

Jun He Law Review

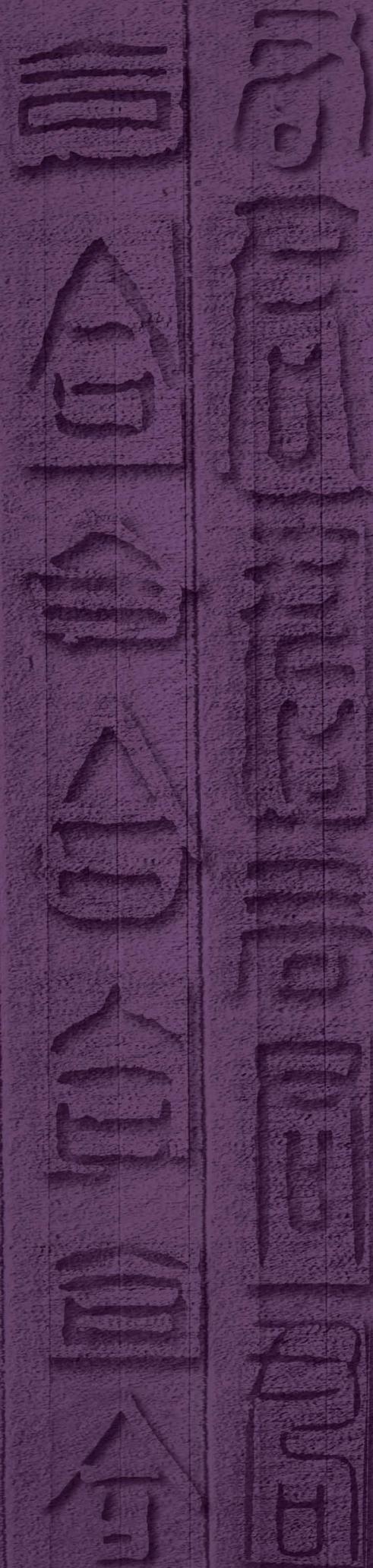
君合

法律评论

2012 (第四期) WWW.JUNHE.COM

总第二十五期

- 浅谈民事诉讼法修订对仲裁的影响
- 温州金融改革介绍
- 上市公司重大资产重组的相关标准和要求
- 记忆科技美国337调查及其上诉案





君合律师事务所荣获“2012年度北京市律师事务所所刊评选优秀组织奖”



《君合》（法律评论）荣获“2012年度北京市律师事务所所刊评选专业类银奖”

2012年第4期
CONTENTS
目录
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微
编 辑 部：刘大力 黄 湘 刘世坚
 令狐铭 何 侃 张红斌
 刘 洋 郑跃杰 李靖怡
 崔 冰 余 剑 伊向明
 严 妍 王一婷 肖 一
 马 锐 张莘阳
分所通讯员：何俊辉 祖 颜 万 晶
 陈 瑜
封面设计：赵米乐
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- 3 浅谈民事诉讼法修订对仲裁的影响 陈 聪
9 温州金融改革介绍 陆居轶
14 结合典型立法分析我国市政公用事业特许经营制度（上） 郭 琰 刘世坚
19 国有文化单位职工安置的政策特点简析
——以某国有出版集团为例 黄晓莉 方海燕 张焕彦
27 字体保护的法律研究 黄荣楠 祁 筠

资本市场专栏

- 31 上市公司重大资产重组的相关标准和要求 张 平
37 民营医疗机构发展和上市分析 陶旭东 张鸿午

他山之石

- 44 对日本企业的并购与外资管制 滨本浩平
50 反垄断学派：力的平行四边形 孙 速

案例评析

- 54 记忆科技美国337调查及其上诉案 冉瑞雪 黄 胜 黄 璐

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

当各位亲爱的读者见到本文之时，世界末日应已成为了笑谈，自1986年的哈雷彗星、1999年诺查丹玛士大预言、2000年的千年虫以来，世界末日越来越具有娱乐性，我们不禁在想，下一次会在何时，又会是什么？

但末日是迟早会来的，乐观的看法是地球寿命有60亿年，也有科学家认为当太阳演化为红巨星时，其体积将膨胀到地球的轨道，而地球将脱离轨道，时间在50亿年以内。但近年以来对火星的探测，对地球的命运有了新的解说，当地球内核的运动停止，南北磁极将消失，地球磁极吸引了太阳放射的有害粒子和射线，为地球的生命提供了保护屏障。当磁极消失之后，这些有害的粒子和射线将会直接轰击地球表面，而使地球荒漠化，一切生命都将湮灭。

无论如何，地球迟早将不能再作为人类的家园，如果在末日真的降临之时，人类还没有因为环境破坏、资源耗尽和核战争而自我毁灭的话，向太空中寻求新的家园就成为了唯一的选择，本世纪内对月球和火星的开发会成为现实，下个世纪人类的活动可能覆盖整个太阳系，而下个千年，人类向外太空移民的先行者可能就会出发。

可以设想末日真的来临之时的景象，数十万个可以搭乘万人的太空城堡腾空而起，散向宇宙的四面八方，如果那时还没有找到新的家园，人类将会成为太空中的流浪者，这个过程也许会持续数亿年。

作为法律人，不禁会想象那时的法律又会是什么样，电影《后天》中有一个场景，当需要烧书取暖时，几个角色对于是否烧掉尼采的书激烈争论，而对于烧掉税法全书则全无异议。这当然是对税的调侃，但也揭示了，现有法律体系在社会环境发生重大变化时就将成为废纸的命运。

可以想象，当人类的生活集中于一个太空城堡之内，私人空间局限于一个房间甚至是一个床位之时，土地法、房产管理法、证券法、投资法等等还有什么用处，可能物资分配办法和住宿管理办法对未来的人类来说才是根本大法。

令我们欣慰的是，法律还会存在，法律的精神会存在，法律的光辉会存在，只是我们所熟悉的一切法律条文都将不再存在。

今次的末日注定成为笑谈，但对末日这样极端场景的漫想或许能让我们看清法律的本源，它源于社会生活，应用于社会生活，依附于社会生活。人类历史终将证明，我们现在将法律神秘化、复杂化、玄奥化和晦涩化的种种努力是多么的愚蠢和可笑。

浅谈民事诉讼法修订对仲裁的影响

陈 聪

2012年8月31日，中国全国人民代表大会常务委员会通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》（“《决定》”）。根据《决定》，修正后的《中华人民共和国民事诉讼法》（“新民诉法”）将于2013年1月1日起施行。

《决定》的条文共六十条，实际涉及修订条款共有90多条。其中出现“仲裁”字样共10次，涉及仲裁问题的条文有6个。虽然与仲裁有关的条款仅是本次修订的一小部分，但此次民事诉讼法的修订对仲裁的影响亦属重要，无论从正式对仲裁前保全作出明文规定，还是对不予执行仲裁裁决的情形进行限缩性修订的规定，亦或是对假借仲裁程序逃避法定义务等恶意仲裁进行制裁的规定，均体现出立法者对仲裁的支持态度，对仲裁作为替代诉讼的争议解决方式的进一步认可。

此次修订中一些基本制度，有的虽未明示“仲裁”字样，但对仲裁同样会产生重大影响的制度，包括诚实信用基本原则、保全制度和限制级别管辖下放制度等，在此也将作初步探讨。

一、此次民事诉讼法修订直接与仲裁有关的条款

（一）仲裁前保全

在民法修订之前，除了海事仲裁之外，利害关系人无法在仲裁前程序获得与诉讼前同等的保全的权利。无论是仲裁法还是民事诉讼法，均未赋予利害关系人该程序性权利。在仲裁前保全制度缺失的前提下，仅有仲裁中的财产保全和证据保全，在某些情况下，无法为仲裁利害关系人提供及时、有利、充分的保障，使得将来裁决得以有效执行缺乏有力的程序支持。

此次民法修订过程中，立法者立足于较为全面修改的目标，听取了法院、律师、仲裁相关机构和相关学者的意见，对其中的仲裁前保全问题给予了充分的关注。经过立法者反复权衡，新民诉法中对相应的条款作出了修订，使得仲裁案件利害关系人可以在仲裁前申请证据保全（新民诉法第八十一条第二款）¹和保全措施（包括财产保全、行为保全，新民诉法第一百零一条）²。该修订一方

1 《民事诉讼法》第八十一条：在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

证据保全的其他程序，参照适用本法第九章保全的有关规定。

2 《民事诉讼法》第一百零一条：利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。

人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

面借鉴了海事诉讼特别程序法中的当事人可以在仲裁之前申请财产保全的规定，切实给予仲裁利害关系人以便利和保障，有助于鼓励当事人选择仲裁方式解决纠纷。另一方面，该修订统一了民法与专利法、商标法、著作权法等知识产权类实体法律中有关诉前保全的规定，使得民事保全程序体系更加合理，功能更加完整。

对于仲裁前保全，与已存在的仲裁中保全程序相比，从管辖法院级别、管辖原则和具体操作程序等方面有所不同，在实践中需甄别。

1、管辖法院对比

(1) 仲裁中保全的管辖法院

现行仲裁法第二十八条³、第四十六条⁴对仲裁中财产保全和证据保全作出了明确的规定，当事人只能在启动仲裁程序之后，通过仲裁机构向有管辖权的法院转交财产保全或证据保全的申请，再由法院审查并就是否同意保全作出裁定。

依据法律规定，仲裁中保全裁定的作出权和执行权均在人民法院。对于证据保全，明确应由证据所在地的基层人民法院管辖。对于财产保全，则依据民法的相关规定确定管辖法院，而依据民法，财产保全的管辖法院应理解为被执行人住所地或财产所在地的人民法院，但对于管辖法院的级别，缺乏明确的法律和司法解释的指引。

对于财产保全，实践中部分地方法院采取了较为合理的变通，将涉及国内仲裁的保全⁵与执行仲裁裁决的管辖法院相统一，均规定为中级人民法院管辖。以北京市高级人民法院为例，其印发的《关于仲裁执行案件统一由中级人民法院管辖的通知》（京高法发[2006]357号）规定，当事人申请执行仲裁裁决书、调解书以及通过仲

裁机构申请财产保全的案件，统一由被执行人住所地或者被执行的财产所在地的中级人民法院管辖。高级人民法院和各基层人民法院不再受理上述案件，高级人民法院原则上不得将上述案件指定由基层人民法院执行。北京法院的做法，有助于使仲裁中财产保全和仲裁执行法院的级别管辖相统一，值得推广和借鉴。

(2) 仲裁前财产保全和证据保全管辖法院

新民诉法规定，利害关系人提出证据保全或者保全措施申请，按照新民诉法第八十一条、第一百零一条规定可以向被保全证据或财产所在地或者被申请人住所地人民法院申请。

与仲裁中保全的管辖法院相比较，新民诉法中特别增加了仲裁前证据保全的管辖法院条款，不仅证据所在地的人民法院，而且被申请人住所地人民法院或对案件有管辖权的人民法院对证据保全均有管辖权，增加了利害关系人证据保全的选择法院。同时，新民诉法第八十一条和第一百零一条均规定了当事人可以向“对案件有管辖权的人民法院”提出保全申请。

在仲裁案件中，“对案件有管辖权的人民法院”如何理解？新民诉法第三十四条⁶中对当事人协议管辖作出了扩大性规定，对当事人自愿选择的范围有所增加，在不违反级别管辖和专属管辖的范围内，允许当事人协议约定与争议有实际联系的法院作为管辖法院。据此，前述“对案件有管辖权的人民法院”可以包括仲裁机构所在地法院、仲裁协议订立地法院、当事人自行约定的保全管辖法院等，但具体应当如何作出界定，以利于证据保全的实施，有待司法解释进一步澄清。

2、保全操作程序比较

(1) 仲裁中保全操作程序

3 《仲裁法》第二十八条：一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。

当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

4 《仲裁法》第四十六条：在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。

5 2007年《民事诉讼法》第二百五十六条对于涉外仲裁的财产保全原本就规定为提交给被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。

6 《民事诉讼法》第三十四条：合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

对于仲裁中的保全，依据仲裁法和民事诉讼法的规定，当事人只能在启动仲裁程序之后，通过仲裁委员会来向有管辖权的法院转交财产保全或证据保全的申请，再由法院审查后就是否同意保全作出裁定。作出保全和执行保全的裁定权均在人民法院。

(2) 仲裁前证据保全和财产保全操作程序

新民诉法虽然赋予了利害关系人在仲裁前采取证据保全和财产保全的权利，但明确要求申请方提供担保，并规定如果申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法申请仲裁的，人民法院应当解除保全。

由于法院和仲裁委员会分属不同的独立机构，就仲裁前保全的信息在法院和仲裁委员会之间如何建立及时良好的沟通与衔接机制，将直接影响仲裁前保全制度能否得到良好运转。

借鉴以往依据仲裁法进行财产保全与证据保全的操作方式，可以由当事人在申请仲裁立案时一并提交法院所作出的仲裁前保全裁定（该保全裁定应写明所依据的仲裁协议或者载有仲裁条款的合同以及法院具体办理保全措施的联系人和联系方式），仲裁委员会对于此类案件应当在收到申请人提出的仲裁申请后出具正式函件，函告采取保全措施的人民法院关于当事人已经申请仲裁的情况⁷（函件的送达方式应当包含传真、电子邮件、特快专递等能够快捷传递书面文件的方式），以确保在人民法院采取保全措施三十日内完成申请仲裁的手续。另一种方式，则是由当事人在仲裁机构提出仲裁申请后，自行向保全法院提交仲裁机构出具的立案证明，以延续

法院已经做出的保全措施。具体如何操作应由最高人民法院出台民事诉讼法的司法解释予以规定。

另外，作者理解，除了财产保全与证据保全有所区别外，从新民诉法的第一百零一条的行文本意来看，仲裁前保全与诉前保全均应同等对待。至于新民诉法增加的允许利害关系人采取行为保全的这一新生制度，其制度构建和程序操作的细化尚有待司法解释的进一步明确指引。

(二) 关于仲裁裁决不予执行

新民诉法还对不予执行制度进行了部分修改。考虑到旧民诉法制定时的背景是在仲裁法尚未出台之时，民诉法对于不予执行仲裁裁决规定了从程序到实体，从法律适用到事实认定的全方位审查制度。随着仲裁法于1994年颁布以及中国仲裁十多年的发展，从仲裁机构到法院系统，从学者到律师，都对不予执行仲裁裁决制度的修改作出不同程度的研究与思考。为了更好的反映仲裁是当事人意思自治的产物，并符合仲裁一裁终局的特性，避免不予执行制度成为当事人拖延和阻碍仲裁裁决执行的手段，在本次民诉法修订中，对于不予执行制度的修改呼声很高。但仲裁界较为期待的国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决不予执行事由相统一的方案未被采纳，法院对于国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决仍然保留双轨制的审查方式，即对于国内仲裁裁决仍然设立了较涉外仲裁裁决更为严格的审查条件。但相较于修订之前，新民诉法还是取得了不小的进步。新民诉法第二百三十七条⁸对

7 由于法律条文规定的是“申请仲裁”而未以仲裁机构受理立案作为标准，仲裁委员会应当在收到仲裁申请之后即出具证明文件，而不必等到对材料审查合格并交费立案之后才出具当事人已经申请仲裁的证明。

8 《民事诉讼法》第二百三十七条：对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- (一) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- (二) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- (四) 裁决所根据的证据是伪造的；
- (五) 对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- (六) 仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

于不予执行国内仲裁裁决的司法审查标准作出了明显的限缩，使得相关法定事由与仲裁法第五十八条⁹基本保持了一致，删除了原有的“适用法律确有错误”、“认定事实的主要证据不足”两项事由，取而代之的是“裁决所根据的证据是伪造的”和“对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”这两项事由。这从而使法院对于仲裁庭适用法律、认定事实等实体问题不再作为不予执行的事由，而更多的限制在程序审查的范围之内。这一修改，使得法院在不予执行程序不再担当“上诉审”的角色，符合国际仲裁的通行做法和发展趋势，体现了新民诉法对中国仲裁的支持。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（“仲裁法司法解释”）第二十六条规定了“当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持”。在新民诉法规定不予执行与撤销仲裁裁决事由相统一后，该条司法解释的意义就显得更为重大了。虽然现有的法律并未要求当事人在申请撤销仲裁裁决或者申请不予执行仲裁裁决时一次穷尽所有的事由，但只要在撤销程序中提出过的理由，一旦被驳回，在不予执行程序中，法院将可直接不再支持同样理由的抗辩。这在客观上就限缩了当事人在两个程序中重复提出相同抗辩的权利，有利于确保仲裁裁决获得及时有效的执行。

当然，也有部分人对于新民诉法对于不予执行事由的修订存有不同的看法。有人认为，当仲裁庭对于法律

强制性规定的认定与法院的认定不一致时，例如将无效合同认定为有效合同时，在新民诉法实施后，由于删除了“适用法律错误”的事由，如何处理此种错误将会成为难题。如要处理，可依据的最为贴近的理由只能是违反公共利益，而如果都依据违反公共利益条款来不予执行仲裁裁决，又难以避免将导致公共利益条款的滥用。法院具体如何才能更好的应对和处理此类问题，还有待实践中进一步检验。

在新民诉法修订过程中，仲裁界的学者、专家还就不予执行裁定可否上诉，即不予执行仲裁裁决的救济问题提出了建议，例如，在裁定不予执行仲裁裁决的情况下应允许当事人上诉，而裁定驳回不予执行申请时则不允许上诉。目前我国现状是，仲裁案件的裁决被裁定不予执行，当事人只能选择依照双方达成的书面仲裁协议重新仲裁或者向人民法院起诉。这样严重增加了当事人的维权成本，使得当事人保护合法权益的时间成本和金钱成本造成了严重的浪费。但鉴于民诉法中对可以上诉的裁定进行了明确规定，不予执行仲裁裁决的裁定并不在可上诉的裁定范围内，这一问题尚有待解决。

（三）恶意仲裁

新民诉法中第十三条规定，民事诉讼必须遵循诚实信用原则。首次将诚实信用原则写入民事诉讼法中。修改后的民事诉讼法第一百一十二条¹⁰、第一百一十三条¹¹对违反诚信原则的恶意诉讼和执行欺诈行为的法律后

9 《仲裁法》第五十八条：当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- （一）没有仲裁协议的；
- （二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- （四）裁决所根据的证据是伪造的；
- （五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- （六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。

10 《民事诉讼法》第一百一十二条规定，“当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

11 《民事诉讼法》第一百一十三条规定，“被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

果进行了规定。第一百一十二条规定针对诉讼欺诈和恶意、虚假诉讼的情形，具体为利用诉讼、调解等方式侵害他人合法权益，在民事诉讼程序中从事不诚信诉讼行为，属于主观恶劣、后果严重，以及构成犯罪时应予制裁的情形。

新民诉法第五十六条增加规定的第三人撤销诉讼制度，其目的就是解决虚假诉讼的问题，赋予虚假诉讼受害人以否定生效裁判为目的的诉讼权利。实践中，仲裁也面临同样的问题。仲裁裁决书和调解书均具有一裁终局的法律效力，通过虚假仲裁取得裁决书和调解书所生之后果也等同于虚假诉讼之后果，应理解为含在该条款所约束的范围之中。通过虚假、恶意仲裁侵害他人合法权益的情形，同样应予以打击。因此，该条款理也应包括仲裁欺诈、恶意仲裁和虚假仲裁的情形，但对此有待于司法解释进一步明确。

新民诉法第一百一十三条打击执行欺诈行为明确包括打击以仲裁方式逃避执行的欺诈行为。此条规定与前条不同之处在于该条款适用于发生法律效力之裁决、判决、裁定、调解书等的执行阶段，一方为被执行人且被执行为逃避已通过生效裁判文书确定的义务的情形。

这两条规定与前面诚实信用原则相互呼应，均体现出立法者所主张的诚信为民事诉讼的根本的立法导向。但如何把握是否构成“恶意”主客观要件等均需进一步明确，使该两条规定具有可操作性，真正实现对恶意仲裁、诉讼的打击。

二、此次民事诉讼法修订与仲裁相关的制度

民事诉讼法所做修订中，有部分虽然并非特别针对仲裁，但对于仲裁制度也将直接产生影响。具体包含以下内容：

（一）保全

由于新民诉法将“财产保全”修改为“保全”，其内涵缩小，外延扩大。保全范围不仅局限于对财产进行扣押、查封、冻结等保全方式，还包括行为保全，即要求相关当事人为一定行为或者不得为一定行为。在本次修订之前，行为保全只有在著作权法、专利法、商标法和海事诉讼特别程序法当中有所体现。新民诉法将行为保全保护的范畴拓展到更为广泛的领域，使得当事人可以更为全面的救济。通常而言，行为保全涉及的保全内容包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、所有物返还、标的物交付等。只要属于金钱请求以外的请求权，无论其基于债权、物权、人身权或者继承权等权利原因，行为保全均可适用¹²。在仲裁中因案件性质不同而可以涉及多样的行为保全具体内容，例如，基于合同之债而产生的债权请求权所涉的行为保全可以包括因买卖、租赁、保管等合同关系产生的非金钱财产的交付；在公司股东或者合伙争议当中，要求扣押、查封公章、营业执照；在知识产权相关（专利、商标、著作权许可、特许经营等）合同争议中，要求被许可方停止使用所授权的知识产权；在建设工程施工合同中，要求承包人移交现场、图纸、资料等；在技术开发合同中，要求开发人交付源代码、密码等。由于新民诉法规定的诉讼保全相当宽泛，当事人可以根据案件具体需要来提行为保全申请。

新民诉法第一百零一条规定了仲裁前保全，而新民诉法第一百条规定的诉讼中保全未包含仲裁保全，同时目前仲裁法第二十八条¹³对于保全的范围仍然局限于财产保全，因此，对于当事人申请仲裁之后，能否申请行为保全，法律规定并不明确。

从本次民诉法修订的理念和立法目的来看，第九章明确将“财产保全与先予执行”一章节修改为“保全与

12 参见最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》，人民法院出版社2012年9月第一版，第224页。

13 《中华人民共和国民事诉讼法》第二十八条：一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。

当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。

申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

先予执行”，在规定的将此前涉及财产保全的一些条款修改为保全，并将仲裁前保全在该章节中规定。同时，在第四编涉外民事诉讼程序的特别规定中仲裁章节中第二百七十二條，明确将涉外仲裁的保全的申请范围修改为“保全”。针对现有规定，我们一方面等待最高人民法院出台新民事诉讼法司法解释对该问题予以规定。另一方面，从涉外仲裁与国内仲裁逐步接轨的潮流来看，将仲裁中的“财产保全”理解为可以进行广义的“保全”，应在仲裁法修订之时明确予以规定。

（二）限制级别管辖的下放

虽然最高人民法院为了确保涉及仲裁案件的司法审查的统一，在《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》中规定了确认仲裁协议效力、执行仲裁裁决案件的级别管辖为中级人民法院，但在实施过程中，也有部分法院自行将相关案件的管辖委托给下一级基层人民法院，客观上造成了部分仲裁裁决执行时因地方保护而遇到被不予执行或拖延执行，或者对于仲裁条款效力存在认定标准不一等障碍。新民事诉讼法第三十八条规定了对于确有必要将本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理的，应当报请其上级人民法院批准的制度。该规定增加了上级法院批准的程序，将使原先违反最高人民法院上述司法解释级别管辖的现象得到纠正，有利于减少仲裁协议效力的认定和仲裁裁决执行受到负面干扰现象的发生。

当然，有关级别管辖的问题还涉及到保全领域。由于民诉法对于涉及国内仲裁案件的保全管辖法院的级别未作出特别规定，且仲裁法司法解释中也未对此作出规定，实践中做法通常是参照诉讼案件的管辖级别来确定申请保全法院的级别。这就会出现保全法院和执行法院分属不同级别的状况，不利于采取保全措施之后的仲裁裁决顺利执行。而如前文所述，北京法院对于保全管辖法院的级别规定，为将来仲裁裁决的执行以及不予执行等程序的衔接作了较顺畅的安排。希望将来最高人民法

院在颁布司法解释时能够以同样方式对这一问题作出相应的规定。

本次民诉法修改内容较多，对于仲裁制度也产生较大影响，本文未能涵盖之处，还有待新民事诉讼法实施后不断研究观察与总结。同时，也期待最高人民法院能尽早出台民诉法的司法解释，为民事诉讼活动提供更加明确的指引。



陈聪律师2011年10月加入君合律师事务所，现在北京总部执业。

陈律师主要从事争议解决领域的业务，特别在仲裁方面拥有丰富的经验。陈律师曾任职于北京仲裁委员会，担任业务处长。加入君合后，曾担任涉及建设工程、知识产权、保险、境外私募融资等多个仲裁案件的主要承办律师，并为重大项目仲裁条款草拟和审阅提供了重要的参考意见。

陈律师获外交学院法学硕士学位，现兼任北京仲裁委员会仲裁员。

温州金融改革介绍

陆居轶

2012年3月28日国务院常务会议批准实施《浙江省温州市金融综合改革试验区总体方案》，开启了新一轮以温州市为范围的金融改革。促成这次温州金融改革的因素固然有近期出现的大量民间借贷风波，但是更深层次的原因则应当归结到我国沉疴累积的金融体系上，包括利率非市场化、中小型企业融资困难、民间资金投资金融渠道狭窄等等。因此，此次金融改革试验的集中点除了解决民间借贷的问题外，还包括向民间资本开放投资金融机构、引导温州市境内的个人将资金用于海外直接投资和设立专业的投资机构在境内开展投资等。

在温州的历史上，这样的金融改革曾经出现过两次，分别在1987年和2002年。1987年的温州金融改革最主要的是在温州率先改革计划经济时代的固定利率制度，实行浮

动利率制度，但是此后温州地区的金融创新和民间金融活动一直处于被压制的状态，金融改革创新并没有进一步深化下去。直到2002年，温州市迎来了第二波金融改革，中国人民银行总行批准了在温州进行银行间金融产品创新试点的金融改革，但是此次的金融改革政策并没有涉及到金融体制和金融机构的改革，特别是没有为民间借贷给出合法的路径，导致了改革所起的作用有限。

一、三次温州金融改革的比较

为了更好的了解温州金融改革的历史以及此次金融改革所涉及的核心层面，我们特列出历次改革所涉及的内容。具体如下：

	1987年	2002年	2012年
批准机关	中国人民银行	中国人民银行	国务院
利率改革	改革固定利率制度，逐步推行浮动利率，实行基准利率和浮动利率并存的“双轨制”利率体系。	实行农村信用社存贷利率浮动。个人和单位存款最高可上浮50%，各类贷款最高可上浮100%，下浮90%。	不涉及
民间融资改革	不涉及	不涉及	1、规范发展民间融资。制定规范民间融资备案的管理办法，建立融资备案管理制度，建立健全民间融资监测体系； 2、发展专业资产管理机构。引导民间资金依法设立创业投资企业、股权投资企业及相关投资管理机构； 3、研究开展个人境外直接投资试点。

金融机构改革	1、发展多门类、多成分金融机构，建立起多种金融机构并存和协调发展的金融体系； 2、改革银行内部分配上的平均主义，实行经营责任制。	1、允许民间资本入股城市商业银行，建立法人治理结构； 2、成立中小型企业投资（担保）公司； 3、改造、重组农村信用社，引进民营资本，改制为股份制商业银行。	1、加快发展新型金融组织。鼓励和支持民间资金参与地方金融机构改革，依法发起设立或参股村镇银行、贷款公司、农村资金互助社等新型金融组织。符合条件的小额贷款公司可改制为村镇银行； 2、深化地方金融机构改革。鼓励国有银行和股份制银行在符合条件的前提下设立小企业信贷专营机构。支持金融租赁公司等非银行金融机构开展业务。推进农村合作金融机构股份制改造。
金融产品改革	改革专业银行间业务的分工。以现有基本分工为基础，实现有条件的适度交叉。各专业银行均可办理储蓄业务，工商银行可以在农村设储蓄网点，农业银行可以在城镇设立储蓄网点。	1、小额（50万元以下）贷款营销机制，实行“三包一挂钩”，即包收、包放、包管和信贷员收益与贷款效益挂钩。银行在落实贷款风险责任基础上，允许贷款利率上浮部分按一定比例由信贷员提成； 2、拓展商业银行服务新产品，开展个人资金委托贷款。	创新发展面向小微企业和“三农”的金融产品与服务。
资本市场	发展多层次资金市场，开辟融资渠道，包括银行间的横向资金拆借，批准符合条件的企业向社会发行债券和股票等。	不涉及	1、培育发展地方资本市场。依法开展非上市公司股份转让及技术、文化等产权交易； 2、积极发展各类债券产品。推动更多企业尤其是小微企业通过债券市场融资。建立小微企业再担保体系。
信用和结算方式改革	改变信用形式的单一化，发展多种信用工具和结算方式，包括承兑贴现、抵押贷款、信用咨询、现金汇兑、辖内票汇、电话汇款等。	不涉及	加强社会信用体系建设。推进政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信建设，推进小微企业和农村信用体系建设。加强信用市场监管。

从上述的表格可以看出本次金融改革与前两次相比，主要的差异在于：

(1) 没有涉及利率改革。目前的银行存贷利率制度实行以中国人民银行公布的基准利率上浮或者下浮的制度，不允许银行自行根据市场需求决定存贷利率。这样的利率制度严重制约了我国银行存贷利率市场化的步伐，资金无法根据市场的需求和借款人可以承受的财务负担而有效的配置。1987年的温州金融改革将我国的利率制度从固定利率改为浮动利率，2002年则进一步深化了浮动利率制度，此次的金融改革则没有涉及利率方

面的改革，不失为一种遗憾。

(2) 首次涉及民间借贷改革。鉴于目前国内形势严峻的民间借贷风波，此次金融改革适时地将民间借贷纳入此次金融改革的范围，以规范发展民间融资。

(3) 拓宽民间资金投资渠道。1987年金融改革并不涉及民间资金向银行的投资，2002年则有所提及，但是成效不大。此次金融改革则对此块着重墨，不但支持民间资金参与发起设立村镇银行，还对个人资金境外直接投资开展试点，相对于前两次改革而言，是一个重大的突破。

(4) 在制度上向中小企业倾斜。此次金融改革多处提及支持小微企业，不但包括创新小微企业的信贷产品，还包括设立小企业信贷专营机构、推动小微企业债券融资、推进小微企业信用体系建设等各方面的制度支持。这在以往的金融改革中并没有过多的提及。

二、温州金融综合改革试验主要方面介绍

(一) 民间融资备案制度

温州地区的民间借贷风波是直接促成此次金融改革的推手，但是我们也注意到，民间借贷作为一个古老的行业，一直以来都有其存在的合理性，因为其手续简便、隐蔽性强，而且在资金的借贷过程中，借贷双方的信任程度较高（因为一般都是发生在亲朋好友之间的资金周转）。然而，由于时下信息的蓬勃发展，传统的民间借贷已经逐渐开始转型，对于那些在银行无法取得贷款的中小企业而言，民间借贷的资金成为他们救活自己企业的唯一道路，因此，他们会利用各种渠道向各方筹集资金。当这一行为发展成为普遍现象之后，难免就会出现类似于“地下钱庄”一样的影子银行体系，为那些愿意承受高利息的借款人出借资金，同样也为那些资金充裕却缺乏投资渠道的贷款人找到了可以投资的方向。而由于缺乏正规的风险管控体系，基本的诚信记录，这样的民间借贷极容易出现问题，最近出现的大规模民营企业自杀或跑路的例子正是最好的例证。

同时，根据最高人民法院1991年8月13日实施的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》，民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。因此，在法律层面上，民间借贷也受制于现有银行体系的利率政策，过高的借贷利率得不到制度的保障。

为了防范大规模民间借贷可能引发的区域性系统金融风险并解决上述问题，中小型企业应可以从正规的渠

道获得金融贷款，使资金充裕的民间投资者有丰富的投资渠道进行选择，同时使银行的利率紧随市场的变化而变化从而更加具有市场竞争力。但是，我们也注意到，这三种措施并非一日之间可以完成的，而且由于金融系统的全局性，在某一地率先实行上述改革可能会导致全局金融系统的不稳定，因此，此势必是一个漫长而循序渐进的过程。

为了应付当下的危机，在此次金融改革中温州地区则主要致力于解决民间借贷的不规范和透明的不透明的问题，防范民间借贷的风险，建立民间融资备案制度，规范民间借贷。为了配套该改革措施，温州市出台了《关于开展民间借贷登记服务中心试点的实施意见》（“《实施意见》”），明确规定民间借贷登记服务中心是经核准在一定区域内为民间借贷双方提供中介、登记等综合性服务的有限责任公司或股份有限公司。2012年3月29日温州民间借贷登记服务有限公司（温州民间借贷登记服务中心）首先在温州注册成立，2012年4月26日，温州民间借贷登记服务中心正式开业。正如《实施意见》所核准的范围，民间借贷登记服务中心所提供的服务包括民间借贷合同登记、借贷双方信息查询和咨询、融资对接等。实行民间借贷登记制度在一定程度上可以解决借贷登记双方信息不对等而容易造成的借贷风险，但是由于登记实行的是自愿登记制度，通常处于强势一方的贷款方可能不愿意将借贷在登记中心登记，因为这样容易曝光其资金来源，这样就会导致登记并不能从核心上解决民间借贷最潜在的风险因素。同时，虽然登记的信息并不对外公开，但是对于民间借贷的隐私性还是有所突破，毕竟在一定程度上对外公开了借款人的资金状况（民间借贷登记服务中心就会了解该等信息），借款人也不一定倾向于进行借贷登记。

(二) 民间资金发起设立村镇银行

鼓励和支持民间资本发起设立或参股村镇银行是此次温州金融改革的一大亮点。我国对于银行业的准入一直以来都采取较高的标准，银行业也被公认为高度垄断

的行业，民间资本在这一行业很难进入。而此次在金融改革中开放投资的村镇银行，在改革之前也是对民间资本存在着较大的限制，包括对主发起人的要求，允许持股比例的限制等等。

根据中国银行业监督管理委员会（“银监会”）2007年1月22日实施的《村镇银行管理暂行规定》，村镇银行最大股东或惟一股东必须是银行业金融机构。最大银行业金融机构股东持股比例不得低于村镇银行股本总额的20%，单个自然人股东及关联方持股比例不得超过村镇银行股本总额的10%，单一非银行金融机构或单一非金融机构企业法人及其关联方持股比例不得超过村镇银行股本总额的10%。正是这样的规定制约了民间资本进入银行业的规模。根据2012年5月26日银监会颁布的《关于鼓励和引导民间资本进入银行业的实施意见》的规定，银监会支持民营企业参与村镇银行发起设立或增资扩股，村镇银行的主发起行的最低持股比例由20%降至15%。因此，从全国范围内来说，在发起设立村镇银行过程中，还是需要有一家银行业金融机构作为主发起行，只是为了引进民间资本进入银行业，主发起行的持股比例要求有所降低。

然而，我们注意到，在此次温州金融改革试验中，国务院批准温州地区“鼓励和支持民间资金参与地方金融机构改革，依法发起设立或参股村镇银行”，将村镇银行的准入方式在温州市范围内拓宽至发起设立或参股两种。据了解，目前温州已经有几家民企开始尝试独立发起设立村镇银行，目前尚处于方案上报阶段。但是，浙江省人民政府于2012年11月23日就此次温州金融改革颁布的《浙江省温州市金融综合改革试验区实施方案》（简称“《金改细则》”）明确提出“银行业金融机构优先批量主发起设立村镇银行”，因此，此前普遍预计的民间资本可以独立发起设立村镇银行的猜测在目前阶段应当尚不可行。此外，据银监会有关人士的解释，村镇银行的设立依然是依照银监会此前颁布的有关村镇银行的规章制度办理，坚持审慎监管原则，要求有银行业金融机构作为主发起人。因此，在目前阶段，温州民间资本尚无法独立地发起设立村镇银行，但我们也注意

到，《金改细则》并未完全限制民间资本独立进入村镇银行，保留了发起设立和参股两种方式，只是在现阶段银行业金融机构优先主发起设立村镇银行，所以，温州民间资本是否能够在未来主发起设立村镇银行，还有待于温州金融改革的进一步深化和发展以及银监会对民间资本进入银行业的进一步开放。

（三）个人境外直接投资试点

在温州试点个人境外直接投资，此次金融改革中并不是第一次，然而却是最有权威的一次。早在2011年，温州市即启动了个人境外直接投资的试点，并由温州市对外贸易经济合作局（个人境外直接投资的审批机构，简称“外经贸局”）公布了《温州市个人境外直接投资试点方案》、《温州市个人境外直接投资管理办法（试行）》和《温州市个人境外直接投资管理办法实施细则（试行）》（统称为“《试点办法》”），然而，由于此次试点并未取得国家外汇管理局的批准，试点被迫在内部暂停。此次国务院批准的金融改革方案中则重提个人境外直接投资试点，标志着该试点的正式启动。个人境外直接投资试点开始表明国家正在努力拓宽民间资本的投资渠道，这为从根本上解决我国的民间资金出路问题作出了一次有益的尝试。

目前我们并未看到温州市外经贸局对于其此前公布的《试点办法》有任何修改。根据温州市外经贸公布的《试点办法》，此次试点的主要内容包括：

事项	内容
投资主体	(1) 持有中华人民共和国居民身份证并取得因私护照；(2) 具有完全民事行为能力；(3) 18周岁以上；(4) 拥有温州户籍。
投资项目	(1) 投资方式限定为：通过新设、并购、参股等方式在境外设立非金融企业或取得既有非金融企业的所有权、控制权、经营管理权等权益的行为；(2) 不准投资设立境外特殊目的的公司，涉及我国禁止出口的技术和货物，能源、矿产类境外投资。不准投资与我国未建交国家的境外投资，特定国家或地区的境外投资，涉及多国（地区）利益的境外投资。

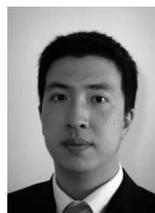
投资资金来源	(1) 可使用自有外汇资金、人民币购汇；(2) 可将境外直接投资所得的利润留存境外用于其境外再投资。
投资额度与规模	(1) 单项投资额不超过等值300万美元；(2) 多个投资者共同实施一项投资，投资总额不得超过等值1000万美元；(3) 个人境外直接投资年度总额不得超过2亿美元。
外汇	(1) 资金汇出需经外管局核准；(2) 资金汇入需通过个人资本专用外汇账户办理；(3) 个人资本专用外汇账户办理开立需经外管局核准。

此外，我们还注意到，根据国家外汇管理局2012年6月11日颁布的《关于鼓励和引导民间投资健康发展有关外汇管理问题的通知》，境内企业被允许使用境内外汇贷款向其投资的境外企业放款。而根据2009年8月1日实施的《关于境内企业境外放款外汇管理有关问题的通知》，境内企业仅可以自有外汇资金、人民币购汇资金向境外放款。此次扩大放款资金来源对于支持企业在境外投资起到了很大的促进作用。但是，在温州市个人境外直接投资的试点中，个人是否可以向境外放款、个人向境外放款的资金是否也可以使用境内外汇贷款，目前还有待于温州市外经贸局和外管局的进一步政策或解释。此外，我们注意到在《金改细则》中，政府部门也明确提出制订温州市个人境外直接投资管理办法及实施细则，因此，我们有理由相信温州市有关部门将会很快颁布正式的个人境外投资规章制度。

三、小结

纵观本次温州金融改革，无论是从国务院批准的金融改革方案，还是从最近浙江省政府颁布的《金改细则》，都显示出国家和地方政府对温州金融改革和促进温州经济有序发展的决心，包括建立民间融资备案制度、向民资开放参股村镇银行、允许民间资本境外直接投资、鼓励和支持在温州设立多种类型的金融机构等等。然而，我们也注意到，此次温州金融改革并未涉及到各界一直在讨论的、包括利率市场化改革、打破金融垄断、向民间资本开放银行业等涉及金融系统核心部分

的改革政策。原寄望于浙江省《金改细则》可以在国务院批准的金改方案的大框架下偏向于更加开放的一面，但在2012年11月23日颁布细则之后，外界的失望相对来说也是较大的。总体来说，《金改细则》仅仅是对此次改革方案更进一步的详细描述，没有给予实质性的突破。但伴随着《金改细则》的颁布，温州金融改革已经开始正式进入实施阶段，而地方政府也表示需要经过五年的努力，构建与温州经济社会发展相匹配的多元化金融体系。因此，至于此次金融改革到底成效如何，能否为全国范围内的金融改革起到先行探路实验的目的，民间资本能在多大程度上受益于此次金融改革等还需要待金融改革的进一步实践。



陆居轶律师2002年毕业于上海财经大学法学院国际经济法专业，获法学学士学位；2003年毕业于伦敦政治经济学院，获法学硕士学位。陆居轶律师于2004年加入君合律师事务所上海分所，并于2005年取得律师资格。

陆居轶律师的业务领域为各类银行金融业务，擅长各类融资，曾经参与数十个大型的项目融资、收购融资、上市前融资及其他各类银团贷款等。陆居轶律师同时长期为汇丰银行、渣打银行、三井住友银行、恒生银行、瑞穗银行、法国巴黎银行、星展银行、荷兰合作银行等境外/外资银行，以及中国银行、工商银行、建设银行、交通银行等中资银行提供各类日常银行法律服务。

此外，陆居轶律师也为其他各类非银行金融机构，例如融资租赁公司、汽车金融公司、保理公司等提供各类法律服务。

结合典型立法分析我国市政公用事业特许经营制度（上）

郭 琰 刘世坚

自《市政公用事业特许经营管理办法》（中华人民共和国建设部令第126号，以下简称“《126号令》”）正式实施后，我国市政公用事业的市场化正式走上了法治的轨道。各地在推进市政公用事业市场化的过程中，也在逐步积累经验，并纷纷制定地方性特许经营法规或规章，以便指导、实施和管理地方的市政公用事业特许经营项目（以下简称“特许经营项目”）。然而，我国的市政公用事业特许经营制度（以下简称“特许经营制度”）自施行以来就一直争议不断。很多问题至今也没能得出令人满意的答案。国家层面对于这些问题没有相对统一的认识，作为部门规章的《126号令》则效力层级较低。各地相关规定固然有内容规范、实施得力的地方性法规或政策，但也不乏一些名为特许经营、实为地方保护的规定，实际上阻碍了特许经营制度的推广与落实。本文主要根据《126号令》及北京、天津、深圳等地特许经营制度立法实践，对目前我国特许经营制度存在的问题进行简要分析。希望能够对大家认识特许经营制度，参与特许经营项目有所帮助。

囿于篇幅，本文将分为（上）、（下）两部分分别呈现。本部分将主要从特许经营制度的立法级别和层次、特许经营项目的主管部门、获得特许经营权的途径、特许经营权的形式及特许经营期届满后的处理等五方面分析我国市政公用事业特许经营制度存在的问题。

1、关于立法级别和层次

《126号令》是以住房和城乡建设部部令的形式颁布的，其效力层级属于部委规章。在我国条块分割、行政主导的立法体制下，《126号令》的效力和执行力一般仅涉及住房和城乡建设部所辖的部门和行业，其在地方的执行力度有限。《126号令》亦规定各地可以自行立法规范特许经营项目。

从各地实践来看，目前的特许经营立法主要分为地方性法规、地方政府规章和地方政府公用事业主管部门的规范性文件。地方性法规如北京市自2006年3月1日起实施的《北京市城市基础设施特许经营条例》（以下简称“《北京特许条例》”）及深圳市在同日实施的《深圳市公用事业特许经营条例》（以下简称“《深圳特许条例》”）；地方政府规章如天津市自2005年9月1日起实施的《天津市市政公用事业特许经营管理办法》（以下简称“《天津特许办法》”）；主管部门的规范性文件如山东省住房和城乡建设厅于2006年5月30日起实施的《山东省城市市政公用事业经营许可管理办法》（以下简称“《山东许可办法》”）、大连市城建局于2011年9月1日起实施的《大连市城建局特许经营管理暂行办法》（以下简称“《大连特许办法》”）。

从北京市和深圳市的情况来看，这两个城市都是首

先由市政府颁行地方政府规章来管理本市的特许经营项目，经过一段时间项目实践，再颁布效力层级更高的地方性法规。应该说，北京市和深圳市对立法进程的把握比较审慎，在条件成熟的时候又能够积极推动立法机关根据开放市场、加强监管的原则颁布实施更高层级的法律文件，所以这两个城市在实施特许经营制度的实践中收到了很好的效果。相比而言，天津市颁布实施地方政府规章级别的特许经营制度已有7年时间，但一直没有将其上升为地方性法规，而目前实施的《天津特许办法》也具有较为浓厚的地方保护色彩，在一定程度上反映了当地政府缺乏开放市政公用事业市场，引进外来先进运营、管理经验和技术的决心。至于地方政府主管部门颁布的规范性文件，其中不乏基于部门利益、地方利益考量而颁布实施的规定，目的是保护本地方正在运营市政公用事业的单位或本地方准备进入市政公用事业市场投资的企业。更有甚者，有些文件甚至不能通过公开的渠道获得，如《大连特许办法》。

2、关于特许经营项目的主管部门

根据《126号令》，国务院建设主管部门负责全国市政公用事业特许经营活动的指导和监督工作，省、自治区人民政府建设主管部门负责本行政区域内的市政公用事业特许经营活动的指导和监督工作，直辖市、市、县人民政府市政公用事业主管部门依据人民政府的授权，负责本行政区域内的市政公用事业特许经营的具体实施。以地方政府规章或规范性文件形式制定的特许经营制度通常遵循这一体例。如《天津特许办法》的第三条规定：“市人民政府授权市建设行政主管部门负责市政公用事业特许经营的组织实施”。

《北京特许条例》和《深圳特许条例》的规定与《126号令》有所不同。根据《北京特许条例》的规定，市发改部门负责本市特许经营的总体规划、综合平衡和协调，行业主管部门或市政府指定的其他机构负责市级项目的具体实施，区县政府或其确定的单位负责区县级

项目的具体实施。根据《深圳特许条例》的规定，特许经营权的授权主体是市政府。市政府根据市政公用事业中不同行业的特点制定授权实施方案，特许经营者由市政府通过公平竞争的方式来确定。

特许经营项目涉及的领域主要是供水、供热、供气、垃圾及污水处理、公共交通等行业。这些行业的管理通常牵涉一个城市的发展改革、建设公用、环境保护等多个部门。此外，特许经营项目的操作方式和投资来源各不相同，操作方式包括绿地投资性质的建设-运营-移交（BOT），资产、股权、经营权转让的转让-运营-移交（TOT）等；投资来源则包括国资、外资、民资或混合投资。考虑到这些因素，特许经营项目的监管还可能涉及国资、商务、工商等部门。建设行政主管部门职权范围有限，其自主主导或协调比较复杂的特许经营项目难免力不从心，也不利于项目富有效率地整体推进。以华东某市自来水公司国有产权转让暨实施特许经营的项目为例，在该项目中，当地政府是项目的主导和协调方，为该项目组成的项目组包括市政府办公室、发改、商务、财政等多个部门，而建设部门主要是以供水行业主管部门的身份参与该项目。因为有市政府办公室的组织 and 协调，整个项目在政府接口的相关事项上进展非常顺利。

由此可见，特许经营立法应当结合各地实际情况，确定一个既能站在城市未来发展的高度考虑问题，又能统筹兼顾各方利益的政府部门作为特许经营项目的牵头单位或主导部门。同一类项目，在不同地市，可以有不同性质的政府部门进行主导，建设行政主管部门并非唯一最佳选项。在这一点上，北京市和深圳市的立法较有借鉴意义。此外，北京市规定分市和区（县）两级实施项目，这对项目操作具有实际意义，同时也符合《126号令》有关特许经营项目最低由区县级负责的要求。有些市政公用事业，例如垃圾处理，原先的体制就是分区负责，这类特许经营项目由区县负责，也可以顺应现行的管理体制。

3、关于获得特许经营权的途径

关于通过哪种方式选择特许经营者的问题，在实践中主要的争议在于：（1）是否必须通过招投标方式选择特许经营者？在新建项目中，特许经营者是否可以不通过招标程序选择设计单位、建筑承包商和供货商？（2）是否可以不经任何竞争程序，直接授予特许经营权？

（1）关于招投标

《126号令》要求通过招标方式选择市政公用事业投资者或者经营者，其要旨是确保通过公开、公平、公正的竞争性程序选定特许经营者。很多地方的特许经营制度都采用了《126号令》这种“一刀切”的办法，如《天津特许办法》和《大连特许办法》。

从我国招投标制度的历史沿革来看，我国的相关法律法规在制定时，更多地是从建设工程的招投标活动着眼，并为之量身定制了一整套法规体系，而后放之于境内所有招投标活动而皆准。显而易见的是，特许经营项目与建设工程项目存在诸多差异，对建设工程项目非常适用的招投标程序和准则，直接套到特许经营项目头上，却未必完全合身。首先，与建设工程项目招标不同，特许经营项目招标一般没有也无法设定标底。其次，特许经营项目招标无法像工程招标那样基本上锁定技术、法律和财务边界条件，只开放价格竞争；特许经营项目投标人的技术、财务和法律条件各不相同，很难单以价格论优劣。再次，特许经营项目因时因地而异，其边界条件多且复杂，变数很大，相应的招标文件很难像建设工程项目那样实现高度的标准化，评审时需要综合的因素较多。最后，特许经营项目建设期、运营期一般要长达数十年，不像建设工程项目可以在相对很短的时间内完成。合格的特许经营者一般是以长期运营见长的实体，甚至应当是投资方、建设方、运营方的联合体，单纯的建筑工程承包商是难以完成复杂的特许经营项目的。这些问题一方面导致特许经营项目与我国目前的招标投标法律体系难以完全匹配；另一方面，

对于特定项目而言，因市场上满足条件的潜在特许经营项目投资方数量有限，如果固守招投标的规则，往往会导致随意定标、反复招标或流标，最终造成人力、物力和时间上的浪费。因此，允许采取不限于招投标的多种竞争方式选择特许经营者，如公开招商、竞争性谈判等，既符合此类项目的性质和市场现状，也符合通过竞争方式公开、公平、公正地选择特许经营者的主旨。关键是特许经营项目的主管部门有决心、有信心真正遵守开放市政公用事业市场的原则，在实施项目时选择专业化的机构为其设计竞争性程序，并确保该等竞争性程序能够获得充分的实施。此外，从立法的角度考虑，各地的招投标立法也应尽量避免将选择特许经营者列入法定必须招投标的范围，以便给特许经营者的选择在程序上留下灵活操作的空间。

比较而言，《北京特许条例》和《深圳特许条例》的规定就具有更大的灵活性。根据《北京特许条例》的第11条，特许经营项目的实施机关可以通过招标等公平竞争的方式确定特许经营者。根据《深圳特许条例》的第8条，市政府应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式授予特许经营权。

需要注意的是，对于新建项目而言，以往的项目实践还存在一个比较突出的问题，即投资人在获得特许经营权之后，其为项目实施之目的而专门设立的项目公司仍然有可能需要通过招标来选择设计单位、建筑承包商和供货商，而不能由投资人自行承揽或指定其关联单位开展相关工作。对此，特许经营项目的投资人，乃至于招商引资的地方政府都颇有微词。立法者对此显然已经加以关注，并在2012年出台的《招标投标法实施条例》第九条明确规定，“已通过招标方式选定的特许经营项目投资人依法能够自行建设、生产或者提供”的，可以不进行招标。

（2）关于直接授予特许经营权

根据《天津特许办法》的第22条，现有市政公用事业项目经市建设行政主管部门审核并报市人民政府批准

后，可以直接授予原经营者特许经营权，由市建设行政主管部门与经营者签订特许经营协议。此外，根据该办法的第2条，市人民政府可以按照法定程序和招标方式确定符合条件的投资者或者经营者在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供服务。此处增加的“法定程序”与“招标方式”平行，省去“市场竞争机制”，明显是为不经任何竞争程序直接“授予”特许经营权留下制度上的通道。

特许经营制度设立的目的是开放市场，打破垄断，引入竞争，理顺价格，提高效益，改善服务。一句话，就是要用市场改善计划体制下公用事业国有垄断和低效的状况。如果特许经营权不是通过竞争获得，而是政府审核授予，那么这项制度对改革公用事业现行的国有体制就缺乏实质意义。《天津特许办法》没有对审核授予公布任何条件，这不能不让人担心暗箱操作的可能。当然，特许经营应当对所有的市场主体开放，不管是社会投资人还是原来就在运营市政公用事业的国有单位。设立特许经营制度不是为了剥夺原国有单位的运营权，而是为了改变其机制和提高效率。国有公用事业单位有参加特许经营竞争的权利，但不应享有特权，否则就可能限制有效竞争，妨碍公用事业市场化改革的进程。对于那些效率低、服务差的国有公用事业单位，如果可以不用通过竞争就获得特许经营权，这不仅是对特许经营制度的滥用，更是对公众利益的漠视。这种情况下，原来的国有公用事业单位不仅可以在特许经营权的保护下维持原状，甚至还可以借长达二、三十年的特许期继续把持项目。这样一来，特许经营制度不但不能促进其改革，反而对其起到了保护伞的作用。这与实施特许经营制度的初衷明显背道而驰。

4、关于获得特许经营权的形式

政府主管部门以什么样的形式授予特许经营权，是通过与特许经营者签订特许经营协议，还是向特许经营者颁发特许经营权证书？对此，各地的实践和立法也不

尽相同。

《126号令》只是要求特许经营项目的中标者与政府签订特许经营协议，并未规定其他获得特许经营权的形式。《北京特许条例》采用了这一体例。但《深圳特许条例》和《天津特许办法》则除了要求与中标人签订特许经营协议，还规定要向其颁发特许经营权证书。

关于特许经营权证书的问题，从法律上看，政府与选定的特许经营者签署特许经营协议，其中就包括特许经营权的授予。某些市政行业的准入，例如供气、供热等行业，按照《行政许可法》的规定属于直接关系公共利益的特定行业，进入该等行业本身就需要获得相应的行政许可，这和特许经营权的取得没有直接关系。设定行政许可需要有法律、行政法规或地方性法规的支持，如果相应的法律、行政法规、地方性法规并未将特许经营行为列为必须设定行政许可的事项，那颁发所谓的特许经营权证书就没有了行政法方面的依据，反而可能在实践中造成一些疑问。例如，究竟是特许经营协议生效时获得特许经营权，还是特许经营权证书颁发时获得特许经营权？如果特许经营协议的生效时间和特许经营权证书的颁发时间不一致，怎样计算特许期的起点和终点？特许经营协议的签署部门和特许经营权证书的颁发部门如果不一致，那特许经营权的授权方应以哪一个为准？这些问题可能会对特许经营权的确定性造成影响。笔者此前曾经作过一个针对广东某主要城市一家获得特许经营权的污水处理企业的尽职调查。该企业既与政府签订了特许经营协议，也获得了特许经营权证书，而两者的时间并不一致。对于特许经营期的起止时间以何为准的问题，当地主管部门的态度也是含糊不清。对于特许经营企业的日常运营而言，此事可能并无实际影响，但一旦各方因为涉及到特许经营期的相关条款的执行发生争议，则这一潜在问题势必浮出水面，甚至诉诸公堂，大大增加协议履行的成本。

政府的行政许可行为应当依法实施。特许经营如果不属于法定的行政许可事项，那么颁发特许经营权证书的做法可能演变为变相的行政许可。目前在实践中，比

较普遍的做法还是政府与特许经营权获得者签订特许经营协议，协议本身即构成授予和获得特许经营权的法律形式和要件，增加一份证书并不增加其法律效力，没有这份证书也不会贬损其法律效力。在特许经营协议之外另行颁发特许经营权证书，从特许经营项目实践来看，应该是没有必要的。

5、关于特许经营期届满后的处理

特许经营期届满后，是让原特许经营者继续经营，还是重新招标选定新的特许经营者，《126号令》和各地的规定都不尽相同。

根据《126号令》，特许经营期届满，主管部门应当按照其规定的程序组织招标。《深圳特许条例》采用了类似的规定，即特许经营期届满后，市政府按照条例的规定采用竞争方式重新进行特许经营权的授予。《天津特许办法》和《大连特许办法》均规定，期限届满前主管部门应当重新组织招标确定特许经营者。在同等条件下，原特许经营者优先获得特许经营权。而《北京特许条例》则规定，期限届满一年前，特许经营者可以申请延期，经评审并报政府批准后可以延期。

《126号令》要求在特许经营期届满后重新招标选择特许经营者，这体现了公平竞争和准入的原则，但该规定显然忽视了特许经营者在特许经营期内的业绩表现，缺乏弹性的激励机制，显得有些生硬，实践中可能也不是很容易操作。天津市和大连市的规定则更加灵活，也比较实际。承诺原特许经营者在同等条件下优先续约，从商业角度讲属于惯例的做法，有利于鼓励经营者在整个特许经营期内都保持励精图治，特别是在特许经营期的末段继续运营管理好项目。

北京市关于经政府批准直接延期的规定值得商榷。特许经营期届满时不经重新竞争，只需政府的批准就可以延续，虽然有利于简化手续，提高效率，但亦有可能造成事实上的垄断，与特许经营制度打破垄断的初衷相悖，既不利于促进特许经营者不断改进经营管理以提高

竞争力，而且可能剥夺市场上其他潜在竞争者的机会，不利于市场持续开放和公平竞争。此外，这种安排也赋予了政府一项额外权力，有可能会造成新的寻租现象。



郭琰律师于2005年起从事律师业务，2007年加入君合律师事务所。主要业务领域包括基础设施建设、特许经营、外商直接投资和公司业务等。加入君合前，郭琰律师曾于2005年至2007年在中咨律师事务所和君屹律师事务所工作。在此期间，他曾参与基础设施建设、招投标、并购和外商投资等领域的多个项目。

郭琰律师2002年毕业于吉林大学法学院，获法学学士学位，2004年毕业于英国谢菲尔德大学法学院，获法学硕士学位。他是中华全国律师协会会员，具有中国律师执业资格。

郭琰律师的工作语言为中文和英文。



刘世坚律师毕业于美国杜克大学法学院，获法学硕士学位，并在1995年和1998年分别获得中国人民大学经济学学士学位和北方交通大学系统工程硕士学位，于1998年获亚洲开发银行BOT专业培训证书。他是中华全国律师协会和北京律师协会会员，具有中国律师执业资格。

刘世坚律师于2007年加入君合律师事务所。此前，他是北京市君屹律师事务所合伙人，并曾在北京市大地桥基础设施投资咨询有限责任公司任职。

刘世坚律师主要从事基础设施和公用事业项目投融资、兼并收购、特许经营、招标投标、工程建设、节能环保、能源化工、外商投资、国际贸易和涉外争议解决方面的法律服务，曾在国内多个特许经营项目中担任评标专家，并参与《水务特许经营项目招标投标实务》一书的写作。除中国国内相关项目外，他还参与了在澳大利亚、土耳其、巴西、埃及、阿根廷、伊朗、委内瑞拉等国家的工程、投资、国际贸易项目和争议解决，具有较丰富的法律服务经验。

刘世坚律师的工作语言为中文和英文。

国有文化单位职工安置的政策特点简析

——以某国有出版集团为例

黄晓莉 方海燕 张焕彦

国有经营性文化单位转企改制（笔者注：指由事业单位转制为企业，下称“转制”）是2003年中国共产党的十六届三中全会以来文化体制改革的中心环节。根据现任文化部部长蔡武在2012年10月24日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上的报告，我国已全面完成国有经营性文化单位转企改制任务。

在此背景下，目前的国有文化企业大部分由事业单位转制而来，因此，该等文化企业在重组改制为股份有限公司时，除须遵守一般国有企业改制职工安置的相关规定外，还须审查其转制时是否依法妥善进行职工安置及完成事业编制职工身份转换。我们理解，对于转制时未依法妥善进行职工安置的国有文化企业，从维护职工合法权益、避免企业与职工之间的冲突从而有利于企业长远发展的角度出发，存在补充履行事业编制职工身份转换等相关程序的必要性，并可与该企业重组改制的职工安置一并进行。

在我们所承办的某大型国有出版集团（下称“N出版集团”）重组项目中，N出版集团于2003年被列为全国第一批文化体制改革试点单位，2004年由事业单位转制

为企业；N出版集团下属主要出版单位也于2005年在全国率先完成了由全民所有制企业变更为有限责任公司的公司制改建。由于当年相关配套政策不完善，N出版集团及其相关下属单位转制或公司制改建时未能彻底解决事业编制员工身份问题，因此在2008年N出版集团启动重组改制为股份有限公司时，经相关主管部门同意，N出版集团及其下属单位仍适用事业单位转制的相关规定。N出版集团主要依据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》（执行期限为2009年1月1日至2013年12月31日），并结合国有企业改制的相关规定制定了职工安置方案，使各类人员（包括有事业编制身份的员工、离退休人员、内退人员、遗属等）在重组过程中全部依法得到妥善安置。

本文以N出版集团为例，对国有文化单位职工安置政策的特点作一梳理。

一、国有文化单位职工安置监管体系的特点

根据相关规定，国有文化事业单位转制¹、国有文

1 根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的规定，文化事业单位转制需依法进行职工安置。

化企业改制²及非改制但涉及职工合法权益的国有文化企业产权转让³均需进行职工安置，并受相关党政机关的监管。如N出版集团就其本次重组改制事项（包括职工安置事项）取得了当地省委宣传部及当地省政府的批准文件，当地省政府在作出上述批复前征求了财政厅、劳动保障部门、人事厅、新闻出版局等部门的意见。

针对国有文化单位重组改制涉及的职工安置，目前的监管体系存在如下特点：

（一）多个部门具有国有文化资产监管职能

职工安置资金的安排往往涉及国有资产变动，因此国有文化单位职工安置事项受国有文化资产管理部的监管。从我国现行国有文化资产监管体系看，财政部门等多个部门均具有国有文化资产监管职能。

1、财政部门

根据《关于在文化体制改革中加强国有文化资产管理的通知》和《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》，财政部门履行国有文化资产的监管职责；经营性文化事业单位转制的资产变动事项经文化行政主管部门审核同意后应报同级财政部门审批，国有文化企业变更国有资产产权、国有股权等事项，须报经同级财政或国资部门审批后，按照有关程序办理。

因此，一般情况下，国有文化资产的监管部门为财政部门。

2、国有资产监督管理机构

在某些特定的情况下，国有资产监督管理机构（即一般国有企业的监管部门）也可能成为国有文化资产监管部门。

根据《关于在文化体制改革中加强国有文化资产管理的通知》和《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的规定，对于国有资产监督管理机构监管企业所属的经营性文化事业单位转制为企业的资产变动事项，应当报国有资产监督管理机构审批；经营性文化事业单位转制为企业后主管主办单位国有资产隶属关系不变且符合国家规定的，国有资产监管体制维持不变。据此，对于国有资产监督管理机构监管企业所属的经营性文化事业单位和文化企业，其职工安置所涉资产变动等事项由国有资产监督管理机构而非财政部门进行监管。

3、文化企业国有资产监督管理办公室

近年来，财政部及广东省、北京市、湖南省等部分省市纷纷设立文化企业国有资产监督管理办公室（下称“文资办”）。各地文资办大部分具有管理国有文化资产的职能，如：根据财政部文资办官方网站的信息，财政部文资办具有管理由财政部履行出资人职责的中央文化企业的职责；根据广东省机构编制委员会的相关文件，广东省文资办由省委宣传部管理，受省财政厅委托，统一监管省直宣传文化系统的国有经营性文化资产；而北京市文资办则为北京市政府直属机构，主要职能包括履行国有文化资产出资人职责，管理国有文化企事业单位资产等。

根据我们的经验，对于部分设立了文资办的省市，文资办与财政部门在国有文化资产管理方面的权限划分尚不清晰，在项目实际操作中需注意事先与该等部门进行沟通。

基于上述，鉴于国有文化单位可能涉及不同的国有文化资产监管部门，因此，国有文化单位进行职工安置

2 根据《关于规范国有企业改制工作的意见》和《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意见》的规定，国有文化企业改制包括：（i）国有及国有控股文化企业（包括其全资、控股子公司）增量引入非国有投资；（ii）国有及国有控股文化企业（包括其全资、控股子公司）的国有产权持有单位向非国有投资者转让该企业国有产权；（iii）国有及国有控股文化企业以其非货币资产出资与非国有投资者共同投资设立新公司，并因此安排原企业部分职工在新公司就业；以及（iv）履行出资人职责的部门作出其他有关规定的。而根据《中华人民共和国企业国有资产法》的规定，（i）国有独资文化企业改为国有独资公司；（ii）国有独资文化企业、国有独资文化公司改为国有资本控股公司或者非国有资本控股公司；以及（iii）国有资本控股文化公司改为非国有资本控股公司等企业改制行为涉及重新安置企业职工的，需履行职工安置相关程序。

3 根据《企业国有产权转让管理暂行办法》的规定，企业国有产权转让如涉及职工合法权益的，应当听取转让标的企业职工代表大会的意见，对职工安置等事项应当经职工代表大会讨论通过。

时，首先需找准“婆婆”，以避免审批程序错误。

（二）中共宣传部门参与监管

中共宣传部门是中共主管意识形态方面工作的综合职能部门。根据《关于在文化体制改革中加强国有文化资产管理的通知》和《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的相关规定，中共宣传部门要做好重大国有文化资产变动事项（比如经营性文化事业单位转制为企业、文化企业重组和股份制改造中涉及的重大资产变动等）的审查把关，凡涉及相关重大国有文化资产变动事项，须经同级中共宣传部门审查把关和同意。

我们理解，就职工安置事项是否需经中共宣传部门同意，应视相关安置资金来源安排是否导致国有文化单位重大资产变动而定。

（三）机构编制委员会负责核销事业编制

根据《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》和《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的要求，经营性文化事业单位转制为企业，转制后需核销事业编制。

上述事业编制的核销工作由县级以上各级人民政府机构编制管理机关所属的事业单位登记管理机构负责，拟转制的文化事业单位或补办核销事业编制的国有文化企业应在申请注销事业单位法人资格时向有权管理机构提出核销申请。

（四）劳动保障部门审核国有文化企业的职工安置方案

根据《关于规范国有企业改制工作的意见》及《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意见》的相关规

定，国有企业改制涉及劳动保障事项的，需预先报经同级人民政府有关部门审核。因此，就国有文化企业改制，还需将职工安置方案报同级劳动保障部门审核。

二、国有文化单位职工安置政策的特点

（一）安置方式复杂

1、在职员工的安置方式

N出版集团本次重组改制对在职工采取“人随业务、资产走”的原则，原则上所有改制范围内企业的在岗员工均进入股份公司或股份公司下属公司，其中集团本部在岗员工需按劳动法等相关规定与股份公司重新签订或变更劳动合同；非改制范围内企业的在岗员工均不进入股份公司或股份公司下属公司；各单位可根据本单位工作需要和实际情况决定是否对距离法定退休年龄5年以内的事业编制人员和原固定工实行提前离岗办法；员工自愿申请离职的，单位可与员工解除劳动关系，并依法进行补偿。

一般国有企业重组改制通常仅涉及留用员工和分流员工安置问题。国有文化事业单位及转制时未妥善进行职工安置的国有文化企业的职工安置更为复杂，其安置方式主要有：留用、分流、员工内部退养、事业编制员工身份转换等。具体分析如下：

（1）留用

根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的要求，文化事业单位转制时，要按照《中华人民共和国劳动合同法》的规定，自工商注册登记之日起与在职职工全部签订劳动合同；职工在事业单位的工作年限合并计算为转制后企业的工作年限；转制后改制为非国有企业的，按照《中华人民共和国劳动合同法》第三十三条的规定办理。⁴

根据《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意

4 根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十三条的规定，用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

见》，国有文化企业改制为国有控股企业的，改制后企业继续履行改制前企业与留用的职工签订的劳动合同；留用的职工在改制前企业的工作年限应合并计算为在改制后企业的工作年限；原企业不得向继续留用的职工支付经济补偿金。

基于上述，保持国有控股的国有文化单位转制或改制，留用职工在转制或改制后企业的工作年限应合并计算其在事业单位及在改制前企业的工作年限。

(2) 分流

根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》及《关于进一步规范国有企业改制工作的实施意见》的规定，对于文化事业单位转制后根据经营方向确需分流的人员以及国有文化企业改制时不再继续留用的职工，要支付经济补偿金。

(3) 距退休年龄不到5年的员工可协商内退

内退是一种保留劳动关系但又无须在岗的情形，即办理内退的人员可不在企业工作，但每月可从企业领取一定数额的内退费，企业也继续为其缴纳社会保险费，直至其达到退休年龄条件后正式办理退休手续。

根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的规定，对转制时距国家法定退休年龄5年以内的人员，在与本人协商一致的基础上，可以实行提前离岗，离岗期间的工资福利等基本待遇不变，单位和个人继续按规定缴纳各项社会保险费，达到国家法定退休年龄时，按企业办法办理退休手续。

(4) 事业单位编制的员工身份转换

N出版集团及其主要下属单位虽然已由事业单位转制为企业，但由于部分事业编制人员并未转换身份，在本次重组中也需解决事业单位员工身份转换问题。

我们理解，所谓事业编制职工身份转换，是指职工取消原来的事业编制身份，成为与转制后企业建立劳动关系的劳动者并按照企业办法参加社会保险，职工因身份转换在一定条件下可以得到补贴或经济补偿。

在本次重组改制中，N出版集团及其下属企业依法注销了事业单位法人资格，核销了相应的事业单位编制，与职工建立了劳动关系并依法为职工参加社会保

险，为符合内退条件的职工依法办理了内退，并依法预提了离退休人员、内退人员及其他需安置人员的基本福利费用及待遇差额补贴。

2、离退休人员的安置方式

根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的规定，转制前已经离退休的人员，原国家规定的离退休费待遇标准不变。

3、其他人员的安置方式

N出版集团本次重组改制，保留工伤、病残人员及企业供养遗属原福利待遇不变。

离退休人员和其他人员均不进入股份有限公司及其下属企业，统一由N出版集团委托该等人员原所在单位进行日常管理，待遇差额补贴及福利费用由原所在单位按财务管理规定从预提的专项资金中按月支付，基本福利待遇发放办法按其原所在单位重组改制基准日的基本福利待遇发放办法执行。

N出版集团所采用由原所在单位对离退休人员和其他人员进行日常管理的方式，使得改制前后相关人员的管理工作妥善衔接，有效减少了改制实施的难度。

(二) 注重保护职工

1、改制为非国有控股企业的，留用员工亦可能取得补偿金

根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》的规定，用人单位改制为非国有控股企业无需向留用员工支付经济补偿及相关费用。《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》亦规定，事业单位改制为非国有企业，按照《中华人民共和国劳动合同法》第三十三条的规定办理，即该改制属于用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

部分地区（如广东省）则在文化单位改制/转制为非国有控股企业时对留用职工提供更高程度的保护。根据《广东省人民政府关于进一步明确我省文化体制改革试点中经营性文化事业单位转制为企业有关问题的通知》

及《广东省人民政府办公厅转发省劳动保障厅关于进一步做好国有企业改制职工分流安置工作意见的通知》的规定，经营性文化事业单位转制为非国有控股企业，应与全体人员解除人事（劳动）关系，并按相关规定支付经济补偿（金）及过渡性基本医疗保险金，由转制单位与其中的续用人员重新签订劳动合同；国有及国有控股文化企业改制为非国有控股企业（在企业的全部资本中，国家资本、股本所占比例等于或小于50%的企业，下同）的，除另有规定外，原企业要依法与职工解除劳动合同关系，办理相关手续，并按规定支付经济补偿金，职工在改制后企业的工作年限重新计算。据此，广东省文化单位改制/转制为非国有控股企业的，需向留用员工支付经济补偿金。

2、可办理离岗退养且内退员工离岗期间将获得一定待遇

根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》的规定，劳动报酬的支付应以劳动者提供劳动为前提（依法休息休假的除外）。

为妥善安置富余员工并确保转制/改制前后的平稳过渡，在征得有权机构（我们理解，应至少包括执行事业单位退休政策的人事行政管理部门等）同意的条件下，转制时未依法进行职工安置的国有文化企业在重组改制时经相关主管部门批准，可利用《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的政策，对距国家法定退休年龄5年以内的人员实行离岗退养，起始计算的时点一般为改制的基准日。该等离岗退养人员在离岗退养期间的基本待遇保持不变。

3、离退休人员可继续享受事业单位的退休待遇

在现行养老制度体系下，企业劳动者在退休之后可

以按照社会保险相关规定领取养老金；而事业编制职工退休后将按照事业单位退休办法领取退休金。

根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的规定，转制前已经离退休的人员，原国家规定的离退休费待遇标准不变，转制后这类人员离退休待遇支付和调整的具体办法，按劳社部发[2000]2号⁵和劳社部发[2002]5号⁶等相关政策执行⁷。

从N出版集团本次重组改制的经验来看，国有文化企业此前转制时未依法进行职工安置的，在日后重组改制过程中申请按此项规定确定离退休人员的退休待遇的，较为可能被相关行政主管部门所接受。

4、转制前参加工作、转制后退休的员工在过渡期内可享受事业单位的退休待遇

根据《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》的规定，转制前参加工作、转制后退休的人员，基本养老金的计发和调整，按照企业的办法执行；在转制后5年过渡期内，按企业办法计发的基本养老金，如低于按原事业单位退休办法计发的退休金，其差额部分采取加发补贴的办法解决，所需费用从基本养老保险统筹基金中支付，具体办法按劳社部发〔2000〕2号文的相关政策执行。

按照上述规定，对于本次改制前参加工作、本次改制后退休的人员，N出版集团员工安置方案规定：原事业编制人员改制后退休，依法办理退休手续，享受退休时所在单位原退休人员同等基本福利待遇，5年过渡期后原事业编制人员退休时的差额补贴按国家、省的相关政策执行；5年过渡期内原事业编制人员所领取的社保养老金加上企业年金如低于退休时所在地同职级事业单位人员标准计算的退休金，所在单位可根据单位自身经济效益

5 指《关于国家经贸委管理的10个国家局所属科研机构转制后有关养老保险问题的通知》。

6 指《关于转制科研机构和工程勘察设计单位转制前离退休人员待遇调整等问题的通知》。

7 根据上述劳社部发[2002]5号文的规定，（i）有正常事业费的转制单位，转制前离退休人员不再执行企业离退休人员基本养老金调整办法，社会保险经办机构只负责发放接收时按规定标准核定的基本养老金，以后不再增加。从2001年开始，其离退休待遇调整纳入国家统一的事业单位离退休费调整范围，由财政部门按统一的补助标准和现有经费渠道安排所需资金，并由离退休人员原单位负责发放。（ii）没有正常事业费的转制单位，转制前离退休人员按规定标准核定的基本养老金继续由社会保险经办机构发放。基本养老金调整按企业的办法执行，所需费用从基本养老保险统筹基金中支付。国家统一出台事业单位离退休费调整政策时，转制前离退休人员按企业办法增加的基本养老金与按事业单位办法增加的离退休费的差额部分，由原单位视经济情况自筹资金解决。

和经济承受能力，参照员工退休当年所在地事业单位同职级人员退休金标准，采用加发补贴的办法解决差额部分，差额补贴费用需经严格核定；差额补贴费用由所在单位在预提的专项资金中按月支付。

（三）保障安置费用来源

职工安置费用主要包括按照国家有关规定支付给解除、终止劳动合同的职工的经济补偿金，拖欠的职工工资、社会保险费及其他相关费用，移交社会保障机构管理的职工一次性缴付的社会保险费，企业重组改制过程中涉及的离退休人员和内退人员统筹外费用及其他相关费用，职工遗属生活费用及其他相关费用、工伤人员的医疗费、生活费及其他相关费用等。

N出版集团本次重组改制的职工安置主要内容是：改制范围内各机构或业务的离退休人员、拟内退/内退人员、企业供养遗属等不进入股份公司及其下属企业的人员（下称“三类人员”）由企业承担的社保外费用及原事业编制人员退休待遇差由承继相关业务的改制范围内各企业通过精算预提负债方式解决，一次性足额预提、冲减改制范围内各企业净资产，并由N出版集团统筹安排，按期划拨到三类人员原所在单位，按月支付；未来预提负债总额以外的三类人员费用由N出版集团通过资产处置、股权分红等方式承担；非改制范围的机构或业务的三类人员的社会统筹外费用由原所在单位负担。

上述职工安置费用的来源主要依据《财政部关于企业重组有关职工安置费用财务管理问题的通知》确定。该通知明确规定了企业重组涉及的离退休人员和内退人员有关费用的承担原则、预提标准、计算方式、管理要求，要点如下：

（1）费用的负担：企业重组过程中涉及的离退休人员和内退人员有关费用，应按照“人随资产、业务走”的原则，由承继重组前企业相关资产及业务的企业承担。

（2）离退休人员统筹外费用：对符合重组企业所在设区的市以上人民政府规定的离退休人员统筹外费用，经批准可以从重组前企业净资产中预提，预提年限应当按照

中国保监会发布的《中国人寿保险业务经验生命表》计算。国家对离休人员安置另有规定的，从其规定。

（3）内退人员的生活费和社会保险费：对符合法律、行政法规以及国务院劳动保障部门规定条件的内退人员，其内退期间的生活费和社会保险费，经批准可以从重组前企业净资产中预提。

（4）重组企业离退休人员及内退人员的管理单位应当对预提费用实行专户管理，并按约定从专户中向相关人员支付费用。预提资金不足支付相关费用的或者有结余的，按《企业会计准则》的相关规定计入管理单位当期损益。

根据目前已有的案例和相关规定，职工安置费用的来源除了可以从重组前企业净资产中预提外，还可采取以下方式：

1、企业自筹资金

企业可通过自筹资金的方式解决职工安置费用，该等资金包括自有资金、企业国有产权（股权）转让收入、资产变现收入、债权追收收入等。其中，根据《财政部关于企业重组有关职工安置费用财务管理问题的通知》的规定，企业重组涉及产权转让的，按照国家有关规定支付给解除、终止劳动合同的职工的经济补偿，为移交社会保障机构管理的职工一次性缴付的社会保险以及企业重组过程中涉及的离退休人员和内退人员有关费用，在资产评估之前不得从拟转让的净资产中扣除，也不得从转让价款中直接抵扣，应当从产权转让收入中优先支付。

企业除了以货币的方式支付职工安置费用外，还可以通过股权和债权的方式支付。根据《关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的实施办法》的规定，职工个人所得经济补偿金，可在自愿的基础上转为改制企业的等价股权或债权；企业可以根据自身的财务状况、股权结构情况和职工意愿等因素采取适当的支付方式。

此外，对于企业支付的员工经济补偿金和一次性缴付的社会保险费，在重组时不存在预提问题。对于离退休人员统筹外费用、内退人员内退期间的生活费和社会保险费

等属于重组后分期支付的项目，需要预提。该预提费用可以如N出版集团改制重组通过冲减改制企业净资产的方式一次性足额预提，也可以计入预计负债，减少当期利润。

2、财政拨款

部分省市政府为了支持国有企业改制，设专项资金，国有企业可经相关政府部门审批，获得政府专项资金以解决职工安置费用。如根据《关于印发济南市市属企业国有产权改革若干问题试行规定的通知》及《关于印发济南市市属企业国有产权改革若干问题补充规定的通知》，为筹措企业改革扶持资金，在济南市市国资委设立改革发展资金专户，该专户资金专项用于包括企业改革改制职工安置费支出在内的市属企业改革发展的资金支出；上述专户资金来源包括：市财政预算安排的改革扶持资金，市属企业土地处置全部收益（含政府收益），在试行国有资本经营预算前的企业国有产权转让收益，企业国有股分红收益，企业改革改制时剥离移交给政府的资产变现收益，以及其他国有资本收益。

地方政府土地处置收益也常单项用作职工安置费用。《国有土地使用权出让收支管理办法》规定，可以从改制国有企业国有土地权出让收入中安排用于支付改制国有企业职工安置费用支出。根据此规定，部分省市在制定关于国有土地使用权出让收入收缴和使用管理规定时，也会就该部分收入用于安置职工的支出进行规范，如《关于规范贵阳市市属国有企业破产、改革改制和结构调整土地出让收入收缴使用管理的通知》即专设条款，规定了国有土地使用权出让收入用于安置职工的管理、审批程序及使用等事项。

财政拨款方式可在不影响重组改制企业的净资产、损益等财务指标的情况下有效解决职工安置费用的来源问题，但需有相关政策支持，并与相关政府部门沟通获

得其批准。

职工安置费用来源可以由多种方式组合，重组改制的企业可根据具体情况采用适当方式，如湖南出版集团在重组改制中，其所需9.6亿元职工安置费用中，81,416.546万元通过预提股份公司对湖南出版集团负债冲减股份公司净资产的方式解决，其余通过土地使用权出让价款返还或其他方式解决。

三、根据政策特点进行职工安置

基于上述，国有文化单位在重组改制过程中适用的职工安置政策具有特殊性，因此，根据政策特点制订和执行职工安置方案就显得特别重要。具体来说，需特别关注以下事项：

1、涉及的审批部门众多，需避免遗漏审批程序

国有文化单位职工安置涉及国有文化资产管理、事业编制管理、人事管理等事项，其中国有文化资产管理机构又涉及多个行政部门，因此国有文化企业在进行职工安置时需先准确、全面确定审批机关，避免遗漏审批程序。

2、转制或改制为非国有控股企业需慎重

国有文化单位是否可以改制/转制为非国有控股企业，除应考虑国务院发布的《关于非公有资本进入文化产业的若干决定》等关于禁止或限制进入行业的规定⁸外，还应关注当地是否存在转制/改制为非国有控股企业需向全体员工支付经济补偿金的规定，执行该规定可能导致企业在重组改制时负有较大的现金流压力，从而对重组改制方案有较大影响。

3、妥善处理地方政府规定与国家规定不一致情形

文化体制改革过程中，各地政府机关纷纷出台相关

⁸ 根据《关于非公有资本进入文化产业的若干决定》的规定，非公有资本可以投资参股出版物印刷、发行，新闻出版单位的广告、发行，广播电台和电视台的音乐、科技、体育、娱乐方面的节目制作，电影制作发行放映等领域的国有文化企业，也可以建设和经营有线电视接入网，参与有线电视接收端数字化改造，但国有资本必须控股51%以上；非公有资本不得投资设立和经营通讯社、报刊社、出版社、广播电台（站）、电视台（站）、广播电视发射台（站）、转播台（站）、广播电视卫星、卫星上行站和收转站、微波站、监测台（站）、有线电视传输骨干网等，不得利用信息网络开展视听节目服务以及新闻网站等业务，不得经营报刊版面、广播电视频率频道和时段栏目，不得从事书报刊、影视片、音像制品成品等文化产品进口业务，不得进入国有文物博物馆。

地方性法规、规章或规范性文件。但该等法规、规章中的部分内容存在与国家法律法规不一致的情形。例如前述：根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》、《文化体制改革中经营性文化事业单位转制为企业的规定》等国家法律法规规定，文化单位改制/转制为非国有控股企业对留用职工无需支付经济补偿及相关费用，而有的地方政府则要求文化单位改制/转制为非国有控股企业应与全体人员解除人事（劳动）关系，并按相关规定支付经济补偿（金）及相关费用。因此，在重组改制中需就地方政府规定和国家规定不一致的情形与相关主管部门进行沟通，以降低法律风险。

4、安置费用来源应易于为当地政府所接受

根据上文的介绍，重组改制企业可以通过多种方式确定职工安置费用的来源。鉴于在重组改制时包含职工安置方案在内的重组改制方案需经相关政府部门审批，且职工安置费用来源也需经有关政府部门的审核甚至是财政支持，因此，确定职工安置费用来源时，应在结合企业自身情况的基础上，采取更易于为当地政府所接受的方案。如改制重组前的企业净资产规模较大，依据有关规定从重组改制前企业净资产中预提职工安置相关费用，可以减少重组改制后企业的负担，该方案易为相关政府部门所接受，系目前重组改制中解决职工安置费用来源问题的主要措施之一。但如企业净资产规模较小，现金有限，预提负债计入当期损益又影响企业日后利润，可能需当地政府部门拨款，则需考虑是否有相关政策支持（如当地政府部门是否专设资金账户）、当地政府财政实力、当地政府部门对该项目的支持力度等因素，与相关当地政府部门充分沟通才能确定。

5、谨慎设计三类人员管理方案

我们理解，三类人员的日常管理大体上分为由集团统一管理和委托原单位分别管理两种模式，由集团统一管理可以在一定程度上节约人力及管理成本，而委托原单位分别管理则在弱化三类人员因各单位福利待遇不平衡可能出现的矛盾、三类人员管理工作的平稳过渡方面具有优势。重组改制企业应根据员工的情况谨慎设计三类人员的管理方案。



黄晓莉律师2011年9月加入君合律师事务所，现在广州分所执业。

黄律师擅长办理企业改制上市、上市公司收购和重组法律业务，在中国企业境内外上市和上市公司收购重组方面拥有丰富实战经验。黄律师曾作为主要负责律师参与众多有广泛市场影响的中国企业境内外上市和并购项目，如宏观调控后中国第一家大型房地产企业境外上市项目，第一家中国大型汽车制造企业在香港重组和整体上市项目，中国第一家经中宣部批准的国有传媒企业境内上市项目，在中国境内创业板第一批挂牌的高科技企业上市项目等。

黄晓莉律师获中国人民大学法学硕士学位，具有房地产估价师执业资格、建筑经济师和会计师中级职称。



方海燕律师2011年7月加入君合律师事务所，现在广州分所执业。

方律师的执业经验集中于公司并购、重组与公司境内上市领域，先后参与了多家企业的改制及股票发行与上市工作，并为多个境内外企业的并购、重组提供过方案设计和论证、文件准备与谈判等方面的法律服务。

方海燕律师获北京大学法律硕士学位。



张焕彦律师2011年7月加入君合律师事务所，现在广州分所执业。

张律师的执业经验集中于公司并购、重组与公司境内上市领域，曾经或正在担任多个企业改制重组及境内上市项目、若干企业并购项目及私募融资项目的主要承办律师。张律师曾为某国有航空传媒企业提供过法律服务，并正在为某国有大型电影集团、某国有大型出版集团提供法律服务。

张焕彦律师获中山大学经济法法学硕士学位。

字体保护的法律研究

黄荣楠 祁筠

从北京北大方正电子有限公司诉潍坊文星科技开发有限公司等侵犯美术作品著作权案（“潍坊文星案”），到北京北大方正电子有限公司诉暴雪娱乐股份有限公司等侵犯著作权纠纷案（“暴雪案”），到北京北大方正电子有限公司诉广州宝洁有限公司等侵犯著作权纠纷案（“宝洁案”），到京汉仪科印信息技术有限公司诉昆山笑巴喜婴幼儿用品有限公司等侵害著作权纠纷案（“笑巴喜案”），字体的保护日益受到关注，但由于法律的缺失，各地法院对于字体保护的判决思路 and 标准也各异。笔者将从世界其他国家对字体的保护模式及我国司法判决对字库的保护做一些研究和分析。

一、国际公约及外国法对字库的保护模式

与印刷字体相关的唯一国际公约是1973年6月签署的《印刷字体保护及国际备案协定》。该协定明确缔约方可以选择版权法、工业设计法、特殊立法以及多重法律保护印刷字体，但其他的规定模糊或者粗略。迄今为止，该协定仅有十余个国家参加，我国至今尚未加入。因此，该协定对我国影响不大。

日本著作权法规定了美术作品，美术作品项下包含

了书法类作品，但基于字体在很大程度上受到实用功能的限制，给予字体严格的著作权保护将阻碍字体的公正利用及文化发展。从相关案例看，日本司法界要求字体具有显著的独创性及美感特征。因此，将字体作为美术作品保护存在很大难度，但日本司法界认为，字体可通过侵权法和反不正当竞争法予以保护。

《美国法典》（2006）第17编第101条规定了“图像、图形和雕塑作品”，其中包括实用艺术品。但只有艺术性能独立于实用功能，即二者能被区分和独立存在，才能构成受版权保护的实用艺术品。基于强大的实用功能，字体在美国很难作为实用艺术品受到版权保护。但美国专利法允许授予任何用于产品制造的具有新颖性、创造性和装饰性的设计以外观设计专利，专利局也受理了数字化字库的外观设计专利申请。

欧盟主要以外观设计专利保护字体。根据《欧共体外观设计保护指令》，设计是指产品的线条、轮廓、形状、质地和（或）产品本身的材料和（或）装饰物等特征体现出的产品的整体或部分外观。该指令明确指出，上面提到的产品包括印刷字体，但不包括计算机程序。尽管《欧共体外观设计条例》创建了欧共体内统一的外观设计注册保护机制，但并不排除各成员国国内法关于

字体保护的规定。英国1988年通过的《版权、工业设计和专利法》规定个别字群或个别字母可以获得版权保护。德国1986年《字体法》也规定，对于独创性的印刷字体，可由著作权法依图案和外观设计法按照模型进行法律保护。

因此，从国际公约及外国立法实践看，字体的保护方式主要包括著作权保护、外观设计保护、侵权法和反不正当竞争法的保护。

二、字库的作品类型分析

1、字库是否属于软件

根据我国《计算机软件保护条例》，计算机程序是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。但这一定义，并未避免字库行业、学界和司法界对字库是否属于软件问题的争议。

在暴雪案中，北京高院认为，字库是为了使计算机等具有信息处理能力的装置显示、打印字符而收集并按照一定规则组织存放在存储设备中的坐标数据和函数算法等信息的集合，只能通过特定软件对其进行调用，本身并不能运行并产生某种结果，因此字库不属于《计算机软件保护条例》所规定的程序，也不是程序的文档。

但字库行业企业认为，字库是计算机软件。字库不仅包含字形坐标点的数据，还包含对这些点的操作、运算及控制指令，这些数据和指令代码共同组成计算机字库，符合计算机软件作品的要求，并且相当多的字库已在计算机软件著作权登记主管部门登记备案。也有相当一部分学者支持行业意见。我们认为，字库发展至今，已区别于过去简单的点阵字，除了字形轮廓生成指令外，还包含“全局

控制指令”，符合《计算机软件保护条例》中对计算机程序的定义。因此，司法界在以后的判决中，可能基于字库的发展，认定字库属于一种软件。

2、字库是否构成美术作品

在宝洁案中，北京市海淀区人民法院认为，方正公司自行研制的倩体计算机字体及对应的字库软件是具有一定独创性的文字数字化表现形式的集合。方正公司综合具有独创性的汉字风格和笔形特点等因素，通过设计字稿、扫描、数字化拟合、人工修字、整合成库、对设计的字稿设定坐标数据和指令程序等处理方式和步骤，形成由统一风格和笔形规范构成的具有一定独创性的整体字库内容。方正公司对此投入了智力创作，使具有审美意义的字体集合具有一定的独创性，符合我国著作权法规定的美术作品的特征，应受到著作权法保护。

学界一般认为字库属于数据库。字库是含有相同特征的字体单字的集合物。由于汉字字库是按照国家标准规定的汉字数量和顺序制作的，在内容的选择和编排上不存在字库制作者的独创性。因此，计算机字库不构成汇编作品，而是数据库。

我们认为，根据我国著作权法实施条例，美术作品是以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。字库是否构成美术作品，取决于其是否具有独创性和审美意义，对于不同的字体，同一字体中不同的单字均应具体分析，不能一概而论。

三、单字受著作权法保护的條件

单字要受著作权法保护，就必须满足著作权法保护对象的要求。我国《著作权法实施条例》第2条规定，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独

创性并能以某种有形形式复制的智力成果。通常，对作品的要求是独立创作，对其创造性的要求相对较低。

在潍坊文星案中，北京市第一中级人民法院和北京市高级人民法院对单个字体的独创性就采用了最低限度判断标准，认为“该字库中的字型是方正公司独立创作完成的文字的数字化表现形式，是由线条构成的具有审美意义的平面造型艺术作品，属于我国著作权法规定的美术作品，受我国著作权法保护”。

在笑巴喜案中，南京市中级人民法院认为，涉案秀英体字库中具有独创性的单字构成受著作权法保护的美术作品，而非所有单字均受著作权保护。南京市中级人民法院对涉案的“笑”、“巴”、“喜”三个汉字进行了具体分析，确认“笑”、“喜”二字基本体现了原告创作该字体的笔画特征，构成美术作品。而“巴”字与现有公知领域的美术字书体黑体字、汉仪字浑中粗圆体(简)相比，个性特征不明显，未达到著作权法意义上的美术作品的独创性，不独立构成美术作品。虽然在一定意义上，南京市中级人民法院适用了相对严格的创造性标准，对涉案的每一个字均与现有字体进行了对比，并提出创造性要求，但相较于要求字体具有显著的独创性的日本而言，其创造性的标准仍然很低。

日本最高法院在“NAG案件”的三审判决中认为“印刷用字体若得为作品，须与以往印刷字体相比具有显著特征之独创性；且其本身需同时具备美感特征而可成为美术鉴赏之对象”。

由于字体不同于一般意义上的美术作品，它承载着作为交流工具的文字，如对字体的创造性采用最低标准，将会严重影响文字传情达意的主要功能，有悖于我国著作权法激励作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣的宗旨。因此，在审核字体是否具有独创性时，应当适用较高的创造性标准。

四、默示许可与权利用尽

宝洁案二审判决中，北京市第一中级人民法院以默示许可的理论回避了字体是否受著作权法保护的问题。法院认为，当知识产权载体的购买者有权以合理期待的方式行使该载体上承载的知识产权时，上述使用行为应视为经过权利人的默示许可。鉴于对部分商业性购买者如NICE等设计公司而言，其购买产品的主要目的在于使用该产品中的具体单字进行设计，并将其设计成果提供给客户进行后续使用，这一使用方式是商业经营的主要模式，亦是其获得商业利益的主要渠道，也是其合理预期的利益。主审法官认为，购买者有权对屏幕上显示的具体单字合理地进行“后续使用”的行为，除非著作权人进行了明确、合理并有效的限制，且这一限制应在购买者购买该产品之前向其明示。

根据这一判决，未明令禁止即为许可。但是，根据我国著作权法27条，许可使用合同和转让合同中著作权人未明确许可、转让的权利，未经著作权人同意，另一方当事人不得行使，即无明确许可即为限制。因此，这一判决在某种程度上与我国现行著作权法的规定相悖。

在此情形下，可考虑知识产权特有的原则——权利用尽。该原则是指知识产权所有人或许可使用人一旦将知识产品合法置于流通以后，原知识产权权利人所有的一些或全部排他权因此而用尽。根据《欧共体外观设计保护指令》，如某项产品包含了受外观设计权利保护的设计或者应用了外观设计，一旦外观设计权利人将这种产品在欧盟上市销售或者他人征得权利人同意在欧盟上市销售，外观设计权利保护就不再及于该产品有关的行为。在宝洁案中，广告公司购买了正版字库，根据权利用尽原则，其有权对字库进行后续使用。而其购买字库的最基本目的是为了使用其中的字，这是符合一般用户对于购买作品的合理预期，这样的合同目的是不能限制

的，如果限制了这样的目的就是不合理的。

虽然在字体保护方面，著作权法可能对独创性作出了严格的要求，但不满足著作权法的保护要求，并不意味着字体在我国就无法受到保护。当字库或单字达不到作品标准时，由于字库或单字的设计者或所有者为此付出了大量的劳动，可引用我国《侵权责任法》第2条之规定，保护法律明文规定的权利之外的利益。仿制、制作、发售作为无体物字体的行为属于不正当竞争行为，在满足商品之外观、为公众所知晓、混淆可能性等条件时，可以受到反不正当竞争法保护。



黄荣楠律师1997年毕业于复旦大学，获法学学士学位；2001年赴英国曼彻斯特大学学习，并于2002年获国际商法专业硕士学位。2009年9月至今在读华东政法大学国际法博士学位（国际商事争端解决方向）。

1997年至2010年间，黄荣楠律师在上海市傅玄杰律师事务所执业，担任合伙人、主任。具有丰富的执业经验和良好的沟通能力。黄律师于2010年6月加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。

黄荣楠律师长期担任多家大型传媒娱乐公司的法律顾问，对于传媒产业的法律事务具有较深入的了解和积累。曾为多部中外合资电影、知名动画电影、电视剧起草过投资、制作、发行合同，及衍生品授权、代理合同；具有丰富的大型商务活动和项目的谈判经验，曾参与了2010上海世博会、上海迪士尼等项目谈判并提供法律意见。

黄律师擅长诉讼及仲裁，对于涉外商务纠纷及娱乐传媒法律纠纷具有充分的经验积累。曾代理过的案件包括涉外投资、知识产权、不正当竞争、合同、公司、房地产及建筑工程、劳动等领域。黄律师善于制定庭审策略，其辩论风格也获得法官及客户的肯定。

黄荣楠律师荣获2001年全国律师辩论赛冠军及最佳辩手称号，2008年上海市十佳青年律师称号，2009年上海市司法行政系统十佳青年称号。



祁筠律师于2003年毕业于同济大学，获得法学学士学位；于2006年毕业于上海交通大学，获得民商法专业硕士学位。

祁筠律师于2010年加入君合律师事务所，主要业务领域为知识产权及传媒行业相关业务。长期处理多家大型传媒娱乐公司的法律事务，执业以来参与多起传媒行业的民事、经济诉讼及非诉案件，对于传媒产业的法律事务积累了相关经验。

上市公司重大资产重组的相关标准和要求

张平

为加强对上市公司重大资产重组项目的分类监管，规范、引导借壳上市，中国证监会于2011年8月发布决定，对2008年5月18日起施行的《上市公司重大资产重组管理办法》及《上市公司非公开发行股票实施细则》进行修改，并配套发布了《〈上市公司重大资产重组管理办法〉第十三条、第四十三条的适用意见——证券期货法律适用意见12号》。此番修改，进一步明确了上市公司重大资产重组项目可能涉及到的几类监管标准和一些特殊要求。

一、重大资产重组的标准及要求

(1) 构成重大资产重组的标准

多大规模的资产重组才会构成上市公司的重大资产重组？修改后的《上市公司重大资产重组管理办法》（“《重大重组办法》”）对此维持了修改前的表述。根据该办法的规定，上市公司及其控股或者控制的公司在日常经营活动之外购买、出售资产或者通过其他方式进行资产交易达到一定的比例，导致上市公司的主营业务、资产或收入发生重大变化的资产交易行为的，即构成重大资产重组，就应执行《重大重组办法》规定的程序和要求。该比例是指下面三个标准之一：上市公司购买、出售的资产总额占其最近一个会计年度经审计的合

并财务会计报告期末资产总额的比例达到50%以上；购买、出售的资产在最近一个会计年度所产生的营业收入占上市公司同期经审计的合并财务会计报告营业收入的比例达到50%以上；或者，购买、出售的资产净额占上市公司最近一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末净资产额的比例达到50%以上，且超过5000万元人民币。

购买、出售资产虽未达到上述标准之一，但如果存在可能损害上市公司或者投资者合法权益的重大问题的，中国证监会可以根据审慎监管原则责令上市公司按照该办法的规定补充披露相关信息、暂停交易并报送申请文件。

《重大重组办法》对在购买或出售的资产分别属于股权和非股权的情形下如何计算交易涉及的相应的资产总额、营业收入和资产净额亦作出了明确规定。该办法还规定，上市公司同时购买、出售资产的，应当分别计算购买、出售资产的相关比例，并以二者中比例较高者为准；上市公司在12个月内连续对同一或者相关资产进行购买、出售的，以其累计数分别计算相应数额。

(2) 应当提交并购重组委审核的标准

为了适应股权分置改革后中国上市公司并购重组的需要，中国证监会于2007年7月决定在中国证监会发行

审核委员会中设立上市公司并购重组审核委员会（“并购重组委”）。根据《重大重组办法》第二十八条的规定，上市公司重大资产重组达到三个标准之一的，应当提交并购重组委审核：符合《重大重组办法》第十二条规定的借壳上市重组，即自控制权发生变更之日起，上市公司向收购人购买的资产总额，占上市公司控制权发生变更的前一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到100%以上的；上市公司出售资产的总额和购买资产的总额占其最近一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例均达到70%以上；或者，上市公司出售全部经营性资产，同时购买其他资产。上市公司资产重组虽然未达到上述任一标准，但若中国证监会在审核中认为需要提交并购重组委审核的，该项重组也可能被要求走并购重组委审核程序。

此外，上市公司的重大资产重组虽未达到上述标准，但存在下列情形之一的，上市公司也可以主动向中国证监会申请将重组方案提交并购重组委审核：上市公司购买的资产为符合《重大重组办法》第五十条规定的完整经营实体且业绩需要模拟计算的；或者，上市公司对中国证监会有关职能部门提出的反馈意见表示异议的。

根据《重大重组办法》中有关发行股份购买资产的规定，上市公司重大资产重组若涉及到发行股份购买资产的，也应提交并购重组委审核。此外，在目前的监管实践中，上市公司实施合并或分立的，也需经并购重组委的审核。

（3）借壳上市中拟借壳资产应符合的标准

2011年8月修改后的《重大重组办法》针对自控制权发生变更之日起，上市公司向收购人购买的资产总额占上

市公司控制权发生变更的前一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到100%以上的借壳上市行为，还对上市公司购买的资产对应的经营实体提出了更高的要求：持续经营时间应当在3年以上，且最近两个会计年度净利润均为正数且累计超过人民币2000万元。

上述要求是2011年8月《重大重组办法》修改的主要内容之一，被市场普遍认为构成“并购新规”的核心内容。该条实际上也是首次对借壳上市作出明确界定，即指自控制权发生变更之日起，上市公司向收购人购买的资产总额，占上市公司控制权发生变更的前一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到100%以上的交易行为（含上市公司控制权变更的同时，上市公司向收购人购买资产的交易行为）¹。就该指标的累积计算问题，中国证监会在修改《重大重组办法》时，还一并提出了执行累计首次原则和预期合并原则的适用意见²。

两年2000万元的净利润指标看上去似乎并不难达到，但目前的监管实践中对借壳上市的审核在诸多方面执行IPO趋同标准。如，净利润指标是以扣除非经常性损益前后孰低为原则；上市公司购买的资产所对应的经营实体必须是依法设立且合法存续的有限责任公司或股份有限公司；若对应的经营实体涉及多个主体的，合并后最近两个会计年度净利润须均为正数且累计超过人民币2000万元³；且各经营实体必须是在同一控制下持续经营时间在3年以上。同时，在含有向收购人定向增发购买资产的交易中，收购人获得控制权则意味着对上市公司原有股东所持股份的稀释，如果上市公司所购买的资产能带进的净利润不高，重组方案也很可能在股东大会上被否决。正因为如此，近期市场上的借壳上市项目中，借壳资产在申报前一年的净利润均在人民币8000万元以

1 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/bgt/xwdd/201108/t20110806_198552.htm

2 《〈上市公司重大资产重组管理办法〉第十三条、第四十三条的适用意见——证券期货法律适用意见第12号》

3 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/bgt/xwdd/201108/t20110806_198552.htm

上，这已明显高于目前大部分的A股IPO项目。

并购新规实施以来，由于借壳上市门槛的提高，绩差股投机炒作及与此相伴的内幕交易行为得到了一定程度的遏制，同时也为市场化退出机制的建立和完善做好了铺垫。

(4) 重大资产重组的程序要求

根据《重大重组办法》等相关规定，上市公司实施重大资产重组的程序主要包括如下环节：

① **初步磋商**。上市公司与交易对方就重大资产重组事宜进行初步磋商时，应当立即采取必要且充分的保密措施。若相关信息已在媒体上传播或者公司股票交易出现异常波动的，上市公司应立即就相关事项予以公告。

② **聘请中介机构**。上市公司应当聘请独立财务顾问、律师事务所及会计师事务所进行尽职调查，并就重大资产重组出具意见。资产交易定价以资产评估结果为依据的，还应聘请评估机构以两种以上的评估方法进行评估。重组涉及关联交易的，独立财务顾问应当就重组对上市公司非关联股东的影响发表明确意见。

③ **董事会审议**。就重大资产重组，上市公司董事会应当依法作出决议，并就是否构成关联交易作出明确判断。上市公司独立董事应发表独立意见。在有关该重大资产重组的首次董事会作出重大资产重组决议后的次一工作日，上市公司应当披露上市公司重大资产重组预案和董事会决议及独立董事的意见，并同时抄报所在地的中国证监会派出机构。上市公司在相关审计、评估、盈利预测审核完成后应再次召开董事会会议，披露董事会决议、重大资产重组报告书、独立财务顾问报告、法律意见书以及重组涉及的审计报告、资产评估报告和经审核的盈利预测报告，并发出召开股东大会的通知。

④ **股东大会审议**。上市公司股东大会应当就重大资产重组事项作出决议，并须经出席会议的股东所持表

决权的2/3以上通过。关联股东应当回避表决。交易对方已经与上市公司控股股东就受让上市公司股权或者向上市公司推荐董事达成协议或者默契，可能导致上市公司的实际控制权发生变化的，上市公司控股股东及其关联人应当回避表决。股东大会决议应在股东大会次一工作日公告。

⑤ **中国证监会审核**。独立财务顾问应当在股东大会后3个工作日内向中国证监会申报重大资产重组申请文件，同时抄报派出机构。中国证监会依法作出予以核准或者不予核准的决定。收到中国证监会核准或者不予核准的决定后，上市公司应当在次一工作日予以公告。

⑥ **实施重组方案**。获得核准后，上市公司应当及时实施重组方案，并于实施完毕之日起3个工作日内编制实施情况报告书，向中国证监会及其派出机构、证券交易所提交书面报告并公告。上市公司聘请的独立财务顾问和律师事务所应当对重大资产重组的实施过程、资产过户事宜和相关后续事项的合规性及风险进行核查，发表明确的结论性意见。自收到中国证监会核准文件之日起60日内未实施完毕的，上市公司应当于期满后次一工作日将实施进展情况报告中国证监会及其派出机构并公告；此后每30日应公告一次，直至实施完毕。超过12个月未实施完毕的，核准文件将失效。

⑦ **持续督导**。独立财务顾问应当对实施重大资产重组的上市公司履行持续督导职责，并出具持续督导意见，向中国证监会派出机构报告并予以公告。持续督导的期限自中国证监会核准重大资产重组之日起，应不少于一个会计年度。

(5) 对借壳上市监管的特殊要求

针对借壳上市，除了上述对拟借壳的资产有明确的经营期限和利润指标要求外，还加强了对后续整合的监管。“在监管方式方面，相比较IPO是主体自身的规范

上市而言，借壳上市主要关切上市公司与标的资产之间的整合效应、产权完善以及控制权变更后公司治理的规范，因此监管重点更加突出持续督导效果⁴。《重大资产重组办法》第十二条要求，在借壳后，上市公司应当符合证监会有关治理与规范运作的相关规定，在业务、资产、财务、人员、机构等方面独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在同业竞争或者显失公平的关联交易，还要求独立财务顾问对借壳上市后的持续督导的期限自中国证监会核准本次重大资产重组之日起应当不少于3个会计年度。该办法还要求独立财务顾问应当结合借壳上市完成后的第二、三个会计年度的年报，自年报披露之日起15日内，对重大资产重组的实施等事项出具持续督导意见，向派出机构报告，并予以公告。

考虑到某些行业的特殊性，在中国证监会另行规定出台前，上市公司拟购买的资产属于金融、创业投资等特定行业的，暂不适用上述借壳上市规定⁵。

案例分析

① 华茂股份证券投资避开重大资产重组

2010年11月19日，华茂股份董事会发布停牌公告，公告称“本公司正在筹划‘投资参与广发证券股份有限公司非公开发行股票’的重大事项，按照《上市公司重大资产重组管理办法》的规定，此事项属于重大资产重组事项”，“公司承诺将于停牌后30日内披露重组预案或报告书，按照《上市公司重大资产重组管理办法》及其它相关规定，召开董事会审议重大资产重组预案或报告书”⁶。11月26日，华茂股份发布《证券投资公告》，将投资广发证券的事项修改表述为“拟运用不超过上一

年度经审计账面净资产的50%、总额不超过8亿元投资参与广发证券股份有限公司的2010年股票非公开发行”⁷。从两份公告的对比来看，华茂股份降低对广发证券的投资金额，极有可能正是为了避免构成《上市公司重大资产重组管理办法》所界定的重大资产重组，从而避开中国证监会对重大资产重组的核准程序。

② 华芳纺织等公司终止重大资产重组

2011年3月30日，华芳纺织发布公告称“本公司正在筹划重大资产收购暨非公开发行股票事宜”，并因此申请股票停牌。5月16日，公司发布“重大事项论证未通过及复牌公告”，终止重大资产重组并申请股票复牌，公告称，“经过论证，鉴于市场环境近期发生重大变化，拟注入资产业绩波动较大，继续进行本次重大资产重组事宜存在重大不确定性，可能给公司业绩造成不利影响，从而损害本公司股东利益”。从公告的内容及时间点来看，华芳纺织重大资产重组的终止，真正的原因很有可能是因为中国证监会主席办公会议已于2011年4月27日审议通过《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定》，并于5月13日公开发布了征求意见稿，而华芳纺织拟收购的资产可能不符合该决定中有关借壳上市对拟借壳资产的盈利指标或经营期限的新要求。

曾有媒体统计，在《重大资产重组办法》修改稿的征求意见稿出台前后，先后有十多家上市公司宣布终止正在进行的重组，除华芳纺织外，还有西部牧业、*ST南方、ST秋林、ST宝利来、大立科技、新海股份、*ST博通等。在征求意见稿出台前后，上市公司重大资产重组计划的密集搁浅，应与重大资产重组相关规定修改后的新要求密切相关⁸。

4 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/bgt/xwdd/201108/t20110806_198552.htm

5 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/bgt/xwdd/201108/t20110806_198552.htm

6 <http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2010-11-22/58686337.PDF>

7 <http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2010-11-29/58711965.PDF>

8 <http://finance.sina.com.cn/stock/s/20110521/10259878525.shtml>

二、发行股份购买资产的特殊要求

《重大重组办法》的第五章对上市公司发行股份购买资产作出了特别规定。上市公司发行股份购买资产，除了应符合《上市公司证券发行管理办法》的一般规定外，还应遵守这些特别规定的要求。

(1) 发行股份购买资产的基本要求

根据《重大重组办法》第四十二条的规定，上市公司发行股份购买资产，应当符合下列主要要求：有利于提高上市公司资产质量、改善公司财务状况和增强持续盈利能力；有利于减少关联交易和避免同业竞争，增强独立性；上市公司最近一年及一期财务会计报告被注册会计师出具无保留意见审计报告；被出具保留意见、否定意见或者无法表示意见的审计报告的，所涉及事项的重大影响已经消除或者将通过本次交易予以消除，并须经注册会计师核查确认；所购买的资产应当为权属清晰的经营性资产，并能在约定期限内办理完毕权属转移手续。

(2) 向控制人之外的特定对象发行股份购买资产及规模要求

为鼓励和促进上市公司进行行业深度整合和产业升级，增强协同效应，修改后的《重大重组办法》进一步明确，上市公司在其控制权不发生变更的情况下，可以向控股股东、实际控制人或者其控制的关联人之外的特定对象发行股份购买资产。同时，为提高市场配置资源的效率，保障拟购买资产具备适当规模，要求上市公司向该等特定对象发行股份购买资产时发行股份数量不低于发行后上市公司总股本的5%；发行股份数量低于发行后上市公司总

股本的5%的，主板、中小板上市公司拟购买资产的交易金额应不低于1亿元人民币，创业板上市公司拟购买资产的交易金额应不低于5000万元人民币。《重大重组办法》的这一规定补充和完善了上市公司发行股份购买资产的制度，有利于推动上市公司为实现行业整合和产业升级，而利用资本市场的优势进行扩张并购。

(3) 可同时募集部分配套资金

修改后的《重大重组办法》的另一个亮点是开闸了重大资产重组的同步配套融资，允许上市公司发行股份购买资产的同时，可募集部分配套资金。但所募集的配套资金要用于特定的用途，即主要用于提高重组项目整合绩效。募集资金比例不超过交易总金额25%的，一并由并购重组审核委员会予以审核；超过25%的，则由发行审核委员会予以审核⁹。这一创新有利于拓宽上市公司兼并重组的融资渠道和减少审核环节，进而提高并购重组的市场效率。

(4) 发行股份的价格

与《上市公司发行证券管理办法》中要求上市公司非公开发行股票的价格“不低于定价基准日前二十个交易日公司股票均价的百分之九十”不同，《重大重组办法》直接明确规定，上市公司发行股份的价格不得低于本次发行股份购买资产的董事会决议公告日前20个交易日公司股票交易均价，定价底线有所提升。

(5) 股份转让的限制

特定对象以资产认购而取得的上市公司股份的，

9 《〈上市公司重大资产重组管理办法〉第十三条、第四十三条的适用意见——证券期货法律适用意见第12号》

自股份发行结束之日起12个月内不得转让；如果特定对象是上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联人，或通过认购本次发行的股份取得上市公司的实际控制权，或对其用于认购股份的资产持续拥有权益的时间不足12个月的，则锁定期为36个月。

(6) 须经并购重组委审核

作为上市公司资产重组的一种特殊形式，上市公司申请发行股份购买资产，一律须提交中国证监会并购重组委审核。

案例分析 - 浙报传媒成功借壳白猫股份

2011年9月22日，上海白猫股份有限公司公告更名为浙报传媒集团股份有限公司，公司股票于9月29日恢复上市，标志着浙报传媒成功借壳白猫股份。在本次借壳重组中，白猫股份将截止2010年9月30日经审计评估的全部资产和负债（除应付股利及对应的货币资金外）与浙报控股持有的报刊传媒类经营性资产（共计16家子公司的股权）进行置换，资产置换过程中形成的置换差额由白猫股份向浙报控股非公开发行277,682,917股股份购买¹⁰。本次重组后，浙报传媒控股集团持有上市公司浙报传媒64.62%的股份，通过资产置换及定向增发购买资产完成了对白猫股份的收购。本次重组同时完成了上市公司收购、上市公司重大资产重组、上市公司非公开发行股票购买资产等重大事项，获得了中国证监会并购重组委的核准和中国证监会对要约收购的豁免。



张平律师是君合律师事务所合伙人，工作地点主要在广州。

业务领域

张平律师擅长收购兼并、企业重组、境内外上市、外商投资、跨境融资、企业法律风险管理等领域的法律事务，在涉外诉讼、仲裁领域亦具有丰富经验。

执业经历

张律师于1995年开始执业，于2011年7月加入君合。加入君合前，他是中国华南地区一家领先的律师事务所（广东广大律师事务所）的创始合伙人和执行合伙人。1999年，张律师还曾在芝加哥Holleb & Coff 律师行进修。

张律师在众多的境内及境外的IPO项目中担任发行人或承销商的中国法律顾问，经常代表境内外客户策划、组织并购、重组、融资或投资等项目并主持法律团队的工作，所涉及的行业包括房地产、基础设施、石油、矿产、汽车、银行、医药、烟草、电信、有线电视、软件、传媒广告、物流、贸易、商业零售及传统制造业。他还经常为外商在华投资企业的运营管理及为境外银行就境内企业的跨境融资项目提供咨询意见。张律师于2008年获广州市律师协会颁发的“行业服务突出贡献奖”，于2011年12月被中华全国律师协会授予“2008-2010年度全国优秀律师”荣誉称号。

教育背景

张律师于1993年取得复旦大学国际经济法专业法学学士，于1998年取得美国太平洋大学McGeorge法学院跨国商法专业法学硕士，并曾在奥地利Salzburg 大学研修国际商法。

专业资质及社会活动

张平律师现任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、广州市律师协会副会长、广东省律师协会证券法律专业委员会主任、中华全国律师协会会员。

民营医疗机构发展和上市分析¹

陶旭东 张鸿午

一、医疗机构上市和申报总体情况

1、医疗机构上市情况：

根据公开披露信息，目前A股市场中主营业务为医疗服务以及主营业务包括医疗服务或拥有医疗服务机构子公司的上市公司如下²：

	上市公司/（下属医疗机构）	根据实际控制人确定的企业性质
主营业务为医疗服务的上市公司	通策医疗	民营
	爱尔眼科	民营
	迪安诊断	民营
主营业务包括医疗服务或拥有医疗服务机构子公司的上市公司	达安基因	国有
	金陵药业（宿迁人民医院）	国有
	诚志股份（丹东第一人民医院）	国有
	益佰制药（灌南县人民医院）	民营
	开元投资（西安高新医院）	民营
	双鹭药业（新乡市中心医院东院）	个人和国有企业共同控制
	复星医药（和睦家）	民营
	千红制药（常州千红医院）	民营
	康美药业（普宁康美中医院）	民营
	马应龙（武汉马应龙中西医结合肛肠医院等）	无实际控制人
	三精制药（哈尔滨三精女子医院、哈尔滨三精肾脏病专科医院）	国有
长春高新（长沙贝诺医院）	国有	
华润三九（三九脑科医院）	国有	

1 根据《医疗机构管理条例》，医疗机构指从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站等医疗机构。上市指在A股上市。

2 资料来源：巨潮网、东北证券。

2、已申报医疗机构³：

主营业务为医疗服务或按证监会披露所属行业为医疗服务的在审医疗机构如下：

名称	主营业务	审核进程	根据实际控制人确定的企业性质
慈铭健康体检管理集团股份有限公司	健康体检	已预披露	民营
广州复大医疗股份有限公司	未披露	落实反馈意见中	未披露

二、民营医疗机构发展的有利因素

1、医疗服务市场需求旺盛

我国城乡居民收入近十年快速增长，农村居民人均纯收入从2002年的2476元提高到2011年的6977元，城镇居民人均可支配收入从2002年的7703元提高到2011年的21810元。随着居民收入的增长，人们对医疗服务的需求持续增加和升级。

我国城镇化进程不断加快，城市居民占比不断提高。我国农村居民与城市居民在人均可支配收入、医疗保健支出和卫生事业费等方面均有较大差距。城镇化的过程中，在部分农村居民转为城市居民的同时，其收入水平以及医疗需求同步上升。

我国人口持续增长、社会老龄化进程加快。2011年，我国总人口达到13.47亿，其中65岁以上人口为1.229亿，占总人口的9.1%。老年人的患病率是全部人口的3.2倍，医疗保健的需求大大高于成年人群。人口增长和老龄化，对医疗服务提出了刚性需求。⁴

资料显示，近年来我国卫生总费用支出持续增加。2010年我国卫生总费用达到19,921.35亿元，与2007年相比，全国卫生总费用增加8,347.38亿元（未扣除物价影响），增长了72.12%。我国卫生总费用占GDP的比重总体上也处于稳步上升的趋势。2010年，全国卫生总费用占GDP的比重已达5.01%。我国就医人次和住院人数持续增长。2010年全国医疗机构（不含村卫生室）总诊疗人次达41.81亿，入院人数达14,174万人。与2004年相比，诊疗人次增加14.24亿，增长51.65%，入院人数增加7,498万人，增长112.31%。我国人均卫生支出持续增长。居民人均卫生支出额从1990年的65.40元增长到2010年的1,487.00元。我国人均医疗保健支出持续增长。城市居民人均医疗保健支出额从1990年的25.70元增长到2010年的871.80元，农村居民人均医疗保健支出额从1990年的19.00元增长到2010年的326.00元⁵。

2、政策环境有利

近年来，国家为鼓励、扶持民营医疗机构的发展，制订了一系列政策，主要包括：

时间	发布部门	政策	主要内容
2010年2月	卫生部、中央编办、发改委、财政部、人保部	《关于公立医院改革试点的指导意见》	鼓励多元化办医，推动不同所有制和经营性质医院协调发展
2010年12月	发改委、卫生部、财政部、商务部、人保部	《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构的意见》	完善和落实优惠政策，消除阻碍非公立医疗机构发展的政策障碍，确保非公立医疗机构在准入、执业等方面与公立医疗机构享受同等待遇

³ 资料来源：中国证监会网。

⁴ 资料来源：国家统计局、东北证券、国都证券。

⁵ 资料来源：卫生部《2011年中国卫生统计年鉴》。

2011年1月	卫生部	《关于调整中外合资合作医疗机构审批权限的通知》	调整中外合资、合作医疗机构审批权限到省级卫生部门
2011年2月	国务院办公厅	《医药卫生体制五项重点改革2011年度主要工作安排》	支持临床重点专科建设，对公立和非公立医院一视同仁。鼓励卫生专业技术人才在公立和非公立医疗机构间合理流动。落实鼓励和引导社会资本举办医疗机构的政策，促进非公立医疗机构发展。鼓励社会资本举办普通医疗机构，支持社会资本举办高端医疗机构
2011年6月	卫生部	《关于进一步做好非公立医疗机构设置审批和管理工作的通知》	放宽社会资本举办医疗机构的准入范围。合理确定非公立医疗机构执业范围。充分发挥非公立医疗机构在医疗服务体系中的作用
2011年6月	卫生部	《关于开展有资质人员依法开办个体诊所试点工作的通知》	鼓励符合条件的医师开办个体诊所
2011年7月	卫生部	《卫生部办公厅关于扩大医师多点执业试点范围的通知》	扩大医师多点执业试点的范围
2011年12月	卫生部	《关于下达2011-2015年全国乙类大型医用设备配置规划的通知》	充分考虑非公立医疗机构的发展需要，支持非公立医疗机构按照批准的执业范围、医院等级、服务人口数量等，合理配置大型医用设备
2011年12月	卫生部	《卫生部关于专科医院设置审批管理有关规定的通知》	省级卫生行政部门可以结合本地区实际情况，规划设置各类专科医院
2012年4月	卫生部	《卫生部关于社会资本举办医疗机构经营性质的通知》	社会资本可以按照经营目的，自主申办营利性或非营利性医疗机构

以上文件，尤其是《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构的意见》（下称“58号文”）很大程度上改善了民营医疗机构的政策环境，使民营医疗机构在准入范围、税收政策、能源价格、价格政策、医保定点、用人环境、设备配置等方面有可能享受与公立医疗机构平等的待遇。

旺盛的市场需求和有利的政策环境，使民营医疗机构的发展进而上市面临前所未有的机遇。

三、民营医疗机构发展面临的问题

目前从总体上看民营医疗机构还比较落后，与公立医疗机构相比，在机构数量、床位数量、卫生技术人员数量、诊疗人次、医院入院人数、医师日均担负诊疗人次、病床使用率等方面都处于明显劣势。详情如下表所示⁶：

	医院数 (所)	床位数 (个)	卫生技术人员 (万)	诊疗人次 (亿人次)	入院人数 (万)	医师日均担负 诊疗人次	病床使用率
公立医院	13542	3243902	326.1	20.5	9708	7.1	92.0%
民营医院	8437	461270	41.9	2.1	1047	5.5	62.3%

6 资料来源：卫生部《2011年我国卫生事业发展统计年报》。

民营医疗机构发展中仍面临着一些障碍。58号文等一系列文件虽然明确规定了鼓励民营医疗机构发展的政策，但这些政策尚未完全得到落实，民营医疗机构和政策之间仿佛隔着一道玻璃门，政策看得见，但一伸手就碰壁。民营医疗机构发展中面临的障碍主要包括：

1、难以进入医保定点范围

医疗机构是否为医保定点机构已成为老百姓选择医疗机构的重要指标，能否进入医保体系，对民营医院来说，已不是多赚钱的问题，而是关乎生存的大问题。

58号文规定，将符合条件的非公立医疗机构纳入医保定点范围。非公立医疗机构凡执行政府规定的医疗服务和药品价格政策，符合医保定点相关规定，人力资源社会保障、卫生和民政部门应按程序将其纳入城镇基本医疗保险、新型农村合作医疗、医疗救助、工伤保险、生育保险等社会保障的定点服务范围，执行与公立医疗机构相同的报销政策。各地不得将投资主体性质作为医疗机构申请成为医保定点机构的审核条件。但现实当中，很多民营医疗机构仍难以进入医保定点范围。以民营医疗机构较为发达的北京市朝阳区为例，有资料显示，全区民营医疗机构有575家，与公立医疗机构二分天下。但进入医保定点医疗机构范围的只有20多家⁷。在很多地区，医保官员对民营医疗机构存有偏见，民营医疗机构即使符合条件也难以进入医保定点范围。

2、税收负担较重

《财政部、国家税务总局关于医疗卫生机构有关税收政策的通知》规定，对非营利性医疗机构按照国家规定的价格取得的医疗服务收入，免征各项税收。58号文再次强调落实非公立医疗机构税收和价格政策。但在一些地方，习惯于把公立医院一概划归为“非营利性”医疗机构，把民营医疗机构全部定性为“营利性”医疗机构，民营医疗机构因此无法享受非营利性医疗机构的税收优惠。实际上，很多民营医疗机构所提供的服务并非

个人消费品，而是基本医疗服务，它们承担着不少社会职能，而且要严格遵守政府制定的收费标准，接受主管部门管理。而很多公立医院都在追求收入最大化。将民营医疗机构一概认定为营利性医疗机构而不给其非营利性医疗机构的税收待遇对民营医疗机构有失公允，这无疑加重了民营医疗机构的税务负担。虽然《财政部、国家税务总局关于医疗卫生机构有关税收政策的通知》规定，为了支持营利性医疗机构的发展，对营利性医疗机构取得的收入，直接用于改善医疗卫生条件的，自其取得执业登记之日起，3年内给予优惠。但此税收优惠对民营医疗机构帮助有限。

3、难以吸引到优秀人才

对于医疗机构而言，最重要的资源是人才，而人才正是民营医疗机构的一块短板。由于医疗专业人员的职称评定权事实上掌握在来自于公立医疗机构的专家手中，政府主管部门将多数重大科研项目、出国深造机会等给了公立医院等等原因，在关系到医务人员职业发展的学术地位、职称评定、职业技能鉴定、专业技术和职业技能培训等问题上，民营医疗机构大都无法提供与公立医疗机构相等的机会，无法给医务人员提供能与公立医疗机构相竞争的职业平台，因此难以吸引到优秀人才。

2009年9月，卫生部发布《卫生部关于医师多点执业有关问题的通知》，开始医师多点执业试点；58号文鼓励医务人员在公立和非公立医疗机构间合理流动，确认医务人员在学术地位、职称评定、职业技能鉴定、专业技术和职业技能培训等方面不受工作单位变化的影响；2011年7月，卫生部发布《卫生部办公厅关于扩大医师多点执业试点范围的通知》，扩大医师多点执业试点范围。民营医疗机构对医师多点执业寄予厚望，希望能通过医师多点执业解决民营医疗机构人才短缺问题。但事实上，多点执业落实还比较艰难。目前医疗人才集中在公立医院手中，而不少公立医院设置各种障碍，限制自

⁷ 资料来源：《财经国家周刊》第20、21期。

己的医师多点执业。民营医疗机构的人才窘境，一时难以通过医师多点执业解决。

4、参与公立医院改制面临困难

参与公立医院改制，是民营资本打开医疗体系大门、进入医疗服务市场的重要路径。但很多公立医院存在营利性与非营利性不分、产权关系不清、利益关系错综复杂等问题，改制面临较多难题。另外，部分地方政府、部分公立医院以及部分医生，对改革有抵触情绪，对民营资本抱有偏见，这更增加了民营医疗机构参与公立医院改制的难度。目前虽有民营资本参与公立医院改制的成功案例，但对大多数民营资本而言，参与公立医院改制，通过参与改制发展民营医疗机构并非易事。

民营医疗机构总体上还比较落后，民营医疗机构发展中还存在亟待解决的问题，但在民营医疗机构中，也不乏发展良好、具备登陆资本市场潜质的优质资源，在市场、政策环境日趋有利的形势下，这些民营医疗机构值得关注和期待。

四、民营医疗机构上市中的主要法律问题

（一）以连锁经营的组织形式提供医疗服务的政府审批

目前上市或在审医疗机构采用的经营模式主要有两种。一种是由母公司经营与医疗服务相关的业务，比如制药、医疗器械制造，而由持有《医疗机构执业许可证》等资质的某个子公司开展医疗服务业务。另一种方式是母公司、各子公司或多数子公司均持有《医疗机构执业许可证》或相关资质，采用连锁经营方式开展医疗服务。连锁经营有助于质量控制、规范化运作和实现规模经济效益，有助于民营医疗机构的发展。根据以往案例，证监会关注医疗机构采用连锁方式开展经营的政府审批问题。

我国现行有效的有关连锁经营的法律、法规及规范性文件主要包括《国务院办公厅转发国务院体改办、国家经贸委〈关于促进连锁经营发展若干意见〉的通知》（国办发〔2002〕49号）、《连锁店经营理规范意见》（内贸政体法字〔1997〕第24号）等。根据这些文件，作为一种商业经营模式，国家对连锁经营方式持肯定和鼓励政策，有关各个行业领域的具体连锁经营规范由其各自的行业主管部门规定。有关医疗行业的具体连锁经营规范应当由医疗行业主管部门规定。截至目前，医疗行业行政主管部门尚未就医疗机构采用连锁经营模式提供医疗服务颁布规范或出台相关的政策或规定。因此，在我国目前针对医疗机构采用连锁经营模式提供医疗服务的规范尚未出台相关法律、法规的情况下，假若各连锁医疗机构已依法单独取得了《医疗机构执业许可证》等法定经营资质，医疗机构无需就采用连锁经营模式提供医疗服务取得政府部门的特别批准或许可。

（二）非营利性医疗机构和营利性医疗机构的界定及税收优惠

如上文所述，非营利性医疗机构和营利性医疗机构的税负存在较大差别。卫生部、国家中医药管理局、财政部、国家计委联合制定的《关于城镇医疗机构分类管理的实施意见》规定了非营利性医疗机构和营利性医疗机构的界定标准。根据《关于城镇医疗机构分类管理的实施意见》，非营利性和营利性医疗机构按机构整体划分。划分的主要依据是医疗机构的经营目的、服务任务，以及执行不同的财政、税收、价格政策和财务会计制度。非营利性医疗机构是指为社会公众利益服务而设立和运营的医疗机构，不以营利为目的，其收入用于弥补医疗服务成本，实际运营中的收支结余只能用于自身的发展，如改善医疗条件、引进技术、开展新的医疗服务项目等。营利性医疗机

构是指医疗服务所得收益可用于投资者经济回报的医疗机构。非营利性医疗机构主要提供基本医疗服务，营利性医疗机构根据市场需求自主确定医疗服务项目。非营利性医疗机构执行政府规定的医疗服务指导价格，享受相应的税收优惠政策。营利性医疗机构医疗服务价格放开，依法自主经营，照章纳税。

拟上市的民营医疗机构不可能举办成非营利性医疗机构。上市公司应以营利为目的，提高经济效益，保障股东合法权益；民营医疗机构提供部分基本医疗服务，但非营利性和营利性医疗机构按机构整体划分，部分地提供基本医疗服务不足以改变医疗机构的营利性。因此对于拟上市的民营医疗机构，应该在定性为营利性的前提下，争取税收优惠，比如根据《财政部、国家税务总局关于医疗卫生机构有关税收政策的通知》的规定享受税收优惠。对于无上市计划或短期内无上市计划的民营医疗机构，可按照《卫生部关于社会资本举办医疗机构经营性质的通知》，按照经营目的，自主申办为营利性或非营利性医疗机构。

（三）医疗机构特有风险－医疗事故和医患纠纷

根据《医疗事故处理条例》，医疗事故是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中，违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规，过失造成患者人身损害的事故。一旦发生医疗事故，医疗机构及相关人员将面临行政责任和民事赔偿责任。近年来，医疗事故时有发生，医患关系持续紧张，医患纠纷不断，这已引起证监会关注。拟上市民营医疗机构应根据《卫生部关于加强医疗质量管理的通知》、《处方管理办法》等规范性文件的规定，严格执行诊疗护理规范，防止医疗事故。同时应加强医护人员职业操守教育，提高医护人员责任心，加强医患沟通和交流，改善医患关系，防止医患纠纷，以免给上市造成不利影响。

（四）与医师多点执业有关问题

2009年9月，卫生部发布《卫生部关于医师多点执业有关问题的通知》，开始医师多点执业试点，2011年7月，卫生部发布《卫生部办公厅关于扩大医师多点执业试点范围的通知》。未来将会有越来越多的医师通过多点执业途径进入民营医疗机构执业。与此相关有两方面问题值得关注：劳动关系问题和高新技术企业认定问题。

医师是医疗机构最宝贵的财富。在以往项目中，证监会曾关注医师与医疗机构的劳动合同签订情况，要求中介机构对此做专项核查，这反映出监管机关在此问题上的态度是希望医师这类核心技术人员与医疗机构间存在稳定的劳动关系。多点执业的医师，多是以公立医疗机构为第一执业地点，与公立医疗机构存在劳动关系，不太可能舍弃与公立医院的劳动关系转投民营医疗机构，更不可能同时与公立医疗机构和民营医疗机构存在劳动合同关系。在此情况下，民营医疗机构应采取措施，确保与多点执业的医师间存在足以令证监会满意的比较稳定的工作关系。多点执业目前仍是个新事物，多点执业医师与医疗机构间的关系是有待探索的领域。

与医师多点执业相关的另一个问题是高新技术企业资质问题。根据《高新技术企业认定管理办法》，认定高新技术企业的条件之一是具有大学专科以上学历的科技人员占企业当年职工总数的30%以上，其中研发人员占企业当年职工总数的10%以上。根据《高新技术企业认定管理工作指引》，科技人员是指在企业从事研发活动和其他技术活动的，累计实际工作时间在183天以上的人员。多点执业医师绝大多数为大专以上学历。民营医疗机构若想使多点执业医师成为其科技人员，用以申报高新技术企业资格，应确保医师在民营医疗机构的工作时间符合《高新技术企业认定管理工作指引》的要求。

（五）商业贿赂问题

根据以往项目经验，对于以承接其他医疗机构尤其是公立医院外包业务（比如数字化诊断业务）等为业务内容的民营医疗机构，商业贿赂将是证监会审核要点之一。为通过审核，拟上市民营医疗机构至少应采取以下措施防止商业贿赂：（1）制订并实施反商业贿赂规章制度，包括《公司管理层反商业贿赂管理制度》、《采购、销售人员反商业贿赂管理制度》、《购进、销售资金反商业贿赂管理制度》、《反商业贿赂定期检查考评管理制度》和《反商业贿赂责任追究制度》等；（2）加强对员工的反商业贿赂教育；（3）强化财务内控制度和营销费用支出审核制度，确保所有销售费用的支出均据实入账。在具体审核的过程中，民营医疗机构还应提供由主要客户医院出具的《声明》，证明在其与民营医疗机构及其下属公司间的往来中不存在商业贿赂行为。同时应根据《审计报告》，说明报告期内的销售费用主要用于销售员工工资、差旅费和业务招待费，且与公司的销售模式和销售人员数量相匹配，没有金额较大的不明支出，以证明民营医疗机构及其下属公司不存在向其他医疗机构和医生提供商业贿赂的行为。

（六）环保问题

医疗机构一般会产生医疗垃圾。根据以往项目情况，证监会关注医疗机构的环保问题。为满足上市要求，民营医疗机构应注重环保。民营医疗机构首先应取得排污许可证或其他形式的污染物排放许可。其次应根据企业自身业务内容建立和实施医疗废物处置的规章制度，包括《医疗废物处理制度》、《医疗废物管理制度》、《放射性废物管理制度》等，严格按照《医疗废物管理条例》、《放射性污染防治法》、《病原微生物实验室生物安全管理条例》等规范性文件处置医疗垃圾。第三要与具有相关资质的医疗废物集中处置单位签订医疗废物处理合同，由有资质的医疗废物集中处置单

位处置医疗废物。



陶旭东律师2001年6月加入君合律师事务所，现在上海分所执业。

陶律师1992年至1997年在山东省方正律师事务所执业，从事商业诉讼业务。在1997年考入华东政法学院攻读经济学硕士学位。2000年进入上海久事公司担任内部法律顾问，并在此期间参与了多个政府主导的公司重组、项目融资、兼并收购项目。2005年1-9月，陶律师在某知名国际律师事务所的香港和伦敦办公室担任访问律师，并在此期间参与了多间中国公司在香港上市的相关工作。

陶律师的执业经验集中于跨境兼并收购、私募融资及公司境内外上市领域，曾担任多个大型跨境收购项目、多个起步阶段及上市前重组阶段的私募融资项目、若干香港及纽约交易所主版上市项目的主要承办律师，并且为多个国内大型企业和国内上市公司的重组提供过方案设计和论证、文件准备与谈判等方面的法律服务。



张鸿午律师先后毕业于大连海事大学和北京大学，获得法学硕士和法学博士学位，于2006年加入君合。张鸿午律师主要从事境内外上市、上市公司再融资业务以及公司私募融资和兼并收购业务。

对日本企业的并购与外资管制

滨本浩平¹

一、外商投资管理制的概要

中国公司取得日本企业的股份时，需要考虑《外汇及外国贸易法》（以下简称“外汇法”）上的对内直接投资管理制以及相关的具体行业法上的外资管制。本文的目的是简单地介绍有关管制，为大家理解日本外资管制提供一些头绪。

1、对内直接投资管理制

在日本，外商投资的基本法是外汇法。根据外汇法的规定，包括向日本投资在内的跨国交易原则上是自由的。但是，根据交易类型，很多时候交易当事人需要承担实施投资之后的报告义务。并且，属于下列两种情形的投资，需在实施前向财务大臣及事业主管大臣申报：

(1) 没有和日本签订关于对内直接投资的条约的国家（非洲以及中亚的部分国家）对日本的投资；以及 (2) 向航空器、武器、原子能、宇宙开发、能源、通信、电视广播、铁道、旅客运输、石油、皮革等产业（以下简称“事先申报行业”）的投资。

2、具体行业法的外资管制

除了上述外汇法的一般限制，与有关公共基础设施的通信、电视广播以及航空等行业相关的具体行业法中也设置了对外资的管制。

下文将首先概述外汇法上的管制，然后再简单地介绍具体行业法上的管制。

本文所论及的法律法规²的简称为：

简称	法律法规的名字
外汇法	外汇及外国贸易法
直投令	与对内直接投资等有关的政府命令
直投命令	与对内直接投资等有关的命令
规定行业告示	根据对内直接投资等有关的命令第3条第3款的告示 财务大臣及事业主管大臣指定的规定行业

二、外汇法的对内直接投资管理制³

基于国家安全保障、产业政策等方面的考虑，外国公司取得日本企业的股份时，存在受到外汇法管制的情形。该管制在日本被称为“对内直接投资管理制”。

1 安德森·毛利·友常律师事务所律师。2012年4月至2012年6月在君合律师事务所北京总部实习。本文撰写时，在中文表达方面得到安然律师（安德森·毛利·友常律师事务所）很大的帮助。但本文中表达不当之处由笔者负责。
2 日本法务省的Japanese Law Translation Database System (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>) 提供部分日本法律法规（包括本文所引用的法律规则）的英译。
3 日本银行发布的《外汇法Q&A（对内直接投资编）》（撰写本文时的最新版为2012年1月版。http://www.boj.or.jp/about/services/tame/faq/data/t_naito.pdf）对理解外汇法上的对内直接投资管理制有所帮助，本文的撰写也参考了该《Q&A》。

外汇法规定“外国投资者”在进行“对内直接投资”时，应在交易的下个月的15日之前，向财务大臣及事业主管大臣进行事后报告（外汇法第55条之5）。而且，如上所述，有些“对内直接投资”需要在实施投资之前申报。

所以，考虑是否会受到外汇法的管制时，需要确认的重要事项有以下三点：

- 是否属于“外国投资者”
- 是否属于“对内直接投资”
- 是否需进行事先申报

（一）对内直接投资

外汇法第26条第2款和直投令第2条定义了“对内直接投资”。简明地说，对内直接投资可以分为3种类型⁴：

(1) 取得上市公司的股份、(2) 取得非上市公司的股份以及(3) 其他情形。

1、取得上市公司的股份

是指取得日本上市公司的股份，其出资比例在10%以上的⁵（外汇法第26条第2款第3项）。该情况下的出资比例包含与实施投资的外国投资者有“特别关系”（后述）的外国投资者所持有的股份。

2、取得非上市公司的股份

是指从外国投资者以外取得日本的非上市公司的股份或股权⁶（外汇法第26条第2款第1项）。例如，从日本法人取得日本非上市股份公司的股份的情况。

在成为非居民后将个人为居民时取得的日本非上市公司的股份或股权转让给外国投资者（外汇法第26条第2款第2项）。在这种情况下需要申报或者报告的人是卖方。

3、其他情形

外国投资者同意实质性变更日本公司的事业目的的，该公司为股份公司的情况下，当且仅当该外国投资者持有股份公司的总表决权的1/3以上时（外汇法第26条

第2款第4项）。

为非居民个人或为外国法人的外国投资者在日本国内设立分公司、工厂以及其他事业场所，或实质性变更其种类或事业目的的（外汇法第26条第2款第5项）。

对日本企业进行超过1年且符合一定条件的金钱贷款（外汇法第26条第2款第6项）。

取得日本企业发行的，自取得日起至本金偿还日为止的期限超过1年，且针对特定的外国投资者募集的公司债，并符合一定的条件（外汇法第26条第2款第7项、直投令第2条第9款第1项）。

取得日本银行等根据特别法律设立的法人发行的出资证券（外汇法第26条第2款第7项、直投令第2条第9款第2项）。

全权或部分授权处理日本国内上市公司的股份，其出资比例在10%以上的（外汇法第26条第2款第7项、直投令第2条第9款第3项）。

4、特别关系

判断取得上市公司的股份是否符合对内直接投资的时候，与实施投资的外国投资者有资本关系或者亲属关系等“特别关系”的外国投资者所持有的股份也计入实施投资的外国投资者的出资比例。

直投令第2条第4款规定有“特别关系”的外国投资者，例如：

- 实施投资的外国投资者持有50%以上的表决权的法人或其他团体（以下将法人或其他团体简称为“法人等”）
- 实施投资的外国投资者和前项的法人等合计持有50%以上的表决权的法人等
- 实施投资的外国投资者的配偶、直系血亲等

（二）外国投资者

外汇法中，作为对内直接投资的当事人，规定了

4 此外，虽然下述记载较为简明，但是需要留意法律法规更为详尽的规定。

5 出资比例不满10%且为日本居民对非居民转让股份的，需要进行“资本交易”的报告。

6 从外国投资者处取得日本的非上市公司的股份或股权，且为居民与非居民之间实施的，则需要进行“资本交易”的报告。

“外国投资者”这一概念，其定义如下（外汇法第26条第1款）：

- 非居民个人。
- 根据外国法律设立的法人等，或在外国有主要事务的法人等（包含该等法人等设立的在日分公司）（以下简称“外国法人”）。

- 上述前两类主体直接或间接持有合计占50%以上的表决权的日本国内公司。此处的“间接持有的表决权”是指由非居民个人或外国法人持有50%以上表决权的日本国内公司持有的表决权（直投令第2条第1款）。

- 非居民个人占管理人员过半数的日本的法人等。

此外，即使不属于上述四种情形，但为了外国投资者而不以外国投资者的名义进行对内直接投资的，也会被视为外国投资者（外汇法第27条第13款、第55条之5第2款）。

（三）案例

下述情况下是否需要对内直接投资的申报或者报告？

1、取得上市公司的股份

Q1	中国法人A从中国法人B处购买日本上市公司的股份。中国法人B取得该股份的时候已经进行了申报或者报告。
A1	如果中国法人A及与它有特别关系的外国投资者的出资比例合计达到10%以上，需要进行申报或者报告。 中国法人B取得股份的时候进行申报的，需要进行转让股份的报告（请看下述（四）5）。

2、取得非上市公司的股份或股权

Q2	中国法人C从为日本居民的中国法人D ⁷ 处购买非上市公司的股份。中国法人D取得该股份的时候已经进行了申报或者报告。
----	--

A2	中国法人C的并购不属于对内直接投资，因为中国法人D是外国投资者。所以不需要进行申报或者报告。 中国法人D取得股份的时候进行申报的，需要进行转让股份的报告（请看下述（四）5）。此外，日本居民对非居民转让股份属于“资本交易”，所以中国法人D需要进行有关手续（外汇法第20条第1款第5项、第55条之3第5项、与外汇交易等报告有关的省令9条）。
----	---

（四）事先申报制度

如果中国向日本的投资符合上述“外国投资者”“对内直接投资”的情况，则需要向财务大臣及事业主管大臣进行事后报告或者事先申报。

外汇法的原则是事后报告，但是因为事先申报对并购交易有较大的影响，下文将首先概述事先申报制度。

1、需事先申报的情况

如上所述，需要事先申报的情况是两种：（1）没有和日本签订关于对内直接投资的条约的国家（非洲以及中亚的部分国家）对日本的投资，以及（2）所投资对象（含目标公司的子公司、孙公司等）从事的行业属于“事先申报行业”的。中国不属于上述（1）的国家，所以中国企业在进行投资的时候只需考虑（2）。

《规定行业的告示》规定了事先申报行业。概要如下⁸：

（1）有可能损害国家安全，妨碍公共秩序，或对公众的安全保障造成妨碍的对内直接投资（在OECD代码的范围内管制的行业）

与“国家安全”有关的行业	武器、航空器、原子能、与宇宙开发有关的制造业 很可能应用于军事用途的通用品制造业等
与“公共秩序”有关的行业	电气业、煤气业、供暖业、通信业、电视广播业、自来水业、铁道业、旅客运输业

⁷ 例如，中国法人D在日本国内有办公地址，则在这种情况下该法人为日本居民。

⁸ 准确地说，向经营《规定行业的告示》的“属于附表第一及附表二所列的行业”或“不属于附表第三所列的行业（附表第一所列行业除外）的行业（附表第一及附表二所列行业除外）”的日本企业进行投资的行业（因此，加入对附表第一、附表第二及附表第三中均没有记载的行业进行对内直接投资的，则需进行事前申报）。

与“公共安全”有关的行业	生物学制剂制造业、保安业
--------------	--------------

(2) 对日本经济的顺利运营有可能产生不良影响的对内直接投资（出于日本固有的原因向OECD通报后保留自由化的行业）

农业、林业、渔业、石油业、皮革和皮革产品制造业、航空运输业、海运业。

事先申报行业不仅是以前投资对象的章程规定的事业目的来进行判断，而且需要根据实际所从事的经营活动来判断是否成为事先申报的对象。因此，即使在章程的事业目的中没有记载规定的事先申报行业，如果投资者实际进行的事业包含了事先申报行业的，也将成为事先申报的对象。

2、事先申报的时期

事先申报需在进行交易或行为之日前6个月以内，按照直投命令的格式，通过日本银行向财务大臣及事业主管大臣提交（外汇法第27条第1款、直投令第3条第3款）。

与对内直接投资的事先申报有关的交易或行为的标准日如下。下述日期之前6个月以内需提交申报书。

交易或行为	标准日
设立	公司设立登记之日
增资认购	增资缴付日（有缴付期限的规定的，为出资履行日）
股份转让	股份取得日
合并	批准相关的合并合同的股东大会之日
金钱贷款	金钱贷款日
公司债的取得	公司债取得日

3、不作为期限和期限的缩短

在对内直接投资的事先申报中，由于财务大臣及事业主管大臣要审查其是否会对日本国内的安全等造成妨碍，所以日本银行受理申报书之日起30日以内不能进行

所申报的交易或行为（外汇法第27条第2款）（称为“不作为期限”）。

但是不作为期限通常会缩短为两周（直投命令第10条第2款）。并且，对于可以进行的交易或行为，例如Green Field投资案件、Rollover案件及Passive Investment案件，原则上，规定尽量缩短为自受理申报书之日起5工作日以内⁹。

不作为期限届满后外国投资者可以进行所申报的交易或行为。

4、审查与不作为期限的延长、变更、中止劝告、变更命令、中止命令

收到申报的财务大臣及事业主管大臣根据以下审查标准进行审查（外汇法第27条第3款）。

• 给国家安全、公共秩序的维持、公众安全的确保以及日本经济的顺利运营造成不良影响的

- 根据互惠主义需管制的
- 属于需批准的资本交易的

财务大臣及事业主管大臣认为需审查是否符合上述标准时，可以将不作为期限从原来的30日延长至4个月（外汇法第27条第3款）。如果还认为需要听取“关税、外汇等审议会”（政府资讯机关）的意见时，最长可以延长至5个月（外汇法第27条第6款）。

因此，应该认为不作为期限最长是自进行申报起5个月。

财务大臣及事业主管大臣认为符合上述标准时，可以在听取关税、外汇等审议会的意见后，劝告变更或中止该对内直接投资的内容（外汇法第27条第5款）。当事人如不遵从劝告，则可以命令进行上述变更或中止（外汇法第27条第10款）。

5、事先申报行为完成后的实施报告

进行事先申报的外国投资者，实施以下行为时，须在30日以内，根据直投命令规定的格式，通过日本银行向财务大臣及事业主管大臣进行报告（外汇法第55条之

⁹ 财务省《关于与对内直接投资等的事前申报有关的审查期间（平成21年3月31日）》http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/tainaichokutou_210331_2.htm。

8、直投令第6条之5、直投命令第7条第1款第1~3项)。

- 股份或股权的取得或者处置已取得的股份或股权等
- 实际提供了金钱贷款或接受了偿还
- 实际取得了公司债或接受了偿还
- 中止设立分公司或注销分公司

6、日本电源开发案件

该案是目前唯一的财务大臣和事业主管大臣（在该案中为经济产业大臣）发布中止劝告和中止命令的案件。

该案的“外国投资者”是开曼群岛的投资基金“The Children's Investment Fund”（以下简称“TCI”）。它计划购买日本电源开发株式会社（东京证券交易所上市公司，以下简称“电源开发”）的股份增加出资比例。电源开发是日本唯一一家拥有连接从北海道至九州地区供电网的电力公司，并且当时计划建设核能发电厂。

该案的时间表如下：

2008年1月15日	TCI在当时已经持有电源开发约9.9%的股份的情况下，向财务省以及经济产业省提交了将股份提高至20%的申请。
2月13日	财务大臣与经济产业大臣延长不作为期限至5月14日。
4月15日	关税、外汇等审议会向财务大臣与经济产业大臣提出意见。
4月16日	财务大臣与经济产业大臣向TCI劝告中止投资计划。
4月25日	TCI向财务大臣与经济产业大臣通知不遵从中止劝告。
5月13日	财务大臣与经济产业大臣命令中止投资计划。
10月31日	TCI对电源开发转让所持有的电源开发的股份。

财务省以及经济产业省发出中止劝告和命令的原因是：根据TCI在海外的投资案例等，认为如果批准TCI对股份的增持，则TCI将会对电源开发的经营产生一定的影响，这样就会对供电网投资以及核能发电厂的建设和运营造成不良影响，“有可能妨碍维持公共秩序”。

该案在日本引起了巨大的争议，包括对外资开放应到什么程度的讨论。

(五) 事后报告制度

除需事先申报的对内直接投资外的对内直接投资是事后报告的对象（外汇法第55条之5第1款）。

事后报告须在进行交易或行为之日所属月份的下月15日之前（下月15日为休息日的，为前一个工作日），根据直投命令规定的格式，通过日本银行向财务大臣及事业主管大臣提交（外汇法第55条之5第1款、直投命令第6条之2第1款）。

与事后报告有关的交易或行为的标准日如下（与事先申报一样）。

交易或行为	标准日
设立	公司设立登记之日
增资认购	增资缴付日（有缴付期限的规定的，为出资履行日）
股份转让	股份取得日
合并	批准相关的合并合同的股东大会之日
金钱贷款	金钱贷款日
公司债的取得	公司债取得日

(六) 申报人、报告人

对内直接投资的事先申报与事后报告由外国投资者进行。外国投资者为非居民的，须由为居民的代理人进行（直投令第3条第4款、第6条之3第2款）。

(七) 无需任何手续的情况

如上所述，外国投资者进行对内直接投资时原则上应进行事先申报或事后报告，但在一定的情况下，无需进行该等申报或报告（外汇法第27条第1款括号书、第55条之5第1款括号书、直投令第3条第1款、直投命令第3条第1、2款）。

例如有非因当事人的意思取得股份或股权的（例如，通过继承或遗赠取得公司的股份或股权的），或者投资规模很小的（例如，取得进行事后报告即可的非上市公司的股份或股权，其出资比例与关联公司等合计未

满10%的)，很明显影响轻微等情况。

(八) 罚则

与事先申报及事后报告有关的罚则如下：

事项	罚则
没申报或进行虚假的申报实施对内直接投资	并处或单处3年以下的有期徒刑与100万日元以下罚金。但是对外直接投资的价值3倍超过100万日元的，罚金为该价值的3倍以下。
没报告或进行虚假的报告	并处或单处6个月以下的有期徒刑与50万日元以下罚金。

三、具体行业法上的外资管制

除了上述外汇法的一般限制，与有关公共基础设施的通信、电视广播以及航空等行业相关的具体行业法中也设置了对外资的管制。

例如，航空法规定，外国人或外国法人等持有表决权占1/3以上的法人不能对其拥有的航空器进行登记（航空法第4条）。所以，日本航空公司股份的1/3以上被外国人或外国法人等取得时，该航空公司就不能再继续营业（航空法第120条）。针对这种情况，航空法规定，股份的1/3以上将由外国人或者外国法人等持有时，航空公司可以拒绝外国人或者外国法人等关于股东名册变更的请求（航空法第120条之2）。

同样，对于拥有无线局许可的法人，电波法和放送法也将表决权的1/3作为上限，对外资进行了限制。对于日本电信电话株式会社（NTT），有关日本电信电话株式会社的法律也同样将表决权的1/3作为上限，对外资进行了限制。

反垄断学派：力的平行四边形

孙速¹ 译者：卢亮²

反垄断有按照“学派”分类的传统。³在现代，这种分类通常以“芝加哥”这个词为中心。这次专题探讨芝加哥学派到底是什么，以及在“芝加哥”之前加之以“新”字，是否创设、怎样创设了一个有意义的新学派以帮助我们增进对反垄断法律、经济学和政策的理解。

本次专题下的大部分文章涉及对经济学的广泛讨论，作为现代反垄断学说的理论基础，经济学分类的历史更加久远。经济学思想史贯穿了对政府究竟应当在配置稀缺资源和分配有价值商品中扮演怎样的角色的讨论。⁴早期的学派包括：重商主义，该派主张政府运用进口关税和出口补贴的手段介入经济运行；重农学派，该派强调农业的重要性以及提倡自由放任政策；以及古典学派，该学派以亚当·斯密（Adam Smith）主张的市场是

“看不见的手”的观点为特色。⁵现代经济学派以凯恩斯主义与芝加哥学派（以及他们的分支）在宏观经济层面和微观经济层面的争论为显著特征。⁶关于这场争论的较通俗的一个表现是：1966年至1981年间，两个学派最具影响力的提倡者——保罗·萨缪尔森（Paul Samuelson）和米尔顿·弗里德曼（Milton Friedman）——在《新闻周刊》上交替发表各自学派观点的专栏文章。

在20世纪60年代，经济学研究对反垄断政策辩论的关注度开始逐渐增加之时，很自然，反垄断开始引入经济学家们使用的一些分类标签。⁷尽管近些年来，人们对于在经济学领域进行分类的兴致已经逐渐减退了，但是反垄断法律界对于争论分类和创造更多的分类仍然有持续的热忱。⁸

1 本文作者是Economists Incorporated的经济学家，并且是《反垄断法律期刊》（Antitrust Law Journal）关于新芝加哥学派专题的共同编辑。本文译自作者在《反垄断法律期刊》第78卷第1期为本专题所写的序言。作者感谢本专题的另一位共同编辑乔希·索文（Josh Soven）就本文提出的宝贵意见和译者卢亮的出色翻译。

2 君合律师事务所北京办公室律师。

3 参见Daniel A. Crane, A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions, 78 ANTITRUST L.J. 43 (2012)。

4 霍温坎普（Hovenkamp）认为，反垄断是政府对市场配置资源所费成本的一种应对措施。参见Herbert Hovenkamp, Antitrust and the Costs of Movement, 78 ANTITRUST L.J. 67 (2012)。

5 关于经济学理论主要学派的简要说明，可以参考Major Schools of Economic Theory, FEDERAL RESERVE BANK OF SAN FRANCISCO, <http://www.frbsf.org/publications/education/unfrmd.great/greatschls.html>。

6 另外一种较不正式的区分学派的方法是：看某个学派的拥护者任教的大学是靠近海岸还是靠近五大湖，即，将学者分类为海水经济学家或者淡水经济学家。

7 较早时的学派（如芝加哥学派和哈佛学派）倾向于以与主要支持者相关联的大学的名字来命名，然而，这种关联已经变得日益松散了。

8 一些法律界的学者认为，关于反垄断学派的分类（或是错误分类）的讨论应该停止。参见Bruce H. Kobayashi & Timothy J. Muris, Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century, 78 ANTITRUST L.J. 147 (2012); Joshua D. Wright, Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, 78 ANTITRUST L.J. 241 (2012)。

那么对反垄断进行学派分类的做法意义何在呢？可能是因为分类有助于将复杂的理论归纳为易于理解的原则，或者可能因为分类有助于将难以理解的政策清晰地表述为便于遵循的指南。也可能是因为这样分类的过程仅仅在于传播某种意识形态，但也难免随之而来的误读和滥用的风险。

一个也许有用的类比是叠加力矢量的平行四边形法则。一个力矢量同时包括了一个力的方向和大小，两个力矢量叠加产生的力矢量即为其构成的平行四边形的对角线，该力矢量的方向和大小同时受原来两个力矢量的方向和大小影响。与此相似的是，反垄断政策路径上的每一个节点上，都存在代表不同学派的力量试图将路径拉往不同的方向。反垄断政策将走向何方实际上被这些不同学派的力量和方向影响着。⁹

这一类比意味着，学派之间的观点尽管可能存在明显差异，看上去是一方要取代另一方，但最终起到了互补的作用。实际上，如果给予足够重视，来自于竞争学派的批评往往有助于改进和充实一个学派自身的分析框

架和观点的表述。就像竞争市场一样，学派之间理性的争论绝不是零和博弈，而会使反垄断政策更集思广益，更加平衡和稳定。¹⁰

经济学中的一个例子是拐折需求理论。¹¹古典寡头理论的假设是，企业会根据边际收益和边际成本相等的原则来决定最优的价格或产量，而价格会对需求和成本的变化迅速地作出反应以形成新的市场均衡。寡头面对的需求可能发生拐折的想法挑战了关于市场如何运行的这种基本理念，因为这会导致寡头企业的边际收益曲线使得在某个边际成本范围内，价格保持刚性。在需求曲线中现行价格处存在“拐折”的情况，是基于这样的一种猜测，即寡头市场中的企业仅响应价格下降而不对价格上升做出反应。¹²

乔治·斯提格勒（George Stigler）带领芝加哥学派回应这一挑战，他们认为拐折需求理论所依据的猜测违反了经济人是理性的利益最大化的决策者这一假设，而且该模型是不具有可预测性的。¹³斯提格勒的实证研究以及其它后来对一些行业的研究并没有发现需求拐折所产生

9 科瓦斯奇（Kovacic）的一个三维的类比与本段描述的平行四边形类比有相似之处，哈夫曼（Huffman）将其形容为双螺旋结构，并认为，这种“螺旋式的经济学构想，大致的朝向是上升的，并且在爬升过程中吸纳了来自不同意识形态的要素”。引自 Max Huffman, *Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust*, 78 ANTITRUST L.J. 105, 111 (2012); 也可参见 William E. Kovacic, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, 2007 COLUM. BUS. L. REV. 1.

10 虽然可能有一些不同看法，但当今的反垄断政策与早年相比，极端化的可能性降低了。无论是哈佛学派还是芝加哥学派，都无法再取得影响政策的明显优势。按照对学派/学校（school）的字面含义的理解（也就是具体到某个大学），在最近二十年间，加州大学伯克利分校可能是在影响反垄断政策执行方面最具“支配地位”的学校了。该大学的教授卡尔·夏皮罗（Carl Shapiro），约瑟夫·法雷尔（Joseph Farrell），霍华德·瑟兰斯基（Howard Shelanski），理查德·吉尔伯特（Richard Gilbert），丹尼尔·鲁宾菲尔德（Daniel Rubinfeld）和迈克尔·卡茨（Michael Katz）在司法部反垄断局、联邦贸易委员会和联邦通讯委员会等部门担任过首席经济学家的职位。参见 Press Release, University of California, *Obama Calls on Berkeley School of Antitrust* (May 28, 2009), available at <http://www.universityofcalifornia.edu/news/article/21263>.

11 关于此问题的详细讨论，可以参见 Christopher Elmore, Tim Kautz, Anita Mukherjee, Anamaria Tudoran & Betsy (Elizabeth) Walls, *Kinked Expectations: How the Best of Kinked Demand and the Worst of Kinked Demand Challenged Classical Economics* (unpublished manuscript, Stanford Univ., 2006), available at <http://www.stanford.edu/~bwalls/Kinked%20Expectations.pdf>.

12 Robert L. Hall & Charles J. Hitch, *Price Theory and Business Behavior*, OXFORD ECONOMIC PAPERS (OLD SERIES) No. 2, 12 (1939); Paul M. Sweezy, *Demand Under Conditions of Oligopoly*, 4 J. POL. ECON. 568 (1939). 关于数量猜测的模型，可以参见 David M. Kreps, *A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY* 335 (1990).

13 George J. Stigler, *The Kinky Oligopoly Demand and Rigid Prices*, 55 J. POL. ECON. 432 (1947).

的价格刚性。¹⁴

然而，对拐折需求的争论并不只是毫无意义的离题。后来的工作重新解读了该理论并且将其纳入了更为普遍接受的博弈论框架中。¹⁵这一新的理论解读不再与芝加哥学派主张的理性人假设和效率市场假设相抵触（尽管对于这些假设的争论仍在继续，包括在本专题中）。拐折需求的争论导致了更多支持古典理论的实证性证据的产生，并引发了为更好地理解寡头价格而进行博弈论的研究。最后，一个怀疑以及随后的争论，凝聚了经济学研究的焦点，并且加深了我们对相关经济问题的认识。

本次专题的论文讨论了新芝加哥学派对反垄断理论可能带来的改进及其政策含义。更仔细的观察显示，在主流学派之间对于一般原理存在许多共识——反垄断政策应当以可靠的经济学理论和坚实的实证研究证据为基础。看起来大家对于伊斯特布鲁克法官（Judge Easterbrook）的“错误—成本”框架也很少有不同意见，不管此理论被认为已是芝加哥学派理论体系的一部分，¹⁶还是说它被新芝加哥学派正式纳入。¹⁷事实上，这

些争论看起来是不同学派公开提倡或暗中支持的不同的政策方向之争，追溯到根源，则是对这些学派所信奉的一些经济模型中的基本假定的争论：消费者通常是理性并有充分的预见性吗？公司始终追求利润最大化吗？公司仅仅应当被视为一个单一的利润最大化单位吗？还是说内部激励机制应该得到更明确的考量？¹⁸市场通常都是有效率的并且能够自我修正吗？认识到假设与现实之间的差距并不必然导致一个“修正”。我们应当去问更多一些问题：这样的修正是否只是一个二阶的问题？¹⁹我们对于一阶问题的观点是否应当因发现二阶问题而改变？²⁰能不能就该等改正或修正拿出建设性的和实际的解决方案？²¹有大量这样的议题可以争论。

随着我们生活的世界日渐全球化，反垄断学派之间的争论不仅对美国的政策执行走向，也对其他法域的反垄断政策方向有着重要的影响。本专题的论文不仅涵盖了大量美国地区重要的案例，争论的学说和理论（或某些学者认为已被批判的理论）也在世界上的其它地区被时常应用。有时美国和欧盟的决定会出现分歧，可以部

14 同上注。也可参见Walter J. Primeaux, Jr. & Mark R. Bomball, A Re-examination of the Kinked Oligopoly Demand Curve, 82 J. POL. ECON. 851 (1974); Walter J. Primeaux, Jr. & Mickey C. Smith, Pricing Patterns and the Kinky Demand Curve, 19 J.L. & ECON. 189 (1976); Julian L. Simon, A Further Test of the Kinky Oligopoly Demand Curve, 59 AM. ECON. REV. 971 (1969).

15 V. Bhaskar, The Kinked Demand Curve: A Game-Theoretic Approach, 6 INT' L J. INDUS. ORG. 373 (1988); Eric Maskin & Jean Tirole, A Theory of Dynamic Oligopoly: Price Competition, Kinked Demand Curves, and Edgeworth Cycles, 56 ECONOMETRICA 571 (1988); D.K. Osborne, A Duopoly Price Game, 41 ECONOMICA (NEW SERIES) 157 (1974).

16 参见Kobayashi & Muris, 前注解6。

17 参见David Evans & Jorge Padilla, Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach, 72 U. CHI. L. REV. 73, 74-75 (2005).

18 索科尔 (Sokol) 根据对反垄断从业者的调查，发现公司作为一个组织，其内部有各种各样的激励机制，为提高针对卡特尔的执法效果，这些激励因素应当被纳入考虑。参见D. Daniel Sokol, Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement, 78 ANTITRUST L.J. 201 (2012).

19 经济学家经常使用微积分作为工具描述经济问题，比如当某一关键要素如价格发生变动时，消费者福利或企业利润将发生怎样的变化。一般认为，一阶导数可以为这种变化的方向和程度提供一个较好的近似。而二阶导数则反映了“变化的变化”，对这些效应有更为细致入微的描述。

20 比如，哈夫曼 (Huffman) 设想，如果对理性选择的偏离是随机的，而这种偏离是可以用理性选择来大致描述的，那就没有必要依赖行为经济学。但他认为，事实并非如此，因为这些差异是“非随机性的并且可以预测的”。参见Huffman, 前注解7, 117页。但即便如此，仍然有个程度的问题。哈夫曼似乎认为这种偏离程度已经大到需要政策干预了。

21 比如，佩奇提供了一种认定协同行动的方式，即“竞争者以某种特定方式沟通”。参见William H. Page, A Neo-Chicago Approach to Concerted Action, 78 ANTITRUST L.J. 173, 174 (2012).

分归因于这两个地区对本专题讨论的一些议题有不同观点。²²此外，像中国这样的一些新兴经济体，看起来也在关注更成熟的竞争法域对这些重要问题的讨论。²³

需要强调的是，反垄断学派之间的争论应当遵循以下基本被认同的原则：即上文所述的，可靠的经济学和坚实的实证研究结果。这样的话，反垄断学派的“力的平行四边形”将会引导政策朝向更为平衡和稳定的方向发展，这样形成的政策最终也会更加正确。我们希望，这些讨论将会揭示和阐明如今反垄断领域面临的重要的方法论和政策问题。这正是本专题的真义所在。

22 两个突出的实例是美国和欧洲对于2001年通用电器/霍尼韦尔公司的收购案和2007年微软案的不同意见。参见Press Release, U.S. Dep't of Justice, Statement by Assistant Attorney General Charles A. James on the EU's Decision Regarding the GE/Honeywell Acquisition (July 3, 2001), available at http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2001/8510.pdf; Press Release, U.S. Dep't of Justice, Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision (Sept. 17, 2007), available at http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.pdf.

23 比如，中国的反垄断审查机关，商务部反垄断局在2009年作出决定，阻止了可口可乐对汇源果汁的收购，而此决定主要依据了杠杆理论。参见中华人民共和国商务部，关于禁止可口可乐公司收购中国汇源公司审查决定的公告（2009年5月18日），详见<http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/ztxx/200903/20090306108494.html>。商务部在2011年决定在通用电气/神华交易中附加条件，部分体现了对提高竞争者成本的担心。参见中华人民共和国商务部，关于附条件批准通用电气（中国）有限公司与中国神华煤制油化工有限公司设立合营企业反垄断审查决定的公告（2011年11月10日），详见<http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/ztxx/201111/20111107855595.html>。在中国正在进行（也是首例）的纵向价格协议案件中，强生医疗器材的转售价格维护条款是否本身违法存在争议。参见“全国首例纵向垄断协议案今日开庭”，《法制日报》（2012年2月4日），详见 http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2012-02/04/content_3333224.htm?node=33768。

记忆科技美国337调查及其上诉案

冉瑞雪 黄胜 黄璐

引言

近年来，我国企业频频遭遇美国337调查，每年四分之一乃至三分之一的337调查案件涉及中国企业。无论败诉还是不应诉均导致中国企业丧失美国市场，这是中国出口企业不能承受之痛。目前有统计数字表明，中国企业在美国337调查案件的败诉率高达60%。君合律师代理的深圳记忆科技美国337调查案是难得的一路完胜的案件，从美国国际贸易委员会到美国联邦巡回上诉法院，还打到了美国最高法院，成为中国企业海外维权的经典案件。

一、案情简介

2007年12月21日，美国加利福尼亚州的Tessera公司（以下简称“Tessera”）向美国国际贸易委员会（U.S. International Trade Commission，以下简称“ITC”）提交申请，对包括中国记忆科技有限公司（Ramaxel Technology, Ltd, 以下简称“记忆科技”）在内的18家公司提起了对涉及最小尺寸封装半导体芯片以及含有此芯片产品的337调查请求（案号为337-TA-630，以下简称“630案”）。2008年1月14日，ITC开始对此案进行调查。

2009年8月28日，主审该案的行政法官颁布初裁裁决，裁定申请人Tessera诉称的专利侵权并不成立。申请

人Tessera和调查律师不服行政法官的初裁，于2009年9月17日提出复审申请，要求委员会复审该初裁。2012年1月4日，委员会做出终裁维持了行政法官的初裁。

随后Tessera不服该终裁裁决，向美国联邦巡回上诉法院（Court of Appeals for the Federal Circuit，以下简称“上诉法院”）提起上诉。2011年5月23日，上诉法院维持了委员会的终裁。

2011年12月28日，Tessera向美国最高法院（Supreme Court of the United States，以下简称“最高法院”）提起调卷令申请（案卷号为11-903），请求最高法院对630案的终裁裁决进行审查。2012年5月29日，最高法院驳回了Tessera的调卷令申请，为630案划上了句号。此案最终以记忆科技等被诉企业完胜而结案。

二、美国337调查

申请人Tessera声称被申请人侵犯了其5,663,106号（以下简称“106号”），5,679,977号（以下简称“977号”），6,133,627号（以下简称“627号”）和6,548,681号（以下简称“681号”）美国专利，请求ITC对涉诉产品颁发普遍排除令，即要求将包括那些未被列为被申请人生产和销售的涉诉产品也排除在美国市场之外；若ITC无法颁发普遍排除令，则应向被申请人颁发有限排除令，即要求将被申请人的涉诉产品排除在美国市场之外。

337调查是ITC依据美国《1930年关税法》第337节的有关规定，针对进口贸易中的知识产权侵权行为以及其他不公平竞争行为开展调查，裁决是否侵权及有必要采取救济措施的一项准司法程序。ITC一旦认定被申请人侵权，涉案产品将被排除出美国市场。

630案涉案的18家公司包括台湾宏基公司（Acer, Inc）及宏基美国公司（Acer America Corp.）、台湾南亚科技公司（Nanya Technology Corporation）及南亚科技美国公司（Nanya Technology Corp. USA）、美国金士顿科技公司（Kingston Technology Corporation）及日本Elpida内存公司（Elpida Memory, Inc.）等。记忆科技因其从另一被申请人Elpida公司购买涉嫌专利侵权芯片产品而被诉。

其实，除630案外，Tessera还于2007年4月17日和2008年4月21日分别提起了涉及最小尺寸封装半导体芯片以及含有此芯片产品的337-TA-605调查（以下简称“605案”）和337-TA-649调查（以下简称“649案”），其打击面基本覆盖了芯片行业主要制造商以及与芯片有关的中下游厂商。Tessera于2009年3月申请对649案终止调查；而在605案中，ITC裁决包括高通公司在内的几家企业违反了337条款，颁布了有限排除令和制止令。

630案立案后，记忆科技积极应诉，选择君合律师与Fish & Richardson合作代理此案。案件受理之后，各方即迅速展开证据交换程序。经过几个回合的较量，申请人Tessera迫于被申请人联合抗辩的压力于2008年5月29日撤回了681号专利的请求。在2008年6月至2008年9月之间，三名被申请人先后与申请人Tessera达成了和解。记忆科技在律师的支持下顶住压力，选择血战到底，而不是半路和解。

2008年9月22日至2008年10月3日，ITC开庭审理此案。由于等待与本案相关的605案裁决及其他种种原因，行政法官两次推迟了结案日期。2009年8月28日，主审该案的行政法官颁布初裁裁决。在初裁裁决中，行政法官认定申请人Tessera已经证明存在国内产业以及存在相关

产品的进口行为，不存在使106号、977号和627号专利无效的情形，但申请人Tessera诉称的专利侵权并不成立，因此，本案缺乏颁布普遍排除令和有限排除令的必要性。

申请人Tessera和调查律师不服行政法官的初裁，于2009年9月17日提出复审申请，要求委员会复审该初裁。2012年1月4日，委员会做出终裁维持了行政法官的初裁，认定包括记忆科技在内的被申请人不存在侵权行为，因此并未违反337条款。自此，记忆科技在美国337调查阶段胜诉。

三、上诉法院裁决简析

Tessera不服美国国际贸易委员会的裁决，向美国联邦巡回上诉法院提起上诉。申请人Tessera在上诉中请求上诉法院认定：第一，委员会对106号专利权利要求第一项的解释有误；第二，委员会对wBGA¹产品不侵权的认定有误；第三，委员会根据权利用尽原则做出的Elpida的 μ BGA²产品不侵犯106号专利的认定有误。

美国联邦巡回上诉法院对于当事人提出的不服委员会终裁的上诉案件的审查包括两方面：对于委员会做出的法律方面的决定，上诉法院将重新审查；对于委员会做出的事实方面的认定，上诉法院将审查委员会是否有充分的证据做出该认定。上诉法院在其判卷中逐一驳回了Tessera提出的各项上请求。

（一）wBGA产品侵犯106号专利分析

上诉法院在判决中提到，专利侵权的分析包含两个步骤：第一步，解释涉案专利的权利要求；第二步，分析被诉侵权产品或程序是否侵犯了该权利要求。

第一步关于权利要求的分析是一个法律方面的问题，上诉法院将重新审查。对于Tessera提出的委员会对106号专利权利要求第一项的解释有误，上诉法院认为是

1 基层为层压材料（laminare-based）的封装基板。

2 基层为聚酰亚胺（polyimide-based）的封装基板。

没有根据的，因为委员会完全采纳了Tessera对该项权利要求做出的解释。

第二步关于被诉产品或程序是否侵权的认定是一个事实方面的问题，上诉法院将审查委员会是否有充分的证据做出该认定。Tessera提出委员会对wBGA产品不侵权的认定有误，上诉法院在审查了相关证据之后，认为委员会做出的不侵权认定有充分的证据支持。

（二） μ BGA产品专利权利用尽分析

Tessera诉称委员会根据权利利用尽原则认定Elpida的 μ BGA产品不侵犯106号专利有误。根据Tessera与被许可人签订的专利许可合同，被许可人除应付给Tessera一次性的专利许可费（License Fee），还要根据卖出产品的数量付给Tessera相应的专利使用费（Royalties）。此外，合同还包含“许可限制”条款，约定被许可人仅对被许可人或第三方支付给Tessera相应专利使用费的产品享有该许可。

Tessera诉称， μ BGA产品供应商虽然与Tessera签订了专利许可合同，但没有在卖出该产品后支付相应的专利使用费，根据“许可限制”条款， μ BGA产品没有得到Tessera的合法授权，因而侵犯了Tessera的专利权。日本Elpida公司从该供应商处购买了 μ BGA产品，因而也侵犯了Tessera的专利权。委员会认为， μ BGA产品的供应商与Tessera签订了专利许可合同，根据权利利用尽原则，Tessera的专利在包含该专利的产品进入流通领域时（Elpida从供应商处购买该产品时）就用尽了。因而Elpida作为第三方购买 μ BGA产品并不侵犯Tessera的专利权。

上诉法院认可委员会以上裁决。上诉法院认为，Elpida进口了 μ BGA产品且Elpida所购买的全部涉案产品都来自Tessera的被许可人的事实认定不存在争议。根据权利利用尽原则，不存在侵权行为。上诉法院还提出，如果被许可人没有按时向Tessera支付专利使用费，Tessera可以基于合同违约责任，而非专利侵权来要求供应商支付相应的专利使用费。如果因为被许可人没有向Tessera

支付专利使用费，就认定从被许可人处购买产品的第三方侵权，则每一笔销售都会充满不确定性，这违背了权利利用尽原则，不利于正常的市场交易秩序。记忆科技由于从Elpida公司购买了涉诉芯片而被诉侵权，根据该权利利用尽原则，记忆科技不承担任何侵权责任。

四、最高法院驳回调卷令申请

2011年12月28日，Tessera向美国最高法院提起调卷令申请，理由为上诉法院根据权利利用尽原则做出的不侵权分析有误。2012年5月29日，最高法院驳回了Tessera的调卷令申请。

至此，630案以记忆科技等被诉企业完胜而结案。

五、案件代理策略

鉴于本案属于打群架类型的美国337调查，被诉企业涉及产业的上中下游，数量众多，而且中国企业并不是打击的重点，因此，在案件动态进展过程中取势借力以达到既节省费用又胜诉的目的，这是对律师最大的考验。

君合律师在代理本案时结合企业和案件实际情况制定了案件策略-联合应诉，相机而动。第一，在案件之初就帮助记忆科技与其他应诉企业签署了联合应诉协议，相关资源共享，有关费用也由应诉企业分摊。像专利无效等大量的工作，芯片封装厂商律师承担了实质的工作，我们则采取拿来主义。部分抗辩理由，我们也基本采用了芯片供应商律师的工作成果，专家证人等费用也是应诉企业分摊。尽管应诉企业各自聘请律师，但是，案件的有关信息资料依据联合应诉协议共享。这一策略而后证明是可行而且有效的，这也是本案律师工作的一大亮点。此种联合上下游厂商共同应诉的模式对将来涉诉的中国企业具有借鉴意义。

本案中记忆科技所涉及的特别之处，则是我们律师工作的重点。君合律师完成了调查取证的实质性工作，

不但收集审阅了本案基础证据，而且，独立完成了问卷和文件要求的回复。这些均为企业应诉节省了大量律师费用。在案件发展的数个关键点，由于本案中君合律师签署了保密令故而能接触包含申请人和其他被诉企业的商业秘密信息的材料，因此，我们能在全案高度为企业提供参谋意见，帮助企业决策，站到了最终取胜的团队里。特别是在部分企业与申请人和解退出本案后，中国应诉企业也面临了严峻的考验。但是，最后的坚持也帮助企业取得了最终的胜利。

六、案件胜诉的意义及启示

（一）化解了本案对于中国相关重要产业的威胁

申请人Tessera是一家以技术许可为主业的高科技公司，其主要业务收入来源于芯片封装行业内的技术许可，因此，337调查和专利诉讼等知识产权保护程序对其意义重大。本案在美国337调查历史上属于重大复杂案件，因为本案不仅涉及到了芯片的制造商和封装商，也牵涉到了使用芯片的中下游厂商。记忆科技在本案中属于外购芯片的厂商。记忆科技是中国最大的动态随机存取存储产品制造商，是国际和国内著名个人电脑厂商和通讯设备厂商的战略供应商。记忆科技将自本案另一被诉企业购买的涉诉芯片安装进其模块之后提供给相关个人电脑和通讯设备厂商。在产业垂直整合序列中，记忆科技处于中间位置。中国企业如联想等主要使用了其生产的内存产品生产电脑以及其他产品。

本案中申请人Tessera要求ITC发布普遍排除令，要求未被列为被申请人生产和制造的涉案产品也被排除出美国

市场。一旦普遍排除令得到支持，将极大地损害中国芯片行业上下游相关产品的出口，对中国的芯片行业及其上下游产业造成极为严重的打击。记忆科技的胜诉，从大的方面来讲，化解了行业大案对于中国相应数个产业的威胁，为相应产业的未来发展营造了有利的外部环境。就企业自身而言，记忆科技通过联合上下游共同应诉，形成了巩固的彼此信任的伙伴关系，确立了其行业地位。

（二）本案成为未来中国企业应用权利利用尽原则进行抗辩可引用的重要判例

权利利用尽原则，是知识产权法上一个特有的原则。在本案中为专利权用尽，指的是专利权人对经其同意而售出的每一件专利产品的处置不再拥有控制权，无论购买者随后以何种方式使用或者销售该专利产品，专利权人都无权干预。上诉法院在本案中确认了只要涉案专利产品进入流通领域是经过合法授权的，那么专利权人的专利权就用尽了，没有支付或者没有按时支付专利使用费，并不影响该购买/销售的合法性，也不能成为阻止权利利用尽原则适用的理由。处于产业链中下游的中国企业，若卷入此类案件，可以借鉴本案，应用权利利用尽原则进行抗辩。本案已经成为权利利用尽原则的一个重要判例。

（三）产业链中下游中国企业谨防间接侵权

337调查申请人可以要求ITC在排除令中包含涉案产品的下游产品，ITC在考虑相关因素之后决定是否支持申请人的请求。在2008年10月的京瓷案³之后，由于ITC无法将未被列为被申请人的制造商的下游产品列入到有

3 2005年5月，博通公司向ITC申请涉及某些基带处理芯片的337调查。博通诉称高通公司制造的某些基带处理芯片侵犯了其所拥有的专利权。博通知道绝大部分的芯片都已在海外被其他下游制造商安装入手机或其他装置后进口到美国，但博通考虑到相关下游制造商是自己的客户或其他因素，所以仅将高通列为被申请人。在救济阶段，几家下游手机制造商和美国移动运营商主动要求介入芯片337调查。2007年6月19日，ITC认定高通侵犯了博通的一项专利，并针对高通的侵权芯片以及包含了该侵权芯片的下游产品如手机等发布了有限排除令，不论其生产商是谁。该有限排除令对京瓷无线公司（Kyocera Wireless Corporation）等手机制造商及美国的电信运营商产生了负面影响，因此，高通、未被列为芯片337调查被申请人的京瓷无线公司及其他相关方共同向美国联邦上诉法院提起了上诉，诉称ITC此项裁决超越了其权限范围。经过审理，美国联邦上诉法院于2008年10月14日做出判决，认定“ITC无权针对未被列为被申请人的下游产品发布有限排除令”，撤消了有限排除令并将该案件发回ITC重新审理。

限排除令中，因此，为了寻求下游产品排除令，通常作为申请人的国外企业在诉讼策略方面发生了如下变化：

(1) 请求ITC颁布普遍排除令；以及(2) 将更多公司列为被申请人。这意味着更多的处于产业链中下游任何一环的中国企业可能会被列为被申请人。随着更多的下游生产商或进口商被牵涉进来，包括ITC和申请人在内的各方337调查的成本将大大增加。此外，若申请人更多地选择普遍排除令，由于可能需要同时满足美国的各种测试规则及其他法定要求，证明难度将加大，申请人的成本也将相应的增加；对于ITC来说，其将要解决更多的问题

(如公共利益因素的审查)，除了增加调查成本之外，这将有可能使337调查的期限拖得更长。

在这个背景和趋势之下，本案对于处于全球业务垂直整合链条中处于中游或者下游的中国企业来说具有借鉴意义。中国企业在某个领域的产业链中往往处于中游或者下游。越来越多的企业因为使用他人制造的产品而被指控为间接侵权，因此被卷入美国337调查中。因此，即使企业并没有使用侵权技术或者生产侵权产品，也要谨防自己被卷入相关的供应商涉嫌的侵权调查案中。企业事先应采取一系列措施以防范知识产权侵权的法律风险。



冉瑞雪律师是君合律师事务所北京办公室合伙人。冉瑞雪律师毕业于中国政法大学，获国际经济法专业学士及硕士学位，后在美国乔治·华盛顿大学法学院获知识产权法专业硕士学位。

冉瑞雪律师是中国以及美国纽约州执业律师，主要为外国公司在中国的业务以及中国公司在海外的业务提供法律支持，尤其专于美国337调查(与贸易有关的知识产权)和知识产权领域，擅长帮助中国企业解决在全球的知识产权争议，是美国337调查中国法律服务市场的开拓者，目前代理337调查最多的中国律师之一，并代理了多起中国企业在美国联邦巡回上诉法院的上诉案件。

冉瑞雪律师现任中华全国律师协会国际业务委员会委员，是中国人民大学法学院校外兼职法律硕士导师，多次应邀赴美参加美国337调查的研讨并发表讲演，完成商务部课题《美国337调查应诉指南》，并在2004、2005和2011年组织美国337调查国际研讨会，邀请美国国际贸易委员会主席、副主席和首席法官到华巡回讲演。



黄胜律师是君合律师事务所北京办公室律师，主要为国内外客户提供公司和知识产权等方面的法律服务。黄胜律师曾代表多家中国企业参与了数起美国337调查案件和美国联邦法院的专利诉讼。黄胜律师于2005年7月毕业于中国政法大学，后就读于北京大学法学院，于2007年7月获得国际经济法法学硕士学位。黄胜律师曾在《北大国际法与比较法评论》、China Law & Practice和《君合法律评论》等法律期刊发表多篇文章。



黄璐律师于2005年获得中国政法大学法学学士学位。2007年获得韩国国际法律经营大学法学硕士学位。2009年获得美国乔治华盛顿大学法学硕士学位。黄璐律师是美国纽约州及马里兰州执业律师，并于2008年获得中华人民共和国法律职业资格。黄璐律师目前在君合北京办公室工作，主要业务领域为美国337调查，知识产权及国际贸易。



东城区司法局党组副书记、局长、东城区律协党委书记李利平女士到君合律所作“红色宣讲中共党的十八大体会”培训



东城区司法局党组副书记、局长、东城区律协党委书记李利平女士到君合律所作“红色宣讲中共党的十八大体会”培训



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：上海市南京西路1515号嘉里中心32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：海口市滨海大道南洋大厦1107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：深圳市深南东路5047号深圳发展银行大厦20楼C室
邮编：518001
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20楼2008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