



2018

第44期/总第357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，银保监会公布《商业银行理财子公司管理办法》，全国股转公司规范挂牌公司股票限售及解除限售业务，上海证券交易所发出《关于做好债券质押式回购交易时间延长调整准备工作的通知》，与此同时，深圳证券交易所也发布《关于做好延长债券质押式回购交易时间准备工作的通知》，多部委将对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒，更多法规详见本周速递。

日前，经党中央、国务院同意，《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》（以下简称《指导意见》）正式发布，中国人民银行有关负责人就《指导意见》的出台背景、完善系统重要性金融机构监管制度的方式、适用范围、对系统重要性金融机构提出的特别监管要求等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《“职业放贷人”的认定标准》，以供参考；“实务聚焦”栏目为您带来的是《中标通知书发出后未签订书面合同的责任》，敬请阅读。

目 录

天达共和热点动态

资讯 | 大资管时代监管新政解析及司法实践对交易的 启示研讨会

资讯 | 天达共和律师应邀为慈溪市《电子商务法》 专题培训会议授课

资讯 | 天达共和武汉办参与“司法行政开放日 -走进律所”活动

业绩 | 天达共和律师代理客户成功抗辩一起 海商法无单放货诉讼

➤ 金融领域

1. 银保监会公布《商业银行理财子公司管理办法》 \ 2018-12-03
2. 三部门部署进一步加强债券市场执法工作 \ 2018-12-04
3. 三部门：个人转让新三板挂牌公司非原始股所得暂免征收个税 \ 2018-12-07

➤ 证券领域

4. 全国股转公司规范挂牌公司股票限售及解除限售业务 \ 2018-12-03
5. 证监会：大集合产品将转为公募基金或私募资产管理计划 \ 2018-12-03
6. 证监会发文落实证明事项清理工作 \ 2018-12-04
7. 证监会：减少简化上市公司并购重组预案披露要求 \ 2018-11-19
8. 两交所：延长债券质押式回购交易时间至 15:30 \ 2018-12-07

➤ 两高发文

9. 两部门：全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设 \ 2018-12-03

➤ 其他领域

10. 三部门：进一步落实重点群体创业就业税收政策 \ 2018-12-03
11. 公安部修改《公安机关办理行政案件程序规定》 \ 2018-12-03
12. 两部门决定修改《外商独资船务公司审批管理办法》 \ 2018-12-04
13. 市场监管总局：电子商务经营者应依法办理市场主体登记 \ 2018-12-05
14. 多部委将对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒 \ 2018-12-05
15. 十一部门部署“僵尸企业”及去产能企业债务处置工作 \ 2018-12-05



法规解读

中国人民银行有关负责人就《关于完善系统重要性金融机构监管的指导
意见》答记者问

热点信息

法律观察

之“职业放贷人”的认定标准

实务聚焦

之 中标通知书发出后未签订书面合同的责任

天达共和热点动态

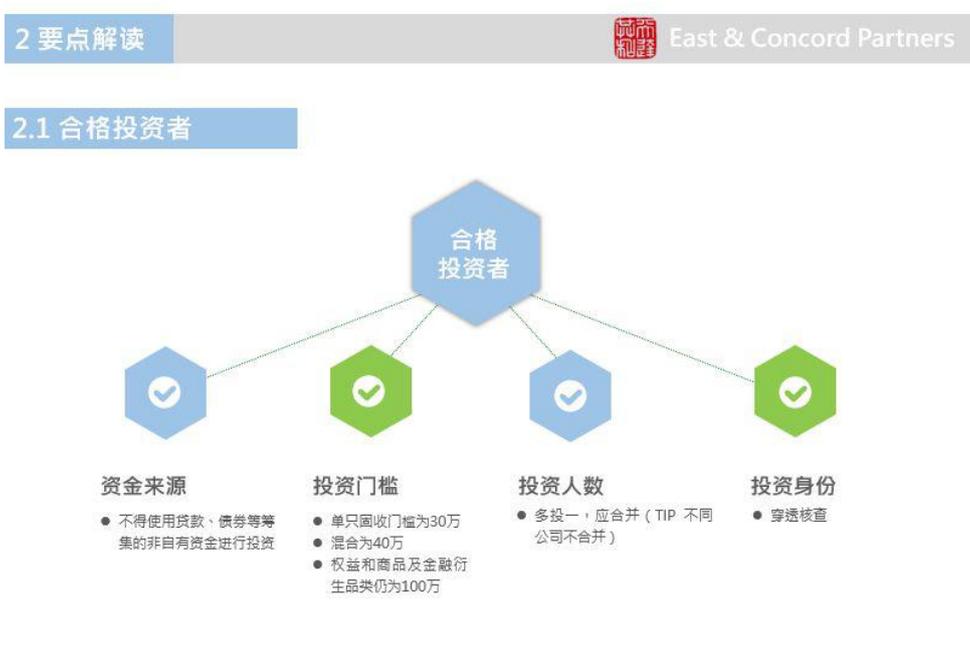
资讯 | 大资管时代监管新政解析及司法实践对交易的启示研讨会

11月30日，由天达共和律师事务所和威科携手主办的“大资管时代监管新政解析及司法实践对交易的启示”研讨会顺利召开。本次研讨会在天达共和总部亮马河大厦举办，由金融部合伙人张璇律师主讲，来自于不同行业不同领域的企业高管、法务人员等80余人参加本次研讨会。



张璇律师围绕新规概述、要点解读、影响分析、司法启示四方面开展论述。在新规概述板块，张律师从大资管行业的总体规模谈起，分别阐述理财业务、信托业务、资管业务等，并分析目前行业的主要问题，阐述新规监管思路；在第二部分要点解读板块，张律师分别从合格投资者需具备的条件、资金端监管原则、资产端监管原则三方面进行阐述；在第三部分影响分析中，张律师分别从对各机构业务影响、运作一项目对接多只资产产品模式、多层嵌

套模式、开放产品分级改造等方面论述；在第四部分司法启示中，张律师结合具体案例阐述资管新规各方面，以案说法，以务实有效的方式与与会者探讨。



在紧张有序的三个小时里，张璇律师和与会者深入探讨了资管新规各方面的要点及影响，并在会后与诸多与会者单独交流与探讨，相信本次研讨会内容会对诸位与会者今后的企业管理、实际法务操作裨益良多。

律师 名片



张璇

天达共和合伙人

北京办公室 金融与融资部

邮箱: jenniferzhang@east-concord.com

电话: +8610 6510 7023

天达共和律师事务所银行与金融部负责人之一，拥有超过 10 年的银行与金融领域业务从业经验，为银监会、证监会及保监会监管项下的各类金融机构提供各类专项和常年法律服务项目。服务机构涵盖银行、信托公司、保险公司、基金管理公司子公司及私募基金管理公司。所涉及行业包括但不限于房地产行业、互联网金融行业。曾承办红杉资本基金在中国境内投资项目，泰达宏利基金管理公司基金产品专项法律服务项目，人人集团下设投资主体股权投资项目，中合共赢资产管理有限公司基金设立、登记和产品发行相关的法律服务项目，华融置业不动产基金项目、国投集团旗下不动产基金公司投资项目等。2017 年度被 ALB 评为 2017 年度律师新星；2015 年被 Asialaw Profiles 评选为“年度新星”，2016 年被 Asia law 评选为“领军律师”，所在的银行与金融团队 2015 年、2016 年连续被 LEGALBAND、Asialaw Profiles 评选为“最推荐团队”。

资讯 | 天达共和律师应邀为慈溪市《电子商务法》 专题培训会议授课



近日，天达共和律师事务所杭州办公室合伙人夏家品律师应邀为慈溪市《电子商务法》专题培训会议作《电子商务法重点条文解读》讲座。慈溪市各镇（街道）经济发展工作负责人和电子商务工作联络员，团市委、市农合联执委会、市残联、发改局、税务局、市场监管局相关负责人，市电子商务协会成员单位，市级电子商务集聚区电商企业代表参加会议。

夏家品律师首先介绍了《电子商务法》的立法历程、基本原则及重大问题，然后结合案例对重点条文进行梳理和解读，例如调整对象和适用范围、滥用市场支配地位的认定、信息删除的理解、平台经营者责任、知识产权保护等，最后从配套法规制定、与执法机构的衔接、过渡期安排、合规磨合、监管思路五个方面谈了展望。

律師 名片



夏家品

天達共和合夥人

杭州辦公室

郵箱: xiajiapin@east-concord.com

電話: +86571 8501 7025

夏家品律師自 2006 年執業以來已承辦民商、公司、刑事及行政案件近四百起，如玉環某家私公司訴莆田某汽運公司買賣合同糾紛（歷時八年，最高院提審），南京南瑞集團公司被侵害商標權、不正當競爭糾紛（傍馳名商標、惡意域名注冊，高院二審），杭州朱某等非法吸收公眾存款（P2P）3.2 余億元案（判三年三個月）及王某被訴民間借貸糾紛案（高院再審）等，積累了豐富的訴訟仲裁經驗，歷練了扎實的爭議解決能力近年來，夏家品律師開始致力將訴訟經驗意識融匯於非訴業務、用爭端化解思維貫通於商業運營，磨礪“一站式、多维度”綜合法律服務。

资讯 | 天达共和武汉办参与“司法行政开放日 -走进律所”活动



12月3日，由武汉市司法局组织的首届“司法行政开放日活动”来到了天达共和武汉办公室。

在武汉办合伙人王建瑞律师的带领下，武汉市司法局樊静副处长与来自武汉大学的30余名法科学子一道，首先对武汉办公室进行了参观，王建瑞律师现场解答了同学们对于律师执业的相关问题。



律 师 名 片



刘兆君

天达共和合伙人

武汉办公室

邮箱: liuzhaojun@east-concord.com

电话: +8627 8730 6000

刘兆君律师，天达共和管理合伙人、武汉分所主任，中南财经政法大学法学学士、经济学硕士。第七届、第八届湖北省律师协会公司法律专业委员会主任，具有注册税务师资格、上市公司独立董事任职资格。

律 师 名 片



王建瑞

天达共和合伙人

武汉办公室

邮箱: wangjianrui@east-concord.com

电话: +8627 8730 6008

王建瑞律师擅长私募股权投资和公司并购领域法律服务，尤其精通产业基金的运作和管理法律服务。参与发起设立并长期服务于中国最大的产业基金湖北省长江经济带产业基金，担任该基金管委会的法律顾问和专家顾问，同时出任鄂旅投资本控股有限公司董事会风险控制委员会委员，还为多家知名投资公司提供基金设立、募集、管理和投资等全流程法律服务，在私募股权法律服务领域具有良好的声誉。王律师所承办的“湖北省长江经济带产业基金项目”获得 2016 年《商法》“年度杰出交易大奖”和 2016 年《亚洲法律杂志》(ALB) “年度项目融资交易”奖。

律師 名片



楊斌

天達共和合夥人

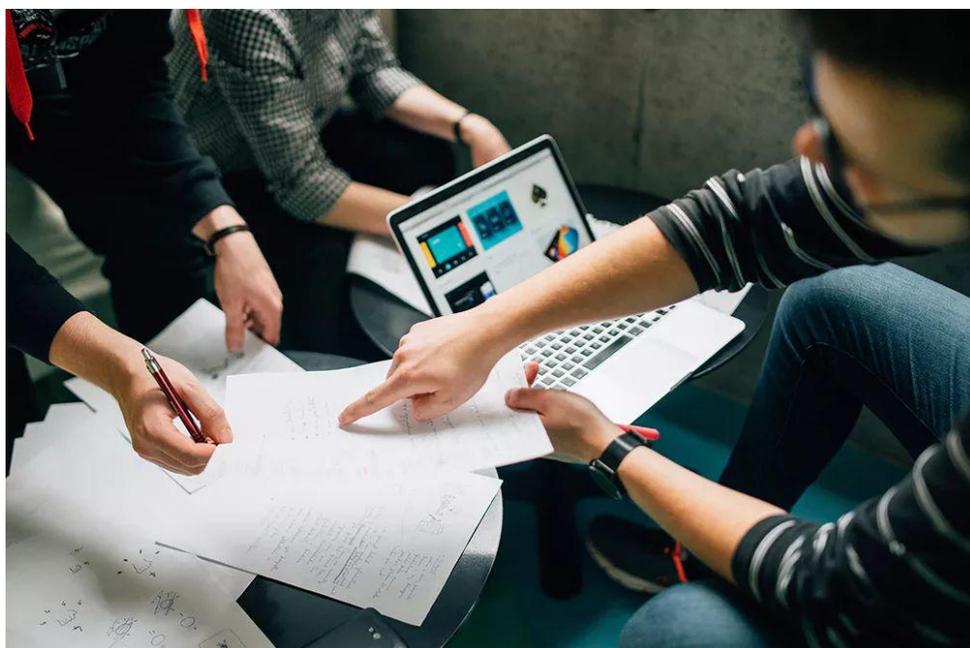
武漢辦公室

郵箱: yangbin@east-concord.com

電話: +8627 8730 6001

楊斌律師，法學博士，主要從事知識產權、公司法、重大商事爭議解決等業務，現為湖北省律師協會知識產權法律專業委員會副主任、湖北省知識產權研究會常務理事、湖北省法學會知識產權法學研究會常務理事，服務的客戶有 NIKE、Starbucks、Waterstone、長航集團、隆平高科、精倫電子、德創環保、武漢斗魚等，代理的訴訟案件中有三案入選典型案例，曾出版譯著《菲律賓知識產權法典》，並在《中國律師》《China Business Law Journal》《亞洲法律雜誌（ALB）》等期刊上發表論文二十餘篇。。

业绩 | 天达共和律师代理客户成功抗辩一起 海商法无单放货诉讼



近日，鉴于一审原告——山东某制造类公司未在上诉期内上诉，故而由天达共和合伙人乔焕然律师为被告广州某物流公司客户出庭代理的一起围绕海商法无单放货争议的诉讼宣告结案，一审判决书生效，天达共和再次增添一起为客户成功抗辩海商法无单放货诉讼判例。

本案案值不大但是案情复杂，涉及到的法律争议点包括且不限于：一、实际承运人与无船承运人责任划分问题；二、记名提单是否具有物权凭证效力的问题；三、商事隐名代理的效力问题；四、海商法诉讼时效与民法总则诉讼时效的关系问题等多个问题。

天达共和为更好的承办此案，指派常年服务于该客户并具有丰富涉外争议解决经验的乔焕然律师主办，辅以具有中国法和美国法双重教育背景的阮静协助，组成团队代表客户共同

应诉。经过先后两次庭审，本案合议庭法官最终判决，作为托运人的原告对作为承运人的被告（天达共和客户）的无单放货指控依法不能成立，驳回了原告的全部诉讼请求。

获悉本案胜诉消息后，客户董事总经理 Frank Guo 特地致电天达共和乔律师，表示“衷心感谢”并称赞“乔律师在过去十年中为我们提供法律服务过程中，兢兢业业，战无不胜、从无败绩，充分体现了一名高素质涉外律师的专业素养和高效、踏实的工作作风”。乔律师感谢客户对天达共和的信任与支持，并表示将继续以饱满的工作热情和持久、务实及追求实效的职业态度为客户保驾护航。

律师 名片



乔焕然

天达共和合伙人

北京办公室 争议解决部

邮箱: lqiaohuanran@east-concord.com

电话: +8610 6510 7068

乔律师毕业于北京大学法学院，他在纠纷解决领域已有 17 年的实务经验，尤其擅长涉外仲裁法律实务，其执业经常活跃在包括不限于中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会、华南国际经济贸易仲裁委员会等各主要仲裁机构。他为多家国企、外企及民企提供过常年法律顾问和纠纷解决专项法律服务。他曾经和正在服务的客户代表包括微软、滴滴出行、新美大、NTT、Neophotonics 等知名企业。值得一提的是，乔律师是中国大陆能够使用熟练的英文为客户提供高效的专业涉外争议解决服务的律师之一。他还著有《英文合同阅读指南》、《法律英语核心词汇速记词典》等涉外专业法律书籍。

律师 名片



阮静

天达共和法务人员

北京办公室 争议解决部

邮箱: ruanjing@east-concord.com

电话: +8610 6590 6639

2017年毕业于加利福尼亚大学戴维斯分校,获法学硕士学位。其于2017年加入天达共和律师事务所开始从事法律服务工作,期间参与多家企业常年法律顾问工作及民商事诉讼及仲裁服务。工作语言:中文和英文。。

法规速递

➤ 金融领域

1. 银保监会公布《商业银行理财子公司管理办法》 \ 2018-12-03

日前，中国银行保险监督管理委员会发出《商业银行理财子公司管理办法》，自公布之日起施行。《办法》为“理财新规”的配套制度，与“资管新规”和“理财新规”共同构成理财子公司开展理财业务需遵循的监管要求。《办法》共六章 62 条，涵盖设立变更与终止、业务规则、风险管理、监督管理等。其中，在公募理财产品投资股票和销售起点方面，根据《办法》，在前期已允许银行私募理财产品直接投资股票和公募理财产品通过公募基金间接投资股票的基础上，进一步允许理财子公司发行的公募理财产品直接投资股票；参照其他资管产品的监管规定，不在《办法》中设置理财产品销售起点。在非标债权投资限额管理方面，根据理财子公司特点，《办法》仅要求非标债权类资产投资余额不得超过理财产品净资产的 35%。

[阅读原文](#)

2. 三部门部署进一步加强债券市场执法工作 \ 2018-12-04

近日，中国人民银行等三部门下发《关于进一步加强债券市场执法工作的意见》。《意见》明确，经国务院同意，证监会依法对银行间债券市场、交易所债券市场违法行为开展统一的执法工作，对涉及公司债券、企业债券、非金融企业债务融资工具、金融债券等各类债券品种的信息披露违法违规、内幕交易、操纵证券市场以及其他违反证券法的行为，依据证券法有关规定进行认定和行政处罚。在案件调查过程中发现涉嫌犯罪的，及时移送公安机关依法追究刑事责任。《意见》强调，证监会依法履行职责，被调查的单位、个人应当配合，如实提供有关文件和资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。人民银行、发展改革委支持证监会开展债券市场统一执法工作，配合证监会就案件涉及的专业问题出具书面意见等。

[阅读原文](#)

3. 三部门：个人转让新三板挂牌公司非原始股所得暂免征收个税 \ 2018-12-07

日前，财政部等三部门联合发出《关于个人转让全国中小企业股份转让系统挂牌公司股票有关个人所得税政策的通知》。《通知》规定，自 2018 年 11 月 1 日（含）起，对个人转让新三板挂牌公司非原始股取得的所得，暂免征收个人所得税。对个人转让新三板挂牌公司原始股取得的所得，按“财产转让所得”，适用 20% 的比例税率征收个税。《通知》明确，2019 年 9 月 1 日之前，个人转让新三板挂牌公司原始股的个人所得税，征收管理办法按现行股权转让所得有关规定执行，以股票受让方为扣缴义务

人，由被投资企业所在地税务机关负责征收管理。自9月1日（含）起，以股票托管的证券机构为扣缴义务人，由股票托管的证券机构所在地主管税务机关负责征管。

[阅读原文](#)

➤ **证券领域**

4. 全国股转公司规范挂牌公司股票限售及解除限售业务 \ 2018-12-03

日前，全国中小企业股份转让系统有限责任公司制发《股票限售及解除限售业务指南》，自发布之日起实施。《指南》规定，挂牌公司股票限售、解除限售应符合《公司法》等相关规定，并及时向全国股转公司提出申请。申请股票限售、解除限售时，应考虑股东是否符合多重限售或解除限售条件。同时，《指南》要求，挂牌公司应在股东所持股票达到限售或解除限售条件后，及时向主办券商提交“挂牌公司向中国结算申领的挂牌公司全体股东名册”等申请文件。《指南》还明确，主办券商应及时对申请材料进行审核，审核无误后，通过全国股转公司日常业务系统填报股票限售/解除限售明细信息，并将挂牌公司申请材料作为附件，向全国股转公司申请备案。

[阅读原文](#)

5. 证监会：大集合产品将转为公募基金或私募资产管理计划 \ 2018-12-03

近日，中国证券监督管理委员会下发《证券公司大集合资产管理业务适用〈关于规范金融机构资产管理业务的指导意见〉操作指引》，自公布之日起施行。《指引》按分类有序规范、切实保护投资者利益、维护市场稳定的原则，对大集合产品进一步对标公募基金、实现规范发展的标准与程序进行细化明确，并给予了合理的规范过渡期，在规范进度上不设统一要求。经规范后，大集合产品将转为公募基金或私募资产管理计划，按相关法律法规持续稳定运作。《指引》明确，存量大集合资产管理业务应在2020年12月31日前对标公募基金进行管理，包括但不限于“产品销售、份额交易与申购赎回、份额登记、投资运作、估值核算、信息披露、风险准备金计提等要求与公募基金一致”等五方面。

[阅读原文](#)

6. 证监会发文落实证明事项清理工作 \ 2018-12-04

日前，中国证券监督管理委员会发出《关于落实证明事项清理工作取消相关事项的决定》，自公布之日起施行。《决定》明确：一、取消证券投资咨询人员申请咨询从业资格时需要提交的咨询人员与机构之间的劳动关系证明；二、取消证券公司申请设立、收购分支机构时需要提交的最近1年各项风险控制指标合规情况的说明；三、取消证券公司申请公募资格时需要提交的最近12个月各项风险控制指标持续符合规定标准的风

险控制指标监管报表；四、取消境内股份有限公司申请境外发行股票和上市时需要提交的国有资产管理部关于国有股减（转）持的相关批复文件。

[阅读原文](#)

7. 证监会：减少简化上市公司并购重组预案披露要求 \ 2018-11-19

近日，中国证券监督管理委员会发布《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第26号——上市公司重大资产重组（2018年修订）》，自公布之日起施行。本次修订的主要内容有：一是聚焦主要交易对方和交易标的核心要素的披露。不再要求披露交易对方业务发展状况、主要财务指标和下属企业名目；对海外并购、招拍挂等交易允许简化或暂缓披露相关情况。二是增加中介机构核查要求弹性。允许中介机构结合尽职调查的实际进展披露核查意见。三是在已明确交易标的的前提下，不再强制要求披露标的预估值或拟定价，便于交易各方更充分地谈判博弈。四是在充分披露相关风险的前提下，不再要求披露权属瑕疵、立项环保等报批事项，本次交易对公司同业竞争、关联交易的预计影响，相关主体买卖股票自查情况。

[阅读原文](#)

8. 两交所：延长债券质押式回购交易时间至 15:30 \ 2018-12-07

近日，上海证券交易所发出《关于做好债券质押式回购交易时间延长调整准备工作的通知》，与此同时，深圳证券交易所也发布《关于做好延长债券质押式回购交易时间准备工作的通知》。《通知》规定，上交所将延长债券质押式回购交易时间，同时保持现有交易机制和交易模式，股票、基金、债券现券等其他品种的交易时间保持不变。调整后，每个交易日的9:15至9:25为债券质押式回购的开盘集合竞价时间，9:30至11:30、13:00至15:30为债券质押式回购的连续竞价时间。《通知》指出，各会员单位、信息服务商及相关市场参与者于2019年1月底前完成系统改造，做好相关业务、技术准备工作等。

[阅读原文（上交所）](#)、[（深交所）](#)

➤ 两高发文

9. 两部门：全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设 \ 2018-12-03

近日，最高人民法院、中国证券监督管理委员会发布《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》。《意见》对证券期货纠纷多元化解机制范围、调解协议的司法确认制度作出规定，指出自然人、法人和非法人组织之间因证券、期货、基金等资本市场投资业务产生的合同和侵权责任纠纷，均可纳入调解范围。证券期货监管机构、调解组织的非诉讼调解、先行赔付等，均可与司法诉讼对接。经调解组织主持调解达成的调解协议，具有民事合同性质，经调解员和调解组织签字盖章后，当事人可以申请有管辖

权的法院确认其效力。《意见》对健全诉调对接工作机制提出明确要求，强调要落实委派调解或委托调解机制，建立示范判决机制。《意见》还强调，要强化纠纷多元化化解机制保障落实等。

[阅读原文](#)

➤ 其他领域

10. 三部门：进一步落实重点群体创业就业税收政策 \ 2018-12-03

近日，财政部等三部门下发《关于进一步落实重点群体创业就业税收政策的通知》。《通知》指出，加强领导、周密部署，将财税〔2017〕49号文件中登记失业半年以上的人员、毕业年度内高校毕业生、零就业家庭以及享受城市居民最低生活保障家庭劳动年龄内的登记失业人员等重点群体创业就业政策落实到位。《通知》规定，贯彻落实《中共中央 国务院关于打赢脱贫攻坚战的决定》精神，吸纳农村建档立卡贫困人口就业的企业，按财税〔2017〕49号文件规定享受税收优惠，助力打好脱贫攻坚战。《通知》还明确，各级财政、税务、人社等部门要健全信息共享机制，优化办税流程；做好政策宣传和解释工作；密切跟踪税收政策执行情况，及时解决政策落地过程中出现的困难和问题。

[阅读原文](#)

11. 公安部修改《公安机关办理行政案件程序规定》 \ 2018-12-03

近日，公安部发布《关于修改〈公安机关办理行政案件程序规定〉的决定》，自2019年1月1日起施行。《决定》将原第九条改为第十条，增加二款作为第二款、第三款，新增“违法行为地包括违法行为发生地和违法结果发生地。违法行为发生地，包括违法行为的实施地以及开始地、途经地、结束地等与违法行为有关的地点；违法行为有连续、持续或者继续状态的，违法行为连续、持续或者继续实施的地方都属于违法行为发生地。违法结果发生地，包括违法对象被侵害地、违法所得的实际取得地、藏匿地、转移地、使用地、销售地”等内容。同时，《决定》增加三条，作为第十一条、第十二条、第十三条；将原第十二条改为第十六条，并对第一款作出修改。《决定》还对原《规定》作出多处修改。

[阅读原文](#)

12. 两部门决定修改《外商独资船务公司审批管理办法》 \ 2018-12-04

日前，交通运输部、商务部联合发布《关于修改〈外商独资船务公司审批管理办法〉的决定》，自2019年1月1日起施行。《决定》对原办法修改如下：一、将规章名称修

改为“《外商独资船务公司设立管理办法》”。二、将第三条修改为“商务部和交通运输部负责外国航商在华独资船务公司的设立管理”。三、将第七条修改为“申请设立独资船务公司，按以下程序办理：（一）申请者依据《中华人民共和国外资企业法》等法律、行政法规和规章的规定在具有相应管理职权的商务主管部门办理相关手续；（二）申请者应当依照公司登记的有关规定，向工商行政管理部门办理企业设立登记，领取营业执照，并在具有相应管理职权的交通运输主管部门办理《外商独资船务公司经营许可证》后，方可从事经营性业务。”四、删除第十条。

[阅读原文](#)

13. 市场监管总局：电子商务经营者应依法办理市场主体登记 \ 2018-12-05

近日，国家市场监督管理总局发布《关于做好电子商务经营者登记工作的意见》。《意见》指出，电子商务经营者应依法办理市场主体登记；电子商务经营者申请登记为个体工商户的，允许其将网络经营场所作为经营场所进行登记；以网络经营场所作为经营场所登记的个体工商户，仅可通过互联网开展经营活动，不得擅自改变其住宅房屋用途用于从事线下生产经营活动并应作出相关承诺。《意见》明确，电子商务平台经营者应按规定向市场监督管理部门报送平台内经营者的身份信息，提示未办理市场主体登记的经营者依法办理登记。《意见》还要求，电子商务经营者应在其首页显著位置，持续公示营业执照信息、属于依照《电子商务法》第十条规定的不需要办理市场主体登记情形等信息，或上述信息的链接标识。

[阅读原文](#)

14. 多部委将对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒 \ 2018-12-05

近日，国家发展和改革委员会等多部委下发《关于对政府采购领域严重违法失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》。根据《备忘录》，联合惩戒对象主要指在政府采购领域经营活动中违反《政府采购法》，以及其他法律、法规、规章和规范性文件，违背诚实信用原则，经政府采购监督管理部门依法认定的存在严重违法失信行为的政府采购当事人。《备忘录》指出，对失信责任主体采取一种或多种惩戒措施，涵盖依法限制获取财政补助补贴性资金和社会保障资金支持、依法限制参与政府投资工程建设项目招标投标活动、依法限制取得政府供应土地等三十四项。《备忘录》还明确，有关单位根据各自的法定职责，按照法律法规和相关规定实施惩戒或解除惩戒。

[阅读原文](#)

15. 十一部门部署“僵尸企业”及去产能企业债务处置工作 \ 2018-12-05

日前，国家发展和改革委员会等十一部门发出《关于进一步做好“僵尸企业”及去产能企业债务处置工作的通知》。《通知》规定，处置范围包括“僵尸企业”和去产能企业的直接债务、统借债务、担保债务；处置方式包含分类处置“僵尸企业”和去产能企业的直接债务，清分“僵尸企业”和去产能企业统借债务并纳入直接债务处置，自主协商

处置“僵尸企业”和去产能企业的担保债务。关于处置流程与时限，《通知》明确，应在《通知》发布后三个月内确定首批债务处置企业名单。要合理确定后续处置企业名单，原则上应在2020年底前完成全部处置工作。《通知》还对完善政策与制度环境作出安排，提出将支持资产处置盘活存量资产、落实完善金融信贷政策、落实并完善社会保障和财税政策等。

[阅读原文](#)



法规解读

中国人民银行有关负责人就《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》答记者问

2018年11月27日，经党中央、国务院同意，《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》（以下简称《指导意见》）正式发布。日前，中国人民银行有关负责人就《指导意见》相关问题回答了记者提问。

一、制定出台《指导意见》的背景是什么？

2008年国际金融危机表明，系统重要性金融机构因规模较大、结构和业务复杂、与其他金融机构关联性强，在金融体系中居于重要地位，如果发生重大风险，将对金融体系和实体经济产生重大不利影响，甚至可能引发系统性风险。因此，危机后有关国际组织和主要经济体已就系统重要性金融机构监管建立了相关制度安排，如金融稳定理事会（FSB）发布《降低系统重要性金融机构道德风险》《系统重要性金融机构监管的强度和有效性》《金融机构有效处置机制核心要素》等一系列文件。巴塞尔银行监管委员会（BCBS）和国际保险监督官协会（IAIS）按照FSB要求，分别发布了全球系统重要性银行和保险机构的评估方法与损失吸收能力要求，开展全球系统重要性银行和保险机构评估工作。美国、欧盟、英国等主要经济体也专门针对系统重要性金融机构监管建立了相应制度安排。

从我国情况看，经过近年来的快速发展，部分规模较大、复杂度较高的金融机构因与其他金融机构关联度高而居于金融体系核心，对我国金融体系整体稳健性以及服务实体经济的能力具有重要影响。为此，迫切需要明确政策导向，对系统重要性金融机构的识别、监管和处置作出制度性安排，补齐监管短板，有效维护金融体系稳健运行。按照党中央、国务院决策部署和中央全面深化改革工作安排，人民银行会同相关部门，充分借鉴国际经验，立足我国金融行业发展和监管实践，制定了《指导意见》。

二、《指导意见》从哪些方面完善了系统重要性金融机构监管制度？

《指导意见》全面贯彻党的十九大精神，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，按照党中央、国务院决策部署，明确系统重要性金融机构监管的政策导

向，健全宏观审慎制度框架。《指导意见》主要涵盖三个环节：一是科学评估，合理认定对金融体系稳健性具有系统性影响的金融机构。二是加强监管，降低系统重要性金融机构发生重大风险的可能性。三是建立特别处置机制，确保系统重要性金融机构发生重大风险时，能够得到安全、快速、有效处置，保障其关键业务和服务不中断。

三、《指导意见》适用的范围是什么？

《指导意见》主要规范系统重要性银行业、证券业、保险业机构，以及国务院金融稳定发展委员会（以下简称金融委）认定的其他具有系统重要性、从事金融业务的机构。其中，“银行业机构”指依法设立的商业银行、开发性银行和政策性银行；“证券业机构”指依法设立的从事证券、期货、基金业务的法人机构；“保险业机构”指依法设立的从事保险业务的法人机构。

此外，《指导意见》还注意与其他规定相互衔接，在“实施”部分指出“金融控股公司适用国家有关金融控股公司监管的规定，但经金融委认定具有系统重要性的金融控股公司，同时适用本意见”。

四、相关部门在完善系统重要性金融机构监管方面如何分工协作？

《指导意见》指出，系统重要性金融机构由金融委在人民银行和银保监会、证监会工作的基础上确定。人民银行负责系统重要性金融机构基本规则制定、监测分析、并表监管，视情责成有关监管部门采取相应监管措施，并在必要时经国务院批准对金融机构进行检查监督。银保监会、证监会负责系统重要性金融机构评估的数据收集、得分计算和名单报送，依法实施微观审慎监管。人民银行会同银保监会、证监会及财政部等其他相关单位建立系统重要性金融机构特别处置机制。金融委成员单位之间要切实加强关于系统重要性金融机构的信息共享和监管合作。

相关部门应按照《指导意见》规定的分工，切实履行对系统重要性金融机构的监督管理责任。因相关部门未履行监督管理责任、或履行监督管理责任不到位而造成重大金融风险，金融委办公室按程序牵头启动监管问责。

五、系统重要性金融机构评估与识别的流程和方法是怎样的？

《指导意见》规定，人民银行会同银保监会、证监会划定参评机构范围，确定评估指标。其中，对参评机构范围规定了资产占比和机构数量两套可选标准；一级评估指标包括机构规模、关联度、复杂性、可替代性、资产变现等。在评估过程中，银保监会、证监会负责制作数据模板，进

行数据收集，计算参评机构系统重要性得分，向金融委办公室报送系统重要性金融机构初始名单。人民银行、银保监会、证监会可根据其他定量或定性辅助信息，提出将系统重要性得分低于阈值的金融机构加入系统重要性金融机构名单的监管判断建议，与初始名单一并提交金融委办公室。系统重要性金融机构名单经金融委确定后，由人民银行和相关监管部门联合发布。金融委每三年对上述评估流程和方法进行审议并进行必要调整与完善。

六、《指导意见》对系统重要性金融机构提出了哪些特别监管要求？

《指导意见》指出，人民银行会同银保监会、证监会针对系统重要性金融机构提出附加资本要求和杠杆率要求，报金融委审议通过后施行。其中，附加资本采用连续法计算，使得系统重要性金融机构的附加资本要求与其自身的系统重要性程度相适应。根据行业发展特点，人民银行还可会同相关部门视情对高得分组别系统重要性金融机构提出流动性、大额风险暴露等其他附加监管要求。此外，《指导意见》着力完善系统重要性金融机构公司治理，从风险管理和信息系统等方面加强监管，以促其形成合理承担风险、避免盲目扩张的理性企业文化。

七、相关部门如何对系统重要性金融机构进行审慎监管？

银保监会、证监会依法对系统重要性金融机构实施日常微观审慎监管。财政部按规定对开发性银行、政策性银行及其开发性、政策性业务进行监管。人民银行、银保监会、证监会定期对系统重要性金融机构开展风险评估和压力测试，并根据压力测试结果视情对其提出额外的监管要求或采取相应监管措施。人民银行基于对系统重要性金融机构的风险判断，可建议相关监管部门采取相应监管措施。系统重要性金融机构存在违反审慎经营规则或威胁金融稳定的，人民银行可向该机构直接作出风险提示。必要时，人民银行商有关部门按照法定程序对系统重要性金融机构的业务结构、经营策略和组织架构提出调整建议，并推进有效实施，以降低其引发系统性风险的可能性。

八、《指导意见》要求系统重要性金融机构建立特别处置机制的主要考虑是什么？

建立系统重要性金融机构的特别处置机制，确保系统重要性金融机构经营失败时，能够得到安全、快速、有效处置，保障关键业务和服务不中断，是妥善解决“大而不能倒”问题的关键。

《指导意见》要求人民银行牵头银保监会、证监会及财政部等其他相关单位组

建危机管理小组，负责建立系统重要性金融机构的特别处置机制，推动制定恢复和处置计划，开展可处置性评估。系统重要性金融机构发生重大风险，经批准，由人民银行会同相关部门成立风险处置工作小组，进行应对和处置。同时，《指导意见》还明确了问题机构处置原则和处置资金使用顺序，以确保处置过程中明晰处置责任，既要守住底线，防范系统性风险，又要依法合规，防范道德风险。

九、《指导意见》的出台将会对我国金融业发展和金融市场运行构成什么影响？

在《指导意见》制定过程中，人民银行会同相关部门对《指导意见》政策影响进行了审慎评估。总体而言，《指导意见》的出台是加强宏观审慎管理的内在要求，符合金融监管体制改革的总体方向，有助于填补监管空白，防范系统性金融风险。

《指导意见》对系统重要性金融机构评估方法进行了合理界定，影响的金融机构数量较为有限。虽然系统重要性金融机构应当满足更为严格的资本、杠杆率等监管要

求，因此可能会面临更高的合规成本，但从这些机构在金融体系所处地位来看，理应受到与其系统重要性程度相一致的监管。同时，人民银行会同相关部门在制定实施细则时将考虑我国金融机构实际情况，设置合理的监管要求与过渡期安排，避免短期内对金融机构造成冲击。长远看，《指导意见》有助于督促系统重要性金融机构形成合理承担风险、避免盲目扩张的理性企业文化，有利于金融业健康发展和金融市场平稳运行。

十、《指导意见》具体如何实施？

《指导意见》属于一个宏观政策框架，更多的监管要求和操作细节将在未来的实施细则中加以明确。《指导意见》发布后，人民银行将会同相关部门，抓紧启动实施细则的制定工作，逐步出台银行业、证券业、保险业系统重要性金融机构的评估方法和附加监管要求。

来源：中国人民银行

热点信息

1. 【习近平结束出访回到北京】12月6日，在结束对西班牙、阿根廷、巴拿马、葡萄牙国事访问并出席二十国集团领导人第十三次峰会后，中国国家主席习近平回到北京。（环球网）

2. 【“我的父亲接近完美”小布什在葬礼上含泪与父告别】老布什于当地时间11月30日晚在休斯敦逝世，享年94岁，12月5日其葬礼在华盛顿国家大教堂举行。小布什在父亲的葬礼上含泪致悼词，称他的父亲“接近完美”，并表示父亲教会他如何做一名领导者。“父亲是一位有勇气的总统，深爱这个国家和人民。”（环球网）



3. 【2019年放假安排公布！】据中国政府网 ①元旦：2018年12月30日至2019年1月1日放假调休，共3天。2018年12月29日（星期六）上班。②春节：2月4日至10日放假调休，共7天。2月2日（星期六）、2月3日（星期日）上班。③清明节：4月5日放假，与周末连休。④劳动节：5月1日放假。⑤端午节：6月7日放假，与周末连休。⑥中秋节：9月13日放假，与周末连休。⑦国庆节：10月1日至7日放假调休，共7天。9月29日（星期日）、10月12日（星期六）上班。（央视新闻）
4. 【“6·28”浦北路杀害小学生案一审开庭：被告人具有限定刑事责任能力】今年6月28日，黄一川因工作不顺等原因，为泄私愤，在上海市浦北路世界外国语小学附近砍杀学生，致2名未成年人死亡。12月6日，上海市第一中级人民法院一审公开开庭审理此案。经鉴定，被告人黄一川患有精神分裂症，具有限定刑事责任能力。公诉机关认为，黄一川构成故意杀人罪，其犯罪时具有限定刑事责任能力，依法应予从严惩处。当日，法庭宣布休庭，择期宣判。（新华社）
5. 【法国将宣布暂停上调燃油税】法新社援引法国政府消息人士称，总理菲利普将宣布暂停上调燃油税。11月17日，法国约28万人参加游行示威，抗议政府将于2019年继续提高柴油和汽油价格，抗议者多穿黄马甲，被媒体称为“黄马甲”抗议。连日来，示威者四处打砸纵火，在凯旋门上涂鸦标语，象征法兰西共和国的玛丽安娜雕塑遭砸烂。（新华社）

6. 【税收增幅“前高后低” 减税效果逐步显现】税务总局数据显示，前11个月，全国税务部门组织税收收入（扣除出口退税）比上年同期增长9.5%，其中，前4个月增长16.8%，5-11月增幅回落到4.7%，比前4个月低12.1个百分点。此外，1-11月，全国办理出口退税13505亿元，同比增长9.9%，明显高于同期出口



增长水平。（财经网）

7. 【永辉超市拟 35 亿元购入万达商管 1.5%股权】2018 年 12 月 5 日，中国线下零售龙头企业——永辉超市股份有限公司（601933.SH，下称“永辉超市”）准备花费 35 亿元巨资，购入中国最大的商业物业公司大连万达商业管理集团股份有限公司（下称“万达商管”）1.5%股份。零售业巨头持有商业物业公司的股权，这样的投资行为在中国比较罕见，永辉超市的官方声明称是为了战略拓展优质物业，不过这项收购仍然需要经过股东大会的批准。（经济参考报）
 8. 【失业潮来了？NO！人社部：登记失业率降至近年低位】人社部副部长张义珍 5 日透露，今年 1-10 月新增就业累计达到 1200 万人。10 月份全国城镇调查失业率为 4.9%，同比持平。三季度末，全国城镇登记失业率为 3.82%，降至近年来低位。三季度人力资源市场的求人倍率保持在 1.25，环比和同比均有所上升，说明招聘岗位数量依然大于求职人数。（中国新闻网）
 9. 【全球房价指数发布！北上广涨幅跌出前 50】6 日，胡润研究院发布 2018 年上半年全球房价指数，涨幅居前的 50 个城市中有 11 个中国城市。西安成为唯一一个进入全球房价涨幅前十的中国大陆城市，涨幅 11.8%。香港、徐州、重庆和洛阳涨幅位列全球前 20。一线城市中，北京、上海和广州均跌出前 50 名。此外，美国城市房价涨幅居世界第一。（中国新闻网）
 10. 【华为回应孟晚舟被捕：不知其有任何不当行为 相信法律给出公正结论】华为称，近期，我们公司 CFO 孟晚舟女士在加拿大转机时，被加拿大当局代表美国政府暂时扣留，美国正在寻求对孟晚舟女士的引渡，面临纽约东区未指明的指控。关于具体指控提供给华为的信息非常少，华为并不知晓孟女士有任何不当行为。公司相信，加拿大和美国的法律体系会最终会给出公正的结论。华为遵守业务所在国的所有适用法律法规，包括联合国、美国和欧盟适用的出口管制和制裁法律法规。（央视新闻)
- 
11. 【12306 将推出候补购票功能 技术部主任：春运高峰日一天被刷了 1600 亿次】中国铁道科学研究院电子所副总工程师、12306 技术部主任单杏花带领团队针对高峰期海量并发访问、恶意抢票等难题进行了技术攻关。今年春运，12306 将上线候补购票功能，旅客如果遇到车票售完的情况，在 12306 登记后，如有退票、余票，系统将自动为其购票。（新京报）
 12. 【冬奥会“冰坛”项目完成骨架搭建，“冰痕”外观明年夏季成型】建成后将成为我国第一块标准冰壶冰场的冬季运动管理中心综合训练馆，即“冰坛”，于今天上午正式实现主体结构封顶，一个冰壶横剖面的雏形初现于中关村南大街上。施工方中建二局三公司透露，明年夏季，幕墙打造的“冰痕”外观就可成型，场馆整体将于 2019 年年底完工并交付使用。。（北京晚报）

13. 【最严知识产权保护政策出台：数十部门联合惩戒 影响发债、授信、土地使用多个环节】今日（12月4日），多个部门联合印发了《关于对知识产权（专利）领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》。《备忘录》中对此有明确的规定，主要包含以下几类行为：一是重复专利侵权行为，比如侵权方再次侵犯同一专利权的；二是不依法执行行为；三是专利代理严重违法行为；四是专利代理人资格证书挂靠行为；五是非正常申请专利行为；六是提供虚假文件行为。（财新网）
14. 【银行理财子公司管理办法落地：放行 20% “自投” 对标公募发起式基金】在多家银行相继发起设立理财子公司后，有关银行理财子公司的监管框架终于落地。12月2日，银保监会发布了完成修订的《商业银行理财子公司管理办法》（下称《办法》），《办法》较此前的征求意见稿（下称《意见稿》）基本一致，不过仍然进行了多处修订。。（证券时报网）
15. 【租客共同起诉自如案开庭 租客：不在乎赔多少，要形成甲醛房判例】昨天，北京租客共同起诉自如公司案，在北京市东城区人民法院开庭审理。参与此次集体诉讼的共有 26 名来自北京的自如租客。租客起诉的理由都是租住了刚刚装修完工的自如住房，身体出现不适。由于合同主体不同，26 名租客被拆分成 26 个案件进行审理。有租客表示说，这次起诉自如，“至少要判断他属于欺诈的行为吧，也是一种侵权，形成判例，至于是三倍还是一倍赔偿，这个我们不是很在乎。”（财经网）



法律观察

之 “职业放贷人” 的认定标准

2017年12月22日，最高人民法院以（2017）最高法民终647号民事判决书认定：出借人通过向社会不特定对象提供资金以赚取高额利息，出借行为具有反复性、经常性，借款目的也具有营业性，未经批准，擅自从事经常性的贷款业务，属于从事非法金融业务活动，所签订之民间借贷合同因违反强制性规定而无效。因此，未经批准，擅自从事经常性放贷业务的“职业放贷人”，其借贷关系法院不予保护。

2018年4月16日，中国银保监会等四部门联合发文《关于规范民间借贷行为、维护经济金融秩序有关事项的通知》（银保监发[2018]10号），该通知明确：一是未经有权机关依法批准，任何单位和个人不得设立从事或者主要从事发放贷款业务的机构或以发放贷款为日常业务活动；二是民间借贷中，出借人的资金必须是其合法收入的自有资金，禁止吸收或变相吸收他人资金用于借贷；三是民间借贷发生纠纷，应当按照《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》（法释〔2015〕18号）处理。

紧接着，2018年8月1日，最高人民法院下发了《关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》（法〔2018〕215号），通知要求各级法院在依法妥善审理民间借贷案件时一要加强借贷事实和证据的审查力度；二要严格区分民间借贷行为与诈骗等犯罪行为；三要依法严守法定利率红线；四要建立民间借贷纠纷防范和解决机制。

一、什么是“职业放贷人”

根据浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅、浙江省司法厅、

国家税务总局浙江省税务局、浙江省地方金融监督管理局印发《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》的通知（浙高法

〔2018〕192号），“职业放贷人”，一般应当符合以下条件：

1. 以连续三年收结案数为标准，同一或关联原告在同一基层法院民事诉讼中涉及20件以上民间借贷案件（含诉前调解，以下各项同），或者在同一中级法院及辖区各基层法院民事诉讼中涉及30件以上民间借贷案件的；

2. 在同一年度内，同一或关联原告在同一基层法院民事诉讼中涉及10件以上民间借贷案件，或者在同一中级法院及辖区各基层法院民事诉讼中涉及15件以上民间借贷案件的；

3. 在同一年度内，同一或关联原告在同一中级法院及辖区各基层法院涉及民间借贷案件5件以上且累计金额达100万元以上，或者涉及民间借贷案件3件以上且累计金额达1000万元以上的；

4. 符合下列条件两项以上，案件数达到第1、2项规定一半以上的，也可认定为职业放贷人：

(1) 借条为统一格式的；

(2) 被告抗辩原告并非实际出借人或者原告要求将本金、利息支付给第三人的；

(3) 借款本金诉称以现金方式交付又无其他证据佐证的；

(4) 交付本金时预扣借款利息或者被告实际支付的利息明显高于约定的利息的；

(5) 原告本人无正当理由拒不到庭应诉或到庭应诉时对案件事实进行虚假陈述的。

二、被认定为职业放贷人有什么特别的“待遇”

根据相关地方的文件，大概为：

1. 将被法院录入“职业放贷人名录”，今后信息会被公安、检察、税务、司法行政、金融监管等部门共享；

2. 如果出借人疑似“职业放贷人”，在立案阶段，法院会从严审查，立案庭则要求原告签订诚信保证书、制作立案询问笔录，同时要求原告提供被告详细联系方式；对原告在立案环节申请撤诉的，明确要求原告说明具体理由，并留存复印件等证据材料备查，防止滥诉。就案件而言，法院应先行调解，并尽量促使双方当事人见面，查清债权债务真实情况。

3. 在审理阶段，法院会依职权主动调查，而不仅仅适用“谁主张谁举证”的证据规则，法院会对借贷双方的关系、借贷发生的原因、时间、地点、款项合法来源、交付方式、利息款项流向等事实和证据加大审查力度，并进行综合判断。发现虚假诉讼、高利转贷、非法吸收公众存款、集资诈骗等违法犯罪线索和犯罪事实的，法院将移送公安机关处理。

具有下列情形之一的，司法部门将重点打击：

(1) 利用非法吸收公众存款、变相吸收公众存款等取得的资金发放贷款的；

(2) 以故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等非法手段强索债务的；

(3) 以欺骗手段取得金融机构信贷资金，再高利转贷他人的；

(4) 面向在校学生非法发放贷款，发放无指定用途贷款，或以提供服务、销售商品为名，实际收取高额利息或费用变相发放贷款的；

(5) 银行业金融机构从业人员作为主要成员或实际控制人，开展有组织的民间借贷的。

4. 被法院认定为职业放贷行为的，借款合同因违反强制性规定而无效，本金可以依法返还，利息部分，最高人民法院在

(2017) 最高法民终 647 号民事判决书中按以下两种方式进行处理：

(1) 对已经履行的部分，酌定按中国人民银行同期中长期 5 年期以上贷款利率的两倍计算；

(2) 对未履行的部分，按中国人民银行同期同类贷款利率计算。

5. 对涉及职业放贷人名录人员为申请执行人的执行案件，在执行阶段，人民法院对被执行人慎用拘留、罚款、布控、追究拒不执行判决、裁定刑事责任等措施；对于本金与利息已经执行到位的，人民法院执行部门将向税务部门通报，由税务部门依法征税。

来源：天达共和法律观察

作者：张天武 徐德仁

律師 名片



张天武

天达共和合伙人

上海办公室

邮箱: zhangtianwu@east-concord.com

电话: +8621 5191 7900

张天武律师从事律师工作近三十年，先后在武汉、上海两地为大型外资企业、上市公司提供全方位的法律服务，曾被评为武汉市十佳律师。他的业务领域涉及货物买卖、公司股权转让、收购、外商大型商业超市、房地产、知识产权等，著作权法颁布之初，就参与代理《洪湖赤卫队著作权》文学剧本纠纷案，在当时引起轰动。集数十年丰富的公司法律顾问、诉讼、仲裁、合同起草、商业谈判的经验，张天武律师擅长为客户解决大型、复杂的法律事务，能根据法律事务的不同情况，提出恰当的、符合中国的司法实践、符合客户最大利益的法律服务方案。

律師 名片



徐德仁

天达共和律师

上海办公室

邮箱: xuderen@east-concord.com

电话: +8621 5191 7900

徐德仁律师曾参与多项外商投资和海外投资项目。典型项目包括：某知名外商投资航运公司设立公司、日常法律咨询等事项；美上市公司境内子公司的不动产租赁项目；欧洲某知名供热公司的境内公司治理架构、日常法律服务等事项；某支付行业国企对外投资收购海外上市公司项目，均取得了良好的反响。此外，徐律师的服务领域还涉及劳动、租赁、零售商业等领域。

实务聚焦

之 中标通知书发出后未签订书面合同的责任

《中华人民共和国招标投标法》（2017）

第 46 条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。”

实践中，存在招标人发出中标通知书但双方最终未能签订施工合同的情况，并由此引起索赔。而确定索赔范围及责任承担方式，必须厘清中标通知书发出后施工合同的法律状态。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解（二）》（征求意见稿）第一条也对此作出回应，并提出两种意见：

“招标人向中标人发出中标通知书后，一方未依照《招标投标法》第四十六条第一款的规定履行订立书面合同义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”

另一种意见：招投标文件与中标通知书已具备建设工程施工合同主要内容，且不得作实质性变更，即使未订立书面合同，本约亦成立。”

笔者赞同第一种意见，预约合同符合法理及现行法律规定。

一、关于对中标通知书发出后建设工程施工合同法律状态的四种观点

对中标通知书发出后建设工程施工合同的法律状态，理论和实务界主要有四种观点（参见袁华之：《建设工程索赔与反索赔》，法律出版社，2016年，第222页-第223页）：（1）合同尚未成立；（2）合同成立但未生效；（3）合同成立并生效；（4）预约合同成立并生效。下文将分别对这四种观点进行评析。

（一）合同尚未成立

该观点的法律依据为《招标投标法》第46条和《中华人民共和国合同法》（1999）第32条。根据《招标投标法》第46条规定，招标人和投标人应当在中标通知书发出三十日内签订书面合同。而《合同法》32条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”笔者认为这一结论具有一定合理性，但不认同仅凭《合同法》第32条和《招标投标法》第46条作为依

据的推理过程。该观点仅考虑了合同最终的成立状态这一事实，忽略了合同的订立过程。根据《招标投标法》规定，建设工程施工合同的最终“订立”，要经过招标、投标、评标、确定中标人、发出中标通知书、订立书面合同这几个步骤。对于与发出中标通知书这一里程碑性质的事件，该观点未作出任何回应，未给予任何法律地位。而且，根据《招标投标法》第45条规定：“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。”显然，从合同未成立这一观点中无法看出中标通知书具有何种法律效力。

（二）合同成立但未生效

国家发改委法规司等部门在《中华人民共和国招标投标法实施条例释义》在对条例第57条进行解释时，对该观点进行了详细阐述，认为订立书面合同为合同生效的特别要件，法律依据为《招标投标法》第46条和《合同法》第44条。《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”该观点的推理过程是：（1）发出中标通知书是招标人对中标人作出的承诺，根据《合同法》第44条第1款，合同应该成立并生效。（2）但《招标投标法》第46条的规定，招投标双方应当订立书面合同。（3）《招标投标法》第46条规定的“订立书面合同”是《合同法》第44条第2款规定的“等手续”。因此，只有订立书

面合同之后，合同才生效。

笔者认为上述观点混淆了合同的成立要件与生效要件，混淆了“要式合同”和“经批准登记生效合同”。理由是：

1.建设工程施工合同作为要式合同，签订书面合同是这一形式是合同的成立要件。韩世远教授认为，《合同法》第36条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”这是对合同书面形式法律效果的例外规定，对此作反面解释，即可认为如果应当采用而没有采用书面形式，合同原则上不成立（参见韩世远：《合同法总论》第三版，法律出版社，2011，第61页）。

2.《合同法》第44条将批准登记等手续作为合同生效要件，是考虑到法律、行政法规将要式合同形式作为合同生效要件。但是，《招标投标法》第46条的表述为“应当……订立书面合同。”而《中华人民共和国担保法》（1995）第41条的表述为“……自登记之日起生效。”即使现在《担保法》第41条已被《物权法》（2007）第187条修正，但从条文表述仍可以看出，《招标投标法》第46条不足以作为签订书面合同是建设工程施工合同生效要件的准据。

(三) 合同成立并生效

该观点的法律依据为《合同法》第 11 条。《合同法》第 11 条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”理由是：(1) 作为要约的投标文件、承诺的中标通知书显然符合《合同法》关于书面形式的要求(参见袁华之：《建设工程索赔与反索赔》，法律出版社，2016 年，第 223 页)。(2) 从合同内容来看，招标文件、投标文件和中标通知书已经详尽地包含了合同所有内容条款(参见何红锋，赵奇：《中标通知书发出后书面合同未订立的法律责任》，载《招标采购管理》，2017 年第 6 期)。(3) 《招标投标法》第 46 条所规定的签订书面合同，仅是从行政管理角度提出的要求，是为了建设行政主管部门便于对招投标活动以及建设工程施工活动进行有效管理而做的制度安排，即使不另行签订书面合同也不影响合同的成立(参见陈鑫范：《中标通知书的性质及悔标的法律责任》，http://blog.sina.com.cn/s/blog_13d1f4ffa0102x678.html)。(4) 预约合同的根本特性在于其明确约定将来成立一定的合同，中标通知书发出后，双方已经形成的合意，不具备预约合同的特征(参见施汉博：《施工合同中标通知书的效力分析》，载《高杉 legal》公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/1sx7goib>

HWNFrRHivtX54w)。

笔者不赞同上述观点，理由是：

1. 《合同法》第 10 条、第 11 条规定于总则部分，都是关于合同形式的一般规定。第 10 条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”可见，《合同法》将合同形式分为书面形式、口头形式和其他形式三种。第 11 条是对第 10 条规定中的书面形式进行的进一步解释。在分则中，《合同法》第 270 条规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”如果以《合同法》总则关于合同形式的一般规定，去解释《合同法》分则中建设工程合同“书面形式”内容和《招标投标法》中的“书面合同”，不符合逻辑。而且，仅靠合同形式的规定去解释合同的成立规则，也缺乏依据。

2. 中标通知书发出后合同(本约)成立即生效会有严重的逻辑问题。发出中标通知书后 30 日内签订书面合同的行为该如何评价？合同成立的时间究竟是中标通知书发出时还是签订书面合同时？一个合同可以成立两次吗？

(四) 预约合同成立并生效

笔者赞同该观点。该观点从招投标契约订立的过程做全局考虑，将建设工程合同分为预约和本约。朱庆育教授对此曾有

论述：自性质而言，中标通知书当属预约，双方当事人据此具有订立本约之义务，依《招标投标法》第 46 条所订立的契约，才是本约，因为中标通知书发出之后，双方当事人的义务只是订立书面契约，而不是履行本约（参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2016 年，第 152 页）。就此观点，下文将作详细阐述。

二、“要式”对建设工程施工合同（本约）的成立的外在强制

（一）要式合同的成立规则

司法实践中，常有裁判观点认为：中标通知为承诺，并包含了建设工程施工合同的基本要素，应认定合同成立（如无锡市世达建设有限公司与无锡市百田建筑设计咨询有限责任公司建设工程施工合同纠纷案（2013 苏民申字第 604 号）；江苏华强房地产开发有限公司与南通四建集团有限公司建设工程施工合同纠纷案（2013 苏民终字第 0010 号））。但是，要约承诺并不是合同成立的唯一规则，还包括要约承诺方式订立合同的变化形式，如交叉要约、意思实现；要约承诺模式以外的合同订立模式，如书面订立、拍卖模式。这些规则不能完全套用要约承诺模式（参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社，2016 年，第 54 页）。

法律行为以其是否需要具备特定形

式，可区分为要式行为与不要式行为，书面订立属于要式合同。所谓要式合同是指必须依据法律规定的形式或当事人要求的形式而成立的合同（参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2011 年，第 60 页）。《合同法》第 270 条规定：“建设工程合同应当采用书面形式”。作为要式合同，无论是否经过招投标，建设工程合同的成立都应在要式合同成立的规则下进行探讨。

（二）对建设工程施工合同成立的法定形式作限缩解释

建设工程施工合同作为要式合同，投标文件、中标通知书是否属于作为合同成立的法定要式的“书面形式”？笔者认为，招投标程序订立的建设工程施工合同（本约）成立的法定形式，是《招标投标法》第 46 条规定的“按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同”。理由是：

1. 招投标形式订立的合同的场合，对《合同法》270 条规定的“书面形式”应作限缩解释，仅包括《招标投标法》第 46 条规定的“书面合同”。建设工程项目包括招投标项目和直接发包项目，《招标投标法》将建设工程项目分为必须招标项目和可以招标项目。对可以招投标的项目，当事人可以选择直接发包或者进行招投标。而《合同法》第十六章（《建设工程合同》）中，并未区分招投标项目和直接发包项目。《合同法》第 270 条规定的“书

面形式”在招投标项目和直接发包项目中是否为同一概念，不无疑义。笔者认为，不论是必须招标还是可以招标的项目，只要进行招投标，就应当受《招标投标法》的规制。

2.《招标投标法》第46条的“书面合同”是《中华人民共和国民法总则》(2017)第134条规定的“特定形式”。《民法总则》第134条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。”虽然《合同法》第11条对“书面形式”进行了解释，但是并没有规定其他法律或者当事人不能对“有形地表现所载内容的形式”进行单一确定的指示。《合同法》第123条规定：“其他法律对合同另有规定的，依照其规定。”《招标投标法》第46条也可以理解为是对招投标活动中“书面形式”的特殊规定，即订立“书面合同”。

3.对建设工程施工合同（本约）成立外在强制的结果---合同不成立

《合同法》第270条将建设工程合同规定为法定要式合同，《招标投标法》46条规定发出中标通知书后应当签订书面合同，是强行规范通过规定“合同形式”而介入私法领域的切入点。之所以要强行介入，是因为招投标程序和合同履行过程比较长，合同内容比较复杂，往来文件比较多，且招投标过程中不允许招标人与投标

人就实质性内容谈判，招标人和中标人需要通过签订书面合同确认合同内容，补充完善有关合同履行的细节（参见国家发展和改革委员会法规司、国务院法制办公室财金司、监察部执法监察司：《招标投标法实施条例释义》，中国计划出版社2012年版，第143页）。

当然，法定要式不具备时，法律行为是否必然无效，理论也存在争议。也有观点不认可通过《合同法》第36条进行反推的论证。从法定要式的目的来看，金可可教授认为，若法定要式之规定，仅系证据目的，则其不具备时，当不影响法律行为之效力，故其既非成立要件，亦非生效要件。若法定要式之规定，具有警示目的或维持法律关系清晰性与公开性之目的，在要式具备前，自不宜令其发生任何的拘束力（参见金可可：《〈民法总则〉与法律行为成立之一般形式拘束力》，载《中外法学》第29卷，2017年第3期）。从上文分析可以看出，在招投标项目中订立“书面合同”，具有警示目的和维持法律关系清晰、公开性的目的，并非仅具有“证据目的”。

即使根据《合同法》第36条规定履行治愈规则，也必须严格把握是否“履行主要义务”。如果中标人只是提前进场作业，不能属于履行主要义务而认定合同成立的情形。

因此，中标通知书发出后未订立书面

合同，建设工程施工合同（本约）不能成立。

三、“意思表示”对中标通知书预约性质的内在决定

（一）是否具有将来订立合同（“缔约”）的意思表示是预约与本约区分的决定因素

预约是相对于本约概念而言，根据预约而订立的合同就是本约。预约和本约在理论上容易区分，但在实践中不易判断。目前大致有三种裁判思路（参见孙超：《预约和本约的关系探讨》，载《人民司法（案例）》，2017年26期）：一是内容决定观点，认为如果涉案合同中已包含有本约的主要内容或必要条款，应认定为本约或视为本约。二是意思决定观点，认为应当充分尊重当事人的意思表示，如果当事人存在明确的将来订立本约的意思，如明确约定相关事项需要继续磋商或需要将来签订新的合同等相关条款，即使预约的内容与本约已经十分接近，也应认定为预约。三是折中观点，认为应结合合同内容与当事人意思综合判断。司法实践中，以中标通知书具有承诺性质为由认定本约成立的判例，体现了内容决定的观点。裁判思路的区别反映出法官对于尊重意思自治与维护交易安全等价值的权衡。

孙超法官进一步提出“以真意探寻为主、以内容审查为辅”的区分标准。具体

来说，先审查合同中是否包含将来另行签订本约的条款，如果不明确包含这种条款，则应当综合审查合同全部内容及当事人履行情况决定。笔者认同这种观点。虽然通说认为预约与本约不好区分时应优先认定为本约，但是区分预约和本约应通过探求当事人的真意来认定。如果能够确定真意，就不需要再“内容审查为辅”。如孙超法官所述：“当事人尚未打算受到约束时不存在预约；但在当事人已意图受到最终约束时，也不存在预约，决定性的划分标准就是约束意思”。

最高院有两次司法解释涉及预约制度，笔者认为都是采用这种思路。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）第2规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同的违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”从该条款可以看出，确定是否为预约合同，除了“订购书”等合同名称外，“约定在将来一定期限内订立买卖合同”的意思表示才是“预约”成立的决定因素。因此，预约的标的必须是在一定期限内签订本约，履行预约合同的结果就是订立本约（参见最高人民法院民事审判第二庭编：《关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社，2012年，第54页）。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2003〕7号）第5条规定：“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。”虽然该条被认为最高院仅是确立“以本约为原则”的立场，但是从该条款可以看出，认定不存在预约的理由是出卖人收受购房款，这表明双方已经没有受预约合同约束的意思，没有进一步签订本约的计划了，而不仅是因为具备本约的主要内容。

（二）中标通知书仅有对“缔约”进行承诺的意思表示

要明确中标通知书的性质，需要对发出中标通知书甚至是之前的招投标程序所反映的意思表示进行解释。朱庆育教授将意思表示的解释理解为自然语言“翻译”为规范语言、日常语言“翻译”为规范概念的过程。所谓意思表示的解释，乃是理解其规范意义的过程（参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2016年，第214页）。

1.从中标通知书的所载的内容来看，一般会包括要求中标人尽快或者在几日内“签订合同”的表述。这是中标通知书对“缔约”承诺的最直接表示。

2.如果没有上述直接表述，从合同订

立过程来看，发出中标通知书时，招投标双方尚未完成合同订立的程序，不应存在订立本约的意思表示。

合同订立所描述的是缔约各方自接触、洽商直至达成合意的过程，是动态行为与静态协议的统一体（参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2011年，第71页）。合同的成立包含在合同的订立中，是其组成部分。《招标投标法》在很大程度上是一部程序法，规定了建设工程施工合同的订立过程。根据《招标投标法》第45条、第46条规定，发出中标通知书后三十日内要订立书面合同。无论是招标人还是投标人，都是商事主体，从事商事行为，对于法律规定自然应当“明知”。如果对发出中标通知书进行翻译，应当是“发出中标通知书后，事情还没完，30天内还要订立书面合同”。

3.发出中标通知书后本约尚未成立，既符合制定法的立法目的，又属于习惯法范畴。

《招标投标法》第45条、第46条人为将招投标程序分为两个阶段，第一阶段为发出招标公告、递交投标文件、开标、评标、定标及发出中标通知书；第二阶段为招标投标书面合同的签订。中标通知书发出仅表示第一阶段结束，如果此时本约成立并生效，那第二阶段就没有存在的必要，《招标投标法》的相关规定也将失去意义。《合同法》第125条规定：“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。”《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）》（法释〔2009〕5号）第7条规定：“下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时知道或者应当知道的做法；（二）当事人双方经常使用的习惯做法。”在建设工程领域，发出中标通知书后再订立书面合同，毫无疑问属于“交易习惯”。交易习惯作为确定条款“真实意思”的因素，也可以认定中标通知书具有“缔约”的意思表示。

除真意之外，预约合同通常还应具备约束性、确定性、期限性等，这些内容争议不大，本文不再论述。

四、中标通知书发出后不签订书面合同的责任承担

（一）缔约过失责任与预约违约责任的竞合

根据上文论述，中标通知书发出后会同时存在两种合同状态，一是预约合同成立，一是本约未成立。由此必然产生两种并存的责任承担方式，即本约的缔约过失

责任和预约的违约责任。不应以缔约过失责任只能赔偿信赖利益损失，导致双方权利不平衡等为由，否定缔约过失责任的存在，也不能据此推论出合同成立并应承担违约责任的推论。缔约过失责任和预约违约责任应交由投标人或招标人自行选择。

鉴于缔约过失责任的射程较小，本文重点从预约的违约责任承担进行论述。而且，预约制度与缔约过失责任制度有着不同的功能。其中最为重要的是，缔约过失责任中并不存在当事人意思自治的问题，而在预约中，当事人可以通过定金条款、违约金条款或者免责条款等改变自己承担违约责任的范围和程度最后，缔约过失责任原则上仅生《合同法》第42条“损害赔偿”的问题，国内通说倾向于将缔约过失责任下的赔偿限缩为信赖利益的损害赔偿。而违反预约要承担的是违约责任，并不限于损害赔偿（参见陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，载《法学家》，2013年第3期）。

预约的违约责任一般包括继续履行、损害赔偿、违约金责任、定金责任这四种违约责任。对于违约金责任、定金责任法律规定较为明确，当事人也可以通过合同进行约定，本文不再赘述。下文仅就继续履行和损害赔偿进行分析。

（二）预约合同违约责任之继续履行

预约合同的标的是“缔结本约”，违反预约合同后守约方能否要求继续履行，

即强制缔约，存在肯定说和否定说。就此问题，在学术界和实务界中争议很大。学术界的主流观点认为应当强制缔约，包括王利明教授、崔建远教授、韩世远教授都持肯定说。我国台湾地区学者史尚宽先生、王泽鉴先生也持肯定说。史尚宽先生认为：因预约所生之债权，与普通之债权有同一效力。即预约义务人如不订立本约，预约权利人得请求其履行或依强制执行以判决代其意思表示。请求此判决之诉、请求本契约上债务履行之诉得合并提起之（参见史尚宽：《债法总论》，中国政府大学出版社，2000年，第13页）。但这种观点在实务界几乎遭到一致反对。《买卖合同司法解释》起草小组在此问题的论证过程中也“始终处于犹豫状态”，并在最终公布的司法解释中删掉“强制订立本约”的规定。但是起草小组并未否定强制订立本约，只是“留给学术界进一步深入研究，留待审判实践去进一步检验”（参见最高人民法院民事审判第二庭编：《关于买卖合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社，2012年，第51页-52页）。

继续履行是否可以作为预约合同的违约责任承担方式，肯定说和否定说都有一定道理，本文也无法给出明确回答。但是，对于建设工程施工合同的预约，笔者认为不宜强制缔约。除合同自由原则外，建设工程施工合同本质是加工承揽合同，有较强的人身属性。在合同成立后，定作人真诚地相信承揽人会在合同约定的期限内完

成工作成果并交付，承揽人也对定作人安约给付费持有合理期待。正是基于这种考虑，《合同法》第268条赋予定作人任意解除权。在本约成立之前，若投标人或者中标人连订立本约，即签署书面合同这一义务都拒绝履行，强制缔约可能会带来更多问题。而且，在承认预约合同的独立性的前提下，应当引导守约方依据违约责任主张损害赔偿，而不是继续履行。

（三）预约合同违约责任之损害赔偿

《建设工程合同司法解释二》（征求意见稿）第1条中第一种意见与买卖《买卖合同司法解释》（法释〔2012〕8号）第2条基本一致，都确认可基于预约合同请求承担违约责任，但是对于损害赔偿的范围均未作出明确说明。

1. 信赖利益损害---所受损害与所失利益（机会损失）

预约违约责任与本约缔约过失责任发生竞合，因此预约违约的损失应相当于缔约过失责任范围，即本约的信赖利益损失。目前理论界对于信赖利益的概念及范围存在较大争议，笔者认为，从信赖利益的目的来看，应当包括所受损害与所失利益。受害人之所以请求信赖利益赔偿，就是为了“恢复到合同缔结前无加害行为时所处的状态”。所受损害表现为财产的减少，如为了缔约而支出的各种费用；所失利益包括应当增加的财产没有增加，如由于与合同相对人磋商而丧失了与其他人磋商缔

约的机会（参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社，2016年，第81页）。

对于所受损害，从发包人角度来看，包括因重新招标而增加费用、工程造价差价、因工期拖延导致的损失等。从承包人角度来看，包括投标费用、现场临时设施费用、项目场地平整工程费用、开工前人工费用、备料费用、因合同解除而向第三人支付的违约金损失等。就该部分损失是否应当承担，实践中并无争议。只是，法院会根据双方过错程度酌定承担比例。

对于所失利益，另行订约的机会损失。这里要明确说明的是，与商品房买卖合同不同，建设工程施工合同一般不会存在机会损失。在商品房预售合同纠纷中，法院一般会判决出卖人赔偿部分房价上涨的差价，以此作为机会损失的补偿。这也是从生存权、人权的角度考虑，房产对于一般民众来说意义重大，若错过一次购房机会，确实要承受房价上涨的额外负担。但是，招标人、投标人作为商事主体，一般不会因为某次招投标而停止或者拒绝其他项目的招投标。因此，即使存在机会损失，也与违约方拒签合同的行为没有因果关系。

2. 履行利益损害

在德国法上，信赖损害的赔偿以履行利益为最高限额（参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2011年，第622页），但我国法律没有明确规定。这也是实务中颇具争议的问题，各地法院的裁判

标准也不尽统一。笔者认同《买卖合同司法解释》起草小组的意见，在违约责任方面，预约合同与本约合同最大的区别之一在于，预约合同违约没有可得利益损失，本约合同违约可能存在可得利益损失。预约与本约存在本质区别，预约合同的标的只是“订立本约”，并不是履行本约。如果违反预约可以主张履行利益，那预约与本约有何区别呢？《招标投标法》要求30天内订立合同，是不是给予招投标双方一次“后悔”的机会呢？

五、结语

招投标双方完全可以就违约责任的承担方式和范围作出约定，但现实却是，投标人要缴纳投标保证金，招标人不需要缴纳保证金，也不会与招标人约定不签书面合同要承担怎样的赔偿责任。

这可能存在不公平，但这是正常的经济交往规则和商业逻辑，不能靠突破民法理论来回复所谓“公平”。不能因为不诚信方承担的责任过小，就改变合同成立规则、违约责任承担的规则。发现了现实生活中的问题特别是其中的民事法律问题后，其解决仍需回归到民法适用及规范解释的层面（参见韩世远：《裁判规范、解释论与实证方法》，载《法学研究》2012年01期）。

来源：高杉 LEGAL

作者：刘畅

成功，始于助人成功

后记



Don't forget, a person's greatest emotional need is to feel appreciated.

莫忘记，人类情感上最大的需要是感恩。

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