



天達共和律師事務所  
East & Concord Partners

2017/第 39 期

(总第 306 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](http://www.east-concord.com)

## 导 读

尊敬的各位客户、各位同事：

近期，证监会就《养老目标证券投资基金指引（试行）》公开征求意见，食药监总局办公厅发布《关于加强互联网药品医疗器械交易监管工作的通知》，保监会拟对《保险公司独立董事管理暂行办法》进行修订，央行发布《应收账款质押登记办法（2017年修订）》，更多法规详见本周速递。

近日，中国证券投资基金业协会发布了《私募基金登记备案相关问题解答（十四）》，对办理私募基金管理人登记存在哪些不予登记的情形，未完成首只私募基金备案的私募基金管理人可否办理法定代表人、实际控制人或控股股东的重大事项变更等问题作出了解答。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《涉及知识产权的经营者集中》解读，以供参考；“实务聚焦”栏目重点关注《建设工程施工合同主要法律风险梳理》，敬请阅读并指教。

## 目 录

### 法规速递

1. 证监会就《养老目标证券投资基金指引（试行）》公开征求意见\2017-11-03
2. 食药监总局发文加强互联网药品医疗器械交易监管\2017-11-03
3. 保监会拟要求险企增配独董\2017-11-03
4. 工信部：将开展工业互联网安全试点示范\2017-11-03
5. 国家发改委对企业境外投资管理辦法公开征意\2017-11-03
6. 央行修订发布《应收账款质押登记办法》\2017-10-31
7. 工商总局：推进“证照分离”改革 促进登记统一规范\2017-11-02
8. 国家发改委部署民间投资项目报建审批情况全面清理核查\2017-11-03
9. 中国保监会关于落实《保险销售行为可回溯管理暂行办法》有关事项的通知\2017-10-31
10. 国家林业局发布委托实施林业行政许可事项管理办法\2017-11-01
11. 工信部印发中小企业公共服务规范评价指标\2017-11-01
12. 商务部：外国投资法送审稿已上报\2017-11-02
13. 深交所修订发布上市公司股东大会网络投票实施细则\2017-11-01
14. 两部门调整检验检疫进出境商品目录 \2017-10-31
15. 食药监总局规范进口医疗器械注册申请备案企业中文名称\2017-11-02

### 法规解读

之 私募基金登记备案相关问题解答（十四）

### 热点信息

### 法律观察

之 涉及知识产权的经营者集中（中英）

### 实务聚焦

之 建设工程施工合同主要法律风险梳理

## 法规速递

### 1. 证监会就《养老目标证券投资基金指引（试行）》公开征求意见\2017-11-03

为支持公募基金行业服务个人投资者养老投资，在养老金市场化改革中更好的发挥公募基金专业投资的作用，近日，证监会发布了《养老目标证券投资基金指引（试行）》（以下简称《指引》），向社会公开征求意见。“养老目标”基金是指以追求养老资产的长期稳健增值为目的，鼓励投资者长期持有，采用成熟的资产配置策略，合理控制投资组合波动风险的公开募集证券投资基金。

[阅读原文](#)

### 2. 食药监总局发文加强互联网药品医疗器械交易监管\2017-11-03

近日，食药监总局办公厅发布《关于加强互联网药品医疗器械交易监管工作的通知》（下称《通知》）。《通知》从落实监管责任、加大监督检查力度、强化投诉举报处理等七方面作出安排。《通知》明确，建立完善互联网药品、医疗器械交易服务企业（第三方）监管制度，按“线上线下一致”原则，规范互联网药品、医疗器械交易行为。《通知》要求，应将有关互联网药品、医疗器械经营行为的企业列入重点检查对象，开展专项监督检查，查处利用互联网非法售药、经营医疗器械以及提供不真实互联网药品、医疗器械信息服务等违法违规行为。《通知》还提出，探索建立互联网药品、医疗器械违法犯罪线索排查、违法认定、证据固定、依法查处有效机制，继续加大对利用互联网非法制售药品、医疗器械等违法行为打击力度。

[阅读原文](#)

### 3. 保监会拟要求险企增配独董\2017-11-03

日前，据报道，保监会拟对《保险公司独立董事管理暂行办法》进行修订，不仅要求保险公司尤其是存在控股股东的险企增加独董的人数比例，更要求独董不能受主要股东、实际控制人的影响，同时建议独董应享有一些特别职权。据了解，相较于旧版办法，修订版首先在独董设置要求上进行了强化。首先，对保险公司董事会成员中独董人数的最低要求，从原来的两名增至三名，且独董不低于董事会成员总数的三分之一。更重要的是，要求存在控股股东的保险公司，其独董占董事会成员的比例必须达到二分之一以上。同时，董事会审计委员会、提名薪酬委员会应至少包括两名独董，并且独董比例应不低于委员会成员总数的二分之一。且董事会审计委员会、提名薪酬委员会主任委员应由独董担任。

[阅读原文](#)



#### 4. 工信部：将开展工业互联网安全试点示范\2017-11-03

11月3日，据报道，国新办新闻发布会介绍《深化“互联网+先进制造业”发展工业互联网的指导意见》，信息化和软件服务业司司长谢少锋表示，下一步，工业和信息化部将坚持工业互联网安全保障的手段，同步规划、同步建设、同步运行，提升工业互联网的安全保障能力。

[阅读原文](#)

#### 5. 国家发改委对企业境外投资管理办法公开征求意见\2017-11-03

近日，国家发改委发布《企业境外投资管理办法（征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），现向社会公开征求意见，意见反馈截止于12月3日。《征求意见稿》明确，其所称境外投资活动包括但不限于“新设或参股境外股权投资基金”等8种情形。《征求意见稿》提出，投资主体开展境外投资，应当履行境外投资项目核准、备案等手续。实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目，包括跨境水资源开发利用、新闻传媒等涉敏感行业项目等。《征求意见稿》规定，实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目。其中，投资主体是中央管理企业以及投资主体是地方企业但中方投资额在3亿美元及以上的，备案机关是国家发改委。

[阅读原文](#)

#### 6. 央行修订发布《应收账款质押登记办法》\2017-10-31

近日，央行发布《应收账款质押登记办法（2017年修订）》（下称《办法》），自2017年12月1日起施行。《办法》完善了应收账款定义。一是增加了兜底条款，定义部分增加“依法享有的其他付款请求权”，列举部分增加“其他以合同为基础的具有金钱给付内容的债权”；二是将“提供服务产生的债权”细化为“提供医疗、教育、旅游等服务或劳务产生的债权”。《办法》增加了应收账款“转让登记”的规定，将登记期限从“1-5年”扩展为“0.5-30年”，并进一步完善了公示登记事项。《办法》还调整了异议登记通知时限，完善了出质人身份信息数据项，增加了应收账款质押的定义，列明了迟延注销登记的责任，将仲裁裁决作为撤销登记依据，增加了登记费用条款等。

[阅读原文](#)

#### 7. 工商总局：推进“证照分离”改革 促进登记统一规范\2017-11-02

日前，工商总局发布《关于落实“证照分离”改革举措促进企业登记监管统一规范的指导意见》（下称《意见》）。《意见》从“依法理清证照关系，加强对营业执照的统一规范管理”等6个方面提出了具体要求。《意见》明确，对于取消审批或审批改为备案、实行告知承诺制等类事项，要逐项研究细化自律准则和标准，强化日常监管。《意见》提出，统一归集公示各部门登记、许可、备案等准入信息和行政处罚、抽查检查结果等监管信息，探索实现部门间企业基础信息、相关信用信息共享；不断完善企业经营异常名录制度和严重违法失信企业名单制度，探索对特定的“黑名单”市场主体在相关领域的准入环节启动实质性审查等。

[阅读原文](#)

#### 8. 国家发改委部署民间投资项目报建审批情况全面清理核查\2017-11-03

近日，国家发展改革委印发了《关于全面开展民间投资项目报建审批情况清理核查工作的通知》（下称《通知》）。《通知》要求，各地要严格执行有关政策规定，对本地区截至今年8月31日已报审的民间投资项目报建审批情况，进行全面清理核查。在清理核查过程中，对于条件成熟、能够办理的事项，要按规定时限加快办理；对于暂不具备办理条件的，要及时说明情况、帮助尽快落实有关条件；依法依规不能办理的，要耐心解释、说明原因。

[阅读原文](#)

#### 9. 中国保监会关于落实《保险销售行为可回溯管理暂行办法》有关事项的通知\2017-10-31

10月31日，中国保监会出台了《保险销售行为可回溯管理暂行办法》和《关于落实〈保险销售行为可回溯管理暂行办法〉有关事项的通知》，于2017年11月1日起正式实施。

《办法》通过对保险公司、保险中介机构保险销售行为可回溯管理，记录和保存保险销售过程关键环节，实现销售行为可回放、重要信息可查询、问题责任可确认、消费权益可保障。

[阅读原文](#)

#### 10. 国家林业局发布委托实施林业行政许可事项管理办法\2017-11-01

近日，国家林业局下发《国家林业局委托实施林业行政许可事项管理办法》（下称《办法》），自2017年12月1日起施行。《办法》明确，国家林业局委托实施林业行政许可事项，应当与受委托机关签订委托实施林业行政许可事项的书面协议。国家林业局对受委托机关实施行政许可行为的后果承担法律责任。受委托机关不得将国家林业局委托的林业行政许可事项再委托其他组织或者个人实施。《办法》还指出，国家林业局和受委托机关应当依法对被许可人从事的行政许可活动进行监督检查，并将监督检查的情况和处理结果予以记录归档。公众有权依法查阅监督检查记录。

[阅读原文](#)

#### 11. 工信部印发中小企业公共服务规范评价指标\2017-11-01

日前，工信部办公厅印发《中小企业公共服务规范评价指标（试行）》（下称《评价指标》）。

《评价指标》为非强制引导性规范，其评价结果可作为政府购买与委托实施公共服务项目的参考指标。《评价指标》包括需求响应、服务执行、质量管控、服务成效和服务保障5项一级指标。其中，需求响应分为“服务收费的科学性、合理性”等4项二级指标，服务执行分为“服务成本的支出管理”等4项二级指标，质量管控分为“服务的自评与企业评价”等4项二级指标，服务成效分为“服务项目年度服务企业数量”等3项二级指

标，服务保障分为“持续创新服务的内容、形式等”等 2 项二级指标。《评价指标》还分别列明了权重、评价要点及细则等。

[阅读原文](#)

## 12. 商务部：外国投资法送审稿已上报\2017-11-02

商务部发言人高峰 11 月 2 日透露，目前，商务部已经将充分吸收社会各界相关建议的外国投资法的送审稿上报，下一步将继续配合国务院法制办等有关部门，做好立法审议的相关工作。他表示，希望通过制定出台外国投资法，作为新的外资基础性法律，改革我国外资管理体制。全面执行准入前国民待遇和负面清单的管理制度，切实保护外商投资的合法权益，营造更加稳定、透明、法制化的营商环境。

[阅读原文](#)

## 13. 深交所修订发布上市公司股东大会网络投票实施细则\2017-11-01

近日，深交所发布《上市公司股东大会网络投票实施细则（2017 年修订）》（下称《细则》），自 2017 年 11 月 13 日起施行。《细则》共 6 章 37 条，涵盖网络投票的准备工作、通过交易系统投票、通过互联网投票系统投票、股东大会表决及计票规则等内容。《细则》规定，上市公司召开股东大会，除现场会议投票外，应当向股东提供股东大会网络投票服务。股东大会股权登记日登记在册的所有股东，均有权通过网络投票系统行使表决权。《细则》明确，根据相关规则的规定，需要在行使表决权前征求委托人或者实际持有人投票意见的“合格境外机构投资者”等 7 类集合类账户持有人或者名义持有人，应当在征求意见后通过互联网投票系统投票，不得通过交易系统投票。

[阅读原文](#)

## 14. 两部门调整检验检疫进出境商品目录 \2017-10-31

近日，质检总局、海关总署联合发布《关于调整〈出入境检验检疫机构实施检验检疫的进出境商品目录〉的公告》（下称《公告》），自 2017 年 11 月 1 日起执行。《公告》明确：一、取消涉及工业品的 158 个海关商品编码的海关监管条件“A”，检验检疫机构不再实施进境检验检疫监管。二、取消涉及烟草的 4 个海关商品编码的海关监管条件“A”，检验检疫机构不再实施进境检验检疫监管，仅实施出境检验检疫监管。《公告》同时下发《〈出入境检验检疫机构实施检验检疫的进出境商品目录〉调整表》。

[阅读原文](#)

## 15. 食药监总局规范进口医疗器械注册申请备案企业中文名称\2017-11-02

近日，食药监总局发布《关于进口医疗器械注册申请人和备案人名称使用中文的公告》（下称《公告》）。《公告》明确，进口医疗器械注册申请人、注册人和备案人（统称“企业”）中文名称应当与原文名称相对应，不得添加或删减内容。原文名称未发生变化的，



中文名称原则上不得变更。《公告》规定，中文企业名称不得含有有损国家或者社会公共利益的、可能对公众造成欺骗或者误解的，以及其他法律、法规、规章禁止的内容和文字。根据《公告》，已注册或备案的企业，可以自《公告》发布之日起，通过办理注册登记事项变更或者变更备案信息增加中文企业名称。自 2018 年 7 月 1 日起，企业申请注册、延续注册、许可事项变更或办理备案时，应当填写中文企业名称。

[阅读原文](#)





## 法规解读

### 之 私募基金登记备案相关问题解答（十四）

**问：中国证券投资基金业协会办理私募基金管理人登记存在哪些不予登记的情形？中国证券投资基金业协会对此将如何处理？**

**答：**根据《中华人民共和国证券投资基金法》、《私募投资基金监督管理暂行办法》、《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》、《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》及相关自律规则，申请登记私募基金管理人的机构存在以下情形的，中国证券投资基金业协会将不予办理登记：

一、申请机构违反《中华人民共和国证券投资基金法》、《私募投资基金监督管理暂行办法》关于资金募集相关规定，在申请登记前违规发行私募基金，且存在公开宣传推介、向非合格投资者募集资金行为的。

二、申请机构提供，或申请机构与律师事务所、会计师事务所及其他第三方中介机构等串谋提供虚假登记信息或材料；提供的登记信息或材料存在误导性陈述、重大遗漏的。

三、申请机构兼营民间借贷、民间融资、配资业务、小额理财、小额借贷、P2P/P2B、众筹、保理、担保、房地产开发、交易平台等《私募基金登记备案相关问题解答（七）》规定的与私募基金业务相冲突业务的。

四、申请机构被列入国家企业信用信息公示系统严重违法失信企业名单的。

五、申请机构的高级管理人员最近三年存在重大失信记录，或最近三年被中国证监会采取市场禁入措施的。

六、中国证监会和中国证券投资基金业协会规定的其他情形。

为切实维护私募基金行业正常经营秩序，敦促私募基金管理人规范运营，督促律师事务所勤勉尽责，真正发挥法律意见书制度的市场化专业制衡作用，进一步提高私募基金管理人登记工作的透明度，促进私募基金行业健康发展，自本问答发布之日起，在已登记的私募基金管理人公示制度基础上，中国证券投资基金业协会将进一步公示不予登记申请机构及所涉律师事务所、律师情况，并建立以下工作机制：

一、中国证券投资基金业协会将定期对外公示不予办理登记的申请机构名称及不予登记原因，同时公示为该机构出具法律意见书的律师事务所及经办律师名单。

二、律师事务所及经办律师为一家被不予登记机构提供私募基金管理人登记相关法律服务，且出具了肯定性结论意见的，中国证券投资基金业协会将通过电话沟通、现场约谈等多种途径及时提醒该律师事务所及经办律师相关业务的尽职、合规要求。

三、律师事务所的经办律师累计为两家及以上被不予登记机构提供私募基金管理人登记相关法律服务，且出具了肯定性结论意见的，出于审慎考虑，自其服务的第二家被不予登记机构公示之日起三年内，中国证券投资基金业协会将要求由该经办律师正在提供私募基金管理人登记相关法律服务的申请机构，提交现聘律师事务所的其他执业律师就申请机构私募基金管理人登记事项出具的复核意见；该申请机构也可以另行聘请其他律师事务所重新出具法律意见书。同时，中国证券投资基金业协会将有关情况通报相关经办律师任职的律师事务所。

四、律师事务所累计为三家及以上被不予登记机构提供私募基金管理人登记相关法律服务，且出具了肯定性结论意见的，出

于审慎考虑，自其服务的第三家被不予登记机构公示之日起三年内，中国证券投资基金业协会将要求由该律师事务所正在提供私募基金管理人登记相关法律服务的申请机构，重新聘请其他律师事务所就私募基金管理人登记事项另行出具法律意见书。同时，中国证券投资基金业协会将有关情况通报所涉律师事务所所在地的司法行政机关和律师协会。

五、律师事务所及经办律师为已登记的私募基金管理人出具入会法律意见书或者其他专项法律意见书，存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，且出具了肯定性结论意见的，参照第二、三、四条原则处理。

律师事务所及经办律师为申请机构就私募基金管理人登记事项出具的法律意见为否定性结论意见，但申请机构拒绝向中国证券投资基金业协会提供的，律师事务所及经办律师可以将否定性结论意见及相关证明材料送达申请机构，同时抄送至中国证券投资基金业协会邮箱：[pflegal@amac.org.cn](mailto:pflegal@amac.org.cn)（邮件以“申请机构名称-律师事务所名称/律师姓名-否定性结论意见”命名）。针对此种情形，相关机构经认定属于不予登记情形的，中国证券投资基金业协会将对外公示该机构信息，并注明律师事务所及经办律师发表了否定性结论意见。此种情形，不计入前述公示机制的累计案例次数。

中国证券投资基金业协会再次重申，私募基金管理人登记申请机构、律师事务所和其他中介服务机构，应当高度珍视自身信誉，审慎选择业务合作对象，评估合作对象的资质以及业务开展能力。在申请私募基金管理人登记和提供相关服务的过程中，诚实守信、勤勉尽责，不应损害自身、

对方机构及投资者的合法权益。

**问：未完成首只私募基金备案的私募基金管理人可否办理法定代表人、实际控制人或控股股东的重大事项变更？**

**答：**根据《私募投资基金监督管理暂行办法》、《私募投资基金管理人内部控制指引》、《私募投资基金合同指引》等相关要求，为保证新登记私募基金管理人的公司治理、组织架构和管理团队的稳定性，确保私募基金管理人持续有效执行登记申请时所提出的商业运作计划和内部控制制度，自本问答发布之日起，申请私募基金管理人登记的机构应当书面承诺：申请登记机构保证其组织架构、管理团队的稳定性，在备案完成第一只基金产品前，不进行法定代表人、控股股东或实际控制人的重大事项变更；不随意更换总经理、合规风控负责人等高级管理人员。法律法规另有规定或发生不可抗力情形的除外。

中国证券投资基金业协会重申，已有管理规模的私募基金管理人在办理法定代表人、实际控制人或控股股东的重大事项变更申请时，除应按要求提交专项法律意见书外，还应当提供相关证明材料，充分说明变更事项缘由及合理性；已按基金合同、基金公司章程或者合伙协议的相关约定，履行基金份额持有人大会、股东大会或合伙人会议的相关表决程序；已按照《私募投资基金信息披露管理办法》相关规定和基金合同、基金公司章程或者合伙协议的相关约定，向私募基金投资者就所涉重大事项及时、准确、完整地进行了信息披露。

**来源：中国证券投资基金业协会官网**

## 热点信息

1. **【美国亚太政策之对华：加强合作是主旋律】**美国总统特朗普即将开启任内首次亚太之行，为期 12 天，其中，8 日至 10 日对中国进行国事访问。从时长来看，这是本世纪以来美国总统对亚洲访问时间最长的一次，凸显美国对亚洲的重视；从白宫公布的关注话题来说，经贸和朝核问题成为此行重点；从美国国内舆论来讲，对中国的访问是焦点。无论在官方通电话中还是在个人推特上，特朗普都表达了对此次访华“加强美中合作”的希望，并说“美国人民都在热议我即将对中国进行的国事访问”。中方也表达了对共同推动取得重要成果、“为中美关系发展注入新的强劲动力”的期待。（新华网）

2. **【法《反恐法》勾勒安全新愿景】**当地时间 10 月 30 日，法国总统马克龙在总统府签署



法国新反恐法案《加强国内安全和反恐法》（下称《反恐法》）。随着《反恐法》正式生效，法国连续延长 6 次、持续了 718 天的“紧急状态”宣告结束。《反恐法》是法国总统马克龙所在政党提出的立法动议。自 2015 年巴黎发生“查理周刊袭击案”以来，法国本土恐袭事件接连不断，

时任总统奥朗德宣布法国进入紧急状态。法国总统府日前表示，在恐袭威胁持续且较为严重的背景下，法国推出新反恐法案，以保证常态下系统性地加强反恐。（中新网）

3. **【尘埃落定！特朗普提名鲍威尔为下届美联储主席】**当地时间 11 月 2 日，美国总统特朗普在宣布下任美联储主席发布会现场向媒体表示，下任美联储主席提名人选为杰罗米·鲍威尔。他表示，鲍威尔将领导一个独立的美联储，美国经济需要稳健的货币政策。但据白宫官员表示，该项提名还需获得参议院批准才能生效，本周不会公布下届美联储副主席人选。（新华网）



4. **【朝鲜谴责美战略轰炸机再次入韩演习】**朝鲜谴责美国再次派遣战略轰炸机赴韩国进行以朝鲜为目标的突袭核打击演习，称这一做法表明美国才是制造地区紧张局势的元凶。朝中社当天报道说，美国 2 日再次秘密调遣部署在关岛安德森空军基地的 B-1B 战略轰炸机编队进入韩国上空，进行针对朝鲜的突袭核打击演习。（新华社）



5. 【习近平：强化备战打仗的鲜明导向，全面提高新时代打赢能力】军报记者北京 11 月 3 日消息，中共中央总书记、国家主席、中央军委主席、军委联指总指挥习近平今天（11 月 3 日）视察军委联合作战指挥中心，表明新一届军委贯彻落实党的十九大精神、推动全军各项工作向能打仗、打胜仗聚焦的鲜明态度。习近平强调，实现党在新时代的强军



目标、把人民军队全面建成世界一流军队，必须扭住能打仗、打胜仗这个关键，在备战打仗上有一个大的加强。全军要认真学习贯彻党的十九大精神，深入学习贯彻新时代党的强军思想，贯彻新形势下军事战略方针，强化使命担当，强化改革创新，强化工作落实，全面提高新时代备战打仗能力，为实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供战略支撑。（澎湃网）

6. 【习近平出席二十国集团领导人第十二次峰会并发表重要讲话 强调坚持开放包容 推动联动增长】二十国集团领导人第十二次峰会 7 日在德国汉堡举行。国家主席习近平出席并发表题为《坚持开放包容推动联动增长》的重要讲话，强调二十国集团要坚持建设开放型世界经济大方向，为世界经济增长发掘新动力，使世界经济增长更加包容，完善全球经济治理，推动联动增长，促进共同繁荣，向着构建人类命运共同体的目标迈进。峰会开始前，习近平同其他与会领导人依次抵达，受到德国总理默克尔迎接。当地时间下午 1 时，峰会开始。默克尔主持。峰会主题是“塑造联动世界”，与会领导人探讨了世界经济增长与贸易、可持续发展、气候变化、能源等议题。（澎湃网）
7. 【纽约马拉松增加安保防恐袭 曼哈顿部署狙击手翻倍】新华社纽约 11 月 3 日电 感恩节当天在纽约下城发生的恐怖袭击事件余温未消，这个周日(5 日)纽约又要迎来一年一度的纽约马拉松赛。在恐袭的阴影下，纽约市大大加强了马拉松的安保级别。据了解，



纽约警察将在赛道两边放置很多砂石车和其他车辆，防止类似感恩节的那种驾驶卡车冲撞人群的事件发生。纽约警察局总警监卡洛斯·戈麦斯说，他们安排在曼哈顿屋顶的狙击枪手的人数已经翻倍，反恐部队的装备也大大加强，配备重武器和大量警犬。戈麦斯说：“我们本来的安保人数就非常多，现在还在增加，包括大量便衣。很多便衣

将混杂在人群中，阻止任何可能的潜在威胁。”（环球网）

8. 【俄罗斯禁止数十名加拿大公民入境：回应加方制裁】中新社莫斯科 11 月 3 日电 当地时间 11 月 3 日，俄罗斯外交部发言人扎哈罗娃表示，为回应加拿大对俄制裁，俄决定禁止数十名加拿大公民进入俄境。当天加拿大政府宣布对包括 30 名俄罗斯公民在内的 52 名“损害人权和实施大规模腐败”的外国人士进行制裁。受制裁者被禁止进入加拿大境内，同时其在加拿大的资产也会被冻结。（环球网）
9. 【温哥华要就历史上歧视华人正式道歉，将使用台山话方言】当地时间 11 月 1 日，加

拿大温哥华市议会经过表决，通过就当年排斥、歧视华裔历史向华人社区道歉的决议。该市将在 2018 年 4 月正式发布官方道歉，道歉将使用台山话方言，书面文本包括英文、简体和繁体中文。（新华网）

10. 【特朗普访日前瞻：安倍力图升温两人关系 日美印澳联盟或起步】作为美国总统特朗普首度亚洲之旅的首站，日本东京已出现史上最严格的安保措施。在车站，临时储物柜被封闭；携带冲锋枪的部队则在各基础设施据点巡逻；共有超过 1 万名警察投入安保工作。从特朗普当选以来，刚刚再次连任日本首相的安倍晋三，就与特朗普成功建立了私人关系。在特朗普甫当选不久，还未上任之前，安倍就曾飞至纽约的特朗普大厦与其会面，成为最早与他晤面的国家领导人之一。（财新网）
11. 【三部门加强房地产反洗钱：严禁房企违规提供首付融资】新华社北京 11 月 3 日电（记者王优玲）记者 3 日从住房和城乡建设部获悉，住建部会同人民银行、银监会联合部署规范购房融资行为，加强房地产领域反洗钱工作，以促进房地产市场平稳健康发展。（新华社）



12. 【10月财新中国制造业PMI录得51与9月持平】11月1日公布的10月财新中国制造业采购经理人指数（PMI），录得51.0，与9月持平，显示制造业整体运行轻微改善。制造业运行已连续五个月保持增长。这一趋势与官方制造业PMI不同。国家统计局公布数据显示，10月制造业PMI为51.6，

比上月回落 0.8 个百分点。（财新网）

13. 【中央调剂金补贴路径显现 或促各地争相降低养老保险缴费】养老保险全国统筹提出近十年，方案才逐渐明晰——人力资源和社会保障部（下称“人社部”）确认，明年将推行基本养老金中央调剂制度，这是全国统筹的“第一步”。调剂金补贴路径已浮出水面，数位业内人士对财新记者分析，该制度或将带来新的博弈，导致各地政府对养老金的征缴力度发生变化。（财新网）
14. 【商务部：力争尽早结束 RCEP 谈判】中国证券网讯（记者 赵静）商务部发言人高峰 2 日表示，将加快 RCEP（区域全面经济伙伴关系）谈判节奏，力争尽早结束谈判。据了解，目前，各方正在就市场准入规则等 18 个议题进行实质性谈判。（财经网）
15. 【中国已成全球规模最大的 PPP 市场 总投资超过 10 万亿】中国证券网讯 1 日，财政部副部长史耀斌在第三届中国 PPP 融资论坛上介绍，截至今年 9 月底，全国已进入开发阶段的项目达 6778 个，总投资约 10.1 万亿元，其中已落地项目 2388 个，投资额约 4.1 万亿元。我国已成为全球规模最大、最具影响力的 PPP 市场。据人民日报 11 月 2 日消息，史耀斌说，下一步，针对 PPP 改革实践中的一些问题，进行梳理和整改，提高规矩意识，维护市场秩序，强化管理，严控风险，保证 PPP 改革事业可持续发展。（财经网）



16. 【乐视网涉嫌 IPO 财务造假 媒体：不排除被退市可能】针对此前外界报道的乐视网在 IPO 过程中可能存在造假的行为，昨天证监会新闻发言人高莉作出回应但没有透露进一步信息。她表示，已经注意到媒体报道的多位涉及乐视网 IPO 发审委委员被查的报道，已经转给相关部门，正在进一步了解核实。“如果有结果，也将及时向社会公布。”而乐视网方面迄今没有对此事作出回应。（环球网）



17. 【国务院启动 2017 年全国减轻企业负担专项督查】新华社北京 11 月 1 日电（记者 何雨欣、张辛欣）记者 1 日获悉，国务院减轻企业负担部际联席会议近日启动 2017 年全国减轻企业负担专项督查。督查内容包括：开展降成本减负担工作情况及成效，涉企保证金清理规范工作情况，清理规范涉企经营服务性收费情况，整治涉企乱收费、乱摊派等违规行为情况，服务企业机制建设情况。（环球网）

18. 【央行新规后银行管理加码 部分“双零卡”将被限用】据介绍，“双零”账户是指存款余额和累计利息均为零的个人存款账户，包括普通活期账户、银行结算账户、活期一本通主账户和定期一本通主账户。此前，央行早有规定：自 2016 年 12 月 1 日起，同一个人客户在同一银行只能开立一个 I 类账户，再开户时只能是 II、III 类账户。同时，自 2016 年 10 月 1 日起，若客户新开立的个人银行账户自开户之日起 6 个月内没有交易记录，该账户将无法通过除柜面之外的其他渠道办理业务，客户须到网点柜面核实身份后才能恢复。（环球网）

19. 【证监会回应 360 借壳：支持优质红筹回 A 股】360 公司最终决定以借壳方式回归 A 股。中国证监会新闻发言人在 11 月 3 日的例行记者会上说，证监会将重点支持符合国家产业战略发展方向、掌握核心技术、具有一定规模的优质境外上市中资企业参与 A 股公司并购重组，并对其中的重组上市交易进一步严格要求。（中国经济网）

20. 【诉苹果悬而未决 高通净利现断崖式下跌】就在苹果的新品 iPhone X 发售的前一天，



其诉讼对手高通发布 2017 财年第四季度和全年财报。截至 2017 年 9 月 24 日，高通第四财季营收 59 亿美元，同比减少 5%；净利润 2 亿美元，较去年同期的 16 亿美元，大幅下滑 89%。上两个财季，高通净利润分别下滑 36% 和 40%。（新华网）

21. 【全国首例私募债券欺诈发行案刑事判决落槌】贵州省高级人民法院近期作出终审裁定，维持贵阳市中级人民法院对厦门圣达威服饰有限公司（下称“圣达威”）欺诈发行私募债券案的刑事判决。圣达威法定代表人章某、原财务总监胡某因犯欺诈发行债券罪，分别被判处有期徒刑三年和两年。这是全国首起因欺诈发行私募债券被追究刑事责任的判例。证监会新闻发言人高莉昨日对此表示，该案是我国债券市场坚持市场化、法治化发展进程中的一个标志性事件，案件的判决对于震慑债券领域犯罪行为，维护债券市场

健康稳定发展具有重要意义。(澎湃网)

22. 【我国取消会计从业资格证，做假账将不得再从事会计工作】11月4日下午，十二届全国人大常委会第三十次会议表决通过了关于修改会计法的决定，修改了“从事会计工作的人员，必须取得会计从业资格证书”的规定，改为“会计人员应当具备从事会计工作所需要的专业能力。”根据决定，因有提供虚假财务会计报告，做假账，隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告，贪污，挪用公款，职务侵占等与会计职务有关的违法行为被依法追究刑事责任的人员，不得再从事会计工作。而现行会计法规定，不得取得或者重新取得会计从业资格证书。(澎湃网)
23. 【美检方反对章莹颖案审判再延期：无正当理由，但死刑可能例外】据美国WQAD电视台3日报道，当地时间2日，美国联邦检察官办公室就章莹颖一案做出答复，反对嫌犯一方所提出的延期审判的动议。该办公室表示，28岁的克里斯滕森没有正当理由将原定于2018年2月27日的正式审判日期，继续延后至10月。由于原定于2017年9月启动正式审判，此案的审判日期已经被推迟了一次。(财新网)
24. 【全国人大常委会决定在香港特别行政区基本法附件中增加国歌法】央视新闻客户端11月4日消息，央视记者消息，第十二届全国人民代表大会常务委员第三十次会议决定：在《中华人民共和国香港特别行政区基本法》附件三中增加全国性法律《中华人民共和国国歌法》。(新华网)
25. 【刑法修正案十表决通过，侮辱国歌情节严重的最高可判三年】11月4日下午，十二届全国人大常委会表决通过了刑法修正案十，在刑法第299条增加一款规定：在公共场合，故意篡改中华人民共和国国歌歌词、曲谱，以歪曲、贬损方式奏唱国歌，或者以其他方式侮辱国歌，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。(澎湃网)
26. 【全国人大常委会决定任命赵克志为公安部部长】“新华视点”微信公号11月4日消息，十二届全国人大常委会第三十次会议当日下午经表决，决定任命赵克志为公安部部长。(澎湃网)
27. 【江苏镇江一女子逆行被罚后发朋友圈辱骂交警，5小时后被拘留】11月3日下午，在江苏镇江市区，一名女子因为骑电动车逆向行驶被交警处罚，期间，她用手机拍摄了民警的照片，离开现场后，她在微信朋友圈发出了这张照片，并配文辱骂交警。令她没想到的是，仅过了不到5小时，她就为自己的行为付出了代价——被拘留3日。得知这一处罚决定后，该女子失声痛哭。(新华网)
28. 【我国33县市区试点农村土地制度改革期限延长一年】11月4日，十二届全国人大常委会第三十次会议表决通过关于延长授权国务院在北京市大兴区等33个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定期限的决定。根据决定，试点期限届满后，试点期延长一年至2018年12月31日。延长期满，国务院应当就暂时调整实施有关法律规定情况向全国人大常委会作出报告。对实践证明可行的，国务院应当提出修改相关法律的意见；对实践证明不宜调整的，恢复施行有关法律规定。(财经网)



29. 【最高法司法部联合出台办法 开展刑事案件律师辩护全覆盖试点】新华网北京 10 月 12 日电（于子茹）最高人民法院、司法部日前联合出台了《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》（以下简称《办法》）。这是推进司法改革和律师制度改革的重要举措，也是我国人权司法保障的一大进步，对于充分发挥律师在刑事案件中的辩护职能作用，维护司法公正，彰显我国社会主义法治文明进步具有重大意义。（新华网）
30. 【三亚两家海鲜店因“欺客宰客”被实行“一次性死亡”】记者 11 月 3 日从三亚市工商局获悉，该局对三亚两家“欺客宰客”的海鲜店实行“一次性死亡”，吊销其营业执照。三亚市工商局执法人员 3 日下午已将《行政处罚听证告知书》交到了两家海鲜店相关负责人的手中。（中国经济网）



## 法律观察

### 之 涉及知识产权的经营者集中（中英）

国务院反垄断委员会办公室于2017年3月23日发布了《关于滥用知识产权的反垄断指南》（征求意见稿）。其中对涉及知识产权的经营者集中进行了专章规定，体现了在涉及知识产权的经营者集中案件中，适用反垄断审查的一般原则和分析方法，同时考虑知识产权特殊性的执法思路。

《关于滥用知识产权的反垄断指南》从起草到本次征求意见稿的形成，经过三家主管机构的多年打磨，目前的版本相对成熟。因此，最终出台的指南保留有关涉及知识产权的经营者集中的内容的可能性较大。鉴于以上因素，征求意见稿有关涉及知识产权的经营者集中的内容（第四章）对企业并购的商业实践应具有重要指导意义。换言之，如企业并购满足反垄断申报条件且涉及知识产权问题，应依据个案情形考虑知识产权问题对于反垄断审查可能的影响。

首先，征求意见稿明确了知识产权的结构化变化将被视为经营者集中的一种情形及其判断标准。该结构化变化包括知识产权的转让和排他性许可。需注意的是，知识产权排他性许可通常仅在实际上产生与知识产权转让同样的效果，且该效果可持续一定期间的情况下，才可能被视为经营者集中。《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定的“独占实施许可”，在其持续一定期间的情况下，可能被视为经营者集中。

第二，依据征求意见稿，“如果涉及知识产权的安排是集中交易的实质性组成部分或者对交易目的的实现具有重要意义”，则主管机构在对该交易进行反垄断审查时，将在对交易竞争效果的实体分析中纳入对知识产权特点的考虑。在技术层面，这意味着反垄断审查的至少一个组成部分的核心将是特定的技术或覆盖该技术的知识产权，例如以技术或知识产权为基础界定相关市场，该市场可能为使用该技术生产的相关产品市场或者相关技术市场等；又如，在主管机构认定交易具有或可能具有《反垄断法》旨在禁止的排除、限制竞争影响的情况下，涉及知识产权的救济措施可能构成附加限制性条件的部分甚至是主要内容。相反，如知识产权不具有上述意义，则主管机构在进行反垄断审查时通常不会特别考虑知识产权问题。

第三，依据《反垄断法》和商务部出台的相关部门规章，如主管机构认定经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果，则有权附加限制性条件批准该集中。征求意见稿仍依据结构性和行为性的分类对涉及知识产权的限制性条件分别进行了规定。

知识产权剥离的通常形式为知识产权的转让。以知识产权转让为形式的结构性救济与传统的资产或业务剥离一样，需要符合有效、可行、及时等基本条件，同时具备效果的充分性，确保受让方愿意且能够利用被剥离的知识产权在市场上进行有效竞争。实践中，知识产权的独占实施许可，如持续一定期间，通常能够在该期间内达到与知识产权转让相同的效果。因此，依据交易的具体情况，独占实施许可也可作为一种形式的结构性救济，在执法实践中发挥作用。需要注意的是，独占实施许可如果附加了使用领域或地域等限制，则通常无法达到所需的结构性效果，很难作为结构性救济在经营者集中审查实践中得到适用。

关于涉及知识产权的行为性条件，征求意见稿中列举的行为性条件大部分为对以往附加限制性条件批准经营者集中的执法实践的总结。行为性条件受交易状况、所涉行业、相关市



场的竞争条件等个案情况影响较大，很难通过列举的形式予以规定。因此，对于这部分规定，更宜侧重其指导意义。换句话说，申报人未来在个案中提出的行为性条件不一定只局限于指南列举的情形。即使符合个案情况的限制性条件不在指南列举之列，申报人只要认为该条件能够实质性解决主管机构关注的竞争问题，就应积极主动地与主管机构进行沟通和商谈。

征求意见稿经营者集中部分的整体内容思路清晰，具有较为深远的指导意义；同时，规定较为原则，适用空间较大。这与中国反垄断执法目前的阶段、经验及执法实践的需要是相吻合的。企业并购如果同时涉及中国的反垄断审查和知识产权问题，则征求意见稿体现的执法倾向和逻辑体系应成为战略层面的重要考虑因素。

The office of the State Council's Anti-Monopoly Commission issued the Anti-monopoly Guidelines on Abuse of Intellectual Property (Draft for Comment) on 23 March 2017. The draft document has a chapter dedicated to the concentration of undertakings involving intellectual property (IP), which embodies a law enforcement model of applying the general principles and analytical framework for anti-monopoly review of concentrations between undertakings and also takes into consideration the characteristics of IP where the concentrations under review involve IP.

The draft for comment was formulated after years of painstaking efforts by all three competition authorities in China. It is likely that the final version will retain the provisions on concentration of undertakings involving IP. The fourth chapter of the draft, which covers concentration of undertakings involving IP, will provide important guidance for commercial practices regarding corporate mergers and acquisitions (M&A). If a company's proposed M&A involving IP satisfies the conditions for anti-monopoly notification in China, the company should take into account the possible impact of IP issues on the anti-monopoly review of the concentration.

First of all, the draft for comment clarifies that the structural change of IP must be regarded as a kind of concentration of undertakings and the standards for evaluation. Such structural changes include transfer and exclusive license of IP. It is noteworthy that, generally speaking, in case of exclusive license of IP, only when such exclusive license has the same effect as the transfer of IP for a certain period of time may it be regarded as a concentration of undertakings.

The exclusive license as stipulated in the Interpretation of Supreme People's Court on Several Issues regarding the Application of Laws in Disputes over Technical Contracts may be considered as concentration of undertakings if it sustains for a certain period of time.

Second, according to the draft, "if an arrangement involving intellectual property constitutes a substantial part of a concentration transaction, and is significant to the purpose of the transaction", the authority must consider the characteristics of IP in the substantive analysis on competitive effect during the anti-monopoly review of the transaction.

Technically, this means that at least the core of one part of the review will lie in a certain technology, or the IP covering such technology. For instance, the relevant market is defined based on a technology or the IP covering such technology, and such market may be the relevant market for the product produced using the technology or the relevant technology market.

Another example would be where the authority decides that the transaction under review has, or may have, the effect of excluding or restricting competition that should be prohibited under the Anti-Monopoly Law (AML), the remedy involving IP may constitute a part, or even the major part,



of the restrictive conditions to be attached to the clearance decision. If IP is insignificant to a transaction, the authority will usually not particularly consider IP issues for the purpose of reviewing the transaction under the AML.

Third, according to the AML and the relevant regulations issued by the Ministry of Commerce, if the authority deems that a concentration of undertakings has, or may have, the effect of excluding or restricting competition, they should be authorized to clear the concentration with restrictive conditions. The draft for comment also sets respective provisions on structural and behavioural restrictive conditions involving IP.

The major form of divestiture of IP is transfer. Like the traditional divestiture of assets or businesses, structural remedy in the form of IP transfer should be effective, feasible and timely, so as to ensure that the transferee is willing and able to use the IP to compete effectively in the market.

In practice, the exclusive license of IP, if sustained for a certain period of time, can have the same effect as IP transfer within such period. Therefore, exclusive license can also be regarded as a form of structural remedy, which will play a role in law enforcement. It is noteworthy that if the exclusive license is attached with restrictions on the field and territory of use, it will usually fail to deliver an expected structural effect and can hardly be applied as a structural remedy in the anti-monopoly review of a concentration.

Most of the behavioural conditions involving IP listed in the draft for comment are summed up from the restrictive conditions applied in previous cases where the concentrations have been cleared with conditions. Behavioural conditions are subject to the influence of specific factors of individual cases – such as the specific circumstances of the concentration transaction, the industries involved, and the competitive conditions of the relevant markets – and can hardly be listed exhaustively. Therefore, the provisions on behavioural conditions are more of a guidance than an exhaustive list.

In other words, the behavioural conditions to be proposed by the notifying party will not necessarily be confined to those listed in the draft for comment. Under the specific circumstances of an individual case, if the notifying party deems that certain behavioural conditions will substantially resolve the competitive concern of the authority, such party should actively communicate and negotiate with the authority in this regard.

The chapter about concentration of undertakings involving IP in the draft for comment is clearly formulated and will be playing a guiding role in the long term. In the meantime, the relevant provisions are principled, and their application allows for flexibility, which is in line with the current stage, experience and requirements in terms of the enforcement of the AML in China. If a corporate M&A involving IP should be subject to anti-monopoly review, the law enforcement tendency and logic system embodied by the draft for comment should be an important factor to consider at the strategic level.

来源：天达共和律师事务所

刘东屏

## 实务聚焦

### 之 建设工程施工合同主要法律风险梳理

随着教育培训、健身娱乐、电子竞技、人才公寓、月子会所等产业的日益繁荣，非住宅类装饰装修纠纷也不断增加。笔者结合实务经验，针对建设工程施工合同的主要法律风险，尤其是非住宅装饰装修工程纠纷的争议进行了总结和整理。从发包方角度，对资质审核、施工要求、工程价款、工程工期、工程质量以及工程验收等几部分做了主要风险梳理和裁判观点集成。

#### 一、业主（发包方）须审核施工方资质

根据《建设工程质量管理条例》（2000）第2条，**装饰装修工程应当属于建设工程范畴**，根据《建筑法》（2011）第12条、13条、26条相关规定，装饰装修工程公司应当在其资质等级许可的范围内从事建筑活动，业主（发包人）应当在签订装饰装修合同时审核施工公司是否具有相应的企业资质，否则将面临如下风险：1）没有取得相应资质，施工合同无效；2）无效施工合同中的责任分配约定无效；3）承担施工方雇员的人身损害责任等，具体如下：

##### （一）没有取得相应资质，施工合同无效

根据《建筑法》（2011）第26条规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，建筑施工企业被禁止超越企业资质等级许可的业务范围承揽工程；根据《合同法》第52条，违反法律行政法规的强制性规定的合同应当认定为无效。

因此，业主在施工方没有取得相应资质的情况下签订的建设工程施工合同应当被认定无效。例如在株洲市石峰区人民法院（2016）湘0204民再5号株洲市某某装饰工程有限公司等与湖南某某科技实业有

限公司装饰装修合同纠纷再审民事判决书中，法院认为“该合同的真正施工者系吴某丙，工程款也是与吴某丙个人结算，故该装饰装修合同系没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义签订的合同，应认定为无效。”

##### （二）无效施工合同中的责任分配约定无效

在当下的施工环境，业主作为施工合同的甲方，在合同条款设计中会充分展现甲方的“地位”与“身份”，竭力将责任与义务全归于施工方一方承担，例如会在合同中约定施工方承担所有的安全责任，施工过程中造成的施工人员死亡应当由施工方全部承担。

如此之约定，将不一定得到法院的支持。在重庆市永川区人民法院（2013）永法民初字第06562号重庆豪曼居装饰设计有限公司与重庆成聚资本管理有限公司装饰装修合同纠纷一审民事判决书（以下称为“重庆豪曼居装饰一审案”）中，法院认为：“原被告签订本案施工合同时原告（装饰公司）并未取得承包装饰装修工程的资质，根据《合同法》第52条之规定，该合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效，故合同中约定原告全权承担施工人员的安全责任因整个合同无效而归于无效”。

##### （三）承担施工方雇员的人身损害责任

在重庆豪曼居装饰一审案中，当责任分配约定无效，业主则可能会被依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（2003）第11条要求承担施工方雇员人身损害的责任。

#### 二、业主须及时办理施工许可证

建设工程施工许可证是建筑施工方符合各种施工条件、允许开竣工的批准文件，是业主进行工程施工的法律凭证。根据《建筑工程施工许可管理办法》（2014）第2条，装修装饰工程施工，业主应当在开工前申请领取施工许可证。

实践过程中，施工方为尽早完成施工工作，常常会在业主方还没有办理完成相关手续前就进入场地进行施工，业主方大多也对此默许甚至要求施工方如此行为。在应当取得施工证而没有取得的情况进行施工，项目将面临：1)工程停工整改，工期延长；2)建设单位工程合同价款1%以上2%以下罚款；3)施工单位3万元以下罚款等风险。

例如衢州市综合行政执法局衢综行（罚）决字[2016]第1054号衢州中西医结合医院有限公司未取得施工许可证擅自施工方案中，施工单位在未取得建筑工程施工许可证的情况下，擅自于2015年4月初对衢州荷花中路519-2号中西医结合医院1-6层进行装修施工，业主单位被处罚款人民币叁仟玖佰零伍元整（合同总价为35万余，按照合同价款1%以上2%以下罚款）

### 三、工程价款的争议处理

#### （一）固定总价的风险

出于成本控制的考虑，业主方通常会与施工方签订固定总价合同，但这种方式对于工程量清单的要求十分之高，如工程量清单中不能把全部工作内容明确反应出来，就会造成纠纷，承包人以实际完成的工程量主张工程款将可能得到法院的支持。

在焦作市中级人民法院（2017）豫08民终660号焦作市工商行政管理局经济检查支队、河南中瑞建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书，法院认为：“焦作市工商局经检支队作为发包人，应当保证工程量清单的准确性和完整性，因此虽然在招标文件中约定，如投标人未核对工程量清单或未对工程量清单提出异议，中标后招标人对工程量清单漏项所增加的合同价款不予调整，但该约定免除了工程

量清单招标中招标人应提供准确及完整工程量清单的义务，将工程量清单中出现差错的责任全部转嫁给投标人承担有悖公平，招标工程量清单与实际完成工程量的差额，应由焦作市工商局经检支队承担。”

#### （二）固定总价突破后的计价处理

上述风险之外，当项目工程发生范围调整、设计变更或者建设工程施工合同提前终止的情形时，固定总价计价方式将被突破。以合同提前终止为例，司法实践中大致有三种方法来结算工程款：

一是以合同约定总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工程预算价格进行计价（计算公式：已完工程的价款=鉴定的已完工工程预算价\*（鉴定的合同总价款/鉴定的全部工程预算价））；

二是已完施工工期与全部应完施工工期的比值作为计价系数，再以该系数乘以合同约定总价进行计价；

三是依据政府部门发布的定额进行计价。

计算方式的不同选择，会造成结果金额的不同，有时候，各种计算金额的结果相差较大。在此，我以如下一则公报案例为例进行分析。

在最高人民法院（2014）民一终字第69号青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书（下称“青海隆豪二审案”）中，法院认为：“在固定总价项目中，项目的不同阶段可能面临着不同的施工风险和难度，成本也因此有所差异，风险和难度较高的部分，在固定总价下的单价计价可能是薄利甚至是亏本，而在风险难度较低的部分，同样的单价计价则可以保持较高利润，因此施工方实现合同目的、获取利益的前提是完成全部工程。”

法院在适用上述三种计算公式时，分别做了计算，发现使用第一种计算方式得出发包方应当支付的全部工程款明显低于合同



约定的总价 910 余万元，造成发包方违约却能够额外获取利益的现象；使用第二种计算方式，应付的工程款明显高于合同约定的总价，即使算入发包方中途解除合同必然导致增加成本的情况，但是计算结果明显高于合同约定的总价，亦明显不公；使用第三种方法得出的结果与当事人预期的价款较为接近，相比前两种结果更趋合理。

上述计算结果仅供参考，合同谈判时，当事人可以根据实际需求，对工程款结算的条款进行专门设计，避免发生提前终止合同时结算款计算方式有损自身利益的情形。

### （三）实际施工人工程签证签字效力

工程签证是指施工过程中，双方就施工过程中发生的与设计图纸、施工方案、预算项目或工程量不符，需要调整工程造价的事项以及工期顺延、赔偿损失所达成的双方意思表示一致的补充协议。

实践中，承包人违法分包、转包或者出借资质给实际施工人，实际施工人以承包人的身份签订合同、出席工地例会、申请工程款、工程签证等。对于发包方而言，实际施工方持有项目部印章、拥有承包人授权，具有有权代理的外观。

在最高人民法院（2013）民申字第 683 号南通大辰建设集团有限公司与张宪文、罗传奇、大庆市萨尔图区人民政府一般建设工程合同纠纷申请再审民事裁定书中，法院认为“施工过程中罗传超对外是以大辰公司在团结汽配城施工项目的项目经理名义实施民事法律行为，且客观上罗传超也确实实施了有被授予代理权的外观行为，包括在支付工程款项的票据上签字、在整改通知单上签字等，而对于罗传超签字支付工程款项等行为，大辰公司、罗传奇均未提出异议。因此，即便大辰公司、罗传奇在庭审过程中否认罗传超签订《施工图预算书》的效力，并不影响对罗传超表见代理行为的认定。二审法院认定罗传超在涉案工程施工期间所实施的前述行为构成

表见代理，符合法律规定。”

## 四、工程工期的争议处理

### （一）实际开竣工日期的认定

在《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）中，工期被定义为：自工程开工之日起至完成合同约定全部工程内容并符合合同约定的竣工验收条件、提交竣工验收申请报告之日止的全部施工日历天数。工期索赔中，实际开竣工日期的确定是工期计算部分的重点，也是工程纠纷案件中的主要焦点之一，尤其是当遇到：1）没有约定开竣工日期，2）多个开竣工日期等。

#### 1、开工日期认定须结合人员材料等进场时间

实际开工约定不明的，实践中以承包人进场日为实际开工日，该进场包括施工人员、机械、工程材料等进场，同时还需要结合进场搭建临时设施、放线、动工等情况。

在最高人民法院（2015）民申字第 263 号天津市津南区八里台镇大孙庄村村民委员会与福建省永泰建筑工程公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书中，法院认为：一审、二审法院结合永泰公司打桩设备进场时间、开始打桩时间以及村委会取得限期施工许可证的时间等情况，认为以 2010 年 12 月 22 日作为开工日期为宜，该认定并无不当。

#### 2、多个开工日期认定倾向

多个开工日期（合同约定的开工日期、开工报告的开工日期、施工许可证中的开工日期等）相互冲突时，法院会选择有实际开工证明的日期，如无，则倾向于经过监理签字的开工报告的日期。

在青海隆豪二审案中，方升公司与隆豪公司签订的《建设工程施工合同》约定的工期为 2011 年 5 月 8 日，竣工日期为 2012 年 6 月 30 日；由方升公司呈送并经监理单位确认的《开工报告》中载明的计划开工日期为 2011 年 5 月 15 日，竣工日期为 2012

年10月1日；由隆豪公司申报办理的经青海省共和县住房和城乡建设局颁发的《建筑工程施工许可证》中载明的开工日期为2011年6月20日，竣工日期为2012年12月31日。

在分析上述多个开竣工日期时，法院认为，上述三份文本中记载的开工与竣工日期均不相同的情形下，应当以监理单位确认的《开工报告》中载明的2011年5月15日作为本案工程开工日期。

### 3、工程竣工日期认定的方式

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第14条规定：当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

在青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终4139号青岛科润置业有限公司、深圳广田集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书中，深圳广田公司（施工方）于2014年6月30日向青岛科润公司（业主）移交了装饰竣工图及一层电气竣工图，双方于2014年7月10日进行了预验收，双方于2014年8月1日签署场地移交单，青岛科润公司正式使用涉案工程。法院审理确认，涉案工程于2014年8月1日，青岛科润公司占有使用涉案工程的日期为竣工日期。

建设工程未经竣工验收发包人擅自使用的话题也非常有意思，但是由于篇幅问题，本文就不做展开。

### 4、建筑工程施工许可证的开竣工日期

实践中，建设工程开工日期早于或者晚于施工许可证记载日期的情形大量存在。当施工单位实际开工日期与施工许可证上记载的日期不一致时，应当以实际开工日期

而不是施工许可证上记载的日期作为确定开工日期的依据。

在青海隆豪二审案中，虽然《建筑工程施工许可证》载明的开工日期为2011年6月20日，但是法院认为，施工许可证载明的日期并不具备绝对排他的、无可争辩的效力，建筑工程施工许可证是建设主管部门颁发给建设单位的准许其施工的凭证，只是表明了建设工程符合相应的开工条件，建筑工程施工许可证并不是确定开工日期的唯一凭证。

### 5、竣工报告中的开竣工日期

竣工报告中的开竣工日期通常由施工方填写，为备案之需，该日期往往早于真实竣工日期。在工期计算时，能否以竣工报告中的竣工日期作为实际竣工日期，往往成为争议焦点之一。

在诸暨市人民法院（2010）绍诸民初字第714号浙江百瑞旅业集团有限公司与长业建设集团有限公司装饰装修合同纠纷一审民事判决书中，法院认为：竣工验收报告中确定的竣工日期，因该份竣工验收报告系提前签署，并未体现涉案工程的施工实际，其中确定的竣工日期对本案不具有拘束力。

#### （二）工期顺延的认定和纠纷

##### 1、只约定顺延情形但对如何顺延没有约定

施工合同只约定顺延情形，但是对如何顺延没有约定，构成认定工期顺延的隐患。

在重庆市江北区人民法院（2013）江法民初字第07794号重庆科技馆与苏州市谨业园林装饰设计工程有限公司装饰装修合同纠纷一审民事判决书中，《餐厅装修工程合同》约定工期相应顺延的原因包括设计变更、工程量增加，但是《合同》只约定工期顺延的情形，对具体如何顺延并未详细约定。

法院认为：“发包人主张因承包人过错导致工期延误的违约金，其应当举证证明因设计变更、新增工程量而工期相应顺延



的天数，在扣除工期顺延的天数后，再行计算因谨业公司导致工期延误应支付的违约金，但是因发包人既未举示证据证明施工方造成工期延误的起算时间，也未举证证明导致工期顺延的天数，应当自行承担不利后果。”

## 2、施工方可否因未按期支付工程款主张应当顺延

当业主没有按期支付工程款，施工方没有就此向业主申请工期顺延，但事后以此理由抗辩工期延误，法院一般不予认可工期应当顺延。

在龙口市人民法院（2013）龙民初字第50号顾井龙与周法家装饰装修合同纠纷一审民事判决书中，法院认为：“原告（施工方）未举证证明其在施工期间因工程款不到位提出顺延工期的要求及因此停工，故原告辩称系因被告（业主）未能按期给付工程款才导致工期拖延，被告违约在先不应赔偿延期损失，理由不当，本院不予支持。”

## 3、承包人延误工期，发包人能否解除合同

工期延误在实际施工过程中非常普遍，这与我国施工管理有重要关系，工期延误是否能成为发包人解除合同的充分理由需要根据《合同法》等的相关规定进行判断。

《合同法》第94条第1款第3项和第4项规定：当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行以及当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第8条规定：承包人具有明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；或合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的等情形的，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予以支持。

笔者提示：承包人延误工期属于迟延履行主要债务，除合同另有规定外或承包人延

误导致合同目的无法实现，业主解除合同前须先催告履行并给予施工方一定合理的宽限期。

在毕节市七星关区人民法院（2017）黔0502民初2128号七星关区对坡镇人民政府与黄文富、武夷山万泰水利水电建设工程有限公司毕节分公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书中，因合同约定的工期为2013年9月11日至2014年6月20日，且由被告全资垫付完成该工程，但在该合同的履行过程中，经原告多次催工及被告承诺，直到开庭审理，被告至今都未完成该工程。法院认为，被告具有重大过错，原告诉请解除合同的请求应予支持。

## 4、工期延长后承包人主张损失角度之分析

工期延长后，承包人一般会从管理人員工资、施工人員工资等几个角度向发包人追究责任要求赔偿，具体而言：

### （1）管理人員工资

工程施工期间，施工方会主张需要派遣管理人員入驻项目现场组织管理施工，合同工期内发生的管理人員工资等成本属于施工方预期成本，但是超出合同工期期间发生的管理人員工资属于损失。实践中，有对该主张支持的判例，法院会根据各方责任来分配损失承担。

### （2）施工人員工资

与管理人員工资的主张理由相同，但是需要注意的是，该部分工资还将包括窝工管理费。行业间通常会以窝工工人窝工期间的工资总和的20%-30%记为窝工管理费。这部分损失总计相当于窝工期间窝工工人1.2-1.3倍工资。

### （3）安全文明措施费

安全文明措施费是按照法定费率依据合同约定的造价提取支付给施工方，用于实施安全文明生产措施的费用。对于该主张：笔者认为该费用的取费对象是工程项目本身而非施工工期，虽然工期存在延长，但是如果施工方没有办法主张工期延长造成

的必然的安全文明措施费用的增加，那法院不会支持。

#### (4) 总包配合费

实践中，总包单位会将分包所收取的管理费一并计入了配合费，但总包没有证据因为工期延长发生了专业工程承包方额外使用总包的施工条件的情形，法院支持该主张的可能性就较低了。

#### (5) 临时设施超期使用费

在施工过程中，大部分项目会使用到脚手架等临时设施，这些设施通常是向第三方租赁，根据规模和租期，租赁费用也是一笔不小开支。但是施工方须承担例如脚手架搭建和拆除的具体时间和面积以及延误工期实际的损失金额等举证责任。

#### (6) 超期保险费

根据法律规定，建设项目须购置相应的保险，保险期限一般为工程工期。工程工期延误导致的额外购买保险的损失该如何承担，也是需要在合同中做相关约定。否则该项损失须根据发包方和承包方各自的过错进行分配。

#### (7) 赶工费

工期延误，发包方通常会要求承包方加急、赶工，承包方为满足发包方的要求可能会采取加班加点、增加人手等方式。但是承包人向发包人主张该损失，需要举证发包方催促施工、同意其赶工方案以及赶工造成的超出正常施工所需要的成本。

#### (8) 对于其他供应商的违约追究责任遭受的损失

工期延误，可能会导致施工方对下游企业的违约，由此造成的损失对发包人是一个不可忽视的风险。对于发包人来说，可以通过条款设计来尽力降低风险；对于承包人来说，其承担着损失实际发生的举证责任（购销合同、生效裁判文书、赔偿支付）。

#### (9) 融资损失

很多工程会要求承包方垫资建施工，自有资金不充裕时向银行等金融机构融资较为常见，该部分损失的主张，笔者认为可以通过要求承包方举证融资用途、是否用于涉案工程、借款与发包人、工程之间的因果关系等来抗辩。

### 五、工程质量的争议处理

工程质量问题基本成为每个施工纠纷的标配，但是发生质量问题，业主切不可擅自自行修复。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 11 条：“因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。”以及《房屋建筑工程质量保修办法》第 9 条：“房屋建筑工程在保修期限内出现质量缺陷，建设单位或者房屋建筑所有人应当向施工单位发出保修通知。施工单位接到保修通知后，应当到现场核查情况，在保修书约定的时间内予以保修。发生涉及结构安全或者严重影响使用功能的紧急抢修事故，施工单位接到保修通知后，应当立即到达现场抢修。”第 12 条：“施工单位不按工程质量保修书约定保修的，建设单位可以另行委托其他单位保修，由原施工单位承担相应责任。”

**根据上述法律条款，笔者认为发生工程质量问题时，业主应当通知承包人进行修复，只有在承包人拒绝修复之后，才能委托他人修复。**否则即使申请司法鉴定，要求对承包人施工的工程进行质量问题鉴定，但因为自行修缮，不能反映承包人完工时的原貌，失去鉴定的基础，法院可能对要求鉴定的申请不予准许。

部分业主单位在施工合同设计中，常会一刀切要求所有的质量问题都要拆除重做而不能修复，但是在实践过程中，却不一定能得到法院的认可。

在上海高级人民法院（2009）沪高民一（民）终字第 10 号汕头市潮阳第一建安总公司

与上海金万年文具制造有限公司建设工程施工合同纠纷一案二审民事判决书中，法院认为：“根据法律的有关规定，对于质量不符合约定的，受损方可以合理选择要求对方承担维修、更换、重做、减少价款等责任，受损方并无任意选择的权利，只有当不能维修时，方能选择更换，不能更换时，才可以重做。”

## 六、工程验收

### （一）未经验收擅自使用的风险

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第13条，建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

在上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终7276号上海大华装饰工程有限公司诉上海伽顿商业广场有限公司建设工程施工合同纠纷一案二审民事判决书中，关于原告是否应当承担工程质量缺陷的责任及范围、是否应当承担因工程质量缺陷向被告赔偿经济损失之争议，法院分析认为：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合规定为由主张权利的，不予支持，但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。因此，法院认为，原告的施工应当符合施工质量要求，对施工不符合质量要求的修复费用，应当负担，对于被告擅自使用后扩大的损失部分，不应承担赔偿责任。”

### （二）装饰装修工程验收的流程

装饰装修工程项目的竣工验收一般分为竣工自检和正式验收两个步骤。施工单位在装饰装修工程项目完成、具备使用条件后，进行竣工自检，然后向建设单位发出交工通知。建设单位接到施工单位的交工通知后，在做好验收准备的基础上，组织施工、设计等单位共同进行交工验收。

笔者总结正式验收流程主要包括以下八个步骤（具体根据各地政策有所不同）：

#### 1、发出《竣工验收通知书》

施工方应当于正式竣工验收之日前（根据合同约定天数），向业主发送《竣工验收通知书》

#### 2、递交竣工验收资料

竣工验收资料应当包括以下内容：竣工工程概况；图纸会审记录；材料代用核定单；施工组织方案和技术交底资料；材料、构配件、成品出厂证明和检验报告；施工记录；装饰装修施工试验报告；竣工自检记录；隐检记录；装饰装修工程质量检验评定资料；变更记录；竣工图；施工日记等。

#### 3、组织验收

工程竣工验收工作由业主单位邀请设计单位及有关方面参加，同监理单位、施工方一起进行检查验收。

#### 4、签发《竣工验收证明书》

在业主单位验收完毕并确认工程符合竣工标准和合同条款规定的要求以后，即应当向施工方签发《竣工验收证明书》。业主单位、设计单位、质量监督单位、监理单位、施工单位以及其他相关单位在《竣工验收证明书》上签字

#### 5、颁发工程质量竣工报告（合格证明书）

监理单位在受理了竣工工程质量核定任务后，按照国家有关标准进行核定，颁发监理单位工程质量竣工报告(合格证明书)。

#### 6、办理工程档案资料移交

工程档案是项目的永久性技术文件，是业主单位使用、维护、改造的重要依据，也是对项目进行复查的依据。在施工项目竣工后，项目经理必须按规定向建设单位移交档案资料。移交的工程档案和技术资料必须真实、完整、有代表性，能如实反映工程和施工中的情况。

#### 7、办理工程移交手续

在对工程检查验收完成后，施工方要向建设单位办理工程移交手续，并签订交接验收证书，办理工程结算手续。

## 8、办理竣工决算

整个工程完工验收，并办理工程结算手续后，要由业主单位编制工程决算，上报有关部门，至此，整个装修装饰工程的全部过程结束。

来源：高杉 LEGAL

陈晓峰



## 后 记



人生问题的解决之道，是让这个问题消失。

——维特根斯坦

### 【本刊内容参考及转载来源】

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