

Jun He Law Review

# 君合

法律评论

2015 (第三期) WWW.JUNHE.COM

总第三十六期

- 电视节目模式的可版权性探讨
- “一国两制”背景下港澳投资者适用中国BIT问题研究
- 汽车业反垄断走向何方
- 《WTO贸易便利化协定》及其对相关方影响分析



马洪力律师代表君合律师事务所在朝阳律协“律所培训论坛”发言

2015年第3期  
CONTENTS  
目录  
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微  
编 辑 部：赵锡勇 黄 湘 刘世坚  
          令狐铭 何 侃 张红斌  
          刘 洋 郑跃杰 伊向明  
          肖 一 马 锐 孙丕伟  
          刘 燕 叶 礼 左玉茹  
          金 川 付晓斌 万 晶  
          刘嘉明 张莘阳

分所通讯员：万 晶  
封面设计：赵米乐  
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- 3 电视节目模式的版权性探讨 左玉茹 宋海宁

外商投资法律专栏

- 12 “一国两制”背景下港澳投资者适用中国BIT问题研究  
陈鲁明 毕似恩 陈雨崑
- 23 浅析《外商投资产业指导目录（2015年修订）》 缪晴辉 潘一鸣
- 28 《外商投资产业指导目录（2015年修订）》之教育领域 董 潇 刘 睿
- 31 《外商投资产业指导目录（2015年修订）》之互联网文化领域  
陈 伟 孙 玄
- 34 《外商投资产业指导目录（2015年修订）》之食品药品和医疗领域  
封 锐 李 雷 李泽宇

新人新语

- 37 汽车业反垄断走向何方 周万里

新法速递

- 42 证监会就程序化交易管理办法征求意见 谢 青
- 45 《WTO贸易便利化协定》及其对相关方影响分析 周智勇 牛晓蓉

案例评析

- 49 不谈“效果”何以“垄断” 官晓妹

声明

《君合》法律评论所刊登的文章仅代表作者本人观点，不能将其视之为君合律师事务所及其律师出具的正式法律意见或结论。如您有任何法律问题或法律委托事务，请与本所联系。

# 卷首语

曾经有人说，社会科学的真谛就是批准。同样是杀人，经过批准的是执行，没经过批准的是谋杀；同样卖的是鸦片，经过批准的是卖药，没经过批准的是贩毒；同样是存钱，经过批准的叫储蓄，没经过批准的叫非法集资。这句话虽然未必放之四海皆准，但在中国却是百试不爽。

我们在蹒跚学步，呀呀学语之时，就开始知道做什么事要经过大人批准；上学之后要找老师批准；上班了有领导批准；在社会上做啥事都要找政府批准。批准二字充斥在我们生活的方方面面，所以才会有公章旅行的怪象；所以李总理才会质疑为什么美甲师的资质也要政府审批；所以我们才会有无休止的求人办事，请托送礼。

2015年，“负面清单”这个名词突然从外商投资领域闯入了普通百姓的生活之中。2015年9月15日，中央全面深化改革领导小组通过了《关于实行市场准入负面清单制度的意见》；2015年10月19日，国务院发布了《国务院关于实行市场准入负面清单制度的意见》。国务院将以清单方式明确列出在中华人民共和国境内禁止和限制投资经营的行业、领域、业务等，各级政府依法采取相应管理措施的一系列制度安排。市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等，各类市场主体皆可依法平等进入。负面清单制度将于2015年12月1日开始在部分地区进行试点，将在2018年1月1日开始在全国全面推行。

负面清单制度最引人注目的特点就是，进入负面清单之外的行业、领域、业务，无须政府审批。这表面上只是政府对经济生活管制手段上的变化，但更应关注这种制度可能会在社会观念上所带来的变化。对政府权力的限制将能够带来自治意识的成长，当社区自治、行业自治成长到足够高度，将为构建法治社会提供坚实的社会基础。

相对于同时期波澜壮阔的救市大戏，负面清单制度出台以来则是波澜不惊，既少人喝彩，也少人指责。我们不能指望它会带来中国经济生活和社会生活立竿见影的变化，甚至还要准备承受行政权力扩张惯性所带来的波折。但是低调的出场不代表它只是匆匆的过客，我们期待它将绽放的异彩。

# 电视节目模式的可版权性探讨

左玉茹 宋海宁

## 引言

随着真人秀类娱乐节目占据荧屏，电视节目模式（TV Program Format）开始受到社会各界的关注。真人秀类娱乐节目是一类所谓“无脚本”的节目，需要参与者在预先设定的情境中即时表演和自发反应。当然，这种所谓的“无脚本”是相对的，只是参与者的对白不会完全预先设定而已，但其中的情境设定、节目框架和流程、故事主线与推进等，均需要预先设计，更不必提舞美、灯光、布景等。真人秀节目的巨大商业成功，让电视节目模式的保护备受关注。与传统电视节目的吸引力在于故事情节的跌宕、演员的表演所不同的是，真人秀节目的吸引力在于参与者所展现的真实反映，这种真实反映本身是不能复制的，但却可以完全用另一拨演员来重现。竞争者只需要设定相同的情境、节目框架和流程、故事主线和推进等，用一批不同的参与者，即可重现真人秀节目的吸引力。因此，对于真人秀节目而言，价值更高的元素转变为情境设计、节目框架和流程、故事主线和推进方式，这些元素的集合也就是节目模式的最初形态。

电视节目模式自受人关注到迅猛发展，其实先后不

过几十年时间，它的生命是年轻而富有活力的，也是这份年轻和活力让它不断发展变化，今天的电视节目模式已经从最初节目制作人的一个简单的idea具化为一部厚重的节目制作宝典（Format Bible）。

## 一、电视节目模式发展迅速：成为荧屏之战的取胜关键之一

电视节目模式无疑是娱乐节目尤其是真人秀类节目的灵魂，是最具价值的部分之一。也恰是这种价值所在，让电视节目模式逐渐成为影视行业中贡献率越来越高的产品。自上世纪90年代开始，电视节目模式的交易量呈现爆发式增长，以下几组数字可以给我们更加直观的感受：

（1）“Who Wants to be Millionaire?”（谁想成为百万富翁），1998年英国首播，一年之内授权35个不同地区的当地版本，截至2011年，108个国家和地区采购；<sup>1</sup>

（2）“Survivor”（幸存者），英国开发，2000年美国播出，截至2009年，全球有43个版本的Survivor，在73个国家和地区播出；<sup>2</sup>

（3）“Big Brother”（老大哥），1999年荷兰首

1 参见：张建珍、彭侃：“电视节目模式国际贸易发展简史”，中国科学院网，[http://www.cssn.cn/xwcbx/xwcbx\\_xws/201406/t20140627\\_1231604.shtml](http://www.cssn.cn/xwcbx/xwcbx_xws/201406/t20140627_1231604.shtml)，最后访问日期2015年8月31日。

2 同注1

播，截至2011年，有45个国家和地区推出当地版本；<sup>3</sup>

(4) 根据2011年FRAPA报告，2002年-2004年间，有259部电视节目模式出口到境外，交易额64亿欧元；2006年-2008年间，有445部电视节目模式出口到境外，交易额约93亿欧元。<sup>4</sup>

全球化电视节目模式的热潮对我国的电视行业也产生了巨大影响。近几年来，我国娱乐节目尤其是真人秀节目也在荧屏抢占大战中逐渐显山露水，我们再来看几组数字：

(1) 浙江卫视《中国好声音》则是荷兰Talpa公司《The Voice》的翻版，一年的授权许可费用为人民币350万元<sup>5</sup>，与此同时，也获取了巨额的广告收益，《中国好声音》第三季决战夜的广告售价1070万一条，总广告费达到13亿<sup>6</sup>；

(2) 湖南卫视《爸爸去哪儿》改版自韩国MBC《Where Are We Going, Dad?》，授权许可费高到人民币1100万元<sup>7</sup>。《爸爸去哪儿》第三季独家冠名费5亿元，三个硬广插播窗口分别卖出2.181亿、1.7337亿、1.3094亿，总计广告收入高达12亿<sup>8</sup>；

(3) 浙江卫视《奔跑吧，兄弟》引进的是韩国SBS《Running Man》，授权许可费在第一季已经达到1.8亿元人民币，而随着《奔跑吧，兄弟》大获成功，第二季的授权费也水涨船高，面临大幅上涨<sup>9</sup>；

(4) 2014年，中国各个电视台及视频网站播出的与海外版权合作的模式节目共63档<sup>10</sup>。

全球性电视节目运营商Endemol和皮尔森电视（后成为Fremantle Media）、BBC环球等公司相继成立，而贸易平台，诸如美国全国电视节目制作人协会（National Association of Television Program Executives）每年举行的电视节目贸易展，戛纳举行的世界视听与数字内容交易会（MIPTV）和世界视听内容交易会（MIPCOM）等，这些因素逐渐推动电视节目模式产业的发展，电视节目模式已经形成全球化产业，也正在逐步成为电视行业越来越具顶梁柱作用的产业。

电视节目模式如此迅猛的发展速度，是对其价值的最好诠释。一部好的电视节目模式无疑是娱乐节目生命力的源泉，是做一档好的娱乐节目的基础。不过，与其市场发展的迅速相比，电视节目模式的保护却经历了不小的坎坷。

## 二、思想与表达二分法的机械、片面适用是节目模式获得著作权法保护的最大障碍

与每一类新作品类型无异，电视节目模式的出现也带来了法律界对其是否应该保护以及如何保护的大讨论，而电视节目模式能否受到著作权法的保护是这场讨

3 同注1。

4 FRAPA Report 2011, Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

5 “《中国好声音》做成‘中国好生意’”，来源：燕赵都市报，<http://epaper.yzdsb.com.cn/201210/14/179998.html>，2015年8月31日最后访问。

6 “中国好声音第三季广告费是多少？决赛夜广告费1条1千万”，<http://xiuxian.sz.bendibao.com/news/2014912/640014.htm>，最后访问时间2015年8月31日。

7 “韩综授权费一年翻九倍 《爸爸》版权高达千万”，来源：腾讯娱乐，<http://ent.qq.com/a/20141214/000377.htm>，2015年8月31日最后访问。

8 “《爸爸去哪儿》第三季吸金11.7亿再破10亿大关”，来源：北京商报，<http://shcci.eastday.com/c/20150413/u1a8666316.html>，2015年8月31日最后访问。

9 “《跑男》第三季预约 SBS靠版权费致富”，来源：搜狐娱乐，[http://www.iprchn.com/Index\\_NewsContent.aspx?newsId=82160](http://www.iprchn.com/Index_NewsContent.aspx?newsId=82160)，2015年8月31日最后访问。

10 “二季版权年中国电视引进海外节目模式名单”，来源：引力传媒，[http://www.zongyijia.com/News/News\\_info?id=28721](http://www.zongyijia.com/News/News_info?id=28721)，2015年8月31日最后访问。

论的焦点之一。

电视节目模式最初出现在人们视野中，性质上更类似一种抽象化的概念或者想法。世界上多数国家对著作权保护客体的认识上均适用“思想与表达二分法”原则，即将作品割裂为思想、表达两个层次，属于表达的部分受到保护，而属于思想的部分则不受保护。如此一来，性质上类似于概念或者想法的节目模式很自然地被归入“思想”，从而被著作权法拒之门外。

世界范围内，公认确认电视节目模式为思想不受著作权法保护的案例是1989年的Opportunity Knocks案。本案原告Hughie Green是电视节目“Opportunity Knocks”（机会来敲门）的制片人和出品人，被告新西兰广播公司（Broadcasting Corporation of New Zealand）制作了一档类似节目，Green将新西兰广播公司诉至法院，称两档节目十分相似，包括相似的节目名称、相似的标语、相似的竞争者介绍方式、甚至都使用掌声测量器测量掌声分贝以给竞争者打分。本案上诉至英国枢密院，枢密院审理认为，原告没有充分证据证明节目模式的具体内容，而从节目中推断出的“想法”不受著作权法保护。这个案例经常被引用来说明思想表达二分法在电视节目模式可版权性问题上的适用与结论。

基于电视节目模式最初形态，届时社会各界对于思想与表达二分法的认识，以及英国枢密院对“Opportunity Knocks”节目模式可版权性的否认，三管齐下，电视节目模式就被一道“思想与表达二分法”的大门关在了著作权保护的大门之外。然而，节目模式是否从本质上即属于思想，思想与表达之间的界限是否清晰，答案却并不是完全肯定的。

### 三、节目模式属于思想是对“Opportunity Knocks”一案的片面解读

如上文所述，Opportunity Knocks案经常被解读为认定节目模式属于思想的典型案例。但是，浏览这些文章发现，作者往往引用该案例得出“节目模式属于思想，不属于著作权保护客体”的当然结论，却鲜少真正关注本案判决的真正理由。枢密院在判决理由中所明确的是：“原告没有证据证明节目模式的具体内容”，也正是在这种情况下，所谓节目模式仅能够抽象出来，而被抽象出来的这些信息性质上被认定为“思想”。枢密院判决的Opportunity Knocks案所确立的其实是缺乏有形形式的节目模式属于“思想”，而非不加区分地将所有的节目模式均归属于“思想”。

如果说，单纯用Opportunity Knocks案还不能证明“节目模式属于思想”这一认识的偏颇，那么我们可以再来关注一下与该案发生在同时间同地域甚至相同被告却得到不同结果的The Kiwi Kids案<sup>11</sup>。原告Wilson创作儿童剧“The Kiwi Kids”模式，内容一对残疾男孩和女孩，处于各种各样的冒险场景中，对付恶魔的节目架构。Wilson就该节目模式形成一份9页半的文字介绍文件以及一份57页的可行性研究报告，并将介绍文件和报告提供给新西兰广播公司。新西兰广播公司四年后播出一档动画片“The Kids from OWL”，与Wilson的节目模式十分相似。法院审理认为，可行性研究报告具备可版权性，性质上属于剧作，而且在新西兰广播公司所制作的节目中，Wilson的“构思贯穿始终（identify of the original idea was never lost）”。

对比以上两案基本案情与判决结果，Opportunity Knocks案中，原告Green败诉的根源在于其所主张的节目模式缺乏有形形式，仅能通过节目进行抽象，被抽象出来的节目模式类似于从小说中抽象出来的情节或者故事结构，被认定为思想而非表达的可能性比较大；但如果节目模式本身已经具体化为有形形式，比如在“The

<sup>11</sup> 1989, New Zealand: Wilson v Broadcasting Corporation of New Zealand, See FRAPA Report 2011, pp.13-14. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

Kiwi Kids”中Wilson的可行性报告和文字介绍，法院就很难以思想与表达二分法否认节目模式的可版权性。

#### 四、思想与表达之间的界限并不清晰，认定节目模式均属于思想显然不合理

从语言学上来说，作品就是思想之表达，思想若无表达则无法感知和传播，而表达也必然承载着思想，二者对立统一、相辅相成，乃“一枚硬币”不可分割的正反两面。<sup>12</sup>既如此，思想与表达之间从本质上就不可能有清晰的界限，而这一点也最终反映在司法适用上。尽管思想与表达二分法是著作权法中判断可版权性的经典理论，被许多国家规定进著作权法，《与贸易有关的知识产权协议》也吸纳成为国际保护标准，我国目前正在修改著作权法，也拟将该理论纳入进来，但是，思想与表达之间其实从来没有确立过清晰的界限。法官汉德即直言不讳：“从来也没有人确立过，而且也没有人能够确立那个分界线。”<sup>13</sup>

在琼瑶诉于正著作权侵权案中，审理法官对思想与表达二分法进行了详细的阐释，其认为：“抽象概括法可以作为思想与表达的分析方法，即将一部文学作品中的内容比作一个金字塔，金字塔的底端是由最为具体的表达构成，而金字塔的顶端是最为概括抽象的思想。当文字作品的权利人起诉他人的文字作品侵害其作品的著作权时，需通过对比的方式予以确认，则可参照相似内容在金字塔中的位置来判断相似部分属于表达或思想：位置越接近顶端，越可归类于思想；位置越接近底端，越可归类于表达。”<sup>14</sup>这个论述其实就是将思想与表达二分法中的表达

作为思想的具体化，而思想也并非我们所理解的创意，其仅仅是通用符号而已。法官进一步认为：“区分思想与表达要看这些情节和情节整体仅属于概括的、一般性的叙事模式，还是具体到了一定程度足以产生感知特定作品来源的特有欣赏体验。如果具体到了这一程度，足以到达思想与表达的临界点之下，则可以作为表达。”

根据上述判决中的观点，当思想足够具体化到可以直接固化为表达时，思想就产生了向表达的转化。基于这一理论，当节目模式足够细化到可以直接固化为节目时，就会产生向表达的转化。比如，如果节目模式表述为“一档由选手演唱由评委评分并以分数高低淘汰选手的选秀节目”，这无疑来源于通用表达，属于思想，但如果将该节目模式具体化为“一档由选手演唱，四位评委盲评的选秀节目，评委以按键转动座椅的方式评定是否让选手晋级，四位评委分别代表四只参赛队伍，海选晋级的选手，权利反转，可以选择进入哪位评委的队伍，继续后面的比赛”，这种具体化无疑使得节目模式走向金字塔的下层，接近表达，如果继续细化，比如“主持人不上舞台而在边台介绍选手，选手家人或朋友在后台观赛，并同步播出家人或朋友的反应”，“评委使用标志性语言：I want you!”，等等。节目模式越来越细化，就越来越接近金字塔的底端，甚至成为表达。

基于上述，随着节目模式的不断细化，节目模式的抽象思想性将越来越弱，具体表达性将越来越强，从思想到表达的转变是完全可能的。在这种理论基础上，认定节目模式均属于思想而不能获得著作权法保护显然是不合理的。事实上，到今时今日节目模式的细化程度，已经足以实现从思想到表达的质变。

12 熊文聪，被误读的“思想/表达二分法”——以法律修辞学为视角的考察，《现代法学》，2012.11，168-179页。

13 Caroline Gault, To What Extent are Game Shows and Other Forms of Reality Television Protected against Imitation under the Copyright Laws. Resource: IFLA, <http://www.ifla.tv/formatspaper.htm>, last visited at August 31, 2015.

14 陈喆诉余征、湖南经视文化传播有限公司、东阳欢娱影视文化有限公司、万达影视传媒有限公司、东阳星瑞影视文化传媒有限公司著作权侵权纠纷案（琼瑶诉于正等著作权侵权纠纷案），案号：(2014)三中民初字第07916号。判决书来源：北大法律信息网，[http://www.pkulaw.cn/case/pfml\\_121449378.html?keywords=%E7%90%BC%E7%91%B6%E8%AF%89%E4%BA%8E%E6%AD%A3&match=Exact](http://www.pkulaw.cn/case/pfml_121449378.html?keywords=%E7%90%BC%E7%91%B6%E8%AF%89%E4%BA%8E%E6%AD%A3&match=Exact).

## 五、节目模式的有形化和细节化助力节目模式突破思想表达二分法的限制

正如上文所述，节目模式作为新生事物，自诞生到今日，从形式到内容均有较大的变化。

从其他各国家和地区的司法审判进程来看，对电视节目模式的讨论也已经经历了发展和转变。1960年，美国作家协会界定电视节目模式是“为电视节目的拍摄提供书面框架的节目流程，由特定的人物行为、重复出现元素以及变化元素等构成的整体”。<sup>15</sup>在这一时期，电视节目模式内容相对简单，以节目流程为主，形式也比较简单，就像前文所述The Kiwi Kids案中Wilson的文字介绍、可行性报告，甚至根本不具有有形形式，可能确实仅仅是制片人灵光一闪的一个想法。

随着电视节目模式的交易量上升，尤其是在其产业化之后，市场对于节目模式有越来越高的要求，无论是内容方面还是形式方面，节目模式都日趋完善。现在的节目模式已经不单单是节目流程的介绍，而是一档完整的节目制作指南，既包括电视节目的形式也包括电视节目的内容，布景、舞美、灯光、音乐等细节内容也包含其中，甚至包括know-how、市场预测与定位等信息。<sup>16</sup>节目制作宝典（Format Bible）已经是现在节目模式的基本形态。

与电视节目模式自身发展相对应，各国/地区在节目模式可版权性问题上的认识也在发生变化。FRAPA在2011年发布一份针对澳大利亚、比利时、巴西、加拿大、丹麦、法国、德国、印度、马耳他、荷兰、新西兰、西班牙、英国和美国14个国家关于电视节目模式司

法实践的报告，报告介绍了这14个国家22年内与电视节目模式相关的著作权侵权纠纷。研究发现，自2000年开始，各国家和地区逐步认可具有有形形式的节目模式可受到著作权法保护；除德国外，其他13个国家均不同程度地认可节目模式的可版权性；比利时、巴西、加拿大、荷兰、西班牙已经有侵犯节目模式著作权案的胜诉案例，而美国、英国等国家内，被控侵权方则主动与原告寻求和解，避免不利结果，举例说明如下：

### 1、“Survive!”案（2000，荷兰）<sup>17</sup>

2000年，在荷兰的节目模式“Survive!”著作权争议案中，法院认可原告Endemol对节目模式的描述，即：Survive!的节目模式是由12个特定元素组成的独创的联合体。法院认为，如果将“Survive!”的十二个元素组合在一起，确实足以构成独创性；而且，在节目制作宝典中，节目模式的细节均有描述；因此，节目模式构成著作权法保护的作品。本案中，节目模式具有有形形式：节目制作宝典（Format Bible），在这种情况下，思想与表达二分法的分析已经被法院所放弃。法院进而要审理的是，具备有形形式的制作宝典，是否形成了独创性，并首次确定以特定元素组合形成的联合体可以具备独创性。

### 2、“Golfbreker”案（2002，比利时）<sup>18</sup>

2002年，在比利时的Golfbreker节目模式著作权争议案中，法院认定节目模式可以受到著作权法保护，被

15 Robin Meadow, Television Formats-The Search for Protection, 58 Cal.L.Rev.1970, pp.1169. <http://www.gmsr.com/article/Television%20Formats.pdf>, last visited at August 31, 2015.

16 See Lisa Logan. The Emperor's New Clothes? The Way Forward: TV Format Protection under Unfair Competition Law in the United States, United Kingdom and France. Entertainment Law Review, 2009(3):pp.87-92.

17 2000 - 2004, the Netherlands: Castaway Television Productions Ltd & Planet 24 Productions Ltd v Endemol Entertainment & Jon De Mol Productions, See FRAPA Report 2011, pp.17-18. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

18 2002, Belgium: BVBA Habrasaje en Martin De Jonghe v VRT, FRAPA Report 2011, See FRAPA Report 2011, p.19. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

控侵权节目在名称、持续时间、拍摄地点、国家广播传送和演播室设计等元素上与节目模式构成近似，因此，侵权成立。

### 3、“Big Brother”案（2004，巴西）<sup>19</sup>

2004年，在巴西的Endemol诉SBT电视台侵犯Big Brother节目模式著作权一案中，原告以专家证人作证的方式，证明节目模式具有一系列细节构成，包括氛围营造、机位设置、剪辑、音乐风格等等，而两节目在这些方面具有极高的相似程度，法院表示认可，判决被告赔偿损失。

### 4、“Who wants to be a Millionaire?”案（2004，英国）<sup>20</sup>

同样在2004年，英国对节目模式可版权性的认识也开始发生变化。在当时三个诉“Who wants to be a Millionaire?”（百万富翁）侵犯其节目模式著作权的案例中，英国最高院在即决审判中认定其中两个节目模式与百万富翁构成近似，并因此判决两个案件进入实体审理。

### 5、“Star Chart”案<sup>21</sup>与“Dreams Come True”案<sup>22</sup>（1992/2005，加拿大）

加拿大在该问题的认识上也较大转变。在1992年

Hutton诉加拿大广播公司侵犯其节目模式“Star Chart”著作权一案中，法院认为，节目模式实质上只是提出向一名观众播放音乐片的想法，不属于著作权法保护客体。不过，在2005年Cummings诉Canwest环球广播公司侵犯其节目模式“Dreams Come True”著作权一案中，审理法院开始将审理思路由思想表达二分法转向独创性的审理，尽管本案最终也未能认定节目模式具有著作权，但可以明确的是，法院已经不再坚持节目模式属于思想的观点。

### 6、“Epitafios”案<sup>23</sup>与“What Kids Really Think”案<sup>24</sup>（2009-2011，西班牙）

早在1994年，西班牙就已经在案例中肯定节目模式的可版权性，认定当地某电视台在未经授权的情况下制作与Endemol公司制作了节目模式Love Letters类似的节目，构成侵权。这个案例是在西班牙著作权法修改之前所确立的判定标准，在西班牙著作权法修改之后，西班牙法院在节目模式可版权性的问题上，仍然持肯定态度。2009年在Epitafios节目模式著作权侵权争议案中，上诉法院虽未认可涉案节目模式的可版权性，但是却强调：节目模式在符合一定条件的情况下是可以受到著作权法保护的，因为：（1）著作权是保护蓝图、计划、模式、模型或者结构；（2）著作权是保护脚本和故事情节；（3）如果节目模式可以比作脚本或者故事情节，那

19 2004, Brazil: TV Globo & Endemol Entertainment v TV SBT, FRAPA Report 2011, See FRAPA Report 2011, p.21. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

20 2004, UK: (3 cases) Melville, Boone, Baccini v Celador Productions Ltd & ITV Networks Ltd, See FRAPA Report 2011, pp.22-23. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

21 1990, Canada: Hutton v Canadian Broadcasting Corporation, See FRAPA Report 2011, p.42. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

22 2005, Canada: Cummings v Canwest Global Broadcasting Inc, See FRAPA Report 2011, pp.24-25. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

23 2009, Spain: Maradentro Producciones S.L. v Sogecable, S.A., See FRAPA Report 2011, p.26. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

24 2010, Spain: Atomis Media, S.A & Outright Distribución Ltd v Televisión De Galicia,S.A. & CTV, S.A., See FRAPA Report 2011, pp.28-29. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

么肯定也是可以保护的；（4）要使节目模式获得保护，就必须与概括性概念相比有一个质的飞跃，需要有细节描述和正式的结构，是有一定复杂性的成果。节目模式的描述可以不像脚本那么复杂和详细，但是其细节程度也必须达到一定水平。本案中上诉法院所确立的节目模式可版权性标准一直指引着西班牙关于节目模式案件的审理，在“*What Kids Really Think*”节目模式著作权侵权案中，法院也有类似的表述：如果节目模式由个人创作，通过一定的媒介表达并且具有独创性的话，节目模式是可以受到保护的。而且，如果节目模式可以与脚本或者故事情节类比，那么它定当受到保护。就节目模式的独创性而言，法院认为，如果节目模式由一系列有序的、有组织的、特定方式编排的元素构成，每个元素自身不需要具有独创性，但是他们组合在一起成为一个整体，就应该受到保护。到2011年一则类似案例中，法院根据上述标准认定涉案节目模式享有著作权，且被控节目构成侵权<sup>25</sup>。

另外，作为最初确立思想与表达二分法的美国，也从未以思想与表达二分法否认节目模式的可版权性，而是以独创性或实质性相似标准来评判。

综上所述，当节目模式逐渐具备有形形式，并且内容逐渐丰富起来后，各国家/地区法院已经逐步认可节目模式属于表达，并不再适用思想与表达二分法评判节目模式的可版权性。可版权性的探讨可能逐步转向独创性探讨，

比如上文所述的加拿大、西班牙。而对于独创性的探讨上，荷兰和西班牙均认可组成节目模式的一系列元素自身不需要具有独创性，如果这些元素有序的、有组织的、特定的方式组合在一起形成一个统一整体，则具有独创性。

## 结语

无论是从思想与表达二分法概念本身，还是从节目模式的本质属性上，将节目模式一刀切式地认定为“属于思想而不属于表达”都是错误的。思想与表达本身的界限就是模糊的，中间存在过渡区域，不同形式以及不同细化程度的节目模式本身所处的位置就是不同的，有的可能更接近思想，而有的则可能更接近表达，当节目模式足够细化时，就完全可能实现从思想到表达的质变。而且，从各国审判实践看，在节目模式逐渐具备有形形式并逐渐细化的过程中，法院对其性质的认识也逐渐发生变化，不少国家逐渐摒弃在节目模式著作权争议案件中探讨节目模式是思想还是表达的作法，也有不少国家已经明确节目模式受到著作权法保护，并进而认定被控节目构成侵权。综上所述，电视节目模式的性质在逐渐变化，对其法律属性的判断也应随之改变。如今的电视节目模式，尤其是节目制作宝典，已经不能简单、片面地用思想与表达二分法加以排除，当其足够具体以构成表达且亦符合独创性要求时，理应受到著作权法保护。

附表：1990-2011年间14个国家和地区关于电视节目模式著作权纠纷的审判实践<sup>26</sup>

时间	国家	涉案节目模式	是否构成作品	是否构成侵权	判决理由
1990	加拿大		是	否	不构成实质性近似。
1992	加拿大		否	否	节目模式实质上只是提出向一名观众播放音乐视频的想法，而且两节目之间根本不构成实质性近似。

25 2011, Spain: Sociedad Española de Radiodifusión, S.L. v Radio Popular, S.A., See FRAPA Report 2011, p.31. Resource: FRAPA, <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

26 See FRAPA Report 2011, pp.16-29. <https://www.frapa.org/services/frapa-report-2011/>, last visited at August 31st, 2015.

1990	德国		是	否	真人秀节目的故事主线可以受到保护。本案例中的“概念”太过于模糊，不满足德国著作权法中“个人智力成果”标准。
1992	瑞典			和解	
1994	西班牙	Love Letters	是	是	节目模式受著作权保护，且节目模式中的关键元素被被告抄袭。
1996	比利时	Easy Does It	否	否	真人秀节目概念的简短表述是公知的概念，不受著作权法保护，且文件也没有体现出作者个人的智力投入。
2000	荷兰	Survive!	是	否	“Survive!”的十二个元素组合在一起，满足独创性标准。此外，节目制作宝典描述了节目模式的细节。基于此，节目模式构成著作权法保护客体。但是，被控节目模式不构成实质性近似，侵权行为不成立。
2001	美国	Survivor		和解	
2002	英国	Survivor		和解	
2002	比利时	Golf breker	是	是	节目模式是受到著作权法保护的，复制品在名称、持续时间、拍摄地点、国家广播传送和演播室设计等方面抄袭涉案节目模式。
2003	美国	Survivor	是	否	因两节目概念和感觉上有实质性区别，不构成实质性近似。
2003	德国	L'école des fans	否	否	节目模式本质上是将概念转化为电视节目的一系列指令，本身不具有有形形式。要受到著作权法保护，作品必须是具有独特内容或有形形式的原创。模仿电视节目的指令或者菜单不会构成侵权。
2004	巴西	Big Brother	是	是	电视节目模式自始至终都经过细致斟酌地描述，不仅包括情境设定和机位设置。节目模式由一系列细节组成。
2004	英国	Help!	否		
2004	英国	Millionaires' Row	是		即决审判认定被控节目与节目模式构成近似，并判决进入实体审理。
2004	英国	Millionaire	是		即决审判认定被控节目与节目模式构成近似，并判决进入实体审理。
2005	澳大利亚	Dream Home	是	否	法院认可节目模式（制作宝典）可受著作权法保护，但两节目不构成近似。
2005	比利时	Don't get Mad, ...Get Even	是	否	涉案节目模式构成著作权法意义上的作品，受著作权法保护；但是经对比两档节目，法院发现很多明显的区别。
2005	加拿大	Dreams Come True	否	否	节目模式不具备独创性。
2007	马耳他	The Spy	是	是	
2008	比利时	Super Champs	否	否	节目模式不受著作权法保护因为节目模式不够细化，也不符合“作者的智力成果”要求。
2009	西班牙	Epitafios	否	否	法院虽否认涉案节目模式的版权性，但法院认为：节目模式在符合一定条件的情况下是可以受到著作权法保护的。
2010	德国	Spiel deines Lebens	否	否	电视节目模式的概念及其实现不属于著作权保护的客体。
2011	加拿大	Robinson Curiosité	是	是	被控侵权作品与原作品构成实质性近似和明显复制，这种近似显然不可能是偶然发生的。
2010	西班牙	What Kids Really Think	否	否	如果节目模式由个人创作，通过一定的媒介表达并且具有独创性的话，节目模式是可以受到保护的。能够与脚本或者故事情节相提并论的节目模式当然应该受到保护。法院认为，如果节目模式由一系列运用特定方式编排的元素构成，即使每个元素自身不具有独创性，只要它们组合在一起成为一个整体，就应该受到保护。法院认为涉案节目模式不足满足独创性和特定性要求，且没有“复合过程”，不属于著作权法保护的作品。

2011	西班牙	EspañaPregunta, BelénResponde	是	是	节目模式受到著作权法保护，被控侵权节目与之构成近似。
2010	英国	Cash Call Millions	是	否	不构成实质性近似。



左玉茹

**执业领域**

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

**执业经验**

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

2013年至今，就职于君合律师事务所争议解决组。

**教育背景**

北京大学，获生物科学学士学位（2007）

北京大学，获知识产权法学硕士学位（2010）



宋海宁

**执业领域**

知识产权诉讼与许可、专利代理。

**执业经验**

宋律师在专利布局、专利撰写、专利申请方面有12年的工作经验。宋律师还在专利无效、专利侵权诉讼、专利行政执法方面具有丰富经验。过去几年，他曾代理多件智能手机领域的专利诉讼案件，成功地为若干跨国手机制造商进行专利不侵权抗辩。他擅长的技术领域为计算机科学、电子工程、信息与通信技术。

宋律师是《Selected Chinese Patent Cases》(Wolters Kluwer, 2014)的译者，该书中文版《中国专利案例精读》由中国最高人民法院的大法官主编并由商务印书馆出版。宋律师曾在《中国知识产权》、《中国专利与商标》等刊物上发表若干文章，并多次在学术会议上受邀进行主题发言。宋律师创办了专利博客 PatentExpressO，该博客聚焦于中美知识产权实务，以中文和英文提供案例评析以及相关政策及立法动向。

加入君合之前，宋律师在中国国际贸易促进委员会专利商标事务所工作12年。

**教育背景**

清华大学电子工程系获得本科学位（2002）

美国哥伦比亚大学法学院获得法律硕士学位（2012）

宋律师现在是北大法学院的在职博士生，研究领域为知识产权法。

**执业资格**

宋律师拥有中国专利代理人资格、中国律师资格、美国专利代理人资格。

**工作语言**

中文、英文

# “一国两制”背景下港澳投资者适用中国 BIT 问题研究

陈鲁明 毕似恩 陈雨崑

随着中国经济的快速发展，海外投资热持续升温，2014年中国对外投资规模首次超过外国投资规模，这标志着中国已正式成为资本输出国，改革开放以来主要依赖出口、引进外资的发展格局已发生重大转变。作为中国内地企业走出去的桥头堡，港澳两地长期以来吸引着数量众多的中国央企赶赴当地开办公司，以港澳投资者的名义对外经营国际投资业务。然而，由于众所周知的“一国两制”政策的实施，导致出现中国BIT<sup>1</sup>与港澳BIT<sup>2</sup>“共同存在、分别适用”的现象。在当前中国BIT较港澳BIT存在巨大优势的情况下，港澳投资者是否能够有效适用中国BIT对其投资予以保护已成为不可回避且亟待明确的重要课题。本文拟通过对国际仲裁庭、国际法理论及专业学者观点的比较和研究，试图厘清目前港澳投资者适用中国BIT所存在的困境，并在论证适用中国BIT之现实必要基础上提出建议及可行性分析，以期对港澳投资者乃至内地投资者的对外投资权益保护有所裨益。

## 一、问题的提出

2007年香港居民谢业深诉秘鲁政府案<sup>3</sup>与2013年澳门

Sanum公司诉老挝政府案<sup>4</sup>是迄今为止仅有的，两起港澳投资者诉诸国际仲裁庭主张适用中国BIT保护其国际投资权益的案例。在这两起国际投资仲裁案件中，尽管秘鲁政府和老挝政府均反对将中国BIT适用于港澳投资者，但仲裁庭最终都做出了确认中国BIT可以适用于港澳投资者的结论；并着重强调中国BIT的适用符合BIT签署的根本目的，即保护外国投资者与促进东道国的经济发展。

## 1、谢业深案

2006年9月29日，香港永久居民谢业深依据《中华人民共和国政府和秘鲁共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（下称“《中秘BIT》”）将秘鲁政府告上国际投资争端解决中心（下称“ICSID”）。谢业深主张：自己持有设立于秘鲁的鱼粉生产公司TSG的90%股份，TSG公司主要从事鱼粉的制造和有关进出口业务，并向亚洲市场批发销售。2004年12月，秘鲁国家税务机关指责TSG公司拖欠税款达1200万元秘鲁新币，随后冻结了TSG公司的银行账户，迫使其无法继续经营。谢业深认为，秘鲁政府的行为违反了公平公正待遇条款和全

1 本文所称中国BIT特指由北京中央人民政府对外所签署的双边投资保护协定。

2 本文所称港澳BIT特指由香港地方政府与澳门地方政府对外所签署的双边投资保护协定。

3 Tza Yap Shum v. The Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6).

4 Sanum Investments Ltd v. Lao People's Democratic Republic (PCA Case No. 2013-13).

面安全与保护条款，构成对资本和利润转移的限制以及未进行补偿的征收。2007年2月12日，ICSID秘书处正式立案受理该案，并于同年10月1日组成仲裁庭。2009年6月19日，仲裁庭做出管辖权决定，认为谢业深属于《中秘BIT》下合格投资者，《中秘BIT》适用于具有中国国籍的香港居民。

在谢业深案管辖权决定做出的前后，曾遭到诸多学者强烈反对。他们的主要观点在于：谢业深案的仲裁庭缺乏对中国“一国两制”政策的深入认识，仅一味强调谢业深是否具有中国国籍，而故意忽视香港居民和大陆居民在生活环境、经济环境等多方面存在的现实差异。学者普遍认为，即便香港居民具有中国国籍，《中秘BIT》仍不应予以适用。

笔者认为，上述学者的观点具有一定合理性。但从另一角度而言，由于《中秘BIT》没有专门条款明确规定排除对香港特区的适用，相反，《中秘BIT》规定的合格投资者包括“依照中华人民共和国法律拥有其国籍的自然人”。因此仅从文义而言，也不能断然认为ICSID仲裁庭的决定存在明显错误。但总体上看，笔者认为，谢业深案对后续类似争端的示范效力存在不确定性。

## 2、Sanum案

2013年8月14日，注册成立于澳门的Sanum公司依据《中华人民共和国政府与老挝人民民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（下称“《中老BIT》”）将老挝政府告上荷兰海牙常设仲裁院（下称“PCA仲裁院”）。Sanum公司主张：其在老挝投资、运营的酒店赌场综合娱乐城项目遭到老挝政府及其职能部门吊销经营许可和征收“歧视性”税款。Sanum公司认为，老挝政府的行为违反了公平公正待遇条款、征收条款、最惠国待遇条款，且构成对资本和利润转移的限制。

PCA仲裁院经与双方当事人协商后决定，该案仲裁地点为新加坡，仲裁程序适用2010年版《UNCITRAL仲

裁规则》。2013年12月13日，依据《UNCITRAL仲裁规则》组成的仲裁庭做出管辖权决定，认为Sanum公司属于《中老BIT》下合格投资者，《中老BIT》可适用于包括Sanum公司在内的澳门投资者。

2014年1月10日，老挝政府依据新加坡《国际仲裁法》向新加坡高等法院请求撤销Sanum案仲裁庭的上述管辖权决定。为举证《中老BIT》不适用于澳门投资者，老挝政府向新加坡高等法院提交了一份注明日期为2014年1月7日老挝外交部致中国驻老挝首都万象大使馆的函件和一份注明日期为2014年1月9日中国驻万象大使馆的回函。在回函中，中国驻万象大使馆明确表示“《中老BIT》不适用于澳门特别行政区，除非中老双方将来另行做出安排。”2015年1月，新加坡高等法院做出一审裁定，撤销Sanum案仲裁庭的管辖权决定，认为《中老BIT》不适用于澳门特别行政区。

Sanum案管辖权决定结果发生重大逆转的直接导火索，毫无疑问正是来自中国驻万象大使馆的不利于Sanum公司主张的官方表态。如非有此表态，Sanum案仲裁庭在审慎考察了老挝政府提出的中国“一国两制”政策下国内法律框架以及《维也纳条约法公约》等关于条约解释的种种抗辩后，仍坚持做出《中老BIT》可以适用于澳门投资者的裁决。笔者认为，该裁决具有一定合理性，但老挝政府的抗辩理由也具备一定法律和事实基础。综上，与前述谢业深案高度相似，Sanum案仲裁庭的裁决观点及论据不足以完全打消港澳投资者可适用中国BIT的担忧。

## 二、港澳投资者适用中国BIT的困境与成因

尽管谢业深案与Sanum案的仲裁庭一致认为港澳投资者可以适用中国BIT，但由于其论据存在争议，两案始终遭受了国内外许多学者、实务界的非议与反对。Sanum案甚至在经新加坡高等法院审查后被裁定撤销。在充分考察和理解“一国两制”背景下中国国内法律框

架与适用，并在深入研究国际公法、国际条约法及国际投资法下关于条约解释的规定后，笔者认为，业界反对谢业深案与Sanum案管辖权裁决的理由具有一定合理性，目前港澳投资者适用中国BIT仍存在不确定性，面临诸多理论困境。

## 1、“一国两制”背景下港澳对外缔结BIT的权力来源

### (1) 《香港基本法》与《澳门基本法》相关规定

“一国两制”这一模式最早是由中国已故最高领导人邓小平于1982年首先提出的，经过15年的酝酿，于1997年7月1日开始在香港实施。根据这一模式，香港和澳门作为依据《中华人民共和国宪法》第31条设立的高度自治的特别行政区，能在社会主义中国主权下保持资本主义制度和生活方式至少50年不变。根据1997年7月1日起施行的《香港基本法》第151条规定<sup>5</sup>，香港享有独立的对外缔结BIT的权力。根据《香港基本法》第153条规定<sup>6</sup>，中央政府对外签订的BIT如果要适用于香港地区，应首先征询香港政府的意见。与《香港基本法》相似，1999年12月20日起施行的《澳门基本法》第136条<sup>7</sup>和138条<sup>8</sup>同样规定，澳门享有独立的对外缔结BIT的权力，中国BIT如要适用于澳门应首先征求澳门政府的意见。因此，《香港基本法》与《澳门基本法》对港澳投资者是否可适用中国BIT的规定是非常清楚的，即：如果中国BIT的适用未经港澳政府同意，中国BIT是不适用于港澳投资者的。

### (2) 《中英联合声明》与《中葡联合声明》相关规定

事实上，早在“一国两制”政策制定初期，关于中国BIT在港澳地区的适用问题，1984年12月19日签署的《中英联合声明》（全称“《中华人民共和国政府和英国政府关于香港问题的联合声明》”）与1987年4月13日签署的《中葡联合声明》（全称“《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》”）就有过说明。《中英联合声明》附件一“中华人民共和国政府对香港的基本方针政策的具体说明”中第十一节规定：“中华人民共和国缔结的国际协定，中央人民政府可根据香港特别行政区的情况和需要，在征询香港特别行政区政府的意见后，决定是否适用于香港特别行政区。”在《中葡联合声明》附件一“中华人民共和国政府对澳门的基本方针政策的具体说明”第八节中也规定了同样的条款。由于《中英联合声明》与《中葡联合声明》分别是《香港基本法》与《澳门基本法》制定和实施的重要背景渊源，通过比较前后两者的相同规定，应当承认中国政府针对“一国两制”背景下中国BIT非自动适用于港澳地区的意图是明确的，更是一贯的。

## 2、国际条约法对于条约适用的解释

### (1) 《维也纳条约法公约》关于“条约边界移动规则”的规定

1980年1月27日生效的《维也纳条约法公约》对于国际条约的缔结、解释、效力等问题做出了成文化规

5 《香港基本法》第151条规定：“香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以‘中国香港’的名义，单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议。”

6 《香港基本法》第153条规定：“中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据香港特别行政区的情况和需要，在征询香港特别行政区政府的意见后，决定是否适用于香港特别行政区。”

7 《澳门基本法》第136条规定：“澳门特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当领域以‘中国澳门’的名义，单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议。”

8 《澳门基本法》第138条规定：“中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据情况和澳门特别行政区的需要，在征询澳门特别行政区政府的意见后，决定是否适用于澳门特别行政区。”

定，在此之前，国际条约法的适用主要依据习惯法。中国于1997年9月3日交存加入书，《维也纳条约法公约》于1997年10月3日对中国生效。《维也纳条约法公约》第29条确立了“条约边界移动规则”，即“除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对每一当事国之拘束力及其全部领土。”根据该规则，通常情况下，条约应适用于缔约国的全部领土，除非条约有明确但书或另经确认。前者“明确但书”又被称为“明示排除”，后者“另经确认”又被称为“默示排除”。

通过分析“条约边界移动规则”可以清晰地看出，中国BIT是否适用于港澳投资者取决于中国BIT是否存在“明示排除”或“默示排除”的情况，如果没有排除情况存在，那么中国BIT应被认为适用于属于中国领土的港澳地区。关于前者的“明示排除”，很显然，在包括如《中秘BIT》、《中老BIT》等在内的绝大多数中国BIT中并无此规定，中国BIT通常在文义上不提及港澳地区。而关于是否存在“默示排除”情形，理论上则存在较大争议。

一方面，如Sanum案仲裁庭的观点，即没有任何证据表明中国政府另有意图排除BIT对于澳门的适用，中国中央政府授权澳门特别行政区可以自主对外签署BIT并不意味着其自身的BIT就不再适用于澳门。而恰恰相反，这是对澳门投资者法律保护的补充。Sanum案的仲裁庭进一步指出，就条约的解释而言，《维也纳条约法公约》优先于中国国内法，也优先于“一国两制”政策对于BIT适用的规定。在此前提下，由于中国政府没有明确告知《中老BIT》只有经过按照《中葡联合声明》和《澳门基本法》相关程序，须经征询澳门政府意见后才能对老挝发生延伸适用的情况下，老挝政府没有义务和理由认为《中老BIT》对澳门投资者不适用。换言之，中国BIT必须经征询澳门政府意见后方可对澳门生效的主张，对老挝不具有约束力，不构成“默示排除”。

但另一方面，诸多学者反驳认为，Sanum案仲裁庭的上述观点是牵强的。《中葡联合声明》、《中英联合声明》、《澳门基本法》、《香港基本法》已明确授予

港澳有独立对外签署BIT的权力，并且中国中央政府对于中国BIT不自动适用于港澳的意图表达是相当明确的。学者们进一步认为，是否存在中央政府“默示排除”BIT适用于港澳的意图，需要结合条约缔结时的历史背景、特定环境来进行综合解读。由此，凡是在1984年《中英联合声明》签署后的中国BIT都不适用于香港；同理，凡是在1987年《中葡联合声明》签署后的中国BIT都不适用于澳门。

笔者认为，Sanum案仲裁庭与反驳学者的观点都具有一定理论依据，但两者相较而言，似乎反驳学者的观点更具有说服力。这也正是笔者认为港澳投资者无法直接适用中国BIT的理论困境来源。另外，需要说明的是，发现或推定“默示排除”情形的存在与否更为直接的方式是探寻中国政府的意见。就此来说，在Sanum案中，中国驻万象大使馆出具的回函无疑代表了中国政府的意思表示，可以被直接视作中国BIT不适用于港澳的重要依据。

### (2) 《维也纳条约法公约》关于条约解释的规定

《维也纳条约法公约》第31条确立了“客观解释”原则或称“用语解释”原则，即要求解释条约时根据条约的内容、目的与宗旨，对文意进行字面和系统的理解。与之相辅，《维也纳条约法公约》第32条还确立了“历史解释”原则，即当“客观解释”不足以解释清楚条约含义时，参考条约的历史背景、起草过程等因素，对条约及某一条款进行解释。

根据上述说明，对中国BIT进行解释时，考察中国政府在签署BIT时的意愿应是极其重要的。具体来说，BIT签署前后的历史背景、政治环境、嗣后惯例等特殊的地域性法律文化均应被纳入综合考察的范畴。就此而言，《中葡联合声明》、《中英联合声明》、《澳门基本法》、《香港基本法》中中国中央政府的立场和承诺毫无疑问应当被予以考虑。为此，笔者倾向认为中国政府在签署不特别提及港澳的中国BIT时意图应是排除BIT对于港澳的适用。

### (3) 条约解释中的“优先适用国际法规则”

近些年的国际仲裁案例中，仲裁庭已近乎形成一种国际法优先于国内法的共识，其中尤以Wena Hotels v. Egypt (2002)和Siemens AG v. Argentina (2007)两案最为明确。在后一起案件中，仲裁庭认为，其不仅有权在国内法与国际法中做出选择，更有权优先适用国际法。同样，在Sanum案中，仲裁庭也采取了这种观点。

然而，针对Sanum案仲裁庭采取的“优先适用国际法规则”，笔者认为，其与前述条文“历史解释”原则并不矛盾。作为国内法的“一国两制”配套立法，虽效力不及于国际条约或公约，但其仍可成为解释中国BIT条文的重要资料渊源。Sanum案仲裁庭认为：“老挝政府不应该错误地把中国与澳门按照《澳门基本法》这一中国国内法而做出的特别行政区安排，曲解为中国意图将澳门排除在《中老BIT》适用范围之外。老挝依赖于另一个主权国家内部不同地区的体制性安排的抗辩无法满足‘条约边界移动规则’的‘另经确定’这一但书标准。”尽管这个观点有一定的合理性，但笔者认为，该观点的说服力不强，表述有待商榷。

### 三、中国BIT适用港澳投资者的必要性

如前文所述，目前港澳投资者适用中国BIT存在不确定性，面临诸多理论困境。通过比较中国BIT与港澳BIT可以发现，随着中国经济的不断发展，对外投资规模逐步壮大，中国BIT的内容已发生重大变化，相较过去注重东道国主权独立，转化为更多地关注投资者权益保护。进入21世纪后，中国签订的BIT无论在数量上，还是在保护措施上，相较港澳BIT都占有显著优势。在“一带一路”国家战略指引下，港澳两地作为中国企业对外投资的前哨站，将继续以其特有的亲商环境扮演吸引外资、对外投资的桥梁作用。在这种情况下，倘若尤以数量众

多的大型央企为主要群体的港澳投资者无法适用中国BIT，无疑是较大的遗憾。

#### 1、中国BIT相较港澳BIT存在优势

中国BIT无论在内容上还是数量上均比港澳BIT存在优势。截止目前，中国已与150多个国家签订BIT<sup>9</sup>，其中最新签订或重新修订的BIT均是以保护投资者权益为根本出发点。相反，迄今为止，香港仅与17个国家缔结了BIT，而澳门更是仅签订了2个，并且这些BIT绝大多数是于上个世纪末签订的。

##### (1) 中国新旧BIT对比

港澳回归初期，中国市场经济处于发展阶段，中国对外投资较少，更多地是扮演投资东道国角色。当时，由于对国际投资仲裁的不熟悉，以及为避免外国投资者对中国主权的干预，中国在与他国签订BIT时往往会对投资保护做出一定限制。其中，尤以投资争议管辖限制最为明显。以中国于1992年和韩国签订的BIT（下称“《中韩BIT》”）为例，《中韩BIT》规定除了有关征收补偿的法律争端外，有关其他事项的争端必须经过双方的同意才可提交仲裁。

然而，随着中国经济的不断发展，中国与他国最新签订或更新签订的BIT在管辖权限制上有了极大的改变。同样以《中韩BIT》为例，中国于2007年与韩国重新签订BIT，以及此后于2012年与日本、韩国共同签订投资保护协定，协定中均删除了除征收之外的争端必须经过双方同意才可仲裁的限制，规定发生争议时可由投资者选择，直接将争议提交至ICSID仲裁。

中国新旧BIT的上述变化在备受瞩目的“中国平安诉比利时政府”案<sup>10</sup>中也有清楚体现。在该案中，平安公司希望援引2009年中国与比利时签订的BIT（下称“《中

9 参见中国国家统计局网站：[http://www.stats.gov.cn/zjcz/ztfx/kxfzcyjhh/201208/t20120821\\_72840.html](http://www.stats.gov.cn/zjcz/ztfx/kxfzcyjhh/201208/t20120821_72840.html)。

10 Ping An Life Insurance Company of China, Ltd and Ping An Insurance (Group) Company of China, Ltd v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29).

比BIT》”），因为2009年《中比BIT》相较于1986年《中比BIT》在争端解决条款的涵盖范围上更为广泛。尽管最终仲裁庭驳回了平安公司的此项主张，裁决2009年《中比BIT》不适用于平安公司与比利时政府间争议，但从平安公司意图适用2009年《中比BIT》不难看出，更新后重新签订的2009年《中比BIT》能够更好地为投资者提供权益保护。

具体来说，1986年《中比BIT》规定，投资者将争议提交国际仲裁的范围仅仅涵盖“有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议”，而对于其他争议，只能受到东道国的司法管辖，即只能在当地通过诉讼解决。诸如此类的管辖限制条款，常被称为“分叉条款(fork-in-the-road clauses)”，其在偏向保护东道国主权的BIT中非常典型。此类“分叉条款”对同一法律问题的不同部分赋予不同的争端解决方式，加重了投资者的争议解决成本和负担，对投资者而言是十分不利的。而2009年《中比BIT》则对“分叉条款”做出了改变，规定国际仲裁可以适用于所有的“缔约一方投资者和缔约另一方间产生法律争议”。

在平安案中，平安公司提出的主张请求包括：（1）比利时政府未能对平安的投资予以保护，违反了平安关于比利时稳定、透明、可预期的法律和营商环境的正当期待；（2）比利时政府对平安的投资进行了征收；（3）比利时政府对平安的投资进行不正当干预，并在干预中不当得利；（4）比利时政府对平安的投资未能正常对待，且任意地、不合理地歧视平安的投资。可见，平安公司的仲裁诉求不仅仅包括“征收、国有化或其他类似措施的补偿额”，更包括违反完全保护和安全义务、不正当和歧视待遇等。就这些诉求，平安公司只能通过2009年《中比BIT》提交仲裁，而不能通过1986年《中比BIT》提交仲裁。通过上述比较，显然平安案仲裁庭最

终裁决2009年《中比BIT》不适用的结论对平安公司提出的投资权益保护主张是非常不利的。

除取消管辖权限制外，中国签订的新BIT在许多其他方面相较旧BIT也有很大改变。比如1986年《中比BIT》中没有有关国民待遇原则的表述，而2009年《中比BIT》则增加了国民待遇条款。又如2012年中、日、韩三国三边投资保护协定增加了“透明度”的规定，约定各缔约方应及时公布或用其他方式公开提供该方普遍适用的法律、法规、行政程序、行政裁决、司法判决，以及该缔约方加入的、与投资行为有关或影响投资行为的国际协定。各缔约方政府应让公众容易获得主管该法律、法规、行政程序及行政裁决的机关的名称及地址。而1986年《中韩BIT》中则没有此类规定。

## （2）中国BIT与港澳BIT比较

随着中国越来越多地参与到国际投资领域活动，中国签订的BIT数量正在逐年增加。就推进BIT签订的初衷，中国政府的态度异常明确：要为中国投资者对外投资提供法律保护武器。截止目前，中国已与150多个国家签订了BIT。而与之相反，港澳BIT数量则非常有限。迄今为止，香港仅与17个国家签订了BIT<sup>11</sup>，包括澳大利亚、奥地利、卢森堡、丹麦、芬兰、法国、德国、意大利、日本、韩国、科威特、荷兰、新西兰、瑞典、瑞士、泰国和英国。而其中仅有与芬兰、卢森堡、科威特及泰国的BIT签订于21世纪，其余均均是在1997年香港回归前后签订的。与此同时，澳门更是仅与葡萄牙及荷兰两国签订了BIT<sup>12</sup>。

特别需要强调的是，目前与港澳签订BIT的国家，绝大部分并不是“一带一路”沿线国家。换言之，如果无法适用中国BIT，港澳投资者在“一带一路”沿线地区实施对外投资将失去BIT的保护，这对投资者而言是非常不利的。

11 参见香港特别行政区律政司网站：<http://www.doj.gov.hk/chi/laws/table2ti.html>。

12 参见澳门特别行政区印务局网站：<http://cn.io.gov.mo/Legis/International/2/22.aspx>。

除了在数量上占据绝对优势，中国BIT相较港澳BIT在条约保护措施上也更为有利。比如，如前述所言，2012年中、日、韩三边签署的投资保护协定中规定有“透明度”条款，但香港与日本在1997年签订的BIT中则没有类似规定。在这种情况下，如果日本违反“透明度”条款，中国投资者可依据2012年的三边协议向日本政府主张权利，而香港投资者则无法依据1997年BIT保护自己。又如，就仲裁这一争端解决方式而言，由于香港和澳门并没有加入ICSID公约，大部分港澳BIT约定的争端解决方式是临时仲裁，而非像中国BIT规定的ICSID仲裁。相比ICSID在处理国际投资仲裁上拥有的较多实践经验，临时仲裁往往存在诸多不确定性，其裁决结果的可预见性较ICSID仲裁偏弱。

## 2、避免因设立SPV可能导致的“条约滥用”风险

在国际投资中，SPV的设立与使用具有独特的价值，其中包括可以间接地借助他国间BIT来保护对外投资。然而，由于SPV的使用越来越普遍，当发生投资争议时，东道国政府很有可能以主张“条约滥用”来抗辩国际仲裁庭对其争议无管辖权。

### (1) SPV的设立与使用

SPV通常由投资者在非投资国、投资者母国的第三国设立，其价值是利用投资国、投资者母国、第三国的相关法律法规，以达到降低税负、防止破产、方便资金流动、保护投资等目的。SPV公司的资产和负债通常相等，其通常为空壳公司，即没有实际运营或资产，仅有资金流动。

在国际投资中，SPV可以被用作投资者适用他国间BIT的媒介，从而更好地保护其投资。举例来说，倘若投资者母国并没有与东道国签订BIT，或其签订BIT对投资者保护较差的情况下，投资者可以考虑在另一与东道国

签订了较好的BIT的第三国设立子公司，由该子公司向东道国进行投资。如此就可以在争议发生时适用第三国与东道国签订的BIT，以达到保护投资的目的。

### (2) “条约滥用”原则

所谓“条约滥用”，是指当事人或国家以不正当手段获取其本不应享有的条约便利。“条约滥用”在国际投资仲裁中常常被东道国政府用来作为其在管辖权上抗辩的理由。如果投资者最终被仲裁庭认为构成“条约滥用”，则投资者将不被视作第三国与投资国间BIT下的“适格投资者”，进而将因无法适用该BIT而遭受败诉的风险。

在目前世界各国签订的BIT中均规定有法律适用条款，即只有当事国的合格投资者在东道国进行的投资才可援引BIT进行保护。非BIT项下合格的投资者在东道国进行的投资无法援引BIT。但由于设立SPV具有一定的目的性，且SPV通常并没有实际经营，因此，当出现国际投资纠纷时，仲裁庭很可能会认定投资者设立SPV的行为不正当，进而认定投资者构成“条约滥用”，剥夺其相关的BIT的权利。

### (3) “条约滥用”的判定标准

关于“条约滥用”的判定标准，著名的康菲案<sup>13</sup>仲裁庭有过详细的阐述。在该案中，美国与委内瑞拉并无BIT，而荷兰与委内瑞拉签订了较好的BIT。美国康菲公司在荷兰设立了三家SPV，通过这三家SPV在委内瑞拉进行投资。康菲称，由于这三家SPV都是荷兰公司，而荷兰与委内瑞拉签订了BIT，根据荷兰和委内瑞拉BIT的相关条款，这三家SPV构成合格“投资者”。委内瑞拉政府抗辩称，康菲设立这三家荷兰SPV的唯一目的就是在出现投资争议时，可以利用荷兰与委内瑞拉BIT中的相关条款将相关争议提交国际仲裁。因此，这三家SPV仅仅是“为方便而设立的公司 (corporations of convenience)”，不应构成荷兰与委内瑞拉BIT中所称的“投资者”。

仲裁庭认为，是否构成“条约滥用”，需要综合考

13 ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30).

虑公司设立的目的、公司运营以及当事人意图等。仲裁庭进一步分析认为，虽然有证据证明这三家SPV设立的目的之一是防范可能发生的投资争议，使其能够依据荷兰与委内瑞拉的BIT进行投资仲裁，但是从事实上来说，康菲公司在这三家SPV设立后，对这三家SPV不断进行注资，由这三家SPV持续对委内瑞拉进行投资。从这点来看，康菲在设立这三家SPV时，并没有预计到任何投资争议发生的可能，同时也并不希望投资争议的发生。相反，康菲通过注资的形式希望使投资项目得以有序地进行下去。从这个角度而言，康菲设立这三家荷兰SPV的主要目的并不是为了适用BIT，因而不构成“条约滥用”。

尽管在康菲案中，仲裁庭从康菲设立三家荷兰SPV的主要目的、此后的行为等方面综合分析，最终确认了其不构成“条约滥用”，但这并不意味着设立SPV不存在被认为构成“条约滥用”的风险。客观上，康菲设立荷兰SPV的行为之所以不构成“条约滥用”，是因为其在设立时并没有涉及投资争议或预计到投资争议的产生。然而，倘若某一公司在设立SPV时，就已经预计到相关投资争议可能会产生，则该设立SPV的行为很有可能被仲裁庭认为构成“条约滥用”。

#### (4) 港澳投资者适用中国BIT可避免“条约滥用”风险

如上所述，设立SPV固然可以通过借助适用第三国与东道国之间更好的BIT，对投资者提供保护，但同时也会面临“条约滥用”的风险。因此，就投资者而言，最稳妥和最希望看到的是其投资母国已经与东道国签订了BIT，倘若如此，投资者就不必再煞费苦心通过设立SPV间接地对其投资进行保护了。

从港澳投资者的角度来看，如果其在投资时只能适用港澳BIT而不能适用中国BIT，则由于港澳BIT在数量和保护措施上的局限，投资者在向与港澳没有签订BIT或BIT保护不佳的国家进行投资时，便不得不需要通过设立SPV的方式来保护投资。此时，“条约滥用”的风险将是不可避免的。而与之相反，如果港澳投资者能够适用

中国BIT，则将不再有此烦恼，此时投资者可直接将港澳作为平台对外投资，如此既能降低投资成本，也能减少因临时设立SPV而可能带来的不确定性。

### 3、促进“一带一路”战略下的港澳投资

港澳投资者若能适用中国BIT将会极大程度上促进对外投资，高度符合“一带一路”国家战略的设立宗旨。2013年9月，国家主席习近平首次提出“一带一路”战略构想。“一带一路”是合作发展的理念和倡议，是主动地发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

香港和澳门在推进“一带一路”战略中具有特殊地位和优势，能作为内地政府和企业“一带一路”建设的平台和视窗，成为内地企业“走出去”的重要基地和跳板。作为中国对外贸易所必经的港口之一，港澳的“跳板、桥梁、视窗”功能是无法取代的。也正因如此，众多大型国企将港澳作为对外投资的中转站和桥梁，以港澳投资者的身份间接地进行对外投资。然而，由于投资者对投资东道国的法律法规往往缺乏充分的认识，当出现投资争议时，如果没有合适的BIT保护，投资者的投资权益将无法得到保护。事实上，由于港澳签订的BIT数量极为有限，完全不足以覆盖“一带一路”沿线地区，因此，如果中国BIT不能适用，把港澳作为跳板的投资者未来很有可能面临投资权益无法得到保护的风险，这对“一带一路”战略的实施是非常不利的。相反，如果中国BIT可以适用于港澳投资者，则可大大消除港澳投资者在这方面的顾虑和担忧。

另一方面，港澳投资者若能适用中国BIT也将有助于港澳地区吸引外资。与对外投资相似，在吸引外国投资者赴港澳进行投资时，中国BIT的适用将会使得外国投资者拥有信心。中国BIT倾向保护投资者的价值取向将有效减少外国投资者的投资顾虑。

#### 四、港澳投资者适用中国BIT的建议及其可行性分析

尽管港澳投资者能否适用中国BIT目前存在不确定性和困境，但鉴于中国BIT存在的巨大价值以及适用的必要性，笔者建议，中国政府应当及时与港澳地方政府沟通协商，尽快相互明确中国BIT对于港澳投资者的可适用性。笔者认为，港澳投资者适用中国BIT并不与“一国两制”政策相违背、冲突或矛盾，相反完全符合当下国际仲裁庭倾向保护投资者的价值取向。

##### 1、港澳投资者适用中国BIT的设想及建议

###### (1) 征询港澳政府意见

如上文论述，目前港澳投资者适用中国BIT所面临的最主要困境来源是“一国两制”政策下关于中国BIT适用港澳投资者须事先征询港澳政府意见的限制性规定。在此限制下，由于港澳政府从未官方表示同意适用中国BIT，并且事实上，中国政府在《香港基本法》与《澳门基本法》颁布实施后也从未根据基本法规定，对任何包括中国BIT在内的中国缔结的国际条约的适用问题征询过港澳政府的意见，因此，中国BIT对港澳投资者的适用存在困境。

笔者建议，中央政府应当尽早寻求合适时机向港澳政府征询其对中国BIT适用的意见。与港澳政府达成中国BIT适用的共识是第一要务，而在未经与港澳政府沟通协商前，中央政府单独做出任何表态都是不适宜的。在Sanum案中，中国驻万象大使馆就曾在未经征询澳门政府意见前提下，直接表态《中老BIT》不适用于澳门特别行政区。笔者认为，中国驻万象大使馆为了个别诉讼做这样单方的表态是不适宜的，与《澳门基本法》相冲突。

###### (2) 明确中央政府态度

仅目前看来，中央政府对中国BIT适用港澳投资者并非持肯定态度。在Sanum案中，中国驻万象大使馆的表

态清楚无误地表明了其对中国BIT不适用于港澳的立场。就对外效果而言，无论中国驻万象大使馆在做出该表态前是否征询过中央政府的意见，该等表态应被视为是中央政府的表态。除此以外，中央政府尚未在任何正式场合对中国BIT是否适用港澳问题做出过表态。

如本文讨论，中国BIT若不能适用于港澳投资者将对港澳对外投资和吸引外资产生严重不良影响，尤其会对那些长期在港澳驻足经营的大型央企的对外投资保护产生阻碍。据此，笔者建议，中央政府应当尽快明确中国BIT适用港澳的肯定态度，通过出台相关法律和政策的说明或解释，树立港澳投资者适用中国BIT的信心，加大条约适用的可预见性。

##### 2、中国BIT适用港澳的可行性

笔者认为，中国BIT适用港澳符合大陆及港澳两地投资者的根本利益，不与“一国两制”政策相违背、冲突或矛盾。中国BIT的适用能够为港澳投资者提供港澳BIT之外的多一层投资保护，完全符合国际投资仲裁在“投资者保护”与“东道国主权”两个价值取向之间的取舍与权重。

###### (1) 符合“一国两制”的政治原意

如原国务院港澳办主任鲁平在其回忆录中的叙述：“一国两制”本意实际是维护香港资本主义制度不变。根据鲁平的回忆，当时香港回归的谈判极为艰难，中英双方在对如何保证香港资本主义制度不受大陆社会主义制度“侵蚀”问题上，争执不下。英国方面担心社会主义制度不利于香港的稳定和繁荣，因而坚持香港施行资本主义制度。经过长时间的谈判和磋商，最终在当时中国最高领导人邓小平决断下，“一国两制”模式应运而生。

从上述“一国两制”构想之初的政治原意可以看出，制定“一国两制”政策是为了保证香港的稳定和繁荣，保障资本主义制度在香港的实施。基于此，笔者认为，中国BIT适用港澳投资者非但不会危害香港资本主义

制度和自由生活方式，相反更有利于港澳的长期稳定和繁荣。一方面，正如Sanum案仲裁庭所指出的那样，不适用于港澳的那些条约应是那些向港澳强加了社会主义价值观或机构特色、影响港澳的市场自由秩序的，而港澳投资者适用中国BIT与社会主义法律制度的适用无关。另一方面，由于中国BIT能够为港澳投资者提供更全面、更深层的投资保护，适用中国BIT毫无疑问将会对港澳经济带来推动促进作用。总体而言，港澳投资者适用中国BIT完全符合“一国两制”的政治原意，不应被视作是对“一国两制”政策的违背。

#### (2) 不与港澳独立缔约权相冲突

与谢业深案仲裁庭的观点一样，笔者认为，港澳投资者适用中国BIT不影响港澳独立缔约权。首先，港澳投资者适用中国BIT，并不当然意味着港澳丧失了对外签订BIT的权利；相反，港澳政府依然可以根据港澳地区的实际情况，与其他国家、经济体单独签订适用港澳的BIT。第二，即便港澳和那些已经与中国签订BIT的国家、经济体单独签订BIT，根据现有情况，该BIT的实质内容与中国BIT的内容并没有冲突，相反可以互相补充。第三，如果港澳政府与其他国家、经济体单独签订了BIT，且其不愿意适用中国BIT，其可以选择与中国中央政府约定不适用某一部分的中国BIT。总体而言，担心适用中国BIT会侵犯港澳独立缔约权的顾虑是不必要的。

#### (3) 符合国际投资仲裁倾向保护投资者的价值理念

尽管谢业深案的仲裁裁决引发了许多争议和批评，而Sanum案的裁决已被新加坡高等法院撤销，但是通过仔细思考两例案件仲裁庭不约而同地做出有利于投资者的裁决结果及理由阐述，不难发现，在国际投资仲裁领域，偏向保护投资者利益是当今国际社会共同的价值理念和追求。笔者相信，谢业深案和Sanum案的仲裁庭正是出于对此种理念和价值的考量，在条约和相关法律对港澳投资者适用中国BIT问题规定并不清晰时，做出了有利于投资者的裁定。事实上，正如ICSID公约中所提到的，国际投资仲裁的设立目的正是为了保障在与东道国

进行国际投资争议解决中处于不利地位的投资者的合法权益。综上笔者认为，港澳投资者可适用中国BIT符合国际投资仲裁的理念和价值，应是值得鼓励的。

#### (4) 符合国际社会倾向与中国签订BIT的现实

在1997年7月1日和1999年12月20日中国政府恢复对港澳两地行使主权之后，港澳两地单独与他国签订的BIT不足10个。而与此同时，中国以主权国家的身份不断与全球各国签订新的BIT或更新旧的BIT。目前，中国正在与全球第一大国美国协商签订BIT。可以明显看出，随着中国经济的快速崛起，国际社会对中国市场的认同已远远超过港澳刚回归时期。正是对中国市场的趋之若鹜，国际社会才乐于与中国签订BIT，而与此同时，忽视了与港澳独立对外缔结条约。应该承认，正如Sanum案仲裁庭指出的那样，港澳根据国际法缔结国际条约的能力是有待验证的。换言之，国际社会更认可、倾向与中国签订BIT而非港澳。因此，在港澳BIT数量有限且难以增加，而中国BIT数量巨大且不断增加的现实状况下，中国BIT适用港澳具有及其重要的现实意义。笔者认为，随着中国对外投资的大量增加，港澳投资者适用中国BIT所面临的困境将会越来越明显，中国政府有必要也亟需对此困境的解决表明态度。


**陈鲁明**
**执业经验**

陈律师2011年加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。加入君合前，陈律师是美国众达律师事务所的合伙人。在此之前，陈律师曾在美国德普律师事务所和美迈斯律师事务所执业。

在赴美国学习和工作前，陈律师1986年至1992年在北京中国国际经济贸易仲裁委员会工作，担任副秘书长。在此期间，陈律师担任仲裁员，处理了多起对外贸易及外商投资纠纷，还代表中国政府和机构参加与国际组织的谈判。

陈律师在处理复杂的国际争议方面具有丰富的经验，擅长涉外仲裁、诉讼、调解和谈判。他擅长处理工程建筑争议，由外贸合同、长期采购合同、复杂的商业合同、股权及资产收购合同和合资合同引起的争议，以及涉及保险和破产的争议。陈律师现担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

陈律师在外商直接投资、项目融资、公司收购与兼并、能源及基础设施等方面具有长期和广泛的经验。陈律师广泛参与了外商在中国的各类投资项目，其中包括：代理多家跨国公司在不同行业进行直接投资；代理多家跨国公司在不同行业进行公司收购与兼并；代理外国能源公司在不同行业进行电力、天然气管道、污水处理及其它基础设施项目的开发及投资；代理外国风险基金在中国进行投资。陈律师还代表中国的公司到境外投资。

**教育背景**

复旦大学，获文学学士学位（1983）

复旦大学，获文学硕士学位（1986）

美国哈佛法学院，获法学博士学位（1995）

**专业组织**

陈律师具有中国执业律师和美国纽约州执业律师的资格。


**毕似恩**
**执业领域**

毕似恩律师专注于国内外商事仲裁与诉讼、劳动争议纠纷解决和日常法律事务咨询。

**执业经验**

毕似恩律师于2013年7月加入君合，主要从事国内外商事仲裁和诉讼业务，特别涉及国际贸易、国际仲裁、海内外投资争议、公司与股东间纠纷、产品责任等各领域，参与了数起劳动争议纠纷解决业务，并且就公司日常法律事务及合规性发表咨询意见。毕似恩律师在国际仲裁业务方面具有一定经验，对双边投资协定、国际公约及各国际仲裁机构仲裁规则有一定研究，并曾撰写过多篇相关文章。

**教育背景**

华东政法大学法学硕士（2013）

新加坡国立大学法学硕士（2013）

华东政法大学法学学士（2010）

香港城市大学法学交流（2008）

**专业组织**

毕似恩律师是全国律师协会的会员。

**工作语言**

普通话、英文、上海话


**陈雨崑**
**执业领域**

国际贸易、国际/国内商事诉讼仲裁、海事海商。

**执业经验**

陈雨崑律师于2014年12月至2015年4月在君合实习，2015年7月正式加入君合。陈律师在国际贸易、诉讼仲裁、海事海商，尤其是国际商事仲裁领域有一定的实践经验。其在华东政法大学学习期间，多次领导、参加著名的Willem C. Vis International Arbitration Moot国际商事模拟仲裁辩论赛（英文），并多次带领团队获得国内冠军、国际64强。陈雨崑律师的办案特点在于逻辑能力强，工作效率高。

**教育背景**

华东政法大学法律硕士（2015）

美国福特汉姆大学法学硕士（2014）

华东政法大学法学学士（2012）

**专业组织**

陈雨崑律师拥有中国法律职业资格。

**工作语言**

普通话、英语、上海话

# 浅析《外商投资产业指导目录 (2015年修订)》

缪晴辉 潘一鸣

引言：中国多年来对于外商投资一直采取逐案审批管理模式，即依据《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《外商投资产业指导目录》（以下简称“《目录》”）逐案审批外商投资项目和外商投资企业。外商投资项目分为鼓励类、允许类、限制类和禁止类四类，其中，允许类项目不列入《目录》。此外，还有《中西部地区外商投资优势产业指导目录》作为补充。

国家发展和改革委员会（以下简称“国家发改委”）和商务部于2014年对《目录》进行了第六次修订，并于2014年11月4日公开征求意见<sup>1</sup>（以下简称“《目录》征求意见稿”）。国家发改委和商务部于2015年3月13日正式发布了2015年修订的《目录》<sup>2</sup>（以下简称“2015年版《目录》”），这是《目录》自1995年公布以来的第六次修订。2015年版《目录》于2015年4月10日起施行。

本文将分析2015年版《目录》的变化及对特定行业的影响。

## 一、2015年版《目录》修订概况

国家发改委在答记者问时介绍了2015年版《目录》修订的主要原则及变化<sup>3</sup>。

### （一）2015年版《目录》修订的原则

据国家发改委介绍，2015年版《目录》修订主要有四方面的原则：

一是积极主动扩大开放。进一步推进一、二、三产业开放，重点扩大服务业和一般制造业开放，复制推广中国（上海）自由贸易试验区试点经验。

二是转变外资管理方式。充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，通过节能、环保、技术、安全等措施能够实现内外资一致监管的条目不列入限制类。

三是调整优化经济结构。鼓励外商投资现代农业、高新技术、先进制造、节能环保、新能源、现代服务业等领域，承接高端产业转移。鼓励外商投资研发环节。

四是进一步增加透明度。按照负面清单管理模式要

1 [http://www.ndrc.gov.cn/yjzx/yjzx\\_add.jsp?SiteId=85](http://www.ndrc.gov.cn/yjzx/yjzx_add.jsp?SiteId=85)。

2 [http://www.sdpc.gov.cn/gzdt/201503/t20150313\\_667334.html](http://www.sdpc.gov.cn/gzdt/201503/t20150313_667334.html)。

3 [http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/14/content\\_2833655.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/14/content_2833655.htm)。

求，所有外资股比规定均在《目录》中列明。

## （二）2015年版《目录》的主要变化

2015年版《目录》的变化主要体现在条目及行业两个方面。

从条目上看，一是大幅减少限制类条目，限制类条目从2011年版《目录》的79条减少到38条。二是放宽外资股比限制，“合资、合作”条目从2011年版《目录》的43条减少到15条，与“中方控股”有关的条目从2011年版《目录》的44条减少到35条。三是鼓励类条目数量基本不变，保持政策总体稳定性和连续性。鼓励类修改了76个条目，主要是调整指标和优化结构，促进外商投资使用新技术、新工艺、新材料、新设备，进一步提高利用外资质量。

从行业上看，在制造业领域，主要是取消钢铁、乙烯、炼油、造纸、起重机械、船舶舱室机械、输变电设备、煤化工设备、轻型直升机、汽车电子集成系统、名优白酒等行业的股比要求；有色金属冶炼、小型工程机械、普通轴承、感光材料、氯霉素等不再列入限制类；基本放开了一般制造业。在服务业领域，主要是取消和放宽了电子商务、连锁经营、支线铁路、地铁、轻轨、海上运输、演出场所等行业的股比要求；直销、邮购、进出口商品检验认证、铁路货物运输、保险经纪公司、财务公司、信托公司、货币经纪公司 etc 不再列入限制类；并将建筑设计、养老机构列入鼓励类。

通过以上分析可见，2015年版《目录》的确体现了前述四方面的修订原则。以下我们将分析2015年版《目录》鼓励类、限制类及禁止类项目的变化及其对特定行业的影响。

## 二、鼓励类项目

整体而言，鼓励类项目修订内容不多，只修改了76个条目。2015年版《目录》列举的条目数共有349条，其中，要求“合资、合作”的条目仅有7条，要求“中方控股”的条目仅有10条，要求“中方相对控股”的条目仅有1条。

同时，具体条目修改中以下几个方面值得重点关注：

**第一**，2015年版《目录》新增了“基于声、光、电、触控等计算机信息技术的中医药电子辅助教学设备，虚拟病理、生理模型人设备的开发与制造”、“物联网技术开发与应用”、“工业设计、建筑设计、服装设计等创意产业”、“养老机构”等鼓励类条目。

**第二**，个别原限制类项目因现阶段经济发展的需要而变为鼓励类项目：“电网的建设、经营（中方控股）”由2011年版《目录》的限制类条目被调整为2015年版《目录》的鼓励类条目。

**第三**，大大放开了外商投资的形式和持股比例的限制，例如“中药材种植、养殖”、“民用航空机载设备设计与制造”、“游艇的设计与制造”、“空中交通管制系统设备制造”等条目取消了“合资、合作”的限制；“高速铁路、铁路客运专线、城际铁路基础设施综合维修”、“演出场所经营”等条目取消了“中方控股”的限制。

**第四**，“会计、审计”条目删除了“限于合作、合伙”，但却首次增加了首席合伙人需具有中国国籍的限制。考虑到我国目前不承认双重国籍，尽管“会计、审计”从产业类别而言属于鼓励类，但新增加的这一条件却无疑是一个限制性条件。

**第五**，2015年版《目录》首次将养老机构列入鼓励类项目。我们注意到，在2015年版《目录》尚未正式发布前，商务部和民政部已于2014年11月24日公布了《商务部、民政部关于外商投资设立营利性养老机构有关事项的公告》，鼓励外国投资者在中国独立或与中

国公司、企业和其他经济组织合资、合作举办营利性养老机构。商务部、民政部鼓励外国投资者参与专门面向社会提供经营性服务的公办养老机构的企业化改制。外商投资营利性养老机构可以从事与养老服务有关的境内投资，鼓励外国投资者发展养老机构规模化、连锁化经营，开发优质养老机构品牌。在税收优惠和行政事业性收费方面，外商投资营利性养老机构与国内资本投资举办的营利性养老机构享有同等的税收等优惠政策和行政事业性收费减免政策。同时需注意，商务部和民政部要求各地政府不得批准通过改变养老设施建设用地用途、容积率等使用条件设立的外商投资房地产企业。外商投资营利性养老机构不得经营住宅贴现养老等业务。

### 三、限制类项目

限制类项目整体上修订内容最多。2015年版《目录》列举的条目数共有38条，其中，要求“合资、合作”的条目仅有8条，要求“中方控股”的条目仅有17条。

具体修订主要体现在以下几个方面：

**第一**，条目数大幅度减少，由79条减少至38条。值得注意的是涉及制造业、批发和零售业、房地产业的限制类条目大幅度减少甚至整体删除。同时，我们也注意到，《目录》2014年征求意见稿中曾经将“出版物印刷（中方控股）”、“电影院的建设、经营（中方控股）”、“大型主题公园的建设、经营”从限制类项目中删除，但2015年版《目录》则仍将其保留为限制类条目。

对于零售业，2015年版《目录》将“网上销售”从限制类项目中删除，也不再限制电子商务项目的外资比例。“网上销售”之前一直被列入2002年、2004年、2007年、2011年修订的《目录》的限制类项目，但是近年来，中国的电子商务快速发展，网络交易量可观。为了进一步促进电子商务健康快速发展，2013年4月15

日，国家发改委等13部门联合发布了《关于进一步促进电子商务健康快速发展有关工作的通知》，从统筹推进电子商务环境建设、推动电子商务企业会计档案电子化试点工作、推进商贸流通领域电子商务创新发展、完善跨境贸易电子商务通关服务、加快网络（电子）发票推广与应用等十四个方面继续加快完善支持电子商务创新发展的法规政策环境。随后，各地政府也纷纷制定了促进当地电子商务发展的规范性文件。考虑到在当前市场和法规政策环境下，继续限制外商投资电子商务领域显得不合时宜。所以，2015年版《目录》将“网上销售”从限制类项目中删除，也不再限制电子商务项目的外资比例是大势所趋。

此外，2015年版《目录》将“植物油、食糖、原油、农药、农膜、化肥的批发、零售、配送（设立超过30家分店、销售来自多个供应商的不同种类和品牌商品的连锁店由中方控股）”从限制类项目中删除。

对于金融业，2015年版《目录》将“财务公司”、“信托公司”、“货币经纪公司”、“保险经纪公司”从限制类项目中删除。值得注意的是，2015年版《目录》根据中国银行业监督管理委员会于2014年公布的《中资商业银行行政许可事项实施办法》及《中国银监会农村中小金融机构行政许可事项实施办法》，新增“单个境外金融机构及被其控制或共同控制的关联方作为发起人或战略投资者向单个中资商业银行投资入股比例不得超过20%，多个境外金融机构及被其控制或共同控制的关联方作为发起人或战略投资者投资入股比例合计不得超过25%，投资农村中小金融机构的境外金融机构必须是银行类金融机构”作为“银行”条目的限制。此外，2015年版《目录》还根据中国证券监督管理委员会2012年修订的《外资参股证券公司设立规则》及《证券公司设立子公司试行规定》放宽了证券公司的外资比例，并将“证券公司”条目的限制修改为“设立时限于

从事人民币普通股、外资股和政府债券、公司债券的承销与保荐，外资股的经纪，政府债券、公司债券的经纪和自营；设立满2年后符合条件的公司可申请扩大业务范围；外资比例不超过49%”。

对于房地产业，2015年版《目录》将原先的限制类条目整体删除。2015年版《目录》公布前，我国对于外商投资房地产业设立了严格的准入要求。从2006年起，为了规范房地产市场外资准入和管理，建设部、商务部、国家发改委、中国人民银行、国家工商行政管理总局和国家外汇管理局于2006年7月11日联合发布了《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》。随后，商务部、国家外汇管理局和建设部等部门也制定了配套的规范性文件。根据这些规定，境外机构和个人在境内投资购买非自用房地产，应当遵循商业存在的原则，申请设立外商投资房地产企业；外商投资从事房地产开发、经营，应遵循项目公司原则；外商投资房地产企业的设立、变更等事项必须完成商务部备案手续；对未完成商务部备案手续的外商投资房地产企业，外汇管理部门、外汇指定银行不予办理资本项目结售汇手续等。这些规定对于外商投资房地产业造成了巨大的影响。2015年版《目录》正式实施后，继续适用目前严格控制房地产市场外资准入和管理规定将与2015年版《目录》相违背，这些规定是否将修改或者废止，我们将拭目以待。

第二，原鼓励类条目被调整为限制类条目。“高等教育机构（限于合资、合作）”由2011年《目录》的鼓励类条目调整为2015年版《目录》的限制类条目（条目的形式修改为限于合作、中方主导）。

第三，增加中方主导的限制。“高等教育机构”、“普通高中教育机构”和“学前教育机构”除了限制必须采用合作的形式外，还要求中方主导。2015年版《目录》明确规定，中方主导是指校长或者主要行政负责人应当具有中国国籍，中外合作办学机构的理事会、董事

会或者联合管理委员会的中方组成人员不得少于1/2。

#### 四、禁止类项目

禁止类项目整体上修订内容也不多，2015年版《目录》列举的条目数有36条。

首先，删除了部分条目，例如“我国传统工艺的绿茶及特种茶加工（名茶、黑茶等）”、“开口式（即酸雾直接外排式）铅酸电池、含汞扣式氧化银电池、含汞扣式碱性锌锰电池、糊式锌锰电池、镉镍电池制造”。同时，我们还注意到，尽管《目录》2014年征求意见稿曾将“音像制品和电子出版物的制作业务（中方控股）”调整为限制类条目，但2015年版《目录》则仍将此保留为禁止类条目。

其次，个别原限制类项目被调整为禁止类项目。“烟草的批发、零售”由2011年《目录》的限制类条目调整为2015年版《目录》的禁止类条目，条目内容修改为“烟叶、卷烟、复烤烟叶及其他烟草制品的批发、零售”。“法律咨询”则由2011年《目录》的限制类条目调整为2015年版《目录》的禁止类条目，条目内容修改为“中国法律事务咨询（提供有关中国法律环境的信息除外）”。前述“除外”条款允许外国投资者可以在中国从事“提供有关中国法律环境的信息”这一中国法律事务咨询，有鉴于2015年版《目录》并没有对“中国法律环境的信息”作出定义，具体在实践中如何理解及操作还需关注司法部日后就此出台的规定或作出的解释。

#### 五、结语

2015年版《目录》是《目录》的历次修订中力度最大的一次，此次修订所体现的大趋势是各个产业逐渐向

外资全面开放，但与此同时，我们也留意到有些领域却在收紧，例如教育业，2015年版《目录》不仅将原先一条限制类条目增加至三条（其中还有一条原属于鼓励类条目）外，还增加中方主导的限制。

总体来说，2015年版《目录》给外国投资者带来巨大利好，也体现了我国政府进一步鼓励外商投资、增

加透明度、降低市场准入门槛的决心。伴随着2015年版《目录》的生效，我们希望《外国投资法》及负面清单也能尽快正式颁布生效。我们相信未来外商投资领域的立法将发生巨大变革，而该等变革极有可能推动新一轮的外商投资热潮，这将对中国未来经济建设产生积极的促进作用。我们对此充满了期待！



**缪晴辉**

**执业领域**

金融、外商投资、企业重组并购、房地产、国内企业境外投资。

**执业经验**

缪晴辉律师于2011年7月以合伙人身份加入君合律师事务所。缪律师执业以来一直服务于金融、外商投资、企业重组并购、房地产、国内企业境外投资等领域，积累了丰富的业务经验。曾代理或正在代理的客户包括：中国东方资产管理公司、花旗环球金融亚洲有限公司、中国银行广东省分行、中国进出口银行广东省分行、中国电力投资集团南方分公司、中国对外贸易广州展览总公司、三井物产株式会社、太古集团、联邦快递、3M等。

**教育背景**

复旦大学和中山大学获得法学学士学位和法学硕士学位  
英国律师学院颁发的普通法研究生文凭（CPE/PgDL）  
香港大学颁发的法律专业文凭（PCLL）

**执业资格**

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

**工作语言**

英文、中文（普通话及广东话）



**潘一鸣**

**执业领域**

潘一鸣律师专注于外商投资、并购、房地产事务。

**执业经验**

2007年11月至2011年7月期间，潘一鸣律师于在孖士打律师事务所北京代表处担任律师助理。潘一鸣律师于2011年7月加入君合律师事务所。2013年参加英格兰及威尔士出庭律师协会举办的中国青年律师培训项目。

**教育背景**

广东外语外贸大学工商管理学士及法学学士学位（2004年）  
广东外语外贸大学法学硕士学位（2007）

**专业组织**

潘一鸣律师是广州律师协会的会员。

**工作语言**

普通话、广东话、英语

# 《外商投资产业指导目录（2015年修订）》之教育领域

董 潇 刘 睿

2015年3月10日，国家发展和改革委员会、商务部联合发布了《外商投资产业指导目录（2015年修订）》（以下简称“《2015年目录》”），取代了2011年12月24日发布的《外商投资产业指导目录（2011年修订）》（以下简称“《2011年目录》”）。《2015年目录》自2015年4月10日起施行。

《2015年目录》进一步放宽了外资准入，比如扩大制造业领域开放程度、取消服务业领域股比限制，大幅度削减限制类项目等。我们注意到，与其他领域开放扩大的趋势相比，教育领域的开放整体上似乎有所收紧。我们将《2015年目录》中教育领域相关的政策变化简要总结如下：

## 一、鼓励类

《2011年目录》中“职业技能培训”为鼓励类外商投资项目，但目录并未区分学制类和非学制类职业技能培训。在《2015年目录》中，非学制类职业培训机构被明确为鼓励类外商投资项目，这意味着学制类职业培训机构在《2015年目录》下为允许类。

我们也关注到最近国家政策层面对职业教育的鼓励。2014年6月，习近平总书记对职业教育作出了重要批示，强调必须高度重视、加快发展现代职业教育<sup>1</sup>。今年李克强总理在“两会”上的政府工作报告再次明确提出要全面推进现代职业教育体系建设。<sup>2</sup>

2014年5月2日，国务院发布《国务院关于加快发展现代职业教育的决定》，明确引导社会力量参与到职业教育中，支持各类办学主体通过独资、合资、合作等多种形式举办民办职业教育。社会力量举办的职业院校和公办职业院校具有同等的法律地位，依法享受相关教育、财税、土地、金融等政策。

与传统的以升学为目的的学制类教育相比，职业教育是以就业为导向的教育，能够更直接地服务于产业发展和升级，有效地缓解就业压力。根据教育部副部长鲁昕在人民网的访谈内容<sup>3</sup>，2014年，中国共有职业院校1.33万所，每年招生近970万人，在校生已达到近2810万人，各类各级非学历教育学生注册生数达5350万人。随着产业升级的不断推进，对职业教育人才的需求也将继续扩大。

1 新华网：[http://news.xinhuanet.com/edu/2014-07/10/c\\_126730662.htm](http://news.xinhuanet.com/edu/2014-07/10/c_126730662.htm)。

2 人民网：<http://lianghui.people.com.cn/2015npc/n/2015/0305/c394298-26642056.html>。

3 人民网：<http://ft.people.com.cn/directList.do?fid=9234>。

## 二、限制类

### 1、高等教育

高等教育机构由《2011年目录》下的鼓励类变为《2015年目录》下的限制类，且限制性条件由“限于合资、合作”变为“限于合作、中方主导”。《2015年目录》进一步解释“中方主导”是指校长或主要行政负责人应当具有中国国籍，中外合作办学机构的理事会、董事会或者联合管理委员会的中方组成人员不得少于1/2。

在《2011年目录》下，尽管限制性条件为限于合资或合作，但在现有的法律框架下，设立中外合资或中外合作教育机构并无法律依据。现行的《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》规范的是营利性法人，而中国法原则上要求教育机构不以营利为目的。因此在实践中，外国教育机构往往只能通过中外合作办学的形式与中方在高等教育领域开展合作。而在中外合作办学的模式中，境外投资者必须是符合要求的教育机构，这使得合作办学模式的适用范围受到了比较大的限制。

可以看出，在《2015年目录》下，外国投资者（教育机构）仍然只能通过中外合作办学的形式与中国教育机构开展高等教育领域的合作，且必须由中方主导。

从高等教育机构由鼓励类变为限制类这一变化，可以看出国家对于该领域中外合作办学的态度。这一变化也旨在落实2012年《国家中长期教育改革和发展规划纲要（2010-2020）》和《教育部办公厅关于加强涉外办学规范管理的通知》<sup>4</sup>中对于提高涉外办学质量、加强规范管理的相关要求，以进一步保护学生利益。

### 2、普通高中教育机构

普通高中教育机构在《2015年目录》下仍为限制类，且附加了中方主导的条件。和高等教育机构类似，在现有法律框架下，外国教育机构只能通过中外合作办学的形式与中国教育机构开展普通高中教育领域的合作。

值得注意的是，近日，公办学校通过中外合作办学形式设立的国际班的合理性受到越来越多的质疑，原因在于它的高收费、课程质量参差不齐、挤占公立学校资源、加剧教育不公平等。各地纷纷开始收紧公办学校国际班。如，从2015年开始，深圳只有3所有“牌照”的公办普通高中还可以招收国际班新生<sup>5</sup>；而在北京，我们了解到此前已暂停审批新的高中中外合作办学项目。上述变化可能意味着，未来民办学校将成为引进国际教育资源的主力，以满足社会不同群体的教育需求。据报道，教育部可能在近期下发对中学阶段国际教育的指导意见<sup>6</sup>。对此我们也将持续关注。

### 3、学前教育机构

《2011年目录》未对学前教育机构进行规定，意味着学前教育为允许类。《2015年目录》将学前教育机构纳入限制类，且限于合作、中方主导。我们注意到，在2014年11月4日发布的《外商投资产业指导目录》（征求意见稿）中，曾将“育幼教育”作为限制类项目，但该表述在《2015年目录》正式出台时调整为“学前教育”。

## 三、禁止类

在《2015年目录》中，义务教育仍为禁止类项目，外资仍然无法进入相关领域。

4 教育部：[http://www.moe.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/s6491/201204/xxgk\\_133915.html](http://www.moe.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/s6491/201204/xxgk_133915.html)。

5 人民网深圳站：<http://sz.people.com.cn/n/2015/0203/c202846-23777091.html>。

6 网易教育：[http://edu.163.com/15/0311/13/AKEA301N00294MBF\\_all.html](http://edu.163.com/15/0311/13/AKEA301N00294MBF_all.html)。

#### 四、简评

《2015年目录》相较于《2011年目录》在整体上有收紧教育领域外商投资的趋势。但同时，我们应当看到，限制更加严格（特别是高等教育、普通高中教育领域）可

能是过去的涉外办学中体现出的一系列问题导致的，比如教育质量参差不齐、项目不合规、中方参与度不高、资源被浪费等。《2015年目录》将更有利于使真正优质的教育资源进入中国教育市场并参与竞争。同时，国家对职业教育的推动和鼓励也值得外国投资者关注。



**董 潇**  
**执业领域**

外商投资、收购兼并及一般公司事务、信息和隐私法。

#### 执业经验

董潇律师为君合律师事务所合伙人。

董潇律师于2004年加入君合律师事务所，主要从事外商投资、收购兼并及一般公司事务等方面的法律工作。董潇律师所参与项目代表的客户包括多家大型跨国企业、股权投资基金、国有及民营企业，涉及各类不同行业，特别包括电信和互联网、高科技及教育业等，并涉及各种类型的交易和法律服务。她所从事的法律业务不仅包括为外国客户在中国境内投资的各方面提供法律咨询，如法律实体设立、运营中的各种法律事务、各类收购兼并业务，也包括以跨境业务的经验为中国客户在境内外的收购业务提供法律服务。她也帮助在境外投资的中国公司通过新设实体、或境外并购的方式实现在境外扩张。

董潇律师特别在信息和隐私保护法方面有丰富的经验，为多家境内外公司提供隐私政策、合规管理、数据转移、数据安全等各方面的法律咨询服务。董潇律师是Global Privacy and Security Law一书中国法部分的作者，也作为中国律师代表参加了Multilaw Data Privacy Solution的筹备工作。

2007至2008年度，董潇被外派至Macfarlanes律师事务所伦敦办公室工作一年。外派期间，董潇律师在私募基金及跨境交易等方面积累了经验。

#### 教育背景

北京大学法学院，法学学士学位。

#### 执业资格

董潇律师具有中国律师执业资格，现为中华全国律师协会会员。

#### 工作语言

普通话、英语



**刘 睿**  
**执业领域**

外商直接投资、公司并购、境外投资、一般公司法律事务。

#### 执业经验

刘睿律师于2008年10月加入君合。加入君合后，主要从事外商直接投资、外资并购、境外投资等法律事务以及一般公司事务的法律服务。刘睿律师所参与项目代表的客户包括多家大型跨国企业、国有及民营企业、股权投资基金、信托公司等，涉及包括矿业、能源、教育、汽车、医疗、房地产、融资租赁等多个领域。

刘睿律师从事的主要工作包括：为外国投资者在中国境内投资提供全方位的法律咨询服务，包括为投资实体（如中外合资、外商独资）的设立、变更所涉事项以及日常经营提供法律服务；刘睿律师还曾代表多个跨国企业为其跨境收购提供法律服务，工作内容包括进行尽职调查、参与各方谈判以及起草交易文件等。在境外投资领域，刘睿律师亦积攒了丰富的经验，曾代表多个民营/国有企业，为其在境外的新设或并购活动提供相关法律服务。

刘睿律师还在国家秘密的保护等领域进行了较为深入的研究并积攒了丰富的经验，曾经为多家知名跨国公司提供过关于国家秘密保护法方面的法律咨询服务。

刘睿律师自2009年起担任君合刊物《君合人文》的编辑。

#### 教育背景

北京大学法学学士（2006）

加拿大西安大略大学（University of Western Ontario）法学硕士学位（2007）

#### 执业资格

刘睿律师有中国律师执业资格。

#### 工作语言

普通话、英语

# 《外商投资产业指导目录（2015年修订）》之互联网文化领域

陈伟 孙玄

2015年3月10日，国家发展和改革委员会、商务部联合发布《外商投资产业指导目录（2015年修订）》（以下简称“《2015年目录》”），自2015年4月10日起施行。同时，2011年12月24日发布的《外商投资产业指导目录（2011年修订）》（以下简称“《2011年目录》”）予以废止。对于近年来持续热门的互联网文化领域，例如社交网站、在线视听、在线游戏等产业（以下统称“互联网文化产业”），《2015年目录》没有出现多少改变，继续此前的严格限制或禁止态度，并进一步明确地将网络出版服务纳入外商投资禁止类。

互联网文化产业中，经营者一般建立自有网站、应用程序等网络平台，向用户提供音乐、视听节目、文字、游戏等作品，或者允许用户自行上传视频、文字、音乐等作品，例如新浪微博、腾讯微信、优酷、虾米音乐、盛大游戏等等。根据我国现行的电信分类管理体制，互联网文化产业首先隶属于增值电信业务中的互联网信息服务业务，须取得工业和信息化部或其地方分支机构（以下统称“工信部”）核发的互联网信息服务许可证或者涵盖互联网信息服务的增值电信业务许可证。同时，对于互联网文化产业所涉及的新闻、出版、视听节目、文化产品等特殊内容，经营者还须取得相关主管部门的审核同意，而这类相关主管部门中主要是指文化部和新闻出版广播电影电视总局（以下简称“广电总局”）。因此，互联网文化经营者受到互联网产业以及文化产业的双重监管，而外商投资互联网文化产业也

即受制于这两方面的准入限制。对比《2011年目录》与《2015年目录》，并结合其他有关部门规章，互联网文化产业外资准入政策归纳如下：

## 一、互联网信息服务

根据《2015年目录》，外商投资增值电信业务，外资比例不超过50%，电子商务除外。因此，外商投资互联网信息服务，也须遵循50%的股权比例限制。《2011年目录》也将增值电信业务列入限制类，并规定了50%的比例限制。相比之下，《2015年目录》仅放开了电子商务的股权比例限制，对于互联网文化产业来说，并没有实质性改变。

## 二、互联网文化内容服务

### 1、新闻网站

《2011年目录》和《2015年目录》均将新闻网站列为外资禁止类项目，这一态度与2005年出台的《互联网新闻信息服务管理规定》保持一致。根据《互联网新闻信息服务管理规定》，新闻信息是指时政类新闻信息，涵盖有关政治、经济、军事、外交等社会公共事务的报道、评论，以及有关社会突发事件的报道、评论，并规定任何组织不得设立中外合资经营、中外合作经营和外

资经营的互联网新闻信息服务单位。我们认为，这一领域具有一定的敏感性和社会导向性，因此禁止外资进入这一领域也属于意料之中。

## 2、网络视听服务

对于网络视听服务，《2015年目录》与《2011年目录》同样将其列入禁止类项目。除此之外，2007年颁布的《互联网视听节目服务管理规定》中强调，互联网视听节目服务供应商一般须为国有或国家控股企业。就上述，广电总局在其后的有关通知中重申，互联网视听节目服务的申办主体，包括多家国有资本股东股份之和绝对控股的企业和国有资本相对控股企业（非公有资本股东之间不能具有关联关系），不包括外资入股的企业；但是，在《互联网视听节目服务管理规定》颁布前从事网络视听服务的供应商在未违反相关法律法规的情况下，可持续经营互联网视听节目服务，即使并非国有或国家控股，但上述豁免不适用于有关规定发布后的建立的服务供应商。《2015年目录》延续了此前对于网络视听服务的禁止政策。

## 3、网络出版服务

相比《2011年目录》，《2015年目录》在文化、体育和娱乐业禁止类项目中新增一项，即网络出版服务。根据2002年颁布的《互联网出版管理暂行规定》，网络出版服务是指互联网信息服务提供者将自己创作或他人创作的作品经过选择和编辑加工，登载在互联网上或者通过互联网发送到用户端，供公众浏览、阅读、使用或者下载的在线传播行为，作品主要包括已正式出版的图书、报纸、期刊、音像制品、电子出版物等出版物内容或者在其他媒体上公开发表的作品以及经过编辑加工的其他方面的作品。也就是说，外国投资者被禁止通过互联网登载、发送图书、报纸、期刊、音像制品以及电子出版物等作品。

值得注意的是，《新闻出版总署、国家版权局、全国“扫黄打非”工作小组办公室关于贯彻落实国务院<“三定”规定>和中央编办有关解释，进一步加强网络

游戏前置审批和进口网络游戏审批管理的通知》（2009年9月28日实施，以下简称“《网络游戏审批通知》”）规定，将网络游戏内容通过互联网向公众提供在线交互使用或下载等运营服务是网络游戏出版行为，必须取得《互联网出版许可证》。鉴于网络游戏落入必须取得网络出版许可的范畴，外国投资者也被禁止参与到网络游戏运营中。此外，《网络游戏审批通知》还明确规定外商禁止以任何形式参与到网络游戏运营服务中，包括以独资、合资、合作等方式在中国境内投资从事网络游戏运营服务，通过设立其他合资公司、签订相关协议或提供技术支持等间接方式实际控制和参与境内企业的网络游戏运营业务，以及将用户注册、账号管理、点卡消费等直接导入由外商实际控制或具有所有权的游戏联网、对战平台等方式，变相控制和参与网络游戏运营业务。

虽然早在2005年，《文化部、国家广播电影电视总局、新闻出版署、国家发展和改革委员会、商务部关于文化领域引进外资的若干意见》（文办发〔2005〕19号）就已经规定了禁止外商从事网络出版业务，但《2011年目录》并没有将其列入禁止类。《2015年目录》把外商投资网络出版明列为禁止类，反映了互联网文化领域监管趋于收紧的态势。

## 三、互联网文化经营

《2015年目录》与此前《2011年目录》一样，将互联网文化经营纳入禁止类项目，音乐除外。根据2011年修订的《互联网文化管理暂行规定》，互联网文化产品主要包括：（一）专门为互联网而生产的网络音乐娱乐、网络游戏、网络演出剧（节）目、网络表演、网络艺术品、网络动漫等互联网文化产品；（二）将音乐娱乐、游戏、演出剧（节）目、表演、艺术品、动漫等文化产品以一定的技术手段制作、复制到互联网上传播的互联网文化产品。根据该规定，外国投资者被禁止进入上述互联网文化产品的制作、复制、进口、发行、播放、登载等活动。虽然《2015年目录》与《2011年目录》均把音乐排除在外，但在实践中，除了港澳资本基于CEPA的安排可以得到批

准外，文化部门尚未对其他境外资本开放在线音乐业务。

### 简评：

《2015年目录》下，外商投资互联网文化产业，一方面仍受制于增值电信业务50%的股比限制（电子商务除外）；另一方面，《2015年目录》仍延续了《2011年目录》对于互联网文化产业的禁止外资准入态度，将新闻网站、网络出版服务、网络视听节目服务、互联网文化经营列为禁止性项目，并且对《2011年目录》禁止类中“遗漏”的网络出版服务，明确列入加以强调。因此，外商投资新闻网站、网络出版服务、网络视听节目以及互联网文化经营产业，仍然面临被禁止的政策环境；但若该等互联网文化产业不涉及新闻、出版、视

听、文化经营和其他需要特别监管的领域（包括医药、医疗、医疗器械、教育等），则可通过设立外资股比不超过50%的合资公司的方式进入中国。

对于“历史悠久”的采用VIE结构进入互联网文化产业的外国投资者，随着商务部2015年1月19日公布《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），已经被再次抛在了风口浪尖。《征求意见稿》对于既存的VIE结构如何处理并未作出规定。但是，《征求意见稿》发布同时，商务部指出了几个供公众讨论的既存VIE的处理方向。在商务部指出的几个方向中，可以看出，对实际控制人为中国投资者的既存VIE结构，未来或可得到“正名”；但是，对于实际控制人为外国投资者的既存VIE结构，未来或须取得外资准入许可后，方可保留。然而，对于采用VIE结构进入外资准入禁止类的投资，届时能否取得外资准入许可，必将是个巨大的“问号”。



**陈伟**  
**执业领域**

自2011年初国家安全审查制度建立以来，陈伟律师一直致力于该领域的研究，已经承办多个跨国公司安全审查申报项目，其中包括君合首例安全审查申报。

### 执业经验

陈伟律师为君合律师事务所合伙人。

陈伟律师于2004年加入君合律师事务所，现在君合北京总部执业。陈伟律师主要业务领域为跨境兼并与收购、私募股权投资、外商直接投资、境外投资和国家安全审查，并在电信、医药、企业境内外上市和融资等领域有相当经验。

陈伟律师为众多知名的跨国公司、私募基金和国有企业提供法律服务，涉及的行业包括能源、航空、汽车、房地产、医药、通信、金融服务、保险和制造业等领域。陈伟律师业务全面，多次承办大型、复杂的国内外并购和投资项目，在项目中为客户提供法律咨询、尽职调查、交易方案设计、交易文件起草和谈判、出具法律意见书、招股书起草、政府报批等各种法律服务。陈伟律师擅长交易结构设计及法律文件起草，并倾力于在复杂、独特的项目局面或新颖的法律事务中为客户提供富有建设性并切实可行的法律意见。

### 工作语言

普通话、英语



**孙玄**  
**执业领域**

孙玄律师专注于跨境并购、外商投资、合规、一般公司事务。

### 执业经验

孙玄律师于2013年在君合北京开始执业。孙玄律师主要从事公司法律事务、合规、并购和外商直接投资等方面法律工作，在电信、医疗、酒店服务业以及公益法方面较有经验。孙玄律师在众多跨境并购、企业重组、合资等重大项目中提供法律服务，其中不少项目涉及多重政府审批、国有产权转让和外商投资限制。孙玄律师还为多家著名跨国企业提供合规和公司日常法律咨询，并就外商投资互联网行业提供投资架构规划和法律咨询服务。

### 教育背景

北京大学法学硕士（2013）

北京大学法学学士（2011）

北京大学国家发展研究院经济学学士（2011）

### 工作语言

普通话、英语

# 《外商投资产业指导目录（2015年修订）》之食品药品和医疗领域

封锐 李雷 李泽宇

国家发改委和商务部于2015年3月13日正式发布了新修订的《外商投资产业指导目录》（以下简称“《目录》”）。该新版《目录》将取代2011年实施的旧版《目录》，并于2015年4月10日开始正式施行。在食品药品和医疗领域，我们关注到《目录》发生了如下变化：

## 一、鼓励类项目

在医药领域，各类用途的蛋氨酸生产都被纳入了鼓励类中，而不再仅限于旧版《目录》规定的饲料用蛋氨酸；对于原即属于鼓励类的新型抗癌药物、新型心脑血管药、新型神经系统用药及新型诊断试剂的生产，鼓励范围进一步扩大到了开发阶段。

唯一从鼓励类项目中被删除的是生物疫苗生产。旧版《目录》于2011年实施之时，我国疫苗生产能力储备不足，难以做到紧急大量扩产，应对疫情大规模爆发和生产以外波动的手段薄弱，急需突破大规模生产技术制

约瓶颈，努力缩小与国际先进水平差距<sup>1</sup>，因此鼓励外资进入该领域。经过多年努力，我国疫苗的生产能力、生产水平，新疫苗的研发水平有了很大的提高<sup>2</sup>。2014年7月，我国疫苗的生产过程、安全性、有效性均以高分通过了世界卫生组织专家评估，已符合国际最高标准，可提供10亿人次/年剂量的疫苗，已经能够满足国内大众防疫需求<sup>3</sup>。因此，此次新版《目录》将生物疫苗生产从鼓励类中删除。

新版《目录》中，“中药材种植、养殖”其后的“限于合资、合作”字样被删除。这表明，今后在我国以外商独资形式开展中药材的种植、养殖将同样受到国家鼓励。

在专用设备制造业项下，全自动酶免系统设备制造被移出鼓励类项目，但新增加了全自动生化监测设备、五分类血液细胞分析仪、全自动化学发光免疫分析仪、高通量基因测序系统制造。

在健康服务领域，“养老机构”被明确纳入到鼓励

1 发展改革委、科技部、工业和信息化部、财政部、农业部、卫生部、食品药品监督管理局，《疫苗供应体系建设规划》，2011.12.22

2 王君平，《我国疫苗质量标准基本达到国际水平》，人民日报，2013.12.25

3 沈阳，《世界卫生组织确认我国疫苗产品水平达到全球最高水准》，光明网，2014.07.06

类目录中。由于计划生育和独生子女政策的实施，中国老龄化进程极快，老龄人口数目迅速增加。而目前政府主办的养老院床位严重不足，大多数老龄人口，包括失能与部分失能人员不得不在家养老。在2010年以后，中国政府已经推出多项政策鼓励社会资本进入老年看护市场，包括建设民办养老院等。政府同时给出多项鼓励政策，包括税务减免及优惠土地政策。此外，商务部和民政部已于2014年11月24日公布了《关于外商投资设立营利性养老机构有关事项的公告》，鼓励外国投资者在中国独立或与中国公司、企业或其他经济组织合资、合作举办营利性养老机构；鼓励外国投资者参与专门面向社会提供经营性服务的公办养老机构的企业化改制；外商投资营利性养老机构可以从事与养老服务有关的境内投资；鼓励外国投资者发展养老机构规模化、连锁化经营，开发优质养老机构品牌。在税收优惠和行政事业性收费方面，外商投资营利性养老机构与国内资本投资举办的营利性养老机构享受同等的税收等优惠和行政事业性收费减免优惠。

同时需注意，商务部和民政部要求各地政府不得批准通过改变养老设施建设用地用途、容积率等使用条件设立的外商投资房地产企业。外商投资营利性养老机构不得经营“住宅贴现”养老业务。

总体来说，随着人口老龄化的进一步加快及社会财富的增加，为鼓励外资、民间资本提供不同层次的养老服务，满足不同社会阶层的养老需求，外商投资养老机构在中长期内有望得到政策的支持与鼓励。

在食品饮料领域，食品配料生产被从鼓励类中移除，代之以天然香料新技术开发与生产，其余项目内容不变。

## 二、限制类项目

限制类目录项下的变动较大，基本上可以概括为放

药限医。

首先，有关医药制造业项下所有内容均被删除。这意味着旧版《目录》下的各类抗生素、解热镇痛类药物以及各类维生素和口服钙剂的生产，都将进入外商投资允许类项目的范围。

第二，随着国内疫苗生产企业的实力增强以及相关领域市场化的政策导向，对于纳入国家免疫规划的疫苗品种生产，新修订的《目录》放开了对外资的限制。

第三，新版《目录》放开了对外资生产血液制品的限制，从此血液制品生产变更为允许类。我国目前血液制品行业供求之间存在巨大缺口，产品供给高度紧缺，行业需求短期内无法满足<sup>4</sup>。外商投资血液制品生产项目从限制类变更为允许类，有助于加快外国资本和技术的引入，以期通过提高血浆的综合利用率，在有限的原料血浆中获得更多的产品，降低生产成本，提高企业竞争力，努力改变供给紧缺局面。

第四，在新版《目录》中，国家不再要求麻醉药品及一类精神药品原药的生产必须由中方控股进行。

引人关注的是，修订后的限制类目录中新增了医疗机构，并将外资参与此类项目的形式明确限定为合资或合作。2011年的旧版《目录》本已取消了外商投资医疗机构限于合资、合作的限制；2013年国务院发布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》明确允许外商在上海自贸区设立独资医疗机构；2014年7月，国家卫计委和商务部还发布了《关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》（以下简称“**2014年试点通知**”），将境外投资者独资设立医院的试点扩大至京津沪粤等七个省市。新版《目录》对此项的修订，实际上终止了2014年试点通知继续扩大外资医院试点地域范围的趋势。此次《目录》修订之后，是否会保留部分地区外资医疗机构的试点，尚待明确。

在食品饮料领域，原糖加工被新列入限制类项目，但原有的黄酒和名优白酒生产被移出限制类目录。

4 贡晓丽，《血液制品过半缺口待补》，中国科学报，2014.09.10

### 三、禁止类项目

与医疗健康相关的禁止类项目此次大致维持原状，珍贵中药材加工、中药饮片的蒸、炒、炙、煨等炮制技术的应用、中成药保密处方产品的生产仍然被列在禁止

类目录中。

人体干细胞、基因诊断和治疗技术开发和应用仍然属于禁止类项目。

在食品饮料领域，我国传统工艺的绿茶及特种茶加工被解禁，进入到允许类项目范围内。



#### 封锐

##### 执业领域

封锐律师曾代表多家跨国公司、国内企业以及私募股权投资基金在中国的收购、合资、私募、重组和投资退出项目。封锐律师擅长在大型的中外合资项目和复杂的跨境并购交易中为客户提供全面的法律服务，包括交易结构设计、交易文件起草和谈判、交割流程控制以及投资并购交易相关的法律咨询。其业务涉及的行业和领域包括汽车、轮胎、医药医疗、航空、化工、建筑材料（钢、铝和水泥）、印刷包装、金融服务和广告等领域。

##### 执业经验

封锐律师自2003年9月加入君合，在北京办公室工作超过十年。主要从事跨境并购、外商直接投资、公司及合规业务。

##### 教育背景

北京大学法律系，获法学学士学位（1999）  
北京大学法学院，获民商法学硕士学位（2003）  
美国纽约大学法学院攻读法律硕士项目，学习商法并取得硕士学位（2002）

##### 专业组织

封锐律师于2005年取得中国律师执业资格，现为中华全国律师协会会员。

##### 工作语言

普通话、英语



#### 李泽宇

##### 执业领域

李泽宇律师专注于收购兼并、外商在华直接投资、公司常年业务和合规事务。

##### 执业经验

李泽宇律师自加入君合上海分所以来，曾参与众多兼并收购项目和外商直接投资项目，为诸多世界500强企业提供法律咨询服务，所参与的项目和客户的行业涵盖私募股权投资、风险投资、生物医药、电子商务、金融服务、能源化工、汽车航运、酒店业、娱乐传媒等领域。李泽宇律师亦曾参与部分资本市场的重要项目，包括债券发行、境外上市和基金设立等。

##### 教育背景

英格兰和威尔士法律学院，法学研究生（GDL）  
伦敦政治经济学院，国际商法硕士  
中南财经政法大学，法学学士  
华中科技大学，英国文学学士（第二学位）

##### 专业组织

李泽宇律师为中华人民共和国执业律师。

##### 工作语言

普通话、英语

# 汽车业反垄断走向何方

周万里

从去年开始，反垄断的重锤敲在了一些汽车供应商、经销商和零配件供应商身上。动辄千万元、甚至上亿元的罚款，使相关企业感受到《反垄断法》对其经营活动的重要意义，认识到在制定和执行商业策略时，必须考虑反垄断法相关风险。2015年6月12日，汽车业反垄断浪潮方兴未艾之际国家发展与改革委员会（以下简称“国家发改委”）牵头下，各部门又计划制定一部《关于汽车领域反垄断执法的指南》（以下简称“《指南》”），详细指导《反垄断法》在汽车行业的适用。《指南》将会有哪些规定、主要解决汽车业的哪些竞争问题等备受关注。本文总结了目前为止汽车业反垄断执法的特点，论述了汽车业竞争问题产生的主要原因，并对《指南》可以采取的立法措施提出了建议。

## 一、目前汽车业反垄断特点

### （一）典型案件

除经营者集中案件外，目前大部分汽车业垄断案件均由国家发改委或地方价格执法机关调查和处罚。典型

的案件包括：

- 2014年3月，湖北省物价局对一汽-大众销售有限责任公司实施固定整车转售价格和维修价格，以及部分奥迪经销商共谋整车销售和售后维修价格等，违反《反垄断法》第13条和第14条的行为处以罚款；
- 2014年8月15日，国家发改委对日本12家企业实施汽车零部件和轴承价格垄断，违反《反垄断法》第13条的行为处以罚款；
- 2014年8月18日，上海市物价局对克莱斯勒（中国）汽车销售有限公司从事固定整车转售价格及部分上海地区经销商从事固定售后服务条件和价格等，违反《反垄断法》第13条和第14条的行为处以罚款；
- 2015年4月20日，江苏省物价局对北京奔驰汽车有限公司等从事维持部分整车和零配件最低转售价格的违反《反垄断法》第14条的行为处以罚款。

### （二）垄断协议多发

以上的处罚决定表明，目前汽车业涉及的垄断行为主要是垄断协议。垄断行为的种类，包括垄断协议、滥

用市场支配地位和限制竞争的经营者集中。我国《反垄断法》第13条<sup>1</sup>和第14条<sup>2</sup>明确禁止垄断协议。《反垄断法》第15条<sup>3</sup>规定了垄断协议豁免的条件。在汽车业反垄断案件中，涉及到的垄断协议类型，既有《反垄断法》第13条规定的横向垄断协议，即汽车零部件供应商之间及汽车销售商之间达成的固定价格的协议，也有《反垄断法》第14条规定的纵向垄断协议，即汽车供应商和经销商之间达成的，固定或限制整车及售后市场服务价格的协议。

在汽车售后市场中，由于反垄断执法机关多采用以汽车品牌为标准界定相关市场，特定品牌汽车供应商在售后服务市场中拥有市场地位的可能性非常大，特别是我国汽车业目前采用法定的汽车品牌销售模式。

除汽车售后市场外，汽车业经营者拥有并滥用市场支配地位的可能性则均比较小。首先，在初装零部件供应市场，有众多的零部件供应商参与竞争，提供汽车零部件；在初装零部件需求市场，品牌汽车生产商同样也参与竞争，从不同的汽车零部件供应商采购汽车零部件。所以，在初装零部件市场，汽车零部件供应商或采购商具备市场支配地位的可能性非常小。其次，在汽车销售市场，品牌汽车销售竞争也非常激烈，汽车供应商拥有市场地位的可能性也非常小。

汽车业经营者集中和滥用市场支配地位的情形比较相似，集中被禁止的可能性相对较小，至多是经营者通过提出集中救济措施而获得批准。目前商务部仅公开了一起汽车行业的经营集中案件，通过附加限制条件获

得了批准。

### （三）价格垄断协议是主流

以上案件全部涉及价格垄断协议。首先，相对于非价格限制，禁止价格限制在《反垄断法》中已经有明确的规定。汽车零部件供应商之间固定零部件价格，以及汽车销售商之间固定整车及售后服务价格的协议都属于横向垄断协议，明确被《反垄断法》第13条第1款第1项禁止。汽车供应商和汽车销售商间达成的固定或限制整车转售价格以及售后服务价格属于纵向垄断协议，也明确被《反垄断法》第14条第1项、第2项禁止。对于非价格限制，目前《反垄断法》尚无详细、可操作的规定。

其次，较之非价格垄断协议，认定价格垄断协议比较直接和容易。横向价格限制（竞争者间达成的垄断协议）直接限制竞争的核心因素——价格，在经济学上很难找到其合理性，故而被世界各国反垄断法归为核心卡特尔而被禁止。纵向价格限制（不同经济层次的经营者达成的垄断协议）一般也被《反垄断法》禁止。只有在个别特殊情况下，该限制产生的效率才能抵消竞争危害。价格垄断协议也很难根据《反垄断法》第15条得到豁免。对价格垄断协议适用“本身违法”原则，为反垄断执法机关认定价格垄断协议的违法性提供了便捷的途径。国家发改委和地方价格执法机关可以直接根据经营者达成的价格垄断协议，对其实施处罚，从而节省了在诸多非价格限制案件中需要进行的界定相关市场，以及

1 《反垄断法》第13条：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者原材料采购市场；（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（五）联合抵制交易；（六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。……”。

2 《反垄断法》第14条：“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格；（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”

3 《反垄断法》第15条：“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：（一）为改进技术、研究开发新产品的；（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；（三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；（四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；（五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；（六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；（七）法律和国务院规定的其他情形。属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。”

对相关市场的竞争状况及经营者在相关市场中的市场地位等方面进行经济评估等复杂而漫长的工作。

## 二、汽车业垄断问题产生原因

### （一）法律障碍

法律是调整经营者获取竞争或经济优势的一种手段。2005年的《汽车品牌销售管理实施办法》（以下简称“《办法》”）限制了汽车销售市场和售后市场的竞争，备受业界和学界的质疑和批评。<sup>4</sup>《办法》限制汽车业的竞争，主要体现在以下几个方面：

- 限制销售方式创新。按照《办法》第3条和第5条的规定，授权的汽车品牌经销商必须使用统一的店铺名称、标识、商标等从事汽车销售和维修活动。这使汽车供应商主要通过4S店（即销售（sales）、维修（services）、提供配件（spare parts）、咨询和反馈（survey））销售汽车和提供售后服务。一方面，4S店模式属于单一品牌销售，排斥了多品牌销售模式；<sup>5</sup>另一方面，4S店模式是捆绑分销模式，它把销售汽车、销售汽车零部件及提供维修服务捆绑在一起，排除了“1S”、“2S”店等经营方式，把只能从事其中一项经营活动的经营者排除在汽车行业之外，限制了经销商/维修商层面的竞争。

- 限制进口汽车在国内销售。<sup>6</sup>按照《办法》第6条的规定，同一汽车品牌的网络规划一般由一家境内企业制定和实施；第8条第（二）项规定，汽车总经销商独自拥有对特定品牌汽车进行分销的权利。这些规定的直接后果是，4S店只能从汽车总经销商采购汽车，不允许直接从国外进口该品牌汽车，排除了进口商进口并在国内销售汽车产生的竞争。

- 限制交叉供应汽车。按照《办法》第28条的规定，没有汽车供应商的许可，汽车品牌经销商只能将授

权品牌汽车直接销售给最终用户。该规定虽然有一定的合理性，确保汽车不被转售给不具备分销条件的经销商，但它同时限制了授权经销商之间交叉供应汽车，即汽车品牌内的竞争。

- 限制汽车售后市场的竞争。汽车品牌销售使4S店集汽车销售、零部件供应和维修服务于一身，产生组合效应（portfolio effects），使独立维修商很难与其竞争。另外，按照《办法》第23条的规定，汽车供应商有义务向授权经销商提供售后服务、技术服务等业务培训及必要的技术支持。独立维修商在售后市场中很难获得这些技术支持，使其在售后市场竞争中处于劣势。

### （二）市场障碍

汽车业售后市场存在先天竞争不足的问题。消费者在初级市场（primary market）选择某个品牌的产品后，在次级市场（secondary market）便局限于选择该品牌的售后服务和产品，这被称为锁定效应（lock-in effects）。正如购买了特定品牌的打印机，可供选择匹配的墨盒范围就变小了。汽车购买者购买汽车后，可供选择汽车零部件和保养维修服务的范围就变窄了，使汽车供应商或授权经销商在售后市场能够定出（垄断）高价，损害汽车消费者的利益。汽车售后市场锁定效应是市场本身造成的，属于一种市场障碍，其本质是汽车购买者在售后市场中，选择不同售后服务的交易成本（transaction costs）增多，是市场不完全的体现。

### （三）信息障碍

在汽车售后服务市场中，拥有技术信息是一个决定性的竞争优势。整车生产商在研发及生产过程中获得了汽车技术信息，这些技术信息往往是修理商在售后市场中提供维修服务的前提条件。不知道错误代码或零部件

4 参见苏华、韩伟：《汽车品牌销售管理实施办法》的反垄断分析，载《中国物价》2014年1月，第20页。

5 同上。

6 同上。

识别数据的汽车修理商无法运用现代电子测试工具对汽车进行维修和保养，而这些信息往往仅限在汽车供应商和4S店之间传播。缺乏维修必要的技术信息成为独立维修商和4S店进行有效竞争的障碍。同理，独立维修商也必须自由获得诊断故障工具、维修工具及相关软件等，才能提供具有竞争力的维修服务。

### 三、未来走向

虽然目前汽车业的品牌间竞争十分激烈，但品牌内竞争还不够充分，售后市场竞争需要得到加强。欧盟<sup>7</sup>、瑞士<sup>8</sup>、日本等发达国家和地区的汽车业反垄断立法和指南主要集中在纵向垄断协议方面，我国的《指南》也不会脱离这个框架，主要会对《反垄断法》第14条和第15条在汽车业如何适用做出具体、详细的规定，着重规制汽车售后市场中存在的竞争问题。以下的几个方面应当是立法机关所要解决的主要问题，相关的法律对策代表了汽车业反垄断的将来走向。

#### （一）废除或修改《办法》

为了保护和促进汽车销售市场和售后市场有效竞争，应当废除或修改《办法》，使《办法》不再成为阻碍汽车业竞争的法律障碍。汽车经销模式多元化是中国市场的发展趋势，《办法》应该顺应该趋势发展。汽车供应商采用

什么分销方式销售汽车，应当由市场决定，而不是由国家强制规定。废除或修改《办法》，能够促进汽车业竞争，推动汽车业创新，最终造福汽车消费者。

#### （二）相关市场界定

运用特定的市场界定方法有助于解决汽车售后市场中竞争不足问题。一般来说，市场界定是分析反垄断法问题的第一步。《关于相关市场界定的指南》规定了三种界定相关市场的方法，即需求替代分析、供给替代分析和假设垄断者测试。基于汽车售后市场中的锁定效应和汽车消费者的需求替代特点，在界定汽车零部件市场及汽车维修市场时，可以以汽车品牌为起点，界定相关市场的产品和地域范围。这能有效地评估汽车供应商在售后市场中的市场地位，为进一步评估相关市场的竞争状况和特定行为的合法性提供基础。在特定情况下，也可以考虑运用系统市场（system market）<sup>9</sup>和维修市场（repair market）<sup>10</sup>的方法界定汽车维修市场。

#### （三）品牌间竞争

汽车业品牌间竞争比较激烈，每个汽车品牌在相关车型的销售市场中，一般都不会拥有超过40%的市场份额。《指南》应继续保障这种有效竞争的状态，同时允许汽车销售商多品牌销售，这将促进汽车供应层面的竞争。

7 EU Commission, Commission Regulation No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector. (中文：欧盟委员会：《汽车行业纵向协议和协同行为种类适用<欧盟运作条约>第101条第3款的第461/2010条例》（2010年5月27日）)。  
8 Wettbewerbskommission, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugektor (29.06.2015) (中文：竞争委员会：《汽车行业纵向协议竞争法处理的通知》（2015年6月29日）)。  
9 EU Commission, Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles (28.05.2010), footnote of recital 57. (中文：欧盟委员会：《关于汽车销售、维修和汽车零配件分销协议中纵向限制的补充指南》（2010年5月28日），脚注57）。如果按照系统市场的方法界定维修市场，初级市场和次级市场被包含在一起，视为一个市场。  
10 BGH, 30.03.2011, MAN Vertragswerkstätten, WuW/E DE-R 3303 (中文：德国联邦最高法院，2011年3月30日，曼汽车集团维修商案，《经济和竞争》/决定-德国-判决 3303)。维修市场的方法是德国联邦最高法院（BGH）2011年在德国曼汽车集团案件中确定的界定市场的方法。该方法不是按照汽车品牌，而是从汽车修理商的角度出发，认定维修市场的商品范围，其包括所有下游市场中提供维修服务所需的产品、服务和权利，如零部件、诊断工具、特别工具和特定品牌汽车的专业知识及维修授权。

#### （四）品牌内竞争

为了促进汽车业品牌内的竞争，《指南》应当保护授权经销商间的交叉供应及4S店之外的分销模式。特别是允许授权经销商只从事销售汽车、提供零部件或维修服务中的部分经营活动，保障授权经销商的经营自由。

#### （五）零部件市场

汽车供应商经常会限制汽车零部件供应商直接供应零部件给售后市场的4S店，也不允许4S店直接到汽车零部件供应商处采购汽车零部件。这限制了汽车零部件在售后市场的流通，加剧了锁定效应。《指南》应当原则上禁止这些限制，规定例外的情况，如汽车供应商和零部件供应商间存在代工协议等。另外，汽车供应商经常会限制汽车零部件供应商在零部件上标识自己的商标和标识，这使售后市场的维修商很难追踪汽车零部件的生产来源，使售后市场的零部件和配件供应相对紧缺，抬高了售后服务价格，这种限制行为也应当被《指南》禁止。最后，汽车零部件在授权维修商和独立维修商之间的自由流通也应当得到保障。

#### （六）技术信息公开

汽车技术信息应当在售后服务市场中对独立维修商开放，使其提供与授权维修商相比具有竞争力的维护服务。因此，汽车供应商和授权经销商约定限制向独立维修商提供必要技术信息、诊断设备、维修工具等的，除规定例外的情况<sup>11</sup>外，都应当被《指南》原则上禁止。

#### （七）保修

汽车供应商和授权经销商/维修商经常约定，汽车购

买者享受法定或议定的保修服务的前提条件是，汽车购买者必须到汽车供应商的分销体系修理不属于保修范围的项目，或使用汽车供应商的原厂配件。这些限制的目的在于排除独立维修商和零部件供应商的竞争，具有排他效应（exclusionary effects），在欧盟和瑞士的汽车业反垄断法中受到一定的限制。同样，为了保护 and 促进汽车售后市场的竞争，我国的《指南》也应对这类滥用保修服务约定限制竞争的行为进行规制。



周万里

##### 执业领域

周万里专注于反垄断事务。

##### 执业经验

周万里于2015年4月加入君合律师事务所。自执业以来，周万里参与了大量内资公司、跨国公司反垄断咨询、调查以及经营者集中申报工作。

##### 教育背景

德国波恩大学法学博士（2014）  
德国波恩大学经济学学士（2014）  
同济大学法学硕士（2006）  
南京大学（2004）

##### 执业资格

周万里已取得中国法律执业资格。

##### 工作语言

中文、英语、德语

<sup>11</sup> 如瑞士竞争委员会在2015年的《竞争委员会关于<汽车行业纵向协议竞争法处理的通知>的解释》第42段中认为，如果信息可以用来规避或关闭防盗系统，重新校准电子显示或操纵速度限制装置，且没有更少的限制能够实现这个目的，汽车生产商可以保留这些技术信息。

# 证监会就程序化交易管理办法征求意见

谢青

作为本轮A股危机后市场结构性改革的举措之一，中国证券监督管理委员会（“证监会”）于2015年10月9日公布了《证券期货市场程序化交易管理办法（征求意见稿）》（“《办法》”）。《办法》将约束在证监会监管的证券交易所和期货交易所进行程序化交易的所有客户、证券和期货经纪商（“经纪商”）、从事自营业务或资产管理业务的交易所会员以及租用证券公司交易单元的基金管理公司（“基金公司”）。《办法》一经公布，将成为规范中国证券市场和期货市场的程序化交易的最全面和最高规格的管理规则，并将在相当长的一段时间发挥作用。

## 程序化交易的监管原则

证监会在其同时公布的《起草说明》中指明了《办法》制定的原则，即考虑到现阶段中国资本市场个人投资者多、交易换手率高、价格波动大的特点，证监会对程序化交易的监管将遵循“严格管理、限制发展、趋利避害、不断规范”的原则。

《起草说明》和证监会“答记者问”分别提及了境外市场和国内市场的程序化交易现状，作为其提出上述监管原则的依据。其指出，程序化交易在境外市场上较为普遍主要是因为境外市场具有多交易场所的市场结构以及以机构投资者为主的投资者结构，但仍要看到程序

化交易的“双重特点”，即其一方面具有改善流动性和提高价格发现效率方面的积极作用，另一方面也出现加大市场波动、影响市场公平性和增加技术系统压力的消极影响，并且，证监会指出，即使是境外监管机构，也在不断加大对程序化交易的监管。

而证监会认为，中国资本市场有三大特点，一是在服务实体经济的发展宗旨指导下的市场流动性已经较为充足，二是投资者仍以中小散户为主，程序化交易过度发展不利于市场公平，三是，目前市场投机炒作问题仍较明显。这三个特点决定了中国资本市场通过利用程序化交易完善价格发现还需要很长时间。同时，《起草说明》也指出市场上已经出现了由于程序化交易的技术风险导致市场大幅波动以及利用程序化交易从事违法违规行为的情况。正是基于上述考量，证监会提出了以严格限制为基调的上述监管原则。

下文将对《办法》的若干重点做一总结。

## 程序化交易

《办法》将“程序化交易”定义为任何通过既定程序或特定软件，自动生成或执行交易指令的交易行为。所有实施程序化交易的交易者都构成《办法》界定的“程序化交易者”。我们认为该定义十分广泛，体现了

监管者全面监管程序化交易的决心。《办法》授权交易所根据程序化交易申报和撤单情况制定差异化收费管理办法，对程序化交易收取额外费用。这也体现了限制程序化交易发展的监管原则。

### 对经纪商的制度要求

《办法》对经纪商提出了不少制度性建设的要求，如要求证券和期货经纪商：(1)对程序化交易客户制定专门的业务管理及风险管理制度，(2)建立程序化交易核查制度，审查客户身份的真实性、资金来源、交易账户及交易操作的合规性，(3)建立程序化交易账户的甄别机制，将程序化交易客户和非程序化交易客户的报盘通道隔离，并设置单独的流量控制等。

### 交易前的申报核查

程序化交易客户在开展交易前应当将身份信息、策略类型、系统技术配置参数、服务器所在地址以及联络人信息报送经纪商，经纪商有核查的义务，核查后经纪商应向交易所报备。交易所自营会员(包括开展自营业务或资产管理业务)或租用证券公司交易单元的基金公司，则直接向交易所申报相关信息，由交易所核查。

### 对交易指令的审核

《办法》除要求程序化交易者对其发出的程序化交易指令负有审慎管理的义务，且其只能通过一个账户从事程序化交易外，也要求经纪商建立程序化交易指令的计算机审核系统，自动阻止申报价格及数量异常的指令直接进入交易所主机，并对客户的相关异常指令进行人工复核。考虑到指令审核制度是一项新制度，《办法》规定由证券业和期货业协会制定相关审核指引并开展自律管理。

证监会“答记者问”特别指出，当程序化交易金额

或频率达到对市场流动性产生明显影响时，即使不具有影响市场价格或交易量的故意，该程序化交易者亦负有审慎交易的义务。值得注意的是，《办法》更为强调市场参与者的审慎义务，这可能也意味着证监会也认同市场的快速发展以及监管措施的滞后可能成为“常态”。

### 交易系统的功能要求和系统接入

《办法》对程序化交易者使用的程序化交易系统功能提出了要求，即其必须具备验资、验券、持仓验证、异常检测和错误处理等风控功能，并要求使用前必须进行充分测试，并保留测试记录。如客户将系统接入经纪商的信息技术系统的，经纪商还必须建立系统接入的核查制度，并在接入前进行验证测试和风险评估。经纪商对接入的系统有持续管理的义务，如发生客户系统升级或变更的，需要经纪商重新对升级或变更后的系统进行验证测试和风险评估。证券业和期货业协会将对程序化交易系统必备风控功能和经纪商系统接入制定行业标准。

### 异常情况下的报告义务

如出现程序化交易系统的异常情况的，客户应立即向经纪商报告，而经纪商应立即向交易所报告。这让我们回忆起两年多前发生的“光大证券乌龙指”事件，《办法》的出台对于从事程序化交易的金融机构亦有特别的意义。此外，基于对“光大证券乌龙指”事件等类似情形的防范目的，我们注意到《办法》还要求证券交易所对自营会员和租用证券公司交易单元的基金公司实施“当日证券净买入额度控制”，并规定期货交易所可以对程序化交易者实施“日内开仓量限制”。

### 境外远程控制和机柜托管

《办法》还规定不得由在境外部署的程序化交易系统下达交易指令，也不得将境内程序化交易系统与境外

计算机相连接,受境外计算机远程控制,除非证监会另有规定。本条规定实际要求所有的程序化交易者必须将其交易系统部署在中国大陆境内(为此目的不包括香港、澳门和台湾),并且不得受境外计算机远程控制。由于上海国际能源交易中心即将上市的原油期货将向所有境外投资者直接开放,目前尚不清楚证监会是否会将其作为此条限制的例外。

《办法》还要求交易所按照公平原则提供机柜托管服务(也即通过租用交易所提供的机柜空间实现服务器托管),并要求经纪商也按照公平原则分配交易单元或席位并配置流量,不得为不同客户提供申报速度存在明显差异的服务,但最后一点是否意味着实际上禁止低延迟交易申报尚不清楚。

## 程序化交易禁止行为

《办法》明确列举了以下程序化交易的禁止行为以及违反《办法》的法律责任,并要求交易所加强实时监控:(1)同一主体的账户或同一控制下的账户或涉嫌关联账户之间关于同一证券的交易;(2)同一账户或同一客户实际控制的账户之间关于期货合约的自买自卖;(3)频繁申报并频繁撤销申报,且成交委托比明显低于正常水平;(4)在收盘阶段利用程序进行大量且连续交易,影响收盘价;(5)进行大额申报而该大额申报价格持续偏离申报时的市场成交价格以致误导其他投资者决策,同时进行小额多笔反向申报并成交;(6)连续以高于最近成交价申报买入或连续以低于最近成交价申报卖出,其行为引发价格快速上涨或下跌,在引导、强化价格趋势后进行大量反向申报并成交;(7)其他违反法律法规并影响证券和期货市场正常交易秩序的程序化交易。

《办法》还规定证监会可以根据监管执法的需要要求程序化交易者提供交易程序源代码和交易策略详细说明。

在对禁止行为的认定上,证监会“答记者问”特别指出,上述禁止行为既不同于交易所认定的异常交易行为,也不会因为被认定为“程序化交易禁止行为”就会

导致直接被认定为市场操纵行为。

证监会认为,异常交易行为、程序化交易禁止行为、市场操纵行为三类行为之间可能有联系,彼此之间也可能发生转化,因此将三类行为区别对待有利于从自律监管、行政监管和刑法规范多角度多层次保护投资者利益和维护市场正常交易秩序。



谢青  
执业领域

谢青律师在公司并购和重组、银行和金融机构及外商投资领域拥有十分丰富经验,曾为众多不同行业的跨国企业在中国的业务提供法律服务,其中包括金融服务、医药及卫生保健、食品、电子支付、钢铁、汽车、能源、媒体、物流等。她曾深入参与涉及收购兼并、银行和金融业务、外商直接投资、公司重组等领域的重大项目,并就这些国际和国内的金融机构及跨国公司的日常业务提供法律服务。

### 执业经验

谢青律师是君合律师事务所合伙人,目前在君合上海办公室执业。

谢青律师所参与的代表性项目包括:亚洲开发银行和国际金融公司投资云南小水电,上海汽车工业集团汽车物流业务重组,中银香港境内分行改制,恒生银行入股烟台商业银行,中国人寿入股中国银联,澳新银行入股上海农商行,香港汇丰银行战略入股交通银行及信用卡合作,上海汽车工业集团收购韩国汽车制造商,花旗银行战略入股浦东发展银行,上海汽车集团与通用汽车金融公司成立中国第一家合资汽车金融公司,优美科集团在华并购等。

### 教育背景

苏州大学法学院经济法系,获得学士学位(1996)

华东政法学院经济法系,获得硕士学位(1999)

### 专业组织

谢青律师是第三届上海优秀青年律师,2007年度徐汇区新长征突击手,第七届徐汇区青年联合会委员,中华全国律师协会以及上海律师协会会员。

### 工作语言

中文、英语

# 《WTO贸易便利化协定》及其对相关方影响分析

周智勇 牛晓蓉

2015年9月4日，我国向世界贸易组织（WTO）递交了关于接受《贸易便利化协定》议定书的接受书，这标志着我国成为第16个接受该议定书的成员。《贸易便利化协定》（下文简称“《协定》”）将在2/3以上世界贸易组织成员接受后生效。<sup>1</sup>

## 一、什么是《贸易便利化协定》<sup>2</sup>

《贸易便利化协定》是关于加速货物的流动、放行和清关以及货物过境的多边贸易协定，也是WTO成立20年以来达成的首个多边贸易协定。关于该协定的谈判旨在澄清和改进《1994年关税与贸易总协定》（下文简称“GATT 1994”）第5条（过境自由）、第8条（进出口规费和手续）以及第10条（贸易法规的公布和实施）的相关内容。

贸易便利化议题最早于1996年新加坡部长级会议上被列入WTO工作日程。2004年10月贸易便利化谈判组成立，谈判正式启动。2014年11月，WTO总理事会通过了《协定》议定书，将《协定》纳入《世贸组织协定》附件1A中，赋予了《协定》作为一项货物贸易多边协定的

法律地位，并开放议定书供各成员接受。

## 二、《协定》的主要内容<sup>3</sup>

### 1、各成员在贸易便利化方面的实质性义务

《协定》的第一部分（第1至12条）规定了各成员在贸易便利化方面的实质性义务。这些义务可以归纳为下列三个方面：

#### a) 与GATT 1994第5条（过境自由）相关的义务。

具体为：

**第一，信息公开。**成员国应该主动以非歧视和便利的方式公布《协定》所规定的与货物通关和过境相关的信息。成员国应该在互联网上以WTO官方语言（包括英语、法语和西班牙语）之一公布货物通关和过境相关程序的描述，所需的文件和表格以及咨询点联系信息。成员国还应按照《协定》要求设立咨询点以向各利益相关方提供咨询答复。

**第二，法律法规评论及生效前公布。**成员国应给各利益相关方提供机会，对与货物通关及过境相关的法律

1 [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tradfa\\_e/tradfa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_e.htm)

2 [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/tradfa\\_e/tradfa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/tradfa_e/tradfa_e.htm)

3 WTO AGREEMENT ON TRADE FACILITATION, WT/PCTF/W/27

法规提出评论，并应在生效前公布这些法律法规。

**第三，预裁定。**应申请人书面申请，成员国应当对相关问题做出预裁定，除非这些问题已经应申请人申请在某政府机构、终裁机构或者法院立案。

**第四，上诉或审查程序。**成员国应当规定当事人有权就海关所做出的行政决定申请行政上诉或者司法审查。

**第五，其它措施。**包括对特殊货物加强控制和检查时所应遵守的规则，扣留保管货物时所应遵守的规则，货物检验检测所应遵守的规则。

**b) 与GATT 1994第8条（进出口规费和手续）相关的义务。具体为：**

**第一，与进出口规费、罚款相关的规则。**主要规则有：相关信息应在实施前提前予以公布；规费的具体数额应当与所提供服务的成本相对应；罚款只应对违反成员国法律法规的责任人征收，并且应当依据相关事实和案件具体情况、以及违反行为的严重程度来确定。

**第二，与货物放行和清关相关的规则。**包括9个方面的规则：货物到达前海关先行处理；提供电子支付便利；货物放行与关税、税、规费的最终决定分开；建立并实施海关违法风险管理体系；清关后审计；检测并公布平均清关时间；对符合条件并经授权的经营者提供贸易便利措施；加快装运措施；对易腐坏货物的特殊措施。

**第三，与货物进出口和过境手续相关的规则。**包括9个方面的规则：允许待进口货物从海关控制区域内的一个海关办公室移动到另外一个海关办公室；手续要求应当有助于快速清关并为经营者节约时间和成本；应当接受支持文件的纸质或电子副本；鼓励成员国使用相关国际标准；应当采用一个窗口制度便利经营者办理进出口和过境手续；在进行海关归类和海关估价时成员国不应要求进行装运前检验；成员国自本《协定》实施之日

起不再要求强制使用报关员；成员国将使用共同的边境程序和统一的文件要求；关于不符合卫生和检疫标准的不合格货物，成员国应当允许进口商将货物退还；对于进口后将复出口的货物、进料加工货物以及出料加工货物，成员国应当有条件的免除或者部分免除关税和税。

**c) 与GATT 1994第10条（贸易法规的公布和实施）相关的义务。**《协定》的第11条为对GATT 1994第10条的澄清和改进，主要规定了过境运输相关的法规或程序、收费、担保等具体方面应当符合自由与通过原则。

除了以上三个方面，《协定》第8条、12条还规定了关于海关及边境机构之间合作的规则。

## 2、发展中国家和最不发达国家的特殊和差别待遇

《协定》第二部分（第13至22条）规定了发展中国家和最不发达国家在实施第一部分条款方面可享受的特殊和差别待遇。

各发展中国家和最不发达国家可以将《协定》第1到第12条分为三类。其中A类条款要求发展中国家在《协定》生效后实施，要求最不发达国家在《协定》生效1年后实施；对于B类条款要求发展中国家和最不发达国家在《协定》生效后的过渡期满后实施；对于C类条款要求发展中国家和最不发达国家在其所指定的过渡期后的某一日开始实施。

发展中国家成员应该在《协定》生效之日起指明哪些条款被其归为A类，哪些被归为B类、C类以及各自的实施时间。

## 3、机构安排及其它

第三部分（第23至24条）规定了有关WTO贸易便利委员会的机构安排以及最终条款等内容。

架下，积极通过法律途径获得救济，以争取使自己的损失降到最小。

### 三、《协定》的实施对中国政府部门的影响

根据我国的承诺，除单一窗口、确定和公布平均放行时间、出境加工货物免税复进口、海关合作等少量措施可在一定过渡期后实施，其余的措施均需在《贸易便利化协定》生效时立即实施。<sup>4</sup>

《协定》一旦生效实施，中国政府将受该规则的直接约束，这将倒逼我国通关口岸改革。商务部官员表示，《协定》实施工作与我国口岸现代化改革进程相结合，我国政府将继续做好法律法规配套政策、监管体制和机构职能等方面的准备，推动相关领域的改革和制度建设，提高我国口岸部门管理水平和行政效率，营造便捷高效的通关环境，使其成为我国外贸竞争新优势。<sup>5</sup>

此外，从救济角度来看，《协定》一旦实施，中国国务院各部门、地方各级人民政府及其部门制定的贸易政策如有违反《协定》之处，世贸组织成员可以依据《贸易政策合规工作实施办法》向中国商务部提出书面意见要求改正。

### 四、《协定》的实施对中国企业的影响

《协定》所有条款的宗旨在于实现贸易便利化。《协定》实施后，将直接帮助中国进出口企业降低其在中国海关和其它成员国海关的通关时间成本和经济成本。

除了这些现实的利益，如果在《协定》实施后中国企业在其它成员国海关通关时遇到了违反《协定》规定的行为，中国企业有望依据《协定》，在成员国法律框

5 <http://www.chinanews.com/gn/2015/01-13/6963551.shtml>

**周智勇****执业领域**

WTO/贸易救济调查、国际贸易/海关法及技术性规章、反垄断/竞争法

**执业经验**

周勇律师为君合律师事务所顾问。

自1997年中国第一起反倾销案件始，周律师便长期和专注于从事贸易救济法律工作，是中国最早涉足该业务领域的专业律师之一。至今，周律师所代理的反倾销/反补贴/保障措施/美国337知识产权条款调查数量超过100起，涉及的法域包括中国、美国、欧盟、加拿大、澳大利亚、印度、土耳其、韩国、泰国、印尼、埃及、南非及巴西/阿根廷/墨西哥等拉美地区，代理的客户包括光纤通信、汽车、化工、浆纸、纺织品、太阳能、农产品、钢铁五金、民用家居等各行各业的国内外制造商。基于对WTO法律制度的深入研究，周律师亦经常就WTO争端解决/自贸协定事务为中国商务部及知名跨国公司提供咨询意见。

周律师在海关法业务领域执业经验丰富，经常代理国内外客户就进出口商品海关归类、货物原产地规则、海关估价/转移定价等事宜提供咨询意见或代理客户与各级海关和税务机关沟通。由于一些特别监管货物的进出口涉及技术性规章（Regulatory，如危险化学品进口/分销/仓储及运输、动植物源产品检验检疫、药品进口监管），周律师亦提供技术性贸易合规咨询，并代表国内外客户与商检、环保、药监、进出口管制等政府部门进行有效沟通，提供实务解决方案。

周律师曾供职于中国银行总行，对于企业投融资并购、破产重组及竞争法亦兼具理论研究与实务经验。

周律师曾数次被国际知名的律师评级机构《钱伯斯法律》及《亚太法律500家》评为“国际贸易法领域的领先律师”。

《钱伯斯法律》（2013年）指出：“与周律师有过合作的人士称，（君合）团队十分敬业，在工作中配合密切，即便是特别复杂的案件，他们也能带来高质量、令人满意的结果。”“相关业务组的组长周勇律师十分精明和专业，他的工作达到了最高标准。”

**教育背景**

中国对外经济贸易大学经济学学士（1996）

中国对外经济贸易大学法学硕士学位（1999）

**专业组织**

周律师于1997年取得中国律师执业资格，现为中华全国律师协会会员，北京市律师协会竞争与反垄断法专业委员会委员。

**工作语言**

中文、英语

**牛晓蓉****执业领域**

牛晓蓉律师自2007年至今主要从事国际贸易救济的法律服务工作。

**执业经验**

牛晓蓉律师代理主要代理中国企业应诉美国、欧盟、印度、加拿大、澳大利亚反倾销、反补贴调查，同时并代理来自美国、欧盟、印度、泰国等国家的外国客户应诉中国商务部的反倾销、反补贴调查。所涉及的行业包括钢铁、有色金属、汽车、纺织、石油、化工等领域。除此以外，牛晓蓉律师的业务领域还包括资本市场、税务、海关法等。

**教育背景**

中央财经大学会计专业，获得经济学学士学位（2001）

清华大学法学院，获法律硕士学位（2007）

**专业组织**

牛晓蓉律师为执业律师、中华全国律师协会会员，并具有中级会计师职称。

**工作语言**

中文、英语

# 不谈“效果”何以“垄断”

官晓姝

排除、限制竞争的效果是否应当是行政垄断的必要构成要件，这是一个在司法实践中会遇到的重要问题。由于我国《反垄断法》对此没有作出明确规定，而只是在第八条作出了原则性的规定，在实践中，对此会发生争议。虽然根据《反垄断法》的规定，以及相关学界理论、法律规定和立法解释，排除、限制竞争的效果应当是行政垄断的必要构成要件，但在深圳市斯维尔科技有限公司（“斯维尔”）诉广东省教育厅（“省教育厅”）、第三人广联达软件股份有限公司（“广联达”）侵犯公平竞争权纠纷一案中，一审判决却对此作出了不同的认定。

## 一、案件背景

教育部2013—2015年全国职业院校技能大赛（“国赛”）组委会和执委会通过专家论证程序选择在“工程造价基本技能”赛项中独家使用广联达软件有限公司（“广联达”）软件，广东省教育厅随之在2014年全国职业院校技能大赛广东省选拔赛“工程造价基本技能赛项”比赛中（“省赛”），也指定使用广联达的软件程序，作为比赛的考试软件平台。深圳斯维尔科技有限公司（“斯维尔”）是生产工程造价专业软件的公司，与广联达是商业竞争对手。

2014年4月22日，斯维尔状告广东省教育厅滥用行政

职权，涉嫌违反《反垄断法》相关规定，争议的焦点就是广东省教育厅是否属于《反垄断法》所规定的滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品（下文简称“**限定型行政垄断**”）。在上述过程中，2014年国赛的本赛项已经取消。

## 二、案件引发的问题

文体教育界主管部门举办各类比赛，比赛中采用一家供应商提供的设备平台等情况并不鲜见，那么是否所有这种行为均属于限定型行政垄断？是否只要有选择一家供应商的行为就构成对《反垄断法》的违反？除了不举行比赛外，行政主体显然难以完全避免选定一家供应商的情形，由于行政行为的复杂多样性以及我国行政程序法典和对细节行政行为实体法律规定缺乏的现实，如何既避免遗漏真正危害竞争的行政垄断行为，又避免一刀切将所有具有合理性基础的选择行为均视为违法而影响行政机关进行公益性行为的积极性，需要对行为进行更为细致的效果分析。

## 三、排除、限制竞争的效果是行政垄断的必要构成要件

无论是依据反垄断法的原则，还是学界理论，法律

规定还是立法解释，均将排除、限制竞争的效果列为行政垄断的必要构成要件之一。

合理性原则和本身违法原则是认定垄断行为的两种适用标准，合理原则认为对行为的违法性判断必须使用合理性加以分析，最终得出只有不合理的限制竞争的行为才是违法的结论。判断“合理”与否的标准，即是该行为是否是善意的，而且从结果是“利大于弊”的。即判断行为是否构成行政垄断必须考虑其是否具有排除、限制竞争的效果。本身违法原则是在合理原则发展的基础上，根据长期实践的经验和对于行为人主观意图的推测，明确认为某些行为已经不需要再进行合理分析，就能够得出其具有反竞争效果的结论。省赛选定软件一案是我国首次予以立案并审理的指定型行政垄断第一案，而反垄断执法机构查处的此类案件也不多，对于此类案件，司法和执法经验尚不丰富，应当以适用合理原则进行分析。对该问题，学界中很多学者也都认为，具有排除、限制竞争的效果应当是构成行政垄断的要件之一。<sup>1</sup>

在立法上，《中华人民共和国反垄断法》第八条规定，“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争”，该条规定是对行政垄断的总则性规定。其明确规定了排除、限制竞争的效果是行政垄断的构成要件之一。全国人大常委会法制工作委员会经济法室对于该条立法原意明确说明，“对于什么样的行为构成滥用行政权力，排除、限制竞争，一般应考虑以下因素：（1），该行为是否具有排除、限制竞争的效果，只有排除、限制竞争的行为才为反垄断法所

禁止”。<sup>2</sup>

#### 四、限定型行政垄断导致了怎样的危害竞争效果

对限定行为进行是否违法分析首先需要明确为该行为危害市场竞争的原因，这也是为什么其被认为违反《反垄断法》的基础。从经济学角度而言，垄断是“特定经济主体为了特定目的通过构筑市场壁垒从而对目标市场所做的一种排他性控制状态”<sup>3</sup>。违法垄断行为因为可能导致减少产量，抬高价格，并且把消费者的收入转移到生产者手中，使生产者获得垄断利润，造成消费者的损失和社会净福利损失，由于没有竞争压力，导致垄断者内部管理效率低下等效果而被法律所禁止。从经济学的主流学说哈佛学派和芝加哥学派的研究来看，要造成上述垄断的结果通常是从该行为是否造成市场结构高度集中和是否限制市场进入两方面着手分析，也就是说，该行为是否造成相关市场内仅有几家供应商，其他供应商也无法进入到该市场。

《反垄断法》第32条所规定的行政限定行为中包含行政主体，被指定经营者，未被指定经营者和经营者下游客户四方面关系。行政机关向相关市场的下游客户指定其中一家或几家经营者。在行政机关指定的特定市场内形成了只有一家或几家经营者的垄断状态，未被指定经营者无法进入该相关市场。对于下游客户来说，其无法使用相关市场内其他未指定经营者提供的商品或服务，属于限制市场进入的一种行为，因此对其限制和竞

1 郭登科、付荣在其《行政垄断法律责任的界定及构成要件》一文中指出，“在行政垄断责任构成要件中应包含主体、行为、结果、因果关系四个要件。”“行政垄断结果要件是行政垄断导致的对市场竞争的实质限制，而所谓的实质性限制竞争是指几乎不可能期待有效竞争的状态，因此也是对社会主义市场经济秩序的严重侵犯，大多数情况下也会造成相应的合法权益的损害。”刘继峰在其《俄罗斯反垄断法规制行政垄断之借鉴》一文中指出我国在行政垄断认定上属于“二元单层标准”，即“我国反垄断法第5章总体上强调“行为”和“阻碍、排斥或者限制竞争”，即属于“作为”加“结果”（“造成”）的“二元单层”标准。

2 《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》，全国人大法工委经济法室编，北京大学出版社，第39页。

3 戚聿东：《中国现代垄断经济研究》，北京：经济科学出版社1999年版，第6—10页。

争效果的分析也需从是否限制市场进入方面入手。

## 五、如何分析限定型行政垄断的反竞争效果

首先,《反垄断法》又被称为经济宪法,其立法宗旨和目的是为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,其适用对象是经济活动(见该法规定第1条和第2条),因此,限定型行政垄断的反竞争效果的效果需要在存在经济活动的范围中进行论述。

其次,为了确定行为所影响的经济活动,根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》,任何竞争行为(包括具有或可能具有排除、限制竞争效果的行为)均发生在一定的市场范围内。界定相关市场就是明确经营者竞争的市场范围。因此,对于包括限定行为在内的行政垄断也应当首先界定属于经济活动的相关市场的范围。

第三,在界定相关市场的基础上,分析是否有对该相关市场的限定行为,该限定行为是否具有排除和限制竞争的效果,特别是是否限制的市场准入的结果。

回到文首案例,省赛是广东省教育厅为贯彻国家教育发展规划的非营利性教育科研活动,教育厅不可能将其作为经济活动运营,而广联达为省赛和参赛院校免费提供为比赛特制的软件,供其比赛和赛前训练之用,在赛后该特制软件加密狗失效而无法使用,因此,广联达提供软件的行为并没有销售的目的,显然,无论从哪一方面来看,省赛本身显然不属于经济活动。即使考虑到广联达享有软件供应商的名义,充其量即使勉强认为其有可能是对日常销售软件市场的广告宣传,在此情况下,省赛本身并不构成完整的经济活动,而只是日常销售软件市场中的一个广告环节,不是单独的相关市场,

因此,对市场竞争的影响应当着眼于日常销售软件市场,例如,广东省工程造价软件市场。但在该市场中,教育厅并没有任何限定的行为。此外,从省赛选择软件行为的影响来看,本次省赛活动参与者仅有24家院校中的参赛学生,使用范围非常小。省赛仅为一天,之前准备的时间不过月余,也很难对参赛选手的软件使用习惯造成长期影响。从工程造价软件的客户来看,工程造价软件的客户一般为设计、施工、监理、房地产建设单位,特别是,由于其需要为最终客户(例如,房地产公司)进行工程造价计量,其软件必须与最终客户所习惯使用的软件相同,以进行对接,因此,最终客户所采用的软件是其最重要的考虑因素。显然,某次职业院校技能比赛所使用的软件不太可能对此类客户产生显著影响。对于各高校和职业院校,其采购工程造价软件的目的是为了日常教学,需要考虑市场上主流软件的情况,培训学员熟悉各种主流软件的操作,因而这些学校通常会采购多种市场上的主流软件。作为事业单位,其往往采用竞争性的采购程序(例如招投标程序),该类程序也决定了各家软件供应商均需通过激烈的竞争才能中标或被选中,在此类竞争性采购的标准中也并不以是否被某次职业院校技能比赛所使用作为决定性标准。

## 六、一审判决的缺憾及对二审判决的期待

在文首案例中,广东省广州市中级人民法院已作出一审判决,其仅根据《反垄断法》第八条、第三十二条认定行政机关滥用行政权力排除、限制竞争行为应具备三个要件,一是主体为行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织;二是行政机关及相关组织有限定或变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供商品的行为;三是行政机关及相关组织在实施上述行为过程中滥用行政权力。

在反垄断法的原则，以及学界理论、相关法律规定和立法解释，均将排除、限制竞争的效果列为行政垄断的必要构成要件之一的情况下，一审判决没有对此进行认定，也没有对广东省教育厅的行政行为是否产生了排除、限制竞争的效果进行分析。在此基础上，一审判决判令广东省教育厅指定在省赛中独家使用广联达相关软件的行为违法，这不能不说是一个缺憾。目前广东省教育厅以及广联达均已提起了上诉，并专门将这一问题作为上诉理由，我们期待着二审法院能对该案中的上述问题进行分析，并作出正确的认定。



#### 官晓姝

##### 执业领域

官晓姝律师在外商直接投资、公司事务、公司兼并重组、特别是反垄断业务领域具有相关经验。

在反垄断业务所涉及的领域包括经营者集中申报，曾代理多家大型跨国公司、国内企业和境外私募基金提出申报，涉及化工、电子、半导体、通信产品、媒体、零售业、能源、消费者产品、大宗商品、重型工业设备、钢铁等行业。并为数家大型跨国公司就有关销售政策等方面提供有关垄断协议、滥用市场支配地位方面的法律建议，涉及汽车、机械设备等行业。

##### 执业经验

官晓姝律师2004年正式加入君合律师事务所，工作至今。

##### 教育背景

中国政法大学法学学士学位（2001）

中国政法大学法学硕士学位（2004）

中国政法大学法学博士学位（2010）

##### 执业资格

官晓姝律师目前为北京市律师协会会员。于2005年获得中华人民共和国律师执业资格。2002年获得中华人民共和国法律职业资格。

##### 工作语言

中文、英语



君合律师事务所举办“新三板以及VIE结构回归主要法律问题介绍”



请使用微信扫描二维码  
关注“君合法律评论”



JUNHE

## 君合律师事务所

### 君合北京总部

地址：北京市建国门北大街8号华润大厦20层  
邮编：100005  
电话：(86-10) 85191300  
传真：(86-10) 85191350  
电子信箱：junhebj@junhe.com

### 君合上海分所

地址：上海市延安中路1228号  
静安嘉里中心办公楼三座25层  
邮编：200040  
电话：(86-21) 52985488  
传真：(86-21) 52985492  
电子信箱：junhesh@junhe.com

### 君合海口分所

地址：海口市滨海大道81号  
南洋大厦2117室  
邮编：570105  
电话：(86-898) 68512544  
传真：(86-898) 68513514  
电子信箱：junhehn@junhe.com

### 君合深圳分所

地址：深圳市福田区中心四路1-1号嘉  
里建设广场第三座第2803-04室  
邮编：518048  
电话：(86-755) 25870765  
传真：(86-755) 25870780  
电子信箱：junhesz@junhe.com

### 君合香港分所

地址：香港中环康乐广场1号  
怡和大厦37楼3701-10室  
电话：(852) 21670000  
传真：(852) 21670050  
电子信箱：junhehk@junhe.com

### 君合广州分所

地址：广州市天河区珠江新城珠江东路13号  
高德置地广场E座13楼1301室  
邮编：510623  
电话：(86-20) 28059088  
传真：(86-20) 28059099  
电子信箱：junhegz@junhe.com

### 君合纽约分所

地址：美国纽约市第五大道630号  
洛克菲勒大厦45号2320室  
邮编：10111  
电话：(1-212) 7038702  
传真：(1-212) 7038720  
电子信箱：junheny@junhe.com

### 君合大连分所

地址：大连市中山区人民路15号  
国际金融大厦16层F室  
邮编：116001  
电话：(86-411) 82507578  
传真：(86-411) 82507579  
电子信箱：junhedl@junhe.com

### 君合硅谷分所

地址：美国加州帕拉阿图湾岸东路  
2275号101室  
邮编：94303  
电话：(1-888) 8868168  
传真：(1-888) 8082168  
电子信箱：junhesv@junhe.com