

NEWSLETTER 中 伦 律 师 简 报 深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

《政府投资条例》： 001 /
法律人需要关注的几大关键词

中国企业在“走出去”实践中 018 /
构建全面合规体系的研究与思考
——以《世界银行诚信合规指南》为视角

企业资产证券化： 033 /
原始权益人破产重整案相关判决解析

一文纵览国际民商事争议解决新进展 041 /

我国人类遗传资源保护新规解读 049 /



《政府投资条例》： 法律人需要关注的几大关键词

作者：王霁虹、韩江瑜



image by thomas-drouault-unsplash

2019年5月5日，国务院公开发布《政府投资条例》（国务院令 第712号，以下简称“《条例》”），并于2019年7月1日起正式生效施行。《条例》作为我国政府投资领域的第一部行政法规，是政府投资领域法治化建设中具有里程碑意义的重大成果，标志着政府投资体制深化改革和政府投资管理全面规范取得了重要进展，对于未来政府投资活动的科学决策和规范实施具有重大的影响和指导意义。

《条例》共七章三十九条，以简洁精炼的语言对政府投资的概念、投资方向、投资方式、决策程序、资金管理、项目实施、责任追究等内容进行了全面规定。笔者作为投融资领域的律师，结合多年来参与政府投资项目的实务经验，就《条例》的相关内容以及《条例》对政府投资行为和社会资本参与政府投资活动/PPP项目可能带来的影响做进一步探讨，供读者参考。

第一部分\ 政府投资资金项目、政府投资项目

目前，在我国的固定资产投资项目中，按照投资主体、资金来源的不同，分为政府投资项目和企业投资项目，这是两类较为普遍和常见的划分。本次《条例》明确定义了政府投资的内涵和外延，并提出了“政府投资资金项目”和“政府投资项目”的概念，那么，“政府投资资金项目”和“政府投资项目”之间是何种关系，两者与“企业投资项目”之间在项目实施和管理中有何区别呢？

（一）政府投资资金项目

《条例》第二条规定，政府投资是指在中国境内使用预算安排的资金进行固定资产投资建设活动，包括新建、扩建、改建、技术改造等。顾名思义，政府投资资金项目是指使用预算安排的资金在中国境内进行的固定资产投资项目，主要是那些市场不能有效配置资源的社会公益服务、公共基础设施、农业农村、生态环境保护、重大科技进步、社会管理、国家安全等公共领域的项目，以非经营性项目为主；投资方式包括直接投资、资本金注入、投资补助、贷款贴息等。对此，条例第一章也予以了总则性的规定。

政府投资资金项目的概念最早出现在2004

年《国务院关于投资体制改革的决定》(国发【2004】20号)中,它是指使用财政预算内投资资金、各类专项建设基金、国家主权外债资金、其他政府性资金进行投资的项目。2010年,《条例》在发布征求意见稿时也基本沿用了这一定义。本次正式出台的《条例》与过去文件相比,从文字表述上看似乎收紧了政府投资资金项目的范围。然而事实上,《预算法》自2014年修订以来,政府财政收支实施全口径的预算,各类专项建设基金、国家主权外债资金等均列入财政预算统筹管理,因此,《条例》关于政府投资资金项目的界定实质上依然是过去文件的延续。

(二) 政府投资项目

政府投资项目是固定资产投资中经常使用的高频词汇,在此前无数的部门规章、地方性法规、政策规范中都出现过,例如国家审计署颁布的《政府投资项目审计规定》(审投发【2010】173号)、国家发改委颁布的《关于审批地方政府投资项目有关规定(暂行)》(发改投资【2005】1392号)、国家建设部颁布的《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》(建市【2006】6号)以及各个地方政府颁布的政府投资项目管理条例、暂行规定等。根据《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》及《国务院关于投资体制改革的决定》的规

定,政府投资项目是指使用各类政府投资资金,包括预算内资金、各类专项建设基金、国际金融组织和外国政府贷款的国家主权外债资金建设的项目。党政机关及财政拨款的事业单位自筹资金建设的项目,视同政府投资项目。

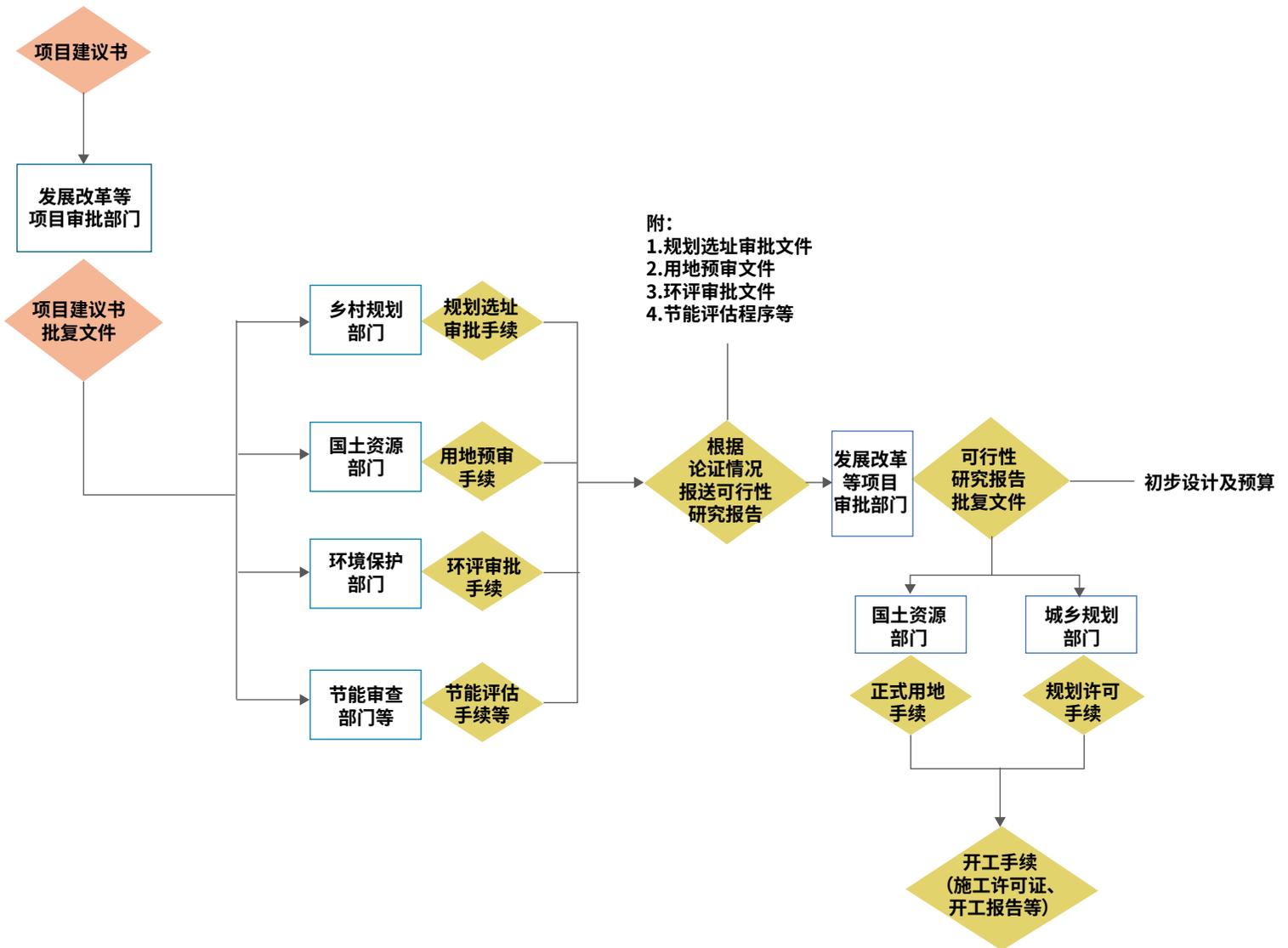
政府投资项目的方式包括直接投资、资本金注入、投资补助、转贷和贷款贴息等。各个地方(如浙江、湖南、深圳等)政策法规中关于“政府投资项目”定义和方式的规定也与之基本相同或类似。

从过去十数年政策法规的理解和执行上看,政府投资项目与政府投资资金项目内涵外延基本上是一致的,指的是同一个意思,但本次《条例》第九条明确只将政府采取直接投资方式、资本金注入方式投资的项目界定为政府投资项目,而将投资补助、贷款贴息等方式投资的项目排除在外。同时《条例》规定,政府投资项目应当编制项目建议书、可行性研究报告、初步设计,按照政府投资管理权限和规定的程序报主管部门审批,遵守概算控制、资金管理、不得垫资施工等监管要求,而投资补助、贷款贴息等方式投资的项目按照国家有关规定办理手续。

由此可以看出,政府投资资金项目的范围大于政府投资项目,并非所有的政府投资资金项目都属于政府投资项目。那些虽然使用财政预算资金但以投资补助、贷款贴息等方式投资

的项目也有可能属于企业投资项目或其他项目,进而无须遵守政府投资项目所要求的“概算控制”、“不得垫资施工”等严格规定。

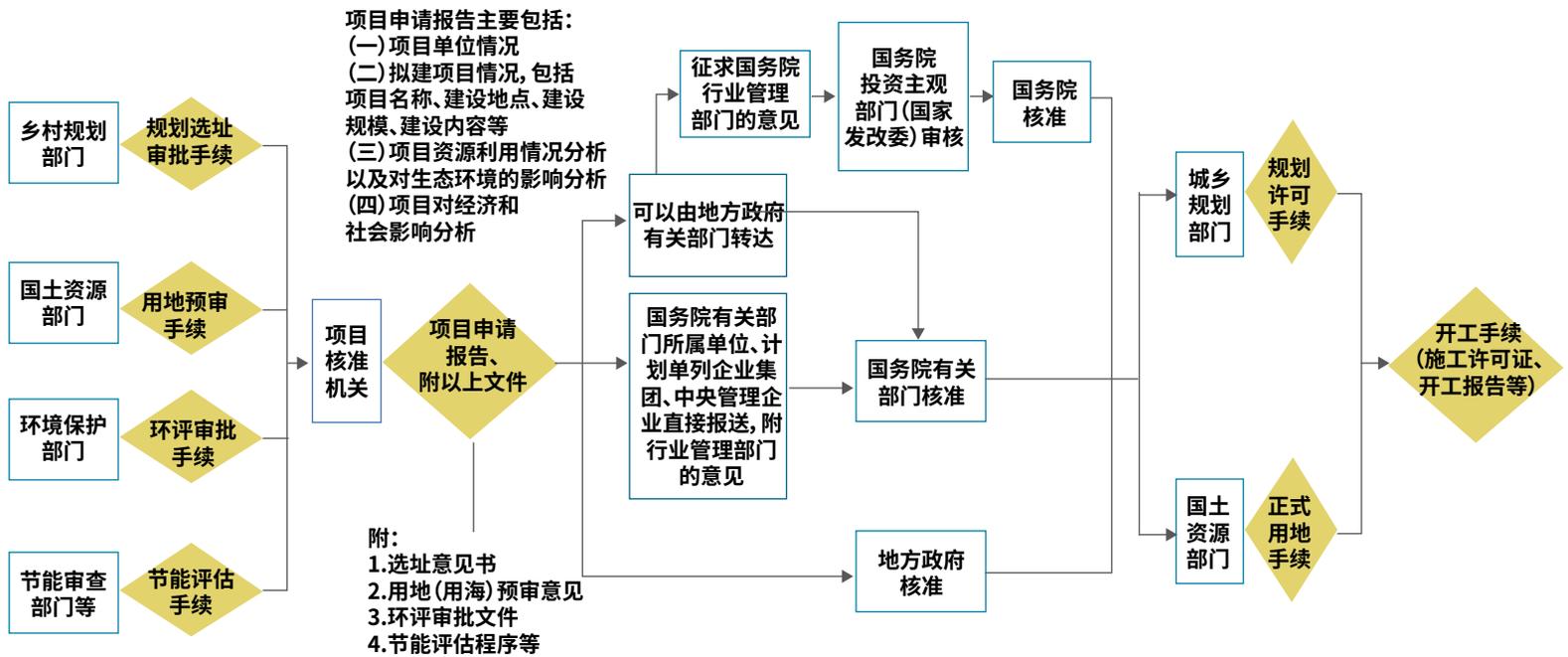
除此之外,在我国的项目管理体系中,政府投资项目和企业投资项目是有较大区别的。政府投资项目通常秉持的是从严从紧的原则,而企业投资项目则是从宽从速。政府投资项目采取的是审批制,其报批报建流程通常是这样的:



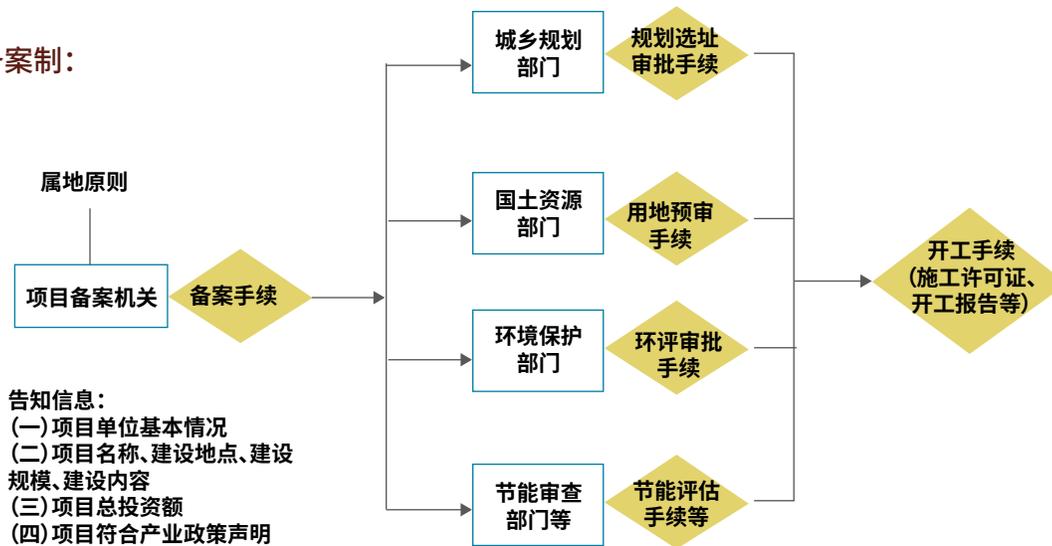
企业投资项目采取的是核准制和备案制,按照《企业投资项目核准和备案管理条例》、《企业

投资项目核准和备案管理办法》等法律法规的规定,其报批报建流程通常是这样的:

核准制:



备案制:



这意味着,使用财政预算资金以投资补助、贷款贴息等方式投资的项目虽然属于政府投资资金项目,但较之以往笼统地采取政府投资审批制,其项目管理体系发生了较大变化。《条例》的这一收窄规定,对政府投资项目进行了明确的界定,进一步厘清了政府和市场的关系,有利于严格约束政府投资管理,释放企业投资的活力,促进了项目推进的效率,利于充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。

在这里,也需要厘清一下政府投资项目、企业投资项目与PPP项目的关系。PPP(政府和社会资本合作)是2014年以来固定资产投资领域最为火热的一种模式。据不完全统计,截至2019年4月30日,全国各地已入库正在实施的PPP项目有8921个,项目金额高达13.5万亿元。在这些PPP项目中,包含政府付费、政府可行性缺口补助、使用者付费三种类型,在这三种类型中又分为有政府出资代表参与其中(即资本金注入)又有政府投资补助、运营补贴,有政府出资代表参与其中但无政府投资补助、运营补贴,无政府出资代表参与但有政府投资补助、运营补贴,无政府出资代表参与也无政府投资补助、运营补贴等不同情形。但这些不同类型、情形的PPP项目是政府投资项目,还是企业投资项目?在项目管理中应该适用审批制,还是核准制、备案制?实务界和理论界一直以来众说纷纭,没有定论。

本次《条例》第九条明确规定,政府采取直接投资方式、资本金注入方式投资的项目称为政府投资项目,应适用和遵守《条例》的规定。这意味着,有政府出资代表参与的PPP项目都将属于政府投资项目,适用并遵守《条例》的规定。但是否也意味着,无政府出资代表参与的PPP项目都将属于企业投资项目,适用企业投资项目的有关规定呢?笔者认为也不尽然。如同徐成彬先生在《在法治轨道上推进投资项目规范化管理——兼论PPP规范发展的几个关键问题》阐述的观点¹一样,笔者认为,无政府出资的使用者付费类PPP项目,由于不涉及政府的财政预算支出,当然地属于企业投资项目,但无政府出资的政府付费类PPP项目,尽管形式上体现为企业投资行为,但本质上涉及政府的财政预算支出,仍应为政府投资,政府应加强对项目的投资控制、资金管理,否则若按照企业投资项目管理,政府不再干预项目投资控制和资金管理,将与国家现有的财政预算监管体系和规则相违背,于情于理也无法说通。至于无政府出资的可行性缺口补助类PPP项目是属于政府投资项目还是企业投资项目,笔者认为不能一概而论之,需要结合项目的行业性质、土地的供应方式、缺口补助的金额、形式等因素统筹考虑,综合判定。

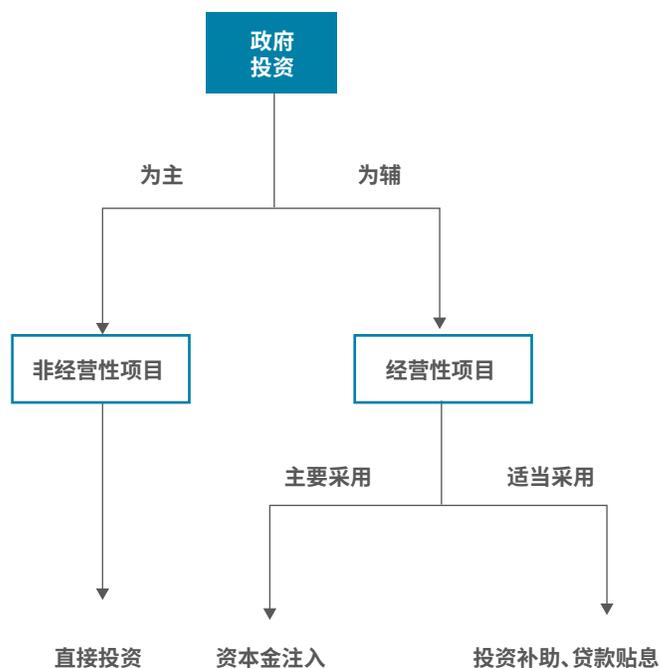
1.《在法治轨道上推进投资项目规范化管理——兼论PPP规范发展的几个关键问题》(徐成彬文):若不涉及政府出资的政府付费或缺口补助类项目,由于该类项目是将政府投资行为转换为企业投资行为,运营期涉及财政预算补贴,本质仍为政府投资,不存在“政府投资”和“企业投资”的第三条道路,只有全生命周期内不涉及政府补贴的特许经营项目才适用于企业投资。

项目类型		项目性质	
PPP项目	政府付费 PPP项目	有政府出资代表参与	政府投资项目
		无政府出资代表参与	政府投资项目
	可行性缺口 补助PPP项目	有政府出资代表参与	政府投资项目
		无政府出资代表参与	视情况综合而定
	使用者付费 PPP项目	有政府出资代表参与	政府投资项目
		无政府出资代表参与	企业投资项目

但总的来说,由于本次《条例》对此并未提及,而《企业投资项目核准和备案管理条例》也未明确规定,关于PPP项目与政府投资项目、企业投资项目的准确关系,还有待于已酝酿多年的PPP条例出台后予以廓清界定。

第二部分 政府投资方式

《条例》第六条规定,政府投资以直接投资方式为主。对确需支持的经营性项目,主要采取资本金注入方式,也可以适当采取投资补助、贷款贴息等方式。



(一) 直接投资

参照《中央预算内直接投资项目管理办法》(发改委令第7号)的规定,直接投资是指安排预算资金直接投资建设非经营性固定资产投资项目。在政府投资实践中,直接投资方式通常体现为政府通过政府采购行为直接发包固定资产投资建设项目,与承包方签订新建/改建/扩建项目建设合同并结算支付合同价款。一直以来,政府直接投资是国家和地方政府扩大固定资产投资,促进经济社会发展最直接、最有效的调控手段,在优化基础设施供给结构、提升基础设施供给能力和补短板中发挥着重要作用。但随着近年来国家对财政预算的全面约束和政府债务的严格管控,包括本次《条例》也明确提出“国家加强对政府投资资金的预算约束。政府及其有关部门不得违法违规举借债务筹措政府投资资金。”各级政府在财政钱袋捉襟见肘的情况下,量财力而行,直接投资方式相对有所减少,纷纷采取了变通或创新的方式,例如近些年盛行的政府和社会资本合作(PPP)等方式。

(二) 资本金注入

“资本金”的提法由来已久,早在1995年《国务院关于严格限制新开工项目、加强固定

资产投资资金源头控制的通知》(国发明电【1995】6号)中就出现了“资本金”这个概念,“国家要全面推行建设项目资本金制度,新的建设项目必须有一定比例的自有资金或国家注入资金作为注册资本金,资本金不落实、不到位的项目不能开工建设,具体实施办法另行颁布”。随后,在1996年《国务院关于固定资产投资试行资本金制度的通知》(国发【1996】35号)中进一步明确,项目资本金是指在固定资产投资项目总投资中,由投资者认缴的出资额,对投资项目来说是非债务性资金,项目法人不承担这部分资金的任何利息和债务;投资者可按其出资的比例依法享有所有者权益,也可转让其出资,但不得以任何方式抽回。资本金可以用货币出资,也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。

资本金通常只占项目总投资的一定比例,具体根据不同行业和项目效益的情况确定。自1996年以来,随着国家经济发展的需要,资本金的比例历经1996年、2004年、2009年、2015年四次调整。目前,各个行业固定资产投资项目资本金占项目总投资的最低比例要求为:

序号	行业/项目	资本金比例	
1	城市和交通基础设施项目	城市轨道交通项目	20%
		港口、沿海及内河航运、机场项目	25%
		铁路、公路项目	20%
2	房地产开发项目	保障性住房和普通商品住房项目	20%
		其他房地产项目	25%
3	产能过剩行业项目	钢铁、电解铝项目	40%
		水泥项目	35%
		煤炭、电石、铁合金、烧碱、焦炭、黄磷、多晶硅项目	30%
4	其他工业项目	玉米深加工项目	25%
		化肥(钾肥除外)项目	20%
5	电力等其他项目	20%	

注:城市地下综合管廊、城市停车场项目,以及经国务院批准的核电站等重大建设项目,可以在规定最低资本金比例基础上适当降低。

资本金是固定资产投资项目中的基本要求,投资主管部门通常会对项目资本金的到位情况和使用情况进行监督,金融机构也会根据项目资本金的到位情况发放项目贷款,因此,在固定资产投资项目(无论是政府投资项目,还是企业投资项目)中,资本金注入是必须的环节。

就政府投资而言,资本金注入是指各级政府使用预算资金进行投资并表现为国有股权或国有股份的固定资产投资项目。在实践中,资本金注入通常表现为政府授权出资人代表(可以是中央管理企业,也可以是地方国有企业)行使出资人权利,享有《公司法》及项目法人章程规定的全部权利和义务,实现政府出资意图。资本

金注入项目实行审批制,包括审批项目建议书、可行性研究报告、初步设计,情况特殊、影响重大的项目,甚至还需要审批开工报告。然而,笔者也发现,在实践中,对于建设内容简单、投资规模较小的项目,有些地方政府会将编制项目建议书和可行性研究报告合并进行审核。

在这里,需要厘清一下(项目)资本金与注册资本金的关系和区别。如前所述,项目资本金是固定资产投资项目中提出的要求,而注册资本金是《公司法》上的概念,是指设立公司时应满足的要求。根据《公司法》的规定,公司分为有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认

缴的出资额。股份有限公司可以采取发起设立或者募集设立,采取发起设立的,注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。采取募集设立的,注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司、股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的,从其规定。项目资本金和注册资本金都属于公司的权益性资金,但两者在实务操作中并非完全等同。

实践中,关于项目资本金和注册资本金通常有两种操作模式。一种是项目资本金全额作为注册资本金,这种方式下项目资本金等同于公司注册资本金。出于项目会计处理简便性,项目核算审计明晰性以及项目投资安全性等因素考虑,这种方式在实践中较多的被政府方所推崇和要求。另一种是项目资本金部分作为注册资本金,部分以“资本公积”或其他方式注入。这种方式下项目资本金大于公司注册资本金,而出于项目融资相对灵活,资金退出相对便捷以及避免资金在项目公司低效沉淀等方面的原因,这种方式在实践中较多的被社会投资者所热衷和使用。

在笔者参与的众多项目中,无论是PPP项目,还是特许经营BOT/BOO项目,项目资本金和注册资本金的配置问题也一直是社会资本方和政府方关注的焦点。由于《公司法》规定,公司应

提取利润的10%列入公司法定公积金,并且累计额为公司注册资本的50%,而法定公积金只能用于弥补亏损、扩大生产经营或转增公司资本,不能用于股东(社会资本方)分配,注册资本越大,意味着公司账上沉淀的资金越多。并且注册资本的退出通常需要履行减资、通知、公告等程序,繁琐且复杂,社会资本方通常不愿意项目资本金全额作为注册资本金,而希望尽可能做小注册资本金。但政府方担心社会资本方可能会随意抽逃、挪用资本金,特别是以股东借款、“名股实债”等债务性资金充当项目资本金,造成出资不实甚至是违法违规,影响项目安全顺利实施,因此往往是排斥甚至拒绝项目资本金部分作为注册资本金。社会资本方和政府方在项目合作中经常就项目资本金和注册资本金的问题进行谈判和博弈。本次《条例》又一次明确“资本金注入”的投资方式,笔者相信《条例》在生效施行以后,关于项目资本金和注册资本金配置问题的博弈和磋商还会继续下去。

(三) 投资补助

投资补助,根据其补助资金来源通常分为中央预算内投资补助和地方预算内投资补助。关于中央预算内投资补助,《中央预算内投资补助和贴息项目管理办法(2016)》规定,中央预算内投资补助是指国家发展改革委对符合条件的

地方政府投资项目和企业投资项目给予的投资资金补助。关于地方预算内投资补助,四川、湖北等较多地方均出台了省级预算内投资补助项目管理办法或规定,按照相关地方性规定,地方预算内投资补助是指省级发展改革部门对符合条件的省内各级政府投资项目和企业投资项目给予的投资资金补助。

投资补助为无偿投入,申请投资补助的项目通常需要项目单位编制资金申请报告,并在项目完成审批、核准或备案程序后提交。在实践中,为了简便操作,部分地方对于应由省级发展改革部门审批(或核准)的项目,可以在报送可行性研究报告或项目申请报告时一并提出资金申请,无需单独报送资金申请报告;也可在项目经审批或核准后,另行报送资金申请报告。对于应由省级发展改革部门备案的项目,通常在项目备案后单独报送资金申请报告。对于应由市、县(区)发展改革部门审批(或核准、备案)的项目,由市、县(区)发展改革部门履行相关审批、核准或者备案程序后,向省级发展改革部门提出资金申请报告。

投资补助的资金通常有一定的最高限额。在笔者提供服务的众多投资项目中,投资补助资金一般都不超过项目总投资的50%,具体的最高限额根据各个地方的情况会各有不同。例如,笔者近期在贵州参与实施的某水利枢纽项

目中就分别取得了中央补助资金和地方配套补助资金,项目总投资约26.4亿元,其中中央财政给予了投资补助资金9.83亿元,地方财政给予了投资补助资金3.18亿元。

(四) 贷款贴息

与投资补助一样,贷款贴息根据其资金来源通常分为中央预算内贷款贴息和地方预算内贷款贴息。关于中央预算内贷款贴息,《中央预算内投资补助和贴息项目管理办法(2016)》规定,中央预算内贷款贴息是指国家发展改革委对符合条件,使用了中长期贷款的固定资产投资项目给予的贷款利息补贴。关于地方预算内投资补助,四川、青海等较多地方也出台了相应的项目贴息管理办法或规定,按照相关地方性规定,地方预算内贷款贴息是指省级发展改革部门对省内符合条件的,使用了中长期贷款的固定资产投资项目给予的贷款利息补贴。

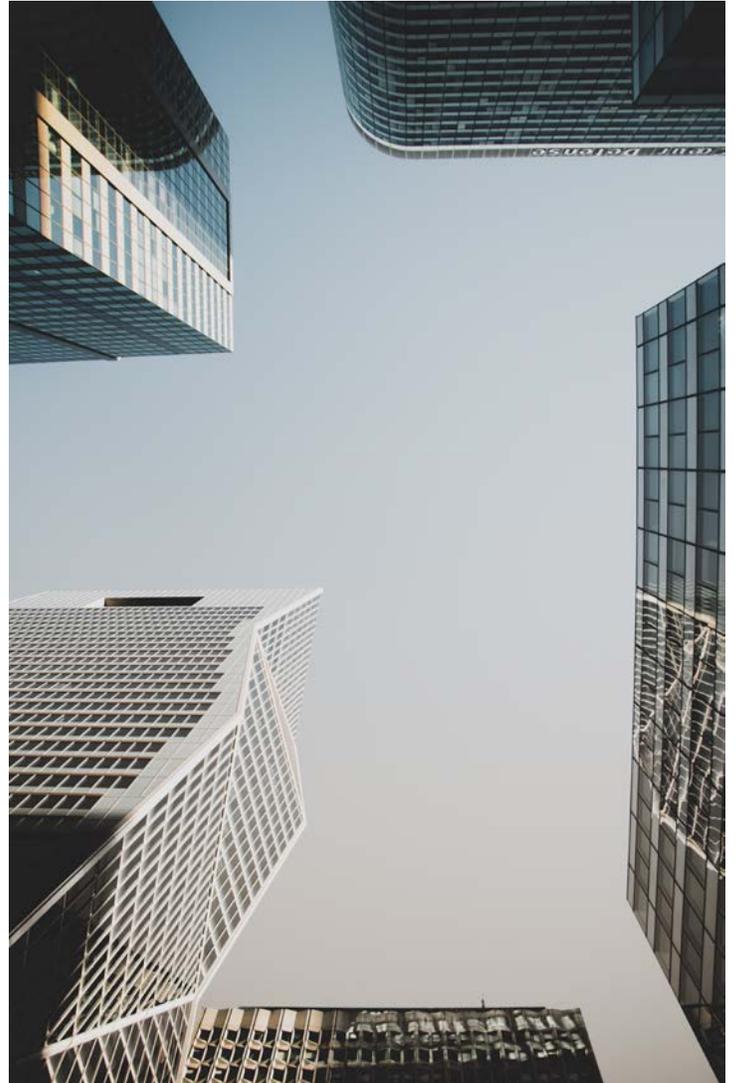
贷款贴息实行先付后贴的原则,项目单位需要凭项目批准文件、银行正式贷款合同、贷款到位凭证、利息支付凭证等资料向发展改革部门提交资金申请报告,发展改革部门审查同意后编制项目年度贴息计划发送财政部门,财政部门根据项目年度贴息计划将贴息资金拨付给项目单位。在实践中,也有将贴息资金拨付到项目主管单位,再由主管单位将贴息资金拨付给

项目单位的。贴息资金为无偿投入且有一定的最高限额，具体需要根据项目符合贴息条件的贷款总额、当年贴息率和贴息年限计算确定。在笔者接触的项目实践中，贴息资金总额一般不能超过项目建设期实际支付的银行中长期贷款利息总额或当年贷款利息，贴息率也不能高于当期银行中长期贷款利率的上限。

第三部分\ 项目在线审批监管平台

《条例》第十条规定，除涉及国家秘密的项目外，投资主管部门和其他有关部门应当通过投资项目在线审批监管平台（以下简称“在线平台”），使用在线平台生成的项目代码办理政府投资项目审批手续。同时，《条例》第十二条规定，项目单位应当通过在线平台如实报送政府投资项目开工建设、建设进度、竣工的基本信息。

在线平台肇始于2015年，当时在李克强总理的启动下初次投入试运行，目的是发挥在线平台在“简政放权、放管结合、优化服务”改革中的重要作用，推进“互联网+政务服务”。随后，经过一年多的试运行，在线平台于2017年2月正式投入运行。在正式投运同时，国家发展改革委发文要求，自2017年2月1日起，除涉及国家秘密的项目外，项目审批、核准、备案以及所涉及的



各类审批事项都必须通过在线平台办理，各级政府有关部门统一使用在线平台生成的项目代码办理相关手续。但在实际操作中，出于各种因素和主客观情况，并不是所有的项目均通过了在线平台办理。本次《条例》以行政法规的名义再次强调在线平台的重要性，不但要求政府部门必须通过在线平台办理项目审批手续，而且要求项目单位也必须通过在线平台报送项目开

工建设、建设进度、竣工等基本信息,对未来固定资产投资项目的管理和实施提出了更严格的要求。否则,项目各项建设手续的办理将存在障碍,项目单位也面临着被责令改正,依法给予处分等法律责任。

根据《全国投资项目在线审批监管平台运行管理暂行办法》的规定,在线平台事实上是指依托互联网和国家电子政务外网建设的固定资产投资项目管理服务平台(端口网址:<http://www.tzxm.gov.cn/>)。它分为中央平台和地方平台,中央平台负责管理由国务院及其相关部门审批、核准和备案的项目;地方平台负责管理地方各级政府及其相关部门审批、核准和备案的项目。在线平台内的各类项目实行统一代码制度,由项目单位在线申报,获取项目代码。而项目代码是项目整个建设周期的唯一身份标识,一项一码。项目办理信息、监管(处罚)信息,以及工程实施过程中的重要信息,均应统一汇集至项目代码。按照国家发展改革委2019年《关于印发全国投资项目在线审批监管平台投资审批管理事项统一名称和申请材料清单的通知》(发改投资【2019】268号),根据不同的适用情形,在线平台投资审批管理事项分为政府投资项目建议书审批、政府投资项目可行性研究报告审批、政府投资项目初步设计审批、企业投资项目核准、企业投资项目备案、用地预审、

选址、规划许可、节能审查等42项,每项审批需根据具体适用情形分门别类向不同部门提交不同的申请材料。

在这里,需要说明一下在线平台、重大项目库、PPP项目库的关系。实践中,笔者曾多次被客户问及所投资的项目是否进入在线平台、重大项目库、PPP项目库任意一个就可以,还是在在线平台、重大项目库、PPP项目库三个都必须进入。

首先,在线平台、重大项目库属于发改条线对于固定资产投资项目进行综合管理服务的平台。重大项目库,又叫做国家重大建设项目库(端口网址:<http://kpp.ndrc.gov.cn/account/-signin>),它通常是那些对经济社会发展、民生改善有直接、广泛和重要影响的固定资产投资项目。重大项目库与在线平台信息同属发改条线,联网共享。重大项目库里的项目均属在线平台,区别仅仅是发改条线对重大项目有另外一个管理系统。实务中两者的区别在于,进入重大项目库的项目,通常在预算申请、资金拨付、项目推进上会有一定程度的照顾和优先。

而PPP项目库,即财政部PPP项目综合信息平台,它是指财政部门为指导、协调、监督PPP项目而开发的管理服务平台,该平台又包括储备清单和项目管理库。如果一个项目以PPP模式实施,则必须进入PPP项目库,接受PPP项目库的管理。如果该项目同时属于固定资产投资项目,

也应同时进入在线平台,按照在线平台的要求办理相关手续。如果该PPP项目又属重大项目的,也应同时进入重大项目库,以利于在项目实施时取得一定的优先和支持。而一个项目如果以PPP模式实施却未进入PPP项目库,将面临着被责令整改,无法通过财政预算安排支出,项目融资无法交割等问题。如果该项目是固定资产投资项目却未进入在线平台,将无法取得项目代码,无法办理各项建设手续,项目融资也将存在困难。如果该项目进入PPP项目库和在线平台但未进入重大项目库,将无法享受重大项目特有的优先和照顾,但作为常规项目不影响项目的正常实施。

第四部分 政府投资项目资金管理

《条例》第十二条和二十三条规定,经投资主管部门或者其他有关部门核定的投资概算是控制政府投资项目总投资的依据。政府投资项目建设投资原则上不得超过经核定的投资概算。若初步设计提出的投资概算超过经批准的可行性研究报告提出的投资估算10%的,项目单位应当向投资主管部门或者其他有关部门报告,投资主管部门或者其他有关部门可以要求项目单位重新报送可行性研究报告。

在固定资产投资项目建设中,按照基本建设程序,依次是项目建议书→可行性研究报告→初步设计→施工图设计→竣工验收,对应的是一般是匡算→估算→概算→预算→结算→决算。从技术概念上来说,这些过程是层层递进和深化优化的,但关于可行性研究报告投资估算和初步设计投资概算之间的关系,《条例》之前的法律、行政法规并没有进行明确的规定,仅在部分部门规章(如交通运输部《公路工程造价管理暂行办法》)和地方性规范中(如浙江、河北、湖南等地的政府投资项目管理规定或办法)提到“初步设计投资概算不得超过可行性研究报告投资估算的10%,否则应重新编报可行性研究报告并报请批准”或类似表述。本次《条例》以行政法规的名义明确规定,初步设计投资概算超过经批准的可行性研究报告投资估算10%的,项目单位应当向投资主管部门或者其他有关部门报告,投资主管部门或者其他有关部门可以要求项目单位重新报送可行性研究报告。这无疑对所有的政府投资项目提出了严格要求,有利于约束超规模、超标准的政府投资项目,也有利于遏制部分项目可行性研究报告编制时的随意性,解决部分可行性研究报告深度不够、精细补足、粗制滥造的问题。

另外,《条例》进一步强调“建设投资原则上不得超过经核定的投资概算”的总原则,并规定

了擅自超概算后的罚则(《条例》第三十四条规定,项目单位擅自增加投资概算的,责令改正,根据具体情况,暂停、停止拨付资金或者收回已拨付的资金,暂停或者停止建设活动,对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分),进一步强化了投资概算刚性约束,表明了国家对项目投资控制的严格要求,这对于督促项目单位规范概算管理,增强政府投资资金使用绩效具有良好的指导意义。

第五部分\ 政府投资项目不得垫资施工

本次《条例》最显著的一个特点,就是再次强调了政府投资项目不得由建设单位垫资施工的原则,从而把过去这一规范性文件的原则上升到了行政法规层面。

《条例》第二十二条规定,政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位。政府投资项目不得由施工单位垫资建设。

“垫资施工”是建筑行业经常使用到的一个术语,但什么是“垫资施工”,法律法规层面却没有明确的界定。2004年,最高人民法院发布的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》对垫资曾有表述²,但对于什么是垫资并没有说明。2006年,国家建设部《关于严

禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》对带资承包曾有所规定,是指建设单位未全额支付工程预付款或未按工程进度按月支付工程款(不含合同约定的质量保证金),由建筑业企业垫款施工,但如何界定为未全额支付工程预付款或未按月支付工程进度款却没有明确说明。由于此前禁止垫资施工(或带资承包)仅仅是在政府部门的通知文件中提出过要求,效力层级较低,在工程施工实践中并未得到很大的重视,因此,各方对于什么是垫资施工,哪些情形属于垫资施工也并没有过多追究。本次《条例》以行政法规的名义规定禁止垫资施工,效力层级非常高,并规定了严厉的处罚后果。另外,根据《合同法》第五十二条的规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效,垫资施工极有可能被人民法院给予否定性评价而认定合同无效,对商业交易和各方利益造成重大影响。因此,厘清什么是垫资施工,哪些情形属于垫资施工变得愈发重要。

最高人民法院(2017)最高法民申4260号民事裁定书曾对垫资施工有过解释。该裁定书认为,垫资承包施工,是指在工程项目建设过程中,承包人利用自有资金为发包人垫资进行工

2.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第六条规定:“当事人对垫资和垫资利息有约定,承包人请求按照约定返还垫资及其利息的,应予支持,但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的,按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定,承包人请求支付利息的,不予支持。”

程项目建设,直至工程施工至约定条件或全部工程施工完毕后,再由发包人按照约定支付工程价款的项目施工承包方式。但笔者认为,我国《建设工程价款结算暂行办法》规定,根据确定的工程计量结果,承包人向发包人提出支付工程进度款申请,14天内,发包人应按不低于工程价款的60%,不高于工程价款的90%向承包人支付工程进度款。参照国家建设部《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》对带资承包的规定,如果工程进度款低于当期已完工程进度计量款60%的,可能就构成了垫资施工。当然,判断是否属于垫资施工还需要考虑其他情形和因素,如是否属于双方事先通谋的垫资,还是客观上确实无法按时付款而延期等等,并且《条例》正式实施之后,相信司法机关对于垫资施工的敏感度将进一步提高,也将会出台一些细则或配套文件,关于垫资施工的认定标准是否会有所改变还将值得进一步分析研究。但笔者也认为,无论后续垫资施工的认定标准会有何改变,可能较多的也是“定量”上的调整变化,当前市场上较为流行的政府投资F+EPC模式、建设—回购模式等显而易见的垫资施工行为必将难以继续实施。此类模式面临着因违反行政法规的强制性规定而被认定为无效的风险,同时,项目单位也将面临着《条例》第三十四条规定的“责令改正,根据具体情况暂停、

停止拨付资金或者收回已拨付的资金,暂停或者停止建设活动,对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分”等严厉罚则。

第六部分\ 《条例》对PPP项目的影

如前文所述,涉及政府出资的PPP项目属于政府投资项目,将适用和遵守《条例》的规定。据笔者了解,截至2019年4月30日全国各地已入库实施的PPP项目中,使用者付费PPP项目占比仅为7.2%³,大部分都是政府付费类项目和政府可行性缺口补助类项目。在这其中,政府出于监督管理的需要,几乎所有的政府付费类PPP项目和政府可行性缺口补助PPP类项目均有政府授权出资代表参与其中。而《条例》明确提出,“政府投资项目开工建设,应当符合本条例和有关法律、行政法规规定的建设条件;不符合规定的建设条件的,不得开工建设。”(《条例》第二十条),“政府投资项目应当按照投资主管部门或者其他有关部门批准的建设地点、建设规模和建设内容实施;拟变更建设地点或者拟对建设规模、建设内容等作较大变更的,应当按照规定的程序报原审批部门审批。”(《条例》第二十一条),

3. 数据来源于2019年1月31日财政部PPP中心公布的《全国PPP综合信息平台项目管理库2018年报》。

“政府投资项目建设投资原则上不得超过经核定的投资概算。”(《条例》第二十三条), 否则, 将面临着“责令改正, 暂停、停止拨付资金或者收回已拨付的资金, 暂停或者停止建设活动, 对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分”等严厉罚则。

然而, 事实上, 由于PPP项目本身的复杂性、新颖性以及部分地方政府“大干快上”创政绩的本能冲动, 在实践中, 较多的PPP项目由于前期论证不充分、考虑不周全等原因, 存在着不具备法定建设条件而先行开工建设, 项目实施过程中建设规模、建设内容增减变更, 项目投资经常超出批复投资概算等情形。笔者作为投融资领域的律师, 参与的近万亿PPP项目中较多也存在类似情况。本次出台的《条例》对此类PPP项目提出了明确的、严苛的管控和要求, 社会资本和各级政府在未来参与和实施PPP项目时需要予以高度重视, 加强项目的前期论证和科学决策, 尽可能减少实施过程中的调整变化, 即使项目不得不调整变化的, 也应务必履行法定的审批程序, 以避免相应的风险和责任。

另外, 本次《条例》明确提出“政府投资应编制政府年度投资计划”, 并规定“政府年度投资计划与本级政府预算相衔接”。这对社会资本方参与PPP项目也提出了更高的要求。社会资本方在参与PPP项目时, 除了关注PPP项目的两评一

案论证及批复、项目入库等程序外, 也必须关注项目是否列入政府年度投资计划, 跟踪政府年度投资计划的编制和实施情况, 以避免可能出现的风险。

第七部分 结语

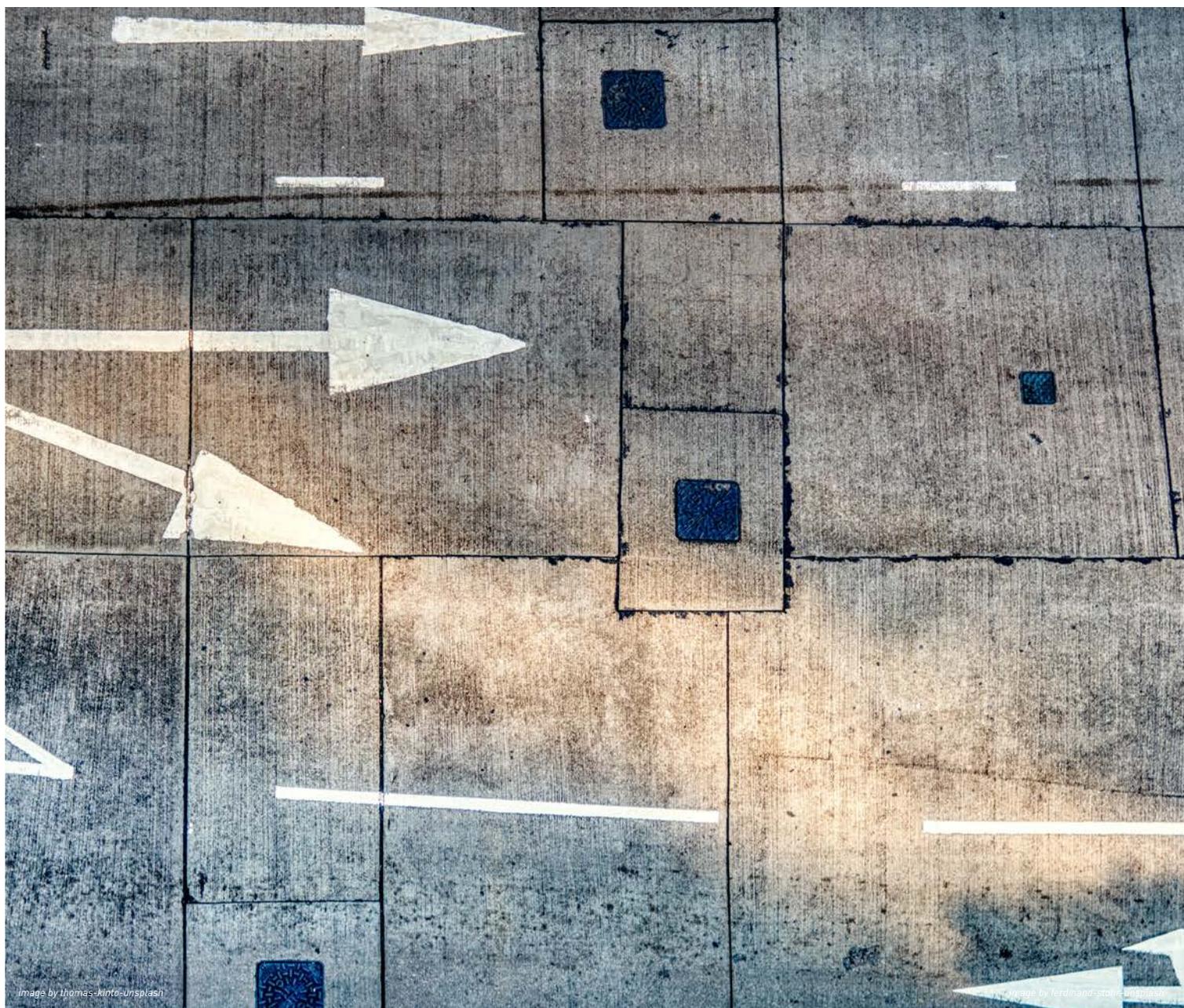
历经九年时间, 《条例》终于出台, 结束了长期以来政府投资领域主要依据规范性文件、部门规章和地方相关规定进行管理, 权威性不足、指导性不够、约束性不强的尴尬局面, 为未来政府投资行为提供了统一的较高效力的法规依据, 也敦促和提醒社会资本注意新规则下的各项内容, 加强合规管理和风险管控, 科学论证项目投资, 在新的法律规则下参与政府投资活动, 规避潜在法律风险, 以确保自身合法权益的有效保护。☞



王霁虹
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2063
wangjihong@zhonglun.com

中国企业在“走出去”实践中 构建全面合规体系的研究与思考 ——以《世界银行诚信合规指南》为视角

作者：刘相文、王德昌、王涛、Graham · Adria



近年来，中国企业借力“一带一路”倡议，参与了“一带一路”沿线国家大量建设工程项目，其中不乏世界银行集团、亚洲开发银行等机构资助的项目。但由于自身合规体系不完善和经营地合规环境欠佳等原因，许多中国企业近年来遭遇世界银行等机构的制裁或者多边金融机构的联合制裁，蒙受了较大的经济和声誉损失。因此，中国企业需要加强合规体系建设，从源头上防控合规风险。世界银行作为经济全球化的重要推动者和全球腐败治理的重要参与者，在基础设施建设合规领域积累了相当的优秀经验，可供相关国内企业借鉴。同时，国内企业在建设全面合规体系的过程中，还应根据自身性质，力求与《企业境外经营合规管理指引》、《中央企业合规管理指引（试行）》等国内规定相融合，在“走出去”的实践中构建既符合国际先进实践，又符合国内制度的全面合规体系。

第一部分\ 问题的提出

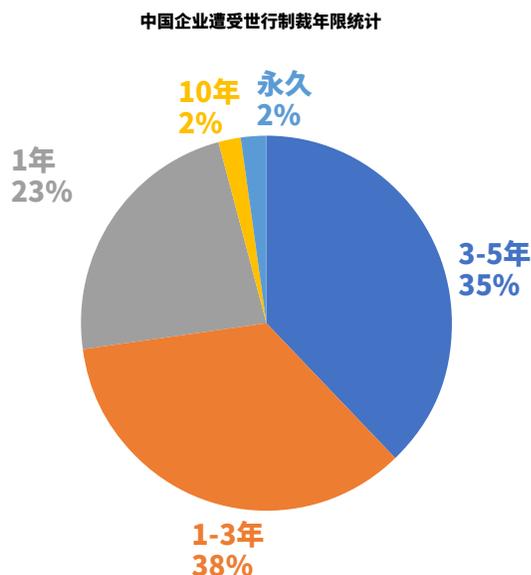
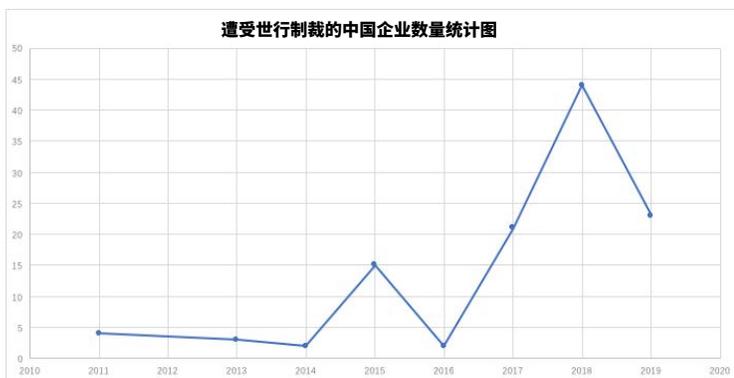
“一带一路”的核心内容之一是促进基础设施建设和互联互通，推动沿线国家协调联动发展，实现共同繁荣。近年来，中国企业借力“一带一路”倡议，在对外工程承包领域取得了较好的经营收益。2018年1-11月，我国企业在“一带一路”沿线国家新签对外承包工程项目合同3640份，新签合同额904.3亿美元，占同期我国对外承包工程新签合同额的48.8%；完成营业额736.6亿美元，占同期总额的53.4%。2019年1-2月，我国对外承包工程新签合同额在5000万美元以上的项目达86个，主要集中在交通运输建设和电力工程建设行业，有效改善了东道国基础设施条件。¹

但是，海外建筑工程历来是合规风险的高发领域。“一带一路”沿线多为发展中国家，诚信合规的大环境不尽理想，中国企业在当地开展业务很难“独善其身”，加之中国企业合规体系建设总体而言尚处于起步阶段，因此面临较大合规风险。中国企业在“一带一路”沿线国家参与的不少建设工程项目是由世界银行集团、亚洲发展银行等多边金融机构提供融资支持，上述项目的参与企业如果存在腐败、欺诈、串通、强迫、阻碍调查等违规行为则会受到世界银行等机构的制裁甚至多家多边金融机构的联合制裁。

数据显示，2009年以来，受世行制裁的中国企业数量总体呈上升趋势，尤其是最近三年，被

1. 2018年1-11月中国对“一带一路”沿线国家投资合作情况，<https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwxw/gnxw/75213.htm>，最后访问于2019年5月3日。

列入制裁名单的中国企业显著增多。²2017年，国内受制裁企业数量达到21家，2018年激增到44家，而2019年仅前五个月，受制裁中国企业已经达到23家。³截至2019年5月，共有114家中国实体和个人受到世行制裁。⁴此外，由下图可见，相当比例的中国企业制裁期限超过1年，意味着受制裁企业可能面临世界银行集团、亚洲发展银行、非洲开发银行等多家多边金融机构联合制裁，导致被禁止参与上述所有机构资助的建设工程项目，遭受经济、声誉上的巨大损失。



世行可以采取的制裁措施包括附条件解除制裁、附条件免除制裁、制裁或永久制裁、谴责信等。但是，世行往往会附条件解除制裁。具体而言，被制裁企业如果按照《世界银行诚信合规指南》(下称“《世行合规指南》”)的要求建立并运行合规体系，可以获得解除或者免除制裁等宽宥，恢复参与世行资助项目的资格。

我们整理了世行公开披露的中国企业受制裁原因及解禁条件。在统计范围内的中国企业违规行为往往集中在投标环节的虚假陈述等，而建立并实施有效的诚信合规体系则无一例外地成为世行解禁条件。

第二部分\ 《世行合规指南》要求解读

(一)《世行合规指南》的性质

《世行合规指南》总结了“被许多机构和组织认为是良好治理和反欺诈与腐败的良好实践的标准、原则”⁵，并随着国际合规标准的发展而不断更新。《世行合规指南》大量吸收了《2009年经合组织关于进一步打击外国公职人员在国际商业交易中的贿赂行为的建议》、《国际商会反

2. <http://www.worldbank.org/en/projects-operations/procurement/debarred-firms>, 最后访问时间2019年5月1日。

3. 同上。

4. 同上。

5. 参见《世界银行集团诚信合规指南摘要》，第4页。

腐败、打击敲诈和贿赂委员会:国际商会行为准则和建议》、美国《针对机构实体联邦量刑指南》等内容,保证该指南获得国际范围的认可。

应当明确,《世行合规指南》是指导性而非强制性的。正如世行在官方文件中说明的,“它们既不是囊括一切的,又不是专门针对单一对象的,也不是指令性的,相反,受制裁方采用这些指南还是采用其他变体应该是基于其自身情况作出的决定”。⁶因此,《世行合规指南》遵循的是“实质优于形式”的原则,允许企业综合考虑自身规模、地理位置、行业领域、所在国家、与业务伙伴和政府官员的关联度等因素,根据个体风险评估状况,灵活采取合规形式、具体措施,并投入相应资源,但最终必须满足《世行合规指南》各项要求。

(二)《世行合规指南》的合规要求解读

《世行合规指南》共有11项原则,包括禁止不当行为、责任、计划的启动、风险评估和审查、内部政策、关于业务伙伴的政策、内部控制、培训和宣传、激励措施、报告、对不当行为的补救、共同行动。我们按照模块化的方式,将其分为首要目标、主体职责、基本流程、重点领域、关键环节、保障机制六大模块进行介绍。

1. 合规体系建设的首要目标——禁止不当行为

《世行合规指南》第一条即要求企业通过行为准则或者类似文件,明确被禁止行为的种类和范围,尤其要关注企业高风险业务板块。按照世行的合规要求,被禁止的行为主要包括欺诈、腐败、共谋和强迫等。

2. 合规体系建设的主体职责——领导层、管理层、全体员工

《世行合规指南》分别规定了企业领导层、管理人员和普通员工的合规职责。首先,《世行合规指南》要求董事会等企业领导层明确表态并积极支持企业合规体系建设。董事会或类似机构必须了解合规体系内容,监督整个合规体系的建设和运行;为管理人员建设运行合规体系提供指导、资源与支持;同时确保合规体系得到定期检查、评估,及时发现问题并采取补救措施。而董事会审计委员会等应当对合规体系进行定期和独立审查,提出改正建议。此外,董事个人必须遵守企业各项合规要求,一旦违反,要受到相应处罚。首席运营官等高级管理人员负责确保不同岗位的人员按照既定职责执行合规体系。其次,《世行合规指南》要求企业管理层负责合规体系的日常监督管理,直接向企业领导层、审计机构等汇报情况。为确保上述管理层充分履职,《世行合规指南》要求赋予其充分的自

⁶见前注,第1页。

治、资源和权限。最后,《世行合规指南》强调企业发动全体员工参与合规体系建设,并遵守合规体系中的各项合规要求。

3. 合规体系建设的基本流程——评估、审查、改进

在合规体系建设初期,《世行合规指南》要求企业管理层综合考虑企业规模、业务领域、地理位置等因素,评估企业在欺诈、腐败等方面的风险,确保合规体系建设有的放矢。合规体系建成后《世行合规指南》还要求企业从三方面入手,更新完善企业合规体系:一是对企业风险进行持续评估,二是通过接收利益相关方反馈等方式,系统、定期地审查合规体系在防控违规行为方面的适用性、妥善性和有效性,三是考察企业合规要求是否反映了国际标准、行业标准等外部合规标准的变化。当发现企业现有合规体系不足以应对违规风险,或者未能充分反映外部合规要求时,企业应当及时更新完善自身合规体系。

4. 合规体系建设的重点领域——自身合规与商业伙伴管理

《世行合规指南》旨在遏制欺诈、腐败等失信行为,所以对企业自身行为列举了八个相关领域作为合规体系建设的重点。值得关注的是,《世行合规指南》要求企业将诚信合规义务延伸到商业伙伴,并提出了系统性要求。

一方面,为防控自身欺诈、腐败等违规风险,企业必须做好以下八方面工作:一是雇佣前对员工候选人尤其是管理层候选人进行尽职调查,避免招聘有失信记录的员工;二是限制与主管相关业务的前政府官员及相关主体建立雇佣或者其他交易关系;三是合理控制招待费等,以免其对商业交易产生不当影响;四是依法进行政治捐献并披露;五是依法进行慈善捐助并披露,不得以慈善捐助为名进行违规利益输送;六是不支付任何好处费;七是合理记录各项合规工作,包括前述支付款项;八是采取特定措施,发现和预防腐败、欺诈、共谋、胁迫等不当行为。

另一方面,在合规领域,企业仅仅做到独善其身还不够,《世行合规指南》特别要求企业根据其能够对其他企业施加影响和控制的程度,尽力确保代理人、顾问、咨询专家、代表、经销商、承包商、分包商、供应商、合资方等商业伙伴防控不当行为。《世行合规指南》要求企业在合作前对潜在商业伙伴进行尽职调查,避免与违规风险较高的主体发生业务关联;将企业合规要求告知商业伙伴;要求商业伙伴遵守商业伙伴自身合规要求或者鼓励其建立合规体系;完整记录双方的业务往来;确保向商业伙伴的支付价格公允、渠道合法;监督企业和业务伙伴履行合同的情况等。

5. 合规体系建设的关键环节——财务、合

同、决策

对于合规风险易发的财务、合同、决策等环节,《世行合规指南》强调通过加强企业内部控制降低风险。在财务方面,《世行合规指南》要求企业从财务和组织结构入手管理自身财务、会计、记账和其他业务流程。并且,企业财务内控应定期接受独立的内外部审计,以确保内控体系有效运行,并及时发现不合规交易。在合同管理方面,企业签订的合同应约定与不当行为相关的合同义务和责任,例如:约定当业务伙伴出现某种不合规行为时,企业有权解除合同。在决策方面,《世行合规指南》要求确保企业决策流程和决策者资历与交易价值、违规风险相一致。

6. 合规体系建设的保障机制——培训、激励、报告、矫正、联合

为确保合规体系有效运行,《世行合规指南》还规定了合规体系建设的五项配套保障机制,即培训、激励、报告、矫正、联合。一是企业应当采取合理措施为公司各级员工、并视情况为业务伙伴提供合规培训。二是对诚信合规的员工、商业伙伴采取鼓励、奖励等正激励措施,而对违规员工和商业伙伴采取终止合同等负激励措施。三是企业应当为管理层、员工和业务伙伴提供安全、便捷和必要的举报和咨询渠道;对于拥有决策权或能够影响业务结果的所有相关人员,应要求其定期书面说明:已经阅读企业行为



准则、严格遵守企业合规要求,并已向企业合规专员报告其知晓的违规行为(如有)。四是企业应及时调查、纠正并采取措施预防违规行为。五是鼓励合规体系不完善的中小企业等与商业联盟、行业组织、职业协会、民间团体等合作,共同改善企业合规标准、透明度和责任制,并帮助企业建立和完善合规体系和内控机制,以遏制不合规行为。

第三部分\ 如何建立符合《世行合规指南》要求的全面合规体系

如前所述，建立并实施符合《世行合规指南》要求的全面合规体系，是解除世行制裁的重要条件。更重要的，企业建立全面合规体系，使海外业务满足国际优秀合规实践，能够从源头上规范企业海外经营行为、防范重大合规风险，帮助企业实现健康、稳健发展。同时，2018年，国资委、发改委等部委分别印发了《中央企业合规管理指引（试行）》（下称“《央企合规指引》”）和《企业境外经营合规管理指引》（下称“《境外合规指引》”），一方面对中央企业的合规管理提出了全面、系统的要求，另一方面对企业提升境外经营管理水平提供了参考。因此，国内企业可以以《世行合规指南》为基准，根据企业性质，充分融合国内合规指引要求，构建境内境外“双向符

合”的全面合规体系。

事实上，国资委、发改委的合规指引也充分借鉴了合规管理的国际优秀实践，只是由于出发点不同，互有侧重。我们整理了《世行合规指南》与《央企合规指引》、《境外合规指引》的主要内容，并根据我们的实务经验，对中国企业在海外建筑工程领域构建全面合规体系提出建议。

（一）合规的首要目标—禁止不当行为

企业在进行合规体系建设时首先要明确的就是相关方要求，特别是相关方的禁止性规定，例如法律法规、监管规定、行业准则等。对于参与到世行融资项目的企业而言，世行的规定就成为了需要遵守的相关方要求。

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
禁止不当行为	在“禁止不当行为”原则中，明确禁止欺诈、腐败、串通舞弊和胁迫行为。	规定了合规义务来源，包括法律法规、监管规定、行业准则和企业章程、规章制度以及国际条约、规则等要求。	规定了合规义务来源，包括法律法规、国际条约、监管规定、行业准则、商业惯例、道德规范和企业依法制定的章程及规章制度。

世行和国资委、发改委等国内监管机构在立法技术上各具特色。世行作为多边国际组织，具有国际法主体的超然地位，在制度的制定上能够有更大的灵活性；而国资委、发改委则要充分尊重我国国内法的制度要求。当然，世行在合规指南中也提到，企业在建设合规体系时，应当充分考虑经营地的当地法律要求。

在明确了相关方要求后，如何对相关方要求进行梳理并内化成为企业的合规制度就成为了重要问题。实践中，较为有效的做法是全面梳理外部法律、法规等相关方要求和企业内部制度。对于外部制度，要充分理解，总结出“dos”（需要做）和“don'ts”（不能做）两个列表，为企业管理人员和普通员工廓清行为指引和监管红线。对于企业内部制度，要对照外部要求，评估

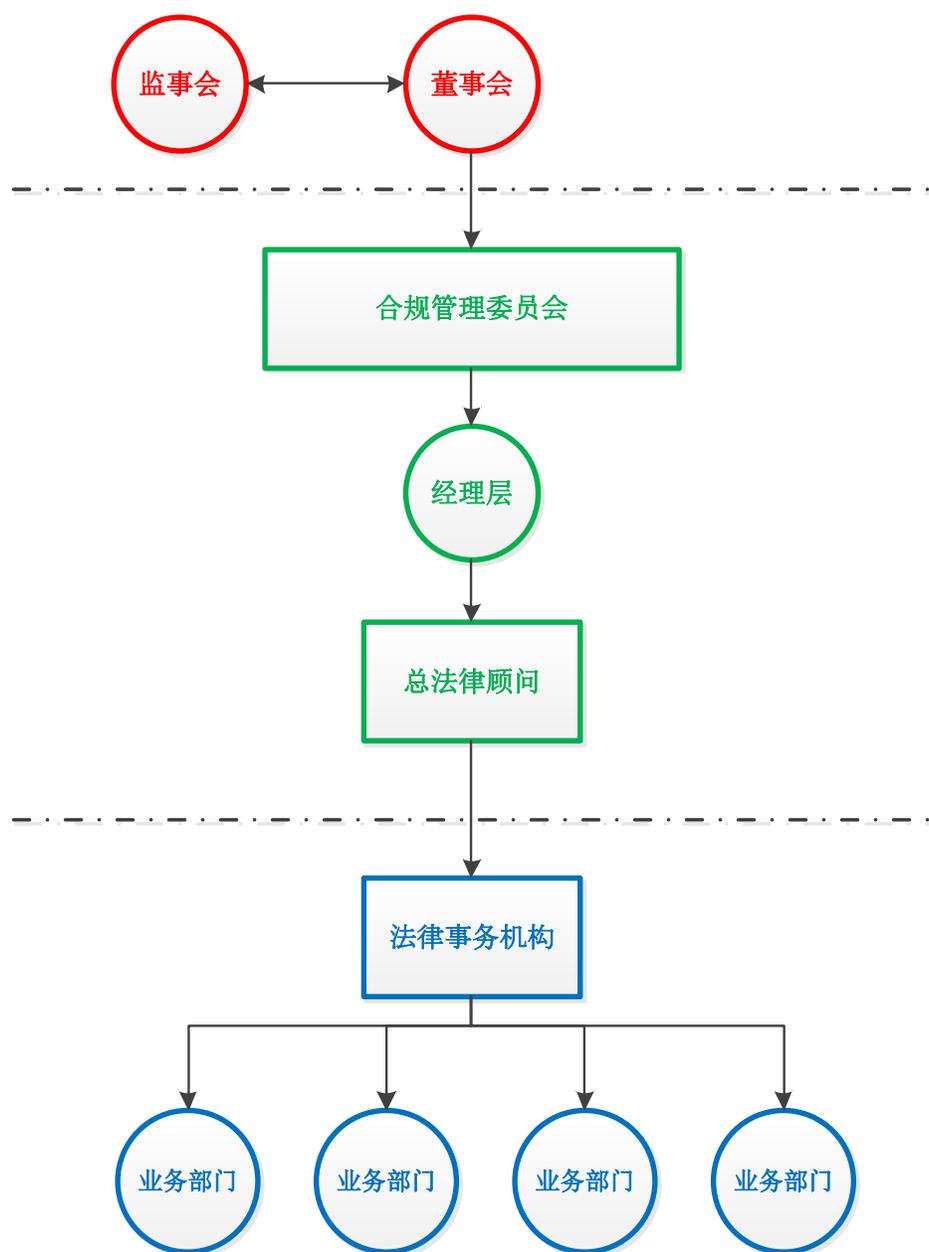
企业现有的内部政策和流程能否体现监管要求，能否确保外部制度得到有效的贯彻落实，通过查漏补缺，发现企业内部管理制度和流程中的风险点，为企业合规制度的完善确定方向。

（二）合规组织架构——领导层、管理层、全体员工

在合规组织架构方面，《世行合规指引》与《央企合规指引》、《境外合规指引》存在较大的区别。《世行合规指引》并未明确企业如何构建合规组织架构，仅规定了企业领导层和公司各级员工的合规责任；《央企合规指引》、《境外合规指引》则对企业的合规组织搭建作出了较为明确的说明。

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
合规组织架构	<p>未明确企业合规组织架构，笼统说明了企业内部合规责任：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 高层领导、受制裁方董事会或类似机构对合规体系的支持和承诺 2. 遵守合规要求是企业全体员工的责任 3. 企业的高层领导对合规体系的监督和管理职责。 	<p>第二章专章规定了企业合规管理组织架构要求，以及各部门及负责人的合规职责</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 明确了董事会、监事会、经理层的合规管理职责（第5、6、7条） 2. 明确要求企业设立合规委员会、合规管理负责人、合规牵头管理部门，规定了相关职责。（第8、9、10条） 3. 明确业务部门的合规职责。（第11条） 	<p>第三章专章明确合规管理架构</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 区分决策、管理、执行三个层级的合规管理责任。（第10条） 2. 建议合规管理机构一般由合规委员会、合规负责人和合规管理部门组成，并对其职权做出详细说明。（第11条）

依照国际优秀合规实践,企业应当根据自身特点,搭建覆盖管理层、经营管理层、职能部门直至海外办事处的合规管理组织架构,赋予各层级必要的职责与权限。具体如下图所示:



治理层：

1. 批准合规战略规划；
2. 批准合规基本制度；
3. 完善合规管理体系；
4. 决定合规人员任免；
5. 决定机构设置职能；
6. 提出监督罢免建议；
7. 决定违规人员处理。

管理层：

1. 搭建合规组织架构；
2. 制订合规战略规划；
3. 批准具体合规制度；
4. 明确合规管理流程；
5. 制止纠正违规行为；
6. 提出决策合规意见；
7. 领导牵头部门工作；
8. 汇报重大合规事项；
9. 起草合规年度报告。

执行层：

1. 起草具体计划制度；
2. 开展风险识别预警；
3. 重大项目合规审查；
4. 参与重大风险应对；
5. 组织开展检查考核；
6. 指导所属单位工作；
7. 受理违规举报调查；
8. 组织协助开展培训。

实践中,中国企业的海外合规建构可以在集团、集团下属单位/海外子公司、办事处三个管理层级设立合规官,按照管理职能报告路径,就重大合规事项向上级合规官进行独立汇报和沟通。合规管理组织架构的设立应当遵循“独立性”原

(三) 合规体系建设的基本流程——评估、审查、改进

识别和评估合规风险是做实合规体系建设的重要内容。在评估时,企业通常应当考虑审计结果、近期诉讼或者和解情况、合规举报、员工

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
评估与改进	在合规计划的启动、风险评估和审查原则中,明确了风险评估是建立合规体系的首要任务;定期审查合规体系的有效性;发现缺陷应当及时纠正。	<ol style="list-style-type: none"> 1.建立合规风险识别预警机制,系统分析风险发生的可能性、影响程度、潜在后果,重大风险及时预警。(第18条) 2.加强合规风险应对,针对发现的风险制定预案,及时应对处置。(第19条) 3.开展合规管理评估,定期对合规管理体系的有效性进行分析,重大问题要查找根源,强化管控,持续改进提升(第22条) 	<ol style="list-style-type: none"> 1.建立必要的制度和流程,识别新的和变更的合规要求。(第23条) 2.进行合规风险评估;确立合规风险的标准和优先级;形成评估报告。(第24条) 3.建立健全合规风险应对机制,对识别的风险进行控制和处置。(第25条) 4.企业审计部门应当对合规管理的执行情况和合规体系的有效性进行独立审计。(第26条) 5.定期对合规管理体系进行系统全面的评价,并根据合规审计和体系评价情况,开展风险再识别和制度再制定的持续改进。(第27、28条)

则,原则上应当由专职人员承担合规管理职能,如果存在兼职情况,则不得承担与其合规职责发生利益冲突的职能,以确保合规部门和人员的独立性。

反馈、行业监管趋势以及某个领域合规制度的完善程度⁷。

实践中,企业可以采取风险矩阵的方式,进

7. Establishing an Effective Compliance Program: An Overview to Protecting Your Organization, by Kwamina Williford, Daniel Small, <https://www.acc.com/legalresources/quickcounsel/eaecp.cfm#top> 最后访问于2018年11月12日。

行风险评估,并列举每个领域的风险级别、违规可能性以及违规对企业的潜在损害。

风险矩阵可以基于流程,即围绕流程来识别某些步骤可能存在的合规风险。该模式需要将公司的流程制度按照现代企业流程的“1+6”标准结构(特定目的、步骤、组织、活动、控制记录、工作标准和工作方法)进行描述,形成“流程地图”。根据此“流程地图”和基于合规风险分布特征的权力识别模型,识别权力;再根据权力内容,确定对应的合规风险点,分析风险发生后果及原因,评估风险等级;最后,确定企业要采取管理措施的合规风险。

风险矩阵也可以基于岗位,即围绕岗位职责内容来识别分析评估分布在岗位职责中的合规风险。首先将公司岗位职责内容逐一列出;然

后根据每项岗位职责和基于合规风险分布特征的权力识别模型,识别每项职责内容中的权力;根据权力内容,确定对应的合规风险点,分析风险发生后果及原因,评估风险等级;确定企业要采取管理措施的合规风险。⁸

(四) 合规体系建设的重点领域——自身合规与商业伙伴管理

《世行合规指南》列举了雇佣前尽职调查、限制雇佣前政府官员、管控礼品招待支出、政治献金限制、慈善捐赠和赞助、好处费、完整记录和欺诈、串通舞弊和胁迫等八个领域作为合规体系建设的重点。值得关注的是,《世行合规指南》进一步要求企业将诚信合规义务延伸到商业伙伴。

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
自身合规要求	<ol style="list-style-type: none"> 1.重要雇员受雇之前进行尽职调查。 2.限制雇佣或有偿安排前公职人员。 3.制订馈赠、接待、娱乐、出差和开支的控制手段和程序。 4.仅在法定范围内进行政治捐款和捐助,并尽量公开。 5.不支付好处费。 6.保存合规体系运营的相关记录。 7.对欺诈、共谋和胁迫行为采取特别管控措施。 	<ol style="list-style-type: none"> 1.加强对市场交易、安全环保、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权、商业伙伴等重点领域的合规管理。(第13条) 2.加强对制度制订、经营决策、生产运营等重点环节的合规管理。(第14条) 3.加强对管理人员、重要风险岗位人员、海外人员等重点人员的合规管理(第22条) 4.强化海外投资经营合规管理,深入研究规则、健全海外合规经营制度、定期排查风险。(第16条) 	<ol style="list-style-type: none"> 1.针对礼品及招待、赞助及捐赠、利益冲突管理、举报管理和内部调查、人力资源管理、税务管理、商业伙伴合规管理等重点领域制订合规管理办法。(第14条) 2.针对特定行业或地区的合规要求,结合企业自身的特点和发展需要,制定相应的合规风险管理办法。(第14条)

8.本部分主要参考了《企业合规管理操作指南》,王志乐主编,中国法制出版社,p58。

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
合规要求传导	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对商业合作伙伴进行尽职调查。 2. 向商业合作伙伴告知合规要求。 3. 要求商业合作伙伴作出对等合规承诺。 4. 全面记录和商业合作伙伴的关系 5. 确保报酬支付的事由和渠道是正当、合理的。 6. 合理监督合同履行过程。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对重要商业伙伴开展合规调查, 通过签订合规协议、要求作出合规承诺等方式促进商业伙伴行为合规。(第13条) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 深入了解第三方合规管理情况; 向重要的第三方传达自身的合规要求和对方的合规要求, 并在商务合同中明确约定。(第12条) 2. 确保合规行为准则适用于代表企业从事境外经营活动的第三方。(第13条) 3. 将合规文化传递至利益相关方。(第30条)

实践中, 企业通常会制订反腐败、利益冲突、第三方伙伴管理等一系列制度, 对上述重点合规领域进行管理。⁹

例如, 在某跨国公司的反腐败制度中, 该公司首先明确公司禁止一切形式的贿赂和腐败; 公司不进行任何政治献金或慈善捐赠; 公司全员均有对腐败行为的举报义务。同时, 公司还在制度中明确, 公司有权对嫌疑行为进行调查; 公司账簿必须真实、完整、准确; 高风险岗位的员工必须接受培训; 公司只同接受或实施同等合规标准的伙伴开展业务。

在详细的操作指引中, 公司列举了腐败与商业贿赂的主要形式; 规定了娱乐、招待和馈赠标准和审批流程, 并明确上述活动不得直接或间接

与业务机会相关联; 禁止员工或员工近亲属直接或间接接受第三方支付的不当利益, 并要求员工如实记录提供或收到的任何好处。同时, 公司还规定了如何对礼品和招待的额度进行估算。

公司对政治活动和慈善捐赠进行严格控制, 明确说明公司不参与任何政治活动, 也不提供任何政治献金。此外, 公司要求不得对外进行可能获得不当竞争优势的捐赠, 不对个人进行捐赠、亦不进行与政治有关的捐赠。

公司还明确了员工的报告义务。员工在发现商业贿赂或违规的迹象, 以及被要求从事违规事项时, 必须进行汇报。公司还建立和专门的举报系统, 保证举报的保密性。

⁹. 囿于篇幅, 我们仅针对我们在反腐败领域的实践经验进行介绍。

(五) 合规体系建设的关键环节——财务、合同、决策

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
关键环节	<p>1.就财务、会计和记账行为建立有效内控体系,确保发现违规交易。</p> <p>2.明确关于不当行为的合同义务与责任。</p> <p>3.建立适当的决策程序,保证决策过程和级别与交易金额及风险向匹配。</p>	<p>重点领域、重点环节有涉及:</p> <p>1.健全完善财务内部控制体系,严格执行财务事项操作和审批流程,严守财经纪律,强化依法纳税意识,严格遵守税收法律政策。(第13条)</p> <p>2.严格落实“三重一大”决策制度,细化各层级决策事项和权限,加强对决策事项的合规论证把关,保障决策依法合规。(第14条)</p>	<p>对企业内控体系提出整体要求:</p> <p>1.企业可结合境外经营实际,就合规行为准则和管理办法制定相应的合规操作流程,进一步细化标准和要求。也可将具体的标准和要求融入到现有的业务流程当中,便于员工理解和落实,确保各项经营行为合规。(第15条)</p>

财务、合同、决策是企业合规管理流程的关键环节。世行在内部控制原则中对上述内容进行了专门强调,这也要求企业切实采取措施,落实相关要求。

在实践中,企业往往通过格式条款的约定来保证合作伙伴发生不当行为时,企业能够顺利退出合作安排。例如,企业与合作伙伴确立了反腐败格式条款安排,明确要求其作出合规承诺,即承诺合作伙伴及其关联方不会违反任何相关的法律法规,提供或接受有价物或从事任何其他等贿赂行为。若有违规行为的,将被视为合同解除条件已经达成,企业将有权利终止或

中止合同,合作方应向企业支付违约金作为补偿。

设立审批权限上调的“触发事项”则是企业确保审批事项与审批流程“成比例”的主要安排。例如,实践中有公司规定,在雇佣政府官员(如担任顾问等),则需要公司CFO或最高管理层批准。

(六) 合规体系建设的保障机制——培训、激励、报告、矫正、联合

	《世行合规指南》	《央企合规指引》	《境外合规指引》
保障机制	<ol style="list-style-type: none"> 1. 定期宣传合规并记录。 2. 采取适当的激励措施, 同时保证参与违规行为的人员都得到惩戒。 3. 明确全员对违规行为的报告义务, 为其提供合适的报告渠道。 4. 为员工提供合规指导和建议。 5. 对不当行为进行调查和应对。 6. 没有成熟合规体系的实体应尝试与行业组织等携手开展合规建设。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 加强合规考核评价(第23条) 2. 强化合规管理信息化建设。(第24条) 3. 保障合规人员配备(第25条) 4. 重视合规培训。(第26条) 5. 培育合规文化。(第27条) 6. 建立合规报告制度。(第28条) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 企业将合规培训纳入员工培训计划。境外相关部门员工均应接受培训。(第16条) 2. 建立顺畅的合规报告渠道, 为员工提供合规咨询或支持, 并针对举报信息建立调查机制。(第17条) 3. 企业将合规考核结果作为绩效考核依据, 并建立全面有效的合规问责制度。(第18、21条) 4. 企业应培育合规文化和诚信价值观。(第29条) 5. 企业应树立合规形象, 推广合规文化。(第30条)

合规管理体系建立以后的运行以及功能的实现需要充分的机制予以保障。世行的合规保障机制主要由培训交流、激励惩戒、报告制度、不当行为应对、集体行动等内容构成。与之相比,《央企合规指引》和《境外合规指引》的相关规定与《世行合规指南》的规定基本一致,区别在于世行对于中小企业提出了“共同行动”的建议。囿于篇幅,我们主要对合规举报机制进行分析。

合规举报机制与合规风险识别共同构成了企业风险发现机制,区别在于合规举报机制往往来源于对企业运行情况的观察和检测,属于“动态层面”;风险识别则更多体现在“静态层面”。由

于传统文化和激励不足的影响,实践中能够有效执行举报机制的国内企业较少,而行之有效的举报制度应当具备以下条件:

一是通过制度明确举报的渠道、程序、受理主体、处理反馈程序、对举报者的激励;二是建立便捷、保密的举报途径;三是确立独立的部门或人员受理、处理举报事项,并且该部门或人员需要有充分的处理举报事项的权限;四是举报事项受理后,受理人员或部门应当及时查证或处置该事项,且原则上应就处理结果对举报人进行及时反馈;五是提供一定激励措施,以鼓励员工;六是举报人提供充分的保护和保密措施。

第四部分 结语

中国企业在“走出去”的过程中，需要高度重视合规风险和各方要求。世界银行作为经济全球化的重要推动者和全球腐败治理的重要参与者，在基础设施建设合规领域积累了相当的优秀经验。国内企业在海外建筑工程领域，可以以《世行合规指南》为借鉴，充分融合《央企合规指引》、《境外合规指引》等国内制度要求，在“走出去”的实践中构建既符合国际先进做法，又符合国内制度的全面合规体系。☞



刘相文
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com

企业资产证券化： 原始权益人破产重整案 相关判决解析

作者：路竞祎、张丽娜、郭玉璇



image by hao-wang-unsplash

实现破产隔离是资产证券化最重要的目标和效果之一，但并非所有的资产证券化项目都能够实现完全的破产隔离，基础资产的法律性质、证券化交易结构的不同安排等因素都会对破产隔离效果产生影响。原始权益人进入破产程序，对资产证券化产品有哪些影响？这是业内非常关心的一个话题。本文拟从邹平县电力集团有限公司（以下简称“邹平电力”）破产重整案相关判决入手，对资产证券化项目中原始权益人的破产风险问题进行解析。

第一部分\ 案件概要

2015年12月，邹平电力开展资产证券化项目，基础资产为邹平电力在2015年10月与邹平县供电公司（以下简称“邹平供电”）签订的《购售电合同》项下享有的特定期间的购售电合同债权及其从属权利。在此证券化项目中，邹平电力出具了《差额补足承诺函》，承诺发生约定事由后，向专项计划履行差额补足义务；同时，邹平供电针对邹平电力的差额补足义务出具专项计划担保函，提供全额不可撤销的连带责任保证。

2017年4月，邹平电力、邹平铝业有限公司（以下简称“邹平铝业”）分别与专项计划管理人签订抵押合同，以担保邹平电力对专项计划差额补足义务的履行。

2017年8月1日，邹平县人民法院裁定受理邹平电力、邹平铝业的破产重整申请。之后，破产管理人提起诉讼，请求撤销邹平电力、邹平铝

业为邹平电力差额补足义务向专项计划提供抵押担保的行为（以下简称“担保撤销案”）。专项计划管理人也向邹平电力提起诉讼，请求确认对邹平电力的破产债权金额（以下简称“债权确认案”）。

第二部分\ 法院的判决要点

（一）担保撤销案

担保撤销案解决的主要问题是，破产重整前新增的担保在什么情况下可能被撤销。

邹平县人民法院撤销担保的法律依据为《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《破产法》”）第三十一条第（三）项的规定：“人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：...（三）对没有财产担保的债务提供财产担保的；...”根据该条规定，撤销担保需审查是否符合以下条件：该担保行为发生于人民法院受理

破产申请前一年内;该担保行为属于对没有财产担保的债务提供财产担保。

1. 该担保行为发生于人民法院受理破产申请前一年内

担保撤销案中,邹平电力、邹平铝业两份抵押合同签订于2017年4月1日,而法院于2017年8月1日受理该二公司的破产重整申请,担保行为发生于法院受理破产申请前一年内。

2. 该担保行为属于对没有财产担保的债务提供财产担保

首先,第三人提供的保证担保不属于“已有”财产担保。

担保撤销案中,邹平供电针对邹平电力的差额补足义务出具了担保函,以其全部财产提供保证担保,这是否意味着该差额补足义务不属于“没有财产担保的债务”?根据法院查明的事实,邹平供电提供的担保函中并未明确担保财产明细,亦未将需担保的财产到有关部门进行备案登记,且保证担保的义务主体是邹平供电,而非邹平电力、邹平铝业。据此,邹平县人民法院认为案涉情况满足《破产法》第三十一条第(三)项的规定,邹平电力、邹平铝业提供的抵押担保应当被撤销。

从法院的判决结果来看,法院认为保证担保并不属于《破产法》规定的财产担保。

财产担保通常与纯粹依靠担保人信用的信

用担保相对,是指以特定财产担保债务履行的担保方式。而保证担保不指定特定财产,实质上是以保证人合法拥有的所有财产担保债务的履行。

其次,“没有财产担保的债务”中的“债务”包括债务人和第三人的债务。

“没有财产担保的债务”中“债务”是指哪一主体的债务,是破产债务人的债务还是第三人的债务?结合担保撤销案判决,对于邹平电力(破产债务人)而言,邹平电力以自身财产为没有自身财产担保且没有第三人财产担保的自身债务提供担保,属于“对没有财产担保的债务提供财产担保”;对于邹平铝业(破产债务人)而言,邹平铝业以自身财产为没有自身财产担保且没有第三人财产担保的第三人债务提供担保,也属于“对没有财产担保的债务提供财产担保”。可见,法院对“债务”做了扩大解释,“债务”包含了债务人和第三人的债务。

那么,破产债务人以自身财产为已有自身或第三人财产提供担保的债务额外增加财产担保,是否可撤销呢?根据案例检索的结果,这种情形也存在被撤销的可能性。¹

1.具体请见(2017)浙02民终2369号《中国进出口银行、浙江造船有限公司清算工作组暨浙江造船有限公司破产管理人清算责任纠纷、破产撤销权纠纷二审民事判决书》:破产法规定上述撤销权的目的主要在于确保债务人财产的最大化,避免债务人通过无偿或低价交易等方式突击转移财产,或避免债务人基于个人喜好优先清偿个别债权人,损害债权人的整体利益。依照上述规定,管理人行使破产撤销权的条件是:一是在人民法院受理破产申请前一年内在内所实施的行为;二是必须有害于债权人利益的行为,同时,破产法并未要求以当事人在实施行为时存在主观恶意为构成条件。在上述破产法所规定的可撤销行为中,该法第三十一条第三项所规定的“对没有财产担保的债务提供财产担保”中的“债务”,从字面及上下文的解释上并不能得出该“债务”仅限于债务人自己的债务,且从破产法规定撤销权的目的看,在可撤销期间内对债务人自己的债务和他人债务提供财产担保,如债务人的用于清偿债权的财产不当减少,都将损害债权人的整体利益,即均应属于可以撤销行为的范围。同时,应当进一步明确的是,虽然该法第三十一条第三项所规定的“债务”是“没有财产担保的债务”,但根据前述破产法规定破产撤销权的目的,如果原有债务虽存在财产担保但不足以确保债权得以完全实现,债务人为此另行提供财产担保的情形也应属于该项规制范围之内。

(二) 债权确认案

在债权确认案中,法院主要根据法律规定与相关合同约定,确定了破产债权的数额。

邹平电力在其出具的《差额补足承诺函》中承诺,“.....2、发生违约事件或计划管理人宣布专项计划进入加速清偿程序,资产支持证券提前到期的,邹平电力公司应按照专项计划标准条款及本承诺函的约定承担差额补足义务,邹平电力公司应于资产支持证券提前到期日起十五个工作日内将差额补足款全额划转至专项计划账户;差额补足款为以下四项之和与资产支持证券提前到期日专项计划账户资金余额的差额:(1)、专项计划资产处置及清算费用、专项计划应支付的税、资产支持证券上市初费、上市月费、初始登记费、登记注册费、兑付兑息费、计划管理人的管理费、托管人的托管费、监管银行的监管费、其他中介机构费用等所有应付但尚未支付的专项计划费用及税负;(2)、优先级资产支持证券未偿本金余额;(3)、自上一个权益登记日(含该日,无上一个权益登记日的,为专项计划设立日)至资产支持证券提前到期日(不含该日),优先级资产支持证券未偿本金余额按照票面预期年收益率计算的预期收益;(4)、自资产支持证券提前到期日起(含该日),至我司将差额补足款或保证人将履行担保义务的款项全额支付至专项计划账户之日(不含该日),各档优先级资产支持证券以未偿本

金余额为基数按该档优先级资产支持证券票面预期年收益率的1.5倍按日计付的收益。.....”

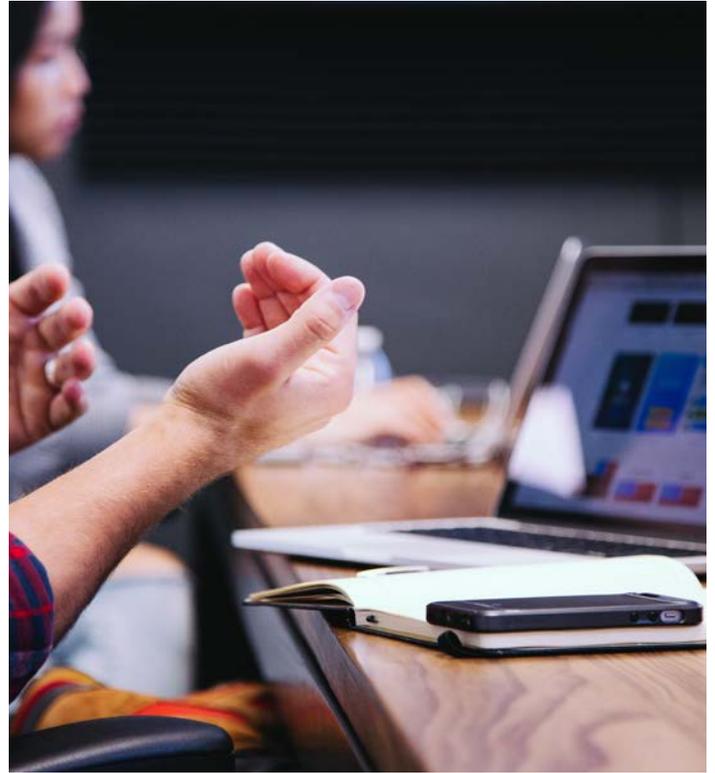
法院在判决中确认了:(1)兑付兑息费、托管费、监管费、优先级资产支持证券未偿本金余额预期收益的计算到期日是哪一日;(2)资产处置及清算费、律师见证费、提前到期日至担保人履行担保义务款项全额支付日优先级资产支持证券的收益、未及时履行差额补足义务的违约金及损害赔偿金是否应当计入破产债权。

对于上述第一个问题,法院以《破产法》第四十六条规定作为依据:未到期的债权,在破产申请受理时视为到期,附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。根据该条,兑付兑息费、托管费、监管费及优先级资产支持证券未偿本金余额的预期收益都应于法院受理邹平电力的破产重整申请时到期,即2017年8月1日。邹平电力差额补足义务的“差额”是指专项计划账户内的资金与专项计划费用、优先级资产支持证券的各期预期收益、未偿本金余额之差。在邹平电力破产重整的情况下,该差额补足义务应当于破产申请受理之日被确定,因此,相应的优先级资产支持证券收益也应当计算至破产申请受理之日。

民事判决书(2017)苏01民终7543号《南京银行股份有限公司新街口支行与南京天利新食品有限公司破产撤销权纠纷上诉案》:债务人对本没有担保财产担保的债务提供财产担保,使债权人的普通债权成为有财产担保的债权,债权人可得主张就担保财产优先受偿,实质上不正当地减少了全体债权人的可分配财产,依照该条法律第三项规定,应予撤销。债务人对有财产担保的债务增加提供财产担保,扩大了债权人优先受偿权的范围,客观上也会导致全体债权人的可分配财产被不正当地减少,根据前述公平受偿原则的精神,也应该予以撤销,因此《中华人民共和国企业破产法》第三十一条第(三)项的规定中应该包括对有财产担保的债务增加提供财产担保的情形。

对于上述第二个问题, 资产处置及清算费、律师见证费, 法院主要依赖证据的关联性与真实性作出判断; 根据《破产法》第四十六条, 优先级资产支持证券收益于破产申请受理日就应当停止计算, 提前到期日晚于破产申请受理日, 因此提前到期日后优先级资产支持证券的收益都不计入破产债权的金额; 根据《差额补足承诺函》, 邹平电力履行差额补足义务应当在提前到期日(即2017年8月30日)之后15日内, 而2017年8月1日法院就已经受理了邹平电力的破产申请, 破产申请受理后, 债权人应当在人民法院确定的债权申报期限内向管理人申报债权, 按照《破产法》的有关规定计算相应的债权数额及其预期收益, 因此破产债权中不应包含违约金、损害赔偿金的数额。

将原始权益人的主体评级下调、原始权益人丧失清偿能力事件作为加速清偿事件的触发机制是资产证券化中的常见安排, 其基本原理在于发生一些风险事件但不足以影响证券兑付时, 通过提前回收投资缓释风险。从债权确认案来看, 在单一融资人的证券化项目中, 如果遭遇融资人“突然”破产, 加速清偿机制可能失灵, 《破产法》的规定会使原始权益人对专项计划承担的义务受到影响。以法院受理破产申请为最重要的分界点, 在法院受理破产申请日之后专项计划优先级资产支持证券的收益不能再持续计算。



第三部分\ 差额补足承诺函的效力

差额补足承诺函是目前资产证券化中常见的一种增信措施。一般由原始权益人或原始权益人的母公司、关联公司向专项计划管理人出具, 约定在专项计划的现金流无法支付优先级资产支持证券本息的情况下, 由其承担差额补足的义务。

在我国的资产证券化实务中, 差额补足作为一项增信措施被广泛使用, 法院已经在一些判例中确认了差额补足承诺函的效力。前述邹平电力的债权确认案是法院首次在破产重整案

例中对差额补足承诺函的效力进行确认。在债权确认案中,邹平县人民法院明确了《差额补足承诺函》是合法有效的法律行为,“为双方当事人的真实意思表示,且不违反法律法规的强制性规定”,“双方理应按照合同约定的内容行使各自的权利,履行各自的义务”。邹平县人民法院确认了《差额补足承诺函》的性质之后,才进一步对债权数额进行了判断。

差额补足承诺函是承诺人向专项计划管理人(代表专项计划)做出的单方承诺,其内容一般是承诺人的义务。因此,对差额补足承诺函性质的判断实质上是判断其能否构成合法有效的法律行为。从法律行为的成立生效角度来说,差额补足承诺函的当事人应当具备民事行为能力、当事人之间的意思表示应当真实无瑕疵、其内容不违反法律法规的强制性规定、社会的公共利益,此时差额补足承诺函是合法有效的法律行为。承诺函的当事人应当按照约定履行自己的义务,一方不履行时,另一方有权要求对方履行,甚至提起诉讼要求强制履行。邹平县人民法院的判决也是照此思路确认了案涉《差额补足承诺函》的效力。

第四部分\ 该破产重整案与平安大华公司案 外人异议案的比较分析

资产证券化最重要的效果就是实现破产隔离,如果基础资产实现了完全的破产隔离,那么专项计划将不受原始权益人破产的影响,专项计划财产获得完全的独立性。与平安大华公司案外人异议案支持了管理人的执行异议请求(确认专项计划资产的相对独立性)不同,邹平电力破产重整案并未对基础资产与原始权益人的破产隔离问题进行任何论述,这在一定程度上说明了这一类基础资产在证券化交易中存在的问题。

(一) 继续性合同的特点

继续性合同,指合同的内容并非一次给付可以完结,而是继续地实现的合同,时间因素在债的履行上居于重要地位。购售电合同债权就是一种典型的继续性合同债权。一般而言,发电企业与供电公司签订的购售电合同约定上网期间,及这段期间供电上网及电费结算方式。债权总额取决于发电企业在此期间实际上网供电的总额。因此,当发电企业将购售电合同债权作为基础资产转让至专项计划时,持续的现金流依赖于发电企业持续地发电,持续地履行其在

购售电合同中的义务。

(二) 平安大华公司案外人异议案——执行程序中的继续性合同债权

平安大华公司案外人异议案是在第三人执行案中,确认了专项计划财产的相对独立性。

该案涉专项计划原始权益人正常存续,不存在特殊情况。基础资产为购售电合同债权,基础资产转让给专项计划已通知债务人,该转让也在中登网进行了应收账款转让登记。在原始权益人与其另一位债权人的执行案中,法院将专项计划项下的应收电费确认为该执行案的执行标的。

专项计划管理人从基础资产独立性的角度提出执行异议,主张专项计划就案涉购售电合同债权拥有权利。法院认可基础资产转让的法律效果,承认平安大华公司对于案涉电力收费的资金拥有权利。该判决从司法维度表明,继续性合同债权转让将完全实现债权转让的效果,能够对抗第三人对该债权的权利主张。在正常情况下,该类基础资产能够区别于原始权益人的其他资产,不受原始权益人其他债权债务的影响。

(三) 邹平电力破产重整案——破产中的继续性合同债权

在邹平电力的破产债权确认案中,基础资产也是购售电合同债权,但是管理人并未根据基础资产的独立性主张诉求,而是从《差额补足承诺函》的角度提出了自己的主张。显而易见的是,该案中基础资产并未产生独立于原始权益人的效果。

与平安大华公司案外人异议案不同,债权确认案原始权益人处在破产重整的状态中。原始权益人的破产重整对基础资产的影响有二:首先,原始权益人极有可能无法继续履行供电义务,相应的债权无法产生,基础资产现金流断裂的可能性大大增加。其次,由于继续性合同需要债务人持续履行合同债务,在原始权益人的破产时点,购售电合同属于双方均未履行完毕的合同。《破产法》第十八条规定,“人民法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行,并通知对方当事人。”若购售电合同被解除,购售电合同债权将会被消灭。由于继续性合同的性质,其解除后通常并不发生回复原状的义务,但是解除时点向后的债权债务应当被消灭。这种情况下,基础资产已经不存在了,也就无法保证资产支持证券的偿付。因此,在原始权益人申请破产时,直接要求差额补足承诺人履行补足义务是更直接有效的选择。

邹平电力破产重整案为我们呈现了原始权益人破产时,专项计划可能产生的各种问题,相关的法院判决也为今后相似法律问题的处理提供了参考:

1.在破产申请受理前一年内,债务人以自身财产提供担保,无论担保的债务是自身债务还是第三人债务,也无论该债务是否已经存在财产担保或者人的担保,如果提供该项担保后客观上致使原有债权人中的个别债权人的优先受偿范围扩大了,则都可能被撤销。

2.在单一融资人的证券化项目中,加速清偿机制可能在融资人“突然”破产的情况下失灵,因此,对于单一融资人的证券化项目,建议将融资人预期违约纳入加速清偿或提前终止等

机制的触发条件,以便于及时采取补救措施。

3.作为专项计划的一种增信措施,差额补足承诺函如满足合法法律行为的构成要件,承诺人有义务按照差额补足承诺函的约定履行差额补足义务。

4.继续性合同债权作为基础资产,由于该债权产生的基础合同需要原始权益人持续地履行,因此无法实现破产隔离效果。当原始权益人破产时,仅靠基础资产的独立性无法保障资产支持证券持有人的利益,计划管理人应当从差额补足承诺等增信措施入手主张权利。这一原则也应适用于未来债权作为基础资产的证券化项目。☒



路竞祎
合伙人
金融部
北京办公室
+86 10 5957 2157
lujingyi@zhonglun.com



张丽娜
非权益合伙人
金融部
北京办公室
+86 10 5957 2296
zhanglina@zhonglun.com

一文纵览国际民商事争议 解决新进展

作者：张鹏



image by annie-spratt-unsplash

2019年7月2日，海牙国际私法会议第二十二次外交大会闭幕，大会副主席、中国代表团团长、驻荷兰大使徐宏与其他各国代表团代表对《承认与执行外国国民商事判决公约》¹谈判文本（亦即会议最后文件）进行了签署确认。当然，这与《承认与执行外国国民商事判决公约》的正式生效还有一定的距离²，我国的正式加入还需要时间和程序³，但是，其作为我国积极推动国际私法协调的重要成果，对推动国际民商事纠纷解决机制建设、加强国际司法协作、减少跨境诉讼成本，增强缔约国司法体系在民商事审判领域的流通性、便利性与高效性，推动形成优质的国际法治环境具有非常重要的作用。

第一部分\ 条约定位：国际民商事争议解决的 “三大途径”

随着国际商事活动的日益频繁，国际民商事争议解决日益成为各国普遍关注的内容，商事仲裁、和解调解、司法裁判，已经成为国际民商事争议解决的主要方式。

目前，商事仲裁途径获得了非常广泛的适用，已经成为国际民商事争议解决的主渠道。这与1958年《承认和执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）⁴、1985年联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》⁵具有非常重要的关系。“在国际商事仲裁的视角下，与诉讼相比，仲裁真正无可争议的优势在于仲裁裁决根据《纽约公约》在几乎全球范围内的可执行性。”⁶也就是说，《纽约公约》的制定赋予了仲裁裁决全球范围内的可执行性，不仅使得仲裁裁决能

够在世界上大多数国家得到承认执行，而且国际商事仲裁法律体系也积极促进了世界范围内主要贸易国家国内立法的变革与协调。虽然《国际商事仲裁示范法》并非国际公约，但是全球111个主要法域中80个法域的立法采纳了该示范法⁷，积极促进了商事仲裁程序与商事仲裁规则的一致性，也使得商事仲裁成为国际民商事争议解决的主渠道。目前，中国国际经济贸易仲裁委员会CIEAC、美国仲裁协会AAA、伦敦国际仲裁院LCIA、斯德哥尔摩商会仲裁院SCC Institute等国际仲裁机构享有盛誉，解决了大量国际民商事争议。

1. Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, 公约内容参见海牙国际私法会议 (Hague Conference on Private International Law) 网站: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>。本文部分内容参考了何其生翻译、钱振球核校的中文译文《2019年承认与执行外国国民商事判决公约(中译文)》。

2. 《承认与执行外国国民商事判决公约》第二十八条第一款规定, “This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of the period during which a notification may be made in accordance with Article 29(2) with respect to the second State that has deposited its instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 24.” 亦即, 《承认与执行外国国民商事判决公约》自第二个缔约国批准书、接受书、核准书或者加入书交存满三个月之后的第一个月第一天开始生效。

3. 需要根据我国《缔结条约程序法》的规定经过全国人民代表大会常务委员会决定批准、国务院核准等法定程序。

4. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 《纽约公约》成员国已经达到159个, 我国于1987年加入该公约。

5. UN-CITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

6. 万鄂湘: “《纽约公约》在中国的司法实践”, 载于《法律适用》2009年第3期。

7. 包括我国香港地区、新加坡等知名国际仲裁地, 参见王徽: “《国际商事仲裁示范法》的创设、影响及启示”, 载于《武大法律评论》2019年第3期, 第104-123页。

此外,和解调解途径也在积极推进,在国际民商事争议解决中逐渐发挥作用。“除了仲裁之外,调解作为更加柔性的纠纷解决方式,以高效率、低成本等优势在国际上越来越受到当事人的重视。”⁸2018年6月,联合国贸易法委员会通过《关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下简称《新加坡公约》)。《新加坡条约》对国际和解协议的执行力、执行地主管机关对和解协议当事人寻求就的审查权、拒绝执行的限制等作出了规定。我国作为联合国贸易法委员会成员国,参与了《新加坡公约》的制定。但是,《新加坡公约》在当事人自行达成的和解协议准予救济的实体条件、调解主体等方面与我国司法制度存在一定差距,如果加入该条约还需要进一步调整。

还有,司法裁判途径的国际协调有所开展。虽然相比于商事仲裁、和解调解途径而言司法裁判途径具有一定的封闭性,但是国际民商事争议解决司法裁判途径国际协调也在积极推进。目前,国际民商事争议司法裁判协调的重要标志是2005年海牙国际私法会议第二十次外交大会通过的《选择法院协议公约》⁹。《选择法院协议公约》共三十四条,旨在于保障国际民商事案件当事人排他性选择法院协议的有效性,被选择法院所作出的判决应当在缔约国得到承认和执行。¹⁰《选择法院协议公约》于2015年生效,目前该公约有35个缔约国。我国于2017年7月签署了该公

约,但是尚未批准,尚未发生法律效力。

此次签署确认的《承认与执行外国民商事判决公约》将是国际民商事争议解决司法裁判途径国际协调的重要里程碑,相对于《选择法院协议公约》全面深化了国际协调的基本原则、实体规则和基本程序。《承认与执行外国民商事判决公约》可以追溯到海牙国际私法会议在1971年主持制定的《承认和执行外国民商事判决公约》¹¹,该条约仅有5个国家批准加入,并未对国际民商事争议解决产生重要影响。1992年筹备的《管辖权及承认和执行外国民商事判决公约》因为管辖权等问题未能在外交大会上获得通过。1999年,海牙国际私法会议尝试草拟相关内容的草案,但是各国对内容分歧很大。2005年,海牙国际私法会议将上述内容中各国分歧较小的、协议选择法院基础上的判决承认与执行问题单独形成公约并优先进行谈判,亦即上述《选择法院协议公约》。2012年,海牙国际私法会议重启《承认与执行外国民商事判决公约》项目。2016年,海牙国际私法会议特别委员会提出《承认与执行外国民

8. 中国国际贸易促进会副会长卢鹏起在“联合国《纽约公约》六十年和《和解协议公约》国际学术研讨会”上的发言,参见张莉:“《纽约公约》六十年为国际贸易和投资保驾护航”,载于《中国对外贸易》2018年第11期,第56-57页。

9. Choice of Court Agreements, 参见<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>。

10. 温先涛:“《新加坡公约》与中国商事调解——与《纽约公约》《选择法院协议公约》相比较”,载于《中国法律评论》2019年第1期,第198-208页。

11. 1971年海牙国际私法会议主持制定的《承认和执行外国民商事判决公约》相对于此次签署确认的《承认与执行外国民商事判决公约》而言在标题上只有“民事和商事判决”(and)和“民事或商事判决”(or)的区别,亦即Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters和Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters。本文为了加以区别,分别用1971年《承认和执行外国民商事判决公约》和2019年《承认与执行外国民商事判决公约》加以描述。

商事判决公约》草案,经过多次讨论修改后形成此次签署确认的《承认与执行外国国民商事判决公约》文本。

综上所述,《选择法院协议公约》本来就是此次签署确认的《承认与执行外国国民商事判决公约》的组成部分,二者共同确立了国际民商事争议解决的司法裁判途径。这将和《纽约公约》确立的商事仲裁途径、《新加坡公约》确定的和解调解途径一起,共同成为国际民商事争议解决的“三大途径”。同时,《承认与执行外国国民商事判决公约》与《承认和执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)分别规范承认执行外国国民商事判决、外国仲裁裁决的相关规则,相互呼应。

第二部分\ 条约内容:《承认与执行外国国民商事判决公约》的制度介绍

《承认与执行外国国民商事判决公约》与《承认和执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)的主要体例类似,分为适用范围和基本定义、外国法院判决的承认和执行、一般条款(General Clauses)、补充条款(Final Clauses)等四章。其中,第一章第二章“外国法院判决的承认和执行”主要规定了外国法院判决承认和执行的实体条件、具体程序等。其主要规则如下:

(一)制定目的与适用范围

《承认与执行外国国民商事判决公约》的制定目的在于,“通过司法合作提升司法救济的全面性,促进以规则为基础的多边贸易投资和人员流动”。在这一制定目的引导下,《承认与执行外国国民商事判决公约》第一条和第二条从正反两个方面规定了公约的适用范围和排除范围,该公约适用于一个缔约国对另一个缔约国法院作出的民商事判决的承认和执行,不适用于税收、关税或者其他行政事项;该公约不适用于自然人身份和民事能力、抚养义务、婚姻财产制度以及由婚姻或者其他家庭法律关系产生的其他权利义务、遗嘱继承、破产与破产和解、旅客和货物运输、跨境海洋污染、核损害法律责任、法人或者合伙的有效性解散、公共登记事项的有效性、诽谤、隐私、知识产权、武装部队行为、执法行为、反垄断、通过国家单边措施进行的主权债务重组。同时,条约进一步排除了仲裁及相关程序,同时明确涉及不属于公约范围的在先判决的既判力问题时不应因此排除适用公约。

特别需要注意的是,《承认与执行外国国民商事判决公约》将知识产权和反垄断作为别除事项。首先,《承认与执行外国国民商事判决公约》将知识产权作为别除事项。这一点曾经是草案讨论过程中的焦点问题。对知识产权而言,《承认与执行外国国民商事判决公约》(草案)曾经将与侵权认

定无关的专利商标有效性裁决、版权与未注册商标权与未注册外观设计权的有效性裁决作为承认和执行的适用范围。可见，条约草案区分与侵权无关的知识产权有效性裁决与认定侵权是否成立以及如何承担侵权法律责任的知识产权侵权裁决，将前者纳入到承认和执行的适用范围。如果如此，将产生外国法院相关裁决对被请求国知识产权保护产生实体性影响的结果，与《伯尔尼公约》和《巴黎公约》确立的知识产权地域性原则相冲突。¹²我们理解，外交大会签署确认的《承认与执行外国国民商事判决公约》文本明确将知识产权作为别除事项，删除了将知识产权有效性裁决纳入承认和执行的适用范围的规定，也是主要考虑到这一因素。

其次，对反垄断而言，《承认与执行外国国民商事判决公约》明确将一般的反垄断争议作为别除事项，同时设置了例外情形。也就是说，《承认与执行外国国民商事判决公约》对于“基于现实或者潜在竞争者之间的，以固定价格、串通投标、设置产量限制与配额或者通过分配客户、供应商、地域范围或者商业渠道分割市场的反垄断协议或者协同行为，且该行为和其结果都发生在同一国家”这一核心卡塔尔事项的判决作为例外情形予以适用。这一规则相比于2005年《选择法院协议公约》有了明显进展，2005年《选择法院协议公约》明确将所有反垄断作为别除事项，直接排除

了所有反垄断事项的适用性。由此可见，国际上对反垄断与竞争法相关事项的互认具有明显趋势。

(二) 基本原则与实体规则

《承认与执行外国国民商事判决公约》将“无实体审查”作为基本原则，要求在满足法定条件的前提下被请求国法院不对判决进行实体审查。亦即，《承认与执行外国国民商事判决公约》第四条规定，在承认和执行外国法院的判决过程中，除非依据《承认与执行外国国民商事判决公约》自身所明确规定的理由，被请求国法院不应对判决的实体问题进行审查，应当直接承认和执行原审作出的判决。



12. 王迁：“《承认和执行外国判决公约》（草案）中知识产权条款研究”，载于《中国法学》2018年第1期，第118-142页。

同时,《承认与执行外国国民商事判决公约》对“无实体审查”原则设置了前提条件和例外。首先,无实体审查原则的前提条件是,判决在原审国合法有效。亦即,根据《承认与执行外国国民商事判决公约》第四条第三项的规定,判决只有在原审国有效才能够被承认,判决只有在原审国可以执行才能被执行。其次,无实体审查原则的例外是,公约第七条所规定的可以拒绝承认和执行外国判决的情形¹³,这些情形包括:送达程序、判决通过欺诈获得、承认或者执行将明显违反被请求国的公共政策、管辖权问题、与被请求国就相同当事人间争议的判决冲突问题以及其他成员国就相同当事人的相同诉讼标的存在冲突判决。

还有,《承认与执行外国国民商事判决公约》规定了判决承认和执行的基础条件(或者说是“必备条件”)。申请承认或者申请执行的判决只要具备13项条件中的任何一项才能获得承认与执行。从理论角度而言,该条款主要考量原审国与其审理的案件之间的关系从而确定原审国的管辖依据(grounds of jurisdiction),从而防止当事人刻意选择法院(forum shopping)的情形。从实务角度而言,在申请承认或者申请执行外国国民商事判决的案件中,被申请人首要的抗辩事由就是原审国对案件不具有管辖权,这构成了判决国际承认与执行的主要实务障碍。《承认与执行外国国民商事判决公约》第五条以明确列举的方式给出

了原审国对案件具备管辖权的情形,有助于提升外国国民商事判决承认与执行的可预期性。

需要特别指出的是,由于民事损害赔偿制度的价值功能认识不同,不同法系对惩罚性赔偿制度的态度有明显区别。¹⁴因此,《承认与执行外国国民商事判决公约》第十条第一款规定,若外国法院判决确定的损害赔偿并非赔偿一方当事人所受之实际损失或所受损害,而是惩罚性或者惩戒性的赔偿,那么被请求国法院可以在此范围内对该判决拒绝承认和执行。

(三) 文件要求与程序规则

首先,关于外国国民商事判决承认和执行所需要提供的文件。《承认与执行外国国民商事判决公约》第十二条明确规定了外国国民商事判决承认和

13.需要指出的是,公约原文使用的是“may”而非“shall”,亦即仍需要法院进一步加以判断。参见条文内容如下:“1. Recognition or enforcement may be refused if - (a) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim - (i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable them to arrange for their defence, unless the defendant entered an appearance and presented their case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or (ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;(b) the judgment was obtained by fraud;(c) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State;(d) the proceedings in the court of origin were contrary to an agreement, or a designation in a trust instrument, under which the dispute in question was to be determined in a court of a State other than the State of origin; and (e) the judgment is inconsistent with a judgment given by a court of the requested State in a dispute between the same parties; or (f) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given by a court of another State between the same parties on the same subject matter, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.”

2. Recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State, where - (a) the court of the requested State was seised before the court of origin; and (b) there is a close connection between the dispute and the requested State. A refusal under this paragraph does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.”

14. 张鹏:“知识产权惩罚性赔偿制度的正当性及基本建构”,载于《知识产权》2016年第4期,第19-23页。

执行所需要提供的文件。这些文件包括,判决书副本、证明该判决在原审国具有法律效力或者可以执行的必要文件。同时,特定情况下需要提供原审国法院或者法院官员出具的司法和解协议或其一部分在原审国可以获得与判决相同方式予以执行的证明。

其次,关于外国民商事判决承认和执行的程序准据法。《承认与执行外国民商事判决公约》第十三条规定了外国民商事判决承认和执行的程序准据法。亦即,外国民商事判决承认和执行的具体程序,包括登记判决和执行判决的程序适用被请求国的法律。同时,要求被请求国法院应当尽快办理,不应当以判决应当在另外一个国家承认或者执行为理由拒绝承认或者执行判决。

第三部分\ 条约展望:《承认与执行外国民商事判决公约》未来展望

虽然《承认与执行外国民商事判决公约》的签署确认与正式生效还有一定的距离,我国的正式加入还需要时间和程序,但是需要我们分析其潜在影响,提前做好预期。

当前我国在承认和执行外国法院判决的司法实践方面,需要以双边司法协助条约或者互惠原则为前提。我国《民事诉讼法》第二百八十二条

规定,“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令,依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,不予承认和执行。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百四十四条规定,“当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的,如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约,也没有互惠关系的,裁定驳回申请,但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。”由此可见,我国承认执行外国法院判决需要以双边司法协助条约或者互惠原则为前提。

就“双边司法协助条约”这一前提条件而言,我国与39个国家签订了涉及民商事的双边司法协助协定或条约,其中已经生效的有37项。在这37项司法协助协定或条约中,有4项没有规定外国法院判决承认和执行的制度,涉及新加坡、韩国、泰国与比利时等4个国家;除涉及塞浦路斯、老挝和匈牙利等3个国家的协定或条约以直接列

明承认和执行条件的方式作出规定外,其余均以列明拒绝承认和执行条件的方式就承认和执行作出了规定。但是,由于我国对外签订的此类双边条约或协定数量较少,且大多缔约国与我国经贸往来并不是特别频繁,因此双边条约的作用与优势尚未充分发挥出来。在缺乏相关国际条约的情况下,我国法院只能依据民事诉讼法规定的互惠原则来判断是否承认和执行外国法院的判决。

15

同时,就“互惠原则”这一前提条件而言,我国在互惠关系的认定和互惠原则的适用方面没有明确的法律规定。法律互惠要求两国具有基本对等的承认执行外国判决的条件,这就需要进行外国法的详细查明,在司法实践中具有难度。事实互惠要求对方国家存在承认执行本国判决的事实,亦在司法实践中具有难度。推定互惠要求对方国家没有拒绝承认和执行本国判决的事实,但是我国法律实践中罕有采用。

一旦正式批准《承认与执行外国民商事判决公约》,那么上述规则需要进行相应调整,从而对我国涉外民商事诉讼产生影响。同时,《承认与执行外国民商事判决公约》将对我国的司法协作制度实践发生重要影响,将促进国际民商事争议解决司法裁判途径日益成长为与商事仲裁途径、和解调解途径并立的重要国际民商事争议解决途径。☒

15. 张勇健、杨蕾:“司法机关相互承认执行民商事判决的新探索”,载于《人民司法》2019年第13期。



张鹏
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2068
zhangpeng@zhonglun.com

我国人类遗传资源保护 新规解读

作者：傅长煜、左玉茹、孟阳玉倩



image by asean-must-unsplash

2019年6月10日，国务院正式对外公布《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》（以下简称《条例》），《条例》自2019年7月1日起施行，系我国人类遗传资源管理领域首部行政法规，为人类遗传资源相关的行政审批提供了法规依据，明确禁止外方设立机构或实际控制机构参与我国人类遗传资源的采集、保藏、对外提供，且使用人类遗传资源亦受到限制，细化法律责任，进一步加强人类遗传资源保护。

第一部分\ 《条例》为人类遗传资源相关的行政审批提供法规依据

《条例》发布之前，我国关于人类遗传资源的管理仅有1998年科技部和卫生部公布的《人类遗传资源管理暂行办法》（国办发[1998]36号）（以下简称“《暂行办法》”）。《暂行办法》要求，对重要遗传家系和特定地区遗传资源的采集、收集、买卖、出口、出境或以其他方式对外提供需经行政许可，凡涉及中国人类遗传资源的国际合作项目，须由中方合作单位办理报批，人类遗传资源材料的出口、出境，需经批准核发出口、出境证明。基于《暂行办法》，科技部开始对“人类遗传资源的国际合作项目”和“人类遗传资源材料出口、出境”进行行政审批。

2004年7月1日，《行政许可法》实施。国务院全面清理非基于法律、行政法规设立的行政审批项目，对于虽非基于法律、行政法规设立，但确需保留的审批项目，发布行政决定（国务院令

第412号）予以保留，“涉及人类遗传资源的国际合作项目”因此保留下来，但其中未涉及“人类遗传资源材料出口、出境”审批项目。不过，实践中，“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”和“人类遗传资源材料出口、出境审批”均保留下来。

随着基因技术的不断发展演进，人类遗传资源的利用呈现井喷式增长，《暂行办法》的规定过于原则、概括，已不足以规范人类遗传资源所涉及各类行为。并且，《暂行办法》虽规定了重要人类遗传资源的采集、收集、买卖、出口、出境均需获得许可，但实际被执行其实仅有“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”和“人类遗传资源材料出口、出境审批”两项。

2015年2月，应科技部请求，中央编办将“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”变更为“人类遗传资源采集、收集、买卖、出口、出境审批”，随后的2015年7月，科技部编制公布了配套的《人类遗传资源采集、收集、买卖、出口、出境审批行政许可事项服务指南》（“《服务指南》”）。

2015年10月1日,开始正式实施更名后的行政许可审批。更名后的审批事项较此之前“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”和“人类遗传资源材料出口、出境审批”,新增三项审批内容:国内机构开展的涉及重要遗传家系和特定地区的采集、以保藏为目的的收集、人类遗传资源信息的出口、出境。更名后的行政许可在范围上超过已有的两项审批,并且,以保藏为目的的收集审批以及人类遗传资源信息的出口、出境审批也超出了《暂行办法》的规定,更不被国务院第412号令所覆盖。因此,“人类遗传资源采集、收集、买卖、出口、出境审批”法规依据不充分,处境尴尬。

2019年5月28日,国务院总理李克强签发《条例》,6月10日,国务院正式对外公布,条例将于7月1日正式施行。《条例》将涉及中国人类遗传资源的活动分为4类:采集、保藏、利用与对外提供,并明确规定四类活动是否需要审批,审批项目覆盖的范围更加清晰、明确,基本覆盖了“人类遗传资源采集、收集、买卖、出口、出境审批”的内容,弥补了人类遗传资源相关行政审批法规依据不充分的缺陷。

第二部分\ 《条例》重新界定人类遗传资源的定义据

人类遗传资源涉及材料和信息两方面,《暂行办法》虽有涉及材料和信息的表述,但未明确区分材料和信息,导致相关规定适用范围不清晰,《条例》第二条修改了人类遗传资源的定义,明确人类遗传资源包括人类遗传资源材料和人类遗传资源信息,人类遗传资源材料是指含有人体基因组、基因等遗传物质的器官、组织、细胞等,人类遗传资源信息是指利用人类遗传资源材料产生的数据,基因序列即属于人类遗传资源信息。

第三部分\ 《条例》划定人类遗传资源保护的 五条红线

《条例》对涉及人类遗传资源的活动画出五条“红线”:

-外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构不得在我国境内采集、保藏我国人类遗传资源,不得向境外提供我国人类遗传资源(第七条);

-采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源,不得危害我国公众健康、国家安全和社会公共利益(第八条);

-应当符合伦理原则,并按照国家有关规定进行伦理审查(第九条);

-应当尊重人类遗传资源提供者的隐私,取得其事先知情同意,并保护其合法权益(第九条);

-禁止买卖人类遗传资源(第十条)。

五条红线中,最值得关注的是《条例》第七条外资红线。

《暂行办法》并未明确禁止外国组织、个人及其设立的机构从事人类遗传资源的采集、收集、利用等,《服务指南》明确申请人的范围系在中国境内依法成立的法人单位,排除了外国组织和个人,但未排除外国组织和个人在境内设立的机构(外资机构),更未排除由外国组织和个人实际控制的机构。《条例》在加强我国人类遗传资源保护、防止外流方面显然更向前一步,明确禁止外国组织、个人及其设立或实际控制的机构在我国境内采集、保藏、对外提供我国人类遗传资源。

被外资红线禁止的主体中,外国组织、个人设立的机构或实际控制的机构范围均不清晰。外国组织、个人设立的机构,究竟是指纯外资机构还是囊括合资机构?实际控制的机构究竟是指外资控股机构还是包含外资协议控股机构?由于《条例》并未界定设立机构和实际控制机构的具体含义,上述问题目前均没有答案,尚需等待进一步的实施细则予以解答。

第四部分 《条例》关于人类遗传资源活动的 审批规则

《条例》对采集、保藏、利用、对外提供四类活动设立了行政审批,

1.采集

适用范围:采集我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源或者采集国务院科学技术行政部门规定种类、数量的人类遗传资源应进行审批

受理机构:国务院科学技术行政部门

条件和要求:

A.具有法人资格(外方排除);

B.采集目的明确、合法;

C.采集方案合理;

D.通过伦理审查;

E.具有负责人类遗传资源管理的部门和管理制度;

F.具有与采集活动相适应的场所、设施、设备和人员。

G.事先告知人类遗传资源提供者采集目的、采集用途、对健康可能产生的影响、个人隐私保护措施及其享有的自愿参与和随时无条件退出的权利,征得人类遗传资源提供者书面同意。

简评

值得注意的是,并非所有的采集活动均需进行审批,该审批覆盖的范围是:我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源或者采集国务院科学技术行政部门规定种类、数量的人类遗传资源。

根据《服务指南》,重要遗传家系人类遗传资源包括但不限于:遗传性疾病或特定体质特征发生在家族式的(2代及以上)、有血缘关系的群体的遗传资源,如哮喘、癌症等多发疾病;特定地区人群遗传资源包括但不限于:特殊环境下长期生活,并且在体质特征或生理特征方面有适应性性状发生的人群遗传资源,如地理隔离人群(海岛和陆岛人群、处于地理隔离的少数民族聚居群体等)。但国务院科学技术行政部门规定种类、数量尚待进一步的实施细则予以明确。

2.保藏

适用范围:保藏我国人类遗传资源、为科学研究提供基础平台应进行审批

受理机构:国务院科学技术行政部门

条件和要求:

- A.具有法人资格;
- B.保藏目的明确、合法;
- C.保藏方案合理;
- D.拟保藏的人类遗传资源来源合法;
- E.通过伦理审查;
- F.具有负责人类遗传资源管理的部门和保藏管理制度;
- G.具有符合国家人类遗传资源保藏技术规范 and 要求的场所、设施、设备和人员。

简评

《条例》未界定“保藏”的具体含义,根据与科技部的咨询,“保藏”并非泛指人类遗传资源的储存,在利用人类遗传资源过程中所进行的储存并不属于该审批项目所覆盖的范围。

3.利用

适用范围:外国组织及外国组织、个人设立或者实际控制的机构(以下称外方单位)需要利用我国人类遗传资源开展科学研究活动,采取与我国科研机构、高等学校、医疗机构、企业(以下称中方单位)合作的方式进行,利用我国人类遗传资源开展国际合作科学研究应进行审批

受理机构:国务院科学技术行政部门

条件和要求:

- A.对我国公众健康、国家安全和社会公共利益没有危害;
- B.合作双方为具有法人资格的中方单位、外方单位,并具有开展相关工作的基础和能 力;
- C.合作研究目的和内容明确、合法,期限合理;
- D.合作研究方案合理;
- E.拟使用的人类遗传资源来源合法,种类、数量与研究内容相符;
- F.通过合作双方各自所在国(地区)的伦理审查;
- G.研究成果归属明确,有合理明确的利益分配方案;
- H.保证中方单位及其研究人员在合作期间全过程、实质性地参与研究,研究过程中的所有记录以及数据信息等完全向中方单位开放并向中方单位提供备份;
- I.产生的成果申请专利的,应当由合作双方共同提出申请,专利权归合作双方共有,其他合作成果可协议约定。

简评

对人类遗传资源的利用,适用范围与《暂行办法》项下的“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”基本一致,即仅限于外方对人类遗传资源的利用需进行审批,不涉及外方的遗传资源利用不需要进行审批。

值得注意的是,《条例》设置了一项例外,即为获得相关药品和医疗器械在我国上市许可,在临床机构利用我国人类遗传资源开展国际合作临床试验、不涉及人类遗传资源材料出境的,不需要审批。合作双方仅需在开展临床试验前应当将拟使用的人类遗传资源种类、数量及其用途向国务院科学技术行政部门备案。对药品和医疗器械上市临床试验开了绿灯。

4.对外提供

适用范围:将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境,应取得人类遗传资源材料出境证明

受理机构:国务院科学技术行政部门

申请途径:国际合作科学研究中需要将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境的,可以单独提出申请,也可以在开展国际合作科研申请中列明出境计划一并提出申请

条件和要求:

- A.对我国公众健康、国家安全和社会公共利益没有危害;
- B.具有法人资格;
- C.有明确的境外合作方和合理的出境用途;
- D.人类遗传资源材料采集合法或者来自合法的保藏单位;
- E.通过伦理审查。

简评

虽然《暂行办法》关于出境的规定覆盖范围写明人类遗传资源材料的出口、出境,但由于《暂行办法》未明确划分人类遗传资源材料和信息,致使

人类遗传资源材料是否覆盖人类遗传资源信息不够明确。科技部曾在解答人类遗传资源审批常见问题时表示:“人类遗传资源材料相关的信息数据属于人类遗传资源范畴,其出口出境的申报流程与人类遗传资源材料(实体样本)出口出境的申报流程一致。”且《服务指南》亦明确,人类遗传资源信息出境也需要经过审批。

《条例》明确不再对人类遗传资源信息出境进行审批。《条例》首先在定义上明确区分了人类遗传资源材料和人类遗传资源信息,进而规定人类遗传资源材料的出境需经审批,人类遗传资源信息对外提供,仅需向国务院科学技术行政部门备案并提交信息备份,而无需进行审批,只在可能影响我国公众健康、国家安全和社会公共利益时,进行安全审查,不过对于什么情况构成对我国公众健康、国家安全和社会公共利益的影响,《条例》未予明确。

第五部分\

《条例》强化法律责任,罚款50万起 步

《条例》单设一章“法律责任”,对违反《条例》的各方主体应承担的责任予以详细规定。《条例》引入罚款、没收违法所得作为处罚措施,绝大多数违法行为对应的罚款的“起步价”即为50万,对于部分违法行为(买卖人类遗传资源、外方从事采集、保藏我国人类遗传资源的等)的罚款“起步价”则为100万,违法所得超过100万的,罚款数额更是高达违法所得的5-10倍。几乎

可以预见,在将来的实践中,基因领域千万级的罚款都不是事儿。

而且,《条例》对部分违法行为规定了主管人员和直接责任人员(个人)责任,针对个人的

处罚包括禁止从事人类资源相关活动、没收违法所得和罚款。

《条例》业已明确的违法行为及处罚措施详见下表:

法规条目	法律责任
第36条	<p>违法行为:</p> <p>(一) 未经批准,采集我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源,或者采集国务院科学技术行政部门规定种类、数量的人类遗传资源;</p> <p>(二) 未经批准,保藏我国人类遗传资源;</p> <p>(三) 未经批准,利用我国人类遗传资源开展国际合作科学研究;</p> <p>(四) 未通过安全审查,将可能影响我国公众健康、国家安全和社会公共利益的人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用;</p> <p>(五) 开展国际合作临床试验前未将拟使用的人类遗传资源种类、数量及其用途向国务院科学技术行政部门备案。</p> <p>监管部门:国务院科学技术行政部门</p> <p>处罚措施:</p> <p>责令停止违法行为</p> <p>没收违法采集、保藏的人类遗传资源和违法所得</p> <p>处50万元以上500万元以下罚款,违法所得在100万元以上的,处违法所得5倍以上10倍以下罚款</p> <p>情节严重的,单位及其主管人员、直接责任人员1-5年禁令(禁止从事人类遗传资源相关活动),个人处没收违法所得及50万元以下罚款;情节特别严重的,永久禁令</p>
第37条	<p>违法行为:</p> <p>提供虚假材料或者采取其他欺骗手段取得行政许可</p> <p>监管部门:国务院科学技术行政部门</p> <p>处罚措施:</p> <p>撤销已经取得的行政许可</p> <p>处50万元以上500万元以下罚款</p> <p>5年内不受理相关责任人及单位提出的许可申请</p>

法规条目	法律责任
第38条	<p>违法行为: 未经批准将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境的</p> <p>监管部门:海关</p> <p>处罚措施: 依照法律、行政法规的规定处罚</p>
第39条	<p>违法行为: (一) 采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源未通过伦理审查; (二) 采集我国人类遗传资源未经人类遗传资源提供者事先知情同意, 或者采取隐瞒、误导、欺骗等手段取得人类遗传资源提供者同意; (三) 采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源违反相关技术规范; (四) 将人类遗传资源信息向外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构提供或者开放使用, 未向国务院科学技术行政部门备案或者提交信息备份。</p> <p>监管部门:省、自治区、直辖市人民政府科学技术行政部门</p> <p>处罚措施: 责令停止开展相关活动 没收违法采集、保藏的人类遗传资源和违法所得 处50万元以上100万元以下罚款, 违法所得在100万元以上的, 处违法所得5倍以上10倍以下罚款 情节严重的, 单位及其主管人员、直接责任人员1-5年禁令(禁止从事人类遗传资源相关活动), 个人处没收违法所得及50万元以下罚款; 情节特别严重的, 永久禁令</p>
第40条	<p>违法行为: (一) 保藏我国人类遗传资源过程中未完整记录并妥善保存人类遗传资源的来源信息和使用信息; (二) 保藏我国人类遗传资源未提交年度报告; (三) 开展国际合作科学研究未及时提交合作研究情况报告。</p> <p>监管部门:国务院科学技术行政部门</p> <p>处罚措施: 责令改正 给予警告 可以处50万元以下罚款</p>

法规条目

法律责任

第41、
42条

违法行为:

(一) 外国组织、个人及其设立或者实际控制的机构违反本条例规定, 在我国境内采集、保藏我国人类遗传资源, 利用我国人类遗传资源开展科学研究, 或者向境外提供我国人类遗传资源

(二) 买卖人类遗传资源

监管部门: 国务院科学技术行政部门

处罚措施:

责令停止违法行为

没收违法采集、保藏的人类遗传资源和违法所得

处100万元以上1000万元以下罚款, 违法所得在100万元以上的, 处违法所得5倍以上10倍以下罚款

情节严重的, 单位及其主管人员、直接责任人员1-5年禁令(禁止从事人类遗传资源相关活动), 个人处没收违法所得及50万元以下罚款; 情节特别严重的, 永久禁令

整体而言,《条例》的发布实施为人类遗传资源活动的行政审批提供了充分的法规依据, 对人类遗传资源活动的规制更加清晰, 是值得肯定的。不过, 仍然有不少内容缺乏界定和解释, 比如,《条例》明确划定外资红线, 禁止外方在我国境内采集、保藏、对外提供我国人类遗传资源, 而外方范围宽泛且不够清晰, 恐将导致行业认识混乱; 又如, 什么是“保藏”, 什么情况构成影响“公众健康、国家安全和公共利益”。此类概念不清晰, 将降低《条例》对行业行为的指导性, 应尽快出台实施细则或官方解读。

人类遗传资源管理法律沿革和热点事件回溯

•1998年科技部和卫生部制定了《人类遗传资源管理暂行办法》(国办发[1998]36号)。

•依据《暂行办法》, 科技部于1999年开始开展“涉及人类遗传资源的国际合作项目”的行政审批工作。

•2004年6月29日, 国务院发布《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》, 保留“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”。

•2015年3月, 中央编办将依据《暂行办法》设定的原“涉及人类遗传资源的国际合作项目审批”行政许可名称和审批任务变更为“人类遗

传资源采集、收集、买卖、出口、出境审批”，2015年10月开始正式实施变更名称后的行政许可审批。

•2015年7月，科技部编制并公布了《人类遗传资源采集、收集、买卖、出口、出境审批行政许可服务指南》。之后，科技部陆续发布《问题解答》。

•2015年9月7日，科技部对复旦大学附属华山医院和华大基因未经许可与英国牛津大学开展中国人类遗传资源国际合作研究，华山医院和华大基因未经许可将部分人类遗传资源信息从网上传递出境的行为，予以行政处罚。但该行政处罚作出后当时并未公布。

•2016年1月，科技部向国务院报送了《人类遗传资源管理条例(送审稿)》。

•2017年10月26日，科技部发布《科技部办公厅关于优化人类遗传资源行政审批流程的通知》。

•2018年10月，科技部一次性公布6项针对违反人类遗传管理的行为的行政处罚。

•2018年11月12日，南方科技大学副教授贺建奎宣布一对名为露露和娜娜的基因编辑婴儿于11月在中国诞生，由于这对双胞胎的一个基因经过修改，她们出生后即能天然抵抗艾滋病病毒HIV。此事引起社会热议，并遭到多名科

学家联名谴责。（“基因编辑婴儿”事件）

•“基因编辑婴儿”事件发生后，司法部会同科技部又根据最新形势变化，对《中华人民共和国人类遗传资源管理条例(草案)》作了进一步修改完善。

•2019年5月28日，李克强总理签署国务院令，准予公布《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》。

•2019年6月10日，《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》正式对外发布。☒



傅长煜
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2085
fuchangyu@zhonglun.com



左玉茹
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2996
zuoyuru@zhonglun.com



中伦研究院出品



image by bing-hao-unsplash

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。