

# 汉坤争议解决报告

## HAN KUN DISPUTE RESOLUTION REPORTS

2021.04

**HANKUN**  
汉坤律师事务所  
Han Kun Law Offices

# 目录

01 汉坤争议解决新闻 .....	1
02 汉坤争议解决重大业绩 .....	3
03 争议解决法律法规解读 .....	7
04 金融资管 DR .....	11
➤ 裁判统一：简评《最高院债权转让答复》以金融不良债权转让诉讼处置为视角.....	11
➤ 私募基金投资中的“名股实债”及其法律风险.....	12
➤ 保证人配偶的“声明条款”怎么写？怎么诉？ .....	13
➤ 基金退出纠纷之一：合伙型私募基金清算期常见问答.....	14
➤ 基金退出纠纷之二：合伙型私募基金中 LP 的退出之道.....	15
➤ 基金退出纠纷之三：想说除名不容易.....	16
➤ 基金退出纠纷之四：投资人知情权范围怎么界定？ .....	17
05 公司对外担保 DR .....	18
➤ 关于公司关联担保中的“实际控制人”是否包括“实际控制人控制的其他公司”的思考.....	18
➤ 保证担保还是独立合同？ — “维好协议”在中国法下的性质及违约救济.....	19
06 生物医药投资并购 DR .....	20
➤ Earn-out 机制的风险防范与纠纷解决 — 以生物医药领域并购交易为例.....	20

## 01 汉坤争议解决新闻

- ◆ 2021年1月，汉坤商事争议解决部刘静律师、裴修律师晋升为合伙人，林春耀律师、陆利锋律师和刘隆律师晋升为资深顾问。

刘静律师擅长处理公司控制权、投融资以及私募基金领域的争议解决案件，曾处理一系列具有较大影响的公司控制权纠纷、股权回购纠纷、基金控制权纠纷以及相关基金投资/合伙人退出纠纷，并取得了令人满意的结果。

裴修律师专长于劳动法，尤其擅长提供企业劳动及人事相关问题的法律咨询和合规建议；同时擅长处理劳动人事方面的争议，包括仲裁诉讼，对完善企业人事相关制度和流程具有丰富经验，包括审阅劳动合同、竞业限制协议、激励制度、员工手册等文件。

林春耀律师、陆利锋律师和刘隆律师亦在商事争议解决领域拥有多年执业经验，处理的争议案件涉及私募基金、股权回购、国际贸易、房地产、知识产权、劳动、海事海商等多个领域与行业。

- ◆ 2021年1月，汉坤商事争议解决部合伙人尤杨律师入选《商法》月刊（China Business Law Journal）“法律精英2020”名册（The A List 2020）。本名册遴选了《商法》通过年度调研从近两千份提名中甄选的200位中国相关业务的优秀律师。尤律师凭借其对于资产管理业务所涉新型、复杂诉讼及仲裁案件的精准把控、广泛的客户认可入选其中。

- ◆ 2021年1月，汉坤商事争议解决部合伙人金立宇律师与汉坤交易部合伙人刘云鹤律师联合美国昆鹰律师事务所（Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP）举办以“后疫情时代的投融资、并购交易和争议解决”为主题的线上直播研讨会。

- ◆ 2021年1月，国际权威法律评级机构 The Legal 500 发布了其2021最新亚太区律所排名榜单。汉坤的知识产权（诉讼）、争议解决（诉讼）等15个业务领域荣登榜单，获特别推荐。商事争议解决部合伙人黄巍律师、金立宇律师、李晓鸣律师、廖荣华律师、刘冬律师上榜及获得重点推荐。

- ◆ 2021年1月，汉坤商事争议解决部合伙人尤杨律师主导撰写了《2020年汉坤营业信托纠纷蓝皮书（第一版）》。《蓝皮书》结合现有的司法案例以及律师办案经验详述关于营业信托纠纷的专项法律问题，汇聚了汉坤信托业务团队在专业领域深耕数年的经验、思考，发出后得到了读者的热烈响应。

- ◆ 2021年2月，汉坤入选WTR1000全球商标诉讼和申请领域领先律所，夺得“权利行使和诉讼（enforcement and litigation）”以及“申请与策略（prosecution and strategy）”两项大奖。《世界商标评论》（World Trademark Review）是世界领先的知识产权媒体以及全球知名的法律评级机构之一。WTR1000名录基于对全球商标律所以及执业律师的专业表现、客户推荐、服务质量等综合因素进行深度调查遴选而出，被公认为是对全球领先商标律所的权威分析。

- ◆ 2021年2月，世界权威法律评级机构钱伯斯（Chambers & Partners）发布了《2021 钱伯斯全球法律指南》，汉坤商事争议解决部合伙人金立宇律师再一次荣登榜单，被评为钱伯斯国际争议解决（诉讼）Band 1 律师、争议解决（仲裁）Band 3 律师。
- ◆ 2021年2月，汉坤商事争议解决部合伙人尤杨律师获评《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business, ALB）2021 ALB China 十五佳诉讼律师。ALB 此项评选参考入选律师在过去一年内的成就、知名案件代理情况、客户评价及推荐、市场反馈等综合情况，旨在评选中国诉讼业务领域年度最具有行业影响力和代表性的顶尖律师。尤杨律师以优异的执业表现和广泛的客户赞誉跻身其中。
- ◆ 2021年4月，LEGALBAND 发布其 2021 年度中国律所和律师排行榜，汉坤业务领域“知识产权：诉讼”获特别推荐。该排行榜由 LEGALBAND 中国驻地调研团队历经数月，基于各大律所及律师提交的申报材料及对客户及法律同行进行深度调研得出，在业内具有很高的公信力。
- ◆ 2021年4月，汉坤商事争议解决部合伙人陈湘林律师应邀参加哈佛中国法学峰会并在峰会“跨境诉讼与仲裁”主题研讨会发言。本次峰会主题为"Building Bridges over Troubled Waters"。陈律师在研讨会上结合跨境仲裁领域热点问题，就一带一路倡议对中国国际仲裁领域的影响及中国仲裁领域对外开放相关政策与法律等话题分享了专业知识和深刻见解。
- ◆ 2021年4月，上海市律师协会仲裁业务研究委员会 2021 年度第一次“新型、疑难仲裁案件”沙龙在汉坤上海办公室举行。本次沙龙聚焦私募基金仲裁中的疑难问题。汉坤商事争议解决部合伙人、上海律协仲裁业务研究委员会委员金立宇律师参加沙龙并作发言。
- ◆ 2021年4月，汉坤荣获《亚洲法律杂志》（ALB）2021 年度中国法律大奖“年度诉讼律师事务所”提名。ALB 中国法律大奖旨在表彰业界领先的律师事务所和优秀的企业法务团队，已经成为中国法律界最具影响力的奖项之一。本次提名体现了汉坤争议解决团队的出色的表现和良好的市场口碑。
- ◆ 2021年4月，商事争议解决部合伙人金立宇律师参加环太平洋律师协会第 30 届年会并在多元化争议解决论坛作主题演讲。30 届年会聚焦新时代法律行业的机遇和挑战、中外律师业合作等热点问题，金律师结合其多年任仲裁员及仲裁代理人的实务经验，分享了当前中国仲裁从业者审理好以及代理好仲裁案件的体会与思考。

## 02 汉坤争议解决重大业绩

### ◆ 2020年4月汉坤代表某跨国公司处理在中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）仲裁案全面胜诉

某跨国公司与某著名汽车在中国境内的合资公司就合同买卖纠纷发生争议。在该案中，某跨国公司是被申请人。申请人以被申请人在买卖合同签订过程中存在欺诈为由，要求撤销合同，返还巨额销售款高达2亿元。

汉坤接受委托后，在全面而详尽审阅案件材料和了解案件全部事实细节的基础上，从仲裁程序和实体两个方面，为客户提供了有效的应对策略、具体方案和建议。汉坤律师通过庭前模拟庭审等多种方式和活动，确保庭审达到预期效果。最终为客户赢得了全面胜诉裁决。

### ◆ 2020年5月汉坤代表东南亚某集团公司处理在香港国际仲裁中心（HKIAC）仲裁案获得全面胜诉，并于2020年12月18日成功在内地法院获得该仲裁裁决的承认与执行

某知名东南亚集团公司与某内地大型企业就不动产项目的转让发生争议。案件约定的争议解决方式是在香港国际仲裁中心仲裁。在该案中，汉坤代表某知名东南亚集团公司提起香港仲裁，要求内地大型企业支付逾期未付的项目转让款逾10亿元。该案历经3年，在汉坤律师和客户委托境外律师的通力协作下，最终为客户赢得了全面胜诉的裁决结果。

在该案仲裁程序进行期间，汉坤还成功代表客户向内地法院申请财产保全，是《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》于2019年10月1日生效后在北京地区成功办理的第一单在境外的仲裁程序中办理财产保全案件。随后，汉坤又代表客户成功向内地法院申请获得对香港仲裁裁决的认可和执行。

### ◆ 2020年7月汉坤代表某国有券商公证债权文书强制执行案执行回款近9亿元

某国有证券公司与某上市公司股东进行场外股票质押式回购交易，债务人提供股票质押担保，券商向其提供资金支持。债务人未能于约定期限履行回购义务，构成逾期。该项目通过信托通道放款并由信托机构作为合同主体。信托到期后，信托机构对信托财产进行现状分配。

汉坤接受委托后，通过对案件材料和法律关系的深入分析论证，为客户设计了执行和诉讼两条路径，并针对每条路径制定了详细的行动方案。经过汉坤律师高效细致的工作，申请出具执行证书的全部请求均被公证处支持，在十天之内即取得执行证书。同时，在新冠肺炎疫情严重影响工作进度的背景下，汉坤律师成功完成了强制执行的立案工作，且申请执行事项全部被法院裁定支持。立案后，两周内即完成了股票查封处置权的移交。汉坤律师还为客户设计了兼顾高效和安全目标的股票处置方案。在不到五个月的执行期限内，实现执行回款近9亿元人民币，客户债权得到全部回收。

◆ **2020年1月—11月汉坤代表某国有上市商业银行一起破产撤销权争议申请再审并取得再审改判的胜诉结果，成功为客户挽回经济损失2.3亿元人民币**

一起因地方政府召集债权人对债务人帮扶的债务重整失败后进入破产清算后，破产管理人作为原告向某国有商业银行提起诉讼，要求返还提前清偿的部分债务约3亿元人民币的破产撤销权案件中，一、二法院均支持了原告破产管理人的全部诉讼请求，某国有商业银行败诉。

汉坤接受委托，代表客户向最高法院申请再审。汉坤在极短时间内迅速组织律师团队，全面梳理事实，精准提炼核心问题，完善补充新证据，确定再审代理方案。经过汉坤的努力，最高院作出撤销一、二审判决的提审裁定并中止原判决的执行。在实体审理中，再审法院采纳了我方的主要代理意见，改判认定大部分债务清偿不符合破产撤销权构成要件，并认可了汉坤律师对于逾期利息计算方法等其他具体意见，将客户需要返还的清偿款金额降低至约7,000万元人民币，为客户挽回超过2亿元人民币的巨额损失。此外，再审结束后，汉坤律师亦参与协助客户与执行法院、破产管理人进行协商，解决有关利息计算争议，成功促成有关执行款的回转，确保客户最终在结案后1个月内顺利取回约2.3亿元人民币的现金。

此外，本案也是一起较为典型的地方政府参与企业破产重整的典型案例。虽然有关地方政府在本案中并非争议当事人一方，但是本案的处理结果，对于如何认识政府在破产重整中的角色，如何认定有关政府工作会议文件的性质，以及如何认识此类政府会议文件与市场主体间所签订合同的关系等问题，也具有重要参考意义。

◆ **2020年11月汉坤代表某国有证券公司在北京仲裁委员会（BAC）就股票质押式回购交易合同纠纷进行仲裁并取得胜诉裁决**

2017年，某国有证券公司与某实业投资有限公司签署了一系列股票质押式回购交易业务协议，双方约定某实业投资有限公司将其持有的某公司股票质押给某国有证券公司，双方开展股票质押式回购交易，初始交易金额合计高达4亿多元。回购期限届满后，某实业投资有限公司未能足额清偿全部本息，且所质押的股票市值持续大幅下跌，情况对某国有证券公司十分不利。

汉坤接受某国有证券公司的委托后，立即组建资深律师团队代表该公司向北京仲裁委员会提起仲裁，并通过向深圳不动产登记机关调取信息等公开途径全面查询、梳理某实业投资有限公司及其实际控制人名下财产，成功地在仲裁程序中对该公司及其实际控制人的财产进行了保全，有力地保障了胜诉裁决的执行。

虽然本案仲裁期间经历了新冠疫情爆发，但通过汉坤高效的代理工作，本案仲裁程序得以持续推进。由于案涉事实复杂、证据繁多，本案历经两次开庭，最终仲裁庭于2020年11月作出裁决，支持了某国有证券公司的仲裁请求。

◆ **2020年11月汉坤代表某国际知名工业自动化设备制造商在一起货物质量纠纷诉讼案中取得有利结果**

汉坤代表某国际知名工业自动化设备制造商作为第三人，参加其产品经销商与设备最终用户之间在上海某法院进行的货物质量纠纷诉讼。该案涉及前沿工业自动化设备及相关复杂的技术问题、软硬件集成设备质量瑕疵的认定、合同权利义务范围界定、合同附随义务认定、等复杂的事实和法律问题。接

受委托后，汉坤律师深入审阅案涉产品手册、技术文件等证据材料，组织制造商工作人员跨国进行多轮事实调查，并构建了详细的、多层次的法律论证。最终原告提出撤诉。

#### ◆ 2021年1月汉坤代表百事胜诉与某知名快餐连锁品牌公司争议案

汉坤代表百事（中国）有限公司、百事（中国）投资有限公司（合称“百事一方”）针对某知名快餐连锁品牌公司向上海二中院申请执行上海国际经济贸易仲裁委员会（SHIAC）作出的裁决书（“裁决书”）（案号：（2020）沪02执1424号），6,700余万元案件标的的全部执行到位。执行期间，该快餐连锁品牌公司向上海二中院申请撤销前述裁决书（案号：（2020）沪02民特652号）。汉坤代表百事一方对汉堡王的撤裁理由进行全面抗辩，并成功说服上海二中院驳回了该快餐连锁品牌公司的撤裁申请。前述执行案件和撤裁案件源于百事一方与该快餐连锁品牌公司之间的合同纠纷仲裁案，该案也由汉坤律师代理。

#### ◆ 2021年1月，汉坤帮助詹克团先生重新掌控比特大陆

2019年10月，比特大陆创始人及第一大股东詹克团先生在不知情的情况下被变更法定代表人并被拒绝进入公司，比特大陆控制权易手。

在极为不利的局面下，汉坤商事争议解决团队为詹克团先生制定了完善的法律服务方案，并代表詹克团先生开始了重新收回比特大陆控制权的战役。比特大陆控制权纠纷所涉民商事案件、行政案件超过二十起，在不懈努力下，詹克团先生最终于2021年1月全面取得比特大陆的控制权。汉坤商事争议解决律师在包括红牛、比特大陆、安谋中国、易车等一系列具有广泛影响的控制权争议中为客户提供法律服务。

#### ◆ 2021年1月汉坤代表某知名食品公司胜诉经销协议争议仲裁案

汉坤代表国际知名食品制造商在中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）仲裁庭审理的案件中说服仲裁庭全盘驳回经销商提出的库存回购、促销费报销、店面补差费赔偿等多项仲裁请求，并成功反请求部分律师费。该案涉及经销协议到期后的存续、多版本合同问题、仲裁协议效力、生产商与经销商权利义务划分、业务人员相关表述对当事人的约束力、第三人合同的性质等经典和复杂的程序和实体问题。仲裁庭在这些问题上均采纳了汉坤律师提出的主张，并特别认为对客户有利的合同条款依然存续有效，以及对申请人提出的表面上看似不利的证据作出了限缩性地、对客户有利的解读。该案涉及食品、消费品、医药等行业经销合同纠纷中的诸多典型问题，汉坤律师在该案中积累的经验将有助于类案的争议解决。

#### ◆ 2021年1月汉坤代表某知名商业银行胜诉金融平台合作协议争议仲裁案

汉坤代表某知名大型商业银行就其与某公司之间的金融平台合作协议纠纷向中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）提起仲裁，并成功获得全胜的仲裁裁决。该案涉及仲裁协议以外主体作为实际履约人提起仲裁案件、电子仓单质押等金融创新工具的法律救济、电子仓单的价值确定与受让方式等诸多疑难、新型金融问题。汉坤律师经过严密的法律论证，成功促使仲裁庭在上述问题上全部采纳了汉坤律师提出的法律主张，最终支持了申请人的全部仲裁请求。该案是汉坤助力传统金融机构化解金融创新法律问题的典例。

◆ **2021年1月汉坤代表某知名券商在最高人民法院胜诉重大股票质押式回购合同纠纷案**

某知名券商（“**券商**”）与某投资公司（“**投资公司**”）及其关联方达成股票质押式回购融资交易，约定投资公司以其持有的某上市公司股票通过股票质押式回购交易业务向券商融资5亿余元，后投资公司违约，未能按约定履行提前购回义务。汉坤代表券商对投资公司及担保方提起诉讼，历经上海市高级人民法院、最高人民法院两审，成功帮助客户取得全面胜诉。诉讼过程中，汉坤通过财产保全等途径向对方施压，同时成功化解了投资公司从合同成立、效力等方面提出实体抗辩以及制造送达障碍等拖延诉讼企图，为客户快速收回融资款创造了有利条件。

近年来，汉坤争议解决律师集中办理了大量股票质押式回购合同纠纷案件，从保全措施、实体诉讼、到强制执行程序中的质押股票处置变现，都积累了丰富的经验。

◆ **2021年1月、4月汉坤代表某知名国际快消品牌公司胜诉多起租赁协议争议仲裁案**

汉坤代表某国际知名快消品牌公司（“**申请人**”）就其与业主（“**被申请人**”）之间的多起租赁协议纠纷向中国国际贸易仲裁委员会（CIETAC）提起仲裁，并获得胜利。汉坤通过充分的证据收集和法律理论构建，在有的案件中成功说服仲裁庭认定双方就解约赔偿金达成了有约束力的合同，最终仲裁庭支持了申请人的全部仲裁请求；在所有索赔未来可得利益损失的案件中，仲裁庭都在合理程度上支持了申请人就未来可得利益损失提出的仲裁请求。

◆ **2021年3月汉坤代表某信托公司通过诉讼方式成功清理僵局信托**

某信托公司设立某特定资产受益权投资集合信托计划（“**信托计划**”）募集资金，用于受让融资方持有的特定资产收益权。后因融资方未能还款导致信托计划僵局已近十年，且某信托公司不得不被迫应对融资方其他债权人要求某信托公司承担瑕疵出资股东补足义务的案件。

汉坤律师接受某信托公司委托，代表某信托公司提起诉讼，要求解除其与某置业公司（融资方实际股东）之间的信托合同、股权转让合同，将存在严重瑕疵的标的股权返还给某置业公司。本案在一审法院不支持某信托公司诉讼请求的情况下，成功通过二审扭转局势，取得北京高院全面胜诉的生效判决，解除了案涉信托合同和股权转让合同。此后，汉坤又协助某信托公司，通过司法强制执行程序，成功办理了工商变更登记手续，将股权返还给某置业公司。



## 03 争议解决法律法规解读

### ◆ 2021年1月21日 | 最高人民法院发布关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复

2021年1月21日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复》（“《批复》”），自2021年1月1日起施行。该《批复》规定，经征求金融监管部门意见，受地方金融监管部门监管的小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织，属于经金融监管部门批准设立的金融机构，其因从事相关金融业务引发的纠纷，不适用新民间借贷司法解释。

《批复》进一步明确了新民间借贷司法解释第一条第二款“经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定”的适用范围，有几点值得关注之处：其一，“金融监管部门”不仅包含中央金融监管部门，亦包括地方金融监管部门。其二，小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织被明确认定为金融机构。该《批复》有助于实现九民纪要“进一步区分金融借贷和民间借贷，从而适用不同的规则和利率标准”之要旨。

### ◆ 2021年2月19日 | 最高人民法院发布第27批指导性案例（第148-156号）

2021年2月19日，最高人民法院发布第27批指导性案例（共9件，第148—156号），为提起第三人撤销之诉的主体资格认定、案外人执行异议之诉启动等问题提供了指引。具体而言：

指导案例第148号、第149号明确公司股东对公司与他人之间的生效裁判、公司对判决其分支机构对外承担责任的生效裁判不具有提起第三人撤销之诉的主体资格。相对地，指导案例第150号、151号、152号提示抵押权人对确认同一财产上建设工程优先受偿权且可能影响抵押权实现的生效裁判、银行承兑汇票保证人对支持出票人破产管理人撤销付款银行划扣票款的个别清偿行为的生效裁判、享有合同法第七十四条规定撤销权的债权人对确认债务人放弃大量债权的民事调解书，可以提起第三人撤销之诉。

指导案例第154号、第155号厘清：在建设工程价款、抵押权强制执行中，执行标的房屋买受人主张其对案涉房屋享有可以排除强制执行的民事权益，但不否定原生效裁判确认的相关权利人优先受偿权的，该等诉讼请求属于民事诉讼法第二百二十七条规定的“与原判决、裁定无关”的情形，法院应按案外人执行异议之诉，而非审判监督程序处理。

### ◆ 2021年3月2日 | 最高人民法院出台知识产权惩罚性赔偿司法解释依法惩处严重侵害知识产权行为

2021年3月2日，最高人民法院公布《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（“《知产惩罚性赔偿解释》”），自2021年3月3日起施行。该解释对侵害知识产权的故意、情节严重的认定，惩罚性赔偿计算基数、倍数的确定等作出了具体规定。

根据《知产惩罚性赔偿解释》第一条，知识产权惩罚性赔偿依原告请求而适用，其前提是被告“故意”（包括商标法、反不正当竞争法规定的“恶意”）侵权且“情节严重”。《知产惩罚性赔偿解释》第三条第二款列举了可初步认定为具有故意的情形，如：经原告通知后被告仍继续侵权行为；被告与原

告存在劳动、合作、许可、经销等关系，或有业务磋商，并接触过被侵害的知识产权等。第四条规定法院应当综合考虑侵权手段、次数、持续时间等因素以认定“情节严重”。特别的，侵权人在诉讼中伪造、毁坏或隐匿侵权证据、拒不履行保全裁定等行为亦会被纳入考量。

《知产惩罚性赔偿解释》第五条明确以“原告实际损失数额”、“被告违法所得数额”、“因侵权所获得的利益”、参照“权利许可使用费的倍数”次序确定惩罚性赔偿计算基数。原告“为制止侵权所支付的合理开支”通常不计入计算基数，法律另有规定（如《种子法》）除外。惩罚性赔偿计算倍数则由法院综合考虑被告主观过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素在1-5倍区间内（可以不是整数）确定。

#### ◆ 2021年3月8日 | 最高人民法院2020年工作报告公布

2021年3月8日，最高人民法院院长周强在第十三届全国人民代表大会第四次会议上作最高人民法院工作报告。2020年，最高人民法院审结案件35,773件。地方各级法院审结、执结案件2,870.5万件，案标的额7.1万亿元。就民商事领域而言，全国法院审结一审民商事案件1,330.6万件。报告体现了优化营商环境、保护诚实守信、服务创新驱动发展、促进数字经济健康发展、服务深化供给侧结构性改革等多项工作成果。

众多成果的背后有两点值得关注的趋势。首先，全国法院民事诉讼案件受理案件数量15年来首次下降，这一变化得益于一站式多元解纷和诉讼服务机制的构建。有424万件民商事纠纷诉前成功调解；大量案件纠纷在诉讼服务大厅通过调解、仲裁、诉讼等方式一站式化解，体现了矛盾纠纷源头治理、多元化解的成效。另一趋势是对互联网司法领域的不断探索。具体而言有四个方面：一是专门审判机构设置领先，三家互联网法院设立以来显现出产业和专业优势；二是技术融合应用上领先，传统司法模式逐步从线下延伸到线上和“云端”；三是配套在线诉讼规则完善，相关司法解释推动在线诉讼制度化；四是司法治理能力的领先，全国法院审理了一大批前沿性、新类型互联网案件，有力推动了数字经济的创新发展。

#### ◆ 2021年3月16日 | 最高人民法院发布北京金融法院管辖规定

2021年3月16日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于北京金融法院案件管辖的规定》（法释〔2021〕7号）（“《北京金融法院管辖规定》”）。随后，北京金融法院于2021年3月18日正式挂牌成立。根据《北京金融法院管辖规定》，北京金融法院管辖的案件范围包括金融民商事案件、涉金融行政案件及执行案件等三大类。金融民商事案件的范围仍以案由为主、主体为辅的标准划定，具体包括：（1）按照最新《民事案件案由规定》所列举的金融民商事案件，包括证券、期货交易、营业信托、保险、票据、信用证、独立保函、保理、金融借款合同、银行卡、融资租赁合同纠纷、委托理财合同、储蓄存款合同、典当、银行结算合同纠纷；（2）最新《民事案件案由规定》没有规定的新型金融民商事案件，包括资产管理业务、资产支持证券业务、私募基金业务、外汇业务、金融产品销售和适当性管理、征信业务、支付业务及经有权机关批准的其他金融业务引发的纠纷；（3）涉金融机构的与公司有关的纠纷；（4）金融机构破产案件；（5）仲裁司法审查案件；（6）申请认可、承认和执行港澳台及外国法院裁判案件；（7）《证券法》等金融法律域外适用案件；（8）在全国中小企业股份转让系统（“新三板”）精选层挂牌公司所涉有关证券纠纷；及（9）与住所地在北京市的金融基础设施机构（例如新三板公司）履行职责相关的金融民商事案件。

涉金融行政案件的范围为中国人民银行、中国证券监督管理委员会、中国银行保险监督管理委员会、国家外汇管理局等国家金融管理部门以及其他国务院部门和依法被授权的组织（例如新三板公司）因履行金融监管职责引发的第一审涉金融行政纠纷。执行案件的范围包括北京金融法院作出的第一审金融民商事案件和涉金融行政案件生效裁判执行案件、金融仲裁裁决执行案件、执行异议案件以及国家金融管理部门与其他国务院组成部门因履行金融监管职责作为申请人的非诉行政执行案件。

《北京金融法院管辖规定》主要有两大亮点：（1）其第二条新增北京金融法院跨区域集中管辖在我国境外上市的境内公司及境外公司损害境内投资者合法权益的证券、期货纠纷，以及境外其他金融产品和金融服务的提供者损害境内投资者合法权益的金融纠纷。该条的法律依据是2019年修订的《证券法》第二条第四款，即“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。”正在修订的期货法（草案）及商业银行法（草案）也规定了类似的我国域外适用条款。这有利于推动《证券法》域外适用效力的落地实施，完善我国金融法治的域外适用司法规则。（2）其第十条新增北京金融法院提级管辖国家金融管理部门与其他国务院组成部门因履行金融监管职责作为申请人的非诉行政执行案件，再次体现了北京作为国家金融管理中心的区域功能和定位。

#### ◆ 2021年4月6日 | 最高人民法院印发贯彻实施民法典工作会议纪要

2021年3月15日，最高人民法院审判委员会会议通过《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》（“《会议纪要》”）。在新的民法典司法解释颁布前，针对民法典总则编、合同编部分内容的具体适用，《会议纪要》大体承继了原民法通则、合同法相关司法解释的实质规定并与民法典相衔接，例如：对于债权人代位权，《会议纪要》第8段明确触发代位权的条件是“债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向相对人主张其享有的债权或者与该债权有关的从权利，致使债权人的到期债权未能实现”；对于债权人撤销权，《会议纪要》第9段重申以交易时交易地指导价或市场交易价作为判断是否构成“明显不合理的低价或者高价”的标准，并明确当事人对该等价格承担举证责任；《会议纪要》第11段明确违约金调整的考察基础为“民法典第五百八十四条规定的损失”，即违约造成损失包括可得利益而不仅限于实际损失。此外，《会议纪要》第12段明示：对于民通意见、合同法解释一、合同法解释二除《会议纪要》上述内容外实体性规定所体现的精神，与民法典及有关法律不冲突且在司法实践中行之有效的，法院可以在裁判文书说理时阐述。

《会议纪要》还对民法典施行后有关新旧法律、司法解释衔接适用作出规定。特别地，《会议纪要》第18段要求“从严把握溯及适用民法典”。除《时间效力规定》第二部分具体规定外，如法院认为案件符合该规定第二条溯及适用情形，应经该院审委会讨论后层报高级人民法院并报最高院备案。

#### ◆ 2021年4月21日 | 最高人民法院修改上海金融法院管辖规定

2021年4月21日，最高人民法院发布了《关于修改〈关于上海金融法院案件管辖的规定〉的决定》，对2018年8月10日起实施的《最高人民法院关于上海金融法院案件管辖的规定》（“《上海金融法院管辖规定》”）作出修改。除部分规定因上海和北京的区域功能定位差异而有所不同外，例如上海金融法院无权管辖金融管理部门作为申请人的非诉行政执行案件，修改后的《上海金融法院管辖规定》与《北京金融法院管辖规定》原则上保持了一致。相比于原规定而言，修改后的《上海金融法院案件管辖规定》主要发生了以下几方面的变化：

(1) 在按照《民事案件案由规定》所列举的金融民商事案件中增加了独立保函、保理、储蓄存款合同、银行结算合同纠纷，排除了信托纠纷项下的民事信托纠纷和公益信托纠纷，仅保留营业信托纠纷。这些细微的变化一方面是对修订后的《民事案件案由规定》的回应，另一方面反映了最高人民法院在传统金融民商事案件的罗列上更加全面化和精细化。

(2) 按照列举加概括的方式将新型金融民商事案件的范围重新确定为资产管理业务、资产支持证券业务、私募基金业务、外汇业务、金融产品销售和适当性管理、征信业务、支付业务及经有权机关批准的其他金融业务引发的金融民商事纠纷。目前所列举的这些新型金融民商事案件在司法实践中其实早已属于上海金融法院的案件管辖范围。而目前被删除的“网络借贷”和“互联网众筹”纠纷似乎将不再属于新型金融民商事案件。北京金融法院在其官网上发布的“北京金融法院管辖规定答网友问”便指出“民间借贷纠纷的民事案件也没有列在北京金融法院的管辖范围内，管辖规定明确的是金融借款合同纠纷归北京金融法院管辖。金融借款合同纠纷跟一般的民间借贷纠纷最大的区别在于合同中的贷款人必须是金融机构。例如，涉 P2P 平台的相关民事纠纷是不归北京金融法院管辖的。”此外，对新型金融民商事案件的概括式表述，虽然为上海金融法院未来管辖可能出现的经相关金融监管机构批准的碳交易市场相关金融衍生品交易纠纷、离岸人民币交易业务、国际金融资产交易纠纷等预留了发展空间，但是可能导致金融市场中一些自发的创新业务纠纷在得到监管机构批准前而无法处于上海金融法院的管辖范围之内。

(3) 将涉金融机构的与公司有关的纠纷新增为金融民商事案件。根据最新的《民事案件案由规定》规定，“与公司有关的纠纷”系第二级案由，具体包括股东资格确认纠纷、股东名册记载纠纷、请求变更公司登记纠纷、股东出资纠纷、新增资本认购纠纷、股东知情权纠纷、请求公司收购股份纠纷、股权转让纠纷、公司决议纠纷、公司增资纠纷、上市公司收购纠纷等 24 个第三级案由。这实际上仍无法涵盖目前司法实践中已由上海金融法院管辖的涉金融机构的抵押权纠纷、质权纠纷、保证合同纠纷、抵押合同纠纷、质押合同纠纷、定金合同纠纷、进出口押汇纠纷、追偿权纠纷等，以及不涉及金融机构的上市公司收购纠纷、以上市公司股票为标的的股权转让纠纷、公司增资纠纷等属于《中华人民共和国证券法》、证券监管以及交易规则调整范围的与上市公司相关的纠纷。

(4) 在由上海金融法院集中管辖的金融民商事案件方面，参照《北京金融法院管辖规定》，新增了在我国境外发生的证券发行、交易、期货交易行为及境外金融机构销售金融产品、提供金融服务而损害境内投资者合法权益的证券、期货等相关金融纠纷（由境内投资者在上海金融法院和北京金融法院中选择）；同时，明确了对在科创板上市公司的证券发行纠纷、证券承销合同纠纷、证券上市保荐合同纠纷、证券上市合同纠纷和证券欺诈责任纠纷等，以及以上海证券交易所及依法设立的在沪金融基础设施机构为被告或者第三人的与其履行职责相关的第一审金融民商事案件，由上海金融法院管辖。

(5) 在涉金融行政案件方面，明确了上海金融法院管辖以上海证券交易所为被告或第三人的与证券交易场所监管职能相关的第一审涉金融行政案件，同时新增了对法律、法规、规章授权的组织因履行金融监管职责做出的行政行为不服提起的第一审涉金融行政案件，由上海金融法院管辖。

(6) 在执行案件方面，明确了上海金融法院管辖其作出的第一审民商事案件和涉金融行政案件生效裁判执行案件、金融仲裁裁决执行案件、执行异议案件。此外，从目前司法实践来看，金融民商事纠纷中的经公证机关依法赋予强制执行效力的公证债权文书以及涉外仲裁保全，亦由上海金融法院负责执行或保全。

## 04 金融资管 DR

### 裁判统一：简评《最高院债权转让答复》以金融不良债权转让诉讼处 置为视角

作者：孙秋楠、王淇

随着商业银行不良贷款率不断攀升，特别是今年初银保监会出台个人不良贷款批量转让政策试点，标志着新一轮大规模不良资产处置即将开启。与上一轮为了配合国有商业银行改制所进行的不良金融债权处置相比，二十年来不良资产处置出现了许多新情况、新问题。但新形势下通过债权转让并借助诉讼程序处置不良资产仍是最主要的方式。《民法典》施行后，最高人民法院（以下称“最高院”）加大了司法解释清理力度，陆续出台了配套的司法解释和裁判规则，但与金融不良资产处置方面的司法解释却没能及时跟进，面对即将爆发的金融不良债权转让引发的争议，当前统一裁判尺度尤为重要。近日，最高院以对全国人大提出的《关于禁止人民法院强制执行阶段变相买卖判决书行为的建议的答复》（以下称“《最高院债权转让答复》”）的形式对不良金融债权转让案件审理规则重新定了基调。

《最高院债权转让答复》中提到的“买卖判决”问题实际上就是典型的债权转让。债权转让是指不改变债权内容，债权人（转让人，以下称原债权人）将其债权转给第三人（即受让人，以下称新债权人）享有，债务人向第三人履行债务的法律行为。司法实践中引发争议的不良资产处置的相关案件，主要集中在通过以债权转让、以物抵债、债务重组等方式所进行的诉讼追偿中，而债权转让又是不良资产处置的前端，是最常规的处置方式。包括，金融机构将不良资产批量转让给金融资产公司，金融资产公司再将不良资产打包转让给其他受让人的不良金融债权转让，以及非金融机构将不良资产转让给金融资产公司或其他受让人的非金融不良债权转让等。我们在本文中将以金融不良债权转让的诉讼处置为视角，对《最高院债权转让答复》进行简要梳理和评析。

#### 一、不良资产处置业务中债权转让的法律适用与实践

不良资产这一概念最早源于银行不良贷款，随着金融市场的发展，不良资产的概念也逐步在发生变化，所涵盖的范围也越来越广。目前实践中，不良资产主要包括金融机构不良资产和非金融机构不良资产两个部分。

金融机构不良资产，根据《不良金融资产处置尽职指引》（银监发[2005]72号），是指银行业金融机构和金融资产公司经营中形成、通过购买或其他方式取得的不良信贷资产和非信贷资产，如不良债权、股权和实物类资产等。不良债权主要包括银行持有的次级、可疑及损失类贷款，金融资产公司收购或接收的不良金融债权，以及其他非银行金融机构持有的不良债权；股权类资产主要包括政策性债转股、商业性债转股、抵债股权、质押股权等；实物类资产主要包括收购的以及资产处置中收回的以物抵债资产、受托管理的实物资产，以及其他能实现债权清偿权利的实物资产。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 私募基金投资中的“名股实债”及其法律风险

作者：范向阳、何幸

“名股实债”，顾名思义是指以股权投资之名行债权投资之实，它曾经一度广泛存在于私募股权基金的投资实践中。

“名股实债”的投资形式之所以颇受青睐，就融资方而言，无外乎是通过该类交易安排实现规避监管、避免占用授信额度、降低项目公司资产负债率等目的；就投资方而言，则源于对于稳健收益的需求；在私募机构而言，则既有规避“禁止刚性兑付”监管规则，也有满足投资人实际需求的考虑。

但是，由于私募机构并无放贷资质，而且面临监管部门越来越严格的债权投资限制和行政监管，更重要的是，随着司法机关对所谓“职业放贷人”打击力度的加大，使得私募股权投资机构在此问题上相较以往面临更多的法律风险。基于此，笔者认为有必要结合当前的司法实践和监管动向，对“名股实债”投资可能面临的相关问题进行分析，供私募基金从业人员借鉴和参考。

### 一、“名股实债”的判断标准

一般而言，私募基金常见的“名股实债”交易安排包含“一进”与“一出”两个阶段，即投资方需与融资方签订股权转让/增资扩股协议谓之“一进”，同时，双方约定融资方需要回购投资方股权并按照固定本息支付回购款则谓之“一出”。这种“股权/股权收益权转让+回购”的交易安排是最典型的私募基金“名股实债”安排，本文将主要围绕此种典型交易模式展开讨论。

尽管现行法律法规并未确定“名股实债”的构成要件，但司法实践中对此已经有倾向性的裁判标准。一般而言，人民法院在对“名股实债”的情况进行认定时，往往会以交易合同中存在“固定收益承诺”和“到期无条件回购”的类似条款作为核心要件，同时，是否有规避监管目的、固定收益率的高低、投资方是否实际参与公司管理等也是人民法院认定是否构成“名股实债”的考量因素。

#### （一）关于固定收益承诺

所谓固定收益承诺，一般是指交易合同中会对投资方的资金收益回报以固定数额或者固定收益率的方式进行约定，且资金收益回报情况与融资方的经营业绩没有任何直接关系。

固定收益的表现形式主要包括：（1）固定收益金额，即交易合同中会明确约定具体金额作为投资方的收益；（2）固定收益率，即交易合同中会明确约定计算投资方收益的具体利率标准；（3）固定收益计算公式，即投资方与融资方就收益回报参照各种系数约定具体的计算公式。或许前述表现形式在交易合同中的表述会有不同，但其最终结果均体现为投资方的资金收益回报明确具体，且不会受约定标准之外其他因素的影响。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 保证人配偶的“声明条款”怎么写？怎么诉？

作者：尤杨、赵之涵

保证人为自然人时，债权人往往会要求保证人配偶出具“知悉函”或“保证人配偶承诺函”、“无异议声明”等“声明条款”，确认保证人配偶知悉并同意保证合同约定，对保证人依约承担保证责任不持任何异议，以夫妻共同财产承担责任。一旦发生纠纷，将会面临以下问题：

法院在实体审理中会如何认定？

债权人实现担保责任时，是否应将保证人配偶作为被告提起诉讼？

若仅起诉保证人，能否在执行程序中追加其配偶作为被执行人？

本文将在梳理立法进程、检索司法案例的基础上，分析讨论上述问题。

### 一、“声明条款”的具体内容会直接影响法院审理认定

对于夫妻一方对外担保之债的性质认定，司法实践的主流观点曾经历了从**一律否认为夫妻共同债务**，到认为需**结合案件具体情况、重点考量该担保之债是否与夫妻共同生活密切相关**以进行性质认定的认识变化过程。但至今仍不统一：有的法院根据“声明条款”，将担保之债认定为夫妻共同债务，将配偶一方纳入保证债务的范围，并要求其同保证人一道连带地清偿保证债务；有的法院认为，配偶在签字确认的同时，并无承担共同还款责任的意思表示，应当认定保证人配偶不承担保证责任。

在对代表性案例进行检索的基础上，本文通过类型化区分，梳理下述三类情形，并相应总结了三类情形下的法院审理思路及结论：

#### （一）保证人配偶在“声明条款”中仅写明“处分夫妻共同财产”的

常见情形一：保证人配偶在“声明条款”中表示：“已知晓保证合同约定，并对于保证人依据本合同承担保证责任（包括但不限于处分夫妻共同财产）不持任何异议”。

法院审理认定结论：法院一般会认定，保证人配偶签字仅表明其对保证人承担保证责任的知晓，并非作出承担保证责任的意思表示，该债务不构成夫妻共同债务，保证人配偶不应当对案涉债务承担保证责任。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 基金退出纠纷之一：合伙型私募基金清算期常见问答

作者：尤杨、赵之涵、张树祥

合伙型私募基金清算，除应当适用基金合同的约定外，还应适用《中华人民共和国合伙企业法》（下称“《合伙企业法》”）的有关规定。由于《合伙企业法》仅对合伙企业的清算作出了原则性的规定，缺乏具体的操作细则，司法实践中尚未形成较为统一的意见。因此，对于合伙型私募基金的清算、清算人及其义务等诸多问题仍需厘清。就实践中常见的合伙型基金清算的疑惑，我们结合实务经验发表以下看法，供读者参考。

### 一、如何理解清算期？

常见的关于合伙型私募基金的“清算期”的约定有以下两类：

#### （一）“清算期”发生在合伙企业的经营期限届满前

此时合伙企业可能尚未发生解散事由，尚未进入清算阶段。该“清算期”并非法定的解散清算阶段，可理解为全体合伙人关于合伙企业经营管理的约定。在该期限内，执行事务合伙人按照合同约定，主要负责处置变现合伙企业的财产，为后续合伙企业的解散清算做准备。

#### （二）“清算期”发生在合伙企业的经营期限届满后

《合伙企业法》第八十五条第一项规定：“合伙企业有下列情形之一的，应当解散：（一）合伙期限届满，合伙人决定不再经营；……”第八十六条第一款规定：“合伙企业解散，应当由清算人进行清算。”第八十八条第三款规定：“清算期间，合伙企业存续，但不得开展与清算无关的经营活动。”

合伙企业的经营期限届满后，**合伙企业应当进入清算阶段**。合伙企业的清算是一个不可逆的过程，清算期内合伙企业不得开展与清算无关的经营活动。下文也将以此为前提，讨论清算人的义务及相应的责任等问题。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)



## 基金退出纠纷之二：合伙型私募基金中 LP 的退出之道

作者：尤杨、赵之涵、张树祥

根据我国《合伙企业法》的规定，LP 实现投资收益的方式主要有：1. 从合伙企业退伙并取回财产；2. 合伙企业清算并分配合伙企业的剩余财产；3. 对外转让有限合伙财产份额等。实践中，合伙型基金长期无法清算，LP 退出困难，并且由于合伙企业长期存续，实际损失无法确定，也无法主张 GP 承担赔偿责任，已经成为 LP 的常见困境。我们在梳理 LP 退出困境的基础上，结合司法实践经验以及《民法总则》有关司法强制清算的最新规定，谈一谈 LP 的退出之道。

### 一、LP 的退出困境

#### （一）未经结算，LP 不能直接从合伙企业取回财产

根据《合伙企业法》第二十条的规定：“合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。”以及第五十一条规定：“合伙人退伙，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算”。

LP 的出资属于合伙企业的财产，合伙企业存续期内不得随意取回。如 LP 拟从合伙企业退伙并取回财产的，应当先了结合伙企业事务，对合伙企业的财产状况进行结算，才能为其办理退伙。相关司法案例，可参考（2018）最高法民终 539 号民事判决书、（2019）最高法民终 1574 号民事判决书、（2019）苏 04 民终 2605 号民事判决书。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 基金退出纠纷之三：想说除名不容易

作者：尤杨、赵之涵、张树祥

《中华人民共和国合伙企业法》（下称“《合伙企业法》”）第四十九条第一款规定：“合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（一）未履行出资义务；（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（三）执行合伙事务时有不正当行为；（四）发生合伙协议约定的事由”。第六十三条第（四）项进一步规定，在有限合伙企业的合伙协议中，应当载明执行事务合伙人的除名和更换程序。前述规定在基金业协会发布的私募投资基金合同指引中亦有所体现。

《合伙企业法》赋予了除名合伙人的权利，体现了权利与义务相对等的原则。但实践中合伙人行使这一法定权利却往往举步维艰。本文通过从程序和实体上梳理除名合伙人时可能遇到的困难，在回答题述问题的同时给出建议。

### 一、除名为何那么难？

#### （一）程序上难以取得其他合伙人一致同意的决议

根据《合伙企业法》第四十九条的规定，除名需要其他合伙人一致同意。这在程序上给除名合伙人制造了一些难以克服的“障碍”。常见的情形有：

##### 1. 合伙协议可能约定了前提条件

以 GP 除名为例，合伙协议可能约定应先由法院或仲裁机构来认定：只有法院或仲裁机构判定 GP 存在除名事由的，如 GP 执行合伙事务时有不正当行为，才可以将 GP 除名。该约定实际上给 LP 作出除名决议设置了“前置”条件——需要先通过司法程序确定 GP 是否存在除名事由。

##### 2. 因合伙人之间存在关联关系导致无法作出其他合伙人一致同意的决议

合伙企业设立时，GP 或者 LP 的关联主体可能同时会投资合伙企业的合伙份额，成为合伙企业的合伙人之一。《合伙企业法》并未要求被除名的合伙人的关联主体需要“回避表决”。这种情况下客观上往往无法取得“其他合伙人一致同意”的决议。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 基金退出纠纷之四：投资人知情权范围怎么界定？

作者：尤杨、赵之涵、张树祥

在私募基金的管理和运作中，投资人依照法律规定和合同约定享有知情权，基金管理人和托管人亦负有披露基金信息的义务（详见附表一、二）。在私募基金退出相关的纠纷案件中，投资人可能会先提起知情权诉讼，希望通过知情权诉讼获取相关的证据，用于证明管理人存在未履行勤勉尽责的义务。这也是基金管理人和托管人面临的诉讼风险之一。本文主要探讨私募基金纠纷解决实务中涉及知情权和信息披露义务的部分重要问题。

### 一、如何理解知情权和信息披露义务的关系？

一般而言，知情权和信息披露义务是一体两面的关系。对于投资人来说，知情权是了解基金运作情况的重要工具；而对于基金管理人等信息披露义务人来说，为了实现投资人的知情权，其应当履行相应的信息披露义务。也即，从权利与义务相对应的角度而言，投资人的知情权对应的即是基金管理人、基金托管人的信息披露义务。信息披露义务与知情权是同一事项的两个不同侧面，或者说是同一个硬币的两面，实质上具有相同的规范意义。

但是，在特定情况下，知情权和信息披露义务也不必然严格对应。首先，存在履行信息披露义务的对象并非基金投资人的情况。例如，《私募投资基金监督管理暂行办法》第七条、第八条、第二十五条，《私募投资基金备案须知》第二十三条至第二十七条，均要求基金管理人或托管人向基金业协会报送特定信息，但并不要求其向投资人报送此类信息。此时，基金管理人或托管人仍然负有信息披露义务，但投资人对此类信息不享有知情权。其次，如果信息披露义务的履行没有满足投资人的知情权，投资人仍然可以据此行使知情权。例如，如果信息披露义务人依据《证券投资基金法》第九十五条的规定，也即依照基金合同的约定提供过了基金信息，但基金合同对于信息披露义务的约定低于《证券投资基金法》第四十六条第二款设定的标准，则投资人仍然可以继续依据该条文行使知情权。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 05 公司对外担保 DR

### 关于公司关联担保中的“实际控制人”是否包括“实际控制人控制的其他公司”的思考

作者：孙秋楠、陈侯男

《中华人民共和国民法典》（“《民法典》”）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（“《民法典担保制度解释》”）颁布实施后，有关《中华人民共和国公司法》（“《公司法》”）第十六条规定的公司对外投资及担保的决议机制条款，在司法实践中对担保效力的影响又引起新的争议，也促使我们对此进行深入思考。

《公司法》第十六条分三款就公司对外担保的不同情形进行了规定。第一款为非关联担保的规定，即公司为“他人”提供担保，依照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议且不得超过公司章程规定的担保限额；第二款为关联担保的规定，公司为公司股东或者“实际控制人”提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议；第三款则是进一步规范了公司进行关联担保所应履行的严苛程序，并排除了实际控制人可支配的股东对关联担保的表决权，即公司为股东或者实际控制人提供担保的，受相关股东或实际控制人支配的股东，不得参加该担保事项的表决，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

《公司法》上述规定中的公司为他人提供担保的合同效力问题在司法实践中曾经分歧较大，认识不一。但随着最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“《九民纪要》”）中对相关问题予以明确，以及今年实施的《民法典担保制度解释》将相对人（债权人）是否善意作为判断公司为他人提供担保的合同是否有效的前提，并明确了如果相对人为善意（即相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限，如其有证据证明已对公司决议进行了合理审查，即应当认定构成善意，除非其知道或应当知道决议系伪造、变造），公司仍应承担担保责任后，一定程度上可以起到定分止争的作用。

不过，我们注意到，在公司为股东或实际控制人提供关联担保的情况下，仍存在值得思考的问题：比如，公司为实际控制人控制的其他公司提供担保，是否适用《公司法》第十六条第二款的规定，必须经股东会或者股东大会决议？换言之，该款规定中的“实际控制人”是否包括“实际控制人控制的其他公司”？

#### 一、问题背景

《公司法》第十六条第二款要求公司在为本公司股东或者实际控制人提供担保的情形下，必须经由股东（大）会决议。这一规定实则为了避免大股东或实际控制人操纵公司，为其自己或相关方输送利益，进而损害公司利益。公司为本公司股东或者实际控制人提供担保是一种典型的关联担保，如果将决定该种担保的决策权力赋予董事会，由于董事会由股东或者实际控制人掌控，董事会成员可能会屈从于股东或者实际控制人。实践中，自然人大股东往往就是董事或者董事长，通常情况下，董事会多数董事又是由大股东任命，大股东或实际控制人完全能够直接操控董事会，甚至可以操控股东（大）会。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 保证担保还是独立合同？——“维好协议”在中国法下的性质及违约救济

作者：廖荣华、赵宇先

近日，上海金融法院裁定认可一份香港法院的判决引发业界关注。该判决缘自某香港投资基金针对一家上海企业的诉讼，起因是该上海企业为其境外关联方境外发行债券出具的一份维好协议（Keepwell Deed）。此前也有媒体报道，在某境内知名企业的破产重整程序中，基于该知名企业为其境外关联方境外发行债券出具的维好协议，债券持有人向该知名企业破产管理人申报破产债权却被拒绝确认。上海金融法院裁定的案件细节虽尚未公之于众，但其认可基于维好协议作出的境外法院判决的态度在一定程度上可能缓解金融行业对于维好协议效力的焦虑。当然，由于国内法院尚未有公开判决对这个问题进行正面阐述，对维好协议的性质和效力，以及境外债券投资人基于维好协议在中国法下的救济途径等问题，仍有待探讨和检验。

关于维好协议的法律探讨大多集中在维好协议与保证的关系上，且得出的结论具有高度一致性，即维好协议并不构成保证担保。事实上，在最近几年资管产品频频“爆雷”的背景下，因第三方为资管产品提供差额补足等增信承诺产生的纠纷层出不穷。基于资管产品本身法律结构的特殊性，以及出于避免被监管认定为资管产品存在“保本保收益”等考虑，第三方增信措施通常并不符合保证的法定结构，因此，国内法院无法从保证担保的视角进行裁判，经常从独立合同的角度进行审视。有关独立合同的裁判规则也已经被《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“九民纪要”）所吸收。因此，有必要从独立合同的视角重新审视维好协议的性质、效力及境外债券持有人在中国境内的司法救济途径等相关法律问题。

在展开讨论之前，我们先对本文的核心观点作一概括：作为一项第三方增信措施，维好协议在中国法下有可能被认定为一项独立合同。在债券到期或被宣布提前到期时，债券持有人没有得到足额偿付，而维好协议出具方（“维好方”）又未能履行“维好”承诺时，投资人可以直接要求维好方赔偿违约损失（表现为补足差额）；或对维好方提起“代位权诉讼”，要求维好方向持有人履行因违反维好协议而应当向发行人/担保人承担的金钱给付义务。

### 一、维好协议的含义及产生背景

维好协议一般是指境外债券发行中由境内企业提供的一类增信文件，一般由境内公司、债券发行人、担保人、受托人共同签署（具体架构参见如下图1）。其典型内容包括：境内公司承诺促使发行人和担保人有充足的流动性偿付到期债券；促使发行人和担保人有一定的净资产等等。不少维好协议会同时配有股权回购承诺或流动性支持承诺。维好协议一般会载明其“不应被视为一项保证”。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 06 生物医药投资并购 DR

### Earn-out 机制的风险防范与纠纷解决 — 以生物医药领域并购交易为例

作者：金立宇、宋薇、赵宇先、韩奕新

Earn-out 是境外和跨境并购交易中一种常用的付款机制。通过该等机制，交易双方可以设置灵活的衡量指标来调整买方的付款义务，从而更灵活地分配交易双方的利益和风险。相较于境内交易中普遍使用的“先一次付款后视条件取回”的对赌机制，“视条件陆续增加付款”的 Earn-out 机制有其自身的优势和适用情形。近年来 Earn-out 在国内并购（尤其是生物医药领域的并购）中的应用也日趋广泛。

Earn-out 条款也是并购中最容易引发纠纷的条款之一。最常见的纠纷来自是否达成衡量指标以及是否履行经营管理的争议。本文将基于我们对 Earn-out 机制的实务观察和研究，简要分享该机制在生物医药领域并购交易中的具体应用，以及典型纠纷案例，以期为 Earn-out 条款起草和争议解决提供参考。

#### 一、Earn-out 在生物医药领域的应用

##### （一）Earn-out 为何受到青睐

Earn-out 是指并购中买方除了支付基础价款之外，视交割后某些条件的成就情况向卖方支付额外对价的付款机制，有时亦被称为“或有支付机制”。（Earn-out 的字面意思其实也是卖方要凭实力“挣得（earn）”更多价款的意思。）

该机制的目的主要系为了“暂时”化解交易双方对估值的分歧。交易磋商中，由于信息不对称或市场波动等原因，买卖双方对标的公司的价值以及影响价值的相关因素（如竞争环境、国家政策、标的公司资产或业务波动性等）容易产生较大分歧。倘若双方在定价问题上无法达成一致，交易将在磋商阶段陷入僵局而无法达成。此时 Earn-out 起到了一个“桥梁”的作用，使得双方都能往前走一步，在定价的问题上形成暂时性的共识。

在生物医药领域，Earn-out 的使用尤为普遍。据统计，2008 年以来美国生物医药领域的 227 个并购交易中，有 163 个采用了 Earn-out 付款机制。2017 年至 2019 年美国公开的并购交易中，制药领域使用 Earn-out 的比例高达 83%，医疗器械领域使用比例为 77%，诊断研究领域为 50%，其他行业则仅有 18% 的交易使用了 Earn-out。

Earn-out 在生物医药领域的广泛使用主要源于行业的特殊性。以创新药研发为例，一个药品从源头研发到最终上市需要耗费巨大的资源和时间，大公司没有精力自己从头进行多个产品的研发，而具有创新能力的小公司自身资源难以支持整个研发周期。故许多新药研发需要通过大公司并购小公司，使得二者资源整合才得以完成。一个产品往往需要经过几年甚至十几年的研发和临床试验，并通过层层监管审批才能最终上市，某一环节的失败便可能导致产品夭折。美国一项研究显示，一款创新药的研发平均耗资 8 亿美元左右，从开始研发到批准上市平均需要 12 年的时间，长则甚至达到 15 年。鉴于该等周期长、金额大、风险高的特点，投资方通常不愿意（也往往难以）一次性支付高额对价，并忍受可能相当长的时间内无法获得投资回报的风险。特别地，生物医药领域融资方的核心资产往往是某项药物相关的知识产权和研发人员，该等

资产通常有价无市，在药物研发滞后或失败的情况下难以变现。如果采用对赌的出资机制，即便对赌条件成就，投资方通常也难以获得实际偿付。相比之下，Earn-out 提供了一种更符合该领域商业逻辑的解决方案。

.....

[阅读全文，请点击此处跳转](#)

## 版权与免责

- ◆ 汉坤律师事务所编写《汉坤争议解决报告》仅为帮助客户及时了解汉坤律师事务所相关业务领域能力以及该领域法律与实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。未经本所事先书面同意，《汉坤争议解决报告》不得被用于其他目的或用途。如需转载，请明确注明来源。