



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2011年第4期 (总第50期)

■ 专论

- 1、浅析《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（征求意见稿）》中原告的举证责任及举证方法

■ 新法评述

- 1、近期上海外商投资股权投资（QFLP）试点工作政策解读会纪要
- 2、《第三方电子商务交易平台服务规范》简述
- 3、国家发改委发布指引规范试点地区大中型私募基金强制备案
- 4、《个体工商户条例》简述

浅析《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（征求意见稿）》 中原告的举证责任及举证方法（作者：刘冬、李宁）

2011年4月25日，最高人民法院全文公布了《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（征求意见稿）》（下称“征求意见稿”），向社会各界广泛征求意见。征求意见稿对于垄断民事纠纷案件的管辖与受理、当事人资格、证明责任、民事责任承担及诉讼时效问题作了全面规定。本文将着重对征求意见稿有关举证责任、举证方法的规定进行分析探讨。

一、举证责任

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明，但在垄断民事案件中作为原告的因垄断行为受到侵害的自然人、法人和其他组织，包括经营者和消费者（统称“受害人”），其取证困难、证明垄断行为困难已经成为制约反垄断民事司法的瓶颈。针对这一现状，征求意见稿对于垄断民事案件中的证明责任分配、免证事实、责令被告提交证据、专家证人等问题作了解释和细化，而这一解释与细化无疑对促进反垄断民事诉讼的健康发展具有积极意义。

征求意见稿第七条对受害人应当证明的事项作了原则性规定，即受害人应证明：1）被诉垄断行为存在，2）受害人请求赔偿损失的，还应对所受损失、被诉垄断行为与所受损失之间的因果关系承担举证责任。同时，征求意见稿特别规定了证明垄断行为存在的若干规则。按照《反垄断法》第三条的规定，垄断行为包括经营者达成垄断协议，经营者滥用市场支配地位，具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。而因经营者集中主要涉及行政管理事项，征求意见稿作为处理民事纠纷案件方面的司法解释，对经营者集中并未提及。在垄断民事纠纷案件中，受害人需证明存在的垄断行为主要是垄断协议或滥用市场支配地位。

（1）对于垄断协议，受害人需证明：

① 被诉垄断协议存在。

根据《反垄断法》第十三条的规定，垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。鉴于经营者之间或经营者与交易相对人达成的垄断协议通常处于秘密状态，受害人证明存在垄断协议仍然面临巨大困难，对此，征求意见稿并未提及。

② 被诉垄断协议具有排除、限制竞争效果。

根据征求意见稿第八条的规定，大部分垄断协议的排除、限制竞争效果无需受害人证明，即推定具有竞争关系的经营者达成的固定或者变更商品价格，限制商品的生产数量或者销售数

量，分割销售市场或者原材料采购市场，限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品，联合抵制交易的垄断性协议具有排除、限制竞争效果，由此推定经营者与交易相对人达成的固定向第三人转售商品的价格，限定向第三人转售商品的最低价格的垄断协议具有排除、限制经营的效果。但对于国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议，受害人需证明其具有排除、限制竞争效果。

(2) 对于经营者滥用市场支配地位，受害人需证明下列事项：

① 被诉垄断行为人所处的相关市场。

相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围，界定相关市场实际上是明确经营者竞争的市场范围，相关市场的界定主要参照国务院反垄断委员会于 2009 年发布的《关于相关市场界定的指南》。

② 被诉垄断行为人具有市场支配地位。

认定经营者是否具有市场支配地位，原则上应当根据《反垄断法》第十八条所规定的市场份额、竞争状况、控制销售市场和原材料市场的能力等因素进行判断，在经营者的市场份额能够予以准确确定的情况下，也可以根据《反垄断法》第十九条的规定进行市场支配地位的推定。尽管有前述《反垄断法》第十八条和第十九条的规定，实际上达到何种标准可以认定被诉垄断行为人具有市场支配地位，以及何种证据可以有效证明被诉垄断行为人的市场份额，控制市场的能力等仍然不够明确。实践中，法院对于被诉垄断行为人是否具有市场支配地位具有较大的自由裁量权，而受害人证明被诉垄断行为人的市场支配地位也是举证的难点。如《唐山市人人信息服务有限公司诉百度网讯科技有限公司垄断纠纷案》中，原告唐山市人人信息服务有限公司仅提交了两篇有关被告百度网讯科技有限公司市场地位的新闻报道，未提供具体的计算方式、方法及有关基础性数据的证据，北京市第一中级人民法院认为原告提交的证据未能使法院确信该市场份额的确定源于科学、客观的分析，因此认定原告未能证明被告在“中国搜索引擎服务市场”中占据了支配地位；在《北京书生电子技术有限公司诉上海盛大网络发展有限公司和上海玄霆娱乐信息科技有限公司垄断纠纷案》中，上海市第一中级人民法院认为原告北京书生电子技术有限公司提供的证据仅是被告网站上对被告市场份额的宣传内容，这些宣传内容未经核实且无其他证据印证，因此原告认定被告具有市场支配地位的证据不足。

为缓解受害人在证明被诉垄断行为人具有市场支配地位时所面临的困难，征求意见稿第九条对《反垄断法》第十九条推定经营者具有市场支配地位的情形作了补充，即初步推定下列营人具有市场支配地位：

a) 供水、供电、供热、供气等公用企业；

b) 公用企业以外的由法律、法规和规章或者其他规范性文件赋予其从事特定商品或者服务的独占经营资格的经营人；

c) 相关市场缺乏有效的竞争, 而交易相对人又对其提供的商品或者服务具有高度依赖性的经营者。

需要注意的是, 依据征求意见稿第九条所做的推定只能作为被诉垄断行为人具有市场支配地位的初步证据, 若被诉垄断行为人否认并提交充分证据否定该初步证据的, 受害人仍需通过其他途径证明被诉垄断行为人的市场支配地位。

③ 被诉垄断行为人具有滥用市场支配地位的行为。

中国法律并不禁止经营者取得市场支配地位, 而是禁止经营者滥用市场支配地位, 因此受害人即使证明了被诉垄断行为人具有低于成本销售商品等《反垄断法》第十七条规定的行为, 若被诉垄断行为人证明其行为具有正当性, 则不能认定其滥用市场支配地位。

(3) 其他证明事项

按照征求意见稿的规定, 受害人可以请求被诉垄断行为人承担停止侵害、消除危险、赔偿损失等民事责任, 因此除前文所述之外, 按照所提起的诉讼请求的不同, 受害人可能还需对所受损失、被诉垄断行为与所受损失之间的因果关系等事项承担举证责任。

二、举证方法

(1) 推定。

为减轻作为原告的受害人的举证责任, 征求意见稿建立了一些推定规则, 如征求意见稿第八条推定具有《反垄断法》第十三条第一款第(一)项至第(五)项和第十四条第(一)项、第(二)项规定情形的垄断协议具有排除、限制竞争的效果; 征求意见稿第九条推定供水等公用企业, 有独占经营资格的经营者等具有市场支配地位; 征求意见稿第十二条规定被诉垄断行为人为无正当理由拒不提交法院责令其提交的证据, 受害人主张该证据内容不利于被诉垄断行为人的, 法院可以推定受害人的主张成立。

(2) 已认定事实。

征求意见稿第十一条规定法院发生效力的判决所确认的事实, 以及反垄断执法机构认定构成垄断行为的效力确定的处理决定所认定的事实无需举证证明。

需要注意的是, 征求意见稿并未明确指出反垄断执法机构认定不构成垄断行为的生效的处理决定所认定的事实是否无需举证证明。此外, 征求意见稿第十五条规定“被诉垄断行为已经反垄断执法机构调查但未认定构成垄断行为的, 人民法院仍应当就当事人的诉讼请求进行全面审查并做出裁判”(注: 笔者推测征求意见稿制订者的本意可能是反垄断执法机构认定构成垄断行为的, 经营者可以按照《反垄断法》的规定申请行政复议或者提起行政诉讼, 因而不属于民事纠纷案件的范畴), 但反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定生效并且效力确定的情况下, 受害人提起民事诉讼, 法院是否仍需进行全面审查并做出裁判, 以及反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定是否可以作为垄断行为存在的证据, 征求意见稿并未提及。

（3） 被诉垄断行为人自认。

征求意见稿第九条确认上市公司的披露信息，被诉垄断行为人的自认信息可以作为认定被诉垄断行为人具有市场支配地位的初步证据。但征求意见稿第九条所述的“上市公司”仅指被诉垄断行为人还是包括被诉垄断行为人之外的其他上市公司存在疑问。

（4） 第三方调查。

征求意见稿第十三条规定当事人可以向人民法院申请委托独立的专业机构或者专业人员就案件的专门性问题做出市场调查或经济分析报告，也可以自行委托独立的专业机构或者专业人员做出市场调查或经济分析报告。征求意见稿第九条规定具有相应资质的第三方机构独立做出的市场调查、经济分析、专题研究、统计结果可以视为被诉垄断行为人具有市场支配地位的初步证据。

笔者认为，以上第九条和第十三条规定仍然存在一些不明确的概念，如

① “相应资质”该如何理解，征求意见稿并未明述；

② 征求意见稿第九条要求市场调查等系第三方机构“独立”做出，那么受害人是否可以委托第三方机构对被诉垄断行为人的市场支配地位进行调查分析？如果可以，被诉垄断行为人是否可以委托第三方机构做出调查分析？根据征求意见稿第十三条，前述问题的答案似乎都是肯定的，但第九条和第十三条项下的第三方机构的调查分析似乎在内涵及证据效力方面又存在差异，即第九条项下的第三方机构的调查分析似乎是未经当事人委托做出的，可作为认定被诉垄断行为人的市场支配地位的初步证据，而第十三条项下的第三方机构的调查分析系受当事人委托做出的，可用于证明案件的“专门性问题”，但证据效力需要法院“参照民事诉讼法及相关司法解释的有关规定进行审查判断”。

③ 征求意见稿第九条仅规定第三方机构独立做出的调查分析等可作为认定被诉垄断行为人具有市场支配地位的初步证据，那么第三方机构独立做出的调查分析是否可以用于界定相关市场，是否可以用于认定被诉垄断行为人具有滥用市场支配地位行为，征求意见稿第十三条所述的“专门性问题”包括哪些内容，征求意见稿都未予以明确。

（5） 责令被诉垄断行为人提交证据。

征求意见稿第十二条规定了特定情形下，法院可以依据受害人及其诉讼代理人的申请责令被诉垄断行为人提交相关证据，被诉垄断行为人拒不履行的，法院可以对被诉垄断行为人的主要负责人或直接责任人进行罚款、拘留，甚至追究刑事责任。

（6） 专家证人。

征求意见稿第十三条规定当事人可以向人民法院申请具有经济学、行业等知识的专业人员出庭就案件的专门性问题进行说明，但如上文所述，征求意见稿并未明确“专门性问题”的含义。

(7) 其他方法。

尽管征求意见稿未明述，垄断民事纠纷案件的当事人仍可采用法律和司法解释允许的方式举证，如依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十五条至第十九条申请法院调查收集证据。

1、 近期上海外商投资股权投资（QFLP）试点工作政策解读会纪要（作者：王勇、凌霄）

为了从政策上进一步规范外商投资股权投资企业的具体操作流程，明确相应的程序和各部门职责，加速上海国际金融中心建设的进程，上海市金融服务办公室、上海市商务委员会和上海市工商行政管理局参照证券市场的合格境外投资者（QFII）制度，共同颁布了《关于本市开展外商投资股权投资企业试点工作的实施办法》（下称《QFLP 实施办法》）（关于《QFLP 实施办法》的详细解读，请见相关《汉坤专递》（2011 年 1 月期））。最近，上海市金融服务办公室举办了上海外商投资股权投资（QFLP）试点工作政策解读会，与国家外汇管理局上海分局及上海市工商局的相关负责官员一起，就上述《QFLP 实施办法》及外商投资股权投资企业（qualified foreign limited partner 或 QFLP）试点工作（下称“QFLP 试点工作”）中的相关问题进行了解读，并就上海外资股权投资企业的发展现状和未来发展的预期进行了解析。汉坤律师事务所基金部律师作为嘉宾应邀参加了该解读会，以下为解读会要点：

■ 目前 QFLP 试点工作进展:

- 上述相关部门已制定了操作规程和试点流程，就试点企业托管、结汇、汇出管理、信息报送进行了相关规定，制定了操作手册（如您需要操作手册可向我们索取）；
- 审批部门开展了 QFLP 试点企业的初审，截至 3 月 18 日批准了包括凯雷/复星、百仕通、德同等三家 QFLP 试点企业。

■ QFLP 试点工作的下一步重点:

- 目前获批的 QFLP 试点企业以大型的并购型基金为主。在下一个阶段的工作，审批部门将选择不同类型的试点企业，除大型的并购型基金外，还希望吸引主要投入科技型、创业型、就业型等高成长中小企业的基金；
- 希望通过 QFLP 试点工作带动一批国内社会资本，培育境内长期投资者。

■ 申请试点政策前提:

- 申请人必须是在上海注册设立的股权投资管理企业或其他以股权投资为主业的投资管理企业（主要指创业投资管理企业）；
- 投资人和管理团队已经基本明确，管理团队已经获得投资者认可且投资者已经出具出资承诺函和确认书。

■ **试点企业评审考虑的主要因素:**

- 基金管理团队的中国投资经验，尤其是成功退出的经验；
- 优先考虑引导基金、国企或民企出资等境内资本参与的企业；
- 优先考虑投资方向为新兴产业且该方向符合管理团队的经验的企业；
- 该企业的组织架构清晰，出资主体明确，投资计划清楚，治理结构、利益分配机制市场化。

■ **工商设立的情况:**

- 到今年 3 月 18 日为止，上海共设立了 53 家外资股权投资企业和股权投资管理企业；其中两家为外资股权投资企业（出资总额 1.4 亿美元），另有 51 家外资股权投资管理企业；
- 今年 2 月发布的《上海市工商行政管理局关于积极支持企业创新驱动、转型发展的若干意见》中与 QFLP 试点工作相关的重要政策：
 - ◆ 允许符合条件的境内自然人出资设立中外合资企业、中外合作企业。
 - ◆ 允许股权投资企业和股权投资管理企业名称中的行业和经营范围分别表述为“股权投资”或“股权投资基金”和“股权投资管理”或“股权投资基金管理”。这是对于 2008 年 8 月上海颁布的《关于本市股权投资企业工商登记等事项的通知》中对于企业名称的限制措施的突破，该通知未允许在该等企业名称里使用“基金”二字。
 - ◆ 根据实际需要，允许符合一定条件的股权投资企业和股权投资管理企业名称中的字号后缀以“一期”、“二期”、“三期”等字样，有利于保护该等企业字号作为无形资产的品牌效应。
 - ◆ 允许股权投资企业的经营场所与承担管理责任的股权投资管理企业经营场所相同。

- **合伙制外资股权投资企业及其被投企业的性质:** 上海市商务委官员就对商务部 2011 年下发的《关于外商投资管理有关问题的通知》中有关“以投资为主要业务的外商投资合伙企业视为境外投资者”的规定进行了解读，表示这一规定对于合伙制外资股权投资企业的性质作了更加明确的界定，即该企业不被视为外商投资企业，这与对另外两种形式的涉及外资的投资性企业——外商投资的投资性公司和外商投资创业投资企业——的对待方式类似。相对于境外投资者，中国对外商投资企业在境内再投资适用一套独立的、相对宽松的监管制度。根据相关法律法规，外商投资企业在中国境内进行投资时，如果被投资领域为《外商投资产业指导目录》中的“鼓励类”和“允许类”，可免于进行商务部门的审批程序，直接办理工商部门的登记即可；只有外商投资企业在“限制类”领域进行投资时，才需要获得商务部门的批复。而如果被视为境外投资者，则其无论在任何领域进行投资均需要进行商务部门的审批程序。由于合伙制外商投资股权投资基金被明确视为境外投资者，此类基金的被投资企业的上市改制符合 1995 年《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，包括上市前连续三年盈利等要求。

- **行业准入:** 另外, 该通知第一次从行业准入的角度提到了股权投资, 说明了商务部从开放度上认可了外资股权投资行业。
- **外汇管理:** 在 QFLP 试点工作范围内认可外资企业在中国运用外汇资金进行股权投资; 给予合伙制外商投资股权投资企业办理外汇登记和开户; 允许结汇进行投资, 前提是只有进行项目投资时才能进行结汇, 主要便利在于, 在 QFLP 试点企业设立获批后, 可以通过管理人向托管银行发出指令的方式, 直接在托管银行办理, 结汇和划款合二为一, 而不需外管局对每个项目所需结汇额度的逐笔核准。与此同时, 外管局官员还澄清了有关上海试点 30 亿美元外汇额度的业界传闻, 表示有关该外汇额度的业界传闻与事实不相符合。
- **关于试点办法第二十四条:** “获准试点的外商投资股权投资管理企业可使用外汇资金对其发起设立的股权投资企业出资, 金额不超过所募集资金总额度的 5%, 该部分出资不影响所投资股权投资企业的原有属性。” 即: 在 5% 投资额度范围内, 试点企业可不受国家外管局《关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》(即 142 号文) 限制以资本金结汇对基金进行股权投资; 此外, 在上述 5% 范围内普通合伙人对基金的投资不影响该基金的原有属性, 即: 如果没有外资有限合伙人, 普通合伙人即使是外商投资企业, 也不影响基金的内资性质。
- **外资比例上限:** 相关官员对关于 QFLP 试点企业外资比例不得超过 50% 的传闻进行澄清, 表示对 QFLP 试点企业没有强制性的内外资比例限制 (即外资比例至少理论上允许达到 100%), 但在进行试点评审时, 有境内资本 (尤其是引导基金、国企等国资背景) 参与的企业是一个有利的因素 (参见 试点企业评审考虑的主要因素)。
- **备案制度的协调:** 今年出台的《国家发展改革委办公厅关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》要求对包括上海在内的全国几个试点地区设立的、规模超过 5 亿人民币的股权投资企业进行强制备案。对于该强制备案和 QFLP 试点办法中的备案要求的衔接问题, 相关官员认为与国家发改委备案要求的衔接主要应由政府部门来操作, 并非试点企业的主要考虑点, 并表示上海的试点办法作为地方政策和中央的相关政策应该可以很好地衔接。

2、《第三方电子商务交易平台服务规范》简述 (作者: 曹银石、林苑)

在今年 2 月份公开征求意见后, 商务部于 2011 年 4 月 12 日正式发布并实施《第三方电子商务交易平台服务规范》(以下简称“《规范》”)。《规范》共 9 章 32 条, 从平台设立与基本行为规范、平台经营者对站内经营者的管理引导、对消费者的合理保护、与相关服务提供者的协调监管

等多个方面明确交易各方责任，《规范》尤其明确和强化了平台经营者对站内经营者的管理及对消费者的保护。其内容要点如下：

（1）业务隔离原则

对于平台经营者同时在自身平台上从事站内经营的，《规范》要求平台经营者将平台服务与站内经营业务分开，并在其平台上予以公示。该原则要求作为独立于交易双方的第三方平台，必须分离平台自营业务与第三方服务业务，从制度上确保平台相对交易双方的公平、公正和独立。

《规范》第 6.9 条进一步明确规定，第三方交易平台同时利用自有平台进行网上商品（服务）交易的，不得相互串通，利用自身便利操纵市场价格，扰乱市场秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益。

（2）信息公示及数据存储

《规范》要求平台经营者应当在其网站主页或从事经营活动的网页显著位置公示以下信息：① 营业执照、组织机构代码证、税务登记证以及各类经营许可证；② 互联网信息服务许可登记或经备案的电子验证标识；③ 经营地址、邮政编码、电话号码、电子信箱等联系信息及法律文书送达地址；④ 监管部门或消费者投诉机构的联系方式；⑤ 法律、法规规定其他应披露的信息。

同时，《规范》要求平台经营者对于站内经营者和交易相对人的身份信息的保存时间自其最后一次登录之日起不少于两年；交易信息保存时间自发生之日起不少于两年。日交易额 1 亿元人民币以上（含 1 亿元）的第三方电子商务交易平台应当设置异地灾难备份系统，建立灾难恢复体系和应急预案。站内经营者有权在保存期限内自助查询、下载或打印自己的交易信息；对于其他主体的查询、下载或打印服务，《规范》鼓励第三方交易平台通过独立的数据服务机构进行。

（3）用户协议和交易规则的制定和修改

根据《规范》，平台经营者的用户协议及其修改应至少提前 30 日公示，涉及消费者权益的，还应抄送当地消费者权益保护机构；交易规则的修改应当至少提前 30 日予以公示，用户若不接受修改，则该用户可以在修改公告之日起 60 日内书面通知退出，平台经营者按原交易规则处理退出事宜。

（4）平台经营者对站内经营者的管理及引导

《规范》明确要求平台经营者承担起对站内经营者的管理和引导责任，其主要要求如下：

① 站内经营者注册信息验证

《规范》要求任何主体利用平台开展经营前，须先向平台经营者提出申请并提交身份证明、营业执照、经营地址、联系方式等证照和信息；平台经营者负有核验站内经营者的营业执照、税务登记证和各类经营许可证的义务。《规范》进一步要求，平台经营者应当每年定期对实名注册的站内经营者的注册信息进行验证，对无法验证的站内经营者应予注明。

② 合理谨慎信息审查

《规范》要求站内经营者公开相关交易信息并保证信息真实，同时要求平台经营者对其平台上的交易信息承担相应的管理责任。根据《规范》，平台经营者对站内经营者负有如下管理责任和义务：a) 若平台经营者发现站内经营者发布违反法律、法规的广告，应及时采取措施制止，必要时可以停止对其提供网上交易平台服务；b) 投诉人提供的证据能够证明站内经营者有侵权行为或发布违法信息的，平台经营者应对有关责任人予以警告，停止侵权行为，删除有害信息，并可依照投诉人的请求提供被投诉人注册的身份信息及联系方式；c) 《规范》进一步明确要求平台经营者承担“合理谨慎信息审查义务”。该要求不仅囊括了前述的两条义务，更是兜底性的要求平台经营者对于一切明显的侵权或违法信息，均应进行主动的信息审查和管理，依法及时删除，并对站内经营者予以警告。

(5) 平台经营者对交易秩序的和消费者的维护和保障

除了对站内经营者的管理和引导，《规范》同时要求和鼓励平台经营者建立保障消费者权益、维护正常交易秩序的相关制度。根据《规范》，平台应当通过合同或其他方式要求和督促站内经营者建立和实行各类商品信誉制度，方便消费者监督和投诉，从而约束站内经营者的不当行为。

① 风险警示和二次交易确认

《规范》要求平台经营者应采用技术等手段引导用户完整阅读用户协议，合理提示交易风险、责任限制和责任免除条款。此外，在执行用户的交易支付指令前，应当要求用户对交易明细进行确认；从事网上支付服务的经营者，在执行支付指令前，也应当要求付款人进行确认。

② 冷静期制度

《规范》鼓励平台经营者建立冷静期制度，允许消费者在冷静期内无理由取消订单。这项制度允许消费者在一定期限内无理由退货。据商务部信息化司司长李晋奇公开表示，这并非强制要求，平台经营者可自行决定是否设立冷静期；并且，冷静期制度并不适用于全部商品，生鲜产品、食品、化妆品、药品等特殊商品即为例外。

③ 卖家保证金制度

《规范》鼓励网络第三方交易平台和平台经营者向消费者提供“卖家保证金”服务。保证金用于消费者的交易损失赔付。保证金的金额、使用方式应事先向当地工商行政主管部门备案并公示。保证金制度使消费者在找不到卖家的情况下，可从第三方平台获得先行赔付，从而保障了消费者的权益。

目前一些团购网站已建立了类似的保证金制度，如在美团和 DQ 的纠纷中，美团就先启动了先行赔付制度。

④ 货物退货

《规范》要求平台经营者通过合同或其他方式要求站内经营者实施商品售后服务和退换货制度，对于违反商品售后服务和退换货制度规定的站内经营者，平台经营者应当受理消费者的投诉，并可依照合同追究其违约责任。

值得注意的是，《规范》明确规定其全部技术内容为推荐性，因此在法律意义上，《规范》的相关内容对平台经营者并不具有强制执行力。尽管如此，从长期来看，《规范》的颁布在引导和规制第三方电子商务交易平台的经营行为、保护广大企业和消费者合法权益、营造公平、诚信、安全的交易环境等方面仍然具有重要的指导和借鉴意义。

3、 国家发改委发布指引规范试点地区大中型私募基金强制备案（作者：王绍凯）

2011年1月31日，国家发展与改革委员会（下称“发改委”）发布了《国家发展改革委员会关于进一步规范试点地区股权投资企业发展和备案管理工作的通知》（发改办财金[2011]253号）（下称“《通知》”），于发布当天正式实施。2011年3月21日，发改委于其网站公布了《股权投资企业备案文件指引/标准文本/表格下载》（下称“《指引》”）。《指引》包含11个文件（具体文件见：http://cjs.ndrc.gov.cn/qytzyjj/gqtzqyba/bawgqtzqysqwb/t20110321_400481.htm），其中的《股权投资企业备案申请书标准文本》中又包含有8个附表。《指引》在《通知》的基础上细化了股权投资企业（包括基金的基金或称为母基金）及股权投资管理企业的备案工作。

根据《股权投资企业备案申请书标准文本》，股权投资企业申请备案时，需向发改委提交如下文件：1)营业执照复印件；2)资本招募说明书；3)公司章程或合伙协议；4)资本认缴承诺书；5)验资报告；6)发起人关于股权投资企业资本募集是否合法合规的情况说明书；7)高级管理人员的简历证明材料；8)律师事务所出具的法律意见书。现将上述各项文件以及发改委要求提交的其他文件的重点指引总结如下：

（1）营业执照复印件指引

股权投资企业向发改委申请备案，应当向发改委提供该股权投资企业的营业执照复印件；股权投资企业实行委托管理的，还应提供受托管理机构的营业执照复印件；合伙型股权投资企业的普通合伙人为机构的，还应提供普通合伙人的营业执照复印件。

（2）资本招募说明书指引

《资本招募说明书指引》要求招募说明书的正文应当载明拟募集设立的股权投资企业的基本情况、对投资者的出资认缴要求、股权投资企业的组织架构与管理、投资、资产、收益、费用、业绩报酬支出与分配、税赋、终止与清算、风险揭示和信息披露等内容。

特别值得注意的是，该指引对投资者的出资认缴做出如下要求：①以股份有限公司形式设立的，投资者人数不得超过200人；以有限责任公司、有限合伙形式设立的，投资者人数不得超过50

人；② 所有投资者均不得采取委托某个投资者代持的方式投资于股权投资企业；③ 发改委建议单个投资者对股权投资企业的最低出资金额不低于 1000 万元。另外，根据该指引，股权投资企业的税赋只宜表述为：本股权投资企业依照国家有关税收规定纳税。

（3）股权投资企业公司章程或合伙协议指引

以有限责任公司或股份有限公司形式设立股权投资企业应该按照相关法律制定公司章程，并向发改委备案时按照发改委的要求提交相应的章程，公司章程的内容与股东协议等股东之间的其他内容不一致的，以公司章程为准。以有限合伙形式设立的股权投资企业，应当按照相关法律订立合伙协议。

该指引强调，根据《中华人民共和国合伙企业法》第三条规定，以及《通知》第一条关于股权投资企业应当遵照公司法、合伙企业法有关规定设立的要求，国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位不得成为股权投资企业的普通合伙人。上述“国有企业”系指国有股权合计达到或超过 50%的企业。

（4）认缴承诺书标准文本

该承诺书系由资本认缴人向股权投资企业发起人出具，由所有投资者签署。在此标准文本的声明及保证部分，我们需要注意资本认缴人需要向股权投资企业发起人承诺“本公司/本人认缴股权投资企业的权益之资金为本公司/本人自有资金且来源合法。”

（5）验资报告指引

发改委要求申请备案的股权投资企业出具验资机构关于所有投资者实际出资的验资报告，并进一步明示所有投资者的承诺出资规模合计超过 5 亿元人民币或等值外币，但实缴出资额合计未超过 1 亿元的，可豁免备案。

（6）关于股权投资企业资本募集是否合法合规的情况说明书指引

该说明书需由发起人出具，并应包括（但不限于）以下内容：① 募集资金仅面向特定对象，未通过媒体（包括本机构网站）发布公告、在社区张贴布告、向社会散发传单、发送手机短信或通过举办研讨会、讲座及其他变相公开方式（包括在商业银行、证券公司、信托投资公司等机构的柜台投放招募说明书），直接或间接向不特定对象进行推介。② 不存在多个投资者委托某一个投资者出资的情形；③ 未以任何方式向投资者承诺确保收回投资本金或获得固定收益，并已充分告知股权投资企业投资者其所应承担的投资风险及可能受到的投资损失。

（7）法律意见书指引

该法律意见书必须由有资格的律师事务所出具，法律意见书的结论应当明晰，对不符合法律、法规和备案管理部门有关规定的事项，或已勤勉尽责仍不能对其法律性质或其合法性作出准确判断的事项，律师应发表保留意见，并说明相应的理由。提交备案的法律意见书应当经两名及以上经办

律师签名，并加盖该律师事务所公章。律师签署的法律意见书报送后，不得进行修改。如律师认为需补充或更正，应另行出具补充法律意见书。

（8）其他指引

除上述各项指引外，股权投资企业委托其他股权投资企业或股权投资管理企业作为受托管理机构负责其投资管理业务的，应当按照《指引》规定与受托管理机构订立委托管理协议，委托托管机构管理其财产的，应当按照《指引》订立托管协议。该委托管理协议和托管协议应当载明“股权投资企业投资决策、风险控制相关制度，以及投资决策机构、风险控制机构的组成及成员应具备的条件”、“受托管理机构管理费的费率、计算方式及支付方式等内容”、“受托管理机构绩效分成的原则、比例、方案及实施程序”以及“股权投资企业应承担的除管理机构管理费和绩效分成之外的其他费用种类、计算方法及支付方式”等内容。

发改委还在《指引》当中为股权投资管理企业的公司章程或合伙协议提供了明确的指引：股权投资管理企业的公司章程的内容与股东协议等股东之间的其他文件内容不一致的，以公司章程为准；《指引》同时建议股权投资管理企业的《合伙协议》中不要作出有限合伙人以任何直接或间接方式参与或变相参与管理企业管理与投资决策的约定。

4、《个体工商户条例》简述（作者：王陶然）

为了进一步充分发挥个体工商户服务经济社会发展和扩大就业的重要作用，国务院总理温家宝2011年4月16日签署国务院令，公布《个体工商户条例》（“条例”）。该条例将于2011年11月1日起施行，并将同时废止1987年8月5日国务院发布的《城乡个体工商户管理暂行条例》（“暂行条例”）。新的条例对暂行条例进行了全面的修改，取消了一系列原有的不适当限制，从制度上给予一系列扶持与帮助以鼓励、支持个体工商户健康发展，同时也对个体工商户经营行为进行了规范。

（1）取消部分原有限制

条例对暂行条例中原有的限制进行了修改，主要包括如下几方面：

第一，放开了对个体工商户从业人员人数的限制。暂行条例规定：个体工商户可以根据经营情况请一、二个帮手；有技术的个体工商户可以带三、五个学徒。条例取消了上述对个体工商户从业人员的人数限制，规定个体工商户可以根据经营需要招用从业人员。条例同时增加规定：个体工商户申请转变为企业组织形式，符合法定条件的，登记机关和有关行政机关应当为其提供便利。

第二，取消了申请设立个体工商户的身份限制。暂行条例规定的申请设立个体工商户的人员范围为有经营能力的城镇待业人员、农村村民以及国家政策允许的其他人员，条例则将申请主体扩大为有经营能力的公民以及香港特别行政区、澳门特别行政区永久性居民中的中国居民和台湾地区居民。

第三，放宽了经营范围。暂行条例规定的个体工商户的经营范围为在国家法律和政策允许的范

围内的工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业及其他行业。条例放宽了经营范围，明确了国家对个体工商户实行市场平等准入、公平待遇的原则，个体工商户申请登记的经营范围不属于法律、行政法规禁止进入的行业的，登记机关应依法予以登记。

第四，取消了个体工商户管理费。暂行条例规定，个体工商户应缴纳管理费。而条例则取消了该等征收管理费的规定。

（2）提供相应扶持

条例增加了政府对个体工商户的相关扶持和帮助措施，主要包括：

第一，对工商登记做了明确规定。条例规定登记机关（即工商管理部门）和有关行政机关应当在其政府网站和办公场所公布个体工商户申请登记和行政许可的条件、程序、期限、需要提交的全部材料目录和收费标准等事项，并为申请人提供指导和查询服务；另外，条例对登记机关办理个体工商户登记的程序及时限均作了明确规定。

第二，减免行政管理方面的部分收费。条例明确规定登记机关办理个体工商户年度验照不得收取任何费用。

第三，提供贷款便利。条例规定，个体工商户可以凭营业执照及税务登记证明，依法在银行或者其他金融机构开立账户，申请贷款；金融机构应当改进和完善金融服务，为个体工商户申请贷款提供便利。

（3）规范经营行为

条例做出了以下规定以规范个体工商户的经营行为：

第一，增加个体工商户与其招用从业人员订立劳动合同的义务。为维护个体工商户所招用从业人员的权益，条例规定个体工商户应当依法与招用的从业人员订立劳动合同，履行法律、行政法规规定和合同约定的义务，不得侵害从业人员的合法权益。

第二，明确违法责任。条例对个体工商户违反其规定的行为规定了相应的法律责任。如条例规定，个体工商户未在规定期限内申请办理年验的，由登记机关责令限期改正；逾期未改正的，吊销营业执照。

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

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@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