



杭州市律师协会

HANGZHOU LAWYERS ASSOCIATION



# 公司法律资讯

杭州市律师协会公司专业委员会

2023年7月刊

# 目 录

<b>【权威发布】</b> .....	1
一、私募投资基金监督管理条例 .....	1
二、中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见 .....	15
三、国家发展改革委关于进一步抓好抓实促进民间投资工 作努力调动民间投资积极性的通知 .....	23
<b>【典型案例】</b> .....	28
一、吴良好与如皋市金鼎置业有限公司等股东资格确认纠 纷案【公报案例】 .....	28
<b>【推荐阅读】</b> .....	34
一、上市公司董监高违反忠实义务的行政规制.....	34

## 【权威发布】

### 一、私募投资基金监督管理条例

发文机关 国务院                      发文日期 2023年07月03日  
发文字号 国务院令 第762号      施行日期 2023年09月01日  
时效性 尚未生效                      效力级别 行政法规

《私募投资基金监督管理条例》已经2023年6月16日国务院第8次常务会议通过，现予公布，自2023年9月1日起施行。

总理 李强

2023年7月3日

#### 私募投资基金监督管理条例

##### 第一章 总则

**第一条** 为了规范私募投资基金（以下简称私募基金）业务活动，保护投资者以及相关当事人的合法权益，促进私募基金行业规范健康发展，根据《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）、《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律，制定本条例。

**第二条** 在中华人民共和国境内，以非公开方式募集资金，设立投资基金或者以进行投资活动为目的依法设立公司、合伙企业，由私募基金管理人或者普通合伙人管理，为投资者的利益进行投资活动，适用本条例。

**第三条** 国家鼓励私募基金行业规范健康发展，发挥服务实体经济、促进科技创新等功能作用。

从事私募基金业务活动，应当遵循自愿、公平、诚信原则，保护投资者合法权益，不得违反法律、行政法规和国家政策，不得违背公序良俗，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。

私募基金管理人管理、运用私募基金财产，私募基金托管人托管私募基金财产，私募基金服务机构从事私募基金服务业务，应当遵守法律、行政法规规定，恪尽职守，履行诚实守信、谨慎勤勉的义务。

私募基金从业人员应当遵守法律、行政法规规定，恪守职业道德和行为规范，按照规定接受合规和专业能力培训。

**第四条** 私募基金财产独立于私募基金管理人、私募基金托管人的固有财产。私募基金财产的债务由私募基金财产本身承担，但法律另有规定的除外。

投资者按照基金合同、公司章程、合伙协议（以下统称基金合同）约定分配收益和承担风险。

**第五条** 私募基金业务活动的监督管理，应当贯彻党和国家路线方针政策、决策部署。国务院证券监督管理机构依照法律和本条例规定对私募基金业务活动实施监督管理，其派出机构依照授权履行职责。

国家对运用一定比例政府资金发起设立或者参股的私募基金的监督管理另有规定的，从其规定。

**第六条** 国务院证券监督管理机构根据私募基金管理人业务类型、管理资产规模、持续合规情况、风险控制情况和服务投资者能力等，对私募基金管理人实施差异化监督管理，并对创业投资等股权投资、证券投资等不同类型的私募基金实施分类监督管理。

## **第二章 私募基金管理人和私募基金托管人**

**第七条** 私募基金管理人由依法设立的公司或者合伙企业担任。

以合伙企业形式设立的私募基金，资产由普通合伙人管理的，普通合伙人适用本条例关于私募基金管理人的规定。

私募基金管理人的股东、合伙人以及股东、合伙人的控股股东、实际控制人，控股或者实际控制其他私募基金管理人的，应当符合国务院证券监督管理机构的规定。

**第八条** 有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人，不得成为私募基金管理人的控股股东、实际控制人或者普通合伙人：

（一）本条例第九条规定的情形；

（二）因本条例第十四条第一款第三项所列情形被注销登记，自被注销登记之日起未逾 3 年的私募基金管理人，或者为该私募基金管理人的控股股东、实际控制人、普通合伙人；

（三）从事的业务与私募基金管理存在利益冲突；

(四) 有严重不良信用记录尚未修复。

**第九条** 有下列情形之一的，不得担任私募基金管理人的董事、监事、高级管理人员、执行事务合伙人或者委派代表：

(一) 因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚；

(二) 最近 3 年因重大违法违规行为被金融管理部门处以行政处罚；

(三) 对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、高级管理人员、执行事务合伙人或者委派代表，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾 5 年；

(四) 所负债务数额较大，到期未清偿或者被纳入失信被执行人名单；

(五) 因违法行为被开除的基金管理人、基金托管人、证券期货交易所、证券公司、证券登记结算机构、期货公司以及其他机构的从业人员和国家机关工作人员；

(六) 因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员，自被吊销执业证书或者被取消资格之日起未逾 5 年；

(七) 担任因本条例第十四条第一款第三项所列情形被注销登记的私募基金管理人的法定代表人、执行事务合伙人或者委派代表，或者负有责任的高级管理人员，自该私募基金管理人被注销登记之日起未逾 3 年。

**第十条** 私募基金管理人应当依法向国务院证券监督管理机构委托的机构（以下称登记备案机构）报送下列材料，履行登记手续：

(一) 统一社会信用代码；

(二) 公司章程或者合伙协议；

(三) 股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员，普通合伙人、执行事务合伙人或者委派代表的基本信息，股东、实际控制人、合伙人相关受益所有人信息；

(四) 保证报送材料真实、准确、完整和遵守监督管理规定的信用承诺书；

(五) 国务院证券监督管理机构规定的其他材料。

私募基金管理人的控股股东、实际控制人、普通合伙人、执行事务合伙人或

者委派代表等重大事项发生变更的，应当按照规定向登记备案机构履行变更登记手续。

登记备案机构应当公示已办理登记的私募基金管理人相关信息。

未经登记，任何单位或者个人不得使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行投资活动，但法律、行政法规和国家另有规定的除外。

**第十一条** 私募基金管理人应当履行下列职责：

- （一）依法募集资金，办理私募基金备案；
- （二）对所管理的不同私募基金财产分别管理、分别记账，进行投资；
- （三）按照基金合同约定管理私募基金并进行投资，建立有效的风险控制制度；
- （四）按照基金合同约定确定私募基金收益分配方案，向投资者分配收益；
- （五）按照基金合同约定向投资者提供与私募基金管理业务活动相关的信息；
- （六）保存私募基金财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他有关资料；
- （七）国务院证券监督管理机构规定和基金合同约定的其他职责。

以非公开方式募集资金设立投资基金的，私募基金管理人还应当以自己的名义，为私募基金财产利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为。

**第十二条** 私募基金管理人的股东、实际控制人、合伙人不得有下列行为：

- （一）虚假出资、抽逃出资、委托他人或者接受他人委托出资；
- （二）未经股东会或者董事会决议等法定程序擅自干预私募基金管理人的业务活动；
- （三）要求私募基金管理人利用私募基金财产为自己或者他人牟取利益，损害投资者利益；
- （四）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

**第十三条** 私募基金管理人应当持续符合下列要求：

- （一）财务状况良好，具有与业务类型和管理资产规模相适应的运营资金；
- （二）法定代表人、执行事务合伙人或者委派代表、负责投资管理的高级管理人员按照国务院证券监督管理机构规定持有有一定比例的私募基金管理人的股权或者财产份额，但国家另有规定的除外；
- （三）国务院证券监督管理机构规定的其他要求。

**第十四条** 私募基金管理人有下列情形之一的，登记备案机构应当及时注销私募基金管理人登记并予以公示：

- （一）自行申请注销登记；
- （二）依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产；
- （三）因非法集资、非法经营等重大违法行为被追究法律责任；
- （四）登记之日起 12 个月内未备案首只私募基金；
- （五）所管理的私募基金全部清算后，自清算完毕之日起 12 个月内未备案新的私募基金；
- （六）国务院证券监督管理机构规定的其他情形。

登记备案机构注销私募基金管理人登记前，应当通知私募基金管理人清算私募基金财产或者依法将私募基金管理职责转移给其他经登记的私募基金管理人。

**第十五条** 除基金合同另有约定外，私募基金财产应当由私募基金托管人托管。私募基金财产不进行托管的，应当明确保障私募基金财产安全的制度措施和纠纷解决机制。

**第十六条** 私募基金财产进行托管的，私募基金托管人应当依法履行职责。

私募基金托管人应当依法建立托管业务和其他业务的隔离机制，保证私募基金财产的独立和安全。

### 第三章 资金募集和投资运作

**第十七条** 私募基金管理人应当自行募集资金，不得委托他人募集资金，但国务院证券监督管理机构另有规定的除外。

**第十八条** 私募基金应当向合格投资者募集或者转让，单只私募基金的投资者累计不得超过法律规定的人数。私募基金管理人不得采取为单一融资项目设立多只私募基金等方式，突破法律规定的人数限制；不得采取将私募基金份额或者收益权进行拆分转让等方式，降低合格投资者标准。

前款所称合格投资者，是指达到规定的资产规模或者收入水平，并且具备相应的风险识别能力和风险承担能力，其认购金额不低于规定限额的单位和个人。

合格投资者的具体标准由国务院证券监督管理机构规定。

**第十九条** 私募基金管理人应当向投资者充分揭示投资风险，根据投资者的风险识别能力和风险承担能力匹配不同风险等级的私募基金产品。

**第二十条** 私募基金不得向合格投资者以外的单位和个人募集或者转让；不得向为他人代持的投资者募集或者转让；不得通过报刊、电台、电视台、互联网等大众传播媒介，电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单，或者讲座、报告会、分析会等方式向不特定对象宣传推介；不得以虚假、片面、夸大等方式宣传推介；不得以私募基金托管人名义宣传推介；不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。

**第二十一条** 私募基金管理人运用私募基金财产进行投资的，在以私募基金管理人名义开立账户、列入所投资企业股东名册或者持有其他私募基金财产时，应当注明私募基金名称。

**第二十二条** 私募基金管理人应当自私募基金募集完毕之日起 20 个工作日内，向登记备案机构报送下列材料，办理备案：

- （一）基金合同；
- （二）托管协议或者保障私募基金财产安全的制度措施；
- （三）私募基金财产证明文件；
- （四）投资者的基本信息、认购金额、持有基金份额的数量及其受益所有人相关信息；
- （五）国务院证券监督管理机构规定的其他材料。

私募基金应当具有保障基本投资能力和抗风险能力的实缴募集资金规模。登记备案机构根据私募基金的募集资金规模等情况实施分类公示，对募集的资金总额或者投资者人数达到规定标准的，应当向国务院证券监督管理机构报告。

**第二十三条** 国务院证券监督管理机构应当建立健全私募基金监测机制，对私募基金及其投资者份额持有等情况等进行集中监测，具体办法由国务院证券监督管理机构规定。

**第二十四条** 私募基金财产的投资包括买卖股份有限公司股份、有限责任公司股权、债券、基金份额、其他证券及其衍生品种以及符合国务院证券监督管理机构规定的其他投资标的。

私募基金财产不得用于经营或者变相经营资金拆借、贷款等业务。私募基金管理人不得以要求地方人民政府承诺回购本金等方式变相增加政府隐性债务。

**第二十五条** 私募基金的投资层级应当遵守国务院金融管理部门的规定。但



符合国务院证券监督管理机构规定条件，将主要基金财产投资于其他私募基金的私募基金不计入投资层级。

创业投资基金、本条例第五条第二款规定私募基金的投资层级，由国务院有关部门规定。

**第二十六条** 私募基金管理人应当遵循专业化管理原则，聘用具有相应从业经历的高级管理人员负责投资管理、风险控制、合规等工作。

私募基金管理人应当遵循投资者利益优先原则，建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度，防范利益输送和利益冲突。

**第二十七条** 私募基金管理人不得将投资管理职责委托他人行使。

私募基金管理人委托其他机构为私募基金提供证券投资建议服务的，接受委托的机构应当为《证券投资基金法》规定的基金投资顾问机构。

**第二十八条** 私募基金管理人应当建立健全关联交易管理制度，不得以私募基金财产与关联方进行不正当交易或者利益输送，不得通过多层嵌套或者其他方式进行隐瞒。

私募基金管理人运用私募基金财产与自己、投资者、所管理的其他私募基金、其实际控制人控制的其他私募基金管理人管理的私募基金，或者与其有重大利害关系的其他主体进行交易的，应当履行基金合同约定的决策程序，并及时向投资者和私募基金托管人提供相关信息。

**第二十九条** 私募基金管理人应当按照规定聘请会计师事务所对私募基金财产进行审计，向投资者提供审计结果，并报送登记备案机构。

**第三十条** 私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员不得有下列行为：

- （一）将其固有财产或者他人财产混同于私募基金财产；
- （二）利用私募基金财产或者职务便利，为投资者以外的人牟取利益；
- （三）侵占、挪用私募基金财产；
- （四）泄露因职务便利获取的未公开信息，利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的证券、期货交易活动；
- （五）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

**第三十一条** 私募基金管理人在资金募集、投资运作过程中，应当按照国务院证券监督管理机构的规定和基金合同约定，向投资者提供信息。

私募基金财产进行托管的，私募基金管理人应当按照国务院证券监督管理机构的规定和托管协议约定，及时向私募基金托管人提供投资者基本信息、投资标的权属变更证明材料等信息。

**第三十二条** 私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员提供、报送的信息应当真实、准确、完整，不得有下列行为：

- （一）虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；
- （二）对投资业绩进行预测；
- （三）向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益；
- （四）法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

**第三十三条** 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构应当按照国务院证券监督管理机构的规定，向登记备案机构报送私募基金投资运作等信息。登记备案机构应当根据不同私募基金类型，对报送信息的内容、频次等作出规定，并汇总分析私募基金行业情况，向国务院证券监督管理机构报送私募基金行业相关信息。

登记备案机构应当加强风险预警，发现可能存在重大风险的，及时采取措施并向国务院证券监督管理机构报告。

登记备案机构应当对本条第一款规定的信息保密，除法律、行政法规另有规定外，不得对外提供。

**第三十四条** 因私募基金管理人无法正常履行职责或者出现重大风险等情形，导致私募基金无法正常运作、终止的，由基金合同约定或者有关规定确定的其他专业机构，行使更换私募基金管理人、修改或者提前终止基金合同、组织私募基金清算等职权。

#### **第四章 关于创业投资基金的特别规定**

**第三十五条** 本条例所称创业投资基金，是指符合下列条件的私募基金：

- （一）投资范围限于未上市企业，但所投资企业上市后基金所持股份的未转让部分及其配售部分除外；
- （二）基金名称包含“创业投资基金”字样，或者在公司、合伙企业经营范围中包含“从事创业投资活动”字样；
- （三）基金合同体现创业投资策略；

- (四) 不使用杠杆融资，但国家另有规定的除外；
- (五) 基金最低存续期限符合国家有关规定；
- (六) 规定的其他条件。

**第三十六条** 国家对创业投资基金给予政策支持，鼓励和引导其投资成长性、创新性创业企业，鼓励长期资金投资于创业投资基金。

国务院发展改革部门负责组织拟定促进创业投资基金发展的政策措施。国务院证券监督管理机构和国务院发展改革部门建立健全信息和支持政策共享机制，加强创业投资基金监督管理政策和发展政策的协同配合。登记备案机构应当及时向国务院证券监督管理机构和国务院发展改革部门报送与创业投资基金相关的信息。

享受国家政策支持创业投资基金，其投资应当符合国家有关规定。

**第三十七条** 国务院证券监督管理机构对创业投资基金实施区别于其他私募基金的差异化监督管理：

- (一) 优化创业投资基金营商环境，简化登记备案手续；
- (二) 对合法募资、合规投资、诚信经营的创业投资基金在资金募集、投资运作、风险监测、现场检查等方面实施差异化监督管理，减少检查频次；
- (三) 对主要从事长期投资、价值投资、重大科技成果转化的创业投资基金在投资退出等方面提供便利。

**第三十八条** 登记备案机构在登记备案、事项变更等方面对创业投资基金实施区别于其他私募基金的差异化自律管理。

## 第五章 监督管理

**第三十九条** 国务院证券监督管理机构对私募基金业务活动实施监督管理，依法履行下列职责：

- (一) 制定有关私募基金业务活动监督管理的规章、规则；
- (二) 对私募基金管理人、私募基金托管人以及其他机构从事私募基金业务活动进行监督管理，对违法行为进行查处；
- (三) 对登记备案和自律管理活动进行指导、检查和监督；
- (四) 法律、行政法规规定的其他职责。

**第四十条** 国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施：

(一) 对私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构进行现场检查，并要求其报送有关业务资料；

(二) 进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；

(三) 询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；

(四) 查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等资料；

(五) 查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料以及其他有关文件和资料；对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料，可以予以封存；

(六) 依法查询当事人和与被调查事件有关的账户信息；

(七) 法律、行政法规规定的其他措施。

为防范私募基金风险，维护市场秩序，国务院证券监督管理机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施。

**第四十一条** 国务院证券监督管理机构依法进行监督检查或者调查时，监督检查或者调查人员不得少于 2 人，并应当出示执法证件和监督检查、调查通知书或者其他执法文书。对监督检查或者调查中知悉的商业秘密、个人隐私，依法负有保密义务。

被检查、调查的单位和个人应当配合国务院证券监督管理机构依法进行的监督检查或者调查，如实提供有关文件和资料，不得拒绝、阻碍和隐瞒。

**第四十二条** 国务院证券监督管理机构发现私募基金管理人违法违规，或者其内部治理结构和风险控制管理不符合规定的，应当责令限期改正；逾期未改正，或者行为严重危及该私募基金管理人的稳健运行、损害投资者合法权益的，国务院证券监督管理机构可以区别情形，对其采取下列措施：

(一) 责令暂停部分或者全部业务；

(二) 责令更换董事、监事、高级管理人员、执行事务合伙人或者委派代表，或者限制其权利；

(三) 责令负有责任的股东转让股权、负有责任的合伙人转让财产份额，限制负有责任的股东或者合伙人行使权利；

(四) 责令私募基金管理人聘请或者指定第三方机构对私募基金财产进行审

计，相关费用由私募基金管理人承担。

私募基金管理人违法经营或者出现重大风险，严重危害市场秩序、损害投资者利益的，国务院证券监督管理机构除采取前款规定的措施外，还可以对该私募基金管理人采取指定其他机构接管、通知登记备案机构注销登记等措施。

**第四十三条** 国务院证券监督管理机构应当将私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构及其从业人员的诚信信息记入资本市场诚信数据库和全国信用信息共享平台。国务院证券监督管理机构会同国务院有关部门依法建立健全私募基金管理人以及有关责任主体失信联合惩戒制度。

国务院证券监督管理机构会同其他金融管理部门等国务院有关部门和省、自治区、直辖市人民政府建立私募基金监督管理信息共享、统计数据报送和风险处置协作机制。处置风险过程中，有关地方人民政府应当采取有效措施维护社会稳定。

## **第六章 法律责任**

**第四十四条** 未依照本条例第十条规定履行登记手续，使用“基金”或者“基金管理”字样或者近似名称进行投资活动的，责令改正，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处3万元以上30万元以下的罚款。

**第四十五条** 私募基金管理人的股东、实际控制人、合伙人违反本条例第十二条规定的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足100万元的，并处10万元以上100万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

**第四十六条** 私募基金管理人违反本条例第十三条规定的，责令改正；拒不改正的，给予警告或者通报批评，并处10万元以上100万元以下的罚款，责令其停止私募基金业务活动并予以公告。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处3万元以上30万元以下的罚款。

**第四十七条** 违反本条例第十六条第二款规定，私募基金托管人未建立业务隔离机制的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处5万元以上50万元以下

的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第四十八条** 违反本条例第十七条、第十八条、第二十条关于私募基金合格投资者管理和募集方式等规定的，没收违法所得，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第四十九条** 违反本条例第十九条规定，未向投资者充分揭示投资风险，并误导其投资与其风险识别能力和风险承担能力不匹配的私募基金产品的，给予警告或者通报批评，并处 10 万元以上 30 万元以下的罚款；情节严重的，责令其停止私募基金业务活动并予以公告。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 10 万元以下的罚款。

**第五十条** 违反本条例第二十二条第一款规定，私募基金管理人未对募集完毕的私募基金办理备案的，处 10 万元以上 30 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处 3 万元以上 10 万元以下的罚款。

**第五十一条** 违反本条例第二十四条第二款规定，将私募基金财产用于经营或者变相经营资金拆借、贷款等业务，或者要求地方人民政府承诺回购本金的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第五十二条** 违反本条例第二十六条规定，私募基金管理人未聘用具有相应从业经历的高级管理人员负责投资管理、风险控制、合规等工作，或者未建立从业人员投资申报、登记、审查、处置等管理制度的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第五十三条** 违反本条例第二十七条规定，私募基金管理人委托他人行使投资管理职责，或者委托不符合《证券投资基金法》规定的机构提供证券投资建议服务的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者

通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第五十四条** 违反本条例第二十八条规定，私募基金管理人从事关联交易的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第五十五条** 私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员有本条例第三十条所列行为之一的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足 100 万元的，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第五十六条** 私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员未依照本条例规定提供、报送相关信息，或者有本条例第三十二条所列行为之一的，责令改正，给予警告或者通报批评，没收违法所得，并处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

**第五十七条** 私募基金服务机构及其从业人员违反法律、行政法规规定，未恪尽职守、勤勉尽责的，责令改正，给予警告或者通报批评，并处 10 万元以上 30 万元以下的罚款；情节严重的，责令其停止私募基金服务业务。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告或者通报批评，并处 3 万元以上 10 万元以下的罚款。

**第五十八条** 私募基金管理人、私募基金托管人、私募基金服务机构及其从业人员违反本条例或者国务院证券监督管理机构的有关规定，情节严重的，国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券期货市场禁入措施。

拒绝、阻碍国务院证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查、调查职权，由国务院证券监督管理机构责令改正，处 10 万元以上 100 万元以下的罚款；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**第五十九条** 国务院证券监督管理机构、登记备案机构的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊或者利用职务便利索取或者收受他人财物的，依法给予处分；

构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**第六十条** 违反本条例规定和基金合同约定，依法应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、被没收违法所得，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

## **第七章 附则**

**第六十一条** 外商投资私募基金管理人的管理办法，由国务院证券监督管理机构会同国务院有关部门依照外商投资法律、行政法规和本条例制定。

境外机构不得直接向境内投资者募集资金设立私募基金，但国家另有规定的除外。

私募基金管理人在境外开展私募基金业务活动，应当符合国家有关规定。

**第六十二条** 本条例自 2023 年 9 月 1 日起施行。



## 二、中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见

### 中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见

(2023年7月14日)

民营经济是推进中国式现代化的生力军，是高质量发展的重要基础，是推动我国全面建成社会主义现代化强国、实现第二个百年奋斗目标的重要力量。为促进民营经济发展壮大，现提出如下意见。

#### 一、总体要求

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻党的二十大精神，坚持稳中求进工作总基调，完整、准确、全面贯彻新发展理念，加快构建新发展格局，着力推动高质量发展，坚持社会主义市场经济改革方向，坚持“两个毫不动摇”，加快营造市场化、法治化、国际化一流营商环境，优化民营经济发展环境，依法保护民营企业产权和企业家权益，全面构建亲清政商关系，使各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护，引导民营企业通过自身改革发展、合规经营、转型升级不断提升发展质量，促进民营经济做大做优做强，在全面建设社会主义现代化国家新征程中作出积极贡献，在中华民族伟大复兴历史进程中肩负起更大使命、承担起更重责任、发挥出更大作用。

#### 二、持续优化民营经济发展环境

构建高水平社会主义市场经济体制，持续优化稳定公平透明可预期的发展环境，充分激发民营经济生机活力。

(一)持续破除市场准入壁垒。各地区各部门不得以备案、注册、年检、认定、认证、指定、要求设立分公司等形式设定或变相设定准入障碍。清理规范行政审批、许可、备案等政务服务事项的前置条件和审批标准，不得将政务服务事项转为中介服务事项，没有法律法规依据不得在政务服务前要求企业自行检测、检验、认证、鉴定、公证或提供证明等。稳步开展市场准入效能评估，建立市场准入壁垒投诉和处理回应机制，完善典型案例归集和通报制度。

(二)全面落实公平竞争政策制度。强化竞争政策基础地位，健全公平竞争制度框架和政策实施机制，坚持对各类所有制企业一视同仁、平等对待。强化制止滥用行政权力排除限制竞争的反垄断执法。未经公平竞争不得授予经营者特许

经营权，不得限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品和服务。定期推出市场干预行为负面清单，及时清理废除含有地方保护、市场分割、指定交易等妨碍统一市场和公平竞争的政策。优化完善产业政策实施方式，建立涉企优惠政策目录清单并及时向社会公开。

（三）完善社会信用激励约束机制。完善信用信息记录和共享体系，全面推广信用承诺制度，将承诺和履约信息纳入信用记录。发挥信用激励机制作用，提升信用良好企业获得感。完善信用约束机制，依法依规按照失信惩戒措施清单对责任主体实施惩戒。健全失信行为纠正后的信用修复机制，研究出台相关管理办法。完善政府诚信履约机制，建立健全政务失信记录和惩戒制度，将机关、事业单位的违约毁约、拖欠账款、拒不履行司法裁判等失信信息纳入全国信用信息共享平台。

（四）完善市场化重整机制。鼓励民营企业盘活存量资产回收资金。坚持精准识别、分类施策，对陷入财务困境但仍具有发展前景和挽救价值的企业，按照市场化、法治化原则，积极适用破产重整、破产和解程序。推动修订企业破产法并完善配套制度。优化个体工商户转企业相关政策，降低转换成本。

### 三、加大对民营经济政策支持力度

精准制定实施各类支持政策，完善政策执行方式，加强政策协调性，及时回应关切和利益诉求，切实解决实际困难。

（五）完善融资支持政策制度。健全银行、保险、担保、券商等多方共同参与的融资风险市场化分担机制。健全中小微企业和个体工商户信用评级和评价体系，加强涉企信用信息归集，推广“信易贷”等服务模式。支持符合条件的民营中小微企业在债券市场融资，鼓励符合条件的民营企业发行科技创新公司债券，推动民营企业债券融资专项支持计划扩大覆盖面、提升增信力度。支持符合条件的民营企业上市融资和再融资。

（六）完善拖欠账款常态化预防和清理机制。严格执行《保障中小企业款项支付条例》，健全防范化解拖欠中小企业账款长效机制，依法依规加大对责任人的问责处罚力度。机关、事业单位和大型企业不得以内部人员变更，履行内部付款流程，或在合同未作约定情况下以等待竣工验收批复、决算审计等为由，拒绝或延迟支付中小企业和个体工商户款项。建立拖欠账款定期披露、劝告指导、主

动执法制度。强化商业汇票信息披露，完善票据市场信用约束机制。完善拖欠账款投诉处理和信用监督机制，加强对恶意拖欠账款案例的曝光。完善拖欠账款清理与审计、督查、巡视等制度的常态化对接机制。

（七）强化人才和用工需求保障。畅通人才向民营企业流动渠道，健全人事管理、档案管理、社会保障等接续的政策机制。完善民营企业职称评审办法，畅通民营企业职称评审渠道，完善以市场评价为导向的职称评审标准。搭建民营企业、个体工商户用工和劳动者求职信息对接平台。大力推进校企合作、产教融合。推进民营经济产业工人队伍建设，优化职业发展环境。加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障，发挥平台企业在扩大就业方面的作用。

（八）完善支持政策直达快享机制。充分发挥财政资金直达机制作用，推动涉企资金直达快享。加大涉企补贴资金公开力度，接受社会监督。针对民营中小微企业和个体工商户建立支持政策“免申即享”机制，推广告知承诺制，有关部门能够通过公共数据平台提取的材料，不再要求重复提供。

（九）强化政策沟通和预期引导。依法依规履行涉企政策调整程序，根据实际设置合理过渡期。加强直接面向民营企业和个体工商户的政策发布和解读引导。支持各级政府部门邀请优秀企业家开展咨询，在涉企政策、规划、标准的制定和评估等方面充分发挥企业家作用。

#### **四、强化民营经济发展法治保障**

健全对各类所有制经济平等保护的法治环境，为民营经济发展营造良好稳定的预期。

（十）依法保护民营企业产权和企业家权益。防止和纠正利用行政或刑事手段干预经济纠纷，以及执法司法中的地方保护主义。进一步规范涉产权强制性措施，避免超权限、超范围、超数额、超时限查封扣押冻结财产。对不宜查封扣押冻结的经营性涉案财物，在保证侦查活动正常进行的同时，可以允许有关当事人继续合理使用，并采取必要的保值保管措施，最大限度减少侦查办案对正常办公和合法生产经营的影响。完善涉企案件申诉、再审等机制，健全冤错案件有效防范和常态化纠正机制。

（十一）构建民营企业源头防范和治理腐败的体制机制。出台司法解释，依法加大对民营企业工作人员职务侵占、挪用资金、受贿等腐败行为的惩处力度。

健全涉案财物追缴处置机制。深化涉案企业合规改革，推动民营企业合规守法经营。强化民营企业腐败源头治理，引导民营企业建立严格的审计监督体系和财会制度。充分发挥民营企业党组织作用，推动企业加强法治教育，营造诚信廉洁的企业文化氛围。建立多元主体参与的民营企业腐败治理机制。推动建设法治民营企业、清廉民营企业。

（十二）持续完善知识产权保护体系。加大对民营中小微企业原始创新保护力度。严格落实知识产权侵权惩罚性赔偿、行为保全等制度。建立知识产权侵权和行政非诉执行快速处理机制，健全知识产权法院跨区域管辖制度。研究完善商业改进、文化创意等创新成果的知识产权保护办法，严厉打击侵犯商业秘密、仿冒混淆等不正当竞争行为和恶意抢注商标等违法行为。加大对侵犯知识产权违法犯罪行为的刑事打击力度。完善海外知识产权纠纷应对指导机制。

（十三）完善监管执法体系。加强监管标准化规范化建设，依法公开监管标准和规则，增强监管制度和政策的稳定性、可预期性。提高监管公平性、规范性、简约性，杜绝选择性执法和让企业“自证清白”式监管。鼓励跨行政区域按规定联合发布统一监管政策法规及标准规范，开展联动执法。按照教育与处罚相结合原则，推行告知、提醒、劝导等执法方式，对初次违法且危害后果轻微并及时改正的依法不予行政处罚。

（十四）健全涉企收费长效监管机制。持续完善政府定价的涉企收费清单制度，进行常态化公示，接受企业和社会监督。畅通涉企违规收费投诉举报渠道，建立规范的问题线索部门共享和转办机制，综合采取市场监管、行业监管、信用监管等手段实施联合惩戒，公开曝光违规收费典型案例。

## **五、着力推动民营经济实现高质量发展**

引导民营企业践行新发展理念，深刻把握存在的不足和面临的挑战，转变发展方式、调整产业结构、转换增长动力，坚守主业、做强实业，自觉走高质量发展之路。

（十五）引导完善治理结构和管理制度。支持引导民营企业完善法人治理结构、规范股东行为、强化内部监督，实现治理规范、有效制衡、合规经营，鼓励有条件的民营企业建立完善中国特色现代企业制度。依法推动实现企业法人财产与出资人个人或家族财产分离，明晰企业产权结构。研究构建风险评估体系和提

示机制，对严重影响企业运营并可能引发社会稳定风险的情形提前预警。支持民营企业加强风险防范管理，引导建立覆盖企业战略、规划、投融资、市场运营等各个领域的全面风险管理体系，提升质量管理意识和能力。

（十六）支持提升科技创新能力。鼓励民营企业根据国家战略需要和行业发展趋势，持续加大研发投入，开展关键核心技术攻关，按规定积极承担国家重大科技项目。培育一批关键行业民营科技领军企业、专精特新中小企业和创新能力强的中小企业特色产业集群。加大政府采购创新产品力度，发挥首台（套）保险补偿机制作用，支持民营企业创新产品迭代应用。推动不同所有制企业、大中小企业融通创新，开展共性技术联合攻关。完善高等学校、科研院所管理制度和成果转化机制，调动其支持民营中小微企业创新发展积极性，支持民营企业与科研机构合作建立技术研发中心、产业研究院、中试熟化基地、工程研究中心、制造业创新中心等创新平台。支持民营企业加强基础性前沿性研究和成果转化。

（十七）加快推动数字化转型和技术改造。鼓励民营企业开展数字化共性技术研发，参与数据中心、工业互联网等新型基础设施投资建设和应用创新。支持中小企业数字化转型，推动低成本、模块化智能制造设备和系统的推广应用。引导民营企业积极推进标准化建设，提升产品质量水平。支持民营企业加大生产工艺、设备、技术的绿色低碳改造力度，加快发展柔性制造，提升应急扩产转产能力，提升产业链韧性。

（十八）鼓励提高国际竞争力。支持民营企业立足自身实际，积极向核心零部件和高端制成品设计研发等方向延伸；加强品牌建设，提升“中国制造”美誉度。鼓励民营企业拓展海外业务，积极参与共建“一带一路”，有序参与境外项目，在走出去中遵守当地法律法规、履行社会责任。更好指导支持民营企业防范应对贸易保护主义、单边主义、“长臂管辖”等外部挑战。强化部门协同配合，针对民营经济人士海外人身和财产安全，建立防范化解风险协作机制。

（十九）支持参与国家重大战略。鼓励民营企业自主自愿通过扩大吸纳就业、完善工资分配制度等，提升员工享受企业发展成果的水平。支持民营企业到中西部和东北地区投资发展劳动密集型制造业、装备制造业和生态产业，促进革命老区、民族地区加快发展，投入边疆地区建设推进兴边富民。支持民营企业参与推进碳达峰碳中和，提供减碳技术和服

力度，参与碳排放权、用能权交易。支持民营企业参与乡村振兴，推动新型农业经营主体和社会化服务组织发展现代种养业，高质量发展现代农产品加工业，因地制宜发展现代农业服务业，壮大休闲农业、乡村旅游业等特色产业，积极投身“万企兴万村”行动。支持民营企业参与全面加强基础设施建设，引导民营资本参与新型城镇化、交通水利等重大工程和补短板领域建设。

（二十）依法规范和引导民营资本健康发展。健全规范和引导民营资本健康发展的法律制度，为资本设立“红绿灯”，完善资本行为制度规则，集中推出一批“绿灯”投资案例。全面提升资本治理效能，提高资本监管能力和监管体系现代化水平。引导平台经济向开放、创新、赋能方向发展，补齐发展短板弱项，支持平台企业在创造就业、拓展消费、国际竞争中尽显身手，推动平台经济规范健康发展。鼓励民营企业集中精力做强做优主业，提升核心竞争力。

## **六、促进民营经济人士健康成长**

全面贯彻信任、团结、服务、引导、教育的方针，用务实举措稳定人心、鼓舞人心、凝聚人心，引导民营经济人士弘扬企业家精神。

（二十一）健全民营经济人士思想政治建设机制。积极稳妥做好在民营经济代表人士先进分子中发展党员工作。深入开展理想信念教育和社会主义核心价值观教育。教育引导民营经济人士中的党员坚定理想信念，发挥先锋模范作用，坚决执行党的理论和路线方针政策。积极探索创新民营经济领域党建工作方式。

（二十二）培育和弘扬企业家精神。引导民营企业家增强爱国情怀、勇于创新、诚信守法、承担社会责任、拓展国际视野，敢闯敢干，不断激发创新活力和创造潜能。发挥优秀企业家示范带动作用，按规定加大评选表彰力度，在民营经济中大力培育企业家精神，及时总结推广富有中国特色、顺应时代潮流的企业家成长经验。

（二十三）加强民营经济代表人士队伍建设。优化民营经济代表人士队伍结构，健全选人机制，兼顾不同地区、行业和规模企业，适当向战略性新兴产业、高技术产业、先进制造业、现代服务业、现代农业等领域倾斜。规范政治安排，完善相关综合评价体系，稳妥做好推荐优秀民营经济人士作为各级人大代表候选人、政协委员人选工作，发挥工商联在民营经济人士有序政治参与中的主渠道作用。支持民营经济代表人士在国际经济活动和经济组织中发挥更大作用。

（二十四）完善民营经济人士教育培训体系。完善民营经济人士专题培训和学习研讨机制，进一步加大教育培训力度。完善民营中小微企业培训制度，构建多领域多层次、线上线下相结合的培训体系。加强对民营经济人士的梯次培养，建立健全年轻一代民营经济人士传帮带辅导制度，推动事业新老交接和有序传承。

（二十五）全面构建亲清政商关系。把构建亲清政商关系落到实处，党政干部和民营企业家要双向建立亲清统一的新型政商关系。各级领导干部要坦荡真诚同民营企业家接触交往，主动作为、靠前服务，依法依规为民营企业和民营企业家解难题、办实事，守住交往底线，防范廉政风险，做到亲而有度、清而有为。民营企业家要积极主动与各级党委和政府及部门沟通交流，讲真话、说实情、建诤言，洁身自好走正道，遵纪守法办企业，光明正大搞经营。

### **七、持续营造关心促进民营经济发展壮大社会氛围**

引导和支持民营经济履行社会责任，展现良好形象，更好与舆论互动，营造正确认识、充分尊重、积极关心民营经济的良好社会氛围。

（二十六）引导全社会客观正确全面认识民营经济和民营经济人士。加强理论研究和宣传，坚持实事求是、客观公正，把握好正确舆论导向，引导社会正确认识民营经济的重大贡献和重要作用，正确看待民营经济人士通过合法合规经营获得的财富。坚决抵制、及时批驳澄清质疑社会主义基本经济制度、否定和弱化民营经济的错误言论与做法，及时回应关切、打消顾虑。

（二十七）培育尊重民营经济创新创业的舆论环境。加强对优秀企业家先进事迹、加快建设世界一流企业的宣传报道，凝聚崇尚创新创业正能量，增强企业家的荣誉感和社会价值感。营造鼓励创新、宽容失败的舆论环境和时代氛围，对民营经济人士合法经营中出现的失误失败给予理解、宽容、帮助。建立部门协作机制，依法严厉打击以负面舆情为要挟进行勒索等行为，健全相关举报机制，降低企业维权成本。

（二十八）支持民营企业更好履行社会责任。教育引导民营企业自觉担负促进共同富裕的社会责任，在企业内部积极构建和谐劳动关系，推动构建全体员工利益共同体，让企业发展成果更公平惠及全体员工。鼓励引导民营经济人士做发展的实干家和新时代的奉献者，在更高层次上实现个人价值，向全社会展现遵纪守法、遵守社会公德的良好形象，做到富而有责、富而有义、富而有爱。探索建

立民营企业社会责任评价体系和激励机制，引导民营企业踊跃投身光彩事业和公益慈善事业，参与应急救灾，支持国防建设。

## 八、加强组织实施

（二十九）坚持和加强党的领导。坚持党中央对民营经济工作的集中统一领导，把党的领导落实到工作全过程各方面。坚持正确政治方向，建立完善民营经济和民营企业发展工作机制，明确和压实部门责任，加强协同配合，强化央地联动。支持工商联围绕促进民营经济健康发展和民营经济人士健康成长更好发挥作用。

（三十）完善落实激励约束机制。强化已出台政策的督促落实，重点推动促进民营经济发展壮大、产权保护、弘扬企业家精神等政策落实落细，完善评估督导体系。建立健全民营经济投诉维权平台，完善投诉举报保密制度、处理程序和督办考核机制。

（三十一）及时做好总结评估。在与宏观政策取向一致性评估中对涉民营经济政策开展专项评估审查。完善中国营商环境评价体系，健全政策实施效果第三方评价机制。加强民营经济统计监测评估，必要时可研究编制统一规范的民营经济发展指数。不断创新和发展“晋江经验”，及时总结推广各地好经验好做法，对行之有效的经验做法以适当形式予以固化。



### 三、国家发展改革委关于进一步抓好抓实促进民间投资工作努力调动民间投资积极性的通知

#### 国家发展改革委关于进一步抓好抓实促进民间投资 工作努力调动民间投资积极性的通知 发改投资〔2023〕1004号

各省、自治区、直辖市及计划单列市、新疆生产建设兵团发展改革委：

为深入贯彻习近平总书记重要指示精神，落实党中央、国务院决策部署，按照中央经济工作会议和《政府工作报告》要求，进一步深化、实化、细化政策措施，持续增强民间投资意愿和能力，努力调动民间投资积极性，推动民间投资高质量发展，现就有关工作通知如下。

#### 一、明确工作目标，提振民间投资信心

（一）充分认识促进民间投资的重要意义。习近平总书记指出，党中央始终坚持“两个毫不动摇”、“三个没有变”，始终把民营企业和民营企业家当作自己人；要激发民间资本投资活力，鼓励和吸引更多民间资本参与国家重大工程、重点产业链供应链项目建设，为构建新发展格局、推动高质量发展作出更大贡献。我们要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻落实党的二十大精神，按照中央经济工作会议和《政府工作报告》要求，切实做好促进民间投资工作，充分调动民间投资积极性。

（二）明确促进民间投资的工作目标。充分发挥民间投资的重要作用，力争将全国民间投资占固定资产投资的比重保持在合理水平，带动民间投资环境进一步优化、民间投资意愿进一步增强、民间投资活力进一步提升。各省级发展改革委要明确本地区民间投资占比、民间投资中基础设施投资增速的工作目标，分解重点任务，制定具体措施，压实各方责任，推动各项工作落到实处。

#### 二、聚焦重点领域，支持民间资本参与重大项目

（三）明确一批鼓励民间资本参与的重点细分行业。我委将在交通、水利、清洁能源、新型基础设施、先进制造业、现代设施农业等领域中，选择一批市场空间大、发展潜力强、符合国家重大战略和产业政策要求、有利于推动高质量发展的细分行业，鼓励民间资本积极参与；组织梳理相关细分行业的发展规划、产业

政策、投资管理要求、财政金融支持政策等，向社会公开发布，帮助民营企业更好进行投资决策。各省级发展改革委要对照上述细分行业目录，商请本地相关部门补充完善地方有关政策，并加强宣传解读，引导民间投资落地生根。

**（四）全面梳理吸引民间资本项目清单。**各省级发展改革委要从国家重大工程和补短板项目中，认真选取投资回报机制明确、投资收益水平较好、适合向民间资本推介的项目，形成拟向民间资本推介的重大项目清单。要积极组织本地区有关方面，因地制宜选择适合民间资本参与的重点产业链供应链等项目，形成拟向民间资本推介的产业项目清单。要组织梳理完全使用者付费的特许经营项目，形成拟向民间资本推介的特许经营项目清单。

**（五）切实做好民间投资服务对接工作。**各省级发展改革委要在推进有效投资重要项目协调机制中，纳入鼓励民间投资工作机制，明确工作重点，细化支持政策，强化协调联动，加强服务保障。要以上述拟向民间资本推介的重大项目、产业项目、特许经营项目等三类项目清单为基础，通过召开项目推介会等多种方式开展投融资合作对接，公开发布项目基本情况、参与方式、回报机制等信息，做好政策解读、业务对接、条件落实等工作，为项目落地创造条件。有关方面在选择项目投资人、社会资本方或合作单位时，鼓励选择技术水平高、创新能力强、综合实力好的民营企业。

**（六）搭建统一的向民间资本推介项目平台。**我委将依托全国投资项目在线审批监管平台，建立统一的向民间资本推介项目平台，发布项目推介、支持政策等信息，便于民间资本更便捷地获取相关项目信息，吸引更多民间资本参与国家重大工程和补短板项目、重点产业链供应链项目、完全使用者付费的特许经营项目等建设。各地投资项目在线审批监管平台要完善功能、强化服务，及时更新项目清单，动态发布地方政策、推介活动、项目进展等信息，为统一的向民间资本推介项目平台提供更好支撑。

**（七）引导民间投资科学合理决策。**各省级发展改革委要采取多种方式向民营企业宣传解读《企业投资项目可行性研究报告编写参考大纲（2023年版）》，引导民营企业切实重视可行性研究工作，不断提高投资决策的科学性和精准性，实现长期健康可持续发展。鼓励民营企业聚焦实业、做精主业、提升核心竞争力，避免片面追求热点、盲目扩大投资、增加运营风险。引导民营企业量力而行，自

觉强化信用管理，合理控制债务融资规模和比例，避免超出自身能力的高杠杆投资，防止资金链断裂等重大风险。

### 三、健全保障机制，促进民间投资项目落地实施

**（八）建立重点民间投资项目库。**我委将按照标准明确、程序严谨、客观公正的原则，在各省级发展改革委推荐的基础上，经过专业评估，筛选符合条件的民间投资项目，建立全国重点民间投资项目库，加强重点民间投资项目的融资保障和要素保障。各省级发展改革委应分别建立省级重点民间投资项目库，对入库项目加强融资保障和要素保障，并以此为基础向我委推荐重点民间投资项目。

**（九）优化民间投资项目的融资支持。**我委将按照“成熟一批、推荐一批”的思路，向有关金融机构推荐全国重点民间投资项目库项目；有关金融机构按照市场化法治化原则，独立评审、自主决策、自担风险，自主选择符合条件的项目给予金融支持。我委将与有关政策性开发性银行、国有商业银行、股份制银行加强对接，依托全国投资项目在线审批监管平台，适时共享有关民间投资项目前期手续办理情况，以及是否获得中央预算内投资等资金支持信息，引导加大融资支持力度。有关金融机构及时向我委反馈向重点民间投资项目及其他民间投资项目提供银行贷款或股权投资等资金支持情况。各省级发展改革委要参照上述工作机制，主动与银行、保险等金融机构加强对接，积极帮助民间投资项目解决融资困难。

**（十）强化重点民间投资项目的要素保障。**我委将把全国重点民间投资项目库项目纳入国家重大项目用地保障机制，商请自然资源部加大项目用地保障力度；各省级发展改革委要商请本地区自然资源部门，帮助解决本地区重点民间投资项目用地保障问题。各省级发展改革委要主动与自然资源、生态环境等有关部门加强沟通协调，在办理用林用海、环境影响评价、节能等手续时，对民间投资项目一视同仁、平等对待，帮助民间投资项目顺利实施。

**（十一）积极发挥信用信息的支撑作用。**我委将会同有关部门进一步推广“信易贷”模式，以信用信息共享和大数据开发利用为基础，深入挖掘信用信息价值，提升信用支持金融服务实体经济能力水平，提高民间投资融资能力。各省级发展改革委要会同有关部门，在现有地方信用信息共享平台、征信平台、综合金融服务平台等信息系统基础上，进一步统筹建立或完善地方融资信用服务平台，努力减少银企信息不对称，促进信贷资源向民间投资合理配置。

**（十二）鼓励民间投资项目发行基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）。**我委将进一步加大工作力度，推荐更多符合条件的民间投资项目发行基础设施REITs，促进资产类型多样化，进一步拓宽民间投资的投融资渠道，降低企业资产负债率，提升再投资能力。各省级发展改革委要与自然资源、生态环境、住房城乡建设等部门加强沟通协调，重点围绕前期手续完善、产权证书办理、土地使用管理等方面，帮助落实存量资产盘活条件，支持更多的民间投资项目发行基础设施REITs。

#### **四、营造良好环境，促进民间投资健康发展**

**（十三）优化民间投资项目管理流程。**各省级发展改革委要与有关部门密切配合，压缩民间投资项目核准备案、规划许可、施工许可流程，积极探索开展“多评合一、一评多用”的综合评估模式，提高民间投资项目前期工作效率。对民间投资项目探索采取分层供地等创新模式，提高土地供应与使用效率。探索对民间投资项目分栋、分层、分段进行预验收，在保证安全生产的前提下对个别检测耗时较长的验收材料实行容缺受理，探索联合验收模式，压缩竣工验收、不动产登记时间，尽早完成权属登记，帮助民间投资项目尽快具备融资条件。

**（十四）搭建民间投资问题反映和解决渠道。**我委将依托全国投资项目在线审批监管平台，建立民间投资问题反映专栏，收集民间投资遇到的以罚代管、市场准入隐性壁垒、招投标不公正待遇、前期手续办理进展缓慢等重点问题线索。对事实清楚、问题明确的重点线索，将转请有关地方和部门加快推动解决，并将具体落实情况反馈我委，形成问题线索“收集—反馈—解决”的闭环管理机制。我委将明确一批定点联系的民营企业，定期开展民间投资深度问卷调查，畅通直诉路径，更好倾听民营企业呼声。对反映问题集中、解决问题不力的地方，将报请国务院纳入国务院大督查范围。对民间投资遇到的共性问题，将会同或提请有关部门研究提出具体措施，制定或修改政策文件，从制度和法律上把对国企民企平等对待的要求落下来。

**（十五）建立民间投资工作调度评估机制。**我委将建立促进民间投资工作调度评估机制，对明确工作目标、梳理项目清单、公开推介项目、建立工作机制、加强与金融机构对接、做好要素保障、处理反映问题等工作进展，以及民间投资增速、民间投资占比、推介项目数量、吸引金融机构融资支持规模、项目要素保障

力度、民间投资问题解决效率等工作成效，进行每月调度、每季通报、每年评估，压实工作责任。有关情况将以通报等方式印发各省级发展改革委，抄送省级人民政府和国务院有关部门，并适时上报国务院。

**（十六）设立促进民间投资引导专项。**我委将调整设立中央预算内投资专项，每年选择 20 个民间投资增速快、占比高、活力强、措施实的地级市（区）予以支持，由相关地方将专项资金用于符合条件的重点项目建设。我委将制定专项管理办法和评价标准，确保支持措施规范公平落实到位，并将支持名单以适当方式向社会公开，充分调动各地促进民间投资工作的积极性。

**（十七）宣传推广促进民间投资典型经验。**各地要积极探索、大胆尝试，创新方式方法，支持民间投资健康发展。我委将深入挖掘、大力推广各地促进民间投资的好经验好做法，通过召开促进民间投资现场会、举办新闻发布会、印发典型经验案例等多种方式，推动各地互相学习借鉴，不断优化投资环境，为民间投资健康发展创造良好氛围。

各地发展改革部门要按照本通知要求，切实抓好促进民间投资工作，努力营造公平、透明、法治的发展环境，充分调动民间投资积极性，促进民间投资高质量发展。我委将对政策落实情况进行跟踪调研和督促检查，重大事项及时向国务院报告。

国家发展改革委

2023 年 7 月 14 日

## 【典型案例】

### 一、吴良好与如皋市金鼎置业有限公司等股东资格确认纠纷案【公报案例】

审理法院： 最高人民法院

案 号： （2021）最高法民申 1074 号

案 由： 股东资格确认纠纷

裁判日期： 2021 年 06 月 30 日

#### 【裁判要旨】

外商投资企业股权变更登记行为不属于外商投资法第四条所称负面清单管理范围的，当事人以相关法律行为发生在外商投资法实施之前，主张变更登记应征得外商投资企业审批机关同意的，人民法院依照外商投资法规定的“给予国民待遇”和“内外资一致”的原则，不予支持。

### 最高人民法院

#### 民事裁定书

（2021）最高法民申 1074 号

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：如皋市金鼎置业有限公司，住所地江苏省如皋市如城街道解放西路 59 号。

法定代表人：冯学平，该公司董事长。

委托诉讼代理人：杨明宇，福建业博律师事务所律师。

再审申请人（一审第三人）：南通正达房地产开发有限公司，住所地江苏省如皋市如城街道解放西路 59 号。

法定代表人：冯学平，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：杨洁，江苏瀛联律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张峰，江苏瀛联律师事务所律师。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：吴良好。

委托诉讼代理人：徐红兵，江苏如一律师事务所律师。

二审上诉人（一审被告）：叶宏滨。

委托诉讼代理人：杨明宇，福建业博律师事务所律师。

一审第三人：福建涵江大地房地产开发有限公司，住所地福建省莆田市涵江家具装饰材料市场。

法定代表人：陈淑琴。

外商投资企业股权变更登记行为不属于外商投资法第四条所称负面清单管理范围的，当事人以相关法律行为发生在外商投资法实施之前，主张变更登记应征得外商投资企业审批机关同意的，人民法院依照外商投资法规定的“给予国民待遇”和“内外资一致”的原则，不予支持。

再审申请人如皋市金鼎置业有限公司（以下简称金鼎公司）、南通正达房地产开发有限公司（以下简称正达公司）因与被申请人吴良好、二审上诉人叶宏滨、一审第三人福建涵江大地房地产开发有限公司（以下简称大地公司）股东资格确认纠纷一案，不服江苏省高级人民法院（2019）苏民终 1194 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

金鼎公司、正达公司申请再审称，（一）被申请人主张的股权变更登记并未征得外商投资企业审批机关的同意，不符合《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（以下简称《规定（一）》）第十四条第三项有关“征得了外商投资企业审批机关的同意”的规定。（二）一、二审法院没有考虑正达公司的意见，适用法律错误。正达公司于 2018 年 9 月受让叶宏滨的股份，登记成为金鼎公司股东。被申请人与叶宏滨之间为代持股关系，虽然叶宏滨在股东会议纪要中同意被申请人显名并办理股权变更登记，但对包括正达公司在内的其他人没有法律效力。（三）股东会议纪要载明了“以上登记在 2013 年 11 月 15 日前完成”，被申请人提起本案诉讼超过了法律规定的诉讼时效。本案不属于股东资格确认纠纷，而是有关叶宏滨、金鼎公司是否应当履行股权变更登记义务的纠纷。（四）二审判决结果违背正达公司意志，与判决正达公司承担民事责任并无本质区别，二审法院认定正达公司无权提起上诉错误。（五）本案有关事实并未查清，如被申请人是否实际出资、是否履行了与金鼎公司 20% 的股份对应的借款债务等。据此，金鼎公司、正达公司依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二

百条第二项、第六项的规定，请求本院：撤销一、二审判决，改判驳回被申请人的诉讼请求，或者将本案发回重审。

被申请人提交意见称，（一）《中华人民共和国外商投资法》（以下简称外商投资法）第四条第一款规定：“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。”依照该款规定以及外商投资法第二十四条、第二十八条、第二十九条、第三十一条的规定，对于《规定（一）》第十四条第三项的规定，应当理解为并非所有外商投资企业隐名股东的显名变更登记均需要得到外商投资企业审批机关的同意。二审判决后，被申请人已经就案涉股权进行了登记，未被要求办理任何批准手续。（二）被申请人请求确认其持有金鼎公司 20%的股份的股东身份并进行显名登记，无需征得正达公司的同意。1. 在股东会议纪要形成时以及被申请人提起本案诉讼时，正达公司均非金鼎公司的股东；2. 依照权利义务一并转让的原则，正达公司对其所受让股份的原持股股东的承诺，应当承担继续履行的义务；3. 最高人民法院（2017）最高法民申 3988 号民事裁定（以下简称 3988 号裁定）以及二审法院作出的（2016）苏民终 1220 号民事判决（以下简称 1220 号判决）、（2016）苏民终 1463 号民事判决（以下简称 1463 号判决）等生效裁判，均确认被申请人持有金鼎公司股份，正达公司对此是明知和认可的。（三）对案涉股份进行工商变更登记是金鼎公司持续承担的法定义务，不适用诉讼时效的相关规定。被申请人于 2015 年 8 月 18 日通过案外人吴丽萍向叶宏滨发送联系函，要求其在 30 日内履行变更登记义务，叶宏滨进行了回复，构成诉讼时效中断。（四）一、二审法院未判决正达公司承担民事责任，正达公司无权申请再审。

本院经审查，另查明以下与本案争议焦点有关的事实：

金鼎公司为有限责任公司（台港澳与境内合资），经营范围为房地产开发（凭资质经营）。

叶宏滨于 2021 年 4 月 8 日出具《关于如皋市金鼎置业有限公司股权现状情况说明》，载明：“2005 年 9 月，登记股东为叶宏滨 99.9%、大地公司 0.1%；2018 年 10 月 18 日，登记股东为正达公司 66.7%、叶宏滨 33.3%；2021 年 1 月 27 日，登记股东为正达公司 66.7%、叶宏滨 13.3%、被申请人 20%。目前登记在被申请人名下的 20%，是法院判决被申请人显名之后执行过户而来。”



被申请人提交了其通过案外人吴丽萍的邮箱，于 2015 年 8 月 11 日向叶宏滨发送的《联系函》。该函载明：“股东会议纪要已明确了各实际股东的股权比例，且你作为显名股东明确同意办理工商登记变更，将登记在你名下的股份，根据该决议确认的比例转让给各实际所有人或实际所有人成立的全资公司，并在 2013 年 11 月 15 日前完成。”被申请人还提交了金鼎公司、叶宏滨的回函。对于前述证据，金鼎公司、叶宏滨未在本院指定的期限内提出异议或提交相反证据。

本院认为，根据申请再审理由以及被申请人的意见，本案争议焦点是：（一）再审申请人有关案涉股权变更登记应当征得外商投资企业审批机关同意的主张是否成立？（二）再审申请人有关二审法院未考虑正达公司关于案涉股权变更登记的意见，存在错误的主张是否成立？

一、再审申请人有关案涉股权变更登记应当征得外商投资企业审批机关同意的主张是否成立

外商投资法第四条第一、二款规定：“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。前款所称准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所称负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。”外商投资法第二十八条第三款规定：“外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。”第三十一条规定：“外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则，适用《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。”依照《中华人民共和国外商投资法实施条例》（以下简称外商投资法实施条例）第四十八条第一款的规定，香港特别行政区投资者在内地投资，参照外商投资法和外商投资法实施条例执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。

本案中，案涉股东会议纪要确认被申请人享有金鼎公司 20% 的股份，明确了案涉股权变更登记应在 2013 年 11 月 15 日前完成，当时施行的《中华人民共和国中外合资经营企业法》（以下简称中外合资经营企业法）第三条规定：“合营各方签订的合营协议、合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门审查批准。”2016 年修正的中外合资经营企业法第十五条规定：“举办合营企业不涉及国家规

定实施准入特别管理措施的，对本法第三条、第十三条、第十四条规定的审批事项，适用备案管理。”二审法院审理期间，外商投资法、外商投资法实施条例，以及商务部、国家市场监督管理总局制定的《外商投资信息报告办法》于2020年1月1日起施行，对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理以及外商投资信息报告等制度。关于负面清单以外的领域，外商投资法第四条规定了“给予国民待遇”，第二十八条第三款规定：“按照内外资一致的原则实施管理。”

外商投资法、外商投资法实施条例施行后，中外合资经营企业法、《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》及其实施条例或实施细则同时废止。这些已被废止的法律、行政法规中有关审批、备案管理的制度不再实行。因此，虽然相关法律行为发生在外商投资法实施之前，但是涉争外商投资企业的股权变更登记不属于外商投资法第四条所称的负面清单的管理范围的，人民法院应当依照“给予国民待遇”和“内外资一致”的原则，对当事人有关应当征得外商投资企业审批机关同意的主张不予支持。本案中，金鼎公司的经营范围为“房地产开发”，案涉股权变更登记不属于负面清单的管理范围，因此，再审申请人的相关申请再审理由不能成立。

二、再审申请人有关二审法院未考虑正达公司关于案涉股权变更登记的意见，存在错误的主张是否成立

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第二十二条规定：“当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：（一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；（二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。”第二十三条规定：“当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后，公司未根据公司法第三十二条、第三十三条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当事人请求公司履行上述义务的，人民法院应予支持。”本案中，根据股东会议纪要、2013年10月20日的《股权确认书》等证据，能够证明被申请人已实际投资并享有金鼎公司20%的股份。被申请人受叶宏滨的委托主持股东会议，与其他股东共同推荐董事，已实际参与公司经营管理活动，行使股东权利。被申请人于2017年6月26日提起本案诉讼，正达公司于2018年10月18日受让叶宏滨名下的金鼎公司股份，根

据已经生效的 3988 号裁定、1220 号判决、1463 号判决的认定，再审申请人有关二审法院未考虑正达公司意见，存在错误的主张不能成立。

2015 年 8 月，被申请人通过案外人吴丽萍的邮箱发送联系函，要求叶宏滨和金鼎公司依照股东会议纪要办理案涉股权变更登记，再审申请人有关超出诉讼时效的申请再审理由不能成立。正达公司在一审中是没有独立请求权的第三人，案涉股权变更登记不涉及正达公司享有的股权，一审判决也没有判令其承担法律责任，正达公司有关其有权提起上诉的申请再审理由也不能成立。

综上所述，金鼎公司、正达公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回如皋市金鼎置业有限公司、南通正达房地产开发有限公司的再审申请。

审判长 杜微科

审判员 薛贵忠

审判员 汪 军

二〇二一年六月三十日

法官助理 缪 羽

书记员 李 璐

## 【推荐阅读】

### 一、上市公司董监高违反忠实义务的行政规制

作者：中国证券监督管理委员会海南监管局调研组

该文刊登于《人民司法》2023 第 19 期，引用自《人民司法出版社》微信公众号（[https://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MzA5MzY5NDAwNQ==&mid=2650454624&idx=1&sn=5a4e8e0c0541c93af18f1e38533684bc&chksm=8857eb3abf20622c3cb2671ffd2932ffd888d217fae7677938ab734722ff59eb8a07433fa8f3&scene=126&sessionid=1690548692#rd](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MzY5NDAwNQ==&mid=2650454624&idx=1&sn=5a4e8e0c0541c93af18f1e38533684bc&chksm=8857eb3abf20622c3cb2671ffd2932ffd888d217fae7677938ab734722ff59eb8a07433fa8f3&scene=126&sessionid=1690548692#rd)）

#### 目次

- 一、上市公司董监高违反忠实义务现状
- 二、将上市公司董监高违反忠实义务行为纳入行政规制的现实需求
- 三、将上市公司董监高违反忠实义务行为纳入行政规制的理论和实践基础
- 四、有关建议

上市公司董事、监事、高级管理人员（以下简称上市公司董监高）作为关键少数，在促进上市公司高质量发展和维护公众投资者合法权益方面承担着重要责任。近年来，上市公司董监高违反忠实义务，参与或纵容大股东损害上市公司利益的行为时有发生，严重影响上市公司正常运营，损害了广大投资者尤其是中小投资者的合法权益。虽然监管部门多次整治并在日常监管中重点盯防，但上市公司董监高违反忠实义务的问题仍屡禁不绝。究其原因，除公司治理机制不健全、董监高合法合规意识缺乏等公司内部原因外，外部法规体系不完善以致追责失效也是重要方面。笔者从分析现状出发，探讨在证券法规层面完善上市公司董监高违反忠实义务的法律責任，提出有关工作建议。

#### 一、上市公司董监高违反忠实义务现状

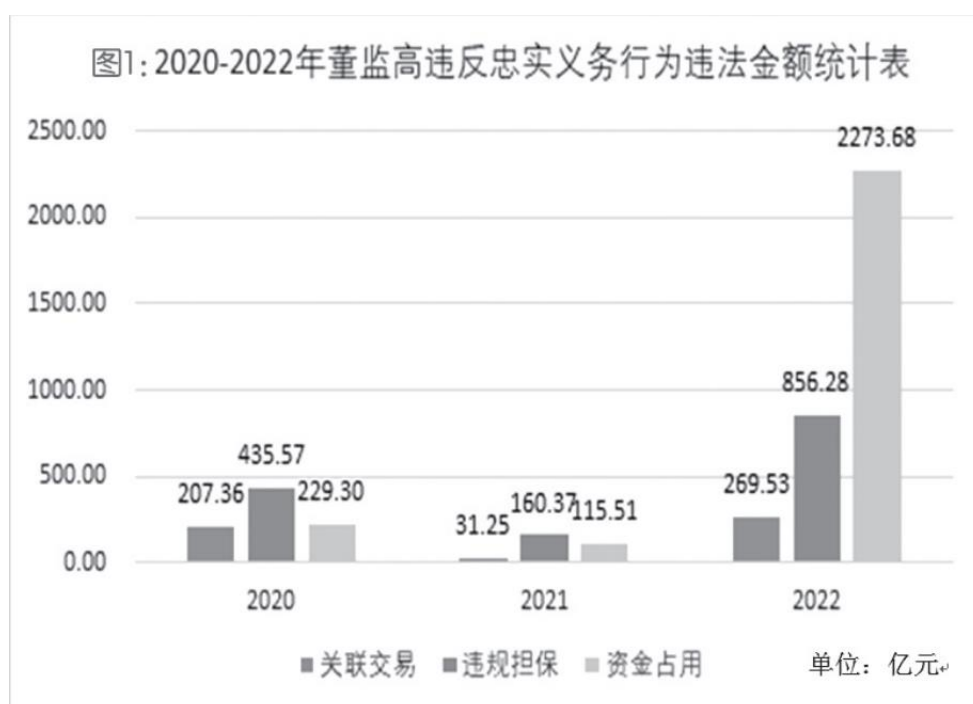
##### （一）上市公司董监高忠实义务概述

忠实义务与勤勉义务常作为信义义务的两类型出现，两者的主要区别在于：

忠实义务主要规制公司与董监高之间的利益冲突关系，是不容突破的底线；勤勉义务主要规制董监高履职尽责的程度，具有一定自由裁量的空间。与勤勉义务相比，违反忠实义务将直接损害公司及股东权益，危害性更大。实践中，违反忠实义务的行为类型主要包括侵占公司财产、同业竞争、自我交易、挪用资金、擅自借款、侵占账册证照、利用公司违规担保、利用公司商业机会、不正当关联交易等。常见的上市公司董监高违反忠实义务行为包括主动或放任资金占用、违规担保、违规关联交易等行为（以下统称违反忠实义务的行为）。上市公司董监高违反忠实义务的行为往往由公司人员内外勾结，涉及主体多、范围广，在执法范围和手段有限的情况下难以及时发现，具有隐蔽性。

## （二）上市公司董监高违反忠实义务行为监管实践

近年来，受市场融资、流动性趋紧等因素影响，部分上市公司大股东因资金周转困难，侵害上市公司利益的行为不断增多，金额明显增加。2020年至2022年期间，证监会及派出机构作出的上市公司信息披露违法行政处罚案件共计275件，涉及违规关联交易未披露、资金占用未披露、违规担保未披露案件数量合计95件，占信息披露违法案件数量的34%，董监高作为上市公司信息披露违法行为直接负责的主管人员或其他直接责任人员承担法律责任681人次，违法金额合计高达4578亿元（见图1）。



从日常接触到的案例来看，有的上市公司被关联方资金占用、为关联方违规担保金额远超过了其自身净资产，对关联企业的股权投资也金额巨大，但相关关联事项在董事会和股东大会审议时，上市公司在任董监高基本无人提出异议。同时，对关联方通过其他方式侵害上市公司利益的行为，上市公司个别董监高也选择了视而不见，最终导致上市公司因资金链断裂濒临破产边缘。虽然经多方努力，相关公司最终通过破产重整基本化解了风险，但有关债权人等利益相关方却付出了惨痛代价。因此，只有上市公司董监高严格履行忠实义务，真实地将外生规制变为内生自我要求，外部监管的有效性才能建立在坚实的基础之上，才能真正防范资金占用、违规担保等违法行为的发生。

## 二、将上市公司董监高违反忠实义务行为纳入行政规制的现实需求

近年来，虽然监管部门多次专项整治，并在日常监管中重点盯防，但上市公司董监高违反忠实义务的问题仍屡禁不绝。从我国现有法律体系、法律规定和实践案例来看，有必要将上市公司董监高违反忠实义务行为纳入行政规制。

### （一）民刑法律虽有规定，但施行效果不理想

我国民刑法律层面皆对董监高忠实义务有所规定。在民商法层面，公司法第一百四十七条概述了董监高对公司负有忠实勤勉义务，第一百四十八条列举了董监高违反公司忠实义务的行为类型。在刑法层面，刑法第一百六十九条之一“背信损害上市公司利益罪”在概括性规定之后列举了6项背信损害上市公司利益的行为类型。但在实践中，民事赔偿诉讼和刑事案例数量都极少。截至2023年1月9日，通过威科先行法律数据库检索，以损害公司利益责任纠纷为案由的民事判决书共2866件，涉及公众公司的案件仅2起（引力传媒诉公司高管陈某案和金易通诉公司高管李某、孙某案），且均以公司败诉告终。而自2006年设立背信损害上市公司利益罪以来，仅有6个案件最终判处罪名成立。

民刑案件之所以落地难，是因为普遍存在举证难的实践困境。民事追责中，上市公司董监高往往具有绝对信息优势，有权代表公司起诉的主体人员则缺乏相应的调查手段，难以证明董监高实施了损害公司利益的行为，导致民事追偿难以启动。刑事案件中，证券执法部门的调查取证主要围绕信息披露违法展开，与背信损害上市公司利益罪构成要件不一致，导致刑事案件移送率偏低。待公安机关再调查补证时，又可能出现相关人员已销毁证据而使侦查工作受阻的情况，以致

案件推进举步维艰。同时，刑法规定构成背信损害上市公司利益罪必须造成实际的危害后果，实践中往往会因相关当事人补救而无要件支撑。

而从中国资本市场实践来看，行政部门前期的调查执法有助于促进民事赔偿和刑事追责的有效落地。一来在虚假陈述侵权民事赔偿中，如果证券监管部门对上市公司出具相关处罚决定，则可以为投资者维护权益提供更多证据支持，减少虚假陈述民事诉讼前置程序取消后投资者提起民事诉讼可能面临的举证压力，增加投资者维权信心；二来与资本市场相关的犯罪行为一般在证券行政法律层面均有规定，实践中一般由证券执法部门向司法部门移送线索，以先期固化证据。

此外，上市公司董监高违反忠实义务的行为在民事、刑事规制层面均有规定，唯独缺少行政规制，在一定程度上也导致了法律体系有断层、不协调。

（二）行政层面以信息披露规则来追责违反忠实义务的行为，精准性、有效性不足

证券监管对上市公司董监高忠实义务的规定主要是公司治理类规定。如《上市公司治理准则》第四条对上市公司董监高忠实义务有概括性规定，国务院《关于进一步提高上市公司质量的意见》“二、提高上市公司治理水平”中也对上市公司董监高忠实义务及资金占用、违规担保有禁止性的规定。但这些规定没有相对应的罚则，因而现实中对董监高违反忠实义务的行为只能退而套用信息披露违法追责。实际上，董监高忠实义务与信息披露责任虽有联系，但却是两种不同的责任，以信息披露违法责任追究董监高违反忠实义务的行为，自然存在困难和不足。

一是从责任主体来看，信息披露违法的责任主体首先是上市公司，其次是相关董监高个人，而违反忠实义务的责任主体则限缩在董监高个人，上市公司本身成了利益受损者。若以信息披露违法来追责违反忠实义务的行为，将导致责任主体扩大至上市公司，公司会因承担法律责任而付出成本，进而进一步损害本已受损的公司及中小股东利益。

二是从违法行为来看，实践中已经出现因在定期报告中披露了资金占用信息而无法以信息披露违法来追究责任的个案。若监管部门始终对这类行为缺乏查处依据，追责力度有限，将在市场上形成严重负面示范效应。

三是从惩戒力度来看，董监高违反忠实义务行为主观恶性明显高于信息披露

过失违法行为，如果仅以信息披露违法进行处理，将有违过罚相当原则，会导致惩戒力度不足，警示作用有限。

### 三、将上市公司董监高违反忠实义务行为纳入行政规制的理论和实践基础

#### （一）理论基础

忠实义务是指董监高受公司委托，为维护公司整体利益而履行职责，以保全公司财产和利益不受侵害。关于董监高信义义务属性是公还是私，有一场影响至今的“贝利—多德论战”。1932年 Berle 教授与 Dodd 教授有一场关于董事责任属性的争论，尽管两人都认同董事是受托人，但两人的分歧主要在于尽责对象：Berle 教授认为公司是私有化机制，董事只对其股东负责；而 Dodd 教授认为公司是一个公共性的机制，董事不仅对股东负责，还应当包括雇员、债权人和消费者等。后来两人交换意见后，都承认对方赢得了论战。

一般来说，忠实义务属于私法调节领域。如美国等国家法律一般支持股东从违反信义义务的角度，通过民商事侵权法对董监高违反忠实义务的行为追究法律责任。但现在部分国家的法律已逐步关注到公众公司的社会角色和属性，并对董事等人员履职实施一定的干预。例如，《澳大利亚证券和投资委员会法》第 1(2) 条规定澳大利亚证监会（ASIC）除了是证券监管机构，还是公司监管机构，其职责目标之一是确保公司董事及高级管理人员诚实、勤勉地履行职责，并为公司的最佳利益着想。根据澳大利亚公司法第 181 条和第 1317E 条规定，若董事/人员未能诚实行事或为适当的目的行事，澳大利亚证监会（ASIC）就有权向法院申请对董事/人员违反忠实义务的行为执行处罚规定，法院可命令董事/人员支付罚款，取消人员一段时间的管理资格，赔偿被侵权人所遭受的损害。

上市公司作为一类特殊主体，股权分散，高度涉众，具有公共性质，一旦上市公司董监高纵容或参与违反忠实义务损害公司利益的活动，其行为将产生负外部性乃至引发系统性风险，这不仅会侵害公司利益，还会侵害广大中小股东的利益，甚至会对资本市场公共秩序造成重大影响。这在我国以中小投资者为主的资本市场中表现尤为明显。因此，在我国当前民商事侵权法规、民事救济途径还不完善的情况下，从维护资本市场公共秩序、维护广大投资者合法权益角度出发，对董监高的忠实义务，不能仅限于私法自治，需要公法与监管机构介入，通过行政层面法律规制，对董监高课以更严格的法律责任，才能督促董监高真正站在维



护上市公司及广大中小股东利益角度履行受托责任，同时解决民事诉讼举证难的问题，降低投资者民事诉讼维权的举证成本，打通民事追责通道，从根源上解决董监高违反忠实义务频发的问题。

## （二）实践基础

结合司法现状和监管实践，在行政法规层面明确引入董监高忠实义务并赋予其行政责任已相对成熟。主要基于以下 3 点原因：一是民刑法律对违反忠实义务的法律 responsibility 规定明晰，行政规制时可以兼收并蓄，强化落实。二是民刑法律对违反忠实义务的行为类型界定清楚，并有相关判例，为总结行政领域违反忠实义务行为类型和特征提供了基础。三是违反忠实义务的监管实践已积累相当经验，证券监管部门近年来加大了对资金占用、违规担保等行为的查处力度，对董监高违反忠实义务行为的调查取证已驾轻就熟。虽然信息披露违法和违反忠实义务认定存在不同，但相较信息披露违法行为，证明董监高是否从事违反忠实义务的行为反而更加直接简单。

## 四、有关建议

通过发挥行政责任既具主动性又相对灵活的特点，可以有效弥补民事和刑事追责效果的不足，有助于进一步解决违反忠实义务屡禁不止的问题。笔者将从认定标准、法律责任、法律体系、综合治理 4 个方面，对完善上市公司董监高违反忠实义务行政法律责任规制提出建议。

### （一）明确认定标准

1. 明确行为类型。忠实义务的核心定义为上市公司董监高不得利用在上市公司的职权，谋取个人或者他人利益，侵害上市公司利益。鉴于行政法层面所规制的违反忠实义务的行为，其危害性应介于公司法和刑法之间，因此在对违反忠实义务的行政规制中，不宜在条文中直接引用公司法和刑法的规定，而应结合行政执法实践中资金占用、违规担保、不公允关联交易等常见行为特征予以规制。

2. 将结果犯调整为行为犯。在背信损害上市公司利益罪中，强调致使上市公司利益遭受重大损失，导致实践中董监高在公安机关立案前弥补损失、逃避追责的情况十分普遍。考虑到行政责任强度弱于刑事责任，在具体责任构成要件门槛上也应低于刑事规范要求，笔者建议考虑在行政规制中将违反忠实义务定为行为犯，即只要董监高从事了损害上市公司利益的行为，无论上市公司是否因后续的

情况遭受现实损失，董监高都应承担行政法律责任，进而有效发挥法律的震慑作用。当然，如果董监高在违法行为之后弥补损失、消除影响，可以考虑从轻或减轻处罚。

## （二）完善法律责任

1. 精细区分董监高责任。董监高在公司内部权责不完全一致，其所承担的法律风险也应有所区别。在实践中，上市公司主要参与违反忠实义务行为的人员一般限于董事长、总经理、财务总监、董秘等核心人员，其他董监高有可能参与程度不深，甚至完全不知情。在进行规制时，应根据董监高的职责分工、履职情况、在违反忠实义务行为中所起的作用、知情程度精细区分董监高承担的责任，做到过罚相当。

2. 细化法律责任幅度。对董监高违反忠实义务行为追究行政责任，惩戒幅度应按照违法金额的大小、主观恶性、风险程度等角度予以划分，对于配合调查的当事人可以从轻、减轻量罚；如进一步发现上市公司存在未披露事项，可对上市公司以信息披露违法进行追责，并将相关董监高作为责任人员追究其信息披露违法责任人员的责任。

3. 充分发挥当事人承诺制度的作用。在证券行政执法中增加对上市公司董监高违反忠实义务行为的惩处，意味着对证券执法资源的要求提高。因上市公司董监高违反忠实义务的行为往往具有隐蔽性，为使上市公司董监高违反忠实义务的行为在行政资源有限的情况下得到应有的制裁，有必要进一步发挥证券期货行政执法当事人承诺的制度价值，通过当事人承诺制度化解资本市场执法面临的查处难与市场要求的查处快之间的矛盾，当事人缴纳的承诺金可用于快速赔偿投资者损失。

## （三）完善法律体系

1. 补足行政责任法律依据。鉴于近期公司法二审稿已完成征求意见，《上市公司监督管理条例》处于起草阶段，在立法模式上可分两步走：短期内《上市公司监督管理条例》可将董监高违反忠实义务纳入证券行政执法体系；长期可考虑在公司法设立上市公司专章，明确上市公司董监高的忠实义务及违反义务的行政法律后果。

2. 构筑立体化追责体系。将上市公司董监高忠实义务的行政责任作为民事责

任和刑事责任的纽带，弥补刑事与民事责任之间的立法断层。民事层面，投资者可以依据行政机关查实的董监高违反忠实义务行为向董监高追究赔偿责任，进一步激活特别股东代表诉讼等维权机制；刑事层面，行政监管部门依法将涉嫌背信损害上市公司利益罪的行为移送公安机关，提高成案率。通过健全多层次、体系化、系统化的法律责任追究体系，体现执法的精准性和有效性。

#### （四）运用综合手段推动强化董监高忠实义务

1. 平衡好上市公司内部治理与外部治理的关系。外部监管的有效性是建立在上市公司有效的内部治理基础之上的。在发现公司治理失效的情况下，可以适度的外部治理手段介入，确保公司治理的有效性。例如可通过进一步发挥中证中小投资者服务中心等公益机构和相关地方政府风险处置的作用，实现早发现早校正。

2. 以市场化机制强化董监高忠实责任。在当今监管趋严的背景下，有必要借鉴成熟市场经验，创造更多市场化机制，以平衡中小股东、董事以及上市公司等各方权益。例如支持机构投资者更加积极主动参与上市公司治理，促使上市公司完善治理结构；鼓励董监高购买董责险，建立董监高尽职免责机制，为董监高积极履职提供保障。