

君

# 君合

【专业版】

2010 (第一期) WWW.JUNHE.COM



君合律師事務所  
JUN HE LAW OFFICES

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

君合香港分所

地址: 香港中环康乐广场1号怡和大厦22楼2208室  
电话: (852) 21670000  
传真: (852) 21670050  
电子信箱: junhehk@junhe.com

君合纽约分所

地址: 美国纽约市44街西36号914室  
邮编: 10036  
电话: (1-212) 7038702  
传真: (1-212) 7038720  
电子信箱: junheny@junhe.com

- 企业重组业务所得税处理
- 外商投资企业普通清算中的基本法律问题
- 创新与成长并存, 风险与机遇并存
- 商业秘密刑事司法保护问题研究

合

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

會

2010年第1期  
**C**ONTENTS  
目录  
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微  
执行编委：李 骐 黄 湘  
            令狐铭 张红斌  
编 辑 部：余永强 赵 君  
            何 侃 周 辉  
            杨 莎 蒋 斌  
            王 领 李靖怡  
            刘琛琳  
封面设计：赵米乐  
封面题字：王之龙

卷首语

并购大时代

- 2 企业重组业务所得税处理 姜俊峰

律师专论

- 11 工业建设项目审批流程分析 陈标冲  
18 外商投资企业普通清算中的基本法律问题 蒋文俊  
26 银信合作理财产品法律研究 翟 冰  
32 创新与成长并存 风险与机遇同在 余永强 何俊辉 王 毅  
34 中国反倾销调查法律与实践（下） 杭国良

知识产权论坛

- 38 商业秘密刑事司法保护问题研究 彭 乔  
44 论知识产权海关保护制度 张红斌 杨 莎

立法争鸣

- 52 《企业国有资产法》的重要改变和相关问题初探 龚 睿 赵鹏丽  
58 食品安全法与民事责任制度的新发展 胡孝红

声明

《君合》专业版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

刚刚过去的2009年是不寻常的一年。

对于国际社会来说，2009年是煎熬和希望交织的一年。始于2008年的国际金融风暴引发了自大萧条以来最严重的经济危机，并在2009年上半年进一步发酵，欧美各国都陷入了经济衰退的漩涡之中，连一直以经济高速增长著称的中国也难以独善其身，其经济增长速度为近十余年来最低。面对不断恶化的经济形势，各国政府迅速出台了史无前例的救助计划，出台各种经济刺激方案。终于，在2009年的岁末似乎看到了经济复苏的迹象，让人们对新的一年充满了期待。毫无疑问，金融危机和救市构成了2009年国际经济的两大主题。

对于中国人来说，2009年是共和国六十年华诞的喜庆之年。10月1日，首都各界庆祝中华人民共和国成立60周年大会在北京天安门广场隆重举行，期间举办了规模盛大的阅兵仪式和群众游行。从1949年到2009年，中国实现了从一穷二白到民富国强，从任人欺凌到正在崛起为世界强国。2009年，中华民族站在了民族伟大复兴道路上一个新的起点。

对于君合来说，2009年更是具有特殊意义的一年。君合诞生于1989年春夏之交，至今已走过二十个春秋。9月12日，500多位来自君合国内外分所的同仁和嘉宾齐聚青岛汇泉王朝大酒店会议大厅，华服、美酒以及洋溢在每一个人脸上的自豪，为君合二十周岁庆典织就了一幅美丽的画卷。

# 企业重组业务所得税处理

姜俊峰<sup>1</sup>

## 前言

近几年，企业重组行为日渐繁盛，而无论重组计划的初衷为何，一旦进入实质性的交易架构，重组各方就必须认真对待并审慎研究有关的税务问题。这一方面是归因于重组的特殊性，重组行为涉及的资产往往量大价高，不适当的重组模式会产生巨额的转让环节税，增加重组方（主要是转让方）的税收负担，并可能阻碍重组后企业获得预期重组目标的实现；另一方面，重组中的税负问题也在一定程度上左右着重组谈判的成败。在这种处境下，如果某种架构既可以实现重组整体税负最小，同时又能最大化地保证重组双方的利益需求，势必锦上添花，促成重组意向达成，反之，则重组谈判很可能失败。

追求低税负是经济主体本能的利益倾向，而是否能够真正实现低税负则取决于有关法律法规的规定和适当的税收筹划方法的使用。从税务角度进行重组架构，实质就是使重组交易模式向可适用的优惠性税收法律法规的无限靠拢。随着监管机关对于交易方式多样化的认识程度不断增强，有关重组的各种税收法律法规陆续出台，这其中，对重组业务的所得税处理进行规定的法律法规最为复杂，但该复杂性同时也为税收筹划提供了相

当的空间。

随着我国新企业所得税法的出台，财政部和国家税务总局对有关企业重组所得税处理的规定也进行了全面的改革，于2009年4月30日出台了《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（以下简称“59号文”）。但是，59号文仍处于实施初期，在适用上存在许多不明确的地方。考虑新旧规定之间存在一定程度的承继性，本文拟通过对改革前后的有关规定进行对比分析，以期帮助读者更好地了解现行企业重组所得税的立法现状和未来发展。

## 一、原税收规定中有关企业重组所得税处理方式

2008年1月1日，《中华人民共和国企业所得税法》（以下简称“新税法”）开始实施，延续了近二十年的原内外资企业所得税法并行的局面<sup>2</sup>宣告终结，相应的，财税部门以原《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》（“外资税法”）和《中华人民共和国企业所得税暂行条例》（“内资税法”）为立法基础制定的大量有关企业重组所得税处理的税收文件（以下简称“旧规定”）也在理论上失效了<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 君合律师事务所上海分所律师。

<sup>2</sup> 适用于外商投资企业和外国企业的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》实施于1991年7月1日；适用于内资企业的《中华人民共和国企业所得税暂行条例》实施于1994年1月1日。

<sup>3</sup> 笔者在工作中了解到，由于新税法实施不久，有关企业重组所得税方面的立法缺位，许多地方税务机关对于所发生的企业重组业务暂时允许企业按原规定操作进行，待新的税法文件出台后再做相应调整。

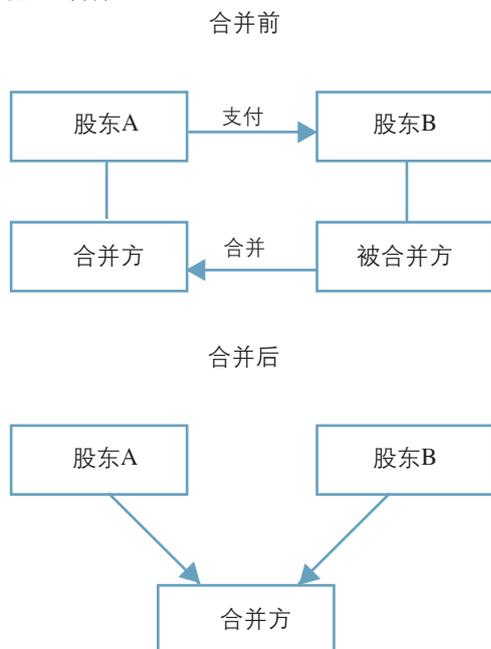
由于财税部门对于重组交易的认识水平也是渐进的，对于不同的重组类型，抑或同一重组类型的不同方面，可供适用的规定散落在不同的税法文件中，为了讨论之必要和便利，我们在下文中主要以重组的类型为原则展开讨论：

## （一）企业合并

无论对于企业，还是税务或工商等监管部门，合并都是最熟悉和普遍的重组类型。从立法上看，所要讨论的合并无外乎吸收合并（存续合并）和新设合并（解散合并）。在吸收合并中，两个或两个以上的企业将其资产和债务合并，其中一方存续，另一方(多方)解散。在新设合并中，首先要设立一家新的企业，用于吸收其他企业的资产和负债，然后新设企业存续，其他企业解散。

按照内资税法及其规定，对于内资企业<sup>4</sup>的合并各方，一般的所得税处理如下：

图1：合并



1.对于被合并企业，应视为按公允价值<sup>5</sup>转让、处置全部资产，相应的计算资产的转让所得并缴纳企业所得税。被合并企业如果还有以前年度尚未弥补的亏损，按规定也不得结转到合并企业弥补。

2. 对于合并企业，其取得的被合并企业的有关资产，可以按为合并之目的而经评估确认的价值确认该资产的成本。

3.对于被合并企业的股东，合并完成后如果取得了合并企业的股权，应视为被合并方向股东进行清算分配，相应的计算缴纳所得税即可。

上述一般处理，其实也就是企业所得税法理论中对于资产转让计价的基本方法。资产转让取得转让款，减除资产转让前的账面净值，或者说该项资产的计税成本，差额就是该项资产的转让所得或损失，应当并入企业当期应纳税所得后缴税；而对于受让方来说，买来的资产，购进价格就是该资产的初始计税成本。

除一般处理方式外，也存在一种特殊的所得税处理。在合并中，如果合并方支付给被合并方或其股东的收购价款中，除合并方股权以外的现金、有价证券和其他资产（“非股权支付额”或“补价”），不高于所支付的股票票面价值（或支付的股本的账面价值）20%的，经税务机关审核确认，合并各方的所得税可以选择如下处理方式：

1.对于被合并方，不用确认资产的转让所得或损失，因此不需要计算缴纳企业所得税。

2.对合并方来说，取得资产的计税成本必须以有关资产在被合并方的账面净值确定，也就是说，是“账簿”到“账簿”的方式原封不动抄录即可。

3.对于被合并方的股东来说，合并后以其持有的被合并企业的股权（“旧股”）换取合并方股权（“新股”）的，新股的成本应当由旧股的成本确定。

对照前文所讨论的一般的所得税处理可以看出，所谓特殊的所得税处理，是以控制取得资产的入账成本

4 新税法实施以前，内资企业和外资企业在企业重组方面分别适用不同的法律规定。

5 根据国税发【2000】119号文，公允价值是指独立企业之间按照公平交易原则和经营常规自愿进行资产交换和债务清偿的金额。

为条件，允许转让方就转让暂时不确认所得，进而暂时不承担所得税负担。之所以说是“暂时”，因为资产的价值在本轮交易中没有被调整，但在未来的转让中，其“增值”部分对应的所得税负担最终会出现。

当然，进行特殊的所得税处理最重要的前提就是支付手段中缺乏必要资金。通常情况下，合并重组并不涉及现金流，而只是通过合并方账上划转即可。由于没有足够的现金收入，在这种情况下强行要求企业纳税极有可能增加企业经营负担，进而恶化重组后转让方的处境，不利于重组企业的健康发展。这一原理同样适用于其他类型重组。

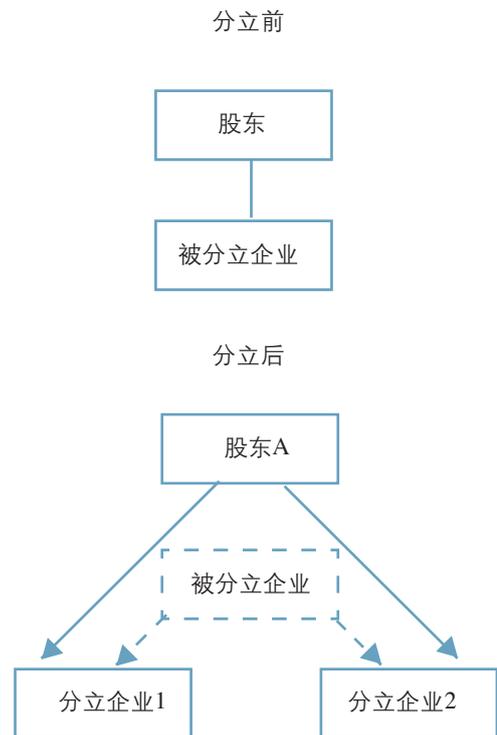
此外，与一般性税务处理不同的是，特殊性的税务处理下，合并后的企业还可以使用被合并企业未弥补的亏损。不过，出于防范纳税人恶意避税的考量，税法设置了限额公式来限制对被合并方亏损的使用。根据该公式，允许继续结转使用的亏损，限于合并方的所得乘以被合并企业净资产公允价值占合并后企业全部资产净值的比率。

相对内资企业合并而言，外资税法对于外商投资企业的合并的要求较为宽松，因为外商投资企业的合并中所得税的处理与上述内资企业的特殊处理如出一辙，但是却并没有非股权支付比例的前提要求，并且，外商投资企业的合并中，对于亏损的结转使用也不存在上述内资企业中有关比例的限制<sup>6</sup>。

## （二）企业分立

内资税法中的分立，指的是一个企业（被分立企业）按照有关法律法规的规定，分立为两个或两个以上的企业（分立企业）。其实质就是股本分割和公司分立交易。分立业务中所得税的处理与合并业务中的所得税处理在原理与操作上极为相似，对于内资企业分立来说，一般性的税务处理是：

图2：分立



1.对于被分立企业，分立视为其将资产按公允价值对外转让，所以应计算相应的财产转让所得并缴纳企业所得税。

2.对于分立企业来说，其对应的资产入账成本应当是评估后确认的价值。

同样的，如果分立企业支付给被分立企业或其股东的交换价款中，除分立企业股权以外的非股权支付额不超过支付的股权票面价值（或支付的股本账面价值）20%的，经税务机关核准，分立各方的所得税可按以下特殊方式处理：

1.被分立企业不用确认资产分离的所得，因此不用缴纳企业所得税；

2.分立企业接受被分立企业的资产和负债，在入账是应当以该部分资产或负债在被分立企业原账面的价值确定，仍然是“账簿”对“账簿”的抄录；

3.分立企业可以根据接收资产占被分立资产的比例，确定其可享受的被分立企业未弥补亏损。

对外商投资企业而言，如果不用考虑税收优惠<sup>7</sup>，

6 参见国税总局《关于印发外商投资企业合并、分立、股权重组、资产转让等重组业务所得税处理的暂行规定》的通知（国税发[1997]71号文）（“71号文”）第一条第（四）款。

7 71号文第二条第（二）款。

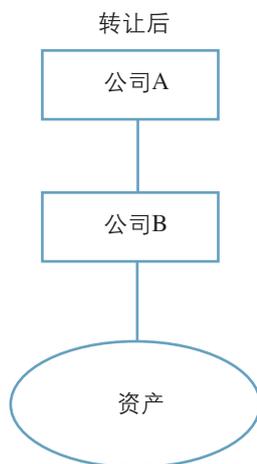
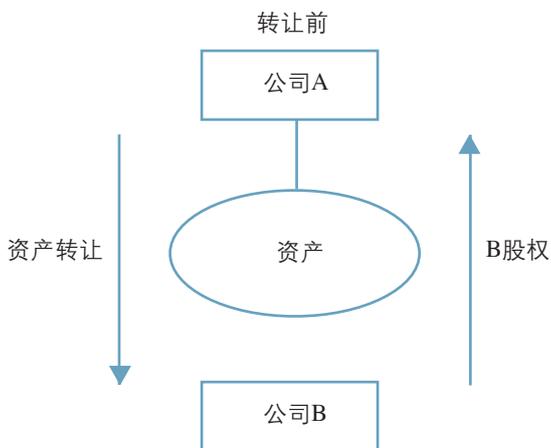
其所得税处理与上述内资企业的特殊方式一致。当然，比较值得注意的一点是，外商投资企业的分立中，各分立企业可以享受的可弥补亏损的比例是按照分立协议确定的。

### （三）资产转让

在旧规定下，能够适用重组所得税处理的内资企业资产转让侧重于企业整体资产转让的行为，即一家企业（转让企业）将其全部的资产和负债或其独立核算的分支机构转让给另一家企业（受让企业）；作为对价，转让企业取得受让企业支付的受让企业的股权或其他非股权支付。

从实务角度看，采用整体资产转让多发生于企业及其控股公司之间的资产调整，例如，某公司A拥有从事某项经营业务的资产，由于集团结构调整的需要，A公司的投资方希望A设立一全资子公司B从事上述业务，而将A转为控股公司。鉴此，A公司通过整体资产转让将其所持资产整体转让给新设立的子公司B，并取得B公司以自己股权作为资产转让的对价。资产转让完成后，公司B取得了从事有关业务的全部资产，而A公司脱身成为B公司的控股公司。

图3. 整体资产转让



通常情况下，从所得税的角度看整体资产转让应为两步，第一步是资产按公允价值销售；第二步为投资，相应的就会产生所得税的纳税义务。这一处理方式同样适用于外资企业，且不限于整体资产转让<sup>8</sup>。但是，与合并、分立一样，对于整体资产转让，如果支付方式上股权之外的支付额不高于所支付的股权票面价值20%的，经税务机关核准，就可以进行特殊的所得税处理：即受让企业以接受资产在转让企业的原账面净值结转确定成本；转让企业取得受让企业支付的股权成本，以该项股权原账面净值确定。

整体资产转让的另外一个常见方式就是用于剥离企业的某独立核算的分支机构。其实质也就是对外投资。不过，这也导致了許多企业为投资目的，将自己的资产选择性的转入一个新设的分支机构，意图享受所得税方面的特殊处理，延迟纳税义务。对于这种采用新设的方式进行的整体资产转让，不同税务机关的评判认定标准是存在差异的，有的税务机关认为这种形式仍符合整体资产转让的前提条件，可以适用特殊性税务处理；而有的税务机关却从严把握，认为企业是以避税为目的，不符合整体资产转让的条件，不能适用特殊性税务处理。

值得注意的，整体资产转让下采用特殊所得税处理的，对于转让方股东取得的非股权支付额，按规定仍然是要缴税的<sup>9</sup>。

8 71号文第四条第（一）款。

9 国税总局关于执行《企业会计制度》需要明确的有关所得税问题的通知第6条第（1）款。

#### （四）债务重组

债务重组是债权人与债务人之间发生的涉及债务条件修改的所有事项。一般来说，债务重组的方式有：

- 1.以低于债务实际金额的现金清偿债务；
- 2.以非现金资产清偿债务；
- 3.债转股。

对于内资企业来说，债务重组的所得税处理有较明确的指引。根据《企业债务重组业务所得税处理办法》（国家税务总局令第6号），如果经过重组方案，债务人实际用于清偿的支付额低于债务原数额的，那么这两个数值之差额，债务人应当确认为债务重组所得，承担所得税。而如果是以非现金资产偿债，则应当将该行为视为两步，资产转让和现金偿债，分别确认各步骤的所得或损失。对于债转股的，核心是确定债权人取得股权的公允价值与原债务的账面价值的差额，分别确定是债务人确认所得还是债权人确认所得，相应承担所得税纳税义务。

而对于外资企业，债务重组并没有可因循的具体指导文件。实务中，各地税务机关对于外资企业的债务重组行为，一般是参考上述适用于内资企业的处理方式。

#### （五）股权重组

在原税法下，外资企业的股权重组享受非常优惠的条件。根据国税函[1997]207号文（以下简称“207号文”），外国企业将其持有的中国境内企业股权，或者外商投资企业将其持有的中国境内境外企业的股权，转让给与其具有直接拥有或者间接拥有或被同一人拥有100%股权关系的公司，包括转让给具有上述股权关系的境内投资公司，可按股权成本价转让，因此不产生转让收益或损失，没有所得税负担。当然，上述股权重组必须具备合理经营目的。207号文极大地方便了外资企业集团内部股权结构的调整。

## 二、新所得税法下59号文之特点分析

新《企业所得税法实施条例》第七十五条规定了企业重组中有关资产的计税基础的确认原则。根据该条，财政部和国家税务总局制定了关于企业重组在所得税处理方面更具体的59号文<sup>10</sup>。

59号文保留了旧规定中许多内容，并相应增加了若干重组类型，力图将企业重组的常用模式所涉及的所得税进行统一和全面的规定。总体来说，59号文是对旧规定下的部分延续和完善。因此，我们将通过与前文有关旧规定进行比较，重点突出59号文较为特殊和新的内容。

### 特点一：重组类型全面

根据59号文的规定，企业重组是指企业在日常经营活动以外发生的法律结构或经济结构重大改变的交易，包括了“企业法律形式改变”、“债务重组”、“股权收购”、“资产收购”、“合并”和“分立”六大类。其中的“企业法律形式改变”相较于旧规定来说，是新增项目，主要是指企业改变其名称、住所或者组织形式。立法部门之所以将此列为重组类型之一，是因为考虑到企业法律形式改变后，可能会影响到所得税的征税权，例如从有限责任公司变为个人独资企业的情形，改变后的法律形式将不再属于企业所得税法项下的纳税人，对于这种变化，所得税方面应给予特别规定。

### 特点二：对旧规定的选择性保留与更新

与旧规定比较后可以看出，59号文并非是革命性的，而是在符合新税法原则和规定的框架下，吸收并保留了已通过多年实践检验的众多所得税处理规定。与旧规定相同，企业重组的一般性的税务处理方式为：无论是对于合并/分立，抑或股权/资产的收购行为中，如果是确认重组所得，因此导致资产的转出方产生所得税纳税

<sup>10</sup>财税部门曾试图在新《企业所得税法实施条例》中以专节介绍企业重组所得税处理。但由于重组所得税处理内容繁杂且受政策性影响大，容易变更，放在实施条例中有违条例之原则性和稳定性，因此这一方案被国务院立法机构否决。

义务的，那么受让方可以就取得的资产和/或债务按照公允价值作为该项资产的计税基础（即旧规定下的计税成本）。而如果采用特殊性税务处理的，由于一方（资产的转出方）的纳税义务延迟，有关资产和/或债务的计税基础被要求与重组前保持不变，以防止对有关资产和/或债务的增值漏征所得税款。

除此之外，59号文在个别处理上有所区别，这包括：

1.合并或分立中，不再继续存在的企业及其股东应按照清算进行所得税处理。

在应税重组下，亏损不得在各方间结转。而采用特殊性税务处理的，合并企业可以在一定限额内使用被合并企业的未弥补的亏损，这与旧规定中无论内资企业还是外资企业的处理都有明显区别<sup>11</sup>。

2.债务重组中，如果是采用一般性税务处理的，59号文的规定与旧规定关于内资企业债务重组业务相似。此处不再赘述。而对于特殊性税务处理下的债务重组，如果重组确认的应纳税所得额占企业当年应纳税所得额50%以上的，那么债务人可均匀分摊至五年内缴纳。当然，需要注意的是，如果债务人在发生债务重组仍处于税收优惠期的，则重组所得应分别核算，而不能就重组确认的所得享受该税收优惠待遇。

3.股权收购适用特殊税务重组的，对被收购的股权提出了75%的比例要求。支持原外资企业可按成本价转股的国税函[1997]207号文因此被全文废止。

4.资产收购，与旧规定有关“整体资产转让”的条件有所放松，仅要求所收购的被收购方资产占全部资产不低于75%。这实质上解决了在“整体资产转让”下收购人不得不购进其根本不需要的资产的尴尬。

5.特殊税务处理仅对股权支付部分适用。而对于非股权支付部分，其所对应的资产仍然需要像一般性税务处理一样，应当确认所得和损失<sup>12</sup>，并调整相应资产的计税基础。

非股权支付对应的转让所得和损失 = (被转让资产的公允价值 - 被转让资产的计税基础) × (非股权支付金

额 ÷ 被转让资产的公允价值)

### 特点三：借鉴国际立法经验，科学合理

59号文在立法上力求与国际重组立法接轨。这特别表现在学习借鉴重组立法最为成熟的美国法律法规。例如，59号文在对特殊性税务处理规定时，就合并方可享受被合并企业未弥补亏损时，有关的限额计算公式为：

限额 = 被合并净资产公允价值 × 截至合并业务发生当年年末国家发行的最长期限的国债利率

其中有关“国债利率”的提法，是典型的美国法律中的概念。

### 特点四：强化适用条件，防范恶意避税企图

特殊性税务处理的立法目的是鼓励和支持具有正常经营需要的重组行为，但是，由于特殊性重组在所得税方面的利益驱使，重组反而成为逃避税款的渠道。旧规定中，对于特殊性的税务处理（即免税或无税处理）的适用条件中，仅提出非股权支付额比例这一要求，这就会导致企业（特别是跨国企业）可以轻易取得特殊性税务处理资格，进而避免在中国就重组纳税。59号文充分认识到旧规定在实施中出现的问题，针对性的对特殊性税务处理的实施条件进行了增补与完善。

根据59号文，适用特殊性税务处理必须满足五大门槛条件，分别是：

1.重组目的：重组应当具有合理的商业目的，且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的；

2.资产或股权比例：比例符合规定，例如，在股权收购中，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的75%；在资产收购中，转让资产占转让企业全部资产不低于75%；

3.资产经营的连续性：企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动；

<sup>11</sup>参见本文第一部分第（一）节“企业合并”。

<sup>12</sup>旧规定中也有类似处理，参见国税发【2003】45号文第六条第（一）款。

4. 股权支付金额比例：股权收购、资产收购或者企业合并和分立中，股权支付金额不应低于交易支付总额的85%；

5. 股东所有权的连续性：企业重组中取得股权支付的原主要股东在重组后12个月内不得转让所取得股权。

上述五项条件中，除第一条有关重组目的是定性要求之外，其他四条都是量化的要求。其中第一条又称为经济合理性原则，也就是说，重组方向税务机关说明其交易发生的合理性，即交易不是以恶意规避某项税收为主要目的。第二项有关资产或股权比例的要求其实也是重组的本质要求，因为如果涉及的资产或股权比例太低，就变成了普通的资产或股权转让，对其给予特殊性税务处理没有实际意义。第三项和第五项是通过有关资产和股东权益连续性的要求，进一步约束重组的合理商业目的性；从这一条件可以基本判断出，实务中的“借壳”行为基本上是无法享受特殊税务处理的，因为借壳后往往会剔除资产，改变原有经营。第四项是必要资金原则，这在本文对旧规定下的特殊性税务处理已有论及。

除此之外，59号文对于分解分步骤以实现享受特殊税务处理行为也进行了否定。在国税发[2000]118号文下，某企业整体转让业务，如果从受让方取得占股权支付额超过30%的对价，就不能享受特殊性税务处理。因此，该企业可以选择先将业务进行分割，然后将分割后的某一部分业务先行转让出去，并取得对方等值上述30%的现金作为支付价款，然后，再将其余业务整体转让，由于全部以股权为支付，因此可以采用特殊性税务处理，此即所谓的分步骤重组。但是根据59号文的规定，重组前后连续12个月内分步对资产、股权进行交易，有关交易应当作为一项企业重组进行处理。也就是说，如果企业在12个月内按照上述方式分割业务分步转让的，在59号文下仍然被视为一个重组行为，因现金支付额占总支付额超过法定比例，就无法享受特殊性税务重组。

#### 特点五：加强国家征税权，严格跨境重组的管理

根据59号文，在满足59号文关于境内重组特殊性税

务处理要求的前提下，只有三种跨境重组模式可以享受特殊所得税重组，分别是：

模式1：境外一方向其100%直接控股的境外另一方转让某境内企业股权；在该模式下，税务机关要求该转让不会导致股权转让以后适用的预提所得税负担发生变化，并且还要求受让方承诺在至少3年内不能再次转让受让的股权。

模式2：境外一方向其100%直接控股的境内另一方转让某境内企业股权或资产。

模式3：境内一方以其资产或股权向其100%直接控股的非居民企业进行投资。

可以看出，监管部门对于跨境并购重组适用特殊性税务处理持非常谨慎的态度，这主要来源于对跨境重组下国家税收利益丧失的担心。因为，跨境重组往往涉及两个甚至多个国家的税收管辖权，而目前中国的税制监管能力相对较弱，在存在多个税收管辖权的情况下，就很难保证我国的税收利益了。所以，目前允许实行的三种模式也是在充分考虑了我国的税收管辖权是否得以确保的前提下确定下来的。例如，对于模式2，由于管辖权是从境外向境内移动，符合我国税收管辖的利益；对于模式3，由于境外企业为境内企业全资控股，中国税务机关因此可以通过对境内投资方的控制实现对境外企业的税收管辖；对于模式1，为了加强监管，59号文要求境外受让方要书面向中国税务机关做出有关承诺。

另外，作为对加强重组监管的另一项要求，59号文要求选择特殊性税务处理的企业，在重组当年企业所得税年度申报时向主管税务机关提交书面备案资料。未按规定进行书面备案的，不得按特殊重组业务进行税务处理。

### 三、59号文尚未解决的问题

59号文是现在指导企业重组所得税处理的最直接的法律规范。但是作为该文核心的有关特殊性税务处理的五大前提条件，在适用操作过程中仍存在难点和有待完

善之处。

首先，在适用特殊性税务处理中，一个定性的因素就是，投资者需要向税务机关证明其重组具有合理的商业目的。然而，由于59号文仅是从反面进行了界定，即不是以推迟或者避免缴纳税款为主要目的，但却没有具体规定在什么情况下会认定重组不具有合理的商业目的，这会导致实践中重组所得税处理的不确定性，也给予地方税务机关在操作中较大的执法裁量权。

其次，59号文在对于特殊性税务处理的几项量化条件中的操作性存在问题。例如，股权收购，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的75%，而这一比例可能在某些行业中是不实际的。并且，如果某投资方已经持有被收购方一定比例股权的，那么再次收购后，所持股权达到75%，是否可以满足上述条件尚不明确。

再次，对于资产的经营连续性要求，这在实际操作中非常难以把握。企业作为市场的主体，需要时刻根据市场的信息做出及时调整，如果企业由于经营的需要或市场的变化而对有关经营做出改变，是否也会被认为违反了连续性原则而遭到税务机关的税务调整呢？

最后，对于股东权益的连续性要求也存在上述操作上的瑕疵。对于上市公司股东来说，要求连续12个月不得转让所取得股权，似乎并不妥当。

此外，59号文中还存在一些概念或规定，尚有待财税部门在实践中予以进一步细化或澄清。

## 结语

企业重组作为一种资源优化配置的手段，对于提升企业经营效率，增强企业的竞争力至关重要。因此各国对于企业重组在税收上都给予特别的规定。在我国，随着新税法的实施，虽然没有看到有关企业重组如人们所期望的那样，由国家税务总局颁布的补丁式的通知上升为由国务院颁布的《企业所得税实施条例》予以确定，而仍然采用由财税部门制定税收文件的方式进行规范。但是我们仍然可以从59号文中看出我国对于企业重组所得税处理上所持有的积极但保守的态度。随着59号文

的颁布和实施，复杂的经济行为会给有关部门提出更多需要进一步明确的问题，可以预见，未来中国的企业所得税重组立法将更加发达，也必在中国企业境内外重组行为中发挥重要作用。

# 工业建设项目审批流程分析

陈标冲<sup>1</sup>

## 一、工业建设项目审批流程概述

### （一）研究工业建设项目审批流程的目的

在新建工业建设项目中，客户需要了解项目建设过程中涉及哪些审批以及各个审批所需要的大致时间，以此确保项目建设的合法合规性并确定项目建设的进度安排。此外，在工业项目的法律尽职调查中，律师需要调查在建或竣工工业项目在建设过程中的合法合规性，提出工业建设项目存在的重大法律问题。这些都要求律师对工业建设项目整体审批流程有比较准确和全面的了解。

### （二）工业建设项目审批流程主要涉及的问题

#### 1、工业建设项目涉及的主要审批

研究工业建设项目审批流程，首先需要确定整个工业建设项目在建设过程中涉及哪些主要的行政审批（这里的行政审批包括政府的登记、备案、许可等，范围上大于行政许可）。这些行政审批的确定主要依据法律法规的规定、以往工业建设项目的经验、政府部门网站上的许可指南以及相关法律研究。当然，单纯的研究很容易遗漏某些行政审批事项，需要持续跟踪一个或多个完整的工业建设项目，才能形成比较完备的工业建设项目的行政审批清单。

#### 2、工业建设项目审批的法律依据、主管部门的审批层级以及注意事项

对于工业建设项目涉及的每一项审批，需要确定该项审批的法律依据，考察某一

<sup>1</sup> 君合律师事务所北京总部律师。

特定主管部门对于该审批事项在不同层级之间的权限划分，并根据以往项目经验以及法律研究成果提出该项行政审批所应注意的重要事项。

### 3、各项审批之间的关系和顺序

工业建设项目涉及几十乃至上百项审批，每项审批并不是孤立存在的，甚至不同部门之间的审批都有内在联系。因此，需要确定各项审批之间的先后顺序和相互关系，使律师将某项行政审批放入工业建设项目审批流程的大背景中加以分析和研究，从而为客户合理安排获得各项行政审批的进度提供有价值的建议，也能够藉此发现已有工业建设项目在获得各项行政审批上存在的法律问题。

### （三）政府投资工业建设项目、外商投资工业建设项目与一般投资工业建设项目在审批流程上的异同

在以往的法律服务和法律研究中，我们较多关注外商投资工业建设项目的审批流程，在一定程度上忽略了政府投资工业建设项目和一般投资工业建设项目的审批流程。在实际的法律服务中，我们又不可避免的碰到各种政府投资工业建设项目以及一般投资工业建设项目。因此，比较这三类不同性质的工业建设项目在审批流程上的异同有重要意义。

#### 1、项目公司设立差异

政府投资工业建设项目，即政府使用财政资金进行投资建设的工业项目，如政府投资建设的饮水工程、自来水厂、污水处理厂等。这里需要注意的是，政府投资工业建设项目并不同于国有企业投资工业建设项目，政府投资工业建设项目是以财政资金用于项目建设，而国有企业投资工业建设项目是以国有企业的自有资金进行项目建设。政府投资工业建设项目主要存在于基础设施领域，具有公益性、非营利性等特点，所投资项目建成

后直接归属政府所有，很多情况下并未设立营利性的项目公司建设、运营和拥有该工业项目。因此，在政府投资工业建设项目中，经常采用代建制，即政府通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位(代建单位)，负责项目的投资管理和建设实施的组织工作，控制项目投资、质量和工期，项目建成后交付使用单位。

而对于外商投资项目，外国投资者一般都需要在中国设立外商投资企业才能投资、建设、运营和拥有工业项目（少数中外合作经营企业并未设立外商投资企业）。因此，一般的外商投资工业建设项目都有相对应的外商投资企业即项目公司来负责投资、建设、运营和拥有。根据我国外商投资先核准项目，再设立企业的原则，外商投资企业应在外商投资项目获得核准之后方可设立。因此，外商投资工业建设项目的公司应在项目核准之后才能设立。

对于一般投资工业建设项目而言，是否设立项目公司以及在哪一阶段设立项目公司，法律并无明确要求，投资人可根据项目的具体情况决定是否设立项目公司以及何时设立项目公司。在决定设立项目公司的情况下，投资人应考虑获得项目核准的时间与项目公司的设立时间的顺序，即在项目公司设立后再申请项目核准，以确保项目的投资人为项目公司。此外，对于矿业开发项目而言，投资人一般是在获得相应的矿业权之后，才设立项目公司。

#### 2、项目立项、审批的差异

对于政府投资工业建设项目，需要投资主管部门先批准项目建议书，在准备好项目审批的各项支持性文件后，提交项目可行性研究报告交由投资主管部门审批。可行性研究报告获得批准是政府投资工业建设项目获得审批的标志。

对于外商投资工业建设项目，按照项目核准程序由投资主管部门核准项目申请报告，项目即可进入建设阶段。

对于一般投资工业建设项目，如果属于《政府核准

的投资项目目录》以外的项目，向投资主管部门进行备案后，获得环境、土地等部门的批准文件后即可开工建设，这种情况下不需要对项目进行批准或者核准；如果属于《政府核准的投资项目目录》以内的项目，需要获得投资主管部门的核准后方可进入建设阶段。

### 3、基本流程的相同

由于法律规范在适用上具有普遍性，工业建设项目审批流程所涉及的法律规范除了极少数情况有特别规定外，不分投资主体适用于政府投资工业建设项目、外商投资工业建设项目和一般投资工业建设项目。因此，上述三类工业建设项目的审批流程大体是相同的。

## 二、审批流程的六个阶段

工业建设项目可根据审批流程的阶段性的，将其划分为以下六个阶段：

### (一) 支持性文件准备阶段

#### 1、项目建议书和项目备案

根据《国务院关于投资体制改革的决定》，对于采用直接投资和资本金注入方式的政府投资项目，需要审批项目建议书。项目建议书获得批准后，方可到环境保护、国土资源、城市规划、建设管理等部门办理相关审批手续。

国家对于《政府核准的投资项目目录》之外的国内企业投资项目，实行备案制。企业投资项目备案制，与项目审批和项目核准制度相比，程序更加简便，内容也更简略。除不符合法律法规的规定、产业政策禁止投资的项目外，投资主管部门一般都会给予备案。获得备案后，方可到环境保护、国土资源、城市规划、建设管理等部门办理相关审批手续。

#### 2、支持性文件的清单

序号	审批名称	主管部门	法律依据
1	建设项目水土保持方案审批	县级以上水行政主管部门分级审批（根据立项机关级别、占地面积及挖土石方总量判断审批级别）	《中华人民共和国水土保持法》（1991.6.29）；《水土保持法实施条例》（1993.8.1）；水利部《开发建设项目水土保持方案编报审批管理规定》（水利部令第24号）；《开发建设项目水土保持设施验收管理办法》（水利部16号令）
2	建设项目选址意见书	规划部门，其级别应与项目核准机关级别相同，最高为省级规划部门	《中华人民共和国城乡规划法》（2007.10.28）；《建设部关于统一印发建设项目选址意见书的通知》（1992.1.16，建设部建规字第17号文发布）；建设部、国家计委关于印发《建设项目选址规划管理办法》的通知
3	建设项目环境影响评价审批	环境保护部门分级审批（环保部与省环保局之间的权限划分由环保部决定，省环保局决定省内的审批权限划分）	《环境影响评价法》（2002.10.28）；《关于加强建设项目环境影响评价分级审批的通知》（环发[2004]164号）；《国家环境保护总局建设项目环境影响评价文件审批程序规定》
4	建设项目用地预审意见	需审批的建设项目，由审批项目的该级政府的国土资源管理部门预审；需核准和备案的建设项目，由与核准、备案机关同级的国土资源管理部门预审。	《土地管理法》（2004.4.28修订）；《建设项目用地预审管理办法》（国土资源部42号令，2008.11.29）
5	地震安全性评价报告审定	国家重大建设工程、跨省、自治区、直辖市行政区域的建设工程及核电站和核设施建设工程由中国地震局负责，其它项目由省、自治区、直辖市人民政府负责管理地震工作的部门或者机构负责。	《中华人民共和国防震减灾法》（2009.5.1生效）；《地震安全性评价管理条例》（2001.11.15）
6	水资源论证及取水许可	县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构	《水法》（2002.8.29）；《取水许可和水资源费征收管理条例》（2006.1.24）；《取水许可管理办法》（2008.3.13）
7	地质灾害危险性评估报告备案	一级评估报告报省、自治区、直辖市国土资源厅(局)备案；二级评估报告报市(地)级国土资源行政主管部门备案；三级评估报告报县级国土资源行政主管部门备案。	《地质灾害防治条例》（2003.11.24）；《国土资源部关于加强地质灾害危险性评估工作的通知》（2004.3.25）

8	压覆矿产资源审批	压覆煤矿等重要矿产资源需省国土资源厅审查报国土资源部审批，压覆非重要矿产资源由市国土资源局审查报省国土资源厅审批。	《国土资源部关于规范建设项目压覆矿产资源审批工作的通知》（2000.12.18）
9	职业病危害预评价	卫生部门，其中卫生部负责由国务院投资主管部门和国务院授权的有关部门审批、核准或备案，总投资在500亿人民币以上的建设项目、核设施、绝密工程等特殊性质的建设项目、跨省、自治区、直辖市行政区域的建设项目，其它项目由各省级卫生部门根据本地区的实际情况确定。	《中华人民共和国职业病防治法》（2001.10.27）；《建设项目职业病危害分类管理办法》（2006.7.27）；《卫生部关于修订〈建设项目职业病危害分类管理办法〉第四条规定的通知》（卫政法发〔2007〕97号）
10	安全预评价报告备案	国家安全生产监督管理总局及省级安全生产监督管理局、国家及省级煤矿安全监察局或煤矿安全监察办事处	《危险化学品建设项目安全许可实施办法》（2006.9.2）；《煤矿建设项目安全设施监察规定》（2003.7.4）；《关于加强煤矿建设项目安全设施设计审查与竣工验收工作的通知》（煤安监察〔2007〕44号）；《非煤矿山建设项目安全设施设计审查与竣工验收办法》（2004.12.28日发布）
11	关于项目涉及文物保护的审查意见	文物主管部门	《文物保护法》第17条以及各省文物保护的相关法规

说明：

1、本文把获得项目审批或核准前应取得的各项审批文件统称为支持性文件，其需要在项目审批或核准前获得，否则，项目无法得到审批或核准。

2、现行法律并未明确规定各项支持性文件之间的取得顺序，本文根据项目进展的一般顺序排列支持性文件的取得顺序。

3、上述支持性文件中的一些文件并不适用于所有工业建设项目，需根据项目的具体情况决定是否适用。

的市场前景、经济效益、资金来源和产品技术方案等进行审核。（3）审核的程序不同。审批制一般要经过批准“项目建议书”、“可行性研究报告”和“开工报告”三个环节，而核准制只有“项目申请报告”一个环节。

判断一个工业建设项目是需要审批或核准，主要根据资金来源进行确定。对于使用各类政府投资资金的工业建设项目，包括预算内投资、各类专项建设基金、统借国外贷款，需要由投资主管部门进行审批；对于外商投资项目，一律按照《外商投资项目核准暂行管理办法》由投资主管部门进行核准；对于内资企业的投资项目，如果属于《政府核准的投资项目目录》，需要由投资主管部门进行核准。

## （二）项目审批与核准

### 1、项目审批与核准的区别

项目核准制与审批制的区别在于：（1）适用的范围不同。审批制只适用于政府投资项目和使用政府性资金的企业投资项目；核准制适用于企业不使用政府性资金投资建设的重大项目、限制类项目以及所有外商投资项目。（2）审核的内容不同。审批制下，政府既从社会管理者角度，又从投资者的角度审核投资项目；核准制下，政府只是从社会和经济公共管理的角度审核企业的投资项目，审核内容主要是“维护经济安全、合理开发利用资源、保护生态环境、优化重大布局、保障公共利益、防止出现垄断”等方面，而不再代替投资者对项目

### 2、建设项目招标方案的核准

在工业建设项目审批或核准的过程中，投资主管部门往往同时会对项目的招标方案进行核准。《国家发展改革委关于工程建设项目可行性研究报告增加招标内容和核准招标事项暂行规定》（国家发改委第9号令）规定，依法必须进行招标的工程建设项目，按照工程建设项目审批管理规定，凡应报送项目审批部门审批的，必须在报送的项目可行性研究报告中增加有关招标的内容。很多省份据此在项目审批和核准中，要求项目投资人报送招标方案，并对招标方案进行核准。

在《行政许可法》和《国务院关于投资体制改革的决定》颁布以后，国家发展改革委缩小了建设项目的招标方案核准的范围。对于需要国家发展和改革委员会审批与核准的建设项目，应根据《国家发展改革委办公厅印发关于我委办理工程建设项目审批(核准)时核准招标内容的意见的通知》（发改办法规[2005]824号）确定是否需要核准招标方案。

目前，国家发展改革委已经不再适用9号令中有关招标内容核准的规定，而地方各省份仍适用9号令来核准各

种项目的招标方案。因此需要注意国家层面与地方政府层面对于建设项目招标方案核准的不同审批实践。

### (三) 项目公司设立阶段

由于前文已经对不同类型工业建设投资项目的项目公司设立做了讨论，本部分仅对外商投资工业建设投资项目公司设立涉及的审批进行归纳。

序号	审批名称	主管部门	法律依据
1	外商投资企业设立审批	投资总额1亿美元以上(含1亿美元)的《外商投资产业指导目录》鼓励类、允许类外商投资企业、投资总额5000万美元以上(含5000万美元)限制类外商投资企业由商务部审批；其他外商投资企业由地方商务部门审批。	法律依据：《指导外商投资方向规定》；《外商投资产业指导目录》；《国务院关于投资体制改革的决定》
2	外商投资企业登记及申请营业执照	国家工商行政管理总局负责全国的外商投资企业登记管理工作，可以授予地方工商行政管理局外商投资企业核准登记管理权。被授权的地方工商行政管理局以自己的名义在被授权范围内行使对外商投资企业的登记管理职权。	《公司登记管理条例》（2005.12.18）《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》（工商外企字[2006]81号）；《外商投资企业授权登记管理办法》；《关于进一步做好外商投资企业授权登记管理工作的通知》；《关于调整部分外商投资企业登记管辖范围的通知》
3	外商投资企业外汇登记及付汇核准	注册地外汇管理局	《国家外汇管理局关于印发<国家外汇管理局行政许可项目表>的通知》（汇发[2004]73号）；《外商投资企业外汇登记管理暂行办法》（汇资函字【1996】第187号）；《国家外汇管理局关于加强外商投资企业审批、登记、外汇及税收管理有关问题的通知》（外经贸发【2002】575号）；《国家外汇管理局关于完善外商直接投资外汇管理工作有关问题的通知》（汇发【2003】30号）
4	财政登记证	注册地财政主管部门	《外商投资企业财政登记管理办法》（1996.5.8）
5	组织机构代码证	注册地质量技术监督部门	《对外贸易经济合作部、国家技术监督局关于外商投资企业和台港澳侨投资企业领取全国组织机构代码和进出口企业代码有关事宜的通知》（1997.12.17）
6	开户许可证	注册地中国人民银行分行或支行	《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（国务院令412号）；《人民币银行结算账户管理办法》（中国人民银行令[2003]第5号）
7	统计登记证	注册地统计局	各省、自治区、直辖市相关规定
8	税务登记证	注册地县以上(含本级)国家税务局(分局)、地方税务局(分局)	《税务登记管理办法》（2003.12.17）
9	对外贸易经营者备案登记（如从事对外贸易经营）	商务部或商务部委托的地方对外贸易主管部门	《对外贸易经营者备案登记办法》（商务部令2004年第14号）
10	进出口货物收发货人注册登记	注册地海关	《中华人民共和国海关对报关单位注册登记管理规定》（2005.3.1,海关总署令127号）

#### (四) 土地使用权取得阶段

由于现行法律规定要求工业用地应当以招拍挂取得，本部分主要关注工业用地招拍挂的法律规定与实践操作。

##### 1、工业用地招拍挂的法律依据

《中华人民共和国物权法》规定：“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让”。国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（国土资源部39号令）规定“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让”。

##### 2、工业用地招拍挂的实践

项目审批与供地的先后顺序问题。工业建设项目在工业用地实行招拍挂以前一直按照“先批准项目再供应

土地”的模式取得土地使用权，目前发展改革、工商、环保、规划等部门还是按照“先批准项目再供应土地”这一程序进行相应审批。但是，按照工业用地招拍挂规定，则应“先供应土地再批准项目”，否则在获得项目批准后，如果在招拍挂中未获得工业用地的土地使用权，则前期的工作等于白费。

对于这一矛盾，一些省市规定土地招拍挂中标企业在获得工业用地成交确认书后，先办理项目审批或核准程序，待项目获得审批或核准后，再与国土资源部门签署正式的土地出让合同。这种做法的问题在于，获得成交确认书后，投资者取得各项支持性文件以及项目审批或核准的时间如果过长，该成交确认书就会失效。而很多大型工业项目准备各项支持性文件和获得项目审批或核准往往需要很长的时间。还有的省市仍旧按照“先批准项目再供应土地”的模式进行，工业用地招拍挂仅仅走过场。因此，投资者需要根据各省的具体规定以及项目的自身情况来确定取得土地与获得项目审批或核准的先后顺序。

#### (五) 建设阶段

建设阶段需要取得的审批包括：

序号	审批名称	主管部门	法律依据
1	建设用地规划许可证	项目所在地城市、县人民政府城乡规划主管部门	《中华人民共和国城乡规划法》（2007.10.28）
2	建设项目附属绿化工程设计审批	项目所在地县级以上绿化主管部门	《城市绿化条例》（1992.6.22，国务院令第100号）
3	建设项目消防设计备案及审核	县级以上公安机关消防机构、其中矿井地下部分、核电厂、海上石油天然气设施的消防工作，由其主管单位监督管理	《中华人民共和国消防法》（2008.10.28）、《建筑工程消防监督审核管理规定》（1996.10.16）
4	工程建设项目报建	项目所在地县级以上建设行政主管部门或经建设行政主管部门授权的机构	《工程建设项目报建管理办法》（1994.8.13）
5	招标备案	各级招标投标监督管理部门	《招标投标法》（1999.8.30）以及各省的招标投标条例
6	建设工程勘察合同备案	项目所在地县级以上建设行政主管部门或经建设行政主管部门授权的机构	《建设工程勘察设计合同管理办法》（2000.3.1）以及各地关于建设工程勘察合同备案的规定
7	建设工程设计合同备案	项目所在地县级以上建设行政主管部门或经建设行政主管部门授权的机构	《建设工程勘察设计合同管理办法》（2000.3.1）各地关于建设工程设计合同备案的规定

8	施工图纸审查备案	项目所在地县级以上地方人民政府建设主管部门	《建设工程质量管理条例》（2000.1.10,国务院第279号）；《房屋建设和市政基础设施工程施工图设计文件审查管理办法》（2004.6.29, 建设部令第134号）；《建设部关于实施〈房屋建设和市政基础设施工程施工图设计文件审查管理办法〉有关问题的通知》（2004.11.23, 建质[2004]203号）
9	建设工程规划许可证	城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府	《城乡规划法》第40条（2007.10.28）
10	建设施工合同备案	项目所在地县级以上人民政府建设行政主管部门	《中华人民共和国建筑法》（1997.11.1）；《招标投标法》（1999.8.30）；《建设工程质量管理条例》（2000.1.30）
11	防雷装置设计审核许可	项目所在地县级以上气象主管部门	《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（国务院第412号令）第378项；《防雷减灾管理办法》（2005.2.1）；《防雷装置设计审核和竣工验收规定》（2005.1.28）
12	施工许可证	项目所在地县级以上人民政府建设行政主管部门	《中华人民共和国建筑法》（1997.11.1）；《建筑工程施工许可证管理办法》（1999.10.15, 建设部71号令）
13	设置平面交叉道口审批	项目所在地县公路主管部门	《中华人民共和国公路法》第55条（2004.8.28修改）

## （六）竣工验收阶段

竣工验收阶段需要取得的审批包括：

序号	审批名称	主管部门	法律依据
1	消防验收	项目所在地县级以上公安机关消防机构、其中矿井地下部分、核电厂、海上石油天然气设施的消防工作，由其主管单位监督管理	《中华人民共和国消防法》（2008.10.28）；《建筑工程消防监督审核管理规定》（1996.10.16）
2	建设项目竣工环境保护验收	项目所在地县级以上环境保护部门	《建设项目竣工环境保护验收管理办法》（2002.2.1）
3	建设项目工程规划验收	城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府	《城乡规划法》（2007.10.28）
4	安全设施竣工验收	国家安全生产监督管理总局及省市级安全生产监督管理局、国家及省级煤矿安全监察局或煤矿安全监察办事处	《危险化学品建设项目安全许可实施办法》（2006.9.2）、《煤矿建设项目安全设施监察规定》（2003.7.4）、《关于加强煤矿建设项目安全设施设计审查与竣工验收工作的通知》（煤安监察〔2007〕44号）、《非煤矿山建设项目安全设施设计审查与竣工验收办法》（2004.12.28）
5	水土保持设施的验收	项目所在地县级以上人民政府水行政主管部门	《中华人民共和国水土保持法》（1991.6.29）；《中华人民共和国水土保持法实施条例》（1993.08.01）；《开发建设项目水土保持方案编报审批管理规定》（水利部令第24号）；《开发建设项目水土保持设施验收管理办法》（水利部16号令）

6	绿化工程竣工验收	项目所在地县级以上绿化主管部门。	《城市绿化条例》（1992.6.22，国务院令第100号）
7	报送建设工程档案	项目所在地县级以上城建档案馆	《建设工程质量管理条例》（2000.1.30）；《城市建设档案管理规定》（1997.12.23发布，2001.7.4修订）
8	建设项目职业病防护设施竣工验收	卫生部门，其中卫生部负责由国务院投资主管部门和国务院授权的有关部门审批、核准或备案，总投资在500亿人民币以上的建设项目、核设施、绝密工程等特殊性质的建设项目、跨省、自治区、直辖市行政区域的建设项目，其它项目由各省、自治区、直辖市卫生部门根据本地区的实际情况确定。	《中华人民共和国职业病防治法》（2001.10.27）；《建设项目职业病危害分类管理办法》（2007.3.21）；《卫生部关于修订〈建设项目职业病危害分类管理办法〉第四条规定的通知》（卫政法发〔2007〕97号）
9	竣工备案	项目所在地县级以上建设行政主管部门	《建设工程质量管理条例》（2000.1.30）；《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》（2000.4.7）



# 外商投资企业普通清算中的基本法律问题

蒋文俊<sup>1</sup>

在2008年之前，包括外商独资企业、中外合资企业以及中外合作企业（以下合称“外商投资企业”）在内的全部外商投资企业的普通清算均遵照《外商投资企业清算办法》（以下简称《外资清算办法》）的相关规定实施。由于该《外资清算办法》对各清算步骤中所需的实体以及程序性要求均列有明文规定，在实践中极具可操作性，因此根据以往的清算经验，一般来讲，只要严格按照《外资清算办法》执行，外商投资企业均可顺利完成其清算程序。

不过，随着《国务院关于废止部分行政法规的决定》（第516号国务院令）于2008年1月15日的颁布实施，《外资清算办法》被完全废止。而代替其实施的《公司法》中涉及清算的条款仅区区十一条，相比《外资清算办法》五十一条的规定，详尽度一下减少了百分之八十。更为重要的是，《公司法》作为一部基础性大法，其无法针对外商投资企业的普通清算制定较为详细的规程，由此导致了外商投资企业在实行清算过程中“无法可依”的尴尬局面。

为了更好地明确外商投资企业普通清算过程中的相关法律问题及一些需注意的事项，笔者特撰写本文进行讨论。

## 1. 概述

### 1.1 普通清算定义

普通清算，又称非破产清算，其是指公司资产足以清偿全部债务的情况下进行的清算。此种清算的财产除用以清偿公司的全部债务外，还要将剩余财产分配给公司的股东。

<sup>1</sup> 君合律师事务所上海分所律师。

而相对于普通清算的破产清算，是指公司因不能清偿到期债务被依法宣告破产时，由破产管理人对公司财产进行清理，并将破产财产公平地分配给债权人，并最终消灭公司法人资格的程序。

## 1.2 普通清算与破产清算之间的区别

普通清算和破产清算虽然都是终结现存公司的法律关系，消灭法人资格的行为，但它们两者仍存在一定区别，主要表现在以下几个方面：

(1) 普通清算应依《公司法》的程序进行，而破产清算应依《破产法》的程序进行；

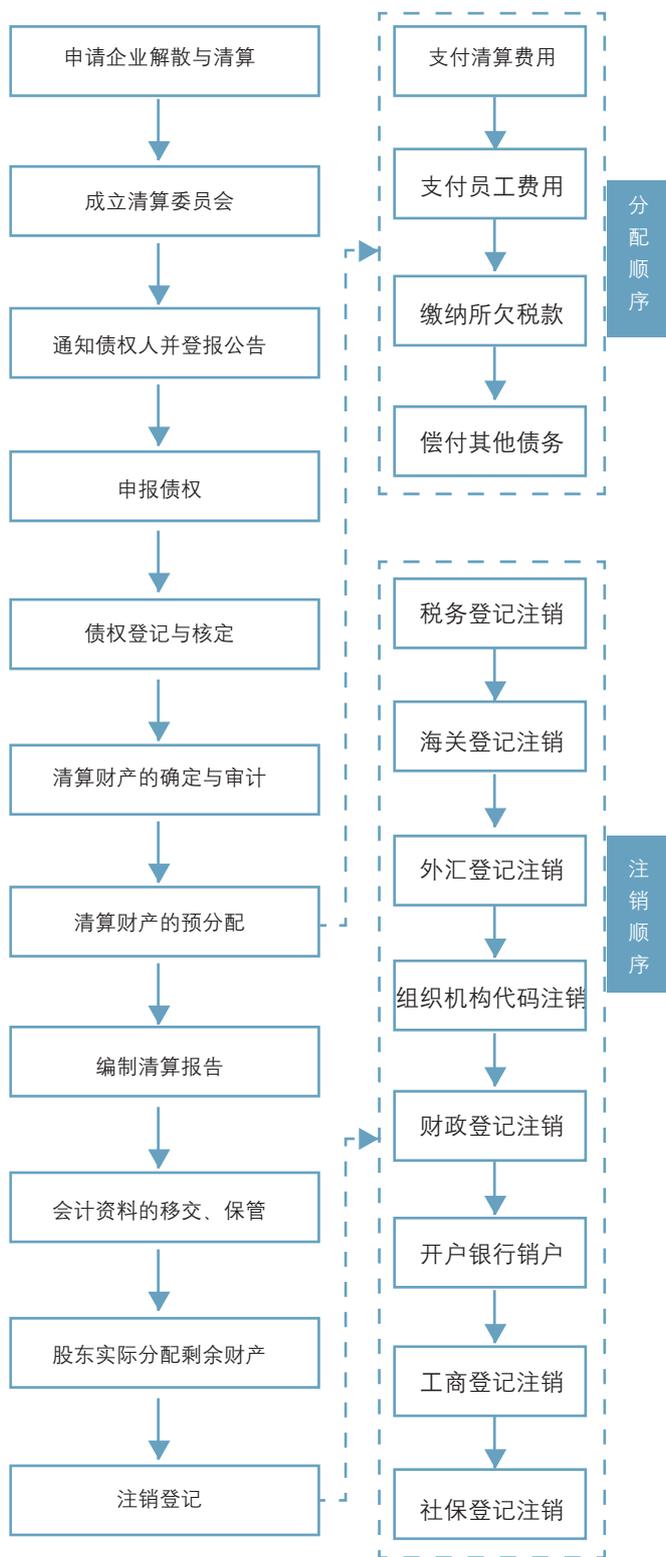
(2) 普通清算是除公司分立、合并、破产等原因以外的情形导致公司解散而进行的清算，而破产清算则是由于公司资不抵债导致公司解散而进行的清算；

(3) 普通清算主要由公司依法组建的清算组进行清算，而破产清算则是由法院组织清算组进行。

考虑到破产清算与普通清算间存在较大差异，且在实践中，破产清算总是由人民法院组织成立清算组予以实施的，而公司在该程序中往往处于从属地位，不具有任何主导权，因此本文仅就外商投资企业的普通清算中所涉及的相关法律问题予以阐述。

## 2. 外商投资企业普通清算的程序

根据《公司法》及相关行政法规的规定，外商投资企业的普通清算流程具体如下：



### 3. 相关法律问题

#### 3.1 清算申请文件的准备

对于在清算案件中一些较为常规的申请文件，如外商投资企业提前终止的申请书；企业股东会、董事会关于提前终止合同、章程的决议书；企业投资各方法定代表人签署的提前终止合同、章程协议书、清算委员会成员名单等，本文就不再赘述。

需要特别提醒注意的是，考虑到目前各地审批机关对于公司清算后的员工处理均较为重视，在向审批机关正式递交有关提前终止的申请文件时，应同时备有一份“有关公司员工劳动关系状况的说明”。根据笔者的实务经验，一般情况下，该“公司员工劳动关系状况的说明”应包含以下几方面内容：（1）离职员工的处理方案（明确表明以何种方式解除或终止员工的劳动合同——协商解除、期满不续签、客观情况发生重大变化或经济性裁员）；（2）补偿金的支付范围（审批机关并不需要掌握具体的补偿金数额，而是需要公司承诺“公司将依法向每位雇员支付一定额度的经济补偿金，作为其解除劳动合同的补偿。”）；（3）有关劳动争议或劳动纠纷的说明（审批机关对于公司目前存在的或将来可能发生的劳动争议或劳动纠纷非常关注，因此往往需要公司对此进行详细说明。如果公司不存在任何形式的劳动争议或劳动纠纷，则审批机关也要求公司在说明中承诺“截止本说明出具之日，公司与任何原雇员和现有雇员之间不存在任何形式的劳动争议或劳动纠纷。同时，公司也不存在任何违反劳动保障法律法规而被劳动和社会保障部门予以行政处罚的记录。”）

除此以外，在实际操作过程中，对于在上海设立的外商投资企业而言，某些区级的审批机关（如杨浦区商务委员会）还要求那些设立在特定园区或开发区内的企业，必须在取得园区管委会出具的有关“园区管委会已了解公司申请终止经营并进行清算之事宜”的说明后，方可正式向当地审批机关申请提前终止并清算。

#### 3.2 清算委员会的组成

法律规定	清算委员会的组成人员
《公司法》第一百八十四条	对于有限责任公司，由股东担任；对于股份有限公司，由董事或股东大会确定的人员担任
《中外合资经营企业法实施细则》第九十二条	一般情况下，由董事担任；如果董事不能担任或不适合担任时，公司可以聘请中国的注册会计师、律师担任
《外资企业法实施细则》第七十四条	由法定代表人、债权人代表、有关主管机关的代表、中国的注册会计师、律师等担任

然而实践中，对于采用“有限责任公司”形式的外商投资企业而言，其股东往往只有外方股东一名或中外方股东各一名。如果按《公司法》第一百八十四条的规定，由公司的外方股东直接担任清算委员会成员，可能将导致实际操作中的诸多不便，从而影响了整个清算程序开展的效率。

因此，经笔者向部分外资审批机关及工商登记机关咨询后确认，目前对于采用“有限责任公司”形式的外商投资企业而言，公司股东（尤其是外方股东）并不必须以清算委员会成员的身份直接参与到公司的清算程序中，而只需通过公司的权力机关以书面决议的形式任命三名或三名以上的人员担任清算委员会成员，组成清算委员会。在这种情况下，可以参与组成外商投资企业清算委员会的人员便不再仅仅局限于《外资企业法实施细则》或《中外合资经营企业法实施细则》所规定的公司董事、法定代表人、注册会计师或律师等主体范围，公司股东可以通过决议的形式任命任何其认为可以胜任该项职务的人员担任清算委员会成员。

#### 3.3 事先与劳动部门或工会组织沟通

根据2008年1月1日开始实施的《劳动合同法》第四十四条之规定，用人单位决定提前解散的，劳动合同终止。笔者认为，该条文规定了清算企业在取得审批机关关于同意企业提前解散并清算的批复后，即可终止与员工的劳动合同。

但是，在当前严峻的经济形势和就业环境下，如果企业想通过解散的方式终止与所有或者大部分员工的劳动合同，审批机关极有可能会基于当地政府的压力推迟甚至不予批准公司的清算解散申请。此外，在通知全体员工“企业将提前解散并因此终止与其签订的劳动合同”后，员工亦可能因情绪上的一时难以接受而失控，甚至引发群体性冲突事件，这将构成对企业拟进行的清算的极大阻扰因素。由此可见，员工的安置应是企业进行清算前需首要考虑的重点问题。

因此，对于决定实施清算的外商投资企业，建议在申请递交前，即与当地的劳动部门及工会做好充分的沟通，同时备以合适的员工安置方案，以便顺利取得审批机关关于准予公司解散的批复。

### 3.4 解除员工劳动合同的方式

为了顺利开展清算程序，公司在向原审批部门报批清算之前，可先通过协商解除、期满不续签、客观情况发生重大变化、经济性裁员等方式解除或终止员工的劳动合同。

#### 3.4.1 协商解除劳动合同

如果公司希望在进入清算程序前就与员工解除劳动合同，可通过“协商解除”的方式实现这一目的。该方式的优点在于法律风险最低，且没有人数限制。

协商解除劳动合同的情况下，为了尽快与员工达成一致意见，在法定经济补偿标准的基础上，公司通常额外给予员工相当于1至3个月的工资的补偿。当然，根据员工职位和级别的不同，可以有所区别。

#### 3.4.2 期满不续签劳动合同

公司无法通过协商与员工解除劳动合同的，可以考虑使用“劳动合同期满不续签”的方式。但是，受到后

续清算程序和时间进度的影响，该方式仅适用于近期内劳动合同即将到期的员工，例如：劳动合同将在近1-2个月内到期的员工。

在法定情况下，劳动合同期满不续签的经济补偿金计算区间仅限于员工自2008年1月1日以后的工作年限，且适用三倍封顶的规定<sup>2</sup>。但是考虑到协商解除情况下的员工所得到的经济补偿金一般远高于期满不续签情况下的经济补偿金，从而可能引发后者的不满情绪。因此，公司可以根据实际情况和需要，参照协商解除劳动合同情况下的经济补偿金支付标准，向期满不续签的员工支付经济补偿金。

#### 3.4.3 以“客观情况发生重大变化”为由解除劳动合同

经过上述两种方式解除了部分员工的劳动合同后，如剩余员工少于20人并且低于全体员工总数<sup>3</sup>的10%，则公司可以考虑根据《劳动合同法》第40条第3款的规定，以“客观情况发生重大变化”为由解除与剩余员工的劳动合同。

应当注意的是，在这一方式下，公司在与员工解除劳动合同时，必须履行如下的程序：

与员工就变更劳动合同进行协商；

如未能与员工就变更劳动合同达成协议，公司可提前三十日书面通知员工或额外支付一个月工资后，与员工解除劳动合同；

支付员工在本单位工作年限的经济补偿金。

其中，为充分顾及员工的情绪问题，公司应当慎重选择协商变更劳动合同的理由。与此同时，公司还应当注意保存与员工就变更劳动合同进行协商的书面谈话记录。

#### 3.4.4 经济性裁员

若经过“协商解除”及“期满不续约”的方式解除了部分员工的劳动合同后，剩余需裁减员工仍在20人以上，或者少于20人但占了公司全体员工总数<sup>4</sup>的10%以上

2 详见本文第3.5节

3 在实际操作过程中，部分地区的劳动部门认为，在计算是否达到经济性裁员的标准时，所谓的“全体员工总数”中应事先排除已通过“协商解除”及“期满不续约”的方式与公司解除劳动关系的员工。但是，由于《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》均未对此处的“全体员工总数”进行明确限定，因此目前也无法排除部分劳动部门会对此存在相反理解的可能性。所以，为谨慎起见，笔者建议，公司应在正式实施清算之前，与当地劳动部门或工会组织进行沟通，以明确“全体员工总数”的具体范围，以免公司在裁员时触及经济性裁员的红线。

4 同注3。

的，则公司可采用“经济性裁员”的方式解除与剩余员工的劳动合同。

需要提醒注意的是，根据《劳动合同法》第四十一条之规定，只有在下列事项发生时，公司才可以“经济性裁员”的方式解除员工的劳动合同：（1）依照企业破产法规定进行重整的；（2）生产经营发生严重困难的；

（3）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（4）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。不过，令人遗憾的是，截至目前，包括《劳动合同法实施条例》在内的所有有关劳动方面的法律法规均未对《劳动合同法》中所称的“生产经营发生严重困难”以及“客观经济情况发生重大变化”进行详细说明或制定判定标准，从而导致了实践中的适用困难。由此，相关劳动行政部门也难以凭借上述两点原因就批准同意公司进行经济性裁员。

此外，在这一方式下，公司在与员工解除劳动合同时，必须履行如下的程序：

- 提前三十日向公司工会或者全体职工说明情况；
- 听取工会或者职工的意见；
- 将裁减人员方案向当地劳动行政部门报告。

考虑到经济性裁员的复杂性，在实践操作中，公司应事先就裁员情况和裁员理由与当地的劳动部门进行沟通，并在当地劳动部门的指导下进行经济性裁员的工作。

### 3.5 法定经济补偿金的计算

根据《劳动合同法》的规定，公司通过协商解除、期满不续签、客观情况发生重大变化、经济性裁员等方

式解除或终止员工的劳动合同的，应向劳动者支付不低于法定额度的经济补偿金。

在计算法定经济补偿金时，应将员工的工作年限以2008年1月1日为界分为两段，分别计算。具体方法如下：

工作年限	2007年12月31日之前的工作年限所产生的法定经济补偿	2008年1月1日之后的工作年限所产生的法定经济补偿
满一整年	支付一个月工资	支付一个月工资
不满六个月	不支付 <sup>5</sup>	支付半个月工资
满六个月不满一年	支付一个月工资	支付一个月工资
是否适用最高补偿年限 <sup>6</sup>	是	是
是否适用三倍封顶的规定 <sup>7</sup>	否	是

### 3.6 涉及国有资产的评估

根据《企业国有资产评估管理暂行办法》第六条之规定，各级国有资产监督管理机构履行出资人职责的企业及其各级子企业在解散时应当进行资产评估。

但由于该办法并未对“各级子企业”的含义做出具体的解释或进一步规定，因此在实际操作过程中，各地国有资产管理委员会对此项评估政策的把握口径也不尽相同：一些地方国资委并不要求国有参股企业（尤其是低比例的国有参股企业）在清算解散时进行资产评估，然而亦有部分地方国资委认为“任何含有国有股权的国有参股企业”在清算的过程中均须依照《企业国有资产评估管理暂行办法》进行整体性资产评估。

由此笔者建议，在向审批机关正式递交有关提前终止的申请文件之前，企业应主动与公司上级主管国有资产监督管理部门或授权经营单位作积极沟通，以期尽早明确依当地的清算程序，是否需要国有参股企业中的国有股权进行整体性评估。

5 根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第五条之规定，“工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。”但在实际操作过程中，各地劳动部门对该条款却存在不同的理解。例如，上海市劳动部门有关官员认为在2007年12月31日之前，如果工作时间不满六个月的，公司无须向离职员工支付经济补偿金。然而，长沙市劳动部门有关官员认为，在2007年12月31日之前，如果工作时间不满六个月的，公司亦须根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第五条之规定“按一年的标准”向离职员工支付经济补偿金。

6 向劳动者支付法定经济补偿的年限最高不超过十二年。

7 劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付法定经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付。

### 3.7 特殊财产的处置

#### 3.7.1 免税进口资产

根据《中华人民共和国海关对外商投资企业进出口货物监管和征免税办法》（署监一[1992]1099号）第十八条的规定，外商投资企业依法免税、保税进口的设备、生产车辆、原材料、燃料、零部件、散件（以下简称“免税进口资产”）均设定有一个海关的监管期限，在此期间内，未经海关许可，原则上不得出售、抵押、转让或者移作他用。

如果在清算时公司所持有的免税进口资产仍处于海关监管之下，则公司对这部分资产的处理应按照《中华人民共和国海关对外商投资企业进出口货物监管和征免税办法》之规定，在原审批机关批准实施清算的十五日内，向主管海关申请办理减免税进口货物的销案手续。

在监管期内，公司进入清算程序的，公司可对这部分监管物品作如下处理：

（1）留给合营中方继续使用或转让、出售给国内单位的，海关应当按其使用年限折旧补税；

（2）如转让给国内其他可享受同等优惠待遇的外商投资企业使用的，经审批机关批准并办结海关结转手续后，可以继续享受减免税优惠；

（3）经海关核准，允许合营外方将免税进口货物退运出境。

实际操作中应注意的是，对于在监管期内的保税物品，不论是出售给国内其他企业还是退回境外，都必须经过海关的审批，并办理相关手续。因此，公司在进入清算程序后，清算委员会清点资产时发现有关保税物品的，应及时与主管海关取得联系，并按上述要求做出相应处置安排。

#### 3.7.2 专利及商标

根据《商标法》及《专利法》之规定，商标权或专利权的转让均要求办理审批登记手续。

对于商标权的转让，公司作为转让人应与受让人共同向国家工商行政管理局商标局提出申请，并提交《转

让注册商标申请书》及其原《商标注册证》。经商标局在商标注册证加注批准之后，才能够进行转让。

对于专利权的转让，公司与受让人之间的转让行为须经国家专利局登记和公告后方可生效。如果公司将其所持有的专利权转让给境外主体，则应当依照有关法律、行政法规的规定办理批准或登记手续。

### 3.8 税务

#### 3.8.1 税务核查

在整个清算过程中，最复杂同时也是最耗时的就是申请税务注销。实践中，在正式申办税务注销之前，相关税务主管部门一般都会要求公司向其提交其近三年的税务和会计资料，包括但不限于会计账簿、交易合同、原始收据、发票、进账单等，并对这些资料一一进行核对，以确定公司是否存在欠缴税款的情况。如果税务部门在注销核查中发现公司存在未缴、少缴、欠缴或偷税情况，会先进行处理并在公司缴清未缴、少缴、欠缴税款、滞纳金和罚款（若有）后方出具税务登记注销证明。

考虑到办理税务注销通常程序较复杂、耗时较长，且要求公司先结清税款、办结未完事项后方可办理注销。因此，公司在清算委员会成立后最好尽快与税务部门（尤其是其税务专管员）取得联系，让税务部门提早介入，以尽量缩短进行税务核查所需的时间。

#### 3.8.2 税收优惠返还

根据国家税务总局于2008年2月27日颁布的《关于外商投资企业和外国企业原有若干税收优惠政策取消后有关事项处理的通知》（国税发[2008]23号）之规定，外商投资企业按照《外商投资企业和外国企业所得税法》规定享受定期减免税优惠，2008年后，企业的经营期发生变化，导致其不符合《外商投资企业和外国企业所得税法》规定条件的，仍应依据《外商投资企业和外国企业所得税法》规定补缴其此前已经享受的定期减免税税款。

也就是说，若公司在实际经营期未满10年的情况

下申请提前解散的，则相关税务主管部门在税务核查时将会要求企业全额补缴曾因享受企业所得税减免期优惠（即“两免三减半”）而被免除或减免的企业所得税。除此以外，若公司享有任何其他与审批机关所批准的存续期限相关的税收优惠或财政返还或补贴的，亦有可能被要求一并返还。

### 3.8.3 清算期间所得税处理

根据国家税务总局和财政部于2009年4月30日联合颁布的《关于企业清算业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]60号）之规定，公司在清算期间的所得税处理应包含以下几个部分：

- (1) 全部资产均应按可变现价值或交易价格，确认资产转让所得或损失；
- (2) 确认债权清理、债务清偿的所得或损失；
- (3) 改变持续经营核算原则，对预提或待摊性质的费用进行处理；
- (4) 依法弥补亏损，确定清算所得<sup>8</sup>；
- (5) 计算并缴纳清算所得税；
- (6) 确定可向股东分配的剩余财产<sup>9</sup>、应付股息等。

其中，需要注意的是，在向股东分配剩余财产时，应将剩余财产分为以下两个部分予以确认并分别计税：

- (1) 对相当于被清算公司累计未分配利润和累计盈余公积中按相关股东所占股份比例计算的部分，应确认为股息所得；
- (2) 对剩余财产减除股息所得后的余额，超过或低于股东投资成本的部分，应确认为股东的投资转让所得或损失。



8 所谓“清算所得”是指，企业的全部资产可变现价值或交易价格，减除资产的计税基础、清算费用、相关税费，加上债务清偿损益等后的余额。

9 所谓“剩余财产”是指，企业全部资产的可变现价值或交易价格减除清算费用，职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，结清清算所得税、以前年度欠税等税款，清偿企业债务后，按规定计算可以向所有者分配的剩余资产。

# 银信合作理财产品法律研究

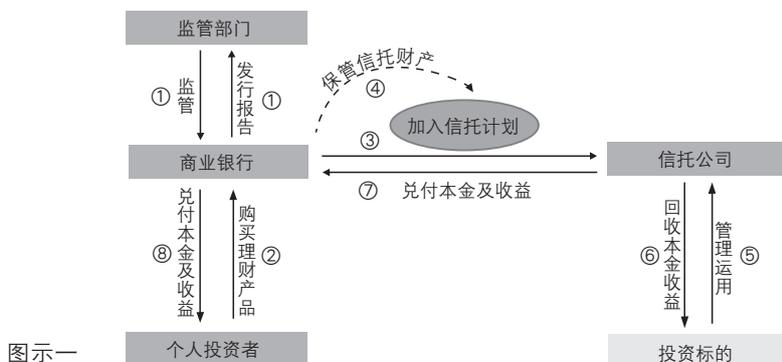
翟冰<sup>1</sup>

## 一、银信理财合作的主要模式

2008年12月4日，中国银监会发布并实施了《银行与信托公司业务合作指引》（“《银信合作指引》”），进一步规范了银行和信托公司的合作模式，加强了对银行的风险控制，同时也促进了银行和信托公司在理财合作领域的进一步深化和发展。需要说明的是，该《银信合作指引》的出台，并非限制银行自己作为受托人对理财计划下的资金进行投资管理<sup>2</sup>，而是对实践中早已存在的银行与信托公司合作模式的进一步确认和规范，以控制银行在这一合作模式中的操作性风险。

根据《银信合作指引》，银信理财合作是指银行将理财计划项下的资金交付信托，由信托公司担任受托人并按照信托文件的约定进行管理、运用和处分的行为。即银行发放个人理财产品，银行与理财产品购买者（“个人投资者”）之间签订理财产品协议书（“理财协议”），个人投资者根据理财协议将购买理财产品的资金（“理财资金”）存入在银行开立的指定资金账户，由银行将募集到的所有理财资金汇集在一起（“信托资金”），并委托给信托公司进行资金的管理。

银信理财合作的一般操作流程如下：



图示一

1 君合律师事务所北京总部律师。

2 《中国银监会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（2009年7月6日起实施，银监发[2009]65号）第八条规定，商业银行可以独立对理财资金进行投资管理，也可以委托相关监管机构批准或认可的其他金融机构对理财资金进行投资管理。

① 商业银行发行理财产品（包括保证收益性质的）实行报告制，接受银监会的监管。

② 个人投资者查阅银行的理财产品说明书，签订理财协议，购买理财产品。

③ 银行将理财产品募集到的资金加入信托公司的信托计划，与信托公司签订《资金信托合同》。

④ 在有些银信合作中，信托公司会将信托财产委托给银行托管。

⑤ 信托公司管理运用信托资金进行投资。

⑥ 信托期限届满回收本金和收益。

⑦ 信托公司向银行兑付本金和收益。

⑧ 银行向个人投资者兑付本金及收益。

在银信理财合作中，银行负责募集信托资金，信托公司负责对信托资金进行管理和投资。实践中，银行一般作为单一委托人（或者个人投资者代理人）加入信托计划，即所谓的单一资金信托；在一些结构化信托理财产品中，除银行作为优先受益人外，信托公司还会引入一些其它机构作为次级受益人加入信托计划，即所谓集合资金信托。单一资金信托与集合资金信托相比，法律法规和主管部门的监管较为宽松，主体数量较少，法律结构也比较简单，是更为普通的一种合作方式。

## 二、主要法律关系分析

银信理财合作主要涉及两个法律关系，一是银行与个人投资者之间的法律关系，二是银行与信托公司之间的法律关系。此外，银行一般会接受信托公司的委托对信托资金进行保管监督。

### （一）银行与个人投资者之间的法律关系

银监会2005年9月24日出台的《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（“《个人理财管理办法》”）将银

行个人理财业务按照管理运作方式不同，分为理财顾问服务和综合理财服务。银行发放理财产品进行投资的服务应当属于综合理财服务。

根据《个人理财管理办法》第九条的规定，综合理财服务是指商业银行在向客户提供理财顾问服务的基础上，接受客户的委托和授权，按照与客户事先约定的投资计划和方式进行投资和资产管理的业务活动。在综合理财服务活动中，客户授权银行代表客户按照合同约定的投资方向和方式，进行投资和资产管理，投资收益与风险由客户或客户与银行按照约定方式承担。理财计划可以分为如下几个类别：



图示二

《《个人理财管理办法》中对综合理财服务的法律性质并没有进行明确的界定。尽管在《个人理财管理办法》出台后，银监会有关负责人就发布《个人理财管理办法》答记者问中，曾经明确表示过，个人理财业务是建立在委托代理关系基础上的银行服务，是商业银行向客户提供的一种个性化、综合化的服务<sup>3</sup>。但是，通过近期与银监会有关人员的咨询，银监会并没有因此而认定银行与个人投资者直接就是一种委托代理关系。银监会对个人理财产品的法律性质采取了模糊化的处理方式，有关监管规定都是以银行的风险控制为着眼点，对具体法律关系的性质不作认定。

在法律没有明确规定的情况下，司法实践中也鲜有认定个人理财产品法律性质的案例。据报道，2009年2月北京朝阳法院曾受理了一起个人投资者要求银行因终止理财合同进行索赔的案件，但最后可能调解结案，由于没有查到有关裁判文书，无非得知法院对银行个人理财产品法律关

3 参见2005年9月29日《银监会就商业银行个人理财业务管理办法等答记者问》。

系如何认定。

理论上，关于银行理财产品法律性质的分析也存有很大的分歧，主要集中在委托代理关系和信托法律关系的争论中。也有观点认为，根据理财产品种类的不同，理财协议的法律性质也应当区别对待。笔者认为，理财产品的法律性质不能一概而论，而是应当根据其具体权利义务内容判断，一般可以分为以下几种法律关系：

### 1、借款合同法律关系

根据《合同法》第一百九十六条规定，借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。其特征是合同到期后返还借款本金和支付利息。

根据《个人理财管理办法》，银行保证收益理财计划，是指商业银行按照约定条件向客户承诺支付固定收益，银行承担由此产生的投资风险（保证本息固定回报），或银行按照约定条件向客户承诺支付最低收益并承担相关风险，其他投资收益由银行和客户按照合同约定分配，并共同承担相关投资风险的理财计划（保证本息最低回报）。保本浮动收益理财计划是指商业银行按照约定条件向客户保证本金支付，本金以外的投资风险由客户承担，并依据实际投资收益情况确定客户实际收益的理财计划（保证本金不受损失）。

笔者认为，以上两类理财计划均符合借款合同法律关系的构成要件和特征，即合同到期后返还本金并支付或不支付固定或不固定利息（根据理财情况），可以理解为是一种借贷法律关系。在保证本息最低回报和保证本金不受损失理财计划下，理财协议除了约定理财协议到期后返还本金，支付或不支付固定收益外，还约定支付不确定的投资收益，这种法律关系可以理解为是一种附条件的借款合同，即在理财计划下的投资回报满足一定条件的情况下，可以支付高于约定固定利息的利息回报。

如果这一类理财计划被认定为是借贷合同关系，固定收益率应当符合我国对于借贷合同关于最高利率的规定。

非保本浮动收益型理财计划的法律性质，主要有以下两种不同的观点：

### 2、委托合同法律关系

这一观点认为，银行理财业务中的综合理财服务，是建立在委托法律关系的基础上的。

根据《个人理财管理办法》规定，综合理财服务是指商业银行在向客户提供理财顾问服务的基础上，接受客户的委托和授权，按照与客户事先约定的投资计划和方式进行投资和资产管理的业务活动。在综合理财服务活动中，客户授权银行代表客户按照合同约定的投资方向和方式，进行投资和资产管理，投资收益与风险由客户或客户与银行按照约定方式承担<sup>4</sup>。

在委托合同关系的法律特征是：受托人接受委托人的委托，既可以以委托人的名义进行法律行为（即代理）、事实行为，也可以以受托人的名义进行法律行为和事实行为（即间接代理），受托财产仍属于委托人的自有财产，不具有独立性。在非保本收益理财计划下，个人投资者是将资金的资金交付银行进行委托理财，该财产仍然属于个人投资者所有，银行是指按照个人投资和的委托进行投资活动，双方是一种委托合同关系。

也就是说，银行接受个人投资者的委托，以自己的名义与信托公司签订资金信托合同，这是一种间接的代理关系。银行作为单一的资金信托委托人，但对信托资金并不享有真正的所有权，信托资金的真正所有者还是个人投资人。银行只不过是一个代理个人投资人与信托公司签订合同的代理人而已。

### 3、信托法律关系

持此观点的理由是，按照《信托法》的规定，信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产委托给受托人，由受托人按照委托人的意愿以自己的名义，为委托人的利益或特定目的，进行管理和处分的行为。银行与个人投资者之间的关系从性质上符合信托的法律特征。首先，银行

4 《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第九条。

是以自己的名义为投资人的利益管理、运用、处分委托的财产，符合信托关系中财产权利和利益相分离的特征；其次，根据银监会2005年发布的《商业银行个人理财业务风险管理指引》（“《个人理财风险指引》”）第九条规定，商业银行应当将银行资产与客户资产分开管理，明确相关部门及其工作人员在管理、调整客户资产方面的授权。对于可以由第三方托管的客户资产，应交由第三方托管。这些符合信托关系中信托财产独立性的特征，因此非保本收益理财计划下的个人投资者与银行之间的法律关系应当认定为是信托法律关系。

在《商业银行开办代客境外理财业务管理暂行办法》规定，代客境外理财业务是指按照本办法的有关要求，取得代客境外理财业务资格的商业银行，受境内机构和居民个人委托以投资者的资金在境外进行规定的金融产品投资的经营活动。该投资理财由客户出资、委托银行投资运作、客户享有投资收益并承担风险、产品资金独立托管等特点，都符合信托法律关系特征。

由于我国目前对银行业和信托业实行分业管理的制度，商业银行不能从事信托业务，因此，银监会无法将银行与个人投资者之间的关系界定为信托关系。

## （二） 银行与信托公司之间的法律关系

银行与信托公司之间是信托法律关系，但是由于单一资金信托与集合资金信托适用的法律法规不同，银行面临的法律风险也不同。

### 1、 单一资金信托

实践中，银信合作最主要的合作模式是银行作为单一委托人与信托公司签单一资金信托协议。单一资金信托应当适用《信托法》的一般规定，而不适用《信托公司集合资金信托计划管理办法》（“《集合资金信托管理办法》”），监管更为宽松。

问题是，银行通过发行理财产品募集到的理财资金是否可以自己作为投资人进行单一资金信托。《信托法》第七条规定，设立信托，必须有确定的信托财产，

并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产。银行是否合法所有信托资金成为设立单一资金信托的必要条件。

如果个人投资者与银行之间是借款合同关系或者信托合同关系，理财资金的所有权均发生转移，银行以自己名义进行资金信托不存在法律障碍。就委托合同关系而言，银行仅仅是个人投资者的代理人，信托资金的所有权并未发生真正的转移，那么银行将理财资金以自己的名义设立资金信托，是否违反了《信托法》第七条的规定，有待进一步确认。

由于单一资金信托缺少监管规定，所以单一资金信托是银信合作的主要模式。

### 2、 集合资金信托（结构化证券投资信托）

银信合作采取集合资金信托就是银行作为委托人加入信托公司的集合资金信托计划。由于银行理财产品募集资金的风险承受力有限，更注重资金的安全性而非收益性，所以银行在对信托公司集合资金信托计划的选择上会较为谨慎。采取集合资金信托安排的银信合作在实践中占有的比例较低，一般情况下，只安排两个投资者更有利于保护银行资金的安全性。

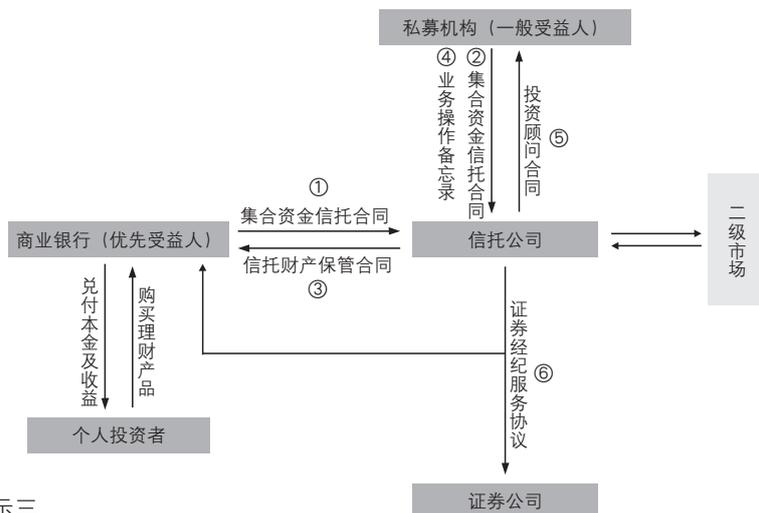
实践中比较典型的结构是结构化证券投资集合资金信托计划。结构化证券投资信托是信托的一种类型。其特征是：（1）在信托计划的委托人上采用“一般/优先”模式。“一般/优先”模式使委托人的收益与风险成正比。

（2）在风险承担上，一般受益权委托人（一般受益人）以其初始信托资金承担有限风险在先，而优先受益权委托人（优先受益人）承担相对较低的风险在后；在收益分配上，优先受益人则优先于一般受益人。（3）在投资模式上，结构化证券投资信托产品就是投资的多元组合，此类产品可以投资股票、基金、债券、货币市场工具等多种有价证券，具体的投资比例由该信托的投资团队掌握。

结构化证券投资信托（业内称之为“阳光私募”）是私募基金合法化的一个常用的结构。由于结构化证券投资信托产品认购起点比较高（不低于20万元人民币），一般的个人投资者无足够的财力认购信托产品。

银行发放理财产品的认购起点只有五万元，是一般的个人投资者都可以接受的范围。所以通过银行募集资金并作为机构投资者加入结构化证券投资信托实现了个人投资者以低成本间接加入结构化证券投资信托计划，信托公司顺利的募集了足够的资金，而银行可以在这一中间业务中收取一定的回报，不失为一种共赢的结果安排。

以只有两家投资者的集合资金信托计划为例，具体流程如下：



图示三

与单一资金信托所不同的是：

- ① 银行和信托公司签订集合资金信托合同；
- ② 私募机构与信托公司签订集合资金信托合同；
- ③ 信托公司与保管银行签订保管协议；
- ④ 信托公司与一般受益人签订业务操作备忘录；
- ⑤ 信托公司与一般受益人签订投资顾问合同；
- ⑥ 信托公司与银行、券商签订证券经纪服务协议。

在这一结构中，集合资金计划共有两个委托人，银行和私募机构。银行作为资金的委托人和优先受益人，私募机构作为资金的委托人和一般受益人（或次级受益人）参加集合资金信托计划。信托资金的投向为二级证券市场。信托公司雇用私募机构作为投资顾问，在投资顾问的指导下进行二级证券市场的投资活动。由私募机构的信托资金为优先受益人的信托资金收益提供保障。设置预警线和止损线，当信托单位净值降至预警线或以下时，私募机构应当追加资金。如次级受益人不及时追加资金使信托计划触发止损线，受托人将强制平仓。

该模式引入一般受益人的设计可以在一定程度上减少投资风险，保证银行资金的安全性。

### 三、银行的法律风险

#### （一）违反分业经营的行政处罚

根据以上第二（一）部分的分析，个人投资者与银行之间的关系可能被认定为信托法

律关系。如果被认定为信托关系，银行就违反了《商业银行法》第四十三条规定的分业经营规则<sup>5</sup>。

根据《商业银行法》第七十四条规定，商业银行违反国家规定从事信托投资和证券经营业务、向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资的，由国务院银行业监督管理机构责令改正，有违法所得的，没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

目前，银监会并未对任何一家银行从事理财业务的银行进行上述处罚，随着混业经营的呼声越来越高，笔者认为，上述行政处罚的风险其实不大。

## （二） 资金信托协议无效

如果个人投资者与银行之间的法律关系被认定为委托代理法律关系，而不是间接代理关系，那么资金信托协议的实际委托人应当是个人投资者而非银行。资金信托协议应当符合《集合资金信托管理办法》的有关规定。如关于合格投资者的要求，和单个信托计划的自然人人数不得超过50人的限制等。资金信托协议可能因为主体不适格而无效。个人投资者可能因为得不到预期收益而要求银行赔偿损失。信托公司可能因违反《集合资金信托管理办法》的规定而受到监管部门的行政处罚。

## （三） 风险提示不充分

银监会对个人理财产品在风险提示方面规定了严格的要求，具体详见《中国银监会关于印发〈商业银行个人理财业务风险管理指引〉的通知》<sup>6</sup>、《中国银监会办公

厅关于商业银行开展个人理财业务风险提示的通知》<sup>7</sup>等监管规定，如果银行在产品说明书中的风险提示过于简单或不充分可能会受到监管部门的行政处罚。

银行理财产品风险提示的主要问题如下：一是对主要风险类别没有做出较为全面的提示，列举的风险类别过于简单，一些极为重要的基本风险类型未能得到提示；二是对风险的概括方面存在不足，有的未能准确地表述某些类型风险的内涵和外延，有的把市场风险与信用风险混同，有的列举的风险存在明显的重叠，也有的在界定某类风险时把明显不属于该类的其他风险纳入；三是在个别风险的揭示上不充分，或者故意含糊其辞，存在误导或隐瞒的问题；四是把部分本应由银行或信托公司承担的风险作为投资者风险来揭示，并强行将此类风险转移给投资者，这种不公平的揭示与风险安排机制可能为法院或仲裁机构不认同等。

## （四） 未尽受托义务承担民事赔偿的问题

根据我国合同法违约责任的规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或赔偿损失等违约责任。根据《个人理财业务管理办法》的第六十五条规定，商业银行开展个人理财业务有下列情形之一，并造成客户经济损失的，应按照有关法律规定或者合同的约定承担责任：（1）商业银行未保存有关客户评估记录和相关资料，不能证明理财计划或产品的销售是符合客户利益原则的；（2）商业银行未按客户指令进行操作，或者未保存相关证明文件的；

（3）不具备理财业务人员资格的业务人员向客户提供理财顾问服务、销售理财计划或产品的。所以，商业银行如果未尽受托人义务造成个人投资者经济损失的，银行应当按照理财协议约定或法律规定对个人投资者承担赔偿责任。因此，银行应当具备开展理财业务的条件，严格按照个人投资者的委托操作，为个人投资者利益而服务。

<sup>5</sup> 《商业银行法》第四十三条规定，商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外。

<sup>6</sup> 2005年11月1日起实施，银监发[2005]63号。

<sup>7</sup> 2006年6月13日起实施，银监办发[2006]157号。

# 创新与成长并存 风险与机遇同在

余永强<sup>1</sup> 何俊辉<sup>2</sup> 王毅<sup>3</sup>

## 背景

从1999年讨论设立“高科技企业板块”以来，中国资本市场对于创业板的探索已历经十年。

随着股权分置改革、法人治理以及信息披露等制度的不断完善，资本市场各项基础性制度建设的持续加强，市场规模与流动性都得到大幅提升。另一方面，在国家经济长期高速增长的过程中，涌现出了一大批具有高成长性、创新能力强的创业企业，为创业板提供了丰富的优质上市资源。因而，设立创业板市场，以充分发挥资本市场在支持自主创新，推动产业升级，促进国民经济发展的作用变得越来越迫切。

2008年3月，中国证监会公布《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”）向社会公开征求意见。历经一年的修订和完善，《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》于2009年3月31日正式颁布。从征求意见稿时的“管理办法”到正式颁布实施稿的“管理暂行办法”，“暂行”二字，或许隐含着监管层在创业板即将启航之时的复杂心态。

## 创业板规则的主要创新

现有的上海、深圳主板市场和深圳中小板市场在上市标准、运行规则等方面都基本相同，执行的是同一套制度安排。而为中小科技创新型企业提供融资服务的创业板

1 君合律师事务所合伙人。

2 君合律师事务所上海办公室律师。

3 君合律师事务所合伙人。

市场，将建立起一套符合其自身特点的区别于现有市场的规则体系。

首先，创业板提供了多套上市的财务标准，比较灵活，与国际主要创业板市场的规则比较接近。

创业板的各项上市条件（尤其是财务标准）较主板显著降低。根据创业企业的特点，创业板规则放宽了企业盈利记录时间、净盈利、收入和现金流、资产规模以及股本条件。

由于上市公司的条件相对宽松，预计对创业板企业的监管要求会更严格，以控制市场风险。从创业板规则规定的主业要求、退市条件等可以初见端倪。

### 创业板上市的硬门槛与软门槛

从《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》制定的发行上市标准看，创业板企业发行上市的硬性“财务门槛”较低。如果单以“财务门槛”来看，我国数千万中小企业中符合相应条件的公司数量众多。但创业板显然应该区别于现有的中小板，而不是定位为“小小板”。一些不易关注到的软门槛会成为登陆创业板的关键条件。这些软门槛，就是技术创新、业态创新、产业升级。技术创新取决于企业的核心技术（和专利）以及技术的市场化能力；业态创新则要能体现对传统经营模式的突破；产业升级就是要改变原有的发展模式，以技术、渠道和品牌来提升竞争力。轻资产、重知识，代表中国经济未来发展趋势的企业，才会受创业板青睐。

创业板服务于成长型的创业企业，重点支持自主创新企业，“五新三高”企业应该成为创业板服务的重点。“新经济”包括：知识经济、虚拟经济、高新技术为基础的信息产业、研究产业、软件产业、智力密集型产业、网络传播与媒介产业、创意产业、动漫产业、智能卡产业、娱乐产业、心理咨询产业、轻资产产业等。

“新技术”是指产品生产过程中采用新的技术原理、新设计构思及新工艺装备等，对提高生产效率、降低生产

成本、改善生产环境、提高产品质量以及节能降耗等某一方面较原技术有明显改进，达到实用程度并对提高经济效益具有一定作用的技术。“新材料”是指新近研究成功的和正在研制中的具有优异特性和功能，能满足高技术需求的新型材料。“新能源”包括：太阳能、风能、地热能、海洋能、水能、氢能、天然气水合物、节能、生物质能源等。“新服务”是指消费升级、享乐产业、文艺娱乐、文化旅游、咨询策划、感官经济。“高技术”是指那些对于国家军事、经济有重大影响，具有较大的社会意义或能形成产业的新技术或尖端技术，以高效益、高智力、高投入、高竞争、高风险、高潜能为主要特征。“高成长”主要从销售收入增长、研发属性明显、细分行业强竞争力、具有单维特定优势、不存在资源强约束、产品的市场供给与需求价格弹性都足够大、多样化的市场生命周期曲线、量本利分析中具有规模扩张和市场扩张的可能性等方面具体把握。“高增值”是指创业企业及产品具有更多的增加价值和附加价值。

创业板上市企业可能会面临的主要问题

### 对于盈利模式的理解

传统企业的盈利模式较为容易理解，而一些新经济或创新商业模式企业的盈利模式却鲜为人知且不易理解。对于以新经济模式为代表的轻资产公司上市，企业的盈利依据、风险控制等判断指标是对现行审核标准的挑战。

### 商业模式易于复制或产品过于单一的风险

创业企业规模不大，往往在产品上比较单一，或者其商业模式虽然创新，但新增竞争对手的进入门槛较低，抵抗市场风险能力较弱。一旦主导产品由于质量、替代产品等因素出现市场波动，或者商业模式被竞争对手复制，将很可能极大影响公司的盈利能力。

## 轻资产和低负债率的财务特征情形下募集资金的必要性

由于新经济或创新商业模式企业的专业化分工和核心竞争力的非制造化，故而在其企业资产构成中，与制造有关的土地、厂房、设备等重型资产相对较少，而与研发、管理、销售等有关的轻型资产（多半体现为商标、著作权、专利、专有技术、商誉）占比相对较大。轻资产这一特征，又使得这些企业缺乏银行认可的抵押品，也就难以从银行取得借款，资产负债率自然相对较低。这种情形下，如何解释企业有较强的融资需求，需要重点考虑。

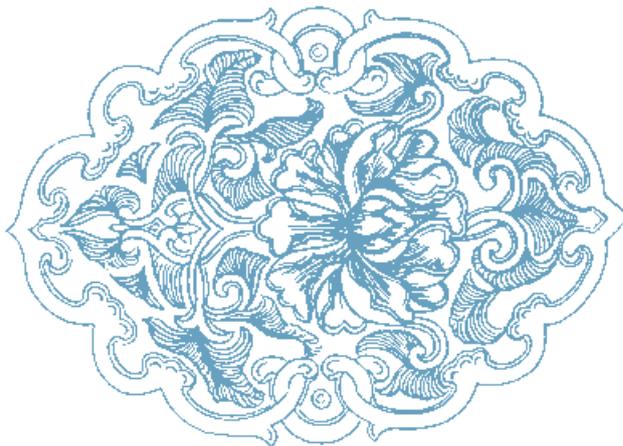
## 募集资金项目投向

中国证监会要求拟上市公司对募集资金投向项目进行确定且详尽的披露，这对于传统行业以固定资产为主要投资方向的投资项目较为适用，可以较为容易地披露投资项目的各个细节，包括立项、核准、土地、环保等方面获得国家相关部门审批或备案的情况。而一些新经济模式下的企业，其经营特征表现为轻资产运营、主要成本为人力资源成本或运营成本，因此该类企业的募集资金用途无法像传统经济企业那样用于购置有形的固定资产，而多用于无形的东西，如网络的建设、服务平台的建设和升级、内部管理系统的完善、人力资源的投入、营运资金的补充等，同时，该等募集资金投向的预期效益一般较难预测。

## 结语

中国新一轮经济发展主要是实现经济转型，其中最重要的是科技创新。创业板为那些专注于投资中小型、高成长的创新企业投资的风险投资和创业投资提供了退出渠道，对解决中小企业融资难、鼓励创新、鼓励创投和风险投资的发展都有着积极作用，具有强大知识资本

（高科技、国内品牌、可升级扩充的服务等）的中国企业应从新融资机会中受益最大。但也应该看到，创业企业本身处于成长期，其盈利模式、市场开拓等都处于初级阶段，经营上容易大起大落。夯实创业板的基础，是基于优质的有投资价值的高科技上市公司，基于完善的市场制度和规则，基于有风险意识的投资群体的监督和参与。期待中国创业板会从正面吸取纳斯达克市场和其他创业板市场的经验与教训，在推动中国科技创新和科技发展上创造资本市场新的辉煌。



# 中国反倾销调查法律与实践（下）

杭国良<sup>1</sup>

## 五、实地核查

实地核查的目的是为了核实应诉企业递交材料的真实性、准确性和完整性，同时也给应诉企业一个很好的解释和补充材料的机会。公平贸易局负责对外国应诉企业倾销答卷的核查，而产业损害调查局负责对国内申请人损害答卷的核查<sup>2</sup>。通常，公平贸易局会派出3-5名核查官员到外国应诉企业的所在地进行实地核查，核查工作一般会持续2天，这与美国商务部1周的核查时间有所不同。实地核查之前2个星期到1个月左右时间，公平贸易局会发放核查大纲以供被核查企业提前准备。实地核查能否顺利通过对应诉企业最后的结果起着非常关键的作用，所以中外律师以及应诉企业的配合非常重要。核查的内容包括：

- 1、 公司的基本信息，特别是股权变更、兼并收购、分离等；
- 2、 被调查产品的物理化学特性、品种等；
- 3、 销售完整性核查：主要核查外国应诉企业提供的被调查期内的被调查产品的国内销售、对中国出口销售、对第三国销售的数量和金额能否钩稽到损益表上的销售收入；
- 4、 销售准确性核查：主要核查外国应诉企业的销售流程、6-10笔国内交易和中国出口交易的原件中显示的数量、价格、运费、保险费等各环节费用是否与答卷填报的数据一致。如涉及环节费用的分摊，则需证明如何分摊得到答卷填报的数据；
- 5、 生产成本及费用核查：主要核查被调查产品的生产流程、原材料采购、生产

<sup>1</sup> 作者为君合律师事务所北京总部律师。

<sup>2</sup> 参见《反倾销调查实地核查暂行规则》第3条。

成本和费用的分摊以及与损益表上销售成本的钩稽。

公平贸易局会在核查结束后的合理时间内公布核查报告<sup>3</sup>。

## 六、价格承诺

如果外国应诉企业能与商务部达成价格承诺协议，以高于价格承诺协议中确定的对中国出口销售的最低价格销售产品，反倾销税将不被征收<sup>4</sup>。价格承诺的谈判是由外国应诉企业在初裁公布之日起45天内向商务部公平贸易局提出申请<sup>5</sup>。收到申请后，公平贸易局会通知利害关系方，主要是申请人，以便其发表评论意见。价格承诺协议的主要内容包括：被调查产品范围、承诺价格、定期报告义务、接受实地核查的意愿、反规避等。公平贸易局在价格承诺谈判上有很大的决定权。通常商务部不太愿意接受价格承诺协议，原因主要是公平贸易局人手有限、监管困难。在54个案件中，只有2个案件和1个期中复审达成了价格承诺协议。商务部一般在价格承诺申请人较少，申请人对中国出口量较大，倾销幅度较高，而中国国内产业无法满足下游产业需要的情况下比较愿意接受价格承诺的形式。

## 七、期中复审、日落复审和新出口商复审

### 1、期中复审

出口商、生产商申请期中复审的，应在申请前12个月内对中国出口过被调查产品，并且出口应达到一定的数量，足以构成确定正常出口价格的基础<sup>6</sup>。不像美国商

务部，即使只有一笔有代表性的出口销售也可以申请期中复审，公平贸易局通常要求几笔有代表性的无关联销售的交易才有资格提出期中复审申请。期中复审申请应在反倾销措施生效后每届满一年之日起30天内提出<sup>7</sup>。期中复审的调查期为复审申请提交前的12个月<sup>8</sup>。期中复审应在复审立案之日起12个月内结束<sup>9</sup>。外国企业提出期中复审申请时，需要提供公司的基本信息、申请前12个月内申请人的国内销售情况的数据、申请前12个月内申请人对中国出口销售情况的数据、倾销幅度的计算。申请期中复审的原因，通常是市场的变化导致的国内销售价格、对中国出口销售价格或生产成本的变化。所以，通常外国申请人是在计算后发现倾销幅度降低的情况下提出的，个别是国内申请人提出的。通过期中复审调查，如果倾销幅度比原审倾销幅度有所降低（绝大部分情况）或升高，新的反倾销税率将被执行到反倾销措施5年到期前的剩余时间。

### 2、日落复审

反倾销措施会从终裁之日起执行5年。如果经过反倾销措施到期前1年的日落复审，确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的，反倾销税的征收期限可以再延长5年。但这种情况发生很少。

### 3、新出口商复审

如果外国被调查产品的生产商在原审调查期内没有向中国出口被调查产品，而在原审调查期后向中国出口了被调查产品，为避免一直被征收最高的其他公司税

3 参见《反倾销调查实地核查暂行规则》第19条。

4 参见《反倾销条例》第33条。

5 参见《反倾销价格承诺暂行规则》第6条。

6 参见《倾销及倾销幅度期中复审暂行规则》第7条。

7 参见《倾销及倾销幅度期中复审暂行规则》第6条。

8 参见《倾销及倾销幅度期中复审暂行规则》第28条。

9 参见《倾销及倾销幅度期中复审暂行规则》第36条。

率，外国申请人可以在原反倾销调查最终裁决生效后，且不晚于实际出口后3个月，向商务部提出新出口商复审申请。外国申请人不能是原审外国应诉人的关联企业。商务部会在立案之日起9个月内做出裁定。

因此，反倾销调查立案数量较少，这也持续了一段时间。但从2008年开始，反倾销调查立案数量有所回升，这和全球金融危机逐渐影响实体经济而导致的贸易保护主义倾向有一定关系。预计2009年在石化产品、钢铁领域将会有更多的反倾销调查立案。

## 八、司法审查

如果外国应诉企业不服最终的裁决结果，可以通过行政复议和行政诉讼的手段维护自己的利益。

### 1、行政复议

外国应诉企业可以在终裁公布之日起60天内向商务部条约法律司申请行政复议。截至2009年3月18日，只有未漂白牛皮箱纸板案是以行政复议的方式撤销了终裁决定。

### 2、行政诉讼

根据《行政诉讼法》和《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》的规定，外国应诉企业不服条约法律司复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向北京市高级人民法院或其指定的中级人民法院提起行政诉讼；也可以在终裁公布之日起三个月内直接向北京市高级人民法院或其指定的中级人民法院提起行政诉讼。到目前为止，尚无案例。

## 九、结论

与美国和欧盟几十年的反倾销调查历史相比，中国的反倾销调查只有十一年的历史。中国在反倾销立法，尤其是反倾销条例的实施细则、公开信息披露制度、调查程序的透明度、调查官员的培养等方面，与美国和欧盟还存在一定的差距。但是与其他发展中国家（如印度）相比，中国已经取得了不小的成绩。自从2006年以来，由于中国巨大的贸易顺差，中国更多地鼓励进口，

# 商业秘密刑事司法保护问题研究

彭乔<sup>1</sup>

## 前言

对知识产权的关注和保护基本上已经成为了人们的共识，然而，对于知识产权中商业秘密的保护大家却还没有那么敏感。原因之一是商业秘密的相关立法比较滞后也不完善，司法机关对此也比较陌生，这些都必然导致商业秘密成为知识产权中最难以保护的部分。其实，商业秘密往往是企业赢利的“秘密武器”，作为特别是高技术企业知识资本的构成部分，是公司的生命所在，是竞争对手争夺的主要对象。现阶段，有很多客户由于前期缺乏商业秘密的概念和保护意识，没有把对商业秘密的保护作为工作的重点，往往在商业秘密和公司经济利益受到严重侵犯时，发现再运用法律武器维权时会非常困难，让公司利益因此无法受到保护，甚是可惜。

今年笔者恰巧帮几个客户就侵犯商业秘密案件从法律救济措施的策划到具体实施跟进提供了全方位的法律服务，从中对该类型案件进行了深入的研究，也颇有心得体会。下面算是2009年自我年终总结中的一个重要部分，与大家分享。

## 一、我国有关商业秘密保护立法体系

现阶段，有关商业秘密保护的主要法律有《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国劳动合同法》。常用的行政法规和司法解释有：最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》；最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产

<sup>1</sup> 君合律师事务所上海分所律师。

权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（一）、（二）；国家工商行政管理局颁布的《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》。此外，还有一些诸如国家科委相关意见等等。

总的来说，我国对商业秘密提供了包括民事（包括劳动法）、行政、刑事三方面全方位的法律规范和保护。也就是说，权利人对任何侵犯其商业秘密的违法行为可以考虑根据其后果选择或者同时采取民事、行政、刑事救济途径。笔者认为，从实践来看，由于刑事责任的严重性和司法机关在刑事案件中可以采取的强制措施威慑性，如果能成功启动刑事程序，不论是最后将犯罪分子惩之以法，还是帮助客户从策略上设计迫使侵权人或对方公司来到谈判桌协商解决，都无疑是个强有力的手段。故，笔者在本文中重点讨论有关商业秘密的刑事救济手段。

## 二、商业秘密的认定

我国《刑法》第219条中对商业秘密的定义为“不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。上述定义是从《反不正当竞争法》中移植过来的，与后来国家工商行政管理局制定的法规中的表述完全一样，这表明我国法律体系对于商业秘密的界定是一致的。因此，在刑事司法中，要充分运用前述我国法律体系中民事、行政立法关于对商业秘密保护的精神，全面理解商业秘密的内涵。

首先，根据上述定义，商业秘密的客体含技术信息和经营信息两大类。技术信息，包括产品配方、工艺流程、制作方法、设计图纸、产品模型、计算机源程序，计算机程序文档、关键数据等。经营信息，包括经营者的客户名单、管理诀窍、产品价格、销售网络、经营计划、财务资料、货源渠道、产销策略、标底、标书等信息<sup>2</sup>。

另外，多提一点，在《与贸易有关的知识产权协议》（即TRIPs）中，商业秘密的界定范围还包括了“know how”。“know how”在中国目前还未有一个统一的翻译，一般理解为技术诀窍，特征在于这一类信息不是通过

物理载体记载并传播的，应该说和上述定义中的经营信息有重合的部分。

其次，理论界和实践都认同商业秘密的客观特征或构成的要件如下：

### （一）不公开性

不公开性即“不为公众所知悉”，是指该信息不是处于公开状态，公众不能通过合法途径获得。这里需要理解的是：（1）这里的社会公众，不是泛指社会大众，是相对而言的。只要在具有同种知识水平、同种专业技能的公众中保持其秘密性，就不失其为商业秘密。所以，涉及对该特征进行鉴定时，鉴定机构一般需要首先向某具体行业协会了解情况，收集该行业的国内外主要刊物，检索该行业的所有公开渠道上的信息。而同时，辩护方只要能找到一本公开刊物或者网络文件中记载了某信息的具体内容，无论该信息是否在本行业内众所周知，立即可以否定该信息的不公开性。（2）权利人在使用该秘密时，接近该项商业秘密，负责作业的雇员、合作人员等合法知悉商业秘密的人，了解了有关商业秘密的内容，不能视为商业秘密被公开了。因为雇员和雇主之间就公司秘密都有默示的受法律约束的保密义务，并且很多时候在劳动合同或者保密协议中还明确约定了保密义务，所以雇员知悉商业秘密，不等同于该商业秘密被公开了。

商业秘密的案件大部分会涉及到司法鉴定，而司法鉴定对于商业秘密的鉴定内容可能为三个，一个就是针对该信息是否具有不公开性，一个是所谓的“同一性”鉴定，再有一个是对损害后果的评估鉴定（笔者在本文不同部分对上述三个不同的鉴定事项分别解释）。

首先，需要注意的是，很多人都会错误认为某信息是否是商业秘密可以由鉴定机构来判断，而没有理解到是否是商业秘密这是个法律问题，需要司法机关根据法律规定的客观要件来判定。而是否具有秘密性、不为公众所知悉，是个事实问题。司法鉴定机构只能对事实问题进行鉴定，而不能对法律问题作出回答。

其次，对于如何具体判断某一信息是否为公众所知

2 可以参考最高人民法院《关于审理反不正当竞争民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（征求意见稿）第十五条

悉，司法解释列出了应当考虑的因素<sup>3</sup>，这并不是一个非常容易掌握的内容。举个例子，随便一个人参加完一个展会，都可以收集到某类产品众多供应商的信息，包括具体业务人员的联系方式、大致价格区间、产品型号等等。如果这个人之后将该等信息进行整理，形成一张供应商信息表格，情况就不一样了。表面上看，表格里信息都是通过公开渠道得到的面向社会大众公开的信息，然而，这些信息经过挑选、整理，作为一个整体或者其各部分的具体排列组合就不能再被认为是为公众所知悉。

## （二）具有商业价值

能为权利人带来经济利益、具有实用性，是指该信息具有确定的可应用性，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势<sup>4</sup>。通常情况下，这点是比较容易证明的。权利人的销售业绩等材料，或者通过反向审查侵权人凭借不正当手段取得商业秘密而取得的经济效益，都可以用来认定商业秘密具有的商业价值。

## （三）权利人采取了保密措施

最高人民法院《全国法院知识产权审判工作会议关于审理技术合同纠纷案件若干问题的纪要》指出，“权利人采取保密措施，是指该技术信息的合法拥有者根据有关情况采取的合理措施，在正常情况下可以使该技术信息得以保密。”再结合国家工商行政管理局《关于商业秘密构成要件问题的答复》（工商公字【1998】第109号，1998年6月12日）对保密措施进行了解释：“权利人采取保密措施，包括口头的或书面的保密协议、对商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人提出保密要求等合理措施。只要权利人提出了保密要求，商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人知道或者应该知道存在商业秘密，即为权利人采取了合理的保密措施，职工或他人就对权利人承担保密义务。”可见，法律并不要求权利人投入巨大成本来建立保护措施，也不要权利人采取的保护措施一定是严密有效的。只要权利人采取了与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施<sup>5</sup>，即便实际上并未有效果，也认定权利人采取了保密措施。所以，关键是权利人一定要有意识采取了保密措施。

通常情况下，制定有关保守秘密的规章制度，与员工签订保密合同，涉密文件上标记保密字样，限定知密范

3 详见最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释【2007】2号）

第九条 有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“不为公众所知悉”。

具有下列情形之一的，可以认定有关信息不构成不为公众所知悉：

- （一）该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；
- （二）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；
- （三）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；
- （四）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；
- （五）该信息从其他公开渠道可以获得；
- （六）该信息无需付出一定的代价而容易获得。

4 参见国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定（修正）》（1998年12月3日）第二条

5 详见最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释【2007】2号）

第十一条 权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“保密措施”。

人民法院应当根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素，认定权利人是否采取了保密措施。

具有下列情形之一，在正常情况下足以防止涉密信息泄漏的，应当认定权利人采取了保密措施：

- （一）限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；
- （二）对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；
- （三）在涉密信息的载体上标有保密标志；
- （四）对于涉密信息采用密码或者代码等；
- （五）签订保密协议；
- （六）对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；
- （七）确保信息秘密的其他合理措施。

围、与合作伙伴或交易对方合同里添加保密条款等等都是企业应该有意识主动去做且非常容易做到的措施。

### 三、对侵犯商业秘密行为的认定

《刑法》第219条和《反不正当竞争法》第10条对侵犯商业秘密的行为列举了下面完全一致的四种表现形式：

#### （一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密

这是实践中最常见、也是最为严重的一种侵犯商业秘密行为。除了盗窃、利诱、胁迫外，通过“洽谈业务”、“合作开发”等手段套取商业秘密；故意挑拨知悉员工和领导的关系，致使员工为泄私愤而泄露商业秘密；设计将知悉商业秘密的人灌醉，使其酒后说出商业秘密等均属于不正当手段获取商业秘密的行为<sup>6</sup>。但是，笔者认为，如果行为人实施的是比盗窃、利诱、胁迫行为非法侵害程度高的如抢劫、绑架、抢夺等不正当手段，遵循同类解释原则<sup>7</sup>，不应该属于《刑法》第219条规定的“其他不正当手段”。

#### （二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密

“披露”是指行为人以发表、公布、私下散布等方式，将非法获取的商业秘密告知权利人以外的第三人或公之于众。“使用”是出于不正当竞争或者营利目的，行为人本人将商业秘密运用于自己的生产或者经营当中。“允许他人使用”是行为人允许他人将自己非法获得的商业秘密运用于生产或经营中，至于是有偿还是无偿并不影响认定。

#### （三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密

对于商业秘密保守，不论是基于合同约定的义务还是法定的义务，都不得对商业秘密非法披露、使用或者允许他人使用。司法实践中，因员工“跳槽”而引起的侵害商业秘密的案件呈多发趋势。

然而，同于上面一点，如何证明无论是行为人本人还是他人使用了商业秘密总是证据收集及证明上的一大难点。最简单的是，例如幸运地在侵权人办公生产场所找到了能够识别为权利人所有的图纸等。需要注意的是，即便是在涉嫌侵权人家里找到了诸如图纸，也不能当然地证明涉嫌侵权人实际使用了该图纸，因为他完全可以辩解称只是存放在家里电脑或者哪里，但是并没有使用。在犯罪分子有准备、有策划的情况下，通常很难如此容易地收集到该等证据，于是在很多涉及技术秘密的案件中，比对鉴定，即“同一性”鉴定显得非常重要，也就是让相关领域的专家对复杂的技术问题进行鉴定对比，得出例如权利人的产品和涉嫌侵权人的产品使用的是相同技术，从而帮助司法机关证明有“使用”的客观行为。这样，民事上，就转由涉嫌侵权人来举证证明自己是通过反向工程或者其他合法途径得到的相同技术。

所以，在涉嫌商业秘密犯罪案件中，公安机关在侦查启动阶段就应该要求权利人提供权利范围的证据，包括记载有该商业秘密的载体（如技术秘密的设计图纸、设计方案）、说明商业秘密的具体内容、该商业秘密的来源等等，在需要进行同一性鉴定前，要求权利人明确其具体的技术点。在今年办理的一个案件中，由于权利人整个研发团队有组织、有预谋的统一“跳槽”到一个新的竞争企业，使得新的竞争企业在极短的时间内成功研制出变化显著的升级产品。在这样的情况下，如何就权利人的产品和新的竞争企业的升级产品进行同一性鉴定，或者在两者分别提供的技术图纸中找到相同的技术点，成了该案件中最重要、必需的证据，但是这个关系该案成功与否的关键却完全依赖于鉴定机构的专业鉴定能力和正确的鉴定方法。假设该技术处于世界领先水平，鉴定机构的鉴定人员却还未具有相同的水平，可想而知该案处理的困难程

6 引自杜国强：《侵犯商业秘密罪的实行行为探析》，载《西南政法大学学报》2007年第10期，第59页。

7 “同类解释原则”的观点源自刘树德、于同志著《刑事审判前沿问题思考》，北京大学出版社2008年7月第一版。

度及可能的结果。这也是为什么商业秘密案件审判司法实践遭遇困难重重的原因之一。

这里需要强调的是，鉴定的内容一定是具体的技术点。很多当事人都会认为自己辛苦研发出来的产品本身就是个商业秘密。而实际上，再创新的产品也不可能作为整体被理解为商业秘密，比如说产品外表基本不可能是商业秘密，一定只会是该产品制造中的某些具体的技术点才是商业秘密，并且很有可能一个产品的制造使用了很多图纸或者技术，而只有其中的一部分才是非公开信息。

此外，实践中，可以考虑采取搜寻共同瑕疵或者错误地方（在技术信息中常称“bug”）的方法进行“同一性”鉴定。因为如果没有违法使用他人的商业秘密，不可能权利人秘密信息中的错误点也同样出现在涉嫌侵权人的相同秘密载体中，这同时也证明了侵权人的技术点信息来源于权利人。

加深一步分析，这也体现了侵犯商业秘密案件和例如侵犯专利权等其他知识产权的区别。不同于专利权的绝对性，商业秘密权利是相对的，不区分不同权利人创造获得商业秘密时间的先后，都各自拥有自己独立的权利，所以侵犯商业秘密案件中必须证明侵权人的信息来源于权利人。

#### （四）明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论

有学者将此类行为称之为“恶意第三人侵犯他人商业秘密”。首先，第三人的主观状态一定是“明知”或“应知”。这里的“应知”不同于刑法总则中的疏忽大意过失中对危害结果的“应当预见”，而是对具体犯罪对象的理解内容，是客观性预见，应理解为“应可推为明知”，是一种推定故意的心理态度，而不应包括犯罪过失<sup>8</sup>。

实践中，最常见的一种情形是员工带走雇主的商业秘密后加入同业竞争的新雇主，然后员工披露商业秘密给新雇主使用，员工和新雇主共同侵权。为了证明新雇主的“明知”，避免这个主观问题成为以后诉讼中难以定夺

的争论点，常用的方式是向新雇主发书面信函（一般采用律师函的形式）告知前员工与前雇主曾经的雇佣关系及商业秘密保守约定或其他任何前员工可能通过不正当手段获取了商业秘密的情况。如果新雇主在收到上述书面告知信函后仍然继续使用权利人的商业秘密，就容易证明新雇主“明知”的主观故意。

## 四、侵犯商业秘密罪的损失计算问题

首先，解析法条后需要明确的是，《刑法》规范的侵犯商业秘密罪是结果犯，即本罪客观方面必须是违法行为“给商业秘密权利人造成重大损失”。如何界定、计算“重大损失”，也是实践中判断本罪构成与否的一大难题。

### （一）相关司法解释

最高人民检察院和公安部在2001年出台的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》中指出“侵犯商业秘密的行为，涉嫌下列情况的，应予以追诉：（1）给商业秘密权利人造成直接经济损失在50万元以上的；（2）致使权利人破产或者造成其他严重后果的。”而后，最高人民法院和最高人民检察院在2004年颁布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条又规定，给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的，属于“给权利人造成重大损失”；给商业秘密的权利人造成损失数额在二百五十万元以上的，属于“给权利人造成特别严重后果”。

如此一来，目前实践中，司法部门普遍以50万元作为构成本罪的一个起刑点。但是，如果细读上述两个规定，不难发现，2001年的追诉标准中的50万元指的是“直接经济损失”，而2004年的司法解释中则使用了“经济损失”<sup>9</sup>，一般是指与行为有直接因果关系而造成的财产损毁、减少的实际价值，就是物质性损失，应当排除名誉、荣誉等非物质性损失。“间接经济损失”则是指预期可得

<sup>8</sup> 参见孙冠进、李晶、李静著《迁徙侵犯商业秘密罪认定中的几个问题》。

<sup>9</sup> 参见最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（高检发释字【2006】2号）

利益的丧失，即失去将来能够增加的利益。应该说，根据最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第二条的解释，被害人因犯罪行为遭受的物质损失是指被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失，笔者理解后一个司法解释使用的“经济损失”既包含了给权利人造成的直接经济损失，也包含了间接经济损失，因为侵犯商业秘密罪的受害人是有权要求侵权人承担相应的民事赔偿的。

## （二）如何具体计算经济损失

《反不正当竞争法》第二十条第一款的规定，经营者侵犯商业秘密，给权利人造成损害的，应当承担损害赔偿赔偿责任。权利人的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权行为所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。目前，司法实践中，最高院公布的典型案例中商业秘密犯罪经济损失的计算方法差异较大，但主要的计算思路有如下几种：

1、直接计算损失法：因为《反不正当竞争法》明确规定，商业秘密案件中权利人因被侵权所受到的损失可以根据专利权人的专利产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算。所以，可以将有合同意向但最终因侵权行为损失的合同标的额作为损失；市场竞争优势的降低、市场份额的减少也可以对比侵权期间的上一年度，相同时间段和市场基本情况下，利润的缩减量（即销售量减少的总数乘以每件产品的合理利润所得之积或者权利人因侵权被迫降价的额度乘以销售量之积）就是侵权期间的直接经济损失。

2、成本计算法：考虑商业秘密的取得成本，包括从立项开始研发、生产、保护商业秘密投入的所用费用，例如工具设备费、管理费、技术转让费、培训费、研发人员工资等。

3、许可使用费法：可参照该信息技术实际或者合理许可使用费的1到3倍计算，具体倍数由司法机关根据犯罪情节、使用范围、时间长度等因素予以确定<sup>10</sup>。

4、侵权人获利计算法：这是一种反向思维，把侵权人在侵权期间因侵权行为所获得的利润作为权利人的损失额<sup>11</sup>，“量减少的总数难以确定的，侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所得到的损失<sup>12</sup>”，“侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算”。

应该根据不同案件的具体案情，选择适用上面一种最合理的计算方法。举例说明，如果侵害人非法获取商业秘密后，恶意披露该秘密，使商业秘密的价值丧失殆尽，确定犯罪行为造成的经济损失时，应充分考虑权利人的研发成本和预期利益；但是，如果侵害人非法获取商业秘密后，仅供自己使用，并没有将该秘密泄露，商业秘密仍相对处于秘密的状态，计算这类损失时，应以侵害行为造成权利人直接经济损失或者侵权人的获利计算经济损失比较妥当，因为此时，只要禁止了侵害人的侵害行为，商业秘密给权利人带来的竞争优势依然存在<sup>13</sup>。另外，今年公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》（征求意见稿）中如何区分不同情形进行认定给出了不同的参照意见。

小结：从实践结果来看，笔者认为，就商业秘密侵权案件的处理，目前比较好的方式还是采用先民后刑的思路，按照确权——是否构成侵权——造成的后果（经济损失），确定是追究民事还是刑事责任的主要区别就是经济损失的程度不同而已，而知识产权的民事司法保护法律制度建设比较完善，承办法官的审判经验丰富，容易实现法律保护。当然，刑事司法保护从帮助收集证据、威慑侵权人、促成谈判解决等角度还是非常有用的。另外，刑事侦查程序收集的证据即使最终没有用来定罪，也可以为民事侵权诉讼所用。

10 参见公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》（征求意见稿）。

11 参见公安部《关于在办理侵犯商业秘密犯罪案件中如何确定“给商业秘密权利人造成重大损失”计算方法的答复》：“对难以计算侵犯商业秘密给权利人所造成的损失的，司法实践中一般可参照《反不正当竞争法》规定的民事赔偿额的计算方法。”

12 参见最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十条。

13 参见孙文清著《论侵犯商业秘密罪的认定》。

# 论知识产权海关保护制度

张红斌<sup>1</sup> 杨莎<sup>2</sup>

知识产权海关保护，又称知识产权边境保护、知识产权进出境保护或知识产权的边境执法，是指海关依法制止涉嫌侵犯知识产权的货物进出境的措施。这是一种行政保护方式，旨在将涉嫌侵权货物阻挡在海关边境，不使其进入一国的商业流通领域或者国际市场，以免破坏本国正常的经济贸易秩序和国际商业信誉。因此，它是一国国际贸易和知识产权保护工作中不可或缺的重要环节。

## 一、我国知识产权海关保护的立法现状

我国知识产权海关保护的法律制度经历了一个从无到有、从不完善到逐步完善的过程。

1995年7月国务院颁布了《中华人民共和国知识产权海关保护条例》（以下简称“《条例》”），明确规定海关作为国家的进出境监督管理机关，是知识产权边境保护的唯一实施机构，可以直接参与在进出境环节发生的侵权案件的调查、处理工作。这标志着中国海关对知识产权的保护工作进入了一个法制化和制度化的阶段。但是，该条例在施行过程中也暴露出诸多问题。为适应中国加入WTO后出现的新情况，2003年11月26日，国务院对《条例》进行了修订并于2004年3月1日施行。

为配合《知识产权海关保护条例》的实施，海关总署于1995年10月1日颁布并实施了《中华人民共和国海关关于知识产权保护的实施办法》，并于2004年5月25日和2009年3月3日先后两次对其进行修订并更名为《关于〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的实施办法》（以下简称“《实施办法》”）予以重新颁布。上述新规定对知识产权保护程序进行了思路调整，逐步提高了知识产权边境保护标准，重新设定了知识产权海关保护程序，更具可操作性。

1 君合律师事务所北京总部律师。

2 君合律师事务所北京总部律师。

以《条例》及其《实施办法》为主，我国逐步确立了知识产权海关法律的法律体系。其他相关主要法律法规包括：《中华人民共和国海关法》、《海关总署公告2004年第15号—知识产权备案费的收取事项》、《海关总署公告2006年第31号—关于接受知识产权海关保护总担保》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》以及相关司法解释、我国加入的有关知识产权保护的国际公约和我国与外国签订的关于保护知识产权的双边协定等。

## 二、知识产权海关保护的客体

### （一）知识产权的定义

在法律上对知识产权并没有统一的定义。根据通说，一般认为“知识产权是智力成果的创造人或工商业标记的所有人依法享有的权利的统称”<sup>3</sup>。在知识产权国际公约方面，例如《成立世界知识产权组织公约》和《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称“TRIPS协定”）都是用列举的方式来表述知识产权的。

以TRIPS协定为例，TRIPS协定第1条第2款规定，其保护的知识产权的范围是：（1）著作权及其相关权利（指邻接权）；（2）商标权；（3）地理标志权；（4）工业品外观设计权；（5）专利权；（6）集成电路布图设计权；（7）对未公开信息的保护权。

传统意义上的知识产权仅涉及著作权、专利权以及商标权，但随着社会的发展、新的智力成果形式的出现，知识产权的保护范围也逐渐扩展延伸至植物新品种、商业秘密等领域。例如，《日本知识产权基本

法》在日本法上第一次对知识产权进行了明确定义，规定知识产权是指发明专利权、实用新型权、植物新品种权、外观设计权、著作权、商标权等知识财产相关法律规定的权利以及与受法律保护的利益相关的权利（如商业秘密）<sup>4</sup>。

### （二）关于作为海关保护对象的知识产权

由于相关法律涉及的知识产权类型千差万别，作为海关保护对象的知识产权的范围要小于上述知识产权的范围。

TRIPS协定对知识产权的边境措施所保护的客体范围相对要小。TRIPS协定第51条规定<sup>5</sup>，在边境措施方面，各成员国必须保护的客体为商标权和版权，该条是对各成员方施加的强制性义务，而对涉及专利权的海关保护则属于TRIPS协定的非强制性要求。

关于我国海关保护对象的知识产权，在《条例》及《实施办法》中得以明文规定。根据《条例》第二条的规定，知识产权海关保护，是指海关对与进出口货物有关并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权实施的保护。”此外，《实施办法》第三十七条规定，“海关参照本办法对奥林匹克标志和世界博览会标志实施保护”，即将奥林匹克标志和世界博览会标志也纳入了海关知识产权保护的范围。

根据上述规定，可知我国海关保护的知识产权的范围包括传统意义上的知识产权，即商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权；并且也参照适用于奥林匹克标志和世界博览会标志。此外，前述我国海关保护的知识产权应当是与进出口货物有关的知识产权。因此，我国对知识产权的海关保护水平要远远高于TRIPS

3 刘春田主编：《知识产权法教程》，第1页，中国人民大学出版社，1995年。

4 参见张红斌著：《日本知识产权基本法的制定》，载《中国知识产权评论》（第二期）（刘春田主编），商务印书馆，2006年

5 TRIPS协定第51条规定：“成员应按下述规定制订程序，以便权利持有人在有确凿理由怀疑有假冒商标货物或版权盗版货物可能进口时，能向行政或司法主管机关提出书面申请，要求海关当局中止放行此类货物，以免进入自由流通。各成员可以允许对涉及侵犯其他知识产权的货物提出这种申请，但是以符合本节规定的要求为限。”

协定规定的最低标准，不仅保护商标专用权、著作权，也保护专利权，甚至包括奥林匹克标志和世界博览会标志；不仅保护进口货物的相关知识产权，也保护出口货物的相关知识产权。

### 三、知识产权海关保护程序

#### (一) 知识产权海关备案

##### 1. 备案申请的提出和备案

根据《条例》及《实施办法》的规定，知识产权权利人向海关总署申请知识产权海关保护备案的，应当向海关总署提交申请书并随附以下文件、证据：

(1) 知识产权权利人个人身份证件的复印件、工商营业执照的复印件或者其他注册登记文件的复印件。

(2) 知识产权注册证或其他可以证明权属的文件。

(3) 知识产权许可使用合同的复印件。未签订许可合同的，提交有关被许可人、许可范围和许可期间等情况的书面说明。

(4) 知识产权权利人合法行使知识产权的货物及其包装的照片。

(5) 已知的侵权货物进出口的证据。知识产权权利人与他人之间的侵权纠纷已经人民法院或者知识产权主管部门处理的，还应当提交有关法律文书的复印件。

(6) 海关总署认为需要提交的其他文件或者证据。

海关总署应当自收到全部申请文件之日起30个工作日内作出是否准予备案的决定，并书面通知申请人；不予备案的，应当说明理由。

##### 2. 备案的续展、变更、注销和撤销

###### (1) 备案的续展

在知识产权海关保护备案有效期届满前6个月内，知识产权权利人可以向海关总署提出续展备案的书面申请并随附有关文件。

###### (2) 备案的变更

知识产权海关保护备案经海关总署核准后，依法向海关提交的申请书内容发生改变的，知识产权权利人应当自发生改变之日起30个工作日内向海关总署办理变更备案的申请。

###### (3) 备案的注销

知识产权权利人丧失知识产权或放弃备案的，应向海关总署申请注销备案。

###### (4) 备案的撤销

海关发现知识产权权利人申请知识产权备案未如实提供有关情况或者文件的，海关总署可以撤销其备案并书面通知知识产权权利人。海关总署撤销备案的，知识产权权利人自备案被撤销之日起1年内就被撤销备案的知识产权再次申请备案的，海关总署可以不予受理。

##### 3. 备案申请系统的使用

海关总署于2004年9月开发并投入使用“知识产权海关保护备案申请系统”<sup>6</sup>。通过该系统，相关权利人可以向海关总署在线提交知识产权的备案申请、查询已备案信息和进行备案变更等，这极大地方便了备案申请人办理有关手续。

#### (二) 海关知识产权保护的模式

中国海关对知识产权的保护分为依申请保护和依职权保护两种模式。依申请保护，是指海关对根据知识产权权利人的申请发现的侵权嫌疑货物予以扣留的措施。依职权保护，是指海关在对进出口货物的监管过程中，对其发现的侵犯知识产权的进出口货物主动采取的扣留和调查处理的措施。两种保护途径的主要区别在于：依职权保护的前提是知识产权权利人应当事先将其知识产权向海关总署备案，而依申请保护并无此要求。

##### 1. 依申请保护的基本程序

(1) 由知识产权权利人申请发起，知识产权权利人向海关提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据。知识产权权利人提交的证据，

6 网址为：<http://202.127.48.151/applyrecord/>

应当能够证明以下事实：(a) 请求海关扣留的货物即将进出口；(b) 在货物上未经许可使用了侵犯其商标专用权的商标标识、作品或者实施了其专利。

(2) 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物，应当在海关规定的期限内向海关提供相当于货物价值的担保。

(3) 经审查知识产权权利人提出的申请符合规定并提供相应担保的，海关将扣留侵权嫌疑货物，并应当将情况书面通知知识产权权利人，将海关扣留凭单送达收货人或者发货人。

(4) 海关扣留侵权嫌疑货物后，知识产权权利人应当向人民法院申请司法扣押。海关自扣留侵权嫌疑货物之日起20个工作日内，收到人民法院协助扣押有关货物书面通知的，应当予以协助；未收到人民法院协助扣押通知或者知识产权权利人要求海关放行有关货物的，海关应当放行货物。

## 2. 依职权保护的基本程序

(1) 海关对进出口货物实施监管，发现进出口货物涉及在海关总署备案的知识产权且进出口商或者制造商使用有关知识产权的情况未在海关总署备案的，可以要求收发货人在规定期限内申报货物的知识产权状况和提交相关证明文件。收发货人未按照该规定申报货物知识产权状况、提交相关证明文件或者海关有理由认为货物涉嫌侵犯在海关总署备案的知识产权的，海关应当中止放行货物并书面通知知识产权权利人。

(2) 海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的，应当立即书面通知知识产权权利人。知识产权权利人自通知送达之日起3个工作日内提出申请。申请文件和证明文件与依申请保护相同。

(3) 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当按照规定向海关提供担保。

(4) 海关扣留侵权嫌疑货物，书面通知知识产权权利人，并将海关扣留凭单送达收货人或者发货人。

(5) 海关扣留侵权嫌疑货物后，依法在自扣留之日

起30个工作日内对侵权嫌疑货物以及其他有关情况进行调查，并根据调查情况作出没收侵权货物或者放行货物等决定。

## (三) 侵权嫌疑货物的处理

被扣留的侵权嫌疑货物，经海关调查后认定侵犯知识产权的，由海关予以没收。对没收的侵权货物，海关应当按照下列规定处置<sup>7</sup>：

1. 有关货物可以直接用于社会公益事业或者知识产权权利人有收购意愿的，将货物转交给有关公益机构用于社会公益事业或者有偿转让给知识产权权利人；

2. 有关货物不能按照上述的规定处置且侵权特征能够消除的，在消除侵权特征后依法拍卖。拍卖货物所得款项上交国库；

3. 有关货物不能按照上述两项规定处置的，应当予以销毁。

## (四) 知识产权海关保护中的担保与反向担保

### 1. 一般性规定

知识产权权利人在通过边境措施保护其知识产权过程中，应向海关提供担保，用于赔偿可能因申请不当给收货人、发货人造成的损失，以及支付货物由海关扣留后的仓储、保管和处置等费用。

根据法律的规定，担保费的金额一般分为：(1) 在依申请扣留的情况下，知识产权权利人应向海关提供相当于货物价值的担保；(2) 在依职权调查扣留的情况下，权利人应当按规定向海关提供担保，即：货物价值不足人民币2万元的，提供相当于货物价值的担保；货物价值为人民币2万至20万元的，提供相当于货物价值50%的担保，但担保金额不得少于人民币2万元；货物价值超过人民币20万元的，提供人民币10万元的担保。此外，经海关同意，知识产权权利人可以向海关提供总担保，但总担保

<sup>7</sup> 见《条例》第二十七条。

金额不得低于人民币20万元。

## 2. 商标专用权的总担保制度

在知识产权海关保护中，知识产权权利人必须向海关提供相应的担保。尤其是在依申请保护模式中，权利人需要提供相当于货物价值的担保。对在国际贸易中频频遭遇侵权的知识产权权利人而言，提供担保无疑成为了沉重的经济负担，且每次提出扣留侵权嫌疑货物申请均需要提出担保，程序十分繁琐。担保问题如果无法得到妥善解决，将影响知识产权海关保护制度的有效实施。

为此，《实施办法》和《海关总署2006年第31号公告—关于接受知识产权海关保护总担保》（“《第31号公告》”）规定了总担保制度。

根据《第31号公告》和《实施办法》，知识产权海关保护总担保制度内容如下：

(1) 适用范围：在海关总署备案的商标专用权的知识产权权利人，在一定时间内根据规定多次向海关提出扣留涉嫌侵犯其已在海关总署备案商标专用权的进出口货物申请的，可以向海关总署申请提供知识产权海关保护总担保。

(2) 担保方式：已获准在中国大陆境内开展金融业务的银行出具的为知识产权权利人申请总担保承担连带责任的总担保保函。

(3) 总担保金额：应当相当于知识产权权利人上一年度向海关申请扣留侵权嫌疑货物后发生的仓储、保管和处置等费用之和；知识产权权利人上一年度未向海关申请扣留侵权嫌疑货物或者仓储、保管和处置等费用不足人民币20万元的，总担保的担保金额为人民币20万元。

(4) 有效期：自海关总署核准其使用总担保之日起至当年12月31日止的期间内，在海关总署备案的商标专用权权利人根据规定请求海关扣留侵权嫌疑货物，无需再向海关提供担保。但是，担保人应当履行担保责任的期限将一直延续至第二年的6月30日。

(5) 申请材料：知识产权权利人申请提供总担保

的，应当向海关总署提交书面申请，并随附以下材料：已获准在中国大陆境内开展金融业务的银行出具的为知识产权权利人申请总担保承担连带责任的总担保保函；知识产权权利人上一年度向海关申请扣留侵权嫌疑货物后发生的仓储处置费的清单。

## 3. 专利权的反向担保制度

针对专利权的海关保护，为平衡当事人之间的利益，《条例》和《实施办法》对涉嫌侵犯专利权的收发货人设计了反向担保制度。根据规定，涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人认为其进出口货物未侵犯专利权的，应当向海关提出书面申请并提供与货物等值的担保金。海关经审核后认为符合规定的，应当放行货物并书面通知知识产权权利人。

### (1) 适用条件

根据法律法规的规定，适用反向担保的条件包括：

a) 适用范围仅限于涉嫌侵犯专利权的货物。对涉嫌侵犯商标专用权、著作权、奥林匹克标志专用权的货物不适用反向担保放行。

b) 只有收发货人认为其货物未侵犯他人专利权的情况下才能申请反向担保放行。因此，申请反向担保之前应当首先按照《条例》第十八条的规定向海关提出书面异议并附送相关证据。

c) 收发货人应当向海关提出书面申请并提供货物等值的担保金。

### (2) 提供反向担保后的处理

对收发货人向海关提供的反向担保，知识产权权利人就有关专利侵权纠纷向人民法院起诉的，应当在海关放行货物的书面通知送达之日起30个工作日内向海关提交人民法院受理案件通知书的复印件，海关应当根据人民法院的判决结果处理收发货人提交的担保金；知识产权权利人未提交人民法院受理案件通知书复印件的，海关应当退还收发货人提交的担保金。

对知识产权权利人向海关提供的担保，收发货人可以向人民法院申请财产保全，海关未收到人民法院对知识产权权利人提供的担保采取财产保全措施的协助执行

通知的，应当自处理收发货人提交的担保金之日起20个工作日内，向知识产权权利人退还担保金或者解除担保人的担保责任；收到人民法院协助执行通知的，海关应当协助执行。

## 四、知识产权海关保护的实践

### （一）各类知识产权海关保护案件统计

根据海关总署的统计，1996年至2005年中国海关查获各类涉嫌侵犯知识产权案件情况如下<sup>8</sup>：

年度	商标	版权	专利
1996	38	659	8
1997	92	85	16
1998	139	67	27
1999	178	42	5
2000	235	3	57
2001	308	1	21
2002	557	2	14
2003	741	1	14
2004	1009	16	26
2005	1106	67	37
Total	4,403	943	225

上述统计数据表明，在知识产权的海关保护中，商标及著作权侵权案件占据主导地位，涉及专利权侵权的案件所占比例很小。之所以出现上述情形，其原因大致可以概况如下：

第一，专利权海关保护对执法人员较高的要求限制了专利权海关保护的实现。在依职权保护模式中，因为专利本身的特点，即专利远不如商标直观形象，所以侵权隐蔽性较强，海关查验关员初步判断是否存在侵权存在一定的难度<sup>9</sup>。

第二，申请人提交申请保护所需证据存在一定的困难。专利权相对于商标权和著作权而言，权利的表现形式（尤其是发明专利）较为隐蔽，往往难以通过肉眼观

察加以识别，很多时候往往需要通过专业鉴定方能确定是否构成侵权。因此，要求权利人在申请扣留阶段就提交足以证明被扣留货物实施了其专利的证据，权利人往往难以做到。

第三，专利权反向担保制度的存在使权利人对是否申请专利权海关保护心存疑虑。如前所述，专利权反向担保制度的目的原本是为了平衡申请人和被申请人双方的利益。但在实践中，往往对权利人不利。其一，权利人申请法院采取财产保全措施扣押货物的手续较为复杂而收发货人申请反向担保放行手续则相对简单得多。其二，由于目前出口货物的价值虚报情况很严重，申报价值往往远远低于货物实际价值，导致反向担保放行往往使权利人得不到适当的赔偿。

### （二）专利权海关保护的典型案例

实践中，中国海关扣留知识产权侵权嫌疑货物多为侵犯商标权的货物。对于侵犯专利权的嫌疑货物，多涉及外观设计专利，也有涉及实用新型专利的，但是极少见到扣留涉嫌侵犯发明专利权货物的案例。而且，人民法院就专利（特别是发明专利）侵权案件批准诉前禁令申请的案例也极为罕见。

我们了解到的一件海关扣留涉嫌侵犯发明专利权货物的案例是2004年11月德国瓦工堡埃尔策两合公司（“德国瓦工堡公司”）申请上海海关扣留上海胜狮冷冻货柜有限公司20个集装箱的案件。理由是这批集装箱侵犯了权利人“用于货物集装箱的自动排水装置”的发明专利权。德国瓦工堡公司为向海关申请扣留涉嫌侵权货物，向上海海关缴纳了约50万美元的保证金。在查清侵权事实后，上海海关扣留了这批价值415万元的涉嫌侵权集装箱。该案海关决定扣留涉嫌专利侵权货物的特殊性在于，所扣留的集装箱内的货物并非涉嫌侵权货物，而集装箱本身是涉嫌侵权货物。

8 <http://www.customs.gov.cn/tabid/4198/MoreModuleID/5491/MoreTabID/2559/Default.aspx>

9 《专利权的海关保护》，黄爱民（黄埔海关法规处），2006年第2期《中国发明与专利》。

在“葛某诉工艺品厂专利侵权案”中<sup>10</sup>，葛某为ZL001300199.9号“具有工艺图案的树脂产品制作方法”发明专利和ZL00341930.4号“马桶盖”外观设计专利的专利权人。2004年7月4日，葛某主动向黄埔海关提出申请，称工艺品厂侵犯了其专利权，要求扣留工艺品厂向黄埔海关申报出口的一票货物，货名为马桶座圈及盖，数量为14138千克。依《条例》和《实施办法》的规定，葛某向海关提交了相关证明文件及有关证据，并提供了与货物等值的担保金。7月7日，海关依法扣留了上述涉嫌侵权货物。同日，工艺品厂根据《条例》和《实施办法》的规定也向海关提交了与货物等值的反向担保金，要求放行货物。7月8日，海关依法作出放行上述货物的决定。7月9日，在工艺品厂尚未提取已同意放行的货物时，海关收到了广州市中级人民法院作出的协助执行财产保全措施的通知。海关随即协助法院又查封、扣押了上述涉嫌侵权货物。11月12日，经广州市中级人民法院调解，当事人双方达成协议，工艺品厂向葛某支付人民币34万元，葛某则追认工艺品厂2004年10月25日前使用其专利的行为是合法行为。依照法院《民事调解书》，该批货物被解除扣押，予以放行。

从上述案例，我们可以看出：

第一，知识产权权利人一旦发现涉嫌侵犯知识产权的货物进出境，则应当积极行使权利，积极准备相关申请文件以使申请得以被海关及时受理。上述两个案例中，知识产权权利人均积极应对知识产权侵权行为，采用了依申请保护模式主动向海关提出海关保护申请。

第二，在专利权海关保护的案件中，作为被提起海关保护申请的收发货人，其可以通过利用反向担保制度保护自己的利益。在“葛某投诉工艺品厂专利侵权案”中，作为收发货人的工艺品厂就充分行使了这一权利。

第三，知识产权权利人可以在知识产权保护案件中掌握主动，采用灵活战术，通过和解达成协议以获得赔

偿。在“葛某投诉工艺品厂专利侵权案”中，双方即通过法院调解达成协议，葛某也获得相应赔偿。

## 五、作为知识产权权利人的对策

作为知识产权权利人，在利用边境措施保护其知识产权时，我们认为应当注意下列事项：

### （一）积极进行知识产权备案

2003年12月修订的《知识产权海关保护条例》不要求知识产权权利人在向海关申请保护前必须进行知识产权备案。但是，对某些知识产权权利人而言，备案与否有很大的差异，主要体现在<sup>11</sup>：

1. 是海关采取依职权保护的前提条件。根据《条例》的规定，知识产权权利人如果事先没有将其知识产权向海关备案，海关发现侵权货物即将进出境，也没有权力主动中止其进出口，也无权对侵权货物进行调查处理。

2. 有助于海关发现侵权货物。从实践看，海关能否发现侵权货物，主要依赖于海关对有关货物的查验。由于知识产权权利人在备案时，需要提供有关知识产权的法律状况、权利人的联系方式、合法使用知识产权情况、侵权嫌疑货物情况、有关图片和照片等情况，使海关有可能在日常监管过程中发现侵权嫌疑货物并主动予以扣留。

3. 知识产权权利人的经济负担较轻。根据海关总署有关《知识产权海关保护条例》的实施办法规定，在海关依职权保护模式下，知识产权权利人向海关提供的担保最高不超过人民币10万元。如果知识产权权利人事先未进行知识产权备案，则不能享受上述待遇，必须提供与其要求扣留的货物等值的担保。

综上所述，知识产权人积极主动进行知识产权的备

10 《专利权的海关保护》，黄爱民（黄埔海关法规处），2006年第2期《中国发明与专利》。

11 《知识产权海关保护备案的作用》，见：<http://www.customs.gov.cn/publish/portal0/tab2559/info36682.htm>

案有助于维护其自身权益，降低维权成本。

## （二）依据实际情况，选择合适的保护模式

和依申请保护相比，依职权保护的优势是显而易见的。在依职权保护的模式下，知识产权权利人提交担保的义务大幅削减。对货物价值超过人民币20万元的，无论货值多大，一律只要提供人民币10万元的担保；另外，在依职权保护的模式下，侵权争议可提交法院，但不构成海关中止调查的前提，由此形成了行政保护和司法保护的“双轨制”。

一般而言，知识产权权利人很少会选择依申请模式。即使权利人得到侵权嫌疑货物的即将进出口的可靠信息，希望海关启动边境保护程序，权利人通常的做法往往也是选择“举报”这一做法，而非“申请”。海关只要接到类似的举报，往往都会慎重对待，严格布控，一旦查获，马上会通知权利人。权利人只要在规定时间内提出保护申请，并依照依职权保护模式的规定提供担保，就可以启动海关扣留程序了。但是，只有进行了知识产权海关备案的知识产权才可以采用依职权保护模式，且无论采用依申请保护模式还是依职权保护模式，权利人都应当依照相关规定提交申请书和提供足以证明侵权事实明显存在的证据。

因此，权利人应当根据实际情况，选择适合自身情况的保护模式，积极准备相关材料，以确保申请能得到海关及时受理。

## （三）审时度势，达成和解

根据《实施办法》第二十七条，“知识产权权利人与收发货人就海关扣留的侵权嫌疑货物达成协议，向海关提出书面申请并随附相关协议，要求海关解除扣留侵权嫌疑货物的，海关除认为涉嫌构成犯罪外，可以终止调查。”这一规定的出发点是尽可能考虑知识产权权利人的意愿，鼓励当事人通过协商解决侵权纠纷，同时节约

海关的执法成本。

作为权利人，可以利用这一规定，根据案件的具体情况，与收发货人达成协议，以确定自身利益最大化的解决方案。



# 《企业国有资产法》的若干重要 改变以及相关法律问题初探

龚睿 赵鹏丽<sup>1</sup>

《中华人民共和国物权法》公布后，就国有资产保护制定相关立法的要求日益迫切，人大常委会于2007年3月将国有资产法的制定列入当年立法计划，草案历经三次审议，由十一届人大常委会第五次会议于2008年10月28日通过并予以公布，该法名称最终定为《中华人民共和国企业国有资产法》（以下简称“《企业国有资产法》”），共9章77条，自2009年5月1日起正式施行。

新的《企业国有资产法》在适用范围、对履行出资人职责的机构和国家出资企业的界定、国有资产出资人权益的重大事项、企业职工民主管理和民主监督的权利、国有资本经营预算等几个方面较过去的相关立法做出了修改和进一步明确，本文着重对上述履行出资人职责的机构和国家出资企业的界定，涉及国有资产出资人权益重大事项的监管两个方面予以阐述，并就有关法律问题进行初步探讨。

## 一、适用范围——限于企业国有资产

国有资产的范围非常广泛，比较常见的一种分类方法是将国有资产划分为三种，即国家对企业的出资形成的经营性资产，由国家机关、国有事业单位等组织使用管理的行政事业性资产，以及属于国家所有的土地、矿藏、森林、水流等资源性资产。《企业国有资产法》的初稿本来名为《国有资产法》，顾名思义，是一部涵盖上述

<sup>1</sup> 君合律师事务所北京总部律师。

<sup>2</sup> 安建认为：企业国有资产作为投资性资产，要求通过经营活动取得投资回报、实现保值增值，需要有出资人代表行使出资人权利、维护出资人利益。行政事业性国有资产作为非投资性资产，由国家机关和事业单位占有使用，主要是要求占有使用单位按照国家有关规定节约和合理使用，避免损失和浪费，通常并无保值增值的要求，也不发生需设立出资人代表的问题。资源性国有资产即国家所有的自然资源，作为国家所有的不动产，应直接适用物权法关于不动产权的规定以及有关自然资源保护和合理开发利用的法律规定；如果国家以土地使用权或者探矿权、采矿权、海域使用权等自然资源的使用权作价出资的，因该项出资而形成的经营性国有资产，适用企业国有资产的有关规定。

三种国有资产的大法，但随后经过审议，改为目前的名称，缩小了适用范围，仅限于国家对企业出资后形成的国有资产。根据全国人大常委会副主任安建对于该法适用范围变更的解释是因为上述三类国有资产在功能、监管方式等方面有很大不同<sup>2</sup>，难以用一部“大而全”的法律全面调整且因为企业国有资产在国有资产中占有很大比重，较之行政事业性资产和资源性资产的立法迫切性更为强烈，所以最终确定《企业国有资产法》只适用于调整国家对企业出资形成的经营性资产，并不包含行政事业性资产和资源性资产。

实践中对行政事业性国有资产的经营非常普遍，比如“科教文卫”等事业单位对国有资产的经营，包括中央和地方电视台、博物馆、奥林匹克公园等场馆的经营等，并未制定适当的监管规则。就资源性国有资产而言，当前一些地方政府出于财政所需，将矿藏、海域等资源性国有资产随意变卖。总体来看，行政事业性、资源性国有资产管理呈现混乱的局面，监督保护的立法基础薄弱。因此，《企业国有资产法》颁布后，不少学者认为其不够广泛的适用范围从立法效果来看，是一个遗憾。

此外，之前颁布的规定一般是对金融机构的国有资产进行专门立法，而未将其纳入一般的企业国有资产管理，如2003年颁布施行的《企业国有资产监督管理暂行条例》就将金融机构中国有资产的监督管理明确排除于其适用范围之外。但实际上国家对金融类企业的出资和由此形成的权益，也属于经营性资产，因此此次一并纳入《企业国有资产法》的统一规范和保护范围之内，同时考虑到对金融类资产监管的特殊性问题应适用有关金融方面的法律、行政法规，为与商业银行法、银行业监督管理法、证券法、保险法等对金融企业的专门规定相衔接，《企业国有资产法》在其“附则”中规定：金融企业国有资产管理与监督，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

## 二、界定了履行出资人职责的机构和国家出资企业

### （一）对履行出资人职责的机构的界定

代表国家对国有资产进行监督管理的机构在国有企业改革的进程中经过了一个立---废---立的发展过程，与之伴随的是政府职能的转变，国有资产监督管理机构对国有资产履行监督管理职能逐渐转变为代表国家行使企业股东权利，履行纯粹意义上的出资人职能。

国务院曾于1988年8月成立国家国有资产监督管理局，行使境内外国有资产的管理职能。后于1998年撤销并入财政部。此后直至2003年，管理国有资产的职能被分解到财政部、国家经贸委、国家计委、大企业工委或金融工委和人事部等五个部委，由于出资人权利的分割行使，各个部门从自身利益出发对企业行使权利，但又不承担责任，使得国有资产监管主体缺位，国有资产经营效益低下，流失严重。2003年3月，国务院国有资产监督管理委员会成立。同年，国务院颁布了《企业国有资产监督管理条例》，明确国有资产监督管理机构是代表国务院和本级人民政府履行出资人职责、负责监督管理企业国有资产的特设机构<sup>3</sup>。《企业国有资产法》第十一条规定：“国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构，根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。国务院和地方人民政府根据需要，可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责”；第十四条进一步明确规定：“履行出资人职责的机构除依法履行出资人职责外，不得干预企业经营活动。”

考虑到某些特定行业的特殊情况，需要由或暂时要由政府授权的其他部门、机构代表政府履行出资人职责，例如，按照国务院的有关规定，国务院授权财政部

3 《企业国有资产监督管理暂行条例》第十二条：国务院国有资产监督管理机构是代表国务院履行出资人职责、负责监督管理企业国有资产的直属特设机构。

省、自治区、直辖市人民政府国有资产监督管理机构，设区的市、自治州级人民政府国有资产监督管理机构是代表本级人民政府履行出资人职责、负责监督管理企业国有资产的直属特设机构。

对金融行业的国有资产、中国对外文化集团公司、中国出版集团公司、中国烟草总公司等企业的国有资产进行监督，中国邮政集团公司暂由财政部代表国务院履行出资人职责等<sup>4</sup>。因此，新法规定国务院和地方人民政府根据需要，可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。此外，根据《企业国有资产监督管理暂行条例》的规定：“企业国有资产较少的市、自治州，经省、自治区、直辖市人民政府的批准，可以不单独设立国有资产监督管理机构。”

## （二）对国家出资企业的界定

国有资产监督管理委员会于2003年成立之前，相关法规还未出现“国家出资企业”的表述，多用的是“国有资产占有单位”这一概念。如1991年的《国有资产评估管理办法》及施行细则，2001年的《国有资产评估管理若干问题的规定》，1996年的《企业国有资产产权登记管理办法》及相应的配套实施细则等，2003年国有资产监督管理委员会成立之后，“国有资产占有单位”及类似的表述逐渐消失，取而代之的是“履行出资人职责的企业”，“出资企业”等，如2003年颁布的《企业国有资产监督管理暂行条例》和《企业国有产权转让管理暂行办法》（以下简称“3号令”），2004年的《企业国有资产产权登记业务办理规则》，2005年的《企业国有资产评估管理暂行办法》，直至《企业国有资产管理法》明确提出“国家出资企业”的概念。

根据《企业国有资产管理法》，“国家出资企业”是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。此处的国有独资企业指依照全民所有制企业法设立的，企业全部注册资本均为国有资本的非公司制企业。国有独资公司即为依照公司法成立的企业全部注册资本均为国有资本的公司制企业。《公司

法》对国有独资公司做出专门规定，即国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。国有资本控股公司即按照公司法成立的国有资本具有控股地位的公司。而国有资本参股公司即公司注册资本包含部分国有资本，且国有资本没有控股地位的公司。

实践中对国有资本控股公司和国有资本参股公司中“控股”和“参股”存在不同理解，安建认为《企业国有资产管理法》中的国有资本控股与《公司法》<sup>5</sup>规定的控股的含义一致。也即国有资本控股公司中的“控股”应当包含绝对控股和相对控股两种情形<sup>6</sup>。但实践中官方的理解可能有所不同。国务院国资委和上海市国资委有官员认为国有资本控股公司的“控股”应仅指“绝对控股”，如果是相对控股的话，应当属于国有资本参股公司，否则《企业国有资产管理法》单列国有资本参股公司的意义不大。从保护国有资产，防止流失的角度来看，认为国有资本控股公司应当包含绝对控股和相对控股两种情形更为全面。除了考虑到与《公司法》有关规定应当保持一致外，纵观《企业国有资产管理法》，其着重调整的是国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司，而实践中相对控股的情形极为常见，如果将相对控股的情形认定为国有资本参股公司，则会大幅度缩小国有资本控股公司的监管范围。

此外，国家出资企业是否仅指由国有资产监督管理机构及政府授权的其他部门和机构履行出资人职责的企业？对于该类企业再投资设立的下属企业是否也为国家出资企业？《企业国有资产管理法》的第二十一条、第三十八条，另外《企业国有资产监督管理暂行条例》第二十四条，《企业国有产权转让管理暂行办法》第二十六条等条款均是将国家出资企业和其子企业加以区分，对“国家出资企业”作狭义解释，即国家出资企业的股东仅局限于国有资产监督管理机构及政府的授权机构。例如，就企业重大事项的决定或审批而言，国家出

4 见杨景宇、安建主编的《中华人民共和国企业国有资产管理法释义》第44页，中国市场出版社，2008年11月出版。

5 《公司法》第二百一十七条规定“控股股东”的含义为：出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

6 见杨景宇、安建主编的《中华人民共和国企业国有资产管理法释义》第61页，中国市场出版社，2008年11月出版。

资企业的重大事项一般是由履行出资人职责的机构决定或者由履行出资人职责的机构委派的股东代表行使相关权利。但是对于国家出资企业的下属企业的重大事项则一般由国家出资企业履行出资人职责。

值得注意的是实践中国资委官员可能不会对此作明确区分，多认为国有资本控股公司的控股股东不仅包括国有资产监督管理机构，同时也应当包括国有独资企业和国有独资公司。

### 三、专列一章规定了关于国有资产出资人权益的重大事项

《企业国有资产法》专列一章规定了关于国有资产出资人权益的重大事项，并进一步明确了重大事项的内容，即：国家出资企业合并、分立、改制、上市，增加或者减少注册资本，发行债券，进行重大投资，为他人提供大额担保，转让重大财产，进行大额捐赠，分配利润，以及解散、申请破产等重大事项。其中对实践中最易发生国有资产流失的四个环节，即企业改制、与关联方交易、资产评估、国有资产转让等分别进行规范。

#### （一）企业改制

《企业国有资产法》第一次明确界定了什么是“企业改制”，即指国有独资企业改为国有独资公司，国有独资企业、国有独资公司改为国有资本控股公司或者非国有资本控股公司以及国有资本控股公司改为非国有资本控股公司。国有独资企业、国有独资公司的改制由履行出资人职责的机构决定。对于国有资本控股公司来说，股东会、股东大会是其权力机构，决定公司的重大事项，因此国有资本控股公司改制由公司股东会、股东大会决定。但如果是国有独资企业、国有独资公司、国有控股公司改为非国有资本控股公司改制的方案，以及重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司改制的方案，则须有履行出资人职责的机构事先报请本级人民政府批准。此外，为充分保障改制企业职工权

益，企业改制涉及重新安置职工的，还应当制定职工安置方案，并经职工代表大会或者职工大会审议通过。

#### （二）关联方交易

《公司法》和《企业会计准则》规定的关联方主要包括该企业的控股股东、实际控制人，董事、监事、高级管理人员，该企业直接或间接控制的企业等，范围比较宽泛。《公司法》等法律、行政法规对企业与其关联方之间的交易行为进行规范，是为了保证交易的公平、公正，维护企业中小出资人和债权人的利益。而《企业国有资产法》是从保障国家出资企业利益，防止国有资产损失的角度出发，界定的关联方比《公司法》意义上关联方的范围窄，限于国家出资企业的董事、监事、高级管理人员及其近亲属，以及这些人员所有或者实际控制的企业。为防止国家出资企业中的董事、监事、高级管理人员利用其在国家出资企业的职权牺牲企业利益，为自己或亲属谋取不正利益，《企业国有资产法》规定，国有独资企业、国有独资公司非经履行出资人职责的机构同意，不得与关联方订立财产转让、借款协议，不得为关联方提供担保，不得与关联方共同投资设立企业或者向董事、监事、高级管理人员或者其近亲属所有或实际控制的企业投资。对于国有资本控股、参股公司与关联方的交易，应按照《公司法》和有关行政法规以及公司章程的规定，由公司股东会、股东大会或者董事会决定。

#### （三）国有资产评估

《企业国有资产法》第四十七条规定：“国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司合并、分立、改制，转让重大财产，以非货币财产对外投资，清算或者有法律、行政法规以及企业章程规定应当进行资产评估的其他情形的，应当按照规定对有关资产进行评估”。按照该规定，针对国有资产评估而制定的法律或行政法规应当只包含1991年由国务院颁布的《国有资产评估管理办法》，但国资委官员对该条进行了扩大解释，也即此前所制定的有关法律、行政法规均应当遵

守，相关规章也应当遵守。据此，国有资产的评估主体及评估情形的范围显然并不局限于第四十七条的规定。

### 1、 国有资产评估的主体

根据《企业国有资产评估管理暂行办法》<sup>7</sup>，应当进行资产评估的主体包括各级国有资产监督管理机构履行出资人职责的企业及其各级子企业。如果这里的“国有资产监督管理机构履行出资人职责的企业”与《企业国有资产法》中的国家出资企业含义完全一致的话，即所出资企业是指国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司和国有资本参股公司，则根据我们的了解，实践中要求进行国有资产评估的主体与《企业国有资产评估管理暂行办法》存在出入。北京和上海国有资产监督管理委员会认为国有资本参股公司投资设立的企业不需要进行资产评估，且不论与该投资设立的企业间是否存在控制关系。但是对于国有或国有控股企业设立的企业，即使与该下属企业之间不存在控制关系，也依然要求该下属企业在发生评估情形时进行资产评估。依据这一观点，国有资产评估的主体应当包含：（1）国家出资企业，（2）国家出资企业下设各级子企业，但如果该国家出资企业是国有参股企业可能除外，（3）国有独资企业、国有独资公司及国有资本控股公司投资设立的非控股企业。其他省市地区的国资委官员对这一问题的理解可能存在不同。

### 2、 国有资产评估的情形

《企业国有资产法》第四十七条只规定了合并、分立、改制，转让重大财产，以非货币财产对外投资，清算等六种需要进行资产评估的情形，《企业国有资产评估管理暂行办法》的规定不仅包含了上述情形，还包含了国有股东股权比例发生变动，产权转让，收购非国

有单位的资产，接受非国有单位以非货币资产出资，接受非国有单位以非货币资产抵债，资产租赁给非国有单位，资产涉讼等情形，几乎涵盖了所有以往需要进行资产评估的情形。

有关《企业国有资产评估管理暂行办法》中规定的资产评估的情形，有几点在此作一探讨：（1）关于非上市公司国有股东股权比例变动。这一条包含的范围实际上相当广泛，应当不仅包含国有产权转让，国有股东增减公司注册资本的情形，还应当包括在非国有股东增减公司注册资本致使国有股东股权比例被摊薄或变动的情形。（2）《企业国有资产评估管理暂行办法》规定资产转让以及产权转让均需要进行评估，该规定项下的“资产”概念显然与《企业国有资产法》下“资产”的概念不同，应当理解为是实物资产，而非权益。对于财产或资产的转让的评估要求是否有金额的限制？仅有1992年《国有资产评估管理办法施行细则》中规定：资产转让是指国有资产占有单位有偿转让超过百万元或占全部固定资产原值百分之二十以上的非整体性资产的经济行为。但上述规定显然已经与目前的实践相脱节，实践中非经营性的资产/财产转让原则上都要评估。（3）《企业国有资产法》下的国有资产是指权益，而非实物，对于实物资产用的是“财产”这一概念。《企业国有资产评估管理暂行办法》下的资产则似应指实物更为妥当，如果按照此种理解，那么第六条下第（十）项的规定是否只局限于收购非国有单位的实物资产呢，若是收购非国有单位的股权，是否就意味着无需评估？这种理解显然有失偏颇，原则上我们认为收购非国有单位的股权应当视同购买资产一样，也应当评估。

### 3、 国有资产评估的价格

《企业国有资产法》在国有资产转让一节中规定国

7 《企业国有资产评估管理暂行办法》第二条：各级国有资产监督管理机构履行出资人职责的企业（以下统称所出资企业）及其各级子企业（以下统称企业）涉及的资产评估，适用本办法。

8 《企业国有资产评估管理暂行办法》第六条 企业有下列行为之一的，应当对相关资产进行评估：（一）整体或者部分改建为有限责任公司或者股份有限公司；（二）以非货币资产对外投资；（三）合并、分立、破产、解散；（四）非上市公司国有股东股权比例变动；（五）产权转让；（六）资产转让、置换；（七）整体资产或者部分资产租赁给非国有单位；（八）以非货币资产偿还债务；（九）资产涉讼；（十）收购非国有单位的资产；（十一）接受非国有单位以非货币资产出资；（十二）接受非国有单位以非货币资产抵债；（十三）法律、行政法规规定的其他需要进行资产评估的事项。

有资产转让的价格应当以依法评估的，经履行出资人职责的机构报经本级人民政府核准的价格为依据，合理确定最低转让价格。但是并未明确什么是“合理”，目前判断的标准仍然是依照《企业国有资产评估管理办法》第二十二條，即“企业进行与资产评估相应的经济行为时，应当以经核准或备案的资产评估结果为作价参考依据；当交易价格低于评估结果的90%时，应当暂停交易，在获得原经济行为批准机构同意后方可继续交易。”

#### （四）国有资产转让

《企业国有资产法》中的国有资产转让是指将国家对企业的出资所形成的权益有偿转让给其他单位或者个人的行为，即转让国有股东权益的行为，不是指国家出资企业转让其机器设备、知识产权等财产的行为。企业依法处分属于企业法人财产的实物资产、知识产权等财产，属于经营自主权范畴；而转移国家对企业的出资权益，则涉及国家权益的变动，由法律进行规范。除按照国家规定可以直接协议转让的以外，国有资产转让应当进场交易。《企业国有资产法》中国有资产转让的概念与2003年《企业国有产权转让管理暂行办法》中的国有产权转让的概念基本一致。但是实践中有些地方的国有资产监督管理部门也会要求转让实物资产需要进场交易。

国有资产转让进场交易的主体的范围与国有资产评估的主体的范围基本一致。在判断国家出资企业投资设立的子企业到几级应当进场交易的问题时，国资委产权局官员曾经非官方表示<sup>9</sup>一般计算到第三级子企业。但是地方上的国有资产监督管理部门对这个标准的掌握比较严格，以北京为例，如果存在控制关系，则不论是几级子企业，在其转让国有产权时均应当进场交易。因各地对于国有资产转让进场交易的要求标准不一，上述意见在实践中只能作为参考。

#### 四、《企业国有资产法》对企业职工民主管

#### 理、民主监督的权利作出专门规定

《企业国有资产法》明确要求国家出资企业依照法律规定，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。国家出资企业中应当由职工代表出任的董事、监事由职工民主选举产生。国家出资企业的合并、分立、改制、解散、申请破产等重大事项，应当听取企业工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议，如果企业改制涉及重新安置企业职工的，还应该制定职工安置方案，并经职工代表大会审议通过。

#### 五、国有资本经营预算的相关规定

《企业国有资产法》专章规定了国有资本经营预算。国家取得的下列国有资本收入，以及下列收入的支出，应当编制国有资本经营预算：（一）从国家出资企业分得的利润；（二）国有资产转让收入；（三）从国家出资企业取得的清算收入；（四）其他国有资本收入。《企业国有资产法》第六十一条规定，“国务院和有关地方人民政府财政部门负责国有资本经营预算草案的编制工作，履行出资人职责的机构向财政部门提出由其履行出资人职责的国有资本经营预算建议草案。”从这些规定可以看出国有资本经营的收益属于国家，而不属于国资委。将国有资本经营收益纳入预算管理，有利于合理调整和规范国家出资企业的收入分配关系，有利于增强政府的宏观调控能力，进一步推进国有经济布局和结构的战略性调整，促进国有企业的改革和发展，也有利于让全体人民共享国有资本的经营成果。

《企业国有资产法》提升了国有资产管理制度的立法层次，但是从法律实务操作的角度来看，并未有实质性的重大改变，具体操作很大程度上仍然依赖于该法颁布之前的行政法规，部门规章，政策性文件以及主管国资委的解释和意见。

<sup>9</sup> 2007年3月，国资委产权局谢军副局长谈及对含有国有产权的有限责任公司一般界定到第三层，比如说，第一层是国有全资，第二层是60%国有控股，第三层仍是被第二层公司60%控股，那么第三层仍算是国有控股，但第三层再往下面投资就不再做界定了。

# 食品安全法与民事责任制度的新发展

胡孝红<sup>1</sup>

于2009年6月1日生效的《中华人民共和国食品安全法》（“食品安全法”）极大地强化了食品生产及流通环节中相关民事主体的法律责任，在惩罚性赔偿以及个人食品广告代言人、集中交易市场的组织者和提供者的法律责任等方面都大大突破了以前的法律和司法实践。

## 一、惩罚性赔偿

食品安全法第96条规定，生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。此条所规定的“价款十倍的赔偿金”是该法所确立的新的惩罚性民事赔偿制度，完全改变了《中华人民共和国消费者权益保护法》（“消法”）所确立的“退一赔一”的赔偿原则。

### 1. 惩罚性赔偿的新制度

消法第49条规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。此即所谓该法所确立的“退一赔一”的赔偿原则。而根据食品安全法的前述规定，消费者如果购买到不符合食品安全标准的食品，可以向食品的生产者或销售者提出赔偿实际损失，并增加赔偿价款十倍的赔偿金。

<sup>1</sup> 君合律师事务所上海分所律师。

## 2. 具体适用的相关事项

(1) 责任性质。从前述食品安全法和消法的相关规定看，消费者主张赔偿的前提条件是食品生产者或销售者(经营者)存在生产或销售不符合食品安全标准的食品的欺诈行为，法律对于此种欺诈行为之民事责任的性质此并无明确规定。此种欺诈行为既可以基于合同法律关系，即消费者在其与食品生产者或销售者的合同关系中受到违约行为的侵害；也可以基于侵权法律关系，即食品生产者或销售者违反了食品安全法及消法所规定的法定的提供安全食品的法律义务。

(2) 责任原则。如果消费者以侵权行为为由提起索赔要求，则食品安全侵权行为实行的侵权责任原则是无过错责任，即只要食品生产者或销售者存在欺诈行为，不管其主观上是否存在故意或过失，即应依法承担赔偿责任。如果消费者以违约为由主张惩罚性赔偿，则中国合同法实行的是严格责任，同样不以违约一方当事人是否存在故意或过失为前提。

(3) 惩罚性赔偿的权利主体。

根据食品安全法的前述规定，有权主张十倍价款赔偿的主体只能是消费者。则在食品生产者与食品销售者之间的食品中间流通环节不存在惩罚性赔偿，即如果食品销售环节的中间商只能根据中国合同法向生产者主张合同法项下的违约责任，而不能主张十倍赔偿。

另外，“知假买假”的职业打假人是否属消费者在实践中将引发争议。从消法的司法实践看，此前法院曾经以职业打假者并非消费者为由驳回了职业打假者的双倍赔偿诉讼请求。例如广州中院对于一起被判定为职业打假者的案件，认为根据消法第2条的规定，消费者的一个重要的特征是进行生活性消费，而不是进行经营活动，职业打假者为牟利而知假、买假，其目的不是为满足生活消费需要，因而不具有该法所确定的消费者的法律地位。北京的法院也作出过类似判决。

## 二、虚假广告代言人的连带责任

食品安全法第55条规定，社会团体或者其他组织、

个人在虚假广告中向消费者推荐食品，使消费者的合法权益受到损害的，与食品生产经营者承担连带责任。此即所谓虚假广告代言人的连带责任，因食品生产经营者的十倍赔偿原则，不仅个人广告代言人的赔偿责任得以确立，虚假广告代言人的民事责任也大幅提高。应当注意，《中华人民共和国广告法》(“广告法”)第38条仅规定，社会团体或者其他组织，在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务，使消费者的合法权益受到损害的，应当依法承担连带责任。

### 1. 个人广告代言人的连带赔偿责任

从广告法及其司法实践看，个人广告代言人在此前的司法实践中一般均被认为不承担民事责任，因为广告法明确规定了“社会团体或者其他组织”在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务，使消费者的合法权益受到损害的，应当依法承担连带责任，而并未规定“个人”的民事责任。则广告法中没有明确规定的主体，比如广告节目的出演人，包括明星、专家、名人等自然人在虚假广告活动中并不需要承担民事法律责任。这种消极的法律解读是许多案例中法院驳回原告对于个人产品代言人诉讼请求的关键理由。

而在食品安全法施行后，因为该法明确规定了“社会团体或者其他组织、个人”在虚假广告中的民事责任，从而使得个人广告代言人的民事责任得以明确。而且，这种民事责任是法定的和连带的。

### 2. 连带责任与广告合同的当事人约定

从法律关系的角度看，因为广告代言人的赔偿责任是法定的，所以不应受广告代言人与食品生产者或销售者之广告合同相关条款的约束，也即广告代言人一旦被诉，并不能以其与食品生产者或销售者之间的合同条款对抗消费者，而只能先行赔付。

这一规定将极大地增加食品广告代言人的法律风

险。原因在于：

首先，食品广告代言人的法律责任是个人责任，依法应当以个人的全部财产来承担。

其次，一旦出现食品安全事故，食品生产者或销售者在大规模的包括消费者的求偿和经销商对其提起的违约索赔在内的民事求偿面前往往可能走向破产，因为食品生产者或销售者作为企业，承担的是有限责任，即只要企业以其全部财产赔偿，不足的部分不再赔偿。而食品广告代言人作为个人，不但其现有的财产可以作为赔偿基础，而且其今后合法取得的个人财产均可以作为赔偿的基础，直至执行全部到位。

第三，食品广告代言人即使在其与生产者或销售者的广告合同中约定广告代言人的赔偿将由食品生产者或销售者予以补偿，此种约定也不能完全保护个人广告代言人。因为如前所述，一方面，此种条款不具有对抗食品消费者的法律效果；同时，因为食品生产者或销售者往往作为仅承担有限责任的企业，在其破产的情况下，前述广告合同的约定也不再具有补偿广告代言人的实际效果。

### 三、集中交易市场的开办者、柜台出租者及展销会举办者的连带责任

食品安全法第52条规定，集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者未履行法定的对于入场食品经营者的监督检查义务，本市场发生食品安全事故的，应当承担连带责任。这一规定也根本改变了此前的相关法律规定及实践。

#### 1. 先行连带责任的确立

根据消法第38条的规定，消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，在展销会结束或者柜台租赁期满后，可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。可见，在食品安全法实施以前，消费者只能在展销会结束或者柜台租赁期满后，才可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。此

条文所确立的其实是一种补充的连带责任。

食品安全法则重新规定了集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者的“先行”连带责任，即只要发生食品安全事故，即可能承担连带法律责任。

#### 2. 连带责任的性质

应当注意，食品安全法并未明确规定集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者连带法律责任的性质，即其承担的仅属向消费者承担的民事责任，还是也包括了行政责任并不清楚。从法律体系解释的角度看，此处的“连带法律责任”应当包括行政责任和民事责任。

#### 3. 抗辩事由

当然，集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者可以主张存在抗辩事由，即其已履行了法定义务，包括：审查了入场食品经营者的许可证，明确了入场食品经营者的食品安全管理责任，定期对入场食品经营者的经营环境和条件进行了检查，发现食品经营者有违反本法规定的行为的，及时制止并立即报告了所在地县级工商行政管理部门或者食品药品监督管理部门。只有在其未能证明已履行前述法定义务的情况下，才应承担连带法律责任。