

NEWSLETTER

中 伦 律 师 事 务 所
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

新基建专题之 001 /
IDC行业有关运营和架构的法律考量

区块链组织形式畅想 011 /

五月一日, 正式施行: 033 /
也谈《保障农民工工资支付条例》对施工单位的影响

财务困境企业的司法拯救路径 044 /

上市公司股票名称侵权的法律规制 053 /
——中设集团vs中设设计集团案例评析



新基建专题之 IDC行业有关运营和架构的 法律考量

作者：乔资营、魏轶东、石皓、梁奉壮、王冉



IDC (Internet Data Center) 即互联网数据中心, 通常是指一种拥有完善的设备(包括高速互联网接入带宽、高性能局域网络、安全可靠的服务器、存储设施和机房环境等)、专业化的管理、完善的应用服务平台。随着移动流量使用的持续增加、5G建设、物联网、AI及创新终端上云等IT创新景气度不断增高, 各大互联网公司、云计算公司对数据存储的需求也持续增多, 进一步拉动了国内IDC产业快速发展。未来IDC产业有望成为投资新蓝海。

数据中心作为新型基础设施建设(“新基建”)的重要组成部分, 已上升到中央谋篇布局的层面。5G网络、数据中心、人工智能、工业互联网和物联网等均是中央明确提到的新基建内容。中央和各地方在防控新冠疫情的同时, 也在因地制宜制定新基建的相应利好政策, 为数据中心产业的发展增加动力。

第一部分\ 产业概述

IDC产业链上游主要包括土地厂房业主、硬件设备生产或销售商(电源、空调、安全监控设备等)、软件服务商及电信运营商等, 中游为IDC运营商, 下游主要包括云服务商和各行业最终用户。目前, 行业内的上下游整合也不鲜见, 例如, 电信运营商在提供带宽资源的同时也自营IDC数据中心、部分IDC运营商也同时运营云服务等。

一般来说, 处于中游的IDC运营商在整个IDC建设和运营过程中发挥主导作用。IDC服务企业可分为批发型和零售型: (1) 批发型数据中心大客户收入占比高, 主要面向云计算互联网

客户(万国数据截至2018年12月31日云计算客户占比71.3%¹), 上架率较高, 但是单机柜租金收入较低, 导致毛利率整体较低; (2) 零售型数据中心主要面向中小客户群, 因上架节奏的不同导致上架率较低, 单机柜租金收入高于批发型, 整体毛利率较高。批发型数据中心收入主要来源于云计算厂商, 这符合产业发展大趋势, 增长前景广阔, 如万国数据和数据港作为批发型IDC企业, 主要绑定BAT等核心互联网企业; 零售型客户结构较为平衡, 虽然云企业占比小但金融行业、政企和制造业企业的上云趋势明显, 在稳定客流、提升客户黏性和减少流失率方面具备竞争优势的IDC企业将迎来产业机遇。

1. 参见https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1526125/000110465919014580/a19-2732_120f.htm

产业布局方面,全国28个省、自治区、直辖市均建有大型或超大型数据中心。目前国内的IDC市场存在着区域性供需不平衡,经济发达地区IDC供不应求,其他地区则供大于求。不过,从工业和信息化部通信发展司最近一期的《全国数据中心应用发展指引(2018)》来看,北京、上海、广州、深圳等一线城市数据中心规模增速放缓,其周边地区数据中心规模快速增长,逐步承接一线城市应用需求。这也是各地在中央统一部署下落实产业规划的结果。比如,北京市人民政府2016年印发了《北京市“十三五”时期信息化发展规划》及《北京市“十三五”时期信息化发展规划》,提出“推进京津冀云计算数据中心统筹规划布局和共建共享”。又如,《上海市推进新一代信息基础设施建设助力提升城市能级和核心竞争力三年行动计划(2018-2020年)》(“《上海三年计划》”)及上海市人民政府今年初出台的《关于进一步加快智慧城市建设的若干意见》与《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》相呼应,都强调加强长三角区域协同,建立基于直连的毗邻区数据中心新模式。但值得注意的是,上述政策导致一线城市新建IDC项目的难度大幅增加(《上海三年计划》将新建机架控制在6万个,总规模控制在16万个),进一步导致一线城市IDC市场紧缺的新增供给。在旺盛的需求的配合下,一线城市的机房资源变得稀缺,升值潜力

也加强了。此外,随着5G正式商用后,边缘计算作用大大增加,未来小规模但离用户更近的边缘数据中心的需求会不断增加,与大型和超大型数据中心相呼应共同组成数据中心版图。

第二部分\ 行业准入牌照和许可

IDC产业是新一代的基础设施,具有传统基础设施与数据产业的特点。从其基础设施属性而言,IDC的建设包括取得相关土地使用权利、建设厂房以及购置机柜、空调、电源等基础设备。从数据产业而言,IDC的运营包括利用电信资源和相关设备的提供和服务等。根据我们的经验,IDC项目通常涉及的基础设施建设许可、行业准入牌照和许可如下:

1. 基础设施建设相关许可

IDC项目的基础设施包括土地、房屋、消防系统、空调系统、电力系统、湿度管理系统等,可以概括为“地、房、电、水、风、火、网”²七大方面。按照IDC运营商自建基础设施的全链条模式,IDC有关基础设施开工建设前应取得项目土地使用权、企业投资项目备案(立项)及节能审查、规划、建设等单项审批,建设工程竣工后应完成

2.“地”指“场地”、“电”指“电能供应包括备用供电系统”、“水”指“冷却系统及防洪、防水”、“风”指“制冷空调”、“火”指“消防”、“房”指“机房”、“网”指“网络资源”。

规划、竣工、环评、消防及其他单项验收(例如质检、防洪、防震、防雷等)。

土地方面,部分一线城市对IDC用地的区位做出明确要求。根据《北京市新增产业的禁止和限制目录》(2018年版),北京市中心城区和城市副中心禁止新建和扩建互联网数据服务中的数据中心以及信息处理和存储服务中的数据中心。上海市经济信息化委、市发展改革委2019年出台的《关于加强本市互联网数据中心统筹建设的指导意见》指出,IDC项目建设宜在外环以外区域,既有工业区优先,严格禁止在中环以内区域新建;确需在中外环之间新建的,遵循一事一议从严要求。

值得注意的是,IDC项目所用土地通常为工业用地,除通常会有一些如投资强度、税收指标等产业用地惯常的使用条件,而且还可能有对土地转让、出租的限制。例如,利用北京经济技术开发区(亦庄)土地建设IDC项目便需要根据《北京市人民政府关于加快科技创新构建高精尖经济结构用地政策的意见(试行)》,遵守投资强度、产出效率(含地均产出)、节能环保等约定;若IDC投资者申请以出让方式取得园区产业用地,实行弹性年期出让,出让年限最长为20年,期间土地不得擅自转让或出租。该种对IDC用地的限制可能会对IDC项目的流动性造成一定影响,甚至还可能影响到IDC项目的法律架构。

就IDC项目而言,特别重要的两个政府文件是企业投资项目备案(立项)和节能审查意见,可以说,它们既涉及IDC项目的基础设施建设,又是进入IDC业务领域的必备环节。

2. 企业投资项目备案

根据《企业投资项目核准和备案管理条例》、《企业投资项目核准和备案管理办法》的相关规定,对关系国家安全、涉及全国重大生产力布局、战略性资源开发和重大公共利益等项目,实行核准管理,除此之外的项目适用备案管理。IDC基础设施建设项目不在国务院颁发的《政府核准的投资项目目录(2016年本)》所列项目之内,且不属于关系国家安全、涉及全国重大生产力布局、战略性资源开发和重大公共利益等项目,因此适用备案管理。

通常情况下,IDC项目备案机关是当地发展和改革委员会或者经济和信息化主管部门。IDC项目备案为告知性备案,项目备案机关收到规定的全部信息即为备案,不过有事中和事后监管,且不排除事后撤销备案的可能性。

3. 节能审查意见

根据《固定资产投资项目节能审查办法》的规定,除符合该办法规定的能源消费量较低的项目外,企业投资项目的建设单位需在开工建

设前取得节能审查机关出具的节能审查意见。IDC基础设施建设项目由于具有能耗大的特点,一般需取得有关发展和改革主管部门的节能审查意见。此外,对于企业投资的IDC项目,在项目投入生产、使用前,应对其节能审查意见落实情况进行验收。以北京市、上海市、广东省的节能审查验收为例,一般由发展和改革主管部门自行组织验收、委托评审机构验收或者项目建设单位自行验收。

IDC项目节能审查的重要指标是PUE值,即数据中心消耗的所有能源与IT负载消耗的能源之比。PUE值越接近于1,表示一个数据中心的绿色化程度越高。工业和信息化部、国家机关事务管理局、国家能源局在2019年发布《关于加强绿色数据中心建设的指导意见》,明确提出2022年数据中心平均能耗基本达到国际先进水平,新建大型、超大型数据中心的电能使用效率值达到1.4以下,力争通过改造使既有大型、超大型数据中心电能使用效率值不高于1.8。一线城市则对PUE值管控提出了更为严格的标准:《上海三年计划》明确要求存量改造数据中心PUE不高于1.4,新建数据中心PUE限制在1.3以下;《北京市新增产业的禁止和限制目录(2018年版)》则规定,全市范围内,除PUE值在1.4以下的云计算数据中心之外,禁止新建和扩建互联网数据服务、信息处理和存储支持服务中的数据中心。



严格的节能要求相伴的是更严格的审批后检查工作。2020年1月17日,工信部发布《2020年工业节能监察重点工作计划》,围绕重点工作,深入开展专项节能监察。就数据中心能效专项监察而言,依据《工业和信息化部国家机关事务管理局国家能源局关于加强绿色数据中心建设的指导意见》,继续对纳入重点用能单位管理的数据中心进行专项监察。同时,各地市层面上(尤其是一线城市),根据往年的经验,也会对固定资产投资项目节能审查意见落实情况进行专项监察或抽查。

4. 增值电信业务经营许可证

从事电信业务的，需要取得《增值电信业务经营许可证》。具体而言，一个企业所从事的业务是否属于电信业务，要看其从事的业务内容是否落入《电信业务分类目录（2015年版）》（2019年修订）（“《分类目录》”）中任一业务范围内。在《分类目录》中，互联网数据中心业务属于第一类增值电信业务中的B11类，被定义为“利用相应的机房设施，以外包出租的方式为用户的服务器等互联网或其他网络相关设备提供放置、代理维护、系统配置及管理服务，以及提供数据库系统或服务器等设备的出租及其存储空间的出租、通信线路和出口带宽的代理租用和其他应用服务”，同时还包括互联网资源协作业务。根据中国通信咨询网发布的《IDC/ISP业务申请常见问题解答》³，出租土建、供电、消防、监控、制冷、安全防范等属于房地产出租范畴；若涉及出租IT设施（数据库系统、机架、服务器、存储等）或通信线路和出口带宽的代理出租，属于电信业务（互联网数据中心业务）的范畴，需要取得《增值电信业务经营许可证》（以下对于需要取得《增值电信业务经营许可证》的互联网数据中心业务简称为“**B11类业务**”）。

B11类业务核心是管理基于“利用相应机房设施”的应用，包括电信资源本身（例如带宽、通信线路的代理租用）以及与电信资源相关的设

备和服务（例如网络相关设备的放置和管理服务、服务器及其空间的租用）。再结合IDC产业链上各主体的业务范围来看，需要持有B11类业务《增值电信业务经营许可证》的公司主要是前述的IDC运营商和云服务商。

第三部分\外商投资架构

如前所述，若拟从事的业务属于B11业务，则需要获得《增值电信业务经营许可证》方可经营该等业务。由于增值电信业务属于《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2019年版）》列明项目，外资取得《增值电信业务经营许可证》受到限制，仅有特定的增值电信业务领域允许外商投资。

根据现行的外资准入政策，B11类业务的牌照仅在CEPA协议下开放，因此，仅有符合条件的港澳资本可以在中国大陆设立中外合资企业运营B11类业务，且港澳资股权比例不超过50%。对于大量资金实力雄厚、经验丰富的境外投资者（特别是境外PE投资基金）来说，以下架构或可为其进入中国市场从事IDC产业提供一些参考。

3. 参见http://www.chinacc.com.cn/xkzgl/sbzn/201504/t20150407_2101605.htm。

1. 指定境内自然人代持

境外投资者通过在境内指定境内代持自然人（“**代持人**”）并向代持人提供人民币借款的方式，由该代持人作为股东投资被投公司，境外投资者与代持人签署代持协议。此结构操作简单，只需要与指定境内代持自然人签署代持协议即可，节省搭建红筹架构的时间。

但是，此结构最显著的缺点是代持人的信用风险和稳定性问题，通常IDC业务投资涉及金额较大，仅仅靠效力存疑的一纸代持协议很难保证境外投资者长期对其被代持股权的有效控制，且代持人往往存在离职、丧失民事行为能力、意外死亡等问题，不利于股权结构的稳定。另外，代持协议可能存在于此种结构对于境内人民币资金能力要求高，境外投资者应确保其在境内有充足的人民币资金。而且也同样存在代持协议的效力（进一步讨论请见下文搭建VIE架构的分析）以及股权纠纷风险问题，且存在代持人无权处分以及善意债务人针对被代持股权主张债权而引起股权纠纷的风险。

2. 在投资方层面借鉴VIE架构

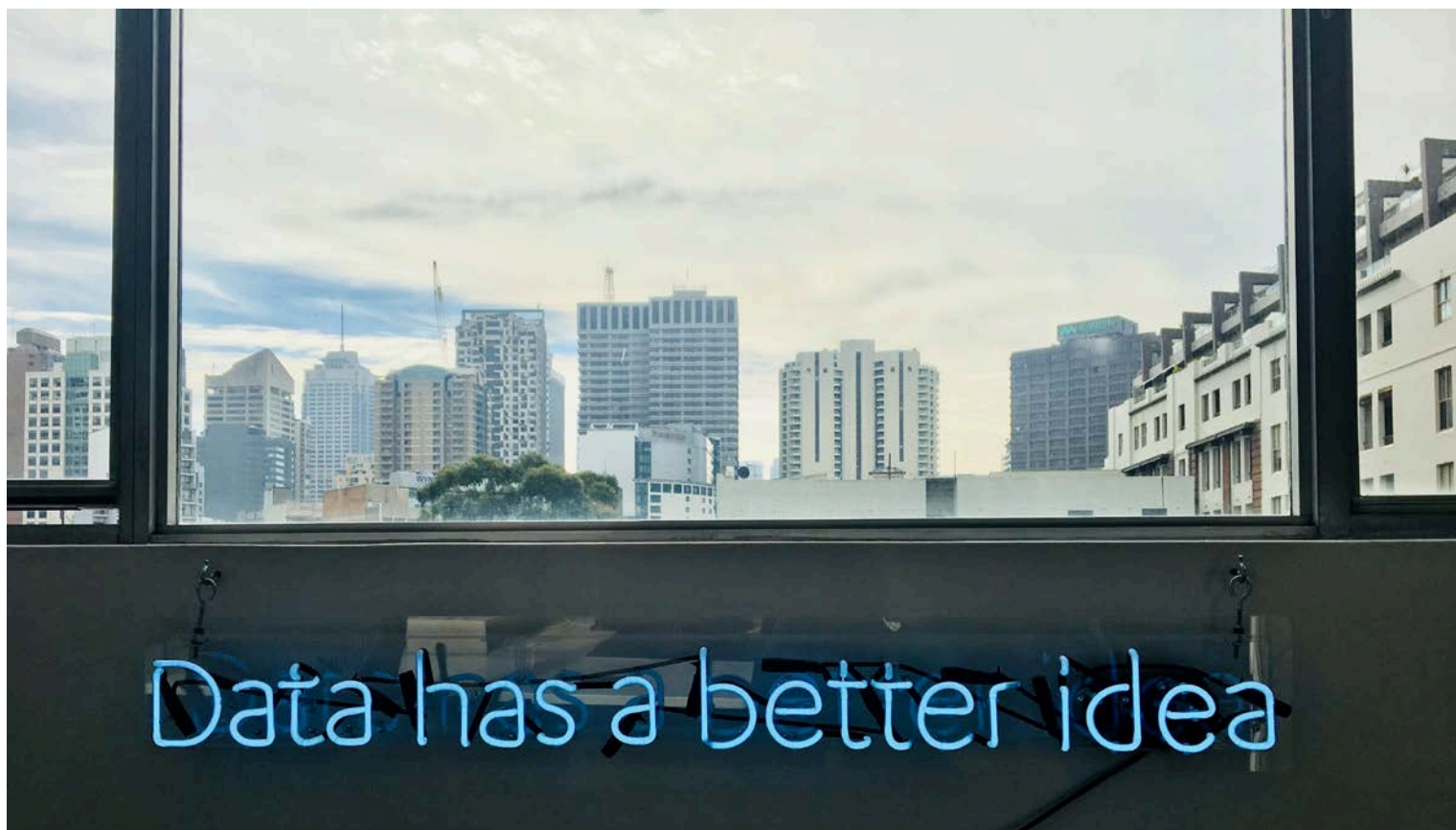
由于代持人直接持有被投公司股权存在股权稳定性差、信用风险等问题，为加强对代持人的控制，可以借鉴VIE架构的模式，即由境外投资者通过在境内设立一家外商独资企业（“**W-**

FOE”），向代持人提供人民币借款，由多个代持人新设一家境内公司（“**境内公司**”），参与持有IDC牌照企业的融资。境内公司、多个代持人和外商投资者的WFOE签署控制协议，将代持人持有境内公司的全部股权质押给WFOE。

在此结构下，无需37号文登记的步骤，代持人持有境内公司股权，设立WFOE和境内公司可以同时进行。同时也增加了控制效果，通过控制协议和股权质押，境外投资者通过WFOE间接控制境内公司。再者，多个代持人同时违约风险较小，境内公司的股权架构较分散且受限于公司法的规定，代持人将较难随意处置其所持有的境内公司的股权。但是，此种结构也存在着指定境内自然人代持模式下的风险，包括对境内人民币资金筹措能力、代持协议效力、代持人无权处分或潜在股权纠纷风险等。

3. 搭建VIE架构

对于外资准入限制的行业或者因存在外资难以取得牌照资质时，VIE架构是目前市场上比较通行的架构设计。在VIE架构下，被投公司创始股东先设立一家离岸公司，通常是在英属维京群岛设立（“**创始人BVI公司**”）；创始人BVI公司与境外投资者再共同成立另外一家离岸公司（通常是在开曼群岛设立）（“**开曼公司**”）作为未来集团公司在境外融资和上市的主体。开曼公



司在香港设立一家壳公司（“**香港公司**”），香港公司在境内设立一家外商独资公司（“**WFOE**”），WFOE与一家纯境内公司（“**VIE公司**”）签署一系列协议，包括股权质押协议、独家购买权协议、独家合作协议以及授权委托书（合称“**控制协议**”）。在部分VIE架构中，在开曼公司与香港公司之间会设置增加两层甚至更多层BVI公司，以增强公司股权结构的隐秘性以及将来公司业务分拆重组的便利性。目前万国数据、世纪互联、蓝汛作为从事IDC业务的企业就是采取VIE结构在境外上市。

在VIE结构下，能够尽可能避免境内自然人直接代持的信用风险以及过高的境内既存人民币资金需求的问题，也因此成为在外资限制领域应用相对广泛的一种架构。

此结构的缺点在于耗时太长，被投资公司短期资金需求问题难以解决。VIE架构搭建涉及到多个境内外公司的设立、银行账户开立等问题；被投资公司资金短缺时，境外投资者的资本不能及时通过持股方式提供。实践中对于VIE架构和控制协议的合法性认定结论不一，中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会于2010年和2011年

期间,在两起涉及同一家网络游戏运营公司的VIE结构的案件中裁决VIE协议无效;最高院在亚兴公司诉安博教育一案中未明确认可VIE架构和控制协议的合法性。除此之外,开曼公司对VIE公司的实际控制通过控制协议体现,可能存在创始人违约风险。

4. 重资产和运营分离架构

通过改变资产结构、对资产进行一定的分离和重新配置的方式使得境外投资者投资到境内IDC业务的风险更为可控。例如,对于需要大量资金投入且占据公司主要资产的重资产部分(包括土地、机房、机房设备(除IT设备外)等)放在WFOE下,而对于资产较轻且受到外资限制的业务放在VIE公司或其他合作的境内合作方名下,再通过签订一系列协议,确定合作关系进行经营。

在这种架构下,境外投资者主要投资于IDC基础设施资产,例如,美国第三方IDC运营巨头Equinix于2012年并购香港公司Asia Tone及通过其他途径进行的收购,获得数个位于上海的数据中心资产,再通过其位于上海的子公司与国内持有IDC牌照的公司,如大唐高鸿等,在境内合作开展IDC业务。Equinix公司中国和亚太区高层在早期接受采访时表示:作为外国投资者的Equinix公司在中国经营的并非某种需要获

得牌照的增值电信业务,而只是建设、出租大规模机房的“数字地产”业务。

这样的操作不仅可以使得资金和外汇的流动更加顺畅,也可以降低VIE结构项下的风险。通过该种模式,外商在中国IDC业务中有广阔的开拓空间,从工程开发、资金筹措至搭建房地产投资信托基金(REITs)最终上市在内的数据中心基础设施平台都大有可为。

第四部分\被投项目选择

判断IDC企业的竞争力,可以通过多个维度来考量。例如,公司是否与客户签署长期稳定的合同,公司的客户类型、该公司的机房所处的位置(一线城市、环一线城市还是其他地区)。若鼓励民间资本进入IDC基础设施领域的措施进一步落实,则IDC企业的团队素质将成为投资人应当考量的核心,具体包括:

a)资源获取能力:IDC基础设施涉及了“地、房、电、水、风、火、网”七大方面,而其中土地、电力、网络资源均涉及到与政府的合作和规划配合,另外,将前述资源与实际运营相结合达到速度和效率的最优解,也考验着团队中各个部门协调资源的能力。

b)运营经验:在IDC运营中,IDC企业与用户

一般都会签署清晰的SLA(服务等级协议),约定用户对于其租赁的IDC的技术要求。同时,IDC运营中还涉及到安防、防断电、防火、抢修等问题,有运营经验的团队能够更好地服务客户,进而增强用户粘性。另外,大型租户经常要求客制化的机房和服务,而一个有经验的运营团队能够更好地满足大客户的这些需求。

c)渠道和销售:目前批发型和零售型的数据中心皆存在。对于批发型的数据中心而言,客户一般是长期稳定的客户;但是对于零售型的数据中心而言,持续的客源以维持低空置率则是盈利的关键。

随着政策对IDC规模和PUE值的限制要求更加严格,IDC企业的政策端壁垒越来越高,龙头企业无疑可以依靠整体强大的资金和规模,维持竞争优势,持续拓展资源,提升公司整体运营效率。而对于现在仍处在早期的IDC项目而言,投资人除了在资金方面帮助业务扩张以外,也可以通过结合自身的资源获取能力优势在战略上帮助项目团队。

综上,数据中心作为一种信息基础设施,已成为数字经济时代新型基础设施的重要内容。随着国家政策对于新基建的推进,数据中心的建设和智能化发展获得了新的契机。与数据中心发展机遇相伴随的是现实层面的一些挑战,

例如数据中心产业仍然有一定的行业壁垒,受到法律、地方政策、准入政策等多方面的影响。我们建议投资者在关注IDC项目当前财务数据的同时,也要重视既有IDC项目的合规情况及法律风险,才得以享受IDC这种新兴基础设施所带来的持续和稳定的收益。 ☞



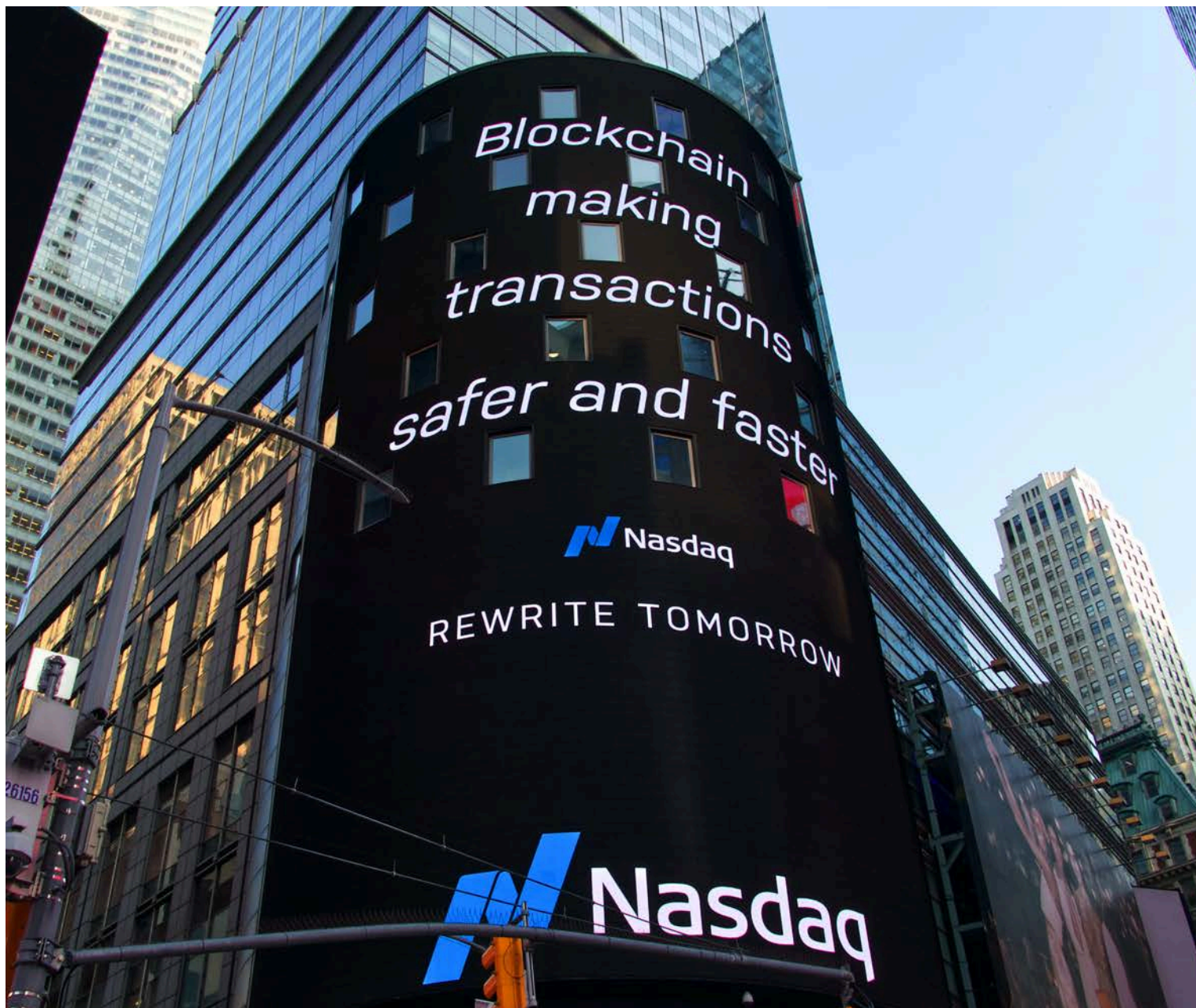
乔资营
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2040
jackqiao@zhonglun.com



魏轶东
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2193
weiyidong@zhonglun.com

区块链组织形式畅想

作者：樊晓娟



公司、合伙企业、基金会,各种组织形式的提出和运营都是人们对于合作模式的探索,每种组织形式都有其发展历程,并体现各自的优缺点。随着经济发展、社会进步,人们希望能在互相信任、民主、平等、又可以高效运作的组织中合作。

区块链的出现,为人们提高协作效率、降低交易成本提供了新思路和新方法。现行组织形式对于区块链技术的简单直接的应用,并不能弥补现行组织形式不足,充分发挥区块链在提高协作效率方面的优点,实现区块链与组织形式的有机结合。因此,需要探索新型的基于区块链的组织形式。现阶段,尚没有现成的法律框架规范区块链组织形式的构成、调整成员间的权利义务以及明确相关法律责任的承担。其中,有些部分可以借鉴或类比现行法律的规定,而有些部分则无先例可循。由此可见,基于区块链的协作组织形式,是对现行法律的挑战。

为此,本文将尝试探索区块链组织形式的设计,为区块链组织与线下世界法律框架的衔接和未来立法提供一点思考。

第一部分\ 现行组织形式¹

(一) 现有法律框架

现代社会中,主要的社会组织形式包括商事组织形式和其他组织形式,各自均由不同的法律法规来进行调整,构成了现代社会组织形式的基本法律框架。

1. 商事组织形式

商事活动在现代社会活动中占据着很大一部分比例。成熟繁荣的商事活动推动着经济发展和社会进步,成为衡量一个国家或地区发展程度的重要标尺。同样的,对商事主体和商事活动进行规制的商事法律法规也得到了立法者的高度重视,经济发达国家或地区的商事法律

法规往往也成熟完善,甚至在制度上有所创新,以适应飞速发展不断创新的经济活动。

商事组织形式可以分为独资、合伙制和公司制三种,这主要是根据社会商事活动的不断发展而逐渐衍生出来的。起初商事主体以个人为单位,单独从事商事活动;后来大家开始合作来实现更好的互利互助,于是出现了合伙制;而公司制的出现更是将商事组织形式推上了一个巅峰的高度,法律拟制人的出现和有限责任的设计,让公司这种组织形式可以更好的参与到各类商事活动中,也为公司背后的个人主体遮挡了一定的风险。相应的,现代社会对商事组织形式立法涵盖了独资企业、合伙企业和公司等。

1. 为方便表述,本文中,针对基于区块链的组织形式以外的,公司、合伙等常见的组织形式统称为现行组织形式。

我国现有的法律框架,主要包括《合伙企业法》、《公司法》、《个人独资企业法》等。另外,值得注意的是,由于历史发展的原因,我国曾经对外资进入中国后设立的商事主体组织和从事的商事活动有特殊的安排和制度设计,因此,产生了包括外资三法在内的特别法律法规²。随着2020年1月1日《外商投资法》的施行,给予外资国民待遇,在商事组织形式上也要内外资统一,同时给予现有外资企业一定的过渡期,内外资在商事组织形式上将不再受到区别对待,接受统一的规制。

2. 其他社会组织形式

除了商事活动,社会中还存在着其他种类的活动,因此也有许多不以商事活动为主要活动和业务的社会组织,如基金会和社会团体,还有其他的非法人组织等。

在不同法系的法域,由于各个国家和地区的社会政治、经济情况不尽相同,对其他社会组织的分类也大相径庭。在我国,《基金会管理条例》主要规范利用他人捐赠的财产从事公益事业的基金会的设立及其活动;《民办非企业单位登记管理暂行条例》主要规范利用非国有资产举办的从事非盈利社会服务活动的社会组织的登记;《社会团体登记管理条例》主要规范一般非营利性社会组织的登记;《慈善法》则适用于开展慈善活动的社会组织。

(二) 典型的现行组织形式

公司、合伙企业和基金会作为三种典型的现行组织形式,其内部结构、管理架构和法律责任等均具有明显特征。

1. 公司

公司的主要形式有无限责任公司、有限责任公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司等。现行中国公司法规定的公司分为有限责任公司³和股份有限公司。公司是“人合性⁴”和“资合性⁵”结合的体现。有限责任公司与股份有限公司之间,前者更偏重于“人合性”,后者更偏重于“资合性”。例如,有限责任公司股东之间的关系较为紧密,股份的转让,原则上需取得其他股东的同意。

(1) 有限责任公司

有限责任公司是指根据相关法规登记注册,由五十个以下的股东出资设立,每个股东以其所认缴的出资额为限对公司承担有限责任,公司法人以其全部资产对公司债务承担全部责任的经济组织。有限责任公司的下设机构主要有:

2. 外资三法指《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》。2020年1月1日《外商投资法》施行,外资三法同时废止。

3. 中国的《公司法》下的公司包括股份有限公司和有限责任公司两种类型。有限责任公司中,包括一人有限责任公司,即一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。一人有限责任公司适用《公司法》的特别规定,例如,一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的,应当对公司债务承担连带责任。

4. 人合性,即以公司股东的信用、声誉、地位为基础开展商业活动,股东之间关系紧密,股份转让原则上须经其他股东同意。

5. 资合性,即以公司的资本、信用、地位为基础开展商业活动,公司所有权和经营权分离,股份转让原则上不受其他股东限制。

a)股东会

有限责任公司的股东会由全体股东组成，是公司的权力机构，依照法律法规和公司章程行使职权。

b)董事会

有限责任公司设董事会，由三至十三人组成。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，也可以只设一名执行董事。董事会/执行董事由股东会选举产生，对股东会负责，依照法律法规、公司章程以及股东会的决议或其他指示来履行职权。

c)监事会

有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，也可以设一至二名监事，不设监事会。监事会/监事由股东会选举产生，对股东会负责，对公司经营以及公司董事、高级管理人员等的管理进行监督。

d)经理

有限责任公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理对董事会负责，并行使相应管理职权。

e)法定代表人

有限责任公司设一名法定代表人，在法律层面上，法定代表人行为等同于公司行为，是具体体现公司意志的人，一般由董事长/执行董事

长或经理担任，在法律层面对公司的所有行为和结果负责。

(2) 股份有限公司

股份有限公司是指公司资本划分为等额股份，全体股东仅以各自持有的股份额为限对公司债务承担责任的公司。

a)股东大会

股份有限公司的股东大会由全体股东组成，是公司的权力机构，依照法律法规和公司章程行使职权。

b)董事会和监事会

股份有限公司设董事会，成员为五人至十九人；设监事会，成员不少于三人。董事与监事的职权与有限责任公司相似。

c)经理和法定代表人

股份有限公司设经理，由董事会聘任或解聘；设法定代表人一人。各自职权与有限责任公司相似。

无论是有限责任公司还是股份有限公司，都具有以下特点：(1) 股东仅在认缴出资范围内对公司债务承担有限责任；(2) 均由股东、董事、管理层组成三层治理结构；(3) 可以通过制度安排实现公司所有权与管理权的分离。正是上述特点，使得公司制度成为近现代商业制度的基石。

2. 合伙企业

合伙企业是指由各合伙人订立合伙协议，共同出资，共同经营，共享有收益，共担风险，并对企业债务承担无限连带责任的营利性组织。现行中国法律法规将合伙企业分为普通合伙企业和有限合伙企业，其中，普通合伙企业还包括特殊的普通合伙企业。

普通合伙企业由2人以上的普通合伙人（没有上限规定）组成。普通合伙企业中，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。特殊的普通合伙企业中，一个合伙人或数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人则仅以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

有限合伙企业由2人以上50人以下的普通合伙人和有限合伙人组成，其中普通合伙人和有限合伙人都至少有1人。普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

合伙企业的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行和监督的权利。合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。合伙企业在生产经营活动中所取得、积累的财产，归合伙人共有。相较于公司，合伙企业是最具有“人合性”的现行组织形式。



3. 基金会

根据《基金会管理条例》的规定，中国境内的基金会，是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照条例的规定成立的非营利性法人。

基金会需为特定的公益目的而设立；有一定的原始基金；有规范的名称、章程、组织结构以及与其开展活动相适应的专职工作人员；固定的住所；并且能够独立承担民事责任。

基金会设理事会，理事为5人至25人。理事会是基金会的决策机构，依法行使基金会章程规定的职权。基金会设监事，依照章程对基金会的运行和理事会的管理进行监督。理事会设理事长、副理事长和秘书长，从理事中选举产生，

理事长是基金会的法定代表人。

(三) 现行组织形式的痛点

在区块链技术诞生前,虽然各种组织形式百花齐放,但基本上,任何一种现行组织都必然有一个中心,组织运营全面依赖于中心的决策。在组织内部,中心也意味着权威和公信力。例如,对于公司而言,股东会是最髙权力机构,董事会执行股东会的决议,经理和其他员工们则依据董事会的指示开展具体工作;对于合伙企业而言,合伙人会议是最髙权力机构;对于基金会而言,理事会是决策机构。

虽然它们在业务范围、盈利目的、资金来源等方面各不相同,但都是采用了自上而下的组织结构,组织内部的其他部分必须服从并执行中心的决策。为此,传统组织形式有着共同的、不可避免的痛点。

1. 封闭性

现行组织形式具有较强的封闭性,业务范围和内部人员数量都有限。从加入的角度来说,外部人员没有动力加入组织,或者外部人员虽有动力但加入门槛较高;从退出的角度来说,组织内部的人员在退出组织时往往需要满足一定的条件或者履行繁琐的手续。封闭性造成了人员流动比较困难或成本较高。同时,组织的方针政策仅限于有限范围内有效,而无法影响更多

人员,也无法考虑更多人的利益。

“公司到底是属于股东的,还是利益相关人的呢?”这是北大教授刘晓蕾在其论文⁶中提出的疑问。至少在现阶段,根据中国公司法的原理,公司还是属于股东的,股东投入资本,决定公司的一切,获得运营的收益,承担失利的后果。长期以来的公司制度都规定了公司只能为了股东的利益而不是其他利益相关人的利益存在。当然,某些法律规范要求公司的某些行为必须合乎和保护相关人的利益,例如债权人和消费者的利益,但这都是从保护交易安全和维护社会秩序的角度出发,而不是为了公司本身利益之目的。如果公司的不当行为侵害了债权人和消费者,他们可以向公司主张违约赔偿或侵权赔偿,但他们无法指责公司的做法违背了公司本身的利益。

2. 民主与效率的无法平衡

由于缺乏高效的信息收集与处理手段,近现代以来,民主与效率一直是一对天然的矛盾,只能通过两者之间的取舍以求达成平衡。显然,如果公司的每一项决策都要经过所有人的反复讨论后做出决定,必定会降低决策效率,也不利于公司把握稍纵即逝的市场机会。故而,现有的公司制度为了提高决策效率,固定和限制股东

6. 刘晓蕾,区块链社区:一种新型的组织模式[J].学术前沿, 2018[6].

人数并且有一套相对高度集中的议事规则，使得公司的利益相关人无法全面参与公司决策，因此损害小股东和其他利益相关人的情形难免存在。

3. 安全性

现行组织组织中，机构决策和运行在线下进行，章程、决议及其他组织文件掌握在少数核心成员手中。这些核心成员有条件篡改组织性文件，甚至把被篡改的文件向行使公权力的登记机关予以登记。对于非核心成员来说，现行组织形式中，信息和文件的安全性较低。

即使是在“中心”合法登记的组织文件，如果“中心”遭遇天灾人祸，则组织文件也有毁损灭失的风险。

第二部分\社区——理想区块链组织的憧憬

当今的商业社会模型大约是在17世纪的欧洲开始逐渐形成的，相对于当时传统的封建社会有许多对财务制度和法律法规方面的改进，其中最重要的三大基石莫过于复式记账法、公司制度和保护私有财产的法律。而如今，区块链技术和相关新技术为组织形式变革提供了三大新兴工具：分布式记账技术、加密算法和智能合约，从而形成基于区块链的分布式自治组织，与

人们寻求的更为安全、高效、便利、低成本的协作要求相适应。那么在这样历史性的变革下，我们有理由期待基于区块链的分布式自治组织形式能够突破现有商业组织形式的桎梏。而参与者利用区块技术所组成的社区，将会是基于区块链的分布式组织形式中最为广泛的应用。在这里，对于社区的特点我们作如下憧憬：

(一) 自由开放

社区将比现有的任何现行组织形式更为开放、自由。这主要体现在社区成员可以通过自由买卖、兑换代币或Token（以下统称“社区通证”），或者为社区作出某些贡献来决定加入或者退出该社区。该等买卖、兑换、贡献的操作理论上无需任何其它成员的同意或者允许。任何人只要其认可该社区的制度和组织规则，并且能够满足该等规则所规定条件的成员均可加入该社区。

由于区块链世界中并无国界、种族、性别等区分，因此社区成员之间将会做到真正的无歧视、国际化，组织中的成员将来自世界各个角落，但是共同为了社区的特定目标，按照社区的组织规则，投入到社区运转中。

(二) 资合性强

由于社区的开放性，其成员之间几乎不受

“人合性”的影响,而是彻底“资合性”。成员身份的取得来自于向社区投入资金、劳务或作出其他贡献。社区成员有权按照社区的组织规则行使任何权利,只有其对社区所作贡献的大小会影响社区成员的权利,一般来说对社区贡献越大,该成员在该社区中的话语权也就越大。然而,过于集中的话语权可能会造成对部分成员的不公平待遇等问题⁷。

(三) 成员平等

区块链社区的运营架构将比现行组织形式更加简洁。每一个社区通证持有人,即社区成员,都可能在社区中扮演决策者、执行者、获利者的角色。社区成员之间的身份关系不受年龄、性别、种族、亲属关系等等的影 响,而是仅根据社区的组织规则确定其角色,享受权利,履行义务。当然,社区的组织规则可以对此设置更高的要求。例如,在POS⁸机制的社区中,要求成员参与社区中某种类型决策时需要持有或质押一定数量社区通证,或者持有一定数量的社区通证达到一定的时间才能参与社区某个活动。这样的雅典式民主⁹可能在线下无法实现,但是基于区块链技术以及智能合约的应用,笔者相信无论该社区成员有多庞大,都能让所有成员公平、高效地参与到社区的管理决策中。

(四) 去信任机制

在区块链的世界里,每一个人都将由一串编码代替,社区成员聚合在一起不再需要身份关系作为纽带,也不需要借助第三方担保,甚至不需要知道对方的姓名。区块链技术中的共识机制以及透明、无法篡改的分布式账本技术,配合以能够自动执行的智能合约,人们可以在素未谋面的情况下开展协作。

(五) 融资便利

在现实生活中,公司想要进行大规模融资,需要通过公开发行债券、股票等方式。上述方式均需要第三方中介机构辅助,并通过上市地监管机关或交易所的合规检验,花费大量的时间和人力成本。而社区作为基于区块链的组织形式,其自出现之日起相应社区通证便能在链上进行交易。另外,对于投资者而言,债券、股票均设置了一定的资金门槛,而区块链上的社区通证门槛将远低于债券、股票市场。因此,投资者将会更积极也更容易地参与到各个社区的融资活动中。

7. 在波场收购Steemit事件中,波场掌舵人孙宇晨通过交易所相助以其在Steemit0.04%的投票权,促成波场收购Steemit。但是,此事也引发了巨大争议,后续如何处理有待观望。

8. POS机制, Proof of Stake,指通过持币而产生利息,持有更多的权益,也就是持有的代币越多能获得的收益或享受的权利也就越大,以此作为对于验证人和节点进行奖励。

9. 黄洋:希腊城邦政治与西方法治传统的建立[J]. 经济社会史评论. 2015 (02)

第三部分\

区块链社区的成员

与公司、合伙企业等不同,社区成员的范围可以非常广泛。社区成员以不同方式为社区做贡献,权利义务在某种程度上达到平衡。“社区”一词确实能非常形象地反映出区块链组织中成员之间平等协作、互惠互利的关系。那社区成员到底有谁?又如何产生呢?

(一) 成员的产生

以各种形式向社区作出贡献并参与到区块链社区活动中的所有成员,都可以称为该社区的成员,其中核心成员是链上分布的各个节点,所有的节点构成了区块链的整个社区的验证系统。结合普遍的区块链社区活动模式,除了作为区块链社区中用户外,成为社区成员主要可通过以下几种途径:

1. 投资

开发中的区块链社区需要大量的资金投入进行平台技术研发,已经正式运行的社区亦需要资金的持续投入来进行维护和不断更新升级。因此,像所有其他现行社会组织形式一样,基于区块链的组织形式的运作也需要资本的支撑和支持。

希望加入区块链社区成员的主体,可以通

过直接投资的方式来获得成员的身份。这一点类似于现行组织形式中的以货币出资来进行资本投入。社区可以根据自身的架构规模、具体业务、发展目标等综合因素,制定相应的投资金额标准和投资方式。例如,Libra在其白皮书中即要求,如要成为Libra社区中的验证节点,需至少投资1000万美元。当然,区块链社区也并不是只接受资金投资。

2. 提供内容或服务

社区的运营和维护不单只需要资本,还需要与社区运作相关的各种内容产品和配套服务。区块链也可以接纳这些内容产品或配套服务的提供者成为社区成员,这一点类似于现行组织形式中以劳务、知识产权等非货币资产出资换取社区通证作为进行资本投入。以下为几种典型的内容或服务提供者。

(1) 研发人员

无论哪种区块链社区,其运作的技术基础均为底层的区块链技术。从社区平台的搭建、主链的创设,到社区通证的发行、智能合约的编制,再到平台的维护及更新、“账本”的同步和验证,无一不需要研发人员的参与。社区可以直接接受研发人员提供的服务,将其纳为社区的成员。

(2) 内容提供者

部分区块链社区的商业模式主要倚靠内容



产品在链上的传播,例如JUR项目中的主要服务之一为提供法律合同模板的在线交易;YouNow项目则基于短视频的在线传播和分享。在这些区块链社区中,内容产品的数量和质量决定着社区的活跃度和社区通证的流动性,直接影响着社区的发展。为鼓励内容提供者持续为社区贡献高质量的内容产品,社区也可以直接将其纳为社区成员。

(3) 服务提供者

还有部分区块链社区的商业模式主要通过为社区成员提供的服务获得服务费,例如,从事

物流和供应链服务的社区,既需要一个类中心化主体的调度和管理,也需要上下游各个网点以及网点之间运送或传输服务的主体所提供的服务。对于这些社区,也可采纳上述服务提供者成为社区成员。

(二) 成员的权利

不同的通证上随附着不同的权利。以下几种典型的社区成员享有的权利。

1. 投票权

投票权是社区成员参与组织管理的主要方

式。大部分的区块链社区赋予所有的社区成员投票权。也有不少区块链社区设置为要求社区成员通过Stake(类似质押)持有的社区通证来参与社区大小事务的投票。投票规则可以设置为随着投票完成而销毁社区通证,也可以设置为仅作为投票权的资格证明不因投票完成而销毁社区通证。

当然,社区还可制定具体的投票权分配机制,例如,约定社区的某些重大事务仅某类通证的持有主体享有投票权,或者某类通证的持有主体在计算投票时享有更高权重,类似香港交易所在2018年4月30日生效的新订上市规则中容许的不同投票权架构,通俗来说就是“同股不同权”。

2. 报酬权

社区成员完成社区任务,可以取得相应的报酬。类似于现行组织形式中员工或者承包商完整工作任务取得报酬。当然这些任务一般局限于链上的任务,或可以计算机程序抓取可靠链外信息以供机器自动识别某一任务是否完成的任务。不同的任务对应的报酬金额和支付方式不同,也可以通过智能合约的编制和部署实现报酬的自动发放。

3. 分红权

社区成员可以基于其对于社区组织作出的贡献,而对社区组织的总体运营收益分享相应

回报。这一点也类似于现行组织形式中各成员有权取得组织收益的回报,例如公司股东的分红权。当然,分红权不一定是全体社区成员所天然享有的,而可以由区块链社区章程或相应的区块链社区的纲领性文件中设置的规则设定。

4. 受偿权

现实世界中的侵权和违约行为,也同样会发生在区块链上。当侵权和违约行为发生,导致区块链社区和/或其社区成员的合法权利受到损害时,社区成员也享有法定受偿权。需要注意的是,由于区块链社区是一个扁平化的分布式组织,整个社区组织本身并非一个可以单独享受权利或承担义务的类“法人”的拟制主体,因此,其权利的享有和义务的承担将最终落到每个社区成员之上,均由社区成员来享有相应的受偿权。

5. 出入权

正如前文所述,相较现行组织形式,区块链社区更为开放和自由。开放和自由的表现之一就是成员应当在出入社区方面享有更自由的选择权。认同社区组织制度和组织规则,并且满足社区规则所规定条件的成员均可加入社区。满足社区条件的,通过认购或者受让社区通证,或为社区作出其他贡献,即可成为社区成员。履行完毕其所在社区内的义务,持有社区通证的成员并且转让或退回社区通证,即可自由退出社区。

(三) 成员的义务

1. 遵守社区规则

区块链社区正在日益成长和成熟,不少区块链社区会制订本社区的章程、组织制度、组织规则或其他组织性文件。就像每个人应当遵守其所适用的法律那样,作为社区成员,有义务遵守这些规则,维护社区的有序、稳定运行。

2. 为社区贡献

成员在享受社区资源、分享社区红利的同时,为社区贡献也体现了权利义务对等这个人类社会协作共赢的基本原则。在大部分社区,成为社区成员的条件之一,就是为社区作贡献。为社区贡献的形式相当灵活,可以是投资,也可以贡献劳务,例如提供研发、提供内容或提供其他服务等。

第四部分\

区块链社区的权利凭证

大部分的区块链项目都绕不开一个话题,就是发币。我们理解,币是社区通证的一种表现形式。社区通证的流通程度直接代表了社区的发展程度和活跃度。

(一) 社区通证的性质

社区通证被区块链社区广泛的采用,一方

面可以作为社区成员身份的凭证,凭此参与社区内的活动,另一方面可以作为社区中的一般等价物在社区成员间交换,或者换取社区提供的综合服务。简而言之,社区通证是成员在社区内的身份和权利的凭证。

(二) 社区通证的发行与认购

社区通证由社区的发起人创设和发行,通常数量固定,不得增发。如果社区通证与特定法定货币挂钩,也可以成为一种稳定币,提高社区内交易和社区通证流通的安全性和公信力。发行社区通证可以要求对价,即社区成员需要为社区做贡献而取得社区通证,包括以法定货币、其他虚拟货币、提供研发或其他服务、提供内容或服务作为认购对价;当然,也有不少区块链项目在选择“空头”,也可以无需任何对价,直接向链上节点发行。

如果社区成员一致同意,也可以不发行社区通证而使用已有的数字货币,例如比特币、以太坊等作为在社区内流通的等价交换物。

当然,社区通证的发行和流通还是需要遵循适用的法律法规。例如,如果社区通证涉及证券性质,则通常适用证券法,并受到证券监管机构的监管。2017年7月25日,美国证监会曾发布了一份关于DAO的调查报告¹⁰指出,由Slock.it

10. Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO (Release No. 81207)

及其联合创设人创设的分布式自治组织 (DAO) 向投资人发售了DAO Token, 而该等DAO Token符合证券范围中投资合同的特征, 因此依照美国的证券法律需要完成注册或者取得豁免资格。

(三) 社区通证的用途

社区通证在社区中可以有相当广泛的用途。不同的区块链项目应当按照本社区的需要设置不同的用途。

1. 支付工具

社区通证在社区内作为一般等价物用于支付对价以购买社区内的服务或数字资产。例如, 在Blockstack项目中, Stacks Token可以用来向研发人员购买其注册的数字资产, 或用作用户间交易数字资产的支付方式。又如, 在以太坊 (Ethereum) 中, 交易需要支付记账的费用, 在区块链中称为“燃料”, 燃料支付得越多, 那么相应的记账速度也将越快; 以太币就可以作为支付工具, 用来支付以太坊矿工的燃料。

2. 投票权/参与权凭证

社区可以规定, 仅持有社区通证或特定社区通证的成员享有投票权或参与某类特定活动。例如, Libra项目白皮书中介绍, 对于Libra币锚定的一揽子储备的管理权限落在Libra的理事会手中, 而Libra的理事会是由部分节点代表组

成, 也就是说, Libra社区中, 只有部分重要的节点才对储备的管理有决定权。要成为节点, 则必须持有Libra Investment Token。普通的Libra币 (Libra Coin) 持有者仅享有Libra币的使用者身份。

3. 押金

为了促进成员在社区内按照社区规则或相关各方的事先约定行事, 也可以设定Staking机制 (后文详述), 由社区成员将其持有的社区通证用作质押, 如果未能适当履行义务的, 则质押人会失去质押的社区通证。

4. 分红

持有特定社区通证的成员可以按照份额分享相应的分红或者收益。例如, Libra项目白皮书中即披露, 储备将投资于低风险资产, 该资产将随着时间产生利息。从利息中获得的收益将首先用于支付运营开支, 剩余的一部分收益将用于向Libra投资代币的早期投资者, 即Libra Investment Token的持有人支付初始投资的分红。

5. 激励工具

社区通证可以作为鼓励社区成员为社区做贡献的激励工具。持币的社区成员可以期待未来社区通证公开流通时, 赚取社区通证增值利益和转让差价。社区通证的增值也依赖于社区成员共同努力促进平台的发展, 提高社区通证



的使用价值和公众认可度。

以YouNow项目为例, YouNow及其子公司将把共计1.78亿个Props Token分发给Props Live Video App的用户作为奖励、给验证节点(Validator)作为报酬以及给研发人员奖励他们对于Props APP开发、Props Network开发和内容创作的贡献。Props Token的分发已根据SEC规则Regulation A向SEC完成备案, Props Token将来可以进入公开市场流通, 持有人可以期待从Props Token的增值中获益。

第五部分\

区块链社区的管理架构

较现行组织形式自上而下的结构, 社区更趋于扁平化结构。各种区块链社区因其运营模式和运营目的不同而其组织结构形式各异, 很难有一种完美适用于所有区块链项目的组织结构。

(一) 组织结构的构成

至少在可预见的时间内, 区块链社区还是需要有一个特定的组织结构来运作。传统意义上组织结构的构成通常包括权力机构、管理机构和执行机构三个层面。现行公司形式中, 权力机构通常是股东会, 管理机构通常是董事会、执行机构通常是经理等。

目前, 常见的区块链项目大部分均通过设立一个基金会来负责项目初步阶段的设立、运营等管理工作, 虽然基金会与现行公司形式区别较大, 但也可以基本与现行组织形式中的组织结构做一个类比。

1. 权力机构

由于扁平化的特征, 区块链社区中不一定存在或需要存在权力机构, 重大决策通常由区块链社区的持有社区通证的全体成员共同投票决定。如果一定要从分类的角度上来说, 拥有投

票权的全体成员构成区块链社区的权力机构。以Libra为例,Libra协会是独立的瑞士非营利性组织。在初始阶段,协会成员由Libra的验证者节点组成。这些节点为Libra协会的创始人,包括全球公司、具社会影响力的合作伙伴(SIP)和学术机构。为区块链项目筹措资金,制定区块链项目的基本规划或框架设计并在线下提供技术、财务、合规等方面的支持。

2. 管理机构

在研究了现有的众多区块链项目,我们会发现最常见的是通过基金会这一工具管理区块链项目。相比于公司、合伙企业等完全中心化且至上而下进行管理的盈利性组织,基金会的特性更符合区块链去中心化的运作模式。基金会作为承担区块链社区的主要运营管理职能的角色存在,通常会由创始团队和初期投资人团队共同组成。

3. 执行机构

执行机构是实际从事具体事务和日常事务的角色,通常由研发人员组成,由管理机构指定人员并受管理机构领导。

4. 咨询机构

有一些规模较大的区块链社区,为了解决项目运营过程中可能会遇到的技术难题或其他难题,也会设置咨询机构。咨询机构没有决定权,也不参与执行,但对于项目的政策制定有相

当大的影响力。Libra中的社会影响力咨询委员会就是一个典型例子。

(二) 管理机构的职权行使

在基金会中,会设置一个理事会来实际经营管理区块链社区的事务,类似于现行公司中的董事会。理事会的职权是对基金会的日常管理运营做出决策,包括管理公链、制定预决算、调整经营策略、技术升级、规则完善、制定分配方案等等。

当然,为适应项目需要,不同的区块链社区可以设置不同的组织结构,除了设立理事会外,还会设立董事会、执行团队等。

(三) 议事规则

如前文所述,涉及区块链社区的重大事务,由全体成员投票决定。当然,由于区块链社区中,成员非常分散,投票规则也可以设置的相对宽松,例如简单多少投票权赞成的,即可通过一项决议;或者仅有超过三分之一投票权反对的才能否决一项决议。例如,根据币安链社区的介绍,在币安DEX上市,必须至少有半数投票者投“赞成票”,提案才能通过,或者如果三分之一的验证人投“强烈反对票”或半数验证人投“反对票”,则上市提案会被拒绝。

理事会也需要有一定的议事规则。一般来

说,每一次理事会会议需要有一定比例的理事会成员投票方可召开。针对重要决策,需要出席或全体理事总票数的2/3通过(即“绝对多数”),针对一般决策,则由出席或全体理事总票数的1/2通过(即“简单多数”)。

当然,基于区块链技术的快速发展和5G技术的商用化,这些投票都已可以在链上进行,快捷并且安全。

第六部分\ 区块链社区的法律责任探讨

虽然肉眼无法看见区块链社区的物理存在,但作为一个有实际运营的组织,该社区及社区成员必然会涉及与组织相关的法律责任。以下将尝试从责任范围、责任主体、承担方式、管辖及执行等方面分析与区块链社区相关的法律责任问题。

(一) 责任主体

在现有的纷繁复杂、形式多样的区块链项目中,最常见的形式是由项目发起方设立一个基金会或协会来管理和运营区块链社区。

1. 区块链社区的主体资格

区块链社区本身,是一个虚拟的组织,由一群社区成员基于预先设置的规则,基于区块链

技术,在互联网上共同参与某项或某一系列活动的集合。现实中,大部分法域的现行法律框架都没有把区块链社区作为独立主体,赋予其法律人格。我们也认为,区块链社区组织不是法人,也不承担法律责任。理由主要是:

首先,区块链社区只是社区成员开展活动的载体,其本身没有独立的意志。而社区成员之间通常是互相平等的协作关系,互相之间没有身份依赖关系,也没有财产依赖关系,区块链社区也不反映社区成员们的集中意志;

其次,区块链社区可能是社区成员开展经济交往的媒介,其本身没有自有财产。在区块链社区中,财产都分别属于社区成员,仅社区成员有权对于各自的财产占有、使用、处分和收益。因此,区块链社区并没有承担责任的能力。

最后,区块链社区仅是社区成员的集合,其本身不是行为主体,没有作为或不作为。区块链社区中的活动都是由社区成员分别开展的,区块链社区只是媒介或者载体。因此,区块链社区没有承担责任的基础。

进一步而言,在现行法律框架下,由于既没有独立财产,也不具有法人资格,区块链社区也不能成为诉讼参加人。

2. 管理机构的主体资格

如前文所示,现有区块链项目的发起方通常会设立一个基金会、协会或者其他机构,至少

在项目初期承担区块链社区及相关项目的发起和经营管理职能。为便于表述,此处统一称作管理。基金会是最常见的管理机构形式,以下以基金会为例,分析管理机构的主体资格。

虽然目前大多数法域暂未将区块链社区纳入管辖,但是基金会这类在区块链产生前就已产生的机构,各大法域都是将其纳入管辖范围,其通常要求这些机构向当地政府的登记机关办理登记。大量的区块链项目中,常见的是在瑞士或者新加坡设立基金会,也有把基金会设在其他法域的。不同法域,不同的机构形式,其主体资格的认定也不尽相同。在多数法域,包括在中国内地,基金会都被认为是拥有自己的财产,具有民事权利能力和民事行为能力,独立享有民事权利和承担民事义务的非营利法人。在区块链项目运营方的眼里,基金会是一个项目运作工具;但在法律人的眼里,作为法人,基金会作为管理机构应当以自己的财产承担法律责任,应具有诉讼主体资格。

另外,如果某一区块链项目的管理机构虽然不是法人,但是,只要管理机构合法成立、有一定的组织结构和财产,也是可以成为诉讼主体的。

3. 其他社区成员的主体资格

除了管理机构以外,区块链社区还有其他众多社区成员参与。从身份角度,区块链社区

中,社区成员的组成具有较高的灵活性,社区成员本身的主体资格也各不相同,可能是个人,可能是法人,也可能是非法人组织,不同的主体在责任承担上适用的法律也不相同。从地域角度,这些社区成员可以分散在世界各地,受不同法域的法律管辖。

但我们理解,社区成员至少应当是一个法律主体能够承担法律责任,或者有其他主体能够为该社区成员承担法律责任,而不是像区块链社区那样无法承担法律责任。至于责任的承担方式,会在后文分析。

(二) 责任范围

区块链社区的存续和运营,仍适用现行法律框架,也与现实世界不可分割,所以本文在分析法律责任时,暂且借鉴现行法律观念中的法律责任分类。从现行法律观念的角度,法律责任通常可以分为三个大类,刑事责任、民事责任和行政责任。

1. 刑事责任

从刑事责任的角度而言,如果区块链上的活动涉嫌犯罪。例如,利用ICO实施非法集资、诈骗等犯罪的,相关人员仍会在现实世界被依法追究刑事责任。

2. 行政责任

从行政责任的角度而言,违法开展活动,即



使基于区块链和创新能力，也是会被行政机关追究责任的。例如，如2018年11月，香港证监会曾发布声明，重申即使是从事虚拟资产业务也需持牌经营。如，从事虚拟资产基金的分销应当取得1号牌。对于未取得牌照而从事受规管的虚拟资产中介业务，会受到香港证监会的调查和处罚，甚至移送追究刑事责任。2019年11月6日，香港证监会在上述声明的原则上针对虚拟资产交易平台的监管发布立场书，明确买卖证券型虚拟资产或代币的虚拟资产交易平台应当按照

立场书的要求向香港证监会申请牌照后持牌经营。又如，2019年7月，美国证监会因非法发行1亿美元的数字代币起诉Kik Interactive Inc.。美国证监会称该公司向美国投资者发行该等代币前没有按照美国1993年证券法的第五章节规定和要求进行注册。美国证监会寻求一个正式命令，要求该公司归还违法所得和利息，并进行罚款。

3. 民事责任

对于大部分区块链社区及社区成员来说，

遇到最多还是民事责任。例如,在区块链社区的交易中发生违约、履行不能等等,就会产生需要承担责任的情形。所以,民事责任的承担是受到最广泛关注的部分。

由于区块链社区的特性,投资参与门槛低,投资方式灵活,可以说,投资者是社区成员的主力。相较刑事责任、行政责任来说,投资者在区块链社区中更常遇到的是民事责任的问题。因此,在本节将侧重分析投资者的民事责任。

区块链社区中,投资者来源分散,大部分社区成员既是用户或研发人员、内容提供者,也是投资者,就其权利分配可以分为管理投资者和中小投资者。而不同投资者的法律责任界定也有所区别。

管理投资者通常指项目的创始团队和主要经营管理团队,例如Libra项目中的Facebook和协会创始成员、YouNow项目中的YouNow.Inc、Blockstack项目中Blockstack PBC。他们在区块链社区初始阶段中主要承担项目发起、组织、经营管理等职责,持有更多社区通证,同时享有较多的决策权。在此情况下,他们的行为将对于区块链社区的运行,包括区块链社区内其他成员的利益产生重大影响。所以,他们除了在出资额范围内就其经营管理区块链项目对内对外承担法律责任外,还应当就其故意或重大过失向社区内的其他成员承担一定的民事赔偿责任。

除管理投资者外,区块链社区中还有相当一部分中小投资者,他们投资金额较低,不参与日常经营管理,虽然可以参与社区事务投票,但由于表决权少,对社区事务通常没有重大影响力。简单来说,他们凭其持有的社区通证可享受分红权,但对于决策和经营管理的权利非常有限。本着权利义务对等的原则,对于中小投资者而言,更宜借鉴现行组织形式(例如公司或有限合伙企业)中的有限责任制度,将中小投资者的个人其他财产与其在社区中的投资份额隔离开来,允许中小投资者以其出资额为限在区块链社区中承担有限的法律责任。

当然,实践中,每一个区块链社区都有各自的运营模式和特点,需要结合实际情况进行制度设计,适当分配不同成员之间的权利义务,方才最有利于该社区的长足发展。

(三) 责任承担

根据前文的分析,在区块链社区中,包括基金会等管理机构 and 社区成员,均可能会涉及法律责任承担。区块链社区与现行的社会组织不同,绝大部分活动在线上开展,是一个虚拟组织,具有高度匿名性的特征。虽然有一定的KYC流程,社区成员之间的共识是基于分布记账原理和加密技术,而非互相之间的基于现实交往所建立的信任。那么,如果在区块链社区中,发

生需要承担法律责任的情形,相关主体应当如何承担责任,又如何确保法律责任会被承担呢?

1. 区块链技术

人们可以为区块链社区和区块链项目运行设计一套严格的制度,以确保区块链项目有序运行。在区块链项目中,有相当一部分活动是自动化运行的,而自动化运行的部分依赖于智能合约的自动执行和其他计算机程序的安全运行。当然,制度执行还需要每一个节点硬件设备能够稳定、可靠地工作作为硬件保障。

所以,区块链技术的高速发展,这些制度的有效执行需要可靠的软件技术和硬件设备提供有力保障。

2. Staking

Staking简单来说就是POS机制的衍生。有在项目初期,系统自动生成一部分社区通证向部分成员免费发放的;也有投资人以其他加密货币或法币认购一部分项目社区通证的。这些社区通证持有者,将社区通证质押,用于担保其在诚信参与区块链社区活动和能够承担相应法律责任。如果社区通证持有者没有适当履行其义务,触发智能合约预先设置的条件时,被质押的社区通证就会被没收或者自动转移给受偿方。并且由于这些操作都在区块链上进行,也会被记录于区块链上的每个节点不可篡改。这个过程就是Staking。

由于分布式记账方式和智能合约的结合,可以较为有效的确保被质押的那部分社区通证被实际执行用于义务方承担责任。

【实例】

2019年7月,注册于瑞士的Jur AG公司上线了JUR项目第二版白皮书。JUR项目通过区块链技术,提供包括法律合同编制及交易的链上服务,其中也采用了Staking机制。

(1) 在确保服务提供方上传的模板质量方面:律师或者任何想要创建自己的智能法律合约模板的专业人士必须质押JUR通证。在使用Jur Editor创建这些模板之后,将会接受一个去中心化的同业评审系统审核。根据同业评审系统的评价,这些模板创建人将会得到或者损失质押的JUR通证。之后,这些创建人可以通过将这些模板提供其客户使用或者通过Jur Marketplace平台进行销售赚取JUR通证。

(2) 在确保合同有效履行方面:智能合约可以被用来在两个主体之间进行加密货币交易,只要双方都将约定数额的加密货币保证金交由交易平台保管,那么这个智能合约就会在探测到上述保证金交付完成后执行交易。

3. 保险

由于加密货币存在币值波动大,黑客盗取的风险,市面上已有保险公司推出了保险产品

来应对这些风险。例如：

(1)英国著名保险公司Lloyd已经为目前美国最大的数字交易平台Coinbase提供了价值2.55亿美元的保险，以及为其加密货币托管方BitGo提供了1亿美元的保险；

(2)Coincover，一家专门针对加密货币的保险公司，不仅仅对加密货币偷盗提供100%的保险服务，还对用户的钱包进行7*24小时的实时监控。

但作为法律责任的承担方式，如何确保责任方在无力承担责任的情况下，被侵害方仍能得到救济呢？强制责任保险是个可供考虑的选项。强制责任保险在线下世界的典型例子是机动车交通事故责任强制保险，在道路上行驶的机动车的所有人或者管理人，应当按照法律规定投保机动车交通事故责任强制保险，由保险公司对被保险机动车发生道路交通事故造成本车人员、被保险人以外的受害人的人身伤亡、财产损失，在责任限额内予以赔偿的强制性责任保险。

强制责任保险如果能够推行，强制要求数字资产证券交易、托管机构、及其它高风险的区块链活动参与主体投保特定的保险，以确保欺诈行为或意外事件引发重大损失时，弥补赔偿义务方可能的偿债能力不足，以使得善意的受损方能够得到足额的赔偿。对于链上法律责任

的有效承担将会是重大利好。

当然，这类强制保险是否会实现也有待探索。另一方面，保险业界对于数字资产交易相关的保险服务目前仅是初步试水的定制阶段，是否能够全面应用还未可知。因为保险公司推出保险产品通常以盈利为目的，而保险产品的开发和使用需要基于强大的区块链技术及计算机运行能力、对于承保风险和收益的精密测算、以及对于所适用法律规则的深刻理解和灵活运用。

(四) 管辖权及强制执行的局限性

1. 管辖权的局限性

现行组织通常会有一个注册地址或者主要经营地，并接受当地的司法或行政管辖。与现行组织不同，区块链社区并无有形的办公地址，且具有区块链技术采用分布式记账并结合智能合约，通过计算机代码运行的特点。因此，区块链社区的运行无处不在，是遍布全球的区块链节点。¹¹在此情况，并没有那一个法域的法院或政府有如此广泛的管辖权，可以全面管辖到每个节点。

当然，前文也已经分析，区块链社区本身不宜被赋予法律人格。从这一角度来看，也确实难以直接对区块链社区实现司法或行政管辖，而

11. Primavera De Filippi, Aaron Wright:《监管区块链：代码之治》

只能管辖通过区块链社区参与活动的自然人或其他组织。然而,由于区块链技术受到加密技术的保护,区块链社区中的参与方高度匿名,从什么途径找到这些参与方又是另一个课题了。

2. 执行的局限性

即使法院或仲裁机关取得了管辖权,针对某个区块链社区作出了裁决,裁决也很可能无法强制执行。由于区块链社区通过区块链上的计算机代码运行,法院、仲裁机关或执行机关很可能没有能力去修改或停止区块链上计算机代码的运行,从而无法实现裁决的强制执行。同理,政府的监管机构即使发现了区块链上某一区块链社区从事非法活动,或许可以找到通过区块链社区从事非法活动的自然人进行处理,但很难直接停止该区块链社区的自动运行。

从上述的分析可以看出,区块链社区在管辖和执行方面确实具有一定的局限性,但是区块链社区根本上还是人在设计和运用,总能找出平衡之道或者解决方案。

第六部分\ 结语

在漫长的人类历史文明长河里,现行社会组织形式经历了成百上千年的演变,形成了现有的各类组织形式。计算机和互联网技术,在短

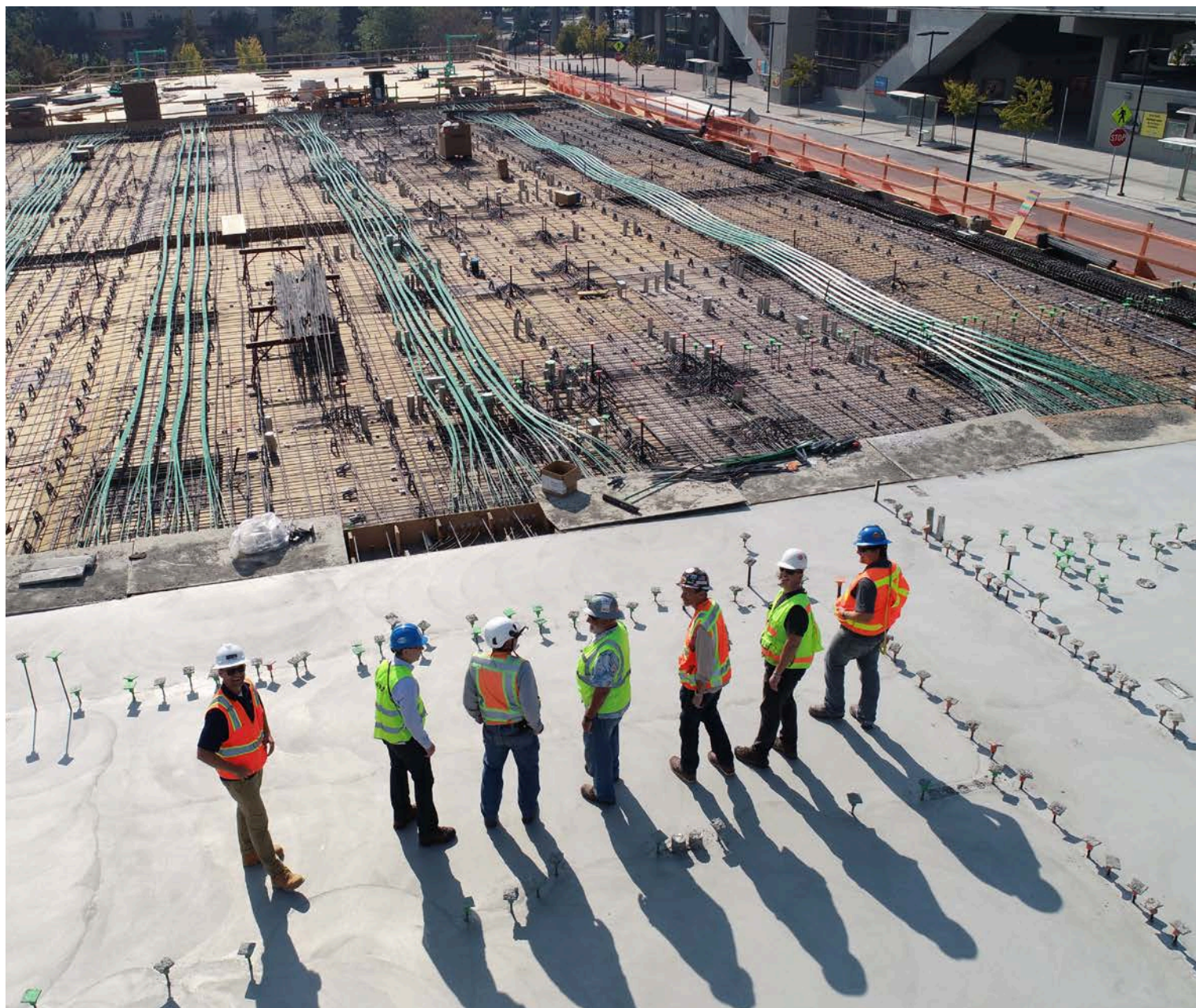
短的几十年内对人类社会进行了翻天覆地的改造。区块链这一新兴技术的出现,将以更快节奏且更有冲击力的势头,对现有的社会结构和运行方式进行颠覆式的革新。面对时代变革的滚滚洪流,我们大可不必畏惧这种势不可挡的节奏。只要能做到理性分析,大胆设想,小心实践,我们就一定能探索出一条符合社会发展规律的未来之“链”。 ☞



樊晓娟
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3669
fanxiaojuan@zhonglun.com

五月一日，正式施行： 也谈《保障农民工工资支付条例》 对施工单位的影响

作者：张炯、张丽娜



疫情过后,大地回春。在建设工程领域迎来复工潮之际,《保障农民工工资支付条例》(下称“《条例》”)也将于2020年5月1日起正式施行。该《条例》从源头治理、过程监管、事后惩戒的全过程制度建设角度,对工程领域保障农民工工资支付问题进行了专章规定。我们拟通过对《条例》相关制度的体系化梳理,为建设单位和施工单位提供参考,以期在合同条款、制度架构及工程管理过程中进行有效的风险控制。

在《春暖花开、复工在即:聚焦<保障农民工工资支付条例>对建设单位的影响》一文中,我们分析了建设单位需关注的问题,本文聚焦于《条例》对施工单位的影响及其应对方案。

第一部分\ 农民工工资专用账户:常态管理的 分账模式

《条例》第二十六条规定,“施工总承包单位应当按照有关规定开设农民工工资专用账户,专项用于支付该工程项目农民工工资。开设、使用农民工工资专用账户有关资料应当由施工总承包单位妥善保存备查。”第二十七条规定,“工程完工且未拖欠农民工工资的,施工总承包单位公示30日后,可以申请注销农民工工资专用账户,账户内余额归施工总承包单位所有。”

实际上,农民工工资专用账户的要求,在此前部分地方政府的规范性文件中早有规定,《条例》将其上升到行政法规层面上。一方面,强调了施工总承包单位的法定义务;另一方面,也与

建设单位的分账制度相匹配。专用账户内的资金来源于建设单位拨入的人工费用,且必须专项使用于农民工工资的支付,直至工程完工、账户注销后方归于施工总承包商。这实际上解决了农民工工资“放在哪”的问题,是欠薪源头治理的一环。

对于施工总承包单位而言,应注意以下几点:

第一,及时开设、正确使用农民工工资专用账户。

第二,妥善保管开设、使用农民工工资专用账户的资料。

第三,对拨入农民工工资专用账户的人工费用审慎评估。由于该账户的资金只能专项使用,其资金流向为“人工费用——农民工工资专用账户——农民工工资”,而人工费用超出农民工工资的金额部分在项目建设期内处于“锁定”状态。因此,为尽量减少资金占用问题,工程款

中剥离的“人工费用”，既要能涵盖农民工工资，也要适当合理，否则，会挤占材料费等其他工程款，可能导致施工总承包单位在支付下游款项时陷入被动。

《条例》并没有明确“人工费用”的具体界定和计算方法，主管部门会否就此出台实施细则或指导意见，市场主体应给予密切关注。在没有进一步的细则出台前，从施工单位风险防控的角度，我们建议：

(1) 尽量避免“人工费用”的金额或比例过高，如能够争取按照履约过程中上报的相应期间农民工¹工资或适当比例的工程款来确定“人工费用”，对施工单位而言，更有利于减少资金占用。

(2) 在分解“人工费用”条款安排上，一方面，施工单位要考虑是否合理、能否满足农民工工资开支的正常需求；另一方面，还应考虑发生设计变更及工程索赔时，如何处理及安排特定时期可能增加的人工费用。

(3) 对于《条例》施行后的招标类建设项目，如建设单位没有在招标文件中明确人工费用分账机制的，施工单位应在招标澄清环节给予善意提醒或要求予以澄清。

(4) 对于《条例》施行前已签署合同的建设项目，施工单位应与建设单位协商谈判，考虑通

过补充协议等方式，落实与农民工工资专用账户有关的机制，以应对监管要求。

第四，监督建设单位及时拨付人工费用，并在其拒绝拨入时积极采取应对措施。为避免构成欠薪，在源头防控上，施工单位应监督建设单位及时拨付人工费用，具体措施包括：

(1) 与开设专用账户的金融机构达成协议，要求其在建设单位未按时拨付费用时，及时告知施工单位并出具说明。

(2) 与建设单位及时沟通，如双方有其他争议，根据《条例》关于“建设单位不得因争议不按照本条例第二十四条的规定拨付工程款中的人工费用”之要求，建议其搁置争议先行付款。

(3) 如建设单位已开具支付担保，考虑是否适时启动或督促建设单位及时付款。

第二部分\ 工资保证金缴存机制：备而不用的担保方式

《条例》第三十二条规定，“施工总承包单位应当按照有关规定存储工资保证金，专项用于支付为所承包工程提供劳动的农民工被拖欠的工资。工资保证金实行差异化存储办法，对一定

1. 按照《条例》规定，农民工是指“为用人单位提供劳动的农村居民”。

时期内未发生工资拖欠的单位实行减免措施,对发生工资拖欠的单位适当提高存储比例。工资保证金可以用金融机构保函替代。工资保证金的存储比例、存储形式、减免措施等具体办法,由国务院人力资源社会保障行政部门会同有关部门制定。”

工资保证金与农民工工资专用账户的区别在于,前者是一种担保机制,强调“备而不用”;后者是一种收账方式,侧重“常态管理”。根据《条例》上述规定,需要提请施工单位注意的是:

第一,工资保证金采用差异化存储,与施工单位是否发生工资拖欠密切挂钩。

第二,工资保证金可以通过金融机构保函替代,在一定程度上降低资金占用压力。

第三,工资保证金目前在不同地区有不同的监管要求,在统一适用的管理办法出台前,施工单位应了解并遵守项目所在地的具体政策要求。我们注意到,人力资源和社会保障部曾于2017年就《关于进一步完善工程建设领域农民工工资保证金制度的意见》公开征求意见,但该规定并未正式发布,而地方政府的规定根据各地经济发展程度及管理精细化要求,呈现出很大差异。例如,北京市要求采用银行保函方式,施工总承包企业按不少于100万元、专业承包企业和劳务分包企业按不少于50万元的标准开具

²;天津市要求采用现金缴存方式,施工总承包企业的基准数额为100万元,专业承包企业和劳务企业为30万元³;杭州市更是区分了施工企业主项资质等级,采用更为细化的缴存方式⁴。此外,在《条例》正式施行后,全国层面的统一配套制度可能会陆续出台,施工单位也应密切关注有关立法动向。

第三部分\

劳动用工实名登记制:落实到人的管理方法

《条例》第十五条、第二十八条、第五十条非常细致地规定了劳动用工实名制及其配套措施,在用工管理、财务管理、档案管理等方面对施工单位提出了更高的要求。

具体包括:

第一,劳动用工实名制。《条例》要求施工总承包单位或分包单位与所招用的农民工订立劳动合同并进行用工实名登记,否则,相关人员不得进入项目现场施工。

第二,劳资专管员制度。《条例》要求施工总

2. 参见北京市人力资源和社会保障局等八部门《关于印发<北京市工程建设领域农民工工资保证金管理办法>的通知》(京人社监发〔2018〕157号)。

3. 参见天津市原城乡建设委员会《关于进一步完善建筑业企业农民工工资保证金制度的通知》(津建筑〔2016〕506号)。

4. 参见杭州市城乡建设委员会《关于印发<杭州市建设行业农民工工资保证金管理规定>的通知》(杭政函〔2011〕102号)。



承包单位在工程项目部配备劳资专管员,对分包单位劳动用工实施监督管理,掌握施工现场用工、考勤、工资支付等情况,审核分包单位编制的农民工工资支付表,并要求分包单位予以配合。

第三,用工管理及工资支付双台账制度。根据《条例》规定,(1)施工总承包单位及分包单位均应建立**用工管理台账**,并保存至工程完工且工资全部结清后至少3年;(2)用人单位(可能是劳务分包单位)应按照工资支付周期编制**工资支付台账**,且应涵盖“用人单位名称,支付周期,支付日期,支付对象姓名、身份证号码、联系方式,工作时间,应发工资项目及数额,代扣、代

缴、扣除项目和数额,实发工资数额,银行代发工资凭证或者农民工签字”等内容,并至少保存3年;(3)用人单位向农民工支付工资时,应提供农民工本人的工资清单。

第四,责任推定制度。《条例》规定,“农民工与用人单位就拖欠工资存在争议,用人单位应当提供依法由其保存的劳动合同、职工名册、工资支付台账和清单等材料;不提供的,依法承担不利后果。”因施工单位相对于农民工而言处于强势地位,且掌握着工资支付详细资料,该条款类似于举证责任倒置的安排,遵循了劳动法一贯的原则,施工单位作为用人单位,应承担无法提供资料的不利后果。

第四部分\

总包单位工资代发制:支付渠道的层层打通

《条例》第三十一条规定,“工程建设领域推行分包单位农民工工资委托施工总承包单位代发制度。分包单位应当按月考核农民工工作量并编制工资支付表,经农民工本人签字确认后,与当月工程进度等情况一并交施工总承包单位。施工总承包单位根据分包单位编制的工资支付表,通过农民工工资专用账户直接将工资支付到农民工本人的银行账户,并向分包单位提供代发工资凭证。用于支付农民工工资的银行账户所绑定的农民工本人社会保障卡或者银行卡,用人单位或者其他人员不得以任何理由扣押或者变相扣押。”

上述规定确定了总包代发制,是对整个建筑行业支付体系的大变革。如果说农民工工资专用账户解决了工资“放在哪”、劳动用工实名制解决了工资“发给谁”,总包代发制解决的则是“怎么发”。长期以来,农民工作为建筑业最基层的劳动主体,之所以存在讨薪难问题,最大原因在于工资支付链条长、上游主体层层盘剥现象严重,而总包代发制要求施工总承包单位直接代付农民工工资,打通了支付渠道,对解决欠

薪问题可谓釜底抽薪。

虽然《条例》关于总包代发制的态度是“推行”,但从规范管理、降低风险角度,建议施工总承包单位积极采用该制度,并在财务、合约及工程管理层面给予落实,特别是应注意:

第一,施工总承包单位应在顶层设计角度,考虑上下游各类合同关于农民工工资审批及支付时间的衔接,避免因为各环节不配套导致农民工工资无法按时支付。

第二,施工总承包单位应在分包合同或相关协议中明确有关总包代付机制。包括:(1)代付关系的确定;(2)工资审批及支付流程;(3)代发工资凭证的提供及发票开具模式;(4)税务承担;(5)因分包单位工资统计错误、账户绑定错误、不及时上报等原因,导致农民工工资无法按时发放的追偿机制。

第三,施工总承包单位应及时敦促分包单位报送农民工工资支付表,结合工程进度、用工管理台账等进行细致审查。

第四,用于支付农民工工资的账户应绑定农民工本人的社会保障卡或银行卡,施工总承包单位应妥善保管有关支付凭证和银行流水单。

第五,施工总承包单位如与分包单位发生争议,按照《条例》要求,应隔离争议并按规定代发农民工工资。《条例》第三十五条规定,“建设单位与施工总承包单位或者承包单位与分包单

位因工程数量、质量、造价等产生争议的，建设单位不得因争议不按照本条例第二十四条的规定拨付工程款中的人工费用，施工总承包单位也不得因争议不按照规定代发工资。”

第五部分\ 清偿责任直接穿透制：突破合同的相对关系

《条例》第三十条规定，“分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。工程建设项目转包，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。”第三十六条规定，“建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿。施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程，导致拖欠农民工工资的，由施工单位清偿。”

上述规定强化了总承包单位对下的管理及监督责任，总承包单位对分包人资质及农民工工资支付情况不闻不问，或睁一只眼闭一只眼的时代将一去不返，否则，其不但要面临行政层面的责任，导致拖欠工资的，还将承担民事清偿

责任。

根据上述规定，发生以下情形且导致农民工工资被拖欠的，施工单位均需要直接清偿：

(1) 分包单位拖欠农民工工资；(2) 转包；(3) 违法分包给无相应资质的主体；(4) 允许挂靠。

对于后三种情形，我们理解，本质上是针对施工单位的违法行为，此类违法行为很可能导致农民工的用人或用工单位清偿能力有限，故要求施工单位清偿。对此，《条例》发布前已有规范性文件予以规定⁵。我们注意到，司法实践中，部分法院已参照相关规定进行了裁判，如(2019)吉民再204号⁶、(2018)川民申4499号⁷案中，法院基本都秉持从严处理的态度，针对违法分包给无相应资质主体或转包的行为，要求施工单位承担工资清偿的连带责任。《条例》施行后，法院裁判则有了行政法规层面的依据。

对于第一种情形，相当于要求施工总承包单位与分包单位在农民工工资的支付上承担连带责任，这对总承包单位而言，属于非常严格的责任，农民工与用人单位之间的合同关系被突破，可能导致建筑领域农民工工资一旦被拖欠，

5.例如，《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》第三条规定，“(九)落实清偿欠薪责任。……建设单位或施工总承包企业将工程违法发包、转包或违法分包致使拖欠农民工工资的，由建设单位或施工总承包企业依法承担清偿责任。”

《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》第十二条规定，“工程总承包企业不得将工程违法分包、转包给不具备用工主体资格的组织或个人，否则应承担清偿拖欠工资连带责任。”

6. (2019)吉民再204号案中，吉林高院认为，“贺传友明知赵国军不具备承包资质，而将涉诉工程的专业工程和劳务作业一并分包给赵国军，已构成违法分包。依照上述规范性文件规定，贺传友既存在欠付工程款的情形，又具备违法分包情形，故依法应对涉诉工程发生的劳务纠纷承担连带责任。因此，对赵国军欠付的朱云波等农民工劳务报酬，贺传友应当承担连带清偿责任。”

7. (2018)川民申4499号案中，四川高院认为，“本案中，众鑫公司没有资质承建案涉工程，中铁十四局将案涉工程违法转包、分包给众鑫公司，对于违法转包的事实，各方当事人均无异议。依照上述规定，只要存在违法转包的事实，总承包企业就应当对农民工工资承担清偿责任，故二审判令中铁十四局承担连带支付责任并无不当。”



就直接向施工总承包单位索款，施工总承包单位或将被频繁卷入拖欠劳动报酬争议的诉讼⁸。

对此，我们建议施工单位注意以下几点：

第一，随着国家关于转包、挂靠及违法分包监管力度的加强，合法经营、规范管理应是施工企业运行的重中之重。《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》规定了承发包违法行为的认定情形及处罚标准，⁹而随着《条例》的施行，转包、挂靠和无资质分包还将面临农民工工资的直接清偿责任和诉讼风险，施工单位应避免违规行为及其产生的联动效应。

第二，为避免替分包单位拖欠农民工工资买单，施工总承包单位采用总包代发制既是自我保护，也是必然趋势。总包代发制涉及财务、

合约及工程管理等配套机制的设置与落实，施工总承包单位应当在制度设计上重点强化，具体可参考本文第四部分分析。

第三，施工总承包单位在工程管理过程中应注意创造及保留农民工工资代付的证据，一旦出现被农民工诉请欠付工资的情况，通过追加第三人、因果关系抗辩等角度积极应诉。当然，在《条例》规定的直接清偿责任下，有关违法行为和“拖欠农民工工资”之间是否必须具有因果关系、具有何种程度的因果关系，有待司法实践给出进一步的答案，但施工单位仍应提前做好准备工作。

8.《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第三条规定，“劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理。”

9.笔者在《违法承发包 新规可知否——表析〈建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法〉》一文中对承发包违法行为的认定情形及处罚标准进行了梳理，可供读者参考。

第六部分\

停工降级与联合惩戒：法律后果的
威慑效应

就施工单位未履行有关农民工工资支付保障措施的法律后果,《条例》进行了细化规定,现梳理如下表:

序号	违规情形	法律后果	《条例》条款
1	施工总承包单位未按规定开设或者使用农民工工资专用账户	(1) 逾期不改正的:1) 责令项目停工;2) 处5万元-10万元罚款; (2) 情节严重的:限制承接新工程、降低资质等级、吊销资质证书	第五十五条
2	施工总承包单位未按规定存储工资保证金或者未提供金融机构保函		
3	施工总承包单位、分包单位未实行劳动用工实名制管理		
4	施工总承包单位拒不提供或者无法提供工程施工合同、农民工工资专用账户有关资料	逾期不改正的:1) 责令项目停工;2) 处5万元-10万元罚款	第五十七条
5	施工总承包单位未对分包单位劳动用工实施监督管理	逾期不改正的:处5万元-10万元罚款	第五十六条
6	施工总承包单位未实行施工现场维权信息公示制度		
7	分包单位未按月考核农民工工作量、编制工资支付表并经农民工本人签字确认		
8	分包单位未配合施工总承包单位对其劳动用工进行监督管理		
9	分包单位作为用人单位时,未编制工资支付台账并依法保存,或者未向农民工提供工资清单	逾期不改正的:1) 对单位处2万元-5万元罚款;2) 对法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员处1万元-3万元罚款	第五十四条
10	以实物、有价证券等形式代替货币支付农民工工资		
11	扣押或者变相扣押用于支付农民工工资的银		

序号	违规情形	法律后果	《条例》条款
	行账户所绑定的农民工本人社会保障卡或者银行卡		
12	分包单位作为用人单位时,拖欠农民工工资	(1) 由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿 (2) 严重拖欠的,政府部门向社会公布,必要时通过召开新闻发布会等形式向媒体公开曝光 (3) 情节严重或者造成严重不良社会影响的:1) 将该用人单位及其法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单;2) 在政府资金支持、政府采购、招投标、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先、交通出行等方面依法依规予以限制 (4) 涉嫌构成拒不支付劳动报酬罪的:按照有关规定及时移送公安机关审查并作出决定	第三十条 第四十一条 第四十七条 第四十八条

从上表可以看出,施工单位的违规情形,基本覆盖了与农民工工资支付相关的所有环节,且法律后果至少是行政罚款。如关键制度(即本文所述“农民工工资专用账户”、“工资保证金缴存机制”、“劳动用工实名制”)缺失且逾期不改正,还有可能面临被责令停工、限制承接新的项目、资质降级甚至被吊销的风险。

就上表所述“失信联合惩戒”问题,国家发展改革委等30个部委联合出台了《关于对严重拖欠农民工工资用人单位及其有关人员开展联合惩戒的合作备忘录》,规定了具体的联合惩戒措施和实施方式,一旦施工单位被列入行业“黑名单”,将在经营、投融资、取得政府供应土地、

进出口、出入境、注册新公司、工程招投标、政府采购、获得荣誉、安全许可、生产许可、从业任职资格、资质审核等方面受到限制或禁止。

此外,建筑市场上此前就存在包工头收缴农民工银行卡的情况,《条例》明确禁止用人单位或其他人员以任何理由扣押或变相扣押用于支付农民工工资的银行账户所绑定的农民工社保卡或银行卡,一旦施工单位违反规定,同样构成拖欠工资,情节严重的,还可能触发拒不支付劳动报酬罪的刑事处罚。

《条例》及相关规定有关法律责任的设置,反映出我国政府对整治农民工工资拖欠行为的决心和力度,以期形成“不敢欠薪、不愿欠薪”的

社会氛围。

鉴于此,我们建议施工单位做好以下几点:

第一,《条例》规定的施工单位保障农民工工资支付的环节和具体措施应给予充分重视,提前进行整体制度架构并确保落到实处。

第二,对施工总承包单位而言,既要重视与建设单位之间的合同约定,也要重视与专业分包单位、劳务分包单位之间的协议安排,将相关制度贯穿到建设工程上下游,打通经脉,并通过合约架构、担保体系、保险安排等疏散自身风险。

第三,对分包单位而言,应与施工总承包单位积极配合,除本文涉及的工程建设领域相关制度外,如其作为用人单位,还应关注《条例》有关用人单位对劳动者工资管理及清偿的一般性要求。

第四,一旦被认定构成《条例》规定的违规情形或存在违规风险,及时整改并与主管部门充分沟通,尽量避免陷入项目停工、资质降级等被动局面。

综上,《条例》作为专门保护农民工权益的特别立法,以全过程制度建设的要求,切实解决了农民工工资“哪里来”、“放在哪”、“怎么发”、“发给谁”以及拖欠时“向谁要”、“如何罚”的问题,打通了农民工工资支付的各个环节。特别

是,《条例》有关施工总承包单位的代付机制及直接清偿责任,给施工总承包单位提出了新的挑战,也是建设工程领域农民工工资支付体系的新变革。我们希望通过本文的梳理为施工单位提供参考,以便在制度设计、合约规划、工程管理、资金周转、信用体系建设等方面提前安排,适应政策变化,做到有的放矢。 ☞



张炯
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com

财务困境企业的司法拯救路径

作者：许胜锋、庞晓春



席卷全球的新型冠状病毒疫情不仅威胁人们的身体健康和生命安全,同时也给企业正常的经营活动带来了巨大的挑战,并对经济发展形成了猛烈的冲击。尽管政府已出台了诸多纾困政策,大力推进企业的复工复产,但仍有部分企业受疫情这一突发事件影响,陷入现金流断裂、债务压身等财务困境。在中国法律框架下,财务困境企业如何选择拯救路径,在什么情况下可以启动司法拯救程序以及选择何种司法程序最为有效,以下我们将结合笔者近二十年的实务经验以及最新的司法政策和动态进行简要探析。

第一部分\ 财务困境企业债务重组的模式

财务困境企业的拯救主要有两种模式,一种为庭外重组模式,另一种为司法重组模式,以司法是否介入作为主要区别。

(一)庭外重组模式

庭外重组模式尊重当事人意思自治,由当事人自行协商。国际上对于庭外重组探索出了多种模式,包括主要由金融机构主导的“伦敦模式”及其变种——由更多的政府机关参与到债务重组当中的“雅加达模式”。破产管理从业人员国际协会(INSOL)亦就庭外重组制定了八项基础性原则,包括:(1)设定债务暂停期;(2)在暂停期,债权人停止回收或减免债权;(3)在暂停期,债务人不得采取影响债权人预期回报的行为;(4)债权人成立协调委员会统一行动;(5)在

暂停期,债务人应向债权人进行充分的信息披露;(6)债权人确定损失的负担比例;(7)债务重组方案及资产负债经营信息,对非关系人不得公开;(8)追加融资享有优先受偿权。

我国对于庭外重组并无明确的法律规定,实践中多由当事人自行协商。近年来,我国亦在逐渐探索庭外重组的路径,比如银监会对于债务规模较大且具有三家以上银行债权人的财务困境企业,倡导建立金融机构债委会参与到对债务人的拯救中来。

(二)司法重组模式

在我国现行的法律框架下,司法重组的模式主要包括重整与和解。目前我国债务重组的案例主要集中于司法重组,特别是重整程序。中伦作为管理人承办并入选最高人民法院“十大典型案例”的“中核钛白重整案”、“福建安溪铁观音集团暨安溪茶厂重整案”等案件中,困境企

业均通过重整程序，恢复了持续经营和盈利能力，摆脱了财务困境。目前，国内已有60多家上市公司通过重整成功摆脱困境。

(三) 庭外重组和司法重组之对比

庭外重组与司法重组之对比

庭外重组	司法重组
✓ 自主性强，机制灵活	受司法程序限制，程序不可逆
✓ 商誉损害较小	常被误解为等同于破产清算，易影响商誉
✓ 费用较低、时间较短	成本高、耗时长
不能阻却对债务人财产的保全、执行措施	✓ 执行程序中止，财产保全措施解除
不能防止债务金额的进一步扩大	✓ 停止计算债务利息，有效锁定负债
缺乏对抵质押核心资产的法律保护措施	✓ 原则上限制担保物权的行使（重整）
需债权人全部协商一致达成协议，难度大	✓ 分组机制（重整）、表决机制和多数决原则、重整强制批准制度
资产负债清理的透明度不足，影响投资人判断	✓ 资产负债审查清晰，债务概括清理，有利于降低投资人的交易风险及交易成本

如上述比对所示，庭外重组和司法重组各有特点和优势，陷入财务困境的企业可以根据自身的经营特点和债务情况来考虑选择何种债务重组模式。近年来，我国在司法实践中，正在逐步探索把庭外重组与司法重组相结合并取长补短的新型制度——预重整制度。

第二部分\司法重组的法定条件

如前所述，司法重组是一种司法介入情形

下，能有效帮助企业脱困的救济途径。那么困境企业进入司法重组程序要满足什么条件呢？根据《企业破产法》第二条规定，满足以下条件之一，即可适用司法重组，启动重整或者和解程序：(1)

企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务；(2) 企业法人不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力。

“企业法人不能清偿到期债务”，是指企业法人债务的清偿期限已经届至，债权人要求清偿，但作为债务人的企业法人无力清偿。

“资产不足以清偿全部债务”，是指企业法人的资产总和小于其债务总和，即资不抵债，一般要根据企业的资产负债表确定。

“明显缺乏清偿能力”是指企业丧失清偿能力已经显而易见。在此情况下，即使其资产负债

表上的资产可能还略大于负债,也可以启动破产程序清理债务,不一定要等其继续亏损到资不抵债时再启动破产程序,这有助于及时防止损失扩大,对债权人和债务人都更为有利。

另外,对于重整程序的启动,《企业破产法》在以上两种一般破产原因的基础上,规定了更低的适用门槛:“企业法人有明显丧失清偿能力可能的,可以依照本法规定进行重整”。由于建立重整制度的目的主要在于使企业法人能够避免破产、起死回生,因此,企业法人进行重整除了已经具备破产原因外,还包括虽然尚不具备破产原因,但存在丧失清偿能力可能,有可能导致破产的情况。当企业法人出现财务困难,濒临破产时,及时提出重整申请,尽早拯救,有助于提高重整的成功率,更好地发挥重整程序的作用。

第三部分\

司法重组之重整程序

具有现代意义的重整程序起源于19世纪末期的美国。人们从美国第一代“巨型”企业铁路公司的债务重组过程中发现:若企业存续、保留,运营的价值要高于对其资产进行快速变现、清算的价值,那么就有必要对该企业进行拯救,使企业能够恢复经营,同时对债权人也可以有更高的清偿。在此期间,各方利害关系人,如债权人、债务

人、股东以及新的投资人等对企业的重组进行积极协商,并借助法律强制性地调整和平衡各方的利益,对企业进行生产经营上的整顿和债权债务关系上的重组,以使其摆脱困境、恢复生机。

(一)重整申请人

根据《企业破产法》的规定,可以申请重整的主体有三类:债权人、债务人、债务人的股东,申请条件各有不同。

1.债务人可以在两种情况下申请重整:一是当债务人不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力,或者有明显丧失清偿能力可能时,可以直接向人民法院申请重整;二是在债权人申请对债务人进行破产清算的情况下,在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前,债务人为了避免破产倒闭,可以向人民法院申请重整。

2.债权人在债务人不能清偿到期债务时,可以直接向人民法院提出对债务人进行重整的申请。

3.债务人的出资人申请对债务人进行重整,要符合两个条件:一是在债权人申请对债务人进行破产清算的情况下,人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前提出申请;二是出资人的出资额必须是占债务人注册资本十分之一以上。

(二) 重整受理之重整价值识别

重整程序拯救的是具有挽救价值和可能的困境企业,对于明显不具备重整价值以及拯救可能性的企业以及僵尸企业,则应通过破产清算实现市场出清。根据《全国法院破产审判工作会议纪要》(简称“《会议纪要》”)的规定,人民法院在审查重整申请时,会对债务人的重整价值进行识别,主要从债务人的资产状况、技术工艺、生产销售和行业前景等方面研判债务人是否具备重整价值。

(三) 重整受理之审查期限

根据《企业破产法》第十条规定,人民法院应当自收到重整申请之日起十五日内裁定是否受理,有特殊情况需要延长裁定受理期限的,经上一级人民法院批准,可以延长十五日。

这里需要注意的是,根据《会议纪要》的规定,对于债权债务关系复杂、债务规模较大,或者涉及上市公司重整的案件,人民法院在审查重整申请时,可以组织申请人、被申请人听证。债权人、出资人、重整投资人等利害关系人经人民法院准许,也可以参加听证。**听证期间不计入重整申请审查期限。**另外,针对上市公司重整案件的特殊性,最高人民法院于2012年出台了《关于审理上市公司破产重整案件工作座谈会纪要》对受理程序进行特别规定。

(四) 重整程序中的管理模式

人民法院裁定困境企业重整后,面临一个核心问题,就是进入重整程序后由谁处于程序的中心,控制和推进重整进程。国际上对此主要有两种立法例,一种是以英国和我国台湾地区为代表的管理人中心主义,另一种是以美国为代表的债务人中心主义。受传统破产清算理念的影响,我国以管理人管理模式为原则,以债务人自行管理模式为例外。在管理人管理模式下,法院受理重整申请后,指定管理人接管企业并负责制定重整计划草案。

我国《企业破产法》对债务人自行管理的模式留有余地,规定债务人可以向法院申请在管理人的监督下自行管理。在自行管理模式下,企业的财产和经营管理事务由债务人继续管理,重整计划草案亦由债务人负责制定。近年来,各地在实务中逐渐探索债务人自行管理的模式,2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》从批准条件、债务人职责、管理人职责三个方面对债务人自行管理进行了细化,一定程度上反映了司法对于债务人自行管理模式态度上的逐渐开放。(见下页图)

(五) 重整计划草案

重整计划草案需要对重整程序中各个利害关系主体的利益调整和分配予以明确,是各方关

债务人自行管理模式

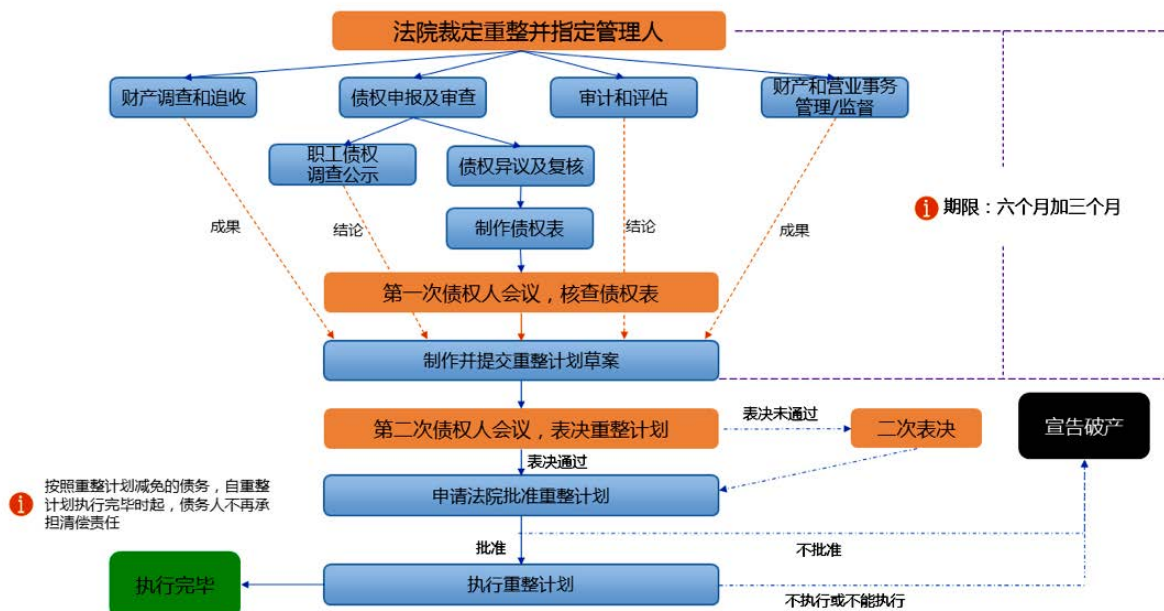
《全国法院民商事审判工作会议纪要》（2019）



注和博弈的核心法律文件。根据《企业破产法》第81条规定，重整计划草案应当包括：(1) 债务人的经营方案；(2) 债权分类方案；(3) 债权调整方案；(4) 债权受偿方案；(5) 重整计划的执行期限；(6) 重整计划执行的监督期限；(7) 有利于债务人重整的其他方案。司法实务中，重整计划草案的核心内容是债务重组方案，如涉及新投资人

引进及原股东股权调整的，出资人权益调整方案也必不可少。从司法政策看，除债务重组外，人民法院在审查重整计划时越来越重视企业重整后持续经营能力和盈利能力的恢复，因此经营方案亦越来越受关注。

(六) 重整流程



第四部分\

司法重组之和解程序

破产和解是民事和解的一种特殊形式。债权人会议以法定多数通过债务人的和解协议，经法院裁定认可后，不同意和解的少数债权人也要受和解决议的约束，被强制接受和解。

和解程序的申请主体，现行法律只限于债务人。债务人可以在出现破产原因时直接向人民法院申请和解，也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。

和解程序不同于重整程序，其效力只及于特定的债权人，主要包括两个方面：其一，和解协议只对无财产担保债权产生约束力，有财产担保债权的行使不受和解程序的影响；其二，和解程序一般不涉及出资人权益的调整。因此，实务中鲜有债务人在启动司法重组时选择适用和解程序。

和解程序具有简便快速清理债权债务关系的功能。《全国法院民商事审判工作会议纪要》对和解程序寄予厚望，提出“注重发挥和解程序简便快速清理债权债务关系的功能，鼓励当事人通过和解程序或者达成自行和解的方式实现各方利益共赢”。最高人民法院3月31日最新发布的《全国法院服务保障疫情防控期间复工复产民商事典型案例（第二批）》中亦包括和解典型案例。

第五部分\

预重整程序

预重整制度起源于美国。传统的重整程序具有周期长、流程复杂、费用昂贵等弊端，同时也会因为重整程序的进行对企业的生产经营、商誉等造成不良影响。因此从上世纪80年代开始，预重整制度开始在美国流行开来，并在21世

差异事项	和解程序	重整程序
有无预先沟通司法制度	无	预重整
申请人	债务人	债权人、债务人及其出资人、特殊类金融监管机构
申请文件	申请时需要提交和解协议草案	申请时无需提交重整计划草案
财产和营业事务管理	管理人管理，无债务人申请自行管理程序	管理人管理，债务人可申请自行管理
有财产担保债权人	不属于和解债权人，法院裁定和解之日即可行使权利	属于重整债权人，其担保优先权原则上暂停行使。九民会议纪要有特殊规定。
无财产担保债权人	和解债权人	重整债权人
出资人	无出资人组	如调整出资人权益，设出资人组
表决程序	无分组表决，由无财产担保债权人表决	分组表决，权利未受实质损害的不表决
二次表决程序	无	有
强制批准程序	无	有
执行程序有无管理人监督	无	有

纪发展到了顶峰。综合美国的破产实践,预重整制度的内涵可以归纳为:重整程序主要的参与者自发地将谈判程序前置司法程序开始之前,达成各方合意之后,再经由后端的司法程序将谈判的成果赋予法律效力。不同于庭外重组,预重整程序中各方利害关系人经多数确认的重组协议将被司法程序确认,从而对所有的利害关系人均产生法律效力。预重整在某种程度上,既避免了司法重组的弊端,又避免了庭外重组因需全体利害关系人同意而陷入谈判僵局的窘境,是将二者完美结合的一种重组程序。

自2017年开始,我国在政策层面开始探索预重整制度的建立,在相关文件中多次提出探索预重整制度。而在司法实践中,各地法院也探索出了多种模式的预重整程序,包括债务人主导的预重整、司法介入的预重整以及行政主导的预重整等。

预重整程序如何有效地与重整程序相衔接,是预重整程序的意义所在也是核心问题。我们以司法介入的预重整为例,分析预重整程序与重整程序衔接的问题。

(一) 债务人财产的保护

各地法院对于预重整阶段债务人财产保护的做法不一。深圳法院规定,可依据管理人申请,裁定对债务人的全部或者部分财产采取保

全措施,合议庭应及时通知执行部门中止对债务人财产执行。北京法院虽未对中止执行进行规定,但其规定可根据临时管理人、债务人、债权人的申请,裁定对债务人的全部或者部分财产采取保全措施。还有部分地方法院则没有对预重整阶段债务人财产的保全和中止执行进行规定。我们认为,司法权的提前介入对于债务人财产的保护和推进各方谈判无疑大有裨益,尽管深圳、北京法院的规定在理论和实务中存有争议,但这类规定对于探索建立预重整制度具有积极意义。

(二) 管理人的沿用

预重整程序作为一个前置谈判程序,管理人的选择极为重要,一个被债权人和债务人均认可的管理人将会大大推进谈判的进程,而且由利害关系人推荐产生管理人亦更为市场化。目前深圳、北京、南京等地法院均允许指定由利益相关方共同推荐的管理人名册内机构为预重整管理人。

同时,由于预重整期间管理人已进行了大量工作,对债权债务、资产等已有深入了解,沿用管理人更有利于推进重整程序。因此,指定预重整管理人为重整管理人已成为多家地方法院的共识。

(三) 重组方案表决效力的司法评判

预重整程序期间,由管理人组织债务人就重组方案与债权人进行沟通,组织债权人对重组方案进行表决。预重整阶段对重组方案的表决效力在重整阶段能否沿用,是预重整程序与重整程序衔接的关键所在。由于预重整制度由司法介入,具有严肃性,因此,对于债权人在预重整程序中对重组方案的表决效力,其有效性应延续至重整程序。

对此,2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》也给予了政策性支持:“法院受理重整申请前,债务人和部分债权人已经达成的有关协议与重整程序中制作的重整计划草案内容一致的,有关债权人对该协议的同意视为对该重整计划草案表决的同意。”

综上所述,我国司法重组路径包括重整、和解和预重整,财务困境企业可以根据不同程序的特点并结合企业自身状况选择最优的路径脱困。一般而言,重整程序适用于资产负债规模较大、债权债务关系复杂的中、大型困境企业,而和解程序则更适用于资产规模小、债务简单的小微企业。对于经营状态良好但陷入财务困境,而债务人与债权人仍具有良好的沟通氛围的企业而言,预重整程序不失为一种更有效率、对企业经营影响最小的选择。

在这样一个特殊时期,我们呼吁债权人能够对因疫情和市场影响出现财务困境的债务人企业多一些理解、多一份宽容,与债务人共克时艰,共同商讨、寻求一条最适合企业、最为有效的重组路径,这既是对各方利害关系人利益的最大化保护,也是对社会经济健康稳定发展的一种贡献。 ☒



许胜锋
合伙人
争议解决部
深圳办公室
+86 755 3325 6833
xushengfeng@zhonglun.com



庞晓春
非权益合伙人
争议解决部
深圳办公室
+86 755 3325 6963
pangxiaochun@zhonglun.com

上市公司股票名称侵权的法律规制 ——中设集团vs中设设计集团案例评析

作者：赵刚、周凡



随着中国证券金融市场的繁荣发展,公司上市发行股票募集资金已经成为一些公司发展壮大的首要目标和最佳发展路径,沪深两市目前已有股票上千只,每只股票都有自己专有的名称和代码。股票名称因其容易识别、记忆、传播的特性,成为上市公司的第一身份标志,对上市公司而言意义重大。正因如此,股票名称成为“傍名牌”的重灾区,一些上市公司为了吸引投资者关注在股票名称上做起了文章。近日,由中伦代理的中国机械设备工程股份有限公司与中设设计集团股份有限公司不正当竞争纠纷案,经过一审、二审、再审程序¹,历时近三年,原告中国机械设备工程股份有限公司获全面胜诉。该案不但是一起典型的字号简称冲突不正当竞争纠纷案,更是国内首例生效判决认定上市企业证券金融市场中使用的“股票名称”构成不正当竞争的案例,相信对规范证券金融市场竞争秩序,具有较强指导意义。

第一部分\ 案情介绍

原告中国机械设备工程股份有限公司成立于上世纪70年代末,并于上世纪90年代根据国家外贸体制改革的要求组建了集团公司“中设集团”。公司成立之后一直使用“中设”、“中设集团”作为企业简称,2000年后经过整合,公司成为集工程总承包(EPC)、工程成套、国际贸易、设计、展览、物流、招标、物业为一体的大型集团企业,并于2011年完成企业改制,2012年在香港交易所上市。被告中设设计集团股份有限公司前身为江苏省交通规划设计院,2011年企业名称变更为江苏省交通设计规划院股份有限公司,2014年在上海证券交易所上市,股票名称为“设计股份”。2016年1月被告开始使用“中设”、“中

设集团”作为企业简称进行宣传,并于2016年6月将企业名称变更为中设设计集团有限公司,2016年9月经上海证券交易所核准被告股票名称由“设计股份”变更为“中设集团”。中国机械设备工程股份有限公司认为中设设计集团股份有限公司更名后企业名称、企业简称、股票名称均构成不正当竞争,遂于2017年起诉维权。

一审法院审理认为,原告经过多年经营、使用和宣传,“中设”、“中设集团”作为企业简称已经与原告建立稳定的关联关系,原告可以主张权利;原被告双方在工程内容及工程行业上经营范围存在大量交叉重合,具有竞争关系;被告变更企业名称,使用与原告企业简称完全相同的字样作为企业简称,并使用“中设集团”作为

1.案件一审案号:(2017)京0102民初25011号;案件二审案号:(2019)京73民终1209号;案件再审案号:(2019)京民申3594号。

股票名称,容易引人误认原被告之间存在关联关系,而股票名称产生的影响范围并不局限于证券市场。因此被告构成不正当竞争。被告不服一审判决,上诉至北京知识产权法院。二审法院经审理,认为一审法院认定事实清楚,适用法律正确,驳回被告上诉,维持原判。被告随即申请再审,再审法院北京市高级人民法院审查后认为,一、二审法院结论正确,被告提起再审申请理由不成立,驳回了被告的再审申请。

第二部分\ 案例评析

经过多年的司法实践,司法领域对企业名称、字号、字号简称之间的不正当竞争争议的认定规则已经相对成熟,但目前司法实践中对于股票名称侵权如何定性尚未形成共识,有部分观点认为,证券金融市场中的股票名称具有特殊性,证券金融市场中的股民是否属于普通的相关公众亦值得商榷,这给权利人维权、肃清市场乱象造成了一定困难。尽管当前有关行政监管机关已经意识到股票名称“傍名牌”问题的严峻性,并出台了相关规范性文件,但股票名称乱象的治理,不能仅依靠行政监管,也需要打通民事维权渠道,给予被“搭便车”的公司以有效的维权手段。因此,本评析将主要讨论上述案件中

股票名称侵权的规制问题,我们的结论是**股票名称侵权完全可以参照我国适用企业简称的法律规定和有关司法实践予以规制。**

首先,从功能、性质的角度分析。我们认为,股票名称是上市公司在证券金融市场中的代称,系对企业名称全称的简化,属于广义的企业名称,与企业简称类似。目前沪深两市(上海证券交易所和深圳证券交易所)股票上千只,每只股票都有自己的唯一的简称和代码,股民通过股票名称和代码区分不同的股票。由于股票名称更加容易识别、记忆、传播,相较于股票代码,股票名称在股市中起着更加重要的识别上市公司身份的作用,股票名称与上市公司一一对应,具有识别功能和来源指向性。2016年上海证券交易所发布的《上市公司变更证券简称业务指引》²第四条规定:“上市公司的证券简称应当全部或部分取自企业全称,由3至4个汉字组成,不得超过8个字符。确有必要使用英文等特殊字符的,应当披露具体理由,不得超过20个字符”。2018年8月29日出台的《全国中小企业股份转让系统挂牌公司证券简称或公司全称变更业务指南》³第二条规定:“变更后的证券简称原则上从公司名称中选取,不得超过八个字符(单字节字符),应避免与全国股转系统和境内交易所已

2.http://www.sse.com.cn/lawandrules/sserules/listing/stock/c/c_20160930_4184653.shtml

3.http://www.neeq.com.cn/important_news/200004480.html

挂牌或上市证券的证券简称重复”。实际上,即使不考虑上述规定,通常情况下企业在上市前已经在企业名称全称和简称上积累了相当程度的商誉,一般而言股票名称会取自企业名称,延续其已经建立的知名度。因此,股票名称多数情况下就是上市公司名称全称的简化,与企业简称的功能、性质基本相同。前述案件中,被告也是先使用了中设集团的企业简称并将企业名称变更为中设设计集团有限公司,而后将中设集团作为其股票名称。

其次,从影响范围和对象的角度分析。我们认为,股票名称的影响范围并不局限于证券金融市场,前述案件中法院对此的认定与我们的基本观点一致。事实上,投资者或者说股民本身具有相关公众的双重身份。一方面,上市公司股票名称的影响范围并不限于证券金融市场,对很多企业而言,上市本身的意义不仅在于获得更多投资,更是彰显强大实力和良好前景的认证,企业以上市公司的身份作为其宣传亮点,可以获得或加强消费者等相关公众群体的更深层次认可,从而助推股票名称的影响范围并不局限于投资市场。另一方面,股民等投资者也不是脱离商品服务市场的特殊的群体,不过是在特殊场景下的一种身份。在股民身份之外,他们在商品服务市场中同样可以具有另一重身份。股民的双重身份主要体现在,他们一方面是证券

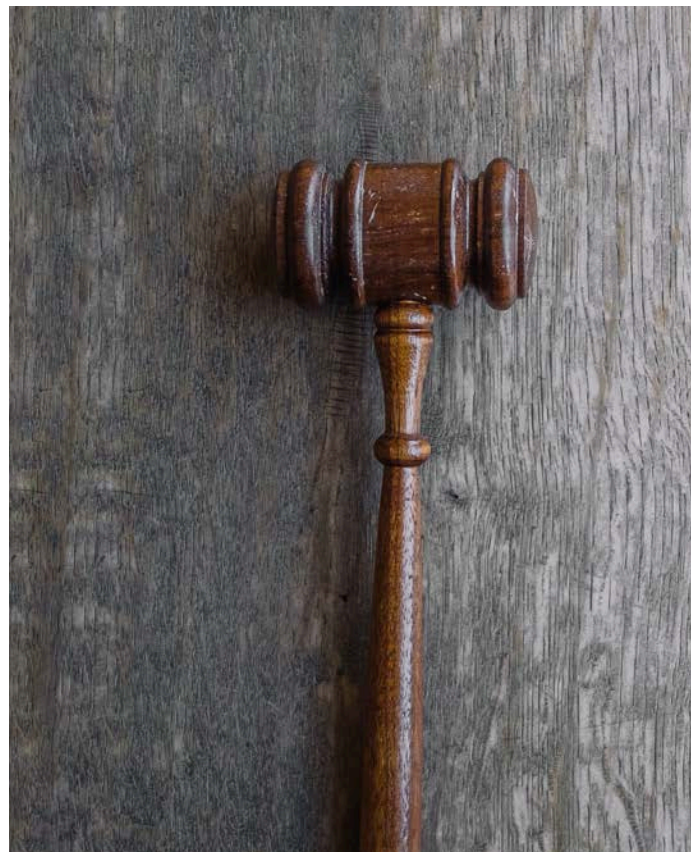
金融市场中的股民,关注的是企业或者说股票,另一方面也可以是相关行业领域的相关公众。而股民对于股票的识别和选择,往往都是基于其作为相关公众在商品服务市场获得的信息和积累的经验。因此,我们认为,股票名称与企业简称的影响范围和对象并没有明显差别。

第三,从行为的目的、效果上分析。我们认为,股票名称“傍名牌”行为的目的和效果同样是造成混淆,而该种混淆具有导致股价上升的可能性,即会为侵权人带来现实利益。以前述案件为例,被告使用与原告企业简称完全相同的“中设集团”作为股票名称,根据在案证据,实际上已经有造成混淆的实例发生。在被告的股吧中,股民询问,究竟原被告谁是谁的子公司,这两家公司有什么渊源吗?另外,根据长江商报的报道,近三年625只股票换名称,A股市场上,曾经靠更名而博取眼球引发股价波动的现象并不鲜见,9月19日晚间,被告公告称,公司证券简称将于当月26日更名为中设集团,股票代码不变,次日设计股份早盘一度冲高涨近3%,截至收盘涨1.13%,此后连续两日上涨。

第四,从我国《反不正当竞争法》维护正当市场竞争秩序、鼓励诚信竞争的核心理念角度分析。我们认为,需要重点考虑有关行为是否违反诚实信用原则、正当商业道德。股票名称与上市公司一一对应,是识别上市公司主体身份的

重要标志。截止至2020年2月,仅上海证券交易所上市公司超过1500家,上市股票超过1600只,深圳证券交易所上市股票超过2200只。面对体量如此庞大的股票市场,股票名称对于中小投资者检索、识别上市公司真实身份至关重要,尤其是股民。上市公司擅自使用他人注册商标、企业名称作为自身股票名称,目的是为了搭他人便车,通过误导股民或相关公众,不正当的获得竞争优势,如吸引投资者、拉动股价上涨、恶意圈钱,是否违反诚实信用原则、正当商业道德不言自明。而这种行为并非个案,目前我国对上市公司股票名称管理的力度尚有不足,存在大量股票名称侵权行为,极大的干扰了股民对于上市公司主体身份的识别,严重扰乱了证券金融市场的管理秩序,阻碍了证券金融市场的健康发展。

最后,我们认为,对相关侵权行为进行司法规制,也符合我国当前证券金融市场管理的需要。《上市公司变更证券简称业务指引》明确要求:证券简称应含义清晰,指向明确,不得利用变更证券简称误导投资者;应具有明显辨识度,不得与已有证券简称过度相似;不得使用过于概括且与公司实际情况不符的区域性、行业性通用名词;不得违反公序良俗。《全国中小企业股份转让系统挂牌公司证券简称或公司全称变更业务指南》也对证券简称变更增加了很多限



制性的条款,主要包括:变更后的证券简称,应与公司主营业务相匹配,不得利用变更证券简称误导投资者,并避免使用过于概括、与公司实际情况不符的区域性、行业性通用名词;变更后的证券简称原则上从公司名称中选取,不得超过八个字符(单字节字符)。由此可见,当前证券金融市场的管理者也在积极采取措施加强对于股票名称的管理,司法实践适用《商标法》或者《反不正当竞争法》对涉及股票名称侵权行为进行规范,也是顺应证券金融市场的管理的要求。及时规范并制止名不符实的上市公司名称和股票名称的出现,可以从一个侧面治

理恶意炒作和上市圈钱的现象,促进我国证券金融市场的健康发展。

综上,我们认为,对于股票名称侵权行为,完全可以参考企业简称相关的法律规定和司法实践进行规制,如擅自使用他人注册商标标识作为股票名称,实质上是一种“突出性使用”方式,可以考虑依据我国《商标法》第五十七条的规定认定为商标侵权;如擅自使用他人知名企业简称作为股票名称,则可以考虑依据我国《反不正当竞争法》第二条或者第六条的相关规定认定为不正当竞争。

第三部分\

律师的建议

互联网经济环境下,证券金融市场已经不再是“小众”、“孤立”的市场,知识产权保护覆盖全行业、全领域是加强知识产权保护司法政策的重要内容,相关企业在有关领域秉持合法竞争尺度尤为重要。这就要求企业在设立或变更字号时,应秉持诚实信用原则,切莫尝试搭他人知名企业字号或者商标商誉便车,尤其是对于有上市需求的企业,如与企业字号关联的股票名称等因构成不正当竞争而被法院判令变更,将对企业信誉造成较大负面影响,亦会导致股票价值波动,得不偿失。对于无意搭他人商誉便

车的企业,未避免“误伤”,上市前应当对包括但不限于企业字号、商标、专利、著作权等核心知识产权资源进行充分的审查,对上市后股票名称的命名亦应当保持充分关注,以尽早发现和评估潜在侵权风险,对他人字号、商标权利进行合理避让,避免上市后被动。而对于权利受到上市企业侵权股票名称等侵害的企业,亦应尽早拿起法律武器,积极、充分搜集关于竞争关系、知名度、涉嫌在金融市场侵权行为层面的证据,维护自身合法权益,避免急于行权导致相关公众混淆的加剧,从而导致自身品牌的淡化。☞



赵刚
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2893
zhaogang@zhonglun.com



特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。