Jun He Law Review

君合

法律评论

2015（第一期） WWW.JUNHE.COM
总第三十四期

- “开源”相关知识产权问题探讨
- 信托财产原状分配刍论
- 中国破产程序域外效力在美国获得承认的法律实务
- 宣告原告专利无效在专利侵权纠纷抗辩中的运用

5月20日君合律师事务所在长富宫饭店举办“君合法律实务讲堂之红筹回归”研讨会

2015年第1期

CONTENTS 目录

主办：君合律师事务所

卷首语

律师专论

3 “开源”相关知识产权问题探讨 刘汀滢

7 信托财产原状分配刍论 张愉庆 邬 莎

16 浅析《外商投资产业指导目录（2015年修订）》对食品药品和医疗领域的影响 封 锐 李 雷 李泽宇

基础设施法律专栏

19 2014年PPP领域行政规范和司法实践方面的发展 袁家楠 卫 宁 丁兴镇

24 PPP项目招商方式法律架构介绍及分析 易 芳 李德庭 赵 冲

33 海外油气并购实务指南之五——产品分成合同 张伟华

域外法苑

41 中国破产程序域外效力在美国获得承认的法律实务 梁闽海 陈 效

案例评析

48 宣告原告专利无效在专利侵权纠纷抗辩中的运用 郑跃杰 魏宇明

法律随笔

53 谈谈商标法的学与用——《商标法——实证性分析》译后记 马 强

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
张苹阳

分所通讯员：万　晶

封面设计：赵米乐

封面题字：王之龙

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

2015年3月30日中共中央办公厅、国务院办公厅印发《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》，该规定建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度，而规定的主要核心是要求司法人员对领导干部干预、插手司法活动的情况给予记录、通报。

我们不能否认，这一规定的目的是非常良好的，这样的规定在实际中也会产生一定的良性效果，不过对这项规定的发文机关，着实令人有点困惑。

中办是党的机关，其发文还可以算是党纪。不过司法人员中有许多非党人士，包括许多法院、检察院的院领导中也有部分民主党派人士，用党纪来约束非党人士总归是不妥。

如果说中办发文还可以算是党纪，那么国办发文却绝对不是国法，连勉强都够不上。国办如何能够为根本不隶属国务院序列的法院系统、检察院系统的司法人员制订行为规范和奖惩措施?

全面推进依法治国作为一项重要国策，如何从纸面走入社会实际，要走的路还很长，需要做的事还很多，其中一件就是国家机关应该要清楚认识到自己权力的边界在哪。

“开源”相关知识产权问题探讨

刘汀滢

2014年6月，特斯拉CEO伊隆·马斯克（ElonMusk）在特斯拉官网上公布一项决定，宣布将电动汽车核心技术对外开放。这一决定引起不小的舆论风波，并且将“开源”再一次带入公众视野。“开源”这一概念最初起源于开源软件（Open Source Software，英文缩写：OSS），开源软件自出现便环绕着“维护公共利益”的光环。现如今，特斯拉作为一个商业组织，将自己的核心技术“开源”，目的显然不是提升公共利益，这一决定无疑是希望以自由和开放的开源精神来占据市场。特斯拉开源专利，主要目的是使竞争对手在使用特斯拉专利的同时，提高电动汽车产量，拉低电动汽车的平均价格，从而对传统汽车制造业造成大的影响，使得特斯拉在未来标准制定中抢占有利的地位。特斯拉的做法重新定位了“开源”在商业运作中的地位，也让我们不得不重新审视“开源”相关的法律问题。本文仍以“开源软件”作为分析对象，探讨与开源相关的知识产权问题。

一、开源软件许可证

开源软件源代码公开，软件的版权持有人授予他人自由使用、复制、散布、研究和改进软件的权利。不过，每一个开源软件都会附有一个许可证，该许可证相当于一个授权许可协议，许可证规定了软件使用者的权利和义务，使用者只有同意遵守这个许可证，才可使用开源软件。公认的许可证需要通过Open Source Initiative（http://opensource.org/）（简称 OSI）的认证。当前通过OSI认证的许可证有70种。OSI是以推广、传播开源软件为宗旨的非营利组织，主要致力于建立世界各地的开源社区之间的桥梁。

在这70种许可证中，有些许可证是对使用者非常友好的，例如，BSD许可证（http://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause）、BSL1.0许可证（http://opensource.org/licenses/BSL-1.0）、MIT许可证（http://opensource.org/licenses/MIT）等，仅要求使用者使用或再发布开源软件时附有版权声明、许可证中的条件、许可证带有的免责条款等声明，没有给使用者增加其他义务；有些许可证则给使用者设定了较多义务，例如，MPL协议（http://opensource.org/licenses/MPL-2.0）规定，基于源代码产生的修改版本也要以MPL许可证的方式再许可出来，但是，MPL许可证还是允许使用者在其已有的源代码库上加一个接口，除了接口程序的源代码必须以MPL许可证的形式许可给其他使用者，源代码库中的源代码可以不用MPL许可证的方式许可；而GPL许可证（http://opensource.org/licenses/GPL-3.0）就对使用者的限制非常严格，按照该许可证的规

定，对于修改代码和衍生代码，使用者必须将其以GPL许可证的方式作为开源软件发布出来，而不得将其作为闭源的商业软件发布和销售。也就是说，如果使用者将附有GPL许可证的开源软件中的源代码进行了修改或衍生，产生了修改或衍生代码，那么这些代码也需要以GPL许可证的方式发布出来，供所有使用者使用。

二、开源软件的著作权问题

首先需要明确的是，开源软件属于软件的一种，是著作权法保护的客体，其著作权人是软件的开发者。开源软件往往是众多开发者共同开发完成，有些开源软件还可能经过使用者的修改编译，所以开源软件的著作权人众多。开源软件与著作权保护期限届满或者著作权人宣布放弃其著作权的公有领域软件不同，开源软件是著作权人以授权许可的方式授予使用者在许可证的范围内，自由使用、复制、散布、研究和改进的开放源代码的软件，属于各国著作权法保护的对象。由此可见，如果使用者在使用开源软件时，没有遵守许可证的条款，那么其可能面临侵犯开源软件著作权以及违反许可证义务的法律风险，开源软件的著作权人有权向其提起侵权或者违约的诉讼。

使用者依据开源软件所开发出的修改或衍生软件（以下简称“新软件”），如果与基础软件之间的差异已足够使其构成新作品，则同样受到著作权法的保护。基于开源软件许可证的约定，未要求使用者将新软件以同样的许可证进行许可的，使用者可以自由许可或销售该新软件；反之，使用者则不能将新软件作为普通商业软件进行销售或许可，如使用者违反该义务，将造成其著作权行使与其合同义务之间的冲突，就该问题如何解决，我国已有先例。

在一起软件著作权侵权案中[1]，原告以被告从原告公司离职后，继续在其新设的公司使用原告公司的软件为由起诉被告侵犯其软件著作权。被告辩称，原告的软件是其基于附有GPL许可证的开源软件修改而成的，GPL许可证规定所有使用者都应当公开其软件源代码，以供他人使用，因此，原告对该软件不享有著作权，被告不构成侵权。法院首先认定了GPL许可证的效力，由于该许可证是使用者与权利人的真实意思表示且不违反中国法律、行政法规的禁止性规定，因此合法有效。原告未遵守许可证的规定使用开源软件，应承担违约责任，开源软件的权利人有权向其主张合同权利。其次，法院认定，原告在开源软件与商业软件的基础上进行修改等后续开发，属于对原作品的演绎行为。演绎过程需要付出独创性的劳动，产生了新的作品，构成了新的演绎作品。原告在创作演绎作品过程中，违反了授权许可证的规定，其所创作出来的作品为非法演绎作品，原著作权人有权提起违约或侵权之诉。最后，法院认为“非法演绎作品”是新作品，具有独创性，应区别看待“非法演绎作品”创作过程中的违法行为和创作过程中的独创性劳动。所以，法院最终判决，原告未按照开源许可证的规定开发出来的软件著作权受法律保护，被告构成侵权。

根据上述案例，首先，开源许可证在不违反中国法律、行政法规的禁止性规定的情况下，其效力在中国是受到认可的；其次，如果使用者未遵守开源许可证的规定，那么只有开源软件的权利人可以对该行为提起违约或侵权之诉，开源软件的其他使用者无权就使用者违反许可证的行为提出任何主张；最后，即使使用者未遵守开源许可证的规定，在开源软件的基础上创作了新软件，该新软件应认定为非法演绎作品，依然受著作权法保护。

三、开源软件涉及到的商业秘密问题

根据我国《反不正当竞争法》的规定，商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实

1 参见http://www.legalservice.cn/中国法院为什么保护违反gpl软件协议的行为？，最后访问时间2015年3月25日。

用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息[2]。最高人民法院在司法解释中进一步明确，《反不正当竞争法》所称的“不为公众所知悉”是指有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得[3]。

开源软件涉及的全部技术并非都是公开的。在所述全部技术中，源代码是向使用者公开的；但是类似于技术诀窍、熟练技巧、工程经验、隐性技术、测试分析等工程化实现技术，则往往是不公开的。此类未公开的工程化实现技术，满足“不为公众所知悉”的条件，在满足其他商业秘密的要件的情况下，可以作为商业秘密予以保护，这一点无论在理论上还是实践中都是被认可的。不过，对于以开源软件为基础开发的新软件，在相关许可证约定新软件应以相同条件开源的情况下，该新软件是否可以作为商业秘密进行保护的问题，则存在较大争议。

在天骄文韵软件（天津）有限责任公司（“天骄软件”）与恒生电子股份有限公司等（“恒生电子”）侵害商业秘密纠纷上诉案[4]中，若干恒生电子的员工在离职后，创建、加入了天骄软件，并在天骄软件的日常运营中使用恒生电子的“大宗现货交易系统软件”及“MELODY应用系统技术开发平台软件”等四款软件（合称“涉案软件”，其中，“MELODY应用系统技术开发平台软件”中包含开源代码），涉嫌侵犯恒生电子的商业秘密。杭州市西湖区人民法院进而判定，经鉴定，涉案软件具有秘密性，属于恒生电子自主研发的“不为公众所知悉”的专有技术，在涉案软件满足其他商业秘密构成要件的情况下，该软件属于恒生电子的商业秘密。之后，天骄软件以“MELODY应用系统技术开发平台软件”在内容上是在SpringMVC开源软件基础上开发、增添和扩展而形成，而SpringMVC是受Apache软件许可证约束的开源软件，根据Apache软件许可证的规定，基于SpringMVC再创造的代码，即便再创造人也投入了创造性劳动，但是其成果仍必须遵循开源原则，作为免费资源提供给公众使用并不得进行限制和收费为由，主张恒生电子对于涉案软件不享有独占权，进而提起上诉。

杭州市中级人民法院二审审理依然未就原告是否违反SpringMVC进行分析，也未考虑原告违反SpringMVC是否对其技术构成商业秘密的影响。实际上，SpringMVC开源软件所附的Apache许可证是以鼓励代码共享和尊重原作者的著作权为宗旨的，该许可证允许修改源代码并将修改版本作为开源或闭源软件再发布，但是需要附带修改说明、原来代码中的协议、商标、专利声明和其他原作者规定需要包含的说明等。笔者认为，本案中，恒生电子没有义务将其在SpringMVC开源软件的基础上开发出的代码作为开源代码发布出来，这一部分代码可以作为恒生电子享有的“不为公众所知悉”的自行开发代码，如果这些代码满足商业秘密的其他条件，那么其可以作为商业秘密得到保护。

如果使用者使用的开源软件所附带的许可证要求使用者必须将其修改或衍生的代码作为开源软件发布出来（例如，GPL协议），那么，在使用者严格遵守许可证规定的情况下，即使这些代码系使用者在开源代码的基础上自行开发，其也会由于已经开源，不属于“不为公众知悉”的技术信息，不能作为商业秘密；那么，如果使用者没有遵守许可证的规定，即未将其修改或衍生的代码作为开源软件发布，那么这样产生的软件是否能受到商业秘密保护？首先，使用者未遵守开源许可证的规定，构成侵犯开源软件著作权的侵权行为以及违反许可证的违约行为，原著作权人有权向该使用者提起侵权或违约诉讼；其次，借鉴上述的司法判例，对于该软件是否属于“不为公众所知悉”的技术信息，法院主要是

2 《反不正当竞争法》第十条。

3 《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第九条。

4 案号：(2013)浙杭知终字第95号。

根据鉴定机构出具的鉴定报告进行判断，如果鉴定机构认定涉案软件属于“不为公众所知悉”的技术信息，那么法院可能会认可该软件符合商业秘密“不为公众所知悉”的构成要件。由此可见，目前在中国的司法实践中，即使使用者不遵守开源许可证的规定，其也可能面临较小的法律风险，这是因为只有开源软件的著作权人才能对使用者不遵守开源软件许可证的行为提出主张，而开源软件是由很多开发者一起开发完成的合作作品，这些权利人大多怠于维护其自身权利，且各开源社区也缺乏监督开源软件使用情况的机制，无从知晓中国使用者违反开源软件许可证的行为。

结语：

开源软件是受著作权保护的软件作品，权利人通过向使用者授权许可的方式，让使用者可以自由学习、借鉴和再发布开源软件中的源代码，同时权利人也要求使用者必须遵守许可证的规定。如果使用者违反许可证的规定，则可能面临开源软件权利人的指控。但是，目前在中国，由于开源软件权利人分散且各开源社区没有详尽的监督开源软件使用情况的机制，所以，开源软件权利人就使用者违反开源软件许可证的行为提起诉讼的司法判例还不多见。但是，随着开源软件的使用行为在中国逐渐普遍，各开源社区也会逐渐关注开源软件的使用行为，开源社区今后很可能会进入中国维权，规范违反开源许可证的行为。

值得一提的是，在开源软件的影响下，现在市场上还出现了开源硬件、配方开源饮料、开源设计、开源政府、开源医药、开源艺术、开源教育等运动，开源已成为占据市场份额、聚集人才、让更多人获益的重要手段。例如，创客空间（Maker Space）就是一个面向软硬件高手、电子艺术家、设计师、DIY达人等的开放式社区，任何有创意的人都可以提出他们的想法，在现有的开源和学术研究成果的支持下，把这些想法变成现实。创客空间还向其他人开放其成果，以供他人进一步研究。在开源精神的指导下，创客空间试图建立一个开源生态系统，并将开源社区和商业运作相结合，鼓励更多的人能够加入到更多的项目中去，并使得部分项目成果能够产品化从而真正改变人们的生活。

刘汀滢

执业领域

刘汀滢律师专注于外商在华直接投资、知识产权、一般公司业务和合规事务。

执业经验

刘汀滢律师于2014年在君合开始执业。刘律师就诸多行业的外商投资企业日常经营事项提供法律服务，包括政府审批等，也为内资企业提供合规法律服务，包括知识产权许可转让等。

教育背景

伦敦政治经济学院（2011）
中国政法大学（2007）

工作语言

刘汀滢律师的工作语言为普通话和英文。

信托财产原状分配刍论

张愉庆　邬　莎

信托财产原状分配，是指在信托法律关系中，受托人在向受益人分配信托利益时，不以现金方式，而是以保持分配当时非现金形式信托财产的原状（如房产、股权、贷款债权）的方式向受益人分配，由受益人取得该原状形式的信托财产。

目前，《信托法》、《信托公司管理办法》和《集合资金信托计划管理办法》对信托财产原状分配做了原则性规定，但对于受益人接受信托财产原状分配的主体适格性、受托人如何进行原状分配、受托人在原状分配过程中的职责等事项未作进一步规定。鉴于信托业务实践中原状分配方式的运用越来越多，本文拟对信托财产原状分配的法律依据和典型应用场景、受益人接受原状分配的主体适格性、原状分配的操作方式、受托人在原状分配过程中的职责等事项作一初步分析，以期为信托业务实践提供参考。

一、信托财产原状分配的法律依据和典型应用场景

（一）法律依据

《信托法》和《信托公司管理办法》规定当事人可以在信托合同或其他书面文件中约定交付信托利益的形式和方法，为信托财产原状分配奠定了法律基础。《集合资金信托计划管理办法》进一步明确信托利益的分配可采取维持信托终止时财产原状的方式。相关法律条款如下：

1、《信托法》第九条第一款：“设立信托，其书面文件应当载明下列事项：……（五）受益人取得信托利益的形式、方法”；

2、《信托公司管理办法》第三十二条第一款：“以信托合同形式设立信托时，信托合同应当载明下列事项：……（八）信托利益的计算，向受益人交付信托利益的形式、方法……”；

3、《信托公司集合资金信托计划管理办法》（2009年修订）第三十二条第一款：“清算后的剩余信托财产，应当依照信托合同约定按受益人所持信托单位比例进行分配。分配方式可采取现金方式、维持信托终止时财产原状方式或者两者的混合方式”。

此外，中国银行业监督管理委员会（以下简称“**中国银监会**”）于2014年4月下发的《关于调整信托公司

净资本计算标准有关事项的通知（征求意见稿）》，将“信托合同约定以信托期限届满时信托财产存续状态交付受益人进行分配”（即原状分配）作为判断事务类信托的重要特征。该征求意见稿虽非生效文件，但亦表明监管机构对信托财产原状分配方式的认可。

上述法律法规对于信托财产原状分配仅作出原则性规定，并未就受益人接受信托财产原状分配的主体适格性、受托人如何进行原状分配、受托人在原状分配过程中的职责等事项作出进一步规定。

（二）典型应用场景

在信托业务实践中，信托财产原状分配的典型应用场景为单一信托，因单一信托中的受益人通常为一人，原状分配的操作不涉及众多受益人，操作起来较为方便；另外，单一信托是信托公司从事通道业务所通常采取的交易结构，原状分配的安排一方面可以使得信托公司不必自行处置信托财产，另一方面受益人通常具有较强的风险识别和承受能力而可以接受信托财产的原状分配并自行处置，原状分配安排体现了风险与收益相平衡的基本金融风险管理原理。同样基于上述两个原因，在信托业务实践中，对于结构化的集合信托计划中的劣后受益人有时也采用原状分配的交易安排。

由于信托财产原状分配较现金分配更为复杂（详见下文分析），信托财产类型的多样化决定了分配方式具有多样性和特殊性，为避免操作上的繁琐和避免不必要的风险，在信托业务实践中，原状分配通常适用于信托终止时的分配，而很少适用于信托存续期间的分配。

二、受益人接受信托财产原状分配的主体适格性分析

接受信托财产原状分配的主体为受益人，包括个人和机构两类，其中机构又包括一般企业、商业银行、保险公司、证券公司、基金(子)公司、信托公司等。如上所述，目前信托相关的法律法规允许受托人进行信托财产的原状分配，但对于受益人接受原状分配的主体适格性未作出规定，因此，有关接受原状分配的受益人主体适格性问题需结合信托财产的具体类型、受益人本身的性质并根据信托法之外的其他法律法规进行分析。

以下就信托业务实践中经常遇到的非金融机构接受信托贷款债权原状分配、商业银行接受非金融机构股权原状分配的适格性问题予以具体分析。

（一）非金融机构接受信托贷款债权原状分配

信托贷款债权的原状分配需由受托人将贷款债权交付受益人，实现受益人可以向信托贷款的债务人主张债权的效果。据此，信托贷款债权的原状分配体现为债权转移的过程，债权人由受托人变更为受益人。

我们认为，非金融机构等无贷款资质的受益人虽无贷款业务资质，但仍可以接受信托贷款的原状分配而取得相关债权，其为接受该等原状分配的适格主体。主要理由在于：第一，目前法律、行政法规并未禁止信托贷款债权的转让，也未对受让方的贷款资质作出强制要求；第二，接受信托贷款债权的原状分配并非一项需经特许的行为，并且非金融机构等无贷款资质的受益人基于信托财产的原状分配取得贷款债权仅为个别、偶发行为，不属于间接或变相地从事向不特定对象发放贷款的经营性活动，无需取得贷款业务资格；第三，在信托公司将信托项下的贷款债权分配之前，信托公司具有合法的贷款业务资质，相应的贷款债权是合法有效的，也是具有可转让性的；第四，信托公司与商业银行一样具有发放贷款的法定资质，有关信托贷款债权的原状分配可以参照适用关于信贷资产转让的法律规定。

在信贷资产转让方面，中国人民银行办公厅于2001年7月30日发布的《关于商业银行借款合同项下债权转让有关问题的批复》（银办函[2001]648号）规定，由于金融业是一种特许行业，金融债权的转让在受让对象上存在一定的限制，而放贷收息（含罚息）是经营贷款业务的金

融机构的一项特许权利，因此由贷款而形成的债权及其他权利只能在具有贷款业务资格的金融机构之间转让；未经许可，商业银行不得将其债权转让给非金融企业。

然而，中国银监会于2009年2月5日下发的《关于商业银行向社会投资者转让贷款债权法律效力有关问题的批复》（银监办发[2009]24号）则规定，对商业银行向社会投资者（指金融机构以外的自然人、法人或者其他组织）转让贷款债权没有禁止性规定，转让合同具有合同法上的效力；转让具体的贷款债权，属于债权人将合同的权利转让给第三人，并非向社会不特定对象发放贷款的经营性活动，不涉及从事贷款业务的资格问题，受让主体无须具备从事贷款业务的资格。

根据法律适用的“后法优于先法”原则，并鉴于中国银监会现为商业银行及信托公司的监管机构，我们理解信贷资产转让应当适用上述“银监办发[2009]24号”文，即商业银行向社会投资者转让贷款债权时受让主体无需具备从事贷款业务的资格，转让合同具有合同法上的效力。

司法实践中亦有案例显示，商业银行将不良贷款债权转让给其他企业或自然人的债权转让合同被法院认定为合法有效。例如，在卢××与杭州××石化有限公司等借款合同纠纷上诉案（(2012)浙杭商再终字第1号）中，法院认为，“××银行杭州分行将其对石化公司享有的债权转让给卢××，不违反法律禁止性规定，应确认合法有效”；相关法院在株洲高科集团有限公司诉株洲太子奶生物科技有限责任公司等别除权纠纷案（(2011)株中法民二初字第17号）以及谢某诉温州银行股份有限公司××行债权转让合同纠纷案（(2011)甬东商初字第1747号）中亦确认商业银行将贷款债权转让给企业或个人的合同合法有效，从而支持受让人要求债务人偿还贷款本息的诉讼请求。

（二）商业银行接受非金融机构股权的原状分配

根据投资资金来源的不同，商业银行投资信托产品主要分为以自有资金投资和以理财资金投资两类，以下分别就这两种情况下商业银行作为信托受益人是否可以接受非金融机构股权的原状分配予以分析。

1、商业银行以自有资金投资信托产品

关于商业银行以自有资金向非金融机构进行股权投资，《商业银行法》原则上予以禁止。《商业银行法》第四十三条规定，除国家另有规定外，商业银行在中华人民共和国境内不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资。对于因行使抵押权、质权而取得的不动产或股权，《商业银行法》第四十二条规定商业银行应当自取得之日起二年内予以处分。

由于上述法律规定涉及金融监管之重大事项，我们倾向于认为，该等禁止性规定属于效力性强制性规定，除非属于法律明确规定的例外情形（如商业银行因行使担保权而取得股权）或国家另有规定，否则，违反该等规定将导致相关合同约定无效。[1]基于此，信托合同中关于受托人将非金融机构股权作为信托利益向商业银行进行原状分配的约定，将可能被认定为无效。

2、商业银行以理财资金投资信托产品

关于商业银行以理财产品资金投资于非金融机构股权，现行法律法规也原则上持禁止态度。《中国银监会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（银监发[2009]65号）规定，理财资金不得投资于未上市企业股权和上市公司非公开发行或交易的股份，不得投资于境内二级市场公开交易的股票或与其相关的证券投资基金。虽然该等规定不属于法律、行政法规，但其禁止性规定仍将导致原状分配无法执行。

例外的是，银监发[2009]65号文同时也规定，对于

1 例如，在东营市七色光房地产开发有限责任公司与中国工商银行股份有限公司东营西城支行房地产联合开发合同纠纷上诉案（(2006)民一终字第16号）中，最高人民法院认为，“1995年7月1日起施行的《中华人民共和国商业银行法》（以下简称商业银行法）第43条规定，商业银行在中华人民共和国境内不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资。根据联合开发合同的上述约定，西城工行投资用于解决西城工行职工住宅部分的合同内容不违反商业银行法的禁止性规定，应认定为有效。但西城工行投资用于商业开发、赚取商业利益的部分内容，因违反了商业银行法第43条的禁止性规定，应认定为无效”。

具有相关投资经验，风险承受能力较强的高资产净值客户，商业银行可以通过私人银行服务满足其投资需求，不受上述限制。亦即，销售对象为高资产净值客户的理财产品可以直接投资于未上市企业股权和上市公司非公开发行或交易的股份、境内二级市场公开交易的股票或与其相关的证券投资基金。此外，商业银行理财产品也可以投资于优先股。因此，在银信合作中，如银行理财产品的客户为高资产净值客户[2]，或信托产品的投资对象为优先股，并且理财产品合同约定了理财产品可直接投资于该等标的，那么理论上信托公司将所投资的非金融机构普通股权或优先股以原状形式分配给商业银行不存在法律障碍。

三、信托财产原状分配的操作方式

从信托财产的类型看，可能进行原状分配的信托财产主要包括债权（如贷款债权、要求支付股权或股权收益权回购价款的债权）、股权、合伙企业份额、证券、实物资产（如房产、机器设备、红酒、艺术品）、财产性权利（如信托受益权、资产管理计划份额）等。

（一）原状分配的基本原则

关于原状分配的方式，《信托法》和《信托公司管理办法》原则性地规定由当事人在信托合同或其他书面文件中约定。《集合资金信托计划管理办法》第三十二条第三款则规定，采取维持信托终止时财产原状方式分配的，信托公司应于信托期满后的约定时间内，完成与受益人的财产转移手续。据此，集合资金信托计划项下原状分配的基本原则是完成信托财产的转移。

我们认为，信托财产原状分配须实现的法律效果是，通过受托人的原状分配，使得受益人取得信托财产并可以主张与信托财产有关的权利，如要求债务人偿还贷款本息、行使股东权利等。因此，尽管《集合资金信托计划管理办法》仅适用于集合资金信托计划，但单一信托的原状分配亦应适用“信托财产转移”这一基本原则。

根据《物权法》、《合同法》等法律规定，财产所有权转移的核心在于交付（如机器设备、艺术品等动产）或登记（如房产、土地等不动产）。相应地，为顺利完成交付或登记，受托人除向受益人发送关于信托财产原状分配的书面通知之外，还应采取有效行动促使信托财产的交付或登记的完成。由于信托投资范围的广泛性，信托财产的类型多种多样，受托人在实施交付或登记时，还需根据信托财产的类型、法律对于信托财产转移的特殊规定以及受益人的性质，综合考虑具体的分配方式。

（二）原状分配的具体操作方式

以下就信托业务实践中较为常见的几类信托财产类型，分别分析其原状分配的具体操作方式：

1、债权

受托人向受益人分配债权体现为债权转移的过程，债权人由受托人变更为受益人。参照《合同法》第八十条规定[3]，受托人应将债权分配（转移）给受益人的事实通知债务人，并向受益人交付贷款合同等债权法律文件以及证明已通知债务人的材料。债权有担保等从权利的，受托人还应通知担保人或其他义务人，并办理以及要求担保人或其他义务人配合办理担保物权的变更登记手续。

在担保人或其他义务人拒绝配合办理担保物权变更登记手续的情况下，我们认为，担保物权未变更登记不影响债权以及担保物权的转移，受让人仍可行使担保物权。理

2 根据《商业银行理财产品销售管理办法》第31条规定，商业银行私人银行客户是指金融净资产达到600万元人民币及以上的商业银行客户。高资产净值客户是满足下列条件之一的商业银行客户：（一）单笔认购理财产品不少于100万元人民币的自然人；（二）认购理财产品时，个人或家庭金融净资产总计超过100万元人民币，且能提供相关证明的自然人；（三）个人收入在最近三年每年超过20万元人民币或者家庭合计收入在最近三年内每年超过30万元人民币，且能提供相关证明的自然人。

3 《合同法》第八十条规定：债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

由在于，担保物权属于主债权的从权利，除法律另有规定或当事人另有约定外，主债权转移的，从权利一并转移，变更登记仅为程序性要求，未办理变更登记不影响该从权利的转移。相关法律对此有明确规定，例如，《合同法》第八十一条规定，债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外；《物权法》第一百九十二规定，除法律另有规定或者当事人另有约定的外，债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让；《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第九条也规定金融资产管理公司受让有抵押担保的债权后，可以依法取得对债权的抵押权，原抵押权登记继续有效。

在司法实践中，亦有相关案例表明，未办理抵押变更登记不影响抵押权转让的效力，受让人有权行使因债权转让而取得的抵押权。例如，在株洲高科集团有限公司诉株洲太子奶生物科技有限责任公司等别除权纠纷案（(2011)株中法民二初字第17号）中，法院认为，在主债权转让而抵押登记未变更的情况下，“根据合同法规定，在主债权发生转移时，抵押权作为从权利一并发生转移。……本案在抵押权随主债权转移后，受让人原告株洲高科集团即可依法取得主债权的抵押权，原抵押登记应当继续有效。故原告株洲高科集团对该土地和房产的抵押权享有优先受偿权”；在谢某诉温州银行股份有限公司××行债权转让合同纠纷案（(2011)甬东商初字第1747号）中，法院认为，“债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外……被告于2011年3月23日将其与开纪某金某司借款合同项下的到期债权本息转让给原告时，担保该债权的抵押权亦一并转让给了原告。原、被告之间虽未能办理抵押权变更登记，但该事实并不影响抵押权转让的效力及其他债权人的利益，亦不影响原告享有因债权转让行为而取得的抵押权利”。

需注意的是，根据上述《物权法》和《合同法》的规定，如法律另有规定、当事人另有约定或从权利专属于债权人，那么担保权利可以不随主债权一并转移。例如，对于对外担保合同，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号）第六条规定，主合同变更或者债权人对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任，但法律、法规另有规定的除外。又如，担保人（保证人、抵押人、质押人等）与债权人在担保合同中约定仅对特定债权人承担担保责任或禁止债权转让，则也会导致担保权无法随主债权转让。在具体办理原状分配时，受托人应核实是否存在关于担保的特殊法律规定以及当事人是否有特殊约定。

此外，《物权法》第二百零四条规定，最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。据此，如拟实施原状分配的债权附有最高额抵押并需作债权的切割分配或部分分配，则受托人应事先核实该最高额抵押担保的债权是否确定[4]，并核实当事人在最高额抵押合同中是否另有约定，以便确定最高额抵押权是否随债权的部分原状分配而转移给受益人。如受托人希望在此情况下顺利实现原状分配，那么应事先在最高额抵押合同中约定，无论届时最高额抵押担保的债权是否确定，最高额抵押权均按转让的主债权占全部主债权的比例随主债权的转让而一并转让，具体转让比例亦可根据项目的不同情况而作出有针对性的约定。

2、股权、合伙企业份额与证券

股权通常指非上市公司的股东权利，合伙企业份额为受托人所持有的合伙企业权益并且在信托业务实践中通常体现为有限合伙份额，证券则包括股票、债券、证券投资基金等，三者的共同点在于在所有权归属的外观以及对第三人的对抗力方面，均以在特定机构登记为准。例如，股

4 《物权法》第二百零六条 有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：（一）约定的债权确定期间届满；（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；（三）新的债权不可能发生；（四）抵押财产被查封、扣押；（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；（六）法律规定债权确定的其他情形。

权和合伙企业份额在工商登记机关登记、股票通过证券登记结算机构过户，受让方方可对抗第三人。

由于信托财产分配的目的是实现受益人享有信托财产的所有权并可对相应债务人主张权利，因此尽管一般情况下股权、合伙企业份额或证券的转让在当事人之间并不以过户为要件，但在信托财产的原状分配方面则需实现过户。这不仅事关受益人的切身利益，也关系到受托人是否可以彻底办结信托事务。基于此，受托人除需通知信托财产的相关义务人（如股权所在公司、证券投资基金的管理人）之外，还应办理并要求相关义务人配合办理过户手续。

需注意的是，对于特定行业的投资者，法律上可能有特殊资质要求或规定取得股东身份需主管机构事先审批。除此之外，信托财产所依赖的基础法律文件（如公司章程、合伙协议）也可能对信托财产的转让或受让方施加限制条件。信托公司在设计信托产品时，还应结合信托财产的性质以及基础法律文件相应设置原状分配条款，如受益人不符合法定股东资质要求或主管部门的审批无法获得或者基础法律文件不允许信托财产转让，则原状分配条款将无法执行。

3、财产性权利

此处所讨论的财产性权利主要指信托受益权、资产管理计划份额等，其特点在于无流转的法定登记机构，一般操作惯例是由管理人登记或记录在案。因此受托人进行该类信托财产的原状分配的，应将相应的信托受益权或资产管理计划份额转让给受益人，并通知及要求管理人予以登记或记录在案，必要时要求管理人参与签署转让协议。

同样，受托人还应核查信托财产的基础法律文件（如信托合同、资产管理合同）是否存在限制转让的约定，以及获得原状分配的受益人是否符合特定要求，如私募性质的资产管理计划份额受让人也应属于合格投资者、转让完成后的投资者人数不得超过法定人数等[5]。

4、实物资产

通常理解，实物资产为具有一定物理形态的资产，如房产、机器设备、红酒、艺术品等。对于需要办理登记的资产，如房产，受托人应协助受益人办理登记手续；对于无需办理登记的资产，受托人则应履行交付的义务，将实物资产交由受益人接收和控制。对于实物资产所附属的文件资料，如机器设备的使用说明书、房产的租赁合同，受托人亦应同时交付给受托人或办理必要的合同变更手续。

四、受托人在原状分配过程中的职责

（一）受托人职责分析

《信托法》第二十五条规定，受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务；受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。

我们理解，受托人在信托终止后的信托财产原状分配过程中仍应履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务，理由在于：第一，受托人的该等职责和义务贯穿于信托设立、信托财产管理运用、信托利益分配的全过程，方符合“为受益人的最大利益处理信托事务”的宗旨。第二，《信托法》第五十五条明确规定，信托终止后，在信托财产转移给受益人的过程中，信托视为存续；《集合资金信托计划管理办法》第三十二条第三款也规定，采取维持信托终止时财产原状方式分配的，信托财产转移前，由信托公司负责保管信托财产，保管期间信托公司不得运用该财产，保管期间的收益归属于信

5 根据《私募投资基金监督管理暂行办法》第十一条和第十二条规定，私募基金的合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只私募基金的金额不低于100万元且符合下列相关标准的单位和个人：（一）净资产不低于1000 万元的单位；（二）金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50 万元的个人。
私募基金应当向合格投资者募集，单只私募基金的投资者人数累计不得超过《证券投资基金法》、《公司法》、《合伙企业法》等法律规定的特定数量。投资者转让基金份额的，受让人应当为合格投资者且基金份额受让后投资者人数应当符合上述规定。

托财产，发生的保管费用由被保管的信托财产承担。信托视为存续，则《信托法》第二十五条的上述规定自应适用。

就具体操作而言，在原状分配过程中，受托人的职责主要体现为以下方面：

第一，受托人应当在信托期满后的约定时间内或合理期限内（如无约定），完成信托财产的转移，使得受益人享有并可主张信托财产的相关权利。为此，受托人在向受益人发出原状分配的书面通知之外，还应采取合理措施办理信托财产的转移手续，如交付或办理登记手续，具体的转移操作方式视乎信托财产的类型、受益人的性质以及有无特殊法律规定或合同约定而定。

第二，在完成信托财产的转移之前，受托人应妥善保管信托财产，除非信托合同或当事人另有约定，否则受托人不得运用信托财产。虽然《信托法》第五十五条规定此时信托视为存续，但我们理解，该视为存续的信托不再是终止之前的信托，而是属于消极信托[6]，受托人不再负有主动管理的职责，其职责主要是妥善保管信托财产、尽快完成信托财产的转移以及在必要时代受益人行使与信托财产有关的权利，例如在贷款债权诉讼时效即将届满时向债务人主张权利以中断诉讼时效、在债务人破产时及时申报债权。鉴于该存续的信托与原信托不同，为尽量避免发生争议，我们建议在信托合同中事先就该等情形下受托人应当履行的具体职责、是否收取信托报酬、其他相关费用和损失如何承担等事项作出明确约定。

第三，在原状分配完成之后，对于受益人主张信托财产的相关权利而需受托人合理配合的事项，如提供证据或出具有关事实过程的说明，受托人也应予以配合。

（二）无法完成信托财产转移情况下的处理

在原状分配时，受托人有义务采取合理措施将信托财产转移给受益人，但某些类型的信托财产的转移（如股权、房产）尚需受益人和第三方的配合，如受益人或第三方不予配合或存在其他障碍（如受益人不符合信托财产的受让主体资格），则可能导致信托财产无法转移，原状分配不能及时完成。

对于该等情况，除《集合资金信托计划管理办法》第三十二条第三款规定“因受益人原因导致信托财产无法转移的，信托公司可以按照有关法律法规进行处理”外，《信托法》、《信托公司管理办法》以及《集合资金信托计划管理办法》没有进一步的明确规定，更没有对其他原因导致的信托财产无法转移时受托人如何处理作出规定。《集合资金信托计划管理办法》第三十二条所谓“有关法律法规”也尚不明确。

我们理解，在此种情况下，基于《信托法》第五十五条之规定，信托视为存续，受托人仍须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。但由于此时视为存续的信托属于消极信托，受托人履行受托职责的内容和程度与原信托应有所不同。关于该等履行受托职责的具体内容和程度，目前尚无可供衡量的明确标准，需视届时项目具体情况而定。我们认为，基于受托身份以及为维护受益人利益之目的，原则上受托人应履行如下几项义务：第一，妥善保管信托财产，按照受益人的指示对信托财产进行处分，并配合受益人维护信托财产的安全，如配合提起诉讼、申报破产债权等；第二，在原状分配条款合法有效的情况下，如信托财产转移的条件具备，及时采取合理措施完成信托财产的转移；第三，在受益人未作出指示或不配合原状分配的情况下，基于履行受托职责之要求，受托人仍应尽到最低水平的信托财产保管和维护义务，如及时通知受益人、及时主张债权以免罹于诉讼时效等。

同样地，鉴于法律法规对无法完成信托财产转移情况下受托人应如何处理未作出明确规定，为尽量避免发生争议，我们建议在信托合同中事先就此种情况下受托

6 消极信托又称为被动信托，是指受托人虽然在事实上占有信托财产，并且在法律上也对该项财产享有所有权，但受托人不能积极主动进行管理和处分，而只是消极被动地接受委托人或受益人的指示对信托财产进行管理或处分。参见中国信托业协会编著：《信托基础》，中国金融出版社2012年12月第1版，第25页。

人应当履行的具体职责、是否收取信托报酬、其他相关费用和损失如何承担等事项作出明确约定，并针对受益人不配合信托财产转移的法律风险承担和后续如何处理信托财产作出约定。

（三）受托人未履行受托职责的法律风险

如信托公司在原状分配过程中及之后未完全履行其受托职责，那么，根据《信托法》第二十二条、第二十三条和第三十六条规定，受托人应当恢复信托财产的原状或者赔偿，在未恢复信托财产的原状或者未予赔偿前不得请求给付报酬；对于受托人违反信托目的处分信托财产的，委托人和受益人有权申请法院撤销该处分行为；受托人有重大过失的，委托人和受益人还有权依照信托文件的规定解任受托人，或者申请法院解任受托人。除此之外，信托公司还可能受到来自于中国银监会的处罚以及行业自律组织的惩戒。

五、总体结论及建议

1、受托人以维持信托终止时信托财产原状的方式分配信托利益，具有法律依据，但《信托法》、《信托公司管理办法》及《集合资金信托计划管理办法》等未就受益人接受信托财产原状分配的主体适格性、受托人如何进行原状分配、受托人在原状分配过程中的职责等事项作出进一步规定。

2、有关接受信托财产原状分配的受益人主体适格性问题，需结合信托财产的具体类型、受益人本身的性质，并根据信托法之外的其他法律法规进行分析。

3、信托财产的原状分配，以完成信托财产向受益人的转移为核心，以使得受益人取得信托财产并可以主张与信托财产有关的权利。根据《物权法》、《合同法》等法律规定，财产所有权转移的标准在于交付（如机器设备）或登记（如房产）。相应地，在原状分配时，受托人除向受益人发送关于信托财产原状分配的书面通知之外，还应及时采取有效行动促使信托财产的交付或登记的完成（包括自身采取行动以及要求其他义务方予以配合）。

由于信托投资范围的广泛性，信托财产的类型多种多样，受托人在实施转移（交付或登记）时，需根据信托财产的类型、受益人的性质、法律法规对于信托财产转移及其持有人的特殊规定、以及信托财产所依赖的基础法律文件（如公司章程、合伙协议）的约定，综合考虑具体的分配方式。但是，在债权原状分配的场合，未变更担保登记不影响债权和担保物权的转移，受让人有权行使担保物权。

基于此，我们建议：在设计原状分配条款时，区分不同类型的信托财产和受益人作出有针对性的约定，尽量细化原状分配条款；在具体实施原状分配时，注意核实届时适用的法律规定以及信托财产基础法律文件对于原状分配的限制性规定，及时与受益人和涉及的其他方沟通，以便顺利实现信托财产向受益人的转移，并保留受托人履行受托职责的相关证据以降低相关法律风险。

4、在信托终止后的信托财产原状分配过程中，信托视为存续，受托人应恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务，其职责主要体现为：第一，在信托期满后的约定时间内或合理期限内（如无约定）完成信托财产转移手续；第二，在完成信托财产的转移之前，妥善保管信托财产，不得擅自运用信托财产；第三，在原状分配完成之后，对于受益人主张信托财产的相关权利而需受托人合理配合的事项，受托人也应予以配合。

但是，该视为存续的信托属于消极信托，与原信托不同，为尽量避免发生争议，我们建议在信托合同中事先就该等情形下受托人应当履行的具体职责、是否收取信托报酬、其他相关费用和损失如何承担等事项作出明确约定。

5、如因受益人、第三人不配合或其他原因导致信托财产无法转移，受托人须视届时信托项目的具体情况，履行合理的受托管理职责。此种情况下，基于受托身份

以及为维护受益人利益之目的，原则上受托人应履行如下几项义务：第一，妥善保管信托财产，按照受益人的指示对信托财产进行处分；第二，如信托财产转移的条件具备，及时采取合理措施完成信托财产的转移；第三，在受益人未作出指示或不配合原状分配的情况下，基于履行受托职责之要求，受托人仍应尽到最低水平的信托财产保管和维护义务，如及时通知受益人、及时主张债权以免罹于诉讼时效等。

为尽量避免发生争议，我们建议除在信托合同中事先就此种情况下受托人应当履行的具体职责、是否收取信托报酬、其他相关费用和损失如何承担等事项作出明确约定外，还针对受益人不配合信托财产转移的法律风险承担和后续如何处理信托财产作出明确约定，以尽量降低受托人的风险。

6、如信托公司在原状分配过程中及之后未完全履行其受托职责，那么，根据《信托法》规定，信托公司应承担恢复信托财产的原状或者赔偿损失的责任，在未恢复原状或者未予赔偿前不得请求给付报酬。信托公司还可能受到来自于中国银监会的处罚以及行业自律组织的惩戒。

张愉庆

执业领域

张愉庆律师专注于资产管理、收购兼并、争议解决、一般公司法律事务。

执业经验

张愉庆律师于2008年在君合开始执业。张律师作为君合信托及其他资产管理法律业务团队的成员，参与过诸多类型的信托及其他资产管理业务项目，所服务的客户涉及银行、信托、证券、基金、保险、私募投资机构等，涉及的投融资领域包括房地产、基础设施、能源、证券、票据、另类投资等，对各种类型项目的结构设计和文件起草具有较为丰富的经验，并在众多重大交易中担任主要负责律师，协助客户完成从早期结构设计到尽职调查、文件起草和谈判、以及最终交割的整个流程。张律师还为信托公司提供日常法律咨询服务。张律师同时从事收购兼并、争议解决领域相关法律业务以及一般公司法律事务。

教育背景

中国政法大学法学硕士（2008）
中国政法大学法学学士（2005）

专业组织

张愉庆律师是全国律师协会和深圳市律师协会的会员。

工作语言

张愉庆律师的工作语言为普通话和英文。

邬　莎

执业领域

邬莎律师专注于收购兼并、资产管理、劳动业务和一般公司法律事务。

执业经验

邬莎律师于2011年在君合开始执业。邬律师参与过房地产、证券等领域的诸多资产管理项目，包括尽职调查、文件起草等过程，相关客户涉及信托、银行、证券、基金、私募投资等行业。邬律师同时从事收购兼并、劳动业务以及一般公司法律事务。此外，2014年6月至12月期间，邬莎律师曾借调于沃尔玛（中国）投资有限公司法律部工作。

教育背景

厦门大学国际法学硕士（2011）
湖南大学法学学士（2008）

专业组织

邬莎律师是全国律师协会和深圳市律师协会的会员。

工作语言

邬莎律师的工作语言为普通话和英文。

浅析《外商投资产业指导目录（2015 年修订）》对食品药品和医疗领域的影响

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》（“《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，而不再仅限于旧版规定的饲料用蛋氨酸；对于原即在鼓励类中的新型抗癌药物、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[1]，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[2]。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[3]。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

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、食品药品监管局，《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，《世卫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

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，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，在中长期内会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，相关医药制造业项下所有内容均被删除。这意味着原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[4]。外商投资血液制品生产项目从限制类变更为允许类，有助于加快外国的资本和技术引入，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。

封　锐

执业领域

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。

执业经验

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。

教育背景

封锐律师1999年毕业于北京大学法律系，获法学学士学位。2003年毕业于北京大学法学院，获民商法学硕士学位。2002年，封律师赴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。

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

普通话和英语

4　贡晓丽，《血液制品过半缺口待补》，中国科学报，2014.09.10

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、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》，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中，但取消了原有的黄酒和名优白酒生产。

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、煅等炮制技术的应用、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继续属于禁止类项目。

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。

李　雷

执业领域

李雷律师专注于跨国收购与兼并、境内外直接投资、公司分立和一般公司业务。

执业经验

李雷律师曾为众多跨国企业及国内公司提供境内外投资以及跨国并购的法律服务，包括设计交易结构、项目谈判、起草交易文件以及就项目涉及的各种法律问题提供建议。另外李雷律师曾为多家公司提供日常法律服务。李雷律师的业务领域涉及各种不同行业，尤其专注于医疗健康、养老及食品等行业。

教育背景

伦敦大学大学学院（UCL）法律硕士（2010）
中国政法大学法学学士（2004）

专业组织

李雷律师是全国律师协会的会员。

工作语言

李雷律师的工作语言为普通话和英文。

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

李泽宇律师的工作语言为中文和英文。

2014年PPP领域行政规范和司法实践方面的发展

袁家楠　卫　宁　丁兴镇

引言

PPP模式，对应于英文中的PPP，在中国[1]正式称为“政府和社会资本合作模式”。[2]在过去的2014年，尤其是在下半年，得益于中央政府在全国范围内多领域对PPP模式的推介，迎来了PPP模式在行政立法及司法实践中的加速发展。《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》（2014年11月16日）（下称“**《国务院指导意见》**”）第一次在如此高的政府层级，系统地阐述建立和完善政府和社会资本合作模式（PPP）。在《国务院指导意见》之后，一系列部委级规范性文件发布，引导和鼓励更多的社会资本，尤其是民营资本，进入公用事业、能源和环境、生态保护和基础设施等领域，可以预见在2015年会有更多规范性文件和规章颁布。《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（2014年12月2日）（下称“**《发改委指导意见》**”）详细说明了PPP模式适用的领域范围，包括燃气、供电、供水、供热、污水及垃圾处理等市政设施，公路、铁路、机场、城市轨道交通等交通设施，医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目，以及水利、资源环境和生态保护等项目。各地的新建市政工程以及新型城镇化试点项目，应优先考虑采用PPP模式建设，这反映出在中国政府推广PPP模式的一个主要目的在于拓宽城镇化建设融资渠道。实践中，在2014年底，许多示范项目在发改委或财政部的监管下进行开发和筹备。在司法领域，一些涉及解决PPP领域内重要问题的判决和裁定值得关注。

一、进展综述

近期中国PPP领域的主要进展包括：

（1）一批重要的行政性通知、指导意见或规范在国务院以及相关部委层级颁布，以在全国范围推广PPP模式，例如《国务院指导意见》、《发改委指导意见》、

1　本文中，“中国”指中华人民共和国，不包括香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾。

2　第十二届全国人民代表大会第二次会议《关于2013年中央和地方预算执行情况与2014年中央和地方预算的决议》（2014年6月27日）；《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》（2014年11月16日）。

《财政部关于政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（下称“**《财政部操作指南》**”）等。十几个地方政府或地方政府机构同样各自发布相关通知或政策，以在当地省或市推进或管理PPP模式的运用。

（2）国家发改委和财政部公布一批PPP项目作为示范项目或鼓励项目，其中一些为新建项目，一些项目由存量项目转化而来。在一些省份或城市，公布了类似的PPP试行项目以吸收社会资本。PPP示范项目不仅涉及传统的铁路运输、供水、污水处理、垃圾处理及供热，并且包括新能源汽车、综合管廊、医院、体育和环境综合整治。财政部政府和社会资本合作（PPP）中心作为一个专职机构在财政部成立，主要承担PPP工作的政策研究、咨询培训、信息统计和国际交流等职责。[3]

（3）在一些规范性文件中对PPP模式进行定义，并且在一些司法判决和裁定中对其特征进行阐释。根据《发改委指导意见》，PPP指政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率，通过特许经营、购买服务、股权合作等方式，与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作关系。而按照《财政部操作指南》，“社会资本”可以理解为不仅包括私人投资者，且包括其他已建立现代企业制度的境内外企业法人，但不包括本级政府所属融资平台公司[4]及其他控股国有企业。

二、PPP的种类

根据《财政部操作指南》，中国有效的PPP项目运作方式主要包括建设–运营–移交（BOT）、建设–拥有–运营（BOO）、建设–拥有–运营–移交（BOOT）、委托运营（O&M）、管理合同（MC）和转让–运营–移交（TOT）等。

BOT或BOOT方式，可通过政府授予特许经营权，适用于具有明确的收费基础，并且经营收费能够完全覆盖投资成本的经营性项目。BOT方式还可适用于，通过政府授予特许经营权附加部分补贴或直接投资参股等措施，经营收费不足以覆盖投资成本、需政府补贴部分资金或资源的所谓“准经营性项目”。准经营性项目依赖投资、补贴与价格的协同机制。BOO方式同样适用于准经营性项目。BOO方式或委托运营可通过政府购买服务，适用于缺乏“使用者付费”基础、主要依靠“政府付费”回收投资成本的非经营性项目。[5]TOT方式适用于，政府将存量资产所有权有偿转让给社会资本或项目公司，并由其负责运营、维护和用户服务，合同期满后资产及其所有权等移交给政府的项目运作方式。管理合同（MC）方式，通常作为TOT的过渡方式（合同期限一般不超过3年），指政府将存量公共资产的运营、维护及用户服务职责授权给社会资本或项目公司的项目运作方式。政府保留资产所有权，只向社会资本或项目公司支付管理费。[6]

三、PPP的一般要求

在缺少针对PPP模式的统一法律的情况下，到目前为止，《国务院指导意见》、《发改委指导意见》、《财政部操作指南》以及《市政公用事业特许经营管理办法》（下称“《建设部办法》”），构建出PPP模式的主要法律规制和要求。

备选PPP项目来源于政府的遴选或潜在社会资本的推荐。国家发改委和财政部均要求地方发改委或财政部门及相应主管部门，建立PPP项目库或潜在PPP项目名单。备选PPP项目将从该PPP项目库或潜在项目名单或

3 《北京商报》，2014年12月4日。

4 地方政府融资平台公司，指由地方政府及其部门和机构等通过财政拨款或注入土地、股权等资产设立，承担政府投资项目融资功能，并拥有独立法人资格的经济实体（见《国务院关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知》（2010年6月10日））。

5 《发改委指导意见》。

6 《财政部操作指南》。

社会资本发起项目中进行筛选。根据《发改委指导意见》，需编制PPP项目实施方案并提交联审机制[7]审查，明确经济技术指标、经营服务标准、投资概算构成、投资回报方式、价格确定及调价方式、财政补贴及财政承诺等核心事项。

《财政部操作指南》关于审查程序的规定有略微不同：（1）备选PPP项目列入年度开发计划；（2）项目发起方应按财政部门（政府和社会资本合作中心）的要求提交项目产出说明、初步实施方案和可行性研究报告（新建、改建项目），或提交存量公共资产的历史资料（存量项目）；（3）财政部门会同行业主管部门，从定性和定量两方面开展物有所值评价工作。

项目实施方案包括：

- 项目概况，主要明确项目提供的公共产品和服务内容、项目采用政府和社会资本合作模式运作的必要性和可行性，项目区位、占地面积、建设内容或资产范围、投资规模或资产价值、主要产出说明和资金来源等。是否要设立项目公司以及公司股权结构；
- 在政府（承担法律、政策和最低需求等风险）和社会资本（承担项目设计、建造、财务和运营维护等商业风险）间合理分配项目风险，不可抗力风险由政府和社会资本合理共担；
- 选择项目运作方式，主要包括BOT、BOO、BOOT、O&M、MC、TOT等。具体运作方式的选择主要由收费定价机制、项目投资收益水平、风险分配基本框架、融资需求、改扩建需求和期满处置等因素决定；
- 交易结构主要包括项目投融资结构、回报机制和相关配套安排；
- 根据具体情况，合同体系主要包括项目合同（PPP合同或特许经营合同）、股东合同、融资合同、工程承包合同、运营服务合同、原料供应合同、产品采购合同和保险合同等；以及
- 监管架构（主要包括授权关系和监管方式），以及采购方式（包括公开招标、竞争性谈判、邀请招标、竞争性磋商和单一来源采购）。

财政部门应对项目实施方案进行物有所值和财政承受能力验证，通过验证的，由项目实施机构报政府审核；未通过验证的，可在实施方案调整后重新验证；经重新验证仍不能通过的，不再采用政府和社会资本合作模式。[8]

《政府和社会资本合作项目通用合同指南（2014）》（下称“《发改委合同指南》”），后附于《发改委指导意见》中，是根据《国务院指导意见》制订，用于对政府和社会资本合作项目合同编制进行规范。其包括编制说明、15个模块和86项条款。模块包括总则、合同主体、合作关系、投资计划及融资方案、项目前期工作、工程建设、政府移交资产、运营和服务、社会资本主体移交项目、收入和回报、不可抗力和法律变更、合同解除、违约处理、争议解决，以及其他约定。其中黑体字显示的模块为通用模块，其他为根据不同PPP模式需要进行选用的模块。《发改委合同指南》强调合同各方的平等主体地位、提高公共服务质量和效率、社会资本获得合理回报、公开透明和阳光运行、合法合规及有效执行、国际经验与国内实践相结合。

尽管在《建设部办法》以及后续各地出台的特许经营地方法规中，对特许经营权期限限定为30年，但在中国的法律和行政法规层面，并未对PPP合同的最低或最高期限进行规定，也未对PPP合同设定特定的价格门槛。

四、2014年PPP领域司法实践

尽管新修订的《行政诉讼法》中规定，“认为行政

7 为提高工作效率，可会同相关部门建立PPP项目的联审机制，从项目建设的必要性及合规性、PPP模式的适用性、财政承受能力以及价格的合理性等方面，对项目实施方案进行可行性评估，确保“物有所值”。审查结果作为项目决策的重要依据。（见《发改委指导意见》）

8 《财政部操作指南》。

机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议等协议的”[9]争议属于行政诉讼的受理范围，但截止2014年底，国务院及其部委及司法审判机关还是倾向于认为，PPP合同应为平等主体间的民事合同。在2014年7月25日的一份民事裁定书中，最高人民法院撤销新疆维吾尔自治区高级人民法院驳回一审起诉的裁定并支持上诉人的主张，即在高速公路项目BOT合同项下，回购款的支付应独立于行政行为，上诉人与被上诉人（市交通局）在回购款的支付问题上处于平等的法律地位。在BOT协议的履行过程中，交织着相关行政主体的具体行政行为，在两种性质不同的法律关系中，双方主体重叠，在民事合同关系中的双方当事人，是相关行政法律关系中的行政主体和行政相对人。关于双方的争议究竟为民事争议或行政争议，法院认为，法律关系的性质判断，应结合争议的具体内容（本案中为BOT项目的回购款支付），而不能仅凭被上诉人的行政主体身份判定为行政争议。最终法院裁定本案为民事纠纷，而不是适用《行政诉讼法》的行政争议。[10]

另外一份重庆市高级人民法院2014年的民事裁定，不仅确认市城建局（代表市政府）与私营公司签订的《合作开发天然气合同书》应为民事合同，并且阐明地方政府主管职能部门的法律地位和私营公司在特许经营合同项下独家经营权的合法性。法院认为，合同条款在签订主体、当事人权利义务、违约责任、争议解决等方面均具有显著的民事行为特征。并在判决中确认，市城建局作为合同的签订者和当地政府的主管职能部门，具有独立对外签订民事合同的权利能力和行为能力，是本案的适格被告。在判决中，法院同时确认，私营公司在市行政区域范围内享有独家经营天然气的权利不违反法律法规的规定。[11]

此外，在过去一年其他不同地区的地方法院也在其判决或裁定中对PPP合同作出一些判断。例如青海省西宁市中级人民法院在一起关于特许经营合同的强制执行裁决中，判决执行中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）关于市水务局支付污水处理费、违约金、办理案件支出费用以及仲裁费（执行费）的裁决，法院从水务局银行账户中扣划上述执行款项。[12]广西壮族自治区贺州市中级人民法院对高速公路建设项目的特许经营合同作出判决，法院认为，在特许经营者及其投资人严重违约导致无法实现合同目的情形下，市交通局发出的解除合同通知应有效，并且投资人应根据特许经营合同中约定，对特许经营者履约行为承担连带保证责任。[13]

这些中国法院的判决及裁定，对于阐明PPP相关法规在中国的适用是极其有益的。法院对于PPP合同法律性质、政府或其职能部门的法律地位、PPP合同下投资人连带保证责任、特许经营权的排他性及强制性、以及PPP合同终止处理的观点，将会对PPP模式在中国的发展作出贡献。

展望

综上所述，尽管中国尚未颁布政府和社会资本合作（PPP）法或特许经营法，但目前实际上已经建立起PPP模式的初步规范体系，包括中央和地方政府的法规、规章和规范性文件，相关判决或裁定中的法院解释，以及去年年底各地的实践。考虑到近期行政规范和司法实践的快速发展，可以合理地预期，在新的一年政府和社会资本合作法律体系将会不断完善，这一模式的相关方，

9 《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定（2014）》（2015年5月1日生效）。
10 最高人民法院民事裁定（2014）民二终字第40号。
11 重庆市高级人民法院民事裁定，（2014）渝高法民申字第00029号。
12 西宁市中级人民法院执行裁定书（2014）宁执字第274-1号。
13 贺州市中级人民法院民事判决，（2014）贺民二终字第104号。

如政府、社会资本、银行和其他金融机构，将在这日益炙手可热的领域内获得更多的经验和形成更多的创造性实践。

袁家楠

执业领域

在能源资源、基础设施和公用事业项目投融资、特许经营、招标投标及相关的并购方面有15年的专业经验，尤其是在核电、水务、垃圾处理、交通、海外矿业和其他基础设施项目领域。

专业组织

目前受聘担任北京市发展和改革委员会法律咨询专家。

工作语言

现在君合北京总部执业。工作语言为中文和英文。

卫　宁

执业领域

基础设施和公用事业项目投融资、并购、特许经营（PPP\BOT\BOO）、工程建设、外商投资及公司日常法律事务。

执业经验

卫宁律师的服务范围包括设计与优化交易架构、开展法律尽职调查、起草与修改交易文件、出具法律意见书及参加谈判、法律调研、法律咨询以及拟定交易需要的其它法律支持工作等。

教育背景

德国汉堡大学法学硕士
中国政法大学法律硕士

专业组织

卫宁律师取得中国法律职业资格

工作语言

卫宁律师的工作语言为普通话和英文。

丁兴镇

执业领域

能源、基础设施及项目融资

执业经验

丁兴镇律师在加入君合律师事务所之前，曾于英国其礼律师事务所（Clyde & Co LLP）北京办公室工作，并先后于英国诺顿罗氏律师事务所（Norton Rose Fulbright LLP）和美国文森·艾尔斯律师事务所（Vinson & Elkins LLP）北京办公室、中国有色矿业集团有限公司赞比亚中国经济贸易合作区实习。

丁兴镇律师在硕士研究生阶段的专业方向为反垄断法，曾参与教育部国家社会科学研究基金项目“金融行业反垄断规制研究”国家级课题。丁兴镇律师后在多家外国律师事务所广泛参与与石油天然气、矿业等能源建设与投资类项目和基础设施项目的法律服务工作。

教育背景

中南大学法学院获法学学士学位（2010）
英国卡迪夫大学攻读LLM学位，获国际贸易法硕士学位（2011）
华东政法大学获经济法硕士学位（2013）

专业组织

卫宁律师取得中国法律职业资格

工作语言

中文、英文

PPP项目招商方式法律架构介绍及分析

易 芳 李德庭 赵 冲

一、总述

2013年以前，我国政府和社会资本合作（PPP）模式项目招商方式的法律架构并不明晰。实践中，此类项目招商有从特许经营角度依据《市政公用事业特许经营管理办法》采用招投标方式进行的，或从特许经营角度依据地方政府市政公用事业特许经营条例采用除招标外其他方式（如招募等方式）进行的；也有从政府采购角度依据《政府采购法》、《政府采购货物和服务招标投标管理办法》采用招标方式（包括公开招标和邀请招标方式）进行的，或从政府采购角度依据《政府采购法》采用竞争性谈判或单一来源采购方式进行的。

2013年新一届政府执政以来，改变地方性政府负债管理模式、改变预算管理制度、加快政府职能转变是一项重要的政府工作目标。拓宽社会资本投资渠道、促进投资主体多元化、创新重点领域投融资机制、发展混合所有制经济是实现上述目标的重要路径和手段。其中PPP模式是基础设施和公共服务领域实现前述目标的一项重要举措。

在这样的形势和背景下，人大常委会、国务院、国家发改委和财政部等相关部门自2013年起密集颁布了一系列法律、法规和政策（见附件一：2013年至今政府和社会资本合作模式项目招商重要政策法规汇总），推动政府和社会资本合作模式，并对该种模式的实施主体、实施步骤、程序等操作问题作出了具体的规定，为政府和社会资本合作模式项目招商提供了依据和制度支撑。

虽然并无明确区分及界定，但从政策出台的角度及内容来看，笔者认为，目前我国逐步形成了PPP项目招商之下发改委体系及财政部体系两种并不完全一致的法律架构。其中，财政部体系从政府采购角度出发制定了相关规定，形成了相对完善的财政部体系PPP项目招商方式法律架构；发改委体系主要从特许经营角度出发制定了相关规定。

两部委体系具体介绍及分析见下文。

二、财政部体系PPP项目招商方式法律架构介绍及分析

1、财政部体系PPP项目招商方式法律架构

2013年底至今，从政府采购角度出发，人大常委会、财政部等相关部门密集颁布了一系列法律、法规和

政策，目前看来，已形成了相对完善和稳定的财政部体系PPP项目招商方式法律架构。

财政部体系PPP项目招商方式法律架构基本如下（见下图）：

2、财政部体系PPP项目招商方式法律架构分析

2.1 政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务

将政府和社会资本合作模式定性为政府购买服务是通过一系列中央层面规范性文件提出并确定的。具体如下：

2013年9月26日《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》提出，政府向社会力量购买服务，就是通过发挥市场机制作用，把政府直接向社会公众提供的一部分公共服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量承担，并由政府根据服务数量和质量向其支付费用；

2014年9月23日财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》进一步明确指出政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务；

2014年12月15日《财政部、民政部、工商总局关于印发<政府购买服务管理办法(暂行)>的通知》再次明确规定政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用；规定购买主体应当按照政府采购法的有关规定，采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购等方式确定承接主体。

2.2 政府购买服务方式介绍

根据《政府采购法》、《财政部关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》（下称“财政部76号文”）、《关于政府和社会资本合作示范项目实施有关问题的通知》(下称“财政部113号文”)、《关于政府和社会资本合作示范项目实施有关问题的通知》（下称“财政部112号文”）等政府采购方面的法律、法规及政策，政府和社会资本合作项目应根据《中华人民共和国政府采购法》及相关规章制度执行，具体方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购，且应根据项目采购需求特点，依法选择适当采购方式。

考虑到招标方式（包括公开招标、邀请招标）实践中已经运用的较为成熟，单一来源采购方式适用的范围较为狭窄[1]，且受限于本文篇幅，本文仅就竞争性谈判、竞争性磋商方式进行介绍。

2.2.1 竞争性谈判方式

竞争性谈判方式为《政府采购法》明确规定的政府采购方式之一，《政府采购非招标采购方式管理办法》就竞争性谈判方式流程进行细化。根据前述管理办法规定，适用竞争性谈判方式应遵循以下流程：

（a）财政部门批准

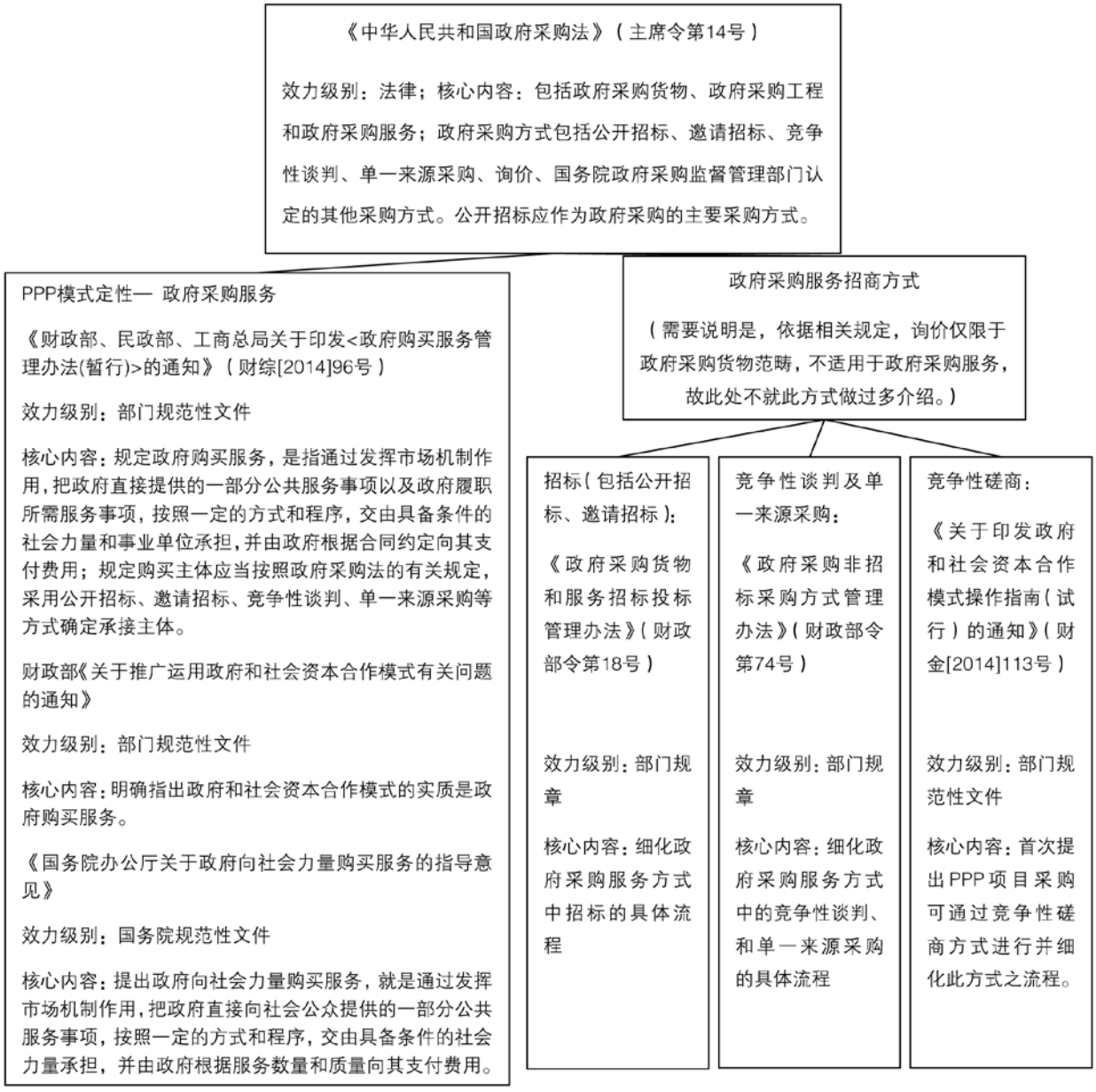
达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用非招标采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。

（b）供应商邀请

采购人、采购代理机构应当通过发布公告，从省级以上财政部门建立的供应商库中随机抽取，或者以采购人和评审专家分别书面推荐的方式，邀请不少于3家符合相应资格条件的供应商参与竞争性谈判活动。

（c）供应商编制及提交相应文件

1 《政府采购法》第三十一条规定，符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用单一来源方式采购：（一）只能从唯一供应商处采购的；（二）发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的；（三）必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。


《中华人民共和国政府采购法》（主席令第14号）
效力级别：法律；核心内容：包括政府采购货物、政府采购工程和政府采购服务；政府采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价、国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标应作为政府采购的主要采购方式。
PPP模式定性— 政府采购服务
《财政部、民政部、工商总局关于印发<政府购买服务管理办法(暂行)>的通知》（财综[2014]96号）
效力级别：部门规范性文件
核心内容：规定政府购买服务，是指通过发挥市场机制作用，把政府直接提供的一部分公共服务事项以及政府履职所需服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量和事业单位承担，并由政府根据合同约定向其支付费用；规定购买主体应当按照政府采购法的有关规定，采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购等方式确定承接主体。
财政部《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》
效力级别：部门规范性文件
核心内容：明确指出政府和社会资本合作模式的实质是政府购买服务。
《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》
效力级别：国务院规范性文件
核心内容：提出政府向社会力量购买服务，就是通过发挥市场机制作用，把政府直接向社会公众提供的一部分公共服务事项，按照一定的方式和程序，交由具备条件的社会力量承担，并由政府根据服务数量和质量向其支付费用。
政府采购服务招商方式
（需要说明是，依据相关规定，询价仅限于政府采购货物范畴，不适用于政府采购服务，故此处不就此方式做过多介绍。）
招标（包括公开招标、邀请招标）：
《政府采购货物和服务招标投标管理办法》（财政部令第18号）
效力级别：部门规章
核心内容：细化政府采购服务方式中招标的具体流程
竞争性谈判及单一来源采购：
《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第74号）
效力级别：部门规章
核心内容：细化政府采购服务方式中的竞争性谈判、和单一来源采购的具体流程
竞争性磋商：
《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金[2014]113号）
效力级别：部门规范性文件
核心内容：首次提出PPP项目采购可通过竞争性磋商方式进行并细化此方式之流程。
中央
地方
省级人民政府、财政厅2014年底出台的PPP相关政策文件。
（考虑到本文篇幅有限，故不就各地方政府、财政厅出台的PPP相关政策进行展开分析。）

供应商应当按照谈判文件的要求编制响应文件，并对其提交的响应文件的真实性、合法性承担法律责任。

（d）谈判

谈判小组应当对响应文件进行评审，并根据谈判文件规定的程序、评定成交的标准等事项与实质性响应谈判文件要求的供应商进行谈判。谈判小组所有成员应当集中与单一供应商分别进行谈判，并给予所有参加谈判的供应商平等的谈判机会。在谈判过程中，谈判小组可以根据谈判文件和谈判情况实质性变动采购需求中的技术、服务要求以及合同草案条款，但不得变动谈判文件中的其他内容。实质性变动的内容，须经采购人代表确认。供应商应当按照谈判文件的变动情况和谈判小组的要求重新提交响应文件，并由其法定代表人或授权代表签字或者加盖公章。

（e）最后报价

谈判文件能够详细列明采购标的的技术、服务要求的，谈判结束后，谈判小组应当要求所有继续参加谈判的供应商在规定时间内提交最后报价，提交最后报价的供应商不得少于3家。

谈判文件不能详细列明采购标的的技术、服务要求，需经谈判由供应商提供最终设计方案或解决方案的，谈判结束后，谈判小组应当按照少数服从多数的原则投票推荐3家以上供应商的设计方案或者解决方案，并要求其在规定时间内提交最后报价。

（f）评审报告编写

谈判小组应当从质量和服务均能满足采购文件实质性响应要求的供应商中，按照最后报价由低到高的顺序提出3名以上成交候选人，并编写评审报告。

（g）确定成交候选人

采购代理机构应当在评审结束后2个工作日内将评审报告送采购人确认。

采购人应当在收到评审报告后5个工作日内，从评审报告提出的成交候选人中，根据质量和服务均能满足采购文件实质性响应要求且最后报价最低的原则确定成交供应商，也可以书面授权谈判小组直接确定成交供应商。采购人逾期未确定成交供应商且不提出异议的，视为确定评审报告提出的最后报价最低的供应商为成交供应商。

（h）公告

采购人或者采购代理机构应当在成交供应商确定后2个工作日内，在省级以上财政部门指定的媒体上公告成交结果，同时向成交供应商发出成交通知书，并将竞争性谈判文件、询价通知书随成交结果同时公告。

（i）签约

采购人与成交供应商应当在成交通知书发出之日起30日内，按照采购文件确定的合同文本以及采购标的、规格型号、采购金额、采购数量、技术和服务要求等事项签订政府采购合同。

2.2.2 竞争性磋商方式

财政部113号文首次提出了竞争性磋商程序并细化了操作流程。虽然竞争性磋商程序并非《政府采购法》列明的采购方式，但是根据《政府采购法》第26条，政府采购方式包括国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。该法第13条同时规定，各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门。有人认为，政府采购监督管理部门认定的其他采购方式主要针对的是小额采购。鉴于《政府采购法》没有将其他采购方式限定为小额采购，我们倾向于认为，财政部113号文中规定竞争性磋商程序是有法律依据的。并且，该等程序可以对应国际上通用的竞争性对话程序，根据国际惯例操作，竞争性对话尤其适用PPP等复杂项目，是PPP项目的优选。

根据《政府采购非招标采购方式管理办法》、《政府采购货物和服务招标投标管理办法》、财政部113号文等有关规定，适用竞争性磋商方式应遵循以下流程：

（a）财政部门批准

达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用非招标采购方式（包括竞争性磋商程序）的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。

（b）根据项目需要进行资格预审（非必经程序）

项目实施机构应根据项目需要准备资格预审文件，并在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布资格预审公告，邀请社会资本和与其合作的金融机构参与资格预审，验证项目能否获得社会资本响应和实现充分竞争，并将资格预审的评审报告提交财政部门（政府和社会资本合作中心）备案。

（c）发布采购公告、接受响应文件之提交、组织现场考察或召开采购前答疑会

竞争性磋商公告（即采购公告）应在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。提交响应文件的时间自公告发布之日起不得少于10日。项目实施机构应组织社会资本进行现场考察或召开采购前答疑会，但不得单独或分别组织只有一个社会资本参加的现场考察和答疑会。

（d）响应文件接收及评审。

项目实施机构应按照采购文件规定组织响应文件的接收和开启。已进行资格预审的，评审小组在评审阶段不再对社会资本资格进行审查。允许进行资格后审的，由评审小组在响应文件评审环节对社会资本进行资格审查。

评审小组对响应文件进行两阶段评审，第一阶段：确定最终采购需求方案。评审小组可以与社会资本进行多轮谈判，谈判过程中可实质性修订采购文件的技术、服务要求以及合同草案条款，但不得修订采购文件中规定的不可谈判核心条件。实质性变动的内容，须经项目实施机构确认，并通知所有参与谈判的社会资本。具体程序按照《政府采购非招标方式管理办法》及有关规定执行。第二阶段：综合评分。最终采购需求方案确定后，由评审小组对社会资本提交的最终响应文件进行综合评分，编写评审报告并向项目实施机构提交候选社会资本的排序名单。具体程序按照《政府采购货物和服务招标投标管理办法》及有关规定执行。

（e）成立谈判工作组进行确认谈判

项目实施机构应成立专门的采购结果确认谈判工作组。按照候选社会资本的排名，依次与候选社会资本及与其合作的金融机构就合同中可变的细节问题进行合同签署前的确认谈判，率先达成一致的即为中选者。确认谈判不得涉及合同中不可谈判的核心条款，不得与排序在前但已终止谈判的社会资本进行再次谈判。

（f）签署确认备忘录并公示采购结果及合同文本

确认谈判完成后，项目实施机构应与中选社会资本签署确认谈判备忘录，并将采购结果和根据采购文件、响应文件、补遗文件和确认谈判备忘录拟定的合同文本进行公示，公示期不得少于5个工作日。合同文本应将中选社会资本响应文件中的重要承诺和技术文件等作为附件。合同文本中涉及国家秘密、商业秘密的内容可以不公示。

（g）正式签署项目合同及公告

公示期满无异议的项目合同，应在政府审核同意后，由项目实施机构与中选社会资本签署。

需要为项目设立专门项目公司的，待项目公司成立后，由项目公司与项目实施机构重新签署项目合同，或签署关于承继项目合同的补充合同。

项目实施机构应在项目合同签订之日起2个工作日内，将项目合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告，但合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。

2.2.3 竞争性磋商方式与竞争性谈判方式比较

为方便PPP项目采购方从竞争性磋商方式和竞争性谈判方式中作出适当选择，我们列明以下表格，就两种方式进行总体对比说明：

	竞争性磋商	竞争性谈判
主要法律依据	财政部113号文	《政府采购非招标采购方式管理办法》
君合简评	评审小组两阶段评审，**一阶段为通过谈判确定最终采购需求方案；二阶段为综合评分。**由评审小组对社会资本提交的最终响应文件进行综合评分，编写评审报告并向项目实施机构提交候选社会资本的排序名单。项目实施机构成立专门的**采购结果确认谈判工作组进行确认谈判** 分析：（1）需经历评审小组谈判以及采购结果确认谈判工作组谈判两次谈判，流程较为复杂、耗时较久；（2）通过引入综合评分法，在确定中选者时更为灵活。	谈判小组**一次谈判**后要求供应商做最后报价；谈判小组按照最后报价由低到高的顺序提出3名以上成交候选人，并编写评审报告采购人按照**最后报价最低的原则**确定成交供应商 分析：（1）一次谈判后即按照最低价原则确定成交供应商，流程较为简便；（2）通过最低价原则有利于控制政府财政支出；（3）受限于最低价原则，在确定成交供应商时不灵活。

三、发改委体系PPP项目招商方式法律架构介绍及分析

1、发改委体系PPP项目招商方式法律架构

从目前出台的法律、法规及政策来看，主要从特许经营角度出发，发改委体系PPP项目招商方式法律架构基本如下：

2、发改委体系PPP项目招商方式法律架构分析

《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》规定，PPP模式主要适用于政府负有提供责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目，城市轨道交通等交通设施、医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目，以及水利、资源环境和生态保护等项目均可推行PPP模式。同时该文规定，针对不同性质的项目应采用不同的操作模式。具体为：（1）经营性项目——对于具有明确的收费基础，并且经营收费能够完全覆盖投资成本的项目，可通过政府授予特许经营权，采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营—移交(BOOT)等模式推进；（2）准经营性项目——对于经营收费不足以覆盖投资成本、需政府补贴部分资金或资源的项目，可通过政府授予特许经营权附加部分补贴或直接投资参股等措施，采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营(BOO)等模式推进。要建立投资、补贴与价格的协同机制，为投资者获得合理回报积极创造条件。（3）非经营性项目——对于缺乏“使用者付费”基础、主要依靠“政府付费”回收投资成本的项目，可通过政府购买服务，采用建设—拥有—运营(BOO)、委托运营等市场化模式推进。

在我们与国家发改委进行沟通的过程中了解到，国家发改委进行上述操作方式分类的思路是，就经营性项目、准经营项目，仍应通过政府授予特许经营权（准

《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资[2014]2724号）

效力级别：部门规范性文件

核心内容：将政府和社会资本合作的项目区分为经营性项目、准经营性项目、非经营性项目三类，并规定不同操作模式。

《市政公用事业特许经营管理办法》（建设部令第126号）

效力级别：部门规章

核心内容：提出市政公用事业特许经营项目，报直辖市、市、县人民政府批准后，向社会公开发布招标条件，受理投标。

中央

地方

《杭州市市政公用事业特许经营条例》、《湖南省市政公用事业特许经营条例》等

效力级别：地方政府法规

核心内容：政府通过招标等公平竞争方式授予特许经营权。

经营性项目附加部分补贴或直接投资参股等措施），采用建设—运营—移交(BOT)、建设—拥有—运营—移交(BOOT)（经营性项目）、建设—拥有—运营(BOO)（准经营性项目）等模式，依据中央层面的《市政公用事业特许经营管理办法》以及地方层面的特许经营条例进行；就非经营性项目，可通过政府购买服务，采用建设—拥有—运营(BOO)、委托运营等市场化模式推进，依据《政府采购法》等政府采购方面的法律、法规和政策进行。

具体到此类项目招商方式选择上，以《杭州市市政公用事业特许经营条例》为例，此类项目招商应可采用招标方式或招募方式确定特许经营者。《杭州市市政公用事业特许经营条例》规定，特许经营权的授予应通过招标等公平竞争方式选择经营主体，对于特别复杂的市政公用特许经营项目，采用招标方式无法确定特许经营者的，可以采用招募方式确定特许经营者。市政府或者其授权的部门应当将拟授权经营的项目进行公告，并向不少于两个申请人发出邀请，通过审慎调查和意向谈判，确定经营者候选人，提交专门设立的评审委员会确定优先谈判对象，通过谈判确定经营者。杭州地铁1号线项目，即是采用招募方式进行项目招商、提出优先谈判对象，并通过谈判确定经营者的。

四、总结

考虑到国家发改委和财政部两部委设置各自PPP项目招商方式法律架构的角度并不一致、具体规定也存在相冲突或不一致的情况，且目前并无法律、法规和政策就PPP项目招商阶段应适用发改委体系或财政部体系的规定作出明确说明，故我们理解，律师在就PPP项目

招商提供法律服务过程中，应密切关注不时出台的PPP项目方面的法律、法规及政策（包括中央层面和地方层面），并应结合项目具体特点，审慎地就PPP项目招商方式适用提供法律分析意见。

需要特别说明的是，本文中提出的财政部体系PPP项目招商方式法律架构和发改委体系PPP项目招商方式法律架构，并非现行法律、法规和政策作出的明确界定，而是笔者依据本文提及之现行有效的法律、法规和政策、并结合具体项目中国家发改委、财政部的有关意见，自行总结的，意图从总体上说明现行PPP项目招商方式法律架构。本文中建立的体系仅供各位读者参考，也期待各位读者提出批评与指正。

附件一
2013年至2014年底政府和社会资本合作模式项目招商重要政策法规汇总

1、《关于印发<政府购买服务管理办法（暂行）>的通知》（财综[2014]96号）

2、《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724号）

3、《关于政府和社会资本合作示范项目实施有关问题的通知》（财金〔2014〕112号）

4、《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金〔2014〕113号）

5、《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部令第74号）

6、《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》（国发〔2014〕60号）

7、《国务院关于发布政府核准的投资项目目录(2014年本)的通知》（国发〔2014〕53号）

8、《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》

易　芳

执业领域

基础设施发展和能源、金融银行与项目融资

执业经验

易芳律师是君合银行组及基础设施组合伙人，现在上海办公室执业。

易芳律师在基础设施发展和能源、银行金融领域拥有丰富的重大交易项目的法律服务经验。在基础设施建设方面，易芳律师负责承办了数个国家重点建设项目和上海市重大建设项目，代表性项目包括但不限于“西气东输项目”（获《亚洲法律业务杂志》“2004年度中国最佳项目大奖”中的“基础建设”、“能源及资源”两个大奖提名）、世博园区中国馆、主题馆太阳能光伏发电合作项目（于2009年被上海市律师协会推荐为“世博服务明星奖”候选项目）。在银行金融方面，易芳律师为多家跨国外资银行的在华银团贷款、项目融资、合规经营和不良资产处置提供专业法律服务，并代表电厂投资方的电厂扩建工程项目融资提供法律服务。

易律师在能源、项目融资及基础设施建设领域长期保持领先地位：自2010年度起，多次被IFLR、Legal 500和/或Chambers评选为能源、项目融资及基础设施建设领域第一级别领先律师，其所在业务组也多次荣膺“能源、项目融资及基础设施建设”第一级别律所大奖。

此外，易芳律师于2008年荣膺第三届“上海市优秀女律师”荣誉称号，2010年获得上海市律协颁发的“服务世博优秀律师”称号，并被客户誉为“最值得信赖的专业伙伴”。

教育背景

易芳律师毕业于华东政法学院法律系，获法学学士学位，后进修于清华大学法学院民商法专业研究生班。

执业资格

易芳律师于1996年取得中国律师执业资格

工作语言

普通话、英语

（国发〔2014〕43号）

9、《财政部关于印发<地方政府存量债务纳入预算管理清理甄别办法>的通知》（财预〔2014〕351号）

10、《财政部关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》（财金〔2014〕76号）

11、《国务院关于深化预算管理制度改革的决定》（国发〔2014〕45号）

12、《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》（国办发〔2013〕96号）

13、《国务院关于加强城市基础设施建设的意见》（国发〔2013〕36号）

李德庭

执业领域

李德庭律师专注于基础设施、能源、项目融资。

执业经验

李德庭律师于2006年开始执业，在加入君合上海办公室之前，在中伦律师事务所上海分所、锦天城律师事务所工作。

李德庭律师在基础设施建设、能源、项目融资等领域积累了较为丰富的经验。

在基础设施建设和能源项目方面，李律师曾在燃机电厂、风电场、大型工业基地等重大项目中为客户提供工程建设法律服务，也曾为客户提供天然气销售、光伏电站建设、分布式能源电站建设、合同能源管理等方面的法律服务。

在项目融资领域，李律师曾为多个大型项目建设提供银行贷款、信托贷款、资产证券化、城市基础设施和公用设施PPP融资等方面的法律服务。

在长期的法律服务过程中，李德庭律师逐渐形成了将法律环境与客户商业目标相结合，在既有的法律环境中实现客户目标最大化的法律服务思维和法律服务技能，获得了客户的认可和信赖。

教育背景

吉林大学法学硕士（2006）

吉林大学法学士（2003）

专业组织

李德庭律师是全国律师协会的会员。

工作语言

李德庭律师的工作语言为普通话和英文。

赵　冲

执业领域

银行与金融、基础设施、公司/并购

执业经验

2012年2月，赵冲律师正式加入君合律师事务所，并专注于银行与信托、公司/并购业务领域。在此之前，赵冲律师于2009年至2011年期间就职于锦天城律师事务所，并为多家跨国公司和国内知名企业提供境内外融资、国际和国内并购以及公司日常法律事务等方面的法律服务。

赵冲律师曾参与多个国际银行的多个境内融资项目、跨境融资项目和银团贷款项目的谈判、文件起草和出具法律意见书等工作，以及参与多家信托公司的各类信托计划发行项目（如信托贷款项目、应收账款转让回购项目、房地产股权投资项目等）。

教育背景

西南政法大学法学学士、西南政法大学经济学学士（2008）

马丁路德大学国际经济法硕士（2009）

专业组织

赵冲律师是全国律师协会的会员。

工作语言

赵冲律师的工作语言为普通话和英文。

海外油气并购实务指南之五
——产品分成合同

张伟华[1]

石油合同是进行海外油气并购必须掌握的一类合同，也是具有一定特殊性的合同。不夸张的说，对石油合同掌握的好坏，在某种程度上决定了海外油气并购的成败。鉴于石油合同的特殊性，本文将分几个部分，对石油合同相关的一些知识进行介绍，同时鉴于产品分成合同是石油合同的代表，为各资源国所广泛使用，其中的重要条款体现了各类石油合同的特点，本文将把着眼点放在石油合同下的产品分成合同的一些重要概念、关键条款及谈判点上，主要关注点在于商务条款及法律条款，关于产品分成合同所涉及的纯技术条款，将另行著文介绍。

一、国际油气类石油合同的基本类型

本文中的石油合同系在泛指的概念上进行，严格说来，应该叫赋权文件（Granting Instruments），包括了各类矿证（license）、产品分成合同（PSC）、服务合同（Service Contract）及以油气作业为基础的合资类合同（Joint Venture）。通过这些石油合同或者赋权文件，资源国政府（或国家石油公司）将独家勘探权（及随后的开发生产权）授予了拥有先进技术及富余资金的外国投资者。

国际油气石油合同的财税体制一般分为两个大类，一为矿税制（Royalty system），一为产品分成合同（Production Sharing Contract）。从商务经济的角度看，两种财税体制并无本质区别，无非是资源国与外国合同者之间如何划分产出产品利益的问题。从法律的角度看，两者具有重大区别。在矿税制下，国家向外国合同者颁发探矿证或者采矿证，外国合同者需要向资源国缴纳各类税费，资源国不参与石油作业，并不参与油气产品的分成，不享受油气开发生产销售的直接利益；在产品分成合同下，外国合同者不拥有矿权，而通过与资源国政府或者国家石油公司签署协议的方式，投入资金、技术对合同规定的区域进行勘探，获得油气的商业性发现后，用分取油气产品的方式获得投资回收及相应利润，外国合同这收入来源是资源国政府或者国家石油

1　中国海洋石油总公司法律部 项目管理处处长。

公司给予的产品分成，系合同权益，资源国政府或者国家石油公司参与石油作业，对石油作业有直接的控制与管理，享受油气开发生产销售的直接利益。在国际油气两大类之下，又发展出了服务合同。服务合同一般是油气资源较为丰富的国家，比如伊拉克、伊朗等使用的一类合同，其主要特点是外国合同者投入资金、技术进行油田开发生产，产量由国家享有，外国合同者根据合同的规定获得成本回收及相应报酬，前述的成本回收及相应报酬可以油气产品的实物予以给付。有一些老旧油田的开发，也采用服务合同的形式，比如ERC（Enhancing Recovery Contract, 增加采收率合同），在老旧油田的基础产量之上，增产部分可以让外国合同者或者承包商取得报酬及回收成本。服务合同之下，除一般服务合同外，还有一类叫做风险服务合同，外国合同者或者承包商需要承担一定风险，比如油气田未有经济性产量或者老旧油气田未能达到增产的幅度，则外国合同者将承担不能取得报酬的风险。其他石油合同的方式包括以Joint Venture（合资）方式设立持有矿证。

中国现在实行的油气业制度其实是矿证加产品分成合同的结合。矿证的持有者是国家石油公司（以往曾经有过外国合同者在勘探期被登记为探矿权人且颁发证件的历史），国家石油公司通过与外国合同者缔结产品分成合同，外国合同者通过在勘探期承担资金及技术风险，取得商业性发现后，国家石油公司按照产品分成合同的规定在开发期取得相应的权益并按照权益出资，国家石油公司和外国合同者按照产品分成合同的规定进行投资回收及对油气产品进行分成。

二、产品分成合同的特点、发展及趋势

产品分成合同模式的根本特点在于资源国出让资源的勘探权（及随后的油气开发、生产、储存、运输、出口、销售权），换取有资金、技术的外国合同者独家从事风险勘探，在获取商业性发现后参与开发生产，与外国合同者分享油气产品。这就决定了产品分成合同的如下特点：

第一，产品分成合同体现的是资源国与外国投资者之间平等合作关系：一方出资源，一方出技术、资本，合作将资源国的资源开发出来，资源国与外国投资者之间平等沟通谈判合同条款，按合同规定享有权利，承担义务；

第二，产品分成合同体现了资源国与外国投资者对油气作业的共同管理：虽然外国投资者投入了资金技术，但外国投资者在石油作业的区域内的工作计划及预算和石油作业的重大事项，需要提交双方共同指派人员组成的JMC（联合管理委员会，Joint Management Committee）审阅和批准；

第三，产品分成合同体现了资源国对油气作业的监管及管理：比如石油作业的ODP（总体开发方案，Overall Development Plan）需要得到政府的审批，外国投资者转让作业者地位或产品分成合同下权益需要政府批准等。

产品分成合同今天已广泛应用于油气富集的资源国。埃及、尼日利亚、俄罗斯、赤道几内亚、玻利维亚等数十个产油国均使用产品分成合同模式。在近年的海外并购实践中，我们观察到产品分成合同有如下发展的趋势：

第一，资源国对其标准产品分成合同的谈判意愿越来越小：资源国往往聘用国际律所或者专业机构，对其标准格式的产品分成合同进行对比、研究、修订，并适时的对其标准产品分成合同进行更新，对于投标的外国投资者来说，资源国政府对产品分成合同的谈判意愿不是非常强烈。特别对于石油储量资源前景好的国家，除了产品分成合同中的工作量和经济性条款可谈外，产品

分成合同基本上是一个“take it or leave it”（要么接受，要么不谈）的状态，但对于资源状态没有那么好的国家，产品分成合同的许多具体条款还是可谈的。

第二，产品分成合同的条款有对外国投资者更加严格的趋势：在以往由政府提供的产品分成合同初稿上，一般都会有所谓的Economic Stability clause（经济稳定性条款，意即在签署产品分成合同后，如果资源国出现法律变动，使得外国投资者在合同项下的经济利益受到严重影响，则资源国将和外国投资者重新谈判合同条款，使外国合同者的经济利益恢复到签署产品分成合同时的水平），但在近年的一些产品分成合同初稿中，往往提供给外国投资者的第一稿就删去了经济稳定性条款；有些产品分成合同还加强了石油作业使用物资和人员本地化的要求，提升了本地化的比例要求；有些产品分成合同要求不寻求国际机构仲裁，只能在本国仲裁机构进行仲裁等等。

第三，产品分成合同体现了资源国加强合规性要求的趋势：比如，对反贪腐的合规要求，有的国家的产品分成合同中要求外国合同者做出没有使用资源国当地公司或其他相关公司作为中介的陈述与保证，违反陈述与保证将被取消或终止合同；有的国家产品分成合同要求外国投资者作出大量的未违反反贿赂及反贪腐法律法规政策的陈述与保证，再比如，对环保责任加强的合规要求，有的国家在产品分成合同中直接对Decommission/Abandonment Obligation（弃置义务，油气作业完成后对相关设备的处理，以满足环保要求的义务）作出了明确约定。

第四，产品分成合同越来越体现资源国政府加强对油气作业的控制趋势：比如，即使在勘探期内的JMC对油气作业的重大事项达不成一致，也需要由资源国政府决定的规定；比如，收紧对外国投资者自行采办的限度，油气设备的采办计划必须经政府预先批准的规定。

第五，产品分成合同中对资源国政府优先购买权行使的扩张：以往资源国政府优先购买权的行使条件往往仅仅局限于产品分成合同下权益的转让，如果外国投资者将持有产品分成合同下权益的公司直接转让，资源国政府往往便不能行使优先购买权；但近来几乎所有资源国政府优先购买权的触发条件都包括了并购、COC（Change of control, 即持有合同权益的公司控制权变更）、任何形式的重组等。

第六，产品分成合同体现了国家石油公司参与的灵活性。以往的产品分成合同往往是外国投资者在勘探阶段独立作业，国家石油公司仅仅在有商业性发现后才参与，但最近有些国家的标准产品分成合同中出现了国家石油公司可在勘探期就参与作业的选择权。

第七，一些国家将某些热点勘探开发领域从矿税制变为产品分成合同模式：比如巴西盐下（Presalt，地质学里的开发层系）的开发，巴西就从传统的矿税制转向了产品分成合同。

三、产品分成合同重要条款及谈判点解析

对产品分成合同重要条款的解读，可以看出资源国（国家石油公司）与外国合同者之间既合作，又对立的关系。从资源国的角度看，要经济有效的开发油气资源，还要保护环境；要从外国合同者手中获得先进技术，还要促进本国石油工业发展；要对外国合同者石油作业的费用成本进行严格监控，对回收严格审批；对不及时开发油气资源的外国合同者要求其及时退还合同区面积；强调外国合同者的社会责任等等，而从外国合同者的角度看，尽量长时间的占有合同区，保留油气发现的可能性；最大限度的尽快回收自身的投资；削弱资源国政府征收的可能性，尽量确保自身经济利益的稳定；保持石油作业的一定灵活自主性等等。

围绕着资源国与外国合同者之间统一又对立的关系，

笔者下面摘出一些产品分成合同中的条款进行解析：

第一，Term–产品分成合同的期限。一般而言，产品分成合同分为勘探期、开发期及生产期。从外国合同者的角度看，合同期限自是越长越好；从资源国政府的角度，合同期限既要能适当保证外国合同者资本投入的回收，也要保证在外国合同者风险投资没有油气商业发现的时候及时收回合同区，保留再授予他人的权力。一般来说勘探期的安排都是分几个阶段，在不同阶段结束后，外国合同者需要返还一定比例的面积给资源国政府。外国合同者的权利是在勘探期不同阶段结束时，在完成该阶段的义务工作量的前提下，外国合同者可以选择不进入下一阶段勘探期。一旦在勘探期结束，没有任何商业发现的前提下，产品分成合同终止。只有在有商业发现的前提下，产品分成合同才能进入开发及生产期。合同期的谈判要点：1）期限的长短；2）在某些情况外国合同者下延长合同期的权利；3) 要不要在合同中加入最长合同期的概念。

第二，Relinquish–合同区及合同区的退还。在合同期内，外国合同者能保有的合同区域面积是随着合同期的推延而缩小的，在勘探期结束后，外国合同者只能保留有进入开发生产的区域，而其产品分成合同内的其他区域，需要退还资源国政府。资源国政府的目的在于迫使外国合同者“explore it or return it”（勘探或者退还），加强勘探的效率。对于外国合同者来说，如果在勘探期末期，突然发现了有潜力可供商业性开发的区域，是否能够保留在合同区内，是一个重要的谈判点；另外，如果是天然气发现，但暂时因为市场的原因或者经济性的原因不能开发，是否能将该天然气发现区域保留一个较长的时间，也是一个谈判的点；

第三，Work commitment–工作量承诺及费用支出。资源国政府将勘探期勘探合同区的权利授予给外国合同者，换来的是外国合同者在勘探期不同阶段义务工作量的承诺。外国合同者在不同阶段必须完成承诺的二维地震、三维地震、钻井等工作，如果在某一阶段没能完成义务工作量，则往往资源国政府会要求其可以找第三方来完成，但费用由外国合同者支付，外国合同者则往往会要求在义务工作量旁边放上相应的费用支出，在未完成义务工作量的时候，可以选择把相应的费用支付给资源国，则视为完成了义务工作量。如果在勘探期的上一阶段多做了工作量，则往往产品分成合同中会规定可以折抵下一阶段的义务工作量。但从外国合同者的角度看，往往会反过来要求如果上一阶段未完成的义务工作量可以放到下一阶段去完成。谈判要点：1）合同里是否义务工作量和对应的费用支出都放上，费用支出和义务工作量的实际费用是否需要严格对应；2）义务工作量未完成时，是以义务工作量完成为准还是以估计的费用为准；3) 是否允许外国合同者上一阶段未完成的义务工作量推延到下一阶段区完成。

第四，Operatorship－作业者/作业权。一般来说，在勘探阶段，作业者是外国合同者，负责石油作业事宜。许多产品分成合同都规定在石油作业的某个时期，外国石油公司需要向国有石油公司移交作业权。比如中国海油的产品分成合同规定，在外国合同者回收完投资后，必须将作业权移交给国有石油公司。作业者的批准、移除，一般需要经过资源国政府或者国有石油公司批准。

第五，Commercial Discovery－商业性发现。勘探期结束，外国合同者能继续石油作业的唯一理由在于有商业性发现或者在一段时间内能将潜在商业性发现转变为商业性发现。否则，产品分成合同将终止。因此，何谓商业性发现，由谁来决定是否是商业性发现，至关重要。有些国家的产品分成合同直接规定连续多少日生产油气的量为商业性发现，但一般来说商业性发现的定义都是概括性的落脚到商业经济性。谁来决定是否是商业

性发现也是谈判点，无外乎资源国、外国合同者或者资源国与外国合同者组成的JMC一致决定。如果对是否是商业性发现未能达成一致，认为有商业性发现的一方是否有权可以独承风险（sole Risk）进行作业，独承风险作业后，另一方是否有Back-in（重新加入权），实现重新加入权的条件（如支付额外费用等），也是谈判的点。

第六，Target Resources－勘探、开发生产资源。有些国家，对产品分成合同勘探区域规定得非常细致，比如中东有些国家，就明确在合同中表明，只有在某个地质层系下的范围才是产品分成合同中授予外国合同者进行勘探、开发生产的范围，超过或者低于此层系范围的任何油气资源发现，均属资源国政府。此种合同一般适用于资源丰富的国家。笔者曾在中东某国谈判过一个产品分成合同，合同中就规定了只能在某个地质层系中发现的天然气（包括凝析油）才是授予合同者的勘探、开发生产的范围，除此之外的原油或者其他矿产，均属于资源国政府。

第七，JMC－联合管理委员会－联合管理委员会简称联管会，是有资源国政府或者国家石油公司与外国合同者组成的油气作业重大事项决策机构，对作业计划、预算、采办、诉讼、其他作业重大事项有决定权。一般来说，联管会由相同数目的国家石油公司代表与外国合同者代表构成。当外国合同者不止一方时，非作业者的其他外国合同者是否有权指定联合管理委员会成员？联管会的决策机制也是谈判点之一，是采取一致决还是权益比例多数决。一般来说，一致决比较多，但也有的国家产品分成合同规定，在外国合同者投资未回收完之前，如果联管会不能打成一致，则以外国合同者意见为准，在外国合同者投资回收完之后，如果联管会达不成一致，则以资源国意见为准。

第八，Carry－垫付。在商业性发现后，如果国家石油公司参与开发生产，则应该按照其选择参与的比例进行开发费用的支付。但在某些国家的产品分成合同中，在国家公司选择参与开发生产后，直到油气田产出油气之前，国家公司往往要求外国合同者Carry其支付的开发费用直至油气产出，然后国家公司在用自己份额下的油气来支付外国合同者的Carry费用和利息。主要谈判点在于Carry的利息及Carry和利息的回收顺序。

第九，Cost Recovery/ Production Sharing ratio－成本回收及产品分成比例。产品分成合同最重要的谈判条款。成本回收的范围、比例多少，各类费用支出是否计息、分成比例多少，决定者资源国与外国合同者在产品分成合同架构下各自拿走油气产品的比例，涉及到双方的核心利益，因此每一个百分比的争夺都非常激烈。比如外国合同者往往希望其在资源国所有的勘探成本都能在发现的油气田里回收，但资源国往往会采用Ring fence（回收篱笆圈）的概念，意即只有在发现油气田里支出的勘探、开发、生产费用才能在该油气田里回收，其他的不允许；比如，外国合同者希望一旦有油气产出，则用越高比例来回收以往的投资越好，但资源国政府希望此时政府应该参与高比例的分成，所以油气产出的一定比例用于外国合同者回收成本，其余的比例需要用来分成，这样能够保证油气产出后，资源国政府就能从油气产品中获得分成。产品分成一般采用阶梯式比例（Sliding Scale）的方式，在不同油气产量规模下，资源国政府与外国合同者的分成比例不同。注意，为了控制外国合同者的暴利，资源国政府往往还会要求在不同的油价下采用不同的分成比例。

第十，Bonus/taxes/fees－酬金及税费。一般来说，产品分成合同往往规定如下类型的酬金：1）签字酬金－外国合同者在签字时给予资源国政府的一笔酬金；2）商业发现酬金－外国合同者在有商业发现时给予资源国政府的一笔酬金；3）产量酬金－外国合同者在油气产量达到一定量时给予资源国政府的一笔酬金。石油

产品分成后所得税率一般由产品分成合同直接规定，有些产品分成合同还规定了一些要求外国合同者支付的培训费，教育费等。谈判点：1）数量；2）支付方式及时间。

第十一，Natural Gas–天然气。由于天然气的开发有其特殊性，因为天然气开发需要培育市场，且签署长期供应合同来保证气田的开发，天然气条款在产品分成合同中有其特殊性，一般说来，天然气潜在发现将被保留更长的时间，以让外国合同者能培育发展市场。同时，由于许多发展中国家对供应本国的天然气市场限价，天然气做成LNG（液化石油天然气）的可能性也需要保留，如果石油合同里有发现的天然气需要优先满足国内市场的义务，则可能会给商业上安排的灵活性带来问题，且国内市场义务的满足可能意味着国内市场上所能承受的天然气价格将会收到影响。

第十二，DMO－Domestic Marketing Obligation－国内市场义务。某些国家的产品分成合同会要求外国合同者将油气田产出的油气产品的一定比例以折让市场价格供应国内市场。对于外国合同者来说，油气产品供应国内市场的比例需要尽量小，而且价格应该尽量贴近国际价格。DMO义务往往是资源国与外国合同者谈判的重要条款之一。

第十三，Local content－本地化要求。资源国政府往往要求外国合同者在油气作业时优先使用本地材料、设备和人员。对于外国合同者来说，风险在于不合格的材料设备及人员。但是，随着各资源国本地化的越来越深入，本地化要求是所有进行海外并购的油气公司需要面对和正视一个严重问题。对于国际油气公司来说，本地化要求不仅仅是对人员及服务质量带来了挑战，也是对其全球的采购网络、采购成本带来了新的挑战。此条款的谈判要点在于本地化的条件需要约定明确，是否要明确只有达到一定条件最低标准外国合同者才有使用本地化人员或者服务的义务。

第十四，Abandonment/Decommissioning－弃置义务。随着各国环保法律法规的发展，对油气作业的弃置义务规定也越来越详尽和繁重，在石油作业开始后某一时点就需要外国作业者建立弃置基金的要求屡见不鲜，石油合同中对弃置的程序性规定也越来越详细，从事海外并购的公司应当仔细评估产品分成合同下弃置义务所带来的风险，并将其放入到项目进入时的经济评价研究中进行考虑，评估好项目的经济回报。

第十五，Economic stability clause－经济稳定性条款。经济稳定性条款有不同写法及类型，常见的有如下几类：第一，稳定法律条款，即将合同签署日的法律法规固定下来，在产品分成合同签署后的法律法规的变动不适用与该产品分成合同；第二，不得修改条款，非经资源国与外国合同者双方同意，不得修改产品分成合同的任何条款；第三，重新沟通条款，如果新的法律法规带来了外国合同者经济性的变化，则需要重新谈判修改产品分成合同，以使外国合同者的经济回报回复到原有的程度；第四，立法条款，签署产品分成合同后，该产品分成合同即提交资源国议会通过，形成法令；第五，分配条款，如果有法律法规改变影响到外国合同者的利益，则由国家石油公司承担相应的损失。如前所述产品分成合同的发展趋势，现在有越来越多的资源国已经从标准合同里拿掉了经济稳定性条款。外国合同者在面对产品分成合同中没有经济稳定性条款的时候，一般会考虑通过BIT（双边投资保护协议）的方式，来设置中间层公司，以便利用BIT中的保护措施；当然，从有关的保险公司购买相应的保险产品也是风险控制的一种。

第十六，Local Presence－当地实体存在。资源国的产品分成合同往往规定，在合同者与资源国政府或者国家石油公司签署产品分成合同后，需要在资源国设立当地实体/公司，将产品分成合同下的权益转让给其所设

立的当地实体/公司。否则，合同者不能有效持有产品分成合同项下的权益。对于从事海外油气并购的公司来说，计算好当地实体的注册成立时间，以满足项目时间表的要求，也是实务上需要关注的问题。

第十七，Consent/Preferential right－同意权及优先购买权。产品分成合同中往往规定，在外国合同者转让其合同项下的权益时，需要资源国政府或者国家石油公司同意。在外国合同者的任何交易涉及到产品分成合同项下的权益时，国家石油公司有对该权益的优先购买权。随着国家石油公司的经验日益成熟，现在很难看到在产品分成合同下，国家公司的同意权及优先购买权不及于产品分成合同权益的间接转让。我国石油企业在此点上曾经多次遇到过资源国政府的阻击。比如某企业通过购买加拿大公司的股权从而间接持有中亚某国石油资源，中亚某国通过国会修改法律同时具有溯及力的方式，要求行使政府的优先购买权；无独有偶，中国企业在利比亚也曾经有过相似的遭遇。所以，在实务上，如果发现资源国的产品分成合同对于间接转让方式没有优先购买权或者同意权，并购一方从其他渠道事先了解资源国政府和国家石油公司的态度是非常必要的。

第十八，Force Majeure－不可抗力。不可抗力需要注意的是，在不可抗力发生后，外国合同者需要要求对相应的合同期延期。但近来往往资源国会在该条款的谈判时要求：不管不可抗力发生的期间多长，合同期的相应延期最长应有期限的限制。此点需要在谈判时注意。

第十九，与JOA的关系－在一些国家，国家石油公司与外国合同者会签署Joint Operating Agreement，在联合作业协议下区管辖作业事项，资源国与外国合同者的关系由产品分成合同管理；在某些国家，如中国，产品分成合同本身就包含有JOA的相关规定，所以国家石油公司与外国合同者之间并没有专门就作业事项有一个联合作业协议。当然，随着发展，国家石油公司与外国合同者之间关于联合作业的安排也日益增加了灵活性，比如中国近海的某些项目，也出现了国家公司在勘探期间担任作业者，并与外国合同者签署国际标准的联合作业协议的情况。

第二十，Marketing－销售条款。外国合同者是否有权在资源国国内进行销售。有的资源国产品分成合同允许外国合同者可自由处置其产品回收及分成所得的油气产品；有的资源国产品分成合同只允许外国合同者在国际市场上进行销售的权利，如果在资源国销售油气产品，必须通过国家石油公司进行。

第二十一，Export and Import－进出口。在产品分成合同下，一般会规定因为石油作业需要而进口的设备履行相应程序后可自由的进出口。需要注意的是：由于资源国产品分成合同大多规定，如果购买的石油作业设备，一进关或者进关后该等石油作业设备的成本回收完成后，则石油作业设备的所有权将归属资源国或者国家公司所有。此处的出口则只能是那些租赁来的、或者外国合同者雇用承包商所拥有的油气生产设备。当然，在产品分成合同中，外国合同者需要要求资源国政府或国家石油公司为石油作业所需要的设备的进出口提供必要的便利及协助义务。

第二十二，Information，data ownership and IP－信息、资料所有权和知识产权。谈判点主要在于信息资料的所有权、使用权和知识产权的归属和使用权。资源国政府一般会在产品分成合同中要求上述三者的所有权，而给予外国合同者一定限度的使用权。而从外国合同者的角度看，因为石油作业过程中获得的知识产权不会轻易给资源国，但一般愿意给予使用权。

第二十三，Anti-bribery clause－反腐条款。随着合规性要求的日益严格，各国的产品分成合同中都加入了繁复的反腐条款，从事海外并购的企业，需要对合同中的反腐败条款及其相应责任进行仔细研究。需要注意的

是，有些资源国政府往往在产品分成合同中对外国合同者作出诸多反腐败的陈述与保证和承诺的要求，但自身往往不愿意向外国合同者作出相关的反腐陈述与保证，对走出国门的中国公司来说，要求资源国政府或者国家石油公司作出一定程度的的反腐的陈述与保证及承诺，对自身是一个很好的保护机制。

第二十四，Governing Law/dispute resolution－管辖法及争议解决条款。一般来说，产品分成合同适用资源国法，是所有该等合同的通行规则。争议解决，对外国合同者来说，仲裁及确认资源国是纽约公约（New York Convention，即“承认及执行外国仲裁裁决公约”）成员国非常重要（以利于国际仲裁裁决的执行），一个中立的、国际性的仲裁机构作为裁判机构也很重要。

第二十五，Guarantor－担保人－如前所述，处于保护投资或税务筹划的需要，往往签署产品分成合同的实体是中间层级的特殊目的公司（SPV），此种情况下，资源国政府往往会要求外国投资者采用最终母公司（Ultimate Parent Company）作为担保人，担保SPV产品分成合同下义务的履行。除了要求最终母公司的履行担保，资源国政府还会要求外国投资者对勘探阶段最低义务工作量的花费提供见索即付的银行保函（demand guarantee）或者银行信用证（L/C Letter of Credit）。对于国际大的油气公司来说，一般此处的谈判点在于：1）是否需要提供最终母公司（Ultimate Parent Company）作为担保人；2) 是否需要提供履行担保加银行信用保证的双重保障；3）在产品分成合同项下的履行担保是否有最高限额。在BP的墨西哥湾漏油事件发生之后，国际性油公司对于提供无上限的母公司履行担保一般都持抗拒的态度，往往会要求一个履行担保承担责任的最高上限（即使上限的金额较高，远超其义务工作量所支出的金钱数额）。

第二十六，Waiver of sovereign immunity－放弃国家主权条款。鉴于产品分成合同的本质是商业交易，传统国际公法上对国家主权的豁免并不适用，所以需要在合同中明示放弃。此条对于外国投资者来说是必须条款。

第二十七，Accounting Procedure－会计程序。会计程序往往作为产品分成合同的附件，详细列明石油作业中哪些成本费用支出可以回收，记账的原则，物资、原材料的簿记及处置的方式，资源国政府或者国家石油公司的审计权等等。

第二十八，Schedules－其他附件。产品分成合同所涉及的石油合同区域，需要放在产品分成合同附件里，在签订合同的时候，技术人员要对相关的坐标、经纬度等进行详细的确认，其他诸如母公司保函格式、银行保函格式、JMC的管理流程、国家公司在商业性发现后加入的JOA（联合作业协议）等，往往会作为附件，也需要一一加以关注。

上述的要点基本上囊括了产品分成合同所应注意的方面，但产品分成合同看起来比较标准，而只有在出现问题时才会发现其中的漏洞。对从事国际油气海外并购的商务及法律人员来说，关注产品分成合同的发展，多参与相关项目的谈判，是深入了解产品分成合同条款要点及背后利益分配考量的良好方法。“纸上来的终觉浅，绝知此事要躬行”的老话听来仿佛是Clich é s（陈词滥调），但的确是法律人员和商务人员熟练掌握法律文件谈判关键点、谈判技巧和国际油气业通行规则的不

中国破产程序域外效力在美国获得承认的法律实务

梁闽海　陈　效

2014年8月12日，美国联邦破产法院新泽西州地区首席法官格洛丽亚•伯恩斯（Gloria M. Burns）签署命令，批准了正在中国进行破产重整程序的浙江尖山光电股份有限公司在美国的代表向美国法院提交的一份申请，承认这项中国破产重整程序（下称“**尖山光电案**”）获得在美国的域外破产效力，并立即给予相应的破产救济。

该判决具有相当重要的意义：作为美国法院承认中国破产程序的首例，必将为其它有破产重整需求的中国企业寻求将其在美资产和债权纳入在华发起的破产程序产生积极的示范作用，也为中国法院未来依照互惠原则承认美国破产程序在华的效力带来重要启示并提供了可能。

一、案情简介

浙江尖山光电股份有限公司（下称“**尖山公司**”）系海宁市重点光伏企业，由十一家法人企业及十五位自然人股东投资设立，注册资本3.6亿余元人民币。浙江省海宁市农村信用合作联社对该公司及其三个子公司（合称“**债务人**”）享有到期金融债权本金1.1亿余元人民币，一直未被清偿。

2013年11月5日，申请人海宁市农村信用合作联社以“债务人存在巨额金融债务，已资不抵债、不能清偿到期债务，但在光电行业趋势向好的情况下对其破产重整更有利于保护债权人利益，更可避免海宁市发生金融动荡”为由，向法院申请对债务人进行重整。债务人在法定期限内未提出异议。

浙江省海宁市人民法院裁定认为，债务人公司在整个光伏产业陷入低谷时出现严

重亏损，现已无力偿还银行到期贷款，债务人经营陷入困境。但是该产业目前已逐步步出低谷，国家已出台多项政策进行扶持，光伏产业即将迎来新的发展契机，故对债务人进行破产重整，让债务人重生，是可行和必要的。从债权人角度而言，破产清算可能使债务人资产出现大幅贬值，对债权人将会造成更大的损失。因此，法院裁定受理了对债务人进行破产重整的申请。并依法指定尖山公司清算组担任债务人的破产重整一案管理人（下称**“管理人”**），并规定管理人具有“管理和处分债务人的财产、代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序”等九项职责。本案先后共有119家债权人申报了33.2亿余元人民币的债权，得到确认的债权总额为17.3亿余元人民币。

2014年6月30日，该院出具《决定书》，表示注意到债务人“在美国拥有大量破产财产”（笔者注：据悉价值大约为1.5亿元人民币，主要是位于新泽西州某仓库中的太阳能电池板），依据管理人申请，对管理职责范围补充决定如下：“管理人有权依据美利坚合众国法典第11篇（即“破产法”）第15章之规定，向美国司法机构寻求相关司法救济，并有权采取其认为合适的步骤履行其职务。”从而明确授权破产管理人作为债务人的代表，寻求美国破产救济。

2014年7月11日，管理人任命了一位“指定授权人（Authorized Designee）”[1]，授权其“签署并向美国相关法院递交所有申请书、宣告书及其他任何动议…代表债务人聘请律师事务所作为债务人之代理律师…并有权采取一切破产管理人或其指定授权人认为与启动该等法律程序相关的必要、合理行动，以管理、追回一切属于债务人之资产、权益和债权，包括但不限于：启动美国破产法典第15章程序。”

2014年7月16日，该指定授权人聘请的美国律师，向位于新泽西州的美国联邦破产法院提交了《承认外国主要程序和提供救济和帮助》的申请动议书。该动议对申请符合美国破产法对域外破产程序的承认条件进行了全面的阐述：该中国破产案构成美国破产法定义的“外国主要程序”；来自中国的“指定授权人”是符合美国破产法定义的“外国代表”；且本案具备来自中国法院的民事裁定书、决定书等全套证明文件。

二、美国法院的判决

首席法官伯恩斯分别于2014年7月24日、8月5日、7日和8日举行多次听证，并最终于2014年8月12日签署命令，批准了此项申请：

1、根据联邦破产法典第1517(a)(1)–(3)条，及第1517(b)(1)条，确认中国破产程序符合美国法定义下的“外国主要程序”的各项条件；

2、命令立即提供相应的美国司法救济：“根据联邦破产法典第362条，第1519(a)(1)条，和第1521(a)条，所有的自然人债权人和企业债权人，从现在起，被禁止（stayed, without limitation）推进执行一切针对债务人的、或债务人在美国境内的任何财产（包括被主张但待

1 该任命决定是本案破产管理人用中英双语起草的，其目的是拿到美国破产法院来用，以证明被授权的代理人满足美国破产法第十五章的“外国代表”的资格要求。因此管理人在该文书中自行采用了“指定授权人（Authorized Designee）”这样的与国内类似称谓如“受托人”、“代理人”等不完全相同的双语称谓来称呼其任命的美国代理人。同时该文还采用了其它非国内文书的用语，例如“宣告书”、“动议”、“诉告文状”等美国诉讼舶来语汇，并配有相对应的英文“declarations”“motions”“pleadings”。这从一个侧面可以反映出中国的破产管理人、中国法院为了相关文件能够得到美国法院的承认、执行而进行的尝试和努力。

确认的财产）的判决或执行令（writ of execution）；并被禁止从事任何占有、控制、移转、处分、或设限于债务人在美财产的行为；或未经本庭允许，进行任何针对债务人及其资产的其它行为…。任何正在进行中的移转、设限、处分债务人在美资产及其相关收益（含所有被主张但待确认的财产）均暂停实施，直至法院签发相关指令。”

三、对美国法院判决和美国破产法典的解读

跨境破产是经济全球化中不可避免的一种经济与法律现象。资产散布于多国的债务人（通常是大型跨国公司）一旦成为破产程序的对象，往往亟需各国破产法院进行跨国界合作，弥合彼此破产法律制度的矛盾和冲突，互相承认破产程序，从而增加挽救陷入债务困境的债务人的可能性，公平有效地推进破产程序，防止债务人分散在各国的资产被隐匿或挥霍，维护分布在各国的债权人的利益，以及债务人及其雇员的利益。[2]

以中国为例，中国企业不断加大迈向世界的步伐，或直接对欧美发达国家投资，或通过国际贸易向这些国家输出大量商品。当这些中国企业在中国境内资不抵债，需要进行破产清算、重整时，相关中国程序和法院判决能否得到西方国家法院的有效承认，直接关系到其放置在被投资国或贸易国的资产能否成为破产财产的一部分并得到及时有效的处置。例如2013年无锡尚德破产案在中国境内进行期间，其在美国的上市公司尚德电力被美国债权人在美国法院提起诉讼要求在美国强制破产，同一时期尚德电力在意大利的47座电站也先后被意大利法院查封。凡此种种，均会产生复杂棘手的跨国破产法律的冲突，有待各国立法机关和司法机关协调解决。而美国联邦破产法院此时在尖山光电案中对来自中国的申请给予积极保护，具有重要的现实意义和示范价值。

根据2005年修订的美国联邦破产法典中新增的第15章，代表外国破产程序的申请人（称“**外国代表**”），有权直接向美国法院提出承认该外国破产程序的申请，要求启动相应的美国境内的辅助程序，获得相关破产保护。如果美国法院同意了该等申请，外国代表将有资格直接获得，或经请求获得美国破产法院给予的破产救济。[3]这些规定与2005年之前的旧版美国破产法典相比，大胆消除了原跨境破产管理中冗长的承认外国判决或外交审批的程序[4]。

要想获得美国法院的承认，外国代表必须证明符合第1517条提出的三个要件：

（1）外国程序的性质：该外国破产程序是一个“外国主要程序（指该程序是在债务人的主要利益中心（Center of Main Interest）的所在国启动）”或“非主要程序（指该程序是在债务人的营业所（Establishment）的所在国启动）”；

（2）外国代表的性质：该外国代表是一个自然人或实体；且

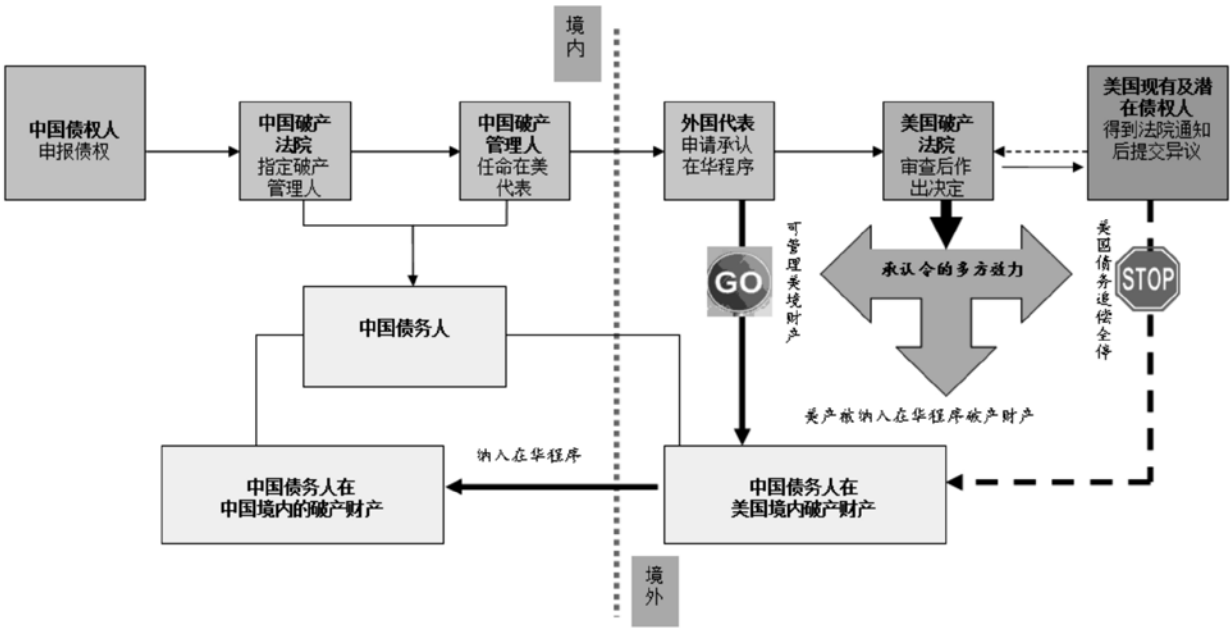
（3）已经提交了符合第1515条要求和列举的证明文件：（i）经公证的受理提起外国程序的外国法院决定

2 参见联合国国际贸易法委员会，《贸易法委员会破产法立法指南》（UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law）2004年版。http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html。

3 参见Benjamin J. Christenson, Best Let Sleeping Presumptions Lie: Interpretation of "Center of Main Interest" Under Chapter 15 of the Bankruptcy Code and An Appeal for Additional Judicial Complacency,2010 U.Ill.Rev.1572-73 (2010).

4 参见解正山：《跨国破产立法及适用研究——美国及欧洲的视角》，法律出版社2011年版，第67-71页。

“中国破产案件申请美国法院承认的一般当事方、法律关系及通常步骤”



和对外国代表的任命决定；（ii）外国法院出具的该外国程序正在进行及外国代表的具备相应身份资格的证明书；或（iii）若不具备第（i）和第（ii）项要求的证明文件，任何其它能够被美国法院接受的证明外国程序存续和外国代表资格的证明文件。

应该说，这些证明文件并不繁琐，且一项具备了适当法定文件的承认申请一般会在尽可能短的时间内举行听证。[5]联邦破产法典第1517条(c)款明确要求法院在尽可能早的时间内（“at the earliest possible time”）作出是否承认的决定。

若法院认为受到的申请材料，以及外国程序与外国代表等事项均符合第15章各条的规定，法院就应当按照第1517条的强制性规定，做出一项承认的命令，允许域外破产程序对债务人的在美资产发生相应的破产效力。此时，纳入中国破产程序中的财产，将不仅限于破产债务人在中国国内的财产，还能够包括其在美国的财产，使得债务人在美国的财产也将通过一定的程序移交给中国的破产管理人进行管理和分配，从而能够最大限度的作出清偿，保障各方当事人的利益。

综观尖山光电案判决的事实和程序，美国破产法院正是严格按照上述规则对案件进行审查并作出相关判决和给予司法救济的。

四、中国破产程序域外效力在美国获得承认的法律要点

5 季立刚，解正山：“美国跨国破产立法的最新发展及对我国的借鉴意义”，载《暨南学报》2010年第5期。

尖山光电案从提交申请到拿到批准令，不到一个月。其之所以能够顺利获得美国法院的救济，且速度之快，不得不说具有个案的色彩。但是笔者认为，可以举一反三，从中抽象出普遍性的原则，在未来类似案件中，获得更多的成功案例。

1、法律上的准备

（1）中国法律方面

中国破产程序的管理人及其代理律师，在面对美国法官的审查时，难免要承担起对中国破产法的法律体系、制度、程序、乃至公正性进行全面介绍的职责，从而让美国法院法官对中国破产程序有一个全面和比较法意义上的认识，消除其对美国债权人的利益是否能够在中国得到充分、全面保护的疑虑。从而，也为可能面临的来自美国异议人提出的异议动议做好充分的法律回应的准备。

（2）美国法律方面

全面了解美国破产法律的具体规定，最大化的利用美国法对破产债务人提起的外国程序的司法救济。例如，通常被认定为“外国主要程序”，要比被认定为“外国非主要程序”获得更及时和更全面的救济。[6]因此，应当在进行破产承认案的准备和参加美国破产法院的听证程序中，极力主张和证明中国是该中国破产债务人的主要利益中心的所在国，而非仅仅是债务人的诸多营业所之一的所在国。通常，除非存在相反的证据，法院将推定债务人的公司注册地国为其主要利益中心所在国。

另一方面，要做好充分的应对美国法院法官判决的准备：如果被判断为外国非主要程序，则虽是退而求其次，也要迅速拿出申请书积极争取在非主要程序中可以获得的所有美国法律救济。

美国通过在2005年对《联邦破产法典》增设第15章，较全面的移植了联合国跨国界破产示范法（UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency）对于外国破产程序进行承认的原则和规则，并将外国破产程序区别为“外国主要程序”和“外国非主要程序”两种。[7]做此等划分的一大结果，是外国代表将获得不同程度和形式的美国司法救济：

（1）在外国主要程序项下的外国代表，将根据第1520条，自动获得相当于美国国内破产程序可以获得的某些特定的救济，例如：对债务人及其位于美国的财产适用债务追索行为的自动停止措施（第362条的Automatic Stay）并提供充分保护（第361条的Adequate Protection）；外国代表将有权管理债务人的经营，行使托管人的权力，使用、出售或出租债务人位于美国境内的财产，及有权撤销破产程序开始后发生的财产转移行为；以及担保债权对债务人在破产程序开始后在美国境内取得的财产不发生效力（担保协议有约定的担保物的孳息除外）等。

这些自动效力意味着外国代表无需向美国破产法院另行申请命令，即可有效和及时的阻止债务人的财产被不当转移或隐匿。同时可使债务人、债权人以及其他可能的利益主体集中于主要利益中心所在国的法院，由该法院统一处理与破产有关的境内外事宜。[8]

---

6 参见Ranney-Marinelli, Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases, 82 Am Bankr LJ 307-11 (Spring 2008).

7 Robert W. Miller, Economic Integration: An American Solution to the Multinational Enterprise Group Conundrum, 11 Rich. J. Global L. & Bus. 193-94 (2012).

8 参见季立刚，解正山：“美国跨国破产立法的最新发展及对我国的借鉴意义”，载《暨南学报》2010年第5期。

（2）如果外国程序只是作为“非主要程序”被承认的话，根据第1521条，美国法院只能依外国代表接下来的申请酌情给予适当救济，即上述自动停止等保护措施，将没有自动发生效力的可能，而是需要外国代表及时主动地提出申请，且美国法院有决定是否批准的裁量权。这意味着此种状态下的外国程序，是否能够全面获得美国的司法救济存在相当的不确定性，可能无法及时地阻止财产转移、隐匿等行为的发生。

2、实体上的准备

中国管理人的代理律师，应早作准备，全面了解和掌握中国破产企业在美国资产各类信息，例如，资产的种类、数量、存放地点；出售货物的美国买受人；应收账款的美国债务人；固定资产的在美的产权人、管理人等相关信息，以及在美有关主体是否已经知道在中国提起的破产程序，是否已经采取了不利于中国破产程序的行动，例如变卖、转移、隐匿在美资产等。

相关材料越充分、越具体，越能争取到中国法院对准备在美国提起的申请程序的支持，并提高获得美国法院提供的紧急司法救济的可能性。

3、程序上的准备

（1）中国程序方面，要全面细致地准备美国承认域外破产程序所需要的各类证明文件，从中国法院的立案文件、相关裁定、判决，到中国破产或重整债务人、管理人出具的各类证明文件，以及全套公证程序、翻译程序，内容上缺一不可，质量上需一丝不苟，不能让美国法院、美国可能的异议人有对中国方面产生的文件产生质疑和否定的可能。美国司法机关高度注重程序的合规性，来自外国的文件中的丝毫的差错，都可能导致程序的不必要拖延甚至是满盘皆输。

（2）美国程序方面，要选择熟悉企业破产程序的美国律师，作为启动美国程序的美方代理人，并与美国律师合作，中美律师协调联动，选择正确的管辖法院对提起申请做全面准备。

4、注意速度和节奏

一切准备程序，均应迅速进行，特别注意不要提前打扰美国的利益相关人，同时要向受理案件的美国法院充分阐述批准申请的紧迫性，告知美国法院如不尽快下令，财产可能被转移或隐匿。

五、尖山光电案对中国法律界和中国法院可能的影响

可以说，尖山光电案为中国法院承认外国破产程序起到了一定的示范作用，并为中国法院运用互惠原则承认来自美国的破产程序提供了可能。

近年来，中美之间跨国公司跨境破产案件日益增多，但截至目前，尚不存在一部能够协调两国跨境破产制度的国际公约或统一规则。中美之间也尚未签订双边条约调整中美跨境破产法律问题，且这种状态，短期内也不会有所改变。

虽然中美两国各自的破产法典，对于跨境破产问题均已经有了单边立法规定，中国于2007年修订的《企业破产法》的第五条，为承认外国破产程序在中国的域外效力提供了可能性。但相比美国破产法典第15章，该规定过于笼统，对中国法院缺少具体指引。[9]特别是，不像美国法系统移植和接纳了联合国示范法无需互惠要求的

“修正的普遍性原则”，[10]中国仍然保持了地域主义原则的特征，要求以互惠为前提，且中国法院发现承认该域外破产程序有违中国社会公共利益的，可以拒绝承认其效力。[11]这样在实践中，对中国法院承认境外破产程序在中国的域外效力带来了很大难度。

但是，可以期待的是，尖山光电案破产程序的域外效力在美国获得承认的成功，将为中国法院未来对美国破产程序在中国的域外效力的承认提供切实的互惠前提。

9 参见王欣新，王健彬：“我国承认外国破产程序域外制度的解析及完善”，载《法学杂志》2008年第6期。

10 Robert W. Miller, Economic Integration: An American Solution to the Multinational Enterprise Group Conundrum, 11 Rich. J. Global L. & Bus. 185,192 (2012).

11 参见郑维炜：“中国应对跨国破产法律问题的策略选择”，载《当代法学》2012年第1期。

梁闽海

执业领域

梁闽海先生的专业方向是民商事诉讼、企业重整和破产清算。

执业经验

1992年8月至2013年2月任职于福建省福州市中级人民法院，之后到君合律师事务所北京总部担任专业顾问。在法院工作期间，因长期以来在企业破产业务领域的突出业绩，梁闽海先生曾被最高人民法院通报表扬，并于2012年9月被增补为最高人民法院破产法司法解释小组成员。

梁闽海先生精通民商事诉讼业务。其从1996年开始担任法官职务，主审或参与审理的民商事诉讼案件超过3000件，涉及合同、公司、金融、知识产权、房地产、建设工程等多个领域，包括许多重大、复杂、疑难案件。扎根于长期深厚的审判实务经验，梁闽海先生深刻理解诉讼工作中的公正和正义，并不懈追求于法律实务工作中。其在法院期间主审的多个重大民商事案件曾得到上级法院、政府部门、当事人的高度评价，曾获得“全国法院审理破产案件先进个人”、“福建省法院系统先进工作者”、“福州市依法治市先进个人”等荣誉称号。

梁闽海先生从1997年至今，始终以企业破产为重点专业方向。在法院期间，他审理过大量的破产案件，涉及证券、投资、机械、化工、电子、轻纺、房地产等多个行业。他主审的福建国际投资有限公司破产案系当年大陆著名驻港中资机构港澳国际（集团）有限公司清盘工作的重要组成部分。2008年7月至2012年12月，梁闽海先生带领审判团队专职负责闽发证券有限公司及其京、沪、深四个重要关联公司合并破产清算案件的审判工作，并任主审法官。该案在公司合并破产、清算工作督导、社会危机化解、衍生诉讼审理等方面进行了大量成功的探索和实践。该案审判团队是“全国审理企业破产案件先进集体”。该案是最高人民法院公报案例，被业内专家誉为“券商破产史上的里程碑”和“一个具标志性意义的案例”。

梁闽海先生是中国法学会会员，是中国人民大学破产法研究中心研究员。他对破产法学和诉讼法学理论研究深入，曾多次在全国性专业会议上发表演讲，曾在中国人文社会科学核心刊物、法学类核心刊物发表过学术论文。其于《法学》杂志发表的《论破产衍生诉讼的审判方式》，同时被最高人民法院《商事审判指导》和具有学术评价功能的中国人民大学《复印报刊资料》全文转载。

教育背景

华东政法学院经济法学学士

中国人民大学法律硕士

宣告原告专利无效在专利侵权纠纷抗辩中的运用

郑跃杰　魏宇明

在专利侵权案件中，被告可以提出多种抗辩，如现有技术抗辩、先用权抗辩、合法使用抗辩等等。由于原告提起的侵权诉讼是以专利权的有效性为前提，因此，被告也可以在应对专利侵权案件的同时，向专利复审委员会（“专利复审委”）申请宣告原告专利无效，如该申请能得到专利复审委的支持，则原告的起诉将被人民法院驳回。

君合律师事务所就曾在一个专利侵权案件中，在提出其他抗辩的同时，代理客户向专利复审委申请宣告原告专利无效，并获得了专利复审委支持，从而使人民法院驳回了原告的起诉，充分维护了客户的利益。

一、案件背景

被告美国斯多里机械设备有限公司（Stolle Machinery Company, LLC.，以下简称“斯多里”）是世界著名的二片罐和易拉盖生产设备的制造商，其产品包括全开盖组合系统、饮料盖组合系统、基本盖系统、拉伸再拉伸系统、旋转注胶机等等与易拉盖生产设备相关的设备。斯多里已有长达140多年的历史，是易拉盖生产设备的鼻祖，其生产的设备销往全世界，其综合实力及市场占有率在二片罐和易拉盖生产设备领域内均处于国际领先地位。

原告苏州斯莱克精密设备股份有限公司（以下简称“斯莱克”）是一家成立于2004 年1 月6 日在江苏省苏州市注册成立的公司，主要从事易拉盖制造行业相关设备的研发、制造，生产、销售易拉盖高速生产线的整套设备。斯莱克的实际控制人、法

定代表人曾在斯多里工作，担任机械工程主管等职务，参与了机械自动化设备有关的机械设计方面的工作。

经历了多年的发展，易拉盖高速生产设备的生产技术已相当成熟，如斯多里从1960年代就开始研发“线性输送机构”，并取得了大量关于工件输送装置的专利；另如，1981年1月27日的美国第4246815号专利文献，就曾公开了易拉盖生产设备中的上下驱动机构。

2005年4月29日，斯莱克提起名为“多工位连续级进模的工件输送装置”的实用新型专利申请，授权公告日为2006年6月7日，专利号为ZL200520071525.0（以下简称“斯莱克专利“）。

2011年6月7日，斯莱克向苏州市中级人民法院提起诉讼，主张斯多里于2011年5月3日向中国出口的一套产品包含了其专利的全部技术特征，落入原告专利权的保护范围，斯多里构成使用、进口、销售、许诺销售侵犯其专利权的产品，要求法院判令斯多里立即停止侵犯专利权的行为，销毁侵权产品、宣传资料、删除网站资料，并向原告赔礼道歉，赔偿损失。

二、斯莱克专利相关权利要求

斯莱克明确其提起本案诉讼的依据是其专利的权利要求1。

斯来克专利的权利要求1公开了“一种多工位连续级进模的工件输送装置，其特征在于：本装置包括间歇同步驱动机构、柔性同步输送带〔1〕和真空腔结构；间歇同步驱动机构由主动轮〔2〕、从动轮〔3〕和分度间歇机构构成，主动轮通过分度间歇机构与冲床主轴传动连接；柔性同步输送带〔1〕为环状，其左、右两头分别通过主动轮〔2〕和从动轮〔3〕张紧支撑，形成上、下两个平面，输送带上平面横向水平穿设在冲床的上、下模间，作为一工件输送面〔4〕；冲床工作台的下模四周包围设有一敞口箱体〔5〕，箱体〔5〕的四壁上设有抽真空口〔6〕；所述工件输送面〔4〕覆盖在该箱体〔5〕的敞口处，与箱体〔5〕构成了一个真空腔〔7〕；该真空腔〔7〕内架设有一块托板〔8〕，该托板〔8〕衬托在工件输送面〔4〕下，托板〔8〕的四周设置有上下驱动机构；对应于模具，柔性同步输送带〔1〕上开设工件定位孔〔9〕，托板〔8〕上也开设有圆孔〔10〕。”

三、抗辩思路的确定

君合律师经分析斯莱克专利及被控侵权产品的技术特征，发现斯莱克并不能充分证明被控产品落入斯莱克专利的保护范围，同时，经与斯多里沟通，了解到斯多里在斯莱克专利申请日前，曾制作包含斯莱克所主张被控产品构成侵权的所有技术特征的培训视频，并向中国出口了包含斯莱克所主张被控产品构成侵权的所有技术特征的产品。此外，君合律师在与斯多里进行充分沟通、分析斯莱克专利的技术方案，并审查了40多份美国专利后，认定斯莱克专利应当被判定无效。

因此，君合在专利侵权诉讼中也积极运用多种专利抗辩策略，如不侵权抗辩、现有技术以及先用权抗辩等，主要主张被控侵权产品缺少斯莱克专利权利要求记载的必要技术特征，也不存在等同的技术特征，被控产品未落入斯莱克专利的保护范围；同时，在斯莱克申请本案专利前，斯多里就已通过公开发表、在国内外公开使用等方式公开被控产品所使用的工件输送装置的技术；此外，斯多里在斯莱克涉案实用新型专利申请日之前已经制造同样产品，享有先用权，并不构成侵权。但就上述抗辩思路，不侵权抗辩是否成立有待法院对设备进行勘验，而就现有技术以及先用权抗辩，斯多里难以提供充分的证据。因此，为充

分保护客户的利益，君合在代表斯多里向苏州市中级人民法院提出上述抗辩理由外，还同时向专利复审委提出了宣告斯莱克专利无效的请求。

四、第一次专利无效申请及专利侵权诉讼一审判决的情况

（一）第一次专利无效申请的情况

2011年5月9日及2011年8月19日，君合依据在先美国专利说明书以及中国发明专利说明书，斯多里培训资料的视频、照片和冲床系统手册等证据，向专利复审委提出了无效宣告请求，主要理由是斯莱克专利的权利要求不具备新颖性和创造性。

君合无效宣告请求的主要思路为，在现有专利文件中，检索与斯莱克专利最为接近的专利文件，通过该专利文件，确认其与斯莱克专利的区别技术特征。在此基础上，与客户充分沟通，确认区别技术特征的作用，并检索其他专利文件。通过两个专利文件的结合，认定斯莱克专利的权利要求1不具有实质性特点和进步，不具备新颖性及创造性。

为此，君合向专利复审委提交了两份对比文件，对比文件1是与斯莱克专利最为接近的专利文件，通过该对比文件，确认其与斯莱克专利权利要求1的区别技术特征为该真空腔内架设有一块托板，该托板衬托在工件输送面下，托板的四周设置有上下驱动机构；托板上也开设有圆孔。君合与斯多里进行了充分沟通，确认该区别技术的托板的作用实质上是一个脱模板，在于完成冲压后对工件实施脱模。在此基础上，君合检索到了公开了一种脱模板并设置有上下驱动机构的对比文件2，而在对比文件1的基础上结合对比文件2以及本领域的公知常识得到斯莱克专利权利要求1所述的技术方案对本领域技术人员来说是显而易见的。根据上述文件，君合代表客户向专利复审委主张斯莱克的专利不具有实质性特点和进步，不具备新颖性及创造性，不符合专利法第二十二条第二、三款的规定，不符合专利授予条件。

专利复审委对君合的两次无效宣告申请进行了合并审理，并于2012年5月11日作出了审查决定。审查决定确认斯莱克专利权利要求1相对于对比文件1的区别技术特征在于，对比文件1中采用多个固定的支撑导轨135支撑输送带，而斯莱克在“该真空腔〔7〕内架设有一块托板〔8〕，该托板〔8〕衬托在工件输送面〔4〕下，托板〔8〕的四周设置有上下驱动机构；托板〔8〕上也开设有圆孔〔10〕。” 审查决定确认除上述的区别技术特征外，对比文件1公开了权利要求1其他所有的技术特征。但同时，专利复审委根据斯莱克陈述的意见，认为斯莱克专利权利要求1中托板的作用并不是脱模，而“在于在冲压状态和非冲压状态下始终支撑输送带”，并由此认定，斯莱克专利相对于对比文件1实际要解决的技术问题是“对比文件1采用固定的支撑导轨135支撑输送带，输送带在冲压过程中变形大，运行不平稳，上面的工件容易发生窜动”，而并不是申请人所主张的工件脱模。

由于对托板作用认识不同，专利复审委在该次审查决定中，作出了维持斯莱克专利有效的决定。

（二）专利侵权诉讼一审判决的情况

2013年4月18日，苏州市中级人民法院就侵权诉讼作出了一审判决，其主要内容包括：通过对被控侵权产品的现场勘验，其认为依据一一对应、全面覆盖的比对原则，被控侵权产品各项技术特征均落入涉及专利权利要求保护范围；同时，就斯多里的现有技术抗辩，其认

为斯多里无法提供单份专利文献提出系统比对，且斯多里向中国出口的设备的买受人确认进口的设备的组装日晚于斯莱克专利申请日，故不支持斯多里的现有技术抗辩；此外，就斯多里的先用权抗辩，其虽然对斯多里在斯莱克专利申请日前向中国出口的设备的勘验结果可以确认该设备包含了斯莱克专利的所有技术特征，但买受人未能提供原始装配图纸以确认该设备的最初技术特征，故不支持斯多里的先用权抗辩。

虽然君合在诉讼过程中，曾与斯多里就证据情况进行全面的沟通，但由于斯多里确实无力提供其他证据，君合在专利侵权诉讼一审中所提出的不构成侵权的抗辩，未得到法院的支持。

五、第二次专利无效申请及专利侵权诉讼二审判决的情况

（一）第二次专利无效申请的情况

因第一次审查决定认为其专利权利要求1中托板的作用“在于在冲压状态和非冲压状态下始终支撑输送带”，斯莱克在口审中也认可这一内容，因此，君合再次与斯多里进行有效沟通，并重新检索了大量专利文件，最终发现了在斯莱克专利申请日前获得授权的、且包含“通过弹簧在冲压状态和非冲压状态下始终支撑输送带的托板”这一技术的美国专利文件。

在此基础上，君合于2012年11月21日代表客户再次向专利复审委提出了宣告斯莱克专利无效的申请。因君合提交的这一新的对比文件公开了上述区别技术特征，且该新的对比文件对于斯莱克自认且在先审查决定认定的区别技术特征存在技术启示，故专利复审委支持了申请人的请求，于2013年7月16日作出了审查决定，宣告斯莱克专利权利要求1无效。

（二）专利侵权诉讼二审判决的情况

2013年5月16日，君合代表斯多里就专利侵权诉讼提起了上诉。因专利复审委于2013年7月16日作出宣告斯莱克专利权利要求1无效的审查决定，而斯莱克专利权利要求1是其提起专利侵权诉讼的基础，因此，斯莱克的起诉已缺乏权利基础，故江苏省高级人民法院于2013年11月5日作出了民事裁定书，裁定驳回斯莱克的起诉。

六、本案的法律启示

1、在专利侵权纠纷案件中，对于被告而言，有较为成熟的抗辩思路可供选择。而提起专利无效申请，并宣告原告专利无效是被告进行抗辩的一项有效的措施。尤其是在被告在相应领域内具有技术优势，相应产品的技术在原告专利申请日之前就已经非常成熟，且原告与被告产品所用技术非常接近的情况下，被告可以考虑采取这一措施。对于被告而言，通过宣告原告专利无效，不但可以取得案件的胜诉，也可以有市场竞争中有效地确立竞争优势，确保产品的市场份额。

2、在专利侵权纠纷案件中，被告在提出宣告原告专利无效请求的同时，也可以提出其他如不侵权抗辩、先用权抗辩等等抗辩。律师通应当在对客户产品和原告专利进行细致分析和研判的基础上，充分了解客户的举证能力，充分利用专利侵权诉讼的特点，为客户制定恰当的诉讼思路和抗辩策略。

3、宣告专利无效的请求可能无法得到专利复审委的支持，但在这种情况下，请求的部分理由也仍有可能得到专利复审委的认可，如本案中，专利复审委就确认了斯莱

克专利权利要求1与对比文件1的区别技术特征。虽然第一次专利无效请求未能得到支持，但律师仍可以第一次专利无效请求的基础上，对专利复审委的审查决定进行细致分析，并与客户进行有效的沟通，就现有技术进行再次检索，利用审查决定已认定的事实，精确锁定专利无效的关键争议点，并在此基础上再次提出无效请求。

4、通过宣告专利无效而进行的抗辩，将涉及众多法律程序。如专利侵权民事诉讼的一审、二审，向专利复审委提出专利无效程序，以及相应的后续专利行政诉讼的一审、二审程序。在这一过程中，相关律师不但应充分了解专利侵权纠纷相关法律规则，还应具备良好的解决专利侵权纠纷诉讼的能力。

郑跃杰

执业领域

郑跃杰律师专注于争议解决事务。

执业经验

郑跃杰律师于2008年在君合开始执业。郑律师就诸多行业的争议解决及日常法律事项为各大公司提供法律服务。自执业以来，郑律师参与了大量内资公司、跨国公司诉讼及仲裁案件，并参与多起内资及外资企业的破产、清算工作。

教育背景

中国政法大学民商法硕士（2008）
中国政法大学法学学士（2004）

专业组织

郑跃杰律师是全国律师协会的会员。

工作语言

郑跃杰律师的工作语言为普通话和英文。

魏宇明

执业领域

魏宇明律师专注于争议解决、知识产权业务。

执业经验

魏宇明律师于2013年加入君合律师事务所。在加入君合前，魏宇明律师于2008年至2013年在国家知识产权局从事专利审查、复审、无效及行政诉讼工作。

教育背景

北京大学法律硕士（2008）
北京大学理学学士（2005）

专业组织

魏宇明律师取得中国律师执业职业资格和专利代理人职业资格。

工作语言

魏宇明律师的工作语言是普通话和英文。

谈谈商标法的学与用
——《商标法——实证性分析》译后记

马　强

编者注：《商标法——实证性分析》一书是马强律师精心组织翻译的一部商标法力著，其撰写的译后记对该书进行了精彩点评，同时也表述了马律师在长期司法实务中对商标法学习与应用的认识与建议。现独立成文，以飨读者。

《商标法——实证性分析》，是欧洲著名商标法学者杰里米·菲利普斯教授多年研究商标的成果结晶。菲利普教授既有在欧洲顶尖律师事务所如司力达（Slaugter & May）等事务所从事知识产权顾问的经验，也有多年在英国大学从事商标研究和教学的经历，对商标法基本原理有着全面、透彻的理解。如菲利普斯教授在该书前言中所述，“从1973年起，商标就成了我的面包、黄油和果酱”。2002年开始，菲利普斯教授“厚积薄发”，用一年多时间完成了这部以欧洲商标法为研究基础的“扛鼎之作”，在中文版序言中也表达了希望能向全世界讲述商标法重要性的良好愿望。笔者也期冀该书的中译本能够在中国帮助实现这一愿望，同时为国内的商标研究事业做出自己的微薄贡献。

笔者在此概括该书的三个特点：全面、深入、生动，在此与读者分享。

一、全面性

该书涉及商标法领域全部知识要点，整体上可分为五个部分。第一部分（第1～6章）从“为什么选择商标”这一起始问题出发，分析商标注册制度和基本原则，之后对各类型商标的注册性、通用术语问题逐一进行分析，对于商标注册保护的合理性基础做出了全面的阐释。在第二部分（第7～9章），解析了那些应被认为侵权的行为，以及包含合理使用在内的各种类型的非侵权行为，并以欧洲法为基础对以及亦属侵权关联问题的权利穷竭问题进行了分析。在第三部分（第10～12章），作者笔锋一转，由浅入深地剖析了商标权侵害问题。即首先解释了商标相同或近似、商品及服务相同或类似以及其他关联的“混淆可能性”问题；继而分析欧洲商标侵权制度的另一重要问题：声誉、不公平利用和损害；之后以比较研究的方式探讨了国际公约规定下，美国法和欧盟法分别对驰名商标和著名商标的保护特点。该书的第四部分（第13～14章）重点论述了商标

之上不同利益主体的对抗程序，将商标异议、撤销和注销程序形象地喻为“杀戮战场”，先后论述不同程序的起源基础、归属类型以及商标诉讼程序的禁令、损害、赔偿、威胁、不侵权宣告等问题。第五部分（第15～21章）涵盖内容较多，触及商标法律体系内非核心但依然重要的内容，包括涉及商标的交易，医药等特殊领域商标，商标与互联网，地理标记，商标选择的法律、文化、商业、心理四种因素，商标的社会形象等问题。在全面介绍商标问题的同时，该书也做到了层次分明、详略得当、重点突出，第一到第四部分共计14章内容而占该书近五分之四的篇幅，均为商标法的核心问题。

二、深入性

在注重全面地实证性解析商标法的同时，对于商标核心问题的深入性是该书另一重要特点。雅各布法官在原书序言中指出，涉足商标领域的人们会惊异地发现自己“遇到了真正的知识难题”。作者在书中对商标法上的诸多“知识难题”如“庖丁解牛”般逐一解释。该书目录的详尽程度以及书中俯拾皆是的阐释性案例便是深入性的明证。例如，在第3章的“商标注册制度的特点”这一核心主题下共有11个小标题，在第9章的“一些与穷竭问题有关的有趣问题”中亦有11个被逐一解释的问题。深入性反映了作者在商标法领域的博学多思。作者从1973年开始以商标法为主要研究方向，到2002年写作该书时已有三十年之久。该书将商标法核心问题的所有关联内容讲得深入透彻，切中要害。读者定会体察到作者“三十年磨一剑”，向世人讲述商标法重要性的良苦用心。

三、生动性

从笔者多年学习法律的经历而言，尚未读过其他“生动”的中文或外文法律著述，该书篇幅如此之大却仍能做到生动，体现了作者深厚的语言文字功底。菲利普斯教授在该书前言中提及曾对其他一些商标类书籍有过“苛刻”的评价，如“细节问题上太过冗长”、“充斥着别人见解，没有任何有意义的评论”、“鹦鹉学舌般乏味地复述法律或者危险地解释法律”，表示将收回此类评价并表示感谢。法学教科书的平铺直叙、缺乏文采问题倒也具有“国际共通性”，国内书店中售卖的少数商标法教科书因内容重复而使得读者提不起兴趣，难以有购买或阅读的冲动。该书的生动性体现在三个方面，一是开篇前的小故事和打油诗。读者会被故事的情节和打油诗深深吸引，更有兴趣阅读相关内容，二是作者在阐释问题时往往采用生动的商标案例加以说明，这恐怕也部分归因于品牌故事本身的生动性。三是书中的相关内容采用了商标图示和框图的形式，更加清晰明了。再次引述雅各布法官所说的，“它不是那种会让你打盹的法律读物。请阅读、欣赏吧。”

在笔者看来，对该书会产生浓厚的浓厚兴趣并最终受益的读者群主要包括以下四类。

一是法官。国内知识产权法院或知识产权审判庭的法官们审理着大量的商标、专利、版权等类型知识产权案件，在商标所涉及的的不同利益间努力进行平衡，既要保护商标权利，又不能“过度”保护而侵害其他法益，这其实绝非易事。在根据国内商标成文法规定做出裁判的同时，法官也会希望了解域外特别是欧盟、美国、澳大利亚等商标法发达国家的商标体系、法理基础以及审判实践。例如在商标驳回行政复审、外文商标显著性及保护范围、立体商标是否给予保护及保护范围等方面，外国法院的既往裁断经验会被适当参考和关注。该书所引证的很多欧盟案例会给中国的知识产权法官带来一定的启发。如飞利浦公司的剃须刀头立体商标案，在跨国公司就同一商标在多国申请注册或寻求保护时中外法官都会遇到类似的法律问题。此外，基于国家间共同保护知识产权的需要，《保护工业产权巴黎公约》、《与贸易有关的知识产权协议》等知识产权国际条约的规定已在国内商标法中有深刻的烙印，包括驰名商标保护、地理标志、侵权程序等。对国际公约所关注的重要

商标保护问题，该书中的欧盟等国案例和理论也对该类纠纷的分析提供了很好的视角，正所谓“他山之石，可以攻玉”。商标行政主管机构中负责审查、复审、异议、撤销、无效等的审查官员，和法官一样，同属于此类读者群。该书会给他们讲述“原汁原味”的外国商标案例故事。

二是律师。同其他领域专业律师一样，商标律师也奉行“当事人主义”的理念，面对纷繁复杂的商标法及关联问题，在法律真理与客户的需求之间孜孜以求。好的商标律师既需要有丰富的法律知识，精湛的律师技能，也需要了解域外商标制度的历史及演进，从国外案例裁判所体现的法律智慧中汲取营养，提升理论水平。作为商标法的直接践行者，商标律师在工作中会遇到各种类型的商标法实体和程序问题，如显著性、描述性、暗示性、功能性、第二含义 、真实使用、定牌加工、商标的知名度和“驰名”、优先权、国际注册、全球监测、“中心打击”、异议、撤销和无效、平行进口、区域穷竭、共同侵权等等。但即便从业十年以上的商标律师，也未必精通商标法律服务的全部领域。该书共有二十一章，涵盖商标领域的全部重要制度和理论问题。对于那些不想仅撰写“八股文”式法律文件的律师而言，在基本的商标教科书以外，该书是帮助提升商标业务水平的绝佳参考书。从初级律师到合伙人的各级别律师都会发现其价值所在。无论是在与客户的工作交往中，还是在与国外律师就案件沟通的过程中，熟读该书的律师读者们都会更欣喜地意识到该书的重要作用。就前者而言，律师因深入阅读该书而致知识水平有所提高后会多一份自信；就后者来说，该书实际上在各国商标法律人之间架起了一座沟通与合作的桥梁。“共同商标语言”的增多对中国商标律师涉外业务范围的开拓也具有重要的意义。

三是公司法务（公司内部律师）。此类读者的范围可以很广，不仅包括那些处理日常知识产权各类型实务的法务工作者，也包括公司品牌战略、商品及服务的市场营销工作人员。如对品牌的确立、培育、管理和保护等重大问题有决策权的公司领导层，需在企业并购中解决商标尽职调查等问题的非知识产权业务的公司律师等。读完该书，有些最初对商标法了解不深的法务人员应会改变对商标曾有的片面理解，扭转《商标法》是“法学中不太有意思的一个分支”的印象。在寻求实现公司商业目标的知识产权保护问题的解决过程中，在与外部商标律师的交流合作中都将更有效率。公司内部律师在阅读该书了解商标法基本理论问题的同时，对当代中国曾经或正在发生的品牌故事或许会有新的体会，对商标保护在实现公司商业目标方面的裨益会有更深刻的感悟。

四是研究知识产权法律问题的院校师生或研究机构的学者。广义上来说既包括知识产权专门研究人员、教师、博硕士研究生，也包括主修或辅修知识产权法的本科学生，甚至还包括在关联经济和管理学领域对品牌战略问题进行深入研究的研究者。实际上，很多密切关注国外商标法律和实务动态的学者、法官、律师都已经开始注意到这本著述，并在自己的著述中对原书多有引述。从中文研究便利的角度，该书的中译本在阅读和引述上相较原文虽非“原汁原味”，但更为直观易读。学者在商标著述中可以自由选择引述原书英文版或中文译本。对于学生读者而言，在众多有指导价值但或多或少有些“枯燥”的商标教科书以外也会发现该书的精妙之处和魅力所在。该书或许不能直接有助于商标法考试成绩的提高，但作者以深入浅出的笔触生动地讲述商标案例和分析问题，定会对学子们有莫大的吸引力，鼓舞他们去求索商标法问题的答案。我们又在何处能寻得到另一本每章开篇前有虚拟故事或打油诗的法律参考书呢?

最后，笔者有必要说明下该书 “漫长”的翻译过程。最早笔者于2004年年末在国家图书馆外文阅览室中发现英文原著并决心翻译，导师郭寿康教授原拟将之纳入其主编的知识产权法学译丛中。那时，笔者尚在中国贸促会专利商标事务所商标部从事商标代理工作，先邀请了当时在商标一部工作的同事廖飞参与翻译，我们二人首先分工完成了若干重要章节。由于翻译量较大，笔

者又先后邀请了中国人民大学2005级法学博士同年王燕和2006级博士陈洁加入翻译团队，陈博士承担了较多章节的初译工作。历经一年多翻译，译文一稿完成，但因商标术语和翻译风格未能统一等问题而需要大幅度修改完善。2008年末该书二稿翻译完成，二稿相对一稿在风格上更为统一，王燕博士和我承担了此次校译工作。由于赴美留学及工作变动原因，翻译工作搁置了数年。未能使译本早些与读者见面，笔者颇感遗憾。

2011年8月，笔者加入君合律师事务所，继续知识产权律师生涯，主要仍从事侵权诉讼等类型的商标法律工作。在适应了新岗位之后，2012年该书的第三轮校译工作再次启动。一方面原翻译团队重新审读各章节，另一方面笔者邀请了君合翻译组的全体同事分章节对全书进行了校读，确保中译与原文的词法、句法准确对应，力争避免翻译错漏。笔者之后再次进行了全书的审校工作，最终完成译稿审订工作的时间已是2014年，相距原书出版之日已有十年。十年间，原书并未再版，欧洲商标法律制度也有了一些变动，但该书并非一本拘泥于某时某地的具体商标保护制度的著述，因此重要价值并未因岁月的流逝而降低。出版十年以后，该书依然是欧洲最重要的商标著述之一，是欧洲商标律师的必读参考读物。

由于原书篇幅较长，翻译团队中两位译者皆是在工作之余从事此项翻译工作，虽经历两轮校译，仍难免疏漏或错译，相关责任尽皆由作为译者之一和审校者的笔者承担。对翻译疏漏、改进建议等问题，衷心请予谅解并请发函至笔者邮箱。在此表示最诚挚的谢意！

马　强

执业经验

马强博士在商标、域名、反不正当竞争等知识产权业务领域工作多年，主要从事商标申请、复审、异议、撤销、争议和诉讼、版权、域名、反不正当竞争等业务，精通商标代理、侵权查处和知识产权诉讼和非诉法律服务，并在驰名商标认定和保护、商标保护战略等方面积累了丰富的经验。

加入君合前，马强博士是北京集佳知识产权代理有限公司（北京市集佳律师事务所）合伙人，之前先在新华通讯社从事法务工作，后在中国国际贸易促进委员会专利商标事务所从事商标律师工作。马强博士具有较高的理论水平，已在行业刊物《知识产权》、《中华商标》、《现代法学》以及《中国日报》、《管理知识产权》等媒体发表专业文章多篇，并是《中国知识产权保护实务指南》（CCH出版）一书的主要作者。

马强博士擅长疑难、复杂商标案件的诉讼和非诉解决，成功代理多家国际知名公司维护商标权益，主办案件曾获得最高人民法院十大案例和优质品牌保护协会十佳案例。马强博士曾协助某国际知名汽车企业成功制止侵权车标的使用，协助某国际知名电器企业制定并实施全国市场打假策略，协助某国际知名服装企业成功实施海关商标权保护策略，协助某知名陶瓷企业成功撤销被代理商恶意抢注的系列商标。

马强博士是国际商标协会、国际保护知识产权协会会员，任国际商标协会平行进口委员会亚太区主席。马强博士经常在专业会议上发表演讲，包括近期应纽约知识产权律师协会邀请讲解中国商标异议和争议制度，应知识产权所有人协会（IPO）邀请讲解中国驰名商标制度等。

教育背景

中国人民大学知识产权法学学士学位
河海大学文学学士学位
北京大学民商法学硕士学位
中国人民大学获国际法学博士学位
乔治华盛顿大学知识产权法学硕士学位

君合律师事务所开展“中国式PPP的发展与实践”研讨会

请使用微信扫描二维码
关注“君合法律评论”

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

君合大连分所

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

君合海口分所

地址：海口市滨海大道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