向社会发出了求助公告。1月28日，北京观韬中茂（上海）律师事务所通过各种办法，采购到1万只N95口罩，并迅速通过恩施州红十字会，向当地医疗机构和疫区公众进行捐赠，用于湖北恩施的疫情防控工作。

上海市君悦律师事务所号召全

体君悦人积极参与抗击新冠肺炎的行动，在所内发布“与君同行、共助武汉”君悦律所爱心捐助倡议书，并专门开通爱心捐赠通道，将款项定向捐助给奋战在一线的医护人员。

上海市中联律师事务所党支部全力配合市经信委，为上海泰缘生物科技股份有限公司召集紧急生产新冠肺炎疫情抗菌消炎用品会议，配合市政府配送 500 吨防疫用品提供专业的法律服务，并派出党员律师直接到工厂参与帮助生产作业，为相关防疫用品及时送达武汉等疫区争取了时间。

国浩律师（上海）事务所于 1 月 28 日启动“国浩公益基金”，向疫区捐赠价值近百万元的抗感染新药“苹果酸奈诺沙星胶囊”（太捷信），并积极组织向疫区捐款。

北京市竞天公诚律师事务所上海分所积极响应各级党委政府号召，组织所内律师集资捐款，为湖北省医护人员购买防护服、呼吸机、心血管监控仪等医疗设备，并在第一时间运送到抗疫前线，积极奉献爱心，助力湖北抗疫，为抗击新冠肺炎贡献一份自己的力量。

上海市银都律师事务所在主任金凌华的带领下，通过发放口罩的方式助力疫情防控。金凌华第一时间自费购买了亟需的口罩，为华阳街道社区的居委会干部以及志愿者们提供约 8 箱、近 15000 个口罩。1 月 26 日，金凌华再次驾车，冒雨为街道送来 3 箱，共 5400 个口罩；同时，为华阳敬老院的老人们赠送了 1 箱 1800 个口罩。金凌华还带着妻儿一起，免费向民警、环卫、城管等奋战在一线的工作人员发放口罩，

在上海市儿童医院门口定点派送给有需要的儿童和家长。他表示，部分口罩在陆续筹措和送达中，律所将继续关注疫情动态，并配合街道开展力所能及的公益便民服务。

使命在于担当

在疫情面前，上海律师尽显法律人本色。他们或成立法律服务志愿团，或用专业宣传法律知识。

上海市联合律师事务所发出倡议书，号召全体律师特别是党员同志不忘誓言、牢记使命，主动走到一线发挥先锋模范作用，并组建了由上海律协副会长、事务所党支部书记曹志龙牵头、18 位党员律师组成的法律服务志愿团，针对此次疫情免费为人民群众提供法律咨询服务，根据需要参加相关志愿活动、提供公共法律服务，积极寻找资源、发动募捐，为防控疫情提供智力和物力支持。

上海市协力律师事务所在抗击疫情期间全面上线微信、微博法律咨询热线。由上海律协理事、上海市协力律师事务所创始人游润健律师牵头组成的疫情法律服务志愿团在线上就隔离或治疗期间的《劳动法》等领域的相关问题，为市民朋友进行解答，为抗击疫情积极提供法律支援。

上海江三角律师事务所于 1 月 26 日发布《“新型肺炎”流行期间劳动用工合规指南》。同时，为帮助用人单位在特殊时期合规管理，助力劳动者合法权益维护，成立了江三角新冠肺炎疫情法律专题组，对新冠肺炎相关的劳动和社会保障法律实务问题进行专项研究和服务，

并将研究成果以中、英、日、俄、韩、德、法等多种语言呈现。1 月 28 日，江三角又发布《上海、浙江“延迟复工令”之法律解读》研究文章，对延迟复工问题进行分析。

针对党中央和各级政府在疫情期间出台的相关政策规定，上海市通力律师事务所从专业角度出发，发布《新型冠状病毒肺炎疫情期间劳动用工指南》，讨论疫情防控期间工资支付、劳动合同解除与终止、工伤认定、平等就业、信息保护和劳动争议等劳动关系热点问题，并给出相应建议。

病毒无情人间有情，疫情面前大爱无边。上海律师的感人事迹是“硬核”上海、律师战“疫”的缩影，是法律人不忘初心和牢记使命的具体体现，必将有助于传递战“疫”信心、全力打赢疫情防控阻击战，书写上海律师服务社会、推动法治、践行社会责任更为华美壮丽的篇章。

恩施土家族苗族自治州红十字会

恩施州红十字会关于请求协助疫情防控物资的函

敬中德律行：

贵所爱心单位恩施州（上海）律师事务所捐赠恩施州红十字会防疫物资 3000 只，此致感谢。贵所用于疫情防控物资，请贵所予以协助。此致感谢。



附：恩施州红十字会地址、联系人：

1. 恩施州红十字会 3000 只：恩施市恩施州大道 3008 号 恩施州红十字会 恩施市 恩施市 恩施市
2. 恩施州红十字会 3000 只：恩施市恩施州大道 3008 号 恩施州红十字会 恩施市 恩施市 恩施市

北京观韬中茂（上海）律师事务所
通过恩施州红十字会进行捐赠

情系民生献良策 牢记使命建诤言

上海律师人大代表履职纪实

文 | 陈颖婷 摄影 | 王湧

上海科创中心建设的法治保障是什么?“悬空老人”问题如何解决?疫情中的法治思考有哪些?这些与国计民生息息相关的问题,正由这样一批人解答!他们就是15名身为上海律师的人大代表。专业理性、忧国忧民在他们身上有了最完美的结合。他们充分发挥专业优势,积极建言献策,提交议案和代表建议41件,内容涉及司法、教育、科创等多个领域,展示了律师代表较高的参政议政能力和社会责任意识、大局意识。



刘正东



厉明



吕琰



姚海嵩

为城市发展献策

上海科创中心的未来关系着整座城市的未来。《上海市推进科技创新中心建设条例》(以下简称《科创条例》)的立法则是推进科创中心法治化建设的重要抓手。在今年上海人代会中,对《科创条例》的审议成为重头戏。姚海嵩代表提出了科创中心建设不能忽视的“科技伦理”问题。他认为,推动和加强科技伦理应用研究,是政府发挥社会治理的作用,强化和保障创新服务的一项重要内容。他建议由市政府牵头,组织有关高校、研究机构,吸引国内外知名科技企业等共同成立“科技伦理治理与应用研究中心(院)”,围绕国内外科技前沿、产业动向,在科技伦理方

面以“科技、产业、社会”为主线进行“接地气”研究,遵守并应用“有益、不伤害以及公正”“知情同意”“个人信息保护”“审查机制”等伦理原则和工具,形成一批“前瞻性、指引性、保障性、推进性”应用型研究成果,助力科创中心建设。同时,加强科创伦理人才队伍的建设。有关部门应当制定相关政策和机制,鼓励并甄选具有上述跨学科人才,进行科技伦理跨学科研究,并将上述人才纳入科创人才范畴,对于其研究成果给与相应的奖励和激励。

吕琰代表则建议对新型科技立法,进一步修改《上海市科技进步条例》,遵循创新规律,改进政府工作,处理好创新风险强度与创新风险分

担机制力度之间的关系;加强组织协调,改变科技工作多头管理、条块分割的状况。同时,制定《上海市科学技术普及条例》。

为民生奔走

关注民生实事,积极为市民谋福祉也是律师人大代表履职的重点所在。上海律师代表们心系百姓、关注民生,充分利用执业中贴近基层、熟悉民情了解民意的优势,提出了大量涉及民生权益保障的议案提案建议。

2019年上海加装电梯立项达到624部,完工131部,这个数量超过过去7年的总和,是老公房加装电梯迈出步伐最快、最有实效的一年。这

一切离不开吴坚、刘正东、厉明等律师代表多年来的跟踪与推动。今年依旧有多位律师代表在啃电梯的“硬骨头”。

厉明代表指出，上海自2012年开展“既有多层住宅加装电梯”试点以来，多层住宅加装电梯工作已取得了长足的进步，但与整个上海的加装电梯的需求量相比，依旧是杯水车薪。通过调研，他发现这件难事中的最难部分就是协调低层居民的利益。

为此，他建议相关部门可从已经成功立项（或者业已完成电梯安装）的900多栋房屋（即900多个成功案例）中，总结提炼出经验，并发布示范案例和指导规范。在一定范围内，通过社区管理和自治渠道公布，助力全市多层住宅加装电梯工作开展平稳有序高效推行。

刘正东代表在关心电梯加装问题的同时，还对电梯维保等电梯“生老病死”的问题上了心。他表示，目前上海许多高层住宅没有单独收取“电梯、水泵运行费”，而是包含在物业服务费之中。由于利益驱动，物业公司维护、维修电梯、水泵的动力不足，导致电梯、水泵经常“带病运行”，夹人、困人、坠落等事故不断。

刘正东建议继续将“电梯、水泵运行费”独立于物业服务费收取，并开具专门票据，以便业主专项监督；同时物业公司应对“电梯、水泵运行费”单独列账，每半年向业主或居民公示，报告业委会或居委会。相关部门要严格要求物业公司专款专用，防止挪作他用，防止卷款跑路，切实将“电梯、水泵运行费”专门用于电梯、水泵的日常维护、维修工作，减少或防止电梯、水泵的不必要大修，乃至不必要的提前更新，减轻物业维修

基金用于电梯、水泵更新改造的支出压力。

攻坚克难 共渡疫情难关

新型冠状病毒肺炎疫情在全国蔓延时，律师人大代表挺身而出、迎难而上。在这场没有硝烟的战斗中，律师界人大代表带领律师团队，为打赢疫情防控阻击战贡献法律智慧。

1月23日，吴坚代表递交了今年首份关于疫情防控的代表建议。他在《筑牢医院感染传播的防火墙，尽快改善医院急诊和发热门诊医护环境和防范能力的建议》中指出，急诊室和发热门诊这类处于救治突发性公共卫生疫情第一线，同时又是易感人群高度集中、各种病源并存的场所，需要特别防范，医护人员需要特别保护。

他建议，进一步提升急诊和发热门诊的防护等级和能级，做好防患于未然的各种应对准备。建议通过高压层流净化，改善急诊和发热门诊空气质量；改良防护服，严格医护人员的各项防护措施；进一步加强预检和预防。来医院就诊的所有病患填写前两周是否有到达流行疫情区域、密切接触过相关病患的行为，并留下个人联络方法，以便追踪；进一步加强急诊和发热门诊清洁卫生工作。

刘正东代表则将防疫的视角集中在市民的自我防范行为。他在本市企业集中复工前提出，届时将有大量人员返沪，存在潜伏期传播风险。鉴于佩戴口罩的特殊防范作用，从最严格控制角度建议上海考虑在一定时期内强制全城佩戴合格口罩。尤其是乘坐交通工具或通过道路交通检查时，要求来沪或返沪人员必须佩

戴口罩或持有口罩方能入沪；全城公共场所必须每人佩戴口罩，包括服务人员、消费者及游客等；并且把佩戴口罩责任列入公安、城管、市场监管等部门的执法检查内容，并加大执法检查力度，不听劝阻的可以进行行政处罚并列入信用信息。

刘正东代表的建议也获得了有关部门的积极响应。2月8日，上海市疫情防控工作指挥部通告，上海市即日起严格执行公共场所体温检测、佩戴口罩的要求。任何人进入本市机场、火车站、长途汽车站、轨道交通、商场、医疗机构、超市等公共场所和搭乘交通工具，应佩戴口罩并配合工作人员进行体温检测，拒不配合者，工作人员应拒绝其进入。拒不执行、阻碍执法者，应予以处罚。

律师代表们还将关注的目光投向了疫情中的企业。吴坚代表提交了关于本市疫情防控期间，企业延迟复工和劳动关系处理相关问题的建议。他认为，当前急需在动员全社会防范疫情的同时，对即将到来的延迟复工期间的企业劳动关系处理做出合理引导和有效保障。上海应当结合自身的经济结构和行业特点，在守好防控工作的大前提下，灵活应对延迟复工的相关劳动关系问题。

为此，他建议鼓励有条件的企业安排员工远程办公、在家办公；在企业延迟复工期间，优先安排员工带薪年休假，保障劳动者权益的同时适当减轻企业的经济压力；关于员工工资待遇，在保障员工权益的情况下兼顾企业的承受能力；对于延迟复工期间劳动关系处理的相关法律问题，建议劳动仲裁及法院出台相应的裁审指引。

为提升城市能级和核心竞争力建言

上海市政协十三届三次会议律师政协委员参政议政实录

文 | 顾晓红 摄影 | 金松

1月，上海市政协十三届三次会议期间，黄绮、董敏华、胡光、游闽键、张毅、裘索、邹甫文、安翊青、陆敬波、齐轩霆、洪亮、陈贵、童麟、徐珊珊等14位政协委员律师聚焦提升城市能级和核心竞争力，发挥专业优势参政议政，精准建言。据不完全统计，他们提交个人提案33件、联署提案83件，其中16件为执笔第一提案人。

一、着眼强化“四大功能” 加快建设“五个中心”

如何形成具有全球影响力的科技创新中心基本框架，着力强化全球资源配置功能、科技创新策源功能、高端产业引领功能和开放枢纽门户功能这“四大功能”，基本建成国际经济、金融、贸易、航运中心，是政协委员律师关注的问题。

市政协委员、上海市协力律师事务所律师游闽键建议，由上海知识产权局牵头，建立长三角知识产权流转协同机制，充分发挥上海金融中心建设的优势，开展知识产权金融产品创新试点，在平台上引进各类知识产权交易服务机构，提供一体化、全流程、专业化的知识产权运营服务，促进知识产权的交易流转。同时，充分发挥上海在知识产权纠纷解决方面的先进经验与做法，打造长三角知识产权保护高地。

市政协常委、上海市君悦律师事务所主任胡光在提交的“关于尝试‘监管沙盒’制度，破解民营中小企业融资难题，助力上海国际科技

金融中心建设的建议”提案中建议，尽快在自贸临港新片区先行试点“监管沙盒”制度，利用“监管沙盒”制度与区块链科技的结合推动破解民营中小企业融资难题，让真正有需求有信用的相关企业快速便捷地获取融资，并加快形成科技金融产业集群。

市政协委员、金杜律师事务所中国管理委员会主席张毅在所提交的“关于在风险可控的前提下，试点个人资本项目放开的建议”提案中建议，在风险可控的前提下试点部分资本项目开放先行先试，优先选择个人外汇额度内的个人资本项目试点放开。

市政协委员、北京市中伦律师事务所合伙人徐珊珊在所提交的“关于扩大进博会溢出效应的建议”提案中建议，深入探索“保税展示交易加跨境电商实体体验加免税店”的组合，增加常年展销平台吸引力，使消费者以更有竞争力的价格、更方便且有保障的售后服务、更佳的购物体验，不出国门便买到心仪的商品；吸引更多国际知名企业进驻



市政协委员游闽键参与咨询活动

常年展销平台，把上海进博会打造成国际新品发布、展销为一体的平台，更好发挥窗口作用，进一步提升影响和溢出效应，打造上海购物新地标。

市政协委员、上海维度律师事务所律师童麟建议，把科技创新文化作为重要工作方面，注重培育科技创新的原动力，让科技创新成为上海的城市精神，融入上海的城市文化，通过创办一份期刊、举办一个年会、筹办一项赛事，积极营造科技创新所匹配的文化氛围。

二、进一步加强依法行政 持续优化营商环境

如何进一步深化“放管服”改革、推进政务服务“一网通办”、加强依法行政、优化营商环境、改进政府作风，加快构建职责明确、依法行政的政府治理体系，真正使市场在资源配置中起决定性作用，是政协委员律师持续关注的问题。

市政协委员、上海市锦天城律



市政协委员邹甫文在会上参与讨论



市政协委员董敏华参与集中审查提案



市政协委员张毅(左一)参与分组讨论

师事务所合伙人裘索在所提交的“关于修订《上海市不正当竞争条例》，优化营商环境的建议”提案中建议，推进《条例》全面“大修”，落实上位法新制度；构建以法治为核心的公平竞争市场，建设一流营商环境；建立长三角联动机制，优化长三角区域公平竞争市场环境；以实践中的问题为抓手，解决“制度失灵”困境，有效规范市场秩序。

市政协委员、上海瑛明律师事务所合伙人陈贵在提交的“关于全面清理和加强监督久拖不决的执行案件‘钉子户’的建议”提案中建议，健全案件督办机制，实行执行流程

公开制度，由基层法院、中级人民法院以及上海高院三级联动，开展全面清理和加强监督久拖不决的执行难“钉子户”案件，并健全解决执行难的长效机制，实现“没有执行期限”向“预防超期执结”的管理目标的转化。

市政协委员、上海百汇律师事务所主任邹甫文在提交的“关于促进僵尸企业退出，设立破产管理人基金制度的建议”提案中建议，以政府为主导，多方筹措，建立破产管理人报酬基金制度，保障破产工作有序高效进行，在破产企业没有可供清偿财产或可供清偿财产不足以支付清算费用时，由破产管理人基金补足。

市政协委员、上海至合律师事务所主任洪亮在提交的“关于建立多层次、多元化信用惩戒机制，营造良好营商环境，鼓励年轻人创业的建议”提案中建议，进行顶层制度设计，对失信惩戒机制进行立法；明确失信定义，规范失信标准；建立多元化惩戒标准，细化失信惩戒机制。

市政协委员、上海方达律师事务所主任齐轩霆在分组讨论时建议，针对侨资企业实行“负面清单”管理；进一步提高政策的精准性、知晓率和落地率；进一步加大减税降费力度，减轻新侨中小企业负担；在出入境便利化方面针对海外人士的特点和对国内经济社会的综合贡献，加大出入境便利化程度。

三、对标超大城市特点和规律 提高城市治理现代化水平

如何在科学化、精细化、智能化上继续下工夫，不断提高城市治理现代化水平，努力走出一条符合超大城

市特点和规律的社会治理新路，是政协委员律师高度关注的问题。

市政协委员、上海沪中律师事务所律师副主任董敏华在提交的“关于上海市河道管理与治理的建议”提案中建议，在相关工作中做到科学规划、系统治理，截污优先、水陆同治，政府主导、社会参与，强化监督、长效管护。

市政协常委、上海江三角律师事务所律师主任陆敬波在提交的“关于推进和谐劳动关系建设，深化上海工会法律顾问制度的建议”提案中建议，扩大宣传引导，进一步强化工会维权的力量保障；借势借力借智，进一步做优工会法律服务品牌；加大专业支持，进一步健全风险防控的完整闭环。

市政协委员、上海里格律师事务所律师主任安翊青在大会发言中认为，应依法加强业主委员会建设，充分发挥业主委员会和全体业主在物业管理中的基础性决定性作用。要因地制宜，分类指导，坚持党建引领，充分发挥居民委员会和社区范围内居民、企业、各类社会组织等管理合力，把业主共治、居民区自治、社区管理与物业管理联动协调有机结合起来，不断提升小区物业管理水平和质量。



市政协委员安翊青在大会发言

促进良性互动 维护司法公正

松江律工委参加区人民法院与区司法局座谈会

文 | 松江律师工作委员会



工作座谈会现场

1月6日，松江区人民法院与区司法局联合召开“促进良性互动维护司法公正 规范法官与律师相互关系”工作座谈会。松江区法院党组书记、院长茆振坤，松江区司法局党组书记、局长莫桂兴出席。松江区法院副院长刘洪、糜世峰、刘海东、张永红，纪检组组长徐伟群；松江区司法局副局长陈炳泉、潘琼、陆朝阳以及区法院、区司法局相关业务部门负责人等参加。会议由松江区法院副院长刘洪主持。

会上，茆振坤指出：一是要深刻认识规范法官和律师相互关系，促进良性互动的重要意义，这是推动全面依法治国的必然要求，是尊重司法、服务人民的必然要求，是加强法官和律师队伍建设的必然要求；二是要认真落实好《关于规范法官和律师相互关系 促进良性互动维护司法公正的实施办法》（以下简称《实施办法》），促进法官和律师良性互动，要严密组织学习，严格落实相关工作机制，行有所止，把握尺度。

莫桂兴就如何促进法官和律师

的良性互动，提了三方面看法：一是要充分认识规范法官与律师关系的重要性；二是努力构建律师与法官新型健康关系的新常态，两家单位共同建立多形式、多层次的交流渠道，共同解决当前司法工作中遇到的难点和痛点问题；三是切实加强构建法官与律师新型关系的组织领导。司法局要抓好对文件的贯彻落实，律师管理部门要监督指导，真正让《实施办法》取得成效。

徐伟群就《实施办法》起草的背景和主要内容作简要介绍。他指出，法院由纪检监察组牵头、司法局由律公科牵头，成立起草小组，通过多次召开座谈会，走访律工委和律所，广泛听取法官和律师的意见和建议，并经反复修改完善后形成了《实施办法》。该办法主要包括：规范法官和律师相互关系，明确良性互动的原则和含义；建立完善“四项工作机制”，促进法官和律师良性互动；总结提炼“三项经验做法”，发挥律师专业和执业优势；设立联络工作办事机构，推动落实法官和律师良性互动。

陈炳泉就《实施办法》的制定谈了自己的看法，他指出，该办法在法官和律师之间架起了桥梁，更有利于律师的健康成长。“每一个奔跑的身影都将被定格为律师，每一粒奔跑的汗水将灌溉出一个更加灿烂的未来”。在法院的关心下，律师个人的价值更好地转换为社会价值，

体现社会公平正义。

座谈会上，法官代表和律师代表分别作了交流发言。

松江区法院民事审判庭法官吕荣珍：《实施办法》对法官和律师的互动提出了更为具体和清楚的规范指引，要牢固树立法律共同体意识，相互尊重理解；要树立协同合作理念，共同实现诉讼使命。

松江区法院商事审判庭法官屈年春：法官和律师都是维护我国社会主义法治的重要力量，作为职业共同体，应增进相互理解与信任，法官审判要更加公开，律师执业要更加坦诚，加强对不断涌现的新类型案件的探讨交流，增进学术共长。

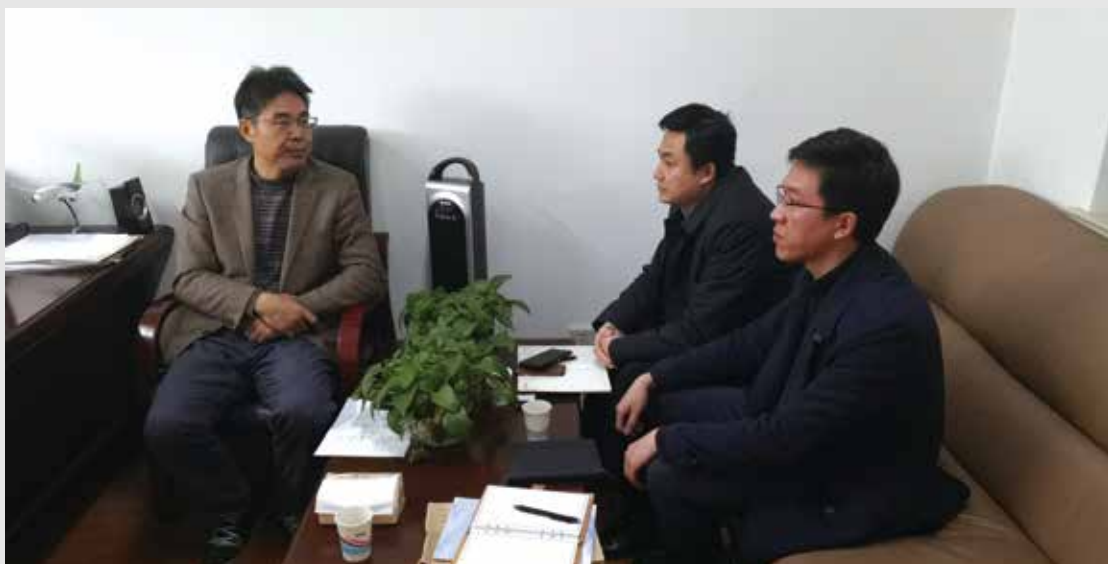
松江律工委主任、上海茸城伟达律师事务所律师傅伟军：《实施办法》的出台不仅为本区律师依法执业提供了充分的保障，也为本区法治建设打下了扎实的基础。作为松江律工委主任，傅伟军代表松江律师庄严承诺，会将组织全区律师认真学习本办法，严格执行本办法，恪守职业道德，勤勉敬业，与法院同仁携手共建法律职业共同体。

上海市志致远律师事务所律师何俊勇：松江区法院主动搭台提供法官与律师共同学习的平台，通过聘请人民监督员等形式主动接受律师的监督，法官还为律师提供专业指导。希望在《实施办法》的指引下，松江法官和律师为共同推动法治事业作出更大的贡献。

参与服务民企 改善营商环境

奉贤律工委“民企法治体检”团队走访区工商联

文 | 奉贤律师工作委员会



奉贤律工委律师前往奉贤区工商联走访交流

新年伊始，承接奉贤区“民营企业法治体检”项目的奉贤律工委副主任田原、盛琬刚，委员韦家凯等三名律师前往区工商联走访交流，得到了副主席刘海华、科长周斌的热情接待。

在1月3日上午的会谈中，田原作为本次“民营企业法治体检”项目实施的负责人，首先向工商联通报了项目推进情况和后续服务不停步的工作设想，并衷心感谢区工商联在本次“民营企业法治体检”项目推进工作中给予的大力支持。

盛琬刚和韦家凯分别围绕受检企业配合情况和反馈信息，介绍了

受检企业的顾虑与态度、各经营业态经济体主要面临的类型化问题，提出了律师队伍参与服务民企、改善营商环境的具体建议。

交流中，刘海华首先肯定了律师行业实施“民营企业法治体检”项目的积极意义和取得成果。刘海华还介绍：奉贤区工商联正在根据区委政府的布署，积极构建亲清政商关系的政策体系，健全支持中小企业发展制度，促进非公有制经济健康发展和非公有制经济人士健康成长。为此，区工商联从以往对接公检法机关，解决民企维权中急难愁问题的丰富经验和具体案例出发，周密计划了2020年

服务民企的工作计划，希望以工商联接纳民营经济协会为契机，结合律师“民营企业法治体检”项目，健全支持民营经济发展的法治环境。

这次走访交流，不仅帮助工商联增进了解了区律工委工作、律师服务经济的作用，更重要的是进一步取得了区工商联对律师参与“民营企业法治体检”项目的持续支持，增强了律工委积极参与区委区政府改善营商环境，建设亲清政商关系系列工作的信心。奉贤律工委将带领全体奉贤律师，积极配合区司法局、区工商联推动落实优化营商环境各项举措。

“离婚冷静期”是否合理与必要

主持人： 吴卫义 上海律协婚姻家事业务研究委员会主任、上海海若律师事务所主任

嘉 宾： 付忠文 上海律协婚姻家事业务研究委员会副主任、北京市隆安律师事务所上海分所合伙人

张 寅 上海律协婚姻家事业务研究委员会委员、北京大成（上海）律师事务所合伙人

陈燊昊 上海律协婚姻家事业务研究委员会委员、上海申同律师事务所合伙人

文字整理：潘锦捷

吴卫义：我们今天讨论的主题是“离婚冷静期”是否合理和必要。今天请来的三位嘉宾都是在家事法律业务领域深耕多年的资深律师。我们知道，《民法典婚姻家庭编（草案第三次审议稿）》（以下简称《草案》）在2019年年底已经正式公布，关于离婚冷静期的问题，虽然大家之前热议得比较多，也有不同的声音，但是依然出现在了这份《草案》的第八百五十四条中。

第八百五十四条规定：自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。

前款规定的期间届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。

吴卫义：三位嘉宾可否先为我们解读一下《草案》的第八百五十四条？

张寅：该条文简单来说就是指：（1）两人去办理离婚，不能立马离婚；（2）从双方就离婚、子女抚养、财产及债务处理等事宜达成一致并申请离婚，到真正离婚，最长可达60天；（3）不仅是第一款规定的30天内任何一方可以反悔；在整个60天内，任何一方均可以反悔；（4）在去申请

离婚到领到离婚证的这段时间，双方的婚姻关系是确定的，但可能是名存实亡的；双方签署的离婚协议是效力待定的。

付忠文：《草案》条文规定的“离婚冷静期”实际包含两个阶段：一是夫妻双方首次到婚姻登记机关递交离婚登记申请之日起的三十日内，二是前述期间届满后的三十日内。第一个阶段，双方必须以不作为的方式保持递请离婚的持续状态，任何一方的撤回都将导致协议登记离婚的失败，而在第二个阶段，双方必须以积极作为的方式，再次亲自到婚姻登记机关申请发放离婚证，再次确认离婚的意思表示。

离婚自由 应当是法定范围内的自由

吴卫义：的确如此。关于“离婚冷静期”，社会上也出现了不同的声音，主要有两大“阵营”——支持派和反对派。支持派认为“冲动型离婚日渐增多，给双方一个冷静思考的空间，没什么不好”；反对派认为“这是限制了离婚自由”。请问三位嘉宾，离婚冷静期是否是限制了离婚自由？

付忠文：我认为“离婚冷静期”制度的设置不是对离婚自由的限制。2003年起实施的《婚姻登记条例》

较此前的规定更加张扬个人“意思自治”。但很多专家学者认为，该条例存在着“自由有余、限制不足”的问题。如中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰教授所言，“离婚自由的边界是社会正义，对公民个人离婚自由权利的保护，应当符合社会正义，考虑社会成本”。我认为，任何自由都是相对自由，而非绝对自由，离婚自由也不例外。离婚自由应当是法定范围内的自由，但法律对离婚自由适当干预和限制也应当有一定的边界并遵循正当性及相称性原则。

从法经济学角度来讲，自愿协议是分配社会稀缺资源的有效手段。由于社会资源的稀缺性，人们在交易中都会试图使净收益最大化。一般来讲，法律无须对交易条件加以限制，但当交易具有重要的外部性，法律就有必要对交易条件加以限制。离婚不仅仅是个人私事，离婚对子女和社会大众具有重要的外部性，因此法律应当对其进行适当干预。目前我国离婚率居高不下，设置“离婚冷静期”既有助于双方谨慎对待婚姻，又有利于保护未成年子女的合法权益及健康成长。从域外比较法来看，很多国家在允许协议离婚的同时，也基本设置了“离婚冷静期制度”。在当事人的离婚自由权与公权力介入的范围之间，法律应如何划定个人自由的范围及公权力的边界，

的确是各国婚姻家庭法面临的巨大和长期的挑战，但“离婚冷静期”制度的设置似乎是大多数国家的共识。

张寅：我认为给予离婚以冷静期并没有限制离婚自由。“离婚冷静期”的设置并没有剥夺双方共同选择离婚的权利，双方如果在冷静期后坚持解除婚姻关系仍然可以解除婚姻关系；如果有一方不同意解除婚姻关系，那么也正是充分保障了不愿意离婚方的自由。

陈燊昊：婚姻自由包括结婚自由和离婚自由，而这两种法益又是直接冲突的。我认为设立冷静期并没有剥夺或者限制离婚的自由，其初衷是平衡这两者之间的权利行使。《草案》是对离婚自由中自愿离婚的情形下如何具体行使权利做程序上的规定，两个法律条文在形式和逻辑上是没有冲突的。给双方冷静期，有利于双方认真思考是否离婚和离婚协议的具体内容，慎重对待，减少纠纷，有利于实质上保证离婚自由原则的行使。

吴卫义：面对离婚的双方当事人，很可能是婚姻走到尽头的夫妻双方，30天+30天的冷静限制，是否会使当事人的精神更受煎熬？

陈燊昊：我认为这不是一个单纯的法律问题，《草案》在起草的时候肯定会注意相关影响。一方面，全国人大每次立法都要进行调研征求意见，时间的设计肯定是符合规律的，有立法的实务基础；另一方面，离婚也需要心理建设，离婚意味着双方婚姻的失败，给予一定的冷静

期，有助于当事人在精神层面做好未来生活的准备。

付忠文：我认为立法者设置“离婚冷静期”的目的并非鼓励离婚，而是通过创设时间差让双方能够理性地思考评估，从而尽可能减少冲动导致的非理性行为的发生。婚姻关系与普通的社会关系不同，它的设立和终止对个人、家庭和社会都会产生巨大的影响。婚姻关系的私密性和情感因素使得当事人容易感情用事，甚至一语不合，一拍即散。设立一定期限的冷静期有助于减少冲动型离婚，而对于理性离婚的夫妻双方来说，冷静期会使双方更有充裕的时间再次反思离婚决定的正确与否，而不会将该期限看作是一种煎熬期，只会使大家更趋于理性，更易于日后依照合约从事。

设立“离婚冷静期”是从社会大局出发，减少离婚对未成年子女和社会产生的不利影响

吴卫义：这种“离婚冷静期”的限制，除了当事人需要至少两次去民政部门办理离婚登记外，对于一方在外地甚至是国外的，会带来很大不便，行政机关也需要处理两次同样的事务，会给档案管理、配套设施和人员安排等带来新的挑战。这是否与时下我们倡导的“高效便民”原则相悖呢？

陈燊昊：这关系到法律价值的位阶，设置冷静期让家庭生活更趋于理性，让社会更稳定和健康；而行政机关的高效便民，更多是为了提高行政效率，节约社会资源。让男女双方更好地审视生活，有利于



吴卫义

家庭生活质量的提高、家庭关系的提升。从对社会稳定和进步的角度，我认为冷静期的法益比高效便民的法益的位阶要高一些。

张寅：按照目前的法律设置，对登记离婚的当事人采取的是否认推定，即如果双方在第二个30天内未前来登记视为撤销原有的离婚登记。这样的设置确实会给办理离婚的当事人和机构增加工作量。

进行这样的设置初衷在于，婚姻登记机构无法掌握登记人在这30日内的情况，其中包括了登记人的死亡。如果一律推定为登记人解除婚姻关系，可能会与实际产生冲突。这就需要我们的机构能够让“数据多跑路，让当事人少跑路”，在具体办理登记时采取简便高效的方式。

付忠文：党中央和国务院近年来一直强调行政机关要“高效便民”，其目的是督促行政机关提高办事效率，方便老百姓。1994年实施的《婚姻登记管理条例》曾规定了一个月的“离婚申请审查期”。但自2003年《婚姻登记条例》的第十三条取



付忠文

消了“离婚申请审查期”，要求婚姻登记机关对自愿离婚的当事人应该当场予以登记，发给离婚证，这一规定大大提高了婚姻登记机关的办事效率。新的《草案》重新设置“离婚冷静期”不是一种制度倒退。1994年《婚姻登记管理条例》的“离婚审查期”是赋予婚姻登记机关的权力，并未明确赋予当事人在此期间可以随时反悔并撤回离婚登记申请的权利，而该《草案》明确赋予了当事人反悔并撤回离婚登记的权利。相较而言，前者系对婚姻登记机关工作效率的宽限，而后者系对当事人权利行使有效性的时限限制。“离婚冷静期”的设置，需当事人至少两次去民政部门办理离婚登记确实给当事人带来诸多不便，婚姻登记机关也需两次处理同样的事务，这也会给档案管理、配套设施和人员安排等带来新的挑战，因此可以借鉴其他国家的相关规定，即冷静期届满之日视为双方不反悔，婚姻关系解除。

吴卫义：协议离婚与诉讼离婚相比，最大的优势在于矛盾化解和高效便捷，设置冷静期实际与协议离

婚初衷相悖，甚至会增加诉讼离婚的概率。大家怎么看？

付忠文：我不赞同这个观点。尽管协议离婚为越来越多的国家所采纳，但适用行政登记即可办理协议登记离婚的国家仍然不多。即便按照该《草案》的制度设计，我国的登记离婚制度仍是世界上最简便最自由的离婚制度之一。很多国家适用的是司法程序的协议离婚，现在也没有证据证明这些国家因设置了“离婚冷静期”而增多了诉讼对抗离婚案件，况且现在法院也是“案多人少”，无法做到当场办妥离婚手续，且当事人去法院办理协议离婚仍需按照一般诉讼离婚的要求准备相关文件，这对普通老百姓而言也并非易事，其难度肯定大于到婚姻登记机关填写几张表格。我认为，立法者设立“离婚冷静期”是从国家和社会大局出发，是为了维护社会正义，减少离婚对未成年子女和社会产生的不利外部影响。即便当事人想绕过“离婚冷静期”，司法机关也不应为其提供便利，否则将致使立法目的落空。

陈燊昊：事物都是两面的。协议离婚高效，但离婚协议只审查形式，可操作性、可执行性比较差，容易有“后遗症”；而诉讼离婚很大程度上避免了这些问题。两种离婚制度在优缺点上是互换的。设立冷静期可能会使诉讼离婚率出现波动，但不会对社会整体的诉讼率造成影响，冷静期的设置可能会释放一些协议离婚后出现的纠纷，冷静期可能是将这部分的纠纷由离婚后诉讼转变为离婚诉讼。与诉讼率相比，其实更应该审视冷静期的功能安排。

张寅：在刚开始施行冷静期的政策时，由于大家对于法律不熟悉，在短期内一定会对于离婚诉讼案件产生影响。但是，随着这种操作慢慢演变成一种常态，冷静期对于诉讼离婚的影响也会逐步减弱。协议离婚即便存在冷静期，较目前的诉讼离婚从时间上来说还是更为便利，也无需额外承担诉讼费的成本。

双方签署的离婚协议，在未办妥离婚登记手续之前并未生效

吴卫义：如前面所说，签署的离婚协议，在未领取离婚证之前，是否处于效力待定状态？如果属于效力待定，会有什么影响？

张寅：《婚姻法司法解释（三）》第十四条规定：“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”冷静期设置以后仍应按照上述法律规定适用。

付忠文：根据《婚姻法司法解释（三）》第十四条之规定，双方签署的离婚协议，在未办妥离婚登记手续之前并未生效，该协议属于附生效条件的民事法律行为，自双方办妥离婚登记手续时方生效。简单来说，双方签署离婚协议后领取离婚证之前，双方仍是夫妻，婚姻关系并未解除。如果这期间一方突然去世又没有留有遗嘱的，另一方仍有继承权；同时，若一方在此期间突然获得一笔财产，除按照法律规定或夫妻双方婚内约定（非离婚协议约定）

属于该方个人所有外，仍属于夫妻共同财产。

陈燊昊：《草案》的规定是将离婚申请与最终颁证这两个行为在时间上面进行区分。提出离婚申请到最终进行颁发离婚证有一定时间，此时离婚协议已经成立，但是协议还没有生效。离婚协议在这期间是效力待定的，需要以是否最终登记离婚来确定协议效力。如果最终登记离婚，协议生效；如果最终没有登记，协议中身份关系的约定不生效，而并非无效；协议中的财产部分，如果没有特殊约定，该部分也是不生效的。但是双方可以约定将该财产部分约定转化为婚内财产约定，该部分的约定可以生效。

吴卫义：如果 30 天内有一方撤回离婚登记申请，是否可以将此前备案的离婚协议撤回，或者说在第一次办理离婚登记申请时根本无需备案离婚协议，只需填写离婚登记申请书即可？

陈燊昊：目前，自愿离婚都要有离婚协议。《草案》把申请和颁证在时间上分开，立法本意可能是让双方更充分冷静地思考离婚的问题。可以在第一次申请离婚时不强制要求提供备案协议，而是提供一份离婚告知书，把离婚需要涉及的事项告知，如推荐参加婚姻辅导、协商协议、咨询律师意见或委托律师参与办理离婚事宜等。这样经过冷静期，双方做出的决定和制定的协议成熟度都会高一些。

付忠文：我认为待《民法典》通过后，国务院应该会及时修改现行

的《婚姻登记条例》，民政部应该也会及时修改现行的《婚姻登记工作规范》，对此问题予以明确。现行《婚姻登记工作规范》是民政部 2015 年颁布的，依据规定，婚姻登记机关受理离婚登记申请的条件之一是“当事人持有离婚协议书，协议书中载明双方自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见”，若《民法典》生效后，相关婚姻登记规范未修改，则当事人提出离婚登记申请时应当提交双方的离婚协议。根据草案，双方申请离婚登记之日起的 30 日内，任何一方反悔的，则可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请，那么是当事人一方有权撤回原来双方提交的申请资料还是有权向婚姻登记机关表达不愿离婚后终止离婚申请？《草案》对此规定得不明确，如果是前者，那么我认为可以一并撤回离婚协议，但若是后者，则该离婚协议应留存在婚姻登记机关。我个人更倾向于后者，这样便于日后当事人调取证据证明双方曾共同申请过离婚的事实，便于诉讼中证明双方感情问题。

张寅：我认为法律的立法原意应当指，第一次申请离婚是一个完整的离婚程序，要有离婚协议。双方当事人合意解除婚姻关系，不仅需要考虑是否解除婚姻关系，同时还可能包括子女如何抚养与探视、财产如何分割等等重要问题。既然是冷静期，就应该在双方达成一个初步合意后给予双方冷静期来考虑离婚以及协议的内容是否均已慎重考虑。

如果 30 天后双方当事人又达成了一份新的协议，是直接予以发



张寅

证，还是需要新的冷静期？我的建议是应当予以发证。双方在冷静期后仍然坚持要求离婚，说明双方离婚的态度是坚决的，达成新协议更说明双方就离婚经过了慎重的思考并且意见一致，婚姻登记机关应当按照新的协议予以发证。

吴卫义：如果在办理离婚登记申请时除了填写申请文件，还需要将双方达成的协议备案，最终双方未能离婚，这个协议就没有产生法律效力。那么，协议上确定的夫妻财产范围（若有）是否会作为将来诉讼的证据呢？

张寅：这份协议可以作为证据使用，但是否能够作为直接证据不能一概而论。如果婚姻登记机关只是对财产部分做形式审查而非实质审查，则不能将协议所列财产作为直接证据进行采纳，但是可以适当减轻主张财产一方的举证责任或采取举证责任倒置。

付忠文：虽然在此情况下离婚协议未生效，但若双方明确了夫妻共同财产的范围，一般应认定该约定



陈灿昊

是双方真实意思表示，离婚诉讼中可以据此财产范围依法进行分割。但若有证据证明该约定中一方当事人的自认系在受胁迫或者重大误解情况下作出的，应当允许反悔，如本属于婚后个人财产而误以为系夫妻共同财产或误以为对方的个人财产但实际是夫妻共同财产等情形。

在“离婚冷静期”期间，社会和政府机构应该发挥其教育服务功能

吴卫义：虽然离婚的当事人是成年人，办理离婚登记申请前应该自己想清楚并承担相应的法律后果。实践中有冲动型离婚，“离婚冷静期”的设置可以避免冲动型离婚，这是离婚冷静期的优势。大家怎么看待离婚冷静期的优势？还有什么其他优势？

付忠文：很多国家都设置了时限不等的“离婚冷静期”，这在避免冲动离婚、维护家庭和社会关系的稳定及保护未成年子女的合法权益等方面起到了巨大的作用。在“离婚冷静期”期间，社会和政府机构应该

发挥其教育服务功能，提供相应的配套婚姻咨询服务，更好地开解、教育夫妻双方，挽救尚存希望的婚姻。许多国家都将婚姻咨询列入离婚的必经程序，强制规定申请离婚的双方需参加信息会议，由具有心理、法律、两性关系等领域的专业人士对夫妻双方进行矛盾疏导，提供财产、子女抚养等方面的咨询、建议和教育。离婚时夫妻双方是一个两造结构的矛盾对立体，引入第三方将更好地隔绝双方的对立情绪，帮助当事人理清思路，拯救濒临解体的家庭，也能借此契机强化未成年人的权益保障意识，保护儿童权益。我国的乡里宗族文化和单位社区文化都为这种调解与咨询提供了土壤，该第三方可以由村委会、居委会来组织或由婚姻登记机关聘请专业人员组织，以延伸我国调解文化中的“东方智慧”。

对于理性离婚的当事人来讲，也可充分利用这个宝贵的时间和机会重新思考自己的离婚决定是否正确，重新思考离婚对双方及子女来讲是否是最佳方案，是否还需要进一步完善和补充的离婚未尽事宜等。

张寅：设置“离婚冷静期”的初衷在于给双方当事人一定的冷静时间，思考双方的婚姻是否还有维系的必要。这个初衷是好的，但是也有一些理想化。夫妻在办理离婚登记以后的一个月里，思考更多的可能不在于夫妻关系还能否缓和，而是离婚协议签署是否对自己有利。因此，我担心最终在没有继续选择离婚的当事人中，更多的不是因为复合而撤回离婚登记，而是因离婚协议破裂而撤回离婚登记。如此一来，与立法初衷就不一致了。

吴卫义：有报道显示，在上海，静安区法院就在离婚判决中引入了“冷静期”，在已进入“冷静期”的67起离婚案件中，成功挽回了27个濒临破碎的家庭。在河南，部分法院开展家事审判改革试点工作，一些基层法院在离婚诉讼中，尝试实行3至6个月的离婚冷静期制度。这里的报道都是说诉讼离婚冷静期。关于诉讼离婚引入冷静期，大家怎么看？

付忠文：诉讼离婚中部分法院引入“离婚冷静期制度”并无法律明确规定，公权力行使的边界不宜随意扩大。很多离婚案件第一次都是判决不离婚，不离婚判决生效后再次起诉一般要等6个月，这个冷静期已足够，故无需离婚诉讼中单独设置冷静期，否则将使不幸婚姻中的当事人更饱受精神痛苦和折磨，严重的还会继续遭受家暴。我认为，单独的冷静期设置对于挽救婚姻并无很大益处，还需相应的配套机制进行合理干预。

张寅：可以对比一下法院整体的离婚案件第一次起诉的调撤率，以及跟踪一下这27个家庭在未来三年内的情况，如是否存在再行起诉、协议离婚或者长期分居的情况。这样才能够反映出准确的数据以体现离婚冷静期的必要性。对于协议离婚的冷静期也是这样，我认为应当先选择若干地方进行试点，调研其效果和必要性后再通过立法方式全面铺开。

陈灿昊：在诉讼中引进冷静期并不适合普遍推广。现有的诉调制度已经给予调解充分的时间安排，而且调解也是贯穿法院审理过程的。

在目前社会环境下起诉法院离婚，其实是双方最后的选择。结合现有的调解制度和当事人的诉求，婚姻案件倡导调解也不应扩大调解的时间，另设诉讼冷静期。

吴卫义：还有部分人提出，冷静期30天太短，要么延长这个时间，要么明确30天的时间以工作日计算，大家如何看？

陈燊昊：尊重人大法工委的意见，相较民诉中的答辩期规定的时间期限，30日以自然日计算还是合理的。

付忠文：我认为30天符合我国国情，仅仅靠拉长时间对于挽救婚姻是不够的，还是要有相关配套机制的出台和实施来引导和协助当事人重新审视婚姻，而且现实中很多人提出离婚尤其是双方共同申请离婚，势必是双方都觉得目前的婚姻是痛苦的，若冷静期过久对于急于解脱不幸的当事人而言是一种无谓的煎熬。

吴卫义：有人提出，离婚冷静期的设置是必要的，但是不应该一刀切，应该让离婚的当事人自由选择，需要冷静期的按照冷静期的规定办理，不需要的可以立马办理离婚登记。这种做法是否更好？

张寅：我认为是的。这样的方式既给当事人选择冷静的权利，也兼顾了效率。

付忠文：我认为不好。离婚对于未成年子女、社会来讲具有很大的外部性，国家法律适度干预是必有

要的，任何自由也是有边界的。我建议还是要以一刀切的模式设置一定时间的离婚冷静期。法律之所以设置冷静期也是基于现实中确实有部分人是冲动离婚，因此谁能保证双方到现场办理离婚登记申请时选择不要冷静期不是冲动？

陈燊昊：应当统一适用，设置冷静期就是避免冲动，给予选择可能会形同虚设，也与立法本意相违。

吴卫义：目前，《民法典》婚姻编的编纂工作正在紧锣密鼓地进行，相信不久的将来，离婚冷静期可能会最终入法，在落实离婚冷静期问题上，站在当事人角度或者行政机关角度，大家有什么好的建议？

张寅：我认为应当尽快设置冷静期的负面清单，即符合冷静期负面清单条件的不强制适用冷静期。目前已经看到最新一版的《草案》将家庭暴力、赌博吸毒等排除适用冷静期，但家庭暴力等原因存在举证难的问题，行政机关如何审核材料也应当尽早出台细则。

陈燊昊：建议制作冷静期告知单，告知冷静期的设置目的，明确告知男女双方在婚内的各项权利。建立冷静期离婚辅导制度，申请离婚的男女双方自愿选择，根据各自的需要，婚姻相处、调解、法律咨询、法律支持等行政机关安排对接或告知途径。

付忠文：对于当事人而言，一定要慎重决定离婚与否，离婚冷静期间，当事人可向具有心理、法律、两性关系等领域的专业人士进行咨询，

再次审视自己的离婚决定是否正确，是否对孩子的健康成长有利，是否已充分考虑或约定了相关的离婚事宜。对于婚姻登记机关而言，应当通过政府采购服务聘请相应的具有心理、法律、两性关系、未成年权益保护、妇女权益保护等领域的专业人士为当事人进行免费解答与引导，借此以减少冲动离婚，让双方当事人重视孩子的权益保护及妇女权益保护，并能清晰认知离婚后出现的各自困难和生活挑战等相关事宜；即使当事人通过冷静期后还是决定离婚，因婚姻而存在的夫妻之间的权利义务因此消除，但以孩子为纽带的父母子女亲缘关系并不会因此有所变化，通过专业人士的服务，能够引导双方在今后的生活中不断修习爱与责任之内涵，经营好未来各自的生活，并在子女成长中对关乎子女切身利益的问题共同寻找妥善的解决途径，努力为子女提供健康美好的成长环境。这也是在另一层面上实现设置离婚冷静期制度立法原意的方式。

吴卫义：针对《草案》中广受热议的离婚冷静期问题，三位律师为我们阐幽发微，从立法原旨、司法实践、公共效应等多个方面进行了探讨。虽然目前对于离婚冷静期的设置尚有争议，但大家的目标是共通的。离婚冷静期制度究竟能否起到维护家庭和社会关系的稳定的社会效用，还需要社会和政府机构的共同努力，以及律师行业的不断创新。我们今天的讨论就到此结束，谢谢各位嘉宾！

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点）

（整理时间：2020年2月24日）

2019年11月30日，以“国际化背景下华东律师业的发展与合作”为主题的第十七届华东律师论坛在上海隆重开幕，论坛由华东六省一市（上海、江苏、安徽、福建、浙江、山东、江西）律师协会联合主办、上海市律师协会承办。论坛获奖作品将在第一、二期“律师实务”栏目陆续刊登。

论环保合规业务 在政府法律顾问中的挑战和机遇

文 | 王雷 易千

党的十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出“普遍建立法律顾问制度”，随后十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》等文件为政府法律顾问制度的建立和发展指明方向，党的十九大更是做出了深化依法治国实践的重大决策部署。新时代背景下，生态文明建设和生态环境保护成为法治政府建设中举足轻重的环节，环保合规也成为政府法律顾问不可或缺的全新业务类型。如何在政府法律顾问服务中构建和优化环保合规业务，以专业服务大局、助力法治政府建设，生态环境律师大有可为。

一、政府法律顾问——环保合规业务现状

（一）政府法律顾问现状

根据近三年来（2016—2018），中国政法大学法治政府研究院发布的《法治政府蓝皮书：中国法治政府评估报告》显示，目前我国政府法律顾问主要存在形式主义、发挥作用有限、运行机制待完善等问题。

由此可见，目前政府法律顾问制度虽然已经实现了有形覆盖，但达到政府法律顾问的有效覆盖尚有一段距离。究其原因，政府法律顾问对专业化的需求已经显现，但法律服务市场尚未有效响应。

（二）环保合规业务现状

生态环境保护是政府的重要工作职责，也是政府重大行政决策和

立法行为的重要考量指标，同时，生态环境保护更是纳入领导干部政绩考核体系。因此，环保合规是依法行政的重要内容，政府对该专业领域的需求显而易见。

放眼国内政府法律顾问市场，具有生态环境资源法专业知识并从事相关业务的律所和律师数量屈指可数，法律服务市场可供选择空间小。而从政府聘请法律顾问的角度来说，法律顾问团成员往往侧重于行政法相关领域或者综合业务能力较强的律师、专家，尚未特别关注在环保合规领域具有专长的律师。基于双方原因，环保合规业务作为专业性极强的新兴法律服务领域，在政府法律顾问市场尚未有效激活。

二、环保合规业务在新形势下的挑战和机遇

（一）党和国家政策方针提出污染防治要求

党的十九大报告对于生态文明建设和绿色发展给予了高度重视，生态文明体制改革实现重大突破，我国生态文明建设和绿色发展迎来了新的战略机遇，污染防治成为新时代打赢三大攻坚战的重要使命。随着生态文明绩效评价考核和责任追究制度全面建立，政府决策生态环保合规成为政府工作的重要内容之一，这对政府法律顾问服务内容提出了全新要求。

2019年政府工作报告中更是进一步明确了加强污染防治和生态文明建设，大力推动绿色发展的工

作任务，而这一领域的法律服务市场尚处孕育阶段，这对从事政府法律顾问服务的律师而言是新的机遇，也是新的挑战。

（二）史上最严法律法规相继出台，为生态文明建设保驾护航

自2015年“史上最严”《中华人民共和国环境保护法》实施起，我国出台及修订了一系列环保法律法规，如土壤污染防治法、大气污染防治法、水污染防治法等，在打击环境违法犯罪方面力度空前。

2018年1月，全国试行生态环境损害赔偿制度，力争到2020年在全国范围内初步构建责任明确、途径畅通、技术规范、保障有力、赔偿到位、修复有效的生态环境损害赔偿制度。

2018年最高人民法院工作报告指出，司法服务美丽中国建设，出台为长江流域生态文明建设与绿色发展提供司法保障等意见，制定环境公益诉讼等司法解释，审结环境民事案件48.7万件，坚决维护生态环境安全。依法审理生态环境损害赔偿案件1.1万件、检察机关提起的环境公益诉讼案件1383件、社会组织提起的环境公益诉讼案件252件。江苏、浙江、贵州等法院探索实施环境修复司法举措，促进生态保护等。

上述一系列法律法规、司法解释和制度举措都表明了我国建设生态文明的决心，也对法治政府建设中的环保合规工作提出了更高要求。

（三）环境保护行政问责制

2018年6月，中共中央、国务

院颁布了《关于全面加强生态环境保护坚决打好污染防治攻坚战的意见》，明确环境保护落实党政主体责任，严格实行党政同责，一岗双责，生态环境保护考核结果作为领导班子和领导干部综合考核评价、奖惩任免的重要依据，环保合规已经成为政府决策合规，构建法治政府中至关重要的一环。

三、环保合规与政府法律顾问业务融合的两个“支撑”

政府法律顾问在推进依法行政，建设法治政府的进程中要充分发挥作用，就要顺应新时代要求，在新形势下积极转型，谋求发展，注重深度化的专业发展。有志从事环保合规业务和具有生态资源环境法背景的专业律师应当抓住时代机遇，积极推进环保合规业务融入政府法律顾问，服务法治政府。同时，政府也应当重视环保合规，为具有相关业务专长的法律顾问更好地参与政府决策、进行合规性审查、提供法律意见等履职行为提供有利平台，通过政府和律师之间的良性互动，共同推动环保合规业务的发展和法治政府建设。

（一）律所环保合规专业化建设——基础支撑

1. 提高政治觉悟和社会责任意识，尽职履责

目前部分在环保合规领域具有专长的律师个人或者专业团队，多将业务重心放在商事经济领域，将环保合规作为上市公司的配套法律服务。要将环保合规业务转型，融入政府法律服务，相关从业律师应

当积极转变观念，注重大局意识的培养，不断提高政治觉悟和社会责任意识，为政府重大行政决策和立法行为提供专业法律顾问服务，该项法律服务本身肩负了服务人民、服务社会公共利益的重要使命。

2. 建立专业团队，注重精细化分工

随着政府法律事务类型的增多，律师个人具有专业上的局限性，传统单打独斗的方式很难适应新形势下政府法律顾问的要求，加上环保合规业务作为新兴业务尚处起步阶段，发展还不够成熟。因此，以律所为单位组建专业的政府法律顾问环保合规团队，在人员配比上注重专业类型的进一步细分及环保合规业务与政府需求的有效结合等因素，以团队协作的方式迎合政府对于环保合规的多样化需求，提供深度法律服务。

3. 优化工作方法，深度参与，注重效率

改变传统落后的工作方法，充分使用大数据分析、法律法规更新库、案例检索、电子建档、文件在线即时传输等现代化的工作方法，提高工作效能，为环保合规法律意见提供充分的论证依据。同时，电子化信息化的工作方法也能够完整记录工作流，确保工作留痕，便于日后检索查找，避免以往纸质存档易遗失、毁损的风险。利用大数据检索全国范围内政府环保合规的优秀案例，结合地方实际加以完善，优化服务水平。

4. 加强学习和交流，注重知识管理

由于目前政府法律顾问环保合规全国范围内尚处探索阶段，闭门造车显然不如博采众长。一方面通过与全国各地从事环保合规相关领域人员的沟通交流，学习业务领域的前沿动态和先进的经验、做法，并结合当地实际加以优化运用；另一方面注重对环保合规的知识管理，逐步形成团队动态化、体系化的专业知识管理模式。

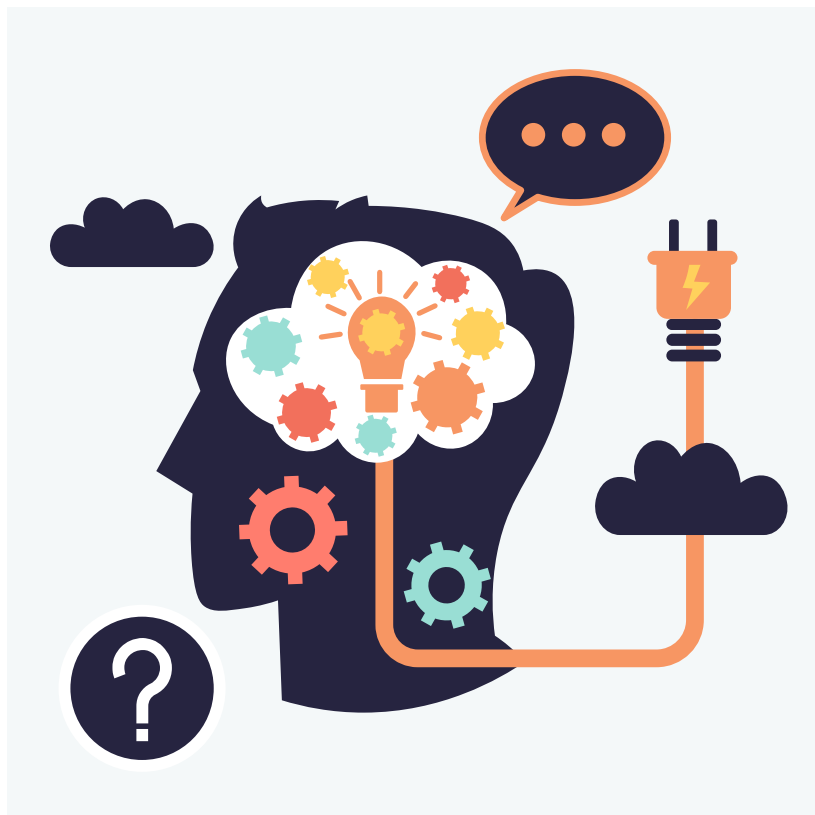
（二）政府重视并为环保合规业务发展创造条件——保障支撑

1. 建立公开、透明、合理的选聘制度

环保合规业务市场份额低，相关从业律师与其他较为成熟业务领域的从业律师相比，社会影响力明显不足。探索合理的政府法律顾问选聘制度，以专业水平和服务质量选任和评价政府法律顾问，通过公开竞争的方式，让思想道德水平高、真正有实力、有业绩、有口碑的律师成为政府法律顾问，优化政府法律顾问质量，积极发挥生态环境律师的创造力和能动力，助力法治政府建设。

2. 注重专业化分工，把握新时代法律服务新形势

根据近年来政府工作报告反映的政府工作内容，政府职能转变，工作涉及的领域众多，不同领域涉及的法律服务专业不同，需求也不同。本文提及的政府决策生态环保合规法律服务就是专业分工细化后衍生的业务类型，对于法治政府的建设必不可少。因此，政府在选聘法律顾问时，要充分考虑法律顾问的专业化分工问题，重视环保合规对于政府依法行政的重要性，确保



专业的事由专业的人做，让政府法律顾问起到实质性作用。

3. 制定合理的法律顾问考核制度，落实经费保障

规范政府法律顾问管理，制定科学的考核制度，根据提供法律服务的专业水准、工作量、工作反馈效率、取得的社会效果等多方面进行考核，对于在环保合规领域表现突出的政府法律顾问，予以表彰和奖励，提高政府法律顾问的工作积极性和工作热情，为相关从业律师树立榜样。同时，在经费保障方面，综合需完成工作的数量、难度等因素，结合市场价格，合理确定负责环保合规业务政府法律顾问的报酬，纳入经费预算，确保专款专用，

足额保障。

四、环保合规业务对政府法律顾问律师专业的新要求

律师作为政府法律顾问的重要角色，如何抓住机遇，通过环保合规业务，服务法治政府建设，是致力于从事生态环境法律服务的专业律师今后发展的重要方向。

（一）熟练掌握环保法律法规，动态更新法规库

自党的十八大以来，生态文明建设上升到国家战略的突出位置，生态环境法律法规不断出台和修订，我国环境法律制度框架已经基本形成，门类越来越齐全，结构也越来越完整。由于环保合规业务还是新

兴事物，因此首先要系统学习并熟练掌握环保法律法规。要建立并及时更新法规库，掌握环保法律法规的最新动态和政策走向。

（二）加强培训，提高意识

作为政府法律顾问应当通过对政府机关行政负责人员和法制宣传人员进行培训的方式，提高行政人员的环保合规意识。在环保党政同责，一岗双责的背景下，强化行政负责人员的问题与风险意识、主体责任意识，督促其做出行政决策时充分考虑生态环境保护。同时，行政人员环保合规意识的提高，也有助于政府法律顾问工作的开展，提高环保合规法律意见的受重视程度。

（三）充分利用大数据，结合地方实际制定政府环保违规风险清单

大数据时代，全国各地政府出台有关生态环境保护的规范性文件、行政违法和行政问责案例都可以通过大数据分析的方式，归纳出具有典型意义的法律风险点，明确政府机关的监管职责，并针对风险点制定风险应对措施和预防机制，结合地方实际情况加以应用，制作相应的环保违规专项风险清单，用于行政机关环保法律风险的自查与内控，即在政府信息公开、行政许可、行政复议、对规范性文件和政府重大决策进行环保合规审查等环节中，可以由政府及相关部门对照环保违规专项风险清单进行自查。在制作环保违规专项风险清单时，应当以司法审查标准为导向，确保政府行政行为经得起司法检验，做好事前的诉讼风险防范。同时，环保违规专项风险清单应当根据客观情

况和实务经验动态更新、及时调整，确保环保合规工作符合实际，有的放矢。

（四）提高环保合规法律意见的精准度

在政府制定行政决策和规范性文件的过程中，政府法律顾问的法律意见应当起到重大风险防火墙的作用。政府法律顾问应当提高法律意见的准度、精度，为政府提供有价值、准确、可信的法律意见，使政府行为更加规范，符合环境法律法规和法治政府建设的要求。

（五）环保合规性审查应贯穿行政行为始终，工作留痕

环保合规性审查与一般合规性审查不是相互独立的关系，而是包含与被包含的关系，其特殊性表现在专业领域不同，共性则表现在环保合规性审查也应当贯穿行政行为始终，在事前预防、行为管制和事后救济的各个环节都能充分发挥作用，对于决策执行过程也要跟进监督。

环保合规性审查贯穿行政行为始终，要求政府法律顾问对于环保合规审查工作中所依据的证据材料、会议纪要、规范性文件的历次修改稿、依据的上位法规定等工作全过程进行统一建档，对各工作阶段及时总结，确保法律意见随时经得起复查和检验。

环保合规业务作为政府法律顾问的新兴领域，对于律师来说是机遇，也是挑战，熟练掌握生态环境法律法规和相关政策，积累大量案例的司法裁判观点，制定风险防范策略，不断改进工作方式和工作方法，提高工作效能，才能把握机遇，



王雷

江西理公律师事务所主任，江西省律师协会常务理事、赣州市律师协会副会长，赣州仲裁委员会仲裁员
业务方向：环境资源法、公司法务与破产、民商事合同纠纷



易千

江西理公律师事务所律师
业务方向：环境资源法、民商事合同纠纷

在新时代的政府法律顾问环保合规领域发挥律师智囊团的作用，助力“三大攻坚战”，为建设法治政府贡献力量。

组织、领导传销活动罪之辩护思路与要点

文 | 阙吉峰

组织、领导传销活动罪案因其智能化、专业化、职业化、行刑交叉、无犯罪现场、侦查途径特殊等特点，既区别于普通刑事案件，也区别于传统的侵财类案件。就这类犯罪的刑事辩护而言，应紧扣传销犯罪的上述案件特点，并根据个案的事实与证据搜寻辩护空间、制定辩护方案。依据该罪的犯罪构成及案件特点，可分为定性、量刑、证据等几种辩护策略。

一、定性的辩护策略

（一）传销组织的认定之辩

1. 传销组织的性质之辩

传销组织的形成，是组织、领导传销活动罪成立的客观要件要素。仅有证据证明存在传销活动但尚未形成传销组织的，不得认定组织者、领导者成立该罪。因此，传销组织的界定至关重要。根据刑法及相关司法解释的规定，传销组织应当同时具备三个特征：（1）在组织形式方面，参加者人数众多且形成层级关系。（2）在营利模式方面，组织者、领导者获取利益并非来自于经营活动本身，而是以参加者为了获得加入资格而缴纳的费用（入会费）或者购买商品、服务的费用作为获利来源。（3）在维系与发展组织的方式方面，上层级人员引诱、胁迫下层级参加人员继续发展他人参加传销活动，各层级人员均主要以发展成员的数量作为计酬或返利依据。因此，对于该罪的定性之辩，需首先通过在案证据分析传销组织的性质，方可对此展开定性之辩。

2. 与直销的区别之辩

该种辩护方案的开展，需首先界定传销与直销的区别。依据司法解释的规定，传销与直销的区别主要表现在直销是指直销企业招募直销员，由直销员在固定营业场所之外直接向最终消费者推销产品的经销方式。辩护实务中，准确厘清直销与传销的区别，通过准确界定传销与直销的区别，方可对直销行为展开定性之辩。

3. 团队计酬与组织、领导传销活动罪之辩

依据《意见》第五条第二款之规定：“以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的团队计酬式传销活动，不作为犯罪处理。”据此，团队计酬式传销活动不构成任何犯罪。可由工商行政管理部门予以行政处罚。故从有效辩护的角度，有必要从上下线关系，是否以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬等细节问题上进行分辨、切入和厘清，并以此展开有效辩护。

（二）犯罪主体认定之辩

组织领导传销活动罪打击的对

象是传销组织中的组织者、领导者，积极参加者及其他参加传销的人员并非本罪追诉的对象。因此对于该罪的辩护，行为主体的界定则为定性之辩的辩护重点。但何为组织者、领导者？

1. 关于“三级以上”的理解与划定

首先，对于实施传销活动的层级顺序，应以最后实施传销活动的人为参照，按实施传销活动的所起的作用及地位划分成数个层级类别，被告人所在的类别在整个传销网络体系从最后一个类别算起在三个类别以上的为“层级在三级以上”，例如A和B划分为第一类，C和D划分为第二类，E和F划分为第三类，此时，以最底层的第三类为参照，只有A、B所在的第一类属于层级在三级以上。

其次，“层级”也是指一个类别，非某个人。如果单指个人，也就谈不上“层”，故“层级”系作用相当的行为人组成的类别。对于层级的划分需要从以下两个方面考察：①依据其从事的职能划分，但



传销犯罪的层级并不是简单地和上下线一一对应的关系，而考量的是行为人在传销组织中的地位和作用，并非根据其发展下线人数的多少和加入传销组织时间的先后。②依据其获利情况分析。在组织领导传销活动罪中，组织领导者系从上线从下线的人员数量中和下线缴纳的款项中获利，所以其获利情况可以证实其在组织中的地位与作用。故从辩护角度而言，应紧扣上述特征通过在案证据查证。如果相关证据证实该组织没有达到三级以上，则不具备组织、领导的传销活动罪中规定的组织领导传销人员在 30 人以上且层级在三级以上的立案追诉标准，从而可实现有效辩护。

2. 在传销组织中从事劳务的人员行为的认定

根据《意见》第二条第三款的

规定，以单位名义实施组织、领导传销活动犯罪的，对于受单位指派，仅从事劳务性工作的人员，一般不予追究刑事责任。据此，在该罪中仅从事劳务性工作的人员不予追究刑事责任。但如何认定“受单位指派，仅从事劳务性工作的人员”需从以下几点分析：

①从其从事工作的性质界定。认定行为人从事的工作是犯罪行为还是劳务行为，要从其传销组织中从事的工作性质予以考察；②从其传销活动的实施有无处分权限考察。认定行为人从事的工作是犯罪行为还是劳务行为，还可对其在传销组织中从事的工作是否有处分权限予以考察；③从领取工资报酬的数额界定。因其获取报酬的数额反映其主观，故可以此作为认定的依据。

二、量刑的辩护策略

（一）降低涉案人员的数量与减少传销组织的层级之辩

在量刑标准方面，《立案追诉标准（二）》的规定了立案标准，2013 年发布的《意见》第四条规定了“情节严重”的具体标准：（一）组织、领导的参与活动人累计达 120 人上的；（二）直接或间接收取参与传销活动人员缴纳的传销资金数额累计达 250 万以上的”。由此可知，无论是《立案追诉标准（二）》还是《意见》的规定，涉案人员的数量、层级、金额均对组织、领导传销活动罪的认定具有重要影响。因此在辩护中应重点将涉案人数、层级作为重要的辩点。

对于参与传销人员与层级的认定，侦查机关一般采取让犯罪嫌疑人

人(被告人)绘制人员层级图等方式认定参加传销人员的数量。既然层级关系图作为关键的证据,作为辩方,应首先分析层级关系图的真实性,即层级关系图当中的参与传销人员是否真实存在?层级关系图中的人数是否存在重复计算?对于层级关系图的证明力需通过以下证据查证:

(1) 从在案证据中的人员名单、考勤记录等证据来查证传销组织的人员数量是否与层级关系图相互印证,是否真实客观。如果绘制的层级图与其他证据不能形成印证,则层级图不能被作为定案的依据;(2) 对层级关系图上的相关会员,侦查机关是否调了相关的身份信息,以确定层级图上的人员是否客观真实。因在传销案件中,参加者一般为了所谓的业绩往往会虚报相关的人员,即通过增加人头的方式提高业绩,但此种情形下的人员数量就是虚假的。对于虚构的人员数量不应计为本案的涉案人数;(3) 查证层级关系图上相关人员名下所对应的账户是否有资金注入,以查证其是否为参加者。根据存款明细单,查证银行交易每一笔的交易对象,即谁是谁的下线。另外,汇款凭证是重要的客观证据之一,可用以查证下线成员传销金额的证据,也可以用来证明上线成员的传销金额或者违法所得;(4) 涉案人员的电脑、U盘、记录本,上述证据中往往会记录一些与案件有关的内容,甚至记录一些与传销组织有关的重要信息或其传销组织中的所处位置,因此可以此查证下线关系的人员关系图;(5) 银行卡或银行交易

明细,由于该罪的特点,下线的钱款往往会先汇款至当地组织者的银行账户,然后再统一汇款至上线的账户,而后上线也会将发放给下线的“奖金”“分红”等支付至当地组织者,再通过组织者支付给具体的下线,故银行交易明细最能证实资金往来,从而确定参与者的地位和作用。综上,在通过在案证据查证层级图是否真实有效的基础上,再通过案证据论证如何降低涉案人员的数量与减少传销组织的层级。

综上,该种精细化的辩护,不仅大大降低会员的数量,传销组织的层级也随之减少。在降低了会员的数量及传销组织的层级后,该罪的量刑也随之减轻。如此便可实现有效辩护。

(二) 降低涉案金额之辩

在组织领导传销活动案中,对于涉案金额的证据,一般有被告人供述和证人证言、会员名单、考勤表等证据系认定涉案金额的重要证据。但因传销犯罪属涉众型犯罪,涉及人员较多、取证难度较大,故侦查机关难以调取相关证人的证言。在侦查过程中,为破解现实的困难及提高办案效率,侦查人员在侦查过程中一般搜集调取与涉案金额有关的电子数据,并以此作为检材委托鉴定机关对涉案金额进行鉴定。而在实务中,电子数据证的证据能力却也是辩方有力的辩点。现以一起起诉书指控被告人安某涉嫌组织领导传销活动案为例(涉案数额26亿余元):

起诉书指控,被告人安某设立“祥云”贸易公司后,以购买股权并赠送同等数据额期权股为名,要求

参加者交纳1000—50000元不等的费用注册为会员,注册会员按照层级关系、推荐关系形成层级。设立碰对奖、见点奖等奖励制度,直接间接发展下线作为反复依据,发展多人从事传销活动。因湖北某司法鉴定中心对公安机关调取的电子数据进行鉴定:该传销活动会员系统安置关系182层、推荐关系63层,有效会员526953人,网站报单金额为2648569000元。会员实际总收益1642884579元。据此指控被告人安某等人涉嫌组织领导传销活动罪。本案起诉书指控被告人涉案金额特别巨大,该案在不具备定性辩护空间的情况下,只能依据在案证据论证起诉书指控“情节严重”量刑幅度的证据不足。理由如下:

本案中据以认定传销人员、传销资金的证据包括电子数据、鉴定意见、被告人供述、证人证言。但根据本案证据分析,本案的电子数据不能作为定案依据,除此则没有证据证实涉案的犯罪数额。

(1) 侦查机关调取、移送电子数据的活动严重违反法律规定,无法保障电子数据的真实性和完整性,不能作为定案根据。起诉书认定被告人安某涉嫌组织、领导传销活动罪的涉案人数、层级和资金的证据主要为电子数据。但本案侦查机关调取、移送电子数据的活动严重违反相关法律规定,无法保障电子数据的真实性和完整性,不能作为定案根据。具体理由如下:

首先,电子数据存储介质的调取违反法律规定。侦查机关对存储介质的提取没有制作任何笔录、记

载相关要求记载的事项。据卷宗材料显示，电子数据存储在阿里云的服务器中，因此无法扣押原始存储介质。对此种情况，上述法律要求在笔录中注明不能扣押原始存储介质的原因、原始存储介质的存放地点或者电子数据的来源等情况，并计算电子数据的完整性校验值。然而本案中侦查机关对存储介质的提取没有制作任何笔录。

本案中的 MD5 值无法证明，阿里云提交给侦查机关的电子数据与原始电子数据具有真实性、同一性、完整性。关于计算电子数据的完整性校验值问题，虽然在阿里云出具的《调取证据清单》中标注了两个文件的 MD5 值，但是对于阿里云调取电子数据的过程，侦查机关没有制作笔录，无法证明阿里云如何调取相关电子数据、如何形成 MD5 值。因此，MD5 值只能证明阿里云提交给侦查机关的电子数据具有唯一性，但是无法证明阿里云提交给侦查机关的电子数据与原始电子数据具有真实性、同一性、完整性。

其次，电子数据的调取违反法律规定。卷宗证据无法证明电子数据调取过程符合法律要求：①没有制作调取笔录，对于案由、对象、内容、收集、提取电子数据的时间、地点、方法、过程等问题无任何记载；②没有证据证明有见证人在场，也未对无见证人在场问题制作笔录说明，没有进行录像；③《调取证据清单》中没有记录保管人，无法证明调取电子数据的主体；④没有证据证明侦查机关采取的技术方法，无法认定侦查取证方法是否符

合相关技术标准。

另外，电子数据的移送违反法律规定。根据法律规定，电子数据在诉讼过程中流转，应当以封存状态随案移送；同时应当通过制作笔录、电子数据保管人签名等方式证明保管链条的完整性，确保审判中电子数据的真实性。但本案证据中没有任何关于电子数据移送的笔录，没有保管人证明电子数据保管链条的完整性，也没有采取封存措施的相关证据，无法证明审判过程中审查判断的电子数据与侦查机关调取的电子数据具有同一性。综合以上三方面分析，本案侦查机关调取、移送电子数据的活动严重违法法律规定，无法保障电子数据的真实性、完整性。因此本案的电子数据不具有证据能力，不能作为定案根据。

（2）由于现有证据无法证明电子数据的合法来源，湖北某司法鉴定中心对其作出的《司法鉴定意见书》不能作为定案根据：侦查机关从阿里云调取电子数据，没有证据证明其合法来源；鉴定机关接收侦查机关移送的、装有检材的移动硬盘，没有证据证明该检材的来源。因此该鉴定意见不得作为定案根据。

综上，在涉案的电子数据不能作为定案依据的情况下，无法证明安某涉案的传销人员和传销资金额，不能认定起诉书指控的“情节严重”的量刑幅度。以在案证据只能按照一般情节的档次进行量刑，即在 5 年以下有期徒刑的范围内进行量刑。

三、从其他情节展开量刑辩护

首先，组织、领导传销活动罪往往是共同犯罪，既然是共同犯罪，

则不同的犯罪人在传销组织中所起到的作用往往有所差别，因此行为人在共同犯罪中所起的作用即是展开量刑辩护的情节。其次，从行为人到案后是否主动供述司法机关尚未掌握的其他事实分析是否具有量刑情节，比如坦白等法定从轻处罚的情节，也应通过在案证据进行分析。

综上，在组织、领导传销活动罪上具有其事实认定与数额认定方面的司法困境，因此该罪中有关案件的定性、共同犯罪的认定以及犯罪数额的计算等方面存在较大的辩护空间，可以成为辩方重要的辩点。作为辩方应准确把握该罪存在的相关问题，并紧扣传销案件的特点，根据个案搜寻出合理的辩护空间，以此展开有效辩护。



阚吉峰

山东求新律师事务所主任，山东省律师协会理事、刑事訴訟委员会副主任，中国政法大学刑事辩护中心研究员
业务方向：刑事辩护

注册制下证券律师角色定位 及责任机制问题研究

兼谈新《证券法》证券服务机构的法律责任

文 | 李强 葛涛

2019年12月28日,十三届全国人大常委会第十五次会议表决通过了新修订的《中华人民共和国证券法》(“新《证券法》”),明确全面推行证券发行注册制度。这意味着证券发行“注册制”将从上海试点到逐步取代“核准制”。现行股票发行审核模式下,证监会作为审核机关,对股票发行做出实质性审查和判断,一定程度上“从源头上保证上市公司质量”,但也面临着核准成本高、效率低等一系列弊端。而股票发行注册制的核心在于强化信息披露要求及风险提示,注重事前信息披露及事后监管。而证券公司及会计师事务所、律师事务所等证券服务机构便是强制信息披露的核心环节,如何通过制度设计保证证券服务机构在证券市场中的有效运作,是注册制改革稳步推进的关键一步。

一、注册制下证券律师角色定位

(一)“看门人”理论与注册制改革

二十世纪七十年代,美国经济学家阿克洛夫以二手车市场为例,说明了在买卖双方信息不对称的情况下,市场为何会失灵。由于市场上买卖双方对于二手车的信息不对称,不知情的买方因为怀疑二手车存在隐藏的缺陷,只愿意以低于卖方预期的价格购买,从而造成了逆向选择问题,导致市场只留下买方不愿购买的“柠檬”。阿克洛夫和随后的学者提出的解决这个问题的方法是开发解决买方和卖方之间信息不对称的机制。解决资本市场有效运行的信息不对称问题一直是构建成熟资本市场的研究基石。而“看门人”角色便是帮助缓解信息问题和促进资本市场良性运作的关键角色之一。

从服务于证券市场的角度而言,证券市场的“看门人”是指同时符合两个条件的主体,一是对投资者等资本市场参与者负有诚信责任;其次,以直接或间接方式影响公司募集资金、信息披露的数量和质量、公司治理以及公司的经营和投资决策。证券市场的“看门人”包括各种各样的监管和资本市场机构和部门,例如会计师事务所、律师事务所、评级机构等。

股票发行注册制改革背景下,相较于审核制下,证监会作为实质性审核主体,对发行公司从严把关,注册制则是以信息披露为核心,更加强调证券服务机构的“看门人”职责。具有财务、法律等专业能力的中介机构充当“看门人”角色,理论上能够有效监督公司行为,防范出现欺诈发行等恶劣行径,为发行人减少融资成本,也为投资者减

少信息的不对称,同时承担着服务客户与保护投资者两方面的责任。

“权力型”证监会模式下,证券中介机构虽然由发行公司委托,但同时也需要应证监会要求进行尽职调查,从而将发行公司的有关信息提供给证监会,从而完成信息传递。此时,证券中介机构角色更像是监管机构的“协助者”而非证券市场的“看门人”。证券中介机构既要满足客户要求,同时又受制于证监会,证券中介机构在其中发挥作用的空间有限。推进注册制改革背景下,证监会权力逐步收缩,证券中介机构需要承担起更加重要的责任,摆正“看门人”角色显得尤为必要。

(二)律师扮演“看门人”角色与“代理人”身份悖论

在美国《萨尔班斯—奥克斯利法案》颁布之初,要求证券律师作

为“看门人”的规定遭到了美国律师协会的抵制，律师协会声称，法案第 307 条规定的强制“上报”重大违法行为的规则与律师对客户的责任相冲突。律师的作用是充当“个人或组织与政府部门之间的堡垒”，是委托人抵御国家机器的“保护伞”。显然，质疑证券律师“看门人”身份的理由在于：律师作为“看门人”责任与其对委托人承担的忠实义务相冲突；将“看门人”责任强加在律师身上反而不利于律师与委托人之间的有效沟通，而这种有效沟通会促进委托人的合规。

在中国，这一身份悖论似乎从律师开始服务于证券市场就不在考虑的范畴内。在中国证券市场一直以来的强行政监管语境下，证券律师被要求对拟上市主体进行法律尽职调查，并以法律意见书的形式交付成果，作为上市申请的必备文件。同会计师事务所出具的审计报告一样，一份“无保留”的法律意见书通常是公司成功上市的标准要件之一。从开始参与证券市场，作为独立的专业人员，中国证券律师天然就被监管机构定位为“看门人”，承担着规范发行人信息披露真实性、准确性、完整性的重要职责。而律师作为“代理人”的天然角色在证券服务市场被淡化。

（三）证券律师的多重身份

事实上，区别于一般的商业律师和诉讼律师，从要求律师参与证券服务的初衷看，其天然就承担着“看门人”的职责。一旦证券监管部门对故意提交虚假披露文件的律师追究责任，因为他们作为发行公司违规行为的“帮凶”，扮演“看门人”角色的义务就已经存在。发行公司

为谋求上市委托证券服务机构为其服务和监管机构要求证券服务机构勤勉尽责实质上并不存在逻辑上的冲突。

不过，出于以上理由，我们可以合乎逻辑地为律师提出相应的结构改革建议：参照审计师与咨询顾问之间的角色分离，为了防止损害律师利益的冲突，发行公司可以为证券发行聘请不同的律师，即公司可以使用一家律师事务所来做证券发行过程的筹划和指导工作，另一家律师事务所来处理相关的信息披露责任。这种情况下，前者更充当的是“咨询顾问”的角色，而后者才是依法扮演“看门人”的证券律师。改革建议是否合理，还得充分考虑成本和效率的问题，以及认识到审计师和律师之间的区别，允许一家律师事务所同时担任交易筹划顾问和信息披露顾问的协同效应很可能大于允许审计员同时担任咨询顾问的协同效应，且对律师而言，完全分离这些多重（可能存在冲突）的角色可能不太可行。但无论如何，证券律师身份的重合不是否认其作为“看门人”身份的理由。

二、“看门人”失灵与新证券法下证券中介机构责任机制

据证监会官网公开信息显示，2019 年全年，证监会共下发 136 份行政处罚书，下发市场禁入决定书 13 份。其中涉及内幕交易的案件多达 55 宗，占比超过 40%；涉及信息披露违规案件有 29 宗，市场操纵案件 14 宗，从业人员炒股案件 9 宗。此外还涉及关联交易、传播虚假信息、非法经营证券投资咨询业务等违法行为。有 10 余家

中介机构被处罚，涉及新时代证券等四家券商，大信、众华、兴华等会计师事务所，银信评估等资产评估机构及律所等。证券服务机构不但未遵循“看门人”的本分反而助长了发行公司虚假披露的势头，成为发行公司违法违规的“帮凶”。

（一）“声誉资本”理论中国证券市场语境下的弱化

“看门人”机制的理想理论模型是假设“看门人”本身是一个努力维护其信誉的声誉中介人，其在长期的执业过程中积累了大量的声誉资本。声誉资本对于中介机构而言是其第一位的竞争要素，是其在资本市场立足的根基。一方面，中介机构以自己的声誉赢得客户的委托；另一方面，中介机构也以自己的声誉为投资者指路，为公司融资提供方便。正是基于声誉资本的重要程度，足以使“看门人”努力维护自身声誉，杜绝违规披露。但声誉资本理论实质上是一个利益权衡的过程，当实际获利或潜在利益足够诱人，“看门人”便开始动摇。

这一点在中国资本市场实践中尤为明显，由于声誉评价机制的缺失等问题，中介机构维护自身声誉的积极性不足，如前所述，知名律所、评估机构仍然存在严重违规的情况，且这种情况在过去几年间屡见不鲜。中国资本市场实践中，一方面，单纯的行政处罚或市场失信记录，难以动摇“巨无霸”型证券中介机构的地位。尤其是会计师事务所、评估机构在证券市场长期以来施行的“资质准入”，导致形成了一定程度的“寡头市场”。另一方面，声誉中介作为投资者投资指南的角色定位缺失。在强权力的证

监会审核体系下，投资人信任的是证监会作为监管机构对于上市公司质量的严格把关。一定程度上，发行公司为上市所聘用的证券公司、会计师事务所、评估机构、律师事务所等中介机构的声誉不会对股票发行起到实质性作用。

（二）中国证券服务市场中付费机制的冲突凸显

包括在英美证券监管理论与实践，付费机制都是“看门人”理论天然缺陷。包括证券律师在内的中介机构作为“看门人”职责要求中介机构以独立第三方的身份对公司作出尽职调查，出具独立专业意见。但中介机构本身受聘于发行公司，且其报酬由发行公司支付。很大程度上，这种发行公司付费给中介机构“指责”自己的服务模式致使“看门人”难以保证其独立性。这个问题存在普遍性，但在中国证券服务市场实践中显得尤为明显。

中国证券市场保荐人牵头模式下，会计师、律师、评估机构的地位和作用被弱化。一般而言，保荐机构的保荐费用与发行公司能否成功上市挂钩，特别是实践中保荐人和承销商通常由同一家证券公司担任，其收费的主要部分体现在承销费用中，而承销费用更是完全取决于发行公司上市后的融资金额。此种情况下，保荐机构很容易与发行公司“合谋”，因为发行公司解聘“不配合”的保荐人另行聘请其他服务机构的成本很低，它们几乎不用向“不负责”的保荐人支付任何费用即可基于各种理由将其解聘。此时，一旦作为牵头人的保荐人开始“动摇”，其他中介机构的监督作用同时也被大大弱化了。过往的违法

案件中呈现的关联性也佐证了这一点，保荐人、会计师事务所、律师事务所一并牵涉其中，表现出一种“集体行骗”的态势。

（三）监管新动态：证券中介机构责任强化

声誉资本作为“看门人”机制的基石，理论界也普遍主张纠正“看门人”机制失灵，需要从重建“委托——代理”关系（例如明确由公司的所有权人股东或者独立董事提名来代替发行公司选任证券服务机构）和引入声誉评价机制等方面去调整。但基于中国资本市场本土实践而言，要求股东大会、独立董事参与选任中介机构可以规范，但是实际能否就此保证“看门人”独立性要求则似乎未必。而声誉评价机制的建立是一整套涉及方方面面的措施，除了制度的构建，有效发挥制度作用，需依赖诸多条件（如投资者的配合维权意识、国家或行业信用体系的建设、相关行业协会的自律监管等）形成合力。建立健全声誉评价机制是未来中长期改革的方向，这需要长久的努力。

在现有条件下，纠正“看门人”职责定位，最直接、也是现阶段最行之有效的方式是强化证券中介机构的职责。新证券法的修订体现了一点。

立足于全面推行注册制，新证券法修订强化了信息披露责任，增加了“信息披露”“投资者保护”专章，全面修订“法律责任”章节，大幅提高对证券违法行为的处罚力度。例如，对于欺诈发行行为，新证券法从原来最高可处募集资金百分之五的罚款，提高至募集资金的一倍；对于上市公司信息披露违法

行为，从原来最高可处以六十万元罚款，提高至一千万元；对于发行人的控股股东、实际控制人组织、指使从事虚假陈述行为，或者隐瞒相关事项导致虚假陈述的，规定最高可处以一千万元罚款等。

针对证券中介机构，新证券法的修订要求证券公司不得允许他人以其名义直接参与证券的集中交易，明确保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员未履行职责时对受害投资者所应承担的过错推定、连带赔偿责任；提高证券服务机构未勤勉尽责义务的违法处罚幅度，由原来最高可处以业务收入五倍的罚款，提高到十倍。情节严重的，并处暂停或者禁止从事证券服务业务等。

毫无疑问，本次证券法的修订在压实债券发行人和中介机构的责任画上了浓墨重彩的一笔，通过加大对违法违规行为的惩戒力度，摆正中介机构的“看门人”职责。诚然，这种强化中介机构行政责任的做法有其自身的缺陷，包括监管机构的腐败、权力寻租，以及执行的有效性等。例如，从立法的条文设定的责任到实践中实际处罚的执行有很大的一段距离。正如有学者所言，证券监管部门在执法上的抑制，不等于原证券法对于证券律师设定了较轻的责任配置。例如原证券法规定对中介机构违法行为处以“业务收入一倍以上五倍以下的罚款”，但执行实践中，平均处罚力度为业务收入的1.5倍左右，离立法规定的中线还有很大距离。但是，由于“看门人”机制是一个不完善、成本高昂的机制，政策制定者应当在政府监管成本和看门人责任成本之

间进行权衡。现阶段，强化责任机制是可行之策。

三、新证券法下的证券律师责任评价与反思

（一）新证券法证券律师责任机制评价

新证券法关于证券律师责任的修订主要体现在第二百一十三条和二百一十四条。对比原证券法的规定，首先，新证券法从证券市场最高层级的法律层面上，明确了律师事务所作为证券服务机构的身份。其次，新证券法对于证券律师的法律责任的亮点体现在，一方面，加大对责任主体和直接责任人员的处罚力度，同时补足了原立法关于无业务收入情况的缺漏；另一方面，对构建证券市场诚信档案作了原则性的规定。

但新证券法对于证券律师责任的规定还是相当笼统地与会计师事务所、评估机构等其他中介机构责任做“一刀切”的规定。原本法律规定中证券服务机构责任标准的确实导致法律实务中频发争议的问题仍未得到立法的重视。立法上，证券服务机构责任标准的不明确，导致执法机构、证券服务机构均无所适从。无法明晰责任的边界，参与证券市场服务的中介机构只能期盼监管层的目光不要聚焦于自身，因为很有可能他们自以为“勤勉尽责”的行动，在监管层看来，远远未达到应尽的责任标准。

此外，立足于注册制改革背景，本次新证券法的整体基调着重强调信息披露义务及强化法律责任，以保证在发行端市场化改革的情形下，证券市场的参与方在极高

的违法成本的威慑下，规范自身行为。证监会的角色由发行公司上市门槛的把关者演变为监督者。但相关法律法规的构建过分强调对证券投资者的保护，忽视了证券服务机构责任承担的合理性的考量。新证券法未关注到长远角度中国证监市场的改革方向，如前提及的保荐人牵头模式的改良、证券律师角色再分工、“代理——委托”关系重构、证券服务机构激励机制的构建等可行之策。

（二）探讨本土化证券律师“看门人”职责完善的改革方向

1. 完善证券律师责任标准

此次证券法修订，包括前期已推行的科创板注册制试点，对证券中介机构的责任标准仍不明确。虽然《科创板注册管理办法》规定，证券服务机构应审慎履行职责，对与其专业职责有关的内容和文件负责，对与其专业有关的业务事项履行特别注意义务，对其他业务事项履行普通注意义务。但未明确“特别注意义务”“普通注意义务”的标准，也未区分未做到“特别注意义务”和“普通注意义务”违规时责任承担。

在欣泰电气欺诈发行案中，证监会认为，东易所在工作底稿中直接引用会计师事务所的审计报告及保荐机构的相关资料，对明显瑕疵没有履行一般注意义务，未勤勉尽责。在随后的东易所诉证监会案件的判决书中，法院认为，法律尽调是从法律风险的角度对公司整体情况进行评估，因此对于与公司经营相关的重要事项，律师事务所均应当予以充分关注并进行审慎查验。公司的财务状况无疑是律师事务

所在进行尽调过程中必须包含的内容，而且应当作为查验的重点事项。此案可谓是对证券律师“勤勉尽责”法律边界讨论的典型案列。要求律师对包括审计报告在内的相关材料进行全面综合分析，并对发行公司财务真实性负责并承担责任似乎有失公平。因为这一方面超出了律师的专业能力和范畴；另一方面对于一般注意义务未做到勤勉尽责而要求律师事务所承担与发行公司、保荐机构、会计师事务所连带赔偿责任有失公允。

因此，在立法上明确责任承担机制，有利于证券律师对自身执业的行为方式作出合理预期，同时，也给监管机构提供明晰的处罚标准，防止过度的自由裁量导致市场主体无所适从。此外，明确各中介的责任标准及区分，也有利于各中介主体在自身的责任范围内承担各自的责任，更有利于形成中介机构间的互相约束，而不是责任的混同。注册制改革背景下，证券律师及其他中介机构的责任标准可以交由交易所去制定，摒弃以结果为导向的勤勉尽责要求，代以“尽职调查指引”为准则的责任标准。在民事责任承担方面，应改变证券中介机构不区分的“连带责任”，应在明确的证券律师及其他中介的责任标准的前提下，划定责任承担的边界，对于多个主体责任存在交叉的情形下，做到共同但有区别的责任。

2. 规范证券律师的执业行为，加强内控合规建设

如前所述，证券中介服务市场应杜绝出现“寡头市场”。新证券法取消了会计师事务所、评估机构等主体参与证券市场的审批制，改

为备案制，降低了从业机构的准入门槛。但以证券市场律师服务为例，设置一定程度的“规模化”“专业化”的准入门槛又有利于证券律师谨守“看门人”职责。事实上，证券律师服务具有相当程度的专业性要求，这里的专业性要求强调的并非是具体业务经办律师的能力要求，而是律所内部的制约机制，成熟的证券服务律所具有更加专业和有效的风险管控能力，这种内部的制约机制使得“合伙型”管理模式，律师管理的“团队化”导致的决策的个人利益化考量被内部有效的风险管理所制约，极大程度降低了违规的风险。因为对于规模化的律师集团而言，个案中违规操作所得很大程度上的真正获利者只是个人，而声誉资本是关乎整个律所的，违法的成本将由整个集团承受。此外，证券律师的专业性直接关乎服务行为的质量，聘请一家专业的律师事务所担任发行项目的法律顾问，对于公司整体法人治理水平的提高及合规性、风险性把控能力的改善便是其附加价值。

当然，在证券法的层面取消不必要的行业准入限制，是市场化改革，政府权力下放的必要举措。规范证券律师的执行行为，加强内控合规建设的职责应交由行业协会来进行，形式应该表现为一定程度的自律监管与必要的示范指导相结合。这又涉及另一个问题，即声誉评价机制的建立，可以由律师行业协会树立典型形式，起到必要的激励效果，使市场进行良性竞争。

事实上，在新证券法实施后，除了行政责任的约束，“集体诉讼

制+连带赔偿责任”足以吓退一批不具备专业能力的律所参与证券法律服务，因为缺乏一定的风险把控能力，一旦发生违规事项，足以可能使相关主体和直接责任人员“倾家荡产”。因此，新证券法下，执业风险的提高也倒逼律所加强内部风险管理建设，构建一套行之有效的内控合规体系。

四、结语

新证券法全面推行股票发行注册制，并按照全面推行注册制的基本定位，对证券发行注册制做了比较系统完备的规定。但注册制改革是“牵一发动全身”的重大举措，推行注册制在客观上是不可能“一步到位”“一蹴而就”的。修法只是第一步，未来还要看配套实施细则及相关行业规范的进一步细化规定，以及有关机构的执行和落实。

强制信息披露作为注册制改革的核心环节，而“看门人”机制又是有效信息披露的重要一环。律师作为法律的实践者，本着发行公司“委托人”身份参与证券市场服务，同时又依法承担着“看门人”职责。证券律师规范、有效参与证券市场，可以有效减少信息不对称和揭露证券投资风险。针对资本市场的“看门人”的监管，除了新证券法所强调的对“看门人”义务的加重，更应当注重区分这种义务的边界，合乎比例地限定证券律师责任标准，明确免责事由，做到义务与责任相匹配，同时，调整现行“严格保荐人牵头模式”，加强证券律师在参与证券市场服务中的作用，建构有效的激励机制，更有助于证券律师



李强

国浩律师(上海)事务所主任, 上海律协对外宣传与联络委员会副主任、证券业务研究委员会主任, 华东政法大学兼职教授、上海对外经贸大学兼职教授
业务方向: 证券、基金法律服务



葛涛

国浩律师(上海)事务所实习人员

坚守“看门人”职责。这都是未来中国资本市场改革的可行方向。

证券集体诉讼初探

新《证券法》时代的投资者保护

文 | 徐晓

2019年11月，笔者所在律所在接受中证中小投资者服务中心的调研时，提及两个问题：现有《民事诉讼法》中的诉讼代表人制度未能得到有效利用的原因为何？以声明退出和风险代理为核心的美式集团诉讼制度如在中国适用的前景如何？彼时，新《证券法》尚未颁布。

2019年12月28日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《证券法》的修订，并决定新修订的《证券法》将于2020年3月1日起正式施行。此前调研当中的两个问题，此时有了更加明确的答案。

一、我国《民事诉讼法》中诉讼代表人制度的规定与实践

集体诉讼，并不是我国《民事诉讼法》中的概念。确切来说，我国《民事诉讼法》中规定的，是诉讼代表人制度即《民事诉讼法》第五十四条规定，诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。近年来，因产品责任、环境污染、消费者权益受损等原因引起的群体性纠纷不断发生，为了保护大批受害人的合法权益，避免造成重复诉讼和判决相互矛盾的后果，代表人诉讼制度越来越呈现出它的重要性。

但除了前述案由之外，在证券领域，也可以探索和实践诉讼代表人制度，以更好地保护广大中小投

资者的利益。但遗憾的是，自2003年2月1日《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《若干规定》）施行起至今，在证券虚假陈述诉讼领域至今没有一例适用诉讼代表人制度的案例。

诉讼代表人制度未能在证券投资者保护领域得到有效利用的原因是多方面的，其中最主要的原因是法律规定缺乏很多程序上的细节设定，而且证券集体诉讼有其特殊性。在环境污染、消费者权益保护等类型的案件中，受害者基本能够锁定在一个相对固定的区域，彼此之间本身就存在一定的联系，共同提起诉讼更加具有可操作性。但对于证券投资者保护类案件来说，虽然投资者群体非常庞大，但是地域分布较广，投资者之间大多缺乏联系，对于如何让更多的人加入到诉讼中以及如何推选诉讼代表人等环节执行难度较大。此外，鉴于中国证券市场投资者以中小投资者居多，单个案件的诉讼标的大多不高，许多投资者诉讼维权的意识并不高，在结果不确定的情况下，考虑到诉讼成本问题，许多投资者的维权意识和

积极性不高。

为了提高诉讼效率，目前最常见的做法是由管辖法院把一部分案件安排在同一时间进行统一审理。但因为涉及每个案件中当事人的诉讼请求、调解意愿不同以及为了保障当事人的上诉权利等问题，法院即便采取合并审理的方式，大多也会分别判决。判决后对于新起诉的具有相同事实和理由的案件，依然需要重新开始诉讼程序。这种做法，对于提高诉讼效率、节省诉讼成本来说具有一定的作用，但作用十分有限，也与集体诉讼相差甚远。

二、我国新《证券法》时代的证券集体诉讼初探

早在2000年左右，证监会就曾呼吁推动建立投资者集体诉讼制度。但二十年过去，这一制度在中国的投资者保护领域依然没有实质性的进展。2019年5月，中国证监会副主席阎庆民在首个“5·15全国投资者保护宣传日”启动仪式上重提集体诉讼，提出“推动建立符合中国市场实际的集体诉讼制度，完善证券侵权民事赔偿诉讼制度”。2019年12月，新修订的《证券法》在投

资者保护专章中，明确了证券投资者在遭遇侵权损害时可采用集体诉讼的方式维护合法权益。

规范虽然建立了，但如何在具体的案件中适用，还需要立法机关、审判机关以及监管机关出台相关细则。在细则尚未颁布前，我们不妨以美国证券集团诉讼为参考，结合我国相关法律规定和证券民事诉讼现状，对集体诉讼的启动标准和退出规则做一些简单的探讨。

（一）证券集体诉讼的启动标准

美国《联邦民事诉讼规则》第23条(a)款对启动集团诉讼需要满足：多数性，即集团成员人数众多，且将所有成员的诉讼合并进行不可行或是存在困难；共同性，即所有集团成员起诉具有共同的法律或事实问题；典型性，即集团诉讼的每一成员都是基于同样的事实来证明被告方的侵权责任；代表的充分性，即法院应当审查集团诉讼代表人是否具备维护集体成员诉讼利益的主动性和公平性。此外，集团诉讼的原告方还要证明提起的是何种集团诉讼。

对此，我国《证券法》第九十五条、《民事诉讼法》第五十四条规定，提起集团诉讼需要满足以下条件：一是诉讼标的属于同一种类，二是当事人一方人数众多，三是可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者。

美国法律下，上市公司的投资者认为公司或公司管理人员的行为侵犯自己的合法权益时，任意一位投资者均有权在未征求其他投资者意见的情况下，以证券集团诉讼的名义诉至法院，由法院审核是否符合集团诉讼的条件。实践中，鉴于

集团诉讼的诉讼成本高昂，证券集团诉讼通常由专业能力与经济实力并济的律师事务所以风险代理的方式发起。

对比来看，我国法律规定下，首先，投资者自身可以发起集体诉讼，但单一的投资者并不能直接申请提起证券集体诉讼，而是需要在起诉时，已经具有一定数量的投资者。但对于“当事人一方人数众多”具体是指多少人并未明确规定。其次，新《证券法》首次明确了投资者保护机构在集体诉讼中的重要作用，即“投资者保护机构受五十名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼”。该条规定确认了投资者保护机构的诉讼代表人地位，即得到五十名以上投资者的委托时，投资者保护中心可以代表投资者提起集体诉讼。

（二）证券集体诉讼的核心——“默示加入、声明退出”机制

集体诉讼制度的核心在于“声明退出”机制，即除非集体成员在一定的时间内，向法院明确表示自己不愿意被包括在集体诉讼中，否则集体诉讼的法律后果将直接对该名成员产生法律拘束力。证券集体诉讼制度是提高上市公司质量、保护投资者合法权益和维护市场秩序的一项基础性制度。

退出制集团诉讼以美国为典型，但美国最初采取的也并不是退出制，而是加入制。根据上世纪80年代的一项调查结果显示，1966年之前采取加入制时期，集团诉讼受害者参诉率只有15%，而1966年采用选择退出制后，申请退出的人数所占比例大致也是15%，由此可以有将近85%的受害者获得赔偿，如此强烈的对比，足以显现退出制对于

集团诉讼的贡献性。

在以美国为典型的退出制集团诉讼中，所有被法院通知的具有共同利益的投资者会被推定为集团诉讼的原告，除非明示退出，也就是“默示加入、明示退出”。这样的机制能够创造出一个非常大的索赔集团，同时也有利于投资者的确定。美国目前集团诉讼中的声明退出，实际包括两次声明退出。一是集团诉讼被受理时，对于原告数量进行确定时，投资者可以声明退出；二是在和解方案确定前，还可能给予集团诉讼的成员一次选择退出的机会。退出机制有利于保护投资者的诉讼权利，监督和限制代理人的行为，防止投资者权益受到不利影响和损害。

我国新《证券法》对“默示加入、声明退出”的规定体现在：人民法院可以发出公告，说明该诉讼请求的案件情况，通知投资者在一定期间向人民法院登记；投资者保护机构可以为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。从该规定来看，首先，法院受理集体诉讼后，可以将集体诉讼案件的情况进行公告，说明参加集体诉讼的条件，并安排一定时间的公告期，在公告期内，所有符合条件的投资者均可以向法院进行登记，以作为集体诉讼的成员参加诉讼。其次，投资者保护机构和证券登记结算结构将在证券集体诉讼中发挥重要的作用，在“默示加入”的情况下，筛选出全部符合起诉条件的投资者，并为不同的投资者计算出损失金额。

（三）创新投资者保护举措下的

几点建议

1. 投资者参与集体诉讼的条件优化

根据《若干规定》第六条的规定，投资人提起虚假陈述证券民事赔偿诉讼，除提交行政处罚决定或者公告，或者人民法院的刑事裁判文书以外，还须提交以下证据：（一）自然人、法人或者其他组织的身份证明文件，不能提供原件的，应当提交经公证证明的复印件；（二）进行交易的凭证等投资损失证据材料。前述规定的立法本意，是确定起诉是投资者本人提起，损失主张是投资者本人的意思表示。但根据新《证券法》默示加入的规则，是否还需要投资者提交身份证公证文书和交易凭证等损失证据材料？

笔者认为，一旦启动集体诉讼，所有符合条件的投资者都将无条件被包含的诉讼集团中。此时，未声明退出的投资者，即作为集体诉讼中的适格原告，该原告的主体身份以及损失情况已经经过投资者保护机构或者证券登记结算中心的核实确认，无需再提交身份证公证书和交易凭证。

此外，相关操作细则需要明确法院何时可以开始公告、公告的期限、向法院登记的方式等等，也需要对投资者保护机构、证券登记结算机构在权利授予、权力限制方面更加的细化和规范，更需要对投资者如何行使退出权利作出规范。

2. 对尚未经监管部门处罚的责任主体提起集体诉讼

众所周知，在立案登记制实行之前，我国法院受理投资者提起的证券虚假陈述责任纠纷，均需要以行政处罚或刑事裁判文书为前提，

但自2015年5月1日全国实行立案登记制以来，深圳中院、杭州中院、南京中院、郑州中院在无行政处罚前置条件下，均依法受理了投资者提起的证券虚假陈述民事赔偿案，这对切实保护投资者诉讼权利而言是一个大的进步。

那么，新《证券法》施行以后，是否可以对尚未经监管部门处罚的责任主体提起集体诉讼？笔者认为，根据立案登记制的原则，可以对未经处罚前置的责任主体提起集体诉讼。在该类型的集体诉讼中，司法机关应当赋予代理人更多的调查权，也应当侧重对被诉主体的举证责任分配。

3. 统一损害赔偿的计算方式

民事侵权责任赔偿的基本功能是补偿受害人的损失，它的目的是保护投资者的合法权益，恢复因虚假陈述行为而扭曲、失衡、偏离价值的价格。司法实践中，不同地区的法院对于投资者损失的计算方式不尽相同，目前被采用较多的，是实际成本法和移动加权平均法。随着立法的不断完善，司法的不断实践，希望能够尽快将损害赔偿的计算方式统一，以切实保护投资者的合法权益。

4. 增加惩罚性赔偿机制

《若干规定》第三十条规定，虚假陈述行为人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实际发生的损失为限。但新《证券法》一个重大变化在于大幅提高对证券违法行为的处罚力度，增加了“法律责任”一章，罚款金额大幅度提高，惩罚的倍数也从原来的1-5倍提高到了1-10倍，大幅提升了违法违规成本。相应地在

民事赔偿方面，也建议考虑对于违法行为主体适当地增加惩罚性赔偿，既保护投资者的合法权益，也对违法行为主体给予一定的威慑和打击。

有人担心，集体诉讼的落地可能会使得投资者滥用诉讼权利。笔者认为，比起层出不穷的侵权行为，投资者就应该该高举法律武器维权。当然，集体诉讼的落地，还会有一些列相关的细则和措施出台，赋予投资者维权的权利，也应限制权利的滥用。给投资者以充分地激励和保护，给违法者以严厉地打击和惩罚，才能有利于新资本市场生态的建设。因此，证券集体诉讼制度，是为证券市场投资者保护探索积累必要的经验。



徐晓

上海兰迪律师事务所合伙人，上海律协证券业务研究委员会委员
业务方向：民商事争议解决、证券与资本市场

中国证监会对企业IPO“三类股东”适格性审核体现出的监管逻辑与监管理念

文 | 范兴成

一、“三类股东”概念

“三类股东”是资产管理计划、契约型基金和信托计划，因其作为企业股东均未能依照现行法律成为工商登记股东，故被称为“三类股东”；企业直接或间接含有三类股东的企业被称为“三类股东”企业。三类股东的类型主要包括三种：由证券公司、基金子公司等受托发行的资产管理计划；由信托公司发行的信托计划；由私募基金管理人发行的契约型基金。

二、“三类股东”的特征

“三类股东”作为活跃的市场投资主体，其主要具备以下特征：

设立目的：主要作为投资载体实现其投资目的。

资金来源：通常以非公开的方式募集资金。

决策管理：通常由管理人进行投资决策及日常活动管理，个别“三类股东”在募资协议中约定了投资范围甚至投资对象。

不能作为工商登记股东：因“三类股东”不属于法律认可的独立民事主体，无法进行工商登记。其投资于非公众公司时通常以管理人的名义持有股权；其投资于非上市公

众公司时以自身名义持有股权。

优势：“三类股东”筹集资金的方式较为多样，利益分配及事务管理较为方便，且通过“三类股东”可以享受有一定的税收优惠等。契约型基金、资产管理计划、信托计划并非法定纳税主体，针对个人投资者而言，通常由个人投资者按照财产转让所得20%的所得税率缴纳个人所得税。

三、“三类股东”问题产生的原因

2015年—2016年基于全国中小企业股份转让系统（简称“新三板”）市场的火爆，加之IPO排队企业的“堰塞湖”现象，众多优质、具备IPO潜力的企业在新三板挂牌后，谋求转板，遭遇拟IPO企业股东适格性问题。

2013年12月26日，证监会发布《非上市公众公司监管指引第4号—股东人数超过200人的未上市股份有限公司申请行政许可有关问题的审核指引》，该指引第三项（二）条的规定：“以私募股权基金、资产管理计划以及其他金融计划进行持股的，如果该金融计划是依据相关法律法规设立并规范运作，且已经接受证券监督管理机构监管的，

可不进行股份还原或转为直接持股。”2015年10月15日，《全国中小企业股份转让系统机构业务问答（一）》特别明确了“三类股东”在合规情形下，可以投资拟挂牌新三板公司，并且挂牌时可不进行股份还原，仅需做好披露工作。这些政策给了“三类股东”参与新三板投资的机会，加之新三板实施协议转让和做市转让两种制度，为提高股份的流动性，完善企业治理，不少优质的新三板企业均选择了做市交易，“三类股东”作为新三板市场活跃的投资者，在这一轮投资中，表现卓越，因而成为众多新三板公司的股东。但是我国资本市场IPO上市规则对上市企业的股东适格性有着更为严格的标准。《首次公开发行股票并上市管理办法》及《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法》（简称“首发管理办法”）明确要求发行人的股权必须清晰，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）实际审核中国企业IPO时，不接受委托持股、信托持股的情形，而“三类股东”的投资人结构通常较为复杂，因存在多层嵌套，存续期限等问题影响股权结构的稳定性，出资人资金数额和来源难以核查，导致

“三类股东”企业 IPO 时难以满足证监会的审核要求。

相比新三板挂牌规则，IPO 上市规则的要求更加严格，证监会在 2015 年甚至提出窗口指导，要求“三类股东”必须清理，导致含有“三类股东”的拟上市企业 IPO 路径受阻，使得这类企业在申报 IPO 过程中遭受了不可承受之痛，有实际控制人花巨资收购“三类股东”完成清理进而申请上市，也有不能承受或者不愿意承受巨大收购造成的资金压力而长期横梗在申请 IPO 排队路上的企业，对他们而言，可谓是“IPO 之路漫漫、费尽周折难成行”。

四、中国证监会对“三类股东”核查实践变迁及监管逻辑、监管理念分析

（一）IPO 对“三类股东”的审核政策变迁三个阶段

1. 2017 年前，否定“三类股东”作为上市企业股东资格

《非上市公众公司监管指引第 4 号》、《股转公司机构业务问答（一）》承认了三类股东非上市公众公司的股东资格，但是证监会的审核实践是不认可三类股东作为上市企业的股东资格。

2. 2017 年，积极研究“三类股东”作为上市企业股东资格

继基金业协会会长洪磊关于“三类股东”的讲话后，证监会在《对十二届全国人大五次会议第 2432 号建议的》答复中，表明证监会正积极研究“三类股东”作为拟上市企业股东的适格性问题。

3. 2018 年后，肯定“三类股东”作为上市企业股东资格

2018 年 1 月 12 日，证监会新



闻发言人常德鹏在答记者问中答复，考虑到“三类股东”的特殊性，明确了新三板挂牌企业申请 IPO 时存在“三类股东”的监管政策。

综合考量关于“三类股东”的监管政策，对于新三板挂牌公司的“三类股东”问题，证监会已经肯定了“三类股东”作为上市企业的股东资格，并给出了较为明确的监管政策。针对含“三类股东”的拟 IPO 企业今后将围绕着答记者问中

的四个方面理解监管部门审核的标准：

（1）公司控股股东、实际控制人、第一大股东不得为“三类股东”（2）“三类股东”应当是依法设立、规范运作并已经受到监管；（3）必须对“三类股东”进行穿透核查；（4）要求“三类股东”对存续期间作出关于股份锁定和减持的合理安排。

（二）证监会对三类股东作为拟上市企业股东审核的监管理念、监

管逻辑分析

1. “三类股东”作为适格拟上市企业股东的法律分析

资产管理计划、契约型基金和信托计划等三类股东根据其设立的相关法律文件均设定有名义持有人，从法律实质看，这些投资人将资金归集于一个拟定的主体，这个拟定的主体与这些实际投资人之间是代持关系（此处仅对其法律关系实质进行判断，不涉及其复杂的分配安排）。按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法司法解释（三）》）已经明确可以允许实际股东与名义股东订立合同约定如何持股，也即代持、信托、委托持股或者通过其他的法律形式能够明确代持关系等都是合法的，且《公司法司法解释（三）》明确此类名义投资人与实际投资人不一致的案件，认可其背后签署的协议，《合同法》第五十二条规定的情形除外，可以认为三类股东持股，其股权是清晰的。根据《首发管理办法》，企业IPO必须发行人股权清晰，三类股东不会导致股权不清晰。因此，该三类股东作为拟上市企业股东，是有法理基础的。

2. 证监会对“三类股东”作为拟上市企业股东适格性审核的监管理念、监管逻辑分析

证监会对拟发行股票企业的合格股东的严格审查，其监管逻辑及监管理念是什么呢？笔者概括总结为以下几点。

其一，主体资格及股权稳定与清晰问题。三类股东系基于契约关

系而设立，但三类股东仍非独立法人，无法独立承担民事责任，不属于法律认可的独立民事主体，三类股东在工商登记时不被视为民事主体，无法登记为非上市工商的股东。实践中，三类股东对拟上市公司投资的方式通常由管理人的名义持有股权，在工商登记的股东名称为管理人的名称，从而导致企业名义投资者于实际投资者存在差异。这是证监会否定三类股东作为拟上市企业股东的主要原因。此外，证券监管层认为三类股东存在股权不稳定和股权不清晰的问题。因此早期，不仅新三板不认同三类股东，场内资本市场更是如此。但是由于三类股东的设立有法规依据，也是活跃在证券投资市场的重要力量，《非上市公众公司监管指引第4号—股东人数超过200人的未上市股份有限公司申请行政许可有关问题的审核指引》明确依法设立并规范运作的“三类股东”，且已经接受证券监督管理机构监管的，可不进行股份还原或转为直接持股。这是场外市场试探性接受“三类股东”的方式，因此大量的“三类股东”通过各种方式进入了三板挂牌公司。但是我国场内资本市场对“三类股东”的主体地位则通过证监会窗口指导，经历了按兵不动、若即若离、态度鲜明等阶段，最终形成了A股证券市场的“三类股东”处理窗口指导意见。

其二，追索出资来源实现资本市场领域的公平与正义以及严防投机取巧与规避拟上市主体及关联人士的道德风险。资本市场是一个利

益再分配的市场，特别是拟上市企业股权一级市场。众所周知，我国属于证券新兴市场，加之，我国证券发行采取核准制（此为研究问题存在时我国证券发行当时的相关制度，不涉及目前科创板正在实施证券发行注册制），企业能获得IPO资格，则其供给的证券，就是经过证券监管机关把关审核过的珍贵商品，通常其市盈率很高，这导致公司上市后，原始股东资产的大幅升值。因此，对三类股东进行特别核查，其中有一层含义就是要彻查资金的来源，确保资本市场领域不能浑水摸鱼，阻断一些社会资金进入PREIPO（指拟上市公司上市前的融资行为）企业。另外一层含义，是防止那些应当承担股份锁定义务的实际控制人、高管等通过“三类股东”实现提前套现，坑害投资者的情形。

3. 证监会对拟上市企业“三类股东”核查清理监管理念概括结论

2018年1月26日，深圳市贝斯达医疗股份有限公司上会，系新三板首家未清理“三类股东”就直接上会的新三板企业。该案例虽未能成功过会，但肯定了三类股东上市公司股东的主体资格。

2018年3月13日，文灿股份成功过会，成为带有“三类股东”转板成功的新三板第一股，标志着困扰新三板两年多的“三类股东”转板首次破冰。

2018年5月15日，被称为“三类股东”第一股的海容冷链成功过会，其穿透程度和清理程度高于之前过会的文灿股份、芯能科技，成为三类股东问题解决的标志性案例，

同时也意味着今后三类股东企业过会可能成为常态。

2018年10月10日，在会三年之久的有友食品通过发审会审核，其在解决三类股东问题方面具有一定程度的标杆意义，对今后涉及“三类股东”的上市企业解决“三类股东”问题具有很高程度的借鉴价值。

自2018年1月12日，证监会发言人通过答记者问的形式明确了拟上市企业中“三类股东”的审核标准以来，文灿股份、海容冷链、有友食品等案例说明“三类股东”企业在符合监管政策要求的情况下过会将成为常态。“三类股东”企业的成功过会，进一步完善了交易所和新三板市场的制度衔接，增强了新三板对企业的吸引力，有利于构建多层次的资本市场。

《首发业务若干问题解答（一）》对发行人在新三板挂牌期间形成“三类股东”持有发行人股份的，明确中介机构和发行人应从以下方面核查披露相关信息：

（1）中介机构应核查确认公司控股股东、实际控制人、第一大股东不属于“三类股东”。

（2）中介机构应核查确认发行人的“三类股东”依法设立并有效存续，已纳入国家金融监管部门有效监管，并已按照规定履行审批、备案或报告程序，其管理人也已依法注册登记。

（3）发行人应根据《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发〔2018〕106号）披露“三类股东”相关过渡期安排，以及相

关事项对发行人持续经营的影响。中介机构应当对前述事项核查并发表明确意见。

（4）发行人应当按照首发信息披露准则的要求对“三类股东”进行信息披露。中介机构应对控股股东、实际控制人，董事、监事、高级管理人员及其近亲属，本次发行的中介机构及其签字人员是否直接或间接在“三类股东”中持有权益进行核查并发表明确意见。

（5）中介机构应核查确认“三类股东”已作出合理安排，可确保符合现行锁定期和减持规则要求。

该核查内容全面体现了证监会对“三类股东”作为拟上市公司股东适格性审查的监管理念。

证监会对“三类股东”的监管认知也是在不断变迁，从严防死守，到合理个案过关，再到结合监管理念厘清核查方法并推广普遍适用，这也是证监会在面对新兴证券市场层出不穷问题出现的符合规律的认知。任何一个政策或者监管指导意见的出台，都会影响很多实业的发展，但是企业不应当受到政策的突变带来的极度不确定性招致的重大损失，特别是同为中国证券市场，投资者持有的货币资源具有同等参与市场投资实现资源配置并相应获取增值的能力，不能让新三板（场外市场）的投资者及接受投资的企业承受其不可预见政策导致的不能上市或者拖延上市的重大损失。

为了顺应企业高速发展之所需，我们的证券监管机关完全可以预判与提前进行制度研究，可以邀请证券法学专家及实践领域的证券法专

家共同参与研究，让理论研究超越实践并前瞻性地指导实践，让监管理念能更深入证券市场参与者内心，并让其做好对可能出台政策的预判，而具体政策或者监管指导意见的出台，则是在众多预先理论研究的基础上而顺利出台的，众多企业及投资者有一定预判性，有利于其合理安排生产、投资与融资发展布局，不会出现停滞现象，贻误企业发展的先机。



范兴成

北京大成（上海）律师事务所合伙人，上海律协证券业务研究委员会副主任，中国法学会重庆经济法研究会常务理事
业务方向：资本市场、跨境投资与贸易、争议解决

论上市公司对外担保无效的认定

文 | 丁德应 杨红

2019年以来,上市公司因爆发巨额违规担保触及其他风险警示而被ST的情况频繁上演,但对外担保的效力认定,审判实践中裁判尺度却不统一。2019年11月,最高人民法院下发《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)(下称《九民会议纪要》),其第22条规定上市公司债权人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息而订立的担保合同,人民法院应当认定有效。但对于上市公司来说,哪些担保是无效的呢?怎么才能判定担保无效呢?本文将结合被称为《九民会议纪要》后“公司对外担保第一案”即上市公司浙江金盾风机股份有限公司(下称金盾股份)的实例进行解析。

2019年12月2日,金盾股份发布了收到杭州市中级人民法院下发(2018)浙01民初4553号《民事判决书》的公告。该判决书认为,

金盾股份为实际控制人及其所控制的金盾压力提供的担保,依法无效。根据判决理由,结合《九民会议纪要》第17条、第18条的规定可知,

上市公司的对外担保如要依法认定无效,需从两大方面进行重点判断,具体如下:



一、上市公司法定代表人做出担保决定的行为是否构成越权代表

《公司法》第16条对于公司向其他企业投资或者为他人提供担保，或公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，做出了明确的限制。根据该条规定，担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项，而必须以公司股东（大）会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的，构成越权代表。在金盾股份案件中，法院认为，实际控制人周建灿并非金盾股份的法定代表人，其以金盾股份的名义为自己及自己控制的金盾压力提供担保，不符合《公司法》第16条，属于无权代理行为。更何况即便是该公司实际控制人是法定代表人，其代表权也是受到限制的。

二、上市公司法定代表人构成越权代表的情况下，债权人是否存在善意

善意，是指债权人不知道或者不应当知道法定代表人超越权限订立担保合同。在确定越权代表的情形下，笔者认为债权人的如下行为应认定为不存在善意，具体为：

1. 未能审查上市公司对外担保的内部决策程序

对于债权人是否善意，要区分关联担保和非关联担保情形下的不同内部决策程序。对于为公司股东或者实际控制人提供关联担保的，如债权人未能提供证据证明其在订立合同时对股东大会决议进行了审查，表决程序严格执行了回避表决规定，签字人员也符合公司章程规

定的；对于公司提供非关联担保，债权人未能证明其对公司董事会决议或者股东大会决议进行了审查，同意决议的人数及签字人员符合公司章程规定的，则债权人接受担保的行为，视为不存在善意。案例中，法院认为作为上市公司，金盾股份《章程》是公开可查询的，该《章程》规定了公司为股东及实际控制人提供担保必须经董事会审议通过并提交股东大会批准，但债权人中财招商在明知的情况下，未能进行审查，而接受了实际控制人代表上市公司直接意思表示，由此说明其未尽合理审查义务，因此不属于善意行为。

2. 履行了内部决策程序但未进行公告，债权人也没有提出公告和审查要求的

若根据上市公司章程规定，公司对外担保（唯有可能为非关联担保）仅需经过董事会决议通过即可，而上市公司并未就该董事会的召开和决议对外披露的，则在这种情形下，债权人与上市公司订立的担保合同是否有效，《九民会议纪要》并未给出明确意见，金盾股份案件中法院也没有对此阐述。不过，从《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》的内容来看，最高院民二庭倾向于认为该行为不能认定债权人为善意相对人。根据最高院的意见，在此情况下债权人完全可以要求上市公司进行公开披露，并对披露内容进行实质审查，债权人若没有提出要求，则不能认定其属于善意之范畴。

综上所述，基于现行规定对上市公司的公开透明有更高要求，因此，在上市公司提供对外担保时，作为接受担保的债权人，尤其要尽到必



丁德应

上海君伦律师事务所主任，上海律协理事、规划与规则委员会副主任、证券业务研究委员会副主任，上海国际经济贸易仲裁委员会仲裁员
业务方向：金融证券、外商投资、政府事务



杨红

上海君伦律师事务所律师
业务方向：资本市场、公司事务

要的注意义务，才能认定存在善意，否则将面临着上市公司担保无效的法律后果。

包容、透明与高效： 科创板并购重组规则要点评述

文 | 刘涛 廖学勇

2019年1月30日,《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》(“《科创板实施意见》”)提出要建立“高效的并购重组机制”,引起了市场各方的高度关注;2019年8月23日,证监会正式发布《科创板上市公司重大资产重组特别规定》(“《重组特别规定》”);2019年11月29日,上交所正式发布《上海证券交易所科创板上市公司重大资产重组审核规则》(“《重组审核规则》”),这只各方期待已久的靴子终于落地。

《重组特别规定》及《重组审核规则》通过优化重大资产重组标准,丰富支付方式、明确问询标准、压缩审核时限等一系列举措,更加注重制度包容性、突出以信息披露为中心并着力加强科创板并购重组审核的高效及可预期性。

一、科创板并购重组的规则适用顺位

科创板并购重组规则并非独立于A股其他板块而“另起炉灶”,系在A股现有并购重组规则的基础上,结合境内外科创企业的特点及并购重组市场化改革的方向,从实体、程序等方面对科创板并购重组作出的特别规定。

科创板上市公司在实施重大资产重组、发行股份购买资产及重组上市时,应优先适用《重组特别规定》及《重组审核规则》,在《重

组特别规定》、《重组审核规则》没有规定或规定不明确时,可以适用《上市公司重大资产重组管理办法》(“《重组办法》”)等证监会及上交所关于上市公司并购重组的其他业务规则。

二、科创板并购重组的审核主体划分

科创板并购重组规则延续了注册制的核心理念,相较于主板、中小板及创业板并购重组由证监会审核的做法,科创板重组上市及上市公司发行股份购买资产的审核主体由证监会变更为上交所,证监会相应履行注册程序。科创板及其他板块的审核主体差异如(表1):

然而需特别指出的是,虽然科创板并购重组规则对于涉及重组上市及发行股份购买资产事项实行注册制,但并不意味着证监会没有否决及问询的权利,就在8月

30日,证监会否决了拟科创板上市企业恒安嘉信的注册申请,成为注册制下证监会行使否决权的首单案例。

三、科创板并购重组的特殊标准

(一) 细化标的资产协同效应的要求

考虑到科创板对行业、技术等方面的特别要求,《科创板实施意见》已明确规定,科创公司并购重组的标的资产应当符合科创板定位,并与主营业务具有协同效应。《重组审核规则》基于《科创板实施意见》的要求,进一步提出标的资产所属行业应当与科创公司处于同行业或者上下游。

同时,《重组审核规则》还特别指出,与科创板上市公司具有协同效应是指科创板上市公司因本次交易而产生的超出单项资产收益的超额利益,主要包括(1)增加定价权;(2)

表 1

重组类型	上市板块	交易所审核	证监会审核	证监会注册
发行股份购买资产	主板、中小板及创业板		✓	
	科创板	✓		✓
重组上市 (涉及股份发行)	主板、中小板及创业板		✓	
	科创板	✓		✓
重组上市 (不涉及股份发行)	主板、中小板及创业板		✓	
	科创板	✓		

注:对于不涉及重组上市及股份发行的科创板上市公司重大资产重组(包括重大资产购买、重大资产出售及重大资产置换),仍根据《重组办法》的规定履行信息披露义务,并由上交所进行问询式监管,但无需提交证监会审核或注册。

表 2

重组类型	上市板块	交易所审核	证监会审核
资产总额	主板、中小板及创业板	≥ 50%	/
	科创板	≥ 50%	/
资产产生的营业收入	主板、中小板及创业板	≥ 50%	/
	科创板	≥ 50%	且 ≥ 5,000 万
资产净额	主板、中小板及创业板	≥ 50%	且 ≥ 5,000 万
	科创板	≥ 50%	且 ≥ 5,000 万

降低成本；(3) 获取主营业务所需的关键技术、研发人员；(4) 加速产品迭代；(5) 产品或者服务能进入新的市场；(6) 获得税收优惠；(7) 其他有利于主营业务发展的积极影响。

(二) 提升重大资产重组认定标准

科创板并购重组规则总体延续了《重组办法》关于重大资产重组的认定要素，但在营业收入的标准上作出进一步细化，既要求标的资产的营业收入占上市公司最近一年营业收入 50% 以上，同时还要求标的资产营业收入绝对金额达到 5,000 万元以上。具体如（表 2）：

科创板并购重组规则增加对营业收入绝对金额的要求，体现出科创板并购重组制度的包容性，充分

考虑到科创企业的特点，有利于收入规模较小的科创板上市公司通过并购重组注入优质资产，促进企业快速发展壮大。

(三) 设定科创板重组上市的“高门槛”

科创板并购重组规则明确允许科创板重组上市，结合近期证监会拟通过修订《重组办法》有条件地允许创业板重组上市的安排，未来 A 股各板块均将允许重组上市。

对比 A 股各板块对重组上市的财务指标要求，科创板为重组上市设置了更高的门槛，主要差异如（表 3）：

值得注意的是，根据科创企业的特点，科创板并购重组规则允许

尚未盈利的经营实体在科创板重组上市，这亦呼应了科创板允许未盈利科创企业上市的制度设计思路，再次体现出科创板并购重组规则的包容性。

(四) 定价灵活性及支付方式多样化

《重组办法》要求 A 股其他板块上市公司实施并购重组时的股份发行价格不得低于市场参考价的 90%，《重组特别规定》则进一步放宽科创板并购重组的股份发行价格，要求不低于市场 80%，体现了更具有弹性的股份发行定价机制，给科创板并购重组的参与各方提供了更大的操作空间，可以鼓励更多自主创新能力强的高科技企业和战略新兴产业通过并购重组注入科创板上市公司。

与此同时，《重组审核规则》提出，科创板上市公司可以通过发行优先股、可转换为股票的公司债券、定向权证、存托凭证等方式购买资产或者与其他公司合并，支付方式将进一步多样化。

表 3

类型	科创板	主板、中小企业板	创业板
不存在差异化表决安排	重组上市的经营实体符合以下任一项： (1) 最近 2 年净利润均为正且累计不低于 5,000 万元； (2) 最近 1 年营业收入不低于 3 亿元，且最近 3 年经营活动产生的现金流量净额累计不低于 1 亿元	重组上市的经营实体需同时符合： (1) 最近 3 年净利润均为正数且累计超过 3,000 万元； (2) 最近 3 年经营活动产生的现金流量净额累计超过 5,000 万元；或者最近 3 年营业收入累计超过 3 亿元	重组上市的经营实体需同时符合： (1) 最近 2 年连续盈利，最近 2 年净利润累计不少于 1,000 万；或者最近 1 年盈利，最近 1 年营业收入不少于 5,000 万元； (2) 最近一期末净资产不少于 2,000 万元，且不存在未弥补亏损
存在差异化表决安排	重组上市的经营实体符合以下任一项： (1) 最近 1 年营业收入不低于 5 亿元，且最近 2 年净利润均为正且累计不低于 5,000 万元； (2) 最近 1 年营业收入不低于 5 亿元，且最近 3 年经营活动产生的现金流量净额累计不低于 1 亿元	不允许	不允许

表 4

参与主体	信息披露义务
科创板上市公司	依法披露投资者作出价值判断和投资决策所必需的信息
科创板上市公司、交易对方的控股股东、实际控制人、董监高等相关主体	依法审慎作出并履行相关承诺,不得利用控制地位或影响能力要求科创公司实施显失公允的重组交易,不得指使或者协助科创公司、交易对方进行虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等违法违规行为,不得损害科创公司和投资者合法权益
独立财务顾问	保证重大资产重组报告书及其出具的独立财务顾问报告等文件的真实、准确、完整,对申请文件进行全面核查验证,就本次交易是否符合法定条件和信息披露要求作出专业判断,并切实履行尽职调查、报告和披露以及持续督导等职责
其他证券服务机构	对与其专业职责有关的业务事项进行核查验证,履行特别注意义务,审慎发表专业意见

表 5

类别	主要内容
本次交易的合规性	本次交易是否符合《重组办法》、《重组特别规定》、《重组审核规则》及证监会、上交所其他相关规定
标的资产协同性	标的资产是否符合科创板定位,是否与科创公司主营业务具有协同效应等
本次交易的必要性	本次交易是否违反国家相关产业政策,科创公司是否具有明确可行的发展战略
资产定价的合理性	交易价格是否显失公允,评估或估值方法与标的资产特征的匹配度及评估参数选取的合理性,交易作价与历史交易作价是否存在重大差异,相同或类似资产在可比交易中的估值水平等
业绩承诺的可行性	业绩承诺是否合理,是否符合行业发展趋势和业务发展规律,是否按规定签订明确可行的补偿协议,交易对方是否具备相应的履约能力等

四、科创板并购重组的信息披露要求

以信息披露为中心是设立科创板并试点注册制的鲜明特点,《重组审核规则》强调以信息披露为中心的基本理念,并通过以下方式进一步细化了科创板并购重组的信息披露要求:

(一) 明确重组各方信息披露义务

《重组审核规则》明确了科创板上市公司、交易对方、独立财务顾问及证券服务机构等并购重组参与各方的信息披露义务和要求,具体如下(表 4):

(二) 具体规定重组信息披露内容

《重组审核规则》明确科创板

并购重组信息披露必须真实、准确、完整,包含对作出投资决策有重大影响的信息,且易于投资者理解等基本要求,重点披露以下内容(表 5):

(三) 创根问底式问询督促重组各方披露信息

上交所在科创板发行上市审核中遵循“全面问询、突出重点、合理怀疑、压实责任”的原则对申报企业进行问询,对于问题突出、存在矛盾的申请文件,上交所会通过多轮问询要求申报企业进行解释说明和信息完善。

根据《重组审核规则》,上交所在科创板并购重组审核中,将对申请企业进行一轮或多轮问询,并在

审核问询中要求相关主体解释和说明相关问题及原因、补充核查相关事项、补充提供新的证据或材料、修改或更新信息披露内容。

科创板并购重组审核的上述安排延续了上交所“创根问底”式问询方式,通过问询以督促重组参与各方真实、准确、完整地披露信息。

五、科创板并购重组的高效审核程序

科创板并购重组审核的主要程序包括受理申请、审核机构审核、上市委员会审议、报送证监会注册等环节。其中,科创板并购重组审核程序在以下几个方面充分体现出

表 6

类别	主要内容
发行股份购买资产	上交所自受理申请文件之日起 45 日内出具同意意见或者作出终止审核的决定
	申请企业回复审核问询的时间不得超过 1 个月, 确有需要的, 可以申请延期不超过 1 个月
重组上市	上交所自受理申请文件之日起 3 个月内出具同意意见或者作出终止审核的决定
	申请企业回复审核问询的时间不得超过 3 个月, 确有需要的, 可以申请延期不超过 1 个月

与 A 股其他板块的不同。

(一) 明确并压缩并购重组的审核时限

相较于《重组办法》未限定证监会审核时限的做法, 科创板建立高效并购重组机制的最主要措施是在《重组审核规则》中明确并压缩科创板并购重组的审核时限。根据并购重组方式的不同特点, 《重组审核规则》设定了不同的审核时限及申请企业的问询回复时限, 具体如下(表 6):

(二) 优化并购重组审核机制

1. 差别审核机制

《重组审核规则》区分发行股份购买资产和重组上市两类交易设定了差别审核机制。对于申请发行股份购买资产的, 由审核机构审议; 对于构成申请重组上市的, 由审核机构提交上市委员会审议。

2. 快速审核通道

A 股上市公司并购重组现已实行“分道制”和“小额快速”审核, 以压缩上市公司并购重组时间, 加快审核速度。在现有“分道制”和“小额快速”审核实践经验的基础上, 《重组审核规则》提出科创板并购重组的快速审核通道如下:

一是可以根据上市公司的规范

运作情况以及独立财务顾问、证券服务机构的执业情况, 结合国家产业政策和重组交易类型, 减少审核问询的轮次、问题数量, 优化审核内容, 提高审核效率。

二是对于不构成重组上市的发行股份购买资产, 除非另有规定, 满足以下情形之一的, 审核机构可以在受理后经审核, 不再进行审核问询, 直接出具审核报告: (1) 最近 12 个月内累计交易金额不超过 5 亿元; (2) 最近 12 个月内累计发行的股份不超过本次交易前上市公司股份总数的 5% 且最近 12 个月内累计交易金额不超过 10 亿元。

六、结语

随着科创板开市及科创企业陆续挂牌上市, 《重组特别规定》及《重组监管规则》的发布正逢其时, 填补了科创板并购重组领域的制度空白, 为科创板上市公司通过并购重组发展壮大奠定了良好的制度基础。我们相信, 《重组特别规定》及《重组监管规则》体现出的包容、透明与高效以及以信息披露为中心的核心理念, 在提高科创板并购重组质量的同时, 能为科创板并购重组提供更广阔的空间。



刘涛

北京市通商律师事务所上海分所合伙人, 上海律协证券业务研究委员会委员, 华东政法大学兼职导师
专业方向: 私募股权投资、收购兼并、境内外上市



廖学勇

北京市通商律师事务所上海分所律师, 上海律协科创板业务研究委员会委员
专业方向: 私募股权投资、收购兼并、境内外上市

境外已上市红筹企业申报科创板相关问题刍议

从公司治理角度的对比与探析

文 | 王立 沈诚 陈炜

根据科创板法律框架，符合相关要求的已在境外上市的大型红筹企业，可以通过发行存托凭证或股票的方式在科创板上市。前述红筹企业是指注册地在境外、主要经营活动在境内的企业；境外上市主要是指在香港联交所、美国纳斯达克等境外证券交易所上市。

截至目前，已有两家红筹企业（均为境外非上市红筹企业）提交了科创板上市申请，其中华润微电子（红筹企业发行股份）已经启动招股，九号机器人（红筹企业发行存托凭证）尚在审核过程中，但还没有一家已经上市的红筹企业正式提交上市申请。作为科创板的一项重要制度创新，《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》《上海证券交易所科创板股票上市规则》等核心文件都包含了若干专门针对红筹企业申请在科创板上市的条款，但红筹企业在境内证券市场上市毕竟是中国资本市场重大无先例的模式，前述条款更多还是从宏观角度做出原则性规定，很多实操层面的细节尚待主管部门和市场通过“遇到问题，解决问题”的路径予以明确。

从两个已经申报红筹企业公告的审核机关反馈问题来看，红筹企业的公司治理是审核机关关注的重点之一。未上市的红筹企业的公司治理在申报科创板之前主要遵

循的是注册地的法律法规以及股东批准的公司章程，在准备科创板申报时需要根据科创板上市规则等对公司章程及其他内控文件进行修订，程序上需要根据文件性质取得股东或董事会的批准，相对比较容易操作。而已经在境外上市的红筹企业在该问题上的复杂性在于，修订公司章程及其他内控制度时还要兼顾目前上市地的上市规则及其他公司治理强制性规定，且两地的规则在对某些特定事项的要求上往往还存在一些差异，因此在对公司章程及其他内控制度进行修订时需要逐条对比两地证券市场规则的差异，并找到能够兼容两地监管要求的解决方案。

在本文中，笔者尝试根据科创板相关规定、境外公司法、境外交易所上市规则、境外注册公司通常适用的章程条款等，说明已经在境外上市的红筹企业在准备科创板申报时，在公司治理方面需遵循的基本原则，并从公司治理的几个具体事项着手进行分析并给出初步建议，希望对主管机关制定针对已上市红筹企业申请科创板上市的审核细则，以及拟申报科创板的已上市红筹企业，有所裨益。

一、公司治理方面需遵循的基本原则

根据《上海证券交易所科创板

股票上市规则》的规定，红筹企业在境内发行股票并在科创板上市，股权结构、公司治理、运行规范等事项适用境外注册地公司法等法律法规的，其投资者权益保护水平，包括资产收益、参与重大决策、剩余财产分配等权益，总体上应不低于境内法律法规规定的要求。前述条款其实点出了拟申报科创板的已上市红筹企业在梳理公司治理时应遵循的两条重要原则。第一，红筹企业的公司治理首先是适用注册地法律和境外上市地的上市规则。《中国公司法》《上市公司章程指引》等境内法律法规红筹企业并不需要完全适用。第二，红筹企业根据注册地法律和境外上市地的上市规则而制定的公司治理规则，应做到总体上不低于境内法律法规规定的上市公司投资者权益保护水平。如果低于，也需要参照境内法律法规进行适当调整。

二、若干特定事项的分析与建议

限于篇幅原因，以下我们主要围绕利润分配、股东大会一般职权、重大交易、关联交易、对外担保决策、股东大会决议、独立董事任职、征集投票权等公司治理相关的重点事项，说明科创板的一般规定和境外已上市红筹企业（考虑到在开曼群岛注册并在香港联交所主板上市的红筹企业在已经境外上市

的全部红筹企业中占比较高，因此我们主要讨论该类境外上市红筹企

业的情况)的通常做法，分析两者存在的差异(如有)，并对拟申报

科创板的境外已上市红筹企业提供初步建议。

(一)利润分配

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
利润分配	股东大会审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案。公司应当在公司章程中明确分配现金股利的具体安排(包括分配原则、分配形式、分配条件、分配的间隔期间等相关内容)并出具未来三年分红规划的承诺。	董事会可以决定公司的分红派息。公司章程中一般不会就股东获取利润分配及现金分红的具体安排作出明确规定。

分析与建议：境外已上市红筹企业(本部分以下简称“红筹企业”“公司”)的利润分配机制较一般A股上市公司更加灵活，在利润分配的决策上与科创板要求的主要差异在于科创板要求公司股东大会决定利润分配，而红筹企业可以在公司章程中约定由董事会决定。基于不低

于境内投资者权利保护的要求，我们建议红筹企业在公司章程中约定由股东大会决定利润分配事项。

关于利润分配的具体内容，如果修改公司章程有难度，则可以考虑通过股东大会议案的形式明确未来三年内利润分配及现金分红的制度安排，并于每三年更新该内容，

这与在公司章程中加入该内容相比，均由股东大会审议通过，在审议权限上无实质差异。因此，公司通过股东大会议案的形式确认股利分配相关事项不会影响投资者对于现金股利分配事项的决策权利，对投资者获取资产收益的权益的保护水平亦不低于境内法律法规的要求。

(二)股东大会一般职权

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
股东大会的一般职权	1. 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事; 2. 决定有关董事、监事的报酬事项; 3. 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案; 4. 对发行公司债券作出决议; 5. 审议批准变更募集资金用途事项; 6. 审议股权激励计划。	1. 董事会可以委任新的董事; 2. 董事会决定公司董事报酬; 3. 发行一般公司债券等与股本无关的证券由董事会批准; 4. 未约定股权激励计划一定由股东大会审议; 5. 董事会决定募集资金用途事项的审议权限; 6. 董事会决定公司年度财务预算和决算方案。

分析与建议：关于董事选举，红筹企业系在遵守开曼群岛法律的前提下设置董事会委任临时董事的制度安排，该等安排可以增加公司治理的灵活性，且临时董事最终仍需接受股东大会的选举，因此未使公司对投资者的保护水平低于境内法律要求。

关于董事、监事的报酬事项，红筹企业大多已设置薪酬委员会，并由薪酬委员会对董事薪酬予以审查。此外，公司董事会决定董事薪酬事项时，没有任何董事参与决定自己的报酬，可保证董事薪酬的合理及公平性。因此即使董事薪酬的

决策权限归属于董事会，亦不会损害投资者的权益。

年度财务预算方案、决算方案，由股东大会审议，保障了股东对公司财务状况、未来发展规划的知情权。但红筹企业可以说明，公司一直按照开曼群岛法律及上市地相关法律规定，均由董事会决定年度财务预算及决算方案，并在定期报告中向股东披露公司的财务状况及未来发展规划等重大事项。因此，由董事会审议不会导致公司对投资者的保护水平低于境内法律要求。

关于发行一般公司债券，由于此类发行对公司的股权结构不会产

生影响，不会对公众股东的基本权利产生影响。董事会决定一般债券的发行事项主要考虑通过更灵活的决策机制有效把控公司的融资成本，公司可以说明按此机制开展债务融资活动至今，未发生过损害公众股东利益的情形。

关于募集资金用途的决策权，红筹企业可以有利于公司业务发展为前提，阐述公司董事由股东选举产生或连任，对股东负责。董事会负责公司的日常经营决策，由其决定募集资金用途可提高决策效率并可及时满足公司经营产生的资金需求。



(三) 重大交易的决策

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
股东大会的其他职权——重大交易	交易涉及的资产总额、成交金额、资产净额、营业收入、净利润占上市公司最近一期经审计的对应指标超过 50% (如为营收还需超过 5000 万; 如为净利润还需超过 500 万), 应当提交股东大会审议。	主要交易, 涉及的资产、代价、盈利、收益及股本均超过上市公司最近一期对应指标 25%; 非常重大的出售事项 (> 75%); 非常重大的收购事项 (> 100%); 以及反收购行动需提交股东大会审议。

分析与建议: 科创板上市规则与香港主板上市规则在需进行测试的财务指标上存在一定差异, 主要差异为科创板上市规则要求测试指标涉及标的公司净资产占上市公司市值的比例以及交易产生的利润占上

市公司净利润的比例, 香港主板上市规则要求测试指标涉及股本比例。此外, 两地上市规则在测试指标的具体比例方面也存在差异。

从兼顾平衡角度出发, 建议红筹企业在公司章程中增加股东大会

审议批准公司股票上市地适用的上市规则规定的应当由股东大会批准的重大交易, 并在股东大会议事规则中按照科创板上市规则以及上市地使用的上市规则的要求, 列明由股东大会审议通过的重大交易事项。

(四) 关联交易的决策

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
股东大会的其他职权——关联方与关联交易	1. 上市公司董事 (独立董事除外)、监事、高级管理人员及其关系密切的家庭成员担任董事、高级管理人员的法人或其他组织 (上市公司及其控股子公司除外) 为上市公司的关联方。 2. 占上市公司最近一期经审计总资产或市值 1% 以上, 且超过 3,000 万元的关联交易, 应当提供评估报告或审计报告, 并提交股东大会审议。与日常经营相关的关联交易可免于审计或者评估。	1. 上市公司下属的非全资附属公司属于关联方; 附属公司的董事 (现任或过去 12 个月内曾任)、高级管理人员 (现任) 均属于上市公司的关联方。 2. 关联交易经过比率测试低于 5%, 或低于 25% 且总对价少于 1,000 万港币时, 由董事会审议; 或符合豁免股东大会批准的, 可由董事会审议通过。

分析与建议: 建议红筹企业在公司章程增加约定: 股东大会审议批准公司股票上市地相关法律法规及本章程规定的应当由股东大会批准

的关联 (连) 交易; 并修改《股东大会议事规则》与《关联 (连) 交易管理制度》, 按照境内要求以及红筹企业上市地规则, 关联方认定范围取

两地上市规则的并集, 扩大关联方认定。红筹企业于科创板上市后因新增关联方可能会导致关联交易的范围有所扩大。

(五) 对外担保的决策

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
股东大会的其他职权——担保	1. 下列担保事项应当由股东大会审议：单笔担保额超过净资产10%；公司及其控股子公司的对外担保总额，超过净资产50%以后提供的任何担保；为资产负债率超过70%的担保对象提供的担保；连续12个月累计计算原则，超过总资产30%的担保。 2. 上市公司为全资子公司提供担保，或者为控股子公司提供担保且控股子公司其他股东按所享有的权益提供同等比例担保，可以豁免股东大会审议。为关联人提供担保的，提交股东大会审议。	1. 向合并报表范围外公司提供担保的，资产、盈利、收益、代价及股本达到25%及以上的，需提交股东大会审议。如涉及关联交易的，需遵守股东大会批准或豁免程序。 2. 向不构成关联方的子公司提供担保的，无需经股东大会审议；向构成关联方的子公司提供与其持股比例相当的担保亦无需经股东大会审议。

分析与建议：建议红筹企业在公司章程中明确：股东大会批准公司向合并报表范围外公司提供担保的事项，同时制定《对外担保管理制度》，明确如下条款：（1）向合并报表范围外公司提供担保（无论是否构成关联交易及担保金额占公司相关财务指标的比重）均需提交股东大会审议；（2）向合并报表范围内全资或不构成红筹上市地规则下的关联方的控股子公司提供担保无需经股东大会审议；（3）向合并报表

范围内构成红筹上市地规则下的关联方的控股子公司提供担保的，按照相关规定履行或豁免相关由股东大会审议的程序。

担保事项审议权限根据上述思路调整后，虽然与科创板要求仍存在一定差异，但可以保障投资者权益保护水平总体上不低于境内法律法规规定的要求。科创板规定达到一定标准的担保事项才需提交股东大会审议，上述规定的审议权限较其严格，更有利于保护公众股东。

上述规定的审议权限是红筹企业上市地对于担保事项审议程序的要求，与科创板要求的主要差异在于无论控股子公司其他股东是否按照其所享有的权益提供同等比例担保，均无需提交股东大会审议。红筹企业可以说，公司一直遵照该等规定开展业务，并建立了完善的适用于公司及其子公司的内部控制制度，强化公司内部监控，未发生过因债务人财务状况恶化等原因给公司造成损失的情形。

(六) 股东大会的决议

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
股东大会的决议	1. 普通决议：董事会和监事会的工作报告；董事会拟定的利润分配方案和弥补亏损方案；董事会和监事会成员的任免及其报酬和支付方法；公司年度预算方案、决算方案；公司年度报告；除法律、行政法规规定或者章程规定应当以特别决议通过以外的其他事项。 2. 特别决议：公司增加或者减少注册资本；公司的分立、合并、解散和清算；公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司最近一期经审计总资产30%的；股权激励计划；发行优先股。	1. 普通决议：购回其本身持有的公司股份；增加股本；合并或分拆股本；注销未被认购股份；委任、罢免董事；延长暂停办理股东名册的股份过户登记手续。 2. 特别决议：减少股本；普通股的赎回；指示董事会管理公司业务；任何类别股份所附权利的更改。

分析与建议：红筹企业受限于适用的法律规定，可以维持现行制度安排，建议在公司章程中明确：修改章程、减少股本、公司的合并、解散、清算事项、

一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司最近一期经审计总资产30%的属于特别决议事项；增加股本、股权激励计划、发行优先股属于普通

决议事项。根据上述调整，虽然与科创板要求仍存在一定差异，但可以保障投资者权益保护水平总体上不低于境内法律法规规定的要求。

(七) 累计投票权

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
累积投票制	董事、监事选举中应当积极推行累积投票制。单一股东及其一致行动人拥有权益在30%以上的，应当采用累积投票制。	未规定采取、或者规定不采取累积投票制。

分析与建议：累积投票制为保障中小股东参与董事、监事选举的重

要措施，建议红筹企业在中国章程中予以明确。从而体现对投资者权

利保障不低于境内相关规定。

(八) 独立董事的任职资格

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
独立董事的任职资格	最多在 5 家上市公司兼任独立董事，独立董事在一家上市公司的连任时间不得超过六年。	对担任独立董事家数与期限都有限制。

分析与建议：科创板要求独立董事中至少有一名会计专业人士，且对于担任独立董事数量（5 家）以及连任时间（不超过 6 年）较红筹

企业更为严格。如出现某独立董事担任独董超过 5 家，建议可以从其任职以来，一直积极参加公司董事会及股东大会，严格履行香港主板

上市规则规定的独立董事职责与义务的角度予以阐述，从而说明该独立董事能够维护公司整体利益，保护中小股东的合法权益不受损害。

(九) 征集股东权利

事项	科创板一般规定	红筹企业通常做法
征集股东权利	董事会、独立董事和符合条件的股东、投资者保护机构可以公开征集股东投票权。征集股东投票权应当向被征集人充分披露具体投票意向等信息。禁止以有偿或者变相有偿的方式征集股东投票权。公司不得对征集投票权提出最低持股比例制。	未对征集股东权利作出规定。

分析与建议：红筹企业是否要设置征集股东权利待商榷，科创板虽规定上市公司可以采用征集股东权利，但未明确应当适用征

集股东权利的具体情形。在股权较为分散的情形下，征集投票制度可能会对公司重大事项的表决结果产生重要影响，红筹企业一般并

未限制股东委托他人投票的权利，因而即使未设置征集投票权制度，相关制度亦为股东参与重大决策提供了便利。



王立

上海市锦天城律师事务所合伙人
专业方向: A股IPO、并购重组、资产证券化



沈诚

上海市锦天城律师事务所律师，上海律协科创板业务研究委员会委员
专业方向: 资本市场、并购、私募股权



陈炜

上海市锦天城律师事务所律师，上海律协信息化工作委员会副主任
专业方向: 证券与资本市场、公司与并购、跨境投资

当股权激励遇见科创板

实务中的契机与困惑

文 | 张兰田 孙维平

2019 年，中国资本市场见证了一件具有里程碑意义的大事，那就是上海证券交易所设立科创板并试点注册制。从国家战略层面，设立科创板并试点注册制是实施创新驱动发展战略、深化资本市场改革的重要举措。笔者从资本市场法律服务工作者的角度看，科创板创造了一种可能性，使得那些暂不符合 IPO 条件的科技创新企业能够提早登陆资本市场，本质上就是在引导资本和社会资源精准对接以科技创新为代表的生产力。

科创板主要服务于符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业，《上海证券交

易所科创板企业上市推荐指引》明确提出，评估企业是否具有科技创新能力，应当重点关注企业是否掌握自主知识产权的核心技术，是否拥有高效的研发体系。科技创新企业高度依赖核心技术和研发体系，人才的智力创造对企业生存及发展的贡献尤为突出。正因如此，利用适当的股权激励措施来有效的吸引人才、留住人才、激励人才，已经成为市场的普遍选择。

当股权激励遇见科创板，实务中会迎来哪些契机，又面临哪些困惑呢？在对科创板股权激励相关的规则和案例进行大致的梳理后，笔者将结合实务经验，对此问题进行

一番探讨。

一、科创板股权激励主要规则及相关案例梳理

（一）科创板股权激励主要规则

相比于主板和创业板的监管制度，现有科创板制度体系充分考虑了科技创新企业的实际需求，无论是对申请股票在科创板上市的公司，还是科创板上市公司，股权激励的监管要求和实施标准都有一定程度的放宽。

笔者认为，在上述科创板股权激励规则中，最为重要的是允许带期权上市和放开上市公司股权激励的授予价格。其中，前者是借鉴香

类别	申请股票在科创板上市的公司	科创板上市公司
主要制度文件	《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答》 《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 41 号——科创板公司招股说明书》	《上海证券交易所科创板股票上市规则》 《科创板上市公司信息披露工作备忘录第四号——股权激励信息披露指引》
主要内容	(1) 明确员工持股计划或期权计划的信息披露和核查要求； (2) 允许员工以科技成果出资入股； (3) 允许通过资产管理计划间接持股； (4) 员工持股计划符合“闭环原则”或依法进行基金备案的，不穿透计算股东人数； (5) 在符合激励对象、行权价格、激励比例、减持限制等要求的前提下，允许首发申报前制定、上市后实施的期权激励计划。	(1) 激励范围扩大，持股 5% 以上的股东、实际控制人及其配偶、父母、子女可作为激励对象； (2) 打破最低授予价格限制授予价格低于激励计划草案公布前 1 个、20 个、60 个或 120 个交易日股票均价 50% 的，应当说明定价依据及定价方式； (3) 股权激励比例上限提高，累积不得超过公司总股本的 20%； (4) 将期权激励优化为分次获益的限制性股票，满足获益条件后分批进行股份登记，获益条件包含 12 个月以上的任职期限时，获授后可以不再设置限售期； (5) 明确科创板上市公司股权激励信息披露的内容及格式要求。

港联交所和纳斯达克制度的产物，能在很大程度上解决上市过程不确定性导致的激励对象出资意愿问题；后者则使得激励对象能以极低的价格获得上市公司的股份，即便受到二级市场价格不确定性的影响，激励对象仍有丰厚的获益空间，激励效果大大增强了。

（二）科创板股权激励相关案例

对于申请股票在科创板上市的公司，带有员工持股计划的案例较多，但绝大部分已在申报前实施完毕。就市场关注度较高的带期权上市而言，2019年11月，上海硅产业集团股份有限公司成为首例首发申报前制定并准备在上市后实施的期权激励计划并成功过会的公司。在审案例中，九号机器人有限公司、上海君实生物医药科技股份有限公司亦存在首发申报前制定、上市后实施的期权激励计划。此外，关于符合“闭环原则”或基金备案避免穿透计算股东人数已经出现案例，中微公司员工持股计划参与人数就超过200人，但适用了“闭环原则”后被认定为1名股东，目前已顺利上市。相对而言，科创板规则中明确允许的以资产管理计划为持股平台间接持股尚未有案例出现。

对于科创板上市公司，截至2020年2月5日，共有79家公司正式在上海证券交易所科创板上市发行上市，其中，上市后正式披露股权激励计划的公司已有10家，包括乐鑫科技(688018)、光峰科技(688007)、澜起科技(688008)、航天宏图(688066)、晶晨股份(688099)、柏楚电子(688188)、申联生物(688098)、祥生医疗(688358)、晶丰明源(688368)和鸿泉物联(688288)。从现有案

例来看，10家公司全部采用了满足获益条件后分次获益的限制性股票，授予价格也普遍较低，仅有一家超过了特定交易日股票均价的50%。

二、科创板股权激励带来的契机

（一）做时间的朋友，发挥股权激励应有的效果

参考《上市公司股权激励管理办法》的定义，股权激励是指公司以本公司股票为标的，对其董事、高级管理人员及其他员工进行的长期性激励。笔者认为，股权激励的本质，是公司及其股东以部分股权的财产性利益为对价，购买激励对象为公司服务过程中创造超额价值的一种交易行为。

其实，这种交易存在于两个维度。第一个维度，是激励对象作为小股东，为实现股东利益而为公司努力工作、创造价值；第二个维度，则是激励对象尚未取得公司股权时，或仅取得部分股权时，为了能够最大限度地获得股东权益而为公司努力工作、创造价值。传统的实股激励、限制性股票等一次性授予权益的激励方式，都是第一个维度上的交易行为。而期权激励以及《上海证券交易所科创板股票上市规则》规定的满足获益条件后分次获益的限制性股票（本质上也是一种期权），则是现在第二个维度上的交易，并最终转化为第一个维度的交易。

依笔者工作中的所见所闻，第一个维度的交易，在多数情况下的效果都并不理想。究其原因，是这些公司实施的股权激励计划，都在和并不美丽的人性进行较量。所谓并不美丽，一是因为人往往是着眼于短期利益的，也往往精于计算自

己投入的产出率。激励对象无论多么辛勤的工作，无论发挥多么天才的创造力，想要转化为股东利益，不仅需要时间的积累，还受到研发风险、市场风险、经营风险等等因素的制约。简单来说，即便付出了，回报的概率也很小。二是因为人很难完全信任他人，如果自己投入全部的心血，但别人不像自己那么投入，那么自己的辛勤付出就会被摊薄，最终的结果就可能大打折扣，考虑到自己的股权比例，全力付出一定是不合算的。简单来说，回报很难和付出成正比。所以，在一次性授予权益的股权激励中，激励对象慵懒懈怠，躺在股权上睡觉，搭别人奋斗成果的便车，可能性是很大的。

相对而言，期权激励计划，或者说期权行权完毕之前的阶段，激励效果才是最佳的。只有努力完成行权条件、获益条件才可能取得巨额利益的情况下，留给激励对象的只有一条路，那就是竭尽全力，做出业绩，做出成果。

由此可见，站在公司利益的角度，为了能够发挥股权激励应有的效果，应当尽可能地采取期权激励的方式，并尽可能地拉长行权期限，使得行权条件、获益条件在尽可能长的时间里刺激员工，激发其拼搏的动力，持续为公司创造超额价值，最终实现公司与员工的共赢。简而言之，做时间的朋友，股权激励才能发挥应有的效果。

过去的资本市场规则中，拟IPO企业的股权激励往往要配合IPO申报节奏，保证申报前行权完毕，避免存在带期权申报导致股权不清晰的情况。对拟上市公司来说，目前科创板股权激励规则为市场创造的最大契机，便是允许首发申报前

制定、上市后实施的期权激励计划，避免了原来市场中普遍的突击激励，短期行权现象。

据统计，2018年、2019年的A股上市公司股权激励预告方案中，采用限制性股票的比例分别为65.52%和61.21%，采用股票期权的比例分别为29.12%和32.47%，另有少部分公司采用限制性股票结合股票期权或股票增值权的方式。科创板为上市公司创造的契机，便是经过优化的分次获益的限制性股票模式，避免了原有上市公司股票期权制度中行权价格和锁定期限的弊端。结合现有10个案例，几乎可以肯定，分次获益的限制性股票将成为未来科创板上市公司股权激励的主流。

（二）为创始股东加强控制力另辟蹊径

相比于《上市公司股权激励管理办法》，科创板股权激励规则对激励对象范围进行了扩大。根据《上市公司股权激励管理办法》，A股上市公司的股权激励中，单独或合计持有上市公司5%以上股份的股东或实际控制人及其配偶、父母、子女，不得成为激励对象。但《上海证券交易所科创板股票上市规则》10.4条第二款特别规定，单独或合计持有上市公司5%以上股份的股东、上市公司实际控制人及其配偶、父母、子女以及上市公司外籍员工，在上市公司担任董事、高级管理人员、核心技术人员或者核心业务人员的，可以成为激励对象，但科创公司应当充分说明前述人员成为激励对象的必要性、合理性。

科创板股权激励规则将持股5%以上股东、上市公司实际控制人及近亲属保留在激励范围内有何

用意呢？笔者认为，这体现了科创板对创始股东价值的认可。

许多科技创新企业具有的共性特征是，企业发展初期需要大量的研发投入，而研发成果转化持续经营能力往往需要比较长的时间。科技创新企业的这一特征，决定了大多数企业需要借助社会资本多次融资才能成功渡过创业初期。在这种情况下，许多科技创新企业创始股东的持股比例将会被大大摊薄。正因如此，目前科创板拟上市公司的股权结构的常态是，实际控制人的实际持股比例低于30%，但通过持股平台绑定其他创始人和激励对象的表决权从而认定实际控制人，而占有股权比例大多数的往往是多家产业基金、私募基金等社会资本。相对于传统行业的企业，科创板上市公司实际控制人及创始股东的股权比例往往更低，在未来的公司治理、重大决策中将不得受限于其他社会资本股东。然而社会资本与创始股东的立场显然是不同的，资本逐利，阶段性获益后寻求退出是再正常不过的事情，所以其权利的行使一定会关注股东在短期内的利益，而创始股东则更可能站在公司长远利益的角度行使股东权利。在这种情况下，为创始股东提供一条通道，使创始股东能在公司上市后仍有机会以较低的成本提高其持股比例，从而巩固其对公司的控制力，就是对科创公司长远利益的保障。

笔者以为，支持创始股东，应该是科创板制度设计者在股权激励规则中夹带的“私货”，好在条款中明确需要“充分说明前述人员成为激励对象的必要性、合理性”。原理上说得通便无伤大雅。

三、科创板股权激励面临的困惑

（一）价格放开后如何避免利益输送

凡事往往具有积极和消极的两面，科创板上市公司股权激励规则中放开价格限制也是如此。

《上海证券交易所科创板股票上市规则》10.6条规定：“上市公司授予激励对象限制性股票的价格，低于股权激励计划草案公布前1个交易日、20个交易日、60个交易日或者120个交易日公司股票交易均价的50%的，应当说明定价依据及定价方式。”

出现前款规定情形的，上市公司应当聘请独立财务顾问，对股权激励计划的可行性、相关定价依据和定价方法的合理性、是否有利于公司持续发展、是否损害股东利益等发表意见。”

从积极的方面看，放开价格限制确能使得激励对象得到实惠，大大增强激励效果。但从消极的方面看，现有规定彻底取消了授予价格的限制，也可能导致上市公司以不合理的低价进行股权激励，损害上市公司股东的权益。即便该条第二款要求上市公司聘请独立财务顾问发表核查意见，但仍不能完全规避大股东及经营团队损害小股东利益的风险。

导致这一困惑的根源在于上市公司大股东和经营团队与上市公司中小股东在信息和控制力上的不对等。大股东和经营团队往往能促使符合其个人利益的激励计划获得通过，并在专业机构的帮助下对股权激励计划的可行性、相关定价依据和定价方法等进行合理化论证。

如前文所述，现有的科创板10家上市公司股权激励中，授予价格普遍较低，仅有一家超过了特定交

易日股票均价的 50%，有部分案例的授予价格甚至低于前 20 个交易日股票均价的 30%。笔者查阅相关公司公告的股权激励独立财务顾问报告，其中对定价合理性及是否损害股东利益问题的论据极为有限，实难以取信于人。与此同时，市场中也出现了对部分案例股权激励授予价格过低涉嫌利益输送的质疑声音。

笔者认为，在现有科创板规则体系下，虽然信息披露已经在很大程度上替代了审核干预，但对于股权激励授予价格这种可能出现利益输送的事项，设置一定的监管标准还是能够大概率防范利益输送行为的发生。另外，对于股权激励咨询机构出具的独立财务顾问报告，也应明确具体要求，落实中介责任。

（二）如何设置科学合理的行权条件并考核实施

实务中，拟上市公司和上市公司的股权激励，还面临着如何设置期权行权条件或限制性股票的授予及归属条件，以及如何考核实施的难题。

从现有的科创板 10 家上市公司股权激励方案来看，各家均按照《上海证券交易所科创板股票上市规则》的要求设置了一定的公司业绩和个人绩效等考核指标。在公司业绩考核指标的选取上，大多数公司均使用营业收入作为考核指标，部分公司的考核还纳入了毛利和净利润等指标。值得注意的是，仅澜起科技一家公司将“研发项目产业化”作为考核指标之一。在个人绩效考核方面，多数公司均将内部绩效考核的评级和授予股权的比例挂钩，比如，评级为 A 的获得 100% 的激励股份，评级为 B 的获得 80% 的激励股份，评级为 C 或 D 的不能获得激励股

份。但对于绩效考核具体内容和指标，公告内容并无详细介绍。

试问，常见的公司业绩指标能够客观公允地反映研发人员的贡献吗？个人绩效考核又有多少客观数据的支持呢？现有案例的行权条件设置和考核体系看似完善，但依笔者所见，事实上许多公司很难科学合理地为不同岗位的激励对象设置行权条件，个人绩效考核也存在种种问题。

如前文论述，股权激励是公司及其股东以部分股权的财产性利益为对价，购买激励对象为公司服务过程中创造超额价值的一种交易行为。在这个交易中，较为容易量化的是部分股权的财产性利益，这点可以参照股份支付会计处理对股份支付金额的确定方式。难以量化的是激励对象为公司服务过程中创造的“超额价值”。莫说“超额价值”，在实务中，不超额的价值标准在哪里都难以明确界定。无论是劳动合同约定的劳动者的权利义务，还是《公司法》规定的董事、监事、高级管理人员的忠实义务和勤勉义务，都无法界定或量化员工应为公司创造的价值。也许，管理学中“人力资本贡献率”更接近于这个概念的本质。但遗憾的是，如果具体都某一单个员工某一特定时期的贡献，其为公司创造的价值是什么、是多少？终究还是模糊不清的。事实的模糊就会导致争议及纠纷，近年来股权激励相关的民事案件数量的激增也从一个侧面证实了笔者的担忧。

行权条件如何设置，绩效考核如何进行，也许只有经历多年的实践摸索，市场才能得到一个较为明确的答案。

科创板问世不足一年，带给中国资本市场的积极意义和正面效果

已是不言而喻的。契机也好，困惑也罢，我们从业人员唯有抓紧学习，细心求证，大胆创造，小心实践，才能形成推动制度完善、市场进步的合力，更好地服务企业，服务社会。



张兰田

国浩律师（上海）事务所合伙人，上海律协科创板业务研究委员会主任，上海市科委特聘创业导师
专业方向：资本市场、股权设计、股权激励激励



孙维平

国浩律师（上海）事务所律师，上海律协科创板业务研究委员会干事
专业方向：资本市场、股权设计、股权激励

A股分拆科创板上市的监管要点探析

以A股、港股分拆/类分拆科创板为视角

文 | 李珍慧 王浚哲

2019年12月13日，证监会发布《上市公司分拆所属子公司境内上市试点若干规定》（《若干规定》），将上市公司（如无特殊说明，本文所述“上市公司”均指“A股上市公司”）分拆所属子公司境内上市由科创板扩大到了全市场，明确了上市公司分拆上市的七项实质性条件、信息披露和分拆程序等要求。

自《若干规定》公布至今，中国铁建（证券代码：601186）、上海电气（证券代码：601727）、上海建工

（600170.SH）、紫江企业（600210.SH）相继发布分拆子公司中国铁建重工集团股份有限公司、上海电气风电集团股份有限公司、上海建工材料工程有限公司、上海紫江新材料科技股份有限公司在科创板上市的预案。科创板制度有较强的先进性及包容性，不仅A股上市公司境内分拆上市偏爱科创板，港股上市公司境内分拆上市也大多选择科创板。笔者认为，科创板势将成为上市公司境内分拆上市的试验田。因此，笔者

在本文中结合境内分拆上市监管规则及现有A股、港股上市公司分拆/类分拆所属子公司在科创板上市的案例，对上市公司分拆所属子公司在科创板上市的监管要点进行探析，供有相关需求的上市公司参考。

一、分拆/类分拆所属子公司科创板上市重点关注问题

上市公司分拆所属子公司在境外上市早已有较为成熟的规则且不乏先例，但《若干规定》出台之前，证监会出于避免同一块资产重复上市等因素的考虑，对于上市公司分拆所属子公司在境内上市不持鼓励态度，包括分拆子公司境内上市以及通过重组等方式实现其子公司在境内上市。因此，实践中上市公司分拆所属子公司上市可供选取的路径是相对有限的，主要包括：（1）上市公司分拆所属子公司在境外上市；（2）上市公司出售子公司控制权后实现该子公司在境内独立上市（本文中或称“类分拆”）；（3）境外上市的红筹企业分拆所属子公司在境内上市等。

笔者梳理了A股、港股分拆/类分拆在科创板上市的相关案例，通过该等案例分析来探析上市公司分拆所属子公司科创板上市的监管关注要点，见表1。

通过对上述案例的分析，笔者梳理了在科创板分拆上市审核过程中被上交所重点关注的共性问题，见表2。

通过上表可见，上交所问询频

表1

类别	上市公司	发行人	上市时间	基本情况
上市公司类分拆科创板上市	生益科技（600183.SH）	联瑞新材（688300.SH）	2019.11.15	生益科技直接持有发行人31.02%股份，联瑞新材主营业务为硅微粉的研发、生产和销售
	通化东宝（600867.SH）	特宝生物（688278.SH）	2020.1.17	通化东宝直接持有发行人33.94%股份，特宝生物主营业务为糖尿病药物领域、中成药、化学药的研发、生产和销售
港股上市公司分拆科创板上市	微创医疗（00853.HK）	心脉医疗（688016.SH）	2019.7.22	微创医疗合计间接持有发行人61.79%股份，心脉医疗的主营业务为主动脉及外周血管介入医疗器械的研发、生产和销售
	威胜控股（03393.HK）	威胜信息（688100.SH）	2020.1.21	威胜控股合计间接持有发行人65%股份，威胜信息主营业务为电监测终端、水气热传感终端、通信网关、通信模块、智慧公用事业管理系统软件等物联网各层级软硬件产品的研发、生产和销售
	金山软件（03888.HK）	金山办公（688111.SH）	2019.11.18	金山软件间接持有发行人67.5%股份，金山办公的主营业务为WPS Office办公软件产品及服务的设计研发及销售推广
	三生制药（01530.HK）	三生国健	问询中	三生制药合计控制发行人89.96%股份对应表决权，三生国健主营业务为抗体药物的研发、生产、销售
	天能动力（00819.HK）	天能股份	问询中	天能国际合计控制发行人98.33%股份，天能股份主营业务为电动轻型车绿色动力电池研发、生产、销售

注：三生国健已披露首轮问询回复；天能股份尚未披露上交所首轮问询回复。

表 2

发行人	涉及问询次数（以每一轮问询为单位）					
	独立性	关联交易	核心技术	同业竞争	信息披露	分拆上市程序合规性
联瑞新材 (688300.SH)	2	3	3	1	1	0
特宝生物 (688278.SH)	2	2	2	1	2	0
心脉医疗 (688016.SH)	3	3	2	2	1	2
威胜信息 (688100.SH)	3	1	2	1	3	1
金山办公 (688111.SH)	3	2	1	3	1	2
三生国建	1	1	1	1	1	1
合计	14	12	11	9	9	6

注：三生国建已披露首轮问询回复；天能股份尚未披露上交所首轮问询回复。

表 3

发行人	典型问题摘要
联瑞新材 (688300.SH)	请发行人说明：（1）发行人的资产、人员、技术、主营业务（包括但不限于产品服务的具体特点、商标商号等） 是否存在对生益科技的重大依赖 ……
特宝生物 (688278.SH)	请发行人说明：（1）通化东宝的主要产品是否均属于生物药中的重组蛋白药物行业，是否与发行人属于同一细分行业；（2）发行人核心技术及专利，如重组蛋白修饰平台技术、蛋白质药物生产平台技术和药物筛选及优化平台技术是否与通化东宝的重组蛋白药物技术相同或相似， 是否来源于通化东宝 ，通化东宝是否存在无偿或有偿向发行人技术转让的情形；（3）通化东宝与发行人 是否存在资产混同，人员共用，采购或销售渠道相同，商标、专利、技术等混用情形 。发行人是否在其他影响持续经营的重要方面 依赖通化东宝
心脉医疗 (688016.SH)	请发行人：……（4）结合前述披露情况，发行人就研发技术方面 是否存在对上海微创医疗器械（集团）有限公司的依赖 ，是否存在上海微创医疗器械（集团）有限公司现有技术层面进行再研发的情形，发行人技术和研发是否独立
威胜信息 (688100.SH)	请发行人说明：（1）是否存在生产经营相关的 主要土地、厂房、机器设备以及商标、专利、非专利技术等资产，与控股股东共用或向其租用的情形 ；（2）发行人与控股股东是否同时进入两大电网公司的供应商体系，结合相关认证要求，具体分析在经营场所、技术工艺、监测安装等各环节是否存在重合，发行人技术人员 是否在控股股东兼职，是否具有独立研发能力 ；……（4）发行人已建立的 独立财务核算体系情况 ，尤其在生产经营活动及其成果进行独立核算的具体安排；……（6）发行人防范利益冲突及保持独立性的具体安排，是否在公司章程等内部管理制度中设置关于关联资金管控的相关规定……请发行人补充披露：……（5）发行人 是否完全独立运营、是否存在相互代垫费用的情况、是否存在关联关系或其他利益安排
金山办公 (688111.SH)	请发行人披露：……（2）金山软件对业务板块划分的依据，是否清晰明确、是否持续稳定，是否能有效实施，是否存在 资产、人员、财务、机构、业务混同的风险 ，是否会对发行人的经营产生实质不利影响……
三生国建	请发行人：（1）说明上述人员报告期内在 关联方和发行人同时任职的原因，对发行人独立性的影响 ；（2）说明报告期内其他发行人董事、高级管理人员、核心技术人员、财务人员及其他核心人员在 关联方兼职的情况，及对发行人人员独立性的影响 ；（3）结合内部的 ERP、财务系统等管理系统的情况，说明 内部管理是否独立及依据

率最高的是依次是“独立性”“关联交易”“核心技术”“同业竞争”“分拆上市程序合规性”“信息披露”等问题。笔者认为，前述问题反映了上交所对于上市公司分拆所属子公司科创板上市问询关注的重点方向，也为上市公司分拆所属子公司科创板上市提供了“指引”。

二、上市公司分拆所属子公司科创板上市监管要点探析

虽然不同申报企业都有其特性，但是从上交所问询统计分析情况看，审核部门对上市公司分拆所属子公司科创板上市关注的重点主要包括“独立性”“关联交易”“核心技术”“同业竞争”“信息披露”“分拆上市程序合规性”等，笔者以下试逐一分析之：

（一）独立性

根据《若干规定》，分拆上市母、子公司在资产、财务、机构方面相互独立，高级管理人员、财务人员不存在交叉任职，独立性方面不存在其他严重缺陷。《注册管理办法》亦明确规定发行人资产完整，业务及人员、财务、机构独立为发行上市实质条件。通过案例分析统计，“独立性”问题被问询次数高达 14 次，当之无愧的重点关注问题。关于“独立性”的典型问题见表 3。

可以看出，上交所关注的主要问题包括：（1）发行人与其母公司之间业务拆分是否清晰；（2）发行人核心技术及专利的来源；（3）发行人在生产经营相关的主要土地、厂房、机器设备以及商标、专利、非专利技术等资产上是否对其母公司存在重大依赖；（4）发行人与其母公司董事、高级管理人员、核心技术人员、财务人员及其他核心人员兼职情况等。

表 4

发行人	典型问题摘要
联瑞新材 (688300.SH)	请发行人：……(6) 参照交易所上市规则及其他业务规则的相关规定补充披露是否存在其他关联方，如存在，进一步披露报告期内与该等关联方之间是否存在交易，以及交易的标的、金额、占比…… 请保荐机构和发行人律师：(1) 核查发行人是否依照相关规定完整披露关联方及关联交易；(2) 核查报告期内关联交易发生的必要性及商业逻辑、占同类交易的比例、定价依据，是否均已履行必要、规范的决策程序，公司是否已制定并实施减少关联交易的有效措施……(4) 核查报告期内是否存在关联交易非关联化的情形……
特宝生物 (688278.SH)	请发行人：说明实际控制人控制的企业的主营业务、成立时间、注册资本、报告期内的主要财务数据、员工人数、是否存在亏损情形，在资产、人员、技术等方面与发行人的关系，是否存在重叠的客户或供应商，是否存在为发行人与承担推广职责的经销商或其他为发行人承担推广职责的公司存在资金业务往来，是否存在为发行人分担医药推广费用的情形；是否与发行人存在同业竞争，是否存在重大违法违规情形，是否存在为发行人分担成本费用
心脉医疗 (688016.SH)	请发行人说明：……(4) 发行人将部分研发和生产外包给上海微创及其全资子公司安脉医疗，发行人是否具备独立的研发能力，是否通过关联方分摊成本费用……
威胜信息 (688100.SH)	请发行人说明：(1) 报告期发行人与威胜集团、施维智能等关联方既存在关联采购又存在关联销售的交易背景、必要性及商业合理性，关联销售、关联采购数据与威胜控股公开文件披露内容是否一致，关联方的认定依据是否存在差异……
金山办公 (688111.SH)	招股书披露，报告期内发行人存在较多关联交易。请发行人说明：……(3) 采购小米移动软件等关联方的市场推广服务的原因及必要性、持续性，发行人同时为北京金山安全软件有限公司、珠海豹好玩科技有限公司提供市场推广服务，相关交易的背景，前述交易是否真实、必要、持续、公允，是否存在为发行人承担成本费用、利益输送或其他利益安排等情形……
三生国建	报告期内，发行人发生的各类关联交易较多，涉及金额较大。请保荐机构、发行人律师和申报会计师全面核查报告期内发行人全部关联交易，并对关联交易信息披露的完整性、关联交易履行程序的合法合规性发表明确意见

上市公司分拆所属子公司在科创板上市的独立性问题涉及到资产、业务、人员、财务、机构等各个方面，上交所特别关注拟分拆的子公司对其已上市母公司是否存在重大依赖，独立性问题直接关系到母公司投资者利益、发行人独立经营和直接面对市场的能力，在上市审核中受到重点关注。

(二) 关联交易

根据《若干规定》，上市公司与拟分拆所属子公司均需符合证监会、交易所关于关联交易的监管要求。《注册管理办法》亦明确规定与控股

股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在严重影响独立性或者显失公平的关联交易为发行上市的实质条件。可能存在的母、子公司之间的违规关联交易可能会导致利益输送以及损害中小股东利益。从现有分拆科创板上市的案例来看，“关联交易”问题被上交所问询的次数高达 12 次。关于“关联交易”的典型问题见表 4。

可以看出，上交所关注的主要问题包括：(1) 发行人是否依照相关规定完整披露关联方及关联交易；(2) 报告期内关联交易发生的必要

性；(3) 商业逻辑以及作价公允性；(4) 关联交易是否均已履行必要、规范的决策程序；(5) 发行人是否已制定并实施减少关联交易的有效措施；(6) 报告期内是否存在关联交易非关联化的情形；(7) 关联方是否存为发行人承担成本费用、利益输送或其他利益安排情形等。

从科创板上市实践来看，科创板本身对关联交易采取了更为包容的态度，但关联交易可能伴随上市公司利润转移、侵害中小股东权利、影响公司独立性等诸多问题，对于分拆所属子公司上市来讲，由于分拆出来的子公司难免与上市公司或其他关联方发生交易，因此上交所对于上市公司与拟分拆所属子公司之间的关联交易亦持重点关注态度，严防利用关联交易进行输送利益或调节利润等行为。

(三) 同业竞争

根据《若干规定》，上市公司与拟分拆所属子公司均符合证监会、交易所关于同业竞争的监管要求。《注册管理办法》亦明确规定与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在对发行人构成重大不利影响的同业竞争作为发行上市的实质条件。从现有分拆科创板上市的案例来看，“同业竞争”问题被上交所问询的次数达到 9 次。“关于同业竞争”的典型问题见表 5。可以看出，上交所关注的主要问题包括：(1) 发行人与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业之间业务是否具有替代性、竞争性、是否有利益冲突；(2) 是否构成竞争关系；(3) 与发行人业务不构成同业竞争或重大不利影响的同业竞争的理由是否充分等。

在上市公司分拆所属子公司在

表 5

发行人	典型问题摘要
联瑞新材 (688300.SH)	请保荐机构和发行人律师核查发行人控股股东、实际控制人是否存在通过其他亲属关系规避同业竞争限制的情形并发表意见
特宝生物 (688278.SH)	请发行人说明：……实际控制人控制的企业是否与发行人存在同业竞争，是否存在重大违法违规情形，是否存在为发行人分担成本费用情形
心脉医疗 (688016.SH)	请发行人：（1）补充披露发行人的业务与微创医疗从事的业务的技术差异，是否存在跨越及交叉的可能性；（2）补充披露发行人和微创医疗是否存在业务或者市场切割约定；（3）结合前述披露情况，进一步分析并披露发行人与其直接或者间接控股股东是否存在同业竞争或者潜在同业竞争情形
威胜信息 (688100.SH)	请保荐机构及发行人律师核查：（1）控股股东及关联方的历史沿革、资产、人员、主营业务（包括但不限于产品的具体特点、技术、商标商号、客户、供应商等）等方面与发行人的关系，以及是否存在技术同源、业务是否有替代性、竞争性、是否有利益冲突等，判断相关业务是否构成竞争；（2）发行人简单以产品销售地域不同、产品的具体细分领域不同，作出“不存在同业竞争”的结论是否依据充分……
金山办公 (688111.SH)	请发行人披露：（1）控股股东金山软件的注册资本、股权结构、历史沿革、主营业务演变、主要财务数据、控股及参股子公司等；结合金山软件及其关联公司的发展路径、主营业务、产品与服务的具体特点、主要客户及供应商等，说明是否与发行人有替代性及竞争性，与发行人业务不构成同业竞争的理由是否充分……
三生国建	请发行人：（1）结合本部分回复，进一步说明发行人与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业之间业务是否具有替代性、竞争性、是否有利益冲突，是否构成竞争关系及依据；（2）进一步说明发行人与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业之间不存在对发行人构成重大不利影响的同业竞争的依据……

表 6

发行人	典型问题摘要
联瑞新材 (688300.SH)	请发行人：……（2）披露招股说明书中披露的 2016 年与生益科技关联交易金额与生益科技 2016 年年报披露金额存在差异的原因……
特宝生物 (688278.SH)	请发行人说明：……（4）通化东宝持股比例由 50.77% 下降至 33.94% 的背景及原因，通化东宝未同比例参与发行人增资所履行的决策程序、审批程序与信息披露情况，发行人及其关联方的董事、监事和高级管理人员在通化东宝的任职情况，是否存在争议或潜在纠纷……
心脉医疗 (688016.SH)	请保荐机构和发行人律师核查……发行人信息披露与微创医疗在香港的信息披露是否存在重大差异，前述情况是否对本次发行条件构成影响，并发表意见
威胜信息 (688100.SH)	请发行人说明：……（7）威胜控股在香港联交所的公开披露资料中关于威胜集团、发行人业务、产品、技术之间关系的描述，是否与本次申报文件相关内容存在重大差异……
金山办公 (688111.SH)	招股书披露，发行人在本次发行前需取得香港联交所就分拆上市的批复及保证配额的豁免同意函。请发行人：……（5）补充说明发行人招股说明书中涉及金山软件及下属企业、金山软件的股东和实际控制人等方面的披露内容，与金山软件在香港联交所披露的公开信息是否一致，并以列表方式详细说明
三生国建	请保荐机构和发行人律师核查……关于发行人信息披露与三生制药在香港的信息披露是否存在重大差异，前述情况是否对本次发行条件构成影响，并发表意见

科创板上市后，母、子公司均为上市公司，此时母、子公司各自明确的业务边界和清晰的定位尤为重要。发行人在上市申请中应对其与母公司是否存在竞争关系、相互业务边界是否清晰及可能发生的业务协同等方面进行详细阐述，让监管层及广大投资者对双方主营业务方向及未来业务定位有清晰的认识。

（四）信息披露

根据《若干规定》，上市公司分拆所属子公司在境内上市应当严格履行信息披露义务，充分披露分拆的影响、提示风险。《注册管理办法》亦明确规定发行人应当按照证监会制定的信息披露规则，编制并披露招股说明书，保证相关信息真实、准确、完整。凡是对投资者作出价值判断和投资决策有重大影响的信息，发行人均应当予以披露。从现有分拆科创板上市的案例来看，“信息披露”问题被上交所问询的次数达到 9 次。关于“信息披露”的典型问题见表 6。

可以看出，上交所关注的主要问题包括：（1）发行人与上市公司所披露信息的一致性；（2）是否充分披露对投资者决策和上市公司证券及其衍生品种交易价格可能产生较大影响的所有信息；（3）是否充分披露分拆的影响及提示风险（上市公司应当根据证监会、交易所的规定，披露分拆的目的、商业合理性、必要性、可行性；分拆对各方股东特别是中小股东、债权人和其他利益相关方的影响；分拆预计和实际的进展过程、各阶段可能面临的相关风险，以及应对风险的具体措施、方案等）等。

上市公司分拆所属子公司在科创板上市，不仅上市公司自身需要按照证监会要求严格履行信息披露

表 7

发行人	典型问题摘要
心脉医疗 (688016.SH)	请发行人说明： <u>微创医疗分拆发行人在境内上市履行的法定程序，及联交所关注的主要问题</u> ； 请保荐机构和发行人律师核查关于联交所上市公司分拆上市的相关法律法规及监管规则的要求，就 <u>发行人是否已履行所有法定程序，是否符合相关法律法规和监管规则的要求</u> ……
威胜信息 (688100.SH)	请说明：(1) <u>分拆上市是否已履行所有法定程序，是否符合相关法律法规和监管规则的要求</u> ，并提供香港联交所的同意函；(2) <u>香港关于分拆上市公司子公司独立上市的相关法律法规及监管规则的要求</u> ；(3) 香港联交所对威胜控股分拆上市关注的主要问题；(4) 威胜控股及其董监高人员上市期间的是否曾受到香港证监会、联交所或相关管理部门的处罚或监管措施，是否存在违法违规的情况，是否对本次发行构成影响
金山办公 (688111.SH)	招股书披露，发行人在本次发行前需取得香港联交所就分拆上市的批复及保证配额的豁免同意函。请发行人：(1) <u>说明中国内地及香港地区关于分拆上市公司子公司独立上市的相关法律法规及监管规则的要求，说明并披露发行人是否已经履行所有法定程序，是否符合相关法律法规和监管规则的要求</u> ；(2) <u>说明发行人在境内分拆上市，是否取得境外证券监管机构、自律组织的许可，是否履行境外上市公司董事会或股东大会批准程序</u> ；(3) 说明金山软件在香港首次公开发行股票的具体情况，包括但不限于发行时间、上市的资产业务情况与发行人的业务、资产、人员等方面的关系，申请公开发行时香港联交所关注的主要问题；(4) 说明金山软件及其实际控制人、控股股东、金山软件控制的各下属企业在业务经营、信息披露、规范运作等方面是否存在违法违规行为，是否曾受到相关管理部门的处罚或监管措施；前述情况是否对本次发行构成法律障碍……
三生国建	请保荐机构和发行人律师核查关于分拆上市公司子公司独立上市的相关法律法规及监管规则的要求，就 <u>发行人是否已履行所有法定程序，是否符合相关法律法规和监管规则的要求</u> ，是否存在对原股东的强制配售义务，控股股东及其董监高人员在上市期间的是否曾受到香港证监会、联交所或相关管理部门的处罚或监管措施，是否存在违法违规的情况，前述情况是否对本次发行条件构成影响，并发表意见

义务，充分披露分拆的影响、提示风险，同时分拆后的子公司作为发行人需要按照证监会及上交所要求结合自身主业履行更充分的信息披露义务，母、子公司应当注意所披露信息的一致性及其完整性，包括涉及风险事项的完整性披露。

(五) 分拆上市程序合规性

根据《若干规定》，上市公司分拆所属子公司在境内上市，上市公司董事会应当就所属子公司分拆是否符合相关法律法规、是否有利于维护股东和债权人合法权益，上市公司分拆后能否保持独立性、持续经营能力，分拆形成的新公司是否具备相应的规范运作能力等做出决议；上市

公司股东大会应逐项审议分拆事项，且须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过，且经出席会议的中小股东所持表决权的三分之二以上通过。从现有分拆科创板上市的案例来看，“分拆上市程序合规性”问题被上交所问询的次数达到9次。关于“分拆上市程序合规性”的典型问题见表7。

可以看出，上交所关注的主要问题包括：(1) 发行人分拆上市公司子公司独立上市的相关法律法规及监管规则的要求履行所有法定程序，是否符合相关法律法规和监管规则的要求；(2) 发行人母公司作为已上市公司是否取得证券监管机构、自

律组织的许可，是否履行上市公司董事会或股东大会批准程序；(3) 母公司首次公开发行股票的具体情况，包括但不限于发行上市的资产范围、业务与本次发行人资产范围、业务的关系，申请公开发行时监管部门关注的主要问题等；(4) 上市公司及其实际控制人、控股股东、董监高是否存在违法违规行为，是否曾受到相关管理部门的处罚或监管措施，是否对本次发行构成法律障碍等。

在上市公司分拆所属子公司在科创板上市过程中，应着力于分拆上市的程序合法合规性，对分拆上市过程中可能存在较大风险的环节加以规范和控制，明确分拆上市的决策程序和申请程序，实现对全体股东和投资者权益的保护。

(六) 核心技术

根据《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》(《实施意见》)《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》(《注册管理办法》)等相关规定，科创板主要定位于服务符合国家战略，拥有关键核心技术及科技创新能力突出且主要依靠核心技术开展生产经营的企业。从本文第一部分现有7例上市公司分拆科创板上市案例来看，“生物医药企业”占据其中3例，“新一代信息技术企业”占据其中2例，“新材料企业”“新能源企业”各占据1例，均系涉足高精尖、高科技和高新产业，“核心技术”问题被上交所问询次数高达11次。关于“核心技术”的典型问题见表8。

可以看出，上交所关注的主要问题包括：(1) 发行人核心技术的形成过程；(2) 发行人是否主要依靠核

表 8

发行人	典型问题摘要
联瑞新材 (688300.SH)	请保荐机构按照《上海证券交易所科创板企业上市推荐指引》及相关规定，核查发行人的 核心技术是否国内或国际领先、是否成熟或者存在快速迭代的 风险，并发表意见
特宝生物 (688278.SH)	请发行人说明：(1) 核心技术及专利的形成过程 ，关联方拥有或使用与发行人业务相关的商标、专利等知识产权的情况，是否存在对核心技术人员的依赖，是否与其他机构或研发人员存在 纠纷及潜在纠纷 ；(2) 发行人核心技术或产品 是否存在被近年国际、国内市场上其他技术替代、淘汰的风险
心脉医疗 (688016.SH)	请发行人进一步从发行人与同行业公司技术、产品、专利数量及核心专利情况（取得方式、获奖专利中承担角色、是否共有、是否涉诉等）、是否具有独立研发能力、研发投入占比、市场占有率、技术先进性、发行人在行业中的地位等方面说明 发行人的技术核心优势，是否符合科创板的定位
威胜信息 (688100.SH)	请发行人补充披露：……(2) 报告期内营业收入中，发行人依靠核心技术开展生产经营所产生收入的构成、占比、变动情况及原因等……请保荐机构按照《问答》相关要求 进行核查 ，并就发行人 是否“主要依靠核心技术开展生产经营” 发表明确意见
金山办公 (688111.SH)	请发行人说明：(1) 办公软件技术迭代周期，目前国内外的最高技术水平和主流技术水平以及未来的技术进展方向；(2) 核心技术及专利的形成过程 ，关联方拥有或使用与发行人业务相关的商标、专利等知识产权的情况，是否存在对核心技术人员的依赖，是否与其他机构或研发人员存在 纠纷及潜在纠纷 ；(3) 发行人核心技术或产品 是否存在被国际、国内市场上其他技术模仿、替代、淘汰的风险
三生国建	请发行人：(1) 说明 核心技术及其核心专利的形成过程 ，相关技术及专利或其基础技术来源是否涉及受让，与发明人、申请人或其他 第三方 是否存在 纠纷及潜在纠纷 ……(3) 说明发行人现有核心技术 是否存在被国际或者国内其他技术替代或者淘汰的风险 ……

心技术开展生产经营；(3) 发行人的核心技术是否国内或国际领先、是否成熟或者存在快速迭代的**风险**；(4) 发行人是否符合科创板的定位；(5) 发行人的核心技术是否存在**争议纠纷**等。

笔者认为，与主板、中小板、创业板不同，科创板对核心技术的要求达到了一个全新的高度，这也与科创板设立目标即支持科技创新、带动经济高质量发展相契合。因此，上市公司分拆在科创板上市的子公司应当为符合国家战略，拥有关键核心技术及科技创新能力突出且主要依靠核心技术开展生产经营的企业。

三、结语

上市公司分拆是资本市场优化资源配置的重要手段，具有**增获融资平台、拓宽融资渠道、提升企业估值、获取子公司股价收益**等诸多优点。科创板定位于服务符合国家战略且拥有关键核心技术的科技创新企业，如果能够**有效精准地将上市公司相关子公司分拆至科创板上市**，对于推动国家创新发展、产业优化升级、重构资本市场体系具有重要意义。相信未来会有更多上市公司分拆科创板上市案例涌现，笔者亦将对监管要点保持密切关注。



李珍慧

德恒上海办公室合伙人，上海律协科创板业务委员会委员
专业方向：境内外首发上市，股权、资产兼并收购，上市公司重大资产重组、再融资



王浚哲

德恒上海律师事务所律师，上海律协科创板业务研究委员会委员
专业方向：金融证券、投融资及并购重组、金融争议解决

国际工程保险中保险人的代位求偿权与仲裁协议准据法的确定

评英国高等法院Enka v. Chubb Russia禁诉令申请案

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会国际商事仲裁研究中心

在国际仲裁中，经常出现的是仲裁地、仲裁协议准据法和合同实体法的选择不同的情形，而这些法律的判断和适用往往会决定案件的走向。因此，这些问题经常成为国际商事仲裁界关注的热点和焦点。近期，英国高等法院 Enka v. Chubb Russia 禁诉令申请案中对国际工程保险中保险人的代位求偿权与仲裁协议准据法的确定问题作出了认定。本文简要对此予以介绍，以飨读者。

一、基本案情

Enka 是一家总部位于土耳其的国际建设工程承包商，业务范围涵盖欧洲、非洲、亚洲、中东、南美等区域，在俄罗斯国内也有很长的经营历史。Chubb Russia 是一家俄罗斯保险公司，隶属于 Chubb 集团。Chubb Switzerland 是整个 Chubb 集团的母公司。Chubb UK 是 Chubb Russia 的控股公司。Chubb Europe 则为 Chubb Russia 承保的业务提供再保险业务。

CJSC Energoproekt 公司作为项目总包方，2011 年 5 月与业主方 PJSC Unipro 公司签订了《berezovskaya 电厂设计和施工合同》。

2012 年 6 月 27 日，Enka 作为分包商，承接了电厂项目中的锅炉及附属设备的安装工程项目。该分包合同中的争议解决条款约定：“由本合同引起的或与本合同有关的任何争议应当通过【具体的协商方式，此处略】协商解决；协商不成的，



争议应交由按下述方式进行的国际仲裁解决：争议应当根据《国际商会仲裁院仲裁规则》进行仲裁；争议应由根据《国际商会仲裁院仲裁规则》组成的三人仲裁庭仲裁解决；仲裁应以英语进行；仲裁地为英国伦敦。”

2014 年 5 月 21 日，总包方 CJSC Energoproekt 公司、业主方 PJSC Unipro 公司和分包方 Enka 三方共同签署了一份《债权

债务转让协议》，由总包方 CJSC Energoproekt 公司将其在分包合同下对 Enka 享有的全部合同权利转让给业主方 PJSC Unipro 公司，并明确该协议的争议解决方式适用分包合同中的争议解决条款。

2016 年 2 月，投入使用的 berezovskaya 电厂发生重大火灾事故。

2016 年 11 月至 2017 年 5 月间，业主方 PJSC Unipro 公司陆续获

得了 Chubb Russia 为该次火灾事故支付的保险金总计约 4 亿美元。

2017 年年底, Chubb Russia 向 Enka 发送律师函, 称火灾系因 Enka 施工质量低下, 特别是其分包的燃料油运输管道施工缺陷所致, Enka 对火灾事故的发生负有责任。

2018 年, 负责 berezovskaya 电厂火灾事故调查工作的俄罗斯特别调查小组公布了火灾事故调查报告。报告显示, 火灾事故的原因之一是 Enka 承接的工程内容可能存在缺陷。

2019 年 4 月, Chubb Russia 再次向 Enka 发送律师函, 称 Enka 存在施工质量缺陷, 应对该次火灾事故的发生承担责任。

2019 年 5 月 8 日, Enka 向业主方 PJSC Unipro 公司回函称, 业主方 PJSC Unipro 公司曾将与火灾事故有关的工程内容另行委托给了其他分包商, 因此, Enka 实际施工的工程内容与火灾无关, Enka 不应就火灾事故的发生负责, 相关责任主体应为业主方 PJSC Unipro 公司另行聘请的其他分包商。

在整个过程中, Enka 并未就 Chubb Russia 发送的律师函对 Chubb Russia 作出任何回复。

2019 年 5 月 29 日, Chubb Russia 向莫斯科仲裁法院 (Moscow Arbitrazh Court) 提起针对 Enka 等 10 余名被告的保险人代位求偿诉讼。

2019 年 9 月 3 日, 莫斯科仲裁法院正式受理了 Chubb Russia 的诉讼案件。

2019 年 9 月 13 日, Enka 委

托律师向 Chubb 集团的总法律顾问发送电子邮件, 要求对方撤回在莫斯科仲裁法院的起诉。

2019 年 9 月 16 日, Chubb 集团总法律顾问回函称不知情。同一天, Enka 以 Chubb Russia、Chubb UK、Chubb Europe、Chubb Group 四方为被告向英国高等法院提起了诉讼。

2019 年 9 月 17 日, Enka 向莫斯科仲裁法院提起动议, 要求法院考虑当事人之间存在有效的仲裁协议并驳回 Chubb Russia 的起诉。在该份动议内, Enka 明确提出案涉分包合同的实体准据法为俄罗斯法。而 Chubb Russia、Chubb UK、Chubb Europe、Chubb Group 亦认为尽管分包协议未明确约定合同准据法, 但根据该合同条件以及《罗马条例 I》第 3(1) 款的规定, 分包合同的实体法律应为俄罗斯法。

2019 年 9 月 23 日, Enka 向英国高等法院申请禁诉令, 要求 Chubb Russia、Chubb UK、Chubb Europe、Chubb Group 终止在莫斯科仲裁法院对 Enka 的诉讼行为。

2019 年 10 月 22 日, Enka 提交了 Neuberger 勋爵出具的专家意见。Enka 认为, 根据仲裁协议独立性原则, 即便分包合同的准据法为俄罗斯法, 仲裁协议本身的准据法应单独予以识别。分包合同内并未就仲裁协议准据法作出特别约定, 因此, 根据俄罗斯的冲突法规则, 应以仲裁地法 (即英国法) 作为仲裁协议的准据法。根据《英国仲裁法》, 分包合同内的仲裁协议属于有

效仲裁协议, 其效力及于行使代位求偿权的保险人 Chubb Russia。Chubb Russia 提出的代位求偿诉讼本质上系因履行分包合同而产生, 性质上属于合同争议, 故 Chubb Russia 应当根据仲裁协议的约定提起国际仲裁, 而非向俄罗斯仲裁法院起诉。

Chubb Russia 提交了 Adrian Briggs 教授出具的专家意见。Chubb Russia 认为, 分包合同内仲裁协议约定仲裁地在英国伦敦, 而根据英国冲突法规则, 分包合同内未约定仲裁协议准据法的, 仲裁协议的准据法应为整个合同的准据法, 即俄罗斯法。而俄罗斯法律对于合同争议和侵权争议的可仲裁性有不同的规定。现 Chubb Russia 以保险人身份行使代位求偿权, 并提出侵权诉讼主张。按照俄罗斯的法律, 该侵权诉讼应当由俄罗斯法院管辖。

二、英国高等法院的意见

审理本案的 Andrew Baker 法官在判决书内开宗明义地谈到, 案涉分包合同内的仲裁协议的确约定仲裁地在英国伦敦, 故英国法院对 Enka 的禁诉令申请具有管辖权。

根据遵循先例的原则, 英国法院在 Angelic Grace 判例中已经确立了“一方当事人以另一方当事人的诉讼行为违反既有仲裁条款为由向英国法院申请禁诉令, 而相关仲裁条款的准据法为英国法的, 另一方当事人应当向英国法院说明不作出禁令的充足理由”这一裁判规则。但是, Baker 法官指出, 该裁判规

则仅适用于仲裁协议准据法为英国法的场合。而本案中，分包合同内仲裁协议并未约定准据法，双方也未能就仲裁协议的法律适用达成新的一致意见。现 Enka 主张仲裁协议准据法为仲裁地法律，即英国法；而 Chubb Russia 主张案涉合同内仲裁协议的准据法为整个合同的准据法，即俄罗斯法。在双方当事人未就仲裁协议准据法形成一致意见的情况下，英国法院不应直接适用 Angelic Grace 案的裁判规则。

经过争点整理，Baker 法官认为，双方当事人对案涉分包合同内仲裁协议的效力以及 Chubb Russia 享有的代位求偿权利均不持异议。双方的核心争议焦点是：分包合同内仲裁协议的准据法究竟是俄罗斯法还是英国法，Chubb Russia 在莫斯科仲裁法院提起的诉讼究竟是合同之诉还是侵权之诉，以及在上述两点基础上该诉讼纠纷究竟是否属于仲裁协议管辖范围之内。

纵观双方的诉辩意见，Baker 法官总结道，Chubb Russia 的策略可能是：根据俄罗斯法律，Chubb Russia 针对 Enka 的代位诉讼纠纷在性质上属于侵权纠纷，分包合同内仲裁协议的准据法为俄罗斯法，而侵权纠纷在俄罗斯法律下不属于仲裁条款范围之内，或者即便对前述问题的答案尚有争议的，也应当由俄罗斯法院进行裁定。故 Chubb Russia 没有根据分包合同内的仲裁协议提起仲裁，而是根据《俄罗斯民事诉讼法》的规定向莫斯科仲裁法院提起侵权诉讼；而 Enka 的策略可能是：由于分包合

同内仲裁协议约定仲裁地在英国，故该仲裁协议的准据法为英国法，无论 Chubb Russia 在莫斯科仲裁法院提起的代位诉讼纠纷在性质上属于合同纠纷还是侵权纠纷，根据英国法，该等纠纷均属于仲裁协议管辖范围之内，Chubb Russia 向莫斯科仲裁法院起诉的行为违反了分包合同内的仲裁协议，英国法院应当签发禁令。

（一）关于仲裁协议准据法的查明

Baker 法官首先查明，案涉分包合同由俄文和英文双语书就，但合同内没有任何关于法律适用的字眼。然而，有两个关键事实具有参考价值：一是分包合同内仲裁协议约定仲裁地为英国伦敦；二是双方当事人均认为分包合同的准据法为俄罗斯法律。那么，仲裁协议准据法究竟以仲裁地法律还是以实体法律为准？

Baker 法官指出，一方面，Moore Bick LJ 在 Sulamérica SA v. Enesa Engenharia SA 判例中提出：“当事人对合同准据法的选择显然暗示着对仲裁协议准据法的选择”；但另一方面，Glick 判例载明：“仲裁协议似乎更应当受仲裁地法律的约束，而非合同实体法律，因为适用仲裁地法律与双方当事人缔约时的真实意思表示更为协调”。在两个相互冲突的判例精神面前，Baker 法官认为，Enka 聘请的 Neuberger 勋爵援引的 Sulamérica 案更具说服力。但 Baker 法官认为，Sulamérica 案的真实裁判意旨是：当事人关于仲裁协议准据法的隐含意思表示究竟更接近于对合同实体法的选择还是

仲裁地，这其实是一个合同解释的问题，法官应当从整个合同的条文出发，结合合同的客观情况和商业常识，作出判断。

Sulamérica 案所涉合同内关于法律适用的约定内容为：“本合同排他性地受到巴西法律的约束”。因此，作为该合同一部分的仲裁协议，从逻辑和文义上看也应当以巴西法律为准据法。由此，Baker 法官认为，Glick 案存在一个重大的说理缺陷：即忽视了合同用语的指向性。正如 Sulamérica 案所涉合同条文的文字所示，当事人在合同内作出关于法律适用的约定时，通常会写明该等约定的约束范围，如“相关争议”，“整个合同”，或者是“仲裁”等特定主题。

本案所涉分包合同内的争议解决条款明确约定了“不能协商解决的争议应根据《国际商会仲裁院仲裁规则》进行仲裁，仲裁地在伦敦”。但仲裁地的约定并不等同于或暗含着对仲裁协议准据法的约定。Baker 法官认为，仲裁地的法律意义首先是赋予仲裁地法院介入仲裁程序的权力，其次是仲裁地法院有义务根据《承认和执行外国仲裁裁决公约》（《“纽约公约”》）第 5.1.e 条和第 6 条的规定对仲裁裁决的承认和执行活动进行司法审查。通过对案涉分包合同内争议解决条款的整体阅读，Baker 法官认为，关于仲裁地的约定并不意味着仲裁协议准据法就是英国法。反过来讲，当事人未将仲裁地约定在俄罗斯的，也不当然意味着当事人排除俄罗斯法作为仲裁协议准据法。

（二）本次禁令申请的处理

Baker 法官认为，英国法院根据《纽约公约》第 5.1.e 条和第 6 条所负有的司法审查职权并不意味着英国法院对当事人应当或不当将何种事项提交仲裁这一问题享有排他性管辖权。根据 Nori Holding 判例确立的精神，仲裁协议管辖范围的问题应当首先由仲裁庭去判断，除非存在紧急情况需要法院以禁令的方式介入。本案中，Enka 自 2017 年年底首次收到 Chubb Russia 的律师函至 Chubb Russia 向莫斯科仲裁法院起诉的长达 18 个月的时间里，本有充分的时间根据分包合同内的仲裁协议提起 ICC 仲裁，但 Enka 并没有这么做。可以推定的是，对 Enka 而言并不存在可能的紧急情况。因此，英国法院应当首先尊重仲裁庭的“自裁管辖权”。

其次，Baker 法官认为，Chubb Russia 的诉讼策略（如上所述）具有一定的合理性，特别是在仲裁协议准据法尚未查明的情况下，Chubb Russia 以其认为的法律适用、纠纷性质，并决定向莫斯科仲裁法院起诉，该等诉讼行为尽管与分包合同内仲裁协议约定的 ICC 仲裁存在表面冲突，但无法据此认为 Chubb Russia 是恶意规避仲裁协议提起诉讼。

此外，Baker 法官亦认为，英国法院审理 Enka 本次禁令申请的基础，并不是英国法院作为仲裁地法院的独特地位，而是基于属人管辖（禁令程序内的被告之一 Chubb UK 系一家英国公司）的诉讼管辖规则。在属人管辖问题上，Baker 法官对 Briggs 教授的专家意见表示认同：若是基于属人管辖的考虑，根据

Ust-Kamennogorsk 判例精神，英国法院应当在符合“管辖便利”的前提下行使管辖权。

那么，英国法院是否具有管辖便利？应当准许还是驳回 Enka 的禁令申请呢？Baker 法官认为，本案还有一个重要事实应当加以考虑，即 Enka 已经向莫斯科仲裁法院提起了撤销 Chubb Russia 起诉的动议。在 Chubb Russia 已经在莫斯科仲裁法院提起了针对 Enka 的保险代位诉讼的情况下，Enka 并没有启动 ICC 仲裁程序并向仲裁庭提起管辖异议，但却向莫斯科仲裁法院提起撤销 Chubb Russia 诉讼行为的动议，Baker 法官认为，前述三个重要事实使得英国法院并不具备审理本次禁令申请的“管辖便利”条件，并驳回了 Enka 的禁诉令申请。

三、简要评析

在涉外仲裁和国际仲裁中，仲裁地、仲裁协议准据法和合同实体法的选择和判断时常成为案件的争议焦点。关于前述三个法律要素的区别和路径，实务界已有众多讨论。在 Sumitomo v. Oil & Natural Gas (1994) 1 Lloyd's Rep. 45 案中，Potter 法官特别解释了合同实体法、仲裁协议的准据法、仲裁程序法三个法律的区别。在订约自由精神和经济全球化影响的背景下，一个仲裁条款可能将仲裁地、仲裁协议准据法和合同实体法分别指向三个不同的法律体系，形成实务界俗称的“混合仲裁条款”，比如合同实体法是英国法、仲裁地点是科威特并根据 ICC 仲裁规则仲裁（International Tank and Pipe SAK v. Kuwait Aviation Fuelling

Co.）、合同适用法是英法的法律共同原则（principles common to both English and French Law）、仲裁地点是布鲁塞尔（Channel Tunnel v. Balfour Beatty）。上海国仲亦曾处理过仲裁条款约定合同实体法为新加坡法、仲裁协议准据法为意大利法，而仲裁地在上海的案件。在上文所介绍的案件中，作为保险人的 Chubb Russia 和事故工程分包商 Enka 在争议发生后均认可分包合同关于俄罗斯法作为该合同实体争议准据法的约定。同时，分包合同内已有的仲裁协议约定仲裁地在英国伦敦，但未约定仲裁协议的准据法。正是由于仲裁协议准据法的不明确，加之俄罗斯法和英国法对侵权纠纷可仲裁性的规定并不完全一致，导致当事人对保险人的代位求偿纠纷究竟应该提起仲裁还是应该提起诉讼，存在巨大争议。

就如何处理这种情况下如何确定仲裁协议的准据法，英国国际私法目前的主流学说（戴雪和莫里斯论冲突法）认为如果对仲裁协议有明确的法律选择，则该选择将是有效的，而不用去考虑整个合同适用的法律；如果对整个合同有明确的法律选择，仲裁协议通常也应受该法律的管辖，而不论仲裁地点是否有约定，也不论该地点实际在哪里（If there is an express choice of law to govern the arbitration agreement, that choice will be effective, irrespective of the law applicable to the contract as a whole. If there is an express choice of law to govern the contract as a whole, the arbitration agreement

will also normally be governed by that law: this is so whether or not the seat of the arbitration is stipulated, and irrespective of the place of the seat)。英国法院在前述 *Sulamérica* 案中则就此提出了“三阶审查法”，即（1）当事人的明示选择；（2）当事人没有明示选择时的默示选择；和（3）如果双方当事人没有作出任何选择，适用与仲裁协议有最密切和最真实联系的法律。其中针对审查的第（2）阶，英国法院在上述理论上进一步创设了一个可驳的推定（a rebuttable presumption），即合同所明示的实体法将被视为当事人对仲裁协议之准据法的默示选择。以该推定为前提，若没有相反迹象足以推翻该推定，则应认为当事人选定的合同实体准据法应同时为仲裁条款的准据法。这种解释方法也深刻地影响了新加坡、香港等地的司法实践。比如在 *KLÖCKNER PENTAPLAST GMBH & CO KG v. ADVANCE TECHNOLOGY (H.K.) CO LTD* [2011] HKCA 549 案中，香港高等法院认为一个约定合同整体适用德国法、仲裁地点为上海的仲裁条款的准据法应该为德国法，而在 *BMO v. BMP* 一案中，新加坡法院认为一个约定仲裁地为新加坡但既没有明示选择仲裁条款的准据法也没有明示选择主合同的准据法，而仅在主合同的若干条款中提到了适用越南法律的仲裁协议，应当适用越南法律为准据法。

尽管如此，在本案中 *Baker* 法官直指英国法院既往判例对“仲裁协议准据法究竟更接近于合同实体法还是仲裁地法”仍存在相互矛盾

的观点，并提出应从合同解释的角度，探求当事人关于仲裁协议准据法选择的真实意思表示。这种思路的积极意义在于：由于仲裁协议是仲裁庭管辖权的基础，仲裁协议准据法的确定将直接影响对仲裁协议的正确解释，影响仲裁庭管辖权的范围，进而影响相关仲裁裁决的生命力。但是国际仲裁的当事人往往来自不同法域，而不同法域关于仲裁协议准据法的冲突规范不尽相同（比如包括中国、比利时、瑞典等在内的很多国家都认为应当以明示的仲裁地法律作为仲裁协议的准据法，此亦为《纽约公约》和《联合国国际商事仲裁示范法》所规定），从而导致一旦发生纠纷，仲裁协议的效力和仲裁庭的审理范围就会具有一定程度上的不确定性。因此，从合同解释的基本原则和理性商业人的角度出发探究当事人关于仲裁协议准据法选择的真实意思表示，可以有效地找到当事人间的“最大公约数”，从而为后续的争议解决程序的顺利进行铺平道路，值得予以借鉴。

当然，有时即使动用法律规定的全部合同解释技巧也可能无法从合同中得出关于仲裁协议准据法的唯一解释结论。这时候，解释者仍需要从冲突规则中找到答案。对于法官而言，其有义务适用法院地的冲突规则；对于仲裁庭，特别是国际案件的仲裁庭而言，其并不当然需要遵从仲裁地法律的冲突法规则，此时仲裁庭关于冲突规则的选择就尤为重要，因为不同法律对于仲裁条文的有效性、解释、可仲裁性、仲裁庭管辖范围、仲裁条款独立性等规定都不同。假设处理本案的 ICC 仲裁庭认定仲裁协议准据法为

英国法，而合同实体法为俄罗斯法，在两国法律关于可仲裁性的规定不一致时，仲裁庭在确定保险人的代位求偿纠纷究竟是否属于仲裁协议范围时也将面临着现实的风险，因为《纽约公约》第 5.2.(a) 条明确规定，如果承认和执行地法院认定争议不可仲裁的，法院可以拒绝承认和执行该仲裁裁决；反过来，如果仲裁庭根据实体法规定认定纠纷不可仲裁、不属于仲裁协议范围之内并拒绝行使管辖权的，相关决定也可能面临被法院撤销的风险。因此，如何运用最符合国际商事仲裁特征的冲突规则寻找到最后最适合当事人争议解决需求的法律，无疑对于国际仲裁庭而言是一项重要的考验。

最后，对于从事跨境业务的商事主体而言，本案亦有如下几点值得参考：（1）在订立跨境商事交易合约时，对于诸如此类的“混合仲裁条款”的风险应当具有充分认识，并在仲裁协议起草过程中尽量予以避免，妥当的做法是在同一份合同内保持仲裁地、仲裁协议准据法和实体法三者相一致；（2）对于诸如通过保险代位、债权转让或者合同承继等方式获得合同主体地位的当事人的商事主体而言，尽管其未必是原交易合同订立时的直接参与方，但其在做交易选择时仍应当对于原合同中的争议解决条款予以充分关注，尽可能通过签订补充协议等方式来避免未来可能产生的法律争议；（3）一旦发生纠纷，企业应当聘请专业律师、咨询相关法律服务机构以制定合理的争议解决策略，有效应对后续可能出现的跨境保全、禁诉令、平行程序等复杂法律程序。



庚子年 支援武汉有感

文 | 曹志龙

削发以明誓，忽闻卿欲行。
泪目相拥紧，沙场谁点兵？
念君团圆时，白衣要出征。
尿片卤蛋头，长江阴霾清。
挥别江城日，英雄暖申城。

曹志龙

上海市联合律师事务所主任，
上海律协副会长

天佑中华 战疫必胜

文 | 潘雄

庚子无年味，江城防疫顽。
仁心行逆履，闻者泪潸潸。
恳恳祈华夏，康安渡险关。
春风驱雾霭，众志成城艰。

潘雄

上海市君和律师事务所主任，上海律协青年
律师工作委员会副主任、侵权责任业务研究
委员会副主任、黄浦律师工作委员会委员



上海国际经济贸易仲裁委员会
Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission
上海国际仲裁中心
Shanghai International Arbitration Center

上海国际仲裁中心成立于 1988 年，是国内最早开展涉外仲裁业务的仲裁机构。目前下设中国（上海）自由贸易试验区仲裁院、上海国际航空仲裁院、金砖国家争议解决（上海）中心和中非联合仲裁上海中心等专业平台。

案件当事人遍及全球 80 余个国家和地区。除当事人主动履行外，仲裁裁决已在 70 余个国家和地区得到承认和执行。《仲裁员名册》共有仲裁员 965 名，分别来自 74 个国家和地区，其中“一带一路”沿线国家 36 个，中国内地仲裁员 604 名，占 62.59%；外籍及港澳台地区仲裁员 361 名，占 37.41%。

2016 年，上海国际仲裁中心获评第 6 届《环球仲裁评论》（Global Arbitration Review）“年度最受关注仲裁机构”大奖，是迄今为止唯一获此殊荣的中国内地仲裁机构。2018 年，经最高人民法院遴选，上海国际仲裁中心成为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的 5 家国内商事仲裁机构之一。

示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交
上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心进行仲裁。”

www.shiac.org

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）
电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org

上海仲裁委员会 Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法的规定》，由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式，独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律规定，当事人选择以仲裁方式解决争议，应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构，请在订立合同时采用如下仲裁协议条款：

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.

地址：上海市威海路755号文新大厦23楼
电话：（8621）52920022
传真：（8621）22313917
邮政编码：200041
网址：www.accsh.org

Address: 23/F No. 755 Weihai Road Shanghai P.R.C.
Tel: 86 21 52920022
Fax: 86 21 22313917
Zipcode: 200041
Website: www.accsh.org



萌动

北京观韬中茂(上海)律师事务所 胡立中

初春的早晨，光线柔和地洒满大地，拍摄者运用 300mm 长焦镜头来捕捉春光中的一丛小草；聚焦中的小草高低错落，从左到右缓缓向上伸展开去，草尖上的点点芽头闪烁着破土而出后的蓬勃朝气；聚焦外的小草形成光晕和色块，恰好烘托出主线条的盎然生机。整幅照片拍摄对象是静物，但是呈现出来的是春天来临时的万物萌动。