

Jun He Law Review

君合

法律评论

2013 (第四期) WWW.JUNHE.COM

总第二十九期

- 上海自贸区改革重点与展望
- 扑面而来的IPO新政简评
- 简评我国著作权集体管理制度的改革进程
- 美国民事诉讼中的证据保管义务简介





《君合》（法律评论）荣获“2013年度北京市律师事务所所刊评选专业类银奖”



君合律师事务所与欧文沙龙合作举办由发改委国土开发与地区经济研究所高国力副所长主讲的“土地改革的现状与前景”研讨会

2013年第4期
CONTENTS
目录
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微
编 辑 部：李晓阳 黄 湘 刘世坚
 令狐铭 何 侃 张红斌
 刘 洋 郑跃杰 李靖怡
 崔 冰 余 剑 伊向明
 王一婷 肖 一 马 锐
 孙丕伟 刘 燕 叶 礼
 左玉茹 万 晶 张莘阳
分所通讯员：祖 颜 万 晶
封面设计：赵米乐
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- 3 上海自贸区改革重点与展望 崔 彧 何 侃 沈绍洲
7 中国（上海）自由贸易试验区之税收图景 刘定发 程 虹 杨后鲁 齐 霖
10 家用汽车产品三包规定的主要变化与解读 张 雯 张 罡
25 聘用学生实习的相关法律问题研究 张红燕
30 扑面而来的IPO新政简评 曲惠清 金奂喆

基础设施法专栏

- 34 我国公私合作制项目的法律现状 袁家楠
38 浅谈FIDIC施工合同条件下的工期索赔 傅 勇
42 以TOD模式运作轨道交通项目的初步研究 缪晴辉 周文韦华

传媒娱乐法专栏

- 50 葡萄牙集体管理组织介绍 Myriam Ouaki 翻译：王乔
51 简评我国著作权集体管理制度的改革进程 左玉茹
57 论出版企业法律尽职调查中的经营资质问题 黄晓莉 柯 湘 张焕彦 何晓婷

域外法苑

- 64 美国民事诉讼中的证据保管义务简介 黄彩如

声明

《君合》法律评论所刊登的文章仅代表作者本人观点，不能将其视之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。

卷首语

上个世纪八十年代，原北京市政法学院更名为中国政法大学，更名伊始就开始了称谓之争，法律系背景的人总是简称为“法大”，而政治系背景的人总是简称为“中政大”，后被戏称为“到底是法大还是权大”，正好契合了当时的社会热点议题。

2013年，对于中国的法律人而言，最大的事件莫过于十八届三中全会决议中再次提出法治中国的目标，虽然这是改革开放之初就已经确定的国策，但在历经“依法治国”几乎成为禁忌用语的数年之后，还是令人对此有种失而复得的欣慰之感。

只不过，三十多年的时光过去了，要不要法治居然还是个争议焦点，这又令人掺杂一丝光阴虚度的无奈和郁闷。对于“曲折中发展”和“盘旋式上升”这两个曾经似懂非懂的哲学式词汇，终于能够真切地体会。

无论如何我们都会记住2013年，因为它再次给了我们希望和梦想。

上海自贸区改革重点与展望

崔 彧 何 侃 沈绍洲

备受瞩目的中国（上海）自由贸易试验区（下称“自贸区”）于2013年9月29日正式成立后，一系列实施规则和措施也相继出台。中央视自贸区为一块试行未来可在全国范围内推广的突破性经济改革措施的试验田。在自贸区实行的诸多改革措施中，投资管理体制改革、扩大开放服务业、开放金融系统、以及转变政府职能等措施尤为值得注意。尽管相关改革措施的具体细则尚待进一步明确，但我们相信，自贸区已朝着其既定方向前进。

一、自贸区的成立和后续立法进展

2013年9月27日，国务院批准颁布了《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（以下简称“方案”）¹，该方案为自贸区的总体政策框架。2013年9月29日，自贸区正式成立，同一日，上海市政府出台了《中国（上海）

自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（下称“负面清单”）以及其他5项事关自贸区行政管理及区内外商投资企业设立流程的管理规定²。其他行业管理部门与机构也制定颁布了多项支持拟行改革措施的初步规定。³

二、自贸区的改革目标

中央政府对自贸区的定位并不是传统意义上以放松进出口贸易关税监管为重点的保税区类型。自贸区被视为中国的试验田，以试行未来可以在国内其他地区乃至全国范围推广的突破性经济改革措施。由于得到李克强总理的大力支持，自贸区的重要性甚至可以与设立于三十多年前的深圳经济特区相提并论。

1 《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（国发〔2013〕38号）。

2 其他5项管理规定为：《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（上海市人民政府令〔第7号〕），《中国（上海）自由贸易试验区外商投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕71号），《中国（上海）自由贸易试验区境外投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕72号），《中国（上海）自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕73号），以及《中国（上海）自由贸易试验区境外投资开办企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕74号）。

3 如《国家工商行政管理总局关于支持中国（上海）自由贸易试验区建设的若干意见》（工商外企字〔2013〕147号），《中国银行业监督管理委员会关于中国（上海）自由贸易试验区银行业监管有关问题的通知》（银监发〔2013〕40号），《交通运输部、上海市人民政府关于落实〈中国（上海）自由贸易试验区总体方案〉加快推进上海国际航运中心建设的实施意见》（交水发〔2013〕584号）等。

三、自贸区内的主要改革任务和措施

下文将介绍几项在自贸区实行的最重要的改革任务和措施。如果试行成功，区内所进行的改革措施将在未来推向全国。值得注意的是，国务院近期也在尝试在全国范围内推广一些在自贸区内所进行的改革措施，如更为宽松的公司资本金制度以及取代年检的年报公示制度等，新修订的《公司法》也体现了这一改革方向。而类似之前所报道的15%优惠所得税等财政性红利或补贴将不会在自贸区内施行⁴。

1、投资管理体制改革

(1) 负面清单

外商投资管理方面的“负面清单”模式是自贸区内已“落地”的最具体与最重要的改革举措。此模式下，外资公司的设立将适用和内资公司同样的程序，除非其行业落入“负面清单”。负面清单涉及18个门类，细分为1069个小类，一共涵盖了190项具体管理措施。这一管理模式体现了中国外商投资管理体制从各类项目必经政府审批的模式向同等对待国内和外国投资者（负面清单内的行业除外）模式转变的巨大进步。

9月29日公布的2013年版负面清单基本涵盖了目前所有限制和禁止外商投资的门类（包括几乎所有2011年版《外商投资指导目录》中限制类和禁止类项目），同时在自贸区内新开放了一部分服务业部门⁵。尽管对于那些寻找新机会的外国投资者而言，自贸区的开放力度低于

他们的预期，但负面清单日后每年都将进行调整，还有很多值得期待的空间。

(2) 备案制取代审批制

作为自贸区改革的核心举措之一，在自贸区内设立负面清单以外行业的外商投资企业将从事先审批制转变为自贸区管理委员会的备案制⁶。该措施，辅以工商行政部门所放宽的公司资本金要求以及取代年检的年报公示制度⁷，将会给自贸区内的外商投资企业节约大量时间和精力，并将减少其在与政府部门打交道过程中的不确定性。但是，对于从事需要行业管理部门特别批准和许可的领域（如电信与医疗）的外商投资企业，他们仍然需要在取得相关特别批准和许可后方可从事上述业务。

2、扩大开放服务业

总体而言，自贸区并不“欢迎”制造业企业。方案对包含金融、文化等18个服务业类别（6个主要投资领域）取消了市场准入限制与资质要求，向外国投资者开放了相关市场⁸。但是，自贸区内外的开放措施仍受到全国性法规的限制。另外，并非如某些对自贸区改革的报道所言，在短期内，不会出台程度堪比香港或其他国外地区的自由市场政策。

3、开放金融系统

外界对于自贸区内开放金融体系的改革措施有很多期待。此方面改革将是一个循序渐进的逐步试行与长期

4 根据财政部《关于中国（上海）自由贸易试验区有关进口税收政策的通知》（财关税〔2013〕75号），自贸区所属的上海外高桥保税区、上海外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区继续分别执行现行相应海关特殊监管区域的税收政策。

5 自贸区扩大开放了6个门类的服务业领域，包括金融、航运、商贸、专业服务（如律师服务、资信调查）、文化服务以及社会服务（如医疗服务）。

6 见《中国（上海）自由贸易试验区外商投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕71号）和《中国（上海）自由贸易试验区境外投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕72号）。

7 见《中国（上海）自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕73号）和《中国（上海）自由贸易试验区境外投资开办企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕74号）。

8 6大门类如注5所示，其下18个小类请参阅《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》中“附件：中国（上海）自由贸易试验区扩大开放措施”。

的过程。方案提出了一系列金融改革目标，如人民币资本项目可兑换以及利率市场化。同时，证监会也出台措施，支持鼓励向境内外资本市场投资⁹。目前，上述改革目标尚处于政策阶段，仍需等待外汇管理和其他政府机构出台相应实施规定。

截止2013年10月29日，已有八家中资银行和五家外资银行在自贸区内设立了分支机构，但在目前这个阶段，这些分支机构在自贸区内仅从事传统银行业务。金融机构正期待银行和外汇管理机构能给予特别批准，该类批准或将要求银行为仅在自贸区内开展的新型业务采用单独的一套分账系统。

此次金融体系改革绝非无边界自由化。自贸区内向区外境内的资本流动仍受到诸多现有外汇管理法规的限制。不同于其他针对外国投资者的优惠措施，金融体系改革旨在给予国内投资者更多好处与优惠¹⁰。

4、转变政府职能

在自贸区内，管理委员会被定位为与企业相衔接的窗口，企业因此将享受一站式服务并无需与其他各类部门分别打交道¹¹。该行政体制改革昭示了未来一段时期内中国进行政府改革的方向。

四、简评

迄今为止所颁布的自贸区政策框架远非完备。大多数领域（如金融体系改革）尚缺乏实施细则。国务院旨在通过方案提出目标以更全面地推动改革，如何通过具体规定得到落实仍有待观察。但是，自贸区改革的重要性并不因为具体措施的缺位而降低，来自政府最高层的坚定决心预示改革正朝着既定的目标进发。



崔彧律师于2013年7月加入君合律师事务所，现在君合上海办公室执业。崔彧律师的主要业务领域为公司和并购业务。加入君合前，崔彧律师就职于美国纽约一家律所的资本市场和公司业务部门，并曾在美国金融行业监督管理局（FINRA）从事法律服务。在美期间，他曾参与上市和私募融资，公司并购，私募基金组建等领域的多个项目。

崔彧律师于2010年和2007年分别毕业于芝加哥肯特法学院和福德汉姆大学法学院，获得法学硕士(LL.M)和法律博士(JD)学位。崔彧律师于2009年获得美国纽约州律师资格，并于2011年通过中国国家司法考试。崔彧律师已通过特许金融分析师1级考试。



沈绍洲主要专注于公司法、外商投资、收购兼并等业务领域。

沈绍洲自2013年10月加入君合，加入君合前曾在北京金杜律师事务所广州分所实习。沈绍洲在外商投资企业设立、变更和清算等领域积累了一定经验，参与过餐饮、房地产、汽车等领域的并购项目。

沈绍洲先后毕业于上海大学及康奈尔大学，分别获法学学士学位和法学硕士学位。

9 见中国证券监督管理委员会《资本市场支持促进中国（上海）自由贸易试验区若干政策措施》。

10 自贸区金融改革原则可见财新网：《王新奎：自贸区金融突破在于外汇转移》<http://economy.caixin.com/2013-10-14/100591506.html>。

11 见《中国(上海)自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕73号）。



执业领域

何侃律师专注于收购兼并、外商在华直接投资、一般公司业务和合规事务。

执业经验

何侃律师于2003年在君合开始执业。何律师就诸多行业的合资、独资设立外商投资企业、收购和日常经营事项为跨国公司提供法律服务。何律师在众多重大交易中担任主要负责律师，协助客户完成从早期规划到最终交割的整个流程，其中不少项目涉及复杂的政府审批、国有产权转让和跨境交易结构。何律师还作为中国律师为财富500强公司就一般公司事务和合规事务提供咨询意见。2012年，何律师作为交流律师被派往美国从事并购业务最为知名的Wachtell, Lipton, Rosen & Katz律师事务所工作。

代表性项目

- 一家丹麦公司收购一家中国领先的货运代理公司项目
- 一个位于上海的超过两万平方米的物流房地产的出售及售后回租项目
- 一家日本大型商社收购数家国有物流公司项目
- 一家日本大型商社收购上海一家主要汽车分销商的项目
- 一家日本大型商社投资一家领先的中国互联网服务企业的项目
- 一家国际知名的服装品牌回收原通过特许经营模式运作的在华业务项目
- 一个五星级酒店及大型综合物业的收购项目
- 一家中国领先的、在纳斯达克上市零售企业的私有化项目
- 一家意大利公司收购一家中国前五名的热水器生产商项目，

该项目是2003年并购条例首次颁布后广东省的第一例资产收购案例

- 一家美国纺织品行业领先的企业在江苏省的绿地投资项目，以及一家知名的德国汽车零部件制造企业在上海的绿地投资项目

教育背景

上海财经大学法学硕士（2003）
上海财经大学法学士（2000）

专业组织

何侃律师是全国律师协会的会员。

工作语言

何侃律师的工作语言为普通话和英文，并可说上海话。

发表文章

- 上海自贸区——拭目以待（Shanghai Free Trade Zone—Still Much to Expect）——跨国并购论坛（XBMA）2013年11月1日发布
- Workers at Cooper Chengshan Oppose Acquisition by Apollo Tyres: Importance of proactively addressing employees' concerns – 跨国并购论坛（XBMA）2013年8月1日发布
- SAFE Released Regulations Easing Foreign Exchange Control over FDI and M&A – 跨国并购论坛（XBMA）2012年11月29日发布

中国（上海）自由贸易试验区之 税收图景

刘定发 程虹 杨后鲁 齐霖

中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）于2013年9月29日正式挂牌。同时印发的国务院《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（以下简称“《总体方案》”）将营造相应的监管和税收制度环境，以支持上海自贸区的发展。但是，《总体方案》对监管和税收制度环境的内容只是做出了原则性规定，其具体内容的落实须依赖于具体的配套文件。

一、已出台的配套税收政策

1、进口税收规定

财政部、海关总署和国家税务总局于2013年10月15日联合发布《关于中国（上海）自由贸易试验区有关进口税收政策的通知》（财关税[2013]75号，以下简称“75号文”）。75号文在保留了普通保税区政策的基础上，

借鉴了天津东疆保税区租赁飞机的优惠政策以及横琴、平潭综合实验区的部分政策。

主要内容：

(1) 在上海自贸区内的生产企业和生产性服务企业进口所需机器、设备等货物可予以免税。但上海自贸区内生活性服务企业等进口的货物¹和法律、行政法规和相关规定明确不予免税的货物除外；

(2) 设在上海自贸区内的企业生产、加工并销往境内区外的货物照章征收进口增值税和消费税。根据企业申请，该内销货物可按其对应进口料件或按实际报验状态征收关税；

(3) 上海自贸区内注册的国内租赁公司或其设立的项目子公司从境外购买空载重量在25吨以上并租赁给国内航空公司使用的飞机，可按规定享受税率为5%的进口增值税优惠政策（法定税率为17%）；

(4) 允许在特定区域设立保税展示交易平台。

¹ 75号文未规定具体类别。《关于横琴开发有关进口税收政策的通知》（财关税[2013]17号）和《关于平潭综合实验区有关进口税收政策的通知》（财关税[2013]62号）对“生活消费类货物”有具体规定。

2、非货币资产对外投资的企业所得税规定

财政部和国家税务总局于2013年12月2日联合发布《关于中国（上海）自由贸易试验区内企业以非货币性资产对外投资等资产重组行为有关企业所得税政策问题的通知》（以下简称“91号文”）。91号文对上海自贸区内注册的企业以非货币性资产对外投资等资产重组行为²产生的资产评估增值部分的企业所得税处理做出了规定：

(1) 递延纳税：注册在试验区内的企业，因非货币性资产对外投资等资产重组行为产生资产评估增值，据此确认的非货币性资产转让所得，可在不超过5年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额，按规定计算缴纳企业所得税；

(2) 长期股权投资和非货币资产的计税基础：企业以非货币性资产对外投资，其取得股权的计税基础应以非货币性资产的原计税基础为基础，加上每年计入的非货币性资产转让所得，逐年进行调整。被投资企业取得非货币性资产的计税基础，可以非货币性资产的公允价值确定；

(3) 备案程序：企业应于投资协议生效且完成资产实际交割并办理股权登记手续30日内，持相关资料向主管税务机关办理递延纳税备案登记手续。主管税务机关应对报送资料进行审核，在规定时间内将备案登记结果回复企业；

(4) 终止情形：企业在对外投资5年内转让上述股权、投资收回或注销的，应停止执行递延纳税政策，并将递延期内尚未计入的非货币性资产转让所得，在转让股权、投资收回或歇业当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税。

91号文中5年递延纳税的规定实际上是在上海自贸区内延续了原《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》（国税发[2000]118号）中的类似规定。

二、有待落实的税收政策

《总体方案》中的下列税收政策还有待于具体文件的出台：

(1) 《总体方案》规定对试验区内企业以股份或出资比例等股权形式给予企业高端人才和紧缺人才的奖励，实行已在中关村等地区试点的股权激励个人所得税分期纳税政策。但是，《财政部、国家税务总局关于中关村、东湖、张江国家自主创新示范区和合芜蚌自主创新综合试验区有关股权奖励个人所得税试点政策的通知》（财税[2013]15号）尚未涵盖上海自贸区。该股权激励个人所得税分期纳税政策如何在上海自贸区适用尚待进一步规定。

(2) 《总体方案》规定“完善启运港退税试点政策，适时研究扩大启运地、承运企业和运输工具等试点范围”。目前启运港退税试点政策主要依据《财政部、海关总署、国家税务总局关于在上海试行启运港退税政策的通知》（财税[2012]14号）和国家税务总局关于发布《启运港退（免）税管理办法》的公告（国家税务总局公告2012年第44号）的规定。启运港退税试点的适用范围是“从青岛、武汉（以下合称启运地）启运报关出口，并由上海浦海航运公司、中外运湖北有限责任公司承运，从水路转关直航运输经上海（以下称离境地）洋山保税港区（以下称离境港）离境的集装箱货物”。因此，启运港退税政策如何在上海自贸区适用有待进一步规定。

(3) 《总体方案》还规定“在符合税制改革方向和国际惯例，以及不导致利润转移和税基侵蚀的前提下，积极研究完善适应境外股权投资和离岸业务发展的税收政策”。境外股权投资和离岸业务发展的税收政策是一个比较新的提法。该原则性规定是否在上海自贸区进行税收政策的创新开辟了一个新的空间有待观察。

2 根据91号文，非货币性资产对外投资等资产重组行为，是指以非货币性资产出资设立或注入公司，限于以非货币性资产出资设立新公司和符合《财政部 国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59号）第一条规定的股权收购、资产收购。



业务领域

刘定发先生为君合律师事务所税务和公司业务合伙人, 在君合律师事务所上海分所工作。

专业经验

刘定发先生在大中华区有超过18年的专业工作经验。在2007年6月中旬加入君合律师事务所之前, 刘先生曾担任一美国律师事务所上海代表处的管理合伙人。刘先生还曾于1983年8月至1988年8月期间担任中国国家税务总局税务官员和主管涉外所得税政的副科长。

刘先生是一名中国税务和双边税收协定方面的专家, 可就中国各类税收及相关双边税收协定对客户在中国投资和商业运作所产生的影响向客户提供咨询意见。刘先生发表过多篇关于中国税收立法方面的文章, 现担任CCH中国税务动态杂志编辑委员会成员。

教育背景

美国圣母大学(University of Notre Dame); 法律博士 (1991年)
北京外国语大学; 语言文学学士 (1983年)

执业协会

刘先生为全美律师协会 (American Bar Association) 和国际律师协会 (International Bar Association) 会员。

语言

刘定发先生操流利的英语和普通话。



程虹律师是君合律师事务所上海分所的合伙人, 主要业务领域为并购、外商直接投资、公司业务、税法。她于2007年加入君合。在此之前, 程律师在两家国际知名律师事务所工作多年。程虹律师具有丰富的投资、公司业务和税法业务的经验。



杨后鲁律师是君合律师事务所北京办公室的税务律师。他是国际财政协会 (International Fiscal Association) 的会员, 并被任命为IFA2010年全球年会的中国报告人。在加入君合之前, 杨先生是知名的荷兰国际财政文献局 (International Bureau of Fiscal Documentation) 北京办公室的运营经理和高级研究员, 并曾在一家国际律师事务所的北京办公室以税务顾问身份工作。



齐霖律师于2011年毕业于上海财经大学, 获得法学学士学位及工商管理学学士学位; 于2012年毕业于美国南加州大学法学院, 获得法学硕士学位。同年加入君合律师事务所, 现在君合上海分所执业。

齐霖律师主要从事外商在华直接投资、海外上市公司反腐败审查、收购与兼并以及境内和双边税务问题等法律事务, 为国内外各类公司、企业提供法律及税务咨询服务。其主要业务范围包括: 参与外商投资企业的设立、变更、重组与清算; 收购与兼并; 中国税法、双边税收协定咨询等。

齐霖律师的工作语言为中文和英文。

家用汽车产品三包规定的主要变化与解读

张 雯 张 罡

从2004年国家质检总局起草汽车三包草案开始，历经多次意见征求，“难产”的三包政策终于登上了台面。2013年10月1日起实施的《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定》（“《三包规定》”）是中国汽车市场发展历程中的一件大事，对数亿中国汽车消费者而言，这是维护正当权益的一把利器，也是推动国内生产企业加快提升产品质量和售后服务水平的一种动力。

值得注意的是，虽然《三包规定》仅仅是由国家质检总局发布，法律地位并不是非常高，但是由于这是国内关于汽车市场退换货的第一部相关规定，将会产生重要的示范效应，社会关注度极高，谁轻视它，最后可能都要付出惨重的代价。

尽管从十几年前有关部门就开始酝酿汽车三包政策，相关条文更是历经400余次的修改完善，但由于在全世界范围内没有模板，国内的市场情况更是复杂难料，汽车三包在实施过程中肯定还会遇到非常多的困难。不管是执法部门还是生产企业、消费者，也包括公众舆论，对此应该有清醒的认识。随着更多配套法规、标准的出台，更多信息、技术平台的建立，很多看似困难的问题可能都会找到简便的解决办法。

一、《三包规定》的出台背景

在中国汽车业已经持续十年增长的态势下，旨在保证消费者权益的汽车三包规定却迟迟无法出台。早在2001年3月，国家质监局委托中国机械工业联合会开展了家用汽车三包规定的前期起草工作。2003年4月，国家质检总局邀请国家税务总局、交通部、国家工商总局、中国消协代表、消费者代表、法律专家和部分汽车生产、销售企业的代表对汽车三包规定中的一些关键条款进行讨论和修改。

2004年12月30日，国家质检总局就公布了《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定（草案）》（“《三包规定（草案）》”），在全国范围内征求意见。但是历经8年之久，该草案仍未能转正，始终处在“只听打雷、不见下雨”的尴尬境地。究其主要原因，汽车三包制度是关乎消费者、厂家、经销商利益的民生政策，也正是因为其关乎民生、关乎各方利益的政策，如何平衡厂家、经销商与消费者之间的利益关系，一直是三包政策制定中的一个敏感话题。需要介绍的是，《三包规定》的出台曾经历了如下几个关键时期：

1、2004年12月，国家质检总局起草了《三包规定（草案）》，当时汽车三包政策未能出台。

2、2010年10月，国家质检总局按照立法计划再次启动该立法项目。对汽车三包规定需要完善的事项，组织地方质监局、消费者协会、汽车行业协会、生产企业、汽车4S店和律师等各方面代表召开了3次研讨会。

3、2011年8月，国家质检总局在吉林省长春市召开研讨会，广泛听取了汽车生产企业对汽车三包规定的建议，得到汽车生产企业的广泛支持。

4、2011年9月，国家质检总局再次组织修订并发布了《三包规定》（第一次征求意见稿），在中国政府法制信息网和国家质检总局网站向社会公开征求意见，得到社会各界的普遍关注。

5、2011年10月，国家质检总局在北京召开了《三包规定》的立法听证会，进一步听取了社会各界的意见和建议。

6、2011年12月，国家质检总局组织汽车企业召开专题会，收集汽车企业的意见。

7、2012年1月，国家质检总局在认真研究各方面反馈意见的基础上，再次通过上述网站向社会公开征求对《三包规定》（第二次征求意见稿）的修改意见。

8、2012年5月，国家质检总局组织国内汽车合资企业召开专题会，收集合资企业的意见，并最终形成《三包规定》（送审稿）。

9、2012年8月，国家质检总局根据《规章制定程序条例》规定和国务院各有关部门提出的联合发布意见，将《三包规定》印送工业和信息化部及商务部，商请联合发布事宜。工业和信息化部及商务部复函不参与联合发布。

10、经与国家质检总局有关业务主管司（局）沟通，并向国家质检总局的局领导请示后，《三包规定》于2012年12月29日由国家质检总局的局领导签字并公布，自2013年10月1日起施行。

二、《三包规定》的主要条款解读

《三包规定》主要调整消费者为生活消费需要购买和使用乘用车之法律关系，以保护为生活消费需要购买和使用汽车产品的消费者的权益为主旨，主要是考虑到由于汽车产品技术复杂、信息不对称、消费者个体分散等原因，消费者在处理三包纠纷谈判中往往处于弱势。此外，企业、事业单位、政府机关为生产、公务等购买的汽车产品的三包责任不属于《三包规定》的调整范围，其三包责任可依据《产品质量法》等其他有关法律法规的规定和双方约定执行。

（一）在三包有效期内修理时间超过35天或者5次可换车

根据《三包规定》，三包有效期限是不低于2年或者是行驶里程5万公里，以先到者为准。

限时限次原则。在三包有效期内，因产品质量问题修理时间累积超过35天的，或者因同一产品质量问题累积修理超过5次的，消费者可以凭三包凭证、购车发票要求换车。

（二）在包修期内修理时间超过5天需提供备用车

根据《三包规定》，包修期限是不低于3年或者行驶里程6万公里，以先到者为准。如在包修期内出现产品质量问题，消费者可以要求免费修理（包括工时费和材料费）。值得注意的是，如果家用汽车产品经营者明示的包修期高于3年或者6万公里，必须依据该经营者的规定执行。

超时补偿原则。在包修期内，每次修理时间超过5天，应为消费者提供备用车或者给予合理的交通费用补偿。

（三）在三包有效期内更换或退货的条件限定

1、动力传输有限责任原则。家用汽车产品自销售者开具购车发票之日起60日内或者行驶里程3000公里之内（以先到者为准），发动机、变速器的主要零件出现质量问题的，消费者可以选择免费更换发动机、变速器。发动机、变速器的主要零件的种类范围由生产者明示在三包凭证上，其种类范围应当符合相关国家标准的规定。

2、缺陷列举原则。自开具购车发票之日起60日内或者行驶里程3000公里之内，可免费更换或退货的情形仅限于：转向系统失效、制动系统失效、车身开裂或燃油泄漏。

3、传动系统排除原则。家用汽车产品的传动系统出现质量问题，固然会影响车辆的正常使用或无法正常使用，但通常不会立即危害人身、财产安全，所以在上述期限内加以排除，消费者不可以因为传动系统的质量问题请求退货或者更换。

4、限次原则。在三包有效期内虽采用“先修理后退换”的原则，但因严重安全性能故障累计修理2次，发动机、变速器或其同一主要零件因质量问题累计更换2次，其他总成（转向系统、制动系统、悬挂系统、前/后桥、车身）的同一主要零件更换2次，仍不能正常使用，消费者可以选择更换或退货。

（四）消费者更换或者退货应支付因使用产品所产生的合理使用补偿

根据《三包规定》符合更换或者退货条件的，消费者应当支付因使用家用汽车产品所产生的合理使用补偿，销售者应当免费更换、退货的除外。

合理使用补偿费用的计算公式为： $[(\text{车价款}(\text{元}) \times \text{行驶里程}(\text{km})) / 1000] \times n$ 。使用补偿系数n由生产

者根据家用汽车产品使用时间、使用状况等因素在0.5%至0.8%之间确定，并在三包凭证中明示。家用汽车产品更换或者退货的，发生的税费按照国家有关规定执行。

（五）汽车“三包”凭证丢失可补办且不随所有权转移而改变

消费者遗失家用汽车产品三包凭证的，销售者、生产者应当在接到消费者申请后10个工作日内予以补办。消费者向销售者、生产者申请补办三包凭证后，可以根据《三包规定》继续享有相应权利。

根据《三包规定》更换家用汽车产品后，销售者、生产者应当向消费者提供新的三包凭证，家用汽车产品的包修期和三包有效期自更换之日起重新计算。在家用汽车产品的包修期和三包有效期内发生家用汽车产品所有权转移的，三包凭证应当随车转移，三包责任不因汽车所有权转移而改变。

（六）八种情形下三包责任免除

存在下列八种情形之一的，家用汽车产品的经营者将不承担三包责任：

1、易损耗零部件超出生产者明示的质量保证期出现产品质量问题的；

2、在家用汽车产品包修期和三包有效期内，无有效发票和三包凭证的；

3、消费者所购家用汽车产品已被书面告知存在瑕疵的；

4、家用汽车产品用于出租或者其他营运目的的；

5、使用说明书中明示不得改装、调整、拆卸，但消费者自行改装、调整、拆卸而造成损坏的；

6、发生产品质量问题，消费者自行处置不当而造成损坏的；

7、因消费者未按照使用说明书要求正确使用、维护、修理产品而造成损坏的；

8、因不可抗力造成损坏的。

（七）出现争议可通过协商、调解、申诉、仲裁、起诉等方式解决

如因家用汽车产品三包责任发生争议的，消费者可以与经营者协商解决，可以依法向各级消费者权益保护组织等第三方社会中介机构请求调解解决，可以依法向质量技术监督部门等有关行政部门申诉进行处理。

家用汽车产品三包责任争议双方不愿通过协商、调解解决或者协商、调解无法达成一致的，可以根据协议申请仲裁，也可以依法向人民法院起诉。

（八）违反规定最高可处3万元罚款

违反《三包规定》且构成有关法律法規规定的违法行为的，依法予以处罚；未构成有关法律法規规定的违法行为的，予以警告，责令限期改正；情节严重的，最高可处3万元罚款。

未根据《三包规定》承担三包责任的，责令改正，并依法向社会公布。《三包规定》规定的行政处罚，由县级以上质量技术监督部门等部门在职权范围内依法实施，并将违法行为记入质量信用档案。

《三包规定》涉及的有关信息系统以及信息公开和管理、生产者信息备案、三包责任争议处理技术咨询人员库管理等具体要求由国家质检总局另行规定。

（九）易损件的质保期限依从企业规定和国家标准

家用汽车产品的易损耗零部件在其质量保证期内出

现产品质量问题的，消费者可以选择免费更换易损耗零部件。

根据与《三包规定》配套的国家标准—《家用汽车产品三包主要零件种类范围与三包凭证》的规定，轮胎、灯泡、蓄电池等零部件被列入易损耗零部件种类范围，其质量保证期将会明示在三包凭证上，且应该符合国家相关标准或规定。

（十）四个另行规定

1、家用汽车产品自销售者开具购车发票之日起60日内或者行驶里程3000公里之内（以先到者为准），发动机、变速器的主要零件出现产品质量问题的，消费者可以选择免费更换发动机、变速器。发动机、变速器的主要零件的种类范围由生产者明示在三包凭证上，其种类范围应当符合国家相关标准或者规定，具体要求由国家质检总局另行规定。

2、家用汽车产品的易损耗零部件在其质量保证期内出现产品质量问题的，消费者可以选择免费更换易损耗零部件。易损耗零部件的种类范围及其质量保证期由生产者明示在三包凭证上。生产者明示的易损耗零部件的种类范围应当符合国家相关标准或者规定，具体要求由国家质检总局另行规定。

3、转向系统、制动系统、悬架系统、前/后桥、车身的主要零件由生产者明示在三包凭证上，其种类范围应当符合国家相关标准或者规定，具体要求由国家质检总局另行规定。

4、《三包规定》涉及的有关信息系统以及信息公开和管理、生产者信息备案、三包责任争议处理技术咨询人员库管理等具体要求由国家质检总局另行规定。

三、新旧《三包规定》条文对照表

2004年《三包规定(草案)》 (划线处为2012年修改删除的内容)	2012年《三包规定》 (黑体字为2012年修改或者增加的内容)
第一章 总则	第一章 总则
<p>第一条 为提高产品质量,保护家用汽车产品消费者的合法权益,明确家用汽车产品销售商、制造商、修理商的修理、更换、退货(以下称三包)责任,根据《中华人民共和国产品质量法》及有关法律法规,制定本规定。</p>	<p>第一条 为了保护家用汽车产品消费者的合法权益,明确家用汽车产品修理、更换、退货(以下简称三包)责任,根据有关法律法规,制定本规定。</p>
<p>第二条 本规定所称家用汽车产品,是指《汽车和挂车类型的术语和定义》(GB/T3730.1)国家标准规定的家用乘用车,包括普通乘用车、活顶乘用车、高级乘用车、小型乘用车、敞篷车、仓背乘用车、短头乘用车以及旅行车、多用途乘用车、越野乘用车(以下统称汽车产品)。</p>	(参见第四十三条)
<p>第三条 在中华人民共和国境内汽车销售商、制造商、进口商、修理商,销售、生产、进口、修理汽车产品的,应当遵守本规定。</p> <p>汽车产品的销售商、制造商、修理商应当保证汽车产品符合使用性能、安全性能要求;并按照本规定承担汽车产品三包责任。</p> <p>汽车产品的使用性能、安全性能以产品的国家标准、行业标准为依据;没有国家标准、行业标准的,以产品的企业标准和使用说明等明示的质量状况为依据;产品的企业标准和使用说明等明示的质量状况高于国家标准、行业标准的,以汽车产品的企业标准和使用说明等明示的质量状况为依据。</p>	<p>第二条 在中华人民共和国境内生产、销售的家用汽车产品的三包,适用本规定。</p>
<p>第四条 未列入本规定的汽车产品,其修理、更换、退货,按照《中华人民共和国产品质量法》等法律法规,以及销售商、制造商、进口商、修理商对消费者的承诺或者约定执行。</p>	
<p>第五条 汽车产品实行谁销售谁负责三包的原则。对于在三包有效期内出现的产品质量问题,消费者与销售商或者修理商、制造商按照本规定的要求解决。</p> <p>销售商与供货商、制造商、修理商之间订立的合同,不得免除其依照法律、法规和本规定应当向消费者承担的三包责任。</p>	<p>第四条 本规定所称三包责任由销售者依法承担。销售者依照规定承担三包责任后,属于生产者的责任或者属于其他经营者的责任的,销售者有权向生产者、其他经营者追偿。</p> <p>家用汽车产品经营者之间可以订立合同约定三包责任的承担,但不得侵害消费者的合法权益,不得免除本规定所规定的三包责任和质量义务。</p>

<p>第六条 本规定所称消费者是指为消费需要购买汽车产品的自然人。</p> <p>本规定所称制造商是指制造、装配汽车产品并以其名义颁发产品合格证的企业。制造商自行销售汽车产品的视同本规定中的销售商。汽车产品的进口商视同制造商。</p> <p>本规定所称供货商是指向销售商提供汽车产品的企业。</p> <p>本规定所称销售商是指以其名义向消费者直接交付汽车产品并收取货款、开具发票的单位或者个人。</p> <p>本规定所称修理商是指与制造商、销售商订立代理修理合同，在整车三包有效期内，为消费者免费提供维护、修理的单位或者个人。</p>	<p>(参见第四十三条)</p>
<p>第七条 本规定是销售商、制造商、修理商向消费者承担三包责任的基本要求。本规定不免除销售商、制造商、修理商承诺的比本规定更有利于消费者的三包责任，承诺作为明示担保，应当依法履行，否则应依法承担责任。</p>	<p>第三条 本规定是家用汽车产品三包责任的基本要求。鼓励家用汽车产品经营者做出更有利于维护消费者合法权益的严于本规定的三包责任承诺；承诺一经作出，应当依法履行。</p>
	<p>第五条 家用汽车产品消费者、经营者行使权利、履行义务或者承担责任，应当遵循诚实信用原则，不得恶意欺诈。</p> <p>家用汽车产品经营者不得故意拖延或者无正当理由拒绝消费者提出的符合本规定的三包责任要求。</p>
	<p>第六条 国家质量监督检验检疫总局（以下简称国家质检总局）负责本规定实施的协调指导和监督管理；组织建立家用汽车产品三包信息公开制度，并可以依法委托相关机构建立家用汽车产品三包信息系统，承担有关信息管理工作。</p> <p>地方各级质量技术监督部门负责本行政区域内本规定实施的协调指导和监督管理。</p>
	<p>第七条 各有关部门、机构及其工作人员对履行规定职责所知悉的商业秘密和个人信息依法负有保密义务。</p>
<p>第二章 销售商的义务</p>	<p>第三章 销售者义务</p>
<p>第八条 销售商应当销售经制造商检验合格的产品，同时认真执行进货检查验收制度。汽车产品经过修复，或者办理过任何购车手续的，销售商应当向消费者明示。</p>	<p>第十一条 销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明家用汽车产品合格证等相关证明和其他标识。</p>
<p>第九条 在制造商未设立或者未指定修理商的地域，销售商应当通过与有关维修商签定代理修理合同，为其销售的汽车产品按本规定向消费者负责提供维护、修理。</p>	
<p>第十条 销售商销售汽车产品时，应当如实告知消费者以下内容：</p> <p>(一) 汽车产品结构、配置、性能、产地；</p> <p>(二) 汽车产品已行驶的里程；</p> <p>(三) 汽车产品三包承诺的具体内容。</p>	

<p>第十一条 销售商向消费者交付汽车产品时，应当符合下列要求：</p> <p>（一）当面检验汽车产品（包括外观、内饰及可检验功能）并试车；</p> <p>（二）提供发票、三包凭证、产品合格证、中文产品使用说明书及其它随车文件；</p> <p>（三）明示汽车产品三包有效期和三包方式；</p> <p>（四）提供修理商名单、地址和联系电话，并不得限制消费者在上述修理商名单中选择修理商；</p> <p>（五）按随车文件向消费者交清随车工具、附件、备件；</p> <p>（六）在三包凭证上填写销售商有关信息；</p> <p>（七）提醒消费者认真阅读安全注意事项，并按产品使用说明书的要求使用、维护；</p> <p>对于进口汽车产品，还应当提供海关出具的《货物进口证明书》和检验检疫机构出具的《进口机动车辆随车检验单》。</p>	<p>第十二条 销售者销售家用汽车产品，应当符合下列要求：</p> <p>（一）向消费者交付合格的家用汽车产品以及发票；</p> <p>（二）按照随车物品清单等随车文件向消费者交付随车工具、备件等物品；</p> <p>（三）当面查验家用汽车产品的外观、内饰等现场可查验的质量状况；</p> <p>（四）明示并交付产品使用说明书、三包凭证、维修保养手册等随车文件；</p> <p>（五）明示家用汽车产品三包条款、包修期和三包有效期；</p> <p>（六）明示由生产者约定的修理者名称、地址和联系电话等修理网点资料，但不得限制消费者在上述修理网点中自主选择修理者；</p> <p>（七）在三包凭证上填写有关销售信息；</p> <p>（八）提醒消费者阅读安全注意事项、按产品使用说明书的要求进行使用和维护保养。</p> <p>对于进口家用汽车产品，销售者还应当明示并交付海关出具的货物进口证明和出入境检验检疫机构出具的进口机动车辆检验证明等资料。</p>
<p>第十二条 销售商应当受理并妥善处理消费者的咨询、查询、投诉。</p>	
<p>第十三条 销售商不得销售不符合法定标识要求的汽车产品，不得以不合格产品冒充合格产品。</p>	
<p>第三章 修理商的义务</p>	<p>第四章 修理者义务</p>
<p>第十四条 修理商应当具有交通行政主管部门核发的相关资格证书，并应当具备必要的服务场所、设施、设备、维修工艺技术文件和专业人员。</p>	
<p>第十五条 修理商应当与制造商或者销售商订立代理修理合同。代理修理合同应当约定制造商或者销售商提供技术资料、技术培训、维修用零部件、维修费、备用车、拖运费及补偿费等。</p>	
<p>第十六条 修理商应当严格执行维护和修理用总成、零部件的进货检查验收制度。</p> <p>修理商用于维护和修理的总成、零部件应当是制造商提供或者认可，并检验合格的新的装车件。</p> <p>在整车三包有效期内，修理商应当为消费者提供不少于两次的免费维护，具体维护内容应当按照制造商提供的使用说明书的规定进行。</p>	<p>第十五条 用于家用汽车产品修理的零部件应当是生产者提供或者认可的合格零部件，且其质量不低于家用汽车产品生产装配线上的产品。</p>

<p>第十七条 修理商应当建立并执行汽车产品的维护和修理记录存档制度。消费者有权查阅本人产品的维护和修理记录。</p>	
<p>第十八条 修理商应当认真、完整、真实地填写维护和修理记录。维护和修理记录内容应当包括送修时间、行驶里程、送修症状、检查结果、维护和修理项目（此项需消费者确认）、更换的总成、零部件名称和编号、材料费和工时，以及拖运费、提供备用车或者补偿费、交车时间、修理商和消费者签名等。</p> <p>维护和修理记录应一式3份，分别由消费者、制造商、修理商保存。</p> <p>提供给消费者的维护和修理记录应当以书面形式表达。</p> <p>修理商应当在向消费者交车时，当面交接验收、核对，并向消费者提供维护和修理记录。</p>	<p>第十三条 修理者应当建立并执行修理记录存档制度。书面修理记录应当一式两份，一份存档，一份提供给消费者。</p> <p>修理记录内容应当包括送修时间、行驶里程、送修问题、检查结果、修理项目、更换的零部件名称和编号、材料费、工时和工时费、拖运费、提供备用车的信息或者交通费用补偿金额、交车时间、修理者和消费者签名或者盖章等。</p> <p>修理记录应当便于消费者查阅或者复制。</p>
<p>第十九条 在整车三包有效期内，汽车产品发生因产品质量问题而产生的故障无法行驶或者不能正常行驶时，修理商应当提供电话咨询服，开展现场维修服务，或者承担合理的车辆拖运费。</p>	<p>第十六条 在家用汽车产品包修期和三包有效期内，家用汽车产品出现产品质量问题或者严重安全性能故障而不能安全行驶或者无法行驶的，应当提供电话咨询维修服务；电话咨询服无法解决的，应当开展现场维修服务，并承担合理的车辆拖运费。</p>
<p>第二十条 修理商应当保持维护和修理所需的零部件、总成的合理储备，确保维护和修理工作的正常进行，避免因缺少零部件、总成而延误维护、修理时间。</p>	<p>第十四条 修理者应当保持修理所需要的零部件的合理储备，确保修理工作的正常进行，避免因缺少零部件而延误修理时间。</p>
<p>第四章 制造商的义务</p>	<p>第二章 生产者义务</p>
<p>第二十一条 制造商应当严格执行出厂检验制度，未经检验合格的产品，不得出厂。</p>	<p>第八条 生产者应当严格执行出厂检验制度；未经检验合格的家用汽车产品，不得出厂销售。</p>
<p>第二十二条 制造商生产、销售的产品应当具有产品合格证、中文产品使用说明书、三包凭证等随车文件，其中：</p> <p>（一）产品使用说明书应当按照国家标准GB9969.1《工业产品使用说明总则》；GB5296.1《消费品使用说明总则》规定的要求编写。</p> <p>汽车产品所具有的使用性能、安全性能，未列入国家标准、行业标准及企业标准的，其技术性能指标、工作条件、工作环境应当明确在使用说明书中。</p> <p>（二）在随车文件中应有随车提供的工具、附件、备件等物品清单。</p> <p>（三）汽车产品三包凭证应当包括产品名称、规格、型号、发动机编号、车辆识别代码（VIN）、产品合格证编号；制造商名称、邮政编码、地址、客户服务电话；销售商名称、地址、邮政编码、电话、销售日期；修理商名称、地址、邮政编码、电话；三包项目、有效期等内容。</p>	<p>第十条 家用汽车产品应当具有中文的产品合格证或者相关证明以及产品使用说明书、三包凭证、维修保养手册等随车文件。</p> <p>产品使用说明书应当符合消费品使用说明等国家标准规定的要求。家用汽车产品所具有的使用性能、安全性能在相关标准中没有规定的，其性能指标、工作条件、工作环境等要求应当在产品使用说明书中明示。</p> <p>三包凭证应当包括以下内容：产品品牌、型号、车辆类型规格、车辆识别代号（VIN）、生产日期；生产者名称、地址、邮政编码、客服电话；销售者名称、地址、邮政编码、电话等销售网点资料、销售日期；修理者名称、地址、邮政编码、电话等修理网点资料或者相关查询方式；家用汽车产品三包条款、包修期和三包有效期以及按照规定要求应当明示的其他内容。</p> <p>维修保养手册应当格式规范、内容实用。</p> <p>随车提供工具、备件等物品的，应附有随车物品清单。</p>

<p>第二十三条 制造商应向修理商提供中文技术资料，用于指导维护和修理。</p>	
<p>第二十四条 制造商应当在省区范围内建立与其销售量相适应的具有相关资格证书的维修网点，与修理商签订代理修理合同，约定汽车产品三包、维护、修理服务、损失赔偿等有关的事项。</p> <p>制造商应向国家质量监督检验检疫总局（以下简称：国家质检总局）缺陷产品管理中心备案维修网点资料及三包凭证等。</p>	<p>第九条 生产者应当向国家质检总局备案生产者基本信息、车型信息、约定的销售和修理网点资料、产品使用说明书、三包凭证、维修保养手册、三包责任争议处理和退换车信息等家用汽车产品三包有关信息，并在信息发生变化时及时更新备案。</p>
<p>第二十五条 制造商应当保证汽车产品停产后五年内继续提供修理零部件。</p>	
<p>第二十六条 制造商应当妥善处理消费者的直接或间接查询、投诉，并提供服务。</p>	
<p>第五章 汽车产品三包责任</p>	<p>第五章 三包责任</p>
<p>第二十七条 汽车产品的三包有效期包括整车三包有效期，主要总成、系统和损耗件三包有效期。三包有效期自销售商开具购车发票之日起计算。</p> <p>整车三包有效期为2年或者40000公里，以先达到者为准；主要总成和系统（见附件2、附件3）三包有效期为3年或者60000公里，以先达到者为准；损耗件（见附件1）及其它零部件三包有效期达不到整车三包有效期的，由制造商明示在三包凭证或者产品使用说明书上。</p>	<p>第十七条 家用汽车产品包修期限不低于3年或者行驶里程60,000公里，以先到者为准；家用汽车产品三包有效期限不低于2年或者行驶里程50,000公里，以先到者为准。家用汽车产品包修期和三包有效期自销售者开具购车发票之日起计算。</p>
<p>第二十八条 在三包有效期内，汽车产品出现质量问题，消费者凭三包凭证在指定的或者约定的修理商处办理免费修理（包括工时费和材料费）。符合本规定更换、退货条件，消费者要求更换或者退货的，凭三包凭证、维护和修理记录、购车发票办理更换、退货；因质量问题和修理、更换、退货给消费者造成损失，销售商、制造商、修理商应当负责赔偿相应的损失。</p> <p>质量问题是指汽车产品出现影响正常使用，或者无法正常使用，或者影响安全，或者产品质量与法律法规、标准以及企业明示的质量状况不符合的情况。</p>	<p>第十八条 在家用汽车产品包修期内，家用汽车产品出现产品质量问题，消费者凭三包凭证由修理者免费修理（包括工时费和材料费）。</p> <p>家用汽车产品自销售者开具购车发票之日起60日内或者行驶里程3000公里之内（以先到者为准），发动机、变速器的主要零件出现产品质量问题的，消费者可以选择免费更换发动机、变速器。发动机、变速器的主要零件的种类范围由生产者明示在三包凭证上，其种类范围应当符合国家相关标准或者规定，具体要求由国家质检总局另行规定。（参见第二十条第二款）</p> <p>家用汽车产品的易损耗零部件在其质量保证期内出现产品质量问题的，消费者可以选择免费更换易损耗零部件。易损耗零部件的种类范围及其质量保证期由生产者明示在三包凭证上。生产者明示的易损耗零部件的种类范围应当符合国家相关标准或者规定，具体要求由国家质检总局另行规定。</p> <p>（另见第二十条第一款、第四十三条）</p>
<p>第二十九条 丢失三包凭证或者购车发票，但能够证明所购汽车产品在三包有效期内的，消费者向制造商申请补办三包凭证后，仍依照本规定享受修理、更换、退货权利。销售商、制造商有积极协助办理的义务，并在接到消费者申请后10个工作日内予以补办。</p>	<p>（参见第二十七条第一款）</p>

<p>第三十条 产品售出后30天之内，出现因产品质量问题而产生的车架开裂、制动系统失灵、转向系统失灵、燃油泄漏等严重安全性能故障，或者变速器、发动机发生附件二主要总成或者零部件需维修或者更换的质量问题的，消费者可以选择退货、更换、修理。如果消费者选择退货的，销售商应当负责免费退货。</p> <p>在整车三包有效期内，因严重安全性能故障累计进行了2次修理，安全性能故障仍未排除；或者附件二所列总成因产品质量问题，累计更换总成2次后，仍不能正常使用的；或者附件三所列系统的同一总成或者零部件因产品质量问题，更换2次后，仍不能正常使用的，销售商应当负责为消费者退货。</p> <p>本规定所称严重安全性能故障是指汽车产品存在危及生命安全的质量问题，这种问题使消费者无法正常操纵控制汽车，或者使汽车产品存在起火等危险情况。</p>	<p>第二十条 在家用汽车产品三包有效期内，符合本规定更换、退货条件的，消费者凭三包凭证、购车发票等由销售者更换、退货。</p> <p>家用汽车产品自销售者开具购车发票之日起60日内或者行驶里程3000公里之内（以先到者为准），家用汽车产品出现转向系统失效、制动系统失效、车身开裂或者燃油泄漏，消费者选择更换家用汽车产品或者退货的，销售者应当负责免费更换或者退货。（参见第十八条第二款）</p> <p>在家用汽车产品三包有效期内，发生下列情况之一，消费者选择更换或者退货的，销售者应当负责更换或者退货：</p> <p>（一）因严重安全性能故障累计进行了2次修理，严重安全性能故障仍未排除或者又出现新的严重安全性能故障的；</p> <p>（二）发动机、变速器累计更换2次后，或者发动机、变速器的同一主要零件因其质量问题，累计更换2次后，仍不能正常使用的，发动机、变速器与其主要零件更换次数不重复计算；</p> <p>（三）转向系统、制动系统、悬架系统、前/后桥、车身的同一主要零件因其质量问题，累计更换2次后，仍不能正常使用的；</p> <p>转向系统、制动系统、悬架系统、前/后桥、车身的主要零件由生产者明示在三包凭证上，其种类范围应当符合国家相关标准或者规定，具体要求由国家质检总局另行规定。</p> <p>（另见第四十三条）</p>
<p>第三十一条 在整车三包有效期内，因产品质量问题修理占用时间累计不得超过35日；超过35日的，或者同一质量问题累计修理5次后，又出现质量问题的，消费者凭三包凭证、维护和修理记录、购车发票，由销售商负责更换同品牌型号整车，消费者接受更换时应向销售商支付相应的合理使用补偿。</p> <p>修理占用时间的计算自消费者送修之时起，至交车之时止。1次修理占用时间不足24小时的，以1日计。</p>	<p>第二十一条 在家用汽车产品三包有效期内，因产品质量问题修理时间累计超过35日的，或者因同一产品质量问题累计修理超过5次的，消费者可以凭三包凭证、购车发票，由销售者负责更换。</p> <p>下列情形所占用的时间不计入前款规定的修理时间：</p> <p>（一）需要根据车辆识别代号（VIN）等定制的防盗系统、全车线束等特殊零部件的运输时间；特殊零部件的种类范围由生产者明示在三包凭证上；</p> <p>（二）外出救援路途所占用的时间。</p> <p>（另见第二十二条）</p>
<p>第三十二条 在三包有效期内，因汽车产品质量问题不能正常行驶或者不能行驶的，修理商应当提供现场修理，或者提供合理的拖运费。每次修理占用时间（包括等待维修备用件时间）超过2日的，修理商应当负责为消费者提供备用车，或者由修理商与消费者协商后给予消费者合理的交通费用补偿。</p>	<p>第十九条 在家用汽车产品包修期内，因产品质量问题每次修理时间（包括等待修理备用件时间）超过5日的，应当为消费者提供备用车，或者给予合理的交通费用补偿。</p> <p>修理时间自消费者与修理者确定修理之时起，至完成修理之时止。一次修理占用时间不足24小时的，以1日计。</p>

<p>第三十三条 在损耗件三包有效期内，损耗件出现质量问题，修理商应当负责免费为消费者负责更换。</p>	<p>(参见第十八条第三款)</p>
<p>第三十四条 在整车三包有效期内，符合本规定换货条件的，因销售商无同品牌型号整车的，应当更换不低于原车配置的同品牌整车。无同品牌型号整车，也无不低于原车配置的同品牌整车，消费者要求退货的，销售商应当负责为消费者按发票价格退货，消费者接受更换、退货时应向销售商支付相应的合理使用补偿。</p>	<p>第二十二条 在家用汽车产品三包有效期内，符合更换条件的，销售者应当及时向消费者更换新的合格的同品牌同型号家用汽车产品；无同品牌同型号家用汽车产品更换的，销售者应当及时向消费者更换不低于原车配置的家用汽车产品。</p> <p>第二十三条 在家用汽车产品三包有效期内，符合更换条件，销售者无同品牌同型号家用汽车产品，也无不低于原车配置的家用汽车产品向消费者更换的，消费者可以选择退货，销售者应当负责为消费者退货。</p>
<p>第三十五条 换货时，销售商应当向消费者提供新的合格的汽车产品，并提供新的三包凭证。更换后的三包有效期自更换之日起重新计算。</p>	<p>第二十七条 消费者遗失家用汽车产品三包凭证的，销售者、生产者应当在接到消费者申请后10个工作日内予以补办。消费者向销售者、生产者申请补办三包凭证后，可以依照本规定继续享有相应权利。</p> <p>按照本规定更换家用汽车产品后，销售者、生产者应当向消费者提供新的三包凭证，家用汽车产品包修期和三包有效期自更换之日起重新计算。</p> <p>在家用汽车产品包修期和三包有效期内发生家用汽车产品所有权转移的，三包凭证应当随车转移，三包责任不因汽车所有权转移而改变。</p>
<p>第三十六条 按照本规定换货的，销售商应当自消费者要求换货之日起15个工作日内向消费者出具更换整车证明。消费者按《中华人民共和国机动车登记办法》凭更换整车证明等资料办理变更车辆登记等事宜，同时按国家税务总局关于车辆购置税有关规定，凭更换整车证明、更换的新车发票及原车车辆购置税原始完税凭证办理车辆购置税变更手续。更换整车时，所发生的国家规定的有关税费由销售商承担。</p>	<p>第二十四条 在家用汽车产品三包有效期内，符合更换条件的，销售者应当自消费者要求换货之日起15个工作日内向消费者出具更换家用汽车产品证明。</p> <p>在家用汽车产品三包有效期内，符合退货条件的，销售者应当自消费者要求退货之日起15个工作日内向消费者出具退车证明，并负责为消费者按发票价格一次性退清货款。</p> <p>家用汽车产品更换或者退货的，应当按照有关法律法规规定办理车辆登记等相关手续。</p>
<p>第三十七条 按照本规定退货的，销售商应当负责为消费者按发票价格一次退清货款（贷款购车的，销售商应当按合同约定一次退清货款），但消费者应支付因使用该车所产生的相应的合理使用补偿。同时，销售商应当自消费者要求退货之日起，15个工作日内向消费者出具退车证明。消费者按《国家税务总局关于车辆购置税有关问题的通知》（国税发[2002]118号）的有关规定，凭退车证明和车辆购置税原始完税凭证办理车辆购置税退税。</p>	<p>第二十五条 按照本规定更换或者退货的，消费者应当支付因使用家用汽车产品所产生的合理使用补偿，销售者依照本规定应当免费更换、退货的除外。</p> <p>合理使用补偿费用的计算公式为：$[(\text{车价款} (\text{元}) \times \text{行驶里程} (\text{km})) / 1000] \times n$。使用补偿系数n由生产者根据家用汽车产品使用时间、使用状况等因素在0.5%至0.8%之间确定，并在三包凭证中明示。</p> <p>家用汽车产品更换或者退货的，发生的税费按照国家有关规定执行。</p>
<p>第三十八条 按照本规定第三十条第二款、第三十一条第一款和第三十四条对整车更换或者退货时，消费者应向销售商支付的合理使用补偿费用的计算公式为：$[(\text{车价款} (\text{元}) \times \text{行驶里程} (\text{Km})) / 1000] \times n\%$。使用补偿系数n由制造商在0.5至1之间确定，并在三包凭证中明示。</p>	<p>第二十五条 按照本规定更换或者退货的，消费者应当支付因使用家用汽车产品所产生的合理使用补偿，销售者依照本规定应当免费更换、退货的除外。</p> <p>合理使用补偿费用的计算公式为：$[(\text{车价款} (\text{元}) \times \text{行驶里程} (\text{km})) / 1000] \times n$。使用补偿系数n由生产者根据家用汽车产品使用时间、使用状况等因素在0.5%至0.8%之间确定，并在三包凭证中明示。</p> <p>家用汽车产品更换或者退货的，发生的税费按照国家有关规定执行。</p>

<p>第三十九条 在整车三包有效期内，销售者应当自消费者要求更换、退货之日起10个工作日内，提出答复意见。超过15个工作日未答复，或者符合本规定更换、退货条件而答复意见不符合本规定的，或者未按本规定负责更换、退货的，视为故意拖延或者无理拒绝。</p>	<p>第二十六条 在家用汽车产品三包有效期内，消费者书面要求更换、退货的，销售者应当自收到消费者书面要求更换、退货之日起10个工作日内，作出书面答复。逾期未答复或者未按本规定负责更换、退货的，视为故意拖延或者无正当理由拒绝。</p>
<p>(参见第四十四条)</p>	<p>第二十八条 经营者破产、合并、分立、变更的，其三包责任按照有关法律法规规定执行。</p>
<p style="text-align: center;">第六章 免责规定</p>	<p style="text-align: center;">第六章 三包责任免除</p>
	<p>第二十九条 易损耗零部件超出生产者明示的质量保证期出现产品质量问题的，经营者可以不承担本规定所规定的家用汽车产品三包责任。</p>
<p>第四十条 销售商、制造商、修理商能够证明发生下列情况之一的，不承担三包责任，但应当提供合理的收费修理：</p> <p>(一) 汽车产品用于出租、<u>租赁</u>或者其他运营目的的；</p> <p>(二) 无有效发票和三包凭证，又不能证明其所购汽车产品在三包有效期内的；</p> <p>(三) 发票或者三包凭证上的产品品牌、型号、车辆识别代码(VIN)与要求三包的整车产品的品牌、型号、车辆识别代码(VIN)不符的。</p>	<p>第三十条 在家用汽车产品包修期和三包有效期内，存在下列情形之一的，经营者对所涉及产品质量问题，可以不承担本规定所规定的三包责任：</p> <p>(一) 消费者所购家用汽车产品已被书面告知存在瑕疵的；</p> <p>(二) 家用汽车产品用于出租或者其他营运目的的；</p> <p>(三) 使用说明中明示不得改装、调整、拆卸，但消费者自行改装、调整、拆卸而造成损坏的；</p> <p>(四) 发生产品质量问题，消费者自行处置不当而造成损坏的；</p> <p>(五) 因消费者未按照使用说明要求正确使用、维护、修理产品，而造成损坏的；</p> <p>(六) 因不可抗力造成损坏的。</p> <p>第三十一条 在家用汽车产品包修期和三包有效期内，无有效发票和三包凭证的，经营者可以不承担本规定所规定的三包责任。</p>
<p>第四十一条 发生下列情形之一的，销售商、制造商、修理商能够证明不是由于产品质量原因造成的，对于所涉及部分，不承担三包责任，但应当提供合理的收费修理：</p> <p>(一) 消费者<u>购车时</u>，以书面形式被告知汽车产品存在瑕疵的部分；</p> <p>(二) 因消费者未正确使用、维护、修理产品，而造成损坏的部分；</p> <p>(三) 使用说明中明示不得改装、调整、拆卸的，因消费者自行改装、调整、拆卸造成损坏的部分；</p> <p>(四) 非因产品质量原因发生交通事故而造成损坏的部分；</p> <p>(五) 发生故障后，消费者自行处置不当，造成损坏的部分；</p> <p>(六) 因不可抗力造成损坏的部分。</p>	<p style="text-align: center;">第七章 争议的处理</p>
<p>第四十二条 销售商承担三包责任后，可以依据与制造商、供货商之间订立的书面产品买卖合同或者相关法律规定，向制造商、供货商追偿。</p> <p>制造商或者销售商与修理商订立代理修理合同，因修理商原因给消费者造成损失，制造商或者销售商承担三包责任后，依照代理修理合同向修理商追偿。</p>	<p>(参见第四条)</p>

<p>第四十三条 在三包有效期内，进口商按本规定向消费者承担三包责任后，凭检验检疫机构出具的检验证书，向境外供货商追偿。</p>	
<p>第四十四条 销售商、修理商、制造商破产、兼并、分立、变更的，其三包责任按国家有关法律、法规执行。</p>	<p>(参见第二十八条)</p>
<p>第四十五条 消费者因产品三包问题与销售商、制造商、修理商发生争议时，可向当地质量技术监督部门指定的投诉处理机构或者消费者组织申请调解，必要时向国家质检总局缺陷产品管理中心申请调解。上述机构或者组织应当积极受理。</p> <p>当地质量投诉处理机构、消费者组织应当将受理的投诉信息按规定格式向国家质检总局缺陷产品管理中心反馈。</p> <p>上述机构或者组织在受理和调解争议过程中发生的费用由争议双方根据责任承担。</p>	<p>第三十二条 家用汽车产品三包责任发生争议的，消费者可以与经营者协商解决；可以依法向各级消费者权益保护组织等第三方社会中介机构请求调解解决；可以依法向质量技术监督部门等有关行政部门申诉进行处理。</p> <p>家用汽车产品三包责任争议双方不愿通过协商、调解解决或者协商、调解无法达成一致的，可以根据协议申请仲裁，也可以依法向人民法院起诉。</p>
<p>第四十六条 销售商、制造商、修理商未按本规定承担三包责任的，消费者可向产品质量监督管理部门质量申诉处理机构申诉，由产品质量监督管理部门责令改正。</p> <p>消费者与修理商因修理汽车产品发生争议，可向交通行政主管部门申请调解，交通行政主管部门应当积极受理。</p> <p>销售商、制造商、修理商对消费者提出的修理、更换、退货要求故意拖延或者无理拒绝的，由产品质量监督管理部门、交通行政主管部门依据有关法律、法规的规定给予行政处罚，并予以公告。</p>	<p>第三十三条 经营者应当妥善处理消费者对家用汽车产品三包问题的咨询、查询和投诉。</p> <p>经营者和消费者应积极配合质量技术监督部门等有关行政部门、有关机构等对家用汽车产品三包责任争议的处理。</p> <p>第三十四条 省级以上质量技术监督部门可以组织建立家用汽车产品三包责任争议处理技术咨询人员库，为争议处理提供技术咨询；经争议双方同意，可以选择技术咨询人员参与争议处理，技术咨询人员咨询费用由双方协商解决。</p> <p>经营者和消费者应当配合质量技术监督部门家用汽车产品三包责任争议处理技术咨询人员库建设，推荐技术咨询人员，提供必要的技术咨询。</p>
<p>第四十七条 消费者因三包问题与销售商、制造商、修理商发生纠纷，可以依照《中华人民共和国仲裁法》的规定，与销售商、制造商、修理商达成仲裁协议，向仲裁机构申请裁决，没有仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉。</p>	<p>第三十五条 质量技术监督部门处理家用汽车产品三包责任争议，按照产品质量申诉处理有关规定执行。</p>
<p>第四十八条 需要进行质量检验或者鉴定的，可以委托依法设立并被授权的国家汽车产品质量检验机构或者省级以上质量技术监督部门指定的鉴定组织单位，进行质量检测或者鉴定。</p>	<p>第三十六条 处理家用汽车产品三包责任争议，需要对相关产品进行检验和鉴定的，按照产品质量仲裁检验和产品质量鉴定有关规定执行。</p>
	<p style="text-align: center;">第八章 罚则</p>
	<p>第三十七条 违反本规定第九条规定的，予以警告，责令限期改正，处1万元以上3万元以下罚款。</p>
	<p>第三十八条 违反本规定第十条规定，构成有关法律、法规规定的违法行为的，依法予以处罚；未构成有关法律、法规规定的违法行为的，予以警告，责令限期改正；情节严重的，处1万元以上3万元以下罚款。</p>
	<p>第三十九条 违反本规定第十二条规定，构成有关法律、法规规定的违法行为的，依法予以处罚；未构成有关法律、法规规定的违法行为的，予以警告，责令限期改正；情节严重的，处3万元以下罚款。</p>

	<p>第四十条 违反本规定第十三条、第十四条、第十五条或者第十六条规定的，予以警告，责令限期改正；情节严重的，处3万元以下罚款。</p>
	<p>第四十一条 未按本规定承担三包责任的，责令改正，并依法向社会公布。</p>
	<p>第四十二条 本规定所规定的行政处罚，由县级以上质量技术监督部门等部门在职权范围内依法实施，并将违法行为记入质量信用档案。</p>
第八章 附则	第九章 附则
<p>(参见第二条、第六条、第二十八条第二款、第三十条第三款)</p>	<p>第四十三条 本规定下列用语的含义：</p> <p>家用汽车产品，是指消费者为生活消费需要而购买和使用的乘用车。</p> <p>乘用车，是指相关国家标准规定的除专用乘用车之外的乘用车。</p> <p>生产者，是指在中华人民共和国境内依法设立的生产家用汽车产品并以其名义颁发产品合格证的单位。从中华人民共和国境外进口家用汽车产品到境内销售的单位视同生产者。</p> <p>销售者，是指以自己的名义向消费者直接销售、交付家用汽车产品并收取货款、开具发票的单位或者个人。</p> <p>修理者，是指与生产者或者销售者订立代理修理合同，依照约定为消费者提供家用汽车产品修理服务的单位或者个人。</p> <p>经营者，包括生产者、销售者、向销售者提供产品的其他销售者、修理者等。</p> <p>产品质量问题，是指家用汽车产品出现影响正常使用、无法正常使用或者产品质量与法规、标准、企业明示的质量状况不符合的情况。</p> <p>严重安全性能故障，是指家用汽车产品存在危及人身、财产安全的产品质量问题，致使消费者无法安全使用家用汽车产品，包括出现安全装置不能起到应有的保护作用或者存在起火等危险情况。</p>
<p>(参见第八条)</p>	<p>第四十四条 按照本规定更换、退货的家用汽车产品再次销售的，应当经检验合格并明示该车是“三包换退车”以及更换、退货的原因。</p> <p>“三包换退车”的三包责任按合同约定执行。</p>
	<p>第四十五条 本规定涉及的有关信息系统以及信息公开和管理、生产者信息备案、三包责任争议处理技术咨询人员库管理等具体要求由国家质检总局另行规定。</p>
	<p>第四十六条 有关法律、行政法规对家用汽车产品的修理、更换、退货等另有规定的，从其规定。</p>
<p>第四十九条 本规定由国家质检总局和交通部、国家税务总局按职责分工负责解释。</p>	<p>第四十七条 本规定由国家质量监督检验检疫总局负责解释。</p>
<p>第五十条 本规定自之日起施行。</p>	<p>第四十八条 本规定自2013年10月1日起施行。</p>

2004年《三包规定（草案）》的附件：

附件1：损耗件名称

序号	类别	名称
1	摩擦件	雨刷胶条、制动摩擦片、传动皮带、离合器片
2	定期更换件	空气滤清器滤芯、机油滤清器、燃油滤清器、油液类、脂类
3	其它	轮胎、车灯、电路保护装置、蓄电池、火花塞、减振器

附件2：涉及更换退货的主要总成名称

序号	总成名称	主要零部件名称
1	发动机	缸体、缸盖、曲轴、凸轮轴、气门、活塞、连杆、轴承、轴瓦
2	变速器	箱体、齿轮、齿轮轴类、差速器
3	车身（车架）	纵梁、横梁、车身骨架、前后车门车罩、车门锁体、发动机罩锁体

附件3：涉及更换退货的主要系统名称

序号	系统名称	主要总成或零部件名称
1	转向系统	转向管柱、转向机、转向拉杆、转向臂、助力转向装置
2	制动系统	制动总泵、制动助力器、制动分泵、制动毂、制动盘、制动卡钳、制动管路
3	悬架系统	减振悬挂支架、悬挂弹簧
4	前/后桥	桥壳、动力传动机构中齿轮、轴类零件
5	电气系统	车辆控制系统、发电机、起动机



业务领域： 民商事诉讼、仲裁、公司法律事务、知识产权、国际商贸投资

工作经历： 张雯律师在多年的执业过程中，承办过多种类型的诉讼、仲裁案件，积累了丰富的诉讼和争议解决经验。同时，在公司法律事务、知识产权保护和国际商贸投资纠纷等业务领域，亦积累了较为丰富的从业经验。

张雯律师代理国内外客户承办过以下多种类型的诉讼、仲裁案件：
知识产权侵权纠纷及反不正当竞争侵权纠纷；产品质量纠纷；出资转让、联营合同、股权转让纠纷；涉外投资纠纷等。

教育背景： 张雯律师1987年毕业于北京大学法律系国际法专业，获法学学士学位。2001年获北京大学法律硕士学位。

执业资格： 张雯律师从1995年起从事专职律师工作，现为中华全国律师协会会员。

工作语言： 普通话、英语



张昱律师主要从事民商事诉讼与咨询事务。专业领域包括：合同法、公司法、保险法、票据法、产品质量法、侵权责任法、民法通则以及其他民商法领域等。

2002年7月至2008年6月，张昱律师就职于北京市东城区人民法院民三庭（原经济庭）、民二庭共六年时间，任法官助理、助理审判员。在法院工作期间，他曾连续三年被法院系统评为优秀公务员和先进工作者，撰写的案例分析和法律研究多次在法院系统论文比赛获奖，并作为法院系统的指导案例，在《人民法院报》、《人民检察院报》、《中国律师》等媒体上刊载。在此期间，他共参与审理了近千件民商事案件，主审合同类、公司类、涉不动产类案件近五年时间。

2008年8月开始，张昱成为君合律师事务所律师。在君合工作期间，他加入争议解决组，共参与处理近百件各类民商事诉讼和仲裁、执行案件、刑事报案、政府调查、法律咨询、常年法务等工作。

张昱律师从2010年起从事专职律师工作，现为中华全国律师协会会员。

聘用学生实习的相关法律问题研究

张红燕

用人单位聘用学生实习的过程中所产生的法律风险通常是聘用单位非常关注的问题。由于我国对学生实习尚未出台统一的法律规定，有关学生实习的规定仅散见于中央各部委出台的文件或地方性规定中。为此，本文对用人单位聘用学生实习过程中常见的热点问题进行了总结，并对国家层面以及重庆、广东、天津、江苏、上海、四川、浙江等主要省市有关上述问题的规定进行了研究和汇总。

1、聘用学生实习应适用的规定

在国家层面，除了《职业教育法》、《就业促进法》以及国务院发布的《关于大力发展职业教育的决定》外，其它与在校学生参加实习相关的规定大多由教育部、人力资源和社会保障部、财政部、共青团中央等国务院所属部门或社会团体，单独或联合以部门规范性文件的形式发布。其中以教育部发布的规范性文件居多。在地方层面，地方法规也呈现类似的特征，即与在校学生参加实习有关的规定以当地教育部门、劳动部门或财政部门颁布的规范性文件为主。

在用人单位聘用学生实习的问题上，存在监管部门

不明确或多头监管的情况。从职能划分上来说，教育部门的职责主要是监管各类学校及其学生，但并不负责监管企业聘用实习学生的行为。而劳动部门又因为企业与实习学生之间不存在劳动关系，往往疏于监管。因此，企业聘用实习学生的行为基本处于监管的空白地带。尽管如此，一旦企业因不当使用实习学生而引发有影响力的社会事件时，特别是在该事件受到新闻媒体的关注或被举报投诉时，政府部门（如劳动部门或劳动部门联合教育部门）将有可能依据相关的规范性文件，对企业采取相应的行政处罚。

2、实习学生的界定和聘用实习学生的限制规定

一般而言，实习学生主要包括普通高等学校学生（以下简称“高校学生”）和职业学校学生（以下简称“职校学生”）两类。除有特别说明外，本文所指的实习学生均包括高校学生和职校学生。实习学生的具体范围可见下表中用灰色标示的部分。由于篇幅所限，本文并未特别区分国家和地区层面的相关规定分别适用哪类学生，具体适用应以国家和地区的相关规定为准。

	普通教育	职业教育
初等教育	普通初中	初等职业学校 (未满十六周岁)
中等教育	普通高中	中等专业学校
		技工学校
		职业高级中学 /高级职业中学
高等教育	全日制大学	职业技术学院 ¹
	独立设置的学院	
	高等专科学校	
	职业技术学院	

在国家层面的相关规定中，对用人单位聘用实习学生存在如下几种限制：（1）年龄限制：不得聘用未满十六周岁的未成年学生²；（2）年级限制：不得聘用中等职业学校一年级学生实习；（3）岗位限制：不得安排学生从事高空、井下、放射性、高毒、易燃易爆、国家规定的第四级体力劳动强度以及污染严重易对人体造成伤害或威胁³的实习劳动；（4）聘用方式限制：不得通过中介机构代理组织、安排和管理实习工作。⁴

在地方层面的相关规定中，对用人单位聘用实习学生也存在类似的限制：（1）年龄限制：如重庆、广东、江苏明确要求不得聘用未满十六周岁的学生实习，而湖北要求不得聘用未满十八周岁的学生实习；（2）年级限制：如广东、湖北、四川和浙江要求不得聘用一年级的学生实习，而福建要求用人单位不得聘用非最后一学年的学生；（3）岗位限制：如广东、江苏、四川和浙江要求不得聘用学生在有毒、有害的岗位或超过国家规定的第四级体力劳动强度的岗位上实习；（4）聘用方式限制：广东、江苏、四川和浙江要求不得通过中介机构代

理组织、安排和管理实习工作；（5）地域限制：如天津和上海两地要求用人单位不得聘用外省市的学生实习。

3、用人单位与实习学生之间是否存在劳动关系？

根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（以下简称“《劳动法意见》”）第十二条规定，在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。因此，目前一个普遍的理解是，实习学生和用人单位之间并不存在劳动关系，无需签订劳动合同；所以在法律适用上，在校学生参加实习并不适用劳动法的相关规定，应适用规定学生实习的专门规定。

然而我们注意到，近些年部分地区的司法实践中逐渐出现了倾向于将即将毕业的在校实习生与用人单位之间建立的用工关系认定为劳动关系的案例。以下试列举几例。

案例一：

在江苏益丰大药房连锁有限公司（“益丰公司”）与郭懿劳动争议案⁵中，益丰公司于2007年10月30日与一名即将于次年毕业的学生郭懿签订了为期三年的劳动合同，益丰公司随后于2008年7月21日，向当地劳动争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁，请求确认其与郭懿的劳动关系不成立。当地劳动争议仲裁部门经审查，依据《劳动法意见》做出劳动仲裁裁决，认为郭懿系在校学生，不符合就业条件，不具有建立劳动关系的主体资格，同时认为在校学生勤工助学或实习与用人单位之间的关系

1 由于我国将职业技术学院定义为普通高等教育和高等职业教育的结合，为方便分析起见，本文将职业技术学院归类为职业教育中的高等职业学校。

2 《劳动法》第十五条。

3 《共青团中央、教育部关于进一步做好大学生勤工助学工作的意见》第四条。

4 《中等职业学校学生实习管理办法》第五条。

5 参见中外民商裁判网，网址：<http://www.zwmscp.com/a/gedipanli/gedipanli/2012/1112/12443.html>。该案例也登载于2010年6月10日出版的最高人民法院公报[2010]第6期中。

不属于劳动法的调整范围，以益丰公司与郭懿之间的争议不属劳动争议处理范围为由，决定终结益丰公司诉郭懿的仲裁活动。郭懿不服，向法院提起诉讼。一审法院认为，双方签订劳动合同时，该学生已年满19周岁，符合劳动法规定的就业年龄，《劳动法意见》并未将在校学生排除在外，学生身份并不当然限制学生作为普通劳动者加入劳动力群体。《劳动法意见》第十二条规定应指在校学生不以就业为目的，利用学习之余的空闲时间打工补贴学费、生活费的情形。而该案中郭懿明确表达了求职意愿，并告知了益丰公司其将于2008年7月毕业，双方不存在欺诈、胁迫等情形，意思表示真实，不违反法律法规的禁止性规定，因此该劳动合同合法有效，具有法律约束力。二审法院支持了一审法院的判决，认定双方之间的劳动合同合法有效，存在劳动关系。

案例二：

在江苏省海门市升海空调设备有限公司（“升海空调”）与季小莉劳动争议案⁶中，其基本案情、仲裁裁决和两次审判结果与案例一均相似，不同的是，该案的二审法院更进一步明确了在校大学生作为签订劳动合同主体的资格。该二审法院认为，《劳动法意见》第四条⁷并未将未毕业的大学生排除在外，只要已满十六周岁，大学生就具备与用人单位建立劳动关系的行为能力和责任能力。作为大学生，只有在教育管理部门及高校本身为履行教育管理职责，明确禁止大学生在学习的同时与用人单位建立劳动关系的情况下，大学生才不得与用人单位订立劳动合同。在教育管理部门及高校本身因学生已完成或基本完成学业，从而对学生不作此禁止性要求时，大学生参与劳动关系应不受限制。

案例三：

在北京恒紫金投资顾问有限公司（“恒紫金”）与小刘劳动争议案⁸中，小刘于2009年1月作为一名即将毕业的学生（2009年7月毕业）被招聘进入恒紫金工作，恒紫金向小刘发放了2009年2月份的工资，并向小刘提供了工资条，后小刘因恒紫金拖欠工资于2009年3月离开恒紫金，并向劳动争议仲裁委员会提起劳动争议仲裁。劳动仲裁部门认为小刘属于未取得毕业证的在校生，不属于《劳动合同法》中规定的劳动者，不是与用人单位订立劳动合同并建立劳动关系的适格主体。小刘不服，向法院起诉。一审法院认为，小刘在进入恒紫金时已年满十六周岁，在校大学生的身份也并非劳动法规定排除适用的对象，法律没有禁止临毕业大学生就业的规定；且恒紫金明知小刘尚未正式毕业，仍然向小刘明确了其在单位的具体岗位和职责，并向其发放了一个月份的工资，因此，认定双方意思表示真实，小刘与恒紫金之间存在事实劳动关系。

综合上述三个案例，我们认为部分地区的司法实践有以下倾向：（1）在校学生不属于《劳动法意见》第四条规定的不合格的劳动关系主体；（2）对于已完成基本学业，有求职意向，且学校并不禁止其参加工作的学生，其在拿到毕业证书前阶段的实习，不属于《劳动法意见》第十二条规定的实习；（3）针对这一阶段的实习，如果双方在意思表示一致的情况下签订了《劳动合同》，该《劳动合同》是合法有效的；如果双方尚未签订《劳动合同》，但学生一方有证据证明双方之间的事实劳动关系的，该劳动关系也受法律保护。

4、聘用实习学生时应遵守的用工比例限制

6 参见找法网，网址：<http://china.findlaw.cn/hetongfa/hetongdongtai/6597.html>。

7 《劳动法意见》第四条规定：“公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。”

8 参见中国法院网，网址：<http://old.chinacourt.org/html/article/200910/15/377591.shtml>。

国家层面的规定对聘用实习学生时应遵守的用工比例无明确的限制性规定。

在全国主要省市中，重庆要求用人单位（特指重庆市电子信息产业重点企业）聘用实习学生所占企业用工比例原则上应控制在40%内。广东要求，用人单位聘用高等学校的实习学生的人数不得超过本单位在职职工总人数的30%。此外，山东、辽宁和苏州分别要求用人单位接收实习学生的比例不得超过本单位在职职工总数的30%，25%和5%。

5、使用实习学生时应遵守的用工时间限制

国家层面的规定中对高校学生实习的最长时期和学生实习的工作时间均无明确限制性规定，如使用职校学生实习，教育部明确要求用人单位安排职校学生每天实习不得超过8小时，并且不得安排学生加班。⁹

主要省市的地方性规定亦无对学生实习最长期限的限制性规定。而对实习学生工作时间的限制各地也不尽相同：（1）如重庆、广西等地要求用人单位不得安排实习学生超时加班，但对“超时”应理解为超过8小时还是超过11小时（即8小时外延长工作时间3小时）¹⁰并无具体规定；（2）如广东、四川和浙江明确要求每周不超过40小时；江苏更规定每日不超过8小时；（3）上海要求每周不超过30小时，每天不超过6小时，每周休息2天。

国家层面的规定中对实习学生能否从事夜班工作没有明确的限制性规定。在主要省市的地方性规定中，重庆允许（特指重庆市电子信息产业重点企业的）实习学生从事夜班工作，但应当每月轮换一次白班，或在尊重实习学生意愿的前提下最长每三个月轮换一次白班，而江苏则有条件地允许用人单位安排实习学生从事夜班工作，但应取得学生本人的同意，并通知学校和监护人。

6、实习补贴要求

国家层面的规定中并无关于用人单位聘用高校学生实习是否应当支付实习补贴的规定。如使用职校学生实习，共青团中央、教育部等部门则要求用人单位向实习学生支付适当的、合理的实习补贴，但并未规定具体的支付标准。

主要省市的地方性规定对实习补贴的要求存在如下两种情况：（1）如上海和四川等地要求用人单位向实习学生支付适当的、合理的实习补贴，但并未规定具体的支付标准；（2）浙江杭州、宁波两地要求用人单位按照不低于当地最低工资的50%的标准支付实习补贴。而江苏、山西等地将实习补贴的最低标准定为不低于当地最低工资标准。

7、实习学生事故的处理

尽管实习学生在实习期间事故频发，但目前却缺乏如何处理相关事故的明确规定。一般认为，最好的解决方式是购买商业保险。2012年2月10日，教育部、财政部和保监会签署协议，正式发布全国职业学校学生实习责任保险示范项目。据我们了解，海南、福建、河北等部分地区已经在推行学生实习保险项目。这一示范项目并非法定强制推行项目，也非单纯商业保险，需要国家和地方政府、保险公司、学校和企业的多方配合，因此，学生实习保险制度在实践中执行的效果还有待观察。此外，该示范项目也仅适用于职校学生，并未覆盖所有类别的实习学生。

人力资源和社会保障部于2013年1月24日发布了《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（征求意见稿）》，其中第七条规定，“全日制普通大专院校和中

9 《教育部办公厅关于应对企业技工荒进一步做好中等职业学校学生实习工作的通知》第四条和《中等职业学校学生实习管理办法》第五条。

10 《劳动法》第三十六条、四十一条和《国务院关于职工工作时间的规定》第三条。

等职业学校在校学生，到企事业等单位实习，实习学生与实习单位的关系不属于劳动关系，学生实习期间受到事故伤害的，可通过商业保险等途径予以保障。”然而遗憾的是，在2013年4月25日正式出台的《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》中，该条被删除。

主要省市的地方性规定中，江苏、四川、山西和广东等地要求学校和实习单位为实习学生办理意外伤害保险。特别值得一提的是《贵州省工伤保险条例》规定，大中专院校、技工学校、职业高中等学校学生实习期间，由实习单位和学校缴纳工伤保险费，学生因工作原因遭受事故伤害或者患职业病的，享受工伤保险相应待遇。这也是唯一一个要求为实习生缴纳工伤保险的地方性规定。随后贵州省人力资源和社会保障厅与贵州省财政厅出台了《关于大中专院校、技工学校、职业高中等学校学生实习期间参加工伤保险的意见》，对实习学生缴纳工伤保险的缴费基数、缴费比例和工伤保险待遇等做出了具体规定。

小结

综上，我国国家层面尚未就聘用学生实习出台统一的法律规定，用人单位聘用学生实习更多地取决于当地相关部门就该问题所发布的地方性规定。

用人单位聘用学生实习，应注意以下几类问题：

(1) 聘用学生实习前，对实习学生做好背景调查，例如就读院校、专业、毕业时间、身份信息、本人联系方式、紧急联系方式和所在学校联系方式等；(2) 与实习学生，尤其是与即将毕业的学生或处于最后一学年的学生签署实习协议时，要明确双方之间系实习关系，并非劳动关系；(3) 对于国家或地方规定中规定的有关聘用实习学生的禁止性事项，例如年龄限制、年级限制、岗位限制、聘用方式限制等，必须严格遵守；(4) 安排实习学生参加白班工作，避免安排学生夜班工作、加班工

作；(5) 如向实习学生支付实习补贴的，应遵守当地对实习补贴最低标准的规定；(6) 除非当地已要求用人单位为实习学生参加工伤保险或购买学生实习责任保险的，用人单位应考虑为实习学生购买商业保险，以减轻用人单位在学生实习期间发生人身伤害时所产生的赔偿责任；(7) 聘用实习学生数量较多的用人单位还应注意遵守当地政府部门对招用比例的限制。



张红燕律师是君合律师事务所的律师，现在君合上海分所执业。

张律师在处理劳动法非诉和诉讼业务方面具有较为丰富的经验，曾多次为跨国公司、国内外知名企业提供日常劳动法业务咨询；起草、审阅与劳动法相关的各种法律文件；为企业聘用及解聘高级管理人员、外籍员工等提供咨询服务；为企业在重组、并购、解散过程中涉及的员工安置、员工转移等问题提供咨询服务；代理多家跨国公司和国内外知名企业处理各类劳动争议仲裁和诉讼。

张律师毕业于复旦大学，获得法学硕士学位。张律师具有中国执业律师资格。

扑面而来的IPO新政简评

曲惠清 金奂喆

2013年11月末的一个周六，中国证监会出乎预料却又在情理之中地制定并发布了《关于进一步推进新股发行体制改革的意见》（以下简称“《意见》”），随后又紧锣密鼓的推出一系列细则，大力度推进新股发行体制由核准制向注册制转型，中国证监会“简政放权”，沉寂了一年多的IPO审核宣布开闸。

在《中华人民共和国证券法》（2005年10月27日中华人民共和国第10届全国人民代表大会常务委员会第18次会议修正，自2006年1月1日施行）（以下简称“《证券法》”）尚未修订前，《意见》在现行法律框架下在技术层面对现行新股发行审核、承销的规定做了多处重大修改和补充，主要包括：

一、以信息披露为核心

1、强化合法合规与淡化实质判断

注册制的核心是信息披露，中国证监会不再为企业的投资价值进行背书。《意见》指出，中国证监会仅依法对发行申请文件和信息披露内容的合法合规性进行

审核。发行人作为信息披露第一责任人，应当及时向中介机构提供真实、完整、准确的财务会计资料和其他资料，全面配合中介机构开展尽职调查。中介机构必须严格履行法定职责，遵照本行业的业务标准和执业规范，对发行人的相关业务资料进行核查验证，确保所出具的相关专业文件真实、准确、完整、及时。

注册制要求充分发挥中介机构“看门人”的作用，其内在逻辑在于如发行人诚信信息披露，中介结构勤勉尽责，中国证监会无须过多干预，投资者自然会作出准确判断。而上述逻辑有赖于诚信的市场环境和成熟的投资者。《意见》虽然从正面规定了发行人应全面配合中介机构开展尽职调查，但是并未就发行人违反上述规定如何向中介机构承担责任进一步明确。保荐机构、律师或会计师很可能遭遇发行人刻意隐瞒、政府机构访谈不予接待、客户供应商函证不予回复等情形的尴尬。穷尽一切核查手段，查清“万福生科”模式的系统性造假也比较困难。在新股发行核准制向注册制改革的过程中，需要从法律层面及实践操作层面给予中介机构履行职责必要的保护和支持。

注册制不是不审，而是如何“审”。虽然企业的盈

利能力不再受监管层关注，但企业是否合法合规经营、其信息披露的真实、准确、完整成为了考量重点。中介机构从保护自身利益的角度出发，在目前基础上，势必会对拟上市企业提出更为纷繁复杂的尽职调查要求。鉴于目前尚处于核准制向注册制的转型期，固有工作习惯的改变需要时间磨合，审核部门、中介机构都在摸索之中，有待实践的检验。新股发行从择优录取到坦白从宽，是否会带来其他潜在风险，也有待实践的检验。

2、受理即披露

《意见》规定，发行人招股说明书申报稿正式受理后，即在中国证监会网站披露。申请文件与预先披露材料同时提交，披露时间大幅提前，所披露的信息必须一次性真实、完整、准确，否则将追究相关当事人的责任。这意味着中国证监会不再担任“家长”的角色，发行人及其控股股东、董事、监事及高级管理人员的诚信水平，中介机构的工作态度、履责情况及专业能力都将在第一时间接受市场的检验。发审会前，保荐机构还应持续关注媒体报道情况，并主动进行核查。

我国市场的总体诚信水平滞后于经济发展水平，而“阳光是最好的杀毒剂”，期待本次立法导向的调整能够敦促市场参与者转变固有的思维模式，提高法律和诚信意识，规范自身的行为方式。在打击恶意造假的同时，也建议监管层能够出台措施加强对于恶意造谣的打击力度，强化造谣者的法律责任，避免发行人及中介机构在正常审核过程中受到不必要的干扰，增加发行人的成本和负担。

3、允许存量发行与超募强制减持老股

《意见》规定，鼓励持股满36个月（自取得股权之日起至股东大会决定老股转让方案之日）的股东将部分老股向投资者转让，增加新上市公司可流通股票的比例，但老股转让后，公司实际控制人不得发生变更。这种有限制条件的存量发行，其目的在于增大供给，缓解市场

供需矛盾，避免新股发行价格虚高。

新股发行超募的资金，要相应减持老股。但如何减持，需要老股东协商减持方案，老股东能否就减持方案达成一致，存在诸多疑问：例如股改未满一年发起人持有的股份不能转让，如何解决？控股股东处于相对控股状态，其他老股东持股均不满36个月，如何转让？全部老股东都不愿意减持或减持比例不足以与超募的资金相匹配的情形下，如何操作？老股东转让触及上限，仍无法消除超募，如何处理？期待中国证监会能出台更具体的细则解决上述问题。对于发行人而言，需要进一步明确落实募集资金投资项目，尽可能使募集资金金额与募股数量、行业市盈率相匹配。

4、审核期缩短与发行期延长

《意见》规定，中国证监会自受理证券发行申请文件之日起三个月内，依法作出决定；发行人通过发审会并履行会后事项程序后，中国证监会即核准发行，新股发行时点由发行人自主选择；放宽首次公开发行股票核准文件的有效期至12个月。

前述规定提高了审核效率，但在以往审核过程中，通常需要完成三至四轮的书面的及口头反馈意见回复，发行人和中介机构不能在规定时间内提交反馈意见回复材料，只能延期一次，并不得超过2个月，无法在上述期限内提交相关材料，则需申请中止审查。新政下，反馈意见回复时间必然缩短，能否按时完成，发行人和中介机构将面临较大压力，由此更突显了首次申报文件信息披露全面、准确性的重要性。

二、遏制“炒新”，保护中小投资者的利益

1、约束控股股东、董事及高级管理人员持股

《意见》规定，发行人控股股东、持有发行人股份的董事和高级管理人员应在公开募集及上市文件中公开

承诺：所持股票在锁定期满后两年内减持的，其减持价格不低于发行价；公司上市后6个月内如公司股票连续20个交易日的收盘价均低于发行价，或者上市后6个月期末收盘价低于发行价，持有公司股票的锁定期限自动延长至少6个月。

从立法原意出发，这一规定旨在降低发行人新股发行价格过高的冲动，破解新股发行价格破发的难题，减少中小投资者高位套牢的风险。从另一个角度上看，发行人在成功挂牌上市后，其控股股东和持有股份的董事和高级管理人员将努力保持股票的市场价格，否则需要承担更严格地锁定义务，如此，可能会增加内幕交易、市场操纵的风险。

2、改革新股定价、配售机制

与2012年4月1日中国证监会发布的《关于进一步推进新股发行体制改革的指导意见（征求意见稿）》相比较，《意见》主要有以下变化，发行人和主承销商应当允许符合条件的个人投资者参与网下定价和网下配售；公开发行股票数量在4亿股（含）以下的，有效报价投资者的数量不少于10家，不多于20家；公开发行股票数量在4亿股以上的，有效报价投资者的数量不少于20家，不多于40家；公开发行股票筹资总额数量巨大的，有效报价投资者数量可适当增加，但不得多于60家；发行人和主承销商应当剔除拟申购总量中报价最高的10%部分；明确网上投资者采用先缴款再配售的方式；网上投资者有效认购倍数在50倍以上但低于100倍的，应从网下向网上回拨，回拨比例为本次公开发行股票数量的20%；网上投资者有效认购倍数在100倍以上的，回拨比例为本次公开发行股票数量的40%。据此，个人投资者参与网下定价不再强制，有效报价家数下限也有所下调，同时增加了有效报价家数的上限，网上配售方式给予投资者更大的选择权，大幅增加了网上回拨比例，新规定旨在通过限制不合理报价，进而实现发行价格合理回归。同时，《意见》还规定最高报价的10%部分的投资者将被

剔除，借以限制发行价格。

三、明确中介机构及人员的责任

中国证监会表示，中介机构是证券市场的看门人，中介结构的尽职履责情况将直接决定发行人的信息披露的质量。

1、进一步明确中介机构在发行过程中的独立责任

除保荐机构需要对其他中介机构出具的专业意见进行核查并全面负责外，会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等证券服务机构及人员，必须严格履行法定职责，遵照本行业的业务标准和执业规范，对发行人的相关业务资料进行核查验证。

在过往审核反馈中，监管部门往往要求律师就发行人的财务问题发表意见，但我们理解，作为律师我们并不具备核查并评价这些财务数据、结论的适当资格，因此如何清晰地界定“本行业”，冀望监管部门能有明确的指导细则，真正划清各中介机构的责任边界。

2、遏制突击申报

从发行申请文件提交之日起，中介机构即需要对所披露的信息负责。正如前文所述，这一举措令中介机构首次出具申报文件将需要慎之又慎，必须充分做好迎接各方质疑和挑战的准备。

3、明确信息披露重大违法时中介机构的赔偿责任

信息披露重大违法给投资者造成损失的，中介机构必须依法赔偿投资者的损失。

这意味着律师的执业风险越来越大，律师执业的成本显著增加。对于律师事务所而言，证券侵权赔偿不同于一般赔偿责任，律师收取的律师费与可能涉及的赔偿

金额相去甚远，除需在执业中必须如履薄冰地勤勉尽责外，落实律师执业责任保险制度也十分必要。

4、引入主承销商自主配售机制，在定价时平衡发行人与客户的利益

5、加强过程监管，现场检查常态化

监管部门将会抽查相关中介机构尽职履责情况，发现涉嫌违法违规重大问题的，立即移交稽查部门介入。监管部门虽然不再对申报文件进行实质性审查，但对中介机构尽职履责情况的现场核查可能更为严格。

6、加强对业绩“变脸”的处罚力度

确认业绩“变脸”，即暂不受理相关保荐机构推荐的发行申请，并移交稽查部门查处。这一举措对于保荐机构项目的选择和内部控制提出了较高要求，内核不再是流于形式、走走过场。如果保荐机构的任何一个项目出现问题，都将导致其他项目连带暂不受理，在暂不受理期间，其他发行人则可能会更换保荐机构，或者发行人也应关注保荐机构保荐的其他项目是否存在业绩变脸的风险，要求其对此作出承诺，避免发行人的时间成本。

7、公示中介机构的诚信记录、执业情况

综上所述，新股发行体制改革大踏步向着强化信息披露、淡化实质审核、强调各主体责任的改革方向迈进，但受限于《证券法》的现有规定，目前新股发行体制改革仍处于“计划经济”向“市场经济”的转型期，新股发行注册制能否最终实现，还有待《证券法》的修订结果。目前，中国证监会正在陆续落实与《意见》相配套的各项实施细则，与之相关的退市制度也在完善之中，我们期待新股发行体制改革达到预期目的，实现证券市场的平稳健康发展。



曲惠清律师2001年获得中国人民大学经济法硕士学位，2002年加入君合律师事务所，现在君合北京总部执业。

曲惠清律师主要业务领域为资本市场相关法律，包括公司重组改制、境内外上市、收购兼并、私募投资及房地产领域法律业务。在执业期间，曲惠清律师负责多个A股和H股的发行上市项目及收购兼并、私募投资项目，为多家境内外企业的重组、改制、收购、私募投资提供了全面的法律服务。业务涉及银行、机械制造、煤炭、电力、汽车、化工、教育、再保险、食品、医药、房地产、体育、信息安全等行业。

曲惠清律师于2000年取得中国律师执业资格，现为北京律师协会、全国律师协会会员。



金奂佺律师2003年毕业于中国人民大学商学院，获管理学学士学位，2009年毕业于中国政法大学国际法学院，获法学硕士学位，具有中国律师执业资格，取得证券二级专业水平认证证书、期货从业资格。

金奂佺律师2010年6月加入君合，此前从事证券分析工作，目前主要从事公司、证券、投资、基金等方面的法律实务，曾参与多家企业的尽职调查、改制、重组、发债、在境内外公开发行股票并上市、上市公司重大资产重组及再融资的工作。

我国公私合作制项目的法律现状¹

袁家楠

在城市基础设施和公用事业投融资领域，PPP指公私合作制。也有译为公私合伙制或公私合营，考虑到PPP中的Partnership的含义与我国法律对合伙的定义不相吻合²，以及公私合营在我国社会主义改造时期的特定用法，为避免误解，本文未循这两种译法。公私合作制，从一些有代表性的国家和国际组织的界定来看，有广义和狭义之分。广义的公私合作泛指公共部门与私人部门为提供公共产品或服务而建立的各种合作关系；狭义的公私合作则可以理解为包含BOT、TOT、BT等在内的一系列项目融资模式的总称，更加强调合作过程中的风险分担机制和项目的资金价值³。我国法律法规中尚未使用PPP（或公私合作）一词，对其直接定义或规范就更无从说起。但某些政府部门的通知等公文使用了与前述有所不同的狭义的PPP概念界定特定的特许经营项目类型，例如2012年6月19日财政部和商务部《关于做好2012年对外经济技

术合作专项资金申报工作的通知》中提到PPP（公共、私营领域合作）项目，并将其与BOT（建设-运营-转让）及其衍生方式（BOOT建设-拥有-经营-移交、BOO建设-拥有-经营、BT建设-移交、TOT移交-经营-移交）一起归在特许经营类项目中。归在特许经营类项目中是没有问题的，但将PPP与BOT等并列归入则不妥，因为PPP项目可以采用BOT等项目融资模式，两个概念不是并列关系而是包容关系。因此，PPP项目或公私合作制项目，基于对公私合作的狭义理解，可以指公共部门与私人部门通过合同约定、采用BOT、TOT、BT、TOD等项目融资模式、分担风险、分享利益的基础设施和公用事业特许经营项目。由于基础设施和公用事业特许经营制度在我国已经有了十余年的立法⁴和实践的历史，将PPP项目界定在特许经营项目范畴内，可能是比较现实的选择。

我国公私合作制项目目前主要依赖有限的法律法规和

1 原文刊登于《济邦通讯》。

2 1987年施行、2009年修正的《民法通则》仅有“个人合伙”的概念，指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动（第三十条）。显然与PPP中的Partnership无关。1997年施行、2007年修订施行的《合伙企业法》规定“合伙企业”是指自然人、法人和其他组织依照该法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任；有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

3 王灏，“PPP(公私合伙制)的定义和分类探讨”，载《都市轨道交通》2004年10月。

4 指广义的立法，即除制定法律、法规外，也包括国务院部门和地方政府部门制定规章及其他规范性文件的行政立法行为在内。

具体项目的完整的合同系统，来确保项目的合法性和项目的实施。公私合作制虽包含行政法律关系因素，例如涉及许可、监管的部分，但从总体上应属平等主体之间的民商事法律关系，而非行政法律关系。在公私合作制项目中，公共部门主体与私人部门主体之间一般并不存在上下级或主次的关系，或者说，公私合作制项目的形成，并非起自行政管理关系或控制、支配与被控制、被支配关系，而是起自公共部门承担着必须有效率地提供公共服务或公共产品的职责，为此愿意以与私人部门合作的方式，通过给予私人部门特许权和必要的支持条件，利用私人部门的能力和资源来完成提供公共服务或产品的本属公共部门的职责；而私人部门出于获利目的，愿意以与公共部门合作的方式，依赖公共部门的授权和支持，用自己的能力和资源提供本应由公共部门提供的公共服务或产品，取得收益。因此，与公私合作制直接有关的法律法规规章主要是民法通则、合同法、公司法、物权法和行政许可法等法律，市政公用事业特许经营管理办法（原建设部（现住房和城乡建设部）126号令，下称“特许经营办法”）等规章，以及各地地方政府有关城市基础设施和公用事业特许经营的条例、规定、办法等。

特许经营办法和各地据此制定的条例是我国城市基础设施和公用事业PPP项目的主要法律依据。特许经营办法所称市政公用事业特许经营，是指政府按照有关法律、法规规定，通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者，明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度，适用的行业包括城市

供水、供气、供热、公共交通、垃圾处理等。尽管特许经营办法从立法法角度看层级不高，且仅指向特许经营而未涵盖公私合作，但特许经营办法确定了以特许经营协议，而不是政府批文或规定，作为这类项目地方政府主管部门和特许经营者的权利、义务和责任的规范基础，主管部门依据地方人民政府的授权签署特许经营协议，从法律意义上说，以主要由合同法管辖的合同形式约束了地方人民政府和特许经营企业。这样，公共部门和私人部门在合同的框架下，遵循合同法下平等、自愿、公平、诚实信用的基本原则，所构建的特许经营合同关系，本质上是合作性质的，符合公私合作制的本意。各地在市政基础设施和公用事业特许经营方面的地方立法，基本遵循建设部的特许经营办法。特许经营办法和各地循此制定的条例、规定、办法等，实际上成为我国基础设施和公用事业公私合作项目具有可操作性的法律制度的初步规范，也是未来公私合作制方面立法的雏形。这方面立法的最新进展，是第十二届全国人大常委会立法规划已将“基础设施和公用事业特许经营法”列为第二类项目（需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案），由国务院作为提请审议机关或牵头起草单位，公私合作制有望借此得到进一步规范。

公私合作制在我国的实践时间还不够长，除缺乏可以直接依据的法律法规以外，也难以在司法审判实践中找到直接针对公私合作制的案例。目前与特许经营制度有关的司法判决，长春汇津污水处理有限公司诉长春市人民政府案⁵和益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案⁶可供有限参考。汇津案判决没有依据当时的建设

5 长春汇津污水处理有限公司于2003年8月21日以长春市人民政府为被告向长春市中级人民法院提出行政起诉，希望被告纠正其废止《长春汇津污水处理专营管理办法》的违法行政行为，并请求判令被告承担对拖欠污水处理费及滞纳金赔偿的责任。2003年12月24日，长春市中级人民法院作出一审判决，认定被告废止上述《专营管理办法》合法有效，驳回原告要求被告承担行政赔偿责任的诉讼请求，案件受理费由原告负担。原告于2004年1月8日上诉至吉林省高级人民法院。此案纠纷于2005年8月最终以长春市政府回购而结束。（据2005年12月《决策》杂志）。

6 周口市益民燃气有限公司因其诉周口市发展计划委员会发布《周口市天然气城市管网项目法人招标方案》、向河南亿星实业集团有限公司下发《中标通知书》，周口市人民政府下发《关于河南亿星实业集团有限公司独家经营周口市规划区域内城市管网燃气工程的通知》（周政(2003)54号文）一案，不服河南省高级人民法院(2003)豫法行初字第1号行政判决，向最高人民法院提出上诉，最高人民法院于2005年3月1日作出终审判决，基本维持一审判决（即确认《招标方案》、《中标通知书》和周政(2003)54号文违法；由市政府对益民公司施工的燃气工程采取相应的补救措施等）。（据最高人民法院行政判决书（(2004)行终字第6号））。

部已经印发的《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》（该建设部《意见》2002年12月印发，包含了2004年5月施行的特许经营办法的大部分核心内容），相反，与建设部《意见》和特许经营办法以及行政许可法所规定的特许经营项目某些基本原则（例如特许经营的合同关系、变更或撤回已生效行政许可应依法补偿等）背道而驰。汇津案至少从反面说明了以政府规章而非特许经营协议授予特许经营权对特许经营者的法律风险。益民案在判断特许经营权取得效力问题时则主要依据了上述建设部《意见》。这些案例从侧面印证了目前和未来公私合作制项目实践中以特许经营协议作为项目法律基础的重要性，也表明了司法审判机关对有关的部门规章或规范性文件作为这类项目法律依据的认可程度。

我国目前在实践中采用公私合作制的城市基础设施和公用事业项目也为数不多，其中公认的有代表性的公私合作制项目之一，是北京市地铁四号线项目。北京四号线项目采用公私合作制投资、建设、运营模式的出发点，是传统的轨道交通投资、建设、运营体制已不能适应《北京市2004-2015轨道交通发展规划》所要求的巨额投资、高强度的建设规模、规模化的线路运营水平，因此，通过采用特许经营模式来明确公共部门对轨道交通的支持条件和监管手段，引入社会投资，建立市场竞争机制，以解决投资、建设、运营方面存在着的对公共部门投资和补贴依赖性大、运营水平有待提高、监管需要进一步加强等一系列问题，就显得尤为必要⁷。简而言之，就是巨额投资、高强度建设、规模化线路运营水平的要求，使私人部门有机会进入北京四号线项目，参与投融资和建设运营。这里，私人部门或社会投资都是相对于公共部门即政府而言的，指政府或政府投资和控制的部门以外的机构，包括外商或外商投资企业和国内民营资本。北京四号线项目划分为A、B两部分，其中A部分包括洞体、车站等土建工程，占项目总投资的70%，

由北京市基础设施投资有限公司（“京投公司”）的全资子公司北京地铁四号线投资有限责任公司（“四号线公司”）负责投资建设；B部分包括车辆、信号等设备资产，占项目总投资的30%，由北京京港地铁有限公司（“京港地铁”）负责投资建设；京港地铁通过其与四号线公司签署的A部分资产租赁协议，承租使用A部分资产；京港地铁通过其与北京市轨道交通建设管理有限公司（“建管公司”）签署的B部分建设管理协议，委托建管公司负责项目建设管理，A部分则由京投公司委托建管公司管理。京港地铁由京投公司、地铁有限公司（现名香港铁路有限公司（“港铁”））（通过其全资子公司港铁北京四号线投资有限公司）和首都创业集团有限公司（“首创集团”）按2:49:49的出资比例组建，北京市政府（由北京市交通委员会代表）作为特许经营权授予方与京港地铁作为特许经营公司签署《北京地铁四号线项目特许协议》。可见，参与北京四号线项目的主体，除政府（由北京市交通委员会代表）和政府投资和控制的（京投公司、四号线公司、首创集团、建管公司）外，还有私营公司（港铁）。整个项目所依据的主要是《北京市城市基础设施特许经营办法》（2006年3月1日后被《北京市城市基础设施特许经营条例》（“北京特许经营条例”）取代），以及由特许协议、中外合作经营合同、资产租赁协议、建设管理协议、设备采购协议、贷款协议、保险协议等合同搭建起的基本规则框架和合同体系。其中，中外合作经营合同以及与外资有关的其他方面适用公司法和外商投资法律法规，其他协议主要适用合同法以及有关行政许可、建筑、轨道交通、金融、保险等方面的法律法规，体现公私合作制核心内容的部分，依据的是北京特许经营条例和合同法。也就是说，除完善的合同体系外，北京特许经营条例和合同法是北京四号线项目公私合作制的最重要的法律保障。

综上，公私合作制在我国城市基础设施和公用事业

7 柴晓钟，“北京市推进基础设施建设市场化国际论坛大会发言”，2005年5月20日。

项目中的实践还处于初期的阶段，相应的法律法规规范和司法实践可供总结和参考的规则也有待完善，构成公私合作制项目主要基础的合同体系仍需提炼和形成相对统一的范例，而这些完善和提炼工作，是我国公私合作制实践健康、有序发展所迫切需要的。我国的公私合作制作为城市基础设施和公用事业项目的融资、建设、运营的一种制度和实践，并非凭空生长出来。目前看来，与它有关的法律法规体系，以高层级立法为中心进行构建，短期内不太现实。公私合作制法律法规体系只能从现有的法制体系中，通过制度创新、经验积累、迎合现实发展和需求进行调整等途径，来不断地总结、系统化和完善而形成，条件成熟后上升到高层级立法。相信会有更多在城市基础设施和公用事业领域有经验又对这个领域的制度创新感兴趣的法律界同行，加入到公私合作制的法律研究和实践中来，这对公私合作制在中国的更规范、更有效和更广泛应用无疑是有益的。



袁家楠律师在能源资源、基础设施和公用事业项目投融资、特许经营、招标投标及相关的并购方面有15年的专业经验，尤其是在核电、水务、垃圾处理、交通、海外矿业和其他基础设施项目领域。目前受聘担任北京市发展和改革委员会法律咨询专家。

现在君合北京总部执业。工作语言为中文和英文。

浅谈FIDIC施工合同条件下的工期索赔

傅勇¹

引言

FIDIC合同是目前国际工程采用最多的一种合同方式，我国建筑企业承包商如何在激烈的竞争中不被淘汰，除了加强自身的技术和管理水平外，还必须研究FIDIC合同，在施工中加强索赔工作，维护自身利益。本文通过某国际工程实际案例的分析，单就工期索赔进行具体分析。

一、案例描述

2008年4月，某中国承包商与斯里兰卡城市发展管理委员会签订了承建城市排水管道项目的合同。该项目由亚洲开发银行出资，合同金额约720万美元，原合同工期530天，咨询工程师来自英国一家知名公司，项目采用1999年FIDIC施工合同条件，在该项目的执行过程中，项目部成功地进行了工期索赔，共索赔工期180天，避免了项目因工期拖延而罚款。

二、相关合同条款在本案例中的应用

为了保护承包商的利益，FIDIC施工合同条款第8.4

条明确规定：

如果由于下列任何原因，致使达到第10.1款[工程和单位工程]要求的竣工受到或将受到延误的程度，承包商应有权按照第20.1款[承包商的索赔]的规定提出延长竣工时间：

- (a) 变更或合同中某项工作量的显著变化；
- (b) 根据本条件某款，有权获得延长期的原因；
- (c) 异常不利的气候条件；
- (d) 由于流行病或者政府行为造成可用的人员或货物的不可预见的短缺；

(e) 由雇主、雇主人员、或在现场的雇主的其他承包商造成或引起的任何延误、妨碍或阻碍。

该项目在执行过程中相继遇到了上述几种内容的部分情况，项目部以此为依据共递交了8个工期索赔报告，累计索赔工期280天，工程师和业主实际批准183天，下面为具体工期索赔分析。

(一) 工程变更引起的工期索赔

FIDIC条款第13.1款对工程变更做了如下规定：

在颁发工程接收证书前的任何时间，工程师可通过发布指示或要求承包商提交建议书的方式，提出变更…

1 作者单位：中国山东对外经济技术合作集团有限公司。

…每项变更可包括：

(a) 合同中包括的任何工作内容的数量的改变（但此类改变不一定构成变更）；

(b) 任何工作内容的质量或其他特性的改变；

(c) 任何部分工程的标高、位置和（或）尺寸的改变；

(d) 任何工作的删减，但要交他人实施的工作除外；

(e) 永久工程所需的任何附加工作、生产设备、材料或服务，包括任何有关的竣工试验、钻孔和其他试验和勘探工作；

(f) 实施工程的顺序或时间安排的改变。

分析以上规定，此项目在执行过程中发生了（a）（c）所提到的情况，从而引起了工期的延长。

1、增加工程量导致工期延长

一般来讲，工程量的增加有两种情况，一是业主或者工程师增加了施工内容或改变了设计方案，致使工程量清单中的一项或者几项施工的工程量增加；二是工程量表中的工程量因某种原因计算有误，使得实际完成的工程量远远大于工程量清单中所列的数量，这样承包商就可以根据该条款提出工期索赔。

在该项目执行过程中，就出现了上述两种工程量增加的情况。由于征地的问题和其他管线的影响，业主一方面改变了管道的线路，致使管线加长；另一方面，业主在工程量清单中所列的管线土石方开挖只有2800立方，而在工程完成到75%时，土石方开挖量就已经达到了7800立方，据此，我方提出工期索赔，最终业主批准延长工期40天。

2、工程设计参数变更引起的工期延长

如果施工工程的标高、位置或尺寸的改变，增加了工程量，或者加大了施工难度，要完成这些施工任务，与完成原来的施工任务相比需要更多时间。

在该项目的整个施工过程中，为了避开一个军事通信埋地电缆通道，工程师最后改变管底设计标高，使得管沟深度由原来的2.8米变为4.8米，从而增加了开挖工程量，加大了施工难度，因此我方提出工期索赔，最终业

主批准延长工期50天。

（二）合同条款规定引起的工期索赔

按照FIDIC条款的规定，出现以下情况时，承包商有权获得工期延长：

1、不可预见的外界条件造成工期延误

FIDIC条款第4.12款对不可预见的外界条件做了如下规定：

如果承包商遇到不可预见的物质条件并发出此项通知，且因为这些条件达到遭受延误和（或）增加费用的程度，承包商应有权根据第20.1款[承包商的索赔]的规定，要求：

(a) 根据第8.4款[竣工时间的延长]的规定，如果竣工已或将受到延误，对任何此类延误给予延长期；

(b) 任何此类费用应计入合同价格，给予支付。

在工程施工过程中，不可预见的物质条件一般是指施工地质条件的变化，招标文件中地质勘察报告都是通过钻孔和挖深坑获得，地质条件的准确性受到钻孔和探坑数量的影响，因此在施工时遇到的地质条件会与招标文件中的地质勘察报告中的描述不同，由此造成的施工难度增加，施工效率降低，相应的承包商的工期不得不延长。

此项目执行过程中，我们遇到了两个不可预见的不利自然条件和障碍。一个是管道开挖过程中遇到了一个完全埋在路面下面的输油管道阀室。为了绕开这个阀室，我们不得不把阀室前面已经安装的管道拆除，调整管线，重新安装，为此我们提出了工期索赔，最终获得了10天的工期延长。

2、施工中遇到文物造成的工期延误

FIDIC条款第4.24款对施工中遇到文物化石等做了如下规定：

在现场发现的所有化石、硬币、有价值的物品或古物，以及具有地质或考古意义的结构物和其他遗迹或物品，应置于雇主的照管和权限下。承包商应采取合理的预防措施，防止承包商人员或其他人员移动或损坏任何此类发现物。

一旦发现任何上述物品，承包商应迅速通知工程师，工程师应就处理上述物品发出指示。如承包商因执行这些指示遭受延误和（或）增加费用，承包商应向工程师再次发出通知，应有权根据第20.1款[承包商的索赔]的规定要求：

(a) 根据第8.4款[竣工时间的延长]的规定，如竣工已或将受到延误，对任何此类延误给予延长期；

(b) 任何此类费用应计入合同价格，给予支付。

此工程施工过程中，挖掘出了一个阿努拉特普拉——僧伽罗王朝时期（公元前5世纪—公元1世纪）建筑遗址，我方迅速采取合理的预防措施并及时通知了工程师，因为此古迹对研究斯里兰卡古代王朝有很重要的价值，故保护此遗址延误了工期。我方及时提出了工期索赔，最终获得了20天的工期延长。

3、工程师指示暂停施工造成工期延误

FIDIC条款第8.8、8.9款对暂停施工做了如下规定：

工程师可以随时指示承包商暂停工程某一部分或者全部的施工。在暂停期间，承包商应保护、保管、并保证该部分或全部工程不致产生任何变质、损失或损害。

如果承包商因执行工程师根据8.8款的规定发出的指示，和（或）因为复工而遭受延误和（或）招致增加费用，承包商应向工程师发出通知，有权根据第20.1款[承包商的索赔]的规定要求：

(a) 根据第8.4款[竣工时间的延长]的规定，如竣工已或将受到延误，对任何此类延误给予延长期；

(b) 任何此类费用应计入合同价格，给予支付。

工程师收到此通知后，应该按照第3.5款[确定]的要求，对这些事项进行商定或确定。

该项目因为在斯里兰卡中北部，距离北部猛虎组织活动范围稍近些，因为自1983年以来，泰米尔猛虎组织一直致力于通过暴力活动，迫使政府妥协，为此不仅在前线与政府军鏖战，在后方也采取恐怖活动，屡屡实施自杀性爆炸行动，不仅政府大批军政要员丧生，也殃及许多无辜的群众。2008年，政府在1月的早些时候取消了2002年签署的停火协议。8月，泰米尔猛虎组织在中北部甚至首都科伦坡发动的自杀性爆炸行动日益猖獗，为了

保证该项目所有人员的安全，工程师发布了暂停施工的指令，承包商积极执行该指令并做好了相关善后工作，形式好转后复工。我方及时提出了工期索赔，最终获得了35天的工期延长。

(三) 异常不利的气候条件引起的工期索赔

FIDIC条款第8.4款(c)规定的异常不利气候条件往往因施工项目所在地不同，气候条件对该项目影响程度不同，很难用统一的标准来界定什么是异常不利气候条件。有些项目在合同专用条款中对异常不利的气候条件加以说明。本项目就是如此，在专用条款中规定：

(a) 如果当天下雨量超过60mm或者下雨时间超过4小时，承包商可以延长工期一天。

针对这种情况，我方在现场项目部和工程师办公室分别安装了雨水计量器，当遇到雨量超过60mm或者下雨时间超过4小时的情况时，我们及时与工程师沟通，并在每月月末统计上报当月雨量超过60mm或者下雨时间超过4小时的天数。我方据此条款共得到了8天的工期延长。

(四) 由于雇主的移交现场延误引起的工期索赔

FIDIC条款第2.1款对移交现场延误做了如下规定：

雇主应在投标书附录在规定的时间内（或几个时间内），给承包商进入和占用现场各部分的权利……

如果雇主未能及时给予承包商上述进入和占用的权利，使承包商遭受延误和（或）招致增加费用，承包商应向工程师发出通知，并根据第20.1款[承包商的索赔]的规定有权要求：

(a) 根据第8.4款[竣工时间的延长]的规定，如竣工已或将受到延误，对任何此类延误给予延长期；

(b) 任何此类费用和合理利润应计入合同价格，给予支付。

工程师在收到此通知后，应按照第3.5款[确定]的规定，对这些事项进行商定或确定。

对于承包商而言，没有施工场地，施工也就无从谈

起。此项目开始阶段，业主没有很好的解决征地拆迁问题，没能及时向我方移交施工现场，使得该工程不能按时开工，对此我方根据实际情况及时提出了工期索赔，最终获得了15天的工期延长。

（五）由于所在国当局延误或干扰引起的工期索赔

FIDIC条款第8.5款对当局延误做了如下规定：

如果符合下列条件，即：

(a) 承包商已努力遵守了工程所在国依法成立的有关公共当局所制定的程序；

(b) 这些当局延误或打乱了承包商的工作；

(c) 延误或者中断是不可预见的。

则上述延误或者中断可视为根据第8.4款[竣工时间的

延长] (b) 项规定的延误原因。

斯里兰卡2009年7月份，因为全国油价、日常生活物资价格持续上涨，造成居民生活压力倍增，该国首都科伦坡港口及公共交通工人举行了大罢工，造成了施工材料供应短缺，这些情况不是承包商本身原因造成的也不是有经验的承包商能合理遇见的。另外因为内战结束，该国从2009年起增加了两天的公共假日，针对以上情况我方也及时提出了工期索赔，最终获得了5天的工期延长。

三、案例总结

本项目通过我方积极、有序的索赔工作，取得了很好的效果，在工期索赔过程中我方所使用的主要条款大致归结如下表

本项目承包商利用的工期索赔条款表

条款编号	条款标题内容摘要	可能引起索赔的原因	涉及到的条款
2.1	移交现场误期	雇主没有在规定的时间内给予现场致工期延误	2.1, 20.1
4.12	不可预见的物质条件	在施工过程中承包商遇到了一个有经验的承包商无法合理预见的 不利的外界条件	4.12, 20.1
4.24	化石、古迹	在施工现场发现化石、古迹等后，雇主或工程师指示保存该化石等，致使承包商遭受工程延期和/或费用增加	4.24, 20.1
8.5	当局引起的延误	所在国的合法当局延误或干扰、而且承包商无法预见	8.5, 20.1
8.8	暂停工作	非承包商原因所致的暂停	8.8, 8.9, 20.1
13.1	有权变更	因工程变更使承包商费用增加和工程延期	13.1, 20.1

总之，承包商进行工期索赔时，要事先做好策划，抓住索赔时机，准备详实的文字和相应的索赔依据。此外，针对具体的索赔事件要进行具体分析，来推定自己是否有权获得工程延期、费用补偿。这取决于事件的本身及其所产生的时机、后果和承包商对合同条款的理解、分析和应用能力。合理准确的做好工期索赔工作，不仅能避免高额的延期罚款，还提高了项目的经济效益。

以TOD模式运作轨道交通项目的初步研究

缪晴辉 周文韦华

摘要

为解决轨道交通项目成本与收益不匹配的问题，广东省政府借鉴港铁的“地铁+物业”的商业模式，确立了以TOD模式（Traffic Oriented Development，即“公交导向发展模式”）发展珠三角地区城际轨道交通项目的战略，并有意选择潜在投资回报较好的城际轨道交通项目引入第三方社会投资人与政府授权经营企业共同投资、建设和运营，以减轻地方政府的财政压力，并提升城际轨道交通项目和沿线物业开发运营专业水平。然而，我国现行土地管理制度却使得社会投资人参与城际轨道交通项目并从城际轨道交通项目带动沿线土地开发增值中获取利益的投资模式的合法性存在一定的不确定性。

笔者认为，在引入社会投资人投资以TOD模式运作的轨道交通项目的情况下，合理安排项目的投资模式、划分投资范围和风险收益承担比例、同时通过恰当的交易构架确保轨道交通项目的合法性，是实现地方政府以TOD模式为轨道交通项目建设筹措资金，完善综合交通体，实现交通和社区和谐统一发展的关键。

一、TOD模式推出的背景和模式简介

（一）TOD模式推出的背景

为促进珠江三角洲地区区域经济一体化战略的实施、完善综合交通体系、适应城际客流快速增长的需要，广东省政府在“十一五”期间提出要在珠三角地区修建大规模城际轨道交通项目，以广州、深圳、珠海为主要枢纽，建设以广州为中心、主要城市间1小时互通，以及珠江三角洲中部、东部和西部都市区内部1小时互通，覆盖区域内主要城镇的便捷、快速、安全、高效的城际轨道交通网络¹。

与城际轨道交通项目的重要性相匹配，其预计建设投资总额也是十分惊人的；同时，城际轨道交通项目运营阶段设备设施更新成本、维护费用等亦十分高昂。因此，城际轨道交通项目虽能带来巨大的社会效益，但其投资、建设和运营无疑将给广东省政府及其授权经营企业带来巨大的财政和经济压力。

为了解决包括珠三角地区的城际轨道交通项目本身运营阶段所创造的现金流不足以弥补项目建设和/或运营成本的问题，广东省政府于2012年1月19日颁布了“粤府函[2012]16号通知”，确立了以TOD模式发展城际轨道交通项目的战略：通过将珠三角地区城际轨道交通项目本身的投资、建设和运营与沿线站场周边土地和物业的规划开发结合起来，以城际轨道交通项目带动沿线土地、物业的增值，以沿线土地、物业的开发经营收益反哺城际轨道交通项目，弥补其亏损，使得城际轨道交通项目的社会效益和经济效益取得有益的平衡²。

1 《国家发展改革委关于珠江三角洲地区城际轨道交通网规划（2009年修订）的批复》，国家发展改革委员会2009年9月批准通过。链接：http://www.sdpc.gov.cn/xmsphz/t20100813_366086.htm。

（二）TOD模式简介

TOD模式概念由新城市主义代表人物彼得·卡尔索尔普提出，是为了解决二战后美国城市的无限制蔓延而采取的一种以公共交通为中枢、综合发展的步行化城区模式。其中公共交通主要是地铁、轻轨等轨道交通及巴士干线，然后以公交站点为中心、以400~800m（5—10分钟步行路程）为半径建立集工作、商业、文化、教育、居住等为一体的城区，以实现各个城市组团紧凑型开发的有机协调。

TOD模式作为具有代表性的城市社区综合一体开发模式，从纯商业角度来说，最成功的运用范例为香港地铁公司（下称“港铁公司”）³在香港的“地铁+物业”投资开发实践，该模式的成功运用使得港铁公司成为世界范围内少数得以收回投资成本并有盈利的公共交通企业。

与港铁公司所承担的公共交通系统的投资、建设和运营业务相匹配，香港政府（1）向港铁公司以低地租或零地租（之后由港铁公司补交地价）批租一定数量的土地⁴，由港铁公司自行开发，或者将其转租给第三方，或者与第三方合作开发相应的房地产项目；（2）授予港铁公司以地铁沿线车站设施的专营权，由港铁公司负责经营，收取租金等收入。该等物业开发的收益不仅可以补贴港铁公共交通项目的亏损，港铁公司甚至可据此收回全部的公共交通系统的投资、建设和运营维护成本。在这种“地铁+物业”的商业模式下，通过政府先期对规划发展区的用地以较低的价格征用，导入公共交通，形成开发地价的时间差，然后，出售基础设施完善的“熟地”，港铁公司从土地升值的回报中回收了公共交通的

先期投入。

因此，TOD模式在中国香港地区本土化适用的范例“地铁+物业”商业模式，突破了以往市政公用事业和基础设施项目以项目自身的现金流偿还项目投资和回报的“项目融资”模式的窠臼，通过周边土地和物业项目的开发来补贴投资者的成本。从经济学角度看，相当于将公用（益）类设施带来的社会效益（对第三者而言，可能体现为经济效益）内部化为公益企业的个体效益，即通过由港铁公司来开发建设经营有关的沿线物业，使得港铁公司成为了地铁带动周边物业升值的直接受益者，实现了“物业”对“地铁”的反哺。

二、在中国大陆的轨道交通项目中推广适用TOD模式的合法性分析

根据笔者过往在为广东省轨道交通建设授权经营企业担任TOD项目专项法律顾问过程中积累的经验，我们认为，在我国现行法律体制下，以TOD模式运作轨道交通项目的合法性和可行性，主要涉及到土地出让、特许经营、招投标等法律问题；同时，如果轨道交通项目的投资者来自境外，则还需考虑外商投资的产业政策、外商投资和外汇等法律问题。囿于篇幅，本文仅对其中最为核心的土地出让问题进行具体分析。

（一）中国大陆的土地出让管理制度

1、土地出让方式

根据我国有关法律法规，从事经营性房地产开发，

2 《印发关于完善珠三角城际轨道交通沿线土地综合开发机制意见的通知》（粤府函[2012] 16号），广东省政府2012年1月19日。

3 港铁的前身“地下铁路公司”是一家根据香港政府颁布的法例（《地下铁路公司条例》香港法例第270章）成立的“法定机构”，由香港政府全资拥有。2000年到2007年底的期间内，通过一系列私有化、上市、新股配售增发以及委托运营等活动，“地下铁路公司”从一家“法定机构”变更为一家根据香港《公司条例》注册的有限公司，完成了上市以及对香港铁路网络的整合，成为香港地区最大也是唯一的公共轨道系统建设运营商。

4 在土地批租制度下，香港的地价分为完全市场价格、下调地价和名义地价（只相当于完全市场价格很小一部分）三种类型。只有非盈利性组织（如政府、学校、医院和寺院等）、负责向香港低收入群体提供廉租房的香港房屋署和政策支持的特殊行业（能源、交通、通讯等）有资格申请按名义地价和下调地价批地；盈利性的工商业用地和商品住宅用地一律按完全市场价格批地。而就香港政府已批租土地方式向港铁提供补贴的内容，请参见《立法会：港铁公司物业发展》（2012年4月25日），信息来源：<http://www.thb.gov.hk/tc/psp/pressreleases/transport/land/2012/20120425a.pdf>。

必须通过出让取得国有建设用地的土地使用权。出让方式有两种：一是协议出让；二是招标、拍卖或挂牌公开出让。工业用地和商业、旅游、娱乐、商品住宅等用途的经营性用地（包括配套的办公、科研、培训等用地），以及虽是其他用途的土地，但同一宗土地有两个以上意向用地者的，都必须以招标、拍卖或挂牌方式公开出让。

2、土地出让条件

2.1 规划条件和出让面积

(a) 土地出让必须以宗地为单位提供规划设计条件、建设条件和土地使用标准；

(b) 商品住房用地单宗出让面积小城市（镇）不得超过7公顷，中等城市不得超过14公顷，大城市不得超过20公顷；

(c) 不得将两宗以上地块捆绑出让。

2.2 出让底价和竞买保证金

土地出让最低价（出让底价）不得低于出让地块所在地区同级别土地基准地价的70%，竞买保证金不得低于出让底价的20%。

2.3 成交和付款

土地出让成交后，县级以上（含县级）国土资源主管部门必须在10个工作日内与受让方签订《国有土地使用权出让合同》。合同签订后1个月内，受让方必须缴纳出让价款50%的首付款，余款要按合同约定及时缴纳，最迟付款时间不得超过一年。

2.4 投资和建设进度

各类住房建设项目应当在《国有土地使用权出让合同》中约定的土地交付之日起一年内开工建设，自开工之日起三年内竣工。

3、土地出让收入的管理

根据我国国务院、财政部制定的相关规定，土地出让收入的管理制度可以概括为“及时入库、收支两条线、专款专用”，内容大致如下：

3.1 预算和收支管理

(a) 土地出让收支全额纳入地方政府基金预算管理。收入全部缴入地方国库，支出一律通过地方政府基

金预算从土地出让收入中予以安排，实行彻底的“收支两条线”管理。

(b) 土地出让收入的缴交与权属证书的办理挂钩。受让方应按期足额缴纳土地出让金及有关税费。对未按照缴款通知书规定及时足额缴纳土地出让收入，并提供有效缴款凭证的，国土资源管理部门不予核发《国有土地使用证》。

3.2 土地出让收入的减免

(a) 各地不得以“招商引资”、“旧城改造”、“国有企业改制”等各种名义减免土地出让收入，实行“零地价”，甚至“负地价”，或者以土地换项目、先征后返、补贴等形式变相减免土地出让收入；

(b) 不得违反有关规定，将应缴地方国库的土地出让收入，由受让方直接以征地和拆迁补偿费等名义支付给村集体经济组织或农民等。

3.3 土地出让收入的用途和支出

土地出让收入的用途仅限于征地和拆迁补偿支出、土地开发支出、支农支出、城市建设支出，以及其他支出五大类。

（二）中国大陆现行土地出让管理制度对轨道交通项目适用TOD模式的不利影响

1、土地出让招拍挂程序给社会投资人受让土地使用权带来的不确定性

如前文所述，根据中国大陆的土地出让制度，包括商业、旅游、娱乐、商品住宅等经营性用地（包括配套的办公、科研、培训等用地）必须通过招拍挂的公开竞争程序出让。考虑到轨道交通项目巨大的投资额和建设成本，如果不能够排除经营性用地出让的招拍挂程序给受让人选择带来的不确定性，社会投资人深度参与、投资轨道交通项目的意愿必然会受到不利的影

2、土地出让收入的用途管制给补贴轨道交通项目带来的限制

在“专款专用”的用途限制下，土地出让收入只能用于与出让地块和城市建设有关的征地拆迁支出、基础

设施建设等用途。我国大量的土地一级开发项目的投资人取得相应的收益的合法性也正在于此：由于它们完成了相应的土地一级开发工作，相应的，其投资和收益也可在未来的土地出让收入中获得补偿。

但就以TOD模式运作的轨道交通项目而言，如果社会投资人仅投资于轨道交通项目而并未投资参与沿线土地的一级开发，那么有关地方政府直接以沿线土地的土地出让收入补贴社会投资人所投资运营的轨道交通项目，则存在违反土地出让收入的管理规定的嫌疑，可能引发法律风险。

3、宗地出让V.S成片经营

与上述第1点所述“招拍挂程序”带来的不确定性相关，我国对于国有土地出让规划条件、面积和范围等方面的限制⁵，也会给社会投资人的利益带来影响，进而影响TOD模式的运用。因为宗地出让的限制不仅进一步增大了社会投资人取得沿线物业的土地使用权的难度，还给沿线物业的统一规划、整体开发和成片经营带来了实际操作方面的困难。

正是基于上述原因，特别是受到经营性用地出让必须通过招拍挂程序的限制，在深圳地铁四号线项目中，深圳市政府虽曾拟将地铁四号线沿线290万平方米的物业开发权授予港铁公司，但这一方案最终未能取得国家发展改革委员会的批准。深圳市政府最终只有通过曲线的度身定做出让条件的方式将沿线土地的使用权“定向出让”给港铁公司作为对其投资深圳地铁四号线项目的补贴⁶。

三、港铁项目应用TOD模式获得成功的深层原因分析

如上文所分析，包括广东省政府在内的中国地方政

府尝试推行以TOD模式运作轨道交通项目，其目的首先是为了减轻政府经济负担，然而由于大陆土地出让制度等方面的限制，在中国大陆的轨道交通项目中直接复制港铁的“地铁+物业”商业模式存在着一定的法律风险。与此同时，在世界范围内，学习、借鉴港铁经验的公共交通投资者、运营商和政府众多，但是真正能够如港铁项目一样成功实现盈利和稳健发展的亦屈指可数。

这种情况的出现，可能是由于各国、各地区法律制度的差异，但港铁项目能够获得成功，从根本上来说有赖于其所处的特殊环境：

（一）香港特殊的土地制度

从某种意义上说，香港的土地制度与大陆的土地制度是极为相似的⁷，同样都是国家作为土地的终极所有者，同样都是国家授权地方政府作为公共管理者对外出让（批租）土地，同样也都是地方政府作为土地出让（批租）收益的享有者，以收回土地出让金（地租）的方式获取大额的财政收入⁸。政府作为公共管理者所掌握的土地就成为一种极为稀缺和昂贵的资源；而香港政府将沿线土地低价批租给港铁由港铁开发，相当于一次性给予港铁以巨额的财政补贴。香港政府所掌握的资源，是世界上相当多的国家和地区的政府所没有的、无法给予的；而其所提供的“低价土地批租”这种财政补贴，成为港铁项目“地铁+物业”商业模式成功运作的基础。

（二）高密度的人口和繁荣的经济

香港是世界上人口密度最高的地区之一。2011年6月底，全港的陆地人口密度为每平方公里6,580人；而

5 如上文所述，这一方面的限制包括：（1）必须以宗地为单位提供规划设计条件、建设条件和土地使用标准；（2）商品住房用地单宗出让面积小城市（镇）不得超过7公顷，中等城市不得超过14公顷，大城市不得超过20公顷；及（3）不得将两宗以上地块捆绑出让等。

6 请参见：<http://szhome.oeeee.com/a/20110819/342048.html>。

7 大陆的土地所有权和使用权分离，城市的个体、企业等取得的为土地的使用权而非所有权等规定，主要都是来自于模仿港英时期香港的土地制度。

8 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第7条：“香港特别行政区境内的土地和自然资源属于国家所有，由香港特别行政区政府负责管理、使用、开发、出租或批给个人、法人或团体使用或开发，其收入全归香港特别行政区政府支配。”

港岛和九龙更是香港人口密度最高的地区，每平方公里分别有16,320人和44,760人⁹。没有一个发达的经济作为支撑，很难想象单位密度如此之高的社群会有存在的基础。而从城市公共交通的发展规律来看，项目所在地区的人口密度越高、经济越发达，公共交通、特别是地铁的利用率就越高。香港繁荣的经济和高密度的人口，为香港地铁沿线物业的开发、特别是地铁沿线内外物业租赁和相应的商业繁荣，提供了最直接的市场支持。

（三）香港特殊的“孤岛政治”环境

与大陆复杂的政治、经济、社会和区域环境相比，香港相对隔离的地理区位，比较单纯的政治、经济和社会环境，使得香港政府在处理有关问题时，享有更高的自由度，更加易于平衡有限范围内不同主体的利益关系，有针对性地特事特办而不会引发不必要的利益纷争和权力滥用。

香港政府以低价乃至零地价（未来由港铁相应补交）向港铁批租经营性土地的做法，在大陆的土地法律制度中，曾经也是可以找到相应的法律依据的，即“协议出让+低价出让”¹⁰。但由于现实中的滥用，2000年之后，中央逐步收紧了地方政府协议出让经营性用地并减免土地出让金的权限，并最终于2002年至2004年前后，通过制定和修订土地出让、土地出让金收支和用途管理规则等一系列土地相关法律制度，严格禁止了经营性用地的协议出让和低价出让，基本斩断了在大陆直接以“地铁（轨道）+物业”模式运作城市轨道交通项目在法律上的合法性。相应的，尽管港铁公司拥有在香港成功的经验和业绩，但其在大陆投资的深圳地铁四号线、北京地铁四号线，以及杭州地铁一号线项目中，港铁公司都未能因其作为地铁轨道项目社会投资人的身份而自动取得该地铁轨道沿线土地的土地使用权，而仅仅是取得了沿线地铁站内物业的经营权；如港铁公司希望取得

沿线土地的土地使用权，仍需通过招拍挂程序竞买。

四、关于在轨道交通项目中引入社会投资人并适用TOD模式的初步设想

（一）三种可能的投资模式

如前所述，地方政府引入社会投资人以TOD模式参与城际轨道交通项目的主要目的包括：第一，减轻地方政府在轨道交通项目建设资金和/或运营资金上的压力；第二，利用社会投资人在轨道交通建设和房地产开发领域的专业经验，从规划、设计、建设、管理、运营等各个方面提升轨道交通项目和沿线物业的价值，争取实现轨道交通项目的自给自足甚至盈利。而对于社会投资人而言，其参与轨道交通项目的基本目的是通过参与轨道交通项目的投资开发，确保其财务上的稳健增长。

我们认为，考虑到轨道交通项目关系国计民生、且建设及运营成本巨大，地方政府即便引入社会投资人参与轨道交通项目，也仍有必要授权一家国有企业代表地方政府，同时出资参与项目的投资建设和运营。与此同时，地方政府在轨道交通项目中引入社会投资人并适用TOD模式运作，要想取得成功，必然需要同时兼顾地方政府和社会投资人的利益。为了实现以上目标，在设计项目交易构架时，我们需要合理确定社会投资人的投资范围、以及国有企业和投资人的风险收益分配比例。

就社会投资人的投资范围，为了便于说明问题，我们可以将轨道交通项目的全部资产划分为“沉淀性资产”和“经营性资产”两部分：（1）沉淀性资产是指国有企业投入轨道交通项目的，为项目经营所必需，但是未来无法产生相应的现金流以弥补国有企业投资成本的部分；（2）经营性资产是指由国有企业和社会投资人双方（下称“双方”）共同或社会投资人单独投入，通过结构性安排未来能够创造相应的现金流以弥补社会投资

9 香港便览：<http://www.gov.hk/tc/about/abouthk/factsheets/docs/population.pdf>。

10 具体请参见：1995年7月5日全国人大常委会通过的《房地产管理法》第12条，以及国土管理局于1995年6月28日颁布、2003年8月1日废止的《协议出让国有土地使用权最低价确定办法》。

人投资、运营成本的部分。对于轨道交通建设项目此类投资大收益小的项目，如果能够允许社会投资人减少对沉淀性资产的投资而增加对经营性资产的投资，可有效确保其收回投资及合理回报，从而有利于吸引社会投资人积极参与此类项目。对于国有企业而言，其作为轨道交通项目的最终业主对沉淀性资产进行投资，一方面体现了其代表政府履行公共服务责任，另一方面通过减少其对经营性资产的投资也可相对锁定风险和损失，避免在已投入巨大建设成本无法收回的情况下，还因轨道交通项目的后续建设和经营而进一步扩大风险和损失。

在投资范围确定后，双方的总体风险、责任和权益已经给定，可据此合理地划分双方的风险收益分配比例（按照出资额或协商确定的比例确定），使得双方的收益与风险相匹配，投入与回报相符合，权利与义务相适应。

在上述认知的基础之上，结合已有的实践经验，笔者认为，以TOD模式运作并引入社会投资人的城际轨道交通项目在具体模式设计上，大致可以分为以下三种：

1、轨道交通项目全部视为经营性资产的投资模式

1.1 基本投资模式

(a) 将轨道交通项目的全部资产视为经营性资产。

(b) 社会投资人与国有企业共同设立合资企业或中外合作经营企业作为“特许经营者”，由特许经营者与政府签订特许经营协议，取得一定期限内（例如30年）轨道交通项目的特许经营权。

(c) 由于特许经营者负责轨道交通项目全线的投资、建设和运营活动。相应的，社会投资人作为其股东将依据出资额（合资企业）或股东双方协商确定的风险责任分配比例（合作企业），与国有企业共同承担轨道交通项目投资、建设和运营有关的风险和损失。

(d) 地方政府将通过包括直接给予财政补贴、“定向出让”沿线土地使用权等方式，给予特许经营者或其关联企业以相应的补贴，进而间接满足投资者的利益需求。

1.2 典型案例——深圳地铁四号线项目¹¹

在该项目中，港铁公司以60亿元独家投资建设和运营深圳地铁四号线项目，设立特许经营公司并获得该项目30年的特许经营权。而为弥补港铁在四号线项目上可能遭受的财务风险，深圳市政府通过“度身定做”出让条件的方式，使得港铁公司旗下两家全资子公司竞得四号线沿线一块地块编号为A 832-0853，用地面积约8.9万平方米，建筑面积约20.6万平方米的土地使用权。

2、部分轨道交通项目资产视为经营性资产的投资模式

2.1 基本投资模式

(a) 将轨道交通项目资产做适当拆分，例如，划分为土建工程部分、电气系统及营运设备部分两类，将土建工程将作为沉淀性资产，系统设备等将视为经营性资产。

(b) 国有企业负责沉淀性资产的投融资和建设，社会投资人单独或与国有企业合资、合作设立特许经营者，负责经营性资产的投融资和建设，承担与之有关的风险和责任，取得轨道交通项目的特许经营权。

(c) 在项目全线完工后，国有企业通过租赁或者托管运营的方式将沉淀性资产交由特许经营者，特许经营者进而取得了对项目全线资产、设施进行运营、维护、管理和收益的权利，并由特许经营者承担轨道交通项目未来的设备设施更新、改造和维护的费用和成本。

(d) 政府是否需要向特许经营者提供财政补贴、定向出让土地视乎具体情况而定。如轨道交通项目经营性资产的投资建设成本和项目全线的运营成本与特许经营者运营项目取得的收益差距过大，不排除政府给予特许经营者补贴的可能性。

2.2 典型案例——北京地铁四号线项目、杭州地铁一号线项目

(a) 北京地铁四号线项目¹²

北京地铁四号线项目投资总额约为人民币153亿元，全部建设内容分为A、B两部分。A部分主要是土建工程，投资额约107亿元，占总投资的70%；B部分包括车辆、信号、自动售检系统等机电设备，投资额约46亿

11 有关港铁投资深圳地铁四号线项目的详情，深圳市政府如何给予港铁以相应的财政补贴，以及如何确保港铁拿到沿线土地使用权的具体情况，请参见：<http://szhome.oeeee.com/a/20110819/342048.html>。

12 北京市发展改革委员会副主任柴晓忠《北京地铁四号线特许经营模式》，信息来源：<http://www.bjpc.gov.cn/zt/sheshi/fayan03.htm>。

元，占总投资的30%。

根据特许经营协议，（1）北京市地铁四号线公司（国企）负责A部分的投融资、建设；（2）“港铁-首创联合体”组建特许经营公司，负责B部分的投融资和建设，并获得建设运营北京地铁四号线的特许经营权。

四号线项目竣工验收后，特许经营公司根据与北京市地铁四号线公司签订的《资产租赁协议》，取得A部分资产使用权，在特许经营期内负责地铁四号线的运营管理、全部设施的维护和除洞体外的资产更新，以及站内商业经营，通过地铁票款收入及站内商业经营收入回收投资。

特许经营期结束后，特许经营公司将B部分项目设施完好、无偿地移交给北京市政府指定部门，将A部分项目设施归还给北京市地铁四号线公司。

（b）杭州地铁一号线项目¹³

杭州地铁一号线项目投资总额约为人民币220.8亿元。全部建设内容分为A、B两部分，其中，A部分主要包括土建工程、轨道、综合基地、控制中心、主变电站等，总投资为137.9亿元，占总投资的62.5%；B部分为除A部分以外的车辆、信号、售检票系统等机电设备，总投资82.9亿元，占总投资的37.5%。

根据国家发展与改革委员会的批复和特许经营协议：（1）杭州地铁集团公司负责A部分的投融资、建设；（2）杭州地铁集团公司全资拥有的杭州地铁一号线投资有限公司、港铁全资拥有的港铁杭州一号线投资有限公司共同投资设立“杭港地铁有限责任公司”作为特许经营公司，负责杭州地铁一号线B部分的投资、建设和经营。

一号线项目竣工验收后，特许经营公司根据与杭州地铁集团公司签订的租赁协议，取得A部分资产的使用权，在特许经营期内负责包括A部分设施在内杭州地铁一号线全线资产设施的运营、维护、管理和收益，并承担相应的成本和费用。

项目特许经营期为自杭州地铁一号线开始试运营日

起25年。特许经营期满后，特许经营公司需将项目全部设施（无任何债务）完好无偿地移交杭州市政府。

3、将轨道交通项目的实体资产全部视为沉淀性资产的投资模式

3.1 基本投资模式

（a）对轨道交通项目资产不做任何拆分，整体视为沉淀性资产，全部由国有企业负责投融资和建设。

（b）在项目全线完工后，国有企业通过租赁、托管运营或特许经营的方式将项目全线资产的经营权（视为经营性资产）交由社会投资人单独或与国有企业共同设立的合资、合作公司（“运营公司”），由后者在合同约定的运营期内（特许经营期内）负责运营、管理和收益，并承担轨道交通项目未来的设备设施更新、改造和维护的费用和成本。

（c）政府是否需要向运营公司提供财政补贴、定向出让土地视乎具体情况而定。一般而言，在此种投资模式下，社会投资人的投入相对较小，如无特殊情况，政府可不给予补贴。

3.2 典型项目

暂无。

（二）设计交易构架需要考虑的其他重要问题

1、社会投资人财务的稳健性与国有企业、政府责任的协调

如上文所述，获取投资回报是社会投资人参与轨道交通项目的诱因，然而并不等于国有企业需确保社会投资人参与轨道交通项目一定盈利。相应的，在投资模式的设计、具体交易细节的安排方面，国有企业需注意直接财政补贴、定向出让等政府补贴手段的适用范围和方式，控制国有企业、特别是政府方面的责任。

2、沿线土地定向出让有关的问题

2.1 在项目投资总额、运营成本与未来营运收入之间的资金缺口过大的情况下，如需向特许经营者/社会投

13 国家发展改革委《杭州地铁一号线特许经营项目通过批准》，信息来源：http://www.sdpc.gov.cn/xmsphz/t20120905_503847.htm。

资人出让大量土地方能弥补相应的资金缺口，轨道交通项目沿线的地方政府在土地出让方面的利益如何平衡亦是一个需要妥善解决的问题。考虑到城际轨道项目中核心城市对周边城市所具有的“汲水效应”¹⁴，这一问题在由省级政府主导，涉及两地乃至多地的城际轨道交通项目中体现的特别明显：沿线欠发达城市可能对于以本地的土地出让收益补贴城际轨道交通项目的投资建设成本存在较大的抵触情绪。

2.2 根据特定主体的身份和特点量身打造出让条件的土地“定向出让”，尽管在实践操作中并不少见，但第三方对其合法性进行挑战的法律风险仍然存在。



业务领域：金融、外商投资、企业重组并购、房地产、国内企业境外投资

工作经历：廖晴辉律师于2011年7月以合伙人身份加入君合律师事务所。

廖律师执业以来一直服务于金融、外商投资、企业重组并购、房地产、国内企业境外投资等领域，积累了丰富的业务经验。曾代理或正在代理的客户包括：中国东方资产管理公司、花旗环球金融亚洲有限公司、中国银行广东省分行、中国进出口银行广东省分行、中国电力投资集团南方分公司、中国对外贸易广州展览总公司、三井物产株式会社、太古集团、联邦快递、3M等。

教育背景：廖晴辉律师分别于复旦大学和中山大学获得法学学士学位和法学硕士学位；并获得英国律师学院颁发的普通法研究生文凭（CPE/PgDL），以及香港大学颁发的法律专业文凭（PCLL）。

执业资格：廖晴辉律师于1994年取得中国律师资格和律师执业证，于2005年取得香港执业律师资格和执业证，可以同时在中国大陆及香港两个法域执业。

工作语言：英文、中文（普通话及广东话）

五、结语

引入社会投资人参与城际轨道交通项目投资并以TOD模式运作，目前在中国尚处于探索阶段。尽管已经有了一些初步成功的案例，但考虑到我国相关法律制度的限制，通过恰当的交易构架确保轨道交通项目的合法性，是实现地方政府以TOD模式为轨道交通项目建设筹措资金，完善综合交通体，实现交通和社区和谐统一发展的关键。



周文韦律师现为君合广州分所的中级律师。在加入君合广州前，周文韦律师曾在金杜律师事务所广州分所任职。周文韦律师专门从事君合广州分所的基础设施和公用事业业务，并在房地产（土地一级开发）项目的融资建设、外商投资、公司并购（尤其是外资并购）领域取得了丰富的法律专业和行业知识及经验。

教育背景：2004年9月—2006年6月——国际法硕士，中山大学法学院，广州市

1999年9月—2003年7月——法学学士，西南政法大学，重庆市
2000年9月—2003年7月——英语文学学士（双学位），四川外语学院英语系，重庆市

工作经历：2006年6月—2011年8月，北京市金杜（广州）律师事务所，律师助理和律师

2012年9月至今，北京市君合（广州）律师事务所，律师

14 指在城际轨道交通项目中，项目投资建设的效益对于沿线城市并不是均等的，经济相对发达的核心城市可能会因城际轨道交通项目的建设运营而吸引沿线其他欠发达城市的人流、物流和收益。

葡萄牙著作权集体管理组织介绍

Myriam Ouaki¹ 翻译 王 乔

葡萄牙的著作权制度属于“作者权”体系（作者为自然人），该体系传统上反对“版权”体系（该体系保护制作人）。该两种体系建立在不同的基础之上，“作者权”体系在欧洲影响深远。

葡萄牙“版权及相关权利法典”（Código do Direito de Autor e Direitos Conexos – CDADC）于3月14日由第63/85号法令通过。CDADC第67条规定：作者拥有全部或部分享有并使用其作品的排他性权利，其中包括在法律允许的范围内以任何直接或间接的方式披露、出版该作品或对其进行经济开发的权利。与著作权实施相关的权利可由作者本人或通过正式授权的代表行使，该等代表可为本国或外国的协会或组织，即著作权集体管理组织。著作权集体管理组织的作用是自版权作品使用人处收集许可使用费并向著作权人分配许可使用费。

CDADC第72条及其后条款以及2001年8月3日第83号法律规定了著作权及相关权利集体管理组织的设立、组织、运行以及责任。著作权集体管理组织可以是合作社或非营利性民间社团，由著作权及相关权利持有人自愿设立。著作权集体管理组织应承担协助成员及其合作伙伴的社会与文化职能，开展培训活动，推广作品及服务，保护作品打击盗版，并以其自身名义参与诉讼。著作权集体管理组织同时作为权利人的代表行事，并具有参与对其成员的合法权益进行民事、刑事保护的法定资格。例如，GDA（*Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes*）是由艺术家并为其权益成立于1995年的一家非营利性公益合作社，其目标是为对艺术家与著作权相关的权利进行管理。著作权集体管理组织

也可为根据国内立法设立的民间机构，例如葡萄牙作家协会（SPA-*Sociedade Portuguesa de Autores*）是一家成立于1925年的有限责任公司。SPA是葡萄牙主要的著作权管理实体，代表全部文学和艺术领域（音乐、音像、舞蹈、造型艺术、电影等）的超过20,000葡萄牙作家。为在葡萄牙开展其工作，无论其权利来源是由其成员特别授权还是源自其自身身份，著作权集体管理组织均须在葡萄牙文化部娱乐与著作权理事会进行登记。

所有葡萄牙著作权集体管理组织（尤其是两家最大的SPA和GDA）均与其他欧洲及国际级的著作权集体管理组织签订了双边或多边协议。在音乐作品在线使用多国许可方面，欧洲一直致力于解决在线内容市场统一化带来的著作权许可问题。欧洲在线音乐服务提供者面临为全部节目获取欧洲成员国境内许可的困境。欧洲市场目前仍是分裂的，该情形限制了在线音乐提供者提供服务，同时也阻止了作者的音乐作品在可能的最大范围内获得许可，以及作者在应得的最大程度上获得报酬。进一步来说，该情形实质上妨碍消费者最大程度从音乐节目多样性中获益。因此，欧盟相关指令以及对欧盟多国和多范围许可在线音乐服务开展深度研究的重要性一直是作者、艺术家以及著作权集体管理组织热议的话题。该指令旨在对上述事项进行规制并使之标准化。

在上述指令起草以及成员国实施该指令的需求的同时，葡萄牙开始了一项新法案的讨论。该法案提出了多种开放式管理实践，同时确立代表权利人不同国家权益的泛欧洲实体的可能。另一重要修改体现在创设了著作权集体管理组织和使用者协会之间更为直接的关系，以协调价格和许可模式。

1 作者单位：ABREU & ASSOCIADOS - SOCIEDADE DE ADVOGADOS RL

简评我国著作权集体管理制度的改革进程

左玉茹

一、现行著作权集体管理制度

（一）著作权集体管理组织的职能

著作权集体管理组织的核心职能是依据权利人授权，集中行使权利人权利。根据我国现行《著作权法》第八条的规定，著作权人和与著作权有关的权利人可以授权著作权集体管理组织行使著作权或者与著作权有关的权利。著作权集体管理组织被授权后，可以以自己的名义为著作权人和与著作权有关的权利人主张权利，并可以作为当事人进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁活动。即，我国著作权集体管理制度以权利人的授权为其权利基础，集体管理组织与权利人之间属信托关系。

除此之外，著作权集体管理组织还可以转付法定许可使用费。《著作权集体管理条例》第47条规定，依

照《著作权法》第二十三条¹、第三十三条第二款²、第三十九条第三款³的规定使用他人作品，未能依照《著作权法实施条例》第三十二条⁴的规定向权利人支付使用费的，应当将使用费连同邮资以及使用作品的有关情况送交管理相关权利的著作权集体管理组织，由该著作权集体管理组织将使用费转付给权利人。负责转付使用费的著作权集体管理组织应当建立作品使用情况查询系统，供权利人、使用者查询。负责转付使用费的著作权集体管理组织可以从其收到的使用费中提取管理费，管理费按照会员大会决定的该集体管理组织管理费的比例减半提取。除管理费外，该著作权集体管理组织不得从其收到的使用费中提取其他任何费用。

（二）我国集体管理组织的设立和运营情况

著作权集体管理组织是非营利性组织，2005年3月1

- 1 《著作权法》第二十三条 为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，除作者事先声明不许使用的，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。
- 2 《著作权法》第三十三条第二款 作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。
- 3 《著作权法》第四十条第三款 录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。
- 4 《著作权法实施条例》第三十二条 依照著作权法第二十三条、第三十三条第二款、第四十条第三款的规定，使用他人作品的，应当自使用该作品之日起2个月内向著作权人支付报酬。

日开始实施的《著作权集体管理条例》就著作权集体管理组织的设立方式、权利义务、著作权许可使用费的收取和分配以及监督和管理等问题，作出详细规定。

在我国，依法享有著作权或邻接权的公民、法人或其他组织可以发起设立集体管理组织，发起人不少于50人，且其业务范围不与已经依法登记的著作权集体管理组织交叉、重合。从而奠定了我国集体管理组织在其业务范围内的垄断权力。

著作权集体管理组织的发起人需向版权局提交相关规定文件，版权局在收到相关材料之日起60日内，作出批准或者不予批准的决定。批准的，发给著作权集体管理许可证。获得集体管理许可证后，30日内向相关民政部门登记。

现在我国有五家著作权集体管理组织：（1）中国文字著作权协会（以下简称“文著协”）：文字作品的著作权集体管理，报刊转载和教科书法定许可版权使用费收取和转付；（2）中国摄影著作权协会（以下简称“摄影协会”）：摄影作品的著作权集体管理，报刊转载和教科书法定许可使用费收取和转付工作；（3）中国音乐著作权协会（以下简称“音著协”）：音乐作品的著作权集体管理，录音制作法定许可使用费收取和转付工作；（4）中国音像著作权集体管理协会（以下简称“音集协”）：音像节目的著作权以及与著作权有关的权利实施集体管理；⁵（5）中国电影著作权协会（以下简称“影著协”）：电影作品的著作权集体管理。

五家著作权集体管理组织均处于成长发展阶段，目前会员量较小，费用分配也不时被质疑不够透明。以音集协为例，因其将所收取的卡拉OK版权使用费的50%留作管理费用，而受到媒体的质疑报道，引发各界对著作权集体管理组织费用分配问题的关注。

整体而言，我国著作权集体管理制度目前尚处于建设阶段，在著作权许可使用费的收取和分配以及监督和管理等问题上尚在摸索解决。

二、《著作权法》第三次修改中的著作权集体管理制度改革

2012年3月31日，国家版权局公布《著作权法》第三次修改草案（以下简称《草案》），公开征求意见。此次著作权法修改工作力度很大，由原法六章六十一条变更为八章八十八条。《草案》增设第五章第二节“著作权集体管理组织”，从法律的层面对著作权集体管理制度作出相关规制。截至2012年5月31日，版权局收到意见1600余份。国家版权局根据这些意见修改草案，7月6日，国家版权局公布《著作权法》修改草案第二稿（以下简称《草案（二）》），再次公开征求意见。《草案（二）》与《草案》相比，删除三个条款（第39条、第46条、第47条），增加三条（第12条、第35条和第62条），修改48个条文，其中27个有内容变动。其中，“著作权集体管理组织”相关条文也有大幅度修改。

（一）赋予集体管理组织延伸集体管理的权利

《草案》第六十条规定，“著作权集体管理组织取得权利人授权并能在全国范围代表权利人利益的，可以向国务院著作权行政管理部门申请代表全体权利人行使著作权或者相关权，权利人书面声明不得集体管理的除外。”这就是我们通常所说的“延伸集体管理”。

《草案》公开后，“延伸集体管理”备受质疑，质疑声音主要来自权利人。权利人表示，该条款会导致权利人“被代表”，强化集体管理组织的垄断权力，对权利人来说是极不公平的。

版权局根据征求的意见修改了“延伸集体管理”，《草案（二）》第六十条规定，“著作权集体管理组织取得权利人授权并能在全国范围内代表权利人利益的，可就下列使用方式代表全体权利人行使著作权或者相关权，权利人书面声明不得集体管理的除外：（一）广播电台、

5 音乐著作权协会代表的是词、曲作者的利益，音像著作权集体管理协会代表的是录音、录像、音乐电视制作者的利益。

电视台播放已经发表的文字、音乐、美术或者摄影作品；
 (二) 自助点歌经营者通过自助点歌系统向公众传播已经发表的音乐或者视听作品。著作权集体管理组织在转付相关使用时，应当平等对待所有权利人。”

(二) 使用费标准异议的救济途径

《草案》第六十一条规定，“著作权集体管理组织的授权使用收费标准由国务院著作权行政管理部门公告实施，有争议的，由国务院著作权行政管理部门组织专门委员会裁定，裁定为最终结果，裁定期间收费标准不停止执行。”这是权利人或使用人对集体管理组织使用费标准有不同意见的救济，裁定的性质并未得到明确，从“裁定为最终结果”的表述来看，裁定应属行政决定性质，对裁定不服，相关当事人可通过行政诉讼得以救济。《草案（二）》未修改该条款。

(三) 明确集体管理组织的转付费的职能和效力

《草案》第七十条规定，“使用者依照与著作权集体管理组织签订的合同或法律规定向著作权集体管理组织支付报酬的，对权利人就同一权利和同一使用方式提起诉讼，不承担赔偿责任，但应当停止使用，并按照相应的集体管理使用费标准支付报酬。”该条款实质上确立了集体管理组织的收转使用费行为的效力。版权局在《草案》修改说明中指出，设置该条款的理由是“通过疏堵结合引导权利人运用著作权集体管理制度，鼓励合法使用作品，减少当事人恶意诉讼，促进作品的合法传播和使用”，不过该条款同样对权利人支配自身权利限制较大，加之延伸集体管理权利的影响，该条款也受到权利人的强烈质疑。

《草案（二）》对该条款作出修改，具体为“使用者使用权利人难以行使和难以控制的权利，依照与著作权集体管理组织签订的合同向其支付报酬后，非会员权利人就同一权利和同一使用方式提起诉讼的，使用者应当停止使用，并按照相应的著作权集体管理使用费标准

赔偿损失。下列情形不适用前款规定：（一）使用者知道非会员权利人作出不得以集体管理方式行使其权利的声明，仍然使用其作品的；（二）非会员权利人通知使用者不得使用其作品，使用者仍然使用的；（三）使用者履行非会员诉讼裁决停止使用后，再次使用的。”

三、对我国著作权集体管理制度改革的简要评述

(一) 延伸集体管理制度备受质疑的原因分析

延伸管理制度起源于20世纪60年代的北欧。目前，全世界提出延伸集体管理概念的国家有八个（六个北欧国家和津巴布韦、俄罗斯）。“延伸集体管理”有两大特性，一为法定性，既集体管理组织的延伸管理权必须来源于法律规定和相关行政主管部门的授权；一为强制性，集体管理组织获得延伸管理权后，就某一特定业务领域，权利人除非特别声明“不得集体管理”，否则集体管理组织有权在权利人未作出授权表示时为其主张权利及参与相关诉讼、仲裁活动。

延伸集体管理制度在网络蓬勃发展之际显示出巨大优势。网络环境下，信息传播的便捷化使得作品的创作、发行、传播与利用都发生了深刻的变化。从创作角度而言，互联网营造了一个开放的创作环境，创作不再是一种单纯的职业行为，作者开始不断走向草根化。在传统的著作权管理模式下，由于权利人往往是职业作家或者音像公司，会员制的管理模式是合理且高效的。但是，在网络这个开放的创作环境下，权利人变得分散而草根化，目前集体管理组织的会员制模式对于网络上的著作权管理显得力不从心。网络时代是信息数量膨胀且高速传递的时代，与之相适应，网络产业的经营通常需要大量的作品，只有积累海量数字资源和海量消费群体才能支撑这一产业。对网络运营商而言，海量作品的使用意味着海量权利人的查找，工作量之大难以想象。而延伸集体管理制度有望解决上述问题。

在与《草案》同时公布的修改说明中，版权局指出“近年来，我国建立了一系列著作权集体管理组织，但

是社会各界关于著作权集体管理的认识 and 知识尚有待提高，很多作者还没有加入相应的集体管理组织，在现实中常常出现使用者愿意合法使用作品却找不到权利人的情况。为解决使用者使用作品的困境，草案根据我国国情，借鉴北欧国家著作权集体管理制度，原则性规定了延伸性集体管理制度，即对于具有广泛代表性的著作权集体管理组织，国务院著作权行政管理部门可以许可其代表非会员开展延伸性著作权集体管理业务。”从该说明可以看出，版权局设立延伸集体管理制度的目的正是解决使用者无法找到权利人的情形。

但版权局在设立这一条款时，显然将利益的天平倒向了使用者，由此引发权利人的极大不满。而权利人不满意的关键在于我国著作权集体管理组织发展不完善。事实上，目前设立延伸集体管理制度的国家，一般都要要求集体管理组织在覆盖业务领域内大多数权利人且其制度建设较为完善的情况下，才能够被赋予延伸集体管理权利。世界知识产权组织也建议，只有那些著作权集体管理组织具有高度代表性并且运作成熟良好的国家，才可以由法律规定延伸管理制度。但在我国，正如版权局所指出的，“社会各界关于著作权集体管理的认识 and 知识尚有待提高，很多作者还没有加入相应的集体管理组织”。在这种情况下，赋予集体管理组织以延伸管理权，让权利人深感不安。

即使权利人强烈质疑，版权局也并未完全收回在延伸集体管理制度上已经迈出的一步，而只是稍微往回收一点，即，在两方面对延伸集体管理权利进行了限制。首先，在集体组织以集体管理的方式行使的权利人的著作权或者相关权之前加了“难以行使和难以控制”的限定语，即在“小权利”的行使上保留延伸集体管理；集体管理组织可延伸管理的范围只包括：广播电台、电视台播放已经发表的文字、音乐、美术或者摄影作品；及自助点歌经营者通过自助点歌系统向公众传播已经发表的音乐或者视听作品这两类。需要特别说明的是，之所以明确在“广播电

台、电视台播放已经发表的文字、音乐、美术或者摄影作品”上设立延伸集体管理，是因为《草案（二）》删除了《草案》中规定的广播电台、电视台法定许可⁶。对《草案（二）》作出这些限制，权利人并不满意。目前，版权局并未就《草案（二）》征求意见的情况作出说明，也尚未有《著作权法》修改的进一步动向，对延伸集体管理制度能否成功设立，尚未可知。

（二）集体管理组织转付费的效力与权利人的冲突

《草案》和《草案（二）》第七十条明确了集体管理组织转付费的职能和效力。我国目前集体管理制度中，集体管理组织仅对法定许可使用费具有转付费职能。而两《草案》第七十条将该转付费的职能扩大至所有的使用类型，权利人认为此条款较之于延伸集体管理条款对其权利限制更大。比如，中国音像协会唱片工作委员会和中国音乐家协会流行音乐学会联合发布的建议中指出：“修改草案第六十条和七十条规定严重剥夺了权利人对于自己作品的处置权和定价权。不管你有没有加入集体管理组织，只要别人用了你的作品，然后向集体管理组织交点钱，你就不能再起诉他。这就意味着任何使用者只要先和集体管理组织签廉价合同，就可以避开权利人，肆意使用任何优质版权，并且规避高额赔偿。”

版权局因此将该条款的适用加入限定条件和例外，即“使用者使用权利人难以行使和难以控制的权利”集体管理组织的转付费才发生效力，排除三种情形下的适用：（一）使用者知道非会员权利人作出不得以集体管理方式行使其权利的声明，仍然使用其作品的；（二）非会员权利人通知使用者不得使用其作品，使用者仍然使用的；（三）使用者履行非会员诉讼裁决停止使用后，再次使用的。该限定条件和例外一定程度上限制了集体管理组织的转付费职能，平衡了权利人和使用者的利益。

6 《草案》第四十七条广播电台、电视台可以依照本法第四十八条规定的条件，不经著作权人许可，播放其已经发表的作品；但播放他人的视听作品，应当取得制片者许可。

四、总结

此次《著作权法》修改中，版权局对运用集体管理组织协调权利人与使用者利益、解决盗版问题寄予厚望。但因集体管理组织本身发展尚未成熟，其职能也未得到权利人的充分认可，加之许可费分配制度不透明引

发的与权利人之间的冲突事件，权利人显然不能接受版权局的修改草案。由此观之，集体管理组织的改革所面临的首要问题是完善许可使用费标准、许可使用费收取方式、许可使用费分配标准的相关规定，增加运营透明度，使权利人对集体管理逐渐信任、依赖。

附表：两次征求意见稿有关著作权集体管理条款的对比

《草案》	《草案（二）》
第五章 权利的行使	第五章 权利的行使
第二节 著作权集体管理组织	第二节 著作权集体管理组织
<p>第五十九条 著作权集体管理组织是根据著作权人和相关权人的授权或者法律规定，以集体管理的方式行使著作权或者相关权的非营利性组织。</p> <p>著作权集体管理组织管理权利时，可以以自己的名义为著作权人和相关权利人主张权利，并可以作为当事人进行著作权或者相关权的诉讼、仲裁活动。</p> <p>国务院著作权行政管理部门负责著作权集体管理组织的审批和监督管理。</p>	<p>第五十八条 著作权集体管理组织是根据著作权人和相关权人的授权或者法律规定，以集体管理的方式行使权利人难以行使和难以控制的著作权或者相关权的非营利性社会组织。</p> <p>著作权集体管理组织管理权利时，可以以自己的名义为著作权人和相关权利人主张权利，并可以作为当事人进行著作权或者相关权的诉讼、仲裁活动。</p>
<p>第六十条 著作权集体管理组织取得权利人授权并能在全国范围代表权利人利益的，可以向国务院著作权行政管理部门申请代表全体权利人行使著作权或者相关权，权利人书面声明不得集体管理的除外。</p>	<p>第六十条 著作权集体管理组织取得权利人授权并能在全国范围内代表权利人利益的，可以就下列使用方式代表全体权利人行使著作权或者相关权，权利人书面声明不得集体管理的除外：</p> <p>（一）广播电台、电视台播放已经发表的文字、音乐、美术或者摄影作品；</p> <p>（二）自助点歌经营者通过自助点歌系统向公众传播已经发表的音乐或者视听作品。</p> <p>著作权集体管理组织在转付相关使用时，应当平等对待所有权利人。</p>
<p>第六十一条 著作权集体管理组织的授权使用收费标准由国务院著作权行政管理部门公告实施，有异议的，由国务院著作权行政管理部门组织专门委员会裁定，裁定为最终结果，裁定期间收费标准不停止执行。</p>	<p>第五十九条 著作权集体管理组织的授权使用收费标准由国务院著作权行政管理部门公告实施，有异议的，由国务院著作权行政管理部门组织专门委员会裁定，裁定为最终结果，裁定期间收费标准不停止执行。</p>
<p>第六十二条 两个以上著作权集体管理组织就同一使用方式向同一使用者收取使用费的，应当事先协商确定由一个集体管理组织统一收取，但当事人另有约定的除外。</p>	<p>第六十一条 两个以上著作权集体管理组织就同一使用方式向同一使用者收取使用费的，应当事先协商确定由一个著作权集体管理组织统一收取，但当事人另有约定的除外。</p>

	<p>第六十二条 国务院著作权行政管理部门主管全国的著作权集体管理工作，负责著作权集体管理组织的设立、变更、注销以及其他登记事项的审批和监督管理。</p> <p>国务院其他主管部门在各自职责范围内对著作权集体管理组织进行监督管理。</p>
<p>第六十三条 著作权集体管理组织的设立方式、权利义务、著作权许可使用费的收取和分配，对其监督和管理，授权使用收费标准异议裁定等事宜由国务院另行规定。</p>	<p>第六十三条 著作权集体管理组织的设立方式、权利义务、著作权许可使用费的收取和分配，对其监督和管理，授权使用收费标准异议裁定等事宜由国务院另行规定。</p>
<p>第七章 权利的保护</p>	<p>第七章 权利的保护</p>
<p>第七十条 使用者依照与著作权集体管理组织签订的合同或法律规定向著作权集体管理组织支付报酬的，对权利人就同一权利和同一使用方式提起诉讼，不承担赔偿责任，但应当停止使用，并按照相应的集体管理使用费标准支付报酬。</p>	<p>第七十条 使用者使用权利人难以行使和难以控制的权利，依照与著作权集体管理组织签订的合同向其支付报酬后，非会员权利人就同一权利和同一使用方式提起诉讼的，使用者应当停止使用，并按照相应的著作权集体管理使用费标准赔偿损失。</p> <p>下列情形不适用前款规定：</p> <p>（一）使用者知道非会员权利人作出不得以集体管理方式行使其权利的声明，仍然使用其作品的；</p> <p>（二）非会员权利人通知使用者不得使用其作品，使用者仍然使用的；</p> <p>（三）使用者履行非会员诉讼裁决停止使用后，再次使用的。</p>



左玉茹律师

2007年毕业于北京大学，获生物科学学士学位；2010年毕业于北京大学，获知识产权法学硕士学位。

2010年到2013年，就职于工业和信息化部电子知识产权中心，从事知识产权相关的项目研究工作和《电子知识产权》杂志编辑工作。

2013年至今，就职于君合律师事务所争议解决组。

主要研究领域为知识产权，曾从事多个部级项目的研究工作，发表多篇知识产权类学术文章。具有专利代理人资格。

论出版企业法律尽职调查中的经营资质问题

黄晓莉 柯 湘 张焕彦 何晓婷

在我国，出版企业的经营活动受到严格的法律监管，因此，出版企业上市时法律尽职调查工作相对比较复杂，尤其在出版企业的经营资质问题上。本文拟对出版企业法律尽职调查中与经营资质相关的法律问题进行梳理和研究，以期清晰而尽可能全面地把握出版企业经营资质法律尽职调查工作的内容和方向。

一、有关出版经营资质的主要规定

“出版”一词有狭义和广义的区分，狭义的出版通常指出版物的编辑、排版、校对，而广义的出版则包括狭义的出版、发行、印刷（复制）和进口这一产业链上的各个环节。

从事狭义的出版活动，主要受《出版管理条例》、《图书出版管理规定》、《报纸出版管理规定》、《期刊出版管理规定》、《电子出版物出版管理规定》、《音像制品出版管理规定》、《互联网出版管理暂行规定》等法律法规的调整，视出版物的种类及是否涉及网上出版应取得《图书出版许可证》、《报纸出版许可证》、《期刊出版许可证》、《电子出版物出版许可证》、《音像制品出版许可证》、《互联网出版许可证》。

从事包括总发行、批发和零售等在内的发行活动，主要受《出版管理条例》、《出版物市场管理规定》规制，应取得《出版物经营许可证》。

从事印刷（复制）活动，包括从事经营性的排版、制版、印刷、装订、复印、影印、打印等，依据《出版管理条例》、《印刷业管理条例》的规定，应取得《印刷经营许可证》。

从事出版物进口活动，依据《出版管理条例》的规定，应取得《出版物进口经营许可证》。

笔者认为，在对出版企业进行经营资质尽职调查时，首先应该关注其经营相关业务是否取得上述相关经营资质证书。

二、审核出版经营资质需特别关注的情形

第一部分所述与出版经营资质有关的主要规定中有些需特别注意的情形，另外，我国还存在多处与出版经营资质有关的特别规定，但在尽职调查中可能往往容易被忽略，我们就目前我们已经梳理的四种需予以特别关注的情形详述如下：

（一）出版单位发行本版出版物可无需取得《出版物经营许可证》

根据《出版管理条例》¹和《出版物市场管理规定》²的相关规定，出版单位对本版出版物具有总发行权。但上述规定并未明确出版单位发行本版出版物是否应取得《出版物经营许可证》。

新闻出版总署出版物发行管理司在其于2004年3月3日向广东省新闻出版局出具的《关于出版单位从事本版出版物总发行是否需要办理〈出版物经营许可证〉的复函》中表态：“出版单位对本版出版物虽然拥有总发行权，但仍需办理《出版物经营许可证》。”考虑到出版单位发行本版出版物与发行单位从事发行业务存在实质差异，新闻出版总署出版物发行管理司在上述复函中又明确出版单位享有上述总发行权无需具备“2000万元注册资本及《出版物市场管理规定》中规定的其他条件”。我们在尽职调查中也发现，大部分出版单位确就其总发行、批发、零售本版出版物取得出版行政主管部门核发的《出版物经营许可证》。

根据《行政许可法》第十四条、第十六条的规定，就《行政许可法》第十二条所列事项，法律可以设定行政许可；尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可；规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可，对行政许可条件作出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。

我们理解，既然《出版管理条例》已经明确授予出版单位对本版出版物的总发行权，且未明确出版单位必须取得出版物发行许可证，则出版单位应无需取得发行

许可证即可经营本版出版物的发行业务；而如根据上述复函的规定仍将出版单位从事本版出版物的发行业务作为行政许可事项，则新闻出版总署也应无权擅自修改许可条件，故《关于出版单位从事本版出版物总发行是否需要办理〈出版物经营许可证〉的复函》本身的规定存在相互矛盾之处。经我们电话咨询新闻出版总署，对于出版单位未取得发行许可证即从事本版出版物发行业务的行为，出版行政主管部门将不会进行行政处罚或采取其他行政措施。

基于上述，我们认为，出版单位发行本版出版物可无需取得《出版物经营许可证》。

（二）分支机构从事出版物发行需视情况确定是否须获取发行资质

在实践中，出版单位和发行单位均可能设立分支机构从事出版物发行业务。《出版物市场管理规定》对上述两种类型的分支机构取得发行资质的程序作出不同的规定：

1、出版单位从事本版出版物发行的分支机构

根据《出版物市场管理规定》第二十条的规定，“出版单位设立发行本版出版物的不具备法人资格的发行分支机构，出版单位须持《出版物经营许可证》复印件及分支机构设立地址、人员情况等相关材料于分支机构设立后15日内到分支机构所在地省、自治区、直辖市新闻出版行政部门备案”。据此，出版单位分支机构从事本版出版物发行仅需进行备案。

2、发行单位从事出版物发行的分支机构

2011年3月25日发布实施的《出版物市场管理规定》第二十条规定：“出版物发行单位设立不具备法人资格的发行分支机构，根据拟设分支机构的业务范围，分别

1 《出版管理条例》（2011年3月19日修订）第三十八条规定：“出版单位可以发行本出版单位出版的出版物，不得发行其他出版单位出版的出版物。”

2 《出版物市场管理规定》（2011年3月25日发布实施）第二十六条规定：“出版单位对本版出版物具有总发行权。”

按照设立出版物总发行、批发、零售单位的有关规定办理审批手续”。即发行单位设立的从事出版物发行的分支机构需依法取得《出版物经营许可证》。

由于自2003年9月1日起实施并于2011年3月25日被废止的《出版物市场管理规定》未就发行单位设立发行分支机构的程序作出规定，因此目前许多发行单位的发行分支机构未持有《出版物经营许可证》。对于该等发行单位，经咨询出版行政管理部门，该部门已明确要求其就发行分支机构补领相应的发行资质。

需注意的是，经国务院批准并于2013年7月11日起实施的《国家新闻出版广电总局主要职责内设机构和人员编制规定》明确规定：取消出版物总发行单位设立从事发行业务的分支机构审批。鉴于该规定仅取消了出版物总发行单位设立分支机构的审批，我们理解，经营出版物批发、零售业务的发行单位设立分支机构仍需办理相关审批手续。

（三）连锁门店从事经营活动需视其性质确定是否应持《出版物经营许可证》

根据《出版管理条例》、《出版物市场管理规定》等的规定，经省、自治区、直辖市新闻出版行政部门批准，企业可以在省内从事出版物连锁经营业务，跨省或者在全国范围内从事出版物连锁经营业务的，应当经国务院出版行政主管部门批准。

在对出版物连锁经营企业法律尽职调查时，应注意识别其连锁门店的性质。一般情况下，连锁门店可以区分为直营门店和加盟门店两类。根据原国内贸易部核发的《连锁店经营管理规范意见》，直营门店是由总部全资或控股开设，在总部的直接领导下统一经营的门店；加盟门店是同总部签订合同，取得使用总部商标、商号、经营技术及销售总部开发商品的特许权的门店。

根据《出版物市场管理规定》的相关规定，直营连锁门店不需单独办理《出版物经营许可证》，可以凭出版物连锁经营企业总部的《出版物经营许可证》复印件到门店所在地县级人民政府新闻出版行政部门备案后，到工商行政管理部门依法领取非法人的营业执照；而非直营门店则需持独立的《出版物经营许可证》经营。

值得注意的是，《国家新闻出版广电总局主要职责内设机构和人员编制规定》取消了设立出版物全国连锁经营单位审批及从事出版物全国连锁经营业务的单位变更《出版物经营许可证》登记事项，或者兼并、合并、分立审批。经我们咨询国务院出版行政主管部门相关工作人员，基于上述规定，自2013年7月11日起，国务院出版行政主管部门和省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门均不再对出版物连锁经营单位的设立进行审批，出版物经营企业设立直营门店和加盟门店均需单独办理《出版物经营许可证》，但原新闻出版总署颁发的出版物全国连锁经营单位《出版物经营许可证》继续有效，相关经营单位可按照原许可证登记事项开展经营活动。

（四）合作出版的，视合作模式及参与各方的分工情况确定参与各方是否应取得出版资质

根据《出版管理条例》的规定，出版物应由经国务院出版行政主管部门审批同意设立的出版单位出版。据此，我国对出版行业的准入实行行政许可制度。在过去很长的一段历史时期内，非公有资本无法进入出版行业³，如2005年发布的《国务院关于非公有资本进入文化产业的若干决定》即明确规定，非公有资本不得投资设立和经营报刊社、出版社，不得经营报刊版面。受限于此，非公有资本通过与取得出版资质的国有出版单位进行合作的方式进入出版行业的情况较为普遍。

此前出版行政主管部门曾对合作出版行为“严防

3 在如下关于合作出版问题的论述中，“出版”指狭义的出版，即编辑、排版、校对等，以下不再特别说明。

死守”。原新闻出版署颁布的于1991年5月1日起实施的《关于缩小协作出版范围的规定》（已失效）严格限定可以协作出版的图书类型及对象⁴；1997年1月29日起实施的《新闻出版署关于严格禁止买卖书号、刊号、版号等问题的若干规定》进一步明确以管理费、书号费、刊号费、版号费或其他名义收取费用，放弃编辑、校对、印刷、复制、发行等任何一个环节的职务的，均按买卖书号、刊号、版号查处。

2010年以后，出版行政主管部门对合作出版的监管有所放松。《新闻出版总署关于进一步推动新闻出版产业发展的指导意见》首先提出：“引导和规范个体、私营资本投资组建的非公有制文化企业以内容提供、项目合作、作为国有出版企业一个部门等方式，有序参与科技、财经、教辅、音乐艺术、少儿读物等专业图书出版活动。”新闻出版总署于2012年6月1日颁布实施的《关于支持民间资本参与出版经营活动的实施细则》进一步明确指出：“支持民间资本投资设立的文化企业，以选题策划、内容提供、项目合作、作为国有出版企业一个部门等方式，参与科技、财经、教辅、音乐艺术、少儿读物等专业图书出版经营活动。”

基于上述，我们理解，政策对于非公有资本参与出版活动有放宽管制的趋势，但目前参与领域方面仍限于科技、财经、教辅、音乐艺术、少儿读物等专业图书，在参与方式方面仍限于选题策划、内容提供、项目合作或作为国有出版企业一个部门。在对出版单位与非公有文化企业合作出版事项进行法律调查的过程中，不管我们代表的是出版单位的利益，还是非公有文化企业

的利益，均需从编辑及校对职能由何方行使、何方委托印刷单位印刷出版物⁵、何方享有出版物的发行权⁶以及合作领域和合作方式等方面进行核查，从而判断该合作出版是否违反出版许可的相关制度，比如，是否构成买卖书号；核查的手段至少应包括对合作合同条款的核查、就具体合作细节对双方主管领导及业务人员进行访谈、查阅财务报告及向公司财务、会计师了解相关财务成本和费用的负担及收入的核算等。

（五）出版养生保健类出版物需向新闻出版总署出版管理司备案

根据新闻出版总署于2010年10月下发的《关于加强养生保健类出版物管理的通知》，出版养生保健类出版物实行资质准入制度，出版单位需符合通知上所列的各项要求，并向总署出版管理司备案后方可出版养生保健类出版物。实践中，新闻出版总署在核查报送的养生保健类出版资质备案资料后会核定具备养生保健类出版物出版资质的出版单位名单并予以公布。

根据前述《行政许可法》的相关规定，规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可，对行政许可条件作出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。我们理解，新闻出版总署要求对出版养生保健类出版物实行资质准入制度存在违反《行政许可法》前述规定的嫌疑。

三、需关注出版企业是否具备获得经营资质的

4 根据《关于缩小协作出版范围的规定》的规定，可以协作出版的图书只限于自然科学和工程技术类图书（不含科普读物和生活用书），以及由省级地方志办公室、省级党史资料办公室组织编纂和审定的地方志、党史资料；协作出版的对象，只限于国家机关、全民所有制的科研单位和教学单位及其他国营企事业单位，出版社不得与集体或个人进行协作出版。

5 《出版管理条例》第三十二条规定：“出版单位不得委托未取得出版物印刷或者复制许可的单位印刷或者复制出版物。出版单位委托印刷或者复制单位印刷或者复制出版物的，必须提供符合国家规定的印刷或者复制出版物的有关证明，并依法与印刷或者复制单位签订合同。印刷或者复制单位不得接受非出版单位和个人的委托印刷报纸、期刊、图书或者复制音像制品、电子出版物，不得擅自印刷、发行报纸、期刊、图书或者复制、发行音像制品、电子出版物。”

6 《出版管理条例》第三十八条规定：“出版单位可以发行本出版单位出版的出版物，不得发行其他出版单位出版的出版物。”

法定条件

一般情况下，如果出版企业取得出版经营资质证书，我们可能会认为该企业已具备合法从事出版经营活动的相关条件。不过，我们在尽职调查中发现某些出版企业虽获得出版经营资质证书，但实际上并不具备法律法规所要求的申领该资质的有关条件，我们应在尽职调查中对这类问题予以特别关注。

（一）主管部门可能忽略审核申请人是否具备法定条件

行政机关在实施行政许可时应审查申请人提交的申请材料，并在申请人的申请符合法定条件、标准时作出准予行政许可的书面决定。据此，若调查对象取得相关经营资质证书，则调查对象应符合相关法定条件。

但我们在调查中发现，不少出版企业虽然取得了相关经营资质证书，但其在注册资本等某些方面却不符合相关法律法规规定的条件，如部分取得经营范围包括出版物批发业务的《出版物经营许可证》的企业注册资本低于500万元，不符合《出版物市场管理规定》规定的条件。

（二）主管部门可能越权实施行政许可

出版行政主管部门包括国务院出版行政主管部门、省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门、地市级新闻出版行政管理部门和县级人民政府新闻出版行政管理部门。《出版管理条例》、《出版物市场管理规定》等法律法规将出版行政许可的权限在上述各级行政主管部门之间作了明确的分配。但在实践中却有出版行政管理部门超越其法定权限进行行政许可的情形。

如《出版物市场管理规定》对设立出版物总发行、批发、零售企业的审批权限在新闻出版总署、省级及地

级、县级新闻出版行政管理部门之间作了分配，出版物总发行资质由新闻出版总署审批，出版物批发资质由省级新闻出版行政管理部门审批，出版物零售资质由县级新闻出版行政管理部门审批。但在我们核查的出版物经营许可证书中，有不少是由县级新闻出版行政管理部门核发的批发资质证书，也有省级新闻出版行政管理部门核发总发行资质证书的情形。

（三）主管部门授予许可时未适用新规

出版行业相关法规更新较为频繁，因此主管部门在授予行政许可时可能出现未按规定适用新规的情况。音像制品发行企业资质证书的变更即是其中一个例子。

2002年2月1日起实施的《音像制品管理条例》规定，从事音像制品发行活动应取得文化行政主管部门核发的《音像制品经营许可证》，但2011年3月19日修订后的《音像制品管理条例》修改了相关条款，规定从事音像制品发行活动应取得《出版物经营许可证》，2011年3月25日起实施的《出版物市场管理规定》也将该规定调整的出版物范围扩大至包括音像制品，因此2011年3月以后从事音像制品发行活动应取得《出版物经营许可证》。然而我们在尽职调查过程中发现，2011年3月之后仍有部分主管部门向申请企业核发《音像制品经营许可证》。

我们理解，针对企业在不具备法定条件情形下取得的经营资质证书、主管部门越权实施行政许可或未适用新规核发的经营资质证书，在主管部门主动调查时、其他人举报后主管部门进行核查时、企业进行年度核验时均可能被主管部门撤销。对于上述情形，若我们未对调查对象取得经营资质的实质性条件、发证部门权限及发证部门是否依照规定核发资质证书进行核查而仅依赖于其取得的经营资质证书作判断，则我们可能作出其合法经营其业务的错误判断，从而产生较大执业风险。因此，在对出版企业经营资质进行法律尽职调查时，除了应核查出版企业是否取得相关资质证书外，还应关注出

版企业取得经营资质的实质性条件、发证部门权限及发证部门是否依照规定核发资质证书。

四、需确认出版企业是否需取得其他行政部门核发的证照

除了受出版行政主管部门监管外，出版企业的经营活动可能还受其他行政部门的监管，其中较为值得关注的包括：

（一）报刊出版单位从事广告经营业务应取得《广告经营许可证》（广东省内已转制媒体单位除外）

根据《广告法》和《广告经营许可证管理办法》的规定，报刊出版单位从事广告经营活动需向县级以上工商行政主管部门申领《广告经营许可证》⁷。

需留意的是，根据2012年12月28日起实施的《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的决定》，在广东省内暂时停止实施转制为企业法人并领取营业执照的媒体单位广告经营登记行政审批，由工商部门通过核定营业执照经营范围对其广告经营活动进行管理。因此，在上述行政审批调整的三年试行时间内，广东省范围内已转制媒体单位从事广告业务无需另行取得广告监督管理机关核发的许可；若实践证明上述调整可行，则相关立法机关日后可能修改完善上述相关规定，取消相关行政许可。

（二）从事增值电信业务应取得《增值电信业务经营许可证》

因计算机、互联网和通信技术的发展，公众阅读方式

的改变，出现了电子图书、数字报纸、数字期刊、数字教育出版物、数据库出版物、手机出版物等多种新型出版形态。依据《中华人民共和国电信条例》，增值电信业务是指利用公共网络基础设施提供的电信与信息服务的业务。根据前述条例及《电信业务经营许可管理办法》，经营增值电信业务需获取《增值电信业务经营许可证》。

（三）部分书店应取得公共场所卫生许可证

根据《公共场所卫生管理条例》及《公共场所卫生管理条例实施细则》的相关规定，国家对书店等公共场所实行“卫生许可证”制度；公共场所卫生监督的具体范围由省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门公布。

就所经营书店是否需取得卫生许可证，需核查所在行政区域省级卫生行政部门所颁发的具体规定，如广东省卫生厅在其颁布的《广东省卫生厅关于公共场所卫生许可证发放的管理办法》中明确要求营业面积在1万平方米以上或使用集中空调的书店需办理公共场所卫生许可证。

（四）其他证照

1、木材经营许可

印刷物资经营企业在经营中可能涉及木材的经营，如销售木片等。涉及木材经营的印刷物资经营企业应根据《中华人民共和国森林法实施条例》及所属行政区域省、自治区、直辖市人民政府的相关规定，取得相关林业主管部门的批准或有关林业主管部门核发的木材经营许可证。

2、对外贸易经营者备案登记表和海关进出口货物收发货人报关注册登记证书

直接经营出版物进出口业务出版发行单位应当

7 从事出版物发行业务的企业从事广告经营活动只需在工商主管部门核发的营业执照上注明相应的经营范围即可，无需另行获取《广告经营许可证》。

向中华人民共和国商务部或商务部委托的机构办理备案登记，领取《对外贸易经营者备案登记表》，并应取得《海关进出口货物收发货人报关注册登记证书》。

3、道路运输经营许可证

出版物发行单位经营道路货物运输的，根据《中华人民共和国道路运输条例》的规定，需向县级道路运输管理机构提出申请并获取《道路运输经营许可证》。

五、总结

在出版企业的法律尽职调查中，经营资质调查是十分关键的环节，我们不仅要对其经营活动是否应获得相关经营资质证书进行调查，而且要关注其已经获得的经营资质证书是否存在瑕疵。除与出版密切相关的经营许可外，出版企业在其经营过程中，可能还需要办理其他经营许可，包括但不限于上述所列示的相关许可，尽职调查过程中也应予以特别关注。



黄晓莉律师2011年9月加入君合律师事务所，现在广州分所执业。

黄律师擅长办理企业改制上市、上市公司收购和重组法律业务，在中国企业境内外上市和上市公司收购重组方面拥有丰富实战经验。黄律师曾作为主要负责律师参与众多有广泛市场影响的中国企业境内外上市和并购项目，如宏观调控后中国第一家大型房地产企业境外上市项目，第一家中国大型汽车制造企业在香港重组和整体上市项目，中国第一家经中宣部批准的国有传媒企业境内上市项目，在中国境内创业板第一批挂牌的高科技企业上市项目等。

黄晓莉律师获中国人民大学法学硕士学位，具有房地产估价师执业资格、建筑经济师和会计师中级职称。



柯湘顾问于2011年7月加入君合律师事务所，常驻广州分所。

柯湘顾问在众多的境内和境外IPO项目中担任发行人或承销商的中国法律顾问，并经常为企业并购及上市公司资产重组、再融资提供法律服务，所涉及的行业包括传媒、房地产、基础设施、证券、通信、软件、医药、商业零售及传统制造业。她还曾为二十多只公募基金及为数不少的私募股权基金的设立提供法律服务。

柯湘律师于1998年取得中山大学法学学士学位，于2001年取得中山大学法学硕士学位，于2007年取得中山大学管理学博士学位，2012年在美国Chapman university作访问学者。



张焕彦律师2011年7月加入君合律师事务所，现在广州分所执业。

张律师的执业经验集中于公司并购、重组与公司境内上市领域，曾经或正在担任多个企业改制重组及境内上市项目、若干企业并购项目及私募融资项目的主要承办律师。张律师曾为某国有航空传媒企业提供过法律服务，并正在为某国有大型电影集团、某国有大型出版集团提供法律服务。

张焕彦律师获中山大学经济法法学硕士学位。



何晓婷律师2011年12月加入君合律师事务所，现在广州分所执业。

何律师的执业经验集中于公司并购、重组与公司境内上市领域，参与多个企业改制重组及境内上市项目、企业并购项目及私募融资项目。何律师正在为某国有大型出版集团提供法律服务。

何晓婷律师获麦吉尔大学法学硕士学位。

美国民事诉讼中的证据保管义务 简介

黄彩如

近十多年以来，“Legal Hold Notice”成为了美国各机构为了满足证据保管义务而采取的普遍方式中的一部分¹。Legal Hold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。因此所发的书面通知，通常称为Legal Hold Notice，也称Litigation Hold Notice。本文拟从Legal Hold Notice出发，介绍美国民事诉讼中的证据保管义务。

一、相关法律以及Legal Hold Notice在美国的现状

联邦民事诉讼法26条（f）款在2006年的修正案中增加了一项和证据保管相关的内容，即在案子刚开始的时候，各方会晤，其中的一项会议内容便是“讨论和可开示的信息相关的保管问题”。根据2006年修正案的立法委员会意见，这个修订适用于各种信息，但主要对于电子信息而言意义更为重大。在日常运营中，电脑会自动创建

和删除大量的文件。如果在案子之初双方没有就电子信息的保管达成一致的话，容易引发争议。实际上，典型案例Zubulake案⁴便是电子数据的删除、提交引发的。

证据的毁改（Spoliation）是指，在未决的或可合理预见的诉讼中，毁灭或者重大地变更证据，或者没有保管材料供另一方使用。⁵如果发生证据的毁改，美国的法院通常会援引两个方面的法律：（1）美国联邦民事诉讼法第37条（b）款（2）项规定，如果当事人没有遵守关于证据开示的命令，法院可以发布命令，包括支持对方的主张、否定该当事人的主张、认定全部或部分的答辩无效、暂停程序直至行为被纠正、驳回、发布该当事人的缺席判决等；（2）而另一方面，普通法授权法官在法律不能充分授权法官保护诚实的时候，普通法的固有规则允许法官对在证据开示过程中不诚实的做法实施处罚。⁶后者是法院运用的主要依据⁷。和证据的毁改相关的规则更多地是在判例中发展起来的。

自Zubulake案和2006年联邦民事诉讼法修订以后，越来越多的公司关注如何执行好Legal Hold Notice以履行

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 Zubulake v. UBS Warburg LLC, 220 F.R.D. 212; 2003 U.S. Dist. 2004.

5 Cache LaPoudre Fees v. Land O’ Lakes, 244 F.R.D. 614, 2007.

6 Shepherd v. American Broadcasting Company, 62 F.3d 1469; 314 U.S. App. D.C. 137, 1995.

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

好证据保管义务，避免因为没有履行好证据保管义务而遭受惩罚。

那需要在什么时候发布Legal Hold Notice呢？这需要确定证据保管义务开始的时间。

二、证据保管义务开始的时间

毋庸置疑，在实际的诉讼开始的时候，诉讼的原告和被告双方都有义务保管和案件相关的证据。具体地，对原告被告双方来说，原告在提出诉讼的时候，被告在收到法院的通知后，双方确定都是有证据保管义务的。但麻烦的是，证据保管的义务可能在诉讼开始前就已经开始。2001年的*Silvestri v. General Motors* (271 F.3d 583, 591) 案中提到，“该义务不仅在诉讼中产生，也会延长到诉讼开始之前，当当事人合理知晓该证据可能和与其可预见的诉讼相关。”⁸

如何判断证据保管义务在诉讼前就已产生，在实践中是一个非常复杂的问题。以下分别从被告和原告角度举例看证据保管义务的开始时间。

（一）对原告来说，它在正式提起诉讼之前会做许多准备工作，其对未来诉讼的发生的可预见性更强，也更容易判断。

在*Rambus v. Infineon Technologies AG* (222 F.R.D. 280) 案中，Rambus在2000年8月起诉Infineon专利侵权。在该起诉之前，1998年早期，通过外部律师，Rambus制定了一套文件保存政策，并且该政策是和Rambus的许可政策配套使用的。1998年、1999年和2000年，Rambus分别组织过“碎纸日”，其中光1998年9月3日这一天碎纸日，Rambus就销毁了20,000磅的文件。Infineon因此提出Rambus应该因为销毁证据而受到惩罚。对于这发生在起诉前的文件销毁行为，法官援引以前的案例，指出“当一方当事人可以合理预见到诉讼将要发生，它有义务对

于和该可预见的诉讼相关的文件暂停任何日常的清除制度，否则，构成证据的销毁。”本案中，1998年2月，当时Rambus和外部律师沟通了被告侵权的事情，法院认为，至少在Rambus在制定文件保存政策的时候，可以合理预见到诉讼的发生。而Rambus的前任外部专利律师作证说他在Rambus起诉本案前收到来自Rambus的指令，销毁了一些文件。而其副总裁也作证说，他的文件被清除的一个原因是这些材料在接下来的诉讼中属于证据开示的范围。而有一份文件证明了在第一个碎纸日以前，Rambus已经计划就相关侵权问题发起诉讼。综上，法院因此认定Rambus在正式起诉以前的文件销毁行为构成证据篡改。

从该案可以看出，如果公司内部已经确定要提起相关诉讼或者聘请外部律师提供纠纷的分析，可以说原告当时已经可以合理预见诉讼的发生。

（二）从被告的证据保管义务来看，合理预期的要求则更高一些。

在*Cache LaPoudre Fees v. Land O' Lakes*案中，原告以被告2002年4月之后还照样删除邮件并且重复读写备份电子介质为由，发起惩罚动议。2002年4月是原告第一次和被告沟通涉嫌侵权的时间，但这一次沟通中，原告没有威胁要起诉，而是说“更希望并且愿意探讨协商解决的方式”；经过几次磋商，直到2003年6月，双方仍然提出了通过非诉讼的解决方式。原告在2004年2月24日起诉被告，并在之后的2004年3月5日，原告第一次向被告发函要求保管证据。

法官认为：被告的证据保管义务开始于诉讼真正开始的当天，即2004年2月24日，理由是：2002年4月第一次沟通的时候，原告并没有强调会提起诉讼，事实上，被告一直等了两年才迎来了真实的诉讼，而原告在2004年3月5日向被告发出证据保管的信函更加证明了2002年4月不应该是证据保管义务开始的时间。

在*PML North America v. Hartford Underwriters Insurance, Co.Ltd*案中，法院认定被告的证据保管义务开

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

始于原告向被告发出威胁起诉的信函时。

对比两案可以看出，第一起案件中原告的“和解”意图弱化了被告对诉讼的预期，即被告在收到通知后了解了双方存在纠纷，因为原告明确要求和解解决，被告的证据保管义务并不因收到侵权通知而产生。

三、如何保管证据

（一）证据的相关性

纳入证据保管义务范围的，是和案件的主张或抗辩相关的证据。如何判断“相关”，是非常复杂的事，需要根据各个案件的实际情况而定。对于不能确定是否相关的内容，为了安全起见，建议一起保管。

在没有证据证明是有意的情况下，除非发起动议的一方能够证明丢失的文件是相关的，否则法院不太愿意对被发起动议的一方实施惩罚。在 *Crown Castle USA, Inc. v. Fred A. Nudd Corp.* 案中，对于被申请人没能提交和案件相关部分的文件，法官同意了被告的惩罚动议，但没有对原告不能提交和案件无关部分的文件而同意被告的惩罚动议。

（二）采取积极的步骤保管证据

*Pension Committee*案⁹的法官指出，“证据开示的第一个步骤就是保管相关的证据。因为没有对证据进行保管，导致相关证据的丢失或毁损，肯定是构成了过失的，并且根据具体的情况，可能是重大过失或故意。”根据法官在该案中所阐述的内容，在保管义务产生以后，公司需要采取以下步骤保管相关的证据¹⁰：

1、及时发布 *Litigation Hold Notice*。法官提出，在 *Zubulake* 案的最终意见在2003年发布以后，如果没有发

布书面的 *litigation hold*，足以构成重大过失，因为，该等不作为很可能导致相关信息的毁损。

2、确定案件的关键人员，包括前雇员。现实的情况是，很多公司没有确定和案件有关的关键人员，导致不能从关键人员那里获取所有的文件。如果前雇员的资料在公司的掌控之下，也需要进行保管。以 *Day v. LSI Corporation* 案为例，2011年1月，离职的一员工向 *LSI Corporation* 发函，警告将要提起诉讼，公司起草了文件保管的通知，但没有发给一位对争议事项相关的证人。该位证人在诉讼正式发生时已经离职，他的邮件也已经从服务器中清除。法院认定公司的内部法律顾问知道或者应该知道该位证人的重要性，但却没能把保管证据的通知发给他，存在失职¹¹。

3、指派人员监督证据保管人员的证据收集行为。法院认为不能任由员工自己进行搜索文件，确定是否和案件相关。这种行为应该受到律师的监督，并且需要获得不要删改证据的明确的指示。

4、暂停日常的销毁记录和删除邮件的行为。现在的文件数量巨大，因此，很多公司对于到了保管年限的文件，可能会进行统一的销毁行为，有的邮件系统或者文档管理系统可能对一定期限的文件进行自动删除的功能。如果产生了证据保管义务，公司需要立即停止这种行为或功能。

（三）证据保管的合理性

在 *Rimkus Consulting Group, Inc. v. Cammarata* 案中，法官指出，“证据保管或者开示的行为是否合适，是基于合理的判断标准，包括做了哪些，没做哪些，对于那个案件而言是适当的，也符合已经建立的明确标准的。”¹²

合理性的判断包括两个方面的内容¹³：

1、经济性。法院通常可以接受根据案件的性质和争议标的的大小，确定合适的证据开示的计划。小额的

9 *Pension Committee v. Bank of America Securities, LLC*, 685 F. Supp. 2d 456, 2010.

10 *A Judicial Primer on Litigation Holds*, http://www.jonesday.com/judicial_primer/.

11 *Susan L. Nardone, A Bad "Day" for a Company Whose In-House Attorney Failed to Properly Preserve Relevant Documents*, <http://www.ediscoverylawalert.com/tags/litigation-hold/>.

12 *Rimkus Consulting Group, Inc. v. Cammarata*, 688 F. Supp. 2d 598; 2010 U.S. Dist. LEXIS 14573.

13 *James D. Higgason, Jr., Data Preservation Duties and Protocols*.

案件的证据开示义务和巨额的案件开示义务严格程度不同，是可以理解的。

2、技术的可行性。由于电子数据存放的地点和方式多种多样，要确定一份文件储存的所有的来源，现实中是比较困难的。因此，如果一方能够证明它不能合理地某些来源进行搜索并且这些来源中的信息已经提交或者和已经提交的文件重复，法院通常不会要求它来对这些来源进行搜索。

（四）善意例外

2006年美国民事诉讼法37条增加了（e）款，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。”这是由于电脑使用的特性—经常修改和删除信息—导致的风险，即在有意隐瞒和篡改证据的情况下，修改或者删除了可能和案件有关的证据。37（e）条的例外包含两个方面的限制：

（1）信息的丢失是因为电子信息系统的日常运营导致的；

（2）信息的丢失是善意的。善意包括已经采取了证据保管的措施，对电子信息系统的日常运营进行了干涉或者暂停，使电子数据不受其修改或删除。

因此，在证据保管义务开始以后，没有对其日常电子数据的毁损制度进行干涉，借用电子系统的日常运营删除受到保管义务约束的信息是不被允许的。

在Doe v. Norwalk Community College案中，法院认定被告没有保管关键证人的电脑中的电子数据，并指出：

“37（e）条的例外不适用，因为被告没有采取措施把相关的文件处在litigation notice的范围中。”此外，法院还指出，该例外不得适用的另外一个原因是被告并没有销

毁电子数据的日常系统或者稳定的政策。

需要注意的另外一点是，该条例外的结果仅是法院不发布惩罚命令，并不意味着丢失信息的一方不需要承担其他责任。法院还可以采取其他的手段，例如要求补充提交相关的证据，要求证人对丢失的相关证据宣誓作证。

（五）不恶意篡改证据

在大部分的案件中，提出动议的一方需要证明被毁损的文件和案件相关，或者对方有意毁损了这些文件。如果当事人仅是出于疏忽毁损了证据，另一方当事人需要证明该证据是相关的并且对另一方造成了损害。根据Scheidlin在2004年的研究成果，法院不发布惩罚的首要原因是法院不能确定毁损证据一方的“有意”¹⁴。如果被发起动议的一方在其日常的文件保管政策中不小心毁损了文件，只要它不是为了隐瞒证据故意为之的，法院通常不会同意惩罚动议。

四、违反证据保管义务的后果

如果被认定违反了证据保管义务，违反一方需要承担不利后果包括两个方面：

1、金钱上，违反方可能会被要求支付对方因对违反证据保管义务做调查、准备动议等行为而发生的律师费用、第三方机构的调查费用等。另一方面，可能会遭受巨额罚款。例如，在In re Hawaiian Airlines, Inc., 案¹⁵中，被告的一个雇员清洗了硬盘资料，被处罚80,000,000美元。

2、证据上的不利后果，包括排除证据效力、对陪审团作出不利的指示，甚至可能做出缺席判决。¹⁶

五、建议和意见

14 Tim Winslow * and Jason Malone, WHEN AND HOW CORPORATE COUNSEL SHOULD IMPLEMENT A LITIGATION HOLD, Jurimetrics, Spring, 2011.

15 2007 WL 3172642, 2007 Bankr. LEXIS 3679.

16 Tim Winslow * and Jason Malone, WHEN AND HOW CORPORATE COUNSEL SHOULD IMPLEMENT A LITIGATION HOLD, Jurimetrics, Spring, 2011.

对于律师而言，在指引客户保管和案件有关的信息时，发布合适的Legal Hold Notice是非常有效率的方法，也是证明公司履行证据保管义务的初步有效证据。但是，需要注意的是，发布Legal Hold Notice仅是开始，为了有效地执行Legal Hold Notice，还需要履行相关的其它程序，才能更好地履行证据保管义务。对于外部律师来说，他需要密切监督和客户的行业相关的其它公司执行Legal Hold Notice的得失，以避免可能发生的错误¹⁷。

具体地，在证据保管义务发生时，外部律师应尽快制定证据开示的计划并执行，具体包括：

(1) 了解和案件相关的材料的范围，公司的文件保存政策以及和案件相关的材料的实际保存方式；

(2) 及时发布Legal Hold Notice，并在其中详细列举需要保管的证据以及注意事项；

(3) 收集收到Legal Hold Notice的确认；

(4) 和公司的关键人员进行沟通，关键人员包括了解案情的关键人员、文件报关员和IT人员，了解他们保管的和案件相关的材料情况并告知其证据保管义务；

(5) 确认电子数据的存放地点；

(7) 确定关键词并准备出一份搜索清单；

(8) 查找并且保存潜在相关的材料等。此外，所有相关的记录应该备份，包括谁在什么时间做了这些事。¹⁸

(9) 定期发布Legal Hold Notice并追踪其执行情况；根据案情的进展，也可以适时修改Legal Hold Notice。

最为重要的是，在案件之初，和对方就电子数据的保管达成协议，并严格按照双方的协议执行，这将大大降低因为证据保管失误而发生的争议。

需要注意的是，如果有初步证据证明某当事方违反了证据保管的义务，法院可能要求披露律师和客户之间关于Legal Hold Notice以及相关证据收集的沟通。对律师而言，需要提示的是，不要在Legal Hold Notice中纳入对案情的分析和给客户的建议以避免原本享有拒证特权的内容随着Legal Hold Notice一并被披露的风险。

六、结语

由于美国独特的证据开示过程和大陆法系国家的证据制度差异较大，美国法下的证据保管义务对于大陆法系国家的公司而言，其实现难度是非常大的。在中国的民事诉讼中，当事人需要保证提交的证据真实、有效，但法律没有要求当事人主动保管和案件有关的证据，因此，企业通常不具备美国法要求的证据保管意识，也不了解这方面的规则，在没有意识的情况下违反了证据保管相关的规则，容易被对方律师挑出不当之处，对方可以利用这些问题降低法官对中国企业的信任度，甚至可能排除对中国企业有利的证据的效力。

如果中国的企业面临来自美国的诉讼，包括美国国际贸易委员会的337调查程序，其证据保管义务如何执行，需要企业和律师特别重视，以避免因为中国企业不懂规则而在案件中遭受负面影响。



从业经历

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）。

语言

黄彩如律师的工作语言为中文和英文。

17 Joshua P. Rosenberg, Potential New Roles for Law Firms in Litigation Holds, 发表于*Montana Lawyer*, 2012年5月。

18 James D. Higgason, Jr., Data Preservation Duties and Protocols.



商务部条法司蒋成华处长到君合律师事务所做“三资企业法的修订与中美双边投资保护协定”培训



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：junhebj@junhe.com

君合上海分所

地址：上海市南京西路1515号嘉里中心32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：海口市滨海大道南洋大厦1107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：深圳市深南东路5047号深圳发展银行大厦20楼C室
邮编：518001
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20楼2008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