

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

ZHH
ZHH & Robin

2019年 第6期 | 总第066期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

破产债权确认之诉
受理费收取问题及建议

【律师论坛】

场外配资合同纠纷
的几个实务问题

【律师论坛】

文化“创意”
的版权保护思路

【律师论坛】

股权回购诉讼
相关问题探讨

【法理天地】

外商投资再出发
——外资新规全面解读

中豪积极助力世界律师大会成功举办

2019年12月9日，中华全国律师协会在广州举办世界律师大会（Global Lawyers Forum）。本届世界律师大会以“科技进步与法律服务”为主题，来自全球57个国家和地区的800多名政府官员、司法界、律师界嘉宾、代表参加会议，共同探讨中国律师如何通过与境外律师紧密合作，以抓住时代新机遇。中豪作为此次世界律师大会的30家特别支持单位之一，为大会的成功举办提供了诸多有益助力，邀请了来自全球10个国家的10名境外合作律师嘉宾参会。董事局主席袁小彬作为“一带一路”律师联盟的创始成员代表及香港办公室合伙人杨青作为特别支持单位代表受邀出席大会。



中豪蝉联2020年度“钱伯斯”第一等律所



2019年12月5日，全球著名法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）正式发布《2020亚太法律指南》（2020 Asia-Pacific Guide），公布了2020年中国法域中资所律所影响力排名。中豪不负众望再次荣获中国“公司/商事法：西部（重庆）”第一等律师事务所。中豪入选钱伯斯律所榜单已有12年历史，多次蝉联第一等律所榜单，不仅彰显了中豪在公司与商事领域的强大实力，也是对中豪专业化、规模化、国际化的认可。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第066期 2019年 第6期 双月刊

(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬

执行主编：杨 青

编 委：

张 涌	陈 晴	邵兴全
宋 涛	王 辉	宋 琴
卜海军	陈 伟	张晓卿
涂小琴	李东方	范珈铭
俞理伟	朱 剑	夏 烈
汪 飞	郑 毅	黎莎莎
崔 冽	陈心美	任 远
傅达庆	张德胜	吴红遐
文 建	刘 军	郑继华
柯海彬	李 燕	郭凌嘉
赵明举	梁 勇	钟冬蕾
李 永	周 尽	红天晓
刘文治	李 静	邓 辉
周 鹏	王必伟	冉春红
陈任重	郝红颖	宁思燕
谢 敏	青 苗	杨 敏
赵 晨	肖 东	邓舒丹
文 奕	郑 鹏	程地昌
伍 伟	柴 佳	

责任编辑：曹 阳

美 编：王 先

主 办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

破产债权确认之诉受理费收取问题及建议 张涌 胡俊 2

场外配资合同纠纷的几个实务问题 周鹏 8

文化“创意”的版权保护思路 王冠男 14

股权回购诉讼相关问题探讨 王辉 朱梦颖 18

法理天地 THEORY

外商投资再出发——外资新规全面解读 杨青 文奕 24

中豪新闻



2019年11月18日，董事合伙人陈晴律师参加了在上海举办的智合论坛2019，此次论坛以“超越法律”为主题，探讨律师行业趋势和律所发展管理等各个层面的未来机遇和挑战。在此背景下，2019年11月20日，陈晴律师在江北办公室举办了智合论坛2019心得分享会，向我所律师详细分享了参加此次论坛的收获。

2019年11月，中豪在前两年购置金融城打造2000多平方米高端国际化办公环境的基础上，又在11层新增加装修1000平方米办公用房。中豪仍按高规格和标准设计，打造中豪未来十年高端办公场所，新办公室拟计划2020年5月投入使用。

2019年11月21日，重庆市律协组织远郊12区县律所主任、司法局分管局领导及市律师行业发展指导委员会成员逾30人到访中豪江北办公室参观交流，袁小彬会长、董事合伙人陈晴等一行进行了热情接待和友好交流。此次参观活动让到访嘉宾对中豪的办公环境、文化氛围、艺术品位都有了更为深入的认识和了解。

2019年11月21日，重庆市商务委员会带领重庆刘一手火锅、德庄火锅等知名企业高管到访中豪纽约办公室参观交流，纽约办公室副主任吕睿鑫律师和魏纪堃律师进行了热情接待并座谈交流。市商务委领导对本次分享表示充分认可和肯定，重庆与会企业家也针对分享的内容进行了互动式交流。

近年来，受中美贸易战的影响，中美经贸、投资及全球经济格局发生了重大变化。2019年11月27日，纽约办公室副主任吕睿鑫律师举办了“新形势下美国投资机会”讲座，结合自身在美国工作和生活的经验，对目前中美政治经济走向及美国的投资机会进行了详细分析。

为帮助大家梳理新加坡并购交易及家族财富管理的相关法律实务，12月6日，中豪联合新加坡德茂欣律师事务所在江北金融办公室举办“新加坡并购及家族财富传承法律实务”讲座，该所新加坡办公室首席合伙人余启贤、于岚律师以及中豪合伙人郭凌嘉作精彩分享。

2019年12月11日，合伙人钟冬蕾举办了“2019婚家法域新动向——从民法典婚姻家庭编制定修改说起”专题讲座，从法律规定、新闻综述、案例评析等方面进行探究，对律师代理相关案件的要点提出看法和建议。

2019年12月14日，港澳青年律师代表团到访中豪江北金融办公室，开展业务互动交流及培训结业。董事局副主席郑毅等8名资深合伙人参加业务互动交流会。司法部律师局涉外涉港澳台事务管理处副处长于文超、市律师协会会长袁小彬等领导出席结业仪式。

2019年12月18日，合伙人宁思燕在成都办公室举办了建设工程案件实务问题分享讲座。讲座涵盖了建设工程案件七大重点问题，她结合自身丰富的案件承办经验，对建设工程案件的热点问题进行了详细分析。

2020年1月8日，重庆市商务委打造的“渝企走出去服务港”微网站正式上线。作为承办方，中豪为“走出去服务港”搭建与运营提供了全程服务，包括但不限于参与“走出去服务港”架构的设计、内容提供、日常运营等内容。

2020年1月9日，市律师协会第七届理事会第四次会议成功召开。市司法局副局长熊世明、市律师协会会长袁小彬等领导出席会议。合伙人俞理伟和律师左青松荣获“重庆市律师协会2019年度十大民商事诉讼经典案例”；合伙人张涌和律师李雯荣获“2019年度十大商业交易（非诉讼）法律服务经典案例”。

【摘要】《诉讼费交纳办法》对于破产债权确认之诉的案件受理费收取标准无明确规定，导致司法实践中法院做法不一，有的按照财产案件标准收费，有的按照其他非财产案件标准收费，适用混乱。因此，为保障司法的权威性和公正性，并考虑破产程序中债权难以获得全额清偿的特殊性，建议最高院及时通过司法解释或者其他文件规定，明确普通破产债权确认之诉应统一按照非财产案件收取受理费。另外，对于职工破产债权确认之诉，部分法院按照财产案件或者其他非财产案件收取受理费，属于法律适用错误，应当及时予以纠正。

【关键词】破产债权确认之诉 案件受理费 标准 建议

破产债权确认之诉 受理费收取问题及建议

◎ 文 / 张涌 胡俊 / 重庆办公室





张涌 | 合伙人

专业领域：公司、破产清算、建筑及房地产

手机：+86 133 0833 3618

邮箱：david@zhhlaw.com



胡俊 | 律师

专业领域：破产清算、公司并购

手机：+86 159 2287 4435

邮箱：june@zhhlaw.com

关于破产债权确认之诉的受理费收取

（一）破产债权确认之诉

破产债权确认之诉是指债务人、债权人对破产管理人审核记载的债权有异议的，可以向法院提起民事诉讼，由法院以实体判决的形式审查确认有争议的债权。

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第58条第3款规定：

“债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。”

破产债权确认之诉，是为了解决债权实体争议而设置的特殊诉讼程序，为确定债权的最后司法审查确认程序。

（二）破产债权确认之诉的受理费标准

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第200条规定，破产程序中有关债务人的民事诉讼案件，按照财产案件标准交纳诉讼费，但劳动争议案件除外。《民事案件案由规定》第279条规定，破产债权确认之诉分为职工破产债权确认之诉和普通破产债权确认之诉。

通常认为，依据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《诉讼费用交纳办法》），职工破产债权确认之诉应当属于劳动争议案件，应按每件10元缴纳案件受理费；普通破产债权确认之诉作为财产案件根据诉讼请求的金额或者价额，按比例分段累计交纳案件受理费。

司法实践中，关于破产债权确认之诉的受理费标准

司法实践中，破产债权确认之诉的受理费标准，各地法院做法不一。对于普通破产债权确认之诉，有的法院按照财产案件标准收取案件受理费，有的法院按照其他非财产案件标准收取，也有部分法院按照前述标准计算后减半收取。而至于职工破产债权确认之诉，实践中法院通常有以下几种做法：按照劳动争议案件收费；按照财产案件收费；按照其他非财产案件收费。

（一）普通破产债权确认之诉的收费标准

1. 按照财产案件标准收费

在北京市高级人民法院审理的北京泰丰房地产开发有限公司与王俊杰破产债权确认之诉二审案中【(2016)京民终129号】，上诉人同时提出该案应当作为非财产案件收取案件受理费。二审法院经审查后认为，《诉讼费用交纳办法》系以财产案件、非财产案件、知识产权民事案件、劳动争议案件、行政案件、管辖权异议案件为分类规定案件受理费的交纳标准的，且并非以确认之诉和给付之诉来划分财产案件和非财产案件。破产债权确认之诉，属于财产案件，法院按照诉讼标的的金额收取案件受理费符合《诉讼费用交纳办法》的规定。按财产案件收费，具体又可以分为以下情形：

（1）按照诉请确认的债权金额全额收费

部分法院按照原告诉请确认的债权金额计收受理费，比如在天津光电瑞通商贸有限公司与天津宏商发展有限责任公司破产债权确认之诉案【最高人民法院(2013)民二终字第61号】中，一审、二审法院均按照原告诉请确认的债权金额4,919,023.11元



收取案件受理费46152元。

(2) 按照诉请确认的债权金额计算后减半收费

有的法院考虑到破产案件的特殊情况，按照诉请确认的债权金额计算受理费后减半收取。如在毛淑芳与上海服贸因私出入境服务有限公司破产债权确认之诉案【(2019)沪0109民初8668号】中，原告诉请确认的债权金额为172,900元，上海市虹口区人民法院计算案件受理费3,758元，减半收取1,879元。

2.按照其他非财产案件标准收费

在合肥高新技术产业开发区社会化服务公司、江西赛维LDK太阳能高科技有限公司破产债权确认之诉案中，江西省新余市中级人民法院

法院一审【(2016)赣05民初96号】和江西省高级人民法院二审【(2017)赣民终187号】均按照原告诉请确认的债权金额收取案件受理费，但是在再审程序中【(2018)最高法民再25号】，最高人民法院法院判决撤销一审、二审法院判决中关于案件受理费部分，并重新确认一审、二审程序案件受理费均为100元，即按照其他非财产案件收取。

(二) 职工破产债权确认之诉的收费标准

1.按照劳动争议案件收费

如杜建国与旭东电力集团有限公司职工破产债权确认之诉【(2019)川1681民初1212号】案，四川省华蓥市人民法院按照劳动争

议收取案件受理费10元。又如韩家会与四川川起起重设备有限公司职工破产债权确认之诉案【(2019)川01民终300号】，成都市中级人民法院按照劳动争议收取案件受理费10元。

2.按照财产案件收费

敬贵志与四川江油南方建设工程有限公司职工破产债权确认之诉案【(2019)川0781民初2785号】中，原告诉请确认职工债权金额183424.7元，四川省江油市人民法院按照财产案件标准计算案件受理费后，减半收取1984元。

3.按照其他非财产案件收费

如张培兴与成都市科达自动化控制工程有限公司职工破产债权确

认之诉案【(2018)川0106民初7882号】中，原告诉请确认职工债权金额660453元，四川省成都市金牛区人民法院按照其他非财产案件标准计算案件受理费100元后，减半收取50元。司法实践中，由于对破产债权确认之诉的性质认识不一，所以各法院在该类案件收取受理费时标准极不统一。有的法院是按照财产案件标准收取案件受理费，即按照原告诉请法院确认的债权金额计算受理费；有的法院按照其他非财产案件标准即按件交纳50元至100元。部分法院考虑到该类诉讼案件的特殊性，在按上述标准计算受理费的基础上作了变通处理，比如按照财产案件标准计算后减半收取，或者按照法院裁判确认的债权金额计费，也有的以该项破产债权在破产程序中预计可能得到的分配数额计费。

同类案件收费标准不统一，并且差距较大，导致司法权威性和公平性受到极大损害。

（二）按照财产案件标准收费不合理

现行法律制度下，大部分法院仍然按照财产案件标准计收受理费，既不够合理也不符合实际情况。在破产程序中，破产债权通常是得不到足额清偿的，甚至可能得不到清偿。对破产债权确认之诉以要求确认（或不予确认）债权额为基数按照财产案件标准计收受理费，会造成诉讼当事人过

重的负担，甚至出现诉讼收费数额超过债权人可能得到的破产分配额的不合理现象，从而压抑当事人维护权利的行为，损害其诉权。^①

另外，即使最终案件受理费由债务人承担，但是该费用作为破产费用从债务人财产中优先支付，最终损害的也是全体债权人的利益。

（三）职工破产债权确认之诉受理费收取标准适用法律错误

对于职工破产债权确认之诉，实践中部分法院按照财产案件标准收费或者按照其他非财产案件收费即按件交纳50元至100元，均属于适用法律错误。职工破产债权确认之诉属于劳动争议的范畴，应当按照劳动争议案件收费。

首先，关于劳动争议的范围，依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定包括以下方面：（一）因确认劳动关系发生的争议；（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

其次，依据《企业破产法》规

定，职工债权是指债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金等。

因此，关于争议债权是否属于职工债权、职工债权金额多少，理所应当属于劳动争议，应按照10元每件收取案件受理费。

关于诉讼收费制度的立法本意分析

诉讼收费制度的立法本意，一是体现诉讼当事人对司法成本的适当补偿原则。诉讼当事人为维护自己的合法权益而参与民事诉讼，其产生的司法成本不应当全部由全体纳税人承担。适当收取诉讼费用，由败诉方当事人对国家承担的司法成本给予适当补偿，对全体纳税人来说更显公平。

二是诉讼费用的承担具有对经济活动不诚信一方给予惩戒的作用。国务院制定颁布的《诉讼费用交纳办法》规定“诉讼费用由败诉方承担”。公民或组织参与经济活动，如果不能遵循诚信、公平原则，必将损害其经济活动相对方的利益。诉讼费用由败诉方承担，有利于促进经济活动参与者遵循经济规则、履行民事义务。

^① 中国人民大学法学院教授 博士生导师 王欣新. 破产债权争议诉讼的性质与收费标准[N]. 人民法院报, 2014-07-16(007).



三是收取诉讼费用有助于防止或减少滥诉现象的发生。^② 诉讼活动不设门槛,必然增加由国家财政负担的司法成本。适当收取诉讼费用,补偿国家司法成本支出、防止滥诉现象的发生,已经成为世界各国的通行做法。目前,各级人民法院的诉讼收费均全额上缴同级财政国库。

同时,为了保护当事人合法权益,保证确有困难的人民群众打得起官司,《诉讼费用交纳办法》专门就司法救助事项作出了明确的规定:“当事人交纳诉讼费用确有困难的,可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。”

诉讼费用的收取,有其特定的社会管理作用和司法精神,因此对民事诉讼活动收取诉讼费用一定要具有其合理性与合法性。

同时,为了保护当事人合法权益,保证确有困难的人民群众打得起官司,《诉讼费用交纳办法》专门就司法救助事项作出了明确的规定:“当事人交纳诉讼费用确有困难的,可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。”

诉讼费用的收取,有其特定的社会管理作用和司法精神,因此对民事诉讼活动收取诉讼费用一定要具有其合理性与合法性。

关于解决破产债权确认之诉的受理费收取问题的建议

(一) 普通破产债权确认之诉应统一按照非财产案件标准收取受理费

如前所述,在破产程序中破产债权通常是得不到足额清偿的,按照诉请确认的债权金额收取受理费是不合理,也是不符合诉讼收费制度的立法本意的。对于诉讼收费制度的本意是对诉讼当事人对司法成本的适当补偿原则,但是这个补偿应当是合理的,是在当事人通过诉讼可获得利益范围之内的,更不能因此抑制当事人行使诉讼权利。因此,在现行诉讼收费制度未针对破产债权确认之诉单独予以规定的情况下,对于普通破产债权确认之诉,建议最高人民法院及时通过司法解释或者其他文件规定,明确应当统一按照非财产案件标准收取案件受理费。

另外,关于有人担忧按照非财产案件标准收取受理费过低,会导致滥诉的情形发生,笔者认为这种担忧实无必要,原因有二:

首先,破产债权确认之诉的提起是有前置程序的,即必须依法申报债权,并经过管理人对申报的债权完成审查程序,或者完成对职工债权的调查程序,否则不得提起破产债权确认之诉。

其次,不管是对于债权人还是管理人来讲,更加愿意通过沟通和补充完善证据等的非诉讼方式确认债权。一是因为诉讼程序十分耗时耗力,成本高昂;二是因为诉讼未定的债权,债权人要延迟获得财产分配,也由于提存手续的办理增加了管理人的工作量。

(二) 职工破产债权确认之诉按照劳动争议案件收费

职工破产债权确认之诉,属于劳动争议的范畴,应当依据《诉讼费用交纳办法》规定,按照每件交纳10元的标准收取案件受理费。实践中部分法院按照财产案件标准收费或者按照其他非财产案件收费即按件交纳50元至100元,均属于适用法律错误,应当依法及时予以纠正。

^② 魏乐陶. 确认之诉案件受理费收取的实践审视及合理化重构[A]. 最高人民法院. 全国法院第25届学术讨论会获奖论文集: 公正司法与行政法实施问题研究(上册)[C]. 最高人民法院: 国家法官学院科研部, 2013: 12.

【摘要】2019年11月8日，最高人民法院正式出台了《全国法院民商事审判工作会议纪要》，对场外配资合同纠纷的处理进行了具体规定，为各地司法裁判指明了方向。笔者依据现有的法律规定，并结合自身的办案经验，对场外配资合同的法律特征、交易模式、合同效力及责任承担几个实务问题进行简要分析。

【关键词】场外配资 合同效力 责任承担

场外配资合同纠纷的几个实务问题

◎ 文 / 周鹏 / 重庆办公室





周鹏 | 合伙人

专业领域：公司、地产、金融
手机：+86 186 0232 8500
邮箱：zpkangta@zhhlaw.com

场外配资合同的概念

场外配资的概念起源于证券市场实践，是对这类未纳入国家监管体系的融资模式的概括。具体而言，场外配资合同指的是未经金融监督管理部门批准，法人、自然人或其他组织之间约定融资方向配资方交纳一定现金或一定市值证券作为保证金，配资方按杠杆比例，将自有资金、信托资金或其他来源的资金出借给融资方用于买卖股票，并固定收取或按盈利比例收取利息及管理费，融资方将买入的股票及保证金让与给配资方作担保，设定警戒线和平仓线，配资方有权在资产市值达到平仓线后强行卖出股票以偿还本息。包括但不限于具有上述实质内容的股票配资合同、借钱炒股合同、委托理财合同等。^①

场外配资合同的法律特征及交易模式

通常而言，配资业务的主体应当是具备相应资质的证券公司，其融资融券的操作流程是在相关机构予以批准的证券交易场所中进行的。而场外配资则一直处于法律监管的灰色地带，其具有杠杆比例过高、参与主体众多、融资门槛低、线上线下互换等显著特征。

实践中，场外配资在交易模式上有一个从简单到复杂的过程，参照证监会出具的整顿文件^②，我们基本将其分为以下三类：

（一）民间借贷下的场外配资

目前，该模式是实践中最传统也是最常

见的配资类型，其主要通过借款合同，事先约定有关配资的息费，以及相应的操作条款。且双方为掩盖其非法目的，常常有明确的诸如借款人、借款期限、本金与利息等条款的规定，以民间借贷的形式运作场外配资。虽然该类合同存在借贷、让与担保的法律特征，但与一般的借贷合同存在显著区别。

其中，福建省石狮市人民法院就对两者进行了具体的区分^③。该院认为：第一，在案涉资金的控制权方面，借款合同的实质是交付资金并转移资金的所有权。而场外配资，虽然双方表面上约定为借款，但出借人交付资金至自己指定的账户中，且与借款人共同控制股票账户及密码，对资金并未完全丧失控制权。第二，从资金与股票之间的关联性看，场外配资合同中的资金与股票买卖、股票账户本身密不可分，且一般有保证金、警戒线、平仓线等与股票交易直接关联的内容，虽出借人主要目的在于取得固定利息，但借款人主要用于股票交易，即所谓的“融资交易”。第三，从实际交易过程看，其情形均与《民事案件案由规定》规定的融资融券交易纠纷无异，不宜认定为借款合同纠纷。

（二）互联网平台下的场外配资

此种模式主要依托于互联网平台寻找配资方，大大简化了交易流程。投资者可直接向平台汇入资金，而平台则向其提供独立账户作为交易使用，而对于交易的实时监测与强行平仓的操作则由平台负责。

① 参见《深圳市中级人民法院关于审理场外股票融资合同纠纷案件的裁判指引》第一条。

② 参见证监会《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》，2015年7月12日。

③ 参见福建省石狮市人民法院(2019)闽0581民初877号民事判决书。



（三）伞型信托下的场外配资

该模式最主要的特征是资金来源有很大不同，通常银行的理财资金被列为优先级收益资金，而个人及其他机构则为劣后级。在配资过程中，基金信托人获取资金管理权后，常通过操作系统将证券账户进行分仓并调高杠杆率，最终分销至融资方。

一直缺少相应的法律条文进行规制，导致场外配资一直处于无序状态。直到2015年股市动荡，证监会先后向证券公司下发了《关于加强证券公司信息系统外部接入管理的通知》以及《关于全面清理“配资炒股”等违法网络宣传广告的通知》，表明了国家不提倡甚至是严令禁止场外配资的态度。

其中，认定合同无效的法院认为：场外配资合同违反了《证券法》《中华人民共和国银行业监督管理法》《证券公司监督管理条例》等法律法规的强制性规定，具体包括违反融资融券特许经营、证券账户实名制和不得出借的要求；另一方面，场外配资破坏了稳健有序的证券市场秩序，损害了不特定投资者的利益，属于损害社会公共利益的行为，根据《合同法》第五十二条第(四)项规定，亦应无效。^④

此外，深圳市中院在2015年还发布了《深圳市中级人民法院关于审理

场外配资合同纠纷的几个法律实务问题

（一）场外配资合同的效力

1. 有效与无效并存

自场外配资行为出现以来，我国

尽管证监会表示会继续打击场外配资行为，但并无具体的法律法规明确其非法性，且实践中场外配资常以借贷名义出现，因此场外配资合同的效力问题仍存在不少争议。

^④ 上海金融法院(2019)沪74民终233号民事判决书。

场外股票融资合同纠纷案件的裁判指引》，确认了场外配资合同的无效性，为管辖范围内的场外配资纠纷案件作出了明确的指引。

但也有不少判例认为上述理由不足以认定配资合同无效。首先，法律、行政法规中并无明确否认配资合同效力的强制规定。其次，证券业务特许经营、账户实名制更多的是行政管理上的要求，行政机关对市场主体的违法行为进行处罚即可，这并不代表双方的合同无效。

2.无效的最终确定

2019年11月8日，最高法院正式出台了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《会议纪要》），该纪要对场外配资合同的效力有了正式的规定，明确了除依法取得融资融券资格的证券公司与客户开展的融资融券业务外，任何单位或者个人与用资人的场外配资合同无效。至此，关于场外配资合同效力的司法认定有了明确的、最高的司法标准。

（二）合同无效后的责任承担

1.相关法律规范

关于合同无效后的责任承担问题，应当以《合同法》第五十八条以及最高法院《会议纪要》的规定为依据：

（1）《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折





价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

（2）《会议纪要》第六部分规定：“第一，场外配资合同被确认无效后，配资方依场外配资合同的约定，请求用资人向其支付约定的利息和费用的，人民法院不予支持；第二，配资方依场外配资合同的约定，请求分享用资人因使用配资所产生的收益的，人民法院不予支持；第三，用资人以其因使用配资导致投资损失为由请求配资方予以赔偿的，人民法院不予支持；第四，用资人能够证明因配资方采取更改密码等方式控制账户使得用资人无法及时平仓止损，并据此请求配资方赔偿其因此遭受的损失，人民法院依法予以支持；第五，用资人能够证明配资合同是因配资方招揽、劝诱而订立，请求配资方赔偿其全部或者部分损失的，人民法院应当综合考虑配资方招揽、劝诱行为的方式、对用资人的实际影响、用资人自身的投资经历、风险判断和承受能力等因素，判决配资方承担与其过错相适应的赔偿责任。”

根据以上《会议纪要》的内容，我们发现，其部分条款在《征求意见稿》的基础上进行了修改。第一，在《征求意见稿》中，法院支持用资人按中国人民银行确定的同期同类贷款基准利率向配资方赔偿利息损失；但在正式出台的《会议纪要》中，则否定了配资方的全部利息权利。两相比较之下，可以很清楚地看到国家对于

该等违法行为的彻底否定。第二，两份文件均明确了用资人不得使用配资导致投资损失为由，请求配资方予以赔偿；但在《会议纪要》中，新增了以下例外情形：如用资人能证明配资方采用更改密码等方式控制账户使得用资人无法及时平仓止损，并据此请求配资方赔偿其因此遭受的损失，法院予以支持。

2.具体处理

笔者认为，依据《合同法》第五十八条以及《会议纪要》相关规定，配资合同无效后的责任分配分为以下几个方面：

（1）关于本金的返还问题

针对本金返还问题，部分法院认为：根据场外配资合同约定的内容，其本身具有借贷关系以及让与担保关系，由于合同无效，融资方作为借款人，需将配置资金全额返还给配资方，若配资方资金出现亏损，则应当由融资方予以补足；同时，配资方也应将融资方投资的保证金予以返还。

但也有部分法院认为：相比借款合同，场外配资合同的性质更倾向于融配资双方联合炒股，由此产生的炒股损失，也应当共同承担，法院应根据双方的过错程度，酌定双方各自需返还的金额。此外，根据合同约定，双方资金均存入了配资方名下证券交易账户，配资方对该账户始终保留了控制权，因此配资方只需将裁定数额返还给融资方，其自有资金不存在返还问题。



(2) 双方通过配资合同产生的收益

根据《会议纪要》规定，配资方不得向融资方请求支付约定的利息及管理费用；若资产市值最终超过了配资金额与保证金之和，即融资方盈利，配资方也不得请求分享融资方因使用配资所产生的收益。

(3) 双方因配资产生的投资损失关于损失承担问题，因融配资双方对配资合同无效均具有过错，应各自承担相应责任，且场外配资合同存在特定的市场背景、交易特征、亏损因果关系及操作性等因素，法院在审理时，一般结合合同的约定、当事人履约的情况、当事人的过错程度等因素

综合考虑，公平合理地划分民事责任。^⑤

具体而言，一方面，融资方不得因使用配资导致投资损失为由请求配资方予以赔偿，但存在两种例外情形：第一，融资方能够证明因配资方采取更改密码等方式控制账户使得其无法及时平仓止损，导致了融资方资金损失；第二，融资方能够证明配资合同是因配资方招揽、劝诱而订立，此时配资方应承担与其过错相适应的赔偿责任。另一方面，如配资方不能举证证明投资方强行平仓的行为未按照合同的约定进行或存在过错，则应按风险自担原则，由其自行承担相应的投资损失，从而整体上实现融配资

双方风险及利益的基本平衡。

结语

2019年最高院出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》，对于化解司法实践中配资合同的效力以及责任争议，具有重要指导作用。但因场外配资合同融合了借贷、担保、联合炒股等多方面的内容，法律关系较为复杂，在确认配资合同无效后，如何解决融配资双方的本金返还问题、损失承担问题，还缺乏统一适用的、更加明细的标准。因此，在处理该类纠纷时，我们需要充分考虑个案中的具体情况，参考相关案例，综合衡量双方的损失以及责任分担。

^⑤ 广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终16772号判决书。

全球文化创意产业从1950年开始得到逐渐恢复和长足发展，产业规模不断扩大、产业结构日益完善，产业优势越发凸显。中国进入经济转型升级期，文化创意产业日益成为整个经济转型升级的支柱产业。文化创意产业是指以创意为核心，以文化为灵魂，以科技为支撑，以知识产权的开发和运用为主体的知识密集型，智慧主导型战略产业。文化创意产业作为知识智慧密集型的新兴领域，具有高知识性、高附加值、强融合性。

然而，在文创产业快速发展的背景下，对文化创意产业至关重要的“创意”和“知识产权保护”，却一直给企业们带来困扰。研究领域对此多有论述，但并未有有效的结论。本文意图再次探究创意的版权保护问题，以期从中得出文创产业知识产权保护的新思路。

文化“创意” 的版权保护思路

◎ 文 / 王冠男 / 成都办公室

“创意”对文创企业的意义

中国创意产业研究中心在《中国创意产业发展报告（2006）》中将创意产业定义为“那些具有一定文化内涵的，来源于人的创造力和聪明智慧，并通过科技的支撑作用 and 市场化运作可以被产业化的活动的总和”。从这一定义，以及文创企业本身的核心竞争力中，我们可以明显得出结论：创意是文化创意产业，是以文化内容为基础的产业的中心。

在《现代汉语词典》中，作为名词的“创意”系指有创造性的想法、构思等。其中，“想法”是指“做文章或制作艺术品时运用心思”，是指“思索所得的结果、意

见”。而在法律讨论范畴内，由于纯精神性质的思维、成果无法为人类所感知，所以只有脑外物化为社会能够感知的实在知识，才能成为法律保护的客体。而在文创产业大部分的知识产权纠纷，也通常是具有实用性、能够带来经济价值的外化创意载体所引发的。因此，法律上的“创意”，无论如何定论立足，至少也应满足“能够被外部感知”这一最低要求。



王冠男 | 顾问律师
专业领域：公司法、知识产权、金融
手机：+86 135 5870 3151
邮箱：nami@zhhlaw.com

将“创意”诉诸版权保护的 必要性

文化创意是人类创新性劳动的成果，应当得到法律的保护，其中的知识产权保护也是实现文化创意生产与消费的公平正义的机

制。文化创意产业的发展离不开知识产权的保护。知识产权可以通过体系化的保护，综合利用商标法、版权法、专利法和反不正当竞争法，达到全面保护的效果。其中，专利法和版权法都以保护创造为宗旨。但是对于文化创意产业来说，寻求专利保护的门槛较高，90%以上的文化创意达不到专利法规定的“新颖性”“创造性”和“实用性”标准。商标法的立法宗旨与创意的保护也并不契合。

《著作权法》在第一条即开宗明义地确定了其保护文学、艺术、科学作品，促进社会主义文化科学事业的发展的宗旨。版权保护是文创产业的产生基础，没有版权保护，文化创意产业不可能存在。而在文创产业中，“创意”以及“创意”的实施是实现企业商业价值的核心，也自然地成为侵权集中区。通常情况下，人们只能寻求版权法的保护。版权法对“创意”以及“创意”实施的态度，对文创企业来说至关重要。

版权对“创意”的保护现状

“创意”对版权保护提出了两个挑战：一是对思想的保护；二是对“创意”实施的限制。这两个挑战实际上是同一问题的正反两面，前者是基础权利的赋予，后者是权利保护的手段。

如前所述，文创产业的基础就是对创意点子内容的高度依赖性。那么这些“点子”能否被赋予权利是关键



问题。

首先不能忽视的版权保护“思想表达二分法”原则，即版权要保障的是思想的表达形式，而不是保护思想本身。世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》第9条提出，著作权的保护范围仅及于表达，不及于观念、程序、操作方法或数理概念。美国版权法第102条（b）款规定，在任何情况下，版权对原创作品的保护都不延伸至任何思想、步骤、程序、体系、操作方法、概念、原理或发现，无论其在该作品中以何种形式被描述、解释、图示或展现。这也是我国版权法的一项基本原则。

传统意义上的表达，是指通过语言文字、线条色彩、声音、造型等客观形式对构思的表达，不包含作品当中的逻辑设计。而在文创产业中，创意本身而非外在的作品形式才是侵权的重灾区，按照前述理论明显起不到保护创意的作用。创意、思路确定后，往往具有多种外在的表达形式，如果版权法只保护外在表达形式，而不制止对其内核的剽窃，这种法律保护对创意人而言几乎毫无意义。

在司法实践中，不乏因所主张的“创意”被认定为“思想”范畴而不受保护的案例。然而，“思想与表达”范畴分界问题一直以来都是复杂且充满争议的，这为将“创意”纳入版权保护提供了某种可能性。同时，随着社会的发展，版权要保护的表达范围在客观上也逐步扩大。如此趋势

以及一部分案例为创意的保护带来希望。

值得一提的是，包括我国在内的许多国家的版权法，对计算机软件的版权保护经历了一个从一般性文档，到程序的结构、组织和顺序，再到程序的外观感受这样一个作品表达范围逐步扩张的过程。目前，计算机软件的结构、组织和顺序已经是公认的受版权保护的表达，它们将零散的元素有序地串联成有机的一個整体，也就是软件作品的创意。另外，在文学、戏剧等作品中，作品的剧情，即结构、组织和顺序在一定情况下也被认定为“表达”。在很多文学作品相似性对比过程中，法官虽然明示“在相似成分中要首先剔除在先作品中思想成分”，例如作品表达的中心思想或者宏观命题，但实际上剔除的是尚未具象、创新度小的内容，对于同属于“思想”的剧情、人物性格，却成为判断侵权的重要考量因素。其实，目前国际上得到较多认同的结论是，如果故事情节，包括事件的顺序、角色人物如果足够创新和具体，则属于表达的范畴，将受到版权法的保护。

另外，电视节目模板的保护问题，也有类似审判思路的体现。早在1968年，美国加州上诉法院在Minnieur v. Tors案的判决即认为电视节目模板可以受到版权法保护。判决也同时指出，模板的独创性应适用较高标准，即需要高度的创新性并且足够具体。当然，针对电视节目模板的可版权性一直争论不休，对电视节目

模板的版权保护，其实是扩大了对“表达”的范围界定。

除此之外，日本学者中山信弘先生也指出“如果说著作权不保护思想，而只保护思想的表现，那么在改变中，实际上却保护了一部分思想”。

文化“创意”获得版权保护的思路

如前所述，“创意”在当下无法有效得到版权的保护是客观情况，但是随着经济环境的变化，“创意”得到版权保护并非无法实现。

（一）利用“表达”突破口，努力寻求保护

在不突破“思想表达二分法”的情况下，通过对“表达”的重新定义依然可以实现保护部分符合条件的“创意”的目的。从计算机软件到文学、戏剧作品，再到电视节目模板的版权保护，可以发现立法和司法界对“表达”和“思想”的区分并非一成不变的，反而随着文化艺术形式的不断丰富，可被界定为“表达”的内容和形式正在不断扩大。对于遭受“创意”“侵权”的文创企业来说，可不必拘泥于一概而论的观点，更应当聘请专业人士寻找突破口，争取获得保护。

（二）满足“创新性”和“具体性”的基本条件

根据司法实践，若想为“创意”

争取到版权保护，必须具备“创新性”和“具体性”这两个基本条件。这也是文创企业在当前法律政策环境下能够做的基本工作。而“创意”的创新性不同于版权法下的作品独创性。作品基于某种特定和稳定的表达方式，对独创性的要求较低。而“创意”则需要超脱于特定表达方式、剔除在先的或惯常思维，对剩下的部分进行独创性判断，创新性的要求高于普通的“作品”。做到“创意具体”能够有利于“创新性”的认定。“创意”本身具有的抽象性，再剔除在先和惯常思维，剩下的内容可能已非常少，丰富“创意”的细节，能够增加“创意”的独创因素，也便于近似性判断。

（三）进行版权登记，为保护增加砝码

早在2008年8月，上海启动“创意信封”登记备案制度，由设计人将创意设计的一些基本元素、原理密封后提交给知识产权管理部门，可作为后期创意设计权属纠纷的证据之一。2014年6月，北京国际设计周与北京国际版权交易中心共同发起的设计版权登记网站——设计盾。设计盾将保护内容从设计作品延伸到了设计创意过程，对于设计师对其创作的作品做出关于创意思路和过程的阐述，也可以进行登记。2016年，国家版权局登记了第一个“创意跑图”作品，登记类别为“其他”，作者吴惠芳的登记和维权举动引起了社会对其作品的关注和尊重。

即便司法领域对创意相关产品的

版权认可存在障碍，但是从程序上确定“创意”的设计人、设计时间，对现有和未来新环境下的维权仍具有重大意义。登记机构对“创意”的登记态度，也表明相关机构对“创意”获得版权法保护抱有开放积极的态度。创作人更应当利用政策支持，争取更多的保护便利。同时，“登记”这一形式也能够引发他人对创作和知识产权的尊重，增加“模仿”的道德压力，减少侵害的发生。

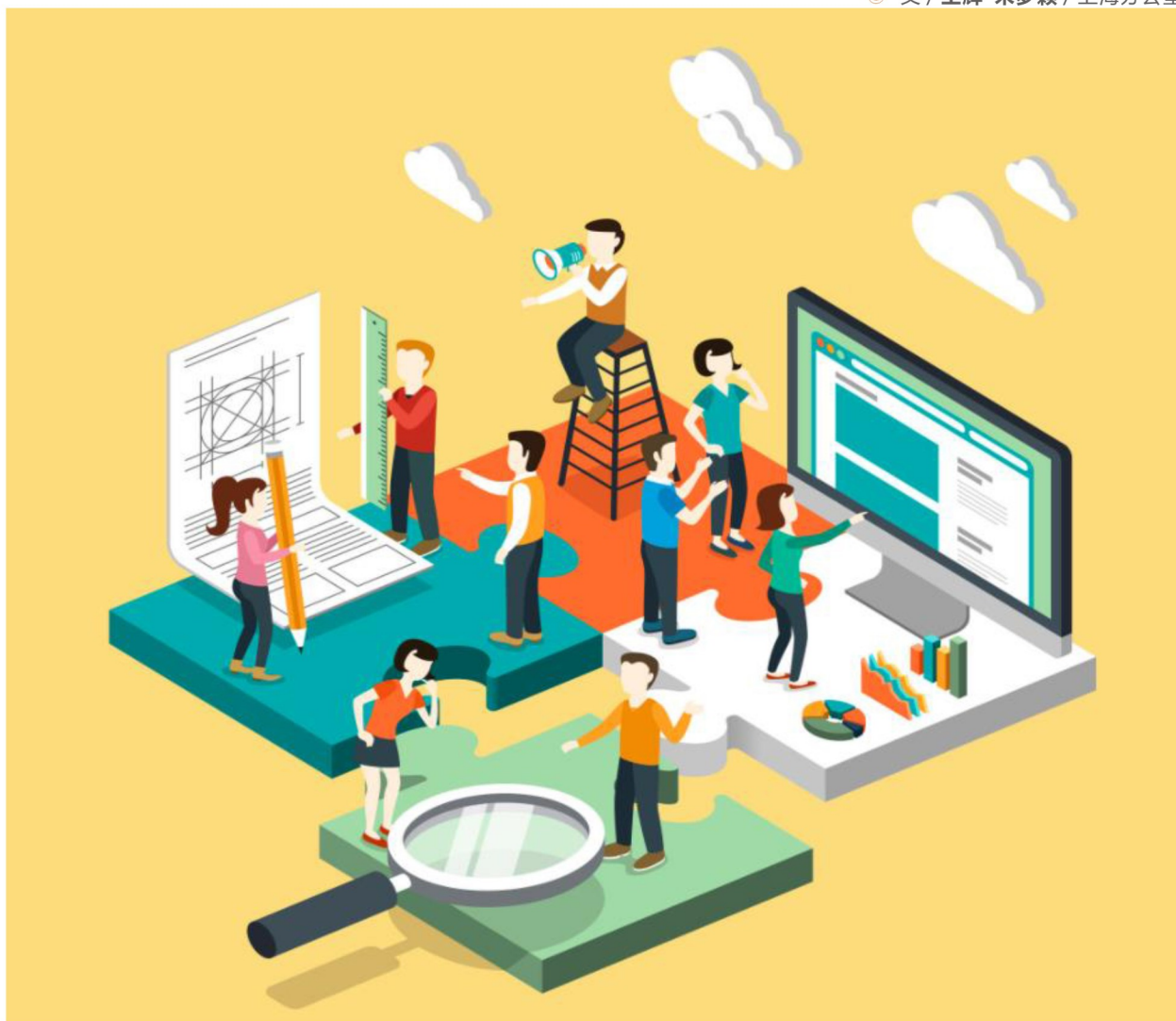
结论

“创意”的可版权性存在法律空间。随着经济环境的变化，符合一定条件的“创意”得到版权保护有实现可能。对于文创企业，可以把握“创新性”和“具体性”来增加“创意”版权保护的筹码，同时还可对创意成果进行登记，有效利用政策和平台固定权利。

近日，我们代理了一起名义股东请求公司收购股权的诉讼，鉴于案情涉及的股权回购问题较为复杂，争议点较多，故此我们尝试对有限责任公司的股权回购诉讼涉及的相关问题做一些探讨（为行文方便，以下所有“公司”均指代“有限责任公司”）。

股权回购诉讼相关问题探讨

◎ 文 / 王辉 朱梦颖 / 上海办公室





王辉 | 合伙人

专业领域：公司、金融

手机：+86 135 0199 6036
邮箱：rickwong@zhhlaw.com



朱梦颖 | 律师

专业领域：公司、金融

手机：+86 188 0026 3875
邮箱：molly.zhu@zhhlaw.com

《公司法》第七十四条规定，对特定决议事项投反对票的股东有权要求公司收购其股权，或在一定期限内无法与公司就股权回购事项达成一致的，有权提起请求公司收购股权的诉讼。该条虽然明确了请求公司收购股权诉讼的主体资格、行权条件和行权期限，但司法实践中的情况往往错综复杂，致使请求公司收购股权诉讼常引发争议，譬如在股权代持情形下，谁具有提起请求公司收购股权诉讼的主体资格？未参与股东会决议的异议股东是否享有回购权？若享有回购权，是否受《公司法》第七十四条规定的期限限制？

股权代持情形下,提起请求公司收购股权诉讼的适格主体

《公司法》第七十四条明确了请求公司收购股权诉讼中的适格主体为股东。根据公司法及相关法律法规的规定，股东为向公司履行出资义务并以其认缴的出资额为限对公司承担责任的自然人、法人或其他实体，公司应为股东签发股东出资证明书，将其信息记载于股东名册和公司章程，并为其办理工商登记。正常情况下，履行实际出资义务的股东与股东名册、公司章程和公司登记机关记载的股东一致；但是实践中，因实际出资人不方便公开身份等原因，故选择让名义股东代为持股的方式取得对目标公司的股权。那么在股权代持情况下，谁才是提起请求公司收购股权诉讼的适格主体？

（一）司法解释以及司法意见的相关规定

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下称《公司法解释三》）第二十四条规

定，名义股东和实际出资人之间的股权代持协议，如无《合同法》第五十二条规定的无效情形，应认定为有效，实际出资人享有股东投资权益，但实际出资人需取得公司其他股东过半数以上同意后，可请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、公司章程，并办理工商变更登记。该条文中将“实际履行出资义务的人”表述为“实际出资人”，而非“实际股东”，我们认为这是立法者考虑到有限责任公司的人合性特征而做出的特殊安排。因为对于公司来说，其股东的退出和新增需要履行相应的内部程序，包括股东会决议、修改公司章程等，并且赋予了其他股东的优先购买权。因此实际履行了出资义务的实际出资人需取得公司其他股东过半数同意后方可获得股东身份。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第28条规定，实际出资人能够提供证据证明公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。公司以实际出资人的请求不符合《公司法解释三》第二十四条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。因此，即使实际出资人未履行征得公司其他股东过半数同意的程序，只要该实际出资人能举证证明公司过半数其他股东知道其实际出资事实，且未对实际出资人实际行使股东权利提出异议的，则实际出资人享有股东身份。但是，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第3条的规定，符合第28条规定情形的实际出资人在完成工商变更登记前，其股东身份不得对抗善意相对人。

（二）司法实践

在司法实践中，公司的实际出资人以股东身份行使股东权利，过半数的其他股东未提出异议的，实际出资人以此主张享有股权的，法院予以支持。在《再审申请人北京金源新盛置业有限公司因与被申请人三亚三兴实业公司等股权转让纠纷一案》（案号：[2018]最高法民申4156号）中，最高院认为，“鉴于王旭东是金源新盛公司和盛华乐天公司的控股股东，也是杰宝公司的控股股东，原判决关

于‘在2013年7月30日杰宝公司召开的股东会上，盛华乐天公司和王旭东对于三兴公司作为杰宝公司的股东不仅没有异议，而且还认可其以股东身份行使权利，进一步表明其至少不反对三兴公司成为杰宝公司的股东’的认定，亦不违背案涉当事人的本意。故根据《公司法解释三》第二十四条第三款的规定，原判决认定三兴公司经公司其他股东半数以上同意，即盛华乐天公司和王旭东同意三兴公司办理股东工商登记变更手续，本院不持

异议。”

综上，在股权代持情形下，请求公司收购股权的适格主体应视具体情形而有所区分。经名义股东披露或法院的确认之诉确认的实际出资人，并不当然因实际履行出资义务而取得股东身份，其股东身份的取得须经公司其他股东过半数以上同意。实际股东在未取得公司其他股东过半数以上同意的，因不具备股东身份而不得行使股权回购请求



权，名义股东作为公司认可的享有股东身份的股东有权请求公司回购其登记的股权。但是若实际出资人有证据证明公司过半数股东对实际出资人以股东身份行使股东权利未提出异议的，包括参与股东会会议并进行投票、在股东会决议上签字或经股东会同意以股东身份参与公司经营管理等，则视为实际出资人已获得股东身份，其作为请求公司收购股权诉讼的适格主体，有权向公司请求收购其实际股权。

但是在司法实践中，经常出现名义股东未向公司披露实际股东且实际股东未参与公司的决策或经营管理，在该种情形下，名义股东提起请求公司收购股权的诉讼的，实际股东能否请求参与诉讼并请求确认其股东资格？根据民事诉讼法及司法解释等的相关规定，原则上不同的法律关系不能在同一个诉讼案件中审理。鉴于股权回购与股东资格确认系两个不同的法律关系，故原则上股东在提起请求公司收购股权的诉讼中不能同时请求法院确认当事人的股东资格。但是考虑到在该类案件中，股东资格确认系请求公司收购股权诉讼的前置程序，故为了减少当事人的诉累和提高司法资源的使用效率，对于申请作为第三人参加诉讼的实际股东请求确认股东资格的，我们认为请求公司收购股权之诉的受理法院将股东资格确认之诉一并审理似乎更为合理。

请求公司收购股权的行使条件

《公司法》第七十四条规定，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，

并且符合本法规定的分配利润条件的；

（二）公司合并、分立、转让主要财产的；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。



自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内，向人民法院提起诉讼。

根据该条的规定，股东只有针对此处所列举的三项股东会决议事项投反对票的，才能请求公司对其股权

进行回购。若在股东会决议通过之日起六十日未与公司达成股权收购协议，则可以自股东会决议通过之日起九十日内向法院提起诉讼。但是在实践中，存在异议股东的知情权被剥夺的情形，即异议股东未被告知股东会召开事宜，故，在此种情形下该异议股东能否请求公司收购股权？

最高院发布的《袁朝晖与长江置业（湖南）有限公司请求公司收购股权纠纷案》（案号：【2014】民申字第2154号）对此问题已作了明确。最高院认为《公司法》第七十四条的立法精神在于保护异议股东的合法权益，之所以对投反对票作出规定，意在要求异议股东将反对意见向其他股东明示。股东未被通知参加股东会，无从了解股东会决议并针对股东会决议投反对票，未参加股东会不影响该股东行使请求公司以公平价格收购其股权的权利。

请求公司收购股权的期限限制

《公司法》第七十四条第二款规定，自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内，向人民法院提起诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》第三条规定，原告以公司法第二十二条第二款、第七十四条第二款规定事由，向人民法院提起诉讼时，超过公司法规定期限的，人民法院不予受理。

根据以上规定，“六十日”和“九十日”的期间应为不变期间，不适用诉讼时效中的中止、中断或延长制度。虽然最高院以公报案例的方式确认了股东因未收到通知而





未参与股东会决议，有权提起收购股权的诉讼。但是在股东非因自身原因未参加股东会会议的，该未参会股东提起请求公司收购股权诉讼是否受决议通过之日起九十日的期限限制？

经查询相关案例，在司法实践中，一般有两种不同的裁判观点。第一种观点认为“自股东会会议决议通过之日”是确定不变的起算点，“九十日”的期限是股东行使股权回购起诉权的不变期限，该期限不因任何事由而中止、中断或者延长。该期限届满，股东享有的股权回购的诉讼权利即消失（参见：案号[2018]鄂民终716号、案号【2019】鲁08民再19

号）。第二种观点则认为，在股东未被通知参与股东会会议的情况下，对股东会会议决议事项持有异议的股东请求公司回购其股权的应不受“自股东会会议决议通过之日起九十天”的限制（参见：案号【2014】宁商终字第1518号）。我们倾向于第二种观点。我们认为关于回购请求权的期限限制的立法本意在于保护少数异议股东的合法权益，又督促异议股东及时行使权利，从而不影响公司的正常经营发展。但是对于被侵犯了知情权和表决权的股东而言，因公司的侵权行为而致使其无法行使请求公司回购股权的权利有失公允，且会助长大股东滥用权力侵害小股东利益，不利于公

司的长期稳定有序地发展。故我们认为对于非因自身原因未参与会议的异议股东不应当受九十日的限制。

本文就请求公司收购股权诉讼中的诉讼主体资格和条件问题，结合现有法律法规的规定和司法判例进行了简要分析。鉴于目前并未有明确的法律法规对此予以规定，故在实践中常引发争议，并出现诸多同案不同判的情形。我们建议最高院以司法解释或司法意见或判例的方式统一裁判口径。

对于外商投资来说，2019年是很不平凡的一年。为了稳外资，立法、司法与行政机关打出了“组合拳”：2019年3月，全国人大审议通过了《外商投资法》；6月，国家发改委与商务部发布了外资准入负面清单（以下简称《2019年版负面清单》）；11月，国务院出台了《进一步做好利用外资工作的意见》；12月，《最高人民法院关于适用〈外商投资法〉若干问题的解释》（以下简称《司法解释》）与《外商投资法实施条例》（以下简称《实施条例》）获得通过（上述法律法规以下统称外资新规）。《外商投资法》及《实施条例》与《司法解释》已于2020年1月1日正式生效施行。如此密集出台新规，这在我国外资立法史上绝无仅有。

外商投资再出发

——外资新规全面解读

◎ 文 / 杨青 文奕 / 重庆办公室





杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商
投资、基金
手机：+86 182 0309 3176
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



文奕 | 合伙人

专业领域：外商投资、国际贸易、
公司治理
手机：+86 186 0236 5111
邮箱：yvonne@zhhlaw.com

上述新规是在全面总结和梳理我国过去多年外资实务经验和不足的基础上，对外资法律法规进行系统性调整，从外商投资准入、投资促进、投资保护、投资管理等多个方面作出了全新规定，旨在构建更加公平、开放、便利、透明和可预期的外资营商环境。毫不夸张地说，在新的全球环境背景下，我国外商投资又站在了新的起点，重新出发。本文中，笔者将结合过去多年服务外资企业的实务经验，对上述新规进行全面解读，以供大家参考。

投资促进

为鼓励外国投资者来华投资，《外商投资法》及《实施条例》设置了“投资促进”专章，对促进外商投资的相关措施作出了规定，主要包括：

（一）提高外资法规政策的透明度，草拟与外商投资有关的法律法规时应听取外资企业等的意见，出台的规范性文件应依法及时进行公布，未经公布的不得作为行政管理依据

《外商投资法》及《实施条例》规定，制定与外商投资有关的行政法规、规章、规范性文件，或者政府及其有关部门起草与外商投资有关的法律、地方性法规，应当根据实际情况，采取书面征求意见以及召开座谈会、论证会、听证会等多种形式，听取外商投资企业和有关商会、协会等方面的意见和建议。与外商投资有关的规范性文件应当依法及时公布，未经公布的不得作为行政管理依据。

多年来，外资企业一直抱怨我国制定的有关外商投资的法规和政策缺乏透明度。由于出台的相关法规与政策没有认真

征求外资企业的意见或建议，使得其在实施过程中产生诸多障碍，而且实际施行的效果也不理想。新规明确规定出台新的法规与政策之前，应广泛征求外资企业和有关商会、协会等方面的意见。如果实务中严格按该要求执行，这对提升我国外商投资政策的透明度和外资企业执行我国出台的法规政策的意愿程度将产生重大影响。

（二）保障外资企业平等参与市场竞争，平等对待内外资企业

《外商投资法》及《实施条例》规定，政府部门在政府资金安排、土地供应、税费减免、资质许可、标准制定、项目申报、人力资源政策等方面，应当依法平等对待外商投资企业和内资企业，不得阻挠和限制外商投资企业自由进入本地区和本行业的政府采购市场。政府采购的采购人、采购代理机构不得对外商投资企业实行差别待遇或者歧视待遇等。

实践中，不少外资企业认为，我国政府通过补贴等方式对内资企业，特别是国企进行支持，在政府资金安排、土地供应等方面更多向内资企业倾斜；在政府采购中，通过变相对供应商设定不合理的条件等方式对外资企业实施歧视性措施，使得他们在实际市场竞争中处于不平等的地位。不可否认，过去多年，外商投资实务中确实存在上述情况，这大大削减了外国投资者和外资企业在中国投资和再投资的积极性。外资新规将外资企业公平参加市场竞争和公平对待内外资企业放在极为重要的位置，这对提升内资企业的竞争力和营造内外资企业更为公平的竞争和营商环境将产生重要作用。



（三）加强和优化外商投资服务，提升外商投资服务水平

《外商投资法》及《实施条例》对优化外商投资服务和提升外商投资服务水平作出详细规定。过去多年，我国的外商投资主管部门一直在提升外商投资便利化和服务水平方面不遗余力地作出努力。不可否认，经过多年不断改善，我国的外商投资便利化和服务水平得到了较大改善，比如现在设立外资企业可以直接在线提交申请及相关资料，商务部门与工商部门实行单一窗口审查等。但上述便利化措施仍停留在比较浅的层次上，在实质性提升外商投资便利化和服务水平方面还有很多工作要做，比如目前我国没有政府官网可以免费向外国投资者提供外语版的外商投资法律、法规和政策文件。从全球来看，任何一个投资便利化水平高的国家，外国投资者可以很便利地获得外语版法律、法规与政策文件。除了英语版外，还会提供其他主要外语版本，比如日语、

德语等。因此，我国在外商投资便利化和服务水平方面仍有很多实质方面需要提升和改善。

投资保护

为加强对外商投资合法权益的保护，外资新规对实务中外国投资者和外资企业极为关注的收益与利润的自由汇出、知识产权和商业秘密保护、政府承诺、行政干预、外商投诉工作机制、投资合同效力认定等方面均作出明确规定，这无疑给外国投资者合法权益的保护吃了定心丸。

（一）明确外国投资者的投资依法不得征收，为了公共利益确需实行征收时，应当依照法定程序、以非歧视性的方式进行，并按照被征收投资的市场价值及时给予补偿

实务中，部分外国投资者担心我国政府对其投资进行违法征收，《外商投资法》及《实施条例》明确规

定，只有基于公共利益需要才能对外国投资者的投资进行征收，而且进一步明确，征收应当依照法定程序、以非歧视性的方式进行，并按照被征收投资的市场价值及时给予补偿。公共利益原则是国际上通行惯例，上述规定一方面遵循了国际惯例，同时也明确了对外国投资者的投资实行严格保护，从而解除了外国投资者的疑虑。

（二）外国投资者在我国境内获得的利润等收益可自由汇出

由于我国实行外汇管制，实务中，很多外国投资者都很担心，他们在我国境内投资获得的利润等收益可能会因我国外汇监管政策而无法自由汇出境外，或者担心我国外管部门有意设置繁琐的程序变相限制上述收益和利润的汇出，或者担心我国外汇额度不够时，无法获得外管局的购汇批准而无法汇出上述收益。外资新规对外国投资者可以汇出的收益种类作出了详细规定，且明确任何单位和个人





都不得违法进行限制，这对解除外国投资者的上述疑虑至关重要。下一步，建议外管部门出台细则对外国投资者汇出上述合法收益时的具体流程、所需资料清单、时限等内容作出细化规定，并在实际操作中确实让外国投资者感受到合法收益汇出的便利性，这样才能真正解除外国投资者的上述担忧。

（三）加强对外国投资者和外资企业的知识产权及商业秘密的保护

外国投资者和外资企业一直诟病我国的知识产权保护，部分外资企业无故指责我国政府通过行政审查方式

变相强制性要求外资企业转让其知识产权。因此，外资新规设置多个条款，对外国投资者和外资企业知识产权和商业秘密保护作出了明确规定。实务中，知识产权和商业秘密保护一直是外国投资者和外资企业极为担心的问题，特别是在《网络安全法》出台后，很多外国投资者和外资企业担心行政机关可能会通过行政干预等手段强制性要求外资企业提供商业秘密和转让技术。在此背景下，新法明确规定行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制外国投资者和外资企业转让技术和加强其商业秘密保护，更是具有独特的意义。这对缓减外国投

资者和外资企业对其知识产权和商业秘密保护的担忧无疑具有重要意义。

（四）政府应严格履行政策承诺，信守契约精神

这一点是过去多年外商投资过程中外国投资者和外资企业抱怨很多的内容。不可否认，很多地方政府部门为了吸引外资，在招商引资阶段是想方设法地吸引外国投资者进来投资，甚至有些情况下，少数政府部门违规作出政策承诺。一旦外国投资者决定投资后，政府部门在招商引资阶段的那种热情突然锐减，在招商引资合同中约定的各种政策承诺因各种原因无

法兑现，对外国投资者提出的约定诉求以各种理由进行推脱，最终使得一些外资企业项目半途中止。外国投资者一旦遭遇这种情况，肯定也会把这些负面信息传播给其他外国投资者，从而使得很多外国投资者对我国政府的诚信度大打折扣。针对实务中存在的上述问题，新法作出明确规定，要求政府部门严格履行向外国投资者和外资企业作出的政策承诺及约定，这无疑是对过去多年存在的少数政府失信行为的强有力纠正。笔者对政府部门这种敢于自我纠错的坦然和决心感到钦佩，希望实务中政府部门能严格执行上述规定，从而挽回外国投资者和外资企业对我国政府部门的信心与信任。

（五）建立外资企业投诉工作机制，及时有效处理外资企业的投诉问题

由于我国政府机关拥有很大的行政权力，在外资企业实际经营和管理过程中，他们担心行政机关可能利用其行政权力作出侵害外资企业合法权益的行为。为了保护外资企业和外国投资者的合法权益，如出现行政机关侵犯其合法权益的情形，可通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决。这种机制有多方面的好处：其一，可以更便捷和有效地保护外资企业和外国投资者的合法权益；其二，如政府机关出现上述情况，通过该工作机制可以更加高效地解决投诉，从而阻止其负面影响的进一步扩大，避免对整个政府机关的形象造成负面影响；其三，投诉工作机制的有效运行可以及时发现外商投资实务中存在的





典型性、普遍性问题，并通过采取适当措施及时予以解决，以避免出现问题相当严重时再去解决，这对不断改善和优化外商投资环境意义重大。

（六）尽可能促进投资合同有效，最大限度保护投资的合法权益

为了让《外商投资法》及其《实施条例》在审判实务中得到公正高效执行，依法平等保护中外投资者合法权益，《司法解释》对实务中争议较多的投资合同纠纷案件的法律适用问题作出了细化规定。过去司法实践中，法院对于未经行政主管部门批准、外商投资禁止类或限制类领域签署的投资合同的效力持否定态度，但此次《司法解释》对上述情形作出了特殊规定。《司法解释》明确，在遵守外商投资管理规定的情况下，针对中外投资者签署的投资合同，尽可能遵循当事人意思自治原则和促进签署的投资合同有效，从而最大程度保障投资者的合法权益，给予中外投资者的合法权益平等保护，这是贯彻国民待遇基本原则的充分体现。

投资管理

在进一步放开外资准入范围的同时，外资新规对外资企业的设立及运营管理也作出了诸多新的规定，确立了四大制度，即准入前国民待遇+负面清单管理制度、反垄断审查、国家安全审查及信息报告制度，取代了个案审批或备案制。在规范外资管理的同时，遵循内外资一致的原则，使投资管理更加透明、便利，成本更低。

（一）遵守负面清单中的限制性规定，对外商投资与并购实行反垄断审查与国家安全审查

《外商投资法》及《实施条例》规定，负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的股权要求、高级管理人员要求等限制性准入特别管理措施。外国投资者并购中国境内企业或者以其他方式参与经营者集中的，应当依照《反垄断法》的规定接受经营者集中审查；对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查；对外商投资与并购实行反垄断审查与国家安全审查是欧美等发达国家的惯常做法，使得我国外商投资制度与国际惯例接轨。

（二）主管部门应按照与内资一致的原则审核外资准入许可申请，不得设置额外限制性条件

《外商投资法》及《实施条例》规定，外国投资者在依法需要取得许可的行业、领域进行投资的，除法律、行政法规另有规定外，负责实施许可的有关主管部门应当按照与内资一致的条件和程序，审核外国投资者

的许可申请，不得在许可条件、申请材料、审核环节、审核时限等方面对外国投资者设置歧视性要求。

（三）建立外商投资信息报告制度，简化外资企业信息报送流程与内容

当前，外商投资企业在准入设立时已推行一站式服务，简化了外资企业设立的手续和流程，自2018年6月开始，重庆全面执行外商投资企业商务备案与工商登记“单一窗口、单一表格”受理。但在外资企业运营过程中，却存在诸多需向不同主管部门重复申报相同数据的情形，比如在进行外商投资企业投资经营信息联合报告之外，还要向市场监管总局及海关总署另行申报年报，但两者申报的内容与材料存在诸多重复，且申报手续比较繁琐。新规要求主管机关明确信息报送流程、内容、范围及报告的频次，以及要求建立信息共享机制，对简化信息报送手续、避免重复报送和降低外资企业报送成本具有重要现实意义。

通过对外资新规的上述解读和解析可以看到，上述外资新规是在总结我国过去多年外商投资实践经验和不

足的情况下，在我国正在进行经济结构深度调整和产业结构转型升级的大背景下，以及在以美国为首的欧美等发达国家强烈要求我国进一步扩大对外开放的国际环境下出台的。这是我国对过去多年外商投资实践不足的坦诚纠正，是我国进一步扩大对外开放和深化改革决心的直接证明，更是我国在全球新经济环境下通过自我完善和加强外资管理，以营造更加公开、透明、开放、便利、可预期的外商投资营商环境的期待。当然，外资新规的出台只是第一步，具体落实与执行中必定会遇到众多问题，需要主管部门出台相关的配套实施细则与相关政策，更为重要的是各级外资主管部门应按照新规要求，深刻领会新规精神与内容，转变思路、方法和服务方式，真正把新规内容落到实处。只有这样才能真正达到出台系列新规的目的，真正构建更加公平、开放、便利、透明和可预期的外资营商环境，让外资在我国的经济结构深度调整和转型升级中发挥一如改革开放初期那样的重要作用。外资改革已再次出发，我们有足够的理由和信心去迎接已经启幕的外商投资新时代。



董事局主席袁小彬再获“钱伯斯”业界贤达 合伙人张涌和郑毅荣登“钱伯斯”榜单

2019年12月5日，全球著名法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）正式发布《2020亚太法律指南》（2020 Asia-Pacific Guide），公布了2020年中国法域中资所律师影响力排名。董事局主席袁小彬再次荣膺“业界贤达”称号，始终保持着该领域的领军地位；合伙人张涌被评选为“公司/商事：西部（重庆）”领域“第二等领先律师”；合伙人郑毅被评选为“公司/商事：西部（重庆）”领域“受认可律师”。



全国律协指定中豪作为香港 和澳门青年律师代表团培训服务律所



2019年12月12日，香港与澳门青年律师代表团到访江北金融办公室。中豪作为全国律协指定接收单位，指派主任张涌、董事局副主席郑毅、董事陈晴、香港办公室副主任杨青、柯海彬及合伙人青苗等一行进行了热情接待，并就破产、金融、房地产及跨境投资等业务领域的内地法律体系和律师业务，为港澳青年律师作了专题培训。来自高伟绅、的近、史蒂文生黄律师行等港澳两地律所的青年律师精英参会。全国律协、重庆市律协派员参会。



中豪律師集團

重庆

重庆市渝中区邹容路68号大都会广场22层 400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu, 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808

江北

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568

两江

重庆市两江新区金开大道1230号4幢7层 400112
7/F, Tower No.4, 1230 Jinkai Ave, Liangjiang New Area, Chongqing 400112, PRC
Tel: +86 23 6739 0877 Fax: +86 23 6739 0877



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com