天達共和律師事務所
East & Concord Partners

每周法规与热点信息速递

2016 年 第 47 期（总第 266 期）

(12/12-12/18)

北京总所：北京市朝阳区东三环北路 8 号亮马河大厦写字楼 1 座 18、20 层，2 座 19 层
邮编：100004　总机：010-6590 6639　传真：010-65107030
上海分所：上海市浦东新区陆家嘴环路 1000 号恒生银行大厦 18 楼 18-111 室
邮编：200120　总机：021-5878 5301　传真：021-5876 3728
深圳分所：深圳市福田区福华三路国际商会中心 1309 室
邮编：518048　总机：0755-8290 0008　传真：0755-8290 0088
武汉分所：武汉市武昌区汉街万达总部国际 A 座 3202-3206 室
邮编：430070　总机：027-8730 6528　传真：027-8730 6527
Welcome to click：www.east-concord.com

请使用微信扫描二维码
关注“天达共和法律观察”

导读

尊敬的各位客户、各位同事：

国务院发布《企业投资项目核准和备案管理条例》、证监会发布《证券期货投资者适当性管理办法》、中国银监会就《商业银行押品管理指引》公开征求意见，更多法规详见本周法规速递。

近日，证监会发布《证券期货投资者适当性管理办法》，自 2017 年 7 月 1 日起施行，同时发布《关于实施<证券期货投资者适当性管理办法>的规定》，自发布之日起施行。关于《证券期货投资者适当性管理办法》的解读，请关注本期“法规解读”栏目。

名股实债在被广泛使用的同时，也因其法律关系并不清晰而在理论和实践中都存在巨大争议，这给名股实债纠纷的司法裁决带来诸多不确定性。本期“法律观察”栏目结合类型化的案件对名股实债在司法裁决中的规律进行分析探讨并重点对股权转让型名股实债的法律关系进行拆解，试图探明司法裁决背后的逻辑。

近年来，军工产业的军民融合已作为了国家战略并受到高度重视。欲了解军工企业重组上市业务中的资质许可，请关注本期“实务聚焦”栏目。

目 录

1. 法规速递 ……4
1) 国务院关于印发中国落实2030年可持续发展议程创新示范区建设方案的通知
2) 国务院发布《企业投资项目核准和备案管理条例 》
3) 国务院发布关于实行中央对地方增值税定额返还的通知
4) 中共中央办公厅 国务院办公厅印发《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》
5) 证监会发布《证券期货投资者适当性管理办法》
6) 中国银监会就《商业银行押品管理指引》公开征求意见
7) 国家发展改革委 财政部关于不动产登记收费标准等有关问题的通知
8) 财政部、农业部大力推进建立以绿色生态为导向的农业补贴制度改革
9) 税务总局规范税务行政处罚裁量权
10) 国知局印发《规范性文件制定和管理办法》
11) 三部委：严控违规新增钢铁煤炭产能的信贷投放
12) 《药品医疗器械保健食品广告审查办法》征意
13) 文化部关于印发《网络表演经营活动管理办法》的通知
14) 《非金融企业资产支持票据指引》发布
15) 国家邮政局、公安部、国家安全部联合发布《禁止寄递物品管理规定》
2. 法规解读：之《证券期货投资者适当性管理办法》 ……..9
3. 热点信息 ……..… 11
4. 法律观察：名股实债纠纷裁决路径分析……..……15
5. 实务聚焦：军工企业重组上市业务中的资质许可 ……24

法规速递

1. 国务院关于印发中国落实 2030 年可持续发展议程创新示范区建设方案的通知\2016-12-13

为贯彻落实全国科技创新大会精神和《国家创新驱动发展战略纲要》，推动落实联合国2030 年可持续发展议程，充分发挥科技创新对可持续发展的支撑引领作用，国务院印发中国落实 2030 年可持续发展议程创新示范区建设方案发展议程创新示范区建设方案的通知，该通知要求支持符合条件的市场主体，围绕制约可持续发展的关键问题，按照“全链条设计、一体化实施”的原则，参与承担国家重点研发计划等国家科技计划项目。通过国家科技成果转化引导基金等，支持国家可持续发展议程创新示范区开展先进适用技术转移转化。研究制定促进自然人、法人和其他组织为国家可持续发展议程创新示范区建设提供支持的政策措施，鼓励国家可持续发展议程创新示范区所在地政府建立共同发展基金。

来源：http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-12/13/content_5147412.htm

2. 国务院发布《企业投资项目核准和备案管理条例》\2016-12-14

为了规范政府对企业投资项目的核准和备案行为，加快转变政府的投资管理职能，落实企业投资自主权，《企业投资项目核准和备案管理条例》已经 2016 年 10 月 8 日国务院第 149 次常务会议通过，自 2017 年 2 月 1 日起施行。该条例规定对关系国家安全、涉及全国重大生产力布局、战略性资源开发和重大公共利益等项目，实行核准管理。具体项目范围以及核准机关、核准权限依照政府核准的投资项目目录执行。政府核准的投资项目目录由国务院投资主管部门会同国务院有关部门提出，报国务院批准后实施，并适时调整。国务院另有规定的，依照其规定。对前款规定以外的项目，实行备案管理。除国务院另有规定的，实行备案管理的项目按照属地原则备案，备案机关及其权限由省、自治区、直辖市和计划单列市人民政府规定。除涉及国家秘密的项目外，项目核准、备案通过国家建立的项目在线监管平台（以下简称在线平台）办理。

来源：http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-12/14/content_5147959.htm

3. 国务院发布关于实行中央对地方增值税定额返还的通知\2016-12-15

为进一步完善分税制财政体制，落实全面推开营改增试点后调整中央与地方增值税收入划分过渡方案，国务院决定，从 2016 年起，调整中央对地方原体制增值税返还办法，由 1994 年实行分税制财政体制改革时确定的增值税返还，改为以 2015 年为基数实行定额返还，对增值税增长或下降地区不再实行增量返还或扣减。返还基数的具体数额，由财政部核定。

来源： http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-12/15/content_5148521.htm

4. 中共中央办公厅 国务院办公厅印发《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》\2016-12-14

近日，为贯彻落实党中央关于全面依法治国的部署要求，推动党政主要负责人切实履行推进法治建设第一责任人职责，根据有关党内法规和国家法律法规，中共中央办公厅 国务院办公厅 印发《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》。《规定》要求党政主要负责人作为推进法治建设第一责任人，应当切实履行依法治国重要组织者、推动者和实践者的职责，贯彻落实党中央关于法治建设的重大决策部署，统筹推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，自觉运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定，对法治建设重要工作亲自部署、重大问题亲自过问、重点环节亲自协调、重要任务亲自督办，把本地区各项工作纳入法治化轨道。

来源：http://www.gov.cn/zhengce/2016-12/14/content_5148026.htm

5. 证监会发布《证券期货投资者适当性管理办法》\2016-12-16

近日，证监会发布《证券期货投资者适当性管理办法》（以下简称《办法》），自 2017 年 7 月 1 日起施行，同时发布《关于实施<证券期货投资者适当性管理办法>的规定》，自发布之日起施行。制定《办法》是落实习近平同志“加快形成融资功能完备，基础制度扎实，市场监管有效，投资者合法权益得到充分保护的股票市场”重要指示精神和国务院有关文件部署，以及“依法监管、从严监管、全面监管”工作要求的重要举措，标志着我国资本市场投资者合法权益保护的基础制度建设又向前迈进了重要一步。《办法》共 43 条，针对适当性管理中的实际问题，主要规定了以下制度安排：一是形成了依据多维度指标对投资者进行分类的体系，统一投资者分类标准和管理要求。二是明确了产品分级的底线要求和职责分工，建立层层把关、严控风险的产品分级机制。三是规定了经营机构在适当性管理各个环节应当履行的义务，全面从严规范相关行为。四是突出对于普通投资者的特别保护，向投资者提供有针对性的产品及差别化服务。五是强化了监管职责与法律责任，确保适当性义务落到实处。

来源：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201612/t20161216_307920.html

6. 中国银监会就《商业银行押品管理指引》公开征求意见 \2016-12-16

近日，为指导商业银行规范抵质押品管理，有效防范和化解信用风险，银监会制定了《商业银行押品管理指引》（以下简称《指引》），向社会公开征求意见。银监会将根据各界反馈意见，进一步修改完善并适时发布。商业银行抵质押品管理是全面风险管理体系的重要组成部分。制定《指引》能够引导商业银行加强押品相关制度建设，明确岗位责任，完善信息系统，规范押品管理业务流程。同时，对押品分类、估值、集中度管理、压力测试等提出明确要求，有利于商业银行加强押品风险管理。《指引》共 7 章 48 条，强调商业银行应遵循合法性、有效性、审慎性、从属性原则，完善押品管理的组织架构，加强押品分类、押品估值、抵质押率设定等重点环节的风险管理，规范押品调查评估、抵质押设立、存续期管理、押品返还处置等业务流程。。

来源：
http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/C0AF420DB6A84DD8A897F7C444155245.

html

7. 国家发展改革委 财政部关于不动产登记收费标准等有关问题的通知\2016-12-12

为保护不动产权利人合法权益，规范不动产登记收费行为，日前，7. 国家发展改革委 财政部关于不动产登记收费标准等有关问题的通知，通知规定为推进保障性安居工程建设，减轻登记申请人负担，廉租住房、公共租赁住房、经济适用住房和棚户区改造安置住房所有权及其建设用地使用权办理不动产登记，登记收费标准为零。原有住房及其建设用地分别办理各类登记时收取的登记费，统一整合调整为不动产登记收费，即住宅所有权及其建设用地使用权一并登记，收取一次登记费。规划用途为住宅的房屋（以下简称住宅）及其建设用地使用权申请办理下列不动产登记事项，提供具体服务内容，据实收取不动产登记费，收费标准为每件 80 元。

来源： http://www.gov.cn/xinwen/2016-12/12/content_5146927.htm

8. 财政部、农业部大力推进建立以绿色生态为导向的农业补贴制度改革\2016-12-19

近日，经国务院同意，财政部、农业部联合印发了《建立以绿色生态为导向的农业补贴制度改革方案》，要求有关部门和地方政府紧紧围绕统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局，牢固树立创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，围绕保障粮食等主要农产品供给安全、农民稳定增收和农业生态环境保护等目标，推进农业供给侧结构性改革，完善农业补贴政策，到 2020 年，基本建成以绿色生态为导向、促进农业资源合理利用与生态环境保护的农业补贴政策体系和激励约束机制，进一步提高农业补贴政策的精准性、指向性和实效性，促进农业可持续发展，加快农业现代化进程，实现农业强、农民富、农村美。

来源：

http://nys.mof.gov.cn/zhengfuxinxi/bgtGongZuoDongTai_1_1_1_1_3/201612/t20161219_2484541.html

9. 税务总局规范税务行政处罚裁量权\2016-12-16

为贯彻落实中央、国务院关于全面推进依法治国重大部署，近日，国家税务总局出台了《税务行政处罚裁量权行使规则》（以下简称《规则》），规范了行政处罚裁量权管理，为税务机关行使行政处罚权力制定了标准、程序和规矩，让自由裁量权不再“自由、任性”。《规则》共 4 章 28 条，明确了行政处罚裁量权适用的基本原则、适用程序、相关配套制度以及裁量基准的制定规则，形成了一整套制度规范。按照“规范税务人、方便纳税人”的基本要求，着重加强权力的约束和引导，推动执法公正透明。在原则方面，明确提出合法、合理、公正、公开、程序正当、信赖保护、处罚和教育相结合 7 项基本原则；在规则方面，明确规定了首违不罚、一事不二罚、从轻减轻情节、集体审议制度等；在程序性要求方面，列明了告知、回避、陈述申辩、听证、重大处罚事项集体审议等程序制度。

来源：http://www.chinatax.gov.cn/n810219/n810724/c2410971/content.html

10. 国知局印发《规范性文件制定和管理办法》\2016-12-16

近日，国家知识产权局印发《规范性文件制定和管理办法》，自 2017 年 2 月 1 日起施行。办法提出，规范性文件有具体实施期限的，应当在正文中明确规定有效期限。名称冠以“暂行”“试行”的，有效期限一般不得超过 2 年。有效期限届满，规范性文件自动失效。规范性文件在有效期届满后需要继续实施的，应当在有效期届满前 1 个月作必要修改后重新发布。

来源：http://www.sipo.gov.cn/zwgg/jl/201612/t20161216_1306658.html

11. 三部委：严控违规新增钢铁煤炭产能的信贷投放\2016-12-16

日前，银监会、发改委、工信部印发《关于钢铁煤炭行业化解过剩产能金融债权债务问题的若干意见》。意见提出，对符合并购贷款条件的兼并重组企业，并购交易价款中并购贷款所占比例上限可提高至 70%。鼓励银行金融机构对去产能的钢铁煤炭困难企业进行贷款重组。对违规新增钢铁煤炭产能项目，银行业金融机构一律不得提供信贷支持；对违规新增产能的企业，停止贷款。支持 AMC、地方 AMC 等多类型实施机构对钢煤企业开展市场化债转股。

来源：

http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docDOC_ReadView/A0119BB026014A3E8D9D3D02AC326B3D.html

12. 《药品医疗器械保健食品广告审查办法》征意\2016-12-14

食药总局日前印发通知，公开征求对《药品医疗器械保健食品特殊医学用途配方食品广告审查管理办法》（征求意见稿）的意见，截止日期为 2017 年 1 月 13 日。意见稿提出，药品、医疗器械、保健食品和特殊医学用途配方食品广告不涉及其适应症（功能主治）、适用范围、保健功能、适宜人群或者与其有关的其他内容的，只出现产品名称的，无需审查。广告经营者、广告发布者受广告申请人委托代理、发布药品、医疗器械、保健食品和特殊医学用途配方食品广告的，应当查验《广告审查表》原件，按照审查批准的内容发布，并将该表复印件保存 2 年备查。

来源：http://zqyj.chinalaw.gov.cn/draftNotice?DraftID=1579

13. 文化部关于印发《网络表演经营活动管理办法》的通知\2016-12-12

文化部 12 月 13 日印发《网络表演经营活动管理办法》，将于 2017 年 1 月 1 日起施行。《办法》要求，网络表演经营单位应向省级文化行政部门申请取得网络文化经营许可证；表演者要使用有效身份证件实名注册，并采取面谈、录制通话视频等方式核实。《办法》规定，网络表演经营单位为外国或者港澳台地区的表演者开通表演频道并向公众提供网络表演产品的，应当于开通网络表演频道前，向文化部提出申请。未经批准，不得为境外表演者开通表演频道。为境内表演者开通表演频道的，应当于表演者开展表演活动之日起 10 日内，将表演频道信息向文化部备案。

来源：http://www.mcprc.gov.cn/whzx/bnsjdt/whscs/201612/t20161212_464766.html

14. 《非金融企业资产支持票据指引》发布\2016-12-12

2016 年 12 月 12 日，中国银行间市场交易商协会发布《中国银行间市场交易商协会》及《非金融企业资产支持票据公开发行注册文件表格体系》，自发布之日起施行。《指引》引入特定目的载体（SPV）；明确发起机构、发行载体、主承销商、资产服务机构等票据业务参与机构的权利与义务；明确基础资产可以是企业应收账款、租赁债权、信托受益权等财产权利，以及基础设施、商业物业等不动产财产或相关财产权利；强化风险防范和投资人保护；明确相关信息披露要求。

来源： http://www.nafmii.org.cn/zdgz/201612/t20161212_58623.html

15. 国家邮政局、公安部、国家安全部联合发布《禁止寄递物品管理规定》\2016-12-16

近日，国家邮政局、公安部、国家安全部今日联合发布《禁止寄递物品管理规定》。根据该规定，在邮件、快件内夹带禁寄物品，将禁寄物品匿报或者谎报为其他物品交寄，造成人身伤害或者财产损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。所禁止寄递物品（以下简称禁寄物品），主要包括：（一）危害国家安全、扰乱社会秩序、破坏社会稳定的各类物品；（二）危及寄递安全的爆炸性、易燃性、腐蚀性、毒害性、感染性、放射性等各类物品；（三）法律、行政法规以及国务院和国务院有关部门规定禁止寄递的其他物品。

来源：http://tj.spb.gov.cn/zcfg/xyzc/201612/t20161216_934728.html

法规解读

之《证券期货投资者适当性管理办法》

近日，证监会发布《证券期货投资者适当性管理办法》（以下简称《办法》），自 2017 年 7 月 1 日起施行，同时发布《关于实施<证券期货投资者适当性管理办法>的规定》，自发布之日起施行。制定《办法》是落实习近平同志“加快形成融资功能完备，基础制度扎实，市场监管有效，投资者合法权益得到充分保护的股票市场”重要指示精神和国务院有关文件部署，以及“依法监管、从严监管、全面监管”工作要求的重要举措，标志着我国资本市场投资者合法权益保护的基础制度建设又向前迈进了重要一步。

《办法》共 43 条，针对适当性管理中的实际问题，主要规定了以下制度安排：一是形成了依据多维度指标对投资者进行分类的体系，统一投资者分类标准和管理要求。二是明确了产品分级的底线要求和职责分工，建立层层把关、严控风险的产品分级机制。三是规定了经营机构在适当性管理各个环节应当履行的义务，全面从严规范相关行为。四是突出对于普通投资者的特别保护，向投资者提供有针对性的产品及差别化服务。五是强化了监管职责与法律责任，确保适当性义务落到实处。

《办法》自 9 月 9 日起公开征求意见，市场广泛关注，社会各界对依法加强适当性管理总体上表示支持。征求意见期间，我会共收到反馈意见 715 条，对重复内容归并整理后，意见共 154 条，主要集中在投资者分类、产品或者服务分级、经营机构的适当性义务等方面。经过认真研究，《办法》将针对性较强、可行性较高的意见逐一采纳。此外，需要进一步说明的是：

一是关于对普通投资者的特别保护。有意见提出，投资者是平等的，不应该因为专业与否而享有特殊权利。考虑到我国资本市场以普通投资者为主，且普通投资者相对于专业投资者在资金实力、信息获取、专业知识等方面处于弱势地位，风险承受能力和自我保护能力较低，为实现实质公平，应给予特别保护，因此《办法》保留了相关规定。

二是关于投资者类别转化。有意见认为，应允许经营机构对专业投资者转化为普通投资者进行限制；也有意见认为，要考虑经营机构为规避适当性义务鼓动普通投资者转化为专业投资者的情形。鉴于《办法》规定普通投资者和专业投资者可以互相转化，目的是在对投资者进行分类保护的同时，尊重符合条件的投资者自主选择的权利，《办法》对两类投资者互相转化的条件及程序提出了具体要求，既能够规范转化行为，又赋予了经营机构一定空间，

因此保留了相关规定。

三是关于不匹配购买。有意见提出，投资者坚持购买高于其风险承受能力的产品，经营机构应当拒绝销售；还有相反意见认为，即便是风险承受能力最低的投资者，只要是自愿，都可以购买高于其风险承受能力的产品。考虑到既要尊重投资者自由选择权，也要对投资者给予底线保护，《办法》尽可能在两者间取得平衡，因此保留了相关规定，对于主动要求购买超出其风险承受能力产品的投资者，经营机构要确认其不属于风险承受能力最低类别，并进行书面风险警示后，如投资者坚持购买，才可以向其销售。

四是关于录音录像、留痕安排的要求。有意见提出，全过程录音、录像的文件较大，保存保管也存在困难。鉴于《办法》的相关要求仅是针对普通投资者的特别保护安排，且在当前技术条件下，相关要求可以实现，同时，一旦发生适当性纠纷，录音录像文件也可作为证据，有利于保护投资者和经营机构双方的合法权益，因此《办法》保留了相关规定，并进一步列举了录音录像要求的具体适用范围。

还有部分意见没有直接吸收采纳，有的是《办法》其他条款已有规定，有的属于操作性、技术性层面的内容，将在各交易场所和行业协会的配套自律规则层面予以规范，或以其他形式予以明确。

下一步，我会将按照《关于实施<证券期货投资者适当性管理办法>的规定》的要求，督促经营机构在《办法》发布后至实施前的 6 个月过渡期内，从管理制度、技术设备、人员配备等各个层面做好准备。在《办法》实施后，经营机构应当按照《办法》要求，对新开立账户或接受服务的客户以及购买新产品或接受新服务的老客户进行分类、评估、匹配及动态管理，建立投资者评估数据库，严格落实适当性管理制度。我会也将通过专项检查、随机抽查等方式，督促经营机构严格执行适当性规定，切实保护投资者合法权益。

来源：中国证监会官网

热点信息

1. 【国务院明确实行中央对地方增值税定额返还】国务院决定，从 2016 年起，调整中央对地方原体制增值税返还办法，由 1994 年实行分税制财政体制改革时确定的增值税返还，改为以 2015 年为基数实行定额返还，对增值税增长或下降地区不再实行增量返还或扣减。（证券时报网）

2. 【国资委：央企负责人任期激励收入不得超过年薪 30%】12 月 15 日，国务院国有资产监督管理委员会发布《中央企业负责人经营业绩考核办法》，提出对中央企业负责人年度经营业绩考核和任期经营业绩考核等级分为 A、B、C、D 四个级别。任期激励收入根据任期经营业绩考核结果，在不超过企业负责人任期内年薪总水平的 30%以内确定。（每日经济新闻）

3. 【中国 2018 年底全面建立河长制：各省党政主要负责人担任总河长】中办、国办近日印发的《关于全面推行河长制的意见》，要求到 2018 年年底前全面建立河长制。根据《意见》，各省份设立总河长，由党政一把手担任；建立省、市、县、乡四级河长体系，实行生态环境损害责任终身追究制度。（财经网）

4. 【文化部：网络直播平台须有许可证 表演者要实名】文化部 12 月 13 日印发《网络表演经营活动管理办法》要求，从事网络表演经营的单位，应申请取得《网络文化经营许可证》；表演者应使用有效身份证件进行实名注册；网络表演音视频，应实行先自审后上线。该《办法》自 2017 年 1 月 1 日起施行。（财经网）

5. 【北京拟将霾列入气象灾害引质疑：任何人都可排污但不担责】近日《北京市气象灾害防治条例（草案修改二稿）》发布，明确将霾列为气象灾害，对此多名专家学者提出质疑。他们认为霾的本质是污染，是人类活动排放污染物导致的。将霾列为气象灾害，将产生污染者可“依法脱责”等问题。（财经网）

6. 【最新各地最低工资标准出炉 上海 2190 元全国最高】人社部官网 13 日更新最新全国各地区最低工资标准情况，数据显示，今年有 9 个地区调整最低工资，其中上海月最低工资标准达 2190 元，为全国最高。小时最低工资标准最高的为北京，达 21 元。（财经网）



7. 【食药监局拟加强校园监管 鼓励厨房配餐间安装摄像头】近日，食药监局联合教育部发布《关于进一步加强中小学校和幼儿园食品安全监管工作的通知》，《通知》要求提高食堂食品经营许可准入关，进行现场核查合格后方可发放经营许可证。明确校长和园长是食品安全第一责任人。（财经网）

8. 【交通运输部：暂停发行具有金融功能的 ETC 卡】近日，有新闻报道“有人利用便携式 POS 机盗刷车辆不停车收费系统也就是 ETC 卡中的资金”。交通运输部专家称，该情况是利用了银联卡小额免密免签功能，通过“闪付”功能 直接刷取 账户资金。 由于存在盗刷风险，目前，此类卡已暂停发行。（法制晚报）

9. 【国家统计局：一线和热点二线城市房价走势明显趋稳】国家统计局 19 日发布数据，与 11 月上半月比，11 月下半月 15 个一线和热点二线城市中，9 个城市新建商品住宅价格环比下降，降幅在 0.1 至 0.9 个百分点之间；2 个城市环比持平；其余 4 个城市新建

商品住宅价格环比涨幅均回落至 1%以内。（新华社）

10. 【铁总：列车上、出站前丢失车票可挂失补办】自 2017 年 1 月 1 日，铁路部门进一步完善实名制车票挂失补办办法，旅客若在列车上、出站检票前丢失实名制火车票，可找列车长或到车站出站口办理挂失补办手续。该办法的实施，不仅将避免旅客损失，而且将更加方便旅客购票出行。（新华社）

11. 【“伊斯兰国”宣称制造了也门袭击事件】18 日，一名自杀式袭击者冲向正在排队领工资的也门特种安全部队人员并引爆腰间的炸弹。爆炸已造成至少 49 人死亡、39 人受伤。同日，极端组织“伊斯兰国”在社交媒体上宣称制造了此事件。本月 10 日，也门的一个军事基地曾遭“伊斯兰国”袭击。（财经网）

12. 【朴槿惠答辩状：弹劾案缺乏法律依据 宪法法院应驳回】朴槿惠律师团队强调，目前提出的所有指控，都没有坚实的证据支撑，弹劾程序违反了“无罪推定”原则。朴槿惠也否认参与了崔顺实的涉嫌犯罪行为。总统方面称，即便主张有证据证明朴槿惠做过违法行为，也不足以免去其总统职务。（财经网）



13. 【农业大省黑龙江明年 5 月起全面禁止转基因作物称谨慎推广应是明智选择】黑龙江省官方 12 月 16 日对外发布消息，根据最新修订的《黑龙江省食品安全条例》，自 2017 年 5 月 1 日起，将在该省行政区域内全面禁止种植、生产、加工和销售转基因玉米、水稻、大豆等作物，以及含有转基因成分的食用农产品。黑龙江省人大法制委员会主任委员姚大为说：“当这种技术还不能准确回答安全与不安全时，谨慎推广应该是明智的选择。”黑龙江官方表示，在黑龙江省依法禁止种植转基因粮食作物，是用法律手段保护生态发展空间，从源头保证食品安全。（中国新闻周刊）

14. 【商务部就美国在世贸组织起诉中国农产品关税配额管理措施发表谈话】商务部 16 日表示，关税配额制度是中国加入世贸组织时明确保留的贸易管理方式，小麦、大米、玉米关税配额管理符合中国加入世贸组织承诺和相关世贸规则。中方对美方就此提出磋商请求表示遗憾，将根据世贸组织争端解决程序进行妥善处理。（每日经济新闻）

15. 【中国国家电网公司购买希腊电力公司股权】来自希腊国家通讯社雅典通讯社和中国驻希腊大使馆的消息说，中国国家电网公司 16 日与希腊公共电力公司在雅典签署协议，以 3.2 亿欧元（约合 3.34 亿美元）购买希腊公共电力公司下属的独立输电网络公司 24%的股权。（每日经济新闻）

16. 【中央党校教授：必须解决死亡税率问题 否则企业全跑了】周天勇教授指出，中国的宏观税负率太高，应对特朗普对制造业的争夺摧战，减税减费和降低成本是核心。最关键的是将增值税降低 5 个百分点，将社保费率降低到工资的 30%左右，将小规模企业纳税起征营业额月标准提高到 10 万元。（财经网）

17. 【默多克 117 亿英镑全面收购英国天空电视台】传媒大亨鲁珀特·默多克麾下的 21 世纪福克斯公司与英国天空电视台 15 日达成并购协议，以 117 亿英镑(约合 146 亿美元)的价格收购天空电视台剩余 61%的股份，从而实现对天空电视台的全面控制。（每日经济新闻）



18. 【万科：终止与深圳地铁集团重大资产重组】万科发公

告称，考虑到公司股价自复牌以来波动较大，当前各方对本次交易方案的调整尚无法达成一致意见。公司经研究认为，继续推进本次交易将面临重大不确定性。经与地铁集团协商，董事会同意终止本次交易事项。（财经网）

19. 【美联储宣布加息 25 个基点】美联储 14 日宣布，将联邦基金利率目标区间上调 25 个基点到 0.5%至 0.75%的水平，符合市场普遍预期，这是美联储时隔一年后再度加息。（新华网）

20. 【云南原副书记仇和受贿 2 千多万 判处 14 年 6 个月】贵阳市中院公开宣判仇和受贿案。08 年至 15 年，仇和利用担任云南省委副书记等职务上的便利，为他人在项目推进、获取银行贷款、工作调整等事项上提供帮助，非法收受财物共计人民币 2433.98 万元，被判处有期徒刑十四年六个月。（财经网）

21. 【聂树斌家属递交国家赔偿申请书 7 项索赔共计 1391 万余元】14 日下午，聂树斌的母亲张焕枝前往河北省高级人民法院，递交聂树斌一案刑事国家赔偿申请书。据律师透露，这一国家赔偿申请主要包括死亡赔偿金、丧葬费、人身自由赔偿金、抚养生活费和精神损害赔偿等，合计 1391 万余元。（新华网）

22. 【北京检方：对“e 租宝”案提起公诉】北京市人民检察院发布，15 日，以被告单位安徽钰诚控股集团、钰诚国际控股集团有限公司以及被告人丁宁等 10 人涉嫌集资诈骗罪，被告人王之焕等 16 人涉嫌非法吸收公众存款罪依法向北京市第一中级人民法院提起诉。（财经网）



23. 【国务院：重大生产安全事故违法行为纳入刑法】据中国之声《新闻和报纸摘要》报道，《中共中央国务院关于推进安全生产领域改革发展的意见》12 月 18 日印发。这是新中国成立以来第一个以党中央、国务院名义出台的安全生产工作的纲领性文件。《意见》提出了一系列改革举措和任务要求，明确将安全生产监督管理部门作为政府工作部门和行政执法机构。要修改刑法有关条款，将生产经营过程中极易导致重大安全生产事故的违法行为纳入刑法调整范围。（法制网）

24. 【乘客地铁内玩手机摔伤 二审赔偿减半】去年一月，北京的苏女士早高峰乘坐 2 号线遇到急刹车，摔倒后造成颅骨骨折。一审判决地铁公司赔偿 11 万，二审法院认为，地铁公司已尽到告知义务，苏女士乘坐地铁时，对“不扶扶手可能导致的摔伤”的后果应当预见，改判地铁公司赔偿 5 万余元。（财经网）

25. 【教育部：加强预防应对学生欺凌等重点问题】国务院印发相关办法，强调职能部门要加强溺水、事故、学生欺凌和暴力行为等重点问题的预防与应对，重点防范调查处理侵害未成年学生身心健康事件；建立健全责任追究机制，对特大重大学校安全责任事故，追究单位及责任人行政、刑事责任。（法制网）

26. 【山西省政协原副主席令政策受贿案一审宣判：有期徒刑 12 年 6 个月】江苏常州市中级人民法院公开宣判令政策受贿案，以受贿罪判处其有期徒刑 12 年 6 个月，并处罚金人民币 150 万元；对其受贿所得财物及其孳息予以追缴，上缴国库。经查：2001-2014 年，令政策直接或者通过其子非法收财物共计折合人民币 1607 余万元。（央视网）

27. 【快播传播淫秽物品牟利案二审宣判 维持原判】广东省深圳市快播科技有限公司和王欣、吴铭、张克东、牛文举传播淫秽物品牟利案一审宣判后，原审被告人吴铭不服，提出上诉。12 月 16 日，北京市第一中级人民法院对该案进行二审公开宣判。法庭裁定驳

回上诉人吴铭的上诉，维持原判。（法制网）

28. 【中关村二小事件追踪：海淀区将建校园防暴工作组】针对近日在网上热议的“中关村二小”事件，昨天，海淀区教委制定并公布了《海淀区中小学防止学生欺凌和暴力教育工作方案》。根据《方案》要求，海淀区将成立“防止学生欺凌和暴力教育”工作小组，校长任组长。（北京晨报）

29. 【刑罚执行不“打白条”！内蒙古清理纠正 223 名未服刑罪犯】今年，内蒙古自治区开展清理判处实刑罪犯未执行刑罚专项活动以来，检察机关重点对审前未羁押判处实刑未交付执行刑罚的情况进行全面清理，并将撤销缓刑、撤销假释等罪犯也纳入清理范围。目前，全区已有 223 人被清理纠正。（最高人民检察院）

30. 【男子杀死长期卧病女儿 被判 12 年】镇江 47 岁男子王某欠下巨额赌债，其 19 岁女儿长期卧病在床，王某“生活压力大”，用锤击头部、卡扼颈部等方式杀死女儿后自首。法院：案发后王某有自首情节，且取得近亲属的谅解，可以从轻处罚，判其有期徒刑 12 年，剥夺政治权利三年。（人民网）

法律观察

之 名股实债纠纷裁决路径分析

名股实债是房地产企业向信托机构或者其他公司、个人（为行文方便，本文均称为“投资方”）融资的常用类型，其交易架构存在多种模式，在股权持有方式上大致分为增资型和股权转让型，而资金退出途径通常包括：回购股权、信托受益权回购以及项目公司清盘，更为复杂的交易结构，还可能涉及以原股东对项目公司的其他债权作为应收账款质押担保，或者以其设立次级信托特定用于对股权回购的保障。名股实债在被广泛使用的同时，也因其法律关系并不清晰而在理论和实践中都存在巨大争议，这给名股实债纠纷的司法裁决带来诸多不确定性。但类型化的案件在其司法裁决中均有其规律可循，笔者选取部分案例作为参考，并重点对股权转让型名股实债的法律关系进行拆解，试图探明司法裁决背后的逻辑。

一、“名股实债”的司法裁决类型

名股实债纠纷中，最主要的争议焦点在于一系列交易文本构建的法律关系究竟是实际的股权转让还是“名为股权转让、实为借贷”的债权债务关系。但有时因为诉讼当事人的诉讼请求仅针对协议中的股权回购条款展开，可能存在弱化名股实债法律本质，而着重解决回购条款的效力及其履行的情况。

（一）确认股权转让效力

实践中，某些法院在名股实债纠纷中确认了附回购条款的股权转让行为效力，认为这是企业正常的融资方式，产生的并非借款关系，股权转让是各方的真实意思表示，在原股东违约不回购或者不能回购的情况下，应当根据合同的约定履行，由投资方继续对该股权享有所有权。

【相关案例】最高人民法院（2013）民二终字第 33 号联大集团有限公司与安徽省高速公路控股集团有限公司股权转让纠纷二审判决书（以下简称“联大案”）判决要旨：

1、江苏省高级人民法院一审认为：《股权转让协议书》并非名为股权转让，实为企业之间借贷的协议。而股权转让协议并未约定关于质押借款的内容，安徽高速在相关回复意见中表述的“融资”亦存在以其他形式进行融资的可能，不能仅理解为借款融资。

2、最高人民法院二审认为：股权协议转让、股权回购等作为企业之间资本运作形式，已成为企业之间常见的融资方式。如果并非以长期牟利为目的，而是出于短期融资的需要产

生的融资，其合法性应予承认。在案涉股权回购条件成熟时，联大集团可以行使股权回购权，但联大集团未在约定期限内依约回购，则丧失该回购权。

（二）确认借贷的债权债务关系

也有部分法院并非仅根据《股权转让协议》，或者具有股权转让内容的《合作协议》直接判定股权转让行为的效力，而是结合案件其他的证据及当事人的实际行为，认定名股实债融资行为产生“名为股权转让，实际为借贷”的债权债务关系，并进一步确认附回购条款的股权转让行为是非典型的让与担保。

值得注意的是，让与担保并非我国法定的担保方式，但当事人往往通过协议的方式设定这种非典型的担保形态，实践中诸多法院持肯定态度。然而，该等担保毕竟是人为设定的，在担保的实现方式上不同于法定的担保物权。让与担保仅为合同上的担保措施，而非物权法上的担保物权。因此，债务人无法按期回购时，在与担保物权一样禁止流质的同时，债权人对被转让的股权却不应当具有优先受偿权。

【相关案例】重庆市高级人民法院(2014)渝高法民初字第 00010 号新华信托股份有限公司与诸城市江峰房地产开发有限公司合同纠纷一审判决书（以下简称“江峰地产案”）判决要旨：

重庆市高级人民法院认为：新华信托与江峰公司签订的《合作协议》和《收益权转让合同》的实质均为借款合同。因为：1、双方在签订《合作协议》之前，江峰公司向新华信托发出了借款申请、还款计划，并通过了股东会决议，表达了向新华信托借款 1 亿元的意愿。2、《合作协议》约定新华信托“以 1 元资金受让江峰公司原股东持有的 90%股权”，显然与该股权的实际市场价值不符，也不符合常理。3、因《合作协议》中江峰公司对新华信托不负有支付义务，该合同项下办理的在建商铺抵押和股权质押没有设定担保的主债权存在。江峰房公司庭审中主张《合作协议》的性质应为股权转让合同，这与当事人签订《合作协议》并办理相关担保财产的抵押、质押手续的意思表示不符（笔者注：确认借贷关系方可合理解释担保物权的存在）。4、只有在合同解释成立的情况下，才能合理地解释江峰公司以新债还旧债的行为。

【相关案例】最高人民法院（2013）民提字第 135 号广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房销售合同纠纷再审判决书（以下简称“嘉美案”）判决要旨：

最高人民法院认为：1、在双方证据均有缺陷的情况下，应当结合双方当事人提交的证据，探究合同签订时双方当事人的真实意思，进而对当事人之间的法律关系作出判断。2、

认定当事人之间是否存在债权债务关系，书面合同并非不可缺少的要件。只要确认双方当事人就借贷问题达成了合意且出借方已经实际将款项交付给借款方，即可认定债权债务关系成立。

（笔者注：嘉美案虽然并非名股实债纠纷案件，但其与名股实债的法律关系存在天然的契合，均为“名为买卖、实为借贷”的性质。本案在没有书面借款文件的情况下，最高院在事实认定中采用“实质重于形式”的考察标准，全面考察标的物的交易价格、往来款项性质、当事人系列行为的合理性等因素，推翻一审和二审法院认定的买卖合同关系，进而认定“名为买卖、实为借贷”为当事人的真实意思表示，并否定流质权的裁判，对类似案件的裁判产生了重要影响，值得称赞。）

（三）重点对回购条款进行审查

另有部分案件的裁决将审查重点定位于回购条款的效力，以及在满足回购条件下债务人是否有权或者应当回购。此类判决通常认为相关的股权转让协议或者合作协议系各方真实意思表示，且内容不违反法律法规的禁止性规定，进而确认其效力，在此基础上对股权回购条件满足与否进行审查，并基于此而考虑是否支持当事人要求按照股权回购条款履行协议的诉求。

但问题在于，虽然法院确认了相关协议的是各方的真实意思表示，却未阐明此处“真实意思表示”的具体内容。此类案件中，法院实际是回避了对名股实债法律关系实质的探究，仅根据当事人诉求就局部法律行为的效果进行认定，也是一种较好的具有针对性的裁决方式。

【相关案例】最高人民法院（2014）民二终字第 261 号新华信托股份有限公司与北京时光房地产开发有限公司、兴安盟时光房地产开发有限公司合同纠纷二审判决书（以下简称“时光地产案”）判决要旨：

最高人民法院认为：1、本案交易实际内容是信托公司以受让并定期出售股权、或转让信托资产份额、或到期清算目标公司财产的方式，向兴安盟时光公司投资 10920 万元，用于房地产项目开发，到期获取固定资金收益（股权收益或利息）。2、本案当事人签订的《合作协议》等相关协议，其意思表示真实，内容不违反法律法规的禁止性规定，原审认定其为有效合同，适用法律正确。3、信托公司依约履行了投资及受让股权等合同义务，但合同约定期满后，北京时光公司未按照约定回购该股权、返还融资款项及收益，已构成违约。据此，信托公司主张北京时光公司应按照合同约定的信托资金退出方式，给付投融资款及收益

12173 万元，应予支持。

（笔者注：本案中信托公司的投资方式是通过项目公司增资扩股的方式进行，与本文中其他几案的股权转让方式略有差别，但在信托资金退出方式中均包含原股东回购的通道。）

【相关案例】江苏省高级人民法院（2014）苏商终字第 0205 号江苏亿豪房地产发展有限公司与南京中医药大学股权转让纠纷二审判决书（以下简称“亿豪案”）判决要旨：

1、原审南京市中级人民法院认为：补充协议在形式上是一个附回购条件的股权转让协议，但在实质上是中医药大学为保障其收回全部借款和实现购房目的而设定的一种非典型担保方式，符合让与担保的法律特征。中医药大学如期收回全部借款并拿到约定数量的商品房，被担保债权已全部消灭，中医药大学所持有的让与担保股权应当返还。

2、二审江苏省高级人民法院认为：中医药大学实际持有中豪公司 45%的股权，并非名义股东。中医药大学已经通过与亿豪公司的合作，实现了协议书及两份补充协议的合同目的，且亿豪公司也已经按原价向中医药大学支付了股份转让款，中医药大学应当依约将持有的 45%的股权变更登记至亿豪公司名下，且亿豪公司无需再向中医药大学支付股权转让款。

（笔者注：亿豪案的二审判决首先确认了中医药大学是目标股权的实际持有人而非名义股东，但并未进行充分论证，在股权回转问题上的意见与一审法院一致，最终以“原审判决认定事实清楚，裁判结果正确”而非“原审判决认定事实清楚，适用法律正确”为由维持原判。笔者认为，亿豪案在结果上两级法院并无不同，但在对中医药大学持有股权性质的判断上，二审法院与一审法院的意见实际相左。）

二、对立主张与法院立场

（一）对立的履约选择

从上述选取的案例中可以看出，某些名股实债融资出现纠纷后，基于几乎相同的交易结构，投资人或公司原股东均有可能提出截然相反的主张。这可能主要源于各方对目标公司的净资产状况的考量。通常情况下，如果目标公司净资产越高意味着股权价值越大，回购方违约时，投资人更愿意主张该等融资行为是真正的股权转让；若目标公司资不抵债甚至面临破产，投资人主张该债权债务关系更符合其利益。但是，这在法律上却产生一个奇怪的现象，即同一项法律行为，双方当事人都存在两种相互对立的履约选择，而这种对立不仅出现在双方当事人之间，也表现为各方当事人自我主张的对立。

（二）法院裁判的标准

从商业利益实现的角度，投资人及原股东（或公司）对“名股实债”法律性质有不同的判断和主张均可以理解。但是一项法律关系的本质，应当是缔结法律关系时即已确定，而不应当根据时势的不同进行调整，除非该等调整在缔约时即已作出约定（实际为附条件之法律行为）。

根据《民法通则》第 55 条规定，意思表示不仅是民事法律行为的构成要件，而且应当是真实的。另根据《合同法》第 125 条第 1 款可知，真实的意思表示不仅是法律行为的生效要件，也是区分此法律行为和彼法律行为的关键所在。至于《合同法》第 61 条所认可的约定不明的补救，则并不影响一项法律行为的本质。

《民法通则》第 55 条 民事法律行为应当具备下列条件：

（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。

《合同法》第 61 条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

《合同法》第 125 条第 1 款 当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

因此，名股实债在面临司法考验时，法院应当通过考察相关证据和当事人的实际行为，坚持探明各方在缔约时的真实意思表示，并以此为路径，揭示法律行为的本质，作出正确的司法裁决。

三、如何探明“名股实债”背后的真意

（一）真意从何而来

欲揭示一系列文本和行为背后各方的真实意思表示，首先应了解意思表示的形成过程。《合同法》第 13 条、第 14 条 以及第 21 条分别规定了合同订立的过程、要约和承诺的定义，由此可知，意思表示一般通过“要约——承诺”的过程得以展现。

《合同法》第 13 条 当事人订立合同，采取要约、承诺方式。

第 14 条 要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

（一）内容具体确定；（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

第 21 条 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

法院在透视当事人真实意思表示时，应当综合考虑“要约——承诺”过程中的当事人的意思变化过程，而不应仅考察某一些特定的意思表示之“成果”。实际上合同法第 52 条第 3 项之“合法形式掩盖非法目的”即承认了当事人真实意识表示被掩盖在意思表示成果之下的可能。如果法官一概不顾当事人缔约的过程和背景，则很有可能做出违背当事人缔约时真实的目的和初衷的错误判断。

当然，合同签订后法律关系的性质和内容可以通过当事人的协商加以变更，但该等变更在正常情况下亦通过书面、口头或者其他形式加以确认，否则应当按照该法律关系缔结时当事人的真实意思确认相应的法律关系类型。

如摒弃当事人真实意思表示探明的机会，很可能在出现对合同一方不利之情形下，给其断然否定合同原意留下可乘之机，这无异于鼓励当事人非诚信的行为，也使法律关系的性质处于不确定状态。

（二）探明真意的维度

然而，如何揭示当事人缔约时的真实意思表示，则是司法裁决面临的难题。笔者认为：就“名股实债”性质判断类的纠纷，不能仅从各方签订的书面协议表达的内容进行判定，而应结合当事人缔约过程、权利义务安排以及各方的实际行为加以考察。

以附回购条款的股权转让型名股实债为例，在出现对交易法律性质存在争议时，应当从以下几个维度考察：

1、股权转让比例

通常情况下，如果原股东一次性全部转让目标公司股权后，但继续深度涉入目标公司经营管理等各项事务，则股权转让的动机值得怀疑。若原股东仍保留部分股权，因其作为股东对公司仍享有股东权益，则其继续管理公司的动机是存在的。

2、公司控制权

名股实债中，一般情况下，股权转让的同时，投资人会要求改组目标公司董事会，甚至对公司印鉴、银行账户、财务印章等进行监管，以便对公司进行不同程度的掌控。如上述第 1 点所述，如果原股东在出让股权后仍然继续实际控制公司的各项事务，则受让方希望获取

公司实际股权的意图不够明显，若公司的控制权由于股权转让发生实质性转移，法官心证的天平可能会偏向认可股权转让行为效力的一边。

3、收益安排

股权受让方是否从公司或股东处获取固定收益，以及该等收益的支付安排是否已经实际履行，对名股实债的法律关系定性起到至关重要的影响。根据《合同法》第 196 条及《贷款通则》第 2 条第 3 款的规定，固定收益是债权性投资最重要的一项特点，一般认为固定收益类的投资产生的是借款性质的债权债务关系。

《合同法》第 196 条 借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

《贷款通则》第 2 条第 3 款 本通则中所称贷款系指贷款人对借款人提供的并按约定的利率和期限还本付息的货币资金。

如果固定收益已经定期支付，则强化了融资的债权债务性质。但仅此一点却不足以说明投资的债权属性，因为该股东收益亦可理解为股东违规从公司分配股利，并不足以否定股权投资行为。公司完全可以根据《公司法》第 166 条第 5 款的规定，要求股东返还违规分配的利润。

《公司法》第 166 条第 5 款 股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。

如果投资人按照公司法的规定从公司获取可分配利润，不足部分由出让方补足，这种交易设计可被认为是一种对赌，并不违反法律法规，也不损害第三方利益。若出让方的补足资金实际由目标公司通过各类名目支出，则上述对赌的正当性就值得怀疑了。

4、股权转让价格

被转让股权的作价是否存在价格明显过低或过高的情形，也是认定股权转让是否各方真实意思表示的重要因素。通常情况下，如果交易价格的依据非常随意，甚至严重不公允，一方面使人怀疑股权转让的真实性，另一方可能涉及《合同法》第 54 条规定的显失公平下受害方的撤销权的行使。

《合同法》第 54 条 下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

关于价格合理性的判断，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第 19 条对债务人不当处分其财产情况下的“不合理低价”和“不合理高价”所设定的标准，对名股实债中的交易价格衡量有一定的价值。此外，值得注意的是，股权转让价格不合理，也可能导致出让方的债权人行使《合同法》第 74 条规定的撤销权。

《合同法解释二》第 19 条 对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债权人的申请，参照合同法第七十四条的规定予以撤销。

《合同法》第 74 条第 1 款 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

5、是否存在担保

担保必须依赖于主债权债务而存在，通常并不能因为各方签署了担保协议甚至办理了相关的抵押登记手续，便倒推主债权债务的存在。然而，有些股权转让型名股实债交易中却设置了不动产抵押等担保物权。如果认为该交易是真实的股权转让，则连主债权债务都不存在的情况下，又怎会设立该等“被架空的抵押权”呢？这种交易架构反倒不符合法律和商业常识，其通过协议表现出来的法律关系就不得不令人怀疑了。

6、缔约的磋商过程

缔约磋商的过程是“要约——承诺”的过程，通常能够反映交易各方的真实意思表示及

其变化过程，而交易过程中各方的决议、往来函件等文件同样可以作为证明案件事实的证据材料。因此缔约磋商过程形成的材料不能忽视，应当与已签署的相关协议进行比较。

若缔约过程产生的文件与正式协议所记载的当事人意思表示存在根本差异，期间却没有任何能够反映这种意思变化的迹象，则直接认定产生时间在后的文件是当事人真意的表达颇为武断。此等情况下法院应当进一步考察导致这种变化的原因及背景，并且结合各方当事人的行为以及商业常识，挖掘交易行为的真实目的和法律本质。

四、总结

在司法裁决过程中，就整个融资交易架构而言，上文提及的 6 项因素并不是孤立的，它们彼此之间紧密联系。除“固定收益”是债权债务关系的必要条件外，其他任何单项因素均不足以决定“名股实债”是股权或债权性质，应当综合加以考虑。

回归对司法判决的考察，本文引述的部分案例中，已不同程度的考察了上述若干因素。如“联大案”中审查了交易价格的公允性；“江峰地产案”中法院考察了主协议之外，公司向信托公司提交的借款申请和还款计划、交易价格以及担保物权存在的合理性等因素。

《民诉法解释》第 105 条 人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，并公开判断的理由和结果。

第 108 条第 1 款 对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。

综上所述，名股实债因为交易架构的复杂性，在结论上很难统一被认定为是实际股权转让亦或债权债务关系。但在名股实债纠纷的司法裁决路径上，应当以探明交易各方真实意思表示为主旨，并根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民诉法解释》”）第 105 条、108 条关于证据审核的规定，全面、客观地审核证据，依照法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据有无证明力和证明力大小进行判断，充分利用证据优势规则，查明案件事实，并对名股实债的法律性质作出正确判断。

来源：高杉 LEGAL

作者：闫飞翔

实务聚焦

之 军工企业重组上市业务中的资质许可

一、引言

近年来，军工产业的军民融合已作为了国家战略并受到高度重视。中共中央、中央军委、国务院、国防科工局、总装备部相继出台了《关于建立和完善军民结合、寓军于民武器装备科研生产体系的若干意见》（国发〔2010〕37 号）、《关于鼓励和引导民间资本进入国防科技工业领域的实施意见》（科工计[2012]733 号）、《2016 年国防科工局军民融合专项行动计划》（科工计[2016]204 号）等文件，明确提出了军民结合、寓军于民的发展理念，鼓励符合条件的社会资本参与军工企业股份制改造。吸引和鼓励民间资本进入国防科技工业领域，大力推进国防科技工业军民融合发展进程。

在当前政策背景下，军工企业可以充分利用资本市场融资平台获得充足的发展资金，推动我国国防事业的现代化建设。但由于大多军工企业涉及资质许可、前置审批等程序和要求，如不能充分了解政策法规，将造成中介服务机构无法高效甚至不能提供合格的服务。审慎从事服务工作，是每位中介机构人员应当承担的责任和义务。本文拟就军工企业重组上市业务中的资质许可注意要点做简要归纳。

二、军工企业的基本资质

我国军工生产企业的资质主要包括《保密资格单位证书》、《武器装备质量体系认证证书》、《装备承制单位注册证书》和《武器装备科研生产许可证》。根据《中国人民解放军装备承制单位资格审查管理规定》（装法[2015]2 号）的有关规定，“装备承制单位资格实行分类审查制度。第一类装备承制单位，是指承制装备的总体，关键、重要分系统和核心配套产品的单位；第二类装备承制单位，是指承制其他军队专用装备和一般配套产品的单位；第三类装备承制单位，是指承制军选民用产品的单位。申请第一类装备承制单位资格的，应当取得武器装备质量管理体系认证证书并应当通过武器装备科研生产保密资格认证；申请第二类装备承制单位资格的，应当取得国家标准的质量管理体系认证证书，并建立武器装备质量管理体系且由采购方与承制单位签订保密协议或通过相应的保密资格认证；申请第三类装备承制单位资格的，应当取得国家标准的质量管理体系认证证书且根据保密工作需要应向采购方提供保密承诺书”。另根据《武器装备科研生产许可实施办法》（工业和信息化部及总装备部令第 13 号）规定，“从事武器装备科研生产许可目录（以下简称许可目录）所列的武器装备科研生产活动，应当依照本办法申请取得武器装备科研生产许可。申请该许可应有经评定合

格的质量管理体系以及与申请从事的武器装备科研生产活动相适应的保密资格”。

因此，《保密资格单位证书》和《武器装备质量体系认证证书》实际是申请《装备承制单位注册证书》和《武器装备科研生产许可证》的前置资质文件，从事军工生产的企业根据不同的军品类型要求，具体以其实际产品情况取得相应不同的生产资质许可。

三、军工企业重组上市中涉及的基础资质及审批注意要点

（一）军工企业重组上市可能涉及国防科工局的批准

根据国防科工局《涉军企事业单位改制重组上市及上市后资本运作军工事项审查工作管理暂行办法》（科工计[2016]209 号，以下简称“209 号文”）第二条的规定，“本办法所称涉军企事业单位，是指已取得武器装备科研生产许可的企事业单位。本办法所称军工事项，是指涉军企事业单位改制、重组、上市及上市后资本运作过程中涉及军品科研生产能力结构布局、军品科研生产任务和能力建设项目、军工关键设备设施管理、武器装备科研生产许可条件、国防知识产权、安全保密等事项”。其中第六条第三款规定，“上市公司收购涉军资产(企业)、涉军上市公司发行股份或现金收购资产、上市公司出让涉军资产、涉军资产置换，须履行军工事项审查程序”；第十八条规定，“申报单位在重组方案确定后,应及时向国防科工局提交申报材料,履行规定的审查程序。未通过国防科工局军工事项审查,涉军企事业单位不得自行实施重组”；第二十条更加明确规定，“首次公开发行股票，应在方案完成后及时向国防科工局申报；采用其他交易方式的，应在上市公司证券停牌后 15 个工作日内（不需停牌的，在公告预案前），向国防科工局申报，履行规定的军工事项审查程序，并接受国防科工局指导。未通过国防科工局军工事项审查，上市公司不得公告有关预案，以及召开董事会、股东大会履行法定程序。正式方案出现重大调整的项目，须重新履行军工事项审查程序”。

因此，军工企业（指已取得武器装备科研生产许可）取得国防科工局原则性同意的批复是重组的前置条件，中介机构应在重组方案确定后先行启动国防科工局的审查程序，避免因未及时获得或不能获得国防科工局的批复而影响整体重组的进程。如成飞集成（002190），其在 2014 年拟进行的重大资产重组即因未获得国防科工局的原则性批准而未能实施【该事项实施时适用的《涉军企事业单位重组上市军工事项审查暂行办法》（科工财审[2010]1718 号）第四条即规定“国防科工局负责涉军企事业单位重组上市军工事项审查”，该文件已被《209 号文》替代并予以进一步明确】。因此，国防科工局的前置批准是军工企业重组、上市首先要过的第一道关。

需要特别注意的是，《209 号文》第三十四条进一步规定，未取得武器装备科研生产许

可，但控股子公司取得武器装备科研生产许可的企事业单位实施本办法规定的改制、重组、上市及上市后资本运作行为，按照本办法履行军工事项审查程序。现有案例中，即存在未取得武器装备科研生产许可的上市公司在实施再融资过程中，因其下属子公司持有武器装备科研生产许可而履行了国防科工局前置审批程序的情况。涉及的具体操作过程，由于《209 号文》颁布时间不长，建议中介机构人员事前咨询当地国防科技工业局/办公室，以确定最新的申报规范要求，避免因履行程序不足而影响项目进程。

（二）中介机构及人员需具备开展军工涉密业务的资质

根据《中介机构参与军工企事业单位改制上市管理暂行规定》（科工改[2007]1371 号）和《军工涉密业务咨询服务安全保密监督管理办法（试行）》（科工安密[2011]356 号）等文件的规定，对军工涉密业务提供咨询、审计、法律、评估、评价、招标等服务的法人单位或其他组织应当具备相应的安全保密条件并在国防科技工业管理部门备案。符合条件的，列入《军工涉密业务咨询服务单位备案名录》并发放《军工涉密业务咨询服务安全保密条件备案证书》。从事军工业务咨询服务单位的涉密人员（包括外聘专家）应当通过国防科工局组织的军工涉密业务咨询服务安全保密专项培训和考核，获得相应的《安全保密培训证书》。同时，军工单位与咨询服务单位需签订安全保密协议，明确保密内容、保密要求、保密期限、违约责任等。并严格遵守保密协议的相关条款，不对外披露任何涉密信息。

因此，作为军工企业提供服务的中介机构人员，应当仔细核查中介机构及其从业人员从事军工咨询业务是否具备上述资质许可，确保军工备案及培训证书在法定有效期内以及出具正式文件的签字人员具备军工业务从业资格，并将相关文件作为底稿备查。

四、结语

综上所述，军工企业重组上市业务中，充分了解相应资质及许可要求是进行后续工作的基础和前提，也是各中介机构履行勤勉尽责义务的基本体现，更是为军工企业重组上市提供专业化服务的第一步。

作者： 王泽

后记



当你感觉这个世界充满了俯视自己的巨人，

当你感觉仰着头成为了一种挣扎，

我希望你能够想起，

生活中除了成就还有更多的东西值得你去追求。

—— 马修·托马斯

【本刊内容参考及转载来源】

1. 财经网：http：//www.caijing.com.cn/；
2. 法律图书馆：http：//www.law-lib.com/；
3. 法制网：http：//www.fawan.com/；
4. 数据库：http：//www.legalstudio.com/；
5. 证券时报网：http：//www.stcn.com；
6. 中国新华社：http：//www.xinhuanet.com/；
7. 中华人民共和国中央人民政府及各部委行署官方网站。