



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2015 年第 7 期 (总第 100 期)

■ ■ 新法评述

- 1、千呼万唤始出来：中国互联网金融的“宪法”来了
- 2、工信部 196 号通告助力红筹电商企业回归境内资本市场
- 3、《互联网广告监督管理暂行办法（征求意见稿）》简述



1、千呼万唤始出来：中国互联网金融的“宪法”来了(作者：宛俊)

我们的政府部门继续延续着周末放大招的节奏，于2015年7月18日正式公布了中国互联网金融有史以来最高层级、最正式、最全面的指导意见《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发[2015]221号，以下简称“指导意见”)。虽然之前，媒体已经得到消息，指导意见已获国务院批准很快就会推出，没有想到的是这次的指导意见竟然如此重磅，由中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、国家工商总局、国务院法制办、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、国家互联网信息办公室十部委联合公布，由此可见国家层面对于互联网金融的高度重视。指导意见的出台宣告互联网金融结束野蛮生长，正式进入监管时代。

1) 指导意见传达的核心讯息

指导意见传达了中央层面对于互联网金融的如下核心讯息，充分表明了对于互联网金融的战略支持：

- (1) 在合法合规的前提下，积极鼓励互联网金融平台、产品和服务创新，激发市场活力。
- (2) 互联网金融本质是为了更好的满足中小微企业和个人投融资需求，属于普惠金融范畴。
- (3) 鼓励传统金融结构和互联网企业相互合作，优势互补，鼓励传统金融机构开展业务和产品创新。
- (4) 支持社会资本投资互联网金融企业，同时鼓励互联网金融企业在境内资本市场上市融资，并鼓励银行业金融机构为初创期互联网金融企业提供金融政策。
- (5) 政府各部门应为互联网金融企业提供高效优质服务。
- (6) 财税政策上会逐渐明确，并在公平原则下，提供优惠政策。
- (7) 允许互联网金融平台接入金融信用基础数据库，并申请征信业务许可。
- (8) 在具体监管职责划分上，人民银行负责互联网支付业务的监督管理；银监会负责包括个体网络借贷和网络小额贷款在内的网络借贷以及互联网信托和互联网消费金融的监督管理；证监会负责股权众筹融资和互联网基金销售的监督管理；保监会负责互联网保险的监督管理。
- (9) 加强互联网金融行业自律，人民银行会同有关部门组建中国互联网金融协会，充分发挥行业自律机制。

2) 互联网金融的“法律”红线

虽然指导意见只是纲领性监管，具体的监管细则还留待各部委另行规定，但还是给各业务类型的互联网金融平台画出了一些“法律”红线，这些也势必成为各监管细则制定的准绳。

- 互联网金融业务需按规定履行相关金融监管程序并向电信主管部门履行网站备案手续。

- 这意味着互联网金融业务很有可能进入“牌照时代”，当然具体要求有待各个负责部委的细则规定。
- 互联网金融平台应当对客户进行充分的信息披露，及时向投资者公布其经营活动和财务状况的相关信息，向各参与方详细说明交易模式、参与方的权利和义务，并进行充分的风险提示。详细的信息披露变成了强制性要求。
- 互联网金融平台上的客户被定义成金融消费者，互联网金融平台需建立消费者保护制度。
- 互联网金融平台应当切实提升技术安全水平，妥善保管客户资料和交易信息，不得非法买卖、泄露客户个人信息。这意味着互联网金融平台需要承担客户资料和信息保密义务，否则可能需要承担法律责任。
- 互联网金融平台需要采取有效措施识别客户身份，主动监测并报告可疑交易，妥善保存客户资料和交易记录，履行反洗钱义务。这意味着互联网金融平台成为了《中华人民共和国反洗钱法》中规定的“履行反洗钱义务的特定非金融机构”。
- 从事互联网支付要向客户充分披露服务信息，清晰地提示业务风险，不得夸大支付服务中介的性质和职能。
- 个体网络借贷机构要明确信息中介性质，主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务，不得提供增信服务，不得非法集资。
- 股权众筹融资必须通过股权众筹融资中介机构平台（互联网网站或其他类似的电子媒介）进行。股权众筹融资方应为小微企业，大中型企业不得进行股权众筹。投资者应有准入标准，并且投资应为小额投资。
- 互联网基金销售通过其他活动为投资人提供收益的，应当对收益构成、先决条件、适用情形等列示清楚，不得与基金产品收益混同，即如为活动补贴的额外收入应予以明确。
- 保险公司通过互联网销售保险产品，不得进行不实陈述、片面或夸大宣传过往业绩、违规承诺收益或者承担损失等误导性描述。
- 信托公司通过互联网进行产品销售及开展其他信托业务的，仍然要遵守合格投资者等监管规定。

3) 指导意见留待解决的问题

尽管指导意见是高屋建瓴的原则性规定，依然留有一些不明之处，有待政府部门的进一步解释和说明：

- (1) 目前市场主流的网贷平台有大量结构化金融产品(如融资租赁或保理的收益权转让等)，明显不属于指导意见中对于“网络借贷”的定义，这部分业务和产品将如何对待？
- (2) 指导意见要求个体网络借贷中互联网金融平台不得提供增信服务，如果通过平台关联的

担保公司或者其他第三方机构提供保证或者担保是否违反“不得提供增信服务”的要求？

- (3) 指导意见只提到了股权众筹融资，但目前市场上的众筹平台还有产品众筹和收益权众筹两种主流众筹产品，监管将如何对待？
- (4) 指导意见提出“除另有规定外，从业机构应当选择符合条件的银行业金融机构作为资金存管机构，对客户资金进行管理和监督，实现客户资金与从业机构自身资金分账管理”，而目前市场上大多数互联网金融平台采用的是第三方支付机构进行资金存管或托管，银行存管无论从费用角度还是便利角度对于绝大多数平台而言都是不能承受之重，该问题如何解决以及指导意见中规定“银行存管”的内涵是什么？

总而言之，指导意见的出台是中国政府第一次从中央政策的高度肯定基于互联网的金融创新，系统勾勒了行政服务、税收、法律等基础构架层面的支持与鼓励举措，后续各部委的细则将会陆续出台，我们也会持续予以关注。

2、工信部 196 号通告助力红筹电商企业回归境内资本市场(作者：张蕾、杨莹、薛冰、戴文斯)

2015 年 6 月 19 日，工业和信息化部（“工信部”）发布了《工业和信息化部关于放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）外资股比限制的通告》（工信部通[2015]196 号）（“196 号通告”），在全国范围内放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）的外资股比限制，外资持股比例可至 100%。

在红筹回归境内资本市场的浪潮下，196 号通告一经发布立即引发了业内热议，其中不乏有业界观点认为 196 号通告为互联网企业的 VIE 回归境内资本市场扫清了障碍。对此，我们认为应当保持谨慎的乐观；也许这个文件反映出监管层会更加开放和务实的积极方向，但一个仅仅针对电商行业的外资开放文件还不能解读为对红筹回归和 VIE 整体调整有决定性的影响。我们相信业界在欢欣鼓舞的同时，对 196 号通告及其对红筹电商企业的影响仍有诸多困惑，我们将通过对 196 号通告的剖析以期解答大家对红筹电商企业回归之路的热点疑问。

1) 电商领域外资股比限制的突破由上海自贸区放开至全国

我国入世后近十多年来，增值电信业务一直属于限制外商投资的领域，但政策始终朝着放松监管的方向努力。自中国（上海）自由贸易试验区（“上海自贸区”）成立以来，工信部和上海自贸区曾发布了一系列对中国增值电信业务外资开放产生深远影响的先行先试政策，如下表：

发布时间	政策	主要内容
2013年9月29日	《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》	首次允许外资在经营类电商的持股比例突破 50%，该清单规定除投资经营类电子商务的外方投资比例不得超过 55%以外，投资经营其他在线数据处理与交易处理业务的外方比例不得超过 50%
2014年1月6日	《关于中国（上海）自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见》	列明了上海自贸区对外资开放的电信业务领域，再次重申在线数据处理与交易处理业务中的经营类电子商务业务，外资股比放宽到 55%
2015年1月13日	《关于在中国（上海）自由贸易试验区放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）外资股权比例限制的通告》（“自贸区通告”）	在上海自贸区内试点放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）的外资股权比例限制，外资股权比例可至 100%

2015年3月10日，国家发展和改革委员会和商务部发布了《外商投资产业指导目录（2015年修订）》（“15版目录”），将电子商务领域对外资的开放扩展至全国范围。15版目录明确规定，增值电信业务的外资比例不超过 50%，但电子商务除外。

简要梳理前述政策发展历程，大家可以发现：196号通告将自贸区通告所试点的经营类电商外资持股解禁安排全面铺开拓展至全国范围，与15版目录取消电子商务领域增值电信业务的外资比例限制保持了政策一致性，并从行业主管部门的立场上阐明了开放政策的具体操作方式。

2) 电商监管政策环境下的五大热点问题讨论

要想厘清 196号通告和工信部近年发布的诸项电子商务领域的外资开放政策的脉络，就有必要围绕“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”这一主题对整个电子商务的监管环境进行深度解析：

(1) 196号通告明确放开的仅限于在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）

根据现行的《电信业务分类目录（2003版）》（“03版分类目录”），在线数据与交易处理业务是指利用各种与通信网络相连的数据与交易/事务处理应用平台，通过通信网络为用户提供在线数据处理和交易/事务处理的业务，包括交易处理业务、电子数据交换业务和网络/电子设备数据处理业务。

196号通告明确放开的行业领域被限定在“在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）”的范畴内。根据行业主管部门的回复，对“电子商务”范畴的界定还是基本局限在基于互联网进行商品交易及相关服务的商业形态，而提供其他商业内容的互联网行业，如分类信息、OTA（在线旅游）、打车软件等等，可能难以纳入到 196号通告的开放领域内。

(2) 受监管的电商业务形态：自营类 v. 平台类

根据通常的理解和监管政策，电子商务主要分为自营类电子商务和平台类电子商务两种基本形态。

- 自营类电子商务是指经营者在互联网上独立注册网站、开设网上商店，出售其自营商品给其他企业或消费者，该类电子商务形态实质是线下销售行为在互联网上的延伸，并不属于工信部规范的增值电信业务（但需要进行网站备案），实践中外资可以全资从事自营类电子商务，例如优衣库网站（www.uniqlo.cn）等；
- 平台类电子商务则是进行商品交易并入住第三方商家的在线电子商务平台，通过向商家提供增值服务赚取佣金，是典型的受到监管的增值电信业务，其代表如淘宝、天猫等等。

(3) 如何界定“经营类电子商务”的范围？

增值电信监管的现行政策没有对“经营类电子商务”做出明确定义，但根据我们的理解和对行业主管部门的咨询，“经营类电子商务”作为一种增值电信业务，对应的正是平台类电子商务模式。

工信部 2013 年 5 月 23 日公布的《电信业务分类目录（2013 版）》（征求意见稿）（“**13 版目录草案**”）明确将电子商务划入 B2 类在线数据处理与交易处理业务中的交易处理业务（“**交易处理业务**”，定义为“利用与通信网络（含互联网）相连的交易处理平台，面向社会公众提供各种金融、证券交易以及与电子商务等有关商品、服务交易公共平台服务”）。虽然 13 版目录草案尚未生效，但在界定经营类电子商务的范围时具有参考价值。

(4) “经营类电子商务”需要申办哪类证照？

根据以往的实践，绝大多数平台类电商企业长期以来仅凭借互联网信息服务业务牌照（即“**ICP 证**”）从事经营。而 196 号通告及上海自贸区的相关法规均明确指出，外资经营“经营类电子商务”业务应当申请“在线数据处理与交易处理业务”许可（“**交易证**”）。根据 03 版分类目录，在线数据处理与交易处理属于 B1 类增值电信业务，是与 ICP 证所属的 B2 类信息服务并列的一类增值电信业务。

结合现行监管政策，外资从事“经营类电子商务”可突破 50% 股比的限制，仅需申请“在线数据处理与交易处理业务”许可证。

但是同时，由于互联网信息服务业务的外资比例尚未有突破，因此获取在线数据处理与交易处理业务许可证的外资企业，很可能仍无法从事传统上 ICP 证范畴内的有偿信息服务业务，例如搜索、SNS（社交网络）、分类信息、为平台商家之外的第三方发布广告等等。

(5) 外资从事经营类电子商务的门槛

根据 196 号通告的规定，申请在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）许可时，外资持股比例可至 100%，其他许可条件要求及相应审批程序按《外商投资电信企业管理规定》（国务院

令第 534 号) (“534 号令”) 相关规定执行, 在许可条件和程序上并无任何实质改变。

534 号令第十条规定, “经营增值电信业务的外商投资电信企业的外方主要投资者应当具有经营增值电信业务的良好业绩和运营经验”。实践中, 投资电商企业的外方投资者大多是风险投资基金等财务投资人, 往往难以满足具备经营增值电信业务的良好业绩和运营经验的要求; 鉴于该等要求缺乏量化的标准, 实践中行业主管部门具有比较主观的裁量权, 如果缺乏与主管部门的沟通, 可能对外资申请电商牌照构成实质障碍。

结合前述分析, 我们将外商投资电子商务业务在现行法规政策下涉及的监管问题总结如下:

电商类型	纯自营电商	平台电商	平台电商&信息服务
所需牌照	不需要	交易证	ICP 证&交易证
外资持股比例	100%	100%	50%
外资投资者的特殊要求	N/A	经营增值电信业务的良好业绩和运营经验	经营增值电信业务的良好业绩和运营经验

3) 196 号通告在实践中的可操作性

我们理解, 196 号通告的出台, 仅是对外资在经营类电子商务行业持股比例在全国范围内的开放政策的细化和落地, 在政策层面开了口子, 但其在具体的许可条件和程序上并无任何实质改变。

从既往的先例来看, 尽管我国自入世以来即开始向外资开放增资电信业务, 但行业主管部门一贯对外商投资电信行业的准入尺度 (尤其是卡在外方投资者的资质条件上) 收得非常紧, 根据工信部公开的数据, 历年可统计的各类外商投资电信企业累计不超过四十家, 平均每年只有几家企业通过审批; 虽然根据近两年我们与行业主管部门的沟通, 行业主管部门对符合条件的申请企业的态度在逐步放开, 但 196 号通告的实践效果尚有待进一步观察。与此同时, 在国家逐步开放外商投资电信业务和积极推动电子商务发展的大背景下, 配合未来可能出台的其他相关法规, 我们也有理由对 196 号通告在实践中的可行性保持谨慎乐观。

4) 196 号通告对实践的影响

(1) 对外国战略投资者的影响

196 号通告对拟进入中国市场的国外从事电商行业的战略投资者无疑是利好消息, 因该类投资者可能不受外资资质的限制, 其将有机会直接通过独资形式在华从事电商平台业务, 也可采取投资、并购内资企业或接盘境外财务投资人等多种灵活投资方式实现其商业目的。

(2) 对境外上市/融资企业的影响

我们理解, 196 号通告如果能够有效地在实践中执行, 对于已搭建 VIE 架构的境外上市或融资的电商领域企业而言, 将有机会利用 196 号通告直接由 VIE 架构下的外商独资企业 (“WFOE”) 申请电商牌照, 从而对其 VIE 架构进行优化乃至清理, 进行业务重组, 降低 VIE 架构的潜在不稳定风

险。但实现该等重组的障碍之一仍是外方投资者的资质问题，需根据具体情况与行业主管部门进行沟通。

(3) 对电商企业红筹回归的影响

196号通告的“利好”是，即使不是纯内资企业，含有外资成分的电商企业也有机会境内挂牌上市。采取红筹结构的电商企业回归国内资本市场时，以原有红筹结构下的WFOE或VIE公司作为拟上市主体，在红筹回归重组过程中，如保留境外投资人股东，则WFOE或VIE公司需调整为中外合资的股份有限公司。此时，如果持有拟上市主体股份的境外投资人不符合经营增值电信业务的资质条件，则也可能影响该等拟上市主体申请电商牌照。

3、《互联网广告监督管理暂行办法（征求意见稿）》简述（作者：刘瑞娜、肖圆艳、葛丽莎）

2015年7月2日，国家工商总局就《互联网广告监督管理暂行办法（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”）公开征求意见。由于目前缺乏对互联网广告经营活动的规范，征求意见稿的出台，无疑推动了互联网广告监管法律规定的完善。征求意见稿的主要内容如下：

1) 监管的范围及定义

征求意见稿中拟监管的范围是指以互联网（移动互联网）为媒介实施的商业广告活动，并且明确了互联网广告的定义，“互联网广告”是指通过各类互联网网站、电子邮箱、以及自媒体、论坛、即时通讯工具、软件等互联网媒介资源，以文字、图片、音频、视频及其他形式发布的各种商业性展示、链接、邮件、付费搜索结果等广告，定义的方式是对各类互联网广告的媒介载体以及发布形式进行列举式界定，并将移动互联网广告纳入监管。根据前述规定，目前比较常见的通过微博、微信、论坛、手机APP等形式发布的互联网广告已明确被纳入监管范围。

另外，值得注意的是，征求意见稿明确了广告代言人在互联网推荐商品和服务也属于互联网广告。

2) 互联网广告相关主体界定

征求意见稿参照《广告法》的规定，对互联网广告经营者、互联网广告发布者、广告代言人的定义分别进行了总结。值得注意的是，《征求意见稿》中首次明确广告主、广告经营者、广告代言人、互联网信息服务提供者在符合下列情形之一时，也被认为是广告发布者：

- 对互联网广告内容具有最终修改权、决定权的；
- 发布存储于本网站的广告信息的网站经营者；
- 在自设网站自行发布广告的广告主；
- 利用他人互联网媒介资源，发布存储于本网站的广告信息的广告经营者；

- 通过微博、论坛、即时通讯工具等各类互联网自媒体资源为商品或者服务作推荐、证明的广告代言人。

根据征求意见稿的上述规定，广告经营者、广告主或广告代言人很有可能同时被定性为互联网广告发布者。

3) 主体工商登记及发布的要求

(1) 工商登记

对于互联网广告经营者和发布者及其他相关主体，征求意见稿规定：

- 互联网广告经营者、发布者应当办理工商注册登记及并在其互联网媒介资源的明显位置加载工商登记的相关信息；
- 广告主利用自有互联网媒体资源发布商品及服务的也应办理工商登记取得营业执照或是其他行政许可文件。

(2) 互联网广告发布要求

征求意见稿规定互联网广告经营者利用他人的网站、网页、软件、视频等互联网媒介资源经营、发布互联网广告的，除不得在违法违规的网站发布广告并且确保发布的广告不应违法之外，应当履行以下义务：

- 实名登记该互联网媒介资源所有者的身份信息、联系方式、网站备案号等有关信息，并对登记信息进行审核；
- 在广告及链接或者互联网终端显示的广告区域上清晰标明自身作为广告经营者或发布者的身份，使消费者能够辨别广告来源。

4) 互联网广告内容和形式的要求

(1) 内容的真实性

征求意见稿延续了《广告法》的要求，明确规定由广告主对广告内容的真实性负责，而征求意见稿针对互联网这一媒介，规定广告主应当具有或者提供与其身份资格、商品或者服务、广告内容相关的真实、合法、有效的证明文件。

(2) 形式的显著性

与传统的广告平台和发布方式不同，互联网广告发布的方式更为灵活，为保护用户的权益，征求意见稿规定互联网广告应具备显著的可识别性，使一般互联网用户能辨别其广告性质。对常见的三种软广告的形式作了明确规定：

- 付费搜索应与自然搜索有显著区别，不使消费者对搜索结果的性质产生误解；
- 以电子邮件、即时通讯的形式发送的广告应在消费者打开前即能获悉广告性质；
- 自然人以收费或者免费使用商品或服务等有偿方式做推荐时，应使互联网用户明确知悉该种有偿关系，识别其作为广告代言人或不同于普通互联网用户的身份。

5) 用户保护制度

征求意见稿的亮点之一，也是和普通互联网用户关系最紧密的规定之一，便是保护了互联网用户对广告的“自主选择权”，使用户有权拒绝互联网广告，并且规定互联网广告发布不得影响用户正常使用网络。具体保护手段包括：

- 在电子邮箱、即时通讯工具等互联网私人空间发布广告的，应当在广告页面或者载体上为用户设置显著的同意、拒绝或者退订的功能选择。不得在被用户拒绝或者退订后再次发送电子邮件等广告；
- 通过移动互联网终端以电子邮件、即时通讯信息发送广告的，在用户同意或者拒绝接收广告的选项内，还应设置同意或者拒绝接收广告的时间选项，不得在用户设定的拒绝接收的时间发送广告；与用户另有约定的除外；
- 在互联网页面以弹出等形式发布的广告，应当显著标明关闭标志，确保一键关闭。同一设备 24 小时内登陆网站一级域名及其子域名，应在第二次出现弹出形式广告时提供暂时屏蔽该网站所有弹出广告的选项；

6) 不正当竞争的限制

《广告法》第三十一条仅原则性的规定了广告主、广告经营者、广告发布者不得在广告活动中进行任何形式的不正当竞争，征求意见稿第十五条从互联网广告平台的特殊性的角度明确列举了以下几类不正当竞争行为：

- 利用浏览器等各类软件、插件，对他人正当经营各类广告采取拦截、过滤、覆盖等限制措施；
- 利用通信线路、网络设备以及插件、软件、域名解析等方式劫持网络传输数据，篡改或者遮挡他人正当经营各类广告；
- 以虚假流量、恶意植入数据、恶意点击等方式改善自身排名或者损害他人正当利益、贬低他人商业信誉的行为；
- 以结盟、联盟等方式限制他人进入某一市场或经营领域；
- 使用他人商标、企业名称作为文字链接广告、付费搜索广告的关键字、加入网站页面或源代码提高搜索度，诱使消费者进入错误网站。

在出台征求意见稿的同时，最新修订的《广告法》（将于 2015 年 9 月 1 日起实施）也将互联网广告纳入监管范围。征求意见稿以《广告法》为基础，结合互联网广告平台和发布方式的特色，针对互联网广告的发布与经营做出了更加具体和实用的规定，使互联网广告行为有了相对明确的依据。

特别声明

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

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏悃道10号和记大厦20楼2001-02室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com