

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2020年 第7期 | 总第073期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH
ZHH & Robin



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

内地与香港仲裁裁决
与民商事判决互认与
执行迈入一体化新时代

从刑法谦抑性视角分析
网络借贷的刑法规制

从银行角度看互联网金融
中的小额贷款保证保险

浅谈上市公司对外
担保效力认定问题

【法理天地】

《上海市市属国有企业
违规经营投资责任追究
实施办法（试行）》亮
点及重点解读

合伙人郑毅、郑鹏、俞理伟等律师承办项目 荣获《商法》2020年度杰出交易大奖

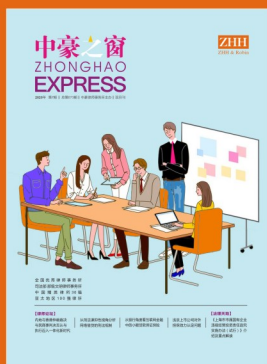
2021年2月5日,《商法》公布了“2020年度杰出交易”榜单,中豪承办的“招商局集团完成检测认证行业相关重组”项目荣获中国市场交易板块“年度杰出交易”。合伙人郑毅、郑鹏、俞理伟、文奕等组成的专业团队提供了全程法律服务,助力招商局集团以增资方式控股重庆检测认证集团,增资金额超过20亿元人民币。本项目是中国检测认证行业单笔投资金额最大的重组改革,也是首家以央企与地方市场化合作改革方式完成重组的检测认证行业机构,也是招商局集团进入检测认证行业后的首笔投资。



中豪成都办公室入选四川省律师行业“文化名所”



为贯彻落实党的十九届五中全会精神,四川省律师协会坚持社会主义核心价值观引领行业文化建设,按照四川省律师行业发展规划的总体目标和主要任务,开展了四川省律师行业“文化名所”评选活动。2020年12月31日,经综合考察评定,在四川省范围内甄选行业文化特色突出的律师事务所入选“文化名所”,中豪成都办公室因公司制规范化的管理、律所文化特色鲜明、执业形象优秀、专业服务卓越、社会口碑良好、充分发挥了行业示范引领作用而有幸被评为“文化名所”。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第073期 2020年 第7期 双月刊

(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬

执行主编：杨 青

编 委：

张 涌	陈 晴	邵兴全
宋 涛	王 辉	张晓卿
卜海军	陈 伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏 烈
俞理伟	朱 剑	吴红遐
汪 飞	郑 毅	郑继华
崔 冽	张德胜	宋 琴
傅达庆	刘 军	红天晓
文 建	李 燕	邓 辉
柯海彬	梁 勇	宁思燕
赵明举	周 尽	杨 敏
李 永	王必伟	邓舒丹
刘文治	青 苗	程地昌
周 鹏	肖 东	柴 佳
陈任重	郑 鹏	伍 伟
谢 敏	高 伟	黎莎莎
赵 晨	曹 阳	郭凌嘉
任 远	曹一川	蒋官宝
赵寅皓	袁 珂	

责任编辑：文 奕

美 编：王 先

主 办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

律师论坛 FORUM

内地与香港仲裁裁决与民商事判决互认与执行 杨青 李慕乔 2
迈入一体化新时代

从刑法谦抑性视角分析网络借贷的刑法规制 刘巧云 15

从银行角度看互联网金融中的小额贷款保证保险 江小舟 任思茜 20

浅谈上市公司对外担保效力认定问题 周鹏 25

法理天地 THEORY

《上海市市属国有企业违规经营投资责任追究 王辉 曹一川 31
实施办法（试行）》亮点及重点解读

回顾2019至2020年，我国建筑业集中迎来一系列效力等级较高、影响力重大的法律、行政法规、最高院司法解释和典型案例，内容涵盖了建筑施工许可条件、政府投资项目、农民工工资支付保障、工程总承包等多个工程建设重要领域及核心问题，必将对建设工程争议的解决甚至发展趋势产生重要影响。同时，《民法典》及新《建设工程司法解释（一）》的施行，也是当前阶段各方讨论的热门话题。2021年1月6日，合伙人蒋官宝在重庆办公室举办了“民法典下建设工程司法解释（一）解读”专题讲座。

为深入贯彻落实中央、省委、市委、区委决策部署，紧紧围绕“天府成都·品位锦江”的形象定位，全面贯彻落实区委“五大行动计划”，根据《成都市锦江区实施“锦绣优才”培养计划的办法（试行）》，经自主申报、遴选复审、专家评审、区人才工作领导小组审定、社会公示等程序，成都办公室主任汪飞入选成都市锦江区2020年“锦绣优才”培养计划名单。此次入选既是对汪飞个人专业能力的充分认可，更是对中豪成都办公室多年来为锦江区法治营商环境改善与建设做出的杰出贡献的全面认可。

第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过《刑法修正案（十一）》，该修正案充分吸收了近年来新出台的司法解释和相关部门法的新内容，对于社会转型中遇到的新问题、产生的新需求及时作出了立法回应，为今后的司法实践指明了方向。在此背景之下，2021年1月13日，合伙人傅达庆在重庆办公室举办了“刑法修正案（十一）要点解读”讲座，为律所同仁详尽解析了《刑法修正案（十一）》的立法背景、修改要点、修改影响，对于涉及相关罪名的刑事辩护工作分享了自己的建议。

2021年1月14日，四川外国语大学日语学院院长黄芳院长、曾珍书记、陈可冉副院长等一行

中豪新闻



到访中豪参观交流，合伙人郑鹏、黎莎莎，顾问律师明皓、卢露等进行热情接待，双方就落实“四川外国语大学-中豪律师事务所日语笔译硕士研究生联合培养基地”进行座谈交流，并达成了“法律讲座进校园”以及中豪与川外合作开展“律所开放日”等工作计划。

为了让企业及时了解后疫情时代外贸出口新机遇及企业法律税务风险管理，2021年1月20日，中豪在重庆办公室成功举办“外贸出口新机遇及企业合规管理私享会”。合伙人杨青作为主讲人之一，同时邀请中基进出口副总经理文化、斯泰克瑞登梅尔董事长兼总经理伍录、毕马威重庆税务总监李涤非及高级经理胡琦，5位主讲人从外贸出口与海外投资新机遇、企业法律风险及合规管理等角度进行了精彩分享。合伙人文奕和吕睿鑫参与交流。

2021年1月21日，四川外国语大学国际法学与社会学院院长林刚毅、党总支书记陈功、副院长邓晓梅、党总支副书记李佳、法学系主任程璐一行到访中豪参观交流，合伙人傅达庆、程地昌，律师苟静、吴雪然、李秋林等进行热情接待，双方就开展“校所合作”进行座谈交流。中豪将充分发挥平台及资源优势，协助高校共同打造培养创新型、复合型、实践型高层次人才的示范平台，为重庆市经济社会发展提供强有力的法律人才支持和专业支撑。

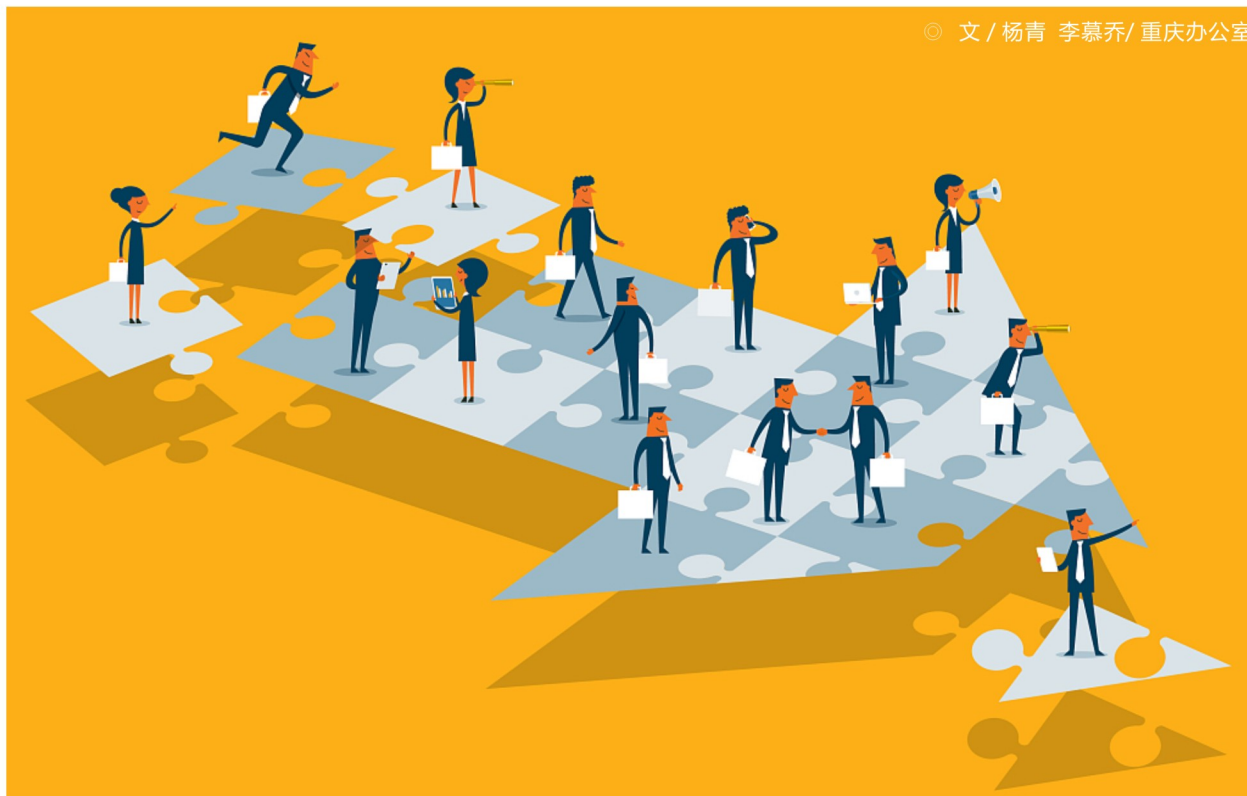
《民法典》和《责任保险业务监管办法》的实施将对规范雇主责任保险经营行为产生重大影响，为我国雇主责任保险的发展提供了良好且持久的法律基础。但由于《责任保险业务监管办法》对雇主责任险与工伤保险、团体意外险等类似险种并未进行详细的规定，使得雇主责任险在实操中产生了一定的阻碍与争议。在此背景下，2021年1月27日，合伙人崔冽在上海办公室举办了“雇主责任风险解析”专题讲座，通过案例详细解析了雇主责任险在司法实践中存在的常见风险点。

【摘要】《民商事判决互认和执行安排》《仲裁保全安排》及《仲裁裁决执行补充安排》的签署意味着内地与香港两地在仲裁裁决及民事商案件法院判决的相互认可与执行正式迈入了一体化时代，其将对两地企业相互投资与经贸合作、内地企业通过香港到境外投资、并购及全球资产配置，甚至内地企业在内地诉讼或仲裁等均产生深远影响。本文将对《民商事判决互认和执行安排》《仲裁保全安排》及《仲裁裁决执行补充安排》的亮点进行解读，对其对两地企业相互投资与经贸合作、诉讼与仲裁等方面可能产生的重大影响进行解析，并提出具体应对建议，以期对内地企业有所助益。

【关键词】内地与香港民商事司法协助 诉讼与仲裁 保全与执行

内地与香港仲裁裁决与民商事判决互认与执行迈入一体化新时代

◎ 文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室





杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商
投资、基金
手机：+86 182 0309 3176
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



李慕乔 | 律师助理

专业领域：海外投资与并购、国际贸易
与运输、跨境争议解决
手机：+86 158 0233 2710
邮箱：james.li@zhhlaw.com

自香港回归后，内地与香港之间的交流愈发频繁，但是由于两地为各自独立且平等的法域，区际法律冲突不可避免会产生。相互认可与执行判决作为司法协助的一种方式，在解决区际法律冲突上发挥着重要作用。但由于内地与香港实行的社会制度与所属法系均不同，这对两地相互认可与执行民商事判决造成了较大阻碍。所以，继内地与香港在民商事司法文书送达、仲裁裁决执行、协议管辖民商事案件判决的互认、民商事委托提取证据、婚姻家庭案件判决的互认执行等五项安排签署后，最高人民法院和香港特别行政区政府律政司又分别于2019年1月18日签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（下称《民商事判决互认和执行安排》），2019年4月2日签署了《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《仲裁保全安排》），并根据2000年实施的《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（下称《仲裁裁决执行安排》）实践情况，于2020年11月27日签署了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的补充安排》（下称《仲裁裁决执行补充安排》）。至此，基本实现了两地在民商事领域及仲裁领域司法协助的全面覆盖。

《民商事判决互认和执行安排》的亮点解读

相较于两地于2006年7月14日签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（以下简称《协议管辖安

排》），《民商事判决互认和执行安排》在多个方面都做出了全新而重大的突破，这反映了两地人员交往日益频繁密切，经贸合作不断拓展深化，法律纠纷数量日渐增多、类型日益多元的现状。《民商事判决互认和执行安排》主要在以下几个方面对《协议管辖安排》做出了重大调整与补充：

（一）案件类型：除了8类案件外，将民商事纠纷全部案件类型纳入互认范围

在案件类型上，《民商事判决互认和执行安排》几乎将所有“民商事生效判决”都纳入到了适用范围内，并且进一步拓展到“刑事案件中有关民事赔偿的生效判决”。《民商事判决互认和执行安排》第2条和第3条则从侧面对民商事案件类型作了部分限制，要求《民商事判决互认和执行安排》适用的“民商事案件”必须在两地均属于民商性质，同时排除了暂不适用的8类民商事案件类型，包括部分婚姻家庭案件、继承案件、部分专利侵权案件、部分海事海商案件、破产（清算）案件、确定选民资格案件、与仲裁有关案件、认可和执行其他法域裁决的案件等。在司法实践中，这些案件实际数量有限，只占民商事案件的很少一部分。按照最高法研究室负责人答记者问的回答，《民商事判决互认和执行安排》生效后，加上2017年6月签订的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称《家事判决安排》），两地法院90%左右的民商事案件判决将有望得到相互认可和执行。

（二）判决范围：突破管辖协议的限制，明确实体裁判的边界



此前的《协议管辖安排》将判决互认和执行的范围限定在“具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决”，《民商事判决互认和执行安排》删除了前述所有限制，意味着认可和执行范围扩展至法定管辖，这几乎涵盖了所有传统意义的民商事判决的范畴；而且将原“具有执行力的终审判决”改为“生效判决”，在立法

技术层面上与我国民事诉讼领域两审终审制度更加契合。

同时，《民商事判决互认和执行安排》第4条以列举的方式对“判决”的类型做了明确界定：在内地，“判决”包括判决、裁定、调解书和支付令，排除了保全裁定；在香港，“判决”则在原有的基础上新增了判令以及劳资审裁处、土地审裁处、小

额钱债审裁处、竞争事务审裁处作出的已经发生法律效力的判决，排除了禁诉令、临时济助命令。这一规定明确了互认和执行“判决”的边界以实体裁判为限。

（三）住所地：丰富住所地内涵，便于当事人的申请

《民商事判决互认和执行安排》第6条在综合两地立法、司法实

践基础上对“住所地”进行了明确界定，在当事人为法人或者其他组织时，相较于内地的《民事诉讼法》《民事诉讼法解释》的规定（限定在法人的注册地、登记地、主要办事机构所在地），第6条采取了一种更为开放的态度，将主要营业地、主要管理地也纳入了其住所地的范围，进而扩大了以住所地为标准有权受理申请的管辖法院范围，方便了当事人提出申请。

同时，《民商事判决互认和执行安排》第7条规定了受理申请的管辖法院（含地域管辖与级别管辖），即向内地法院提出认可和执行判决的申请时，在原有的被申请人住所地、财产所在地的中级人民法院提出这一基础上，增加了向申请人住所地中级人民法院提出这一选择。其背后的考量大概在于弥补被申请人在内地既无住所又无财产，无法建立管辖连接点，导致没有法院可以受理申请的这一窘境。在新的《安排》之下，增加“申请人住所地”这一连接点能够大大提升判决互认的可能性与可行性。

（四）判项内容：将金钱判项、非金钱判项均纳入互认范围，明确排除惩罚性赔偿

此前的《协议管辖安排》中，互认的判决需是“支付款项的”具有执行力的终审判决，即限于金钱判项；而《民商事判决互认和执行安排》第16条将金钱判项和非金钱判项全部纳入互认范围，同时明确金钱判项中的惩罚性赔偿原则上不予认可和执行，但知识产权侵权及反不正当竞争类案件除外。之所以在知识产权侵权案件

判决的认可与执行方面采取了比国际公约更为前瞻性的规定，将惩罚性赔偿纳入互认范围，主要是为了更好地服务于粤港澳大湾区的创新驱动发展。同时《民商事判决互认和执行安排》第18条将迟延履行金及迟延履行利息也明确纳入了金钱判项中的财产给付范围。上述规定显然极大地提高了两地司法协助的深度和广度。

（五）救济途径：加快判决互认和执行效率

《民商事判决互认和执行安排》第26条规定，被请求方法院就认可和执行的申请作出裁定或者命令后，当事人不服的，在内地可以于裁定送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议，在香港可以依据其法律规定提出上诉。值得注意的是，在内地的救济途径中，《民商事判决互认和执行安排》仅赋予当事人向上级法院申请复议的权利，并未就特定类型裁定赋予当事人上诉的权利。而与之相比《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》，则明确规定了仲裁司法审查案件中，当事人对法院作出的不予受理、驳回申请或管辖权异议的裁定，可以上诉。同时，考虑到《民商事判决互认和执行安排》第26条对内地不予认可和执行情形的救济途径的期限要求，即当事人对内地作出的裁定不服时需要于裁定送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议。同时，《民商事判决互认和执行安排》第25条规定，法院应当尽快审查认可和执行的申请，并作出裁定或者命令。虽然没有明确具体时

限，但上述规定可以看出，两地法院意欲提升判决的互认和执行的效率，从而更好地保护两地民商事案件当事人的合法权益。

《仲裁保全安排》的亮点解读

虽然内地与香港在2000年1月24日便签署了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《仲裁裁决执行安排》），但由于原安排并没有对当事人申请仲裁前或仲裁过程中有关财产保全作出任何规定，所以在《仲裁裁决执行安排》的实际实施效用大打折扣，因为被申请人可能在仲裁程序开始后到仲裁裁决作出前早已将财产进行了隐藏或处置，使得仲裁裁决可能因此无法得到有效实际执行。而《仲裁保全安排》的签署将弥补《仲裁裁决执行安排》存在的上述瑕疵，其对内地与香港两地仲裁裁定的有效执行意义非凡。《仲裁保全安排》总体思路是，在保全方面将香港仲裁程序与内地仲裁程序类似对待，允许香港仲裁程序的当事人向内地人民法院申请保全，也允许内地仲裁程序的当事人向香港法院申请强制令以及其他临时措施。《仲裁保全安排》对于保全措施的范围、香港仲裁程序的界定、申请保全的程序及必备材料、保全申请的处理等作出了全面的规定和清晰的指引。



（一）保全范围

根据《仲裁保全安排》第1条，可向内地法院申请的保全措施范围包括：

1.财产保全（即法院为保证判决、裁决得以执行，通过查封、扣押、冻结财产等方式所采取的强制措施）；

2.证据保全（即法院为避免证据灭失或者以后难以取得，对相关证据所采取的查封、扣押、拍照、录音、录像、复制等保全措施）；

3.行为保全（即法院为保证判决或者裁决执行、避免损失扩大，责令被申请人人为一定行为或者不为一定行为的临时性民事强制措施）。

在香港保全包括强制令以及其他临时措施，以在争议得以裁决之前维持现状或者恢复原状、采取行动防止目前或者即将对仲裁程序发生的危害或者损害，或者不采取可能造成这种危害或者损害的行动、保全资产或者保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。

（二）保全受理法院、申请期限

香港仲裁程序的当事人，在仲裁裁决作出前，可以参照《民事诉讼法》《仲裁法》以及相关司法解释的规定，向被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院申请保全。被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地在不同人民法院辖区的，应当选择向其中一个人民





法院提出申请，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。内地仲裁机构管理的仲裁程序的当事人，在仲裁裁决作出前，可以依据香港《仲裁条例》《高等法院条例》，向香港高等法院申请保全。

（三）保全提交材料

1.向内地人民法院申请保全的，应当提交保全申请书、仲裁协议、身份证明材料及内地人民法院要求的其他材料。保全申请书应当载明：

（1）请求事项，包括申请保全财产的数额、申请行为保全的内容和期限等；

（2）请求所依据的事实、理由和相关证据，包括关于情况紧急，如不立即保全将会使申请人合法权益受到难以弥补的损害或者将使仲裁裁决难以执行的说明等；

（3）申请保全的财产、证据的明确信息或者具体线索；

（4）用于提供担保的内地财产信息或者资信证明等。

身份证明材料系在内地以外形成的，应当依据内地相关法律规定办理证明手续。向内地人民法院提交的文件没有中文文本的，应当提交准确的中文译本。

2.向香港法院申请保全的，应当

依据香港相关法律规定，提交申请、支持申请的誓章、附同的证物、论点纲要以及法庭命令的草拟本，并应当载明下列事项：

（1）申请标的所在地以及情况；

（2）被申请人就申请作出或者可能作出的回应以及说法；

（3）可能会导致法庭不批准所寻求的保全，或者不在单方面申请的情况下批准该保全的事实；

（4）申请人向香港法院作出的承诺。

被请求方法院应当尽快审查当事人的保全申请。内地人民法院可以要求申请人提供担保等，香港法院可以要求申请人作出承诺、就费用提供保证等。经审查，当事人的保全申请符合被请求方法律规定的，被请求方法院应当作出保全裁定或者命令等。

《仲裁裁决执行补充安排》的亮点解读

1997年香港回归后，作为国际公约的《纽约公约》不再适用于内地与香港相互认可和执行仲裁裁决。因此，2000年生效的《仲裁裁决执行安排》成了两地相互执行仲裁裁决的法律基础。但值得注意的是，虽然《仲裁裁决执行安排》的主要条款参考了《纽约公约》，但仍有部分不一致的

规定。由于这些规定存在的差异以及在实践中带来的影响，在《仲裁裁决执行安排》生效20周年之际，两地签署了《仲裁裁决执行补充安排》，对原《仲裁裁决执行安排》进行了部分修订。

《仲裁裁决执行补充安排》的修订内容主要涉及如下四个方面：

（一）明确了两地仲裁裁决的执行程序应包括“认可”和“执行”两个程序

根据《仲裁裁决执行安排》第一条规定，在内地或者香港作出的仲裁裁决，一方当事人不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的有关法院申请执行，其并未区分“认



可”和“执行”程序。但是，参照《最高人民法院关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限问题的规定》，认可和执行外国仲裁裁决其实是两个独立的程序。具体来说，通常由具有管辖权的中级人民法院民事庭审查认可仲裁裁决的申请，并出具相关裁定；仲裁裁决得到认可后，再由该中级人民法院的执行庭根据申请人

的申请处理执行程序。由于《仲裁裁决执行安排》并未明确包括“认可”的内容，因此在实践中也出现了一些冲突。比如，深圳中院与武汉中院在申请人申请执行香港国际仲裁中心作出的HKIAC/13043号仲裁裁决一案中，对是否先对该裁决进行审查与认可就作出了截然不同的认定。深圳中院（2017）粤03执异97号执行裁定认为，执行仲裁裁决安排未就香港仲裁机构作出的仲裁裁决在内地申请承认事宜作出规定，并不代表无需申请承认。申请执行人认为可以在不申请承认的情况下直接申请强制执行，不符合法律规定，不予支持。但是，武汉中院（2019）鄂01执异387号执行裁定认为，根据《安排》立法目的和《安排》中的相关规定可见，申请人可以直接向该院申请执行香港仲裁裁决，而非先经申请承认认可后才能申请强制执行。

与此相对的是，《纽约公约》的处理便包含了“认可”和“执行”两步走的程序，规定各缔约国承认公断裁决具有拘束力，并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行。不仅如此，在香港法院执行另一法域的仲裁裁决时，都以“认可”和“执行”两步进行。此外，另一区际司法协助成果——《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》（《内地与澳门执行安排》）也明确包含了“认可程序”。

因此，《仲裁裁决执行补充安排》此次修订明确两地仲裁裁决的执

行程序应包括“认可”和“执行”两个程序，其不仅明确和统一了内地的司法实践，也统一了各个区际司法协助安排的内容。

（二）将所有内地仲裁机构作出的仲裁裁决都纳入到《仲裁裁决执行补充安排》的适用范围

如前所述，《仲裁裁决执行安排》的范围不适用所有内地仲裁裁决，只有“由国务院提供的内地仲裁机构作出”的仲裁裁决，才可以在香港执行。“国务院提供的内地仲裁机构”由国务院法制办公室通过国务院港澳事务办公室提供，再由香港特区律政司司长按照香港法律公布。香港律政司提供的最新名单为2016年12月23日根据香港《仲裁条例》第97（1）条通过第7226号公告公布的“认可内地仲裁当局”，其中，重庆地区成立的“认可内地仲裁当局”的是重庆市仲裁委员会。

《仲裁裁决执行安排》带来的一个问题是，对于内地非“由国务院提供的内地仲裁机构作出”的仲裁裁决，其在香港执行时既不能根据《仲裁裁决执行安排》进行认可和执行，又不能根据《纽约公约》进行认可和执行，但是却可以在其他《纽约公约》缔约国根据公约执行。因此，此次修订取消“由国务院提供的内地仲裁机构作出”这一限制，将所有内地仲裁机构作出的裁决纳入安排范围，更具有合理性，意义重大。



（三）取消对仲裁裁决的“平行执行限制”

不同于更晚生效的《内地与澳门执行安排》，《仲裁裁决执行安排》存在“平行执行限制”，即仲裁裁决权利人不能在内地和香港两地同时申请仲裁裁决的执行，只有在内地执行不足以清偿裁决确定的债务时，才可向另一地申请执行余下部分债务。在实践中，由于《仲裁裁决执行安排》未明确规定申请执行裁决前后的保全措施，如果申请人首先向香港

法院申请执行裁决，被申请人处置其内地财产的行为将无法得到有效控制。而被申请人在香港的财产不足以偿还其债务，申请人再向内地法院申请执行时，往往已无财产可供执行。

另外，关于申请执行裁决的期限，内地与香港也有不同的规定。根据《仲裁裁决执行安排》第五条，申请人必须按照适用于执行地的时限内向执行地法院提出认可和执行仲裁裁决申请（香港一般是六年），在

CL诉SCG [2019] 2 HKLRD 144一案（“CL案”）中，香港原讼法庭裁定，六年时效自仲裁裁决债务人未履行仲裁裁决之日起计算，不因权利人在内地已经展开执行仲裁裁决法律程序而中止计算时效期间。在CL案中，仲裁裁决权利人于2011年在内地法院申请执行由HKIAC作出的裁决。但被申请人对此提出异议。深圳中院于2015年拒绝权利人的申请，其后广东高级人民法院于2016年驳回权利人的上诉。权利人



于2018年在香港申请认可及执行有关裁决，并主张因为《仲裁裁决执行安排》的“平行执行限制”，他无法在2011年-2016年间在香港同时开展执行程序，因此在内地推进执行程序的时间不应计算在6年的时效限期内。这一主张并未得到香港法院的支持，法院认为时效已过，因此拒绝认可该裁决。由于香港的相关判例已明确在香港申请执行仲裁裁决的期限不适用时效中断，因在内地申请执行裁决而错过了在香港申请执行裁决的期限，将导致不足以偿还的部分债务无法在香港执行。

基于《仲裁裁决执行安排》实施中存在的上述问题，本次修订取消“平行执行限制”，将有助于解决两地财产无法同时顺利执行以及一地程序导致另一地时效经过等实际问题。

（四）明确了在仲裁裁决作出前和作出后均可向法院申请保全或强制措施

2019年《仲裁保全安排》虽然开创性地为内地与香港跨区域仲裁程序中申请保全提供了依据，但有关规定只允许在仲裁裁决作出前申请人可申请保全，同样，内地法律也没有明确规定能否在香港仲裁裁决作出后申请保全。由于《仲裁保全安排》生效以后效果较为明显，根据香港国际仲裁中心提供的数据，截至2020年11月，香港国际仲裁中心处理了34起向中国内地法院提出的保全申请，内地15个中级人民法院均作出了仲裁裁定，实际保全财产总值达97亿元人民币。

币。此次修订将法院提供保全协助的范围扩展至仲裁裁决作出后，即在香港与内地仲裁裁决作出前和作出后均可向两地法院申请保全或强制措施，从而，更大程度保护当事人的合法权益。

新安排的重大影响

近些年，内地与香港企业相互投资逐年增长。根据香港特区政府统计处公布的数据，2017年香港向内地直接投资54201亿港币，2018年香港向内地直接投资58228亿港币，2019年香港向内地直接投资62799亿港币，均位列香港对外投资接受地第一位。同时，越来越多的内地企业到香港或通过香港到境外投资、并购与开展经贸合作。两地企业在上述相互投资与经贸合作过程中，不可避免会产生争议。一旦争议发生后，如何采取有效方式解决争议和保护自身的合法权益是企业最为关心的问题。而且早在投资与经贸合作前签署交易文件时，当事人便需要设置专门条款，对争取解决方式与机构作出明确约定。比如是选择仲裁还是诉讼方式解决争议。如果选择仲裁方式，是选择香港的仲裁机构，或是内地的仲裁机构，亦或是其他国家的仲裁机构。在选择上述争议解决方式或争议解决机构时，除了考虑争议解决的公平性、便捷性、成本等因素外，最为重要的就是最终的判决或仲裁裁决能否得到有效执行。上述系列新安排，将对两地企业选择争议解决方式与机构时产生

实质的影响。可以说，上述新安排的签署，将实质改变两地企业及律师在约定争议解决条款时的整体思路，特别是当发生争议后的争议解决策略与思路。

（一）《民商事判决互认和执行安排》的影响

《民商事判决互认和执行安排》签署之前，内地与香港既有的两份关于相互承认与执行民商事判决的安排均规定了特定的适用范围，面对两地民生、经贸活动交流合作日趋紧密，两者均未能充分响应所求。《民商事判决互认和执行安排》生效后，两地的各类民商事案件判决基本可以实现异地“流通”，极大减少当事人讼累和重复诉讼，并节省两地司法资源。该安排的签署，其对两地企业通过诉讼方式解决争议无疑会带来诸多便利。但遗憾的是，根据《民商事判决互认和执行安排》，当事人在起诉前或诉讼中仍无法申请对被告在另一地拥有的财产采取保全措施或临时救济措施，只能在申请认可和执行判决时，被请求方法院在受理申请之前或者之后，才可以申请采取保全措施，这使得被告可能在法院判决作出前已将其在另一地拥有的财产进行转移或隐藏，从而使得在法院判决作出后而无法有效执行被请求方在另一地拥有的财产。

（二）《仲裁保全安排》和《仲裁裁决执行补充安排》的影响

1. 进一步加速香港和内地仲裁

协同发展

由于《仲裁裁决执行安排》未对保全问题作出任何规定,对《仲裁裁决执行安排》的实际实施构成实质障碍。《仲裁保全安排》作为内地与其他法域签署的第一份有关仲裁保全协助的文件,《仲裁保全安排》解决了香港仲裁程序申请人无法向内地法院申请保全被申请人在内地的财产这一重大难题,使得香港作为涉及内地当事人(或财产)仲裁案件的备选仲裁地在执行方面具有了其他国际仲裁中心城市无可比拟的优势,将进一步提升香港国际仲裁服务的竞争力,亦将为进一步巩固香港作为亚太区国际法律和争议解决中心地位提供巨大支持。

同时,虽然根据《香港仲裁条例》第45条第(2)款的规定,香港法院可以受理香港以外的仲裁程序申请人提出的保全,因此内地仲裁程序的申请人申请保全对方在香港的财产和证据并不存在制度障碍,但《仲裁保全安排》以法律文件的形式首次明确了内地仲裁程序申请人可以向香港法院提出保全,同时对向香港法院提出保全的范围、管辖法院、保全程序及保全担保等事项方面给出了明确的指引,仍不失为推动内地仲裁涉港跨境保全的一项重大制度创举。

此外,《仲裁裁决执行安排》与《仲裁裁决执行补充安排》与《仲裁保全安排》一并形成两地仲裁从保全到执行这一比较完善的程序体系,当

事人可以从仲裁程序中申请保全到仲裁裁决作出后顺利执行,从而获得两地司法协助优势所带来的便利和对权益更加充分的保障。

相信随着《仲裁保全安排》及《仲裁裁决执行补充安排》的生效实施,香港和内地仲裁协同发展将会驶入新的快车道。

2. 改变两地企业和律师通过仲裁方式处理争议的整体策略与思路

过去,两地企业和律师通过仲裁方式解决争议时,在仲裁裁决未作出之前几乎不会考虑向另一地法院申请对被申请人的财产采取保全措施,因为即使申请也无法实际进行操作,或者因为程序过于复杂和耗费的时间过长使得申请实际上无意义。但《仲裁保全安排》签署后,作为两地企业与代理律师,不应仅仅考虑向仲裁机构所在地的法院申请对被申请人的财产采取保全措施,而且会同步申请对被申请人在另一地拥有的全部财产采取保全措施。同时,在此前申请执行时,因为“平行执行限制”的存在,申请人不能在两地法院同时申请执行,往往造成在一地法院提出申请后,被申请人对另一地财产进行转移的局面。在《仲裁裁决补充安排》相关内容生效后,当事人可以同时向两地法院申请执行,有效解决了被执行人利用时间差转移财产逃避执行。这些新安排实际改变了律师处理争议的整体策略与思路。

此外,两地企业与律师在选择争议解决方式时,则建议选择采取仲裁的方式处理争议,因为如采取诉讼方式处理争议,在法院判决未作出之前,根据目前两地签署的相关安排,是无法申请对被告在另一地拥有的财产采取保全措施的。但如果选择仲裁方式,则可根据《仲裁保全安排》在仲裁裁决作出前申请被申请人在另一地拥有的财产采取保全措施,从而为后续仲裁裁决的有效执行提供了更多保障。

3. 为两地律师业务带来巨大机遇与挑战

《仲裁保全安排》《仲裁裁决执行补充安排》的签署必然为两地律师业务带来无限新机遇。由于两地属于不同法系,法律规定、司法实务差异非常大,目前两地律师基本对另一地的法律制度与司法实务了解很少,当两地律师处理争议时,虽然可以通过与另一地律师进行合作,但至少需要对另一地法律制度与司法实务有基本的了解,这样才能更好地处理争议和保护好当事人合法权益。因此,对两地律师而言,今后处理争议时可能会面临诸多挑战,两地律师只有多加强交流、相互学习,彼此了解对方的法律制度与司法实务,才可能在实际处理争议案件时更好地保护好当事人的合法权益。

对内地企业与律师的建议

《民商事判决互认和执行安排》《仲裁保全安排》《仲裁裁决执行安排》及《仲裁裁决执行补充安排》签署后，将对两地企业与律师服务带来重大影响，为了让两地企业特别是内地企业在境外投资、并购与经贸合作及内地诉讼与仲裁中，更好地利用上述新安排防范风险和保护自身合法权益，特提出如下几点建议：

（一）新安排对企业到境外投资、并购与开展经贸合作设计交易架构时，即是否需要在香港搭建构架层及如何搭建构架层会产生重大影响。因为在香港设立离岸公司的目的是为了隔离风险，但在新安排体系下，内地企业到境外投资、并购与开展经贸

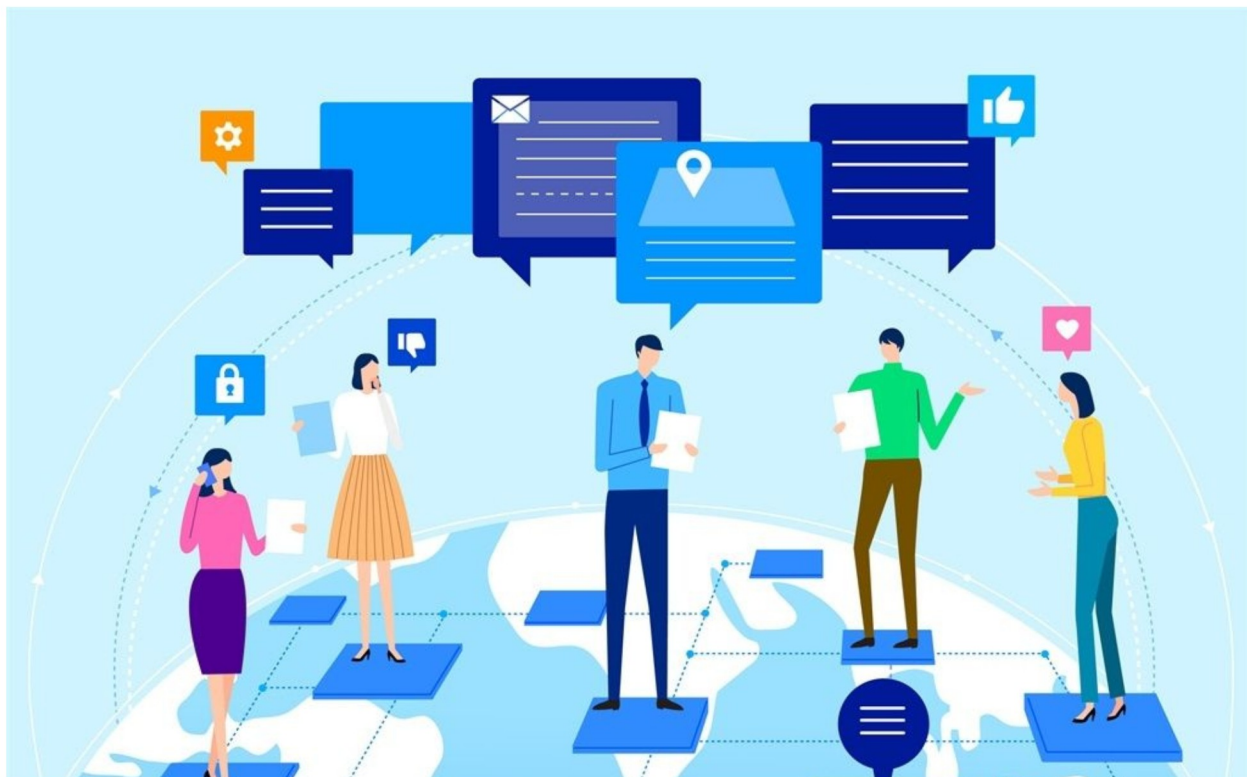
合作时，在香港设立离岸公司是否仍然能起到隔离法律风险的作用，以及如何搭建交易构架以起到隔离风险的作用，需要结合项目情况进行具体分析，建议内地企业根据项目实际情况，商请专业律师等专业人士后作出决定。

（二）对已在香港持有股票、股权、资产、银行账户等资产的内地企业，建议商请专业律师梳理漏洞与可能存在的风险，并采取措施事先做好风险隔离与防范措施。

（三）鉴于内地与香港法律体制、社会制度等存在较大差异，建议内地律师加强香港法律制度、规定与司法实务方面的学习，特别是了解如何查询内地企业在香港持有股票、股

权、资产、银行账户等资产信息的途径、方法，以便在代理涉及香港资产保全、内地仲裁裁决或法院判决需在香港法院执行的案件中，能快速调查到内地企业或个人在香港持有的上述资产，从而在香港申请财产保全、执行内地法院判决及仲裁裁决时，更为高效地采取保全和执行措施，以更大程度维护当事人合法权益。

由此可见，内地与香港签署的《民商事判决互认和执行安排》《仲裁保全安排》《仲裁裁决执行安排》及《仲裁裁决执行补充安排》等系列安排，标志着内地与香港仲裁裁决与民商事判决的相互认可与执行已迈入一体化新时代。



【摘要】随着互联网经济的快速发展，网络借贷逐渐成为新兴的金融产业吸引了众多人的眼光。而现实中的网络借贷却出现了一系列的法律问题。网络借贷行为涉及了众多的法律关系，对网络借贷过程中产生的法律问题的规制需要慎重对待。既不能轻视对网络借贷行为的法律监管，也不能过度干预网络借贷行为阻碍经济的发展。因此，对网络借贷行为的刑法规制就必须从刑法的谦抑性角度出发，对网络借贷行为的入罪以及处罚都必须考虑谦抑性的具体内容。只有坚持刑法的谦抑性理论，才能更好地维持刑法与经济发展之间的平衡。

【关键词】 刑法谦抑性 网络借贷行为 保障法 经济发展

从刑法谦抑性视角 分析网络借贷的刑法规制

◎ 文 / 刘巧云 / 贵阳办公室



刑法谦抑性的理论

（一）刑法谦抑性的理论定位

刑法是其他法律行为的最低准则。一方面，刑法涉及社会生活的各个层面，他设定了打破社会生活平衡的最低限度，规定了人们实施一种行为的最低限度以及违反该限度的处罚方式；另一方面，刑法规定的处罚方式最为严厉，一般来说，不到万不得已不能轻易动用刑罚。刑法作为保障法的基本性质以及处罚方式的严厉性，要求我们必须细致的描绘刑法的基本问题，只有真正清楚了解刑法的基本理论，才能达到真正的公平。而刑法谦抑性理论就是刑法理论所值得追求的价值理念之一。刑罚谦抑性对刑法的立法以及刑罚的轻重有着重要的指导意义，并从对确立案件是否成立的标准角度，平衡了犯罪人的利益与刑法的权威。刑法最基本的价值理念就是保护法益，维护人权，而刑法的谦抑性理论就是将这一基本价值具体实现的手段。

（二）刑法谦抑性的具体内容

关于刑法的谦抑性的具体内容，我们可以从不同的刑法格言中找到具体回答。“法律不理睬琐细之事”“刑法与其严厉不如缓和”就从不同的侧面表达了刑法的谦抑性理论。将谦抑性理论运用到个罪，我们就可以分别从刑事立法与刑罚处罚上分析刑法的谦抑性，主要体现在以下两个方面：

在立法上，刑法应当不理睬琐碎之事。刑法不应将任何违法行为都规定为犯罪行为。过度的刑法规定只会一味地限制公民的行为。不仅会造成公民实施个人行

为的困扰，也会阻碍社会的进步。刑法应当保护和扩大自由，但是他又必须通过限制自由来保护和扩大自由。随着社会的发展，一些过时的犯罪形式显然需要剔除，必然也会出现更多新型的犯罪方式。立法机关又需要用刑法予以增设，不断规定与人们息息相关的犯罪形式来保护法益。平衡刑事立法与自由的界限就必须适当考虑刑法的谦抑性内容，考虑刑事立法的必要性与效益型。在刑罚方面，如果适用较轻的刑罚就可以达到惩罚犯罪保护人权的目的，就没有必要适用较重的刑罚。刑罚应当受到抑制，不应过于严厉，并不是越严重的处罚越公正。刑罚要发挥其惩治犯罪和保护人权的作用，必须依赖公民对刑罚的信仰、对刑法的尊敬。过重的刑罚不仅不会达到预防犯罪的目的，还会让公民产生刑法过于严酷的想法，导致公民失去对刑法的信心。因此，刑法与其严厉不如缓和。但是并不是说刑法越轻越好，存疑时有利于被告人的原则的适用也必须有一定的前提条件。只有符合民众期待平衡受害人与公民期待的刑罚，才是符合公平正义的处罚。

网络借贷的现状

网络借贷行为的刑法规制问题就必须严格地遵守刑法谦抑性理论。只有符合了人们对刑法的最基本的价值追求，才能保证刑法与网络借贷的均衡发展。在对网络借贷的刑法规制进行合理性分析时，首先必须了解网络借贷的具体内容。

（一）网络借贷的界定

网络借贷是指通过互联网平台实现的



刘巧云 | 律师

专业领域：金融、公司法律事务

手机：+86 136 3900 5796

邮箱：Jeremy@zhhlaw.com

个人与个人之间的借贷。随着互联网的发展,网络借贷行业的发展也是如火如荼。由于这种交易就像网上购物一样比较自由,对借贷者和出借者来说都是双方受益的一种交易,因此这种营销模式很受欢迎。目前,网络上出现的借贷模式主要包括:一是通过搭建网站,投资人与筹资人通过网络借贷平台进行沟通。这种模式下,网站的角色主要处于中介的地位,在借贷关系中并没有太大的作用。在这种情况下,借贷双方的债务很难会有保证。二是通过将金钱债权转让给需要借钱的用户,通过在线下购买债权的方式再将债权转售。这种方式就像网络购物一样,虽然保障了用户的资金安全,但是买卖债转的问题仍然是一个法律边界性的问题。三是引入保险公司为交易担保。虽然加入了第三方的保证,但是网络交易平台在整个交易过程中并不能发挥主要的作用,网络借贷的营销模式也会被削弱很多。

（二）网络借贷的法律风险

在鼓励网络借贷平台这种新兴的金融业创新发展的同时,要明确网络借贷平台所带来的法律风险。主要可以将其分为由网络借贷平台本身及在平台中周转的资金和借贷双方所带来的法律风险。

对网络借贷平台来说,网络借贷平台从事的业务很容易被认定为金融机构的业务,可能会被认为构成非法吸收公众存款罪。网络借贷平台通过从事用户之间的借贷业务,虽然只是利用了互联网技术的借贷行为,但是

大规模的资金流动和债权债务交易很容易触碰金融贷款业务的边界。而在没有得到法定的金融市场准入证的情况下,这些借贷平台难免会在法律的边缘游走。

对于在借贷平台交易的资金来说,由于借贷双方都是通过虚拟的网络进行交易,借贷平台也只是对双方的信用进行审核,对于借款人的资金来源并没有严格的审查制度。所以,网络借贷平台很有可能成为洗钱的交易场所。另一方面,通过网络交易债权债务所包含的资金流在到达借贷人手中有时间间隔,这段时间资金就很容易被暗箱操作,巨额度的资金利润就很容易流失。而缺失对利润利益的归属监管将会是一个新的法律问题。

对于借贷双方本人来说,相对于现实生活中的民间借贷或者银行借贷都是具有实体保障的借贷方式,而网络借贷的虚拟性使投资本息的收回存在一定的难度。除了繁琐的身份证明,还需要介入其他行为主体的协助。同时,网络借贷的虚拟交易行为也给了诈骗财物之徒可乘之机。另一方面,网络借贷平台对借贷双方私人信息要求非常全面,而网络又是极易泄露个人信息的地方,公民的个人信息很有可能从网络平台泄露而被不法分子滥用。

网络借贷的发展是不可阻挡的趋势,而对于其存在的这些问题又是我们必须面对的。因此,对网络借贷行

为的法律规制是迫在眉睫的问题。但是基于网络借贷行为的特殊性,其涉及的大多为私人主体之间的法律关系,有很多都是可以通过私法就可以解决的问题,所以在对网络借贷行为进行规范时,尤其需要注意对网络借贷行为的刑法规制。刑法是最严厉、最基本的保障公民权利的法律,只有用私法不足以惩戒犯罪维护人权,才能够对违法行为考虑刑法规制。网络借贷行为的法律风险日益突出且与我们的日常生活和经济发展息息相关,在对其规范的同时,更要考虑刑法的触角该伸到借贷行为的哪里。



网络借贷的刑法规制

网络借贷行为的法律规制包含了不同类型的法律对网络借贷的规范，而刑法规制只是解决网络借贷问题的最后一道防线。因此，网络借贷的刑法规制不能过度规范网络借贷行为的犯罪构成要件，必须坚持刑法的谦抑性原则，从立法与刑罚处罚方面考虑对网络借贷行为的规制。

（一）从立法上考虑刑法谦抑性

网络借贷行为需要依靠众多法律条文进行规范，刑法条文对网络借贷的规定可以参考众多具体罪名的构成要件。网络借贷行为本身就会涉及不同类型的利益，可能一不小心便会侵

犯法律条文。在对网络借贷中出现的法律问题定性时，应当首先考虑刑法作为保障法的特性，考虑网络借贷行为是否是只用其他法律调整就可以解决纠纷。只有当其他法律起不到保护法益的作用时，再考虑刑法的规制。

因此，在刑法谦抑性理论的指导下，对网络借贷行为过程中构成犯罪的主体客观条件的规定不应过于宽泛，对网络借贷行为不应过于干涉，即应当更大程度地表现出谦抑性的刑法理念。

在立法上，刑法的谦抑性理论要求刑法应该明确自身在法律体系中的保障法地位，不需要涉及人们生活的方方面面。刑法的根本目的是为了保护人权。不能为了实施惩罚而将行为规定为犯罪。不能将网络借贷中的任何违

法行为都规定为刑事犯罪，这样只能限制网络借贷产业的继续发展。

因此，具体制定有关网络借贷的刑法规范时，就必须时刻以刑法的谦抑性为指导。

在认定网络借贷平台为非法吸收公众存款罪时，首先要考虑法律对网络借贷平台的定性，不能先入为主认定网络借贷平台的非法属性。从大前提到小前提开始三段论式的逻辑推理，必须是网络借贷平台实施了不符合规定的金融机构的行为，才有可能构成非法吸收公众存款罪。在认定网络借贷双方的债权债务只是诈骗罪时，应严格考虑行为人是否具有非法占有的意图，





不能仅凭钱物的客观状态就认定为犯罪。在对网络借贷所产生的资金性质调查时，必须坚持高度盖然性原则，不能一味地认定为非法来源。因此，对网络借贷行为的刑法规制需要有一个严格的门槛区分罪与非罪的界限。如果只是单纯的行政违法合同违约就不需要刑法的规制。如若刑法干涉过多，不仅使自由市场的经济体系难以自由发展，公民的行为也会被限缩。因此，在对网络借贷行为的入罪规定上，必须考虑刑法所带来的社会经济效应，坚持刑法的谦抑性原则，减少刑法的过度适用。

（二）从刑罚上考虑刑法谦抑性

网络借贷行为的处罚问题已经从立法上将行为予以定性，因此在刑罚上就可以排除因行为不属于犯罪行为而对行为人进行的行政处罚。在此处主要考虑借贷行为已经构成犯罪时对行为人的刑罚处罚。

对网络借贷行为处罚的同时，要考虑到刑罚带来的相应的社会效果。在刑法谦抑性理论的指导下，刑

法与其严厉不如缓和，不仅是因为严厉的刑罚所带来的过度社会恐慌，还在于考虑个罪对刑罚轻重的反应。就网络借贷行为而言，不仅需要注重对犯罪人进行惩罚，还需要考虑对受害人的补偿措施。对于网络借贷行为来说，对受害者损失的弥补的重要性往往大于对犯罪人进行处罚。刑罚的目的只是为了惩戒犯罪人和威慑潜在的犯罪分子，对网络借贷的犯罪分子进行徒刑处罚的必要性也比其他犯罪类型小了很多。在对网络借贷行为进行刑罚处罚时，就可以考虑刑法的谦抑性理论，不用对犯罪分子实施重刑惩戒，多对受害人给予补偿。逐步建立由对犯罪分子的主刑处罚为主向对受害人的财产补偿为主过渡的机制。不仅可以增强其刑罚威力，而且可以弥补受害人的损失，建立公民对刑法的信心。同时，对网络借贷行为的犯罪分子实施职业禁止，在一定的限度内剥夺犯罪分子行使一定权利的资格。其实，刑罚最大的威慑力并不在于通过刑罚的严酷性，而在于刑罚是否达到了保护人权的根本目的。只要惩治犯罪、保护法益的目的达到了，就不必

过于追求重刑，非刑罚处罚措施一样可以有很好的社会效果。

结语

网络借贷牵涉的法律关系较多，情况也极其复杂。网络借贷行为的刑法规制一旦越界，就会对经济的发展造成一定的阻碍。刑法的公信力也会由此遭受质疑。对网络借贷行为的规制要从根本上认识到不是只要出现权利受损的行为就是犯罪，尤其涉及新兴产业的发展问题时，要慎重确定其刑法制裁的标准。而且犯罪也不会因重刑而消亡，一味地实施重刑只会增加社会矛盾。网络借贷行为的处罚本身除了对犯罪分子的惩戒，更注重的是对受害人权益的保障。重刑并不能维护受害人的合法权益，更多的考虑对犯罪分子的非刑罚处罚，弥补受害人的损失。网络借贷的刑法规制问题不仅是从入罪还是处罚，都必须考虑刑法的谦抑性理论。刑法谦抑性在人权保障方面代表着刑法的发展方向。

【摘要】笔者近来在为银行客户提供法律服务的过程中发现，在互联网金融蓬勃发展的背景下，涌现出越来越多的互联网贷款产品，其中又往往伴随多种多样的保证保险产品。笔者此次要着重介绍的是其中一种小额贷款保证保险。小额贷款保证保险的合作模式是怎样？保证保险法律性质如何定义？在审查相关合作协议时应当注重哪些问题？笔者将从银行的角度对上述问题进行分析，供大家一同探讨。

【关键词】 保证保险 法律性质

从银行角度看 互联网金融中的 小额贷款保证保险

◎ 文 / 江小舟 任思茜 / 重庆办公室





江小舟 | 合伙人

专业领域：金融、证券及公司法律
事务

手机：+86 137 0839 6956
邮箱：jxz@zhhlaw.com



任思茜 | 律师

专业领域：金融、公司、房地产法律
事务

手机：+86 182 2549 4789
邮箱：eva@zhhlaw.com

随着社会经济的发展，社会融资需求越来越大。为了保障并促进金融的发展，在上世纪90年代，中国人民银行提出开办保证保险业务，随后伴随着市场经济的深化改革，保证保险的范围、种类越来越广。重庆市人民政府办公厅也在2012年5月18日发布了《关于开展小额贷款保证保险试点工作的意见》（渝办发〔2012〕158号），积极鼓励小额贷款保证保险工作的开展。近年来，随着互联网金融的蓬勃发展，在各种新型的金融产品类型中，衍生出多种多样的保证保险产品。

笔者在为银行客户提供法律服务期间，也常遇到三方乃至多方合作开展互联网贷款及保证保险业务的情况。今天，笔者要着重介绍的是其中的一种小额贷款保证保险。其常见合作模式为银行、小额贷款公司及保险公司签署三方合作协议（以下简称合作协议），约定由小额贷款公司负责对借款人的贷款申请及相关材料进行实质性审查，审查无误后将借款人的贷款材料提供给银行方，由银行方按其自身贷款业务规则进行审查，审查通过后由银行方负责放款。保险公司则受理借款人的投保申请，审查无误同意承保后，在借款人逾期归还借款时，向甲方理赔。同时，保险公司与借款人签署小额贷款保证保险合同，约定在保险期间内，投保人（即借款人）未按照与被保险人（即银行）签订的贷款合同的约定还款的，则保险人（即保险公司）对投保人应还未还的款项承担赔偿责任。

保证保险的性质

保证保险是属于一种“担保”，还是



一种“保险”？保证保险的性质认定关系到保证保险纠纷适用的法律问题，也即应当适用何种法律、诉讼期间、特别规定等。对此问题，在司法实践的发展过程中一直存在着不一致的看法。

1999年，中国保监会（现名中国银保监会）在《中国保险监督管理委员会关于保证保险合同纠纷案的复函》（保监法〔1999〕16号）中认为保证保险是财产保险的一种，属于保险合同纠纷，应按保险合同的约定确定保险人是否应承担赔偿责任，不在《担保法》的适用范围之内。2017年，中国保监会（现名中国银保监会）在《信用保证保险业务监管暂行办法》（保监财险〔2017〕180号，现已失



效)中认为保证保险属于以信用风险为保险标的的保险。根据上述定义,保证保险应当属于保险的一种。

然而,2000年,最高人民法院在《关于中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案的请示报告的复函》(〔1999〕经监字第266号)中认为:保证保险虽是保险人开办的一个险种,其实质是保险人对债权人的一种担保行为。应按借款保证合同纠纷处理,适用有关担保的法律。

此后,关于保证保险的法律关

系认定问题一直存在不同的意见。例如:2010年,最高人民法院在《关于保证保险合同纠纷案件适用法律问题的答复》〔(2006)民二他字第43号〕中认为汽车消费贷款保证保险是保险公司开办的一种保险业务,所涉保险单虽名为保证保险单,但性质上应属于保险合同,保证保险属于保险性质。随后,在2013年,最高人民法院在中国人民财产保险股份有限公司葫芦岛市分公司诉中国建设银行股份有限公司葫芦岛分行保证保险合同纠纷申请再审案〔(2013)民申字第1565号〕中,再次重申了保证保险是保险人对债权人的一种担保行为,应按借款保证合同纠纷处理,适用担

保法律的观点。然而在2018年,最高人民法院在中华联合财产保险股份有限公司宝鸡中心支公司、深圳市深远发科技有限公司保证保险合同纠纷二审案〔(2018)最高法民终1204号〕中,对案涉保证保险合同的判定则适用了《保险法》的相关规定。

保证保险合同的常见问题

目前,在相关法律法规对保证保险的法律性质没有明确定义的情况下,关于保证保险应当适用《民

法典》中关于担保的规定还是《保险法》的问题，在司法实践中一直争执不下，最高人民法院对此的观点也一直有反复。更多的案例则是在判决中回避了关于保证保险合同定性的问题，而是依据保证保险合同条款及当事人意思自治原则进行认定，这就对保证保险合同的条款内容提出了更高的要求。笔者在实践过程中发现，银行、小额贷款公司和保险公司签订的合作协议，与保险公司和借款人签订的小额贷款保证保险合同常常出现内容不一致的情况。从银行的角度来看，通常需要注意以下几点问题：

（一）保险期间的计算

一般而言，较为完善的保险期间应当约定为从银行放款之日起算，至借款人的贷款本息全部结清之日止。但有的小额贷款保证保险合同中约定的保险期间为从保单签发之日起算。这样在贷款发放日与保单签发日之间存在时间差的情况下，若贷款发放日在前，那么从贷款发放日到保单签发日这段时间内，相当于在“裸奔”，即并不存在任何保险。还有的小额贷款保证保险合同中约定，保险期间至贷款人发放最后一笔贷款后止，这可能产生最后一笔贷款还未到期，保险期间已届满的情况，在这种情况下，即便借款人逾期归还或不还最后一笔借款，银行也无法向保险公司索赔。

还有一种情况，在小额贷款保证保险合同中，常约定保险期间最长不得超过一年。这就要求银行在签订合作协议时，要注意审查保险期间是否足以覆盖贷款期限，以确保保险事故

发生在保险期间内。

（二）借款人未交纳保费的情况

小额贷款保证保险合同中通常约定应当由投保人在投保时一次性交清全部保险费，在保险费交清前发生的保险事故，保险人不承担赔偿责任。此类条款也是各类保险合同中常见的条款。但在互联网金融的小额贷款中，投保人通常不会预交保险费，而是在网上提交贷款申请，待贷款申请审查通过且银行放贷后，再缴纳保险费或从贷款中预扣保险费。这就要求银行在签订合作协议时，对保险费的缴纳进行一个明确的约定，或者约定只要保险公司同意承保，无论投保人是否缴纳保险费，均不免除保险公司的保险责任。

（三）保险人的免责条款

在保险合同中，存在着很多保险人的免责条款，其中，部分免责条款的约定较为常见，例如：“下列原因造成的损失、费用和责任，保险人不负责赔偿：战争、敌对行为、恐怖行为、军事行动、武装冲突、罢工、暴动、民众骚乱、核爆炸、核子辐射和放射性污染等。”部分免责条款或拒赔条款，常见于各类保险合同中，但并不符合互联网金融中小额贷款保证保险的实际情况，银行应当在签订合作协议前重点审查此类条款，并将潜在的风险降到最低。

常见的不合理免责条款包括但不限于以下内容：投保人与被保险人对原贷款合同及附件内容进行修改，而

事先未征得保险人书面同意的；投保人故意不履行如实告知义务，未如实回答保险人及被保险人就有关情况提出的询问的；被保险人未履行严格审查义务导致保险事故发生的等。上述免责条款不合理的地方



在于减免了保险公司的审查义务，而对银行提出了较高的审查要求，事实上，与一般保险合同的不同之处在于，在小额贷款保证保险合同中，被保险人和投保人并非站在利益的同一方，即被保险人（即银行）对于投保

人（即借款人）的贷款行为和还款行为难以预测和约束，所以不能对银行提出过高的审查要求。因此，银行在签订合作协议时，应当预先采取一定措施，比如将免赔率约定为0，用于保护银行的权益。

（四）承保范围

在小额贷款保证保险合同中，通常约定保险人不负责赔偿投保人因不履行贷款合同约定的还款义务所造成的罚息、违约金、赔偿金、逾期利息及间接损失；保险金额通常为贷款合同中约定的贷款本金与按贷款合同签订日确定利率计算的贷款利息之和。此类条款明确规定了保险人只承保本金和利息，对除此之外的其他全部损失均不承担责任。而从银行角度来看，通常会要求借款人承担逾期还款的罚息、复利、违约金等，银行在预先审查过程中应当注意明确此类损失的索赔方式。

除上述条款之外，小额贷款保证保险合同中还存在着一些值得注意的内容，如争议方式的解决、担保责任的约定等，静待各位读者细探究竟，笔者就不再一一赘述。综上所述，保证保险既符合保险的基本特征，又满足担保的一般性质，在法律尚未明确规定的情况下，保证保险合同的条款约定至关重要。从银行的角度而言，互联网金融的发展降低了贷款的门槛，既有助于银行拓展新型业务又有利于刺激市场经济的发展。但保证保险看似简单，实际上涉及的法律关系复杂。只有将新兴的互联网金融和保证保险结合起来，在拓宽业务范围的过程中把控好法律风险，才能探索出更加成熟的商业模式。



【摘要】2021年1月1日，最高人民法院正式出台了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》，对公司对外担保纠纷案件的处理进行了具体规定，延续了《公司法》以及第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）的精神，为各地司法裁判指明了方向。现笔者结合一则上市公司对外担保纠纷案例，依据现有的法律规定，浅谈一些对上市公司对外担保问题的看法。

【关键词】上市公司 对外担保 效力 责任承担

浅谈上市公司 对外担保效力认定问题

——李某某与某上市公司对外担保纠纷案

◎ 文 / 周鹏 / 重庆办公室



案件的基本情况

李某某在2003年2月至2017年2月期间，先后担任了某上市公司的财务部长、工会主席、总经理助理、副总经理和副总裁等职务，同时兼任着某上市公司的子公司总经理职务。根据某上市公司《章程》规定，李某某属于公司高级管理人员，受公司《章程》的约束。李某某在任职期间，为子公司借款150万元，代子公司偿还贷款160万元。2013年8月11日，子公司将对外转让。为了解决李某某的债务问题，某上市公司为其出具书面承诺，承诺：“若子公司在1年内不能偿还上述款项的，由本公司承担连带偿还责任。”之后，子公司未能按期还款，李某某于2019年3月将子公司与某上市公司诉至人民法院，要求二者共同偿还欠款。

案件的审理情况

（一）李某某提出的事实理由

李某某向一审法院举示了相关的债务凭证以及某上市公司出具的《承诺函》。李某某认为，因子公司并未在1年内偿还欠款，某上市公司承担还款责任的条件已经具备，应依据《承诺函》的约定承担共同还款责任。

（二）某上市公司的抗辩理由

某上市公司认为：1.《承诺函》载明：“以上款项及应计利息若子公司在本承诺之日一年内（即2014年8月10日前）不能偿还，由本公司承担连带偿还责任”，该条承诺清楚地区分了债务的主从性，即子公司是主债务人，负有偿还债务的主责任。某上市公司是从债务人，只有在主债务人

不履行债务时，方才承担责任。该条承诺系《担保法》第六条规定的典型保证表达方式，应依法认定某上市公司作出的承诺是承担连带责任保证，而非债务加入。

2.如前述，某上市公司承担的是连带责任保证，而《承诺函》并未约定保证期间，根据《担保法》第二十六条之规定，保证期间为两年。但是，李某某并未在该两年期限内要求某上市公司承担担保责任，因此某上市公司的担保责任依法已经被免除。

3.《公司法》第十六条和某上市公司《章程》均有明确规定，公司为他人提供担保的，须经股东会或董事会审议通过。本案交易发生时，李某某系某上市公司的高管，受《章程》约束。李某某提供的《承诺函》并未经某上市公司的股东会审议通过，严重违反了《章程》的规定，是非法无效的，某上市公司不应承担任何责任。

（三）一审法院的裁判观点

一审法院认为：1.《承诺函》与李某某提供的债权凭证等相应证据能够相互印证，均有时任某上市公司法定代表人的签署意见，并不能否认该《承诺函》的对外效力。故，本院认定该《承诺函》合法有效，对某上市公司具有约束力。

2.经审查《承诺函》的内容，某上市公司的承诺实为对涉案债务的自愿加入，只是附加了承担还款责任的条件。但由于子公司未能按约还款，因此某上市公司承担偿还涉案债务的条件已经具备，依法应依据《承诺函》的约定承担共同还款义务。



周鹏 | 律师

专业领域：公司、地产、金融

手机：+86 186 0232 8500

邮箱：zpkangta@zhhlaw.com

3.如前述,某上市公司系对涉案债务的自愿加入,并非保证担保,因此不存在保证期间的问题。同时,《承诺函》仅约定了承诺一年后的责任承担,双方未明确约定具体还款时间,并明确约定继续承担以后的利息;且,李某某针对涉案债务也先后向子公司、某上市公司主张权利。故,李某某之主张并未超过法律规定的时效期间,某上市公司关于免除保证责任以及超过诉讼时效的抗辩,理由不当不予支持。

综上,一审判决子公司与某上市公司共同偿还李某某的欠款。

(四) 二审情况

某上市公司提出上诉,其认为:

1.本案中,李某某在交易行为发生时系某上市公司的副总经理,属于受公司《章程》约束的高级管理人员,依法负有严格遵守并执行《章程》规定的法定职责。《章程》明确规定公司对外担保或者债权债务重组事项必须经股东会或者董事会决议才能实施,而李某某提出的《承诺函》未经公司任何决议机构审议,不符合《章程》规定,且李某某不仅不属于善意相对人,该种行为更是直接违反了其对公公司负有的勤勉尽责的法定义务,显然不能对公司发生合法效力。2.债务加入的责任比对外担保的责任更重,根据“举轻以明重”的民事法律原则,债务加入也应当适用对外担保的法律规则。《承诺函》的出具不符合公司《章程》规定,不符合《公司法》第

十六条关于公司对外担保必须经股东会决议的规定,不符合《九民纪要》第十七条关于公司对外担保必须经股东会或董事会决议的规定,是非法无效的。一审判决存在明显的认定事实错误和适用法律错误,应予纠正。

二审法院经审理认为:《承诺函》的内容属于某上市公司自愿对子公司欠付李某某的债务加入,无需适用公司对外担保的法律规则。因此,某上市公司的上诉理由不能成立,依法驳回其上诉请求,维持原判。

笔者对该案的一些看法

(一) 首先,《公司法》《九民纪要》对公司对外担保和债务加入的效力认定有明确的规则,核心精神是均要求必须由公司有关机关作出决议,而李某某持有的《承诺函》未履行任何公司机关的决议程序且并非善意,某上市公司无需承担任何民事责任,原审认为本案适用债务加入而不适用担保规则属于明显的法律适用错误

《公司法》第16条规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”

《九民纪要》第23条规定:“法定代表人以公司名义与债务人约定加入债务并通知债权人或者向债权人表





示愿意加入债务，该约定的效力问题，参照本纪要关于公司为他人提供担保的有关规则处理。”

第17条规定：“为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害中小股东利益，《公司法》第16条对法定代表人的代表权进行了限制。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……债权人善意的，合同有效；反之，合同无效。”

第18条规定：“前条所称的善意，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……一种情形是，为公司股东或者实际控制人提供关联担保……债权人应当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……另一种情形是，公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保……只要债权人能够证明其在订立担保合同时对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的规定，就应当认定其构成善意，但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。”

本案中，李某某在《承诺函》出具时系某上市公司高管，对《章程》规定清楚知晓且必须遵守，显然不属于善意相对人。李某某提交的《承诺函》未经任何公司机关的决议，不符

合《章程》规定。即便是抛开《章程》规定，李某某举示的《承诺函》也明显不符合《公司法》和《九民纪要》的规定，也是无效的，某上市公司依法不应当承担任何责任。

（二）其次，鉴于上市公司的特殊身份，本案还应当适用《九民纪要》第22条关于上市公司对外担保效力的特别规定来认定《承诺函》的效力，而案涉《承诺函》也不满足该规定，依法应当认定为无效

《九民纪要》第22条规定：“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订立的担保合同，人民法院应当认定有效。”根据该条规定，案涉《承诺函》的有效需要满足：1.华塑公司的董事会或者股东大会作出决议；2.华塑公司已对该决议进行了公开信息披露；3.债权人在信息披露后订立的担保合同。

最高人民法院民事审判第二庭在《九民纪要理解与适用》中明确指出：“上市公司对外担保会影响到股东和潜在股东的利益，会影响到证券市场的健康发展，因此，有必要单独作出规定，引导债权人在签订上市公司为其债权提供担保的合同时，采取正确的审查方式……”“上市公司的签约代表违规代表公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，若未经上市公司股东大会决议，则上市公司不承担责任”“上市公司的签约代表违规代表公司为公司股东或者实际控制人之外的人提供担保，若未经公司股

东大会或者董事会决议，上市公司不承担责任”“……债权人为什么不可在看到上市公司公开披露的信息后再签合同呢？时间最多不就差1天吗？所以有人说，凡是上市公司没有公开披露的担保，债权人都不是善意的。我们倾向认为，这是很有道理的……因此，债权人完全可以看到公告后再签订担保合同，故课以其实质审查义务，对其并无不公”。

本案中，李某某举示的《承诺函》未经股东大会或者董事会审议决议，更无某上市公司对此担保事项及其决议的信息披露公告，不具备合法性，且明显损害了公司利益和广大股东的利益，也严重扰乱了证券市场的正常秩序，某上市公司依法不应当承担任何责任。

（三）最后，最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保解释》），其中对公司对外担保效力认定的相关规定与《公司法》《九民纪要》的精神是一致的，都要求由公司决议机构审议通过，并且特别强调了上市公司的担保还必须满足信息披露的要件

《民法典担保解释》第八条规定：“有下列情形之一，公司以其未依照公司法关于公司对外担保的规定作出决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持：

（一）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；

（二）公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；

（三）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。上市公司对外提供担保，不适用前款第二项、第三项规定。

第九条规定：“相对人未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，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，

且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。”

笔者认为，无论是《公司法》《九民纪要》还是《民法典担保解释》，对于公司对外担保效力认定的精神是一致的，无论是债务加入还是对外担保，均不属于法定代表人单独决定的事项，其是否具备合法性依法应当审查其决策程序是否正当，是否体现了公司的真实意思，是否存在损害公司利益和股东利益的情形。特别是《九民纪要》以及延续其精神的《民法典担保解释》均着重强调了上

市公司对外提供担保，需要相对人审查上市公司就相关担保事宜所披露的公开信息，否则不构成善意相对人的身份。该规定旨在保护中小投资者的利益和证券市场的健康发展，防止公司大股东或高管滥用职权，违法向他人提供担保，而本案正是属于此种情形。若不能纠正原审的错误判决，将会严重损害上市公司和广大股东的利益，也会导致《公司法》《九民纪要》及《民法典担保解释》的相关规定被架空。



【摘要】2020年6月17日，上海市人民政府发布了《上海市市属国有企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（沪府办〔2020〕40号）（以下简称《上海国企违规追责办法》）。本文将前述文件的内容亮点进行介绍，并根据重点条款的解读，对上海市市属国有企业违规经营投资行为责任追究的主要事项进行分析，进而让读者对上海国有资产监管和违规责任追究体系建设的概要有一个初步的了解。

【关键词】国有企业 合规 违规经营投资

《上海市市属国有企业 违规经营投资责任追究 实施办法（试行）》 亮点及重点解读

◎ 文 / 王辉 曹一川 / 上海办公室



适用主体

根据《上海国企违规追责办法》第二条的规定：“本办法适用于上海市政府履行出资人职责的机构直接出资或者监管的国有及国有控股企业（含国有实际控制，以下称市属国有企业）及其下属各级全资企业、控股企业或分支机构（以下称子企业）。市属国有企业及其下属子企业统称为企业”。

“国有企业”的概念在社会生活的方方面面被提及，但是在现行法律框架下，法律和行政法规层面并没有对其有一个明确的界定。尽管在各类部门规章、规范性文件中出于统计或监管等目的，对“国有企业”的关联概念有所涉及，但实践中并没有统一的标准。

我们可以关注到，财政部和国家统计局分别曾发文《财政部关于国有企业认定问题有关意见的函》（财企函〔2003〕9号）及《国家统计局关于对国有公司企业认定意见的函》（国统函〔2003〕44号），从不同目的的角度对“国有企业”进行了认定。其中，在“国统函〔2003〕44号”文中，从广义和狭义角度对国有企业进行了三个层次的划分，即纯国有企业（包括国有独资企业、国有独资公司、国有联营企业）、国有控股企业（包括国有绝对控股、国有相对控股、国有协议控制）和国有参股企业。从狭义角度，“国有企业”仅指纯国有企业。

2016年6月24日，国务院国有资产监督管理委员会和财政部发文《企业国有资产交易监督管理办法》（国资委令、财政部令第32号，以下简称32号令），其第四条对“国

有及国有控股、国有实际控制企业”进行了更为详细的规定。因32号令由国务院国资委和财政部以部令形式发布，从法律位阶上更高，且发布时间更新，当前法律实践中，一般以32号令的标准界定“国有企业”及其相关分类。根据其定义，“国有企业”分为国有独资企业（公司）、国有全资企业、国有控股企业、国有实际控制企业。

尽管32号令下国有企业的界定外延更广，但是当前法律实践中仍有一些问题亟待被解决，例如“国有全资企业”的概念、与国有独资公司（企业）的区别等，存在一定的讨论空间。此外，国务院国资委官网上也有人提出相关的疑问，国资委官网也进行了答复（答复时间2018年8月6日）称目前没有文件对国有全资企业的概念作出解释。但鉴于本文的篇幅，在此就不做进一步的展开和讨论。

在《上海国企违规追责办法》中，明确为上海市属国有企业及其子企业。

追究对象

根据《上海国企违规追责办法》第三条的规定，“违规经营投资责任追究”的对象是指“违反规定，未履行或未正确履行职责，在经营投资中造成国有资产损失或其他不良后果，经调查核实和责任认定，对相关责任人进行处理的工作”的企业管理人员。’

在该第三条第二款对“规定”进行了定义，即：“前款所称规定，包括法律法规、国有资产监管规章制度和企业内部管理规定等。”。2018年11月2日，国务院国资委发



王 辉 | 合伙人

专业领域：政府顾问、国有企业治理、争议解决

手 机：+86 135 0199 6036

邮 箱：rickwong@zhhlaw.com



曹一川 | 合伙人

专业领域：民航机场企业治理、国资国企合规、招投标

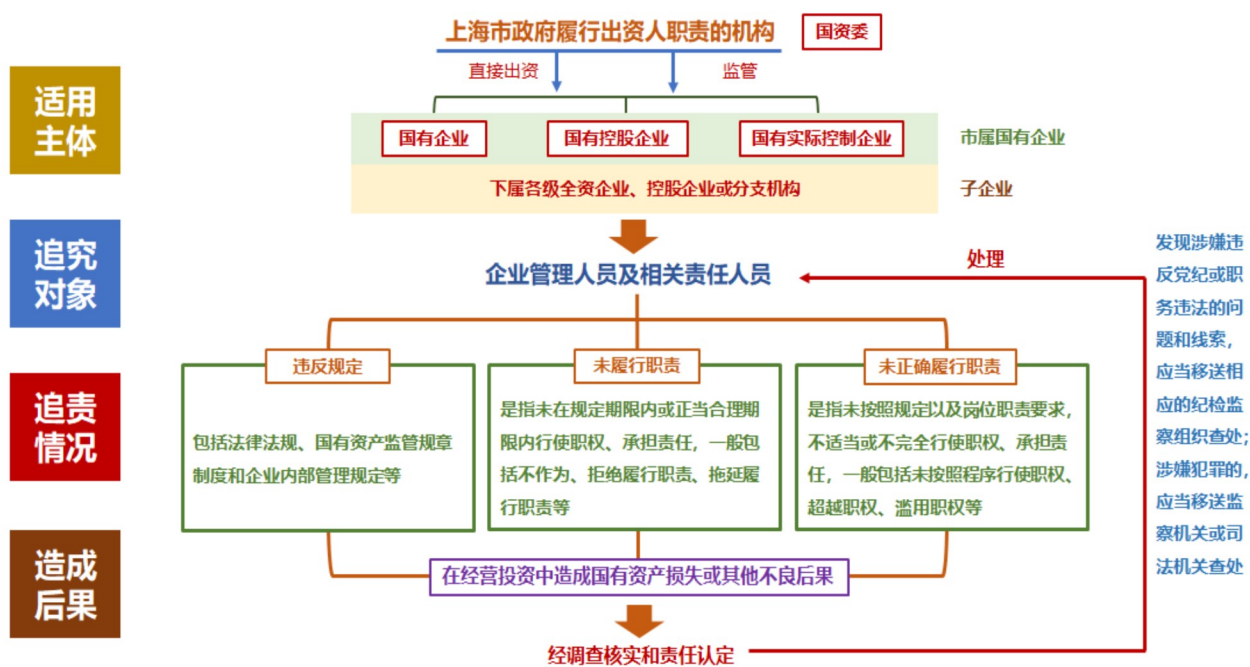
手 机：+86 186 1639 0286

邮 箱：caoyichuan@zhhlaw.com

文《中央企业合规管理指引（试行）》（国资发法规〔2018〕106号），随后同年12月28日，上海国资委发文《上海市国资委监管企业合规管理指引（试行）》（沪国资委法规〔2018〕464号）并于2019年2月1日

施行，对国有企业“合规”进行了定义，即“合规，是指企业及其员工的经营管理行为符合法律法规、监管规定、行业准则和企业章程、规章制度以及国际条约、规则等要求”，比较上海市文件对“合规”和“违反规

定”的定义，可见“合规”的要求还明确包括了行业准则、国际条约、规则等内容。但需要指出的是，《上海国企违规追责办法》也仅是做列举式界定，并未存在实践情况。



责任追究范围及比较

《上海国企违规追责办法》在2018年8月国务院国资委的《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国务院国有资产监督管理委员会令第37号）（以下简称37号令）的基础上，对责任追究的范围进行了调整和增加，分别从集团管控方面、风险管理方面、购销管理方面、工程承包与建设方面、资金管理方

面、转让产权、上市公司股权和资产方面、固定资产投资方面、投资并购方面、改组改制方面、境外经营投资方面、金融业务方面、实物资产管理方面对追究违规责任的情况进行了规定。下文中将对37号令与《上海国企违规追责办法》的前述相关内容进行比较。

（一）集团管控方面的变化

《上海国企违规追责办法》对于37号令中集团管控方面的追责情形进行了补充和修改。一是将“重大影响”调整为“严重不良后果”，二是对于整改工作的要求进行了明确。具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.违反规定程序或超越权限决定、批准和组织实施重大经营投资事项，或决定、批准和组织实施的重大经营投资事项违反党和国家方针政策、决策部署以及国家有关规定； 2.对国家有关集团管控的规定未执行或执行不力，致使发生重大资产损失对生产经营、财务状况产生重大影响； 3.对集团重大风险隐患、内控缺陷等问题失察，或虽发现但没有及时报告、处理，造成重大资产损失或其他严重不良后果； 4.所属子企业发生重大违规违纪违法问题，造成重大资产损失且对集团生产经营、财务状况产生重大影响，或造成其他严重不良后果； 5.对国家有关监管机构就经营投资有关重大问题提出的整改工作要求，拒绝整改、拖延整改等。	1.违反规定程序或超越权限，决定、批准和组织实施重大经营投资事项，或决定、批准和组织实施的重大经营投资事项违反党和国家方针政策、决策部署以及国家和本市有关规定； 2.对有关集团管控规定未执行或执行不力，致使发生重大资产损失且对生产经营、财务状况产生严重不良后果； 3.对集团重大风险隐患、内控缺陷等问题失察，或虽发现但没有及时报告、妥善处理，造成重大资产损失或其他严重不良后果； 4.所属子企业发生重大违规违纪违法问题，造成重大资产损失且对集团生产经营、财务状况产生重大影响，或造成其他严重不良后果； 5.对纪检监察、巡视、审计、履行出资人职责等机构就企业经营投资有关重大问题提出的整改要求，拒绝整改、拖延整改或整改不到位等。

（二）风险管控方面的变化

《上海国企违规追责办法》对于37号令中风险管控方面的追责情形进行了完善。具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定履行内控及风险管理制度建设职责，导致内控及风险管理制度缺失，内控流程存在重大缺陷； 2.内控及风险管理制度未执行或执行不力，对经营投资重大风险未能及时分析、识别、评估、预警、应对和报告； 3.未按规定对企业规章制度、经济合同和重要决策等进行法律审核； 4.未执行国有资产监管有关规定，过度负债导致债务危机，危及企业持续经营； 5.恶意逃废金融债务； 6.瞒报、漏报、谎报或迟报重大风险及风险损失事件，指使编制虚假财务报告，企业账实严重不符。	1.未按照规定履行内控及风险管理制度建设职责，导致内控及风险管理制度缺失，内控流程存在重大缺陷； 2.内控及风险管理制度未执行或执行不力，对经营投资重大风险未能及时分析、识别、评估、预警、应对和报告； 3.未按照规定对企业规章制度、经济合同和重要决策等进行法律审核； 4.未执行国有资产监管有关规定，过度负债导致债务危机，危及企业持续经营； 5.恶意逃废金融债务； 6.瞒报、漏报、谎报或迟报重大风险及风险损失事件，编制或指使编制虚假财务报告，企业账实严重不符。

（三）购销管理方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令在合同的订立和履行上进行了调整，明确增加了“合同约定存在重大疏漏”的情形，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定订立、履行合同，未履行或未正确履行职责致使合同标的价格明显不公平；	1.未按规定订立合同或合同标的价格明显不公平、合同约定存在重大疏漏；
2.未正确履行合同，或无正当理由放弃应得合同权益；	2.未按规定履行合同或无正当理由放弃应得合同权益；
3.违反规定开展融资性贸易业务或“空转”“走单”等虚假贸易业务；	3.违反规定开展融资性贸易业务或开展“空转”“走单”等虚假贸易业务；
4.违反规定利用关联交易输送利益；	4.违反规定利用关联交易输送利益；
5.未按规定进行招标或未执行招标结果；	5.未按规定进行招标或未执行招标结果；
6.违反规定提供赊销信用、资质、担保或预付款项，利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资；	6.违反规定提供赊销信用、资质、担保（含抵押、质押等）或预付款项，利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资；
7.违反规定开展商品期货、期权等衍生业务；	7.违反规定开展商品期货、期权等衍生业务；
8.未按规定对应收款项及时追索或采取有效保全措施。	8.未按规定对应收款项及时追索或采取有效保全措施。

（四）工程承包与建设方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令明确增加了工程组织管理混乱的追责情形，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定对合同标的进行调查论证或风险分析；	1.未按规定对合同标的进行调查论证或风险分析；
2.未按规定履行决策和审批程序，或未经授权和超越授权投标；	2.未按规定履行决策和审批程序，擅自签订或变更合同、未经授权或超越授权投标；
3.违反规定，无合理商业理由以低于成本的报价中标；	3.违反规定，无合理商业理由以低于成本的报价中标；

37号令	《上海国企违规追责办法》
4.未按规定履行决策和审批程序，擅自签订或变更合同；	4.未按照规定程序对合同约定进行严格审查，存在重大疏漏；
5.未按规定程序对合同约定进行严格审查，存在重大疏漏；	5.工程以及与工程建设有关的货物、服务未按照规定招标或规避招标；
6.工程以及与工程建设有关的货物、服务未按规定招标或规避招标；	6.违反规定分包等；
7.违反规定分包等；	7.工程组织管理混乱，致使工程质量不达标或不能按期交付，工程成本严重超支；
8.违反合同约定超计价、超进度付款。	8.违反合同约定超计价、超进度付款。

（五）资金管理方面的变化

《上海国企违规追责办法》增加“违反规定开展外汇或金融衍生品业务”的追责情形，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.违反决策和审批程序或超越权限筹集和使用资金；	1.违反决策和审批程序或超越权限筹集和使用资金；
2.违反规定以个人名义留存资金、收支结算、开立银行账户等；	2.违反规定以个人名义留存资金、收支结算、开立银行账户；
3.设立“小金库”；	3.设立“小金库”；
4.违反规定集资、发行股票或债券、捐赠、担保、委托理财、拆借资金或开立信用证、办理银行票据等；	4.违反规定集资、发行股票或债券、捐赠、担保、委托理财、拆借资金或开立信用证、办理银行票据、开展外汇或金融衍生品业务等；
5.虚列支出套取资金；	5.虚列支出套取资金；
6.违反规定超发、滥发职工薪酬福利；	6.违反规定超发、滥发薪酬福利；
7.因财务内控缺失或未按照财务内控制度执行，发生资金挪用、侵占、盗取、欺诈等。	7.因财务内控缺失或未按照财务内控制度执行，发生资金挪用、侵占、盗取、欺诈等。

（六）转让产权、上市公司股权和资产方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令对进场交易增加了“公开”的限制条件，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定履行决策和审批程序或超越授权范围转让； 2.财务审计和资产评估违反相关规定； 3.隐匿应当纳入审计、评估范围的资产，组织提供和披露虚假信息，授意、指使中介机构出具虚假财务审计、资产评估鉴证结果及法律意见书等； 4.未按规定执行回避制度； 5.违反相关规定和公开公平交易原则，低价转让企业产权、上市公司股权和资产等； 6.未按规定进场交易。	1.未按照规定履行决策和审批程序或超越授权范围转让； 2.财务审计和资产评估违反相关规定； 3.隐匿应当纳入审计、评估范围的资产，组织提供和披露虚假信息，授意、指使中介机构出具虚假财务审计、资产评估等鉴证结果及法律意见书等； 4.未按照相关规定执行回避制度； 5.违反相关规定和公开公平交易原则，低价转让企业产权、上市公司股权和资产等； 6.未按照规定进场公开交易。

（七）固定资产投资方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令增加了“以违反商业实质性目的或以明显不公平的价格购置固定资产”的追责情形，且将“列入负面清单的投资项目”改为“禁止类、限制类固定资产投资项目”，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定进行可行性研究或风险分析； 2.项目概算未按规定进行审查，严重偏离实际； 3.未按规定履行决策和审批程序擅自投资； 4.购建项目未按规定招标，干预、规避或操纵招标； 5.外部环境和项目本身情况发生重大变化，未按规定及时调整投资方案并采取止损措施； 6.擅自变更工程设计、建设内容和追加投资等；	1.未按照规定进行可行性研究或风险分析； 2.项目概算未按照规定进行审查，严重偏离实际； 3.未按照规定履行决策和审批程序擅自投资； 4.购建项目未按照规定招标，干预、规避或操纵招标； 5.外部环境和项目本身发生重大变化，未按规定及时调整投资方案并采取止损措施； 6.擅自变更工程设计、建设内容或追加投资等；

37号令	《上海国企违规追责办法》
7.项目管理混乱，致使建设严重拖期、成本明显高于同类项目；	7.项目管理混乱，致使建设严重拖期、成本明显高于同类项目；
8.违反规定开展列入负面清单的投资项目。	8.以违反商业实质性目的或以明显不公平的价格购置固定资产；
	9.违反规定开展禁止类、限制类固定资产投资项目。

（八）投资并购方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令增加了可行性研究分析相关的责任追究规定；在第三款中增加了投资并购过程中未按照规定对其报告履行审查职责且存在重大过失的追责情形；第九款中增加投资参股后无正当理由承担额外股东义务的追责情形；在第十款中将“列入负面清单的投资项目”修改为“禁止类、限制类投资项目”，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定开展尽职调查，或尽职调查未进行风险分析等，存在重大疏漏；	1.未按照规定开展尽职调查、可行性研究分析，或尽职调查、可行性研究分析未进行风险分析等，存在重大疏漏；
2.财务审计、资产评估或估值违反相关规定；	2.财务审计、资产评估或估值违反相关规定；
3.投资并购过程中授意、指使中介机构或有关单位出具虚假报告；	3.投资并购过程中授意、指使中介机构或有关单位出具虚假报告，或未按规定对其报告履行审查职责且存在重大过失的；
4.未按规定履行决策和审批程序，决策未充分考虑重大风险因素，未制定风险防范预案；	4.未按规定履行决策和审批程序，或决策未充分考虑重大风险因素并制定风险防范预案；
5.违反规定以各种形式为其他合资合作方提供垫资，或通过高溢价并购等手段向关联方输送利益；	5.违反规定以各种形式为其他合资合作方提供垫资，或通过高溢价并购等手段向关联方输送利益；
6.投资合同、协议及标的企业公司章程等法律文件中存在有损国有权益的条款，致使对标的企业管理失控；	6.投资合同、协议及标的企业公司章程等法律文件中存在有损国有权益的条款，致使对标的企业管理失控；
7.违反合同约定提前支付并购价款；	7.违反合同约定，提前支付并购价款；
8.投资并购后未按有关工作方案开展整合，致使对标的企业管理失控；	

37号令	《上海国企违规追责办法》
9.投资参股后未行使相应股东权利，发生重大变化未及时采取止损措施； 10.违反规定开展列入负面清单的投资项目。	8.投资并购后未按照有关工作方案原则开展整合，致使对标的企业管理失控； 9.投资参股后，未行使相应股东权利或无正当理由承担额外股东义务，或发生重大变化未及时采取止损措施； 10.违反规定开展禁止类、限制类投资项目。

（九）改组改制方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令增加了“未按照规定进场公开交易”的责任追究情形，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定履行决策和审批程序； 2.未按规定组织开展清产核资、财务审计和资产评估； 3.故意转移、隐匿国有资产或向中介机构提供虚假信息，授意、指使中介机构出具虚假清产核资、财务审计与资产评估等鉴证结果； 4.将国有资产以明显不公平低价折股、出售或无偿分给其他单位或个人； 5.在发展混合所有制经济、实施员工持股计划、破产重整或清算等改组改制过程中，违反规定，导致发生变相套取、私分国有资产； 6.未按规定收取国有资产转让价款； 7.改制后的公司章程等法律文件中存在有损国有权益的条款。	1.未按规定履行决策和审批程序； 2.未按规定组织开展清产核资、财务审计和资产评估； 3.故意转移、隐匿国有资产或向中介机构提供虚假信息，授意、指使中介机构出具虚假清产核资、财务审计与资产评估等鉴证结果； 4.将国有资产以明显不公平低价折股、出售或无偿分给其他单位或个人； 5.在发展混合所有制经济、实施员工持股计划、破产重整或清算等改组改制过程中，违反规定，导致发生变相套取、私分国有资产； 6.未按规定收取国有资产转让价款； 7.改制后的公司章程等法律文件中存在有损国有权益条款； 8.未按照规定进场公开交易。

（十）境外经营投资方面的变化

《上海国企违规追责办法》相较于37号令的变化，具体如下表：

37号令	《上海国企违规追责办法》
1.未按规定建立企业境外投资管理相关制度，导致境外投资管控缺失； 2.开展列入负面清单禁止类的境外投资项目； 3.违反规定从事非主业投资或开展列入负面清单特别监管类的境外投资项目； 4.未按规定进行风险评估并采取有效风险防控措施对外投资或承揽境外项目； 5.违反规定采取不当经营行为，以及不顾成本和代价进行恶性竞争； 6.违反本章其他有关规定或存在国家明令禁止的其他境外经营投资行为的。	1.未按照规定建立或执行境外投资管理相关制度，导致境外投资管理失控； 2.违反规定从事非主业投资或者开展禁止类、限制类境外投资项目； 3.未按照规定进行风险评估并采取有效风险防控措施对外投资或承揽境外项目； 4.违反规定采取不当经营行为，以及不顾成本和代价进行恶性竞争； 5.违反本章其他有关规定或存在明令禁止的其他境外经营投资行为的。



（十一）新增金融业务方面的责任追究情形

《上海国企违规追责办法》相较于37号令新增关于金融业务方面的责任追究情形：

1.未取得金融许可资质或超越范围从事金融业务；

2.违反规定或超越授权范围开展金融业务；

3.隐匿或转移不良资产（贷款）；

4.利用内幕交易输送利益，或泄露内幕信息致使市场异常波动等。

（十二）新增实物资产管理方面的责任追究情形

《上海国企违规追责办法》相较于37号令新增关于实物资产管理方面

的责任追究情形：

1.对房屋建筑物、机器设备、运输设备、原材料、在产品、产成品等实物资产保管不当、维护不善，造成非正常毁损、报废或丢失、被盗的；

2.将资产以明显不合理低价出租、承包经营或进行其他处置，或未履行管理职责导致租金收缴不及时、被承租人擅自转租或破坏等。

其他

《上海国企违规追责办法》相较于37号令还进行了其他相关细化和大面积的补充和修改。在37号令的基础上，明确并优化了责任追究的基本概念、适用范围、追责原则、追究范围、处理方式、定损方法、分类标准、定责规则、职责分工、工作机制、工作程序与实施要求。

结语

《上海国企违规追责办法》的实施明确落实了《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》“在2020年年底以前，全面建立覆盖国有企业的违规责任追究工作体系，形成职责明确、流程清晰、规范有序的责任追究工作机制，对相关责任人及时追究问责”的要求。该办法有助于推动上海市属国有企业建立健全相关制度、流程，增强市属国有企业管理人员“有权必有责、用权必担责、滥权必追责”自觉意识和责任约束，以此保证中央和市委、市政府决策部署落实以及区域性国资国企综合改革试验等工作目标的实现。



资深合伙人张涌等 4 名律师 荣获“市律协2020年度十大经典案例”奖

为提升行业规范服务水准，推动律师和律师事务所开展业务推广与形象宣传，市律协组织开展了“2020年度十大经典案例”评选活动。经评审委员会审定，合伙人梁勇和黎莎莎荣获“重庆市律师协会2020年度十大商事诉讼经典案例”；合伙人张涌、律师胡俊荣获“重庆市律师协会2020年度十大商业交易（非诉讼）经典案例”。4位律师承办的案件获评经典案例，充分体现了他们在商事诉讼和企业破产清算与重整领域的卓越专业能力与处理疑难、复杂案件的综合技能。



中豪担任管理人的双远实业集团和双城房地产公司 合并重整案成功通过重整计划



2021年1月27日，中豪承办的重庆双远实业（集团）有限公司及重庆双城房地产开发有限公司重整案合并破产重整计划草案一次性高票通过，双远集团和双城公司将获得“重生”。该项目由合伙人俞理伟主办，合伙人张涌及律师左青松、刘振强、马剑星共同承办。本案法律关系复杂，债权种类多样，中豪凭借扎实的专业能力和丰富的经验逐一化解难题，妥善处理了购房人、建筑工人等不稳定风险，成功说服抵押权人释放部分抵押物，并引入重整投资人，大幅提高债权人受偿率，为重整成功奠定了坚实的基础，最终得到了各方一致好评。



中豪律师集团

重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8088 E-mail: cq@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 E-mail: hk@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com