



天達共和律師事務所
East & Concord Partners



2018

第 35 期 / 总第 348 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，国务院发布《关于修改部分行政法规的决定》，中国银行保险监督管理委员会正式发布《商业银行理财业务监督管理办法》，证监会发布《上市公司治理准则》、《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》、《证券期货业数据分类分级指引》等四项金融行业标准，更多法规详见本周速递。

近日，为推动银行理财业务规范健康发展，促进统一资产管理产品监管标准，有效防范金融风险，银保监会公布实施《商业银行理财业务监督管理办法》。银保监会有关部门负责人就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《商业贿赂界定中“穿透原则”的适用思考》，以供参考；“实务聚焦”栏目为您带来的是《〈最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定〉的初步解读》，敬请阅读。

目 录

天达共和热点动态

资讯|天达共和律师代理企业在欧盟柠檬酸反规避案中胜诉

资讯|天达共和律师参加“民企法人代表刑事法律风险防控”讲座

法 规 速 递

➤ 行政法

1. 国务院决定修改部分行政法规\2018-09-29

➤ 金融领域

2. 银保监会发布《商业银行理财业务监督管理办法》\2018-09-29

➤ 证券领域

3. 证监会修订《上市公司治理准则》\2018-09-30

4. 证监会发布《证券期货业数据分类分级指引》等四项金融行业标准\2018-09-29

5. 证监会正式发布《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》\2018-09-28

6. 两部门发文规范境外机构债券发行管理\2018-09-26

➤ 其他领域

7. 两高公布办理虚假诉讼刑事案件司法解释\2018-09-27

8. 海关总署：扩大新一代海关税费电子支付系统适用范围\2018-09-30

9. 《定制式医疗器械监督管理规定》征询意见\2018-09-30

10. 两办印发《中央企业领导人员管理规定》\2018-09-29

11. 商务部就《再生资源绿色回收规范》等两行标征求意见\2018-09-30

12. 国家发改委印发《价格认定复核办法》\2018-09-30

13. 交通运输部修改《公共航空运输企业经营许可规定》\2018-09-29

14. 国家市场监督管理总局修订经营者集中申报指导意见等文件\2018-09-30

15. 四部门明确跨境电子商务综合试验区零售出口货物税收政策\2018-09-29

法 规 解 读

中国银保监会有关部门负责人就《商业银行理财业务监督管理办法》答记

者问

热 点 信 息

法律观察

之观点 | 商业贿赂界定中“穿透原则”的适用思考

实务聚焦

之关于《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》
的初步解读



天达共和热点动态

资讯|天达共和律师代理企业在欧盟柠檬酸反规避案中 胜诉



欧委会于 2018 年 9 月 14 日发布公告，由于没有证据显示存在规避，因此终止对原产于中国并自柬埔寨进口的柠檬酸的反规避调查。天达共和合伙人王林律师在本案中代理柬埔寨唯一的柠檬酸出口生产商应诉。

欧盟于 2008 年开始对来自中国的柠檬酸实施反倾销措施。2017 年 10 月 30 日，欧盟柠檬酸产业提交申请，主张原产于中国的柠檬酸以通过柬埔寨转口的方式规避了上述反倾销措施。2017 年 12 月 13 日，欧委会立案对原产于中国并自柬埔寨进口的柠檬酸进行反规避调查。王林律师受委托代理一家由中国企业投资的柬埔寨柠檬酸出口生产商应诉，该企业也是本案中唯一一家涉案的出口生产商。调查期间，王林律师代理该企业向欧委会提交了问卷答复，并协助该企业接受了欧委会调查官的实地核查。欧委会最终裁定没有证据显示存在规避，同时由于该企业的出口量占到了柬埔寨对欧盟柠檬酸出口量的 100%，因此终止本次反规避调查。至此，本案获得全面胜诉。

自 2001 年起, 王林律师团队曾在多个产业中代理企业或整个行业应诉外国对华贸易救济调查, 包括太阳能光伏产品、电动车、自行车、推土机、对焊件、三聚氰胺、三氯异氰尿酸等产业。特别值得一提的是, 王林律师团队长期在反倾销案中为柠檬酸产业提供法律服务, 并取得了理想的结果。在乌克兰对华柠檬酸反倾销案中, 王林律师代理全行业进行损害抗辩, 并代理两家企业应诉, 均获得 0 税率。在俄白哈关税同盟对华柠檬酸反倾销案中, 代理全行业进行损害抗辩, 并代理两家企业应诉, 获得全国最低税和次低税, 税率分别为 4.2% 和 6.8%。在 2015 年结案的欧盟对华柠檬酸反倾销日落复审合并期间复审中, 王林律师代理中国柠檬酸行业提出新一轮的价格承诺申请并被欧委会接受。新一轮的价格承诺申请不仅对承诺价格计算公式进行了有利于中国企业的修改, 还成功突破了最低限价的底价限制, 避免了由于原材料价格下跌给承诺企业造成的损失。

律师名片



王林

天达共和合伙人 北京办公室 国际贸易部

邮箱: vivian_wang@east-concord.com

电话: +8610 6510 7050

王林律师是天达共和律师事务所反倾销反补贴团队负责人。她本科毕业于中国政法大学, 研究生毕业于北京大学法学院。从 2001 年起, 王律师曾在欧盟史德华国际律师事务所和北京天达共和律师事务所从事反倾销反补贴业务。她所带领的团队已代理的反倾销/反补贴案件共有 80 余起, 涉及 170 多家公司。其中既包括代理中国企业应诉外国对华反倾销/



反补贴调查案件，也包括代理外国企业应诉中国发起的反倾销/反补贴调查案件，涉及产品包括太阳能光伏产品、电动自行车、柠檬酸、推土机、蜡烛、自行车、对焊件、三氯异氰尿酸、三聚氰胺、糠醇、彩色显象管、CD 光盘、塑料袋、铸件和胶合板等。王律师连续多年受到国际权威法律评级机构-钱伯斯(Chambers and Partners)的重点推荐，并被国际权威机构《全球律师名人录》(Who 's Who Legal)列为全球国际贸易及海关法律事务专业律师。《亚洲法律杂志》(ALB) 2016 年 10 月 20 日公布了“ALB 2016 中国最佳女律师”榜单，王律师凭借其精湛而专业的反倾销法律业务水平以及尽职尽责的工作态度荣膺“ALB 2016 中国最佳女律师”称号。此外，王律师广泛承担社会责任。她曾任北京市律师协会 WTO 与反倾销法律专业委员会副主任，目前在武汉大学法学院担任兼职教授。

资讯|天达共和律师参加“民企法人代表刑事法律风险防控”讲座



2018年9月27日，武汉光谷商会与天达共和律师事务所联合举办了“民营企业法人代表刑事法律风险防控”法律讲座，武汉光谷商会秘书长周青梅、天达共和律师事务所刘兆君律师、张天武律师主持了讲座，刑事业务部负责人杜连军律师、刑事业务部史锐律师做了主题发言，包括湖北省金融办公室上市促进会孙秘书长在内的武汉市20余家民营企业法定代表人、高管参加了讲座和交流。

杜连军律师围绕着“针对商业贿赂刑事风险如何设立合规计划”进行了主题分享。杜连军律师通过“物美创始人张文中案”以及杜连军律师本人曾经办理的诸如对四川省副省长李成云行贿案、对中纪委第五纪检监察室主任魏健单位行贿案、对时任财政部副部长王保安行贿案等一系列重大行贿类犯罪案例，分析了民营企业法定代表人及高管被刑事追诉的行为特征、法律要件，就防范民营企业法人代表的刑事法律风险，以及针对商业贿赂刑事风险开展刑事合规的要点提出自己的专业意见。



在检察机关从事了十余年反贪工作的史锐律师，介绍了今年颁布的《监察法》的主要内容和监察机关的具体办案流程，对民营企业应设立刑事合规制度、合法经营提出了具体建议。

与会的民营企业法定代表人和高管、商会的秘书长认为，这次讲座的针对性强，收获很大。

本次活动举行三个多小时，两位律师深入浅出，与会的企业家及法务人员均表示收获丰富，本次讲座取得了圆满的成功。

律师名片



杜连军

天达共和合伙人 北京办公室 刑事部

dulj@east-concord.com

+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。



史锐

天达共和实习律师 北京办公室 刑事部

shirui@east-concord.com

+8610 6510 7415

史锐律师，西南政法大学管理学（司法会计）学士，中国人民大学法律硕士，2003年毕业后于北京市某区人民检察院反贪局从事职务犯罪侦查工作；2011年调任北京市检察院某分院反贪局；2015年援藏任拉萨市人民检察院反贪局副局长，14年从检生涯主办多起专案、大案、要案。2012年入选北京市检察业务骨干人才，2014年荣获北京市检察机关反贪十佳侦查员第一名、入选职务犯罪侦查人才库，2015年荣立个人二等功。史锐律师2017年入职天达共和律师事务所刑事部以来，担任多家公司法律顾问并参与办理数起大要案件：包括原中诚信托董事长王某某滥用职权、受贿案、原南方电网副总经理肖某滥用职权、受贿案、原大唐国际总经理张某私分国有资产、受贿案、原北京市文化资产监督管理委员会党委书记张某某贪污、受贿案、原公安部一局局长林某非国家工作人员受贿案、对原四川省副省长李某某行贿案、对原财政部副部长国家统计局局长王某某行贿案、中国电子票据诈骗第一案（胡某等金融凭证诈骗二十亿）等，尤以处理重大、疑难、复杂的职务类、经济类犯罪案件见长。史锐律师扎实全面的刑事法律专业知识，以及多年从事职务犯罪侦查、预防工作的实务经验，能够为客户提供全方位的合规法律服务，预判、规避及解决各类刑事风险。

法规速递

➤ 行政法

1. 国务院决定修改部分行政法规\2018-09-29

近日，国务院下发《关于修改部分行政法规的决定》，自公布之日起施行。《决定》对 10 部行政法规的部分条款予以修改，涉及市场监管和执法体制、自然资源和生态环境管理体制、公共服务管理体制等内容。其中，在完善市场监管和执法体制方面，通过修改卫星电视广播地面接收设施管理规定、易制毒化学品管理条例、外国企业常驻代表机构登记管理条例、国务院关于经营者集中申报标准的规定、中药品种保护条例、反兴奋剂条例、戒毒条例、残疾预防和残疾人康复条例的相关条款，将原国家工商行政管理总局、原国家质量监督检验检疫总局、商务部等部门的相关职责整合为国家市场监督管理总局的职责。通过修改反兴奋剂条例 1 个条款，使其与相关法律中卫生行政部门的现有监管职责相一致。

[阅读原文](#)

➤ 金融领域

2. 银保监会发布《商业银行理财业务监督管理办法》\2018-09-29

日前，中国银行保险监督管理委员会发出《商业银行理财业务监督管理办法》，自公布之日起施行。《办法》与《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》充分衔接，共同构成银行开展理财业务需要遵循的监管要求。《办法》主要内容包括：严格区分公募和私募理财产品，加强投资者适当性管理；规范产品运作，实行净值化管理；规范资金池运作，防范“影子银行”风险；去除通道，强化穿透管理；设定限额，控制集中度风险；加强流动性风险管控，控制杠杆水平；加强理财投资合作机构管理，强化信息披露，保护投资者合法权益；实行产品集中登记，加强理财产品合规性管理等。另外，在过渡期安排方面，《办法》也与“资管新规”保持了一致。

[阅读原文](#)

➤ 证券领域

3. 证监会修订《上市公司治理准则》\2018-09-30

近日，为进一步推动上市公司规范运作，提升公司治理水平，保护投资者合法权益，证监会修订并正式发布《上市公司治理准则》，自发布之日起施行。证监会表示，将根据

新《准则》研究完善相关规章、规范性文件，指导证券交易所、中国上市公司协会等自律组织制定、修改相关自律规则，逐步完善上市公司治理规则体系。

[阅读原文](#)

4. 证监会发布《证券期货业数据分类分级指引》等四项金融行业标准\2018-09-29

近日，证监会发布《证券期货业数据分类分级指引》、《证券期货业机构内部企业服务总线实施规范》、《期货市场客户开户数据接口》、《证券发行人行为信息内容格式》等四项金融行业标准，自公布之日起施行。目前，行业正处于新兴转轨、高速发展阶段，相关数据种类多、数量大，包括会管单位及证券基金经营机构在内的各类市场主体都沉淀了大量数据信息。各机构因业务发展对数据应用的各类需求不断衍生和扩展，数据产生、应用、流转、存储等各个环节也不断发生变化。与此同时，数据安全也成为信息安全领域的一个突出问题。《证券期货业数据分类分级指引》金融行业标准的实施，有利于行业机构有效甄别合理化的数据使用需求、有效识别数据风险隐患、持续加强数据安全、建立健全数据管理制度、采取必要的数据安全防护措施、维护市场安全运行、保护投资者合法权益。

[阅读原文](#)

5. 证监会正式发布《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立、收购、参股经营机构管理办法》\2018-09-28

近日，证监会正式发布《证券公司和证券投资基金管理公司境外设立收购参股经营机构管理办法》。修改后的办法共 38 条，主要包括：维持适当门槛，整合两类机构走出去条件；规范业务范围完善组织架构，给予现有机构 36 个月过渡期；要求母公司加强管控，强化对境外子公司重大事项的管理等。证监会相应更新相关行政许可事项的服务指南，符合条件的机构可依法报送。

[阅读原文](#)

6. 两部门发文规范境外机构债券发行管理\2018-09-26

日前，中国人民银行、财政部发布《全国银行间债券市场境外机构债券发行管理暂行办法》，自公布之日起实施。同时，央行联合财政部、国家发改委、证监会发出 2018 年第 15 号公告，决定废止《国际开发机构人民币债券发行管理暂行办法》。《办法》进一步明确了境外机构在银行间债券市场发债所应具备的条件、申请注册程序，并同时就信息披露、发行登记、托管结算以及人民币资金账户开立、资金汇兑、投资者保护等事项进行了规范。其中，《办法》规定，境外金融机构法人在全国银行间债券市场发行债券应经中国人民银行核准。境外金融机构法人发行债券应具备“实际缴纳资本不低于 100 亿元人民币或等值货币”等五方面条件。

[阅读原文](#)

➤ 其他领域

7. 两高公布办理虚假诉讼刑事案件司法解释\2018-09-27

日前，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《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。《解释》共十二个条文，从虚假诉讼犯罪行为的界定、定罪量刑标准、数罪竞合的处罚原则、刑事政策的把握、地域管辖的确定等方面作出了规定。《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，捏造民事法律关系，虚构民事纠纷，向法院提起民事诉讼的，应当认定为刑法规定的虚假诉讼犯罪行为；向法院申请执行以捏造的事实做出的仲裁裁决、公证债权文书，或者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的，属于刑法规定的虚假诉讼犯罪行为；等等。《解释》还规定，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执行法院所在地法院管辖。

[阅读原文](#)

8. 海关总署：扩大新一代海关税费电子支付系统适用范围\2018-09-30

日前，海关总署发布2018年第122号公告，明确将扩大新一代海关税费电子支付系统适用范围，公告自发布之日起执行。公告称，为进一步提升应税船舶负责人、进出口货物收发货人支付海关税费的便捷性，提高税费入库效率，海关总署决定自2018年10月1日起扩大新一代海关税费电子支付系统适用范围，现就有关事项公告如下：新一代海关税费电子支付系统支持的税费种类扩大到船舶吨税、税款类保证金、滞报金。其他事项按海关总署公告2018年第74号执行。海关总署公告2018年第77号内容与本公告不符的，按本公告规定执行。

[阅读原文](#)

9. 《定制式医疗器械监督管理规定》征询意见\2018-09-30

近日，原食品药品监管总局器械注册司制发《定制式医疗器械监督管理规定（试行）（征求意见稿）》，现向社会征求意见，意见反馈截至10月26日。《征求意见稿》明确，对定制式医疗器械实行备案管理，生产定制式医疗器械应按本规定取得备案凭证。医疗机构、医疗器械生产企业应严格遵守医疗器械研制、生产、使用相关规范要求，按本规定和协议约定履行义务，并承担相应责任。同时，《征求意见稿》要求，医疗器械生产企业在生产、销售定制式医疗器械前应向所在地（进口产品为代理人所在地）省级药品监督管理部门备案。定制式医疗器械生产企业应具备“有定制式医疗器械研制、生产所需的专业技术人员”等四项条件。

[阅读原文](#)

10. 两办印发《中央企业领导人员管理规定》\2018-09-29

近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《中央企业领导人员管理规定》。《规定》共 10 章 66 条，分总则、职位设置、任职条件、选拔任用、考核评价、薪酬与激励、管理监督、培养锻炼、退出、附则，明确了中央企业领导人员管理的基本原则、基本要求和主要内容，覆盖了中央企业领导人员管理的全过程和各环节。《规定》的印发实施，对于坚持和加强党对中央企业的全面领导，提高中央企业领导人员管理工作质量，打造对党忠诚、勇于创新、治企有方、兴企有为、清正廉洁的高素质专业化中央企业领导人员队伍，激发和保护企业家精神，更好发挥企业家作用，培育具有全球竞争力的世界一流企业，具有十分重要的意义。

[阅读原文](#)

11. 商务部就《再生资源绿色回收规范》等两行标征求意见\2018-09-30

近日，商务部流通发展司发出《再生资源绿色回收规范（征求意见稿）》以及《零售业能源管理体系实施指南（征求意见稿）》，面向社会征询意见，意见反馈截至 10 月 15 日。《征求意见稿》规定了再生资源绿色回收的术语和定义、基本要求、收集要求、运输与存储要求、分拣加工要求、无害化处理要求、应急预案、绿色回收评价指标及评价方法。其适用于中国境内再生资源回收活动及其绿色化评价。根据《征求意见稿》，再生资源回收企业应遵守建设和运营中涉及的节能、环保、卫生、防疫、安全、规划等法律、法规和标准的要求；应制定绿色回收实施方案，明确绿色回收目标和可量化指标，并有完善的经营管理制度保障执行。

[阅读原文](#)

12. 国家发改委印发《价格认定复核办法》\2018-09-30

近日，国家发展和改革委员会发布《价格认定复核办法》，自 2019 年 1 月 1 日起施行。《办法》规定，国务院价格主管部门的价格认定机构作出的复核决定为最终复核决定。同时，《办法》明确，提出机关对价格认定结论或者复核决定有异议的，可以在提出机关收到价格认定结论或者复核决定之日起 60 日内，向作出该价格认定结论或者复核决定的价格认定机构的上一级价格认定机构逐级提出复核。对同一价格认定事项不得向已作出复核决定的价格认定机构重复提出复核。《办法》还指出，价格认定机构应当对提出机关提供的价格认定复核申请书和相关材料进行审核，在 10 个工作日内决定受理或者不予受理复核。有“超出复核申请期限”等情形之一的，价格认定机构不予受理复核。

[阅读原文](#)

13. 交通运输部修改《公共航空运输企业经营许可规定》\2018-09-29

近日，交通运输部发布《关于修改〈公共航空运输企业经营许可规定〉的决定》，自 10 月 1 日起施行。根据《决定》，本次修改按照简政放权、加强监管的要求，主要从

以下几方面作了修改：一、调整许可申请材料；二、调整许可证管理相关规定；三、建立报告制度，完善退出机制。关于上述第二点，《决定》进一步明确，一是取消经营许可证上与企业法人营业执照重复的内容，即不再载明企业地址、注册资本、企业类型、法定代表人等内容，仅保留企业名称、主运营基地机场和经营范围等有关内容，减轻企业变更经营许可证的负担。二是参照工商部门以年度报告代替企业年检的做法，并借鉴上市公司年报制度，取消了经营许可证的 3 年有效期限，改为长期有效，通过年度报告加强监管。

[阅读原文](#)

14. 国家市场监管总局修订经营者集中申报指导意见等文件\2018-09-30

近日，国家市场监督管理总局修订发布《关于经营者集中申报的指导意见（2018 年 9 月 29 日修订）》，同时，国家市场监督管理总局反垄断局制定《关于经营者集中申报文件资料的指导意见（2018 年 9 月 29 日修订）》、《关于经营者集中简易案件申报的指导意见（2018 年 9 月 29 日修订）》以及《关于规范经营者集中案件申报名称的指导意见（2018 年 9 月 29 日修订）》。《意见》明确了“经营者集中”、“申报标准”等定义，指出经营者集中所指的控制权，包括单独控制权和共同控制权。对于新设合营企业，如果至少有两个经营者共同控制该合营企业，则构成经营者集中；如果仅有一个经营者单独控制该合营企业，其他的经营者没有控制权，则不构成经营者集中。

[阅读原文](#)

15. 四部门明确跨境电子商务综合试验区零售出口货物税收政策\2018-09-29

近日，财政部等四部门联合下发《关于跨境电子商务综合试验区零售出口货物税收政策的通知》，自 2018 年 10 月 1 日起执行。《通知》规定，对综试区电子商务出口企业出口未取得有效进货凭证的货物，同时符合下列条件的，试行增值税、消费税免税政策：一、电子商务出口企业在综试区注册，并在注册地跨境电子商务线上综合服务平台登记出口日期、货物名称、计量单位、数量、单价、金额。二、出口货物通过综试区所在地海关办理电子商务出口申报手续。三、出口货物不属于财政部和国税总局根据国务院决定明确取消出口退（免）税的货物。《通知》还要求，海关总署定期将电子商务出口商品申报清单电子信息传输给国税总局。

[阅读原文](#)

法规解读

中国银保监会有关部门负责人就《商业银行理财业务监督管理办法》答记者问

为推动银行理财业务规范健康发展，促进统一资产管理产品监管标准，有效防范金融风险，银保监会公布实施《商业银行理财业务监督管理办法》（以下简称《办法》）。银保监会有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《办法》公开征求意见的情况如何？

《办法》于 2018 年 7 月 20 日—8 月 19 日向社会公开征求意见。征求意见过程中，金融机构、行业自律组织、专家学者和社会公众给予了广泛关注。我会对反馈意见逐条进行认真研究，充分吸收科学合理的建议，绝大多数意见已采纳或拟在理财子公司业务规则中采纳。

《办法》在理财产品投资范围、穿透管理和理财投资顾问管理等方面，采纳市场机构反馈意见，进一步明确了相关要求，如明确在银行间市场发行的资产支持证券（包括 ABN）属于理财产品投资范围；在流动性风险管理、压力测试和信息披露等方面，进一步区分公募和私募理财产品要求，与其他同类资管产品的监管标准保持一致；在私募理财产品销售方面，借鉴国内外通行做法，引入不少于 24 小时的投资冷静期要求。此外，还进一步提高了条款表述的针对性和准确性。

对于市场机构反映的进一步降低理财产品销售起点，扩大销售渠道，将依法合规、符合条件的私募投资基金纳入理财投资合作机构范围，不强制要求个人首次购

买理财产品在银行营业网点进行面签，允许发行分级理财产品等方面的意见和建议，拟在理财子公司业务规则中予以采纳。

二、制定出台《办法》的背景是什么？

2002 年以来，我国商业银行陆续开展了理财业务。银行理财业务在丰富金融产品供给、满足投资者资金配置需求、推动利率市场化等方面发挥了积极作用，但在快速发展中也出现了一些问题，如业务运作不够规范、投资者适当性管理不到位、信息披露不够充分、尚未真正实现“卖者有责”基础上的“买者自负”等。

对此，银保监会一直高度重视银行理财业务风险和监管，不断完善银行理财业务监管框架。近年来，发布实施了一系列监管规定，2017 年以同业、理财和表外业务等为重点，开展了“三三四十”专项治理和综合治理，并指导银行业理财登记托管中心建立理财产品信息登记系统，初步实现了理财产品的全国集中统一登记和穿透式信息报送，也为投资者提供理财产品登记编码的验证查询服务，防范“虚假理财”和“飞单”。2017 年以来，随着银保监会持续加大监管力度，银行理财业

务已在按照监管导向有序调整，总体呈现出更稳健和可持续发展态势。2018年以来，银行理财业务总体运行平稳，6月末银行非保本理财产品余额为21万亿元，7月末为21.97万亿元，8月末为22.32万亿元。理财资金主要投向债券、存款、货币市场工具等标准化资产，占比约为70%；非标准化债权类资产投资占比约为15%左右，总体保持稳定。

发布实施《办法》，既是银保监会落实“资管新规”的重要举措，也有利于细化银行理财监管要求，消除市场不确定性，稳定市场预期，加快新产品研发，推动银行理财业务规范转型，实现可持续发展。

三、《办法》制定的总体原则是什么？

《办法》制定主要遵循了以下原则：一是与“资管新规”保持一致，并延续银行理财业务良好监管做法，充分借鉴国内外资管行业的监管制度；二是推动理财业务规范转型，促进理财资金以合法、规范形式进入实体经济和金融市场；三是强化投资者适当性管理，区分公募和私募理财产品，引导投资者购买与其风险承受能力相匹配的理财产品，切实保护投资者合法权益；四是促进银行理财回归资管业务本源，打破刚性兑付。

《办法》与“资管新规”保持一致，商业银行理财产品主要需根据已发布实施的“资管新规”进行规范转型，有利于促进新旧规则有序衔接和银行理财业务平稳过渡。

四、《办法》的适用范围是什么？

《办法》与“资管新规”保持一致，定位于规范银行非保本理财产品。《办法》

所称理财业务是指商业银行接受投资者委托，按照与投资者事先约定的投资策略、风险承担和收益分配方式，对受托的投资者财产进行投资和管理的金融服务；理财产品是指商业银行按照约定条件和实际投资收益情况向投资者支付收益、不保证本金支付和收益水平的非保本理财产品。

《办法》适用于在中华人民共和国境内设立的商业银行，包括中资商业银行、外商独资银行、中外合资银行；其他银行业金融机构开展理财业务，适用《办法》规定；外国银行分行开展理财业务，参照《办法》执行。

五、《办法》在加强投资者保护方面主要有哪些规定？

银保监会高度重视理财产品投资者保护工作，《办法》在投资者适当性管理、合规销售、信息登记和信息披露等环节，进一步强化了对投资者合法权益的保护。

一是加强投资者适当性管理。

1.区分公募和私募理财产品。公募理财产品面向不特定社会公众发行，风险外溢性强，在投资范围、杠杆比例、流动性管理、信息披露等方面的监管要求相对审慎；私募理财产品面向不超过200名合格投资者非公开发行，投资者风险承受能力较强，投资范围等监管要求相对宽松。2.遵循风险匹配原则。延续现行理财监管要求，规定银行应对理财产品进行风险评级，对投资者风险承受能力进行评估，并根据风险匹配原则，向投资者销售风险等级等于或低于其风险承受能力等级的理财产品。3.设定单只理财产品销售起点。将单只公募理财产品销售起点由目前的5万元降至1万元；单只私募理财产品销售起点

与“资管新规”保持一致。4.个人首次购买需进行面签。延续现行监管要求，个人首次购买理财产品时，应在银行网点进行风险承受能力评估和面签。

二是加强产品销售的合规管理。

1.规范销售渠道，实行专区销售和双录。延续现行监管规定，要求银行通过本行或其他银行业金融机构销售理财产品；通过营业场所向机构投资者销售理财产品的，应实施专区销售，对每笔理财产品销售过程进行录音录像。2.加强销售管理。银行销售理财产品还应执行《办法》附件关于理财产品宣传销售文本管理、风险承受能力评估、销售过程管理、销售人员管理等方面的具体规定。3.引入投资冷静期。对于私募理财产品，银行应当在销售文件中约定不少于24小时的投资冷静期。冷静期内，如投资者改变决定，银行应当遵从投资者意愿，解除已签订的销售文件，并及时退还投资者的全部投资款项。

三是强化信息披露。

在与“资管新规”保持一致的同时，充分采纳市场机构意见，进一步区分公募和私募理财产品，分别列示其信息披露要求：公募开放式理财产品应披露每个开放日的净值，公募封闭式理财产品每周披露一次净值，公募理财产品应按月向投资者提供账单；私募理财产品每季度披露一次净值和其他重要信息；银行每半年向社会公众披露本行理财业务总体情况。

四是防范“虚假理财”和“飞单”。

延续现行做法，要求银行在全国银行业理财信息登记系统(以下简称理财系统)对理财产品进行“全流程、穿透式”集中

登记。银行只能发行已在理财系统进行登记并获得登记编码的理财产品。投资者可依据该登记编码在中国理财网查询产品信息，核对所购买产品是否为银行发行的正规理财产品，有助于防范“虚假理财”和“飞单”，加强投资者保护。

六、《办法》在推动理财业务规范运作、实现净值化管理方面有哪些规定？

《办法》在推动理财业务规范运作、实现净值化管理方面主要有以下规定：一是确保证理财产品独立性。规范滚动发行、集合运作、分离定价的资金池理财业务；延续现行“三单”要求，每只理财产品做到单独管理、单独建账和单独核算。二是强化管理人职责。要求银行诚实守信、勤勉尽责地履行受人之托、代人理财的职责，提高投资者自担风险认知，银行销售理财产品时不得宣传或承诺保本保收益。三是实行净值化管理。与“资管新规”一致，要求理财产品实行净值化管理，坚持公允价值计量原则，鼓励以市值计量所投资资产，允许符合条件的封闭式理财产品采用摊余成本计量，通过净值波动及时反映产品的收益和风险，让投资者在清楚知晓风险的基础上自担风险。过渡期内，允许现金管理类理财产品在严格监管的前提下，暂参照货币市场基金估值核算规则，确认和计量理财产品的净值。

七、《办法》如何对银行理财产品投资非标准化债权类资产进行规范？

《办法》对银行理财产品的非标准化债权类资产投资做出如下规定：一是期限匹配。按照“资管新规”相关要求，除另有规定外，理财资金投资非标准化债权类资产的，资产的终止日不得晚于封闭式理财产品的到期日或开放式理财产品的最近

一次开放日；投资未上市企业股权的，应当为封闭式理财产品，且需要期限匹配。二是限额和集中度管理。延续现行监管规定，要求银行理财产品投资非标准化债权类资产的余额，不得超过理财产品净资产的35%或本行总资产的4%；投资单一债务人及其关联企业的非标准化债权类资产余额，不得超过本行资本净额的10%。三是认定标准。“资管新规”明确由中国人民银行会同金融监督管理部门另行制定标准化债权类资产的具体认定规则，《办法》将从其规定。

八、《办法》在消除多层嵌套，强化穿透管理方面有哪些规定？

针对部分银行通过购买资管产品，形成层层嵌套，难以及时、准确掌握底层资产情况等问题，《办法》提出如下要求：一是准确界定法律关系，明确约定各参与主体的责任义务和风险分担机制，避免法律纠纷。二是缩短融资链条，为防止资金空转，延续理财产品不得投资本行或他行发行的理财产品规定；根据“资管新规”，要求理财产品所投资的资管产品不得再“嵌套投资”其他资管产品。三是强化穿透管理，要求银行切实履行投资管理职责，不得简单作为各类资管产品的资金募集通道；充分披露底层资产信息，做好理财系统信息登记工作。

此外，现行银行理财业务监管制度允许私募理财产品直接投资股票，但规定公募理财产品只能投资货币型和债券型基金。《办法》继续允许私募理财产品直接投资股票；在理财业务仍由银行内设部门开展的情况下，放开公募理财产品不能投资与股票相关公募基金的限制，允许公募理财产品通过投资各类公募基金间接进入

股市。同时，与“资管新规”保持一致，理财产品投资公募证券投资基金可以不再穿透至底层资产。下一步，银行通过子公司开展理财业务后，允许子公司发行的公募理财产品直接投资或者通过其他方式间接投资股票，相关要求在《商业银行理财子公司管理办法》中具体规定。

九、《办法》在加强理财业务流动性风险管控方面有哪些规定？

《办法》从产品流动性管理、交易管理、压力测试、开放式公募理财产品认购和赎回管理等多个方面提出加强银行理财业务流动性风险管控的具体要求。一是流动性管理。要求银行在理财产品设计阶段审慎决定是否采取开放式运作，开放式理财产品应当具有足够的高流动性资产，并与投资者赎回需求相匹配；开放式公募理财产品还应持有不低于理财产品资产净值5%的现金或者到期日在一年以内的国债、中央银行票据和政策性金融债券。二是交易管理。要求银行加强理财产品开展同业融资的流动性、交易对手和操作风险管理，针对买入返售交易质押品采用科学合理估值方法，审慎确定质押品折扣系数等。三是压力测试。要求银行建立理财产品压力测试制度，并对压力情景、测试频率、事后检验、应急计划等提出具体要求。四是开放式公募理财产品认购和赎回管理。要求银行在认购环节，合理控制投资者集中度，审慎确认大额认购申请；在赎回环节，合理设置各种赎回限制，作为压力情景下的流动性风险管理辅助措施。

十、《办法》对银行理财投资合作机构管理有哪些规定？

银行理财投资合作机构是指理财产品所投资资管产品的发行机构、受托投资机

构和投资顾问。《办法》一是延续现行监管规定，要求理财产品所投资资管产品的发行机构、受托投资机构和投资顾问为持牌金融机构。同时，考虑当前和未来市场发展需要，规定金融资产投资公司的附属机构依法依规设立的私募股权投资基金，以及国务院银行业监督管理机构认可的其他机构也可担任理财投资合作机构，为未来市场发展预留空间。下一步，在理财子公司业务规则中，将依法合规、符合条件的私募投资基金纳入理财投资合作机构范围。二是要求银行完善内部管理制度，明确理财投资合作机构的准入标准和程序、责任与义务、存续期管理、利益冲突防范机制、信息披露义务及退出机制。三是要求银行对理财投资合作机构实行名单制管理，加强对投资顾问的管理，切实履行自身投资管理职责，提高主动投资管理能力，不因委托其他机构投资而免除自身应当承担的责任。

十一、《办法》关于过渡期有何安排？

《办法》过渡期要求与“资管新规”保持一致，过渡期自本办法施行之日起至2020年12月31日。在过渡期内，银行新发行的理财产品应当符合《办法》规定。同时，可以发行老产品对接未到期资产，但应控制存量理财产品的整体规模；过渡期结束后，不得再发行或者存续违反规定的理财产品。

在具体实施中，《办法》要求银行结合自身实际情况，按照自主有序方式制定本行理财业务整改计划，明确时间进度安排和内部职责分工，经董事会审议通过并经董事长签批后，报监管部门认可。监管部门负责监督指导各行实施整改计划，对于提前完成整改的银行，给予适当监管激

励。过渡期结束后，对于因特殊原因而难以回表的存量非标准化债权类资产，以及未到期的存量股权类资产，经报监管部门同意，商业银行可以采取适当安排，稳妥有序处理。

十二、现有的保本理财产品和结构性存款如何规范管理？

目前，银行发行的理财产品主要有保本和非保本理财产品两大类。非保本理财产品为真正意义上的资管产品；保本理财产品按照是否挂钩衍生产品，可以分为结构性理财产品和非结构性理财产品，应分别按照结构性存款或者其他存款进行管理。结构性存款在国际上普遍存在，在法律关系、业务实质、管理模式、会计处理、风险隔离等方面，与非保本理财产品“代客理财”的资产管理属性存在本质差异。

《办法》规定保本理财产品按照结构性存款或者其他存款进行规范管理。同时，在附则中承接并进一步明确现行监管制度中关于结构性存款的相关要求，包括：将结构性存款纳入银行表内核算，按照存款管理，相应纳入存款准备金和存款保险保费的缴纳范围，相关资产应按规定计提资本和拨备；银行销售结构性存款应执行《办法》及附件关于产品销售的相关规定，充分披露信息、揭示风险，保护投资者合法权益；银行开展结构性存款业务，需具备相应的衍生产品交易业务资格等。

此外，银保监会正在制定结构性存款业务的监管规定。下一步，将结合本次公开征求意见情况进行修改完善并适时发布实施，更好地区分和厘清结构性存款和理财业务监管框架，促进结构性存款业务规范发展。

十三、现有代客境外理财业务如何规范管理？

公开征求意见期间，金融机构，尤其是在华外资银行普遍关注下一步如何规范开展代客境外理财业务（以下简称 QDII 业务）。对此，银保监会保留了 5 项现行 QDII 业务监管规定。同时，在《办法》附则中规定，银行开展 QDII 业务应具有相关业务资格，参照《办法》执行，并遵守法律、行政法规和金融监督管理部门的相关规定。因此，商业银行主要根据现行监管规定开展 QDII 业务，“资管新规”和《办法》的实施不对现有 QDII 业务模式产生影响。

十四、关于银行设立理财子公司的相关工作有何考虑？

《办法》按照“资管新规”关于公司治理和风险隔离的相关要求，规定商业银行应当通过具有独立法人地位的子公司开

展理财业务；暂不具备条件的，商业银行总行应当设立理财业务专营部门，对理财业务实行集中统一经营管理。目前，我会已经起草《商业银行理财子公司管理办法》，将作为《办法》配套制度适时发布实施。

在“资管新规”、《办法》和《商业银行理财子公司管理办法》三者的关系和定位方面，《办法》为“资管新规”的配套实施细则，并与“资管新规”监管要求保持一致，适用于银行尚未通过子公司开展理财业务的情形，银行开展理财业务需同时遵守“资管新规”和《办法》。《商业银行理财子公司管理办法》拟作为《办法》的配套制度，其适用的监管规定与其他同类金融机构总体保持一致。

来源：银保监会

热点信息

1. 【欧盟计划建立专门结算机制 维持与伊朗合法贸易】欧盟在 9 月 24 日正式宣布，已经与中国和俄罗斯达成一致，建立独立结算机制，让欧盟企业能够绕开美国退出伊朗核协议后，对伊朗的制裁，继续与伊朗进行交易。美国国务卿蓬佩奥 9 月 25 日回应称，欧盟此举将会“适得其反”。（环球网）

2. 【77 岁韩国前总统李明博涉贪罪名成立 一审获刑 15 年】当地时间 10 月 5 日下午，韩国首尔中央地方法院对韩国前总统李明博涉贿案作出一审判决。法院判定，李明博贪污受贿罪名成立，因此判处他有期徒刑 15 年，罚款 130 亿韩元（约合人民币 7897 万元）。此前，韩国检方提请法院判处李明博的量刑为 20 年、处罚金 150 亿韩元（约合人民币 9112 万元）并追缴罚款约 111 亿韩元（约合人民币 6743 万元）。（新华网）

3. 【印尼地震遇难人数上升至 1763 恐 5000 人失踪 周四将停止搜救】法新社 10 月 7 日报道，印尼地震海啸灾害遇难人数上升至 1763 人，恐有至少 5000 人失踪，搜救团队至今仍持续从已经毁灭的地区拉出罹难者的遗体。另据路透社消息，印尼搜救人员将于周四停止搜救地震受灾人员。（新华网）



4. 【局面失控？澳总理两天后再遭党内“逼宫”，十三名部长提出辞职】在 21 日的党内改选中勉强保住执政党的党首位置后，澳大利亚总理特恩布尔当地时间 23 日再遭“逼宫”，被内政部长达顿第二次要求进行党首改选投票。不过，他并未立即同意这一提议，而是称如果达顿方面能提供一份超过 43 名自由党议员(过半数)签名的请愿书，就将在当地时间 24 日中午 12 时举行党团会议。特恩布尔同时表示，若多数自由党议员都支持党首改选，他就不会参与角逐，并从议会辞职。这意味着，澳大利亚届时将迎来一位新总理。（人民网）

5. 【杀害中国公民的 3 名中非重要嫌犯被抓捕归案】10 月 6 日，中国驻中非共和国大使陈栋再次紧急约见中非内政公安部长旺泽，继续敦促中非方加大调查力度，要求彻查 10 月 4 日中国公民在中非遇害原委，采取一切必要措施缉拿并严惩凶手。旺泽部长表示，目前涉嫌杀害 3 名中国公民的 3 名重要嫌犯已被中非警方抓获，10 月 6 日晚间中



非强力部门还将开展更大规模的抓捕行动，继续缉拿涉事嫌疑人，并将尽快展开司法调查。（新华社）

6. 【特朗普提名大法官冲出性侵指控重围 获参议院投票通过】美国国会参议院 6 日以 50 票赞成、48 票反对的表决结果，通过了

美国总统特朗普对卡瓦诺出任联邦最高法院大法官的提名。特朗普随后通过社交媒体表示将于当天晚些时候签署卡瓦诺的任命书。此后，卡瓦诺在联邦最高法院宣誓就职。数百名抗议者当天聚集在国会大厦和联邦最高法院附近，手举反对卡瓦诺出任大法官的标语。参议员投票期间，参议院议事厅内也不时有人高喊抗议口号。（澎湃网）

7. 【央行降准超预期释放 1.2 万亿元 强调不会加大贬值压力】国庆节长假最后一天，央行宣布将对大部分银行降准 1 个百分点，主要目的为优化流动性结构，降低中小企业融资难度，预计共释放资金 1.2 万亿元。央行强调降准不等于货币政策转向，且不会加大人民币贬值压力。（澎湃网）



8. 【央行下调部分金融机构存款准备金率置换中期借贷便利】据中国人民银行网站，为进一步支持实体经济发展，优化商业银行和金融市场的流动性结构，降低融资成本，引导金融机构继续加大对小微企业、民营企业及创新型企业支持力度，中国人民银行决定，从 2018 年 10 月 15 日起，下调大型商业银行、股份制商业银行、城市商业银行、非县域农村商业银行、外资银行人民币存款准备金率 1 个百分点，当日到期的中期借贷便利（MLF）不再续做。（财新网）

9. 【个税法修正表决通过 10 月 1 日起先行上调起征点】个税法历史上第七次大修完成。8 月 31 日，十三届全国人大常委会在两次审议后，表决通过新修正的个人所得税法。新个税法将于 2019 年 1 月 1 日起实施，其中工薪所得起征点和税率调整，先行于今年 10 月 1 日起实施。（中国证券报）

10. 【公安部开通非法集资登记 涉案 P2P 平台再添 49 家】继 9 月 10 日公安部在其官网“非法集资案件投资人信息登记平台”上批量开通了多家 P2P 平台投资登记入口后，9 月 28 日，公安部又新增了 49 家非法集资案件平台，其中包括爱钱帮、合力贷、花果金融、火球网、礼德财富、新联在线、雅堂金融、中融投等等。（证券时报）

11. 【前三季公募成绩单出炉 平均收益率普遍下行】公募基金前三季度业绩出炉。根据万德数据，在所有基金中平均收益率最高的是 QDII 基金，为 3.10%。债券型基金以 2.85% 的平均收益率位居第二，货币型基金排名第三，为 2.81%，权益类基金业绩受 A 股行情影响，表现欠佳。（财新网）



12. 【在线旅游平台捆绑搭售仍存在：同程默认勾选增值服务】据中国之声《新闻纵横》报道，今天是国庆长假的第一天，相信不少朋友都已经或者即将踏上出游的旅程。去年十一期间，在线旅游平台（OTA）捆绑搭售现象曾一度引发关注，在相关行业

主管部门的介入下，各大平台都进行了相应整改。然而，一年过去了，整改效果如何呢？记者近日调查发现，在一些平台上诸如买机票搭售延误险、接送机用车券；订酒店搭售

旅游消费券、因故取消险等默认搭售现象仍然尚未根除，有的甚至“改头换面”，变得更加隐蔽，让消费者防不胜防。（澎湃网）

13. 【滴滴出行：录音功能起震慑作用，车内冲突率较此前下降 48%】10 月 5 日晚间，滴滴出行在官方微信公号上公告称，自 9 月 4 日启动安全整治以来，在平台各项安全措施逐步落地的综合影响下，车内冲突率较一个月前下降了 48%（日均每百万订单车内冲突数从 52.2 单下降至 27.1 单）。滴滴出行表示，安全整治期间，滴滴持续加强对司机的安全审核，要求无犯罪记录、通过三证验真，每日出车前须通过人脸识别；推出并完善各项安全产品功能，试行夜间运营规则；加强针对司机的安全知识宣导，提醒司机避免急躁、超速、超载和疲劳驾驶。（财新网）



14. 【国庆消费亮点是经济社会发展真实投影】国庆黄金周，消费市场亮点纷呈，给百姓带来满满的幸福感和获得感。

“目前，国内消费市场总体保持平稳较快增长，消费升级步伐不减。”中国贸促会研究院国际贸易研究部主任赵萍说。国家统计局数据显示，1—8 月

份，社会消费品零售总额同比增长 9.3%。上半年，最终消费支出对经济增长的贡献率为 78.5%，比上年同期提高 14.2 个百分点。（人民网）

15. 【警方通报辽宁凌源两逃犯落网细节：无人机侦查发现踪迹】辽宁凌源第三监狱两名脱逃罪犯于 6 日在河北承德平泉落网。当地警方通报，6 日 12 时 10 分，承德市公安局特警通过大范围无人机侦查，在平泉台头山乡烧锅杖子村附近发现一名疑似罪犯，承德市公安局民警迅速赶往该地，同时将情况向正在搜捕的辽宁警方进行通报，两地警方对疑似地点进行重点搜捕。经连续奋战，全力搜捕，两名脱逃的罪犯王磊、张贵林分别于 13 时 20 分、13 时 40 分落网。（人民网）

法律观察

之观点 | 商业贿赂界定中“穿透原则”的适用思考

一、商业贿赂界定中“穿透原则”的提出

相当长一段时期以来，商务界、媒体界乃至法律界人士对商业贿赂执法“泛化”提出质疑。2017年11月4日修订的《反不正当竞争法》第七条，针对商业贿赂执法“泛化”问题作出回应，将商业贿赂受贿人限定为三类主体：一是交易相对方的工作人员，二是受交易相对方委托办理相关事务的单位或个人，三是利用职权或者影响力影响交易的单位或个人。

应该说，新《反不正当竞争法》第七条实质上是将一般的交易相对方，排除在商业贿赂受贿人范围之外。不过，新《反不正当竞争法》表决通过后，时任工商总局反垄断与反不正当竞争执法局局长的杨红灿在接受《中国工商报》记者专访时表示，“应当分析实际交易的双方。例如学校受全体学生委托与校服供应商签订校服购买合同，此时交易的双方应当是供应商和学生，交易的法律后果实际由学生承担。如果供应商给予学校财物或者其他经济利益，则涉嫌构成商业贿赂。【注1】”此后，原国家工商总局多位专家在相关培训及研讨中提出商业贿赂受贿人认定的“穿透原

则”。即，穿透表面的交易关系，分析实际交易的双方，找出名义上参与交易一方所代表或者代理的实际交易者。

二、对公立医院等承担社会公共服务职能的经营者适用“穿透原则”的相关观点

有人认为：公立医院在医药采购中，虽然直接参与交易，但并非最终使用方，以其自身对医疗、药品的专业知识、技能，行使了采购权，具有交易相对方和影响力影响交易的第三方双重身份，应纳入新《反不正当竞争法》第七条列举的商业贿赂受贿人范围。在现行体制下，公立医院在诊疗过程中使用国家医保资金，视为代理国家提供医保服务，可以视为有影响力的第三人。除了公立医院、公立学校外，一些受委托管理公共事务的企事业单位，如国有企业和物业公司等也应纳入此范围。这些主体在实际经营中，也具备交易相对人和影响交易第三人的双重身份，其行为具有职务委托性。【注2】

还有人认为：不能简单地将公立医院理解为等同于具有独立财产和意志的“交易相对方”。公立医院属于事业单位法人，具有公共服务职能，财产和意志均不独立，

是国家机关公共服务职能的延伸。公立医院采购不独立，受到《政府采购法》及相关配套法规限制，其管理人和所有权或者说权益人利益不一致。公立医院做出不符合性价比最大化的选择，并不直接影响自身利益，但会损害公共利益和患者利益。

【注 3】

据闻，国家市场监督管理总局正修订有关禁止商业贿赂的配套规章。有意见提出：

(1) 商业贿赂是指经营者为谋取交易机会或者竞争优势，通过财物或者其他手段，引诱《反不正当竞争法》第七条第一款第

(一) (二) (三) 项所列单位和个人，做出违反法律、法规、规章、政策、行业规范，或者侵犯社会公共利益的行为。(2) 承担一定社会公共服务职能的经营者及其工作人员，既是直接从事交易活动的单位和个人，也是受公共事业管理部门委托的办理相关事务的单位和个人，具有双重身份，属于《反不正当竞争》第七条第一款第(二)项所列单位和个人，即，属于“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”。显然，前述观点是将承担一定社会服务职能的经营者，以自己名义参与市场交易时，都当然地穿透认定相关的公共事业管理部门才是实质上的交易相对方，当然地穿透认定前述名义上参与市场交易的经营者属于“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”。

三、本文的不同看法

笔者认为，对公立医院等承担社会公共服务职能的经营者适用“穿透原则”的前述观点值得商榷。公立医院等公用事业提供者在市场交易中，并不能当然地、绝对地穿透认定为受委托参与交易者。理由如下：

(一) 公共服务经营者也可能提供非公共服务

现行法律、行政法规、规章层面，未见“社会公共服务”的定义表述。有专家认为【注 4】：公共服务是由政府为满足公共需求，通过使用公共权力和公共资源，向全国或辖区内全体公民或某一类公民直接或间接平等提供的产品和服务。提供公共服务是政府职能的重要组成部分，政府可以直接提供，也可以通过安排其他主体生产来间接提供公共服务。其中，国防、外交、公共安全、义务教育、公共卫生、基础研究等，具有完全的非竞争性与非排他性特征，属纯公共服务；高等教育、部分医疗卫生服务、公共图书馆等，只具非竞争性和非排他性其中之一特征，属准公共服务；民航、邮政、电信、水电供应等，因其自然垄断性而存在生产者之间的弱竞争性、消费者的弱选择性，政府在此领域承担一定的公共服务职责，属部分具有竞争性和排他性的公共服务。

目前，公立医院、公立学校等事业单位，既会利用财政资金提供义务教育、高等教育、基本医疗保险定点的医疗服务等

纯公共服务或者准公共服务，也会提供不属公共服务的其他服务项目，如，代学生购买教辅、校服，市场化运作的培训服务，不属基本医疗保险范围的医疗服务等。非营利性民办医疗机构、非营利性民办学校等机构，也会接受政府委托、利用财政资金提供义务教育、高等教育、基本医疗保险定点的医疗服务等纯公共服务或者准公共服务。即，以上机构无论是否公立，都既可能提供公共服务，也可能提供不属公共服务的其他服务，其市场交易中不能当然地认定为“受公共事业管理部门委托的办理相关事务的单位和个人”。

(二) 不能仅因公共服务经营者是在提供公共服务过程中参与市场交易，就穿透认定公共事业管理部门才是实质上的交易相对方

无论是公立医院、公立学校等事业单位，还是基本医保定点的非营利性民办医疗机构，以及经批准提供义务教育服务的非营利性民办学校，都具有独立的法律人格，依法享有运营自主权。不能仅因为他们受相关政府部门委托或者指定提供纯公共服务或者准公共服务，就当然地穿透认定在其参与的相关市场交易中，相关公共事业管理部门才是实质上的交易相对方。

公立医院等前述机构基于相关政府部门委托或者指定而提供纯公共服务或者准公共服务过程中，以自己名义采购相关的货物、工程或者服务，以及参与相关的其

他市场交易活动时，既可能使用财政资金，也可能使用非财政资金【注 5】。其采购相关合规货物或者服务的价格高低，对其所提供的纯公共服务或者准公共服务的结算价格确定，既可能有相关影响，也可能完全不相关。

如，国家规定公立医院实行药品零差价销售或限定加价率销售的，公立医院采购药品的价格，会直接影响与医保基金管理机构或者患者之间的结算价格。因此，此情形下，公立医院采购相关药品时，无论是否使用财政资金，医保基金管理机构或者患者才是实质上的药品采购方，医院则属于《反不正当竞争》第七条第一款第

(二) 项所称的“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”。

又如，若医保定点医院，与医保基金管理机构协商确定，或者报经价格主管部门批准确定的某项医疗检测服务收费标准，是按照该医院实际采购相关医疗设备和耗材的价格，分别摊销加成而确定最终结算价格。那么，该医院采购相关医疗设备或者耗材时，无论是否使用财政资金，医保基金管理机构或者患者才是实质上的相关医疗设备或者耗材采购方，此情形下的医院属于“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”。

再如，若医保定点医院，与医保基金管理机构协商确定，或者报经价格主管部门批准确定的某项医疗检测服务收费标

准，与该医院实际采购相关医疗设备和耗材的价格不相关，而是按照当地社会平均成本等因素协商确定或者核定。那么，该医院采购相关医疗设备或者耗材时，使用指定项目和用途的财政专项资金的，政府是实质上的相关医疗设备或者耗材采购方，此情形下的医院属于“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”；采购时使用非财政资金，或者使用未指定项目和用途的财政资金的，就不属“穿透原则”适用范围，此情形下的医院就不属《反不正当竞争》第七条第一款第（二）项所称的“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”。

因自然垄断性而纳入公共服务范围的行业，如民航、电信、水电供应等，均允许非国有资本进入，甚至允许无任何国有成分的企业进入。提供此类公共服务的企业，即使属于国家出资企业，也依法享有自主经营权；国家作为资本金投入国家出资企业的出资款，在企业依法成立后就转变为企业资产，不再属财政资金。此类行业的企业提供公共服务过程中参与市场交易时，只要未使用指定项目和用途的财政专项资金，就不属“穿透原则”适用范围，不能将此类情形下的公共服务企业穿透认定为“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”。

（三）纳入商业贿赂构成要件的，是违背廉洁、忠实和诚信义务，而非其他违法属性

“贿赂”的本义，是“买通、收买”。被收买者违背廉洁、忠实和诚信义务，出卖他人利益换得不当利益，是“贿赂行为”的必备要件。若不存在违背廉洁、忠实和诚信义务的问题，即使存在其他违法违规行为，也不应认定为贿赂行为。

公共服务经营者使用财政资金采购相关合规货物、工程或者服务时，如果其采购模式符合相关财政资金专项用途范围，也不影响公共服务结算价格的确定，就不存在竞争法意义上的“违背廉洁、忠实和诚信义务”问题，即使存在规避甚至违反政府采购规定的问题，也不能认定为商业贿赂。

例如，医药购销领域一直存在针对医院附绑定协议的设备投放经营模式。即，医院在引进医疗设备时无需支付购置费用或租金，而是由设备供应商向医院免费投放；医院使用该医疗设备产生的收益完全归医院所有，投放设备的供应商是通过向该医院出售该设备的配套耗材、试剂来回收成本和获取利润；同时，将供应商与医院约定采购耗材、试剂的最低累计总量或者禁止医院向其他供应商采购有竞争关系的耗材、试剂的协议，与设备投放协议绑定。此类采购模式，如果使用财政资金，就可能存在医疗设备采购未按规定采取招标投标方式的问题。但是，只要医院所使用的财政资金，既可用于其采购相关耗材、试剂，也可用于其采购所配套的医疗设备，且该医院相关诊疗检测服务结算价格与其

采购医疗设备及耗材价格无关，那么，此采购模式下的医院不存在“违背廉洁、忠实和诚信义务”问题，不构成商业贿赂。

供水供电企业为无证照经营者有偿供水供电，为他人无证照经营提供便利条件和交易机会，自己也获得收益，且违反了国务院《无证无照经营查处办法》的规定。邮政、快递、民航、铁路、公共交通企业，有偿甚至超出常规收费标准，为违禁商品经营者运输、投递假冒侵权商品、走私物品、管制药品、管制书刊等违禁物品的，也存在为他人违法经营提供交易机会或者竞争优势，且自身违反法律、法规规定的问题。但显然，前述情形均不属商业贿赂。

四、有关商业贿赂定义及“穿透原则”适用的建议

本文建议将“商业贿赂”定义为：是指经营者向能够影响、控制交易的第三方，或者向虽以自己名义参与市场交易但实质上是相关利益方之代理人、代表人的交易相对方，给付或者承诺给付财物或者其他利益，诱使其违背法定或约定的廉洁忠实义务，以争取交易机会或者竞争优势的行为。

其实，本人 2013 年撰写，2014 年 2 月在原工商总局《反不正当竞争法》有奖征文中获二等奖的《商业贿赂界定标准之思考》一文【注 6】，针对商业贿赂执法“泛化”问题，曾建议《反不正当竞争法》修订

时，明确商业贿赂受贿人通过出卖他人利益换得不当利益的本质属性：

其一，重构商业贿赂界定标准时，既要考量行贿方以不当利益引诱交易的属性，更要考量受贿方出卖他人利益换得不当利益的属性，以及受贿方利用身份便利为行贿方提供商业竞争优势的属性，还要考量特定情形下的行纪人、隐名代理人、实报实销专款专用的财政专项资金使用者、药品零差价销售或限定加价率销售的公立医院、为学生代购学习用品或校服的中小学校等，虽以自己名义参与市场交易，但实质上是相关利益方的代理人、受托人或代表人。

其二，在侵害客体上，商业贿赂既直接损害公平竞争秩序，也违背了雇员、管理人、代理人、受托人或代表人应负的廉洁、忠实和诚信义务，以及公认的商业道德。

其三，在客观方面，受贿人收受或意图收受不正当利益，利用自己与交易事项密切相关的身份便利，违背自己依法或依约应尽的职责及应负的廉洁、忠实和诚信义务，出卖或损害国家利益、委托方利益、被监管服务方利益或者其他关联第三方利益，给予或承诺给予行贿人或其委托人商业竞争优势，帮助或承诺帮助行贿人或其委托人获得商业竞争优势。

注释

注 1：《总局反垄断与反不正当竞争执法局局长就新《反不正当竞争法》接受记者专访》，见：

http://home.saic.gov.cn/fldyfbzdjzgzt201711t20171109_270236.html

注 2：天津市市场和质量监督稽查总队李仲麟、王瑞铭、丁强：浅谈适用新旧《反不正当竞争法》查处医疗购销领域商业贿赂案件的体会，《中国工商报》2018年8月23日，见：

<http://www.cicn.com.cn/zggsb2018-0823cms110101article.shtml>

注 3：张士海、梁国钊：《修订后反不正当竞争法环境下“设备投放”商业贿赂风险评析》，见：

<https://mp.weixin.qq.com/s/R56CYli-wThWg79PHbnBUw>

注 4：中国科学院科技政策与管理科学研究所杨颖，《公共服务的概念研究及相关概念辨析》，见：

<https://wenku.baidu.com/view/1a625bb5951ea76e58fafab069dc5022aeea46b8.html>

注 5：《中华人民共和国政府采购法实施条例》（2015年1月30日公布）第二条第三款：国家机关、事业单位和团体组织的采购项目既使用财政性资金又使用非财政性资金的，使用财政性资金采购的部分，适用政府采购法及本条例；财政性资金与非财政性资金无法分割采购的，统一适用政府采购法及本条例。

注 6：见《工商行政管理执法办案谈（二）》，中国工商出版社2014年1月出版，第220-230页。或者见：

https://mp.weixin.qq.com/s/D9ocUa4H3eXTgJ_McFo0og

来源：知产力

实务聚焦

之 关于《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》的初步解读

一、背景介绍

截至 2018 年 9 月 28 日，互联网法院相继在中国杭州、北京和广州挂牌。为规范互联网法院的审判工作，最高人民法院于 2018 年 9 月 7 日施行的《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》（法释〔2018〕16 号，以下简称“《规定》”），对互联网法院的平台建设、管辖范围和在线诉讼规则等作出的一系列规范。《规定》对保障互联网法院依法办案、保护当事人及其他诉讼参与人的合法权益具有重要指导意义。

二、互联网法院的特色

（一）管辖案件的互联网特色

随着互联网时代的到来，各类线上购物平台、网络服务平台（如视频平台、阅读平台、约车平台、支付平台、理财平台等）如雨后春笋般不断涌现并日益繁荣。受到互联网快捷、便利、节约成本等优势的影响，个人消费和商事交易不再拘泥于传统的线下交易模式。消费者和商事主体越来越多地选择互联网作为商品和服务的交易平台，甚至很多创作者、艺术家和

媒体通过网络平台发表作品、创作艺术（比如近些年借助网络媒介新兴的网络文学）。但是，随之而来的是大量网络购物和服务合同纠纷，而各类网络侵权案件（比如著作权侵权、互联网域名侵权等）近些年也层出不穷。

互联网法院主要管辖与互联网相关的各类型案件，具有浓厚的“互联网”特色。《规定》第二条明确了管辖案件类型，如通过电子商务平台签订或者履行网络购物合同而产生的纠纷、签订、履行行为均在互联网上完成的网络服务合同纠纷、签订、履行行为均在互联网上完成的金融借款合同纠纷、小额借款合同纠纷、在互联网上首次发表作品的著作权或者邻接权权属纠纷等。另外，互联网法院也可管辖由上级人民法院指定管辖的其他互联网民事、行政案件。

（二）诉讼程序的数字化

与传统的诉讼程序不同，互联网法院的诉讼环节更多体现了数字化的特征，主要在线上进行。

1. 在线身份认证

根据《规定》第六条，当事人及其他诉讼参与人应通过在线方式完成身份认证，并取得登录诉讼平台的专用账号。认证方式包括通过证件证照比对、生物特征识别或者国家统一身份认证平台认证等方式。

2. 电子送达

在送达方式上，电子送达是互联网法院基本送达方式。《规定》第十五条明确了电子送达的条件、范围和方式。第十六条规定了电子送达地址的确认规则和告知规则。为了保证电子送达的方式得以顺利实施，《规定》第十六条第二款还明确规定了在受送达人未提供有效电子送达地址情形下，互联网法院可以将能够确认为受送达人本人的近三个月内处于日常活跃状态的手机号码、电子邮箱、即时通讯账号等常用电子地址作为优先送达地址。

3. 在线举证

关于互联网法院的举证规则，根据《规定》第九条的规定，互联网法院组织在线证据交换的，当事人应当将在线电子数据上传、导入诉讼平台，或者将线下证据通过扫描、翻拍、转录等方式进行电子化处理后上传至诉讼平台进行举证，也可以运用已经导入诉讼平台的电子数据证明自己的主张。

4. 在线庭审

庭审是整个诉讼程序的核心环节。《规定》第十二条明确了在线视频方式开庭的适用范围。如果存在确需当庭查明身份、核对原件、查验实物等特殊情形的，互联网法院可以决定在线下开庭，但其他诉讼环节仍应当在线完成。《规定》第十三条明确了采取简化庭审程序的方式，比如征得当事人同意，可以将当事人陈述、法庭调查、法庭辩论等庭审环节合并进行。对于简单民事案件，庭审可以直接围绕诉讼请求或者案件要素进行。另外，为了保证在线庭审的顺利和有效进行，《规定》第十四条还对“拒不到庭”和“中途退庭”的情形进行了明确。

三、互联网法院的优势

（一）节省诉讼成本

由于互联网法院在身份认证、举证、庭审等诉讼环节都采取线上方式，能够有效节省当事人的诉讼成本，如时间成本、差旅费成本等。

（二）减轻传统法院受案负担并提高审判效率

随着互联网和移动终端的普及，近年来日益增多的网络合同纠纷和网络侵权案件显著增加了传统法院的受案量，而互联网法院的设立可以减轻互联网案件给传统法院增加的负担。另外，互联网类型的案件具有较强的技术性和专业性，而

互联网法院因其管辖案件主要集中在互联网类型的案件,可以显著增强其审判人员在此类案件上的审判经验,保证此类案件的审判质量。

四、互联网法院对律师业务的影响

鉴于互联网法院的上述特色和优势,已经或正在对律师业务产生深刻影响。以北京互联网法院为例,该院于2018年9月9日正式挂牌,至2018年9月10日18时,平台总访问量达20.73万次,注册用户586人,接到网上立案申请207件[1]。足见互联网法院受到的热捧。

实际操作中,当事人或其代理人需要先在上平台进行注册,成功后,再按照平台的提示上传立案材料。案件通过法院审核正式立案后,后续的送达、开庭等诉讼活动,均可以在线完成。真正足不出户,

完成案件的审理,极大方便诉讼当事人。这一新的审判方式,也对律师的业务能力提出更高要求,需要熟悉计算机操作、及时掌握线上通知,准时参加线上庭审,甚至还要挑选适合线上庭审的场所。未来,律师事务所为适应线上庭审设立专门的庭审室(一如今日各律所设立体现各自文化的精致会议室),亦非常可能。

互联网法院诞生至今,时间虽然不长,但影响已经初现。本次《规定》的出台,将更促进互联网法院在审判活动中占据的地位,也必将对律师行业产生深远影响。

来源: 天达共和法律观察

律师: 张雷 徐瑞之

律师 名片



张雷

天达共和合伙人 北京办公室 争议解决部

zhanglei@east-concord.com

+8610 6510 7486

张雷律师专注于争议解决、合规及破产重组与清算业务，自 2007 年开始执业以来，张雷律师在中国最高法院、多地高级法院、中级法院和基层法院代理过多宗具有重大影响的民商事诉讼案件，具有丰富的二审和再审经验；此外，张雷律师亦在中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会等仲裁机构，代表国内外客户处理过多宗重大商事仲裁案件。张雷律师的服务领域包括但不限于：建筑工程、房地产开发、合资纠纷、公司治理、国际贸易、投资并购、股权及合同纠纷；其过往服务过的境内外客户包括但不限于：加拿大 Absolute Energy Ltd、美国华平基金、渣打银行、霍尼韦尔安防（中国）有限公司、假日酒店（中国）有限公司、保利集团、中交集团、大唐集团、北京银泰置业有限公司、山西联盛能源投资有限公司等。



徐瑞之

天达共和实习律师

xuruizhi@east-concord.com

+8610 6510 3436

徐瑞之毕业于美国杜兰大学，获得法学硕士学位。2018 年加入天达共和律师事务所，任职于争议解决部，主要从事民商事争议解决等业务领域，曾为多家跨国公司、大型国有企业和民营企业提供争议解决和常年法律服务。

成功，始于助人成功



凡事都有偶然的凑巧，结果却又如宿命般必然。

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