

Jun He Law Review

君合

法律评论

2013 (第二期) WWW.JUNHE.COM

总第二十七期

- 从应对贸易救济调查和贸易壁垒角度谈企业内部控制关键点
- 信托法律监管体系及集合资金信托计划主要业务类型介绍
- 建设工程施工合同签订中的风险及防范
- 深度解析茅台、五粮液“限定最低转售价”案



君合律师事务所与澳洲对外事务及贸易部、中国国际经济贸易仲裁委员会、澳大利亚国际仲裁中心以及澳大利亚Clayton Utz 律师事务所联合举办的“中澳商事争议解决研讨会”

2013年第2期
CONTENTS
目录
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微
编 辑 部：李晓阳 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
 王一婷 肖 一 马 锐
 万 晶 张莘阳
分所通讯员：祖 颜 万 晶
封面设计：赵米乐
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- 3 从应对贸易救济调查和贸易壁垒角度谈企业内部控制关键点
周 勇 肖 烨 张冬梅
- 9 信托法律监管体系及集合资金信托计划主要业务类型介绍 易 芳 赵 冲
- 15 我国天然气行业和城市天然气特许经营项目研究 周文韦华
- 29 中国食品药品及卫生管理体系新动态 令狐铭 张达音 牛婷婷 胡圆圆

法律实务

- 35 中国企业投资非洲及拉美之争议解决的法律与实践
陈鲁明 祁 达 崔文辉 刘啸森
- 43 建设工程施工合同签订中的风险及防范 陈鲁明 崔文辉 刘 一

域外法苑

- 48 国家主权强制抗辩在美国反垄断诉讼中的适用
——中美维生素C案的启示 郝 勇

案例评析

- 52 深度解析茅台、五粮液“限定最低转售价”案 李晓阳 万 兴

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

近期，最高人民法院沈德咏副院长发表一篇《我们应当如何防范冤假错案》的文章，法学界一片叫好，这确实是十年以来充分体现法治精神的好文章，文中宁可错放，不可错判的精神，不仅仅在刑法、刑事诉讼法方面具有积极意义，更是在依法治国和人权保护方面的重大进步。

不过，该文在社会舆论上却是另一番境遇，对于文中所说的赵作海案、张氏叔侄案的承办法官功大于过的说法，被社会媒体有意放大，招致骂声一片。

办了错案还有功？这是一个谁也驳不倒的质疑。只有法律界的人才知道“功大于过”是一句实话，对照聂树斌案就可以看出来，刀下留人是多么大的功德。

宁可错放，不可错判意味着什么？这是对“不枉不纵”的否定。不冤枉一个好人，不放纵一个坏人，这是一种理想状态，但有血有肉的凡人能力所限，是不可能做到的。不枉不纵当口号喊喊可以，但真的当成指导思想，最终就变成了宁枉勿纵的局面。抛弃掉不切实际的口号，坚定贯彻疑罪从无、罪刑法定的原则，这种指导思想的转变将会带来司法制度上的巨大进步。

但是，此文在社会舆论上的恶评如潮，和同期沸沸扬扬的朱令案告诉我们，宁可错放能否被社会公众所接受，也是个难题。普通公众经常自然而然将自己视为好人，而对坏人横眉冷对，但不会想到如果有朝一日自己被权力机关视为坏人时，有没有保护自己权利的手段。

法律人受到的训练是看问题要解读背后的精神。李昌奎案，普通民众看到的是用残忍手段连杀两命的怎能不偿命，而法律人看到是自首从轻的原则要不要维护；刘涌案，普通民众看到的是黑老大如何罪大恶极，而法律人看到的是刑讯逼供的证据能不能采信。

但是这两个案子的结果却表明，无论法律人看得多高、多对、多么地有远见，得不到民意支持，根本无从成事。

无独有偶，最近关于中国梦是否包含宪政成为热门话题，从法律人角度来说，论题本身不值一驳，但不能忽视的是这一话题所引发的社会共鸣。这种共鸣表明，三十年来的发展，法治在中国社会仍然是如此的脆弱，法治精神仍然没有在普通大众的心中扎根和成长。

法治天下不能只是法律人的梦想，只有当它也进入普通民众梦想之中，才有可能梦想成真。

从应对贸易救济调查和贸易壁垒 角度谈企业内部控制的关键点

周 勇 肖 焱 张冬梅

近几年来，随着社会各界对公司治理、企业风险控制以及企业社会责任的日益关注，中国的监管机关逐渐完善了企业内部控制的法律体系，对内部控制执行和披露的要求亦日趋严格。监管的加强，短期内给企业造成了较大的压力，但长期看也为企业的管理升级提供了契机。尤其是国内的出口型制造企业，在当前世界经济低迷震荡，贸易摩擦加剧、贸易保护主义抬头的复杂国际环境下，面临着贸易救济措施、技术性贸易壁垒、进口限制等各类贸易壁垒¹。这些企业如能在内部控制流程的设计和 implement 中，抓住与贸易救济调查和贸易壁垒应对有关的关键点，则将有助于其提升应对复杂贸易形势的能力和竞争力。为此，我们将在下文中系统梳理中外内部控制法律体系的建立和沿革，并在此基础上探讨制造型出口企业在内控体系设置和执行中应注意的关键点。

一、我国内部控制监管法律体系

我国在企业内部控制监管方面，证监会、国资委等部门均发布有相关规定。其中规定最为具体的是2008年5

月财政部会同证监会、审计署、国资委、银监会、保监会（以下简称“五部委”）发布的《企业内部控制基本规范》（以下简称“基本规范”）。2010年4月26日，五部委又发布《企业内部控制配套指引》（以下简称“配套指引”），要求自2011年1月1日起在中国境内外同时上市的公司开始施行，自2012年1月1日起，在上海证券交易所、深圳交易所主板上市的公司开始施行。2012年8月，财政部会同证监会在充分考虑上市公司治理基础、市值规模、业务成熟度、盈利能力等方面差异的情况下，决定在主板上市公司分类分批推进实施企业内部控制规范体系，发布《关于2012年主板上市公司分类分批实施企业内部控制规范体系的通知》。《基本规范》和《配套指引》为解决企业内部管理松弛、控制弱化的问题提供了全面、详实、操作性强的方法与措施。针对对象也不再仅限于央企或上市公司²，其发布标志着我国正逐步形成以《基本规范》为基础，以《配套指引》为补充的，适应我国企业实际情况，并且融合国际先进经验的内部控制标准体系。

《基本规范》明确按照COSO³内部控制理论模型的五个内部控制要素划分，强调内部控制评价应当围绕内

1 据中国商务部统计，仅2012年，中国出口产品共遭受77起贸易救济调查，涉案总金额约277亿美元。其中，反倾销案件57起、反补贴案件9起、保障措施案件9起、特保案件2起。

2 参见《企业内部控制基本规范》第二条：本规范适用于中华人民共和国境内设立的大中型企业。小企业和其他单位可以参照本规范建立与实施内部控制。大中型企业和小企业的划分标准根据国家有关规定执行。

3 美国Committee Of Sponsoring Organizations of the Tread-way Commission，通常被简称为COSO委员会。

部环境、风险评估、控制活动、信息与沟通、内部监督五方面进行。考虑到美国、日本、香港等上市地对上市公司内部控制评价或审计管理的要求，以及国内交易所对上市公司内部控制的要求多数是基于COSO模型衍生而制定的。我国的《基本规范》与目前主要经济体内部控制监管规定保持一致，便于企业通过一次性的内部控制评价工作满足不同监管机构的合规要求，为不同监管机构互相承认内部控制合规结果提供了可能性。

《配套指引》具体包括：《企业内部控制应用指引》（以下简称“应用指引”）、《企业内部控制评价指引》（以下简称“评价指引”）和《企业内部控制审计指引》（以下简称“审计指引”）。

二、基于贸易救济措施和贸易壁垒应对的内部控制关键点

（一）控制环境

根据《基本规范》第5条的规定，内部环境是指企业实施内部控制的基础，一般包括治理结构、机构设置及权责分配、内部审计、人力资源政策、企业文化等。内部环境是推动企业发展的动力，是内部控制的核心和基础。从应对贸易壁垒和贸易救济调查的角度看，在控制环境方面需注意以下关键点：

首先，在公司治理方面，企业要有明晰的产权结构。公司应定期梳理、更新公司的股权结构和关联公司情况，绘制并保存公司股权结构图和关联公司结构图以备公司内部审查和外部监管。

第二，公司应建立健全现代公司治理结构。包括制定健全、完备的公司章程，股东大会、董事会、监事会及各专门委员会议事规则，独立董事工作制度、总经理工作制度等；明确股东大会、董事会、监事会、高级管理人员的职责和权限，形成各司其职、各尽其责、相互协调、相互制衡的法人治理结构。尤其要注意妥善归档保存制定和执行上述制度的文件。

明细的产权以及科学完善的法人治理结构，将直接

有利于企业在应对国外贸易救济措施调查时，证明企业在实际经营中拥有完全独立的经营权，在重大经营决策上不受来自中国政府部门的干预。从而向调查机关申请到市场经济地位或分别税率待遇，而这也是在贸易救济措施调查中获得好结果的第一步。

第三，在公司的组织架构和人力资源政策和管理方面，一方面，要完善符合上述公司治理结构要求的组织结构；另一方面，规范企业高管人员的任免机制，以及劳动用工的招聘、解聘程序和劳动报酬的决定机制等。特别是建议有能力的制造型出口企业，设置专门的贸易救济调查和贸易壁垒应对的部门，或者在综合部门、办公室设专人负责日常与相关政府部门、行业协会以及中介机构的沟通，收集整理主要市场的贸易及政府监管动态、行业和企业信息，建立、维护贸易预警信息系统。一旦发生贸易救济调查，该部门能及时配合律师协调生产、财务、内外销部门从而迅速收集填报有关数据，完成调查问卷，并利用日常积累的行业信息提出有力的抗辩。

第四，在公司的发展战略方面，企业的管理层要制定长期的发展战略，结合自身情况，加强自主创新，必要时通过海外投资拓展海外市场。出口型企业的管理层要特别注意转变经营理念，产品尽可能定位于高质量、高利润、高技术和高端市场，避免因低价遭受贸易救济调查。这既是规避贸易救济调查的根本方法，也有利于企业的长期发展。

（二）风险评估

根据《企业内部控制基本规范》第5条，风险评估是企业及时识别、系统分析经营活动中与实现内部控制目标相关的风险，合理确定风险应对策略。从应对贸易救济调查和贸易壁垒的角度看，风险评估关键点主要是要做到“知己”和“知彼”：

一方面，从“知己”的角度，要结合公司的发展战略和实际情况，重点梳理企业内部生产、销售、财务业务流程中可能存在的风险。建议企业建立出口分市场、分产品的出口信息定期统计、跟踪机制，具体包括出口

产品成本、出口数量、出口销售价格的变动情况、出口产品的价格成本比率以及主要合作进口商、贸易条款、回款情况等。这样一旦某个出口目的国对企业发动贸易救济调查，企业能迅速提取有关于该国出口的相关数据和信息。此外，还要结合内部审计，评估企业会计处理的规范性，尤其是原料采购、产品销售、库存、融资和投资方面相应的成本会计和财务会计资料符合法律和会计准则的规定。如有不符之处，要及时在内部控制评价和内部控制审计中提示风险，监督整改。

另一方面，在“知己”的基础上，企业在风险评估中还要做到“知彼”。这就要求企业定期评估企业各主要出口市场的风险。

从防范和应对贸易救济调查角度，建议关注各个出口市场中同类产品行业和主要生产者的增长率、市场占有率、销售增长率、毛利率、进口国企业存货周转率、开工率等经济和财务指标，因为这些同类产品生产者不仅是企业出口产品在国外市场上的竞争者，当其遇到经营或财务困难时，更可能成为贸易救济调查的申请人。贸易救济调查的一个重要组成部分是损害抗辩和公共利益抗辩，平时注意收集国外该行业、主要企业及其上下游的相关信息，将有助于在应诉前期就提出上述两个抗辩。一旦调查机关认定出口被调查产品对其国内产业不构成损害，或者对被调查产品采取反倾销措施将违背其国内的公共利益，那么实施贸易救济措施的前提也就不存在了。

从防范和应对贸易壁垒角度，在和进口商保持日常沟通的基础上，建议设专人关注中国商务部和地方商务主管机关定期发布的国外贸易投资环境报告、产业预警信息。结合企业自身情况，评估出口市场的技术性壁垒（Technical barriers to trade，以下简称TBT）和绿色壁垒，也就是卫生与植物卫生措施方面（Sanitary and

phytosanitary measures，以下简称SPS措施）可能对企业造成的影响。考虑到美国、欧盟是中国出口企业主要出口市场，监管也较为完备，具有代表性。下文中试以这两个市场为例，简要列举2012年值得注意的贸易壁垒⁴。

1、美国

在TBT方面，建议企业注意：2012年美国消费者委员会出台2008年《消费品安全改进法》的实施措施，涉及耐用婴幼儿产品登记制度、儿童铸模脚踏车中的某些铝合金部件等产品的铅豁免；美国食品药品监督管理局在《食品安全现代化法》的具体实施，涉及修订食品企业记录保存要求；美国能源部还继续修订并出台了多项节能条例，涉及电视机等家电产品的能耗标准调整等。

在SPS措施方面，建议企业注意：2012年美国修改了有关中国木制工艺品、牛肉等若干产品的进口规则，并相继发布了有关杀虫剂许可限量规定、微生物风险评估、禽肉蛋类制品的抽样审批程序以及多种化学物质及添加剂的检定及使用规则等措施。

2、欧盟

在TBT方面，建议企业注意：2012年欧盟发布欧盟能效法规（能源相关产品生态设计ERP指令和新能源标识指令），调整了一系列电子电器产品的能效法规，涉及热水器、空调、灯具等；对电子电气设备发布新WEEE指令；对医疗器械行业发布新ROHS指令；公布6项有关REACH法规的委员会条例，主要是对REACH法规的附件进行修订⁵；发布新化妆品条例；修订玩具安全指令；发布手推车和婴儿车新标准；发布家具表面耐划性以及座椅和沙发床测试标准；纺织品护理标签新标准等。

在SPS措施方面，建议企业注意：2012年欧盟颁布的农产品食品相关的SPS措施，主要涉及对中国出口欧盟米制品的要求；农兽药残留标准的修改；申请批准转基因食品和饲料投放市场相关法规的制定；防止马铃薯

4 详见：商务部发布《国别贸易投资环境报告2013》及《通信设备制造业分册》。

5 REACH是一部整合了欧盟40多部规范性文件的法规，涵盖了欧盟对化学品注册、评估、授权和限制的要求，涉及化学品的生产、贸易和使用安全，同时包含了通报义务和供应链的信息沟通要求。覆盖了欧盟市场上约3万种化工产品以及下游的纺织、轻工、医药、机电等产品，特别是石油、化工及轻纺行业，使得这些行业的原料到最终产品分别纳入注册、评估、授权三个管理监控系统。欧盟希望通过REACH法规，收集到大量可靠数据，通过对化学品用途的风险评估来确定相应的风险管理措施，从而预防性地保证欧盟市场上化学品的安全使用。

跳甲及块茎跳甲的扩散措施的制定；欧盟进口含肉、乳或蛋类品的复合产品卫生证书的修改；食品接触材料相关法律法规的制定以及食品中香料物质名单和措施的制定等。

（三）控制活动

根据《企业内部控制基本规范》第28条，企业应当结合风险评估的结果，通过手工控制与自动控制、预防性控制与发现性控制相结合的方法，运用相应的控制措施，将风险控制在可承受限度内。从应对贸易救济调查和贸易壁垒的角度看，控制活动的关键点如下：

首先，针对贸易壁垒的应对，关键点集中在对上述风险评估阶段对技术性壁垒和绿色壁垒的预警和评估的落实。建议制定预警处理预案，按照预警事项的紧急程度和对企业影响的大小，决定采取企业自身调整经营战略。或者通过商协会联合行业其他企业共同赴出口市场国游说、达成行业自律公约或者出口数量、价格承诺；请求政府商务主管部门和驻外使馆经商参处出面从政府层面展开交涉等。

第二，针对贸易救济措施的应对，关键点在于规范企业的会计程序、保留会计单据完整性和重视企业成本核算。

规范会计程序，目的在于提高会计数据的真实性、准确性和可查阅性。贸易救济调查问卷中会计部分首先都会要求企业提供相关会计准则及会计流程图。建议企业严格规范自身会计财务记账原则，并确保符合国家会计准则要求，否则会让调查机关直接对企业的会计账务产生不信任。对于会计流程图，调查机关主要关注生产和销售环节。关于生产，需要从生产环节着手，包括原材料采购，材料入库、领料、半成品入库、半成品出库、产成品入库和产成品出库。对于每一个环节企业都要确保相关账务明细准确，并要求保留原始单据及会计凭证确保随时可查，例如采购增值税发票、运费发票、保险费发票、出入库单及盘点表等相关单据。如果有进口材料，相关报关单据，海运费发票等单据也需备齐。

关于销售，从产成品出库至收到货款，这则要求企业保留相关销售单据及收款凭证备查。综上，为了更好地应诉贸易救济调查，则要求企业的财务数据间不仅要能够相互勾稽，同时还要与原始发票、合同、会计凭证、日记账、明细账、总账相互核对。因此，企业需要规范业务操作，严格重要凭证和印章的管理，重要空白凭证和印章落实专人管理，做到“票、证、印”三分离，保证账账、账据、账款、账实、账表和内外账相符；完善会计档案的传递与保管制度，做到各项业务都有证可询；建立健全岗位授权管理的制约机制，明确各个岗位的职责与权限，建立分级授权以及转授权制度，对报销、资金调度等财务权限实行适当限制；严格岗位控制，分散部门职责权力，把过去一个部门办的事分散到两个或多个部门办理，严格执行决策权、监督权、执行权的分离制度，实现职能间相互制约机制；加强会计控制，严格按照《会计法》的要求，严肃会计结算纪律，保证会计工作的独立性和财务会计信息的真实性。

重视企业成本核算，在反倾销调查中无论是否取得市场经济地位待遇，调查机关都会要求企业填报相关成本数据。但是对于两种情况的填报重点略有差异。市场经济地位的答卷中的成本主要用于低于成本测试，这时企业只要确保所填报数据能快速勾稽到会计报表和审计报告，以及尽可能多的内销价格是高于其生产成本的即可。非市场经济地位答卷的成本主要用于计算正常价值，直接影响倾销幅度，相对地，调查机关在查证时也查得更仔细，并且往往会由于数据的不合理性直接给予部分或全部惩罚税率，所以这就要求企业的会计数据不仅要与相关支持文件相对应，而且还要合理。因此，企业如能在日常生产经营中重视成本的控制，就能更从容面对贸易救济调查。成本核算涉及材料费用的归集和分配、工资和福利费的归集和分配、制造费用的归集和分配等。成本核算如果是按产品进行，那么注意相同原材料、人工、制造费用在不同产品之间分摊的合理性，通常企业都会设定一定的分摊系数，但是很多情况下，由于企业设定的分摊系数不合理而被调查机关认为有成本转嫁嫌疑，进而给了部分惩罚税率。实际案例中，有些

企业为了简单方便，有时候将某种共用材料的成本不进行分摊而是直接放在某种产品下，调查机关认为企业成本不真实，存在成本瞒报，因而直接给予惩罚性税率。也有些企业采用标准成本核算，如果是此种情况，则须注意标准成本与实际成本差异的分摊。

（四）信息与沟通

根据《企业内部控制基本规范》第5条，信息与沟通是企业及时、准确地收集、传递与内部控制相关的信息，确保信息在企业内部、企业与外部之间进行有效的沟通。从贸易救济调查和贸易壁垒的应对角度看，这部分的关键点在于内部信息的沟通和外部信息的沟通以及应用管理信息系统（Enterprise Resource Planning，简称ERP系统）。

首先，重视内部信息的沟通。企业应重视管理部门、销售部门、各生产车间的沟通协调；收集、整合产品成本信息、内销和外销价格以及进口国同类产品的价格信息，并及时传递给生产和销售部门，使他们根据这些信息来制定产品的出口价格，尽可能保证出口价格不低于测算出的正常价值，从而避免因价格问题使进口国发起贸易救济调查。

其次，加强外部信息沟通。这些外部信息包括相关法律法规、国家经济形势、客户和供应商的信息以及竞争对手的信息。在应对贸易救济调查过程中，企业还要加强与商务部公平贸易局、地方商务主管部门、行业协会的沟通，充分利用我国应对贸易救济措施的“四体联动”机制，借助政府外交、行业价格承诺谈判、损害抗辩上的合作等机制，确定最有利的应诉策略，将企业风险降到最低。

最后，应用ERP系统。建立一整套集生产、销售、物流、财务、管理为一体的管理信息系统，既可以提高企业现代化管理水平，提高公司内部沟通效率，同时对贸易救济调查应对也大有裨益。由于国外已普遍采用ERP系统替代手工帐，因此调查机关负责核查的调查官员更熟悉ERP系统，并且更信任该系统提供的数据。不

仅如此，使用ERP系统，也会便利企业应诉中数据的调取、统计和核对，为企业应诉争取宝贵的时间，同时保证提交数据的质量。

（五）监测

根据《企业内部控制基本规范》第5条，内部监督是企业对内部控制建立与实施情况进行监督检查，评价内部控制的有效性，发现内部控制的缺陷，并及时加以改进的过程。

完善内部审计监督制度，建议企业在董事会下设立审计委员会。由审计委员会负责审查企业内部控制，监督内部控制的有效实施和内部控制的自我评价情况，协调内部控制审计及其他相关事宜。由审计委员会领导内部审计部门，制定内部审计工作程序。内部审计部门独立客观地对公司经营活动、财务收支、重大关联交易行为和内部控制制度执行情况进行定期和不定期的审计，以充分确定内部控制制度是否得到有效遵循。此外，要对监督检查中发现的内部控制缺陷，按照内部审计工作程序进行报告；对监督检查中发现的内部控制重大缺陷及时向审计委员会报告，以便公司采取各种措施及时纠正控制运行中的偏差。内部审计有助于企业财务会计工作良性运行。它是对内部会计控制制度的再监督、再控制，促进企业不断完善内控制度，堵塞漏洞，做到防查结合，以防为主，从而达到标本兼治。从应对贸易救济调查的角度，内部审计对提高会计信息质量有十分重要的作用，确保了财务数据的可靠性和基础单据凭证的可追溯。

值得注意的是，根据《WTO反倾销协定》和各国反倾销法律规定，企业取得市场经济地位或者单独税率资格的条件之一是要经过“独立审计”。国外贸易救济调查无一例外都要求企业提供至少两年的审计报告。因此，除了做好内部审计，企业应当聘请注册会计师对会计信息进行外部审计，以证明财务会计信息的公允性和合规性，提高成本核算和会计资料的可信度，促使调查机关采信企业提供的资料，从而获得更好的应诉效果。

三、结语

对于出口型制造企业，有效应对贸易救济调查和贸易壁垒对其生存和发展具有重要意义。在传统的“四体联动”应对机制基础上，企业亦可通过完善公司治理和内控流程来预防和提升应诉的主动性，既能提升企业内部管理水平，又能在应诉时起到事半功倍的效果。



周勇律师的执业领域和专业经验集中在国际贸易法、竞争法以及技术性贸易规章（环境法）。

周律师自1997年中国第一起反倾销案件以来长期从事反倾销和WTO法律工作，对于国内外反倾销法和贸易救济制度有深入的研究，是中国最早从事反倾销申诉和应诉工作的律师之一。至今，周律师已经在超过九十起贸易救济案件中代表上百家中外企业应诉全球主要市场的调查程序，案件类型包括反倾销调查、反补贴调查、保障措施调查和美国337知识产权调查；处理的法律程序所从属的管辖权国家和地区包括中国、美国、欧盟、加拿大、澳大利亚、印度、土耳其、南非、埃及、印尼、韩国以及拉美地区等，涉及的产品有钢铁、化工、轻工、机电、纺织、土畜等各类。

周律师亦经常为国内外商业机构和政府部门就有关国际贸易/海关法、反垄断/竞争法和环境法/技术性政府规章（如欧盟的REACH法规）提供咨询意见。在律师实务工作之余，周律师还不时撰写并出版上述领域的专业文章和著作，并在国内外各种学术研讨会上发表专业演讲。

周律师曾被国际知名的律师评级机构《亚太法律500家》评为“国际贸易法和技术性政府规章领域的推荐律师”。

周律师毕业于中国对外经济贸易大学，并先后获得经济学学士和法学硕士学位。

周律师现为中华全国律师协会会员，北京市律师协会反倾销与WTO专业委员会委员。

周律师的工作语言为中文和英文。



肖焯律师2006年毕业于北京大学法学院法学专业，获得法学学士学位。

肖焯律师在加入君合前，曾在中国商务部直属的中国食品土畜进出口商会法律部工作五年，主要负责国外反倾销和337调查的应诉协调工作，并多次参与政府交涉和行业交流活动，与国内有关政府主管部门、各相关商会及其它行业组织建立了良好的工作关系。

肖焯律师在向食品、农产品、钢铁、化工、造纸等行业中外客户提供贸易法律咨询、贸易救济应诉辅导等方面具有较为丰富经验。

肖焯律师可以英文提供法律服务。

肖焯律师现为中华全国律师协会会员。



张冬梅律师于2006年毕业于中国人民大学，获管理学硕士学位。

张冬梅迄今为止已从事近7年的国际贸易法律服务，尤其在贸易救济方面具有相当丰富的经验。曾参与钢铁制品、汽车配件、化工产品、日用产品、纸制品等行业的由美国商务部发起的反倾销和反补贴应诉。张冬梅律师还代理相关企业应诉欧盟、印度、南非和巴西等国提起的双反案件。同时，张冬梅还代理欧美等著名企业参与应诉中国商务部提起的反倾销案件。

信托法律监管体系及集合资金信托计划主要业务类型介绍

易芳 赵冲

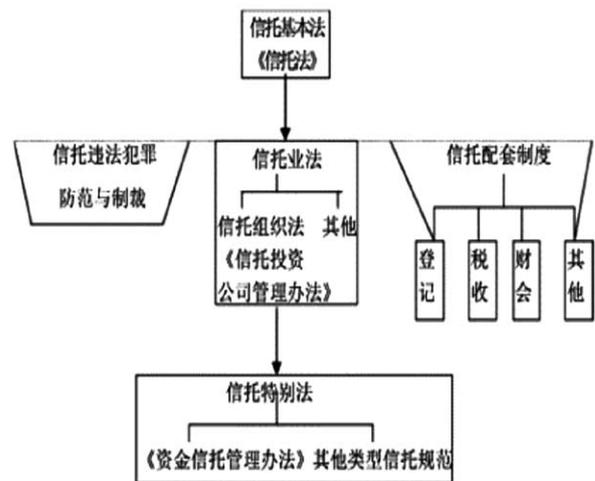
2012年信托业全行业信托资产规模继续保持一个持续高速增长的态势，再次实现历史性跃升。截至2012年末，中国信托业资产规模已超过7万亿元，达到历史新高，延续了2011年全行业信托资产规模爆发性增长的惯性，我国信托业已经跃升为中国仅次于商业银行业的第二大资产规模的金融行业¹。

信托业协会公开的官方数据显示，截至2013年第一季度末，信托资产中资金信托（包括集合资金信托、单一资金信托）占比93.79%，管理财产信托占比仅为6.21%²。由此可见，信托公司是严重“偏食”的，资金信托发展远超过非资金信托³。与之相对应，我国目前的信托法律监管体系也是以《信托法》为基本法，以资金信托为中心构建的；我国信托公司较为常见的业务模式也当属发行集合资金信托计划。

本文对我国目前信托业法律构架及监管体系进行梳理，同时对当前实践中较为常见的集合资金信托计划主要业务类型进行介绍如下⁴：

一、信托业法律构架及监管体系

1、信托业法律构架



具体如下：

基本法：

《信托法》2001年

信托业法：

《信托公司管理办法》2007年

信托特别法：

(1) 《中国银行业监督管理委员会关于信托投资

1 http://www.cs.com.cn/xwzx/jr/201301/t20130107_3806451.html

2 <http://www.xtxh.net/sjtj/15547.html>

3 《诺亚研究专题研究报告——家族财富管理面临障碍》

4 作者注：集合资金信托计划种类繁多，因实践需求信托公司也在不断的更新着集合资金信托计划结构，同时受限于篇幅限制，本文仅介绍实践中常见的几种类型的集合资金信托

公司开展集合资金信托业务创新试点有关问题的通知》
2006年

(2) 《信托公司集合资金信托计划管理办法》2007
年(2008年修改)

(3) 《信托公司受托境外理财业务管理暂行办法》
2007年

(4) 《中国银监会办公厅关于调整信托公司受托境
外理财业务境外投资范围的通知》2007年

(5) 《中国银监会办公厅关于信托公司房地产信托
业务风险提示的通知》2010年

(6) 《中国银监会关于加强信托公司结构化信托业
务监管有关问题的通知》2010年

(7) 《信托公司参与股指期货交易业务指引》2011年

(8) 《中国银行业监督管理委员会办公厅关于规范
信托投资公司办理业务中与房地产抵押估价管理有关问
题的通知》2006年

(9) 《中国银行业监督管理委员会关于实施<信托
公司管理办法>和<信托公司集合资金信托计划管理办法>
有关具体事项的通知》2007年

(10) 《中国银行业监督管理委员会关于实施<信托
公司管理办法>和<信托公司集合资金信托计划管理办法>
有关问题的通知》2007年

(11) 《信托公司私人股权投资信托业务操作指
引》2008年

(12) 《中国银监会关于支持信托公司创新发展有
关问题的通知》2009年

信托监管和规范化:

(1) 《信托公司净资本管理办法》2010年

(2) 《中国银监会关于印发信托公司净资本计算标
准有关事项的通知》2011年

(3) 《中国银监会关于印发<银行与信托公司业务
合作指引>的通知》2008年

(4) 《中国银行业监督管理委员会关于进一步加强
信托投资公司内部控制管理有关问题的通知》2004年

(5) 《信托投资公司信息披露管理暂行办法》2005年

(6) 《中国银行业监督管理委员会关于加强信托投

资公司集合资金信托业务项下财产托管和信息披露等有
关问题的通知》2006年

(7) 《信托公司治理指引》2007年

信托配套制度

(1) 《信托业务会计核算办法》2005年

(2) 《中国银行业监督管理委员会办公厅关于规范
信托投资公司信托业务会计核算有关问题的通知》2005年

(3) 《关于项目运营方利用信托资金融资过程中增
值税进项税额抵扣问题的公告》2010年

2、信托监管

信托监管可以分为外部监管和内部监管，外部监管
还可以分为监管机构的监管和行业协会的监管，限于篇
幅限制，本文仅分析监管机构，即银监会，对信托业的
监管。

2.1 对信托公司的监管

(1) 信托公司设立与运行

《信托公司管理办法》对信托公司的设立、变更和
终止，信托公司经营范围，信托公司经营规则以及对信
托公司的监督管理等事宜做了全面的规定，具体如下：

信托公司的设立需满足最低注册资本3亿人民币的
要求；信托公司的经营范围包括固有业务和信托业务，
固有业务是以自有资本从事的业务，如企业资产的重
组、购并及项目融资、公司理财、财务顾问等业务，信
托业务包括资金、动产、不动产、有价证券和其他权利/
财产的信托；信托财产的管理和运用方式限于投资、出
售、存放同业、买入返售、租赁、贷款等方式，不得以
拆放同业和卖出回购的方式进行；信托公司应当向委托
人充分披露信息和提示风险；信托公司应当建立以股东
(大)会、董事会、监事会、高级管理层等公司制的组
织架构；等等不一而足。

(2) 信托公司净资本和风险资本管理

2010年银监会连续出台了《信托公司净资本管理办
法》和《中国银监会关于印发信托公司净资本计算标准
有关事项的通知》，对信托公司的净资本和风险资本比

例提出了明确的要求，作为信托公司的风险控制指标，上述规定要求信托公司净资本不得低于人民币2亿元，净资本不得低于各项风险资本之和的100%，并且净资本不得低于净资产的40%。

(3) 对信托公司的监管评级

2010年银监会向各信托公司发布了《信托公司监管评级与分类监管指引》，对各个信托公司进行监管评级，评级的要素包括公司治理、内部控制、合规管理、资产管理和盈利能力等五个方面。综合评级根据各要素的重要性和级别情况确定为1-6级，每个级别分别设A、B、C三档。评级的结果将作为衡量信托公司风险程度的主要依据和监管机构监管方向和措施的主要依据。具体而言，1-2级别的信托公司将受到较少监管，并鼓励其进入新的市场及推出新的服务。6级的信托公司则必须进行重组，5级信托公司必须每季度开展银监会要求的达标工作，其业务范围高度受限。例如，《信托公司参与股指期货交易业务指引》就规定，最近年度监管评级达到3C级（含）以上的信托公司才有资格参与股指期货交易业务。

2.2 对信托业务的监管

除了对信托公司的监管以外，银监会针对几大主要的信托业务均出台了相应的管理办法或指引。例如：

(1) 《信托公司集合资金信托计划管理办法》对集合资金信托计划的设立、投资者资格、信托计划的推介、信托文件、信托财产保管、信托财产的运营和管理方式的限制以及信托计划的终止和清算等都做出了详细规定。

(2) 《中国银监会办公厅关于信托公司房地产信托业务风险提示的通知》要求房地产开发项目信托满足“四证”齐全、开发商或其控股股东具备二级资质、项目资本金比例达到国家最低要求等条件；规定了第一还款来源充足性、可靠性评价；抵质押等担保措施情况及评价；项目到期偿付能力评价及风险处置预案等内容。

(3) 《中国银监会关于加强信托公司结构化信托业务监管有关问题的通知》对劣后受益权委托人的资格、证券投资的品种和范围、止损线的设置和逐日盯市制度

进行了规定。

(4) 《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》包含了私人股权投资信托的报告制度、信托的实施、投资退出、第三方投资顾问的条件等方面的规定。

(5) 《信托公司参与股指期货交易业务指引》规定了股指期货交易业务资格的获取、集合信托和单一信托参与股指期货的目的、投资者的审慎选择、合作期货公司的条件、投资顾问的条件以及信托公司的禁止性行为等内容。

(6) 《信托公司受托境外理财业务管理暂行办法》和《中国银监会办公厅关于调整信托公司受托境外理财业务境外投资范围的通知》对信托公司作为QDII在境外进行金融产品投资和资产管理的业务资格审批、业务管理、外汇管理和信息披露做出了具体规定。

(7) 《中国银监会关于支持信托公司创新发展有关问题的通知》对信托公司以固有资产投资股权投资业务和私人股权投资业务，以及信托公司对房地产项目发放贷款做出了具体规定。

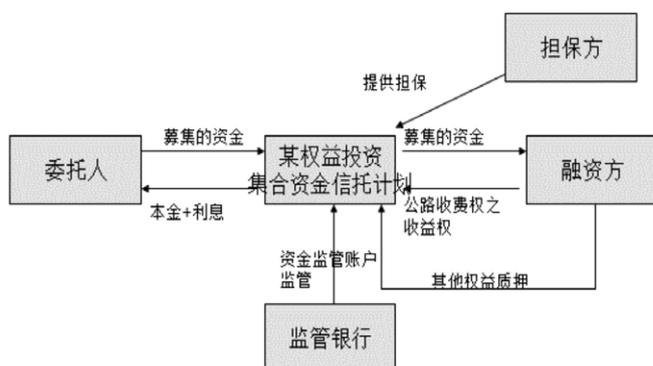
二、集合资金信托计划主要业务类型

本文就信托贷款、私人股权信托、权益类信托、证券投资信托四种常见的集合资金信托计划的业务类型简要介绍如下：

1、信托贷款

1.1 业务描述

信托贷款是指受托人接受委托人的委托，将委托人存入的资金，按其（或信托计划中）指定的对象、用途、期限、利率与金额等发放贷款，并负责到期收回贷款本息的一项金融业务。委托人在发放贷款的对象、用途等方面有充分的自主权，同时又可利用信托公司在企业资质与资金管理方面的优势，增加资金的安全性，提高资金的使用效率。贷款信托的收益是封顶的，来源于贷款利息，利息执行中国人民银行的利息标准。



欲搭建上述结构，各方主体需签署的法律文件如下：

- (1) 投资者与信托公司之间的信托合同
- (2) 信托公司与被投资公司之间的权益转让/收购协议
- (3) 融资方将其拥有的其他收费权质押的权利质押协议
- (4) 第三方提供连带保证责任的保证合同
- (5) 信托公司与商业银行间的保管协议
- (6) 融资方、监管银行、信托公司签订的资金监管协议

4、证券投资信托

4.1 业务描述

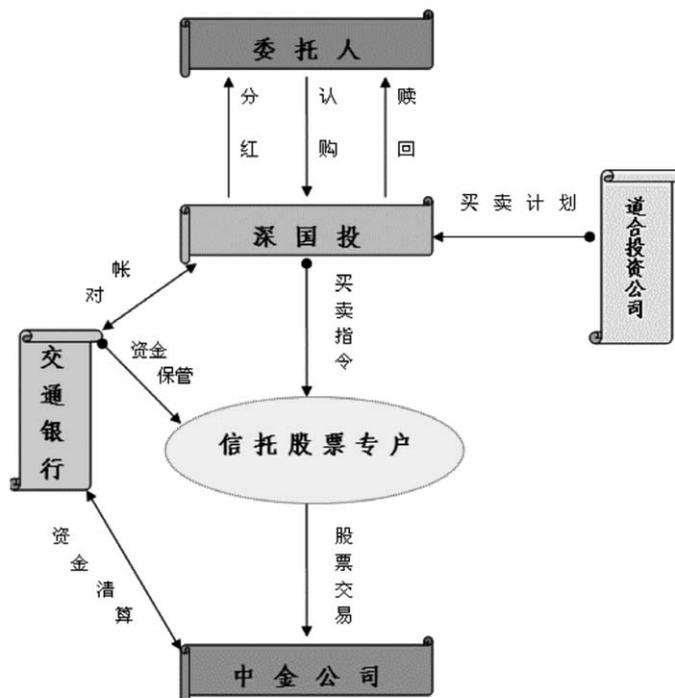
《信托公司证券投资信托业务操作指引》中规定，证券投资信托业务是指信托公司将集合信托计划或者单独管理的信托产品项下资金投资于依法公开发行并在符合法律规定的交易场所公开交易的证券的经营行为。

但是，2012年7月6日《关于首次公开发行股票询价对象及配售对象备案工作有关事项的通知》载明，从通知发布之日起，停止受理一级债券型证券投资基金和集合信托计划成为新股配售对象的备案申请，并停止已完成备案的一级债券型证券投资基金和集合信托计划的新股配售对象资格。这意味着，一级债基和集合信托计划

基本告别“打新股”的舞台⁶。

4.2 交易结构

第一只证券投资信托产品是2004年2月深圳国际信托投资公司推出的一只名叫“赤子之心”的证券投资集合资金信托计划。其结构如下：



欲搭建上述结构，各方主体需签署的法律文件如下：

- (1) 投资人与信托公司间的信托合同
- (2) 信托公司与券商间的证券买卖合同
- (3) 信托公司与银行间的保管合同
- (4) 信托公司与基金公司间的投资顾问合同

4.3 证券投资信托计划的特点

因证券投资信托投资于证券市场，与一般的集合资金信托计划相比区别较大，故有必要介绍证券投资计划之如下特点⁷：

- (1) 购买门槛较高。仅对合格的机构和个人投资者私募发行；同时，其起点金额较高，每份投资一般不少于100万人民币。

5 <http://www.gudingshouyi.com/baike/4408.html>

6 <http://bank.cnfol.com/120712/136,1397,12759682,00.shtml>

7 http://blog.sina.com.cn/s/blog_77f02f8a0100pf98.html

(2) 当证券投资信托计划产生盈利时投资顾问会提取其中的20%作为超额回报。但该超额业绩费只有在私募基金净值每次创出新高后才可以提取。

(3) 追求绝对正收益。投资顾问的利益和投资者的利益较为一致，主要原因是证券投资信托计划的固定管理费很少，主要依靠超额业绩费生存发展，而超额业绩费是在净值每次创出新高后才可提取的。因此，只有投资者赚到钱，私募才能赚到钱。由于证券投资信托计划需要追求绝对的正收益，故其对风险的控制相对严格。

(4) 股票的投资比例灵活。在0-100%之间，可称之为“全天候”的产品，可以通过灵活的仓位选择部分或全部规避市场的系统性风险。

(5) 操作灵活。目前单支证券投资信托计划规模通常在几千万至几个亿，同时对行业集中度、持股集中度的要求远较公募宽松。相对于公募，其总金额比较小，操作空间大，可以集中持仓一两个行业，及5、6只股票，更有利于证券投资信托计划主动管理能力的发挥。

(6) 流动性有限制，一般有6-12月封闭期。证券投资信托计划多有6到12个月的封闭期，客户在封闭期中赎回受到限制或需要交纳3%左右的赎回费，但之后通常可免费赎回。封闭期起始日自证券投资信托计划成立日开始起算。

三、结语

中国人民大学信托与基金研究所执行所长邢成对2012年信托公司行业的发展状况的概括评价为：新理念不断更新、新产品层出不穷、新业务不断涌现、新模式不断建立⁸。但任何新理念、新产品的出现均应以合法合规为前提，并在既存信托业务结构上延伸和发展。依据《信托公司集合资金信托计划管理办法》及有关规定，律师事务所应就信托计划之内容和形式的合法性发表意见，从事信托业务的律师有机遇也有责任与信托公司共同发展新理念、设计新产品，以推进信托业务在合法合规的前提下健康发展。



易芳律师为华东政法学院法学学士，后进修于清华大学法学院民商法研究生班，现为君合律师事务所合伙人。

易芳律师在基础设施发展和能源、银行金融领域拥有丰富法律服务经验，其客户包括国有大型企业，私人企业集团和跨国公司在华投资企业，涵盖银行、矿产、水电及天然气等行业。其负责承办数个国家及地区重点建设项目，包括“西气东输”（获“2004年度中国最佳项目大奖”中的“基础设施建设”、“能源及资源”两个大奖提名）、沪天然气供应及液化天然气接收终端建设项目、上海临港燃机电厂工程建设及重型装备制造基地项目、长兴岛风电特许经营权项目、青草沙水库风力发电工程等。除此以外还为多家外资银行在华银团贷款、项目融资、合规经营和不良资产处置提供法律服务。

易芳律师曾获“沪优秀女律师”及“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”，2010年度被IFLR和Legal 500评选为锦天城银行金融领域领先律师。

易芳律师出版法学著作《并购法律环境与实务操作》，发表论文《从两起并购案例总结律师操作并购项目的经验和心得》、《律师如何为国家重点项目提供法律服务》。



2012年2月，赵冲律师正式加入君合律师事务所，并专注于银行与金融、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。

赵冲律师的教育经历如下：

法学硕士，德国马丁路德大学 2009

法学学士，西南政法大学，2008

经济学学士，西南政法大学，2008

我国天然气行业和城市天然气特许经营项目研究

周文韦华

前言

天然气是一种多组分的混合气态化石燃料。与一般的煤炭、石油等化石燃料不同，天然气是一种清洁能源。自本世纪初开始，增强天然气的生产、进口和利用成为我国新世纪以来能源改革的重点。

最近一个阶段，中央密集发布了一系列与“十二五”期间天然气发展有关的能源发展规划，包括《节能减排“十二五”规划》、《能源发展“十二五”规划》、《天然气发展“十二五”规划》、《城市燃气发展“十二五”规划》、《天然气利用政策》（2012年版）等，连同年初发布的《页岩气发展规划（2011-2015）》等，更进一步提出了“十二五”期间天然气产量、供应能力、一次能源消费占比翻倍，加强民用天然气事业建设，以及积极促进开发页岩气等政策目标。

“十二五”期间，我国天然气行业将迎来爆发性的黄金发展机遇。而对于律师、特别是以公用事业和基础设施法律服务为主要执业领域的律师而言，熟悉我国天然气行业的发展现状、产业特征、利益格局，了解天然气行业存在的问题及其成因，成为律师积极参与天然气

行业的法律市场开拓的重要基础。

一、天然气在我国能源产业中的重要地位和发展前景

（一）我国天然气的供需格局

1、概况

中国是一个“富煤、贫油、缺气”的国家。体现在一次能源消费结构中，自1978年至2009年，我国的煤炭使用占总能源消费比重基本保持在70%以上，余下约20%的能源使用来自石油，而天然气的消费比重一直在2%至4%之间徘徊¹。

但在最近3年，受节能减排形势和进口天然气（管道天然气和LNG）大幅度增长等因素的影响，我国天然气的生产、进口和使用迎来了一个大规模地爆发性增长，在2010年，我国天然气的表观消费量首次超过生产量，从天然气生产国变为天然气净进口国，占据一次能源的消费比重大幅提升至4.4%；2011年，我国天然气的消费量进一步大幅增长，而占据一次能源的消费比重也进一

1 IEA(“Oil & Gas Emergency Policy - China 2012 Update”，第4页，国际能源署(IEA)，网址：http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/China_2012-1.pdf。

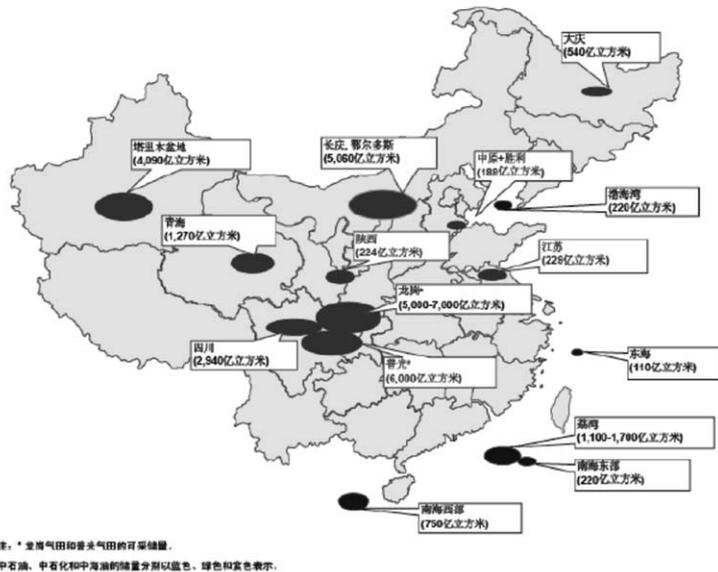
步提升至4.6%²；而2012年，我国天然气表观消费量达到1471亿立方米，比2011年上升了13%，其中又尤以进口增长显著，增量为31.1%，达到了425亿立方米³。

2、我国天然气生产、运输、进口和消费分布

我国天然气资源的分布不均衡，天然气资源生产和消费的逆向分布格局凸显。为解决东南沿海的经济发达地区难于用气的困局，中央确立了“西部油气东输、东北油气南送、海上油气登陆”的原则，“十五”和“十一五”期间，大力加强天然气长输主干管网、中转枢纽和战略初步设施的投资建设，增加必要的复线和重点联络线，围绕海外LNG天然气接收站进行外围管网建设，“以线带面”，逐步形成了川渝地区、环渤海地区、长江三角洲地区、中南地区和华南地区的区域性管网和天然气重点消费区域，体现出了非常突出的天然气消费区由内陆天然气产区向东南沿海的经济发达地区过渡的趋势⁴。

我国天然气生产、运输和消费分布情况以下各图所示：

图1：我国天然气储备情况暨主要气田分布图⁵



注：^{*} 全国气田和普光气田的可采储量。
中石油、中石化和中海油的储量分别以紫色、绿色和蓝色表示。

注：上图中，中石油、中石化和中海油的储量分别以紫色、绿色和蓝色表示。

图2：我国主要天然气管道分布图⁶



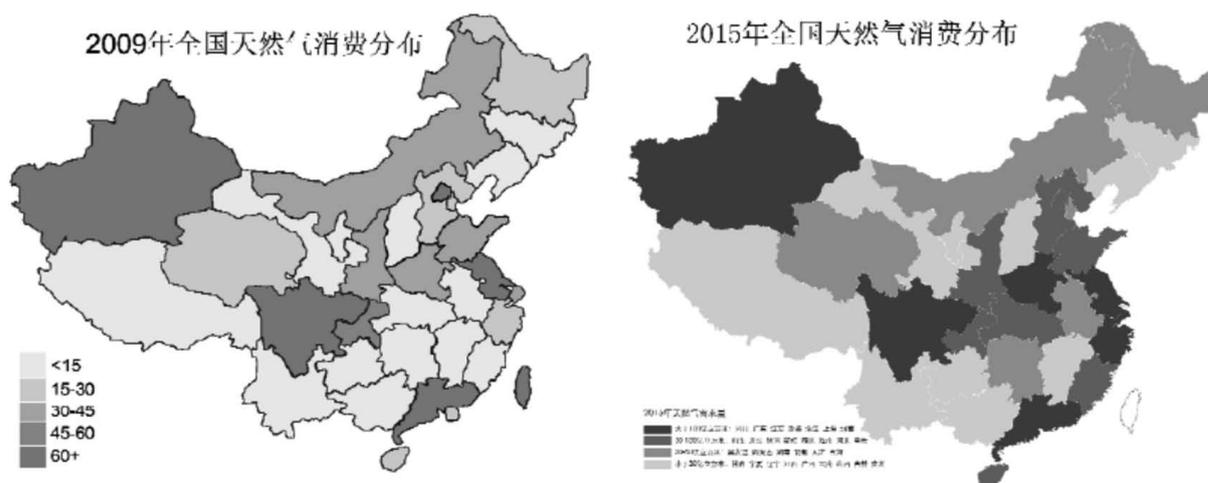
2 《天然气“十二五”规划获批准管道建设、煤制气是明年工作重点》，《第一财经日报》2012年10月29日第3版，网址：<http://newspaper.hwebook.cn/detail.html?id=shdycjrb/dycjrb/20121029/1cc883d5-1e7e-4fc4-b098-02a03af832f1>。

3 中国石化新闻网：http://www.sinopecnews.com.cn/info/content/2013-01/29/content_1258448.shtml。

4 与2000年相比，华东地区天然气消费占全国消费比例为1.18%，到2010年迅速增长至13.73%，涨幅为12.55%，成为上涨最快的地区；紧随其后的是华南地区，从2.85%上升至12.26%，涨幅为9.41%。而天然气产量重地——西南地区，从43.70%的份额滑落至19.11%，跌幅为24.59%，成为下跌最快的地区。息旺能源，《中国天然气市场年报2010-2011》，2011年2月，第8页。

5 国泰君安证券，《天然气行业专题报告之一：天然气的生产与消费进入快速发展阶段》，2009年，第14页，图7。

6 同上，第18页，图14。

图3：我国LNG建设规划图⁷图4：我国天然气消费地域分布示意图⁸

3、天然气消费结构的变化

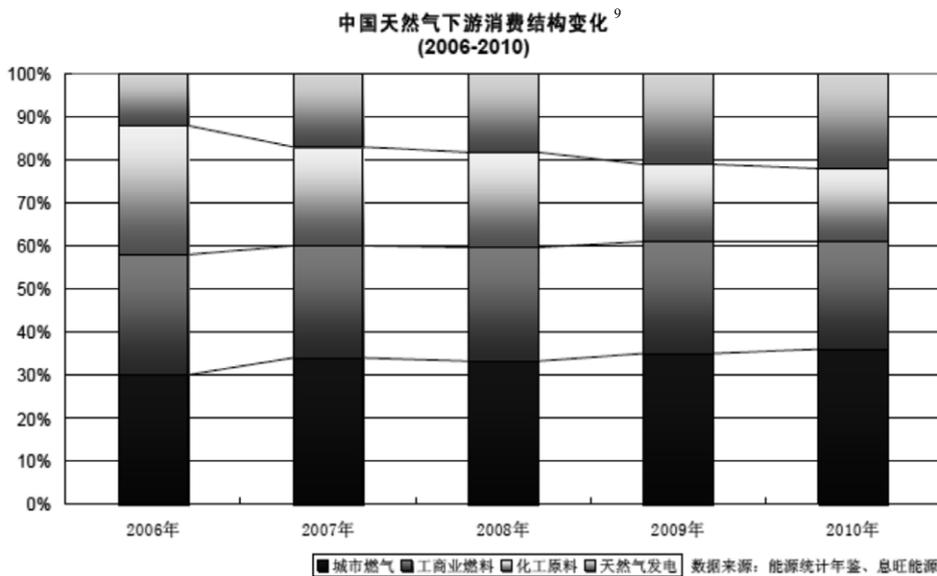
增加天然气消费是我国能源结构改革的重点之一。针对我国天然气资源的有限性，国家发展改革委员会分别于2007年和2012年颁布修订的《天然气利用政策》，确定优先发展城市燃气用天然气、保证城市燃气用气气源的思路，明确天然气热电联产项目为优先发展项目；

对天然气作为工业原料制造甲醇、合成氨等项目则予以限制乃至禁止，削减天然气在工商业燃料和化工原料方面的使用。体现在消费层面，自2006年开始，我国天然气的消费结构中城市燃气和发电领域的用量逐年上升，而用于工商业燃料和化工原料方面的天然气用量则呈逐年下降的态势。

7 周志斌、周怡沛《中国天然气产业链协调发展的基础、前景与策略》，《天然气工业》2009年第29卷第2期，第3页。

8 国民信托：《天然气行业研究报告》，2010年10月24日，第17页，图15和图16。

图5：我国天然气消费结构的变化（2006年-2010年）



（二）我国天然气行业的发展前景和发展趋势

“十二五”期间，我国天然气产业发展的目标和主要任务包括：

- 促进天然气产量快速增长，推进煤层气、页岩气等非常规油气资源的勘探、开发和利用，增加国内气源供应；

- 加强油气战略进口通道（跨国管网和LNG接收站、LNG运输船等）、国内主干管网、城市配网和储备库建设，提供天然气跨区域输配能力；

- 进一步推广和加强天然气作为清洁能源和替代性能源的适用范围，用气普及率进一步提高，目标是在2015年，我国天然气消费量达到2300亿立方米左右，供应能力将超过2600亿立方米，天然气在我国一次能源的消费比重提高至7.5%。

在国家规划2015年的天然气生产量、消费量和一次能源消费占比预计将比2011年翻倍的情况下，我国天然气行业将在“十二五”期间迎来黄金发展机遇，特别是在我国将居民用气、公共服务用气在内的城市燃气作为天然气利用的优先发展重点的背景下¹⁰，网络化的天然气

9 息旺能源，《中国天然气市场年报2010-2011》，2011年2月，第9页。

10 国家发展改革委于2012年10月14日发布的《天然气利用政策》（发展改革委令15号）对于我国天然气行业发展的优先发展顺序作出了如下规定：“二、天然气利用领域和顺序

（一）天然气利用领域

根据不同用气特点，天然气用户分为城市燃气、工业燃料、天然气发电、天然气化工和其他用户。

（二）天然气利用顺序

综合考虑天然气利用的社会效益、环境效益和经济效益以及不同用户的用气特点等各方面因素，天然气用户分为优先类、允许类、限制类和禁止类。

第一类：优先类

城市燃气：

1、城镇（尤其是大中城市）居民炊事、生活热水等用气；

2、公共服务设施（机场、政府机关、职工食堂、幼儿园、学校、医院、宾馆、酒店、餐饮业、商场、写字楼、火车站、福利院、养老院、港口、码头客运站、汽车客运站等）用气；

3、天然气汽车（尤其是双燃料及液化天然气汽车），包括城市公交车、出租车、物流配送车、载客汽车、环卫车和载货汽车等以天然气为燃料的运输车辆。

4、集中式采暖用户（指中心城区、新区的中心地带）；

5、燃气空调；……”

管网的投资建设将是未来5-10年内，中国天然气行业投资、建设的重中之重。

二、天然气行业的产业链和价格形成机制

(一) 天然气行业的产业链

1、概述

就我国天然气行业而言，其产业链条总体上可划分为上游生产、中游输送及下游分销三个环节。其中：

- 上游环节——天然气气田；
- 中游环节——长输管网、船运等运输形式¹¹；
- 下游环节——城市及工业燃气的输配管网，这一领域国有和私营公司共存，以地方政府下属的国有城市燃气企业为主。

我国陆上气化天然气管道项目和进口LNG项目的产业链，请详见下文图6和图7。

2、上下游产业环节的运作模式

为确保天然气气源供应的持续性和稳定性，特别是在进口天然气行业，通常掌握中游环节的天然气进口商会与天然气生产商签订20年或更长时间的“照付不议”合同，锁定价格、锁定供应，从而确保（1）进口天然气供应链中，上游的勘探开发、液化工厂的投资建设，（2）中游天然气运输，以及（3）下游接收终端的供应。从而在进口天然气行业内部建立一种上、中游之间相互信任、相互负责和共担风险的利益风险分担机制。

而根据2007年和2012年的《天然气利用政策》的有

关规定，就下游用气项目，必须坚持以产定需，所有新建天然气利用项目(包括优先类)申报核准时必须落实气源，并签订购气合同；已用气项目供用气双方也要有合同保障¹²。

(二) 我国天然气的价格形成机制

1、天然气的价格构成

天然气的价格可从广义和狭义两个角度区分。

1.1 终端销售价（狭义）

在面向社会公众的天然气终端销售领域，天然气的终端销售价比较具有代表性的为实行“两部制”的收费体制。天然气企业向终端用户收取的燃气费（终端销售价）分为：容量费、气量费。其中：

- “容量费”——指终端用户对燃气企业投入固定资产成本的补偿分摊，包括市政管网、生产性用房折旧费等，容量费按终端用户的容量气价、使用年限、用气量计算。

我国许多地区的燃气企业以“初装费”、“接驳费”等名义向终端用户收取的有关费用相当于燃气企业一次性收取固定资产折旧费。

- “气量费”——指终端用户对燃气企业运营成本（期间费用）的补偿，包括气源价（门站价）、市政管网和生产性用房以外的固定资产折旧费、经营费用、利润、税金等。即为用户每月按气量气价和实际用量计付的燃气费。

1.2 从产业链条上划分，终端销售价由下述三者构

11 进口天然气的运输形式主要包括（1）LNG运输，由于中海油在海上运输方面的优势，中海油基本垄断了海上LNG运输线路（船舶运输、海底管道运输），以及（2）管输气，中石油投资控制的内陆管道（“西气东输工程”）。

12 国家发展改革委员会2007年8月31日下发的《关于印发天然气利用政策的通知》(特急 发改能源[2007]2155号)第四条第（三）款：“（三）用气项目管理政策。对已建用气项目，维持供气现状，特别是国家批准建设的化肥项目，应确保长期稳定供应，天然气供应严重短缺而又有条件的地方，项目可实施煤代气改造。在建或已核准的用气项目，若供需双方已签署长期供用气合同，按合同执行；未落实用气来源的应在限定时间内予以落实。新上用气项目一律按本政策执行。天然气产地利用天然气也应严格遵循产业政策。”

国家发展改革委员会于2012年10月14日发布的《天然气利用政策》（发展改革委令15号）第四条第（一）款：“（一）坚持以产定需，所有新建天然气利用项目（包括优先类）申报核准时必须落实气源，并签订购气合同；已用气项目供用气双方也要有合同保障。”

成（广义）：

- 出厂价（井口价）——指天然气生产商向运输商交付其所生产的天然气所收取的费用；
- 运输价——指掌握天然气中游运输网络的运输商所收取的管道运输费、海运费、车运费，以及液化、接收、储存和干管费用等中转费用等；
- 终端输配价——指掌握终端输配网络的燃气公司

就其输配活动，扣除气源价（门站价）而向终端用户收取的输配天然气的价格。

在上述概念体系中，“门站价”这个概念，指天然气运输商在交付点与终端输配商的结算价格，相当于出厂价+运输价¹³。

以陆上汽化天然气管道项目和进口LNG项目为例，其各自的产业链和价格构成如下图所示：

图6：陆上汽化天然气项目的全产业链和价格构成

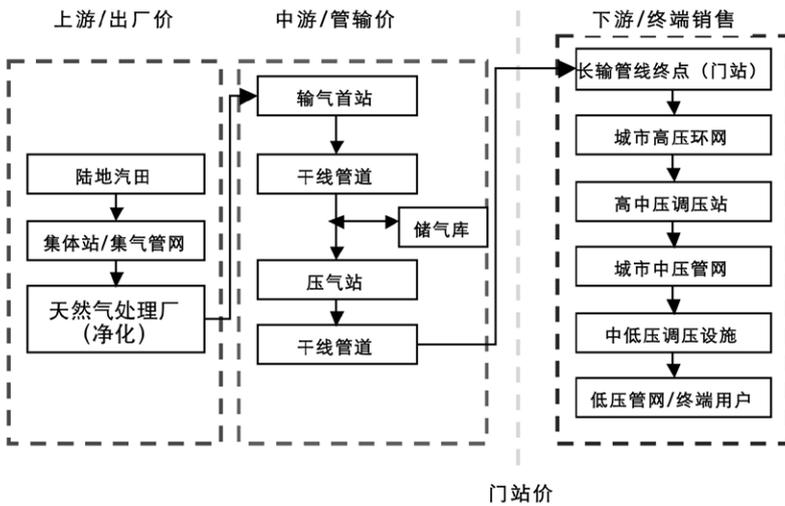
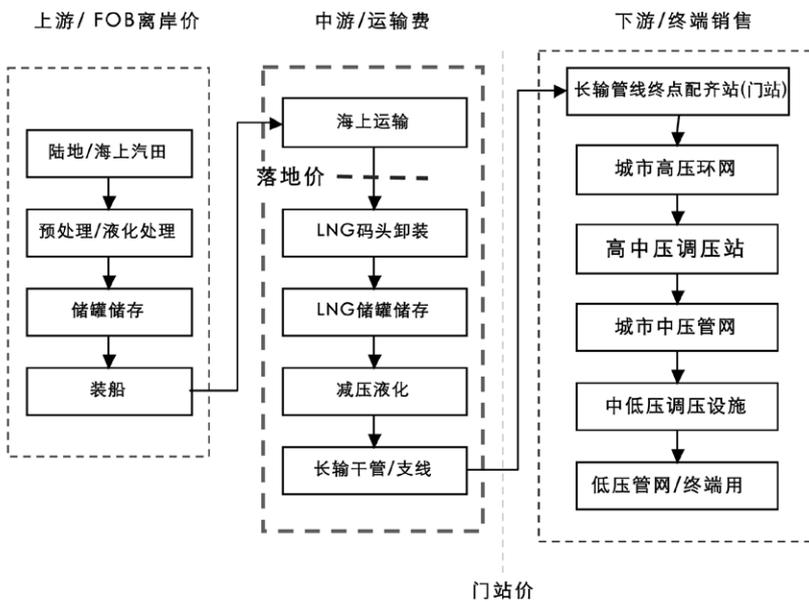


图7：进口LNG项目的全产业链和价格构成



13 广东省物价局于2006年9月27日下发的《广东大鹏公司进口液化天然气门站和用户销售价格作价办法》（粤价[2006]255号）的有关内容,进口LNG的价格构成与一般价格构成相仿。其中,“落地价”这个概念,由FOB离岸价和上陆前的运费等构成。

除上述外，根据用户（用途）类型的不同，我国天然气价格在出厂和终端销售环节，还可分为化肥、直供工业、城市燃气（工业）和除工业之外的城市燃气价格。由国家发展改革委员会和地方发改委根据其各自定价权限，分类确定、调整和适用。

2、我国天然气的价格形成机制

自2011年12月26日国家发改委发布通知，确定在广东省和广西壮族自治区实行天然气价格改革试点之日起，目前我国的天然气价格形成机制可以分为两大类：

- “成本加成法”的传统定价机制
- “市场净回值”的新型定价机制

表1：“成本加成法”和“市场净回值”下的定价权和定价机制

	成本加成法 ¹⁴	市场净回值法 ¹⁵
适用范围	(1) 非试点地区的各类天然气定价； (2) 试点地区的进口LNG定价。	试点地区的国产和进口管输天然气定价。
出厂价	国产天然气定价权在中央。区别气源实行政府指导价，供需双方可以在不超过出厂价上浮10%的限度内，协商确定实际执行的出厂价（西气东输工程的出厂价实行政府定价）。	通过市场竞争形成相应价格
管输价 (运输价)	定价权在中央，区分运输长度实行政府定价。	定价权在中央，区分运输长度实行政府定价。
门站价	/	分省制定统一的门站价格，国家制定的统一门站价格为最高上限价格，供需双方可在不超过这一价格水平的前提下，自主协商确定实际交易价格。 选取上海市场（中心市场）作为计价基准点，计算中心市场门站价格。以市场形成价格的进口燃料油和液化石油气（LPG）作为可替代能源品种，并按照60%和40%权重加权计算等热值的可替代能源价格。然后，按照0.9的折价系数，即把中心市场门站价格确定为等热值可替代能源价格的90%。
终端销售价	定价权在地方，省一级政府自行或授权市县一级政府制定，实行政府定价。	
非常规天然气	/	对页岩气、煤层气、煤制气三种非常规天然气，出厂价实行市场调节，由供需双方协商确定；进入长途管道混合输送的，执行统一门站价。
调整机制	国家发改委和地方发展改革部门（物价局）结合实际需要调整。	门站价格实行动态调整机制，根据可替代能源价格变化情况，每年调整一次，并逐步过渡到每半年或每季度调整。

13 广东省物价局于2006年9月27日下发的《广东大鹏公司进口液化天然气门站和用户销售价格作价办法》（粤价[2006]255号）的有关内容,进口LNG的价格构成与一般价格构成相仿。其中，“落地价”这个概念，由FOB离岸价和上陆前的运费等构成。

14 具体请参见国家计委于2001年7月4日颁布的《国家计委和国务院有关部门定价目录》（第11号）、国家发展改革委2010年5月31日下发的《国家发展改革委关于提高国产陆上天然气出厂基准价格的通知》（发改电[2010]211号）和《国家发展改革委关于调整天然气管道运输价格的通知》（发改价格[2010]789号），以及地方发展改革部门（物价部门）所颁布的有关政府定价目录和天然气价格核准文件。

15 具体请参见国家发展改革委于2011年12月26日下发的《国家发展改革委关于在广东省、广西自治区开展天然气价格形成机制改革试点的通知》（发改价格[2011]3033号）。

“成本加成法”与“市场净回值”法的区别在于：

在“成本加成法”下，天然气上中下游三个环节的价格均实行价格管制（政府指导价/政府定价），理论上说，燃气企业向终端用户收取的终端销售价=出厂价+运输价+终端输配价，价格形成虽然反应了上下游产业链的成本收益，但是整条产业链的各种价格的形成均不能够反应供求关系和市场竞争。

在“市场净回值法”下，中央对管输价和门站价实行相应的价格管制，地方政府对终端销售价进行价格管制，放开了中央之前对于出厂价的价格管制，倒逼上游环节不同气源生产商的价格竞争。

三、我国天然气行业的利益格局

（一）天然气中上游产业链的利益格局

1、天然气生产、进口和中游省长输管道由三大央企控制

在常规天然气资源主要与石油资源伴生的情况下，我国中央政府通过有关法规将陆上和海上石油勘探、开采、生产、销售的专营权授予中石油、中石化和中海油三家央企¹⁶，从法律上明确了三家央企对包括天然气在内的油气资源气源开采的垄断地位。

体现在实践中，我国天然气行业的主要国内气源、进口气源和长输管网，均由中石油、中石化和中海油三家央企分割占据。其中：

- 随着西气东输二线工程的建成运营，以及西气东输三线工程和中缅天然气管道工程的开工建设，中石油在进口陆上管输天然气领域具有绝对的垄断地位，垄断了现有和规划中的陆上管输天然气的进口权；

- 中海油率先在进口LNG领域发力，借助行政权力对其垄断地位的划分、本身在海运领域的优势等，在进口LNG领域占据优势；但随着中石油和中石化的进入，其在进口LNG和沿海LNG接收站的建设运营方面的独家垄断局面已被打破；

- 在省长输管道领域，中石油作为天然气行业的龙头企业，依然占据绝对的优势；而中石化因四川普光气田和川气东输工程，逐步在天然气的生产和长输领域崛起与中石油竞争。

2、三大央企在东南沿海等重点用气区域市场开拓方面存在竞争

为确保其所生产/输送的天然气的市场，在项目/管线辐射范围内的地区，三大央企以独资或与地方国企合资等方式，参与到了相关市场内部省内长输管网的投资、建设和运营活动中来，争夺下游用气市场；而从地方政府的角度来看，在我国天然气供不应求的整体背景下，为了促进本地区经济社会的发展，各地方政府也乐于利用三大央企竞争销售市场的机会，与其他地区竞争、争夺上游气源。

目前来看，这一方面比较具有典型意义的案例包括广东省天然气管网有限公司的设立和权益变更事例¹⁷、三大央企围绕山东省、珠三角等天然气市场展开的竞争

16 《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》第6条：“中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源的业务，由中国海洋石油总公司全面负责。中国海洋石油总公司是具有法人资格的国家公司，享有在对外合作海区内进行石油勘探、开发、生产和销售的专营权。……”

17 在2008年，广东省内所使用的天然气主要由中海油和中石化供应的情况下，广东省按照中海油40%、中石化和广东省粤电集团有限公司（“粤电集团”）各30%的持股比例，组建广东省天然气管网有限公司，负责广东省天然气主干管网建设、管理和运营。而随着中石油旗下西气东输二线工程入粤建成通气，为体现中石油在广东省天然气管网建设和天然气供应方面的利益，广东省政府初步确定粤电集团、中海油、中石油、中石化分别持有广东省天然气管网有限公司28%、26%、23%、23%股权，而在确保粤电集团相对控股的前提下，每5年依据其他三方进入省主干管网的供气量总量所占比例为测算基准确定各方股比（粤电集团除外）。

具体请参见《2011年11月24日，广东省人民政府发布了《印发广东省天然气主干管网建设运营模式方案的通知》（粤府函〔2011〕312号）。

等¹⁸。

（二）终端领域的利益格局

随着自本世纪初开始的市政公用事业民营化改革，我国天然气（燃气）行业的终端领域，形成了以地方国企为主、多元竞争的相对复杂的利益格局：

- 三大央企通过并购、新建、合作等方式，进入传统上其未涉足的天然气（燃气）终端领域¹⁹。

- 借助本世纪初部分地区的地方政府意图借市政公用事业民营化“甩包袱”、吸引社会资本接手城市燃气（天然气）项目的契机，以新奥燃气、中国燃气、昆仑燃气等为代表的外资、民营资本在包括长沙、廊坊、烟台、东莞等地取得了市政燃气输配管网项目的特许经营权。

- 由于对包括市政燃气（天然气）项目价值的重新认识，地方政府通过其下属国有企事业单位以独资或与第三方合作（如中石油、中石化、中海油等掌握天然气资源的供应商）的方式，投资、建设和运营的市政燃气输配管网项目、天然气发电项目等。

四、我国天然气行业发展遇到的困难和存在的问题分析

（一）天然气价格形成机制不健全

1、价格形成无法体现市场竞争

在中石油、中石化控制国产天然气的主要气田，中石油、中海油控制国际天然气的进口权，三家央企共同垄断了天然气产业链的长输网络，而天然气行业中上游环节

的定价权由国家发改委享有的情况下，上中游环节的天然气价格的确定和调整将很大程度上由这三家央企的利益决定。对于终端用户和城市天然气输配商而言，在气源锁定、缺乏选择权的情况，其针对中上游供应商的议价能力将被大大削弱，需承担上中游转移的各项成本。

2、“一气一价”、“一地多价”，进口LNG、进口管输天然气和国产天然气价格倒挂，门站价和终端销售价倒挂，民用天然气和工业天然气的价格倒挂

在“成本加成法”下，天然气各个环节的价格主要取决于各个环节的成本。在气源的开采成本（进口气源的采购成本）、管输成本各不相同的情况下，我国“一气一价”、“一地多价”这种情况非常普遍。特别是在进口天然气方面，由于进口天然气的价格与国际油气价格挂钩，随着进口LNG和管道天然气的日益增长，中国越来越容易受到全球天然气市场波动的影响，廉价的国内天然气产品与相对昂贵的现货进口天然气、特别是LNG交易之间的价差变得越来越大²⁰。

价差和我国天然气的现有行业定价机制，给我国天然气行业的发展和用户利益的维护，带来了不利的影响，形成了错综复杂的局面：

- “一气一价”、“一地多价”情况的出现，造成了用户在天然气使用和价格支付和使用方面的不平等，有违公用事业的“价格平等，均等化服务”的原则。

- 受制于部分项目天然气的供气成本过高，中上游天然气的销售价格与下游销售价格倒挂等因素，中上游的天然气企业，缺乏足够的动力通过建设储气库等设施，发挥其调峰的作用，造成了用气高峰季的“气荒”现象的出现，影响了天然气的用气安全²¹。

- 与多数欧美经济发达体相比，中国的民用天然气价

18 《中石油90亿投资山东天然气管网 中石化倍感压力》，2009年10月4日，中国经济网：http://finance.ce.cn/rolling/200910/04/t20091004_15019168.shtml；

《中石化一掷700亿 川气东送确定改道长三角》，2006年12月11日，中国经济网：http://www.ce.cn/cysc/ny/trq/200612/11/t20061211_9719509_1.shtml。

19 在这一方面，具有代表性的案例包括中石油全资并购西气东输二线工程岩土的甘肃敦煌凯腾电力公司、中石油并购拥有云南等城市燃气市场的昆仑燃气，中海油在珠海高栏杆经济区及珠海市区范围内所投资、建设的包括天然气发电厂、与珠海港股份有限公司合资建设珠海市的绕城天然气高压管网和中低压市政输配管网等项目。

20 IEA：《天然气定价与监管：中国面临的挑战与国际经验借鉴》，2012年，第9页。

21 网易新闻专题：《我国多地遭遇气荒》，网址：<http://news.163.com/special/00013US0/tianranqihuang.html>。

格通常要比其他领域的天然气价格低。随着民用天然气在我国天然气消费结构所占比重的上升，我国民用天然气和工业天然气价格倒挂的现象未来很可能对我国天然气行业投资者获得回报的能力产生不利的影响，进而影响投资者参与天然气的生产、进口和有关基础设施的建设运营的积极性。

（二）国有资本、特别是三大央企对天然气行业的行政垄断

天然气行业属于典型的自然垄断行业²²，具备规模经济、范围经济、成本可加性、网络型、资金密集型、资产沉淀性与专用性，以及提供的产品和服务为必需品等特点²³。无论是在国际还是中国国内，天然气行业的生产、运输（特别是运输环节）、销售等活动均需接受政府的严格管制，属于管制下的垄断。

但是与在尊重市场竞争前提下所建立的以“竞争、效率、公平、为国民提供普遍性的高效优质公用产业和服务”为原则所建立的管制制度和天然气产业相比，我国的国有资本在依托中央/地方政府权力的保驾护航下建立的全国或地区范围内的天然气行业寡头经济和行政垄断，存在着本质的差异。

以“西气东输”系列工程为例，必须承认，如果没有在政治和经济上处于强势地位的中石油的加入和承担，很难想象“西气东输”各线工程能够在短短的几年内完工，迅速改进和优化我国的能源结构；而考虑到“西气东输”系列工程初期巨大的投资成本所带来的运营初期的高额亏损，也很难想象民营资本具有足够的 ability 负担该项工程。然而另外一方面，即便在进口天然气出现如此巨额亏损的情况下，依靠在国产天然气和管道

运输领域的垄断地位等因素，中石油在2011年度依然在天然气与管道板块实现经营利润人民币155.30亿元²⁴，而整个天然气与管道板块的利润率为8.97%。中石油在进口天然气领域的亏损，通过国家所授予的中石油在国产天然气生产、运输、销售等环节的垄断利益和巨额的财政补贴，得到了相应的交叉补贴²⁵。

而另外一方面，仅从定价机制而言，“成本加成法”下，最终的价格将反映投资人的投资成本和盈利，这种制度一方面是对三大央企等垄断企业利益的确认和维护，但考虑到定价权掌握在发改委手中，而发改委作为政府机构多多少少需要考虑社会的承受水平，“成本加成法”多少也构成了对其的限制；如以“市场净回值法”作为天然气价格改革的方向，放开天然气上游和下游的价格管制，在三大央企全面垄断了天然气的上游生产（进口）环节，而面对社会公众的终端分销网络也主要由中央和地方国有资本掌控的局面下，缺乏约束也缺乏竞争者的有关国有垄断经营者是否会将“价格改革”演绎一场天然气行业上游和终端领域的“价格上涨”的盛宴，值得怀疑。自然的，在天然气价格改革迟迟无法进行的情况下，天然气行业本身的市场秩序和运行效率，也无法得到保障。

（三）民营资本的准入障碍

目前，民营资本进入天然气行业，特别是其中核心的天然气气源勘探开发、长输管网建设运营和终端输配网络建设运营方面，仍然存在层层阻碍²⁶。

随着美国所掀起的页岩气等非常规天然气勘探开发利用的热潮，为解决我国非常规天然气勘探开发所面临的资金瓶颈，随着将页岩气作为独立于传统油气资源的独立矿种，

22 从经济学的角度看，单一企业供应该范围内市场的成本小于多个企业分别生产的成本之和，由单个企业垄断市场的社会成本最小，该行业就是自然垄断行业。

23 周林军：《公用事业管制》，人民法院出版社，2004年5月第1版，第13页，第18-23页。

24 同上。

25 根据中石油《2011年年度报告》，中石油销售进口天然气、液化天然气（LNG）累计亏损约人民币214亿元。

关于财政补贴的问题，可参见财政部、海关总署和国家税务总局于2011年8月1日下发的《关于对2011-2020年期间进口天然气及2010年底“中亚气”项目进口天然气按比例返还进口环节增值税有关问题的通知》（财关税[2011]39号）。

26 为了解决我国陆上和海上天然气勘探开发所面临的技术困难，从法律和实践的层面看，我国并不禁止外资能源企业参与石油和天然气的勘探开发活动。

国家发展改革委员会于2012年6月27日下发的《国家发展改革委关于印发利用价格杠杆鼓励和引导民间投资发展的实施意见的通知》释放了鼓励民营资本进入非常规天然气的勘探开发领域的信号，而国土资源部也于2012年9月10日发布的页岩气探矿权出让的次轮招标公告中一改之前（包括首次招标）中对投标人仅限于三大央企的限制，明确民营资本和外资（以合资方式）作为投标人的主体资格。

但是，从该轮次招标的结果看，民营资本参与页岩气勘探的热情并不高²⁷，页岩气探矿权放开的直接受益者更多地体现为地方国企。导致这一局面的原因是多方面的：

- 页岩气等非常规天然气的勘探开发的技术难度大、资金要求高，即便国家以财政补贴的形式对页岩气等非常规天然气的生产销售给予补贴²⁸，但在缺乏系统性制度保障的情况下，对于资金和技术实力相对薄弱的我国民营资本而言，仅从勘探开发环节看，参与该等项目的经济技术风险仍然过大²⁹。

- 即便民营资本能够成功地勘探开发出页岩气等非常规天然气，在有关长输管网均由同时垄断了国内常规天然气生产的中石油、中石化垄断的情况下，民营资本所生产的非常规天然气的外输渠道如何保证？如何解决民营资本进入后的市场风险问题？

- 若干年前，我国民营资本曾积极参与山西等地煤炭勘探开发活动，但之后因政策法律变更等方面的原因而被迫退出，遭遇了较大的损失。对于在政治经济上相对国有资本处于弱势的民营资本而言，进入天然气等能源领域的政治法律风险较高。

而就常规天然气领域，尽管近期出现了雅戈尔通过

北京国联能源产业投资基金间接投资西气东输三线工程50亿元的案例，但如上文对民营资本进入页岩气行业所面临困难的分析，民营资本以直接投资者的身份进入常规天然气领域，也面临着行业门槛过高、制度不健全、缺乏法律经济保障的问题，风险较大，困难重重。

（四）相关政策动态

多年以来，包括天然气行业在内的能源领域，我国政府在政策制定和执行的过程中，体现出了非常强烈的“重产业政策，轻竞争政策”的倾向。与之相对应的是，在各级政府提供的政策、法律、规划、资金、信贷、土地、项目资源等方面的支持，天然气等能源行业的国有企业、特别是央企利用自身的资源优势迅速扩张壮大，带动所在行业的迅猛发展。

根据天然气发展的规划，2013年，我国将颁布《天然气基础设施建设和运营条例》。从该条例现有的征求意见稿看，中央对上述问题作出了一定的规制，包括明确了：（1）管道中立，中游的管道运输企业和液化天然气接收站的运营企业不得进入下游领域，不得对第三方用户歧视性供气；（2）独立核算，对基础设施运营实行独立核算，确保管输成本的透明和公开；（3）非歧视性准入，天然气管道运营企业、液化天然气接收站运营企业和储气库运营企业应当以公开、公平的条件提供天然气运输、LNG接收和储气服务等³⁰。该征求意见稿似乎体现出了国家放开天然气行业的上游和下游，仅保证三大央企等管输企业对中游管输、接收站等的专营权的倾

27 徐沛宇：《83家企业抢食页岩气盛宴 国企仍占主力》，《第一财经日报》2012年10月26日，网址：<http://www.yicai.com/news/2012/10/2187234.html>。

28 2012年11月1日，财政部和国家能源局联合下发《关于出台页岩气开发利用补贴政策的通知》（财建[2012]847号），明确在2012-2015年按照0.4元/立方米的补贴标准（可结合具体情况调整），对页岩气的开发予以补贴。

29 王康鹏：《民企征战页岩气》，《财经国家周刊》2012年10月11日，网址：<http://www.enweekly.com/2012/10/11/7367.html>。

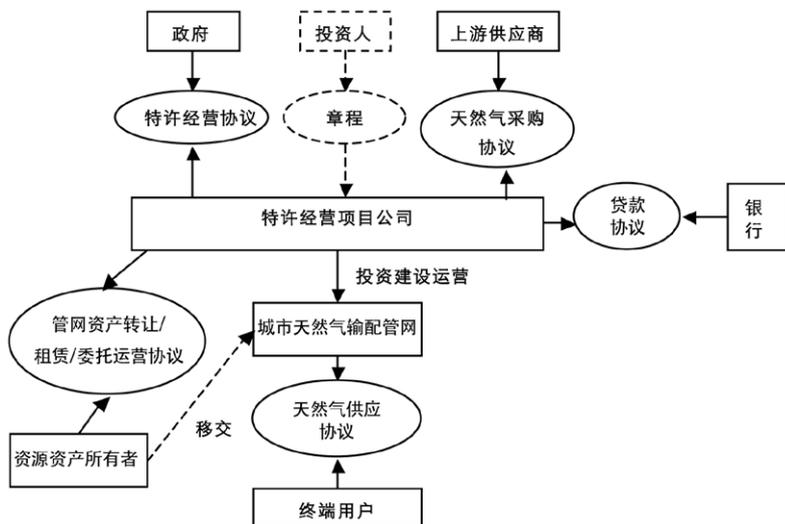
30 《天然气基础设施建设和运营条例》（征求意见稿）第16-18条：“第16条【管道中立】管道运营企业和液化天然气接收站运营企业在其供气的区域内，不得从事城市天然气配送或排他性及其它可能导致对第三方用户歧视性供气的活动。

第17条【独立核算】从事天然气基础设施运营的企业同时经营其他天然气业务的，应当建立健全的财务制度，对基础设施运营实行独立核算，确保管输成本和收入的透明公开。

第18条【非歧视性准入】天然气管道运营企业、液化天然气接收站运营企业和储气库运营企业应当以公开、公平的条件提供天然气运输、LNG接收和储气服务，在能力具备的情况下，不得拒绝为符合准入标准的用户提供服务或提出不合理的要求。

原有用户应当比新用户享有获得基础设施服务的优先权。”

图8：以BOT模式运作的城市天然气项目的交易架构



向。但因该文件目前仍为征求意见稿，在天然气的中上游产业链为三大央企垄断、三大央企已经通过各种渠道进入了天然气的产业链下游的情况下，上述征求16-18条的规定是否能够在正式颁布的条例中出现，并且在现实执行过程中能够得到落实，仍有待观察。

五、城市天然气特许经营项目的典型交易结构及有关重要问题的初步分析

（一）城市天然气特许经营项目的典型交易架构

以BOT模式运作的城市天然气特许经营项目为例，该等项目的典型交易结构如下：

● 上游天然气采购

特许经营者与上游的天然气供应商（如LNG接收站的业主、省内天然气管网的业主、城市高压管网的业主等）签订天然气采购协议，向上游采购天然气作为气源。

● 特许经营

特许经营者取得投资、建设和运营城区范围内全部或部分地区（“特许经营区”）天然气输配管网设施（如城市门站、储配站及门站下游次高压、中压、到低压管道等，视乎具体情况而定）投资、建设、运营的特许经营权，有权排他性地向特许经营区内的用户供应

天然气。

● 下游天然气供应

特许经营者与特许经营区域内的（1）大中型工业企业（直供用户），和（2）非工业类普通用户，如居民、企事业单位等签订天然气供应协议，通过其所拥有的天然气管道供气，并收取相应的燃气费，作为特许经营的回报，据此收回投资和收益。

（二）为城市天然气特许经营项目提供法律服务所需注意的重要问题

根据笔者处理基础设施项目的经验，在这一类具有自然垄断性、行业性较强、行业投资人占据多数的领域，律师除了就单纯的法律事务向客户提供相应的服务外，掌握行业的特点、上下游产业链和项目所在地的市场的具体情况，并据此在商业上协助客户处理与交易架构设计、商业条件安排等事务，才是律师的核心价值所在。

就城市天然气特许经营项目，不同于以天然气发电厂、化工厂等大型工业用户的天然气直供项目，输配企业所面对的终端用户包含了居民用户、商业用户、工业用户不特定的用户群，他们的用气要求、用气特点各不相同，用气量普遍较小，而且用气的不均匀性非常显

著。作为特许经营者的输配企业，它难于效仿上游供应商而与其中的多数用户签定长期照付不议的合同，与终端用户分担投资终端输配管网的投资、建设和运营的风险，而出于公用设施企业向社会公众提供普遍服务的义务，却又必须从上游气源采购天然气，并投资兴建有关中下游输配管网对其下游的供气予以保证。正是这种潜在的成本与收益可能存在的不一致、不匹配，构成了城市天然气特许经营项目与一般天然气供气项目的主要区别，也成为了政府、投资人、上游供应商，以及包括律师等在内的项目顾问主要关注和处理的问题。

基于上述认识，笔者结合自身对天然气行业的粗浅了解，就城市天然气特许经营项目中需要关注的重要商业和法律问题作出一定的说明，以供参考：

1、上游天然气采购环节

1.1 上游天然气供应的整体环境

项目所在地及周边地区（该省范围内）天然气行业的整体产业状况，包括气源的中上游来源和未来5-10年规划的天然气气源来源。

上游供应商供应的天然气的来源、定价机制，以及出厂价的预期水平如何？

1.2 保底气量的确定和调整

“保底气量”条款又称为“或取或付”（Take-or-Pay）或者“照付不议”条款，是指由特许经营者与上游供应商所订立的天然气长期采购合同中，作为特许经营者的买方同意支付一定金额的款项，即使没有或者没有足额向上游供应商采购天然气，也会按期向上游供应商支付约定的最低金额天然气采购款的条款。

对于特许经营者而言，“保底气量”条款的存在最大的意义在于帮助特许经营者锁定了上游气源供应，确保了气源安全；而对于上游供应商而言，该条款的存在则在锁定客户市场的同时，帮助上游供应商锁定了相应的销售份额和销售额。无论对于上游供应商还是特许经营者，该条款均为整个天然气采购协议中最为重要的商业条款，具体的内容主要应由交易双方协商确定。在此仅做以下两点提示：

- 市政公用事业项目的投资建设通常具有超前性。

为避免加重特许经营者的经济负担，使得上游气源的采购与区域内天然气的终端用量相匹配，保底气量条款的设计应充分考虑终端用量“从无到有、从小到大”的渐进式增长的特点，建议采取阶梯式的调整模式。

- 由于终端用户、特别是居民用户天然气的用量季节、时段波动较大，如特许经营者自身储气库调峰能力不足，相应条款应结合终端用量波动的特征，对不同季节和时段保底气量的确定和调整作出准确的反映。

1.3 气源的定价机制

需特别关注如项目的气源全部或部分来源于进口LNG的情况下，进口LNG的来源是哪些？其各自的价格水平及价格调整机制是怎样的？相应的，如项目的上游采购价格是否在特许经营期内锁定？如进口LNG的落地价随国际市场LNG的价格变化，而终端销售价格、无法随着落地价的变化而调整，亏损如何承担，是否由地方政府予以补贴？

项目所在地是否位于天然气价格改革的试点地区？如是，在气源为国产气源的情况下，是执行原有的“成本加成”的定价机制，由国家发改委定价，还是说按照“市场净回值”定价？在后一种情况下，出厂价的高企可能会对本项目气源供应和价格等问题产生怎样的影响？

如项目的气源包含了两个或两个以上的气源来源，在不同气源的出厂价存在差异的情况下，对于不同的气源来源，是否实行“区域同价”，还是说分别确定不同的门站价（采购价）？在“区域同价”的情况下，是否存在两种气源之间的交叉补贴问题？分别确定不同的门站价在技术和经济上是否可行？

1.4 供气安全

如果上游供气出现问题，例如进口天然气的出口国管制天然气出口、天然气的长输管道出现渗漏事故等，上游供应商是否应对特许经营者承担责任？如何承担责任？

1.5 补充气源

项目是否还有其他气源作为补充气源？补充气源的采购价格如何确定？如补充气源的价格高于主要气源采购价格，相应的差额和亏损应如何承担？如何在确保项目所在地用户的用气安全和上游天然气供应商的垄断利

益之间取得平衡？

2、特许经营和下游天然气供应

2.1 特许经营区域内的天然气用户的分类构成（工业企业、民用）、用气特点。

2.2 终端销售价的定价和调价机制

需要特别关注的问题包括在何种条件下，特许经营者可以提出调价的申请？如果调价未能成功，特许经营者的利益如何得到补偿？如果特许经营区域内有直供用户，针对该等用户的直供气价应如何确定和调整？

2.3 民用终端销售价的收费模式

建议结合项目所在地的有关政府部门所制定和颁布的收费政策（如有）确定。

例如，在广东省，根据2006年12月26日由广东省物价局粤价[2006]297号《关于规范我省管道燃气价格管理的通知》，广东省已经废止了初装费这一概念，不再允许燃气企业向终端用户收取初装费。而根据该文件，经地方政府批准，燃气企业允许按照“两部制”区分容量价和气量价，向终端用户收取燃气费。但另外一方面，该通知同时也允许燃气企业一次性或分数次向终端用户收取容量费，相当于以容量费部分替代了初装费的作用，有利于燃气企业尽快收回固定资产投资。

因此，如有关天然气项目位于广东省内，而律师的客户为项目投资人，律师可建议客户就是否允许特许经营者一次性或分数次向终端用户收取容量费与地方政府沟通，帮助客户尽快回收部分项目投资、改善项目运营初期的现金流状况。

2.4 民用天然气的置换费用

需要特别关注的问题包括特许经营区域内已有民用天然气用户置换天然气的费用如何承担？政府是否给予补贴？

2.5 后续管道投资的问题

● 特许经营区域是如何确定的？如以行政区划为划分特许经营区域的标准，在有关区域的行政区域范围扩大的情况下，特许经营者是否有义务投资建设新的支管网，以体现其作为公用事业企业向服务区域范围内用户提供普遍服务的义务？

● 如要求特许经营者承担上述后续投资的义务，如后续投资覆盖范围内的终端用户数量较少、用气量较小，可能出现项目的投资建设范围与项目未来的收益能力不匹配的问题。特许经营者应从哪些渠道获得补偿（调价、政府补贴、延长特许经营期等）？

2.6 特许经营区域内是否已经存有其他投资主体建成或在建的天然气管道？覆盖范围？如何处理特许经营区域内已有天然气管道经营主体与现有项目特许经营者的竞争问题？

2.7 如未来出现气源不足的问题，气源如何在工业用户和居民用户之间分配？如优先保证居民用户的用气，造成的工业用户的损失如何处理和承担？



周文韦律师现为君合广州分所的中级律师。在加入君合广州前，周文韦律师曾在金杜律师事务所广州分所任职。周文韦律师专门从事君合广州分所的基础设施和公用事业业务，曾担任丸红株式会社收购安徽国祯环保项目、三井物产株式会社收购新加坡凯发水务集团大陆水务资产、湖南319高速公路益阳段项目等系列重大基础设施项目的主办律师，并在房地产（土地一级开发）项目的融资建设、外商投资、公司并购（尤其是外资并购）领域取得了丰富的法律专业和行业知识及经验。

教育背景：

2004年9月-2006年6月——国际法硕士，中山大学法学院，广州市

1999年9月-2003年7月——法学学士，西南政法大学，重庆市

2000年9月-2003年7月——英语文学学士（双学位），四川外国语学院英语系，重庆市

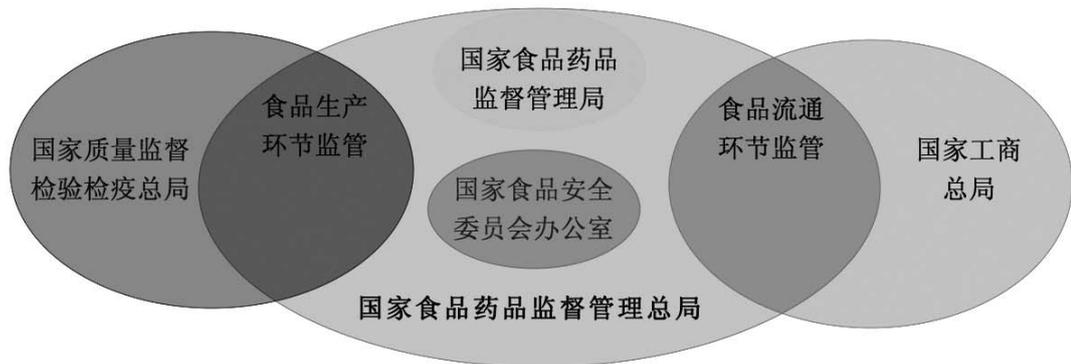
工作经历：

2006年6月-2011年8月，北京市金杜（广州）律师事务所，律师助理和律师

2012年9月至今，北京市君合（广州）律师事务所，律师

论中国食品药品监督管理体系的新改革

令狐铭 牛婷婷



2013年3月10日，国务院颁布《国务院机构改革和职能转变方案》（“《方案》”），其中决定：为加强食品药品监督管理，提高食品药品安全质量，将整合现有药品、医疗器械、化妆品和食品监管职责，并组建国家食品药品监督管理总局（“国家食药监总局”）。国家食药监总局共设17个司局（见文后附图），将由原国家食品安全委员会办公室主任张勇担任局长。职责方面，国家食药监总局将在整体承继原国家食品药品监督管理局和原国务院食品安全委员会职责的基础上，从国家工商总局（“SAIC”）划入流通环节食品安全监管职责，以及从国家质量监督检验检疫总局（“AQSIQ”）划入食品生产环节安全监管的职责（见下图）。此外，地方食品药品监管体系此次也将与中央层面同步改革。

国家食药监总局此次改革呈现出以下特点：

行政级别提升，享有立法权限

2008年之前，国家食品药品监督管理局具有独立的行政立法权。而2008年之后，开始由卫生部管理，只能颁布规范性文件。根据《方案》，此次国家食药监局将从原卫生部管理下再度独立出来，由副部级升为正部级，直接向国务院负责，并重新获得行政立法权。此举意味着国家食药监总局将更易通过加强立法来收紧对食品药品的监管。

人员编制增加，监管专业性加强

根据《国家食品药品监督管理总局主要职责内设机构和人员编制规定》（“三定方案”），国家食药监总局的

编制为345名，较改革前增加了一倍。人员的大幅增加，必然意味着专业监管部门的专业监管队伍的壮大。值得注意的是，国家食药监总局领导中，还设置了“食品安全总监”1名和“药品安全总监”1名。“总监”一职在国家一级政府职能部门中设置尚属首次。我们理解这是从专业技术层面加强监管的信号，监管专业能力的加强一方面会导致今后更多的违法违规行受到食药监部门查处，另一方面也会反过来通过实践促进国家食药监总局完善和加强相关立法。因此，无论食品、药品、医疗器械和化妆品的生产者或经营者，都应在日常经营中严格检查、规范自身行为，并密切关注立法的新动向。

简政放权，减轻企业负担

根据《三定方案》，国家食药监总局将整合、下放和取消部分行政审批事项，切实减轻企业负担。例如药品方面，药品生产行政许可与药品生产质量管理规范认证两项行政许可逐步整合为一项，药品经营行政许可与药品经营质量管理规范认证两项行政许可也将逐步整合为一项。并且，药品质量管理规范认证职责、药品委托生产行政许可和药品再注册等职责将下放到省级食品药品监督管理部门；医疗器械方面，医疗器械质量管理规范认证和国产第三类医疗器械不改变产品内在质量的变更申请行政许可均下放省级食药监部门；化妆品方面，化妆品生产行政许可与化妆品卫生行政许可将整合为一项行政许可，进口非特殊用途化妆品行政许可将下放省级机构。

地方同步改革，基层执法加强

此次改革的一大特色是地方和中央层面同时改革。但据我们了解，从2012年起，地方的食品和化妆品检验部门就已开始向药品检验部门融合，初露改革动向。2013年4月10日，国务院颁布《国务院关于地方改革完善食品药品监督管理体制的指导意见》（“《指导意

见》”），其中规定了地方改革的“六、九、十二原则”，即原则上2013年6月底实现省级机构组建，9月底地方市级机构组建完毕，年底县一级机构组建完毕。此次地方改革的整体原则是由地方政府主导改革的实施，强化基层监管的态度也进一步强调。值得注意的是，《指导意见》中要求，县级食品药品监督管理机构可在乡镇或区域设立食品药品监管派出机构；而农村行政村和城镇社区要设立食品药品监管协管员，承担协助执法、隐患排查、信息报告、宣传引导等职责。这使得食药监部门的监管环节更加前置，能够更有效的掌握和监测食品药品违法情况，也会大大扭转过去“重生产管理、轻使用管理”的监管缺陷。

属地管理模式，增设稽查专员

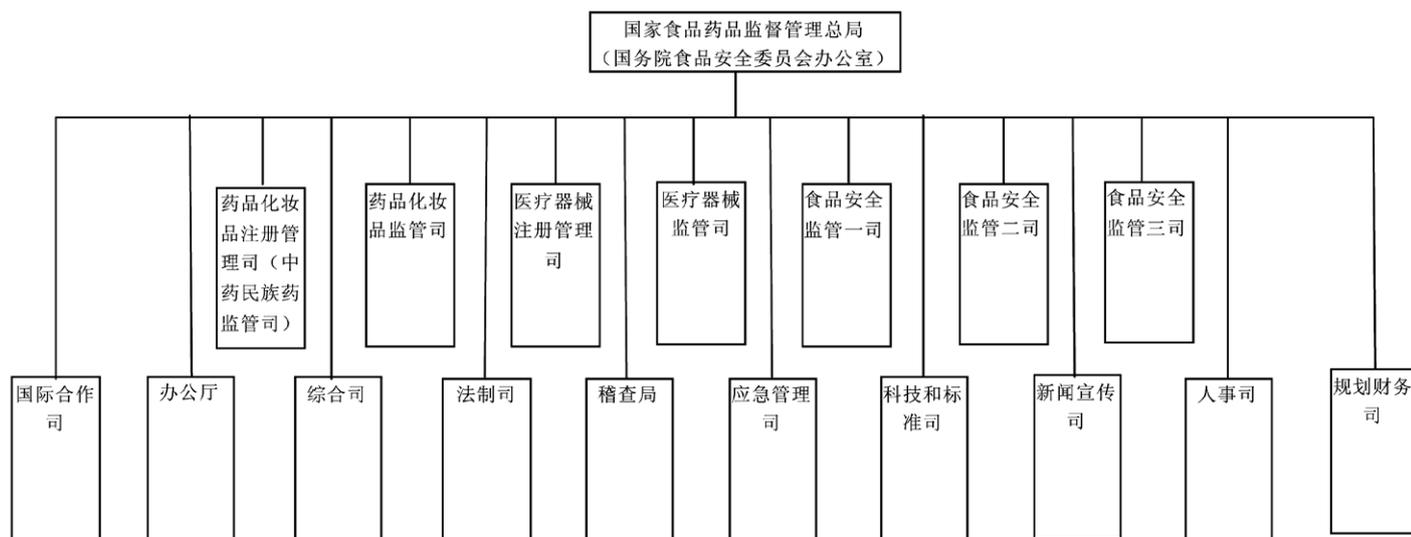
《指导意见》中明确，此轮改革地方食药监系统仍将维持目前的“属地管理模式”，由地方政府负总责，但同时国家食药监局层面新设了十名正局级稽查专员，专门负责检查地方食品安全执法工作。此举是为抵制“属地管理模式”带来的地方保护主义弊端，但同时也对反腐败和反商业贿赂具有积极的预防和监督作用。

职权分离，防止腐败滋生

原先医疗器械的注册和监管统一由“医疗器械监管司”负责，此次改革将其变更为由“医疗器械注册管理司”和“医疗器械监管司”两个司分别管理，职权的分离不仅增强了管理的专业性，而且还有利于防止腐败的滋生。

虽然国家食药监总局和地方相应监管部门的改革方案均已公布，且设定了改革完成期限，但我们认为，根据以往实践来看，要实现各监管部门职责的顺畅衔接、过度尚需时日，在此期间各地方对法规和政策的执行情况也会有所差别。2009年《食品安全法》将食品生产环节的监管职责由卫生部门移转至AQSIQ，至今尚未出台

关于保健食品的相关法规，各地质监部门对于保健食品的管理也不尽相同。北京市药监局要求经营保健食品必须取得卫生许可审批，而广州市药监局则认为只需要取得食品流通许可证即可。因此，过渡期政策有可能存在很大的变动和不确定性，需要及时关注和把握，以免影响企业决策的制定和实施。



令狐铭律师于2001年毕业于北京大学法学院，获得法学学士学位，同年获得中国经济研究中心经济学双学士学位。令狐铭律师于2011年毕业于北京大学和比利时Vlerick商学院的BiMBA项目，获得MBA学位。

令狐铭律师于2001年加入君合律师事务所，现为公司并购组以及基础设施组顾问，传媒娱乐业务合作组组长。其业务专长主要集中在外商投资和并购，人民币基金募集和投资，能源、三网和文化产业等。

令狐铭律师曾在多个大型外商投资项目中作为主管律师，积累了丰富的项目结构设计、文本起草和谈判经验。从2003年中比基金筹备组项目开始，令狐铭律师参与了多支人民币基金的募集设立及日常投资管理、投资项目法律服务。令狐铭律师提供法律服务的项目中涵盖互联网、基础电信、数字电视等三网相关的多个领域。

令狐铭律师现为中华全国律师协会会员。

令狐铭律师的工作语言为英文和中文。



牛婷婷律师2008年毕业于南开大学法学院，获得法学学士学位，后在南开大学继续攻读国际法方向硕士研究生并于2010年获得法学硕士学位。

牛婷婷律师于2010年7月加入君合律师事务所，主要从事外商投资、收购兼并以及公司常年法律顾问方面的法律事务。她服务的客户分布于制药、食品、体育、农机、能源等领域，她曾作为主要成员参与了多起外资并购项目。

国家卫生和计划生育委员会“三定方案”出台

令狐铭 张达音 牛婷婷 胡圆圆

2013年3月14日，国务院颁布了《国务院机构改革和职能转变方案》（以下简称“《方案》”），提出要以职能转变为核心，简政放权，减少对微观事务的管理，改善和加强宏观管理。《方案》决定，整合卫生部和国家人口和计划生育委员会（以下简称“计生委”），组建国家卫生和计划生育委员会（以下简称“卫计委”），不再保留卫生部和计生委。《方案》规定，新成立的卫计委的主要职责是：统筹规划医疗卫生和计划生育服务资源配置，组织制定国家基本药物制度，拟订计划生育政策，监督管理公共卫生和医疗服务，负责计划生育管理和服务工作等。

2013年3月17日，卫计委挂牌成立，并立即开始了部门组建后的三定（确定主要职责、内设机构和人员编制）工作。

2013年3月26日，国务院办公厅颁布《国务院办公厅关于实施〈国务院机构改革和职能转变方案〉任务分工的通知》（以下简称“《分工通知》”），按照《方案》的要求订立了各部门完成职能转变的时间表。其中，卫计委的三定应于2013年4月底前完成。

2013年5月6日，国务院常务会议研究通过了卫计委的三定规定。

2013年6月9日，国务院办公厅印发了《国家卫生和计划生育委员会主要职责内设机构和人员编制规定》

（国发办【2013】50号）（以下简称“卫计委三定方案”）。根据该三定方案，卫计委设21个内设机构，机关行政编制545名，主任1名、副主任4名。其中，1名副主任兼任国家食品药品监督管理总局（以下简称“食药局”）副局长，1名副主任兼任国务院深化医药卫生体制改革领导小组办公室主任。

卫计委在此次改革中取消下放10项职责，整合加强了7项职责，协调明确了卫计委与国家发展改革委（以下简称“发改委”）、国家质检总局、食药局等部门的职责分工。

卫计委此次改革的关注点有：

1、强调卫计委与食药局的职责分工

卫计委的三定方案与食药局的三定方案在两个机构的职责分工部分内容一致。

在食品方面，卫计委独立负责的工作有：（1）制定、修订食品安全标准；（2）负责食品安全风险评估；（3）完善国家食品安全风险评估中心法人治理结构，健全理事会制度。

卫计委与食药局合作的工作有：（1）卫计委会同食药局等部门制定、实施食品安全风险监测计划；（2）食药局应当及时向卫计委提出食品安全风险评估的建议；（3）卫计委对可能存在安全隐患的食品应当立即进行检验和食品安全风险评估，并及时向食药局通报食品安全风

险评估结果，对于得出不安全结论的食品，食药局应当立即采取措施；（4）卫计委参与由食药局负责的确定食品安全检验机构资质的认定条件和制定检验规范的工作。

在药品方面，卫计委会同食药局负责：（1）制定国家药典；（2）建立重大药品不良反应和医疗器械不良事件的相互通报机制和联合处置机制。

从卫计委与食药局的分工合作可以看出，卫计委在食品和药品的安全方面承担宏观管理的职责，食药局则负责微观的监督管理工作。值得注意的是，卫计委的一名副主任兼任食药局的副局长，这意味着两个机构在食品药品安全方面的统筹衔接今后仍然是非常密切。

2、新成立“体制改革司”

体制改革司是卫计委新成立的部门，承担原来由发改委国务院深化医药卫生体制改革领导小组办公室（以下简称“医改办”）担任的职责。体制改革司负责研究和提出关于深化医药卫生体制改革（以下简称“医改”）的重大方针、政策、措施的建议，督促落实领导小组会议议定事项，推进公立医院改革的工作。

原医改办在医改工作中起着综合协调的作用，由发改委原副主任孙志刚兼任医改办的主任。此次机构改革中，孙志刚调任卫计委任副主任，由此可见医改的协调职责此后将由卫计委承担。有评论指出，医改的进一步推进将涉及医疗卫生行业的许多专业问题，由卫计委承担医改工作有利于确保医改进程的专业性。但就发挥综合协调的作用而言，医改是一项系统工程，涉及多个部门的职能分工和衔接合作，卫计委的协调性和强制力不足，可能难以有效地协调各个部门。

3、合并医政司和医疗服务监管司，成立医政医管局

合并前，医政司主要负责拟定医疗机构、医疗技术应用、医疗质量和服务的相关规范和标准，同时组织和指导相关规范标准的实施。医政司的最后一项职能与医疗服务监管司承担的医疗机构、医疗服务的监管和评价工

作存在交叉。本次卫计委三定方案中，原医政司和医疗服务监管司合并为医政医管局，理顺了职责交叉，有利于提高行政效率。

4、减少对医疗机构的微观管理，简政放权

本次卫计委三定方案取消和下放了10项职责，包括将医疗机构服务绩效评价等技术管理职责转移给所属事业单位，减少对所属医疗机构的微观管理和直接管理、落实医疗机构法人自主权等。卫计委似乎有意藉此突出“监管者”的角色，加强制定宏观政策的职能，弱化对医疗机构微观管理职能。

值得注意的是，卫计委将港澳台投资者在内地设置独资医院的审批职责下放到省级卫生和计划生育部门，将外国医疗团体来华短期行医的审批职责下放到市级卫生和计划生育部门。地方政府自主开展相关审批，行政能力更有保障，地方市场需求更明确，此举应有利于活跃医疗服务市场，引进先进的医疗技术以及促进中外医疗专业人员的交流。

5、医疗保险基金的归属

目前，城镇职工基本医疗保险、城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗这三大医保制度中的前两项由人力资源和社会保障部（以下简称“人社部”）管理，最后一项则由原卫生部即现卫计委管理。国务院办公厅于2013年3月颁发的《分工通知》中要求，2013年6月底前完成三大医保制度的整合。三大医保制度整合后，医疗保险基金（以下简称“医保基金”）将达到1.5万亿元。

卫计委三定方案出台前，外界一直在揣测三大医保基金到底将由卫计委还是人社部统管。卫计委三定方案出台后，21个内设部门中没有关于医保基金的管理部门，在其主要职责中也没有关于管理医保基金的职责描述。由此可以推测，未来三大医保基金极可能全部由人社部统管。鉴于卫计委与医疗机构存在直接的监管关系，三大医保基金由人社部统管有利于资金的运用和监

督，形成一定的制衡关系。

本次卫计委三定方案的出台时间虽然晚于预期，但是在内容上还是呈现出一定的创新。从总体思路上看，本次卫计委三定方案遵循了简政放权、减少微观管理、增强改善宏观管理的思路。从具体内容上看，本次卫计委三定方案的关注点包括：卫计委与食药局的职责分工、新成立体制改革司、合并成立医政医管局，以及减少对医疗机构的微观管理。一直备受关注的医保基金管理部门虽然未在本次三定方案中明确，但是通过三定方案的内容，不难推测出它极可能最终落户人社部。卫计委本次机构改革后，医疗行业的监管政策可能存在一定的变动，需要及时了解把握，以便于企业进行策略的调整。



张达音律师于2005年6月加入君合，主要从事外商直接投资与并购、公司常年法律事务等方面的法律业务，尤其在医药、医疗器械等相关领域具有丰富的经验，为多家跨国药企在华业务提供法律服务。

在加入君合之前，张达音律师是一家欧洲制药企业—赛诺菲（中国）投资有限公司的法律顾问，负责该公司中国地区各项法律事务，处理涉及医药领域的知识产权事务、多次参与国际多中心临床研究项目，同时为该公司在中国设立的药品和疫苗生产企业提供公司常年法律服务。



胡圆圆律师2005年至2009年就读于中山大学法学院，大学期间曾在广州市中级人民法院和广东省人民检察院实习。

2010年至2012年期间就读于美国南加州大学法学院，期间任洛杉矶法律援助基金会（Los Angeles Legal Aid Foundation）和邻里法律服务中心（Neighborhood Legal Services）的法律工作人员（Law Clerk），帮助低收入且母语非英语的新移民解决关于家庭法、劳动法、合同法的纠纷。2012年，胡圆圆律师受聘于南加州大学法学院任教学助理（Teaching Assistant）一职。

胡圆圆律师于2013年4月加入君合律师事务所，现于北京总部执业。

胡圆圆律师于2009年获中山大学法学学士学位；

2010年获美国南加州大学法学硕士学位；

2012年获美国南加州大学法学博士学位。

中国企业投资非洲及拉美之争议 解决的法律和实践

陈鲁明 祁 达 崔文辉 刘啸森

2013年3月5日，国务院总理温家宝在政府工作报告中提出，我国将加快实施“走出去”战略，鼓励各类企业开展对外投资和跨国经营。过去5年，我国非金融类对外直接投资已经从2007年的248亿美元上升到2012年的772亿美元，年均增长25.5%，跻身对外投资大国行列¹。

在中国“走出去”加大对外投资的过程中，非洲和拉美地区都是重点投资的热点区域。但是，伴随着中国企业逐年拓展的对外投资，作为投资者的中国企业与东道国政府之间的投资争议也随之增加。

下面，我们就来看看中国企业在非洲和拉美投资的情况及其面临的挑战，并简要地探讨中国企业应当如何加强自我保护。

一、中国企业在非洲和拉美的投资情况及其面临的挑战

在非洲，进入二十一世纪后，伴随着中非新型战略合作伙伴关系的确立和发展，中非关系步入硕果累累的新阶段。目前，中国是非洲第一大贸易伙伴，2011年双边贸

易额比2000年增加15倍；中国对非投资累计已达150多亿美元，合作项目遍及非洲50个国家²。

中国企业在非洲投资的行业领域非常广泛，近年来的投资主要集中在能源行业的开采项目，包括石油和天然气及采矿项目。这些投资主要由三大国有石油公司（即中石化、中石油和中海油）主导。另外，还有很多投资投向了基础设施建设。目前在这一领域投资的中国企业也是以大型国有建设企业为主。

2013年3月24日至30日，中国国家主席习近平访问了坦桑尼亚、南非和刚果共和国，并在德班金砖国家领导人会晤期间与埃及、埃塞俄比亚等多个非洲国家和非盟的领导人进行了广泛交流和沟通。习近平在访非期间强调，中国将继续扩大同非洲的投融资合作，落实好3年内向非洲提供200亿美元贷款额度的承诺，实施好“非洲跨国跨区域基础设施建设合作伙伴关系”。可以预见，中国企业投资非洲的规模和深度将进一步扩大和加强³。

在拉美，中国企业的投资持续增加。近10年来，中拉贸易额增长了12倍，占中国对外贸易比重由2.9%提升至2010年的6.1%。根据联合国拉美经委会发布的数据，

1 参见新华社有关国务院总理温家宝2013年3月5日在十二届全国人大一次会议上作政府工作报告的相关报道：http://news.xinhuanet.com/2013lh/2013-03/05/c_114889298.htm

2 参见中国政协新闻网有关报道：<http://cppcc.people.com.cn/n/2012/0830/c34948-18869684.html>

3 参见中国政府网有关报道：http://www.gov.cn/jrzq/2013-03/31/content_2367040.htm

2010年中国向拉美地区的直接投资明显增加，当年的投资额超过150亿美元，是过去20年投资总额的两倍多。2011年，中国已跃居为拉美地区的第三大投资国，拉美成为中国对外投资的第二大目的地。

中国企业在拉美国家的投资领域也十分广泛，包括能源矿产、基础设施、农业、汽车和高科技产业等多方面。在走出去的中国企业中，既有大型国有企业，也有新兴民营企业。举例而言，仅2010和2011两年，中石化、中化国际、国家电网等大型国企在巴西一国的市场投资就超过120亿美元；2011年9月，奇瑞汽车在巴西圣保罗投资4亿美元建立新工厂。

2013年5月31日至6月6日，习近平对特立尼达和多巴哥、哥斯达黎加、墨西哥三国进行了国事访问。在访问期间，习近平强调，中拉合作要深挖潜力，创新模式，深化利益融合，寻找增长点，打造新亮点；中方不刻意追求贸易顺差，愿把经贸合作的蛋糕做大，从而更多进口有关国家的商品。习近平的拉美之行明晰地传递了中国与拉美国家共同发展的愿望，提振了中国企业与拉美国家开展合作的信心⁴。

但是，由于非洲和拉美都是新兴市场地区，许多当地国家的法治环境尚不成熟。同时，近年来，非洲国家战乱频发，而拉美国家也出现了政治左翼化的倾向，给外国投资者带来了政治和法律风险，其形式包括国有化征收、政府违约、法律变化等。因此，中国企业投资非洲和拉美，在获得收益与回报的同时也面临风险和挑战。随着中国对非洲和拉美国家的投资额迅猛增加，随之而来的风险也在迅速扩大。面对风险，中国企业有必要认真思索，如何采取预防措施，应对与非洲、拉美国家政府之间可能发生的争议与冲突。由于许多非洲和拉美国家的法律制度不健全、国家保护主义盛行，以及存在文化和语言上的障碍，因此中国企业在通过当地司法机关解决其与当地政府之间的争议时常常处于不利的地位。因此，中国企业务必做好准备，寻求更好的解决途径。

二、保护对外投资的国际条约对中国企业投资非洲和拉美的积极作用

实践中，包含“投资者-东道国仲裁条款”的投资保护条约使得中国投资者在选择争议解决机制时处于更有利的地位。在这些投资保护条约中，双边协定是最常见的规范性文件之一。

双边协定是规定缔约国双方和两国投资者对等权利和义务的双边协议。由于大部分双边协定中东道国政府作出的承诺所依据的不是国内法而是国际习惯法，因此，这往往赋予外国投资者在东道国内法下无法获得的权利和优待。而且，如果双边协定中约定允许投资者将其与东道国政府之间的投资争议提交东道国之外的第三方仲裁机构仲裁，这将使投资者获得更加中立和公正的裁决。

目前，中国已经与100多个国家签订了有效的双边协定，其中与非洲和拉美国家签订双边协定的具体情况如下：

在非洲，中国与16个非洲国家缔结了双边协定。这16个双边协定中，有6个双边协定指定国际投资争端解决中心作为仲裁机构。这6个双边协定是中国与摩洛哥、加蓬、突尼斯、赤道几内亚、埃塞俄比亚和马达加斯加分别签订的。中国与另外10个非洲国家签订的双边协定则规定，争议将提交临时仲裁庭解决。

在拉美，中国与11个拉美国家缔结了双边协定，这11个拉美国家分别是：波利维亚、阿根廷、乌拉圭、厄瓜多尔、智利、秘鲁、牙买加、古巴、巴巴多斯、特立尼达和多巴哥及圭亚那。在上述这些双边协定中，除古巴以外，其余10项双边协定中的“投资者-东道国争议解决条款”均将解决投资争端国际中心（即ICSID）或临时仲裁庭作为仲裁机构。

上述双边协定中约定的两种争议解决机制，即国际投资争端解决中心解决争端以及向临时仲裁庭提起仲

4 参见新华网有关新闻报道：http://news.xinhuanet.com/world/2013-06/15/c_116157437.htm

裁，对于投资者提供的保护存在一定的差别。下面，我们简要介绍一下这两种机制。

1、向国际投资争端解决中心提起仲裁

国际投资争端解决中心是依据《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（“《华盛顿公约》”）而建立的世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构，专为解决政府与外国私人投资者之间的争端而设立。国际投资争端解决中心具有自治和超国家性质的特点，因此，在国际投资争端解决中心办理的案件中，有不少外国投资者胜诉东道国的成功案例。例如，2011年，在一宗中国投资者起诉秘鲁政府的案件中，解决投资争端国际中心裁定秘鲁政府败诉并赔偿中国投资者100万美元。

与临时仲裁庭相比，国际投资争端解决中心的一大优势在于其裁决的承认和执行机制。所有《华盛顿公约》缔约国承诺将依据《华盛顿公约》作出的裁决视同其国内法院作出的最终判决，并承诺在其领土范围内承认和执行裁决中涉及的金钱赔付义务。这一机制有效地避免了东道国法院对裁决进行司法审查的风险。

中国于1993年批准加入《华盛顿公约》，但在批准文件中指出“中国仅考虑把由征收和国有化产生的有关补偿的争议提交‘中心’管辖”。事实上，在1998年之前，中国签订的双边协定提供的投资保护范围确实十分有限，规定只有在非法征收的情况下可以获得赔偿。但自1998年起，中国签订的双边协定中对“投资”的定义、争端的范围及投资主体的概念外延的界定都越来越宽泛，几乎涵盖了所有与投资有关的争端。同时，值得注意的是，早期双边协定中的有限保护范围也有可能被仲裁庭作扩大解释。在Tza Yap Shum诉秘鲁政府案中，仲裁庭认为“征收”的概念不仅包括直接征收还包括造成相同结果的其他措施，由此开启间接征收可诉性的大门。另外，仲裁庭认为：中国-秘鲁双边协定中规定投资者在当地法院和国际

仲裁之间进行选择的要求是不可撤销的，并适用于任何诉讼请求——包括但不限于征收赔偿。

另外，自1998年起，中国签订的很多双边协定中将间接投资也纳入了保护范围，这为投资者实施战略投资规划提供了机会，使得投资者可以实质上选择使用他们偏好的双边协定。例如，中国企业有意向利比亚投资，而中国与利比亚之间尚未签订有效的双边协定。但是，如果利比亚与第三国之间签订了有效的双边协定，中国企业可以通过它在该第三国的子公司向利比亚投资，从而获得第三国双边协定对其在利比亚投资的保护。这对中国企业利用传统的“避税天堂”（例如英属维尔京群岛、百慕大、开曼群岛等），通过设立特殊目的公司（SPV）统筹对外投资具有特别的积极意义。

2、向临时仲裁庭提起仲裁

中国与非洲和拉美国家签订的大多数双边协定在争议解决条款中规定了通过临时仲裁庭进行仲裁。临时仲裁庭与国际投资争端解决中心相比至少有一个很大的不同点，即临时仲裁庭裁决的执行依赖于东道国国内的仲裁机制，尤其是与东道国的仲裁法息息相关。

由于存在受到东道国国内法干涉的风险，因此，临时仲裁庭的仲裁裁决能否得到东道国的承认与执行很大程度上取决于东道国是否采纳《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（“《示范法》”）及《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“《纽约公约》”）。

《示范法》由联合国国际贸易法委员会于1985年制定。目前，已有10个非洲国家采纳了示范法或其修订版本作为其国内仲裁法，包括尼日利亚、突尼斯、科尼亚、津巴布韦、埃及、马达加斯加、乌干达、赞比亚、毛里求斯以及卢旺达。而在拉美，已有智利等10个拉美国家采纳了《示范法》或其修订版本作为其国内仲裁法。

对于仲裁传统较为薄弱的非洲和拉美国家而言，采纳《示范法》可以减少对当地体制中仲裁活动不可预见性的

担忧,《示范法》管辖领域内更为支持仲裁。《示范法》规定争议双方可以自主选择仲裁机构和适用法律,并且仲裁程序免受司法干涉。从潜在争议解决的角度看来,《示范法》也使得其管辖领域成为了更理想的投资目的地。

与此相反,在不受《示范法》管辖的领域内,则依然存在不支持仲裁的立法。例如安哥拉法律规定投资争议仲裁必须在安哥拉进行并适用安哥拉法律,与此相悖的仲裁协议将被安哥拉法院认定为无效。

1958年由联合国制定的《纽约公约》则是在跨境执行仲裁裁决领域迄今为止最为重要的国际条约。其明确规定除非发生《纽约公约》排他性条款中列明的情形(例如仲裁程序存在严重瑕疵、仲裁事项不具有可仲裁性或违反公共政策等),否则缔约国不得拒绝仲裁裁决的承认和执行。这对于临时仲裁庭作出的裁决在东道国能否得到执行具有至关重要的意义。显然,如果东道国是《纽约公约》的缔约国,临时仲裁庭作出的仲裁裁决将会更好地得到执行。

中国于1987年加入《纽约公约》。目前,在非洲,已有半数以上的国家加入《纽约公约》,而在拉美地区,除极个别国家之外,绝大多数拉美国家都已经成为《纽约公约》的缔约国。

如上所述,双边协定中规定争议将提交临时仲裁庭解决的情况下,采纳《示范法》并加入《纽约公约》的国家,其投资风险显然会小于未采纳《示范法》或未加入《纽约公约》的国家。

三、对中国企业投资非洲和拉美的建议

1、投资已经与中国签订国际投资保护条约的国家

2011年,利比亚发生战乱,中国撤走了3.6万人,约188亿美元的投资裸露在风险当中。然而更糟糕的是,因为中国与利比亚尚未签订有效的双边协定,期待损害赔偿的中国企业将很难寻求司法途径保护他们在利比亚

的资产,而只得期待中国政府与利比亚新政府间的外交途径解决争议。但是,外交途径通常难以捉摸并且很大程度上受到政治因素的影响。中国企业应当从中吸取教训。如上所述,中国已经与16个非洲国家和11个拉美国家签订了有效的双边协定,其中的仲裁条款可以促使东道国政府履行其承诺。中国投资者应当利用这些条约对投资者和投资项目提供的保护。

同时,中国投资者应注意这些双边协定在是否允许其未经东道国政府同意即可将争议提交解决投资争端国际中心或临时仲裁庭仲裁方面有所区别。例如中国与圭亚那的双边协定约定,投资者可以不经与东道国政府达成一致即可将投资争议提交第三方仲裁机构仲裁;而中国与智利的双边协定则约定,除涉及征收补偿款的投资争议外,投资者应当经东道国同意后方可将投资争议提交第三方仲裁机构仲裁;此外,中国与牙买加的双边协定则约定,投资者仅能将其与东道国政府之间涉及征收补偿款的投资争议提交第三方仲裁机构仲裁。根据上述后两类双边协定的约定,实践中,投资者与东道国政府发生投资争议后,东道国政府可能不同意投资者向第三方仲裁机构提起仲裁。在此种情况下,投资者可选择单独向第三方仲裁机构提出仲裁申请,如果第三方仲裁机构经过审查后认为,东道国政府拒绝仲裁解决投资争议的行为缺乏适当理由,则其可根据“同意不得被无理拒绝”的国际法原则受理投资者的仲裁申请并作出裁决。

此外,其他一些因素,诸如东道国对《示范法》的采纳和加入《纽约公约》的情况,也十分重要。因为如果《纽约公约》或《示范法》适用于执行地,则仲裁裁决被执行地司法机关撤销或驳回的可能性将大大降低。

因此,我们建议投资者在向某个国家投资之前开展适当的尽职调查,以明确可以适用的投资保护条约及其保护机制。

2、间接投资尚未与中国签订双边协定的国家

同时,我们建议投资者可间接投资未与中国订立双

边协定的拉美国家，即通过与东道国签订双边协定的第三国的子公司向东道国投资，从而获得第三国双边协定对其在东道国投资的保护。

应当注意，采取上述间接投资方式的前提是，东道国与第三国签订的双边协定同意保护间接投资，即东道国同等对待有第三国国籍的投资者和在第三国设立子公司的中国投资者。近年来，中国投资者习惯于利用传统的“避税天堂”，例如英属维尔京群岛、百慕大、开曼群岛、毛里求斯等，通过设立特殊目的公司统筹对外投资，为此，我们建议投资者应咨询专业律师以明确上述国家或地区与哪些非洲和拉美国家订立有保护间接投资的双边协定。

3、在投资合同中增加“稳定条款”

稳定条款，指一国通过合同(或立法条款)，向外国私人投资者作出承诺，保证外国合同当事人的合法权益不致因该国法律或政策的改变而受到不利影响。典型的稳定条款，如LIAMCO诉利比亚案中，双方达成的特许协议明确规定：（1）利比亚政府、委员会以及省级当局将采取一切必要步骤，保证公司享有该协议授予的一切权利。除非双方相互同意，不得更改该协议所创立的合同权利；（2）在其生效期间，该协议应根据石油法与该协议包含的修正协议实施之日已生效的规章进行解释。未经公司同意，任何对该类规章的修改或废止不得影响公司的合同权利。可见，只有经双方同意才能改变特许协议所保证的合同权利，而且将解释特许协议的法律固定在某一期限内，这样，东道国今后的立法或行动不得侵犯公司的合同权利。

稳定条款的作用在于稳定与投资者利益相关的法制，不致因东道国随后的立法或行政行为而损害投资者的合同权利。具体而言，稳定条款的稳定作用主要体现在以下几个方面：（1）稳定财产权，即东道国在此条款中保证对外国投资者的投资及财产、利益与所得不予征

收或国有化；若因情况必需而不得不采取此种措施时，则应对外国投资者给予公正补偿；（2）稳定税收，即东道国保证法律中规定的或合同中约定的税收待遇在一定期限内不变；（3）稳定外汇管理制度，在实施外汇管制的国家，为了保证外国投资者的合法所得能自由兑换并汇出国外，有时也订有稳定条款，使其合法所得能自由兑换和自由转移。例如合同中规定外国投资者可在国外以外币支付，或规定为了某一特定目的，可以在国外开立账户，或规定在合同存续期间合同不受东道国外汇立法的影响；（4）稳定进出口制度，即在合同中保证，对于外国投资者为履行合同必需进出口的机器、设备、原材料、办公用品所给予的减税或免税待遇，在合同期内不作变更或不作重大变更；（5）稳定与合同有关的一般法律结构，即规定凡在合同订立时存在的与合同有关的法律对合同都有持续的约束力，这些法律以后发生的任何变化，都不得适用于该合同。这一规定的目的在于排除合同订立后已经修改变更的法律的适用。另有的条款则规定合同的优先效力，即协议优于现存的及将来的一般或特别性质的立法。除上述五种以外，实践中还有更具体的稳定条款，规定对某一特定法律、对某一法律中的某些规定不予变更。

近年来，非洲和拉美很多国家的政局不稳，导致国内法律、投资政策经常发生变化，使包括中国企业在内的外国投资者的利益受损。目前，非洲和拉美地区是全球政治动荡最频繁的地区，政变、革命、战争以及内战不断。在非洲，利比亚骚乱和南苏丹独立的影响尚未消退，埃及和马里又相继发生骚乱。在加纳，当地法律规定，禁止外国人开采和运营25英亩以下的小金矿，但允许加纳人聘请外国技术工人并租用外国人的设备采金。一些中国人利用这一法律漏洞与当地矿主合作，投入人力、设备、技术和资金从事采金活动。2013年5月，加纳总统下令，在加纳全国开展打击非法采金的大规模执法行动。行动开始后，169名中国人因涉嫌非法采金而被加纳警方拘捕，在加纳投资采金的中国人遭受严重损

失。而在拉美，过去几年间委内瑞拉、玻利维亚、厄瓜多尔等国纷纷宣布对本国石油实行国有化，导致许多国外石油公司相继撤出拉美地区。在委内瑞拉，查韦斯政府于2008年实施“新国有化”政策，废除了原先与投资者签订的合同，要求全部改为与委内瑞拉国家石油公司（PDVSA）进行合资经营，且委方占股不得低于51%，后进一步改为60%。在高压之下，包括几乎所有的外国石油公司都被迫就范。2013年3月5日，查韦斯因患癌症去世，4月19日，被视为查韦斯指定“接班人”的马杜罗宣誓就任新一届总统，委内瑞拉的政局走向再次成为人们关注的焦点。在这样的政治环境下，中国企业在非洲和拉美投资时选择适用稳定条款就显得尤为重要了。

目前，学界对稳定条款的效力还存在分歧，各国法院、仲裁庭也还没有对稳定条款的效力达成明确的共识，因此尚没有确定的，以及被普遍遵循的判例和裁决。但是，近年来已有仲裁裁决肯定稳定条款的效力。实践表明，投资协议中订立稳定条款虽然不能保证协议不受东道国单方面更改或废除，但却为投资者进行索赔提供了依据。中国企业要想成功援引稳定条款维护自身利益，必须注意稳定条款本身的制定和合同适用法律的选择，应当明确约定欲禁止事项、明确“同意”的形式和条款的持久效力、明确稳定条款的适用对象以及选择国际法作为合同的适用法律。我们有理由相信稳定条款作为公平原则的一个延伸，渐渐地将作为一项国际法普遍规则为越来越多的国家所接受，而中国作为一个对外投资大国，如果可以有意识地采用稳定条款这一保护投资机制，将成为类似新的国际规则的受益者。

4、在投资合同中增加仲裁条款（适用于缺乏国际投资保护条约的情况）

即使东道国没有签订包含投资者-东道国争议解决条款的国际投资保护条约，中国投资者仍可以通过与当地政府签订包含仲裁条款的投资合同来保护自己。

起草投资合同中的仲裁条款时选择仲裁机构、适用法律以及程序规则是十分重要的，这甚至会影响到将来案件的胜诉或败诉。因此我们建议投资者在起草仲裁条款时向专业仲裁律师寻求法律意见，使仲裁条款能更好地达成投资者的目的，并在争议发生时保护其利益。

5、推荐选择的仲裁地点：新加坡或伦敦

国际投资仲裁是一项特殊的争议解决方式，它要求在可预测且稳定的仲裁程序体系下，受理争议的仲裁机构具备妥善处理案件的能力。当争议发生时，投资非洲和拉美的中国企业应当优先考虑具有处理投资争议经验的国际仲裁机构，例如国际投资争端解决中心，国际商会仲裁院（ICC）、伦敦国际仲裁院，以及中国企业在国内投资项目中熟悉的常设仲裁机构。

在选择仲裁地点时，还应牢记仲裁地法律将会影响仲裁程序和裁决执行。建议争议双方选择仲裁机制发展成熟的司法辖区作为仲裁进行的地点。其中，伦敦或新加坡更受推崇，原因是它们为正当程序和可预见性提供了强有力的保障，还具备成熟的国际仲裁立法结构，并且相对中国、非洲及拉美国家甚至香港而言更加中立。

6、专业律师的尽早参与

专业国际仲裁律师尽早参与起草投资合同或设计投资交易结构是投资项目风险管理中的最重要部分之一。专业律师可以协助投资者：

- 对东道国当地投资法律和政策做事先调查；
- 根据当地法规和政策选择最合理的投资模式和交易结构；
- 对目标公司或项目进行尽职调查；
- 针对特定东道国的情况，起草最合适的仲裁条款；
- 一旦发生争议，在当地法院、行政机关或仲裁程序中作为投资者的代理人；

- 提供对东道国劳动法的咨询意见，避免投资者与当地劳工发生冲突——在非洲和拉美的中国投资者此前已经遭遇类似问题。

7、注意留存证据

即便尚未发生投资争议，投资人也应当仔细留存在经营过程中、与东道国政府交往中的所有证据。另外，在投资之前或之后，东道国政府在商谈中给予的任何优待、承诺或保证的相关证据都应留存。商业计划、预期、规划和其他有关计划的证据也应当留存，与东道国发生争议发生后，这些都有可能成为索赔的证据。

另外，投资者还应当留存政府官员索取不正当金钱或其他利益的记录和证据，以便于将来争议发生时分清是非和责任。

8、防范腐败风险

腐败是很多非洲和拉美国家的一项严重问题。已经或可能向非洲或拉美投资的中国公司必须极其谨慎地开展腐败风险管理，因为在对东道国政府提起的仲裁程序中，指控贿赂将有可能彻底颠覆胜诉可能。

在仲裁过程中，政府腐败的证据是矛还是盾将取决于哪一方正在使用这一证据。一方面，由于行贿行为违反其国内法，东道国可以基于管辖权或事实本身要求驳回投资者的诉请。另一方面，投资者则可以根据有关双边协定，基于政府腐败行为另行提起仲裁请求。因为，造成投资者损失的腐败行为，属于“公平公正待遇”条款规范的范畴。

此外，虽然大部分非洲和拉美国家都已承诺对贿赂行为追究刑事责任，但是对于贿赂行为的定义却没有统一的认识。因此，投资者有必要在投资前期以及投资全过程中，根据专业律师的法律意见建立和维持适当的内控机制和反腐败政策来预防贿赂行为。

本文参考文献：

1、Investment Treaty Protection and Best Practices for Dispute Resolution for Chinese Companies in Africa（作者：美国Crowell & Moring律师事务所）

2、《论投资协议中的稳定条款——兼谈中国投资者的应对策略》（作者王斌，中国社会科学院法学研究所）



陈鲁明律师1983年毕业于复旦大学，获文学学士学位；1986年又获文学硕士学位。1995年毕业于美国哈佛法学院，获法学博士学位。陈律师具有中国执业律师和美国纽约州执业律师的资格。

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

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

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

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



祁达律师专注于商事诉讼仲裁及争议解决领域，执业领域涉及房地产、建筑工程、国际贸易、金融、保险、劳动、海商海事、反不正当竞争、白领犯罪等诸多领域。祁达律师此前在金杜律师事务所上海分所执业，并于2010年至2011年期间参加英国法律大臣青年律师赴英培训项目，期间接受普通法、国际商事仲裁及争议解决领域的培训。

祁达律师先后毕业于华东政法大学国际经济法专业及上海社会科学院民商法专业，分别获得法学学士及法学硕士学位。



崔文辉律师是君合律师事务所的律师，现在君合上海分所执业。

崔律师在处理复杂的涉外争议方面具有较为丰富的经验，曾经多次主办或参与办理中华人民共和国最高人民法院审理的诉讼案件，并多次主办中国国际经济贸易仲裁委员会审理的重大、复杂仲裁案件。崔律师擅长处理股权转让以及公司法律纠纷、房地产及建设工程、破产清算等案件。在加入君合之前，崔律师曾在一家大型房地产集团公司主管法务工作。

崔律师毕业于上海大学，获得法学学士学位。崔律师具有中国执业律师资格。



刘啸森律师

业务领域

诉讼、仲裁及破产清算

工作经历

刘啸森律师于2012年7月加入君合律师事务所。在加入君合律师事务所之前，刘啸森律师曾于2011在通力律师事务所实习，在该所实习期间，刘啸森律师参与了大量基金法律服务工作，积累了一定的律师工作经验。

加入君合律师事务所后，刘啸森律师主要从事争议解决方面的法律事务，为国内外各类公司、企业提供法律服务。其主要业务范围包括：内外资公司诉讼、仲裁及破产清算等。

教育背景

刘啸森律师于2005年考入中国政法大学，先后于2009年和2012年获得法学学士学位和法学硕士学位。

执业资格

刘啸森律师于2008年通过国家司法考试并取得法律职业资格证书。

工作语言

中文、英文

建设工程施工合同签订中的法律风险及其防范

陈鲁明 崔文辉 刘 一

近年来，建筑市场竞争越来越激烈。在买方市场的大背景下，施工单位的竞争逐渐从综合实力的比拼转向了价格战，有些施工单位为了承接工程项目不惜成本地降低报价，从而迎合低价中标的市场行情。然而，隐患就此埋下。因为对于业主而言，如果说在合同签订阶段是处于主动地位的，那么在合同签订后，特别是施工单位进场施工后将转为被动。合同签订后，施工单位为了获取更多的利润，往往采用“低中标、勤签证、高索赔”的手段，迫使业主支付远高于中标价的代价。在此过程中，如果业主无法满足施工单位的要求，施工单位经常会采取非常规手段来实现其目的，例如停工、拒不配合竣工验收、拒不交房等，而更常见的则是组织农民工闹事。由于当前各级政府对农民工问题都极其重视，担心处理不当引发群体性事件，因此一旦相关政府部门介入，基于维护社会和谐、稳定的考虑，它们往往会给业主施加压力，要求业主尽快付钱了事。

反观业主一方，很多业主并非专业从事房地产开发，例如一些来华投资的外资企业，要建造自己的厂房、研发中心、仓库之类的房屋，不可避免要和中国的施工单位打交道。这些业主往往是第一次在中国建房子，不了解中国的建筑市场和行业状况，不熟悉中国的相关法律和司法实践，从而吃了不少亏。

君合近年参与了大量建设工程施工合同纠纷案件的

仲裁、诉讼及谈判。我们发现，很多建设工程纠纷案件的发生，一方面是由于业主施工合同签订得不够周全，另一方面则是由于合同履行过程中业主的管理存在疏漏，从而导致业主在很多纠纷案件中处于劣势地位。下面，我们将结合君合参与或代理此类案件的经验，首先就业主在建设工程施工合同签订阶段应当注意的法律风险进行简要分析，并提供相关风险防范的建议。

1、合同签订之前要做好必要的准备工作，避免为了赶工期匆忙签订合同

2012年8月，曾在2001年因中国国家男足打入世界杯而为外界知晓的沈阳五里河体育场，因为一段“百人持械强闯工地打砸现场”的视频再次成为焦点。据媒体披露，五里河体育场2007年被爆破拆除后，拟建造世茂五里河商场。施工单位自从2010年9月入场以来，业主一直没有办好工程施工所需的相关证照，施工单位以此为由擅自停工。业主为了赶工期，希望赶走原来的施工单位，更换新的施工单位，于是就发生了百人持械强闯工地的事件。其后政府部门介入，认为这一事件责任在于业主方。

根据我国相关法律法规规定，在施工单位施工之前，业主应当申请施工许可证及其他施工所需证件，办理设计

图纸、施工图纸等必要的审批手续，向施工单位提供满足需要的施工图纸及技术资料。并且，通常施工合同中也有类似的约定。但是，实践中有些业主为了赶工期，往往边办证边施工、边出图边施工。这种做法一方面存在违法违规施工的风险，很可能被相关行政主管部门处罚；另一方面可能造成工期延误，施工单位可能以业主没有如期履行义务为由拒绝承担工期延误违约责任，甚至向业主提出工期索赔。从媒体报道的情况来看，上述世茂五里河商场项目就是因为业主在不具备签订施工合同条件的情况下急于签约，最终导致业主与施工单位产生矛盾。因此，业主应尽量避免这种情况的发生。

此外，如果法律法规规定或者项目所在地相关政府部门要求通过招投标方式选择施工单位，业主应当委托具有资质的招标代理机构起草招标文件，还可委托专业律师审核招标文件特别是其中的格式合同，因为中标后双方不得签订违背格式合同实质性内容的施工合同。并且，招标文件往往也是合同文件的组成部分，合同中没有约定而招标文件中有明确约定的事项，应以招标文件为准。因此，在签订合同之前制作一份好的招标文件，也是不容忽视的准备工作之一。在收到施工单位的投标文件之后，业主应组织专家，对照招标文件中的要求，逐一核实施工单位是否符合各项条件。施工单位中标后，需根据设计图纸确定施工组织设计和具体的施工方案，并报送业主审批。这一报送审批的过程，实际上将施工单位的风险转嫁给了业主，因为业主要对其审批行为承担一定的责任。如果将来在施工过程中发现施工方案存在问题，那么业主往往也要承担相应的责任。

2、慎重选择“闭口合同”或“开口合同”

通常来说，工程价款有闭口价和开口价两种。闭口价即工程包干总价，不管施工过程中发生任何情况，总

价都不再做调整。开口价即工程暂定总价，等到竣工后再按实际发生的工程量结算。由于结算价往往会高于暂定价，所以理论上来说，闭口价更有利于业主控制造价风险。

但是，实践中的情况又十分复杂。我们在处理案件时发现，有的业主在施工中做了大量设计变更，导致工程量大幅度增加；有的业主碰上了特殊地质打桩打不进，有的遭遇百年一见的自然灾害或者像奥运会、世博会这样的大事件而不得不停工；有的相邻建筑物不能如期拆除导致工程无法继续等等情况，造成工程出现大幅度延期、返工甚至停建，从而导致双方发生工程款争议。业主往往认为，有一个固定总价就可以把所有风险囊括在内，而忽略了特殊情况下如何计价的约定，导致有争议时固定总价被打开，变成开口价，直接造成建筑成本难以控制。

我们建议，业主可将闭口价和开口价结合在一起。如果施工单位依据业主的设计图纸可以确定工程量，那么双方可以就确定的工程量约定闭口总价。但与此同时，也要明确约定闭口总价的计价标准和风险因素，比如约定当钢筋、水泥等主材的市场价格涨价幅度超过一定比例时，是否需要调价以及如何调价等。约定计价标准还有一个好处，即在合同因故解除时便于计算已发生的工程款。此外，对于超出闭口总价范围之外的，如新增项目，或新增工程量，或设计变更，或业主要求调换材料设备等情形，都有可能导致价款变更，也需要约定变更的具体计价方式。

3、尽量避免签订“黑白合同”

黑白合同也被称为阴阳合同。建设工程合同比较特殊，实践中政府部门出于行政干预和监管的需要，不管有没有招投标，往往都要求办理合同备案，办了备案的

合同俗称为“白合同”。但在实践中，由于各方利益博弈和各种原因，会出现业主要求施工单位让利下浮或施工单位利用业主工期紧而趁机抬价等一些情况，双方往往有时会签订新的合同，修改备案合同中的工程价款、工期等实质性条款。这类合同俗称为“黑合同”。“黑合同”一般是双方实际履行的合同。

我们曾经遇到这样一个案件。某施工单位和业主在签完“白合同”后随即又签了“黑合同”，施工单位同意在中标价基础上下浮7%，但如果工程能提前2个月完工，则业主将下浮的7%作为奖励费返还。该合同签订后施工单位一直没提异议，业主也按约付了进度款。但工程没有像预计得那么顺利，结果没能提前完工，此时业主提出要按“黑合同”下浮7%付款。但施工单位不同意并起诉到法院，要求按照“白合同”全额付款。根据我国相关司法解释的规定，两份合同实质性条款不一致的，应以备案的中标合同即“白合同”作为结算工程价款的根据，最后施工单位的主张得到了法院的支持。

黑白合同在签订时可能对业主较为有利，但一旦发生纠纷被推翻的可能性也很大。我们建议业主尽量避免黑白合同。如果在施工过程中要变更合同，双方可在不改变备案合同实质性条款的基础上，签署补充协议，必要时也可将补充协议一并备案。

4、合同中应对于业主方管理人员的权限作出严格限定

我们曾经参与过这样一个案件。一家外商投资企业在某工业园区建厂房，委派了一个员工作为业主代表管理现场施工，在厂房建设过程中，由于该员工的表现令公司不满意，被公司辞退。2个月之后，厂房竣工结算，施工单位拿出了大量变更指示单和签证，在这些单证上的业主一栏，赫然写着那位已经被辞退的业主代表的签

名（日期在辞退之前）。施工单位据此提出大金额的索赔。业主认为，这些签名只代表员工个人，公司又没有盖章，就表示不认可，并提出这名员工已经被辞退，他的签名很可能是辞退之后签上去的。双方因此争执不下。于是施工单位起诉到了仲裁庭，要求确认变更价款。最后仲裁庭认为，合同对业主代表的权限没有特别约定，那位被辞退的员工作为业主代表，全权代表业主履行业主的职责，他的签名应视为业主的认可，对业主产生约束力。至于签名时间，由于辞退与竣工的时间较为接近，无法鉴定出确切的日期。因此，业主应支付相应的变更价款。业主怎么也没想到，一个已经被辞退的员工给公司造成了巨大的损失。

一般来说，业主代表及其他管理人员的权限通常不是什么大问题，因而特别容易被忽略，往往在合同中就用一句话带过，如：业主代表行使业主的合同权利、履行合同义务。这种兜底条款，赋予了业主代表极大的权利，也意味着业主代表履行职责的行为都要由业主承担责任。

因此，我们在起草或审阅施工合同时，一般都会提示业主作出区分，哪些权力可以下放给业主代表，哪些权力的行使必须要业主盖章确认。根据我们的经验，较容易引发争议和纠纷的大多是工程价款调整、工期顺延、合同修改或补充、签证、索赔、变更、结算相关的事项，建议业主在合同中明确保留对这些权利相应的权力，并以适当的方式告知施工现场各相关方。

5、合同中应当清楚地约定变更的原则和流程

业主往往会发现，在工程施工过程当中或者结算阶段，工程款不知不觉就超出了预算。这些超出部分，很大程度上是因为施工过程中发生了大量变更，例如业主主动更改了设计；施工单位发现设计图纸有错漏或不

合理，申请设计单位改设计；施工现场情况与合同规定不符，施工需相应调整等等。一旦有变更，就可能导致工程量、单价或计价项目发生变化，费用慢慢就超出预算了，工期也会受延误。如果业主在施工过程中不能够很好地控制工程变更，必然会加大工程的费用投入，导致工程投资超支和工期延误。所以，要控制住造价和工期，就必须控制好变更。

对业主来说，一份好的合同是控制变更的重要基础。合同中应具备控制变更的可操作性原则，特别是施工单位主动提出的变更，业主要格外留心。我们从很多案例中看到，有些施工单位往往在申请变更的同时，已经做好了签证和索赔的准备。

业主在合同中至少要明确以下几个原则：第一，哪些情况下施工单位才可以申请变更。第二，申请需要提交哪些资料，例如变更的理由、对工期和造价是否有影响等。第三，申请需要经过哪些单位审核，设计、监理、投资监理、业主的项目管理公司可能都要发表意见，但决定实施变更的权力应掌握在业主手中，如果未经业主同意施工单位擅自变更会有怎样的后果。第四，一般性变更和实质性影响造价和工期的变更，在办理手续上怎么区别处理。第五，变更如果实质性地影响了工程价款和工期，双方需要履行什么手续才能变更造价和工期，不履行约定手续的后果如何。第六，变更如果实质性地影响了工程价款的，变更部分如何计价、何时支付。这些问题都需要认真考虑，并且这些考虑需要穿插在合同一系列相关条款中，确保施工变更时有章可循，即便到了诉讼或仲裁阶段，相关合同约定也可以作为证明己方观点的有力证据。

6、明确约定非法转包、违法分包的违约责任

非法转包和违法分包都是为我国法律所明确禁止的

行为。政府逐年来也加大了查处力度，但非法转包、违法分包、挂靠等情形仍然屡禁不止，几乎成了建筑行业的潜规则。转包是指施工单位承包工程之后，又把工程转让给第三方。违法分包是指施工单位将工程分包给没有相应资质的第三方，或者将工程主体结构分包给第三方，或者未经业主同意擅自将部分工程分包给第三方，或者施工单位自身已经是分包单位又进行再分包的。最为典型的情况是某些包工头，利用广泛的社会人脉关系，挂靠或借用正规企业的资质证书承接工程，支付一定比例的“挂靠费”就带领劳务人员进场施工，而被借用资质的企业往往既不参与施工，也不进行管理，从而给工程留下了质量和安全的隐患。

通常来说，业主对于不得违法分包、不得转包有一定认识，但在签订合同时往往缺少相应的违约责任的安排，导致在发现有违法分包、转包情况时缺少可行的解决方案。我们建议业主在合同中明确约定，一旦发现违法分包、转包的情况，首先分包或转包单位应无条件地在业主给定期限内撤离现场，并与新的施工单位做好交接；其次分包或转包单位应向业主支付合同中约定的违约金（在合同有效的情况下）或赔偿业主的全部损失（在合同无效的情况下）。

7、明确界定工期延误、明确约定工期索赔的条件和流程

从理论上讲，按期保质完成工程，是施工单位的义务。如果施工单位没有在约定期限内完成工程，就需要向业主承担违约责任。但在实践当中，由于建设工程施工状况的不可预测性和复杂性，往往导致工期受到延误。在这种情况下，施工单位往往会想尽办法，寻找工期延误的影响因素，以推脱自己的责任，甚至进一步向业主索赔其人工、材料、机械等损失。因此，我们建议

业主在合同中针对工期延误设定应对性的条款。

原建设部制定的99版建设工程施工合同标准条款约定，在发生停水停电持续达到了一定时间、出现台风暴雨等不可抗力事件等情况下，工期应予顺延。我们理解，制定这一原则的出发点，是考虑到某些不可预见的突发情况对工程造成意料之外的影响，工期应予以合理顺延。但如果施工单位依据经验和常识能够预计到某些情况的发生，那么该等情况不应构成顺延的正当事由。举例来说，南方夏天持续高温，北方冬季温度太低，都可能导致阶段性的停工，这是众所周知的现象，施工单位更应具备相应的经验和判断能力，在预估工期时就应当将该等停工的期限考虑在内，而不能作为合理的事由要求顺延，更不应主张停工损失。

除了上述客观事件之外，实践中，业主设计变更也是施工单位要求顺延工期的常见理由之一。我们建议业主可在合同中约定：施工单位在接到业主设计变更指示后的约定期限内，首先应预估该等变更对工期或价款可能造成的影响，并向业主提交书面报告及其依据；如果施工单位没有在约定期限内提交报告，视为设计变更对工期或价款不发生影响；施工单位提交的报告经业主确认后，或者双方协商一致后，施工单位再行实施变更事宜；或者在无法预估变更影响的情况下视变更事项的推进及时对工期做补充约定。

综上，建设工程施工合同和一般合同相比，专业性更强，条款更多，履行过程中的情况更是复杂多变。本文所列举的仅是施工合同中相对问题突出的条款，其他还有诸如工期、质量、材料供应、验收、结算等问题，也同样需要引起业主的高度重视。目前国家推行的99版示范施工合同，偏向于保护施工单位的利益，建设行政主管部门往往也要求以该示范合同作为备案版本。对于业主来说，只有充分了解中国的建筑市场和行业现状，结合司法实践中常见的纠纷，有针对性地修改示范合同

或者重新拟定合同，才能从源头上控制好工程造价和工期，从而有效地保护业主的利益。此外，建设部于2011年对99版示范施工合同进行了修订，组织起草了《建设工程施工合同示范文本》（征求意见稿），至本文发出之日该新的示范文本尚未正式发布。我们将密切关注新的示范施工合同的发布动态，及时探讨该新的示范合同对业主的影响以及业主在使用该新的示范合同时应注意的问题。

签订一份考虑周全的施工合同是一个良好的开始，而业主在合同履行过程中的履约策略和方法也相当重要。我们将继续探讨如何在施工合同履行过程中规避法律风险、保护业主的利益。



刘一律师现在君合上海分所执业。

刘一律师从业以来，致力于处理建筑房地产领域的法律事务，擅长解决复杂的建设工程争议纠纷，参与和代理过国内外多起建设工程施工合同纠纷诉讼仲裁案件并积累了较为丰富的经验；刘一律师还擅长提供房地产项目开发全过程法律服务，为众多在华投资项目提供了与土地取得、招标投标、施工建造、运营管理、项目收购兼并等环节相关的非争议解决类法律服务。

刘一律师的服务语言为中文和英文。

国家主权强制抗辩在美国反垄断诉讼中的适用

——中美维生素C案的启示¹

郝 勇

2013年3月14日，历时八年的中国制药企业在美国被指控操纵维生素C价格一案终于有了裁决，美国纽约州东区联邦法院判决华北制药集团及其下属子公司维尔康向美国原告支付1.62亿美元(约10亿元人民币)的赔偿。该案由2005年以来美国针对多家中国维生素C出口企业的多起诉讼合并而成。八年间，除华北制药集团及其下属子公司维尔康以外的其他被告企业都与原告达成了庭外和解协议，和解金额据信为1000万美元到2250万美元不等。本案陪审团判罚被告的价格操纵行为造成的经济损失为5400万美元，而根据美国反垄断法三倍赔偿的规定，法官判决最终赔偿金额为1.62亿美元。

本案是第一起中国企业在美国市场遭遇的反垄断诉讼案件，作为被告的中国公司引用了国家主权强制作为其抗辩理由，但最终未获得法院支持。而本案以及紧随其后的其他类似案件²都表明，反垄断诉讼已成为中国公司在美国市场进行投资或贸易需要警惕和防范的一个重要风险点，因此对国

家主权强制抗辩制度的研究显得尤为迫切和重要。

一、中美维生素C案的基本案情

中国自上世纪八十年代开始的经济转型期以来，进出口管理模式从政府部门完全集中管理逐渐转变为商会管理，而商会既承担一些政府职能（包括行业合作或对外国政府的反倾销指控采取行动等），也承担一些具有私性质的民间行业协会职能（包括组织行业展销会、市场调研、以及调停贸易纠纷等）。1996年中国政府就企业低价倾销出口的问题发布了过渡性指令，规定对低价倾销出口的行为将进行批评和罚款。政府要求各商会对违反该指令的行为进行调查，并进一步规定，各出口企业应当服从各商会之间协作，制定适合于出口目的地国家的出口价格。

1997年中国商务部³和中国国家食品药品监督管理局⁴

1 作者郝勇律师为君合律师事务所纽约分所合伙人。纽约分所实习生秦熾对本文的研究和撰写作出了重要贡献。

2 如2010年美国企业诉中国五金矿产进出口公司等销售企业价格串通违法美国托拉斯法案（“菱镁案”）Animal Sci. Products, Inc. v. China Nat. Metals & Minerals Import & Export Corp., 702 F. Supp. 2d 320 (D.N.J. 2010).

3 中国商务部由原国家经济贸易委员会内负责贸易的部门和原对外经济贸易合作部于2003年合并而成，为行文方便，本文统称为中国商务部。

4 其前身为中国国家药品监督管理局，2003年更名为中国国家食品药品监督管理局。

特别针对维生素出口行业发出通知，要求成立中国医药保健品进出口商会维生素C分会（“维生素C分会”），以加强对维生素C进出口的行政管理，协调无序竞争局面，防止国外提出反倾销调查。2002年3月29日，商务部和海关总署联合发布通知就出口商品建立海关审价和商会预核签章制度，以应对中国入世后出口面临的新情况，即需要维护市场竞争秩序，同时又需要避免来自其他国家的反倾销指控。自2002年5月1日开始，维生素C被列为海关审价、商会预核签章商品。2003年12月29日，商务部进一步明确各商会应当基于各出口商之间的自律协议签发预核签章。如果某项出口合同无此签章，则海关将不允许其项下货物出口。2002至2005年间，维生素C分会召开了多次协调会议，会上在该案中作为被告的各中国企业达成了关于维生素C出口价格和数量的协议，并遵照执行。

在本案审理中，被告对相互之间就出口维生素C达成价格联盟没有异议，但提出这一价格联盟是在中国政府的反倾销政策强制下而为，因此应当适用国家主权强制抗辩而获得免责。

二、国家主权强制抗辩

在1945年的“美国铝公司案”中，美国联邦最高法院建立了“效果原则”，主张发生于美国境外与美国反垄断法精神相抵触的任何行为，不管行为人的国籍和行为的实施场所如何，只要其对美国的市场竞争产生了不良的影响，美国法院对之就有管辖权。⁵

在美国反垄断诉讼中，国家主权强制抗辩是一项可以使私营企业完全免责的抗辩。该抗辩是指如果私营企业的限制竞争行为是由其所在国主权政府强制下而为，

则该企业对此行为不承担反垄断法下的责任。该抗辩虽然涉及外国政府，但主要在美国国内的反垄断诉讼中使用，是一项美国国内法原则，而并非一项国际法原则。该抗辩主要理论依据为“国际礼让原则”和“公平原则”。“国际礼让原则”要求国内法院对于外国主权政府的行为给予适当尊重，而在“公平原则”下法律不能要求行为主体对其非自愿的行为承担责任。

美国最高法院1970年判决的Texaco Maracaibo一案⁶是国家主权强制抗辩至今唯一成功被援引的判例。在该案中，委内瑞拉政府主管部门通过电话要求本国石油公司停止向美国出口石油。该主管部门有权制定关于石油出口的一系列规章，并有权在企业不遵守的情况下吊销其石油出口证。美国联邦最高法院认定被告的行为是在委内瑞拉政府贸易禁运政策强制下做出的，所以构成了对反垄断指控的完全抗辩。

美国司法部则在1988年才在《国际经营反托拉斯执法指南》⁷中官方承认了国家主权强制可以成为反垄断案件中一项独立的抗辩。《美国国际关系法重述》（“重述”）第三版⁸则认为该抗辩仅当政府强制以法律法规的形式作用，并且会导致罚款或其他严重惩罚（如停业，吊销执照等）的情况下才成立，而仅仅商业机会的损失不足以构成政府强制。美国司法部接着在1995年发布的新指南中采纳了重述第三版的观点。⁹这样，国家主权强制的适用条件趋向严格。

在上世纪八十年代的美日汽车贸易战中，日本作出让步单方面限制对美国的轿车出口量，并以行政指令形式将出口限额分摊给日本各大汽车生产商。两国政府都意识到这种解决方式可能触发美国反垄断法的适用。美国司法部长为此在信函中明确答复日本政府：由于日本政府限制出口指令将导致国家主权强制抗辩的适用，美

5 U.S. v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

6 Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc., 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970).

7 The Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1988).

8 American Law Institute, Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of United States § 441 cmt. C, n.3.

9 The Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995) § 3.32.

国司法部将不会向日本汽车生产商提起反垄断的指控。¹⁰

1983年Matsushita¹¹一案 则涉及日本的电视机制造商的价格联盟，日本政府在该案中递交了“法庭之友”，声明被告的反竞争行为是日本国际经济贸易政策不可分割的一部分。同时美国政府也支持这一立场，并进而主张日本政府针对这一问题出具的声明应当具有最终效力，法院不应当进行二次审查。遗憾的是，美国联邦最高法院最后裁定被告的行为对原告没有造成损害，从而没有对国家主权强制问题进行裁决。

三、中美维生素C一案判决对国家主权强制抗辩的分析

本案焦点围绕在被告间达成的价格联盟行为的性质究竟是是企业自愿行为还是政府强制行为。

首先，法官从三个方面分析并认为被告之间达成的关于维生素C出口价格和数量的协议体现了企业行为的自愿性。第一，商会内部有书面文件提到商会预测各出口企业参加该价格控制协议的意愿以及该协议的效果都会随着外部出口市场条件的变化而降低；第二，商会在本案诉讼开始后两天内的一个内部讲话也认为这一价格联盟是脆弱的，容易被高利润所瓦解；第三，被告多次违反自己设定的最低出口价，而并没有受到相关惩罚。

其次，法官拒绝采纳中国政府在2009年声明中对本国法律的解释。法官认为，中国商务部2009年声明中存在关键性缺陷。第一，该声明仅宣布根据自律管理要求，维生素C出口商要“根据中国相关法规和规章协调出口价格和产量”，但回避具体指明相关法规和规章；第二，该声明中包含了许多模棱两可的条款和短语，尤其是涉及自律体制下的处罚问题。因此，法官认为，中国政府的声明不像是一份“坦白和直接”的对中国法律的解释，而像是一份认真起草的诉讼立场声明。

再次，法官还具体分析了未成为分会成员的中国企业，在价格联盟之外，是否可以出口维生素C的问题。虽然中国商务部2009年声明指出中国被告企业被要求成为分会的成员；若被告不参加“价格制定”活动则不能出口维生素C。然而查阅本案中的记录可知，某些政府指令和商会文件则规定了2002年制度不再要求有会员资格。2003年规章则进一步规定，“对于非会员出口商提交的维生素C的申请，商会应给予他们和会员出口商同等的待遇。”2002年5月被告间的协议再次表明，“非维生素C章程会员的公司可以出口维生素C（但是出口数量需要由其他公司确认）。”很显然，即使一家公司在分会的会员资格被撤销（或该公司从来就并非会员），该公司仍可以出口维生素C。综上，法官认为2002年制度中的条款以及同等待遇原则，没有强制被告企业之间达成协议。

另外，根据庭审新闻报道，被告的关键证人——一位曾经负责监管维生素C出口的中国商务部退休官，告诉陪审员他负责实施“认证盖章”制度，只有遵守最低价格限制的维生素C生产商才能拿到“盖章”，而“盖章”为被告出口其产品所必需。然而，该证人的证词在交叉质证中被推翻，因为一份2003年7月的备忘录（作者为该退休官员）指出：出口规范仅仅是“只有诚实的企业才会遵守的一种形式”，而且有合同表明部分被告企业曾在没有盖章的情况下出口维生素C。

四、国家主权强制抗辩与WTO裁决

在中美维生素C一案中，中国商务部处于两难境地。一方面，为了保护本国企业，其需要去证明中国商会或行业协会并非是独立于政府的，而是中国政府的代理人，中国出口企业通过中国商会或行业协会受到中国政府有关价格调控的强制约束；另一方面，中国商务部在WTO贸易政策审议中，需要证明中国遵守入世的承诺，

10 Opinion of the United States Attorney General Addressed to Ambassador Yoshio Okawara of Japan (May 7, 1981), 1981 - 1 Trade Cas. (CCH) 63,998.

11 In re Japanese Elec. Products Antitrust Litig., 723 F.2d 238 (3th Cir. 1983).

中国出口贸易体制已经相当市场化，包括维生素C在内的产业出口限制已经很少或基本取消。

事实上，另有一起几乎同时进行的针对中国原材料出口的反垄断诉讼也突出地反映了中国政府这样的两难境地。2010年Resto一案¹²在一审阶段的时候，美国政府在WTO提出指控中国政府对包括铝土矿在内的一系列原材料出口进行限制。审理该反垄断案件的美国法官随即中止审理该案，等待WTO裁决的结果。美国政府在诉状中提出中国政府的最低出口价格控制是通过企业自律系统实施的，企业违反价格控制会受到惩罚。美国政府在诉状中特别提请WTO争端解决组注意当时正在美国国内进行的中美维生素C一案，并引用了商务部在该案中为了支持国家主权强制抗辩而提交的法庭之友声明。争端解决组一审裁决中国政府违反其在WTO下的义务，但WTO在二审中认为美国政府的诉状关于此部分的诉由阐述不充分，从而一审关于此部分的裁决无效。这样就错过了一个难得的机会，可让我们明确观察WTO裁决与美国反垄断诉讼中国家主权强制抗辩适用的互动过程。

结语

综上，中国企业在美国市场上面临的反垄断诉讼风险值得高度重视。一方面，无论是现有判例还是成文法规都表明国家主权强制抗辩在美国反垄断诉讼中成立的条件非常苛刻，而另一方面中国政府由于其在WTO下的义务需要不断放松出口管理模式中的各种强制性内容，这样就导致了在反垄断诉讼中，中国企业即使在中国政府的支持下仍然举证困难，难以通过援引国家主权强制抗辩而获胜。因此，中国政府和企业都需要研究此类型案件的解决方式，密切关注正在发展的判例，并探讨在双边或多变贸易协定的层面解决的可能性。



郝勇律师

业务领域

公司、并购、融资、资本市场

工作经历

郝律师常驻君合纽约分所，就公司、并购、融资、资本市场事务具有丰富经验。他自2003年起在纽约执业，在两家美国一流律师事务所工作八年后加入君合。过去十年里，他参与了美国和世界各地价值数百亿美元的商业项目，在多起美国年度最佳交易中发挥了领导作用。

在协助中国企业开展美国业务和赴美投资并购方面，郝律师积累了丰富的执业经验，能够借助共同的语言和文化背景和中国企业进行高效顺畅的沟通，迅速充分了解中国企业在美国的需求，并协同君合中国团队为中国企业在中美两国提供一体化的专业服务。他能够协助中国企业设计并建立交易结构，在美国从事全面尽职调查、以英文起草和谈判交易文件、协助办理美国政府审批程序、直到完成交割。同时，他能够统筹协调美国各中介机构的工作，最大限度的为中国企业提高工作效率和降低交易成本。

郝律师服务的众多中国企业包括境内外上市公司和非上市公司，国有和民营企业，来自北京、上海、广东、福建、浙江、江苏、河南、辽宁等地，其在美国的业务分布于东岸、西岸、南部、中西部等地。最近，他代理深交所上市公司湛江国联水产开发股份有限公司成功完成了在加州的股权和地产收购，并代理深交所上市公司深圳大族激光科技股份有限公司成功完成了在佛罗里达州股权和资产收购。

就中国企业赴美投资的实际问题，郝律师近来接受了中央电视台、凤凰卫视、新浪财经、财新传媒、21世纪经济报道、中国日报等的采访，并经常在美国的专业会议和论坛发表演讲。

教育背景

美国西北大学法学博士；北京大学法学学士，优秀毕业生。

执业资格

纽约州律师协会会员；香港律师会注册外国律师。

12 即美国企业诉中国铝土矿出口公司价格串通违反美国反垄断法一案（“铝土矿”案）Resco Products, Inc. v. Bosai Minerals Group Co., Ltd., CIV .A. 06-235, 2010 WL 2331069 (W.D. Pa. 2010).

深度解析茅台、五粮液“限定最低转售价”案

李晓阳 万兴¹

2013年2月22日，贵州茅台酒销售有限公司（“茅台”）和宜宾五粮液酒类销售有限责任公司（“五粮液”）分别收到贵州省物价局和四川省发改委的《行政处罚决定书》，因限定经销商转售白酒的最低价格，根据《反垄断法》分别处以罚款2.47亿元和2.02亿元。这是该法2008年实施以来金额最大的行政罚单，也是紧接上月对六家境外企业液晶面板价格垄断处以3.53亿元处罚后的又一严厉执法行动。

2012年12月，茅台在全国经销商大会上发出“限价令”，要求不得擅自降价，之后对数家经销商因低价和跨区销售处以暂停执行合同计划、扣减20%保证金等惩罚。五粮液自2009年以来通过书面或网络形式，与全国数千家经销商达成协议限定最低转售价，通过业务限制、扣减合同计划、扣除保证金、罚款等方式处罚违规者，并在2012年底抽查全国市场，惩罚了数家经销商的低价和跨区销售行为。

在处罚五粮液的公告中，四川省发改委认为其行为对竞争和消费者利益具有以下不利影响：（一）通过限定最低转售价并实施监督考核和惩罚措施，排除了同一品

牌内经销商之间的竞争；（二）其行为在行业内产生负面示范，其他白酒品牌已开始对经销商进行类似限制和处罚，限制了行业不同品牌间的竞争；（三）排除了消费者购买低价商品的机会，且因其在浓香型白酒中的重要地位，产品可替代性低，制约了消费者选择²。

解释：生产商为何限定最低转售价？

回答这一问题，首先看为何有经销商存在。当今网上购物方便，为什么仍有人去街上门店购物？可见门店提供了网上无法提供的东西—服务，比如试穿、试驾、品尝。

接下来，为什么生产商不简单地将产品卖给经销商让其自由销售，还要限定转售价呢？经济学家Ralph A. Winter在“纵向控制与价格和非价格竞争”³一文中用一简单的经济模型做了解释。模型中，有一个生产商和两家相互竞争的经销商A、B，生产商以出厂价加上一笔固定费（如特许经营费）的方式将产品售给经销商。假定产品的单位成本是固定的，生产商的利润由出厂价、

1 作者感谢君合反垄断组多位律师在本文写作中参与讨论，并感谢谭国富教授（美国南加州大学经济系）提出宝贵意见。本文中的观点仅为作者个人的意见、建议，不代表君合律师事务所或其他人的意见。

2 见《五粮液公司实施价格垄断被处罚2.02亿元》，<http://www.scdrc.gov.cn/dir25/159074.htm>（四川省发改委官方网页）。

3 R.A. Winter, “Vertical Control and Price versus Nonprice Competition.” 《经济学季刊》（Quarterly Journal of Economics）108: 61-76 (1993)。

两家经销商的合计销量决定。经销商的销量由自己的售价、对方售价、自己的服务水平、对方的服务水平决定。经销商的利润由自己的售价、销量、出厂价、自己服务的成本决定。

如果没有限定转售价，生产商将设定出厂价，经销商设定转售价、服务水平。这会导致出现下列情形：（一）生产商和经销商定价时都将把价格定在各自的成本之上，使消费者面临“双重加成”（double marginalization）后的价格，该价格比企业纵向一体化（即生产商兼做经销商）时的销售价更高，而且生产商和经销商的利润之和小于一体化企业的利润；（二）经销商因无法获得生产商的那部分利润（即出厂价与生产成本之差），缺乏提供更多销售服务的动力，而更多服务可增加销量；（三）两个经销商各自定价时不考虑其价格变动给对方利润造成的影响，导致市场价格低于使它们的联合利润最大化时的价格；（四）消费者可能会“搭便车”，在旗舰店享受好的销售服务，但到打折店购买商品⁴。上述情形会促使生产商考虑纵向一体化，但可能一体化成本很高、不可行，这时生产商需考虑达到类似纵向一体化效果的措施，该措施应当使生产商和经销商的联合利润最大化（相当于一体化企业的利润最大化）。

接着我们考察生产商是否能够仅通过调节出厂价达到该效果，其目的是通过调节出厂价使经销商A和B各自设定使生产商和经销商的联合利润最大化的售价和服务水平。在Winter的模型中，生产商可通过设定出厂价使经销商设定理想的售价，但却无法使它们设定令联合利润最大化的服务水平。这是因为消费者可分为两类，一类消费者在面对价格的小幅提升时会转向其他经销商购买相同产品，另一类在此情况下不会购买该产品。纵向一体化的生产商在定价时只需考虑后一类消费者情况，

但独立经销商却需考虑两类情况。如果A经销商小幅提价，那些对服务要求不高但对价格敏感的消费者将会转向B经销商⁵购买，而看重服务的消费者可能不购买。结果造成经销商之间过度的价格竞争，而忽视服务。即使生产商调节出厂价令市场售价这方面使生产商和经销商的联合利润最大化，但另一方面经销商的服务仍然会低于使联合利润最大化时的水平⁶。

这时生产商就会使用限定转售价这一额外工具。通过限定最低转售价，生产商可以令市场售价使生产商和经销商的联合利润最大化。同时通过调低出厂价（如降到产品的平均成本以下）（请注意如上所述，生产商可向经销商收取一笔固定费（如特许经营费）来获得补偿），生产商可以激励经销商提供使联合利润最大化的服务水平⁷。

其他解释

（1）达成生产商卡特尔

不同品牌的生产商对于达成卡特尔的隐蔽方式通常会有兴趣。如果它们能够直接协调出厂价，就不会需要限定转售价这一方式。但如果较难观察到彼此的出厂价，卡特尔的监督执行会比较困难。而且销售价会随销售成本、市场需求等变动而变化。通过宣布“建议销售价”，生产商可以稳定销售价格，这样有助于卡特尔进行价格协调⁸。

需要注意的是，形成生产商卡特尔的重要前提是生产商有较大的市场控制力且市场进入较难。如果竞争者的数量较多、市场进入较容易，那么通过限定最低转售价促成、维持“生产商卡特尔”的方式就可能无法成

4 《产业组织：战略方法》，Jeffrey Church、Roger Ware著，McGraw-Hill公司（2000，英文版），第690-692页。

5 如本文前面假定的，市场上的经销商只有A和B。

6 同脚注4，第692-693页。

7 同上，第693页。

8 同上，第694页。

功。同时，这种方式对于生产商监督卡特尔的执行并非必需的，还有其他可选择的方式⁹。

(2) 达成经销商卡特尔

如果经销商可以直接要求或通过行业协会建议生产商限定转售价，那么与彼此进行价格竞争相比，经销商可以维持更高售价、获取更大利润¹⁰。

但同样需要注意的是，形成经销商卡特尔的重要前提是经销商有较大的市场控制力而且经销市场存在很高的进入壁垒。同时，如果很少经销商实施最低转售价，则它们形成卡特尔的动机一般不强。而且经销商往往不需通过限定最低转售价就可直接观察彼此的价格，从而形成卡特尔。对于生产商而言，它们并不能从经销商卡特尔中获利，通常缺乏动力对此提供帮助¹¹。

现实中的限定转售价

限定转售价常用于服装、珠宝、体育用品、汽车、加油、医药、家电等行业。研究发现在上世纪五十年代，英国有25%的零售业、加拿大有20%的杂货销售和60%的药品零售、美国有4%-10%的零售业，均存在限定转售价¹²。

限定最低转售价对竞争的主要影响

(一) 有利影响

(1) 激励该品牌经销商提供更多销售服务，从而强

化不同品牌之间的竞争。

(2) 如果没有限定最低转售价，依靠销售服务的新产品较难打入市场，限定转售价使市场进入更容易，市场中竞争者增加会促使商品价格下降¹³。

(3) 很多情况下，消费者不仅需要产品，还需要相关服务，如购买摄像机的新手想得到使用指导，否则可能无法使用产品，其利益受损，因此有服务的门店价格高些也有价值。限定最低转售价激励经销商将产品和服务一同出售，使消费者有更多选择¹⁴。

(4) 如上所述，减少价格双重加成的现象。

(5) 减少消费者搭便车行为。

(6) 有助于经销商保持适当的存货水平。当经销商决定存货数量时，并不能准确估计消费者对该产品的实际需求。如果实际需求比预计少，经销商就会加紧处理库存，将有激烈的价格竞争，甚至可能低于出厂价使经销商受损。如果实际需求比预计多，经销商会希望当初多进些存货，可是担心需求低时可能的激烈竞争会使它们做出保守的存货决定。由于限定最低转售价阻止经销商在需求低时降价，这促使经销商在市场需求不确定时选择多进些存货。当实际需求较大时，存货多会防止价格上涨且增加销量。如果消费者从市场需求大时因供货充足而获得的收益超过市场需求小时但价格不降（在限定最低转售价的情况下）造成的损失，对最低转售价进行限定就是有益的¹⁵。

(二) 不利影响

(1) 如上所述，限制同一品牌内的竞争。

(2) 如上所述，达成生产商卡特尔。

9 Brief of Amici Curiae Economists in Support of Petitioner, dated January 22, 2007, submitted to the U.S. Supreme Court for Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 第13-14页。

10 同脚注4, 第694页。

11 同脚注9, 第15页。

12 同脚注4, 第689页。

13 《现代产业组织》，Dennis W. Carlton、Jeffrey M. Perloff著，中国人民大学出版社（2009，中文译版），第404页。

14 同上，第404-405页。

15 OECD Policy Roundtables—Resale Price Maintenance (2008), 第217页。

(3) 如上所述，达成经销商卡特尔。

(4) 有市场控制力的生产商可能利用限定最低转售价使经销商不愿销售竞争者或市场进入者的产品¹⁶。

(5) 有支配地位的经销商可能要求生产商限定最低转售价，使前者阻碍流通环节产生可降低成本的创新¹⁷。

美国法院、执法机构、专家学者对限定最低转售价的态度

在Leegin (2007) 案¹⁸中，美国最高法院明确“反垄断法的主要目的是保护不同品牌之间的竞争”¹⁹。大量经济学文献认为限定最低转售价更可能被用于增进效率而非限制竞争。在实践中，有实证研究表明促使经销商提供更好的服务能较好解释企业为何限定最低转售价，尤其当购买者比较看重产品质量和使用信息时。

在理论和实践上，对限定最低转售价可能的限制竞争效果的关注主要集中于“生产商卡特尔”和“经销商卡特尔”，但这两种情况出现的可能性并不大。主要是因为如上所述，出现生产商或经销商卡特尔的重要前提条件是生产商或经销商有较大的市场控制力且市场进入较难，这种前提本身在实践中就不常出现。美国的执法和司法实践表明，限定最低转售价案件涉及生产商或经销商卡特尔的很少。

在实践中，美国法院、执法机构考虑此类个案是否存在“限制竞争效果”的指标包括：

(1) 相关生产商或经销商是否有市场控制力。

(2) 行业中采用最低转售价的生产商/经销商的数量。如果只有少数缺乏市场控制力的生产商限定最低转售价，则不太可能促成“生产商卡特尔”²⁰；但如果许多彼此竞争的生产商限定最低价，则需警惕²¹。如果在竞争

性市场中只有少数生产商限定最低价，或者只有少数经销商与某生产商达成限定最低价协议，则不太可能促成“经销商卡特尔”。

(3) 经销商要求限定最低转售价，还是生产商自己采用。如果是前者，则该做法较可能促成“经销商卡特尔”或用于支持具有支配地位、无效率的经销商。如果无经销商的压力，生产商自己限定最低转售价，则出现限制竞争效果的可能性不太大²²。

(4) 产品是否高度差异化或带有复杂的技术。如果答案“是”，则生产商限定最低转售价较可能用于激励经销商向消费者提供好的服务，从而促进竞争。

(5) 限定最低转售价对产品销量产生的效果。如果使销量上升，则不太可能是为了维持经销商或生产商卡特尔。

欧盟的态度

与美国相比，欧盟对限定最低转售价的态度更为严厉一些。欧盟2010年4月修改的“纵向协议集体豁免条例”设立了安全港制度，即对于市场份额不超过30%的当事人，发布集体豁免的规定，对于其除了属于核心限制之外的行为进行集体豁免。但是欧盟上述基于市场份额的集体豁免并不适用于核心限制行为（包括限定最低转售价、地区限制等），对于此类行为，当事人需向主管机关证明该行为的效率，获得个案豁免。效率的证明可通过市场份额结合其他因素，例如行业特性、该协议达成前后的市场竞争和价格等情况的变化。

对发改委公告的分析

在对茅台和五粮液的处罚公告中，地方发改委认

16 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007), slip opinion, 第14页。

17 同上, slip opinion, 第13-14页。

18 Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007)。

19 同上, slip opinion, 第10页。

20 同上, slip opinion, 第17页。

21 同上, slip opinion, 第17-18页。

22 同上, slip opinion, 第18页。

定其限价行为排除和限制了市场竞争，损害了消费者利益，因而予以处罚。这显示发改委在审视限定最低转售价时会判断对竞争的影响，应不会仅因为有行为即处罚。这接近国际上对限定最低转售价采取分析竞争影响的方法的趋势，该方法已被我国法院所采纳²³。

然而，发改委对竞争影响的陈述可以更充分一些。在对茅台的处罚公告中，贵州省物价局仅称其限制了市场竞争，损害了消费者利益，未对竞争影响作进一步陈述²⁴。在对五粮液的处罚公告中，四川省发改委对限制竞争的影响也只作了300余字的简单描述。这与国内法院的判决和欧美执法机构的决定中包含对竞争影响较详细的分析相比，还有提升空间。而且行政机关对竞争影响的事实认定的陈述更为充足也符合我国《行政诉讼法》的要求。

发改委的公告未显示其考虑了茅台、五粮液作为奢侈品²⁵的特点。奢侈品牌可分两类：一般奢侈品（如苹果手机、茅台）；高端奢侈品（如爱马仕包、阿斯顿马丁跑车）。后者在经济学上又称“Veblen goods”（韦伯伦商品），购买者是为了炫耀而消费，其价格越高，对其需求越大，因为高价格体现了买家的身份地位高，相反，如果降价，对其需求反而变小，因为降价在大众眼里降低了买家身份。高端奢侈品一般认为是“需求定律”（价高需求低，价低需求高）的例外情形。而一般奢侈品还是符合需求定律的。大部分奢侈品都会实行最低零售价，主要考虑因素包括：（1）降价会降低品牌形象；（2）降价可能使售前售后服务质量下降，使经销商没动力在服务上做投入，而奢侈品消费者可能比普通消费者更重视服务。如上所述，同一品牌的多个经销商提升服务有助于该品牌与其他品牌之间竞争。我们建议发改委今后在类似案件中适当考虑奢侈品实施限价的合理性。

在公告中，四川省发改委认为五粮液通过限定最低价并实施监督考核和惩罚措施，排除了同一品牌内经销商的竞争。这一认定本身应该没有问题。但问题是反垄断法的主要目的是保护同一品牌内的竞争还是品牌之间的竞争，如果两者发生冲突以何为主？在反垄断法的起源地—美国，法院认为此法主要目的是保护品牌之间的竞争²⁶。我国的立法、行政、司法机关尚未对此问题提供明确答案。我们认为，虽然促进竞争包括同一品牌内和不同品牌间的竞争，但当促进品牌之间的竞争需要通过限制同一品牌内的竞争实现时，或者限制后者但促进了前者时（如限定最低转售价），应当以保护品牌之间的竞争为主要价值取向。这是因为市场上商品、服务几乎都存在多家品牌的情况，品牌之间的充分竞争才能给消费者带来更多利益，而且消费者眼中的竞争通常指不同品牌的竞争。

四川省发改委也考察了不同品牌之间竞争的影响，认为五粮液限价在行业内产生负面示范，其他白酒品牌已开始对经销商作类似限制和处罚，限制了不同品牌间竞争。虽然此认定未明确表示五粮液的行为促成白酒“生产商卡特尔”，然而根据我们上面对限定最低价不利于竞争的五个方面的分析，此认定应该最接近“生产商卡特尔”这一方面。可是，本案中出现生产商卡特尔的可能性也许并不大。白酒品牌数量较多，即使五粮液有一定的市场地位，并不存在太高的市场进入障碍。而且，目前中国执法机构查处的卡特尔行为几乎都是经营者间的直接合谋，某种程度上国内企业可能尚无经验，“智慧”采取限定转售价这种隐蔽、复杂、可靠性相对弱的方式达成卡特尔。而且即使在企业的经营策略、经验高度成熟的美国，执法和司法实践也表明类似案件涉及“生产商卡特尔”的很少。在公

23 在《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（“垄断民事案件司法解释”）出台时，该法院知识产权庭负责人表示：“对于大多数纵向协议，只有在品牌间竞争不充分的情况下才会产生竞争问题，也就是说，只有在供应商层面或购买商层面或这两个层面同时存在特定水平的市场势力的情况下才可能对竞争有消极影响”。这表明我国法院对限定最低转售价会采用分析竞争影响的方法。见“依法有效制止垄断行为 创造公平有序市场环境—最高人民法院知识产权庭负责人答记者问”，作者张光明，《人民法院报》（2012年5月9日）。

24 见贵州省物价局公告（2013年第1号），<http://www.foodmate.net/news/quanwei/2013/02/224832.html>。

25 茅台、五粮液被评为“2012胡润全球十大最值钱的奢侈品牌”，<http://www.hurun.net/zcn/NewsShow.aspx?nid=176>。

26 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), slip opinion, 第10页。

告中，发改委并未表示发现有多少家白酒生产商实施限定最低价、它们中有多少拥有相当的市场份额或控制力，也未披露茅台、五粮液的限价行为是否可能涉及二者间的卡特尔。如前所述，若仅少数缺乏市场控制力的白酒企业限价，不太可能促成“生产商卡特尔”。更需关注的情形包括限价的白酒企业数量较多或尽管数量少、但大都具有一定市场控制力。另外，若无经销商压力，白酒企业自己限价，出现限制竞争效果的可能性也许不太大。而且如果限价后茅台或五粮液销量上升，此举不太可能是为了维持生产商卡特尔。在发改委未披露上述具体事实的情况下，我们无法排除五粮液限价可能并非为促使其他白酒企业跟进限价。部分白酒企业在五粮液限价后采取类似行为，有可能为独立决定而非合谋。而且本案中应有较多其他白酒企业未进行限价，当部分企业限价时，维持原价甚至降价的其他企业可能获得更大销量而获利。总之，为帮助公众更好理解五粮液限制了不同品牌间的竞争，发改委可在披露更具体、充分的证据和分析方面做些更多的工作。

发改委还认定五粮液排除了消费者低价购买的机会，且因其在浓香型白酒中的重要地位，产品可替代性低，制约了消费者选择。我们发现浓香型白酒品牌较多，除五粮液外，还有泸州老窖特曲、剑南春、水井坊、沱牌、洋河大曲、古井贡酒、全兴大曲、洋河、双沟、宋河粮液、贵阳大曲、习水大曲、鸭溪窖等。即使将范围缩小至高端浓香型白酒，其他品牌也包括剑南春、水井坊、国窖1573、金剑南、舍得等，因此认定五粮液在浓香型白酒中可替代性低也许可以商榷。而且认定制约了消费者选择也是可商榷的，低收入消费者会购买几十元的白酒但很可能不会买五粮液，高收入者可能只买品质好、价高的白酒。有的消费者只希望低价而不关注购买体验和售后服务，而有些消费者宁愿价格高一些也希望有好的购买体验和服务。茅台、五粮液限价很可能不会制约低收入消费者的选择，而且可以激励经销商提供更多、更好的服务，带给不同类型

消费者更多选择。

发改委的公告未显示限定最低转售价对竞争有任何有利影响。这有可能是由于发改委认为对竞争的有利影响在本案中不存在，或与不利影响相比很有限。无论何种情况，我们建议在今后的执法公告中对此进行相应披露，以增加执法透明度，给公众更明确的指引，进一步增强执法决定的说服力。

我们还注意到发改委在公告中未明确界定本案的相关市场。相关市场一般是分析竞争影响的起点。公告中提到五粮液为“白酒龙头企业”、“在浓香型白酒中具有重要地位”²⁷，然而公众不清楚相关商品市场应当是白酒或浓香型白酒，还是高端白酒或高端浓香型白酒。而且虽然我们根据白酒与洋酒的不同口感、消费者偏好等倾向于认为本案相关地域市场为中国，公告对此却未予明确。我们知道，企业的市场份额和控制力的大小会随不同的市场界定而变化，如五粮液在中国白酒市场的份额肯定低于在中国浓香型白酒市场的份额。如上所述，出现限定最低转售价对竞争不利影响（如生产商卡特尔）的通常前提之一是经营者有较大的市场控制力且市场进入较难，因此相关市场界定较为重要。界定方法除一般的替代分析外，如有足够数据，执法机构还可估计商品的需求函数，进而运用“假定垄断者测试”进行界定²⁸。

公告对企业、市场透露的信息

公告显示发改委对知名的、市场份额较高的品牌产品实施的限定最低转售价行为采取警惕态度，可能会在认定其产品替代性低、有一定市场控制力的基础上，倾向于认为该行为会限制竞争、损害消费者，从而进行处罚。处罚的严厉程度取决于行为的性质、情节、持续时间、社会危害程度²⁹（如对消费者、竞争的不利影响）、经营者是否整改等因素。其中对消费者、竞争的不利影

27 见《五粮液公司实施价格垄断被处罚2.02亿元》，<http://www.scdrc.gov.cn/dir25/159074.htm>（四川省发改委官方网页）。

28 见Dennis Lu、谭国富，“Resale Price Maintenance and China's Anti-monopoly Law”，第18页，刊于《The Chinese Anti-monopoly Law: The First Five Years》（Adrian Emch、David Stallibrass编）（Kluwer Law International公司出版）（将出）。

29 见《价格行政处罚程序规定》（2013年）第5条。

响可通过经济分析的方法予以量化³⁰。

经营者在执法机构调查时，如能提供其产品可替代性较高、市场份额不大、无市场控制力、行为具有促进竞争效果的证据（如促使提供更好的服务、使消费者有更多选择、有助于经销商保持适当存货水平等），则应及时提供给执法机构考虑，在听证会或其他程序中依法陈述己方观点。

此外，对于执法机构的处罚决定、程序等，法律规定经营者可以依法提起复议申请或行政诉讼。

总结

限定最低转售价在很多情况下有利于竞争，在某些情况下也可能不利于竞争。具体的竞争影响需要根据个案事实具体分析。通过限定最低转售价，虽然一定程度限制了同一品牌内部的竞争，但却会产生激励经销商提供更好的服务、促进不同品牌之间的竞争、减少消费者搭便车行为等有利竞争的效果。至于对竞争的不利影响，出现的可能性通常并不大。两种主要的不利影响——“生产商卡特尔”和“经销商卡特尔”出现的重要前提是生产商或经销商有较大的市场控制力且市场进入较难，这种前提在现实中并不多见。

茅台、五粮液案显示发改委倾向于对限定最低转售价采取具体分析竞争影响的审查方法，而非有行为即处罚。然而，发改委处罚公告中对竞争影响的陈述可以更充分一些。公告未显示其考虑了茅台、五粮液作为奢侈品的特点。虽然发改委对涉案行为排除了同一品牌内竞争的认定没有问题，但其对限制了不同品牌之间竞争的认定尚有值得讨论之处，为帮助公众更好理解这一认定，执法机构可在披露更具体、充分的证据和分析方面做些更多的工作。发改委关于涉案产品可替代性低、制约了消费者选择的认定也是可以商榷的。而且本案公告未明确界定相关市场，而这一般是分析竞争影响的起点。在当前国内推进“依法治国、依法执政、依法行

政”的背景下，为协助推动反垄断执法的发展与完善，我们希望行政机关在今后的执法行动中能参考本案呈现的一些可以改进、提升之处，更为精细、科学地处理常涉及复杂的法律与经济分析问题的反垄断案件。



李晓阳律师1982年获吉林大学法学硕士学位，1984年获美国哈佛大学法学硕士学位，1989年获斯坦福大学法学博士学位。

李晓阳律师现为君合律师事务所北京办公室资深合伙人。李律师在中国已有超过20多年的执业经验，其中在国际律师事务所先后执业15年。李律师主要是代理跨国公司和私募基金在中国的并购及投资业务，提供反垄断法律咨询。

李晓阳律师分别于1986年获得中国律师资格，1991年获得美国加州律师资格。李律师现为中国律师协会会员、美国律师协会及美国加州律师协会会员。

李晓阳律师的工作语言为普通话、英语。



万兴律师专注于反垄断领域的各个方面，包括经营者集中申报、反垄断行政调查和民事诉讼。他在争议解决领域也有丰富经验，之前曾任职于美国休斯敦最大的诉讼律师事务所之一。

万律师具有复合型专业背景，为他处理重大、复杂、新颖的反垄断案件提供了扎实基础。他的教育经历如下：

法律博士，美国堪萨斯大学，2006

政治学硕士，美国密苏里大学，2004

经济学硕士，美国乔治城大学，2002

法学学士，北京大学法学院，1998

30 见脚注28，第22页。



君合律师事务所“劳动合同法修正案研讨会”



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