

■关注营商环境法治保障系列之四

营商环境可预期化的法治路径

李立新

笔者就读大学是在上世纪八十年代的中期，那个时候，媒体谈的最多的是如何吸引外商、如何改善外商投资环境，彼时还没有“营商环境”这个词。而随着世界银行全球营商环境报告的逐年发布，各国对于营商环境的重视不断加强。

我国“营商环境”的法律配套变革

自 1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过《中华人民共和国外资企业法》之后，外商普遍担心的，是中国还不是市场经济国家，中国还没有《破产法》，无法预期来华投资的最大风险底线是什么、能不能承受。

1986 年 12 月 2 日第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过、同日颁布的《中华人民共和国企业破产法》（试行），是当时法治建设的一个标志性事件，但它适用的，仅仅是全民所有制企业。

直到 1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过《公司法》，历经 1999 年、2004 年的修正，于 2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议第三次修订后颁布实施。2006 年 8 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过、同日颁布《中华人民共和国企业破产法》后，市场经济体制所要求的最基本的有限责任制度和破产制度才得以建立，外商投资所注重的最大风险底线得以明确，即以投入资本为限承担有限责任，“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的”，可依照《破产法》的规定申请破产清算。

从 1986 年到 2006 年，从《企业破产法》（试行）到《企业破产法》，整整走了 20 年，虽然法治的进程艰难而缓慢，但我们看到，企业经营风险的可预期性，在逐步地明朗化，整体的营商环境，在改善。但市场经济发展到今天，不仅仅是外资外商渴求经营风险的可预期和营商环境的再改善，内资内商同样希望法律和政策保持稳定，产权和利益得到保护。

改善营商环境的根本是降低风险

营商环境包括影响企业经营活动开展的政治、经济、文化、社会、法律等方方面面

- 上海要改善营商环境，必须另辟蹊径，弃“人和”而走“地利”，以“地利”来间接地吸引人的聚居和资本的聚集、并最终留住人和资本。
- 人对安全的需求，从反面而言即为对风险的厌恶。营商最担心的就是不确定性带来的风险，改善营商环境，最根本的，就是要降低营商风险。
- 上海可以以营商环境的法治化来提供营商的可预期性，通过法治化的规则透明划出营商的风险底线，从而吸引大众来沪创业、鼓励万众在沪创新。

要素，是一项涉及政治经济社会改革开放的多领域联动互通的系统工程。一个地区营商环境的优劣，直接影响到区域内招商引资的多寡和注册企业的增减，并进而影响到区域经济发展状况、劳动就业样态和财政收入丰俭等重要指标。良好的营商环境，是一个国家或地区经济软实力的重要体现，是一个国家或地区提高综合竞争力的重要方面。

最近在全国各地展开的一场轰轰烈烈的“抢人大战”，其实也是改善营商环境的一场重头戏。古人讲究“天时地利人和”，“谋事在人成事在天”，天机不可泄露，天时只能等待，但“地利”和“人和”却可以创造，对企业和个人的经营而言，所谓“地利”和“人和”，就是要打造良好的营商环境。

上海要提升自己在全国乃至世界的综合竞争实力，强力吸引国内外的资本和企业来沪扎根，必须另辟蹊径，弃“人和”而走“地利”，以“地利”来间接地吸引人的聚居和资本的聚集、并最终留住人和资本。这条路，就是营商环境可预期化的法治之路。

这条路径的选择，出发于人，回归于人。终极而言，营商离不开人，没有了人，才会真正体会到电影《唐山大地震》中徐帆扮演的那位母亲常说的一句话“没了，才知道什么叫没了”的深刻含义。营商的主体在于人，而人最根本的需求在于安全。商法的基本原则之一，即维护商事交易安全原则。

巴菲特也有一句投资名言，即“成功的秘诀只有两条：第一、尽量避免风险，保住本金；第二、坚决牢记第一条”。

人对安全的需求，从反面而言即为对风险的厌恶。如果不是为了“利”这个营商的根本目的，恐怕没有人会投身于环境险恶的商界。改善营商环境，最根本的，就是要降低营商风险。

以法治化提供营商的可预期性

如此一来，问题就转化为营商的风险是什么？营商的风险来源于哪里？笔者认为，所谓的风险，即为不确定性，即为因不确定而不知如何应对导致的失败可能和成本。防范和控制风险、保障安全，实质就是强化可预期。营商环境的可预期，可以围绕影响营商环境的几大主体，从以下几个方面去实现：

首先是担当市场监管职能的政府主体。因为没有一个好的市场秩序，就不会有一个健康的投资环境和经营环境。而基本的市场秩序，包括进出市场的规则和在市场开展营商活动的规则，前者包括市场准入规则和退出规则，后者包括反不正当竞争规则和产权保护规则等。对目前的上海而言，最主要的不再是吸引大型外商投资企业来沪落户，而是鼓励“大众创业、万众创新”，鼓励民营资本在沪上落地生根，因此要把营商环境改善的重点，放在降低中小企业投资风险、提高中小企业营商的可预期上。考虑到上海“三个中心”的定位，具体营商环境的构建上，要考虑法治环境、政策环境、融资环境、市场环境、服务环境等，推动实现投资自由、融资可能、竞争有序、权利保护、纠纷解决便捷。法治环境上强化准入自由、公平竞争、产权保护等，吸引更多的国内外商事主体扎根上海；政策环境上强调开放和创新，如放宽外汇政策和税收政策等，进一步提升上海的国际竞争力。

其次是参与市场竞争的商事主体。因为营利就要竞争，竞争就有风险，优胜劣汰是市场经济的基本规律。在市场竞争环境下，当守法的商主体按常规出牌、不守法的商主体不按套路出牌违规甚至违法却得不到应有的惩处时，就会给市场带来巨大的不确定性，而不确定即为风险，会严重干扰市场秩序，影响市场经济

的发展。这就需要一套竞争规则，需要一套对违规者的惩治规则。

综上，营商最担心的就是不确定性带来的风险，上海可以以营商环境的法治化来提供营商的可预期性，通过法治化的规则透明划出营商的风险底线，从而吸引大众来沪创业、鼓励万众在沪创新。具体可以通过制定、修改、完善法律、法规和政策，形成一套公开公平公正的法治规则，借助政府的操作有序、执行有力，打出上海法治化营商环境特色。

上海营商环境的法治化，事实上可以学习新加坡，新加坡即为法治优先模式的典范，它在世界银行的 2018 年全球营商环境评估报告中排名第 2 位。新加坡的法律法规政策等广泛包罗了市场竞争规则、产权保护法律、纠纷解决体系和人才吸引政策等多个方面，为在其领域内开展营商的各类主体提供了基本而完善的保障。它不仅在吸引人才、加强劳动者权利保护、鼓励移民等方面提供了有力的制度保障，而且通过《竞争法案》禁止某些约束市场竞争的商业行为来促进健康的市场竞争行为；同时，它还具有世界上最好的知识产权保护法制，制定有《专利法案》、《商标法案》、《注册商标设计法》和《版权法》等几大法律；此外，它还通过健全公正的司法审判体系、多元化的纠纷解决渠道，进一步推动市场经济的有序发展。

上海的竞争对手深圳，其营商环境模式是效率优先。快节奏的深圳通过整合内部资源，优化业务流程，简化审批环节，打破部门边界，加强各部门各单位之间横向协作，建立多层次联动机制等，率先在全国推广互联网+政务服务模式，着力打造深圳重效率、重服务的营商环境特色。香港则在营商环境的国际化方面走在上海之先，在经济、文化、公共交通与服务等多个方面，都无不彰显着香港作为国际化现代都市的气质。

与它们相比，上海的营商环境特色定位为法治化，不仅符合上海历来的形象，而且符合上海未来的国际化要求。有风险但是可预期，让各项规则公开透明、易于获得和理解、并得到有效执行，则是上海必须为敢于冒险的营商者们打造的最基础的环境。

在全国范围内，上海已经确立了良好的规则形象，用好并加固这一形象，藉由法治路径打好营商环境可预期化这张城市名片，此乃上海在营商环境优化这条路上的不二选择。

（作者系上海大学法学院民商法教研室主任、副教授、硕士生导师）

“国酒茅台”商标注册申请一波三折的法律意义

吴学安

中国贵州茅台酒厂(集团)有限责任公司(以下简称“茅台集团”)日前向北京知识产权法院提起诉讼，要求商评委撤销不予注册“国酒茅台”的复审决定。除了起诉商评委，茅台集团还将五粮液、剑南春、郎酒、汾酒等机构和企业列为第三人。之后，茅台集团在官方网站发布《关于申请撤回“国酒茅台”商标行政诉讼案件起诉的声明》宣布，茅台集团决定依法向北京市知识产权法院申请撤回“国酒茅台”商标行政诉讼案件起诉。至此，国酒茅台商标行政诉讼案件暂时告一段落。

近年来，贵州茅台一直在为申请“国酒茅台”商标而努力，并一度通过初审。然而在其他白酒企业的联手反对之下，“国酒”商标之争经历多年的漫长大战后，最终宣告失败。2016 年 12 月 26 日，国家商标局下发关于第 8377533 号“国酒茅台及图”商标不予注册的决定。“国酒”商标之争或暂告一段落，但后续诸多问题并未结束。

从 2010 年起贵州茅台就提出“国酒茅台”的商标申请。由于“国酒”二字背后有着巨大的隐性资源，以及“国字号”背后难

以估量的利益蛋糕，此事招致整个白酒行业强烈反对，山西汾酒、河南杜康等多家白酒企业随即表示反对。特别是早在 1952 年即被评为国家名酒的汾酒，第一个提交异议书。此后，五粮液、剑南春、水井坊等多家名酒企业也联合上书，反对“国酒茅台”商标注册。到“国酒茅台”商标申请 3 个月公示期满，国家商标局一共收到多达 95 件次异议。

长期以来，茅台在市场推广和广告宣传时，均打着“国酒茅台”的旗号，宣称品质最优，历史悠久，令公众把茅台等同于“全国最好”的酒。截至 2016 年 12 月 30 日收盘，贵州茅台股价高达 334.15 元，市值达 4198 亿元，除了国有银行和保险以及“两桶油”（中石油、中石化）以外，在 3000 多家上市公司当中排名第 11，多少家名声显赫的公司被远远甩到身后。然而，茅台依靠“国酒茅台”的宣传，获得了品牌溢价和巨额利益，对于其它品牌酒来讲，是一种不公平竞争。

多年来，国内曾先后五次进行白酒国际级评比，评选出茅台、五粮液、剑南春、洋

河大曲、西凤酒等十大名酒。有意思的是，为对抗“国酒茅台”商标申请，汾酒也提出“国酒汾酒”商标申请，五粮液则提出“国酒五粮液”商标申请。可以预见，如果茅台的“国酒茅台”商标能够申请成功，那么汾酒和五粮液也可能获得“国酒”商标——名酒企业之间的争斗，势必让“国酒”商标之争变成一出闹剧。

茅台的“国酒”之路已经走过 15 年。近年来，茅台虽然没有使用“国酒茅台”字样作为产品商标，但却一直以国酒身份进行品牌定位和广告宣传。如果真的让茅台通过“国酒”商标的申请，极易对“国酒”概念造成混乱，对其他白酒企业影响是不言而喻的。

同样，从法律角度看，“国酒茅台”商标显然与现行法律规定相悖，一方面，“国酒茅台及图”中的“国酒”一词带有“国内最好的酒”、“国家级酒”的评价性含义，若由被异议人永久性地独占使用，容易对公平的市场竞争秩序产生负面影响。因此，国家商标局认定被异议商标的申请注册违反了商标法第十条第一款第（八）项“有其他不良影响”的规定，并作出“国酒茅台及图”商标不予注册的决

定。

另一方面，现行《广告法》第九条规定：“广告不得有下列情形：（三）使用‘国家级’、‘最高级’、‘最佳’等用语。”而《含“中国”及首字为“国”字商标的审查审理标准》也明确规定：“对‘国+商标指定商品名称’作为商标申请，或者商标中含有‘国+商标指定商品名称’的，以其‘构成夸大宣传并带有欺骗性’、‘缺乏显著特征’和‘具有不良影响’为由，予以驳回。”

纵观整个白酒行业，国内酒企其实对“国”字尤为偏好。泸州老窖大单品国窖 1573、汾酒集团旗下产品国藏汾酒、西凤酒旗下产品国典凤香等品牌在行业内耳熟能详。而五粮液也早于 2012 年 6 月推出高端白酒品牌“国五液”，且该公司旗下“国”字号的白酒品牌达数十个。如果“国酒茅台”申请注册成功，则意味着中国白酒品牌价值最高的就是茅台，直接对行业内其他酒企造成产品定位上的负面干扰，同时导致行业内公平竞争空间缺失。“国酒”是对一个白酒群体的称呼，不该被单独某个酒企所独占。

（作者单位：江苏省连云港市司法局法制处）