

Jun He Law Review

君合

法律评论

2014 (第三期) WWW.JUNHE.COM

总第三十二期

- 夫妻及亲属间房屋产权归属及变动的法律规定
- 中国最高法院判例承认境外接管人对境内关联企业的影响力
- 苹果三星专利大战交锋剪影系列
- 守望的距离，法官眼中的司法改革

据说，在中国入世之前，有香港律师向中国司法部进言，以香港自身情况为例，建议中国政府在中国本土律师事务所没有完全成长之前，不要全面开放中国的法律服务市场，以避免重蹈香港法律服务高端市场被跨国律师事务所全面垄断的覆辙。

中国在加入WTO的协议中对法律服务市场进行了有限度的开放，放开对外国律师事务所代表处在数量、地域的限制；允许外国律师代表在代表处从事外国法律服务业务；允许代表处与中国律师事务所建立长期的委托处理法律事务的关系；降低了常驻代表执业年限的限制。

仅仅是上述有限的开放措施，跨国律师事务所在中国法律服务市场上已然成势，外国投资者在中国的法律业务，相当多的案源资源由跨国律师事务所垄断，本土每一家从事涉外法律服务业务的律师事务所都有这样的合作伙伴。而对于方兴未艾的中国投资者的境外投资业务，跨国律师事务所已经利用其先天优势直接针对中国投资者开始业务开发的工作。

可以想象，如果中国法律服务市场在近期全面开放，跨国律师事务所可以直接设立分所，直接从事中国国内法的法律服务业务，直接雇用有中国执业资格的律师，对从事涉外法律业务的中国本土所意味着什么？昔日的合作伙伴成为直接的竞争对手，已经积累的外国客户资源大量流失，多年培养的业务骨干纷纷被跨国律师事务所挖走，仅仅如此前景，已经令人不寒而栗。

2013年7月中美投资协定谈判第五轮确定了以准入前国民待遇和负面清单为基础进行投资协定的谈判，2014年中美投资协定谈判第十五轮刚刚举行，双方将在2015年早期启动负面清单谈判。中国法律服务市场还有可能列入负面清单吗？如果没有列入，是否意味着中国法律服务市场将对美全面开放，并随之对所有享有最惠国待遇的国家开放？狼似乎真的要来了，我们做好准备了吗？

夫妻及亲属间房屋产权归属及变动的法律规定

李立山 程虹 罗永强 张蓉 何佳青

《中华人民共和国婚姻法》（以下简称“《婚姻法》”）在经过2001年的重大修改后，最高人民法院在2001年、2003年和2011年陆续颁布了关于《婚姻法》适用的三个司法解释。特别是2011年8月13日实施的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2011〕18号）（以下简称“**婚姻法释（三）**”），针对审判实践中亟待解决的婚前财产、夫妻共同财产、结婚登记瑕疵处理、不动产善意取得等问题作出了进一步规定。其中，针对夫妻一方财产和共同财产的认定和处理的规定，经过持续发酵和热炒，引发了社会舆论的广泛关注和讨论，但充斥其间的各路“专家观点”和“操作解读”也不乏误读和错漏。

本文拟沿着《婚姻法》中有关夫妻共同财产的原则，综合历次司法解释中有关夫妻共同财产的演进性规定，梳理出现行有效规定下有关夫妻一方所有房产和共同所有房产的界线标准。同时，本着务实和厘清实践操作的态度，本文也就实践中常见的有关房产证“加名”、“减名”、亲属间房屋过户、交易税费等内容进行相应的总结。

一、夫妻共有房产的界定

根据《婚姻法》规定¹，夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，由此确立了夫妻共有财产认定的基本原则。其后，在婚姻法释（二）、婚姻法释（三）中就各类具体情形做了进一步规定。具体到房屋而言，综合该等规定，应认定为夫妻共有房产的情形如下表1所示。

二、夫妻一方所有房产的界定

与夫妻共有房产相对应，《婚姻法》相应规定了应属于夫妻一方所有房产的情形²。综合三个司法解释，应认定为夫或妻一方所有房产的情形如下表2所示。

三、房屋产权变动

前文第一、二部分界定了夫妻共有房产与一方所有房产的判断标准，在此基础上，如果相关房产权属在夫

1 《婚姻法》第十七条：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。”

2 第十八条有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

表1

序号	具体情形		法规依据
1.	购置	在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产所购置的房屋	《婚姻法》第17条
		由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的、权属证书登记在一方名下的房屋	婚姻法释(二)第19条
2.	继承或受赠	在婚姻关系存续期间继承或赠与所得的房屋。但遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的除外	《婚姻法》第17条
		当事人结婚后,父母为双方购置房屋所提供的出资。但父母明确表示赠与一方的除外	婚姻法释(二)第22条
		当事人结婚前,父母为双方购置房屋出资的,明确表示赠与双方的房屋	婚姻法释(二)第22条
		由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方子女名下的,该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有。但当事人另有约定的除外	婚姻法释(三)第7条
3.	书面约定	夫妻以书面形式约定婚前财产中的房屋为夫妻共同所有的	《婚姻法》第19条

表2

序号	具体情形		法规依据
1.	婚前房屋	属夫或妻一方婚前财产的房屋	《婚姻法》第18条
2.	继承或受赠	夫妻在婚姻关系存续期间继承或接受赠与所得的财产,遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的房屋	《婚姻法》第18条
		当事人结婚前,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对自己子女的个人赠与。但父母明确表示赠与双方的除外	婚姻法释(二)第22条
		当事人结婚后,父母为双方购置房屋出资的,明确表示赠与一方的,该出资应当认定为该一方所有	婚姻法释(二)第22条
		婚后由一方父母出资为子女购买的、产权登记在出资人子女名下的房产	婚姻法解释(三)第7条
3.	书面约定	夫妻采用书面形式约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产中的房产全部或部分归各自所有	《婚姻法》第19条
4.	特殊情形	夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。不能达成协议的,人民法院可以判决该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据财产的具体情况,照顾子女和女方权益的原则判决,由产权登记一方对另一方进行补偿	婚姻法释(三)第10条
		婚姻关系存续期间,双方用夫妻共同财产出资购买以一方父母名义参加房改的房屋,产权登记在一方父母名下,离婚时另一方主张按照夫妻共同财产对该房屋进行分割的,人民法院不予支持。购买该房屋时的出资,可以作为债权处理	婚姻法释(三)第12条
5.	与夫妻共有房屋的关系	为夫妻一方的所有的房屋,不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同房屋。当事人另有约定的除外	婚姻法解释(一)第19条

妻间发生变动,例如产权人由夫或妻一方增加为夫妻双方(简称“加名”),或由夫妻双方变更为夫或妻一方(简称“减名”),或由夫或妻一方变更为另一方(简称“换名”),与房屋产权变动相关的税费(例如契税、营业税、个人所得税、印花税等)如何征收?夫妻以外的亲属之间(包括近亲属和非近亲属)发生房产权属变动的,如何征收税费?下文将就予以详细介绍。

1、夫妻间房屋产权变动

(1) 加名、减名、换名

在婚姻法释(三)实施后,众多家庭为避免夫妻间房屋归属问题出现争议,纷纷扎堆办理房产证“加名”手续,而各地最初对待此种“加名”的房屋产权变更登记是否需要征税的问题,经历了由混乱到统一的过程。直至2013年12月31日,财政部、国家税务总局发布《关

于夫妻之间房屋、土地权属变更有关契税政策的通知³》(财税[2014]4号),对夫妻间房屋、土地权属“加名”、“减名”、“换名”等情形的契税政策有了全面、明确规定。即属于下列四种情况之一的,夫妻间的房屋产权变更免征契税:

加名:房屋、土地权属原归夫妻一方所有,变更为夫妻双方共有的;

换名:房屋、土地权属原归夫妻一方所有,变更为夫妻另一方所有的;

减名:房屋、土地权属原归夫妻双方共有,变更为其中一方所有的;

份额变更:房屋、土地权属原归夫妻双方共有,双方约定、变更共有份额的,免征契税。

(2) 继承、赠与

除加名、减名、换名所涉契税外,就夫妻间其他形式房屋产权变动所涉税种、税率,请参见表3。

表3

序号	事由	税费		法规依据
		契稅	不征契稅	
1.	继承(含法定继承、遗嘱继承)	契稅	不征契稅	《国家税务总局关于继承土地、房屋权属有关契稅问题的批复》(国税函[2004]1036号)
		营业税	暂免征收	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》(财税[2009]111号)
		个人所得税	不征	《财政部国家税务总局关于个人无偿受贈房屋有关个人所得税问题的通知》(财税[2009]78号)
		印花稅	征收,稅率为核定金额的万分之五	《中华人民共和国印花稅暂行條例》(中华人民共和国国务院令11号) 《中华人民共和国印花稅暂行條例施行細則》(财税字[1988]第225号)
	土地增值稅	不属于应繳納土地增值稅的情形		《中华人民共和国土地增值稅暂行條例》、《中华人民共和国土地增值稅暂行條例實施細則》(财法字[1995]第6号)

³ 《财政部国家税务总局关于房屋土地权属由夫妻一方所有变更为夫妻双方共有契稅政策的通知》(财税[2011]82号)同时废止。该文仅规定在婚姻关系存续期间,对房屋、土地权属原属夫妻一方所有,变更为夫妻双方共有的,免征契稅。

2.	赠与	契税	全额征收契税，税率视地区不同在3-5%之间	《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》（国税发[2006]144号）
		营业税	暂免征收	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111号）
		个人所得税	不征	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78号）
		印花税	征收，税率为核定金额的万分之五	《中华人民共和国印花税法暂行条例》（中华人民共和国国务院令11号） 《中华人民共和国印花税法暂行条例实施细则》（财税字[1988]第225号）
		土地增值税	不属于应缴纳土地增值税的情形	《中华人民共和国土地增值税暂行条例》、《中华人民共和国土地增值税暂行条例实施细则》（财法字[1995]第6号）

2、近亲属间房屋产权变动

除配偶关系外，就近亲属（指父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹）间的房屋产权变动，相关政策与表3规定一致，在此不再赘述。

需要特别说明的是，以北京市的实践操作为例，办理近亲属间房屋赠与免税手续时，需要提交公证机构出具的赠与人和受赠人亲属关系的公证书、经公证的赠与合同（或赠与公证书）等文件；办理近亲属间房屋继承免税手续时，需要提交公证机构出具的继承权公证书等文件。

此外，在近亲属之间，如果房屋产权变动形式为买卖，则适用商品房买卖的一般规定。因其非本文关注重点，故不再赘述。

3、非近亲属间房屋产权变动（继承/赠与）

为行文方便，前文所述夫妻、近亲属范围以外的具有亲属关系的个人，统称为非近亲属。针对非近亲属间的房屋继承、赠与，相关规定也存在特殊的税收政策，但总体而言，其与近亲属间房屋产权变动的税费政策趋同，唯契税、个人所得税和营业税略有不同，具体请见下表4。

四、结论

根据官方统计数据显示，近几年来全国法院一审受理婚姻家庭纠纷案件呈逐年上升趋势，且案件相对集中于婚前贷款买房、夫妻之间赠与房产、亲子鉴定等争议较大的问题。在婚姻法司法解释特别是婚姻法释（三）出台前，缺乏明确、统一的标准。相关司法解释的出台，对结婚登记程序瑕疵的救济手段、父母为子女结婚购买不动产的认定、离婚案件中一方婚前贷款购买不动产的处理等问题做出了规定，在一定程度上给出了相对明确的法律适用标准，提高了审判实务中的工作效率。

但现行婚姻法及相关司法解释在法理上仍存在诸多值得商榷之处。

例如，对于夫妻财产制，我国采用的是以法定财产制为主，以约定财产制为补充的制度。法定财产制在我国即共同财产制，表现为婚姻法第17条⁴的规定。约定财产制主要表现为婚姻法第19条⁵规定以及此后的婚姻法司法解释。在婚姻法释（三）施行前，在婚姻法及其司法解释中，立法倾向为将夫妻关系存续期间获得的赠与财产规定为夫妻共同财产，但在婚姻法释（三）中出现了逆转，主要表现为婚姻法释（三）第7条规定。

又如，将产权登记即视为父母对自己子女一方的赠

表4

序号	事由	税费	法规依据	
1.	遗嘱继承	契税	非法定继承人根据遗嘱承受死者生前的房屋权属，属于赠与行为，应参照赠与行为征收契税，税率视地区不同在3-5%之间	《国家税务总局关于继承土地、房屋权属有关契税问题的批复》（国税函[2004]1036号）
		营业税	同表3	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111号）
		个人所得税	房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的遗嘱继承人或者受遗赠人，对当事双方不征个人所得税	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78号）
		印花税	同表3	《中华人民共和国印花税法暂行条例》（中华人民共和国国务院令11号） 《中华人民共和国印花税法暂行条例实施细则》（财税字[1988]第225号）
		土地增值税	同表3	《中华人民共和国土地增值税暂行条例》、《中华人民共和国土地增值税暂行条例实施细则》（财法字[1995]第6号）
2.	赠与	契税	同表3	《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》（国税发[2006]144号）
		营业税	个人无偿赠与不动产、土地使用权属于下列情形的，暂免征营业税：（a）无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；（b）房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的遗嘱继承人或者受遗赠人	《财政部国家税务总局关于个人金融商品买卖等营业税若干免税政策的通知》（财税[2009]111号）
		个人所得税	以下情形的房屋产权无偿赠与，对当事双方不征收个人所得税：（a）房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人的，（b）房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的遗嘱继承人或者受遗赠人	《财政部国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税[2009]78号）
		印花税	同表3	《中华人民共和国印花税法暂行条例》（中华人民共和国国务院令11号） 《中华人民共和国印花税法暂行条例实施细则》（财税字[1988]第225号）
		土地增值税	同表3	《中华人民共和国土地增值税暂行条例》、《中华人民共和国土地增值税暂行条例实施细则》（财法字[1995]第6号）

4 第十七条夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。

5 第十九条夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。

与的意思表示，虽然在司法实践中便于司法鉴定，但其合理性值得商榷，并且，其收窄了当事人意思表示的表现形式类型，未能充分体现上位法的立法本意。

现行婚姻法及其司法解释弱化了夫妻财产的身份性和伦理性，吸收了很多财产法的规定。但显然二者有交叉亦有区别，简单的植入财产法的规定而不考虑该等财产上附加的身份性和伦理性未必能真正有效理顺夫妻间的财产关系。

房产作为夫妻财产关系中的重要内容，尤引人注目。其不仅事关夫妻财产关系本身，也会影响近亲属、非近亲属间的房屋产权归属及变动。但不论法律条文如何规定，在具体条文背后应有一以贯之的价值导向，而非为解决一时之需的权宜之计。婚姻法释（三）中的很多内容是在以前的法律条文中所没有的，这些改变是否适合我国国情，是否会成为好的价值导向等都值得深入探讨。



李立山
执业领域

不动产投资、融资、并购。

执业经验

1999年至2004年间，李立山律师在北京一家专业从事房地产法律事务的律师事务所执业。李立山律师2005年2月加入君合律师事务所，现在君合北京总部执业。李立山律师从事法律工作十五年来一直专注于房地产投资、房地产融资、房地产并购、外商投资等方面的法律业务。在代表投资者或开发商参与交易结构设计、起草并谈判交易文件、提供与房地产有关的法律咨询等方面积累了丰富的经验和技巧，能够针对客户的需求提供建设性解决方案。

李立山律师代理了大量境内外房地产投资基金和其他投资机构在中国投资房地产的活动，代表中信资本、国开金融、中信产业基金、德银、瑞银、麦格里、汇丰、摩根斯坦利、高盛、华平、万豪、建银投资、光大安石、太平洋基金、稳盛基金、华润城市交通设施基金、人保投控、新华保险等收购住宅、酒店、购物中心、写字楼、停车场、仓储、游乐场等各类型物业。

同时，为包括远洋地产、泛海建设、大连万达、京投银泰、嘉铭投资、星狮地产等众多内外资大型房地产企业和房地产投资公司提供法律服务，除房地产投融资外，还参与了大量土地一级开发、建设工程、资产重组、房地产租售、物业管理、酒店管理等服务。

教育背景

李立山律师于1999年毕业于西北政法学院经济法系国际经济法专业，获法学学士学位。

执业资格

李立山律师1998年通过中国律师资格考试。现为全国律师协会会员和北京律师协会会员。

工作语言

普通话、英语



程虹
执业领域

并购、外商直接投资、公司业务、税法

执业经验

程虹律师2007年加入君合。在此之前，程律师在国际知名律师事务所执业7年多。她还在一家大型国有企业的法务部工作过一年多。

程虹律师已向众多客户就其在中国的投资、并购和重组或跨境交易项目提供法律服务。她向客户提供的服务包括项目架构咨询、尽职调查、文件起草和审阅、谈判等。她所服务的行业广泛，包括制造、贸易、咨询、物流、房地产、高科技、医药、金融和矿业等。

程虹律师还向众多客户就各类中国税务问题和双边税收协定问题提供税法咨询。此外，她还有丰富的税收争议解决方面的经验。



罗永强
执业领域

罗永强律师专注于房地产及建设工程领域的投资、并购、一般公司业务等法律服务。

执业经验

罗永强律师于2011年加入君合律师事务所。罗永强律师参与了大量涉及房地产领域的法律服务项目，这些项目包括以夹层融资等方式投资房地产开发项目、土地一级开发项目、外国投资者及内资保险集团等机构投资者收购境内房地产公司或房地产项目、购买大宗物业或在建商业物业、向在建房地产开发项目提供结构性融资、购物中心商铺租赁以及中国大陆境内房地产项目组合海外上市等。

教育背景

中国人民大学法学硕士（2011）
华东政法大学法学学士（2009）

专业组织

罗永强律师是全国律师协会的会员。

工作语言

罗永强律师的工作语言为普通话和英语。



张蓉
执业领域

张蓉律师专注于房地产及建设工程领域的投资、并购、一般公司业务等法律服务。

执业经验

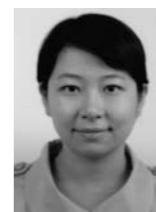
张蓉律师于2014年加入君合律师事务所。张蓉律师从事房地产投资、房地产融资、房地产并购、外商投资等方面的法律业务。包括代表外国投资者、内资保险集团等机构投资者在中国投资房地产开发项目、土地一级开发项目，收购住宅、购物中心、写字楼、停车场、仓储等各类物业。

教育背景

中国政法大学法学硕士（2014）
德国汉堡大学法学硕士（2013）
中国政法大学法学学士（2011）

工作语言

张蓉律师的工作语言为普通话和英语。



何佳青
执业领域

并购、公司法、税务

执业经验

何佳青律师于2010年4月开始在君合上海分所执业。何佳青律师对于各类公司及商业业务拥有丰富的经验，包括企业的兼并和收购业务，外商直接投资、一般公司业务等方面的法律事务，涉及的行业包括电信科技、医疗、物流、化工、广告、房地产，电器、零售分销等。

教育背景

美国伊利诺伊州法学院法学硕士（2008年）
华东政法大学国际经济法专业法学学士（2007年）

专业组织

何佳青律师是全国律师协会会员，纽约州律师协会会员

工作语言

普通话、英语

适用《自贸区仲裁规则》仲裁案件司法审查及执行规定评析

陈鲁明 崔文辉 毕似恩

2014年5月1日，上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）（下称“上海贸仲”）《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》（下称“《自贸区仲裁规则》”）正式生效施行。仅仅数日之后，作为上级法院指定的上海贸仲所仲裁案件的司法审查管辖单位，上海市第二中级人民法院（下称“上海二中院”）立即于2014年5月4日颁布了《关于适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见》（下称“《若干意见》”），为《自贸区仲裁规则》的实施提供了强有力的保障。为进一步说明和阐释《若干意见》的目的、内容和意义，上海二中院于2014年7月17日又再次颁布了《上海市第二中级人民法院关于适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见解读》（下称“《解读》”），旨在促进《若干意见》的严格执行和顺利实施，为相关企业和个人准确理解和适用《若干意见》提供参考，并保障《自贸区仲裁规则》的顺利实施。就《自贸区仲裁规则》、《若干意见》和《解读》涉及的相关问题，简述如下。

一、《自贸区仲裁规则》确立的创新性规则，上海二中院对其予以认可

《自贸区仲裁规则》全文共10章85条，条文数量及内容详实程度相比国内外仲裁机构的仲裁规则都处于领先地位，为上海贸仲深入走向国际化提供了制度保障。其中，以下几处亮点尤为值得突出。

1、规则的适用范围广泛

根据《自贸区仲裁规则》第三条的规定，除了涉自贸区案件（即争议的当事人、标的物或民商事关系产生、变更、消灭的法律事实涉及自贸区的案件）可以适用该规则之外，其他非涉自贸区案件，也可以根据当事人的约定适用《自贸区仲裁规则》。

上海二中院在《若干意见》和《解读》中对《自贸区仲裁规则》的上述适用范围并未作出限制。根据《若干意见》和《解读》所强调的“尊重当事人意思自治原则”来看，如果当事人约定适用《自贸区仲裁规则》，即使是非涉自贸区案件，上海二中院在进行司法审查时也不会进行干涉。

这一安排符合自贸区应当发挥“扩散效应”和“改革示范效应”的功能定位，大大拓宽了《自贸区仲裁规则》的适用范围，使自贸区之外的当事人在与自贸区无直接关联的案件中，也有机会从《自贸区仲裁规则》带

来的更国际化、更先进的仲裁制度中受益。这无疑对跨国公司、外商投资企业极具吸引力，同时也为上海力争成为继新加坡、香港之后亚太地区新的国际仲裁中心创造了有利条件。

2、完善了临时措施制度

《自贸区仲裁规则》将“临时措施”单列为一章（第三章），用七个条款（第十八条至第二十四条）从四个方面对临时措施的相关规定进行了完善：（1）明确规定了临时措施的种类除财产保全和证据保全之外，还包括行为保全以及法律规定的其他措施；（2）增加了仲裁前的临时措施制度；（3）增加了设立紧急仲裁庭专门负责处理仲裁受理后至仲裁庭组成前临时措施申请的制度；（4）明确了临时措施的申请程序，以及决定作出和变更的程序。

上海二中院在《若干意见》和《解读》中对上述规定进行了肯定和支持。其中《若干意见》第六条在仲裁保全担保方面，为适用《自贸区仲裁规则》案件的当事人提供了更多的便利，规定了多种更为宽松的担保方式。《若干意见》第十四条则对保全工作的时限作出了限制，明确规定“保全裁定作出后，一般应当在四十八小时内启动保全工作。”这将大大提高上海二中院在适用《自贸区仲裁规则》案件中采取保全措施的效率，为当事人进一步提供便利。

另一方面，《解读》则对《自贸区仲裁规则》第二十二条所规定的临时措施决定的主体范围给予了进一步说明：“如果临时措施的执行地在外国，且该国法律允许仲裁庭决定临时措施，则《自贸区仲裁规则》下的仲裁庭有权作出临时措施决定。”通过巧妙的规则设计，《自贸区仲裁规则》对仲裁庭有限权力进行了扩张，这将有利于上海贸仲在仲裁庭有权作出临时措施决定的国家和地区开拓仲裁市场，对当事人更具吸引力。

3、增加了选择仲裁员的灵活性

《自贸区仲裁规则》第二十七条的规定放宽了从仲

裁员名册之外选择仲裁员的限制，增加了选择仲裁员的灵活性。《若干意见》第九条和《解读》均对此予以认可：“仲裁当事人推荐或共同推荐仲裁员名册外的人士担任仲裁员或者首席（独任）仲裁员，经仲裁委员会主任确认同意的，若选定的仲裁员符合我国《仲裁法》第十三条关于仲裁员的聘任条件，且选定程序符合《自贸区仲裁规则》的规定，不违反我国法律的相关规定，在司法审查时，可予以认可。”

《自贸区仲裁规则》上述有关“仲裁员人选”的规定从根本上突破了强制名册制的限制，转而采用主要国际仲裁机构普遍采用的开放名册制，充分给予当事人在名册外选定仲裁员的权利，在保证当事人选定的仲裁员具备法定资格的情况下，更大程度地尊重了当事人选择仲裁员的意愿。

4、强化追加新增仲裁当事人的机制

“案外人加入仲裁程序”是《自贸区仲裁规则》新设立的规则之一，旨在为涉及多方当事人/案外人的复杂合同纠纷提供纠纷解决的便利，提高仲裁效率、节省当事人的仲裁成本。《若干意见》第十一条对此规定予以认可。在此基础上，《解读》进一步说明了非仲裁协议当事人加入仲裁程序所应符合的六项条件，一是经各方当事人一致同意；二是必须以书面形式申请；三是加入程序者为非仲裁协议当事人；四是决定非仲裁协议当事人能否加入仲裁程序的主体是仲裁庭或秘书处；五是加入程序符合《自贸区仲裁规则》的规定；六是不违反我国法律的相关规定。

《自贸区仲裁规则》有关追加新增当事人的上述规定，有效地借鉴了联合国国际贸易法委员会、国际商会仲裁院、香港国际仲裁中心和新加坡国际仲裁中心最新修订的仲裁规则中的相关规定，为涉及多方主体的纠纷提供了更为高效的争议解决途径。对当事人而言，规则的这一安排为涉及多方当事人/案外人的复杂合同纠纷提供了纠纷解决的便利，由此也能提高仲裁效率、节省当事人的仲裁成本。

5、强化证据制度中的当事人意思自治原则

《自贸区仲裁规则》强化了证据制度中的当事人意思自治原则，这突出体现在规则第四十四条第（四）项的规定中，该项规定为：“当事人对证据事项或证据规则有特别约定的，从其约定，但其约定无法实施的除外。”尽管类似的规定在国际仲裁规则中较为常见，但在国内仲裁机构的仲裁规则中出现尚属首次。《若干意见》第十二条对此予以了认可，但前提是这些规定不得违反我国法律的相关规定。《解读》就《若干意见》第十二条的立法意图进行了说明，认为“必须兼顾平衡当事人与仲裁庭在证据问题上的自治与遵守仲裁地法律之间的平衡。”

上述规定对于仲裁当事人而言在诸多方面都具有非常重要的现实意义。比如，当事人可以约定电子证据证明效力的审查规则，放弃进行公证的要求，简化程序。又如，当事人可以约定，仲裁庭可以假定在“正常商业交易中形成的文件”是真实的，除非一方当事人提出查验原件的要求，否则仲裁庭就不在庭审时花费大量的时间逐一核对原件。通过上述规定，《自贸区仲裁规则》更大程度上体现出尊重当事人意思自治的价值取向，也进一步体现出仲裁程序对证据要求较为灵活的优势，更符合国际商事仲裁机构的通常做法。

6、增加了调解员调解制度

“仲裁与调解相结合”一直以来是上海贸仲的传统，也是我国仲裁的一个重要特点。此次《自贸区仲裁规则》中将“仲裁与调解相结合”作为独立的一章（第五十条至第五十三条），其亮点在于特别增加了“调解员调解”制度，以区分于传统的“仲裁庭调解”。

“调解员调解”制度类似于民事诉讼中的诉前调解制度，这一制度的确立使得当事人能够在仲裁庭组成前多一次通过友好协商解决争议的机会，有利于维护、巩固甚至发展当事人之间既存的或将来的商业合作关系，最大限度地满足了当事人的商业需要。而另一方面，规

则规定调解员调解程序的启动须经一方当事人的申请及另一方当事人的同意，并且规定调解员的调解不影响仲裁庭组成前的仲裁程序进行。仅以此看来，其与诉讼前调解还是存在很大的差别，显然《自贸区仲裁规则》中的“调解员调解”制度能够更好地遵循当事人的意愿。

7、增加了“友好仲裁”制度

《自贸区仲裁规则》第五十六条引入和规定了友好仲裁制度。友好仲裁（*amiable compositeur*）一般是指仲裁庭经双方当事人授权，依据公平善良原则或公平交易和诚实信用原则对争议实质问题做出具有约束力的裁决。《若干意见》第十三条和《解读》均对此予以认可。《解读》认为：“在当事人协商一致的情况下，仲裁庭可以依据公允善良的原则作出裁决，但不得违反法律的强制性规定和社会公共利益。”《若干意见》和《解读》的规定消除了当事人在相关案件中选择适用《自贸区仲裁规则》下友好仲裁制度的后顾之忧，并为相关案件的承认与执行提供有力保障。

《自贸区仲裁规则》新增友好仲裁制度不仅顺应了国际仲裁立法和实践的潮流，而且也有利于推进我国仲裁制度和仲裁实践的改革。友好仲裁制度能够极大地满足当事人意思自治的需求，特别是对于处理那些用法律规则难以处理的纠纷和争议有着不可替代的作用，它完全符合国际私法和国际商事仲裁对于实质正义的追求，如果运用得当，可以成功地将调解所隐含的“和为贵”的传统融入仲裁程序，使仲裁与调解优势互补，更好地满足当事人解决争议的需要。

8、增设了小额争议程序

《自贸区仲裁规则》第九章新增了“小额争议程序”规定，顺应了国内和国际领域的趋势。在现代商事仲裁实践中，在保证仲裁公正的同时，提高仲裁效率已成为一个不容忽视的问题。作为对现代化仲裁程序的进一步完善，“小额争议程序”的设立能够极大程度上加

快仲裁程序的进行，最终满足当事人对低成本和高效率的价值追求。针对这一制度，《自贸区仲裁规则》无疑已经做出了有益的尝试。

二、《若干意见》推出创新举措，《解读》对其予以详细阐释

《若干意见》共二十条，详细规定了上海二中院对适用《自贸区仲裁规则》仲裁案件的司法审查和执行细则，适用于当事人提出的申请仲裁保全、申请确认仲裁协议效力、申请撤销仲裁裁决、申请执行仲裁裁决及申请不予执行仲裁裁决等各类型的司法审查和执行案件。《若干意见》有三大亮点，即：（1）建立专项联动工作机制，畅通业务对接渠道，确保相关案件得到公正、便捷、高效的审理与执行；（2）对《自贸区仲裁规则》涉及的各项制度创新，从司法审查和执行的角度均提出了积极的回应性意见；（3）从立案、审查、执行等环节入手，完善内部管理机制，配强专业法官队伍，在法律规定时效要求的基础上“全面提速”。

《若干意见》为保障《自贸区仲裁规则》顺利实施设立了多项创新性制度，《解读》则对这些制度创新进行了重新梳理和归纳。具体包括如下：

1、成立专项审判组织，努力提供专业权威的司法服务

主要体现在《若干意见》第3条规定，即“上海二中院将建立立、审、执专项协调联动机制，畅通业务对接渠道，确保相关案件得到公正、便捷、高效的审理与执行。”其具体措施包括：（1）建立专项立案受理机制，立案大厅设置专门受理涉《自贸区仲裁规则》案件的窗口标识，并配备专门人员负责立案申请受理和审查；（2）设立司法审查专项合议庭，由庭长担任合议庭审判长，对涉《自贸区仲裁规则》案件实行专项审理；（3）设立专项执行实施组与裁决组，对涉《自贸区仲裁规则》案件实行专项执行。

2、优化内部流程管理，着力打造方便迅捷的诉讼环境

《解读》归纳了《若干意见》中有关诉讼程序优化的各项规定，主要体现在《若干意见》第四、六、七、八、十四和十八条。主要包括：（1）《若干意见》第四条“小额争议程序仲裁案件的立案审查”规定：“当事人对仲裁庭适用小额争议程序作出的裁决提出立案申请的，应当当日审查，符合立案条件的，当日立案”。（2）《若干意见》第八条“小额争议程序仲裁案件的司法审查”则规定：“仲裁庭适用小额争议程序作出仲裁裁决，当事人申请撤销的，一般应当在立案之日起十日内组织听证或询问当事人，并在立案之日起二十日内作出裁定”。（3）对于普通的司法审查案件，《若干意见》第七条也对其司法审查期限作出了明确规定，即：“当事人申请确认仲裁协议效力或申请撤销仲裁裁决的，一般应当在立案之日起十五日内组织听证或询问当事人，并在立案之日起三十日内作出裁定。”

《若干意见》上述有关执行和司法审查方面的规定，其积极意义在于通过提高司法效率保障仲裁效率，而仲裁效率得到保障将有利于促进贸易效率的提高，这不仅是当事人权益保护的迫切需求，而且更是自贸区营商环境的客观需要。

3、完善执行工作机制，全力构筑坚强有力的司法保障

《解读》就《若干意见》中涉及到执行规定的内容进行了归纳，主要体现在《若干意见》第六、十五、十六和十九条。主要包括：（1）《若干意见》第十五条“快速执行通道”规定：“执行审查一般应当在当日内审查完毕。对当事人或他人提供的有关被执行人可供执行的财产线索应当及时审查。财产线索明确的，应当在二十四小时内启动调查程序；财产线索不明确的，应当及时通知当事人补充材料，必要时，可依职权调查。对已查封、冻结、扣押的被执行人财产，应当及时采取扣

划、评估、拍卖和变卖等强制措施。案件代管款一般应当在代管款收据开出之日起三日内发还完毕。”（2）《若干意见》第十六条“强制执行措施”规定：“案件执行实行集约调查，集中执行，及时查控被执行人的房产、车辆、银行存款、股票、债券等财产。对不自觉履行仲裁裁决的被执行人，应当采取限制高消费令、限制出境、追查令、网上公开曝光等措施。对属于《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》中的失信被执行人，应当及时向社会公布，依法对其进行信用惩戒。被执行人具有转移、隐匿、虚假报告财产状况等拒不履行仲裁裁决确定义务行为的，应当加大对采取搜查、罚款、拘留等处罚手段的力度。构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

根据上述两条规定，如果上海二中院作为被执行人住所地或者被执行的财产所在地的法院负责执行仲裁庭依据《自贸区仲裁规则》作出的仲裁裁决，则该等案件能够得到更为高效、有力的执行保障。

除上述几个方面的主要规定之外，《若干意见》还对合并仲裁案件的立案和司法审查（第五条和第十条）、仲裁证据的司法审查（第十二条）、执行和解（第十七条）、执行程序异议审查（第十八条）、简易程序（第十九条）、审查期间的执行（第二十条）等问题作出了规定。

三、《解读》对《若干意见》的出台目的、内容和意义进行说明

《解读》共由五部分组成，除了上述提到的对仲裁新规则的有效回应和对《若干意见》推出的创新举措的阐释，还进一步详细说明和阐释了《若干意见》出台的背景和目的、《若干意见》遵循的基本原则以及制定与实施《若干意见》的意义。

就《若干意见》遵循的基本原则而言，《解读》认为：“《若干意见》是在我国现行法律、政策框架下，积极对接回应《自贸区仲裁规则》所作的制度创新，并在依法依规和尊重当事人意思自治的基础上努力提供公

正、便捷、高效的司法服务。”为此，《若干意见》第二条集中规定了涉《自贸区仲裁规则》案件司法审查和执行所应遵循的四项基本原则，即依法原则，支持仲裁制度发展与创新原则，尊重当事人意思自治原则，公正、便捷、高效原则。

支持仲裁制度发展与创新原则体现了中央要求自贸区先行先试、建立国际化法治化营商环境的指导思想，《若干意见》积极以开放包容的态度支持和保障涉自贸区仲裁法律服务的改革创新。尊重当事人意思自治原则体现了《若干意见》强化商事理念，坚持以尊重当事人意思自治和契约自由为原则，尽力维护商业社会自主形成的交易习惯、治理模式和纠纷解决方式。

四、总结

综上所述，上海贸仲此次颁布的《自贸区仲裁规则》顺应了国际仲裁立法和实践的潮流，而且更难能可贵的是，该规则与国际接轨的同时，也非常注重传统的传承和与本地司法环境的协调，使得相关仲裁制度的设计更合理、操作性更强、更能符合并满足仲裁当事人的需求。可以说，《自贸区仲裁规则》是目前中国内地开放程度、灵活程度最高的国际化仲裁规则之一，其颁布施行有助于上海贸仲为境内外当事人提供更为公正、专业、便捷、高效的仲裁法律服务。这无疑是当事人和法律从业者所期待和欢迎的。

同时，上海二中院在三个月的时间内相继颁布《若干意见》和《解读》从鼓励创新及支持保障自贸区先行先试的角度出发，实现了对《自贸区仲裁规则》中制度创新的及时、高效的司法对接，在鼓励涉自贸区法律制度创新发展方面具有积极意义，并且实实在在地给予选择适用《自贸区仲裁规则》的涉案当事人更多的便利。有了《若干意见》和《解读》的保障，当事人将会更有理由、有信心选择适用《自贸区仲裁规则》进行仲裁。

另外，我们也非常期待《自贸区仲裁规则》在其施行过程中充分发挥自贸区的“扩散效应”和“改革示范效应”，形成可复制、可推广的经验，进而推动我国

《仲裁法》的修订以及商事仲裁制度的国际化发展。可以说，《自贸区仲裁规则》的施行以及《若干意见》和《解读》的相继颁布与实施，对于将上海打造成为国际仲裁中心的目标而言已迈出了非常重要的一步。我们大力推荐当事人在仲裁条款中约定将争议提交上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）或中国（上海）自由贸易试验区仲裁院，适用《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》进行仲裁。



陈鲁明
执业领域

陈律师具有中国执业律师和美国纽约州执业律师的资格。

执业经验

陈律师2011年加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。加入君合前，陈律师是美国众达律师事务所的合伙人。在此之前，陈律师曾在美国德普律师事务所和美迈斯律师事务所执业。在赴美国学习和工作前，陈律师1986年至1992年在北京中国国际经济贸易仲裁委员会工作，担任副秘书长。在此期间，陈律师担任仲裁员，处理了多起对外贸易及外商投资纠纷，还代表中国政府和机构参加与国际组织的谈判。陈律师在处理复杂的国际争议方面具有丰富的经验，擅长涉外仲裁、诉讼、调解和谈判。他擅长处理工程建筑争议，由外贸合同、长期采购合同、复杂的商业合同、股权及资产收购合同和合资合同引起的争议，以及涉及保险和破产的争议。陈律师现担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。陈律师在外商直接投资、项目融资、公司收购与兼并、能源及基础设施等方面具有长期和广泛的经验。陈律师广泛参与了外商在中国的各类投资项目，其中包括：代理多家跨国公司在不同行业进行直接投资；代理多家跨国公司在不同行业进行公司收购与兼并；代理外国能源公司在中国进行电力、天然气管道、污水处理及其它基础设施项目的开发及投资；代理外国风险基金在中国进行投资。陈律师还代表中国的公司到境外投资。

教育背景

复旦大学获文学学士学位（1983）
复旦大学获文学硕士学位（1986）
美国哈佛法学院获法学博士学位（1995）



崔文辉
执业领域

崔文辉律师是君合律师事务所的律师，现在君合上海分所执业。崔律师在处理复杂的涉外争议方面具有较为丰富的经验。

执业经验

崔文辉律师曾经多次主办或参与办理中华人民共和国最高人民法院审理的诉讼案件，并多次主办中国国际经济贸易仲裁委员会审理的重大、复杂仲裁案件。崔律师擅长处理股权转让以及公司法律纠纷、房地产及建设工程、破产清算等案件。在加入君合之前，崔律师曾在一家大型房地产集团公司主管法务工作。崔律师具有中国执业律师资格。

教育背景

上海大学法学学士学位



毕似恩
执业领域

毕似恩律师专注于国内外民商事仲裁与诉讼、劳动争议纠纷解决和日常法律事务咨询。

执业经验

毕似恩律师于2013年在君合开始执业。主要从事国内外民商事仲裁和诉讼业务，特别涉及国际贸易、房地产、产品责任、工商行政调查等各领域，参与了数起外商投资企业的破产清算工作以及劳动争议纠纷解决业务，并且就公司日常法律事务及合规性发表咨询意见。

教育背景

华东政法大学法学硕士（2013）
新加坡国立大学法学硕士（2013）
华东政法大学法学学士（2010）
香港城市大学法学交流（2008）

专业组织

毕似恩律师是全国律师协会的会员。

工作语言

毕似恩律师的工作语言为普通话和英文，并可说上海话。

争议解决法律热点问题

中国最高法院判例承认境外接管人对境内关联企业的影响力

武雷 叶臻勇 张洁

2014年6月11日上午9时，中国最高人民法院公开开庭审理了SINO-ENVIRONMENT TECHNOLOGY GROUP LIMITED（中华环保科技集团有限公司，以下简称“中华环保”）与大拇指环保科技集团（福建）有限公司（以下简称“大拇指公司”）股东出资纠纷一案〔（2014）民四终字第20号〕，并当庭作出判决。该判决是中国最高人民法院首次以判决形式正式承认了境外接管人对境内（仅为本文说明方便目的，“中国”或“境内”不包含香港、澳门及台湾地区）企业的影响力，这对于近年越来越频繁出现的境外接管人与境内关联企业间冲突的认定和处理，具有重要指导价值。

一、案情回顾

中华环保成立于2001年10月2日，注册于新加坡，并于2006年4月28日上市。2010年6月4日，新加坡高等法院签发法院命令，裁定中华环保进入临时司法接管程序并指定了某会计师事务所的S先生和E女士为临时司法管理人。2012年3月，新加坡高等法院又签发法院命令，将原司法

管理人更换为H先生，接替前任司法管理人工作。

大拇指公司成立于2000年6月30日，是中华环保在中国境内持股的外商独资企业。2011年1月20日及2011年3月24日，在司法管理人主导下，中华环保通过书面决议，免除了田某、陈某和潘某的大拇指公司董事职务，委派了三位大拇指公司的新董事，并由其中一位新董事担任大拇指公司法定代表人。2012年3月30日，中华环保又出具书面决议，重新委派了C先生、J女士和宋先生为大拇指公司董事，其中C先生为法定代表人。但是，上述决议并没有经过中国境内工商登记变更。与此相反，根据大拇指公司的工商资料，2009年5月25日大拇指公司的法定代表人为田某，2012年12月18日法定代表人变更为洪某。

因中华环保未缴纳完整增资额，大拇指公司向福建高院提起诉讼〔（2013）闽民初字第43号〕，要求中华环保履行股东出资义务，缴付增资款4500万元。面对大拇指公司的起诉，C先生以大拇指公司法定代表人的身份，向福建高院申请撤诉，认为大拇指公司的起诉状和授权书是无权人员盗用公司印章而为，未经合法的法定代表人同意，不能代表大拇指公司的真实意思。

福建高院一审经审理认为，按照中国法律的规定，工商登记的信息具有公示公信的效力，大拇指公司的法定代表人应以工商登记为准，在无证据证明C先生被登记为大拇指公司的法定代表人前，其代表大拇指公司作出撤诉的意思表示不具有法律效力。福建高院一审判决中华环保在判决生效后十日内向大拇指公司缴纳出资款4500万元。

二、最高法院的判决

中华环保不服上述福建高院的判决，向中国最高人民法院提起上诉〔（2014）民四终字第20号〕。2014年6月11日，最高法院对该案进行审理并当庭宣判。

在该案审理中，最高法院将“大拇指公司提起本案诉讼的意思表示是否真实”作为该案的核心和焦点问题。最高法院认为，根据公司法和外资企业法的规定，一人公司的股东有权任命公司的董事和法定代表人，在本案当中，大拇指公司的唯一股东是中华环保，目前处于清算阶段，合议庭认为其司法管理人委任公司法定代表人的决议是有效的，尽管工商登记的大拇指公司的法定代表人和中华环保委任的法定代表人存在不一致，法庭认为公司对外应以工商登记的法定代表人为准，对内应以股东决议任免决定为准，大拇指公司提起本案诉讼不能代表其公司真实意思表示，本案应驳回其诉讼请求。

最终，最高法院当庭作出裁定，裁定撤销了福建高院的一审判决，驳回大拇指公司的起诉。

三、对最高法院判决的思考

最高法院就该案作出的终审判决显示境外司法接管人（司法管理人或清盘人）对境内关联企业的影响力和控制力已逐渐清晰和强大起来。

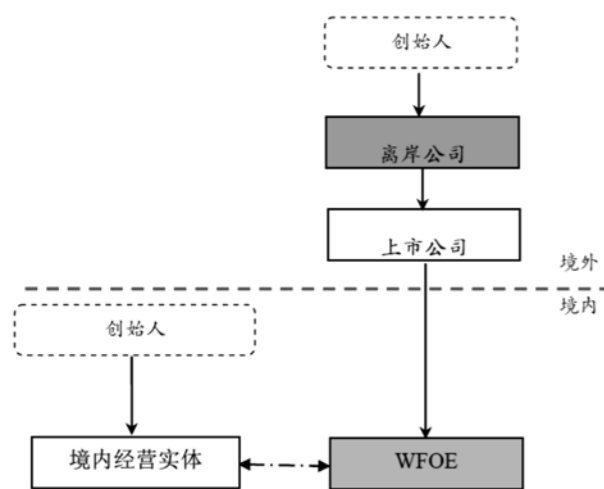
1、司法接管制度的概念

普通法国家赋予法院比较大的权限，可以介入公司纠纷的领域也很广。《美国特拉华州普通公司法》在公司僵局中引入司法管理人制度；《新加坡公司法》在公司陷入财务困境时引入司法接管制度；《香港高等法院条例》规定法院认为在公正或适当的情况下可以指定接管人；开曼群岛公司法在第223条至227条详细规定了接管令的申请、接管令的管理、接管令的解除等内容；而参照英国普通法律体系设立的英属维尔京群岛法律也赋予法官在“认为是正当或适宜的所有案件中”下达临时禁令（如财产冻结及/和信息披露）并指派一名财产接管人。于此同时，在公司面临清算时，清盘人也将介入并接管公司，比如《新加坡公司法》、香港的《公司章程》均有如此的规定。

考虑到接管的情形、接管的时间，各国对于接管公司的第三方主体有不同的称谓，为方便起见，在此统称为接管人。接管人属于一种法院外部干预型的司法救济措施，主要是为了否定债务人对其约定资产和业务的控制、管理和处分权利，并将该等权利移转由接管人行使，从而控制债权获偿的来源，保障债权的回收。通常，境外法院会出具命令任命接管人接管公司，在该案中，中华环保就是被新加坡法院指定了司法管理人予以接管。

2、司法接管制度对境内企业的影响

随着投资的需要，越来越多的境内企业奔赴境外设立离岸公司，有的是为境外上市做准备，有的是为投资做跳板，有的是为了注册控股公司便于资本运作，还有的则是为了合法避税等目的。以寻求境外上市为例，其中有一种红筹上市模式，即境内企业到海外注册或者购买壳公司，由海外公司以收购、股权置换等方式取得对境内公司和资产的控制权，并以壳公司的名义在海外证券市场上市筹资的方式。一般的设立模式请见下图：



按照上图所示，一旦离岸公司或者上市公司在境外被涉入诉讼，那么境外法院就可以通过出具裁定要求接管人接管离岸公司或者上市公司。一般而言，境内关联企业作为离岸公司或者上市公司层层投资下的实体，势必会受到接管人的影响。

3、中国法院对司法接管制度的态度

(1) 中国法院不认可境外法院有关任命接管人命令的域内效力

根据《民事诉讼法》第281条的规定，中国境内法院所认可的境外法院的判决和裁定，必须是已经发生法律效力，且两国之间已存在国际条约或者互惠原则。因此，境外法院有关任命接管人的命令在中国境内的承认和执行就碰到了以下障碍：1) 命令是对接管人概括性的授权行为，是否具有直观和明确的裁判事项还有待考证；2) 从我国与其他国家或地区签订的相关协定来看，一般而言，被承认的判决和裁定必须是终局且有执行力的；3) 我国必须与作出判决和裁定的国家签订了条约或者存在互惠原则。

在实践中，上述规定也在中国境内的法院所作判决

中得到了严格的遵守和体现。

一个可参考的案件就是中国最高法院认定香港清盘命令无域内效力的案件。2011年9月28日，最高院出具了《关于北泰汽车工业控股有限公司申请认可香港特别行政区法院命令案的请示的复函》[(2011)民四他字第19号]，认为香港特别行政区高等法院出具的清盘命令不属于《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》所规定的“具有书面管辖协议的民商事案件中做出的须支付款项的具有执行力的终审判决”，因此，境外法院出具的清盘令在我国境内不具有域内法律效力。

显然，根据上述法规以及判例，在中国境内，首先，任何外国法院司法文书的认可和执行都需要中国法院的确认。其次，为中国法院认可和执行的司法文书均需要是终局的，临时性的司法文书无法得到承认。因此，境外法院出具的临时禁令、接管令、清盘令的效力在中国法院认定时都会受到阻碍。

(2) 中国法院对接管人身份的认定

根据上述判例，为司法主权保护目的，中国境内法院并不直接认可境外法院有关任命接管人命令的域内效力，但这并不代表接管人就无法影响和控制境内关联企业。最高院通过中华环保与大拇指公司案件的二审判决，确认新加坡法院指定的司法管理人的身份；与此同时，司法管理人所作出的变更大拇指公司法定代表人的股东决议效力也得到了认可。面对公司纠纷，最高院强调公司的对内意思表示应以股东决议为准。

沿循最高院的上述判例思路，根据境外法院的裁定或命令被任命的接管人一旦接管债务人公司，即可根据债务人公司章程及所在地法律规定代表债务人公司作出相关重大决议并办理变更登记，比如变更董事会成员、任免高级管理人员等，从而实际控制债务人公司。进而，被控制的债务人公司可通过作出相关股东决议的方式任免或更换下属被投资企业（如关联的中国境

内WFOE）的法定代表人、董事、监事及高级管理人员等，层层变更最终可能会实质影响到对境内关联的核心经营实体的控制力和企业意志。

4、境外司法接管制度带来的启示

(1) 法律制度的可兼容性将被重视

为了最大程度履行和完成相关境外法院所任命或托付的接管人职责，接管人势必会采取一切法律所许可的规则和方式行使其权力、完成其使命。在当今中国经济对外投射效应越来越加强的背景下，中国法律体系的开放性和兼容性势必会得到提升，从而会有越来越多的境外特有法律制度或概念在与中国法律体系的碰撞中找到新的对接点，任何看似平常的国内一般法律制度或概念很可能在这种碰撞对接过程中被赋予新的功能和涵义。

(2) 法律对抗的纵深将被拉长

对于离岸公司或者境外上市公司旗下的境内关联企业（特别是核心实体经营企业）而言，某些境外司法裁判（特别是中间命令和中间裁决）难以直接被中国法院承认和执行已不再是可靠的优势筹码。尽管境内法院不认可境外法院指定接管人命令的域内效力，但是，接管人通过层层控制和变更却可以间接控制和影响到境内关联企业。一旦境内关联企业面临脱离境内实际控制人控制的危险境地，境内实际控制人很可能会就此失去了在境内外法律纠纷中的有利地位而不得不做出重大利益妥协。

当然，在面临境内关联企业控制权易手威胁时，境内实际控制人也并非只能坐以待毙。根据君合近年来成功处理多起涉及境外接管人与境内关联企业（或其实际控制人）之间重大冲突案件的的经验来看，境外法院任命接管人的命令、所适用准据法、以及中国境内适用的公司法乃至劳动法等，都有可能提供程序介入和抗辩反击

的切入口或机会。当然，这种介入和抗辩往往是越早采取会越主动。



武雷

执业领域

武雷律师主要提供复杂商业诉讼、仲裁法律服务、企业破产清算业务及刑事法律服务。

执业经验

武雷律师于2007年3月加入君合律师事务所，现常驻君合上海分所。在加入君合律师事务所之前，武雷律师曾于2000年至2007年为北京市金杜律师事务所上海分所诉讼仲裁部合伙人，期间办理了大量的诉讼和仲裁案件，有丰富的执业经验。在加入金杜律师事务所前，武雷律师曾在北京市政府对外服务办公室工作。

武雷律师加入君合律师事务所后，代理过多起外商投资企业股权纠纷案件，公司董事、高级管理人员侵害公司利益纠纷案件，国际著名品牌代理权纠纷案件。同时在证券诉讼领域、银行诉讼领域、房地产诉讼领域具有丰富的诉讼经验，擅长帮助客户策划制定诉讼、仲裁策略、方案，最大限度维护客户的法律利益。武雷律师曾经成功代理过多起在最高人民法院申诉再审案件。

武雷律师还代理过证券犯罪、企业管理人员犯罪、知识产权侵权犯罪、名誉权犯罪、隐私权犯罪、商业贿赂犯罪和商业侵占罪等多起刑事案件。

武雷律师被评为2013年度徐汇区司法行政系统先进个人，并被Asian Legal Business (ALB) 评为2014中国十五佳诉讼律师。

教育背景

武雷律师于1991年毕业于吉林大学法学院，获学士学位。

专业组织

武雷律师为中华全国律师协会会员、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

工作语言

武雷律师的工作语言是中文和英文。

现有技术抗辩的审查方式

张晓都



叶臻勇

执业领域

叶臻勇律师专注于诉讼仲裁争议解决业务，他在合同纠纷、公司治理、知识产权争议、海事海商、及刑事诉讼等方面积累了丰富的经验。

执业经验

叶臻勇律师曾先后就职于央企中国远洋运输集团法律事务部及北京市金杜律师事务所上海分所，从事了大量的合同纠纷、公司治理、海事海商、以及各类涉外诉讼仲裁业务，积累了丰富的执业经验。

叶臻勇律师加入君合律师事务所上海分所后，凭借丰富的法律执业经验和极富创造性的法律思维，参与并处理了大量具有国内外影响力的重大诉讼仲裁案件，包括但不限于：法国达能与娃哈哈合资及商标纠纷系列案、通用电气与美国第一能源采购及合作纠纷香港仲裁案、以及豪嘉利与日本洋马经销权及商业秘密系列纠纷案等，均取得非常良好的法律及商业效果。叶臻勇律师目前还在处理多起全国各地钢贸合同诈骗刑事案件。

叶臻勇律师擅长根据案件特点设计具有针对性的危机处理及争议解决方案，最大程度维护客户利益，获得了客户的充分信任及肯定。叶臻勇律师目前还是多家大型国企及涉外单位的常年法律顾问，为客户提供着全方位的日常法律咨询及专业性的争议解决法律服务。

教育背景

叶臻勇律师于2001年获上海财经大学国际经济法学士学位，并随后获华东政法大学民法硕士学位。

专业组织

叶臻勇律师为中华全国律师协会会员、中国海商法协会会员、以及上海市律师协会民事法律专业委员会委员。

工作语言

叶臻勇律师的工作语言为普通话和英文。



张洁

执业领域

商事诉讼、仲裁、合规

执业经验

张洁律师于2013年7月加入君合律师事务所。张洁律师主要从事商事案件的法律事务，为国内外客户提供争议解决服务。张洁律师提供刑事犯罪方面的法律服务，并专注于白领犯罪、商业贿赂等领域。同时，张洁律师参与公司的内部调查，为公司的合规建设提供服务。

教育背景

张洁律师于2010年获得西南政法大学法学学士学位，2013年获得复旦大学刑法学硕士学位。

专业组织

张洁律师是全国律师协会的会员。

工作语言

普通话、英文

案情

2012年最高人民法院知识产权案件年度报告公布的案例中，申请再审人盐城泽田机械有限公司与被申请人盐城市格瑞特机械有限公司侵犯实用新型专利权纠纷案【（2012）民申字第18号】涉及了现有技术抗辩的审查方式。

最高人民法院认为，现有技术抗辩的审查方式是以专利权利要求为参照，确定被诉侵权技术方案中被指控落入专利权保护范围的技术特征，并判断现有技术中是否公开了相同或者等同的技术特征。现有技术抗辩的成立，并不要求被诉侵权技术方案与现有技术完全相同，毫无区别，对于被诉侵权产品中与专利权保护范围无关的技术特征，在判断现有技术抗辩能否成立时应不予考虑。

在该案中，关于现有技术抗辩主张能否成立，双方当事人的争议主要在于：（1）被诉侵权产品中电磁阀与有杆活塞的连接方式是否被现有技术公开；（2）被诉侵权产品中电磁阀的具体结构是否被现有技术公开。

最高人民法院认为，根据涉案专利权利要求1，其中

限定了电磁阀的连接方式，即“电磁阀的出口直接与有杆活塞的外端相联接”，但并未限定电磁阀的具体结构。因此，电磁阀的具体结构与涉案专利权的保护范围无关，亦与现有技术抗辩能否成立无关。由于被诉侵权产品中的电磁阀与有杆活塞亦采取同样的连接方式，因此，认定现有技术抗辩是否成立的关键，在于确定现有技术中是否公开了与上述连接方式相同或者等同的技术特征，而无需考虑被诉侵权产品中电磁阀的具体结构是否被现有技术公开。从查明的事实来看，尽管现有技术中公开的电磁阀包括三个部分，其具体结构与被诉侵权产品的电磁阀有着明显差异，但是现有技术中确已公开将电磁阀的出口与有杆活塞的外端直接相联接。因此，现有技术抗辩成立。

解读

在审查现有技术抗辩时，是将被诉侵权技术方案与现有技术进行对比，而不是将现有技术涉案专利技术方案进行对比。那么，涉案专利技术方案在现有技术抗辩中又有什么作用呢？

一、涉案专利权利要求为确定比对技术方案提供参照

根据前述最高人民法院的判例，在比对被诉侵权技术方案与现有技术的技术方案时，并不是将被诉侵权产品或者方法中所涉及的所有技术特征构成的技术方案与现有技术进行比较，而只是将被诉侵权技术方案中被指控落入专利权保护范围的技术特征构成的技术方案与现有技术进行比较。被诉侵权产品中或者方法中，与涉案专利权保护范围无关的技术特征，在确定被比对被诉侵权技术方案时，不予考虑。这样，涉案专利权利要求就为确定比对技术方案提供了参照。

专利侵权判定的一般原则是所谓全面覆盖原则，要审查被诉侵权产品或者方法的技术特征是否覆盖了发明或者实用新型专利权利要求记载的全部技术特征（以技术特征相同方式覆盖或者以技术特征等同方式覆盖）。其判断的规则是：被诉侵权产品或者方法的技术特征与专利权利要求记载的技术特征恰好全部相同或者等同，落入专利权利要求的保护范围；被诉侵权技术方案除了包含专利权利要求记载的全部相同或者等同技术特征外，还包含有其他技术特征，仍然落入专利权利要求的保护范围。

如果被诉侵权技术方案的技术特征与专利权利要求记载的技术特征恰好全部相同或者等同，构成被诉侵权产品或者方法技术方案的技术特征全部都是被诉侵权技术方案中被指控落入专利权保护范围的技术特征。例如，专利权利要求的技术方案由a1、b1、c1、d1构成，被诉侵权技术方案由a2、b2、c2、d2构成，如果a1、b1、c1、d1与a2、b2、c2、d2分别构成相同或者等同，则落入由a1、b1、c1、d1构成的专利权利要求保护范围的被诉侵权技术方案的技术特征为a2、b2、c2、d2。在进行现有技术抗辩审查时，就应将由技术特征为a2、b2、c2、d2构成的被诉侵权技术方案与现有技术进行比较。

如果被诉侵权技术方案除了包含专利权利要求记载的全部相同或者等同技术特征外，还包含有其他技术特征，仍然落入专利权利要求的保护范围。但在进行现有技术抗辩审查时，比对的技术方案并不是构成被诉侵权技术方案的所有技术特征，而是由落入专利权利要求保护范围的技术特征构成的技术方案。例如，专利权利要求的技术方案由a1、b1、c1、d1构成，被诉侵权产品或者方法的技术方案由a2、b2、c2、d2、e2构成，如果a1、b1、c1、d1与a2、b2、c2、d2分别构成相同或者等同，则落入由a1、b1、c1、d1构成专利权利要求保护范围的被诉侵权技术方案的技术特征仍为a2、b2、c2、d2。在进行现有技术抗辩审查时，仍应将由技术特征a2、b2、c2、d2构成的技术方案与现有技术进行比较，而非是由a2、b2、c2、d2、e2构成被诉侵权的技术方案与现有技术进行比较。

现有技术抗辩成立的标准是：被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术方案中的相应技术特征相同或者无实质性差异（等同）；或者该领域普通技术人员认为被诉侵权技术方案是一项现有技术与所属领域公知常识的简单组合。

在前述第二种情况下，假设现有技术由a3、b3、c3、d3构成，且a2、b2、c2、d2与a3、b3、c3、d3分别构成相同或者等同。如果将由a2、b2、c2、d2、e2构成的被诉侵权技术方案与现有技术比较，即使在由a1、b1、c1、d1构成的涉案专利技术方案相对于由a3、b3、c3、d3构成的现有技术方案没有新颖性的情况下（实质是涉案专利不应当被授权，在这样情况下，审理侵权案件的法院不评价专利权的有效性，而通过现有技术抗辩制度的适用判决不构成专利侵权），也有可能认为由a3、b3、c3、d3构成的现有技术方案加公知常识的简单组合，得不到由a2、b2、c2、d2、e2构成的被诉侵权技术方案，由此就可能认为现有技术抗辩不成立。这样的结论

是错误的，出现错误的原因就是比较对象的确定不恰当。

二、为确定比对技术方案提供一个技术术语抽象程度上的参照

现有技术可能是一份专利文献，可能是一份科技杂志上的一篇文章，也可能是已公开销售的产品或者公开使用的方法，因此，现有技术的技术方案可能是采用上位概念描述的技术方案，也可能是用下位具体概念描述的技术方案。而被诉侵权人实施的技术则必定属于某一具体的技术方案，或者是所生产产品的技术方案，或者是所使用方法的技术方案。如果现有技术直接与被诉侵权人实施的技术进行比较，必然或者是采用上位概念描述的现有技术的技术方案与被诉侵权具体技术方案进行比较，或者是用下位具体概念描述的现有技术的技术方案与被诉侵权具体技术方案进行比较。

专利技术方案通常更可能是采用上位概念描述的技术方案。在现有技术抗辩的审查中，可以以涉案专利技术方案技术术语的抽象程度为标准，将被诉侵权人实施技术的具体技术方案加以抽象描述，然后再将抽象描述后的被诉侵权人实施的技术方案与现有技术进行比较。

这样做的好处在于，当用上位概念描述被诉侵权技术方案后，在与现有技术进行比较时，现有技术抗辩审查就更多是判断被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，是否与一项现有技术方案中的相应技术特征相同，而不是相应技术特征是否无实质性差异（等同）。¹

确定相应技术特征是否无实质性差异（等同）具有一定程度的不确定性，有相当程度的主观性。在现有技术抗辩中，将被诉侵权人实施技术的具体技术方案以涉案专利

技术方案为标准，采用上位概念进行抽象描述，可以在一定范围内，减少现有技术抗辩的不确定性与主观性。

在前述案例中，涉案专利权利要求对电磁阀的具体结构没有限定，其术语的抽象程序就是电磁阀，而被诉侵权产品中一定是具有特定具体结构的电磁阀，在与现有技术比较时，参照涉案专利权利要求中相应技术术语的抽象程度，将被诉侵权产品中的特定具体结构电磁阀抽象为具体结构没有限定的电磁阀，然后再与现有技术比较。由于现有技术中公开了具体结构的电磁阀，故被诉侵权产品中的电磁阀技术特征与现有技术中的具体结构电磁阀技术特征相同（上位概念包含了下位概念）。

如果不进行上面所说的抽象，直接将被诉侵权产品中特定具体结构的电磁阀与现有技术中公开的具体结构电磁阀进行比较，由于他们存在明显差异，就要进一步判断：被诉侵权产品中特定具体结构的电磁阀与现有技术公开的具体结构电磁阀之间的差异是否是实质性的（两者是否等同）。

通过以上的分析，我们可以看出，“对于被诉侵权产品中与专利权保护范围无关的技术特征，在判断现有技术抗辩能否成立时应不予考虑”应当是指前述不应当考虑e2的情形。前述本案中，被诉侵权产品及现有技术均公开了电磁阀，应当考虑电磁阀技术特征。只是在比较时，应以涉案专利权利要求公开的电磁阀抽象程度为参照，将被诉侵权产品中的相应技术特征抽象到相应的程度，再去与现有技术进行比较。

¹ 以涉案专利技术方案技术术语的抽象程度为标准，将被诉侵权人实施技术的具体技术方案加以抽象描述，然而再将抽象描述后的被诉侵权人实施的技术方案与现有技术进行比较，其好处还在于：如果以同样的现有技术申请宣告专利无效，现有技术抗辩与无效审查程序中，与现有技术相比较的被诉侵权技术方案和专利技术方案的抽象程度就是一致的，现有技术抗辩是否成立与专利是否应当被宣告无效，得出结论的理由就会更加一致，结论也会更加一致。



张晓都

执业领域

专利、商标、著作权（包括计算机软件著作权）、技术合同及反不正当竞争（包括商业秘密）等知识产权领域的争议，尤其擅长专利法领域争议的解决。

执业经验

张晓都顾问于2013年9月加入君合律师事务所。加入之前为上海市高级人民法院知识产权审判庭审判长，在上海市高级人民法院知识产权审判庭从事知识产权审判工作12年（其中，2009年在最高人民法院知识产权审判庭从事知识产权审判工作）。在进入上海高级法院之前，曾在大学从事多年法学教学工作，教授过知识产权法、民法、国际贸易法以及经济法课程。

张晓都顾问在知识产权领域特别是专利法领域有深厚的理论造诣与丰富的司法实践经验。著有《专利实质条件》（法律出版社，2002年），《专利侵权判定》（法律出版社，2008年），《专利民事诉讼法律问题与审判实践》（法律出版社，2014年）三本专著。在《中国专利与商标》、《专利法研究》、《知识产权》等杂志上发表学术论文70余篇。著述在业界得到广泛的认可。

张晓都顾问在法院期间审理过大量不同类型的知识产权案件，主审的专利案件中，典型的包括王群诉上海世博会法国馆等发明专利侵权纠纷上诉案、（法国）安万特药物公司(AVENTIS PHARMA S.A.)诉江苏恒瑞医药股份有限公司等发明专利侵权纠纷上诉案、3M公司(3M Company)诉浙江道明投资有限公司发明专利侵权纠纷上诉案、重机公司(JUKI株式会社)诉浙江美机缝纫机有限公司等发明专利侵权纠纷上诉案、（英国）豪登集团有限公司(Howden Group Limited)诉上海科盛电力科技有限公司发明专利侵权纠纷上诉案、（日本）本田技研工业株式会社诉力帆实业（集团）有限公司外观设计专利侵权纠纷上诉案，等等。

主审的其他类型的案件中，典型的包括（英国）BP化学有限公司诉江苏索普（集团）有限公司等商业秘密侵权纠纷一案、辉瑞产品有限公司(Pfizer Products Inc.)等诉江苏环药业股份有限公司等商标侵权纠纷再审查案，马奇和布雷维

提有限公司(M.& B. MARCHI e BREVETTI S.R. L.)诉佛山市顺德区阿里斯顿电器制造有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案、HOYA株式会社等诉上海豪雅光学眼镜有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案、微软公司(Microsoft Corporation)诉上海瑞创网络科技股份有限公司等计算机软件著作权侵权纠纷一案、（日本）普拉提亚娱乐有限公司(プラテイヤ・エンタテインメント株式会社)诉广东杰盛唱片有限公司等著作权侵权纠纷上诉案，等等。

所主审的案件在业界产生了广泛的影响，其中，王群诉上海世博会法国馆等发明专利侵权纠纷案被评为2010年全国十大知识产权案例之首，（英国）BP化学有限公司诉江苏索普（集团）有限公司等商业秘密侵权纠纷案是上海高院知产庭成立以来的首例一审案件。

张晓都顾问是华东政法大学兼职硕士生导师、复旦大学知识产权研究中心特邀研究员、华东理工大学兼职教授。他多次在国际、国内学术会议上做专题发言，为中国法学会培训中心，上海知识产权局知识产权服务中心等机构举办的专利法业务培训班做专题讲演。为华东政法大学知识产权学院硕士研究生讲授《专利法》课程。

教育背景

1983年毕业于涪陵师范学院物理系；
1990年毕业于西安建筑科技大学人文学院，获科学技术哲学硕士学位；
2001年7月毕业于中国社会科学院研究生院法学系（师从我国已故著名知识产权专家郑成思教授），获民商法专业（知识产权方向）博士学位。在攻读博士学位期间，曾于2000年9月至2001年2月，作为海外邀请学者在日本特许厅所属“知识产权研究所”从事专题学术研究。

执业资格

张晓都顾问1993年取得中国律师执业资格，并于2002年通过中国第一次司法考试，获得中国法律职业资格。

工作语言

中文、英文

云计算技术专利保护初探

周 奇¹

一、云计算技术简介

探讨云计算技术专利保护问题，需要简要了解云计算技术的发展和云计算概念的界定，云计算关键技术和业务模式对于其专利保护有直接影响，在此一并介绍。

（一）云计算概念、起源和发展

云计算使计算、存储摆脱了物理节点的限制和约束而按照业务逻辑来进行，以较低成本和较高性能解决无限增长的海量信息的储存和计算问题。²从方便非专业人员理解的角度进行简化，云计算是指大规模、分布式、并行计算。打个比方，就像是从小单台发电机模式向电网集中供电的模式转变，或者就像是单个水井供水向多条水管同时供水的转变，“云”计算意味着计算能力也可以作为一种公共资源进行流通。

1961年斯坦福教授John McCarthy 提出计算资源可

以成为一种重要的新型工业基础，类似水、电、气和通信，为云计算技术出现奠定概念基础。

云计算技术起步于互联网搜索服务，上世纪90年代，谷歌的两位创始人因无法支付昂贵的小型机和商用存储来进行海量网页信息的存储和处理而率先采用了高性能、低成本的云计算解决方案。

本世纪初，电子商务巨头亚马逊公司为了充分利用其闲置的服务器，推出了弹性计算(EC2)、简单存储(S3)等云计算服务，向用户按需提供计算、存储和网络资源，并根据使用量进行灵活计费，建立了云计算商业化标杆。1999年Salesforce成立，2001年发布在线CRM系统，成为云计算SaaS模式的第一个使用案例。

2006年8月，谷歌CEO Eric Schmidt在搜索引擎大会上首次提出“Cloud Computing”概念。由于具有低成本、低能耗、易管理、弹性扩展、快速业务部署、按量计费等优势，云计算技术很快成为业界追捧的热点。

1 作者单位：中国移动通信研究院。
2 《云计算 深刻改变未来》，张为民、唐剑峰、罗志国、钱岭 编著，科学出版社。

（二）云计算关键技术

云计算是并行计算、分布式计算和网络计算的融合和发展，从某种角度，也可以说是这些计算机科学概念的发展和商业实现；云计算也是虚拟化、效用计算、面向服务的架构等概念混合演进的结果。³

作为一种数据密集型的超级计算，云计算在数据存储、数据管理、编程模式、并发控制、系统管理、绿色节能、终端技术等方面具有自身独特的技术。按照笔者理解，一些云计算技术将面临新的专利保护问题，可能涉及虚拟化、海量分布式存储和结构化数据管理等，这里作简要介绍。

1、虚拟化技术

虚拟化技术是一种调配计算资源的方法，它将应用系统的不同层面——硬件、软件、数据、网络、存储等——隔离开来，从而打破数据中心、服务器、存储、网络、数据和应用中的物理设备之间的划分，实现架构动态化，并达到集中管理和动态使用物理资源以及虚拟资源，以提高系统结构的弹性和灵活性，降低成本、改进服务、减少管理风险等目的。

目前包括三种资源的虚拟化：服务器、存储和网络。服务器虚拟化一般用来解决服务器“一分多”的问题，提高服务器的利用率。存储虚拟化一般用于整合各种异构存储系统，提供统一的使用接口。网络虚拟化则可以将较大的网络带宽分割为可独立使用的资源。各种虚拟化技术均利于将大颗粒物理资源抽象化，形成资源池，以便为更多IT系统共享。

2、海量分布式存储技术

为保证高可用、高可靠和经济性，云计算采用分布式存储的方式来存储数据，采用冗余存储的方式来保证存储数据的可靠性，以高可靠软件来弥补硬件的不可靠。

3、结构化数据管理技术

云系统的结构化数据管理采用列簇存储的数据管理模式，既考虑海量分析中列数据的访问效率，又为多

列数据同时访问提供了灵活的机制，与传统数据仓库相比，在可扩展性方面更为灵活，兼顾了海量结构化数据存储和分析性能。

（三）云计算业务模式

云计算的出现打破了传统IT产业链的商业模式，制造商、服务商、集成商的角色开始互相渗透，整个产业链包括平台提供商、系统集成商、服务提供商、应用开发商和用户五个重要角色，它们都可能成为云计算技术的实施者，影响着云计算技术的专利保护。

1、按照服务范围，云计算可分为公共云（Public Cloud）、私有云（Private Cloud）和混合云（Hybrid cloud）

公有云：通过互联网向客户提供服务的云计算系统，为了保证用户数据的安全，公有云通常使用访问控制技术。

私有云：只服务于组织内部的云计算系统。

混合云：公有云和私有云的混合系统，这种情况下，用户通常把商业敏感的数据和流程控制在私有云内，而把非商业敏感的数据和流程外包给公有云服务。

2、按照服务模式，云计算可分成基础架构即服务（IaaS）、平台即服务（PaaS）、和软件即服务（SaaS）

基础架构即服务（IaaS）：向用户提供计算、存储、网络、中间件等基础资源的服务。用户可以控制操作系统、存储、网络设备等。

平台即服务（PaaS）：向用户提供一个应用的运行环境，用户只能控制应用和该运行环境，但不能控制操作系统、硬件、网络基础设施等。

软件即服务（SaaS）：以服务的形式向用户提供软件，用户无需支付软件许可费用，而是为获得的服务付费。SaaS与云计算没有必然联系，但云计算的出现为SaaS提供了更好的实现环境。

二、云计算技术的专利保护

通过上述云计算技术的介绍我们了解到，为了满足迅速增长的海量数据的处理要求以及随时随地进行计算的需求，云计算应运而生，它不仅仅是技术的革新，也是一种商业运营模式的变革，最终达到了降低成本、提高效率、节能减排的经济目的和社会效果。这些既为云计算技术专利申请带来了契机，同时也对与计算机程序相关的云计算技术专利保护提出了挑战。

（一）云计算技术专利保护概述

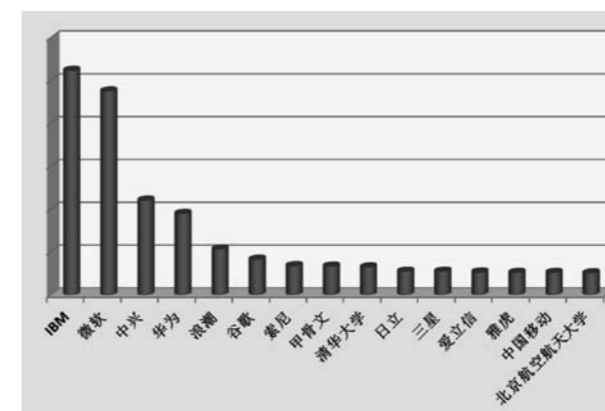
1、云计算技术专利申请情况

根据对云计算技术在全球主要国家和地区公开的专利在SIPO、USPTO、EPO（Worldwide数据库）等专利数据库进行检索，情况如下：

从大的技术分类来看，云计算技术包括云平台（Cloud Platform）和云服务（Cloud Service）。近年来，云平台和云服务两大技术主题的专利申请数量均保持稳定增长。

美国和中国是最重要的云计算技术专利保护区域，大量云平台和云服务相关的专利集中在中国和美国公开，这两个国家是云计算技术最为重要的研发和市场应用区域。

全球云计算技术专利公开量较多的15家公司/机构中，包括美国的IBM、微软、谷歌等大企业，中国的中兴、华为等企业和清华大学等科研院所也占有一席之地（如图一所示，仅反映大致实力，数量略去）。



图一：全球云计算技术专利申请人分布图

亚马逊首推弹性计算云，取得了巨大的商业成功。建立了以云计算基础设施作为服务的IaaS（Infrastructure as a Service）模式，成为全球少有的端到端的云计算平台供应商。亚马逊对在美国以外布局专利不很重视。在中国约有30件公开的与云计算技术相关的专利申请，其中绝大部分未获授权。值得注意的是，截至2011年底，亚马逊在其AWS网站上声明了该平台运营所涉及的专利清单，包含87项专利，这些主要是与交易有关的美国专利。

2、云计算技术专利诉讼情况

云计算领域已发生的专利诉讼不多，随着商业竞争的日趋激烈，利用专利打击对手的诉讼可能频发。

1) 微软VS. Salesforce

2010年发生的微软与Salesforce之间的专利诉讼被媒体称为“决定谁掌控云计算知识产权”的一场诉讼。2010年5月，微软指控Salesforce的CRM SaaS服务侵权了它的9项专利权。2010年6月，Salesforce以它的5项专利起诉微软。同年8月，双方迅速和解，签署了专利交叉许可协议。

2) 美国东北大学VS.谷歌

2007年11月，美国东北大学和Jarg公司起诉谷歌专利侵权。专利技术内容是关于在大型分布数据库中搜索和提取信息的方法。双方经过三年半的诉讼程序，于2011年4月达成和解。

在全球范围内较难找到云计算技术相关专利侵权判决，从一个侧面证明了云计算领域专利侵权判定的难度。

（二）云计算技术专利保护问题

1、云计算领域专利大多具有侵权证据难发现的特点

亚马逊中国2007年3月29日申请一项名为“管理由多个计算系统执行程序”的专利，权利要求1：一种用于管理由多个计算系统执行程序的方法，包括：接收多个针对一程序的程序执行请求；以及对于每个请求，执行程序的实例，其实现方式为：从具有多个计算系统的第一组中选择计算系统；如果选定的计算系统未在本地存储程序，并且所述第一组计算机系统具有程序的一个以上的存储副本，就指示所述选定的计算系统从所述第一

3 《云计算 深刻改变未来》，张为民、唐剑峰、罗志国、钱岭 编著，科学出版社。

组中的另一计算系统获取程序的副本；如果所述第一组计算系统不具有任何程序的存储副本，就指示所述选定的计算系统从远程计算系统获取程序的副本；指示所述选定的计算系统启动执行所获得的程序的副本。

该专利方案的应用场景是：在数据中心以虚拟或物理的方式寄居了大量针对不同客户的应用程序或系统的情况下，对软件和程序副本的管理、存储、分发、以及获取。应用程序可能很大，要想使用足够的存储资源来存储每个寄居的应用程序的本地副本的成本很高。本发明的方案引用了对程序副本的管理，在执行程序时，可以利用多种因素，如，先前存储副本的位置，来选择合适的计算系统来执行程序；可以考虑在物理上或逻辑上足够邻近的计算系统，等等。

按照中国专利法的规定，如果要证明他方技术方案侵犯本方法专利权，权利人需要证明该方案中包含了与本权利要求相同或等同的所有步骤。该方案既涉及本地计算系统程序副本的查询，还涉及组内计算系统和远程计算系统程序副本的查询和管理，但是其执行过程没有任何外部呈现，最终为外部所感知的可能只是程序的执行结果，其内部形式仅仅是一行行软件代码。因此，在中国现有司法体系下，举证责任的完成对于权利人来讲是相当困难的。

从专利侵权证据的获取难度来看，通常从低到高分以下四种场景：

通过产品本身的形状、结构或外部呈现来判断；

通过产品或业务的使用手册、宣传资料，或者通过其遵循的标准文本来判断；

通过反向工程、业务使用中抓包来判断；

通过获得完整的技术文档或代码来判断。

由于上述专利方案主要涉及计算机系统内部的程序执行以及计算机系统之间的数据交互，不涉及产品的外部功能展示。另外，侵权方可能会宣传该软件产品的效果是提升了效率、增强了稳定性等等，但几乎不可能会在使用手册或宣传资料中完整说明本方案的内部程序环节。那么，要想获得侵权方案的软件代码及相关文档是极其困难的，发生侵权之后，专利权人很可能会吃哑巴亏。

从以上列举的云计算技术专利及分析可以看出，云

计算领域相关专利方案普遍存在的问题是后台执行的工作较多，在用户界面的层次上可见性不够好，这对于行使专利权之时搜集证据是不利的。这也是为何当今移动通信领域专利诉讼频发但大多涉及终端功能、用户界面或标准专利的原因所在，因为这些专利容易证明侵权且容易被法官及陪审团理解。

因此，在撰写专利申请时，要尽量使得方案具有宏观性和完整性，既涉及用户端可见的内容，也涉及后台执行的工作。

2、虚拟化技术对于侵权主体、侵权行为、侵权地域的界定带来了挑战

虚拟化技术发展到了使单个计算机看起来像多个计算机或完全不同的计算机，也能使多台计算机看起来像一台计算机以实现统一的调配、管理和监控。云计算带给用户的从本质上讲正是虚拟化服务，虚拟化是云计算的底层实现基础。然而，涉及虚拟化技术的云计算专利在侵权主体、侵权行为、侵权地域的界定等方面也面临挑战。

虚拟化技术专利“一种在虚拟化平台中部署应用的方法及虚拟平台管理器”权利要求1：一种在虚拟化平台中部署应用的方法，其特征在于，包括：预先制作虚拟机的操作系统镜像以及应用软件包的安装脚本，所述操作系统镜像中安装有一个自动执行的应用部署程序，所述应用部署程序的执行参数为应用请求号和虚拟机号；根据应用的部署请求产生应用请求号和虚拟机号，并在为所述应用分配物理机后，将所述部署请求对应的应用软件包和安装脚本存储到所述应用请求号对应的存储位置；将操作系统镜像拷贝到物理机上，并在所述物理机上将所述操作系统镜像作为虚拟机的虚拟磁盘启动；虚拟机启动后，所述操作系统镜像中的应用部署程序获取本虚拟机对应的应用请求号和虚拟机号后自动执行。

现有技术中，进行虚拟机的部署时通常采用镜像部署的方法，即将应用与操作系统一起做成镜像文件，将该镜像文件作为虚拟机的虚拟磁盘进行启动；但是事先静态生成的镜像无法满足分布式动态配置的需求。本发明中，申请虚拟机的用户可以根据应用的特定需求，按照编程框架的约定提交应用部署程序和安装脚本，然后

应用可以在动态申请的虚拟机资源中自动部署；即，虚拟机镜像中只包含了完成虚拟机部署的通用安装程序，安装程序的执行参数是在虚拟机调度过程中动态分配的，进而根据该执行参数进行部署和安装，从而降低在虚拟化平台上配置和部署分布式应用的难度。

本方案将操作系统镜像与应用软件包和安装脚本相分离，通过应用请求号和虚拟机号建立多台虚拟机与多个应用之间的联系。本方案将物理资源抽象成资源池，完全通过虚拟机实现资源部署，它可能发生在一台物理机上也可能发生在多台物理机上，到底发生在哪些物理机上也难以界定。即使是本发明中负责虚拟机分配和调度的所谓“虚拟平台管理器”，也是计算机程序而非物理实体。通过这个例子可以看出，虚拟化技术在底层物理实体通用化、分布化的基础上搭建了新的资源调配逻辑，实现了架构动态化，技术的实施与物理实体相区隔，侵权界定的困难也就相应产生。

按照《审查指南》第九章关于涉及计算机程序的发明专利申请审查的若干规定，涉及计算机程序的发明是指为解决发明提出的问题，全部或部分以计算机程序处理流程为基础，通过计算机执行按上述流程编制的计算机程序，对计算机外部对象或者内部对象进行控制或处理的解决方案。由此可知，虚拟化技术专利申请在现行专利保护体系下也是一种涉及计算机程序的发明专利申请，方案主要涉及计算机内部资源的管理及数据的传输、处理或交换。

对于虚拟化技术专利申请，在撰写申请文件时可能仅写了方法权利要求，也可能写了对应的装置权利要求。如果是前者，按照现行专利法，仅保护该专利方法的使用行为；如果写了对应的装置权利要求，由于虚拟化技术通过程序运行在计算机/服务器等通用硬件设备中，一般不涉及对计算机硬件结构的改变，按照《审查指南》的规定，这样的装置权利要求必然是虚拟装置⁴，即通过计算机程

序实现该解决方案的功能模块构架而不是实体装置。该装置权利要求的保护范围至少不大于方法权利要求的保护范围，对呈现该计算机程序的虚拟装置的制造、销售等行为很可能在司法实务中仍然得不到保护。

即使上述制造、销售行为能够得到保护，但是通过上面例子的解析可以看出，在虚拟化技术环境下，由于虚拟机与物理机的多对一、一对多的逻辑联系，造成实现该程序流程各步骤所必须建立的功能模块在物理实体上无法界定，对专利产品的制造、销售等行为的保护也就难以实现；或者，由于该程序流程的执行涉及的物理实体太多，规制这些执行该虚拟化技术程序的物理实体的制造商、供应商也就成为不可能。另外，如果主张负责该程序执行的系统权利要求，对该系统的制造、销售行为很可能与云计算的平台提供商、系统集成商、服务提供商、应用开发商都无法挂钩。

进一步分析，如果虚拟化技术专利涉及一个系统，例如存储虚拟化。具体执行该专利方案的系统的部分要素可能位于国外，比如实现分布式计算的其中部分服务器是租用国外的服务器。按照中国现行专利侵权判断原则，被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围，前提是被诉侵权技术方案的全部要素均位于该专利权的同一有效区域内。在上述场景下，对侵权行为和侵权主体的认定都面临很大的法律障碍。

（三）问题分析和法律建议

1、侵权举证的悖论和相关法律建议

1) 云计算领域侵权举证难不符合专利法初衷和社会利益

针对云计算领域专利侵权证据难发现的特点，其研发方无外乎有以下三种手段：

4 如果全部以计算机程序流程为依据，按照与该计算机程序流程的各步骤完全对应一致的方式，或者按照与反映该计算机程序流程的方法权利要求完全对应一致的方式，撰写装置权利要求，即这种装置权利要求中的各组成部分与该计算机程序流程的各个步骤或者该方法权利要求中的各个步骤完全对应一致，则这种装置权利要求中的各组成部分应当理解为实现该程序流程各步骤或该方法各步骤所必须建立的功能模块，由这样一组功能模块限定的装置权利要求应当理解为主要通过说明书记载的计算机程序实现该解决方案的功能模块构架，而不应当理解为主要通过硬件方式实现该解决方案的实体装置。

不对外公开，作为技术秘密来保护；

申请专利或以其它方式对外公开，使别人不能申请专利，降低自身侵权风险；

申请专利，在技术交底和权利构建时尽可能与外部呈现或产品结构相关联，作为专利武器储备。

但是，上述三种手段无论是从个人利益的角度还是从社会效益的角度考量都存在问题。

众所周知，作为商业秘密的一种，技术秘密没有专属排他性，只能防范他方的“窃取”行为，保护力度弱。另外，专利权设立的初衷，本来就是为了避免研发方将大多数创新“藏着掖着”，而是鼓励将其公开出来，推动其运用和后续研发。因而，将云计算技术作为技术秘密来保护，对产出方、对社会都不会受益。

将投入大量研发资源的技术对外公开而难以主张权利，竞争对手可以低成本模仿，从长期和社会角度来考量，这将对研发方的创新积极性造成严重打击，也不利于技术的推广和进步。公开换不来保护，本身就违背专利法的立法初衷，如果在授予专利权后专利权不能行使，与不建立专利制度的效果是相同的。

在一些场景下，专利申请文件的撰写技巧能够部分克服侵权证据难获取的问题，但这样的改写可能已经使发明创造本身面目全非，导致专利申请在审查过程中面临其他实质性缺陷，最终无法保护发明创意。同时，可能增加在管理、审核、答辩等方面的社会总开销。

2) 相关法律建议

根据上面的分析，结论是应当鼓励研发方在云计算领域积极创新、申请专利、公开技术方案、获取专利保护，才能实现研发方与社会的共赢。

因此，在法律建设层面，要打破侵权举证难的困局。对于云计算技术等涉及计算机程序的发明专利，有如下建议：

第一，合理分担双方的举证责任。在现行《专利法》中，在第61条明确规定了涉及新产品制造方法的举证责任倒置⁵，可以作为涉及计算机程序的发明专利分配

原被告方举证责任的参考。

例如：一项云计算专利的专利权人在诉讼开始时首先提供证据证明：a.被告所实施技术方案涉及计算机程序的执行；b.被告所实施技术方案与专利方案所属技术领域相同、达到相同或近似的技术效果；c.专利权人经合理努力仍未能确定被告所实施技术方案落入专利权的保护范围。此后，由法院责令被告进行举证，提供其技术方案不同于专利方案的证据。如果不能证明，可以判定被告侵权。

对于这样的要求，专利权人比较容易举证，法院也比较容易判断，有利于云计算领域专利的维权。

第二，在专利侵权案件的诉讼过程中，参考美国司法制度中的证据发现程序，促使原被告双方充分展示证据，一层层地揭开事实真相。

2、改革以云计算技术为代表的计算机程序发明专利侵权界定方法

1) 云计算领域侵权界定不符合专利法初衷和社会利益

由上述分析可知，虚拟化技术专利很可能只能对其专利方法的使用行为进行保护，很难规制通过编制程序、提供程序来获取利益的相关方，如果实现该技术的系统的部分要素位于国外，则难以认定侵权。

由于云计算产业链包括平台提供商、系统集成商、服务提供商、应用开发商和用户等不同主体，其中一些主体开发云计算程序，一些主体出租云计算程序及其配套系统，一些主体使用云计算程序。如果只能对云计算技术方法专利或者其对应虚拟产品专利的使用行为主张禁止权，对于编制程序和提供程序给他人使用的行为却不能有效规制，甚至不能规制部分要素位于国外的云计算系统，将与权利人申请专利的目的相违背。

专利的目的在于鼓励发明创造，因此，希望专利权人公开技术方案，以让公众使用及参考这些技术方案，推动技术进步。以此为对价，专利权人也获得一定时间的独占权。因此，申请人申请专利的目的是行使专利权的独占权，不是获得荣誉证书。如果在专利实施阶段让专利权

人很难或无法行使专利权，将无法有效保护权利人的合法权益，使抄袭者获益，打击研发创新，违背专利立法初衷。同时，也是对社会资源的极大浪费，不利于云计算产业的发展和科技进步。

2) 相关法律建议

为避免上述不利后果，应当加强对云计算领域相关专利的保护，对相关方未经许可编制专利程序、提供专利程序、出租专利程序及其配套系统的行为进行有效规制，促进云计算产业在国内的蓬勃发展。

因此，在法律建设层面，要打破侵权难界定的困局。对于云计算技术等涉及计算机程序的发明专利，有如下建议：

第一，对涉及计算机程序的方法专利的保护从使用该程序延及该程序的编制和商业提供等行为。或者，对于由所记录的程序限定的计算机可读存储介质的权利要求，参照美国专利法，授予其产品专利权，以有效规制为生产经营目的编制、销售侵权云计算专利技术的平台提供商和应用开发商。

由所记录的程序限定的计算机可读存储介质与装载计算机程序的硬件实体都是一种产品，它们真正的发明点都在于计算机程序的处理过程，其中的创造性劳动是编制描述功能的计算机程序，程序的执行需遵循自然规律、解决技术问题、达到技术效果，不能将其界定为智力活动的规则和方法。对涉及计算机程序的方法专利的保护延及该程序的编制和商业提供行为，或者对由所记录的程序限定的计算机可读存储介质的权利要求授予产品专利权，都是还原了计算机程序本身的可专利性和可获保护性，有效涵盖了程序从产出、销售到装载、应用几个能够带来经济利益的关键实施行为。

第二，通过间接侵权原则对以生产经营为目的引诱/帮助用户使用涉及计算机程序的方法专利的行为及其责任予以明确界定，进一步规制商业提供方法专利的部分步骤所代表的程序的行为。

例如：在专利方法的使用行为构成直接侵权的前提下，或者专利方法的使用行为的主体是消费者（通常为“非生产经营目的”，不构成直接侵权），提供代表该

专利方法的计算机程序的专用、关键部分，引诱/帮助用户使用专利方法的行为构成间接侵权。

第三，对现行专利法的地域性原则以及侵权判断方式做适应性修改。参照美国专利法的“长臂管辖”：一个专利的权利要求保护一个系统的情况下，即使被控侵权系统的部分要素位于国外，只要该要素的控制行为和有益使用行为位于国内，那么使用该系统就构成使用侵权。

这样，即使云计算技术专利所保护的系统的部分服务器位于国外，如果相关方完整使用了该系统，控制了位于国外的该系统的部分服务器的操作，且受益于部分服务器的操作，那么侵权仍然成立。

结语

本文首先对云计算技术做了简要介绍，接下来以云计算技术专利申请和诉讼情况为起点，结合云计算技术具体案例，分析了该领域专利保护面临的问题，最后，从法律层面提出了一些建议：由于国内公司/机构在云计算技术研发和专利申请方面开展了大量尝试、积累了一定实力，为鼓励技术创新、促进产业发展，应当加强云计算技术的专利保护力度。建议针对云计算技术等涉及计算机程序的发明专利，优化侵权举证责任分配和举证程序设置，扩展可主张权利的对象、行为和地域。

⁵ 专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明。

苹果三星专利大战交锋剪影系列

——背景介绍篇

冉瑞雪 黄彩如 黄胜

2014年8月底，苹果提出的永久禁止三星销售侵权手机的动议被驳回；而正在不久前的8月初，苹果和三星发布联合声明，称同意撤销在美国以外地区所有针对对方的专利诉讼。让人记忆犹新的是，美国加州联邦地区法院在今年5月作出的苹果、三星互相侵犯对方专利的判决，让人感觉双方之间的专利大战依然激烈，而6月中旬，三星与苹果难得地发表一致的声明，表示放弃对337调查所涉专利侵权纠纷的上诉，又已经让大家有了双方和解成功的预期，可谓跌宕起伏。

时间回到2010年。那一年的6月，苹果公司的iPhone 4正式发布，掀起了智能手机的一场革命；同月，三星第一代Galaxy S也开始上市对外销售，颇受市场欢迎。对苹果而言，三星之前只是其屏幕面板及其他零部件的重要供应商，却从此吹响了直接竞争的号角。

2010年7月，乔布斯在与三星的CEO李在镕会面时直截了当地要求三星必须立即停止抄袭苹果的iPhone的设计以及侵犯苹果专利，三星当场予以否认。此后不久，双方展开了激烈的专利大战，战火在迅速蔓延全球，除了在美国，双方还在韩国、日本、德国、法国、

荷兰、意大利、英国和澳大利亚等国展开了较量。在2012年7月时双方之间在全球的诉讼甚至超过50起。从专利大战开始至今，双方为此支出的费用高达数十亿美元。期间双方各有输赢，数次传来和解的消息，多次谈崩，如今虽未实现全球和解，却已有偃旗息鼓之势。由于双方之间的主战场在美国，本文将重点介绍双方在美国的较量。

苹果对三星的第一枪在美国本土打响。2011年4月15日，苹果向美国加利福尼亚州北区联邦地区法院起诉三星侵犯其与iPhone和iPad有关的专利（案号：11-CV-01846-LHK）。2012年8月，陪审团认定三星侵权成立，并要求其赔偿苹果10.49亿美元。2013年3月，该案法官认定由于陪审团计算有误，将赔偿额几乎折半，降低到了大约6亿美元，并裁定就赔偿数额进行重审。2013年11月，陪审团判决三星再赔偿2.9亿美元。三星对该判决不服，提起上诉，目前未决。

三星也不示弱。2011年8月1日，三星向美国国际贸易委员会（“ITC”）起诉苹果侵犯其数个美国专利（案号：337-TA-794）。2012年9月，行政法官初裁认定苹

苹果主动发起之案件	2011	三星主动发起之案件
苹果向加州法院起诉三星侵权	4月	
	8月1日	三星向ITC起诉苹果专利侵权(337-TA-794)
苹果向ITC起诉三星专利侵权(337-TA-796)	8月5日	
	2012	
苹果在加州再诉三星专利侵权	2月	三星反诉苹果专利侵权
苹果获得针对Galaxy Nexus产品的临时禁令	6月	
三星被判赔偿苹果10.29亿美元	8月	
	9月	ITC初裁认定苹果不侵权(337-TA-794)
Galaxy Nexus产品的临时禁令取消	10月	
	2013	
法官降低将10.29亿美元的赔偿额降至6亿美元，并裁定就赔偿额进行重审	3月	
	6月	ITC终裁认定苹果侵权，颁布有限排除令(337-TA-794)
	8月3日	总统复审推翻ITC终裁(337-TA-794)
ITC终裁认定三星侵权，同时认可了三星的规避设计(337-TA-796)	8月9日	
三星被判再赔偿苹果2.9亿美元	11月	
	2014	
三星被判赔偿苹果1.196亿美元	5月	苹果被判赔偿三星158,400美元
法院驳回苹果禁止三星销售侵权手机的要求	8月	

果不侵权。三星不服，申请复审。2013年6月，ITC终裁认定苹果侵犯了一个涉案专利，并发布有限排除令，但有限排除令在总统复审程序中被推翻。

2011年8月5日，苹果也向ITC起诉三星侵犯其7个美国专利（案号：337-TA-796）。2013年8月，ITC终裁认定三星侵权成立，并发布有限排除令，但三星在该案中所做的规避设计产品不包含在有限排除令的范围内。

2012年2月，苹果在美起诉三星侵犯其五个专利（案号：12-CV-00630-LHK），请求判决三星赔偿20亿美元，而三星反诉苹果侵犯其两个专利，请求判决苹果赔偿60亿美元。2012年6月，苹果在该案中获得临时禁令，禁止三星的Galaxy Nexus产品在美国销售，苹果为此支付了9000多万美元的保证金；三星不服，遂上诉，后临时禁令于2012年10月撤销。2014年5月，陪审团认定三星和苹果都侵犯了对方的专利，苹果获得的赔偿额为1.196亿美元，而三星获得赔偿额为158,400美元。对于1.196亿美元赔偿的案件结果，苹果不服，已经在2014年5月23日提交要求重审的动议，认为三星对陪审团实施了不当和有偏见的影响，苹果应该获得更高额度的赔偿。而三星则认为根本无需支付任何赔偿，应该推翻原判决。

若以时间为线，列出苹果三星在美专利大战的大事记，可见双方之间步步紧逼，毫不相让：

从在美国专利诉讼的结果看，苹果总体上占据了上风，但专利大战以来，三星在智能手机领域的全球市场占有率却稳中有升，从2010年的4%升至2013年的三分之一左右，已经成为世界上最大的智能手机生产商。根据最新的数据，苹果在2014年第一季度的市场占有率从一年前的17.5%降至15.3%。¹从这一结果看，苹果的专利大战并未取得理想的效果。

苹果三星之间的专利大战看点很多，尤为关注的是，面对苹果，三星在美客场作战是否会遭遇歧视性待遇？我们将推出双方在美专利大战交锋剪影系列，根据过去十年

¹ 《三星、苹果智能手机市场占有率下滑》，<http://www.ikanchai.com/it/2014/04302973.html>

代理美国知识产权争议解决的经验，陆续评析相关判决。他山之石，可以攻玉。我们中国企业可以资借鉴。



冉瑞雪
执业领域
美国337调查；知识产权

律师执照
中国；美国纽约州以及美国联邦巡回上诉法院

执业经验
冉瑞雪律师是北京市君合律师事务所合伙人，持有中国及美国（纽约州）律师执照，是中国企业海外知识产权争议解决专家，是美国337调查（与贸易有关的知识产权调查）中国法律服务市场的开拓者，美国国际贸易委员会通过两个裁决认定冉律师可以签署保密令从而得以实质代理美国337调查案件，以及有权同时代理中国企业在美国的337调查以及在中国国内的关联诉讼。目前，冉律师是代理美国337调查案件最多的中国律师之一，代理的有影响的案件包括开庭后胜诉的赖氨酸调查和深圳记忆科技芯片调查等，代理了中国企业在美国337调查商业秘密案总量的一半，并在碎纸机调查案获得中国企业目前应诉美国337调查商业秘密案的最好结果。此外，冉律师还代理了多起中国企业在美国联邦地区法院和联邦巡回上诉法院的知识产权诉讼案件以及在中国的知识产权诉讼案件。基于多年历练，冉律师逐步积累了帮助中国企业解决全球知识产权争议的丰富经验，特别是应对在中美两国乃至其他国家同时进行的跨境专利和商业秘密商战。

教育背景
中国政法大学国际经济法专业学士及硕士学位
美国乔治·华盛顿大学法学院知识产权法专业硕士学位

职业团体/荣誉
中华全国律师协会国际业务委员会委员
北京市三八红旗奖章



黄彩如
执业经验
黄彩如于2006年通过国家司法考试，并于2008年开始从事法律服务。黄彩如的业务范围为公司法和知识产权，为跨国公司如NCR等提供在华业务的全面法律支持，也为中国公司提供常年法律服务，在国有大中型企业方面，目前或曾经服务的长期客户包括华北电网、中国南车等。黄彩如全程参与过6起美国337调查（与贸易有关的知识产权）案件，此外，黄彩如参与代理了数起在国内以及在美国进行的知识产权诉讼。

教育背景
黄彩如毕业于中国青年政治学院，获法学学士学位，后在中国人民大学法学院获法学硕士学位（国际法方向）。

工作语言
黄彩如律师的工作语言为中文和英文。



黄胜
执业领域
黄胜律师是君合律师事务所北京办公室律师，主要为国内外客户提供公司和知识产权等方面的法律服务。

执业经验
黄胜律师曾代表多家中国企业参与了多起美国337调查和美国联邦地区法院的专利、商业秘密和著作权等知识产权诉讼。

教育背景
黄胜律师于2005年7月获得中国政法大学法学学士学位，并于2007年7月获得北京大学国际经济法法学硕士学位。

专业组织
中华人民共和国以及美国加利福尼亚州执业律师

工作语言
中文和英文

苹果三星专利大战交锋剪影系列(一) ——陪审团中立吗？

相信自苹果起诉三星的第一天起，在陪审团制度下，三星的外国公司身份是否给案件结果带来负面影响，是大家心里都默默关注的问题，却未必有机会可以堂而皇之地讨论。苹果律师对陪审团的总结陈词让这个问题浮出了水面，直接出现在了判决中，法官高兰惠（Lucy H. Koh）在判决中明确告诫苹果的律师应该注意律师对维护法律制度的公正性所起的作用。

该判决来自于苹果2011年4月诉三星专利侵权的第一个案件（案号：11-CV-01846-LHK）。争议源自2013年11月关于三星应该赔偿苹果多少钱的庭审。当时，苹果律师对陪审团的总结陈词声情并茂，指出有幸生活于美国，有如此众多的创新型公司，例如苹果和谷歌，它们提供工作、改善生活并且支持了世界最好的教育系统，促进经济发展；又指出在小的时候，有众多的美国电视机生产商，如此著名，是发明者，是创造者，就像现在的苹果和谷歌，但他们没有注意保护知识产权，以至于现在已经没有美国本土的电视机生产商了。

对于这番陈述，三星的律师立即提出反对意见，指控苹果的律师言论不当，其诉求已经超出了可以要求

法院审判的要素的范围。陪审团离席。随后，法官对陪审团成员重申了关于不得受他人的喜好、偏见、同情影响的指示。该陪审团最终认定三星需要赔偿苹果2.9亿美元。三星不服，提起要求重审的动议，其理由之一是苹果律师的这番总结陈词涉嫌种族、国别歧视（racial, ethnic, and national origin prejudice）。

对此，法官在2014年2月的裁决中认为，首先，苹果律师精心准备的总结陈词，配以特意的抑扬顿挫（strategic and effective pauses, timed in a way that created silence for listeners to connect the dots and make troubling inferences），显然是故意向陪审团示意这是一场美国对非美国的纠纷（American-versus-non-American theme），会引发国别歧视（national origin prejudice），是有问题的（troubling）。法官特别引用了联邦巡回上诉法院的摩尔法官（Kimberly A. Moore, Xenophobia in American Courts）对具有美国专利的外国公司在美国通过诉讼途径保护专利的胜诉比例低于美国公司的统计数据，以及摩尔法官对在美国专利诉讼过程中的这种歧视可能对国际贸易、外交关系产生的负面影响以及

毁坏对美国司法的信心的担忧。之后，法官表示对苹果律师特意强调三星是外国公司这一因素表示失望。但是最终，法官高兰惠认为没有证据表明陪审团受到了苹果律师的偏见的不良影响；相反，法庭数次向陪审团作出了不得受到偏见的影响的指示，其中一次是苹果律师的陈词之后立即作出的。因此，法官驳回了三星据此要求重审的动议，并提醒律师在接下来的程序中应该注意律师对维护法律制度的公正性所起的作用。

点评

陪审团是英美法系特有的制度，陪审员从美国普通公民中随机抽选而来，并通过特定的程序遴选，参加庭审，并在事后做出判决。民事诉讼中，陪审团有权就被告是否有责任以及损害赔偿的数额做出判断，刑事诉讼则负责决定被告有罪或无罪，由法官负责量刑。陪审团制度的基础是以普通人的常识可以明辨是非曲直，其优势之一是陪审员抽选的随机性以及陪审过程中的隔离制度确保判决案件的人员不被操纵。而质疑的声音则认为，陪审团不具有适用法律的专业能力，且因为地域或历史的原因，可能会对某些特定群体具有偏见。

而且，美国是目前世界上罕见的还由陪审团审理专利案件的国家，由这些普通民众来判断专利侵权和无效确实勉为其难。因此，在专利技术普遍晦涩难懂、超过常人理解能力的情况下，现实中律师为了博取陪审员的同情而得出对己方有利的裁决，往往会进行带有戏剧性的辩论，换句话说，可以说是偏离了“以事实为根据，以法律为准绳”的正轨，走上了煽情之路。苹果的律师在本案中的表现属现实的例子之一。

在由陪审团判决的案件中，法官的基本作用是控制诉讼程序。由于普通人缺乏法律专业知识，不懂法律程序，法官在庭审前会向陪审团成员发布指示，向陪审团说明哪些事可以做，哪些事不可以做等，此外，庭审过

程中会根据庭审情况不断给陪审团发出各种指示，例如哪些证据根据证据规则应该被排除等。通常，法官会特别向陪审团强调应该公正、诚实、不带任何偏见地基于案件证据、法律和自己的常识做出判断。专利案件中，法官会向陪审团说明如何判断专利侵权、赔偿金额的计算规则等。如果陪审团的判决适用法律明显有误或者结果荒谬，可以通过法官的裁决予以纠正。

对三星而言，无论美国陪审团制度上有多少可以确保中立性的程序，例如，遴选陪审员时，通过陪审员对特定问题的回答，三星和苹果具有相同的否决权，从而在一定程度上影响最终的陪审员组成，又如，本案中法官多次明确指示陪审团不得受到偏见的影响，问题是，再怎么选，再如何进行指示，做出判断的陪审员也只能是美国公民，而不是一半美国公民一半韩国公民。尽管法官在该判决中谴责了苹果律师，并一再强调陪审团的中立性，但纵观苹果三星专利大战中的美国陪审团做出的判决，三星确实很难从直面苹果这样的美国明星公司中获利：在苹果诉三星专利侵权的第一起案件中，陪审团先判决三星赔偿10.49亿美元，后再判三星赔偿2.9亿美元，第二起案件中三星被判赔偿1.196亿美元，同时三星反诉苹果专利侵权成立，苹果却仅被判决赔偿158,400美元。这些判决结果不同尽管有不同的案件事实基础作支持，但双方身份差异在此，难免让人思考美国的陪审团真的中立吗？对此，三星也不心甘情愿，因此，围绕着苹果三星的专利大战，出现了诸多有关陪审团的争议，例如，2012年10月，三星在上诉中提出陪审团主席在陪审团遴选的过程中没有如实披露其诉讼经历；戏剧性的是，2014年5月，苹果以三星对陪审团影响不当为由要求重审双方在加州的第二起专利侵权案件。

不得不提的是，也许是为了平衡陪审团难以掌控的偏向性问题，三星和苹果在美国加利福尼亚州北区联邦地区法院诉讼的主审法官高兰惠是该法院中少有的韩裔法官。

苹果三星专利大战交锋剪影系列(二) ——峰回路转之337调查的总统 复审

337-TA-794案不仅是苹果和三星之间的重要战役，也是美国337调查制度中关于总统复审制度的一个标志性案件。该案中，苹果被美国国际贸易委员会（“ITC”）终裁判定侵权，并且决定发布有限排除令（Limited Exclusion Order）和制止令（Cease and Desist Order），苹果却通过总统复审程序，获得了27年以来总统复审程序第一次否决ITC发布的排除令和制止令。

总统复审是337调查的一道程序。在ITC作出违反337条款的终裁后，除了应立即在联邦公报公告之外，还应立即将其终裁裁决、救济措施意见以及作出终裁的依据一并呈交美国贸易代表，在审查相关文件后，美国贸易代表将向总统建议应采取哪种措施。美国法律允许在适当的情况下对美国贸易代表开展游说活动。美国总统应在收到终裁后60日内决定是否批准终裁。如果美国总统收到终裁后60日内没有作出否决终裁的决定，则视为美国总统已批准终裁。在实践中，美国总统一般都会支持ITC的终裁。历史上，在上世纪七十年代和八十年代期间，共发生过五次总统复审否决ITC的终裁，最后一次发生于1986年的337-TA-242案中，总体而言，是相当罕见的。

在本案中，ITC在作出三星侵权认定后，指出苹果不能证明存在许可，也没有证明三星在与苹果进行相关专利的许可授权的谈判时存在不合理的行为，颁布禁令不会损害公共利益。因此，ITC决定颁布（1）有限排除令，排除苹果侵权产品的进口；（2）制止令，禁止已经进口的侵权产品的销售。

而两个月后，即2013年8月，美国贸易代表发函，以公共利益为由驳回了ITC发布的有限排除令和制止令。具体来说，美国贸易代表援引了美国司法部和美国商标专利局在2013年1月8日共同发布的关于标准必要专利的政策报告作为支持。¹该政策报告认为对于标准必要专利，只有在美国联邦地区法院无法获得有效救济的情形下（例如存在过错的被许可人拒绝接受条件公平合理的许可），ITC给予排除令救济才较为合适。最后，基于对美国经济的竞争条件以及对美国顾客的影响等相关诸多因素的影响，美国贸易代表否定了ITC的终裁所发布的有限排除令和制止令，但他也提出三星可以通过法院程序获得赔偿救济。

点评

本案中，三星险胜，但最终没有对苹果产品的进口和国内库存产品的销售产生影响。这不得不提一下标准必要专利（Standard Essential Patent）的特殊性。

在实行业技术标准时必然要被实施的专利，通常被称为标准必要专利。它与一般的专利不同的是，业内公司必须遵守这些强制性的标准，因此不得不采用该等专利技术。而标准必要专利的专利权人也不能因此获得的垄断能力而无法无天，标准必要专利的许可条件与许可费都需要遵守FRAND（Fair, Reasonable and Non-discriminatory，即公平、合理、无歧视）原则，即“对于愿意支付合理使用费的善意的标准使用者，标准必要专利

权人不得径直拒绝许可，既要保证专利权人能够从技术创新中获得足够的回报，同时也避免标准必要专利权人借助标准所形成的强势地位索取高额许可费率或附加不合理条件。”如果标准必要专利的专利权人提出的授权许可条件不合理，对方可以起诉该专利权人滥用专利、违反反垄断法或不正当竞争等。由于标准必要专利的特殊性，专利权人和被许可方通常都是竞争对手，发生摩擦的几率本来就高，近年来，围绕着通信领域的标准必要专利，发生了诸多诉讼，涉及的公司包括苹果、三星、谷歌、摩托罗拉、诺基亚、联想、华为、中兴等等。

与一般专利侵权可以获得的救济方式不同，相当部分的意见认为标准必要专利的权利人不应该获得禁令，其原因之一是怕专利权人借标准必要专利的垄断性和禁令颁发的可能性向被许可方施加压力，从而在进行许可费的谈判时获得不当的优势。事实上，自美国最高法院2006年在*eBay v. MercExchange*案中推翻了在专利侵权后发布禁令的“一般规则”后，联邦地区法院几乎没有因标准必要专利侵权而发布过禁令¹。在苹果与摩托罗拉的一个专利侵权案件中（案号：1:11-cv-08540），法官指出，如果苹果制造具有UMTS通信功能的手机必须使用一项摩托罗拉的专利，否则其产品就无法成为一个手机，这种情况下，如何能够禁止苹果使用该专利？法官进而认定赔偿足以构成充分的救济²。

然而与法院可以判决金钱赔偿不同的是，ITC只能发布排除令、制止令等禁令，近年来，ITC在数个涉及标准必要专利的案件中发布过排除令和制止令，也因此收到不少来自各界的质疑和反对声音。但联邦地区巡回上诉法院在2010年的*Spansion, Inc. v. ITC*案中表达了对ITC做法的支持，它指出：“337条款的立法史可以看出国会意使禁令作为违反337条款的正常救济……法律规定可以从

联邦地区法院获得的救济与此很不相同……”³。

基于以上背景，本案初裁发布的排除令引发争议倒不令人惊奇，让人意外的是苹果在本案中让二十几年来几乎被视为摆设的总统复审程序满血复活。无论如何，该案让人重视总统复审程序的重要性，也将对通过ITC程序寻求对标准必要专利救济的公司的诉讼策略产生深远影响：由于337调查只能发布排除令、制止令等禁令，无法解决赔偿问题，如果连获得禁令的可能性也降低了，它们将更倾向于通过法院程序获得救济。

与ITC的终裁异曲同工的是，苹果在2012年8月获得陪审团作出的三星侵权判决之后，发起动议要求三星停止向市场继续出售侵权产品，法官认定，涉案产品具有很多特征，而与苹果专利有关的仅仅是其中一小部分，并非涉案产品的核心功能，不应该因此被禁入市场；若是因此发布禁令，将不利于保护消费者利益；此外，苹果有机会获得充分的金钱赔偿。基于以上，法官驳回了苹果的动议。此外，在第二起专利诉讼获胜后，苹果要求永久禁止三星销售侵权手机，于2014年8月底被驳回。

可见无论是美国政府还是美国法院，对于苹果和三星渴望的禁止对方产品进入市场这一救济方式持非常谨慎的态度。因此，即便一方在某一专利诉讼上获胜，也未必可以禁止对方销售相关产品。由于电子产品更新换代很快，特别在苹果三星专利大战中，双方为避免产品受到案件结果的不利影响，更是积极推进产品的更新换代，而法律程序进展缓慢，即便出现了不利判决，也可以要求重审，上诉，有事没事发出各种动议拖延时间，等漫长的法律程序终结时，最初被诉的电子产品早已经退出了市场。对于像苹果和三星这种实力雄厚并且不断推出新产品的公司而言，久战未决，通过专利诉讼直接打击对方产品的市场占有率已经意义不大。

苹果三星专利大战交锋剪影系列(三) ——各打五十大板之证据保管争议

苹果在加州联邦地区法院诉三星专利侵权的第一个诉讼中（案号：11-CV-01846-LHK），双方就针对对方是否履行了其法定的证据保管义务发生了争议，经审理，法官高兰惠（Lucy H. Koh）对双方各打五十大板，认定双方都违反了证据保管义务。

在具体介绍本案之前，有必要介绍一下美国特有的证据保管义务。美国民事诉讼中，当事人具有非常严格的证据保管义务。“该义务不仅在诉讼中产生，也会延及诉讼开始之前，当当事人合理知晓该证据可能和与其可预见的诉讼相关。”¹具体地，是指当事人因为未决的案件或者合理预期到的案件从而具备了信息的保管义务，需要干涉信息系统的日常运营²，即不允许因为公司

的日常运营导致的信息的丢失的发生³，所发布的保管通知通常称为Legal Hold Notice或Litigation Hold Notice，即证据保管通知。在美国民事诉讼程序中，毁损证据很可能导致不利后果，包括巨额罚款、排除证据效力、对陪审团作出不利推定指示⁴，甚至可能做出缺席判决。

由于美国的证据开示制度不同于中国，根据我们过去十年代理中国企业应诉美国337调查以及法院知识产权诉讼的经验，中国企业在美应诉过程中，容易出现关于证据开示方面的困惑或说遭遇困难。围绕着证据保管义务，会出现哪些争议？证据保管的哪些瑕疵存在被追究责任的风险？且看三星和苹果专利大战中关于证据保管义务的争议。

1 Brian T. Yeh: Availability of Injunctive Relief for Standard-Essential Patent Holders, Congressional Research Service, 网址: http://www.law.berkeley.edu/files/CRS_SEP_Report_9-2012.pdf

2 Apple, Inc. v. Motorola, Inc., No. 1:11-cv-08540 (N.D. Ill.), Opinion and Order of June 22, 2012, 网址: <http://betanews.com/wp-content/uploads/2012/06/Posner-June-22-Apple-order.pdf>

3 Brian T. Yeh: Availability of Injunctive Relief for Standard-Essential Patent Holders, Congressional Research Service, 网址: http://www.law.berkeley.edu/files/CRS_SEP_Report_9-2012.pdf

i 报告具体内容见www.justice.gov/atr/public/guidelines/290994.pdf

1 The Sedona Conference Journal –Commentary on Legal Holds: The trigger & the Process, 2010.

2 联邦民事诉讼法2006年修正的委员会意见，原文：When a party is under a duty to preserve information because of pending or reasonably anticipated litigation, intervention in the routine operation of an information system is one aspect of what is often called a “litigation hold.”

3 联邦民事诉讼法2006年修正的委员会意见，原文：The good faith requirement of Rule 37(f) means that a party is not permitted to exploit the routine operation of an information system to thwart discovery obligations by allowing that operation to continue in order to destroy specific stored information that it is required to preserve.

4 在开庭过程中，法官会给陪审团发出各种指示，包括法律原则及其适用，哪些证据不具有效力等，陪审团必须依此为基础认定事实，作出裁决。通常，在法官作出不利推定指示的情况下，如果受到不利影响的一方没能提出反驳证据，陪审团应该认定不利指示中的事实成立。

一、三星的证据保管义务争议

案中，三星的主要问题在于它没有及时停止其邮件系统的自动删除功能，该系统每两周会自动并永久性地从公司的服务器上删除邮件，每次删除以前会发出提示，但员工也可以将个别邮件或所有邮件选择保存到硬盘里。此外，员工也可以选择能够自动保存邮件的outlook。

2010年8月前后，苹果公司警告三星公司应该立即停止抄袭苹果iPhone的设计并停止侵犯苹果的专利，并向三星展现了三星产品如何侵犯苹果的专利。随后，三星向27个雇员发布了证据保管通知(Legal Hold Notice)，告知苹果公司可能会起诉三星，因此需要保管相关的证据，包括往来邮件等，不得销毁或丢弃(destroy or discard)任何潜在相关的文件。在苹果2011年4月15日起诉三星后，三星又陆续向2,841个雇员发送了证据保管通知，并进行了相关的培训。但mySingle仍然是公司默认的邮件系统，其每两周自动删除邮件的功能也未暂停。

诉讼中，苹果发现三星没有停止mySingle的自动删除邮件功能并就证据保管义务还存在其他不当行为，因此发起动议，要求就三星的不当行为向陪审团作出不利推定指示(adverse inference jury instruction)。治安法官⁵格瓦雷(Grewal)认定，至少14个关键事实证人没有提交邮件或仅提交很少邮件，特别是Galaxy 智能手机的设计团队负责人Won Pyo Hong，他收到了2010年8月23日的证据保管通知，却没有提交邮件，仅提供了19份文件。

综合案件事实，治安法官格瓦雷继而认定：(1)三星的证据保管义务始于2010年8月23日；(2)三星继续实施其两周删除邮件的政策，2011年4月之前没有充分发送证据保管通知以及没有遵守证据保管通知，违反

了其证据保管义务；(3)被毁损的证据和苹果的主张有关，并损害了苹果的利益。不过，治安法官认定三星的行为不存在恶意(bad faith)，据此决定给陪审团的不利推定指示如下：

“三星在本案中没能阻止毁损对苹果有用的证据……由于没有避免销毁与本案相关的证据，三星没能履行其证据开示义务。……该等被销毁的证据与案件有关，并且有利于苹果。……”

随后，三星就上述裁决向主审法官高兰惠提起动议，请求改判。法官高兰惠认可了治安法官认定的事实，但她认为本案已经进行了大量(voluminous)的证据开示，三星在证据保管方面的瑕疵不会实质上影响苹果审判本案的能力(ability to go to trial)，因此认为之前裁定的陪审团不利推定措辞过于严厉，因此拟定了相对温和的陪审团不利推定(详见本文第三部分)。

二、苹果的证据保管争议

在治安法官对三星作出前述不利裁决的第二天，三星提出了同样的动议，称苹果公司没有履行其证据保管义务，因为苹果公司的证据保管通知是在2011年4月15日，即起诉当日才发布，而法官在对三星的不利裁决中认定三星的证据保管义务始于2010年8月，至少可以表明从2010年8月到2011年4月期间，苹果没有履行其证据保管义务。该动议被治安法官以三星没及时(untimely)提交为由驳回。三星遂就该裁决向主审法官高兰惠提起动议，请求改判。

对此，法官高兰惠认定，三星之前一直坚持它的证据保管义务始于2011年4月15日，直到治安法官作出裁决，认定2010年8月这一时间点才是其证据保管义务

的起始时间，三星才得知苹果违反了证据保管义务，并在治安法官的上述裁决做出后第二天即提交了动议，因此，三星没有不及时提交该动议。继而，治安法官关于三星没及时提交动议的裁决被推翻。

对于苹果是否履行了证据保管义务，法官高兰惠认定：(1)苹果的证据保管义务和三星一样，始于2010年8月；(2)苹果在其证据保管义务方面多有失职，包括(a)在其证据保管义务开始后长达八个月的时间内没有发布证据保管通知，(b)起诉三星以后，仍然没有向某些关键人员发出证据保管通知(包括涉案专利的设计人和发明人)，而是在2011年9月、12月和2012年1月甚至更晚的时间才发出；(c)员工没有收到保管潜在相关的文件的确定性指示(affirmative instructions)，甚至某些员工受鼓励将他们的邮件保存在一定规模以下且他们可以收到要求他们减少邮件的通知。基于以上，法官高兰惠认定苹果在其证据保管义务开始以后毁损了文件。

关于苹果是否具有主观恶意，法官高兰惠认为，(1)由于苹果是主动发起诉讼的，它对诉讼发生可能性的预期比三星更为强烈，加上苹果坚持三星的证据保管义务始于2010年8月，当时苹果向三星展示了三星产品的侵权情况，它自己却辩称它是在三星另外一款侵权产品生产之后才有了诉讼的合理预期，是不可信的(not credible)；(2)此外，苹果还辩称它没有义务发布证据保管通知是因为其员工已经受到多个其他诉讼的证据保管通知的约束，并且苹果具备保存文件的文化(“culture of document retention”)。对此，法官认为其他诉讼的当事人、争议事项、争议产品、证人等与本案不同，其他案件的证据保管通知与苹果在本案的证据保管义务无关。基于以上，法官高兰惠认定，苹果在其证据保管义务开始后八个月内没有发布证据保管通知，以及案件开始之后迟延履行证据保管通知给数位关键人员，它的行为不仅是疏忽，而是有意无视其证据保管义务。

对于苹果销毁的文件是否与本案有关，三星指出至少13位来自苹果公司的关键证人(包括数个涉案专利的发明人)的邮件和文件的提交量是微不足道的，并列出了每个关键证人的姓名及其所提交的文件和邮件的数量，高兰惠法官据此认为可以合理推断出这些关键证人的文件的毁损损害了三星的利益。

基于以上，法官高兰惠认定，苹果在2010年8月至2011年4月期间没有发布证据保管通知或采取其它预防措施确保与本案有关的证据的保管，违反了苹果的证据保管义务。

三、法官的裁决

就上述有关三星和苹果在证据保管方面的争议，法官高兰惠在2012年8月21日的裁决中对苹果和三星各打五十大板，认定双方都违反了各自的证据保管义务，并对双方作出相同的陪审团不利推定指示如下：

“三星(苹果)在其证据保管义务开始后，没能保管苹果(三星)在本案中有用的证据。您自行决定该等事实对您做出判决是否重要。”

与治安法官作出的陪审团不利推定指示相比，法官高兰惠的上述指示没有明确指出双方行为的违法性以及推定该等被毁损的证据有利于对方，温和了许多。

值得注意的是，法官高兰惠还指出对三星和苹果的动议施以相同的判断标准，才是公平(fair)的。

而苹果和三星则表示，如果给陪审团的不利推定指示相同的话，就不用做出该指示。因此，此事的结果是法院不就证据保管义务相关问题给陪审团做出对任何一方不利的推定指示。

至此，在本文提到的证据毁损问题上，双方都白忙活了一场。

⁵ 美国民事诉讼中，治安法官通常会管理证据开示以及其他审前事务，并有权发布不影响整个案件结果的裁决(order)。经双方当事人书面同意，也可以全程处理案件的所有事务。

点评

本案涉及的双方证据保管义务即开始于诉讼之前，即合理预期到诉讼发生的时候。但“合理预期”并不像起诉日期那么确定，因此，实践中常常出现关于证据保管义务起始时间的争议。通常情况下，聘用外部律师诉讼准备事宜、发送威胁起诉的信函、发布证据保管通知的时候，会被认定存在诉讼的合理预期。但是，如果和潜在被告沟通时还提出希望和解，则会被认定不存在诉讼的合理预期。

证据保管义务开始的时间以后，就需要采取具体的证据保管措施，具体可包括（1）及时发布证据保管通知；（2）确定案件的关键人员；（3）暂停日常的销毁记录和删除邮件的行为；以及（4）指派人员监督证据保管人员的证据收集行为等等。就本案的事实而言，三星没有暂停mySingle的两周自动删除邮件功能，也没有对被删除的邮件进行备份，属于没有执行上述第（3）种程序的典型情况；苹果则是没有执行第（1）措施，明显没有及时发布证据保管通知；此外，双方在向关键人员发送证据保管通知一事上都存在关键人员范围和发送时间的不足。当然，没有及时向某些关键人员发送证据保管通知，也可当成是未在第一时间确定好合适的案件关键人员范围。

但是，在如今电子数据系统大量运用的情况下，在企业日常运营中，电脑、服务器等设备会自动创建和删除大量的文件，如果停止这些设备的文件删减功能，则很可能会给企业的正常运营带来很大的困扰。事实上，美国民事诉讼法在2006年修订时增加了37 (e)条，其内容为：“如果没有特殊情况，一方由于其日常电子信息提供的善意运营导致的电子数据的丢失，法院不能施加惩罚。”简称为证据保管义务的“善意例外”。因此，在有关证据保管义务的争议中，若认定存在证据毁损的事实，法官会继续综

合案件事实认定其毁损是否为恶意为之。

总的来说，根据美国民事诉讼法，在证据保管义务开始以后，公司不得毁损与案件的主张或抗辩相关的证据。如何判断“相关”（relevance），是非常复杂的事，需要根据各个案件的实际情况而定。在美国高要求的证据保管义务以及宽泛的证据开示制度下，诉讼中出现证据保管方面的争议是非常常见的。

可以说，针尖对麦芒的苹果和三星不放过对方在证据保管方面的任何过失，试图通过对陪审团的不利推定指示影响案件结果，也属预料之中。这种证据保管义务之战只是众多美国知识产权诉讼案中此类讼争的冰山一角，中国企业在美国的知识产权争议解决案件的证据保管麻烦更多，我们也经历了太多远比苹果三星之战更惨烈的厮杀。无论如何，中国企业走向美国市场，哪怕证据保管这一小细节也决定成败，我国企业不得不慎之又慎。

资产证券化与案例详解

本文节选自《城市建设投融资战略、模式及案例分析》

中国现代集团总裁 丁伯康

资产证券化

“如果你有一个稳定的现金流，就将它证券化。”这句华尔街名言提示我们：除了越来越流行的上市融资、项目融资外，我们也不能忘记证券化融资。

资产证券化（Asset Backed - Securities）融资方式可以理解为：将一组流动性较差的资产经过一定的组合，使这组资产能产生可预计且稳定的现金流收益，再通过中介机构的信用加强，把这些资产的收益权转变为可在金融市场上流动的、信用等级较高的债券型证券的过程。

国外最常用的分类方法是根据产生现金流的可证券化资产的类型分为住宅抵押贷款支撑证券（MBS）和资产支撑证券（ABS），这二者的区别在于前者是以住宅抵押贷款为抵押资产的，而后者则是以除住宅抵押贷款以外的其他资产为抵押资产的，如信用卡应收款证券化、汽车贷款证券化、设备租赁费证券化等。

资产证券化在我国的发展历程

我国运用资产证券化方式的探索源于上世纪90年代

初。1992年，三亚市开发建设总公司以地产销售和存款利息收入为支撑，发行2亿元的地产投资券。

由于国内资产证券化市场有限，限制了证券的流动，也影响了证券的正确合理定价，国内部分企业将眼光转向了海外，1996年，珠海高速公路有限公司以高速公路收费和交通工具注册费为支撑发行了2亿美元证券；1997年，中国远洋运输总公司将北美分公司的航运收入进行证券化，发行了8亿美元证券；2000年，中国国际海运集装箱(集团)股份有限公司把应收账款售给荷兰银行，由后者发行应收账款证券；2002年，中国工商银行与中国远洋运输总公司启动6亿美元的ABS融资项目，在此基础上发行资产担保证券。

进入21世纪，金融企业也开始了资产证券化的尝试与实践。2003年，中国华融资产管理公司将13215亿元债权资产组成一个资产包，作为信托财产，中信信托公司作为受托人设立财产信托，被称为准证券化；2004年，中国工商银行宁波分行将26亿元人民币的不良贷款证券化；2005年，国家开发银行第一期开元信贷资产支持证券，总规模为41.77亿元；中国建设银行第一期建元个人住房抵押贷款资产支持证券，总规模30.17亿元。

通过长期的有益探索，目前的资产证券化及类似产品包括专项资产管理计划（SAMP）、信贷资产证券化（CLD）、房地产信托基金（REIT）和不良资产证券化（NPL），但主要为前两者在实践中居多。信贷资产证券化（CLD）指在中国境内，银行业金融机构作为发起机构，将信贷资产信托给受托机构，由受托机构以资产支持证券的形式向投资机构发行受益证券，以该财产所产生的现金支付资产支持证券收益的结构性融资活动。本文不以此为重点，将仅对城市建设投融资领域的专项资产管理计划（SAMP）进行分析。

一、案例分析思路

南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划项目是近年来城建系统在投融资领域探索的又一大创新性举措，是城市基础设施建设与资本市场相结合的一个范例。

本案例从分析项目背景入手，结合资产证券化的基本理论介绍了项目的宏观结构与产品构建的过程，同时对项目参与人的权利义务和相互关系做了介绍；在此基础上，对资产证券化产品构建中的几个关键性问题作了剖析：

基本的财务会计议题是证券化产品应该设计为出售还是融资；基本的法律议题是特殊目的载体的属性及其相关的“破产隔离”；基本的税收议题是在我国目前的税收政策下，该产品设计在营业税、所得税方面的考虑。同时对产品微观层面的特殊目的载体构建、流动性安排、信用评级以及相关风险做了深入的解释。

最后比较了资产证券化与传统项目融资的区别，提出了该融资模式在城建系统内应用的优势和前景。

二、项目背景

1、融资创新的动力

随着城市化进程的加速和公众环保意识的大幅提

升，各地政府在城市基础设施尤其是水务领域，包括供水和污水处理，投入了大量的资金，用于供水和污水处理设施的新建、改建和扩建，为了解决巨额资金需求和有限财政收入的矛盾，政府进一步打破原有的垄断经营，引入市场竞争机制，充分吸收非公经济成分进入公用领域。除了政府拨款、申请国债、银行贷款、产权转让、合资合作等传统的融资方式外，还尝试采用了BT、TOT、BOT、ROT等多种项目融资模式，在融资方式和渠道上有了很大的进展和突破，很多成功操作的项目为城市水务项目融资积累了丰富的经验。

2、城建集团、污水处理资产及收费情况

南京市城市建设投资控股（集团）有限责任公司组建于2002年11月28日。其主要职能是接受市政府委托，承担城市基础设施及市政公用事业项目的投资、融资、建设、运营、管理任务；同时以经营城市的理念和市场化运作的方式，从事授权范围内国有资产经营和资本运作，盘活城建存量资产，广泛吸纳社会资本，实施项目投资和管理、资产收益管理、产权监管、资产重组和经营等。

城建集团共拥有4个污水处理系统，分别为：江心洲污水处理系统，处理规模64万吨/日；城北污水处理系统，设计规模为30万吨/天；城东污水处理系统，设计处理规模为20万吨/天；仙林大学城污水处理厂，设计规模为5万吨/天。

2006年8月南京市物价局召开污水处理费调价听证会，同意对污水处理费进行调价，方案已通过，待政府审批后实施，预计调价实施后，2007年内南京市综合污水处理收费价格将从1.05元/立方米上升到1.30元/立方米，在“十一五”期间，将最终上调到1.60元/立方米。随着污水处理收费的提高，城建集团的到期本息支付能力将有较高的提升，保障了投资者的投资安全。

3、项目概况

2006年6月28日，国内首只以城市公共基础设施收

费权进行资产证券化的产品——“南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划”获得中国证监会批准，开始正式面向合格机构投资者发售。

南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划，是以南京城建集团所属污水处理厂未来4年的污水处理收费收益权为基础资产，发行规模为7.21亿元的专项

计划受益凭证，共分四期发行，预期收益率依存续期限不同为2.8%至3.9%不等。该产品的管理人为证券公司，商业银行为受益凭证的本息偿付提供不可撤销的连带责任担保，并对专项计划的资产进行托管，专项受益凭证获得了资信评估公司给予的最高AAA评级，其流通和转让将通过深交所大宗交易系统进行。基本情况如下：

产品全称	南京城建污水处理收费资产支持收益凭证			
产品简称	宁建01	宁建02	宁建03	宁建04
基础资产	南京市城市建设投资控股（集团）有限公司所拥有的自专项计划成立之次日起四年内合计为人民币8亿元的污水处理收费收益权			
成立日	2006年7月13日			
到期日	2007年7月13日	2008年7月13日	2009年7月13日	2010年7月13日
产品期限	12个月	24个月	36个月	48个月
产品规模	1.21亿元	1.3亿元	2.3亿元	2.4亿元
预期收益率	2.8-2.9%	3.2-3.3%	3.5-3.6%	3.8-3.9%
支付方式	到期还本付息	每年付息一次， 到期还本	每年付息一次， 到期还本	每年付息一次， 到期还本
担保安排	上海浦东发展银行为专项计划专用帐户在专项计划存续期内每十二个月期间的指定日期之前收到预订金额的款项提供无条件的不可撤销的保证担保			
流动性安排	通过深圳证券交易所大宗交易系统转让			
管理人	东海证券有限责任公司			
托管人	上海浦东发展银行			
登记机构	中国证券登记结算公司深圳分公司			

三、项目基本结构与操作步骤

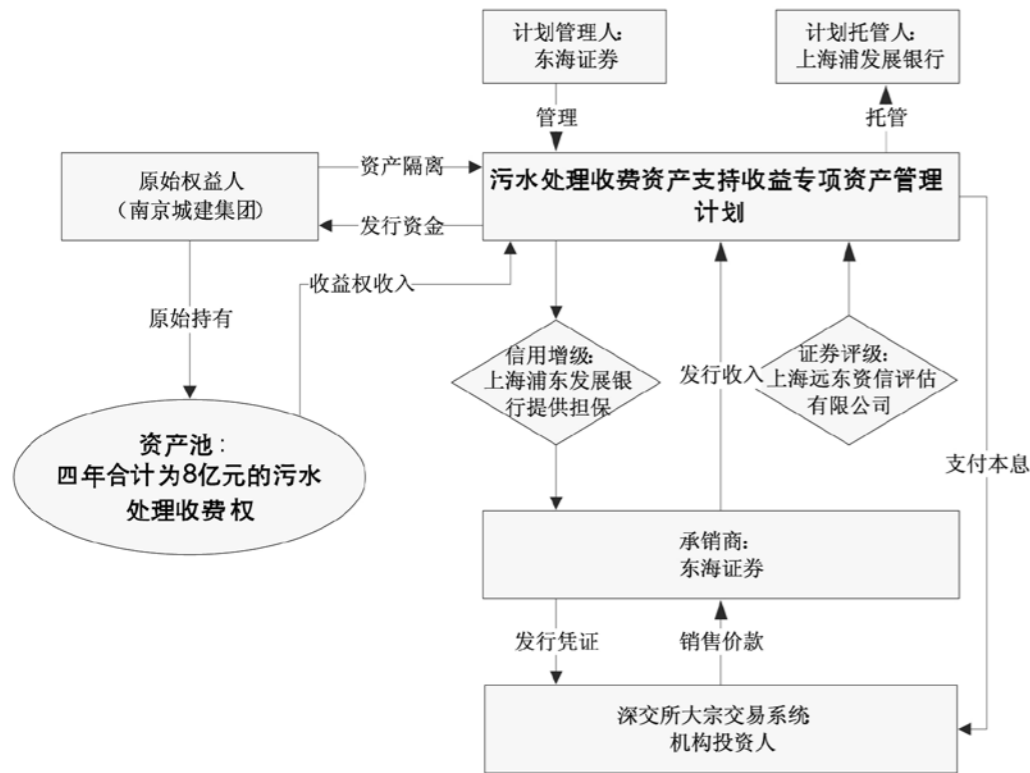
资产证券化作为一种新兴的金融工具，具有比传统融资方式更为经济的优点故发展迅速，但证券化交易的组织结构也较传统融资方式更为复杂，一般来说，资产证券化过程的主要参与者有：发起人、财务顾问、特设信托机构（SPV）、承销商、投资银行、信用提高机构、信用评级机构、托管人、投资者等。在南京城建污

水处理收费资产支持收益专项资产管理计划中，项目结构如下图所示：

本项目的运作程序主要有以下几个步骤：

1、确定资产证券化目标，组成资产池

发起人如是发放贷款的金融机构，在分析自身的资产证券化融资要求后，根据清理、估算、信用考核等程



序决定借款人信用、抵押担保贷款的抵押价值等，将应收和可预见现金流资产进行组合，根据证券化目标确定资产数，最后将这些资产汇集形成一个资产池；发起人如是拥有稳定现金流收益的企业，则结合融资目标和产生现金流资产的情况，可以跨区域跨行业的将部分资产进行组合，汇成一个资产池。

在本项目中南京城建将其所拥有的能在未来4年产生稳定且增长现金流的污水处理系统的收益权隔离出来，成立专项资产管理计划。

2、组建特殊目的载体 (SPV, Special Purpose Vehicle)，通过协议安排，实现“真实出售”。

特设目的载体是一个以资产证券化为唯一目的，其活动受法律法规的严格限制，其资金全部来源于发行证券的收入。特设目的载体成立后，与发起人签订买卖合同，发起人将资产池中的资产出售给特设信托机构 (SPV)。这一交易以“真实出售”的方式进行，即出售后的资产在发

起人破产时不作为法定财产参与清算，资产池不列入清算范围，从而达到“破产隔离”的目的。破产隔离使得资产池的质量与发起人自身的信用水平分离开来，投资者就不会再受到发起人的信用风险影响。但在国内专项资产管理计划 (SAMP) 的实践中，并未完全完整的实现“真实出售”和“破产隔离”，而是通过一系列协议安排，使项目支付本息的现金流相对的隔离和安全。

本项目中的特殊载体是污水处理收费资产支持收益专项管理计划，其设立的依据是《证券公司客户资产管理业务试行办法》，其中规定：经中国证监会批准，证券公司可以为客户办理特定目的的专项资产管理业务。

3、通过协议安排，确立专项管理计划的管理人和托管人

本项目的原始权益人与管理人签订《南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划收益权买卖合同》，与托管人签订《南京城建污水处理收费资产支持

收益专项资产管理计划资产托管合同》，托管人的职责包括：安全保管集合资产管理计划资产；执行证券公司的投资或者清算指令，并负责办理资产管理计划资产运营中的资金往来；监督证券公司资产管理计划的经营运作；出具资产托管报告等。

4、完善交易结构，进行信用增级

为了吸引更多的投资者，改善发行条件，专项资产管理计划必须提高资产支持证券的信用等级，使投资者的利益能得到有效的保护和实现。因为资产债务人的违约、拖欠或债务偿还期安排的资产证券偿付期不配合都会给投资者带来损失，所以信用提高技术代表了投资银行的业务水平，成为资产证券化成功与否的关键之一。信用增级的方式方法很多，在下文中讲提及。

在本项目中，主要采取了两项手段，其一是由浦东发展银行出具了无条件的不可撤销的保证担保；其二是由上海远东资信评估有限公司出具了AAA最高等级的资信评估，表明该证券的发行偿还债务能力极强，基本不受不利经济环境的影响，违约风险极低。

5、安排证券销售，向发起人支付购买价格

在信用提高和评级结果向投资者公布之后，由证券公司负责向投资者销售资产支持证券，销售的方式可采用包销或代销。特设目的载体从证券公司处获取证券发行收入，再按资产买卖合同中规定的购买价格，把发行收入的大部分支付给发起人。

本项目中，证券公司将发行销售专项资产支持的收益凭证所获得的销售收入支付给原始权益人，即南京城建集团。

6、证券挂牌上市交易，资产售后管理和服

资产支持证券发行完毕后到证券交易所申请挂牌上

市，从而真正实现了资产或其收益权流动的目的。但资产证券化的工作并没有全部完成。发起人要指定一个资产池管理公司或亲自对资产池进行管理，负责收取、记录由资产池产生的现金收入，并将这些收款全部存入托管行的收款专户。托管行按约定建立积累金，交给特设目的载体，由其对积累金进行资产管理，以便到期时对投资者还本付息。待资产支持证券到期后，还要向聘用的各类机构支付专业服务费用。由资产池产生的收入在还本付息、支付各项服务费之后，若有剩余，按协议规定在发起人和特殊目的载体之间进行分配，整个资产证券化过程即告结束。

本项目中，由发起人管理资产池，所得收益由南京市财政局划给南京城建污水处理费收益帐户，再由南京城建全部划入专项计划的专项帐户，用于到期收益凭证的还本付息。截至2007年7月，用于向宁建01的兑付和宁建02、03、04的付息额达到14574.45万元。

四、项目关键问题分析

西方金融界一般把资产证券化看作是一项资产的销售或是一种融资，而在我国目前的实践中，尤其是在专项资产管理计划 (SAMP) 中，实质上更多的是视为一种融资手段，那么具体是出售还是融资方式，必须结合财务、会计、税收、金融监管和企业自身的战略来考量。

1、财务结构的优化

作为发起人，最初的决策就是出售还是证券化，我们在这里讲的出售是结合目前国内城建系统中常见的一些融资手段，包括资产转让、股权转让或是TOT。出售的优点在于一是转移了资产的风险，二是交易成本相对较低，但不足之处在于原始权益人必须放弃全部或者部分的所有权或控制权。证券化的优点在于可以降低企业的负债率，可以进一步扩大债务融资的规模，这对目前城建系统普遍的高负债来说意义重大；另外证券化可以降低企业的加权资本成本 (WACC)，我们举例分析如下：

某企业的原始资产负债情况：

资产（万元）		负债（万元）	
流动资产	5000	短期负债	5000
固定资产 (具有稳定收益)	20000	长期负债	15000
对外投资	5000	所有者权益	10000
总资产	30000	负债+所有者权益	30000

其资产成本为：

资产构成（万元）	百分比	资产成本（%）
短期负债	16.7	4
长期负债	50	7
所有者权益	33.3	8
负债 + 所有者权益	WACC	

这样企业原始资产负债率为66.7%，平均加权成本（WACC）为6.8%。

如果该企业将20000万元的资产进行证券化，我们通过简化操作模型，假设其可以收回20000万元的现金，10000万元用于偿还长期负债，10000万元增加相应的流动资产和对外投资则证券化后的资产负债表为：

资产（万元）		负债（万元）	
流动资产	10000	短期负债	5000
固定资产 (具有稳定收益)		长期负债	5000
对外投资	10000	所有者权益	10000
总资产	20000	负债+所有者权益	20000

经过资产证券化后，根据上表，企业的资产负债率为50%，而企业的平均加权成本（WACC）为6.75%。

通过上述的分析，我们可以判断南京城建集团在将其污水处理收费资产证券化以后，当期收回了7.21亿元的现金，如果南京城建将该笔资金部分用于偿还高利率的负债，则本项目对降低企业的负债率和企业的平均加权成本将有很大的益处。当然，这并不表明所有的具有稳定现金流的资产都要用来进行证券化，还将取决于企业的战略考虑。

2、税收角度的考虑

从税收的角度考虑，发起人往往也愿意将证券化设计成融资的结构，我国目前对专项资产管理计划（SAMP）的税收问题尚无明确规定，但在《财政部 国家税务总局关于信贷资产证券化有关税收政策问题的通知》中明确，发起机构转让信贷资产取得的收益应按企业所得税的政策规定计算缴纳企业所得税，转让信贷资产所发生的损失可按企业所得税的政策规定扣除。发起机构赎回或置换已转让的信贷资产，应按现行企业所得税有关转让、受让资产的政策规定处理。我们可以看出政策的导向是，针对转让，即我们讲的出售，国家要按取得的收益征收企业所得税。而如果把证券化设计成一种融资结构的话，则不仅能合理避税，而且可能还会取得税收优惠。

3、金融监管的考虑

在设计证券化产品时，需要重点关注金融监管方面的动向。我国目前颁布的与资产证券化联系较大的规范性文件主要有《金融机构信贷资产证券化管理办法》《证券公司客户资产管理业务试行办法》，前者针对金融机构的贷款证券化进行了指导和规范，也即是前文提到的信贷资产证券化（CLD）；后者在文中提到了专项资产管理业务，在证券公司进行创新设计后，演变成我们提到的专项资产管理计划（SAMP），随着金融创新的发展，证监会拟出台《证券公司专项资产管理办法》对该项金融创新产品进一步做推动和规范。

在宏观的分析过资产证券化产品性质的设计后，我们结合南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划的几个关键性概念。

1、特殊目的载体（SPV）的构建

SPV的设立主要有三种：政府设立、市场中介机构设立和发起人设立。

政府设立SPV具有较高的信誉度和权威性，能够得到债券市场的广泛认可，在规范市场运行、培养投资者方面起到很大的作用；

中介机构一般为证券公司或信托公司，他们能够按照市场化原则运作，在开展业务时不受相关利益机构和政府部门影响和控制，能够保证证券化交易的公平性，节约融资成本。目前，信达、华融、长城和东方四大资产管理公司都被允许经营资产证券化业务。信托形式的SPV具体可表述为特殊目的信托（SPT, Special Purpose Trust）主要是利用信托财产的独立性，完成标的资产的风险隔离。

公司型SPV具体表述为SPC, Special Purpose Corporation即发起人专门为证券化融资设立的子公司，这种方式可以简化交易程序，节约融资成本，但在真实出售和破产隔离方面很难做到严格和规范。

资产证券化产品目前处于探索阶段，上述几种形式的SPV均未在我国的规范性文件中予以明确的规定，而本项目本身做了相当的创新，尤其是在特殊目的载体的设计中，并未采用西方传统的机构方式，而是通过设立一个专项管理计划的新型机制，由专项管理计划的管理人和托管人履行各自的职责，来实现污水处理收费资产支持的收益权从原始权益人处让渡出来，实现相对隔离，以此保障投资人的收益与安全。

2、信用增级

为了吸引更多的投资者，改善发行条件，无论是特设机构还是创新机制都必须提高资产支持证券的信用等级，使投资者对发行证券产生基本的信任，使其利益能得到有效的保护和实现。因为证券化资产的质量、现金流的稳定性、担保方式的可靠性都会影响证券本息的偿付，可能会给投资者带来损失，所以信用提高技术代表了证券公司的业务水平，也是证券化成功与否的关键之一。一般来讲信用增级有内部信用增级手段和外部信用增级手段。内部增级手段主要包括：

优先/次级结构安排

作为资产证券化最为常用的增信手段之一。在优先/次级结构下，一般分成一个优先档和几个次级档。当资产池中的某项资产的现金流出现问题时，损失首先由次级档吸收。次级档实际上对优先档提供了支持和缓冲作用。

超额利息

指发行人所支付的利息与证券持有人所收取的利息之间存在的差额。通常发行人所付的利息要高于证券持有人收到的利息，这项被称为超额利息的差额将用于弥补这一期间发生的任何损失。在本项目中，证券公司该项目年报显示，在报告期内，该项污水处理资产共产生了35265.5万元的收益，截至2007年6月28日，划入专项资产管理账户的资金约为14814.45万元，宁建01的到期日为2007年7月13日，宁建01的到期本息、宁建02、03、04的利息共为14574.45万元，可以看出，如果不考虑污水处理资金的其他用途，该项目在本期的超额利息安排是非常宽裕的。

超额担保

资产池的价值超出所发行证券的本息需求总额的差额，即可视为资产池起到超额担保作用。在本项目中，南京城建所提供的污水处理资产4年收益价值预计在8亿元人民币，但真正发行的是7.21亿元，所产生的差额可视为超额担保。

储备基金

基础资产的利息在支付证券持有人和相关费用后的剩余额，首先用来弥补当期损失，然后转入储备基金。储备基金是发行人设立的、补偿损失的独立基金，一般与其他增信手段结合使用。

外部信用增级手段主要包括以下几种：

保险

由保险公司发行保险单，对证券化产品的本金与利息的按期支付进行保险。这在金融产品保险相对成熟的市场中用的比较普遍，但在国内市场尚未推开。

担保

担保可分为抵押担保和信用担保，在资产证券化产品中，住房抵押担保证券化产品是典型的抵押担保，

只要存在一个良好的转换抵押所有权的可执行的法律制度，此类担保的可靠性就相当的高。信用担保主要指第三方对资产证券化的违约损失提供担保，一般分为承诺赔偿一定数额的损失和连带责任两种。在本项目中，担保是由托管人浦东发展银行提供的无条件的不可撤销的保证担保，在国内，金融机构出具的无条件的不可撤销保证的效力也是相对较高的。

综上所述我们可以发现，在南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划中，分别采取了以下几种信用增级方式：超额利息、超额担保及外部担保等方式。

3、流动性安排

流动性是证券化的目标之一，反映的是证券在持有人之间转让的程度。对流动性的准确衡量必须考虑证券在让渡过程中的价差问题。流动性往往能够在很大程度上影响证券的发行难度和市场价格。反之，证券的内在价值也决定了证券的流动性，另外证券在何种市场上流动、面向的投资人的类型都将影响流动性。

我国资产证券化产品的交易市场主要包括场内交易和场外交易，以前者居多，包括证券交易所和银行间债券市场，基本上分别对应于专项资产管理计划（SAMP）和信贷资产证券化（CLD），按照两市的交易规则，前者较后者所面向的投资人范围更广。

在南京城建污水处理收费资产支持收益专项资产管理计划中，证券安排在深圳证券交易所大宗交易系统，面向合格的机构投资者推广，单个投资者认购受益凭证的面值不得低于人民币10万元。从深圳证券交易所宁建01、02、03、04产品的成交信息来看，该项产品的成交活跃程度处于所有证券化产品的中档水平，最为活跃的为浮动利率产品。

4、风险提示

由于资产证券化属于结构化融资的一种，交易结构相

对复杂，每一次交易无论如何相当好的结构化，并用精确的法律文件规范，都仍然存在一些风险。根据目前已经发行的资产证券化产品来看，风险主要有如下几种：

一是交易性质不清晰。由于法律制度的缺失，目前投资者购买资产证券化产品的交易行为在法律上权利属性不明确。目前发行的资产证券化如南京城建的项目，一般称为专项资金管理计划，有人认为就是信托，但实际上没有引入信托机制解决资产的真实销售和隔离问题，因而并不受《信托法》保护。

二是信息披露不充分。目前资产证券化产品的信息披露一般只有整体性描述，而不会具体到债务人的实际情况。在这种信息不透明的情况下，债权资产的判断只能通过信用评级。但我国信用评级尚处初步阶段，其权威性和可信用度不高。

三是流动性差。目前，优先高等级证券已在全国银行间债券市场交易流通，企业资产化项目在深沪交易所交易流通。流通的市场基本解决，但实际状况没有改变。由于目前还没有相关正式文件明确，保险公司和基金公司可以投资信贷资产支持证券，其有效需求受到一定的制约；同时，价值判断困难也是摆在众多缺乏定价能力的中小机构面前的难题。因此，流通“软环境”在一定程度上制约了其流动性的提高。

除了上述几种风险之外，还存在一些其他风险，诸如政策性风险、财产意外风险、合同协议或证券失效等等。所有这些风险都不是彼此独立地存在着，而是相互联系的。这些证券化风险的影响及发生的可能性因交易的不同而有所不同。

五、比较与应用

本文前面已经探讨了城建投融资的多种模式，在此拟将较为常用的项目融资与资产证券化做一比较，以便加深对两种融资模式理解，同时也便于在实践中根据实际情况选择合适的模式。

1、投资风险的差异

项目融资的参与者主要包括了项目发起人、建筑商（在BOT、BT中）、设备供应商、产品购买人、贷款银行、保险公司等等。从数量上看，项目融资的参与者是比较有限的，在很多公用事业项目中，由于种种因素的限制项目参与者更少，且出于公共安全的考虑，很多项目投资是不能随便放弃和转让的，因此，每个项目融资的参与方承担的风险相对而言是比较大的。

资产证券化项目的投资者是资本市场上的债券购买者，其数量是众多的，这就极大地分散了投资的风险，使每个投资者承担的风险相对较小。这种债券还可以在二级市场上转让，变现能力强。另外，资产证券化产品经过“信用增级”，在资本市场上具有较高的资信等级，使投资者省去了分析研究该证券风险收益的成本，提高了其自身的资产总体质量，降低了自身的经营风险。这对于投资者，特别是金融机构投资者尤其具有吸引力。

2、项目权属的差异

一般项目融资的所有权在特许期限内是属于项目公司的，当特许期限届满，所有权将移交给政府或其指定的机构。在资产证券化方式中，项目资产的所有权根据双方签订的买卖合同而由原始权益人转至特殊目的载体SPV，SPV通过证券承销商向机构或公众销售资产支撑证券，再按资产买卖合同规定的购买价格把发行价款的大部分作为出售资产的对价支付给原始权益人，使原始权益人达到筹资的目的。在债券的发行期内，项目资产的所有权属于SPV，而项目的运营、决策权属于原始权益人或者是其委托的第三方。原始权益人的义务是把项目的现金收入支付给SPV。待债券到期，由资产产生的收入还本付息、支付各项服务费之后，资产的所有权又复归原始权益人。

3、适用范围的差异

从理论上讲，凡一个国家或地区的基础设施领域内能通过收费获得收入的设施或服务项目都是项目融资的适用对象。但因为我国特殊的经济及法律环境，不是所有基础设施项目都可以采用项目融资方式。

资产证券化方式则不然，在债券的发行期内项目的资产所有权虽然归SPV所有，但项目资产的运营和决策权依然归原始权益人所有。因此，在运用该方式时，不必担心项目是关系国计民生的重要项目而被外商所控制。凡有可预见的稳定的未来现金收入的基础设施资产，经过一定的结构重组都可以证券化。比如，不宜采用项目融资方式的重要的铁路干线，大规模的电厂等重大基础设施项目，都可以考虑采用，所以资产证券化的适用领域更广。

在比较了项目融资与资产证券化两种融资模式后，我们将资产证券化放到城建系统的投融资领域中，了解该模式在城建领域的运用优势。

1、资产证券化可以弥补基础设施建设资金的短缺

以基础设施资产收益权担保发行抵押证券后，原来由相关大型投资单位（主要为政府）拥有的资产收益权，变为资本市场上很多投资人持有的抵押债券，这就使基础设施建设变成了资本市场上很多投资人的投资行为，利于集中社会闲散资本进行大型基础设施的建设，解决建设资金短缺的问题。

2、隔离城建领域各证券化资产的风险

资产证券化得到很快的发展，最根本的原因是通过破产隔离降低了发起人风险，减少了融资成本。破产隔离的融资结构安排保证了城建企业资产证券化融资是以特定的金融资产而非以发起人企业的整体信用作为支付保证和信用基础，这样就隔离了证券化资产的风险。

3、为城建企业的整合提供了条件

一个企业发行股票或者债券是以资产所有者的整体信用为担保的，为融资提供支撑的是该企业的所有资产，而不是特定的某部分资产。然而资产证券化与此不同，它不是以资产所有者的整体资产为支撑，而是把其中适合证券化的资产“剥离”出来，然后将其销售给一家特殊目的载体，由该载体来进行证券化。而且证券化的资产也不限于一家企业，可以将不同地域、不同性质的资产组合成一个证券化资产池进行融资，这种方式为城建企业的整合提供了条件。

4、增加了城建企业的财务灵活性

资产证券化的出现为公用事业企业增加了新的融资渠道，也为政府解决基础设施建设资金不足提供了新的思路。通过资产证券化运作，城建企业将不流通的存量资产或流通性较差的资产出售给特设机构并提前收回现金流，极大地提高了企业的财务灵活性。一方面使得企业在将来出现好的项目时有机会和资金实力承接，增强了财务弹性；另一方面资产证券化区别于企业融资的特性避免了企业股权的分散，只需要在企业现存资产中选择能够证券化的资产，而企业的股权结构并未变化，企业仍然具有控制权。

守望的距离

——从法官离职看司法改革

金川

一位在政府工作的前法官打来电话，告诉我离职的北京法官自建了一个微信群，名字叫“守望的距离”。言说前几天群里是160人，几天不看已经增至164人……我估计还有不少潜伏的同志尚未加入。本来都是身经百战的老兵，毛主席最优秀的战士，打累了，负伤了，大家不牢骚，不抱怨，换个工作，挺正常的事情，偏偏让媒体描述成痴男怨妇的形象，好像大家都在发出一声又一声叹息似的，让我不喜欢。自己愿意的定位，是一位具有理想主义情结的古典诗人，要那种泛着阳光的忧郁的湖蓝色。

大家关注法官离职，可能是普遍认为这还算是一个比较好的职业，有稳定的收入，没有辞退的风险，权力在握等等。我承认当法官确实有这些好处，按文学作品里说的，法官是“政府的人”。工作相对主动性较强，审理案件的时间自己可以安排，根据自己的主见写判决而不是看人脸色，不用被迫出差，很少被迫加班，说到这些律师同志们应该懂的。另外法官几乎没有被辞退的危机，听说过哪个法官正常工作下被炒鱿鱼吗？况且老了还有退休金，在社会上表明身份会受到或多或少的照顾等等，确实挺好的。

在这样的情况下，部分法官为什么还要辞职？他们大多数是年轻人，受过正规教育，有理性的思维，知道这一步走出的后果，难道仅仅是年轻气盛或不安于现状吗？网络上传着一篇马云的讲稿，说员工辞职，要么因为待遇低，要么因为受了委屈，说的挺有道理的。我觉得还应该加上一条，就是觉得工作没有意义。我们一条一条分析。

法官的收入确实不高，但说多了就显得矫情。兰博在电影里有句台词：“战场上我们操纵着价值亿元的武器，回家后却找不到一个工作！”差不多就是这种感觉。但

收入标准在入职的时候，就应该有了了解，离职说是待遇低，恐怕不是主要原因。

法官受委屈了吗？司法裁判的正确与否，缺乏明确的衡量依据，是判决书主文部分的合法合理，是判决结果的胜败皆服，是当事人不上诉，还是判决过后的零投诉信访呢？安静和谐的环境人人希望，可司法审判面对的就是两造利益的冲突，依据法律规定及利益位阶顺序做出判决后，很少会出现两造共赢的大好局面，对判决结果要求双方皆服似乎逻辑上有些小障碍。同样，二审终审是法定的诉讼程序，当事人对一审不服提起上诉应该是正当的权利，若上诉的多了就表明法官不好，似乎又违背立法的初衷了。信访制度是在二审终审之外的另一种当事人救济手段，可是让承办法官本人去化解自己的信访案件，也就是安抚本来对诉讼案件不满的当事人，是不是有些强人所难了？某优秀的指战员曾经下命令“我要的是塔山，不是伤亡率”，明确具体并且合理有操作性，如果当时命令改成“我既要塔山，双方伤亡率也都要严格控制”，那恐怕只有请悟空孙长老了。政府、检察院、甚至法院内部，纷纷成立了专门评判案件的部门，遗憾的是因为诉讼案件较多，经验丰富的法官多数被派到前线办理诉讼案件，后备力量储备不足，评判法官案件对错的高一级裁判们，往往对所评判的同类案件并没有什么实际的审判经验或经验并不丰富，对裁判案件的优劣评判是否准确，在此表示遗憾了。法官的标准要么缺失，不出问题就是好法官，要么无逻辑的高大全，要求审理案件符合法律依据，要求当事人双方满意，要求领导满意，要求社会效果好，孙长老这个也难做到吧。法官该怎么做，如精密仪器般的分析推理以及对良性社会的理性思辨究竟还有没有用处，有一天年轻人发现自己所学的理想法治，似乎和现实不太合拍，自己没有办法把案子办得如此那样或者那样如此的漂亮。

法官的安全和尊严，好像很少有人谈及这个问题，是真看不见，还是刻意回避？法官有可能犯错误，甚至存在个别枉法裁判的情况，也应该有严格的责任承担机制，但要求这种承担责任的方式是文明的是理性的，应该不为过分。现实的社会特别是民事诉讼中，在对裁判的适当与否缺乏有效判断的前提下，部分当事人已经习惯了用一种不文明甚至野蛮的方式表达自己的不满。对法官的侮辱谩骂，威胁殴打，并不是偶然现象。各方面为了“和谐”，更多的是对过激者的安抚和劝慰，缺少的是惩罚和训诫，于是乎大家渐渐习惯了“杀人、放火、受招安”的套路，不文明的去做了，会受到重视，会得到利益，张维迎谈到“追求和谐的十年成了最不和谐的十年”，我也深有体会。法官在这种环境下工作，又怎么能够安心？社会需要文明的制度，还是诸侯争霸草莽英豪呢？保护当事人的同时，谁又来保护法官？被谩骂的时候除了忍耐还能还嘴吗，被殴打的时候除了躲避还能还手吗，被栽赃陷害的时候除了辩解还能要求对方承担责任吗，哪怕仅仅是试图通过自己的反抗来自保，不给组织添麻烦，都会是违反纪律的行为，也会给组织添麻烦。

司法审判的意义何在？法官们被赋予了一些额外任务，一些法律工作之外的社会责任，一些不是所有法官都能够或者应该负担的责任。于是乎一部分法官累了，伤心了，走了。谁又不想过安稳的生活，谁又愿意离开熟悉的工作环境？终究他们忍受不了内心的苦楚，冒着种种压力和风险自己走了出来。他们没有像个别偏激的当事人那样，去侮辱谩骂；没有去信访或投诉；更没有向人们要求法官那样，要求自己的领导或组织给个说法，让离职法官“走留皆服”。他们像战后所有有担当的老兵那样，诚挚的感谢法院对自己的培养和教育，藏起自己的伤口，静静的选择了离开。法院负担够重了，

自己人就别再添麻烦了……

当一个走了，两个走了，一百个走了的时候，渐渐的有人意识到法官的离职并不是文艺青年的矫情，不是坏孩子的耍赖。当然还有很多更重要的，更有意义的社会问题夹杂其间。于是当局开始司法改革，试图连带着解决这样或者那样的问题。司法改革具体的规则由地方分别制定，北京尚未明确也开始一边试点一边研讨。参考各地司法改革的主要内容，按我个人的理解，主要内容就是“选优、加薪、放权”，如此这样可以提高法官的整体业务素质，提高司法的独立性和裁判质量，增加法官的荣誉感，减少法官队伍的流失。笔者认为，这是一个可喜的开始，主流或者当权者已经意识或者开始承认当前司法现状的不如意，已经开始有意的加以改善。改革的影响力，应该是正面的，积极的，期间或许会遇到困难，但这一步终究是迈了出来，至少让更多人认识到现有状况的弊端。这篇文章的目的终究不是官样的歌功颂德，赞美的话自然有很多人去说，我只是根据职业经验，分析下其中的不足之处和潜在问题。

就“选优”二字，从普通部队选出特种部队，增强战力，是好事情，其难度在于如何优选，其隐患在于特种部队能否应付数量庞大的战斗。法官的优劣是一个较为抽象的问题，擅长承办的案件种类不同，审理方式和语言风格不同，无法像跑百米或者打靶那样取出前几名。我仍坚持认为司法审判是法律和社会学的综合问题，法官需要在查明案件事实的基础上，根据对现有法律的理解和认识，结合自己对良性社会的期望，进行审判裁量，而上述三个因素，越往后越难以订立优劣评估的标准。北京市试图根据任职年限来裁汰现任的法官，问题在于任命时间在后的法官是否当然业务素质较差？近年来任命了一批具有高学历的法官，他们理论基础较为扎实，理解领悟能力强，擅长分析推理，部分已经展

露出较强的审判能力。此外不同审判庭法官的年龄结构不尽相同，有的法庭根据该任职年限取舍后，只剩下庭长和副庭长符合法官任命年限。而根据案件审理效果评判，存在案件分配不平均的情况，以往的骨干法官往往审理较多疑难争议案件，他们的投诉或者信访一般在自己所在庭室是数量最多的。

即使通过大比例减少法官的数量，选出来的“特种部队”的业务能力毋庸置疑，但能否应付的了目前的庞大战争规模，个人保留意见。以北京朝阳、海淀、丰台三个区民事法官为例，平均人年结案在300件左右，已经任务偏重，若法官遴选保守估算为二选一，一名法官每年将承办600件案子，虽然有助理人员进行辅助工作，但如此庞大的案件数量，分析决断的工作又无法让他人代替，优选后法官能否对应确实是个现实问题。

就“加薪”问题，恐怕是内部最没有争议的内容。法官的薪金增长同志们期盼已久，当权主流逐渐认识特殊专业技能培养的漫长与困难程度，认可法官的薪金待遇应大幅度高于同级别一般政府工作人员。这里面存在政府机关之间的利益矛盾的问题，存在个人理解与认识的过程，阳光工资10年后，能明确的提出增加法官收入，实属不易，这里面包含了多少有识之士和司法同仁的共同努力和冒险直言啊。感动之余，又要考虑加薪的数量和方法问题。收入的高低是相对的，法学院毕业生排除个别成功人士外，一般从事律师或者公司法务工作的同学收入较高，造成法官心理不平衡、思想不稳定的比较对象主要就是他们。而考虑法官工作的稳定性及退休金制度，工资水平若能达到中等律师或法务收入稍微偏下的标准，应该可以起到明显的稳定军心的作用。就加薪方法而言，如深圳出台规则依据法官级别确定法官收入标准，仍然存在一定问题。法官级别与行政级别不同，系由高院评定，就目前而言实际是根据法官任命时

间的长短和在单位担任领导职务的情况评定法官级别，换言之就是年龄教大的法官和担任领导职务的法官级别会比较高。对于行政机关，级别高的领导干部处理的工作难度和规模都会相对较大，对应担负的责任也大，于是拿高薪无可厚非。司法审判因法官单独办案的特殊性，审理案件的多少与难易同法官级别不存在必然的联系。年轻的级别较低的法官往往是本单位的业务骨干，承办较多的疑难或新类型案件。根据法官级别决定工资的多少，是否会带来另一种不公平或者导致年轻法官的不满，是一个值得深思的问题。建议在不进行专门案由分配的情况下，根据结案情况实行级别基本工资与办案奖金结合的制度，相对较为公平，但此举有违高层固定阳光工资的理念，存在一定风险。

就“放权”而言，是最敏感也是难度最大的问题，按笔者的话说，就是最“意识流”的东西。在现有的权力构成大前提下，法官审理案件过程中不受到行政等因素的干扰可能会比较困难，况且政府财政部门决定着同级法院的财务预算申报审批，法院作为“国家机器”已经决定了它所扮演的角色，法官作为“国家机器”的小零件，不可能不受到这些因素的影响。社会舆论的影响，当事人司法诉讼途径之外信访、投诉压力并没有减轻，法官除了要考虑自己的工作安全外，还有内部升迁的因素也需要谨慎对待。南京彭宇案几起几落，社会舆论的轻率与盲从给法官带来很大压力；民间微博甚至总结出“近年被冤枉的法官”一类的文章。同一国度下的香港，当事人可能仅仅因对法官不敬而受到严厉制裁，而我的同行们面对的境遇实在让人无奈，对当事人的过激行为更多的是耐心解释，陪着笑脸，若当事人还不满意就是法官的错误。前面所论及的法官评判标准和法官保护制度若不尽早建立，即使放了权，也很难让法官能够真正理性的审理案件。

好在改革已经开始，有了开始就有了希望，就要一步步的走下去。司法也许难以独立，审判也许不可能不被干扰，但终归会一点一点好起来。社会终究需要理性有序的司法环境，越来越多的人终会意识到保护司法人员的必要，这是大趋势，无法逆转。留下来的法官们，向你们表示敬意；离开的同志们，祝你们幸福。我们担负社会责任，面对家庭亲人，但也有自己的生活，希望有一天，修自行车也好，写诗也好，当特种兵也好，都能真的受到尊重，都能不被经济所累。



君合律师事务所于2014年10月16日举办“京津冀一体化发展思路和机遇”研讨会



君合律师事务所合伙人余永强律师作为演讲人参加2014年10月9日举办的首届伦敦证券交易所首次公开募股（IPO）研讨会



请使用微信扫描二维码
关注“君合法律评论”



君合律师事务所

君合北京总部

地址：北京市建国门北大街8号华润大厦20层
邮编：100005
电话：(86-10) 85191300
传真：(86-10) 85191350
电子信箱：junheb@junhe.com

君合上海分所

地址：上海市延安中路1228号
静安嘉里中心办公楼三座25层
邮编：200040
电话：(86-21) 52985488
传真：(86-21) 52985492
电子信箱：junhesh@junhe.com

君合海口分所

地址：海口市滨海大道81号
南洋大厦2117室
邮编：570105
电话：(86-898) 68512544
传真：(86-898) 68513514
电子信箱：junhehn@junhe.com

君合深圳分所

地址：深圳市福田区中心四路1-1号嘉
里建设广场第三座第2803-04室
邮编：518048
电话：(86-755) 25870765
传真：(86-755) 25870780
电子信箱：junhesz@junhe.com

君合香港分所

地址：香港中环康乐广场1号
怡和大厦37楼3701-10室
电话：(852) 21670000
传真：(852) 21670050
电子信箱：junhehk@junhe.com

君合广州分所

地址：广州市天河区珠江新城珠江东路13号
高德置地广场E座13楼1301室
邮编：510623
电话：(86-20) 28059088
传真：(86-20) 28059099
电子信箱：junhegz@junhe.com

君合纽约分所

地址：美国纽约市第五大道630号
洛克菲勒大厦45号2320室
邮编：10111
电话：(1-212) 7038702
传真：(1-212) 7038720
电子信箱：junheny@junhe.com

君合大连分所

地址：大连市中山区人民路15号
国际金融大厦16层F室
邮编：116001
电话：(86-411) 82507578
传真：(86-411) 82507579
电子信箱：junhedl@junhe.com

君合硅谷分所

地址：美国加州帕拉阿图湾岸东路
2275号101室
邮编：94303
电话：(1-888) 8868168
传真：(1-888) 8082168
电子信箱：junhesv@junhe.com