

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2016/02

季刊 总第116期



京都律师事务所
King & Capital



P16 自律监管框架下的私募基金业务研究

P15特稿 / 公权力任性是对国家公信力的极大破坏

P40京都论坛 / “走进德国水务”交流研讨会

P51 京都实务 / 为涉嫌犯罪的外国人担任辩护律师时应注意的几个问题

P80京都论坛 / 有效化解回款风险 方能破解PPP项目中标后融资难题

京都入选 英国《律师》杂志亚太地区 50强律师事务所

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

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

THE LAWYER

Asia Pacific 150

Listed Law Firm 2016



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主办 京都律师事务所
承办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主任 田文昌

编委

曹树昌	孟冰	白冬飙
蔡景丽	韩嘉毅	杨照东
金杰	朱勇辉	秦庆芳
王九川	瞿丽红	张振祖
公丕国	杨大民	钟延红
郭庆	韩良	肖树伟
邹佳铭	吴立伟	刘铭
陈宇	吕志轩	金燕
张雁峰	梁雅丽	李彬

主编 杨大民

编辑 孟妮 王硕

美编 王敬瑜

地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

任何权力都不可以任性 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

公权力任性是对国家公信力的极大破坏 田文昌 / 15

封面主题

自律监管框架下的私募基金业务研究 / 18

契约型私募基金的信托属性与制度完善 韩良 / 19

私募基金管理人登记备案的规则简评 郁璇 / 23

金融新业态下私募股权投资基金的法律风险防范 吕志轩、郝京、王悠 / 27

顾问管理型私募基金类型与解析 丛彦国 / 33

设立开曼基金相关法律事宜简析 于川 / 37

业 务

京都律师事务所为私募基金管理人出具的数项法律意见书成功通过基金业协会审核

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

京都律师事务所韩良律师、刘敬霞

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

从2005年服务于船舶产业投资基金、渤海产业投资基金至今，京都专业

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

京都律师事务所为世界玖玖获思科资本新一轮融资提供全程法律服务

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

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

营体系的保障下，为整个旅游行业 and 游客提供优质的产品和服务。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

荣 誉

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

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

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



媒 体

田文昌：两高司法解释的出台并非放纵了贪污贿赂犯罪

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

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

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

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



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

都不能准确的对这个行为定性。

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

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

媒体

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

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

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

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

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

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

他的建议是：

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

缺少体系建设

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

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

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

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

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

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

并在流动中不断聚集，最终造成整个流域的严重污染。”

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

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

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

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

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

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

媒体

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

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

由此回到雷洋案，在雷洋涉嫌嫖

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

留置的时间

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

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

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

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

（作者邹佳铭 京都律师事务所高级合伙人
原文刊登于财新网）

活 动

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

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

金燕律师是京都律师事务所高级合伙人，为京都律师事务所韩国业务团队负责人之一，此次作为中韩版权交易律师顾问出席活动，为参加的中韩企业提供专业的法律服务。金燕律师曾于2002年至2007年在韩国大陆法务法人担任律师，为韩国三星电子，现代集团，新韩银行等投资中国提供法律服务，并为建设银行首尔分行，上海汽车等投资韩国业务提供法律服务。金燕律师曾与2007年至2015年在北京市金平律师事务所工作，为（株）LG商事，大宇造船，CJ集团投资中国项目提供法律服务，并为福建某公司韩国上市等中国企业投资韩国业务提供法律服务。



2016中德律师交流团到访京都律师事务所



代表团合影

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

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

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



京都所曹树昌主任



张旭涛律师

活 动

“京都杯”北京大学法学院第八届模拟法庭大赛圆满落幕

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

北京大学法学院民事诉讼法专家傅郁林教授、海淀区人民法院民三庭副厅长殷华法官、京都律师事务所高级合伙人刘铭律师、京都律师事务所合伙人赵岐龙律师担任了现场点评嘉宾。

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

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

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

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

✎



| 傅郁林教授



| 殷华法官



| 刘铭律师



| 赵岐龙律师



| 原告代理方李昂、李昊林



| 被告代理方刘利柯、刘竹



| 选手与嘉宾合影

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

自律监管框架下的 私募基金业务研究



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

（四）存在基金管理人在资本市场上代持与关联交易的风险

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

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

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

韩良律师简介



京都律师事务所金融业务总监，金融工程学博士，法学博士后，民商法学教授，博士生导师，南开大学资本市场研究中心主任，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。主持了200亿船舶基金、20亿滨海创投引导基金等十余只股权投资基金的研发及筹建法律服务工作。主编了《非证券类投资基金法律问题研究》，《并购基金法理与案例精析》，等著作。擅长投资基金产品研发与基金架构、投资工具设计、基金法律风险防控、家族信托等业务。

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

契约型私募基金定性为信托属性的依据及存在问题

（一）契约型私募基金定性为信托属性的依据

1. 契约型私募基金符合信托法律定义的内涵

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

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

2. 契约型私募基金定性为信托属性的法律依据

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

面进行完善。

（一）制定统一的《受托人条例》

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

（二）赋予契约型私募基金“名份”

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

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

（三）在当事人“意思自治”与“行业自律”中取得平衡

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

表1 私募基金登记备案相关问题解答

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

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

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

2、营业场所

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

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

3、关联方

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

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

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

4、从业资格

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

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

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



公开方式募集资金，加大了非法集资和非法经营的风险。

（二）道德风险

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

（三）操作风险

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

（四）洗钱风险

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

通过市场使其财产合法化。

（五）投资者自身风险

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

（六）企业经营风险

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

目前私募基金行业的主要存在的问题

私募基金行业当前的问题主要集中在以下几个方面：

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（三）私募基金管理人登记和备案的法律实质不是行政审批

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

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

三是监管机构和自律组织以登记备案文件为依据、为基础进行事中事后监督处罚。

（四）2015年出台的《私募投资基金募集行为管理办法》主要内容的亮点：

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

二是明确募集人承担合格投资者甄别和认定责任；

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

四是明确私募基金不得公开宣传产品和业绩情况；

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

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

七是明确单个投资人购买私募基金的最低金额必须不少

完善私募基金行业监管的建议

（一）做好监管权力交接工作

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

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

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

（二）加强私募基金行业的市场准入监管

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

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

（三）行业协会加强对私募基金运营过程的监管

政府监管部门可向本市股权投资基金协会建议重点监管以下运营事项：

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

二是监管私募基金的运营方式。首先，应禁止私募基

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

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

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

（四）完善社会信用体系

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

（五）加强打击防控

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

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

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

（三）券商资管计划

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

（四）保险资管计划

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

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

（五）期货资管计划

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

（六）基金公司资管计划

1. 基金专户

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

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

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

2. 中国证监会发布的规范性法律文件

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

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

3. 中国保监会发布的规范性法律文件

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

结语

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

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

单位信托

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

豁免有限合伙

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

于川律师简介



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

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

1. 豁免公司的特点：

(1) 注册资本

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

(2) 股东

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

(3) 董事

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

(4) 注册办事处

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司的注册办事处必需位于开曼群岛内。

(5) 公司名称

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

(6) 财务报表

开曼群岛政府对于离岸公司不要求其编制和提交财务报表。

(7) 税务要求

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



“走进德国水务”交流研讨会

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

深入探讨的议题！

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



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

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

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

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

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

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

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

环保事业大有可为



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

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

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

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

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

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

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

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

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

弱”的格局，东部沿海的一些省份都很发达，但是西部相对来说则比较落后。

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

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

（二）法理背景

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

（三）政治背景

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

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

二、“一带一路”战略的内容

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

府总是像以前赔本赚吆喝，这个亏我们吃得已经非常多了。

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

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

“一带一路”战略构想的合作重点：

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

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

人进行投资水稻，渔业等。

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

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

整体上讲，一方面，企业应该事前进行充分的政治法律风险评估。可以根

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

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

（二）外汇管制风险

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

第一，流动性风险，资金汇不出来，资金进行转移在当地受到了很多的限制。

第二，汇率变动的风险，对于有些货币，要看历史上稳定不稳定，如果不

稳定，把美元换成当地的货币，会导致一些贬值风险。

第三，外汇政策变动的风险，有些国家说变就变，这些国家尽量不要去投资。

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

具体风险防范：

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

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

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

第四，尽量推动沿线国家制定统一的外汇管理制度。

（三）税收法律风险

一个国家税收优惠政策的影响是非



战略中，非常重要的领域，风险也非常大。

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

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

具体风险防范措施：

第一，应在投资前对东道国的法律环境进行详尽的调查。

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

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

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

（七）投资退出和投资安全的风险

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

具体的风险：

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

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

第三，在清算退出方式中，也要熟悉当地清算法和破产法。

具体风险防范：

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

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

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

跟大家分享了这些，不知道适合不适合，请大家批评指正，共同探讨。

肖永成律师简介



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

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

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

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

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

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

3、与涉案外国人的近亲属，或监护人办理委托手续。

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

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

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

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

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

笔者认为，直接与涉案外国人近亲属或监护人办理委托手续的办法并不可取。

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

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

笔者建议，在第一次或随后的与外国人会见过程中，

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

关于境外证据的取得和认定问题

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

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

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



则性的规定。

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

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

涉外刑事案件所使用的语言及翻译问题

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

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

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

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

就涉外刑事案件可能存在的翻译问题和错误，笔者通



如何追捕外逃美国贪官？

——《红色通缉令》系列（一）

■ 王馨全 / 文

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

样的法律后果？针对这些疑问和问题，本文将为您做出相应的解读。

一、外逃国家工作人员为何多选择美国

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

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

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

（一）依据移民法处理

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

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

强制遣返的首要人物之一，已于2015年9月18日遣返回中国。

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

（二）异地追诉

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

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

我国A股上市公司家族信托的实践与思考

■ 柏高原 滕杰 / 文

一、案例概要

(一) 家族信托设立前的上市公司股权架构

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

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

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

柏高原律师简介



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

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

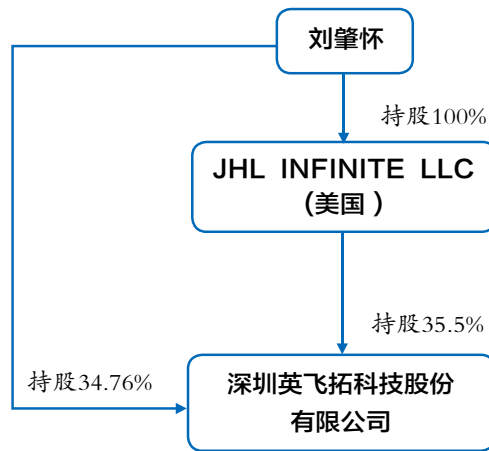


图1：2015年2月6日前，刘肇怀持股结构

(二) 家族信托设立后的上市公司股权架构（2016年2月6日）

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

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

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

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

3. 信托财产

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

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

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

4. 中国证监会的监管态度

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

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

府仲裁委员会提出仲裁申请，请求裁定荆州公司继续履行股权转让协议。

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

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

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

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

救命稻草

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

2015年4月12日，荆州公司小股东全面夺权后的第三天，鲁子敬等人在清理公

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

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

恶意通谋，坐收渔利

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

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

履行合同，最终以各方严格依约履行而告终。

除恶务尽

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

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

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

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

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

公司的相关资料。

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

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

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

结语

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

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

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

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

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

资产管理计划与基金管理人是否具有表决权？

在信托计划，券商资产管理计划，证券投资基金子公

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

保险公司是否享有表决权？

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

图解两高关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释

■ 孙广智 / 文

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

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

针对“贪污罪、受贿罪的处罚规定”、“受贿罪”、“利用影响力受贿”的相关解释

刑法第三百八十三条【贪污罪、受贿罪的处罚规定】

对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

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

孙广智律师



京都律师事务所合伙人

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

（二）贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

（三）贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

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

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

徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

刑法第三百八十五条【受贿罪】

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

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

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

4、贪污罪、受贿罪的“死刑”、“死刑缓期二年执行”、“终身监禁”

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

5、贿赂犯罪中的“财物”

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

6、关于受贿犯罪中的“为他人谋取利益”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

针对“行贿罪”、“对有影响力的人行贿罪”的相关解释

刑法第三百九十条【行贿罪的处罚规定】

对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处

罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。



2、刑法第三百九十条【行贿罪的处罚规定】第二款中的“犯罪较轻”

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

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

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

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

（一）主动交待办案机关未掌握的重大案件线索的；

（二）主动交待的犯罪线索不属于重大案件的线索，但该线索对于重大案件侦破有重要作用的；

（三）主动交待行贿事实，对于重大案件的证据收集有重要作用的；

（四）主动交待行贿事实，对于重大案件的追逃、追赃有重要作用的。

针对“非国家工作人员受贿罪”、“职务侵占罪”的相关解释

刑法第一百六十三条第一、二款【非国家工作人员受贿罪】

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

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

刑法第二百七十一条第一款【职务侵占罪】

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



有效化解回款风险 方能破解PPP项目中标后融资难题

■ 刘敬霞 / 文

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

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

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

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

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

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

PPP项目中政府实施机构主体资格不适当风险

如由当地政府实际控制的国有企业或融资平台公司等非

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

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

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

社会资本投标承诺不当风险

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

这类风险通常在招投标阶段发生，其后果是承诺无法兑现导致违约或合同无效。

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

资本金比例不合理风险

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

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

这类风险通常发生在投标和项目公司设立阶段。

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



支付风险

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

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

固定回报条款的风险

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



宋慧乔怒告《太阳的后裔》赞助商，明星公开权如何保护？

■ 金燕 / 文

事件的经过

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

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

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

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

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

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

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

告有相似地位的名人在许可被许可人使用其人格特征所能获得的利益。

韩国对公开权的保护

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

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

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

我国—范冰冰保护，赵本山驳回

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

中国著名艺人赵本山发现广州某电子科技有限公司在推销其生产的VCD、DVD影碟机时，将自己的照片使用在广告上，并在销售的过程中随机赠送赵本山小品。赵本山认为，未经许可在产品广告上使用其照片是对其肖像权的侵犯。于此同时给公众造成自己为该产品进行广告宣传的假象、误导消费者，随之将广州某电子科技有限公司告上法庭。本案中一审法院认为影碟机上使用的并不是赵本山本人的肖像，而是表演剧照，著作权应该属于辽宁音像出版社和被授权发行该VCD的广东鸿×影视发行公司。赵本山在小品中扮演的角色形象和造型，并不是其个人形象在客观上的再现，所以被告的行为不构成对其肖像权的侵犯。据此，法院驳回了赵本山





没有母亲的母亲节

■ 杨大民 / 文

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

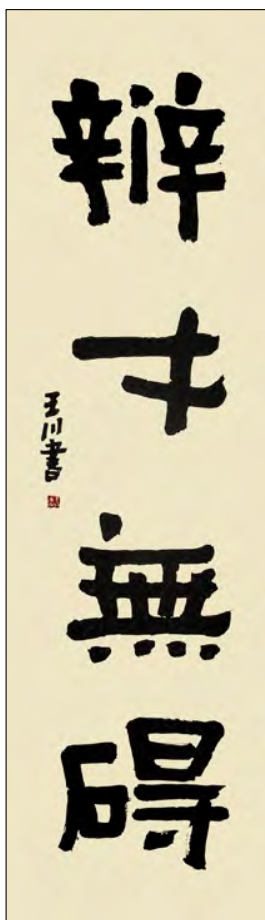
没有母亲的母亲节
我躲到城市的角落里哭泣
才知道自己已经是孤儿
再也看不到妈妈的微笑
听不到妈妈的叮咛

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

故乡的小院 妈妈的针线
还有草原傍晚勒勒车咯吱咯吱的牧归曲

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

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



书法：辩才无碍
作者：王九川律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
E-mail: info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦17楼
邮编：518048
电话：0755-33226588
传真：0755-33226566
E-mail: shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号
(南证大厦)3903A室
邮编：200041
电话：021-52341066 52341099
传真：021-52341011
E-mail: shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区中山路572号
星海旺座603室
邮编：116023
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
E-mail: dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西区友谊路5号
北方金融大厦9层1座
邮编：300201
电话：022-88351750
传真：022-28359225
E-mail: info@king-capital.com