



碳中和债 001 /
——可再生能源发电应收补贴款
资产证券化项目相关法律问题之探讨

九万里风鹏正举： 010 /
《数据安全法》已来，企业当如何乘风

企业合规第三方监督评估机制 020 /
及其启示

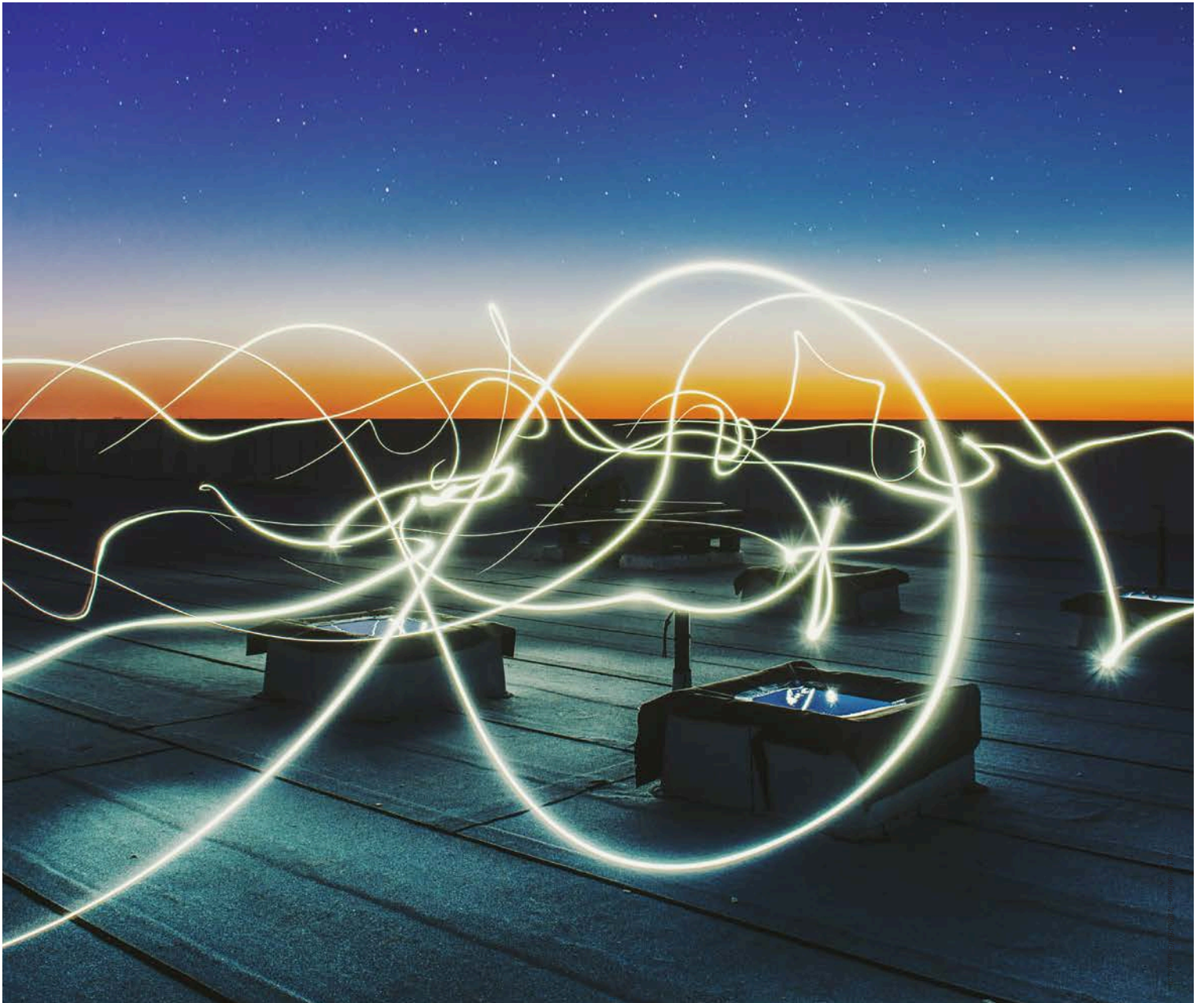
强制执行参与分配制度 031 /
若干实务问题探析

“二选一”强监管背景下排他交易 039 /
的竞争合规边界



碳中和债——可再生能源发电应收 补贴款资产证券化项目 相关法律问题之探讨

作者：刘新宇、张淑敏



2020年9月22日, 国家主席习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上表示, “中国将提高国家自主贡献力度, 采取更加有力的政策和措施, 二氧化碳的碳排放力争于2030年前达到峰值, 努力争取到2060年前实现‘碳中和’¹。”

中国银行间市场交易商协会(以下简称“交易商协会”)于2021年3月18日发布《关于明确碳中和债相关机制的通知》, 在绿色债务融资工具项下, 创新推出碳中和债, 助力实现“30·60”目标², 通过专项产品持续引导资金流向绿色低碳循环领域, 助力实现碳中和愿景。该通知第二条对“碳中和债”的募集资金用途领域作出了明确规定, 其中第(一)类即为清洁能源类项目(包括光伏、风电及水电等项目)³; 该通知明确鼓励企业注册发行以碳减排项目产生的现金流为支持的绿色资产支持票据等结构性债务融资工具创新产品。

2021年伊始到4月初, 成功发行的碳中和资产证券化项目中, 以可再生能源发电应收补贴款作为基础资产的有3只⁴:

图表 1

名称	产品类型	基础资产类型
龙源电力可再生能源电价附加补助2期绿色资产支持专项计划(专项用于碳中和)	资产支持专项计划(ABS)	应收补贴款
国家电力投资集团有限公司2021年度新能源2号第一期绿色定向资产支持商业票据(碳中和债)	资产支持商业票据(ABCP)	应收补贴款
中国三峡新能源(集团)股份有限公司2021年第一期绿色资产支持票据(碳中和债)	资产支持票据(ABN)	应收补贴款

笔者对以可再生能源发电应收补贴款作为基础资产进行资产证券化过程涉及的部分法律问题略有思考, 谨以此文抛砖引玉, 期待得到更多专家指正。

1. 引自《习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话》, http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-09/22/c_1126527652.htm, 查阅日期: 2021年5月7日。

2. 参见交易商协会《关于明确碳中和债相关机制的通知》文首。

3. 参见交易商协会《关于明确碳中和债相关机制的通知》第二条第(一)款。

4. 数据引自《[ABS专题研究]大热的碳中和资产支持证券, 香不香?》, 来源: 联合资信公众号。

第一部分\ 可再生能源发电应收补贴款作为 基础资产开展资产证券化项目的 迫切性和可行性

可再生能源发电补贴,又称“可再生能源电价附加资金补助”,系由财政部设立的可再生能源发展基金,对已纳入可再生能源电价附加资金补助目录(以下简称“**补贴清单**”)的可再生能源发电项目下发的补助资金;而可再生能源发展基金系财政部按照《可再生能源法》要求,通

过从电价中征收基金附加的形式筹集资金设立,支持电网企业收购光伏、风电、生物质等可再生能源发电量的政府性基金⁵。

自《可再生能源法》原则性地提出,“电网企业收购可再生能源电量所发生的费用,高于按照常规能源发电平均上网电价计算所发生费用之间的差额,由在全国范围对销售电量征收可再生能源电价附加补偿”⁶以来,财政部、发改委、国家能源局等各部门陆续出台了多个文件对其予以规定、调整,主要相关文件整理如下:

序号	产品类型
1	《中华人民共和国可再生能源法》(2009修订)
2	《可再生能源发展基金征收使用管理暂行办法》(财综〔2011〕115号)
3	《可再生能源电价附加补助资金管理暂行办法》(财建〔2012〕102号)(已被《可再生能源电价附加补助资金管理暂行办法》废止失效)
4	《国家发展改革委关于完善风力发电上网电价政策的通知》(发改价格〔2009〕1906号)
5	《国家发展改革委关于适当调整陆上风电标杆上网电价的通知》(发改价格〔2014〕3008号)
6	《国家发展改革委关于印发<可再生能源发电全额保障性收购管理办法>的通知》(发改能源〔2016〕625号)
7	《国家发展改革委关于完善陆上风电光伏发电上网标杆电价政策的通知》(发改价格〔2015〕3044号)
8	《国家发展改革委关于调整光伏发电陆上风电标杆上网电价的通知》(发改价格〔2016〕2729号)
9	《国家发展改革委关于完善风电上网电价政策的通知》(发改价格〔2019〕882号)
10	《财政部、国家发展和改革委员会、国家能源局关于促进非水可再生能源发电健康发展的若干意见》(财建〔2020〕4号,以下简称“4号文”)
11	《财政部、国家发展和改革委员会、国家能源局关于印发<可再生能源电价附加资金管理办法>的通知》(财建〔2020〕5号,以下简称“5号文”)
12	《财政部办公厅关于开展可再生能源发电补贴项目清单审核有关工作的通知》(财办建〔2020〕6号)
13	《财政部、国家发展和改革委员会、国家能源局关于<关于促进非水可再生能源发电健康发展的若干意见>有关事项的补充通知》(财建〔2020〕426号)
14	《国家能源局关于印发<发电企业与电网企业电费结算办法>的通知》(国能发监〔2020〕79号)
15	《国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行、银保监会、国家能源局关于引导加大金融支持力度 促进风电和光伏发电等行业健康有序发展的通知》(发改运行〔2021〕266号)

5. 财政部办公厅《“六保”财政政策措施问答》,第102项问答,网址:www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/202007/t20200716_3550843.htm。

6. 参见《可再生能源法》第二十条。



上述文件明确规定了可再生能源发电补贴的资金来源、申报主体、申报流程、计算方式、结算方式等事项及调整,对已纳入补贴清单的项目而言,其就已完成发电和销售的电量享有的应收补贴系按照国家统一政策标准发放的中央财政补贴,权属明确且可依据相关法律产生预期可测的现金流,适合作为资产证券化的基础资产。

可再生能源发电补贴自2012年纳入政府性基金管理以来,中央财政累计拨付补贴资金超过5000亿元,有力支持我国可再生能源行业快速发展。但另一方面,由于可再生能源电价附加入不敷出,存在较大缺口,导致部分可再生能源发电企业未能及时获得补贴,已经成为行业广泛关心的重大问题。⁷

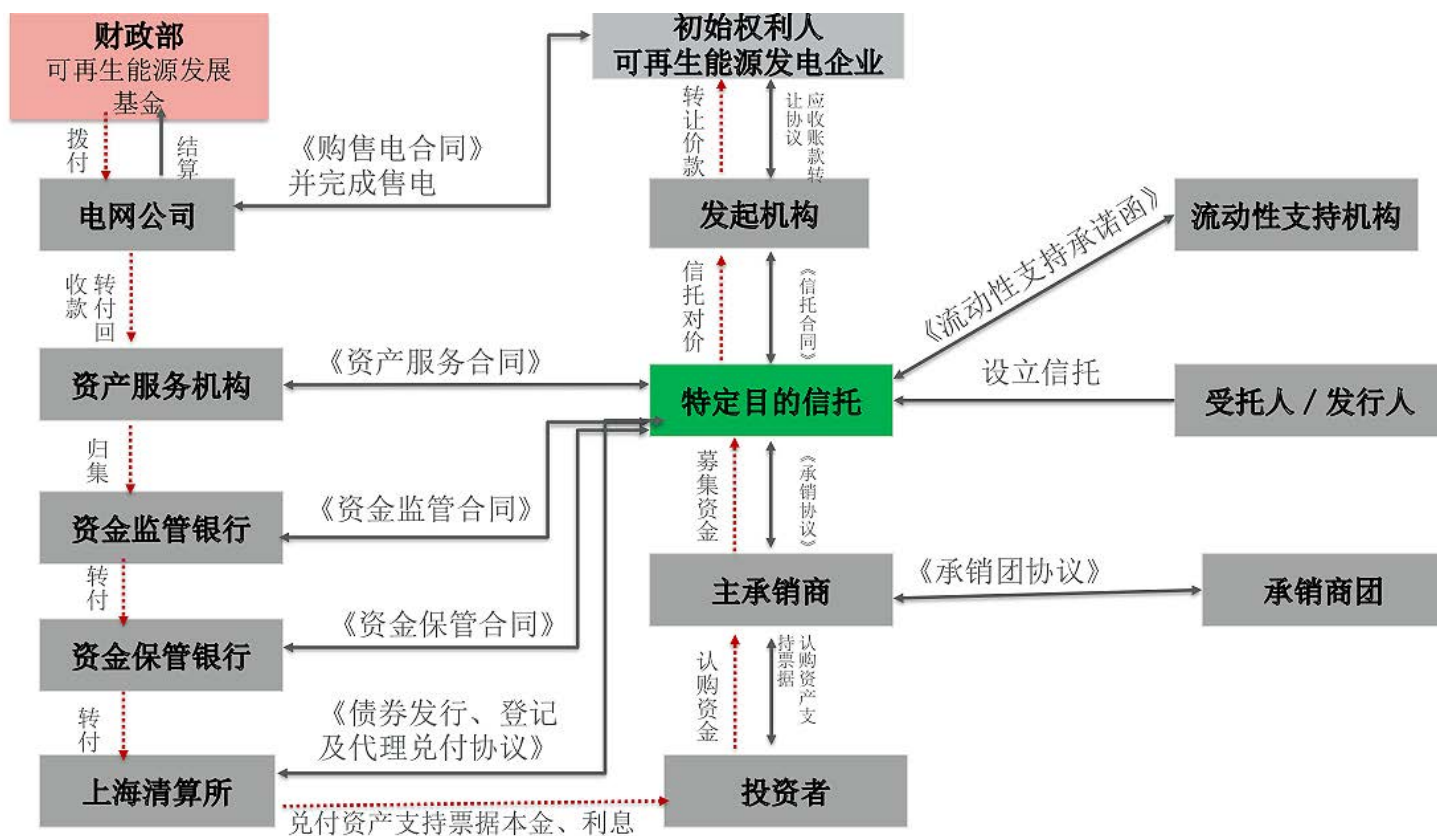
国家鼓励已纳入补贴清单的可再生能源项目所在企业,对已确权应收未收的财政补贴资金,通过向金融机构可申请补贴确权贷款或通过开展资产证券化项目进行融资⁸,以缓解可再生能源发电企业融资困境。因此,可再生能源发电企业对确权的应收补贴款,以通过资产证券化的方式进行融资,迫切且可行。

第二部分\ 可再生能源发电应收补贴款ABN 项目的交易结构

以某新能源发电企业可再生能源发电应收补贴款ABN项目为例,该项目交易结构如图:

7.引自《财政部对十三届全国人大三次会议第4544号建议的答复》(财建函(2020)48号),
http://bgt.mof.gov.cn/zhuantilanmu/rdwyh/tianban-li/2020lh/2020fwgk/202010/t20201010_3601101.htm, 查阅日期:2021年5月13日。

8.参见交易商协会《关于明确碳中和债相关机制的通知》第七条第(三)款和证监会《资产证券化监管问答(一)》第二条。



第三部分\

可再生能源发电应收补贴款资产证券化项目部分法律问题及解决方案探讨

(一)《购售电合同》项下之转让限制条款及解决方案探讨

根据相关合同示范文本，可再生能源发电企业与电网公司签署的《购售电合同》中一般存在如下类似约定：售电人和购电人明确表示，未经对方书面同意，均无权转让《购售电合同》项下所有或部分的¹权利或义务（以下称“购售电合

同限制转让条款”）。

对此，笔者倾向性认为，由于该等发电企业（作为售电人）享有的请求支付该等可再生能源电价附加资金权利系按照国家统一政策标准发放的中央财政补贴，其产生和结算的主要依据为上述相关法律规定而非《购售电合同》，其支付义务人实际为可再生能源发展基金（财政部下设，下同）而非《购售电合同》项下购电人，该等补贴款应为法定之债，而非基于《购售电合同》创设的合同权利、义务，且其为金钱债权，以该等可再生能源发电应收补贴之收益作为基础资产的相关转让合同效力不应受到上述购售电

合同限制转让条款之影响。理由如下：

1.从法律规定的补贴对象和主体来看，相关文件明确规定的补贴对象为可再生能源发电项目，即享有可再生能源电价附加资金的权利主体为可再生能源发电企业，而非电力公司。

可再生能源发电补贴的申报单位为可再生能源发电企业；根据《关于印发〈可再生能源电价附加补助资金管理暂行办法〉的通知》（以下简称“《新办法》”）5号文，列入补贴清单的可再生能源发电项目可享受补助资金⁹；4号文第三条亦明确，按照5号文规定纳入可再生能源发电补贴清单范围的项目，全生命周期补贴电量内所发电量，按照上网电价给予补贴。

2.从购售电合同约定和相关法律规定来看，电力公司（作为购电人）对售电人就可再生能源补贴款承担的为转付义务而非以其自有资产或主体信用的支付义务，实际承担可再生能源补贴款支付义务的为可再生能源发展基金而非电力公司。

(1)从合同约定来看，就可再生能源发电项目签署的《购售电合同》中一般将上网电价区分为“电网企业结算的电价”部分和“可再生能源补贴”两部分，且《购售电合同》明确售电人收取的上网电价中“可再生能源补贴”由可再生能源发展基金承担，对购电人承担上网电费部分一般会明确约定相关结算时间、结算方式以及未

按期足额支付的违约责任，但对于“可再生能源补贴”的结算和支付通常仅原则性约定“可再生能源发展基金承担的上网电费部分按照国家法律法规和相关规定执行”。

(2)从相关法律规定来看，可再生能源发电补贴的兑付、结算路径为¹⁰：

首先，财政部根据电网企业和省级相关部门申请以及本年度可再生能源电价附加收入情况，按照以收定支的原则向电网企业和省级财政部门拨付补助资金；

第二，各级级财政部门收到补助资金后，向本级独立电网企业或公共可再生能源独立电力系统项目单位分解下达预算，并按照国库集中支付制度有关规定及时支付资金；

第三，电网企业及时足额向纳入国家补贴范围的可再生能源发电企业转付中央财政等补贴。原则上电网企业在收到中央财政补贴资金十个工作日内，按照有关要求及时兑付给可再生能源发电企业。

由上述可知，电力公司并不以自有资产或主体信用对作为售电人的可再生能源发电企业承担该“可再生能源补贴款”的支付义务，其仅在收取到财政部门下发的补助资金后承担向发电企业及时转付、结算的义务；基于此，笔者倾向性认为，该类应收补贴款为法定补贴而非基

9. 参见《可再生能源电价附加补助资金管理暂行办法》（已失效）第四条和5号文第四条。
10. 参见5号文第十条、第十二条和《发电企业与电网企业电费结算办法》第十二条。

于《购售电合同》为合同双方创设的合同权利、义务,购售电合同限制转让条款限制的应为合同双方根据《购售电合同》所创设的权利或义务,因此,可再生能源发电应收补贴收益之转让合同的效力不应受到购售电合同限制转让条款之影响。

3.从《民法典》的最新规定来看,2020年及之前,根据当时实施的《合同法》第七十九条第(二)款规定:“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:(二)按照当事人约定不得转让。”对于违反原《合同法》第七十九条,在合同存在限制性约定的情况下转让合同债权的法律后果,并无明确规定。司法实践中有采取认定转让行为无效或效力待定的,裁判规则并不统一。¹¹但对于资产证券化项目而言,转让行为效力存在任何法律瑕疵则意味着该项目的交易基础缺失而难以进行。实践中,取得债权人书面同意这一要求,多数项目很难实现。《民法典》顺应了现实需求,其第五百四十五条在原《合同法》第七十九条基础上,增加了“当事人约定非金钱债权不得转让的,不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的,不得对抗第三人”之规定。因此,退一万步来讲,即便认为可再生能源发电应收补贴款为合同之债,基于其金钱债权的属性,存在购售电合同限制转让条款亦不影响其转让的相关合同之效力。

综上,笔者倾向性认为,可再生能源发电应收补贴款系可再生能源发电企业基于相关法律规定,在满足法定条件后可依法自可再生能源发展基金获得的款项,其权利主体、补贴标准、结算规则和支付时间等均依照相关法律执行,其法律属性上应为法定补贴且为金钱债权,《民法典》施行后以可再生能源发电应收补贴款之收益作为基础资产进行转让开展资产证券化项目的,前述购售电合同限制转让条款不影响基础资产转让合同的效力。

但笔者提示,由于该等补贴款的取得须以可再生能源发电企业完成《购售电合同》项下电量销售为前提,对于该等补贴款为合同之债还是法定之债,实践中仍存争议,且《购售电合同》项下往往约定了较为宽泛的违约责任条款,直接以“应收可再生能源电价附加”或“可再生能源发电应收补贴款”作为基础资产进行转让开展资产证券化融资,可能引发购售电双方关于该等转让事项是否违反《购售电合同》的争议。因此,建议此类项目将基础资产定义为“应收可再生能源电价附加收益”,以缓释相关法律风险。

11. 引自《民法典对资产证券化的六大影响》,来源:柏荣团队abs法律评论,作者:路竞祎、刘小丽、张志杰、刘建剑。

(二)《购售电合同》项下应收账款存在权利负担及解决方案探讨

根据资产证券化业务的相关规定,拟进行证券化的基础资产均不得附带抵押、质押等担保负担或者其他权利限制,如基础资产附带抵押、质押等担保负担或其他权利限制的,应在发行文件中对该事项进行充分披露及风险提示,并对解除该等担保负担或其他权利限制的安排作出相应说明¹²。

实际操作中,可能存在企业已经将部分可再生能源发电项目未来某一期间所产生的电费收入(或表述为电费收费权、电费收益等)质押进行融资的情形。对此,笔者建议:

1.甄别已质押财产的范围是否包括可再生能源发电应收补贴款。如质押合同中已明确质物仅包括基础电费,且质物清单所列示的应收账款金额仅列示了基础电费对应金额的,在没有其他相反证明资料的情况下,应可以认定可再生能源补贴未作为质物进行质押,不影响其作为基础资产入池。

2.如根据质押合同、质押登记文件,无法将可再生能源发电应收补贴款排除在质押财产之外的,建议区分质押合同对应的主债权情况,采取如下措施:

(1)如主债权余额较小的,建议由企业在打包日前结清原债权,注销相关质押登记,以确保

其符合入池条件。

(2)如主债权余额较大但剩余期限较短的,建议企业与主债权人进行沟通,尝试取得其同意,通过融资置换,以资产证券化项目募集资金提前归还相关融资,并取得其在一定期限内注销相关质押登记的承诺。

(3)如主债权余额较大,且主债权存续期间内质物价值扣除可再生能源发电应收补贴款后的余额部分(即基础电费)已足额覆盖主债权本息且满足其质押率要求的,建议企业与主债权人进行沟通,尝试通过签署补充协议的方式,将该等质押合同的质押财产范围明确为基础电费部分,并办理相关质押变更登记手续。

但无论采取何种方式,以上操作均需相关主债权人的配合,项目方亦可通过由主债权人(如为金融机构)认购一定资产证券化产品份额、聘请其作为资金监管银行、托管银行等措施争取得到其支持。

(三)可再生能源发电应收补贴款回款周期之不确定性及解决方案探讨

近年来国家已积极采取措施缓解补贴拖欠等问题,但可再生能源发电补贴发放时间仍存在一定的不确定性,由此可能带来资产支持证

12. 参见《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》(中国证券监督管理委员会公告(2014)49号)第二十四条、《非金融企业资产支持票据指引》(中国银行间市场交易商协会公告(2017)27号)第十八条。

券端的流动性风险,一般建议采取如下风险缓释措施:

1. 证券端本金采取过手摊还机制,不采取固定期限还本摊还方式,避免因基础资产回款时间不确定导致优先档的本金无法足额兑付。

2. 建议设置流动性支持/差额支付等外部增信措施,以确保每个兑付日优先档的收益(和本金,如有)得到足额兑付,但对于出表型资产证券化项目而言,设置差额支付安排如对其出表可能构成障碍的,建议通过企业另行支付权利维持费等方式保障优先档收益的兑付。

3. 建议设置循环购买安排。现金流回款之不确定性不仅表现在其回款金额可能小于预期,也表现在某期间内回款金额可能超出预期。建议设置循环购买安排,循环购买期内,基础资产回收款用于向企业循环购买新的基础资产,以提高融资效率。

第四部分 结语

以上为我们根据实践经验整理的可再生能源发电应收补贴款资产证券化项目中的部分法律问题及分析意见、解决建议,实际操作过程中各项目交易方案仍需基于不同项目的具体情况具体分析而定。另外,可再生能源发电企业可用

于资产证券化的基础资产不仅限于应收补贴款,其融资实现路径和方式也可以更加多元化,我们期待更多的机构、专家关注并参与,群策群力,不断解决以碳减排项目产生的现金流为支持的资产证券化项目及其他“碳中和债”领域的相关法律难题,以专业助力“30•60”目标的实现。☒



刘新宇
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3700
jeffreylu@zhonglun.com

九万里风鹏正举：《数据安全法》 已来，企业当如何乘风

作者：陈际红、蔡鹏、韩璐、骆天



——七大合规义务和六项应对策略

2021年6月10日,《中华人民共和国数据安全法》(以下简称“《数据安全法》”)正式发布并将于2021年9月1日起施行。《数据安全法》在二审稿的基础上进行了针对性的修改和补强规定:

-新设国家核心数据管理制度,对于关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据属于国家核心数据,实行重要数据之上的更加严格的管理。

-增加保障弱势群体正当需求的条款,一方面鼓励公共服务的智能化,另一反面要匹配“适老化”等设计。

-建立国家层面的数据安全工作协调机制,避免“九龙治水”或监管盲点。

-增加国家机关在履职中对数据的保密义务,规定政务系统建设和数据处理的受托方的安全义务。

-加大违法行为处罚力度。

《数据安全法》监管思路已跃然纸上,企业未来合规工作的重点方向已明。考虑到从颁布到正式实施不到三个月的准备期,企业需要尽快理解法律规定的义务,对比查找企业的合规差距,立即实施合规整改。此前我们持续跟踪《数据安全法》的立法进程,针对《数据安全法》(草案)及《数据安全法》(草案二审稿)分别进行了详细的解读。¹本文将从《数据安全法》正式生效后企业应当满足何种合规义务,如何通过合规工作满足法律要求,降低合规风险,为企业可提供可理解、可操作、可落地的《数据安全法》落地建议。

第一部分\ 《数据安全法》明确七大合规义务

作为我国“数据安全领域的基础性法律”,《数据安全法》重点关注数据安全保障制度方面的建设,包括:数据分类分级保护、重要数据保护、国家核心数据保护、数据安全风险预警机制、数据安全应急处置机制、数据国家安全审查

机制等。上述制度建设看似多为自上而下的“顶层设计”与“制度构建”,然而其背后却蕴含着企业应遵守的法律义务,对企业的合规工作影响重大。对于企业而言,《数据安全法》的以下方面尤其值得关注:

1.《数据安全法》所构建的我国基础性数据安全制度
<https://mp.weixin.qq.com/s/LntkCY43ZCEukIFFGxmTsg>
《数据安全法(草案)》二审 加强顶层制度衔接 响应当下监管热点
<https://mp.weixin.qq.com/s/GEIimmip4Tvlx2NOh-YLA>

(一) 合规义务一:数据分类分级保护

《数据安全法》第二十一条规定:“国家建立数据分类分级保护制度,根据数据在经济社会发展中的重要程度,以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用,对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度,对数据实行分类分级保护。”

实际上,数据分类分级保护的监管思路并非在《数据安全法》中首次提出。在此前的立法实践中,诸如《工业数据分类分级指南(试行)》《证券期货业数据分类分级指引》《个人金融信息保护技术规范》等部委指引性文件及行业标准,对特定行业的数据分级分类具体标准进行了一些有益的尝试。

《数据安全法》中的数据分类分级保护与此前立法中出现的数据分级分类保护相比,有相似之处,但又有显著的区别。在评定要素上,二者均将“保护对象遭到篡改、破坏或非法获取”等行为所产生的危害程度作为原则性标准,体现了监管思路的一致性。然而,在分类主体方面,此前立法中出现的数据分级分类保护制度均要求所规范主体开展数据分类分级,而《数据安全法》则以监管机构的视角,对不同类型数据采取不同的监管措施和法律要求,即“国家建立数据分类分级保护制度”。此种“自上而下”的监管路径,更有利于从国家层面明确所需维护的国家和公共利益、个

人合法权益,判断其是否得到充分的保护,也有利于统一的管理和监督工作。对于企业来说,自然应当遵循此种数据监管的新路径,开展自身数据分类分级工作,或将已有的分类分级体系与国家行将出台分类分级保护制度进行有机衔接。

(二) 合规义务二:重要数据与核心数据保护

《数据安全法》第二十一条还规定了国家核心数据及重要数据的保护制度。

重要数据制度中,区分了重要数据目录和重要数据具体目录。重要数据目录由国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定,形成国家级的重点数据目录;而各地区、各部门将确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录。

国家核心数据为本次《数据安全法》正式稿中新增制度,其重要程度及保护严格程度将高于重要数据。此次《数据安全法》虽未规定国家核心数据的具体管理义务,但已明确提出将对其实施更加严格的制度化管理。可以预见,有关部门将针对国家核心数据制定配套的法规,进一步加强管理。

自《中华人民共和国网络安全法》(以下简称“《网络安全法》”)生效后,重要数据的范围、识别和流动监管,一直是业界关注的焦点问题。《数据安全法》一方面通过“重要数据保护目录”的方

式来明确重要数据的范围,另一方面围绕重要数据保护提出了全方位的监管要求,包括数据安全负责人和管理机构的设置、定期开展风险评估并发送风险评估报告、重要数据出境安全管理等。企业所处理的数据一旦纳入重要数据保护目录的范畴,则上述管理要求就将转化为企业所必须遵守的合规义务。

重要数据的保护也体现了中央事权与具体地方、部门管理权限之间的合理协调。《数据安全法》明确将“确定重要数据目录”一项纳入中央事权范畴,有助于从宏观层面把握重要数据的监管方向,形成重要数据认定统一标准;同时也赋予各地区、各部门细化确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录的权利,使得重要数据的认定能够与具体区域、领域的实际情况有机结合,确保真正重要的数据被纳入目录中,得到有效保护。

(三)合规义务三:数据跨境流动的合规义务

《数据安全法》第十一条明确了国家促进数据跨境安全、自由流动的基本态度,第二十五条、二十六条、三十一条、三十六条等条文则对数据跨境流动作出了明确规定。

数据跨境流动一直是国家立法、执法所关注的重点。《网络安全法》对重要数据及个人信息的跨境流动做出了原则规定。而作为数据安全领

域的基础性法律,《数据安全法》自然也不会回避这一重要问题。

整体来看,《数据安全法》明确了国家将积极开展数据领域国际交流与合作,促进数据跨境安全、自由流动。由此我们可以看出国家对于数据跨境流动问题的基本态度,即鼓励一般数据的跨境流动,重点监管个人信息及重要数据的跨境流动。如企业确有需要进行个人信息和重要数据的出境,则需遵守《网络安全法》、即将出台的《中华人民共和国个人信息保护法》(“以下简称《个人信息保护法》”)及《数据安全法》所明确的合规义务。

与此同时,《数据安全法》把属于管制物项的数据纳入了出口管制对象。出口管制是指对物项的出口采取禁止或者限制性措施,以达到对该物项的使用主体或者用途进行控制的目的。2020年新修订的《中华人民共和国出口管制法》(以下简称“《出口管制法》”)中即将“与物项相关的技术资料等数据”也被纳入了出口管制的范围。此次生效的《数据安全法》顺延该思路,对与履行国际义务和维护国家安全相关的,属于管制物项的数据依法实施出口管制,明确了出口管制在数据活动中的适用。《数据安全法》和《出口管制法》都将管制物项的数据纳入了出口管制对象,足以体现国家对于关键领域的特殊数据出境管理从严的决心。一旦待出境数据落入物项出口



管制清单, 需要向国家出口管制管理部门提出申请许可后才能进行数据出境。

对于重要数据而言, 如前所述, 《网络安全法》对于关键信息基础设施运营者规定了重要数据出境的事前安全评估的要求。而《数据安全法》衔接了这一制度, 明确关键信息基础设施运营者在境内运营中收集和产生的重要数据出境问题仍适用《网络安全法》的有关规定, 同时还增加规定了其他数据处理者对于重要数据出境同样负有安全保护义务, 应当遵守国家网信部门会同国务院有关部门制定的管理办法。这一规定, 填补了非关键信息基础设施运营者的其他主体在向境外提供重要数据时的监管空白。因此, 在《数据安全法》生效后, 企业即使不构成关键信息基础

设施运营者也同样需要关注重要数据出境的合规义务。

需要注意的是, 2020年8月28日修订的《中国禁止出口限制出口技术目录》中, 我国将人工智能算法成果、5G通讯技术、航空航天技术等先进领域纳入其中, 与此类技术相关的技术资料等数据也将纳入监管范畴。而此类数据又有一定可能构成重要数据。若企业处理的数据落入上述范畴, 则将面临重要数据出境及出口管制的双重监管。

除上述规定外, 《数据安全法》还新设立了数据主权的保卫机制。2018年美国《澄清境外数据的合法使用法案》(“**CLOUD ACT**”) 签署生效, 该法案扩张了美国执法机构获取存储于境外的

数据的能力,引发国际社会对数据主权的担忧。《数据安全法》明确规定,向境外司法机构或执法机构提供境内存储的数据需经主管机关批准。此规定彰显了我国捍卫数据主权与国家安全的决心。对于企业而言,此规定不仅是一项应履行的义务,也是一项强有力的保护措施。

(四)合规义务四:针对数据活动的国家安全审查

《数据安全法》第二十四条规定,国家会对影响或者可能影响国家安全的数据活动进行国家安全审查。

数据是数字经济时代的核心资源,是未来国际间竞争的核心。数据安全与国家安全息息相关。《国家安全法》第五十九条规定,“国家建立国家安全审查和监管的制度和机制,对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目,以及其他重大事项和活动,进行国家安全审查,有效预防和化解国家安全风险。”作为国家安全的重要组成部分,《数据安全法》响应了《国家安全法》的规定,建立了数据领域的国家安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。《数据安全法》虽然未对数据安全审查制度所覆盖的审查范围予以进一步明确,但可以预见的是,随着相关配套法律法规的出台,数据国家安全审查将同网

络安全审查一样,成为企业合规工作需要重点关注并落实的合规义务。

(五)合规义务五:数据安全保护义务

《数据安全法》第四章以专章的形式明确了企业开展数据处理活动的安全保护义务,可谓之为企业最直观的合规义务。具体包括建立健全全流程数据安全管理制度;组织开展数据安全教育培训;采取必要保障数据安全的技术措施;进行数据安全风险检测及应对,及时应对处理安全事件;采取合法、正当方式收集数据,并在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据,不得超过必要限度等。

《数据安全法》中“第四章 数据安全保护义务”的开篇即明确了开展数据处理活动,应当在网络安全等级保护制度的基础上履行上述数据安全保护义务。这表明了《数据安全法》突出强调网络安全等级保护制度(以下简称“**等保制度**”)的基础地位。对于企业而言,遵守等保制度,落实等保管理工作,仍将是企业日常网络安全工作开展的重中之重。

(六)合规义务六:数据处理服务的资质及合规经营

《数据安全法》第三十三条对从事数据交易中介服务机构提出保证数据来源合法合规及审

核交易双方身份的法律要求。在数据交易中介服务市场高速发展的今天,强调中介服务机构在其中应尽的数据及交易双方身份的审核义务,表明了国家对于数据交易中介服务市场的管理决心及方式,值得企业重点关注。

同时,《数据安全法》第三十四条提出,“提供数据处理相关服务应当取得行政许可的,服务提供者应当依法取得许可”。对于数据处理服务的市场准入并非新设资质要求,而是在既有的电信监管框架下重申了相应的资质牌照要求。目前企业日常运营过程中数据处理活动非常普遍,对于企业而言,尤其是专门提供数据处理服务的企业应当结合数据处理活动性质、服务内容及业务模式判断所提供的服务是否落入电信监管等行政许可审批范围,及时办理相应牌照。可以预见,关于数据处理涉及的电信牌照申请及管理将是未来行业监管及审查的重点。

(七)合规义务七:维护数据市场秩序,禁止非法获取数据及实施反竞争行为

《数据安全法》第五十一条规定,采用不正当手段获取数据、破坏竞争秩序或损害他人合法权益的,应当依照有关法律、行政法规的规定处罚。

近年来,企业出于了解市场及竞品情况、数据备份、监控自家投放产品动态、数据报表制定等多种目的,会采用自动化采集技术(如常见的

数据爬虫),通过网页采集、公开或非公开应用程序接口(Application Programming Interface,“API”)方式,从第三方平台(部分可能存在直接或间接竞争关系)爬取相关数据(例如用户评论)等。市场亦存在部分企业试图通过不正当手段获取数据,以形成竞争优势。《数据安全法》重申并强调了获取数据的正当性和竞争法秩序,并从立法层面响应了近期关于平台反垄断的监管思路,为围绕数据监管与竞争法监管之间的立法关系处理而进行有益的立法探索尝试,如算法共谋、大数据杀熟等行为有望得到进一步限制。这也为有关互联网企业敲响了警钟,数据合规将更加深入的嵌入企业日常经营和商事交易过程中。

第二部分\ 企业合规六大应对策略

(一)合规策略一:落实网络安全等级保护测评备案

企业应当按照《网络安全法》以及《GB/T 22239-2019信息安全技术 网络安全等级保护基本要求》《GB/T 22240-2020 信息安全技术 网络安全等级保护定级指南》等“等保2.0”系列标准要求,梳理全量系统情况,尤其是核心业务系统及涉及云计算、移动互联、物联网、工业控制和大数据等新技术应用系统,落实相应系统的等保制

度测评备案工作,已经完成等保制度备案的系统还应当根据不同测评级别跟进完成年度测评备案工作。与此同时,企业还应以等保制度要求为基础完善企业自身有关制度,将等保制度要求融入管理机制中,构建完善的覆盖人员、组织、制度的管理体系。

(二) 合规策略二: 建立数据分类分级制度

企业应当根据自身所处行业发展特点、企业经营需要、组织技术管理及数据敏感度等情形,开展内部数据分类分级管理工作,建立相应的管理制度,并针对不同类型、级别数据匹配相应的技术管控措施。分类分级结果与数据存储、权限、脱敏、开发等措施挂钩,实现体系管理。对于已经建立了分类分级管理体系的企业而言,则需要根据重要数据目录的颁布情况对现有体系作出适当调整。

(三) 合规策略三: 建立重要数据及核心数据保护制度

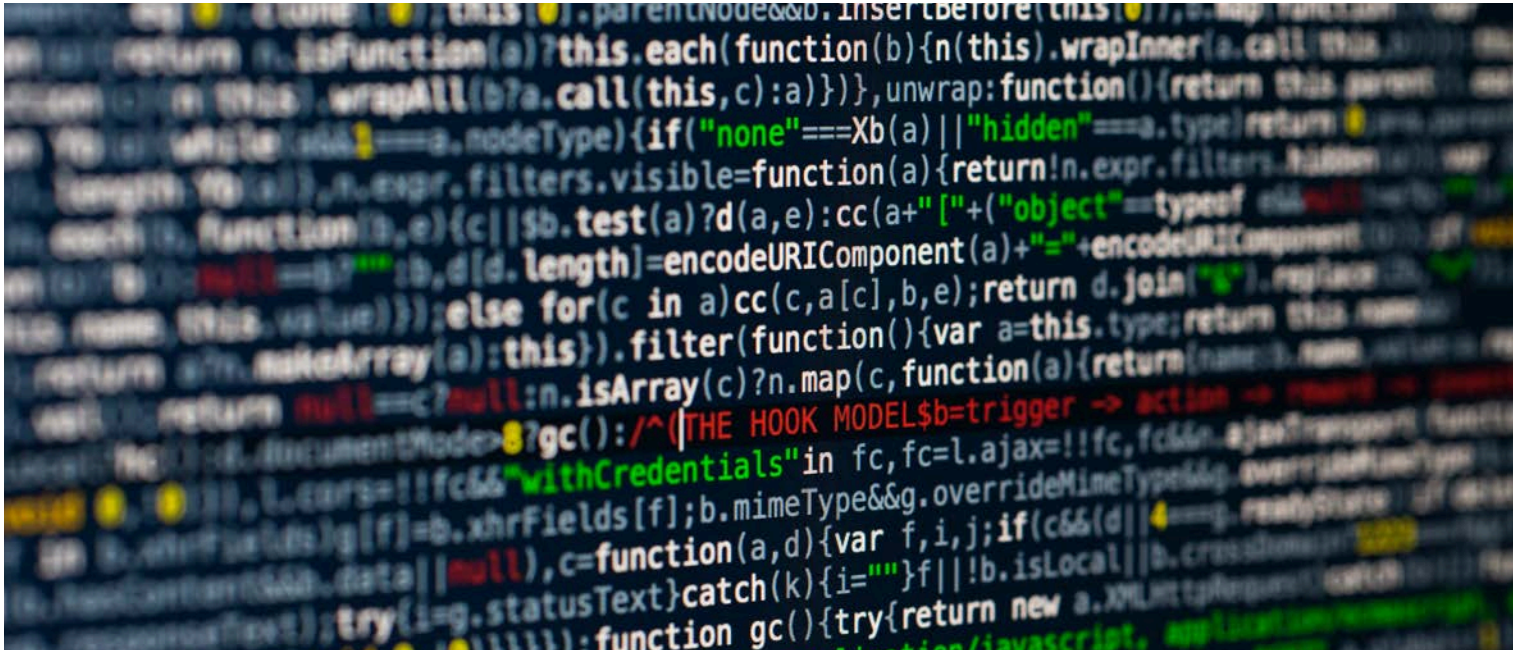
企业应当结合自身业务特点、后续出台的重要数据目录及核心数据的管理细则,综合识别所掌握数据是否落入重要数据或核心数据的范畴,并相应建立针对重要数据及核心数据的风险评估及管控制度,相应匹配组织架构调整及安全事件的应急预案。

1. 设立数据安全负责人和管理机构

对于涉及处理重要数据的企业而言,应当明确数据安全负责人和管理机构,落实数据安全保护责任。其设置可以参考个人信息保护机构或负责人(DPO)的设置思路,在设置中充分考虑该机构的“权责一致”,即既要使该机构承担《数据安全法》规定的法律义务,对企业数据处理活动承担责任;也要赋予其足够的权利,包括协调各个业务部门的支持和配合的权利,具备对于高风险的数据处理场景业务的决策权利。只有权责统一,才能使该机构真正地发挥对企业数据安全负责的作用,达到该制度的设计初衷。

2. 重要数据处理活动风险评估

涉及处理重要数据的企业应当结合重要数据所处业务特性、应用场景及流转路径,定期开展风险评估工作,包括处理的重要数据的种类、数量,开展数据处理活动的情况,面临的数据安全风险及其应对措施等。相应风险评估方法可以借鉴即将出台的《个人信息保护法》项下规定的个人信息安全影响评估(Personal Information Security Impact Assessment, “PIA”)基本原理和方法论,对具体场景下可能存在的合规风险进行分析,主动出击,提前部署重要数据风险评估工作及评估制度。与此同时,应当及时关注主管部门后续发布的监管细则,从而有效、快速应对后续的监管活动。



(四) 合规策略四：针对特定数据处理场景建立相关管理制度

企业应当结合自身实际情况，针对特定的数据处理场景进行梳理和识别，如数据出境、数据出口、境外执法调查要求提供境内数据等场景。针对数据出境场景，应当事先建立并部署安全评估制度与内部审查流程机制。审查的重点应当集中在以下几个方面：数据出境的必要性；涉及重要数据情况，包括重要数据的数量、范围、类型及其敏感程度等；数据接收方的安全保护措施、能力和水平，以及所在国家和地区的网络安全环境等；数据出境及再转移后被泄露、毁损、篡改、滥用等风险；数据出境及出境数据汇聚可能对国家安全、社会公共利益、个人合法权益带来的风险等。

针对数据出口的特定场景，企业应当事先逐

项审查出口数据并评估其是否落入管制清单，并确保取得管制物项出口经营资格，同时履行向国家出口管制主管部门申报并获得许可的义务。如经评估，企业获得有关出口许可的可能性较低，则应相应调整出口数据的整体安排和出口数据类型，以免影响整体业务布局。

企业还应当建立境外执法调查的常规应对策略，结合后续逐步完善的监管审批要求搭建内部事先评估及响应制度，以同步匹配境内审批要求及境外执法调查义务。

(五) 合规策略五：建立并完善数据安全管理制度

企业应当结合自身的数据处理活动特性及机构组织特点，建立健全包括数据收集、传输、存

儲、共享在内的全流程数据安全管理制度。一般而言,企业的数据安全制度应当从安全责任组织管理、员工访问权限管理、信息系统安全管理、应急事件管理等多个维度全面规范企业日常经营流程,根据自身实际设立针对数据安全事件的监测、预警机制、应对数据安全事件的应急响应、报告机制,以及日常数据安全培训、演练机制,提高自身数据安全能力。

同时,好的制度如无法真正落实,则终将成为镜花水月。在日常业务中,企业还需应将制定的制度内化为一种合规能力,真正使数据安全制度嵌入业务流程。例如,业务部门在初步构思一项数据处理活动或涉及一项产品功能之前,则需开始考虑数据安全的有关问题,可通过数据安全风险评估的方式识别可能存在的数据保护风险,从而充分地将数据安全要求内化到构建数据处理活动概念之初,以减少产品的数据安全漏洞,以及后续添加升级时的高昂成本。

(六)合规策略六:建立健全平台竞争策略

企业应当结合自身业务特点,尤其针对核心数据产品、平台、新型技术的开发应用等,提前部署数据获取、数据开发和市场竞争策略。综合人员管理、事先评估审查、技术措施规范等建立数据开发利用的整体管控体系,评估现有技术应用的合规风险,尤其针对诸如爬虫等自动化采集技

术、人脸识别技术等新技术开发应用开展风险评估工作,以确保获取数据的合法合规及正当性。同时,企业应当规范自身的市场竞争策略,避免采用非法获取第三方平台数据、侵犯商业秘密等不正当手段,或其他可能引发对竞争秩序的破坏的情况,避免排除竞争的行为。

第三部分 结语

伴随着《数据安全法》的生效,我国数据活动的监管将迎来一个崭新的时代。同时我们相信,在不久的将来《个人信息保护法》也将顺利通过。届时,由《网络安全法》、《数据安全法》和《个人信息保护法》构成的网络空间监管和数据保护的三驾马车将正式成型。企业应当思考如何乘这股新时代的东风,把握机遇,向上而起。



陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com



蔡鹏
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2786
caipeng@zhonglun.com

企业合规第三方监督评估机制 及其启示

作者：赵志成、陈烽、陈政



2021年6月3日,最高检、司法部、财政部、生态环境部、国资委、国家税务总局、国家市场监督管理总局、全国工商联、中国贸促会印发了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》(以下简称“《指导意见》”),自印发之日起实施。《指导意见》提出检察院在办理涉企犯罪案件时,对符合企业合规试点改革条件的,可以引入第三方监督评估机制(以下简称“第三方机制”)对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察,考察结果作为检察院办理案件的重要参考。《指导意见》对第三方机制的适用对象、适用条件、相关主体的组成和职责、第三方机制的启动和运行程序均作出了具体规定。《指导意见》的发布是依法推进企业合规改革试点工作的重要节点,意味着中国刑事合规不起诉制度进入了新的应用阶段,具有里程碑式意义。本文将结合当前企业合规改革试点的实践情况,对《指导意见》的重要内容进行梳理与解读,并阐述其对企业合规的影响。

第一部分\ 第三方机制的适用范围

(一) 适用对象

根据《指导意见》,第三方机制适用于公司、企业等实施的单位犯罪案件,也适用于公司、企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施的与生产经营活动密切相关的犯罪案件。¹可见,企业合规试点以及第三方机制的适用对象并不限于犯罪单位,也包括犯罪的自然人。

(二) 适用条件

根据《指导意见》,涉企犯罪案件适用第三方机制,相关主体还应符合以下三项基本要求:(1) 涉案企业、个人认罪认罚;(2) 涉案企业能够

正常生产经营、承诺建立或完善企业合规制度,具备启动第三方机制的基本条件;(3) 涉案企业自愿适用第三方机制。²

(三) 适用罪名

《指导意见》指出,第三方机制适用于公司、企业等市场主体在生产经营活动中涉及的经济犯罪、职务犯罪等案件。³从当前试点地区实践情况看,上述“经济犯罪、职务犯罪”主要包括:生产责任类犯罪,如生产、销售伪劣产品罪、重大责任事故罪;走私类犯罪;商业贿赂类犯罪,如非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪、单位行贿罪;内部腐败类犯罪,如挪用资

1.《指导意见》第三条。
2.《指导意见》第四条。
3.《指导意见》第三条。

金罪、职务侵占罪；破坏金融管理秩序类犯罪，如骗取贷款罪；危害税收征管类犯罪，如逃税罪、虚开增值税专用发票罪；侵犯知识产权犯罪，如假冒注册商标罪；扰乱市场秩序类犯罪，如串通投标罪、合同诈骗罪、逃避商检罪；环境资源保护类犯罪，如污染环境罪等等。

值得注意的是，与正常生产经营行为无关的涉企犯罪案件，不适用企业合规试点以及第三方机制，如《指导意见》规定下列情形不得适用：(1) 个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业的；(2) 公司、企业设立后以实施犯罪为主要活动的；(3) 公司、企业人员盗用单位名义实施犯罪的；(4) 涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪的；(5) 其他不宜适用的情形。⁴

根据以上规定，结合试点改革的实践情况，可以看出，企业合规改革试点的目的是为了预防企业违法犯罪，提升企业合规管理能力，以保护民营企业健康发展。对于涉案企业、个人能否适用企业合规试点及第三方机制，主要考量所犯罪行是否属于与生产经营活动密切相关的犯罪，如果涉案主体并非以生产经营为目的实施犯罪，或者所犯的罪行与生产经营无关，则一般不适用第三方机制。其次，还要考量涉企犯罪的社会危害程度，这既是《刑事诉讼法》关于不起诉制度的法定要求(情节轻微)⁵，也是刑法罪责刑相适应原则的应有之义。例如《指导意见》第

五条规定涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪的不得适用企业合规试点以及第三方机制，试点地区辽宁省检察院等十机关此前发布的《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》也规定了对涉罪企业适用合规考察制度，应当符合初犯、偶犯、可能被依法判处三年以下有期徒刑及以下刑罚、认罪认罚等要求，并且规定危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、涉黑涉恶犯罪，以及依法应当被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的案件、造成人员伤亡等案件不得适用合规考察制度。⁶另外，试点实践中，办案机关还会考量涉案企业、个人的实际情况，如纳税情况、员工就业、社会贡献、行业地位等。⁷例如，在前期试点实践中，张家港市人民检察院在办理某不锈钢产品生产企业虚开增值税发票案时，出于对该企业负责人谭某一旦被判刑后所造成的企业停产、员工失业等因素考量，由于谭某犯罪情节较轻，主动认罪认罚，并具有合规意愿，张家港市检察院根据《企业犯罪相对不起诉适用办法》，对其依法作出不起诉

4.《指导意见》第五条。

5.《刑事诉讼法》第一百七十七条。

6.参见辽宁检察院等十机关《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》：

【适用条件】对涉罪企业适用合规考察制度的案件应当同时符合下列条件：(一)涉罪企业、人员系初犯、偶犯；(二)犯罪事实清楚，证据确实、充分；(三)直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法可能被判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金；(四)涉罪企业及直接负责的主管人员和其他直接责任人员对主要犯罪事实无异议，且自愿认罪认罚。

【不适用情形】具有下列情形之一的案件，不适用合规考察制度：(一)涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、毒品犯罪、虚开发票和骗取出口退税犯罪、涉黑涉恶犯罪的；(二)未经国家或省金融监管部门批准，擅自从事金融业务或金融活动，给群众造成重大损失的；(三)依法应当被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的；(四)造成人员伤亡的；(五)社会负面影响大、群众反映强烈的；(六)涉罪企业以犯罪所得作为主要收入和利润来源的；(七)涉罪企业不接受合规考察的。

7.参见辽宁检察院等十机关《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》：

【主体条件】具有下列条件之一的，涉罪企业可以适用考察制度：(一)在依法纳税、吸纳就业人口、带动当地经济发展等方面发挥一定作用；(二)拥有自主知识产权、商誉、专有技术或商业秘密；(三)符合现行产业政策或未来产业发展趋势；(四)其经营状况影响所在行业、上下游产业链及区域竞争力；(五)直接负责的主管人员和其他直接责任人员系该涉罪企业负责人或实际控制人、核心技术人员等对经营发展起关键作用的人员。

决定。⁸

第二部分\ 第三方机制的运行架构

(一) 第三方监督评估机制管理委员会(以下简称“第三方机制管委会”)

中央第三方机制管委会由最高检、司法部、财政部、生态环境部、国资委、国家税务总局、国家市场监督管理总局、全国工商联、中国贸促会等部门组成,负责统筹协调全国第三方机制相关工作,包括制定第三方机制相关制度规范、研究法律政策问题、专业人员名录库入库管理、制定考察标准,以及组建巡回检查小组对地方第三方机制管委会、第三方组织进行监督检查等。⁹中央第三方机制管委会日常工作由全国工商联负责,涉国企部分由国资委、财政部负责。

地方第三方机制管委会由当地人民检察院、国资委、财政部门和工商联组建,负责统筹协调本地区第三方机制的具体工作,建立本地区第三方机制专业人员名录库、对本地区第三方组织及其成员进行管理考核、组建巡回检查小组对第三方组织及其成员进行监督检查,并作出相应处理。¹⁰

(二) 联席会议

第三方机制管委会各成员单位建立联席会

议机制,由同级检察院、国资委、财政部门、工商联召开联席会议,研究有关第三方机制的重大事项和规范性文件,确定阶段性工作重点和措施,推动企业合规改革试点和第三方机制相关工作的顺利进行。¹¹

(三) 巡回检查小组

巡回检查小组由第三方机制管委会组建,负责对相关组织和人员在第三方机制相关工作中的履职情况开展不预先告知的现场抽查和跟踪监督。巡回检查小组成员可以由人大代表、政协委员、人民监督员、退休法官、检察官以及审计等相关领域的专家学者担任。¹²

(四) 第三方监督评估组织(以下简称“第三方组织”)

第三方组织由地方第三方机制管委会进行选任,负责对涉案企业合规计划进行审查,提出修改完善的意见建议,确定合规考察期,并对涉案企业合规计划的履行和完成情况进行检查、评估和考核,制作合规考察书面报告。第三方组织及其组成人员应遵纪守法、勤勉尽责、客观中立,不得以权谋私。¹³

8.王小兵,合规建设助企行稳致远[N],苏州日报,2021-5-14(要闻).

9.《指导意见》第六条。

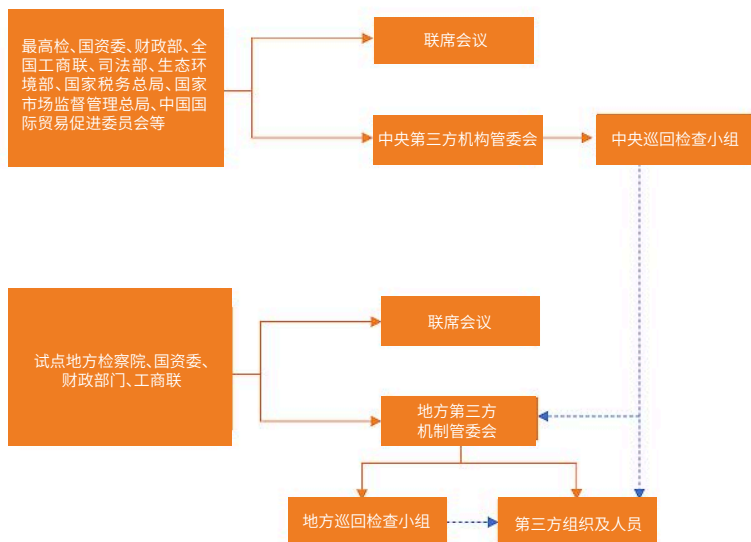
10.《指导意见》第八条。

11.《指导意见》第七条。

12.《指导意见》第九条。

13.《指导意见》第十、第十一、第十二条。

第三方机制的运行架构



第三部分 第三方机制的运行流程

(一) 启动程序:依职权+依申请

根据《指导意见》，检察院对符合企业合规试点以及第三方机制适用条件的涉企犯罪案件，可以征询涉案企业、个人的意见。同时，涉案企业、个人及其辩护人、诉讼代理人或者其他相关单位、人员也可以主动申请适用企业合规试点以及第三方机制，检察院应当依法受理该申请并进行审查。¹⁴另外，根据《指导意见》，针对涉嫌行贿的企业，纪检监察机关认为符合企业改革试点以及第三方机制适用条件的，也可以向检察院提出适用建议。¹⁵

(二) 选任第三方组织

检察院经审查，认为符合第三方机制适用条件的，可以商请本地区第三方机制管委会启动第三方机制。第三方机制管委会应当根据案件具体情况以及涉案企业类型，从专业人员名录库中随机抽取人员组成第三方组织，向社会公示，并报送办案检察院备案。人民检察院或者涉案企业、个人、其他相关单位、人员对第三方组织的组成人员提出异议的，第三方机制管委会应当调查处理。¹⁶

(三) 提交合规计划

第三方组织成立后，应当要求涉案企业提交专项或多项合规计划，并明确该计划的承诺完成时限。根据《指导意见》，涉案企业提交的合规计划应主要围绕与企业涉嫌犯罪有密切联系的企业内部治理结构、规章制度、人员管理等方面存在的问题，制定可行的合规管理规范，构建有效的合规组织体系，健全合规风险防范报告机制，弥补企业制度建设和监督管理漏洞，防止再次发生相同或者类似的违法犯罪。¹⁷

(四) 审查合规计划，确定考察期限

第三方组织应当对涉案企业合规计划的可

14.《指导意见》第十条。
15.《指导意见》第十九条。
16.《指导意见》第十条。
17.《指导意见》第十一条。

行性、有效性与全面性进行审查,提出修改完善的意见建议,并根据案件具体情况和涉案企业承诺履行的期限,确定合规考察期限。

在合规考察期内,第三方组织可以定期或者不定期对涉案企业合规计划履行情况进行检查和评估,可以要求涉案企业定期书面报告合规计划的执行情况,同时抄送负责办理案件的人民检察院。¹⁸负责办案的检察院也应当对涉案企业合规计划、定期书面报告进行审查,并向第三方组织提出意见建议。

(五) 制作合规考察书面报告

合规考察期届满后,第三方组织应当对涉案企业的合规计划完成情况进行全面检查、评估和考核,并制作合规考察书面报告,报送负责选任第三方组织的第三方机制管委会和负责办理案件的人民检察院。人民检察院应对合规考察书面报告进行审查,向第三方机制管委会提出意见建议,必要时开展调查核实工作。¹⁹

无论是涉案企业的合规计划、定期书面报告,还是第三方组织出具的合规考察书面报告,都是人民检察院决定最终处理方式的重要参考。其中,合规计划、定期书面报告可以对涉案企业在合规整改过程中的主观态度、客观整改过程以及影响最终合规效果的现实因素等进行全面展示,有利于检察院从整体上对涉案企业的合规整



改工作作出评价。合规考察书面报告作为由客观中立的第三方组织依法出具的对涉案企业合规整改工作的最终评价材料,具有证据法意义上“鉴定意见”的证明效力,对案件走向具有决定性影响。

(六) 检察院作出最终决定

《指导意见》指出,人民检察院在办理涉企犯罪案件过程中,应当将第三方组织合规考察书面报告、涉案企业合规计划、定期书面报告等合规

18.《指导意见》第十二条。
19.《指导意见》第十三、第十六条。

材料,作为依法作出批准或者不批准逮捕、起诉或者不起诉以及是否变更强制措施等决定,提出量刑建议或者检察建议、检察意见的重要参考。

²⁰检察院对于拟作不批准逮捕、不起诉、变更强制措施等决定的涉企犯罪案件,可以根据《人民检察院审查案件听证工作规定》召开听证会,并邀请第三方组织组成人员到会发表意见。²¹

根据案件具体情况,人民检察院对涉企犯罪案件作出的决定包括:

1.变更强制措施

检察院可根据合规整改情况,对涉案的个人作出是否批准逮捕的决定,或者变更其现行强制措施,如撤销逮捕决定,变更为取保候审或监视居住。

2.决定是否起诉

在审查起诉阶段,检察院通过第三方机制发现涉案企业或人员符合《刑事诉讼法》第一百七十七条规定的法定不起诉或酌定不起诉的适用条件,可以依法作出不起诉的决定。

检察院经审查仍然决定起诉的,其在向法院提起公诉的同时,也可以根据涉案企业合规整改的情况,依照认罪认罚从宽程序,提出相应宽缓的量刑建议。

3.检察建议

检察院发现涉案企业在预防违法犯罪方面制度不健全、不落实,管理不完善,存在违法犯罪

隐患,需要及时消除的,可以结合合规材料,向涉案企业提出检察建议。

检察建议的提起时间并没有具体要求,检察院既可以在企业合规考察期内提出检察建议,也可以在决定不起诉的同时提出,甚至在法院判决生效后,检察院依然可以向涉案企业进行“回头看”,提出检察建议。例如,在上海市A公司、B公司、关某某虚开增值税专用发票案中,公安机关以A公司、B公司、关某某涉嫌虚开增值税专用发票罪移送检察机关审查起诉。上海市宝山区检察院受理案件后,走访涉案企业及有关方面了解情况,督促企业作出合规承诺并开展合规建设。此后法院采纳检察机关全部量刑建议作出判决,在法院判决后,检察机关联合税务机关上门回访,发现涉案企业的合规建设仍需进一步完善,遂向其制发检察建议并公开宣告,建议进一步强化合法合规经营意识,严格业务监督流程,提升税收筹划和控制成本能力。检察机关在收到涉案企业对检察建议的回复后,又及时组织合规建设回头看。后来,涉案企业逐步建立合规审计、内部调查、合规举报等有效合规制度,聘请专业人士进行税收筹划,大幅节约生产经营成本,提高市场占有率。²²

20.《指导意见》第十四条。

21.《指导意见》第十五条。

22.参见《严管厚爱!最高检发布企业合规改革试点典型案例》,来源:最高人民法院微信公众号,发表于2021年6月3日。

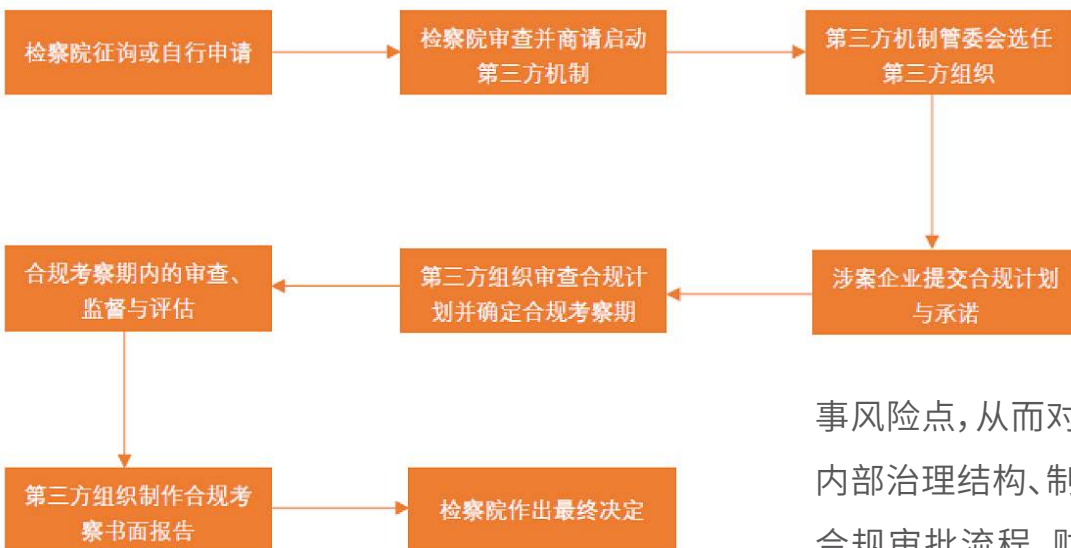
4. 检察意见

检察院对涉案企业作出不起诉决定,认为需要给予行政处罚、处分或者没收其违法所得的,应当结合合规材料,依法向有关主管机关提出检察意见。

5. 新案件移交

人民检察院通过第三方机制,发现涉案企业或其人员存在其他违法违规情形的,应当依法将案件线索移送有关主管机关、公安机关或者纪检监察机关处理。

第三方机制的运行流程



第四部分\

第三方机制对企业合规的启示

(一) 顺应趋势, 加强自身合规建设

近年来,中美经济矛盾持续深化、企业营商环境日趋复杂,我国对企业合规的重视程度不断提高。随着监管力度的加强,企业合规改革浪潮汹涌而至,并迅速席卷刑事合规、反垄断与反不正当竞争、进出口管制、互联网数据隐私等领域。企业刑事合规作为大合规体系下的重要板块,也已逐渐成为我国市场经济体制改革的重要方面。

在刑事合规大趋势下,企业应当加强合规意识,完善合规体系建设。例如,企业应根据自身业务与行业实际,全面梳理自身所面临的监管要求,以及由此可能引发的刑事风险点,从而对合规管理进行模块划分,按照内部治理结构、制度规范、人员配置、岗位职责、合规审批流程、财务管理、合规培训、危机处置等不同模块建立契合企业实际并符合监管要求的企业合规制度与流程,以合规风险为导向,在专业人士协助下打造安全、安稳、安心的企业合规管理体系。

通过建立、完善刑事合规制度,企业可以有效地预防犯罪,降低刑事风险。具有完善的合规制度,可以提高企业在涉刑情况下适用第三方机制的几率,并且帮助企业更好地对接相关监管方及第三方机制运行程序,争取早期优势。同时,即便无法适用第三方机制,完善、合理的合规制度也可以为涉案企业、个人在刑事诉讼程序中切割、转移、减免相关刑事责任。

(二) 把握机遇,善于利用合规政策

《指导意见》反映了最高检等机关在涉刑企业合规改革上“逢山开路、遇水架桥”的态度和决心,此举在对企业提出更高合规要求的同时,也为某些存在现实刑事隐患的企业带来了机遇。《指导意见》为涉案企业在多个环节提供了沟通、协调、申请与救济的空间:

1. 涉案企业有权依申请启动第三方机制,涉案企业应当对该程序动议权高度重视,借助外部律师等专业力量,及时提交符合实际情况与政策要求的申请材料,并同办案机关进行充分有效的沟通,争取程序的尽早启动。值得注意的是,该程序启动申请并不限于审查起诉阶段,涉案企业及个人可以在公安侦查阶段就提出认罪认罚、适用第三方机制的申请,从而争取不予批捕、变更强制措施、宽缓的起诉书等有利结果。涉嫌行贿犯罪的企业被纪检监察机关立案

审查后,也可选择认罪认罚,并请求纪检监察机关向检察院提出适用第三方机制的建议。

2. 在选任第三方组织时,涉案企业、个人可以根据企业经营领域、行业惯例等实际情况,对不同背景组成人员对于程序走向的影响进行有针对性的分析研究,并合理利用异议权,把握第三方组织人选环节的重要救济权利。

3. 合规计划、定期书面报告与合规考察书面报告是人民检察院决定最终处理结果的重要参照。其中,合规考察书面报告作为第三方机制程序中第三方组织出具的对涉案企业的最终评价材料,对案件走向具有决定性意义。由于第三方机制在我国方兴未艾,考虑到第三方组织及其组成人员的时间、精力、专业化程度等因素在短期内并不能充分保证,涉案企业应当积极寻求外部专业人士的帮助,制作客观、全面、可行、有效的合规计划、定期书面报告,并且与第三方组织进行充分沟通,争取合规考察书面报告可以认可企业的意见主张,以争取有利结果。此外,虽然《指导意见》未直接规定涉案企业对合规考察书面报告提出异议的救济权利,但规定了检察院应当办理涉案企业、个人及其辩护人、诉讼代理人在第三方机制运行期间提出的申诉、控告或者有关申请、要求。²³因此,涉案企业对第三方组织提交的合规考察书面报告有异议时,应及时提出相关意见。若检察院决定公开听证,则

涉案企业更应当充分利用听证机会,提交专业有效的法律意见,以支持自己的诉求与主张。

4. 涉案企业的申诉、控告权。根据《指导意见》,涉案企业或其人员在第三方机制运行期间,认为第三方组织或其组成人员存在行为不当或者涉嫌违法犯罪的,可以向负责选任第三方组织的第三方机制管委会反映或者提出异议,或者向负责办理案件的人民检察院提出申诉、控告。²⁴对企业提出的相关申诉、控告、申请、要求,第三方机制管委会和办案检察院将进行相应审查处理。

(三) 主动沟通,构建和谐政商关系

无论是企业日常的合规建设,还是企业涉案后申请适用第三方机制,都离不开与监管部门、司法机关的有效沟通。近年来,国家出台了一系列保护民营企业、做好“六稳六保”的政策规定,十分重视对民营经济的保护,最高人民检察院党组书记、检察长张军更表示检察机关要做服务保障民营经济健康发展的“老娘舅”。在当前政策背景下,企业不应仅限于在涉嫌刑事犯罪时才想到与办案机关沟通,不妨在日常合规建设时就主动向监管部门寻求专业指导,尽早发现、解决问题,不断完善自身合规制度,实现合规合法经营,更好地防范刑事风险,也为一旦涉案时申请适用第三方机制打好基础。

在第三方机制运行过程中,涉案企业及人员则更应该同办案机关保持高效、顺畅、专业的沟通,一方面帮助办案机关更准确地把握案件事实,准确定性,另一方面也能够促进涉案企业更好地完成合规计划,满足监管要求,争取有利结果。

第五部分 结语

本次《指导意见》的出台是国家有效惩治预防企业违法犯罪、服务保障经济社会高质量发展的重要举措,给市场经济主体加强自身合规体系建设,预防和应对刑事风险提供了政策指导。企业应当认真贯彻领会《指导意见》等相关法律政策规定的监管要求,顺应潮流,加强自身合规建设,预防刑事风险。

当然,出台《指导意见》只是办理涉企犯罪适用第三方机制的第一步,该制度的实际应用尚需进一步完善。例如,第三方机制的启动节点、运行时间与刑事诉讼期间的衔接问题,第三方机制的具体适用范围,涉案企业对合规考察书面报告的救济权利,检察院对涉案企业合规整改的评估标准以及作出不起诉决定的参考标

23.《指导意见》第十六条。

24.《指导意见》第十八条。

准等,都还有待中央和各试点地区进行细化与解释。不过,《指导意见》实为发轫之始,第三方机制如日方升,随着合规试点实践的不断深化铺开,具有中国特色的刑事合规体系必定会迅速得到贯彻与发展,我们翘首以盼,静候佳音。☞



赵志成
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2178
zhaozhicheng@zhonglun.com

强制执行参与分配制度 若干实务问题探析

作者：康铎、时光远



在不良资产处置、上市公司股票质押式回购纠纷、对赌失败引发的公司实际控制人履行股权回购义务等案件中,越来越多出现多个债权人对公司大股东、实际控制人等自然人申请强制执行,而被执行人财产不足以清偿全部债务已经成为常态。如何解决不同债权人的强制执行协调及财产分配问题,需要仔细研究我国的强制执行参与分配制度。本文结合我们的案件代理经验,对于强制执行参与分配程序中若干疑难实务问题抛砖引玉,简要探讨。

第一部分\ 申请参与分配的债权人应取得执行依据,但存在例外情况

《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》(下称“《民诉法司法解释》”)第五百零八条第一款规定,“被执行人为公民或者其他组织,在执行程序开始后,被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的,可以向人民法院申请参与分配。”该条款有几点重要内容:(1)参与分配制度仅适用于被执行人为公民或者其他组织的情况,原则上不适用于被执行人为企业法人;(2)参与分配制度适用前提是被执行的财产不足以清偿所有债权;(3)申请参与分配的主体应为“其他债权人”,即在该执行法院申请执行的债权人不能自行申请启动参与分配程序;(4)原则上,如作为普通债权人,需要取得执行依据(可以申请强制执行的生效法律文书,如生效判决、调解书)才是适格主体。

司法实践中,对于是否需要取得执行依据,强制执行中主要常遇到两种情形:

1.享有优先受偿权的债权人可直接申请参与分配:《民诉法司法解释》第五百零八条第二款规定,对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人,可以直接申请参与分配,主张优先受偿权。因此,享有优先权(如船舶优先权、民用航空器优先权、应退受教育者学杂费用优先权等)或优先受偿权(如抵押权、质押权、留置权等担保物权、建筑工程价款优先受偿权等)可以直接持权利证明文件申请参与分配,无需取得执行依据。

2.首先查封但未取得执行依据的财产保全债权人:实践中有时候会出现普通债权人对债务人的部分财产进行财产保全,即作为第一顺位的首先查封权利人,但案件仍在审理过程中,该债务人的其他债权人在其他法院对债务人突然进入了执行程序并取得了处置权。如果仅仅因为该首封财产保全权利人的诉讼审理程序尚未终结、未取得执行依据而否定权利人申请参

与分配的权利,将导致在先的财产保全完全失去意义。《最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产有关问题的批复》¹第三条第三款亦规定,首先查封债权尚未经生效法律文书确认的,应当按照首先查封债权的清偿顺位,预留相应份额。允许首先查封但未取得执行依据的财产保全债权人有权申请参与分配,也能够保障法院查清该债权人应该预留的份额。

对此,部分省市也有具体明确的规定。如《江苏省高级人民法院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见(2020年3月)》(下称“**《江苏参与分配指导意见》**”)第六条规定,“未取得执行依据的普通债权人具有下列情形之一,提出参与分配申请的,应根据其在诉讼、仲裁或者公证程序中请求给付的债权数额预留相应的财产份额:(1)债权人对执行财产首先申请采取查封、扣押、冻结措施的。”又如,《重庆市高级人民法院关于执行工作适用法律若干问题的解答(一)》(下称“**《重庆执行工作问题解释》**”)第五条规定:“已经起诉或申请仲裁但尚未取得执行依据的普通债权人申请参与分配的,人民法院不予准许。但有以下情形之一的,主持分配的法院应当按照相关债权人诉讼或申请仲裁请求给付的债权数额确定其分得的款项予以提存,待该债权人取得执行依据后支付:(1)在先

查封为财产保全,所涉案件尚未审结,经协调由进入执行程序的人民法院处置财产并主持分配,在先查封的债权人要求参与分配的。”

需要注意的是,轮候查封的财产保全人未取得执行依据不能申请参与分配。根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二十六条第一款及《最高人民法院关于查封法院全部处分标的物后轮候查封的效力问题的批复》规定,对已被人民法院查封、扣押、冻结的财产,其他人民法院可以进行轮候查封、扣押、冻结。查封、扣押、冻结解除的,登记在先的轮候查封、扣押、冻结即自动生效。轮候查封仅在先查封已经解除时才发生法律效力,如果人民法院对已查封、扣押、冻结的全部财产进行处分后,该财产上的轮候查封自始未产生查封、扣押、冻结的效力。在江苏省高级人民法院(2016)苏执复208号²案件中,法院同样认为,在在先查封未经依法解除或自动消灭的情况下,轮候查封并不发生实际的查封效力,更不可能据此当然取得参与分配的权利。

1. 法释(2016)6号。

2. 详见《何乐芳与昆山大会房地产开发有限公司、昆山市湖滨半岛大酒店管理有限公司等民间借贷纠纷执行裁定书》。

第二部分\ 债务人的多项财产在不同法院进入执行程序时, 债权人如何申请参与分配

实践中常常出现, 债务人在全国不同地区都有财产, 财产形式往往以不动产及公司股权为主。尤其当债务人为自然人且濒临资不抵债时, 大量不同的债权人可能在不同地区的法院对其财产进行查封。此时享有优先受偿权的债权人或其他符合参与分配条件的债权人, 向哪个法院提出申请成为了现实问题。

2008年出台的《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第九十二条曾规定, “债权人申请参与分配的, 应当向其原申请执行法院提交参与分配申请书, 写明参与分配的理由, 并附有执行依据。该执行法院应将参与分配申请书转交给主持分配的法院, 并说明执行情况。”即债权人可以向其已经申请执行的原执行法院提交参与分配申请书, 由该原执行法院向其他法院转递。但是, 该条文已经在2020年12月出台的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于人民法院扣押铁路运输货物若干问题的规定〉等十八件执行类司法解释的决定》被删除, 相关条文由《民诉法司法解释》第五百零八条至五百一十条替代, 不再有“向其原申

请执行法院提交”的规定。

根据现行有效的2020版《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(下称“《执行工作若干问题的规定》”)第五十六条第一款规定, 对参与被执行人财产的具体分配, 应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行。

《人民法院办理执行案件规范》(2017年)第四百八十一条规定, 对参与被执行人财产的具体分配, 应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行, 法律、司法解释另有规定的除外。被执行人的多项财产分别被不同法院查封, 符合参与分配条件的, 由各项财产的在先查封法院分别进行分配。相关执行法院协商一致并经申请执行人同意, 也可以将各自查封的财产交其中一家法院进行处置和分配。共同上级法院也可以通过提级执行或指定执行将所有案件管辖权集中至一家法院, 由该法院处置财产并主持分配。或者由共同的上级法院作出决定, 确定其中一家法院对被执行人所有可供执行的财产或者价款统一处置, 统一分配。

《江苏参与分配指导意见》第十四条规定, 参与分配原则上由首先采取查封、扣押、冻结或者实际控制财产的人民法院主持。处置权经协商后移送的, 由获得财产处置权的人民法院主持。受移送法院应当及时处置财产并启动分配

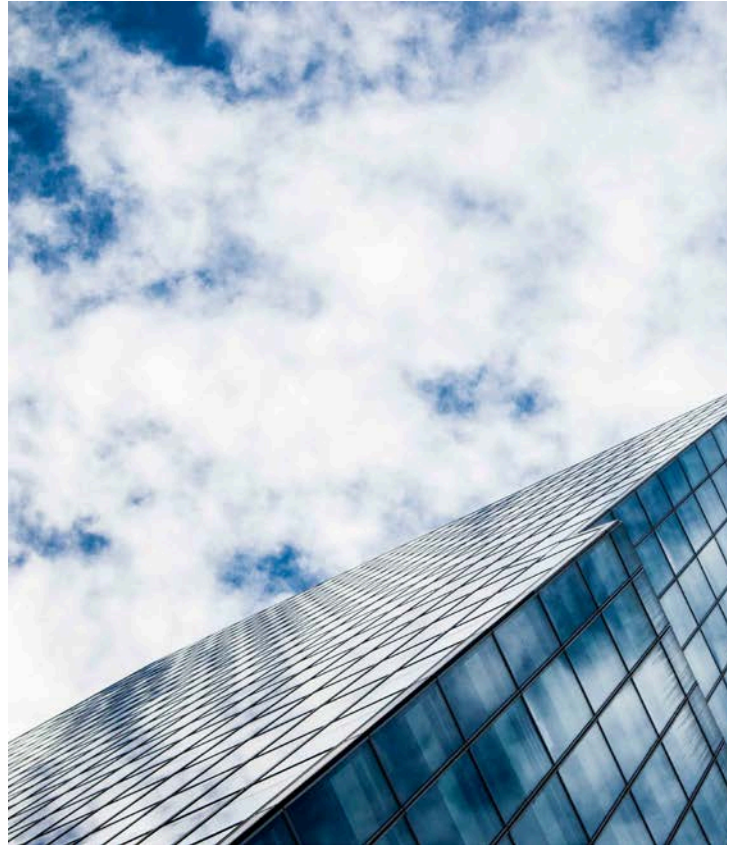
程序,并将相关分配情况及时告知移送处置权的人民法院。被执行人有多项财产,且被不同法院查封、扣押、冻结并处置变现的,由控制主要财产的法院主持分配,也可以报请省法院或者中级法院指定其中一个法院主持分配。涉及省外法院的,可通过执行协调方式予以确定。

因此,我们建议,对于债务人的财产被不同法院查封并进入执行程序的,审慎起见债权人应向相关财产被首先查封、扣押或冻结的法院分别提交申请参与分配材料,如果执行法院过多、财产过于分散,申请参与分配的债权人应当积极与各法院进行沟通,争取案件交由主要财产所在地的法院主持分配。

第三部分\ 准确适用参与分配债务清偿顺序的法律依据,注意区分容易混淆的法律规范

由于执行相关的司法解释众多,实践中常常出现对相似法律规范在不同情形下的误用问题,甚至认为法律规范之间存在矛盾。就此,我们将参与分配制度与其他情形下优先受偿权人、普通债权人依据多份法律文书确定的债务的清偿顺序及适用规范,简要梳理如下:

1. 执行费用及优先受偿权的债权人优先受



偿(依据:《民诉法司法解释》第五百一十条³),有多个担保物权的,按照各担保物权成立的先后顺序清偿。(依据:《执行工作若干问题的规定》第五十五条第二款⁴)

2. 被执行人的财产足以清偿全部债务的,无论被执行人是企业法人、自然人或其他组织,普通债权人的受偿顺序由法院采取执行措施的先后顺序决定,即首封法院的债权人首先受偿,依次为轮候法院的债权人及其他普通债权人。(依

3.《民诉法司法解释》第五百一十条:参与分配执行中,执行所得价款扣除执行费用,并清偿应当优先受偿的债权后,对于普通债权,原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务,被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的,可以随时请求人民法院执行。

4.《执行工作规定》第五十五条第二款:多个债权人的债权种类不同的,基于所有权和担保物权而享有的债权,优先于金钱债权受偿。有多个担保物权的,按照各担保物权成立的先后顺序清偿。

据:《执行工作若干问题的规定》第五十五条第一款⁵⁾

3.被执行人的财产不足以清偿全部债务的,被执行人为企业法人的,申请执行人之一或者被执行人同意进入破产程序的,执行法院应当将案件材料移送破产管辖法院(即被执行人住所地法院)启动破产程序,同时执行法院应裁定中止执行。相应的清偿顺序按照破产法相关规定执行。(依据:《民诉法司法解释》第五百一十三条⁶⁾

若申请执行人均不同意移送破产或破产管辖法院不受理破产的,则执行法院应当恢复执行程序。普通债权的债权人按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。需要注意,在此情形下,尤其是轮候查封的债权人,应当同意“执转破”程序,否则首封债权人可能优先清偿所有执行款项。(依据:《民诉法司法解释》第五百一十六条⁷⁾

4.被执行人的财产不足以清偿全部债务的,被执行人是公民或其他组织的,此时适用参与分配制度。对于普通债权,原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。清偿后的剩余债务,被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的,可以随时请求人民法院执行。(依据:《民诉法司法解释》第五百一十条⁸⁾

需要注意的是,在部分地区,提供财产线索、首封财产保全、申请采取追加被执行人、行使撤销权、悬赏执行、司法审计等行为而发现被执行人财产的债权人,在分配方案中一般可在20%的幅度内予以多分。上述主要规定于《浙江省高级人民法院关于在立案和审判中兼顾案件执行问题座谈会纪要》(浙高法[2009]116号)第三条第(四)款⁹⁾、《重庆执行工作问题解释》第五条第(七)款¹⁰⁾、《福州市中级人民法院关于参与分配具体适用的指导意见(试行)》第九条¹¹⁾、《江苏参与分配指导意见》第十条第二款¹²⁾。

2021年4月6日,最高人民法院网上答复“《民事诉讼法》司法解释的疑问”的回函中,明确了多个债权人申请执行同一被执行人的清偿顺序,再次确认了前文总结的内容。回函指出“《执行工作若干问题的规定》的规定系为执行程序中的一般规则,而非适用于被执行人资不抵债、申请执行人参与分配或执行转破产的情

5.《执行工作规定》第五十五条第一款:多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行人申请执行,各债权人对执行标的物均无担保物权的,按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。

6.《民诉法司法解释》第五百一十三条:在执行中,作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的,执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意,应当裁定中止对该被执行人的执行,将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院。

7.《民诉法司法解释》第五百一十六条:当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的,执行法院就执行变价所得财产,在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后,对于普通债权,按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。

8.见引注3。

9.《浙江省高级人民法院关于在立案和审判中兼顾案件执行问题座谈会纪要》第三条第(四)款:首先申请财产保全并成功保全债务人财产的债权人在参与该财产变价所得价款的分配时,可适当多分,但最高不得超过20%(即1.1.2的系数)。

10.《重庆执行工作问题解释》第五条第(七)款:有以下情形之一的普通债权,人民法院应根据案件具体情况,在保证参与分配债权都有受偿的前提下,可适当予以多分,多分部分的金额不得超待分配财产的20%且不高于该债权总额,未受偿部分的债权按普通债权比例受偿。1.依债权人提供的财产线索,首先申请查封、扣押、冻结并有效采取措施的债权,但人民法院依职权查封的除外。

11.《福州市中级人民法院关于参与分配具体适用的指导意见(试行)》第九条:被执行人的财产无法清偿所有债务时,对首先采取财产诉讼保全措施的债权人,可以适当提高执行款分配比例。其债权额高于保全财产价额的,则在其债权额范围内,提高比例幅度为保全财产价额的15%到20%;其债权额低于保全财产价额的,则在保全财产范围内,提高比例幅度为其债权额的15%到20%。

12.《江苏参与分配指导意见》第十条第二款:对下列债权人可适当提高分配比例:(1)分配财产系根据其提供线索查控所得;(2)分配财产系其首先申请查控所得;(3)分配财产系其行使撤销权诉讼、执行异议之诉或者通过司法审计、悬赏执行等方式查控所得。上述债权人的分配比例,应考虑所涉债权及分配财产数额大小等因素,原则上不超过其按债权比例分配时应得分款项的20%。

形, 该部分规定与《民诉法司法解释》的相关规定并不冲突, 共同构成了对于多个债权人申请执行同一被执行人的清偿顺序问题的体系化规定。”

第四部分\ 参与分配方案异议制度与执行行为异议制度属于不同制度, 适用不同情形

参与分配方案异议制度是《民诉法司法解释》第五百一十一条¹³、第五百一十二条¹⁴所规定, 具体分为分配方案异议程序与分配方案异议之诉程序。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》(下称“《执行程序问题解释》”)第十七条¹⁵、十八条¹⁶亦有类似规定。参与分配方案异议制度主要解决的是分配方案记载的各项债权及分配额因实体权利义务是否存在而发生的争议。例如, 《重庆执行工作问题解释》第七条第二款规定: “在分配程序中, 被执行人或其他债权人提出下列情形的异议, 人民法院应当依照《民诉法司法解释》五百一十一条规定进行审查: (1) 分配方案中债权的分配数额; (2) 债权人的分配顺位; (3) 纳入分配方案的债权是否已履行; (4) 其他与分配方案有关的实体事项。”

而《民事诉讼法》第二百二十五条¹⁷规定了

执行行为异议制度, 该制度则主要适用于债权人或者债务人认为执行法院在分配程序和分配方案的制作方法中存在违法或者不当等执行行为、程序方面的问题, 向执行法院请求救济的情形。例如, 《北京市法院执行案件办理规范》(2017修订) 第五百八十九条规定: “对分配行为异议的处理中规定的程序异议情形有: (1) 是否适用案款分配程序或参与分配程序的决定; (2) 申请参与分配的债权人是否适格的认定; (3) 债权人申请参与分配是否逾期的认定; (4) 分配方案的送达; (5) 其他应当通过执行行为异议处理的情形。”

对于上述规定, 结合我们案件的办理经验, 以享有优先受偿权的债权人申请强制执行参与分配的程序为例:

如前所述, 未取得生效裁判的享有优先受偿权的债权人可以直接申请参与分配, 但实践中, 由于其债权数额未经司法审查, 对于执行机关是否有权直接确认抵押权真实性、范围及数

13.《民诉法司法解释》第五百一十一条: 多个债权人对执行财产申请参与分配的, 执行法院应当制作财产分配方案, 并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的, 应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

14.《民诉法司法解释》第五百一十二条: 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的, 执行法院应当通知未提出异议的债权人、被执行人。未提出异议的债权人、被执行人自收到通知之日起十五日内未提出反对意见的, 执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配; 提出反对意见的, 应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内, 以提出反对意见的债权人、被执行人为被告, 向执行法院提起诉讼; 异议人逾期未提起诉讼的, 执行法院按照原分配方案进行分配。诉讼期间进行分配的, 执行法院应当提存与争议债权数额相应的款项。

15.《执行程序问题解释》第十七条: 多个债权人对同一被执行人申请执行或者对执行财产申请参与分配的, 执行法院应当制作财产分配方案, 并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的, 应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。

16.《执行程序问题解释》第十八条: 债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的, 执行法院应当通知未提出异议的债权人或被执行人。未提出异议的债权人、被执行人收到通知之日起十五日内未提出反对意见的, 执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配; 提出反对意见的, 应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内, 以提出反对意见的债权人、被执行人为被告, 向执行法院提起诉讼; 异议人逾期未提起诉讼的, 执行法院依原分配方案进行分配。诉讼期间进行分配的, 执行法院应当将与争议债权数额相应的款项予以提存。

17.《民事诉讼法》第二百二十五条: 当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的, 可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的, 人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查, 理由成立的, 裁定撤销或者改正; 理由不成立的, 裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的, 可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

额等,存在不同的处理情形。

第一种可能的情况,执行法院因种种原因认为无法确定优先受偿权人的真实性、担保范围和数额等,不在财产分配方案中列示优先受偿权人的优先债权额。此时,属于是否允许债权人加入到参与分配的程序性问题,优先受偿权人应当积极根据《民事诉讼法》第二百二十五条提起执行行为异议和复议实施救济。

第二种可能的情况,执行法院认定债权人的优先受偿债权额,并相应指定财产分配方案,但出现其他债权人或被执行人提出异议。最高人民法院(2013)执他字第二十六号函¹⁸对该问题也曾予以解答:如果其他债权人、被执行人对于抵押权及其担保债权的范围存在异议,可以根据《执行程序问题解释》第二十五条、第二十六条的规定,通过分配方案异议、分配方案异议之诉程序予以救济。据此,执行法院对分配方案异议、分配方案异议之诉的具体处理如下:

1. 执行法院在参与分配方案中拟定了抵押权人的份额;
2. 债权人或被执行人提出异议(即“异议人”);
3. 执行法院将通知优先权人及其他参与方,如果优先权人和其他参与方对异议没有反对意见,执行法院将按照提出的异议方案修改分配方案并执行;

4. 如果优先权人或任何参与方提出反对意见,执行法院将把优先权人的异议内容通知异议人,异议人须在收到通知之日起15日内,以提出反对意见的抵押权人或参与方提起分配方案异议之诉。在诉讼期间,执行法院应当提存或预留与争议债权数额相应的款项。

可见,在债权人申请参与分配过程中,针对法院采取的不同做法,应当严格区分程序性事项或实体性事项,准确适用参与分配方案异议及异议之诉和执行行为异议等不同的救济制度措施。

第五部分 结语

执行参与分配问题虽然在司法解释中规定的条款不多,但实践中可能遇到的问题纷繁复杂,尤其在不良资产处置案件中面对债务人财产众多、分布甚广、债权人多样的疑难情况,当事人在必要时可以寻求具有不良资产处置及强制执行专业能力的外部律师的建议。¹⁹

¹⁸ 详见《最高人民法院关于如何确定生效法律文书确定的抵押权优先受偿范围的请示答复》((2013)执他字第26号)
¹⁹ 感谢北京大学法学院李青蓉对本文的协助。



康铎
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2017
kanghua@zhonglun.com

“二选一”强监管背景下排他交易的竞争合规边界

作者：薛熠、谷田



近年来持续引发社会普遍关注的关于互联网平台的“二选一”策略是否限制竞争的讨论随着国家市场监督管理总局针对某互联网电商巨头的一记反垄断监管重拳而落下帷幕。自此之后，平台企业实施的“二选一”行为成为了监管机构重点整治的突出问题，其似乎已被推定具有反竞争效果，即便不具有支配地位的平台企业实施的“二选一”行为也可能因为《电子商务法》和《网络交易监督管理办法》的适用而存在合规问题¹。在当前的政策风向和监管实践的背景下，如何从更广义的范畴理解和分析“二选一”所代表的排他交易的竞争合规性？不具有支配地位的非平台企业是否仍有采取排他策略的空间？

第一部分\ 商业实践中的排他交易

排他交易虽主要因互联网平台企业实施的“二选一”行为而进入大众视野，但其本身并非“线上”专有，相反，其在线下传统行业中也是一项被广泛采用的商业策略。排他交易从狭义的角度理解是指一个经营者在特定的市场范围内，要求与之存在上下游关系的一个或多个特定交易对象只能与之进行购买或销售的交易方式²。在商业实践中，排他交易可以有不同的表现形式，除了通过合同明确约定独家采购或独家供应的义务外，一些商业实践中常见的合同义务甚至是激励计划，均有可能被认为与排他交易具有相同的经济实质：即纵向交易关系中的一方限制另一方与第三方进行交易的能力或动机，并在特定市场条件下可能实现封锁实际或

潜在竞争对手的效果。

(一) 数量强制义务

1. 最低购买要求条款。数量强制义务通常表现为采购合同中的最低采购要求条款，即卖方在销售合同中设定了相关产品的最低采购量，当买方的购买数量低于该最低采购量时，卖方有权拒绝该笔交易。

2. 照付不议条款。照付不议条款通常是为了保证最低采购要求条款的实施而设定的强制性措施。具体而言，合同中通常会约定如果买方未能足额采购最低年度采购数量，则买方应就该等采购短缺向卖方下达采购订单，或者就该等短缺向卖方支付全额的款项。

1. 例如：网络交易平台经营者不得违反《中华人民共和国电子商务法》第三十五条的规定，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，干涉平台内经营者的自主经营。具体包括：“...（一）通过搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式，禁止或者限制平台内经营者自主选择在多个平台开展经营活动，或者利用不正当手段限制其仅在特定平台开展经营活动；...”。

2. 张晨颖：《排他交易反垄断规制的结构性反思》，载《法律适用》，2020年第7期。

(二) 激励计划

1. 追溯累计折扣。客户一定时期的购买量达到特定数量阈值时, 该客户会得到某个单价折扣, 这一折扣追溯适用于这一时期该客户的所有累计购买量, 而不仅仅适用于超过阈值的增量部分。

2. 以达到采购量目标为条件的折扣。这类折扣一般是以特定客户一定时期内采购达到目标比例或者目标数量为条件的折扣。

排他交易作为一种常见的纵向安排, 通常有助于促进非价格竞争和提高服务质量的效率。但是, 当排他交易涉及的一方或多方具有一定的市场力量, 并能够封锁相当比例的上游或下游市场时, 排他交易则更有可能产生反竞争效果。上述可能具有排他效果的纵向限制在中国反垄断法律实践中已有执法先例, 反垄断执法机构曾分别认定某国际知名包装解决方案厂商和另外一家国际化工巨头的类似商业安排构成滥用市场支配地位的行为。

第二部分\

排他交易的反垄断规制路径

(一) 禁止滥用市场支配地位和禁止垄断协议的双重规制路径

美国与欧盟均采用禁止滥用市场支配地位

和禁止垄断协议的双重路径模式³来规制排他交易行为, 并由此衍生出丰富的执法和司法实践。相似地, 针对排他交易行为, 我国在立法层面也保留了双重路径的规制空间。一是适用关于禁止限定交易的滥用市场支配地位行为的规定⁴; 二是适用关于纵向垄断协议的兜底性条款⁵。适用禁止限定交易的规定需要以相关企业具有市场支配地位为前提条件; 适用纵向垄断协议的兜底性条款则无需证明支配地位的存在, 但需要对排他交易的竞争效果进行全面分析, 并最终证明相关限制具有排除、限制竞争的效果。《禁止垄断协议暂行规定》进一步明确了适用《反垄断法》认定纵向非价格垄断协议时需要考虑的因素⁶ (但未作类型化归纳, 因而可能在实践中缺乏针对排他交易竞争效果评估的指引), 同时规定认定机构为国家市场监督管理总局。截至目前, 我国尚未有认定包括排他交易在内的纵向非价格垄断协议的规制先例。

(二) 以纵向非价格垄断协议的路径规制排他交易的必要性探讨

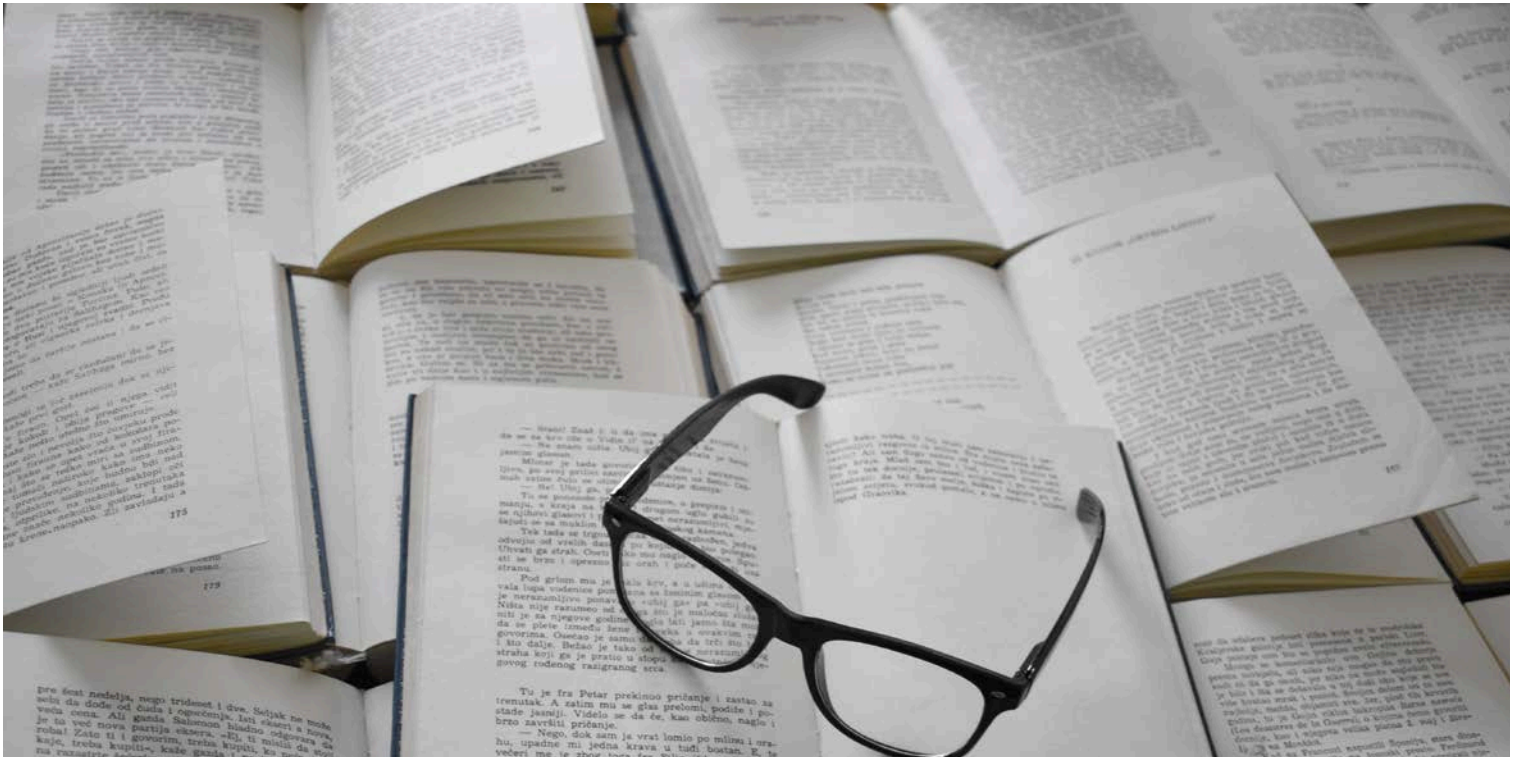
尽管我国在立法层面对于排他交易保留了

3. 在美国, 排他性交易可以根据《谢尔曼法》第1条涉及损害竞争的协议、合并以及合谋, 以及《谢尔曼法》第2条涉及滥用市场支配地位来获取垄断来规制。此外, 《克莱顿法》第3条以及《联邦贸易委员会法》第5条也可适用于涉及排他交易的行为。欧盟反垄断法对排他性交易的评估主要基于《欧盟运行条约》第101条和第102条, 分别对应垄断禁止协议行为与禁止滥用市场支配地位行为。

4. 《反垄断法》第十七条禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为: ... (四) 没有正当理由, 限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易...

5. 《反垄断法》第十四条: 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议: ... (三) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

6. 包括: 经营者达成、实施协议的事实; 市场竞争状况; 经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力; 协议对商品价格、数量、质量等方面的影响; 协议对市场进入、技术进步等方面的影响; 协议对消费者、其他经营者的影响; 与认定垄断协议有关的其他因素。



双重路径的规制空间,但在执法实践层面还停留在禁止滥用市场支配地位的单一规制路径。鉴于作为纵向限制的排他交易与滥用行为中的限定交易在行为表现上存在交叉与重合,而认定排他交易具有反竞争效果又须以存在一定的市场力量为前提,是否有必要保留双重规制路径而可能增加企业的合规负担与不确定性?

对于这一问题,一个典型的情形即可说明其必要性:当排他交易策略被作为获得市场支配地位的手段而非后续实施的具体滥用行为时,事先以纵向非价格垄断协议的路径予以规制的重要性就凸显出来。此时,禁止垄断协议相比而言是一种所谓的事前审查模式,而禁止滥

用市场支配地位更像是是一种事后审查模式⁷,如能够妥善选择规制时机对获得垄断地位的手段和过程先行规制,则可能起到预防滥用行为发生的效果。在“葡萄糖酸钙原料药”一案中,原料药经销商通过包销、限定生产企业不对外销售等方式,控制了特定原料药的销售市场。由此获得市场支配地位后,经销商大幅提高了该等原料药的销售价格,实施了以不公平高价销售商品等滥用行为。值得注意的是,本案中反垄断执法机构并未认定先前的排他交易行为的违法性。虽然我们不完全了解执法机构实际的办案

7. 张晨颖:《双重路径下排他性交易的反垄断规制》,载《知识产权》,2021年第4期。

思路,但从结果来看,该案的处罚符合上述逻辑,我们推测原因可能在于经销商实施排他交易行为的时点并不具有市场支配地位,因而不满足禁止滥用市场支配地位规则的适用条件。而对于该案涉及的排他交易行为,理论上存在通过禁止纵向非价格垄断协议的路径予以规制的空间。

第三部分\ 排他交易的反垄断规制路径

(一) 认定原则

经过多年的发展,包括美国、欧盟在内的全球主要反垄断司法区域对排他交易的竞争评估一般采用合理分析原则,即全面评估排他交易的竞争效果,综合衡量其对市场竞争可能产生的有利影响和不利影响。

(二) 竞争评估考虑的因素

1. 美国实践

美国法院对排他性交易的分析经历了一个逐渐演进的过程,从高度依赖市场封锁程度转变为广泛考虑市场界定及竞争环境、合同期限、市场进入的难易程度以及合理抗辩理由等多种因素。美国法院的若干裁决认为,排他性交易期限短(或容易被终止)、具有促进竞争的效果以

及封锁比例低于40%时不违反反托拉斯法。例如,在Omega Envtl., Inc. v. Gilbarco, Inc.一案中,上诉法院作出裁决,认定制造商拒绝向使用竞争品牌的汽油零售商供应设备并不违法。法院认为,这些排他性安排的期限很短,市场封锁程度不高(38%),并且制造商的竞争对手不必依靠汽油零售商来争取顾客,因而该排他性交易不太可能排除竞争⁸。

但是,在上述一般原则之外,也存在相反的判例,反映了在个案中评估排他交易的竞争影响时需考虑特定的市场条件。例如,期限很短(或者易于终止)的排他交易安排在特定情形下亦有可能造成竞争损害。在U.S. v. Dentsply一案⁹中,虽然含有排他交易安排的Dentsply的经销商合同可以随时终止,但法院注意到Dentsply的经销商所销售的几乎所有假牙和其他牙科产品事实上都来自Dentsply,并认为经销商没有动机为了从Dentsply的竞争对手处获得更小的业务量而放弃与Dentsply合作。

2. 欧盟实践

不同于美国活跃的司法实践和丰富的司法判例,欧盟规制排他交易的亮点在于通过《纵向限制指南》(“指南”)及相关的集体豁免规则为排他交易的竞争评估提供了相对详细的指引,

8.理查德·基尔伯特:《排他交易的经济分析和反垄断执法》,黄昆译,载《经贸法律评论》,2020年第5期。
9. See United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181 (2005).

大大降低了企业的合规成本。以单一品牌义务(即排他购买)为例,指南提出了5个最具相关性的考虑因素,分别是:供应商的市场地位和单一品牌协议的期限;竞争者的市场地位;市场进入障碍;购买商的抗衡力量和涉及的贸易环节(中间产品还是最终产品的批发零售环节)。一般而言,如果供应商和购买商的市场份额均未超过30%,且协议期限不超过5年,则相关协议可根据《纵向协议集体豁免条例》而被豁免。所谓集体豁免,可以被简单理解为一种出于效率因素考虑而设定的“安全港规则”,符合条件的主体无需就相关协议展开实质的竞争分析。相应地,即使未满足集体豁免条件的排他交易安排也并非当然具有违法性,而只是需要根据前述考虑因素进行全面的竞争评估。

此外,指南还对可适用的抗辩理由进行了示例性的分析,以排他交易最常援引的保护特定投资的正当理由抗辩为例,指南指出在供应商进行关系特定投资的情况下,投资折旧期内的不竞争协议或数量强制协议通常会满足《欧盟运行条约》第101条第(3)款规定的条件。其中供应商安装或改装设备,而该设备之后只能用于为特定购买商生产零部件,即为典型的关系特定投资。供应商对产能或额外产能的一般投资通常不构成关系特定投资,但如果该新增产能与购买商的业务有特定联系,例如某金属罐

制造厂商特别在某食品生产商附近投资新产能,仅当该产能仅在为该特定客户生产时才具有经济性的情况下,该等新增产能才可被视为关系特定投资,相关的排他交易安排才符合为保护特定投资所必需的正当理由。

(三) 两种规制路径之比较

如前文所述,在欧盟与美国,禁止垄断协议的规则与禁止滥用市场支配地位的规则均可适用于排他交易,二者均以合理分析为基本的认定原则、均要求有一定的市场力量并可适用类似的抗辩理由。但是,两种规制路径下对于行为违法性的认定上存在技术上的差异。

首先,禁止滥用市场支配地位的路径虽然也大体遵循合理分析原则,但重点在于市场支配地位的认定,当相关经营者的市场力量达到支配地位的程度时,说明品牌间竞争是相对有限的,排他交易更有可能导致反竞争效果,被诉称有市场支配地位的经营者的行为具备正当理由负有较高的举证义务。

其次,在禁止纵向垄断协议路径下,行为违法性的认定重点在于排他交易的竞争影响的评估,反垄断执法机构或原告对此负有举证责任。

以美国的实践为例,认定排他交易构成违反《谢尔曼法》第1条的垄断协议行为通常需要证明排他交易将导致对竞争对手相当高程度的

封锁;而适用《谢尔曼法》第2条认定通过排他交易来获得或维持垄断时,即便排他交易并未造成较高级别的市场封锁,其仍然能够通过提高竞争对手的成本来损害竞争。在前文提及的U.S. v. Dentsply案中,法院认为,尽管竞争对手可以将其产品直接出售给牙科实验室,但证据表明直接销售比通过已有的经销商进行销售的成本高得多。

第四部分 排他交易的竞争合规边界

通过上文的分析不难发现,对于排他交易合规与否的问题,并不存在“一刀切”式的论断,相反,企业需要结合自身的情况和具体的市场条件进行合理性分析。尽管如此,参照欧美较为成熟的法律实践并结合中国的监管趋势,我们仍然能够总结出一些共性的原则,以帮助企业建立关于排他交易的最基本的竞争合规边界。具体而言,主要包括以下几个维度:

(一) 行为主体的市场力量及所在的行业

首先,排他交易易于产生反竞争效果的前提是行为主体具有一定的市场力量,在上下游市场达到30%-40%的市场份额通常是认定具有一定市场力量的表面证据。市场力量越强,行

为主体实施排他交易的合规风险就越大。同样是实施激励政策,不具有支配地位的企业面临的合规风险要显著低于拥有支配地位的企业。

另一方面,从我国的反垄断执法实践来看,平台经济领域、原料药领域及公用事业领域的经营者面临着更高的监管压力,特别是平台经营者似乎因其新公用事业的属性而被要求承担更高的合规义务。

(二) 排他交易的行为性质和类型

相比于具有惩罚性的排他义务,通过补贴、折扣、优惠等激励性措施实施的排他交易相对而言具有更低的合规风险。在行为人具有市场支配地位的情形下,前者通常被推定为具有反竞争效果,而后者则被认为可能对交易相对人、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果,除非有相反的证据证明其对市场竞争产生明显的排除、限制影响。

具体到强制性的排他义务,数量强制义务相较于严格的独家采购或独家供应安排是一种较弱的排他交易形式,但如果行为人设置了过高的最低采购要求,例如占买方全部采购需求的60%-80%,其合规风险将进一步提高。

就激励政策而言,批量折扣的目的正当性要高于有最低购买要求的折扣,前者仅提供较低的价格来吸引更多的购买量,而有最低购买

要求的折扣则可能使卖方限制买方与竞争对手进行交易的动机和能力,从而可能在不增加产量的情况下排除竞争;而在批量折扣中,非追溯性的折扣的封锁效果又要低于追溯性累计折扣。

(三) 排他交易的期限

排他交易的期限越短、越易于终止,则其越不太可能产生反竞争效果。1年以下的排他交易通常会被认为不会导致反竞争效果;1年以上5年以下的期限则需要一定程度的竞争分析,在促进竞争和限制竞争效果之间进行权衡;而5年以上的排他交易期限会被认为具有限制竞争的效果,需要有特定的正当理由方得豁免。

除上述基本维度外,竞争对手是否具有可替代的渠道、市场上的供应商是否普遍采用排他交易策略从而导致累积效应存在以及是否存在正当理由也是竞争评估需要考虑的因素。

第五部分 结语

在对平台企业实施的“二选一”行为进行强竞争监管的背景下,除具有强烈政策导向的行业外,对排他交易的竞争评估仍应适用合理分析的认定原则。原则上,不具有市场力量的经营

者实施的排他交易应被推定为不具有反竞争效果,而对于具有一定市场力量甚至支配地位的经营者而言,需要对其实施的排他交易行为进行不同程度的竞争评估。总之,判断排他交易行为的合法性与否必须将特定行为与特定的市场条件相结合,作为企业而言,厘清排他交易的竞争合规边界需要建立在对所涉业务和产品的市场地位、达成交易的商业背景以及行业整体竞争格局的了解之上,既要谨慎合规,同时又不宜过度自危,做到对竞争合规风险的分级分类管理。☒



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



中伦研究院出品



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。