

NEWSLETTER 中伦e简报 深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

01 /

回顾 | 2018年证券虚假陈述民事诉讼案件
年度观察与前瞻

02 /

《施工合同司法解释二》
尘埃落定, 工程风险管理路向何方

03 /

关于商业银行设立
理财子公司的法律实务

04 /

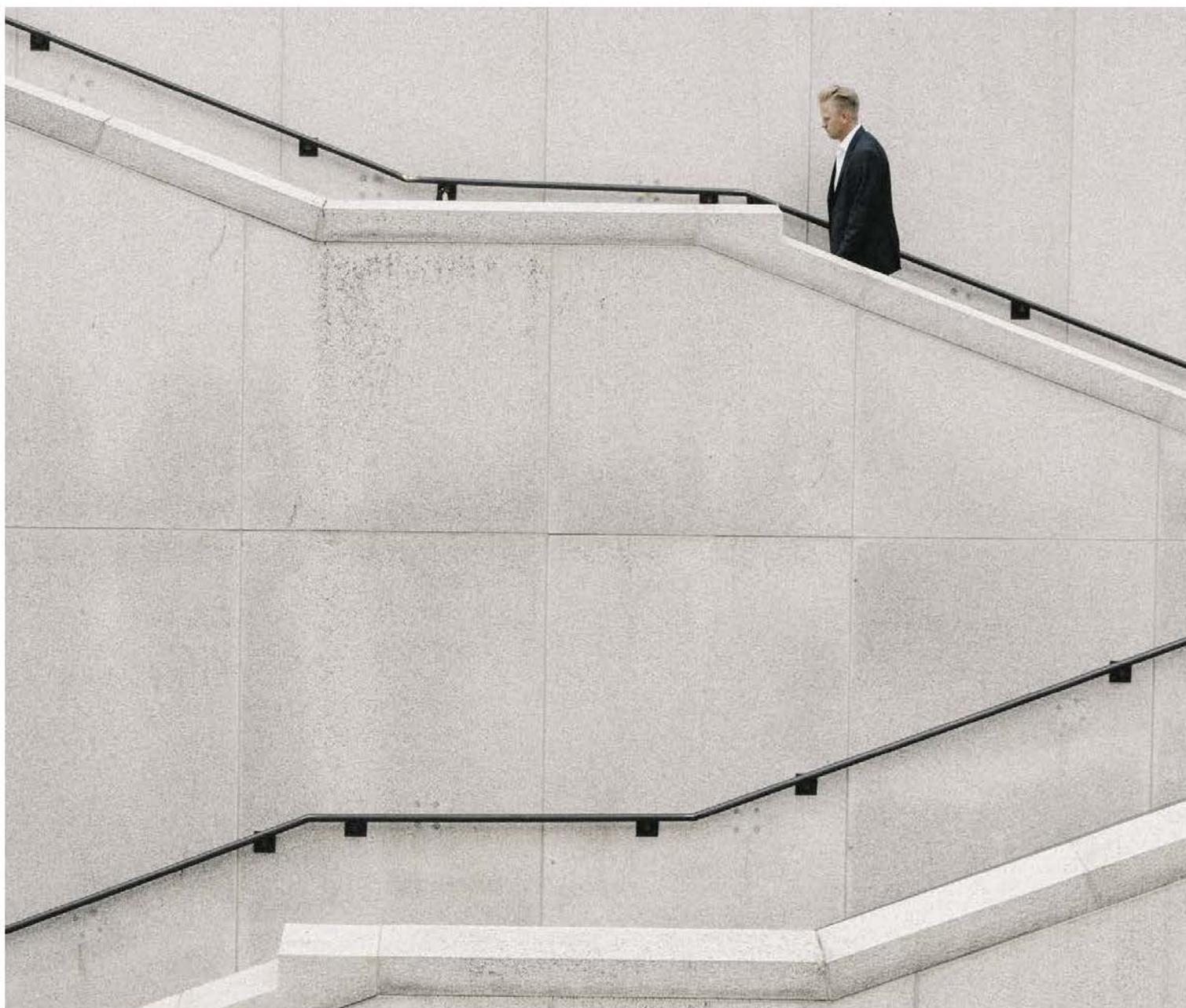
在美国开展业务的
中国公司高级管理人员的责任

05 /

盘点2009-2018:
汽车行业知识产权保护
实务进展与最新案例

回顾 | 2018年证券虚假陈述 民事诉讼案件 年度观察与前瞻

作者：张保生 朱媛媛 金曼特



近年来，随着证券监管趋势从严，越来越多的上市公司及其他市场主体因信息披露违法违规被行政处罚，从而引发大批投资者提起证券虚假陈述民事赔偿诉讼。至2018年底，最高人民法院出台《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（下称“《虚假陈述司法解释》”）已经十六年。随着虚假陈述案件数量的增加和信息披露违法情形的复杂化，司法实践中各种争议问题层出不穷。

2018年，我们代理十多家上市公司和证券公司应对投资者提起的证券虚假陈述民事诉讼案件数千件，深刻体会到本年度证券虚假陈述民事案件的变化和发展。基于此，我们回顾总结2018年证券虚假陈述民事诉讼的整体情况，并对今后可能的趋势进行展望，以期帮助资本市场参与主体快速、准确、全面地了解虚假陈述诉讼案件的司法现状及动向。

第一部分 2018年证券虚假陈述民事诉讼的整体情况

1、2018年因信息披露违法而被行政处罚的上市公司超过30家

根据2018年中国证监会行政处罚情况综述，2018年中国证监会作出行政处罚决定共计310件，同比增长38.39%，其中，信息披露违法类案件处罚56起¹，涉及上市公司33家。

2、2018年维权律师征集虚假陈述诉讼新增上市公司超过50家

一旦上市公司因信息披露违法被证券监管部门行政处罚，维权律师便会公开征集符合索赔区间的投资者向上市公司进行索赔，甚至在行政处罚事先告知阶段，维权律师便开始进行预征集。根据新浪股民维权平台统计，因涉嫌虚假陈述而正处于被维权律师公开征集索赔的上市公司有109家，其中2018年新增上市公司超过50家。²

3、2018年人民法院审理的证券虚假陈述诉讼逾3500件，涉及上市公司超过50家

在中国裁判文书网中，“证券虚假陈述责任

纠纷”案由项下共检索到13829起案件（含判决书、调解书、裁定书），其中2018年新增3878件，一审程序2832件、二审程序999件、再审审查程序45件、其他程序2件，涉及上市公司52家。³需要说明的是，由于2018年审理的部分证券虚假陈述诉讼尚未审结，法院受理的证券虚假陈述诉讼的实际数量应远远超过上述数字。

第二部分 2018年证券虚假陈述民事诉讼案件“居高不下”的原因

1、证券监管部门保持依法、全面、从严监管的高压态势，更多的上市公司被行政处罚

近年来，为深化金融改革、防控金融风险、净化资本市场，中国证监会秉持依法、全面、从前的监管政策，继续提高执法力度的持续性。根据中国证监会稽查执法情况通报，针对信息披露违法违规案件，中国证监会2015年立案调查60件，2016年立案调查73件，2017年立案调查64件，2018年则继续保持高压态势，仅上半年就新增立案39件，同比增长50%，全年处罚信息披露违法案件56件。⁴

2、2015年“牛市转熊市”和2016年

初“熔断”以及之后延续至2018年的A股市场的持续低迷，导致投资者在二级市场的投资损失惨重。在相关上市公司被行政处罚后，投资者有通过提起诉讼止损或减损的维权动力

3、证券维权律师队伍逐渐壮大

由于证券虚假陈述诉讼案件专业性强、索赔周期长、前期成本高等原因，此前专门代理中小投资者提起诉讼的律师，除宋一欣、许峰、吴立骏、厉健、王智斌、臧小丽等知名证券维权律师外，其他律师参与较少。近年来，随着被行政处罚的上市公司数量激增，大量提起诉讼的投资者获得赔偿，越来越多的律师加入证券维权队伍，参与代理证券虚假陈述案。在我们代理上市公司应诉过程中，见到越来越多的代理原告的新面孔。据了解，目前全国约有近百位律师代理投资者证券虚假陈述案件。

1. 参见中国证监会“2018年证监会行政处罚情况综述”，http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwd-d/201901/t20190104_349383.html（最后访问时间2019年1月6日）。

2. 参见“新浪股民维权”平台，<https://wq.finance.sina.com.cn/company/list>（最后访问时间2019年1月6日）。

3. 参见“中国裁判文书网”，<http://wenshu.court.gov.cn/Index>（最后访问时间2019年1月6日）。

4. 参见中国证监会“2018年证监会行政处罚情况综述”，http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwd-d/201901/t20190104_349383.html（最后访问时间2019年1月6日）。

4、证券维权律师征集方式“互联网化”，并与第三方网络平台合作，使得维权律师更容易征集到大批量的符合索赔条件的投资者

互联网科技的发展极大影响了维权律师的征集方式，维权律师开始利用微信公众号、微博等自媒体在网络上公开征集股民索赔，同时与“新浪维权平台”、同花顺软件内置的“股民维权中心”、《大众证券报》设立的“大众维权易”等第三方平台建立合作机制，利用第三方平台强大的流量优势动辄征集数以千计的股民起诉上市公司。

5、有些社会资本开始进入证券虚假陈述诉讼领域，为证券虚假陈述维权提供资金支持，投资者和维权律师的诉讼成本和败诉风险被转移

自2015年起，社会资本开始关注和进入证券虚假陈述案件领域，以垫付诉讼费、律师费、差旅费等方式为投资者提供资金支持，降低甚至消除投资者的维权成本，事后再以约定一定比例分享索赔额的方式获取收益。

2018年4月9日，深圳前海鼎颂投资有限公司设立虚假陈述维权专项资金，为符合虚假陈述索赔条件的证券投资者垫付维权所涉及的诉讼费、律师费及其他维权相关的前期费用，将索赔诉讼中案件的诉讼费用损失风险、案件的败诉风险及聘请律师的专业度风险，转移至专项维权资金来承担，以帮助因虚假陈述而蒙受损失的投资者更好地行使权利。⁵

6、中证中小投资者服务中心提起证券支持诉讼形成引导效应

中证中小投资者服务中心有限责任公司（下称“投服中心”）是中国证监会批复成立的一家公益性投资者保护专门机构，主要职责是为中小投资者自主维权提供教育、法律、信息、技术等服务。自成立以来，投服中心代表中小投资者对多家上市公司提起证券支持诉讼，2018年，

投服中心针对“超华科技”、“雅百特”、“ST大控”证券虚假陈述公开征集受损投资者。

第三部分 2018年证券虚假陈述民事诉讼的特点

1、虽然人民法院受理证券虚假陈述案件不再设置前置程序，但未提交行政处罚决定书或刑事判决书的，仍被人民法院驳回起诉

2015年12月24日，最高人民法院在《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中提出，根据立案登记司法解释规定，因虚假陈述、内幕交易和市场操纵行为引发的民事赔偿案件，立案受理时不再以监管部门的行政处罚和生效的刑事裁判文书认定为前置条件。当时很多观点认为，此后投资者提起证券虚假陈述民事诉讼，将无需以行政处罚决定或刑事裁判文书为依据。

由于前置程序取消系以立案登记制改革为契机，但并没有修改现行的《虚假陈述司法解释》，也未再出台新的司法解释，因此，在实践中，多数人民法院虽然不以行政处罚或刑事裁判作为立案受理的条件，但在受理案件之后，仍以《虚假陈述司法解释》关于前置程序的规定仍然有效为由，裁定驳回原告的起诉。例如，2018年3月24日最高人民法院“威华股份案”⁶裁定认为，根据立案登记制改革规定，人民法院实行登记立案，但没有行政处罚决定或刑事裁判文书的起诉不符合《虚假陈述司法解释》第六条规定的法定受理条件，原审法院驳回起诉，并无不当。

2、在很多案件中，投资者除将上市公司列为被告外，同时将券商、会计师事务所、律师事务所等中介服务机构、上市公司董监高等其他责任主体列为共同被告

此前，受限于上市公司“财大气粗”的固有印象，绝大多数投资者在提起证券虚假陈述诉

讼时仅以上市公司为被告。但是，2018年资本市场寒冬持续，上市公司业绩低迷、赔付能力下降，上市公司已经不再是投资者索偿的“保底”选择。

鉴于此，越来越多的投资者在起诉上市公司的同时，将券商、会计师事务所等中介机构及其他责任主体列为共同被告，以增强被告的赔付能力。例如，在“欣泰电气案”中，投资者将兴业证券股份有限公司列为共同被告；在“大智慧案”中，部分投资者将立信会计师事务所列为共同被告；在“海润光伏案”中，部分投资者将大股东江苏紫金电子集团有限公司、江苏省九润管业有限公司列为共同被告；在“鞍重股份案”中，有投资者将西南证券股份有限公司、利安达会计师事务所列为共同被告；在“保千里案”中，有投资者将时任上市公司董事列为共同被告；在“雅百特案”中，在中国证监会对金元证券股份有限公司、众华会计师事务所作出行政处罚决定前，就已经有投资者将二者列为共同被告。

3、法院审理模式向精细化、规范化、科学化转型，效果显著

早年间，由于证券虚假陈述民事案件专业性强，各地法院常见的审理思路大多较为粗放，要么站在保护中小股民的立场全部支持原告诉讼请求，要么以投资者的损失完全是由系统风险造成的为由驳回原告全部诉讼请求，要么竭力推动各方调解结案，要么酌情认定系统风险剔除比例，相关判决书多呈现出“宜粗不宜细”的特点。

近年来，随着法律职业共同体内各方观点的不断交流和碰撞，人民法院对此类案件的审理日趋精细化、规范化和科学化。例如，不同于

5. 参见“证券虚假陈述行为诉讼维权专项资金成立 更好保护中小投资者利益”，http://www.sohu.com/a/227760917_115124（最后访问时间 2019 年 1 月 6 日）。

6. 参见最高人民法院（2018）最高法民申 264 号《民事裁定书》。

此前不对“因果关系”下的“交易因果关系”进行剥离分析的做法，重庆市第一中级人民法院在“北大医药案”⁷中、宁波市中级人民法院在“圣莱达案”⁸中，根据虚假陈述实施日、证券市场的整体波动情况和原告的具体交易行为，对实施日后投资者的买入决策究竟是否系受到案涉虚假陈述行为的诱导进行了严谨分析，进而对被告关于“不存在交易因果关系”的主张予以支持；又如，不同于此前对“系统风险等其他因素”的考察更多拘囿于揭露日到基准日期间的做法，沈阳市中级人民法院在“鞍重股份案”⁹中，通过对比实施日前后和揭露日前后鞍重股份、深证综指和行业指数的涨跌情况，判决认为案涉虚假陈述实施前股价暴涨系受重大资产重组预期而非案涉虚假陈述的影响，在揭露日前股价回落也非受到虚假陈述被揭露的影响，因此该部分“泡沫”被挤出导致的损失并非由案涉虚假陈述所致，不应由鞍重股份承担责任。

2018年6月1日，最高人民法院发布《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》，明确指出要加强和规范法院裁判文书释法说理工作，提高释法说理水平和裁判文书质量。证券虚假陈述案件审理模式日趋精细化，无疑也是人民法院提升司法公信力、发挥裁判定纷止争和价值引领作用之路上的显著成果。

4、虚假陈述行为是否具有“重大性”成为常见争议焦点

因《证券法》、《虚假陈述司法解释》对于证券侵权行为的重大性问题没有明确规定，实践中对此争议颇大。此前，法院一般认为，信息披露违法行为的重大性问题已经在行政处罚或刑事裁判程序得到认定，故在民事案件审理中可不予涉及而直接予以认定。但是，从近年来特别是2018年的司法判例看，在存在行政处罚决定的情况下，法院也开始考虑信息披露违法行为是否具备“重大性”的问题。例如，在“京天利案”、“祥源文化案”、“北大医药案”、“顺鼎股份案”、“益盛药业案”、“海润光伏案”、“保千里

案”、“甘肃皇台案”中，被告的信息披露违法行为为是否具备重大性均属于案件审理的主要争议焦点之一，并且在“北大医药案”中，人民法院认定案涉虚假陈述行为不具有重大性。

5、虚假陈述揭露日的认定仍然是核心争议焦点，并且是司法审判难点

揭露的意义在于向证券市场释放警示信号，但是，对于揭露行为究竟应当对虚假陈述行为揭露到何种程度才能起到充分的风险警示作用，往往存在较大争议。揭露日在判断投资损失与虚假陈述之间是否存在因果关系方面具有重要意义，直接决定了投资者的索赔范围，因此长期以来都是当事人的“必争之地”以及司法审判的重点和难点。

我国的立案调查强制公告制度与境外的通行做法并不一致，美国和我国香港地区都只要求披露正在进行的法律程序，而不强制要求披露立案调查。而监管机构的立案调查通知书通常仅列明“涉嫌违反信息披露法律法规”或者“涉嫌违反证券法律法规”，并不明确具体的信息披露违法行为。因此，在司法实践中，究竟是以立案调查公告日还是以行政处罚事先告知书公告日为揭露日，经常成为案件的最大争议焦

点。而无论认定哪个日期为揭露日，都均难以服众，因而又成为审判难点。

6、证券虚假陈述“交易因果关系”是否成立得到裁判更多关注

对于证券虚假陈述的交易因果关系和损失因果关系，《虚假陈述司法解释》并未作出明确区分。最高人民法院也仅在《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中指出，“要在传统民事侵权责任的侵权行为、过错、损失、因果关系四个构成要件中研究证券侵权行为重大性、交易因果关系特殊的质的规定性。”

随着司法审判逐渐精细化，各地法院开始逐渐将“交易因果关系”纳入审判视野，即对于在实施日至揭露日期间买入股票的投资者，不再“一刀切”地认为其交易决策都是受到了虚假陈述行为的诱导，而是通过对投资者交易行为的分析，审慎地对其投资决策与虚假陈述之

7. 参见重庆市第一中级人民法院（2018）渝01民初259号《民事判决书》。

8. 参见宁波市中级人民法院（2018）浙02民初967号《民事判决书》。

9. 参见沈阳市中级人民法院（2017）辽01民初418号《民事判决书》。



间是否具有交易因果关系作出认定。例如，重庆市第一中级人民法院在“北大医药案”中判决认为，原告买入股票时间主要在北大医药证券虚假陈述实施日一年后即2014年下半年“牛市”开始后，表明原告的投资行为与北大医药的信息披露违法行为无关，该案所涉的信息披露违法事项与原告投资交易行为没有因果关系。

7、在被告举证充分的情况下，大多数法院均认定系统风险的存在并将其对投资损失造成的影响予以剔除，但各地法院对系统风险影响比例的确定标准不一

由于《虚假陈述司法解释》第十九条并未明确何为“系统风险”，加之“系统性风险”在传媒领域、金融领域和法律领域的不同定义，此前较多法院对被告关于系统风险的抗辩主张持保守态度，以“证据不足”为由不予支持。

近年来，随着人民法院对“系统风险”的认定和审判思路的不断进步与完善，“在证据充分的情况下考虑系统风险对投资者损失造成的影响并予以剔除”，在审判实践中已经基本形成共识，但是在确定系统风险的影响比例时，各地法院采取的标准仍然有所差异。例如，成都市中级人民法院审理的“金亚科技案”¹⁰、长春市中级人民法院审理的“益盛药业案”¹¹，判决均是采用“统一确定系统风险相对比例法”认定系统风险所占比例；但是，上海市第一中级人民法院审理的“创兴资源案”¹²和上海市高级人民法院二审的“大智慧案”¹³，则均是以“酌情认定”的方式对系统风险所占比例作出认定。

8、被告代理律师专业化水平的高低，对案件裁判结果的影响重大

证券虚假陈述案件专业性非常强。而根据《虚假陈述司法解释》的规定，只要投资者在虚假陈述实施日至揭露日买入股票，并在揭露日至基准日卖出或持有股票造成损失，则推定虚

假陈述行为与投资损失之间具有因果关系，虚假陈述行为人应承担赔偿责任。因此，一旦上市公司被行政处罚，则抗辩免责和减责的难度非常大。如果上市公司委托的律师不能根据案情提出有说服力的抗辩理由，并进行充分举证，则上市公司败诉的可能性很大。根据我们对2018年证券虚假陈述案件所有判例的研究，在该类案件中，被告代理律师的答辩和应对是否得当对案件裁判结果的影响重大。

9、原被告双方很难在法院主持下达成调解协议或自行和解

在早期的证券虚假陈述诉讼案件中，由于案件数量较少，在法院的主持、协调下双方当事人容易达成调解协议或在庭外和解。但是近年来，由于案件数量激增、索赔金额非常高，双方当事人对相关法律问题又存在较大争议，原被告双方当事人在法院主持下达成调解协议或自行和解的难度加大，和解或调解比例很低。

第四部分 2018年证券虚假陈述民事诉讼的特点

——已经出台超过十六年的《虚假陈述司法解释》越来越难以解决司法实践中日益复杂、疑难的法律问题，导致各地法院对争议焦点的裁判标准长期无法统一。在人民法院已经积累足够审判经验的当下，最高人民法院对司法解释进行修改势在必行。

——在司法解释修改后，前置程序将被明文废止，而作为证券虚假陈述民事赔偿责任的构成要件之一，被告的行为是否构成证券虚假陈述以及是否具备重大性将成为该类案件最核心的争议焦点，产生更大诉争空间。

——证券虚假陈述民事案件进入“井喷期”导致法院审判压力过大，以往“一案一立”、“一案一审”、“一案一结”的立案、审理和结案方式或

将有所调整，“电子卷宗+合并审理+批量结案”以及示范判决机制，可能成为审理模式调整的尝试方向。

——法院将在精细化审理的趋势上更进一步，对“重大性的认定”、“交易因果关系的认定”、“系统风险和非系统风险的识别和剔除”、“投资差额损失的计算方法”等问题出具更加明确、清晰和有说服力的认定。

——信息披露的真实、准确、完整、及时是资本市场健康运行的重要基础，由于证券监管部门对信息披露违法行为的打击力度并未减弱，因此未来证券虚假陈述民事案件将继续保持巨大体量。

后记

后记：针对证券合规和证券诉讼案件多发的现状和当事人对该类纠纷专业化法律服务的需求，中伦律师事务所组织了由多位合伙人和资深律师组成的证券合规和证券诉讼服务团队，专门为上市公司、证券公司、资产管理公司、基金公司及其董监高提供专业的证券合规和证券诉讼法律服务。近年来，中伦律师事务所的证券合规和证券诉讼服务团队先后协助数十家上市公司、证券公司、资产管理公司和基金公司处理了大量的证券合规和证券诉讼业务，积累了丰富的经验，取得了非常好的效果，也得到了客户的信任和高度认可。

10. 参见四川省成都市中级人民法院（2018）川01民初903号《民事判决书》。

11. 参见吉林省长春市中级人民法院（2017）吉01民初1063号《民事判决书》。

12. 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪01民初393号《民事判决书》。

13. 参见上海市高级人民法院（2018）沪民终177号《民事判决书》。



张保生
合伙人
争议解决部
北京办公室
86 10 5780 8368
zhangbaosheng@zhonglun.com

《施工合同司法解释二》 尘埃落定，工程风险管理路向何方

作者：张炯、张文婧、孙傲



2019年1月3日，最高院正式公布《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2018〕20号）（下称“《解释二》”）。距离2004年10月颁布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（下称“《解释一》”），《解释二》已相隔超过十四年。在此期间，社会环境变化巨大，《解释一》在面对大量复杂的工程争议时，已渐显捉襟见肘。而为尽可能统一裁判尺度，在《解释二》出台之前，各省高院相继出台了关于施工合同的审理意见，而最高院也通过审判会议纪要的方式对工程领域的焦点问题予以回应。

经过梳理和比较，我们发现：就《解释二》的部分内容，实际是将此前分散在各地高院审理意见及司法案例中的、裁判实践中已基本达成一致的共识，上升司法解释的层面，此为“不变”；但是，对于《解释二》其他内容，既有对旷日持久争议的“定纷止争”，也有对此前常识的“颠覆性修改”，是为“变”。因此，在《解释二》出台之后，如果业主和承包商不能注意到其中的“变”与“不变”，并相应调整工程管理思路和合约安排，则很可能会出现风险分配事与愿违、商业目的无法实现的情形。

本文旨在：（1）通过与此前法律法规及各省司法意见的对比，帮助读者梳理来龙去脉，识别《解释二》中的“守旧”与“革新”，理清“变”与“不变”；（2）提示广大业主、承包商注意，在新的法律环境下，工程纠纷和管理实践中可能面临的新的风险及应对之道。

第一部分\ “实质性内容”不一致的认定 及处理

（一）“其他协议”与“中标合同”之间的 实质性内容不一致（第一、九条）

原规定

《招标投标法实施条例》

第五十七条：招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

《解释一》

第二十一条 当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。

最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部

《解释二》

第一条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

原规定

分) 纪要》(法[2016]399号)

31. 招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实质性内容的协议, 导致合同双方当事人就实质性内容享有的权利义务发生较大变化的, 应认定为变更中标合同实质性内容。

《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》(京高法发[2012]245号)(下称“《北京高院解答》”)

16、“黑白合同”中如何认定实质性内容变更?

招投标双方在同一工程范围下另行签订的变更工程价款、计价方式、施工工期、质量标准等中标结果的协议, 应当认定为《解释》第二十一条规定的实质性内容变更。中标人作出的以明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设方捐款等承诺, 亦应认定为变更中标合同的实质性内容。

河北省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南》(冀高法〔2018〕44号)(下称“《河北高院意见》”)

8、法律、行政法规未规定必须进行招投标的建设工程, 经过合法有效的招投标程序的, 当事人实际履行的建设工程施工合同与备案中标合同实质性内容不一致的, 应当以中标合同作为工程价款的结算根据。

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》(下称“《江苏高院解答》”)

7、《建设工程司法解释》第21条黑白合同的规则, 审判实践中如何适用?

非强制招投标的建设工程, 经过招投标或备案的, 当事人在招投标或备案之外另行签订的建设工程施工合同与经过备案的合同实质性内容不一致的, 以双方当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

《解释二》

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同, 变相降低工程价款, 一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的, 人民法院应予支持。

第九条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后, 与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容, 当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的, 人民法院应予支持, 但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

（二）中标合同与招投标文件及中标通知书之间的实质性不一致（第十条）

原规定

《招标投标法实施条例》

第五十七条：招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。

《解释二》

第十条 当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

变

（1）如果中标合同与招投标文件及中标通知书之间实质性内容不一致，应以后者为准

在工程实践中，中标后谈判的情形并不鲜见，双方可能会通过清标、谈判等方式，对招投标文件的实质性内容进行修改。但是，根据《解释二》第十条，如果当事人签订的施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，应以后者作为结算工程款的依据。在以往的裁判中，当招投标文件与最终签订的合同不一致时，支持合同仍然是司法界的主流意见，但通过《解释二》，招投标文件的重要性大大提高了，其作为合同组成部分在司法实践中的意义从此凸显出来。

但是，工程招投标的复杂性在于，在招投标过程中双方可能有大量的往来澄清，招投标文件的内容之间也常常存在差异。从而，合同本来是作为所有差异、矛盾的最终解决方案，现在这些差异又重新暴露出来。由此带来的问题是，虽有司法解释的规定，但基于招标文件、投标文件、往来澄清及清标过程中常见的内部

矛盾和差异，并不能简单的将其作为结算依据，而需要从法律性质及约定解释顺序等进行统一整合，由此增加了适用的不确定性。

从《解释二》第十条的规定，可以预期的是：首先，无论业主和承包商，都需要更加慎重地对待招投标文件，重视其法律价值，律师在合同之外对招投标文件审查的必要性亦需提上法务工作日程；其次，如果要避免招投标文件中诸多矛盾、歧义带来的不确定性，中标通知书作为招投标程序的最后一环，恐怕将成为解决所有实质性问题的关键，指望在此之后通过合同解决问题将不再现实，中标通知书将有可能从作为承诺的纯形式文件，发展成更为复杂和精巧的形式。

还有一点须注意的是：关于对实质性内容的认定，不同于《解释二》第一条采用“工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容”的表述，《解释二》第十条仅规定“工程范围、建设工期、工程质量、工程价款”，表明在认定中标合同与招投标文件实质性内容不一致时，法院仅考虑上述四个方面，而不包括其他内容，相比其他合同与中标合同实质性内容不一致的情形，认定标准更为严格。

（2）中标合同不仅是结算依据，而且是确定实质性内容不一致的各项权利义务的依据

根据《招标投标法实施条例》第五十七条，招标人和中标人不得订立背离中标合同实质性内容的其他协议。又根据《解释一》第二十一条，如果双方签订了与中标合同实质性内容不一致的合同，应以备案的中标合同作为结算依据。但是，如果双方的争议内容并非结算（如在施工过程中对工期或质量标准的争议等），应当以哪个合同为准？《解释一》没有规定，司法界也莫衷一是。

而《解释二》第一条明确规定，如果其他合同与中标合同存在实质性内容不一致，中标合同将是确定诸多重要权利义务的依据，而非仅为结算依据。在这种情况下，“阴合同”所能够争取的空间大大缩小了，在招投标项目中，另起炉灶的阴合同可能将受重创。在这种情况下，我们急切呼吁的是，施工合同招投标及合同备案制的改革和落地必须跟上《解释二》的步伐，消除普遍存在的“以审查代备案”、“政府包办合同”的现象，让招标文件及合同能够真正实现企业自己做主，这才是杜绝阴阳合同的根本之道。

但需要注意的是，针对中标合同与招标文件及中标通知书之间实质性内容不一致的情形，《解释二》第十条仍仅提到作为结算依据，是最高院有意区分对待，还是立法上的缺漏，有待进一步观察。

（3）对于非必须招标的合同，如果采用招标方式，也应以中标合同作为结算依据

根据《招标投标法实施条例》第五十七条和七十五条，无论依法是否必须招标，双方都不得签订背离中标合同实质性内容的其他协议。

但是，对于非必须招标的工程，如果中标合同和实际合同不一致，应当以哪个合同为准，

各地高院的意见并不一致。一种观点是以实际履行的合同为准（如《江苏高院解答》第二十一条）；另一种观点是中标合同为准（如《河北高院意见》第八条）。《解释二》支持了后者。

随着《解释二》的出台，以及政府对建设工程合同备案制度的改革，可以合理预见：为避免受到新司法解释的限制和约束，对于非必须招标的工程，市场上采用招标方式进行采购的情形可能将会越来越少，而采用比选、竞争性谈判等非招标方式选择承包商的会越来越多，即使遴选的程序是类似招标的程序，在采购文件中也可能回避与招投标有关的表述，而是以比选等更灵活的面貌出现。

不变

关于实质性内容的认定，以及对变相降低工程款情形的列举，《解释二》与此前各地司法意见基本一致。

第二部分 \ 合同无效相关问题

（一）违法建筑施工合同无效的情形（第二条）

原规定

《江苏高院解答》

3、未取得建设工程规划许可证、施工许可证所签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订的建设工程施工合同，应认定为无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经规划部门认可的，可以认定有效。

发包人未取得建设工程施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

《北京高院解答》

1、未取得建设审批手续的施工合同的效力如何认定？发包人尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的，应当认定合同有效。

发包人未取得建筑工程施工许可证的，不影响施工合同的效力。

《河北高院意见》

1. 发包人未取得建设用地规划许可证或建设工程规划许可证，

《解释二》

第二条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

原规定

《解释二》

与承包人签订的建设工程施工合同，应认定为无效。但在一审法庭辩论终结前取得两证或者经主管部门批准建设的，可以认定有效。

发包人已经办理建设用地使用权手续，但尚未取得建设用地使用权证，不影响合同效力。

发包人未取得建设工程施工许可证的，不影响合同效力。

变

（1）未规定未取得“建设用地规划许可证”时施工合同的效力

在北京、河北高院的司法意见及征求意见稿中，均规定未取得“建设用地规划许可证”的施工合同无效，但最终定稿的司法解释却没有体现，我们推测可能是因为“建设用地规划许可证”在未来或将取消。在正在审议《北京市城乡规划条例（修订草案）》中，即取消了建设用地规划许可证，对此，北京市副市长殷勇的解释是，建设单位取得国有土地使用权，即意味着获得用地许可，建设用地规划许可已不再具有独立存在的意义。

而在当前仍存续“建设用地规划许可证”的情形下，我们也倾向于认为未取得“建设用地规划许可证”的施工合同应为无效。其原因在于：（1）建设用地规划许可证通常为取得建设工程规划许可证的前提条件，如果未取得建设用地规划许可证，也通常未取得建设工程规划许可证，因此合同无效；（2）《解释二》第二条采用了“等规划审批手续”的表述，而建设用地规划许可证也可被解释在内。

（2）将认定合同效力的截止时间从一审法庭辩论终结前提升到起诉前

在北京、河北、江苏高院的司法意见及征求意见稿中，均是以一审法庭辩论终结前作为认定合同效力的截止期限。但是，合同效力的

认定是法官审判时首要确定的基础问题，如果法庭辩论终结前合同效力均处于不确定的状态，将可能会延长审理诉讼周期，增加诉累。可能是基于上述原因，《解释二》将补救合同效力的截止时间提前到起诉前。

也就是说，一旦一方起诉时工程未取得规划审批手续，则施工合同将确定无效，无论发包人之后是否补办手续，均不会再改变合同的效力。本处修改加大了违法建筑的合约风险。考虑到合同被认定无效后双方的权利义务将处于不确定的状态，发包人应争取尽早办理相关规划手续。

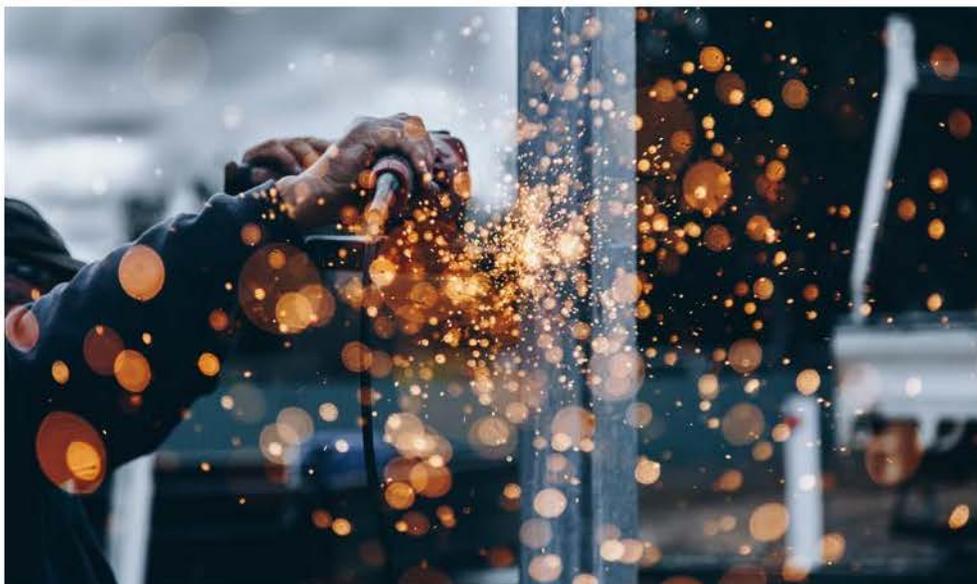
（3）增加了发包人拖延办理审批手续

情形的处理

根据《解释二》第二条，发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。但双方需要注意：（1）本条适用的前提是“发包人能够办理审批手续”，即工程已符合取得审批的实质条件，而只是形式上未办理审批手续；（2）本条仅是限制发包人主张合同无效的权利，但承包人仍可主张。

不变

对于未取得建设工程规划许可证合同的效力，《解释二》与此前各地司法意见基本一致。



(二) 合同无效后的赔偿责任 (第三条)

原规定

《河北高院意见》

14. 建设工程施工合同无效，当事人一方依照《合同法》第58条规定，请求对方赔偿其因合同无效所受到的损失，人民法院应当综合过错程度、损失大小、损失与对方的过错之间是否存在因果关系等因素，依照诚实信用原则和公平原则，做出认定和裁决。

《江苏高院解答》

5、建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，合同约定的哪些条款可以参照适用？

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，当事人主张工程价款或确定合同无效的损失时请求将合同约定的工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、工程质量、工期等事项作为考量因素的，应予支持。

《解释二》

第三条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

变

(1) 在无效合同损失赔偿问题上，沿用“无效合同有效化”的处理方式

根据《合同法》第五十八条，以及考虑到建设工程的特征，当施工合同无效后，会出现两个法律后果：(1) 已验收合格的工程无须返还，但发包人应当向承包人“折价补偿”；(2) 有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

就第一个法律后果“折价补偿”，从法理来看，一旦合同无效，全部条款（包括价格条款）均应无效；但是，考虑到“折价补偿”的标准难以确定，而合同条款相对而言最符合双方真意，且能较好平衡双方的利益关系，因此最高院采用了“无效合同有效化”的处理方式：即当工程竣工验收合格后，工程款支付仍“参照”合同约定。《解释一》第二条规定：“建设工程

施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”

但是，就第二个法律后果“损失赔偿”，实践中一直争议很大。例如：当合同无效后，如果业主向承包人主张工期延误损失和质量修复费用，能否依据合同约定的工期和质量标准？就该问题，《解释二》进一步沿用了“无效合同有效化”的处理方式，即在认定损失大小时，仍可以参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容。其中，关于“工程价款支付时间”，主要是针对承包人可以向发包人主张的延期付款损失。

本处变化在相当大的程度上降低了无效合同的法律风险，在工期、质量、价款以及支付时间等几个关键问题上，无效合同的约定都具有重要价值，考虑到无效合同普遍存在的市场现状，这对尊重双方真实意思表示、维护市场秩序稳定有一定的积极意义。

(2) “参照”不等于“必须适用”，“过错”不等于“违约”

虽然《解释二》采用了“无效合同有效化”处理方式，但并非说发包人和承包人可以有恃无恐的放任合同无效。无效合同仍然有以下风险：(1) 违约金无法得到支持。合同无效后，违约金条款相应失效，发包人难以再向承包人主张违约金。(2) “参照”不等于“必须适用”。如果法官认为合同条款对双方不公平，可以不予参照或予以调整，如果发包人基于优势市场地位而在合同中约定了很多对己方有利的条款，则被调整的风险很大。(3) “过错”不等于“违约”。过错的标准要严格于违约，而法院在认定是否构成过错时，也存在很大的自由裁量的空间，从而进一步增加了诉讼结果的不确定性。

基于上述，尤其对于发包人而言，仍应关注合同的效力，避免出现合同无效的情形。

不变

关于合同无效后违约金无法得到支持，《解释二》与此前司法实践态度一致。

原规定

《北京高院解答》

15、备案的中标合同与当事人实际履行的施工合同均因违反法律、行政法规的强制性规定被认定为无效的，可以参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

《解释二》

第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

变

本处变化主要是增加了当实际履行合同难以确定时，以最后签订的合同作为结算依据的内容，其法理基础是最后签订的合同往往最接近双方的真实意思。就此，如果存在多份合同，发包人和承包人应充分关注合同签订时间，将双方最希望履行的合同在最后签订。

不变

我们理解，本条主要针对实践中“两轮招标”的情形：即当事人在招投标之前通过所谓“内部招标”签订了施工合同，后经过政府平台的招投标另行签订了备案施工合同，该两份合同均无效。第一份合同因为应当招标而未招

标而无效，第二份合同因为实质性谈判、串标等原因而无效。《解释二》出台之前，很多司法实践案例已基本达成共识，在该种情形下，以双方实际履行的合同作为结算依据，《解释二》将该原则进一步法律化，使其得以普遍适用。

(四) 借用资质的单位或个人责任 (第四条)

原规定

《建筑法》

第六十六条：建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。

《解释二》

第四条 缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

原规定

《解释二》

《江苏高院解答》

21、发包人主张挂靠人与被挂靠人对工程质量承担连带责任的如何处理？

挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，发包人要求挂靠人与被挂靠人就工程质量承担连带责任的，应予支持。

变

(1) 质量不符合约定的责任可能也被纳入到连带责任的范围

质量责任包括两种，一种是法定责任，即不符合国家强制性标准的质量责任，另一种是约定责任，即虽符合国家强制性标准、但不符合合同约定标准的质量责任（如货不对板、以次充好等）。在《建筑法》第六十六条中，资质出借方和借用方承担的连带责任应指的是法定质量责任，而根据《解释二》的文义来理解，约定质量责任可能也会被纳入连带责任的范

围。出借资质的单位将面临更大的风险。

(2) 工期延误责任等其他责任也纳入连带责任的范围，但前提是“因出借资质造成”

除质量责任本身可能因《解释二》被扩大化外，从最高院发布的解读来看，只要是“因出借资质造成”，工期延误责任等责任也可能被纳入连带责任的范围。

综合来看，对于出借资质的施工单位而言，“出借资质”的法律风险大大增加了，如果扩大解释，在极端情况下，法院有可能会提出借

用方的一切违反施工合同的行为都是“因出借资质造成”，从而要求出借方对借用方的一切违约行为向发包人承担连带责任。本条规定可以说是体现了通过司法实践严厉打击不规范市场现象的意图，而对于发包人，则将因本条规定而大大受益。

不变

对于因质量不符合国家强制性标准造成损失而应承担的连带责任，《解释二》沿用了《建筑法》的规定。

第三部分 \

质量问题（第七、八条）

原规定

《解释二》

《四川省高级人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（川高法民一（2015）3号）

31. 如何处理发包人提出的工程质量问题？

承包人诉请支付工程价款，发包人主张工程质量不符合合同约定或者国家强制性质量规范标准，要求减少工程价款的，按抗辩主张处理；发包人要求承包人赔偿损失的，应以反诉的方式提出或另行起诉。

第七条 发包人在承包人提起的建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，人民法院可以合并审理。

原规定

《河北高院意见》

38. 承包人提起的建设工程施工合同纠纷中，发包人以工程质量不符合合同约定或规定、工期延误等为由，要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工或者改建的合理费用等损失的，告知发包人应提起反诉，与本诉一并审理。

《河北高院意见》

43. 当事人对质量保证金返还期限有约定的，承包人请求按照约定返还工程质量保证金的，人民法院应予支持。没有约定或约定不明的，适用《建设工程质量保证金管理办法》（建质[2016]295号）第二条规定，缺陷责任期最长为2年。发包人应在最长缺陷责任期（2年）期满后，将质量保证金返还承包人。

质量保证金的期限自工程竣工验收合格之日起算；工程因发包人原因未能竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告90天后起算。

发包人返还质量保证金后，不影响承包人依照合同约定或法律规定履行工程保修义务。

《解释二》

第八条 有下列情形之一的，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：

（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。

（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年。

（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

变

（1）如果拖延竣工验收，法院可能会强制调整双方约定的质保金返还期限起算时间

实践中，关于质保金返还期限（即缺陷责任期）的起算时间，发包人出于“有使用才有保修”的目的，常和承包人约定保修期并非自

竣工验收合格起算，而是自竣工验收备案完成或工程交付使用后起算。但是，根据《解释二》第八条第（三）款，如果发包人拖延验收，则质保金返还期限的起算时间强制调整为承包人提交工程竣工验收报告九十日后。

因此，《解释二》增加了拖延验收对于发包人的法律风险，如果发包人不加以关注及避免，则可能导致其希望实现的质保金返还期限

被缩短，甚至“有使用才有保修”的商业意图完全无法达到。

不变

关于违约金和修复费用应提起反诉、质保金返还期限不同于保修期的内容，《解释二》与此前司法实践态度一致。

第四部分 \

工期问题（第五、六条）

原规定

《北京高院解答》

25、工程开竣工日期如何确定？

建设工程施工合同实际开工日期的确定，一般以开工通知载明的开工时间为依据；因发包人原因导致开工通知发出时开工条件尚不具备的，以开工条件具备的时间确定开工日期；因承包方原因导致实际开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期；承包人在开工通知发出前已经实际进场施工的，以实际开工时间为开工日期；既无开工通知也无其他相关证据能证明实际开工日期的，以施工合同约定的开工时间为开工日期。

《安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见（二）》

第三条 建设工程的开工日期应依据开工令、开工报告记载的时间予以认定。当事人认为实际开工时间与开工令、开工报告记载的时间不符的，应当承担举证责任。

因发包人原因导致延误开工的，以实际开工时间作为开工日期；因承包人原因导致延误开工的，以开工令、开工报告记载的时间作为开工日期。

既无开工令、开工报告，又无法查明实际开工时间的，依据合同约定的开工日期予以认定。

《北京高院解答》

26、工期顺延如何认定？

因发包人拖欠工程预付款、进度款、迟延提供施工图纸、场地及原材料、变更设计等行为导致工程延误，合同明确约定顺延工期应当经发包人签证确认，经审查承包人虽未取得工期顺延的签证确认，但其举证证明在合同约定的办理期限内向发包人主张过工期顺延，或者发包人的上述行为确实严重影响施工进度，对承包人顺延相应工期的主张，可予支持。

《解释二》

第五条 当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

（一）开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

（二）承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

（三）发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

第六条 当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。

变

(1) “开工通知”和“开工条件”为认定开工日期的关键

根据《解释二》第五条第(一)项,“开工通知”是否发出和“开工条件”是否具备对认定开工日期非常重要。但是,《解释二》中未明确“开工条件”指的是法律规定的开工条件,还是合同约定的开工条件,也未约定当发包人和监理人发出的开工通知不一致时,究竟以何者为准。

这就需要发包人在施工合同的签署和履行中特别关注:(1)如何妥当安排发包人和监理人开工通知的合同优先顺序和实际发出次序;(2)在合同中特别注意对“开工条件”的明确约定。

(2) 以“实际进场日期”作为开工日期,体现了尊重事实的态度

在工程实践中,虽然未发开工通知或不完全具备施工条件,甚至未签合同,施工单位即进场施工的例子比比皆是,在这种情况下,如果机械地按形式上的开工文件作为起点,可能使发包人不合理地丧失权益。就此,《解释二》明确以实际施工时间作为开工日期,可以说是从尊重事实理念出发的一大重要举措。

而为应对之后可能发生的工期争议,从发包人的角度来说,应更加重视做好开工资料的管理,创造、保留与开工日期相关的过程性文件(如场地移交记录、进场报告、监理月报、会议纪要等)。

(3) 施工许可证直接影响开工日期的可能性降低,但仍有重要的参考价值

施工许可与开工日期的关系长期以来都是一个司法实践的焦点争议问题。在司法解释征求意见稿中,如果承包人进场施工的时间早于施工许可证上载明的开工时间,则以施工许可证载明时间为准,有部分地方法院也持此观点。



但是,司法解释最终稿删除了该部分内容,联系上下文,采取了更尊重事实的态度,强行要求背离事实而以施工许可证上的时间作为开工日期的可能性大大降低了。

但是,这并不代表施工许可证对开工日期的认定并不重要。根据此前各地的司法意见及征求意见稿,当开工通知和实际开工日期无法确定时,法院通常支持按合同约定的开工日期执行;但是,在《解释二》正式稿中,开工日期需要综合开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间,并结合是否具备开工条件的事实进行认定。因此,在这种情形下,施工许可证仍具有重要的参考意义。

(4) “过期失权”的索赔条款存在虚置风险,索赔管理应加强

根据《解释二》第六条,索赔期限经过可能会导致工期索赔权利的消灭,但同时又规定,发包人在索赔期限后同意工期顺延,或者承包人提出合理抗辩的除外。因此,“过期失权”的合同条款,仍有不被支持的可能。特别是承包人的“合理抗辩”,解释空间非常大,到底

是针对未能及时提出索赔的程序上的抗辩?还是索赔事实本身重大的实体性抗辩?我们倾向于认为应理解为前者,然而后者的成立也不可谓没有空间,一旦如此,“过期失权”的条款可能形同虚设。因此对于发包人来说,在收到承包人的索赔申请后,无论是否经过合同中的索赔期限,都切不可掉以轻心,而应慎重研究,从事实收集、函件回复等各方面,与及时提出的索赔同等对待,甚至要更有技巧性。

不变

除“承包人提出合理抗辩”的例外情形外,关于工期索赔期限经过后的法律后果,《解释二》与此前司法实践基本一致。

第五部分 建设工程鉴定

(一) 诉前共同委托咨询的效力(第十二、十三条)

原规定

《解释二》

《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（京高法发[2012]245号）（下称“《北京高院解答》”）

7、当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方要求重新结算的，如何处理？

当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方在诉讼中要求重新结算的，不予支持，但结算协议被法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外。

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人一方以施工合同无效为由要求确认结算协议无效的，不予支持。

24、当事人就工程款结算达成一致后又主张索赔的，如何处理？

结算协议生效后，承包人依据协议要求支付工程款，发包人因承包人原因导致工程存在质量问题或逾期竣工为由，要求拒付、减付工程款或赔偿损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。当事人签订结算协议不影响承包人依据约定或法律、行政法规规定承担质量保修责任。

结算协议生效后，承包人以因发包人原因导致工程延期为由，要求赔偿停工、窝工等损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。

《四川省高级人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（川高法民一（2015）3号）（下称“《四川高院解答》”）

22.当事人诉前达成的结算协议如何处理？

当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方在诉讼中要求重新结算的，不予支持，但结算协议被人民法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外。

《重庆市高级人民法院关于建设工程造价鉴定若干问题的解答》（渝高法〔2016〕260号）（下称“《重庆高院解答》”）

2. 当事人已经办理结算，又申请通过鉴定方式确定建设工程造价的，如何处理？

当事人已经办理结算，形成结算文件，又申请通过鉴定方式确定建设工程造价的，人民法院不予准许。但有证据证明双方达成的结算文件无效、被依法撤销的除外。

第十二条 当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

原规定

《解释二》

《北京高院解答》

33、当事人在诉前共同委托鉴定的效力如何认定？

当事人诉前已经共同选定具有相应资质的鉴定机构对建设工程作出了相应的鉴定结论，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，一般不予准许，但有证据证明该鉴定结论具有《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定情形除外。

《重庆高院解答》

8. 双方当事人诉前共同委托建设工程造价中介机构作出了咨询意见，一方当事人在诉讼中请求进行司法鉴定的，如何处理？

双方当事人在诉前共同委托建设工程造价中介机构作出了咨询意见，经质证后，人民法院认为该咨询意见客观、真实、鉴定程序合法的，应当予以采信。一方当事人在诉讼中请求进行司法鉴定的，人民法院一般不予准许。但有证据证明存在当事人与建设工程造价中介机构恶意串通，损害对方当事人利益、鉴定事项与待证事实不具有关联性情形，该咨询意见确不应被采信的，人民法院应当根据举证规则确定由承担举证证明责任的一方当事人申请司法鉴定。

一方当事人认为双方共同委托建设工程造价中介机构作出的咨询意见存在算术性错误、个别鉴定资料采信不当等瑕疵而申请进行司法鉴定，人民法院经审查后认为该咨询意见可以补正的，可根据具体情况予以补正。难以补正的，应当对该当事人提起的司法鉴定申请予以准许。

《河北高院意见》

23. 当事人诉前共同委托具有鉴定资质的鉴定机构对涉案工程的工程造价作出鉴定结论，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，人民法院一般不予准许，但有证据推翻该鉴定结论的除外。承包方提出结算申请后，发包人单方委托鉴定，后承包方以发包人委托鉴定结论为依据起诉要求支付工程款的，按诉前共同委托鉴定处理。

第十三条 当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见，诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，人民法院应予准许，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。

变

1. 当事人自行委托的鉴定不具备司法鉴定效力

关于当事人自行委托鉴定机构出具意见的性质及效力，此前观点不一。一种观点是将其定性为“鉴定结论”或“鉴定意见”，如《北京高院解答》、《河北高院意见》及《解释二》征求意见稿，其依据可能是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释[2001]33号）（下称“《证据规定》”）第二十八条（即“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许”）。在该条规定中，即使是一方当事人委托鉴定机构出具的意见，也被称为鉴定结论。按此推演，相比单方委托，双方共同委托鉴定机构出具鉴定结论的效力自然更强，以至于和法院委托鉴定的效力基本相同，除非符合《证据规定》第二十七条规定的可以重新鉴定的情形，法院不再支持重新鉴定。

另一种观点则将其定性为“咨询意见”，如《重庆高院解答》。若采用此解释，则如果当事人能证明其错误，则可将其推翻。

《解释二》支持了后一种观点，并进一步弱

化当事人自行委托鉴定机构出具意见的效力。从法律沿革来看，《证据规定》出台时间较早，而在之后修订的《民事诉讼法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中，凡提到鉴定，均仅指法院委托的鉴定，即司法鉴定。而根据《司法鉴定程序通则》第二条，司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。因此，即使是双方当事人共同委托鉴定机构出具的意见，并不具备司法鉴定中鉴定机构所出具意见的效力，其效力仅相当于当事人共同委托专家出具的咨询意见。根据《解释二》第十三条，除非“双方当事人明确表示受该咨询意见约束”，咨询意见不会影响当事人申请鉴定。

但是，《解释二》第十三条仅针对造价鉴定，对于当事人自行委托的质量鉴定及其他鉴定，是否也应采取同样原则，还有待司法实践进一步验证。

2. “明确表示受该咨询意见约束”是否包括“事前明确表示”，有待观察

关于“明确表示受该咨询意见约束”的含义，可以做两种理解：第一种理解是仅限于“事后

明确表示”，仅指当造价咨询机构出具咨询意见后，双方明确表示受该意见约束；第二种理解是，除“事后明确表示”外，“事前明确表示”也属于《解释二》规定的情形，即在委托造价咨询机构时，双方即明确表示将受其咨询意见的约束。前一种理解侧重于对实质公平的保障，而后一种理解则更尊重当事人的意思自治，究竟最高院在该问题上更偏向哪一种价值，需拭目以待。

不变

关于达成结算协议不予造价鉴定的规定，《解释二》第十二条与此前司法实践基本一致。但结合《北京高院解答》和《四川高院解答》，在具体适用该条时，以下情形仍可能突破不予鉴定的规定：（1）结算协议存在无效或可撤销情形；（2）结算协议中明确约定发包人后续仍可就工期、质量问题进行扣款。

（二）诉讼过程中的鉴定程序（第十四、十五、十六条）

原规定

《江苏省高级人民法院民一庭建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程》（2015年12月21日）（下称“《江苏高院鉴定规程》”）

第二条 人民法院向当事人释明应当通过申请鉴定的方式进行举证，当事人未在人民法院指定的期限内提出鉴定申请，后又向人民法院申请鉴定，人民法院可以准许，并依照《民事诉讼法》第一百一十五条第一款、《民诉法解释》第一百零二条的规定对当事人予以训诫、罚款。

当事人在一审中经人民法院释明后未提出鉴定申请，在二审中对同一事项申请鉴定，鉴定对案件处理有实质性影响的，一般应当要求当事人按鉴定费标准交纳保证金，并将案件发回原审法院委托鉴定。案件发回后当事人在重审中又不申请鉴定的，人民法院可以根据案件审理的需要依职权委托鉴定，鉴定费从保证金中扣除。

《解释二》

第十四条 当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

原规定

《解释二》

《北京高院解答》

32、当事人申请对工程造价进行鉴定的，如何处理？

当事人对工程价款存在争议，既未达成结算协议，也无法采取其他方式确定工程款的，法院可以根据当事人的申请委托有司法鉴定资质的工程造价鉴定机构对工程造价进行鉴定；当事人双方均不申请鉴定的，法院应当予以释明，经释明后对鉴定事项负有举证责任的一方仍不申请鉴定的，应承担举证不能的不利后果。

鉴定过程中，一方当事人无正当理由在规定期限内拒绝提交鉴定材料或拒不配合，导致鉴定无法进行，经法院释明不利后果后其仍拒绝提交或拒不配合的，应承担举证不能的不利后果。

《重庆高院解答》

6. 当事人未申请进行建设工程造价鉴定，但人民法院认为需要进行鉴定的，应当如何处理？

在案件审理过程中，当事人未申请进行建设工程造价鉴定，但人民法院认为根据当事人举示的证据不能自行确定建设工程造价，确需进行建设工程造价鉴定的，应当根据举证规则向承担举证证明责任的一方当事人履行释明义务，告知其提出鉴定申请。

承担举证证明责任的一方当事人经释明后拒不申请鉴定的，人民法院可以根据举证规则，由承担举证证明责任的一方当事人承担不利后果。

9. 一审中未进行建设工程造价鉴定，当事人在二审中又申请进行鉴定的，应当如何处理？

当事人在一审中申请建设工程造价鉴定，一审法院应当予以准许而未准许，或者一审法院应当向当事人释明申请建设工程造价鉴定而未释明，当事人在二审中又申请建设工程造价鉴定的，二审法院原则上应当发回一审法院重审，由一审法院进行鉴定。

经一审法院释明后当事人拒不申请鉴定，或者当事人拒不选择鉴定机构、拒不交纳鉴定费用、拒不提交完整的鉴定资料等，导致一审法院未能进行建设工程造价鉴定，当事人在二审中又申请鉴定，二审法院认为应当进行建设工程造价鉴定的，原则上应当在二审中进行鉴定，但应当参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零一条、第一百零二条规定的逾期举证的相关规则予以处理。

一审诉讼中负有举证责任的当事人未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，二审诉讼中申请鉴定，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定处理。

原规定

《北京高院解答》

34、工程造价鉴定中法院依职权判定的事项包括哪些？

当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由法院进行审查并做出认定。法院在委托鉴定时可要求鉴定机构根据当事人所主张的不同结算依据分别作出鉴定结论，或者对存疑部分的工程量及价款鉴定后单独列项，供审判时审核认定使用，也可就争议问题先做出明确结论后再启动鉴定程序。

《河北高院意见》

25. 当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由人民法院进行审查并确认是否作为结算依据。

《江苏高院鉴定规程》

第十三条 人民法院应当在鉴定资料移交鉴定机构前组织当事人进行逐项质证，经质证认可或经人民法院予以认定的资料可以移交鉴定机构使用。

受鉴项目资料较多的，人民法院可以先行委托鉴定机构对双方当事人提交的资料进行核对，确定无争议的资料和有争议的资料后，由人民法院组织双方当事人对核对结果进行书面确认。对于有争议的资料，人民法院应当组织当事人进行逐项质证。

第十四条 当事人提交鉴定资料时应附资料清单，资料经质证后，由人民法院审判部门组织当事人与鉴定机构进行交接，并由鉴定机构在资料清单上盖章签收。

《重庆高院解答》

17. 当事人将鉴定资料直接提交给鉴定人的，如何处理？

当事人应当将鉴定资料提交给人民法院，由人民法院组织质证后提交给鉴定人，而不得直接提交给鉴定人。

当事人直接将鉴定资料提交给鉴定人的，鉴定人应当告知当事人将鉴定资料提交给人民法院或者将鉴定资料转交给人民法院。未经人民法院组

《解释二》

第十五条 人民法院准许当事人的鉴定申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证。

第十六条 人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质证。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。

原规定

《解释二》

织质证，鉴定人直接根据当事人提交的鉴定资料作出鉴定意见的，人民法院应当对该鉴定意见不予采信，并重新进行鉴定或者对相关鉴定资料质证后由鉴定人重新出具鉴定意见。

18. 建设工程造价鉴定过程中，鉴定资料如何进行认定？

人民法院收到当事人提交的鉴定资料后，应当组织当事人进行质证。当事人提交的鉴定资料繁多、杂乱，人民法院认为确有必要的，可以委托鉴定人对鉴定资料予以整理后再进行质证。

质证时，当事人应当围绕鉴定资料的真实性、合法性以及与鉴定事项的关联性陈述意见。鉴定人可以参加质证程序。经人民法院允许后，鉴定人可以就鉴定的相关问题向当事人发问。

质证后，人民法院应当结合当事人发表的质证意见对当事人提交的资料能否作为鉴定资料作出认定，并将当事人无异议或者人民法院认为应当作为鉴定依据的鉴定资料移交给鉴定人。人民法院对当事人提交的资料能否被采信暂时难以认定，需要在庭审后结合其他证据一并作出认定的，可以将存在争议的鉴定资料提交给鉴定人，由鉴定人就存在争议的鉴定资料所涉及的工程造价予以单列。

24. 鉴定意见作出后，人民法院应当如何组织对鉴定意见进行质证？

鉴定意见应当经当事人质证后才能作为认定待证事实的根据。质证时，当事人应当对鉴定意见与鉴定事项是否相符、计价原则和计价方式是否科学、鉴定依据是否合法、鉴定意见是否存在错漏等发表质证意见。

当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，人民法院应当通知鉴定人出庭作证。鉴定人出庭作证的，经人民法院准许，当事人可以就鉴定意见向鉴定人发问。



变

1. 加强鉴定过程中的质证环节，防范以鉴代审

有法谚曰：“鉴定人是事实的法官”。《民事诉讼法》第七十六条规定：“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定……”工程鉴定的目的是为了查明事实的专门性问题，而事实源于证据，鉴定材料也应属于证据，未经质证，不应用于鉴定。否则，便相当于鉴定机构代替法院认可了证据的“三性”，构成“以鉴代审”。

但是，因为鉴定材料数量众多、专业性强，法官时因“望而生畏”或“怕麻烦”而甩手给鉴定机构，导致“以鉴代审”的情形并不鲜见。

就此，《解释二》第十五条从正反两方面加强了鉴定质证环节：(1) 在鉴定开始时，对于有争议的鉴定材料，法院应当组织质证；(2) 在鉴定意见作出后，如果发现鉴定机构将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，

法院应当组织就该部分材料进行质证；(3) 经质证认为不能作为鉴定依据的鉴定材料，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。《解释二》之所以要从反面强调，可能是为了防范以下情形：实践中，鉴定机构在鉴定过程中为查明事实，有时会要求一方当事人补充鉴定材料，而这部分资料可能未提交给法院，但最终却作为鉴定意见的依据。

对业主和承包商而言，如果进入到鉴定环节，无论是提供初始鉴定资料，还是在鉴定过程中补充资料，都应先提交给法院，由法院转交给鉴定机构和对方当事人，如果对方当事人有争议的，由法院组织质证。而在鉴定意见作出后，当事人也应充分关注该鉴定意见所附鉴定材料中是否有双方存在争议、但未经质证的材料。

2. 将“鉴定期限”纳入法院先行确定范围，有助于缩短诉讼周期

因为鉴定期限不计入审限，导致工程鉴定

经常耗时很长，成为工程诉讼久而不决的最主要原因。而相比各地司法意见，《解释二》特别要求法院在鉴定开始之前，需要先确定“鉴定期限”，以控制诉讼的整体周期。

3. 《解释二》憾未提及工期责任鉴定，但其仍应是工程鉴定的重要内容

关于工程鉴定内容，《解释二》第十四条仅列举“工程造价、质量、修复费用”，而未提及“工期”，可能是考虑当前国内具备工期责任鉴定专业能力的机构较为匮乏。但从国际工程实践及部分仲裁机构的试水来看，工期责任鉴定未来很可能同样成为工程鉴定的重要内容，遗憾的是，《解释二》并未将其明确列为鉴定事项之一。

不变

关于法官的释明义务及对二审诉讼中当事人申请鉴定的处理等内容，《解释二》与此前司法实践基本一致。但是，关于一二审鉴定的关系，虽然一审不提出鉴定不代表绝对丧失在二审中提出鉴定的权利，但仍然有以下风险：

(1) 在二审中，只有法院认为确有必要，即《民事诉讼法》第一百七十条第一款第三项规定的“基本事实不清的”情形时，法院才会支持鉴定，且难度要远大于法院在一审中支持鉴定。

(2) 参考《江苏高院鉴定规程》和《重庆高院解答》，即使法院在二审中支持鉴定，但仍可能会根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零一条和一百零二条，认为一审未申请鉴定的当事人构成逾期举证，予以训诫、罚款，或要求其向另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用。

因此，如有必要，负有举证责任的当事人仍应争取在一审过程中申请鉴定。

第六部分 \

建设工程价款的优先受偿权

(一) 优先受偿权的权利主体 (第十七、 十八条)

原规定

《合同法》

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》([2004]民一他字第14号)

装饰装修工程属于建设工程，可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条关于优先受偿权的规定，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先权的承包人只能在建筑物因装修装饰而增加价值的范围内优先受偿。

《解释二》

第十七条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

变

装饰装修工程的发包人为建筑物的所有权人，是承包人主张优先受偿权的前提

根据《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》([2004]民一他字第14号)，只要发包人是该建筑的所有权人或与所有权人之间有合同关系，装饰装修工程的承包人就可以

主张优先受偿权。

但是，根据《解释二》第十八条，只有当工程发包人为建筑物的所有权人时，承包人才可以主张优先受偿权。实践中，诸多装修工程的发包人实际为建筑物的承租人，而装饰装修工程的价值与建筑物的价值不可同日而语，不宜单独就装修工程折价拍卖，因此《解释二》不支持承包人在该种情形下主张优先受偿权更具合理性。

不变

关于优先受偿权的主体应与发包人存在直接合同关系，《解释二》与此前司法实践基本一致。

(二) 优先受偿权的适用条件 (第十九、二十条)

原规定

《河北高院意见》

33. 建设工程施工合同无效、但建设工程质量合格，承包人主张建设工程价款就该工程折价或拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予以支持；分包人或实际施工人在总包人或非法转包人怠于主张工程价款时，主张建设工程价款就该工程折价或拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

《江苏高院解答》

15、建设工程施工合同无效，承包人是否享有建设工程价款优先受偿权？

建设工程价款优先受偿权不受建设工程施工合同效力的影响。建设工程施工合同无效，承包人仍然享有建设工程价款优先受偿权。

《四川高院解答》

37. 如何确定享有优先受偿权的主体？

建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，或者未经竣工验收但已经实际使用，实际施工人请求其工程价款就承建的建设工程折价或拍卖的价款优先受偿的，应予支持。

《解释二》

第十九条 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第二十条 未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

变

工程未竣工但质量合格的，承包人仍可 行使优先受偿权

根据《解释二》第二十条，工程未竣工但质量合格的，承包人可就其承建工程主张优先受偿权。该规定进一步明确扩大了可以行使优

先受偿权的工程的范围，对承包人有利的。

不变

合同无效但工程质量合格的，承包人仍 可行使优先受偿权

根据《解释二》第十九条及最高院发布的

解读，只要工程质量合格，合同有效并非承包人行使优先受偿权的前提条件，合同无效但工程质量合格的，承包人仍可以行使优先受偿权。在该问题上，《解释二》与此前司法实践基本一致。

(三) 优先受偿权的担保范围 (第二十一条)

原规定

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)(下称“《最高院优先受偿权批复》”)

三、建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》(下称“《江苏高院解答》”)

17、工程款利息是否属于建设工程价款优先受偿权的范围?

承包人主张将工程款利息纳入建设工程价款优先受偿权范围的,不予支持。

《河北高院意见》

34. 承包人享有的优先受偿权的建设工程价款范围是指承包人完成的工作成果所产生的费用,包括直接费、间接费、利润、税金及工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括因发包人违约所产生的损失。

利息属于工程价款的法定孳息,承包人主张未付工程价款利息属于工程价款属于优先受偿权范围的,应予支持。

土地使用权不属于优先受偿权的客体,承包人请求对建设工程占用范围内的土地使用权的价值享有优先受偿权的,不予支持。

《四川高院解答》

38. 如何界定优先受偿权的范围?

建设工程经验收合格,工程的直接成本、间接成本、利润和税金属于优先受偿范围。

承包人、实际施工人支付的履约保证金、工程质量保证金、发包人应当支付的违约金等不属于优先受偿范围。

承包人、实际施工人请求确认对建设工程占用范围内的土地使用权享有优先受偿权的,不予支持。

《解释二》

第二十一条 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的,人民法院不予支持。

变

优先受偿权的担保范围扩大到涵盖全部建安费用，但不包括利息

关于优先受偿权的担保范围，《最高院优先受偿权批复》仅包括承包人实际支付的工作人员报酬、材料款等费用。但是，《解释二》规定“依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定”确定。而根据住房城乡建设部、财政部《建筑安装工程费用项目组成》

(建标〔2013〕44号)，工程价款不仅包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬和材料款，还包括施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金等，大幅扩大了优先受偿权的受偿范围。

而针对利息是否属于优先受偿权的范围，此前有两种观点：一种观点认为利息是承包人因发包人违约而受到的损失，不应优先受偿，如《江苏高院解答》第17条；另一种观点则主张利息是工程款的法定孳息，与工程款本为

一体，应当优先受偿，如《河北高院意见》第34条。《解释二》最终采纳了前一种观点，未将利息纳入优先受偿范围。

不变

关于优先受偿权范围不包括违约金、损害赔偿金，《解释二》与此前司法实践基本一致。

(四) 优先受偿权的行使期限 (第二十二条)

原规定

《最高院优先受偿权批复》

四、建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

最高人民法院办公厅《全国民事审判工作会议纪要》(法办〔2011〕442号)(下称“《最高院2011年审判纪要》”)

四、关于建设工程合同纠纷案件

(二) 关于建设工程价款优先受偿权问题

非因承包人的原因，建设工程未能在约定期间内竣工，承包人依据合同法第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响。承包人请求行使优先受偿权的期限，自建设工程实际竣工之日起计算；如果建设工程合同由于发包人的原因解除或终止履行，承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算。

《河北高院意见》

35. 建设工程承包人行使优先受偿权的期限为六个月，具体起算时间按照以下方式确定：(1)工程已竣工的，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起算，上述日期不一致的，以在后日期作为起算点，但合同约定的付款期限尚未届满的，以合同约定的付款期限届满之日作为起算点；(2)工程尚未竣工而合同解除、终止履行的，以合同实际解除、终止之日作为起算点；(3)发包人主张以《最高人民法院建设工程案件司法解释》第十四条第(二)、(三)项作为承包人行使优先受偿权起算点的，不予支持。

《解释二》

第二十二条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

变

自“发包人应当给付建设工程价款之日”，优先受偿权期限起算

关于优先受偿权期限起算时间，《最高院优先受偿权批复》规定从实际竣工或约定竣工之日起算，而《最高院 2011 年审判纪要》对未按期竣工、合同解除终止的情形作了进一步细化。

《解释二》将优先受偿权期限起算时间修

改为“发包人应当给付建设工程价款之日”。但是，考虑到进度款、结算款、质保金等工程价款的支付时间均不相同，优先受偿权期限是否也应分别起算？如果一项工程中既存在拖欠的进度款又存在拖欠的结算款，优先受偿权期限以哪个应付时间为准，还是可以分别计算？甚至于承包人能否仅就质保金行使优先受偿权？目前的司法解释留下了较大空间，有待于进一步观察。而对业主来说，可能要重视合同中应付款项的结算时间，其后果不但与延期利

息相关，还直接关系到建设工程优先受偿权的起算时间。

不变

关于优先受偿权的期限为六个月，《解释二》延续了此前的规定。

(五) 优先受偿权放弃的效力 (第二十三条)

原规定

《江苏高院解答》

19、承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力如何认定？

法律并未禁止承包人放弃建设工程价款优先受偿权。承包人自愿放弃建设工程价款优先受偿权的，只涉及承包人自身利益的，该放弃行为有效。但该放弃行为损害实际施工人等第三人利益的，对该第三人产生效力。

《解释二》

第二十三条 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

变

优先受偿权并非不能放弃，但不能因此损害建筑工人利益

关于承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力，《解释二》未一概而论，而是视其是否会损害建筑工人利益，而作不同处理。如果

未损害建筑工人利益，则放弃有效。其法理基础在于：如果仅就承包人和业主而言，权利人（承包人）自然有权放弃，且放弃有效；但因为优先受偿权制度是为了保护第三人（建筑工人）利益，则承包人的放弃不应损害建筑工人的利益，否则在建筑工人利益受损的范围内，优先受偿权放弃无效。

而业主和承包人可得到的启示是：一方面，优先受偿权并非不能放弃；另一方面，如要使此类放弃有效，业主应当加强对农民工账户、分包账户的监管，督促承包人按期足额向建筑工人付款，否则可能导致优先受偿权放弃无效的后果。

第七部分 \ 实际施工人权利的保护 (第二十四、二十五条)

原规定

《解释一》

第二十六条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

《最高法院2011年审判纪要》

四、关于建设工程合同纠纷案件

(三) 关于实际施工人的权利行使对象问题

对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查；不能随意扩大《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款的适用范围，并且要严格根据相关司法解释规定明确发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

《合同法》

第七十三条 因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

《解释二》

第二十四条 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

变

关于实际施工人的权利主张方式,《解释二》提供了两条可选路径:一条是延续《解释一》的思路,突破合同相对性,直接向发包人主张;另一条是通过提起代位权诉讼的方式。

就第一条路径,《解释二》相比《解释一》的修改是,法院必须追加转包人或者违法分包人作为第三人,并且判决发包人承担责任的前提,是查明发包人欠付转包人或者违法分包人

建设工程价款的数额。如此修改的原因在于,如果不将转包人或者违法分包人拉入诉讼,承包人难以证明、法院也不易查明发包人欠付工程款的金额,从而使实际施工人的该项权利在实践中难以行使。

而就第二条路径,实际施工人在起诉时应依据《合同法》第七十三条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十一条至二十二条关于代位权的规定,相比第一条路径,在起诉条件、举

证责任、法院是否需要追加转包人或者违法分包人为第三人等问题上均存在差异。

从《解释二》征求意见稿来看,虽然也设置了两条路径,但其目的都出于对突破合同相对性的严格限制乃至取消,至《解释二》正式发布,则出现了较为颠覆性的结果:不但突破合同相对性的机制继续保留,而且为实际施工人的权利实现提供了更多的路径选择和保障措施。保护农民工权益、维护社会稳定的价值取向在此有非常明显的体现。

第八部分\ 生效时间 (第二十六条)

原规定

《解释二》

第二十六条 本解释自2019年2月1日起施行。

本解释施行后尚未审结的一审、二审案件,适用本解释。

本解释施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件,不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的,不再适用。

本条规定《解释二》的生效时间为2019年2月1日,且适用于所有未审结的案件。



张炯
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com

关于商业银行设立 理财子公司的法律实务

作者：何植松、张静、毕艳苹



2018年12月2日，中国银行保险监督管理委员会（以下简称“银保监会”）发布《商业银行理财子公司管理办法》（以下简称“《理财子公司管理办法》”）。作为《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称“《资管新规》”）、《关于进一步明确规范金融机构资产管理业务指导意见有关事项的通知》（以下简称“《进一步通知》”）、《商业银行理财业务监督管理办法》（以下简称“《理财新规》”）的配套制度，《理财子公司管理办法》自征求意见之日起即备受关注，正式稿落地后更是引起市场极大关注，被业内理解为持有“超级牌照”的新主体——银行系理财子公司，终于正式走上资管大舞台。本文结合《理财子公司管理办法》及相关业务实践，对商业银行设立理财子公司的法律实务进行分析解读。

第一部分 银行理财子公司设立

（一）银行理财子公司的性质

根据《理财子公司管理办法》规定，“本办法所称银行理财子公司是指商业银行经国务院银行业监督管理机构批准，在中华人民共和国境内设立的主要从事理财业务的非银行金融机构。

本办法所称理财业务是指银行理财子公司接受投资者委托，按照与投资者事先约定的投资策略、风险承担和收益分配方式，对受托的投资者财产进行投资和管理的金融服务”。

《理财子公司管理办法》对银行理财子公司作为独立的非银行金融机构的性质作了认定，同时明确界定了银行理财子公司从事理财业务的范畴。

根据《中华人民共和国商业银行法》（以下简称“《商业银行法》”）的规定，“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向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外”，银行直接从事的理财业务受到上述限制，衍生出非标投资的通道业务模式。

在监管机构“去通道化”的大背景之下，《资管新规》规定了“主营业务不包括资产管理业务的金融机构应当设立具有独立法人地位的资产管理公司开展资产管理业务，强化法人风险隔离”；《理财新规》规定了“商业银行应当通过具有独立法人地位的子公司开展理财业务。

暂不具备条件的，商业银行总行应当设立理财业务专营部门，对理财业务实行集中统一经营管理”，为商业银行设立理财子公司奠定了基础。

《理财子公司管理办法》明确规定银行理财子公司系独立开展理财业务的非银行金融机构，一方面银行理财子公司从事理财业务不再受到《商业银行法》的投资限制，实现了理财业务专业化经营，推动银行理财回归资管业务本源；另一方面银行理财子公司以独立主体从事理财业务，有利于强化与银行之间的风险隔离，同时也为打破理财产品“刚性兑付”提供了制度保障。

（二）银行理财子公司名称及组织形式

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司名称一般为“字号+理财+组织形式”；理财子公司的组织形式应当为有限责任公司或者股份有限公司。

（三）银行理财子公司设立条件

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当具备下列条件：

1. 具有符合《中华人民共和国公司法》和国务院银行业监督管理机构规章规定的章程；
2. 具有符合规定条件的股东；
3. 具有符合本办法规定的最低注册资本；
4. 具有符合任职资格条件的董事、高级管理人员，并具备充足的从事研究、投资、估值、风险管理等理财业务岗位的合格从业人员；
5. 建立有效的公司治理、内部控制和风险



管理体系，具备支持理财产品单独管理、单独建账和单独核算等业务管理的信息系统，具备保障信息系统有效安全运行的技术与措施；

6. 具有与业务经营相适应的营业场所、安全防范措施和其他设施；

7. 国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

（四）银行理财子公司股东资格

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当由在中华人民共和国境内注册成立的商业银行作为控股股东发起设立；境内外金融机构、境内非金融企业均可作为银行理财子公司的参股股东。

银行理财子公司的股东资格相关规定汇总如下：

银行理财子公司的股东资格条件

商业银行（作为控股股东） 股东条件

（一）具有良好的公司治理结构、内部控制机制和健全的风险管理体系；

（二）主要审慎监管指标符合监管要求；

（三）财务状况良好，最近3个会计年度连续盈利；

（四）监管评级良好，最近2年内无重大违法违规行为，已采取有效整改措施并经国务院银行业监督管理机构认可的除外；

（五）银行理财业务经营规范稳健；

（六）设立理财业务专营部门，对理财业务实行集中统一经营管理；理财业务专营部门连续运营3年以上，具有前中后台相互分离、职责明确、有效制衡的组织架构；

（七）具有明确的银行理财子公司发展战略和业务规划；

（八）入股资金为自有资金，不得以债务资金和委托资金等非自有资金入股；

（九）在银行理财子公司章程中承诺5年内不转让所持有的股权，不将所持有的股权进行质押或设立信托，经国务院银行业监督管理机构批准的除外；

（十）国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

境内外金融机构（作为参股股东） 股东条件

（一）具有良好的公司治理结构；

（二）具有良好的社会声誉、诚信记录和纳税记录；

（三）经营管理良好，最近2年内无重大违法违规经营记录；

（四）财务状况良好，最近2个会计年度连续盈利；

（五）入股资金为自有资金，不得以债务资金和委托资金等非自有资金入股；

（六）在银行理财子公司章程中承诺5年内不转让所持有的股权，不将所持有的股权进行质押或设立信托，经国务院银行业监督管理机构批准的除外；

（七）符合所在地有关法律、法规和相关规定要求；境外金融机构作为股东的，其所在国家或地区金融监管当局已经与国务院金融监督管理部门建立良好的监督管理合作机制；

（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

境内非金融企业（作为参股股东） 股东条件

（一）具有良好的公司治理结构；

（二）具有良好的社会声誉、诚信记录和纳税记录；

（三）经营管理良好，最近2年内无重大违法违规经营记录；

（四）财务状况良好，最近2个会计年度连续盈利；

（五）入股资金为自有资金，不得以债务资金和委托资金等非自有资金入股；

（六）在银行理财子公司章程中承诺5年内不转让所持有的股权，不将所持有的股权进行质押或设立信托，经国务院银行业监督管理机构批准的除外；

（七）最近1年年末总资产不低于50亿元人民币，最近1年年末净资产不得低于总资产的30%，权益性投资余额原则上不超过其净资产的50%（含本次投资资金，合并会计报表口径）；

（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

股东资格禁止性条件

- （一）公司治理结构与机制存在明显缺陷；
- （二）关联企业众多、股权关系复杂且不透明、关联交易频繁且异常；
- （三）核心主业不突出且其经营范围涉及行业过多；
- （四）现金流量波动受经济景气影响较大；
- （五）资产负债率、财务杠杆率明显高于行业平均水平；
- （六）代他人持有银行理财子公司股权；
- （七）其他可能对银行理财子公司产生重大不利影响的情况。

两参一控的限制

同一投资人及其关联方、一致行动人参股银行理财子公司的数量不得超过2家，或者控股银行理财子公司的数量不得超过1家。

就上述股东资格条件，基本沿袭了目前银保监会对各类银行业金融机构、非银行业金融机构的监管思路，例如对于公司治理结构，社会声誉、诚信记录和纳税记录，连续盈利要求，入股资金为自有资金，财务指标要求等，在《商业银行股权管理暂行办法》、《保险公司股权管理办法》、《非银行金融机构行政许可事项实施办法》中均有类似规定，体现了监管要求的统一。

就上述两参一控的限制，关键在于如何界定关联方、一致行动人。《理财子公司管理办法》仅规定“银行理财子公司应当遵守法律、行政法规和金融监督管理部门关于关联交易的相关规定，全面准确识别关联方”，我们理解，对于银行理财子公司的关联方、一致行动人认定标准，监管机构可能会进一步明确。

（五）银行理财子公司注册资本

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司的注册资本应当为一次性实缴货币资本，最低金额为 10 亿元人民币或等值自由兑换货币。国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求，可以调整银行理财子公司最低注册资本要求，但不得少于前述规定的金额。

（六）银行理财子公司业务范围

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司可以申请经营下列部分或者全部业务：

- （一）面向不特定社会公众公开发行理财产品，对受托的投资者财产进行投资和管理；
- （二）面向合格投资者非公开发行理财产品，对受托的投资者财产进行投资和管理；
- （三）理财顾问和咨询服务；
- （四）经国务院银行业监督管理机构批准的其他业务。

据此，银行理财子公司可以发行公募理财产品、私募理财产品，从事理财顾问和咨询服

务以及经批准的其他业务。

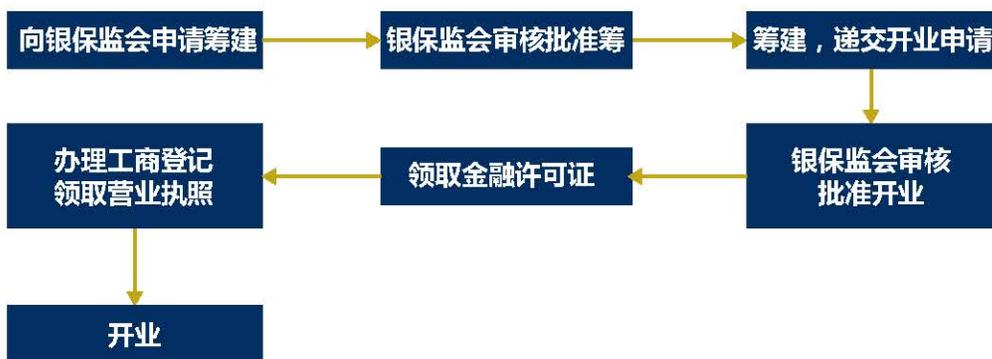
（七）银行理财子公司董监高任职资格

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司董事和高级管理人员实行任职资格核准制度，由银行业监督管理机构参照《中国银监会非银行金融机构行政许可事项实施办法》规定的行政许可范围、条件和程序对银行理财子公司董事和高级管理人员任职资格进行

审核，国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

（八）银行理财子公司设立流程

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司设立须经筹建和开业两个阶段，均由作为控股股东的商业银行向银保监会提交申请，具体流程如下：



筹建、开业阶段的审批时限如下：

筹建阶段	开业阶段
银保监会自收到完整申请材料之日起4个月内作出批准或不批准的书面决定	银保监会自受理之日起2个月内作出核准或不予核准的书面决定
<ul style="list-style-type: none"> ✓ 银行理财子公司的筹建期为批准决定之日起6个月。未能按期完成筹建的，应当在筹建期限届满前1个月向银保监会提交筹建延期报告。筹建延期不得超过一次，延长期限不得超过3个月。 ✓ 申请人应当在前款规定的期限届满前提交开业申请，逾期未提交的，筹建批准文件失效，由决定机关注销筹建许可。 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 银行理财子公司应当在收到开业核准文件并领取金融许可证后，办理工商登记，领取营业执照。 ✓ 银行理财子公司应当自领取营业执照之日起6个月内开业。不能按期开业的，应当在开业期限届满前1个月向国务院银行业监督管理机构提交开业延期报告。开业延期不得超过一次，延长期限不得超过3个月。

第二部分 \ 银行理财子公司的管理

(一) 股权管理

根据《理财子公司管理办法》第七条、第八条、第九条的规定，银行理财子公司股东应当在公司章程中承诺 5 年内不转让所持有的理财子公司股权，不将所持有的股权进行质押或设立信托，经国务院银行业监督管理机构批准的除外。不同于《商业银行股权管理暂行办法》规定主要股东（即持有或控制商业银行 5% 以上股份或表决权，或持有商业银行资本总额或股份总额不足百分之五但对商业银行经营管理有重大影响的股东）所持股权 5 年内不得转让，《理财子公司管理办法》对理财子公司股权的锁定期要求未区分股东持股比例，即所有股东均需遵守。

此外，根据《理财子公司管理办法》第二十条第二款的规定，银行理财子公司股权变更后持股 5% 以上的股东应当经股东资格审核。银行理财子公司变更持股 1% 以上、5% 以下股东的，应当在 10 个工作日内向银行业监督管理机构报告。但对于持股比例达到 5% 以上的股东的后续变更，比如持股比例由 5% 增加或减少任何比例是否需进行股东资格审核，有待进一步明确。

(二) 风险管理及风险隔离

根据《理财子公司管理办法》第三十六条的规定，银行理财子公司应当建立组织健全、职责清晰、有效制衡、激励约束合理的公司治理结构。

银行理财子公司应当根据理财业务性质和风险特征，建立健全理财业务管理制度，包括产品准入管理、风险管理和内部控制、人员管理、销售管理、投资管理、合作机构管理、产品托管、产品估值、会计核算和信息披露等。

理财子公司与其主要股东之间，同一股东控股、参股或实际控制的其他机构之间，以及



国务院银行业监督管理机构认定需要实施风险隔离的其他机构之间，应当建立有效的风险隔离机制，通过隔离资金、业务、管理、人员、系统、营业场所和信息等措施，防范风险传染、内幕交易、利益冲突和利益输送，防止利用未公开信息交易。

银行理财子公司应当确保理财业务与自营业务相分离，理财业务操作与自营业务操作相分离，其自有资产与发行的理财产品之间不得进行利益输送。

(三) 关联交易管理

根据《理财子公司管理办法》第四十二条规定，银行理财子公司发行的理财产品投资于本公司或托管机构的主要股东、实际控制人、一致行动人、最终受益人，托管机构，同一股东或托管机构控股的机构，或者与本公司或托管机构有重大利害关系的机构发行或承销的证券，或者从事其他关联交易的，应当符合理财产品投资目标、投资策略和投资者利益优先原则，按照商业原则，以不优于对非关联方同类

交易的条件进行，并向投资者充分披露信息。

银行理财子公司应当遵守法律、行政法规和金融监督管理部门关于关联交易的相关规定，全面准确识别关联方，建立健全理财业务关联交易内部评估和审批机制。理财业务涉及重大关联交易的，应当提交有权审批机构审批，并向银行业监督管理机构报告。

银行理财子公司不得以理财资金与关联方进行不正当交易、利益输送、内幕交易和操纵市场，包括但不限于投资于关联方虚假项目、与关联方共同收购上市公司、向本公司注资等。

对于银行理财子公司的关联方及关联交易如何界定，《理财子公司管理办法》尚未明确规定。我们理解，目前《理财子公司管理办法》所列明的银行理财子公司与相关主体之间的交易均需关注关联交易的公允性、决策程序、披露及向监管部门报告等问题。鉴于关联方及关联交易的认定对于规范关联交易管理非常关键，监管部门可能会出台关于关联交易管理的具体文件以进一步明确。

(四) 集中交易管理

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当将投资管理职能与交易执行职能相分离，实行集中交易制度。

银行理财子公司应当建立公平交易制度和异常交易监控机制，对投资交易行为进行监控、分析、评估、核查，监督投资交易的过程和结果，不得开展可能导致不公平交易和利益输送的交易行为。

银行理财子公司应当对不同理财产品之间发生的同向交易和反向交易进行监控。同一理财产品不得在同一交易日内进行反向交易。确因投资策略或流动性等需要发生同日反向交易的，应当要求相关人员提供决策依据，并留存书面记录备查。国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

(五) 产品登记

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司发行理财产品的，应当在全国银行业理财信息登记系统对理财产品进行集中登记。银行理财子公司不得发行未在全国银行业理财信息登记系统进行登记并获得登记编码的理财产品。

根据银行业理财登记托管中心发布的公告，目前全国银行业理财信息登记系统是针对银行业金融机构本行的理财产品，针对银行理财子公司未来发行的理财产品登记还需进一步完善对接登记路径。

(六) 信息披露与投资者保护

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当向投资者充分披露理财产品的分级设计及相应风险、收益分配、风险控制等信息。

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当建立有效的投资者保护机制，设置专职岗位并配备与业务规模相匹配的人员，根据法律、行政法规、金融监管规定和

合同约定妥善处理投资者投诉。

(七) 内部控制和审计

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当建立健全内部控制和内部审计制度，完善内部控制措施，提高内外部审计有效性，持续督促提升业务经营、风险管理、内控合规水平。其中，银行理财子公司应当按照内部审计和外部审计的相关管理规定，至少每年对理财业务进行一次内部审计，对理财业务和公募理财产品进行一次外部审计。

(八) 从业人员管理

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司应当建立健全从业人员的资格认定、培训、考核评价和问责制度，确保理财业务人员具备必要的专业知识、行业经验和管理能力，充分了解相关法律法规、监管规定以及理财产品的法律关系、交易结构、主要风险及风险管控方式，遵守行为准则和职业道德标准。

此外，为防范员工及其利害关系人内幕交易、与投资者发生利益冲突，《理财子公司管理办法》规定，银行理财子公司的董事、监事、高级管理人员和其他理财业务人员，其本人、配偶、利害关系人进行证券投资，应当事先向银行理财子公司申报，并不得与投资者发生利益冲突。银行理财子公司应当建立上述人员进

行证券投资的申报、登记、审查、处置等管理制度，并报银行业监督管理机构备案。

对于银行理财子公司的董事、监事、高级管理人员和其他从事理财业务的人员，《理财子公司管理办法》明确规定其不得从事下列行为：

- (一) 将自有财产或者他人财产混同于理财产品财产从事投资活动；
- (二) 不公平地对待所管理的不同理财产品财产；
- (三) 利用理财产品财产或者职务之便为理财产品投资者以外的人牟取利益；
- (四) 向理财产品投资者违规承诺收益或者承担损失；
- (五) 侵占、挪用理财产品财产；
- (六) 泄露因职务便利获取的未公开信息，利用该信息从事或者明示、暗示他人从事相关的交易活动；
- (七) 玩忽职守，不按照规定履行职责；
- (八) 法律、行政法规和国务院银行业监督管理机构规定禁止的其他行为。

银行理财子公司工作人员应避免从事上述行为。

(九) 监督管理

根据《理财子公司管理办法》的规定，对银行理财子公司的监督管理主要有如下方面：

事项	内容
报告	<p>年度报告： 银行理财子公司应当按照规定，向银行业监督管理机构报送与理财业务有关的财务会计报表、统计报表、外部审计报告、风险准备金使用情况和银行业监督管理机构要求报送的其他材料，并于每年度结束后2个月内报送理财业务年度报告。</p> <p>临时报告： 银行理财子公司在理财业务中出现或者可能出现重大风险和损失时，应当及时向银行业监督管理机构报告，并提交应对措施。</p>

事项	内容
检查	<p>现场检查： 银行业监督管理机构应当按照规定对银行理财子公司业务进行现场检查。</p> <p>定期评估： 银行业监督管理机构应当基于非现场监管和现场检查情况，定期对银行理财子公司业务进行评估。</p>

根据《银行理财子公司管理办法》的规定，银行业监督管理机构对银行理财子公司的违法违规行为采取的监管措施主要为：

事项	罚则
银行理财子公司从事理财业务活动，未按照规定向银行业监督管理机构报告或者报送有关文件、资料。	由银行业监督管理机构依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十七条的规定，予以处罚。
银行理财子公司违反《理财子公司管理办法》规定从事理财业务活动的。	应当根据国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提出的整改要求，在规定的时限内向国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提交整改方案并采取整改措施。
对于在规定的时限内未能采取有效整改措施的银行理财子公司，或者其行为严重危及本公司稳健运行、损害投资者合法权益的。	国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构有权按照《中华人民共和国银行业监督管理法》第三十七条的规定，采取下列措施： （一）责令暂停发行理财产品； （二）责令调整董事、高级管理人员或限制其权利； （三）《中华人民共和国银行业监督管理法》第三十七条规定的其他措施。
银行理财子公司从事理财业务活动，有下列情形之一的： （一）提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的； （二）未按照规定进行风险揭示或者信息披露的； （三）根据《资管新规》经认定存在刚性兑付行为的； （四）拒绝执行本办法第五十四条规定的措施的； （五）严重违法违反本办法规定的其他情形。	由银行业监督管理机构依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十六条的规定，予以处罚。
银行理财子公司从事理财业务活动的其他违法违规行为	由银行业监督管理机构依照《中华人民共和国银行业监督管理法》等法律法规予以处罚。
银行理财子公司从事理财业务活动，违反有关法律、行政法规以及国家有关银行业监督管理规定的	银行业监督管理机构除依照《理财子公司管理办法》第五十五条至第五十七条规定处罚外，还可以依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十八条和《金融违法行为处罚办法》的相关规定，对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员进行处理；涉嫌犯罪的，依法移送司法机关处理。

第三部分 \ 银行理财子公司业务相关法律问题

（一）理财子公司开展业务的监管原则

自《资管新规》、《进一步通知》发布以来，各类资产管理业务的监管要求逐渐统一，就银行理财业务，银保监会发布了《理财新规》、《理财子公司管理办法》。根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司开展业务，应当遵守《资管新规》和《理财新规》的总则、分类管理、业务规则与风险管理、附则以及附件《商业银行理财产品销售管理要求》的相关规定，《理财子公司管理办法》另有规定的除外。

结合《资管新规》、《理财新规》和《理财子公司管理办法》的相关规定，理财子公司开展业务需遵守的主要监管原则如下，与其他资管机构的监管原则总体保持一致：

1. 穿透原则

《理财子公司管理办法》未明确穿透要求，原则上应当适用《资管新规》、《理财新规》。

结合《资管新规》、《理财新规》的规定，银行业监督管理机构应当对理财业务实行穿透式监管，应向上识别理财产品的最终投资者，向下识别理财产品的底层资产。其他资产管理产品投资于银行理财子公司理财产品的，银行理财子公司应当按照穿透原则，有效识别资产管理产品的最终投资者。

2. 产品嵌套

与《资管新规》、《理财新规》关于不得超过两层嵌套的规定一致，《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司发行的理财产品可以再投资一层由受金融监督管理部门依法监管的其他机构发行的资产管理产品，但所投资的资产管理产品不得再投资公募证券投资基金以外的资产管理产品。

3. 禁止“资金池”业务

《理财子公司管理办法》未明确规定禁止“资金池”业务，原则上应当适用《资管新规》、《理

财新规》。

结合《资管新规》、《理财新规》的规定，银行理财子公司开展理财业务，应当确保每只理财产品与所投资资产相对应，做到每只理财产品单独管理、单独建账和单独核算，不得开展或者参与具有滚动发行、集合运作、分离定价特征的资金池理财业务。

4. 打破“刚性兑付”

与《资管新规》、《理财新规》打破“刚性兑付”的监管要求一致，《理财子公司管理办法》规定，银行理财子公司不得为理财产品投资的非标准化债权类资产或权益类资产提供任何直接或间接、显性或隐性的担保或回购承诺。银行理财子公司从事理财业务活动，根据《资管新规》经认定存在刚性兑付行为的，由银行业监督管理机构依照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十六条的规定，予以处罚。

（二）银行理财子公司开展业务的具体要求

1. 合格投资者标准

《理财子公司管理办法》未明确合格投资者标准，原则上应当适用《资管新规》、《理财新规》。

根据《资管新规》、《理财新规》的规定，合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承受能力，投资于单只理财产品不低于一定金额且符合下列条件的自然人、法人或者依法成立的其他组织：

（一）具有2年以上投资经历，且满足家庭金融净资产不低于300万元人民币，或者家庭金融资产不低于500万元人民币，或者近3年本人年均收入不低于40万元人民币；

（二）最近1年末净资产不低于1000万元的法人或者依法成立的其他组织；

（三）国务院银行业监督管理机构规定的其他情形。

2. 认购起点

对于银行理财子公司发行的公募理财产品，《理财子公司管理办法》未设置认购起点，并明

确不适用《理财新规》关于公募理财产品认购起点的规定。对于银行理财子公司发行的私募理财产品，《理财子公司管理办法》未明确规定认购起点，原则上应当适用《资管新规》、《理财新规》。

结合《资管新规》和《理财新规》的规定，银行理财子公司发行的私募理财产品的认购起点为：合格投资者投资于单只固定收益类理财产品的金额不得低于30万元人民币，投资于单只混合类理财产品的金额不得低于40万元人民币，投资于单只权益类理财产品、单只商品及金融衍生品类理财产品的金额不得低于100万元人民币。

3. 投资比例限制

《理财子公司管理办法》未明确规定理财产品的投资比例，原则上应当适用《资管新规》、《理财新规》。

结合《资管新规》和《理财新规》的规定，银行理财子公司发行的理财产品应遵守下述投资比例限制：固定收益类理财产品投资于存款、债券等债权类资产的比例不低于80%；权益类理财产品投资于权益类资产的比例不低于80%；商品及金融衍生品类理财产品投资于商品及金融衍生品的比例不低于80%；混合类理财产品投资于债权类资产、权益类资产、商品及金融衍生品类资产且任一资产的投资比例未达到前三类理财产品标准。

4. 投资范围

（一）公募理财产品投资范围：根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司发行公募理财产品的，应当主要投资于标准化债权类资产以及上市交易的股票，不得投资于未上市企业股权，法律、行政法规和国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

（二）私募理财产品投资范围：对于银行理财子公司发行的私募理财产品的投资范围，《理财子公司管理办法》没有明确规定。结合《资管新规》、《理财新规》规定，私募理财产品的投资范围由合同约定，可以投资于债权类资产

和权益类资产等。权益类资产是指上市交易的股票、未上市企业股权及其受（收）益权。

(3) 理财产品禁止投资范围：《理财子公司管理办法》对理财子公司发行的理财产品禁止投资的范围作了明确规定：理财产品不得直接投资于信贷资产，不得直接或间接投资于主要股东的信贷资产及其受（收）益权，不得直接或间接投资于主要股东发行的次级档资产支持证券，面向非机构投资者发行的理财产品不得直接或间接投资于不良资产受（收）益权；不得直接或间接投资于本公司发行的理财产品，国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

5. 产品分级

不同于《理财新规》规定商业银行不得发行分级理财产品，《理财子公司管理办法》规定银行理财子公司发行分级理财产品的，应当遵守《资管新规》第二十一条相关规定。分级理财产品的同级份额享有同等权益、承担同等风险，产品名称中应包含“分级”或“结构化”字样。银行理财子公司不得违背风险收益相匹配原则，利用分级理财产品向特定一个或多个劣后级投资者输送利益。分级理财产品不得投资其他分级资产管理产品，不得直接或间接对优先级份额投资者提供保本保收益安排。

《资管新规》第二十一条规定，公募产品和开放式私募产品不得进行份额分级。固定收益类产品的分级比例不得超过 3: 1，权益类产品的分级比例不得超过 1: 1，商品及金融衍生品类产品、混合类产品的分级比例不得超过 2: 1。发行分级资产管理产品的金融机构应当对该资产管理产品进行自主管理，不得转委托给劣后级投资者。分级资产管理产品不得直接或者间接对优先级份额认购者提供保本保收益安排。

（三）银行理财子公司开展理财业务不适用《理财新规》的事项

根据《理财子公司管理办法》第二十五条规定，银行理财子公司开展理财业务，不适用《理财新规》第二十二条、第三十条第二款、第三



十一条、第三十六条第一款、第三十九条、第四十条第一款、第四十二条第一款、第四十八条第二款、第四十九条、第七十四条至第七十七条、附件《商业银行理财产品销售管理要求》第三条第（三）项的规定。

通过对比分析《资管新规》、《理财新规》和《理财子公司管理办法》，银行理财子公司从事理财业务，在以下方面对《理财新规》有所突破，这些突破也可能成为银行理财子公司未来业务的竞争优势：

1. 银行理财子公司发行的理财产品销售渠道更多元，可以通过监管认可的机构代销理财产品；
2. 商业银行理财产品不得投资于本行或其他金融机构发行的理财产品，理财子公司发行的理财产品可以投资于其他理财子公司或商业银行发行的理财产品；
3. 理财子公司投资非标的余额不得超过理财资产净资产的 35%，除此之外没有特别要求或限制（例如不涉及商业银行全部理财产品投资于非标准化债权类资产的余额均不得超过本行上一年度审计报告披露总资产的 4% 的限

制）；

4. 银行理财子公司发行的公募理财产品未设置认购起点；
5. 公募理财产品可以直接投资上市公司股票；
6. 银行理财子公司可以发行分级理财产品；
7. 银行理财子公司公募理财产品的投资顾问、私募理财产品的理财投资合作机构（包括但不限于银行理财子公司理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构以及与理财产品投资管理相关的投资顾问等）可以选择符合条件的私募基金管理人担任；
8. 取消了“首次购买必须临柜面签”；
9. 银行理财子公司可以对公募理财产品进行公开宣传。

（四）业务监管指标或要求

根据《理财子公司管理办法》规定，银行理财子公司的一些业务监管指标或要求如下：

事项	指标	依据
非标准化债权类资产余额	银行理财子公司全部理财产品投资于非标准化债权类资产的余额在任何时点均不得超过理财产品净资产的35%	《理财子公司管理办法》第二十九条
投资集中度	同一银行理财子公司全部开放式公募理财产品持有单一上市公司发行的股票，不得超过该上市公司可流通股票的15%	《理财子公司管理办法》第三十条
自有资金投资比例要求	银行理财子公司可以运用自有资金开展存放同业、拆放同业等业务，投资国债、其他固定收益类证券以及国务院银行业监督管理机构认可的其他资产，其中持有现金、银行存款、国债、中央银行票据、政策性金融债券等具有较高流动性资产的比例不低于50%	《理财子公司管理办法》第二十九条
自有资金投资本公司发行理财产品的限制	银行理财子公司以自有资金投资于本公司发行的理财产品，不得超过其自有资金的20%，不得超过单只理财产品净资产的10%，不得投资于分级理财产品的劣后级份额	《理财子公司管理办法》第三十三条
风险准备金	银行理财子公司应当按照理财产品管理费收入的10%计提风险准备金，风险准备金余额达到理财产品余额的1%时可以不再提取	《理财子公司管理办法》第四十四条
净资本	银行理财子公司应当遵守净资本监管要求	《理财子公司管理办法》第四十五条

（五）实践中较受关注的法律问题

受限于《商业银行法》的投资限制，此前商业银行发行的理财产品主要通过各种通道形式间接投资于私募基金管理人发行的私募基金。《资管新规》、《理财新规》、《理财子公司管理办法》出台后，对理财产品嵌套层数、理财产品投资范围、合作机构均作了相关限制性规定，

并要求向下识别底层资产，通道模式因此受限。实践中较为关注《理财新规》、《理财子公司管理办法》出台后，理财产品能否投资私募基金、私募基金管理人能否作为理财投资的合作机构。

1. 理财产品能否投资私募基金

（1）商业银行发行的理财产品
《理财新规》第35条规定，商业银行理财

产品可以投资于国债、地方政府债券、中央银行票据、政府机构债券、金融债券、银行存款、大额存单、同业存单、公司信用类债券、在银行间市场和证券交易所市场发行的资产支持证券、公募证券投资基金、其他债权类资产、权益类资产以及国务院银行业监督管理机构认可的其他资产。

《理财新规》第36条规定，除第35条列示的资产外，理财产品不得直接或间接投资于由未经金融监督管理部门许可设立、不持有金融牌照的机构发行的产品或管理的资产，金融资产投资公司的附属机构依法依规设立的私募股权投资基金以及国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

业内通常理解，私募基金管理人在中国证券投资基金业协会办理管理人登记不属于金融监督管理部门行政许可，其本身也不是持有金融牌照的机构。因此，根据上述规定，除金融资产投资公司的附属机构依法依规设立的私募股权投资基金外，商业银行发行的理财产品不得投资于其他私募基金。

(2) 银行理财子公司发行的理财产品

根据《理财子公司管理办法》的规定，银行理财子公司发行公募理财产品的，应当主要投资于标准化债权类资产以及上市交易的股票，不得投资于未上市企业股权，法律、行政法规和国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。银行理财子公司公募理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构应当是具有专业资质并受金融监督管理部门依法监管的金融机构。

根据《资管新规》、《金融机构编码规范》的规定，私募基金管理人不属于金融机构范畴。因此，我们理解，银行理财子公司发行的公募理财产品不得投资私募基金。

《理财子公司管理办法》对于私募理财产品的投向没有明确规定，但《理财子公司管理办法》规定了，私募理财产品的理财投资合作机构（包括但不限于银行理财子公司理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构以及与理财产品投资管理相关的投资顾问等）可以选择符合条件的私募基金管理人担任。私募基金管理人系基于基金合同的约定受托管理投资人财产，即根据合同约定受托投资。业内理解，银行理财子公司发行的私募理财产品可以委托私募基

金管理人进行投资，即银行理财子公司发行的私募理财产品可以投资于私募基金。但因《理财子公司管理办法》未明确规定私募理财产品可以投资私募基金，可能仍需监管部门进一步明确。

2. 理财投资合作机构

(1) 商业银行理财投资合作机构

《理财新规》规定，理财投资合作机构包括但不限于商业银行理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构以及与理财产品投资管理相关的投资顾问等。理财投资合作机构应当是具有专业资质并受金融监督管理部门依法监管的金融机构或国务院银行业监督管理机构认可的其他机构。

据此，商业银行理财投资合作机构应当为金融机构或国务院银行业监督管理机构认可的其他机构。

(2) 银行理财子公司理财投资合作机构

《理财子公司管理办法》规定，“银行理财子公司的理财投资合作机构包括但不限于银行理财子公司理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构以及与理财产品投资管理相关的投资顾问等。

银行理财子公司公募理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构应当是具有专业资质并受金融监督管理部门依法监管的金融机构，其他理财投资合作机构应当是具有专业资质，符合法律、行政法规、《资管新规》和金融监督管理部门相关监管规定并受金融监督管理部门依法监管的机构。

银行理财子公司可以选择符合下列条件的私募投资基金管理人担任理财投资合作机构：

(一) 在中国证券投资基金业协会登记满1年、无重大违法违规记录的会员；

(二) 担任银行理财子公司投资顾问的，应当为私募证券投资基金管理人，其具备3年

以上连续可追溯证券、期货投资管理业绩且无不良从业记录的投资管理人员应当不少于3人；

(三) 金融监督管理部门规定的其他条件。

银行理财子公司所发行分级理财产品的投资顾问及其关联方不得以其自有资金或者募集资金投资于该分级理财产品的劣后级份额。”

据此，银行理财子公司发行的公募理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构应当是具有专业资质并受金融监督管理部门依法监管的金融机构。银行理财子公司发行的公募理财产品的投资顾问、私募理财产品的理财投资合作机构（包括但不限于银行理财子公司理财产品所投资资产管理产品的发行机构、根据合同约定从事理财产品受托投资的机构以及与理财产品投资管理相关的投资顾问等）可以选择符合上述条件的私募基金管理人担任。

需要特别关注的是，担任银行理财子公司（包括发行的公募理财产品、私募理财产品）投资顾问的私募基金管理人，应当为私募证券投资基金管理人，并满足“1+3+3”的条件要求。《理财子公司管理办法》的这一规定，与证监会在《证券期货经营机构私募资产管理计划运作管理规定》中对私募证券投资基金管理人担任证券期货机构私募资管计划的投资顾问要求是一致的。

第四部分 未来商业银行理财业务模式

根据《资管新规》规定，“过渡期后，具有证券投资基金托管业务资质的商业银行应当设立具有独立法人地位的子公司开展资产管理业务，该商业银行可以托管子公司发行的资产管理产品，但应当实现实质性的独立托管”。根据《理财新规》的规定，“商业银行应当通过具有独立法人地位的子公司开展理财业务。暂不具备条件的，商业银行总行应当设立理财

业务专营部门，对理财业务实行集中统一经营管理”。

银保监会就《理财子公司管理办法》答记者问中提到，商业银行可以结合战略规划和自身条件，按照商业自愿原则，通过设立银行理财子公司开展资管业务，也可以选择新设银行理财子公司，而是将理财业务整合到已开展

资管业务的其他附属机构。商业银行通过子公司展业后，银行自身不再开展理财业务（继续处置存量理财产品除外）。

就银保监会提到的理财业务整合问题，主要是针对已成立的银行系基金子公司。但如何进行整合，仍待相关细则落实。根据目前公开披露信息，银行是以新设银行理财子公司的模

式为主。

第五部分 银行筹设理财子公司动态

根据公开披露信息查询¹，截至2019年1月，至少有二十家以上的银行审议

¹ 根据新闻报道、上市公司公告等公开信息整理。

序号	股东	银行持股比例	名称（最终以监管机构认可及登记机关核准的名称为准）	预计注册资本	审议通过/公告时间
1	吉林银行	—	—	10亿元	2018.12
2	长沙银行	100%	长银理财有限责任公司	10亿元	2018.12
3	重庆银行	不低于51%	渝银理财有限责任公司	不低于10亿元	2018.12
4	广州农商行	不低于51%	珠江理财有限责任公司	10-20亿元	2018.12
5	青岛银行	—	青银理财有限责任公司	10亿元	2018.12
6	邮储银行	—	中国邮政储蓄银行理财有限责任公司	不超过80亿元	2018.12
7	顺德农商行	—	—	—	2018.12
8	中信银行	100%	信银理财有限责任公司	不超过50亿元	2018.12
9	工商银行	100%	工银理财有限责任公司	不超过160亿元	2018.11
10	农业银行	100%	银理财有限责任公司	不超过120亿元	2018.11
11	建设银行	100%	建信理财有限责任公司	不超过150亿元	2018.11
12	中国银行	100%	中国银行理财有限责任公司	不超过100亿元	2018.11
13	徽商银行	—	徽银资产管理有限责任公司	不超过20亿元	2018.10
14	杭州银行	100%	—	不低于10亿元	2018.8
15	浦发银行	100%	浦银资产管理有限责任公司	不超过100亿元	2018.8
16	兴业银行	100%	兴银资产管理有限责任公司	不超过50亿元	2018.8
17	广发银行	—	—	不超过50亿元	2018.7
18	民生银行	100%	—	50亿元	2018.6
19	南京银行	100%	—	不低于20亿元	2018.6
20	平安银行	100%	平银资产管理有限责任公司	不超过50亿元	2018.6
21	光大银行	100%	—	不超过50亿元	2018.6
22	交通银行	100%	交银资产管理有限公司	不超过80亿元	2018.6
23	宁波银行	100%	宁行资产管理有限公司	不低于10亿元	2018.5
24	北京银行	—	—	不超过50亿元	2018.4
25	华夏银行	100%	—	不超过50亿元	2018.4
26	招商银行	100%	招银资产管理有限责任公司	50亿元	2018.3
27	江苏银行	—	—	—	2016.2

根据银保监会最新发布的公告,建设银行、中国银行设立理财子公司的申请已于 2018 年 12 月 26 日获得银保监会正式批准,农业银行、交通银行设立理财子公司的申请已于 2019 年 1 月 4 日获得银保监会正式批准,首批理财子公司正式落地。审批速度之快也反映了监管部门希望加速推进理财业务转型的态度。

因部分银行的筹设公告是在《资管新规》颁布后即作出的,拟筹设新公司的名称系根据《资管新规》提及的资产管理公司,《银行理财子公司管理办法》颁布后,银行筹设新公司的名称已基本明确为理财公司。

目前大部分银行的筹设方案中,均由银行作为唯一股东,也有部分银行在筹设方案中提及将引进战略投资者;另外,监管机构也表示,鼓励商业银行吸引境外成熟优秀的金融机构投资入股理财子公司,引入国际先进的专业经验和管理机制,未来银行理财子公司的股东构成可能会多元化。

银行理财子公司作为即将加入资管市场的新主体,和其他资管机构相比最大的优势是在资金端、销售渠道等可以利用母行的现有资源,但同时资产端还面临主动管理、多样化投资的转型和压力。无论如何,银行理财子公司将

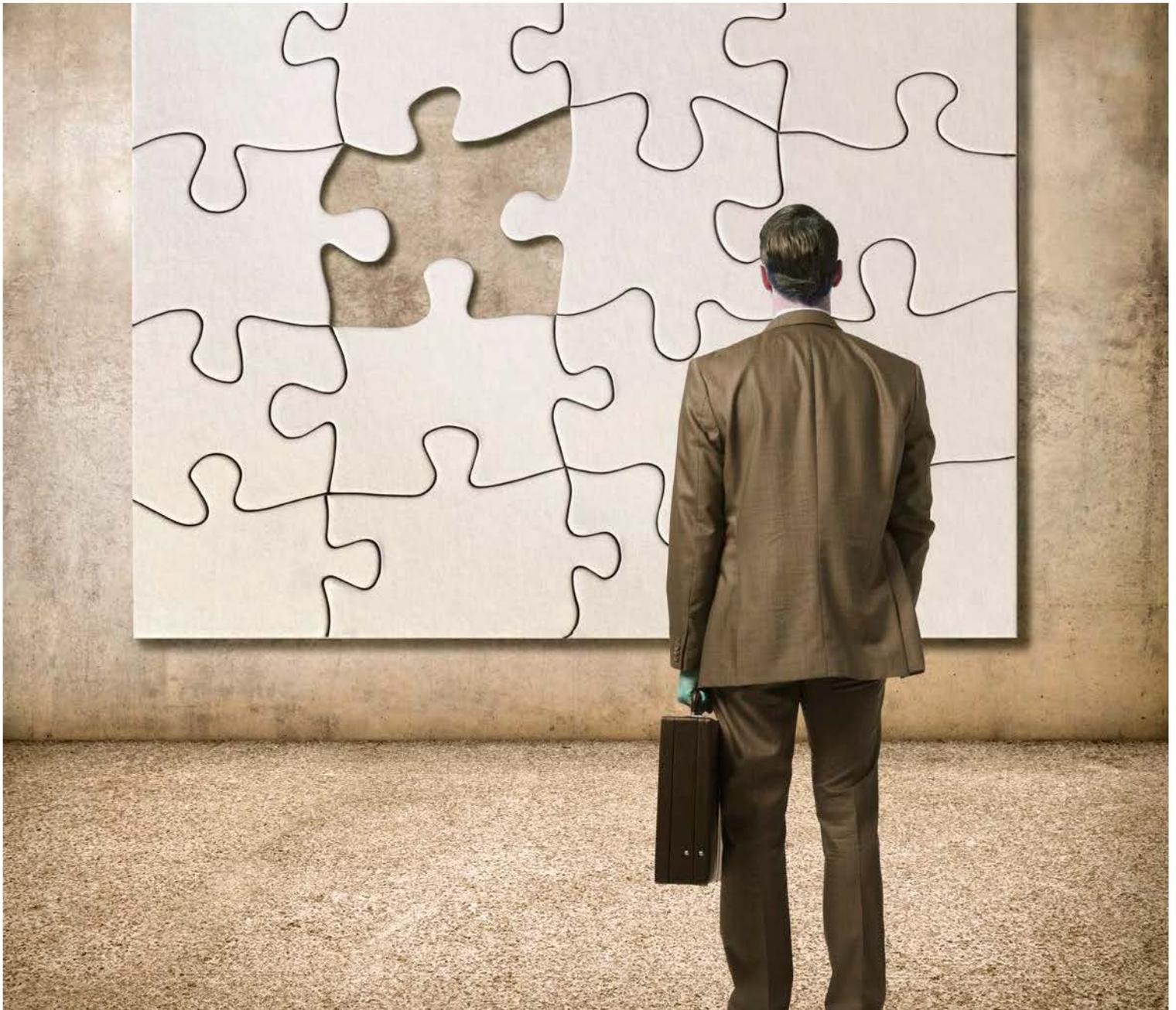
成为资管市场的一个新主力军,对资管行业的竞争与合作格局产生深远影响。☒



何植松
合伙人
金融部
上海办公室
+86 21 6061 3788
hezhisong@zhonglun.com

在美国开展业务的中国公司高级管理人员的责任

作者：顾萍



随着中国“一带一路”建设的深入发展，中国公司的业务延伸到世界各个角落。伴随着跨境业务的不断发展，业务所在国的法律需求及争议日益增加。最近华为、中兴的美国事件更是把法律合规提升到重中之重。走向全球竞争的中国企业该如何建立全面的合规体系，来应对复杂的竞争格局？企业的高级管理人员在公司合规方面有怎样的个人法律责任？本文主要从合规风险控制角度分析，在美国从事业务的中国公司高级管理人员的法律责任及预防策略。

依据美国法律，公司在业务上以任何方式与美国有连接点，都会受到大量美国法律和监管制度的约束，主要包括美国证券法，反腐败法，出口管制和制裁法律，知识产权法等法律法规。此外，当中国公司拟收购位于美国的公司或不动产时，也会触发具体的法律程序。针对这些问题，中国公司需要建立强有力的内部企业合规计划，并在可能存在任何问题的情况下迅速寻求专业的美国法律意见，以避免公司本身及对公司行为有控制权的主要高级管理人员潜在的法律风险。

第一部分 美国证券法规

据中国公司在美国的证券发行等金融活动，如公司股票在纽约证券交易所或纳斯达克证券交易所上市交易，均受美国证券法规制。这些法律制裁主要包括美国证券交易委员会 (Securities and Exchange Commission, SEC) 提起的民事诉讼或行政执法程序、美国司法部 (Department of Justice, DOJ) 的刑事执法，以及私人投资者的潜在民事责任等。

例如，反对证券欺诈的法律禁止向投资者或潜在投资者做出任何虚假的重要事实陈述，或遗漏那些对事实陈述具有重要作用并使其不具有误导性的重要事实。如果投资者根据财务报表夸大的收益投资后，公司的股价下跌，投资者可以据此以财务欺诈提起证券欺诈索赔。参与公司证券欺诈的主要管理人员可能因此要负包括罚金、有期徒刑在内的刑事责任，并且还可能需要承担民事赔偿责任。发行人及其董事、承销商等主体对受虚假陈述侵害的投资者承担连带赔偿责任。2002年世通公司因虚构利润，十一名董事被判定向投资者支付了总共5400万美元的赔偿。

在提交给SEC的文件中做虚假陈述的行为，可对自然人犯罪主体依法判处20年以下监禁或最高5,000,000美元罚金，或两者并处；对公司犯

罪主体处以最高25,000,000美元罚金；¹对证券发行与承销环节的欺诈犯罪，不论其目的如何，只要它与证券交易有关，就构成普通证券诈骗罪，将被处以1万美元以下罚金或5年以下监禁，或两者并处。²此外，这种虚假陈述的不法行为可能导致公司从美国证券交易所退市，损害股东及高级管理人员利益。

因此，对于在美国上市的中国公司而言，重要的是建立严格的内部管控制度以避免潜在的财务会计问题，并确保向投资者或潜在投资者所作的所有陈述均准确无误且无误导性的。

第二部分 海外反腐败法 (The Foreign Corrupt Practice Act, FCPA)

FCPA明确禁止美国管辖的任何人向任何国家的任何政府官员支付、承诺支付或者授权支付任何现金、礼物或者“任何有价之物”，以获得业务或者业务优势。FCPA包括两个主要条款：反贿赂条款和会计条款。反贿赂条款禁止向官员行贿；会计条款规制上市公司的财务记录与内控。在美国证券交易所上市或在美国设有办事处的中国公司受此法律管辖。指示前述中国公司从事上述贿赂行为的任何个人、不论在何处均受此法管辖。获得美国绿卡的中国公民，以及在美国境内

促成此类贿赂行为的中国公民也受此法管辖。

笔者15年前在纽约执业的时候，美国政府主要执法是针对美国公司海外子公司的海外反腐败问题；最近几年，美国以FCPA为名加强了对中国公司海外投资的管控。近期，前香港民政事务局局长何志平以及塞内加尔前外长加迪奥 (Cheikh Gadio) 两人涉嫌在美国向非洲国家元首行贿，被控违反FCPA。该事件让这部法律重归人们的视线。

FCPA对于“任何国家的任何政府官员”范围定义非常广，不仅包括政府部门官员，还包括任何外国政府或国家机关、代理人、机构、国际组织工作的政府官员或雇员、或任何行使公共机构权力的人员，甚至国有公司的员工、企事业单位人员、公立学校的老师及国有媒体的记者等均属于“外国官员”范畴。³另外，公司如果聘用第三方中介机构从事上述行为，并且公司“知道或应当知道”中介机构可能为促成公司的商业目的而贿赂政府官员的，公司也会因为中介机构的腐败行为受到处罚。在实际执法当中，美国甚至把“一切利用美国金融系统、邮递服务、通讯手段或者任何州际商业手段、工具以促进对外国官员的行贿行为”也列入FCPA的管辖，

1. 15 U.S.C.A. § 78ff(a).
2. 15 U.S.C.A. § 77x
3. 15 U.S.C.A. § 78dd-1.

这意味着凡是利用美国的银行汇款、美国的邮政系统邮寄、甚至是发给美国的电子邮件、打入美国的国际电话、进入美国的旅游均会成为美国管辖的依据。即使中国企业本身在美国无分支机构，未在美国上市，甚至在美国无任何商业行为，也不论其具体的行贿行为是否发生在美国境内，凡是从事以上美国管辖范围的所谓贿赂行为都会受到FCPA的规制。

违反FCPA的责任人需要负包括监禁在内的刑事责任。对违反反贿赂条款的责任人，每一次违反行为都可能被处以250,000美元罚金和最高5年的有期徒刑；违反会计条款的责任人，每一次违反行为都可能被处以5,000,000美元罚金和最长20年的有期徒刑。以上的罚金和有期徒刑是只针对“每一次”违反行为的惩罚，最终惩罚可以叠加。对于公司的运营决策等负有直接责任的高级管理人员对于此项法律涉及的问题应该尤其注意，特别是公司员工的行为有时候可以归责于公司并最终追究高级管理人员的责任。

第三部分 出口管制和制裁

在出口管制方面，美国的管制主要针对出口产品与出口对象，包括对国家、公司或者个人的限制两种。

关于产品出口的限制，出口或再出口含有美国原生技术的产品的中国公司受美国出口管制法规的约束，即使美国原生技术的产品只是最终产品的一小部分。根据《国际武器贸易条例》(International Traffic in Arms Regulations, ITAR)和《出口管理条例》(Export Administration Regulations, EAR)的规定，具有军事用途和可用于军用物品的军民“两用”商品受到非常严格的出口管制。《国际紧急经济权力法案》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA)更是授权美国总统，在美国国家安全、外交政策或美国经济遭受异常或特别威胁

时，可以阻止相关交易并冻结财产。如果中国公司的产品出现在EAR的“商业控制清单”或ITAR的“美国军需清单”中，该产品出口到美国境外可能需要事先获得许可证。

关于出口对象的限制，美国外资控制财政司(Office of Foreign Assets Control, OFAC)有针对出口对象的制裁制度。该制度主要根据出口货物的国家、公司或个人的身份限制出口，在确定是否适用制裁时，也可以同时考虑货物本身。例如，目前OFAC对白俄罗斯，布隆迪，中非共和国，古巴，刚果民主共和国，伊朗，伊拉克，黎巴嫩，利比亚，尼加拉瓜，朝鲜，索马里，苏丹，南苏丹，叙利亚，俄罗斯，乌克兰，委内瑞拉，也门，前南斯拉夫和津巴布韦实施了国家级制裁。OFAC还在公司或个人层面持有一份名为“特别指定国民黑名单”(List of Specially Designated Nationals, SDN)的制裁名单。中国公司出口到上述被美国实施了国家级制裁的国家或者与SDN上的公司或个人发生商业行为时，应关注美国出口管制和制裁法律的要求，尤其是出口产品中含有源于美国的产品时，更应特别关注。

出于以上原因，从事出口业务的中国公司必须调查其出口产品，是否使用了美国出产的部件，或者使用了美国设备、机器生产其产品；如果是，则需要调查其产品是否出现在“商业控制清单”或“美国军需清单”上。一旦发现产品落入以上范围，为了避免潜在的刑事起诉和监禁，中国公司应该及时申请出口许可证；此外，如果任何拟进行的交易对象涉及被美国实施国家级制裁的国家，中国公司应特别谨慎地采取相应措施以保证其行为不触犯美国法律。同时谨记，将美国原产货物、零部件出口到未经制裁的国家后再出口到受制裁国家也会违反美国出口管制和制裁法律，并会因此而受到处罚。

目前有很多中国公司在美国设立了研发部门，并且存在中美研发团队跨境联合技术研发的情况，这种情况下可能存在技术出口的问题，尤其是在敏感技术领域。建议有这种情况存在的公司尽快寻求律师专业法律帮助。

违反美国出口管制法规，对责任人最高处以10年监禁或最高250,000美元的罚金，或两者并处；对法人可处以不超过出口或再出口产品价值5倍的罚金或最高1,000,000美元的罚金。⁴

值得注意的是，虽然目前中国与美国之间尚未达成引渡条约，但美国已经同包括加拿大、澳大利亚在内的100多个国家签订了引渡条约，即第三国可以应美国政府的要求实施逮捕，以便“引渡”犯罪嫌疑人到美国受审。也就是说，美国的“长臂管辖”可以延伸到所有和美国签订了引渡条约的国家。中国公司如果被美国认定违反出口管制和制裁的法律，公司高级管理人员在与美国缔结引渡条约的国家旅游甚至是在机场转机时，都存在美国要求扣押相关人员，并通过引渡程序带回美国进行调查的可能性。

第四部分 商业秘密

2018年中美之间的贸易战打得如火如荼，此次贸易战的导火索就是美国单方面认为中国在双方贸易过程中存在违反商业秘密等不公平的贸易行为。

商业秘密是与专利权、商标权、版权并列的一种知识产权。在技术不断进步，企业竞争日益激烈的市场环境下，商业秘密已成为保护企业核心竞争力的必不可少的手段。2016年5月11日，正式生效的美国联邦《商业秘密保护法》(Defend Trade Secrets Act, DTSA)统一了美国商业秘密保护的民事规则。1996年的《经济间谍法案》(The Economic Espionage Act of 1996, EEA)首次将“窃取商业机密或知识产权等无形资产”规定为刑事犯罪。EEA规定了经济间谍罪与盗窃商业秘密罪，两者的不同在于如果盗窃商业秘密的犯罪有益于外国政府、外国机构或外国代理人，则该犯罪就会以经济间谍罪论处。

⁴ 15 C.F.R. § 764.3.

根据EEA, 盗窃或不当使用商业秘密罪, 个人可处以最高10年监禁, 对公司犯罪可处以5000,000美元的罚款; 经济间谍罪对个人可就每一次犯罪处以500,000美元罚金并处以15年监禁, 对公司犯罪可处以10,000,000美元或商业秘密价值3倍的罚款。⁵此外, 商业秘密被盗的一方也可以根据联邦和州的法律, 对不当使用商业秘密的行为提起民事诉讼, 其中损害赔偿将根据如下标准进行评估: (1) 原告遭受的实际损失; (2) 被告获得的不当得利; 或(3) 使用商业秘密的合理许可费。在侵害方存在故意或恶意的情形下, 法院可判决被告方支付原告高达两倍的损害赔偿金以及律师费。

1997-2017年间美国提起的180件经济间谍刑事起诉案件中, 有53件涉及到以中国为受益

国的经济间谍刑事诉讼。近年来, 因经济间谍或者盗窃商业秘密被起诉的中国公司、华人数量有逐渐增长的趋势。例如前苹果工程师因带走长达25页的自动驾驶汽车电路板蓝图, 在离开美国飞回中国时被逮捕。他面临联邦政府“盗窃商业秘密罪”的指控, 并面临高达10年监禁以及250,000美元的罚款。

中国公司在新员工入职时要注意员工是否携带了前雇主的商业秘密, 尤其在新员工以高新技术参股或者以与前雇主相关的技术换取经济利益时要做好尽职调查, 以保证不违反与知识产权相关的法律。

第五部分 版权侵权

版权侵权行为包括未经授权复制或创作书籍、电影、软件或作者作品的衍生作品。可以对版权侵权行为(有时称为“盗版”)进行刑事处罚, 包括长达10年的个人监禁或每次违法250,000美元的罚款, 或两者兼而有之。另外, 根据美国《千禧年版权法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)的规定, 破解文件加密系统等文件访问控制的行为也可能受到刑事处罚, 最高处罚可达1,000,000美元并处以10年有期徒刑。由于技术的进步和互联网的发展, 版权侵权尤其是跨境的版权侵权变得非常容易。中国公司要做好员工的培训, 严防员工的版权侵权归责于到公司。

5. 18 U.S.C.A. § 1831.

第六部分\ 中国跨国并购

除了直接从美国获取零部件,向美国出售商品,在美国设立办事处或通过美国证券交易所上市进入美国资本市场等,中国公司还可以通过收购或投资美国公司在美国开展业务。在美国进行投资并购的交易有可能受到美国海外投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)审查和批准。随着2018年8月13日《外资投资风险评估现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, FIRRMA)的颁布,CFIUS审查的范围不断扩大。同时,根据2018年10月10日颁布的试点计划(Pilot Program),外国公司包括外国公司的美国子公司在27个重点行业⁶投资要受到CFIUS的审查,即便是非控股投资也不例外。

CFIUS审查过程一般需要几周。调查阶段结束后,CFIUS须向总统报告此项交易是否侵犯美国国家安全的判断和意见,总统在接到报告后,将作出最终决定,判定该项交易是否威胁到美国的国家安全利益。

2012年10月,美国总统奥巴马签署禁令,否决中国三一重工集团旗下的美国子公司罗斯公司通过收购美国企业的方式建设4个风电项目的并购交易,并采取十分严厉的强制性停工并移除设备等极端的处罚措施。实际上,极少有交易进入需要总统决定的阶段。如果在初审阶段,认为交易有可能对美国的国家安全带来风险,CFIUS会直接否决,或要求交易各方同意对交易形式进行修改,例如对部分特定资产或业务剥离后,才会最终通过审查。

如果交易双方在交易结束前的45天之内没有及时提交CFIUS审查的当事方,会被课以巨额罚款,罚款数额最高可与交易价格相当。

鉴于目前中美贸易战激战正酣,CFIUS很可能阻止中国对以上所有重要行业的投资。

第七部分\ 对企业的建议

企业在进入美国市场过程中,合规管理的外部环境和内部环境在不断变化,FCPA、EEA、EAR、ITAR、IEEPA等一系列法规如同锋利无比的“达摩克斯之剑”悬在企业头上。尤其在中美贸易战不断升级的形势下,企业更应时刻关注市场变化和经济形势,持续地进行合规风险管理,并不断改进和提高合规管理水平,有效防控合规风险,确保企业跨境业务安全、稳定、持续经营。笔者对在美国投资经营的中国企业建议如下:

- 1) 了解并遵守相关美国法律,包括本文讨论的FCPA、EEA、EAR、ITAR、IEEPA等;
- 2) 建立严格的内部制度及管控机制,包括建立严格的会计财务制度,严格统一的外宣制度;企业应当及时纠正内部调查发现的问题,同时采取措施、弥补制度漏洞;
- 3) 对公司产品、零部件来源及出口国家等进行清查,一旦发现来源于美国或者产品将出口到被美国实施制裁的国家,及时采取相应行动,以保证行为合法;
- 4) 加强海外投资的尽职调查;
- 5) 增强企业内部合规培训,增强员工合规意识;
- 6) 产品出口到美国之前寻求律师独立的不侵权意见;
- 7) 一旦公司进入诉讼程序或者被调查,应立即雇佣有经验的律师团队建立应对机制,保证公司合法利益。☑

6. 这些行业包括:飞机制造,飞机发动机和发动机零部件制造,氧化铝精炼和原铝生产,滚珠轴承制造,计算机存储设备制造,电子计算机制造,导弹和航天器制造,导弹和航天器推进装置和推进装置零部件制造,军用装甲车辆、坦克和坦克部件制造,核发电,光学仪器和镜片制造,其他基本无机化学品制造,其他导弹和航天器零件及辅助设备制造,石化制造,粉末冶金零部件制造,电力、配电及特种变压器制造,初级电池制造,广播电视及无线通信设备制造,纳米技术的研究与开发,生物技术的研究与开发(纳米生物技术除外),铝的二次冶炼和合金化,搜索、检测、导航、制导、航空、航海系统和仪器制造,半导体及相关设备制造,半导体机械制造,蓄电池制造,电话设备制造,以及涡轮机和涡轮发电机组制造。



顾萍
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2089
guping@zhonglun.com

盘点2009-2018： 汽车行业知识产权保护 实务进展与最新案例¹

作者：张鹏



1. 根据笔者在 Lexis Nexis 和中伦律师事务所共同举办的“汽车行业投资项目中的知识产权体系建设和共享探讨”上的主旨发言修改形成，感谢与会企业的宝贵意见。

汽车行业是典型的知识产权密集型产业，该行业的发展严重依赖于知识产权。尤其是，目前全球汽车行业正处在产业重构与技术变革的关键时刻，作为全球汽车行业的重要力量，中国汽车企业正积极投身其中，无论是与境外著名车企成立合资企业，还是各方共同开展技术研发合作项目，或是代工模式的设计和和实施，知识产权都是其中必不可少的内容。对2009年-2017年汽车行业知识产权与竞争纠纷案件进行大数据分析，总结汽车行业知识产权与竞争纠纷案件的总体状况。同时，详细分析2018年汽车行业知识产权与竞争纠纷的最新案例，包括专利纠纷案例、商标纠纷案例和不正当竞争纠纷案例等。

根据欧洲专利局、欧洲知识产权局联合发布的《知识产权密集型产业及其在欧盟的经济表现》报告以及美国商务部经济和统计管理局、美国专利商标局联合发布的《知识产权与美国经济：2016更新版》，汽车行业是典型的知识产权密集型产业，该行业的发展严重依赖于知识产权。尤其是，目前全球汽车行业正处在产业重构与技术变革的关键时刻，作为全球汽车行业的重要力量，中国汽车企业正积极投身其中，无论是与境外著名车企成立合资企业，还是各方共同开展技术研发合作项目，或是代工模式的设计和和实施，知识产权都是其中必不可少的内容。因此，非常有必要讨论汽车行业如何有效保护知识产权，帮助汽车行业创新主体全面保护创新成果、有效规制侵权风险，助力汽车行业企业创新发展。

第一部分 汽车行业知识产权与竞争纠纷的大数据分析

如下图所示，汽车行业知识产权与竞争纠纷保持快速增长态势。就横向对比而言，2009年-2017年，汽车行业知识产权与竞争纠纷案件数量逐年数据为325件、490件、495件、715件、948件、1195件、1393件、1518件和2235件，年复合增长率达到23.89%，远高于所有行业的平均年复合增长率。就纵向对比而言，2017年，人民法院共新收一审、二审、申请再审等各类知识产权案件237242件，汽车行业知识产权与竞争纠纷案件占全部案件总数的10%，在96个产业大类中位居前列。截止到目前，2018年汽车行业知识产权与竞争纠纷案件达到1357件，随着2018年11-12月份判决的全面公开数据还会有进一步的更新。

图1. 2009年-2017年汽车行业知识产权与竞争纠纷案件数量趋势图



从区域分布来看，如下图所示，2009年-2017年汽车行业的知识产权与竞争纠纷主要分布在广东省、浙江省、山东省、北京市、上海市、江苏省等省市，分别达到2960件、1687件、1244件、1110件、1071件、865件。其中，广东省、浙江省、山东省，分别占比25%、14%、10%。

图2. 2009年-2017年汽车行业知识产权与竞争纠纷案件地区分布图



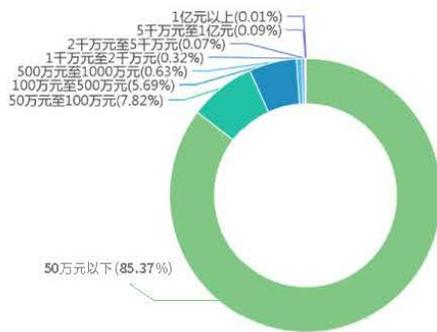
从案件类型来看，如下图所示，知识产权与竞争纠纷当前最主要的案由是知识产权权属、侵权纠纷类，有9586件，占一半以上，其次是知识产权合同纠纷类1339件，不正当竞争纠纷类1076件，垄断纠纷类20件，其他知识产权与竞争纠纷15件。

图3. 2009年-2017年汽车行业知识产权与竞争纠纷案件类型分布图与竞争纠纷案件地区分布图



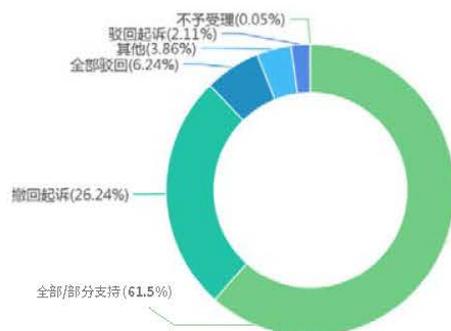
从案件标的额来看,如下图所示,汽车行业知识产权与竞争纠纷标的额为50万元以下的案件数量最多,有7985件,50万元至100万元的案件有731件,100万元至500万元的案件有532件,500万元至1000万元的案件有59件,1千万元至2千万元的案件有30件。

图4. 2009年-2017年汽车行业知识产权与竞争纠纷诉讼标的额分布图



从诉讼结果来看,如下图所示,知识产权与竞争纠纷一审判决全部/部分支持原告诉讼请求的有5287件,占比为62%;原告撤回起诉的有2256件,占比为26%;全部驳回原告诉讼请求的有536件,占比为6%。原告具有较高的胜诉率。

图5. 2009年-2017年汽车行业知识产权与竞争纠纷诉讼结果分布图



第二部分 2018年汽车行业知识产权与竞争纠纷最新案例分析

汽车行业是典型的知识产权密集型产业,其发展高度依赖于专利、商标、著作权、技术秘密等知识产权,因此也是知识产权与竞争纠纷频发的行业领域。下面结合2018年汽车行业知识产权与竞争纠纷的最新案例进行分析。

(一) 汽车行业专利纠纷

从汽车行业专利权属、侵权类纠纷案件分布来看,案件数量保持高速增长。2009-2017年汽车行业专利权属、侵权类纠纷案件数量分别为15件、29件、35件、47件、53件、138件、160件、188件、272件,2018年汽车行业专利权属、侵权类纠纷案件数量则达到334件,年复合增长率达到36.38%,是汽车行业知识产权与竞争类纠纷中增长速度最快的类型。同时,从案件类型看,汽车行业专利权属、侵权类纠纷案件也逐渐从外观设计专利侵权纠纷为主转向发明专利侵权纠纷为主。笔者曾经结合石家庄双环汽车股份有限公司与本田技研工业株式会社确认不侵害专利权、损害赔偿纠纷案(最高人民法院(2014)民三终字第7号民事判决书),本田技研工业株式会社与石家庄双环汽车股份有限公司、石家庄双环汽车有限公司、石家庄双环新能源汽车有限公司外观设计专利侵权纠纷案(最高人民法院(2014)民三终字第8号民事判决书)探讨专利侵权警告信的适格性问题²,其仍然是以外观设计类专利纠纷为背景。经检索,2018年最高人民法院共审理3件汽车行业专利纠纷,其中,最高人民法院对雷诺重工股份有限公司、李洪波侵害实用新型专利权纠纷案做出再审审查与审判监督民事裁定书,提审该案件³;最高人民法院对浙江美星热交换科技股份有限公司、佛山市南海蕾特汽车配件有限公司专利权权属纠纷案做出再审审查与审判监督民事裁定书,驳回再审申请⁴。2018年,各

地高级人民法院共审理40件汽车行业专利纠纷。总结2018年最高人民法院和各地高级人民法院审理汽车行业专利纠纷,主要包括如下内容。

一是等同侵权判定中技术手段、技术功能、技术效果的考虑。在白山市星泰矿山机械制造有限公司发明专利临时保护期使用费纠纷、侵害发明专利权纠纷案中,最高人民法院再审查与审判监督民事裁定书认为⁵,涉案专利权利要求1请求保护的是“一种自带动力的滚刷式除雪装置”,其中明确限定包括技术特征“升降液压缸”。根据涉案专利说明书,涉案专利“由独立的发动机提供动力,可以不用改装车辆,自带液压系统,不影响原车使用性能,使用时,通过悬挂器悬挂在任何车辆上……不用时,放置一边”。由此可见,涉案专利请求保护的除雪装置本身即包括液压缸,能够通过其自带的液压缸独立完成除雪装置的升降,而无需借助其他任何车辆。其可以通过悬挂器悬挂在任何类车辆上使用,也不用改装原车辆(不影响原车使用性能)。本案中,虽然被诉侵权产品FYSSZD30、FYSSZD33型号扫雪机与装载机一体销售,但FYSSZD30、FYSSZD33型号扫雪机本身并不具备与“升降液压缸”相同或等同的特征,而是必须安装在装载机上使用,借助装载机上的液压缸实现扫雪机上扫雪装置的升降,并需要对装载机的结构做相应改装。因此,被诉侵权的两种型号的扫雪机均无法实现“不用改装车辆,……不影响原车使用性能”的技术效果,也不具备与涉案专利权利要求1中的“升降液压缸”相同或者等同的技术特征,未落入涉案专利权的保护范围。即使如再审申请人所述,将被诉侵权的两种扫雪装置与改装后的

2. 参见张鹏:“专利侵权警告信适格性的理论探讨与实务分析”[J],载于《专利代理》2016年第4期,第8-15页。
3. 本案由笔者代理,参见最高人民法院(2018)最高法民申1129号再审审查与审判监督民事裁定书。
4. 参见最高人民法院(2018)最高法民申3223号再审审查与审判监督民事裁定书。
5. 参见最高人民法院(2018)最高法民申2292号再审审查与审判监督民事裁定书。

装载机作为一个整体,分别与涉案专利相比较,由于被诉侵权产品存在涉案专利要克服的技术缺陷,功能和技术效果明显不同,亦未落入涉案专利权的保护范围。可见,最高人民法院在该案中适用等同原则进行判断,综合考虑技术手段、技术效果、技术功能,同时考虑到被诉侵权产品存在涉案专利要克服的技术缺陷,认定不构成等同。

二是功能性限定技术特征的解释与权利要求保护范围的确定。在三井金属爱科特(上海)管理有限公司与烟台三环锁业集团股份有限公司、上海中骐汽车有限公司侵害发明专利权纠纷案中,上诉人确认权利要求1中的“第一止动件部分”、“第二止动件部分”系功能性技术特征,并明确主张被控侵权产品相应技术特征与该些功能性技术特征构成等同。同时,上诉人认为,涉案专利权利要求中并未限定第一止动件部分和第二止动件部分的形状和位置,被控侵权产品包括了涉案专利权利要求1中的技术特征,且各部件运动方式以及实现的效果均与涉案专利一致。涉案专利附图仅是为了方便理解,且附图并非专利实现功能的唯一方式,因此,被控侵权产品第一止动件和第二止动件的位置和形状与涉案专利附图的区别,不影响被控侵权产品落入涉案专利保护范围。被上诉人认为,涉案专利权利要求中的第一止动件部分、第二止动件部分均系功能性特征,故应按涉案专利说明书记载予以解释。而该说明书中相应技术特征的位置与被控侵权产品中止动环设置的位置完全不同,且该止动环增加了产品结构的紧凑性和工艺的可靠性,故也具有不同的技术效果。上海市高级人民法院二审民事判决书认为⁶,鉴于上诉人于二审庭审中当庭明确涉案专利权利要求1中的第一止动件部分、第二止动件部分系功能性技术特征,则根据前述法律规定,本院以涉案专利说明书及实施例的相应记载限定该些功能性技术特征的保护范围。据此,涉案专利具有设置在基部构件上的具有止动功能的两个单独构件,即一审

判决所述之第一止动构件和第二止动构件;同时转动杆被枢转地支撑在该基部构件上。而被控侵权产品系在基部构件上设置一不规则形状并具有止动功能的止动环,并不具备单独的止动构件。因此,被控侵权产品在区别特征1中采用了与涉案专利相应技术特征不同的技术手段,且该些区别并非本领域普通技术人员在被控侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到,本案被控侵权产品止动环的技术特征与涉案专利相应技术特征不构成等同。可见,上海市高级人民法院在本案中适用《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第四条的规定,结合说明书和附图描述的该功能或者效果的具体实施方式及其等同的实施方式,确定功能性限定技术特征的内容。

(二) 汽车行业版权、商标纠纷

从汽车行业著作权权属、侵权类纠纷案件分布来看,案件数量仍然较高,2018年达到396件。从汽车行业商标权属、侵权类纠纷案件分布来看,案件数量仍然较高,2018年达到314件。总结2018年最高人民法院和各地高级人民法院审理汽车行业著作权、商标纠纷,主要包括如下内容。

一是商标行政处罚决定并不具有生效的法院判决、仲裁裁决和公证文书的证明效力。在北京福田戴姆勒汽车有限公司、临沂市兰山区张永胜汽车配件销售中心侵害商标权纠纷案中,福田公司主张张永胜销售了假冒其涉案商标的商品,侵害了其注册商标专用权,其依据是张永胜销售的假冒商品系由临沂市工商行政管理局查扣,并经福田公司鉴定为假冒商品,临沂市工商行政管理局作出(2016)112号《行政处罚决定书》,据此应认定张永胜销售了假冒商品,侵害了福田公司注册商标专用权。山东省高级人民法院二审判决书认为⁷,判断张永胜是否侵权的关键在于张永胜销售的涉案被诉侵权商品是否为假冒涉案商标的商品。因

福田公司未能提供侵权商品实物,其提交的被诉侵权商品样品照片打印件也未能说明其来源,致使法院无法就双方争议的涉案被诉侵权商品是否是侵权商品进行司法审查,在张永胜对被诉侵权商品样品照片打印件有异议的情况下,仅凭福田公司提交的《行政处罚决定书》等现有证据,不能直接认定张永胜销售的汽车配件系假冒商品,原审法院认定福田公司主张张永胜侵权证据不足,应当由福田公司承担不利的法律后果并无不当。

二是综合考虑商标知名度、标识近似性判断商标是否构成近似。在连云港洁丰汽车用品有限公司与江苏可兰素汽车环保科技有限公司、鸠江区鑫诚货运部侵害商标权纠纷案中,江苏省高级人民法院在二审判决书中认定⁸,标有“悦兰素”“途兰素”“净芯素”的被控侵权产品与涉案“可兰素”“净芯”核定使用的商品系同种类商品;“悦兰素”“途兰素”与“可兰素”均系纯文字商标,且均由首汉字加“兰素”构成,整体结构相似,而“净芯素”完全包含涉案“净芯”商标,仅在后面加了“素”字,整体结构亦相似。洁丰公司虽辩称“素”字为车用尿素产品通用名称、“净芯”可以直接解释为净化清洁,是对产品功能的描述,但其并未提供充分有效的证据予以证明,且其上述辩称也与其申请注册“净芯素”相矛盾,故本院对其主张不予支持。同时,根据原审法院查明的事实,“可兰素”商标被认定为江苏省著名商标、南京市著名商标,可兰素公司“可兰素”车用尿素溶液也被江苏省科学技术厅认定为高新技术产品,在业内已具有较高的知名度。因此,洁丰公司在车用尿素溶液等产品上使用与涉案商标近似的“悦

6. 参见上海知识产权法院(2016)沪73民初241号民事判决书和上海市高级人民法院(2018)沪民终106号民事判决书。

7. 参见山东省临沂市中级人民法院(2016)鲁13民初545号民事判决书和山东省高级人民法院(2018)鲁民终778号民事判决书。

8. 参见江苏省连云港市中级人民法院(2017)苏07民初175号民事判决书和江苏省高级人民法院(2018)苏民终1031号民事判决书。

兰素”“途兰素”“净芯素”，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与可兰素公司注册商标的商品有特定的联系，容易导致相关公众造成混淆，应认定洁丰公司的上述行为侵犯了涉案注册商标专用权。

（三）汽车行业不正当竞争纠纷

从汽车行业不正当竞争纠纷案件分布来看，案件数量保持稳定。2018年，汽车行业不正当竞争纠纷案件共89件，其中，仿冒纠纷5件，侵犯商业秘密纠纷3件，低价倾销不正当竞争纠纷2件，商业诋毁纠纷、串通投标不正当竞争纠纷、商业贿赂不正当竞争纠纷各1件，存在多种不正当竞争行为的纠纷案件较多。总结2018年最高人民法院和各地高级人民法院审理汽车行业不正当竞争纠纷，主要包括如下内容。

一是在虚假宣传纠纷案件中重点考察宣传内容的真实性及消费者的注意程度。最高人民法院仅审理一件汽车行业不正当竞争纠纷案件，即张润新、长治市金众贸易有限公司虚假宣传纠纷案。最高人民法院再审查与审判监督民事裁定书认为⁹，案涉车辆变速器生产商为格特拉克（江西）传动系统有限公司，系由德国厂商出品、技术、资金、人才等与中方合作共同成立的中外合资企业。广汽中兴公司、河北中兴公司在使用涉案广告语时，只是宣传为“德国格特拉克变速器”，并未注明为“原装进口”，涉案广告语并不存在与实际不符的情形。其次，购买车辆作为普通家庭一项高额的消费支出，消费者在购买前通常会对该车辆的性能、生产者、产地等各项信息作充分的了解，基于一般消费大众的消费知识、认知水平及交易观念，涉案广告语对一般消费大众的注意力不足以造成误解，并误导交易决定。且张润新购买车辆的注册登记机动车信息栏中明确记载“国产”，张润新也未提交其他证据证明其在购买车辆时，长治金众公司明确告知其涉案汽车变速器系原装进口。故原审判决认定长治金众公司、广汽中兴公司、河北中兴公司



不存在虚假宣传、不构成欺诈并无不当。可见，最高人民法院综合考虑了宣传内容的真实性及消费者的注意程度，认为基于一般消费大众的消费知识、认知水平及交易观念，涉案广告宣传语对一般消费大众的注意力不足以造成误解。

二是运用反不正当竞争法对商业标识给予保护。例如，在江苏威力狮石油化工有限公司与麦特汽车服务股份有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷案中，江苏省高级人民法院在二审民事判决书中指出¹⁰，麦特公司最早于1998年在工业用油、润滑脂、润滑剂产品上注册“威力狮”商标，同年开始在市场上推出“威力狮品牌”及“狮王”形象，并以赞助汽车拉力赛，组建车队，与汽车维修行业合作以及广告等多种形式宣传推广。2002年至2009年间，麦特公司及其养护产品多次获得奖项，在行业内具有一定知名度。威力狮公司生产销售汽车润滑油，属于汽车养护产品范畴，与麦特公司注

册商标核定的商品以及经营的产品属同类商品。威力狮公司将麦特公司的注册商标“威力狮”注册为企业名称，对外大肆宣传自己产品为“威力狮”润滑油，并将麦特公司的活动宣传报导链接到其网站，主观上具有攀附故意，客观上会造成消费者混淆误认。因此，一审法院认定威力狮公司的行为构成不正当竞争，并判决威力狮公司变更企业名称，不得使用含有“威力狮”字样的企业名称并无不当。☒

9. 参见最高人民法院（2018）最高法民申1270号再审查与审判监督民事裁定书。

10. 参见江苏省盐城市中级人民法院（2017）苏09民初11号民事判决书和江苏省高级人民法院（2018）苏民终650号民事判决书。



张鹏
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2068



中伦研究院出品

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。