

Jun He Law Review

君合

法律评论

2014 (第四期) WWW.JUNHE.COM

总第三十三期

- 建设工程领域现行制度及改革动向分析
- 中国境外投资十年回顾与新政解读
- 用工单位视角下劳务派遣违规的法律分析
- 合同修改的默示同意和违约损失计算的要点



2015年1月君合律师事务所全体合伙人大会召开



君合律师事务所开展“破产债权人权利保护的法律实务要点”业务培训

2014年第4期
CONTENTS
目录
主办：君合律师事务所

卷首语

律师专论

- | | | |
|----|-------------------------|-------------|
| 3 | 建设工程领域现行制度及改革动向分析 | 李立山 于 涛 |
| 16 | 中国境外投资十年回顾与新政解读 | 何 芳 赵鹏丽 李润泽 |
| 23 | 就离婚诉讼中北京高院分割房屋价值计算公式的意见 | 金 川 |
| 26 | 用工单位视角下劳务派遣违规的法律分析 | 杜 琨 |

337调查法律专栏

- | | | |
|----|-------------------------|---------|
| 32 | 商业秘密337调查案件商业秘密范围披露研究 | 冉瑞雪 黄 胜 |
| 40 | 遭遇337调查如何保住美国市场——谈谈规避设计 | 黄彩如 |

他山之石

- | | | |
|----|----------------------|-----|
| 45 | 变革与创新是中国城市河道污染根本出路 | 苏建龙 |
| 50 | 德国的公司治理和中国企业海外并购后的监管 | 王 炜 |

案例评析

- | | | |
|----|---------------------|---------|
| 57 | 合同修改的默示同意和违约损失计算的要点 | 李 清 王利华 |
|----|---------------------|---------|

编委会

主 编：肖 微
 编辑部：余永强 黄 湘 刘世坚
 令狐铭 何 侃 张红斌
 刘 洋 郑跃杰 伊向明
 肖 一 马 锐 孙丕伟
 刘 燕 叶 礼 左玉茹
 万 晶 张莘阳
 分所通讯员：万 晶
 封面设计：赵米乐
 封面题字：王之龙

声明

《君合》法律评论所刊登的文章仅代表作者个人观点，不能将其视为君合律师事务所及其律师出具的正式法律意见或结论。如您有任何法律问题或法律委托事务，请与本所联系。

“我不想死，也不怕死，但不想死得这么没有意义”，这是检察院讯问笔录中所记载的呼格吉勒图的原话。从专业角度来看，这是一句非常脆弱的辩解之语，但它越脆弱，就越令人心痛。

CCTV在面对面栏目中，试图还原呼格案审判的各个环节，找出冤案产生的原因，公安局、检察院、法院的人员也都在痛心检讨本部门在这个案件中的问题。但到目前为止所有的检讨、反思中，都忽略掉了一个重要角色，呼格吉勒图的辩护人。

案件复查过程中所发现的证据不足的问题、供述内容矛盾的问题、血型检验不具有排他性的问题，这些本都应该是辩护人在法院审理过程中就提出的质疑，但迄今为止我们能够看到辩护人的表现是：一审审理中做的有罪辩护，要求从轻处罚的理由是呼格的认罪态度好。二审中提出要求开庭审理，但未被采纳。

律师本应是给与呼格提供最大法律帮助的角色，律师本应是发现并提出证据漏洞的人员，是什么使律师未能充分履行其法定的职责？

这才是呼格案最应当令人深思的问题。

而在CCTV所归纳的刑事诉讼流程中居然没有辩护人的环节，这是所有律师的悲哀，是中国司法的悲哀。

建设工程领域现行制度及改革动向分析

李立山 于涛

一、引言

2014年8月25日住房和城乡建设部（以下简称“住建部”）发布了《建筑施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）》（建质[2014]123号）、《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》（建质[2014]124号）等文件，9月1日发布了《工程质量治理两年行动方案》（建市[2014]130号）。除上述文件之外，2014年8月至9月期间，住建部密集地出台了各类治理工程质量问题和规范建筑市场的文件，意图落实《住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见》（建市[2014]92号）中关于“推进建筑业发展和改革，保障工程质量安全，提升工程建设水平”的要求。

住建部近期出台的各项文件体现出建筑市场未来改革和发展的方向，本文借此机会拟梳理建设工程领域现行的主要制度，并分析未来改革发展的方向，以供交流。

二、近期政策概述

2014年5月4日住建部发布了《住房城乡建设部关于开展建筑业改革发展试点工作的通知》（建市[2014]64号）（以下简称“64号文”），2014年7月1日住建部发布了《住房城乡建设部关于推进建筑业发展和改革

的若干意见》（建市[2014]92号）（以下简称“92号文”），上述两份文件对建筑业各方面的改革发展提出了构想。

总体来说，根据上述两份文件，建筑市场的改革主要有以下几个方面的要求：

1、加强质量安全控制

建筑工程质量安全管理是住建部本次改革的重点，首先通过落实质量责任制，建立项目负责人的质量责任制，落实质量责任；其次通过标准化进行质量控制，包括质量行为标准化、工程实体质量控制标准化和安全生产标准化等；再次通过安全生产制度，通过政府和政府委托具备能力的专业社会机构作为安全监督机构辅助力量共同监督；最后进行专项治理，包括推动重型机械一体化管理、鼓励专业化机构为工程质量安全提供专业咨询等。

2、开放建筑市场

针对目前建筑市场上的地域歧视和隔阂，住建部提出打破有碍于市场统一开放和公平竞争的做法，对建筑市场的信息，包括监管信息、劳务信息等，进行体系化管理。

3、政府监管和审批改革

住建部提出改革监管和审批制度，转变政府职能。具体表现在调整资质管理，调整非国有资金投资项目发包方式，加强市场监管信息化与诚信体系建设。

4、推动建筑业水平提升

住建部提出通过标准化、关键技术研究、制定激励政策、培训和管理劳务人员、提升设计水平、推行工程总承包、提升建筑信息模型（Building Information Modeling，简称“BIM”）在内的建筑业技术能力等措施推动建筑业发展。

综上，住建部就我国建筑业的现状制定了全面的发展政策，体现了减少行政干预、扩大市场作用的大方向，当然针对建筑质量等焦点问题，也提出了治理举措。

三、建设工程政府管理制度的回顾

对于建筑市场，相关政府部门长期担负着市场监管、维护市场秩序、保证建筑工程的质量和安、促进建筑业健康发展的责任。为此，以住建部门为主的各政府部门和机构制定了体系庞大、内容众多的管理制度，涵盖了建设工程的方方面面。例如对于主体的管理规定（包括资质管理和市场准入管理等），对于市场的管理规定（包括市场信息管理、发包和分包规定、劳务市场的管理、有关工艺工法、技术标准、规范和要求等）。此外，还有体系繁杂的行政审批、备案等程序性管理规定。

为了方便读者了解近期政府管理制度的变化，笔者

对于现行主要行政管理制度进行了简单梳理，其中较为重要的几项制度如下：

1、招投标制度

招投标是建筑市场中发包人公平选取承包人的主要途径之一，为此国家已制定了《招标投标法》、《招标投标法实施条例》（以下简称“《实施条例》”）和配套的部门规章。各地建设部门也设立了招标投标主管部门、招标投标服务市场与平台等，形成了非常严密的招投标管理体系。

然而《招标投标法》自2000年实施以来，具体应用中出现了很多问题，国家发展和改革委员会（以下简称“国家发改委”）法规司领导就曾指出，“各地要求必须招标的项目标准过低过严，评标专家缺乏规范，邀请招标中暗箱操作、串通投标，弄虚作假的问题比较严重，法律责任还需要完善和补充、细化。”¹

实践中，各地制定了大量的地方性规定，对于必须进行招投标的项目规模和标准提出了严苛的要求，实际上造成了行业垄断和地区封锁，增加了业主的时间和财务成本。针对所出现的问题，2012年2月1日国务院发布了《实施条例》，正式启动了对我国招投标制度的系统改革²。

由于《实施条例》对招投标制度提出了诸多新的改革举措，尤其是针对依法必须招标的项目有了更为严格的程序要求，并在每一环都设置异议答复与相应的法律责任，因此依法必须招标项目的范围和标准成为下一阶段改革的重点。2014年3月24日国务院法制办就《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》公开征求意见

见，计划修订招标范围和规模标准。从该送审稿的变化中不难看出，修订的重点在于对“部分市场竞争比较充分的项目以及仅使用少量国有资金、国家融资资金的民间投资项目，不再纳入强制招标范围”。据此，强制招标的项目类型和规模标准也将相应调整。

2、标准文本制度

标准文本制度长期以来作为政府管理和规范发包人与承包人法律关系的重要制度，在我国广泛适用。住建部、交通部、铁道部等各部门均相应制定了各自领域的标准文本。2007年11月1日国家发改委、财政部、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、民用航空总局、广播电影电视总局联合制定了《标准施工招标资格预审文件》和《标准施工招标文件》（以下统称“九部委版施工招标文件”），在全国范围内进行推广使用。

同时，根据《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉试行规定》规定：“国务院有关行业主管部门可根据《标准施工招标文件》并结合本行业施工招标特点和管理需要，编制行业标准施工招标文件”，“省级以上人民政府有关部门可以根据本规定并结合实际，对试点项目范围、试点项目招标人使用《标准文件》及行业标准施工招标文件作进一步要求”。

住建部2010年制定了《房屋建筑和市政工程标准施工招标资格预审文件》和《房屋建筑和市政工程标准施工招标文件》（以下统称“住建部2010版”），作为九部委版施工招标文件的配套文件和建设工程行业的标准文本。此外2011年12月20日国家发改委会同工业和信息化部、财政部、住建部、交通运输部、铁道部、水利部、广电总

局、中国民用航空局，编制和印发了《简明标准施工招标文件》和《标准设计施工总承包招标文件》。

2012年实施的《实施条例》对依法必须招标的项目使用国家发改委编制的标准文本（目前包括：《标准施工招标资格预审文件》、《标准施工招标文件》、《简明标准施工招标文件》和《标准设计施工总承包招标文件》）进行了明确规定³，而《实施条例》颁布后，一些部委和地方又更新了相应的标准文本，以使自己的文本既符合《实施条例》的规定又能满足本行业或地区的行政管理要求。例如2013年5月北京市建设工程招标投标管理办公室制定了《北京市房屋建筑和市政工程标准招标文件应用示范文本（2013年版）》和《北京市房屋建筑和市政工程标准施工招标资格预审文件应用示范文本（2013年版）》，并在2014年4月进行了修订，其中特别注明是依据九部委版施工招标文件和住建部2010版制定。

实践中，对于不同标准文本的适用问题，一般优先适用各地政府部门制定的标准文本，各地没有制定标准文本的，则适用行业标准文本，行业没有标准文本的一般采用九部委版施工招标文件或其他通行版本。此外，各地政府部门对于允许当事人修改标准文本的接受程度也不相同。

3、质量安全管理

质量安全管理一直是政府管理建筑工程市场的重点，《建筑法》第五章、第六章分别规定了建筑安全生产管理和建筑工程质量管理，对此国务院先后制定了《建设工程质量管理条例》和《建设工程安全生产管理条例》，此外住建部等各部委对分管行业也分别制定了

1 参见《〈招标投标法实施条例〉第二次立法调研座谈会召开》，载于中国采招网，<http://www.bidcenter.com.cn/Statute-42536-5.html>。

2 参见《国务院法制办、国家发展改革委、监察部负责人就〈中华人民共和国招标投标法实施条例〉有关问题答记者问》。

3 《招标投标法实施条例》第十五条规定：“编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件，应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。”

大量部门规章，提出工程质量和安全生产的具体要求。

总体而言，上述法律法规对质量和安全的规定可以分为以下几类：第一，综合性规定；第二，建设单位、勘察设计单位、施工单位、监理单位的质量和安全生产规定；第三，工程和货物质量和安全生产的技术规范和标准；第四，质量安全相关的行政审批、备案、现场检查、验收、保修等规定；第五，其他相关规定。

4、造价管理制度

虽然工程造价理应属于建设单位等市场参与方意思自治的范畴，即应由市场产生和调节价格，但由于我国建筑工程市场混乱的现状和建筑工程对国民经济的重要性，政府部门对造价也制定了管理规定，并设立了造价站等机构，在部分地区甚至存在政府部门以公文直接调整某一项材料或某一单项价格的情况。

一般而言，造价管理制度包括清单规范、定额标准、价格组成和调整等管理规定，以及政府及相关单位公布的市场信息价、收费标准规定、工程资金管理规定、工程估算概算预算和结算规定等。其中2012年12月25日住房和城乡建设部和国家质量监督检验检疫总局联合发布了《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）（以下简称“13版清单”），并于2013年4月1日起施行。13版清单的发布和实施对造价管理制度具有重要的影响。

5、工期管理制度

与工程造价相同，工期也是当事人意思自治的范畴，因此法律和行政法规层面对工期的规定较少，《建设工程质量管理条例》第十条规定：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本价格竞标，不得任意压缩合理工期。”并且第五十六条进一步规定建设单位压缩合理工期的，责令改正，处20万元以上50万元以下的罚款⁴。

由于压缩工期容易导致工程质量出现问题，且工程进度往往是建筑工程争议焦点之一，因此，各地政府部门也制定了许多配套规定，例如上海市城乡建设和交通委员会曾就工期管理颁布了相关的规定。

四、政府管理制度改革方向

长期以来，前述政府管理制度实施过程中也出现了大量的不完善之处。例如在工程质量方面，工程质量事故特别是严重的质量事故仍时有发生，工程质量的保证体系不尽完善，质量责任的落实不到位⁵。在建筑市场方面，“在一些地方保护主义较为浓厚的中部省份，外地企业进入当地市场没问题，但在地方政策方面会设置一定的门槛。这些要求整体来说合理、合规，但在项目投标备案等方面的规定比较苛刻，外地企业执行起来的成本要比本土企业高很多”⁶。此外，对于标准文本，各部门和地方制

定的标准文本均声明非强制使用，但在行业和地区行政管理和建设工程备案时往往要求强制使用，并且对于双方当事人能够补充或修改之处有比较严格的限制。这些行业和地方标准文本，缩小了双方当事人意思自治的空间，也是当前建筑市场中急需改革的问题之一。

针对建筑市场中的问题，住建部出台了64号文和92号文，系统的展开了对各项管理制度的修订和发布。经初步梳理，近期国家层面主要出台了20项新规（详见本文附表），各项新规带来的具体变化和改革情况如下：

1、招投标制度-必须招标的范围和标准

虽然《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》尚未正式颁布，但92号文第五条已明确规定：“调整非国有资金投资项目发包方式，试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包，是否进入有形市场开展工程交易活动，并由建设单位对选择的设计、施工等单位承担相应的责任。”

92号文下发后，各地建设部门纷纷响应，对招投标制度改革进行研讨和试点，例如2014年8月27日湖南省住房和城乡建设厅办公室下发《转发<住房和城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见>的通知》，要求创新非国有投资项目监管方式，“改革招标投标方式。选择长沙市作为试点地区，选择部分房地产开发项目开展试点，可以不实行招投标，也可以不实行强制监理，由建设单位自主选择施工单位和是否委托监理单位”；9月18日山东省住房和城乡建设厅在临沂召开全省工程建设管理工作座谈会研讨改革非国有资金投资工程监管方式⁷。

住建部试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标的措施，有利于扩大市场的自主权和灵活性，顺应了目前建筑市场中多数非国有业主的需求。但

需要注意的是，《实施条例》第三条规定：“依法必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。”在发改委正式文件尚未施行时，建设部门的试点应征得发改委的同意并控制试点范围，将试点情况统一反映在发改委的正式文件中，从而在全国各行业范围内统一范围和标准。

此外，2014年8月25日国家发改委、住建部、工业和信息化部、交通运输部、水利部、商务部联合下发了《关于进一步规范电子招标投标系统建设运营的通知》（发改法规[2014]1925号），针对“平台监督和交易功能不分、互联互通和信息共享不够、交易平台市场竞争不充分、监督手段滞后与监管越位并存等问题”，对电子招投标交易平台、公共服务平台、行政监督平台和运营系统提出了新的要求。

2、标准文本制度-对施工专业分包合同、劳务分包合同和设计合同示范文本征求意见

根据《住房城乡建设部建筑市场监管司2014年工作要点》，住建部市场监管司2014年计划修订《工程设计合同（示范文本）》、《工程勘察合同（示范文本）》、《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》和《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》。其中6月17日住建部下发了《关于征求<建设工程施工专业分包合同（示范文本）>、<建设工程施工劳务分包合同（示范文本）>（征求意见稿）意见的函》（建市施函[2014]74号），7月24日下发了《住房城乡建设部办公厅关于征求<建设工程设计合同（示范文本）>（征求意见稿）意见的函》（建办市函[2014]418号），已对《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》、《建设工程施

4 对于合理工期的定义，《建设工程质量管理条例》解释如下：合理工期是指在正常建设条件下，采取科学合理的施工工艺和管理方法，以现行的建设行政主管部门颁布的工期定额为基础，结合项目建设的具体情况，而确定的使投资方，各参加单位均获得满意的经济效益的工期，合理工期要以工期定额为基础确定，但不一定与定额工期完全一致，可依施工条件等作适当调整，这是因为定额工期反映的是社会平均水平，是经选取的各类典型工程经分析整理后综合取得的数据，由于技术的进步，完成一个既定项目所需的时间会缩短，工期会提前。判断工期是否合理的关键是使投资方、各参建单位都获得满意的经济效益。建设单位不能为了早日发挥项目的效益，迫使承包单位大量增加人力、物力投入、赶工期，损害承包单位的利益。实际工作中，盲目赶工期，简化工序，不按规程操作，导致建设项目出现问题的情况很多，这是应该制止的。

5 参见《住建部：内地工程质量存三大问题 将启动空前治理行动》，载于凤凰网，http://finance.ifeng.com/a/20140927/13152032_0.shtml。

6 参见《住建部拟推建筑业市场化改革》，载于全景财经，http://www.p5w.net/news/cjxw/201407/t20140722_685714.htm。

7 参见落实建设部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》，载于鲁网，http://linyi.sdnews.com.cn/fc/201409/t20140918_1732051.htm。

工劳务分包合同（示范文本）》和《建设工程设计合同（示范文本）》进行了修订并征求公众意见。

3、质量安全管理制度的开展质量治理行动落实责任主体质量责任

作为本次改革的重点，住建部专门制定了《工程质量治理两年行动方案》（建市[2014]130号）整治建筑工程质量问题。该文件系统的说明了住建部治理质量问题的方式：首先要求建立质量责任制度，落实责任分配制度；其次提出通过打击建筑施工转包违法分包行为，保证工程质量；再次要求健全工程质量监督、监理机制，发挥监理作用；最后要求推动建筑产业现代化、加快建筑市场诚信体系建设和提高从业人员素质等。

为了完善和落实质量安全管理制度的，如本文开头所述，住建部又发布了《建筑施工现场项目经理质量安全责任十项规定（试行）》（建质[2014]123号）（以下简称“123号文”）和《建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法》（建质[2014]124号）（以下简称“124号文”），规定了项目经理需要履行的十项安全职责，和建设单位项目负责人、勘察单位项目负责人、设计单位项目负责人、施工单位项目经理、监理单位总监理工程师的终身质量责任。

上述文件对负责人提出了终身行政质量责任，突破了《建筑法》和《建设工程质量管理条例》等法律和行政法规对于负责人的责任限定。根据《建筑法》和《建设工程质量管理条例》，要求责任单位承担质量责任，对于负责人主要是承担其个人故意或其他过错行为导致的质量责任。而123号文和124号文适用个人责任的情形更加广泛，留给主管部门解释的空间也很大，因此在执行中还需要进一步统一归责原则和处罚标准等。

4、造价管理制度-推动工程量清单计价运用并放开部分服务收费

2014年9月30日住建部施行了《住房城乡建设部关于进一步推进工程造价管理改革的指导意见》（建标[2014]142号），提出推动工程量清单计价，确立市场决定价格的原则，形成科学的清单规范体系，制定定额编制规则和与市场相适应的定额，改革造价信息服务方式、工程造价服务、计价活动监管机制、造价行政审批制度，推动诚信体系和培养造价人才等。

2014年2月1日住建部修订施行了《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（住建部令第16号，以下简称“16号令”），主要推行工程量清单计价制度、高投标限价制度，推广工程造价咨询制度，预防和减少计价纠纷以及加强监督检查。由于16号令对工程造价具有重要影响，自2014年发布以来，已经成为建筑市场中热烈讨论的话题之一。

对此，92号文进一步强调了“建立工程造价体系”，“逐步统一各行业、各地区的工程计价规则，服务建筑市场”。92号文对造价管理提出的改革方针与16号令侧重有所不同，16号令强调推动工程量清单计价，组价以市场竞争产生为重点，92号文同时强调工程量清单和定额体系，要求健全定额体系。此外，92号文明确提出清理各类计价依据，发挥造价咨询服务企业的服务作用，建立造价数据库等服务措施。

此外，2014年7月10日国家发改委下发了《关于放开部分建设项目服务收费标准有关问题的通知》（发改价格[2014]1573号），放开除政府投资项目及政府委托服务以外的建设项目前期工作咨询、工程勘察设计、招标代理、工程监理等4项服务收费标准，实行市场调节价。

5、资质管理制度

2014年5月28日住建部发布了《住房城乡建设部关于建设工程企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知》（建市[2014]79号），对2007年住建部制定的建设工程企业发生重组、合并、分立时资质认定的具体标准和程序进行了修订。

相较于此前规定，本次住建部规定了7种可以使用简化程序的情形，无需按照此前的规定重新核定资质，方便了建筑企业根据经营状况进行整合。

6、市场管理制度-重点打击违法承包行为

打击转包违法分包等违法承包行为是住建部的重点工作之一，2014年9月9日住建部发布了《住房城乡建设部办公厅关于开展严厉打击建筑施工转包违法分包行为工作的通知》（建办市函[2014]545号），并自2014年10月1日起施行《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（建市[2014]118号）。根据上述规定，住建部制定了违法发包、转包、分包、挂靠的认定标准、情形和罚则，并且制定了2014年至2016年依法打击建筑施工转包违法分包的行动规划。

对于违法转包分包等问题，《建筑法》等法律法规均有明文禁止，但长期缺乏统一的判断标准，尤其是目前建筑市场中承包模式的多样化使得界定合法与非法变得更为复杂。住建部本次出台的规定补充了违法承包行为的具体标准，为建筑市场和政府执法提供了客观的依据。

对于劳务市场的管理，2014年7月28日住建部发布了《住房城乡建设部关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见》（建市[2014]112号）。针对目前劳务市场中的人员素质偏低、流动性大、农民工利益缺

乏有效保障的问题，住建部提出推动劳务施工企业组建自有劳务人员、办理社保和教育培训、推行劳务人员实名制、加强劳务分包计价管理和基地化建设等，形成保护建筑工人的长效机制。各地方也相应出台了劳务市场的政策，例如湖北省要求将实名制纳入质量安全检查范围，并要求8000平方米以上的工地必须建立农民工业余学校⁸。

7、工程建设标准管理制度-完善和规范国家、行业、地方和社团标准

2014年9月22日住建部下发了《住房城乡建设部关于落实国家新型城镇化规划完善工程建设标准体系的意见》（建标[2014]139号），对工程建设标准体系提出“形成级配合理的国家标准、行业标准、地方标准、社团标准，以及层级分明的基础标准、通用标准、专用标准体系架构”等要求。

工程建设标准是工程建设的主要依据之一，建设工程标准目前主要由国家标准、行业标准和地方标准组成。国家标准和行业标准根据《标准化法》的相关规定制定，程序比较严格，而部分地区的地方标准化工作管理运行机制混乱，存在多头管理、工作交叉、制定与修编滞后的情况，不能满足建设事业的需要⁹。

针对上述地方标准问题，2014年3月3日住建部发布了《住房城乡建设部办公厅关于进一步规范工程建设地方标准备案工作的通知》（建办标[2014]5号），5月5日下发了《工程建设标准解释管理办法》（建标[2014]65号），要求不含强制性条文的地方标准应当在批准发布后30个工作日内报住建部备案，含有强制性条文的地方

8 参见《关于转发<住房城乡建设部关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见>的通知》（鄂建办[2014]228号）。
9 参见《山东省工程建设地方标准化工作现状及发展战略研究报告》，载于滨州工程建设标准造价信息网，<http://www.bzzj.com/bzzjnews/news/ShowI3.aspx?treeid=108&id=2634>。

标准应当在批准发布前报住建部备案。同时规定由住建部负责全国标准解释的管理工作，国务院有关主管部门负责本行业标准解释的管理工作，省级住建部门负责本行政区域标准解释的管理工作。

五、政府管理制度改革与司法实践的互动

虽然前述建设工程管理制度属于行政管理范畴，但组成政府管理制度的法律法规是司法审判的依据之一，管理制度对建筑市场的影响也需要通过司法实践加以检验。

2004年9月最高人民法院审判委员会公布了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“**施工合同解释一**”），至今已有十年。随着建筑业的发展，施工合同解释一已经不能完全满足实践的需要，在承包模式多样化、工期质量和价款问题日益复杂化的今天，司法实践也需要不断调整。因此2013年最高人民法院民一庭开始起草《审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律（二）》（以下简称“**施工合同解释二**”），并进行了大范围调研，以期取得共识，解决工程司法实践中出现的争议焦点问题¹⁰。

截至目前，最高人民法院尚未正式公布施工合同解释二，但其征求意见稿中已体现出司法机关对工程管理制度的讨论¹¹，主要包括：

1、合同效力的争议

《建筑法》第二十六条明确规定禁止超越资质或者

借用资质承揽工程。对此，施工合同解释一规定对于承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑企业名义的，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，施工合同无效。一些地方高院的审判指导意见中也支持借用资质签署的施工合同应属无效¹²。

但施工合同解释二征求意见稿第二条提出了相反的意见，对于承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑企业名义的，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，认为不属于施工合同无效的情形。

由于《建筑法》并没有明确规定超越资质承揽工程或者借用资质的施工合同当然无效，因此征求意见稿第二条认为不能因此认定合同无效的观点具有一定的法律依据。但如果不能因此认定合同无效，发生上述情况时，例如《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》中规定的若干情形，只能要求当事人承担规定的行政责任。

对于必须进行招标而未招标或者中标无效的情形，《招标投标法》规定了限期改正和处以罚款等责任，并没有直接规定合同无效。《实施条例》第八十二条补充规定：“依法必须进行招标的项目的招标投标活动违反招标投标法和本条例的规定，对中标结果造成实质性影响，且不能采取补救措施予以纠正的，招标、投标、中标无效，应当依法重新招标或者评标。”根据上述规定，依法必须进行招标的项目出现上述情形的，因为中标无效时合同并没有成立，需要重新招标或评标。

2、内部承包的认定标准

施工合同解释二征求意见稿认为内部承包合同有效，对于内部承包界定为：承包人与其下属分支机构或者职工签订合同，将其承包的全部或者部分工程承包给其下属分支机构或者职工施工，并对其下属分支机构或者职工的施工进行财务管理、技术指导、质量监管等必要管理的，应认定为企业内部承包合同。

事实上北京市高院已在其审判指导意见中对此有过规定：“建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。”

住建部新发布的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》中，并没有对内部承包做出明确例外的规定，其第七条关于转包的规定中，有部分情形在形式上与内部承包非常相似¹³，但总体而言，住建部对承包单位将工程交由内部机构或个人完成是否认定为转包的标准可以概括为：是否设立了管理机构并派驻了管理人员；是否履行了管理义务或只收取费用；劳务分包单位是否承揽了全部工程并只缴纳管理费；是否以内部承包名义将承包工程全部转给其他单位或个人。

住建部的上述标准与最高院和北京高院的意见有所不同，最高院和北京高院主要关注的是实际施工人与承包人之间是否存在隶属或劳务关系，承包人是否承担管

理责任和是否对外承担合同权利义务。由于上述标准的不同，在某些情况下即使被法院认定为内部承包，也有可能受到住建部门的处罚，例如承包人将工程交由分支机构完成并进行内部管理和外部承担权利义务，但只收取固定利润或管理费的。

3、不属于必须招标工程进行招标的法律后果

对于不属于必须招标的工程进行招标的法律后果，征求意见稿有两种观点，一种认为：“发包人将依法不属于必须招标的工程进行招标后，与承包人另行订立建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致，当事人请求以备案的中标合同作为结算工程价款根据的，应予支持。”另一种认为：“发包人将依法不属于必须招标的工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致，以双方实际履行的合同作为结算工程价款的根据。不能确定实际履行合同的，以后订立的合同作为结算工程价款的根据。”

对此，施工合同解释一第二十一条曾明确规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”由于实践中大量备案合同不是双方真实的意思表示也不会实际执行，仅是为了办理备案取得施工许可证等建设手续，所以实践中也有观点认为应当扩大实际履行合同的适用范围。部分地方的高院在审判指导意见中也说明了不进行招标的项目，施工合同在当地建设行政管理部门进行了备案，备案的合同与实际

10 参见《最高人民法院民一庭对审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律（二）进行调研》，载于最高人民法院网站，http://www.court.gov.cn/spyw/mssp/201306/t20130628_185800.htm。

11 由于最高人民法院并未公布建设工程施工合同纠纷案件适用法律（二）征求意见稿，本文中引述内容可能与未来最高人民法院正式公布的征求意见稿有所不同，相关观点仅供参考讨论。

12 《山东省高级人民法院关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见》第二十条规定：“建筑施工企业使用、冒用、盗用他人营业执照，资质证书以及他人名义所签订的建筑工程承包合同，应认定为无效。”

13 《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第七条规定：“……（三）施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；（四）施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；（五）劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；（六）施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；……”

履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据¹⁴。这些地方高院的指导意见，已经在一定程度上扩大了实际履行合同的适用范围。

解决双方当事人真实意思表示与备案合同矛盾的根本途径是调整施工合同备案的行政管理标准。住建部在2001年6月1日发布的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（建设部令第89号）中要求对中标后签署的合同进行备案，各地也制定了具体的要求。但在实践中，各地政府的执行标准并不相同，很多地方要求备案合同必须选用政府颁布的示范文本，并且对于专用条款只能填空不能进行全面修改，也有一些地方对于备案合同中的工程量清单组价也有要求，否则就无法进行备案。正是由于各地政府的备案管理过于僵化，导致了双方当事人往往需要另行签署一份实际执行的合同。

本次住建部92号文提出对备案管理进行改革的内容中，并没有明确包含对施工合同备案管理制度的改革。最高法院关于扩大当事人意思自治的适用范围的意见，是否能够影响到政府部门对合同备案管理制度的反思，有待于在改革中进一步检验。

4、支持索赔时限的规定

征求意见稿第七条规定：“当事人约定，承包人不在约定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理。”部分高院的指导意见中也有类似的观点¹⁵。

对于索赔时限（Time-Bar Clauses）的约定，在国际工程合同中非常普遍，FIDIC施工合同条件（1999版）和设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件（1999版）都规定了雇主应在了解引起索赔的事项或情况后尽快发出通知，承包商应在察觉或应已察觉该时间或情况后28天内发出通知¹⁶。FIDIC施工合同条件（2006年多边银行协调版）也规定了业主应当在察觉了解引起索赔的事项或情况后不超过28天的期间内尽快发出通知，承包商应在察觉或应已察觉该时间或情况后42天内发出通知¹⁷。

事实上，住建部和国家工商行政管理局1999年制定的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—1999—0201）也规定了发包人和承包人28天的索赔期限，但并未约定承包人超过期限后丧失索赔权利¹⁸。九部委版施工招标文件参

考了国际惯例，明确约定了发包人和承包人超过索赔期限将丧失索赔权利¹⁹。2013年住建部和国家工商行政管理局修订后，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）明确约定了超过索赔期限将丧失索赔权利²⁰。

长期以来，对于索赔时限的讨论有两种观点：一派观点认为这类约定应当有效，主要理由是尊重双方当事人的意思自治和程序正义，并且这里约定的是实体权利的消灭而非法律规定的诉讼时效，此外该规定有利于督促双方当事人尽快解决问题，也符合《合同法》一百一十九条对于防止损失扩大的目的；另一派认为这类约定不应得到支持，主要理由是任何人不能从自己的过错中获益是一项基本原则，且这类时效性规定应当依法确定，承包商仍可以对业主的过错提出索赔。司法实践中普遍的态度是实质重于形式，往往不支持这类约定。

征求意见稿的规定支持了这类约定的效力。如该司法解释正式生效，对前述各部门制定的标准文本中关于索赔时限的约定必将存在深远影响。

5、仅登记备案合同的效力

征求意见稿第十一条提出：“当事人在相关行政管理部门备案的施工合同未经招标投标，不适用招标投标法第四十六条规定。当事人仅以双方另行订立的合同与上述备案合同的实质性内容不一致为由，请求依据施工合同解释一第二十一条规定结算工程价款的，不予支持。”

征求意见稿上述的修改，实际上缩小了施工合同解释一第二十一条的适用范围。施工合同解释一强调经过备案的中标合同效力优先，但由于目前尚未修改依法必须招标项目的规模和范围，大部分建设项目都需要招

标，且一些地区要求对非招标的施工合同也进行备案，作为发放施工许可证的前提，导致备案合同的适用范围不断扩大。征求意见稿的上述意见，结合修改依法必须招标项目的规模和范围，能够更好的保护双方当事人的真实意思表示，遏制实践中阴阳合同的问题。

此外，征求意见稿中还涉及工程质量、结算等大量与工程管理制度息息相关的内容，受限于篇幅限制，在此不再一一赘述。

六、总结

2013年新一届政府的施政方针中一再强调制度改革和发挥市场的作用，2013年11月12日召开的中国共产党十八届三中全会再次强调了“要紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”。住建部正是在这种背景之下，出台了62号文和94号文，提出对建筑市场的改革方针和改革试点方案，并集中公布了一批具体文件，逐步落实建筑市场的改革要求。

对于本轮建筑市场管理制度的改革方向，总体而言在于协调政府和市场之间的关系：一方面政府需要转变职能，改变以往过多依靠行政手段管理建筑市场的作法，对于政府具体监督管理方式进行变革；另一方面，充分发挥市场的机能，统一开放建筑市场，发挥建筑市场中各主体的作用，鼓励建筑产业现代化的发展。

对于本轮改革的主要措施，笔者认为对于招投标、标准文本等制度，应该进一步扩大当事人的意思自治，尤其是对于不使用国有资金的项目，增加市场的灵活性更有利于满足工程实际需要和建筑业健康发展的要求；对于工程质量、违法承包等重点需要治理的问题，要

14 《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第十五条规定：“法律、行政法规规定不是必须进行招标的建设工程，实际也未依法进行招投标，当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政管理部门进行了备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。备案的中标合同与当事人实际履行的施工合同均因违反法律、行政法规的强制性规定被认定为无效的，可以参照当事人实际履行的合同结算工程价款。”

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题》第十一条规定：“法律、行政法规规定必须要经过招标投标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为工程价款的结算根据；未经过招标投标的，该建设工程施工合同为无效合同，应当参照实际履行的合同作为工程价款的结算根据。法律、行政法规未规定必须进行招标投标的建设工程，应当以当事人实际履行的合同作为工程价款的结算根据；经过招标投标的，当事人实际履行的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，应当以中标合同作为工程价款的结算根据。”

15 《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第六条规定：“发包人仅以承包人未在规定时间内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，该主张不能成立。但合同明确约定不在规定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，应遵从合同的约定。”

16 参见FIDIC施工合同条件（1999版）第2.5条和第20.1条，设计采购施工（EPC）/交钥匙工程合同条件（1999版）第2.5条和第20.1条。

17 参见FIDIC施工合同条件（2006年多边银行协调版）第2.5条和第20.1条。

18 参见《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—1999—0201）通用条款第36条。

19 参见《中华人民共和国标准施工招标文件（2007版）》通用条件第23.1条和23.4条。

20 参见《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）第19.1条和第19.3条。

着重考虑政府监管的具体方式，在提高监管效率的同时 减轻市场各方的负担；对于本次强调需要进一步发展的 仍然有待于出台进一步鼓励政策，提高管理水平。

附表：

序号	文件名称	发文单位	实施时间
1	《砌体结构工程施工规范》等30个工程规范	住建部	2014年10月1日
2	建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）	住建部	2014年10月1日
3	住房城乡建设部关于进一步推进工程造价管理改革的指导意见	住建部	2014年9月30日
4	住房城乡建设部关于落实国家新型城镇化规划完善工程建设标准体系的意见	住建部	2014年9月22日
5	住房城乡建设部办公厅关于开展严厉打击建筑施工转包违法分包行为工作的通知	住建部	2014年9月9日
6	工程质量治理两年行动方案	住建部	2014年9月1日
7	关于进一步规范电子招标投标系统建设运营的通知	国家发改委、 住建部、 工业和信息化部、 交通运输部、 水利部、 商务部	2014年8月25日
8	建筑工程五方责任主体项目负责人质量终身责任追究暂行办法	住建部	2014年8月25日
9	建筑施工项目经理质量安全责任十项规定（试行）	住建部	2014年8月25日
10	住房城乡建设部关于进一步加强和完善建筑劳务管理工作的指导意见	住建部	2014年7月28日
11	《建设工程设计合同（示范文本）》（征求意见稿）	住建部	2014年7月24日
12	关于放开部分建设项目服务收费标准有关问题的通知	国家发改委	2014年7月10日
13	住房和城乡建设部关于推进建筑业发展和改革的若干意见	住建部	2014年7月1日
14	《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》、《建设工程施工劳务分包合同（示范文本）》（征求意见稿）	住建部	2014年6月17日
15	住房城乡建设部关于建设工程企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知	住建部	2014年5月28日
16	工程建设标准解释管理办法	住建部	2014年5月5日
17	住房城乡建设部关于开展建筑业改革发展试点工作的通知	住建部	2014年5月4日

18	工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）	国务院法制办公室	2014年3月24日
19	住房城乡建设部办公厅关于进一步规范工程建设地方标准备案工作的通知	住建部	2014年3月3日
20	建筑工程施工发包与承包计价管理办法	住建部	2014年2月1日



李立山
李立山律师为君合律师事务所顾问。

执业经验

李立山律师2005年加入君合律师事务所，现在君合北京总部执业。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。李立山律师从事法律工作十余年来一直专注于不动产投融资、并购法律领域，在交易结构设计、法律文件的起草、项目谈判等方面积累了丰富的经验和技巧。曾为远洋地产、泛海建设、星狮地产、嘉铭投资、高盛、华平投资、瑞士信贷集团、中信资本、德意志银行、麦格里银行、万豪国际集团等众多的跨国公司、大型房地产企业和房地产投资机构提供法律服务，参与了大量房地产投融资、并购、土地一级开发、房地产工程建设、资产重组、房地产租售、酒店管理法律业务。

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年取得中国律师资格。现为全国律师协会会员。



于涛
执业领域
建设工程、房地产、土地投资以及工程争议解决业务

执业经验

于涛律师于2010年在北京市中伦律师事务所开始执业，2014年7月加入君合。于涛律师在建设工程领域和房地产领域有着丰富的经验，长期为客户提供房地产项目全流程的法律服务，包括土地投资、工程建设、融资、物业管理和经营以及相关的争议解决。其中工程服务包括合同起草和修订、招投标、合同履行、竣工验收和结算、争议解决等各方面工程法律服务，房地产服务包括房地产投融资、并购、物业交割、租赁、物业管理等。

教育背景

北京大学法学学士（2010）；
北京大学国家发展研究院经济学学士（2010）。

专业组织

于涛律师是全国律师协会的会员。

工作语言

于涛律师的工作语言为普通话和英文。

中国境外投资十年回顾与新政解读

何芳 赵鹏丽 李润泽

2014年对于拟进行境外投资的企业来说，是具有划时代意义的一年。根据发改委的数据，2014年前三个季度，我国境外投资总额已经达到849.2亿美元，预计全年将达到1200亿美元。而2014年前三个季度中国吸引的外商投资总额为873.6亿元，与境外投资总额大抵相当。故发改委预测，2014年很有可能将成为我国的境外投资元年，境外投资总额从此将超过外商投资总额。

2014年又是境外投资政策利好元年。通常说来，境外投资涉及三个审批机关：发改委项目核准、商务部境外企业核准、外管局登记。发改委主要从投资项目角度进行审核，商务部为拟进行境外投资的境内企业核发《企业境外投资证书》，外管局主要是对境外投资所涉及的外汇换汇及汇出进行审核。2014年，秉承十八届三中全会深化改革、简政放权、落实企业对外投资主体地位的思路，发改委立项核准制改为备案制为主、商务部核准制改为备案制为主、个人境外投资政策有望进一步松动，而个人直接跨境担保也成为可能。这一系列的利好政策合力瓦解了企业境外投资审批的瓶颈，为中国资金

走向世界铺平了道路。

从境外投资首次以系统性法规进行监管的2004年到如今，已经整整十年，本文将简要回顾中国境外投资监管十年的政策演变，并解读2014年新政为境外投资注入的新动力。

一、发改委立项核准制改为备案制

发改委立项由核准制改为备案制前后历经了十年。需要核准的投资项目金额从最初的3000万美元一路提高到3亿美元、10亿美元，最终彻底放开（敏感国家、敏感地区、敏感行业除外）。

发改委境外投资立项核准的统一性文件最早见于2004年的《境外投资项目核准暂行管理办法》¹（以下简称“21号令”）。21号令中，发改委将境外投资项目分为资源开发类和非资源开发类，并制定了不同的核准标准。当时，大部分境外投资项目均采用核准制，只有中央企业的小额投资可以适用更快捷的备案程序，具体如下：

2004年10月-2011年2月境外投资发改委审批层级（21号令）

资源开发类投资项目		非资源开发类投资项目		台湾/未建交地区
3000万美元以下	地方企业由省发改委核准，中央企业报国家发改委备案	1000万美元以下	地方企业由省发改委核准，中央企业报国家发改委备案	不分限额，由国家发改委或国务院核准
3000万美元-2亿美元	均由国家发改委核准	1000万美元-5000万美元	均由国家发改委核准	
2亿美元及以上	均由国家发改委审核后报国务院核准	5000万美元及以上	均由国家发改委审核后报国务院核准	
书面信息报告： 适用于所有境外竞标或收购项目。正式开展商务活动前向国家发改委报送。				

2004年至2011年间，中国的境外投资质和量均迅速增长，年投资总额增长约为26.9%，随着企业境外投资需求的增大，3000万美元便触发国家发改委核准显然对企业和政府而言都成为了一种羁绊。2011年，发改委阔斧改革，开始实施《关于做好境外投资项目下放核准权

限工作的通知》²（以下简称“2011放权通知”），一举将之前资源类3000万美元、非资源类1000万美元的核准标准大幅提高到3亿美元和1亿美元。与此同时，也取消了1亿美元以下境外投资项目的书面报告和申领确认函的义务，大大加快了境外投资审批进程。具体如下：

2011年2月-2014年8月境外投资发改委审批层级（2011放权通知）

资源开发类投资项目		非资源开发类投资项目		敏感行业 ³ /敏感地区
3亿美元以下	地方企业由省发改委核准，中央企业报国家发改委备案	1亿美元以下	地方企业由省发改委核准，中央企业报国家发改委备案	不分限额，由国家发改委或国务院核准
3亿美元及以上	均由国家发改委核准	1亿美元及以上	均由国家发改委核准	
书面信息报告： 适用于中方投资额1亿美元及以上的境外竞标或收购项目。正式开展商务活动前向国家发改委报送。				

尽管全球经济形势并不乐观，但是中国却在境外投资市场上活力四射：2012年，中国对外非金融类直接投资总额达到772.2亿美元⁴，一举成为仅次于美国和日本

的第三大对外投资国。2013年，这一势头持续发力，中国对外非金融类直接投资总额达到901.7亿美元⁵，其中，中海油151亿美元收购加拿大油气巨头尼克森创下了境外投资单项之最。这些数据的增长显然受益于境内审批的简政放权。

1 发改委21号令，2004年10月9日实施，已失效。

2 发改外资[2011]235号，2011年2月14日实施，已失效。

3 敏感行业是指，基础电信运营、跨界水资源开发利用、大规模土地开发、干线电网、新闻传媒等行业。

4 <http://tjtb.mofcom.gov.cn/article/y/ab/201301/20130100010897.shtml>，最后访问：2014年11月25日。

5 <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/k/201401/20140100465014.shtml>，最后访问：2014年11月25日。

2014年8月，发改委进一步深化改革，推出了《境外投资项目核准和备案管理办法》⁶（以下简称“9号令”）。9号令与2011放权通知相比，有以下变化：首先，划时代地取消了资源类投资项目和非资源类投资项目的区分。境外投资领域经过多年的发展，也逐渐由国有企业主导的能源、资源类项目投资为主，发展到国有企业和民营企业齐头并进，房地产、消费品、农产品项目多元发

展的局面。取消资源类、非资源类的区分，与这一变化暗相契合。其次，9号令再次将3亿美元的核准标准大幅提升为10亿美元，而对于适用核准之外的境外投资项目一律适用备案制。再者，9号令取消了3亿美元以下境外投资项目的书面报告义务。鉴于10亿美元以上的超大型境外投资项目数目毕竟比较少，此时“备案为主、核准为辅”的发改委审批制度离实质“备案制”仅有一纸之隔。具体如下：

2014年8月-2014年11月境外投资发改委审批层级（9号令）

核准		备案	
涉及敏感国家和地区、敏感行业的项目，不分限额，由国家发改委核准。		不涉及敏感国家、敏感地区、敏感行业的10亿美元以下境外投资项目。	
中方投资额10亿美元及以上的项目，由国家发改委核准。中方投资额20亿美元及以上，且涉及敏感地区、敏感行业的境外投资项目，由国家发改委提出审核意见后报国务院核准。			
中央企业	地方企业	中央企业	地方企业
报国家发改委核准	省发改委提出审核意见后报国家发改委核准	国家发改委备案	3亿美元以下投资项目报省发改委备案； 3亿美元以上的境外投资项目报国家发改委备案
书面信息报告： 适用于中方投资额3亿美元及以上的境外竞标或收购项目。正式开展商务活动前向国家发改委报送。			

然而，距离9号令实施仅仅不到3个月，利好政策便再度传来。2014年10月31日，国务院开始实施《关于发布政府核准的投资项目目录（2014年本）》⁷（以下简称“2014《核准目录》”）。2014《核准目录》规定，除涉及敏感国家、敏感地区、敏感行业的境外投资外，发改委立项一律简化为备案制。即：

2014《核准目录》规定还比较新、比较概括，我们尚不清楚9号令下的细节规定将会如何修改。但有一点是确定的，根据我们对国家发改委相关官员的电话咨询，

2014年11月起境外投资发改委审批层级（2014《核准目录》）

核准	备案
涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目，不分限额，由国家发改委核准。	不涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目。

境外投资总额10亿美元以上的项目已不再按照9号令核准管理，而是按照2014《核准目录》的规定实行备案管理，与2013《核准目录》相比，99%的项目都将取消核准，改为备案。至此，历经了十年的发改委境外投资核准制，就此走向了备案制元年。

二、商务部《批准证书》核准制改为备案制

与发改委类似，商务部的审批也经历了去繁就简的十年放权。通常说来，企业拟进行境外投资（新设、并购非金融企业，直接或间接取得其所有权、控制权、管理权等权益）的，需要向商务部为其境内公司投资境外公司申请《企业境外投资证书》，之后才可以凭该证书办理外汇、税务、海关、出入境等手续。

2004年10月-2009年5月商务部审批层级（16号令）

商务部核准	省商务部核准
中央企业境外投资	地方企业境外投资

商务部核发《企业境外投资证书》的统一性文件最早见于2004年《关于境外投资开办企业核准事项的规定》⁸（以下简称“16号令”）。当时，为取得《企业境外投资证书》，无论何种项目，无论是中央企业还是地方企业，都需要履行核准程序。核准程序是一种事前实质审查程序，商务部将审查投资项目内容、境内境外企业章程等，并要求提供外汇主管部门出具的外汇资金来源审查意见。从某种程度上来讲，此时商务部的职能与发改委和外管部门有些许竞合。

五年之后，2009年5月，《境外投资管理办法》⁹（以下简称“5号令”）实施，取代了16号令的规定。5号令有三大革新。第一，尽管此时所有境外投资项目仍需商务部“核准”，但商务部对于中央企业1亿美元以下的境外投资及地方企业1000万美元以下的境外投资，已大幅松绑为“简易审查”。实质审查受理后的审批时限为15个工作日（不含省商务部门初审10个工作日及征求使领馆意见的时间）；而简易审查受理后仅需3个工作日便将核发《企业境外投资证书》。这对于中小境外投资而言，极大提高

2009年5月-2014年10月商务部审批层级（5号令）

	中央企业	地方企业
中方投资额1000万美元以下	网上提交申请表，报商务部简易审查后核准	网上提交申请表，报省商务部简易审查后核准
中方投资额1000万美元-1亿美元	网上提交申请表，报商务部简易审查后核准	省商务部门核准
中方投资1亿美元以上	报商务部核准	向省商务部门提出，报商务部核准
商务部核准保留事项	1、向未建交、特定国家或地区投资，或涉及多国利益的境外投资 2、设立境外特殊目的公司	
省商务部门核准保留事项	1、地方企业的能源、矿产类境外投资 2、地方企业需在境内招商的境外投资	

6 发改委9号令，2014年8月5日实施，有待修订，实践中冲突部分已按照国发[2014]53号执行。

7 国发[2014]53号，2014年10月31日实施。

8 商务部令2004年第16号，2004年10月1日实施，已失效。

9 商务部令2009年第5号，2009年5月1日实施，已失效。

了审批效率。第二，实质审查申请文件中不再要求提供外管部门的资金来源审查意见。但增加了《境外并购事项前期报告表》，即并购类境外投资项目在签署生效协议前应向商务部报告。第三，网上“境外投资管理系统”正式上线，让文件递交更加高效、便利。

2014年10月，商务部开始实施新《境外投资管理办法》¹⁰（以下简称“2014年3号令”）。2014年3号令与5号令相比，主要有三大革新。第一，核准制改为备案制。即，除境外投资涉及敏感国家、敏感地区、敏感行业外，一律实行备案制，审查简化为形式审查。第二，

2014年10月起商务部审批层级（2014年3号令）

核准		备案	
境外投资涉及敏感国家、敏感地区、敏感行业的		其他情形一律备案	
中央企业	地方企业	中央企业	地方企业
向商务部提出	向省商务部门提出	网上提交备案表，向商务部备案，形式审查	网上提交备案表，向省商务部门备案，形式审查

总体而言，通过十年的简政放权，作为境外投资的两大审批部门，发改委和商务部已经在监管内容上衔接一致，即：除涉及敏感国家、敏感地区、敏感行业适用核准外，其余一律采取备案制。两大部门实行备案制，简化了境外投资的审批程序，缩短了办理时限，进一步优化了企业的境外投资环境，更好的促进了我国境外投资快速、健康地发展。

三、个人境外投资进一步放宽限制

由于我国实行外汇管制，境内居民年度购汇额度为5万美元，个人境外投资可供选择的间接项目并不多。个人只能通过合格的境内机构投资者、设立特殊目的公

不再以发改委的核准/备案为前置条件。原5号令中，企业境外投资申请商务部核准时，需要提交国家有关部门的核准或备案文件（通常理解是指发改委的核准/备案通知书），不过实践中也有发改委和商务部门的境外投资审核程序同步进行的例子。而2014年3号令删除了该项申报材料，换言之，发改委核准/备案不再是取得商务部核准/备案的前置条件，企业可以同时办理两者的申报手续，甚至先办商务部门的申报手续。第三，简化了并购类境外投资项目的申报材料，不再要求先期向商务部提交《境外并购事项前期报告表》。具体如下：

司，或购买商业银行发行的外币理财产品等形式实现境外投资。过去十年各方对开放个人境外投资的呼声一直很高。

2013年5月24日，国家发改委发布《关于2013年深化经济体制改革重点工作意见的通知》¹¹，首次提出“稳步推进人民币资本项目可兑换，建立合格境内个人投资者境外投资制度”的金融体制改革规划。这被认为是允许个人境外投资的原则性信号。

2013年11月12日，中共中央发出了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》¹²，明确规定：“扩大企业及个人对外投资，确立企业及个人对外投资主体地位，允许发挥自身优势到境外开展投资合作……允许创新方式走出去开展绿地投资、并购投资、证券投资、联合投资

等。”

之后，上海自贸区个人境外投资制度初见雏形。2013年12月2日，中国人民银行发布了《关于金融支持中国(上海)自由贸易试验区建设的意见》¹³，为个人境外直接投资确定了方向：即要“便利个人跨境投资”，“在区内就业并符合条件的个人可按规定开展包括证券投资在内的各类境外投资。”

2014年5月21日《中国（上海）自由贸易试验区分账核算业务实施细则（试行）》和《中国（上海）自由贸易试验区分账核算业务风险审慎管理细则（试行）》¹⁴（合称为“分账核算细则”）发布。分账核算细则允许区内个人（指在试验区内工作，并由其区内工作单位向中国税务机关代扣代缴一年以上所得税的中国公民）和区内境外个人（指持有境外身份证、在试验区内工作一年以上、持有中国境内就业许可证的境外自然人）开立个人自由贸易账户（简称“FT账户”）。FT账户也是在为个人进行境外投资做好渠道准备。不过根据我们的了解，目前区内符合条件的个人虽然可以在部分银行开立FT账户，但鉴于中国人民银行等政府监管机关并未出台配套的实施细则，FT账户内的资金并未真正实现自由汇兑，区内个人尚无法通过FT账户开展包括证券（沪港通下的证券投资除外）在内的各类境外投资。

另一方面，2014年5月8日，发改委9号令开始实施，虽然9号令仍仅适用于“法人”，但同时规定“自然人和其他组织在境外实施的投资项目，参照本办法规定另行制定具体管理办法”。这暗示着个人境外投资的开闸。此外，2014年5月8日，国务院发布《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》¹⁵，也提出“稳步开放

境外个人直接投资境内资本市场，有序推进境内个人直接投资境外资本市场”。

同时，个人跨境担保也成为可能。2014年6月1日，国家外汇局开始实施《跨境担保外汇管理规定》¹⁶（以下简称“29号文”），规定境内个人提供内保外贷（境内担保人为境外债务人欠付境外债权人的债务提供的担保）的，参照境内机构提供内保外贷的办法管理。而此前的规定是，境内个人应当连同国内的关联机构一起才能为境外被投资企业的融资提供担保。在新规29号文下，境内担保人在签订担保合同后15个工作日内应到所在地外管局办理内保外贷签约登记，外管局将仅对登记申请进行程序性审核，并办理登记。之后，境内担保者可凭担保登记文件直接到银行办理担保履约项下的购汇及对外支付。当内保外贷业务发生担保履约后，境内担保人成为境外债权人，应当按照规定办理对外债权登记。

上述一系列的举措预示着个人境外投资有望进一步松绑，预计在不久的将来，境内个人开展境外直接投资将大幅度甚至完全放开。

四、小结

境外投资监管十年是见证深化改革、简政放权、落实企业对外投资主体地位的十年。各监管部门已陆续将核准制改革为备案制，为中国企业境外投资提供了政策支持。同时，个人直接跨境担保已成为可能，个人境外投资也有望进一步松绑。中国境外投资无论从政策层面还是市场层面来看，都是形势一片大好。我们不妨期待2015年继续中国境外投资大幅发展的新篇章。

¹⁰ 商务部令2014年第3号，2014年10月6日实施。

¹¹ 国发[2013]20号，2013年5月18日实施。

¹² 中国共产党中央委员会，2013年11月12日实施。

¹³ 银发[2013]244号，2013年12月2日实施。

¹⁴ 银总部发[2014]46号，2014年5月21日实施。

¹⁵ 国发[2014]17号，2014年5月8日实施。

¹⁶ 汇发[2014]29号，2014年6月1日实施。



何芳
何芳律师为君合律师事务所合伙人。

执业领域
何芳律师现在君合北京总部执业。何芳律师的主要业务领域是兼并收购、境外投资、外商在华投资、私募股权投资、信托和资产管理。何芳律师曾代表多个跨国公司、国有企业、民营企业和私募股权投资公司在国内进行投资和股权/资产收购，涉及房地产、汽车、传媒、矿业、电信、农业、石化、制药、医疗器械、新闻出版、食品、酒、旅游、物流等多个行业。何芳律师还曾代表数家央企、国企、民营企业和个人投资者在美国、日本、加拿大、澳大利亚、瑞典、新西兰、意大利、葡萄牙、俄罗斯、印度、印度尼西亚、吉尔吉斯斯坦、老挝等多个国家进行投资和收购，涉及矿业、能源、石化、房地产、汽车、银行、天然气、太阳能、设备制造、林业、渔业、高科技等多个领域。何芳律师在信托设立、信托投资和证券公司和基金子公司从事资产管理方面，也有丰富的经验。

执业经验
1998年8月至2001年3月，何芳律师在国家工商行政管理总局商标局工作，曾负责注册商标三年不使用撤销和商标使用许可合同备案的审查工作。何芳律师自2001年3月加入君合律师事务所北京总部工作。其中2005年2月至2006年2月，何芳律师被君合律师事务所派往位于东京的日本伊藤忠商事株式会社法务部工作。2007年8月，何芳律师暂时离开君合律师事务所，前往美国弗吉尼亚大学攻读法学硕士学位，并于2008年5月毕业后在美国芝加哥的贝克·麦坚石律师事务所（Baker & McKenzie LLP）工作一年。2009年8月，何芳律师回到君合律师事务所。何芳律师在人民大学律师学院担任并购课程的客座教授。何芳律师被北京市律师协会评为第一届（2009-2011年）北京市优秀女律师。

执业资格
何芳律师于2001年取得中国律师执业资格，于2009年取得美国纽约州律师执业资格。现为中国律师协会和纽约州律师协会的会员。

教育背景
何芳律师1998年毕业于西南政法大学法学专业，获得法学学士学位；2007年赴美国弗吉尼亚大学法学院（University of Virginia School of Law）学习，并于2008年获得法学硕士学位。



赵鹏丽
执业领域
赵鹏丽律师专注于收购兼并、外商在华直接投资、境内企业境外直接投资及一般公司业务。

执业经验
赵鹏丽律师于2007年在君合开始执业。赵律师就诸多行业的合资、独资、收购兼并和日常经营事项为著名跨国公司、大型国有企业等提供法律服务。赵律师在众多重大交易中担任负责律师，协助客户完成从早期规划到最终交割的整个流程，不少项目涉及复杂的政府审批、国有产权转让及跨境交易架构的搭建等。

教育背景
中国人民大学国际法法学硕士
西北政法大学经济法法学学士

专业组织
赵鹏丽律师是全国律师协会的会员。



李润泽
执业领域
李润泽律师专注于收购兼并、境外投资、一般公司业务和合规事务。

执业经验
李润泽律师于2014年加入君合。在此之前，其先后在君合硅谷办公室和纽约办公室实习交流，积累了一定的美国投资项目经验。李润泽律师协助过数家公司的设立、并购、重组、清算等，所涉领域包括传媒、光电、医药、房地产等。

教育背景
康奈尔大学法学硕士（2013）
国际关系学院法学学士（2012）

专业组织
李润泽律师具有中国法律职业资格和美国纽约州律师资格。

就离婚诉讼中北京高院分割房屋价值计算公式的意见

金川

按：法律规则实为社会进展下动态之平衡，虽体现永恒公平正义，但无一定之规。就夫妻共同房产认定之标准，原《婚姻法》规定夫妻生活满二十年，婚前房产亦成为共同财产，系旧时基于妇女生活不独立所考量所致；现《婚姻法》认定夫妻关系存续期间所得房产为共同财产，系现代社会男女工作就业相对平等所致；然婚前一方购买，婚前共同还贷，如何认定，尚存在一定分歧。仅就现行《婚姻法》数次解释变化举例，一方父母出资行为性质认定，从认定为对夫妻双方的赠与，至改变为认定对夫妻一方的赠与者，亦体现社会发展过程中法律人对良性社会发展方向之微调，折射社会对私权利的逐步认可。

房屋利益的分割一直是审理离婚案件的重点与难点问题。2014年11月17日《北京市高级人民法院民一庭关于明确离婚时房屋补偿计算标准的通知》规定，人民法院在审理离婚案件中，根据《最高人民法院适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第十条规定，判决由产权登记一方对另一方进行补偿时，应当查明婚前签订合同支付首付款、银行贷款及还贷、产权登记、夫妻共同支付款项、财产增值、尚未归还贷款情况。产权登记一方对另一方进行房屋补偿的计算公式为：房屋补偿款 = 夫妻共同支付款项（包括本息） ÷（房屋购买价 + 全部应付利息） × 房屋评估现值（或夫妻认可房屋现值） × 50%。

经调研已经审理的离婚诉讼案件，购房款中贷款利

息往往占较大比例，且约定偿还贷款期间一般较长（十年以上），而房屋贷款利息可能因提前偿付而获得减免，长期贷款未来责任与房屋现值的时间成本不对等，会导致一方当事人以未来较长时间可能需要支付利息的代价取得实际房屋的现实利益，在审判工作中对该公式的可操作性及公平公正性存在一定不同认识。笔者认为，该计算公式不应考虑利息因素，因为现实生活中获得房屋产权的一方很有可能提前还款从而使得归还的总利息额度降低，这种情况下，考虑利息对于未获得房屋产权的一方是不公平的，下文将具体阐述。另本文仅针对已付购房款为夫妻共同财产情况下，是否应已付利息及应付利息列入房屋补偿款公式进行讨论，就已付购房款来源于一方借款或父母、亲朋资助等“特殊情况”不在本文讨论之列。

一、夫妻购房钱款组成比例的一般性列举

不考虑购房已支付钱款来源于第三方的特殊情况，如已付购房款来源于夫妻共同财产及银行贷款。以房屋价款200万，首付25%为例。夫妻甲、乙首付房款50万、银行贷款150万支付了购房款，房屋登记在甲方名下。20年偿付的还款计划下，贷款数额与本金基本相同（实务中20年购房贷款银行利息与本金数额基本相同），即利息150万，夫妻每个月偿还贷款12500元，其中包括每个月本金、利息各6250元（实际银行还贷，包

括定额本金、定额利息、浮动数据等不同方式，因对数据比例无根本性影响，故简化举例），夫妻共需要偿还银行贷款本息300万。夫妻共同偿还贷款二年后，因纠纷提起离婚诉讼，此时已付首付50万元，已偿还贷款30万元（含本金15万元、利息15万元），尚欠贷款270万元。房屋现值为260万（假设每年上涨15%）。

二、房产利益补偿公式考虑已付、未付利息，和公式不考虑已付、未付利息情况下的不同计算结果比较

1、依据现有公式即，房屋补偿款=夫妻已支付房款（含利息）在总房款（含利息）中的比例×50%×房屋现值

按照前文所举案例，夫妻已支付房款（含利息）在总房款（含利息）中的比例为 $(50+30) \div 350=22.86\%$ 。离婚后房屋归甲所有，甲需要给付乙的房屋折价款为 $22.86\% \times 50\% \times 260=297180$ 元，即甲应给付乙房屋补偿款297180元。

2、依据不考虑利息的公式，房屋补偿款=夫妻已支付房款（不含利息）在总房款（不含利息）中的比例×50%×房屋现值

按照本文举例，夫妻已支付房款（不含利息）在总房款（不含利息）中的比例为 $(50+15) \div 200=32.5\%$ 。

离婚后房屋归甲所有，甲需要给付乙的房屋折价款为 $32.5\% \times 50\% \times 260=297180$ 元，即甲应给付乙房屋补偿款422500元。

从两种算法导致的十余万差额可以看出，因为商品房贷款利率数额较高，是否将利息列入计算公式部分，对当事人财产分割影响较大。

因房屋对于自然人属于贵重且必要的生活用品，在实际审理的涉及房屋贷款离婚诉讼中，多表现为当事人贷款数额高，约定还贷时间长，贷款利息数额与贷款本金数额相接近，离婚诉讼时未偿还贷款利息的数额远远高于已偿还贷款利息的数额。在该种情况下，夫妻共

同偿还贷款时间越短，房屋上涨价格比例越大，则公式中考虑利息因素后，房屋分割时对分得房屋一方会越有利，而另一方取得的折价补偿款会大比例减少。

三、北京市高级人民法院所公布公式的相关问题

可以肯定的是，该种方式考虑了购房款的实际组成部分，考虑了已支付贷款的比例构成，真实的反映了已支付利息的这一情况。

但该种方式考虑了已支付利息，就必然需要将未支付利息的数额也加以考虑，公式计算过程中需要假设法院判决的房屋所有权人会支付剩余贷款利息。同时我们将忽略提前还款导致贷款利息下降的情况及在未来贷款期内偿还贷款与房屋现值的时间成本不对等性。实务中，当事人购买房屋因高额的贷款数额会申请较长时间的还款期，较长的还款期同时导致应偿还利息数额的提高，在较为常见的20年贷款中，利息与本金数额差额不会超过10%。我们忽略的问题在高额房贷利息的情况下，便会导致不合理的结果。

在离婚后，取得房屋一方可以申请向银行提前偿还贷款，而降低应付利息的数额。因为就购房贷款而言，贷款利息无论从绝对数额或与购房本金比较的相对数额，都是一个较大的数目。提前还款应付利息的数额减少，导致离婚诉讼中分得房屋所有权的一方，在取得财产时以假设己方支付对应利息成本为对价，获得较大房屋权利比例，支付对方较小的经济补偿，而在实际还款过程中并不需支付相应数额的利息，明显有违公平原则。当然有人可能会不认同该观点，主张取得房屋一方若提前还款需支付更大成本，十几年的还款需要一次性提前还清，承担负担更大；而在这里笔者不禁反问，该公式在计算利息因素时，不正是将未偿还贷款利息当做已偿还贷款考虑，因为只有如此才会对应房屋现值，难道这个公式考虑到时间成本了吗？

在不考虑提前还贷的前提下，假设规则的设定是当事人按期偿还贷款，计算公式从数据上并无问题，仍存在一方当事人以未来义务（十几年陆续按期偿还贷款）

换取现在价值（房屋现值的较大比例）的不合理情况。就时间成本而言，因房屋贷款数额较大，当事人向银行申请的还款时间一般较长，就笔者审判经验而言，一般还款期集中在20年这一时段。当事人在20年中陆续偿还贷款本息与目前一次性付清同样数额的贷款本息，明显后者负担的成本更低，也就说在该种计算公式下，长期贷款未来责任与房屋现值存在时间成本不对等性，一方当事人能够以未来较长时间可能需要支付利息的代价取得现实房屋的利益！

在实际案例中，夫妻购房贷款数额越高，共同还贷时间越短，房屋价格上涨越快，判决取得房屋一方当事人所获得的利益就越大，相应的判决获得房屋折价补偿的一方当事人遭受的损失也就越大。

四、不考虑利息公式的相关问题

不将利息列入公式，即没有将购房款中已经支付的贷款利息计算在内，有人可能会质疑该种方式不能如实反映事实情况，会导致不公平的结果。需要指出，本文讨论的前提是已支付贷款购房利息为夫妻共同支付，对该部分利息在购房款中的份额不进行考虑，在当事人仅有夫妻双方的离婚诉讼中是不会造成不公平结果的，因为双方出资中利息部分都进行了等额的折抵，就购房款总额的“分母”中对该利息亦不计算。原告与被告支付购房款中利息部分都没有计算在内，该问题向当事人解释时得到认同的难度应该不大。

该种方式不考虑已付款中的利息部分，同时也避免了将离婚时尚未支付的利息计算在内。一方面避免了当事人离婚后提前还款使得利息总额减少从而导致应用公式脱离实际的情况，规避了未来利息的不确定性。另一方面也避免了在按期还款的情况下，一方当事人以未来成本（剩余贷款期内按期偿还本金及利息）换取现实价值（房屋现值中未付利息的对应比例）的不合理情况的发生。

需要指出，贷款利息并非购买商品的必要成本，也不能反映商品在购买时的真正价值。在现金充足的情况

下，该部分利息可以不用负担，并不属于商品售价的一个部分。实际上，资金不足的当事人，以支付利息获取贷款的方式，取得本无力取得的交易机会，与商品价值本身并无联系。在夫妻离婚的情况下，将一方当事人将要负担的非必要的利息成本，计算入双方财产比例分配的公式中，是不合理的，也是不公平的。如财产损失赔偿的诉讼中，除了受损车辆的市场价值，我们会考虑车主购买受损车辆时的贷款利息成本吗？

笔者认为，不考虑利息因素的计算公式，因同时忽略了离婚诉讼双方已付利息份额，不计算未知不可控制的利息支付数额，根据夫妻双方支付购房款本金的比例分配房屋现值。该方案的适用，针对常见离婚案件中表现出的贷款利息数额较高、约定还款时间长、未还利息多于已偿还利息数额的情况下，还是相对公正合理的。且该方案计算更为便捷，可操作性更强，已还款中对应本金及利息的分割，银行可以应贷款人或法院的要求快速出具清单及统计数据。

以上意见，仅根据本人对法律法规理解与本人有限办案经验做出。请您指教批评。



金川

执业领域

金川律师专注于民商事诉讼领域，如公司股东纠纷、婚姻家庭、媒体侵权、房地产争议、劳动争议。

执业经验

金川律师于2001年至2014年在海淀区法院长期从事民商事审判工作。2014年加入君合律师事务所。

教育背景

对外经济贸易大学法律硕士（2009）
外交学院法学学士（2001）

工作语言

金川律师的工作语言为普通话和英文。

用工单位视角下劳务派遣违规的法律分析

杜 琨

《劳务派遣暂行规定》对劳务派遣中派遣单位、用工单位、劳动者三方之间的法律关系进行了较为详细的阐述与界定，其不仅是对劳动合同法的补充，而且还在用工比例、用工责任、退工条件等多个方面进行了全新规定，对劳务派遣及相关法律实践产生了较大影响。因此，如何正确理解并执行《劳务派遣暂行规定》已成为使用劳务派遣的用工单位亟需面临的法律问题。为此，本文从用工单位角度出发，结合当前劳务派遣理论及司法实践经验，对劳务派遣违规的法律后果及责任承担进行分析，并就如何防范相关法律风险提出应对措施。本文所指的劳务派遣违规系指有违相关法律规定的劳务派遣用工形式，主要涉及无效劳务派遣、比照劳务派遣（即服务外包等）以及逆向劳务派遣三种，下面分别做出以下分析。需要说明的是，本文涉及的相关问题在实践中仍有争议，本文系一家之言，更侧重理论分析，以期有助厘清相关问题。

一、无效劳务派遣

1、无效劳务派遣的认定依据和标准

劳务派遣涉及两个合同，一个是员工与派遣公司

之间的派遣类劳动合同，一个是派遣公司与员工单位之间的劳务派遣协议。在劳动者主张劳务派遣无效的情况下，首先看派遣类劳动合同是否有效，其次看劳务派遣协议是否有效，二合同之一无效或二者均无效，则劳务派遣无效。适用的法律依据为《劳动合同法》第二十六条以及对劳务派遣诸多强制性规定。而实务中，劳务派遣的无效往往超越两者，而成为一种笼统的判断。对此，本文对劳务派遣的判定要素归纳如下：

1.1 当事人是否自愿及是否损害劳动者权益

在构成“欺诈、胁迫或乘人之危”的情况下，订立的派遣类劳动合同应属无效。该项规定在司法实践中极难认定，毕竟很少有劳动者会主动希望签订派遣类劳动合同，但在其签字确认的情况下，应视为劳动者清楚劳务派遣情况并为保证就业、提高劳动技能而做出的主动选择，在没有明确证据证明其非自愿签订合同的情况下，派遣类劳动合同无效的因素无从认定。

在损害劳动者权益的情况下，派遣类劳动合同可能会无效；在二单位合谋损害劳动者权益的情况下，劳务派遣协议可能会无效。但事实上，在劳务派遣不能同工同酬、切断劳动者工龄及避免签订无固定期限劳动合同的情况下，劳务派遣作为一种用工形式具有损害劳动者权益之可能，但这种损害在合同效力及司法机关的视角

中是可以容忍的。同时，法律及司法机关均强调维持而非破坏现有法律关系价值取向，故因非自愿签订及损害劳动者权益而否定劳务派遣法律效力的司法判例极为罕见，用工单位需要注意的是监督派遣单位与劳动者劳动合同的签订，保证劳动者签字的真实性，同时可就因签字不真实导致劳务派遣无效的责任承担与派遣单位进行明确约定。

1.2 违反法律、法规等强制性规定

目前，认定劳务派遣无效的重要依据是违反强制性规定，我们在此做如下梳理：

a、违反劳务派遣单位设立条件而导致劳务派遣无效。《劳动合同法》第五十七条对与劳务派遣单位的注册资本、经营场所、管理制度均有明确规定，对劳务派遣实行行政许可制度，故设立条件未达到法定要求或未获取行政许可，均导致派遣单位用人主体资格的丧失，直接导致派遣类劳动合同无效。因此，法律实质上亦在强调用工单位审查派遣单位资质的责任，否则将会承担相应的法律责任。

b、自设劳务派遣导致劳务派遣无效。《劳动合同法》第六十七条规定用人单位不得自行设立派遣单位向本单位或所属单位派遣劳动者，故如果劳务派遣单位系用工单位自行设立，则劳务派遣将会当然无效。需要注意的是，司法实践中对于自设劳务派遣的认定范围较为宽泛，并不局限于直接的母子公司关系，对于存在关联关系的公司之间进行派遣亦有可能被认定为自设劳务派遣。此处关联关系包括但不限于控股和交叉控股、集团公司内部、主要股东重合、法定代表人与直接控制人重合或具有密切的亲属关系。因此，用工单位在选择劳务派遣单位时不仅应注意不得自设派遣，还应注意排查利益冲突，尽量排除关联关系公司设立派遣，保持彼此的独立性，以保证劳务派遣发生法律效力。

c、违反临时性、辅助性、替代性（以下简称三

性）范围或超出10%的用工比例使用劳务派遣。《劳动合同法》第六十六条及劳务派遣暂行规定第三条均规定了劳务派遣的使用范围、具体认定及民主程序，对于违反三性规定或超过用工比例使用劳务派遣的，是否认定为无效在实践中尚存有争议。但推究立法本意，法律规定多次强调三性及用工比例，可见立法部门对规范劳务派遣决心之巨，故本文倾向于认定违反上述规定的劳务派遣无效。目前实践中对于如何具体判断三性尚没有明确的标准，司法机关具有一定程度的自由裁量权，期待将来出台更明确规定、司法解释或指导案例，而对于经过民主程序确定的三性岗位，本文倾向于尊重民主程序的结果，该结果可作为判断劳务派遣效力的依据。需要注意的是，劳务派遣暂行规定就超出用工比例的情况给予用工单位2年的调整时间，故在调整时间之内超过用工比例尚不足以认定为无效。因此，通过民主程序确定三性岗位并及时调整用工比例将是用工单位目前面临的主要工作。

2、无效劳务派遣的法律后果及责任承担

2.1 无效劳务派遣的法律后果

笔者认为，一旦认定劳务派遣无效，将直接导致派遣类劳动合同无效，劳动者与派遣单位之间未能建立合法有效的劳动关系，但并不意味着双方只能建立劳务雇佣关系。由于劳动者已经付出了劳动，该劳动已经附着在用工单位的产品与经营之中，具有不可逆性，故劳动合同的无效并不能产生合同法概念中的相互返还义务，法律应当给劳动者的付出一个交代。劳动者在劳务派遣法律结构中虽然系与派遣单位建立了劳动关系，但其提供劳动的对象系用工单位，接受用工单位的管理，遵守用工单位各项规章制度并由用工单位支付劳动报酬，虽然该法律结构中存在“双重雇主”的主体，但劳动者提

供的劳动具有一元性，故即使派遣单位作为一重雇主因劳务派遣无效而退出，劳动者及其劳动仍然存在，与另一重雇主构成余下之法律结构，该法律结构符合劳动关系的各项特征，结果有可能是劳动者的劳动关系因劳务派遣无效而转移至用工单位，劳动者直接与用工单位之间建立劳动关系。

上述结论存在例外情况，即在用工单位系外国企业常驻代表机构的情况下，用工单位与劳动者之间无法建立劳动关系。根据《外国企业常驻代表机构登记管理条例》第二条之规定，外国企业常驻代表机构是指外国企业在中国境内设立的从事与该外国企业业务有关的非营利性活动的办事机构，外国企业常驻代表机构不具有法人资格。因此，外国企业常驻代表机构不属于劳动法及劳动合同法规定的用人单位，不具有用人主体资格，无法与劳动者建立劳动关系。此种情况下，只能认定劳动者与用工单位之间建立的系劳务派遣关系。需要注意的是，劳务派遣暂行规定免除了外国企业常驻代表机构使用劳务派遣范围及用工比例的限制，故派遣范围及用工比例不能成为认定外国企业常驻代表机构劳务派遣无效的要害。

派遣单位与用工单位之间签订的劳务派遣协议是否认定为无效，应视劳务派遣协议约定的内容而定。如果劳务派遣协议约定的派遣人员具体针对的就是劳动者本人，那么该约定的内容因违反强制性规定亦同时无效；如果劳务派遣协议未明确约定具体派遣人员，或是仅约定了整体人数，那么协议仍可有效；如果劳务派遣协议约定的具体人员为多个，那么包含其他劳动者的协议部分应视具体情况判定。无论上述哪种情况，协议中涉及就劳务派遣被认定无效后双方责任如何划分及争议解决的条款，仍可保留其法律效力。

2.2 无效劳务派遣的责任承担

劳务派遣被认定为无效后，对于劳动者的劳动报

酬、经济补偿金、社会保险等权利要求，派遣单位与用工单位如何承担相应的责任？本文的观点是派遣单位与用工单位需对劳动者的各项劳动权利要求承担连带责任，给付主体为用工单位，由派遣单位承担连带给付责任。主要的法律依据为《劳动合同法》第九十二条之规定：“用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任”，本文所讨论的劳务派遣无效，均是派遣单位与用工单位严重违法法律规定所致，派遣单位与用工单位均存在重大过错，两者应当承担连带赔偿责任。同时若认定劳动关系转移至用工单位，则用工单位需作为用人主体承担责任，派遣单位需承担连带赔偿责任。

具体到赔偿项目，劳动报酬类的工资、加班工资、绩效奖金、未休年假工资以及未缴社会保险赔偿等本属于用工单位与派遣单位共同承担的义务，故上述赔偿项目由两者共同承担连带责任在实践中并无异议。对于解除（终止）劳动关系经济补偿金（赔偿金），虽然劳动关系转移至用工单位，但解除劳动关系的行为实际上仍有可能系派遣单位做出，该行为可视为派遣单位与用工单位共同做出，其法律效力及于整个法律结构，故亦应由双方承担连带赔偿责任，即使用工单位根据法律规定合法退工，但在劳务派遣无效的大前提下，该退工亦不产生实质的法律效力，用工单位仍不能免除经济补偿金（赔偿金）的支付责任。

争议较大的项目系未签劳动合同双倍工资，如果系派遣单位未与劳动者签订劳动合同的情况，则派遣单位与用工单位应连带支付未签劳动合同双倍工资；但如果派遣单位已与劳动者签订了劳动合同，只是该劳动合同因违反强制性规定而无效，是否仍需支付未签劳动合同双倍工资呢？实践中该问题争议较大，一种观点认为既然派遣类劳动合同被认定为无效，那么可视为没有劳动合同，同时基于违法者不能从违法行为中获利的原则，劳动者有权要求

实际的用工单位支付未签劳动合同双倍工资；另一种观点认为未签劳动合同双倍工资系用人单位对劳动者的惩罚性赔偿，而派遣单位已经履行了签订劳动合同的法律义务，且虽然该劳动合同无效，但用工单位承继用人主体后实质仍在履行原劳动合同的内容，不应视为双方之间未签劳动合同，故用工单位无需承担未签劳动合同双倍工资的法律义务。目前在没有明确法律规定及司法判例的情况下，本文倾向于第二种观点。

2.3 外国企业常驻代表机构劳务派遣无效的处理

对于前文所提到外国企业常驻代表机构的特殊情况，由于用工单位与派遣单位均无法与劳动者建立劳动关系，故无法按照劳动关系项下的赔偿项目处理。但根据《劳动合同法》第九十三条之规定，对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。本情况系外国企业常驻代表机构不具备合法用人主体资格，且在劳务派遣无效中存在违法行为，故可参照该条规定，由用工单位与派遣单位对劳动报酬、经济补偿金（赔偿金）的给付承担连带责任。但由于劳动者均未能建立劳动关系，故未签劳动合同双倍工资、社会保险损失赔偿等基于劳动关系产生的权利要求无法得到支持。

二、比照劳务派遣

根据《劳务派遣暂行规定》第二十七条之规定，用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照劳务派遣处理。由于实践中承揽、业务外包与劳务派遣均涉及劳动力的使用，极易发生混淆，且个别单位利用承揽、业务外包之名，行劳务派遣之实，故立法之公权力开始介入。为讨论的便利，本文将

该等情形称为“比照劳务派遣”。根据合同法的定义，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。而根据《企业内部控制应用指引第13号——业务外包》的定义，业务外包是指企业利用专业化分工优势，将日常经营中的部分业务委托给本企业以外的专业服务机构或其他经济组织（以下简称承包方）完成的经营行为，不涉及工程项目外包。根据以上定义区别，我们作如下分析：

1、比照劳务派遣的判定要素

1.1 依合同主体判定。承揽人可以是法人单位也可以是自然人，业务承包方应为特定业务领域的专业服务机构或其他经济组织，而派遣公司则只能是依法获得劳务派遣许可的机构，被派遣劳动者只能是自然人。

1.2 依合同交易标的判定。承揽协议的标的是工作成果，其目的是为获得该成果（多为具体的物）；业务外包的标的是专业服务/业务，其目的是为获得服务，集中精力做好主营或优势业务；劳务派遣的标的是劳动力，其目的是为获得开展业务所需要的人力资源。

1.3 依收费标准判定。承揽人通常根据其承揽工作按约定获取报酬，业务承包方亦根据其服务的价值获得服务费，而劳务派遣公司则通常根据其劳动力的用工成本确定收费标准。

1.4 依法律关系判定。承揽适用合同法，定作人可以委托多个承揽人共同完成，承揽人可以委托第三人代为完成，定作人可以随时解除承揽合同；业务承包方主要为单个主体，同时多项业务可分别分包给多个主体，承包方需以自身资源及人力完成承包的业务，双方不得随意解除合同；劳务派遣涉及三方主体，合同履行需严格遵守劳动法律。

1.5 依管理方式判定。承揽人自主完成承揽任务，定作人可以对承揽做出指示，但该指示或管理是不经常的、松散的；业务外包中主要由承包方完成承包业务，发包人非因特殊情况或合同约定不得对承包方及其员工进行管理，员工对外以承包方名义工作；劳务派遣中劳动者要接受用工单位的管理、遵守其规章制度、对外代表用工单位开展工作。

2、比照劳务派遣的法律后果及风险应对

依据上述判定要素，如果仅以承揽、业务外包的名义开展工作，实质上仍按照劳务派遣的方式运营，将会被认定为劳务派遣并比照劳务派遣法律关系处理，其法律后果即为劳动者与用工单位、“承揽人、承包方”之间建立劳务派遣法律关系。同时，经过上文分析，劳务派遣公司有着严格的设立条件及行政许可准入制度，故如果比照劳务派遣处理，则“承揽人、承包方”一般不会具备设立条件并获得准入，进而导致劳务派遣无效，用工单位与劳动者直接建立劳动关系。需要说明的是，这在实务中存在争议。

业务外包在法律规定10%的用工比例后将会有越来越大的使用空间，为避免将业务外包与劳务派遣混同，用工单位应注重判定要素的区分，尤其在于承包单位业务领域相关性与人员管理方式两个方面。第一、承包单位业务领域相关性是指承包单位的业务领域是否与外包业务相关并具有相关的业务资质，如果承包单位的业务与外包业务无关或不具有相关经营资质，则该业务外包在很大程度上可能被比照劳务派遣处理，因此应着重审查承包单位的业务领域及经营资质。第二、人员管理方式应以间接管理为主。使用业务外包应签订规范的业务外包协议，明确约定外包服务的内容、人员组织及安排、人员提供服务的地点、对人员的管理方式、以及收

费标准，相关约定应按照业务外包的特点拟定，避免在外包合同中对外包人员做出要求；在外包服务过程中，由承包方对员工进行管理，对外报业务有要求的，尽量向承包方在现场的负责人提出，不直接管理承包方的员工，亦不负责承包方员工的工资及福利待遇。

三、逆向劳务派遣

目前，违反强制性规定造成劳务派遣无效的判断主要是静态的，判断标准以形式为主，而劳务派遣实践是动态的，故而从动态的角度审视，可从劳务派遣法律关系成立过程来判断，即劳务派遣法律关系是否在法律框架下按照劳务派遣的法理成立。在该视角下，逆向劳务派遣成为实践中较为突出且极具争议的问题。逆向劳务派遣是相对于正常劳务派遣的概念，在实践中大量存在，为本文讨论便利，以下使用这一概念。正常劳务派遣的流程是用工单位与派遣单位签订劳务派遣协议，再由派遣单位招用劳动者入职，但逆向劳务派遣系用工单位招用劳动者或已经开始用工，之后与派遣单位签订派遣协议并由派遣单位与劳动者签订劳动合同之模式。

审视逆向劳务派遣的法律效力，可区分以下之情况具体分析：

1、用工单位负责面试、招录手续但安排劳动者与派遣单位签订劳动合同。实践中，此种情况与正常劳务派遣较难区分，在形式上均为派遣单位与劳动者签订劳动合同并派遣至用工单位工作，且正常劳务派遣在招录员工时由用工单位与派遣单位联合办理亦无不可，加之劳动者已在派遣类劳动合同上签字，可推定其知晓劳务派遣之安排，且证明用工单位逆向安排派遣的证据较难收集，故在实践中该类逆向劳务派遣的法律效力一般均能得到认可。

2、用工单位首先开始用工，在办理劳动关系解除或

转移手续之后再行安排劳务派遣。该类逆向劳务派遣与第一种相似，虽然用工单位与劳动者之前已建立劳动关系，但双方已办理劳动关系解除或转移手续，劳动者实际上再行与派遣单位建立了一个新的劳动关系，可推定劳动者对上述情况是知晓的；不同的是，该类劳务派遣由用工单位安排的痕迹较为明显，容易造成用工单位利用强势地位逼迫劳动者的印象。但该类劳务派遣具备比较完备的解除及重新入职手续，故其法律效力仍应得到认可。

3、用工单位首先开始用工，在未办理劳动关系解除或告知手续的情况下直接安排劳务派遣。该类劳务派遣与第二种不同的是用工单位没有办理原劳动关系的解除手续，而是安排劳动者“原地转换身份”，具有直接的操纵与控制特征，其法律效力在实践中极具争议，甚至司法判例亦出现完全相反的情况，如北京市(2013)二中民终字第15291号判决以逆向派遣且用工单位未办理原劳动关系解除手续为由确认派遣劳动合同无效，而(2012)沪一中民三(民)终字第1248号判决则未将逆向劳务派遣归于无效。经初步查询，因逆向派遣而确认劳务派遣无效的司法判例较少，故在没有明确指导意见之前，本文倾向于以劳动者与派遣单位合意签署劳动合同且不存在无效情形为由，认定逆向劳务派遣有效，其法律后果及责任承担按照生效劳务派遣的规定处理，但不排除今后持相反观点的指导意见及司法判例出台，让我们拭目以待。为防范相关法律风险，用工单位如需调整用工为劳务派遣，应当经过协商、告知程序，与劳动者办理劳动关系解除手续并支付经济补偿金，如有可能，尽量在入职之前确认用工形式为宜。



杜琨

执业领域

杜琨律师专注于劳动法业务与争议解决业务。

执业经验

杜琨律师自2014年2月加入君合，之前曾于2007年7月至2014年1月期间在北京市第二中级人民法院担任劳动争议专业化审判法官，共积累1500余件案件的办理经验，多次被北京市高级人民法院评为“北京市优秀法官”、“结案能手”、“十佳青年法官”。

加入君合之后，他为众多跨国公司和国内知名企业提供劳动法方面的日常合规性问题咨询，起草、修改劳动合同、集体合同、员工手册以及保密、竞业限制协议等文件，参与众多跨国公司大型国有企业裁员、员工转移、劳务派遣、服务外包、商业贿赂调查、外国专家聘用等项目，还在北京和国内其他主要城市，代理跨国公司和国内知名企业处理各种类型的劳动争议案件。此外，在处理买卖合同、担保合同、公司及侵权责任争议方面，杜琨律师也具有丰富的经验。

教育背景

中国政法大学法学硕士（2007）

西安交通大学法学学士（2004）

专业组织

中华人民共和国实习律师

中国法学会会员

北京市劳动和社会保障法学会会员

工作语言

中文，英文

商业秘密337调查案件商业秘密范围披露研究

冉瑞雪 黄胜

在商业秘密337调查中，商业秘密范围的披露是商业秘密侵权案件中双方通常会出现争议的焦点问题，双方通常需要耗费大量的时间来解决这一分歧。由于原告通常不清楚被告侵犯了哪些商业秘密，商业秘密案件的原告希望在审阅被告的实质证据之后尽可能迟地披露商业秘密范围。然而，商业秘密范围的披露直接关系到被告如何应对证据开示以及如何准备应诉策略，因此，被告通常希望原告尽早披露商业秘密范围。本文首先介绍中国大陆企业涉诉商业秘密337调查的概况以及尽早披露商业秘密范围的重要性，接着介绍分析ITC在商业秘密337调查实践中的做法，最后根据美国立法和司法制度提出相应ITC制度建议。

一、中国大陆企业涉诉商业秘密337调查案概况以及尽早披露商业秘密范围的重要性

（一）中国大陆企业涉诉商业秘密337调查案概况

在337调查案件中，商业秘密案件与专利案件相比数量非常少，2002年以来合计约仅有13起，仅占美

国国际贸易委员会（United States International Trade Commission，以下简称“ITC”）受理所有案件的3%左右。但是在这仅有的13起商业秘密337调查案件中，有8起涉及到中国大陆的企业，占了一半以上。在这8起涉及到中国大陆企业的商业秘密337调查中，除了2004年提起的半导体设备案（案号：337-TA-525）和2008年提起的天瑞案（案号：337-TA-655），其余的6起均是在2011年之后提起的。针对中国大陆企业的商业秘密337调查案件在这两三年爆发性增长的一个重要原因是因为美国联邦巡回上诉法院（U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit，以下简称“CAFC”）在2011年对天瑞案作出的上诉判决中确定了ITC对发生在美国之外的商业秘密侵权行为拥有管辖权。天瑞上诉案源于美国Amsted公司在2008年就铸钢车轮向ITC提起的337调查。在337调查中，ITC在2009年底终裁认定天瑞集团有限公司和天瑞集团铸造有限公司（“天瑞”）存在违反337条款的商业秘密侵权行为。天瑞不服ITC的终裁，据此向CAFC提起上诉。2011年，CAFC做出判决，维持了ITC的终裁。此上诉判决承认了ITC对完全发生在中国的商业秘密侵权337调查拥有管辖权，这意味着美国或一些其他国家的跨国公司可以

中国企业在中国侵犯其商业秘密为由利用ITC对中国企业发起更多的337调查。可以预见在未来的几年之内，美国或者一些其他国家的跨国公司可能会以商业秘密侵权为由在ITC发起更多针对中国大陆企业的337调查。

（二）尽早披露商业秘密范围的重要性以及紧迫性

尽管针对中国大陆企业的商业秘密337调查案件在不断地增加，但中国企业在应对商业秘密337调查时通常会碰到商业秘密范围披露这一难题。在专利、商标和著作权侵权案件中，相应权利的边界体现在提交给政府的公开文件之中，较为容易判断，而商业秘密案件中的诉争权利边界即商业秘密范围通常不容易确定，主要原因是尽管原告掌握初步的侵权线索，但其通常不清楚被告侵犯了哪些商业秘密，因此，原告通常在诉讼开始之后才能确定具体的涉案商业秘密边界。例如，原告可能知道其员工不辞而别加入竞争对手，且在离开原告之前从原告的服务器和电脑中下载了大量的技术和商业秘密文件。尽管离职前夕下载的信息可以用来证明存在侵权行为的可能性，但该员工可能还泄露了之前其已接触到的其他秘密信息。在此种情形下，原告仅能确定部分可能被侵犯的商业秘密。因此，对于原告来说，如果圈定的商业秘密范围过小，则无法有效保护原告的利益；如果圈定的商业秘密范围过大，一方面原告需要披露过多的信息而存在泄露核心机密的风险，另一方面则增加诉讼成本。原告通常期望推迟圈定商业秘密范围的期限，尤其是希望在获取被告的相关证据之后再披露商业秘密范围（disclosure or identification of trade secrets）。因

此，实践中，“在法官要求其准确和全面披露商业秘密信息之前，原告很少主动全面准确地披露商业秘密，这不是偶然，而是一个策略。”¹

但是，推迟披露商业秘密将造成被告无法知悉自身侵犯了原告的哪些秘密以及原告所谓的商业秘密是否真正构成商业秘密。这会导致不当扩大了证据开示范围从而增加原被告双方的诉讼成本、影响被告尽早确定应诉策略、进行有针对性的抗辩（例如如果原告的描述过于宽泛，被告则无法进行有效的公开信息检索；或者根据原告所主张的秘密点进行相应的规避设计）以及专家报告的准备等。此外，允许原告在接触被告的实质开示信息之后才披露商业秘密范围还可能导致的后果是原告根据被告提供的文件和信息来圈定商业秘密的范围，甚至不诚信地将属于被告的商业秘密宣称为自身的商业秘密，这将明显不利于被告。对于前述可能存在的弊端，实践中有法官认为商业秘密范围的披露是“进行具体证据开示的起点”。²因此，尽早划定商业秘密范围有助于厘清商业秘密侵权案件的权利边界，为ITC商业秘密337调查的审理提供更为明确的指引，对商业秘密侵权案件的有序审理意义重大。

但是，目前ITC的《程序规则》（Code of Federal Regulations）对商业秘密范围的确定问题缺乏明确的规定，主要由行政法官根据各个案件的具体情况来解决商业秘密披露这一棘手问题。因此，缺乏相应明确的规定给中国企业应对商业秘密337调查带来了很大的困扰和困难，例如，原告推迟披露商业秘密或者反复修改商业秘密范围导致中国企业无法尽早形成有效抗辩策略，证据开示范围过宽导致开示成本过高，或者存在钓鱼行为风险。

1 见Charles Tait Graves和Ryan Range, Identification of Trade Secret Claims in Litigation: Solutions for a Ubiquitous Dispute, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Fall 2006. 第68页。

2 见Porous Media Corp. v. Midland Brake, Inc., 187 F.R.D. 598, 599 (D. Minn. 1999)。

二、ITC商业秘密337调查案件中商业秘密范围确定实践

（一）ITC商业秘密范围行政法官的基础规则和案件审理进度表中缺位

在337调查中，法官主要根据《程序规则》中的相关规定及其在案件初期颁发的基础规则（Ground Rule）和案件进度表（Procedural Schedule）来审理案件和掌控整个案件的进展。商业秘密范围确定这一棘手问题除了在ITC的《程序规则》中没有提及之外，在337调查审理的重要文件如基础规则和案件进度表中也基本上没有体现。根据我们对这些审理商业秘密案件法官在专利案件中的做法进行比较，我们发现这些法官并没有制作专门针对商业秘密案件的基础规则，而是直接利用了专利案件中的基础规则。此外，根据我们的统计，除碎纸机案（案号337-TA-863）之外，这些法官所颁布的案件进度表中通常没有将商业秘密披露作为时间节点列在其中，而是直接用专利案件的进度表作为模板。行政法官的这种做法一方面是因为相当一部分商业秘密案件中同时涉及专利侵权，而更主要的原因是因为商业秘密案件数量太少，还未引起ITC的足够重视，这点在天瑞铸钢车轮案（案号337-TA-655）以及华奇橡胶树脂案（案号337-TA-849）这两起纯粹的商业秘密案件中更加明显。

（二）早期披露是否适用于商业秘密337调查案件

对于是否需要进行早期披露，在台积电诉中芯国际的337调查中（案号337-TA-525），ITC法官明确表达

了早期披露规则不适用于337调查这一基本立场。在对原告发起的强制开示动议做出的命令中，法官认为“在州法院和联邦法院，商业秘密案件的原告必须在开示过程中详细地确定其商业秘密，通常是证据开示的早期完成披露。在部分州法院，披露商业秘密是进行相关开示的先决条件……尽管原告需要在开示过程中详细地披露涉诉的商业秘密，与州法院的做法不同，在根据337条款提起的不公平竞争调查中‘披露商业秘密’不是‘迫使被告进行开示’先决条件。在337调查中，如果能合理地导致可采证据被发现，该开示即是相关的。具体见《程序规则》第210.27（b）条。”³此案中的“早期披露不适用于337调查”的观点在其他商业秘密案件中被广泛引用，例如橡胶树脂案的第7号命令即援引了此观点。因此，根据这一先例，部分州所要求的早期披露在337调查中通常不适用。尽管此案明确否定了早期披露制度的可适用性，但其所援引的《程序规则》并没有为披露具体时间点以及披露的详尽程度等核心问题提供指引，相应地也没有解决证据开示范围过宽以及被告不能及时形成有效抗辩等问题。因缺乏统一制度，各个法官根据具体案件情况进行自由裁量，因此，实践中出现不同法官做法相互矛盾的现象也不足为奇。

（三）337调查中确定商业秘密范围的主要方式

在337调查实践中被告通常会在首轮问卷（Interrogatory）中要求原告确定商业秘密，但原告通常会援引起诉状的商业秘密描述或者仅作宽泛的回答，双方此后通常会将该争议交由法官解决。例如，在被告以商业秘密范围不明确为由拒绝配合开示程序后，原告提起动议

3 见337-TA-525第7号命令。

表1 数起商业秘密337调查中商业秘密披露情况汇总表⁴

序号	立案时间	案号	涉案产品	是否涉及中国大陆企业	商业秘密披露方式及其存在的问题
1	2013	337-TA-863	碎纸机	是	初步披露与最终披露相结合的方式（详见下文分析）。
2	2012	337-TA-849	橡胶树脂	是	在披露其实质商业秘密之前，被告发起动议请求保护令，被法官驳回。 ⁵ 被告在保护令被驳回之后披露实质技术信息。
3	2010	337-TA-698	DC控制板	否	被告UPI在2010年3月19日提交保护令，同意在原告确定商业秘密范围之后的10个工作日内答复原告的开示要求。此外，被告在该动议中要求原告回答被告提出来的确定商业秘密范围的问卷问题。法官驳回了被告的动议，认为原告之前的披露已经足够使被告知道原告的主张、准备应诉以及回答原告提出的相关问卷问题。 ⁶
4	2008	337-TA-655	铸钢车轮	是	原告披露了580个秘密点，范围过宽，被告无法有效准备抗辩。 ⁷
5	2006	337-TA-562	牙齿定位调整设备	否	双方对部分问题的开示存在争议，被告拒绝提供的理由是原告未充分披露商业秘密。原告据此发起动议请求迫使被告开示。 ⁸
6	2005	337-TA-550	载体疫苗	是	原告在调查开始三个月之后才披露商业秘密范围，在证据交换截止日之前回答ITC律师问卷时才确定所有的涉诉商业秘密在2002年给被告出示的一个PPT中。被告律师据此发起动议，请求法院终止对商业秘密问题进行审理。 ⁹
7	2004	337-TA-525	半导体设备	否	双方先对原告员工调取宣誓作证证言，之后原告发动议要求被告披露，行政法官支持原告，要求被告披露，原告应在收到被告披露文件之后尽快确定其商业秘密。 ¹⁰

4 表1依据ITC公开信息整理。

5 见337-TA-849第7号命令。

6 见337-TA-698第12号命令。

7 见公开版2008年12月8日庭审前会议记录。

8 见337-TA-562原告律师在2006年5月11日发起的强迫被告开示的动议。

9 见337-TA-550被告律师在2006年4月7日提交的终止调查动议。此外，因为双方就商业秘密问题有仲裁协议，ITC最后终止审理此案中的商业秘密问题。

10 见337-TA-525第7号命令。

表2 碎纸机案的日程表

序号	日期	事项
1	2012年12月20日	范罗士提起337调查请求。
2	2013年1月25日	ITC立案。
3	2013年1月29日	主审法官根据专利案件的模板颁布基础规则。
4	2013年2月13日	被告提交答辩状。
5	2013年2月21日	在双方共同提交的案件进度计划中，双方同意在案件程序进度表中加入原告初步和最终披露商业秘密日期。
6	2013年2月26日	在被告提交的案件管理陈述中，被告方要求原告方尽早披露商业秘密范围，从而可以在案件早期确定调查的范围，可以有序地为案件审理做准备。在该陈述中，被告方要求其产品披露应当在原告方初步披露商业秘密之后，否则被告方无法确定哪些产品可能落入商业秘密侵权的指控。
7	2013年2月28日	在行政法官主持召开的证据开示会议中，被告方律师要求原告建议一个披露其商业秘密的日期，原告方建议的初步披露日期为2013年4月8日，最终披露日期为2013年6月7日。
8	2013年3月5日	法官对案件进程作出决定，要求原告分别在2013年3月21日和2013年5月15日披露初步和最终商业秘密，要求被告在2013年4月1日之前披露涉案产品及其相关技术信息。2013年7月19日为双方证据交换截止日。

要求强制开示（案例337-TA-525和337-TA-562）。此外，实践中有被告在正式进行实质开示之前主动寻求同意令保护（案例337-TA-698和337-TA-849）。最后，还有一种情形是双方达成约定，并体现在进度表里面，先进行初步披露，在开示进展一段时间后要求原告确定最终商业秘密范围（案例337-TA-863）。

（四）碎纸机案评析及制度建议

与其他案件相比，碎纸机案（案号337-TA-863）中的商业秘密披露方式比较特殊，主要得益于双方律师尤其是被告方律师的推动要求采取初步披露和最终披露相结合的方式，最终获得了法官的认可，并固定在进度表中。固定在进度表之前的协商谈判以及重要事项日期

具体见上表。

根据法官确定的进度表，原告在案件初期初步披露其商业秘密，类似于下文所述的加利福尼亚州早期披露制度，被告在原告未披露之前无义务提供与商业秘密实质相关的开示信息。在原告进行初步披露之后，被告才开始提供与商业秘密相关实质信息，尤其是相关涉案产品的研发生产信息。原告在开示进展一段时间后证据交换截止日前两个月左右确定最终商业秘密范围，这符合在开示过程中尽早确定最终商业秘密范围这一基本原则，就最终版的商业秘密范围给予被告足够的开示机会。相较于其他案件，碎纸机案中的初步披露和最终披露相结合的方式较为科学合理：（1）原告方先披露初步商业秘密范围，是一种平衡双方利益的合理举措，可以从某种程度上缩小开示范围，降低双方的证据开示成本；（2）双方在案件的早期

约定进行初步披露，避免原告发起强制开示动议或者被告发起保护令动议，一方面可以推进337调查证据开示的进度，尽可能保证符合337调查快速推进的要求，另一方面可以降低因动议而产生的法律费用。

三、可供ITC借鉴的美国立法和司法实践——早期披露制度

在美国，专利法属于联邦法律，相应地专利案件由联邦法院专属管辖。与专利法不同的是，商业秘密法属于美国各州的实体法律，因此，美国各州的州法院以及联邦地区法院共同分享商业秘密侵权案件的一审管辖权。根据伊利原则（Erie Doctrine），联邦地区法院在审理商业秘密案件时需要适用其所在州的与商业秘密相关的制定法和普通法。尽管美国绝大部分的州采纳了《统一商业秘密法》（Uniform Trade Secret Act，简称UTSA），但各州以及州内各个法院之间在披露商业秘密的操作上仍存在较大的区别。例如，就披露的详尽程度来说，部分法官要求披露得尽量详细，但部分法官却要求原告仅提供大致的描述即可；就披露的时点来说，部分法官要求原告在案件证据开示伊始即披露商业秘密，而部分法官则允许原告在接触到被告相关实质开示之后的案件早期再披露其商业秘密，具体做法主要由法官根据具体案情自由裁量决定。

（一）早期披露制度

为了解决前述各个法院做法不统一的问题，有的州

通过制定法和普通法明确要求在被告开示实质信息之前披露原告的商业秘密范围，这些州包括加利福尼亚州、特拉华州等，这意味着这两个州的州法院和联邦地区法院的商业秘密案件必须进行早期披露。伊利诺伊州、明尼苏达州、佛罗里达州和弗吉尼亚州的联邦地区法院也采纳了早期披露要求。此外，马萨诸塞州的州法院也要求进行早期披露。

1、制定法——加利福尼亚州早期披露模式

加州在1984年采纳了UTSA，但UTSA并没有关于商业秘密披露时间点的规定。因此，加利福尼亚州《民事程序法》第2019.210部分将此前判例中的早期披露制度变为制定法，具体规定为“在任何根据UTSA提起的侵犯商业秘密诉讼中，在商业秘密相关的证据开示开始之前，诉称侵犯商业秘密的一方应当合理详细地（reasonable particularity）披露商业秘密，除非有根据UTSA第5部分做出的合适的命令。¹¹加州要求早期披露制度主要是为了解决本文第一部分所述的延迟披露的弊端，可以有效防止恶意或者针对离职员工的骚扰性诉讼，这等于为被告加上了一层重要的法律保护。

关于“合理详细地”（“reasonable particularity”）的具体含义，加州的制定法并没有明确规定，而是给法官根据案件实际情况自由裁量留下了空间。但是，1968年的Diodes案为“合理详细地”提供了部分指引。在该案中，法官认为“在迫使被告对商业秘密侵权或滥用商业秘密起诉状做出答辩以及开始漫长且昂贵的开示程序之前，原告应当充分详细地描述涉案商业秘密（describe the subject matter of the trade secret with sufficient particularity），以使其与该行业的公知

¹¹ 该规定的英文原文为“In any action alleging the misappropriation of a trade secret under the Uniform Trade Secrets Act, before commencing discovery relating to the trade secret, the party alleging the misappropriation shall identify the trade secret with reasonable particularity subject to any orders that may be appropriate under Section 5 of UTSA”。

信息或者业内一般技术人士所拥有特殊知识相区分，至少允许被告知道商业秘密的边界。如果涉诉商业秘密涉及生产工艺，原告不仅需要列明用此工艺生产的终端产品，还需要提供与工艺相关的充分信息（但不需要提供具体详情）以使法院和被告合理地知悉争议焦点以及为证据开示范围提供合理的指导”。¹²此外，在2005年一起加州上诉案件判决中，法官采纳了Diodes案中“与该行业的公知信息或者业内一般技术人士所拥有特殊知识相区分”这一基本指导原则，但同时也强调应根据案件具体情况来判断详细到何种程度即为合理。¹³从某种程度上来说，“合理详细”的披露要求可以有效地阻止原告描述过于宽泛的秘密范围，避免该制度被架空，为早期披露制度增加了实质意义。

鉴于商业秘密案件存在较高的原告滥用开示程序的可能性，早期披露的益处主要包括：（1）原告需要评估其主张的优势和劣势，从而达到阻止恶意诉讼或者发起骚扰性诉讼的目的；（2）阻止钓鱼行为以及通过开示的方式获得被告的商业秘密；（3）协助法院确定证据开示的范围、被告有权拒绝披露与涉诉商业秘密无关的开示请求，避免资源浪费；（4）协助法院处理庭审前的动议（例如简易裁决动议）以及判断是否存在侵权行为；（5）使被告在案件早期尽早确定有效应诉策略（例如，进行公知信息检索、不侵权或者独立研发抗辩），而不必等到开庭前才确定有效的应诉策略；（6）减少双方对披露的争议，提高证据开示的效率；（7）双方的专家报告将更有针对性，更为有用；（8）与宽泛非具体地披露商业秘密相比，合理详细地初步披露使原告更难修改商

业秘密具体内容，确保尽早确定争议焦点；（9）促进员工自由流动和科技进步，保证其在下一个工作中可以使用公知信息。

2、普通法——特拉华州早期披露模式

除了加州的制定法之外，特拉华等州使用普通法的规则要求商业秘密案件原告进行早期披露，其规则与加州的第2019.210部分内容相似。例如，在Engelhard诉Savin案中，特拉华州的法院判定“商业秘密案件中的原告在迫使开示对方的商业秘密和保密信息之前，原告通常需要合理详细地披露其诉称构成商业秘密的相关事项。”¹⁴

（二）早期披露之后变更秘密范围

尽管部分州明确要求在证据开示之前进行早期披露，但该披露也仅初步划定了争议边界，因此，双方对商业秘密范围确定的争议通常持续到整个开示过程中。在实践的证据开示过程中，原告通常会根据被告开示的证据调整之前的商业秘密披露范围，或者扩大商业秘密范围，或者主张将商业秘密点的组合列为可保护的商业秘密，双方可能由此不断产生争议。原告申请变更的原因多种多样，有些理由可能站得住脚，有些理由可能毫无根据。例如，变更的原因可能是被告存在大面积的商业秘密侵权行为，其范围超过了最开始估计的范围；也可能是发现之前的秘密点站不住脚之后改求其他秘密点，抑或为了避免被判简易裁决。对于原告的变更行为，法院通常采取谨慎的态度进行审查。例如，加州一联邦法院的观点是“商业秘密披露与起诉状类似，与变

更起诉状需要正当理由类似，变更商业秘密披露范围也需要正当理由”。¹⁵这意味着法官会审查商业秘密范围变更是否存在正当的理由，这在一定程度上避免原告随意变更其范围，避免被告不公平地处于应诉的不利地位。

在实际的案例中，法院视具体情况可能会允许原告在早期披露之后变更商业秘密披露，只要其在案件的开示程序过程中通知对方变更商业秘密范围，且给予被告方对变更之后的秘密点充分的证据开示机会。例如，在Vacco Industries诉Van Den Berg一案中，被告认为原告在早期披露之后数次变更商业秘密披露，从而请求法院仅审理首次披露中的商业秘密。一审法院法官拒绝了该请求，上诉法院法官支持了一审法院法官的判决，认定在诉讼过程中变更商业秘密范围并无不妥。¹⁶此外，在2006年的Thomas & Betts公司诉Richards制造公司商业秘密侵权案中，原告首先在问卷回复中披露4个秘密点，之后增加到6个，之后在专家报告中又增加到36个，最后在补充问卷回复中又增加到92个。被告以原告在不断变换“靶子”为由提出抗议，但法院最后仍支持原告的行为，其理由是被告有充分的机会对变更后的秘点进行证据开示。¹⁷对于原告在证据开示截止之后的修改或者扩大商业秘密范围行为，法院的基本做法是不同意原告的请求。例如，在一起案件中，原告在证据开示截止日之后请求增加36个秘密点，最后法院驳回了原告的请求。¹⁸

四、ITC制度修改建议

综上，考虑到ITC目前没有明确规则的现状以及商业秘密337调查案件日益增多的趋势，我们建议ITC采纳碎纸机案中的披露方式，并借鉴加州的早期披露制度以及其他相关案例，具体制度内容如下：

- （1）建议采用初步披露和最终披露相结合的模式，明确在337调查案件进度表中，保证开示的进度和效果；
- （2）要求原告进行合理详细地初步披露，被告在初步披露之后进行商业秘密相关实质证据开示，从而避免钓鱼行为以及避免过宽的证据开示；此外，规则中应当明确初步披露不应仅是对起诉状的重复或者宽泛的描述，而应当合理地详细，应当与公开或者业内公知信息相区别；
- （3）除非有正当的理由，最终披露之后不得修改或者扩大商业秘密范围；
- （4）初步披露的时间节点尽量安排在立案之后的案件初期。最终披露商业秘密的时间节点与证据交换截止日的时间节点应当有充分间隔，为被告留下充分的开示机会。

12 见Diodes, Inc v Franzen, 260 Cal. App. 2d 244, 253, 67 Cal. Rptr. 19, 24(1968)。

13 见Advanced Modular Sputtering, Inc. v. Super. Ct., 132 Cal. App. 4th 826, 835-36 (2005)。

14 见Engelhard Corp. v. Savin Corp., 505 A.2d 30, 33 (Del. Ch. 1986)。

15 见Neothermia Corp. v. Rubicor Med., Inc., 345 F. Supp. 2d 1042, 1045 (N.D. Cal. 2004)。

16 见Vacco Industries, Inc. v. Van Den Berg (1992) 5 Cal. App. 4th 34 [6 Cal. Rptr. 2d 602] 脚注16。脚注英文原文“After discovery commenced, this notice was amended several times. We find no error in this procedure and the trial court did not abuse its discretion in denying defendants' motion in limine which sought to limit plaintiffs to the trade secrets described in their original notice。”

17 见Thomas & Betts Corp. v. Richards Mfg. Co., No. Civil Action No. 01-4677(D.N.J.)。

18 见Hickory Specialties, Inc. v. Forest Flavors Int'l, Inc., 12 F. Supp. 2d 760, 770 (M.D. Tenn. 1998)。

遭遇337调查如何保住美国市场—— 谈谈规避设计

黄彩如

337调查 (Section 337 investigation) 是指美国针对进口贸易中的不公平行为 (主要是指知识产权侵权) 采取的一种措施, 得名于美国《1930年关税法》第337节 (以下简称“337条款”)¹, 其主管机关为美国国际贸易委员会 (International Trade Commission, 以下简称“ITC”)。近年来, ITC每年发起的337调查总数为40起到60起左右, 而来自中国大陆的企业成了337调查的重灾区, 几乎占每年新立案的337调查总数的三分之一。让人紧张的是ITC在确认侵权成立后发布的排除令, 通过美国海关总部的知识产权保护中心, 由海关现场工作人员实际执行, 相当于在美国海关筑起了一道墙, 阻止侵权的涉案产品进入美国。由于337调查程序的快捷和排除令对侵权产品的禁入效果, 337调查成为外国某些大公司阻止中国竞争对手产品进入美国的重要方式。

中国企业的诉求和难题之一在于, 如何在遭遇337调查之后继续保住美国市场, 或者说, 如何最大程度地减少可能因337调查败诉给美国市场带来的损失? 本文讨论的规避设计问题, 即是介绍这方面的制度和先例。

ITC并不限制经过合理规避设计 (design-around/work-around) 后的产品进入美国市场。规避设计中“规避”的是争议的技术特征, 例如涉案专利、商业秘密, 在替代产品中采用与争议的技术特征不同的技术方案, 一个产品被认定不侵权后, 便不会受到排除令的制约, 即使原有涉案产品被认定侵权, 被申请人仍然可以向美国市场出口经过规避设计的产品。由于规避设计的这一作用会使申请人利用337调查将被申请人的产品排除在美国市场之外的算盘落空, 因此, 如果规避设计成功或者成功的可能性很大, 被申请人也可以此为筹码, 促进双方和解, 更快结案, 节省成本。

一、规避设计的时间

在337调查程序中, 被申请人可以在案发后不久根据产品的实际情况, 尽早启动规避设计, 并在证据开示阶段将规避设计产品纳入案件, 就规避设计后的产品是否侵权获得一个认定。这种安排的好处在于, 在337调查结

束时, 若规避设计产品成功, 在原有涉案产品被认定侵权的情况下, ITC颁布的排除令会明确规定该排除令不适用于规避设计产品, 此时相当于被申请人在规避设计产品上获胜, 不受排除令的影响。就市场影响而言, 除了确保这些规避设计过的替代产品可以直接进口到美国, 也能在第一时间将败诉导致美国客户对公司其它产品是否侵权的顾虑和不信任感消除, 树立公司具有自主知识产权的形象, 有利于提高公司商誉。

但证据开示阶段通常在立案后半年左右就结束了, 很多产品的研发周期较长, 在证据开示阶段结束时还尚未成形, 或者其它各种原因, 导致无法在337调查中获得规避设计的不侵权认定, 最终, 企业的涉案产品全部被列入了排除令中, 进入了执行阶段, 此时怎么办? 此时, 被申请人仍然有很多程序性机会², 获得进入美国市场的合法途径, 包括:

1、ITC程序。(1) 被申请人可以依照ITC的有关程序规则基于情势变更 (如申请人的知识产权被无效, 或者商业秘密被公开等) 向ITC申请变更或者撤销排除令和撤销令。(2) 同时, 被申请人还可以申请ITC启动咨询意见程序 (Advisory opinion proceeding), 就被申请人的产品是否落入被禁止进口美国的范围寻求咨询意见; 当然, ITC是否启动咨询意见程序需要考虑被申请人是否有真正需求, 是否有利于已有排除令 (制止令) 的执行, 是否符合公共利益等因素。

2、海关执行程序。(1) 被申请人可以向海关申请认定某一产品未落入排除令, 海关就此作出的决定将可以上诉至美国国际贸易法院 (United States Court of International Trade)。(2) 被申请人也可以对特定批次的被排除的产品向海关提出申诉, 海关作出的决定也可以上诉至美国国际贸易法院。在实践中, 较多被申请

人选择在进口前向美国海关申请认定规避设计后的产品未落入排除令, 或要求ITC启动咨询意见程序认定规避设计后的产品未落入排除令。

二、ITC程序认可规避设计

(一) 规避设计可在337调查阶段解决的争议形式

通常在两种争议形式中, 规避设计可以在337调查阶段解决: 1、规避设计的产品是否落入调查范围; 2、规避设计的产品是否落入证据开示的范围。后一形式更为常见。³

1、规避设计的产品是否落入调查范围

337调查的案例表明, 落入337调查范围的产品并不限于申请人在申请书中所列的产品 (通常会指出产品的具体型号), 而是由ITC在立案公告中所列的产品 (不会列出产品的具体型号, 而是泛指某些类型的产品)。⁴ 其原因是ITC可能对落入337调查范围的任何侵权产品发出救济, 而不管这些产品是否在申请书中列出, 出于公平和节约司法资源的考虑, 应该在一个程序中对该等涉嫌侵权产品一并作出裁决。⁵

在电子数据媒体设备案 (案号337-TA-796) 中, 三星和苹果就三星的规避设计产品是否落入调查范围发生了争议。三星提出, 苹果没能证明三星的规避设计产品侵犯了涉案专利。苹果辩称它没有指控这些产品, 因此这些产品不属于调查范围。行政法官认定规避设计产品落入337调查范围并且应该在该案中对规避设计的产品是否侵权作出判断, 理由包括有证据表明苹果检查了规避设计产品、相关的源代码以及对相关的三星证人进行了宣誓作证; 双方的专家证人也对规避设计产品进行了

1 《1930年关税法》第337节在《美国法典》中的法律节次为1337。337条款的英文原文见ITC网站。
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title19/html/USCODE-2010-title19-chap4-subtitleII-partII-sec1337.htm>, 最后访问时间2014年7月14日。
中文翻译见商务部网站:
<http://images.mofcom.gov.cn/trb/accessory/200711/1196300988250.pdf>, 最后访问时间2014年7月14日。

2 ITC的排除令分为普遍排除令和有限排除令, 其中, 有限排除令排除的产品是明确被列为被申请人的侵权产品, 而普遍排除令则不区分来源地排除产品, 包括没有被列为被申请人的涉案产品。因此, 在337调查程序期间, 没有被列为被申请人的第三方可能介入案件, 成为相当于被申请人的介入者, 在ITC的咨询程序、海关执行程序等程序上, 也可能会有受到普遍排除令影响的第三方提出规避设计的要求, 它们在各个程序中的名称可能也有所不同。本文为了行文方便, 统称之为“被申请人”。

3 见MERRITT R. BLCKESLEE, CHRISTOPHER V. MESERVY. Seeking Adjudication of a Design-Around in Section 337 Patent Infringement Investigations: Procedural Context and Strategic Considerations [J]. Aipla Quarterly Journal, 2007(35).

4 Certain Hardware Logic Emulation Systems and Components Thereof (337-TA-383), Order 57.

5 同注4。

作证；有证据表明规避设计的产品已经进口/销售到了美国。⁶ITC在该案的终裁中认定，三星的规避设计产品不受该案颁布的有限排除令约束⁷。

2、规避设计产品是否落入证据开示的范围

337调查中，尚处于研发阶段但将来可能在证据开示截止日之前进口到美国的产品是允许纳入证据开示的范围的。⁸甚至在有的案子里，仅存在进口的可能也可纳入证据开示范围。⁹在网络接口卡案（案号337-TA-455）中，法官指出，如果将证据开示的范围限于在起诉状中特别列明的产品，可能会导致鼓励被申请人销售经重新命名的侵权产品，从而影响ITC可能发布的救济令的实际效果。¹⁰

由于规避设计产品是被申请人在案发之后主动研发的新产品，并非申请人原来的攻击目标，在337调查的不同阶段，申请人对被申请人的规避设计产品是否落入案件的调查范围的态度也可能会有所变化。在证据开示阶段，申请人为了获取被申请人更多的信息或者出于希望将被申请人的规避设计产品也作出侵权认定的心理，通常会更倾向于同意或者要求将被申请人的规避设计产品纳入证据开示的范围；而在临近裁决作出的时间，申请人已经通过证据开示程序了解了被申请人的规避设计产品的技术特征，如果此时发现被申请人的规避设计产品被认定不侵权的机会很大，那么申请人就会极力将规避设计产品排除在调查范围之外。例如，在闪存芯片案（案号337-TA-382）中，在证据开示阶段，申请人SanDisk认为三星的规避设计产品应该进行证据开示，并且认为三星规避设计产品的证据开示不充分，其从三星

处获得充分新产品的信息和文件历经重重困难。行政法官拒绝在初裁（Initial Determination）中认定三星的新产品是否侵权，最主要的理由是三星没有及时提交充分的文件，妨碍了SanDisk作出侵权判定。但该初裁随后在ITC的复审（review）程序¹¹中被推翻。ITC认定SanDisk在庭审中没有提供证明三星的新产品侵权的证据，因此三星的新产品不侵权。就三星新产品的证据提交争议，ITC认定SanDisk在证据开示阶段有很多机会强迫三星进一步提供证据，但SanDisk没有这么做，它应该自己承担这样的不利后果；此外，ITC认为SanDisk也可以撤回对三星新产品的指控，但SanDisk没有撤回，该产品仍然属于案件调查范围，行政法官不得不对其是否侵权发表意见¹²。从本案可以看出，为避免争议，提出规避设计的当事方应尽量配合对方的证据开示要求，提交充分的不侵权证据，以免因为证据开示的争议影响规避设计产品的侵权判断。

（二）规避设计的实施

如果被申请人侵权的可能性较大，被申请人应尽早聘请专业人士开始规避设计的工作，并在证据交换过程中提交尽量多的证据证明规避设计产品不侵权，保证规避设计产品不落入排除令的范围。不过，需要明确的是，进行规避设计并不等同于承认侵权存在，只是企业一种务实的做法。

在进行规避设计时，被申请人应当考虑以下因素：

首先，应当确保规避设计的产品在美国拥有市场潜

力，同时也在法律上也行得通。规避设计的产品最好与被控侵权产品能够轻易区分开，即普通的海关人员也能分辨两者的区别。

第二，由于337调查进程迅速，因此，尽快完成规避设计工作非常重要。最好在各方证据开示期间就完成规避设计并且提交相关研发、生产以及出口美国的证据，这样专家证人就有时间和机会对规避设计发表意见，并将规避设计产品是否侵权列入庭审的范围。

第三，为了保证行政法官将规避设计产品列入相关调查的范围，相关规避设计的产品应当基本成型。如果由于相关规避设计产品未成型，行政法官或ITC有可能拒绝对规避设计产品是否侵权发表意见。一旦ITC颁布排除令后再想进口这些规避设计产品，国内企业需要取得海关的认可或启动咨询意见程序，考虑到完成这些程序需要相当长的一段时间，其美国客户有可能因等不及而购买其他企业的产品。

此外，如果是涉及到商业秘密的规避设计，为了提高规避设计产品被认定为不侵权的机会，应该尽量避免原先在申请人或其关联公司工作的人员（以下简称“申请人原雇员”）参加规避设计项目，禁止参加规避设计项目的人员与申请人原雇员讨论规避设计项目，设计、研发新产品时避开申请人诉称的商业秘密要点。实践中，商业秘密案件的规避设计的难点在于：（1）由于337调查程序具有严格的保密要求，被申请人的员工没有机会得知申请人诉称的具体商业秘密要点¹³；（2）或者申请人总是喜欢划定大面积的商业秘密，例如，有的申请人连厂家写明用途并在市场上公开销售的工业原材料、教科书上列明的操作步骤也列为商业秘密，这导致在其商业秘密要点还没被认定为公开信息之前的阶段，无法完全规避。这种情况下，被申请人的内部研发团队应该与应诉337调查的外部律师团队一起协作，确定适当的技术方案。一方面，签署了保密令的337调查代理

律师可以接触案件的保密信息，得知申请人诉称的商业秘密细节，从而可以为公司的研发团队提供指引；另一方面，律师团队中的专利律师可以就被申请人诉称的商业秘密是否属于公开信息进行检索，对于明显属于公开信息的部分，无需避开，对于确实属于对方的商业秘密或者存在较大争议的部分，则可以建议公司采取替代方案，以提高规避设计产品被认定不侵权的机会。

也有被申请人的规避设计在337调查的执行程序中获得承认的。在直流-直流控制器案（案号337-TA-698）案中，被申请人uPI和申请人Richteck通过达成同意令和解结案，后Richteck发起执行程序，认为uPI后来进口到美国的产品侵犯了其商业秘密以及相关专利。最终，uPI被认定进口先前被诉的产品及下游产品到美国而违反了同意令，但在同意令之后uPI大力开发的新产品被认定没有侵犯Richteck的商业秘密或专利，此外，ITC将uPI对规避设计的大力投入及其成功视为uPI的诚信之举，驳回了Richteck提出的颁布针对规避设计产品的有限排除令的要求¹⁴。

（三）规避设计的宽限期

值得关注的是，在个人数据及移动通信设备案（案号337-TA-710）中，ITC从公共利益出发，为规避设计产品提供了新的机会。该案中，ITC提出，出于保护竞争的公共利益考虑，ITC在允许有限排除令颁布之后不立即执行，而是提供了4个月的过渡期（Transition period），从而给了被申请人HTC进行规避设计避开苹果相关专利的机会，原因是该案的第三人T-mobile证明它严重依赖HTC的智能手机，且T-mobile在美国竞争激烈的市场中具有独特的创新地位。如果立即执行有限排除令，T-mobile将受到特别的损害。¹⁵

但这种过渡期的安排并不常见。在移动设备及附随软

6 Certain Electronic Digital Media Devices and Components Thereof (337-TA-796)，案件初裁（2012年10月24日）。

7 Certain Electronic Digital Media Devices and Components Thereof (337-TA-796)，案件终裁，2013年8月15日载于《联邦公告》。

8 Certain Static Random Access Memories and Integrated Circuit Devices Containing Same, Processes For Making, Components, and Products Containing Same (337-TA-325), Order 12。

9 Certain Safety Eyewear and Components Thereof (337-TA-433), Order 15。

10 Certain Network Interface Cards and Access Points for Use in Direct Sequence Spread Spectrum Wireless Local Area Networks and Products Containing Same(337-TA-455), Order 34。

11 行政法官做出的初裁经过ITC的复审程序之后，才会成为终裁。终裁可能直接认可了初裁的内容，不对其进行复审，也可能全部或者部分推翻初裁的内容。

12 Certain Flash Memory Circuits and Products Containing Same (337-TA-382), Commission Opinion on the Issues under Review and on Remedy, the Public Interest, and Bonding。

13 根据我们的实践经验，申请人通常会在保密版的商业秘密清单之外，提供一份公开版的商业秘密清单，但内容过于泛泛，被申请人的员工只能看到商业秘密的大概类型，却无法得知其中的技术参数等细节。

14 Certain DC-DC Controllers and Products Containing the Same (337-TA-698)，2012年6月8日发布的执行程序初裁（Enforcement Initial Determination）。

15 Certain Personal Data and Mobile Communications Devices and Related Software(337-TA-710)，委员会意见（2011年12月29日）。

件案（案号337-TA-744）中，被申请人摩托罗拉以客户利益受排除令影响为由请求ITC给予数月的过渡期，让它完成规避设计。ITC拒绝了，理由是没有证据表明摩托罗拉的智能手机无法被其他产品替代导致顾客利益不能得到满足，因此不存在支持“过渡期”的公共利益诉求¹⁶。

二、美国海关认可规避设计

337调查的排除令由美国海关负责执行，由其判断相关进口的产品是否落入ITC裁决中的侵权产品范围。尽管美国海关无权对是否侵权等实体问题发表意见，但在执行ITC颁布的排除令的时候其具有一定的自主性，其可以对相关产品是否落入排除令的范畴作出判断。因此，某些进口商或其他利益相关方可以通过信函的方式请求美国海关总部就其拟进口的产品（通常是进行过规避设计的产品）是否落入排除令的范围发表意见。例如，ITC在一次性相机案（案号337-TA-406）中颁布普遍排除令后，一名美国经销商在2003年9月致函给美国海关总部，请求美国海关确认其拟进口的产品是否落入排除令范围。2004年1月，美国海关总部知识产权保护部颁发认定（Ruling），确认该进口商拟进口的相机未落入ITC排除令的范围。¹⁷

如果美国海关认为规避设计产品没有落入排除令的范围之内，则相关产品可以进入美国市场。因此，部分被申请人或进口商在ITC颁布排除令之后会请求美国海关确认相关改进后的产品是否落入排除令的范围，部分企业曾经成功地获得海关的支持。在数字电视案（案号337-TA-617）中，ITC维持了行政法官的初裁于2009年4月认定数名被申请人侵犯了申请人的专利，并颁布了制止令和有限排除令。数名被申请人在此后向美国海关提

出申请，要求认定其重新设计的产品不侵权。2009年8月5日，美国海关颁布命令认定重新设计的产品不侵权，相关产品可以进口到美国市场。¹⁸

因此，如果国内企业的产品被ITC认定为侵权产品而禁止进入美国境内，国内企业或其进口商可以就经过改进设计或者规避设计的产品请求美国海关发表意见，如果海关认为改进后或规避设计产品不落入ITC裁决侵权产品的范围，则国内企业可以继续将相关产品出口到美国市场。

如果海关不认可规避设计的产品，当事方可将海关诉至美国国际贸易法院，获得进一步的救济。在同轴电缆接头案（案号337-TA-650）中，ITC发布了普遍排除令。Corning Gilbert不是电缆接头案的被申请人，但是海关认定其产品的柱体和Fei Yu FY-037的技术特征一样，因此受到电缆接头案的排除令的制约。Corning Gilbert不服，遂将海关诉至美国国际贸易法院。美国国际贸易法院推翻了海关的意见，认定Corning Gilbert的产品没有侵犯是同轴电缆接头案的涉案专利，因此没有落入该案颁布的排除令的范围，并最终命令海关允许进口Corning Gilbert的产品。

小结

综上所述，作为被申请人保护其美国市场的救济手段，规避设计于被申请人而言具有十分重要的意义。被申请人可以根据实际情况选择进行规避设计的时机，包括ITC程序和海关执行程序，其中ITC程序中的证据开始阶段是对被申请人比较有利的时机，不过即使错过这一阶段，ITC程序中的咨询意见程序和海关的执行程序也可供被申请人选择适用。

16 Certain Mobile Devices, Associated Software, and Components Thereof (337-TA-744)，委员会意见（2012年6月5日）。

17 美国海关于2004年1月6日出具的HQ474939号裁定。http://rulings.cbp.gov/index.asp?ru=474939&qu=474939&vw=detail.，2014年7月14日最后访问。

18 此调查申请人船井公司不服美国海关的命令，于2009年8月14日提起诉讼，申请ITC启动执行程序，同时要求ITC启动临时紧急程序阻止重新设计的产品进入美国市场，并向相关被申请人处以罚款。在申请启动执行程序诉状中，申请人认为重新设计的产品也应包含在排除令范围之内，理由是被申请人在此前的337调查过程中已向ITC提出了重新设计的产品，且行政法官已在初裁中认定该重新设计的产品仍侵犯了申请人的专利。

变革与创新是中国城市河道污染根本出路

苏建龙¹

一、中国城市河道污染的现状

根据国家环保部公布的2013年中国环境状况公告，在受到监测的中国的十大流域，有9%的河流是严重污染（劣V类），而这些污染严重的河道几乎全是城市河道或者内湖。污染的原因都是河水中的化学需氧量、总磷及其氨氮严重超标。

但与城市河道、湖泊污染状况反差极大的是，截止今年一季度全国已经建成3622座污水处理厂，污水处理能力约1.53亿立方米/日，较2010年统计数量上增长22.1%，处理能力攀升约20%。目前城市污水处理率基本都达到或者超过了“十二五”环保规划要求的指标。

人们不禁要问，在全国城市污水处理率已达85%以上且排水指标已为一级A的今天，为什么城市居民赖以生存的河流、内湖等水环境不仅没有根本改观，还有继续恶化的趋势？作为中国环保行业资深的职业经理人，笔者十几年来亲身经历了中国城市污水处理产业发展的全过程，深刻体会到今天中国城市河道污染状况的严重性及产生原因的复杂性。在此，笔者以资深环保从业者的角度，对中国城市河道污染之原因进行全面梳理，探讨解决之道及提出相应治理对策。

1 作者单位：深圳中兴水务科技股份有限公司，总经理。

二、中国城市河道污染的原因

水环境污染伴随着社会经济的发展而产生，人类活动所产生的各种生活与工业污水，最终均会作为外源污染排入当地的城市河道并汇入其所在水流域。因此，城市河道不仅成为自然水流域连接人类活动污染源的通道，也是地球水环境系统的重要组成部分。中国城市河道的污染主要是由输入河道的大量外源污染引起，造成河道固有自净能力及其生态体系破坏后形成的河道内源污染。因此，治理河道污染不仅要对外源污染与内源污染产生的各种原因进行系统分析，还须从改变河道自然生态体系平衡所涉及的社会各个方面加以深度剖析，进而实施科学治理。

1、中国水环境承载力有限的自然原因

中国不仅是人口大国，而且经济总量也处于世界前列，尤其是制造业的规模与产值。因此，中国的排污总量非常巨大。但中国水环境承载力的纳污能力却如中国工程院孟伟院士在今年“中国循环经济发展论坛”上所言：“我们的水环境面临挑战，化学需氧量全国环境容

量承受能力是740万吨，但是全国第一次污染源调查结果显示，我们实际排放量有3000万吨；氨氮环境容量不到30万吨，但我们实际排放量达到179万吨，都是好几倍的差距。”不仅如此，中国工程院王浩院士也认为“如果按照排放标准进行浓度控制，而不考虑水环境承载力，即水体纳污能力，即使达标排放，也会使水污染加重。”

因此，中国水环境容量承载力有限与我们生活及工业生产活动所排放的污染总量巨大的差距，是中国城市河道污染产生的自然原因。这就要求我们应根据现有的水环境承载容量，改变现有的经济发展模式，调整工业发展的结构，以维护自然水环境的平衡体系。

2、前期污染总量目标不清晰或控制不力是水环境恶化重要原因

根据国家统计局2010年2月6日公布的《全国第一次污染源普查公告》，主要污染物全国排放总量：各类源废水排放总量2092.81亿吨，主要污染物排放总量：COD化学需氧量3028.96万吨，氨氮172.91万吨，石油类78.21万吨，重金属（镉、铬、砷、汞、铅）0.09万吨，总磷42.32万吨，总氮472.89万吨。再参照国家环保部正式颁布的“十五”、“十一五”及“十二五”环保规划，这三个五年环保规划中针对COD总量的控制目标分别是1300万吨/年（2000年实际为1445万吨/年）、1270万吨/年（2005年实际为1414万吨/年）及2347.6万吨/年（2010年实际是2551.7万吨/年），以上官方数据表明“十五”与“十二五”的COD总量控制目标相差1000万吨/年！导致如此巨大差距的原因可能有以下二种：如果“十五”规划设定的COD总量控制目标所依据的污染源监测数据是准确的，那么其后十年的COD总量的巨幅增长，只能表明政府相关部门对污染总量控制目

标的完全失控。或者如果“十五”规划前由于没有进行全国污染源的普查，缺乏准确的水环境污染源数据，从而导致“十五”与“十一五”环保规划所确定的COD总量控制目标远低于实际产生的COD总量规模，贻误了治理与控制的最佳时机。无论怎样，以上事实表明，以往中国在环境治理政策的制定及决策体系在科学与系统性方面出现了很大的失误，也是造成这十年中国水环境严重恶化的原因之一。

3、导致河道水环境持续污染及恶化的体制原因

（1）地方政府重经济发展、轻污染总量控制的现象普遍存在

在中国以投资拉动经济的发展模式下，国家主管部门可以环境评价的方式限制地方政府发展对环境污染的新项目。但如何协调污染总量目标控制与当地经济发展速度的矛盾，如何实施减排倒逼机制，目前很难有清晰、科学的管理思路与有效管理方法。客观上也导致地方政府负责人只重视GDP的政绩考核目标，忽视了水环境自然承载力对城镇人口及工业化增长的承受力。

（2）政府环保绩效考核的导向致使河道内源污染得不到及时治理

目前国家对地方政府负责人在任期内的环保考核目标，主要是河道外源污染的污水处理率，而对于城市河道内源污染的治理，国家主管部门迄今尚没有出台强制性的治理政策与标准督促各地政府予以执行。因此，地方政府的环保绩效考核目标、政府负责人的任职期限与河道内源污染治理投资大、生态系统恢复时间长的矛盾，决定了各地政府对于这类投资大、没有政策强制执行的社会公益项目没有治理的主动性。政府一般都是采取投资较少的应急工程治理办法以减轻河道的内源污染，平息河道沿岸居民的投诉及响应当地人大代表的提案。很少从适宜人居环境

的角度出发，科学考虑、系统规划，筹措巨资进行治理，以恢复河道原有的生态体系。

（3）政府河道管理部门众多且职责不清晰导致管理的问责缺位

中国各城市河道流域辽阔，涉及到的管理部门分别有水利局、水务局、园林局、建设局、环保局等部门，以及为此设立的各级河道管理部门，有人戏称九龙治水。政府管理部门众多且职责不清晰，均会造成城市河道的跨流域污染监管、偷排行为的打击、内源污染的治理与生态维护等责任主体不明确，导致管理的问责缺位。

4、河道外源污染依然局部存在的客观原因

（1）河道外源污染难以通过污水管网全部收集

中国城镇化进程较快，城市的排水管网建设不能及时完善。同时，老城区的污水收集管网因为历史原因而死角很多。因此，虽然目前城市污水处理率很高，但是依然存在无法收集的生活污水最终流入城市河道、城市周边面源污染得不到有效控制的现象。

（2）污水厂尾水排放逐渐成为河道外源污染的主要来源

国家为了消减污染总量排入河道，不断提高脱磷除氮的工艺水平及污水处理厂尾水的排放标准，这导致了B/C极低（可生化性差），且有一定低浓度的总磷及氨氮。因此，当污水厂的尾水作为城市河道的补水水源被合法地大量排放到城市河道时，将使得河道原有生态系统中的土族菌种活性下降甚至无法存活，微生物降解氨氮等有机物的功能丧失殆尽。导致尾水中总磷、总氮及氨氮总量在河道内长年累积，从而产生河道富营养化及黑臭的现象。以上现象尤以北方地区最为严重。

（3）经济利益导致偷排现象时有发生

各地政府为了追求经济发展速度和相关政府税收，

对一些纳税大户的污染企业进行的环保监管不到位，同时也由于环境污染违法成本较低的原因，使得一些不法企业为了谋取超额利润，采取隐蔽的方法将污水偷排直入城市河道。

综上所述，由于中国水环境承载力相对有限的自然原因，无法容纳众多人口及经济发展所产生的巨大污染总量。而污染总量控制目标的科学性及其预见性不足、总量控制与减排措施不力、地方政府的政绩与环保考核重点不同、政府河道管理问责缺位等体制原因，以及河道外源污染依然局部存在等客观原因，均加重了城市河道内源污染状况并导致持续恶化。

三、城市河道（地表水）内源污染的治理对策

从国家“九五”环保规划开始，针对中国水污染的发展趋势，政府制定了针对汇入河道与湖泊外源污染的治理规划，以保护大江、大湖免受污染。以上治理规划及策略通俗讲即“治湖先治河，治河先治支流，治支流必先截污”。由此可见，中国城市河道治理的现行策略及治理重点主要是河道外源污染的截污与处理，并不断提高污水处理后的排水指标以减少汇入水环境的污染总量。而对于城市河道内源污染的治理一直不是重点，也没有相关规划与具体的治理要求。

为此，针对以上城市河道现行治理策略及污染现状，笔者提出以下治理对策：

1、实施政府环保绩效考核目标的变革，重点突出河道（地表水）内源污染治理与生态修复的达标率

在目前城市河道内源污染十分严重、城市污水处理率已经达到85%以上及排水指标也将达到极限的条件下，单纯依赖提高城市污水处理率与排水指标不仅削减

污染总量的空间不大，而且治理污染的投资对环境改善贡献度的边际效应也较小，无法达到污染总量控制的目标。为此，应考虑尽快修复城市河道（地表水）的生态体系，利用其自身庞大的生态系统对河道的剩余外源污染进行自然降解，完成总量控制与目标削减。

因此，建议以河道（地表水）治理与生态修复的达标率作为地方政府任期内的环保业绩考核目标，兼顾污水处理率作为补充。一方面促使地方政府尽快修复河道（地表水）生态体系，使其具备自净能力以助于提升削减部分外源污染总量。另一方面将其生态修复达标率纳入政府环保业绩考核体系，更能够激发地方政府治理河道外源污染、健全监管机制与执法的主动性。

2、科学规划、实施河道及内湖流域的综合治理，积极探索政府为主、市场为辅的水环境管理体制

由于河道及内湖的治理与生态修复工程的复杂性与系统恢复的长期性，要求在其治理及生态修复完成后，一定要重视其运营管理与维护。因此，通过科学划分流域，探索将流域内的河道治理与运营管理委托给专业化第三方经营管理的市场化模式，政府只需履行必要的实时水质监测及环保执法职责，不失为目前政府为主体的环境管理体制下针对河道污染治理与运营市场化的良策。近期中国水网报导的河道修复“宁波模式”：依效付费的第三方治理。就是其中一种市场化模式的成功探索。

3、创立跨流域生态效益与污染总量减排的交易机制

由于水流域的广阔性与地方政府管辖权的区域性特点，使得一个水流域内可能涵盖多个不同区域的政府行政管理机构。因此，需要从河道治理政策的顶层设计角度出发，探索创立跨流域生态效益与污染总量减排的交

易机制。对于独立水流域为管理区域的地方政府，通过制定其所管辖的河道（地表水）的水质达标率，促使其主动投入技术与资金对流域内的河道、湖泊进行治理及生态修复。对于非独立水流域为管理区域的地方政府，可以在其流域交界的断面设立COD、氨氮、总磷及总氮的在线水质监测系统。不仅对本区域也可对那些跨流域污染排放行为进行实时监控，同时也奠定了跨界污染物排放交易机制的监管与衡量基础。以上措施一方面可使政府充分重视其辖区内的水环境改善带来的生态效益，另一方面也可以水环境改善后增加的纳污容量，作为跨区域污染总量减排交换的标的，以减排补偿替代以往跨界污染处罚，从而提高水流域环境在治理、生态修复后的商业价值，保护当地政府及水环境治理投资人治理与运营水环境生态体系的积极性，使得各流域污染总量减排交易平台成为相关各方因环境治理进行生态效益兑现的商业平台。国务院刚颁发的《关于进一步推进排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》为以上创新机制奠定了坚实基础。

4、因地制宜、科学系统地选择无二次污染的河道水环境治理及修复技术

河流、湖、库的污染分为外源污染和内源污染，外源污染的有效控制是进行内源污染整治的前提条件。当外源污染得到控制后，内源污染就是决定河道水体水质好坏的决定性因素。中国河道的内源污染主要是水体底泥中的污染物、营养盐物质通过扩散的方式向水体中释放，其释放程度高低是影响水体水质的一个重要因素。同时，影响内源污染释放的因素众多，比如温度、PH值、扰动、溶解氧以及微生物活动等因素。而河道底泥污染物的释放作用是影响水体水质好坏的首要因素。因此，治理河道、湖泊污染必须采取“内外兼治”的措施，不仅要严格控制外源

性污染物和营养物质的输入，还要通过底泥疏浚、底泥修复、覆盖底泥层等技术措施达到治理内源污染的目的。综上所述，河道底泥的修复与河床的生态恢复是治理河道内源污染、进行河道生态体系重构的重要前提。由于淤泥的含水率达到90%以上，不仅处理的综合成本高，而且还容易对环境造成二次污染。因此，河道一旦因污染导致其生态平衡体系破坏，治理污染并恢复其原始的生态系统将是一项耗资巨大、时间较长、技术难度较大的工程。由此可见，清淤的技术创新将直接关系到生态修复成本的高低。

由于中国河道内源污染的大规模治理起步较晚，现有的一些治理技术均有一定的局限性。但是无论采用何种修复技术，均应根据当地的河道水环境系统以及内外源污染的实际情况，科学、系统选定适宜的系统治理技术方案。概括起来就是以恢复河道原始自然水环境生态体系为宗旨，科学系统地选择无二次污染的河道水环境治理及修复技术，并对其生态体系进行重构。

5、激活政策引领下的市场敏感性，探索水环境治理与经营的创新模式

近期国家针对大量城市河道（地表水）内源污染严重、自净能力基本丧失的严酷现状，制定了在2017年前全部消灭地表水劣V类的《清洁水行动计划》，涉及投资大约为2万亿元，使我们看到了未来水环境根本改善的希望。但在目前中国经济增速逐年下降、很多行业产能过剩、产业结构正在调整的关键阶段，河道治理作为一种纯公益性的环保工程，本身只有生态效益，并不产生直接经济效益，有人担心政府从哪儿能够筹集到目前还看不到回报的这笔治理巨资。但是，纵观中国经济改革开放的历程，中国经济的特点是政策对资源的配置，其引领作用非常巨大。政策的引领作用一旦和市场本身的敏感性叠加，就会产生超乎想象的影响力。对中国这

样一个市场自由度相对较差的经济体而言，这一特征尤其明显。可以预见在《清洁水行动计划》正式启动后，将会有一批市场敏感性强、以水流域治理与经营为目的的综合性大型水务企业进入这个领域。这些企业的资信不仅能够得到当地政府的认同并获得强力支持外，还具备雄厚的资本、丰富的水务管理经验及各类资源的整合能力。此外，从水流域环境治理与经营的角度出发，前期水流域内点源污染治理设施的管理，今后都将会纳入到整体水流域环境运营管理体系。基于以上原因及市场发展态势，在城市河道（地表水）内源污染的治理过程中，我们需要结合中国城镇化进程中的利润增长点，充分挖掘城市河道与内湖的潜在商业价值。在政府政策支持下，将河道治理与经营相结合，因地制宜地探索城市水流域治理与经营的市场化新模式。

四、结语

综上所述，实施政府环保业绩考核目标的变革是当务之急。只有以河道（地表水）治理与生态修复的达标率作为地方政府任期内的环保业绩考核目标，促使地方政府真正行动起来，才能发挥相关政策与资源的有效配置，并以科学的态度、无二次污染的修复技术重构河道及内湖固有的水环境自然生态体系。我们相信，在政策与市场的正确引导下，一旦中国水流域环境治理与运营的市场化商业模式、跨区域生态效益及污染总量减排的交易平台得以建立，那么中国城市河道（地表水）水环境的污染才能够得到及时治理、修复与持续性的维护，则中国的水环境生态体系平衡才能够长治久安。

德国的公司治理和中国企业海外并购后的监管

王 炜¹

蓝天下的乌云？

欧洲最大的媒体集团贝塔斯曼集团的前总裁Middelhoff因为在2004-2009年期间在德国的大卖场连锁Arcandor任职期间舞弊营私，最近被法院判刑三年。Middelhoff曾经是德国职业经理人中的明星人物，他在贝塔斯曼集团任职期间，通过对美国在线AOL的投资，为集团获得了60余亿欧元的收益，也将RTL打造成欧洲最大的电视台，但任职四年之后，贝塔斯曼家族在2002年抛弃了他，原因除了对集团发展战略的分歧之外，贝塔斯曼家族也含蓄的提到Middelhoff把个人的利益置于公司之上，跟贝塔斯曼的企业文化无法相容。

这不由得令人想起2001年德国汉诺威举办世博会时，贝塔斯曼的巨圆形的单独展厅取了一个意味深长的名字：M星球（Planet M），绝大多数对当时的贝塔斯曼有所了解的人不会首先想到公司的创始人Reinhard Mohn，或者Medien（媒体），而展厅里Middelhoff“船长”和董事会成员穿着星际飞船船员的服装全体出现的照片只会加深这个印象，这也许就是贝塔斯曼家族在辞退Middelhoff之后被问及此事时多次提到的“Eitelkeit”虚荣吧。事后

看来他们还是有先见之明的，Middelhoff的问题不仅仅是虚荣。

这就涉及德国的公司治理（“Corporate Governance”）的问题。尽管德国企业在外人眼里以治理严谨而著称，但世事总有两面，首先管得细，“规矩多”本身不代表公司的治理水平，其次公司治理的核心——股东权利的保障和日常管理不能混为一谈，再次也有不少德国公司的管理和治理（我这里特意将这两个词分开使用）的水平并不像我们想象的那么完美，而这些因素跟中国企业海外并购的后续整合关系重大。

德国公司治理（Corporate Governance）渊源和背景

众所周知，德国的股市并不发达，作为欧洲经济的领头羊，法兰克福的德意志交易所所有上市公司的总市值只跟香港差不多，在世界上大约是第六位。造成这种情况有其特定的历史渊源，德国作为欧洲第一次工业革命的后起之秀，在赶追的过程中更多的使用了国家资本主义的手段，在这个过程中主要借助的是中介（银行）

而不是证券市场的力量，而在这个过程中典型的民间高储蓄率也与间接融资体系的壮大互为因果，压制了证券市场作为直接融资体系的发展。两次大战造成的财富毁灭、货币改革和战后几年的资本短缺更增强了间接融资体系的重要性。在此基础上，一方面间接融资体系的主要代表银行和保险公司（在德国主要是德意志银行和安联保险以及慕尼黑再保险）很长时间里在大型上市公司持有很高比例的股份并遣员在监事会任职（往往是监事会主席的职位），大型上市公司之间也普遍交叉持股（这不是德国的特色，类似背景的日本也出现的相似的发展轨迹），监管和治理机制是很不透明的。加上股票投资的文化不发达，上市公司股权较分散，德国大型上市公司很长时间里是缺少来自资本市场的投资者的治理和监管压力的。这种情况从九十年代开始，因为产品和资本市场全球化的浪潮以及法律限制个人监事会任职数量等原因才发生深刻的变化，现在银行和保险公司很少有直接持股，而在德国最大的三十家上市企业DAX30中，外国投资者在股东结构中的比例已经接近60%。

在非上市公司领域，因为家族企业占主流，股东和管理层身份往往是重叠的，子承父业也很长时间里是德国企业的传统，而即使是雇用职业经理人作总经理，家族成员很多情况下仍作为总经理之一在公司任职，监管一部分的工作（德国有限责任公司可以有多名总经理，分管不同工作，共同或独立代表公司）。这种情况在近十几年才有较大的变化，在全球化的冲击下，不少家族企业或者无力独立完成全球布局，或者受到市场转移或外国同行的冲击，子承父业的传统也慢慢失去。在此背景下，2000年之后欧美财务投资者在德国的收购一半以上是从家族企业手里收购的，很多没有将企业出售的家族企业也更多的引入了职业经理人。这样，公司治理或者说职业经理人的内部人控制问题，在德国某种意义上也是一个“新”问题。

德国司法部2001年才设立德国企业治理准则委员会，编制非约束性的治理准则。很难想象，德国的上市公司之前是没有公布董事会成员的习惯的，监事会主席通常情况下是前任总裁离任后直接上任（造成严重的近亲繁殖，而且监事会主席也不可能否定自己就任总裁期间的措施），而作为公司治理日常工作最高机构，监事会成员的任职资质也没有硬性要求，兼任的数量也没有限制，造成监事会成员专业化水平低下，监管力度缺乏（现行的标准是非上市公司不能超过10家，上市公司不能兼任3家以上）。

破除迷信：德国著名企业公司治理失败的案例剖析

德国经济界最有影响力的职业经理人之一，前蒂森克虏伯总裁Cromme先生就任了德国企业治理准则委员会的第一任主席，我对他在2002年柏林洪堡大学（当时作者就读的经管系设立了德国第一个公司治理研究所）作讲座时侃侃而谈如何大大提升德国公司的治理水平的情形记忆犹新。Cromme先生在克虏伯总裁任上收购多特蒙德的Hoesch钢铁厂，并强力推进完成了与比克虏伯还大的蒂森集团的合并，改写了德国钢铁行业的历史，并在之后兼任蒂森克虏伯和西门子两家大型企业的监事会主席。然而就是这么一位头面人物治下的两家公司，特别是蒂森克虏伯，成为德国大型公司治理失败的一个典型。蒂森克虏伯的治理失败可以归结为几点：

1) **战略失败**。在世界钢铁行业的并购重组风起云涌的时代（米塔尔就是通过一系列的并购成为世界行业不可动摇的第一巨头），蒂森克虏伯依旧抱残守缺，没有认识到全球化背景下行业特征和价值链的根本性变化，屡屡错过通过并购保持和扩大传统地位的机会（现在蒂森克虏伯在世界钢铁产商中排位第二十）。之后又匆忙

1 作者单位：KPMG毕马威会计师事务所。

决定在美洲建新的钢厂，美洲绿地投资的失败将集团拖入死亡边界（2012年亏损50亿欧元）。而真正赚钱并有很大提升空间和业务单元如电梯或汽车电子，则严重的投入不足。

2) **流程管理失败**。巴西钢厂原来预算19亿欧元的建设成本，最后投了80亿。

3) **合规管理失败**。近几年蒂森克虏伯连连被曝在电梯、铁道、汽车行业组成价格联盟损害客户利益，并有多起行贿案件发生，严重影响了集团的声誉。

4) **文化失败**。公司里面长期养成了找靠山、站对队的企业文化。上级的意见从来不会有人提出不同意见，出了问题能掩盖就掩盖，掩盖不了则相互推诿，从董事会到部门经理，从来不会有人主动站出来承认错误或承担责任。2011年上任的新CEO回忆道，他刚上任的时候发现只要他进了某个电梯，其他工作人员就不敢进来，而是远远的躲着等下一辆电梯，这种“十九世纪的企业文化”是他以前很难想象的。

而德国工业界的皇冠上的明珠西门子，在Cromme先生任职期间，公司内部山头林立，主要业务盈利能力低于其他业内标杆，新兴业务开拓不力等问题并没有得到很好的解决。

大型公司的治理可能有问题（如大众集团为收买职工代表支付其去巴西性旅游的费用；戴姆勒的前两任董事长十几年之间至少毁灭了二百亿欧元的股东资本，等等），中小企业同样也会遭遇治理难题。今年年初我跟一位德国朋友讨论一家著名机床厂的国际战略，我说很奇怪前几年中国市场增长很快的时候并没有抓住机会，公司本部明显员工过多负担过重也没有进行裁减，新产品问世的周期很长跟不上市场的发展，这样下去再来一次经济危机这家百年老店不一定能撑得住啊。我的朋友说，家族的继承人是两位八十岁的老人，早已不参与公司管理，公司的几位总经理对他们也是报喜不报忧，只

要经济景气还过得去，就继续在他们的桌子上跳来跳去（“auf den Tisch tanzen”，德国谚语，意思是反客为主，为所欲为）。

举这些例子并不是要一刀切地判定德国公司治理都是很糟糕的——这也是不可能的，否则德国经济也不会在本次欧债危机中一枝独秀了。我们需要破除的，是对发达国家的公司的治理水平的盲目迷信，不要认为欧美的一切都是好的，进而误认为：我们出来投资并购对海外公司管不了，也不需要适度和专业的监管。

中德并购项目整合过程中的治理挑战

2001-2010这十年期间中国企业在德国并购投资了六十几个项目，应该说不少投资上付出了先行者的代价，而很多失败的案例，仔细分析下来失败的很重要的一个原因是忽视了公司治理的因素。

比如有一家中国机械厂收购了德国的一家同行，这家德国公司是家族企业，业内声誉卓越，中国公司是在其破产后进入的。原以为其破产只是因为成本结构不合理，市场开拓不力，进入后才发现公司在其第二代手里已经严重衰落了，各个岗位上的主管都是老板的同学、朋友，大家都想着取悦老板，公司里面没有严格的流程和绩效管理机制，没有人真正关心公司的发展。这样的公司不管是换了中国股东还是其他国家的股东都是很难经营的好的，数年后只好重新申请破产。

也有的中国投资者从大工业集团手里接手了一个业务部门，发现因为长期在大集团旗下，养成了大树下面好乘凉、不求上进、不负责任、没有整体观的企业文化，费了很长时间和周折才建立起相对健康的治理文化（明基收购西门子手机业务的失败跟这点也很有关系，这是收购大型集团的小块业务的交易中一定要重视的一个因素）。

也有的中国投资者投资数年之后，在德国公司经营状况不断恶化难以为继的情况下才想起自己找一家专业可信赖的事务所作年终审计（委任审计师是法律给股东的重要权利！），结果发现并购后头几年的所谓业绩上升居然都是靠做假账达成的——顺便说一下，德国的商业环境诚信度很高，但也并不是人人都是天使。例如德国LED照明项目供应商HESS股份公司，2013年上市后四个月之内就申请破产，一家只有七千万欧元收入的公司，破产管理人认为其上市的前六年里做了四千五百万欧元的假账。而2011年破产的，曾经是欧洲最大的家具生产商SCHIEDER，破产后被发现了为了获得银行贷款，2004-2006期间做了六千八百万欧元的假账。

2001-2010年期间，中国企业的实力相对薄弱（最大的单一并购投资是上工申贝对DA公司的三千四百万欧元的收购，另一笔上千万欧元的是北一机床对科堡公司的收购），在这个背景下买了不少治理不佳、经营困难的公司，加上走出去的经验积累不足，就像德国企业九十年代中期第一波往中国投资的热潮，留下了不少经验教训。但2010年之后，明显可以看到中国企业的相对实力大大增强，入世十年对企业家和职业经理人的队伍的锻炼也是他们的专业化水平和国际视野大大提升，也能积极吸取教训，避免很多先行者犯过的低级错误。但在这令人欣喜的发展面前，我们也要清醒的认识到中国企业的跨国并购，特别是非资源类的产业链跨国并购刚上路，从必然王国到自由王国还有很长的路要走。虽然2010年之后中国企业在德国的五十几个并购项目大多数目前为止运营较稳定，但并购的成功是个相对的、动态的概念，这几年德国经济稳定增长，给我们企业的并购后整合和发展带来了很大的便利，但也掩盖了一些潜在的风险。而景气周期是不可避免的，不能等落潮了才发现自己在裸泳。下面将实践中观察到的并购整合中与公司治理相关的一些现象予以列举和分析：

1) **忽视制度和流程建设**。不管是有限责任公司还是股份公司，公司的章程和管理条例都是公司治理的最核心的支柱，德国资合公司的治理的法律基础主要则是有限责任公司法（GmbH-Gesetz）和证券法（Aktiengesetz），在这些方面中国投资者的重视程度这几年有所增加，但还远远不够。以前甚至见过几起这样的案例：德国小股东兼任总经理，持有35%的股份，公司章程则规定总经理的更换需要65%以上的股东同意，这意味着小股东可以永久占据公司总经理的职位而不能被替换。这几年这样的极端事件没有见到了，这是我们企业不断成熟的表现，但我们不能止步于此，应该说大多数企业还没有将法律予以股东的监管权力最大限度地用好，比如说虽然五百人以上的企业才必须设立监事会，但如果国内母公司是个大型集团，董事长日理万机，德国公司虽然只有三四百人，是否也应该考虑设立监事会，不用事事都要请示国内的董事长而最终导致监管的空心化？比如说德国的总经理权力大责任也大，为什么往往在聘用合同里不必要的给出很多的免责条款？又比如说德国公司里内部颁布对管理层也有效有约束的管理条例是很普遍的事情，为什么很少见中国股东在这方面下功夫？

德国公司非常注重专业化和技术的开发，但在企业内部流程方面很多企业其实有很大的提升空间。见过不少企业，甚至是几千人的中型公司，在某个领域还是世界领军企业，在采购，仓储，生产，出货和财务管理等每个领域都有不少的优化潜力，当然最极端的例子又是一些在这些所有的领域最基本的内控流程都缺失的企业了——不要忘了，很多“隐形冠军”其实就是成功的“乡镇企业”！

2) **忽视制度的执行**。现在很多企业收购德国公司之后也制定了一系列的制度，但就像中国全世界最严格的婴儿奶粉标准不能阻止奶粉质量问题频发一样，最完善

的制度执行不力比没有制度还要差，而我们看到往往是国内企业的领导者自己首先成为制度的破坏者，最终使监管制度成为摆设。比如既然建立了监事会，而监事会已经就某事项做出了决议，国内企业的最高领导就不能随便推翻子公司监事会的决议，最终德国经理也摸清楚了只要获得集团领导支持，直接监管机构监事会或直接管理德国子公司的团队其实可以置之不理，就更加不专心业务而是频繁往国内试图和集团领导建立更牢靠的私人关系。我们也看到有些企业并购后头几年制度建设和执行都还可以，但渐渐的忽视公司治理的基本原则。有曾经取得巨大成功的企业，刚开始是年度经营业绩没有达标管理层并没有按制度受到问责，开了这样的先例管理层慢慢抛弃了应有的审慎态度，在景气最高点忽略行业景气的周期规律盲目扩张而没有受到监事会的约束，最终对一个曾经的明星企业造成了巨大的伤害。

3) **忽视绩效原则和运营效率，过于重视忠诚度。**离开绩效原则所有企业的成功经营都无法谈起，但中国投资者也许是不自信，在这方面的坚持是不够的。反观整合比较成功的企业，都是坚持了绩效原则——说白了就是：干得好就干，干不好就走人。像上工申贝并购DA股份公司之后换了三次总裁，卧龙股份收购ATB电机后第二年将董事会全体更换，联想收购IBM的PC业务之后也换了几任总裁，虽然上工申贝和卧龙的体量跟联想-IBM没法比，但各自整合历程和结果后面的逻辑是一样的。

跟销售额、利润这样宏观层次的绩效相比，与企业深度的运营绩效相关的参数如运营资金，自由现金流，应收回款期，库存流转率等等中国投资者关注的更少了。我们企业收购的德国标的不外乎来自三个渠道：家族企业（很多是“成功的乡镇企业”，在某项技术上有专长）；大集团下面的非核心业务（染上大企业病的中型企业）；财务投资者（持股期间注重短期业绩的提升而忽略长期见效的投资如流程再造，生产精益化，财务系统和人员的配置，

IT），往往这样的企业有不少“拧毛巾”的余地，这确实在绝大多数情况下被中国投资者忽视的，他们也很少将这些能够长久持续的提高企业的运营绩效和盈利能力的参数作为管理层的考核体系的内容。

与此相比，我们企业领导人却非常重视海外子公司总经理的“忠诚度”。职业经理人对企业的忠诚是基本素养和要求，在流动性很高的现代工业社会，职业经理人和企业的关系只是一个排除情感因素的契约关系而已，缘聚则合，道不同则不相与谋，但中国投资者往往把主观感受中的忠诚度放到一个过高的位置。我曾经给一家机构推荐过一个德国总经理，他有三十年的从业史和丰富的国际经验，业内对他的评价也很高，但最终中国总部没要他，虽然高度认可他的能力和口碑，但担心“能人不服管”（尽管他的职位只是负责业务开发的总经理），而最终选了一位看起来很“听话”的德国人（他在面试的时候说了一句很有李书福风格的话“I love China!”，让总部的领导一锤定音录取他）。结果在公司呆了四年没有任何业务的突破，使企业失去很多发展的机会。据我所知，这样的例子并不是个案。

4) **忽视革新管理，过于注重平稳过渡。**在国内专家和经济官员的描述中，海外并购的“平稳过渡”是整合成功的重要因素，也许这是维稳至上思路的海外并购版本吧。但在发达国家的并购的理论和实践中，尽管对并购的成功因素也是众说纷纭流派纷呈，但是没有人说平稳过渡是重要成功因素的。相反，业内公认的是并购后一百天之内是整合的最好时机，新股东要做的改变和革新越早规划、实施越好，尽量避免企业回到原有的惰性轨迹。并购之后差不多一半的案例中管理层很快会做出调整，在财务投资人主导的并购中这个比例更高。当然在不少时候，我们的企业本身规模、实力和经验跟标的企业相差太大，但机会来临时又必须做出并购的决定，如果标的企业基本运转平稳，可以暂时不做大的调整而

是先集中精力稳住局面，同时先作中国市场的增量（如联想当年收购IBM的PC业务）。在这种情况下平稳过渡也没错，但就像“维稳”或“计划生育”变成僵化的基本国策弊端不断一样，我们看到太多的案例是策略性的平稳过渡变成了躲避变革的常年麻醉剂和遮羞布。

摒弃教条主义

毛主席虽然走下了神坛，但他说的很多话还是很有借鉴意义的，比如：*教条主义害死人*。在理论和企业界，对跨国管理、并购后海外子公司的治理方面也存在不少广为流传、似是而非的教条主义的论调。谨例举一些常见的倾向和实例：

“本土化管理”。国内一位著名的企业家和企管思想家曾经宣称他的海外子公司不派中国员工，真正实现本土化管理。这不是食洋不化，而是为了表示自己跟上了国际潮流而表现的比洋人更加洋人而已，说到底还是一种不自信的表现。其实不管欧美还是日本的企业，都没有把本土化管理作这么片面和极端理解。其实除了一些特例之外，收购海外公司之后外派一定数量的中方管理人员是正常的也是合理的。最常见的是一个副总级别的高管加一个财务专家，当然人员配置是一回事，能发挥多大的作用除了个人因素还有很多其他的因素（另文详述）。

“即时监控”。与此相对的是僵化的，带有计划经济痕迹的管理模式，我们也看到有的企业恨不得在德国子公司的每个角落里装个远程监控，可以在中国随时看到德国人在干什么。曾经有个国内外派出来的高管抱怨道，他每天晚上要花两个小时给国内写管理报告，这样的模式下海外子公司当然也不可能管好。

“中国人管不了德国企业”。托尔斯泰说过：幸福的家庭都是一样的。同样的，不管在哪里，成功的企业管理背后的逻辑都是一样的，不要把跨国管理看成神秘的黑

箱，也不必要过于妄自菲薄。华为公司在集团和海外的核心高管都是中国人，联想PC不仅总裁是中国人，董事会里还有多名其他中国董事，照样发展的很好。我们不能同意很多专家的“人才是中国企业海外并购的最大瓶颈”的说法，中国十三亿人口，改革开放三十年，入世十几年，培养了数量可观的职业经理人人群，关键是企业的领导有眼光和胸怀，敢用人，会用人。上工申贝收购的DA公司是德国上市公司，收购的时候正值欧洲市场萎缩，上工在国内市场也受到很大压力，但上工的领导果断的让集团副总出任DA的财务总监，在她和其他外派德国的中国同事的共同努力下，才将集团的战略艰难的实施下去，最终使DA完成了结构调整，走上健康发展的道路。作为十年来一路同行的朋友，我可以很负责地说，这个艰难的过程，如果是一个德国的CFO的话，是很难这么好的走下来的。ATB（奥地利上市企业）的CFO是卧龙的海外事业部前总经理，西飞国际收购的FACC（今年在维也纳成功上市，是当地六年来最大的IPO）的CFO则是一位在德国企业长期工作过的华人女士。

“中德文化差异太大”。所谓的跨国并购整合中文化最为重要和困难的论点是很多专家时常提及的，我将在另一篇文章论证文化差异对并购整合并不重要。

“有行业经验的人不好找”。很多投资者对德国经理纵容放任的原因是担心换了人对这个行业、这家公司不够了解，现在的管理层对公司比较了解了，找同样这么了解的人不容易。其实德国当代最成功的职业经理人，林德集团的总裁REITZLE，到林德之前是宝马的研发主管，而当时林德的主业是叉车，而他到林德之后出售了叉车业务，将林德打造成世界级的气体供应商。德国邮政的总裁原来是麦肯锡战略咨询的，欧宝总裁原来是大陆轮胎的（欧宝的营销总监原来是在汉高负责化妆品的品牌营销）。很多时候，在一个行业浸淫过久，反而会限制经理人的思维和发展。而很多投资者忽视了德

国的职业经理人市场也是个高度流动的市场，他们也往往忽视，一个来自中国的战略投资者对大多数经理来说是个福音，跟原来的家族股东相比，新股东能带来新的资金和市场资源，与原来的大集团或财务投资型股东相比，他们也获得更大的自主权和发展空间（这时候就要警惕他们滥用这个新的自由度了！），所以中国股东对管理层来说往往是更优选择，很多关于中国人进来后管理层流失的担心是多余的（相反有些中层技术骨干和管理人员对公司的的重要性可能比CEO和CFO更大）。

“利益绑定，万事大吉”。有些企业收购后给管理层股权激励，也有跟业绩挂钩的奖金和期权机制，认为这样就没有问题了。而我们看到不少投资失败的案例恰恰是管理层也是重要小股东。所谓的利益绑定不是万能药方，如果监管机制不到位，徇私舞弊的风险远远低于其收益，作为经济动物，经理人也就会有动力这么去做，即使在公司里有股份，但公司的收益受损分摊到自己头上只有几个点，而徇私舞弊的“收益”则百分之百归为己有。开头谈到的Middelhoff为什么这么大胆，也是因为Arcando的大股东，企业创始人的女继承人承认：“我只是一名家庭妇女，对企业经营的事情不懂也没有关心过，我一直很相信Middelhoff博士。”

也有一种情况，管理层并非出于恶意，但是他们没有独立管理企业的经验（有的时候只是一个部门经理，机缘巧合被推上了总经理的位置），也将中国投资者刚入主企业时的热情和对远景的承诺理解为新股东会对新公司给予毫无保留的不断的的支持，高估了新股东的承受能力，从而过渡扩张（股东对此趋势又没有及时警觉并予以纠正），很快时间内将企业拖入困境。

结语：公司治理是个普遍的全球性的课题，跨国并购后整合流程中的公司治理更有其特殊的复杂性质和难度。我们看到2010年之后在德国并购投资的中国企业不论在收购战略规划、流程执行和管理以及后续整合的专业水

平越来越高，当然我们也需要不断地总结案例经验，破除迷信的同时深入了解所投资国的公司治理环境中的法规、标准和实践，紧紧抓住现代企业制度的核心，才能大幅度提高跨国治理的水平和海外并购的成功率。

合同修改的默示同意和违约损失计算的要点

——基于君合处理的一个买卖合同纠纷案

李 清 王利华

一、案件概述

A公司与B公司签订了一份化肥贸易合同。合同签订后，A公司依约向B公司预付了部分货款，B公司将货物运至指定地点。但A公司以货物存在质量瑕疵为由拒绝提货，并要求解除合同。B公司向中国国际经济贸易仲裁委员会（“贸仲”）提起了仲裁，主张A公司构成违约，并要求A公司赔偿其被迫处置货物而遭受的损失。A公司提起反请求，主张其有权解约并要求B公司返还其预付款。

君合代表B公司向贸仲提起了仲裁，2014年12月3日，贸仲就该案作出裁决，裁决A公司违约，应向B公司赔偿收入损失、仓储费损失和律师费等费用，并且裁决B公司不必退还预付款，以该预付款冲抵A公司应付B公司的赔偿款。君合代表B公司提出的主张获得了仲裁庭的全面支持。

在本案中，A公司利用B公司对A公司一系列违约行为的善意沉默，主张B公司“默示同意”了对原合同的修改，包将原定货物质量检验人CIQ更换为ITS等内容，在此基础上，A公司根据ITS的检验报告，主张B公司交付的货物质量不合格。君合根据相关法律规定、法学理论和案例，充分论述了“默示同意”不适用于本案情形。仲裁庭最终接受了君合的意见，认定B公司并未“默示同

意”对本案合同的修改。

同时，在本案中，B公司出售的货物系A公司定制的产品，因此在A公司拒绝受领的情况下，无法以转卖的方式进行处置，B公司只能将货物作原料处理。故君合在本案中主张A公司应向B公司赔偿原料估值与合同价格之间的差价损失。因这一损失计算方法与一般国际贸易纠纷中按转卖价差计算损失的方法不同，君合聘请了化肥行业的专家证人，向仲裁庭说明了涉案产品及化肥行业的特殊性，最终仲裁庭接受了君合的意见，认定B公司关于损失的计算方法合理，从而支持了B公司的请求。

此外，本案贸易合同中，约定仲裁语言为英文，故整个仲裁全程，包括提交的文件以及庭审的陈述等，均以英文进行。君合律师以英文进行国际仲裁的能力在本案中得到了充分的体现。

二、案件基本情况

A公司是国际知名的瑞士化肥经销商，B公司是国内最大的化肥生产商之一，两家公司之间存在长期合作关系。双方在2012年签署了一份涉及25,000吨化肥的购销合同，A公司采购的化肥硫含量高于一般的化肥产品，系定制产品。合同约定的检验条款为，由卸货港（南通

港)的CIQ或者CCIC检验,但买方有权指定独立的国际检验机构进行监督。

合同签订后,A公司按约支付了20%的预付款,并开立信用证。在收到预付款后,B公司根据合同约定的时间备货,并在合同约定时间内将货物运达南通港。但A公司未按约受领,并数次提出修改信用证,要求延长交货时间。B公司未对修改信用证事宜明确发表意见,而是一直催促A公司尽快受领以避免发生堆存费等损失。

在双方沟通过程中,A公司突然以电话方式通知B公司,称希望由ITS对南通港的货物进行检验,B公司对此未明确表达意见。此后,受A公司高级管理人员的邀请,B公司的数名高级管理人员赴南通与A公司讨论货物的处理问题。在此期间,A公司聘请ITS对货物进行了检验,检验结果显示硫含量低于合同要求,且货物的物理状态不佳,存在结块现象。A公司据此拒绝受领涉案货物,但同意给予B公司一定补偿。

B公司收到ITS检验报告后,立即聘请合同约定的检验机构CIQ对货物进行检验,CIQ的检验结果显示,货物的品质,包括硫含量等完全符合合同要求。A公司在收到这一检验结果后表示,涉案货物不具有可销售性,要求解除合同,给予B公司一定补偿。

此后,双方就货物的处理问题进行了数轮协商,但A公司始终以货物质量不符合合同要求为由,拒绝派船接货。在尝试将涉案货物作为成品转售未果后,为减少损失,B公司将货物运回工厂作为原料处理。

在上述情况下,B公司以A公司为被申请人在贸仲提起仲裁,要求差价损失、堆存费、装卸费、运输费和律师费等共计人民币3300余万元。

三、本案争议焦点

根据B公司的仲裁请求和A公司的答辩意见,本案的争议焦点可总结为:

第一、双方是否曾就检验机构的变更事宜达成一致,本案的检验结果应以CIQ的检验报告还是ITS的检验

报告为准。

第二、B公司就涉案货物的处理方式,以及损害赔偿金额的计算方式是否合理。

四、双方针对焦点问题的意见及主要证据

1、双方针对第一个焦点问题的意见及主要证据。

A公司的主张主要包括:(1)双方已经通过默示的方式对合同约定的检验机构进行了变更,即由CCIC或者CIQ变更为ITS,尤其是B公司的高级管理人员还参加了ITS的检验过程,故ITS的检验结果应作为认定货物品质的依据;(2)CIQ报告系B公司单方委托CIQ作出,A公司未能行使权利派第三方机构进行监督,且CIQ报告在形式上和程序上均存在缺陷,故不应作为定案依据。

(3)根据ITS的检验报告,涉案货物的硫含量低于合同约定,而硫含量对于化肥,尤其是定制的化肥而言有其重要的意义,硫含量低将导致合同目的无法实现。因此本案是B公司根本违反合同,应承担相应违约责任。

针对这一焦点问题,A公司提交了数份证据,其中包括ITS的检验报告、A公司内部的关于B公司的高管参加ITS检验的电子邮件(“内部邮件”)、论证硫含量低的原因等的数份外国专家意见。

君合的主要意见为,(1)合同中明确约定了检验机构为CCIC或者CIQ,双方从未就检验机构的变更达成一致,所谓默示同意,没有事实依据和法律依据。B公司的高管参加会议的目的是和A公司的代表就处置货物事宜进行协商,而并非参加ITS的检验。针对货物的检验问题,也没有派高级管理人员参加的必要。(2)CIQ已经根据其自身的程序和方法出具了检验报告,证明货物品质合格,应认定B公司交付的货物符合合同约定,A公司拒绝收货的行为已经根本性地违反了其合同义务。(3)CIQ出具报告的程序合法。如A公司自愿放弃派检验机构监督,并不应影响到CIQ报告的效力。同时,君合当庭根据A公司提交的证据指出,A公司的内部邮件显示,

B公司已经就CIQ检验的问题向A公司作出了适当通知。

(4)A公司拒绝收货的真实原因在于中国出产的化肥在当时的国际市场上滞销,而并非是货物质量问题。

在此基础上,君合重点强调,CIQ报告显示涉案货物的硫含量完全符合合同要求,且硫含量与化肥的物理性质之间没有任何必然联系,同时,B公司聘请的专家当庭指出对方专家证言中存在的错误,使仲裁庭最终未采信A公司专家的意见。

2、双方针对第二个焦点问题的意见及提交的证据。

(1)就B公司处理涉案货物的方式。

A公司认为,即便其构成违约,B公司的差价损失计算方式也不合理。B公司应将化肥在国际市场上或者国内市场作为成品销售,而不应当作为拉回工厂作为原料处理。

君合组织大量证据证明,由于国内针对化肥的特殊关税政策,在A公司明确拒绝受领之后的数月之内,B公司无法在国际市场上销售涉案化肥(面临75%的特别关税),尤其是A公司提交的一份电子邮件证据显示当时中国生产商的化肥难以在国际市场上销售,故B公司无法将涉案化肥在国际市场上转售;同时,君合通过提交数位国内化肥和农业专家出具的专家意见,证明涉案化肥的属于高氮中磷高硫的化肥,无法满足国内土壤对于养分的要求,无法在国内进行销售。通过排除法,君合主张,B公司只能通过将涉案化肥运回工厂重新加工的方式减少其损失,故B公司对于涉案货物的处理方式正当合理。

(2)就损害赔偿金额的计算方法。

B公司仲裁请求中有2700万人民币是差价损失。由于涉案化肥没有作为成品出售,且属于定制产品,没有可供参考的价格。因此,B公司采取的计算方式是,以业内较为常见的,与涉案化肥的养分比例类似的磷酸一铵作为基础,参照将涉案货物运回工厂时磷酸一铵的市场价格,计算出每一个养分(氮和磷)对应的价格,再换算出涉案化肥的价值。

A公司针对此计算方式提出了异议,其主张涉案化肥

应当作为成品销售,上述计算方式不合理;即便使用该计算方式,磷酸一铵的市场价格也应该采用A公司第一次提出拒收时的市场价格,该价格明显高于B公司将涉案货物运回工厂时的价格;此外,该计算公式没有将硫作为养分计算在内,导致换算出的化肥价格明显过低。

对此,B公司聘请业内专家出具意见,证明前述计算方式属于业内惯例。且根据相关国家标准,硫、钙等中量元素并不作为养分进行计算。

五、仲裁庭的裁决

仲裁庭认为,合同明确约定CIQ的检验报告作为认定货物品质的依据,A公司负有举证责任,以证明双方同意指定ITS作为新的货物检验机构,以取代合同约定的CIQ和CCIC。但A公司仅向仲裁庭提出变更系以口头方式进行,其提交的证据并不能证明上述事实,而B公司的员工参加ITS检验本身不会构成B公司对于检验机构变更的认可。同时,仲裁庭还注意到数次修订信用证的过程中没有对出具质量证书和重量证书的检验机构进行调整。因此,双方之间并没有同意由ITS在南通港检验货物的质量。故合同约定的检验条款并未发生变更。ITS出具的报告和证书对双方没有约束力。A公司单方面聘请ITS检验货物并使用ITS的检验结果,并没有合同依据和法律依据。故A公司拒绝受领货物并支付货款,是对合同的实质性违反,就此产生的损失应向B公司承担赔偿责任。

关于差价损失的计算方法和数额的问题,仲裁庭认为,B公司应采取合理的减损措施,合理期限为双方最后一次协商之后三个月,在该合理期限后扩大的损失,A公司不承担责任。据此,仲裁庭以双方最后一次协商后三个月的磷酸一铵的价格作为基数,根据氮和磷的养分比计算出涉案化肥的价格,扣除关税之后,得出差价损失为2000万人民币。

六、本案的法律启示

1、在日常业务中,如果收到交易对方不符合实际

情况或对之前双方协议进行修订的信函或者通知，应尽可能回复意见并提出异议，以避免被理解为是对于相关事实的默示认可。特别是在有的信函或者通知会写明，“如果在【】天内不作答复或者作出某种行为，即视为认可文件中的内容，或者视为接受某种条件或者条款”，对于此类信函或通知，不予回复的行为更有可能被认定为已默示同意。

2、在发现交易对方预期违约或者已经违约的情况下，需要立即就是否继续履行合同进行法律判断，进而



李清

李清律师为君合律师事务所合伙人。

执业经验

李清律师有20年的执业经验，他的主要业务领域包括：诉讼、仲裁和争议解决、国际贸易和海关法。

诉讼、仲裁和争议解决：自1995年取得律师资格以来，诉讼和仲裁一直是李清律师的主要业务领域。他在处理各种类型的诉讼、仲裁和争议解决案件，特别是跨国诉讼和国际仲裁方面有丰富的经验。

国际贸易和海关法：李清律师对国际贸易的各个方面均有深入的研究，在处理国际贸易相关法律事务方面有丰富的经验。李清律师同时还是海关法专家，曾协助多家公司应对海关进行的关税调查。他多次被邀请在国际会议上就中国海关估价规则进行介绍。

执业资格

李清律师自1995年取得律师资格后从事专职律师工作至今。2001年1月加入君合律师事务所，现在君合北京总部执业。

教育背景

李清律师1992年毕业于西北政法大学经济法系，获法学学士学位。1999年至2000年参加中英青年律师培训计划赴英国和香港学习进修一年。在英国伦敦大学和伦敦的律师事务所学习英国法律和进修律师业务。

专业组织

李清律师现为全国律师协会会员。

工作语言

李清律师的工作语言为英语和中文。

采取发出解约通知或者采取诉讼、仲裁等措施，并采取合理的措施，避免损失的扩大。否则，因未能及时采取合理措施而导致损失扩大的，要求赔偿损失的请求，很可能不会得到全部支持。

3、在涉及到专业问题的仲裁案件中，需要特别重视专家证人的作用。考虑到仲裁员对特定行业的专业问题缺乏深入的认识。需要该行业的专家证人从专业角度对于特定问题向仲裁员进行讲解和说明。专家证人的证言，除本身可以解释专业问题外，也能够一定程度上影响仲裁员对于案件的整体判断，使其形成内心确信。因此，在此类案件中，应特别重视专家证人的选取以及与专家证人的沟通。

4、在进行证据准备过程中，需要对证据的形成过程、背景、内容进行全面了解和分析，尤其需要考虑相关证据在证明己方观点之外是否还可能被对方用作证明对方观点的证据，如果相关证据可能被对方利用，则需要全面权衡该证据在案件中的作用，再决定是否提交。



王丽华

执业经验

王丽华律师于2008年加入君合律师事务所，目前就职于君合律师事务所北京办公室。

王丽华律师主要从事争议解决方面的法律服务，专长领域包括国际贸易、产品责任等。

教育背景

中国政法大学法学硕士学位（2008）

工作语言

王丽华律师可以英文提供法律服务。



君合法律实务讲堂之外国投资（草案）研讨会上客户与主讲人交流



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：北京市朝阳区门北大街6号华贸大厦20层
邮编：100005
电话：(86-10) 85191300
传真：(86-10) 85191886
电子信箱：junhebj@junhe.com

君合上海分所

地址：上海市南京东路1288号
瑞安大厦中心办公楼三楼2302室
邮编：200040
电话：(86-21) 52985488
传真：(86-21) 52985482
电子信箱：junhesj@junhe.com

君合海口分所

地址：海口市滨海大道31号
海洋大厦2117室
邮编：570105
电话：(86-898) 88512544
传真：(86-898) 88512514
电子信箱：junhehk@junhe.com

君合深圳分所

地址：深圳市福田区中心四路1-1号嘉
里建设广东第三座第2903-04层
邮编：518048
电话：(86-755) 25870766
传真：(86-755) 25870760
电子信箱：junhesz@junhe.com

君合香港分所

地址：香港中环皇后大道中
怡和大厦37楼3701-10室
电话：(852) 21620000
传真：(852) 21620050
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15号
高德置地广场E座1301室
邮编：510623
电话：(86-20) 38050058
传真：(86-20) 39050059
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15号2301室
邮编：10111
电话：(1-212) 7038702
传真：(1-212) 7038720
电子信箱：junheey@junhe.com

君合大连分所

地址：大连市中山区人民路15号
国际金融中心100F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：美国加州帕洛阿托湾岸东路
2275号101室
邮编：94303
电话：(1-888) 8888168
传真：(1-888) 8082168
电子信箱：junhesv@junhe.com