



民办医疗机构A股IPO审核法律关注要点
| 医疗机构A股IPO专题系列文章（一） 001/

新能源项目被取消电价补贴时的法律救济 010/

销售模式介绍及法律风险探讨
——快消行业合规体系解析之一 021/

解码医药行业跨境授权许可协议要点 030/

要温和地走进这个良夜
——矿业权有偿出让宇宙进化史 038/



民办医疗机构A股IPO审核法律 关注要点 | 医疗机构A股IPO专题 系列文章（一）

作者：张明 许晶迎 陈墨



境内A股实施注册制改革以前，民办医疗机构鲜有在A股成功独立上市案例，其大多通过港股上市或者借壳重组等方式登录资本市场。随着A股注册制改革的逐步实施，截至目前已有三博脑科等民办医疗机构成功实现A股IPO。笔者结合项目经验及市场上的成功案例，对民办医疗机构A股IPO过程中审核法律关注要点进行提炼总结，以供读者参考。

第一部分\

民办非营利性医疗机构改制¹

我国对医疗机构实施分类管理，依据医疗机构的经营目的、服务任务，医疗机构可划分为非营利性和营利性医疗机构。由于非营利性医疗机构不以营利为目的，非营利性医疗机构作为拟IPO主体本身或IPO范围内主要资产的，需进行经营性质的转变。

民办非营利性医疗机构组织形式上往往登记为民办非企业单位，根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》，任何单位和个人不得擅自、私分或者挪用民办非企业单位的资产，民办非企业单位的盈利不得分配。因此，作为主要经营实体的民办非营利性医疗机构若要实现IPO，必须变更为营利性医疗机构，并相应变更组织形式为营利法人（一般为有限责任公司），同时将原民办非企业单位注销。民办非

企业单位的改制是专业的法律问题，改制过程的合规性在IPO审核阶段的关注程度极高且容错率较低，因此显得十分重要。笔者结合项目经验，就主要事项提炼如下：

1、改制路径

就医疗机构经营性质的变更，《城镇医疗机构分类登记暂行规定》（卫医发〔2000〕385号）规定：医疗机构如要变更其营利性或非营利性的性质，必须得到原设置机关和卫生行政部门及国有资产管理等相关部门的批准，并按《医疗机构管理条例》规定的程序和手续办理相应的变更手续。

就民办非企业单位注销及剩余资产处置，《民办非企业单位登记管理暂行条例》规定：民办非企业单位解体时财产不得私分，其办理

1.本文所称民办非营利性医疗机构“改制”系指民办非营利性医疗机构变更经营性质为营利性医疗机构，且其设置单位（组织形式）由民办非企业单位变更为营利法人（典型如有限责任公司）的过程。

注销登记前，应当在业务主管单位和其他有关机关的指导下，成立清算组织，完成清算工作并向登记管理机关办理注销登记手续。《中华人民共和国民法典》规定：为公益目的成立的非营利法人终止时，不得向出资人、设立人或者会员分配剩余财产。剩余财产应当按照法人章程的规定或者权力机构的决议用于公益目的；无法按照法人章程的规定或者权力机构的决议处理的，由主管机关主持转给宗旨相同或者相近的法人，并向社会公告。

虽然条例明确了“民办非企业单位解体时财产不得私分”，但部分地方政策仍存在允许出资人收回投资或取得合理回报的规定。例如，江西省卫生计生委发布的《关于加快推进社会资本举办医疗机构的若干意见》（赣卫体改字〔2014〕3号）规定：社会资本举办的非营利性医疗机构在扣除办医成本、预留发展基金以及按国家有关规定提取其他必要费用后，出资人可从办医结余中取得合理回报。而对于何谓“合理回报”，则并未有更进一步的解释。

综上，截至目前，我国尚未就医疗机构改制出台全国范围内的实施细则，实践中医疗机构具体的改制方案往往在主管卫生部门、登记部门及其他主管部门（如涉及）的指导下实施。结合目前已有案例，目前对于民办非营利性医疗机构改制（简称“**民非改制**”）的主要路

径大体有“资产收购模式”和“整体改制模式”两种，其基本步骤分别如下：

(1) 资产收购模式

资产收购模式下，民办非营利性医疗机构改制主要通过新设有限责任公司购买原民办非企业单位经营性资产、负债并以该等经营性资产、负债为基础申请新设营利性医疗机构的方式实现，其主要步骤为：①新设有限责任公司；②对民办非企业单位拟转让的经营性资产、负债进行审计、评估；③有限责任公司与民办非企业单位签署资产收购协议，约定有限责任公司收购民办非企业单位经营性资产、负债的范围、交割及过渡期安排、劳动力转移安排等事项；④双方按照协议约定完成资产交割及债权、债务、劳动力的转移，有限责任公司申请设置营利性医疗机构，医疗机构取得医疗机构执业许可证后开始运营；⑤民办非企业单位履行注销清算手续（内部决议清算、将注销事宜报业务主管部门、成立清算组进行清算审计并编制清算报告等），清算完成后的剩余净资产进行捐赠后办理注销登记。

(2) 整体改制模式

整体改制模式下，民办非营利性医疗机构改制主要通过民办非营利性医疗机构的全部资产负债及业务由原设置单位指定营利性医疗机构承接及继续运营的方式实现，其主要步骤



为：①卫生主管部门批准同意非营利性医疗机构改变经营为营利性医疗机构并换发医疗机构执业许可证；②民办非企业单位履行注销清算手续（内部决议清算、将注销事宜报业务主管部门、成立清算组进行清算审计并编制清算报告等），卫生主管部门、民政部门或其他有权部门（如地方政府）同意民办非企业单位注销前全部资产、负债由改制后的有限责任公司承接，并对资产捐赠、合理回报等事宜进行明确批复（或有）；③新设有限责任公司承接民办非企业单位注销前全部资产、负债（如有限责任公司股东采用原民办非企业单位净资产折股或净资产出资的，一般在清算审计同时履行评估手续），办理不动产等特殊资产及人员的

转移手续；④按照主管部门的批复办理民办非企业单位注销前净资产对应金额扣除投资成本及合理回报后的捐赠手续；⑤民办非企业单位完成注销登记手续。

2、监管关注要点

非营利性医疗机构改制程序及剩余资产的处置合规直接关系到发行人主要资产的权属清晰及是否存在重大偿债风险等或有事项，拟上市主体或其下属主要医疗机构涉及非营利性医疗机构改制情形的，审核机构在IPO过程中往往对此进行了高度关注，典型如某两家已成功IPO的眼科医疗机构，主要关注要点梳理如下：

事项	核心关注	具体内容
基本信息	发行人与民办非企业单位的独立性，是否违法变相分配民办非企业单位财产	发行人参与设立或收购民办非企业单位资产的，需披露相关民办非企业单位的基本情况 & 运营信息，包括但不限于：（1）设立/收购的背景、原因；（2）相关单位的历史沿革、主营业务、财务数据、实际控制人、管理模式等；（3）相关单位在资产、人员、财务、机构、业务方面与发行人是否相互独立，与发行人及发行人之董监高、主要客户、供应商是否存在资金或业务往来，是否存在其他利益安排等；（4）相关单位历史上收支结余是否分配及处理情况。
资产收购	交易合法性及履行有无纠纷	发行人收购民办非企业单位资产的，主要关注交易协议的具体内容及实际履行情况（资产、人员、债权债务等交割/转移情况），交易定价的公允性，是否依法履行审批程序（如涉及），收购资金来源等。
整体改制	改制合规性	非营利性医疗机构全部资产负债及业务由原设置单位指定营利性医疗机构承接情形的，主要关注：改制程序是否完整，是否获得全部有权部门的确认证明文件，全部资产、负债的评估依据及公允性，是否存在上市后被其他有权部门追溯处罚或要求捐款的风险，是否存在损害国有资产利益的情形。
剩余财产处置	是否违反规定私分或变相私分民办非企业单位剩余资产，是否依法处置剩余财产	就剩余财产的处置（捐赠事宜），主要关注：（1）捐赠原因、合理性及必要性；（2）捐赠资产/金额的划定依据、范围、计算标准及合理性、合规性，合理回报的计算依据（如涉及）；（3）确定捐赠义务主体，受捐款主体合理性及合规性；（4）捐赠资金的来源，是否系原民办非企业单位违规分配。
捐赠对象及捐赠款的使用	捐赠真实性、是否涉及变相分配捐赠对象财产、捐赠对象是否独立于发行人、是否涉及通过捐赠对象替发行人承担成本费用或虚构收入的情形	民办非企业单位注销时剩余财产捐赠给其他单位（下称“ 捐赠对象 ”）的，主要关注：（1）捐赠对象的基本情况（设立原因、历史沿革、股权结构、机构性质、运作机制等）、捐赠对象及其管理人员与发行人、发行人实际控制人、发行人之董监高等主体之间的关联关系；（2）捐赠款的使用情况，捐赠对象运营资金来源及去向，是否回流至捐赠主体及关联方，是否流向发行人及关联方，资金运用是否履行必要的决策程序、是否符合法律法规相关规定。

3、拟上市公司建议

拟上市主体如拟收购民办非营利性医疗机构相关资产及业务的，我们建议在有医疗机构IPO成功经验的专业律师团队主导下对非营

性医疗机构的改制过程形成一揽子方案，以避免非营利性医疗机构改制过程中程序瑕疵、剩余资产处置瑕疵给IPO审核带来的不确定性。结合IPO审核实践经验，具体方案应聚焦在：

(1) 在专业律师的指导下确定改制方案及实施细节（包括但不限于改制程序、审批流程、捐赠主体、捐赠金额以依据、捐赠对象及用途等），并在改制方案及细节经主管卫生、民政等部门确认后实施；（2）民办非企业单位注销前剩余净资产应履行相应审计、评估程序并确保审计、评估结论真实、可靠；（3）剩余资产的处置涉及捐赠事项的，捐赠应真实、有效，捐赠款的使用应符合捐赠对象的组织宗旨并按其组织规章履行相应程序，避免被认定出现分配或者变相分配捐赠对象组织财产的违法行为。

第二部分\

与政府举办的医疗卫生机构合作

《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》（以下简称“**卫促法**”）于2020年6月实施并首次明确：“政府举办的医疗卫生机构不得与其他组织投资设立非独立法人资格的医疗卫生机构，不得与社会资本合作举办营利性医疗卫生机构”，卫促法未明确“合作举办”的具体内涵也未对卫促法实施前存在上述禁止情形的医疗卫生机构如何处置进行明确规定，预留了政策空间。但通常理解，政府举办的医疗卫生机构作为出资人投资设立有限责任公司并设置营

利性医疗卫生机构的方式在卫促法实施后应属于不被允许的情况。

除“合作举办”问题外，民办医疗机构与政府举办的医疗卫生机构合作过程中还涉及对外出租、承包医疗科室等有可能被监管机构认为的“踩红线”问题，同时也会在IPO审核过程中重点关注。对于该等问题的认定及规范措施此处暂不展开，可关注本团队后续发表的其他关于医疗机构上市相关的专题文章。

总体上，国家政策环境还是倾向于鼓励民办医疗机构与政府举办的医疗卫生机构进行各种形式的业务合作，以充分利用现有医疗资源，提升我国医疗机构的技术水平和患者综合救治能力。例如，《国务院办公厅关于支持社会力量提供多层次多样化医疗服务的意见》

（国办发〔2017〕44号）明确：鼓励公立医院与社会办医疗机构在人才、管理、服务、技术、品牌等方面建立协议合作关系，支持社会力量办好多层次多样化医疗服务；卫促法第四十一条规定：国家采取多种措施，鼓励和引导社会力量依法举办医疗卫生机构，支持和规范社会力量举办的医疗卫生机构与政府举办的医疗卫生机构开展多种类型的医疗业务、学科建设、人才培养等合作。

拟上市主体涉及与政府举办的医疗卫生机构合作情形的，我们建议：（1）卫促法实施以



后应避免与政府举办的医疗卫生机构合资设立有限责任公司并设置营利性医疗卫生机构的方式进行合作，已经发生该等情形的，应在IPO申报前就该合作的可持续性主动与卫生主管部门沟通确认是否需进行整改。（2）为避免触碰科室承包的红线，在合作过程中应做到：①经营资质上，双方均应取得医疗机构执业许可证并在自己执业许可证的范围内以自己名义提供医疗服务，不应存在一方没有经营资质或超越经营资质范围以另一方名义经营的情形；②人员安排上，双方提供医疗服务的医护人员应系与本机构存在人事关系、劳动/劳务关系并将执业地点登记在本机构的医护人员，不应存在无资

质医护人员提供医疗服务或医护人员人事关系、劳动/劳务关系、登记执业地点与实际执业地点不一致情形；③财务收支上，双方财务独立，依据合作协议的约定进行财务结算并纳入各自医院的统一财务管理，不应就合作科室（如涉及）另行设立结算账户或私下收取费用，或在没有实质合作关系时通过协议约定变相将某医疗机构合作科室整体收益与成本交由另一方享有与承担。

第三部分\

经营合规性与医疗质量控制

医疗行业直接关系到人民群众的生命健康，属于强监管行业，国家对医疗机构提供医疗服务过程中涉及的主体资质，诊疗行为，服务定价，人员资质，医疗设施、设备、用品和服务的采购、质量及使用等各方面均进行了全流程的监管，相应的民办医疗机构在IPO上市过程中面临的经营合规性问题较其他行业更为突出。

经营合规性与医疗质量控制直接关系发行人经营可持续性、内控措施有效性以及是否涉及影响发行条件的重大违法行为，针对医疗机构的行业特点，IPO审核过程中就经营合规性与医疗质控控制措施的关注较为集中，主要梳理如下：

事项	核心关注
业务资质	披露业务资质的取得情况，分析说明是否已取得全部经营所需的业务资质，业务资质续期是否存在障碍，说明业务资质瑕疵（如有）对发行人业务持续经营的影响及处罚风险。
行政处罚	披露行政处罚的具体内容，说明是否涉及重大违法行为。
医疗事故及医疗纠纷	披露医疗事故及医疗纠纷的具体金额，说明发行人面临的民事、行政及刑事风险，关注是否存在大额或有负债，是否面临处罚风险。
医保违规	披露违反医保协议的具体情况，关注相关内控措施是否健全有效，是否存在“套保”等违规情形，是否面临潜在处罚风险。
医保定点资质	披露医保定点资质协议签署情况及未取得医保定点资质的原因及合理性，是否影响发行人持续经营能力。
医疗服务质量控制	披露发行人关于保障医疗安全的制度及措施，说明医疗服务质量控制措施的健全性及其执行的有效性。
医疗废物	是否依法办理排序许可或登记手续，医疗废物是否无害化处理。
医疗腐败	披露获客渠道、获客方式，是否存在医疗腐败情形。
虚假宣传	是否存在发布违法广告，夸大宣传，构成不正当竞争情形。

第四部分\

结语

卫促法明确规定国家采取多种措施，鼓励和引导社会力量依法举办医疗卫生机构，随着A股股票发行注册制的全面实施，越来越多的优秀民办医疗机构有望实现A股IPO，通畅了社会资本参与医疗卫生机构退出的现实路径，利于

社会资本在医疗行业的有效流转，助力医疗行业健康发展。本团队具备丰富的医疗机构合规及法律服务经验，并对资本市场视角下医疗机构上市的合规要求有准确的理解和把握。拟上市民办医疗机构应时刻关注市场动态，提前做好准备，只有切实提升服务质量及能力，长期规范经营，稳定业绩增长，打好自身基本功，才能抓住注册制改革的东风，借力A股资本市场

实现跨越发展。 窗



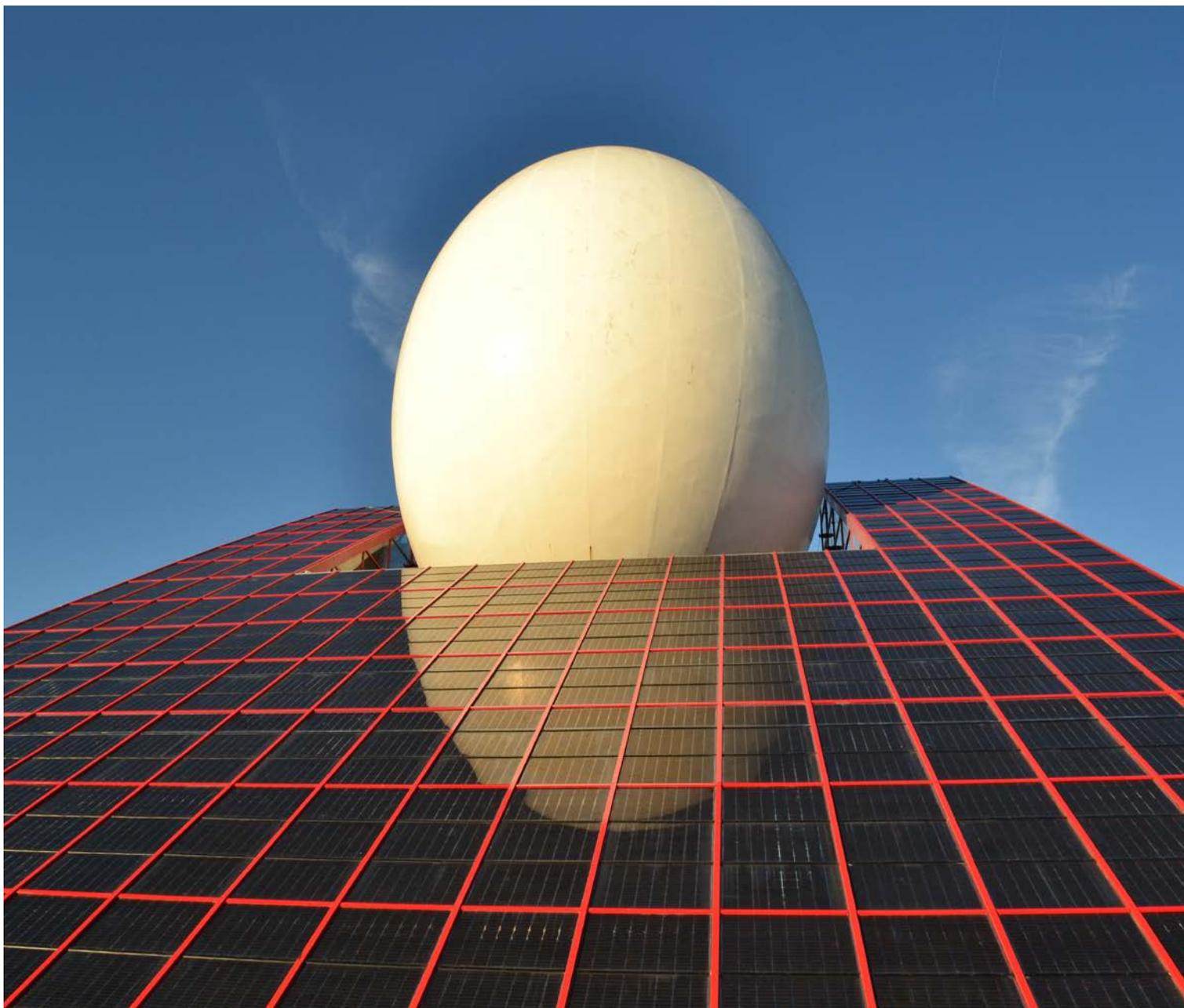
张明
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5087 2750
zhangming@zhonglun.com



许晶迎
非权益合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5087 2746
xujingying@zhonglun.com

新能源项目被取消 电价补贴时的法律救济

作者：郝利 夏煜鑫 张常睿



为解决新能源项目电价补贴长期拖欠的问题，国家发展改革委办公厅、财政部办公厅、国家能源局综合司于2022年3月24日发布《关于开展可再生能源发电补贴自查工作的通知》，对全国范围内的新能源项目进行了有史以来最严格的补贴合规性核查。本次补贴核查后，部分新能源项目可能无法全额享受电价补贴或电价补贴被取消，甚至需要退回已收到的补贴，导致项目发电收益严重不及预期，公司生产经营陷入困境。在此背景下，对于通过并购方式取得项目股权的新能源投资主体而言，需要寻求有效的法律救济途径，以降低自身的电价补贴损失。本文将结合笔者实践经验，对新能源并购项目中收购方面临的电价损失风险及救济路径进行分析和探讨，以供相关人士参考。

第一部分\

新能源项目电价补贴损失的风险分析

（一）新能源项目补贴政策的演变

1. 可再生能源电价附加资金补助目录时期

为鼓励新能源项目的发展，国家对新能源项目的电价实施电价补贴政策，2012年3月14日，财政部、国家发展改革委、国家能源局印发《可再生能源电价附加补助资金管理暂行办法》（财建〔2012〕102号，现已失效），明确新能源项目电价高出当地脱硫燃煤机组标杆上网电价的部分通过可再生能源电价附加资金解决，对属于《可再生能源发展基金征收使用管理暂行办法》规定的补助范围，“已完成审批、核准或备案，且已经过国家能源局审核确

认”，“符合国家可再生能源价格政策，上网电价已经价格主管部门审核批复”的可再生能源项目，财政部、国家发展改革委、国家能源局审核¹通过后列入可再生能源电价附加资金补助目录，享受可再生能源电价附加资金补助。目前可再生能源电价附加资金补助目录已公布七批。

该时期，影响风电项目电价补贴的主要因素为项目核准时间、开工时间、纳入财政补贴年度规模时间等，影响光伏项目（领跑者项目、竞争性配置项目等特殊项目除外）电价补贴的主要因素为项目备案时间、纳入财政补贴年度规模时间、并网投运时间等，相关电价补贴政策文件中均未明确新能源项目需要“全容量

1.根据《国家能源局关于印发可再生能源电价附加资金补助项目审核确认管理暂行办法的通知》（国能新能〔2012〕78号，现已失效）的规定，对纳入可再生能源附加资金补助目录的审核重点为项目“是否符合规划和年度开发计划、程序是否合法、手续是否完备进行审查核实，对符合规划、程序合法、手续完备的项目予以确认。”

并网投运”才能取得相应电价。实践中，部分新能源项目业主为“抢电价”，通常在要求的并网投运时间前先少部分容量并网发电，锁定并网投运时间，后续再逐步完成项目全部容量并网建设，此类项目也成功纳入可再生能源电价附加补助目录，并取得了相应的补贴收益。

2. 可再生能源发电补助项目清单时期

在可再生能源电价附加入不敷出、补贴长期拖欠的背景下，2020年1月20日财政部、国家发展改革委、国家能源局下发《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）及《可再生能源电价附加资金管理办法》（财建〔2020〕5号）（以下简称“5号文”），收紧了新能源项目补贴政策，明确“全部机组并网时间符合补助要求”的项目，经国家可再生能源信息管理平台审核通过后²，才能纳入可再生能源发电补助项目清单。目前可再生能源发电补助项目清单2020年已发布10批，2021年已发布24批，2022年未发布，2023年已发布1批。

该时期，部分存量补贴项目的补贴额度受到较大影响，尤其是原已纳入可再生能源电价附加补助目录的项目，因不满足5号文等规定的纳入补助项目清单的条件，仍存在补贴被核减或被取消的风险。

（二）无法取得电价补贴的主要情形

5号文中明确，“国家发展改革委、国家能源局、财政部需适时对项目开展核查，核查结果将作为补贴发放的重要依据。核查结果不合格的项目，电网企业应暂停发放补贴。”自5号文发布后，国家发展改革委、国家能源局、财政部已针对新能源项目电价补贴开展过两次大规模核查。第一次核查依据为财政部经济建设司、发展改革委价格司、国家能源局新能源司2021年6月30日发布的《关于开展可再生能源电价附加补助资金核查工作的通知》，第二次核查依据为国家发展改革委办公厅、财政部办公厅、国家能源局综合司2022年3月24日发布的《关于开展可再生能源发电补贴自查工作的通知》。根据核查实际情况，国家发展改革委办公厅、财政部办公厅、国家能源局综合司最终于2022年9月30日发布《关于明确可再生能源发电补贴核查认定有关政策解释的通知》

（发改办运行〔2022〕853号），对影响电价补贴的部分政策进行了相应解释。根据前述两次核查重点工作及有关政策解释内容，我们总结出实践中新能源项目在核查中导致补贴被核

2.对纳入可再生能源发电补助项目清单的项目，审查重点如下：

电网企业：重点对申报项目的真实性、项目全容量并网时间是否符合申报要求、并网支持性文件有效性等进行初审。

省级能源主管部门：重点对项目核准（备案）文件的真实性和合规性、项目是否符合规模管理进行审核确认。

国家可再生能源信息中心：重点对申报项目的完整性、支持性文件的有效性、规模管理和执行电价的合规性进行复核。

减或补贴被取消的主要情形：

1.未取得合法有效的规模指标

无论在可再生能源电价附加资金补助目录时期还是可再生能源发电补助项目清单时期，对于补贴项目而言，其核查要点之一即是否取得“规模指标”，在实践中，风电项目的“规模指标”通常体现为省级能源主管部门下发的“年度开发计划”类文件，光伏项目的“规模指标”通常体现为省级能源主管部门下发的“光伏电站建设年度实施方案”，如果未取得“规模指标”的，将无法获得可再生能源补贴资格。

2.擅自变更项目投资主体

《国家能源局关于印发新建电源项目投资开发秩序监管报告（新能源部分）及工作要求的通知》（国能监管〔2015〕384）明确，未经主管部门同意，新能源项目并网前不得变更投资主体。如果未经核准/备案机关同意即擅自变更投资主体的，则主管部门有权取消可再生能源电价补贴。

3.全容量并网时间不符合电价认定时间要求

5号文发布后，严格来说，新能源项目上网电价已明确按照全容量并网时的电价执行，但实践中部分项目业主仍然采取以首次并网时间代替全容量并网时间的方式“抢电价”，如果按照全容量并网时间核定项目电价的，将导致该部分“抢电价”的存量补贴项目无法再侥幸按

照首次并网时间享受较高的电价收益，使项目收益严重降低，甚至亏损。

4.项目申报容量与实际容量不符

财政部、国家发展改革委、国家能源局于2020年9月29日发布的《<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）中明确规定：“项目纳入可再生能源发电补贴清单时，项目业主应对项目实际容量进行申报。如在核查中发现申报容量与实际容量不符的，将按不符容量的2倍核减补贴资金。”如新能源项目申报容量与实际容量不符，存在超装、少装情形的，将存在补贴资金被核减的风险。

（三）对新能源项目电价补贴核查情况

在国家补贴核查的大背景下，内蒙古自治区率先出击，自治区能源局于2022年3月3日便下发《内蒙古自治区能源局关于全面排查梳理全区已批复新能源项目有关情况的通知》（内能新能字〔2022〕244号），其中要求能源主管部门核查已纳入和拟申请纳入电价补贴目录项目的电价附加补贴资金申报信息及佐证材料，重点核查是否存在不符合要求的项目纳入补贴目录，及已领取的补贴金额等。针对此次核查结果，内蒙古自治区发展和改革委员会于2022年6月29日下发《关于废止部分可再生能

源项目上网电价批复文件的通知》（内发改价费字〔2022〕1021号），取消了17个未纳入年度建设规模管理的项目、7个擅自变更投资主体的项目上网电价批复文件，导致项目失去补贴资格。

经国家发展改革委、财政部、国家能源局会同有关方面对享受可再生能源发电补贴政策项目的合规性、规模、电量、电价、补贴资金和环保等六个方面进行全面核查后，国家电网与南方电网于2023年1月6日分别正式公布了《关于公布第一批可再生能源发电补贴合规项目清单的公告》，此次正式公布的国家电网合规清单中可再生能源项目共6,821个，南方电网合规清单中可再生能源项目共514个。



第二部分\

新能源项目并购交易中收购方保障项目取得预期电价的主要措施

（一）由转让方对电价补贴收益进行承诺保证

在新能源项目股权转让的过程中，收购方通常会要求转让方在预收购协议、股权转让协议或合作协议（以下统称“股转协议”）中对项目电价补贴收益作出承诺保证。一般而言，转让方的承诺保证主要分为以下几种情况：

1.转让方承诺回购项目公司股权

由转让方作出承诺，若最终项目所执行的电价未达到双方预期或项目未在特定时间前全容量并网发电或项目未在特定时间内被纳入补贴目录等，则转让方承诺回购项目公司股权，并明确回购价款的金额或计算标准等。回购价格由双方自行约定，一般约定由双方认可的资产评估机构评估审定的净资产值，或以收购方已支付股转对价+特定利率年化收益，或以收购方已支付股转对价+收购方在股权交割后对项目的进一步投入金额+债务承接价款+应付股利等方式进行认定。

2.转让方承诺赔偿电价补贴损失

由转让方作出承诺，若最终项目所执行的电价未达到双方预期或因相关合规性手续未及时办理影响项目电价的，则转让方承担项目公

司遭受的电费收益损失，并明确损失计算公式。电费收益损失的计算方式可以由双方自行约定，预期电费收益损失通常采用公式的方式表示，比如：损失=[（预期电价—实际电价）×项目并网投产以来的年均发电量×20年]。

3. 转让方承诺对股转对价进行调整

由转让方作出承诺，将项目列入补贴目录或取得约定电价作为支付部分股转对价的条件，在确定项目能取得预期电价前，暂扣部分股转对价，若确定项目无法取得预期电价的，则根据实际能取得的电价标准相应调整股转对价金额，收购方不承担超过调整后的股转对价金额的支付义务。

（二）由EPC方对电价补贴收益进行担保

EPC工程总承包方（以下简称“EPC方”）作为项目承建主体，其工程实施进度直接影响项目并网时间，进而导致项目电价的变化。因此，实践中EPC方对电价补贴收益进行担保的情形也比较常见。一般而言，EPC方对电价补贴收益进行担保的主要情形如下：

1. EPC方对项目逾期并网造成的损失承担赔偿责任

EPC方承诺项目在特定时间前完成全容量并网，如因EPC方原因导致项目未在约定的时间内并网，造成项目未能取得预期电价的，则

EPC方承担由此给项目公司造成的电费收益损失，相应损失可在项目公司应支付EPC方的工程款中直接扣除，不足以扣除的，项目公司仍可要求EPC方继续承担赔偿责任。

2. EPC方对电价补贴损失承担兜底性承诺

新能源项目开发建设过程中，若EPC方与转让方为关联方，则为充分保障自身权益，收购方会要求EPC方对项目电价作出兜底性承诺。此种情形下，EPC方还会负责项目合规性手续的办理，如办理电力业务许可证、负责可再生能源补贴目录/清单的申报等。EPC方可能会承诺项目能够取得预期电价，若未取得预期电价（无论何种原因），由此引起的项目收益损失，由EPC方进行赔偿。

（三）由第三方对电价补贴收益进行担保

为提高交易相对方的履约能力，收购方可能还会要求第三方补充提供增信措施，对项目电价收益作出承诺保证。交易相对方通常会选择第三方关联单位为项目能够取得预期电价提供担保，第三方可作为相关交易文件的签订主体，在交易文件中增加第三方承担担保责任的条款，或由收购方与第三方另行签订担保合同。

第三部分\

新能源项目收购方主张电价补贴损失的主要救济路径

通常而言，如项目无法取得预期电价的，收购方可依据合同约定要求交易相对方回购股权、解除合同退还交易价款、调整合同价款或要求交易相对方赔偿损失等。收购方在主张权利前，应首先厘清与各交易相对方之间的法律关系，如预收购法律关系、股权转让法律关系、工程总承包法律关系等，并根据不同的法律关系寻求不同的救济路径。

（一）要求合作方回购股权

股权回购主体的范围较广，除了常见的由转让方进行股权回购外，EPC方、担保方等其他交易相对方也可能对股权回购作出承诺。

1. 回购条款的触发

收购方主张通过股权回购方式对电价补贴损失进行救济的，应确认交易文件中的股权回购情形，若将项目未取得预期电价作为股权回购的情形之一，则当新能源项目无法取得预期

电价时，将触发股权回购条款，收购方可要求股权回购主体依照合同约定回购收购方持有的项目公司股权，并支付相应的股权回购款。

2. 回购国有股权是否需履行国资监管程序

在收购方为国有企业的情况下，需要关注股权回购所涉及的国有资产交易是否需要履行国资监管程序。司法实践中对于该问题存在不同的观点，部分法院³认为股权回购系平等民事主体的真实意思表示，相关进场交易的规定系管理性强制性规定，而非效力性强制性规定，股权回购行为不因未经批准、未进行评估、未进场交易而无效；部分法院⁴认为股权回购未履行国资监管程序属于违反效力性强制性规定的情形，未履行国资监管程序的回购行为应属无效。

鉴于司法实践中对于回购国有股权未履行国资监管程序的行为是否有效存在不同态度，我们建议在股转协议中明确约定，履行国资监管程序进行股权回购时，回购方需履行的国资监管配合义务，如回购方未依约履行配合义务的，需承担相应的违约赔偿责任。

（二）解除股转合同

为解决股权回购可能需要履行国资监管程序所带来的不便，收购方还可以采取解除合同并要求交易相对方退还款项或赔偿损失的方式进行救济。

3.如最高人民法院民事裁定书，（2016）最高法民申876号；最高人民法院民事裁定书，（2015）民申字第715号；最高人民法院民事裁定书，（2014）民申字第304号；云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院民事判决书，（2020）云26民终512号；内蒙古自治区赤峰市中级人民法院民事判决书，（2020）内04民终2278号；广东省广州市中级人民法院民事判决书，（2018）粤01民终11866号；山西省高级人民法院民事判决书，（2018）晋民终180号案件等。

4.如北京市第三中级人民法院民事判决书，（2020）京03民终13060号；河南省南阳市中级人民法院民事判决书，（2020）豫13民终4915号；北京市第一中级人民法院民事判决书，（2019）京01民初388号；北京市第二中级人民法院民事判决书，（2011）二中民终字第19051号案件等。

1. 将未取得预期电价作为合同解除的情形

收购方可在交易文件中将未取得预期电价作为合同解除的情形之一，当新能源项目无法取得预期电价时，触发合同解除条款，收购方可要求转让方于收到解除通知之日起一定时间内返还收购方所支付的股权转让价款并赔偿其他经济损失，但需注意的是，就损失的计算而言，如果双方未就违约金进行过明确约定或收购方未能举证证明遭受了特定经济损失，则转让方除返还股权转让款本金外，一般仅需支付相应利息⁵。

2. 是否导致合同目的无法实现

无论股转协议中是否明确将未取得预期电价作为合同解除的情形之一，司法实践中法院均会审查转让方的违约行为是否已经影响到收购方合同目的实现，股转协议交易的标的为项目公司的股权而非项目公司的资产，收购方能否以项目未取得预期电价影响到合同目的实现为由要求解除合同存在不确定性。司法实践中对股权转让目的是否实现的认定标准存在不同观点，部分法院认为受让人签订股转协议的目的即“取得标的公司股权”，如最高人民法院（2018）最高法民申3154号案件中，法院认为“对于股权转让合同来讲，受让人的合同目的系取得公司股权，刘某东所称利用同欣科技公司土地用于特定工业建设并非《中华人民共和国

合同法》第九十四条第四项所称的‘合同目的’。”部分法院会结合股转协议及系列相关协议签订背后的原因来探索收购方签订股转协议的目的。如北京市高级人民法院（2019）京民终220号案件中，法院认为“在本案中，乙方所期待的合同目的，不仅仅是项目公司的股份，其根本目的在于项目公司进行项目开发所能获得的全部权益。在其依据《股权转让协议》获得项目公司的股权后，仅仅是完成了其控制项目公司的目的，项目无法进行开发建设是乙方无法接受的”。

因此，我们建议收购方在股转协议中明确合同目的是通过股权转让获得项目的电费收益，如项目无法取得预期电价将视为收购方合同目的无法实现，并将项目未取得预期电价作为合同解除的情形之一，同时约定合同解除后款项返还及损失赔偿金额的计算方式或公式。

（三）调整合同价款

如果项目交易文件中明确约定，收购方（含其收购后的项目公司）支付的股转对价和EPC工程款并非固定不变价格，而需根据项目实际取得的电价标准进行调整的，一旦项目无法

5.如最高人民法院民事裁定书，（2020）最高法民申3275号；最高人民法院民事判决书，（2019）最高法民终527号；最高人民法院民事判决书，（2018）最高法民终1150号案件等。

取得预期电价，收购方可依据合同约定，要求调整合同价款，包括但不限于依据股转协议约定调整股转对价及依据EPC合同约定调整EPC工程款的金额。

股转对价的金额，通常是依据目标股权评估报告确定的评估价值确定的，而股权评估价值与项目能取得的电价密切相关，如果项目无法取得预期电价，势必影响目标股权的价值，此时收购方依据股转协议约定要求调整股转对价，较为合理。但对于调整EPC工程款而言，EPC方仅负责项目建设，而工程款的结算有相应的规范，通常与项目能否取得相应的电价无关，收购方如主张调整EPC工程款，还需要举证是因为EPC方未及时全容量并网等原因导致项目无法取得预期电价，以增强要求调整EPC工程款的合理性。

（四）要求赔偿损失

要求赔偿损失是新能源项目收购方采取的最常见方式，损失赔偿的主体也较为广泛，包括转让方、EPC方、担保方、其他交易相对方等。当项目未取得预期电价时，收购方可根据交易文件约定要求损失赔偿主体赔偿项目公司及自身遭受的损失。

但需要注意的是，对于新能源项目收购方主张电价补贴损失赔偿的请求能否被支持，司

法实践中存在不同的观点。部分支持电价补贴损失的案例中认为，由于可再生能源补贴的政策是公开的，项目投运后可获得的发电收益包含一定具体金额的可再生能源补贴是可以预见的，从性质上，可再生能源补贴应符合利益的预期可得性原则。但法院在对可再生能源补贴损失方面的支持力度相对保守，受制于可预见性、可确定性等原则，一般不会支持全部损失。即使在性质上认可可再生能源补贴损失属于符合可预期性的损失，仍需举证证明发电量和电价具有确定性。⁶部分不支持电价补贴损失的判例中认为，由于新能源项目进入补贴清单需满足一系列条件，并经过一系列程序，因此特定项目能否和何时进入补贴清单均有不确定性，在可再生能源补贴清单由财政部等国家机关发布的时代，可再生能源补贴的申报和审批往往具有滞后性，据此，可再生能源补贴的取得在签署合同时具有不确定性和不可预见性⁷。

因此，若在交易文件中明确项目能够取得的电价标准，并约定无法取得对应电价时交易相对方承担赔偿责任的具体计算方式，则当项

6.如山东省高级人民法院民事判决书，（2020）鲁民申11420号案件中，法院认为“舜鑫公司要求展宇公司赔偿合同履行后可以获得的发电项目补贴，本院予以支持。舜鑫公司与国网山东省电力公司商河县供电公司签订的5年用电合同，证实5年发电时间对于舜鑫公司具有确定性和可期待性；……舜鑫公司主张以项目运营期发电量表所载的5年发电量作为计算损失赔偿数额的依据，具有合理性和可期待性。”
7.如安徽省合肥市中级人民法院民事判决书，（2020）皖01民终3726号案件中，法院认为“在案涉光伏电站进行立项、招标建设过程中，投资建设人应对光伏能源项目的一系列政策走向和项目前景有所了解 and 预判，……当事人双方在合同中所作的收益分析，建立在国家相关政策的基础上，并不以当事人自身意志为转移，当事人基于案涉合同对补贴及收益的信赖利益并非来自于合同相对方，该信赖利益能否实现取决于当事人不能左右的国家相关政策，不能据此约束合同相对人，假使名筑钢塔公司通过申报进入可再生能源补贴目录，也无法确定何时获得国家补贴及补贴范围。”

目发生电价补贴损失时，收购方主张电价补贴损失赔偿被支持的概率会大大增加。

第四部分\

新能源项目的政策变化是否构成情势变更

《民法典》第五百三十三条规定，“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更或者解除合同。”本条规定了因情势变更解除或变更合同的情形。

对于国家政策的重大调整，司法实践中主流观点认为构成情势变更⁸。目前实践中新能源项目收购方主张电价补贴损失的案例，多源于项目全容量并网时间不符合要求。由于部分新能源项目在建设时国家并未发布文件明确项目并网指的是首次并网还是全容量并网，而且当时行业内大家普遍认为项目并网时间指的是首次并网的时间，但在申报新能源项目国家补贴时，因2020年1月20日发布的5号文，明确了新能源项目国

补电价执行全容量并网时间的电价，而非按首次并网时间认定电价，导致项目无法取得预期电价收益。从转让方的角度而言，彼时新能源项目合作各方对于5号文的出台和实施并无法预见，应属于非商业风险的重大变化，构成情势变更。但另一方面，5号文出台之前也并没有任何法规和政策文件规定项目并网时间指的就是首次并网的时间。因此，前述5号文的出台和实施是否构成情势变更可能会是发生纠纷时各方争议的焦点问题。

第五部分\

结语

新能源项目无法取得预期电价将会对项目造成重大影响，收购方在交易时，应设置完善的交易结构，由相关交易相对方对于项目电价补贴收益作出承诺与保证，并在交易文件中约定合理的救济路径，确保在项目无法取得预期电价时，可采取适当的路径主张电价补贴损失。同时，收购方在主张权利时，还应针对不同的法律关系采取不同的救济措施，在采取救济措施前应先对不同的救济路径进行利弊分

8.如最高人民法院民事判决书，（2015）民提字第39号案件；山东省滨州市中级人民法院民事判决书，（2018）鲁16民终514号案件等。

析，并综合项目运营情况、融资和担保情况、交易相对方资信情况等选择对己方有利的救济途径，必要时应聘请专业律师提供法律服务。



郝利
合伙人
公司业务部
杭州办公室
+86 571 5692 1386
haoli@zhonglun.com



夏煜鑫
非权益合伙人
公司业务部
杭州办公室
+86 571 5692 1389
xiayuxin@zhonglun.com

销售模式介绍及法律风险探讨 ——快消行业合规体系解析之一——

作者：邱靖 于龙涛 张家平



快消品一般指日常生活中使用频率高、消耗快，用户购买频率也较高的消费品，例如酒类、饮料、食品、日化产品等。而合规在最近十余年来成为法律行业炙手可热的话题，这既有国内外重大事件的推动，也是国内外执法机关积极执法以及执法方式创新的结果。面对越来越高的违规成本，各行各业对于合规的重视程度也越发提高。然而，由于每个行业特点和业务模式不同，每家企业乐于承担风险的程度也不同，注定了合规没有固定的模式，而是根据行业和企业业务特点个性化定制的项目。所谓“皮之不存，毛将焉附”，合规无法独立于企业业务存在。因此，本篇文章，作为本系列文章的开篇，我们将首先对快消行业的典型业务模式和架构进行简单介绍，继而围绕业务流程和架构，解析其中所涉及的合规问题。

第一部分\

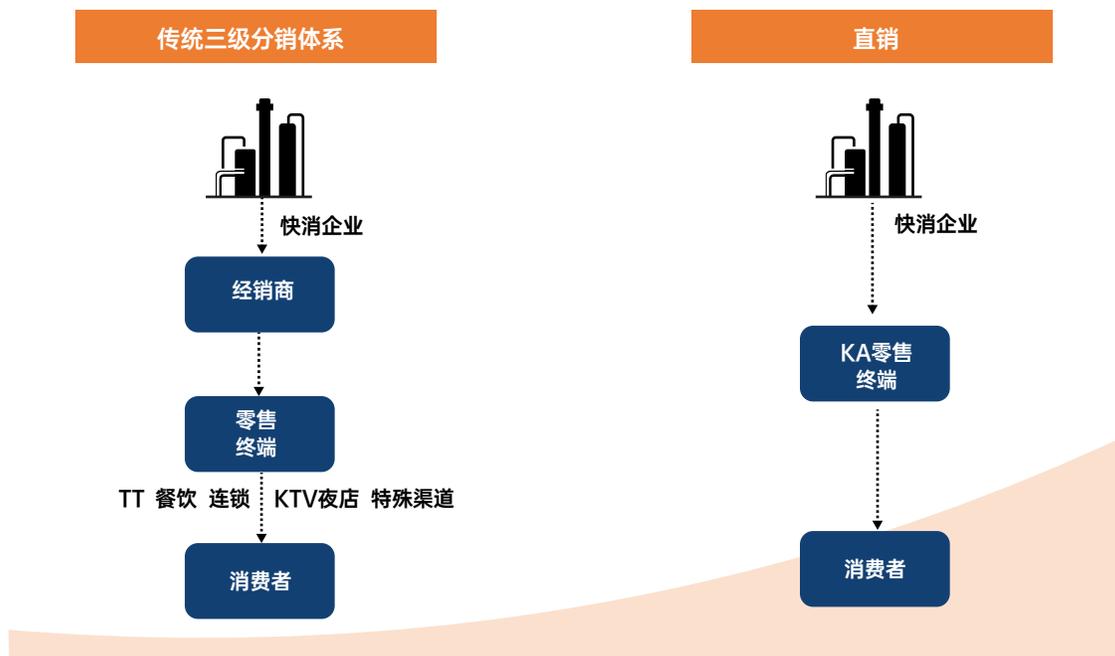
快消行业传统销售体系简介

从销售层级角度区分，传统的快消行业销售体系可以大致分为两种模式：**三级分销体系**和**直销体系**。在三级分销体系下，产品由快消企业，逐级经过经销商、零售商，最终销售给消费者。其中，经销商环节可能包含多级经销商（一级经销商、二级经销商甚至三级经销商等），零售商主要指连锁店、餐饮店、KTV等渠道，以及学校、医院、军队等特殊渠道。在直销体系下，产品由快消企业直接销售给零售商，再由零售商销售给消费者，而不涉及经销商环节。

可以看出，快消行业的销售环节存在众多相关方，各方间既是合作关系，又存在利益上

的冲突：经销商和零售商大多希望短期最大化自己的利益，对于品牌发展进行长期投资的意愿较低；消费者希望以更低的价格买到更高品质的产品；而快消企业需要在各方利益间进行平衡，既要确保经销商和零售商有足够的利润空间，以此激励其销售的动力；同时还要确保在市场上同类产品中有竞争力，赢得消费者的青睐。

一个典型的例子是，快消企业经常希望对消费者进行直接激励，而经销商和零售商作为快消企业销售通路中的销售政策执行者，可能会出于自身利益考虑截留快消企业本希望投入到消费者身上的投资。近年来产生的所谓深度分销，本质上就是快消企业对于各个销售环节的运作有很深的参与，并占有主导地位的一种销售模式。



(快消企业典型销售模式图示)¹

第二部分\

快消企业和一级经销商之间销售激励的风险解析

快消企业和一级经销商之间的常见销售激励可以分为两类：折扣和返利，本部分中我们将分别针对这两种销售激励方式的风险进行分析。

1.折扣的相关风险分析

折扣简单来说就是现折现扣，即快消企业在销售时直接按照票面金额给予经销商一定比例的折让。

从会计或税务的角度，折扣大致可以分为三类：商业折扣、现金折扣和销售折让。商业折扣实际就是现折现扣，票面上的价格直接给一个折扣；现金折扣主要激励客户提前付款，再给与一定比例的优惠；销售折让是指产品存在逾期或瑕疵等问题，所以在价格上予以折让。

由于折扣仅仅是货款金额的降低，并不发生额外的利益支付环节，故商业贿赂角度风险较小。即便在2017年《反不正当竞争法》修订

1.从法律关系上而言，产品所有权是自上而下转移，金钱是自下而上支付，物流情况较为复杂：产品由快消企业送至经销商仓库，再由经销商配送居多，但也有部分快消企业会直接将产品送至二级经销商或零售商的情形。以上是简化后的模型介绍，仅作为法律分析之用，无法涵盖所有现实情况。

前，交易相对方还可以作为商业贿赂的受贿主体的情况下，实践中折扣被认定为商业贿赂的风险也很低。不过值得关注的是，最新公布的《反不正当竞争法》（修订草案征求意见稿）将交易相对方重新纳入受贿主体，若正式稿中保留这一修订，仍有可能对将来折扣的商业贿赂风险判断带来影响。

2. 返利的相关风险分析

返利一般指快消企业根据经销商在一定时期内的采购量或其他指标，**根据采购金额的一定比例给予其奖励**。由于返利通常在销售后支付，所以也称售后折扣。

通常来说，返利的合规操作方式是：快消企业向经销商支付返利应当开具红字发票（即“红冲”），并通过银行转账的方式将返利金额支付给经销商。但在实践中，部分快消企业会在一定程度上扩大“返利”的使用范围，从而产生法律、财税方面的风险。

例如，部分快消企业会经销商承担的推广相关服务费等项目以返利的名义向经销商进行支付。举例而言，如果快消企业的产品如果要进零售场所进行销售，其中涉及促销活动费用可能由经销商先行垫付，而后经销商再向快消企业“报销”。从交易内容的实质来看，如果经销商提供了推广服务，那么快消企业应当向经

销商支付一笔服务费，而且服务费的比例应当与提供服务的价值相对应。但实践中，部分快消企业会将这种“报销”计入经销商的返利中，通过“红冲”向经销商支付现金，或将其金额计入所谓的“折扣池”或“返利池”，用以抵扣经销商后续采购款。

如此一来，快消企业向经销商支付的返利（也包括计入“折扣池”或“返利池”的部分），并不能真实体现交易的实质。依据《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第五条中的规定，“在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。本规定所称回扣，是指经营者销售商品时在帐外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。本规定所称帐外暗中，是指未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务帐上按照财务会计制度规定明确如实记载，包括不记入财务帐、转入其他财务帐或者做假帐等”。所以，如果经销商的上述报销行为被认定为入账不准确，即将本身是经销商提供促销服务的内容，但在账目上记载为产品折扣，就**可能会以“做假账”的理由被认定为是商业贿赂**。

同时，若经销商提供促销行为被认定为是一种提供服务的行为，而快消企业又通过返利

方式直接将本应作为服务费支付的款项在货款中进行抵扣。由于支付服务费是应当另外缴纳增值税的，而抵扣货款并不会考虑这部分税费，因此这种操作也会产生税务风险。因此，**合同约定应与财务处理紧密协调一致**，在与经销商的合同中就促销服务提供和产品返利的的内容做好详细约定，以规避商业贿赂和税务的双重风险。

除了上述风险外，提供销售激励（包括折扣和返利）的条件可能导致反垄断方面的风险。具体而言，快消企业在企业的不同阶段，可能根据业务的重心，提出销量目标、零售点铺货率、遵循或实施销售系统、物流补贴、价格体系维护、禁止窜货（即地域限制）等各类销售激励提供条件。其中关于价格体系的维护很有可能涉嫌构成纵向垄断协议，若快消企业具有市场支配地位，则地域限制、追溯性的销量折扣都有可能构成滥用市场支配地位，或者构成辅助达成纵向价格管控的手段。这里比较容易忽视的是《价格法》中的规定，《反垄断法》里关于滥用市场支配地位的前提是具有“市场支配地位”，但是关于价格歧视等，《价格法》中也有类似规定，且《价格法》项下并不要求市场支配地位的认定，也就不需要缜密的 market 地位、操作手段及影响效果的分析，因此在执法应用时会更加便利。这也是早期部分所

谓的反垄断案件其实都是按照《价格法》来处罚的原因。

另一风险是低于成本价销售。例如对于采用“折扣池”操作的快消企业，由于经销商的滚动积累，“折扣池”内的余额也会越积越多，此时建议快消企业对“折扣池”的抵扣条件设置限制，例如单件产品的折扣比例最大是多少，让经销商从“折扣池”里带走的费用不能高于某一比例，否则有可能构成低于成本价销售。关于低于成本价销售，《反垄断法》和《价格法》中均有相关规定，不同的是《价格法》中的规定不需要有“市场支配地位”的前提条件，容易被许多企业忽视。另外在《禁止滥用市场支配地位行为规定》中，拓宽了可以合法地低于成本价销售的条件，即“在合理期限内为推广新商品进行促销的”。虽然对于什么是“新商品”，“合理期限”为多久都有待明确，这点和《价格法》规定不完全一致，但从立法角度上来说，这个例外是在《反垄断法》相关的行政法规中规定，似乎应仅仅适用于“具有市场支配地位”的经营者；故而回到《价格法》体系下，那些不具有市场支配地位的企业，即便是为了“新品推广”而低于成本价销售，也无法适用《禁止滥用市场支配地位行为规定》，从而属于潜在违法行为，似乎并不符合逻辑。所以，对于上述《价格法》和《反垄断法》如何协调，让我们

拭目以待。

第三部分\

快消企业向个人提供奖励的法律风险解析

本部分主要讨论的是向经销商或零售商提供的供个人使用的实物或其他奖励，比如手机、旅游等。

在现行的《反不正当竞争法》实施之前，交易相对方也可以成为受贿人，国家工商总局发布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第二条中规定，“本规定所称商业贿赂，是指经

营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。”“前款所称财物，是指现金和实物，包括经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或者个人的财物。”因此，在现行《反不正当竞争法》实施之前，向经销商提供折扣几乎是唯一合法的方式，给予交易相对方现金和实物也会构成商业贿赂。但现行《反不正当竞争法》改变了这一规定，更多的回应了实务和理论界关于商业贿赂主要是违反忠诚义务的理论，其在第七条中规定了三类受贿人：“（一）交易相对



方的工作人员；（二）受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；（三）利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”。从以上规定可以看出，新老反法规定的最大区别就是将交易相对方从受贿人中排除出去（《反不正当竞争法》（修订草案征求意见稿）又将交易相对方纳入受贿主体范围之内，学界和实务界对此争议比较大，最终如何修订让我们拭目以待），因此向交易相对方支付现金和提供奖励的行为并不构成商业贿赂。

而本文所讨论的提供个人奖励的行为仍具有较高的商业贿赂风险，主要原因是这些奖励极易被经销商的员工个人所占有（尽管名义上可能是向经销商或零售商提供的），而快消企业提供实物和其他奖励还可能实质上会为员工占有这些奖励提供了便利，从而被认为是在向经销商或零售商员工（而非经销商或零售商）进行利益给付。因此，也就有可能构成《反不正当竞争法》所禁止的“贿赂交易相对方工作人员”的行为。

以旅游为例，快消企业经常设置一些目标，达到目标就可以奖励经销商境内或境内旅游。可问题是，大部分经销商是法人，“法人”是无法享受旅游的，所以旅游的实际享受者只能是自然人个人，这些个人往往是经销商的员工，因此便有被认为是向交易相对方工作人员

提供贿赂的可能。当然，同样是差旅，被视为商业贿赂风险的大小也各不相同：首先是业务相关的出差，例如定期举办经销商大会，如果有明确的会议安排和业务讨论项目，同时并不涉及过分娱乐项目，属于正常的业务招待，特别是如果受邀参会者会后游玩也是自己承担费用，那么这类差旅的商业贿赂风险是较为可控的；其次则是不具有合理业务目的的纯休闲旅游，由于旅游最终都会落实到经销商中具体某个员工，在没有合理理由的情况下，就有可能被认定为通过旅游方式贿赂交易相对方的员工，因此风险较高。

除此之外，实务中也有一些常见但存在风险的操作。例如，酒类行业有所谓“瓶盖费”的概念，即向餐馆或其他零售商的服务人员回收瓶盖，以达到促进特定品牌产品销售的目的，这种利益给付有可能被认定为通过贿赂交易相对方的工作人员（或对交易有影响力的第三方），获得不正当的竞争优势的行为。另外，许多商超连锁或卖场是国有企业，其员工在美国《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act, **FCPA**）项下可能会被认定为属于政府官员，若受FCPA管辖的企业向该些人员提供利益，不仅会引起中国法下商业贿赂的风险，还会存在违反FCPA的风险，需要特别注意。

第四部分\

快消企业向二级经销商和零售商提供利益的法律风险分析

如上所述，在传统销售模式下，最重要的中坚力量就是一级经销商，快消企业既希望经销商能够全力执行快消企业的政策，但又害怕一级经销商截留资源，所以有时候会联合经销商和二级经销商、零售商等签署多方协议，由快消企业直接将资源分配给二级经销商或零售商。实践中常见的方式包括：通过三方协议明确向二级经销商或零售商提供价格优惠、市场推广支持、促销支持、额外奖励等等。由于该等向二级经销商或零售商直接提供优惠政策的协议可能涉及限制经销商选择交易对方，以及控制经销商转售价格的可能，这类操作可能存在违反《反垄断法》的风险。因此，对于可能具有市场支配地位的企业，我们建议根据整个销售体系的设计来具体分析、判断并规避风险。

此外，有观点认为快消企业向二级经销商或零售商直接提供利益存在商业贿赂的风险。原因在于，二级经销商和零售商是对快消企业和经销商之间交易关系有影响力的第三方，那么快消企业向二级经销商或零售商提供利益，则可以适用《反不正当竞争法》中关于贿赂对交易有影响力的第三方的规定。虽然这一观点

存在争议，现实中也鲜有相关处罚案例，但我们也尝试提出几点减损商业贿赂风险的抗辩：

(1) 向二级经销商和零售商投入资源往往是快消企业和一级经销商协商的结果，相互之间比较透明，也可以做到如实入账；(2) 这种做法没有伤害销售体系中任何一方的利益，快消企业给予二级经销商和零售商支持的行为，不会损害二级经销商和零售商的利益，也可以提高一级经销商销售的销量；(3) 在大部分情况下，这类激励并不会对产品零售价格进行限制，故而不会损害消费者的利益。

第五部分\

销售管理体系的风险

各大快消企业往往会有形形色色的销售管理体系和系统，这些体系和系统既有利于快消企业管理销售状况，也能够为市场策略提供数据参考，还能够方便快消企业管理下游经销商和零售商。但是，销售管理体系的管控力越强，也容易带来更大的风险。

举例而言，销售管理体系中常见的定期召开经销商会议，便可能存在违反《反垄断法》中关于轴辐协议的规定：经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。由于快消企业不同的

经销商之间实际上是竞争者之间的关系，快消企业在组织经销商会议的过程中，对于会议的内容和议程，以及会议中不得讨论的内容都应该有明确的书面记录，否则如果经销商之间达成横向垄断协议，快消企业很可能违反《反垄断法》的规定，从而被认定为经销商之间达成垄断协议提供实质性帮助。

除此之外，快消企业也会通过销售管理体系收集大量商业数据和个人信息，数据和个人信息保护的合规风险也不言而喻。限于篇幅，我们在本文中暂不展开讨论，将另行撰文探讨。

最后，同一快消企业可能同时使用多个销售管理相关系统，包括经销商管理系统、零售商管理系统、费用相关的管理系统、销售订单的系统、财务ERP系统等。这些系统之间不仅技术上要统一协调，在费用的分类、兑现条件、名称等都需要统一协调。随着执法机关调查手段越发成熟，调查范围越发深入，如果某一个系统不合规、或不同系统间存在不一致，都可能引发执法机关的注意和质疑。

第六部分\

结语

现代快消企业的销售体系是一个复杂的系统，虽然近年电商的崛起对传统销售体系造成

了很大的冲击，但传统销售体系在不断适应和进步的过程中也显示出了很强的生命力。同时，随着销售体系的不断调整，合规风险管控工作也需要随之调整，只有将合规的要求精确地嵌入业务体系，成为业务体系的一部分，才能实现符合企业发展需求的真正意义上的合规。 ☞



邱靖
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3005
jimqiu@zhonglun.com

解码医药行业 跨境授权许可协议要点

作者：程芳 章舒熲



近年来，随着全球生物医药企业不断崛起，市场关注的医药技术领域已经从小分子的单一化迅速向多元化发展，从PD-1抗癌化药的大风口，到新冠疫情下的疫苗市场，再加上抗体、mRNA平台、细胞疗法等等全面开花。与此同时，药品授权许可交易（License in/out）也持续火爆。

药品授权许可交易（License in/out）的核心是许可人向被许可人授予产品的商业化权利，由被许可人在许可地域内推进产品的开发和商业化，并按照约定向许可人支付许可费。根据许可人和被许可人双方的定位，不同项目中许可协议的谈判各有侧重。本文将基于笔者多年来为药品授权许可交易提供法律服务的经验，着重从行业实践和项目落地的角度出发，探讨医药行业跨境技术授权交易谈判和协议审阅的考虑点。

第一部分\

授权条款中，在常规要素之外还需关注什么？

被许可人是否具有充分的分许可权利，能否自主推进商业转化和项目落地

众所周知，授权条款是授权许可交易的灵魂所在，许可协议以其为始、循序而下。授权条款应当清楚界定许可技术的内容和边界，并约定许可类型（独占、排他或普通许可）、许可实施方式（如使用、制造、销售、许诺销售、进口），以及许可实施范围（如合作地域、适应症等）。这些构成授权许可交易的基

础，医药企业通过大量交易经验都已充分了解其重要性，本文不再赘述。

那么，在上述常规要素之外，授权条款中是否有同样重要、但有时可能没有充分理解的法律概念呢？基于笔者处理相关交易的经验来看，答案或许是“分许可(sublicense)”条款。在被许可人所获授权的基础上，授权条款通常会进一步约定被许可人是否有权对外颁发分许可以及有关限制条件，对于这一问题，不同项目也各有侧重和考量。

在传统跨境许可项目中，许可人一般是某个药品的境外上市许可持有人，希望与境内被许可人合作，借助其生产能力和本地资源，将

药品落地中国进行量产和销售。在这些项目中，境外许可人通常希望锁定被许可人完成项目落地，也就是希望在最大程度内限制被许可人的分许可权利。而被许可人则应结合公司实际运营情况和国内有关药品生产和销售的法律规定，考虑是否需要拿到外包临床研究、委托生产或委托销售所需的分许可权限，甚至从公司长远发展和管线安排等角度考虑是否有可能将项目整体分许可给其他药企推进落地。

近年来，中国企业进入药品许可交易的节点逐渐提前，合作模式也逐渐多元化。例如，一些国内的高校、研究机构可能在早期药物发现或者临床前研究阶段，就与国外的研究机构或研发型药企达成合作，由双方共同开展后续研发，并选择合适的药企推进产品在境内境外的开发、生产与商业化。在这些项目中，许可人主要与被许可人分享药物经科学验证证实有效后，对外许可(License out)所获的收益，而被许可人则有较大的自由度进行分许可安排。再如，许可地域也逐渐从中国扩展到多地区、多国家，甚至全球范围。由于药品商业化的各个环节在各个国家和地区都属于高度监管的事项，被许可人从自身资源整合能力考量，也可能需要在某些国家与当地企业合作开展工作，也就需要在这些国家进行分许可。

第二部分\

交易总额之外，如何设计项目针对性的付款机制？

首付款打下合作基石，里程碑激励投后管理，销售提成考虑市场变量

在药品许可交易中，付款机制通常采用首付款(Upfront Fee)+里程碑费用(Milestone Payment)+销售分成(Royalty)的分期付款模式。实际上，交易总额和首付款比例通常在项目立项时就已确定，交易总额意味着产品未来潜在价值的判断，首付款则更多体现被许可人对产品未来价值兑现率的信心。那么，分阶段支付的里程碑款项意味着什么呢？笔者认为，一方面在于缓解被许可人的支付压力，另一方面也可以激励双方积极推进项目落地。

在License in项目中，被许可人可以通过设置里程碑款项来激励许可人充分配合项目推进。例如，PCT国际申请不涉及专利的实质性授权和保护，需要在具体国家获得授权后才在该国享有专利的排他性保护。如果许可药品仅有一项PCT国际申请，则可以将PCT进入主要市场的国家阶段，并在该国获得授权设置为一项里程碑付款条件。再如，国内临床试验批件仅有3年的有效期，如果许可人已获得临床试验批件且即将到期，则可以将按期启动临床试

验设定为一项里程碑事件，如果由于许可人未充分配合技术转移、导致被许可人未能在批件过期前及时启动临床试验的，对应的里程碑款项将不再支付。在License out项目中，许可人也同样可以通过里程碑款项来激励被许可人推进开发，而不是作为众多管线中的储备项目。最常见的方式便是要求药品获得上市许可批件前每年需支付许可维持费（maintenance fee），或者约定若更早获得临床试验或上市许可批件就可支付更少的里程碑款项。

对于销售分成，在外方许可人提供的协议模板中，通常将计算基数“净销售额”或者“净利润”约定为许可产品的实际销售价格乘以许可产品的销售量，再扣除被许可人销售许可产品的成本，例如包装费、运输费、增值税、返点、折扣等等。但这一计算方式是否可以无缝适用于计算产品在国内的净销售额呢？例如，在“两票制”下，实际销售价格是按照生产商向经销商提供产品的开票金额（即“两票制”中的“第一票”）计算，还是按照经销商向医院销售产品的开票金额（即“两票制”中的“第二票”）计算？在被许可人是生产商的情况下，如果其经销商既包括集团内关联公司，也有非关联的第三方企业，是否按照相同价格计算？

此外，销售分成的分成比例一经确定，是否可以根据重大市场变化进行调整呢？常见的

重大市场变动包括许可产品核心专利无效或到期、竞品上市、许可产品被纳入药品集中采购或医保目录。以许可产品被纳入药品集中采购为例，产品被纳入集中采购，也就意味着药企需要显著降低终端售价来换取销量保证，产品售价的降低也会直接影响被许可人支付销售分成的能力。在某些项目谈判过程中，外方许可人有时会要求被许可人保证不主动加入政府集中采购项目。但是，一旦许可产品品种被纳入集中采购，是申请许可产品参加集中采购，还是另辟蹊径自行开拓集采范围外的医院和地域都各有利弊，需要综合权衡后予以决策。

第三部分\

谈及新知识产权成果，我们究竟在谈论什么？

视具体项目情况，主要包括结构优化、新用途、工艺改进、试验数据

在医药行业的技术许可交易中，项目落地过程中往往涉及产品进一步开发和注册申报，以及药品生产工艺开发、验证、扩大等等步骤。这些过程中可能形成各种类型的新知识产权成果，比如对于许可技术所做出的改进、独立于许可技术的新发明创造，还有临床数据这一类医药行业中的特殊研究成果。新知识产权



成果的权属也往往是交易谈判的重点。

在过去很长的一段时间里，跨境许可交易中的中方被许可人往往以2011年《技术进出口管理条例》第二十七条的规定，即“在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方”¹，作为谈判筹码，主张被许可人作出的技术改进归属被许可人所有。但是，在新的国际贸易形势下，《外商投资法》鼓励外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作²，此后修订的《技术进出口管理条例》删除了原第二十七条的规定，《民法典》第八百七十五条也规定当事人可以按照互利的原则，在合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果³。这就意味着在目前立法背景下，改进技术的归属问题已属于双方意思自治的范畴。

在谈判改进技术的权属时，被许可人通常认为其作出改进技术投入了大量人力物力，故

而改进技术应归其所有，而许可人则通常会主张改进技术是在其许可技术的基础上得到的，并且许可人作出许可技术所投入的资源 and 智力劳动远远高于被许可人后续改进的投入，由此要求改进技术归许可人所有。那么，在进行商业谈判前，我们何不先跳出“改进技术”的法律术语，回归到具体项目和技术本身，先评估具体项目中改进技术的实质技术内容、产生可能性和应用场景，结合双方合作的初衷，对具体案件具体分析。

举例而言，如果合作模式是许可人将其处于早期药物发现阶段的新型化合物、质粒等材料提供被许可人主导开展后续研究和商业转化，被许可人可能通过修饰、改构、基因敲除等等技术手段，得到真正具有药物活性的化合物、基因序列等技术，那么协议约定改进技术归属被许可人所有，并由被许可人推进商业转化并与许可人分享商业利益，其实是符合双方技术贡献比例，也与双方合作的商业意图一致的。如果某些改进技术可作其他用途，并且无需借助许可人的原有技术，那么被许可人也可在项目之外利用该等改进技术。

1. 2011年《技术进出口管理条例》第二十七条规定，在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方。

2. 《外商投资法》第二十二条第二款规定，国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

3. 《民法典》第八百七十五条规定，当事人可以按照互利的原则，在合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果³。没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

在另一种合作模式下，许可产品已经基本成型、生产工艺也已基本成熟，被许可人只需完成行政审批所需的临床试验，在完成生产工艺转移并获得生产批件后，开展许可产品在境内的生产和销售。在这类项目中，作出新发明创造的可能性总体不高，主要可能在生产工艺方面作出改进，以及获得新的临床试验数据，对于生产工艺改进和临床试验数据，双方通常同意归属被许可人，并授权许可人用于许可产品在境外的相关工作。不过，有些许可产品也可能在临床试验过程中发现新适应症，双方应该在谈判阶段讨论新用途的可能性，如果确有可能的，提前约定新用途的权属和应用权利。

第四部分\

陈述与保证条款如何发挥最大效用？

立足尽职调查结果设计，配套违约责任机制执行

与普通的技术许可协议相同，药品授权许可交易使用的许可协议中也通常会设置专门的知识产权陈述与保证条款，由许可人就许可技术和产品的知识产权相关问题提供陈述与保证，通常包括权属保证、授权链条完整性保证、技术有效性保证、技术不侵权保证等。根据不同项目的特殊情况，有时也会从技术进出

口合规、职务发明权属等方面设置相应的陈述保证条款。

在这些陈述保证事项中，技术不侵权保证往往是谈判难度最高的事项。一方面，一旦发生侵权争议，法律程序本身就会对被许可人的商业运营、商誉等带来影响，如果法院认定侵权，被许可人就无法继续销售产品，此前的全部投入都付诸东流，甚至还需要支付巨额赔偿。另一方面，有些项目中许可人收取的许可费本就不高，也有些合作领域中的基础技术权属本就不明朗，如果要求许可人对技术侵权风险完全兜底，对许可人而言也是很高的挑战。因此，在协商初期最好可以进行产品自由实施分析（FTO），在提前评估项目侵权风险的同时，也可以据此制定知识产权条款的谈判策略。

对于被许可人而言，最好是要求许可人对许可技术和合作产品都提供全面完整的不侵权保证。但是，合作产品也可能应用许可技术之外的其他技术，因此，如果许可人仅同意就自己提供的许可技术本身提供保证，也是可以理解的。落实到协议条款层面，通常协议会约定许可人保证许可技术和/或合作产品不侵犯第三方在许可地域和产品应用领域内的知识产权权利。有些情况下，许可人会要求将不侵权保证条款细化为其在协议签约前未曾收到或获知第三方侵权主张，这就会大大降低这一陈述保证

条款的实际效力。

不侵权保证条款本身可以为被许可人提供一定程度的保护。在此基础上，最好可以进一步设定实际发生侵权问题时的配套应对机制，将许可人对于技术侵权时的责任义务落到实处。常见的机制有许可人免费提供替代技术方案，或者负责从第三方权利人处获得许可并支付费用。如果发生侵权诉讼，许可人应协助被许可人应诉；如果判定侵权并且需支付赔偿金的，许可人需向被许可人提供一定程度的补偿，或者降低被许可人应付的后续许可费金额；如果由于侵权问题导致项目无法继续推进的，被许可人也有权终止协议并要求返还一定比例的已支付费用。这些机制都可以根据实际情况予以设定。

第五部分\

授权许可项目频频暴雷，如何在最后阶段保护自身利益？

居安思危，谨慎设置许可协议的终止机制

2020年以来，授权许可项目频频“暴雷”，项目终止消息越来越引发业界关注。据不完全统计，2022年创新药License in项目的终止数量再创新高，超过60项。⁴虽然交易双方通常将终止合作约定为一方重大违约的法律后果，

但实际上一旦提前终止合作，没有一方能全身而退。被许可人投入的金钱、人力、时间成本一去不返，而许可人虽然拿到首付款，也失去了许可地域的在先开发优势或者持续营收能力。因此，一份好的交易文件，不仅应该服务于双方顺利推进合作期间，也应该考虑到出现合作瓶颈的可能性并提前约定好双方届时权利义务，为双方提供合作收尾阶段的有效指引。

对于技术许可协议而言，协议提前终止，技术许可即随之终止，这是自然的。但在药品授权许可协议中，有时会要求被许可人将项目过程中得到的临床试验数据和资料、各类药品审评审批文件，乃至新作出的技术开发成果，全部转交许可人留作后用，这便有待商榷了。尤其是在许可人一方违约，导致被许可人不得不通过终止合作降低损失的情况下，如果仍要求被许可人将其投入人力、物力作出的研发成果免费移交许可人，未免有失公平。此外，药品审评审批文件能否转移可能会视具体药品种类、当地药品注册审评政策而存在不确定之处，也需要与具体负责的药品监督管理机构沟通确定。

即使是一些常见的终止后果，也可以根据

4. MedTrend医趋势：《首次内部创新反超外部创新！全球TOP药企释放了什么信号？》，载微信公众号“MedTrend医趋势”2023年2月28日，<https://mp.weixin.qq.com/s/ImpXLzBuCxCbH4ftT2Y9w>。

具体项目背景考虑是否进行调整。例如，过去常见的药品许可项目是知名跨国药企许可中国企业开展药品本地化生产、销售，协议终止条款通常着重讨论中方出现资不抵债或破产情况时外方许可人收回项目的处理方案。而随着国内医药行业日益发展，双方的谈判地位已有明显变化，大型国内制药企业在药物初步研究阶段介入，从国外新设公司手中买断创新药物全球商业权益的项目已屡见不鲜。在这些项目中，外方许可人的可持续运营能力具有不确定性，中方也应该提前考虑如果外方许可人公司运营出现问题，如何保障被许可人的自身利益。

当下，我国医药行业对于授权许可交易的态度早已从单纯的境外管线引进或委托加工，转变为外部引进和自主开发双轨并行，乃至开展自研药品境外License out，以吸引资本加持、覆盖海外市场。可以说，一个授权许可交易多元化“狂飙”的时代正在到来。无论是在“引进来（License in）”还是“走出去（License out）”的过程中，医药企业都应该为每个项目签署好完备的许可协议，为融入全球创新洪流提供坚实的后盾。 ☞



程芳
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3058
helencheng@zhonglun.com

要温和地走进这个良夜 ——矿业权有偿出让宇宙进化史

作者：田海晨 王振华



2023年4月14日，天色渐晚时分，财政部、自然资源部、税务总局联合印发了财综〔2023〕10号《矿业权出让收益征收办法》。只一瞬间，朋友圈就被这条“炸裂”的信息刷屏了。忙完手头的工作已近深夜，笔者也终于可以静下心来通读这份承载太多矿圈人希冀的矿业权有偿出让新政文件。

金改率、成交价变成机会成本、新旧政策衔接仍存在模糊点及值得商榷的问题、矿业权出让收益评估期限（适用于《矿种目录》外的矿业权出让）最长不超过30年等等，这种透过文字转化成观点的表达，既有惊喜、也有遗憾。尽管周围讨论不绝于耳，咨询电话应接不暇，自己脑海里新旧政策也在打着架，但内心构建而成的矿业权有偿出让宇宙却还是能让笔者笃定相信着，从价款时代到出让收益金时代再到出让收益率时代，在矿产资源权益金制度的大背景下，我们一直都在向着更好的方向努力进化着。尽管仍有缺陷、遗憾和不足，但人之常态，大抵如此。

因此，就在今晚，请大家暂时放下对于“完美”的执念，跟随笔者温和地走进这个良夜，在矿业权有偿出让的宇宙中翱翔一番，也许会有不一样的感悟和体会。

第一部分\

价款时代——一个好但对国家所有者权益仍存认知限制的时代

矿业权人说，好想回到那个认知简单的价款时代。

是啊。但时代总要发展，认知总要修正，我们总要进化。

1997年1月1日，新修订的《中华人民共和国矿产资源法》正式生效。其中第五条规定：“国家实行探矿权、采矿权有偿取得的制度。”至此，矿业权有偿出让制度在法律层面得以建立，成为构建有偿出让宇宙的“普罗米修斯”。

那么，何为有偿出让呢？

1998年2月12日颁布实施的《矿产资源勘查区块登记管理办法》（国务院令第240号，

以下简称“**240号令**”)和《矿产资源开采登记管理办法》(国务院令第241号,以下简称“**241号令**”)给出了答案。其中,240号令第十三条规定:“**申请国家出资勘查并已经探明矿产地的区块的探矿权的**,探矿权申请人除依照本办法第十二条的规定缴纳**探矿权使用费外,还应当缴纳国家出资勘查形成的探矿权价款**”;241号令第十条规定:“**申请国家出资勘查并已经探明矿产地的采矿权的**,采矿权申请人除依照本办法第九条的规定缴纳**采矿权使用费外,还应当缴纳国家出资勘查形成的采矿权价款**。”

因此,此时矿业权有偿出让制度的核心体现即为矿业权价款。

1999年6月7日,财政部、原国土资源部联合印发了财综字〔1997〕74号《探矿权采矿权使用费和价款管理办法》,对探矿权和采矿权价款的概念作了进一步的解释,该办法第四条规定:“探矿权采矿权价款包括:(一)探矿权价款。国家**将其出资勘查形成的探矿权出让给探矿权人**,按规定向探矿权人收取的价款。

(二)采矿权价款。国家**将其出资勘查形成的采矿权出让给采矿权人**,按规定向采矿权人收取的价款。”

2010年,财政部、原国土资源部继续强强联合,发布了著名的《关于加强对国家出资勘查探明矿产地及权益管理有关事项的通知》

(财建〔2010〕1018号),该通知第十一条明确规定:对属于企业自行出资勘查探明矿产地的,不得收取矿业权价款。

据此,依据上述法律法规可知,矿业权价款**本质即为国家出资勘查所形成的投资收益**。即如果矿业权人取得属于国家出资勘查并已探明矿产地的矿业权,则需向国家缴纳**体现勘查投资收益的矿业权价款**。如果出让的矿业权不涉及国家勘查投资,或虽有国家勘查投资但未形成探明矿产地,即属于空白地的,则无需向国家缴纳矿业权价款。

因此,在价款时代,**矿业权有偿出让制度的适用范围不是全部矿业权,而仅限缩在了国家出资探明矿产地形成的矿业权上**。但需要提示各位读者注意的是,此时无论是《宪法》还是《矿产资源法》,都已明确写明矿产资源归国家所有。在此情况下,笔者认为价款制度本身的设计即让基于空白地而形成的矿产资源权益在出让环节未能体现国家所有,这也构成了国家后续将**矿业权价款调整为矿业权出让收益的主要内在原因**。

综上所述,笔者认为,价款时代是一个对矿业权人来说足够好的时代,却也是个对国家享有矿产资源所有权概念理解不那么到位的时代。因此,当时代红利消失,当所有者权益被正名,所有矿圈同仁们都要跟随国家经历成长的阵痛。既然不可避免,就应坦然面对。

第二部分\

出让收益金时代——一个体现矿产资源国家所有者权益但又备受争议的时代

矿业权人说，35号文至今还没全部梳理明白。

是啊，不对价款和出让收益概念加以区分，很难明白。

2017年，国务院对外发布了《关于印发矿产资源权益金制度改革方案的通知》（国发〔2017〕29号），标志着矿业权价款制度向矿业权出让收益制度的转变。该通知第二条第一项明确规定：“在矿业权出让环节，将探矿权采矿权价款调整为矿业权出让收益。将现行只对国家出资探明矿产地收取、反映国家投资收益的探矿权采矿权价款，调整为**适用于所有国家出让矿业权、体现国家所有者权益的矿业权出让收益**”。至此，我国矿业权有偿出让制度内涵发生了根本性变化，“普天之下莫非王土，普土之下莫非王矿”的国家所有权概念被强化，国家投资收益概念正式退出历史舞台。

2017年6月29日，财政部、原国土资源部联合印发了著名的《矿业权出让收益征收管理暂行办法》（财综〔2017〕35号，以下简称“35号文”）。矿圈人士笑言，35号文就此打开

了矿业权出让的“潘多拉魔盒”，一时间，各种争议鱼贯而出。然而，当我们理解了价款制度无法长久的根本原因以后，再回过头来看35号文的具体内容，是不是能够多一些理解和宽容。但不管怎么说，35号文本身的规定以及后续配套出台的相关政策性文件在实践过程中确实存在一些争议，使得矿业权人承担了巨大的经济压力和因不确定性而带来的投资经营压力。

比如说，35号文对于有偿处置概念的混同化，导致了矿业权价款同矿业权出让收益概念的混同。如35号文第二条规定：“申请在先方式取得探矿权后已转为采矿权的，**如完成有偿处置的**，不再征收采矿权出让收益；**如未完成有偿处置的**，应按剩余资源储量以协议出让方式征收采矿权出让收益。尚未转为采矿权的，应在采矿权新立时以协议出让方式征收采矿权出让收益。”呈如前文所述，有偿处置概念在价款时代和出让收益时代其内涵是完全不一样的。因此，价款时代同出让收益时代应是彼此泾渭分明的两个时代，是有一条清晰的界限加以区分的。但35号文为了解决过渡和衔接的问题，淡化了两者的区别，未对相关概念作进一步的释明，这也导致了在涉矿行政诉讼及民事诉讼领域都发生了一些因价款同出让收益概念区别不清而引发的争议。

再如《矿业权出让收益评估应用指南（试

行)》规定矿业权出让收益金以矿山全生命周期的全部利用资源量作为参数予以计算。这就出现了许多矿业权人按照70年、80年甚至100年可利用资源量缴纳矿业权出让收益的情况。但事实上,一方面矿业权人取得的矿业权证最长期限即为30年,30年后能否获得矿证延续以及当时政策如何都存在巨大的不确定性;另一方面高额的出让收益金也让矿业权人面临着巨大的资金压力,不利于其进行矿山的实际建设、开采及运营。因此, **这种两方面带来的巨大不确定性使得矿业权人在无比怀念价款时代的同时,更增加了对矿业权出让收益时代的困惑和**

不解。

因此,对于笔者来说,矿业权出让收益时代虽然是一个对于矿产资源国家所有概念理解深刻的时代,但在保护和考量矿业权人相关利益方面仍存在一些不足。因为国家在完成矿产资源所有者权益转轨的同时,并没有同步完成各矿产资源参与主体观念和认知层面上的转轨。加之矿业权出让收益金的确定过分强调所有者权益的概念(即按照全部利用资源量一把计算确定需缴纳金额),大大增加了矿业权人的资金压力,这种实践和感受上的巨大变化和落差使得矿业权出让收益政策备受诟病。



第三部分\

出让收益率时代——一个开始展现矿产资源行业可持续发展愿景的时代

矿业权人说，10号文的出台是国家找矿突破行动的有力保障，感觉矿产资源市场要活跃起来了。

是啊，笔者理解此次改革将惠及整个矿业行业，但有些业内担忧的问题还需市场进一步验证，从而形成更为细化的共识。

2023年5月1日正式实施的财综〔2023〕10号《矿业权出让收益征收办法》，标志着出让收益“金”时代的结束和出让收益“率”时代的降临。文件内容很丰富，其他同仁们也在第一时间对具体条款进行了解读，而笔者最为关注的，则是以下四方面的内容：

首先，出让收益“金改率”。除第三类砂石矿等少量矿种外，83.2%的矿种矿业权以出让收益率形式征收出让收益，即在矿山开采时按照相应的矿业权出让收益率逐年征收采矿权出让收益（逐年征收的采矿权出让收益=年度矿产品销售收入×矿业权出让收益率），实打实地降低了矿业权人支付出让收益的压力，从“一锤子买卖”的独乐乐调整为了“共享收益”的众乐乐。

其次，矿业权成交价（起始价）内涵已发生根本性变化。10号文发布前，矿业权成交价即为需缴纳的矿业权出让收益金；10号文发布后，虽然行政机关仍将矿业权成交价视为出让收益的一部分，但笔者认为该成交价事实上反映的是通过市场竞争方式取得矿业权的机会成本费用，其本质上已不属于矿业权出让收益的范畴。当然，也有很多业内人士在第一时间即电话问询矿业权成交价会不会因一些非理性投资人的介入而飙得很高，相比35号文反而增加了出让收益的支出费用。对此问题，笔者认为确实可能会出现此种情况，**但导致出让收益增加的原因不在行政机关，而在竞争对手。因为成交价不再作为确定出让收益金的标准，而仅作为确定竞得人的手段。因此，这个锅，行政机关可不背。**

诚然，鉴于我国矿业权除特殊情形可协议出让外，市场招拍挂出让已是常态。在这种充分竞争环境下又囿于投资人的理性认知，故是否会扩大无序竞争，是否会进一步推高产业投资人进入的难度，以及是否会影响未来矿产品的价格，都需要未来给出答案。

再次，新旧政策衔接规定仍存在模糊点及值得商榷的公平性问题。新旧政策衔接事宜，无论对于任何一部改革文件来说，都是争议的重灾区，10号文也不例外。例如，该文件第二

十八条规定：“本办法实施前已签订的合同或分期缴款批复不再调整，矿业权人继续缴纳剩余部分，有关资金缴入矿业权出让收益科目，并统一按规定分成比例分成。”对此规定，笔者认为，既然10号文出让收益“费改率”的初衷是减轻所有矿业权人的资金压力，盘活矿产资源市场，故可进一步讨论对于**存量申请在先或协议出让方式取得的探矿权转采时，矿政管理机构是否可以在合理抵扣已缴纳的首期矿业权出让收益后，就后续出让收益给予采矿权人选择继续履行原出让合同还是选择以新出让收益率形式进行缴纳的权利**，如此一来，便可抚慰那些因积极践行35号文精神，依法缴纳矿业权出让收益金却反而因新政出台而倍感失落的矿业权人们的心。要知道，他们才是真正迫切需要10号文惠及和“拯救”的对象。

最后，矿业权出让收益评估期限（适用于《矿种目录》外的矿业权出让）最长不得超过三十年。呈如上文所述，现行《矿业权出让收益评估应用指南（试行）》是以矿山全生命周期的全部利用资源量作为参数计算出让收益金额的。10号文发布后，行政机关强调评估期限要与采矿权登记发证年限、矿山开发利用实际有效衔接，最长不得超过三十年，杜绝发生电影里税收收到90年后的“魔幻事件”。

行文至此，其实还有很多10号文的修改亮

点、困惑及建议想与诸君分享，如出让收益基准率的确定是否需要因各地发展水平的参差不齐而呈现一定的差异化；再如按出让收益率计征出让收益时，原矿产品和选矿产品应按照何种系数及方式进行转换等等，但因篇幅问题无法展开了。但这依然不会妨碍我们为这个“开始展现矿产资源产业可持续发展愿景”的时代而叫好，并为之继续贡献绵薄但持久的力量。

今晚的旅程即将结束，愿每位翻阅这篇文章的读者都能在矿业权有偿出让的宇宙中偶有所得。然后，在漫漫长夜里思有所想，于是欢喜。 ☞



王振华
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5087 2886
wangzhenhua@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、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。