



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2012年第9期 (总第67期)

■ 专论

- 1、合格境外机构投资者资本利得税或将浮出水面

■ 新法评述

- 1、证监会最新发布《非上市公众公司监督管理办法》解读
- 2、中国人民银行、商务部预付卡新规解读
- 3、《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》简述
- 4、《中华人民共和国民事诉讼法》(2012修正)简析

合格境外机构投资者资本利得税或将浮出水面（作者：王勇、计芳、薛冰）

据多家中国媒体援引一位中国证券监督管理委员会（下称“中国证监会”）官员称，中国税务部门或将就合格境外机构投资者（下称“QFII”）处置中国证券投资所取得的资本利得征收 10%的企业所得税。

1. 适用于 QFII 的现行税收政策

QFII 系指经中国证监会批准、可以投资于中国证券市场的中国境外机构投资者。中国的 QFII 制度始于 2002 年。此后，国家财税部门先后颁布了两个针对 QFII 的主要税收文件¹，其规定的税收政策如下：

- 营业税：对 QFII 委托境内公司在中国从事证券买卖业务取得的差价收入，免征营业税。
- 企业所得税：对 QFII 取得的来源于中国境内的股息、红利和利息收入，应缴纳 10%的企业所得税，由支付方代扣代缴。QFII 需要享受税收协定（安排）优惠税率的，可以向主管税务机关提出申请。

但是，目前中国的税收法律法规对于 QFII 从中国境内投资取得的资本利得是否缴纳企业所得税并无明确规定。根据《中华人民共和国企业所得税法》，非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，应当就其来源于中国境内的财产转让所得缴纳 10%的企业所得税，相关税收协定另有规定的除外。理论上讲，QFII（通常并未在中国境内设立机构、场所）应当就其在中国境内进行证券投资所获资本利得缴纳 10%的企业所得税。但是，对于该企业所得税的征税期间和纳税方法等实际操作问题并未有明确规定。此外，在 2008 年以前适用的外商投资企业和外国企业所得税法背景下，外国投资者出售 B 股或者中国企业在境外上市发行的海外股（包括 H 股）是可以免征企业所得税的。因此，在下述对雷曼兄弟资本利得征税一案发生前，税务机关在实践中并未征收 QFII 资本利得的企业所得税。

2. 雷曼兄弟资本利得征税案

雷曼兄弟国际（欧洲）公司（下称“雷曼兄弟”）于 2004 年获中国证监会批准成为 QFII。2008 年，雷曼兄弟进入破产程序，其全部的海外资产均被清算，包括 QFII 在中国境内的证券投资。2010 年底，北京市海淀区国家税务局确认该 QFII 在华投资所获资本利得总额约为人民币 39.9 亿元（应为 QFII 自获准投资后累计的资本利得），并对此征收了约为 3.99 亿元人民币的企业所得税。在缴纳了上述税款后，该 QFII 获准将资金汇出中国。

尽管有人认为雷曼兄弟一案是对 QFII 资本利得征收企业所得税的先例，但该案实际上只有有限的参考价值。在雷曼兄弟一案中，税务机关仅在 QFII 进入破产程序后对其资本利得征税。此外，缴

¹ 两份文件分别为：2005 年 12 月 1 日生效的《财政部 国家税务总局关于合格境外机构投资者营业税政策的通知》和 2009 年 1 月 23 日生效的《国家税务总局关于中国居民企业向 QFII 支付股息、红利、利息代扣代缴企业所得税有关问题的通知》

纳该项税款也是对外支付清算所得的一项必要条件（即，超过 3 万美元或等值外汇的对外付汇需要提供相应的完税证明）。

3. 可能实施的 QFII 税收新政

据上述新闻报道中援引的中国证监会官员称，可能实施的税收新政将会对 QFII 境内投资每年度盈亏相抵后实现的收益征收 10% 的企业所得税。具体的征收对象包括 QFII 账户中的机构自有资金和客户委托资金。但是，这一税收新政应该不会影响中国居民纳税人资本利得的征税问题（例如，对于中国个人取得的转让上市公司股票和开放式基金所得目前免征所得税）。

关于这一可能实施的税收新政策的更多细节尚不得而知。但是，我们认为这一税收新政策可能将明确以下问题：

- **征税期间：**对于外国投资者的资本利得原则上应在支付所得时征收企业所得税。但这一征收方式明显不适用于 QFII。新政策可能会规定按年度征收企业所得税，并允许 QFII 将不同交易的所得与损失盈亏相抵。详细规定有待进一步确认。
- **投资损失的结转：**未使用的投资损失（即与资本利得抵减后的余额）能否结转以及可以结转的时间有待新政策规定。
- **税收协定的适用：**中国缔结的一些税收协定中规定，外国投资者取得的来源于中国的股权转让所得在满足一定条件下可以免征中国的企业所得税。新政策应当会明确上述税收协定的规定是否适用于 QFII。
- **纳税方式：**新政策还应当明确对于资本利得征收的企业所得税是由相关中国证券交易所或者受托的中国公司代扣代缴，还是由 QFII 直接申报缴纳。
- **新政策的生效日期：**新政策是否会溯及其颁布前 QFII 的累积资本利得也是 QFII 非常关心的问题。由于缺乏明确的税收规定，某些 QFII 并未计提资本利得相关的企业所得税。这些 QFII 需要为可能开征的资本利得企业所得税做好相应的财务安排。

上述税收新政策一旦颁布，将明确合格境外机构投资者资本利得缴纳企业所得税的问题，同时将便于 QFII 办理投资收益汇往境外的外汇手续。另一方面，对资本利得征收企业所得税可能会影响 QFII 的投资收益预期，因此应当仔细分析、评估这一政策可能带来的影响。

1、证监会最新发布《非上市公众公司监督管理办法》解读（作者：陈漾）

2012年10月11日，中国证券监督管理委员会发布了《非上市公众公司监督管理办法》（以下简称“《监管办法》”），确定了非上市公众公司的范围，提出了公司治理和信息披露的基本要求，明确了公开转让、定向转让、定向发行的申请程序，将股东超过200人、但不在股票交易所上市的非上市公众公司的监管纳入监管，自2013年1月1日起施行，相关的配套细则在制订中。

该《监管办法》的发布，将对非上市公众公司的监管进行优化，包括：定向发行的对象范围和人数限制适当放宽，鼓励创新型企业建立股权激励机制；小额融资豁免标准放宽，定向融资更便利；明确了非上市公众公司到交易所上市的要求，为“转板”预留了空间，《监管办法》包括总则、公司治理、信息披露、股票转让、定向发行、监督管理、法律责任和附则，共八章六十三条，主要从以下几个方面进行了规定。

1) 监管对象为非上市公众公司

《监管办法》规范的对象为其股票未在证券交易所上市交易的股份有限公司且具有下列情形之一：

- (1) 股票向特定对象发行或者转让导致股东累计超过200人；
- (2) 股票以公开方式向社会公众公开转让。

在目前实践中，第一种情形多为出于实行股权激励计划或引入战略（财务）投资者的目的进行发行或转让行为后股东人数超二百人的公司；第二种情形主要指的是在依法设立的证券交易场所，包括各产权交易所（股权交易所）、全国中小企业股份转让系统（即“新三板”）上挂牌转让的公司。

根据《中华人民共和国公司法》等现行法律法规的相关规定，股份有限公司人数为二人以上二百人以下，股东超过两百人的公司必须满足法律法规的其他条件并经中国证券监督管理委员会核准，以公开募集的方式向不特定对象公开发行，其股份转让必须在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。《监管办法》突破了传统的股东人数200人之限，允许非上市公司股票公开转让和发行，规定除公司股东、高级管理人员与核心人员以外，特定对象的市场参与主体不局限为机构投资者，变为符合投资者适当性管理规定的自然人投资者、法人投资者及其他经济组织，允许非上市公司股票转让和发行向个人投资者开放。

具备以下条件的公司即为受到《监管办法》规范的非上市公众公司：

- (1) 股东人数在向特定对象发行或者转让后超200人或以公开方式向社会公众公开转让的股票且其股票未在证券交易所上市交易的股份有限公司；
- (2) 股权明晰，合法规范经营，公司治理机制健全，履行信息披露义务。

此外，非上市公众公司的股票应当在中国证券登记结算公司集中登记存管。

对于《监管办法》施行前股东人数超过 200 人的股份有限公司，依照有关法律法规进行规范，经中国证监会确认后，可以按照《监管办法》的相关规定申请核准，一并纳入监管范围，这也扫除了历史上股东超过二百人的公司受《监管办法》规范的障碍。

实践中，即使在“新三板”试点期间，股东人数也被严格控制在 200 人以内，束缚了企业的发展及被投资机会，《监管办法》的出台突破了 200 人的界限，对于创新型的非上市公众企业更有利于实行股权激励计划留住核心人才、对于发展中的非上市公众企业更有利于融资并扩大规模。

2) 强化公司自治能力，发挥中介机构作用、强化投资者风险意识

《监管办法》主要从三方面强化公司自治能力：一是兼顾非上市公众公司特点和监管实际需要，中国证券监督管理委员会制定非上市公众公司章程指引对非上市公众公司治理作出原则性规定，引导其健全公司治理机制；二是突出保护股东的合法权益，要求董事会对公司治理机制是否保证所有股东享有充分、平等的权利进行讨论和评估，并在章程中约定表决权回避制度。三是促进纠纷依法自治，要求在章程中约定股东间矛盾和纠纷解决机制，支持股东通过仲裁、调解、民事诉讼等司法途径主张其合法权益。

《监管办法》充分发挥证券公司、会计师事务所、律师事务所等证券服务机构的专业服务作用并接受中国证券监督管理委员会的监管。为公司出具专项文件的证券公司、律师事务所、会计师事务所及其他证券服务机构，应当勤勉尽责、诚实守信，认真履行审慎核查义务，按照依法制定的业务规则、行业执业规范和职业道德准则发表专业意见，保证所出具文件的真实性、准确性和完整性，中国证券监督管理委员会对相关文件有疑义的，可以要求相关机构作出解释、补充，并调阅其工作底稿。非上市公众公司应当配合为其提供服务的证券公司等证券服务机构的工作，按要求提供所需资料；拟披露的年度报告中的财务会计报告应当经具有证券期货相关业务资格的会计师事务所审计。证券公司、律师事务所、会计师事务所及其他证券服务机构为非上市公众公司出具的文件和其他有关的重要文件应当作为备查文件，予以披露。

其中，律师事务所为非上市公众公司出具专项文件，在认真履行审慎核查义务的基础上发表专业意见，保证所出具文件的真实性、准确性和完整性，并作为备查文件与非上市公众公司其他文件一起予以披露（《监管办法》规定，信息披露文件具体的内容与格式、编制规则及披露要求，由中国证监会另行制定）。律师事务所需要在非上市公众公司实施并购重组行为、申请其股票向社会公众公开转让或申请定向发行（包括向特定对象发行股票导致股东累计超过 200 人，以及股东人数超过 200 人的公众公司向特定对象发行股票两种情形）时出具相关的法律意见书，作为非上市公众公司向中国证券监督管理委员会申请核准的申请文件的重要组成部分。

同时，《监管办法》建立投资者适当性制度，要求参与者具备相应的风险认知和承受能力，非上市公众公司定向发行须与发行对象签订包含风险揭示条款的认购协议，进一步强化投资者“风险自担、买者自负”的理念，切实降低系统性风险，中国证券监督管理委员会将另行制定投资者适当性管理规定。

3) 信息披露义务

《监管办法》规定了非上市公众公司及其他信息披露义务人有真实、准确、完整、及时地披露信息的义务，并规定了包括定期报告、公开转让说明书、定向转让说明书等需履行信息披露的文件名称，但具体的内容与格式、编制规则及披露要求，由中国证监会另行制定。

除监事会公告外，公众公司披露的信息应当以董事会公告的形式发布，并应当在中国证券监督管理委员会指定的信息披露平台公布，股票向特定对象转让导致股东累计超过 200 人的非上市公众公司可以在公司章程中约定其他信息披露方式。

《监管办法》对非上市公众公司的信息披露进行简化和突出重点，定期报告仅包含半年度报告及年度报告，不要求披露季报；披露方式为在中国证券监督管理委员会指定的信息披露平台公布，不要求在报刊披露，有利于建立统一的电子化披露平台。

4) 并购重组与收购行为

(1) 并购重组

非上市公众公司实施并购重组行为的，应履行相应的决策程序并聘请证券公司和相关证券服务机构出具专业意见。

(2) 收购

《监管办法》对收购人或者其实际控制人的公司治理及诚信记录提出要求，要求收购人或实际控制人“具有健全的公司治理机制和良好的诚信记录”。

《监管办法》对收购人持有被收购公司的股份规定了锁定期，要求收购人在公众公司收购中持有的被收购公司的股份，在收购完成后 12 个月内不得转让。

在并购重组与收购中，《监管办法》通过引入中介机构提供服务并提出重组的相关资产应当权属清晰、定价公允、重组后的公众公司治理机制健全等要求，保护非上市公众公司及股东的合法权益。

5) 股票转让的要求

(1) 非公开协议转让

非上市公司的股票向特定对象转让，应当以非公开方式协议转让。股票向特定对象转让导致股东累计超过 200 人的股份有限公司，应当自上述行为发生之日起 3 个月内，按照中国证监会有关规定制作申请文件交由中国证券监督管理委员会受理并审核。

《监管办法》对因其股票向特定对象转让导致股东累计超过 200 人的公司不设准入门槛，可在上述情形发生后 3 个月内向证监会申请核准或者降低股东人数，在 3 个月内股东人数降至 200 人以内的，可以不提出申请。为防止出现监管套利风险，该制度的设计要求其只能向特定对象以非公开方式协议转让，并不允许其股票公开转让。如果此类公司拟公开转让或定向发行，则按照下述规定申请中国证券监督管理委员会的核准。

(2) 公开转让

非上市公司申请其股票向社会公众公开转让的，股票公开转让的具体方案作出决议应须经出席

股东大会会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过，并制作公开转让的申请文件交由中国证券监督管理委员会受理并审核。

《监管办法》对申请股份公开转让的公司放松行政管制、简化行政审批，重点要求治理机制健全、信息披露规范，不设财务指标，不做盈利要求。同时，要求证券公司出具推荐报告、律师事务所出具法律意见书、具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具审计报告，同时，证券交易场所出具是否同意挂牌的审查意见。

6) 定向发行的要求

(1) 定向发行即为向特定对象的发行，具体包括两种：

向特定对象发行股票导致股东累计超过 200 人，以及股东人数超过 200 人的非上市公众公司向特定对象发行股票。

其中，特定对象的范围包括：

- i. 公司股东；
- ii. 公司的董事、监事、高级管理人员、核心员工；
- iii. 符合投资者适当性管理规定的自然人投资者、法人投资者及其他经济组织。

现实生活中，科技型、创新型企业往往需要通过相应的激励和约束机制留住核心人员等内部员工，《监管办法》将核心员工纳入发行对象范围。至于核心员工的认定，应当由公司董事会提名，并向全体员工公示和征求意见，由监事会发表明确意见后，经股东大会审议批准。

《监管办法》同时规定了定向发行的人数限制，即包括核心员工在内的除股东外的特定对象定向发行合计不得超过 35 人，将股权激励的规模控制在一定的范围内。

(2) 定向发行的发行方式为储架发行制度

储架发行制度源于美国，是一项关于公众公司再融资行为的特殊流程规定，即为一次核准，多次发行的再融资制度，相对于传统证券发行一事一审的监管模式而言，储架发行是对一揽子项目进行事前、事中、事后的持续监管模式。根据《监管办法》的相关规定，非上市公众公司申请定向发行股票，可申请一次核准，分期发行。被核准发行的非上市公众公司在 3 个月内完成首期发行，且发行数量不低于总量的 50%，其余可根据项目需求在 12 个月内分次择机募集完毕，每期发行后 5 个工作日内将发行情况报中国证监会备案。

(3) 核准的豁免

非上市公众公司发行审核实行快速融资豁免制度，对定向发行后股东累计不足 200 人的或在 12 个月内发行股票累计融资额低于 1,000 万元的非上市公众公司，不要求其向监管部门申请核准，可自办发行，在每次发行后 5 个工作日内将发行情况报中国证监会备案。

相比较征求意见稿，《监管办法》将小额融资豁免标准由征求意见稿中的“1,000 万元”的绝对值变为“在 12 个月内发行股票累计融资额低于公司净资产的 20%”的相对值，更好地促进创新性企业的发展。

上述限制，非上市公司定向发行股份购买资产的亦同。

中国证券监督管理委员会对非上市公司准入采取简易核准，在准入条件和准入程序上与公开发行并上市相比有较大的差异：在准入条件上，不设财务指标，重点要求公司主营业务明确，治理机制健全，按照信息披露规则真实、准确、完整、及时地披露相关信息；在准入程序上，不设类似发审委组织，也不实行保荐制，简化核准程序。

7) 交易场所

非上市公司的股票均应当在中国证券登记结算公司集中登记存管，但根据发行对象为公开或特定而选择不同的交易场所并遵循不同的规则。

(1) 公开转让

非上市公司进行公开转让的，必须在依法设立的证券交易场所，即“全国中小企业股份转让系统”，俗称“新三板”。

(2) 不公开转让

非上市公司不进行公开转让的，可以不在新三板挂牌，但是仍然需要在中国证券登记结算公司登记托管，股东有转让需要的，可以按照相关规定进行协议转让和定向转让。

(3) 公开发行股票并上市

非上市公司向不特定对象公开发行股票的，应当遵守《证券法》和中国证监会的相关规定，由中国证券监督管理委员会审核。

非上市公司申请在证券交易所上市的，应当遵守中国证监会和证券交易场所的相关规定。《监管办法》中非上市公司申请在证券交易所上市时需要遵循相应规则的规定，为非上市公司未来上市预留的空间，达到交易所上市要求时可以进行“转板”。

除此之外，根据《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》（国发[2011]38号）的规定，其他地方性股权交易所不能进行标准化交易和集中竞价，只能挂牌交易 200 人以下的非公众公司，不属于本《监管办法》规范的非上市公司进行交易的场所。

8) 中国证券监督管理委员会与中国证券业协会监管权限的划分

《监管办法》规定，中国证监会依法履行对公司股票转让、定向发行、信息披露的监管职责，有权依法规定享有现场检查、责令改正、监管谈话、责令公开说明、出具警示函等监管的权利。

中国证券业协会发挥自律管理作用，对从事公司股票转让和定向发行业务的证券公司进行监督，发现证券公司有违反法律、行政法规和中国证监会相关规定的行为，应当向中国证监会报告，并采取自律管理措施。

在现实操作中，尽管新三板的在试行期间都是由中国证券监督管理委员会来主导，但是由中国证券业协会来暂行管理的，《监管办法》要求非上市公司的股票发行、上市、交易均由证监会来集中管理，从法律法规的层面上对中国证券监督管理委员会的监管权进行了界定。

2、中国人民银行、商务部预付卡新规解读（作者：刘睿杰、李小、王宝瑜）

近年来，由于信息技术的发展和小额支付服务市场创新的客观需要，商业预付卡市场发展迅速，商业预付卡在减少现钞使用、便利公众支付、刺激消费等方面发挥了一定作用。为规范商业预付卡管理、严肃财经纪律、防范金融风险、促进反腐倡廉，中国人民银行从2010年开始连续出台多部法令和公告，比如，2010年6月和12月中国人民银行先后发布了《非金融机构支付服务管理办法》（中国人民银行令[2010]第2号，以下简称“2号令”）和《非金融机构支付服务管理办法实施细则》（中国人民银行公告[2010]第17号，以下简称“17号公告”），此后，2011年5月中国人民银行等七部门发布了《关于规范商业预付卡管理的意见》（以下简称“25号文”）。

为落实2号令和25号文，维护支付服务市场秩序，进一步加强预付卡业务管理，中国人民银行于2012年9月26日和27日，连续发布了《中国人民银行关于进一步加强预付卡业务管理的通知》（银发[2012]234号，以下简称“234号文”）和《支付机构预付卡业务管理办法》（中国人民银行公告[2012]第12号，以下简称“12号公告”）；在此之前，商务部也于2012年9月21日发布了《单用途商业预付卡管理办法（试行）》（商务部令[2012]第9号，以下简称“9号令”），下文主要对12号公告和9号令进行评述。

1) 关于“预付卡”的定义和分类

2号令和17号公告以框架性的形式对非金融机构支付服务进行了规范，规定了“预付卡”是指以营利为目的发行的、在发行机构之外购买商品或服务的预付价值，包括采取磁条、芯片等技术以卡片、密码等形式发行的预付卡，但不包括：（一）仅限于发放社会保障金的预付卡；（二）仅限于乘坐公共交通工具的预付卡；（三）仅限于缴纳电话费等通信费用的预付卡；（四）发行机构与特约商户为同一法人的预付卡。这种限定性体现在25号文时，将预付卡“按发卡人不同可划分为两类：一类是专营发卡机构发行，可跨地区、跨行业、跨法人使用的多用途预付卡；另一类是商业企业发行，只在本企业或同一品牌连锁商业企业购买商品、服务的单用途预付卡。”

结合新发布的12号公告中对支付机构预付卡的定义，即“发卡机构以特定载体和形式发行的、可在发卡机构之外购买商品或服务的预付价值”和商务部9号令中单用途商业预付卡的定义，即“从事零售业、住宿和餐饮业、居民服务业的企业法人发行的，仅限于在本企业或本企业所属集团或同一品牌特许经营体系内兑付货物或服务的预付凭证，包括以磁条卡、芯片卡、纸券等为载体的实体卡和以密码、串码、图形、生物特征信息等为载体的虚拟卡”可以看出，在商业预付卡的规制方面，我国采取了区分预付卡的类别，从而由不同的机构进行监管并适用不同的规章制度和政策。简单来说，就是“多用途预付卡”由人民银行管理并适用12号公告，未经人民银行批准获得《支付业务许可证》，任何非金融机构不得发行多用途预付卡，一经发现，按非法从事支付结算业务予以查处；而“单用途预付卡”由商务部管理并适用9号令，单用途预付卡的发行无须获得人民银行颁发的《支付业务许可证》。

2) 12 号公告和 9 号令的核心内容

(1) 三项制度

两者均按 25 号文的要求全面落实了“三项制度”，即实名登记制度、非现金购卡制度和限额发行制度。根据两文件，个人或单位购买充值记名卡的，或一次性购买 1 万元（含）以上不记名卡的，应实名购卡。单位一次性购买卡金额达 5000 元（含）以上或个人一次性购卡金额达 5 万元（含）以上的，应通过银行转账，不得使用现金。单张记名卡限额不得超过 5000 元，单张不记名卡限额不得超过 1000 元。这三项制度的规定有利于防止预付卡被用于洗钱、套现等活动。关于支付机构或者企业违反该三项制度的责任问题，9 号令特别规定“由行为发生地县级以上地方人民政府商务主管部门责令限期改正；逾期仍不改正的，处以 1 万元以上 3 万元以下的罚款”；但 12 号公告并没有针对支付机构的该类违法行为的责任进行规定，只是笼统的规定违反该办法的，人民银行可依据 2 号令进行处罚。

(2) 便民和消费者权益保护

关于便民方面，两文件适度把握制度设计的灵活性，充分发挥预付卡在小额支付领域的积极作用，比如 12 号公告规定对资金限额在 200 元以下的预付卡在销售、充值方面给予便利；在不记名预付卡不得赎回的前提下，对与老百姓关系密切的公交行业不记名预付卡，允许余额在 100 元以下时按约定赎回；允许预付卡通过网络支付渠道缴纳公用事业费。9 号令规定退货或者退卡时金额不足 100 元可以支付现金等。

两份文件在消费者权益保护方面，一是保障知情权，要求发卡机构履行告知义务，向购卡人公示、提供预付卡章程或与其签订协议，明确购买、充值、使用、退卡、挂失、转让的方式以及收费项目和标准等内容，防止因约定不明确、协议不完整、持卡人不知情等，导致持卡人利益受到侵害；二是保障资金使用权，明确记名卡不得设有效期，不记名卡有效期不得少于 3 年；对于超过有效期尚有资金余额的不记名预付卡，发卡机构应当提供延期、激活、换卡等服务，保障持卡人继续用卡的权益；三是保障基本服务获取权，要求支付机构应按规定提供余额查询、挂失、退货、退卡等基本服务等；四是保护消费者信息，要求发卡机构加强措施保护持卡人和持卡人的信息，防止身份信息和交易信息的泄露和滥用。

(3) 监管制度

i. 支付机构或发卡企业的主体资格的监管

12 号公告和 9 号令采取了不同的方式，前者采用“许可制”，支付机构需取得《支付业务许可证》，具体分为获准办理“预付卡发行与受理”业务的发卡机构和获准办理“预付卡受理”业务的受理机构，至于取得《支付业务许可证》的条件则应参见 2 号令；后者则采取“备案制”，比如根据属地管理、分类监管的原则，分别明确了各类发卡企业的备案时限、备案机关、需提供的材料和备案变更等问题。对于规模发卡企业、品牌发卡企业和集团发卡企业，要求其提供财务状况等信息，以便备案机关对其进行风险监测；对于其他发卡企业，9 号令简化了其备案程序。

ii. 客户预付资金的安全管理

12 号公告要求发卡机构应当通过其客户备付金存管银行直接向特约商户划转结算资金，受理机构不得参与资金结算；并要求发卡机构委托销售合作机构代理销售的，代理销售资金应直接存入发卡机构备付金银行账户，以切实防范预付卡业务中可能出现的资金风险。9 号令则设立了资金存管制度，规定规模发卡企业、集团发卡企业和品牌发卡企业应将部分预收资金委托商业银行进行监管，旨在遏制发卡企业超发、滥发行为，降低预收资金风险。考虑到预收资金已成为部分商业企业重要的资金来源，9 号令同时设定了存管资金冲抵措施，允许发卡企业以保证保险保单、担保保函、银行保函等形式代替资金存管协议，从而最大程度降低企业经营负担。

3) 评述

12 号公告和 9 号令的出台对改善商业预付卡市场存在的监管不严、违反财务纪律、缺乏风险防范机制、公款消费和收卡受贿等突出问题，维持税收和财务管理秩序，制止腐败行为起到了一定积极作用，尤其 9 号令，弥补了规制单用途商业预付卡方面的立法缺失，加强了对发卡企业主体资格的规范，同时也对预付卡的发行、购买和风险防范等方面进行了限制，明确设定了监管和处罚措施，这将有利于发卡企业遵照执行；同时两部新法也存在某些缺陷。

(1) 完善预付卡退出机制

12 号公告明确规定了记名预付卡的赎回机制。对于单用途商业预付卡，9 号令则未区分记名卡和不记名卡，要求单用途卡章程和购卡协议都应包括单用途卡的退卡方式，发卡企业或售卡企业应依单用途卡章程或协议约定，提供退卡服务。办理退卡时，发卡企业或售卡企业应要求退卡人出示有效身份证件，并留存退卡人姓名、有效身份证件号码、退卡卡号、金额等信息，发卡企业或售卡企业将资金退至与退卡人同名的银行账户内，并留存银行账户信息。卡内资金余额不足 100 元（含）的，可支付现金。这就有效遏制了尤其是单用途商业预付卡领域类似“一经售出，概不退卡”这样的霸王条款以及由此催生的黄牛市场，有利于市场秩序的完善和消费者权益保护。

(2) 9 号令适用范围局限

根据 9 号令第二条的规定，只有零售业、住宿和餐饮业、居民服务业的企业法人才适用本办法，而所附《具体行业分类表》也采用了“穷尽式”列举的方式，故本办法的适用范围具有局限性，对于现实中广泛存在的娱乐行业，比如电影院、KTV 或酒吧等所发放的预付卡将无法适用。

(3) 可能存在规避方式

购买不记名预付卡的实名登记有最低限额的限制，12 号公告和 9 号令都规定了单位或个人一次性购买 1 万元（含）以上不记名卡的，发卡企业或售卡企业应要求购卡人及其代理人出示有效身份证件。这应该是立法者考虑预付卡的便民性作出的权衡性规定，但是，不可否认，这样的规定仍存在不法分子化整为零逃避监管的风险。购卡者完全有可能通过分次购买多张不记名预付卡的方式来规避实名制要求。

3、《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》简述（作者：蔡娜、李岚）

2012年9月23日，国务院正式发布并于当日开始实施了《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》（以下简称“《第六批决定》”）。《第六批决定》对314项行政审批项目进行了取消和调整，其中被取消的行政审批项目有171项，进行调整的行政审批项目有143项。遵循简化审批程序、减少审批收费的改革方向，国务院部门已先后六批取消和调整了2497项行政审批项目，占原有总数的69.3%。

《第六批决定》取消和调整的行政审批项目主要集中在投资领域、社会事业项目、非行政许可审批项目三个领域。本文从中摘取若干取消或调整的行政审批项目进行简要介绍。

1) 投资领域

(1) 商务部

商务部将18项涉及外商投资服务业领域的行政审批项目的审批权限下放至各省级人民政府商务行政部门，主要包括：外商投资营业性演出经纪企业设立及变更审批；外商投资保险经纪企业设立及变更审批；专门从事网上销售的外商投资企业设立及变更审批；以自动售货机方式销售商品的外商投资企业设立及变更审批；中外合资、合作医疗机构设立及变更审批；中外合作音像制品批发企业设立及变更审批；外商投资旅行社（出境游除外）设立审批；外商投资国际船舶运输企业设立及变更审批等。另外，商务部取消了对外国、港澳台地区企业承包经营中外合营企业、受托经营管理合营企业的审批。

(2) 证监会

证监会本次放松管制力度较大，涉及调整的项目超过32项，占《第六批决定》中取消和调整的314项行政审批项目的十分之一。其中，证监会取消行政审批项目20个，下放审批项目10个，减少审批部门项目2个。

在取消的20个行政审批项目中，（1）直接与证券公司有关的包括：保荐代表人注册、证券公司变更境内分支机构营业场所审批、证券公司设立集合资产管理计划审批；（2）上市公司并购重组方面，有四种要约收购义务的豁免取消行政许可。包括，在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的30%的，自上述事实发生之日起一年后，每12个月内增加其在该公司中拥有权益的股份不超过该公司已发行股份的2%；在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的50%，继续增加其在该公司拥有的权益不影响该公司的上市地位；因继承导致在一个上市公司中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%；经上市公司股东大会非关联股东批准，收购人取得上市公司向其发行的新股，导致其在该公司拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%，收购人承诺3年内不转让其拥有权益的股份，公司股东大会同意收购人免于发出要约，且该收购人在新股发行前已经拥有该上市公司控制权等四种情形的审批。另外，证监会也取消了对上市公司回购股份的核准审批项目。

(3) 银行业务与外汇业务

银行业务和外汇业务分别有 9 项和 16 项行政审批项目被取消，符合放松对金融机构监管和外汇管制宽松的大趋势。被取消的银行业务审批项目主要包括：银行业金融机构从事期货结算业务资格核准；银行业金融机构从事期货保证金存管资格认定；中资银行业金融机构、非银行金融机构、外资银行营业性机构三类机构的分支机构变更营运资金审批和变更营业场所审批。外汇业务审批项目的变化相对平稳，主要涉及换汇制度，包括取消出口单位领取出口收汇核销单核准、异地付汇项下进口付汇备案核准等。

2) 社会事业项目

《第六批决定》加大了对教育、医疗卫生、文化等社会事业和公共服务领域行政审批事项的清理、精简和调整力度。主要包括：

项目名称	原实施机关	下放后实施机关
开办外籍人员子女学校审批	教育部	省级人民政府教育行政部门
外商投资图书、报纸、期刊分销企业设立及变更审批	商务部	省级人民政府商务行政部门
中外合资、合作医疗机构设立及变更审批	商务部	省级人民政府商务行政部门
电影制片单位以外的单位独立从事电影摄制业务审批	广电总局	省级人民政府广播电影电视行政部门
电影放映单位设立、变更业务范围或者兼并、合并、分立审批	县或者设区的市人民政府广播电影电视行政部门	县级人民政府广播电影电视行政部门

3) 其他值得关注的被调整的行政审批项目和非行政许可审批项目

例如，取消了工业和信息化部对经营性互联网信息服务提供者境内上市前置审查，改为由证监会审批时征求工业和信息化部的意见；取消了纳税人所在地主管税务机关的上一级税务机关对企业在缴纳所得税税前扣除财产损失审批；取消了县级人民政府出版行政部门对设立专门从事名片印刷的企业审批；采矿权的转让审批由原来的省级人民政府地质矿产主管部门下放至设区的市级、县级人民政府地质矿产主管部门；商品房预售许可的审批由原来的县级以上地方人民政府房地产管理部门下放至设区的市级、县级人民政府房地产管理部门；外商投资广告企业项目审批和外商投资广告企业设立分支机构审批由原来的工商总局及其授权的地方工商行政管理部门下放至省、自治区、直辖市工商行政管理部门及符合规定的有外商投资企业核准登记权的工商行政管理部门。

4、《中华人民共和国民事诉讼法》(2012 修正) 简析 (作者: 刘冬、李昕、许欣)

2012 年 8 月 31 日, 全国人民代表大会常务委员会通过并公布了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》, 对 2007 年 10 月 28 日修订的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下称“《2007 民诉法》”)做了进一步修正。修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下称“《2012 民诉法》”)将于 2013 年 1 月 1 日起施行。对比《2007 民诉法》, 《2012 民诉法》加强了对当事人权利的保障, 强化了法律监督, 对当事人举证制度、简易程序、审判监督程序、执行程序等做了进一步完善。

1) 保障当事人的权利

(1) 法院对不予受理的起诉必须出具书面裁定

《2012 民诉法》规定对不符合起诉条件的, 应当在七日内作出裁定书。虽然《2007 民诉法》也规定了法院对不符合法定起诉条件的, 有权裁定不予受理, 但并未明确裁定的形式。在实践操作中, 一些法院以审查起诉材料为由, 迟迟不予答复, 或仅以口头形式做出不予受理裁定, 造成原告无法正常行使上诉权利。《2012 民诉法》规定了不予受理的裁定必须以书面形式做出, 从而有效保障了当事人的诉权。

(2) 扩大了协议管辖的适用范围

《2012 民诉法》扩大了协议管辖的范围, 规定当事人可以协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的法院管辖。这一修改使得原来 5 类管辖地变成了实际联系地的列举, 使得实践中约定管辖更加灵活, 便于当事人诉讼。另外, 将约定管辖案件的范围, 由原来仅适用于“合同纠纷案件”, 扩大到了“合同或者其他财产纠纷案件”。

(3) 进一步完善开庭前的准备程序

《2012 民诉法》在审判实践的基础上借鉴国外已有的做法, 对开庭前的准备程序规定了不同处理办法: 对当事人没有争议, 符合督促程序规定条件的, 转入督促程序; 开庭前可以调解的, 采取调解方式及时解决纠纷; 根据案件情况, 确定适用简易程序或者普通程序; 需要开庭审理的, 通过要求当事人交换证据等方式, 明确争议焦点。

(4) 法律授权的机关和有关组织可以作为原告提起公益诉讼

《2012 民诉法》规定污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为, 法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。依照《2007 民诉法》, 有关环境污染或食品卫生事件诉讼均因原告主体不适格而未被受理。而《2012 民诉法》有针对性的解决了上述问题, 是我国法治建设的有益尝试。但具体操作还有待后继司法解释的进一步明确。

(5) 增加了保全措施的种类

《2007 民诉法》中, 法院可采取的保全措施仅限于对财产采取查封、扣押、冻结等措施。而《2012 民诉法》将“责令作出一定行为或者禁止作出一定行为”作为新增的保全措施, 可更有效

的保障判决的执行、避免判决生效前一方行为给对方当事人造成不可挽回的损害。且在侵害知识产权等案件中需要禁止或者要求作出某种行为，以制止侵权发生、防止损害扩大时，《2012 民事诉讼法》增加的行为保全内容，将更为有效得保护知识产权案件中当事人的权益。

(6) 公众可以查阅判决书

《2012 民事诉讼法》增加规定，公众可以查阅发生法律效力判决书、裁定书，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。并明确了判决书、裁定书应当写明判决/裁定结果和作出该判决/裁定的理由。公开裁判文书有助于提高法院审判质量，体现了当事人对法院的监督，但具体查阅的程序和方法还有待于进一步细化。

(7) 案外第三人可以申请撤销判决

《2012 民事诉讼法》新增规定，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。该修订旨在维护案外第三人的民事权益，消除实践中存在的利用诉讼、调解等表面合法的方式侵害案外第三人合法权益的情形。

2) 完善当事人举证制度

(1) 证据类型中增加了电子数据

《2012 民事诉讼法》在七类证据中增加了一类“（五）电子数据”，将“鉴定结论”改为“鉴定意见”。这意味着电子证据作为法定的证据，不必再通过公证进行“证据固定”，极大地方便了当今网络时代下的取证问题；而“鉴定结论”变为“鉴定意见”，主要差别在于由当事人申请而非法院主动进行，就证明力而言，不存在实质性变化。

(2) 逾期不举证将被法院罚款

《2012 民事诉讼法》规定法院根据当事人的主张和案件审理情况来确定举证期限。如果当事人逾期提供证据的，且其逾期提供证据的理由不成立的，法院根据不同情形予以训诫、罚款或者不予采纳该证据。此修改旨在对举证时限增加一定的弹性，便于当事人行使诉讼权和举证权；而新增的惩戒措施，意在促使当事人积极提供证据。但是在司法实践中，我国当事人及其代理律师的调查取证权十分有限，此次修改的立法目的是否能完全实现，还有待观察。

(3) 证人出庭费用由败诉方承担

《2012 民事诉讼法》规定证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失，由败诉一方当事人负担。但当事人或法院应先行垫付。此外，还明确了证人可不出庭的四项条件。上述修改以法律的形式保障了证人出庭作证的相关费用问题，有望改变实践中证人出庭率低的情况，推动证人出庭作证。

(4) 当事人有权启动鉴定程序

在《2007 民事诉讼法》中，仅法院有权启动鉴定程序。而《2012 民事诉讼法》规定当事人可以就查明

事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。并规定首先由其协商确定鉴定人。该修改赋予了当事人启动鉴定程序的权利，更加体现出对当事人的诉讼权利的尊重。

(5) 增加专家出庭参与诉讼的规定

《2012 民事诉讼法》增加规定，当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。上述新规对于医疗事故、环境污染、知识产权等专业性较强的案件，有利于查明事实，分清是非，维护当事人的合法权益。但专家出庭的相关程序及怎样确保专家意见的专业性和公正性则有待法律、司法解释进一步明确。

3) 完善简易程序

(1) 小额诉讼将实行一审终审

《2012 民事诉讼法》首次规定设立了小额诉讼制度，规定审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审。小额诉讼制度既提高了审判效率，降低了当事人诉讼成本，促进司法资源的优化配置；又充分考虑了各个地区的经济发展水平，防止因法律层面的一刀切而带来的实质不公平。

(2) 双方当事人可约定适用简易程序

《2012 民事诉讼法》规定在不违反级别管辖的情况下，当事人双方也可以约定适用简易程序。该条赋予了当事人选择适用简易程序的权利，扩大了简易程序适用范围，体现了当事人有权处分民事权利和诉讼权利的原则。

4) 完善二审程序

(1) 明确二审开庭审理的条件

对于二审开庭审理的方式，《2007 民事诉讼法》规定的经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。由于“事实核对清楚”没有统一标准界定，导致实践中二审常常未经开庭书面裁判，不利于维护当事人合法权益。

而《2012 民事诉讼法》将“事实核对清楚”修改为“对没有提出新的事实、证据或者理由”的，可以不开庭审理。这种规定明确界定了不需开庭的条件，增强法律的可预测性，使审判活动更加规范化。

(2) 认定事实错误的直接改判

《2007 民事诉讼法》规定，原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判。在实践中，因为二审法院工作量等原因，许多“事实错误”的案例被发回重审，导致司法资源的浪费，特别是在我国发回重审没有次数限制的情况下，会存在无限期延长诉讼程序的可能性。

就该条规定，《2012 民事诉讼法》规定“认定事实错误”的情况，二审法院将直接改判，只有在“认定基本事实不清”的情况下，才会发回重审，且不得重复发回。虽然具体操作还需要看法院

具体怎样认定“事实”与“基本事实”的界限，但这样的规定无疑将缓解上述问题，避免进行多次重审的情况，将会大大节约司法成本。

5) 增加特别程序适用范围

《2012 民事诉讼法》将确认调解协议案件和实现担保物权案件纳入特别程序范畴，规定了调解当事人、担保物权人及其他有权请求实现担保物权的人分别应向调解组织所在地、担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。在本次民事诉讼法修改之前，司法确认调解协议、实现担保物权案件在操作中并不罕见，而《2012 民事诉讼法》增加的规定，有利于更好的规范实践中的操作。

6) 强化法律监督

相比于《2007 民事诉讼法》仅对检察院抗诉做简单规定，《2012 民事诉讼法》将执行阶段也完全纳入检察院监督的范围；抗诉方面，除了针对已经发生效力的判决、裁定，新法还规定对“损害国家利益、社会公共利益的调解书”也应提起抗诉；就监督方式而言，增加了对检察机关应抗诉的情形，以及审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，各级人民检察院有权向同级人民法院提出检察建议，并且检察院可以向当事人或者案外人调查核实有关情况。通过以上规定，检察院进行法律监督的力度进一步加大。

7) 完善审判监督程序

(1) 申请再审的时限缩短至六个月

《2007 民事诉讼法》规定再审申请时限为二年，存在贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，时限为三个月。而《2012 民事诉讼法》将再审申请时限修改为判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有新的证据，足以推翻原判决、裁定的，原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的，据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的，以及审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。新法缩短了申请时限，并对更多特殊情况做了特别规定，避免了申请再审期限过长的的问题，有利于法律关系的稳定。

(2) 再审法院级别可由当事人选择

《2012 民事诉讼法》规定当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。该修改给了当事人更多的选择，但是申请再审是因为“当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误的”，若向原审法院提出申请，则其很难轻易改变自己的判决。而且在执行中可能会给地方法院留有变通执行的借口，强行要求当事人先到原审法院申请再审，从而失去选择权，反而可能会不利于当事人维护合法权益。

(3) 五费一金再审可不中止执行

所谓“五费一金”案是指追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件。《2012 民事诉讼法》规定按照审判监督程序决定再审的“五费一金”案可以不中止执行。这是由于“五费一金”案往往涉及当事人基本生活保障问题，并且若法院改判，可以通过执行回转程序恢复当初的权利状态，并不复杂。所以再审中不对其中止执行，对胜诉一方当事人的权利保障以及基本

生活保障都将起到很大的有利影响。

8) 完善执行程序

针对实践中,不少被执行人接到执行通知后不履行义务,而是转移财产逃避执行的问题,《2012 民事诉讼法》规定执行员接到申请执行书或者移交执行书,可以立即采取强制执行措施。此修订有利于保障胜诉一方当事人获得执行财产,保障其合法权益。

同时,《2012 民事诉讼法》对拒绝协助执行的个人,将对其的罚款金额从一万以下增至到十万以下,对单位的罚款金额,从一万元以上三十万元以下增至五万元以上一百万元以下,从而进一步强化对妨害民事诉讼的强制措施。

9) 与仲裁法的规定衔接

《2012 民事诉讼法》将不予执行仲裁裁决的审查条件中“认定事实的主要证据不足的”、“适用法律确有错误的”修改为“裁决所根据的证据是伪造的”、“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”。此修改使得《2012 民事诉讼法》与现行《仲裁法》中申请撤销仲裁裁决的审查条件保持统一,防止因为法律规定过于宽泛而导致法律规定的不合理。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

金文玉 律师：

电话：+86-10-8525 5557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com