



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners

2018/第 7 期  
(总第 320 期)

## 每周法规与热点信息速递

**北京总所：**北京市朝阳区东三环北路 8 号亮马河大厦写字楼 1 座 18、20 层，2 座 19 层

邮编：100004 总机：010-6590 6639 传真：010-65107030

**上海分所：**上海市虹口区东大名路 501 号上海白玉兰广场 11 层

邮编：200080 总机：021-51917900 传真：021-51917909

**深圳分所：**深圳市福田区福华三路国际商会中心 2205 室

邮编：518048 总机：0755-2633 8900 传真：0755-2633 8939

**武汉分所：**武汉市武昌区汉街万达总部国际 A 座 3202-3206 室

邮编：430070 总机：027-8730 6528 传真：027-8730 6527

**杭州分所：**杭州市钱江新城剧院路 358-396 号宏程国际大厦 29 楼

邮编：310020 总机：0571-8501 7000 传真：0571-8501 7085



请使用微信扫描二维码  
关注“天达共和法律观察”

Welcome to click: [www.east-concord.com](http://www.east-concord.com)

## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

春回大地，万象更新，值此新春佳节之即，法规速递编辑部全体编辑谨代表北京天达共和律师事务所，向关注、关怀、支持本刊发展的各位客户、各位同事、各界朋友致以崇高的敬意和新春的祝福！

戊戌狗年，我们秉承精品化的一贯原则，根据各位客户、同事的建议，对《每周法规与热点信息速递》的版式、内容进行了适度调整。我们坚信，精品化将是本刊始终如一的特征，也是生存发展的必然路径。希望各位客户、各位同事能一如既往地对本刊予以支持及指正。

近期，银监会就《银行业金融机构从业人员行为管理指引》征求意见，中国保监会印发《反保险欺诈指引》，国家发改委、财政部发布 194 号文要求增强企业债券服务实体经济能力、严防地方债务风险，上交所明确上市公司大股东通过大宗交易减持股份事项，最高法发布“执行和解”等三个司法解释，更多法规详见本周速递。

日前，最高人民法院召开新闻发布会，就此前发布的关于“执行和解、执行担保和仲裁裁决执行”三个司法解释之出台背景、适用方式等热点问题进行阐述，具体请见本期法规解读栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来本所王建瑞、于瑶律师《通过司法裁判取得采矿权后办理变更登记的实务解析》，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《产业基金出资设立母基金合伙协议重点条款分析》，敬请阅读并指教。

## 目 录

### 法规速递

#### ➤ 金融领域

1. 银监会就《银行业金融机构从业人员行为管理指引》征求意见\2018-2-12
2. 两部门：严禁保险机构变相开展内保外贷业务\2018-2-13
3. 中国保监会印发《反保险欺诈指引》\2018-2-24
4. 保监会修改外资保险公司管理条例实施细则等四部规章\2018-2-24

#### ➤ 证券领域

1. 两部门：增强企业债券服务实体经济能力 严防地方债务风险\2018-2-13
2. 上交所明确上市公司大股东通过大宗交易减持股份事项\2018-2-22
3. 两交所发文强化债券存续期信用风险管理\2018-2-22
4. 中金所修订发布国债期货相关制度\2018-2-22

#### ➤ 最高法司法解释

1. 最高法发布“执行和解”等三个司法解释\2018-2-23

#### ➤ 涉外投资领域

1. 国家发改委发布《企业境外投资管理办法》配套格式文本\2018-2-12
2. 国家发改委制发 2018 年版境外投资敏感行业目录\2018-2-12

#### ➤ 其他监管领域

1. 海关总署明确保证金台帐“实转”管理转担保相关手续\2018-2-24
2. 国家铁路局修订印发铁路运输企业准入许可实施细则\2018-2-23
3. 公安部对《印章业治安管理条例》公开征求意见\2018-2-22
4. 两部门发布《知识产权认证管理办法》\2018-2-14
5. 信安标委：2018 年将加快数据安全和个人信息保护国标制定\2018-2-13
6. 国税总局明确税收协定执行若干问题\2018-2-13
7. 国务院：同意在上海浦东进一步推进“证照分离”改革试点\2018-2-12

### 法规解读

之 最高人民法院关于“执行和解、执行担保和仲裁裁决执行”三个司法解

释新闻发布会

### 热点信息

### 法律观察

之 通过司法裁判取得采矿权后办理变更登记的实务解析



## 实务聚焦

之 产业基金出资设立母基金合伙协议重点条款分析



## 法规速递

### ➤ 金融领域

#### 1. 银监会就《银行业金融机构从业人员行为管理指引》征求意见\2018-2-12

日前，中国银行业监督管理委员会发布《银行业金融机构从业人员行为管理指引（征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），现向社会征求意见，意见反馈截止于3月10日。《征求意见稿》包括总则、从业人员行为管理的治理架构、从业人员行为管理的制度建设、从业人员行为管理的监管和附则共五章28条。其中，《征求意见稿》要求，银行业金融机构的从业人员行为管理应以风险为本，应制定全行遵守的行为守则和针对各业务条线的行为细则，要求从业人员遵守法律法规、恪守工作纪律，并针对全体员工开展教育培训。同时，应开展从业人员行为的定期评估、建立长期监测和不定期排查机制，发现问题及时处理，在招聘中评估其与业务相关的行为，并将从业人员行为的评估结果作为薪酬和晋升的重要依据。

[阅读原文](#)

#### 2. 两部门：严禁保险机构变相开展内保外贷业务\2018-2-13

近日，中国保险监督管理委员会、国家外汇局联合下发《关于规范保险机构开展内保外贷业务有关事项的通知》（下称《通知》），自发布之日起施行。《通知》主要内容包括：一是明确内保外贷业务开展形式；二是规范反担保主体和担保物形式；三是明确融资比例和融资用途；四是按穿透原则实施监管；五是明确禁止行为。《通知》指出，从严要求保险机构所投资的项目及其底层资产不得违反国家宏观调控政策、产业政策和境外投资政策；要求专款专用，禁止保险机构将内保外贷融入资金用于除特殊目的公司的投资项目以外的业务，或向第三方发放贷款；不得变相开展内保外贷业务，在境外获得信用贷款，禁止进行套利或非法的投机性交易等行为。

[阅读原文](#)

#### 3. 中国保监会印发《反保险欺诈指引》\2018-2-24

近日，保监会印发《反保险欺诈指引》（下称《指引》），自4月1日起施行。《指引》主要明确了保险机构承担欺诈风险管理的主体责任、保监会及其派出机构的职责以及各单位在反欺诈协作配合机制中的职责。根据《指引》，保险欺诈主要包括保险金诈骗类欺诈行为、非法经营保险业务类欺诈行为和保险合同诈骗类欺诈行为等。保险机构应当建立健全欺诈风险制度体系与组织架构，明确董事会及其专门委员会、监事会（监事）、管理层以及相关部门在欺诈风险管理中的作用、职责及报告路径。《指引》提出，保监会及其派出机构应定期对保险机构欺诈风险管理体系的健全性和有效性进行检查和评估，并通过监管评级、风险提示、通报、约谈等方式对保险机构欺诈风险管理进行持续监管。

[阅读原文](#)



#### 4. 保监会修改外资保险公司管理条例实施细则等四部规章\2018-2-24

近日，保监会发布《关于修改〈中华人民共和国外资保险公司管理条例实施细则〉等四部规章的决定》（下称《决定》），自公布之日起施行。《决定》对《外资保险公司管理条例实施细则》、《外国保险机构驻华代表机构管理办法》、《保险公司次级定期债务管理办法》和《保险公司董事、监事和高级管理人员任职资格管理规定》作出修改。《决定》主要对已取消的“设立外资保险公司相关材料公证”、“外国保险机构驻华代表机构设立及重大事项变更相关材料公证”、“出具保险公司发行私募次级债法律意见书”、“保险公司的董事、监事和高级管理人员任职材料中文译本公证”等中介服务事项所涉条文进行调整，并对保险公司申请募集次级债务所需提交的材料作进一步删减。

[阅读原文](#)

### ➤ 证券领域

#### 1. 两部门：增强企业债券服务实体经济能力 严防地方债务风险\2018-2-13

日前，国家发展和改革委员会办公厅、财政部办公厅发出《关于进一步增强企业债券服务实体经济能力严格防范地方债务风险的通知》（下称《通知》）。《通知》明确了企业债券工作的有关事项，要求申报企业应建立健全规范的公司治理结构、管理决策机制和财务管理制度，严禁党政机关公务员未经批准在企业兼职（任职）。申报企业拥有的资产应质量优良、权属清晰，严禁将公立学校等公益性资产及储备土地使用权计入申报企业资产。《通知》规定，纯公益性项目不得作为募投项目申报企业债券，同时，要求规范以政府和社会资本合作（PPP）项目发行债券融资，严格 PPP 模式适用范围，审慎评估政府付费类 PPP 项目、可行性缺口补助 PPP 项目发债风险，严禁采用 PPP 模式违法违规或变相举债融资。

[阅读原文](#)

#### 2. 上交所明确上市公司大股东通过大宗交易减持股份事项\2018-2-22

日前，上海证券交易所下发《关于进一步明确上市公司大股东通过大宗交易减持股份相关事项的通知》（下称《通知》），自发布之日起实施。《通知》对“特定股份以外股份的大宗交易减持认定”、“特定股份以外股份大宗交易中相关方的责任”等内容作出规范。

《通知》明确，大股东同时持有通过集中竞价交易方式买入的股份和通过集中竞价交易以外方式取得的股份（下称“受控股份”），通过大宗交易普通通道减持的，在规定的减持比例范围内，视为优先减持受控股份；在规定的减持比例范围外，视为优先减持集中竞价交易买入的股份。《通知》还提出，特定股份和特定股份以外股份进行大宗交易应当通过不同通道申报。

[阅读原文](#)

#### 3. 两交所发文强化债券存续期信用风险管理\2018-2-22

日前，上海证券交易所、深圳证券交易所分别发布《关于进一步加强债券存续期信用风险管理工作有关事项的通知》（下称《通知》）。《通知》对“信用风险管理职责”、“相关

负责人履职”、“信用风险监测与分类”、“信用风险排查与预警”、“信用风险管理信息报送”等内容做出了规范。根据《通知》，受托管理人应当通过多种渠道和方式进行信用风险监测，监测渠道和方式包括但不限于“对发行人信息披露文件进行审阅分析”等 5 类。受托管理人不得在未经适当风险排查的情况下调整债券的相应风险分类。《通知》提出，关注类债券及其发行人存在“出现关于发行人及其债券的重大市场不利传闻”等 4 种情形之一，信用风险状况及程度不清的，受托管理人应当及时以适当方式开展风险排查。

[阅读原文](#)

#### 4. 中金所修订发布国债期货相关制度\2018-2-22

日前，中国金融期货交易所发布修订后的《5 年期国债期货合约》、《10 年期国债期货合约》、《5 年期国债期货合约交易细则》、《10 年期国债期货合约交易细则》和《套期保值与套利交易管理办法》，均自 2 月 13 日起实施。本次修订优化了国债期货持仓限额制度，并将发行期限较长的旧券从国债期货可交割国债范围中剔除。其中，关于持仓限额的修订将于 2 月 13 日起在国债期货 1806 合约及其后续合约上实施，关于剔除旧券的修订将在新上市的国债期货 1812 合约及其后续合约上实施。本次修订减少了限仓和保证金梯级，将原三级梯度限仓和保证金调整为一般月份和临近交割月份两级，梯度保证金由三级调整为两级；调整了限仓额度，并延迟套保套利临近交割月额度申请截止时间和生效日期。

[阅读原文](#)

### ➤ 最高法司法解释

#### 1. 最高法发布“执行和解”等三个司法解释\2018-2-23

近日，最高法院下发《关于执行和解若干问题的规定》（下称《规定》）、《关于执行担保若干问题的规定》以及《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》，均自 3 月 1 日起施行。《规定》共 20 条，重点解决以下问题：一、明确区分执行和解与执行外和解；二、明确不得依据和解协议出具以物抵债裁定；三、明确申请执行人可以就执行和解协议提起诉讼；四、明确恢复执行的条件；五、明确执行和解协议中担保条款的效力。其中，根据《规定》，执行和解协议中约定担保条款，且担保人向人民法院承诺在被执行人不履行执行和解协议时自愿接受直接强制执行的，恢复执行原生效法律文书后，人民法院可以依申请执行人申请及担保条款的约定，直接裁定执行担保财产或者保证人的财产。

[阅读原文](#)

### ➤ 涉外投资领域

#### 1. 国家发改委发布《企业境外投资管理办法》配套格式文本\2018-2-12

日前，国家发展和改革委员会发出 2018 年版企业境外投资管理办法配套格式文本，自 2018 年 3 月 1 日起施行。该文本包含境外投资项目核准或备案申报文件格式文本、境

外投资项目申请报告通用文本、境外投资项目核准文件格式文本等十五类。其中，境外投资项目申请报告通用文本涵盖投资主体情况、投资目的地、项目背景情况、项目主要内容和规模、项目投融资方案等九项内容。关于投资主体，要求说明投资主体情况，多个投资主体联合开展境外投资的，应逐一说明各投资主体情况。关于投资目的地，应说明直接目的地、最终目的地、其他有关国家和地区。目的地一般至少精确到一国的一级行政区（类似我国的省级行政区），投资涉及多个国家和地区的应说明具体投资路径。

[阅读原文](#)

## 2. 国家发改委制发 2018 年版境外投资敏感行业目录\2018-2-12

近日，国家发展和改革委员会发出《境外投资敏感行业目录（2018 年版）》（下称《目录》），自 2018 年 3 月 1 日起施行。《目录》包括以下内容：一、武器装备的研制生产维修。二、跨境水资源开发利用。三、新闻传媒。四、根据《国务院办公厅转发国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》（国办发〔2017〕74 号），需要限制企业境外投资的行业：（一）房地产；（二）酒店；（三）影城；（四）娱乐业；（五）体育俱乐部；（六）在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

[阅读原文](#)

## ➤ 其他监管领域

### 1. 海关总署明确保证金台帐“实转”管理转担保相关手续\2018-2-24

近日，海关总署发布 2018 年第 18 号公告，明确保证金台帐“实转”管理事项转为海关事务担保事项有关手续问题，公告自发布之日起执行。公告规定：一、保证金台帐“实转”管理事项转为海关事务担保事项后，企业缴纳保证金的情形、金额等仍按照商务部、海关总署 2015 年 63 号公告执行。二、企业办理担保业务可采用保证金或保函等形式。三、以保函形式办理担保业务时，企业应向海关提交银行或者非银行金融机构的保函正本，海关向企业制发收据。四、以保证金形式办理担保业务时，企业应按海关开具的《海关交（付）款通知书》，以人民币缴纳保证金，将应征保证金款项交至海关指定的代保管款账户。五、因手册变更导致担保金额增加或担保期限延长的，由海关依法为企业办理担保内容变更手续等。

[阅读原文](#)

### 2. 国家铁路局修订印发铁路运输企业准入许可实施细则\2018-2-23

日前，国家铁路局印发《铁路运输企业准入许可实施细则》（下称《细则》），自发布之日起施行。根据《细则》，在中国境内依法登记注册的企业法人，从事铁路旅客、货物公共运输营业的，应当向国家铁路局提出申请，经审查合格取得铁路运输许可证。申请企业应当具备“拥有符合规划和国家标准的铁路基础设施的所有权或者使用权”等 6 项条件。铁路运输许可证有效期为 20 年。《细则》提出，拥有铁路基础设施所有权的企业，有权自主决定铁路运输经营方式，包括独立、合作、委托以及其他合法经营方式；采取



委托经营方式的,受托企业应当取得铁路运输许可证。无铁路基础设施所有权的企业应当采取独立、合作经营方式。

[阅读原文](#)

### 3. 公安部对《印章业治安管理条例》公开征求意见\2018-2-22

近日,公安部发布《印章业治安管理条例(公开征求意见稿)》(下称《征求意见稿》),现向社会公开征求意见,意见反馈截止于3月13日。《征求意见稿》共6章63条,涵盖印章制作单位管理、印章管理、监督管理、法律责任等内容。根据《征求意见稿》,申领印章制作许可证,应当具备“有合法、固定、独立的经营场所”等7项条件。外商独资、中外合作和中外合资企业不得经营本条例所规定的印章制作业务。《征求意见稿》明确,任何单位或者个人不得私制印章。用章单位或者机构及其工作人员以外的任何单位和个人不得从事代办印章制作业务。大众传播媒介为印章制作单位提供广告宣传的,应当核验其合法资质,不得为非法制作印章提供广告宣传。

[阅读原文](#)

### 4. 两部门发布《知识产权认证管理办法》\2018-2-14

近日,国家认监委、国知局联合发出《知识产权认证管理办法》(下称《办法》),自4月1日起施行。《办法》涵盖认证机构和认证人员、行为规范、认证实施、认证证书和认证标志、监督管理等内容。《办法》规定,从事知识产权认证的机构应依法设立,符合《中华人民共和国认证认可条例》、《认证机构管理办法》规定的条件,具备从事知识产权认证活动的相关专业能力要求,并经国家认监委批准后,方可从事批准范围内的认证活动。其应履行“在批准范围内开展认证工作”等五类职责。《办法》明确,认证机构从事认证活动,应按知识产权认证基本规范、认证规则的规定从事认证活动,作出认证结论,确保认证过程完整、客观、真实,不得增加、减少或遗漏认证基本规范、认证规则规定的程序要求。

[阅读原文](#)

### 5. 信安标委:2018年将加快数据安全和个人信息保护国标制定\2018-2-13

日前,全国信息安全标准化技术委员会发布《2018年工作要点》(下称《要点》)。《要点》提出,一是持续开展国家网络安全标准体系研究和急需标准研制;二是狠抓标准实施落地和宣传培训;三是提升国际标准化实质参与水平;四是进一步加强委员会机制建设。关于上述第一点,《要点》明确将加强网络安全标准化战略和体系研究、加快急需标准的制修订、开展新技术新领域标准研究等。《要点》指出,要加快开展和推进网络产品和服务安全、关键信息基础设施保护、等级保护、网络安全态势感知和信息共享、数据安全和个人信息保护、工业互联网安全、密码应用等领域国家标准的制定工作。

[阅读原文](#)

### 6. 国税总局明确税收协定执行若干问题\2018-2-13

近日,国家税务总局发布《关于税收协定执行若干问题的公告》(下称《公告》),自4月1日起施行。《公告》对税收协定中常设机构、海运和空运、演艺人员和运动员条款,

以及合伙企业适用税收协定等有关事项作出进一步明确。其中,关于合伙企业适用税收协定问题,规定了针对合伙企业设在中国境内的情形、针对合伙企业设在中国境外的情形、依照外国(地区)法律成立的合伙企业税收居民身份证明的问题等三方面事宜。根据《公告》,依照《合伙企业法》在中国境内成立的合伙企业,其合伙人是中国所得税的纳税人。如果合伙人为税收协定缔约对方居民,则该合伙人属于税收协定适用的范围,该合伙人在中国负有纳税义务的所得被缔约对方视为其居民取得的部分,可享受协定待遇。

[阅读原文](#)

#### 7. 国务院:同意在上海浦东进一步推进“证照分离”改革试点\2018-2-12

近日,国务院下发《关于上海市进一步推进“证照分离”改革试点工作方案的批复》(下称《批复》)。《批复》称,同意在上海市浦东新区进一步推进“证照分离”改革试点,试点期为自批复之日起至2018年12月31日,原则同意《上海市进一步推进“证照分离”改革试点工作方案》(简称《方案》)。《方案》主要内容涵盖推进商事制度改革、推进药品医疗器械领域改革、推进投资建设工程等领域改革等十方面。《方案》要求,优化纳税服务,优化发票管理,原则上不再依据经营范围核定企业申领的发票种类;积极稳妥推行电子发票,推行发票网上申领、就近取票、专业配送。《方案》还明确,将改革外商投资建筑业企业和外商投资建设工程设计企业资质管理,改革涉外调查机构资格认定等。

[阅读原文](#)

## 法规解读

# 之 最高人民法院关于“执行和解、执行担保和仲裁裁决执行”三个司法解释新闻发布会

时 间：2018年2月23日（星期五）上午10:00

地 点：最高人民法院全媒体新闻发布厅

出席嘉宾：最高人民法院执行局局长 孟 祥

最高人民法院执行局副局长 赵晋山

最高人民法院执行局副局长 何东宁

最高人民法院执行局副局长 周 翔

主 持 人：最高人民法院新闻发言人 林文学

发布内容：通报执行和解、执行担保和仲裁裁决执行三个司法解释有关情况并回答记者提问。

### 各位记者：

大家上午好！自2016年提出“用两到三年时间基本解决执行难问题”以来，最高人民法院不断加强顶层设计，大力推动执行规范化建设，特别是完善执行规范体系建设，在填补规则空白、规范执行权运行等方面做出不懈努力。过去两年，陆续出台了近20部重要的执行司法解释和规范性文件。

今天发布的《关于执行和解若干问题的规定》（以下简称《执行和解规定》）、《关于执行担保若干问题的规定》（以下简称《执行担保规定》）和《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》（以下简称《仲裁裁决执行规定》）是最高人民法院执行规范化建设中又一成果。这三个司法解释作为执行规范体系的重要组成部分，

将于2018年3月1日开始施行。现将有关情况通报如下：

### 一、《执行和解规定》的有关情况

执行和解是民事诉讼法确立的一项重要制度，它既有利于在一定程度上缓解“执行难”，又是意思自治原则在民事执行阶段的体现，在强制执行工作中一直发挥着重要作用。但由于此前法律、司法解释有关执行和解的规定仅有寥寥几条，导致不少问题缺乏明确的依据和指引，实践做法不一，理论争议较大。为充分发挥执行和解的制度效用，公正处理执行和解纠纷，提高司法公信力，最高人民法院在总结执行实践经验的基础上，出台了这部司法解释。

《执行和解规定》共 20 个条文，重点解决以下五方面问题：

### （一）明确区分执行和解与执行外和解

根据民事诉讼法第 230 条第 1 款，当事人自行达成和解协议，执行员将协议内容记入笔录，由双方签名或盖章的，成立执行和解。但法律、司法解释对于当事人私下达成的和解协议是否构成执行和解、产生何种法律效果没有明确规定，导致这一问题在司法实践中存在较大分歧，不同案件的认定结果可能截然相反。为统一司法尺度，《执行和解规定》明确了执行和解与执行外和解的区分标准，并分别规定了不同的法律效果。具体而言，执行和解与执行外和解的区别在于，当事人是否有使和解协议直接对执行程序产生影响的意图。换言之，即便是当事人私下达成的和解协议，只要共同向人民法院提交或者一方提交另一方认可，就构成执行和解，人民法院可以据此中止执行。反之，如果双方没有将私下达成的和解协议提交给人民法院的意思，那么和解协议仅产生实体法效果，被执行人依据该协议要求中止执行的，需要另行提起执行异议。

### （二）明确不得依据和解协议出具以物抵债裁定

司法实践中，对于能否依据执行和解协议出具以物抵债裁定，不同法院做法存在差别，有的不予出具裁定，有的不仅出裁定，还协助当事人办理过户手续。为统一法律适用，在充分调研、多方征求意见的基础上，《执行和解规定》最终明确人民法院不得依据和解协议作出以物抵债裁定。这样规定的主要理由是：一方面，执行和解协议本身并不具有强制执行力，如果允许人民法院依据和解协议出具以物抵债裁定，无异于强制执行和解协议；另一方面，以物抵债裁定可以直接导致物权变动，很容易损害被执行人的其他债权人的合法权益，实践中此类纠纷已经屡见不鲜，司法解释应当积极予以回应。

### （三）明确申请执行人可以就执行和解协议提起诉讼

根据民事诉讼法第 230 条第 2 款，达成和解协议后，被执行人不履行义务的，申请执行人可以要求恢复执行。但对申请执行人能否起诉被执行人，要求其履行执行和解协议约定的义务，法律规定并不明确。从结果看，“债务人不履行执行和解协议，债权人只能申请恢复执行”的做法实际上否定了当事人之间的合意，缺乏对债权人和债务人预期利益的保护。尤其当执行和解协议对债权人更有利时，被执行人可以通过不履行执行和解协议获益，也与诚实信用原则相悖。为此，《执行和解规定》明确赋予了申请执行人选择权，即在被执行人不履行执行和解协议时，申请执行人既可以申请恢复执行，也可以就履行执行和解协议提起诉讼。

### （四）明确恢复执行的条件

根据民事诉讼法第 230 条第 2 款，申请执行人受欺诈、胁迫与被执行人达成执行和解协议，或者当事人不履行和解协议的，人民法院可以依申请执行人的申请恢复执行。但对于申请执行人能否随时反悔、“不履行”的具体内涵、“受欺诈和胁迫”由谁认定等问题，不同法院把握的标准并不一致。为澄清实践中的误解，《执行和解规定》明确了恢复执行的条件。首先，契约严守和诚实信用原则应当适用于双方当事人，任何一方都不应无故违反和解协议，如果被执行人正在依照和解协议的约定履行义务，或者执行和解协议约定的履行期限尚未届至、履行条件尚未成就，申请执行人就不能要求恢复执行。其次，如果债务人已经履行完毕和解协议确定的义务，即便存在迟延履行或者瑕疵履行的情况，申请执行人也不能要求恢复执行。迟延履行或瑕疵履行给申请执行人造成损害的，申请执行人可以另行提起诉讼，主张赔偿损失。最后，出于审执分离的考虑，当事人、利害关系人主张和解无效或可撤销的，应当通过诉讼程序认定，再向法院申请恢复执行。



## （五）明确执行和解协议中担保条款的效力

为担保被执行人履行执行和解协议约定的义务，申请执行人常常会要求被执行人提供担保。此类担保条款是否构成民事诉讼法第 231 条的执行担保，执行法院能否依据该条款直接执行担保财产或者保证人，实践中争议很大。为解决该问题，《执行和解规定》特别规定了执行和解协议中担保条款的效力，即如果担保人向人民法院承诺被执行人不履行和解协议时自愿接受强制执行，恢复执行原生效法律文书后，人民法院可以依申请执行人的申请及担保条款的约定，直接执行担保财产或保证人的财产，不需要申请执行人另行提起诉讼。当然，如果申请执行人选择就履行和解协议提起诉讼，担保条款依然有效，申请执行人可以在诉讼中主张担保人承担责任。

## 二、《执行担保规定》的有关情况

执行担保是民事诉讼法第 231 条规定的一项重要制度。执行担保一方面增加了债权人权利实现的可能性，另一方面通过适当延缓债务履行的期限，帮助债务人整顿生产经营，筹措资金，提高偿债能力，对保护债务人的合法权益，稳定经济发展有着积极意义。但是，因法律、司法解释的相关规定比较粗疏，导致司法实务中对执行担保的适用范围、成立条件、法律效力等问题缺乏统一认识，各地法院实际做法存在较大差异。为统一法律适用，充分发挥执行担保的制度优势，进一步规范人民法院办理涉执行担保案件，最高人民法院在充分调研，反复征求意见的基础上，出台了《执行担保规定》。

该规定共 16 个条文，重点对以下四方面内容予以明确规范：

### （一）明确执行担保的担保事项

根据民事诉讼法第 231 条，在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经

申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。但该条并未明确，担保的事项到底是什么。司法实践中，不少执行实务工作者对担保事项的理解较为宽松，即只要涉及执行程序的担保，例如为解除保全措施提供的担保、第三人撤销之诉中第三人为中止执行提供的担保，都属于执行担保。经研究，我们认为，上述担保虽然都和执行程序有关，但与民事诉讼法第二百三十一条的规定尚有区别，在概念上不宜混淆。一方面，上述规定中提供担保的主体各不相同，担保事项也差异较大，很难涵盖在同一制度之下。另一方面，执行担保的法律效果是不经诉讼程序，直接要求相应主体承担责任，这种对当事人程序保障的限制，应当有法律的明确规定。为澄清上述误解，《执行担保规定》将执行担保明确限定在民事诉讼法第二百三十一条，即为被执行人履行生效法律文书确定义务提供的担保。

### （二）明确执行担保的实现方式

根据民事诉讼法第 231 条，被执行人于暂缓执行期限届满前仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。但由于其对执行担保具体实现方式的规定较为笼统，导致司法实践中，人民法院的做法不一。有的不出裁定直接执行，有的裁定追加担保人为被执行人，有的裁定直接执行担保财产。处理方式的不统一，既有损司法权威，又增加了纠纷产生的可能性，司法解释对此应当予以回应。经反复讨论，考虑到执行担保与变更、追加执行当事人在民事诉讼法上属于不同的法律制度，《执行担保规定》明确规定，人民法院可以根据申请执行人的申请，直接裁定执行担保财产或者保证人的财产，不得将担保人变更、追加为被执行人。

### （三）确立执行担保的担保期间

《执行担保规定》第十二条、第十三条确立了执行担保期间这一全新的制度。这主要是出于以下考虑：一方面，民事诉

司法解释第四百六十九条曾经规定过担保期限，但因其内涵与担保法的保证期间明显不同，实践中常常引发误解；另一方面，任何权利的行使都不能没有约束，如果申请执行人长期不主张权利，既会对担保人的生产、生活产生不利影响，还存在利用执行担保使担保人财产被长期查封，进而规避担保人的债权人求偿的可能。最终，本司法解释规定，申请执行人应当在担保期间内对担保人主张权利，否则担保人的担保责任将得以免除。

#### （四）明确执行担保的追偿权

由于法律、司法解释缺乏明确规定，司法实践中，对于执行担保中担保人是否享有追偿权，以及如何行使观点不一。有的法院基于法律、司法解释对此没有明确规定，且执行担保不能适用民事担保规则，不允许担保人进行追偿；有的允许担保人在承担担保责任后，向人民法院起诉被执行人；还有的则从鼓励、保护担保人的积极性和权益出发，在裁定执行担保人财产时同时明确担保人向被担保人的追偿权和申请执行权，允许担保人直接申请执行被执行人。经反复讨论，考虑到担保人是否对被执行人享有追偿权往往取决于担保人与被执行人之间的约定，不能一概而论，对此法律关系执行机构不宜介入。最终，《执行担保规定》明确担保人可以通过诉讼进行追偿。

### 三、《仲裁裁决执行规定》的有关情况

党的十八届四中全会决定中明确指出，要健全和完善多元化纠纷解决机制，完善仲裁制度，提高仲裁公信力。在社会经济交往过程中，仲裁因自身所具有的充分体现当事人的意思自治、灵活便捷、一裁终局等诸多特性，成为兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种重要的纠纷化解方式，愈来愈多的当事人选择将争议提交仲裁解决。而仲裁的自身特点决定了其健康发展必须依赖于司法的监督与支持。

目前，由于法律及司法解释对人民法院办理仲裁裁决执行案件的规定较少，该类案件在实践操作中仍存在一些规则空白。为切实保护当事人、案外人的合法权益，提高仲裁公信力和执行力，促进仲裁事业的健康有序发展，最高人民法院经过充分调研，数易其稿，最终形成《仲裁裁决执行规定》。

该规定共 24 个条文，主要涉及以下五个方面的内容：

#### （一）适当调整仲裁裁决执行案件的管辖

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 29 条，当事人申请执行仲裁裁决案件的，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院管辖。考虑到司法实践中，多数仲裁裁决执行案件的申请执行标的较小，且就执行实施程序而言，对仲裁裁决与民商事判决规定不同的级别管辖意义不大，本解释对仲裁裁决执行案件管辖进行了适当调整：一方面，坚持以中级法院管辖为原则；另一方面，当执行案件符合基层法院一审民商事案件级别管辖受理范围，并经上级人民法院批准后，可以由被执行人住所地或者被执行财产所在地的基层法院管辖。

需要注意的是，对不予执行仲裁裁决申请的审查属于对仲裁裁决的司法监督范畴，为统一对仲裁裁决司法监督的审查尺度，《仲裁裁决执行规定》明确规定，对不予执行申请的审查仍由中级人民法院负责，即使案件已指定基层法院管辖的，也应移送原执行法院另行立案审查处理。这充分体现了人民法院对仲裁裁决不予执行的审慎态度。

#### （二）明确裁决执行内容不明确具体的认定标准及处理方法

根据民事诉讼法解释第 463 条，当事人申请人民法院执行的生效法律文书应当给付内容明确。但对于“明确”的标准，对不明确的案件应当如何处理，目前的法

律、司法解释尚缺乏指引。为解决实践争议,《仲裁裁决执行规定》主要从以下五个方面入手:一是列举了实践中常见的仲裁裁决“不明确具体”的情形;二是为减轻当事人讼累,规定执行内容不明确具体的应首先通过补正等方式解决;三是经补正等方式仍无法明确执行内容的,人民法院可以裁定驳回执行申请;四是明确当事人对驳回执行申请不服的,可以直接向上一级法院申请复议;五是对于仲裁裁决确定交付的特定物确已毁损或灭失的,人民法院可以通过终结执行等方式处理。

### （三）适当拓展申请不予执行的主体范围

实践中,个别当事人恶意仲裁、虚假仲裁,不仅损害了案外人的合法权益,更损害了仲裁与司法的社会公信力。但法律、司法解释对于案外人能否申请不予执行仲裁裁决缺乏规定。此次《仲裁裁决执行规定》对申请不予执行的主体范围予以适当拓展,明确赋予了案外人申请不予执行的权利,并分别在第九条和第十八条明确了不予执行仲裁裁决的程序条件和实质审查标准。简言之,案外人有证据证明仲裁案件当事人恶意仲裁或者虚假仲裁损害其合法权益的,可以向人民法院申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书,人民法院将严格审查,确认其主张是否成立。而对于案外人申请不予执行的审查结果,同时赋予当事人、案外人进一步救济的权利,以充分保障其权益。

### （四）统一不予执行仲裁裁决案件的审查标准

目前,民事诉讼法对于不予执行仲裁裁决的事由虽有规定,但相比丰富的司法实践,仍显得过于原则和笼统,实践中容易出现审查尺度不统一的问题。为此,《仲

裁裁决执行规定》对不予执行仲裁裁决的事由进一步予以解释,明确了无权仲裁、违反法定程序、伪造证据及隐瞒证据的认定标准,使法律适用更统一、更具操作性。

此外,为防止被执行人滥用程序权利阻碍仲裁裁决案件执行,《仲裁裁决执行规定》还列举了若干明显违背诚实信用原则申请不予执行的情形,明确规定人民法院对此类申请不予支持。

### （五）明确撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决司法审查的程序衔接

根据仲裁法的规定,申请撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决两救济程序双轨并行;且提出申请的法定事由基本相同,为了进一步提高人民法院对仲裁裁决司法审查的效率,贯彻尊重仲裁、保障仲裁执行的司法原则,《仲裁裁决执行规定》对两程序的衔接进一步予以明确、简化。详言之,不予执行审查期间,当事人撤销仲裁裁决申请被受理的,法院应当裁定中止不予执行申请的审查;被执行人同时申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决时,其撤回撤销申请的,应视为一并撤回不予执行申请。如此制度设计,可以有效避免被执行人滥用司法程序阻碍执行,也有利于减少重复审查造成的司法资源浪费。

我通报的情况就是这些。谢谢大家!

来源: 最高人民法院网站



## 热点信息

1. 【保监会决定于2月23日起对安邦集团实施接管一年】2月23日，21世纪经济报道记者获悉，安邦保险集团股份有限公司(以下简称安邦集团)原董事长、总经理吴小晖因涉嫌经济犯罪，被依法提起公诉。鉴于安邦集团存在违反法律法规的经营行为，可能严重危及公司偿付能力，为保持安邦集团照常经营，保护保险消费者合法权益，依照《中华人民共和国保险法》有关规定，中国保监会决定于2018年2月23日起，对安邦集团实施接管，接管期限一年。(21世纪经济报道)



2. 【海南铁路轮渡因大雾暂停航】从广铁集团了解到，因琼州海峡大雾又起，铁路轮渡被迫停航，目前铁路轮渡尚无法运客运车。广铁集团通报，24日晚琼州海峡大雾又起，能见度极低，通航条件较差，海南铁路南港被迫于24日23时停航，25日1时30分恢复通航，2时45分再次被迫停航，5时35分恢复通航，7时第三次被迫停航。目前铁路轮渡尚无法运客运车，铁路港口外等待出岛旅客及车辆较多。广铁集团表示，目前已暂停货运列车渡海，腾空运力保出岛运输。(新华社)

3. 【河南省鼓励社会办医方案出炉】记者2月24日获悉，为进一步激发医疗领域社会投资活力，更好满足人民群众多层次、多样化的医疗服务需求，近日我省下发《河南省支持社会力量提供多层次多样化医疗服务实施方案》，明确到2020年全省社会办医规模进一步扩大，每千常住人口社会办医疗机构床位数和服务量达到全省总量的25%。(河南日报)

4. 【韩国银行将在2月27日召开区块链相关会议】自2月27日开始，韩国银行将与国际清算银行支付和市场基础设施委员会(CPMI)、东亚和太平洋中央银行高管组织(EMEAP)等国际组织共同召开会议，讨论区块链的相关会议，并将会议结果提交给相关机构，最终在G20峰会、金融稳定委员会(FSB)予以讨论。(证券时报网)



5. 【海通证券：房价由涨转跌对消费形成负面冲击】海通证券姜超最新发布的研报称，今年春运下滑，春节消费整体平淡、但结构出彩，这一方面反映了国人生活方式的变化，过去是求温饱、奔小康，满足衣食住行等基本需求，但是目前这些需求已经基本饱和，而未来国人将追求更美好的生活，体现为对科教文卫等服务性消费的需求明显上升，因此消费升级是中国经济未来的主要驱动力。与此同时，过去几年居民过度举债买房对经济的负面作用正在体现，一方面持续上升的债务利息在侵蚀居民的消费能力，同时房价的由涨转跌开始对消费形成负面冲击，这也就意味着未来中国经济的转型是一场攻坚战。(证券时报网)

6. 【福建银监局率先出台银行业服务乡村振兴战略行动计划】近日，福建银监局在全国率先出台《福建银行业服务乡村振兴战略行动计划》(2018—2020年)，对未来三年福建银行业服务乡村振兴战略的重点工作做出了具体部署。《行动计划》提出，未来三年，福建银行业服务乡村振兴战略的工作目标是“四个维度提升”，即服务渠道上台阶，服务创新上层次，服务质量上水平，服务总量上规模。“线下”农村服务网点的“智能化”改造



每年增长 10% 以上, 创新服务农村新业态、新模式、新主体的金融产品达到 100 个以上, 服务乡村振兴的收费 3 年减免 100 项以上, 让利 20 亿元以上, 银行业金融机构支持乡村振兴的人民币信贷规模每年新增 1000 亿元以上。(福建日报)

7. 【安监总局将开展职业健康执法年活动】从国家安全生产监督管理总局了解到, 将在全国开展职业健康执法年活动, 据有关负责人介绍, 各级安全监管监察部门将突出对重点行业领域的监督执法, 尤其要对近两年已经开展专项治理的煤矿、水泥、陶瓷、耐火材料、石棉等行业领域开展重点执法。凡安全生产标准化未达标的水泥企业在 2018 年 6 月 30 日前未整改到位的, 以及三级安全生产标准化水泥企业在 2018 年 12 月 31 日前未整改到位的, 要依法提请地方人民政府予以关闭。(证券时报网)

8. 【国际能源署署长: 中国将超美国成全球最大核能国家】国际能源署署长法提赫·比罗尔日前在伦敦一个会议上表示, 随着中国在核能发电领域的发展, 未来中国将取代美国成为全球最大核能国家。美国金融新闻媒体“市场观察网站”在报道中援引比罗尔的话说, 当今全球在建的核电机组约有三分之一位于中国。比罗尔估计, 到 2030 年中国就会超过美国成为最大的核能国家。国际能源署网站的数据显示, 2016 年, 核电在中国总体电力供应中的占比为 2%。预计到 2040 年, 该占比将达到 4%。(新华网)



9. 【全国人大常委会对宪法宣誓制度相关规定作出适当修改】十二届全国人大常委会第三十三次会议 24 日表决通过了关于实行宪法宣誓制度的决定, 对宪法宣誓制度相关规定作出适当修改。决定从 2018 年 3 月 12 日起施行。决定规定, 各级人民代表大会及县级以上各级人民代表大会常务委员会选举或者决定任命的国家工作人员, 以及各级人民政府、监察委员会、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员, 在就职时应当公开进行宪法宣誓。修改后的宪法宣誓誓词为: “我宣誓: 忠于中华人民共和国宪法, 维护宪法权威, 履行法定职责, 忠于祖国、忠于人民, 恪尽职守、廉洁奉公, 接受人民监督, 为建设富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国努力奋斗!” (新华社北京)

10. 【党的十九届三中全会 2 月 26 日至 28 日在北京召开】新华网北京 2 月 24 日电 中共中央政治局 2 月 24 日召开会议, 决定今年 2 月 26 日至 28 日在北京召开中国共产党第十九届中央委员会第三次全体会议。中共中央总书记习近平主持会议。(新华视点)



11. 【中央政法委号召深入开展学习方金刚同志先进事迹活动】中央政法委近日印发《关于学习宣传方金刚同志先进事迹的通知》, 号召全国政法机关和全体政法干警深入开展学习宣传方金刚同志先进事迹活动, 为深入推进全面依法治国、建设更高水平的法治中国作出新的更大的贡献。(法制网)

12. 【最高法召开挂职锻炼干部座谈会】11 日召开 2017 年度挂职锻炼干部座谈会, 周强勉励挂职锻炼干部, 在挂职岗位上经受锻炼、甘于奉献, 为决胜全面建成小康社会、夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利作出积极贡献。(法制网)

13. 【最高检通报检查人员违规问题】日前通报 7 起检察人员违反中央八项规定精神问题, 要求把春节期间纠正“四风”作为重要任务, 积极营造崇俭尚廉节日氛围。(检察日报)

14. 【国土部规范性文件从 911 件减至 308 件】国土资源部政策法规司负责人近日透露, 经

过清理，该部规范性文件总数已从 911 件减少至 308 件，减少比例达 66%。这位负责人说，根据《国务院办公厅关于进一步做好“放管服”改革涉及的规章、规范性文件清理工作的通知》（国办发〔2017〕40 号）和推进法治国土建设的有关要求，2017 年 4 月以来，国土资源部对单独发布或者牵头发布的规范性文件进行了全面清理。在规范性文件清理中，国土资源部准确把握处理原则，确保规章、规范性文件的有关规定应改尽改、应废尽废。（法制网）

15. 【工商总局:五类虚假违法互联网广告将被重点整治】国家工商总局日前发出关于开展互联网广告专项整治工作的通知，将重点整治五类虚假违法互联网广告，涵盖门户网站、搜索引擎、电子商务平台、移动客户端和新媒体账户等。重点整治的五类虚假违法互联网广告包括：涉及导向问题、损害国家利益的违法互联网广告；危害人民群众人身安全、身体健康的食品、保健食品、医疗、药品、医疗器械等虚假违法互联网广告；含有欺骗误导消费者内容、损害人民群众财产利益的金融投资、招商、收藏品等虚假违法互联网广告；妨碍社会公共秩序、违背社会良好风尚、造成恶劣社会影响、损害未成年人身心健康的虚假违法互联网广告；社会公众反映强烈的其他虚假违法互联网广告等。（新华社北京）

## 法律观察

### 之 通过司法裁判取得采矿权后办理变更登记的实务解析

2015年12月30日，最高人民法院作出的（2015）执复字第37号复议决定书，维持了河北省高级人民法院对内蒙古自治区国土资源厅未依法履行协助执行义务且无合法理由的行为作出的（2015）冀执字第5号罚款决定书。该案凸显的正是实践中采矿权执行难的问题。在为国土资源部门提供服务的过程中，我们也多次遇见关于协助执行采矿权过户的问题，对此亦有困惑。现行法律对土地、房产有较完善的规定，形成了较统一的操作流程。但关于如何执行采矿权，长久以来没有明确规定。而采矿权本身又具有用益物权和行政许可的双重性质，容易出现司法权与行政权冲突的问题。

2017年12月29日，国土资源部印发了《国土资源部关于完善矿产资源开采审批登记管理有关事项的通知》（国土资规〔2017〕16号）（下称“16号文”），《国土资源部关于进一步完善采矿权登记管理有关问题的通知》（国土资发〔2011〕14号）（下称“14号文”）同时废止。上述两通知虽仅

为部门规范性文件，但却是现阶段行政机关据以协助法院执行采矿权变更登记的唯一实务性规定。本文将通过对比两通知的变化，结合我们的经验，就通过司法裁判取得采矿权后办理变更登记的实务要点进行分析。

#### 新旧条文对照

##### 16号文第（十九）条：

人民法院将采矿权拍卖或裁定给他人，受让人应当依法向登记管理机关申请变更登记。申请变更登记的受让人应当具备本通知第（七）条规定的条件，登记管理机关凭申请人提交的采矿权变更申请文件和人民法院协助执行通知书，予以办理采矿权变更登记。

##### 14号文第（二十四）条：

人民法院将采矿权拍卖或裁定给他人，受让人应依法申请变更登记。申请变更登记的受让人应具备本通知第十三条规定的资质条件，登记管理机关凭生效的判决文件，依法予以办理采矿权变更登记。

## 一、变更登记申请

实践中，很多受让人以为有了裁判文书，向法院申请了强制执行，自己就只需要等待法院采取强制执行措施即可。但根据 16 号文的规定，在人民法院将采矿权拍卖或裁定给他人后，受让人应依法申请变更登记，这实际规定了受让人的申请义务。另外，相对于 14 号文凭生效的判决文件办理变更登记的规定，16 号文对于申请材料明确要求需要人民法院协助执行通知书，而协助执行通知书往往只存在于法院的执行程序中。

## 二、受让人应具备的条件

16 号文第（七）条第一款规定：“采矿权申请人原则上应当为营利法人。外商投资企业申请限制类矿种采矿权的，应当出具有关部门的项目核准文件。申请放射性矿产资源采矿权的，应当出具行业主管部门的项目核准文件。”

相对于 14 号文第（十三）条第一款的规定，16 号文将“应具有独立企业法人资格”的要求变更为“原则上应当为营利法人”，并同时取消了对企业注册资本的限制。我们认为，该种变化一方面是为顺应民法总则实施后对于法人分类的规定，另一方面也是为实际执行工作中可能出现的法院将采矿权裁定给非营利法人的

情况预留了操作空间。

除了上述改变，16 号文在保留原本对外商投资企业申请限制类矿种采矿权应当出具有关部门的项目核准文件的要求外，又新增了申请放射性矿产资源采矿权应当出具行业主管部门的项目核准文件的规定。

综合对比来看，除特殊情况需要取得相关部门的核准文件外，16 号文对于受让人条件的限制相对于 14 号文更加宽松。

但需要注意的是，根据《探矿权采矿权转让管理办法》第七条，采矿权的受让人应当符合《矿产资源开采登记管理办法》规定的有关采矿权申请人的条件。虽然《矿产资源开采登记管理办法》对于申请人应具备的条件并没有明确的规定，但其第二十四条“采矿权人被吊销许可证的，自采矿权许可证被吊销之日起 2 年内不得再申请采矿权”的规定，通常也被视为对于申请人条件的要求。如受让人存在该条规定的情形，可能存在被行政机关认为不符合法律规定的采矿权申请人条件的风险。

## 三、申请变更登记应提交的材料



14 号文仅规定了生效的判决文件，而 16 号文则规定为申请人提交的采矿权变更申请文件和人民法院协助执行通知书。

关于采矿权变更申请文件包括具体哪些内容，16 号文并没有明确。虽然《探矿权采矿权转让管理办法》规定了转让采矿权时应向审批机关提交的资料，各地主管部门也在各自官网上公开了办理采矿权转让变更登记时应提交的资料清单。但上述规定针对的是正常情况下办理采矿权转让变更登记时应提交的资料，资料的制作主体同时包括了转让人和受让人。在通过司法裁判取得采矿权的情形下，显然不可能指望转让人配合受让人准备相关材料。16 号文关于受让人可以单独申请变更登记的规定，也侧面说明了对于受让人提交的材料要求必然不同于正常情况下的要求。

因此，我们建议，受让人可以参照拟转让的采矿权对应的行政主管部门公示的正常情况下办理变更登记的资料清单进行准备。对于确实无法提供的（比如双方签订的采矿权转让合同、转让人出具的相关承诺等），积极与行政部门沟通，争取通过变通方式处理或免于提供。

#### 四、协助执行变更登记中行政机关的审批权

根据民事诉讼法的相关规定，行政机关在收到人民法院的协助执行通知书后，应当按照通知书载明的事项予以办理。但司法实践中，司法权与行政权冲突的情形时常发生。14 号文的施行本身就是为了解决这种冲突，其要求行政机关根据人民法院的生效裁判办理变更登记实际是对司法权优于行政权原则的强调。但 14 号文中“依法予以办理采矿权变更登记”的表述，使得部分行政机关认为在办理协执时，仍旧应当先依法进行审查。如遇到其认为不符合转让条件的情形，为规避自身的行政责任，往往选择不予配合执行。

在 16 号文中，相关表述变更为“予以办理采矿权变更登记”，更加明确，也更具操作性。即，行政机关在收到申请人提交的变更登记申请文件和人民法院的协助执行通知书后，不对协助执行通知书的内容进行实体审查，应当办理变更登记。但这并不意味着行政机关不再或不能对该转让的合法性进行审查。行政机关如果认为协助执行的采矿权转让存在不符合法律规定的情况，仍旧可以向人民法院提出审查建议。

我们建议，当受让人遇见行政机关不

予配合登记的情况时,除了可以向人民法院申请对行政机关不配合协助执行的行为给予惩戒外,更重要的是应当积极与行政机关沟通,弄清楚其不办理登记的原因或理由。在弄清楚后,针对性的采取应对措施,以防执行陷入僵局。

## 五、协助执行过程中的采矿权延续

根据 16 号文第(二十一)条:“采矿许可证剩余有效期不足六个月,申请转让变更登记的,可以同时向登记管理机关申请办理延续登记。”之规定,为免因采矿

许可证有效期问题引起争议,我们建议,在执行过程中如存在采矿权有效期不足六个月的,受让人应在申请转让变更登记时,一并申请办理延续登记。

以上为基于国土资源部之规定并结合我们自身经验而分析的实务要点。对于实践过程中产生的其他复杂问题,我们将另行撰文进行探讨。

来源:天达共和法律观察

## 作者简介



王建瑞

天达共和律师事务所 合伙人

E-mail: wangjianrui@east-concord.com

Tel: +8627 8730 6008

王建瑞,北京天达共和(武汉)律师事务所合伙人。王建瑞律师有航运公司工作背景,对航运业务非常熟悉,在船舶建造与融资、船舶租赁、船舶保险、船舶碰撞、海事责任限制、提单等领域代理了大量的诉讼与非诉讼案件,具有扎实的海商法理论功底和丰富的实践经验。同时,在私募股权投资基金、公司并购、基础设施建设、土地矿产等领域也具有丰富的经验,在行政诉讼与行政法律事务方面也较为精通。先后担任了数十家政府机关、航运公司、大型企业、科研院所等单位的常年法律顾问。



于瑶

天达共和律师事务所 律师

于瑶现为天达共和律师事务所武汉办公室律师,具有3年以上从业经验。于瑶律师主要专注于公司及行政领域的诉讼及非诉业务,在投融资、合同、人力资源、土地矿产、征地拆迁等方面有良好的经验和业绩。于瑶律师曾经及现在提供法律服务的客户包括涉及房地产、金融、互联网、教育等多个行业的企业以及多个省、市级行政机关。

## 实务聚焦

### 之 产业基金出资设立母基金合伙协议重点条款分析

近年来随着国家投融资体制改革和各地方产业转型的需要，国家和地方纷纷设立各类产业基金。这其中又以政府财政出资或国有投资平台出资设立产业基金占大多数。产业基金在提高财政资金的投资效率、募集社会资本、引导投资方向、优化资源配置以及促进创业投资发展等方面起到极其重要的作用。

产业基金并非严格意义上的法律概念，一般是指以促进某个行业或者产业发展为目的设立的私募股权投资基金。国家发改委《政府出资产业投资基金管理暂行办法》第二条的规定，“政府出资产业投资基金是指有政府出资，主要投资于非公开交易企业股权的股权投资基金和创业投资基金。”，强调了产业基金中的政府出资，但是该办法的具体内容对这类基金的产业投资方向还是有较为明确的规定。为表述方便，本文所称的产业基金，仅指政府财政出资设立产业基金，包括各类政府引导基金。

产业基金通常是按照“政府引导、市场运作”的原则进行运作，如《湖北省长江经济带产业基金政府出资管理办法》第十条规定“长江产业基金应按照‘政府引导、市场运作、科学决策、防范风险’的原则进行运作”。产业基金与其他非政策性基金相比，其特殊性体现在：产业基金是以政府出资来引导社会资本按市场机制投向符合

区域规划、区域政策、产业政策、投资政策及其他国家宏观管理政策的产业，侧重于对公共财政效果的诉求；以及发挥政府出资对社会资金的引导作用，在有限的出资比例中放大资金的规模，并同时追求资金的安全。因此，为保证产业基金的政策目标实现和财政投资的合规性，各地在设立产业基金的同时，往往都制定了相应的管理办法等规范性文件对产业基金的设立、投资运作和监管等作出规定。

产业基金的架构一般为两种：其一是三层架构，即产业基金——母基金——子基金；其二是两层架构，即产业基金——子基金。无论是设立母基金还是直接设立子基金，产业基金多数是以设立基金方式进行投资运作，较少对具体项目开展直接投资。由于产业基金的特殊性，其设立基金（母基金或者子基金，为表述简便需要，本文统称为母基金）时往往要遵循一定的法律和政策要求，这些要求往往要体现在产业基金与社会资本合作设立母基金的合

伙协议中。根据各地产业基金政策性规定以及我们近年来为各类产业基金服务的经验，现将产业基金设立母基金合伙协议中的一些重点条款进行分析。

### 一、关于出资设立母基金的出资比例以及再出资的限制问题

产业基金出资设立母基金及其投资应符合国家相关法律法规规定的实体性及程序性要求，还应遵循产业基金相关政策性文件的要求。在产业基金的规范性文件中，通常会对产业基金出资设立母基金的出资比例做出限制性规定，以及母基金未完成规定投资比例前再发起设立新基金的限制等。

#### （一）产业基金出资设立母基金出资比例限制

依据各省市关于产业基金管理的规定，产业基金出资设立母基金的出资比例限制主要有以下几种：第一，产业基金通常不得作为单一投资人直接投资具体项目；第二，产业基金原则上不能作为母基金的第一大出资人；第三，产业基金在母基金的出资不得超出母基金总规模的一定比例（各省市规定不统一）。但各省对产业基金出资比例限制的规定不尽相同，以浙江省、贵州省、湖北省、天津市和大连市为例，具体如下表：

市名称	法律依据	限制比例
浙江省	《浙江省创新强省产业基金管理办法》第十八条	创新基金参股市场化子基金的比例最高不超过基金设立规模的 30%，参股区域基金的比例最高不超过区域基金设立规模的 40%。
贵州省	《贵州省产业投资基金管理暂行办法》第三十三条	投资基金章程、合伙协议、基金协议中约定产业领域的比例不得低于基金募集规模或承诺出资额的 60%。
湖北省	《湖北省长江经济带产业基金管理办法》第十六条	引导基金在母基金的出资占比根据基金定位、募资难度等因素差异化安排，原则上不做第一大出资人。
天津市	《天津市海河产业基金管理暂行办法》第十五条及第十七条	基金运作应符合基金投资规划。引导基金不得直接投资产业项目。 引导基金出资母基金占比根据基金定位、管理机构业绩、募资难度等因素差异化安排，原则上最高不超过母基金总规模的 30%。母基金对单个企业的投资额不得超过基金资产总值的 20%。
大连市	《大连市产业（创业）投资引导基金管理暂行办法》第十三条	引导基金在子基金中参股不控股，不独资发起设立股权投资企业，引导基金在子基金的出资比例可参照相关政策性基金出资比例确定，一般不超过子基金认缴总额的 40%，且该子基金募集的社会资本认缴总额不低于子基金规模的 60%。



依据上述对产业基金出资设立母基金的出资比例限制的规定，其在合伙协议条款的约定中，一般多出现在产业基金单独与执行事务合伙人签订的单边协议或附属协议中。具体表现形式有以下几种：

第一，依据上述关于产业基金出资比例限制的规定，该条款可在单边协议或附属协议中直接作出约定，如“普通合伙人知晓，xx 作为地方政府引导资金，对本基金的投资受限于《基金管理办法》、《实施细则》、《投资负面清单》的相关规定。若因部分合伙人出资违约导致 xx 在基金中的出资比例超过 49%，或将成为基金的第一大出资人，则普通合伙人应根据 xx 的要求，配合其缩减其认缴与实缴出资或按照《合伙协议》约定转让部分合伙权益，以满足相关监管要求。”。

第二，可给予普通合伙人调整合伙企业募集规模的权利，如可在合伙协议中约定“xx 产业基金最终对合伙企业的认缴出资总额应为本合伙企业最终认缴出资总额的 xx%，且认缴出资总额最高不超过 xx 万元。”并约定“普通合伙人可独立决定调整合伙企业的目标募集规模，若其将合伙企业的募集规模上调，则引导基金认缴出资总额不变；若其将合伙企业的募集规模下调，则引导基金保持其在合伙企业的认缴出资比例不变”。

第三，可在补充协议中约定产业基金

的实缴出资时间，以此调整各合伙人的出资比例，从而保障产业基金出资设立母基金的出资比例不超出限制性要求，如“普通合伙人同意并承诺在任何情况下，引导基金的各期实缴出资不得早于其他有限合伙人的各期实缴出资。”

第四，若确有必要在基金合伙协议中作出关于上述产业基金出资比例的限制，为了保证各合伙人均能接受，可仅做原则性规定，如“xx 产业引导基金合伙企业（有限合伙）投资金额不超过 xx 万元人民币（包括项目出资、管理费、基金其他费用等），且不超过本合伙企业实缴资本总规模的 49%，且不得成为单一第一大出资人。”

## （二）母基金未完成规定投资比例前再发起设立新基金的限制

关于产业基金出资设立母基金未完成投资比例前再新设立同类型基金的限制方面，即多数产业基金为实现资金的区域性合理分配，避免同类型基金的竞争，通常会规定其出资设立的母基金在完成规定的投资比例前，其管理人不得再申请利用上述产业基金发起设立同类型的基金。关于同类型基金的定义多半理解为投资领域有较大重合、类似或者同一投资领域的基金。如：《宁夏政府出台产业引导基金管理办法》第二十八条规定“子基金管理机构在完成对子基金的 70% 资金投资之前，不得募集其他股权投资基金。”《大连市产业（创

业)投资引导基金管理暂行办法》第二十四条规定“子基金的基金管理人在完成基金70%的投资前不得增资、募集或管理与该子基金存在竞争性的其他基金。”

因此,若产业基金管理办法对母基金未完成规定投资比例前再发起设立新基金有限制性要求的,建议将上述类似性限制规定写入产业基金的合伙协议或附属协议中,如“xx基金管理机构在完成对xx基金的xx%资金投资之前,不得增资、募集或管理与该xx基金存在竞争性的其他基金。”

## 二、关于产业基金出资设立母基金投资方向的限制问题

### (一) 投资方向的限制问题

《政府出资产业投资基金管理暂行办法》第十三条规定“政府出资产业投资基金的投资方向,应符合区域规划、区域政策、产业政策、投资政策及其他国家宏观管理政策,”;第二十四条规定了政府出资产业投资基金应主要投资的七大领域,即为非基本公共服务领域,基础设施领域,住房保障领域,生态环境领域,区域发展领域,战略性新兴产业和先进制造业领域以及创业创新领域。同时,结合2017年修订的《2018-2022年中国产业投资基金行业深度分析及发展规划咨询建议报告》其通过大数据分析的方式得出,2015-2017年产

业基金投资的领域主要包括文化产业、旅游产业、房地产业、农业、铁路行业、新能源产业以及其他行业(主要为先进制造业、医院美容行业、集成电路产业、互联网产业)等。

通常关于产业基金出资设立母基金的投资方向条款可在合伙协议中直接体现,多表述为基金的投资范围、投资目标或投资业务领域等。如某汽车产业基金在合伙协议中约定“本有限合伙企业的投资目标为主要投资于中国汽车和智能出行领域内在关键技术掌控领域具有潜在成长空间的创新型公司。本有限合伙企业将主要投资于中国,利用创新技术和创新商业模式引领并重新定义中国汽车和智能出行领域的生态系统。”某文化产业基金在合伙协议中约定“本合伙企业主要投资于目标项目,包括影视制作项目及文化产业企业的股权等”。

### (二) 投资负面清单的约定

由于政府出资产业基金的特殊性,决定了其设立的母基金的产业投向也有限制性规定,财政部《政府投资基金暂行管理办法》第十二条规定“政府投资基金在运作过程中不得从事以下业务:1.从事融资担保以外的担保、抵押、委托贷款等业务;2.投资二级市场股票、期货、房地产、证券投资基金、评级AAA以下的企业债、信托产品、非保本型理财产品、保险计划及其他金融衍生品;3.向任何第三方提供

赞助、捐赠（经批准的公益性捐赠除外）；4.吸收或变相吸收存款，或向第三方提供贷款和资金拆借；5.进行承担无限连带责任的对外投资；6.发行信托或集合理财产品募集资金；7.其他国家法律法规禁止从事的业务。”。多数情况下，各地产业基金均是以该规定为依据在相应的管理办法中对基金的投资方向做出规定。除此之外，有些产业基金还通过制定投资负面清单的方式，对出资母基金的投资方向做出进一步的限制。如《湖北省长江经济带产业基金投资负面清单》、《徐州市产业发展基金投资负面清单》等等。

《湖北省长江经济带产业基金管理办法》第二十一条规定“引导基金不得从事以下业务：（一）融资担保以外的担保、抵押、委托贷款等业务；（二）投资二级市场股票、期货、房地产、证券投资基金、评级AAA 以下的企业债、信托产品、非保本型理财产品、保险计划及其他金融衍生品；（三）向任何第三方提供赞助、捐赠；（四）吸收或变相吸收存款，或向第三方提供贷款和资金拆借；（五）进行承担无限连带责任的对外投资；（六）发行信托或集合理财产品募集资金；（七）其他国家法律法规禁止从事的业务。”

《重庆市产业引导股权投资基金管理暂行办法的通知》也明确规定产业基金不得从事贷款、二级市场股票买卖、期货、房地产、企业债等投资，为产业引导股权投资划出了一条投资“红线”。徐州市产业发展

基金与天津市海河产业基金的负面投资清单还重点突出“不得向任何第三方提供赞助、捐赠”。此外，为了保证资金安全，大连市产业（创业）投资引导基金与上海市创业投资引导基金还要求“闲置资金只能用于存放银行或购买国债等符合国家有关规定的金融产品”。

关于投资负面清单禁止的投资范围，一方面，可在合伙协议中作原则性约定，如可约定“本合伙企业不得从事以下事项：（1）投资于承担无限责任的企业或进行承担无限连带责任的对外投资；（2）对外举债或向他人提供担保等业务；……（3）相关法律法规及规范性文件禁止投资的行为”。

另一方面，可同时在补充协议或单边协议中做详细约定，此处的详细约定不仅包括依据产业基金管理办法规定的负面清单，对母基金禁止投资业务范围做详细列举，而且还可以对上述禁止业务所包含的特殊除外情况作进一步解释，如约定“补充协议约定的不得从事‘二级市场股票投资’不包括合伙企业参与定向增发及重大资产重组取得的上市公司股票，合伙企业根据合伙协议以向国有及大型股份制银行购买PR1 及 PR2 风险级别以下的银行理财产品，或根据咨询委员会同意的其它安全的方式进行临时投资不视为对上述‘禁止投资业务范围’的违反”，亦可以约定不得“向第三方提供贷款”的除外范围，即约定“向第三方提供贷款不包括以可转债及过桥贷

款方式进行的投资”，以及约定“附属协议所述禁止从事的住宅、商业地产项目，对于有产业导入的住宅、商业地产等项目则不受限制”等。

### 三、关于产业基金出资设立母基金区域性返投要求及约束性条款设置问题

#### （一）关于区域性返投要求

《政府出资产业投资基金管理暂行办

法》第三条规定“政府出资资金来源包括财政预算内投资、中央和地方各类专项建设基金及其它财政性资金。”，鉴于产业基金的资金来源特殊性，我国现阶段产业基金出资设立母基金通常均有区域性返投要求。

各个产业基金管理办法及其实施细则对区域性返投比例和要求亦不相同，具体如下表：

基金名称	区域性返投要求	法律依据
浙江省创新强省产业基金	要求子基金的管理机构及其总部实际管理的其它基金或实体投资省内项目的资金总额不得低于创新基金出资金额的 2 倍。	《浙江省创新强省产业基金管理办法》
厦门市产业引导基金	要求设立的产业子基金投资于厦门企业的投资总额不低于引导基金对该产业子出资额扣除相应比例管理费后实际可投金额的 2 倍，且不低于厦门各级政府引导基金合计出资的一定倍数。	《厦门市产业引导基金管理办法》
湖北省长江经济带产业基金	要求长江产业基金及其出资子基金在湖北的投资总额，累计应不低于引导基金出资规模的 5 倍。	《湖北省长江经济带产业基金管理办法》
徐州市产业发展基金	要求母基金、子基金应优先投资于徐州市范围内的企业，原则投资于徐州市企业的投资总额不低于引导基金对该母基金出资额的 1.5 倍。	《徐州市产业发展基金管理办法》
北京市中小企业创业投资引导基金	要求投资于京津冀地区的初创期、早中期创新型中小企业的投资额比例不得低于全部投资额的 70%，投资于北京地区不得低于 50%。	《北京市中小企业创业投资引导基金管理条例》

依据上述各省关于产业基金出资设立母基金区域性返投要求的规定以及实践经验，通常以产业基金在母基金实际出资额的 1-5 倍进行返投比例的要求，此类约定一般均在基金的附属协议或单边协议中，

如约定为“本合伙企业及本合伙企业出资子基金在 xx 省（含支持 xx 省企业在省外投资、并购项目和被投资的省外企业在 xx 省新增投资项目）的投资总额（包括直接投资和带动投资）累计最低比例不应低于



xx 省 xx 产业引导基金合伙企业（有限合伙）出资额的 x 倍。具体投资方式由全体合伙人另行商定。”

对比上述各产业基金出资设立母基金对区域性返投的要求，各产业基金对于返投的计算口径也存在差异。通常而言，区域性返投的主体应为母基金及其出资的子基金，但亦有部分产业基金将母基金管理团队所在某一区域内的投资均计算在其区域性返投资金总额的范围内。如上表提及的浙江省创新强省产业基金，其要求区域性返投的主体为“子基金的管理机构及其总部实际管理的其它基金或实体”。

按照前述关于返投要求的规定，在单边协议或附属协议中可约定为“合伙企业投资退出封闭期内，合伙协议、合伙企业的关键人士、合伙企业投资的基金（如有）及前述任何一方的关联人对 xx 省项目的投资金额，累计不得低于 xx 产业基金对合伙企业的认缴出资额的 x 倍（“x 倍返投”）”。

## （二）区域性返投要求的约束性条款问题

为了落实返投要求，一般的产业基金在母基金合伙协议中都要约定一些相应的约束性条款，这些约束性条款主要针对增加执行事务所合伙人（或者所有普通合伙人）的责任，一般是通过管理费比例调整或者返还、产业基金退出或出资比例缩减、管理人绩效分成的返还等等来约定。常见形式包括：

1、一般常见的约束机制多为约定产业基金的单方退出机制。如单边协议（或者附属协议）中约定：“普通合伙人未能在基金存续期届满前 xx（某一合适时间点），实现协议所约定的返投 xx 省的要求，则 xx 产业基金可无条件要求普通合伙人及其有控制权的股东，以合理的价格全额回购 xx 产业基金在本合伙企业中的份额，以保证 xx 产业基金在返投目标无法实现时能够实现及时退出。”

2、通过管理人的业绩考核与返投要求形成对赌机制。如约定“若基金管理人及管理团队未完成本补充协议约定的引入投资金额的，则在本合伙企业清算时，针对 xx 产业引导基金实缴出资部分根据《合伙协议》应支付给基金管理人的绩效分成的 40%，基金管理人应返还给 xx 产业引导基金。”

3、除了上述返投约束机制外，亦可在附属协议或单边协议中约定“返投奖励机制”作为完成基金返投义务的奖励，如可约定“若母基金完成了本附属协议约定的返投义务，则 xx 产业引导基金应在基金清算时尽合理努力协助基金普通合伙人按照《xx 产业基金管理办法》及其实施细则的规定申请政府出资让利，以期在基金完成清算前作为给普通合伙人的奖励。”

## 四、关于政府出资让利的问题

为引导母基金完成区域返投的要求，部分产业基金会采用“政府出资让利”的激励机制，即以政府出资所产生的收益对母基金中的社会出资人和基金管理人适当让利，且一般会依据各合伙人出资承担风险的大小决定让利的顺序和比重。政府出资让利可采用直接让利、社会出资人优先回

购产业基金出资份额等形式。各产业基金可依据实际需要对其出资的母基金制定不同的让利方法。

依据相关政策性文件规定，政府出资让利的内容主要体现在以下几方面：

内容项	具体法律规定	法律依据
让利的原则	1.政府出资让利应以政府出资所产生的收益为限； 2.只对社会资本让利，不对其他财政性出资让利； 3.只通过引导基金在母基金中让利。	1.《政府出资产业投资基金管理暂行办法》第七条；
让利的对象	基金管理人和其他社会出资人（部分产业基金未将基金管理人明确规定为让利的对象）	2.《大连市产业（创业）投资引导基金管理暂行办法》第四章“引导基金的退出和收益”；
让利的方式	1.采用直接让利； 2.社会出资人优先回购引导基金出资份额等其他方式。	3.《湖北省长江经济带产业基金管理实施办法实施细则》（暂行）第六章“政府出资让利”；
让利的计算方式	直接让利金额为让利基数乘以让利比率。（让利的基数和让利比率各产业基金规定各不一致，亦有部分产业基金未作具体约定）	4.《宁夏政府出台产业引导基金管理暂行办法》第十二条（注：仅规定应给予其他社会出资人适当让利，未具体展开）；
让利的金额限制（约定各异）	1.应以政府出资收益为限，不得动用政府出资本金让利； 2.奖励资金总额不得高于引导资金在该子基金获得增值收益的30%，且不得高于2亿元人民币；让利资金总额不得高于引导资金在该子基金获得增值收益的50%，且不得高于5亿元人民币。（大连市产业（创业）投资引导基金的规定）	5.《天津市海河产业基金管理暂行办法》（暂行）第五章“收益分配”。

在实践中，政府出资让利除了管理办法有明确规定外，一般在母基金合伙协议或者附属协议中约定，如“若和合伙企业根据补充协议第1.1条约定于合伙企业首次交割日起满x年之日或之前完成x倍以上

的返投规模，则应在基金清算时尽最大努力协助普通合伙人按照产业基金的管理办法的规定申请政府出资让利，以期在基金完成清算前作为给甲方的奖励。因上述出资让利产生的税费，由甲方自行承担。上述让利以考核结果认定为准确。”

在有些情况下，对社会出资人的让利还可以通过社会出资人优先回购产业基金出资份额等形式来实现。如约定为“在基金存续期内，对执行协议所约定目标效果良好的母基金，鼓励母基金的其他出资人回购 xx 产业引导基金所持母基金的全部或者部分份额。”并且，在基金存续期内的不同时间段，出资人回购产业基金份额的成本计算方式不一样，如约定为“其他出资人回购引导基金持有母基金份额的，在自注册之日起 2 年内（含 2 年）的，可以引导基金原始出资额加管理成本实行回购；在 2 年以上 5 年以内（含 5 年）的，可以引导基金原始出资额加从注册之日起到转让日按照中国人民银行公布的 1 年期贷款基准利率 50% 计算的利息（分年计息）再加管理成本之和实行回购；5 年以上的，回购以市场化方式进行。”

另外，基金除在补充协议做上述约定外，还可以视实际需要以协议附件的形式，将与让利相关的让利原则、让利范围、让利基数、让利比率及让利金额的计算方法均作出详细的约定。

## 五、关于产业基金退出机制的保障问题

为有效保障产业基金在参与市场运作的同时保障政府出资的资金安全，实践中不少产业基金会在基金合伙协议及其补充协议中约定产业基金的退出机制。常见的退出机制有两类：一是产业基金出资设立

母基金在所投资的企业存续期内将产业基金所持份额转让给其他社会投资人或公开转让；二是产业基金出资设立母基金投资的企业到期后清算退出。

此外，在特殊条件下给予产业基金单方退出机制，产业基金的单方退出属于退伙，其不同于前述的“以转让出资方式退出”，其无需经母基金其他出资人的同意。

《宁夏政府出台产业引导基金管理办法》第二十一条规定，“引导基金管理中心应与其他出资人在子基金章程或合伙协议中约定，有下列情况之一的，引导基金可无需其他出资人同意，选择退出：（一）子基金方案确认后超过 1 年，子基金未按规定程序和时间要求完成设立或增资手续的；

（二）引导基金拨付子基金账户 1 年以上，子基金未开展投资业务的；（三）子基金未按章程或合伙协议约定投资的；（四）子基金管理机构发生实质性变化的。”嘉兴市政府产业基金与深圳市福田区政府投资引导基金除对上述退出保障机制作出了类似规定外，还规定“母基金及其子基金的阶段性投资不符合产业基金相关政策性导向的”，亦应赋予产业基金无条件提前退出权利。

在基金合伙协议中，为保障产业基金单方退出权利，可作如下约定“有下述情况之一的，xx 产业基金可无需其他出资人同意选择提前退出，或要求违约合伙人回购 xx 基金份额：（1）基金方案确认（基金管委会核准之日为准）6 个月以上，仍未按

规定完成设立手续的；(2) xx 产业基金出资拨付基金账户 6 个月以上，基金仍未设立子基金或开展投资的；(3) 基金未按本协议约定的投资领域和投资限制进行投资的；(4) 基金普通合伙人或管理机构发生关键人士时间等实质变化的；(5) 基金的阶段性投资不符合 xx 产业基金相关政策性导向的；(6) 经基金主管部门认定的其他不符合协议约定和违反 xx 引导基金相关管理性规范文件的。”

另外，在产业基金单方退出机制的设置时，一般会约定产业基金退出时所持母基金份额退出价格的定价机制。如“xx 产业基金从合伙企业退出时，应当按照协议约定的条件退出；协议没有约定的，应聘请具备资质的资产评估机构对出资权益进行评估，作为确认 xx 产业基金退出价格的依据。”

## 六、关于产业基金出资设立母基金管理费的收取问题

管理费，是指由基金投资者或基金向基金管理人支付的用于管理基金的报酬，是基金管理人一项重要的收入来源。管理费因不同基金类型、不同基金规模、不同的基金时期甚至基金管理人的业绩成绩而有所不同。一方面，管理费的计算基数会影响管理费的数额。管理费计算的基数通常包括认缴出资总额或者实际出资额，其中以各合伙人认缴出资总额作为管理费计

算依据，若基金各合伙人约定分次缴纳认缴出资，基金管理人在特定的一段期间内可能仅管理投资者部分出资，却按照认缴出资总额来收管理费，则对于投资者而言其支出的管理费用成本会较高；而以投资者实际出资额为基数，则一定程度上可以降低上述成本。

另一方面，管理费的计算费率亦会影响管理费的数额。通常管理费费率分两种情况，一种为固定的管理费率，系指在基金存续期限内管理费的费率不做调整，即固定为某一比例，在实践中管理费的费率从 1% 到 2% 不等；另一种为浮动管理费率，即区分基金的投资期、退出期等各阶段，分阶段采取浮动管理费率。

考虑到产业基金的资金来源于政府财政性资金，对于管理费的计算并无强制性规范进行规定，但为更好的保护产业基金的利益，一般可以在基金合伙协议约定分阶段浮动利率的管理费条款，如在合伙协议中约定“基金投资期内每年所收管理费为基金实缴出资的 1%，退出期内按尚未退出的项目投资金额的 1% 提取（即“计提基数”），但延长期内不再收取管理费。”

产业基金可利用管理费条款的约定，将年度管理费与区域性返投要求考核相挂钩，以此作为区域性返投的约束机制。如在附属协议中约定“就 xx 引导基金的每一笔实缴出资而言，如在 xx 引导基金将该等实缴出资额实际缴付到合伙企业账户之日满 4 年之日，母基金方未实现本附属协议



第 xx 条约定的返投标准，则在该时间点之后，xx 引导基金就其实缴出资额应分摊的年度管理费应当按照百分之一/年的费率收取，直至母基金在每个半年度的考核时点前满足本附属协议第 xx 条约定的返投标准后，则下一年度的管理费按照正常标准收取。”

另外，产业基金还可在单边协议或附属协议中约定“管理费优惠条款”，以此保障产业基金利益，如“普通合伙人或执行事务合伙人同意，若本基金任一投资人享有相较于《合伙协议》约定的管理费更优惠条款，则 xx 产业基金同样适用。”

## 七、关于产业基金出资设立母基金的存续期间设定问题

基金的存续期间是一个细节性问题，通常情况下私募股权基金会依据基金的规模或投资的需要进行基金期限的设置。但是，鉴于产业基金在成立之初通常有一定的存续期限，如：长江经济带产业基金的存续期限为 10 年，天津市海河产业基金要

求“母基金、子基金存续期原则上不得超过引导基金存续期。”另一方面，有部分产业基金的管理办法及其实施条例直接对母基金及其子基金的存续期限做出限制性规定，如：甘肃省战略性新兴产业创业投资引导基金直接通过管理办法规定“参股基金的存续期限原则上不低于 7 年，不超过 10 年。”

基于上述规定，关于产业基金出资设立母基金的存续期间问题，通常可在母基金合伙协议对基金的“投资期”、“回收期”及“延长期”的期限作出约定之外，另约定“各方一致同意并确认，本合伙企业的存续期将不超过 xx 产业引导基金的存续期，在此基础上确认基金的首次交割日”。另外，母基金的存续期亦可与前述的区域性返投要求相挂钩，即设置的返投约束机制应在产业基金的存续期内实现监管的要求，如分期设置返投的分期考核机制等。

来源：天达共和法律观察

## 作者简介



**王建瑞**

天达共和律师事务所 合伙人  
E-mail: wangjianrui@east-concord.com  
Tel: +8627 8730 6008

王建瑞，北京天达共和（武汉）律师事务所合伙人。王建瑞律师有航运公司工作背景，对航运业务非常熟悉，在船舶建造与融资、船舶租赁、船舶保险、船舶碰撞、海事责任限制、提单等领域代理了大量的诉讼与非诉讼案件，具有扎实的海商法理论功底和丰富的实践经验。同时，在私募股权投资基金、公司并购、基础设施建设、土地矿产等领域也具有丰富的经验，在行政诉讼与行政法律事务方面也较为精通。先后担任了数十家政府机关、航运公司、大型企业、科研院所等单位的常年法律顾问。

---



**方晓燕**

天达共和律师事务所 律师

方晓燕，北京天达共和（武汉）律师事务所专职律师。主要从事私募股权投资基金、公司并购及知识产权诉讼等领域，具有较丰富的法律经验。

## 后 记



**New Year is about getting another chance. A chance to forgive, to do better, to give more, to love more. Happy New Year!**

新年是给我们一个新的机会去原谅、去进步、  
去给予更多、去爱得更多。新年快乐！

### 【本刊内容参考及转载来源】

1. 中国新华社: [www.xinhuanet.com](http://www.xinhuanet.com);
2. 人民 网: [www.people.com.cn](http://www.people.com.cn);
3. 中国新闻网: [www.chinanews.com](http://www.chinanews.com);
4. 财 经 网: [www.caijing.com.cn](http://www.caijing.com.cn);
5. 第一财经网: [www.yicai.com](http://www.yicai.com);
6. 证券时报网: [www.stcn.com](http://www.stcn.com);
7. 法 制 网: [www.fawan.com](http://www.fawan.com);
8. 法律图书馆: [www.law-lib.com](http://www.law-lib.com);
9. 各级政府及各部委行署官方网站