

NEWSLETTER

中 伦 e 简 报
深度观察



ZHONG LUN
中倫律師事務所

1993-2023

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》
新规要点解读 001/

公司法人人格否认制度的
实务难点问题分析 024/

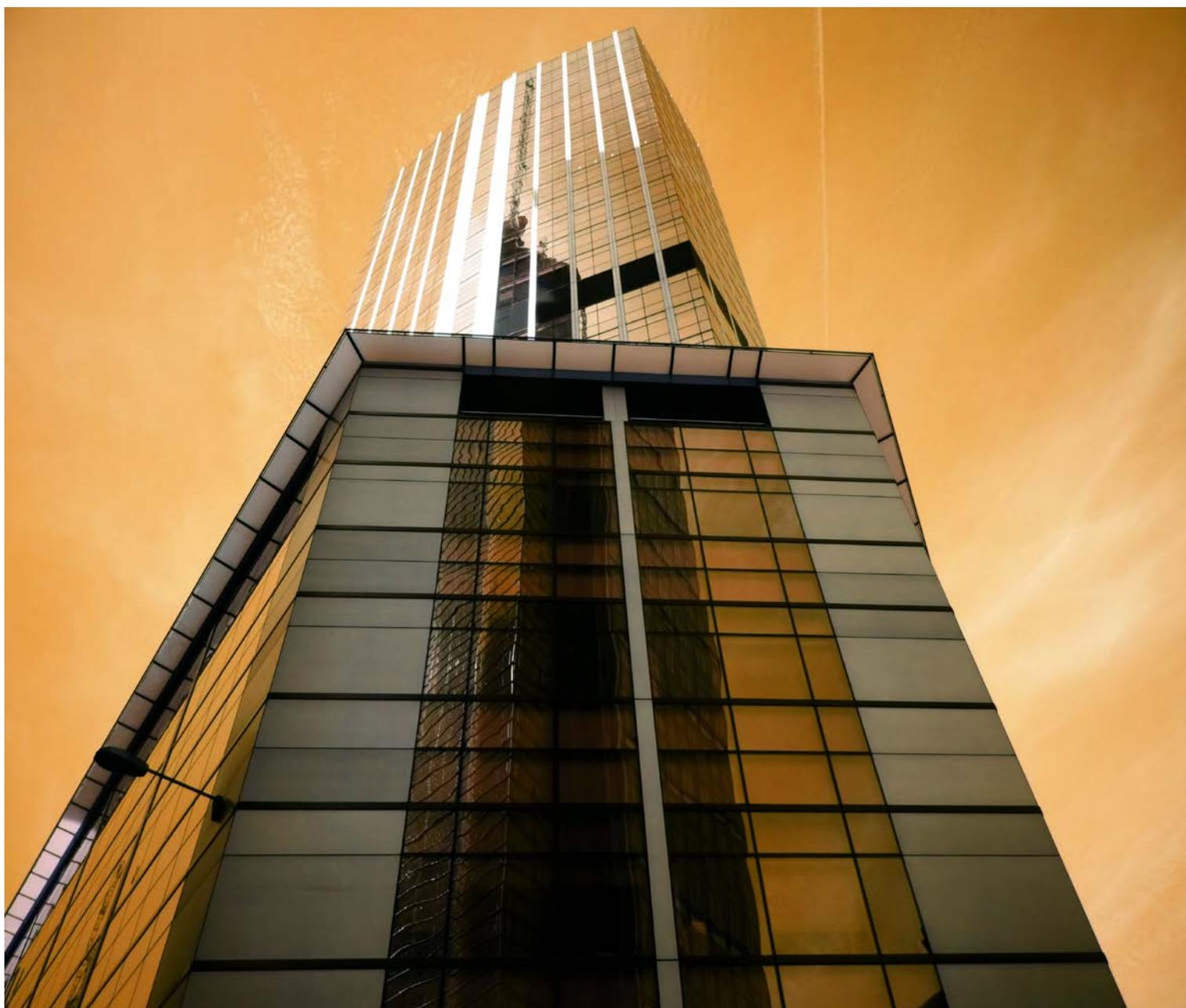
消费基础设施REITs的
重点法律问题探讨 034/

投资人行使境外公司优先股
回购权的探讨 050/

2023年出口管制与经济制裁形势
回顾及2024年展望 057/

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》新规要点解读

作者：孙彬彬 邢昊然 陆薪宇 倪炜辰



第一部分\

【一般规定+合同的订立】1-10条

第一条【合同解释的细化规则】

本条中，对《民法典》第一百四十二条以及第四百六十六条既有的合同条款解释方法，进行了一定程度的补充，在文义解释、目的解释等解释方法进行了强调的基础上，补充“缔约背景、磋商过程、履行行为”等因素作为争议条款在解释时审判者所需要考虑的内容。同时，在有证据证明条款解释存在与条款词句的通常含义所相悖的理解时，将不再接受单纯使用文义解释来解释条款。笔者认为，该条款是此前第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“《九民纪要》”）所提出的：“通过穿透式审判思维，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系”这一精神的体现方法之一。通过本条，人民法院在审理案件时，将综合尽可能多的考量因素，力求找到合同文本的真实意思，确保案件在事实审查上的公平正义。

第二条【交易习惯的认定】

与此前最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)（“**合同法司法解释二**”）第七条大体一致。

第三条【合同成立与合同内容】

与此前合同法司法解释二第七条大体一致，吸纳了既有程序法的规定。

第四条【以竞价方式订立合同】

本条一方面吸纳了《招标投标法》中有关内容，对招标方式形成的合同如何认定成立进行了解释，另一方面，对于市场上较为常见的两种类似业务：公开拍卖以及挂牌交易所涉合同成立的时间予以了明确与细化。

第五条【合同订立中的第三人责任】

《民法典》第一百四十九条和第一百五十条规定，当事人一方受第三人欺诈或胁迫实施违背真实意思表示的民事法律行为后，可以请求人民法院或仲裁机构撤销该等民事法律行为。本条则针对当事人因第三人欺诈或胁迫所受到的其他损失的责任追究问题进行了进一步的规定，确定当事人可以请求第三人承担赔偿责任的原则。

第六条至第八条【预约合同】

预约合同指当事人之间为了能够在后续订立本约而订立的合同。最初预约合同在2012年最高院发布的《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（“**买卖合同**”

司法解释”)得到了正式承认,但适用范围有限。直至《民法典》的出来,扩大了预约合同条款的适用范围,将预约合同吸纳在合同编通则的部分,使得在购房、投资等领域广泛使用的认购书、订购书、预订书等文件有了准确的定性。

此次的解释中,明确了预约合同有关区分的标准,以及将当事人违反预约合同后所应承担的责任。解释认为,意向书、备忘录等通常情形下仅仅表明当事人有订立合同的意向,不构成预约合同,只有明确将来所要订立合同的主体、标的等符合预约合同的构成要件的文件,才能认定为属于预约合同。

当事人拒绝订立本约合同或者在磋商时违背诚信原则未能订立的,属于违反预约合同义务的行为,当事人可以请求对方赔偿损失,但对于各界关心的,是否可以强制履行预约合同这一问题,并未明确。笔者认为,从当事人意思自治以及合同自由的原则出发,审判机关不宜强制当事人做出意思表示,毕竟预约并不必然走向本约的成立。一方当事人已没有继续合作的意向,此时强制继续履行,不仅在执行层面存在障碍,也会引发新的关于违反本约合同的争议。

第九条至第十条【格式条款】

第九条系关于格式条款的认定。对于一个条款是否为格式条款,人民法院将调查条款签订的实际背景、是否为预先拟定及重复使用,而非仅凭当事人之间的约定或合同是否为示范文本等因素判定。

第十条是基于合同法司法解释二第六条原有的关于格式条款如何适当定入合同的条款,结合《最高人民法院关于印发〈全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要〉的通知》进行的扩充与细化,大意并无改变。其中为了顺应互联网时代的发展,针对生活中常见的通过互联网渠道等订立的电子合同方面,明确一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式对格式条款提示,不足以证明其已经履行提示义务或者说明义务。

第二部分\

【合同的效力】11-25条

第十一条【缺乏判断力的认定】

“缺乏判断力”一项通常适用在《民法典》第一百五十一条有关乘人之危导致的显示公平一节的内容。目前已有的司法文件并未对缺乏判断力要素进行明确的解释,使得司法审判中存在认定不一致的情况。因此,新司法解释中加入原本并不在征求意见稿的关于“缺乏判断能

力”，具体而言，当自然人的年龄、智力、知识、经验与结合交易的复杂程度无法匹配，其对合同的性质、合同订立的法律后果或者交易中存在的特定风险缺乏应有的认知能力的，即为缺乏判断能力。

第十二条【批准生效合同的法律适用】

本条内容综合了此前合同法解释二第八条、《九民纪要》第37至40条关于未经批准尚未生效的合同纠纷中，可能涉及的有关合同效力、报批义务、违约责任以及裁判后的处理方法的裁判精神，将此前仅能参考说理的有关内容上升为司法解释，支持裁判机关在判决时予以援引。

第十三条【备案合同或者已批准合同的效力】

《民法典》第一百五十七条规定，民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还。本条针对审判活动中常见的当事人以相关合同已经办理备案、批准或者办理合同有关财产权利的变更登记、移转登记作为抗辩合同无效和撤销的理由做出了明确回应。合同有效与否，以法律规定为准，备案、批准以及登记并不能作为合同效力的背书。

第十四条至第十五条【阴阳合同与名实不符合同】

此部分内容，延续了第一条合同解释规则当中，探求当事人真实意思表示的精神，明确符合当事人本意的合同的效力，在没有其他无效情形下，应当依法认定该等合同的效力。这与此前司法实践中，审判机关对“阴阳合同”“明股实债”“名为票据转贴现实为资金通道”等案件进行审理时，深度发掘并讨论隐藏的意思表示的审判方法是一致的。可以预见的是，按照本次解释，《民法典》第一百四十六条关于行为人与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效等有关虚伪通谋的条款，将得到更加广泛的适用。人民法院也将更加全面地审查合同有关缔约背景、交易目的、交易结构、交易标的等事实的情况，综合判断合同名称或表面与实际情况的一致性，进而发现并认定各方潜在的、真实的意思表示及其行为，以查明案件真相，正确适用法律。

第十六条【不因违反强制性规定无效的情形】

原合同法司法解释二第十四条将强制性规定区分出了效力性强制性规定，以期明确合同法法定无效的有关情形。但从实践的效果看并不理想，不同审判机关就条款性质的解释与认定

上存在分歧,《九民纪要》认为,部分法院存在的凡是行政管理性质的强制性规定都属于“管理性强制性规定”的倾向,最终认定不影响合同效力的观点是望文生义,有失偏颇。因此在30条专门明确了有关如何识别强制性规定的方法。此种规定起到一定的矫正作用,但可能过于片面,所以本次新司法解释专门针对“但书”条款进行了一次解释与细化,方便民事活动参与人以及审判机关多方面考量一个条款对于合同效力的影响,最终使得各界形成共识,统一裁判尺度,提高法律的可预测性。

第十七条【违反规章等导致无效的情形】

《九民纪要》第三十一条指出,通常情况下违反规章不影响合同效力,但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的,应当认定合同无效。本条中,对于虽未违反法律、行政法规,但仍应认定合同无效的情形进行进一步的细化,明确国家安全、社会公共秩序以及善良风俗三大类别。同时考虑的此部分的认定主要依赖法官的自由裁量,要求审判人员综合考虑合同相关的各种因素,慎重考量,充分说理。

第十八条【关于无权处分、无权代理、无权代表与合同效力的总括】

本条提示审判机关与当事人,不要拘泥于法律以及行政法规中“应当、必须或不得”的等表述,直接认定无效。在前述文字所涉条款仅系赋权或限权型的条款时,应当按照其所构成的有关情形,来判断合同效力。

第十九条【无权处分的合同效力】

《民法典》第五百九十七条规定因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。本条则是在此条款的基础上对于无权处分的合同后果这一问题上的细化。值得注意的是,按照本条精神,真正的权利人自始享有财产的权利,即使受让人与无权处分人间的合同有效。唯一的例外是善意取得的情况,此时受让人将取得有关财产权利,真正权利人只能要求无权处分人予以赔偿。

第二十条【越权代表与合同效力】

《民法典》第五百零四条规定了法人的法定代表人或者非法人组织的负责人越权代表有关的内容,代表行为对法人或非法人组织生效的关键要件是相对人是否知晓该等越权情况。本条中,对于相对人知晓这一要件的内容予以

了明确：第一，对于法律赋予法人权力机构或限制法定代表人权利的事项，因为法律的公开性，相对人应尽合理的审查义务并知晓情况，如果法人或非法人组织本身并无过错，则该等越权行为无效。第二，对于公司章程等内部文件意定赋予代表人权利及范围的情况，因其是非公开的，如果并无相对人知晓或应当知晓的证据，则法人或非法人组织仍受到该等越权代表行为的约束，但有权追究该等法定代表人、负责人的赔偿责任。

第二十一条【职务代理与合同效力】

与法定代表人或非法人组织负责人的代表权以及一般的意定代理权不同，工作人员的权力来源是基于与企业签订的劳动合同，其代理范围及权限与其在公司中所担任的职务相联系。如工作人员代理企业所参与的对外经营活动属于其职权范围，则后果由企业承担。但司法实践中，因为职权范围的认定存在一定的困难，因此给审判机关在审理职务代理案件时带来挑战。通过本次的新司法解释，将职务代理是否超越职权的认定予以明确：第一，对于法定的或通常情况下不属于该等工作人员的职务范围的合同，相对人无法要求法人或非法人组织承担责任；第二，对于有证据证明相对人知晓法人或非法人组织内部对工作人员赋予的职

权限制的，法人或非法人组织不承担有关责任。第三，对于可能构成表见代理的情况依法规定处理。对于法人、非法人组织承担民事责任的，其将有权向故意或者有重大过失的工作人员追偿。

第二十二条【印章与合同效力】

本条延续并深化了《九民纪要》41条的相关精神，人民法院在审理案件时，主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理权，从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力，并对于相关举证要求进行了明确。具体而言：

有代表、代理权的人在授权范围内的签字盖章行为，仅以“假章”主张合同不发生效力的，不予支持。有代表、代理权的人在授权范围内仅签名、按指印而未盖章，除当事人明确约定合同成立以盖章为生效要件外，相关合同也应认定有效。但此时合同相对人需要对签名、按指印的主体具有代表、代理权尽到合理的举证责任。有代表、代理权的人仅盖章无签名、指印，若此时合同相对人可证明合同系法定代表人、负责人或者工作人员在其权限范围内订立，相关合同亦有效。行为人虽超越权限订立合同，但构成表见代表、表见代理，该合同对于相关单位仍发生效力。

第二十三条 【恶意串通合同的认定】

本条是《民法典》恶意串通行为和《公司法》关于侵犯公司利益相关规定的补充，值得注意的是本次新司法解释对于恶意串通的举证责任进行了明确，若现有证据能够认定行为人与相对人存在恶意串通的“高度可能性”，则举证责任发生转移，若相关方无法证明订约行为合理性的，法院可以认定构成恶意串通。

第二十四条至第二十五条 【合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力的法律后果】

关于合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力的法律后果，本次新司法解释明确当事人在返还财产的同时还可以要求赔偿损失；相比“征求意见稿”，在财产已无法返还或无必要返还的情况下，本次新司法解释在参照市场价之外允许通过“其他合理方式”确定折价补偿金额。本次新司法解释还明确请求返还价款或者报酬的当事人可请求对方按照一年期贷款市场报价利率（LPR）支付资金占用费，对方对合同不成立、无效、被撤销无过错的除外。双方互负返还义务的，除法律另有规定外，可主张资金占用费与应收取的标的物使用费相互抵销。

第三部分\

【合同的履行】 26-32条

第二十六条 【从给付义务的履行】（关联第三十一条）

本条与第三十一条有一定关联性，对于从给付义务的瑕疵履行，相对方可主张继续履行并赔偿损失，一般不能作为解除合同或拒绝履行自身主要债务（第三十一条）的理由。但新司法解释也考虑到案件的具体情况，留下了一定空间，即“不履行该债务致使不能实现合同目的或者当事人另有约定的除外”。

实务中以“开发票”为典型的从给付义务，其履行瑕疵是否能够使主债务履行义务方产生拒绝付款的合理抗辩问题，时常发生争议。本条规定从给付义务原则上不构成主债务履行抗辩，延续了最高院过往多个判例的判决精神，如在“(2019)最高法民申2588号”案件中判决认为“结算支付条款并未约定天涯海角公司付款必须以万联通公司开具发票为前提，且税务发票体现的是国家与纳税人的纳税关系，是一种行政管理行为而非合同法上法定的先履行抗辩事项。因此，万联通公司开具发票既不是天涯海角公司支付分成款的合同约定条件也不是法定条件”，又如“(2017)最高法民申3960号”案件中，最高院判决认为该案双方当事人签订合同

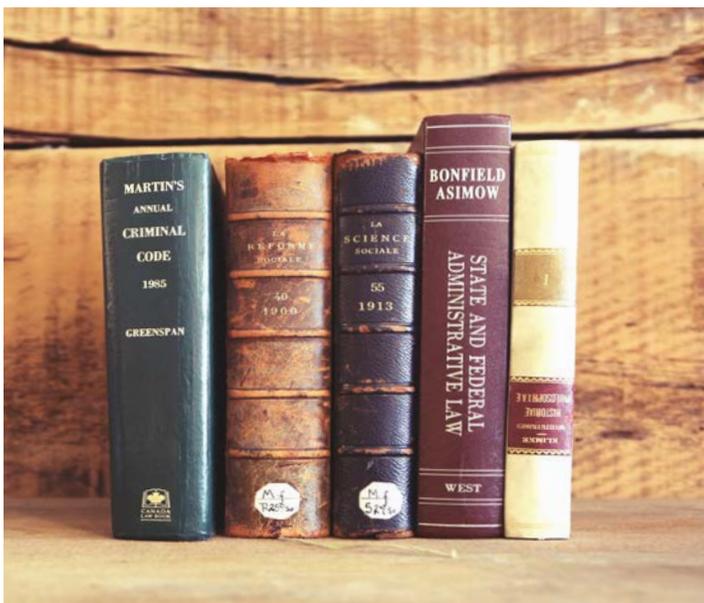
的目的在于对案涉工程进行施工开发，而未开具并交付工程款发票并不会对合同目的产生根本影响，且当事人并未明确约定先开具增值税发票再支付工程款的先后顺序，故原判决认定开具并交付工程款发票并非被申请人的主要约定义务，申请人关于被申请人迟延交付申请人工程款增值税发票导致其无法支付工程款的理由不成立，并无不当。

但如果双方当事人已经明确约定主债务的履行以某项从债务的履行为前提，则此时主债务人对于从债务的瑕疵履行就获得了行使先履行抗辩权的空间。例如“(2019)最高法知民终177号”案件中最高院认定“关于首付款的支付方式，涉案合同明确约定，山东招金公司在收到北京东软公司相应价款发票14个工作日内向北京东软公司支付合同总金额的20%，即12万

元。山东招金公司在北京东软公司未履行其提供发票义务的情况下，有权行使先履行抗辩权”。另外，能否行使先履行抗辩权还涉及其他因素，例如根据过往判例，各方的实际履约交易习惯并未遵循“先票后款”约定，或者有证据证明未开发票的原因是付款方未确认请款金额、或持续性履行合同中付款方已存在欠付前期款项等情况，都可能影响付款方先履行抗辩权的主张。

第二十七至二十八条【以物抵债】

延续《九民纪要》的精神，判断以物抵债协议的性质和效力，首先要根据订立协议时履行期限是否已经届满予以区别对待。若债务履行期限届满后达成以物抵债协议，除存在法定无效事由外，一般认定该协议有效，以物抵债协议签署后，债务人或第三人未依约履行的，债权人可选择请求履行原债务或者以物抵债协议。若以物抵债协议在债务履行期限届满前达成，此时主债务金额尚不明确，其与抵债财产价值难以判断，易出现不公平的情况，因此若当事人约定债务人到期没有清偿债务，抵债财产归债权人所有的，人民法院应参照“禁止流押流质”的精神，认定该约定无效；而若当事人仅约定债务人到期没有清偿债务，债权人可以对抵债财产处置以实现债权的，该类约定有效，



在此基础上若抵债物已经转移至债权人名下，债权人实际享有的是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第六十八条的“让与担保”权利，若抵债物并未转移至债权人，该债权人则无法仅依据以物抵债约定获得对于其他债权人的优先权。

值得注意的是，第二十七条约定“以物抵债协议经人民法院确认或者人民法院根据当事人达成的以物抵债协议制作成调解书，债权人主张财产权利自确认书、调解书生效时发生变动或者具有对抗善意第三人效力的，人民法院不予支持”。此处“不予支持”的原因在于人民法院此时是对于该以物抵债协议安排的确认，而不是对于物权变动的直接认定，物权利属的变动仍依赖交付、过户登记等实际履行行为。该安排可以一定程度上减少虚假诉讼、滥用以物抵债恶意规避第三人执行等情况。

该态度源于2016年8月《最高人民法院研究室关于以物抵债调解书是否具有发生物权变动效力的研究意见的解读》“物权法第二十八条规定的‘人民法院的法律文书’应当包括判决书、裁定书和调解书。但以物抵债调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认，其实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务，并非对物权利属的变动。因此，不宜认定以物抵债调解书能够直接引起物权变动。”后续(2018)最高

法民再445号等案件中法院也认为“以物抵债调解书只是法院对当事人以物抵债协议的确认，其实质内容是确认债务人用以物抵债的方式来履行债务合法，并不产生对物权利属的变动效果。”

以物抵债协议作为诺成性合同，该协议的达成并不意味已替代了原债权债务关系，而是形成“新债与旧债”并存的状态，若债务人或第三人未实际履行或履行瑕疵，新司法解释规定债权人应进行催告，若在合理期限内抵债方仍未履行，则债权人获得选择权，即选择履行以物抵债协议或继续主张原债权。达成以物抵债协议是债权人为了实现债权做的一种变通，若以物抵债协议基于种种原因其实际履行的难度大于原债权，若要求债权人仅能主张“新债”显然是不公平的。另外，我们认为即使债权人选择主张“旧债”，以物抵债协议的达成和催告等行为可以构成“旧债”诉讼时效的中断，且抵债人未履行以物抵债协议给债权人造成损失的，债权人有权主张赔偿。

第二十九至第三十条【向第三人履行及第三人代为履行】

在向第三人履行合同中，本次新司法解释明确第三人有权直接向债务人主张履行，但一般情况下无权行使撤销权或解除权，而在合同

被撤销、解除后的返还请求权，债务人也仅能向债权人而非第三人主张。该安排是对利他合同特殊性和合同相对性原则的平衡，就利他合同的订立目的角度而言，允许适当突破合同相对性，第三人可直接向债务人主张履行，但从维护合同关系稳定性的角度而言，在涉及行使合同撤销权、解除权等合同“否定性”权利时，仍限于合同当事人行使，否则容易使合同关系复杂化，产生更多争议。

当然，本条也留下了“法律另有规定除外”的口子，例如部分合同虽有“利他合同”的外衣，但该合同的履行可能会对于第三人的隐私权、肖像权、名誉权等人身、财产权益造成影响，在此情况下能否允许第三人直接针对该合同采取一定救济措施？再如，部分利他合同因已履行了较长时间、第三人已产生合理信赖等情况，此时债权人行使撤销、解除权是否需在一定程度上考虑第三人利益？这些问题尚有待明确。

新司法解释第三十条对于第三人代为履行的具体情况进行了列举，并明确第三人在其已经代为履行的范围内取得对债务人的债权，但是不得损害债权人的利益。例如某保证人在向债权人部分履行了保证责任后享有对债务人的追偿权，但该追偿权显然不得影响债权人的剩余债权。

第三十二条【情势变更】

如何区分情势变更和商业风险，一直是法学理论和司法实务中的难题，在本次新司法解释“答记者问”中，最高院发言人表示“一般认为，正常的价格变动是商业风险，但因政策变动或者供求关系的异常变动导致价格发生当事人在订立合同时无法预见的涨跌，按照原定价格履行合同将带来显失公平的结果，则应当认定发生了情势变更。这里有一个从量变到质变的过程。正常的价格变动是量变，是商业风险，但如果超出了量的积累，达到了质的变化，则应当认定为情势变更。所谓质的变化，要求价格的变化必须异常，从而使当事人一方依照合同的约定履行将导致明显不公平。当然，合同涉及市场属性活跃、长期以来价格波动较大的大宗商品以及股票、期货等风险投资型金融产品的除外。”

司法实践中，若政策的变动并不会对于合同履行造成无法预见的实质性影响，不构成情势变更。如本次随新司法解释一并发布的典型案例中“案例四：某旅游管理公司与某村村民委员会等合同纠纷案”，城市蓝线的划定不属于签订经营协议时无法预见的重大变化，某旅游管理有限公司可在履行相应行政手续审批或符合政策文件的具体要求时继续进行开发活动，故城市蓝线划定不构成情势变更。

另外，本次新司法解释正式明确情势变更作为一项法定的合同变更、解除事由，不能以约定形式排除。

第四部分\

【合同的保全】 33-46条

第三十三至四十一条 【债权人代位权】

本次新司法解释用较大篇幅对于民法典的债权人代位权制度进行补充完善。第三十三条对原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（“**合同法解释一**”）第十三条作了调整，对于债权人可以代位行使的债务人的债权不再限定为“具有金钱给付内容的到期债权”，同时根据民法典的规定相应增加“与该债权有关的从权利”为可以代位行使的权利。第三十四条细化了专属于债务人自身的权利，且相对于原征求意见稿，本次明确将劳动报酬请求权区分具体情况（超过债务人及其所扶养家属的生活必需费用的部分除外）予以纳入。

此前关于代位权诉讼是否应按照债务人与次债务人的管辖协议、仲裁协议确定案件管辖的问题，实践中争议较大。例如上海市高院在(2017)沪民辖终29号案件中裁定认为“本案系涉外债权人代位权纠纷，我国合同法司法解释

规定，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。这种抗辩既包括实体上的抗辩，也包括程序上的抗辩。被上诉人在本案中提起的债权人代位权诉讼，其实质是代债务人向次债务人主张到期债权，基于保护次债务人管辖利益立场，代位权人应当受该仲裁条款的约束。根据在案证据表明，被上诉人与原审第三人签署《商谈备忘录》时已明确知晓原审第三人与上诉人之间存有仲裁约定，故人民法院对本案没有管辖权。”而最高院(2019)最高法民辖终73号案件中则裁定认为“弈成公司既非该仲裁条款所涉合同的一方当事人，亦非该仲裁条款所涉合同权利义务受让人，且该约定管辖与合同法司法解释一第十四条规定的债权人代位权诉讼特殊地域管辖规定相冲突，故原审裁定认定弈成公司不受该仲裁条款的约束，于法有据。根据前述法律规定，本案应由被告住所地人民法院管辖。”

本次新司法解释对此问题终于作出回应，债权人提起代位权之诉可不受债务人与相对人管辖条款、仲裁协议的限制，但在约定仲裁协议的情况下，债务人或者其相对人在首次开庭前申请仲裁的，人民法院可以依法中止代位权诉讼。最高院发言人对该规定的解释是紧扣“公正与效率”的工作主题，“既有利于统一裁判尺度，又能满足债权人保护的需求，最大限度尊

重仲裁协议，兼顾各方利益”。

多个代位权并存的情况在实践中亦可能产生非常复杂的问题，例如债权人已将债务人对次债务人的债权采取冻结措施，该部分债权能否被其他债权人行使代位权？又如不同债权人分别提起代位权诉讼，各债权人的受偿顺序如何确定？本次新司法解释第三十七条对此作出了部分回应，债务人对相对人享有的债权不足以清偿其对两个以上债权人负担的债务的，人民法院应当按照债权人享有的债权比例确定相对人的履行份额，同时在原征求意见稿的基础上，增加了“法律另有规定除外”的“但书”。考虑到相关执行规则中债务人因是法人还是自然人、是否被采取执行措施、是否进入破产程序等因素有不同的受偿规则，该“但书”为与现行法的规定相衔接留下了空间。

第四十二至四十六条 【债权人撤销权】

新司法解释第四十二条延续原合同法司法解释二的意见，规定转让价格未达到交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之七十的，一般可以认定为“明显不合理的低价”；受让价格高于交易时交易地的市场交易价或者指导价百分之三十的，一般可以认定为“明显不合理的高价”。

值得注意的是，本次新司法解释在第四十

二条第3款补充规定“债务人与相对人存在亲属关系、关联关系的，不受前款规定的百分之七十、百分之三十的限制”，对于该款的理解，我们认为并不是在亲属关系、关联关系下，低于市场价百分之七十或高于市场价百分之三十的交易就不算是不合理的价格了，而是因为亲属关系、关联关系更易被用于逃避债务，若限定标准反而可能给了行为人“逃债空间”，例如故意将交易价格定为市场价的71%或129%。故对于涉及亲属关系、关联关系的交易，应该根据订约背景、时间、目的、定价依据等方面综合判断是否属于明显不合理低价或者高价。

第四十三条丰富了撤销权行使的对象，将互易财产、以物抵债、出租或者承租财产、知识产权许可使用等行为纳入了可被撤销的范围。

第四十四条至四十六条是“司法便民、减少不必要诉累”原则的体现，其中第四十四条规定撤销权诉讼以债务人和债务人的相对人为共同被告，以债务人或者相对人的住所地人民法院管辖（专属管辖除外），第四十五条根据被撤销行为是否可分作出了细化规定，并明确合理的律师代理费、差旅费等费用构成应由债务人负担的“必要费用”。尤为重要的是第四十六条，其明确债权人在撤销权诉讼中，诉讼请求除“撤销”之外，还可要求债务人的相对人向债务人进行返还、补偿或履行债务，且债权人可

权直接对相对人的财产采取保全措施并后续直接申请强制执行，改变了以往债权人可能要在撤销权胜诉后再通过发起代位权诉讼才能达到诉讼目的的情况，减轻了当事人的诉累。

第五部分\

【合同的变更与转让】 47-51条

第四十七条【债权债务转让纠纷的诉讼第三人】

本条承接了合同法司法解释一第二十七条、第二十八条及第二十九条的内容。并在此基础上增加了继受取得合同所有权利义务的受让人“就合同权利义务向对方主张抗辩”时，法院追加第三人的权利。司法实践中，为核查债权债务真实性而追加让与人为第三人的情况系法院的常规事实调查手段。本条款在原来合同法司法解释一的基础上扩大了追加第三人的情形，为法官查明事实提供了更为便利的程序性条件。

第四十八条【债权转让通知】

首先，本条第一款对《民法典》第五百四十六条做了进一步解释，细化明确了债务人接收债权转让通知前后的法律责任。《民法典》第五百四十六条规定债权转让未通知债务人

的，对债务人不发生效力。但是，“对债务人不发生效力”这一表述较为模糊，不少债务人在提出抗辩时将“不发生效力”与“无效”混淆，误以为在没有收到转让通知的情况下，债权转让行为无效。因此，此次新司法解释直接写明转让通知接收前后不同的法律效果，以便债务人在履行债务时准确选择履行对象。

其次，本条第二款系最高院首次以司法解释形式认可了“直接起诉”作为履行债权转让通知的行使方式。债权转让通知多种多样，有当事人口头告知的，也有以信件邮寄作出通知的，法律并没有对作出转让通知的方式进行明确。因此在实践中，当事人以“直接起诉”的方式行使债权转让通知存在诸多争议。在《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要（第三辑）》一书中，最高院认为“在债务人尚未接到通知的情况下，受让人与债务人之间尚不存在债权债务关系，原则上不能直接以债务人为被告提起诉讼。”但在最高院后续出具的判决中，裁判口径又发生了变化，例如在（2021）最高法民申1580号民事裁定书中，最高院认为债权受让人通过诉讼的方式通知债务人债权转让事宜，符合原《中华人民共和国合同法》第八十条第一款“债权人转让权利的，应当通知债务人”的规定，属于有效通知，债权受让人的原告主体资格适格。可见，为了最大程度地对债权受让

人的利益进行保护，最高院的裁判思路也在逐步发生变化。直至今日，最高院终于以司法解释的形式认可了“直接起诉”这一备受争议的债权转让通知方式。

最后，本条第二款第二句明确发送债权转让通知是一种不真正义务。因受让人未及时通知给债务人造成损失或增加费用的，相应金额需在债权金额中扣除。该条款的设定是为了督促受让人尽快地向债务人发送转让通知。

第四十九条【表见让与、债务人确认债权存在】

本条第一款的设定是为保护债务人作为相对方的利益，其接到债权转让通知后，债权转让合同本身的效力问题不得对抗债务人，除非受让人同意撤销债权转让。在真实的债权转让交易中，时常会出现这样一种情况：公司的工作人员未经公司授权擅自与他方签订债权转让合同，受让人向债务人发送债权转让通知后，债务人理所当然地向受让人履行了付款义务，此时，作为让与人的公司会主张否定债权转让合同的效力来保护自己的债权不受损。那么法院作为居中裁判者到底应当支持哪一方的利益呢？答案是债务人。因为自债务人收到债权转让通知那一刻起，对于债务人而言，履行的对象已经发生了改变，此时无法苛求债务人对债

权转让的真实性进行核查，否则将无端加重债务人的责任和义务，致使债务人处于一种不稳定的状态。因此，出于保护债务人的利益的目的，最高院贯彻了债权转让无因性的原则。

债权转让通知经受让人同意被撤销的，债务人仍应向让与人履行付款义务。根据本条第一款第二句的规定，债权转让无因性存在例外情形，即债权转让通知被依法撤销。那么如何理解通知被“依法撤销”？根据《民法典》第五百四十六条的规定，债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。结合前述规定可以看出，仅当债权受让人同意撤销通知的情况下，债务人方才恢复向让与人履行付款的义务。

基于禁反言原则，在受让人尽到债权真实性审查义务后其利益可得到保障，但同时为避免虚假诉讼情况，亦规定了例外情形。四十九条第二款从禁止反言的角度为债权受让人提供了一定的保障。但该条款的潜台词是受让人在受让债权前应当尽到债权真实性的审查义务，特别是向债务人确认债权的真实性。受让人未提前确认该等情况的，可能会面临债务人对债权真实性的抗辩。不过以上论述的前提是受让人不知道且不应当知道债权真实性存疑，在如今纷繁复杂的商业争议中，亦存在不少虚假诉讼的情况，为了避免当事人通过债权转让“逃废债”，本条作出了例外情形的规定。

第五十条 【债权的多重转让】

“一债多转”情况下债务人向最先收到转让通知的受让人履行债务的，债务消灭。本条第一款是民法首次以成文法确立了“一债多转”的处理方式，具有划时代的开创意义。在此之前，仅有买卖合同司法解释对“一物多卖”以及《民法典》第七百六十八条对“订立多个保理合同”的情形作了较为详细的规定。“一债多转”在司法实践中一直未有定论，不同地区层级的法院以不同的标准来确定优先受偿的债权受让人，例如在（2017）川09民终347号判决书中，遂宁中院认为，由于通知本身不是债权转让的生效要件，不得以通知作为确定受让人的标准，而应当以债权转让的先后顺序确定，在先者取得债权后，转让人构成无权处分，在后者无法取得债权；而在（2016）苏民申780号裁定书中，江苏高院认为签订债权转让合同并生效后，受让人仅是取得对债务人请求权，其是否实际获得债权有赖于是否通知债务人，从而取得相应债权。债权是具有相对性特征的请求权，只有通知债务人后，受让人才实际取得对债务人的债权请求权，否则该转让对债务人不发生效力，因此最先通知债务人的受让人取得相应债权。本次新司法解释采取了最先通知到达主义的规则来确定债权人，在债务人向其履行债务完毕后，债务消灭。对于次受让人而

言，虽法律没有明确规定，但由于债务的消灭，次受让人丧失了对债务人主张债权的权利，仅能向让与人主张违约责任。

债务人在明知的情况下，向非最先通知的受让人履行债务的，其仅对最先通知的受让人债务不消灭。针对债务人“明知故犯”的行为，本条新司法解释为最先通知的受让人提供了救济手段，即该受让人有权要求债务人继续履行债务或让与人承担违约责任。需要注意的是，债务人仅对最先通知的受让人不发生债务消灭的效果，当债权多重转让达到三次及以上时，其他次优先级的受让人仍然无法向债务人主张债权。举例来说，A将债权转让给B、C和D，B、C、D三人按时间先后顺序向E发送了转让通知，E明知B是最先通知的受让人，却向D履行了债务，B有权向E主张继续履行债务或向A主张违约责任，但C作为次受让人无权向E主张债权，其只得向A主张违约责任。

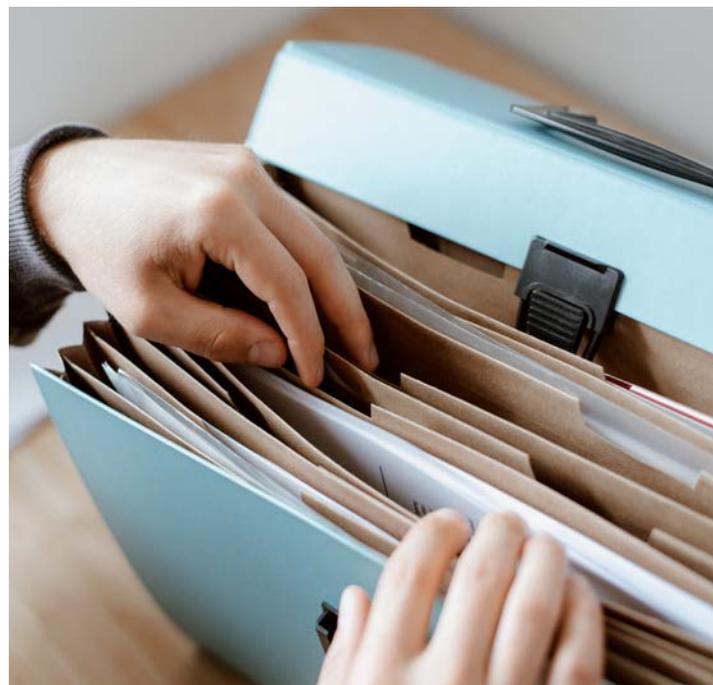
接受履行的受让人明知存在任何前手受让人的情况下，仅最先通知的受让人有权追回债权。本条司法解释第一款第二句后半段显然是借鉴参考了物权“善意取得”的制度，在接受履行的受让人为“善意第三人”的情况下，即便最先通知的受让人是真正的债权人，也无权对抗已经接受履行的受让人。换言之，当前者“非善意”时，则最先通知的受让人有权追回债权。需

要注意的是，针对接受履行的受让人是否“善意”的认定非常宽泛，只需该受让人知道存在有在先的受让人即可，不强求其必须知道最先通知的受让人；同时，能够主张追回债权的主体也仅有最先通知的受让人，不包含其他次优先级别的受让人。

本条第二款系对通知到达时间的具体规定，鉴于该规定与以往司法实践对通知到达时点的认定基本保持一致，故不再赘述。

第五十一条 【债务加入人的追偿权及其他权利】

仅在约定追偿权的前提下，债务加入人可向债务人行使追偿权。第三人在向债权人清偿债务后是否有权向债务人追偿这一问题无论是在学界亦或是司法实践中均存在争议。有学者认为，在没有约定的情况下，债务加入人不享有追偿权¹；山东高院于2022年9月9日在其微信公众号“山东高法”上发布一篇名为《第三人加入债务后，是否享有对原债务人的追偿权？》的文章，其认为，根据《民法典》第五百五十二条以及第五百一十九条的规定，债务加入人与债务人构成连带债务关系，相互之间存在追偿权；最高院在（2021）最高法民终355号民事判决书中认定债务加入行为构成连带保证责任，赋予了债务加入人作为连带保证



人的追偿权。可见，对于债的加入是否享有追偿权众说纷纭，此次新司法解释统一了司法实践。本条第一款前半句规定有约从约，债务加入人当然有权基于约定行使追偿权，这点是毋庸置疑的。

没有约定时，债务加入人不得主张追偿权，仅能在不损害债务人利益的情况下向债务人主张不当得利。债的加入难点在于没有约定追偿权时，债务加入人是否能够向债务人追偿？此次新司法解释给出的答案是不能，但同时给出了另一条解决路径，即向债务人主张返

1.王利明：《论“存疑推定为保证”——以债务加入与保证的区分为中心》

还不当得利。不同于追偿权，主张不当得利受限较多，例如，《民法典》第九百八十五条就不当得利的例外情形予以了约定，又比如《民法典》第九百八十七条对不当得利以外的损失赔偿限定了条件，等等。不仅如此，考虑到债务加入行为可能并非债务人自愿，新司法解释还规定债的加入行为损害债务人利益的，亦不能主张不当得利，例如债务已超过诉讼时效后，第三人加入债务并向债权人履行了债务，其行为本质上损害了债务人的利益。

第六部分\

【合同的权利义务终止】 52-58条

第五十二条 【协商解除的法律适用】

协商解除不以享有解除权为必要条件，但合同各方当事人应作出明确同意解除合同的意思表示。合同解除类型分为协商解除、约定解除以及法定解除。本条系对协商解除条款的进一步细化。在实践中，为达到商业目的，合同的一方或者双方在既无合同约定又无法定事由的情况下，向另一方发送解除合同通知的情形是比较常见的，此时另一方同意解除或双方均同意解除的，应当认定双方通过协商的方式对解除合同达成了一致的意思表示，不应当以当事人不享有解除权而否认双方新达成的意思自

治行为。特别需要注意的是，双方必须作出明示的解除意思表示的行为，一方要求解除合同，另一方没有作出意思表示但也没有继续履行合同的，并不代表另一方已经同意解除合同，仍应当进一步探寻当事人的真实意思表示，具体详见最高院在（2021）最高法知民终228号民事判决书中的说理。

协商解除合同后未对违约责任或结算清理问题予以具体约定的，守约方仍有权依据《民法典》等相关规定进一步主张权利。本条款第三款主要是为了说明当事人在协商解除合同后仍可以主张的权利是哪些。合同经协商解除后，并不代表违约的一方不再需要承担违约责任。在没有具体的协商解除合同备忘录或解除协议的情况下，特别是当事人双方系在法院诉讼过程中表达了解约意向的，合同解除后守约方仍可依据《民法典》第五百六十六条、第五百六十七条等相关规定进一步主张违约责任及结算清理要求。

第五十三条 【通知解除合同的审查】

行使解除权以存在约定解除或法定解除事由为前提，经法院认定不享有解除权的，解约通知不发生效力。最高院之所以出台本条司法解释，是因为不少当事人误以为相对方收到自己发出的解除通知那一刻起，合同就已解除。

但实际并非如此，一方基于所谓的合同约定或法律规定发了解约通知，该解约通知只具备形式上的解约意义，并不代表合同已真正被解除。合同是否被解除，应当经过司法机关的实质审查，若一方行使解除权没有任何合同或法律基础的，该解约行为自始不发生效力，相对方不受所谓的异议期限或合理期限限制。在此次新司法解释出台配套的典型案例七“孙某与某房地产公司合资、合作开发房地产合同纠纷案”亦对此做了详细阐述，一、二审法院没有对提出解约方是否享有实质的解约权进行审理，却以相对方未在异议期限内提出异议为由认定合同解除，系认定错误，最高院对此进行了纠正。

第五十四条【撤诉后再次起诉解除时合同解除时间的认定】

撤诉可理解为同时撤回解除合同的意思表示，故撤诉后再起诉解除合同的，以再次起诉时起诉状副本送达相对方的时间作为解除时间。根据《民法典》第五百六十五条第二款的规定，当事人直接以诉讼或仲裁方式主张解除合同的，起诉状或仲裁申请书副本送达对方时解除。但当事人撤回诉讼的，由于其事先未以通知的方式提出解约，故撤回诉讼的行为本身也意味着当事人撤回解约，因此撤诉后再起诉的，自然只能以新起诉案件材料送达对方的时

间作为解约时间了。结合上述推论，本条规定的但书条款亦不难理解，因为撤诉后向相对方发了解约通知，那么经法院实质审查后认定解约有合同或法律依据的，法院确认解除有效，其既判力将溯及至该解约通知到达相对方那一刻。

第五十五条【抵销权行使的效力】

法定抵销经法院认定成立后，自抵销权通知到达相对方时发生抵销效果，其不再具有溯及力，《九民纪要》针对溯及力的解释不再适用。此前，《九民纪要》第43条规定，一旦抵销权成立生效，截至抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务消灭。然而近期司法裁判的倾向逐渐向“抵销不具有溯及力”这一观点倾斜。例如在（2022）黔26民终247号判决书中，法院认为“债务抵销自通知到达对方时生效。”此次新司法解释也是顺应了目前的审判倾向，并统一了裁审口径。

第五十六条【抵销参照适用抵充规则】

因债务抵销与债务清偿发生的法律效果类似，故当抵销顺序发生争议的，可参照抵充规则处理。在一般情况下，债务抵销与债务清偿最终达成的法律效果便是债务的消灭，故在此

情形下，为解决债务抵销中各方对不同债务抵销顺序的争议，采用直接参照《民法典》有关抵充的规则，完善了抵销的法律适用规则。具体适用可参见配套公布的典型案例八“某实业发展有限公司与某棉纺织品公司委托合同纠纷案”。

第五十七条【侵权行为人不得主张抵销的情形】

为保护被侵权人的利益，未经协商一致的，侵权人不得随意主张抵销。根据《民法典》第五百六十八条的规定，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的，不可行使抵销权。本条司法解释便是对前述规定的详细补充。涉及侵害人身权益或存在故意或重大过失的侵权行为，其形成的侵权之债具有一定的违法性，如允许此类侵权人行使抵销权，则可能导致一些不法债权人通过暴力行为替代债务人的清偿，助长违法风气。

第五十八条【已过诉讼时效债权的抵销】

因抵销权不具有溯及力，主动债权时效届满后行使抵销权的，相对方可提出时效抗辩。主动债权时效届满后能否行使抵销权这一问题争议不断，在本次司法解释出台前，统一该纷争的是《最高人民法院公报》2019年第4期（总第270期）刊登的一则公报案例，在案例

中最高院认为抵销权的行使不同于抵销权的形成。作为形成权，抵销权的行使不受诉讼时效的限制。即主动债权的诉讼时效届满之前，被动债权进入履行期的，当认为满足双方债务均已到期之条件。根据该判例，主动债权即便已超过诉讼时效，经通知后仍能够发生抵销的效果。然而，此次司法解释的出台又改变了以往的裁审口径，认定被动抵销的一方可主张时效的抗辩，笔者认为此改动的缘由在于新司法解释第五十五条对于“抵销权不具有溯及力”的认定。

第七部分\

【违约责任】 59-68条

第五十九条【合同终止的时间】

出现合同僵局时，违约方可在一定条件下解除合同，但为保护守约方的利益应结合案件实际情况确定合同解除的时间。通过起诉的方式主张解除合同的，根据《民法典》第五百六十五条的规定，应在起诉状副本送达相对方时认定合同解除。但是《民法典》五百八十条规定的合同解除情况较为特殊，结合《九民纪要》对于合同僵局下违约方解除合同的规定，如果此时仍然依照起诉状副本送达相对方作为合同解除的时点，对守约方显属不公。特别是一些长期

继续性合同，双方一直处于履行状态中，违约的一方通过诉讼或仲裁的方式提出解约，但在诉讼仲裁过程中，双方的履行状态并没有停止，若此时仍依照诉状或仲裁申请书副本送达相对方确定解约时间的，那么对于守约方而言，自解约之日起至判决或裁决作出之日期间的权益将无法得到很好的保障。

第六十条至六十三条【损害赔偿金额的确定】

新司法解释第六十条至六十三条确立了一方违约后，另一方主张损害赔偿的计算方式和参考标准：

第六十条确定了三种计算可得利益损失的方式：（1）非违约方在扣除成本后，按照合理的利润来计算可得利益损失；（2）当发生替代交易的，按照替代交易价格或市场公允价格与合同价格的差额确定可得利益损失；或（3）没有发生替代交易的，按照一定合理期限内的市场公允价格与合同价格差额确定可得利益损失。

第六十一条明确，除非有例外情形，继续性合同的可得利益赔偿不得按照所有剩余期限来主张。本条款虽此前未有明确规定，但在房屋租赁合同纠纷领域中频繁使用。例如，在承租人违约解除租赁合同的情况下，出租人主张按照剩余期限所有租金作为可得利益损失，但

法院通常不会采纳出租人的主张，而是会结合出租人再次寻找承租人的期限以及剩余期限的长度综合考虑赔偿，上海地区一般将3-6个月的租金作为可得利益损失赔偿。

第六十二条为确定损害赔偿的原则性条款，一般由法官发挥自由裁量权，不再赘述。

第六十三条进一步阐述了损害赔偿的“可预见性”原则以及“减损”原则。“可预见性”一直以来是确定损害赔偿的限制性原则，要求一方主张的损失不得超过合同订立时可预见或应当预见的损失，但此次新司法解释将可预见的“间接损失”也一并纳入其中，为守约方维权增加了保障。“减损”原则与原先的司法解释基本保持一致，不再赘述。

第六十四条【请求调整违约金的方式和举证责任】

本条第一款明确了违约金调整的举证责任。司法实践中，对于哪一方承担违约金调整的举证责任一直都有争议，此次新司法解释明确了双方都有一定的举证责任，但从表述上来看违约方承担的是“举证责任”，而守约方承担的是“证据提出责任”，因此从证明负担上来看，前者高于后者。尽管如此，新司法解释第六十五条的规定也明确了违约方对“过分高于造成的损失”的举证标准。

本条第二款确立了法院对调整违约金的绝对裁量权。在许多案件中，有的当事人会在合同中明确书面约定双方当事人不得对违约金进行调整，结合现有判例，确有法院支持这样的表述。但是本条规定明确了法院对当事人意思自治的强制性司法干预，其目的在于维护市场秩序，确保填平原则的实现。

第六十五条 【违约金的司法酌减】

本条承接了合同法司法解释二第二十九条对于“过分高于造成的损失”的认定并额外增加了恶意违约方无权调整违约金的新规定。“超过造成损失的百分之三十”一直以来都是认定违约金过高的标准，此次新司法解释还是保留了这一标准。需要注意的是，“超过造成损失的百分之三十”是指违约金大于等于实际损失的130%而不是30%。并且，新司法解释还明确规定了恶意违约者一般不得酌减违约金，符合诚实信用原则。但凡事都有例外，相比此前的征求意见稿，新司法解释在“不予支持”前增加了“一般”二字，表明在一些特殊情况下，还是会同意恶意违约方的调减要求。

第六十六条 【违约金调整的释明与改判】

违约金调整事宜法院应当主动释明并依法改判。此次新司法解释在原买卖合同司法解释

第二十一条的基础上，将违约金调整释明的规则汇编到了合同总则篇中，确保每一类别的合同都适用违约金释明规则。

第六十七条 【定金规则】

未明确款项性质为定金的，不得适用定金罚则。在日常商业交易中，当事人时常使用“定金”“订金”“保证金”“押金”等不同种类的款项作为交易的担保，尽管其他类型的交易担保在使用内容和方法与“定金”相同或类似，但当事人未写明该款项是“定金”的，法院不支持适用定金罚则。本条第一款承接了已废除的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（“担保法司法解释”）的一百一十八条，用于提示当事人务必将定金性质约定清晰。此外，需要注意的是，定金的种类多样，一般分为订约定金、成约定金、解约定金、违约定金、证约定金这五种，每一种定金虽都适用定金罚则，但除此以外产生的法律效果各不相同。

订约定金可作为一方向另一方因恶意磋商主张缔约过失责任的赔偿依据。本条第二款不仅承接了担保法司法解释第一百一十五条的规定，更是将订约定金作为了一方主张缔约过失责任的赔偿依据。由于缔约过失责任的损失举证难度较高，在司法实践中，往往因当事人无

法举证相应损失而导致最后仅获得少许的赔偿。新司法解释出台后，通过定金罚则，当事人对赔偿也有了一定的预期，保护了诚信磋商的一方。

合同主要义务已履行并被接受的，未交付成约定金的，不影响合同的成立与生效。本条第三款承接了担保法司法解释的一百一十六条，但在表述上做了一定的调整，将“主合同已经履行或者已经履行主要部分的”改为“合同主要义务已经履行完毕并为对方所接受”，使得条款的表述更加完善。

定金具备解约性质的，双方可通过赔付定金或放弃定金的方式解除合同。本条第四款承接了担保法司法解释的一百一十七条。值得注意的是，结合《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》中立法者对定金的解释，当定金具备解约性质的情况下，解约定金是可能与违约金并用的，但若违约金指向的是全部履行利益，为避免信赖利益的双重赔偿，赔偿额应当以违约金为限²。

第六十八条 【定金罚则的法律适用】

双方都存在违约的情况下，定金罚则适用与否取决于违约程度的轻重。此次新司法解释特别将双方都存在违约行为的情况作了梳理，根据一方构成轻微违约还是根本违约来确定定

金罚则的适用。不过本条第一款并未就轻微违约、违约以及根本违约予以区分，存在一定模糊性，笔者认为这可能是最高院留给审判法官自由裁量权的空间，法官可在充分了解事实情况后，根据自由裁量权确定违约程度。

除非未履行的行为构成根本违约，定金罚则可按比例适用，更符合公平原则。在以往的司法实践中，定金罚则的适用一般是全额支持的。本条第二款首次对定金罚则的适用比例进行了规定，这样的规定保护了违约但非根本违约的一方权利，否则轻微违约导致承担高额的定金赔偿，使得另一方以此获利，不符合公平原则。

不可抗力不适用定金罚则。由于合同适用无过错原则，一方发生不可抗力因素导致无法履行合同的，构成对合同的违约，但因《民法典》第五百九十条的规定，不可抗力构成免责的事由。因此，结合定金罚则本身属于违约责任的性质，当发生不可抗力的情况时，自然不适用定金罚则。但需要注意的是，《民法典》规定一方迟延履行后发生不可抗力的，不免除违约责任，此种情况下违约责任不再有免责阻却事由，此时仍可适用定金罚则。

2. 《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》P805

第八部分\

【附则】 69条

第六十九条 【司法解释的时间效力】

尚未终审的案件可适用新司法解释，但前提是相关法律事实发生在《民法典》施行之后。司法解释不同于法律，其本质上属于最高院根据司法实践情况结合法律本身作出的解释，因此司法解释的时间效力往往依附于法律本身，此观点在（2018）最高法民申5614号裁定书中亦有体现。因此，结合上述法理，也可以推断得出民法典施行后且在新司法解释出台前的案件可以适用新司法解释的结论，但为了确保司法判决的稳定性，已经终审或处于审判监督程序的案件不再适用新司法解释。 ☞



孙彬彬
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3021
sunbinbin@zhonglun.com

公司法人人格否认制度的 实务难点问题分析

作者：刘相文 朱琳



《公司法》2005年修订引入了公司法人人格否认制度，2013年最高院公布了关联公司法人人格否认的第15号指导案例，2019年结合司法实践《九民会议纪要》对公司法人人格否认的三种典型情形进行了细化规定，推动了公司法人人格否认法律适用和裁判规则的统一。尽管如此，由于实践中股东滥用公司法人独立地位和有限责任的表现形式多样，公司法人人格否认相关规则的适用仍是司法实践中的难点问题。在目前司法实践背景下，笔者尝试对相关实务难点问题的裁判观点进行梳理总结，以期对相关诉讼案件提供借鉴和参考。

第一部分\

我国公司法人人格否认制度的法律演进与立法现状

公司法人人格否认制度，也称“揭开公司面纱制度、股东有限责任待遇之例外、股东直索责任”等，适用于公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的情形，是对法人独立原则和股东有限责任原则的矫正。公司法人人格否认制度作为防止股东滥用公司法人独立地位侵害债权人利益的补充救济手段，是公司法的一项重要制度。

2005年修订的《公司法》第二十条第三款规定了公司法人人格否认制度适用的一般原则，即“公司股东滥用公司法人独立地位和股东

有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”第六十四条（现第六十三条）针对一人公司作了特殊规定，即“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”2017年原《民法总则》第八十三条第二款、现《民法典》第八十三条第二款保留了该条款规定¹。

实践中股东滥用公司法人独立地位和有限责任的表现形式多样，在法律中难以一一列举，因此《公司法》仅作原则性规定，由最高人民法院根据审判实践的情况作出具体规定。

1.《民法总则》第八十三条第二款规定，“营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任”。《民法典》第八十三条第二款规定与前述《民法总则》第八十三条第二款规定相同。

2013年1月31日最高人民法院发布第15号指导案例²，用以解决涉及关联公司人格混同的认定（横向公司法人人格否认）及法律责任承担问题。第15号指导案例确立了横向法人人格否认的先例，属于弥补法律漏洞的个案裁判，多份实证研究表明，第15号指导案例对其后审判产生了相当的示范效应³。

2019年11月8日，为了统一裁判尺度，解决公司法人人格否认规则较为原则、抽象与适用难度大的问题，在总结各级法院审判经验基础上⁴，最高人民法院在通过的第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民会议纪要》”）对公司法人人格否认的具体适用作了比较详细的论述，包括公司法人人格否认的适用精神，明确了“滥用行为”的三种常见情形“人格混同”、“过度支配与控制”、“资本显著不足”，并以列举加兜底条款的方式确定了其具体情形。

《九民会议纪要》具有填补裁判规范空白与指导司法实践的重要意义，但是由于其不是司法解释，也不是任何正式意义上的法律渊源，实务判决中不能引用其作为裁判依据。立法机关也注意到横向公司法人人格否认裁判依据不足等问题，正在完善相关立法。2023年9月全国人大常委会公布的《公司法(修订草案三次审议稿)征求意见》第二十三条规定，“公司

股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”

第二部分\

公司法人人格否认制度的实务难点问题分析

通说认为，公司法人人格否认案件是侵权纠纷案件，公司股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任，侵权了公司债权人的利益，应当按照侵权责任的构成要件承担相应的侵权赔偿责任。具体而言，公司法人人格否认案件的构成要件主要包括主体要件、行为要件、结果要件：

2.最高人民法院第15号指导案例，徐工集团工程机械股份有限公司与成都川交工贸有限责任公司、成都川交工程机械有限责任公司、四川瑞路建设工程有限公司等买卖合同纠纷案，江苏省徐州市中级人民法院〔2011〕苏商终字第0107号民事判决。

3.李建伟：“关联公司法人人格否认的实证研究”，载《法商研究》2021年第6期。

4.在司法实践中，一些高级人民法院及时总结审判经验，形成了具有指导意义的若干文件，如浙江省高级人民法院发布的《关于公司法适用若干疑难问题的理解》、江苏省高级人民法院出台的《关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》、上海市高级人民法院发布的《关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》等。

第一，主体要件。主体要件包括案件原告与被告，原告是公司的债权人，包括主动债权人（如合同之债的债权人）和被动债权人（如侵权之债的债权人），非公司债权人如公司小股东等可以通过例如股东代表诉讼、损害股东利益诉讼等公司内部相关制度寻求法律救济，不能通过公司法人人格否认制度寻求救济；被告是实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任行为的股东或者关联公司。

第二，行为要件。公司股东实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为，是适用公司法人人格否认规则的行为要件。根据《九民会议纪要》规定，股东滥用行为的典型类型包括人格混同、过度支配和控制、公司资本显著不足。

第三，结果要件。结果要件是指股东滥用行为严重损害了债权人的利益，关于严重损害债权人利益的判断标准，学界的主流观点认为是指公司丧失清偿能力⁵，《九民会议纪要》也指出，“损害债权人利益，主要是指股东滥用权利使公司财产不足以清偿公司债权人的债权”。

如上所述，我国公司法人人格否认制度的

相关立法与裁判指导意见日趋完善，但是司法实践中仍然存在较多适用难点问题，需要进一步分析探讨。

（一）关于被告范围

1. 能否主张公司的实际控制人承担连带责任？

法人人格否认制度是否适用于非公司股东但与公司存在控制关系的主体，目前立法与《九民会议纪要》均未予以明确。学理上多认为揭破面纱制度适用于公司实际控制人，例如刘俊海教授认为“应当对《公司法》第20条所称‘股东’做扩张解释，从而将实际控制人（包括实质股东）涵盖其中⁶。”在司法实践中已有刺破公司面纱，判令公司实际控制人承担连带责任的判例。

例如，（2019）最高法民申6232号民事裁定书⁷中，最高人民法院认为，“《公司法》第二十条规定：‘公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。’尽管杜敏洪、杜觅洪非能盛公司股东，但**《公司法》第二十条规制股东滥用公司法人人格之立法目的自应涵盖公司实际控制人滥用公司法人格之情形，故原审基于此判令杜敏洪、杜觅洪对案涉债务承担连带清偿责任符合《公司**

5.参见石少侠：《公司人格否认制度的司法适用》，载《当代法学》2006年第5期；宋建立：《法人人格否认理论的实际应用》，载《人民司法》2008年第16期。
6.刘俊海：《公司法学》，北京大学出版社2020年版，第288页。
7.最高人民法院（2019）最高法民申6232号民事裁定书，杜敏洪、杜觅洪买卖合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书。

法》第二十条之立法目的，并不属于适用法律确有错误之情形”。

又如，(2020)最高法民终185号民事判决书⁸中，最高人民法院认为，“公司人格否认制度旨在矫正有限责任制度在特定情形下对债权人利益保护的失衡。**非公司股东但与公司存在关联或控制关系的其他主体通过操作或控制公司而损害公司债权人利益，与公司股东滥用公司人格损害债权人利益具有同质性。**对此应基于公平及诚信原则，类推适用《中华人民共和国公司法》第二十条第三款规定予以规制，以实现实质公正。本案中，肥矿光大公司的控股股东肥矿能源公司是山能贵州公司的全资子公司，山能贵州公司与肥矿光大公司存在关联关系，应根据公司人格否认制度的法律规定判断山能贵州公司应否对肥矿光大公司的债务承担连带责任”。

2.能否主张公司为其股东承担连带责任？

公司股东与公司之间存在人格混同，导致公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，向公司转移资产，逃避债务，严重损害其债权人利益的，公司应当对该股东的债务承担连带责任。此为反向刺破公司面纱，即在特定条件下，可以将公司与其股东视为一体，判决公司对股东的债务承担连带责任。

司法实践中反向刺破公司面纱的案例较

少。例如，(2010)沈民二终字第264号民事判决书⁹中，辽宁省沈阳市中级人民法院认为，“公司法人独立地位和有限责任是现代公司两大基石，若存在股东滥用人格和股东有限责任，导致股东与公司人格混同的，则令滥用独立人格的股东对公司债务承担民事责任，此为公司法第二十条所明确规定。**由于存在股东与公司间人格混同，股东须对公司债务承担责任，自不待言，而公司也须为股东债务承担责任，也应是公司法第二十条有关法人格否认规定的应有之义”。**

又如，(2016)川民再283号再审民事判决书¹⁰中，四川省高级人民法院认为，在主体要件方面，“东方红水泥公司（债务人）是资中西南水泥公司的股东，两者之间存在关联关系，符合法人人格混同制度的主体要件要求”。因此尽管最后法院以不符合法人人格否认的行为要件为由不支持公司为股东债务承担连带责任，但是法院在该案中也认可，在存在股东与公司人格混同的情况下，公司需为股东债务承担责任。

再如，(2021)最高法民终1301号民事判

8.最高人民法院(2020)最高法民终185号民事判决书，柳振金、马永兰采矿权转让合同纠纷二审民事判决书。
9.陈林、贾宏斌：《反向刺破公司面纱——公司法人格否认规则的扩张适用》，载《人民司法（案例）》2010年第14期。
10.四川省高级人民法院(2016)川民再283号再审民事判决书，西南水泥有限公司、徐惠芳民间借贷纠纷再审民事判决书。

决书¹¹中，最高人民法院认为，“**根据公司法法人人格否认原理和一人公司的治理缺陷，股东与其一人公司只要存在人格混同，均应对彼此债务承担连带责任。**”（2020）最高法民申2158号民事裁定书¹²等多件案例也持此结论。故而，对这种反向情形应当类推适用公司法第六十三条，即只要债权人能够证明作为债务人的股东设立了一人公司，就应当推定该一人公司与其股东存在人格混同的事实；如果一人公司或其股东要推翻这个事实，应当承担举证证明责任。”

结合上述学理通说与审判观点，我们初步认为，**法人人格否认制度的关键在于是否存在人格混同、过度支配和控制、公司资本显著不足等滥用法人独立地位和股东有限责任的行为。**如果构成滥用行为，原则上，不论其是母



子公司关系、关联公司关系、实际控制人与其控制公司关系等，均存在对彼此债务承担连带责任的法律风险。

（二）关于股东滥用行为的认定

1.“人格混同”股东滥用行为的举证责任如何分配？

人格混同是实务中最常见的股东滥用行为，关于人格混同的认定在司法实践中已经形成主流裁判观点并在《九民会议纪要》中予以明确，在此不再赘述。但是，人格混同法人人格否认案件中的举证责任分配与原告举证证明标准问题，实务中更依靠法官的自由裁量权，在司法实践中有不同处理，并可能直接导致截然不同的判决结果。

据观察，目前理论界与实务界主流观点认为，主张一个公司的法人人格否认可以直接根据《公司法》第六十三条规定适用举证责任导致；主张非公司法人人格否认的案件则具有自身特殊性，即主张否认公司法人人格的债权人在客观上难以或者无法提供关键证据，因此法院应当在“谁主张，谁举证”的举证原则基础上

11.最高人民法院（2021）最高法民终1301号民事判决书，施皓天与珠海霖阳投资有限公司、广州常江房地产开发有限公司等民间借贷纠纷二审判决书。

12.最高人民法院（2020）最高法民申2158号民事裁定书，华夏银行股份有限公司武汉洪山支行、北京长富投资基金股权转让纠纷再审查与审判监督民事裁定书。

合理分配举证责任，通常会在债权人已举证证明的股东或关联公司滥用公司法人独立地位和股东有限责任的证据令人产生合理怀疑的情形下，将举证责任分配给被诉股东或关联公司。但是，**何为原告已提供了盖然性证据，或者足以令人合理怀疑股东滥用行为**，系法官自由裁量问题，司法实践中处理不一。

例如，(2015)民二终字第85号民事判决书¹³中，最高人民法院认为，“嘉宸公司提出的四项证明内容均不能证明海马公司滥用通海公司法人独立人格和股东有限责任，未达到对法人人格混同可能性的合理怀疑程度，本案不具备对嘉宸公司法人人格否认主张适用举证责任倒置原则的前提”，并且在一审、二审均未支持原告关于调取被告债务人股东的财务账册的调查举证申请。

又如，山东临淄农村商业银行股份有限公司与淄博明珠物资有限公司、淄博泉泰经贸有限公司等金融借款合同纠纷案件¹⁴中，原一、二审判决认定，对比最高人民法院指导案例，原告未达到对应的证据标准，证明力明显较低，因此认为原告证据不足，对关联公司承担连带清偿借款本息责任的主张未予支持。但是，案件再审后予以改判，再审判决认定，原告临淄农商行提供的证据已证明明珠物资公司与金旗瑞公司在人员、业务、财务等方面存在交叉或

混同，足以对两公司是否存在人格混同产生合理怀疑，因此被告明珠物资公司负有相应举证责任。**但是明珠物资公司在本案中并无足够证据证实其与金旗瑞公司之间系独立的法人单位，即无法证实两公司之间在公司意志、公司财产上存在独立性，故对临淄农商行的主张予以支持。**

再如，在黄成国诉厦门金鸿瑞酒店有限公司、姚静娴等与公司有关的纠纷案件¹⁵中，法院裁判观点与上述案例正好相反，一审法院认定债权人黄成国已完成相应举证责任，判令债务人琦盛公司的关联企业金鸿瑞酒店、股东之一姚静娴承担赔偿责任。二审改判驳回债权人的原审全部诉讼请求。再审案件驳回债权人再审申请。

2.“过度支配和控制”的司法认定要点

公司人格否认案件中单纯涉及过度控制，滥用公司控制权的案例较少，过度控制判断标准较为模糊和难以确定，因此让很多法人人格否认案件只有在能够确认人格混同的前提下才支持当事人过度控制的主张。股东过度控制往往表现为对公司事务过分干预而引起股东与

13. 最高人民法院 (2015)民二终字第85号民事判决书，三亚嘉宸房地产开发有限公司与海马汽车集团股份有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷二审民事判决书。

14. 山东省高级人民法院(2015)民申字第213号再审裁定书，(2015)鲁民再字第23号再审民事判决书。

15. 福建省厦门市中级人民法院(2016)闽02民终2476号民事判决书，(2017)闽民申2570号再审民事裁定书。

公司的人格混同或者财产混同，过度控制与人员混同、财产混同等公司法人格否认的各种适用情形或多或少存在交叉和重叠，但是也有在没有人员与财产混同的前提下存在过度控制的情形，故人员混同或财产混同并非过度控制的充分要件。认定过度控制的关键是看股东是否通过对公司的控制而实施不正当影响，使公司丧失了独立意志和利益，成为股东谋取利益的工具，严重损害公司债权人的利益。¹⁶

过度支配和控制的司法认定要点在于是否进行了过度控制行为以及过度控制是否有不正当目的：**第一，关于过度控制行为的认定。**过度控制与控制容易把握不清，控制属于正常的商业经营管理需要，也是股东基于出资而应当取得的正当权利。过度控制行为的典型情形，除了《九民会议纪要》规定的四种情形外，还可以参考上海市高级人民法院《民事审判第二庭关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》第九条规定，股东利用关联交易，非法隐匿、转移公司财产的，可以认定股东对公司进行不正当支配和控制。**第二，关于不正当目的的认定。**目的正当性是区分股东合法控制公司与否的关键所在。这里的正当可以从对价合理、没有欺诈、不损他人利益角度进行考量。当股东对公司的控制是为了规避法定义务、逃避合同义务或对外部债权人进行欺诈等目的时，股东的

该种控制行为即不具有正当性。

(2019)京03民终2577号民事判决书中，北京市第三中级人民法院认为“德州锦城公司在成为天津日拓公司一人股东的短短几个月内，尤其是在天津日拓公司与斯普乐公司买卖合同纠纷诉讼期间，将作为福田公司供应商的天津日拓公司变更为德州锦城公司，**上述重要客户资源转让的决定，并无天津日拓公司的股东书面决议或其他形式能证明系天津日拓公司独立决策的文件。**德州锦城公司将自己的意志强加于天津日拓公司之上，使天津日拓公司丧失了自我意志和自我决策能力。……德州锦城公司对天津日拓公司实施不正当支配和控制的行为，难以认定具有正当目的，且使得天津日拓公司利益受损，符合过度控制的构成要件。一审法院对此予以认定，符合法律规定。”

中信国安盟固利电源技术有限公司与青岛澳柯玛新能源技术有限公司、青岛澳柯玛新能源配套有限公司买卖合同纠纷案¹⁷中，法院认为，所谓过度控制，主要是指母公司基于不正当的目的，幕后操作子公司，将亏损留在子公司，从而造成母子公司生产经营活动、资产、

16.北京三中院发布二十个公司类纠纷典型案例之十九：某电线公司诉某电装公司股东损害公司债权人利益责任纠纷案——公司法人人格否认中股东对公司过度控制的认定标准。
17.案例索引：见武建华：《对〈中华人民共和国公司法〉第二十条的理解——中信国安盟固利电源技术有限公司与青岛澳柯玛新能源技术有限公司、青岛澳柯玛新能源配套有限公司买卖合同申请再审案》，载景汉朝主编：《最高人民法院立案工作指导案例解析》，人民法院出版社2015年版，第475—479页。

管理混同等情形，导致子公司丧失独立人格。此处的过度控制不同于母公司对子公司一般意义上的控制，它并非仅仅是持续、广泛的控制，还包括不当行使控制权，从而导致子公司独立人格的丧失。如果母子公司双方均系独立经营、独立核算、自负盈亏，且母公司对子公司的控制只是一般意义上的控制未超出合法范围，母公司并未滥用股东权利、侵犯子公司的独立人格，则不应认定两者人格混同，进而否定子公司法人人格。

（三）能否通过执行程序追加滥用行为主体为被执行人？

实务中，由于审判程序中可能存在债权人不掌握人格混同等滥用股东权利的证据、债权债务约定仲裁管辖不能在一个案件中同时提起公司人格否认诉讼、民事执行程序中通过法院调查财产才发现滥用公司法人人格损害债权人利益的行为等原因，且滥用行为又经常成为债务人执行程序中逃避执行、转移债务的重要方式。因此我们理解，民事执行中适用公司法人人格否认制度可以保障债权人的合法权益，存在客观必要性，并且可以解决部分执行难的问题。

之前理论界多认为根据审执分离的基本法理，在执行中直接适用法人人格否认制度是对当事人答辩权、上诉权的侵犯，其有“越俎代

庖”之嫌，可能损害司法的程序性、公正性，因此认为执行程序中不能适用公司法人人格否认制度。最高人民法院突破立法规定和理论争议，从解决执行难实务问题出发，在《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二十条、第三十二条¹⁸等规定了追加被执行人适用执行异议程序，并可以提出执行异议之诉。目前在执行实施程序中已经有追加一人公司的股东作为被执行人的较多案例，以及相应执行异议之诉案件，相关裁判规则也较为明确，在此不再赘述。

关于除一人公司之外的其他类型法人人格否认能否通过追加被执行人（执行异议程序）以及执行异议之诉解决，目前主流观点认为，在执行过程中发现非一人公司之外的被执行人人格混同的情形，申请执行人需要通过另行诉讼要求第三人公司承担连带还款责任。但是，随着“公司人格否认”制度在司法实践中的大量适用和裁判规则的进一步明确，我们相信通过执行程序追加滥用行为主体为被执行人的相关立法将逐步完善。

18.最高人民法院《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定(2020修正)》第二十条规定，“作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，申请执行人申请变更、追加该股东为被执行人，对公司债务承担连带责任的，人民法院应予支持”。第三十二条规定，“被申请人或申请人对执行法院依据本规定第十四条第二款、第十七条至第二十一条规定作出的变更、追加裁定或驳回申请裁定不服的，可以自裁定书送达之日起十五日内，向执行法院提起执行异议之诉。被申请人提起执行异议之诉的，以申请人为被告。申请人提起执行异议之诉的，以被申请人为被告。”

第三部分\ 结语

现实中，公司股东滥用公司人格和股东有限责任的形式和手段是多种多样的，这种形式和手段的多样复杂性，决定了在适用公司法人人格否认过程中需要多种理论和认定标准的同时适用。但是无论如何，最根本的还是要看行为本身是否违背诚实信用原则，是否构成公司法人人格和股东有限责任的“滥用”，妨碍了公平、公正的立法本意，从而严重损害了债权人的利益。 ㉔



刘相文
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com

消费基础设施REITs的 重点法律问题探讨

作者：施峰 储灿林 魏轶东 刘洪蛟



2023年11月26日，时隔沪、深交易所正式受理首批四单消费基础设施REITs项目一个月的时间，三单项目正式获批。这是自2023年3月24日国家发改委和中国证监会分别发布《国家发展改革委关于规范高效做好基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）项目申报推荐工作的通知》（发改投资〔2023〕236号，下称“236号文”）和《关于进一步推进基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）常态化发行相关工作的通知》（下称“《常态化发行通知》”），将消费基础设施纳入C-REITs的试点范围之后，盘活消费基础设施又一重大进展。本文将基于项目实践，对消费基础设施REITs重点法律问题进行分析，以供探讨。

第一部分\ 试点范围

（一）资产类型范围

236号文和《常态化发行通知》规定：“优先支持百货商场、购物中心、农贸市场等城乡商业网点项目，保障基本民生的社区商业项目发行基础设施REITs。”此后，商务部、国家发改委、中国证监会等13部门发布的《关于促进

家居消费若干措施的通知》（商消费发〔2023〕146号）规定：“支持符合条件的家居卖场等商业网点项目发行基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）。”

据此，消费基础设施REITs的试点范围资产类型包括**百货商场、购物中心、农贸市场、社区商业、家居卖场**五大业态类型。前述五大业态类型的具体内容及对应的用地分类如下：

类型	百货商场	购物中心	农贸市场	社区商业	家居卖场
依据	《国内贸易局关于印发<零售业态分类规范意见(试行)>的通知》（内贸局发行一字第106号）		《关于继续实行农产品批发市场农贸市场房产税城镇土地使用税优惠政策的通知》（财税〔2019〕12号）	《商务部关于加快我国社区商业发展的指导意见》（商改发〔2005〕223号）	《商业网点分类》（GB/T 34401-2017）

类型		百货商场	购物中心	农贸市场	社区商业	家居卖场
具体内容		在一个大建筑物内，根据不同商品部门设销售区，开展进货、管理、运营，满足顾客对时尚商品多样化选择需求的零售业态；服务功能齐全，营业面积通常较大（如5,000平方米以上）。	企业有计划地开发、拥有、管理运营的各类零售业态、服务设施的集合体。内部结构由百货店或超级市场作为核心店，与各类专业店、专卖店、快餐店等组合构成。服务功能齐全，集零售、餐饮、娱乐为一体。	经工商登记注册，供买卖双方进行农产品及其初加工品现货批发或零售交易的场所。	城市社区设立超市、便利店、标准化菜店、餐饮店、洗衣店等各类便民、利民的网点，并逐步搭载便民服务功能，满足社区居民多样化、个性化的消费需求。	以专门销售建材、装饰、家居用品为准的零售业态。
依据	《土地利用现状分类》（GB/T 21010-2017）					
用地分类	一级分类	05商服用地	05商服用地	05商服用地	05商服用地	05商服用地
	二级分类	0501零售商业用地	0501零售商业用地	0501零售商业用地或0502批发市场用地	0507其他商服用地	0501零售商业用地

实践中，对于消费基础设施项目与其他业态位于同宗土地、土地用途记载为多种土地用途或综合用地¹的情形，其土地用途合规性需要基于项目所在地土地分类具体判断。在首批申报的四单消费基础设施项目中，两单项目对应的土地存在多种用途的情形。以其中一单商业资产REIT项目²为例，该项目对应的土地用途即包括了两类以上土地用途，该项目的土地由项目公司自海军潜艇学院处受让取得，原土地用

途为“商业、住宅”“商业住宅用地”；《不动产权证书》载明的用途为“零售商业，商务金融/商业”。我们理解，对于混合用途项目土地用途的一致性需从以下三个方面确认：第一，土地出让合同载明的土地用途是否包含了消费基础设施项目实际的业态用途；第二，消费基础设施

1.对于综合用地的定义：国家层面，暂无明确规定；地方层面，以上海市为例，《上海市控制性详细规划技术准则（2016年修订版）》对综合用地（Z）的定义是指在规划实施阶段具有一定管理弹性的用地，可以包含相互间没有不利影响的二类或两类以上功能用途。

2.参见《华夏华润商业资产封闭式基础设施证券投资基金的法律意见书》（申报稿）第34、36页。

施项目实际建设情况是否符合控制性详细规划确定的商业用途和商业用途建筑物建设规模，是否符合规划指标；第三，消费基础设施部分的实际用途是否与房产证记载的用途一致。如存在不一致的情况，倘若可分证、剥离不入池的业态，将不符合消费基础设施用途的部分剥离；倘若无法分证、剥离的，就拟保留入池但与消费基础设施用途不一致的部分，需探讨是否可取得有权部门的认可及补办相关手续（比如：是否补签订出让合同、变更用途、补交出让金，变更规划等）后入池。

（二）区域范围

根据《国家发展改革委关于进一步做好基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)试点工作的通知》(发改投资〔2021〕958号，下称“958号文”)，全国各地符合条件的项目均可申报。重点支持位于京津冀协同发展、长江经济带发展、粤港澳大湾区建设、长三角一体化发展、海南全面深化改革开放、黄河流域生态保护和高质量发展等国家重大战略区域发行基础设施REITs项目。从首批申报的四单消费基础设施REITs项目看，除一单项目的底层资产位于北京，其余项目分布位于青岛、杭州、长沙，都是GDP超万亿的城市。我们相信，在未来会有越来越多位于高能级城市的消费基础设施参

与试点。

第二部分\

原始权益人主体要求

（一）独立性要求

236号文项下的对原始权益人的独立性要求始见于《上海证券交易所公开募集基础设施证券投资基金(REITs)规则适用指引第4号——保障性租赁住房(试行)》《深圳证券交易所公开募集基础设施证券投资基金业务指引第4号——保障性租赁住房(试行)》(以下合称“4号指引”)。从底层逻辑上看，其目的在于不得为商品住宅开发项目进行变相融资：第一，项目发起人(原始权益人)不得从事房地产开发业务，如申报时仍存在商品住宅和商业地产开发业务的，应考虑更换项目发起人(原始权益人)。如项目发起人(原始权益人)历史上存在商品住宅和商业地产开发业务，但当前已停止商品住宅和商业地产开发业务的，在满足独立性要求的前提下，我们理解，其符合236号文对项目发起人(原始权益人)独立性的要求。

第二，项目发起人(原始权益人)的控股股东或者关联方涉房的，发起人(原始权益人)应当在资产、业务、财务、人员和机构(下称“五独立”)等方面保持独立。考虑到基

基础设施公募REITs领域暂无细化的核查标准，可参照《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第57号——招股说明书》第73条之要求对于发起人（原始权益人）五独立情况进行核查。具体而言：

一是资产方面，须对如下事项进行核查：

(1) 自有资产是否存在与涉房关联方资产混用或共用的情形；(2) 非自有的资产，如业务信息系统、商标等品牌标识或其他知识产权等，是否与其他权利人签订协议并支付公允对价而取得合法的使用权。

二是业务方面，须对如下事项进行核查：

(1) 是否制定并发布相关业务管理制度，相关业务管理制度是否实际执行；(2) 是否自主经营和决策，经营事项是否需要涉房关联方批准；(3) 关联交易是否严格遵循关联交易制度的有关规定。

三是财务方面，须对如下事项进行核查：

(1) 是否制定财务管理制度，建立独立的财务核算体系，并能独立作出财务决策；(2) 是否存在共用银行账户或与其他关联方资金混同的问题；(3) 财务管理人员是否独立；(4) 是否独立纳税。

四是人员方面，须对如下事项进行核查：

(1) 是否制定人事管理制度；(2) 发起人(原始权益人)聘用的法定代表人、总经理、

财务负责人是否均签署劳动合同；(3) 是否存在员工在涉房关联方兼职的情况。

五是机构方面，须对如下事项进行核查：

(1) 是否建立了董事会/执行董事、监事/监事会等权力机构，并规定了上述机构和人员的职责权限；(2) 是否设置其他必要的、独立的职能部门且与涉房关联方之间不存在上下级关系；(3) 是否设立有效运行的内部组织架构，公司章程或其他管理制度对各部门的权限是否明确；(4) 是否存在与涉房关联方机构混同的情况。

实践中，大多数商业地产公司自身或其控股股东、关联方存在住宅开发业务。因此，相较于其他类型的REITs项目而言，独立性核查是消费基础设施REITs项目中需要重点关注的问题之一。

(二) 原始权益人的回收资金要求

236号文对于消费基础设施REITs项目的回收资金提出特别的要求，即发起人（原始权益人）应利用回收资金加大便民商业、智慧商圈、数字化转型投资力度，更好满足居民消费需求。同时，参照4号指引，如项目发起人（原始权益人）的控股股东或者关联方的业务范围涉及商品住宅或商业地产开发的，应当建立并落实资金管理制度，签订回收资金监管协议，

明确回收资金使用的申请、审批权限、决策程序、风险控制措施，以及回收资金使用的信息披露程序等内容，切实防范回收资金流入商品住宅领域。236号文要求已上市基础设施REITs项目发起人（原始权益人）应于每季度结束后5个工作日内向国家发改委报送回收资金使用情况，同步抄送再投资项目涉及的省级发展改革委。

第三部分\

入池资产的范围

基于综合开发，消费基础设施项目所在的综合体项目往往一并建设了住宅、酒店、写字楼、尚未移交政府的资产、地下车位、人防工程等资产，对于该等资产：

第一，对于住宅、酒店、写字楼等资产：由于未纳入基础设施REITs试点范围，应当采取适当的方式予以剥离。该等资产剥离时需要综合考量是否能分割登记、是否能单独转让、是否存在自持比例要求等。如存在禁止转让的规定或约定，应当取得有权主体的同意。

第二，对于应当移交而未移交政府的资产：部分开发商拿地阶段按照统一规划、综合开发的要求，需配建市政公用、社区服务、学校等设施。该等要求通常见于核准/备案文件、

用地规划、工程规划、土地出让合同、投资协议、监管协议等文件中。对于该等设施，应移交政府，无法成为入池资产。

第三，对于未办理不动产权登记的车位资产：

如无法办理不动产权属登记是由于当地政策的客观原因造成的，我们理解，可以在充分说明当地不动产登记实践的情况下争取纳入入池资产。一是在地下停车位报建手续合规的基础上，建设单位基于合法建造等事实行为成就时取得地下车位；二是需要具体说明当地政策的客观原因导致地下车位无法办理不动产权登记证明，并取得有权机关出具的函件。首批申报的某消费REIT项目即取得了余杭区规自局出具的书面函件³；三是在交易文件中对相关责任，以及未来当地政策放开后的补办发起主体、费用等事宜作出明确安排；四是在招募说明书中充分披露地下车位未办理产权登记的风险。

如当地不动产登记政策可以为地下停车场办理产证，根据沪深交易所发布的《上海证券交易所公开募集基础设施证券投资基金(REITs)规

3. 参见《中金印力消费基础设施封闭式基础设施证券投资基金的法律意见书》（申报稿）第32-33页，其中载明：①地下非人防车位部分：杭州市余杭区目前尚未办理除商业部分以外的地下空间不动产登记，故目标基础设施资产无法办理地下人防车库部分的不动产登记，但不影响项目公司对该地下人防车库部分享有依法使用及收益的权利；②地上公共停车楼：杭州市余杭区目前尚未执行构筑物工程的不动产登记，故目标基础设施资产无法办理该公共停车楼的不动产登记，但不影响项目公司对南侧公共停车楼享有所有权及依法经营收益的权利。



则适用指引第1号——审核关注事项(试行)(2023年修订)》《深圳证券交易所公开募集基础设施证券投资基金业务指引第1号——审核关注事项(试行)(2023年修订)》第11条的规定,基础设施项目应当按照规定完成了相应的权属登记。假设因报建手续不完整或未缴足地下部分出让金等原因而未办理不动产权属登记,如需入池,应尽快就相关报建手续予以补正或补缴未缴足的出让金(含违约金、滞纳金等),并按照当地的规则办理不动产权属登记。

第四,对于地下人防工程(含人防车位):从国家规定层面看,《人民防空法(2009修正)》确立了“谁投资、谁收益”的原则,第2条⁴、第5条⁵的规定,人民防空是国防的组成部分,人民防空工程平时由投资者使用管理,收益归投资

者所有。从各地实践层面看,人防工程所有权的主体呈现多元化对于地下人防工程能否装入REITs,应当结合当地规范性文件予以判断。

第四部分\ 重组方案的选择

在消费基础设施REITs项目推进过程中,应当将无法入池的资产予以剥离,具体包括正向剥离和反向剥离两种方式。首批申报的四单消费基础设施REITs具体采用的剥离方式如下:

4.《人民防空法(2009修正)》第2条规定,人民防空是国防的组成部分。国家根据国防需要,动员和组织群众采取防护措施,防范和减轻空袭危害。

5.《人民防空法(2009修正)》第5条规定,国家鼓励、支持企业事业组织、社会团体和个人,通过多种途径,投资进行人民防空工程建设;人民防空工程平时由投资者使用管理,收益归投资者所有。

项目	重组方式	入池资产	具体重组内容
A商业资产REIT项目	反向剥离	青岛万象城项目一期、二期及配套建设的1,319个产权地下车位的建筑物所有权及其占用范围内的国有建设用地使用权，以及相关人防车位使用权	项目公司曾持有的综合体内住宅、公寓式酒店、写字楼、可售临街商铺、幼儿园、非商业部分地下空间、与商业无关的固定资产等其他资产和业务已全部销售完毕或向关联方进行转让，与之相关的全部权利、义务与责任已由关联方（签署《权利义务转让协议》）概括受让及承接。
B消费REIT项目	无重组	杭州西溪印象城项目[一期及二期项目（即A馆）地上部分；三期项目（配套工程）（即B馆）地上部分；一期、二期及三期项目（配套工程）（即A）与B馆地下部分；一期及二期项目南侧公共停车楼]	杭州西溪印象城项目整体作为入池资产，项目范围内不存在非入池资产，不存在与非入池资产共用空间和设备设施情形。
C消费REIT项目	正向剥离（资产买卖）	德胜门项目位于西城区安德路118号楼（1至2层，共9层）；大成项目位于北京市丰台区大成路6号院1号楼（-1至3层，共31层）；玉蜓桥项目位于北京市丰台区蒲方路9号院8号楼（-1至4层，共7层）；华天项目位于北京市海淀区北小马厂6号楼（-1至3层）	四处项目均通过商品房购买方式取得。
D购物中心REIT项目	正向剥离（非公开协议转让）	长沙金茂览秀城项目（位于长沙市岳麓区环湖路1177号方茂苑（二期）12、13、15栋-201、-101、101、118、119、201、301、402）	原始权益人设立全资子公司项目公司，项目公司根据本项目重组方案，以非公开协议转让方式自深茂合伙及国广置业处收购底层基础设施项目全部资产。

首批申报的四单消费基础设施REITs结合项目自身情况，选择了适合的方式。就正向剥离和反向剥离的方式差异，具体分析如下：

（一）正向剥离

正向剥离是将消费基础设施项目从原公司剥离至新设项目公司，通常通过分立、投资新设（作价出资）、资产划转、无偿划转、非公开

协议转让、商品房买卖（资产销售）等方式完成。如通过分立方式，应将基础设施项目相关的资产、负债、人员剥离至一个新的项目公司，该方式应当根据《公司法》第175条的规定，履行编制资产负债表及财产清单以及公告的义务；如通过投资新设（作价出资）方式，应将基础设施项目作为实物资产出资至新设的项目公司；如通过资产划转方式，应将基础设施项目相关的资产、负债、人员划转至新的项目公司。特别地，对于企业国有产权的无偿划转，应当遵守《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》（国资发产权〔2005〕239号）关于无偿划转的程序、批准要求。

以上正向剥离的方式，主要适用于原项目公司持有较大体量除入池资产之外其他资产，或存在其存续时间长，人员、资产、负债、业务等较难完全厘清的情形。需要注意的是，因基础设施项目资产所有权发生转移，该方式可能涉及相关的税费成本，这需由项目的税务顾问在项目推进中作出提前判断。

（二）反向剥离

反向剥离是将原项目公司除基础设施项目外的其他资产、负债、人员剥离至其他主体。反向剥离主要适用于原项目公司仅有少量需要剥离的资产的情形，比如商业综合体待销售的

尾盘。但该剥离方式难以解决原项目公司的历史遗留问题，特别是对于历史上存在房地产开发的项目公司，应当特别关注如下事项：

第一，未结清债务的问题。应重点关注项目公司是否存在未支付的工程款、是否存在未清缴完毕的土地增值税、是否存在关联方之间的担保、是否存在关联方之间的借款、是否存在金融机构的借款、是否存在融资租赁/保理等金融组织的融资等。特别地，对于已售出的物业，应重点关注出售协议的效力、售出物业的转移登记、售出物业的阶段性担保、项目公司是否存在违约、是否需要承担额外的责任、是否存在回转的风险、是否存在售后的责任或事项安排等事项。

第二，项目公司质保责任的问题。根据《商品房销售管理办法》第33条的规定，房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。据此，质保责任也属于核查过程中重点关注的事项之一。

综上所述，正向剥离的优点在于项目公司洁净，而缺点在于可能涉及较高的税费；反向剥离的优点在于无需进行入池的基础设施项目的资产转移，但缺点在于项目公司可能存在历史遗留问题需要解决。具体剥离方式，仍需根

据项目的具体情况进行选择。

第五部分\

合规手续问题

投资管理手续的合规审查是监管部门关注的重中之重。958号文、236号文、《常态化发行通知》均强调了基础设施项目的合规性要求。合规手续包括项目审批、规划、土地、环评、施工许可、竣工验收、外资、其他重要手续等，应当逐一进行审查。对于不同类型的消费基础设施，合规手续可能存在差异。以购物中心为例，除了常规的合规手续之外，消费基础设施项目还应特别关注如下手续：

(一) 营业前消防检查

商场、集贸市场属于公众聚集场所⁶，在投入使用、营业前，建设单位或者使用单位应当向场所所在地的县级以上地方人民政府消防救援机构申请消防安全检查⁷。根据《消防法》第58条⁸的规定，未经消防救援机构许可，擅自投入使用、营业的，或者经核查发现场所使用、营业情况与承诺内容不符的，面临由住房和城乡建设主管部门、消防救援机构责令停业，并处三万元以上三十万元以下罚款的法律风险。

(二) 公共卫生许可

商场属于公共场所⁹，国家对公共场所实行“卫生许可证”制度¹⁰。根据《公共场所卫生管理条例》第8条¹¹、第14条¹²的规定，经营单位应当及时向卫生行政部门申请办理“卫生许可证”。未取得“卫生许可证”，擅自营业的，面临卫生防疫机构给予警告、罚款、停业整顿的法律风险。

(三) 经营性停车场备案

实践中各地制定的停车场管理办法存在差异，应当根据基础设施项目所在地的法律法规进行判断。如北京市，应当按照《北京市机动车停车管理办法》第20条¹³的规定向区/县停车管理部门办理备案手续；上海市，应当按照

6.《消防法》第73条规定，公众聚集场所，是指宾馆、饭店、商场、集贸市场、客运车站候车室、客运码头候船厅、民用机场航站楼、体育场馆、会堂以及公共娱乐场所等。

7.《消防法》第15条规定，公众聚集场所投入使用、营业前消防安全检查实行告知承诺管理。公众聚集场所在投入使用、营业前，建设单位或者使用单位应当向场所所在地的县级以上地方人民政府消防救援机构申请消防安全检查，作出场所符合消防技术标准和管理规定的承诺，提交规定的材料，并对其承诺和材料的真实性负责。消防救援机构对申请人提交的材料进行审查；申请材料齐全、符合法定形式的，应当予以许可。消防救援机构应当根据消防技术标准和管理规定，及时对作出承诺的公众聚集场所进行核查。申请人选择不采用告知承诺方式办理的，消防救援机构应当自受理申请之日起十个工作日内，根据消防技术标准和管理规定，对该场所进行检查。经检查符合消防安全要求的，应当予以许可。公众聚集场所未经消防救援机构许可的，不得投入使用、营业。消防安全检查的具体办法，由国务院应急管理部门制定。

8.《消防法》第58条规定，违反本法规定，有下列行为之一的，由住房和城乡建设主管部门、消防救援机构按照各自职权责令停止施工、停止使用或者停产停业，并处三万元以上三十万元以下罚款：……

(四) 公众聚集场所未经消防救援机构许可，擅自投入使用、营业的，或者经核查发现场所使用、营业情况与承诺内容不符的……

9.《公共场所卫生管理条例》第2条规定，本条例适用于下列公共场所：……(六) 商场(店)、书店……

10.《公共场所卫生管理条例》第4条规定，国家对公共场所实行“卫生许可证”制度，“卫生许可证”由县级以上卫生行政部门签发。

11.《公共场所卫生管理条例》第8条规定，除公园、体育场(馆)、公共交通工具外的公共场所，经营单位应当及时向卫生行政部门申请办理“卫生许可证”，“卫生许可证”两年复核一次。

12.《公共场所卫生管理条例》第14条规定，凡有下列行为之一的单位或者个人，卫生防疫机构可以根据情节轻重，给予警告、罚款、停业整顿、吊销“卫生许可证”的行政处罚：……(四) 未取得“卫生许可证”，擅自营业的……

13.《北京市机动车停车管理办法》第20条规定，停车场向社会开放并收费的，停车场管理单位应当依法办理工商登记、税务登记、价格核定、明码标价牌编号等手续，在工商登记后15日内到区、县停车管理部门办理备案。

《上海市停车场（库）管理办法（2021修正）》第14条¹⁴的规定向交通行政主管部门或者道路运输管理机构办理备案手续。

此外，如经营性停车场加建充电桩的，根据《国务院办公厅关于加快电动汽车充电基础设施建设的指导意见》（国办发〔2015〕73号）的规定，充电基础设施是新型的城市基础设施，综合各地对充电基础设施的规范文件，对于共用充电设施，可能涉及固定资产投资备案、施工单位资质和竣工验收、消防验收、运营资质等合规手续。

（四）户外广告设施、牌匾标识

户外广告设施、牌匾标识不得影响公共交通、市民生活等。以北京市为例，设置户外广告设施、牌匾标识应登录北京市户外广告设施、牌匾标识和标语宣传品管理综合服务信息系统¹⁵办理申请，广告设施、牌匾标识和标语宣传品应当符合《北京市户外广告设施、牌匾标识和标语宣传品设置管理条例》的要求；商业街区设置牌匾标识，应当符合《北京市商业街区店铺招牌设置规范（试行）的通知》（京管发〔2021〕9号）的要求，除商业街区以外，设置牌匾标识的，应当符合《北京市牌匾标识设置管理规范的通知》（京管发〔2017〕140号）对于内容、字体、位置、风貌、数量、照明等的

要求。

第六部分\ 转让限制问题

958号文附件《基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）试点项目申报要求》第二条第3款规定，如相关规定或协议对项目公司名下的土地使用权、项目公司股权、特许经营权、经营收益权、建筑物及构筑物转让或相关资产处置存在任何限定条件、特殊规定约定的，相关有权部门或协议签署机构应对项目以100%股权转让方式发行基础设施REITs无异议，确保项目转让符合相关要求或相关限定具备解除条件。

对于综合体项目，为了保障消费基础设施运营的品质，土地主管部门在当地规范性文件中或土地出让时通常会对开发商作出禁止分割转让、自持比例和/或年限的要求，因此仍需注意从以下三个层面对转让限制问题进行审查：

第一，在协议层面，注意核查招拍挂文件、土地出让合同、投资协议、监管协议、融资文件等协议中是否存在对消费基础设施对应

14.《上海市停车场（库）管理办法（2021修正）》第14条规定，公共停车场（库）经营者应当依法办理工商、税务登记手续，并在工商登记后15日内，持有关材料向交通行政主管部门或者《上海市道路运输管理条例》规定的道路运输管理机构办理备案手续。

15. <https://system.csqglw.beijing.gov.cn/hwgggs/plugin/gsxt/index.jsp>。

土地、资产、股权的转让限制。协议层面应当关注以下问题：

一是对于自持的限制。为避免开发商散售而降低消费基础设施质量的情况，政府招商时往往设置自持比例和自持年限的要求。如拟装入基础设施公募REITs，对于该等自持要求，应当取得有权主体予以解除的同意；

二是对于运营管理机构 and/或入驻品牌的限制。为保证基础设施运营质量，政府招商时往往对于运营管理机构 and/或入驻品牌存在要求。对于运营管理机构的要求，与基础设施REITs的运营管理机构及安排存在冲突；对于入驻品牌的要求，如占比较大、集中度过高，则属于重要现金流提供方，该入驻品牌的资信将对基础设施REITs的现金流产生直接影响。因此，对于运营管理机构 and/或入驻品牌的限制，建议解除或进行适当的调整，比如调整为“与运营管理机构 and/或入驻品牌相同资产规模的主体”。

第二，在固定资产投资手续层面，注意核查立项文件、备案文件、不动产权证书等手续文件中是否记载“不得流入市场”等类似字样。如存在转让限制，应取得有权部门出具同意转让的无异议函。

第三，在法律法规、政策文件层面，全面检索各类规范性文件是否存在对消费基础设施对应土地、资产、股权的转让限制。如存在转

让限制，应取得有权部门出具同意转让的无异议函。

第七部分\

改扩建问题

对于运营成熟的消费基础设施，基于运营发展的需要，常见在竣工验收备案后进行改扩建的情形。236号文规定，如项目曾进行改变功能用途的重大改扩建，应主要依据改扩建时的相关手续办理情况判断其投资管理合规性。据此，对于改变功能用途的重大改扩建，应当按照改造扩建时基础设施项目所在地的规则进行判断。

实务中对于依法重大改扩建基本存在共识，而常见且存在争议的行为往往是在商铺中私自搭建夹层的行为。对于私自搭建夹层的行为性质，实务中有两种观点：一是认为属于违法改扩建行为，适用《城乡规划法》等法律法规；二是认为属于装饰装修行为，适用房屋安全管理方面的法律法规。

根据1992年《建设部办公厅关于城市规划区内原有房屋的拆建翻建办理规划审批问题的复函》，房屋的拆建、翻建属于改建活动。因此，城市规划区内房屋的拆建、翻建，除不改变房屋外形和使用性质，只涉及内部结构加



固、改造和内部装饰的修缮工程外，都应当办理规划审批手续。按照该复函，对于室内结构架构、改造和内部装修的修缮工程，无需办理规划审批手续。而实务中，建筑内增设夹层行为方式多样，难以作出一刀切的认定，如在广东省珠海市中级人民法院（2020）粤04民终2346号民事判决书中，“二审查明，市自然资源局、珠海市香洲区城市管理和综合执法局、珠海市住房和城乡建设局复函称，涉案商铺在报建时并无未设计夹层，增设夹层时亦未报建，该商铺内增设夹层不符合规划技术要求，亦不能办理规划报建手续，因此，该夹层属于违法建筑。”

我们理解，对于商铺中搭建夹层的行为，由于其方式多样，应当根据夹层施工的内容结合当地规范性文件进行具体判断，必要时引入工程尽调予以判断。

第八部分\

共有部位、共用设施的问题

消费基础设施项目常存在与住宅、商业办公等其他不动产共有部位、共用设施的情况。主要有两种情形，一是在原规划时同一宗地上配套了物业管理用房、户外场地、供水、供电、消防设备等，与邻近业态共用；二是项目公司将同一宗地上的部分消费基础设施项目散售至小业主，从而形成共有共用关系。

根据《民法典》第282条¹⁶、283条¹⁷的规定，共有部分产生的收入，扣除合理成本后，属于业主共有。建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分面积所占比例确定。

据此，对于共用部位（如外广场）的改造费用承担、共有部位（如公用电梯、灯箱牌）广告的收入分摊等，如存在既有协议的，应当以既有协议约定的内容为准，计算基础设施项目应当承担的费用、分配的收益；如无协议的，应按照《民法典》的规定，按照业主专有

16. 《民法典》第282条规定，建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。

17. 《民法典》第283条规定，建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分面积所占比例确定。

部分面积所占比例确定。我们理解，对于共用部位、共用设施，应当厘清共用部位、共用设施的费用分摊和收益分配，明确成本和收益负担，特别是对于共有部位的维修、维护、改造等安排应提前与其他共有主体达成一致的处理安排或原则，避免运营阶段发生争议或纠纷。

第九部分\

租赁合同和收入问题

一是超土地红线开展经营。根据《土地管理法（2019年修正）》第77条¹⁸的规定，未经批准非法占用土地的，面临被县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用土地的风险。据此，红线外范围的资产将无法入池。如项目公司经营收入中包括了土地红线外的经营收入，应当进行剔除。

二是利用过道、绿地等公共空间开展经营的情况。我们理解，如基于必要性而临时开展经营活动，此情形存在解释空间；而为满足租户的需求，长期占用过道、绿地等开展经营的情况，则存在如下合规性风险：第一，实际用途与规划用途不符¹⁹。根据《商品房屋租赁管理办法》第6条、第21条的规定²⁰，违反规定改变房屋使用性质的，面临被责令改正的风险；对有违法所得的，则面临被处违法所得1倍以上3

倍以下，不超过3万元的罚款的风险。第二，极端情况下，如因发生火灾，因占用通道而导致大规模伤亡的，可能引发重大安全事故。对项目公司而言，这将是重大赔偿责任。对于该等违规取得的经营收入，应当履行完备的规划用途变更手续，或者在前期培育阶段进行整改，保证用途合规。

三是将未按照产证记载建筑面积计租。实践中的主要表现方式为：（1）将产证记载之外的违建部分计入租赁面积。对于该部分的面积，产证未予记载，应当在对应租赁收入部分予以剔除；（2）对于由于计租方案的模式导致计租面积大于产证面积的情形，须根据租赁合同的约定判断上述情况对收入入池的影响。

第十部分\

同业竞争问题

（一）构成同业竞争的判断标准

根据《公开募集基础设施证券投资基金尽

18.《土地管理法（2019年修正）》第77条规定，未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

19.为免疑义，如规划部门审批的人防工程使用用途（如商场超市）与实际用途一致的除外。

20.《商品房屋租赁管理办法》第6条规定，有下列情形之一的房屋不得出租：（一）属于违法建筑的；（二）不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的；（三）违反规定改变房屋使用性质的；（四）法律、法规规定禁止出租的其他情形；第21条规定，违反本办法第六条规定的，由直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门责令限期改正，对没有违法所得的，可处以5000元以下罚款；对有违法所得的，可以处以违法所得1倍以上3倍以下，但不超过3万元的罚款。

职调查工作指引（试行）》第14条的规定，应当从以下两方面核查相关主体是否与项目公司存在同业竞争：

第一，调查原始权益人、基础设施运营管理机构实际业务范围、业务开展情况、是否向其他机构提供基础设施项目运营管理服务、运营管理或自持的其他基础设施项目与本基础设施项目的**可替代性**等情况。

第二，调查原始权益人及控股股东、实际控制人持有的其他同类资产情况，对基础设施项目和原始权益人及其控股股东、实际控制人持有的其他同类资产的**区域分布、盈利能力**等情况进行比较，原始权益人为境内A股上市公司的，对于其他同类资产的调查可不包含原始权益人控股股东、实际控制人。

据此，对于原始权益人、运营管理机构的同时业竞争判断，“可替代性”“区域分布”等是重要参考依据。对于消费基础设施REITs而言，如类型不同（如家居城与美食城）、所在区位相距较远（如不同省份），则可能会作为论证不存在“可替代性”的依据之一，进而判断不存在同时业竞争情形。

此外，对于基金管理人的同时业竞争判断，如基金管理人后续已经管理同类项目，则存在同时业竞争的问题。

（二）构成同业竞争的缓释方案

在IPO领域，中国证监会于2023年2月17号发布的《首次公开发行股票注册管理办法》第12条将发行人“不存在同业竞争”修改为“不存在对发行人构成重大不利影响的同业竞争”。据此，全面注册制时代下，主板采用了与科创板和创业板统一的标准，允许非重大不利影响的同业竞争存在。

同样，在基础设施公募REITs领域，利益冲突问题不属于审核红线，采用合理、充分、适当的措施避免可能出现的利益冲突即可。

从中国证监会、沪深交易所、基金业协会的相关规则上²¹看，涉及利益冲突的情形包括以下主体：一是运营管理机构，二是原始权益人及其控股股东、实际控制人，三是基金管理人及其控股股东、实际控制人、董监高和其从业人员本人、配偶、利害关系人。

从已上市REITs项目披露的招募说明书及法律意见书看，已上市项目均会阐述项目中存在的利益冲突具体情况及所采取的避免利益冲突措施。经梳理已上市REITs项目，相应缓释方案总结如下：

21. 同业竞争的规则见于中国证监会发布的《公开募集证券投资基金运作管理办法》《公开募集基础设施证券投资基金指引（试行）》；沪深交易所发布的《上海证券交易所公开募集基础设施证券投资基金（REITs）规则适用指引第1号——审核关注事项（试行）（2023年修订）》《深圳证券交易所公开募集基础设施证券投资基金业务指引第1号——审核关注事项（试行）（2023年修订）》；基金业协会发布的《公开募集基础设施证券投资基金尽职调查工作指引（试行）》。

与原始权益人同业竞争的缓释方案

一是论证原始权益人及关联方与基金为利益共同体；
二是设置存在关联关系时回避表决制度；
三是原始权益人、控股股东、实际控制人出具避免同业竞争的承诺函²²。

与运营管理机构同业竞争的缓释方案

一是重大事项需要基金管理人审核同意；
二是在运营管理协议中作出避免利益冲突相关的义务安排；
三是将运营服务费用与基础设施项目运营情况挂钩；
四是建立利益冲突应对机制：如定期评估、定期回顾经营情况、评估冲突制定应对方案；
五是运营管理机构出具承诺函²³。

与基金管理人同业竞争的缓释方案

一是建立有效的内部制度和决策机制，并配备了独立的基金经理；
二是定期召开决策委员会会议，制定公平对待所有项目的相关措施，并予以公告；
三是对可能发生的同业竞争和利益冲突，召开临时会议讨论和决定处理方式；对已发生的同业竞争和利益冲突，会议讨论和决定整改措施；对于重大利益冲突，将公告相关措施及其执行情况。

第十一部分 小结

风起于青萍之末，浪成于微澜之间。消费基础设施REITs是把恢复和扩大消费摆在优先位置的决策部署的重要举措之一。消费基础设施REITs的获批在调整我国境内REITs底层资产结构、扩大规模、稳定市场预期、促进经济增长等方面具有重大意义。比照境外国家/地区，我国境内大量市场化运营的存量商业资产将借助REITs平台被激活，将加速我国经济内循环，不

断扩大和升级我国消费市场。我们期待，为境内消费基础设施REITs的发展贡献更大力量。☒



魏轶东
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 139 1150 7151
weiyidong@zhonglun.com



刘洪蛟
合伙人
资本市场部
深圳办公室
+86 135 7086 4627
liuhongjiao@zhonglun.com

22.承诺内容包括：(1) 承诺平等对待基金项目及其他项目，承诺公平、平等和合理的原则对待招商机会；(2) 承诺遇到竞争业务机会同等条件优先提供给项目公司；(3) 承诺控制的其他物业资产在满足条件时优先注入基金；(4) 承诺控制的物业转让时在满足条件和规定的基金有优先购买权。
23.承诺内容包括：(1) 保证运营团队人员的资质、质量、人数，更换应经基金管理人审核并批准；(2) 保证运营团队的独立性：独立于运营管理机构内部其他团队，为且仅为项目公司提供约定服务；(3) 承诺平等对待基金项目及其他项目，承诺公平、平等和合理的原则对待招商机会；(4) 承诺遇到竞争业务机会同等条件优先提供给项目公司；(5) 在基础设施公募REITs存续期间，严格遵守相关法律法规及公司内部控制制度的规定，控制同业竞争或利益冲突的潜在风险并及时披露前述事项。

投资人行使境外公司优先股 回购权的探讨

作者：许卓杰 吴丽云 梁嘉君



过往投资中，不论是人民币基金或美元基金投资人，基于保留内地标的公司可在境外资本市场上市和退出的便利，经常考虑和要求内地标的公司安排搭建红筹架构，以达到控股公司被设立在开曼群岛或BVI群岛（下称“境外公司”）且前者间接控制内地标的公司的架构。

在这种架构下，境内投资人（或通过其境外关联公司）认购控股公司的优先股，同时投资人将享有要求控股公司和/或创始人回购前者优先股股票的权利（“回购权”）。

就目前的市场情况，在控股公司（以及其下属内地集团公司）的经营状况或盈利情况不如约定，尤其未能在约定的期限内完成控股公司的合格IPO时，依据相关交易文件，这将可能促发了投资人的回购权。投资人如何行使境外公司的回购权呢？

目前并无确切的数据显示，回购权纠纷为股权投资的主要纠纷，但这种纠纷的趋势已经明显在上升，相关咨询量亦在上升。

除了满足相关交易文件回购权条款的约定外，就投资人自身对境外公司相关的商业判断和衡量，是否行使以及何时行使或者如何行使回购权，使得很多投资人踌躇不前。

第一部分\

投资人行使回购权的限制

投资人不轻易行使回购权的原因常见如下：

1.行使回购权的相关条款的限制

(1)如在某项目交易文件中，明确约定

了经持有简单多数发行在外的优先股股票的持有人同意，所有的发行在外的优先股股票可被回购(类似条款如：from the holders of a majority of then outstanding Preferred Shares (electing together as a single class on an as if converted to Ordinary Shares basis) that all of then outstanding Preferred

Shares be redeemed)。为满足这一前提条件，需要投资人之间相互协商，以达到超过持有50%的优先股股票的投资人的同意，而每个投资人之间的商业安排和诉求不尽一致，加大了协商的难度。在投资之时，很多投资人着急抢份额，对这些类似条款未必重视，待到回购权条件触发之时，发现很难处理。

(2)某些项目交易文件下，明确规定了各轮投资人行使回购权的顺位，比如最新一轮投资人完成行使回购权之后，次新一轮投资人、次次新轮投资人等等依次行使回购权。对于不处于第一行权顺位的投资人来说，纵使其有想行使回购权的意愿，也受限于其他在先顺位权人的在先权利。

(3)相对来说，如果回购权条款中约定的是，任一优先股股票持有人有权提起回购(类似条款如：if so requested by any holder of the Preferred Shares, the Company and/or any Founder shall redeem or repurchase all or part of the outstanding Preferred Shares in cash out of funds legally available therefor),则投资人在拟行使回购权时不需要和其他投资人协商。

(4)有一点需要注意的是，有些项目的回购权条款并不是约定每一个优先股持有人（类似条款如each holder of the Preferred Shares

shall be entitled to request 或是each Preferred Share shall be redeemable at the option of each Preferred Shareholder)，而是采用了所有投资人有权提起回购（类似条款如the Investors shall have the right to require the Company to repurchase the shares held by the Investors）。就后一种情形，如届时控股公司和创始人主张需要“所有的投资人”一起来行使回购权，而不是任意一个投资人均可以有权提出行使，这可能引发一定争议。

2.管辖法律和争议解决条款的限制。

(1)在诸多项目交易文件下，一方面，回购权条款往往约定在控股公司的公司章程下，而不是股东协议、优先权协议或股票购买协议等其他文件下，后几者文件往往约定管辖法律为香港法律，且不受冲突规则的影响，约定了争议解决方式为仲裁，且通常选择香港国际仲裁中心仲裁。另一方面，控股公司通常设立在开曼群岛或BVI群岛，公司的M&A受开曼群岛法律或BVI法律的调整。在同一套交易文件下，相关文件之间天然存在法律适用问题的争议，将使得回购权的行使必须要考虑多重法律因素的影响。这也将直接导致法律服务费用支出成为客户关注的问题。

(2)控股公司虽然为开曼群岛或BVI群岛公

司，但真正的经营实体和利润产生来源于内地公司。在香港或开曼群岛提起相关仲裁同时，能否以及如何对内地经营实体采取法律措施也是需要考虑的问题。

第二部分\

投资人应如何保护其自身利益

投资人在考虑是否行使回购权的因素之一，即预判控股公司及其经营实体的经营是否可以逐步好转，或是对方是否有能力还款，这种仁者见仁的商业判断不容易做出，结合我们的相关经验，在目前错综复杂的形式下，投资人可以考虑采取以下措施以保护其自身利益。

1.以欠债为由对控股公司提起清盘程序

(1)投资者可以考虑根据控股公司章程中的回购条款，以控股公司未能支付回购股份的款项为由，向控股公司提起清盘程序。由于控股公司章程一般受控股公司的所在地的法律监管（通常为BVI或者开曼群岛的法律），我们谨在此分享我们处理案件中的工作经验和行权路径，如涉及具体案件，最终以BVI或者开曼群岛的具体法律意见为准。

(2)一般而言，投资者须先向控股公司发出法定要求偿债书(Statutory Demand)，要求控

股公司偿还回购股份的款项，如果控股公司未能在3个星期之内偿还款项，或者提出投资者可以接受的还款方案，投资者可以向BVI或者开曼群岛的法院针对控股公司提出清盘呈请。

(3)投资者选择发出法定要求偿债书及启动清盘呈请的好处是：

(a)启动清盘程序的法律费用通常较低；

(b)控股公司在收到法定要求偿债书之后的压力较大，因为如果投资人其后依据法定要求偿债书对控股公司提出清盘呈请，银行发现该清盘呈请之后，可能会冻结控股公司的银行账户，或者触发控股公司一连串交叉违约。

(4)因此，若控股公司未履行其回购责任，投资人可以通过法定要求偿债书指出公司应偿款项，并辅以相关文件如股票购买协议等作证明。通过法定要求偿债书作申请公司破产的好处是相关的法律费用不高，且会给控股公司造成较大压力，以回应回购的诉求。若控股公司对法定要求偿债书的索偿款项没有争议的话，这会是使公司清盘的相对快捷途径。

(5)但是，若公司对法定要求偿债书的索偿款额有争议的话，争议各方可能要进入一轮法律程序以解决纷争。这可能是控股公司认为回购权相关的条件并未被符合，或双方对回购的价格有分歧。就此，控股公司可向法院提出由于法定要求偿债书下的债项存有实质上的真正

争议，而向法院反对清盘呈请。该控股公司必须提出充分的事实证据以满足举证责任。法院在审视相关交易文件后，若认为有实质上的真正争议，将会驳回清盘呈请。

2. 公平公正为理由对控股公司提起清盘程序

(1) 受限于BVI及开曼群岛的法律意见，根据一般的普通法规定，法院可以公平公正 (just and equitable) 的理由将公司清盘。“公平公正”含义广泛。通常，法院会通盘考虑以下情况，以决定是否“公平公正”为由颁发破产令，包括：

- (a) 公司或其管理层违反法规或牵涉诈骗；
- (b) 公司管理层的行为出现需要调查的情况；
- (c) 股东之间互信破裂且某些股东违背口头约定(如股东起初协定共同管理公司的运作)；
- (d) 股东作出严重不当的行为等等。

(2) 此项救济通常被法院视为最后补救手段，而且在公司财政稳健的情况下极少会以此理由将公司清盘。

(3) 根据我们的经验，控股公司的公司章程下或股东协议都会要求控股公司就公司的财务管理等方面，定时向投资者作出汇报，及让部分投资者指定的董事参与公司的运营和管理(如适用)。

(4) 如果投资者要求控股公司根据公司章程的回购约定支付回购款项，而控股公司拖延处理，投资者可以要求控股公司遵守公司章程下或股东协议下就公司的财务、管理等方面的要求，提供相关资料。如果控股公司拒绝作出披露，或者已经违反了相关的财务或者管理的要求，投资者可以考虑以“公平公正”为由向法院申请对控股公司作出清盘令。



3. 提起清盘程序的注意事项

(1) 受限于BVI及开曼群岛的法律意见，根据一般普通法的原则，当该公司进入清盘程序，如未经法庭批准，债权人不得提出或继续进行针对该公司的诉讼。另外，该被清盘的公司之任何产权处置将会失效。所有债权人向清盘人提交债券证明表后，清盘人将会按特定的优先顺序向债权人偿付公司的债务。在股票买卖协议下，由于投资人并非有抵押的债权人，将处于分派资产的最后顺位。而且，由于股票买卖协议非贷款协议，投资人并非一般的债权人，清盘人另外也可能对偿债金额有异议。

(2) 更进一步，当公司进入清盘程序，清盘人会将公司资产变卖套现，使该公司无法继续营业以赚取资金，失去增长业务的潜力，令公司很大机会没有足够资本履行回购义务。而且，当某些债权人向法庭递交清盘呈请后，其他债权人很有机会纷纷效法并对该控股公司的其他子公司提出清盘呈请，使投资人能收回全款的机会更渺茫。

4. 诉讼/仲裁

(1) 通常，只有在相关协议下订明的条件被触发时，投资人有权要求公司回购股票。常见的条件包括目标公司未能在限期内符合上市条件、创始股东出现重大诚信问题、目标公司或

股东严重违反交易文件、外在环境产生重大变化、等等。在展开清盘程序或诉讼前，投资人需考虑情况是否已经符合条件行使回购权。若投资人决定以协议中约定的方式展开诉讼或仲裁，需留意的是其所需时间较长，而且所费不菲。至于诉讼和仲裁之间哪者较适合处理回购权纠纷的问题上，综合各方面考虑，仲裁一般而言是比较合适的选项。

(2) 在灵活性上，仲裁当事人可以自由选择合适的仲裁员；仲裁举证质证、答辩的方式也可以自行协定。而且仲裁也可以保持案件的保密性。对投资协议此等商业纠纷十分重要。更重要的是，就跨境纠纷而言，仲裁裁决会比诉讼判决较为有效。上文提到，在此类回购权协议中，控股公司通常设立在开曼群岛，但经营实体却在内地。在此情况下，若投资人于开曼群岛或其他地方展开诉讼，由于内地并没有自动承认外国法院判决的机制，执行外地法院判决取决于“互惠”原则，存在不确定性。引申的问题在于若开曼控股公司没有足够的资金满足法院裁决，投资人将得不到裁决下应有的赔偿。相反，由于内地为《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958,纽约)的签订国，需尽最大程度执行仲裁裁决。若裁决于内地执行，内地经营实体便有义务满足裁决赔偿。

第三部分\ 总结

综上所述，投资人应尽早判断形势并采取积极的措施保障自身利益。针对上述风险，投资人应尽量事先与控股公司和/或创始人订立清晰合理的回购条款，并持续关注控股公司的财政状况。 ☞



许卓杰
合伙人
争议解决部
香港办公室
+852 2298 7126
frederickhui@zhonglun.com



吴丽云
非权益合伙人
公司业务部
广州办公室
+86 20 2826 1700
wuliyun@zhonglun.com

2023年出口管制与经济制裁形势 回顾及2024年展望

作者：张国勋 王大坤 张超



作为国际贸易和国际关系领域的关键议题，出口管制和经济制裁在全球政治经济格局中扮演着越发重要的角色。2023年，全球出口管制与经济制裁形势呈现复杂多变的特征。在地缘政治紧张关系和贸易争端的交织影响下，多个国家采取了更加严格的出口管制政策，加强了对关键技术和战略物资的出口管制。同时，经济制裁手段被一些国家广泛采用，涌现出一系列新的制裁案例，在很大程度上影响了全球贸易格局。在此情形下，中国政府、企业等需要采取更加灵活地应对策略，以寻求自身利益发展与国际合作之间的有效平衡。

展望2024年，全球出口管制和经济制裁仍将是国际贸易关系中的重要议题。随着局部战争、大国竞争、人权、供应链安全等问题的持续存在，各国可能继续强化对出口的监管，并通过制裁等手段进行应对。同时，国际社会或将进一步寻求多边对话与合作，以缓解贸易紧张局势，促进全球经济的平衡和可持续发展。中美、中欧等主要经济体之间的合作与对话将成为推动解决全球经济挑战的关键因素。

第一部分\

前言

2023年，出口管制与经济制裁依然是国际政治与经济舞台上的热门话题。全球经济格局发生重大变革，地缘政治紧张局势持续升级，技术创新与国家安全之间的紧张关系更加凸显。在这一背景下，全球各国积极制定和调整国际贸易法律法规、加强技术出口管制、实施经济制裁等措施，以维护国家利益和国际秩序。

与此同时，中国政府持续重视开展出口管制等国际交流与合作，促进出口管制的国际协调，

推动相关国际合作进程。2023年度，中美、中欧、中日等主要经济体之间的对话与合作机制得到了进一步强化。通过建立中美、中欧、中日等常态化双边对话机制，加强打击芬太尼等国际合作，各国能够更直接地沟通、协调政策，解决存在的分歧，为全球经济的可持续发展创造更有利的条件。

本文将从中美博弈、高科技出口管制、UFLPA法案、中国的应对措施、国别贸易风险等角度进行深度分析，从而为关注此议题的各方人士提供更深层次的见解。

第二部分\

2023年回顾：国际形势紧张与制裁加剧

(一) 中美博弈：持续升级的制裁与反制裁

2023年，中美之间的制裁与反制裁行动愈发频繁，呈现出不断升级的趋势。

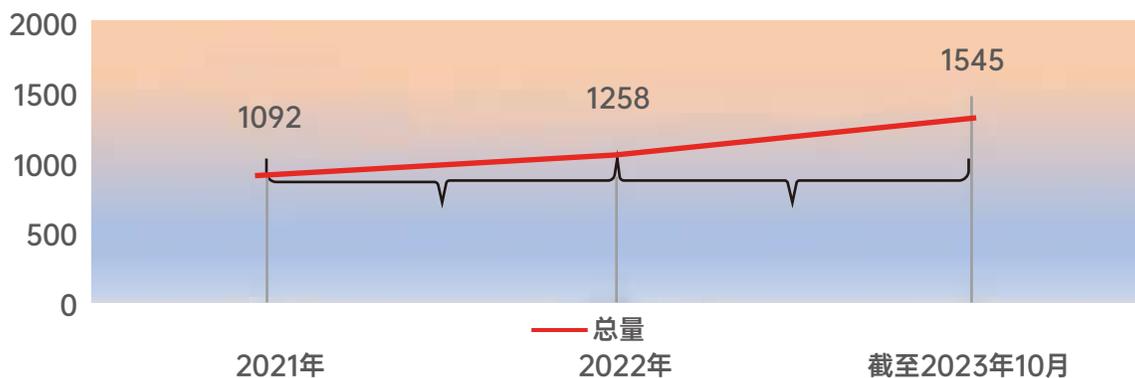
首先，美国作为全球经济大国，频繁采取出

口管制经济制裁措施对中国企业进行执法，2023年度中国被列入美国政府出口管制和经济制裁黑名单的个人及实体数量再创新高。美国官方数据显示，截止2023年10月31日，中国企业及个人被列入黑名单的总数量总计为2545家，其中截至2023年度10月底新增数量即高达287家，远超2022年全年新增总量（168家），增长比例达22.8%。

2023年具体各黑名单数量统计如下¹：

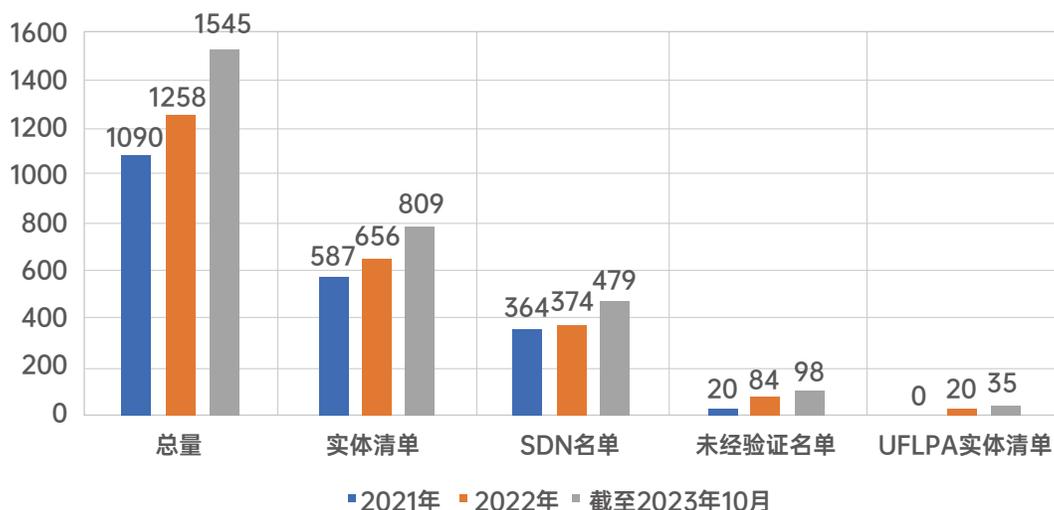
美国主管机构名称	黑名单名称	截止2023年度总量	2023年中国企业及个人新增数量	增长比例
商务部	实体清单	809	153	18.9%
	未经经验清单	98	14	14.2%
财政部	特别指定国民名单	479	105	21.9%
国土安全部	UFLPA实体清单	35	15	42.9%

近三年被列入美国“黑名单”的中国企业数量增长趋势

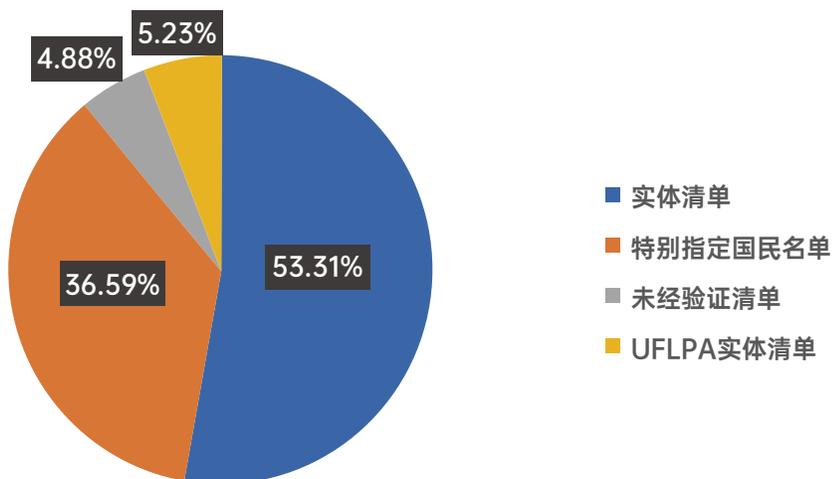


1. 本文所有数据的统计均截至2023年10月31日。

近三年中国企业黑名单数量



截至2023年10月中国企业新增黑名单类型占比分布



其次，面对美国制裁措施的滥用和升级，2023年度中国外交部亦多次运用反制措施对美国反华议员、美国军工企业等进行了有效的反击。例如，2023年4月7日，中国外交部对美国哈德逊研究所、里根图书馆及其负责人采取反制措施。值得注意的是，2023年度，中国外交部首次

运用外交部令的形式发布反制措施，并在官网增列“反制裁清单和措施”项目²，标志着中国制裁和反制措施逐步迈进系统化和制度化。

²具体查询路径：外交部> 政府信息公开> 主动公开内容类别> 反制裁清单和措施

附表：2023年度中美出口管制和经济制裁大事记

日期	事件
2023年1月10日	美国国会众议院表决批准成立跨党派结构“美中战略竞争特别委员会”，专门负责“美中竞争”事务。
2023年1月18日	美国商务部工业与安全局（BIS）宣布将2022年10月7日对中国实施的“芯片新规”（原适用于中国大陆和香港地区）延伸适用于中国澳门地区。
2023年1月26日	美国财政部以支持瓦格纳集团为由对多名个人及实体实施制裁，其中包括中国长沙天仪空间科技研究院有限公司。
2023年2月10日	美国商务部宣布将中国5家公司、1家研究所列入“实体清单”，理由是上述单位支持了中国的军事现代化努力，特别是中国人民解放军的航空航天项目，包括飞艇、气球及相关的材料和部件。
2023年2月16日	中国商务部产业安全与进出口管制局宣布将美国洛克希德·马丁公司、雷神导弹与防务公司列入“不可靠实体清单”。
2023年2月24日	中国外交部发布《关于政治解决乌克兰危机的中国立场》，全面系统地阐释中方有关基本立场主张。
2023年2月24日	美国商务部以“对俄罗斯的军事或国防工业基础做出了突出贡献”为由，将中国5家中国实体列入“实体清单”。
2023年3月2日	美国商务部以为俄罗斯提供所谓军事援助，或支持中国军事发展为由，将中国29家中国实体列入“实体清单”。
2023年3月9日	美国财政部OFAC以向受制裁的伊朗飞机制造工业公司（HESA）出售和运输数以千计的无人机零部件为由，将5家中国（含香港特别行政区）公司和1名个人列入SDN名单，并添加二级制裁标识。同日，OFAC以协助受制裁的伊朗石油企业使用国际金融系统和销售石化产品为由，将39个实体列入SDN名单，其中包括18家中国（含香港特别行政区）企业。
2023年3月14日	美国海关和边境保护局（CBP）发布根据《维吾尔强迫劳动预防法》（UFLPA）扣留和放行相关货物的执法数据，共涉及9.61亿美元的商品。
2023年3月28日	美国商务部将海康威视五家子公司列入“实体清单”，理由是这些公司参与了所谓的高科技监控等活动，违反了美国的外交政策。
2023年3月31日	中国网络安全审查办公室发布公告称，依据《中华人民共和国国家安全法》《中华人民共和国网络安全法》，按照《网络安全审查办法》，对M公司在华销售的产品实施网络安全审查。
2023年4月7日	中国外交部宣布对美国哈德逊研究所、里根图书馆及其负责人等采取反制措施。

日期	事件
2023年4月12日	美国商务部BIS将12家中国实体及其海外机构列入“实体清单”，包括三合成半导体（香港）有限公司、深圳市强诚达电子有限公司、亿商网络（深圳）有限公司、永利电子元器件（深圳）有限公司以及香港新三泰电子有限公司等。
2023年4月13日	中国外交部宣布，对美国得克萨斯州共和党联邦众议员迈克·麦考尔（Michael McCaul）采取反制措施。
2023年4月14日	美国财政部OFAC对中国公司苏州小栗医药科技有限公司实施制裁，认为该公司向墨西哥运送了25公斤芬太尼前体化学品。美国财政部还制裁了武汉硕康生物科技有限公司，称其所有者和三名员工共同向贩毒集团出售这些化学品，而其中一名员工则帮助使用比特币进行交易。美国司法部同日对上述4人提出诉讼。
2023年4月19日	美国商务部BIS发布公告，硬盘制造商希捷（Seagate）就违反美国出口管制法向中国某公司运送价值超过11亿美元的740万块硬盘驱动器一事与美国当局“达成和解”，美国商务部对希捷开出3亿美元罚单。
2023年4月19日	美国财政部OFAC以向伊朗军事活动提供电子元件等产品为由，将4家中国公司列入SDN名单。
2023年4月24日	美国财政部将3名支持朝鲜的个人列入SDN名单，其中两人来自中国。
2023年5月16日	美国司法部宣布了对5起案件的指控，称这些案件涉嫌窃取技术以利于中国、俄罗斯和伊朗，其中包括一名前苹果公司（Apple）工程师，被控窃取苹果公司的技术用于包括自动驾驶汽车在内的自动驾驶系统。
2023年5月19日	美国对俄罗斯采取新一轮制裁措施，授权对在俄罗斯的建筑业、工程、建筑、制造、交通行业开展经营活动的实体或个人实施制裁；禁止向俄罗斯出口、再出口建筑设计服务和工程服务；并将20多个国家的22名个人和104个实体列入SDN名单等，其中包括9家中国企业。
2023年5月21日	中国网信办宣布对M公司在华销售产品进行了网络安全审查。按照《网络安全法》等法律法规，我国内关键信息基础设施的运营者应停止采购该公司产品。
2023年5月30日	美国财政部以参与跨国销售非法药品生产设备为由，宣布制裁13个中国实体与个人。
2023年6月6日	美国财政部以向伊朗弹道导弹计划供应敏感和关键零部件和技术为由，制裁中国5家实体和5名个人。
2023年6月9日	美国国土安全部以涉及所谓“强迫劳动”为由，宣布禁止从中国打印机制造商纳思达和新疆中泰化学进口产品。

日期	事件
2023年6月12日	美国商务部以招募西方飞行员培训中国军事人员或研发高超音速武器为由，将31家中国公司列入“实体清单”。其中包括隶属于中国航空工业集团公司的研究院、以及隶属于上海超级计算中心的上海海计信息技术有限公司。
2023年7月3日	中国商务部宣布对半导体材料镓和锗的出口管制措施。
2023年7月31日	中国商务部、海关总署、国家国防科工局、中央军委装备发展部联合发布了关于无人机出口管制的两个公告，分别对无人机相关物项、部分无人机实施出口管制。自2023年9月1日起正式实施。
2023年8月2日	美国国土安全部宣布，以人权为由将2家中国实体增列至“UFLPA清单”。
2023年8月14日	美国商务部将对中国大陆和澳门实施新的核不扩散管制。
2023年8月21日	美国商务部BIS宣布将33个实体从“未经验证清单”（UVL list）剔除，其中27个实体位于中国，包括北京普科测控技术有限公司、苏州超微精纳光电有限公司等。
2023年9月8日	据彭博社报道，美国商务部正在获取中国某公司某款手机手机所搭载的7纳米芯片的更多性能和成分信息。同时，华盛顿内部正在争论这是否意味着过去美国对中国科技遏制的失败，未来是否需要加强相关管制。
2023年9月15日	根据《中华人民共和国反外国制裁法》，中国外交部宣布决定对洛克希德·马丁公司和诺斯罗普·格鲁曼公司两家美国军工企业实施制裁。
2023年9月25日	美国商务部BIS宣布将28名个人及实体增列“实体清单”，其中10个实体和1名自然人来自中国，包括杭州富阳科拓机械有限公司和桂林阿尔法橡塑科技有限公司等。并将一个中国实体浙江完美新材料科技有限公司移出军事最终用户清单。
2023年9月26日	美国国土安全部发表声明，以所谓新疆“强迫劳动”为由，将3家中国企业列入“UFLPA清单”。
2023年10月6日	美国商务部BIS以“支持俄罗斯国防工业基础”为由，将42家中国企业列入“实体清单”。
2023年10月17日	美国商务部将13家中国高科技企业列入实体清单。
2023年10月18日	美国财政部以支持伊朗导弹和无人机项目为由，制裁中国3名个人和3家企业。
2023年10月20日	美国国务院和财政部制裁导致构成与巴基斯坦相关弹道导弹扩散风险的3个中国实体。

(二) 高科技出口管制：半导体成为重灾区

在全球半导体产业的复杂法律和政策背景下，高科技出口管制问题愈发凸显。半导体产业已经成为国际竞争的焦点，并在地缘政治和贸易关系中发挥着关键作用。美国通过出口管制措施“组合拳”重点打击半导体制造物项以及量子计算、人工智能等我国着力发展的高科技行业，力图限制我国相关龙头企业获取美国管制产品、技术和软件，干扰国内外供应链的稳定性，遏制中国高科技行业快速发展。欧盟及日本、荷兰紧追美国脚步，修改出口管制相关法律法规和物项管制清单，加强在半导体行业的管制。

1. 美国

2023年2月16日，美国司法部、商务部宣布成立所谓“颠覆性技术打击小组”（Disruptive Technology Strike Force），以保护美国的先进技术不被美国的敌手国家非法获取和利用。美国司法部副检察长丽莎·莫纳科（Lisa O. Monaco）表示，“我们将利用情报和数据分析来定位非法行为者，加强公私合作伙伴关系以强化供应链，并及早识别对我们的半导体等关键资产构成的威胁。”³

2023年3月14日，美国国务院宣布提供5亿美元以实施《芯片和科学法案》（CHIPS and Science Act）项下的国际技术安全和创新基金，

用于保证和加强美国的长期经济安全和稳定，确保半导体供应链的安全，以及开发和部署安全可信的信息和通信技术网络和服务。预计美国将在未来投入更多资金加强科学研究，特别是在半导体、信息安全、人工智能、机器人技术和量子计算等关键领域的研究，促进其基础研究及先进半导体制造能力。

2023年5月4日，美国白宫发布《美国关键和新兴技术国家标准战略》（*National Standards Strategy for Critical and Emerging Technology*，以下简称“**战略**”）。该战略共有四个目标，包括加强对标准化前的研究和开发的投资，鼓励广泛的私营部门和学术界利益相关者的参与，加强对劳工的培训以及提高国际标准体系的完整性和包容性。该战略是对2022年《关键和新兴技术清单》（*Critical and Emerging Technologies*，以下简称“**CET清单**”）的战略补充，该战略和CET清单一同为美国国家安全战略和芯片法案等提供了政策基础和导向指引。

2023年10月17日，美国商务部BIS发布三项规则。其中，两项规则（简称“**1017新规**”）升级了2022年10月7日发布的《对向中国出口的先进计算和半导体制造物项实施新的出口管制》（以下简称“**107规则**”），更新了先进计算

3. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-delivers-remarks-disruptive-technologies-chatham>

芯片、超级计算机和半导体最终用途以及半导体制造设备出口管制规则，加大限制中国获得和制造先进半导体的能力。与此同时，BIS发布联邦公告，将13家中国企业列入实体清单（均添加实体清单脚注4标识），理由是这些企业从事先进计算集成电路（IC）的开发。此举加强对“受关注国家”（country of concern）的先进计算半导体、半导体制造设备和超级计算机应用和最终用途的出口管制限制，旨在完善2022年107规则中对中国购买和制造某些对军事优势至关重要的先进芯片的能力的限制，弥补107规则的漏洞。⁴

2. 欧盟

2023年4月18日，欧盟就《芯片法案》达成协议，着眼于发展欧盟境内的半导体行业，追赶美国和亚洲地区发展半导体行业的脚步，同时建立起自我保障的半导体供应链体系，避免半导体供应链断供问题的再现。欧盟《芯片法案》是加强欧洲半导体供应链诸方面措施的一揽子计划。通过措施，欧盟计划加强其相关技术和产品研发，保证其技术领先地位，并大幅提高产能。

2023年9月21日，欧洲《芯片法案》正式生效。当天欧盟委员会宣布，该法案通过“欧洲芯片计划”促进关键技术产业化，鼓励公共和私营企业对芯片制造商及其供应商的制造设施进

行投资。《芯片法案》旨在为欧洲半导体领域工业基地的发展创造条件、吸引投资、促进研究和创新，并为欧洲应对未来的芯片供应危机做好准备。欧盟将募集430亿欧元公共和私有资金（其中33亿欧元来自欧盟预算），目标是到2030年将欧盟占全球半导体市场份额翻一番，从现在的10%增加到至少20%。

3. 日本、荷兰等其他国家

2023年2月4日，日本共同社报道，日本政府将修改现行《外汇及外国贸易法》的相关细则，以确保日本具备优势的芯片生产设备不被中方用作开发和生产芯片。该细则规定，出口特定产品和技术时，需日本内阁经济产业大臣批准。2023年3月31日，日本政府表示，计划限制23种半导体制造设备的出口。

2023年3月8日，荷兰外贸与发展合作大臣施赖纳马赫尔在给荷兰议会的一封信中宣布，将限制半导体技术的出口，以保护国家安全。他指出，鉴于技术发展和地缘政治影响，荷兰政府有必要扩大对特定半导体制造设备的现有出口管制。企业出口相关技术必须申请许可。2023年6月30日，荷兰政府公布了芯片制造设备的出口管制措施，新规定限制最新型号的深紫外（DUV）光刻设备出口到中国，该项

⁴相关解读可见《美国系统性升级对华先进计算半导体及制造设备出口管制措施的1017新规解读》，<https://www.zhonglun.com/Content/2023/10-18/1149545740.html>

出口管制法规在2023年9月1日正式生效。这一规定旨在保护荷兰在芯片制造业的领先地位，防范关键技术外流并用于敏感的军事领域。

(三) 俄乌冲突：国别贸易风险增加

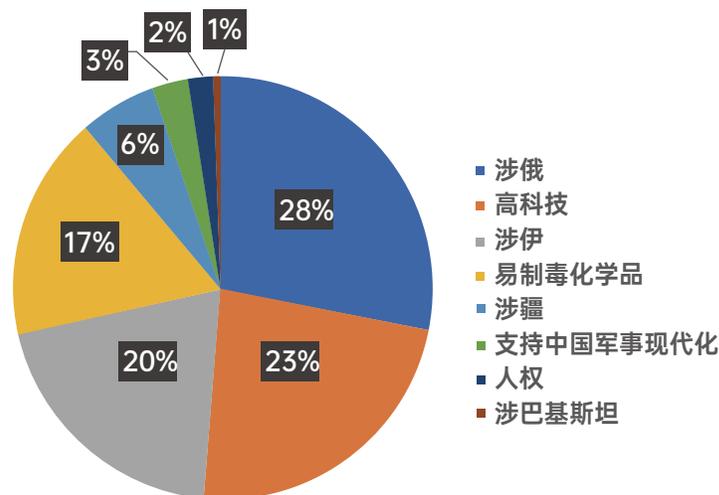
俄乌冲突在2023年继续升级，对全球贸易和地缘政治关系产生了显著影响。美国领导的多国制裁行动不仅对俄罗斯产生了压力，还对涉俄的外国企业产生了重大贸易风险。这一局面在2023年迅速演化，导致了很多中国企业频繁出现在美国的经济制裁和出口管制名单上。

首先，俄乌冲突导致了更广泛的多边制裁合作。以美国为首的30多个国家多方位、多领域、多波次地对俄实施出口管制和经济制裁措施，涉及领域涵盖金融、能源、国防军工、建筑、工程、奢侈品、交通运输等。制裁范围之广、制裁强度之大，不仅对俄罗斯的军事供应链、经济和国防军工行业造成了重大冲击，也对中国企业，尤其是那些与俄罗斯有密切经济合作的企业造成了严重的贸易风险和商业挑战。

其次，中国企业成为美国经济制裁和出口管制的主要对象之一。美国对中国企业的制裁主要集中在与俄罗斯获取无人机相关物项、关键技术、能源开采能力和金融服务相关的活动上。据统计，2023年，美国以中国相关企业为

俄罗斯获取无人机相关物项、有助于俄罗斯获取关键技术、能源开采能力以及为其提供金融服务等为由，将60家中国企业列入实体清单，并将11家中国企业被列入SDN名单。从下表可以看出，中国企业被增列黑名单的原因，其中“涉俄”因素位居第一。

增列原因



最后，国际形势仍然不断升级，美国和欧盟等国继续增加对俄罗斯实施的制裁措施，这导致中国企业涉俄贸易的风险继续增加。中国企业需要采取更加谨慎的方法来开展国际贸易，确保他们遵守国际法律和贸易规则，以避免被列入黑名单或遭受制裁的风险。同时，他们还需要积极寻求多元化的市场和供应链，以减轻单一市场和合作伙伴带来的贸易风险。

(四) UFLPA法案：涉疆问题引发的供应链问题

美国政府持续以“保护人权”为幌子，恶意打压新疆棉花、番茄、太阳能光伏等优势产业，破坏全球产业链供应链稳定。

2022年生效的UFLPA法案禁止向美国进口全部或部分使用中国强迫劳动制造的商品，特别是来自新疆的商品。美国海关和边境保护局（CBP）通过调查，可以向出口商发布海关暂扣令（WRO），禁止相关产品向美国进口。2023年3月14日，美国海关和边境保护局发布根据UFLPA法案扣留和放行相关货物的执法数据，共涉及9.61亿美元的商品。2023年6月23日，美国海关和边境保护局发布公告，表示其将继续努力从中国新疆维强迫劳动制造的供应链中排除相关商品。根据公告，美国海关和边境保护局已经拦截了近4,300批接受UFLPA审查或执法行动的货物，价值超过13亿美元。CBP已与数千名行业成员、非政府组织、美国国会和媒体进行了300多次接触⁵。

UFLPA法案的实施为全球供应链管理带来了重大挑战，使涉及新疆地区的供应链问题成为全球供应链管理中的一项复杂法律议题。首先，涉及新疆地区的产品必须接受供应链的溯源审查，以确认其中未牵涉所谓“强迫劳动”。这项任务将需要公司进行详尽的内部调查和审

核，以确保他们的产品满足法律要求，这将大幅增加企业的成本和时间。其次，由于新疆地区在全球供应链中的关键地位，一些行业将受到更大的影响，尤其是纺织和服装行业，因为这些行业高度依赖新疆地区的棉花供应。这可能迫使公司寻找替代供应链来源。最后，跨国公司须在道德和法律义务之间权衡，决定是否应继续与新疆地区的公司开展业务，也会对企业的名誉和利润产生潜在影响。

(五) 中国出口管制体系：日趋完善

2023年度，中国的出口管制体系进一步完善，深刻反映了中国政府在维护技术安全和国家利益方面的坚定决心。这一趋势在当今全球技术和贸易格局中具有重要意义，不仅对中国国内产业有深远影响，还对国际贸易和地缘政治关系产生重要影响。

首先，中国的出口管制体系的完善体现在中国政府在技术安全问题上的高度警惕。随着全球技术竞争的激烈化，涉及半导体、高端制造、生物技术等领域的技术被视为国家安全的要害。在这些领域，技术的流失或泄露可能对国家安全和经济竞争力构成威胁。因此，中国

5. <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-continues-set-global-standard-fight-against-forced-labor-one>

采取了一系列措施，包括对特定技术和产品的出口管制，以确保这些关键资源不被滥用或外泄。2023年7月3日，中国商务部与海关总署联合发布公告，宣布对镓、锗相关物项实施出口管制，自2023年8月1日正式生效。镓、锗皆为重要的战略稀有金属资源，在半导体材料、新能源等领域应用广泛，该等举措旨在确保中国在关键领域如半导体材料和新能源方面的供应，以维护国家的安全和利益。2023年7月31日，中国商务部、海关总署、国家国防科工局、中央军委装备发展部发布2023年第27号、28号公告，对无人机相关物项实施出口管制、对部分无人机实施临时出口管制，特采取临时管制措施对国别、最终用户和最终用途进行为期2年监管。

其次，中国的出口管制体系正朝着更加透明和可预测的方向发展。这对国际贸易伙伴和企业来说是一个积极的信号。透明性和可预测性可以帮助企业更好地规划业务策略，减少法规不确定性。此外，这一趋势还有助于建立国际社会对中国政策意图的信任，为跨国合作提供更坚实的基础。

（六）多双边机制：多边合作与利益联盟的新格局

2023年见证了全球技术管制的重要变革，

呈现出多边合作与利益联盟的新格局。美国的领导作用在多边机制中愈发凸显，为应对单边技术管制采取行动，美国积极与盟友协调，实现多边化的全球技术管制。

首先，美国不仅是各多边机制的主要成员，还在全球技术管制中发挥了关键作用。2023年，美国通过多边机制推动国内单边管制措施的多边化。例如，美国与日本和荷兰以经济安全为出发点，共同协调半导体出口管制措施。日本政府于2023年3月31日宣布修改《外汇及对外贸易法》，扩大半导体制造设备出口管制的范围，涉及23种高性能半导体制造设备。荷兰则于2023年6月30日通过《先进半导体生产设备法规》，限制特定高级半导体生产设备的出口。这种多边合作助力美国及其盟国强化半导体供应链，增加相互的出口贸易，以应对全球半导体短缺等挑战。

其次，多边合作的趋势还体现在美国积极寻求与盟友建立更紧密的合作关系。G7国家联合发布多次声明，规定对俄罗斯石油的价格上限，同时计划建立战略芯片制造材料的供应链，以增强全球半导体产业的韧性。此外，美国和欧洲联合构建了“美欧贸易与技术委员会”（TTC），首次宣布联合行动，以协调对中国的半导体和其他关键技术物项的出口管制。这一合作机制不仅有望加强西方国家在全球技术

管制领域的影响力，还将促进更紧密的跨国合作，为未来的国际技术贸易和合作关系带来显著影响。

(七) 沟通与对话：中国关于全球挑战的应对之策

2023年度，中国持续加强国际间的出口管制对话和合作，通过多边合作和对话机制的建立，不仅在中美关系中寻求共同点和解决分歧，还在中欧、中日等关系中强调合作与共赢，以维护和加强以世贸组织为核心、以规则为基础的多边贸易体制，反对单边主义和保护主义。

1. 中美之间

2023年8月28日，中国商务部部长王文涛与美国商务部长雷蒙多举行会谈，宣布在中美两国商务部之间建立新的沟通渠道，成立工作组，由中美副部长级和司局级的政府官员组成，并有企业代表参加。该工作组将每年举行两次副部长级会议。两位部长同意经常性沟通，每年至少会见一次。此外，中美双方启动了出口管制信息交流机制，双方将按照各自法律，就出口管制信息进行交流。2023年9月22日，中美启动了经济工作组和金融工作组。这两个工作组将提供持续的结构化渠道，就经济和金融政策问题进行坦诚和实质性的讨论，并就宏

观经济和金融发展交换信息。经济工作组将由中国财政部和美国财政部领导。金融工作组将由中国人民银行和美国财政部领导。这两个工作组将定期举行副部长级会议，并向中美领导进行汇报。2023年11月15日，中国国家主席习近平在美国旧金山斐洛里庄园同美国总统拜登举行中美元首会晤。两国元首同意“推动和加强中美各领域对话合作，包括：建立人工智能政府间对话；成立中美禁毒合作工作组，开展禁毒合作；在平等和尊重基础上恢复两军高层沟通、中美国防部工作会晤、中美海上军事安全磋商机制会议，开展中美两军战区领导通话；同意明年早些时候进一步大幅增加航班；扩大教育、留学生、青年、文化、体育和工商界交流，等等”⁶，并在2023年APEC峰会会晤后达成一致意见，加强对芬太尼类药品的出口管制国际合作。2023年11月16日，中美举行两国商务部沟通交流机制首次部长级会谈。双方明确表示将用好两国商务部之间建立的沟通渠道，加强对话，管控分歧，为两国贸易投资合作创造良好环境。2023年11月17日，中国国家禁毒委员会办公室于发布通告，加强对麻醉药品和精神药品、制毒物品的管控，提醒相关企业和个人谨慎生产销售和进出口涉及美国管制化学

⁶https://www.mfa.gov.cn/web/wjdt_674879/gjldrhd_674881/202311/t20231116_11181125.shtml

品，谨慎对待来自美国和墨西哥等相关国家的订单，警惕出口物品被用于制造毒品，防范有关钓鱼执法、刑事指控或制裁。

2. 中欧之间

2023年9月25日，第十次中欧经贸高层对话在北京举行。对于双方存在摩擦的领域，如出口管制、供应链依赖等，中欧双方表达了努力相向而行的意愿，例如：同意建立出口管制领域对话机制，就中欧原材料供应链预警机制的建立保持沟通等。2023年是中欧建立全面战略伙伴关系20周年，2023年度中欧坚持对话与合作，促进共同发展繁荣，双方承诺保持双向开放，并加强中国商务部与欧委会贸易总司的交流，维护全球经济金融市场稳定，为世界经济的增长注入更多信心。

3. 中日之间

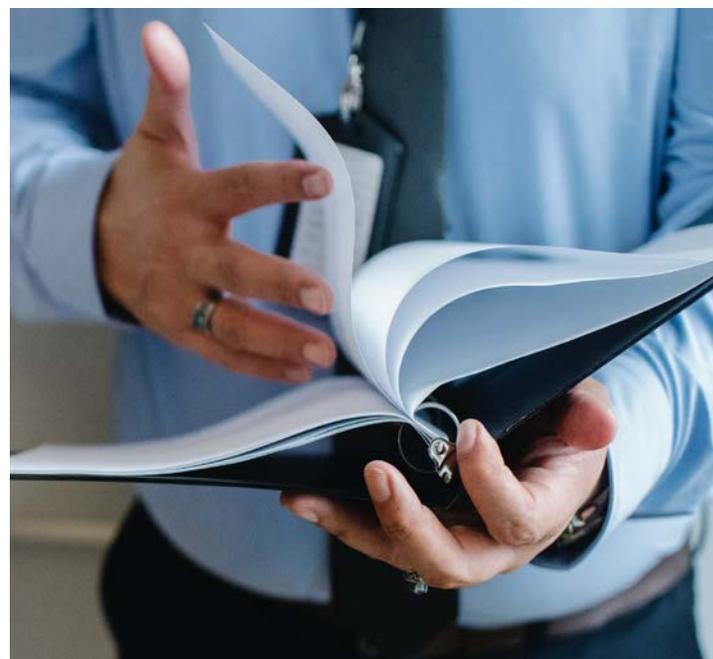
2023年11月14日，中国商务部部长王文涛在美国旧金山会见日本经济产业大臣西村康稔。双方同意建立中日出口管制对话机制、中日优化营商环境工作组，以促进两国贸易投资合作。2023年11月16日下午，中国国家主席习近平在旧金山会见日本首相岸田文雄，双方积极评价刚成立的中日出口管制对话机制，同意保持各层级对话沟通，适时举办新一轮中日经济高层对话、中日高级别人文交流磋商机制会议。

第三部分

2024年展望：挑战与机遇共存

2023年在出口管制和经济制裁领域经历了显著的挑战和变革。国际关系的复杂性、技术竞争的加剧、国际合作的重要性以及国别贸易风险的不断增加，都使这个领域充满了不确定性。随着2024年的到来，我们面临着更多的挑战和机遇。国际社会需要以更为智慧和合作的方式来应对这些挑战，以确保全球经济和贸易体系的稳定和可持续发展。企业需要灵活适应这一新的现实，以降低风险并抓住机遇，同时确保合规操作和可持续经营。

技术领域的竞争将进一步升级，国际合作和创新将成为关键因素。全球供应链的重构将



继续，以应对未来的不确定性。

(一) 先进技术领域竞争加剧

2024年，技术领域的竞争将进一步升级。中国、美国、欧盟等大国将继续争夺半导体、人工智能、量子计算等高科技产业的领导地位。例如，2023年8月，美国总统拜登签发新行政令，在半导体和微电子、量子信息技术和人工智能系统领域限制对华投资。结合目前《基础设施投资和就业法案》《芯片与科学法案》《通胀削减法案》以及生物、药品、关键矿物质、大容量电池四类关键产品的供应链风险的评估报告和《美国国家安全战略》等文件，美国对于其他重点技术领域的管制措施很可能在2024年进一步落实。

(二) 全球供应链重构持续

2024年，供应链的再构建将继续成为企业关注的核心议题，其受到多个关键因素的推动。首先，高科技产业的关键性：随着中国、美国、欧盟等国家之间在高科技领域的竞争不断升级，全球供应链的核心将逐渐转向高科技产业。半导体、人工智能、生物技术等领域的制约与需求将推动供应链的重新设计。企业需要重新评估其关键组件和技术的供应链，以确保其可获得性和可持续性。其次，区域化与多

元化：出口管制和经济制裁的加强将促使企业采取更多的区域化和多元化战略。企业将更加关注地区内的供应链，以降低跨国风险。同时，多元化供应链将成为规避制裁的关键方式。企业可以同时与不同国家和地区的供应商建立合作关系，减少对单一市场的依赖性，以抵御潜在的制裁威胁。最后，投资于自主创新：为了减少对受限技术和材料的依赖，企业将更多地投资于自主创新。这包括加大研发投入、以开发替代性技术和材料。自主创新不仅可以增加企业的竞争力，还可以降低对出口管制的敏感度。

(三) 地缘政治导致的贸易风险持续增加

地缘政治紧张局势将持续影响贸易和经济制裁政策。俄乌冲突、巴以冲突等地缘政治事件可能导致国家采取更加保护主义的贸易政策，包括采取更多的经济制裁措施，以针对与紧张局势相关的国家或实体。这些制裁可能包括贸易限制、金融制裁和资源出口禁令。这将使企业面临更大的合规风险。同时，在地缘政治紧张局势升级时，全球供应链的复杂性增加，供应链中断的风险也会增加。企业可能需要应对不断变化的贸易政策和法规，这可能会增加合规成本和管理复杂性。公司需要积极监视地缘政治事件，制定应对策略，如多样化供

应链、降低合规风险等，以应对局势的不确定性。

(四) 全球数字化加速

数字化技术的广泛应用将在2024年继续改变全球商业环境。企业越来越依赖云计算、大数据分析、物联网和人工智能等技术来提高效率和创新。然而，这也带来了更多的数据隐私和安全问题。在出口管制和经济制裁领域，国家和地区可能会采取更为严格的措施来限制特定技术和数据的跨境传输。这对于那些依赖于国际数据流的企业来说，可能导致额外的合规挑战。因此，企业需要加强数据安全和隐私合规，确保符合相关法规，同时制定危机应对计划，以减轻数据泄露和网络攻击的风险。

(五) 国际合作与多边主义的重要性

国际合作和多边主义在2024年将成为应对出口管制和经济制裁挑战的关键。尤其是在出口管制领域，多边合作可以帮助企业共同应对单边制裁和技术管制措施。这包括积极参与国际贸易组织、区域贸易协定和国际出口管制制度。企业可以通过与政府和国际组织的密切合作，推动更开放、透明和公平的出口管制政策。同时，多边主义框架也可以提供争端解决机制，帮助企业维护其权益。

第四部分 **结语**

2024年，出口管制与经济制裁领域的动荡局势将继续影响全球商业和经济格局。对企业而言，这将是充满挑战的一年，但也充满机遇。面对这一动荡局势，企业需要采取灵活的风险管理策略，以适应快速变化的国际环境。

首先，企业需要密切关注出口管制政策的演变。全球各国对出口物项的监管将越来越复杂和严格，因此企业必须确保其出口活动合规。这包括：**了解并遵守国际和本国的出口法规，确保产品不被用于非法或敏感用途以及建立有效完善的出口合规体系。**

其次，企业应准备好应对潜在的经济制裁风险。美国等国家不断扩大对国际企业和个人经济制裁措施，可能导致企业在国际金融系统中受到限制。为了降低这些风险，企业应加强内部风险评估和管理，确保其与受制裁国家或个体没有不当的业务联系。

此外，企业还应关注全球地缘政治事件的发展，这些事件可能导致国际制裁政策的变化。例如，俄乌冲突和巴以冲突等事件可能导致国家采取更加保护主义的贸易政策，限制特定国家的进口和出口。企业需要积极监视地缘政治事件，制定应对策略，如多样化供应链、

降低政治风险等，以应对局势的不确定性。

最后，在出口管制和经济制裁领域，企业需要更加重视合规有效性评价或合规审计。这不仅是一种合规要求，也是企业可持续经营的关键。企业应确保其运营符合监管标准，以维护声誉并降低法律风险。

综上所述，对企业而言，2024年将是充满挑战的一年，但也将提供广泛的机遇。只有那些能够灵活应对、紧密关注全球形势、积极参与国际合作并不断创新和优化供应链的企业，才能在这个动荡的时代中脱颖而出，实现可持续发展。愿在不确定的世界中，中国企业均能够找到自身的坚韧之道，迎接挑战，把握机遇。 ☒



张国勋
高级顾问
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5087 2905
zhangguoxun@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。