



中豪律师集团
ZHONG HAO LAW FIRM

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2016年 第5期 | 总第047期 | 中豪律师集团主办 | 双月刊

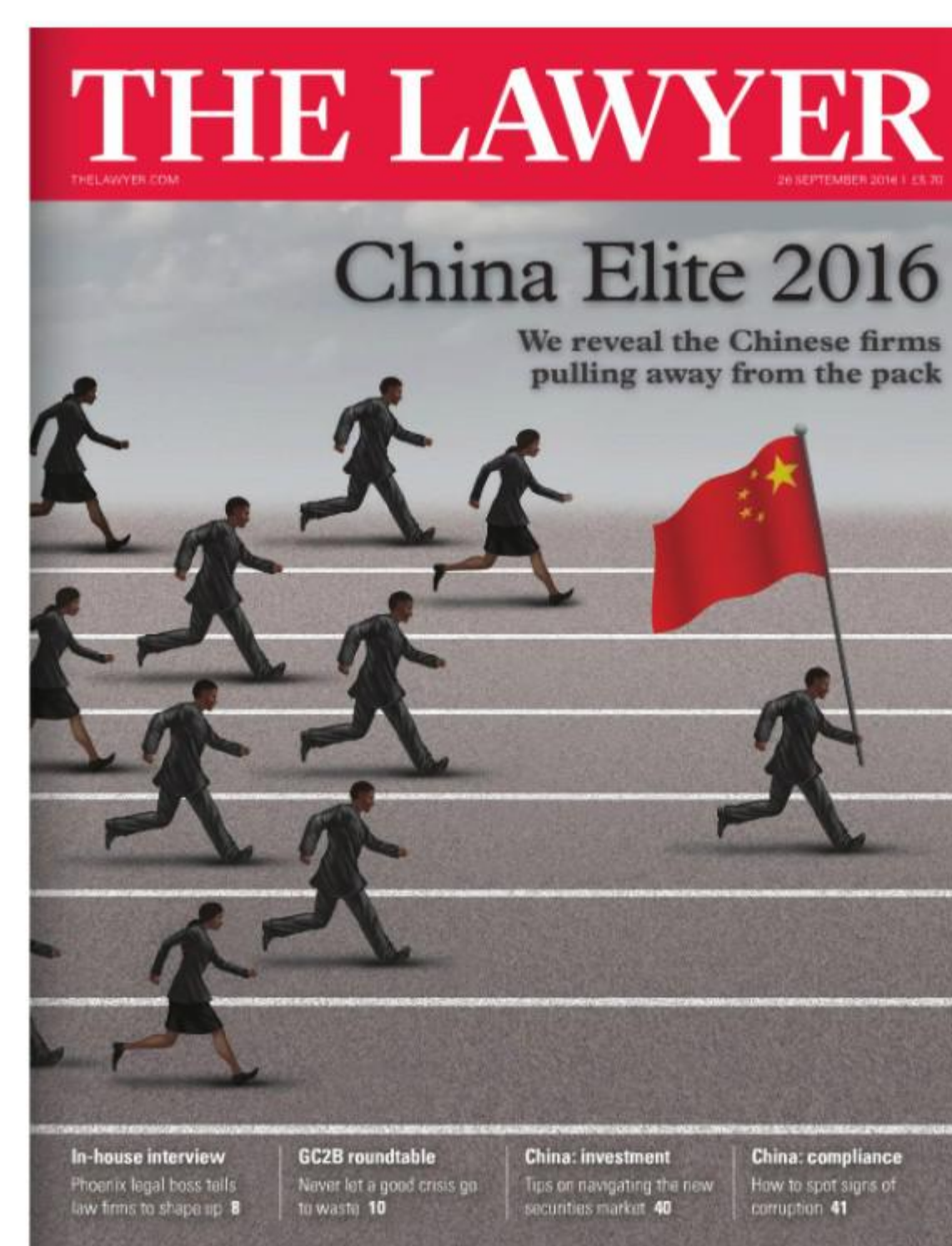


全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所

中豪蝉联《The Lawyer》中国精英律所30强

2016年9月，世界著名法律专业杂志《The Lawyer》公布了2016年度中国精英律所报告。作为国内一流的综合性律师事务所，中豪凭借先进的公司化运营机制、高效的专业服务、遍布境内外的服务网络，以及业内领先的市场地位、持续而稳定的业绩增长，令中豪有机会再次获评《The Lawyer》中国精英律所业务总收入、律师人均业务收入成长最快的30强之一。

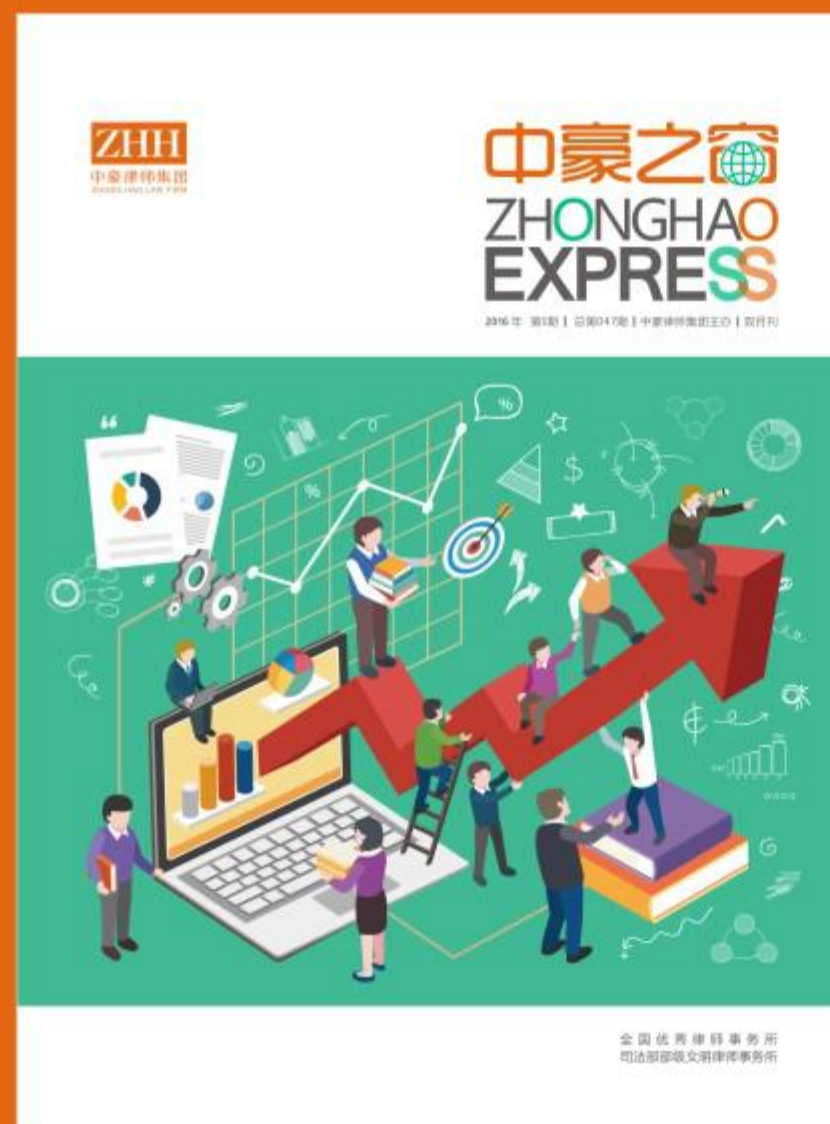
自成立以来，中豪一直致力于提供优质优价的中高端商事法律服务，在中国律师业近20年发展过程中的先锋垂范作用广为业内认可。历经近20年的发展，中豪已成长为给全球客户提供一站式法律服务的律所，在许多专业领域占据优势地位，持续不断为客户提供专业服务。中豪在重庆、北京、上海、香港、成都、贵阳、纽约等地设立一体化分支机构，拥有丰富的经验和优秀的律师团队。



合伙人袁小彬在全市律所主任培训班作《公司制律所管理机制的构建》讲座



2016年9月10日，市律协举办的2016年全市律所主任第一期培训班在重庆恒大酒店会议中心成功开班。市司法局副局长蒋继华、市司法局律公处处长陈治元、市律协秘书长彭建军、市律协理事及监事，以及2015年度综合创收全市前35位的律所主任（含执行合伙人）参加了本期培训。合伙人袁小彬应邀出席，并作《公司制律所管理机制的构建》专题讲座。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第047期 2016年 第5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：宋 涛

编 委：张 涌 陈 晴
周 朝 王 辉
卜海军 陈 伟
涂小琴 李东方
俞理伟 朱 剑
祝 磊 郑 毅
孙万平 陈心美
汪 飞 张德胜
陈雪剑 刘 军
崔 冽 李 燕
傅达庆 梁 勇
周庭发 周 尽
文 建 郭平宜
何 静 陈 立
何先武 李 静
柯海彬 邹树彬
杨 青 王必伟
马海生 李松为
赵明举 郝红颖
李 永 青 苗
刘文治 肖 东
周 鹏 郑 鹏
陈任重 柴 佳
高玉林

责任编辑：黎莎莎
美 编：王先
主 办：中豪律师集团

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

揭开海外投资交易架构的神秘面纱 杨青 2

浅谈与公司赌的法律效力 周朝 8

业务开拓与团队建设分享会 宋涛 张涌 涂小琴 陈晴 15

建设工程施工中的“黑白合同”的效力及结算问题 俞理伟 21

法理天地 THEORY

P2P 网络贷款法律风险及防范 曹梦雪 25

2016年9月12日，市法官、检察官惩戒委员会预备会议和全面推开司法责任制改革动员部署电视会议在市委会议室召开。合伙人袁小彬、兼职专家律师侯东德出席会议，并受聘为市检察官惩戒委员会委员。

2016年9月20日，贵州省财政厅第一批PPP咨询服务机构名录公示。贵阳办公室凭借在PPP服务领域的丰富业绩，获得了评审专家组的充分认可，成功入围。

2016年9月21日，中豪举办第五次“律师办案一席谈”讲座。本次讲座由合伙人俞理伟担任主持人，董事局主席袁小彬、合伙人郑鹏、杨青和青苗作了《律师业务开拓实务经验》讲座。

2016年9月22日，合伙人青苗在广场宾馆举办了《私募股权投资基金业务法律风险防范》专题讲座。

2016年9月23日，开曼 Travers Thorp Alberga 律师事务所合伙人 Everton Robertson、王维巍和焦傲律师一行3人到访成都办公室。成都办公室主任汪飞、合伙人周尽和李永进行了热情接待并座谈交流。

2016年9月27日，成都市中级人民法院召开了《法官与律师民事庭审优质化改革》专题座谈会。合伙人周朝应邀参加本次会议。

2016年9月27日，市通用航空协会、航空学会在中豪会议室隆重召开第一届理事会第五次理事会议。合伙人肖东进行了热情接待并进行座谈交流。

2016年9月28日，杨青律师在会议室举办了《海外投资法律实务及风险防范》专题讲座，为律所同仁们讲解了海外投资过程中的法律实务与风险防范措施。

2016年10月11日，本所邀请 Nexsen Pruet 律所中国事务组合伙人 Peter A. Santos、M. Lee Reeves 以及 Eric W. Huang 律师为同仁举办“投资美国法律实务”专题讲座。

2016年10月13日，中豪邀请美国 Nexsen Pruet, LLC 律师事务所、毕马威会计师事务所，与市对外投资和经济合作企业协会共同举办《海外投资法律、财税实务》专题讲座。合伙人杨青、纽约办公室律师吕睿鑫发表精彩演讲。

中豪新闻



2016年10月15日，市律协国际与WTO专委会在市律协会议室举办《投资美国法律实务》专题讲座。合伙人杨青、纽约办公室吕睿鑫律师，Nexsen Pruet, LLC 律所合伙人 Peter A. Santos、M. Lee Reeves 以及 Eric Huang 律师分享了投资美国法律实务及风险防范经验与相关知识。

2016年10月19日，中豪举办第六次“律师办案一席谈”讲座。本次讲座由新晋顾问律师黎莎莎担任主持人，合伙人梁勇、文建和肖东作了《律师职业修养与实务经验分享》专题讲座。

2016年10月20日，高级合伙人、重庆最佳刑辩律师傅达庆应邀在成都为大型国企四川发展土地资产运营管理有限公司员工作了题为《职务犯罪预防法律实务》的专题讲座。

2016年10月26日，瑞典 Vinge 律所合伙人 Carl Gustaf de geer 和资深顾问顾群到中豪参观交流。合伙人杨青热情接待并座谈交流。

2016年10月26日，“2016年发展中国家引进国外智力促进信息产业发展管理官员研修班”重庆企业家与发展中国家官员国际合作交流座谈会在工商银行重庆分行举行。合伙人杨青出席会议，并作了《中国企业海外投资现状及法律法规解读》讲座。

2016年10月26日，刘灿律师在会议室举办了《企业破产重整与管理人职责》专题讲座。

2016年10月27日，长江证券股份有限公司隆重举办“2016年度合规风控工作会议”。董事局主席袁小彬作为长江证券独立董事，应邀出席本次会议，并与券商逾百名风控合规管理层及专员一起探讨、分享合规与风险防控实务经验。

2016年10月27日，受市外商投资促进中心邀请，伽利略意大利中心执行主任 Francesco Silvestri 带领12名法学院交流生到中豪参观、交流。合伙人杨青进行了热情接待，文奕和吕睿鑫律师作了《外商投资与公司法律实务》讲座。

2016年10月29日至30日，“全国公司并购重组与治理结构完善法律实务研讨会暨全国律师协会公司法专业委员会2016年年会”在昆明举行。中豪北京办公室章朝晖律师应邀出席并发表演讲，其撰写的公司法领域专业法律论文《对标上市的初创公司股权安排实务探讨》荣获一等奖。

在海外投资与并购交易中，交易架构的设计无疑是极其重要的一步，其不仅关乎交易本身的合法合规性，投资者风险隔离以及目标公司运营过程中的税收筹划，还会对投资者后续能否实现便利退出产生重大影响。因此，交易架构图就是海外投资项目的总路线图，投资方及其聘请的境内外中介机构团队，需要根据境内投资方的商业目的、目标公司的实际运营情况，并充分考虑境内外法律法规与政策、财税制度、目标公司投资后的运营管理及退出等因素后设计出来的。本文中，笔者基于其处理的诸多海外投资并购交易项目，对交易架构设计，离岸公司设立及其价值与作用，以及交易架构搭建中需要重点考虑的因素等内容进行解析，旨在为有意进行海外投资的境内企业提供参考。



杨青 | 合伙人

专业领域：跨境投融资与并购、
外商投资、基金、

揭开海外投资 交易架构的神秘面纱

◎ 文 / 杨青 / 重庆办公室



海外投资中离岸公司的价值和作用

作为交易架构设计的重要环节，设立离岸公司是搭建交易构架必不可少的部分。在境外投资与并购项目中，一般会在境外设立两层或以上的离岸公司，如果目标公司后续有上市计划，则在离岸公司设立地的选择及离岸公司的法律类型选择上有更为严格的考量。

（一）何为离岸公司

离岸公司指境内投资者在离岸法域成立的特殊目的公司。境内投资者一般较多使用英属维尔京群岛、开曼群岛、塞舌尔群岛、巴哈马群岛等离岸法域作为离岸公司设立地。上述法域均为英国以前的殖民地，其法律均属于英式普通法系。上述这些法域拥有稳定的政治及经济环境，一般无需缴纳企业所得税和个人所得税。离岸公司的设立很简便，投资者无需亲临离岸法域当地办理申请注册离岸公司，只要委托当地的代理机构便可完成离岸公司设立的全部手续。离岸公司的日常经营和管理也很简单，一般只要一名接收公司信件的公司秘书即可，境外律所可为离岸公司提供办公地址或公司秘书服务，公司的维护成本低。比如，中豪的香港办公室就可以代办离岸公司设立手续，并可为离岸公司提供办公地址和秘书服务。

（二）离岸公司在海外投资中的价值与作用

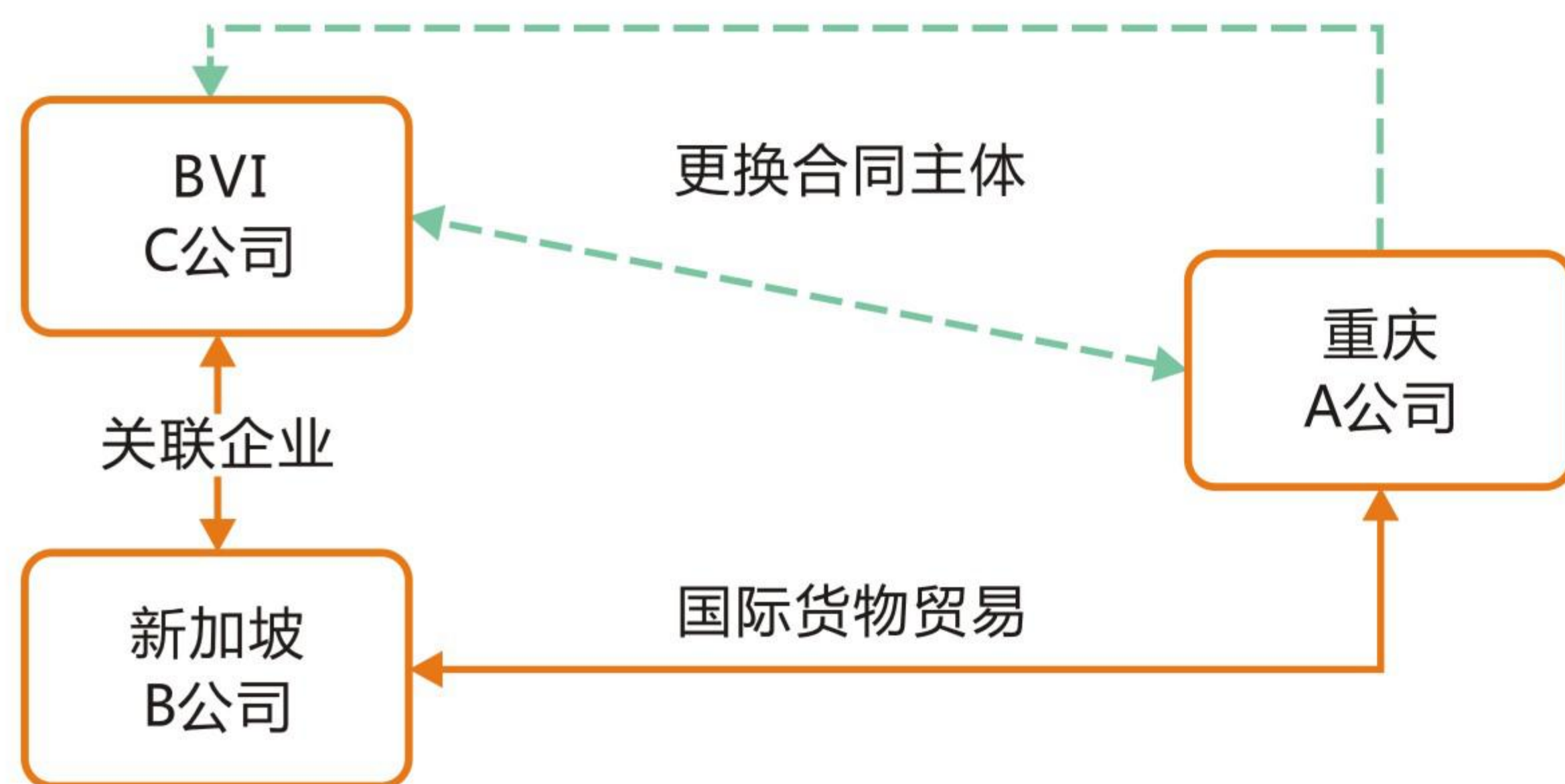
在海外投资与并购中，之所以要搭建离岸公司架构，是因为离岸公司

在帮助境内投资者隔离风险、进行税收筹划、资金的自由汇兑、便利投资者后续退出等方面发挥着重要作用。

1. 为投资者搭建风险防范“防火墙”

防范风险永远是境内投资者在海外投资中自始至终都需要牢记于心的基本原则。在海外设立离岸公司的首要目的是在目标公司与境内投资者或实际控制人之间树立起一道风险防范的“防火墙”，即使目标公司出现法律风险，通常情况下，只有直接投资

的关联企业C公司作为交易主体，A公司认为B公司与C公司的实际控制人为同一人，于是同意了B公司的要求。之后在A公司与C公司合作过程中，A公司欠C公司贷款，但A公司认为C公司与B公司同属一个实际控制人，要求以其欠付C公司的贷款与B公司应付给A公司的质量赔偿款进行抵销，C公司不同意，于是向约定的仲裁机构申请仲裁，最后仲裁机构裁定要求A公司向C公司支付贷款、仲裁费及其他赔偿金等，具体交易结构如图一：

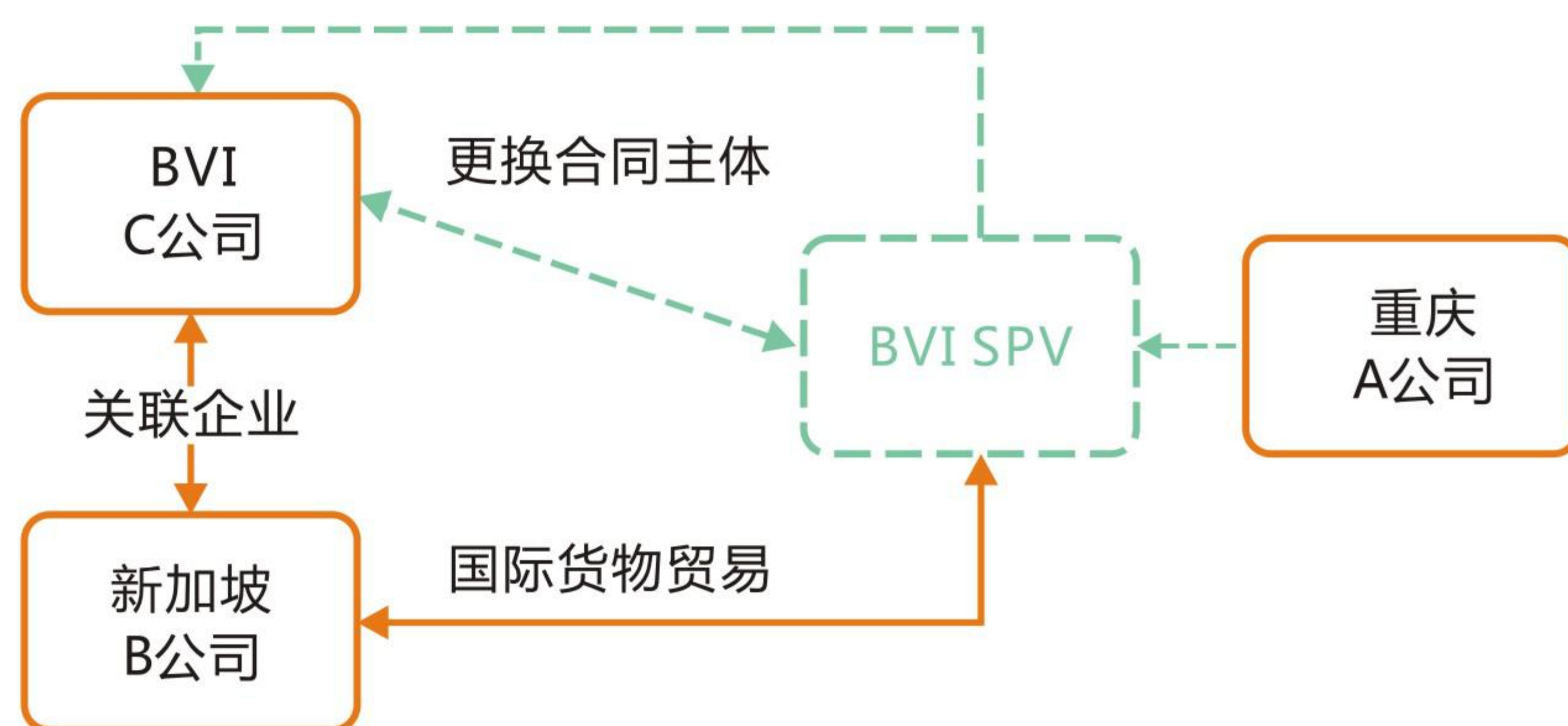


图一

目标公司的离岸公司独立承担法律责任，但境内投资者或实际控制人不会因此受到牵连。笔者曾代理一家重庆民企的跨境仲裁案件，因为投资者未设立离岸公司隔离风险，而直接以境内总公司作为交易主体，最终因此遭受重大损失。案件的基本信息如下：

重庆A公司与新加坡B公司从事国际货物买卖交易，由于B公司提供的货物存在诸多质量问题，A公司发函要求损害赔偿，但双方一直未就赔偿事宜达成一致。后B公司提出因经营管理需要，要求用设立在BVI的B公司

A公司觉得很冤，认为自己被B公司骗了，且认为仲裁裁决很不公平。但其实主要还是因为A公司缺乏法律风险防范意识造成的。如当初在A公司与B公司发生质量争议时，对B公司提出更换合作主体的要求不同意，或如A公司先在BVI、Cayman Islands或Seychelles设立一家离岸公司，然后用该离岸公司作为交易主体，则即使发生后续争议，C公司也只能向BVI SPV主张支付贷款的责任，于是BVI SPV为A公司有效隔离了风险，交易结构如图二：



图二

由于SPV一般是空壳公司，即使C公司向BVI SPV主张赔偿责任并最终赢了仲裁，但仲裁裁决也无法得以实际执行，因此BVI SPV在A公司与C公司之间起到了风险隔离的“防火墙”作用。后来，当问及A公司为何不设立离岸公司作为交易主体时，A公司一位高管解释说，A公司一直诚信经营，合作方看重的是A公司的品牌和实力，A公司不好意思以离岸公司作为交易主体，A公司为此付出沉重代价后才意识到设立离岸公司的重要性。

由此可见，在海外投资交易中，在BVI\Cayman Islands\Seychelles等设立离岸公司并作为直接投资方，是搭建交易架构最为重要的一步，但由于很多国内企业特别是西南企业缺乏这方面的风控意识和经验，往往为此付出了类似于A公司那么沉重的代价后才引起重视，只是支付的学费太昂贵了。

2. 进行合理的税收筹划

几乎所有适合设立离岸公司的法

域，比如开曼、BVI或塞舌尔等均为“免税天堂”，即在上述法域设立的公司收益所得无需缴纳企业所得税。很多境内企业之所以在香港也设立一层离岸公司，是因为根据我国税法规定，对外国企业在中国境内未设立机构、场所或者虽设有机构、场所，但与该机构、场所没有实际联系，而有取得来源于中国境内的利润（股息、红利）、利息、租金等，在汇出上述所得时需扣除10%的预提所得税，但由于内地与香港有税收优化协定，只要按5%缴纳预提所得税即可。因此，设立离岸公司可为境内投资者起到很好的税收筹划的作用。

3. 信息保密与无外汇管制

由于境内企业的境外投资目的是多元的，很多境内投资者对投资行为与投资项目有严格保密要求，离岸法域当局及银行对离岸公司及投资者的信息严格保密，免受外国政府机关或个人的查询与调查。此外，离岸法域实行外汇的自由汇兑，这为投资者开展投资活动提供了便利。虽然我国的外汇管制最近两年有了较大放松，但

受政策变化的影响仍较大。比如，根据我国现行有关海外投资外汇监管方面的法规规定，境内企业向其登记注册地的银行直接申请办理购付汇手续，外汇管理局只是间接进行监管，但实务中外汇购付汇仍受到外汇管理局的严格监管。因此，如通过境外设立的离岸公司平台进行境外投资与并购，则可以避免境外投资资金购付汇的限制。对经常从事海外投资的境内企业来说，海外投资所得无需汇回境内，可以将离岸公司打造成一个海外投资平台，通过离岸公司实现自由收付汇。

4. 为境内投资者后续便利退出提供通道

海外投资被比喻为一场为了离婚而结婚的交易，因此投资者在进行海外投资时都会对投资后的便利退出提前搭建通道。对缺乏海外投资经验的境内企业来说，他们更多关注投资本身的成功与否，但对投资完成后如何在适当时候顺利退出未给予充分重视。设立离岸公司的另一个重要作用就是便于投资者后续的便利退出。如以境内企业作为直接投资主体，这意味着后续投资者转让境外目标公司的任何股份或通过其他方式退出均需经我国审批机关的审批或备案，而且还可能涉及目标公司所在国政府机关的审批。由于办理上述手续会耽搁大量的时间，而且还存在未能通过审批或备案的风险，这会使得投资者很难在最适合的时机快速退出，或者因审批或备案耗时较长而错过商机。但如投资者通过转让离岸公司股份这种间接的方式实现退出，则可以规避上述风

险。笔者将在下文中通过案例对该部分内容进行进一步的解析。

离岸公司设立法域比较

由于设立离岸公司的法域有很多，对离岸法域不太熟悉的投资者可能以为在任何一个离岸法域设立离岸公司都是一样的。虽然离岸法域都属于英式普通法系，但彼此之间还是存

在一定的区别，比如设立所需时限、设立与后续维护成本等，投资者海外投资的商业目的对离岸法域的选择也会产生影响。境外投资实务中，一般会选择在开曼、英属维尔京群岛或塞舌尔设立离岸公司，笔者下面就上述三个法域设立离岸公司的异同进行比较，以便境内企业在境外投资时能选择最适合的法域设立离岸公司：

离岸法域	开曼群岛 (CAYMAN ISLANDS)	英属维尔京群岛 (BVI)	塞舌尔 (SEYCHELLES)
基本资料			
政治与经济稳定性	好	好	好
是否属于普通法系	是	是	是
公司类别	豁免公司	商业公司	国际商业公司
是否征收离岸利得税	否	否	否
公司注册规定			
最少股东人数	一名	一名	一名
最少董事人数	一名	一名	一名
标准法定股本/股份	US\$50,000	50,000 股	US\$50,000
披露			
最终受益人资料是否供公众查阅	否	否	否
董事名册是否需要存档于公司注册处	需要	随意	不需要
股东名册是否需要存档于公司注册处	不需要	随意	不需要
年度规定			
是否需要呈递周年报表	需要	不需要	不需要
是否需要呈递经审计的账目	不需要	不需要	不需要
成立离岸公司所需时限(约工作日)与费用			
英文公司名称	10	5	3
中英文公司名称	20	5	3
设立费用	高	中	低

通过上表比较，三个法域设立离岸公司的共同点在于，政治与经济环境稳定，均属于英式普通法系，均不征收利得税，最少股东与董事均为一，最终受益人资料不供公众查阅，保密性强。主要区别在于，在设立时限上，开曼最长，BVI次之，塞舌尔最短；在设立费用方面，开曼最高，BVI居中，塞舌尔最低。但如拟以离岸公司作为NASDAQ上市主体，则建议在开曼设立，因为开曼公司法与美国法更相近，这对离岸公司上市更容易获得审批。

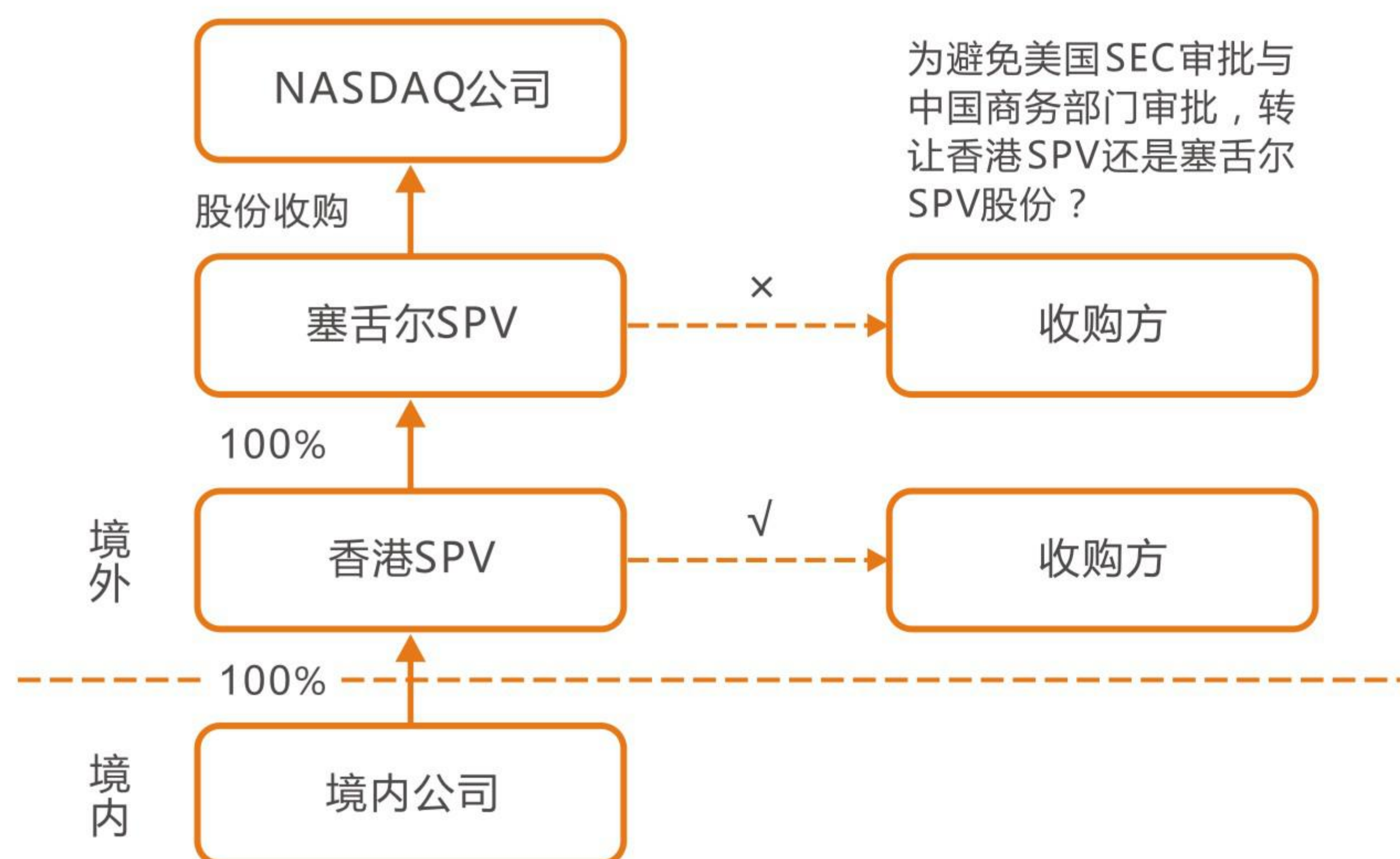
海外投资交易架构解密

除了搭建离岸公司外，交易架构设计还需要考虑投资项目的具体情况，比如交易方式是股份/股权还是资产收购，支付方式是现金还是股份，支付时限要求，我国与投资目标国法律法规与政府机关的审批要求，外汇管制与外汇政策变化等因素，特别是着重考虑投资者后续的退出方式与路径选择。下面笔者结合处理的两宗海外投资项目搭建的交易架构进行分享。

(一) 投资者的便利退出是交易架构设计的重中之重，以避免投资后在后续退出时存在法律障碍

一个海外投资项目的成功与否，除了投资时需把控好风险外，对后续退出方式和路径的选择至关重要，只有在最佳时机选择最好的方式顺利退出，才可能最大程度上保障投资收益，特别是当目标公司经营出现严重困难时，投资者能快速退出就显得尤

为重要。笔者曾协助某一重庆企业收购某美国纳斯达克上市公司的部分股份，目标公司的某一董事同意以个人身份为该重庆企业的投资提供担保，该董事同时也是目标公司的股东，持有目标公司超过17%股份。如该重庆公司投资后，目标公司经营出现严重困难，该重庆公司依约要求该董事承担担保责任，要求其购买其持有的目标公司全部股份时，根据美国证券法与美国证券交易所（下称SEC）的交易规则，如目标公司股东持有的股份超过19.99%时，则该收购需要经过SEC批准，而该董事现行持有的股份加上该重庆企业投资后持有的股份将超过19.99%，则意味着如后续该重庆企业要求该董事承担担保责任向其转让全部股份时，需经美国SEC批准。此外，如该重庆企业直接投资目标公司，当后续转让股份时，依法还需要获得我国商务部门的审批或备案。上述审批手续，使得该重庆企业要求该董事承担担保责任实现快速退出时存在很大风险。在此种情况下，我们就需要在设计交易架构时考虑，如何避免美国SEC和我国商务部门审批而带来的法律风险。上述情况下，可以通过设立离岸公司，要求该董事直接受让离岸公司的股份而实现退出。因此，在交易架构设计时，需要在离岸法域搭建两层或以上离岸公司以实现上述交易目的。具体交易架构如图三：



图三

避美国SEC的审批及中国商务部门的审批或备案手续，则可以通过转让香港SPV的股份的方式，间接实现转让其持有的NASDAQ上市公司的股份的目的，如只设立一层离岸公司，则无法实现上述交易目的。

因此，在境外投资交易中，我们需在充分理解境内企业商业目的的基础上，根据项目的具体情况，为其设计出符合中外两国法律法规的交易架构。最为重要的是，我们还需为境内企业后续的便利、快速退出设计路径，并对其中可能存在的法律风险提前采取防范措施，从而最大程度上保障境内投资者商业目的的实现和减少其中潜藏的法律风险。

（二）我国外汇管制和外汇政策变化是交易架构设计重点考量因素

海外投资交易中，境内企业采取何种交易模式将直接影响其商业目的的实现。虽然最近两年我国的外汇监

管已大为放松，但最近两年由于海外投资额巨增，国家的外汇监管政策很容易受市场交易情况的影响。因此，在为境内企业设计交易架构时，一定要了解清楚当时的外汇监管政策的实际执行情况，积极与当地的外汇管理部门进行沟通与咨询确认，以避免设计的交易构架与国家的外汇监管政策相驳，从而严重影响交易的顺利推进。比如在笔者协助某重庆民企投资某韩国KOSADQ上市公司项目中，该重庆民企原计划以可转债的方式进行投资，我国法律法规并未禁止我国企业以认购可转债的方式进行海外投资。考虑我国外汇监管政策对交易模式的实际执行的重要性，在协助该重庆民企搭建交易架构时，我们向外汇管理部门进行了咨询与确认，获知外汇管理部门对海外投资购汇额度收紧，外汇管理部门不批准以认购可转债的方式进行海外投资，从而使得该重庆民企不得不选择认购普通股的方式进行投资。由于认购可转债与普通

根据上图，该项目之所以需要设立两层离岸公司，是因为当后续该重庆企业拟向第三方转让其持有的NASDAQ上市公司的股份时，为了规

股两种方式存在较大区别，直接影响该重庆民企本次海外投资的商业目的。如采取认购可转债的交易模式，在约定期限届满后，认购方行权时可以要求目标公司还本付息，或有权要求将其持有的可转债转换为普通股。如果是认购普通股，则风险相对更大，这需取决于目标公司的后续营利状况与股价的波动情况，如目标公司股价上升，则认购方获利，但如果股价下降，则认购方将遭受损失。因此，境内企业交易方式的选择会直接影响其商业目的的实现与承受的风险大小，我国近两年虽然大大简化了海外投资的相关审批程序和下放了审批权限，但境内企业的海外投资仍然受到我国相关政策的较大影响，特别是

外汇管理部门外汇监管政策实际执行情况的影响。因此，为了避免我国法律特别是外汇监管政策实际执行情况对交易架构产生的影响，最好在确定交易架构和交易模式之前与相关审批机关、外汇管理部门进行沟通与咨询，从而防范上述相关风险。

海外投资与并购交易是一项极其复杂的工程，整个交易过程中将涉及诸多重大交易节点，而交易架构的搭建就是其中之一。在交易架构的设计过程中，只有充分考虑到可能影响交易架构设计的各个因素，及其可能给交易项目的顺利交割及境内企业海外投资商业目的的实现带来的相关风险，并提前防范上述风险而设计出符

合中外法律法规且具有商业可行性的交易架构，从而为境内企业最终商业目的的达成规划蓝图。由于很多境内企业特别是西南企业缺乏海外投资的相关经验，在其进行海外投资时，对交易架构的设计缺乏足够的重视，对海外投资过程中可能遭遇的相关风险准备不足，从而使得其海外投资商业目的的实现屡屡受挫，很多境内企业为此付出了沉重的代价。希望本文能为境内企业进行海外投资搭建交易架构时有所借鉴意义。



浅谈与公司赌的法律效力

——PE对赌协议第一案的再认识

◎ 文 / 周朝 / 四川办公室



周朝 | 合伙人

专业领域：房地产、知识产权、公司

与公司对赌无效,PE对赌协议第一案介绍（最高人民法院公报案例——(2012)民提字第11号民事判决书）

（一）基本案情

该案被称为PE对赌协议第一案，由于其为最高人民法院2014年第8期公报案例，对PE界及法院均有较大影响。2007年11月1日，苏州工业园区海富投资有限公司（下称海富公司）作为投资方与甘肃众星锌业有限公司（下称众星公司，后更名为甘肃世恒有色资源再利用有限公司，下称世恒公司）、香港迪亚有限公司（世恒公司当时唯一股东，下称迪亚公司）、迪亚公司的法定代表人陆波（同时也是世恒公司法定代表人），签订了《增资协议书》。各方同意海富公司以现金2000万元人民币对众星公司进行增资，占众星公司增资后注册资本的3.85%，迪亚公司占96.15%。该协议书对赌条款的主要内容为：众星公司2008年净利润不低于3000万元人民币，否则海富公司有权要求其予以补偿；如果众星公司未能补偿，海富公司有权要求迪亚公司履行补偿义务。补偿金额 = (1 - 2008年实际净利润/3000万元)

×本次投资金额。股权回购约定：如果至2010年10月20日，由于众星公司的原因造成无法完成上市，则海富公司有权在任一时刻要求迪亚公司回购届时海富公司持有之众星公司的全部股权。若自2008年1月1日起，众星公司的净资产年化收益率超过10%，则迪亚公司回购金额为海富公司所持众星公司股份对应的所有者权益账面价值；若自2008年1月1日起，众星公司的净资产年化收益率低于10%，则迪亚公司回购金额为（海富公司的原始投资金额 - 补偿金额）×（1+10%×投资天数/360）。因世恒公司2008年度实际净利润仅为26858.13元，未达到《增资协议书》约定的该年度承诺净利润额。2009年12月30日，海富公司诉至法院请求判令世恒公司、迪亚公司和陆波向其支付协议补偿款1998.2095万元。

（二）一审法院观点

一审兰州市中级人民法院将对赌条款的合法性列为审理的焦点问题之一，认为海富公司要求世恒公司补偿的约定，不符合《中外合资经营企业法》第八条关于企业净利润要根据合营各方注册资本的比例进行分配的规定，也与《公司章程》的有关条款不一致，同时损害公司利益及公司

债权人的利益，不符合《公司法》第二十条第1款的规定，该约定无效，故驳回海富公司的诉讼请求。

（三）二审法院观点

海富公司不服一审判决，向甘肃省高级人民法院提起上诉。二审法院认为：四方当事人就世恒公司2008年实际净利润完不成3000万元，海富公司有权要求世恒公司及迪亚公司以一定方式予以补偿的约定，违反了投资

领域风险共担的原则，使得海富公司作为投资者不论世恒公司经营业绩如何，均能取得约定收益而不承担任何风险。参照《最高人民法院〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉》第四条关于“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是名为联营，实为借贷，违反了有关金融法

规，应当确认合同无效”之规定，《增资协议书》该约定内容因违反《合同法》第五十二条之规定应认定无效。海富公司除已计入世恒公司注册资本的114.771万元外，其余1885.2283万元资金性质应属名为投资，实为借贷。虽然世恒公司与迪亚公司的补偿承诺亦归于无效，但海富公司基于对其承诺的合理依赖而缔约，故世恒公司、迪亚公司对无效的法律后果应负主要过错责任。根据《合同法》第五十八条之规定，世恒公司与迪亚公司应共同返还海富公司1885.2283万元及占用期间的利息，因海富公司对于无效的法律后果亦有一定过错，如按同期银行贷款利率支付利息不能体现其应承担的过错责任，故世恒公司与迪亚公司应按同期银行定期存款利率计付利息。二审改判世恒公司、迪亚公司共同返还海富公司1885.2283万元及利息。

（四）最高人民法院再审观点

世恒公司、迪亚公司不服，向最高人民法院申请再审。最高人民法院认为：（一）2009年12月，海富公司向一审法院提起诉讼时的诉讼请求是请求判令世恒公司、迪亚公司、陆波向其支付协议补偿款19982095元，没有请求返还投资款。因此二审判决判令世恒公司、迪亚公司共同返还投资款及利息超出了海富公司的诉讼请求，是错误的。（二）《增资协议书》中约定，如果世恒公司实际净利润低于3000万元，则海富公司有权从世恒公司处获得补偿，并约定了计算公式。这一约定使得海富公司的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了世恒公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益，一审法院、二审法院根据《公司法》第二十





条和《中外合资经营企业法》第八条的规定,认定《增资协议书》中的这部分条款无效是正确的。但是,在《增资协议书》中,迪亚公司对于海富公司的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益,不违反法律法规的禁止性规定,是当事人的真实意思表示,是有效的。迪亚公司对海富公司承诺了众星公司2008年的净利润目标并约定了补偿金额的计算方法。在众星公司2008年的利润未达到约定目标的情况下,迪亚公司应当依约应海富公司的请求对其进行补偿。迪亚公司对海富公司请求的补偿金额及计算方法没有提出异议,本院予以确认。再审判决迪亚公司向海富公司支付协议补偿款19982095元。

《最高人民法院公报》在本案审判摘要中指出:投资者与目标公司本身之间的补偿条款如果使投资者可以取得相对固定的收益,则该收益会脱离目标公司的经营业绩,直接或间接地损害公司利益和公司债权人利益,故应认定无效。但目标公司股东对投资者的补偿承诺不违反法律法规的禁止性规定,是有效的。

股权投资合同的效力分析

(一) 合同的有效条件

合同的有效条件也称生效要件,包括主体资格合法、意思表示真实、内容及形式合法。如《民法通则》第五十五条规定,民事法律行为应当具

备下列条件:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律或者社会公共利益。《合同法》第七条也规定,当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。《合同法》第三章对合同效力有具体规定。

(二) 基于合同自由、维护市场秩序稳定的考虑,对无效合同的认定法院应当持审慎态度

在司法实践中,法院对于意思表示真实、内容不违反法律禁止性规定的合同,在一般情况下,都会认定为合法有效,而不轻易认定为无效。

最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第五条要求正确适用强制性规定，稳妥认定民商事合同效力。具体该指导意见第十五条规定，正确理解、识别和适用《合同法》第五十二条第（五）项中的“违反法律、行政法规的强制性规定”，关系到民商事合同的效力维护以及市场交易的安全和稳定。人民法院应当注意根据《合同法解释（二）》第十四条之规定，注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。第十六条规定，人民法院应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格，而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为，而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。

（三）对于约定了股权比例没有办理股权转让变更的股权投资合同，法院一般也不应轻易认定为名股实债或者无效合同

1. 基于合同自由和意思自治原则，此类合同不会轻易被认定为名股



实债或者无效

对于股权投资合同，如果明确约定了投资方投资所取得的股权比例，由于种种原因没有办理股权转让的变更手续，法院一般也不会轻易认定为名股实债或者无效。因为合同已经约定了投资方投资所对应取得的股权比例，当事人意思表示真实，即使投资方没有参加目标公司的管理、没有派驻管理人员等，只要不存在其他违反法律、行政法规强制性规定的无效情

形，则此约定合法有效，不应当认定为名股实债或者无效合同。

2. 如果投资方仅提供资金，投资合同没有约定对应的股份，且通过回购条款保底收回投资，则可能被认定为借款合同

如投资协议没有约定对应股份，而是约定一定比例的项目权益，如果投资人选择退出，这种合同可能被认定为名为投资协议，实为一方当事人

提供资金并获取固定收益回报的借款合同，即属于企业间借款合同纠纷，可以按借贷关系处理。

3.在投资方提供资金、无相应股份、要求保底回购被认定为借款合同的情况下，借款是否有效也存在一定争议

(1)一种观点认为此情形无效之前司法实践认为企业之间的借款合同因违反了法律及司法解释的强制性规定而无效；同时，对于收取保底收益的投资回购行为，也有认为系违反《公司法》第二十条的规定而无效。这两种意见，在最高人民法院(2012)民提字第11号判决书均有体现。该案二审法院的观点包括参照《最高人民法院〈关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答〉》第四条第二项关于“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资，但不参加共同经营，也不承担联营的风险责任，不论盈亏均按期收回本息，或者按期收取固定利润的，是明为联营，实为借贷，违反了有关金融法规，应当确认合同无效”，确认此约定无

效。最高人民法院再审也认为：这一约定使得投资方的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离目标公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益，故该部分条款无效。

(2)笔者认为此情形一般应有效对于企业之间的借贷合同，之前法院一般认定为企业拆借因违反了法律及司法解释的强制性规定而无效，2015年9月1日生效的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(下称民间借贷规定)改变了原联营司法解释的精神。民间借贷规定第十一条明确：“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在《合同法》第五十二条、本规定第十四条规定情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”《合同法》第五十二条规定，有下列情形之一的，合同无效：(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；(二)恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；(三)以合法形式掩盖非法目

的；(四)损害社会公共利益；(五)违反法律、行政法规的强制性规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第十四条规定：“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”民间借贷规定第十四条规定，具有下列情形之一，人民法院应当认定民间借贷合同无效：(一)套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；(二)以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；(三)出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；(四)违背社会公序良俗的；(五)其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

与公司对赌的新认识

(一)《公司法》对股东与公司关系规定的分析

《公司法》第二十条规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务、严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

《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。

对于股份有限公司回购公司股份，《公司法》第一百四十二条规定，公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（一）减少公司注册资本；（二）与持有本公司股份的其他公司合并；（三）将股份奖励给本公司职工；（四）股东因对股东大会作出的公司合并、分立

决议持异议，要求公司收购其股份的。

目前的法律、法规并未对股东回购股权的条件进行相关规定，我们认为法无禁止即可行，根据合同自由原则，可由协议各方约定股东回购股权的条件等内容。一般来讲，只要股权回购条款是在双方自愿、真实，没有损害任何第三人利益，且没有违反效力强制性规定，该等条款就符合《合同法》所规定的有效要件，应该被认定为有效。

（二）司法实务中的新认识

对赌条款纠纷案件，属于新类型案件，司法审判实践中尚存在不同认识，在最高人民法院（2012）民提字第11号民事判决书之后，法院比较多

的认定与股东赌有效（如四川省成都市中级人民法院于2015年4月2日作出的（2014）成民初字第1624号判决书）外，现在越来越多的法院或者仲裁机构认为与公司赌也可以有效。如：

1. 中国国际经济贸易仲裁委员会在2014年作出的裁决（所谓“有效认定第一案”）

该案作出了比最高人民法院在海富投资案中的司法观点更进一步的裁决，认定投资人与目标公司、大股东之间的业绩补偿条款和股权回购条款合法有效，目标公司未完成承诺的业绩，目标公司、大股东应支付现金补偿，且大股东应回购股权。



2.最高人民法院2014年9月30日作出的(2014)民二终字第111号民事判决书

最高人民法院二审关于案涉《投资协议书》和《补充协议》中回购条款的法律效力问题,认为:首先,从诉争的两份协议书的内容看,立约各方为达到使宜都天峡公司增资、在中国境内资本市场公开发行股票并上市之目的,先签订了《投资协议书》,约定蓝泽桥、宜都天峡公司以资产及股权增资,九鼎投资中心则以资金注入方式对目标公司宜都天峡公司进行增资,协议包括业绩承诺与股权激励等条款内容;同日,为保证投资方基本投资利益的实现,各方当事人又签订了《补充协议》,主要包括在一定条件下被投资方股东回购股份的承诺等内容。案涉两份协议系典型的商事合同,《补充协议》系对《投资协议书》的补充约定,二者系同一天达成,共同完整地构成了各方当事人的意思表示。《补充协议》中有关两种情形下被投资方股东应当回购股份的承诺清晰而明确,是当事人在《投资协议书》外特别设立的保护投资人利益的条款,属于缔约过程中当事人对投资合作商业风险的安排。该条款与《投资协议书》中的相关股权激励条款相对应,系各方当事人的真实意思表示。其次,案涉协议关于在一定条件下被投资方股东回购股份的内容不违反国家法律、行政法规的禁止性规定,不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条所规定的有关合同无效的情形。诉争协议系各方当事人专为此交易自愿达成的一致约定,并非单方预先拟定或者反复使用,不属

于我国合同法所规定的格式合同或者格式条款,不存在显失公平的问题。蓝泽桥、湖北天峡公司提出回购股份的条款属于格式条款、有违公平原则的上诉理由缺乏事实与法律依据,不能成立。因此,原审判决认定案涉《补充协议》与《补充协议》,包括在一定条件下被投资方股东回购股份的承诺等内容合法有效正确,本院予以维持。

3.四川省遂宁市中级人民法院于2016年1月11日作出的(2015)遂中民初字第154号民事判决书

认为与公司对赌的常州久益投资中心与柏狮光电公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏所签订的《四川柏狮光电技术有限公司增资扩股协议》及《柏狮光电补充协议书》中关于回购的条款并支付利息的约定有效。理由主要为柏狮光电公司系五个自然人发起而成立的有限责任公司,常州久益投资中心、柏狮光电公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏均属于市场经济的平等主体。常州久益投资中心和柏狮光电公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏均熟悉各种投资领域的规则,能够完全精密计算利润和有效控制风险,对风险投资后果有相当的预见能力。常州久益投资中心作为投资者,只有确保风险得到有效控制才会将资金注入,而柏狮光电公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏作为融资方,只有提供或者接受这种激励与约束并存的交易框架才能融得资金,交易双方均有自主安排风险调控和经营激励的契约自由。常州久益投资中心与柏狮光电公司、叶建、陈野、吴涛祥、王鹏于

2011年8月4日所签订的《四川柏狮光电技术有限公司增资扩股协议》及《柏狮光电补充协议书》中,关于以上市为条件以及上市失败后的股权回购条款并支付股权回购款利息的约定,系双方当事人真实意思表示,属于意思自治的范畴。以上市为约定条件,可以满足投融资双方利益最大化的盈利目标,能否上市并非无法预见,支付回购款利息并无不公,且该约定也不具有《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效情形。

当然,比较遗憾的是仍然有个别法院判决与公司对赌无效,如福建省厦门市中级人民法院2015年11月6日作出的(2015)厦民初字第631号民事判决书。笔者认为此判决书的认识仍然停留在最高人民法院(2012)民提字第11号民事判决书,存在不足。实际上简单认定与公司的PE对赌协议脱离了目标公司的经营业绩、股东滥用股东权利、损害了目标公司及债权人的利益,违反《公司法》第二十条无效是不妥的。照此观点,公司与银行借款或者民间借贷合同均可能被认定为无效。因此,我们希望最高人民法院出台相关司法解释,以修正最高人民法院(2012)民提字第11号民事判决书可能存在的不足。

业务开拓与团队建设分享会

——实录“中豪律师一席谈”

2016年8月31日，中豪举办第四次“律师办案一席谈”讲座。本次讲座由合伙人宋涛担任主持人，合伙人张涌、涂小琴和陈晴围绕《律师的业务拓展与维护》这一主题，以访谈的模式，向同仁们分享了律师业务开拓与维护的方法，以及团队合作开拓的重要性，并给青年律师独立开拓案源提供了切实可行的建议。

◎ 文 / 宋涛 张涌 涂小琴 陈晴 / 重庆办公室





宋涛 | 合伙人
专业领域：房地产、劳动争议、公司

开场白

宋涛：在律师这个行业，一直以来，都是以成败论英雄。而成败里非常关键的一点就是律师的创收如何。不管是成为合伙人，还是在社会上交往，创收都是很重

要的一环。今天，我们把我们重庆办公室目前创收最好的三位同事请来为大家做一个分享。

第一幕

宋涛：张涌律师去年的业务创收达到了500多万，可否介绍一下有什么好的经验？

张涌：承蒙大家的邀请，我跟大家分享一下自己从事律师的一个经历。因为一个合伙人的创收，包括一个律师的创收，都是有一个逐步的过程，都是从没有案源，到有一点案源，到有一些案源，再到现在案源比较多一点的一个过程。而且这

个过程，随着你的年龄增加，它会自然地增长。案源的增加，第一是涉及到工作经验的积累，第二是律师执业技能的提升，第三是在这个过程中，接触的人、接触的客户的增长。随着这三个方面的增长，案源会逐步多起来。作为一个法律专业人员来说，一步一步去强化专业知识是基本功，然后在办案子的过程中，不断地让你周围的人，不管是你的朋友还是客户，都比较信任你。这是每个律师最基本的开拓的方向。



张涌 | 合伙人
专业领域：公司并购及破产、房地产



涂小琴 | 合伙人
专业领域：金融、投融资、房地产

宋涛：涂小琴律师去年的业务开拓也做得非常好，请你跟我们简要介绍一下，业务开拓是如何做到这么好的？

涂小琴：我不是法律专业出身，相当于半路出家。实际上，我有一个感受就是，很多客户的开拓都来源于你现有的客户。记得我刚开始当律师的时候，服务有三个顾问单位。基本上，我现在所有的客户单位都起源于这三个顾问单位。我可以讲讲其中一个顾问单位。有一次和其中一个顾问单位的老板去海南出差，当时同行的有另外两个单位的老板。实际上，我那次去并没有帮顾问单位解决什么问题。但是，在讨论的过程当中，可能会涉及到一

些法律问题、一些经营过程当中的一些问题。我作为随行的律师就做了相应的解答。回来之后，其中一个老板就在两三个月以内聘请了我做他们的法律顾问。另外一个老板在隔了五年之后，突然有一天给我打电话，说：“我现在的规模壮大了，我有能力来请中豪的律师了。”五年之后，我又成为了这位老板的法律顾问。所以，我想我的开拓基本上都来源于老客户。事实上，我觉得我所有的客户都来源于扎扎实实地服务现有客户。谢谢！

宋涛：陈晴律师今年上半年收到了200多万的律师费，为什么成绩做得这么好？有没有什么好的经验分享一下？

陈晴：其实我到事务所也很多年了，成为合伙人也有七年的时间了。我觉得业务的拓展和发展是一个逐步累积的过程。我性格比较外向，非常喜欢交朋友，而且我也比较喜欢和大家接触，无论是什么人，都喜欢跟他们一起聊聊天，因为我觉得不同的人都有一些可以交换的信息和价值。我的客户、我的开拓来源，其实大部分都是来自几个少数的客户。我近几年收入的不断增长，就是固定在几个朋友之

间。从一开始我给他们提供服务，逐步认识、熟悉，再到他们信任我，我觉得在这个过程中，双方建立起的信任感是长久合作的基础。

我在跟客户和朋友打交道的过程中，一开始也不会谈及业务上的合作和往来。在不断深入了解的过程当中，他会对你本人有了解。他会清楚你的为人，清楚你做事的风格。之后，就会逐步委以重任。我觉得这是一个不放弃、坚持和长期交往的过程，绝对不可能一蹴而就。所以我希望在座的很多的年轻律师也能够静下心来。



陈晴 | 合伙人
专业领域：金融、房地产

第二幕

宋涛：张涌律师在做律师之前，在公安、检察院、法院都工作过，请问张主任，原来的职业背景对于现在的律师工作有多大的帮助？

张涌：很多帮助是无形的。我确实公检法都经历过了。政法实习的时候，我当时在万县检察院实习。在检察院实习的半年，应该说对自己工作的严谨性是一个锻炼。我毕业后也有很多波折。最开始分在公安处，又调到法院，后来又调到司法局，安排到当时的法律顾问处。当时的法律顾问处是国办法律顾问处。法律顾问处又改成律师事务所，律师事务所又改制，改成合作律师事务所，所以后来自己辞职出来做律师事务所。一直到1997年，到重庆来做律师。1997年之前，我所接触的都是区县的、普通的民事案子。直到1997年以后到重庆来，开始接触房地产、金融、破产重组案件。应该说，人生的任何一个积

累，任何一个经历，对你的职业都会有影响，很多东西都需要自己前期的积累。

去年到现在，我主要也是服务了两个客户，港务集团和渝中国资。渝中国资是渝中区的国资公司，是整个渝中区的平台公司。当时，事务所在给渝中区政府做法律顾问。当时，给区政府做法律顾问是免费的。政府有什么法律问题，你就可以给他解答。有次，国资公司要买一栋楼，当时去看了解放西路的大厦，面积约一万平方米。我就告诉他们，收购房产需要到房产登记中心查产权权属、看有没有抵押，查询有没有工程图纸、设施设备的维修情况、产权情况等，包括车库中车位的租赁情况，说得比较详细，给对方印象比较深。过了两个月，就打电话来说，希望我们作他们的法律顾问，一直做到现在。很多时候，你可能自己不是特意地去开拓，但只要你做好每一件事情，你的客户是看在眼里的。另一个客户港务集团

也是一样，当时他们的法务部长跟我们互相交换过名片，他们觉得我在房地产领域有一些经验。他们当时的项目需要在三个月之内完成朝天门120多户租赁户的拆迁工作，希望我们去谈。这个法律服务投入了约12个人，历经两个多月，收回了60多万费用。之后和他们的关系一直维持到现在。去年，他们的新案子涉及到不良资产的管理，一个系列的13个案子也是我们做的，付了300多万律师费。由此可以看出，客户真正看重的是你的业务能力，让他认可你的业务能力，知道你能做些什么，这些就是开拓的根本。

宋涛：平时我们会接触到很多客户有法律服务的需求。张涌律师能够提供免费的法律服务。可以看出来，有时候“失”就是“得”，“得”就是“失”。刚才涂小琴说到半路出家，我想问一下，从事过商业对你做好律师有什么帮助？

涂小琴：我认为，之前从事的职业对你做好律师都会有些帮助。只要你认真去做，都会对你的职业产生很大的影响。我之前在百货公司做招商，主要负责招商引资及与客户谈判。我认为做律师最重要的就是要会谈判，要会抓住客户关键的点。对于客户想咨询的这个事情，他所想达到的目的，我会去分析怎么达到客户的一个平衡点。包括和客户的对方沟通，从我的角度上说，很多时候都是在建立客户的平衡点。一个案子通过诉讼方式也好，还是其他方式也罢，都是想要解决问题。官司能否打赢、

打到什么程度，并不是说一定要做到什么，关键是达到客户想要的一个结果。所以你就要去平衡客户的利益点。原来从事招商工作对我平衡各方的利益点有很大的帮助。我们团队的案子70%-80%都是和解的。和解能节约律师大量的时间，客户也会满意。年轻人去思考客户的问题时，除了法律专业上的问题，还要去平衡现实与法律之间的差距。不要让客户陷入到法律规定的圈子之中，还要根据现实与法律之间的差距，去降低客户的要求。

宋涛：陈晴律师，我们刚才都谈到了背景对做好律师工作的影响，请问你的留学经历对你做好律师工作有什么帮助？

我出国的时候是21岁，那时正是塑造自己人生观、价值观的时候。国内国外的差别还是很大，让自己反思到底需要什么样的生活。我觉得观念和意识是最重要的。留学经历对我的影响，就是让我会选择性地接触和交往朋友。选择朋友很重要，朋友也分亲疏远近，有的朋友是生活上的朋友，可以一起去看看电影之类的，但不能带来除此之外更多的工作机会。



针对不同的朋友，我在交往过程中也会去思量跟什么样的朋友要谈什么话题。从近几年来看，我的这种筛选标准对我来说是利大于弊的。当然在交朋友的过程中我也吃过亏，但总的来说，对我好的人以及愿意在工作上帮助我的人多过于伤害我的人。朋友之间很多时候也是一种交换，这当然不一定是物质的交换，更多的是思想的交换、观念的交换，这些对你自己的成长是很关键的。

第三幕

宋涛：张涌律师前年一个人骑车去了西藏，一个人骑着车走这么远，那一定有很深刻的感受，现在来跟大家分享一下吧。

张涌：很多东西需要不断地总结。确实在2012年以前，自己的工作状态有一些下滑。可能年龄也稍微大了一点，希望有的一件事情来刺激一下。想了一下，找了个稍微有一点挑战的事情。当时也得益于我们团队差不多有5个人，工作上能安排得比较好。我都是白天骑车，晚上看邮件、打电话进行沟通处理工作上的事情，所以还是要感谢团队的支持。通过这个经历，对我来说，现在遇到的任何困难，其实都不是困难。刚开始出发时，也没想到能骑完全程，当时就想实在不行包个车就回来了，但是最后自己还是坚持下来了。所以我在团队就是这样说：“遇到任何一个问题，只要想明白了，不外乎就是多花一点时间、多花一些精力、多找一些方法。只要有计划，任何一个目标都

可以达到。”

宋涛：记得有一次，我跟客户约好了下午六点在北碚一起吃饭。结果车突然打不燃。张涌律师当时是新买的宝马，立马就把钥匙给我，说：“你开我的车去吧。”我心里非常感动。我认为做律师实际上是做人，每一个人能成功，在偶然性当中也包含了必然性，就像张涌律师现在这么成功是有一定原因的。现在，我们想请问一下涂小琴律师，是怎么样把你的工作和生活协调好的？

涂小琴：其实还是分担的问题。我们在当律师的前几年，那时候非常辛苦，我基本上白天都在外面跑。当时有个工商银行的假按揭案子，我一个人在做，一共有120多户要办公证和解，要去找每一户签字。当时是夏天的七八月份，白天去找他们签字，同时还有很多其他诉讼案子，晚上回来写文书。实际上，我们做律师在刚开始时，因为工作经验不足，做事的效率会慢一点，确实要花一些时间，但是这些时间是为以后的发展积累。在积累一定工作经验以后，实际上就有团队进行分担了，在家庭和工作之间还是能很好地调配。

宋涛：陈晴律师之前开了个茶楼，现在开了个餐吧“隐空间”，想问下做这些事情对你做好律师有多大的帮助？

陈晴：我觉得还是跟自己性格有关。我不是那种闲得下来的性格。而且我确实是挺喜欢交朋友的，我这些场所也是为了大家有地方来坐坐聊聊天。我第一次开的会所叫摩特枫丹，是一幅名画的名字，然后每一个包间

也是一幅世界名画的名字，比较雅致。那是2006年在龙湖开的。通过那个平台，我认识了一些朋友，现在也有一些给我创造了业务上的机会。我对这方面确实比较感兴趣，这也是一个认识朋友、结交朋友的场所，经常可以一起坐坐聊聊天，时间久了就相互认识了熟悉了，慢慢就有工作上的业务和机会。

第四幕

宋涛：张涌律师，你现在业务量这么大，是怎么样把案子和团队管理好的？



张涌:对于团队来说,我不是管理,更多的是靠团队同事的敬业和努力。要说管理的话,实际上是按照事务所的制度在执行,更多的是团队每个人心态很好,大家愿意做事。安排事情的时候,从来没有任何一个人有任何一点推脱,只要安排事情,没有一个人说“我忙,这个事情不要安排我”。都是其他人看不下去了,说他实在事情太多了,这样安排可能不太合理。所以我非常感谢团队的同事。个人觉得,团队的管理都是依赖于事务所的制度进行,只是我们需要针对自己团队的情况,在此基础上对事务所管理制度进行执行。

宋涛:请问涂小琴律师,你们团队管理过程中,合伙人主要做什么?下面律师的工作,你是怎么安排的?你又是如何考核他们的工作?

涂小琴:事务所实行案件进展表之前,我们团队内部就已经开始实行,每个人做的案子体现在表里。我们每个月都会对每个人负责的案子以表格的形式进行汇总,相互交流。团队的律师确实比较辛苦,具体的事情都是他们在做,合伙人主要还是对案件总体情况的掌握以及一些关系的维护,比如客户关系、与法院的关系。

宋涛:在这里也要请问下陈晴律

师这个问题,你现在业务量这么高,你的团队是怎么进行管理的?

陈晴:我是粗放式的管理。以前是绝对的粗放式管理,现在我对团队承办的案件也会从头到尾进行整理。现在团队的伙伴都是新入职的伙伴,对于之前的案件不是那么熟悉,还处于一个过渡的阶段。

宋涛:团队管理的主要问题,就是分工协作。有的时候合伙人跟律师、助理之间的分配不科学,合伙人承担了主办律师的工作,导致合伙人没有精力去开拓案源,同时律师也没有成长空间。我认为,理想的状态应该是合伙人负责分工、监管案件,主办律师负责具体案件的办理,协办律师或者助理负责一些事务上的、程序上的工作。

第五幕

宋涛:今天的交流就到这里,感谢三位合伙人无私的分享,也谢谢大家的参与和支持!

张涌:谢谢大家!

涂小琴:谢谢大家!

陈晴:谢谢大家!



建设工程施工中的“黑白合同”的效力及结算问题

——以一个房地产领域施工合同纠纷案司法判例为出发视角

摘要：我国是房地产和建筑业大国，随着建筑业的蓬勃发展，建筑领域的相关法律问题也以井喷之势增长，其中，“黑白合同”是极为常见并且关乎当事方重大利益的疑难问题。学界和司法实践对现行法律法规和司法解释中有关“黑白合同”的规定一直存有争议，导致相似甚至相同的案件获得不同的判决。本文以房地产领域的施工合同纠纷案件为例，解析关于“黑白合同”的效力、结算依据的判断方式。

◎ 文 / 俞理伟 / 重庆办公室



俞理伟 | 合伙人
专业领域：建筑房地产法律服务

在开始探讨前，笔者先分享一个案例：山西A房地产公司开发了一个商品住宅项目，其与B建筑公司在2010年8月签订了一份施工合同（尚未取得施工许可证），约定其将项目整体承包给B公司施工，B公司在施工过程中承担阶段性的垫资。合同签订后，B公司在A公司要求下，于未取得施工许可证的情况下进场施工。2011年5月，应A公司要求，B公司配合A公司履行了招标手续，并以中标合同在建设主管部门办理了备案。因中标合同的合同单价远低于双方签订在先的施工合同，A公司与B公司在招标后专门签订了《补充协议》，约定中标合同不作为结算依据。工程建设完成后，双方因结算纠纷起诉至法院，并对合同效力各执一词。A公司认为签订在先的合同违反了《招标投标法》

关于必须招标项目的规定而无效，应以备案合同为依据进行结算；B公司认为双方有明确备案合同不做结算依据，并且双方从始至终都认可签订在先的施工合同，故应以真实履行的合同为准。

在这个案件中，不光涉及合同效力，还涉及结算标准。相关司法实践如何处理此类案件呢？

何为“黑白合同”

“黑白合同”又名“阴阳合同”，指在建设工程施工合同的签订过程中，针对同一建设工程项目，当事人签订了两个或两个以上的实质性内容相左的合同，其中把经过招标投标和备案的合同称为“白合同”（阳合同）；把另行签订并实际履行



的施工合同或补充协议称为“黑合同”（阴合同）。签订“黑白合同”的目的通常是交易双方基于某种利益考虑，通常是规避政府部门的某种监管或提早获得某种利益。

在房地产领域的“黑白合同”纠纷中，一种常见的形式是施工单位与建设单位先行签订施工合同并进场施工，随后在施工过程中再进行形式上的招标备案，以符合监管部门的要

求，并且双方还可能以承诺书、补充协议等方式明确“招标备案”的合同不作为双方结算依据。建筑工程属于投资金额大、周期长、技术复杂且风险较大的合同项目，在履行过程中较容易产生纠纷，而彼时合同的效力及结算标准往往成为当事双方争议的核心焦点。

“白合同”一定有效， “黑合同”一定无效吗

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《司法解释》）第二十一条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据”。在这一规定的

指导下，部分司法判决简单认定“白合同”有效，笔者认为是有问题的。

《司法解释》第二十一条规定的是出现“黑白合同”时工程结算适用依据的问题，其本身并未就合同效力作出规定，充其量是对合同效力的高低进行了某种规定。因此，以《司法解释》第二十一条为依据，直接认定“白合同”有效，或者“黑合同”无效，都是欠妥的。

笔者认为，合同有效与否取决于法律的规定。建筑工程施工合同属于《合同法》的一个分支，应受到《合同法》第五十二条关于合同效力条款的约束，该条款规定“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”因此，无论是“白合同”或“黑合同”，其有效与否主要取决于是否违反法律、行政法规效力性的强制性规定。

按照《招标投标法》第三条以及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条的规定，单项施工合同金额超过200万元的商品住宅属于依法应该招投标的项目，而《司法解释》第一条规定“建设工程应该招标而未招标或中标无效的”，应根据《合同法》第五十二条第（五）款认定为无效。故主流观点对于违反该规定应该招标而未招标就签订的“黑合同”认定为无效合同。

“白合同”由于是经过招标确定，并且经过了政府主管部门的备案，通常在处理纠纷过程中被认定为有效合同，事实上显然没这么简单。就备案行为而言，其本身只是行政主管部门出于对某一类合同进行监督管理而做出的行政要求，并不能对施工合同本身的效力产生影响，故判断“白合同”效力主要看其是否违反《招标投标法》的相关规定。我国《招标投标法》第四十三条规定，“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”；第五十三条规定，“投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效”；第五十五条规定，“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价

格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。前款所列行为影响中标结果的，中标无效”。因此，对于前文所描述的常见的“黑白合同”体现形式，在通过招标形式确定中标人并签订“白合同”之前，建设单位与施工单位早已签订了“黑合同”，并且该“黑合同”才是双方真正达成的合意，故“白合同”是建立在投标人与招标人就投标价格、方案等串谋且明确只用于合同备案即办理相关手续时使用，故应认定为中标无效，“白合同”无效。

由此可见，“黑合同”通常都会被认定为无效，而“白合同”是否有效主要取决于其是否有违反《招标投标法》法律法规强制性规定的情形。





工程结算依据是“白合同”还是“黑合同”

按照《司法解释》第二十一条的规定，“白合同”似乎应该是结算依据。笔者认为，这样的理解依然过于片面。以“白合同”作为当然结算依据的前提是该“白合同”合法有效，如果“白合同”本身就是无效的，就得根据具体情况来看。什么是具体情况呢？笔者查阅了近年来最高人民法院的类似判例，最高人民法院在河南三建建设集团有限公司与新乡学院建设工程施工合同纠纷申请再审案（2015民申字第636号）等系列案件中认为，开发商在工程招标前就与施工单位签订的施工合同因违反《招标投

标法》等法律法规关于必须招标工程的有关规定而无效。但由于开发商与建筑公司在招标前就签订了施工合同，明显属于在招标前对合同条件进行实质性磋商，明招暗定，违反了《招标投标法》第五十三、五十五条及《司法解释》的有关规定，故招投标备案合同亦属无效。在合同均认定无效的情况下，工程结算应遵循开发商与施工单位的真实意思表示，以实际履行的合同作为结算的参考。由此可见，所谓具体情况就是双方当事人之间的真实意思表示以及合同履行情况。

笔者认为，在“黑合同”及“白合同”均无效的情况下，以真实意思

表示及实际履行的合同作为结算依据，既符合《合同法》诚实信用的原则，也符合公平合理的原则。

综上所述，对“黑白合同”的效力以及结算依据进行判断时，不能简单依据《司法解释》第二十一条的规定，而应结合项目的性质、“黑合同”及“白合同”签订的过程、各方的真实意思、实际履行的细节等各方面来综合判断。当然，对于如何判断真实意思表示和实际履行，进而如何制定事前、事中及事后的风险防范措施——无论对建设单位还是施工单位——笔者非常乐意在今后继续探讨和分享。



曹梦雪 | 律师助理
专业领域：金融、公司

P2P (peer to peer lending) 网络贷款，即点对点贷款，中文一般翻译为“人人贷”。具体来说，网络贷款是指通过互联网金融信息平台，为资金的投资方（出借人）和资金的需求方（借款人）建立直接借贷关系的互联网金融创新模式。网络借贷服务平台作为中介机构，为借贷活动提供信息发布、风险评估、信用咨询、交易管理、客户服务，向借款人和出借人提供服务以获得服务费。相较于个人对企业（P2B: person to business）的一种贷款，规范的P2P更多的是个人对个人的一种贷款模式。同时与民间借贷或商业银行贷款等传统模式的重大不同是，P2P网络贷款是传统金融与互联网相融合的新型业态，其将金融业务结合互联网的“开放性、数字化、便利化”等特点，使得民间融资成本更低、渠道更广。2011年以来，P2P一度成为民间融资市场的宠儿。

P2P网络贷款法律风险及防范

◎ 文 / 曹梦雪 / 重庆办公室



从2006年中国第一家带有P2P贷款色彩的服务平台宜信公司宣告成立以来,短短15年时间,P2P网络贷款在我国的发展就经历了从萌芽期-膨胀期-整合期,到如今的泡沫低谷期。由于法律规范和行业监管的缺失,电影台词“让子弹多飞一会儿”亦成为许多业界大佬的自嘲,戏谑地反映出行业未来发展的不确定性,影射出该行业潜伏的法律风险。一个新兴行业的发展总是呈现反复性的,从来没有一蹴而就的成功,都是需要不断吸取经验和教训才能逐步走向成熟。因此,本文从行业实践中暴露出的具体问题出发,以P2P网络贷款的运营进程为轴线,讨论如何防范P2P网络贷款的法律风险是实属必要的。

P2P网络贷款在准入阶段的法律风险及防范

(一) P2P 平台的市场准入

1.P2P平台的合法性问题

某特定行业的市场准入,首先面临的第一个问题就是其合法性。由于P2P行业立法上的缺位,这一问题一度困扰着广大行业参与者,我们也只能从现有的法律体系中寻找对P2P合法性的支撑。

在法律层面上,由于P2P网络平台是提供资金供需信息的第三方平台,提供的是居间服务,因此其符合《合同法》第424条和第426条之规定,即居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。居间人促成合同成立的,委托人

应当按照约定支付报酬。

在行政法规的层面上,《国务院关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》第18条中规定,鼓励民间资本发起设立金融中介服务机构。同时《国务院关于促进信息消费扩大内需的若干意见》第16条亦规定,推动互联网金融创新,规范互联网金融服务。

在地方性规范的层面上,全国多地利用“管理条例”“实施细则”等形式对民间借贷中介服务进行了规范,例如《鄂尔多斯市规范民间借贷暂行办法》《温州市民间融资管理条例》等等。

在行业自律层面上,2013年12月18日,上海市网络信贷服务业企业联盟发布全国首个《网贷借贷行业准入标准》,规范网络借贷行业,明确作为中介机构的本质属性和各类业务的规范边界范围,并积极筹备并参与建立网络借贷服务机构破产隔离机制。

综上所述,在我国现有法律体系中虽然并未直接对P2P行业进行规定,但从法律到行业自律的各个层面都对该行业进行了间接的调整。

2.P2P平台市场准入条件

不论是2015年7月18日由人民银行、工信部等多家单位联合出台的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》,还是前文提到的《网贷借贷行业准入标准》,都只是对P2P平台市场准入条件进行了粗线条的规

定。至今,P2P平台只需根据《公司登记管理条例》在工商管理部门进行注册,根据《互联网信息服务管理办法》及《互联网站管理工作细则》的规定在通信管理部门进行备案,所以其设立条件与其他有限责任公司并无不同,市场准入标准并没有因其“民间借贷中介”的定性而有特殊要求。

(二) 出借人和借款人的账号注册和身份认证

在实践中,出借人和借款人在正式进入P2P平台之前必须在网站上以点击同意《注册服务协议》的形式注册一个账号。因此首先需要考量的是《注册服务协议》效力问题。《注册服务协议》通常是平台提前拟订并放置在平台的注册页面,出借人和借款人只需要点击协议下方的“我同意”即可以完成注册。账号申请人也只有点击“我同意”即表示确认服务条款的内容后,方可能最终完成会员的注册登记。该服务协议是电子合同,同时还是典型的格式合同。因此为了减少平台与申请人就该协议产生纠纷,减少法律风险,平台应该严格按照《合同法》第39条、40条之规定,遵循平等原则,采取合理的方式提请申请人注意免除或者限制其责任的条款,按照申请人的要求,对格式条款予以说明。同时,应尽量避免出现免除平台责任、加重申请人责任、排除申请人主要权利的条款,以上条款都将会被认定为无效。

其次,除了同意《注册服务协议》外,出借人和借款人还需要进行一个身份认证。平台通常采用手机或

邮箱认证、上传身份照片、通过绑定银行卡、通过征信机构认证、利用第三方支付机构认证等多种认证方式综合认证，以保证出借人、借款人信息的真实性，为P2P后续交易提供参考信息，提高交易的安全性和效率。平台应该注意对申请人提供的信息予以妥善保管，以免因为这些信息的泄露而出现纠纷。

P2P 网络贷款在持续经营阶段的法律风险及防范

（一）电子合同效力

P2P网络借贷关系的成立需要具备两个条件：一是形成借款合同；二是需要交付借款。行文至此，我们对电子合同效力问题首先进行说明，而交付借款的问题将在下文的资金流转部分重点作出说明。

P2P交易模式下会产生大量的合同，其主要分为借款合同、担保关系合同、委托关系合同等三类。由于P2P交易模式本身的特殊性，绝大多数合同都属于电子合同。同时根据《合同法》第11条之规定，书面形式包括数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式，因此P2P产生的合同通常也被认可为书面合同。实践中，P2P平台上各方签署的电子合同只是普通的数据电文，不具备法律效力。那么如何才能保证平台上签署的电子合同具有法律效力呢？

2015年4月24日，由全国人大常委会颁布的《电子签名法》对电子合同的合法效力的确认起到两个重要作用。该法律一方面规定了只要满足一定条件的数据电文即具有和纸质文件同等的法律效力，不得因数据电文形式而否认其证据效力；另一方面解决了可靠的电子签名与手写签名或盖章具有同等的法律效力，规定了可靠电子签名的条件。根据《电子签名法》，简单来说，电子合同生效必须

具备三个条件：第一，能够确定签约主体；第二，电子合同的内容不可被更改；第三，确定电子合同的签约时间。

由联合信任时间戳服务中心（TSA）与国内多家具有资质的数字证书认证服务机构（CA）共同推出的企业合同/单证一体化解决方案，可以有效解决电子文件的法律效力问题。具体来说就是，需要出具电子文件的主体，通过对电子合同进行数字签名



并加盖可信时间戳，保障双方签署的电子合同具有法律效力，任何一方无法伪造篡改数据。而且，数字证书和可信时间戳单笔使用的费用较低，P2P平台完全可以利用第三方认证机构有效保护平台参与各方的利益，保证电子交易文本的法律效力，大量减少无效法律合同的出现。

（二）资金的流转

前文已经提到P2P网络借贷关系的成立需要具备的第二个条件是需要交付借款。那么在P2P交易模式下，资金是如何从出借人处流转到借款人的手里，同时该笔借款又是如何归还的呢？这就涉及到P2P交易的核心问题——资金的流转问题。按照实践的具体情况，P2P的资金流转一般分为三种模式：原始模式、通道模式、托管模式。

原始模式，是指所有的投资人都将资金统一充值到平台公司开设的中间账户。再由中间账户直接流转到借款人的账户，不存在第三方交易平台。

通道模式，是指平台公司一方在第三方支付开设账户，投资人资金充值到平台开设的该账户中，投资人、借款人、平台之间的资金划转均在同一个账户体系内流动。但是由于该账户归平台公司所有，支付机构只承担通道作用，不对该账户的资金用途做出限制，平台对账户资金拥有事实上的支配权。

托管模式，是指第三方支付机构对平台自有资金和用户资金进行了隔



离，为所有用户开设二级账户。出借人的资金直接存储于自己的二级账户中，支付机构直接将资金转移至借款人在支付机构开设的二级账户当中。

原始模式和通道模式都难以避免“资金池”的出现。资金池并无准确的概念。其一方面可以通过混同不同阶段的短期理财需求与各种长短期项目融资需求，通过资金的集约化管理有利于提高资金收益，有利于化解单个项目的风险、有利于解决长期项目融资难的问题。另一方面，资金池也导致流动性风险的增加，项目风控能力不能够及时体现出来而造成更大的系统风险，以及资金收益无法一一对应单个项目等风险。值得注意的是，资金池最大的法律风险在于由于其归集资金的特点，意味着只能由具有金融牌照的银行等金融机构来开展。否则由于P2P资金池的形成一般都是各平台借用合法经营的形式，通过公开

宣传向社会不特定对象吸收资金并承诺一定期限内还本付息，完全符合非法集资的法律特征，直接触犯《刑法》，法律后果十分严重，甚至直接威胁到平台的创立者。

与前两种模式不同，托管模式具有如下优势：1.从交易基础的角度来看，资金托管有利于出借人与借款人之间建立一一对应的关系，借款人的项目成为出借人投资的重要考量对象，而出借人的投资行为将不仅仅是依靠对平台的信任；2.从还款和利息的来源角度来看，也是直接从借款人的账户处获得；3.从资金安全的角度来看，所有的资金流转都必须经过出借人或借款人的二次确认和授权，因此平台不在任何时候拥有任何理由接触到客户的资金；4.从法律风险的角度来看，由于平台只负责供需双方交易信息的匹配，不再负责资金的结算，难以形成资金池，也有利于体现

交易平台的合规性。

综上所述，为了尽量减少触碰“非法集资”的红线，减少法律风险，各平台都应尽量采取第三种资金流转模式。

（三）担保关系问题

1. 出借人的担保法律风险

对于出借人来说，担保关系的真实有效是关系到债权最终得以实现的重要保障措施。但是在P2P模式中，出借人的担保权利往往难以实现。一方面，一些平台的担保公司与平台就是同一法人，这样的担保能力过于弱小。另一方面，有些平台与担保公司的协议并不公开或者担保公司不公开担保余额，这些都将导致出借人难以判断相关主体的担保能力。

因此，相关担保信息的及时、完整的公开有利于吸引出借人的投资倾向，有利于投资人担保权利的实现，减小投资风险。

2. P2P平台的担保法律风险

实践中，P2P平台为了减少借款人的后顾之忧，提高平台的交易量，往往会采用引入担保公司担保、小贷公司担保或自己提供担保。

（1）担保公司提供担保

一般的做法是，首先与平台签订一份框架性合作协议，约定担保公司为平台发布的借款人的借款项目提供担保。同时针对平台出具的具体项目，再针对某个出借人出具具体的担保函。

（2）小贷公司提供担保

该方式存在法律风险，因为小贷公司往往不具备担保资质，其做出的担保行为将会被认定为无效。其原因主要为以下三点：

第一，根据《融资性担保公司管理暂行办法》第8条之规定，任何单位和个人未经监管部门批准不得经营融资性担保业务。

第二，根据该暂行办法第2条之规定，融资性担保是指担保人与银行业金融机构等债权人约定，当被担保人不履行对债权人负有的融资性债务时，由担保人依法承担合同约定的担保责任。因此，小贷公司为平台出借人提供的担保，符合融资性担保的法律特征。

第三，根据《合同法解释一》第10条之规定，当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

综上所述，若小贷公司未取得从事融资性担保业务的资质，其签订的担保合同很可能会被判定为无效。

（3）平台提供担保

央行负责人在银监会牵头的九部委处置非法集资部际联席会上，明确提出平台本身不得提供担保。



P2P 网络贷款在退出阶段的法律风险及防范

说到P2P网络贷款平台的退出问题不得不提到曾经在业界具有一定知名度的“哈哈贷”。其宣称被迫关闭网站的第二天，对通告进行了更新，“关于正在交易用户的资金问题，我们已经在通告发布之前妥善解决。截至2011年8月20日，借出者如依然有未收回的款项，哈哈贷将提前垫付，支付到借出者账户。”“哈哈贷”选择提前垫付退出的方式，不免让人唏嘘。

网络借贷平台以何种方式退出市场关系到借贷双方的合法权益。而且由于网络借贷平台面对社会公众，往往牵涉大量的出借人和借款人，一旦平台退出方式选择不恰当，甚至会出现社会稳定问题。

在我国现有的法律体系中，虽然《网络借贷行业准入标准》中提到了积极筹备并参与建立网络借贷服务机构破产隔离机制，但是迄今为止，还没有具体的实施细则。所以P2P平台的退出仍然适用一般企业的市场退出机制，并无特殊性。但是平台本身的特殊性又急需针对性的制度来监管和防范。

重庆的 P2P 网络借贷

（一）全国 P2P 行业的现状

2016年10月8日，网贷之家、盈灿咨询发布《P2P网贷行业2016年9月月报》：9月底，全国正常运营的平



台数量为2202家，相比8月减少了33家，环比下降幅度为1.48%，比去年同期减少了215家；在正常运营的平台中，新上线平台数为43家；停业及问题平台共计98家，其中问题平台40家（包括跑路32家、提现困难8家）、停业58家。出乎意料的是，网贷成交量和贷款余额却在稳步增长：9月P2P网贷行业单月实现了1947.17亿元整体成交量，即将突破2000亿大关，环比8月增长了1.93%，同比增长了69%。还值得注意的是，9月网贷行业综合收益率首次跌破10%，成为现在的9.83%。

随着四部委《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》的推出，国家对P2P行业的监管逐步完善且整体趋严。与以往同期相比，停业平台的数量明显多于问题平台数量，这说明越来越多的平台选择良性清盘，P2P行业的发展日趋规范和完善。

（二）重庆 P2P 市场的特点

2016年1月，曾经是重庆本土最大的民营P2P网络借贷平台——易九金融的债务违约情况浮出水面，涉及河北融投的产品出现全面违约，系统性风险爆发。具有代表性意义的平台一旦出现问题，自然会引起重庆P2P市场的参与者们人人自危。

相比全国其他大型、特大型城市，重庆的P2P市场有自己的一些特点：

1.数量少。截至2016年8月，重庆市P2P网贷平台仅有85家，只占全国总数的2.05%。作为连续两年GDP全国增速第一的城市来说，这个数量确实不

太匹配。

2.问题平台率较高，问题平台占比一度高达37%。出现的主要原因除了常规的跑路、提现困难、终止运营等原因外，这么高的问题平台率与重庆本身P2P网络借贷平台数量较少亦有一定联系。

3.年平均收益率略高于全国平均水平。

此外，根据网络对重庆P2P市场的人气投票，排名前十的网贷平台分别为金宝保、金粮宝、1119贷、文创汇、中恒宝、贷贷兴隆、爱达财富、乐乐贷、立马贷、财富加油站。

（三）重庆 P2P 市场的宝贵经验

笔者在前文中，以P2P网络借贷的运营进程为轴线，提示了P2P行业在具体实践中可能存在的风险，并尽可能提出防范措施。在对重庆P2P市场进行分析后，有一些隐形的经验亦可供其他平台借鉴，促进P2P行业在重庆的发展：

1.充足的平台用户数量，能保证平台足够的活跃度，提高交易量。

2.丰富的金融管理经验和金融资源，为平台提供更为强大的后盾和技术支持，必要时可以引进具有国资或金融背景的大公司投资入股。

3.加强规则意识。平台应该在显著位置，将业务介绍、规则介绍、安全保障等方面进行详尽的描述。只有公开透明，才能提高平台的规范程

度，降低平台自身的风险。

4.适宜的年收益率。这一点说起来简单，其实也最考验平台运营者的智慧。过高的年收益率会加重平台及借款人的经营负担，容易出现不良贷款；过低的年收益率又往往吸引不了出借人，如果用户越来越少，久而久之平台也难以维系。

结语

随着民间金融自身的不断规范和发展，P2P行业必然面临新的风险和挑 战：债权转让问题，出借人委托平台理财，平台参与小贷公司资产证券化项目等许多新的领域都需要行业足够的智慧来加强风险的防范，提高交易的安全性。虽然现在P2P网络贷款行业正处于行业调整期，但是其本身“草根金融”的优势必然为我国营造良好的民间融资环境添砖加瓦。P2P冬天的来临，是否意味着春天就在不远处呢？

中豪与美国东南部最大律所 Nexsen Pruet 签署《战略合作协议》

基于共同为中美企业相互投资、经贸合作及国际争议解决提供互动及一体化法律服务的新平台，2016年10月13日，中豪与美国东南部最大律所Nexsen Pruet, LLC强强联盟，董事局副主席郑毅与董事 Peter A. Santos代表双方正式签署了《战略合作协议》。此次联盟，将为两国企业开启跨国法律服务新局面。华龙网、大渝网等主流媒体进行全程跟踪与报道。合伙人郑毅、杨青及纽约办公室律师吕睿鑫出席会议并进行座谈交流。



章朝晖律师应邀出席中国律师服务“一带一路”战略建设项目启动会



2016年9月18日，中华全国律师协会主办的中国律师服务“一带一路”战略建设项目启动暨“一带一路”建设律师作用研讨会在北京隆重举行。司法部、外交部、商务部、发改委等相关部门领导出席会议，全国律协国际业务专业委员会委员、涉外律师领军人才、部分优秀社会律师共计100余人参加了会议。新华网、法制网、凤凰网等主流媒体全程跟踪报道。章朝晖律师作为国家“一带一路”人才库律师、涉外律师领军人才，应邀出席本次会议，并被指定为巴基斯坦协调人。



重慶

重慶市渝中區鄒容路68號大都會廣場22層 郵編：400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808 Email: cq@zhhlaw.com

香港

香港中環花園道3號花旗銀行廣場ICBC大廈11層
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 Email: HK@zhhlaw.com

貴陽

貴陽市南明區新華路126號富中國際廣場10層 郵編：550002
10/F, Fuzhong International Plaza, 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 Email: gy@zhhlaw.com

紐約

紐約曼哈頓麥迪遜大道590號IBM大廈21層 郵編：10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: NYC@zhhlaw.com

上海

上海市浦東新區浦東南路256號華夏銀行大廈13層 郵編：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 Email: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝陽區光華路1號北京嘉里中心南樓14層 郵編：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 Email: bj@zhhlaw.com

成都

成都市錦江區紅星路3段1號國金中心1號樓22層 郵編：610021
22F, 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 Email: cd@zhhlaw.com