



2018

第 36 期/总第 349 期

每周法规速递
▶ 热点信息

成功，始于助人成功



天達共和律師事務所
East & Concord Partners

导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近日，中国人民银行等三部门联合发布《互联网金融从业机构反洗钱和反恐怖融资管理办法（试行）》，中国证券监督管理委员会发布《关于修改〈中国证券监督管理委员会发行审核委员会办法〉的决定》，最高人民法院出台司法解释规范公证债权文书执行，国务院下发《关于在全国推开“证照分离”改革的通知》，更多法规详见本周速递。

《最高人民法院 最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》自 2018 年 10 月 1 日起施行，最高人民法院刑四庭负责人就《解释》主要涉及的的出台背景、起草经过、原则、虚假诉讼犯罪行为是如何界定、定罪量刑、地域管辖等相关问题回答了记者提问，具体请见本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《企业商业贿赂刑事合规审查要点 ——以应对行贿类犯罪为例》，以供参考；“实务聚焦”栏目为您带来的是《慈善信托资金来源实务难点解析》，敬请阅读。

目 录

天达共和热点动态

邀请函 | 天达共和集体土地开发法律问题研讨会

资讯 | 国际律师云集罗马 天达共和受邀《钱伯斯》2018 年度主编招待会

资讯 | 武汉市司法局调研天达共和武汉办

法 规 速 递

➤ 金融领域

1. 一行两会发文规范互金机构反洗钱和反恐怖融资\2018-10-11

➤ 证券领域

2. 证监会拟修改发行审核委员会办法\2018-10-08

3. 银行间市场交易商协会修订微小企业贷款资产支持证券信披指引
\2018-10-08

4. 银行间市场交易商协会规范信用风险缓释工具一般交易商备案
\2018-10-12

5. 《银行间债券市场参与者财务数据报送实施细则》发布\2018-10-12

➤ 法院、检察院

6. 最高人民法院出台司法解释规范公证债权文书执行\2018-10-08

➤ 其他领域

7. 四部门：扩大境外投资者暂不征收预提所得税政策适用范围
\2018-10-08

8. 国务院税委会：11 月 1 日起降低部分商品进口关税\2018-10-08

9. 国税总局要求规范影视行业税收秩序有关工作\2018-10-09

10. 四部门发文促进公共资源交易数据汇聚共享\2018-10-09

11. 两部门就《医疗损害鉴定管理办法》征询意见\2018-10-11

12. 国务院决定在全国推开“证照分离”改革\2018-10-11

13. 国税总局公布一批全文废止的税收规范性文件\2018-10-11

14. 住建部修改部分规章及规范性文件\2018-10-11

15. 人社部拟规范社保领域严重失信“黑名单”管理\2018-10-12



法 规 解 读

最高人民法院刑四庭负责人就虚假诉讼刑事案件司法解释答记者问

热 点 信 息

法 律 观 察

之 企业商业贿赂刑事合规审查要点 ——以应对行贿类犯罪为例

实 务 聚 焦

之 慈善信托资金来源实务难点解析

天达共和热点动态

邀请函 | 天达共和集体土地开发法律问题研讨会



天达共和律师事务所将携手中国公司法务联盟于 2018 年 10 月 26 日下午在天达共和北京总部亮马河大厦合作开展集体土地开发法律问题研讨会。天达共和及中国公司法务联盟在此诚邀企业客户免费报名参会。

集体土地开发法律问题

时间：2018 年 10 月 26 日下午 14:00-17:00

地点：北京市朝阳区亮马河大厦 1 座 20 层

会议议程

13:30 - 14:00 来宾签到

14:00 - 14:05 开幕致辞

14:05 - 15:35 主题分享

15:35 - 16:00 茶歇

16:00 - 17:00 主题分享

17:00 - 17:30 会后交流

主题一

集体土地的开发方式

1. 我国的土地制度概览
2. 集体土地入市和流转
3. 集体建设用地建设租赁住房及风险防控
4. 集体土地开发中的实务问题
5. 集体土地案例

主讲嘉宾



马丽红律师

天达共和合伙人

马律师在不动产和建设工程领域有超过 10 年的经验，熟悉项目

开发建设的流程。马律师擅长境内外的投融资及并购法律事务，为多

家国企、外企及民企提供过常年和专项法律服务。近年来，马律师的主要业务领域包括不动产投融资、企业并购、商业地产、健康养老、特色小镇、资产证券化等，服务的客户包括万科、港中旅、华融置业、中石化、天行九州、华润置地、光大安石、永旺中国、远洋集团等。

马律师曾担任过上市公司高管，具有敏锐的商业思维和广阔的商业视角，擅长用法律手段解决商业问题，深为客户信赖。

马律师有会计从业资格证书和基金从业资格证书，并同时具有中国法和美国法教育背景，能用流利的英文工作。马律师并擅长商务谈判，受邀为多家机构和企业讲授谈判课程，深受学员好评。

2018 年，马律师被评为“ALB 客户首选律师”及北京市朝阳区优秀律师。

主题二

以集体土地建设长租公寓项目的操作模式初探

1. 主要操作模式概述
2. 主要操作模式详解
 - (1) 合作方式
 - (2) 主要融资渠道
3. 合作主体间主要权利义务安排
 - (1) 不同合作模式下的权利义务分配
 - (2) 土地整理及土地交付
 - (3) 收益分配
 - (4) 项目公司运营管理
 - (5) 债务分担原则
4. 项目运营过程中的核心风险
5. 项目运营过程中的其他相关问题

主讲嘉宾



匡令清律师

天达共和律师

匡律师的主要领域包括不动产和不动产金融、商业物业运营与管理、收购与兼并、投资与融资。

服务的客户包括北京万科、远洋集团、链家地产、华融置业、港中旅（中国）有限公司、永旺中国、华润置地、首都发展集团、中国优客工场、天行九州控股集团、熊猫精酿等。

匡律师在房地产开发、商业地产运营管理、大型并购与投融资交易及不动产金融等的风险控制和法律服务等领域有超过十年以上的经验；同时，长期的公司法务管理经验也保证能从客户内部视角来更好地平衡商业利益与法律风险的控制，从而为客户提供商业利益最大化的法律服务。

报名方式

微信报名：通过“天达共和法律观察”官方公众号渠道进行报名。

邮件报名：请提供姓名、公司、法务职务、电话、手机及邮箱等信息，并发邮件至 MarketingDept@east-concord.com。

友情提示：因会议室人数限制，报名后请等候主办方邮件确认后参会，敬请谅解；会议当天请携带名片现场签到。

联系人：Ms. Lisa Li

电 话：+8610 6510 7437

资讯 | 国际律师云集罗马 天达共和受邀《钱伯斯》2018年度主编招待会



时值国际律师协会（IBA）2018 年度会议在罗马召开之际，业界法律媒体《钱伯斯》（Chambers & Partners）2018 年度主编招待会于 10 月 7 日在意大利罗马举行。天达共和作为中国地区唯一律师事务所受邀参加本次《钱伯斯》主编招待会，合伙人纪超一律师出席本次活动。来自世界各地的顶尖律所约三百余位律师齐聚一堂，畅谈法律市场的行业动态与发展趋势。

作为国内最早开展涉外法律服务的律师事务所之一，天达共和在国际贸易、涉外商事争议解决、反垄断、反倾销、跨境并购、国际体育赛事等法律服务领域成绩斐然。同时，作为国家发展改革委员会及中国人民银行等政府机构的法律顾问，天达共和广泛参与并长期服务于国家“一带一路”倡议及中国企业走出去战略，与全球各主要经济体及新兴投资市场的顶尖律所形成了良好的支持体系，致力于为中外企业在目的国提供全过程全方位专业法律服务。

律师 名片



纪超一

天达共和合伙人

邮箱: jichaoyi@east-concord.com

电话: +8610 6510 7096

纪超一律师先后获得华东政法大学法学学士学位及英国布里斯托大学法学硕士学位。业务领域为民商事诉讼与仲裁，尤擅长处理投资纠纷、股权纠纷、金融纠纷及各类复杂商业争议。执业以来，曾代表可口可乐、康菲石油、IBM、日立、亚美洛巴、家乐福、铁狮门、霍尼韦尔等“世界五百强”处理各类复杂涉外商事案件，以出色的出庭能力、精钻的法律技艺在重大复杂商事诉讼和仲裁中为客户成功维护权益，广受赞誉。纪超一律师蝉联 2015 年度、2016 年度 LEGALBAND “30 under 30” 青年律师俊杰三十人，并入选北京市政府优化营商环境专家库（中小投资者保护领域）。

资讯 | 武汉市司法局调研天达共和武汉办



10月11日下午，武汉市司法局党委委员、副局长，市律师行业党委书记聂德宗到天达共和武汉办实地考察调研。律师管理处副处长胡英、樊静，科长朱云丹、方亮等陪同调研。



聂德宗同志一行参观了天达共和武汉办的办公环境及党建工作室,分别听取了武汉办主任刘兆君律师与党支部书记王建瑞律师对武汉办管理工作和党建工作的汇报,武汉办合伙人杨斌、汤岑志等人参加了座谈并进行了交流。

聂德宗同志对天达共和武汉办在党建工作、专业团队建设、执业风险防控、年轻律师培养等方面的工作举措给予了充分肯定,对武汉办坚持走一体化、专业化、精品化道路方面取得的成绩表示认可。他指出,作为法律共同体的有效组成,律师是全面依法治国的重要力量,尤其是党员律师,更应增强推进国家法治建设的责任感,充分发挥先锋模范作用;律师行业的党建工作是一项久久为功的巨大工程,律所要高度重视党建品牌建设,加强党员律师的培养,为推动社会稳定发展贡献一份力量。

在交流中,聂德宗同志对天达共和武汉办提出明确要求:1、充分发挥律所一体化管理的体制优势,进一步加强律所党支部的标准化建设;2、继续推进专业化团队建设,进一步提升律所市场核心竞争力;3、深度融入地方经济社会发展,进一步加强本土化服务打造;4、积极参与公共法律服务体系建设,进一步提升律所的社会形象。

法规速递

➤ 金融领域

1. 一行两会发文规范互金机构反洗钱和反恐怖融资\2018-10-11

日前，中国人民银行等三部门联合发布《互联网金融从业机构反洗钱和反恐怖融资管理办法（试行）》，自2019年1月1日起施行。《办法》从以下方面规范了互联网金融从业机构反洗钱和反恐怖融资工作：一是明确适用范围；二是规定基本义务；三是确立监管职责。其中，关于上述第二点，《办法》明确：一是建立健全反洗钱和反恐怖融资内部控制机制；二是有效进行客户身份识别；三是提交大额和可疑交易报告；四是开展涉恐名单监控；五是保存客户身份资料和交易记录。关于监管处罚，《办法》规定从业机构违反本《办法》的，由中国人民银行及其分支机构、国务院金融监督管理机构及其派出机构责令限期整改，依法予以处罚。

[阅读原文](#)

➤ 证券领域

2. 证监会拟修改发行审核委员会办法\2018-10-08

日前，中国证券监督管理委员会发布《关于修改〈中国证券监督管理委员会发行审核委员会办法〉的决定》，现向社会征求意见，意见反馈截至10月30日。根据《决定》，此次修改内容如下：一是调整发审委人员结构，提高发审委结构的科学性。将发审委人数由66人改为35人，证监会可根据工作需要适当调整，同时取消部分委员可以为专职的规定。二是强化发审委委员监督管理。增加暂停委员履行职务的管理措施，强化委员监管力度，丰富管理手段。完善委员解聘的规定，明确委员推荐单位有提请解聘委员的权利。三是增强审核程序的一致性和透明度。使特别程序除表决票数要求不同外，在会前会后信息公开、暂缓表决和取消审核、会后事项发审会等其他各方面与普通程序保持一致。四是优化发审委工作流程等。

[阅读原文](#)

3. 银行间市场交易商协会修订小微企业贷款资产支持证券信息披露指引\2018-10-08

日前，中国银行间市场交易商协会发布《小微企业贷款资产支持证券信息披露指引（2018版）》，自发布之日起施行。《指引》规定，交易商协会对小微企业贷款资产支持证券信息披露、标准合同范本执行等行为开展自律管理。受托机构、发起机构及其他相关中介机构应接受交易商协会的自律管理。受托机构和发起机构应保证信息披

露真实、准确、完整、及时，不得有虚假记载、误导性陈述和重大遗漏，并承担主体责任。同时，《指引》明确，受托机构、发起机构应在微小企业贷款资产支持证券接受注册后 10 个工作日内，披露注册申请报告等文件。在发生可能对微小企业贷款资产支持证券投资价值有实质性影响的临时性重大事件时，受托机构应在事发后 3 个工作日内披露相关信息，并向交易商协会报告。

[阅读原文](#)

4. 银行间市场交易商协会规范信用风险缓释工具一般交易商备案\2018-10-12

日前，中国银行间市场交易商协会制发《关于信用风险缓释工具一般交易商备案有关事项的通知》。《通知》指出，金融机构有意成为银行间市场信用风险缓释工具一般交易商的，应向交易商协会秘书处提交加盖机构公章的“备案说明书”等五项备案材料。同时，《通知》明确，作为一般交易商的市场参与者应在首次开展信用风险缓释工具业务后 30 个自然日内，向交易商协会秘书处按相关要求提交一般交易商备案材料。另外，《通知》还规定，核心交易商在与一般交易商开展交易前，应充分评估交易对手方风险，做好交易对手方风险管理，并按照要求向交易商协会报备相关交易信息。

[阅读原文](#)

5. 《银行间债券市场参与者财务数据报送实施细则》发布\2018-10-12

日前，全国银行间同业拆借中心发布《银行间债券市场参与者财务数据报送实施细则（试行）》，自发布之日起实施。《细则》规定，报送主体应根据银发[2017]302 号文及本《细则》，通过银行间市场开户系统向交易中心报送相关财务数据，提交资产负债表等相关材料。《细则》明确，存款类金融机构应于每季度的第一个月内，通过开户系统报送本机构（不含子公司）上季度末的净资产数据，同时提交本机构上季度末加盖公章的电子版资产负债表。保险公司应于每季度的第一个月内，通过开户系统报送本机构（不含子公司）上季度末的总资产数据，同时提交本机构上季度末加盖公章的电子版资产负债表。《细则》还要求，报送主体应保证所报送数据和材料的真实性、准确性。

[阅读原文](#)

➤ 法院、检察院

6. 最高人民法院出台司法解释规范公证债权文书执行\2018-10-08

近日，最高人民法院发布《关于公证债权文书执行若干问题的规定》，自 2018 年 10 月 1 日起施行。《规定》规范了有关公证债权文书执行案件的执行依据如何把握、申

请执行期间如何计算、执行内容如何确定、错误如何救济等问题。《规定》对公证债权文书的执行依据进行了明确，即执行依据为公证债权文书，并同时指出，债权人在申请执行时应一并提交执行证书，作为证明履行情况等内容的证据。《规定》还明确了公证债权文书作为执行依据应具备的内容，以及立案受理的基本要件要求。针对实践中出现的救济途径设置较为笼统、裁量标准不统一等问题，《规定》依照有关公证程序的法律规定，对可以申请不予执行的严重违法法定公证程序的情形作了列举式规定。

[阅读原文](#)

➤ 其他领域

7. 四部门：扩大境外投资者暂不征收预提所得税政策适用范围\2018-10-08

日前，财政部等四部门下发《关于扩大境外投资者以分配利润直接投资暂不征收预提所得税政策适用范围的通知》，自2018年1月1日起执行。《通知》规定，对境外投资者从中国境内居民企业分配的利润，用于境内直接投资暂不征收预提所得税政策的适用范围，由外商投资鼓励类项目扩大至所有非禁止外商投资的项目和领域。《通知》明确，境外投资者暂不征收预提所得税须同时满足“境外投资者以分得利润进行的直接投资，包括境外投资者以分得利润进行的增资、新建、股权收购等权益性投资行为，但不包括新增、转增、收购上市公司股份”等三个条件。此外，《通知》还指出，境外投资者符合规定条件的，应按税收管理要求进行申报并如实向利润分配企业提供其符合政策条件的资料。

[阅读原文](#)

8. 国务院税委会：11月1日起降低部分商品进口关税\2018-10-08

近日，国务院关税税则委员会发布《关于降低部分商品进口关税的公告》以及《关于调整进境物品进口税有关问题的通知》，均自2018年11月1日起实施。根据《公告》，自11月1日起降低部分商品的最惠国税率，涉及1585个税目。因最惠国税率调整，同步取消39项进口商品最惠国暂定税率，其余商品最惠国暂定税率继续实施。本次降税主要涉及纺织品；石材、陶瓷、玻璃制品；部分钢铁及贱金属制品；机电设备及零部件；资源性商品及初级加工品。降税商品约占我国税目总数的19%，平均税率由10.5%降至7.8%，平均降幅为26%。同时，《通知》明确，随着关税总水平尤其是药品、日用消费品进口关税的下调，相应下调进境物品进口税（行邮税）的税目税率。

阅读原文：[《公告》](#)、[《通知》](#)

9. 国税总局要求规范影视行业税收秩序有关工作\2018-10-09

近日，国家税务总局发布《关于进一步规范影视行业税收秩序有关工作的通知》。《通知》明确，从2018年10月开始，到2019年7月底前结束，按照自查自纠、督促纠正、重点检查、总结完善等步骤，逐步推进规范影视行业税收秩序工作。其中，《通知》规定，从2018年10月10日起，各地税务机关通知本地区的影视制作公司、经纪公司、演艺公司、明星工作室等企业及影视行业高收入从业人员，对2016年以来的申报纳税情况进行自查自纠。凡在2018年12月底前认真自查自纠、主动补缴税款的影视企业及从业人员，免予行政处罚，不予罚款。《通知》还指出，从2019年3月至6月底，税务机关将对个别拒不纠正的影视行业企业及从业人员开展重点检查，并依法严肃处理。

[阅读原文](#)

10. 四部门发文促进公共资源交易数据汇聚共享\2018-10-09

近日，国家发展和改革委员会办公厅等四部门修订发布《公共资源交易平台系统数据规范（V2.0）》。《数据规范》定义了公共资源交易的统一交易标识码编码规则，明确了公共资源交易的分类原则与类目，其适用于公共资源交易平台系统间交换共享数据。《数据规范》规定了工程建设项目招标投标、政府采购、土地使用权出让、矿业权出让、国有产权交易等领域交换共享数据的数据格式要求，同时为碳排放权、排污权、林权、药品和二类疫苗等交易领域的交易数据交换共享做了衔接。根据《数据规范》，统一交易标识码由3位交易分类码、18位统一社会信用代码、8位日期码、6位流水号和1位校验码五部分36位组成，各部分之间用字符“-”隔开，加隔开符共计40位。

[阅读原文](#)

11. 两部门就《医疗损害鉴定管理办法》征求意见\2018-10-11

日前，国家卫生健康委员会、司法部联合发布《医疗损害鉴定管理办法（征求意见稿）》，现向社会征求意见，意见反馈截至11月12日。《征求意见稿》分为总则、鉴定机构和鉴定人员、鉴定的委托和受理、鉴定实施、监督管理、法律责任、附则等七章，共四十五条。其内容如下：一、内涵与管理部门；二、鉴定机构备案制，建立统一的鉴定专家库；三、鉴定专家组条件；四、医疗损害鉴定程序；五、医疗损害鉴定的监督管理和处罚。《征求意见稿》明确，具备相应条件的医学会和司法鉴定机构可以从事医疗损害鉴定，并应同时向所在地省级卫生行政部门和司法行政部门备案。《征求意见稿》还规定了开展医疗损害鉴定应执行的程序和标准，包括鉴定的委托、受理、鉴定专家组、实施等。

[阅读原文](#)

12. 国务院决定在全国推开“证照分离”改革\2018-10-11

近日，国务院下发《关于在全国推开“证照分离”改革的通知》。《通知》提出，2018年11月10日起，在全国范围内对第一批106项涉企行政审批事项分别按照直接取消审批、审批改为备案、实行告知承诺、优化准入服务等四种方式实施“证照分离”改革。《通知》明确了改革的重点内容：一是明确改革方式；二是统筹推进“证照分离”和“多证合一”改革；三是加强事中事后监管；四是要加快推进信息归集共享。其中，《通知》规定，通过“证照分离”改革，有效区分“证”、“照”功能，让更多市场主体持照即可经营，着力解决“准入不准营”问题。《通知》还要求，各地区、各部门要于2018年11月10日前将具体措施报送备案并向社会公开。

[阅读原文](#)

13. 国税总局公布一批全文废止的税收规范性文件\2018-10-11

近日，国家税务总局发出《关于公布一批全文废止的税收规范性文件目录的公告》。根据《公告》，全文废止四件税收规范性文件，具体为：一、全文废止《国家税务总局关于海洋石油税务系统管理体制调整问题的通知》。该文件是因1994年国税地税分设而制发的，目前文件内容已不适用现实需要。二、全文废止《国家税务总局印发〈关于进一步加强税务稽查工作的意见〉的通知》。文件中涉及稽查制度的相关规定，部分内容已有新文件替代，部分内容规定的工作任务已完成。三、全文废止《国家税务总局关于注册税务师行业建立公告制度的通知》、《国家税务总局关于发布〈税务师事务所职业风险基金管理办法〉的公告》。两文件中部分内容已有新规定替代，部分内容已不适应现实需要。

[阅读原文](#)

14. 住建部修改部分规章及规范性文件\2018-10-11

近日，住房和城乡建设部发布《关于修改〈建筑工程施工许可管理办法〉的决定》和《关于修改〈房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法〉的决定》，并同步发出《关于修改和废止有关文件的决定》，《决定》自发布之日起施行。《决定》对《建筑工程施工许可管理办法》修改如下：一、删去第四条第一款第七项。二、对第四条第一款第八项作出修改。三、将第五条第一款第三项修改为：“发证机关在收到建设单位报送的《建筑工程施工许可证申请表》和所附证明文件后，对于符合条件的，应当自收到申请之日起七日内颁发施工许可证；对于证明文件不齐全或者失效的，应当当场或者五日内一次告知建设单位需要补正的全部内容，审批时间可以自证明文件补正齐全后作相应顺延；对于不符合条件的，应当自收到申请之日起七日内书面通知建设单位，并说明理由”。

[阅读原文](#)

15. 人社部拟规范社保领域严重失信“黑名单”管理\2018-10-12

近日，人力资源和社会保障部办公厅发布《社会保险领域严重失信“黑名单”管理暂行办法（征求意见稿）》，现向社会征求意见，意见反馈截至10月25日。《征求意见稿》规定，社保“黑名单”实行“谁列入、谁管理、谁负责”，遵循依法依规、公平公正等原则。有“用人单位未按规定参加社会保险且拒不整改”等情形之一的单位或个人，县级以上社会保险经办机构应将其列入“黑名单”。《征求意见稿》明确，各级社会保险经办机构应将社保“黑名单”信息纳入当地和全国信用信息共享平台，由相关部门在各自职责范围内依据《关于对社会保险领域严重失信企事业单位及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录》规定，在政府采购、交通出行、招投标、生产许可、资质审核、融资贷款、市场准入、税收优惠等方面予以限制。

[阅读原文](#)

法规解读

最高人民法院刑四庭负责人就虚假诉讼刑事案件司法解释

答记者问

为依法惩治虚假诉讼犯罪活动，2018年1月25日最高人民法院审判委员会第1732次会议、2018年6月13日最高人民检察院第十三届检察委员会第二次会议分别通过了《最高人民法院 最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），自2018年10月1日起施行。最高人民法院刑四庭负责人就《解释》涉及的主要问题，回答了记者提问。

问：请介绍《解释》的出台背景和起草经过？

答：近年来，随着人民群众法律意识和法治观念的不断增强，公民、法人和其他组织之间发生民事纠纷后，选择向人民法院提起民事诉讼，通过法律途径保护权利、定纷止争，成为解决民事纠纷、维护自身权益的重要途径。为保护公民、法人和其他组织依法行使诉权，人民法院自2015年5月起全面实行立案登记制改革。在多种因素的共同作用下，各级人民法院受理的民商事案件数量大幅增长。

与此同时，部分个人和单位出于种种目的，故意捏造事实向人民法院提起虚假民事诉讼，意图骗取人民法院生效裁判文书，牟取不正当利益。此类行为不仅严重侵害他人合法权益，同时也扰乱了正常的诉讼秩序，损害了司法权威。在极少数民

商事案件中，司法工作人员和当事人恶意串通，共同实施虚假诉讼违法犯罪行为，以达到帮助他人逃避合法债务、非法确认驰名商标、规避商品房或机动车限购政策等不正当目的，造成了恶劣影响。

十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出，加大对虚假诉讼的惩治力度。实践中，虚假诉讼违法犯罪行为方式复杂多样，需要运用民事、刑事等多种手段进行综合惩治。

2012年修订的民事诉讼法第一百二十二条和第一百一十三条规定：“当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、

调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的,人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

上述条款针对虚假诉讼犯罪行为的定罪处罚设置了指引性规定,但是,当时的刑法条文中尚无相应的虚假诉讼罪名。

2015年11月1日起施行的《刑法修正案(九)》增设了虚假诉讼罪,刑法第三百零七条之一第一款规定:“以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”第二款至第四款还对单位犯罪、数罪竞合的处理和司法工作人员犯该罪的处罚原则等作出了规定。但是,由于缺乏明确具体的认定标准,司法机关运用刑罚武器惩罚虚假诉讼犯罪人仍然存在一定困难,迫切需要出台配套司法解释。

最高人民法院、最高人民检察院经过深入调研和广泛征求意见,结合司法工作实际,制定了本《解释》。《解释》的出台,对于依法惩治虚假诉讼犯罪活动,维护司法秩序,保护公民、法人和其他组织合法权益,具有重要的理论和实践意义。

问:《解释》起草过程中有哪些基本原则和总体考虑?

答:《解释》起草过程中,主要有以下几个方面的原则和考虑:

第一,严格遵循罪刑法定原则。

根据刑法规定,法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。《解释》属于对刑法条文含义和适用标准的具体阐释,不能超出刑法的规定范围,对虚假诉讼犯罪行为的界定和确定的定罪量刑标准等内容,必须以刑法的规定为依据。

另外,实践中虚假诉讼违法犯罪行为呈现多发态势,在民事诉讼和行政诉讼中均有发生。但是,根据刑法规定,虚假诉讼犯罪行为表现为“以捏造的事实提起民事诉讼”,即虚假诉讼罪仅适用于民事诉讼领域。对于实践中出现的以捏造的事实提起行政诉讼的行为,不能以虚假诉讼罪定罪处刑。

第二,依法保护人民群众的合法诉权。

诉权是人民群众享有的在其权益受到侵犯或者与他人发生争执时,依法提起诉讼,请求人民法院给予诉讼救济的权利,是法律赋予当事人的一项基本权利。依法惩治虚假诉讼犯罪行为,不能侵害人民群众依法享有的诉权,否则就偏离了刑事立法的初衷。为依法保护人民群众的合法诉权,《解释》起草过程中着重解决了以下三个方面问题:

第四，坚持宽严相济原则。

宽严相济刑事政策不仅是立法政策，也是司法政策，要求区别对待不同犯罪，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪。2016年11月“两高三部”《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》对于犯罪嫌疑人和被告人认罪认罚从宽作出了明确规定。

《解释》明确，对于实施了虚假诉讼犯罪行为但未达到情节严重标准的犯罪人，如果系初犯，在民事诉讼过程中自愿具结悔过，接受人民法院处理决定，积极退赃、退赔的，可以认定为犯罪情节轻微，不起诉或者免于刑事处罚；确有必要判处刑罚的，可以从宽处罚。

另一方面，考虑到司法工作人员利用职权与他人串通实施虚假诉讼犯罪行为的严重危害性，《解释》同时规定，对其中的司法工作人员，不适用上述认罪认罚从宽的规定。

问：《解释》对刑法规定的虚假诉讼犯罪行为是如何界定的？

答：如何界定刑法规定的虚假诉讼犯罪行为，即如何理解刑法规定的虚假诉讼罪的罪状“以捏造的事实提起民事诉讼”，是《解释》需要重点解决的问题之一。《解释》明确，单方或者与他人恶意串通，采取伪造证据、虚假陈述等手段，捏造民事

首先，明确定罪量刑标准，对于什么是虚假诉讼犯罪行为、什么情况下可以认定为虚假诉讼罪，给予人民群众以明确的行为预期和规范指引。

其次，明确规制对象，确定适当的处罚范围，将刑法规定的虚假诉讼罪限定为“无中生有型”捏造事实行为。

再次，注意与民事诉讼法相关规定的衔接，将定罪标准确定为立案后人民法院采取保全措施、开庭审理或者作出裁判文书等程序节点，确保对大部分虚假诉讼违法行为通过罚款、司法拘留等民事诉讼强制措施予以处罚，只有达到定罪标准的才判处刑罚，形成民事处罚和刑事惩罚手段的层次递进关系，防止刑事打击面过广。

第三，立足司法实际，突出打击重点。

《解释》从司法实际出发，立足于重点打击严重危害诉讼秩序、侵害他人合法权益的虚假诉讼犯罪行为，对实践中常见多发、群众反映强烈的六种典型的虚假诉讼犯罪行为作出了列举式规定，并设置了兜底性条款。另外，针对实践中争议较大的民事执行程序是否属于虚假诉讼罪中的“民事诉讼”，《解释》也作出了明确规定。

法律关系，虚构民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼的，属于刑法规定的虚假诉讼犯罪行为。

对此，实践中需要注意把握以下几个问题：

第一，虚假诉讼犯罪仅限于“无中生有型”行为，即凭空捏造根本不存在的民事法律关系和因该民事法律关系产生民事纠纷的情形。

如果存在真实的民事法律关系，行为人采取伪造证据等手段篡改案件事实，向人民法院提起民事诉讼的，不能认定为虚假诉讼罪，构成犯罪的，可以以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪或者妨害作证罪等罪名追究其刑事责任。

捏造事实即可以是积极行为，也可以是特定形式的消极行为。行为人隐瞒他人已经全部清偿债务的事实，向人民法院提起民事诉讼，要求对方履行债务的，也可以构成虚假诉讼罪。

第二，虚假诉讼犯罪行为的具体实施方式可以表现为“单方欺诈型”和“恶意串通型”。

刑法中的虚假诉讼犯罪行为与民事诉讼法第一百一十二条、第一百一十三条规定的虚假诉讼行为并不完全等同，除了当事人双方恶意串通之外，一方当事人以捏造的事实提起民事诉讼，意图使对方当事

人败诉，以达到非法占有对方财产等目的的，也可以构成虚假诉讼罪。

第三，民事执行程序属于虚假诉讼罪中的“民事诉讼”。

以捏造的事实申请人民法院进行民事执行，同样可能妨害司法秩序和严重侵害他人合法权益，需要采取刑事手段予以规制。实践中存在的向人民法院申请执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书，或者在民事执行过程中以捏造的事实对执行标的提出异议、申请参与执行财产分配，均可以构成虚假诉讼罪。

第四，为了突出打击重点，方便司法实践中正确适用和准确把握虚假诉讼罪，

《解释》对实践中常见多发的夫妻债务认定、以物抵债、公司债务、知识产权侵权和不正当竞争、企业破产、民事执行等类型案件中捏造民事法律关系的行为作了列举式规定，并在兜底条款中对捏造民事法律关系的行为应当如何界定作了进一步明确。

这种规定方式属于不完全列举。从理论上讲，虚假诉讼犯罪行为可能存在于几乎所有类型的民商事案件中。实践中，需要根据刑法和《解释》的规定予以正确理解，准确适用。

问：《解释》对虚假诉讼罪的定罪量刑标准是如何规定的？

答：根据刑法规定，妨害司法秩序和严重侵害他人合法权益均属于虚假诉讼罪的成立条件，具备其一即可构成犯罪。但是，实践中，妨害司法秩序和严重侵害他人合法权益难以截然分开，需要统筹考虑、综合把握。

《解释》在总结司法工作经验的基础上，明确以捏造的事实提起民事诉讼，致使人民法院采取保全措施，或者开庭审理、干扰正常司法活动，或者作出裁判文书、制作财产分配方案、立案执行仲裁裁决和公证债权文书的，应当以虚假诉讼罪定罪处罚。

另外，根据主客观相统一原则，确定被告人的刑事责任和决定执行的刑罚，既要考虑行为的客观危害性，又要考察其主观恶性和人身危险性。《解释》明确，虽然不具备上述情形，但行为人具有虚假诉讼违法犯罪前科，或者多次实施虚假诉讼行为的，也应认定为虚假诉讼罪。明确上述定罪标准，有利于合理确定刑法的规制范围，并与民事诉讼法的相关规定保持协调衔接。

根据刑法规定，虚假诉讼罪适用第二档法定刑的条件为“情节严重”。从逻辑关系上讲，此处的“情节严重”，应当同时包括妨害司法秩序情节严重和严重侵害他人合法权益情节严重两种情形。《解释》

充分考虑上述两种情况，明确规定了适用第二档法定刑的六种具体情形。考虑到实践中的情况千差万别，难以作出穷尽规定，《解释》还对定罪量刑标准设置了兜底性条款。

问：如何确定虚假诉讼刑事案件的地域管辖？

答：根据刑事诉讼法的规定，刑事案件由犯罪地的人民法院管辖，如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。其中，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。

实践中，在多个人民法院对虚假诉讼刑事案件都有管辖权的情况下，有可能出现争夺或者推诿管辖权的现象，还有可能出现虚假民事诉讼案件与刑事案件的审判法院不一致的情况，这种情况下，由于相关案件材料集中在虚假民事诉讼的审判法院，刑事案件的侦办机关需要异地调查取证和固定案件证据，办案成本和处理难度将大大增加。

更为重要的是，少数民事诉讼案件中的被告方为了避免败诉的结果，有可能向异地司法机关报案，称原告方存在虚假诉讼犯罪嫌疑，要求异地司法机关立案侦查，从而达到阻碍民事诉讼正常进行、避免己方败诉的不正当目的。这种情况在实践中时有发生，应当引起重视。

《解释》对虚假诉讼刑事案件的地域管辖作了进一步明确，虚假诉讼刑事案件由虚假民事诉讼案件的受理法院所在地或者执行法院所在地的人民法院管辖。由同一司法机关统一处理虚假民事诉讼案件和刑事案件，有利于案件的公正及时处理，并可以防止部分民事诉讼当事人恶意利用刑事诉讼手段干扰民事诉讼程序的正常进行。

另外，在司法工作人员利用职权与他人串通，共同实施虚假诉讼犯罪行为的情况下，可以实行异地管辖，由虚假民事诉讼案件的受理法院或者执行法院以外的其他人民法院管辖。

问：如何处理虚假民事诉讼案件和刑事案件的衔接问题？

答：根据刑事诉讼法的规定，公安机关或者人民检察院发现虚假诉讼犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围立案侦查；任何单位和个人发现有虚假诉讼犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向司法机关报案或者举报；被害人对其人身、财产权利的虚假诉讼犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向司法机关报案或者控告。

另外，对于人民法院在审理民商事案件过程中，发现有虚假诉讼犯罪线索的应当如何处理，1998 年《最高人民法院关

于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》、2015 年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》和 2016 年《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》等司法解释和规范性文件均有规定。考虑到上述规定已经比较具体明确，《解释》对此问题未再涉及。

实践中，对于人民法院在审理民商事案件过程中发现有虚假诉讼犯罪线索的，民商事案件应当如何处理以及虚假诉讼犯罪线索应当如何移送，可以依照上述司法解释和规范性文件的相关规定执行。

问：《解释》的时间效力如何确定？

答：《解释》第十二条规定，本解释自 2018 年 10 月 1 日起施行。应当明确的是，司法解释是对审判、检察工作中具体应用法律问题所作的解释，其效力适用于作为解释对象的法律施行期间。对于法律施行后、司法解释实施前发生的行为，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理；对于在司法解释施行前已经办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。

虚假诉讼罪是自 2015 年 11 月 1 日起施行的《刑法修正案（九）》增设的罪名。对于 2015 年 11 月 1 日之前发生的



行为，不能以虚假诉讼罪定罪处罚；对于2015年11月1日之后发生的虚假诉讼犯罪行为，如果在《解释》施行前已经办结，且认定事实和适用法律没有错误的，不再变动，如果在《解释》施行前尚未处理或

者正在处理的，应当适用《解释》的相关规定定罪量刑。

来源：最高人民法院



热点信息

1. 【第一轮扫黑除恶专项斗争告一段落，中央 9 个督导组回京晾战果】10 月 12 日，全国扫黑除恶专项斗争领导小组召开第三次会议，听取中央扫黑除恶专项斗争 2 至第 10 督导组督导情况汇报。9 个督导组共召开各类座谈会 641 个，直接与省、市、县、乡、村五级 5764 名党员干部谈话。各督导组深入基层，共下沉到 99 个市 390 个县 627 个乡镇 823 个村，发放调查问卷 1 万余份，认真听取群众呼声。微信公众号“长安剑”（人民日报）

2. 【电商法结束代购“好日子” 违规最高面临 200 万罚款！】2019 年 1 月 1 日起，我国首部电子商务法将正式实施。新法明确了利用微信朋友圈、网络直播等方式从事商品、服务经营活动的自然人也是电子商务经营者。从事个人代购、微商也须依法办理工商登记取得相关行政许可，依法纳税。其中，个人网店、微商、直播营销等成为此次立法的亮点。（央视新闻）



3. 【广州律协回应女律师疑遭脱光检查：民警行为失范 但未殴打侮辱】通报称：广州市律师协会就广州律师孙世华在办理业务期间与广州市荔湾区华林街派出所民警发生争执一事，依法依规启动维权程序，向广州市公安局了解核查有关情况。根据现场视频，华林街派出所民警在孙世华律师办理业务期间存在行为失范、态度不当、语言有失文明等情况。暂未发现存在殴打羞辱孙世华律师的行为。广州市公安局表示对该事件将进一步调查核实处理。（中国新闻网）

4. 【对创新中欧班列的思考和建议】当前，中欧班列已经成为国际物流中陆路运输的主要方式，在贯通中欧陆路贸易通道，推动欧亚大陆的经济整合，促进“一带一路”贸易发展方面具有不可替代的作用。从中国与“一带一路”国家的贸易额分析，根据国家信息中心发布的《“一带一路”贸易合作大数据报告 2018》显示，2017 年，中国向“一带一路”国家出口 7742.6 亿美元，同比增长 8.5%；自“一带一路”国家进口 6660.5 亿美元，同比增长 19.8%，近五年来进口额增速首次超过出口。从数据中可以看出中欧班列作用明显和潜力巨大。（证券日报）



5. 【十一黄金周航班正常率高达 92.78%，你坐飞机遇到延误了吗？】据民航局数据，国庆黄金周，民航共保障各类飞行 111031 班，同比增长 6.13%；平均航班正常率 92.78%，同比提高 8.6 个百分点。9 月份全国航班正常率也高达 82.18%，同比提高 9.07 个百分点，环比提高 11.9 个百分点。（中国新闻网）

6. 【饿了么与口碑合并，成立阿里本地生活服务公司】10月12日，阿里巴巴CEO张勇发布员工内部信。信中宣布，阿里巴巴集团正式成立阿里本地生活服务公司，该公司由饿了么和口碑两大业务合并而成。新公司成立后，阿里巴巴集团合伙人王磊将担任公司总裁，兼任饿了么CEO。（央视新闻）
7. 【北京冬奥组委将组建滑雪战队，挖掘“民间高手”投身赛场服务】为充分发动社会力量参与办奥，挖掘“民间高手”投身赛场服务，北京冬奥组委建立赛道作业人员储备，遴选一批综合素质过硬、滑雪技能纯熟的人才组建滑雪战队，为冬奥会和冬残奥会测试赛及正式比赛服务。10月13日，来自北京地区部分机关、企事业单位、滑雪场和滑雪俱乐部等180名拥有熟练滑雪技能的人才齐聚北京体育大学，共同接受北京冬奥组委组织的面试及体能测试。这次参与滑雪战队选拔测试的人，不乏“民间高手”。据悉，在参加测试的40名高校学生中，有10人曾获得国家、省（市）级滑雪比赛的前3名。（人民网）
- 
8. 【国家广播电视总局：坚决治理追星炒星和高价片酬问题】国家广播电视总局官方微信发文透露，局长聂辰席11日在会见中国电信董事长杨杰一行时谈及监管音视频节目、明星片酬等问题。他表示，要加大对音视频节目的监管力度，强化互联网思维，创新理念方法，运用大数据、云计算、人工智能、区块链等信息技术，不断提升节目监测监管水平；要进一步调控治理综艺娱乐、歌唱选拔、真人秀、亲子类节目，坚决治理追星炒星、泛娱乐化和高价片酬问题。（人民网）
9. 【印尼地震海啸已致死2073人 搜救行动结束】截至当地时间11日13时，印尼中苏拉威西省强震和海啸已造成2073人死亡、10679人受伤、680人失踪。人员搜救行动已于当日停止，但允许那些仍然想寻找失踪家庭成员的人自行搜索，并允许志愿者提供帮助。（央视新闻）
10. 【国务院出招促消费 明确#落实带薪休假制度#】国务院办公厅11日发布《完善促进消费体制机制实施方案（2018—2020年）》，提出：①落实带薪休假制度，鼓励错峰休假和弹性作息。②深化收入分配制度改革。加强和改进对企业工资分配的宏观指导。③加大网络提速降费力度。④制定出台新个人所得税法相关配套制度和措施，明确专项附加扣除的具体范围、标准和操作办法。（人民日报）
11. 【俄罗斯“联盟号”火箭升空时发生故障 宇航员没有生命危险】11日，运载国际空间站新一批宇航员的俄罗斯“联盟号”火箭在升空时出现故障，宇航员进行紧急着陆，目前宇航员已经在哈萨克斯坦着陆并恢复联系。法新社报道称，火箭系出现引擎问题。（中新社）
- 
12. 【17种抗癌药纳入医保 国家医保局：确保患者买得到】日前，国家医保局下发通知，将17种抗癌药纳入医保报销目录。国家医保局11日透露，要求各地在10月底前将谈判药品按照支付标准在省级集中采购平台公

开挂网，医保部门要调整医保信息系统，确保 11 月底前开始执行。国家医保局将协调配合有关部门加强对医生用药的指导，保障抗癌药的采购和合理使用，确保药品进得了医院，患者可以买到。此外，国家医保局在与企业签订的协议中已经明确要求，必须在全国范围内保障供应。（中国新闻网）

13. 【新华社调查信用租房乱象：破坏正常供需关系，助推房租暴涨】“相寓好房，押零付一”“无需押金即可入住我爱我家”，房屋租赁中介热推的“信用免押金”的租房模式，对租客而言极具吸引力。而近日，北京消费者李红发现，我爱我家中介热情推荐的相寓信用租房，竟是笔贷款业务，自己在不知情的情况下险些“被贷款”。记者调查发现，当前这种火爆的短期租赁模式背后隐藏着诸多猫腻：以信用租房为诱饵，让租客一不小心“被网贷”，存在诸多风险。而资本的介入，变相为房租暴涨推波助澜。（新华社）



14. 【警方通报“北大医院医生被打”事件：一人刑拘一人取保候审】2018 年 9 月 22 日 21 时 50 分许，在北京大学第一医院发生一起妇产科医生被患者家属殴打案件。经调查，产妇丈夫郑某宇因 44 岁妻子能否剖腹产问题两次殴打医生，打人者还有郑某宇 19 岁女儿郑某蕊。西城警方认为，郑某宇、郑某蕊父女二人，妨碍值班医生正常工作，并对医生进行殴打的行为，既侵犯了医生的人身权利，也影响了正常医疗秩序。10 月 13 日，西城公安分局对郑某宇依法刑事拘留，考虑到郑某蕊系在校大学生，且对自身行为真诚悔过，并得到了赫医生的谅解，对其采取取保候审。目前，案件正在进一步审理中。“西城警讯”微信公众号。（澎湃新闻）
15. 【虎牙直播主播“莉哥 OvO”直播中侮辱国歌，被行拘 5 日】@警民直通车-静安 10 月 13 日通报，虎牙直播平台主播@莉哥 OvO 直播过程中，有辱国歌尊严，引发网民反感。经警方调查：10 月 7 日晚，涉事人杨某莉在其住宅内进行网络直播时，违反了《中华人民共和国国歌法》有关规定，上海市公安局静安分局依法对杨某莉处以行政拘留 5 日。（澎湃新闻）

法律观察

之 企业商业贿赂刑事合规审查要点 ——以应对行贿类犯罪为例

引言

在商业交往中，企业不可避免要经常与国家机关来往，在中国的人情社会中，人们往往格外看中企业与官员之间的关系。关系即联系，人情固不能免，但如果不能妥当的处理政商关系而牵涉犯罪，不仅自己会身陷囹圄，企业的经营与存续也会面临危机。

当下，反腐大势辐射全国，《监察法》出台，更彰显了国家“高压反腐”的态度与决心。因此，注意商业贿赂的事前预防十分重要。如下表所示，在刑法分则中的多个罪名中，企业家不注意处理好政商关系，往往会触犯以下 6 个罪名，不仅会损害市场经济秩序，更会使自己陷入牢狱之灾，丧失自由，多年财富的积累也可能顷刻间付之一炬。

	罪名	入罪金额（不包含数额+情节的标准）	附加刑
1	对非国家工作人员行贿罪	6万入罪；200万以上，3-10年有期徒刑	对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪，应当在十万元以上犯罪数额二倍以下判处罚金
2	行贿罪	3万入罪；500万以上最高可至无期徒刑	
3	对单位行贿罪	个人行贿10万元，单位行贿20万入罪；最高3年有期徒刑	
4	介绍贿赂罪	介绍个人行贿2万，介绍单位行贿20万入罪；最高3年有期徒刑	
5	单位行贿罪	20万元入罪；最高为5年有期徒刑	
6	对有影响力的人行贿罪	3万元入罪；500万以上最高可至10年有期徒刑	

行贿类犯罪中，最为核心的构成要件在于“为谋取不正当利益，给予国家工作人员财物。”因此判断企业家与国家工作人员存在金钱往来是否构成犯罪，关键在于判断企业家是否存在为谋取不正当利益的主观要件。

即使企业家确实存在为谋取不正当利益的目的，由于单位行贿罪与行贿罪法定刑差异巨大，区分涉嫌行贿犯罪的主体是自然人还是单位，是企业家实际控制的哪一家单位更具有实践意义，这也是律师为企业进行合规审查的重点与难点所在。笔者结合自身办理的相关案件，将企业中高发的行贿类犯罪刑事合规审查的要点概括为以下三个方面。

合规要点一：“谋取不正当利益”要件的理解

（一）“谋取不正当利益”要件内涵扩大给合规审查带来困难

最高人民法院、最高人民检察院 1999 年印发了《关于办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》，该《通知》第二条对行贿犯罪所规定的“谋取不正当利益”作了专门规定。

随着实践的发展，该《通知》暴露出对“不正当利益”的范围限制太窄的弊端，不能适应惩治商业贿赂犯罪的需要，于是，2008 年“两高”在《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（以

下简称《意见》）第九条作了新的界定，将不正当利益中的“违法利益”扩大至所有违反法律、规章以及政策的利益，以及增加了违反行业规范的帮助或方便条件。

“两高”2012 年印发的《关于办理行贿刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第十二条再次对“谋取不正当利益”作了扩张解释，将不正当利益的牵涉领域扩大至组织人事管理等活动。

表 2 “谋取不正当利益”的内涵发展

规范性 文件	1999 年《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》	2008 年《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》	2012 年《关于办理行贿刑事案件具体适用法律若干问题的解释》
不正当 利益的 表述	谋取违反法律、法规、 国家政策和国务院各部门规章 规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、 国家政策和国务院各部门规章 规定的帮助或者方便条件。	谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。 在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。	第十二条 行贿犯罪中的“谋取不正当利益”，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。 违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中， 谋取竞争优势的，应当认定为“谋取不正当利益”。

据此，不正当利益有以下三种情况：一是违反有关规定获取的利益；二是要求受贿人违反规定提供帮助或者方便条件，获得的程序性利益；三是违背公平公正原则获得的竞争优势。[1]

（二）以支付“加速费”和“通融费”作为企业与国家工作人员交往的底线

在当下高压反腐的刑事政策背景下，企业与国家工作人员之间的交往应当谨慎和克制，严格遵守 2016 年全国“两会”期间，习近平总书记提出的构建“亲”“清”新型政商关系的要求，构建公正的市场环境、营造良好的社会风气。

“企业经营遇到困难和问题时，可以通过正常渠道反映和解决，如果遇到政府工作人员故意刁难和不作为，应当向有关部门举报，运用法律武器维护自身合法权益。”[2]因为真正能够确保企业避免因商业贿赂而牵涉刑事犯罪的方法，就是企业杜绝任何与国家工作人员的资金往来。

但是企业在正常经营过程中，在偶然的情况仍然不排除个别的国家工作人员存在不当履职的行为，企业往往害怕得罪相关人员，不愿意通过法律途径维护权益，而选择给予相关国家工作人员以一定经济利益。而在这种特殊情况下，必须进行相应的合规审查与程序应对，将给予经济利益限定在“加速费”与“通融费”的范畴上。

这是因为在各国的立法例中，对“加速费”、“通融费”均在刑法上给予了一定的豁免。无论是美国的《反海外腐败法》中、[3]还是英国《2010 年反腐败法：相关商业机构防止与其有关人员贿赂可以实施的程序指引》、[4]1997 年联合国国际经济合作发展组织(OECD)印发的《对（关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约）的注释》[5]均作了类似的规定，支付“加速费”与“通融费”不属于行贿行为。我国《刑法》第三百八十九条第三款也规定“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”

“加速费”、“通融费”通常所谋取的是确定的合法利益，因此可以针对潜在的行贿罪追诉进行有效的抗辩，主张所支付的经济性利益并非为谋取不正当利益而是因为政府行为的延宕而支付的“加速费”和“通融费”。

在当下司法实务界，行贿罪“为谋取不正当利益”的构成要件存在被过分限缩适用的误区，这一构成要件所起到限制处罚范围的机能不被重视，最高法院在提审张文中案中重新强调了“为谋取不正当利益”对于限制行贿类犯罪处罚范围的重要作用，再审判决着重强调了两个方面：一是看是否存在“排斥其他买家、取得竞争优势”的情形；二是看是否在交易价格上获得了不正当利益。[6]因此企业在与国

家工作人员交往过程中要严守支付加速费与通融费的底线，防止出现排斥竞争者以及在交易价格产生异常变动的情形。

（三）避免正常的人情往来与经营事项建立对应关系

在司法实务中，最为常见的是行贿人先将财物给予国家工作人员，然后请托一定事项，这种行为权钱交易的对应性最为明显，一般没有争议；而行为人与国家工作人员之间正常的人情往来往往被司法机关认为和之前的经营行为存在对应关系，常常有被认定为犯罪的风险。

行贿罪的本质是“权钱交易”，其主观构成要件要求行为人具有“为谋取不正当利益”的目的与利用财物换取国家工作人员不当行使职权的故意。而在国家工作人员履职之后才给予该履职者财物的场合，如果没有确实充分的证据证明财物给受双方在履职之前有“先办事、后给钱”的“权钱交易”约定，就不能证明“权钱交易”的存在，不能证明行为人具有“谋取不正当利益”的目的，更不能证明行为人具有“以财物换取国家工作人员职权不当行使”的故意，因而不可能构成行贿罪。

因此企业家若存在与国家工作人员之间较为密切的私交，存在一定的人情往来，一定要注意与国家工作人员之间接触

的时间、地点，留存好相应的证据，防止避免被认定为是“事后酬谢型”的行贿。

例如在笔者曾办理的某白酒集团董事长对四川省副省长李成云行贿案中，某白酒集团董事长曾在企业改制完成后的几年里共计给予了李成云 38 万元现金，被检察机关指控为行贿行为，但是由于其在集团改制正式完成将近 3 年后，在长达 6 年的时间里，逢年过节或者因临时的特殊事由给予副省长李成云以财物，因而我们以给予财物的行为与谋取利益本身就不存在对应关系进行抗辩收获了很好的辩护效果。

可见企业家与存在一定私交的国家工作人员进行日常的交往和联系时必须谨慎之又谨慎。特别是在经营项目与国家工作人员存在紧密联系时要暂缓常人眼中的“人情往来”。即使需要赠送礼物也要注意时间节点，尽量降低单次给予财物的金额，并留存好相应的证据，以及完善自己的财务管理制度。

合规要点二：区分是单位行贿还是自然人行贿罪

根据刑法第 393 条的规定，犯单位行贿罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；

而依据刑法第 390 条的规定，行贿罪处罚相比单位行贿罪要更重，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。

因此如果企业家在牵涉行贿类犯罪中能够被认定为单位行为，将有效降低企业法定代表人的刑事风险。根据刑法第 393 条的规定，在形式上是单位行贿的情况下，如果因行贿取得的违法所得归个人所有的，应以行贿罪论处，而不认定为单位行贿罪。不难看出，刑法是根据因行贿取得的利益归属区分单位行贿罪与行贿罪的。

但是单位行贿罪作为单位犯罪，最核心的判断标准应当是行贿行为是否是出于单位意志，而利益归属只是判断是否是单位意志的重要因素之一。

司法实践中，主要从以下几方面把握单位行贿与自然人行贿的区别[7]：

一是审查行贿是以谁的名义进行的。如果行为人是单位的名义实施，一般属于单位行贿行为；如果行为人是个人名义实施，则一般属于个人行贿行为。需要注意的是，对于单位法定代表人为本单位利益行贿的，应从实质上把握其行为性质。从表面上看，法定代表人往往自行决定而不经集体研究实施行贿，并以其个人的名义给予国家工作人员财物。但实际

上，法定代表人是在履行其职务时实施的行贿行为且是出于为单位谋取不正当利益的目的，则仍应认定为单位行贿。

二是审查行贿行为是否存在经单位研究决定或是经单位主管人员批准的情形。如果是经过公司一定的集体决策程序的行为，一般属于单位行为。

三是审查利益的归属。一般说来，如果单位最终获得了主要利益，应视为单位行贿，反之则属于自然人行贿。虽然有时单位利益与个人利益相互交织在一起，不易截然分开，但一般说来，只要行为人是单位名义行贿且单位确实获得了主要利益即可认定其是为单位谋取利益，属于单位行贿。

在笔者办理的对中纪委第五纪检监察室主任魏健单位行贿案中，侦查机关将案件移送审查起诉时将案件定性为自然人行贿，经过笔者细致的工作，耐心的说理，发现行贿人四川正农投资有限责任公司的法定代表人宋某某其给予魏建财物是为谋取“正农国际世界科技农业艺术农庄博览园”项目的加快推进和获得银行资金支持，而宋某某帮助其在当地任职的官员朋友打听被向中央纪委举报情况等也是为了与当地的国家工作人员搞好关系，令企业能够正常经营。最终检察机关采纳了笔者的意见，以单位行贿罪正式提起了公诉。

可见企业的高管和法定代表人在与国家工作人员之间进行接触时，一定要留存相应证据，注意区分是自己的个人行为，还是代表企业的职务行为。

合规要点三：在单位行贿中区分是此单位还是彼单位

即使认定为单位行贿罪，虽然法定代表人作为主要责任人的刑期能够大幅度降低，但是其所控制的公司也会被认定为是犯罪主体，不光会被处罚罚金，公司的商誉也将会受到严重影响，特别是即将上市和已经上市的公司，将会直接导致巨额的经济损失。

因此在企业日常经营中防控刑事风险，不仅在于防止牵涉贿赂类犯罪，更在于若不慎牵涉贿赂犯罪，特别是被认定为行贿类犯罪，如何尽量通过事前预防措施防止拥有优质资源的公司被牵连进犯罪。

试举一例：甲既是A上市公司的负责人，也是B私营企业的负责人。甲为了A公司的利益，用B企业的现金向国家工作人员乙行贿（因为A公司的财务正规，不能套取现金行贿）。构成单位行贿罪的主体是A公司还是B企业？

对此，不能简单地以因行贿而获得的利益归属得出结论，需要综合相关事实并

按照单位犯罪的成立条件进行判断。换言之，利益归属只是一个事实，还需要考虑财物的来源以及行为人是基于什么身份做出的决定（能否认定为单位行为）。[8]

在上例中，如果行为内容是甲一个人决定的，而不是A公司集体研究决定的，就不可能是A公司的单位行为。但由于B企业是私营企业，即便是甲一个人决定的，也可以认定为单位行为。况且，单位行贿罪中的“为谋取不正当利益”也包括为其他单位谋取不正当利益，而不限于为本单位谋取不正当利益。所以，应当认为上例中的B企业是单位行贿罪的主体。反之，如果是A公司的领导集体研究决定，使用B企业的现金向乙行贿，则应认定为A公司是单位行贿罪的主体。

以笔者曾经办理的对财政部副部长王保安单位行贿案为例。检察机关指控：2012年上半年，被告人刘某系香港某上市公司的董事长，为了其实际控制的北京赛宝通科技发展有限公司研发的手机即开型体育彩票项目能够在江苏获得审批试点销售，通过他人介绍认识了时任财政部副部长王保安。然后通过向上市公司借款等途径向王保安行贿财物达4000余万元。由于刘某所在的香港上市公司为主板上市企业，如果被认定为构成单位犯罪的主体将会严重影响企业声誉，对股价造成冲击。笔者通过审查上市企业及国内设立的项目公司的资金往来和项目运行情况，认

为单位请托的事项主要是为了加快国内项目公司的资质审批进行，国内项目公司是利益的直接归属者，且刘某系国内私营公司的法定代表人，其给予王保安财物的行为可以代表国内公司的单位意志。通过笔者的努力，检察机关最终在提起公诉时将行贿罪的主体认定为是国内的项目公司，使得母公司香港上市公司免避免了被认定为是犯罪主体。

综上可知，企业在日常经营时，特别是在和国家工作人员存在密切接触时，一定要防止母、子公司之间的混同，要时刻区分行为的责任主体，同时防止公司之间的资金随意拆借，以免因为子公司的商业贿赂行为波及作为上市公司的母公司。

总结

以上是对企业商业贿赂风险中行贿类犯罪风险进行合规审查的要点。当然最佳防范此类刑事风险的方法就是杜绝和官员之间的任何金钱来往，这是最有效的合规计划。退一步讲即使企业及企业家存在和国家工作人员的密切联系和人情往来，要严格限定给予财物的目的和场景，只有在万不得已的情况下才可以支付“加速费或通融费”，并且要结合具体情况限制金钱往来的时间和金额，防止与企业经营项目建立对应关系；此外在企业与国家工作人员存在接触的过程中，要通过建立成熟的

合规制度区分单位行为与法定代表人及高管的个人行为；区分集团公司内部不同主体的行为和利益归属，防止刑事风险蔓延，造成公司声誉下降、股价波动。

由于立法对商业贿赂的规定过于粗略，对于企业本身很难依照法条来判断现实中的一些商业惯例是否属于违法、犯罪行为。当下《监察法》的出台更是改变了我国商业贿赂犯罪的侦查模式，律师作为法律专业人员，不仅对法律规定有更加深刻的理解，在与司法机关等主管机关沟通中积累的实践经验对帮助企业发现法律风险和解决实际问题以及应对刑事调查都将起到关键的作用。

特别是在西方国家，通过律师事务所或者是会计师事务所开展的合规业务，以及立法和司法针对公司犯罪治理而设置的“合规计划”（Compliance Program）已经成为企业商业贿赂犯罪防治的主流做法，在我国刑事合规业务方兴未艾，通过律师开展合规调查帮助客户准确识别、判断刑事风险，并提出专业的预防、控制、减小、消除之解决方案将成为我国刑事法律服务的未来发展方向。

注释

[1] 参见孙国祥：《行贿罪中的“为谋取不正当利益”辨析》，载《人民检察》2016年第11期。

[2] 石平：《构建“亲”“清”的新型政商关系》，载《求是》2017年第16期。

[3] 参见透明国际、社会问责国际：《商业反贿赂守则》，清华大学廉政与治理研究中心译，中国方正出版社2005年版，第13页；《反海外腐败法》规定为了加速或者确保外国官员、政党或者政党官员的某一日常政府行为的履行而支付给该外国官员、政党或者政党官员的推动或加速费用(facilitating or expediting payment)不属于该法规定的贿赂；

[4] 参见王君祥编译：《英国反腐败法》，中国方正出版社2014年版，第73页。该法指出：“有些个人为了免受生活、自由损失而别无选择只能缴纳通融费。这种情况下，可以适用普通法强迫的辩护理由。

[5] 参见孙国祥：《“加速费”、“通融费”与行贿罪的认定——以对“为谋取不正当利益”的实质解释为切入》，载《政

治与法律》2017年第3期。该法第9段也规定，支付少量“疏通”费用的行为不属于“获得或保有业务或其他不正当利益”的提供贿金行为，不属于犯罪行为，因为此类支付在一些国家用以促使公职人员履行职责（如发放许可证等）。

[6] 参见最高人民法院(2018)最高法刑再3号刑事判决书。

[7] 参见杨国章：《单位犯罪与自然人犯罪的界分》，载《北方法学》2011年第5期；董桂文：《行贿罪与单位行贿罪界限之司法认定》，载《人民检察》2013年第12期。

[8] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第1234-1235页。

来源：天达共和法律观察

作者：杜连军、褚智林

律师名片



杜连军

天达共和合伙人

邮箱：dulj@east-concord.com

电话：+8610 6510 7002

杜连军律师擅长刑事案件的辩护和代理工作：曾担任公诉检察官十三年，从事刑事辩护和代理工作逾二十年，具有丰富的办理刑事案件的经验 and 业绩；先后承办了大量的在国内外有重大影响的诸如公安部原副部长李某某受贿案、华润集团原党委书记、董事长宋某贪污、受贿案、国家电网原总经理助理朱某某受贿案、华夏银行原行长段某某受贿案、四川省交通厅原厅长刘某某贪污案、国家人社部办公厅原副主任曹某某贪污案、北京市文化资产监督管理委员会原党委书记张某某贪污、受贿案、大唐国际原总经理张某某受贿、私分国有资产案、中诚信托原董事长王某某受贿、滥用职权、北京市国资委原副主任钟某某受贿案、对中纪委五室原主任魏某单位行贿案、对四川省原副省长李某某行贿案、对国家统计局原党组书记、局长王某某单位行贿案、对中化集团总经理蔡某某单位行贿案、对国家能源局原副局长许某某等人单位行贿案以及“厦门远华”走私系列案、中央电视台新台址特大失火（危险物品肇事）案、快播科技有限公司传播淫秽物品牟利案、中国电子票据诈骗第一案（胡某某等金融凭证诈骗二十亿）等重大疑难、复杂刑事案件，并担任多家单位和公民的刑事法律顾问。

律师 名片



褚智林

天达共和实习律师

邮箱：chuzhilin@east-concord.com

电话：+8610 6510 7046

褚智林毕业于中国政法大学法学实验班，研究生学历。

实务聚焦

之 慈善信托资金来源实务难点解析

一、慈善信托的立法沿革

尽管 2001 年施行的《信托法》(2001) 已经单列一章公益信托, 并规定了公益信托的基本法律关系, 但由于规定较为框架和笼统, 且受制于配套制度的缺失, 市场上一直难寻公益信托的身影。

2008 年为支持灾后重建, 中国银监会办公厅发布了《关于鼓励信托公司开展公益信托业务支持灾后重建工作的通知》(银监办发〔2008〕93 号), 对公益信托的设立和备案、委托人身份和信托资金来源、受托人职责、信托财产的管理和运用、信托披露、信托监察人等事项做了较为具体的规定。该通知和当时支持灾后重建的社会环境激发了信托公司开展公益信托的热情, 市场上陆续出现了一些公益信托, 如百瑞信托有限责任公司设立的“郑州慈善(四川灾区及贫困地区教育援助)公益信托”、长安信托设立的“5.12 抗震救灾公益信托”, 但并未形成规模效应。

2014 年, 国务院发布了《关于促进慈善事业健康发展的指导意见》(国发〔2014〕61 号), 明确指出要“鼓励设

立慈善信托, 抓紧制定政策措施, 积极推进有条件的地方开展试点”, 慈善信托相关配套立法步骤明显加快。

2016 年 9 月 1 日《慈善法》(2016) 正式实施, 并单列一章“慈善信托”, 并明确了《慈善法》与《信托法》的衔接适用原则, 即《信托法》为一般法, 《慈善法》为特别法。2016 年 8 月 26 日, 银监会、民政部联合印发《关于做好慈善信托备案有关工作的通知》(民发〔2016〕151 号), 2017 年 7 月 26 日, 银监会、民政部联合印发《慈善信托管理办法》。以上法律法规等规范性文件标志着我国慈善信托规制体系基本建立。

为促进当地慈善事业的发展, 部分地方也针对慈善信托出台了一些规范性文件, 如《北京市慈善信托管理办法》(2016)、《江苏省慈善条例》(2017)、《甘肃省慈善捐助管理办法》(2006) 等。

尽管有上述法律法规等规范性文件, 但慈善信托在国内无论是立法和实践都处于初级阶段, 理论体系不完善, 实务中也

存在较多分歧，立法机关、监管部门和市场各方依然在探索慈善信托的发展模式。

二、慈善信托资金来源

由于以非货币财产设立慈善信托涉及信托财产登记、交付、税收等各方面障碍，且实践中慈善信托的初始信托财产多数为委托人交付的现金资产，故本文仅讨论信托公司开展慈善信托的资金来源相关实务难点。

（一）委托人身份

《慈善法》并未对委托人身份进行限制，《信托法》第 19 条和《慈善信托管理办法》第 8 条对委托人身份做了同样的要求：“委托人应当是具有完全民事行为能力的自然人、法人或者依法成立的其他组织。”因此有观点认为“依法成立的其他组织”是必须有组织机构代码证的组织，否则不属于“依法成立”。

笔者认为，慈善信托的目的是为了让更多人和机构参与到慈善事业中，故不宜在委托人身份上设置太多的障碍，如工会、团委、事业单位、政府部门、信托计划等，都可以成为委托人。实践中，长安信托设立的“长安慈·杨凌精准扶贫慈善信托”的委托人之一为杨陵区精准扶贫办公室；百瑞信托设立的“百瑞仁爱·映山红慈善信

托”的委托人为中国共产主义青年团国家电力投资集团公司委员会。以下重点介绍母子信托模式和基金会作为委托人的模式。

1. 母子信托模式

以母子信托模式设置慈善信托可实现类似美国法中的“利益分割信托”的功能。美国的慈善信托模式不仅包括信托财产全部用于公益目的的模式，也包括信托财产可分别用于“公益”和“私益”目的的利益分割信托，比较典型的是“慈善剩余信托”与“慈善先行信托”。慈善剩余信托的模式，是在信托文件约定的特定期限结束后或特定条件达成后，再将剩余信托财产用于慈善目的，在此之前的信托利益分配给特定的受益人；慈善先行信托的模式则正好相反，信托设立后先将信托财产用于慈善目的，在信托文件约定的特定期限结束后或特定条件达成后，再将剩余信托财产分配给特定的受益人。

目前国内市场上有一些类似的产品，模式大致如下：（1）委托人以信托本金设立信托，信托公司按照信托文件约定将信托本金进行投资运用，委托人同时作为受益人仅享有信托本金或较低的信托收益，剩余信托收益用于信托文件中约定的公益目的；（2）信托采取开放式设计，委托人可以在特定条件下赎回信托本金，或在一定期限届满后退出信托，取回本金。

然而根据《信托法》第 63 条：“公益信托的信托财产及其收益，不得用于非公益目的。”《慈善信托管理办法》第 23 条规定：“慈善信托财产及其收益，应当全部用于慈善目的。”《慈善信托管理办法》第 59 条规定：“慈善信托的受托人有下列情形之一的，由民政部门予以警告，责令限期改正；有违法所得的，由民政部门予以没收；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处二万元以上二十万元以下罚款：（一）将信托财产及其收益用于非慈善目的的；……”由此可见，国内法仅认可信托财产全部用于慈善目的的慈善信托模式。因此，笔者认为目前市场上一些类公益信托的产品，都不属于公益信托，最多属于有公益色彩的营业信托产品（即资产管理产品）。相应地，以上模式不能享受税收优惠、免予认购信托业保障基金、免计风险资本等慈善信托专有的优惠政策，并需要符合营业信托、资产管理业务等相关监管要求，如合格投资者、净值管理、产品风险等级划分等。

笔者认为通过母子信托的方式，以母信托作为慈善信托的委托人，可实现类似美国法中的“利益分割信托”的功能，即部分信托利益分配给委托人、部分信托利益用于慈善的目的。具体模式如下：委托人以信托资金设立母信托，信托文件明确约定信托资金的运用方式包括以现金形式的信托利益设立慈善信托（即子信托）；母信托按照信托文件约定将信托资金进行

投资运用，获得现金回流后以母信托作为委托人，将获得的部分现金形式的信托利益设立慈善信托，所有的慈善相关活动均通过慈善信托完成。此种情形下，一方面委托人在母信托层面可以灵活约定设立子信托的条件、期间、金额，可保留获得部分信托利益或实现其他私益目的的权利，另一方面子信托是一个纯粹的慈善信托，实现了委托人的慈善目的，也可以享受慈善信托专有优惠政策。

2.慈善组织作为委托人

尽管《慈善法》、《慈善信托管理办法》都规定备案的慈善信托可以按照国家有关规定享受税收优惠，但目前配套的相关税收优惠政策尚未出台。尴尬的是，由于信托公司无法开具慈善捐赠发票，导致委托人连慈善捐赠的相关税收优惠政策都无法享受。因此信托公司需要与具有开具捐赠票据资格的慈善组织（主要是慈善基金会）合作，可采取模式为：委托人与慈善组织签署捐赠协议，指定慈善组织作为委托人，以捐赠财产用于设立慈善信托，并在捐赠协议中对慈善信托的相关要素进行约定，包括受托人、慈善目的、信托财产的运用、受益人范围等。如委托人为加强对该慈善信托的监督，委托人可指定机构作为信托监察人，甚至自己直接作为信托监察人。

此种情况下，委托人与慈善组织之间为捐赠关系，慈善组织可以向委托人开具捐赠发票以实现税收优惠。委托人也可通过捐赠协议和慈善信托监察人身份，对捐赠财产的用途进行监督，提高了捐赠财产使用的透明度，并可借助信托公司专业资产管理能力，实现捐赠财产的保值增值。

（二）能否公开募集资金

慈善信托能否公开募集资金一直是理论和学界争议较大的问题。有观点认为信托公司开展的慈善信托依然不能公开推介、公开募集资金，委托人也需要符合合格投资者的相关要求。笔者查询到对信托公司公开募集资金的限制性规定最早出自《信托公司集合资金信托计划管理办法》第8条“信托公司推介信托计划时，不得有以下行为：……（二）进行公开营销宣传”。但笔者认为依据这一条禁止慈善信托公开募集资金是站不住脚的。

第一，《信托公司集合资金信托计划管理办法》第1条明确规定：“为规范信托公司集合资金信托业务的经营行为，……制定本办法”，即该办法针对的是营业信托。根据《信托法》第3条规定：“委托人、受托人、受益人(以下统称信托当事人)在中华人民共和国境内进行民事、营业、公益信托活动，适用本法。”故信托分为民事信托、营业信托和公益信托，

而慈善信托属于公益信托，不应适用《信托公司集合资金信托计划管理办法》。另外银保监会信托监督管理部《关于加强规范资产管理业务过渡期内信托监管工作的通知》（信托函[2018]37号）明确指出，公益（慈善）信托不适用《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（银发[2018]106号，以下简称《指导意见》）相关规定，从另一侧面反映出监管机构认为慈善信托不属于《指导意见》规定的营业性质的资产管理业务（《指导意见》第2条规定：“资产管理业务是指银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司等金融机构接受投资者委托，对受托的投资者财产进行投资和管理的金融服务。金融机构为委托人利益履行诚实信用、勤勉尽责义务并收取相应的管理费用，委托人自担投资风险并获得收益。”）

第二，中国银监会办公厅发布的《关于鼓励信托公司开展公益信托业务支持灾后重建工作的通知》（银监办发〔2008〕93号）第4条明确规定“信托公司设立公益信托，可以通过媒体等方式公开进行推介宣传。公益信托的委托人可以是自然人、机构或者依法成立的其他组织，其数量及交付信托的金额不受限制。”慈善信托属于公益信托，故也适用上述规定。

第三，《慈善法》第21条规定：“慈善募捐，包括面向社会公众的公开募捐和

面向特定对象的定向募捐。”《慈善法》第 22 条规定：“慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。”有观点因此认为，只有慈善组织在获得特定资格后才可以开展公开募捐，而信托公司不属于慈善组织，不能公开募捐。笔者觉得这个观点混淆了“公开募捐”和“公开募集”的概念。公开募捐属于慈善募捐的一种，法律性质为赠与行为，是指慈善组织基于慈善宗旨募集财产的活动，公众将捐赠资产交付给慈善组织后，慈善组织可自行管理使用，除捐赠协议另有约定外，慈善组织对具体捐赠人并不承担特定的义务。而慈善信托公开募集资金属于新增委托人加入信托计划，法律性质为设立/加入信托，交付资金的委托人与信托公司属于委托人与受托人之间的信托关系，委托人依据信托文件享有委托人权利并承担相应义务。因此笔者认为公开募捐需取得资质的相关规定是仅针对慈善组织。另外，《信托法》、《慈善法》均未禁止慈善信托公开募集资金，而信托公司开展慈善信托受银保监会和民政部的双重监管，银监会在《关于鼓励信托公司开展公益信托业务支持灾后重建工作的通知》（银监办发〔2008〕93 号）中已明确公益信托可公开募集。

第四，2014 年国务院发布的《关于促进慈善事业健康发展的指导意见》（国发〔2014〕61 号）以及《慈善法》等后续一系列法律法规，目的都是为了鼓励更多人参与慈善活动，促进慈善事业的健康

发展。而慈善信托又处于起步阶段，信托公司设立和管理慈善信托的成本远大于可获得的信托报酬，有些慈善信托甚至并未设置信托报酬，信托业内对于慈善信托是否值得长期开展、投入精力也存在疑虑。如不允许信托公司公开募集资金，依然用合格投资者的要求限制慈善信托的委托人，则信托公司也没动力将营销资源用于慈善信托上，不利于慈善信托的发展，参与慈善信托又成了高净值客户的“特权”，将普通人拒之门外，实质违背了立法目的。

综上，笔者认为慈善信托可以公开推介、公开募集资金。

需要注意的是，根据《慈善信托管理办法》第 34 条“慈善信托的受托人应严格按照有关规定管理和处分慈善信托财产，不得借慈善信托名义从事非法集资、洗钱等活动。”由于慈善信托公开推介属于新增委托人加入信托计划，故信托公司需要跟委托人签署信托合同，并履行对委托人的反洗钱审查、信托资金来源合法合规性调查等要求。

（三）能否接受捐赠资金

1. 慈善捐赠的法律性质

慈善捐赠属于特殊目的的民事赠与。《公益事业捐赠法》是我国最早规范公益

捐赠的法律，赠与人限定为依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位，捐赠财产必须用于公益事业。《慈善法》认为慈善行为属于公益行为，慈善捐赠是指自然人、法人和其他组织基于慈善目的，自愿、无偿赠与财产的活动。诚然，慈善捐赠与普通赠与在捐赠目的、撤销情形、财产用途等方面有不同之处，但慈善捐赠作为一种民事法律行为，只要不存在法定无效或被撤销情形，均应遵守当事人意思自治原则，属于有效的民事法律行为。

2.慈善信托能否作为受赠主体

《慈善法》第 35 条规定：“捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠。”但以上规定并非限制性规定，即《慈善法》并未将受赠对象仅限定为慈善组织和受益人。目前实践中争议较大的是：如果允许慈善信托接受捐赠资金，那受赠主体究竟是慈善信托还是信托公司？有观点认为慈善信托并非实体组织，而信托公司只是慈善信托的管理人并非慈善信托本身，故受赠人不明确，不能接受捐赠。笔者认为，如能从信托的基本原则来解释，以上问题将迎刃而解。

第一，信托关系分为内部关系和外部关系。内部关系是指信托当事人之间的关系，即委托人、受托人、受益人以及其他信托当事人（如慈善信托的监察人、家族信托的保护人）之间的权利义务。各信托

当事人依据相关法律和信托文件对信托设立、管理、变更和终止等相关事务各司其职。外部关系是指受托人以信托名义实施民事法律行为而与其他主体之间的关系。根据《信托法》第 2 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。”故在外部关系上，受托人以自己的名义代表信托从事民事法律行为，所以信托公司可以自身名义作为受赠主体签署捐赠协议、接受捐赠。

第二，受赠财产属于信托财产。根据《信托法》第 14 条规定“受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产，也归入信托财产。”尽管信托公司以自身名义对外作为受赠主体，但由于《信托法》关于信托财产独立性的要求，受赠财产仅属于该特定慈善信托的财产，不属于信托公司的固有财产，也不能与信托公司管理的其他信托财产相混同。受托人必须按照该特定慈善信托文件的相关约定管理和运用受赠财产。

3.慈善信托能否接受匿名捐赠

《慈善法》并未强制要求慈善捐赠必须签署捐赠协议。《慈善法》第 39 条规定：“慈善组织接受捐赠，捐赠人要求签订书面捐赠协议的，慈善组织应当与捐赠

人签订书面捐赠协议。书面捐赠协议包括捐赠人和慈善组织名称,捐赠财产的种类、数量、质量、用途、交付时间等内容。”

《慈善法》第 38 条规定:“慈善组织接受捐赠,应当向捐赠人开具由财政部门统一监(印)制的捐赠票据。捐赠票据应当载明捐赠人、捐赠财产的种类及数量、慈善组织名称和经办人姓名、票据日期等。捐赠人匿名或者放弃接受捐赠票据的,慈善组织应当做好相关记录。”有观点据此认为慈善信托也能够接受匿名捐赠,还可以参照互联网金融的模式,在宣传材料上设置接受捐赠的二维码,让捐赠人扫码以获得捐赠款项。

笔者认为,《慈善法》38 条和 39 条均是针对慈善组织的规定,不适用信托公司。而根据《慈善信托管理办法》第 34 条规定:“慈善信托的受托人应严格按照有关规定管理和处分慈善信托财产,不得借慈善信托名义从事非法集资、洗钱等活动。”如允许慈善信托接受匿名捐赠,则信托公司将无法对捐赠人身份和资金来源进行审查,慈善信托也将有极大可能被动成为不法资金的通道,受托人也存在未能严格管理慈善信托的风险。因此,为正本清源,呵护还处于起步阶段的慈善信托,笔者认为现阶段,慈善信托不宜接受匿名捐赠,信托公司应与捐赠人签署书面捐赠协议,对捐赠人身份和资金来源的合法合规性进行审查,并由捐赠人承诺捐赠资金

来源合法合规,不得以捐赠为名从事非法集资、洗钱等违法违规活动。

三、结语

正如前文所述,慈善信托作为一个新兴事物,相关法律制度尚处于起步阶段,社会公众对慈善信托的了解程度有限。巧妇难为无米之炊,囿于慈善客户资源较少,信托公司开展慈善信托的第一道难关就是寻找委托人和信托资金。笔者建议从以下方面破解困境:(1)挖掘现有客户,与家族信托结合,通过设立母子信托的模式,实现委托人私益目的和公益目的的共赢;

(2)与慈善组织合作,借助慈善组织能够开具捐赠发票和慈善活动经验丰富的优势,利用自身资产管理的优势,实现信托财产的公益目的和保值增值目的;(3)由于慈善信托并未有最低规模的成立门槛,建议信托公司充分宣传,放低身段。对于背靠大股东、有集团公司支持的信托公司,可先发动工会、团委、关联公司等参与慈善信托。笔者相信,信托公司在慈善信托这条路上,一定会厚积薄发,以待来日。

来源:高杉 LEGAL

作者:王雅琼

成功，始于助人成功



A creative man is motivated by the desire to achieve, not by
the desire to beat others.

创造的动机是有所成就，而非打败对手。

天达共和律师事务所
East & Concord Partners



咨询热线 +8610 6590 6639
北京市朝阳区东三环北路8号亮马河大厦写字楼1座20层

网址：www.east-concord.com

邮箱：beijing@east-concord.com



北京



上海



深圳



武汉



杭州