



天達共和律師事務所
East & Concord Partners

2017/第 30 期

(总第 297 期)



每周法规与热点信息速递

北京总所：北京市朝阳区东三环北路 8 号亮马河大厦写字楼 1 座 18、20 层，2 座 19 层

邮编：100004 总机：010-6590 6639 传真：010-65107030

上海分所：上海市浦东新区陆家嘴环路 1000 号恒生银行大厦 18 楼 18-111 室

邮编：200120 总机：021-5878 5301 传真：021-5876 3728

深圳分所：深圳市福田区福华三路国际商会中心 2205 室

邮编：518048 总机：0755-2633 8900 传真：0755-2633 8939

武汉分所：武汉市武昌区汉街万达总部国际 A 座 3202-3206 室

邮编：430070 总机：027-8730 6528 传真：027-8730 6527

杭州分所：杭州市钱江新城剧院路 358-396 号宏程国际大厦 29 楼

邮编：310020 总机：0571-8501 7000 传真：0571-8501 7085



请使用微信扫描二维码
关注“天达共和法律观察”

Welcome to click: www.east-concord.com

导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近期，保监会发布了《关于征求对保险资产负债管理监管规则的意见及开展行业测试的通知》，国务院法制办发布《处置非法集资条例（征求意见稿）》，国务院发布《无证无照经营查处办法》，更多法规详见本周速递。

近日，最高人民法院召开了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》的新闻发布会，最高人民法院审判委员会专职委员杜万华、最高人民法院民二庭庭长贺小荣出席了新闻发布会。发布会上杜万华专委对《解释》的制定背景、经过以及主要内容作简要介绍和说明。具体意见敬请关注本期“法规解读”栏目。

本期“法律观察”栏目为您带来《知识产权侵权损害赔偿应走出立法依赖误区》解读，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《政府债务新政下金融机构参与政府项目的模式及授信要点分析》，敬请阅读并指教。

目 录

法规速递

1. 最高法院发布《公司法》司法解释（四）\2017-08-28
2. 中国保监会办公厅关于征求对保险资产负债管理监管规则意见及开展行业测试的通知\2017-08-28
3. 国务院法制办对处置非法集资条例征询意见\2017-08-24
4. 国务院出台无证无照经营查处办法\2017-08-23
5. 银监会办公厅印发《银行业金融机构销售专区录音录像管理暂行规定》\2017-08-23
6. 食药监总局、财政部印发《食品药品违法行为举报奖励办法》\2017-08-23
7. 最高人民检察院印发《关于认真贯彻落实全国金融工作会议精神加强和改进金融检察工作的通知》\2017-08-23
8. 国家工商总局、国家标准委联合发布《关于加强广告业标准化工作的指导意见》\2017-08-23
9. 工信部就建材行业规范公告管理办法征意\2017-08-23
10. 上海保交所发布保险账户管理暂行办法\2017-08-23
11. 民航局征求《国际航权资源配置和使用管理办法》\2017-08-23
12. 多项 P2P 监管文件年内将落地\2017-08-23
13. 海关总署发布《关于取消区域通关一体化通关模式的公告》\2017-08-22
14. 农业部、国家发展改革委、财政部联合印发《关于加快发展农业生产性服务业的指导意见》\2017-08-22
15. 国务院发布《融资担保公司监督管理条例》\2017-08-22

法规解读

之《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》
新闻发布会

热点信息

法律观察

之 知识产权侵权损害赔偿应走出立法依赖误区

实务聚焦

之“政府债务”新政下金融机构参与政府项目的模式及授信要点分析

法规速递

1. 最高法院发布《公司法》司法解释（四）\2017-08-28

2017年8月28日最高人民法院召开新闻发布会，主题是发布《公司法》司法解释（四），最高人民法院审判委员会专职委员杜万华、最高人民法院民二庭庭长贺小荣出席今天的新闻发布会。《解释》包括27条规定，涉及决议效力、股东知情权、利润分配权、优先购买权和股东代表诉讼等五个方面纠纷案件审理中的法律适用问题。

[阅读原文](#)

2. 中国保监会办公厅关于征求对保险资产负债管理监管规则意见及开展行业测试的通知\2017-08-28

为贯彻落实全国金融工作会议精神，进一步强化保险监管的专业性和有效性，提高保险公司防范化解风险的能力，推动行业回归本源，发挥长期稳健风险管理和保障功能，日前，保监会发布了《关于征求对保险资产负债管理监管规则的意见及开展行业测试的通知》。

[阅读原文](#)

3. 国务院法制办对处置非法集资条例征询意见\2017-08-24

近日，国务院法制办发布《处置非法集资条例（征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），明确：一、非法集资的定义和相关主体的责任；二、处置非法集资工作的职责分工；三、非法集资的预防监测；四、非法集资行政调查的主体、启动情形以及可以采取的方式和措施；五、非法集资的行政处理。其中，根据《征求意见稿》，对于经调查认定为非法集资的行为，处置非法集资职能部门应责令非法集资人立即停止集资行为，并依法法律法规和本条例的规定处理；非法集资人不停止集资行为的，处置非法集资职能部门有权依法采取相应措施。非法集资人、非法集资协助人应向非法集资参与者退还资金：就资金清退方案协商一致的，可自行清退；不能协商一致的，由处置非法集资职能部门组织清退。

[阅读原文](#)

4. 国务院出台无证无照经营查处办法\2017-08-23

日前，国务院发布《无证无照经营查处办法》（下称《办法》），自10月1日起施行。

《办法》共十九条，主要调整了无证无照经营的查处范围，明确了部门监管职责。《办法》规定“依照法律、行政法规、国务院决定的规定，从事无须取得许可或者办理注册登记的经营活动”等两类经营活动不属于无证无照经营。工商行政管理部门对涉嫌无照经营进行查处，可以行使“责令停止相关经营活动”等职权。《办法》要求避免一概取缔的简单化执法，对具备办理证照的法定条件、经营者有继续经营意愿的，应当督促、引

导其依法办理相应证照。《办法》还提出，法律、行政法规对其处罚没有明确规定的无照经营行为，适当减轻法律责任，不再予以没收工具，并降低罚款数额。

[阅读原文](#)

5. 银监会办公厅印发《银行业金融机构销售专区录音录像管理暂行规定》\2017-08-23

近日，银监会办公厅印发《银行业金融机构销售专区录音录像管理暂行规定》（下称《规定》），自10月20日施行。《规定》首次对专区“双录”管理作出比较系统性的规范，主要有以下几方面新要求：一是进一步明确了适用的产品范围。《规定》第二条明确，银行业金融机构代销国债及实物贵金属，可根据实际情况自行决定是否纳入专区“双录”管理。除此之外的理财及代销产品，均应实施专区“双录”管理。二是对自助购买作出规范。《规定》第十一条对自助购买过程中的销售人员代客操作、介入营销等事项作出限制。三是要求机构设计统一的服务话术标准。《规定》第二十条指出，话术中至少应包括产品类型、发行机构、风险等级、收益类型、产品匹配度等内容。

[阅读原文](#)

6. 食药监总局、财政部印发《食品药品违法行为举报奖励办法》\2017-08-23

日前，食药监总局、财政部印发《食品药品违法行为举报奖励办法》（下称《办法》），自公布之日起施行。根据《办法》，举报“食品（含食品添加剂）生产、经营环节食品安全方面的”等3类违法行为的，应当按照《办法》予以奖励。有“假冒伪劣产品的被假冒方及其委托代理人或者利害关系人的举报”等4种情形之一的，不属于《办法》奖励范围。《办法》明确，举报奖励原则上限于实名举报。对同一举报人的同一举报事项，不重复奖励。最终认定的违法事实与举报事项不一致的，不予以奖励。《办法》规定，每起案件的奖励金额原则上不超过50万元。符合“举报系统性、区域性食品药品安全风险的”等4种情形之一，举报人有特别重大贡献的，奖励金额原则上不少于30万元。

[阅读原文](#)

7. 最高人民法院印发《关于认真贯彻落实全国金融工作会议精神加强和改进金融检察工作的通知》\2017-08-23

日前，最高人民法院印发《关于认真贯彻落实全国金融工作会议精神加强和改进金融检察工作的通知》（下称《通知》）。《通知》明确，加大惩治和预防金融犯罪和金融领域职务犯罪工作力度，对重大案件实行挂牌督办。《通知》强调，特别是要加大证券期货犯罪打击力度，严厉惩治欺诈发行股票、债券，违规披露、不披露重要信息，内幕交易、泄露内幕信息，利用未公开信息交易，操纵证券期货市场等破坏证券期货市场秩序的犯罪。《通知》还提出，要准确把握金融改革创新失误与失职渎职犯罪的界限，准确区分改革创新与违法犯罪、金融犯罪与正常民间借贷等政策界限，防止把一般违法违规、经济纠纷视为犯罪，防止以罚代刑和以刑事手段插手经济纠纷。

[阅读原文](#)

8. 国家工商总局、国家标准委联合发布《关于加强广告业标准化工作的指导意见》 \\2017-08-23

近日，国家工商总局、国家标准委联合发布《关于加强广告业标准化工作的指导意见》（下称《意见》）。《意见》明确，对需要在全国范围内统一的广告业技术和管理要求制定国家标准、行业标准，并以推荐性标准为主。《意见》要求研究制定广告术语、分类、标识等基础标准，广告委托、代理、发布等服务标准，广告制作、推送、效果测评等技术标准以及广告经营管理标准、经营主体信用标准等。《意见》提出，选择市场化程度高、技术创新活跃、广告活动规范的区域，先行开展广告业标准试点工作。建立企业广告标准自我声明公开制度，鼓励企业将执行的广告标准在企业标准信息公共服务平台上向社会公开。

[阅读原文](#)

9. 工信部就建材行业规范公告管理办法征意\\2017-08-23

日前，工信部办公厅制发《建材行业规范公告管理办法（征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），面向有关单位征询意见，意见反馈截至9月8日。《征求意见稿》在定义“建材行业”基础上，进而规定，申请规范公告的企业和生产线应具备“遵守国家法律法规，无重大违法行为”等三条件。《征求意见稿》明确，具备条件的企业可向生产线所在地省级工业主管部门提出规范公告申请，并提交建材行业规范公告申请书及所需材料。主管部门对材料齐全、符合规定的申请，予以受理并出具受理通知书。对材料不全或不符合规定的申请，应在10个工作日内一次性告知企业需补充的全部内容。《征求意见稿》还指出，已公告企业有“申报存在弄虚作假行为”等四类情况之一的，主管部门应报请工信部将其从规范公告名单中撤销。

[阅读原文](#)

10. 上海保交所发布保险账户管理暂行办法\\2017-08-23

8月23日，上海保交所向各会员单位发布《保险账户管理暂行办法》，旨在建立我国保险交易领域的标准化、现代化、集约化的保险账户规则体系。账户是集中交易场所交易、登记、托管和结算等业务的实现载体，是客户身份信息识别和管理的工具，是基础设施的基础。配备相应的交易账户体系是确保交易顺利进行的前提条件。保交所依照行业惯例，率先完善保险账户管理体系，为保险交易的顺利推出铺平了道路。

[阅读原文](#)

11. 民航局征求《国际航权资源配置和使用管理办法》\\2017-08-23

近日，民航局运输司发布了《国际航权资源配置和使用管理办法》（征求意见稿）（下称《意见稿》），意见反馈截止2017年8月25日。《意见稿》将航权分配由暗箱变透明，并建立了评分机制——几家航空公司同时竞争同一航权时，将按消费者利益、枢纽发展、

资源使用效率、企业运行品质四个指标几十个维度打分，谁分数高就给谁。

[阅读原文](#)

12. 多项 P2P 监管文件年内将落地\2017-08-23

从银监会获悉，年内还将落地多项含硬性指标的监管文件，包括《网络借贷信息中介机构信息披露指引》、《网络小额贷款管理指导意见》等，其中《信披指引》最快将于本月内下发。据了解，由银监会等多部委联合发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称《暂行办法》）至今刚好满一周年。一年中，882 家网贷平台退出，截至目前，历史累计问题平台有 3841 家，现运营平台数约 2000 家，问题平台占比超六成。这一年，可以说是网贷行业的“监管年”，据统计，一年内各级监管部门共出台了 50 多份关于 P2P 的监管细则。

[阅读原文](#)

13. 海关总署发布《关于取消区域通关一体化通关模式的公告》\2017-08-22

近日，海关总署发布《关于取消区域通关一体化通关模式的公告》（下称《公告》），自发布之日起施行。《公告》明确，取消区域通关一体化通关模式，海关不再受理相关业务。《公告》规定，在启用公路舱单的基础上，跨境快速通关改革适用范围扩大至广东省内各直属海关。《公告》提出，进出境运输方式为水运、空运、铁路、公路且境内运输方式为“公路运输”的进出口转关货物，在应用安全智能锁、卡口前端设备、卫星定位装置等物联网设备以及卡口控制与联网信息系统的基础上，可实行公路转关作业无纸化。

[阅读原文](#)

14. 农业部、国家发展改革委、财政部联合印发《关于加快发展农业生产性服务业的指导意见》\2017-08-22

日前，农业部、国家发展改革委、财政部联合印发《关于加快发展农业生产性服务业的指导意见》，提出大力发展多元化多层次多类型的农业生产性服务，带动更多农户进入现代农业发展轨道，全面推进现代农业建设。力争通过 5 年的发展，基本形成服务结构合理、专业水平较高、服务能力较强、服务行为规范、覆盖全产业链的农业生产性服务业。这是我国第一个定位支持农业生产性服务业发展的专门文件。

[阅读原文](#)

15. 国务院发布《融资担保公司监督管理条例》\2017-08-22

日前，国务院发布《融资担保公司监督管理条例》（下称《条例》），自 10 月 1 日起施行。《条例》明确，设立融资担保公司应当符合《公司法》的规定并具备“注册资本不低于人民币 2000 万元，且为实缴货币资本”等四条件。融资担保公司跨省、自治区、直辖



市设立分支机构，应当具备“经营融资担保业务3年以上，且最近2个会计年度连续盈利”等三条件，并经拟设分支机构所在地监督管理部门批准。《条例》规定了融资担保公司的经营规则，包括建立健全各项业务规范以及风险管理等内部控制制度，并按照国家规定的风险权重计量担保责任余额；担保责任余额不得超过相应的比例；禁止融资担保公司吸收存款或者变相吸收存款、自营贷款或者受托贷款以及受托投资等。

[阅读原文](#)



法规解读

之《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》新闻发布会

2017年8月28日上午10:00最高人民法院召开新闻发布会，主题是发布《公司法》司法解释（四），最高人民法院审判委员会专职委员杜万华、最高人民法院民二庭庭长贺小荣出席今天的新闻发布会。《解释》包括27条规定，涉及决议效力、股东知情权、利润分配权、优先购买权和股东代表诉讼等五个方面纠纷案件审理中的法律适用问题。下面，杜万华专委对《解释》的制定背景、经过以及主要内容作简要介绍和说明。

一、《解释》的制定背景和经过

（一）关于制定背景

第一，制定《解释》是贯彻党中央系列部署，健全公司治理、加强股东权利保护的迫切需要。党的十八大以来，习近平总书记多次强调要加强投资者权益保护。党中央就加强投资者保护、提高公司治理水平作出了一系列重要部署。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调，要健全协调运转、有效制衡的公司法人治理结构。《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》明确要求，将股权与物权、债权、无形财产权并列保护，并强调了同股同权、同股同利等基本原则。在中国特色社会主义市场经济法律体系中，公司法是最重要的市场主体法律制度，是股东行使股东权利、参与公司治理的基本法律依据。制定《解释》，就是要贯彻党中央的一系列重要部署，提高人民法院准确适用公司法的水平，为规范公司治理、加强股权保护提供有力司法保障。

第二，制定《解释》是依法保障供给侧结

构性改革的迫切需要。公司作为最主要的市场主体，无疑是改善市场供给的主力军。因此，规范公司治理结构、加强股东权利保护，促进公司稳定经营和发展壮大，对深入推进供给侧结构性改革具有基础性作用。制定《解释》，就是要加强股东权利的司法救济，依法保护投资者的积极性，就是要妥善处理股东之间、股东与公司之间等利益冲突，尽可能避免公司僵局，为实现公司治理法治化，促进公司持续稳定经营提供司法保障。

第三，制定《解释》是营造良好营商环境的迫切需要。在今年召开的中央财经领导小组第16次会议上，习近平总书记强调：“要改善投资和市场环境、加快对外开放步伐，降低市场运营成本，营造稳定公平透明、可预期的营商环境，推动我国经济持续稳定健康发展。”公司法律制度是否完善对营商环境影响十分重大，不仅影响着国内投资者的积极性，也影响着国际投资者对投资地的选择，影响着国际资本的流动。因此，长期以来，公司法成为很多国家和地区创造制度优势、广泛吸纳投资的重要依托，世界范围内的公司法律制度竞争一直存在，而且仍将持续，成为公司法生机勃勃的强大动力。《解释》发布施行后，将对提高我国公司法律制度的国际竞争力，改善投资环境起到重要作用。

第四，制定《解释》是统一适用公司法，妥善处理公司治理和股东权利纠纷的迫切需要。近年来，随着公司数量的快速增长，这两类纠纷案件逐年上升，在公司纠纷案件中占比高达60%多。一些大型公司的决议效力纠纷，甚至成为舆论焦点和热点，

引发社会各界对公司法相关规定的广泛关注，被舆论称之为中国公司治理的标志性事件。与此同时，公司法适用中遇到的新情况、新问题增多；一些法律适用问题争议较大，裁判观点不一致的情况时有发生；因缺乏明确规定，一些股东权利被损害后，得不到有效的司法救济。地方各级法院和社会各界纷纷要求尽快制定相关司法解释。统一法律适用是宪法赋予最高人民法院的神圣职责，我们必须迎难而上，抓紧制定实施《解释》，解决一批各级人民法院在审理公司纠纷案件、适用公司法过程中经常遇到的疑难复杂问题。

（二）关于制定经过

对公司法的司法解释工作是一项系统工程。当代公司法通常包括三个方面的制度：投融资及其退出的法律制度、公司治理的法律制度和公司并购重组的法律制度。最高人民法院关于公司法解释工作的安排和布局基本遵循了这一体系。2005年，我国公司法修订并重新颁布后，最高人民法院随即出台《公司法司法解释（一）》，主要解决了新旧法衔接适用的问题。2008年和2011年，最高人民法院分别出台了《公司法司法解释（二）》和《公司法司法解释（三）》，主要解决了股东出资纠纷和公司解散清算纠纷案件审理中的法律适用问题，均属于投融资及其退出的法律制度范畴。随后，以股东权利保护和公司治理为主题，我院着手起草《解释》稿，至今已历时5年多。在此过程中，我们深入地方各级法院调查研究，多次举办法学专家论证会，分别举办仲裁员和律师、上市公司、民营企业等专题座谈会，先后两次向全国人大法工委和国务院法制办等中央有关部委，以及地方各级法院征求意见，两次向全社会公开征求意见。我们收集了数百条各方面的宝贵意见，充分发扬了司法民主，凝聚了社会各界的共识和智慧。2017年3月15日《中华人民共和国民法总则》正式颁布后，我们历时近十个月，反复论证，对我院审判委员会原则通过的《解释》进行了认真梳理和校核，以确保与新法规定

保持一致。

二、《解释》的主要内容

《解释》包括27条规定，涉及决议效力、股东知情权、利润分配权、优先购买权和股东代表诉讼等五个方面纠纷案件审理中的法律适用问题。

（一）完善决议效力瑕疵诉讼制度

召开股东会或者股东大会、董事会会议，就公司经营事项作出决议，是公司治理的主要方式。因此，关于决议效力的争议也是公司治理纠纷的主要类型。《解释》主要从以下三个方面，完善了决议效力瑕疵诉讼的法律适用规则：一是确定了决议不成立之诉。对决议效力瑕疵的分类，各国立法例大致存在“二分法”与“三分法”的分野，前者包括决议无效和决议可撤销两种决议效力瑕疵，后者则在此基础上还规定了决议不成立或者决议不存在。我国公司法第二十二条规定了确认决议无效和撤销决议之诉，均系针对已经成立的决议，未涵盖决议不成立的情形。我们认为，从体系解释出发，不成立的决议当然不具有法律约束力，应是公司法的默示性规定。因此，《解释》第五条规定了决议不成立之诉，与决议无效之诉和撤销决议之诉一起，共同构成了“三分法”的格局。有观点认为，召开会议并作出决议，是公司意志的形成过程，而非公司的意思表示，因此不属于民事法律行为，不存在是否成立的问题。我们认为，《民法总则》明确将包括公司在内的法人的决议行为，规定在民事法律行为制度中，对此《解释》应当严格贯彻。二是明确了决议效力案件的原告范围。为维护公司稳定经营和交易安全，在诉的利益原则的基础上，各国公司法对决议效力确认之诉的原告范围多有限制。我国公司法第二十二条亦就此作了适当限制。但由于该规定较为原则，司法实践中对其具体含义存在一定争议。《解释》严格贯彻公司法第二十二条的立法宗旨，在第一条规定确认决议无效或者不成立之诉的原告，包括股东、董事、监事等；在第二条规定，

决议撤销之诉的原告应当在起诉时具有股东资格。三是明确了确认决议无效或者撤销决议的法律效力。关于公司内部规定或者决议的外部效力问题,《民法总则》通过第六十一条、第八十五条等规定予以了明确,基本确立了内外有别、保护善意相对人合法利益的原则。据此,《解释》第六条明确规定,股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

(二) 依法强化对股东法定知情权的保护。

公司法第三十三条、第九十七条赋予了股东查阅、复制公司章程、决议等文件材料的权利。该权利是公司法赋予股东的固有权,属于法定知情权,是股东权利中的基础性权利,依法应当严格保护。《解释》针对适用该两条规定中遇到的争议较多的问题,作出了如下规定:一是结合诉的利益原则,通过第七条明确了股东就公司法第三十三条、第九十七条规定享有的诉权,并规定了有限责任公司原股东享有的有限诉权。二是结合司法实践经验,对股东查阅公司会计账簿可能有的不正当目的作了列举,明确划定了公司拒绝权的行使边界。三是明确规定公司不得以公司章程、股东间协议等方式,实质性剥夺股东的法定知情权。公司以此为由拒绝股东行使法定知情权的,人民法院不予支持。四是为保障股东知情权的行使,对股东聘请中介机构执业人员辅助查阅作出了规定。五是就股东可以请求未依法履行职责的公司董事、高级管理人员赔偿损失作了规定,以防止从根本上损害股东知情权。

(三) 积极探索完善对股东利润分配权的司法救济。

利润分配权,是指股东有权按照出资或股份比例请求分配公司利润的权利。是否分配和如何分配公司利润,原则上属于商业判断和公司自治的范畴,人民法院一般不应介入。因此,《解释》第十四条、第十五条明确规定,股东请求公司分配利润的,

应当提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议;未提交的,人民法院原则上应当不予支持。但近年来,公司大股东违反同股同权原则和股东权利不得滥用原则,排挤、压榨小股东,导致公司不分配利润,损害小股东利润分配权的现象时有发生,严重破坏了公司自治。比如,公司不分配利润,但董事、高级管理人员领取过高薪酬,或者由控股股东操纵公司购买与经营无关的财物或者服务,用于其自身使用或者消费,或者隐瞒或者转移利润,等等。为此,《解释》第十五条但书规定,公司股东滥用权利,导致公司不分配利润给其他股东造成损失的,司法可以适当干预,以实现对公司自治失灵的矫正。

(四) 规范股东优先购买权的行使和损害救济。

有限责任公司具有较强的人合性,股东之间基于相互信任而共同投资。为此,公司法规定,股东向公司股东以外的人转让股权时,其他股东享有的在同等条件下优先购买转让股权的权利。这是股东维护其人合性利益的主要法律依据。但关于股东优先购买权的行使通知、行使方式、行使期限、损害救济等,公司法没有具体规定。为此,《解释》一是细化了行使股东优先购买权的程序规则。比如规定转让股东应当以书面或者其他能够确认收悉的合理方式,将转让股权的同等条件通知其他股东;股东优先购买权的行使期限,应当按照章程规定期限、转让股东通知期限和30日最低期限的先后顺序确定;判断“同等条件”应当考虑的主要因素,包括转让股权的数量、价格、支付方式及期限,等等。二是明确了股东优先购买权的行使边界和损害救济制度。股东优先购买权制度的立法宗旨,在于维护公司股东的人合性利益,而非保障其他股东取得转让股权。据此,《解释》第二十条规定,有限责任公司的转让股东在其他股东主张优先购买后又不同意转让的,对其他股东优先购买的主张,人民法院不予支持,亦即其他股东不具有强制缔约的权利。同时,为了防止转让股东

恶意利用该规则，损害股东优先购买权，《解释》第二十一条明确规定，转让股东未就股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权的，其他股东有权要求以实际转让的同等条件优先购买该股权。但为了维护交易秩序和公司稳定经营，《解释》对股东优先购买权被侵害后，股东行使相关权利的期限做了适当限制。三是解决了关于损害股东优先购买权的股权转让合同效力的实践争议。我们认为，对此类合同的效力，公司法并无特别规定，不应仅仅因为损害股东优先购买权认定合同无效、撤销合同，而应当严格依照合同法规定进行认定。正是基于此类合同原则上有效，因此人民法院支持其他股东行使优先购买权的，股东以外的受让人可以请求转让股东依法承担相应合同责任。

（五）完善股东代表诉讼机制。

一是明确公司法第一百五十一条涉及两类不同诉讼。司法实践中，对公司法第一百

五十一条第一款规定的诉讼类型，以及公司的诉讼地位存在不同认识。我们认为，公司董事会或者执行董事、监事会或者监事系公司机关，其履行法定职责代表公司提起的诉讼，应当是公司直接诉讼，应列公司为原告。《解释》第二十三条对此予以了明确。二是完善了股东代表诉讼机制。公司法第一百五十一条第二款、第三款规定了股东代表诉讼，但对于股东代表诉讼中的当事人地位、胜诉利益的归属、诉讼费用的负担等问题，没有规定具体的操作规则。《解释》第二十四、第二十五、第二十六条分别就这三个方面的问题作出了规定。

来源：最高人民法院官网

热点信息

1. **【外交部再度回应“印军非法越界”：性质恶劣，中方仁至义尽】**当央视新闻客户端 8 月 22 日消息，据《印度时报》报道，印度不具名官员 21 日称，近期，印度就中印洞朗对峙问题与俄罗斯进行了讨论，重申印方关于中国修路单方面改变现状并对印安全带来严重影响的立场，希望寻求俄方支持。在今天（22 日）的外交部例行记者会上，发言人华春莹表示，印方非法越界的理由荒谬、性质恶劣、事实清楚，希望印方守法律、讲道理，作出理性明智的判断和决策。（新华网）



2. **【商务部再次强硬回应美国 301 调查：中方会坚决捍卫合法利益】**商务部新闻发言人高峰 24 日说，美方发起 301 调查给推动中美经贸发展的各方力量泼了冷水。中方会坚决捍卫中国合法权益。他表示，合作是解决中美双方分歧的最好办法，希望美方与中方共同努力，在中美经济合作百日计划取得成果的基础上推进一年计划，使中美关系在健康稳定的轨道上继续发展。（新华网）

3. **【马英九涉嫌泄密、教唆泄密案一审宣判，台北地院判其无罪】**海外网 8 月 25 日消息，前台湾地区领导人马英九在 2013 年卷入“9 月政争”的泄密、教唆泄密案，台北地院 25 日下午 4 时宣判，判决马英九无罪，可上诉。据台媒报道，台北地检署起诉认定，2013 年 8 月 31 日时任检察总长的黄世铭向马英九报告案情后，马英九为了政局安排，



将侦查秘密泄露给时任台行政机构负责人江宜桦、马办副秘书长罗智强，9 月 4 日黄世铭再对江宜桦泄密。因此，北检依刑法泄密、教唆泄密、违反通讯保障监察法、个人资料保护法等罪起诉马英九，法定刑期最重可判 3 年。（澎湃网）

4. **【日媒：中国轰 6 飞至纪伊半岛近海上空 自卫队飞机紧急升空】**据日本共同社 8 月 24 日报道，日本防卫省发布消息称，6 架中国“轰 6”轰炸机当天经过冲绳本岛与宫古岛之间，飞至大阪南部的纪伊半岛近海上空，日本航空自卫队战斗机紧急升空应对。共同社称，中国飞机未“侵犯日本领空”。防卫省表示，这是首次在该路径上发现中国飞机飞行。（环球网）

5. **【皮尤调查：中美全球好感度基本持平 俄罗斯形象正在提升】**“全球最受欢迎国家，中美争第一”，美国皮尤调查中心 23 日发布的一项研究报告分析了中美俄三国在全球的受欢迎度，并着重对比了中美在各国好感度的差异。结果显示，中美美誉度目前基本持平，且近几年，中国明显缩小了与美国的差距。调查还显示，俄罗斯虽然还无法挤入中美之间的竞赛，但近几年各国对俄罗斯的正面的评价正在上升。（环球网）

6. **【特朗普政府削减援助 库什纳埃及行一波三折】** 美国白宫高级顾问、总统唐纳德·特朗普的女婿贾里德·库什纳一行 2 3 日抵达埃及首都开罗访问，而埃及政府一度取消外交部长萨迈赫·舒凯里与库什纳的会面安排。不过，库什纳最终还是见了舒凯里和埃

及总统阿卜杜勒-法塔赫·塞西。美国媒体说，埃及政府一度取消舒凯里与库什纳的会面安排，是抗议特朗普政府决定削减对埃及经济和军事援助。埃及外交部对特朗普政府的决定表示遗憾，认为这是对两国战略伙伴关系的“误判”。（新华网）

7. **【英媒：特朗普与美国投资者的蜜月已经结束】**据英国金融时报网 25 日报道，随着美国政治不和迹象凸显，投资者对共和党控制下的国会将会实施减税、基建支出和去监管的希望正在逐步消退。鉴于华盛顿的政治不和加剧，投资者们也越来越担忧估值偏高的股票和公司债券市场。自唐纳德·特朗普今年 1 月入主椭圆形办公室以来，对共和党控制下的国会将会实施减税、基建支出和去监管的希望正在逐步消退。（新华网）



8. **【泰国前总理英拉遭法院发出逮捕令 被指意欲“逃案”】**据新华社 8 月 25 日消息，泰国最高法院 25 日因前总理英拉·西那瓦未按要求前往法院出席其所涉及的大米收购案宣判，向英拉发出逮捕令，并将宣判日期推迟至 9 月 27 日。（财新网）

9. **【美军撞船事故频发重创“无敌光环”美媒：成大国衰落征兆】**美媒称，几十年来，美国海军一直是美国在亚太地区彰显实力的首要标志。从韩国到日本到关岛的诸多基地，以及装备先进武器的舰队，在切实地提醒该地区的朋友和敌人，这个国家是何其的强大



与警觉。据美国《纽约时报》网站 8 月 23 日报道，“约翰·麦凯恩”号导弹驱逐舰 8 月 21 日颓然驶入新加坡海域的画面，对美国的这一形象构成了极大伤害。这艘导弹驱逐舰在凌晨与一艘油轮相撞，船体被撞出一个大洞，10 名水兵失踪。（新华网）

10. **【中韩建交 25 周年 韩学者反思：如何在中美之间寻找均衡点】**“中国在改变，韩国也在改变。就像韩国

商人来到中国做生意，需要适应新环境一样；我认为中韩双边关系也应该适应一种，中国人常说的‘新常态’。”8 月 24 日，韩国前任驻华大使辛正承在北京参加中韩建交 25 周年纪念论坛期间对财新记者如此表示。（财新网）

11. **【IMF 对中国中长期经济潜力乐观 吁清理僵尸企业明确国企功能】**“我们对中国经济的前景非常乐观。在改革积极主动的情形下，如果中国实行了正确的改革，长期看经济增长可能会更高。”8 月 24 日，国际货币基金组织（IMF）驻华首席代表席睿德（Alfred Schipke）在北京就 IMF 近期发布的“第四条磋商”（Article IV）报告举行媒体会时表示。8 月 15 日，IMF 发布了对中国经济的年度“体检报告”。IMF 肯定了中国改革成果，认为中国已在推动经济由外向型增长向服务和消费转型、经济再平衡上取得持续的进展；同时指出，这是中国加快推进必要改革、更多关注增长质量和可持续性的时机。（财新网）

12. **【证监会回应联通混改特批：方案制定于再融资新规前】**证监会特批联通混改方案受到

市场关注，8月25日的新闻发布会上，证监会发言人常德鹏回应表示，方案特批是因为，在证监会再融资新规调整前，中国联通混改方案已在发改委等部门指导下制定，但未来相关公司混改方案需严格按照现行监管规则办理。（财新网）

13. 【资本流出压力缓解 外汇占款下降规模收窄】在人民币贬值压力有所缓解等多种因素影响下，央行外汇占款下降规模进一步收窄。3月14日，央行公布数据显示，中国央行2月外汇占款减少581.19亿元人民币，创去年6月以来最小降幅。这是央行外汇占款连续第16个月下降。1月末外汇占款余额为217337.6亿元人民币，当月减少2087.66亿元人民币，较去年12月新增外汇占款规模明显收窄。（财新网）

14. 【王宇：世界经济有望进入新一轮增长周期】2008年全球金融危机以来，世界经济持续低位运行。中国人民银行研究局副局长2月25日在“2017中国经济图谱解读：从反危机到新常态”上表示，中短期世界经济有可能走过拐点，进入新一轮经济增长周期。（财经网）



15. 【人民币跃升为全球第五大支付货币】据中新社1月28日消息，环球银行金融电信协会(SWIFT)28日公布的报告显示，2014年11月，人民币已经取代加拿大元和澳元成为全球第五大支付货币。过去近一年，人民币一直稳居全球第七大支付货币。而截至2014年12月，人民币的支付货币市场份额创下2.17%的纪录新高，逼近日元的2.69%，排名跃升第五。（财经网）



网)

16. 【欣泰电气完成退市 未现大范围“末日博傻”】诈发行退市第一股欣泰电气（300372.SZ）正式走完退市程序，在A股落下帷幕。8月25日，上市公司股票在退市整理期的最后一个交易日结束。之后将被摘牌，转入股转系统交易。同时，按照交易所规则规定，欺诈发行的公司股票将不可能重新上市。（财经网）

17. 【社科院报告：中国政府总资产完全能够覆盖总负债】昨日召开的中国政府资产负债表2017发布会暨政府财务报告学术研讨会发布的报告显示，即使考虑社保基金缺口，中国政府的总资产也完全能够覆盖总负债，且还有较大空间。（环球网）

18. 【房地产文体娱乐对外投资下降约八成，挤水明显】多个数据表示，我国对外投资并购出现放缓，与此同时，一些非理性投资的水分已经被逐步挤掉。普华永道24日发布的《普华永道2017年上半年中国企业并购年中回顾与前瞻》报告显示，伴随着巨型交易数量的减少，2017年上半年，中国企业海外并购交易的总金额下降了13%。与此同时，商务部最新数据也显示，2017年1至7月，我国境内投资者共对全球148个国家和地区的4411家境外企业新增非金融类直接投资，累计实现投资572亿美元，同比下降44.3%。（环球网）

19. **【李克强对推进工业产品生产许可证制度改革现场交流会作出重要批示】**新华社南京 8 月 24 日电 推进工业产品生产许可证制度改革现场交流会日前在江苏省宿迁市召开。中共中央政治局常委、国务院总理李克强作出重要批示。批示指出：制造业是实体经济的重要基础。近年来随着中国制造发展和消费升级，工业产品种类更新加快，但企业市场准入制度性交易成本较高的问题凸显，与此同时，打击假冒伪劣产品、规范市场秩序的任务也十分迫切。（中国经济网）
20. **【多项政策叠加 广深小汽车拍牌价一涨再涨】**多项政策刺激下，广州、深圳两地小汽车拍牌价持续飙升。其中广州小汽车个人拍牌均价从 4 月的 20127 元涨到 8 月的 28561 元，涨幅为 42%；深圳均价则从 4 月的 44390 元涨到 8 月的 51282 元，涨幅为 15.5%。8 月 25 日，广深两地小汽车月度竞价拍卖结果出台。其中广州最低成交价为 26800 元；深圳最低成交价为 49300 元（财新网）
- 
21. **【上海闵行建涉性侵犯罪人员名单：禁从事密切接触未成年人行业】**月 25 日，“限制涉性侵违法犯罪人员从业工作”启动仪式在上海市闵行区人民检察院召开，它标志着全国首个特定行业涉性侵违法犯罪记录人员禁止从业机制正式启动。记者从仪式上获悉，限制从业机制由上海市闵行区检察院牵头，闵行区综治办、法院、公安分局、教育局、民政局、文广局、体育局、卫计委等单位共同参与。（澎湃网）
22. **【红通逃犯韩路被抓捕归案：曾潜逃国外 20 年，涉案金额近 3 亿】**在中央追逃办统筹指挥下，经中央和国家有关部门与湖南省密切协作，潜逃国外 20 年，涉案金额近 3 亿元的红通逃犯韩路被抓捕归案。8 月 24 日晚上，在长沙黄花机场内，韩路在检察机关签发的逮捕证上按上了手印。这是湖南省今年从国外追回来的第 3 个国家工作人员潜逃犯。（澎湃网）
23. **【国家网信办有关负责人就《互联网跟帖评论服务管理规定》答问】**8 月 25 日，国家互联网信息办公室公布了《互联网跟帖评论服务管理规定》（以下简称《规定》），国家互联网信息办公室有关负责人就《规定》相关问题回答了记者的提问。（澎湃网）
24. **【麦当劳明年开始全球逐步停用抗生素鸡，中国不在第一批名单】**新华网 8 月 24 日消息，美国快餐连锁巨头麦当劳公司 23 日宣布，要求全球的肉鸡供应商 2018 年开始逐步停止使用人类抗生素，以防止出现更多的超级细菌。中国不在第一批名单中。（澎湃网）
25. **【“徐玉玉案”关联案件“黑客案”一审宣判：杜天禹获刑 6 年】**“徐玉玉被电信诈骗致死案”的关联案件：杜天禹侵犯公民个人信息案于今天（8 月 24 日）上午 9 时在山东省临沂市罗庄区人民法院一审公开开庭审理并当庭宣判，杜天禹被指控非法获取公民个人信息罪名成立，被判有期徒刑 6 年，并处罚金 6 万元。（澎湃网）
26. **【国内首部电竞教材主编：已售出约九百本，还将陆续推新教材】**近日，国内第一本电子竞技教材《电竞解说概论》问世，在互联网上引起了热议。该教科书的主编，四川大学艺术学院编导系副主任张越舟表示，随着电子竞技产业的发展，电竞人才需求量也越来越大，后期还将会陆续推出更多的相关教材。（澎湃网）

27. 【中国政府去年采购规模超过 3.1 万亿元，继续保持快速增长】中国财政部 25 日发布消息称，2016 年中国政府采购规模继续保持快速增长，采购规模约为 31089 亿元(人民币，下同)。其中，货物类采购规模占政府采购总规模比重下降，工程类采购比重相对稳定，服务类采购比重上升明显。(新华网)
28. 【北京市食药监局：涉嫌违规的海底捞劲松店、太阳宫店停业整顿】2017 年 8 月 25 日，有媒体反映本市“海底捞”劲松店、太阳宫店存在经营场所卫生条件存在问题等违规行为。当天下午，北京市食药监局通报称，该局立即对上述两家门店进行立案调查，并对四川海底捞餐饮股份有限公司位于北京地区的中央厨房和各分店开展全面检查。同时，第一时间责任约谈该公司北京地区负责人，要求该公司，严格履行企业主体责任，主动承担社会责任，加强对各店的教育、管理、督导与约束，全力保障食品安全。(财经网)
29. 【韩媒：李在镕行贿等多项罪名成立 一审获刑 5 年】 中新网 8 月 25 日电 据韩联社报道，韩国法院 25 日下午对三星电子副会长李在镕行贿案作出一审判决，认定李在镕为接班三星贿赂朴槿惠，此外还犯下贪污、作伪证等罪名，判刑 5 年。首尔中央地方法院此前消息称，当地时间 8 月 25 日下午对包括李在镕在内的三星集团 5 名高管进行一审宣判。(中国经济网)

法律观察

之 知识产权侵权损害赔偿应走出立法依赖误区

我国知识产权侵权损害赔偿制度仅就其制度设计而言已经比较完备，而造成我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的直接原因是法定赔偿的泛化，其深层次原因是权利人的举证困难，其根本原因是我国相关法律事实机制的不完善。提高知识产权侵权损害赔偿水平，加强知识产权保护，应走出立法主义误区，不仅要进一步完善相关制度设计，更要完善知识产权侵权损害赔偿法律实施机制，加强证据指引和说理论证，建立健全证据披露和证据妨碍制度，构建科学合理的知识产权价值评估体系。

2016年12月8日，在北京握奇数据系统有限公司诉恒宝股份有限公司USB Key宝专利侵权纠纷一案（以下称“USB Key宝案”）中，北京知产法院罕见地一审判决被告赔偿原告经济损失4900万元，一时在知识产权界引起极大的关注。最近，在“斐乐”商标侵权及不正当竞争一案中，北京西城区人民法院一审判决被告赔偿原告832万元（含合理支出41万元），重新引起了业界对于知识产权侵权损害赔偿数额的热烈讨论。

在我国知识产权保护领域，侵权损害赔偿数额过低，一直都是一个饱受理论界和实务界诟病的话题。侵权损害赔偿数额过低，不仅导致侵权救济不足，权利人依法维权的积极性下降；而且意味着侵权人所面临的法律风险和侵权成本在巨大的侵权收益面前显得微不足道，从而出现越是打击知识产权侵权，知识产权侵权现象就越泛滥的状况。

如何破解知识产权司法领域内“赢了官司，丢了市场”的困局，许多人认为需要通过立法进一步加大知识产权损害赔偿的力度，例如，引入惩罚性赔偿机制。不可否认，以立法手段加大知识产权损害赔偿的力度固然有助于提高侵权救济水平和侵权成本，减少侵权行为的发生。但是，解决知识产权侵权损害赔偿数额偏低的难题，并非只需要加强立法这么简单。造成目前知识产权侵权普遍救济不足的症结究竟何在？知识产权侵权成本低、维权成本高的原因究竟是法律制度的缺失还是法律实施机制的不完善？现有的知识产权损害赔偿制度是否真的已经无法应对日益增多的知识产权侵权现象？本文将通过对这些问题的探讨，对破解知识产权损害赔偿数额偏低的难题提出一些浅见。

一、我国知识产权侵权损害赔偿的制度设计

我国知识产权损害赔偿制度是由《专利法》、《商标法》、《著作权法》等法律法规以及相应的司法解释共同构建起来的。现行《专利法》第六十五条规定，侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。因此，在专利侵权损害赔偿中，应当按照权利人因侵权所遭受的实际损失、侵权人因侵权而获得的利益、专利许可使用费的合理倍数以及法定赔偿的顺序来确定侵权损害赔偿的数额。

关于损害赔偿数额的具体计算方式，修改后的《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》（以下称“若干规定”）第二十条规定，专利法第六十五条规定的权利人因侵权所遭受的实际损失可以根据专利产品因侵权所造成的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来计算。权利人销售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受到的实际损失。对于侵权人因侵权所获得的利益，《若干规定》第二十条规定，侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积来计算。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。

对于专利侵权损害赔偿的后两种计算方式，即专利许可使用费的合理倍数和法定赔偿，《若干规定》第二十一条规定，权利人损失或者侵权人收益难以确定的，有专利许可使用费可以参照的，可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节、专利许可的性质、范围、时间等因素，参照专利许可使用费的合理倍数确定赔偿数额；没有专利许可使用费或者专利许可使用费明显不合理的，可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，依照法定赔偿的规定确定赔偿数额。专利侵权损害赔偿数额确定的方法以及具体的计算方式，可以通过下表进行简单的概括。

表1 专利侵权损害赔偿数额的确定方法及其计算方式^[4]

赔偿方式 优先顺序	权利人实际损失 第一顺位	侵权人获益 第二顺位	专利许可使用费 第三顺位	法定赔偿 第四顺位
计算方法	专利产品销售量减少 X 专利产品合理利润 或者 侵权产品销售总数 X 专利产品合理利润	侵权产品销售总数 X 侵权产品合理利润	专利许可使用费的合理倍数	一万元以上一 百万元以下
备注	合理开支在赔偿数额之外另行计算			

在商标侵权损害赔偿方面，现行《商标法》第六十三条规定，侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。因此，在商标侵权损害赔偿中，应当按照权利人因侵权遭受的实际损失、侵权人因侵权获得的利益、商标许可使用费的倍数以及法定赔偿的顺序来确定侵权损害赔偿的数额。

关于商标侵权损害赔偿数额的具体计算方式，现行《商标法》目前还没有配套的司法解释，2002年发布的《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下称“若干问题的解释”）虽然针对的是2001年修改后的《商标法》，但目前仍然是现行有效的司法解释，其关于商标侵权损害赔偿数额计算方式的规定依然可以作为有效的法律渊源加以适用。根据《若干问题的解释》第十四条的规定，侵权所获得的利益，可以根据侵权产品的销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。《若干问题的解释》第十五条规定，因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。而对于法定赔偿的考量因素，《若干问题的解释》第十六条规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标许可使用的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。商标侵权损害赔偿数额的确定方法及其具体的计算方式，可以通过下表进行简单的概括。

表2 商标侵权损害赔偿数额的确定方法及其计算方式^[6]

赔偿方式 优先顺序	权利人实际损失 第一顺位	侵权人获益 第二顺位	商标许可使用费 第三顺位	法定赔偿 第四顺位
计算方法	注册商标商品销售量减少 X 注册商标商品单位利润 或者 侵权商品销售量 X 注册商标商品单位利润	侵权商品销售量 X 侵权商品单位利润 或者 侵权商品销售量 X 注册商标商品单位利润	商标许可使用费的合理倍数	三百万元以下
备注	1、对于恶意侵犯商标专用权情节严重的，可以在前三种方法计算数额的1倍到3倍范围内确定赔偿数额。 2、合理开支包括在赔偿数额之内。			

而在著作权侵权损害赔偿方面，现行《著作权法》第四十九条同样规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的罚款。因此，在著作权侵权损害赔偿中，应当按照权利人的实际损失、侵权人违法所得以及法定赔偿的顺序来确定侵权损害赔偿的数额。

在损害赔偿数额的具体计算方式上，最高人民法院曾于 2002 年发布了《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下称“著作权若干问题的解释”），该司法解释虽然针对的是 2001 年《著作权法》，但目前仍是现行有效的司法解释，仍可以在司法实践中作为法律渊源加以适用。《著作权若干问题的解释》第二十四条规定，权利人的实际损失，可以根据权利人因侵权所造成的复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算。发行减少量难以确定的，按照侵权复制品市场销售量确定。对于侵权人违法所得的计算方式，《著作权若干问题的解释》并没有明确规定，通常认为应该指的是侵权人所获得的利润，既侵权复制品的销售量与侵权复制品单位利润之间的乘积。对于法定赔偿，《著作权若干问题的解释》第二十五条规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。著作权侵权损害赔偿数额的确定方法及其具体的计算方式，可以通过下表进行简单的概括。

表3 著作权侵权损害赔偿数额的确定方法及其计算方式

赔偿方式 优先顺序	权利人实际损失 第一顺位	侵权人违法所得 第二顺位	法定赔偿 第三顺位
计算方法	权利人复制品发行减少量 X 权利人复制品单位利润 或者 侵权复制品销售量 X 权利人复制品单位利润	侵权复制品销售量 X 侵权复制品单位利润	五十万元以下
备注	1、合理开支包括在赔偿数额之内。		

根据世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下称“TRIPs 协定”）第四十五条的有关规定，“对于故意或有充分理由应知道自己从事侵权活动的侵权人，司法机关有权责令侵权人向权利持有人支付足以补偿其因知识产权侵权所受损害的赔偿”，这就是知识产权侵权损害赔偿制度中通常所称的“填平原则”。《TRIPs 协定》第四十五条同时规定，司法机关还有权责令侵权人向权利持有人支付有关费用，其中可包括有关的律师费用。纵观我国专利、商标以及著作权侵权损害赔偿法律制度，虽然还有细微的不一致之处，比如具体计算方式的差异、对许可使用费的认识的差异以及对于损害赔偿和合理开支之间关系的不同认识等，但在整体上都已经建立起了以权利人实际损失、侵权人获益以及法定赔偿为内容的层次丰富的侵权损

害赔偿制度，基本满足《TRIPs 协议》所要求的“填平原则”。

事实上，就制度设计而言，我国知识产权侵权损害赔偿制度相对来说是比较完备的。以专利侵权损害赔偿制度为例，我国专利侵权损害赔偿的方式按照权利人实际损失、侵权人获益、专利许可使用费的合理倍数以及法定许可的顺序共包含四种；而通常被认为专利侵权损害赔偿制度比较完备的美国，其专利侵权损害赔偿制度却只有两种：权利人损失和参照专利许可使用费的合理倍数，只有对于外观设计专利，才又加上了侵权人获益这一方式。[8]因此，从文本制度上分析，我国知识产权侵权损害赔偿制度并非落后于美国，甚至还可以说是更为完善，立法缺失、法律制度不完善并非我国知识产权侵权损害赔偿数额偏低、侵权救济不足的根本原因。

二、我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的原因

如前所述，如果仅仅从制度设计层面来比较，很难说我国知识产权侵权损害赔偿制度落后于诸如美国之类的知识产权保护强国。但在实际的司法实践中，我国知识产权侵权损害赔偿的数额与美国法院判决赔偿的数额却给人一种相差悬殊的感觉。这一方面说明，立法缺失并不是导致我国知识产权侵权赔偿数额偏低的根本原因；另一方面也意味着我国知识产权侵权损害赔偿制度并没有得到充分的实施，其原因尚待进一步分析。

1、法定赔偿泛化是我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的直接原因

在我国知识产权侵权损害赔偿司法实践中，有一个突出的现象，就是法院在确定损害赔偿数额时，大量地适用法定赔偿，造成法定赔偿被严重滥用，并出现了不恰当地适用法定赔偿的情况。目前，我国知识产权侵权损害法定赔偿的最高额普遍较低，专利侵权损害法定赔偿的最高额是 100 万元，商标侵权损害法定赔偿的最高额是 300 万元，而著作权侵权损害法定赔偿的最高额只有 50 万元，滥用法定赔偿，直接导致我国知识产权侵权损害赔偿数额普遍偏低，远不能“填平”权利人因侵权所遭受的损失。

有学者搜集整理了 2002 年到 2013 年十余年间北京地区各级法院审理的著作权侵权损害赔偿案件，研究发现，98.2% 的案件都适用了法定赔偿，其中，85% 案件的判赔数额在 5 万元以下，93% 案件的判赔数额在 10 万元以下。无独有偶，在知识产权侵权案件比较多的浙江省，法院滥用法定赔偿的现象也十分突出。根据浙江省高级人民法院知识产权审判庭发布的《浙江省知识产权民事司法保护报告（2015 年）》中统计的相关数据，2015 年全年，浙江省各级法院共审理专利侵权损害赔偿案件 1033 件，其中 1002 件案件适用了法定赔偿，占案件总量的 97%；共审理商标侵权损害赔偿案件 1255 件，其中 1035 件案件适用法定赔偿，占案件总量的 82.5%；共审理著作权侵权损害赔偿案件 6736 件，其中 6192 件案件适用法定赔偿，占案件总量的 92%。在判赔金额方面，专利案件中有 420 件没有判赔，有 337 件的赔偿数额在 20 万元以下，占案件总量的 73%；商标案件中有 402 件没有判赔，有 674 件的判赔数额在 20 万元以下，占案件总量的 86%；著作权案件中有 2452 件案件没有判赔，有 3292 件案件的判赔数额在 1 万元以下，占案件总量的 85%。

从制度设计层面上分析，法定赔偿只是我国知识产权侵权损害赔偿制度中一种补充性质的损害赔偿数额的确定方式，“适用法定赔偿，应该在侵权获益和侵权损失均难以确定的情形下”。而司法实践呈现出来的现实却是，法定赔偿已经成为法院在确定侵权损害赔偿数额时首要适用的方法，其适用严重泛化。

2、举证困难是造成我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的深层次原因

由于知识产权的无形性，知识产权侵权往往具有非常隐蔽的特点，这使得在知识产权侵

权损害赔偿案件中，往往缺乏足够的证据来认定权利人的损失或者是侵权人的获益，法院为了规避潜在的证据认证风险，提高审判效率，往往倾向于采用法定赔偿的方式来确定损害赔偿的数额，从而导致法定赔偿适用泛化，侵权判赔金额偏低。由此可见，举证困难是造成我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的深层次原因。

由于缺乏足够的证据对权利人受损或者侵权人获益进行认定，法院在知识产权侵权案件中往往将论述的重点放在是否构成侵权上，而对于损害赔偿数额的确定则缺乏深入的论述，往往只是简单的罗列法律或者司法解释中规定的考量因素，然后直接给出判赔数额，判决缺乏说服力。如在上海美术电影制片厂诉珠海天行者文化传播有限公司著作权侵权一案中，[12]法院判决认为，“鉴于美影厂未提供证据证明其遭受的实际损失和被告获取的违法所得，故综合作品类型、作品知名度、市场价值以及侵权人的主观过错、侵权方式、持续时间、涉及范围、损害后果等因素酌情确定”；在上海红双喜股份有限公司诉北京长城文百采购供应站商标权侵权一案中，[13]法院判决认为，“鉴于原告未举证证明其因涉案侵权行为遭受的实际损失或被告因侵权所获利益，本院将根据涉案商标的知名度、被告侵权行为的性质、后果、主观过错程度等予以酌定”；在朱立欣诉冯进伟、赵县长城包装制品有限公司专利权侵权一案中，[14]法院判决认为，“本院综合考虑涉案专利的类别、侵权的性质和情节等因素确定被告冯进伟赔偿原告朱立欣（包括为制止侵权行为所支付的合理开支在内）10万元”。不难发现，在知识产权侵权损害赔偿数额的论证方面，部分判决书存在“讲套话”、“套模板”的情况。

即使是原告举出证据证明因侵权行为受到的损失或者是侵权人因侵权行为的获益，也因为证明力不足而难以得到法院的采信。一般来说，权利人为了证明自己因侵权行为遭受的损失，必须证明其产品因侵权而导致的销量的减少或者是侵权产品的销量，但事实上，侵权行为的发生不一定导致权利人产品销量减少，侵权行为持续过程中权利人产品销量反而有可能上升；同样的道理，即使权利人产品的销量在侵权行为持续过程中下降，权利人也很难证明这一下降趋势完全是由侵权行为导致的；至于侵权产品的销量，由于相关证据主要由侵权人掌握，权利人想要举证加以证明只会更加困难。因此，在知识产权侵权诉讼中，原告对于自身损失或者是侵权人获益的举证很难得到法院的支持。如在完美世界诉上海野火网络科技有限公司著作权侵权一案中[15]，法院判决认为，“原告完美世界公司根据其版权费支出和玩家充值的平均值估算出经济损失10,000,000元，本院认为，原告完美世界公司的上述计算依据不足”。

举证困难，再加上举出的证据难以得到法院的支持，反过来影响了权利人举证的积极性。在许多案件中，权利人干脆不进行任何举证，直接要求法院按照法定赔偿方式来确定损害赔偿数额，这进一步加剧了法定赔偿适用的泛化。

3、法律实施机制不完善是我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的根本原因

法律的生命在于实施，好的制度设计，更需要完善的实施机制，才能得到贯彻落实。具体到知识产权侵权损害赔偿问题上，我国知识产权侵权损害赔偿立法应当说已经比较完备，知识产权侵权损害赔偿司法实践中举证困难的问题也不是我国所独有，而我国知识产权侵权损害赔偿之所以处于较低的水平，其根本原因在于与之配套的法律实施机制不完善。

知识产权侵权损害赔偿制度实施机制的不完善突出表现为证据制度的不完善，尤其表现在法院对于证据认定风险的极力规避。由于知识产权无形性和价值不确定性的特点，导致法院在运用证据认定权利人的实际损失或者是侵权人的获益时存在较大的证据认定风险。为了规避这种潜在的风险，同时也是为了提高审判效率，法院往往将案件审理的重点放在侵权的

认定问题上，而淡化对于权利人提出的证明其实际损失或者是侵权人获益的证据的分析和论证。判决书中也往往只是认定“原告所提赔请求数额过高，亦为提供充分证据予以证明”，却没有说明何为充分的证据，原告的请求数额又因何过高。有些案件中，在权利人已经举证证明了自身实际损失或者侵权人获益明显超过了法定赔偿的最高数额的情况下，法院仍不愿根据权利人受损或者侵权人获益来确定赔偿数额，转而采取“酌定赔偿”的方式来确定赔偿数额。例如，在“陈喆诉余征著作权侵权纠纷”一案[16]中，法院虽然认定“陈喆的初步举证可以证明侵权人的违法所得明显要高于五十万元的法定赔偿”，但在确定损害赔偿数额时，仍“考虑到侵权人的主观过错、具体的侵权行为、侵权后果等因素，酌情确定赔偿数额”。实际上，所谓“酌定赔偿”并不是我国知识产权侵权损害赔偿制度中一项法定的赔偿方式，反而更像是法院在法定赔偿明显不足，又不愿采取权利人受损或者侵权人获益来确定赔偿数额时的一种法外创设。

三、我国知识产权侵权损害赔偿问题的解决路径

如前所述，法律实施机制的不完善是我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的最根本原因。当然，这并不意味着我国的侵权损害赔偿在制度设计上已经尽善尽美，如2014年我国新《商标法》生效实施，但目前现行有效的司法解释仍然是2002年最高人民法院发布的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，应该尽快出台与新《商标法》配套的司法解释。但是，单纯地完善知识产权侵权损害赔偿的制度设计，如提高法定赔偿数额、引入惩罚性赔偿制度等，并不能真正有效地解决侵权损害赔偿水平偏低的问题，知识产权侵权保护水平的提高，归根结底仍有赖于相关法律实施机制的构建与完善。

1、正确处理证据认定风险，加强证据指引和说理论证

如前所述，在司法实践中，法院出于对证据认定风险的规避，对于原告提出的关于自身实际损失或者侵权人获益的证据往往不进行充分的分析和认定，而是笼统地表述为“原告未提供充分的证据予以证明”。不可否认，由于知识产权的无形性和技术性等特点，知识产权侵权损害赔偿案件中的证据分析和认定具有其独特的灵活性和复杂性，法官的证据认定风险相对较大。但不能因为证据认定的困难和风险就规避对证据的分析和运用，单纯地依靠法官的自由心证来确定赔偿数额，这无疑是对案件当事人诉讼权利的一种限制和对法官自由裁量权的滥用。另一方面，知识产权侵权案件中证据认定的困难并非我国独有，借鉴其他国家的相关司法经验，通过构建多层次的证据认定规则，可以有效降低知识产权侵权损害赔偿案件中的证据认定风险。

在知识产权侵权损害赔偿诉讼过程，法官还应该充分行使释明权，积极指引权利人就自身所受损失或者侵权人侵权获益进行举证。一般来说，法官应在两种情况下主动行使释明权：一是权利人未就侵权损害赔偿数额进行任何举证，二是权利人的举证过于单一。法官还应该适时公开其对于侵权损害赔偿数额的判断和心证，尤其是在权利人认为已经充分举证证明侵权索赔数额，而法官认为证据仍然不足的情况下。因为在这种情况下，原告一般具有较强的举证能力，法官适时公开心证，有利于权利人及时补充证据，充分保护自身合法权益。在权利人申请法院调取收集有关证据，而法院认为难以调取收集或者调取证收集成本过高时，法官应向权利人阐明证据调取收集的难度，探讨证据替代的可能性。

在侵权损害赔偿判决中应该加强对证据部分的分析和论证。对于权利人为证明其实际损失或者侵权人获益而举出的证据，法官应在判决书中对其真实性、合法性和关联性进行分析论证，表明自己对于上述证据的理性判断和取舍。对于不予采纳的证据，应指出不予采纳的原因。对于予以认定的证据，应分析阐述其证明内容与侵权损害赔偿数额之间的关系，使得

证据认定与侵权损害赔偿数额的认定具有逻辑上的因果关系，增加判决书的说服力。

2、建立健全证据披露和证据妨碍制度，减轻权利人的举证负担

“谁主张、谁举证”是民事诉讼的一项基本原则。因此，在知识产权侵权损害赔偿诉讼中，应由权利人举证证明其实际遭受的损失或者是侵权人的侵权获益。但实际上，权利人对因其被侵权所受到的实际损失通常难以举证，[19]因为在大部情况下，权利人很难相对充分地证明其产品销售量的减少。正如前面提到的，在很多情况下，尽管侵权行为存在，权利人产品的销售反而一直在增加，即使权利人产品的销量出现了减少，要证明这种减少与侵权行为之间的因果关系同样非常困难。如此一来，权利人只能退而主张按照侵权人的侵权获益进行赔偿，但与侵权获益有关的账簿、销售记录等证据资料往往又由侵权人掌握，权利人很难获取。因此，严格遵循“谁主张、谁举证”的举证原则将会使得知识产权侵权诉讼中的权利人面临几乎难以克服的举证困难。

为了减轻权利人的举证负担，我国在专利和商标侵权损害赔偿制度中建立了证据披露和证据妨碍制度。根据最高人民法院 2016 年发布的《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》（以下简称“若干问题的解释（二）”）第二十七条的有关规定，在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据，而与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料；侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。《商标法》第六十三条规定，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。

不过，上述规定只是提供了一个大致的制度框架，仍有许多细节问题需要司法实践进一步澄清和明确。例如，何为“侵权人所获利益的初步证据”，根据《最高人民法院知识产权司法解释理解与适用》，所谓的“初步证据”可以包括侵权人自己对侵权获利乃至公司整体营利的宣传资料、网站介绍、公司年报等，对权利人的举证要求不宜过严。又如，基于哪些“正当理由”侵权人可以拒绝提供相关账簿、资料？还有，在侵权人构成证据妨碍的情况下，《若干问题的解释（二）》规定法院可以“根据”权利人的主张和证据确定赔偿数额，而《商标法》则规定法院可以“参考”权利人的主张和证据确定赔偿数额，两者措辞的不同耐人寻味。另外，目前只有专利和商标侵权损害赔偿中建立了证据披露和证据妨碍制度，著作权侵权损害赔偿中尚没有相应的制度设计，这需要立法上的适时跟进。

3、建立健全知识产权价值评估体系，减轻权利人举证负担，降低法官证据认定风险

知识产权侵权诉讼往往涉及到诸多专业性很强的事实认定问题，对于这些问题，法官受其知识结构、审理时限等因素的限制，难以在短时间内依靠自身作出判断，而需要借助外部力量。通过在侵权诉讼中引入外部意见，可以有效弥补法官在专业知识方面的短板，降低法官的证据认定风险。目前，在知识产权侵权判定的过程中，借助专家论证意见、技术鉴定报告等外部意见已经是一种比较常见的做法。

由于知识产权无形性的特点，知识产权的价值或损失的评估同样是一个专业性很强的问题，并且与最终的损害赔偿数额密切相关。但就目前的情况而言，由于我国知识产权价值评估体系尚不完善，评估的客观性和准确性不高，评估报告的公信力较低，这使得知识产权价值或者损失评估报告在法院认定损害赔偿数额中所起到的作用仍然十分有限，权利人提交的损失评估报告很难得到法院的支持。

因此，为提高知识产权价值或损失评估报告在损害赔偿数额认定方面的作用，应建立健全知识产权价值评估体系，关键在于建立一套科学合理、客观准确的知识产权价值计算方法。以专利价值评估为例，目前的计算方法主要包括：成本法、市场法和收益法等。成本法，指的是用专利开发的成本，减去专利因各种因素可能导致的贬值，从而确定专利价值的方法；市场法，指的是以市场上相同或者类似的专利作为参照，根据市场因素进行相应调整，从而确定专利价值的方法；收益法，指的是通过效用价值原理估算专利未来可能的收益，将其折现，从而确定专利价值的方法。目前来看，上述几种方法都可以在一定程度上反映专利的价值，也都有一定的弊端。如何形成一套统一的、能为司法机关所采信的知识产价值计算方法是建立健全知识产权价值评估体系的当务之急。

四、结语

回过头来看“USB Key 宝”案，北京知产法院首先根据侵权产品的销售数量和专利产品合理利润的乘积计算出了一部分侵权损失，然后在被告掌握相关销售资料而拒不提供的情况下，以原告主张的销售数量计算出了另一部分侵权损失，最终确定了 4900 万元的损害赔偿数额。而在“斐乐”案中，北京市西城区法院通过被告自己提交的财务报表，计算出了被告的侵权所得，又考虑到被告的主观恶意，确定了三倍的损害赔偿数额。

这些高额的损害赔偿看似十分罕见，但确定这一数额的方式、证据披露和证据妨碍等制度却早已存在与我国知识产权侵权损害赔偿的制度设计之中，这充分说明，我国知识产权侵权损害赔偿水平偏低的根本原因，不在于制度设计的不完善，而在于法律实施机制的滞后，相应的制度设计没有在司法实践中得到落实。因此，提高知识产权侵权损害赔偿水平应走出立法主义的误区，单纯地通过立法构建出看似美好的知识产权保护大厦，而忽略法律实施机制的发展完善，再严密的知识产权保护制度都会沦为没有牙齿的纸老虎。

来源：天达共和律师事务所

冯超

实务聚焦

之“政府债务”新政下金融机构参与政府项目的模式及授信要点分析

自 2014 年重新修订预算法以来，国务院、财政部针对“地方债务”日益严重这一问题密集发文。从文件的内容来看，主要是禁止地方政府变相违规融资，严控地方隐性债务，并采取了“疏堵结合”的方法治理地方债务问题。从监管力度来看，可谓延续和保持了高压态势，力度不减、节奏不变。面对日益严苛的监管环境，金融机构（包括社会资本、中介机构）参与政府项目的的方法和出路在哪里？本文试从政府采购融资这一角度入手，分析金融机构参与政府项目的模式，并着重分析授信和考察要点。

一、监管文件一览

对于监管文件的内容和传达的精神，很多自媒体、咨询机构、金融机构都有许多详细精辟的的解读和分析，本文不再班门弄斧，仅仅列举一下相应的监管文件，方便大家总体了解。

2014 年 8 月 31 日全国人大常委会通过的《关于修改〈中华人民共和国预算法〉的决定》（主席令第 12 号）

2014 年 9 月 26 日国务院发布的《关于深化预算管理制度改革的决定》（国发〔2014〕45 号）

2014 年 10 月 2 日国务院发布的《关于加强地方政府债务管理的意见》（国发〔2014〕43 号）

2014 年 10 月 23 日财政部发布的《地方政府存量债务纳入预算管理清理甄别办法》（财预〔2014〕351 号）

2016 年 1 月 11 日财政部发布的《关于对地方政府债务实行限额管理的实施意见》（财预〔2015〕225 号）

2016 年 10 月 27 日国务院发布的《国务院办公厅关于印发地方政府债务风险应急处置预案的通知》（国办函〔2016〕88 号）

2016 年 11 月 24 日财政部发布的《财政部驻各地财政监察专员办事处实施地方政府债务监督暂行办法》（财预〔2016〕175 号）

2017 年 5 月 3 日财政部等六部委发布的《关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知》（财预〔2017〕50 号）

二、几个误区

1、监管文件并未禁止政府（如未特别说明，本文所指的“政府”指政府及政府部门）平台公司举债，禁止的是平台公司替政府违规变相举债。

平台公司的前提是公司法人，同样也是市场主体。从私法的角度讲，其享有作为公司法人应该享有的一切权利，这当然也包括举借债务的权利。

从政府债务监管的角度来看，平台公司为了自己生产经营的需要，以自己的名义举借债务，并自行承担还本付息的责任也是符合监管规定和市场法则的。

当然，对于平台公司违规替政府举借政府债务，这是坚决不允许的。一些观点认为平台公司不能举债了，可能存在对文件的过渡解读。

2、监管文件并未禁止政府采购（包括采购服务、工程、货物）行为，禁止的是政府通过滥用政府采购服务违规变相举债。

政府采购是国家各级政府为从事日常的政务活动或为了满足公共服务的目的，利用国家财政性资金和政府借款购买货物、工程和服务的行为。

政府采购不仅是指具体的采购过程，而且是采购政策、采购程序、采购过程及采购管理的总称，是一种对公共采购管理的制度。

根据我国《采购法》的规定，政府采购分为采购货物、采购服务、采购工程三类。

因此，政府采购作为政府进行日常政务活动和提供公共服务的一项重要财政支出管理措施，不仅是履行政府职能的需要，更是我国法律赋予的权利。

所以，文件无权禁止也不可能禁止政府采购，禁止的只是诸如把采购工程当作采购服务融资、虚构采购项目融资等滥用政府采购的行为。

3、监管文件并未禁止平台公司参与 BT 项目，禁止的是政府直接参与的 BT 项目。

文件一再强调市场化原则，作为公司法人性质的平台公司当然可以和施工企业进行 BT 模式的项目运作，这符合市场运作和商业交易的固有规律。

文件禁止的，是政府直接参与 BT 项目。

究其根源在于政府直接让企业垫资和不列预算分期偿债。这实质上就是形成了政府债务，当然不行。

三、金融机构参与政府项目的模式分析

在当下的政策导向和监管环境下，金融机构或其他社会资本参与政府项目（如无特别说明，本文所指的政府项目是指地方政府为更好的向社会提供公共服务而实施的包括城乡公共设施建设，发展教育、科技、文化、卫生、体育等公共事业的项目）的方式大概有以下几种：

政府采购项目融资、参与 PPP 项目、参与产业基金。

从资金进入的形式来说可以有贷款、股权、股+债等。本文探讨的是第一种形式：政府采购融资。

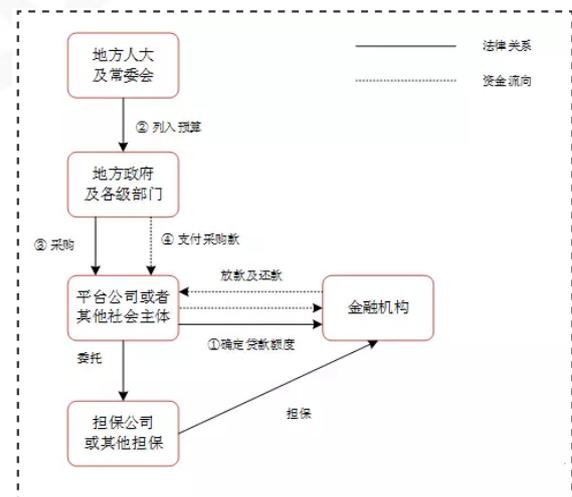
金融机构前期参与的大多数政府项目与政府采购融资这种（下图）本质上有一定的相似之处，如都是金融机构向平台公司发放贷款，最终的还款来源也都是政府。

不同之处就是少了政府采购这一环节或者出现了“先购买，后预算（先上车，后买票）”“政府直接将本息列入预算”“政府提供各种担保”“虚构采购项目融资”等违规变相举借政府债务的行为。上文已经提到，文件并不禁止向平台公司发放贷款。

那么仅就目前的形势来看，从平台公司角度，进行商业化转型是大势所趋，未来要作为一个纯粹的市场主体参与到竞争中去，并依靠自身的资产或者信用进行融资。

从金融机构角度，政府项目依然是优质项目（尤其是现在这种经济大环境之下），毕竟有政府的隐性实力作为担保。

金融机构未来如果还有做政府项目的积极意愿，并且乐意同平台公司合作以寻求介入政府项目。可以考虑参照政府采购融资这一模式（下图）。



在这种合作模式下，地方政府同平台公司是平等的市场主体，发生的也是纯粹的商业交易行为，二者之间是买卖（采购工程、服务）法律关系。

平台公司与金融机构是借贷（项目贷款）法律关系。

87号文积极鼓励参与政府项目融资的担保公司与平台公司受托法律关系，同金融机构是担保法律关系。

这样一来，各参与主体之间都依法发生交易行为，各环节都依法展开。既满足了金融机构参与政府项目并且保证还款来源的要求，又满足了地方政府融资的需求，更有助于平台公司在开展业务过程积极谋求转型，参与到市场竞争中来。

四、基于前述模式的业务考察

在操作政府采购项目融资时，应如何看待和审视平台公司这一融资主体，是更多的偏重行政职能部门，还是把其作为一个纯粹的市场经营主体？笔者认为，应以后者为准。这也是今后金融机构或融资担保公司介入政府项目的核心原则。

我们对一个普通企业进行授信审查时，查看企业税账、分析财物报表、提供风险缓释措施，做了很多，终极目的也就只有一个：确定企业未来到底能不能如期还款？

平台公司也无二致，只不过由于具有政府属性的特殊性，操作起来应注意相关细节。具体的操作细节或注意事项，可参照以下内容（参照上图）：

1、环节：贷款额度确定

虽然文件着重强调“先预算，后购买”，但是在实践中，这一做法却并不现实。因为在有关部门提请大人列入预算的时候，还未确定实施项目所需的贷款本息，无法给出一个确数。一般操作是先同平台公司谈好项目，确定好资金规模、还本付息的方式、期限、利率等。项目实施部门据此提请当地人大列入预算。

2、环节：列入预算

（1）考察项目采购服务应付款是否纳入当年财政预算；

在实践中，我们看到的政府预算通常不会显示具体指向，也即不会列明预算的具体项目。我们可以通过要求项目实施部门提供相应报请预算的文件、预算批复等系列文件（例如：人大的纳入预算决议、市场办公会的会议纪要、财政部门出具的财政预算安排文件等）来佐证项目是否纳入预算。

注意问题：这里的纳入预算应该符合履行了纳入预算的法定程序和预算内容的合法合规性两个要件。履行了法定程序这个很好理解，也即是预算经过了地方人大的审批。至于预算内容的合法合规性指的是基于政府采购行为的预算本身要符合法律规定，避免出现“先购买，后预算”“采购期限超过三年”等违法违规情况。这里需要讲明的是，即使人大通过了预算，也并不代表拿到了尚方宝剑，高枕无忧。根据新修订的《预算法》第二十一条规定，县级以上地方各级人民代表大会常务委员会监督本级总预算的执行；审查和批准本级预算的调整方案；审查和批准本级决算；撤销本级政府和下一级人民代表大会及其常务委员会关于预算、决算的不适当的决定、命令和决议。总得来讲，就是政府可以批也可以撤回，关键得看批的合不合法。

（2）审核项目采购服务应付款是否纳入当地财政部门编制的中期财政规划；

先说一说中期财政规划是什么鬼。目前，我国政府预算实行是年度预算，预算内容规定了一年的政府收支计划。也就是未来一年之内我能收入多少钱、我要花多少钱都说好了，人大通过预算。但是实际中会出现需要跨年度支付的需要，只列一年的预算的话不足以应付需要多年连续支付的情况。所以就搞了个中期财政规划。《国务院关于实行中期财政规划管理的意见》

（国发〔2015〕3号）提出实施中期财政规划。一般来讲，中期财政规划按照三年

滚动方式编制，即第一年规划约束对应年度预算，后两年规划指引对应年度预算；年度预算执行结束后，对后两年规划进行及时调整，再添加一个年度规划，形成新一轮年度财政规划。说白了就是：中期财政规划的第一年具有约束性，直接约束当年的预算，而后两年规则是指导性的，大体定个框框，心理有个数，根据需要到时小修小补。

根据上述分析，中期财政规划的期限是3年，这样就决定了政府采购的期限不能超过3年，因为超过了3年预算列不到。

在具体审核项目时候，如果项目期限超过一年，应该着重审核财政部门编制的财政规划是否有拟实施项目的付款支出计划。

3、阶段：政府实施政府采购

(1) 审核是否遵循了先纳入预算，后购买服务的顺序。在这里需要说明的是，虽然文件一再强调要先有预算后采购，但是就像上文提到的那样，在向申请人大列入预算的时候必须是确定的金额。这里其实是政府采购部门现有采购的计划或者意愿，并根据项目情况确定要列入预算的金额。待人大通过预算后，政府采购部门再实施采购行为。从根本上来讲，这不算违背“先预算，后采购”的原则。从实际操作上来讲，就是此时的采购合同签署日期应该在预算批准之后，这是实际操作中需要关注的地方。

(2) 考察政府采购的合法合规性。政府实施采购行为是列预算的前提和基础。一旦政府采购行为涉嫌违法违规，不仅影响预算的有效性，更造成了整个项目的推进。一般来讲，政府采购行为的审查主要包括两个方面：

第一，是否遵守了政府采购的基本程序的法律规定；审核的依据主要是即《政府采购法》《招标投标法》《中华人民共和国政府采购法实施条例》《中华人民共和国招标投标法实施条例》。这四部法律法规以及基于它们所制定的部门规章和地方性

法规和规章，构成了我国政府采购和招标投标领域的法律体系。考察内容包含但不限于采购的标的物是否在当地的采购目录中（一般从当地政府的采购官网查询）、采购是否进行了招投标或者其他方式确定供应商等。

第二，是否有“虚构标的物、虚构项目”“采购期限超过3年”等情形。对于是否虚构项目来讲这个考察应该不是难点，只要通过要求提供相关政府采购的批文、可研并实地察看项目等手段基本可以排除风险。对于是否超过3年的采购期可以审核相应采购合同、招投标文件、政府批文等也可以核实清楚。

(3) 对于贷款主体（平台公司）的考察。虽然对于平台公司不能像普通企业那样进行从行业发展、经营状况、财务情况等传统维度的考察，但平台公司依然有值得关注的地方。

第一，考察平台公司是否新注入了禁止注入的资产，包括诸如储备土地、公益性资产等，这是文件命令禁止的行为。考察该项内容可以看出，地方政府对于文件的了解和关注情况，便于我们知悉地方政府对于文件的一个执行力度。虽然单单注入资产可能在实际当中并不会影响项目的整体效力和实施，但仍然可以把此项内容作为考察衡量项目的一个因素。

第二，考察平台公司是否有实际经营能力或能够产生现金流；这主要是考虑到根据文件的精神，纯粹承担地方政府融资职能的公司即将成为历史，类似企业的转型改革势在必行。而考虑到未来转型的不确定性，一旦出现转型失败或者地方政府进行平台公司重组，贷款主体的独立法人资格、相应资产势必会受到或多或少的影响，为了以后操作便利和风险防控的需要实际操作中可以选择能产生现金流的平台公司。这样会对贷款多一重保障。

第三，考察平台公司未来是否有转型的趋势或计划；对于没有实际经营能力或者没有现金流的平台公司，可以适当关注其是

否有转型趋势或计划。同上一条的考察目的一样，未来如果能成功转型，同样可以保障贷款的回收。

4、阶段：支付采购款阶段

(1)考察区域信用环境。近三年当地政府、平台公司有无贷款违约情况或其他负面信息；

(2)评估当地政府是否能承受贷款实质违约，即由于政府有意或者无意等因素最终导致还款不能；主要考察当地政府的投融资体系是否已经搭建完毕、健全完整。

如果投融资体系完备且运转良好，一般情况下政府是不会允许出现平台公司违约情况，因为这对投融资体系可能造成较大冲击。

不过就目前了解到的情况，还没有见到过政府违约的情况，相信这也是金融机构、社会资本及担保公司喜欢做类似项目的原因。

(3)评估地方政府财政实力和还款能力；笔者并非该方面的专家，借用一位老师的观点，可主要参照以下几方面数据：

第一是收入情况，包括地方经济总量（以GDP为准）、地方财政收入等；

第二是负债情况，包括地方政府负债率（年末负债率/GDP，参考数值不高于60%）、地方政府债务率（年末债务余额/地方综合财力，参考数值不高于110%）、地方负债限额。

第三是偿债能力分析。包括地方政府偿债率（当年偿还债务本息/当年综合财力，其中当年综合财力=地方一般预算本级收入+转移支付即税收返还+国有土地使用权出让收入+预算外财政专户收入）[1]的计算。上述数据可在当地政府财政部门官方网站获取。

(4)评估当地政府对于举借地方债务的认识程度；政府项目具有与普通信贷业务不同的特点，项目的风险不仅来自于市场风

险，更大一部分是合规风险，尤其是在较为严苛的监管环境之下。

然而，项目合规风险的防控更多需要政府和平台公司自己去掌握和把控，如果政府和平台公司对于当下监管文件不了解、不明白，难免会出现违规风险，继而影响整个项目。

以上是笔者对金融机构或其他机构参与政府项目的一点想法，也是个人日后相应业务模块的一个基本方向。限于个人能力和经验不足，文中多有不足和错漏之处，欢迎各位同行批评指教。

来源：金融监管研究院

韩林桂

后 记



君子之道四焉，强于行义，弱于受谏，怵于待禄，慎于治身。

——孔子

【本刊内容参考及转载来源】

1. 中国新华社：www.xinhuanet.com；
2. 人 民 网：www.people.com.cn；
3. 中国新闻网：www.chinanews.com；
4. 财 经 网：www.caijing.com.cn；
5. 第一财经网：www.yicai.com；
6. 证券时报网：www.stcn.com；
7. 法 制 网：www.fawan.com；
8. 各级政府及各部委行署官方网站