



---

# 智库报告：聚焦“一带一路” 中的法律与实践 V

---

金杜律师事务所  
KING&WOOD  
MALLESONS

# 智库报告： 聚焦“一带一路” 中的法律与实践 V

## 声明：

本资料不代表金杜律师事务所对有关法律问题的法律意见。任何仅仅依照本资料的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业的法律帮助。

本资料中，凡提及“香港”、“澳门”、“台湾”，将分别被诠释为“中国香港特别行政区”、“中国澳门特别行政区”、“中国台湾地区”。

## 版权声明：

© 金杜律师事务所 2022 年版权所有

画作：杜飞辰《种子计划 - 发芽》

金杜律师事务所保留对本资料的所有权利。未经金杜律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式（手写、电子或机械的方式，包括通过复印、录音、录音笔或信息收集系统）复制本资料任何受版权保护的内容。

有关本资料的咨询及意见和建议，请联系：

[publication@cn.kwm.com](mailto:publication@cn.kwm.com)

# 序言

共商共建共享“一带一路”是中国应对人类共同挑战、促进全球共同发展繁荣、推动构建人类命运共同体的重要实践方案。历经8年蓬勃发展，中国企业“走出去”硕果累累，正进一步沿着高水平高质量发展方向砥砺前行。

为“一带一路”建设提供坚实的法律服务保障，是中国律师的重要使命。金杜作为中国及亚洲地区知名法律服务品牌机构，心怀助力中国企业走向国际的初心，始终将服务“一带一路”建设视为自身使命和责任担当。

从中南半岛湄公河的蜿蜒，到中亚高地和东欧平原的辽阔，从红海沿岸的自然风光，到中东和南亚诸国的人文情怀，金杜陪伴中国企业奔赴海外，筑梦未来。我们见证了我们的服务的交通基础设施穿过山河大海，成为连接不同区域的纽带；能源电力项目点亮万家灯火，重塑城市乡村的轮廓；通讯项目更加便捷信息交流，增进民心相通；产业园区为当地提供更多就业机会，助力地区经济发展。2021年，又一批金杜参与的重大项目和案件取得新的进展。“一带一路”的标志性工程中老铁路全线开通运营，巴基斯坦默拉直流输电项目顺利实现商运，孟加拉博杜阿卡利电站项目成功完成融资关闭，同时金杜代表不同客户在多个“一带一路”国际工程仲裁案件也取得胜利。

2021年，金杜一带一路国际合作与促进中心与金杜国际云办荟萃行业专家，成功举办“新国际形势下国际业务”研讨会，聚焦后疫情时代海外能源基建、跨境融资、跨境争议解决等问题，探讨助力中国企业更好把握国际规则，深度挖掘并参与国际市场开拓，围绕“一带一路”倡议高质量发展凝聚共识。

金杜一直关注、提炼、总结“一带一路”法律动态和实践发展。自2017年起，金杜陆续发布了《智库报告：聚焦“一带一路”中的法律与实践》系列手册。本手册是该系列的第五部，作者汇集了金杜投资、融资、建设工程、并购、贸易、合规管理、争议解决等领域的专业律师，从不同视角侧重分享实务经验和专业见解，为中国企业“走出去”建言献策。本手册整体分为两个部分：第一部分“综述篇”不仅包括了RCEP、海上风电、氢能、液化天然气、商业卫星发射等新基建和能源转型背景下热点问题，而且涵盖了对欧盟政府补贴新规、工程争议等实践法律问题的思考和剖析；第二部分“国别篇”聚焦于“一带一路”重点国别和行业的市场发展、立法动态和实操情况，并希望以此为读者深入开发具体国别市场提供有益参考。

我们相信后疫情时代全球经济复苏、发展模式绿色转型的进程中，高标准、惠民生、可持续目标将继续指导“一带一路”国际合作走深走实。风电、光伏、储能等清洁能源领域将会迎来更多的发展商机，数字化、信息化的新基建发展潜力巨大。中外企业在医疗卫生、清洁能源、新基建等领域的合作将更加深入和全面。面对新的市场环境和挑战，金杜将始终秉承协同共享理念与匠心精神，继续助力我们的客户行稳致远，携手更多中外参与方共商共建共享“一带一路”，共同推动健康、绿色、数字、廉洁丝绸之路的建设。希望本手册内容对各位“一带一路”同行者有所启发和帮助。



田文静

# 目录

---

## 综述篇

国企和承包商在“一带一路”工程项目中面临的法律问题 005

国际法律立场新动态——违约金 015

新年伊始，扬帆远航：RCEP 奏响区域经济跨境电商新乐章 020

海牙协定来了，您准备好了吗？ 028

RCEP 下服务贸易的开放——工程承包和设计咨询走出去还有限制吗？ 034

联合作业协议中作业者和非作业者的立场与平衡 041

中企赴欧的新挑战：欧盟外国政府补贴新规草案深度解读 046

新能源项目全球看：投资决策境内外海上风电投建营项目的三大重点问题 058

亚太地区的氢能发展前景 065

液化天然气（LNG）系列之中长期购销协议的定价以及价格回顾机制 071

国际油气交易系列之油气权益出让协议的核心考量 077

国际油气交易系列之弃置合同及典型实践 083

国际视角下的商业发射法律问题探析 093

从商法维度洞悉矿业领域以未来现金以及产品流为基准的融资机制 101

面对突击搜查和暴乱，中企如何保护海外投资权益 105

---

## 国别篇

美欧等对俄罗斯“极限制裁”， 中企行业领域应对分析 109

西方对俄经济制裁对能源及自然资源行业的影响及分析 117

俄乌冲突下中国企业对俄业务发展各阶段风险识别与处置指引 125

西班牙、德国、越南可再生能源项目投资概览 137

葡萄牙、爱尔兰、墨西哥可再生能源项目投资概览 149

巴西、埃及、约旦、巴基斯坦可再生能源项目投资概览 159

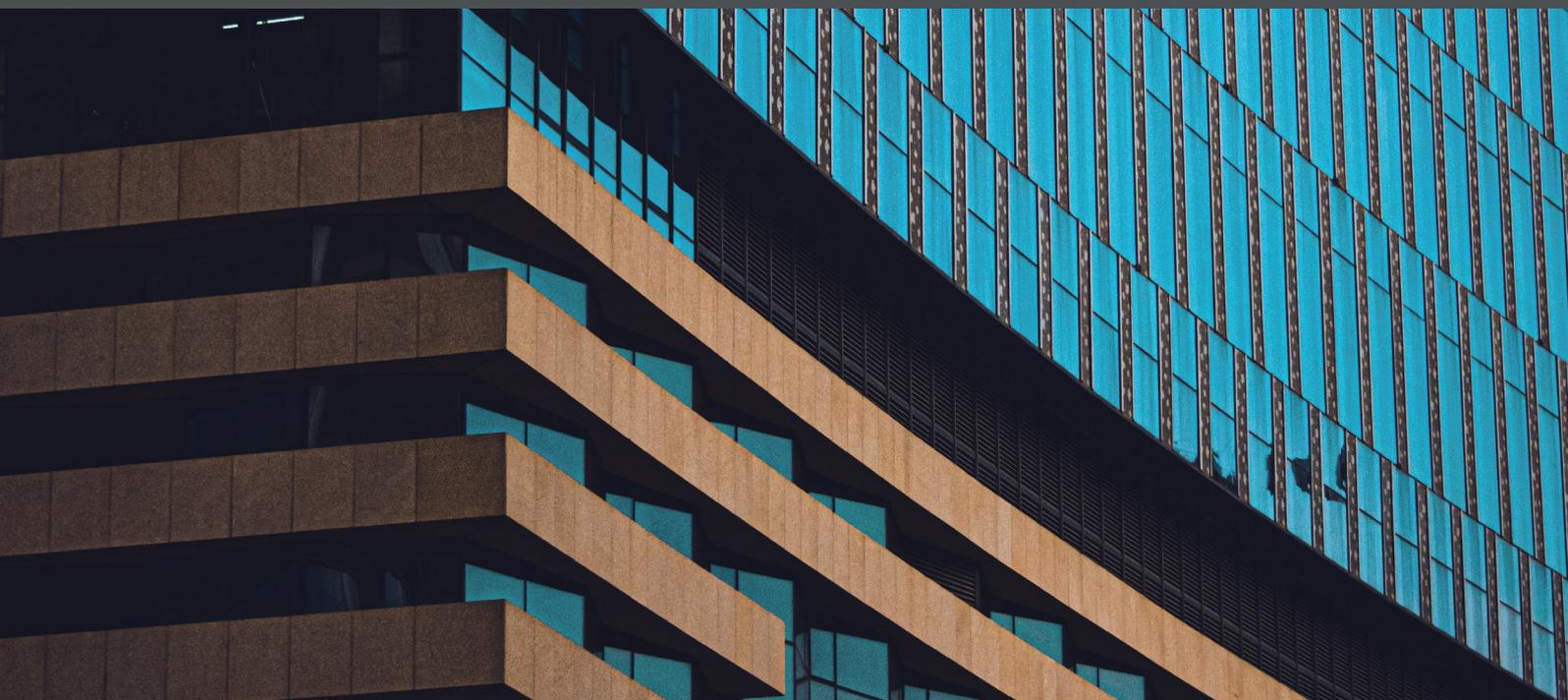
南非可再生能源行业及监管概览 171

“一带一路”国别介绍——越南 178

俄罗斯矿业投资：法律框架与核心考量 190

哈萨克斯坦——中国比特币“矿工”的新大陆 196

# 综述篇



# 国企和承包商在“一带一路”工程项目中面临的法律问题

费佳 Amanda Lees 保罗仕达 徐永吉

通过开发基础设施建设、增进国际贸易和投资关系，“一带一路”倡议（“一带一路”）正在加强中国与世界其他地区之间的连结。自2013年发布以来，“一带一路”已经覆盖了许多重大的基础设施建设项目。对承包商而言，无论在法律还是实务层面上，这些项目所在的司法管辖区都充满挑战。这些项目通常都是大规模、长期和资本密集型的项目，其所在司法管辖区的法律、政治和文化传统与中国大不相同。

“一带一路”项目的一个特点是中国国有企业（“国有企业”）以项目投资人、承包商和贷款人的身份参与其中。本文重点关注国有企业在参与“一带一路”项目（特别是以承包商身份参与）时应考虑的问题，简要梳理国有企业可能面临的风险，并讨论如何通过合理的协议安排以降低风险。

许多“一带一路”项目都面临政治、运营和法律风险，这意味着争议在所难免，这也凸显了争议解决条款的重要性，并应在必要时对其进行修改。

此外，本文还将关注国有企业在参与“一带一路”项目时应如何利用投资条约保护其利益。到目前为止，东南亚、西非和中亚是最吸引中国的投资和工程公司的地区，也是“一带一路”项目产生争议最多的地区。

最后，本文将以国企承包商在中东地区项目所面临的挑战为例，说明在“一带一路”相关司法管辖区开展工程项目时，有必要尽早让有丰富经验和技能的国际律师参与其中，以应对某一特定区域的挑战。

## 一、基础设施项目的项目和融资文件中的主要风险

国有企业通常作为投资人、承包商和贷款人参与“一带一路”项目。开展“一带一路”项目，国有企业往往需要签订各种合同。就政府合同项目而言，通常包括特许协议/BOT协议、施工合同和融资文件。下文列举了上述文件中涉及的关键法律问题，并探讨在“一带一路”项目中如何降低这些风险。



费佳

feijia@cn.kwm.com



Amanda Lees

Amanda.Lees@cn.kwm.com



保罗仕达

Paul.Starr@hk.kwm.com



徐永吉

Daniel.Xu@cn.kwm.com

## (一) 特许协议 / BOT 协议

- **项目取得：**国有企业通常从早期阶段就开始参与“一带一路”的项目，因此项目团队会在项目现场花费大量时间，以建立并增进与主管部门的关系。考虑到在发展这些关系上投入的时间，通过直接谈判而非招标程序来获得项目可能更有吸引力——直接谈判更快、更确定。有些情况下，为了加快工程承包进度，东道国政府会不经招标投标就直接邀请国有企业签订合同。但东道国的法律可能规定了招标投标程序，违反此规定可能会导致项目终止。即使未规定招标投标程序，通过招标投标程序获得项目会被认为是最优实践，从而可以减少因政府政策或政治制度变更导致项目被取消的风险。如果国有企业通过直接谈判获得了项目机会，另一种降低风险的做法是取得东道国国会对相关工程和合同安排的批准。
- **法律漏洞：**内容全面且篇幅较长的特许协议/BOT协议较受投资者欢迎，因为其可以通过一个法律文书解决东道国法律和监管框架中的漏洞或不确定性。此外，应当确保协议在符合当地法律的前提下、以清晰易懂的方式弥补了这些漏洞。在一些案例中，解决这些漏洞可能需要修改现行法律法规，甚至需要颁布针对特定项目的特别法律或法令。
- **交易对手风险：**特许协议/BOT协议中交易对方（即发包方）的身份通常决定了项目投资人的融资方式。一些国有企业倾向于将地方政府机构、机关和当局视为该国的化身，并乐于只和东道国政府指定主导该项目的机构打交道。然而，在某些国家，有的政府机构比其他机构拥有更高的信用评级和更好的合同执行记录，这将是贷款人的一个主要关注点。在某些情况下，可能还需要政府提供担保以解决交易对手的信用风险问题，但该过程可能较为漫长。因此，在项目初期就应当开始进行信用和信誉审核，以便在签署特许协议/BOT协议前妥善处理潜在的问题。
- **适用法律：**在许多“一带一路”国家，投资者和融资方倾向于选择外国法作为特许协议/BOT协议的适用法，以降低涉及投资者权利或发包方义务的法律变更风险。但东道国和发包方很少同意这种做法，他们往往坚持适用东道国法律。在仲裁地的选择上（详见下文），投资者考虑的重要因素是未来能否有效地执行针对东道国或发包方的仲裁裁决。

## （二）施工合同

- **集团成员间的合同风险分配：**工程领域的国有企业担任项目投资人并获得施工合同的操作相对普遍。投资人可以是作为小股东、大股东或单独投资。当作为大股东或单独投资时，一些国有企业会使用标准的集团内部施工合同记录项目公司和承包方的关系。这类内部合同在形式、义务转移和风险分配方面可能与国际上普遍接受的统包合同（turnkey contract）不同。投资人应该意识到这样的项目文件包对贷款人（包括同样是国有企业的贷款人）可能不具吸引力，应该尝试平衡项目各参与方的利益和风险，以避免在融资阶段出现不得不修改或重新谈判合同条款的情况。
- **适用法律：**“一带一路”项目中的关键施工合同通常适用外国法。为确保此类适用法条款有效，投资人和承包商应尽早确认东道国是否存在适用于施工合同的强制性公共政策，例如针对招标、定价和付款的要求。英国法是最常见的选择。在近期的一些项目中，也有国有企业选择中国法作为项目施工合同的准据法。尽管原则上可以约定适用中国法，但如果投资人计划从国际商业贷款方或多边机构寻求资金，这可能会让融资过程变得复杂，因为对他们来说，在此类合同中适用中国法不是常见的操作。

## （三）融资合同

- **东道国支持的有效性：**如果融资获得东道国政府或公共部门的支持（例如担保或税收优惠条款），贷款人往往希望确保政府或公共部门签署相关合同前已遵守全部适用的程序。
- **适用法律和争议解决：**“一带一路”项目的融资文件倾向使用贷款市场协会（LMA）和亚太区贷款市场工会（APLMA）的协议模板。这些文件一般适用英国法。

## （四）关于缔约的一般性建议

- **确保文件签署的有效性：**我们通常建议，签署文

件时提前确认签署流程和待签署文件的内容符合：（1）外国公司的注册地要求；（2）合同适用法律；以及（3）签署地的要求。

- **国家外汇管理局担保登记：**根据国家外汇管理局（“外管局”）颁布的《跨境担保外汇管理规定》，各项担保（例如某些国有企业及其母公司出具的担保）必须在外管局进行登记。担保人为非银行机构的，应在签署担保合同后 15 个工作日内到所在地外管局办理内保外贷签约登记手续，外管局将在登记完成后出具登记证明。未在外管局办理登记，可能影响担保的效力，甚至导致担保无效。

## 二、争议解决的可能选项

争议解决条款值得特别关注。很多“一带一路”项目的参与方在招投标时忽视了该条款，且往往在合同谈判的最后阶段才考虑争议解决条款。我们曾问某国企客户，为何约定适用纽约法和新加坡仲裁。客户回答，其签订合同时并没有审阅过该条款。另外一位客户则是直接套用了谷歌上搜到的约定伦敦仲裁的条款。公司在谈判合同条款有时会对争议解决条款做出让步，但却没能充分理解这一让步给其权利实现带来的后果。

好的争议解决条款应当可以确保争议按以下方式解决：

- 提交位于中立司法管辖区的独立仲裁庭处理（这一点在跨境背景下尤其重要）；
- 能够有效避免在争议初期陷入耗时费力的管辖权之争等程序争议。例如，很多仲裁条款没有约定适用于仲裁条款的法律（可以不同于合同所适用的法律）、仲裁员人数及仲裁语言；以及
- 确保最终裁决或判决的可执行性。

## 三、国际仲裁应是第一选择

在众多可选择的争议解决方式中，“一带一路”合同

应首选国际仲裁，因为仲裁在公平、效率以及可执行性三者当中实现了最佳平衡。如果约定国际仲裁，国有企业所面临的纠纷可以在一个中立第三国得以解决，而且可以选择仲裁员。由于仲裁在中立的第三国进行，程序受第三国的法律管辖，不太可能受到东道国地方保护主义影响。裁决作出后，所有针对裁决的撤销程序均由仲裁地法院审理，这意味着裁决被推翻的可能性较小（前提是仲裁地有一套支持仲裁的法律体系）。虽然大部分“一带一路”国家也是《纽约公约》缔约国，但承包商在当地法院对当地公司执行裁决时可能面临阻碍。对此，可以由争议解决律师对当地法律进行评估并在此基础上起草有针对性的争议解决条款，以减少潜在的执行障碍。

起草争议解决条款时应考虑的要素包括：

- **仲裁所在地：**仲裁应在哪一个司法管辖区进行？那里的仲裁法是否比较先进？监督仲裁程序和受理撤销仲裁裁决申请的仲裁地法院水平如何？仲裁地的法律是否允许临时措施？该司法管辖区的裁决是否能被执行（仲裁地所在司法管辖区至少应是《纽约公约》的缔约国）？
- **仲裁委员会/机构：**双方是否都能接受？国际认可度如何？仲裁效率如何？其仲裁员名单如何？
- **仲裁规则：**机构规则是否允许仲裁合并及追加当事人？机构规则是否规定了允许紧急临时救济措施的紧急仲裁员程序？双方是否都能接受？

最为重要的是，中国国有企业应争取选择中立第三国作为仲裁所在地。在东道国进行仲裁会非常困难，因为仲裁程序受当地法院监督，这增加了当地保护主义的可能性。在一些国家，此类仲裁可能被视为国内仲裁，因此挑战仲裁裁决和裁决执行适用另一套法律制度。任何撤销裁决的程序都会由东道国法院审理。如果外国当事方能获得对其有利的裁决，当其试图在东道国对当地公司执行该裁决时可能会面临阻力，且不予执行的理由可能比《纽约公约》下的理由更多。《纽约公约》规定的执行义务只适用于外国仲裁裁决的执行，并不适用于国内仲裁裁决的执行。

在中立第三国进行的国际仲裁中，最受中国工程公司（包括中国国有企业）欢迎的仲裁机构是新加坡国际仲裁中心（SIAC）、国际商会仲裁院（ICC）及香港国际仲裁中心（HKIAC），而最常见的仲裁地是新加坡、中国香港、伦敦和巴黎。这些机构都是公认的国际仲裁机构，采用最先进的仲裁规则，所在的司法管辖区的法院支持仲裁，也有完善的法律体系。因此，选择这些仲裁机构和仲裁地是明智的。最近一项调查中，在海外运营的中国工程公司按次数对过去5年中选择过的仲裁机构和仲裁地进行排序。结果显示，仲裁机构被选择的次数分别为SIAC 156次、ICC 120次、中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）107次、北京仲裁委员会（BIAC）93次、HKIAC 93次；最受欢迎的仲裁地包括新加坡、北京、香港、伦敦和巴黎。（参见由北京国际仲裁中心、中国对外承包工程商会与天津大学于2021年4月20日联合发布的《“一带一路”工程争议解决机制研究报告》（“BIAC调查”））。<sup>1</sup>

有些仲裁地比其他仲裁地更有战略优势，这不仅是对中国的国有企业而言。有些“一带一路”国家希望“让投资者在我们这里仲裁”，但其并未意识到该国公司与中国企业在世界各地开展业务时，选择香港作为仲裁地（举例）的优势。关键在于，中国内地与香港共同作出了惠及双方法律体系下仲裁程序的特殊安排，尤其是关于临时措施的相互协助安排。即，在符合条件的仲裁程序中甚至仲裁之前，当事人可通过中国内地和香港法院寻求临时资产冻结令和其他类似的保全措施。对香港而言，符合条件的仲裁是指由指定的六家主要仲裁机构（包括HKIAC和CIETAC）之一管理的仲裁；对中国内地而言，符合条件的仲裁是指该仲裁在“经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记”（《仲裁法》第十条）的内地仲裁机构进行。正因为有这些安排，我们曾成功在一项香港仲裁启动之时，于上海金融法院获得了4亿美元的财产保全决定。另一项独特的安排涉及仲裁裁决的相互执行（允许裁决在内地和香港的同时执行），还有一项是在内地某些地区进行的独特试点计划，允许香港法院监督的清算人在那些地区申请认可和协助。

<sup>1</sup> 该报告可通过下列网站下载：<https://www.bjac.org.cn/news/view?id=3919>。

另一方面，如果中国国有企业想避免在中国内地被采取临时措施，则可选择新加坡作为仲裁地。虽然新加坡法院可采取临时措施支持在世界任何地方进行的仲裁，且新加坡的仲裁庭也可下令采取临时措施，但中国内地法院不会对国外进行的仲裁作出临时措施裁定。

新加坡拥有较完善的支持仲裁的法律体系、优秀的法院和众多受国际认可的律师和仲裁员。新加坡是目前全球最受欢迎的仲裁地（与伦敦齐名）和亚太地区首选的仲裁地，这并不令人意外（参见由伦敦玛丽女王大学和美国伟凯律师事务所联合发布的《2021年国际仲裁调查：让仲裁适应不断变化的世界》（“玛丽女王国际仲裁调查”））。中国当事方也习惯在新加坡仲裁并选择由 SIAC 管理案件——根据 SIAC 2020 年度报告，去年向 SIAC 提交的新案件中有 195 宗涉及中国当事方（147 位申请人和 48 位被申请人）。

#### 四、如果采取诉讼和其他方式呢？

法院判决在很多司法管辖区可能更难执行。例如，印度尼西亚不承认和执行外国法院判决，但它是《纽约公约》的成员。中国法院已经开始基于互惠原则执行一些外国判决（包括新加坡判决），中国内地和香港也有执行彼此判决的安排。

由于地方保护主义和法律制度与文化环境的差异，中国国有企业同意在东道国当地进行诉讼具有一定风险。另外，中国国有企业有时很难在项目东道国的当地诉讼中获得优质法律服务。

通常，贷款人会要求在出现争议时有选择诉讼或仲裁的单方选择权。此种约定会否违反东道国的公共政策，需要咨询当地律师的意见。

中国国有企业曾采用的其他争议解决方式包括公司高层谈判、商业调解和专家裁定。玛丽女王国际仲裁调查显示，在国际仲裁中兼用替代争议解决方式（ADR）是解决跨境争议的首选方案（59% 的受访者选择在国际仲裁兼用

ADR 作为跨境争议的首选解决方法，31% 的受访者只选择国际仲裁，只有 10% 的受访者选择诉讼或 ADR）。在争议解决方式的选择上，国有企业的偏好可能与其他类型的主体类似。

#### 五、“一带一路”项目的争议在中国内地解决的案例多吗？

根据我们的经验及公众问卷调查结果，中国和外方之间的“一带一路”争议很少在中国内地解决（参见前文提及的 BIAC 调查）。

中国国有企业通常在“一带一路”合同中担任总承包商或分包商。业主大多是当地国有企业或与当地有密切联系和具有较强谈判能力的公司。因此，在合同中约定争议由中国法院管辖或提交中国仲裁机构在中国仲裁解决较为罕见。原因很明显，当地业主更愿意在一个熟悉的地方和法律体系下解决争议。若双方谈判地位悬殊，当地业主通常会选择在其本国法院进行诉讼。

但也有例外。首先，我们曾见过有合同约定争议由中国仲裁机构在中国通过仲裁解决，但这是由于中国国有企业作为贷款人或为项目提供融资，从而具有更强的谈判能力。需要注意的是，这种情况并不常见，BIAC 调查的受访者表示有 81.36% 的项目由业主提供资金。

其次，有的情况是合同双方都是中国国有企业旗下的海外子公司（例如在分包协议项下）。在这些情况下，合同双方会更愿意考虑在中国解决争议，例如把中国某地约定为仲裁地，或通过中国法院进行诉讼。在 BIAC 调查中，绝大部分受访者（83.09%）表示如果双方均为中国公司，其可能会选择中国内地仲裁机构进行仲裁。

#### 六、中国国有企业是否享有国家豁免权（state immunity）？

如果“一带一路”项目出现争议需要对中国国有企业提起仲裁或诉讼，该怎么办呢？国有企业能否通过主张国

家豁免从而成功避免诉讼或执行？如果国有企业明确放弃豁免权呢？这是不是就无懈可击了？

历史上，主权豁免（sovereign immunity）或国家豁免原则是指，一个国家对外国法院的管辖权和法院命令的执行具有豁免权，即使涉及的行为属商事性质，除非该国选择放弃这种豁免权。这被称为“绝对豁免（absolute immunity）”原则。到了20世纪中叶，各国政府开始更活跃地参与商事活动，该原则因对私营企业不公而遭到批评。自70年代起，美国和部分欧洲国家通过在法律中规定例外情况来限制主权豁免的适用范围，例如在商业交易、人身伤害和专利方面，将该原则转为“有限豁免（qualified immunity）”或“限制豁免（restrictive immunity）”。

英国、澳大利亚和新加坡在国家豁免权方面采用限制豁免原则，包括：同意提交仲裁即为放弃豁免权；涉及与国家之间的商业交易的诉讼不在国家豁免权的范围内；以及可以针对用于商业目的的国家财产执行判决。尽管如此，当合同的缔约方为国家时，仍建议约定该国放弃其所享有的与诉讼、执行法院判决和仲裁裁决有关的国家豁免权。

相比之下，中国依然坚持绝对豁免权，这意味着即使争议源于纯粹的商事活动，国家也免于被起诉和强制执行。国有企业是否享有绝对豁免权？鉴于香港在这一问题上沿袭了内地的做法，我们或许可以在香港处理这一问题的一系列判决中找到答案。在香港，中央人民政府（CPG）构成《官方法律程序条例》（第300章）和普通法项下的“官方”（Crown）。<sup>2</sup>

## 七、中国国有企业在香港是否享有官方豁免权？

国有企业本身并不必然享有官方豁免权。香港法院会采用“控制权标准（control test）”来确定国有企业（或与中央人民政府有关联的其他法人团体）是否能获得与中央人民政府相同的豁免权。中央人民政府对该公司是否拥有“控制权”是重要的考虑因素，其中涉及两个主要问题：

- 1) 是否可以认定该公司受中央人民政府控制？
- 2) 该公司是否能够独立行使自己的权力？

在回答这两个问题时，法院将考虑一系列事实问题并根据每个案件的具体情况作出判断。（参见 *Intraline Resources Sdn Bhd v The Owners of the Ship or Vessel 'Hua Tian Long'* [2010] 3 HKLRD 611; *TNB Fuel Services Sdn Bhd v China National Coal Group Corporation* [2017] HKCFI 1016（“中煤能源案”））。

中煤能源案对展示“控制权标准”如何在司法实践中运用具有指导性意义。该案驳回了中国中煤能源集团公司提出的其享有官方豁免权的主张。法院在判决中指出：

- 主张官方豁免的一方承担举证责任
- “控制权标准”的适用视每个案件的情况和证据而定，但相关的考量因素包括：
  - 该实体享有的独立自由裁量权；
  - “官方”作为投资者行使的控制权；
  - 该实体的独立法律人格；
  - “官方”任命和罢免该实体高管的权力；以及
  - 该实体的财务自主权。

国务院港澳事务办公室的复函指出，该国有企业属于独立的法人实体，自行开展生产经营活动，不享有高于其他任何企业的特殊地位或利益，因此不被视为属于中央人民政府的一部分。该复函使得中煤能源提出的官方豁免权的主张难以成立。

## 八、中国国有企业在内地享有国家豁免权吗？

具体实践与上述情况相同。值得注意的是，适度的国家干预并不使得国有企业享有主权豁免。根据《中华人民共和国企业国有资产法》，国家作为投资者依法享有“资

<sup>2</sup> 参见 *Intraline Resources Sdn Bhd v The Owners of the Ship or Vessel 'Hua Tian Long'* [2010] 3 HKLRD 611。

产收益、参与重大决策和选择管理者的权利”。因此，只要国家对国有企业施加的控制被认为是适当行使其作为投资者的权利，国有企业仍被视为一个独立的商业实体。

## 九、如果国有企业放弃豁免权呢？

如前文所述，在采用限制豁免原则的国家中，放弃豁免是可能的。例如，在英国、新加坡和澳大利亚，同意提交仲裁属于放弃豁免，并且可以通过合同的约定来放弃与诉讼、执行判决和裁决有关的豁免权。

相比之下，这种做法在香港和中国内地并不能提供足够的保护，因为同意提交仲裁不能构成豁免权放弃。在“刚果案”中（*The Democratic Republic of the Congo and others v FG Hemisphere Associates LLC* FACV Nos 5, 6 and 7 of 2010, 8 June 2011），香港终审法院认为同意提交仲裁纯粹属于合同约定，并不构成对豁免权的放弃。

在诉讼程序开始前签订放弃豁免权的条款属无效放弃。相反，拥有豁免权的一方必须在法院面前放弃其豁免权。该方必须放弃：（1）对诉讼管辖权的豁免；以及（2）对其财产的执行豁免，才能构成豁免权放弃。（参见“刚果案”）

在个案中，法院认为当事方可以在知道自己享有豁免权的情况下通过积极参与诉讼程序的方式来放弃豁免权。<sup>3</sup>

## 十、国有企业能否利用双边和多边投资协定中的投资者保护条款？

截至2020年，中国与“一带一路”国家签署了88项双边投资协定（BITs）及多项多边投资协定（MITs）。这些协定允许投资者在协定规定的实质性投资者权利受到侵犯的情况下，向“一带一路”国家政府提出索赔。在这些缔约国中，有71个国家是《关于解决国家与他国国民

之间投资争端公约》（“《华盛顿公约》”）的缔约国，该公约促进了签署国之间仲裁裁决的跨法域执行。据报道，中国承包商开始主张他们在协定中的权利，如最近两起针对非洲国家的索赔案。<sup>4</sup>

国际投资争议可由国际投资争端解决中心（ICSID）及常设仲裁法院等其他机构管理，具体取决于条约中的规定。

投资协定中通常提供几种投资保护，其中包括：

- **公正和公平待遇**：有义务促进稳定、可预测的投资环境，行事公平、透明。
- **征收补偿**：对被国家（直接或间接）征收或国有化的投资者资产提供补偿。
- **全面保护和安全感**：规定合理谨慎保护投资的积极义务。
- **非歧视**：在税收、罚款、罚金、执照、许可证和签证限制方面不存在歧视。
- **“保护伞条款”**：通过引用，将东道国与投资者在其他合同中要遵守的义务纳入双边投资条约。

既要符合“投资”的定义，又要被视为合格的“投资者”，才能得到投资条约的保护。挑战管辖权在投资条约仲裁中很常见，且有大量申请人未能证明他们是合格“投资者”或拥有条约规定的“投资”。

通常情况下，“投资”的定义非常广泛而且非穷尽，可以包括融资和建筑合同。

一名合格“投资者”必须是缔约国的国民而非东道国的国民。一些条约会根据公司的注册地确定投资者的国籍，而其他条约则根据对投资进行实质控制的所在地来判断。有些条约对“投资者”的定义，例如刚果与中国的双边投资协定，明确指出国有企业属“投资者”范围。但其他较

<sup>3</sup> 参见 *Intraline Resources Sdn Bhd v The Owners of the Ship or Vessel 'Hua Tian Long'* [2010] 3 HKLRD 611。

<sup>4</sup> 参见 Ross, “Chinese company brings claim against Ghana”, 11 February 2021, Global Arbitration Review。

---

早的条约并未定义国有企业是否属于“投资者”，这将会成为条约解释问题。有仲裁庭认为，进行商事活动的国有企业属于条约的保护范围，正如“一带一路”基础设施工程中的常见情形<sup>5</sup>。但是，如果国有企业是作为政府的代理人从事政府的活动，情况会有所不同。

为最大程度降低风险，建议国有企业仔细查阅中国与投资所在地的“一带一路”东道国之间的双边投资协定与多边投资协定及其具体条款，以确保投资受保护。查阅时应注意条约是否已生效，并了解“一带一路”东道国过去如何处理投资者索赔。“一带一路”投资者应从一开始就选择最佳的投资结构，因为如果在争议发生后，投资者才试图设置可以行使条约权利的投资结构，那么其权利很有可能无法受条约保护。例如，在 *Philip Morris v. Australia* (PCA Case No. 2012-12) 一案（根据中国香港与澳大利亚双边投资协定提起）中，仲裁庭认为其不具有管辖权，因为争议是在 Philip Morris Asia 公司在投资中拥有权益之前发生的。

## 十一、案例分析：国有企业承包商应如何管理和避免在中东国家的争议

建设工程是经常面临法律风险的行业。其中一些风险在海湾地区（Gulf region）尤为突出。下文将重点分析国有企业在该地区“一带一路”项目中面临的一些关键法律问题，也进一步说明在项目初期阶段尽早聘用熟悉该地区情况的基础设施领域律师参与项目并提供建议的重要性。

### （一）授权书

尽管开展业务通常需要授权书，但在海湾地区，无论是建筑业或其他领域，授权书十分关键。

海湾地区“一带一路”项目承包商中的经理或其他核心人员需要授权书以履行日常职责，例如与政府机构或商业交易方，如供应商、分包商及项目业主等进行联络。

该地区的授权书需要以阿拉伯文出具。另外，如果中国国有企业通过分支机构而不是当地成立的实体来运营，则需要获得国有企业在总部的授权书，并需要通过公证和认证，这些都将产生时间和金钱成本。如果需要在短时间内更换核心人员，取得更新的授权书将是个难点。

最后，审查业主或高级承包商的授权书对国有企业和其他承包商来说相当重要。发生争议时，其中一种应对策略是质疑合同的合法性，或至少质疑合同中的仲裁条款，理由是签订合同的人没有所需的权限。签订合同时，最好严格检查签字人的权限，尽管这种做法越发少见。

### （二）履约保证金

“一带一路”项目与其它建设工程项目一样，通常会在合同中约定承包商要安排预付款和提供履约保证金或履约担保。

鉴于“一带一路”项目的规模和范围，此类履约保证金金额通常会很大。如果业主要求兑付一项或两项保证金，

---

<sup>5</sup> 参见 *CDC Group plc v Republic of the Seychelles*, ICSID Case No ARB/02/14, Award, 17 December 2003.

会对承包商的现金流和与银行的关系产生非常严重的负面影响。业主十分清楚这一点，因此在发生争议时，通常会以要求兑付一项或两项保证金作为施压或追索手段。

虽然该地区的法律提供了若干对抗该种施压手段的方式，但在实践中很难成功。在考虑参与这些项目时，承包商应了解保证金被追索的可能性，再据此作出决策。

### **（三）十年责任（Decennial liability）**

与很多其他司法管辖区和地区一样，海湾地区的国家与司法管辖区的法律规定了承包商应承担十年责任，且该责任不能通过合同排除。

因其性质，大部分“一带一路”项目都适用此责任。例如，在阿联酋，建筑物或其他“固定装置”的建造物被认为应保持 10 年以上的时间。由于“一带一路”的项目价值高、规模大，这也意味着承包商与建筑设计师将对任何危及建筑稳定性与安全性的缺陷承担极高的连带责任。

除了为应对十年责任的风险而进行规划和适当投保外，“一带一路”项目的高知名度也意味着如果在责任期内出现任何后续问题，可能会给承包商带来严重的声誉损害及财产损失。

### **（四）争议解决地**

虽然 FIDIC 的各类合同默认约定争议将通过 ICC 管理的仲裁解决，但需要注意的是，该地区的“一带一路”项目通常会将该条约定修改为争议将在当地法院审理，或通过当地或区域仲裁机构管理的仲裁来解决。

由于“一带一路”项目经常涉及不动产，所涉及的合同几乎不可避免地受当地法律管辖。这给国有企业带来了额外的风险，因为国有企业未必熟悉当地法律，也不一定熟悉当地法院适用的程序或区域仲裁机构的规则。

### **（五）判决 / 裁决执行**

在该地区，作为承包商的国有企业面临的另一个常见法律风险是，针对业主执行判决或裁决通常是一个十分漫长的过程。

现金流始终是承包商面临的首要问题。因此，需要注意的是，向业主索赔不仅会在争议解决过程中产生法律费用，而且即使索赔成功，可能还需要几年的时间让业主偿还款项，这也会涉及额外的法律费用。

鉴于“一带一路”项目在该地区的规模和重要性，交易对方 / 业主通常也是政府机构或当地国有企业。对这些当事方采取强制执行往往会比正常情况更加耗时和困难。

这也是谈判和解成为首选争议解决方式的众多原因之一。

---

## 结语

最后，我们建议国有企业及其国际合作伙伴在招投标时即尽早聘用基础设施领域的专业律师，如前文所建议的对项目风险进行评估、提出合理的降低风险的方法，并根据经验提示可能的风险。这是每个“一带一路”项目应该采取的步骤，因为一旦争议发生，将可能产生数百万美元的律师费并损害双方的商业关系。如及早考虑这些情况，损失是可以避免的，或至少在招投标阶段可更好地预判该些问题。

---

# 国际法律立场新动态——违约金

云匡彦 杨凯章 崔炜祎

---

在跨境交易中，当事方通常会在合同中加入“违约金”条款，明确规定违约方应就其违约行为承担的索赔金额。此类条款旨在劝阻当事方违反合同，并方便当事双方以合同形式就如何计算发生后可能难以证明的损失事先达成一致，以便更加明确损失赔偿标准并尽快得到赔偿。

并购交易中的常见违约金类型包括分手费（若一方退出交易）、强制性折价收购（若一方在交易后做出了被合同禁止的行为）等。在货物买卖或供应交易中，若一方未履行合同，其应付的违约金可包括约定金额的应付补偿金、扣款或降价。但需要注意的是，此类条款的执行难度的主要决定因素之一，是相关协议的管辖法律。虽然许多司法辖区原则上允许主张违约金，但鉴于不同司法辖区采用的具体法律标准不同，违约金条款在某些司法辖区的执行难度相比其他辖区较低。

本文中，我们将简要研究英国、新加坡、中国香港特别行政区（以下简称“中国香港”）和中国内地这四个司法辖区当前针对违约金条款可执行性的法律规定。

## 一、不同司法辖区的法律规定

### （一）英国

#### 1. 先前规定

先前，违约金条款在英国能否执行取决于该条款是否构成对守约方将承受的“潜在损失的真实预估”（**Dunlop 案标准**）<sup>1</sup>。若该条款构成“潜在损失的真实预估”，则会被予以执行。若该条款并非是“潜在损失的真实预估”，而是以“处罚”或“惩罚”违约方为目的约定了不合情理、显失公平或过于高昂的金额，则该条款将构成“罚金条款”，法院将不予以执行。



云匡彦

Edmund.Wan@hk.kwm.com

---

<sup>1</sup> Dunlop Pneumatic Tyre Company, Ltd 诉 New Garage and Motor Company, Limited 案 ([1915] AC 79)。

在判断违约金条款是否构成“潜在损失的真实预估”时，法院需判断该条款约定的金额是否“与违约导致的可合理证明的最大损失相比而不合情理且显失公平。”若是，则该条款属于惩罚性条款，因此不可执行。若否，则该条款为对潜在损失的真实预估，因此可执行（即使约定的应付金额最终超过守约方的实际损失）。

此后，英国法院在 Alfred McAlpine Capital Projects Ltd 诉 Tilebox Ltd<sup>2</sup> 案中审视了多种违约金情形并裁定：违约金预估金额无需准确亦可被视为合理。只有在合同中规定的违约金金额对比守约方可能承受的损失两者间存在巨大差异时，才可认定违约金预估金额不合理。有鉴于此，各法院应尽量对约定了合理违约金金额的合同条款予以支持。

## 2. 当前规定

2015 年，英国最高法院通过对 Cavendish 案<sup>3</sup> 的裁决，重新规定了针对违约金条款和罚金条款的法律标准。违约金条款仅在以下情形下方会被视为罚金条款：其属于次要义务，且对违约方的不利影响“与守约方在主要义务的履行中所享有的任何正当权益相比完全不相称”。根据此项新标准，需要考虑三个因素：

- 首先，相关条款约定的是主要义务（即，确保合同承诺得到履行的法定义务）还是次要义务（即，因违反主要义务而产生的义务）？

二者区别在于：约定主要义务的条款不可构成罚金条款，与次要义务有关的条款则有可能构成罚金条款（因此可能不被予以执行）。

- 其次，寻求执行相关条款的守约方是否享有正当权益？

就此点，正当权益可包括更广义的商业权益（即，不一定是经济赔偿权益），而商业权益很大程度上取决于案件的具体事实与情形。<sup>4</sup>

- 最后，相关条款项下约定的金额或救济是否与上述正当权益完全不相称（即，就守约方在合同履行一事上享有的权益而言，该违约金额或救济是否过于高昂或显失公平）？

同样的，此项认定也在很大程度上取决于案件的具体事实与情形，需参考当地市场惯例（如有），并且可能最终取决于法院做出的价值判断。尽管如此，法院针对此类条款还是倾向于认为合同双方有能力对于涉及违约后果条款的正当性做出最佳判断，尤其是针对谈判能力相当且已得到独立法律咨询的当事双方。

## （二）新加坡

新加坡在历史上继承了普通法传统，并在合同法等传统领域深受英国普通法影响。虽然只有其国内判例法被承认为具有法律约束力的判例法法源，但新加坡法院在不断发展与完善新加坡法律的过程中也经常参考类似的英国判例法先例。

<sup>2</sup> Alfred McAlpine Capital Projects Ltd 诉 Tilebox Ltd 案（[2005] EWHC 281; [2005] B.L.R. 271; 104 Con. L.R. 39 TCC）。

<sup>3</sup> Cavendish Square Holding BV 诉 Talal El Makdessi 案与 ParkingEye Ltd 诉 Beavis 案（[2015] UKSC 67）。

<sup>4</sup> 例如，在创始人股东的忠诚度与人脉对集团业务至关重要的情况下，其他股东在确保创始人股东不与集团进行竞争一事上享有正当权益（参见 Cavendish 案）。

在 2020 年一个案例（*Denka Advantech 案*）<sup>5</sup> 中，新加坡上诉法院得以重新考虑其对罚金条款的法律立场。其确认采用 *Dunlop 案* 中的标准，拒绝采用 *Cavendish 案* 中发展出的更广义的正当权益标准，理由是：“正当权益”这一概念过于宽泛，并且可根据具体案件的事实和情形的不同有无数种适用方法，进而带来很大不确定性。不过，针对 *Cavendish 案* 中认定罚金规定仅限于适用于次要义务（即，因违反主要义务产生的义务）的条款，新加坡上诉法院对此予以了肯定。

### （三）中国香港特别行政区

与新加坡相似，中国香港采用普通法系，也是基于英国的普通法。虽然英国判例不再具有约束力，但中国香港的法院还是会继续从中寻求指引—尤其是从英国最高法院做出裁决的、在整个普通法系内具有影响力的案件。

中国香港的上诉法院在 *Bank of China (Hong Kong) Ltd v Eddy Technology Co Ltd (Eddy Technology)*<sup>6</sup> 案中采用了 *Cavendish 案* 标准。此案中，银行信贷和解协议项下的相关条款规定，一旦发生违约，该协议项下授予的优惠和宽限待遇即告撤销。上诉法院采用了 *Cavendish 案* 标准，认为被告没有证据表明<sup>7</sup> 违约条款不合情理、明显过高或显失公平。原告在被告违约时按照违约条款的明确规定追回其全部权利，这一行为并不具有惩罚性质。

此后，中国香港的案件<sup>8</sup> 均遵照 *Eddy Technology 案*，认可 *Cavendish 案* 中就违约金条款和罚金条款重新确定的法律标准，即：相关条款对违约方施加的不利影响是否与守约方在主要义务的执行中享有的任何正当权益完全不相称<sup>9</sup>。中国香港的上诉法院亦在最近的罗定邦中学诉陈伟华<sup>10</sup> 案中再次重申并确认 *Cavendish 案* 的标准，并强调惩罚条款的标准只适用于相关于次要义务（而非主要义务）的合同条款。

*Dragon Access Holdings Ltd v Lo Chu Hung*<sup>11</sup> 案的原讼法院进一步确认 *Eddy Technology 案* 中的立场，并认可 *Cavendish 案* 标准已构成中国香港法律的一部分。在确定临时买卖协议中的违约金条款是否构成罚金条款时，该法院再次采用了 *Cavendish 案* 标准，并在考虑了相关交易的交易对价、履约期和保证金金额等因素后认定：被告未能提交充分证据以证明违约金本质上不合情理、明显过高或显失公平，故此，请求司法干预的理由不能成立。

在 2021 年的 *China Great Wall AMC (International) Holdings Co Ltd v Royal Bond Investment Ltd*<sup>12</sup> 案，原讼法院遵照 *Eddy Technology 案* 的立场并采用了 *Cavendish 案* 标准，考虑到当事人有法律代表和充裕时间签署借款合同，确定案中涉及的 12% 的违约利率（10% 基本利息以上附加 2% 利率）与贷款人的正当权益不完全不相称，亦非明显过高或显失公平，因此不构成“罚金条款”。

<sup>5</sup> *Denka Advantech Pte Ltd 与另一公司诉 Seraya Energy Pte Ltd 与另一公司案及其他上诉*（[2020] SGCA 119）。

<sup>6</sup> *Bank of China (Hong Kong) Ltd 诉 Eddy Technology Co Ltd 案*（[2019] 2 HKLRD 493）。

<sup>7</sup> 相关条款为罚金条款的举证责任在于被告（*Dragon Access Holdings Ltd 诉 Lo Chu Hung 案*（[2020] HKCU 4002 § 95）、*Brio Electronic Commerce Ltd 诉 Tradelink Electronic Commerce Ltd 案*（[2016] 2 HKLRD 1449 § 14））。

<sup>8</sup> *Dah Sing Bank, Ltd 诉 Rich Star Investment Development Ltd 等案*（[2020] HKCFI 1251）、*FWD Life Insurance Co (Bermuda) Ltd 诉 Lam Chi Chuen Alpha 案*（[2019] HKCFI 2878）。

<sup>9</sup> *Hsin Chong Construction Co Ltd 案*（[2019] HKCFI 1531）。

<sup>10</sup> *罗定邦中学诉陈伟华案*（[2021] 3 HKLRD 185）。

<sup>11</sup> *Dragon Access Holdings Ltd 诉 Lo Chu Hung 案*（[2020] HKCU 4002）。

<sup>12</sup> *China Great Wall AMC (International) Holdings Co Ltd 诉 Royal Bond Investment Ltd 案*（[2021] HKCFI 2882）。

#### (四) 中国内地

不同于禁止一切罚金条款的普通法系，中国内地法律并未明令禁止在合同中规定“罚金”，但也施加了特定限制——违约金不得“过分高于”实际损失。若违约金金额超过守约方实际承受损失的 30%<sup>13</sup>，则可能被视为“过分高于”，中国内地法院可基于发生的实际损失予以酌减。然而，在实践中，原告仍需提供其实际损失的证据，以便衡量是否有违上述 30% 的标准；这与普通法项下无需证明实际损失的立场相反（因为在普通法下违约金条款背后的核心宗旨即为使当事方免于需证明实际损失的麻烦与困难）。

上述立场此前在《中华人民共和国合同法》中明文规定<sup>14</sup>，并在于 2021 年 1 月 1 日生效的《中华人民共和国民法典》（新颁布的《民法典》废除了包括《合同法》在内的若干法律，但系统性地融合了其内容）中得到重述<sup>15</sup>。

#### (五) 对比与简要分析

综上所述，我们在下表中列出了上文讨论的各个司法辖区对违约金条款和罚金条款的法律立场：

司法辖区				
	英国	新加坡	中国香港特别行政区	中国内地
适用法律标准	Cavendish 案标准： 次要义务 + 正当权益 + 相称性	Dunlop 案标准： 潜在损失的真实预估	遵从英国立场，并采用 Cavendish 案标准	不得过分高于实际损失 (通常不超过实际损失 的 30%)

对比以上立场，虽然英国和中国香港发展出了一套有别于新加坡的标准，但这三个司法辖区的标准并非截然不同，究其根本，三者仍需确保违约金条款具有“赔偿性”（而非惩罚性）。在实际应用中，对潜在损失的真实预估（参见 Dunlop 案）很可能构成衡量相关条款是否施加了不相称的不利影响（相对于正当权益而言）（参见 Cavendish 案）的实用指标，反之亦然。

而中国内地法律在一般情况下采用上述 30% 的标准（当然，还取决于案件的具体事实和其他因素），该标准相对而言更加直接和客观。虽然如此，但合同当事双方在签署合同时并不能确定违约金条款是否可执行，因为实际损失显然只能在发生违约情况后再进行认定。

<sup>13</sup> 详见《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）》（法释〔2009〕5号）第二十九条。请注意，30% 仅为一项指标，而其他还需考虑的因素包括违约行为的严重性和持续时间、守约方是否存在任何过错及守约方的法律实体身份（企业还是个人）等。

<sup>14</sup> 《中华人民共和国合同法》（现已失效）第一百一十四条。

<sup>15</sup> 《中华人民共和国民法典》第五百八十五条。

---

## 二、意义与实用技巧

基于以上内容，我们在下文中提供了一些实用技巧，可能会对参与国际并购交易、长期销售或供应协议以及建设项目等的企业有所帮助。

若您将英国法律或中国香港法律（二者适用更广义的正当权益标准，参见 *Cavendish* 案）作为合同的管辖法律，鉴于主要义务完全不会落到罚金制度范畴内，您在起草合同时，可考虑将可能被视为罚金条款的条款起草为某条件的主要义务（例如，作为某条件的付款义务），而非将其定性为违约救济。此外，建议您在交易文件中界定并明确载明交易当事方在交易关键领域里所享有的商业权益，以便于将来证明正当权益。

若您将新加坡法律（其仍适用传统的 *Dunlop* 案标准）作为合同的管辖法律，在实践中，合同条款通常应明确：合同当事双方将合同当中规定的违约金额视为潜在损失的真实预估金额。虽然法院调查历来视实质重于形式，但这种做法可在某种程度上向法院表明，合同当事双方是在平等的基础上通过自由协商就该金额达成一致。此外，您可在合同中明确潜在损失的计算方式，从而证明如何得出合同中规定的赔偿金额，还可针对不同类型和严重程度的违约行为规定不同的赔偿金额。

在普通法下，法院从法律原则上通常也认可：如果合同是由谈判能力相当且已得到独立法律咨询的当事双方自由协商签订，则相关条款将更有可能得到法院支持。另外，必须考虑基础交易的目的和被违反的具体主要义务，从而综合审视合同及合同当事双方之间关系的性质。因此，与之相关的证据与文档可能有助于法院裁定支持相关条款。

此外，鉴于不同司法辖区关于罚金是否可执行的立场各不相同，因此，一些规定虽然在适用中国内地法律的中被视为普遍且可接受，但在适用普通法的合同中可能不被接受。例如，适用中国内地法律可能会采用“罚金”或“出于惩罚目的”等措辞，但在普通法司法辖区内，此类措辞通常会被视为“罚金”的表面证据，从而不被法院予以执行。因此，谨慎起见，建议您在起草适用普通法的合同时避免使用此类措辞。

## 结语

我们希望，上述内容能够在您进行各类国际合同谈判之时为您提供实用的基本知识，帮助您评估每份合同适用何种管辖法律可能更有利，并了解您需要考虑的调整及具体谈判要点。当然，每份合同届时情况及各当事方的特定权益都至关重要。合同管辖法律不同，对同一个合同概念的解释也会有所不同。建议您向具备相关资质和经验的律师寻求合适的建议，以确定相关措辞的含义及影响，从而最大程度地保护您在每份合同中的权利和权益<sup>16</sup>。

---

<sup>16</sup> 本文中的讨论是广义的，旨在帮助读者对相关主题有一个基本的理解，不应被当作法律意见。

# 新年伊始，扬帆远航： RCEP 奏响区域经济 跨境电商新乐章

冯晓鹏 李思然



冯晓鹏

fengxiaopeng@cn.kwm.com

新故相推，日生不滞。我国参加的《区域全面经济伙伴关系协定》（以下简称“RCEP”）已达到协定生效门槛，已于 2022 年 1 月 1 日生效。当新年第一缕阳光照亮苍穹，标志着当前世界上人口最多、经贸规模最大、最具发展潜力的自由贸易区正式起航。

RCEP 生效实施后，将推动我国三分之一的对外贸易实现零关税，还会促进区域内贸易便利化和营商环境的提升，带动相应服务和投资开放，从而极大提高各签约方的福利水平及其之间的贸易规模。

对于跨境电商企业而言，RCEP 是当前我国签署的最高标准的自由贸易协定，在 RCEP 的巨大市场里，可以参与原产地的价值累积，利用统一的规则体系降低经营成本，减少经营的不确定性风险，这将会是进出口企业一场不容错过的自贸盛宴。

有感于跨境电商新业态日新月异的发展，籍 RCEP 在我国正式实施之际，笔者结合国际条约最新转化情况，就 RCEP 对我国跨境电商的影响做一次梳理。

## 一、RCEP 重点内容简析，以关税减免、原产地规则、知识产权边境保护为例

### （一）关税减免

根据 RCEP 协定附件中的关税承诺表，RCEP 协定各成员之间货物贸易关税减让以立即降至零关税、10 年内降至零关税的承诺为主。以中国为例，中国关税承诺表中涉及 8277 个 8 位税号，从协定生效后第 10 年，对日本以外的缔约方大约有 80% 左右的 8 位税号商品降至零关税；协定生效后第 20 年，对所有缔约方大约有 80% ~ 90% 的 8 位税号商品降至零关税。

---

对于出口到日本的企业来说，RCEP 有利于跨境电商企业开拓此前对中国进口产品征收关税颇高的日本市场。2006 年至 2016 年，日本自中国进口产品加权平均关税税率一直高于进口自世界其他国家和地区产品的加权平均关税税率。RCEP 协定签署后，日本对中国产品的免关税比例将达到 86%。其中，电机电器、核反应堆、锅炉、车辆及其零附件、医疗设备等行业中 70%-80% 的商品将在 RCEP 签署后立即实现零关税，而服装纺织、家具、塑料制品等行业几乎全部产品将在过渡期后实现零关税。<sup>1</sup>

而对于中国与东盟、韩国、澳大利亚、新西兰等先前已签署贸易协定（安排）的国家，RCEP 实施后，其关税减让将与其他优惠贸易协定（安排）关税减让并行实施。每项优惠贸易协定（安排）都有自己的关税减让清单和原产地规则，同一项货物在不同协定下将对应不同的降税水平和原产地规则。各进出口企业应根据自身情况，结合 RCEP 及其他优惠贸易协定（安排）的关税减让幅度、原产地规则及其实施操作程序进行综合评估、比较，优化企业供应链，充分利用优惠政策，达到经济收益最大化。

## （二）原产地规则

原产地规则是一国根据国家法律法规或国际协定约定的原则，制定并实施的确定生产或制造货物的国家或地区的具体规定，是商品的“经济国籍”。是否满足原产地规则，对自由贸易协定项下交易的商品所征收的关税会产生显著差异，也会对企业跨境供应链安排以及经济利益产生巨大影响。从根本上而言，RCEP 对于企业最重要的经济价值就在于原产地累积规则。正是有了 15 国这样大范围的区域成分累积，使得跨境流通的商品更加容易获得协定项下原产资格，享受 RCEP 优惠关税。

在判定商品原产地时，企业主要考虑和应用的规则包括：税则归类改变标准、区域价值成分标准、区域成分累积规则。

### 1. 税则归类改变规则

主要根据税号是否发生变更进行判定，即当产品的税号相比于非原产材料全部发生了变化时，该商品为原产，但同时需要考虑微小含量。按照税号改变位数的不同，税则归类改变标准又分为章节改变、品目改变及子目改变。目前适用较为普遍的是品目改变和子目改变。

### 2. 区域价值成分标准

主要是根据区域增值是否超过一定比例进行判定，即生产制造过程中，创造的价值超过一定水平，则可以将商品判定为原产。这是除税则归类改变标准外另一个非常常用的自由贸易协定原产地规则。在中国以往签署的自由贸易协定中，通常按照扣减法间接计算区域价值成分，即“ $(\text{离岸价格} - \text{非原产材料价值}) / \text{离岸价格} \times 100\%$ ”。但在 RCEP 中，除了扣减法，还引入了累加法直接进行计算，即“ $(\text{原产材料价格} + \text{直接人工成本} + \text{直接经营费用成本} + \text{利润} + \text{其他成本}) / \text{离岸价格} \times 100\%$ ”。因此，企业可以根据自身的材料成本以及商品生产成本管理方式，选择适用的计算方法，提高商品区域价值成分计算的准确性。

---

<sup>1</sup> 《RCEP 缔约方的贸易及关税减让概要》，<https://mp.weixin.qq.com/s/x0BeP00ovk0GeuGfkGbg>。

### 3. 区域成分累积规则

在一定区域内，一缔约方生产商品所使用的其他缔约方的原产货物或者生产活动可以计入该商品的原产成分。根据 RCEP 累积规则第一款，符合原产地要求且在另一缔约方用作生产另一货物或材料的材料，应当视为原产于对制成品或材料进行加工或处理的缔约方，即累积的材料首先需要获得原产资格（货物累积/不完全累积）。需要说明的是，此款并未对累积区域作出限制，因此适用区域包括所有缔约方。同时 RCEP 累积规则第二款规定，将在 5 年内审议，考虑将第一款中累积的适用范围扩大到各缔约方内的所有生产和货物增值，即非原产材料在其他缔约方经过加工虽然仍未获得原产资格，但在该缔约方实现的加工和增值部分也可以进行累积（生产累积/完全累积）。这将有助于跨国公司更加灵活地进行产业布局，建立更精细更完善的产业链分工体系，降低最终产品的生产成本，不仅有助于扩大 RCEP 成员之间的贸易，还将极大地促进区域供应链、价值链的深度融合和发展。

以韩国原产货物为例，RCEP 生效后，中国与韩国之间的优惠贸易协定将有 RCEP、中韩自贸协定、亚太贸易协定三项。海关总署关税征管司曾以我国自韩国享惠进口的主要货物锂镍钴锰氧化物为例，列举货物在 RCEP、中韩自贸协定、亚太贸易协定三项协定项下的适用情况、降税水平及原产地规则的主要差异。<sup>2</sup>

关于锂镍钴锰氧化物（HS 2842.9030）三个协定的主要差异

优惠贸易安排	RCEP	中韩自贸协定	亚太贸易协定
是否在降税清单	是	是	否
协定税率	0	0 <sup>3</sup>	-
原产地标准	子目改变或区域价值成分40	品目改变	-
适用的原产地证明	原产地证书或原产地声明	原产地证书	-

在关税减让方面，该货物在 RCEP、中韩自贸协定项下适用的协定税率均为 0，而在亚太贸易协定项下并不适用关税减让。在原产地标准方面，RCEP 项下为选择性标准“子目改变或区域价值成分 40”，二者符合其一即可。在中韩自贸协定项下为“品目改变”单一标准，不但较 RCEP 项下的“子目改变”更为严格，且不能适用区域价值成分标准。显然货物要获得中韩自贸协定项下原产资格要难得多。在提交原产地证明方面，进口企业在中韩自贸协定项下必须提交原产地证书，而在 RCEP 项下可选择使用原产地证书或原产地声明，为企业提供了更多的选择和便利。就锂镍钴锰氧化物而言，虽然在中韩自贸协定与 RCEP 均适用零关税，但 RCEP 的原产标准更为灵活，程序上也更为便利，更有利于企业享受优惠政策。

<sup>2</sup> 《企业充分利用关税减让优惠政策要点》，[https://mp.weixin.qq.com/s/G04DKkcHO4U\\_kZ1tgNCAxg](https://mp.weixin.qq.com/s/G04DKkcHO4U_kZ1tgNCAxg)。

<sup>3</sup> 中韩自贸协定的协定税率为 2021 年协定税率，RCEP 协定税率为协定生效后第一年协定税率。该货物在我国进口时的最惠国税率为 5.5%。

### （三）知识产权边境保护

RCEP 第十一章“知识产权”的“边境措施”部分，对主管部门在知识产权边境保护中的职责作出了规定。其中，对于“有正当理由怀疑可能存在盗版货物或假冒商标货物进口”，海关有依权利人申请中止放行和依职权中止放行两种执法方式。

首先，如知识产权的权利持有人有正当理由怀疑可能存在盗版货物或假冒商标货物进口，可向海关提出中止放行的申请，并提供足以保护被告和主管机关并防止滥用的保证金或同等担保。在这种情况下，各成员方也可以规定，在不损害一缔约方关于信息保密的法律法规的前提下，主管机关有权将发货人、进口商或收货人的名称和地址、货物的描述、货物的数量，以及如已知货物的原产地，应告知权利持有人。其次，海关也应当设立或维持关于进口装运的程序，可依职权中止放行涉嫌盗版或假冒商标的货物。在此情况下，海关可以要求权利持有人提供相关信息。在以上两种情况采取中止放行的措施时，海关应在合理期限内认定涉嫌盗版货物或假冒商标货物是否侵犯知识产权权利。

在知识产权的边境措施这一节中，也规定了主管机关对侵权货物的销毁程序和申请、储存、销毁等的费用要求。

## 二、对跨境电商的意义

### （一）减免关税有利于提高出口商品的竞争力

RCEP 减免关税的措施主要将为跨境电商 B2B 企业，尤其是为出口企业带来利好。关税的减免有望降低我国跨境电商企业出口商品在进口国的税费成本，进而为海外市场的用户带来更加优惠的价格，提高出口商品的市场竞争力。

此外，疫情后获客渠道与交易磋商渠道发生变化，传统外贸行业遭受打击，关税减免政策有利于鼓励我国传统外贸出口企业向跨境电商转型。

### （二）贸易标准化有利于削弱交易壁垒

此前，跨境电商商品出口海外面临一个较大的合规风险即各国贸易标准存在差异，包括各项原产地规则、市场准入政策、投资政策、服务贸易政策等。伴随着原产地规则、海关程序、检验检疫、技术标准等统一规则落地，区域内贸易规则逐渐规范与统一，区域内市场的贸易标准一体化大大削弱了交易壁垒。

### （三）生产要素自由流动有利于海外仓的建设与运作

RCEP 签订后，区域内的各国国家资源、商品流动、技术合作、服务资本合作、人才合作等都将更加便利，而海外仓的建设阻碍也将大大减少。例如，各方承诺对于区域内各国的投资者、公司内部流动人员、合同服务提供者、随行配偶及家属等各类商业人员，在符合条件的情况下，可获得一定居留期限，享受签证便利，开展各种贸易投资活动。对此，企业可以抓住机遇进行海外资本、人员投入，推进区域品牌化建设，高质量推进海外仓建设、丰富海外仓功能，对海外市场资源进行有效地整合。

#### （四）促进贸易数字化，助力电商企业转型升级

以 RCEP 为例，RCEP 涵盖了一系列推动贸易数字化，降低信息沟通成本的规则。例如协定要求推进无纸化贸易，认可电子文档与纸质文件具有同等法律效力；除了法规特殊要求外，任一组织不得否认电子签名的法律有效性；所有组织应该鼓励应用互认的电子认证，等等。

可以预见，未来跨境电商交易将持续朝着数字化方向前进，这也要求跨境电商企业充分利用云计算、大数据、人工智能等新生型数字经济，将其广泛运用于跨境贸易服务、生产、物流和支付环节，提升效率，实现自身从劳动型驱动升级为智慧型驱动。

### 三、海关配套文件与企业如何享惠

九层之台，起于垒土；千里之行，始于足下。针对 RCEP 关税减让模式和原产地规则全新、复杂的实施需求，海关总署按照强化监管、优化服务、对标国际最高标准的原则，在 2021 年 11 月出台了《中华人民共和国海关〈区域全面经济伙伴关系协定〉项下进出口货物原产地管理办法》（以下简称“《RCEP 项下进出口货物原产地管理办法》”）、《中华人民共和国海关经核准出口商管理办法》（以下简称“《经核准出口商管理办法》”）两部规章以及配套的 4 项规范性文件，全面升级了海关原产地管理信息化系统，重新构建了 763 个业务节点。此举优化了享惠货物的申报模式和报关单结构，实现了签证数据与通关数据共享应用，构建起原产地管理、企业管理和商品管理相结合的立体化海关监管与服务网络。

根据《RCEP 项下进出口货物原产地管理办法》，为确定原产地证明的真实性和准确性，核实进口货物的原产资格和原产国（地区），海关可以通过以下方式开展原产地核查：（一）要求进口货物收货人或者其代理人、境外出口商或者生产商提供补充信息；（二）要求出口成员方签证机构或者主管部门提供补充信息。必要时，海关可以经出口成员方同意后对境外出口商或者生产商进行实地核查，也可以通过与出口成员方商定的其他方式开展核查。核查期间，海关可以应进口货物收货人或者其代理人申请办理担保放行，但法律法规另有规定的除外。海关应当向进口货物收货人（或者其代理人）、境外出口商（或者生产商）或者出口成员方签证机构（或者主管部门）书面通报核查结果和理由。

出口商、生产商、签证机构如收到核查请求或出口货物在外享惠通关受阻的，可及时向所属海关反映，海关将积极协调解决。企业作为核查对象时，应积极配合海关核查。

#### （一）原产地管理

考虑到 RCEP 对于企业在区域内自由贸易的促进作用以及对跨境供应链安排的巨大影响，特别是在新冠肺炎疫情暴发以及中美贸易摩擦的大环境下区域协定所能带来的经济活力，建议相关企业深入分析自身商品、产业链情况，针对不同商品适用的原产地规则，提前做好生产和物流等方面的安排，并加快企业进出口业务系统和管理程序的优化。尤其对于出口企业而言，应针对其出口产品关注 RCEP 缔约方对有关货物的关税减让情况，并深入评估有关货物是否满足原产地规则。如果货物不能满足原产地规则，可以进一步考虑调整原材料来源，结合各缔约方的产业优势，增加区域内原材料的占比，并深入评估这种调整所需的合规成本。同时，出口企业可以将有关关税减让作为自身产品的优势纳入商务洽谈中，并可考虑通过调整定价等方式，与缔约方的进口商共享关税减让带来的红利。

需要提醒企业的是，原产地判定在实际操作中具有较高的专业性，原产地规则本身相对复杂，且原产地判定业务还涉及商品归类、海关估价等专业领域。因此，在企业内部，需要生产、采购、销售、财务等部门通力合作、整合数据、统一行动来共同管理；在企业外部，需要对供应商进行管控，以保证原材料原产地判断的真实性和准确性。此外，RCEP 在传统原产地证书的基础上，增加了经核准的出口商声明以及出口商的自主声明，这标志未来原产地证明将从政府审核签发模式转变为以企业信用为基础的自主声明模式，在提高通关便利性的同时，对企业原产地管理也提出了更高的合规性要求。必要时，可以寻求专业服务机构的帮助，运用较为成熟的原产地管理信息系统，高效分析 RCEP 协定给企业价值链带来的变化，用好自由贸易协定优惠。

## （二）进口货物通关享惠程序

而对于进口企业，在货物进口时，进口商应当按照海关的申报规定填制《中华人民共和国海关进口货物报关单》或《中华人民共和国海关进境货物备案清单》，申明适用协定税率，并应当同时提交符合协定文本要求的海关原产地证明和其他单证。进口货物完税价格不超过 200 美元或与其等额的人民币，或者海关免除提交要求的货物，可免于提交原产地证明。为规避优惠关税待遇管理的相关法律法规，一次或多次进口货物的，不适用免除规定。进口商在进口时没有提交原产地证明的，可以按照进口缔约方的国内法规规定补交原产地证明，申请享受协定待遇。在我国，进口商在进口时未能持有原产地证明的，可以就进口货物具备原产资格向海关进行补充申报并提供税款担保，海关按照规定办理进口手续，进口商事后补交原产地证明，符合规定的可以享受协定优惠待遇。

## （三）提前做好产业布局

面对 RCEP 带来的新贸易环境，建议企业提前做好布局。如 RCEP 生效后，我国和日本之间首次达成农产品关税减让安排，日本 6 成以上、我国 8 成以上的农产品将相互取消关税。以广西省为例，广西作为农业大省，优势农产品如沃柑、西瓜、金花茶等有望零关税进入日本消费市场。再如电动汽车行业，据了解日本将于 2035 年实现全面使用电动汽车，但日本目前只有松下具备较强的电池供给能力且价格不菲。而广西电动车以其稳定的性能、低廉的价格已引起日本市场的关注。随着日本进入电动车推广周期，广西电动汽车进入日本市场与日本车企开展合作将存在较大发展空间。

其次跨境电商企业应聚焦供应链通道，打造商品分拨集散市场。东盟国家聚集了大量劳动密集型生产基地，而中国强大的市场消费能力对企业具有巨大的吸引力，RCEP 关税减让为商品回流中国提供了更便利的条件。

最后聚焦区位优势，变“产业外迁”为“百企入边”。以广西省为例，广西跨境电商企业运用广西与东盟尤其是与越南毗邻的优势，用好“跨境劳务”等边境政策，将东盟劳动力成本优势、中国产业链和营商环境优势、RCEP 成员国之间关税减让优势等形成叠加效应，在边境上营造劳动力成本低、营商环境好、产业链相对健全的产业环境，让外迁产业在边境落地，留企于边。

## （四）知识产权合规

企业开展进出口业务前，应当对目标市场的知识产权保护环境做充分的调查以安排知识产权风险防范的相关计划与措施。在选品方面，企业在选择高科技知识产权密集型产品进出口时应更为谨慎，同时要求供应商提供知识产权权

属证明并进行留存，防范日后的知识产权纠纷风险。对于自主研发设计的跨境电商企业，应事先对商品所涉的商标、专利技术与外观设计进行详细的调查检索，了解同类竞争者的知识产权情况；如检索发现商品有侵权可能，应对专利技术与商标设计做规避处理。为保护自身合法的知识产权，企业可以在目标市场当地申请知识产权，并向中国海关备案实现知识产权的边境保护。跨境电子商务经营者进入目标市场前，可聘请当地律师等专业人员对出口商品在当地出售是否侵犯知识产权出具意见书，为日后的知识产权纠纷作风险防范。

在企业开展进出口业务后，应注重合规经营并对于知产相关的数据进行固定和保存，做好留存与管理证据的工作，时刻关注政策动态，加强交流培训。首先，海关总署已经开通了“知识产权海关保护备案系统”。电子商务经营者及开展自营业务的电商企业可以通过该系统查询在海关总署备案的知识产权情况，初步判断自己的商品是否侵权。其次，如果企业对利用系统查询的结果仍然判断不准，还可以利用海关预确认制度进行咨询。这种做法虽暂无明确的法律依据，但有良好的实践效果，因为良好的政企互动也便于海关开展工作，提高工作效率，同时树立中国海关有担当、有作为的形象。

对于企业而言，预确认属于法律咨询，产品尚未进出口，因此即使涉嫌侵权也不会受到任何处罚。一般而言，企业办理知识产权预确认需要提交以下材料：注册市场监管登记资料、海关备案信息；商标、专利证书；授权委托书，即他人委托申请人生产/出口相关货物的授权文件；拟出口的货样；预确认申请书。为了让海关能有充分的审查时间，企业应于不晚于货物进出口的1个月前向海关申请。

最后，出口企业应当积极了解产品销售地的知识产权保护政策和同行业商品的知识产权注册情况。企业切不可心存侥幸，若有必要应及时进行市场调查，对产品所使用的商标、装潢、宣传语、外观设计等进行检索、分析，以判断是否侵权。此外，企业也应该对所出口国家的知识产权制度、司法制度等有相应的了解，以便在发生纠纷之后可以采取合适的措施以最大限度地维护自身的合法权益。

## （五）苦练内功全面提升自身竞争力

一方面，跨境电商企业要在提升产品、服务和企业自身的行业竞争力上下功夫，努力增加产品附加值，包括在产品的“差异化、个性化、国际化、品牌化”几个方面发力，同时一定要注重保护好知识产权。另一方面，要具备创新意识，企业所经营产品和服务的质量才是企业根本的竞争实力，要注重产品和技术的核心创新，提升消费者权益保障能力，注重商品信息披露，优化退换货服务流程。

## 结语

RCEP各成员国的发展差距较大，涵盖了高中低收入国家。因此，RCEP协议确立的规则特点是包容性与高标准两者兼顾。“高标准”体现在统一了区域内的原产地规则，货物在出口时只要符合该原产地规则即取得了RCEP原产地资格，无须经每一个成员国的单独确认。而“包容性”则在货物贸易的其他条款中可以发现，特别是由于各成员国分别采取“统一减让”与“国别减让”两种方式设立关税减让表，使得税差问题必须通过额外特定的原产地规则来处理。而我国不仅拥有稳定政治经济环境与强烈开放与合作意愿，而且积极参与自由贸易协定二十年来取得了惊人的成就和经验，探索并建立了坚实的经济与制度基础。

---

新的一年，我们期待海关为 RCEP 的实施继续做好技术配套工作，出台更多 RCEP 在国内适用的管理办法，在进出口两端同时释放政策红利，建设更高效的信息化系统，便利进出口企业享惠。我们鼓励企业更应充分利用好 RCEP 政策红利，提前产业布局，聚焦跨境电商供应链通道，打造商品分拨集散市场，聚焦区位优势。同时要在提升产品、服务和企业自身的行业竞争力上下功夫，努力增加产品附加值，结合自身优势开展差异性竞争，实现弯道超车，打造独特竞争力。

遵通衢之大道兮，求捷径欲从谁。祝愿跨境电商企业在新的一年里勇往直前，创造更加灿烂的辉煌！

---

# 海牙协定来了，您准备好了吗？

马立荣

---



马立荣

malirong@cn.kwm.com

中国于 2022 年 2 月 5 日向世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization，以下简称“WIPO”）提交了《工业品外观设计国际注册海牙协定》（以下简称《海牙协定》）加入书，将于 5 月 5 日生效。这意味着中国申请人或者在中国有住所、经常居所或真实有效的工商营业所的非海牙协定成员国的申请人可以通过该海牙途径递交外观设计国际申请。

《海牙协定》与《专利合作条约》《商标国际注册马德里协定》一起构成了专利（发明和实用新型）、商标及外观设计的国际申请服务的“三驾马车”。外观设计海牙国际申请与 PCT 国际申请相似，通过一件国际申请指定各个国家的方式，在满足一定条件的基础上获得全球保护（海牙协定第 14 条）。

由于海牙协定还未正式生效，与外观设计国际申请相配套的审查指南、实施细则的相关内容也还未最终确定，对于摩拳擦掌、跃跃欲试的中国申请人来说，外观设计海牙国际申请仍然披着一层神秘的面纱，该制度到底有什么样的优缺点，希望本文能给大家提供一些启示和参考。

## 一、海牙协定的历史沿革

中国政府交存的是《海牙协定日内瓦文本》（1999 年）的加入书，因而中国加入的海牙协定严格说来是《工业品外观设计海牙协定的日内瓦文本》（GENEVA ACT OF THE HAGUE AGREEMENT CONCERNING THE INTERNATIONAL REGISTRATION OF INDUSTRIAL DESIGNS）。

早在 1925 年，为了促进在缔约国之间简化外观申请手续，以巴黎公约的特别规定（第 19 条）的方式通过了工业品外观设计国际交存的海牙协定（HAGUE AGREEMENT CONCERNING THE INTERNATIONAL DEPOSIT OF INDUSTRIAL DESIGNS），并于 1928 年生效。此后，该

协定分别在 1934 年的伦敦、1960 年的海牙进行了修改。1934 年的修改主要参照非实审制国家的制度进行，因而并不适合实审制的国家。为改善此状况，1960 年又进行了修改，同样因为存在着对各缔约国驳回期限（6 个月）的要求，而实审制国家 6 个月内不能保证完成审查，因而敬而远之的状况并未得到根本上的改善。

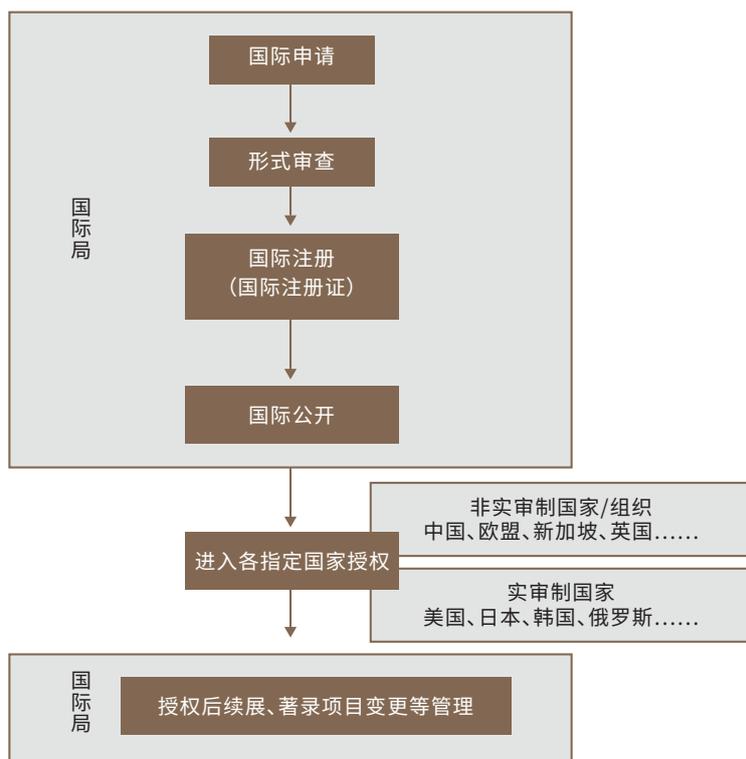
针对此，为了进一步促进实审制国家的加入，该协定于 1999 年 7 月日内瓦进行了进一步的修改和完善（2003 年生效）。此次修改中，各缔约国可以通过单独声明的方式将 6 个月的驳回期限延长为 12 个月。该举措极大地促进了各实审制国家的加入，例如韩国于 2014 年、美国和日本于 2015 年、俄罗斯于 2018 年都分别加入了该 1999 年协定。

1934 年的海牙协定伦敦版本已于 2016 年 10 月 18 日终结，目前现存的文本只有 1960 年海牙文本<sup>1</sup>和 1999 年日内瓦文本。

区分不同文本的意义在于，提交海牙国际申请只能在同一文本的缔约国之间进行指定。虽然例如中国、日本、韩国、欧盟、美国、英国、法国（同时加入了 1960 年海牙文本）新加坡等世界主要经济体都加入了 1999 年日内瓦文本，但是如作为时尚发源地的意大利只加入了 1960 年文本，因而中国的申请人就不能指定意大利。

截至 2022 年 1 月 24 日，1999 年日内瓦文本有 67 个缔约方，包括 65 个国家和 2 个政府间组织<sup>2</sup>。

## 二、外观设计海牙国际申请的流程



<sup>1</sup> 文本曾历经几次补充，在此一并称为 1960 年文本。

<sup>2</sup> 来源：国家知识产权局政务微信。

海牙国际申请的整个大致流程如上图所示，其中：

- 关于国际申请的提交，可以以英语、法语、西班牙语中的任一语言提交国际注册请求书及外观设计的附图，可以直接通过WIPO的eHague (<https://hague.wipo.int/#/landing/home>) 系统提交，也可以通过缔约国的国家局提交。根据WIPO的2021年年报，2020年，海牙国际申请的99.4%均为电子提交，90%采用英语，62%要求了优先权。提交国际申请时需要指定要进入的国家。一件国际申请中可以包含多达100项外观设计，当然要求是属于洛迦诺分类中的同一大类。
- 在国际局会进行形式审查，如果采用e-filing，系统会给出自动提示。国际局形式审查的答复期限为自通知之日起3个月，逾期不答，会被视为撤回。
- 通过了国际局的形式审查之后，会进行国际注册并颁发国际注册证。需要注意的是，此时的国际注册证并不等于授权。除非有导致申请日推后的不规范缺陷，通常情况下，国际局收到国际申请的日期为国际申请日，国际申请的申请日即为国际注册日。自国际注册日起，该国际申请即具有了与在指定国直接提交的国家申请相同的效力。
- 关于国际公开，对共同细则第17条的修改已经于2022年1月1日生效，故根据当前细则，如果申请人不请求立即公开或者延期公开，国际申请将自国际注册日起12个月（国际申请日早于2022年1月1日的，自国际注册日起6个月）后尽快公开<sup>3</sup>。同时还可以以整月数如1、2、3、4个月……来选择公开的时点。申请人在选择延期公开时，因指定的国家不同而不同。根据当前的各国声明，例如当指定国中包括美国、俄罗斯、英国、丹麦、俄罗斯、墨西哥、越南等时，其延期自申请日起不能超过12个月；当指定国中不含有前述不能延期的国家而指定了新加坡时，其延期自申请日起不能超过18个月；当指定的国家中不含新加坡以及前述不能延期的国家时，那么自申请日起不能超过30个月（有优先权的自优先权日起）；当指定多个国家，而这些国家认可的延期长短不一时，以短的为准进行国际公开。

根据 WIPO 的年报统计，2020 年 48.3% 的海牙国际申请选择了立即公开。

- 国际公开后6个月或12个月（单独提出声明的指定国）内如果没有收到各指定国的驳回通知，则最迟自该期限届满日起在相应指定国获得外观设计专利保护。进入各指定国时，指定国通常分为两大类，一类为非实审制的国家，一类为实审制的国家。
- 授权后，在国际局统一进行保护期的更新和著录项目变更等维持管理。海牙协定的保护期每五年更新一次，并缴纳费用。原则上更新两次，如果指定国的保护期长于15年，则不在此限。

### 三、谁在积极利用海牙协定？

根据 WIPO 发布的 2021 年公报，2020 年海牙途径的外观设计国际申请量为 5792 件，相比于 2019 年降低了 1.7%，外观设计的件数为 18580 件（较上一年同期比 -15%，自 2006 年首次下降）。每件海牙国际申请平均包括 3.2 件设计。

从申请件数上看，利用海牙途径的前十名国家依次为韩国（1145 件）、德国（702 件）、瑞士（531 件）、美国（526 件）、日本（408 件）、法国（400 件）、中国<sup>4</sup>（361 件）、意大利（273 件）、英国（167 件）、挪威（117 件）。

<sup>3</sup> 这里的公开都隐含地包括了为公开所做的准备时间。

<sup>4</sup> 2020 年，中国虽然还未加入海牙协定，如果满足在海牙协定的某缔约国具有真实有效的营业所、住所、经常居所，同样可以利用海牙途径。

从申请的外观设计的数量来看，前十名国家依次为德国（3666项）、美国（2211项）、瑞士（1944项）、韩国（1669项）、意大利（1231项）、挪威（999项）、日本（942项）、法国（936项）、中国（826项）、土耳其（524项）。

利用海牙途径的全球的申请人（2020）中，来自于欧洲申请人所提交的外观设计的数量（非申请量）占到总设计量的64.2%。

以近邻为例，从国际注册公开的外观设计的数量前五十申请人来看，韩国有三家公司进入榜单，S电子（连续四年排名第一）、L电子（排名第6）、H汽车（排名第21）。

与此相对，日本仅有两家公司进入榜单，M公司（107项，排名第32）、T公司（2019年开始利用海牙途径，79项，排名第42）。

2020年还未加入海牙协定的中国申请人入榜的有：首次进入前五的XM移动软件（516项，排名第5）、JH公司（90项，排名第38）。

美国有五家公司上榜，其中P公司最为积极（623项，排名第2），其次依序为ML公司（320项、排名第9）、GI公司（144项、排名第20）、MO公司（133项、排名第24）、MS公司（96项、排名第35）。

我们在海牙公报的数据库中试检了三家公司，结果如下：

某中国公司通过在新加坡、法国等缔约国具有真实有效的营业所，利用海牙途径提交的487件申请的国际注册年份及指定国分布情况如下：

2022	3	2021	97	2020	184	2019	134	2018	63	2017	2	2016	2
2015	2												
EM	479	GB	292	US	290	KR	205	RU	196	SG	194	JP	178
UA	115	VN	89	TR	72	NO	54	MA	52	KH	42	CH	23
EG	15	OM	4	OA	3	ES	3	CA	1	PL	1	DE	1

日本M电机公司（共242件申请）国际注册年份及指定国分布情况如下：

2021	16	2020	28	2019	43	2018	36	2017	58	2016	44	2015	17
EM	229	SG	27	GB	17	TR	9	US	6	CH	2	NO	2
KR	1												

T汽车公司共6件申请，注册年度和选定国家分布：

2019	1	2017	5						
JP	5	US	1	TR	1	EM	1	EG	1

H汽车公司只查到一件（2017年），还是来自于其他公司的转让。

## 四、海牙协定途径适合我吗？

看到上述第三部分中各个国家及公司对海牙途径的利用状况，是否稍感意外？海牙途径通过以指定的三种语言之一递交一份申请并经过各指定国的审查获得授权，授权后的维持管理如续展、权利人变更等都可以通过国际局进行统一管理，这么便捷、节省成本的途径，为什么在前五十申请人中没有看到日本的各大汽车公司？美国的公司也并没有想象中的那么多？海牙途径到底有什么样的优缺点，该体系适合我吗？这是值得思考的问题。

### （一）关于费用优势

递交国际新申请时，由于不需要准备各个国家的申请文件和简要说明的翻译，因而进行国际申请时可以节省成本。授权以后，也不需要各个国家进行单独的维持管理，可以在国际局统一进行。尤其是直接以巴黎途径递交各个国家申请时，通常都需要委托当地事务所，这样也会产生各个国家的代理费。而海牙国际申请在递交时，无论指定几个国家仅需要缴纳一份基本费（397CHF），外加各指定国的指定费（因国家不同而不同）和国际公开费。如果公司内部有强有力的申请支持团队，那么在国际局阶段也可以不委托代理人，这样则可以进一步降低成本。

对于非实审制的国家，如果能够准备相对完备的申请文件可期待直接授权时，节省费用的效果还是非常值得期待的。例如以一个外观设计（7张图片）为例，指定EM的费用为583CHF（1CHF=6.83RMB，折合人民币接近4000元，其中含前五年年费），每多一个国家，多一份指定费，如该申请增加指定国英国、新加坡时，会增加2\*42CHF。相对于此，如果指定了实审制国家，指定费会增加较多，例如美国申请时的第一部分指定费为989CHF、日本指定费为682CHF，俄罗斯为138CHF，韩国根据洛迦诺分类的不同而不同。

但是需要注意的是，在指定国家少的情况下以及受汇率变动（国际申请以瑞士法郎结算）的影响，未必会有成本优势。尤其是，在指定国的指定费中包含了授权前五年的年费，除了日本有申请退费制度、美国和墨西哥指定费分为两部分（第一部分是申请时缴纳的个别指定费，第二部分是授权时缴纳的指定费）缴纳外，如果在指定的国家最后不能授权，就等于白白缴纳了最初五年的年费。

因而实际上是否能够节省成本或节省多少还要视情况而定。

### （二）审查速度快

海牙途径还有审查速度快的优势。指定局发现驳回理由时，需要在6个月（欧盟、法国、瑞士、德国等）或者12个月（日本、韩国、美国、俄罗斯、加拿大等）内通知国际局，如果在上述时间内国际局没有收到驳回通知的话，视为在指定国受到保护。

### （三）关于国际公开的延迟

如在第二部分的国际公开中所述，各个国家对于延迟国际公开的规定不尽相同。如果选择的指定国中有不认可延期（换言之，不能超过标准公开期限12个月）或者延期不能超过6个月的，因为国际公开以延期期限短的国家为准，那么可能会影响一些申请人的商业考量，例如很有可能发生产品在发布之前被国际公开的状况。

#### （四）关于合案申请

海牙国际申请可以在一件外观设计申请中包括洛迦诺分类表中属于同一大类的多达 100 项的外观设计。但是指定多个国家时，各个国家对合案申请的规定不尽相同。例如欧盟、韩国与海牙规定相一致的同时，美国就要求多个实施例之间不具有可专利性区别。如果一件申请中包含互不相似的属于洛迦诺同一大类的设计，需要向欧盟、美国、韩国申请时，就很难作为一件申请提交。相反，假如作为一件申请提交，并指定了三个国家，那么美国局审查时，还得分案，反而造成最终费用增加的问题。而且，也会为公司内部管理造成负担。所以在提交国际申请时需要全面地考虑到要指定的各个国家的法律规定，作出平衡选择。

#### （五）各国的审查历史都会非常直观地在海牙数据库中被公开

国际外观设计申请在所有指定国的驳回决定包括引用的对比文件等都会在海牙 Express 中公开。虽然各国审查独立，但是有些申请人会考虑这些会对其他国家产生不利的后果，尤其在后期行使权利时。这也是海外很多大公司不考虑海牙途径的一个原因。

#### （六）关于代理人的委托

海牙国际申请的代理人委托分为国际局的代理人和审查阶段时的代理人。国际局委托代理人可以委托也可以不委托，委托时只要委托一个代理人即可不会产生太多费用，但是对于实审制的国家，需要申请人与各指定国的专利局进行 OA 答复等而非直接面对国际局，很多国家都要求在本国没有居所或者营业所的申请人必须委托代理人，例如执行实审制的国家韩国、美国、日本都有类似的规定。因而，国家阶段的当地事务所的代理费是不可避免地要发生的。

#### （七）欧盟获得最高指定的原因

通过前面第三部分的统计，我们看到最受青睐的指定国是欧盟，这是因为欧盟的规定天然地亲近海牙体系。欧盟不进行实审，形式审查基本也主要是针对是否违反公序良俗，而且，欧盟的年费缴纳也是以五年为一个单位，与海牙体系相同。海牙途径的一件国际申请中可以最大包含 100 项外观设计的分类规定，欧盟与之一致，只要属于洛迦诺分类的同一大类，一件申请中可以包含多项设计。因而，欧盟阶段不指定当地代理机构的情况下费用节省效果扩大。而且，欧盟有国际公开最长的延迟期间。

但也要注意，不通过海牙体系，在直接申请欧盟外观设计时，要求附图最多 7 张，与之相对通过海牙体系指定欧盟时没有此限制。但是考虑到欧盟外观设计维权时只考虑 7 张图，那么一项外观设计如果包括多余 7 张图时，需要考虑按照重要级别对图进行排序。

## 结语

海牙体系为我们提供了又一个有效的“申请走出去”的途径，但看到优点的同时也应该同时密切关注其中的“坑”。应全面考量本公司的海外商业战略，根据要布局的外观设计申请的特征，充分比对各国的法律实践差异，选择出最适合自己的申请方案及指定国家的组合，才会真正获利于海牙途径所提供的优势。<sup>5</sup>

<sup>5</sup> 本文参考文献：

[1] Hague Yearly Review 2021.

[2] [http://ipr.mofcom.gov.cn/zhuanti/law/conventions/wipo/2/Hague\\_Agreement.html](http://ipr.mofcom.gov.cn/zhuanti/law/conventions/wipo/2/Hague_Agreement.html)（工业品外观设计国际注册海牙协定导则）

---

# RCEP 下服务贸易的 开放——工程承包和 设计咨询走出去还有 限制吗？

田文静 高振坤 周思吉

---



田文静

tianwenjing@cn.kwm.com

2022年1月1日，《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership，简称“RCEP”）生效，意味着由东盟十国和中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰共十五个国家组成的全球人口最多、经贸规模最大、最具发展潜力的自由贸易区扬帆起航。

作为占全球约三分之一经济体量的巨大市场，RCEP覆盖区域一直都是中国工程承包和设计咨询走出去的传统国别和地区之一。RCEP协定下技术标准完全开放了吗？工程设计和施工资质、准入等限制，完全开放了吗？这些问题是RCEP框架下中国对外工程承包和设计咨询企业“走出去”实践中亟需了解的问题。为此，本文结合RCEP协定及近年来在越南、印尼等工程承包“走出去”热门国别的相关实践，由点及面，简要解读RCEP框架下技术标准、工程设计及施工服务准入开放承诺的突破和进步，以期为企业“走出去”业务开展提供有益参考。

## 一、RCEP 背景概述

RCEP协定有机整合了既有的5个“10+1”（东盟+1）协定，并据此形成了由ASEAN（Association of Southeast Asian Nations，简称“东盟”）和中、日、韩、澳、新等非东盟成员共同组成的全球体量最大的自贸区，规模超过《美墨加协定》（USMCA）、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）等其他区域性自贸区。根据世界银行2020年数据，RCEP的15个缔约国总人口达22.7亿，GDP达25.8万亿美元，占全球GDP总量的比例超过30%。

项目	USMCA	CPTPP	RCEP
经济体数量	3	11	15
人口 (亿)	4.9	5.1	22.7
GDP (万亿美元)	23.6	10.6	25.8
GDP 全球占比 (%)	27.9	12.6	30.6
出口额全球占比 (%)	13.5	15.1	28

RCEP 协定由序言、20 个章节、4 个附件组成。在货物贸易领域，协定涵盖关税减让承诺、海关程序和贸易便利化、卫生与植物卫生措施、原产地规则；在服务贸易领域，协定以具体承诺表（简称“正面清单”）或不符措施承诺表（简称“负面清单”）做出市场准入、国民待遇、最惠国待遇等开放承诺；在投资领域，协定涵盖投资促进、投资保护、投资便利化与自由化等议题并以负面清单就非服务领域投资作出开放承诺；另外，在知识产权、电子商务、政府采购等新议题上，协定也规定了一系列监管和激励举措。

RCEP 协定在至少 6 个东盟成员国和 3 个非东盟成员国签署方交存批准文件之日起 60 天后对该等签署方生效，并在任一其他签署方交存其批准文件之日起 60 天后对该签署方生效。随着大部分缔约国已完成 RCEP 的核准程序，截至 2022 年 2 月 1 日，RCEP 已对泰国、新加坡、文莱、老挝、柬埔寨、越南共 6 个东盟成员国以及中国、日本、新西兰、澳大利亚、韩国共 5 个非东盟成员国生效，并于 3 月 18 日对马来西亚生效。

## 二、RCEP 下技术标准开放了吗？

一直以来，制约中国对外工程承包和设计咨询“走出去”的广度、深度乃至质量的挑战之一，就是中国技术标准尚未在国际上得到广泛认同。从我们参与的项目看，除了高铁和核电等中国拥有核心技术和自主知识产权的领域，或中国融资的 PPP 投建营和 EPC+F/E 等有限项目采用中国标准外，在大部分项目中业主一般会倾向于采用国际技术标准和 / 或所在国技术标准。并且，中国承包商在海外项目实施中，面对业主聘用的欧美监理单位和咨询工程师的设计审查和施工监察的情况比较常见。因此，熟悉 RCEP 下技术标准的规定，对中国工程承包和设计咨询企业“走出去”有现实意义。

RCEP 下技术标准是否开放，既需考虑国际标准的倡导与推行，也需兼顾各国国内发展现状和特殊国情，不能用“是”或“否”来简单作答。但毋庸置疑的是，鼓励非强制性标准国际化、倡导强制性技术法规与国际标准接轨是 RCEP 的显著特点之一。RCEP 专设的第 6 章“标准、技术法规和合格评定程序”，主要借鉴 WTO《技术性贸易壁垒协定》（简称“《TBT 协定》”）的内容，但从标准、技术法规和合格评定程序<sup>1</sup>等三方面均在一定程度上做出更加开放和进步的规定。以下便从上述三方面，就 RCEP 相比《TBT 协定》的亮点进行简要介绍。

<sup>1</sup> RCEP 下“标准”、“技术法规”和“合格评定程序”沿用《TBT 协定》的定义，其中，“标准”，是指经公认机构批准的、规定非强制执行的、供通用或重复使用的产品或相关工艺和生产方法的规则、指南或特性的文件；“技术法规”是指强制执行的产品特性或其相关工艺和生产方法、包括适用的管理规定在内的文件；“合格评定程序”是指任何用以直接或间接确定是否满足技术法规或标准有关要求的程序。

### **(一) 标准：不制造不必要障碍与鼓励就标准差异原因作出解释**

在标准方面，RCEP 沿用《TBT 协定》附件 3 “关于制定、采用和实施标准的良好行为规范”，继续要求标准化机构不制定、不采用或不实施在目的或效果上给国际贸易制造不必要障碍的标准。在此基础上，RCEP 进一步要求缔约国，根据另一缔约国请求，应鼓励其标准化机构就国内标准和国际标准的差异及原因作出解释。

### **(二) 技术法规：限缩不采用国际标准的例外与偏离国际标准等情形下须作出解释**

在技术法规方面，RCEP 删除了《TBT 协定》第 2.4 条规定的不采用国际标准作为技术法规基础的特殊情形，如基本气候因素、地理因素、基本技术问题等，并进一步要求缔约国应在技术法规偏离国际标准、拒绝接受其他缔约国技术法规作为等效法规、未按性能而是按照其设计或描述特征制定技术法规时作出解释。此外，相比《TBT 协定》，RCEP 规定除发生安全、健康、环保或国家安全等紧急问题或威胁外，技术法规公布和生效的合理间隔原则上不少于六个月，从而为出口商提供更充足的时间调整产品和生产方法。

### **(三) 合格评定程序：国际标准为基础与六种合格评定结果认可机制**

在合格评定程序方面，相比《TBT 协定》，RCEP 明确缔约国应保证中央政府机构使用国际标准作为合格评定程序的基础，并规定了六种缔约国合格评定结果的认可机制，包括对合格评定结果的互认协定、对合格评定机构间自愿合作安排的认可、通过对合格评定机构的认可承认其他缔约国给予的认可、指定另一缔约国的合格评定机构、单方承认另一缔约国做出的合格评定结果、供应商的自我合格声明等。同时，RCEP 还规定，缔约国不接受另一缔约国合格评定结果时应作出解释。

值得注意的是，尽管 RCEP 在标准、技术法规、合格评定程序等方面相较《TBT 协定》规定了更进一步的限制技术性贸易壁垒举措，但其第六章暂不适用 RCEP 协定的争端解决程序。因此，各国将如何调整既有的技术壁垒，仍有待后续观察。

## **三、RCEP 下工程设计和施工服务开放了吗**

外国承包商在项目所在国从事工程设计和施工活动，往往涉及许可申请、员工雇佣、收付款、缴税等审批及商业活动。因此，无论是从法律规定还是实操层面，是否需要在当地设立包括子公司、分公司、代表处在内的商业实体，是无法回避的先决问题。基于项目所处行业、资金来源、规模、技术要求等特点，很多国家会对外国承包商当地设立商业实体的具体形式、持股比例限制、资质等予以限制。在此背景下，RCEP 将在何种程度上开放缔约国工程设计和施工服务市场，是中国工程承包和设计咨询企业“走出去”需要调研和了解的重要问题。

## （一）RCEP 下工程设计及施工服务开放承诺的核心机制及亮点

RCEP 下工程设计及施工服务均属于服务贸易范畴，缔约国对此的开放承诺主要规定在 RCEP 协定第八章《服务贸易》及相关附件中。

针对 RCEP 下工程设计和施工服务是否已开放的问题，RCEP 协定考虑到各缔约国现行法律规定、开放程度及发展水平不同，并未简单就工程设计及施工服务开放设定僵化的单一标准，而是采用正面清单或负面清单的模式，从国民待遇、市场准入、最惠国待遇、本地存在等主要方面要求缔约国做出开放承诺。<sup>2</sup>

中国、新西兰、柬埔寨、老挝、缅甸、菲律宾、泰国、越南等 8 国，以正面清单的方式在 RCEP 附件二中做出服务贸易的开放承诺，并在其中列明有关行业和服务类型、市场准入的限制、对适用国民待遇承诺的条件或资格限制等。

澳大利亚、日本、韩国、文莱、印度尼西亚、马来西亚、新加坡等 7 国，以负面清单的方式在 RCEP 附件三中做出服务贸易的开放承诺，并在其中列明所涉及的承诺类别（国民待遇、市场准入、最惠国待遇和 / 或本地存在）、不适用于开放承诺的有关行业和服务类型、不适用情形的简要描述等。

需要说明的是，在以正面清单做出承诺的缔约国中，中国、新西兰、菲律宾、泰国、越南等 5 国需要在 RCEP 协定生效后 3 年内，柬埔寨、老挝和缅甸需要在协定生效后 12 年内提交负面清单的建议承诺表，并分别在协定生效后 6 年和 15 年内完成由正面清单模式向负面清单模式的转换。

## （二）结合实例看 RCEP 下各国工程设计和施工服务的开放程度

在实务中，中国企业赴 RCEP 缔约国开展工程设计或施工服务，可以在熟悉 RCEP 协定第八章规定的服务贸易开放承诺的基本原则的基础上，对 RCEP 协定附件二所列正面清单或附件三所列负面清单进行检索分析，核查东道国对相关行业或领域的设计和施工服务开放承诺情况。

以下将以越南和印尼为例，说明在当地法下开展工程设计和施工服务涉及的商业存在和资质方面的要求，以及 RCEP 下的相关开放承诺。

<sup>2</sup>其中，国民待遇是指，对列入减让表的行业和服务，在受限于其中所列条件或资格的前提下，做出承诺的缔约方成员在影响服务提供的所有措施方面，给予其他成员的服务或服务提供者的待遇，不得低于其给予本国同类服务和提供者者的待遇；

市场准入承诺是指，对列入减让表的行业和服务，在受限于其中所列条件或资格的前提下，做出承诺的缔约方不得在其一地区或在其全部领土内采取其他市场准入限制措施，包括：限制服务提供者数量、限制服务交易或资产总值、限制服务业务总数或服务产出总量、限制雇佣自然人总数、限制特定类型法律实体或合营企业提供服务的措施、限制外国股权比例或外国投资总额等；

最惠国待遇承诺是指，对纳入最惠国待遇承诺的行业和服务，在受限于其中所列条件或资格的前提下，给予另一缔约方的服务和提供者者的待遇，不得低于其给予任何其他缔约方或非缔约方服务和提供者者的待遇；

本地存在承诺是指，对负面清单所列行业和服务，除非对设立商业存在做出了特别保留，否则做出承诺的缔约方不得要求另一缔约方的服务提供商，在其领土内设立或维持代表处、分支机构或其他任何形式的法人或成为其领土内的居民，作为提供服务的条件。

## 1. 越南和印尼就工程设计服务的开放程度

项目	签订 RCEP 协定前的法律要求	RCEP 协定中的开放承诺
越南		
设计服务的商业存在要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据越南在《中国-东盟全面经济合作框架协议服务贸易协议》（简称“《中国-东盟协定》”）下已做出的承诺，越南原则上允许中国企业无需设立商业存在，以跨境交付方式提供工程设计服务。</li> <li>如需在当地开展工程设计工作，根据越南国内法规定，通常需要设立子公司或项目办公室（executive office）以满足资质申请要求。以分公司名义申请取得相应资质许可尚缺乏法律明确规定和实践惯例。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>对以跨境交付方式提供工程设计服务，未作限制。</li> <li>如需通过设立子公司在当地开展工程设计工作，原则上外商持股比例不受限制。</li> </ul>
设计服务的资质要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据越南在《中国-东盟协定》下已做出的承诺，通过跨境交付方式提供工程设计服务原则上无需取得当地资质。</li> <li>根据越南国内法规定，外国企业通过当地商业存在提供工程设计服务，需要取得相应的外国承包商资质。</li> <li>由于越南在《中国-东盟》协定下已做出开放承诺，基于国际法优先于国内法的解释原则，中国企业在越南开展设计服务不应受到当地设计资质条件的实质限制，实践中越南政府落实国际义务的情况有待观察。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>对以跨境交付方式提供工程设计服务，未作限制。</li> <li>基于国家安全和公共秩序等原因，针对通过设立商业存在开展地形、岩土、水利地质和环境勘测、城乡发展规划和行业发展规划的技术勘测，需要取得越南政府批准。除此之外的其他设计服务，原则上不受当地资质条件的实质限制。</li> </ul>
印尼		
设计服务的商业存在要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>允许无需设立商业存在，以跨境交付方式提供工程设计服务。</li> <li>如需在当地开展工程设计工作，则需要与当地建筑服务公司成立合资公司，或者在当地设立代表处并与当地具有适当资质的公司合作。</li> <li>如设立当地合资公司从事“使用高科技和/或高风险或金额超过100亿印尼卢比的工程咨询服务”，则外商持股比例不超过67%。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>对以跨境交付方式提供工程设计服务，未作限制。</li> <li>延续了在印尼当地开展设计工作需设立商业存在的要求。</li> <li>放松了对外商投资比例限制，承诺工程设计行业对外国投资者持股比例限制将不超过55%。并通过2021年第10号总统令取消了前述工程咨询服务的外商持股比例限制。</li> <li>如拟通过设立代表处从事工程设计咨询服务等特定工程设计工作，保留要求其当地合作伙伴为印尼咨询协会会员的限制。</li> </ul>

项目	签订 RCEP 协定前的法律要求	RCEP 协定中的开放承诺
印尼		
设计服务的资质要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>通过跨境交付方式提供服务无需取得当地资质。</li> <li>如通过当地合资公司提供设计服务，则需要获得建设业企业证书（“SBU”）以及建筑从业许可（“IUJK”）；如通过当地代表处，则需要获得SBU并与当地具有适当资质的公司组建联合体承包具体项目。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>对以跨境交付方式提供工程设计服务，未作限制。</li> <li>外国设计承包商可能受到不同于适用国内设计承包商的审批要求，且其从事的活动可能限于采用高科技、属于高金额和/或高风险的项目。</li> </ul>

通过上表可以看出，RCEP 下越南就工程设计服务延续了其在《中国 - 东盟协定》做出的较高水平开放承诺。除通过设立商业存在开展地形、岩土、水利地质和环境勘测、城乡发展规划和行业发展规划的技术勘测需满足特殊审批要求外，原则上承诺放开对外国设计承包商的资质限制。但根据我们常年深耕越南市场的经验，不排除越南在电力等特殊行业对外国设计承包商施加其他审批要求。总体来讲，越南落实国际义务的情况还有待观察。

而就印尼而言，虽然其在外国设计承包商提供工程设计的资质要求方面没有做出更进一步的开放承诺，但放松了外商投资工程设计公司的持股比例限制，并已通过 2021 年第 10 号总统令颁布的正面清单超额实现了 RCEP 下工程设计服务的开放承诺。

## 2. 越南和印尼工程施工服务的开放程度

项目	签订 RCEP 协定前的法律要求	RCEP 协定中的开放承诺
越南		
施工服务的商业存在要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据越南国内法规定，通常需要设立子公司或项目办公室（executive office）以满足资质申请要求。以分公司名义申请取得相应资质许可尚缺乏法律明确规定和实践惯例。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>允许其他缔约国的法人通过设立分公司在越南开展工程施工，但分公司负责人需为越南居民。</li> </ul>
施工服务的资质要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据越南国内法规定，外国企业通过商业存在在当地开展工程施工，需要取得外国承包商资质或建筑企业资质能力证书。</li> <li>由于越南在《中国-东盟》协定下已做出开放承诺，基于国际法优先于国内法的解释原则，中国企业在越南开展工程施工不应受到当地施工资质条件的实质限制，实践中越南政府落实国际义务的情况有待观察。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>提供国民待遇，其他缔约国的工程承包商原则上不受当地资质条件的实质限制。</li> </ul>

项目	签订 RCEP 协定前的法律要求	RCEP 协定中的开放承诺
印尼		
施工服务的商业存在要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>在印尼开展工程施工，需要与当地建筑服务公司成立合资公司或者在当地设立代表处并与当地具有适当资质的公司合作。</li> <li>如设立当地合资公司从事“使用高科技和/或高风险或金额超过500亿印尼卢比的施工项目”，则外商持股比例不超过67%。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>延续了在印尼开展工程施工需设立商业存在的要求。</li> <li>放松了对外商投资比例限制，承诺对外国投资者商持股比例限制将不超过55%。并通过2021年第10号总统令取消了前述施工项目的外商持股比例限制。</li> </ul>
施工服务的资质要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>通过当地合资公司开展工程施工需要获得SBU以及IUJK；如通过当地代表处，则需要获得SBU并与当地具有适当资质的公司组建联合体承包具体项目。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>未作承诺。</li> </ul>

结合上表，越南在 RCEP 下就工程施工服务的资质方面，做出了相比其国内法更进一步的开放承诺。不但明确允许其他缔约国的法人通过设立分公司在越南开展工程施工，同时除分公司负责人国别等个别限制外，承诺为其他缔约国提供国民待遇。因此，其他缔约国的工程承包商在越南开展工程原则上将不会受到当地资质要求的实质限制。但鉴于目前越南法下外国承包商通过设立当地分公司取得相关资质和许可缺乏可操作性，因此越南在工程施工方面的开放承诺如何落实，同样有待观察。

印尼在工程施工服务方面的进一步开放力度与工程设计服务类似，主要体现在持股比例限制的放松上，并同样通过取消对特定施工项目的外商投资比例限制超额实现了其在 RCEP 下的开放承诺。

## 结语

RCEP 协定正式生效，意味着 RCEP 自贸区内各缔约国对技术标准和专业资质互认方面的协同融合趋势，以及包括工程设计、施工等服务在内的服务贸易的更高水平开放承诺。RCEP 协定既是一份发展中的协定，也是一份概括性的协定。中国对外工程承包和 design 咨询企业能够在多大程度享受 RCEP 提供的便利措施和开放承诺，一方面，受到各缔约国从国内监管角度出台细化衔接规则及实操中落实情况的影响；另一方面，取决于每一个具体项目中，在投标或实施方案策划和制定以及项目执行实施中，能否统筹考虑、善用规则带来的便利和优惠措施，进而获得更多发展机会。

感谢实习生刘一凡对本文作出的贡献。

# 联合作业协议中作业者和非作业者的立场与平衡

范多凌 张静佳

在资源开发领域，联合作业协议（Joint Operating Agreement，“JOA”）是对多个投资方之间共同作业的方式进行约束的重要文件。JOA 亦可被理解为能源领域的股东协议，但由于能源领域的联合作业安排并不产生具有法律独立性的主体，因此 JOA 虽有股东协议的特征，但更显现出能源行业的特色。

在获得资源国政府批准后，投资方通常通过签署 JOA 的方式来确定在勘探、评估、开发和生产阶段各方的权利与义务、责任与利益分配等问题。在 JOA 下，各参与方会委派成员组成作业委员会（Operating Committee），对联合作业进行授权、监督和指导。各个投资方之间通常会进行明确的分工：即被赋予行动权的作业者（operator）和其他被统称为非作业者（non-operator）的各方。



联合作业协议下的作业结构

从传统角度看，勘探技术强大、经验丰富以及资金雄厚的参与方会被推选为作业者。在部分资产国，其本地的国家石油公司可能是作业者。随着中国油气企业在国际油气领域上近几十年来的发展，针对不同的项目，



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

中方既可能担任作业者，也可能是非作业者（并且拥有小于 30% 的参与权益（Participating Interest））。现如今，即使是非作业者，也可以在某个 JOA 项目中作为经验丰富的参与方，为项目做出宝贵贡献。例如，一家国家石油公司被指定为某 JOA 的作业者，非作业者集团由一批经验丰富的专业技能高超的国际石油公司组成，这些非作业者公司在其他项目中同样有担任作业者的经验与能力。非作业者拥有宝贵的经验，他们愿意与作业者分享这些经验，而 JOA 可以成为彼此沟通的桥梁。

虽然作业者和非作业者都是 JOA 的参与方，但双方就 JOA 项下如何开展联合作业行动往往会有不同的观点。若要使得 JOA 在实际作业时具有可操作性，项目得到更好的维护，双方需要识别并且协调这些相互对立的观点。下表对作业者和非作业者在作业控制权、财务承诺、资产开发决定权以及联合作业信息管理四个方面的不同立场进行了对比：

关注要点	作业者	非作业者
作业控制权	<p>作业者希望拥有作业控制权，且非作业者不会过度干预，具体包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>作业者仅须在制定相关工作计划和预算（WP&amp;B）时征得非作业者的同意，且无须确保授权开支（AFE）审批的持续授权；</li> <li>作业者在授予 JOA 相关合同（包括附属服务合同和联邦承包合同）时有较大自由度，包括附属服务合同；以及</li> <li>作业委员会采用投票机制，从而使非作业者无法不当干预联合作业。</li> </ul>	<p>非作业者希望充分平等的作业控制权，具体包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>要求作业者在制定任何 WP&amp;B 时取得非作业者的同意，要求持续授权 AFE 审批；</li> <li>控制与开展联合作业有关的所有形式的合同；以及</li> <li>作业委员会的投票机制给予非作业者影响联合作业的能力。</li> </ul> <p>作业者通常不希望非作业者参与联合作业的日常管理。然而，在 2010 年墨西哥湾溢油事故之后，作业者实际上希望非作业者更多地参与，从而非作业者此后对于作业行为的后果不能免责，但是非作业者可能因此不愿意参与作业。</p>
财务承诺	<p>作业者希望非作业者做出强制性的财务承诺，即要求非作业者及时依据现金支付通知和账单出资并履行其他付款义务，不能因未付款而影响联合作业的进行，具体方式包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>密切关注非作业者的信用度；</li> <li>要求非作业者提供抵押等其他支持；以及</li> <li>确保 JOA 包含违约机制，促使到期款项得以及时支付。</li> </ul>	<p>非作业者希望财务承诺可控，即：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>合理预测其被将要求出资缴付的关于开展联合作业的支出，以保证其资金运转，避免违约风险，甚至在极端情况下失去 JOA 项下的权益；</li> <li>针对相关出资缴付义务设定反对权（non-consent right）及行权程序，以避免违约风险；</li> <li>参与制定 WP&amp;B，通过持续的 AFE 审批机制等方式进行成本支出控制；</li> <li>控制 JOA 项下出资缴付通知的频率；以及</li> <li>确保未能按期缴付时的罚款不会过于严苛。</li> </ul>

关注要点	作业者	非作业者
资产开发的决定权	<p>作业者倾向于在资产开发方面有灵活度，即：</p> <p>在授权范围内，以其认为能够最大化效益的方式，开发联合作业的特许区域和资产，包括矿床和任何生产、加工、储存或和交通基础设施。</p>	<p>作业者希望对资产开发设定强制约定：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 确保作业者为各方的共同利益开发作业，以最大程度开发特许区域，而非基于作业者的偏好进行任何其他不相关的作业；</li> <li>• 要求作业者在JOA中作出具体的工作计划承诺，但实践中作业者通常不承担审慎义务（fiduciary duty）。</li> </ul> <p>若该等意见分歧无法调和，可能通过转让、撤出，甚至违约或没收资产解决。</p>
联合作业信息的管理	<p>作业者希望在可控的范围内，承担联合作业信息管理义务，即：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 承认非作业者对于联合作业的信息享有合法权利，但不愿意相应承担繁重义务；</li> <li>• 在JOA项下承担“有限的报告义务”；以及</li> <li>• 通过联合作业委员会和其他子委员会（sub-committee）会议向非作业者提供信息。</li> </ul>	<p>非作业者要求对联合作业信息享有及时且充分的知情权：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 要求作业者提供及时充分且可控的信息流，落实作业者JOA项下的报告要求，以了解计划和实际开展的联合作业情况；以及</li> <li>• 通过制定WP&amp;B、进行AFE流程和合同授予流程时的作业委员会和其他子委员会会议了解信息。</li> </ul>

## 一、以作业委员会为中心的博弈

任何 JOA 都要求在作业者利益和非作业者利益之间寻求平衡。一般而言，作业者希望在不受限制的情况下自由地进行联合作业，避免非作业者的过度干预；而非作业者不希望被强势的作业者逼入代价高昂的作业行动，并希望能在作业者意图控制的情况下尽量公平作业。

在经济紧张的情况下，作业者面临着一定的风险，即 JOA 中为保护非作业者合法利益而设定的一些保护措施会被不合理地解释与适用，甚至会阻碍联合作业预期的开展情况。因此，在 JOA 谈判过程中各方需要谨慎行事，以确保旨在限制作业者活动的条款不至于影响项目的进度或者导致本可以避免的纠纷。

作业者与非作业者之间的协调主要通过作业委员会进行。JOA 中作业者与非作业者的关系以及非作业者能够寻求的对作业者的控制权程度，可从下表所示的各类国际通行的 JOA 模板的相关表述窥知一二。

JOA 通行版本	作业者	非作业者
国际石油谈判者协会 (AIPN) 联合作业协议	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据联合作业协议条款，作业者拥有基于授权进行作业的权利、职能和责任，并且拥有对所有联合作业的排他性权利。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>成立作业委员会，从而为联合作业整体提供监督和指导。</li> <li>在联合作业的过程中，作业者应根据作业委员会的决定履行职责。</li> <li>作业委员会有权且有责任授权和监督为实现授权范围所必要/适当的联合行动。</li> </ul>
澳大利亚矿业及石油法律协会 (AMPLA) 联合作业协议	<ul style="list-style-type: none"> <li>作业者向作业委员会汇报工作，并接受作业委员会的全面监督和控制。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>作业委员会的职责在于监督作业者在合资企业中的管理活动。</li> </ul>
加拿大租地人协会 (CAPL) 联合作业协议	<ul style="list-style-type: none"> <li>作业者将定期与各方协商。</li> <li>各方委托作业者代表其对联合土地进行勘探、开发和经营以及管理共同财产。</li> <li>作业者没有主导开发或者优化开发联合土地的义务。</li> <li>作业者是本协议项下活动的独立的承包商。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>无作业委员会。</li> </ul>
英国石油天然气协会 (OGUK) 联合作业协议	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据JOA规定，作业者有权并有义务在作业委员会的全面监督和控制下，亲自或由其代理人/合同方进行联合作业。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>受限于作业委员会的全面监督，作业者承担的责任有限。</li> <li>作业委员会对联合作业的所有事宜进行全面监督和控制。</li> </ul>

## 二、平衡非作业者与作业者责任的一些趋势

在传统意义上，JOA 赋予作业者负责联合作业的排他权，但却不负有任何实际责任（比如对非作业者不负有审慎义务）。相比之下，没有联合作业权利的各方不能实施联合作业，但却要共同承担所有的相关责任。

因此作业与非作业者之间的权益与责任平衡是近年来备受关注的讨论话题。非作业者也在不断尝试合理增加自身的保护的方式，比如：

- (1) 从非作业者的角度来看，按照自己的实际情况积极参与作业委员会或者其子委员会都是获得更多话语权的良策。具体实践包括派遣自己团队的专业人员参与某些技术或财务方面的特定工作；

- (2) 非作业者一般会提议在 JOA 中规定，在某些对作业者没有明确控制的领域，要求作业者有义务以其认为的合理的、最符合各方利益和作业者履约情况的方式订立合同，作业者须证明该等合同的成本（该等成本将基于双方的贡献而返还给双方）可明显与目标市场费率相比较；
- (3) 在特殊情况下，非作业者可以通过多数投票罢免作业者。但是 JOA 往往对可以罢免作业者的情况进行全部列举，如破产、重大违约或者贪污等事件。除此之外，罢免现有作业者和提名补充作业者需耗费的大量时间和精力，这也使得罢免作业者的情况不那么常见；
- (4) 在常见的 JOA 中，非作业者要证明作业者由于重大疏忽而导致损失的门槛很高，这也是能源行业保护作业者传统的一处体现。再加上作业者并不负有对于非作业者的审慎义务，非作业者索赔通常非常困难。但是，近期已有非作业者降低作业者“现场工作人员疏忽”的门槛的成功案例，从“现场工作人员”和“疏忽”的定义上争取到了索赔的确定性。

## 结语

在墨西哥湾溢油事故之后发生的各种交易中，非作业者之一的阿纳达科石油公司曾作出一条有趣的评论：“油井的作业者决定油井的详细计划和实施，并对钻井平台上的人员的日常活动和决策负责，与世界各地的标准工业惯例一致，作为投资者的非作业者依赖于作业者对钻井平台做出适当的决策。”这一评论代表着非作业者承认不参与作业决策的无奈，这与非作业者要求更多参与作业的长期诉求背道而驰。

传统 JOA 对于作业者的偏向有历史原因，包括资产国法律体系、法理角度的考虑以及具体项目的特点等。但正如文章开篇所述，一些拥有宝贵经验的非作业者，他们愿意与作业者分享项目经验，而 JOA 恰好可以成为彼此沟通的桥梁。随着能源领域技术的普及以及工作人员能力的不断提升，我们可能会看到更加“强势”的非作业者，即非作业者将同样经验丰富、拥有更多的监管权利，与作业者共同为项目做出宝贵贡献，实现二者在 JOA 下的平衡。

*感谢实习生谢子璇对本文作出的贡献。*

# 中企赴欧的新挑战： 欧盟外国政府补贴新 规草案深度解读

刘成 洪露申 任宇颖



刘成

liucheng@cn.kwm.com

2021年5月5日，欧盟委员会（“欧委会”）针对可能扭曲欧盟市场的非欧盟成员国政府补贴（“外国政府补贴”），发布了新规立法草案<sup>1</sup>（“《新规草案》”）以及影响评估报告（“《影响评估报告》”）<sup>2</sup>，并向公众征求意见。《新规草案》建立在2020年6月17日欧委会发布的针对外国政府补贴的白皮书<sup>3</sup>（“《白皮书》”）的基础上，拟引入针对外国政府补贴的全新审查制度（以下简称“新审查制度”）。

如《新规草案》获得通过，赴欧投资将面临两类新增的事前申报制度，分别为：

- **针对并购交易：**在达到相应申报标准（详见以下第二部分）的前提下，企业须向欧委会申报涉及外国政府补贴的并购交易，在获得批准后方可交割。该申报制度下的“并购交易”概念较为宽泛，既包括两家企业之间的合并，也包括一家企业通过收购股权、收购资产、合同或其他方式取得另一家企业的控制权，也包括多家企业之间共同设立合营企业<sup>4</sup>。该申报将是一项独立于欧盟或其成员国现行的企业并购反垄断申报的全新制度；
- **针对公共采购：**在达到相应申报标准（详见以下第二部分）的前提下，参与欧盟公共采购项目企业须申报其在过去3年所获得的外国政府补贴的情况（或声明确认其在过去3年未获得任何外国政府补贴），在获得批准后方可被授予公共采购合同。该申报制度下的“公共采购”覆盖了工程、货物或服务投标<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 即 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on foreign subsidies distorting the internal market, 参见 [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal\\_for\\_regulation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal_for_regulation.pdf)

<sup>2</sup> 即 Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, 参见 [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact\\_assessment\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact_assessment_report.pdf)

<sup>3</sup> 即 WHITE PAPER on levelling the playing field as regards foreign subsidies, 参见 [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign\\_subsidies\\_white\\_paper.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper.pdf)

<sup>4</sup> 参见《新规草案》第18条。

<sup>5</sup> 参见《新规草案》第26条。

另一方面，如获通过，《新规草案》将赋予欧委会对过去 10 年内可能扭曲欧盟市场的外国政府补贴主动进行事后审查的权利。在此制度下，相关企业可能被欧委会要求提供所有必要的信息接受审查，覆盖的领域也包括了未达申报标准的并购交易和绿地投资等。同时，在满足相应条件（详见以下第四部分）的前提下，相关企业可能在欧盟境内和境外受到欧委会的调查。

事实上，根据我们的经验，在近些年的并购反垄断申报审查中，欧委会经常询问中国企业是否获得补贴，特别是与申报的并购交易直接相关的补贴。这表明，欧委会已经在并购审查中开始尝试了解和评估补贴对市场的影响。此次《新规草案》的拟定，也反映了欧委会对中国企业赴欧投资在补贴方面的顾虑和其未来可能的执法趋势。以下我们将对上述《新规草案》的核心内容进行详细介绍和分析：

## 一、核心概念：外国政府补贴的范围

《新规草案》适用的前提在于相关实体获得了“外国政府补贴”。因此，如何理解“外国政府补贴”这一核心概念和范围至关重要。

《新规草案》第 2 条对“外国政府补贴”进行了概括性的定义，可理解为需要满足 4 个要件，即：（1）提供补贴的主体为第三国；（2）第三国给予了财政资助；（3）该财政资助对在欧盟市场从事经济活动的企业授予了一定的利益；和（4）该利益在法律或事实上限于特定的企业或产业。下文我们将对上述四个要件进一步地细化解读。

同时，虽然《新规草案》尚在立法阶段，因此未有相关执法实践，但我们注意到，欧委会在发布《新规草案》随附的相关问题解答中指出，《新规草案》中“外国政府补贴”的含义与欧盟国家援助制度<sup>6</sup>中补贴的含义相似<sup>7</sup>。在《白皮书》中，欧委会也指出，新审查制度中“外国政府补贴”的含义也是建立在 WTO 反补贴制度（特别是《补贴与反补贴措施协议》）<sup>8</sup>和欧盟反补贴制度<sup>9</sup>对于补贴定义的基础上<sup>10</sup>。因此，欧委会对上述制度的规定和执法实践，对于预测新审查制度下的“外国政府补贴”范围具有相当的借鉴意义，我们将在下文的分析中结合此前欧委会在其它涉及“补贴”的领域的立法和实践，提供更多的参考。

### （一）如何界定提供补贴的“第三国”？

在《新规草案》下，欧委会对于“第三国”的定义采取了扩大解释的方式，其范围不仅包括中央政府和其他各级政府机关，还包括了外国公共机构，以及行为可归因于第三国的任何私人实体，概而言之，即要求该等主体提供补贴的行为可归因于国家。

但《新规草案》及《白皮书》中并未对“可归因于”进一步解释。在这个问题上，欧盟反补贴调查实践中已进行多次探讨，可以作为一定的参考。比如，在韩国动态随机存储器案中，欧委会考虑到韩国政府拥有韩国发展银行

<sup>6</sup> 即 EU State Aid Control, 即 Article 107、108 of the Treaty (《新规草案》第 40 条第 (1) 款提到, 本条例不影响 (without prejudice to) 该条文的适用)。

<sup>7</sup> Questions and Answers: Proposal for new Regulation to address distortions caused by foreign subsidies in the Single Market.

<sup>8</sup> 即 Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 参见 [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm\\_01\\_e.htm#Article1](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm_01_e.htm#Article1)

<sup>9</sup> 即 EU Anti-Subsidy Regulation, 即 Regulation 2016/1037 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Union (《新规草案》第 40 条第 (2) 款提到, 本条例不影响 (without prejudice to) 该条文的适用)

<sup>10</sup> 参见《白皮书》第 47 页。

100% 股权，且该银行扮演执行公共决策的角色，有义务执行政府制定的决策，因此将该银行认定为上述可归因于国家的公共机构<sup>11</sup>。在巴西大豆膳食案中，欧委会认为，以政府名义执行补贴计划的银行是政府或公共机构，银行与政府联系密切，政府任命关键的管理职位并拥有银行的大部分资本<sup>12</sup>。从上述案例可以看出，在反补贴调查中，欧委会认定是否“可归因于”国家，重点在考察（1）政府对该主体是否有控制权（2）该主体执行了公共政策目标。

此外，在《新规草案》配套发布的《影响评估报告》中，欧委会明确引用了其在中国橡胶充气轮胎反补贴调查中的最终决定<sup>13</sup>，在该案中，欧委会认定中国国有政策性银行（及国有商业银行）组成的银团提供的贷款，和政府投资基金的股权出资可归因于国家，因此上述机构被认定为欧盟反补贴制度下提供补贴的主体<sup>14</sup>，在新审查制度下该等主体也存在着被认定为提供补贴“第三国”的可能性。对于国有独资企业是否也有可能在提供原材料或进行投资等特定情形下被认定为提供补贴的“第三国”，仍然有待观察。

## （二）财政资助涵盖的形式包括哪些？

《新规草案》并未对财政资助进行概括性的定义，但是第二条指出了该等财政资助应涵盖以下三大类：

- **政府资金/债务转移：**《新规草案》提供了一些属于直接或潜在的政府资金/债务转移的形式举例，包括资本注入，赠款，贷款，贷款担保，财政奖励，弥补经营亏损，补偿公共机构的财政负担，债务豁免，债转股或债务的重新安排。需注意的是，如上所述，根据《影响评估报告》的示例，由国有政策性银行和国有商业银行组成的银团提供的贷款，和政府投资基金的股权出资也可能被视作补贴<sup>15</sup>；
- **对本应征收的收入的豁免：**对于该种形式，《新规草案》并未作出进一步的解释，也尚未有实践案例可以作为参考。因此，我们可以参考了欧盟国家援助制度和欧盟反补贴调查的执法实践，从中可以观察到，比较典型例子的是对税收款项的豁免。在印度不锈钢条反补贴调查案<sup>16</sup>中，欧委会调查了所得税豁免计划。欧委会认为，印度政府通过放弃本应征收的出口销售利润所得税的方式对所涉公司给予财政资助，构成了补贴。同时，《白皮书》也指出税收优惠或者税收抵免也在此范围内<sup>17</sup>。
- **政府提供货物、服务或采购货物：**《新规草案》也并未对此提供进一步的解释。参考欧盟反补贴调查的实践，需注意的是，这种形式不一定限定为政府免费提供相关货物、服务，也可能体现为在提供货物、服务或采购过程中提供一定非市场条件的折扣和优惠。例如，在泰国滚珠反补贴调查案<sup>18</sup>中，泰国电业部门为出口商的电费提供折扣，电费折扣大约是其成本的20%，最终被认定为构成补贴。

<sup>11</sup> 参见 Konstantinos Adamantopoulos, Maria J. Pereyra – Friedrichsen, *EU Anti-subsidy Law and Practice*, 2nd ed., 207, p120.

<sup>12</sup> 参见 Commission Decision, *Soya Meal (Brazil)* [1985] OJ L106/19.

<sup>13</sup> 参见 Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1690 of 9 November 2018, Imposing definitive countervailing duties on imports of certain pneumatic tyres, new or retreaded, of rubber, of a kind used for buses or lorries and with a load index exceeding 121 originating in the People's Republic of China. .

<sup>14</sup> 参见影响评估报告第 13 页。

<sup>15</sup> 参见影响评估报告第 13 页

<sup>16</sup> 参见 Konstantinos Adamantopoulos, Maria J. Pereyra – Friedrichsen, *EU Anti-subsidy Law and Practice*, 2nd ed., 207, p135.

<sup>17</sup> 参见《白皮书》第 46 页。

<sup>18</sup> 参见 Commission Decision, *Ball bearings (Thailand)*, [1990] OJ L152/59.

### （三）如何理解“授予利益”？

该要件要求财政资助对在欧盟市场从事经济活动的企业授予了一定的利益。首先，如果获利的实体从事的是非经济活动，或未在欧盟市场从事经济活动，将不会涉及《新规草案》下的外国政府补贴<sup>19</sup>问题。

更为关键的是，应如何理解“授予利益”？《新规草案》明确了应该将政府相关行为和市场通常的投资行为进行比较，如果政府提供财政资助的行为符合市场规律，与相同条件下私营投资者的行为相吻合，该等财政资助将不被视为外国政府补贴<sup>20</sup>。具体可以进行比较的标准包括私营投资者的投资实践、在市场上能获得的融资利率、可比较的税收待遇、特定商品或服务在市场上充足的价值补偿等<sup>21</sup>。同时，《欧盟反补贴条例》对这种比较的思路做出了详细的规定，也可以作为一定的参考<sup>22</sup>：

- 如果政府的投资行为与当地私人投资者的行为（包括提供风险资本）不一致，那么政府提供股本的行为将被视为授予利益；
- 如果接受贷款的公司为政府贷款支付的对价与同等条件下，比为商业贷款支付的对价低，政府的贷款视为授予利益，两者数量的差异就是所获利益；
- 如果接受贷款担保的公司为政府贷款支付的费用与同等条件下，比为从市场上可获得的贷款担保支付的费用低，政府的贷款担保视为授予利益，两个数量的差异就是所获利益；
- 如果政府提供商品或服务或政府采购货物的行为没有得到足够的补偿，或购买支出的对价大于合适的补偿水平，视为授予利益（补偿的适当水平应视该国该种产品或服务的市场普遍条件而定，包括价格、数量、可得到性、适销性、交通运输等条件）。

《新规草案》对上述标准并没有做出进一步的规定，但参考《欧盟反补贴条例》的规定，如果在提供财政资助的政府所在国无法找到合适的比较基准，可以采用第三国的市场条件作为认定该财政资助是否属于“授予利益”的依据<sup>23</sup>。例如，在欧盟反补贴执法实践中，如在北冰洋大马哈案中，欧委会以 OECD 制定的最低利率条款（即商业参考利率，CIRR）作为政府提供的出口信贷利率的比较基准<sup>24</sup>。

### （四）如何才能构成“专向性”？

专向性，指补贴授予的利益在法律上或事实上仅限于特定的一个或一些企业 / 产业。法律上的专向性，即指在有关文件中，明确规定了给予特定的企业和 / 或产业财政资助。而对于事实上的专向性，《新规草案》并未作出规定。参考《欧盟反补贴条例》的规定，欧委会将主要考虑以下因素<sup>25</sup>：（1）有限数量的某些企业使用补贴；（2）某些企

<sup>19</sup> 参见《新规草案》第 16 页第（10）点。

<sup>20</sup> 参见《新规草案》第 16 页第（10）点、《白皮书》第 46 页。

<sup>21</sup> 同上注。

<sup>22</sup> 参考《欧盟反补贴条例》第 6 条。

<sup>23</sup> 同上注。

<sup>24</sup> 参见 Council Regulation, *Farmed Atlantic Salmon (Norway)*, [1999] OJ L267/19.

<sup>25</sup> 参见《欧盟反补贴条例》第 4（2）（c）条。

业主要使用补贴；（3）给予某些企业不成比例的大量补贴等。欧盟反补贴调查的实践案例也体现这一思路。比如，在中国台湾丁苯热塑性橡胶案中<sup>26</sup>，防污染设备的进口税豁免构成专向性补贴，因为实际上只有特定产业才使用防污染设备，且只有在特定设备上投资的公司才能享有该进口税豁免。

## 二、关键门槛：申报标准及其计算

除明确企业收到《新规草案》下的外国政府补贴外，《新规草案》还设立了在营业额和外国政府补贴总额方面的申报标准，仅当满足该等标准时，相关企业方有义务进行主动申报。本部分将对该等申报标准及其计算进行总结：

### （一）申报标准

申报制度	申报标准 / 门槛
针对并购交易的申报	<ul style="list-style-type: none"><li>被收购的目标企业，或合并交易中的至少一方，或新设合营企业交易中合营企业本身或合营企业的母公司之一，在欧盟内设立，且该实体上一财年在欧盟内集团营业总额至少为5亿欧元（约39亿人民币）；且</li><li>在过去3个日历年内，参与交易的一方，或在新设合营企业交易中合资企业与其母公司，获得累计超过5,000万欧元（约3.9亿人民币）的外国政府补贴。</li></ul>
针对公共采购的申报	该公共采购项目的价值至少为2.5亿欧元（约20亿人民币）。

### （二）营业总额的计算

与欧盟现行的反垄断申报类似，上述针对并购交易的外国政府补贴申报标准中的营业总额并非局限于相关实体自身的营业额，而是追溯至集团层面的营业总额，简言之，应向上追至其最终控制人，最终控制人单独或共同控制的所有实体的营业额应合并加总，但应不包括集团内部不同实体之间的营业额<sup>27</sup>。

但就收购资产或业务的交易类型，营业总额只需计算与该等被收购资产或业务相关的营业额。需注意的是，如果是相同主体之间在两年之内发生的多次收购资产或业务的交易，将会被累加计算，并视为一个交易<sup>28</sup>。

中国企业需要特别关注的是，欧委会在并购交易的反垄断申报审查中，已经有明确将中国国有资产监督管理委员会（“国资委”）下辖的相关企业视为同一个集团的案例，而德国反垄断局也在中德机车收购案<sup>29</sup>的反垄断申报中表示所有中国政府持有多数股权的国有企业应视为隶属于一个集团。根据我们的实践经验，欧委会和德国也存在开始按

<sup>26</sup> 参见 Commission Regulation (EC) No 1091/2000 of 24 May 2000 imposing a provisional anti-dumping duty on imports of styrene-butadiene-styrene thermoplastic rubber originating in Taiwan.

<sup>27</sup> 参见《新规草案》第 21 条第（4）款。

<sup>28</sup> 参见《新规草案》第 21 条第（2）款。

<sup>29</sup> 参见德国反垄断局对该案的总结“Following extensive investigations, the Bundeskartellamt clears the acquisition of Vosslo Locomotives GmbH by the Chinese company CRRC Zhuzhou Locomotives Co”，第五页，网址链接为 [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B4-115-19.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B4-115-19.pdf?__blob=publicationFile&v=5)。

此口径要求申报方提供中央国资委或地方国资委下属的相关企业的信息和材料的做法。《新规草案》并没有对是否需要将所有中国国有企业视为同一集团并以此计算营业总额做出明确的规定，但其制度下是否会呈现出上述在反垄断申报审查中的类似倾向确有待谨慎关注。如果其采取同样的做法，则无疑将对国有企业在新审查制度下的申报义务范围产生重大影响。

### （三）外国政府补贴总额的计算

与上述营业总额的计算相似，上述申报标准中的外国政府补贴总额也不局限于该实体自身收到的外国政府补贴，也应按照集团口径计算，即应向上追至其最终控制人，最终控制人单独或共同控制的所有实体所收到的所有外国政府补贴应计算加总<sup>30</sup>。

## 三、审查重点：扭曲市场的效果

在《新规草案》下，欧委会的实质审查将分为三个主要步骤，即：

- 确认有关实体是否获得了《新规草案》下的外国政府补贴（请参见本文第一部分的分析）；
- 评估该等外国政府补贴是否可能对欧盟市场产生扭曲效果；
- 权衡该等外国政府补贴产生的扭曲效果和其带来的积极效果。

其中，实质审查中最为核心的关注点是该等外国政府补贴是否可能对欧盟市场产生扭曲效果，本部分将会详细介绍：

### （一）扭曲效果评估框架

所谓扭曲效果是指该外国政府补贴提高了相关经营者的竞争地位，且实际或潜在地对欧盟市场产生不利影响。就具体如何评估上述扭曲效果，《新规草案》给出了整体的评估框架：

- **评估指标：**对于扭曲效果的评估，《新规草案》将考虑多项因素的综合评估<sup>31</sup>，具体包括：
  - （1） 补贴的金额；
  - （2） 补贴的性质；
  - （3） 该经营者以及相关市场的状况；
  - （4） 该经营者在欧盟市场内的经济活动水平；
  - （5） 补贴的目的、条件以及其在欧盟市场上的使用情况。

<sup>30</sup> 参见《新规草案》第 22 条，第 21 条第（4）款。

<sup>31</sup> 参见《新规草案》第 3 条第（1）款。

- **最低额度规则：**同时，从补贴金额的角度，《新规草案》也明确，如果一项外国政府补贴连续3个财政年度总金额低于500万欧元（约3900万人民币），则该补贴不太可能产生扭曲效果<sup>32</sup>。
- **“负面清单”参考：**《新规草案》特别指出了以下几种类型的外国政府补贴最可能带来扭曲效果<sup>33</sup>：
  - (1) 救助中短期濒临破产企业的补贴；
  - (2) 无限额度或者无期限的担保；
  - (3) 直接促成特定并购交易的补贴；
  - (4) 针对公共采购，使企业能够提供具有不正当优势的投标的补贴。

## （二）并购交易审查和公共采购审查中的视角

对于针对并购交易和针对公共采购的申报审查中评估扭曲效果所应关注的视角和侧重点，《新规草案》并未明确做出规定，但是在与《新规草案》一同发布的《影响评估报告》中，详细阐述了欧委会对于外国政府补贴如何可能扭曲欧盟市场的观点，可以作为一定的参考：

- **针对并购交易的申报审查：**从短期来看，收到外国政府补贴的企业面临更小的融资压力，而对于未收到补贴但有效率的企业，其为并购筹集资金更加困难，而被排挤出参与并购的过程。从长期来看，受到补贴的企业成本优势将更有助于其取得市场支配地位，导致市场集中度的提高<sup>34</sup>。
- **针对公共采购的申报审查：**从短期来看，收到外国政府补贴的企业可能牺牲质量和创新，补贴带来了成本优势，使其因低价中标。即使其未中标，补贴也对市场释放了关于材料价格、质量、技术的价格、员工工资、交货路线和时间的不现实和错误的信号。从长期来看，其可将竞争对手排挤出市场，抬高价格，亦可能造成外国对欧盟公共基础设施的控制<sup>35</sup>。

## 四、制度脉络：程序事项的要点

《新规草案》也对上述两类申报制度和事后审查制度的程序方面进行了详细的规定，以下我们将对其中的要点进行总结：

<sup>32</sup> 参见《新规草案》第3条第(2)款。

<sup>33</sup> 参见《新规草案》第4条。

<sup>34</sup> 参见影响评估报告第10-12页，“2.2 Problem 1: Distortions in acquisitions”。

<sup>35</sup> 参见影响评估报告第17-18页，“2.3 Problem 2: Distortion in public procurement”。

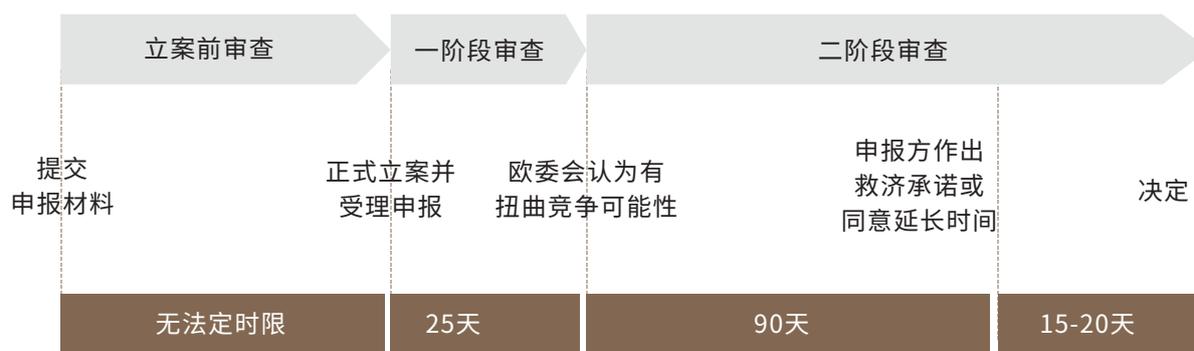
## （一）申报义务主体

申报制度	申报义务主体
针对并购交易的申报 <sup>36</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>合并交易：由合并各方共同申报；</li> <li>取得共同控制权：由取得共同控制权的各方共同申报；</li> <li>其他情况：由取得控制权的一方申报。</li> </ul>
针对公共采购的申报	<ul style="list-style-type: none"> <li>以个体形式参与公共采购：即由参与采购的主体申报。该等主体的身份不受限制，包括各类从事经济经营的主体、主要分包商和主要供应商<sup>37</sup>。</li> <li>以团体形式参与公共采购：由牵头的从事经济经营的主体申报<sup>38</sup>。</li> </ul>

## （二）流程和时间

### 1. 并购交易申报审查

申报义务主体需在交割之前向欧委会进行申报，主要的流程和所需的时间如下图所示<sup>39</sup>：



<sup>36</sup> 参见《新规草案》第 19 条。

<sup>37</sup> 参见《新规草案》第 28 条第 (2) 款。主要分包商、主要供应商是指，其参与确保了合同的履行，且对合同预估价值的经济贡献超过了 30% 的分包商、供应商。

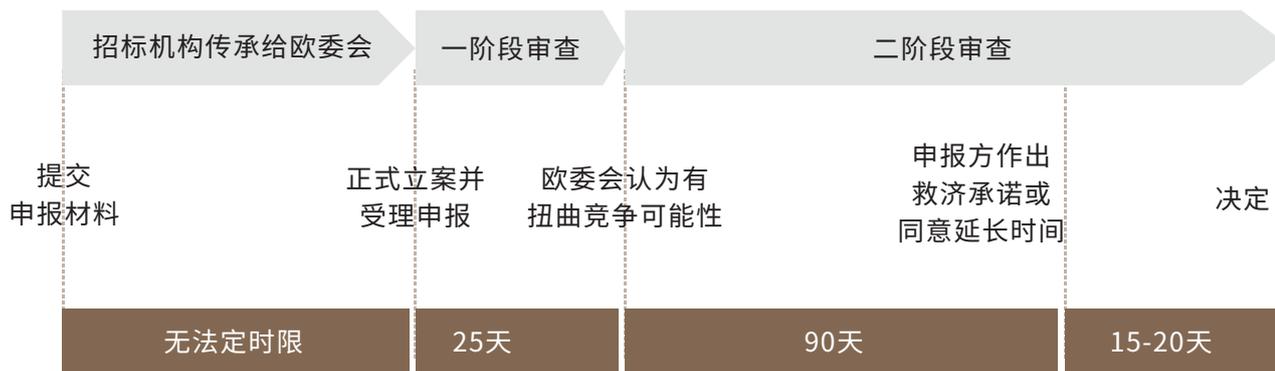
<sup>38</sup> 根据欧盟公共采购指令，以团体形式参与公共采购，指未参与公共采购的招投标，各类从事经济经营的主体，主要分包商和主要供应商，临时以联合的形式聚集在一起的，而不必采取特定的法律形式。

<sup>39</sup> 参见《新规草案》第 8、9、23 条。

需注意的是，与反垄断申报类似，欧委会在收到完整申报后才会开始正式立案审查，《新规草案》仅对正式审查开始后的时限进行了规定，而对于确认材料完整（亦即提交申报后正式立案审查前的时间）并未有法定时限，具体所需的时间有待观察。欧盟反垄断申报实践可能作为类似的一个参考，正式立案前的时间可能为2周到数月不等。在收到完整申报后，欧委会在新审查制度下对交易的申报审查期限总计为25-135个工作日。

## 2. 公共采购申报审查

申报义务主体应向招标机构申报其在过去3年所获得的外国政府补贴的情况或声明确认其在过去3年未获得任何外国财政补贴，审查主要程序与所需时间如下图所示<sup>40</sup>：



需注意的是，申报将由招标机构转呈欧委会，欧委会收到该申报后才开始正式立案审查，但《新规草案》对于招标机构转呈给欧委会的时间并没有法定限制。同时，在第二阶段审查时，《新规草案》规定在特殊情况下，在与招标机构协商，欧委会可以再延长审查期限，但是对于特殊情况包括哪些，最多可以延长多长时间，《新规草案》并未规定，有待进一步观察。

## 3. 事后审查

欧委会有权主动对扭曲性的外国政府补贴发起审查。《新规草案》赋予了欧委会问询的权利，即其有权要求获得外国政府补贴的企业或其他相关企业提供所有必要的信息。同时，欧委会有权在欧盟成员国和非欧盟成员的第三国进行调查，在第三国进行调查需经过相关企业同意，并且需正式通知第三国政府并经其同意，才能开展。

在上述问询和调查的过程中，如果相关企业不同意进行配合，欧委会有权根据其已经掌握的事实作出决定，并且决定可能会对其相关企业更加不利<sup>41</sup>。特别地，如果相关企业没能提供必要的信息证明一项财政资助是否使其获得利益，那么欧委会倾向于认定该企业已经获得了相关的利益<sup>42</sup>。

<sup>40</sup> 参见《新规草案》第28、29、30条。

<sup>41</sup> 参见《新规草案》第11、14条。

<sup>42</sup> 参见《新规草案》第14条。

---

事后审查整体分为两个阶段：

- **初步审查：**欧委会可以搜集必要的信息，进行初步评估。如欧委会初步认定相关企业获得可能扭曲欧盟统一市场的外国政府补贴，则将做出开启深入调查的决定，并通知相关企业。亦即在初步审查阶段，获得补贴的企业可能无法知晓其已处于审查之中。
- **深入调查：**在该阶段，欧委会将进一步评估，如有迹象表明被调查补贴可能构成《新规草案》下的扭曲欧盟市场的外国政府补贴，且存在其可能对欧盟市场的竞争造成实质且不可修复的损害，欧委会将有权采取临时措施。但就临时措施的具体内容和程序，《新规草案》未作出规定，有待进一步明确。

欧委会在初步审查和深入调查阶段均可以行使上述问询和在欧盟境内外调查的权力。

### （三）审查决定和处罚

在实质审查后，欧委会可能做出的禁止、无条件批准（无异议决定）和附加限制性承诺三种决定。就可能附加的限制性承诺措施包括<sup>43</sup>：

- **结构性救济：**剥离资产；撤销已完成的并购等；
- **行为性救济：**公平和非歧视地开放曾经获得或支持的基础设施；减少产能或缩小市场规模；禁止特定投资；公平、合理、无歧视地许可在补贴资助下收购或开发的资产；公布研究与开发的成果；返还外国政府补贴并支付利息等。

为保证《新规草案》下的制度和决定得以实施，《新规草案》也赋予了欧委会对不遵守《新规草案》规定的行为进行罚款的权利，总结如下<sup>44</sup>：

---

<sup>43</sup> 参见《新规草案》第 6 条。

<sup>44</sup> 参见《新规草案》第 15 条、第 25 条、32 条。

情形	罚款额度
未依法申报实施交易、未获得批准提前实施交易、实施被禁止的交易、故意或过失地在公共采购程序中未申报一项外国政府补贴	最高为上一营业年度相关企业营业总额的10%。
违反关于附加限制性条件批准的决定、违反关于调查程序中承诺或临时措施的决定	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 一次性罚款：最高为上一营业年度相关企业营业总额的10%；</li> <li>• 每日罚款：在做出处罚决定后、相关企业遵守该等决定前的每一日，可处以最高为相关企业或企业联合体上一营业年度日均营业总额5%的罚款。</li> </ul>
提供不正确或误导性的信息或不配合调查	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 一次性罚款：最高为相关企业或企业联合体上一营业年度营业总额1%；</li> <li>• 每日罚款：在做出处罚决定后、相关企业提交正确和完整的信息前的每一个工作日，可处以最高为相关企业或企业联合体上一营业年度日均营业总额5%的罚款。</li> </ul>

需注意的是，上述罚款中营业额总额是否需要采用集团口径计算，以及是否为全球营业额，有待后续立法和实践进一步明确。

#### （四）适用的时间范围

总体而言，《新规草案》下规定的制度将仅适用于在新规生效前3年内授予申报主体的外国政府补贴，以及新规生效前10年内授予但在新规生效后对欧盟市场扭曲的外国政府补贴，且该等制度将不具有追溯力，即其将不会适用新规生效前并购协议已经签署或控制权已经被获得的并购交易，也不会适用于在新规生效前已经开始的公共采购程序<sup>45</sup>。

## 五、结论和建议

目前，欧洲议会和欧盟理事会正基于普通立法程序对《新规草案》进行审议，根据过往的立法经验，针对该草案的整个立法程序预计可能将于2022年底完成。我们也将密切关注立法的动态，为中国企业提供进一步的深入解析。

如果《新规草案》顺利通过，未来，中国企业在欧盟开展投资并购，可能将同时面临三类申报义务：即《新规草案》下针对政府补贴的申报、欧盟或其成员国层面的反垄断申报，以及欧盟成员国层面的外资审查申报，这无疑将增加交易时间、成本和不确定性，使中国企业赴欧投资面临更多障碍。而对于超过2.5亿欧元的欧盟公共采购项目，参与投标的中国企业需履行申报义务，也将面临着更加严格的审查。

<sup>45</sup> 参见《新规草案》第47条。

---

除通过意见征询等渠道向欧委会反映意见外，我们建议未来可能在欧盟进行投资并购交易或参与大额公共采购的中国企业提前做好准备，积极应对可能的困难和挑战：

- 拟在2022年后在欧盟进行并购和大额公共采购项目投标的中国企业，应合理地确定资金融资的来源和安排，尤其应谨慎评估涉及特定政府基金融资的相关安排；
- 对于获得外国政府补贴的中国企业，如计划在2022年后在欧盟进行投资并购交易，应充分考虑上述新审查制度的影响，一方面应谨慎地评估交易是否可能因外国政府补贴审查而被否决或附加限制性条件的可能性，另一方面在交易的设计和谈判中应提前考虑交易时间、交易先决条件和分手条款的设置；
- 对于在欧盟并购和投标较为频繁的企业，应对自身获取政府补贴的情况有定期的统计和确认，梳理相关补贴是否适用《新规草案》并统计金额，对于重要的支持性文件和材料也应存档保留，积极做好应对准备工作。

# 新能源项目全球看： 投资决策境内外海上 风电投建营项目的三 大重点问题

田文静 刘志陟 张琛



田文静

tianwenjing@cn.kwm.com



刘志陟

liuzhizhi@cn.kwm.com

在《巴黎协定》设定 1.5°C 温控目标，以及世界各国相继承诺“碳达峰”和“碳中和”时间表的背景下，在全球范围内寻找新能源项目投资机会已然成为投资人的重要目标和任务。

相比陆上风电，海上风电具有资源丰富、发电利用小时数相对较高、技术相对高端的特点，是新能源发展的前沿领域，因而被许多国家视为实施减排战略、实现“碳中和”目标的关键。从项目律师角度，无论项目所在地，投资人需要考量的项目和交易问题往往都具有共性，只是需要结合项目所在地国家和地区的法律和实践以及类似项目经验精准识别差异，并做出适应性的取舍方案。

欧洲海上风电持续稳健增长，英国、荷兰、丹麦成为区域海上风电发展的引擎。而在亚太地区，中国在海上风电发电领域一枝独秀，2021 年新增装机容量达 16.9GW，居全球第一。越南因其得天独厚的地理气候环境以及政府的政策倾斜，成为亚太地区海上风电发展的新兴市场。本文选取若干影响和决定海上风电投建营项目决策的主要问题，简要介绍了我国、越南和英国的相关法律和实践，希望对投资海上风电项目的科学决策提供有益参考。

## 一、海上风电项目的开发权及关键许可

### （一）是否存在投资准入限制

对于在全球寻找海上风电项目机会的投资人来说，毫无疑问首先需了解项目所在国家或地区是否存在以及存在何种投资准入限制。

就我国而言，早期海上风电项目中方必须控股（50% 以上股权），但目前我国法律对海上风电行业的外商投资整体上已持开放态度，且风电属于鼓励类外商投资的行业。2020 年 10 月 20 日，我国首个中外合资海上风电项目已经在江苏东台正式落地<sup>1</sup>。

越南外商投资海上风电行业的立法与我国早期有相似之处。根据越南《投资法》及其实施指引，海上风电仍是附条件对外资开放的限制类行业。

英国长期对外国投资者投资开发海上风电持开放态度，但随着《国家安全和投资法（2021）》（National Security and Investment Act 2021）的全面生效，受制于该法规定的并购通报程序，可以预见的是（包括海上风电在内的）能源电力行业投资可能会在一定程度上收紧。

对于存在投资准入限制的国别，投资人可视情况探讨不同交易结构设计以满足相关外资比例要求的法律可行性。

## （二）锁定项目开发权需要取得哪些关键许可

根据我国相关法律法规，海上风电项目开发权涉及的核心审批许可包括项目纳入省级或以下海上风电规划、保障性并网规模的竞争配置、用海和用地预审意见、项目核准文件。

主要许可	说明
省级或以下海上风电规划	省级能源主管部门负责组织编制本省管理海域内的海上风电发展规划（其中包含海上风电场工程规划）；对于未纳入海上风电发展规划的海上风电项目，不得开展海上风电项目建设。
保障性并网规模的竞争配置	省级能源主管部门依据本区域非水再生能源电力消纳责任权重和新能源合理利用率目标，确定本省必须新增的年度保障性并网规模。电网企业对于为完成非水电最低消纳责任权重所必须的新增并网项目予以保障并网，而保障性并网项目由省级能源主管部门通过竞争性配置进行优选。
用海和用地预审意见	在申请项目核准前，项目业主应向海洋行政主管部门提出用海预审申请，按规定程序和要求审查后，由海洋行政主管部门出具项目用海预审意见 <sup>2</sup> 。用海预审意见的有效期为二年；在有效期内，项目拟用海面积、位置和用途等发生改变的，应当重新提出海域使用申请。 海上风电项目在陆地建设升压站等配套设施涉及建设项目用地预审，在该部分以划拨方式取得国有土地使用权的特殊情况下，则还需要获取“规划选址意见”，但该许可亦已经与“用地预审”合一。
项目核准文件	省级及以下能源主管部门按照有关法律法规，依据经国家能源局审定的海上风电发展规划，核准具备建设条件的海上风电项目。核准文件应及时对全社会公开并抄送国家能源局和同级海洋行政主管部门。

<sup>1</sup> 新华网：全国首个中外合资海上风电项目落地揭牌：[http://www.xinhuanet.com/power/2020-10/21/c\\_1210851433.htm](http://www.xinhuanet.com/power/2020-10/21/c_1210851433.htm)。

<sup>2</sup> 除《海上风电办法》第 21 条外，《企业投资项目核准和备案管理办法》（国家发展和改革委员会令 2 号）第 22 条亦规定：“项目单位在报送项目申请报告时，应当根据国家法律法规的规定附具以下文件：……（二）国土资源（海洋）行政主管部门出具的用地（用海）预审意见（国土资源主管部门明确可以不进行用地预审的情形除外）”。

在越南，由于法律更新较快和主管部门众多，海上风电项目的审批进程总体比较复杂。外国投资人在开发初期一般需要通过取得由越南工贸部批准并提交总理同意项目纳入国家或省级电力规划、获得总理或省级人民委员会批准的投资原则决定以及完成相应取得投资证书注册，以锁定海上风电项目的开发权。随后外国投资人需进行可行性研究，并获得环境影响评价、海域分配决定、并网协议等其他审批许可 / 协议。

在英国，海上风电项目审批流程相对简便，锁定海上风电项目开发权的核心审批许可主要是海床租赁、开发许可和发电许可。此外，外国投资者需获得环境影响评价、海事许可证、防洪许可证等多种审批许可，并竞拍差价合同等。海床租赁是英国海上风电项目开发的第一步。英国皇室地产（the Crown Estate）负责海床租赁的操作执行，目前正在进行第四轮海床租赁权的招标。投资人中标后与英国皇室地产签署租赁意向协议，最长为十年。在租赁意向协议期间，投资人需要获取开发许可和发电许可，参与差价合约竞拍并完成融资关闭。视装机规模大小，开发许可由不同主管部门<sup>3</sup>颁发。发电许可由英国天然气与电力市场办公室（Office of Gas and Electricity Markets）颁发。

## 二、海上风电项目的电价及融资模式

### （一）项目电价的保障性如何

简而言之，国际上包括海上风电项目在内的新能源项目的电价模式主要包括电价竞争上网加补贴、标杆电价、成本加成三大类。从投资人收益的保障性角度来说，成本加成优于标杆电价，标杆电价优于电价竞争上网加补贴。各国基于不同的发展阶段和政策导向采用不同的电价模式。

我国的海上风电项目电价发展经历了从标杆电价到指导价加补贴的发展历程，并已进入平价上网时代。2014年6月，国家发改委《关于海上风电上网电价政策的通知》（发改价格〔2014〕1216号）首次规定了对于非招标的海上风电项目标杆上网电价，区分近海风电和潮间带风电两种类型。

2019年5月，国家发改委发布《关于完善风电上网电价政策的通知》，将陆上风电和海上风电的标杆上网电价改为指导价。

2020年初，财政部、国家发改委、国家能源局联合发布《关于促进非水可再生能源发电健康发展的若干意见》，明确规定除按规定完成核准（备案）并于2021年底前全部机组完成并网的存量海上风电外，新增海上风电不再纳入中央财政补贴范围，由地方按照实际情况予以支持<sup>4</sup>。

在越南，按照现行政策法规，越南政府公布的标杆电价仅适用于2021年11月1日前实现商运的海上风电项目。对于受新冠疫情影响难以在2021年11月1日前实现商运的风电项目，有鉴于投资者的诉求，越南政府也在考虑延长标杆电价期限的可能性，但截至目前，越南政府尚未出台相关法令或政策延长标杆电价适用期限，亦暂未出台新的适用于2021年11月1日后实现商运的海上风电项目的标杆电价激励政策。越南海上风电电价政策后续如何调整仍值得关注。

<sup>3</sup> 100兆瓦以内的海上风电项目取得由海洋管理组织（Marine Management Organization）或威尔士政府颁发规划许可（Planning Consent）；超过100兆瓦的海上风电项目属于“国家重大基础设施项目（national significant infrastructure project）”，需要通过国家规划监察部门（Planning Inspectorate）相应取得国务大臣颁发的开发许可（development consent order）。

<sup>4</sup> 目前仅广东省出台《促进海上风电有序开发和相关产业可持续发展实施方案》，对2018年底前已完成核准的省管海上风电项目提供地方补贴，补贴覆盖2022至2024年，分别按照每千瓦1500元、1000元、500元的标准进行补贴。

此外，越南海上风电项目投资可向越南电力集团（Vietnam Electricity，下称“EVN”）申请签署长期购电协议。在越南工贸部公布的购电协议范本中，有效期为自商运之日起 20 年，且在售电方可供电量范围内，购电方对电站供应电量履行照付不议的义务，从而在一定程度上确保了电费收入的稳定。

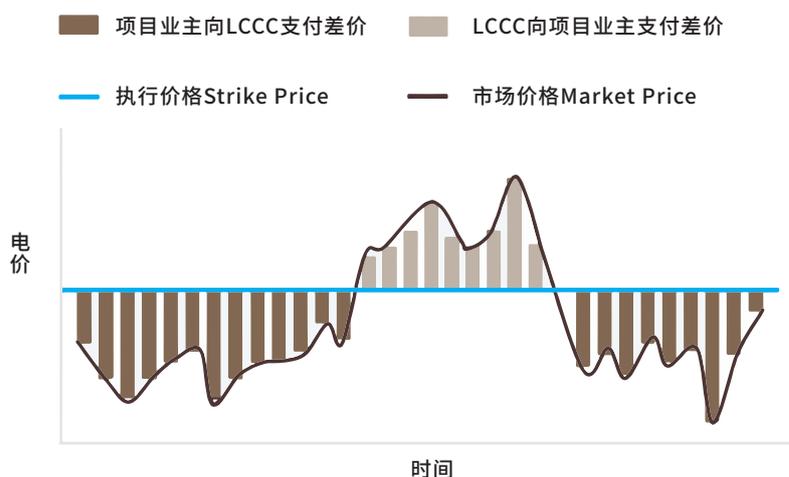
与以上国内基于发展阶段不同调整电价模式类似，英国在可再生能源发展的不同阶段先后推出了一系列的政策，包括可再生能源义务（Renewable Obligation）、标杆电价、差价合同（Contract for Difference）等。总体而言，竞价上网成为（包括英国在内的）欧洲国家海上风电发展的最新模式，加快海上风电成本下降成为欧洲各国共识。欧洲目前广泛使用招标模式开发海上风电项目，电价补贴水平大幅下降，海上风电的价格竞争力不断提升。

## （二）是否可采用无追索或有限追索的项目融资

目前，以英国、荷兰、法国、德国为首的欧洲国家海上风电项目发展较为迅速<sup>5</sup>，这些项目采取的融资模式主要包括项目融资、公司融资、资本市场融资、债券融资等多种方式，其中项目融资占比最高。英国 Galloper、英国 Dudgeon 及荷兰 Blauwwind 等著名的海上风电项目均采用项目融资模式。

以英国为例，英国政府 2014 年引入的差价合同模式，为新能源项目投资提供长期的固定电价收费保证，是其海上风电项目能够采用项目融资模式的关键。

差价合同模式的基本原则是政府通过其独资设立的低碳合约公司（Low Carbon Contracts Company Limited，下称“LCCC”）与项目业主通过竞标等程序事先约定一个执行价格（strike price），LCCC 对执行价格与市场价格（market price）之间的差价进行补贴。在差价合同机制下，如果市场价格高于执行价格，则发电企业需退还高出的电价；如果市场价格低于执行价格，项目业主将获得差价补偿，以此来保证项目业主发电收入的稳定性。差价合同制度如下图所示：



<sup>5</sup> WindEurope, *Financing and Investment Trends 2020*, p.20.

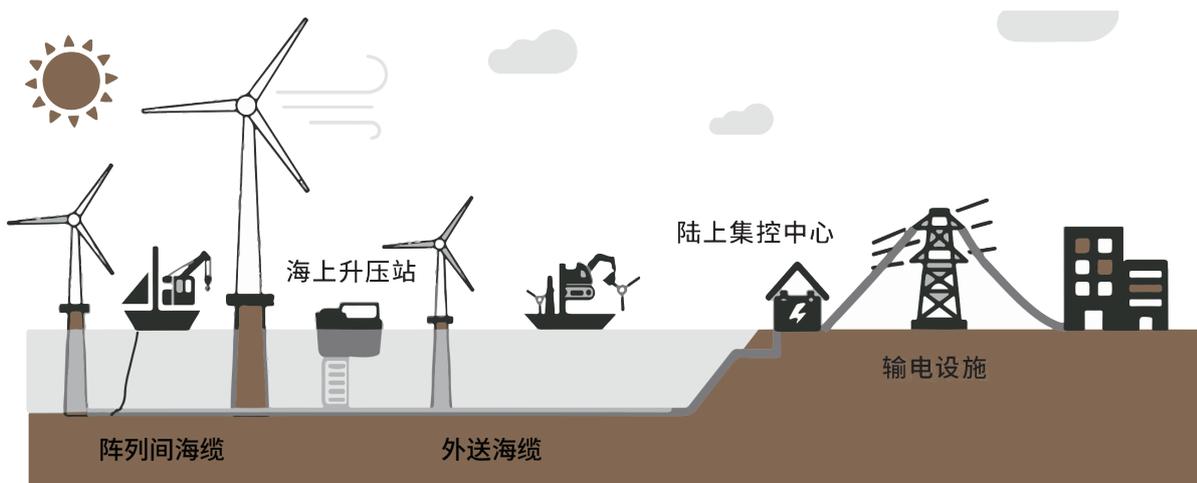
差价合同的执行价格会综合考虑项目全周期投资、建设、运营的成本和收益，合同有效期可长达 15 年。在此期间，执行电价仅可根据合同的约定相应调整（主要基于 CPI 调整），除强制性技术指标外，政府不得单方修改合同。

在差价合同规定的固定电价保证下，发电企业可以通过技术升级等手段降低成本，在扩大收益的同时也促进了发电企业技术升级，降本增效。此外，适用差价合同的发电企业所有费用均由 LCCC 按期支付，保证发电企业稳定的电费收入，满足了项目融资模式下可融资性（bankability）的核心要素。

相比之下，受现实条件制约，国内包括海上风电项目在内的新能源项目更多的是采用传统的公司融资模式，即借款人为项目业主，需由项目投资人（即项目业主的股东）或其母公司提供担保和资产抵押，金融机构主要根据借款方和担保方（通常为项目投资人）的信用来为项目发放贷款，而非考虑项目本身的收益和资产。贷款在发生违约时，金融机构对项目投资人有追索权<sup>6</sup>。期待随着平价上网和（不少于 20 年的）长期固定电价购售电合同政策的落地实施，我国的海上风电项目能够有机会借鉴欧洲先进发展经验，探索项目融资模式，促进产业发展。

### 三、海上风电项目的建设运营

海上风电项目既包括海上风电机组、海上升压站、海底电缆等海上工程，也可能包括陆上集控中心及陆上送出工程等陆上设施，工程实施和项目管理比陆上风电复杂得多。因此，确保海上风电项目的建设实施合同能按投资预算确定的价格和工期实现是每一个投资人面临的挑战，同样也是项目融资模式下银行对项目建设实施合同可融资性的核心关注之一。



<sup>6</sup> 钟亮《欧洲绿色金融项目融资模式介绍——以海上风电行业为例》：<http://www.greenfinance.org.cn/displaynews.php?id=2357>。

### （一）在投资决策阶段需要考虑的项目现场风险

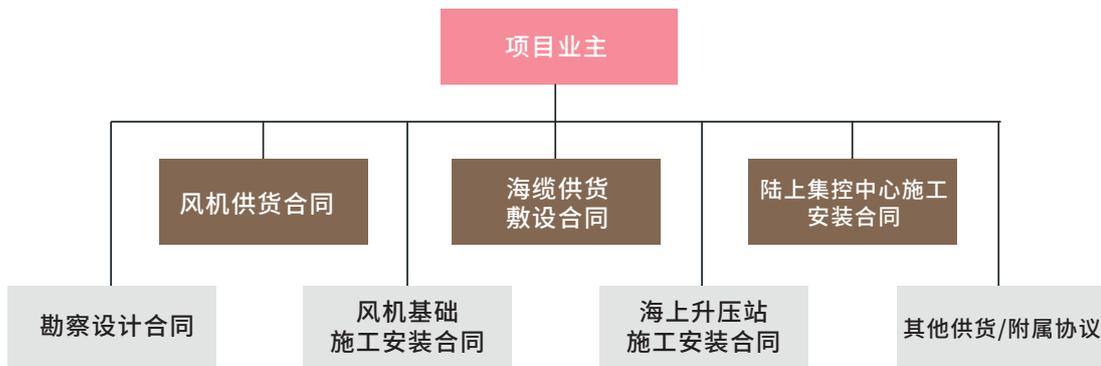
海上风电项目中，现场条件不仅是影响工程建设完工时间、建设成本和运维成本的重要因素之一，也会较大程度影响发电收入。投资人因此需要在严谨评估的基础上完成项目经济技术可行性分析。海上风电项目的常见的现场条件 / 风险包括：

- 风速。海上风电项目的发电收入较大程度受未来风速影响。影响风速的因素不仅包括测风位置和测风高度，还包括搜集该等风力信息的时长，一般时间越长，风力信息越全面，对预测项目未来风速的参考性越强。
- 海床地质条件。风机基础施工和海缆敷设均在海床上完成。要求每一家承包商花费时间和成本去施工海域进行现场踏勘并不现实，承包商往往以项目业主提供的海床地质条件及其他地质信息作为报价参考。受海洋季节气候影响，施工窗口期有限，如果该等信息不准确或不清晰，将可能成为海上风电项目工期延误和/或费用超支的风险点。
- 并网条件。电力并网的条件影响未来发电收入。项目业主需要提前了解电网连接点的具体位置、预期并网时间、电网消纳能力及其他条件，以便综合考虑海上风电项目整体工程规划。

### （二）项目建设选择何种采购 / 合同模式

基础设施项目建设中，受限于自身的工程建设管理经验，项目业主通常选择 EPC 合同模式作为管控完工风险和确保项目可融资性的有效手段。然而，海上风电项目工程建设的采购 / 合同模式却不完全如此。除部分海上风电项目采用 EPC 合同模式之外，项目业主与不同承包商 / 供应商签署多份平行合同的多合同模式在实践中更为广泛应用。

以国内某海上风电项目为例，多合同模式如下图所示：



---

尽管多合同模式在当前海上风电工程建设实践中更常见，但该模式对项目业主调配设计、供货、施工安装等多方资源，协调多份合同责任界面的能力提出更高挑战，整体工程按预定价格和工期完工的风险增大。对项目业主及融资银行而言，多合同模式也降低了项目业主在一份 EPC 合同项下所获得的最大责任限制保障。因此，多合同模式往往不是融资银行在无追索 / 有限追索的项目融资模式下的第一选择，如果选择多合同模式，银行将更关注并深度介入监管多份合同的生效和执行。

### （三）运营维护需关注的主要问题

受现场条件（浪高、风速、海床地质条件、离岸距离等）、气候、技术条件等多种因素影响，海上风电项目运营维护的复杂程度和所需成本通常比其他基础设施项目（包括陆上风电项目）高。项目业主需要与专业运维承包商签署长期运维合同来运营维护海上风电项目。结合我们相关经验，由于海上风电项目的风机技术本身相对复杂和前沿，风机制造商也往往扮演风机运维商的角色，而海底电缆部分的运维也往往会倾向于选择负责海缆敷设的专业承包商参与。相应地，海上风电项目运维合同的主要问题是定义运维承包商的服务范围以及最低可用率的性能保证。（如果运维承包商能接受最低可用率保证，结合项目实际情况（例如，首年运维义务与风机供货合同质保期义务的交叉重合）综合考虑设计合理的最低可用率除外责任往往是运维合同谈判的难点。

## 结语

国际可再生能源机构（IRENA）预测，在全球变暖控制 1.5°C 以下的目标下，到 2050 年，全球海上风电装机容量将超过 2,000GW，占全球风力发电容量的 1/4。全球风能理事会（GWEC）预测，到 2050 年，亚洲海上风电市场占据全球份额的 40%，欧洲紧随其后占据 32%。可见全球能源体系转型，海上风电作为关键可再生能源技术，发展潜力巨大。

经过 10 年高速发展，我国海上风电的近海资源已趋近饱和，加上海上风电项目已迈入平价上网时代，如何调动社会各方的参与积极性，推动海上风电核心技术的攻关革新、行业降本、产业链升级完善、探索浮式发电技术和深远海海上风电开发，将是我国海上风电行业高质量持续发展面临的考验和挑战。我们相信，随着国家逐步落实包括长期稳定购电在内的新能源平价时代配套支持政策，完善电力消纳保障机制，海上风电行业经过短期调整，真正实现大规模开发和高比例消纳的未来可期。

感谢丁泓序女士对本文作出的贡献。

# 亚太地区的氢能发展前景

赵日耀 Michael Lawson 潘永光

## 前言

亚太地区作为世界范围内的能源消耗大区，面临着能源领域的严峻局势，即一方面迫切需要能源来推动经济发展，另一方面又面临着减少全球碳排放的压力。

亚太地区所有国家和其他国家于2015年共同签署了《巴黎协定》。《巴黎协定》的目标是减少温室气体排放、控制全球平均气温升高，即相较于前工业化时期，温度上升不超过2°C，并努力控制在1.5°C内。要实现这些目标，在全球范围进行化石燃料经济转型至关重要，而要实现这一转型，就必须找到可持续的绿色替代能源。

由低碳或无碳能源产生的氢气，特别是绿氢，是实现这一能源转型的潜在关键因素。伴随着政府和商业强有力的支持，再加上技术进步，亚太地区清洁氢气能源的发展具有广阔前景。但氢气能源经济在亚太地区真正成熟并稳固之前，氢能的发展仍需克服许多重大挑战。短期来看，氢能作为清洁能源进一步发展必须要面临和克服新冠肺炎疫情带来的经济不确定性；长远来看，行业参与者和政府需要同时推动氢能经济的供需两端，并且平衡供需两端，才能提高氢能发展的整体商业可行性。

本文将介绍氢能市场的基本概览、氢能市场的关键概念与基本原理，并同时分析氢能市场中的关键机遇、潜在挑战和最新发展。

## 一、氢气的生产

氢气可以通过不同的方法生产，不同的生产方法涉及的碳浓度不同。基于此，工业中通常用“颜色编码”系统来对不同的生产方法进行分类。大体来说，氢气可以分为棕氢、灰氢、蓝氢和绿氢。

- **棕色**——棕氢是通过煤炭气化产生的，称为合成气，其中包括氢气。在生产过程中会产生二氧化碳和一氧化碳，相对而言会产生污染。中国是目前全球最大的氢气生产国，生产的大部分氢气都是棕氢。



赵日耀

george.zhao@cn.kwm.com



Michael Lawson

Michael.Lawson@sg.kwm.com



潘永光

david.phua@sg.kwm.com

- **灰色**——灰氢生产是目前最常用的制氢方法。在生产过程中，灰氢是通过化石燃料（例如天然气）的燃烧而产生的氢气。灰氢通过天然气燃烧产生的氢气由天然气的蒸汽重组产生，即天然气在高温下与蒸汽反应生成一氧化碳和氢气。这个生产过程类似于棕氢生产过程，是一种能源密集型、不环保的氢气生产方式。
- **蓝色**——蓝氢采用的是与灰氢、棕氢相同的生产工艺，但使用了碳捕获和储存（“CCS”）技术来捕获和储存伴生的二氧化碳。但由于需要配套的碳捕获和储存基础设施，相对于棕氢、灰氢的生产，蓝氢的生产成本更为昂贵。蓝氢被认为是绿氢生产道路上的过渡步骤。
- **绿色**——绿氢是通过电解产生的氢气，电解本质上是通过电将水分子分解成氢和氧的过程。如果电解中使用的电力是通过可再生能源产生的，那么生产过程不会产生碳副产品，因此从减少碳排放角度来看，这是一种理想的清洁型制氢形式。

清洁氢气（即蓝氢或绿氢）生产面临的主要挑战之一在于生产成本。与传统能源相比，如果大规模生产清洁氢以取代传统化石燃料，成本将会非常高昂。鼓励广泛应用氢能的关键在于不断降低生产清洁氢能的相关基础设施成本与技术成本。除电解槽的成本外，用于发电的可再生能源成本也是影响绿氢生产最终成本的重要因素。由于技术和设计的改进，电解槽的成本一直在下降<sup>1</sup>。近年来风能和太阳能的生产成本，尤其是在风能和光能丰富的国家，已经在大幅下降。在规模经济的影响下，清洁氢气生产的规模越大，其生产成本下降的可能性就越大，无论是碳捕获和储存基础设施价格、电解槽技术成本还是其他成本。

尽管氢能的减排益处已得到充分认可，但如果要让氢能对温室气体排放产生重大影响并符合《巴黎协定》的排放目标，就需要使氢能成为一种商业上能够负担得起的能源，并具有与化石燃料相当的成本竞争力。如下文所述，可再生能源成本的降低、绿色制氢技术的进步和制氢规模的扩大将有助于提高制氢的商业可行性。同时，政府也可以通过政策干预来提高碳密集型燃料的成本（例如通过碳税或碳排放交易计划）或降低制氢成本（例如通过绿色能源补贴）。从长远来看，绿氢本身就具有成本竞争力，这种干预也有利于在成本方面创造公平的竞争环境，并促进持续的投资和技术发展。

## 二、亚太地区的氢能政策发展

亚洲地区仍将持续性严重依赖化石燃料。尽管近期能源需求由于新冠肺炎疫情的影响而有所下降，但从长期来看，亚洲的整体能源需求仍将继续增长。为履行《巴黎协定》项下的约定，部分地区已经开始推动减少温室气体排放和降低当地环境污染的进程。亚太地区国家目前的氢能相关政策制定现状、氢能生产以及氢能利用潜力等简述如下。

**中国：**习近平主席在2020年9月举办的联合国大会上宣布了中国将在2060年之前实现碳中和的承诺，这意味着中国将进行化石燃料使用的重大转变，预计氢能将在这一转变中扮演着重要的角色。中国加大了对氢能的投资，并宣布扩大氢能使用的相关举措，特别是扩大氢能在交通运输领域中使用。根据国务院于2020年10月20日发布的《新能源汽车产业发展规划（2021-2035）》，中国将重点扩大氢能在重型车辆运输中使用，并发展相关基础设施以支持氢能在该领域中的使用<sup>2</sup>。2016年至2019年间，中国氢燃料加注站的数量每年翻番<sup>3</sup>。为促进氢燃料电池汽车的使用，

<sup>1</sup> <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/experts-explain-why-green-hydrogen-costs-have-fallen-and-will-keep-falling-63037203>

<sup>2</sup> <https://www.chinadailyhk.com/article/154211>

<sup>3</sup> <https://energyiceberg.com/hydrogen-fueling-2019/#:~:text=Since%202016%2C%20the%20number%20of,or%20in%20the%20planning%20stage.>

中国也在不断推出该领域新的补贴政策<sup>4</sup>。2020年发布的《中华人民共和国能源法》（征求意见稿）也首次将氢能列入能源范畴，虽然此征求意见稿中关于氢能的内容不多，但这是氢能在中国经济发展中作为绿色燃料获得认可的重要一步。

**东盟：**虽然东盟地区许多国家的氢能发展仍处于起步阶段，但部分国家已经采取了一些初步举措来推动氢能行业的发展。人们不断意识到氢能在减轻该地区对化石燃料的依赖性方面有着巨大的潜力。新加坡政府于2020年宣布了一项约4900万新元（约3600万美元）的低碳能源研究资助计划，该计划旨在支持包含氢在内的低碳技术的研发<sup>5</sup>。同年，一些新加坡公司和日本公司签署了一系列协议，以对氢作为绿色能源的进口和使用事项进行探讨<sup>6 7</sup>。文莱还采取了初步举措探索氢的生产和运输——2020年，文莱的第一个试点氢化工厂（由先进氢能链技术开发协会运营），作为氢供应链示范项目的一部分，向日本运输了共计4.7公吨的氢气<sup>8</sup>。

**日本：**日本经济产业省于2017年发布了《氢能源基本战略》，日本政府宣布其将通过建立商业氢燃料供应链、扩大固定燃料电池和燃料电池汽车（“FCV”）的使用，以及促进氢在发电中的使用等措施来实现氢社会的计划<sup>9</sup>。除了《氢能源基本战略》，日本还发布了一份新的氢和燃料电池战略路线图<sup>10</sup>，以制定与氢技术利用相关的新目标，以及实现这些目标的相关措施。日本在氢技术研究资金投入方面处于世界领先地位，截至2021年3月，日本政府给予氢领域的预算支持总额达700亿日元<sup>11</sup>（约6.5亿美元）。由于日本的可再生资源比较缺乏，日本也被列为亚洲绿氢潜在最大进口国之一。

**韩国：**韩国于2019年1月发布了《氢经济路线图》，目标是韩国能够列于全球氢转型的前沿。《氢经济路线图》规定了政府增加氢气生产和使用、促进氢能技术，特别是燃料电池技术持续发展的计划。除此之外，韩国的《氢经济路线图》提出了到2040年生产620万辆燃料电池电动汽车（“FCEV”）和建设至少1200个加注站的目标<sup>12</sup>。韩国商业实体也对政府的计划提供了大力支持。作为“2030年FCEV愿景”计划中的一部分，现代汽车计划投资约7.6万亿韩元（约67亿美元）用于氢相关研发和设施扩建<sup>13</sup>。韩国政府表示氢是促进经济增长、改善能源安全和减少环境污染的关键手段<sup>14</sup>。

**澳大利亚：**澳大利亚于2019年11月公布了《国家氢能战略》。澳大利亚的目标是到2030年成为氢能强国，特别是通过碳捕获和储存实现蓝氢和绿氢生产的氢能强国，并生产大量用于本地消费和海外出口可再生资源<sup>15</sup>。

<sup>4</sup> <https://theicct.org/blog/staff/china-sketching-roadmap-hydrogen-vehicles-aug2020>

<sup>5</sup> [https://www.ema.gov.sg/media\\_release.aspx?news\\_sid=20201025eyksiX0dgcEH](https://www.ema.gov.sg/media_release.aspx?news_sid=20201025eyksiX0dgcEH)

<sup>6</sup> 根据 PSA Corp. Ltd., Jurong Port Pte. Ltd., City Gas Pte. Ltd., Sembcorp Industries, Singapore LNG Corp. Pte. Ltd., Chiyoda Corp. 以及 Mitsubishi Corp. 签署的谅解备忘录，他们将开发利用氢能作为绿色能源的方法。请见 <https://www.offshore-energy.biz/psa-jurong-port-others-to-launch-hydrogen-import-study/>。

<sup>7</sup> Keppel 数据中心和三菱重工签署了一份谅解备忘录，共同探讨通过蒸汽甲烷重整工艺在新加坡数据中心实施氢动力三联产工厂概念。请见 <https://www.keppel.com/en/media/media-releases-sgx-filings/keppel-and-mitsubishi-heavy-industries-to-jointly-explore-hydrogen-powered-tri-generation-plant-concept-for-data-centres-in-singapore/>。

<sup>8</sup> <https://borneobulletin.com.bn/brunei-ships-4-7mt-hydrogen-japan/>

<sup>9</sup> [https://www.meti.go.jp/english/press/2017/1226\\_003.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2017/1226_003.html)

<sup>10</sup> [https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0312\\_002.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0312_002.html)

<sup>11</sup> <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/mfat-market-reports/market-reports-asia/japan-strategic-hydrogen-roadmap-30-october-2020/>

<sup>12</sup> <https://www.iea.org/policies/6566-korea-hydrogen-economy-roadmap-2040>

<sup>13</sup> <https://www.hyundai.news/eu/brand/hyundai-motor-group-reveals-fcev-vision-2030/>

<sup>14</sup> <https://english1.president.go.kr/briefingspeeches/speeches/110>

<sup>15</sup> <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/australias-national-hydrogen-strategy#:~:text=It%20aims%20to%20position%20our,governments%2C%20industry%20and%20the%20community.>

另外，许多州政府已经发布了类似的发展意愿<sup>16</sup>。澳大利亚目前至少已经建成或在建十几个用于生产、运输或出口和消费的氢能项目，包括已运营项目与“试点项目”，用于测试新技术和生产工艺。去年开始进行商业规模化生产、液化和出口的“氢能供应链”项目，使用的是世界第一艘液态氢（liquid hydrogen）运输船——Suiso Frontier号<sup>17</sup>。另一个值得关注的是“亚洲可再生能源中心”项目，该项目位于西澳大利亚皮尔巴拉地区，在2020年被澳大利亚政府指定为“重大项目”。亚洲可再生能源中心将利用约15GW的风能和太阳能生产绿氢后出口至亚洲各消费中心。澳大利亚政府通过对行业的支持，正在努力实现将氢能生产成本控制在2美元/公斤以下的目标，澳大利亚将自己定位为未来向亚洲消费者出口绿氢的主要国家。

### 三、氢能的使用与生产潜力

氢气用途广泛，多年以来氢气已经被应用到各个领域。现如今，氢气最常被应用于工业领域，例如用于炼油，用做化学和化肥生产等工业部门的试剂，以及用于塑料、织物和染料的生产等。如果要发挥氢气作为脱碳工具的潜力，关键是要鼓励将氢气作为运输和发电的燃料来源以及能源储存手段，氢气在这些领域中应用程度与发展势头在不断增强。

- 虽然现在仍处于初期阶段，运输领域被认为是氢能发展中的领先领域。亚太地区从政府到私营实体，都做了许多关于支持氢能在运输领域中使用、将氢能作为主要排放源的承诺。虽然电池电动汽车目前是短途小型车辆低碳出行方案的首选，但重型车辆运输领域已被认为氢燃料电池汽车的一个发展有望的领域，更多的车辆制造商也正在寻求在氢能应用领域进行投资的机会。中国、日本和韩国都已经有了明确的推动氢燃料电池汽车使用的目标。根据日本的《氢能源基本战略》，日本的目标是在2025年拥有20万辆氢燃料电池汽车；到2030年拥有80万辆氢燃料电池汽车，同时到2025年时将国内氢气站的数量增加至320座。除了应用在公路车辆运输领域外，氢能也被用作火箭燃料，而且氢能也可能被用于航空燃料和船用燃料，尤其是考虑到国际海事组织《2020年全球船用燃油限硫令实施方案》的规定，即自2020年1月1日起在全球范围内实施船用燃油硫含量不超过0.50% m/m。
- 在电力与供热领域，也有一些逐步以氢气代替天然气的计划。管道注氢已经成为许多国家的氢能战略的一部分，同时也是广义的脱碳战略中的一个关键支柱。最初的计划是将低浓度的氢气与天然气混合注入管道，以避免对管网进行重大改造；如果使用高浓度氢气则可能需要对管网进行改造，例如将钢管管更换成聚合物管，或更换压缩机。某些新型的、更先进的燃气轮机已经能够使用氢气含量50%或更高含量氢气的混合燃料，且主要的燃气轮机制造商也已经在研究开发能够使用100%氢气的燃气轮机。虽然氢气完全替代天然气还有很长的路要走，但用氢气替代天然气将会是减少化石燃料使用、迈向低碳经济的重要一步。
- 氢气作为一种能源储存手段，可以与可再生能源项目协同进行，以解决对可再生能源依赖的弊端。通过由可再生能源提供能源的电解槽生产绿氢，风电项目或太阳能项目产生的电力可以储存起来，从产量较高、需求较低的地区运输到产量较低、需求较高的地区，或者在低消费时期简单储存，以供能源需求达到峰值进行使用。当然，以储能为目的进行氢气生产会导致一些经济成本和能源损失。然而，可再生能源成本的下降也提高了氢作为长期的、季节性的和可运输的绿色能源储存手段的经济可行性。目前氢气作为局部能源储存的手段进行利用可能是最实用和最有前景的一种用途，也是发展氢气远距离运输/跨境运输的一个阶段。

<sup>16</sup> 《西澳大利亚可再生能源战略》（2019年7月）；于2017年《南澳大利亚氢能发展路线》出台后的《南澳大利亚氢能行动方案》（2019年9月）；《昆士兰氢能行业战略》（2019年5月）。在过去几年里，州政府和联邦政府已经制定了大量研究和路线图，包括“氢气下2”倡议，这是《国家氢能战略》的第一个经济目标。

<sup>17</sup> 请见 <https://hydrogenenergysupplychain.com/>。该项目是根据日本、澳大利亚维多利亚州和项目赞助商之间的政府间协议和东道国政府协议开发的。

在氢能供应方面，亚太地区具有将清洁氢从可再生资源丰富地区出口至亚洲高需求中心的潜力。如前所述，澳大利亚由于地理位置临近，拥有现成相应的基础设施以及丰富的可再生资源，可能成为清洁氢的潜在出口国之一。新西兰也已经公开表示其对开发其氢气出口潜力的兴趣。目前新西兰绝大多数电力由可再生能源资源产生，且新西兰政府也倾向于支持绿色氢能项目的发展，其中一个例子就是由日本某基金和另一日本公司设立的合资公司在新西兰开发的地热制氢试点设施。如上文所述，文莱已经将一批氢气运输至日本。由于土地资源的限制，文莱更多是通过燃烧天然气生产氢气，而不是通过风能或太阳能等可再生能源，但发展碳捕获和储存基础设施将是实现蓝氢生产的关键。总的来说，虽然氢气生产和出口能否实现达到商业规模还有待进一步观察，但亚太地区已经有几个潜在的候选国家，能够为整个亚太地区的用户提供绿氢或蓝氢。

#### 四、挑战

尽管氢能前景光明，但把氢能广泛应用于清洁燃料进行开发仍然面临重大挑战。下文对一些挑战进行简要探讨，并提出为成功实现氢能经济的转型该如何应对此类挑战的看法。

- 与化石燃料相比，蓝氢和绿氢的生产成本更为昂贵。目前，绿氢的生产成本约2.5~6.8美元/千克，蓝氢生产成本为1.4~2.4美元/千克<sup>18</sup>。如果绿氢想比化石燃料更具有价格竞争力，则绿氢的生产成本可能需要降至2美元/千克<sup>19</sup>。降低绿氢生产成本的关键之是降低可再生能源发电成本以及电解设施价格。近年来，太阳能和风能的成本急剧下降<sup>20</sup>，并有预测认为将持续下降。就蓝氢而言，为提高成本竞争力，碳捕获和储存技术的成本也需要降低。为实现碳捕获和储存技术在关键商业范围内的使用<sup>21</sup>，目前已经有各种各样的碳捕获和储存项目正在开发中。
- 对于需要供电（而非自产电力）的项目，为满足下游需求管理电解槽通常需要稳定的购电安排。如果此类购电安排是与供电分销商达成的，“稳固”电力供应这一环节会进一步增加成本，而“部分稳固”则会增加复杂性，供电方会尽可能希望能够以更高的市场电力价格向电网输送电力。上述项目和市场环境可能会促使拥有强大电力投资实力（或能够获得电力投资实力）的投资者参与，而非那些没有垂直整合、寻求更稳定回报的基础设施投资者。
- 与此同时，政府对氢气的利用和使用也提供越来越多的支持。政府的支持以财政补贴和投资的形式体现，在使氢气的生产和使用更具经济性的同时，也会以碳税和碳排放交易计划的形式增加化石燃料的成本。亚洲各国（如中国、日本、韩国）也实施了各种形式的碳排放交易计划。2019年，新加坡成为东南亚第一个引入碳税的国家。在初期发展阶段，对于提高氢气相对于化石燃料而言的商业竞争力，政府对氢能技术和基础设施的政策和财政支持至关重要。同时，氢能补贴计划还应与其他环境激励计划相互配合协调，例如与碳定价或碳捕获和储存相关的计划，以确保高效和有针对性实现预期的政策结果。
- 氢气运输（特别是远距离运输）是氢能最终落地成本的重要组成部分。对于远距离运输，最可行的方式是将氢气液化或转化为氨，然后再通过专门运输船只进行运输。这两种方式在转化和运输过程中都涉及一定程度的能源消耗和氢气损失。例如，在氢气转化为氨过程中，需要消耗能源能量将氢和氮转化为氨；并且在到达运输目的地后，还需要通过化学处理将液氨转化回气态氨。因此，控制和降低氢气的运输成本将是推动清洁氢气远距离运输出口的关键。

<sup>18</sup> <https://www.rechargenews.com/transition/a-wake-up-call-on-green-hydrogen-the-amount-of-wind-and-solar-needed-is-immense/2-1-776481>

<sup>19</sup> <https://www.biofuelsdigest.com/bdigest/2020/12/09/the-green-hydrogen-catapult-aims-for-2-kg-h2-and-needs-110-billion-if-youve-any-to-spare/>

<sup>20</sup> 自2010年到2019年，太阳能光伏发电的成本下降了至少80%，陆上风能发电的成本下降了近40%。请见 [https://energypost.eu/5-charts-show-the-rapid-fall-in-costs-of-renewableenergy/#:~:text=Although%20all%20forms%20of%20renewable,Energy%20Agency%20\(IRENA\)%20says。](https://energypost.eu/5-charts-show-the-rapid-fall-in-costs-of-renewableenergy/#:~:text=Although%20all%20forms%20of%20renewable,Energy%20Agency%20(IRENA)%20says。)

<sup>21</sup> 例如，澳大利亚的碳网项目寻求整合各种二氧化碳捕获项目，并将二氧化碳注入维多利亚州吉普斯兰地区的地下储存地点。

- 氢气的广泛应用也需要对调度基础设施进行更多投资。虽然一些现有的天然气管道网络可以接受有限浓度的氢气，但如果要接受更高浓度氢气或纯氢气的注入，通常需要对现有管道基础设施进行改造。同样，就加注站基础设施而言，现有的基础设施还不足以起到推动和支持燃料电池汽车的大幅增加。燃料电池汽车的成本已经远高于装置普通内燃机的汽车成本，如果不建设氢气加注站，氢燃料电池汽车的需求可能不太会大幅增加。从商业角度而言，除非有需求，否则各方可能不会投资基础设施，但没有基础设施，需求又将无法实现。因此投资者需要从长远考虑，政府也应发挥作用，为上述基础设施投资提供财政支持和政策支持。
- 氢能经济的发展需要明确、全面监管框架。例如需要执行特定的运营、环境、安全和技术标准以确保氢的利用、运输和储存的标准一致。尤其是氢气的跨境运输仍处于初级阶段，与运输相关的法律规定的一致性和清晰性将促进氢能项目的增长和发展。有些国家已经初步出台了关于氢能使用和国内安全标准的法律（例如韩国国民议会于2020年1月通过了《氢经济促进和氢安全管理法》）。详细的规则与条例的制定，特别是有关氢能贸易和运输的跨境监管领域规则的制定仍需要进行大量的工作。
- 从长远来看，大规模真正发展氢气出口项目需要完整的氢能商业和运营价值链，涉及前述讨论的各项因素，这也要求价值链中的每一个环节（生产、储存、运输、进口和下游分销）协同推进或至少部分协同。出于氢能价值链的复杂性以及出于成本考虑，氢气的跨境出口也可能需要长期包销协议的支持，这也同时可以为项目开发提供资本和有保障的现金流。
- 氢能经济长期成功发展的基础离不开氢能营销、交易和运输市场的深度、流动性发展。适当的定价机制、测量和确定质量规格的惯例以及统一的氢气标注和追踪方法（例如“绿色”氢气或“蓝色”氢气的认证）等市场特征都很重要。对清洁能源生产的氢气进行灵活的、可信赖和可追溯的认证，将成为加速推动氢能在全球应用、减少碳排放取得成功的关键。当前已经有部分市场（例如欧洲和澳大利亚）提出了一些绿氢认证和原产地保障计划。不过这些计划还处于起步阶段，是否能够实现、以及如何能在关键规模上进行成功地开发、测试和适用，还有待进一步观察。
- 氢气发展路线在这方面可以参考液化天然气行业的发展路径。最初天然气行业相对局限于本地并且依赖于实体管道运输，通过源头液化、目的地再气化以及连接两地的远距离船载运输，天然气行业将其产品转变为全球化商品。天然气行业的发展依赖于资本极其密集的基础设施项目融资，以及数十亿美元长期买卖合同收入的支持。在定价方面，液化天然气行业的买卖合同发展出了某些定价指数，例如日本原油综合价格（Japanese Crude Cocktail，“JCC”）和最近的日韩基准价（Japan Korea Marker），并随着时间的推移逐渐成为一种流动性和灵活性更强的交易商品。事实上，氢气与液化天然气的联系一直存在，我们了解到有些液化天然气接收站在规划时就已经将氢气规模纳入考虑。

## 结语

氢能在能源脱碳方面具有潜在优势，但要进行大规模氢气商用仍有很长的路要走。尽管如此，鉴于氢气生产成本逐渐下降，以及政府和市场投资方对氢能项目的大力支持，氢气利用仍然具有光明的前景。

亚太地区作为世界上既拥有巨大清洁氢生产潜力、又拥有庞大潜在需求和消费能力的地区，亚太各国在向国际氢能经济转型方面具有广阔的前景。在早期阶段，政府大力支持和前瞻性商业投入对于促成广泛利用氢能的趋势至关重要。长远而言，要成为化石燃料的替代品，氢能技术、商业供应和生产链也需要具备商业上的可行性以及成本上的竞争力。

# 液化天然气（LNG） 系列之中长期购销协 议的定价以及价格回 顾机制

范多凌 俞黎芳

在亚太地区，液化天然气（Liquefied Natural Gas，“LNG”）占据突出的贸易地位，中国目前是亚洲 LNG 进口量最大的国家之一。受“碳达峰、碳中和”目标引导下的中国能源结构转型的大力推动，中国在“十四五”期间将维持 LNG 市场增速。大型国际油气公司在清洁能源转型的过程中也将扩大 LNG 投资规模作为其重要的转型步骤之一。因此，LNG 全球贸易将在能源发展中扮演日益重要的角色。本文将着重探讨在法律和商业维度的谈判过程中 LNG 中长期购销协议（“中长协”）的定价以及价格回顾（Price Review）机制。



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

目前，LNG 贸易主要以期货和现货方式进行，两种方式的 LNG 价格互相影响。2020 年底亚洲 LNG 现货价格持续攀升，带动 LNG 期货贸易中的中长协重回市场焦点<sup>1</sup>；而在此之前，2015 年至 2019 年期间，LNG 现货价格的持续走低，冲击了 LNG 中长协的定价机制<sup>2</sup>。如何在 LNG 中长协中设计良好的价格机制成为了 LNG 贸易与合作谈判的重要议题和争议焦点。

## 一、亚洲 LNG 中长协的定价机制

LNG 价格谈判通常涉及三个方面：定价机制、价格回顾机制及其争议解决。自 20 世纪 70 年代起，大部分亚洲 LNG 中长协价格与油价挂钩，定价机制以直线方程形式表现，挂钩的原油价格主要采用日本 JCC (Japan Crude Cocktail)。第一次油价挂钩合同由 1973 年印尼国家石油公司与日本买方财团签订。其合同定价机制为简单直线方程：

$$P_{LNG}=A \times P_{(原油)} + B$$

$P_{LNG}$ ：LNG 价格

$P_{(原油)}$ ：原油价格

A、B：常数，由双方谈判决定；A 为斜率挂靠常数，B 与通胀和运输成本挂钩

在油价较高的情况下，直线方程定价机制对买卖双方来说是个双赢机制：卖方可以避免受到低油价的影响，买方也可以获得稳定供应。但是，在面临油价暴跌或者大幅度浮动的情况下，卖方往往希望调整定价公式以提升 LNG 价格，而大多数买方为了实现 LNG 稳定供应的需求，避免卖方因价格降低而进行成本削减并进一步带来供应风险，往往也愿意调整 LNG 中长协价格，因此折中方案——S 曲线定价公式应运而生。

$$P_{LNG}=A \times P_{(原油)} + B + S$$

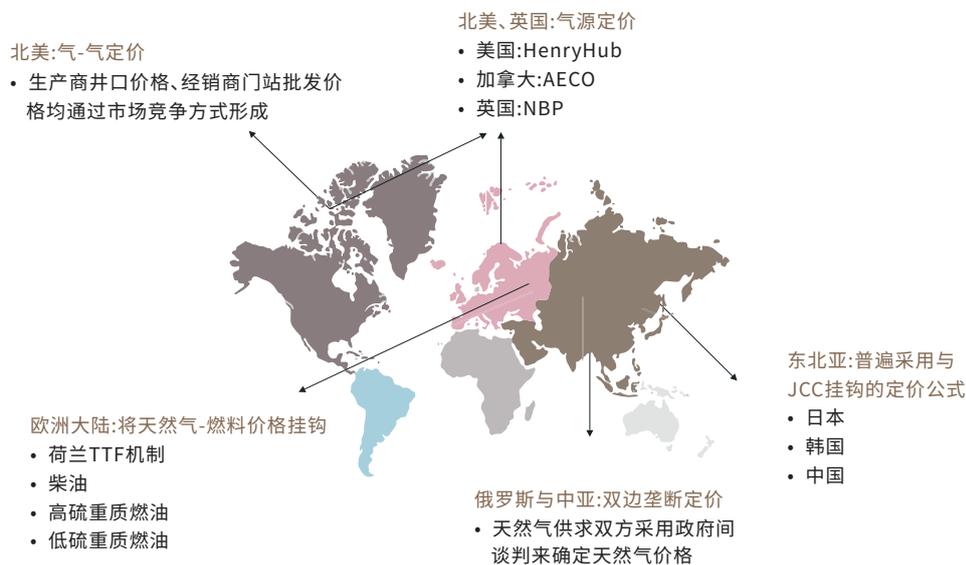
S 表示当油价过高或过低时的曲线部分。在合同中一般也规定了公式适用油价范围，如果油价超出此范围，则另行谈判调整，这种做法有效保护合同各方免受油价高幅震荡带来的影响<sup>3</sup>。即，买卖双方就油价波动所带来的 LNG 价格波动达成一致意见：LNG 定价机制可以通过协商调整。因此，在油价过高时，LNG 价格的 S 曲线往往会被恢复到直线方程形式。

<sup>1</sup> 中国能源网：《全球 LNG 市场将重回“长协”时代》，[http://www.cnenergynews.cn/zhiku/2020/12/30/detail\\_2020123087086.html](http://www.cnenergynews.cn/zhiku/2020/12/30/detail_2020123087086.html)。

<sup>2</sup> 中国能源网：《LNG 现货进口为什么那么难？》，<https://www.china5e.com/news/news-1066856-1.html>。

<sup>3</sup> 华贵，罗家喜。(2007). 国际 LNG 市场价格走势分析. 天然气工业, 27(1), 140-144.

全球 LNG 定价的传统机制图



来源：《中国 LNG 液化天然气行业分析报告 - 市场运营态势与未来趋势研究》，观研天下。

随着天然气市场的活跃度提升，LNG 中长协价格与单一油价挂钩的趋势逐渐被改变，买卖双方开始尝试更广泛的定价机制。比如 2019 年，壳牌与东京燃气签订了一份部分 LNG 价格与煤炭价格挂钩的混合定价长协，即其中部分 LNG 供应将使用基于煤炭指数的定价公式，其余部分将根据传统与油价挂钩的方式定价<sup>4</sup>。

## 二、LNG 中长协的价格回顾机制

传统 LNG 贸易一般以至少 20 年合同期为基础，并以短期、现货交易作为补充。但是，随着全球 LNG 整体交易量的不断增大，LNG 现货市场的流动性日渐增加，气田、管道、液化站的开发对于下游长协买家的依赖程度有一定降低。另外，为了给贸易灵活性添砖加瓦，越来越多的 LNG 卖方采取类似 LNG “资源池”的销售策略，通过设立独立的贸易公司统筹 LNG 全球购销，从而消化了部分长协量。从买方的角度，2010 年开始，一些国有大型发电集团、区域性能源企业、国有和民营的城市燃气企业成为国际 LNG 进口贸易参与者。部分能源公司减少了对新的 LNG 中长协的关注，转而增加了现货量需求。在 LNG 现货价格更具吸引力的情况下，新参与 LNG 贸易活动的买家对于 LNG 中长协价格的预期为价格谈判增加了博弈和不确定性。

基于上述行业和 LNG 中长协定价机制发展趋势，在合同执行过程中，当 LNG 价格与市场价格不匹配时，买卖双方往往会通过价格回顾机制调整 LNG 价格公式，以避免任何一方拒绝履行合同的的风险。尤其是亚洲 LNG 中长协的“照付不议”（Take-or-Pay）条款长时间互锁（interlocking）买卖双方，降低了流动性，增加了市场自由化难度，进一步推动价格回顾机制发展。<sup>5</sup>

<sup>4</sup>路透社：《Tokyo Gas, Shell sign LNG deal linked to coal pricing in rare move》，<https://www.reuters.com/article/us-lng-tokyo-gas-shell-idUSKCN1RH0UB>。

<sup>5</sup> Kim Talus, Price review arbitration in the Asian LNG markets— ‘The times they are a-changin’’, The Journal of World Energy Law & Business, Volume 14, Issue 2, April 2021, Pages 100–115, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwab009>

---

价格回顾机制允许 LNG 中长协买卖双方定期对价格进行回顾，并在某些情况下修订价格公式。在协议条款设计中，往往将该机制描述为 LNG 价格“回顾”、“审查”、“复议”、“修订”、“调整”或“重新开放”。一般而言，价格修订相关的条款没有固定的起草标准，典型的条款要素包括：

- (1) 可能引发修订的事件 / 情况；
- (2) 启动修订的程序；
- (3) 价格回顾具体机制；
- (4) 交易双方不能达成一致时的争议解决机制；
- (5) 适用频率。<sup>6</sup>

价格回顾机制通常分为两个阶段：触发阶段和调整解决。在触发阶段，寻求修订的当事方必须表明价格修订的先决条件已经满足；在调整阶段，买卖双方应讨论如何对 LNG 价格进行适当调整。<sup>7</sup> 本文列举两个价格回顾机制条款范例，如下：

“如果卖方或买方希望对本协议中规定的价格进行回顾，原因是基于情势变更，导致本协议价格与根据本协议类似条款销售至 [ 国家 ] 的其他 LNG 价格相比，本协议价格对卖方或买方存在重大不利影响，则……买卖双方应本着诚信原则进行会面和讨论，以回顾此价格。”<sup>8</sup>

“一方可在不早于 [ 日期 ] 向另一方发出重新协商本协议价格的通知（“价格回顾通知”）。在价格回顾通知发出后，双方应本着诚信原则会面并讨论该事项，以期就需要进行的价格调整（Price Adjustment）（如有）达成一致。如果双方就该等事项达成一致，双方应修改本协议价格，以反映双方达成一致的修改（如有）。该修改后的本协议价格应自回顾之日起适用，直至供应期（Supply Period）结束，任何一方均无权向另一方发出进一步的价格回顾通知。如果在价格回顾通知发出后六（6）个月内，双方未能就价格调整达成一致，任何一方均可向另一方发出通知终止本协议，该通知应在其送达的合同年度（Contract Year）结束时生效。”<sup>9</sup>

在全球 LNG 贸易视域下，亚太 LNG 中长协的价格回顾机制与其他地区存在差异，比如在欧洲的 LNG 合同中，价格回顾机制相关条款可能会指出特定市场的经济环境发生重大变化，而这在亚太 LNG 合同中很少出现。本文在下表中列举了欧洲和亚太在价格回顾机制方面的主要区别。

---

<sup>6</sup> S. Finizio, J.A. Trenor, and J. Tan, Trends in LNG Supply Contracts and Pricing Disputes in the Asia Pacific Region, *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, Vol. 18 - issue 3, May 2020, Pages 21

<sup>7</sup> S. Finizio, M. Bock, The Adjustment Phase in Gas Price Reviews Under Long-Term Gas Supply Contracts, J. Freeman and M. Levy, *Gas and LNG Price Arbitrations* (2nd ed., 2020), page 169

<sup>8</sup> Lord Justice Leggatt, 'Negotiation in Good Faith: Adapting to Changing Circumstances in Contracts and English Contract Law', Jill Poole Memorial Lecture (Aston University, 19 October 2018).

<sup>9</sup> Kim Talus, Price review arbitration in the Asian LNG markets— 'The times they are a-changin'', *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 14, Issue 2, April 2021, Pages 28, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwab009>

地区	欧洲	亚太
通用术语	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 频率 (frequency) , 即何时可提出请求、可提出多少请求;</li> <li>• 额外的非计划请求 (additional unscheduled requests) ;</li> <li>• 请求价格回顾的程序 (the process for requesting a price review) , 即如何启动价格回顾 (通常要求其价格回顾请求进行通知, 并要求当事双方针对该请求进行讨论协商) ;</li> <li>• 标准 (standards) , 即满足要求时必须建立什么 (标准) 来调整价格, 且如何进行价格调整;</li> <li>• 后果 (consequences) , 即如果双方无法就价格回顾达成协议 (通常包括启动仲裁的权利) , 则双方拥有哪些权利</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 频率 (frequency) , 通过规定一方只能每5年或10年提出一次价格回顾请求, 或在合同期内只能提出1-2次回顾请求 (尽管在近期的条款中, 越来越多地规定当事方有权更频繁地提出价格回顾请求) ;</li> <li>• 额外的非计划请求 (additional unscheduled requests) ;</li> <li>• 请求价格回顾的程序 (the process for requesting a price review) ;</li> <li>• 标准 (standards) , 与欧洲合同所规定的不同;</li> <li>• 后果 (consequences) , 有的合同约定了合同终止权, 有的明确约定了仲裁或专家评议等争议解决机制</li> </ul>
触发阶段的要求	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 情势变更;</li> <li>• 在限定的市场内发生的;</li> <li>• 是经济变化或者重大或实质性的变化;</li> <li>• 无法预料的;</li> <li>• 超出当事方的控制范围;</li> <li>• 未反映在现有合同价格中</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 无需设定变更情形;</li> <li>• 与基准价格的比较, 例如与当前LNG的市场价格或特定区域内新签订的LNG长协价格比较, 从而触发价格修订</li> </ul>

由于 LNG 中长协的核心在于 LNG 价格, 且定价公式以及 LNG 购销协议商业模式日趋多元化, 执行中一旦涉及价格调整或者存在调整的需要, 买卖双方很容易出现争议。Gas Natural 诉 Atlantic LNG 案<sup>10</sup>是将价格回顾机制相关条款引入仲裁领域的具有代表性的公开案例。

1995 年 7 月, Gas Natural 和 Atlantic LNG 签订了一份为期 20 年的 LNG 购销协议 (“协议”), 根据协议, Gas Natural 计划将 LNG 运输至其在西班牙或新英格兰的接收站。双方签订协议后, 由于西班牙天然气价格下降, 新英格兰市场的价格对 Gas Natural 更具吸引力。Gas Natural 签订了一份长期协议, 转售在新英格兰接收站的协议项下购买的所有 LNG。之后, Atlantic LNG 通知 Gas Natural, 其正在寻求修改协议价格, 但双方未能就新价格达成一致, 于是 Atlantic LNG 将争议提交仲裁, 并要求上调 LNG 价格, 以反映 LNG 在新英格兰市场的价值。仲裁庭认定, 该事件满足适用价格重新开放条款的必要先决条件。仲裁庭随后实施了两步 (two-part) 定价方案: 首先, 仲裁庭保

<sup>10</sup> Kim Talus, Price review arbitration in the Asian LNG markets— ‘The times they are a-changin’’, *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 14, Issue 2, April 2021, Pages 100–115, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwab009>.

---

留了原西班牙定价公式，但对基础价格部分进行了调整；其次，仲裁庭对协议项下超过特定比例的被运输至新英格兰接收站的 LNG 增加了“新英格兰市场调整”。基于此裁决，Atlantic LNG 将欠付 Gas Natural 超过 7,000 万美元。Atlantic LNG 对上述两步定价方案表示质疑并主张该定价方案扭曲了双方之间的原始交易，事实上是构成了对协议的修改，超出了仲裁庭的权限范围，并据此向法院提起诉讼。美国纽约南区地方法院认为，仲裁庭没有超出其权限范围，此外，法院特别指出，就仲裁庭实施两步定价方案而言，LNG 买卖协议并未“对允许的价格修订设置结构性限制”，仅要求仲裁庭对合同价格进行“公平合理的修订”。

上述案件引发了“如果可以避免，就不要提交仲裁”<sup>11</sup>等观点的诸多讨论。该案件表明，当买卖双方将 LNG 价格确定事宜委托给独立的第三方（无论是仲裁员还是其他专家）时，都要承受高度的风险和不确定性。LNG 价格及其公式是 LNG 购销协议中最具商业敏感性的部分，如果买卖双方未就修改后的价格达成一致，二者之间的基本商业平衡将被破坏。因此，任何独立确定 LNG 价格的机制都应寻求最能反映买卖双方观点的结果。这也提醒了交易各方对价格回顾机制相关条款要保持高度的关注。

当然，对于亚洲 LNG 合同的一些缔约方，特别是对国有公司来说，尽管避免仲裁往往是它们的首要考虑，但它们认为仲裁带来的威胁足以刺激缔约方通过谈判达成解决方案。作为仲裁的替代方案，专家评议（上述表格中提及）是亚洲 LNG 合同缔约方倾向于选择的另一种争议解决方式。<sup>12</sup>

## 结语

除了价格回顾机制，LNG 中长协中还有其他的调整机制，比如常见的调量机制包括照付不议与补提、下浮灵活性和回提、上浮灵活性和额外量、渐增期、不可抗力回调机制等<sup>13</sup>，这些机制均能通过灵活的方式维持合同执行和 LNG 供应稳定。当然，在商业和法律谈判的过程中，LNG 中长协买卖双方对于这些机制的选择需要经过严格的设计，方能实现理想的效果。近年来，国家发改委、国家能源局发布了《中央定价目录》《关于加快推动新型储能发展的指导意见》等文件，鼓励多元主体参与接收站在内的 LNG 领域。中国作为全球 LNG 进口大国，在低碳转型发展的要求下，必将争取在全球 LNG 贸易中拥有更大的话语权。而在这个机遇与挑战共存的时代里，从商业谈判和协议法律审核的角度来看，LNG 中长协的定价、价格回顾机制及其他的调整机制将会成为无法回避的研究命题。

感谢实习生李点和谢子璇对本文的贡献。

---

<sup>11</sup> Gas Natural v Atlantic LNG: a rare glimpse into price reopener clauses, *LNG Business Review*, JULY 2009, [https://www.google.com.hk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwig38D847ryAhVUIaYKHaYADM0QFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fcms.law%2Fen%2Fcontent%2Fdownload%2F80111%2F3016351%2Fversion%2F1%2Ffile%2FPages%2520from%2520LNGBR\\_200907.pdf&usg=AOvVaw23p2xxpbNgFJ3ssHf9SacH](https://www.google.com.hk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwig38D847ryAhVUIaYKHaYADM0QFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fcms.law%2Fen%2Fcontent%2Fdownload%2F80111%2F3016351%2Fversion%2F1%2Ffile%2FPages%2520from%2520LNGBR_200907.pdf&usg=AOvVaw23p2xxpbNgFJ3ssHf9SacH)

<sup>12</sup> Kim Talus, Price review arbitration in the Asian LNG markets— ‘The times they are a-changin’’, *The Journal of World Energy Law & Business*, Volume 14, Issue 2, April 2021, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwab009>.

<sup>13</sup> 孙晔、张嘉：《LNG 中长协机制的前世今生》，[https://www.sohu.com/a/219731311\\_100011668](https://www.sohu.com/a/219731311_100011668)。

---

# 国际油气交易系列之 油气权益出让协议的核心考量

范多凌 张静佳 陈岚

---

油气权益出让/受让 (Farm-out/Farm-in) 是上游油气交易中最常见的勘探和融资方式之一。油气权益出让协议 (Farm-out Agreements, 简称 FOA) 是油气资产权益持有人 (即出让方, Farmor) 向买方 (即受让方, Farmee) 出让其在赋权文件 (如特许权协议或产品分成合同) 中的部分权益的一种交易文件。

本文主要围绕 2019 年 AIPN 发布的 FOA 范本, 展开介绍油气权益出让的核心考量, 包括背景介绍、与其他上游资产交易文件的对比以及核心条款介绍等。

## 国际石油谈判者协会 (AIPN) :

国际石油谈判者协会 (AIPN) 是一家非营利性的专业会员协会, 其宗旨是支持世界各地的国际能源谈判参与者, 提高国际能源界的效率和专业性。为此, AIPN 从 1990 年起制定并推出系列合同范本。这些合同范本常常作为国际油气交易谈判的起点, 帮助参与者重点关注关键的商业和合同条款而非一般性的格式条款, 从而提高交易效率。

## 一、FOA 背景简介

FOA 适用于处于勘探期的资产, 且出让方往往仅出售其持有的部分目标资产 (如某些合同区块或某些地层) 的参与权益, 并保留其他部分区块或地层的参与权益。在油气权益出让协议项下, 对价通常是现金支付和履行区块作业义务的结合。

2019 年, AIPN 发布了更新版的油气权益出让协议。不同于 2004 年的历史版本, AIPN 修订委员此次使用英国法作为合同范本的管辖法律, 这是由于 AIPN 成员调查显示国际市场上 FOA 较为普遍适用英国法。FOA 范本中关于陈述、保证和损害赔偿等法律概念在界定双方之间的相关权利方面具有重要意义, 而英国法能提供更为全面的先例。同时, 2019 版 FOA 范本包括一些备选条款和表述, 便于交易方起草适用其他普通法的 FOA, 例如第 8.2.1 条关于美国联邦所得税的特别规定。



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

## 二、FOA 与其他油气资产交易文件

### (一) FOA 与 APA

区块作业义务作为对价的组成部分，使 FOA 显著区别一般的油气资产买卖协议（Assets Sale and Purchase Agreement），后者的购买对价完全基于现金。

在权益出让中，出让方通常根据相关赋权文件保留部分开采权益（working interest），希望继续分享油气项目的盈利潜力。因此，交易双方在权益出让交易完成后，仍通过《联合作业协议》（JOA）互相约束。<sup>1</sup>

而在一般的油气资产买卖中，卖方往往寻求收回当前投资，获得现金对价并实现项目退出。APA 通常用于进入开发与生产期的较为成熟的油气资产；如果卖方同时是作业者，也会一并转让作业者身份。

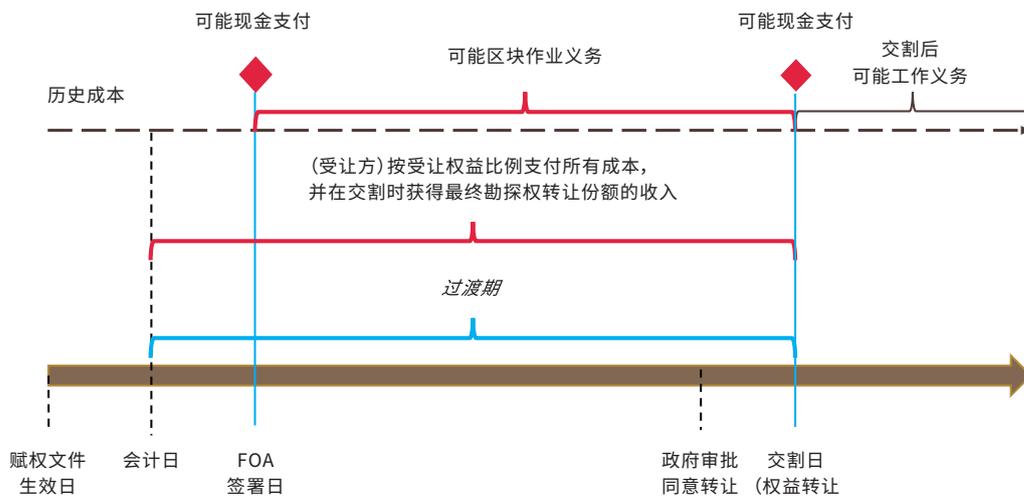
### (二) FOA 与 Earn-in

所有权延期转让协议（Earn-in Agreements）也是油气领域资产并购中一种特有的权益转让合同类型，主要针对买方采用分期付款的支付方式，或者买方在 FOA 下以区块作业承诺进行对价支付的情况。

在上述情形中，买方在交割日无法支付全部对价，如果卖方在交割日转让目标资产的所有权，则一旦买方在交割后无法全部支付购买对价，则还涉及目标资产所有权向卖方进行重新转回，则有可能二次触发相关审批、第三方同意等。

## 三、2019 版 FOA 核心条款：转让、估值、对价、终止或再转让

油气权益出让与受让的博弈围绕着买卖双方的不同目标，即卖方希望尽快获得对价，而买方希望尽快取得赋权文件项下的权益。下图是油气权益出让交易的简易时间轴。



<sup>1</sup> 具体请参考文章《联合作业协议中作业者和非作业者的立场与平衡》，<https://mp.weixin.qq.com/s/LhfaQBmuOLMDIuk4JkiXOQ>。

## （一）转让

由于油气资产的特殊性，买卖双方在转让时点上通常没有多少商议的空间，基本取决于当地法律或赋权文件的规定，通常必须经由资源国政府或其某个主管部门事先批准油气权益出让。因此，资源国政府的审批是决定转让时点的关键因素。

若未能在权益转让之前获得该等批准，则会使得转让无效，甚至导致赋权文件被终止。交易双方应谨慎核查相关的审批要求，并作为 FOA 中的先决条件。在一些特定的司法辖区，若政府超过一定时限仍未出具审批意见，可能被视为批准或驳回权益转让，因此需要特别关注 FOA 中关于 Approval 的定义。

此外，2019 版 FOA 范本中加入了并购交易中常见的“终止日（Long Stop Date）”概念，即所有先决条件必须在该日期前得到满足或豁免，该日期后如果任何先决条件没有得到满足或豁免，任何一方都有权终止协议。

## （二）估值

对比 2004 年历史版本，2019 版 FOA 范本将“生效日（Effective Date）”改为“会计日（Accounting Date）”，该日期由交易双方商定，通常是受让方完成尽职调查的日期或财务会计期间的截止日，在协议签署日之前。从会计日起，受让方将承担出让权益相关的收益（Benefits）和成本（Costs）、所有义务和债务。

根据合同范本，受让方通常需要支付自会计日产生的所有成本中与出让权益相关的份额，并且在交割时获得自会计日产生的收益，因此受让方同意向出让方支付或补偿过渡期出让权益的筹款通知份额。交易双方应当商定支付时点，即受让方是否在筹款通知之时支付或在交割日一次性支付，常见的做法是在签署日提前支付部分款项，并在交割日一次性付清。

除会计日起产生的成本外，交易双方还可以约定由受让方支付会计日之前产生的部分历史成本，通常一次性付清商定数额。2019 版 FOA 范本提供了关于审计权和会计日后调整的备选条款。其中，对联合账户进行审计的相关内容基于《联合作业协议》（JOA）中的审计条款而拟定，因此起草相关条款时应当与 JOA 的规定保持一致。若 JOA 尚未正式签署，则交易双方须谨慎考虑审计条款的内容。

## （三）对价

根据 2019 版 FOA 范本，第三部分“对价（Consideration）”包含多种选项，在实践中交易双方自由组合，而其中主要的两个可选项是现金支付（第 3.1.1 条）和工作义务（第 3.1.2 条）。对于现金支付选项，范本规定了以下内容（包括相关选项）：

### 选项一：补偿历史成本

受让方在签署日或在权益转让时支付约定的金额，作为历史成本的补偿，该等金额为固定数额或受让方有权进行审计并调整数额。从会计日起，受让方将承担可归于出让权益的收益和成本。历史成本的支付能够使受让方与出让方在出让权益方面实现财务平价。（第 3.1.1(a) 条）

## 选项二：保留利息现金催缴

受让方向作业者或出让方支付现金催缴的金额（在现金催缴发出时或在交割时一次性支付），该金额以商定的数额为上限。（第 3.1.1(b) 条）

## 选项三：溢价支付

受让方在签署日或交割时按约定金额（不归因于历史成本、项目作业等）向出让方支付溢价以收购出让权益。（第 3.1.1(c) 条）

## （四）终止 / 再转让

根据 2019 版 FOA 范本，协议只能在交割之前终止（第 11.1.5 条）。如果交割截至终止日尚未完成或收到资源国政府关于不批准转让赋权文件的最终、不可上诉的书面通知，则允许交易双方在交割之前通过书面协议、或由（守约方）通知终止协议。

由于资源国政府审批的不确定性，交易双方应仔细考虑政府批准转让赋权文件的预期时间和该等批准的法律效力。若赋权文件的转让在交割前得到批准，且该等批准实际上已导致了赋权文件的转让，那么交易双方应在 FOA 范本的基础上修改第 11 条，双方均无权行使终止权利，且再转让条款应当在资源国政府批准赋权文件的转让时（而非交割时）适用。

再转让（Reassignment）条款的拟定亦需非常谨慎。该条款须同时在资源国的法律制度下和 FOA 管辖法下具有可执行性。为此，交易双方必须考虑到可能涉及的法律问题，包括再转让的公平性、托管安排的可执行性、政府审批的条件和时间，以及由此产生的额外费用和潜在责任。

## 四、FOA 的背后逻辑

油气权益持有人在项目获取阶段投入了大量资金、技术和其他资源，为何在项目勘探阶段就将权益出让呢？其背后的逻辑基本可归为五类：

### （一）风险分担

尽管勘探开发技术在不断发展，但发现商业规模的油气资源对于权益持有人而言仍有着极高的投资风险和难度，尤其是深水项目。

### （二）财务能力

持有油气权益同时意味着投入大量的资金以开展区块勘探作业义务，这对于规模较小的公司而言是极高的财务成本，因此这些公司倾向于引进一家财务状况较好的公司来承担全部或部分成本。

### （三）地质和资源评价

在勘探阶段，对地质和资源展开的专业评价可能存在差异。不同专业机构对于所采集数据的结论也不尽相同。因此，即使油气项目在经过资源评价后被认为具备商业开发价值，权益持有人仍有可能希望将技术评价的不确定性通过权益转让的形式进行分担。

### （四）技术、管理和市场营销

有些权益持有人可能并不担忧潜在的投资风险，但是油气项目的规划、开发和商业化还需要较为成熟的技术、管理和市场营销技能。原油与天然气在营销策略和技术方面也有所差异。因此，权益持有人可能需要一家具备以上技能的企业共同实现商业化开发。

### （五）本地化成分要求

部分资源国将本地化成分与油气投资政策（如税收和财政激励）相挂钩，同时本地企业的参与能够在一定程度上提供当地商业运营的支持。因此，持有油气权益的企业会基于这些因素将部分权益出让给本地企业。

## 五、起草前的综合考量

在正式起草 FOA 前，出让人有必要结合资源国当地法律以及赋权文件等进行综合考量，例如：

#### 现有保密数据的获取

若出让人并非项目保密数据的唯一所有人，则通常需要全体数据所有人的明示同意方能披露这类数据，即使其并未参与权益出让交易。在实践中，这类企业可能以其同意权换取从权益出让交易中分一杯羹的权利。

#### 确保区块作业义务的履行

须结合已签署并生效的《联合作业协议》（JOA）制定受让人履行区块作业义务的具体规定；因此，签订或修改 JOA 常作为 FOA 的交割条件之一。

#### 第三方优先权等

特别关注赋权文件和其他项目文件中资源国政府或第三方的优先权（例如优先购买权、共同利益区 (AMI) 条款）等可能影响权益出让进程的条款。

此外，在进入谈判阶段之前，出让方必须：

- 内部尽职调查：为受让方的尽职调查问询做好准备；

- 
- 了解交易的税务影响：提前了解各种权益出让结构对税务方面的影响，尤其是税收成本超过权益出让的收益的情况，以便在谈判中尽可能减轻税务相关的不利后果；
  - 施加于受让方的责任与限制：明确其必须施加于受让方的责任和限制性条件，如权益金。

## 结语

油气权益出让协议涉及历史成本评估、政府审批、受让方违约导致的重新转让等复杂问题，条款的覆盖内容和时间的跨度大，极其考验双方谈判队伍的综合水平和创造力。尽管 AIPN、AMPLA 等行业协会提供了较为完整的合同范本，但这些仅是交易双方起草和谈判交易协议的开始，双方需要根据项目的商业安排和适用法律制定交易文件，并由专业团队进行审阅。

感谢实习生谢子璇对本文作出的贡献。

# 国际油气交易系列之 弃置合同及典型实践

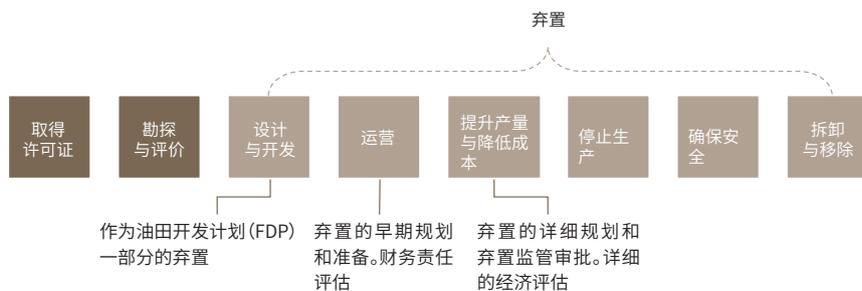
范多凌 张静佳 李瑞翰

海上油气项目的全过程开始于勘探许可的获取，结束于弃置义务的完全履行。弃置构成油气项目开发的重要一环。当前，随着各资源国环保法律体系的不断完善，以及越来越多的早期项目步入成熟期，作业者面临的弃置义务也日益严苛。本文将对弃置义务、重点合同条款以及不同国家和行业范本的规制进行介绍，并就作业者如何应对弃置义务的相关风险提供初步建议。

## 一、弃置的阶段与类型

通常而言，弃置 (decommissioning) 是当海上油气设施无法满足生产作业目的时，作业者在获得监管部门的批准后，实施拆除、处置或重新使用海上油气设施的过程，主要涉及废弃物的管理，目的是将海洋和海底恢复到作业前的状态。设施的性质、位置、监管要求以及作业者的偏好都影响着具体的弃置方式。

从下图可见，弃置并非局限于拆卸与移除的最后阶段，而是几乎贯穿于油气项目的全周期。生产平台的弃置工作依次包括：设计、安装和运营、后期运营、停产、与储油层隔离（堵塞和废弃）、清理上层结构和管道、隔离管道、拆卸和移除上层结构、导管架和海底设备 / 管道、移除和处理 / 回收、监测等。



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

弃置可以简要分为原地弃置、异地弃置和改作他用：

- 原地弃置 (abandonment in situ)：废弃设施按要求处置后原地留置，或部分设施于原安装地翻倒处置。
- 异地弃置 (abandonment not in situ)：废弃设施按要求处置后，部分或全部拆除设施拖/运离原地进行海上处置。
- 改作他用 (serving a subsequent new use)：废弃设施经改造后作为其他用途继续使用。

## 二、弃置合同的特别条款

### (一) 商业安排

弃置合同 (decommissioning contract) 通常指业主 (或作业者) 与主承包商订立的、移除海上油气设施并运输其至陆上的合同。弃置的大部分费用依此合同支付。

与油田开发中广泛采用的 EPIC (Engineering, Procurement, Installation and Commissioning, 即施工、采购、安装和调试) 承包模式类似, 多数石油公司倾向于与主承包商签订 EPRD (Engineering, Preparation, Removal and Demolition, 即施工、准备、拆卸和移除) 合同。主承包商可以在必要情况下将不同工作内容分包给专业领域的承包商。

从作业者的角度, EPRD 模式的优点在于无须参与不同分包商的管理。但从主承包商的角度, 这种模式意味着其需要对分包商的行为负责, 伴随着不可控的风险。为此, 主承包商可能通过与分包商签订“背靠背”的条款以保护自身的商业利益。对于部分工作事项 (如陆上拆解和处置), 主承包商通常会避免承担相关责任, 因而作业者不得不直接与专业承包商签订合同。

### (二) 不可抗力

考虑到第三方的潜在干扰 (如环境抗议), 承包商可能会将一般的不可抗力事件的范围扩展至抗议者通过实际行动、公开抗议、法律申请或诉讼等形式阻碍弃置工作的进行。

同时, 弃置合同可能约定业主在不可抗力事件发生期间向承包商支付待命费 (standby rate)。如果不可抗力事件持续时间超过约定期限, 任何一方均有权终止合同。与工程建设合同类似, 弃置合同的当事方在不可抗力事件发生后有通知义务。

### (三) 违约金

违约金的设置通常基于对作业者因延误而遭受的损失的预估。然而, 如果弃置工作被推迟了数年, 从实务上不太可能要求每逾期一天就支付大量的款项。与所有工程逾期的违约金条款一样, 弃置合同应明确规定因逾期产生的违约金上限, 并确认违约金是逾期情况下作业者的唯一经济救济手段。

#### （四）定价方式

多数作业者希望以总包价控制成本（而非基于时间和材料），这种方式将价格风险转移给了承包商。因此，为评估和管理该风险，承包商可能会在投标前对项目进行一定程度的尽职调查以明确工作范围。

#### （五）权属取得

在弃置合同中，设施的所有权通常对应责任承担，因而作业者希望尽早转移给第三方。多数情况下，海上弃置工作的承包商倾向于不取得设施的所有权，而陆上回收 / 处置承包商可能直接从油气公司取得所有权。

#### （六）责任划分

弃置合同中，各方通常会明确风险分配的机制，常见的做法是对人员的安全事故和财产的损坏提供对等的无限赔偿。在事故发生后，各方不必为分配责任而进行详细的事实调查，也不必产生诉讼的成本。设施物理性损坏的风险也是责任条款的考量范围。如果设施有剩余价值，则承包商可寻求为其设定风险敞口的上限，并在对应的赔偿条款加以规定。

关于弃置的环境风险，油井导致的污染通常由作业者负责，而来自承包商船只的污染通常由承包商负责。但是，由哪一方承担来自生产平台上部组块（topside）的污染的风险并不明确。关于此类事项的责任划分取决于各方谈判。目前可行的方案之一是由作业者承担高于特定金额的部分，而承包商承担主要责任，但无需为污染事件负全责。

#### （七）终止条款

如果作业者单方决定终止弃置合同，承包商通常有权就所有已完成工作、已购材料和已使用的船只和设备费用获得补偿。但是，如果作业者在合同履行早期阶段选择终止（例如在承包商调动船只之前），承包商可能无法获得全额补偿。单方面终止合同的违约金通常由谈判决定。

### 三、弃置在不同国家的实践：以中国和英国为例

我国现有法律法规对弃置制度进行了一系列规定，立法也在不断完善更新。英国弃置制度的严格程度领先全球，特别体现在弃置方案、作业、担保等方面。下文介绍了我国弃置相关的法律框架，并以英国为参考简要对比了国际上较为严格的弃置制度。

#### （一）中国

##### 1. 弃置法律监管制度概览

下表列明了我国关于弃置的现行有效的法律法规。

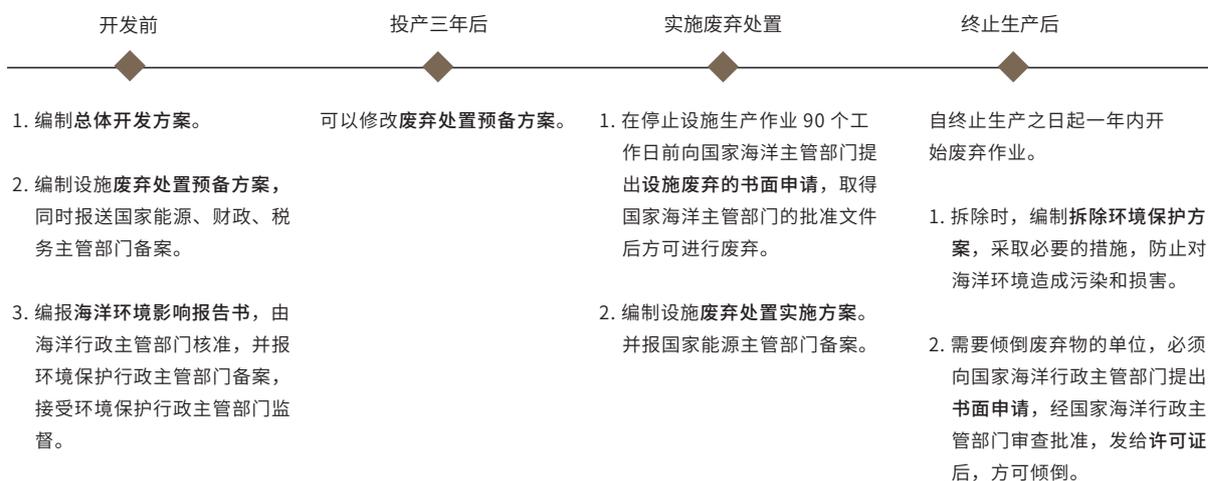
## 中国弃置法律法规

法律	《民法典》（2021）
	《环境保护法》（2015）
	《海洋环境保护法》（2017）
	《水污染防治法》（2018）
	《固体废物污染环境防治法》（2020）
行政法规	《防治海洋工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》（2018）
	《海洋倾废管理条例》（2017）
	《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》（1983）
部门规章	《海上油气生产设施废弃处置管理暂行规定》（2010）
	《海洋石油勘探开发环境保护管理条例实施办法》（2016）
	《关于进一步加强石油天然气行业环境影响评价管理的通知》（2019）
	《海洋石油平台弃置管理暂行办法》（2002）
	《国家税务总局关于发布〈海上油气生产设施弃置费企业所得税管理办法〉的公告》（2011）

## 2. 弃置工作时间表

作业者应当在停止设施生产作业 90 个工作日前向国家海洋主管部门提出设施弃置的书面申请，取得批准文件后方可进行弃置。废弃处置作业前，作业者应当编制设施废弃处置实施方案，并报国家能源主管部门备案。

下表为适用于中国海上油气田弃置工作的参考时间线。



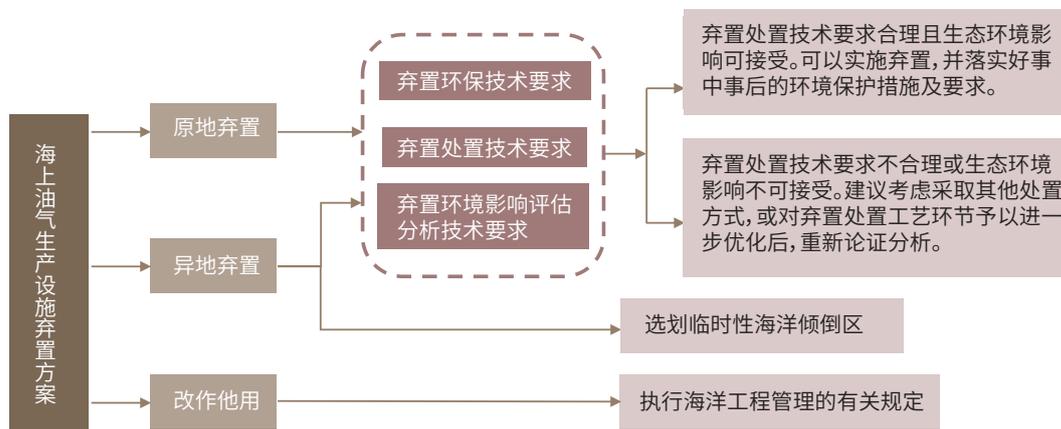
### 3. 弃置费规定

弃置费是指海上油气田各投资方为承担油气生产设施废弃处置的责任和义务所发生的，用于油井及相关设施的废弃、拆移、填埋、清理和恢复生态环境及其前期准备等所发生的专项支出。

海上油气田投资者应按投资比例承担设施废弃处置的责任和义务，计提弃置费作为环境保护、生态恢复专项资金。海上油气田弃置费应采用产量法或年限平均法分月计提，计提方式确定后不得变更。中外合作油气田投资者所承担的废弃费应当记入联合账簿，可以在石油合同中回收。

### 4. 最新立法动态

2021 年 11 月 30 日发布的《海上油气生产设施弃置环保技术要求（征求意见稿）》是目前我国在弃置领域的最新立法动态，主要章节有：术语定义、总体要求、弃置处置技术要求、弃置生态环境影响评估技术要点、环境保护措施与监测计划等。下图是基于最新规定形成的弃置管理程序示意图。



海上油气生产设施弃置管理程序框图

## (二) 英国

英国海上油气设施的弃置主要受国际公约、欧盟以及英国国内立法三个层面的规制，并拥有职责分明的油气监管机构，如英国石油和天然气管理局（the Oil and Gas Authority）、英国商务能源与产业战略部（Department for Business, Energy and Industrial Strategy）、英国海上石油监管机构（Offshore Petroleum Regulator for Environment and Decommissioning）。

### 1. 法律监管框架介绍

#### (1) 国际公约

国际公约		
1	1982年《联合国海洋法公约》	签署国需要确保拆除（而不是倾倒）其专属经济区内的废弃的或未使用的海上设施，并控制海洋污染。
2	1989年《拆除大陆架和专属经济区近海设施和结构的准则和标准（海事组织第A.672（16）号决议）》	签署国负有拆除或部分拆除其大陆架上或专属经济区内遗弃或废弃的海上设施的义务。
3	1972年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》及1996年《伦敦议定书》	《伦敦公约》旨在控制所有的海洋污染源，按照危害程度分别施加禁止倾倒、特别许可、一般许可的要求。 1996年《伦敦议定书》与《伦敦公约》的目标类似，但约定的相关限制更加严格。
4	1992年《保护东北大西洋海洋环境公约》	“海上倾倒”不包括将废弃的海上设施或海上管道的全部或部分留在原地的行为。 《关于废弃海上设施处置的第98/3号决定》则阐明了禁止在海域内倾倒以及全部或部分保留废弃的海上设施。 需要注意的是，这一决定未涵盖管道。目前没有关于弃置管道的国际准则。

## (2) 欧盟立法

欧盟立法		
1	2008 年《废物框架指令》	<ul style="list-style-type: none"><li>• 欧盟没有海上设施弃置的具体框架，该指令反映了前述公约的一般原则，并适用于被带到陆地上处置的废物。根据判例，该指令适用于近海。</li></ul>
2	《欧盟废物运输条例 1013/2006》	<ul style="list-style-type: none"><li>• 适用于任何废物的跨境运输。</li></ul>

## (3) 英国国内立法

英国国内立法		
1	1998 年《石油法案》	<ul style="list-style-type: none"><li>• 对英国大陆架上的近海石油和天然气设施及管道的弃置进行了规定。</li><li>• 国务大臣有权发出通知，要求特定主体为特定海上油气设施和海底管道提交一份计算成本的弃置方案，且提交方案的各主体负有连带责任，确保方案得到执行。</li></ul>
2	实施《东北大西洋公约》和《伦敦公约》的一般许可制度	<ul style="list-style-type: none"><li>• 1985年《食品和环境保护法》第II部分规定了一般许可制度，规范将某些沉积物放入海中以履行英国在《东北大西洋公约》和《伦敦公约》下的相关义务。</li><li>• 该法并未专门针对海上设施，但适用于海洋结构。</li></ul>
3	弃井指南（2018）	<ul style="list-style-type: none"><li>• 相关弃井要求。</li></ul>

## 四、弃置在联合作业协议中的体现与衔接

联合作业协议（joint operating agreement, JOA）一般未详细规定弃置事项。不少资源国的油气法律体系由矿产法或许可制度构成，关于弃置的基础法律框架不甚完善，因此缺乏可供 JOA 参考的制度性规定。

相较于其他行业标准模板，英国石油天然气协会（OGUK）的 JOA 范本率先将弃置视为油井作业的一个特殊阶段。国际石油谈判者协会（AIPN）在 2012 年版的 JOA 范本中顺应了这一趋势。其他 JOA 范本也有所发展，但弃置相关内容仍较少。

## （一）一般性原则

油气资产所在的司法辖区决定了 JOA 的基本内容（包括其准据法），因为弃置活动必须符合相关国内法和国际法标准。同时，JOA 应当明确各方是否需要在签署当日或之后为弃置义务的履行提供专门担保。

JOA 中的弃置条款通常应体现资源国关于弃置的法律法规。由于相关法律规定可能使各方在特定情形下承担惩罚性责任，各方更倾向于在其 JOA 中就弃置义务达成更加明确具体的条款。例如，英国 1998 年修订的《石油法案》的弃置规定被认为较为严苛，因为广泛的利益相关方都可以被政府要求承担全部资产弃置成本。

## （二）JOA 范本关于弃置的规定

上文提到，OGUK 的 JOA 范本在弃置方面的规定领先于其他行业范本，规定作业者必须在向政府提供弃置方案前至少一年将该方案提交给作业委员会。

而 2012 年版的 AIPN JOA 规定，作业者在提交开发计划草案时，应一并提交预计的弃置工作计划和预算（WP&B）以及合理必要的支持性证明材料。开发计划草案必须在作业者预计其将为弃置成本进行筹款的前一年进行修订。

## （三）关于弃置担保的规定

如前所述，各方为确保能够按比例承担高昂的弃置成本，除签订弃置担保协议（Decommissioning Security Agreement）外，可以在 JOA 中约定在一定期限内提供弃置担保。例如，约定一方转让其在 JOA 项下的权益的前提条件是，受让方承担转让方的相关弃置义务。在股权转让协议、勘探权出让协议或其他相关权益转让文件中，转让方和受让方也会有类似安排。

弃置担保通常采取母公司担保、银行信用证、或向特定账户或信托基金汇入资金等形式。理论上，JOA 可以约定各方在缔约时就弃置成本的预估达成一致，并为承担各自的比例提供必要担保。但这在实践中很难实现，因为各方在缔约时通常无法确定弃置相关资产和设施的最佳技术方案，从而影响其成本预估。

## 五、弃置风险及措施

除了考虑弃置相关立法和监管制度外，至少应考虑以下五个关键因素以确定最合适的弃置方案并避免相关的法律风险，分别是对环境的潜在影响、对人类健康和安全的潜在影响、弃置方案的技术可行性、经济影响以及公众关注。具体弃置风险及可采取措施如下：

### （一）弃置监管风险与措施

项目退出前，充分了解资源国法律要求，必要时按照项目合同中弃置的程序性和标准规定提前与政府沟通，在弃置实施前获取相关政府批准。

## （二）弃置方案审批风险及措施

- 在前期弃置方案的准备过程中，严格遵守资源国政府监管部门要求，从技术和法律角度与利益相关方进行充分协商，避免影响后续审批流程；
- 在预计停产之前2-3年或者更长时间，作业者和监管部门之间应该就弃置方案的形式、时间等进行初步讨论；
- 作业者应收集相关数据以提前准备文件，共包含三部分：监管部门的咨询计划草案、作业者公开发布的公众咨询、向可能受弃置方案影响的各方进行的法定咨询；以及
- 作业者与监管部门就最终版本达成一致后，提交弃置方案。

## （三）弃置方案延期或分期审批风险及措施

如果作业者作出延期或分阶段处理的决定，需立即向监管部门告知并提供相关弃置方案的详细说明，在获得监管部门的审批之后才可以实施。

## （四）弃置担保风险及措施

在分配弃置责任时，应及时与利益相关方签订弃置担保协议，对相关方之间的弃置责任进行明确规定。同时妥善处理弃置担保的更新或解除，避免担保的相关方（如母公司）受到责任追溯。

## （五）弃置作业风险及措施

建议与主承包商签署 EPRD 模式的弃置合同。主承包商可进一步转包给专业的分承包商完成如陆上拆解、废物处理等方面的相关工作。同时，跟进弃置工作可能产生的潜在风险以及责任分摊，包括生产装置拆除时产生的损失以及剩余价值（如有）、拆解作业可能造成的环境影响和责任（如石油泄露）及对于第三方的责任等，及时作出法律保障层面的响应。

## （六）弃置费用税收返还风险及措施

为保障利益，油气田一经停产，应及时与资源国政府沟通弃置费用相关的税收返还事宜。

## （七）拟弃置设施的重新利用风险及措施

部分资源国政府和油气行业目前在考虑重新利用油气基础设施进行碳捕获、使用和封存的可行性，例如英国。一旦政策落地，资源国政府将有可能减轻基础设施的原始所有者的全部或部分弃置责任，从而促使油气项目参与者转向碳捕获、使用和封存项目。

---

## 结语

尽管石油增产恢复等各项科学技术在不断取得突破，仍有越来越多的油气田正在进入生产周期的尾声。同时，资源国在持续完善弃置监管方面的法律制度，以更好地处理成熟期的油气资产并应对来自非政府组织的压力。在当前形势下，油气公司面临着与弃置义务相关的技术、财务、法律及社会方面的挑战。希望本文能够为油气项目参与者提供初步参考，特别提示作为项目作业者的油气公司应提前进行筹划，并与资源国监管部门保持沟通，及时跟进弃置要求的更新。

*感谢实习生纪昊然对本文作出的贡献。*

---

# 国际视角下的商业发射法律问题探析

田文静 徐越 周思吉

---

近年来，在 SpaceX 星链计划（Starlink）的带动下，全球掀起了低轨星座计划的建设高潮。根据全球主要低轨卫星互联网企业的发展计划，美国 SpaceX 公司计划发射 12000 颗卫星，波音公司计划发射 2956 颗卫星；英国 OneWeb 公司计划发射 1980 颗卫星；加拿大 Telesat 公司计划发射超过 1600 颗卫星；韩国三星公司计划发射 4600 颗卫星；俄罗斯 Yaliny 公司计划发射 135 颗卫星；有限的卫星频率和轨道资源几乎面临无限的增长需求。

随着 2020 年 4 月国家发改委正式将卫星互联网与 5G、物联网、工业互联网等其他通信网络基础设施共同列入“新基建”范畴，卫星互联网建设已经上升为国家战略性新兴产业，成为我国天地一体化信息系统建设的重要组成部分。相应地，如何发挥航天商业化的“鲶鱼效应”变得十分重要。但面对漫长的审批流程和动辄成百上千页的法律和合同文件，大多数企业对于涉足这一新兴产业仍持“临渊羡鱼”的观望态度。为此，本文将简要介绍航天传统强国美国、俄罗斯在发射许可方面的相关国际实践，并结合过往经验对卫星互联网产业链中最重要的一环——商业发射的合同框架和关键机制予以简要介绍，以期为参与卫星互联网建设的企业提供有益参考。

## 一、背景概述

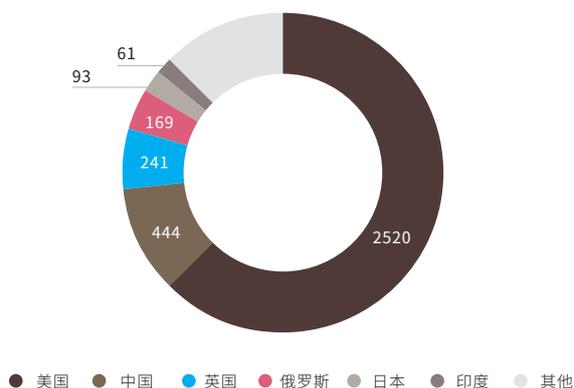
毋庸置疑，放眼全世界商业卫星制造和发射服务市场，美国、俄罗斯和中国无论是在技术水平还是市场占有率上均处于相对领先地位。但我国卫星互联网行业还处在亟需快速发展的阶段，无论是在火箭可回收、一箭多星等技术层面，还是在商业化程度上，我国距离美国仍有不小差距。从正在运营的卫星数量来看，截至 2021 年 4 月 30 日，美国在轨卫星数量已达到 2520 颗，占据全球半壁江山；我国虽居次位，但仅运营 444 颗卫星。各国在轨卫星数量如下图所示：



田文静

tianwenjing@cn.kwm.com

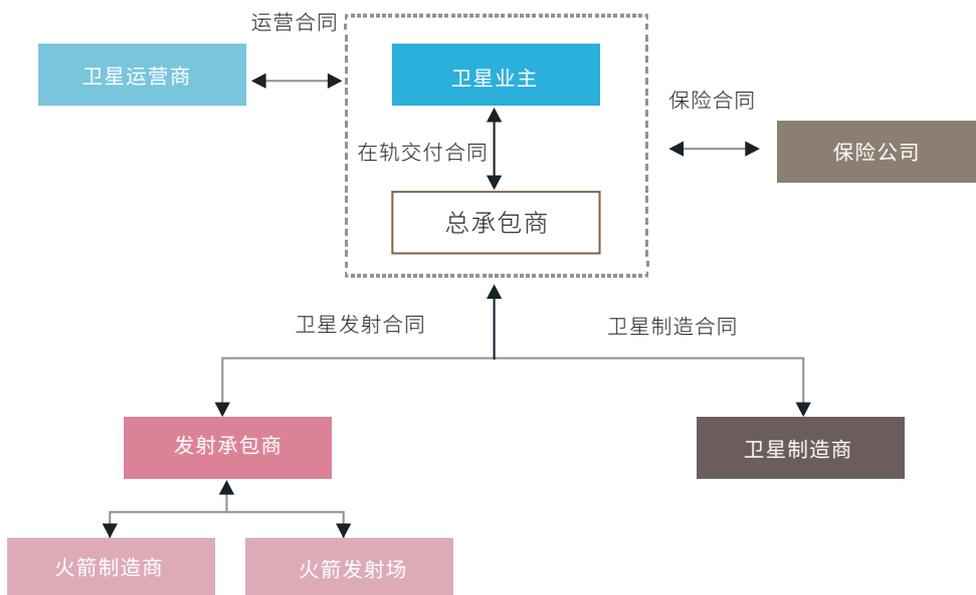
各国在轨卫星数量



Source:UCS

注：数据包括各国与其他国家共同运营的卫星

卫星互联网产业链包括卫星制造、卫星发射、地面设备制造和卫星运营及服务等环节，其中以卫星制造和发射尤为关键。如下述商业卫星发射主要交易框架图所示，在实践中，既存在卫星业主将卫星的制造和发射发包给不同专业承包商的模式，也存在由总承包商在轨交付卫星的“交钥匙（turnkey）”服务模式。并且，由于各国的技术和资源禀赋不同，商业卫星发射的国际化特点十分突出，下图中的卫星业主、卫星制造商、发射承包商、火箭发射场乃至卫星运营商甚至可能均位于不同国家，使得卫星发射的法律监管和交易实践也就变得更加复杂。



## 二、美、俄、中商业卫星发射许可制度简要比较

商业卫星发射是卫星互联网产业链中的关键环节。如何给卫星互联网星座计划下成百上千乃至上万颗卫星找到便捷的“太空班车”，是商业卫星发射产业快速发展迫切需要解决的现实问题。然而，由于商业卫星发射涉及到外层空间的利用以及对第三国的潜在影响，故受到《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》（下称“《外空条约》”）、《外空物体所造成损害之国际责任公约》（下称“《责任公约》”）以及《关于登记射入外层空间物体的公约》（下称“《登记公约》”）等多项国际条约的规范。

根据前述条约，发射国政府对卫星及发射工具在地球表面及对飞行中的航空机所造成的损害，承担绝对赔偿责任。同时，国际条约对“发射国”范围的认定采用十分宽泛的标准，既包括发射或促使发射外空物体之国家，也包括外空物体自其领土或设施发射之国家。因此，如果卫星发射项目具有跨境属性，则发射国可能远不止一个，而这些发射国均需要承担绝对的连带赔偿责任，与其是否是卫星的登记国无关。也正是因为如此，各国在逐渐开放商业卫星发射的同时，也在空间物体登记、卫星无线电频率使用许可、火箭和卫星制造资质、航天活动许可、进出口管制等方面制定了严格的规则，从而满足其国际法义务以及必要的技术、安全、环保、保密等要求。受限篇幅，以下主要以美、俄、中三国为例，对各国规定的差异性较为突出的卫星发射许可制度进行简要介绍。

### （一）美国的发射许可制度

美国的发射许可制度规定于《商业太空发射法》（Commercial Space Launch Act）、《商业空间运输条例》（Commercial Space Transportation Regulations）等法规中。根据2021年3月21日生效的《简化发射和回收许可要求》（Streamlined Launch and Reentry License Requirements）对《商业空间运输条例》的最新修订，发射承包商从事商业卫星发射或回收需取得FAA颁发的火箭运营许可（Vehicle Operator License）方可从事同一或同类火箭的一次或多次发射或回收活动。

火箭运营许可的颁发需经过严格的评审程序。在正式提出申请前，发射承包商必须与FAA进行申请前咨询，FAA将结合项目的具体情况就合规和申请材料的准备提出建议。完成申请前咨询后，发射承包商将进入正式的申请环节，并需要完成政策审查、有效载荷审查、安全审查、最大可能损失（MPL）认定、环境审查等审批程序。除了从合规和技术等层面审查申请是否存在影响美国公共健康安全、财产安全、国家安全、外交利益或者美国国际义务、环境保护等问题外，FAA还将审核申请人提供的火箭发射和（或）回收的相关信息描述，从而合理确定发射或回收可能对人身或财产造成的最大可能损失（MPL），包括（1）给第三人造成的损失以及（2）给政府财产、政府人员以及附近操作人员造成的损失等。如申请人符合申请条件并提交了完整的申请材料，则火箭运营许可一般应于受理申请后180日内签发。此后，FAA还可随时根据补充取得的信息对MPL予以修改和调整。而发射承包商应在发射前规定时间内在法律确定的上限范围内购买与MPL相当的责任和财产保险，或以提供专用资金或共管账户资金证明等其他方式证明其具备充分的赔偿能力。

### （二）俄罗斯的发射许可制度

俄罗斯并未将火箭发射许可作为一项单独的许可予以规定。根据俄罗斯《部分活动许可法》（Federal Law on Licensing Specific Types of Activities）、《航天活动法》（Federal Law on Space Activities）以及《航天活动许可条例》（Regulations on Licensing of Space Activities），提供火箭发射和航天器入轨相关服务与从事卫星制造等其他航天活动一样，均需取得俄罗斯国家航天集团公司（Roscosmos）签发的航天活动许可。

也正是因为如此,《航天活动许可条例》规定的申请条件较为原则化,包括(1)拥有满足从事被许可活动所需的卫生、防疫、消防、设备、技术文件等要求的设施和场所;(2)具备相应学历和资质的专业技术人员数量满足服务需求(最低不少于5人);(3)拥有质量监控体系;(4)拥有使用国家秘密信息完成服务的资格(如适用)等等。理论上,如申请人符合前述条件并提供了真实、充分的申请材料,则 Roscosmos 应在受理许可申请后 45 个工作日内决定签发许可,并在许可附件中列明申请人有权从事火箭发射服务。但由于《航天活动许可条例》规定的申请条件难以量化,私营主体能否取得发射服务的航天活动许可存在较大不确定性。从市场实践情况来看,俄罗斯的发射服务主要还是由 Roscosmos 及其旗下企业提供。在责任保险方面,根据《航天活动法》第 25 条规定,卫星业主、卫星运营商、卫星制造商或发射承包商有义务就商业卫星发射购买第三方责任险。

### (三) 中国的发射许可制度

根据 2002 年颁布的《民用航天发射项目许可证管理暂行办法》,实施商业卫星发射需取得国防科工局(原国防科工委)签发的民用航天发射项目许可证。与美、俄规定不同,中国的发射许可并非对发射承包商的资质审批,而是对特定项目的专门许可,无论是在中国境内实施的发射,还是中国卫星业主委托发射承包商在中国境外进行发射,均需通过省级国防科技工业管理部门申请国防科工局的发射许可。

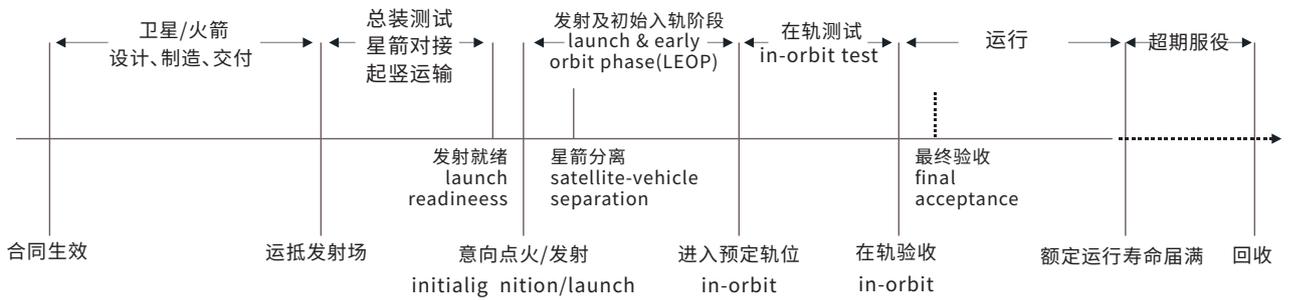
民用航天发射项目许可证的申请人原则上是项目总承包商(包括发射承包商),若无国内的项目总承包商,也可以卫星业主作为申请人。申请人应在完成与发射场等方面的技术协调、制定发射飞行大纲后,在项目预定发射月的 9 个月前向国防科工局提出发射许可申请。根据《民用航天发射项目许可证管理暂行办法》,申请人应当满足(1)遵守国家法律、法规,保守国家秘密;(2)项目不危害国家安全,不损害国家利益,不违反国家外交政策和已签署并发生效力的国际公约;(3)项目不会因重大过失或故意行为对公众的健康、安全和财产构成无法补偿的危害;(4)具备相关许可文件;(5)具备必需的技术力量、经济实力及完善的技术资料等条件,并提供相应的申请材料。国防科工局在收到申请材料之日起 30 日内完成审批。除应取得国防科工局的审批许可外,总承包商视项目情况可能还需将相关材料报军委装备发展部进行专项审查,并在取得许可和通过专项审查后,购买发射空间物体的第三方责任险和其他相关保险,作为出厂以及进入发射场工作阶段的必要前提条件。

## 三、商业卫星发射的合同框架和关键机制

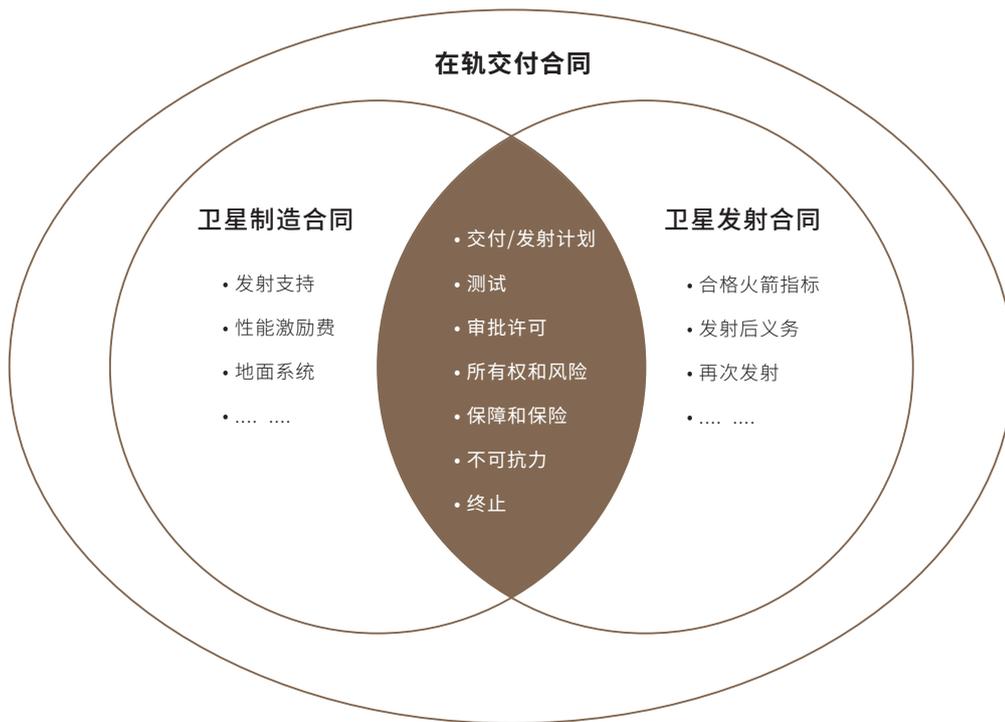
### (一) 合同框架

如上文商业卫星发射主要交易框架展示,视卫星业主的专业程度和不同商业考量,实践中存在两类不同的合同架构,一是卫星业主将卫星的制造和发射发包给不同的专业承包商,自行对商业卫星进行运营;二是直接选择商业卫星在轨交付模式,与一家总承包商签订包括商业卫星制造和发射入轨的“交钥匙”合同(也称卫星在轨交付合同)。

无论是在轨交付“交钥匙”模式、还是卫星制造和发射分别采购模式,合同均需要围绕以下商业卫星从制造到回收全流程重要里程碑这条主线,设计和起草合同双方相应的权利与义务条款。



相应地，在分别采购卫星制造和卫星发射的多合同架构下，两个合同的条款和机制也需要考虑衔接和联动：



商业卫星项目是一个复杂的综合系统工程。因此，在合同正文把握和设计好双方权利义务主线和勾稽关系基础上，通过详尽的技术附件进行补充是必要的，特别是一些关于工作范围、技术指标、测试计划等技术附件甚至多达数千页，需要在合同术语、机制上做好合同正文与附件的严谨衔接。

## （二）关键机制

受限篇幅，以下简要介绍卫星在轨交付合同中颇具特点的所有权和风险转移、考核验收机制、性能质量保证机制、保障和保险机制。

## 1. 所有权和风险转移

所有权和风险的转移条款是界定双方交付物权属和损毁灭失风险分担的重要机制。一般情况下除非合同另有约定，交付物的所有权和风险转移节点保持一致。根据具体项目中双方不同的商业诉求、谈判地位，所有权和风险转移的节点也可能分开设置。

在卫星在轨交付合同中，承包商的交付物大致分为两类，一类以卫星和火箭组成的航天器为主，另一类则是主要构成卫星地面测控、应用、通讯等系统的土建工程、设备、软件等其他交付物（下称“地面系统”）。

航天器灭失风险的高发阶段往往位于意向点火至进入预定轨位之间。虽然承包商往往会倾向于将风险转移节点设置得尽可能靠前，但按照“风险由最有能力管理的一方承担”的风险分配原则，在典型的在轨交付合同中，航天器的所有权和风险一般在意向点火（一般指发射指令被火箭接收且推进剂开始流向火箭一级发动机之时）时由承包商转移给业主。但如果发生发射终止（一般指意向点火后火箭一级发动机及助推器在起飞前关机、起飞触点没有闭合且发射台处于安全状态），则航天器的所有权和风险将转回至承包商直至下次发射。部分项目中，视双方谈判地位航天器的所有权和损毁灭失风险转移节点可能会后置，比如航天器的所有权转移节点进一步后置于在轨测试评审通过最终验收后。在此情况下，与意向点火时转移所有权和风险相比，承包商实质上承担了更大的风险，合同价格往往随之相应增加。

对于地面系统，由于地面系统需要和进入预定轨位后的卫星一并进行测试、测试完成前主要由承包商操作，因此地面系统的所有权和风险一般于卫星业主接收地面系统后转移给业主，这也与一般的工程承包合同机制较为类似。需要注意的是，视不同项目中地面系统的复杂程度以及与在轨卫星的关联性，有些项目也将卫星在轨测试通过作为地面系统的接收前提条件。

## 2. 考核验收

整体而言，在轨交付合同除了一般会特别定义包括卫星在轨验收（in orbit test）在内的最终验收（final acceptance）这个必不可少的考核节点外，根据不同项目中的工作范围和双方商业诉求，在轨交付合同中还可能设置初步设计评审（preliminary design review）、关键设计评审（critical design review）、卫星力学实验（mechanical test）、卫星热试验（thermal test）、出厂发运前评审（shipment readiness review）、飞行就绪评审（flight readiness review）、发射就绪评审（launch readiness review）等过程性考核节点，这对承包商而言可能是一把“双刃剑”，既有利于承包商“小步快跑”地收回合同价款，同时也对承包商提出了更高的项目进度管理要求。

值得指出的是，尽管在轨交付合同内容也包括火箭的设计、制造和交付，但合同考核验收机制的核心还是围绕卫星的成功发射进入既定轨道和测试卫星的性能来设计。因此，就火箭而言，虽然火箭的设计、制造和交付本身是一项包含高技术工作成果的复杂系统工程，从卫星在轨交付合同考核机制角度，固然有厂检、发运前评审等例行过程管控节点，但只有火箭运抵发射场完成与卫星的总装适配后的发射就绪评审（launch readiness review）才更为核心，这也是任何一个卫星发射合同（不论交钥匙合同还是多合同结构）不可或缺的关键里程碑。

在卫星和火箭通过发射就绪评审这个关键里程碑后，对卫星性能的考核主要集中在卫星发射成功进入预定轨位后的在轨测试阶段。在此阶段承包商将负责测试卫星的有效通信能力是否达到合同约定通信能力（也称额定通信能力）。有效通信能力一般是指卫星的每一个转发器作为或预计作为可用转发器的工作期间而换算为转发器年（卫星的额定服务寿命、预计燃料寿命和可用转发器、构成可用转发器应达到的时间长度三者中最短的）并对每一可用转发器的转发器年进行加总求和。一般情况下，承包商为缓释卫星性能风险，可能会倾向于在合同中约定，如果卫星的有效通信能力虽达不到额定通信能力、但达到最低通信能力，卫星业主仍应当对卫星进行在轨验收，但有权对合同价格进行相应扣减。

### 3. 性能质量保证

囿于技术难度和高昂的成本，一般情况下卫星通过验收、在轨运行出现故障后不太可能进行更换和维修。因此，商业卫星合同通常没有一般工程合同中的保修期、缺陷通知期等修复缺陷的类似机制，但这并不意味着卫星业主失去了促使承包商设计、制造、发射一颗在额定运行寿命内性能稳定的卫星的抓手。相应地，商业卫星合同一般会在合同价格内设置了一定比例的性能激励费（performance incentives）。卫星的运行寿命、性能激励费一般从在轨验收后开始起算。部分项目中，我们也见到有的合同区分在轨验收、最终验收两种考核环节，而两者的主要区别在于在轨验收后、最终验收前，卫星业主还将考核卫星在一个完整星蚀期的性能。但即便作此区分，一般情况下也不影响卫星的运行寿命和性能激励费从在轨验收通过后起算。总体而言，区分在轨验收和最终验收可能更有利于承包商压低尾款比例、尽早收回合同价款。

就具体支付方式，从对卫星业主有利的角度，可以将性能激励费分摊至卫星额定运行寿命的每一期间（例如分摊至每一季度），并通过考核每一期间内卫星的有效通信能力分期支付性能激励费，直至额定运行寿命届满；视双方商业诉求和谈判地位，还可考虑规定卫星业主是否需要超期服役的卫星在合同价格外另行向承包商支付性能激励费。此外，我们在个别项目中见到过非常亲承包商的绩效激励费机制，比如最终验收通过后卫星业主需要先将含性能激励费的合同价款支付给承包商，并对最终验收后一年内卫星的有效通信能力进行再次考核；仅在有效通信能力低于额定通信能力的情况下，承包商才需要将先前已经收到的性能激励费按比例退还卫星业主。

### 4. 保障和保险

在涉及现场执行、接口责任复杂的项目合同中，合同当事方之间的保障（Indemnification）义务是比较常见的合同条款。原则上，一方当事人需要保障另一方免受因己方的作为或不作为、或者己方承担风险的事项而给另一方造成的损失。

鉴于卫星发射项目技术复杂、风险极高、探究厘清责任原因的难度较大，从鼓励交易角度，商业卫星合同的保障条款有一定自身特点。不少项目合同中，在合同双方之间，一方对另一方的保障义务往往限缩于第三方对被保障一方提出的索赔。进一步，为适当简化双方之间的风险分担机制，在卫星业主和承包商之间一般情况下还会相互承诺放弃因另一方从事发射活动或在发射场给己方（包括分包商等）人员、财产造成损失的索赔，即便该损失是由另一方的故意或重大过失造成。

---

同样，鉴于商业卫星项目的高风险性以及损失一旦发生金额巨大，商业卫星合同需要比较详尽的保险条款，包括落实互相放弃索赔的安排。如前文介绍，发射国根据《外空条约》《责任公约》等国际法义务，通过国内立法进一步要求商业卫星发射机构或卫星业主购买卫星发射第三者责任险，以保障卫星发射过程及其发射后（一般为期1年），从火箭或卫星上失落的物体造成地球表面上第三方的人身及财产的损失，以及飞行中的飞机上的人身及财产的损失。除上述第三者责任险外，商业卫星合同中一般还会约定卫星业主或承包商负责购买的其他具有行业特点的险种，例如火箭/卫星发射前保险、卫星发射及初始运行保险、卫星在轨寿命保险等，这些保单的风险起期、保额、保险事故等条款也需要与商业卫星合同的风险分配机制一并考虑。例如，前文介绍到航天器的损毁灭失风险一般在意向点火时转移给卫星业主，因此无论哪一方负责购买卫星发射及初始运行保险，保险起期也一般会与意向点火挂钩。

## 结语

卫星通信在5G/6G通信时代具有广阔的应用前景，有机构预测仅低轨通信卫星带动的国内产业规模就达到约4000亿元，业内企业面临广阔的国内外市场机遇。但商业卫星发射活动涉及的审批许可门槛较高、下游分包商众多、合同机制庞杂且执行期较长，在涉及跨境交易时尤甚，不仅对企业的合同谈判和项目管理能力提出挑战，也对交易律师的国际化视野、商业思维、法律技术提出了较高要求。放眼全球市场，近年来SpaceX、波音、空客、亚马逊等企业纷纷投资低轨卫星通信领域，预计未来五年将有数万颗低轨卫星进入太空，低轨卫星轨道和频谱资源竞争将愈演愈烈。我们期待，随着中国低轨卫星通信星座计划组网建设计划的逐步实施，中国商业卫星行业在快速发展的同时行稳致远。

*感谢实习生刘一凡对本文作出的贡献。*

---

# 从商法维度洞悉矿业 领域以未来现金以及 产品流为基准的融资 机制

范多凌

---

## 前言

矿业领域一直以来都是有巨量融资需求的行业，为满足其融资需求，如今各国际矿业公司正在通过多种渠道筹措开发和运营资本，这些渠道通常包括股权融资或准股权融资，例如银团贷款、债券和其他可能的来源（包括设备融资）。

就目前而言，传统的银行债务和资本市场债券发行依旧在矿业融资中扮演着重要角色，但矿业领域的海外融资渠道正在逐渐多元化，尤其在项目初期。例如，除了矿业界人士所熟悉的作为融资来源的并购、farm-in 安排（非作业者小股东的投资）以及项目开采合资安排等股权投资类融资形式，权利金融资 (royalty financing) 以及金属流融资 (metal streaming) 等具有鲜明矿业领域特点的融资形式也日趋发展成熟，并受到国际市场的青睐。

采矿权利金和金属流融资均为矿业公司在银行出资认可 (bankability) 项目可行性研究阶段 (feasibility stage) 以及生产阶段可用的融资方式。在这两种融资方式下，资金数量的谈判是以项目矿山产品储量作为基础。当然，不同资产国有不同的储量证明标准，因此谈判和估值的考量也有所不同<sup>1</sup>。对于矿业公司来说，在项目初期阶段，未来现金流类型融资可能比其它稀释股权的股权融资方式更有吸引力。本文将着重讨论以上这些更加多元化的融资方式，以望为各位读者介绍更加灵活的交易选择。

---

<sup>1</sup>按照地质可靠程度，资源量可分为3种类型：探明的矿产资源量 (Measured Mineral Resource)、控制的矿产资源量 (Indicated Mineral Resource)、推断的矿产资源量 (Inferred Mineral Resource)。储量依据地质可靠程度和其他修正因素，将矿石储量细分为证实储量 (Proven Mineral) 和概略储量 (Probable Mineral)。



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

## 一、采矿权权利金融资 (Royalty Financing)

在矿业领域，采矿权权利金指的是一种从矿业公司购买从相关矿产项目中提取的矿物产品中获得固定比例的未来收益的权利。从投资者的角度来说，在做好全面的矿产尽职调查的同时，当然希望自身的投资金额会在最后双方确认的未来收益上有一定的折扣。那么，如何来定义未来价值？常见的有：（1）总收入基准（这种计算方法确定性最高）；（2）净收入基准（即基于利润进行考量）；（3）净冶炼厂余额基准（总收入减去部分采矿和运输成本的比例份额，即不含运营和资本成本的现金流量）；或者（4）矿产实物形式生产的产品的比例基准。

从矿业公司的角度来说，采矿权权利金融资通常会贯穿矿资源开发的整个生命周期。这意味着该公司今后出售矿产资源（或者吸收新股股权投资）时将受限于矿业公司当初承诺承担支付权利金的义务。其中的一个关键问题是确保采矿权权利金权益随项目流动并约束未来的矿产资源所有人，这也为防范破产风险提供了保护。在某些法域，权利金权益方可以在相应部门登记其所持有的权利金权益，以便该权益方相对其他债权人享有优先权，并对采矿所有权的购买方具有约束力。但是，这样的权利金权益登记制度并非国际上通行的做法，而是取决于项目所有权所在司法辖区的法律。如果在相应司法辖区的法律框架下权利金使用权益本身不是土地权益，权利金权益方通常会就与权利金权益相关的采矿所有权寻求担保权益或留置权。

通常，采矿权权利金融资协议的谈判关键条款包括：

- 权利金权益的百分比；
- 计算方式（包括未来现金流的折扣）；
- 权利金权益的购买价格；
- 与权利金权益相关的矿产或采矿产品/副产品种类；
- 开采产品和支付权利金权益的矿区；
- 付款义务是否及如何被担保；
- 是否将权利金权益与基础物业和相关转让权利装订在一起；和
- 是否安排权利金权益的优先回购权。

## 二、金属流融资 (Metal Streaming Financing)

在金属流融资机制下，投资者向矿业公司提供预付以获得从特定的矿业项目购买固定比例或数量的未来产量的权利。

这类融资机制起源于北美大型黄金公司。作为金属流主体的产品可能是项目生产的矿物或采矿作业的副产品，例如贱金属矿产生产的贵金属（如铜矿作业生产的黄金）。产业投资者可能参与此类融资安排以获取部分上游矿产资源。这样的结构通常是为了确保项目运营方和获取金属流权益公司的利益一致，所以作为金属流安排主体的产品比例仅占项目预期总生产量的一小部分。

在金属流交易中，投资者通常承诺以约定的固定价格或交付时的市场价格中较低者为标准使用现金购买约定比例的未来产品。因此，投资者通常会支付预付款，然后按实际生产的预定价格支付。预付款项可构成保证金，即：如果固定价格的未来销售额低于市场价格，则差额可计入保证金。一般而言，在期限结束时剩余的保证金应由矿业公司偿还，这也是规避矿产项目业绩不佳风险的一种手段。

通常，金属流融资协议的谈判关键条款包括：

- 预付款金额；
- 固定价格以及期限；
- 待购买产品的百分比；和
- 产品的交付方式以及风险分配。

金属流机制下通常不会产生项目物业的权益，因此，如果没有担保权益或留置权，金属流投资方将与其他无担保债权人处于同一受偿优先级。如果采矿项目的购买方不同意以相同条款向金属流投资方出售产品，则金属流投资方只能提出索赔。因此，金属流投资者一般会考虑索取对相关项目的矿主担保，从一定程度上保护其利益。

税务和会计处理是金属流机制安排时的一个关键考虑因素，在一定程度上取决于项目所在司法辖区或安排可强制执行的司法辖区的法律。

### 三、以未来现金以及产品流作为基准的融资方式

从矿业公司的角度来看，以未来现金以及产品流作为基准的融资方式具有一定的吸引力。首先，和传统债务相比，这种融资方式无需支付利息，尤其对于在项目开发前期和开发期间缺乏用于履行偿债义务的收入矿业公司来说十分友好；其次，这类融资方式不稀释股东权益和所有权（尽管它们通过减少总收入间接减少股东回报）。同时，矿业公司在生产前没有支付或交付产品的义务，仅需要在其拥有收入或产品的情况下完成支付（取决于不同的交易结构，可能对项目的盈利能力产生负面影响）。此外，这类融资代表着业界外部专家对于该接受融资的采矿项目潜力的认可与支持。

另外，从法律角度考虑，一般情况下此类融资方式的合同条款灵活，且文件量有限（通常仅为融资协议以及任何相关担保或留置权），可相对快速地达成并签署。与传统的债务工具相比，该等机制的契约性较低，几乎没有关于违约事项的约定（包括没有财务契约和对开发延误的处罚）。总之，在投资方做完项目尽职调查以及确认估值以后，投资方需要和矿业公司共同承担项目开采以及市场大宗价格浮动的风险。投资方对项目的管理或运营没有直接控制权，因此其尽职调查将关注项目的技术实力、管理小组（临时或为项目组建）能力、政治风险等可能影响其投资获得稳定长期回报的因素。

虽然本文中提到的融资安排对于矿业公司有一定吸引力，但也具有挑战性。

比如，矿业公司的管理层通常很难确定权利金权益的真实成本（尤其在项目初期），即未来现金流损失的价值。矿业公司也面临着权利金实际支付远超其初始估值的风险，因此，矿业公司必须考虑其未来的资金需求。其次，在与通常需要优先

---

留置权或担保地位的银行融资人进行谈判时，制定有担保的权利金权益或金属流机制可能会增加交易的复杂性。尽管如此，国内外熟悉矿业融资的银行通常不会介意对优先排序的有担保特许权（通常被认为是业界对项目的信心）。矿业公司应确保该融资机制不限制其未来筹集有担保的融资的能力，并应在一开始就权利金权益方或金属流权益方约定债权人之间的受偿顺序。根据未来的融资安排，权利金权益应被视为现金流瀑布中的运营成本，但未来的融资方可能会要求权利金权益方居于劣后地位。

#### 四、启示

在全球矿业面临挑战的今天，对矿业公司的管理层来说，全面评估融资成本、灵活应对当前和未来替代融资来源的影响比以往任何时候都更为重要。在项目初期，矿业开发者可能有足够的理由通过出售矿业项目中的战略股权或出售权利金权益来避免稀释股权，但是，未来收入的损失和引入合资伙伴可能会对未来融资产生重大影响。同样，仅依赖银团贷款作为矿业公司的单一资金来源可能也并非矿业项目融资的最佳选择。因此，在实践中根据项目情况在商业以及法律条款上尽量争取灵活度，需要公司内外项目组每一位专业人员的精准判断和高度配合。

# 面对突击搜查和暴乱，中企如何保护海外投资权益

苏畅 李政浩

## 前言

2021年12月21日，印度财政部税收局以涉嫌逃税为由，对印度境内包括部分中资企业在内的由外资控制的移动设备制造商及相关人员开展了突击搜查行动。<sup>1</sup>2022年新年伊始，由于液化天然气价格上涨，哈萨克斯坦境内爆发大规模的示威抗议活动。哈萨克斯坦总统于1月5日接受政府辞职，并且宣布全国进入紧急状态。<sup>2</sup>在贸易保护主义、单边主义抬头，国际局势日益复杂的大背景下，中国企业应当积极通过法律手段保护自身海外投资的合法权益。在境外政府行为造成中国企业海外投资损失或企业在海外投资过程中遭到不公正待遇时，中国企业可以积极利用中国签订的国际投资保护协定（“投资协定”），通过向投资东道国提起国际投资仲裁的方式，维护自身权益。

## 一、通过国际投资仲裁合法维权：以中印协定、中哈协定为视角

国际投资仲裁是指外国投资者依据双边或多边投资协定，以东道国政府为仲裁被申请人，主张其违反了国际条约义务并寻求金钱赔偿的国际仲裁。与国内诉讼相比，国际投资仲裁可以有效避免地方保护，并且在仲裁程序、裁决执行等方面具有诸多优势。与商事仲裁相比，国际投资仲裁通常具备更加广泛的社会影响力，并可作为投资者向东道国政府施压、寻求和解补偿的有力手段。近年来，国际投资仲裁案件数量持续快速增长，根据国际投资争端解决中心（ICSID）发布的《2021年度报告》，2021财年仅ICSID管理的案件总数就达332件。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> <https://pib.gov.in/PressReleasePage.aspx?PRID=1786625>; <https://world.huanqiu.com/article/4673n8urgSL>

<sup>2</sup> [http://www.news.cn/world/2022-01/06/c\\_1128239567.htm](http://www.news.cn/world/2022-01/06/c_1128239567.htm)

<sup>3</sup> 参见：ICSID《2021年度报告》第28页，获取网址：

[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID\\_AR21\\_CRA\\_bl1\\_web.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_CRA_bl1_web.pdf)。



苏畅

suchang@cn.kwm.com



李政浩

lizhenghao@cn.kwm.com

基于投资协定提起投资仲裁，需要满足一系列要求，包括：适格的投资与投资者，东道国违反了投资协定下的相关义务，东道国同意将相关争议提交国际仲裁，仲裁前置程序等。下文将结合近期发生在印度和哈萨克斯坦的事件分别介绍要点。

## （一）适格的投资与投资者

只有受到投资协定保护的“投资者”才可能可以通过提起投资仲裁获得外国政府的赔偿。通常而言，投资协定会对协定下的“投资”与“投资者”作出定义。例如，中国和印度之间的投资协定（“中印协定”）第1条将“投资者”定义为“缔约一方的任何国民或者公司”，并且将“投资”解释为投资者作出的“各种财产及此等投资形式上的变化”，包括但不限于：公司的股份、债券、股票或者对公司的其它形式的参股，金钱请求权或任何其他具有财务价值的履行请求权。因此，中国公司在印度设立的子公司即中印协定所保护的“投资”，如果印度政府任何违反投资协定的不法行为导致该“投资”受损，则中国公司有权基于中印协定要求获得赔偿。

与此类似，根据中国与哈萨克斯坦签订的双边投资协定（“中哈协定”）第1条，中哈协定保护的中国投资者的投资不仅包含中国企业在哈萨克斯坦设立的子公司，也包含中国企业通过合同等形式享有的金钱请求权或者具有经济价值的行为请求权。

## （二）可能违反的投资协定下的相关义务

投资协定规定了一系列东道国投资保护义务的条款，包括公平公正待遇、充分安全和保护、最惠国待遇、征收及其补偿、战争和动乱条款等。根据相关事件的具体情况，东道国的做法有可能涉嫌违反与我国签订投资协定的有关条款。

### 1. 印度事件

- **违反公平公正待遇条款：**中印协定第3条要求印度政府向中国投资者在印度的投资及收益提供“公平和公正的待遇”。在现有的国际投资仲裁实践中，常见的被仲裁庭认定为违反公平公正待遇的行为包括：任意或歧视性待遇、拒绝司法、违反正当程序，东道国的法律或者程序缺乏透明度、违反投资者的合理期待等。如果印度政府的搜查行为本身明显具有歧视性并且不符合正当程序或透明度要求，则可能涉嫌违反公平公正待遇条款。
- **违反征收条款：**中印协定第5条规定对其境内的投资不能采取国有化、征收或者具有国有化、征收等同效果的措施，除非是为了公共目的、依照法律在非歧视性的基础上，并给予公平和公正的补偿。此条包含了直接征收与间接征收两种方式。通常，直接征收是指法律强制转让财产的所有权或无条件收回，而间接征收是指不转移财产权，但是具有直接征收效果的措施。如果最终印度政府以不正当的理由对中资企业施加了高额的“惩罚性”税收或罚款，则可能涉嫌构成对中国企业在印度投资的“间接征收”。

### 2. 哈萨克斯坦事件

**违反战争损失补偿条款：**根据中哈协定第4(3)条，由于战争、紧急状态、国内骚乱和其他类似情况造成投资损失的，哈萨克斯坦政府在补偿损失措施或其他有关措施方面给予中国投资者的待遇不得低于其给予本国或第三国投资者的待遇。如果哈萨克斯坦政府针对暴乱采取的相关应对措施明显歧视了中国投资者，则可能涉嫌违反战争损失补偿条款。

### （三）仲裁同意

投资者提起国际投资仲裁，需要首先证明东道国已经根据相关投资协定同意将该投资争议提交国际仲裁。中印协定下的仲裁同意范围广泛，根据协定第9条，投资者可以对中印协定下的“投资有关的任何争议”提起仲裁。因此，受到印度政府措施影响的中国投资者可以主张的可仲裁事项相对较广，对于包括前述与违反公平公正待遇条款、征收条款等有关的争议均可提起仲裁。

但是，中哈协定第9条对仲裁同意范围进行了限制，规定只将“任何有关征收补偿数额的争议”提交仲裁。因此，如果中国投资者希望对哈萨克斯坦政府在应对国内暴乱过程中的相关不法行为提出仲裁，需要首先解决“仲裁同意”的问题，即证明该争议是一项“与征收补偿数额有关”的争议。

## 二、中企海外投资建议

在国际局势复杂多变、经济全球化遭遇波折、全球贸易投资规则面临变局、贸易保护主义泛起，新冠肺炎疫情持续演化的背景下，我们建议正在考虑进行海外投资的中国企业或者已走出去的中国企业采取如下措施：

**第一，对外投资时，中国企业可以利用海外投资保险降低风险。**海外投资保险是对海外投资因东道国发生的征收、战争等政治风险而遭受的损失进行赔偿的一项保险业务，能使中国企业在承保风险发生时从保险公司获得经济补偿。

**第二，在决定投资路径和交易架构时，中国企业应考虑是否能够享受投资协定提供的投资保护，通过规划投资路径、变更投资者国籍的方式，寻求获得最高水平的条约保护。**例如，中哈协定缺少常见的、要求东道国在国内战争、动乱等情况下对外国投资者的投资提供基本安全保障的条款，即所谓的“充分保护与安全条款”。因此，如果中国投资者的海外投资目的地是一个局势不稳定的国家，应当通过规划投资路径的方式，使得投资可以享受包括该种“充分保护与安全条款”在内的投资协定的保护。当然，我们也提示中国投资者注意，进行条约选择（treaty shopping）时需要研究的不仅仅包括条约的保护水平，还需要考虑条约中可能包括的“拒绝受惠”条款，该条款规定了投资者不得主张条约保护的情形，从而有可能导致前述间接投资的方式不可行，因此建议投资者在确定投资方案时寻求专业法律意见并对此进行全面评估。

**第三，在确定投资协定所提供的保护水平时，需考虑该协定是否允许国际投资仲裁、对提起投资仲裁是否有限制。**如果协定不允许国际投资仲裁或存在较多限制，则将可能限制中国企业通过投资仲裁维护其权利的可能。例如，中哈协定仅规定投资者可将涉及对征收补偿数额的争议提交仲裁庭，保护范围相对有限。在此情况下，建议中国企业最大程度利用投资方的议价能力，在与东道国政府签订的投资协议中尽量约定“国际投资仲裁”作为争议解决方式，并在投资协议中约定相关的投资保护条款，确保企业在其海外投资遭受政府的不公正待遇时不会失去进行国际投资仲裁的权利。

*感谢实习生乔琪雅对本文作出的贡献。*

# 国别篇



# 美欧等对俄罗斯“极限制裁”，中企行业领域应对分析

刘新宇 郭欢 陈起超

## 前言

自 2022 年 2 月 21 日俄罗斯与乌克兰的冲突升级以来，美欧等多国连续对俄罗斯国民经济至关重要的领域包括国防、能源、金融、贸易、电信、运输等发动了一系列出口管制与经济制裁措施，堪称史无前例的“极限制裁”。这些极限制裁手段进一步加剧了地缘政治风险，同时也将给原本因疫情影响导致的脆弱的全球供应链体系带来更多的不确定性。

本文将立足当前国际形势，从美欧对俄的制裁热点举措展开相应的推演分析，探讨该等制裁可能给中国企业带来的影响，并为相关企业提供一定的应对思路。

## 一、美欧对俄罗斯制裁历史缩影与当前热点

### （一）美欧对俄制裁由来已久

经济制裁作为美国外交政策的核心，本轮对俄制裁尽管来势汹汹，但其制裁手段此前大多已在伊朗、中国甚至俄罗斯有过应用。自 2014 年克里米亚事件爆发以来，多数美国国会议员担心俄罗斯在欧亚板块的地缘战略意图，对俄罗斯进行了多轮的经济制裁，包括禁止俄银行债券交易和贷款、禁止与俄能源公司的勘探技术合作；冻结俄罗斯官员资产、禁发签证、冻结网络账号；吊销俄相关公司经营执照、取消高科技出口许可、武器禁运；对“北溪 2 号”项目进行反复阻止等。但从效果上看，这些制裁措施政治宣示的意义更大，经济上的“攻击力”效果并没有特别明显。

### （二）美欧本轮对俄制裁的主要方式和特点

随着俄乌冲突升级，美国近期针对俄罗斯先后颁发了 2 个行政令及 4 个相关指令，并仍在持续出台针对俄罗斯的制裁法规。此次制裁的规模之



刘新宇

liuxinyu@cn.kwm.com

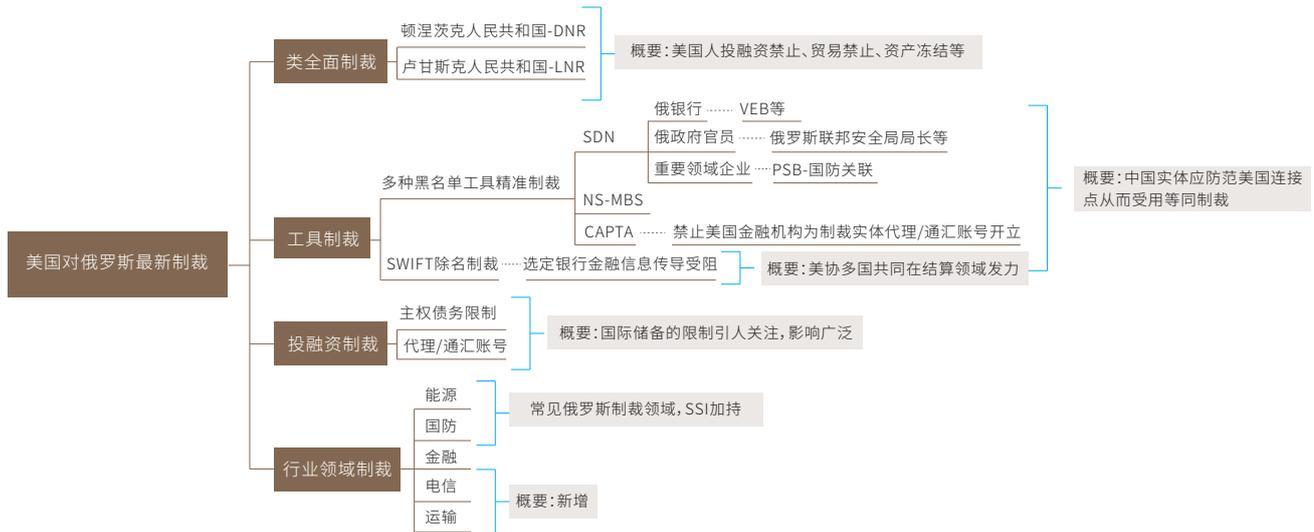


郭欢

guohuan@cn.kwm.com

大、频率之高、威慑范围之广是前所未有的，且其与盟友协同实施广泛制裁，使得此次战争背景下的美国经济制裁呈现“极限”特点。

与多数针对特定目标、落实针对性制裁措施的机制不同，此次制裁对其预期希望达到的效果进行了更为直接的陈述，即切断俄罗斯银行与美国金融体系、切断俄罗斯一半以上的高科技进口、限制俄罗斯获取关键技术的投入、萎缩其工业基础，最终削弱俄罗斯在世界舞台上施加影响的能力。



此次制裁中备受瞩目同时也是最可能对俄经济产生全面冲击的制裁手段主要包括：

### 1. 利用实际掌控的垄断性金融工具和金融市场优势将俄罗斯排除在外

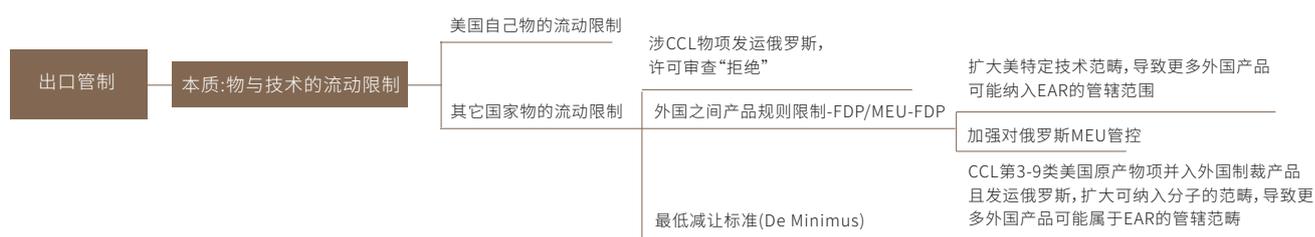
2022年2月26日，美国白宫称与欧盟委员会、法国、德国、意大利、英国、加拿大领导人决定将俄罗斯部分银行排除在环球银行间金融通信协会（SWIFT）之外，这意味着俄罗斯被西方国家金融市场全面封锁，部分俄金融机构无法正常进行跨国交易通讯和清算，无法通过债券和公司融资获得新的外汇。具体来看，比如：

- 英国宣布禁止俄国有企业和关键领域的私营公司在英国金融市场融资；
- 欧盟宣布禁止俄国有实体股份在欧盟交易所上市和提供服务，禁止接受俄罗斯国民或居民超过特定价值的存款，禁止欧盟中央证券存托机构向俄罗斯客户出售欧元计价证券等；
- 美国禁止本国金融机构参与俄金融服务部门发行债券的市场；
- 日本禁止俄政府在日本发行新的主权债券；
- 加拿大禁止本国公民购买俄罗斯主权债务。

据悉，此类针对俄罗斯央行等银行的限制措施，关系到俄罗斯6000多亿美元国际储备的安全和使用，因此其可能造成的影响也受到国际社会的高度关注，上述制裁将对俄罗斯银行的进出口贸易、国际支付、外汇等产生重要冲击。

## 2. 切断俄罗斯关键供应链进口

纵观美国对外发起的多部门联动制裁，从广义制裁层面而言，针对物项的出口管制成为限制外国获取涉美物项的重要工具。除了上述经济制裁手段以外，美国商务部工业与安全局（BIS）也同步实施了一系列全面、严格的出口管制措施，以最大程度限制俄罗斯国防、航空航天及海运等重点领域的发展，欲切断俄罗斯工业基础关键部门获取任何涉美关键物项的途径，包括半导体、计算机、电信、信息安全设备、激光和传感器等产品，以此削弱俄罗斯在欧亚舞台的影响力。近期新增措施主要包括：



- 欧盟将禁止向俄罗斯销售、供应、转让或出口特定的炼油产品和技术，并对提供相关服务实施限制。该禁令旨在打击俄罗斯的石油部门，使俄罗斯无法升级其炼油厂。欧盟还将禁止向俄罗斯航空公司出售所有飞机、备件和设备，禁止提供与这些商品和技术相关的保险、再保险和维修服务；
- 英国宣布对俄罗斯高科技和战略产业实施新的惩罚性贸易和出口管制限制，打击其电子、电信和航空航天公司；
- 俄罗斯经济所依赖的能源、通信和航空产业将面临无法升级的困境。

## 二、美欧制裁对在俄中企的影响

### （一）进出口贸易领域

据美国商务部数据显示，2020年美国对俄罗斯的出口总额是49亿美元，较2019年下降15.6%，美国自俄罗斯进口总额为168亿美元，下降24.3%。

美国出口到俄罗斯	49亿美元	美国进口自俄罗斯	168亿美元
产品类别	比例	产品类别	比例
机械设备	30.20%	矿产	52.90%
化学、塑料及皮革制品	22.40%	石材、玻璃和半贵金属	15.40%
运输设备	20.30%	贱金属	10.30%

2020年,在美国对俄罗斯49亿美元的出口中,有2.9%(约1.421亿美元)商品有相应许可要求,约10%(4.9亿美元)有具体ECCN但无出口许可要求的商品,根据美国此次对出口管理条例的修订,其中重要的变化之一,即新增对商业管控清单中第3-9类商品的管控要求,并将许可审查标准直接规定为“拒绝”,该等政策与美国商务部此前常用的许可政策“推断拒绝”及“个案审查”颇为不同,因此,上述修订也将对俄罗斯进口涉美物项造成直接影响,同时针对俄罗斯市场许可审核态势的趋严,还可能造成原许可例外适用的情形显著减少。不过,由于美对俄直接出口体量不大,因此这个领域相应的断供对俄罗斯市场可能造成的直接影响也较为有限。

而2020年中国自美国进口数额约为1246亿美元,同年中国出口俄罗斯的出口数额近675亿美元。在这些出口商品中,部分为中国生产,可能有部分是利用美国技术(或软件、设备等,下同)生产的产品,以及还可能存在由其它国家生产销售至中国但同样含利用美国技术生产并最终出口的产品,针对这部分产品,俄罗斯也将因为此次美国新增外国直接产品规则,而受到更为普遍的影响。美国也通过对外国直接产品规则的修订,在最大程度上限制俄罗斯获取任何涉美物项,包括美国原产、美国直接出口以及外国产但基于上述外国直接产品规则而属于美国EAR管辖的物项,从而最大化限制涉美物项流入俄罗斯市场。

2020年美国出口俄罗斯许可审批情况统计与预测

许可要求情况	具体许可适用	比例	亿美元	此次新增管控要求可能的影响
有许可要求	许可证	1.30%	1.421	3-9类有ECCN商品许可审查标准为“拒绝”
	许可例外	1.60%		许可例外适用按审批严格程度预计大幅减少
无许可要求	有ECCN无许可	10.10%	4.9	3-9类有ECCN商品许可审查标准为“拒绝”

## (二) 金融银行领域

当地时间2月26日,美国和欧盟、英国及加拿大发表联合声明,承诺确保将几家“选定的”俄罗斯银行排除出环球同业银行金融电讯协会(SWIFT)国际结算系统。根据联合声明,最新的制裁手段将确保切断俄罗斯银行与国际金融体系的联系,“损害它们在全球经营的能力”。截至3月27日,俄罗斯有466家金融机构为SWIFT会员,这一制裁意味着在俄中企可能无法通过俄罗斯银行与境外银行进行安全有效的沟通,从而无法进行跨境资金支付清算。

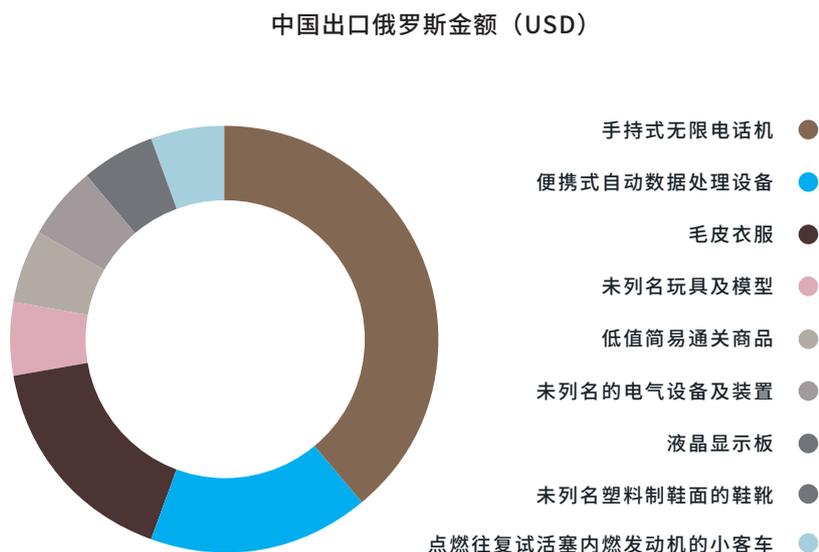
## (三) 供应链中断

据外媒报道,包括台积电在内的全球电脑晶片业者已开始停止向俄国销售产品,欧美半导体大厂均表示愿遵守法令,密切配合政府措施。总部位于纽约马耳他的芯片制造商GlobalFoundries、总部位于加利福尼亚州圣克拉拉的英特尔已暂停向俄罗斯交付其产品。伴随着越来越多的企业停止向俄罗斯交付产品,位于俄罗斯的中企面临着供应链中断的风险。

### 三、美欧制裁对与俄有业务关系的非在俄中企的影响

#### (一) 出口企业角度

据中国商务部日前发布最新数据显示，2021 年中俄货物贸易额达到 1468.7 亿美元，中国连续 12 年稳居俄罗斯第一大贸易合作伙伴国。其中 2021 年中国出口俄罗斯的商品中，排名前 20 名的主要包括手持无线电话机、自动数据处理设备、毛皮衣服、玩具、电器设备、液晶显示板、小客车、压缩机、阀门及照明装置等。



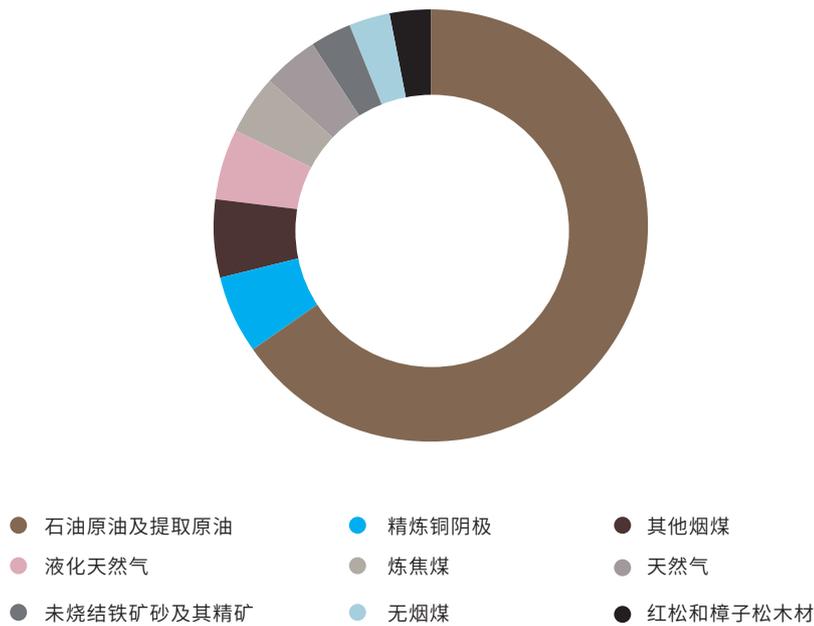
根据上图信息，中国出口俄罗斯的产品中可能涉及包含利用美国特定技术生产且符合外国直接产品规则的产品，例如芯片类别的产品，这里以排名第八的液晶显示板（LCD）出口为例，LCD 产业链大体分为原材料和设备、生产制造和终端产品三大类，中国屏厂大多处于中游的位置，也就是面板的组装生产。就该类产品，自 2018 年起中国已成为全球大尺寸液晶显示面板产能最大的地区，其应用领域包括电视、显示器、笔记本电脑、智能手机和平板电脑等。虽然面板国产化率已越来越高，但基本以“来料加工”模式生产，这凸显了对上游核心技术等掌控不足的客观事实，例如面板成本占比近 50% 的偏光片和彩色滤光片存在一定的技术壁垒，几乎全部由日韩企业占据主导地位，单就 LCD 屏幕玻璃领域而言，美国康宁就几乎占据近一半的市场份额。其次，在生产设备领域中，LCD 屏幕生产涉及的量度、检测等生产设备也基本是由日韩提供。

在液晶显示模组的构成中，例如芯片市场暂无法突破美国上述出口管制措施（外国直接产品规则）的限制，即如果明知发运物项的目的地是俄罗斯，但并入的芯片产品利用了美国原产技术生产（如 EDA 软件 3D991），且外国制造产品非 EAR99 产品的话，则大概率无法出口俄罗斯。

## (二) 进口企业角度

2021 年中国自俄罗斯进口商品中前 10 商品包括，石油原油、天然气、炼焦煤、铁矿、贵金属矿砂、松杉木等，具体如下图：

中国自俄罗斯进口金额 (USD)



中国在能源方面的进口数据也体现了石油、天然气等是中国自俄罗斯进口的重要商品，上述制裁措施虽然主要是针对美国人，要求美国人不得进口 / 投资俄罗斯原产石油、天然气等能源产品，但对于中国企业而言，还是应注意：

是否涉及美国连接点。如果中企有美国连接点，也会因相应行为成为相应制裁措施的受影响方，例如，中企因某种行为导致美国人违反禁令涉及参与或投资能源进口；

中企如果与 SDN 清单企业进行交易，虽然其不涉及美国连接点但属于重大交易或为交易提供实质性协助的事项的话，中企仍然有受制裁的风险。

## 四、中国企业的总体应对

俄乌冲突背景下，美对俄制裁措施更新频繁且呈现多样化的趋势，在不同领域均有不同的管控规则，因此对于中国企业而言，既要保证企业的商业利益，又要兼顾考虑相关法律法规的适用以及影响，需要由专业人员协助仔细甄别各中风险并谨慎应对。

## （一）具体业务领域的风险评估

如前所述，针对俄罗斯金融机构的制裁由来已久，而针对金融体系外的企业的制裁与出口管制风险近期也进一步扩大。为努力维护好企业的正常运营及企业声誉，企业和金融机构都需对可能存在的风险进行充分评估。

**金融机构：**自2014年克里米亚危机以来，美国对俄罗斯发动了多轮的经济制裁，而因为在融资等方面的重要作用，金融机构往往也会被作为首轮制裁的对象，因此，对于金融体系内的银行等金融机构，应已经对此前美国针对俄罗斯的经济制裁、其他制裁与管控手段有一定了解并已陆续形成自身的应对方法。

**非金融机构：**对金融体系外的企业而言，以前其面临的监管限制风险相对较少，因此企业在合规流程、公司治理、风险评估等方面的核心能力通常就会凸显不足，尤其是涉两用物项的企业，在面对涉美欧等国家地区管制及制裁重点关注事项方面，如何深入了解俄罗斯受制裁实体与全球供应链、上下游合作伙伴关系，真正了解其合作伙伴（Know Your Customer, KYC）就显得至关重要，开展对合作伙伴和交易对方的尽职调查，并保持对制裁名单及的持续监控以及对合作伙伴和交易对方的情况掌控等，都会有助于稳定企业的经营与发展。

因此，对实际开展业务内容的风险识别是核心，具体包括但不限于进出口贸易物项风险识别、上下游合作伙伴黑名单确认、交易国家/地区及行业领域风险梳理等，同时，要一并结合商业场景综合考虑商业和法律风险。

## （二）管制与制裁动向的持续关注与监控

拥有涉俄业务的中国企业，特别是与俄罗斯建立紧密贸易和合作关系的企业及金融机构都应特别关注俄罗斯管制及制裁，避免因为为受制裁的俄罗斯实体或交易提供实质性协助或提供了相应的便利，从而被视为“规避”导致触发自身被制裁的风险。

然而鉴于国际形势的风云变幻，出口管制与经济制裁领域的相关政策也在不断发生变化，对国际形势和公司业务所涉国家的法规和政策进行准确的判断和预测有助于企业提前调整战略规划，准备好应对措施。而对国际形势和政策的分析、研究，并非纯粹的法律问题，而更多地涉及政治、外交等相关问题。

## （三）结合不同的领域和自身的实际情况积极应对

美国对俄罗斯制裁涉及的主体多样，重点包括政府部门、政府官员、俄罗斯关键行业企业等，据此，不同领域的中企需要关注的风险点和应对方式有很大的差别。

首先，针对需对俄罗斯开展投融资的企业而言，其要对目标公司开展制裁名单核查，并根据是否落入具体制裁名单及名单所对应的制裁手段来评估投融资风险。例如，非美国人如与SDN清单实体进行重大交易或提供实质协助，则交易主体可能受到制裁。部分法规中针对非美国人协助、促成交易行为也可能触发制裁。

---

而对于航运企业而言，美国十分清楚国际航运贸易对美国金融体系及美元的依赖，OFAC对航运尽职调查的关注具体包括为以下人员提供指导：船东、经营者、经纪人、船货商、船旗登记、港口经营者、船务公司、货运代理、分类服务提供商、商品交易商、保险公司和金融机构等，因此航运企业不仅需要了解客户和交易相对方，对船舶全周期监控、供应链尽职调查、船东和船东俱乐部等行业信息的了解也必不可少。

#### **（四）行业联盟与专业法律辅导**

面对美欧等国家管制与制裁措施的常态化、多样化和复杂化，企业需掌握大量的资源和技术技能才能有效判断和应对，包括行业资源及与之匹配的法律服务资源等。对此，我们建议相关企业可与同行业企业以及与俄罗斯业务相关联的其他企业建立相应的地方行业合规联盟，在合规应对上加强与专业机构的合作，定期开展行业相同职能部门与产业链研讨，与合规专家开展法律风险评估与专业辅导，在减轻企业合规负担的同时，可帮助企业深入了解相关法律风险，找到相对具体的风险管理及合规解决方案。

鉴于篇幅有限，我们在本文中仅对俄乌冲突之管制与制裁措施带来的风险影响以及应对策略进行原则性分析，而在实务中，位于不同领域、不同产业链端口的企业面临的风险和应对各不相同，如有任何需要，可随时与我们联系，结合实际情况做进一步分析和解答。

*感谢北京外国语大学全球治理与高等研究院博士生导师周鑫宇教授对本文的指导。*

# 西方对俄经济制裁对能源及自然资源行业的影响及分析

肖勇 范多凌 詹娅菲 田潇

近年来，随着俄乌局势持续发酵，以美国为首的主要西方国家或组织（简称“西方国家”）针对俄罗斯实施了一系列严厉的经济制裁措施。本文简要总结了截至 2022 年 3 月 3 日美国发布的主要经济制裁措施，并结合此前 2014 年克里米亚危机对俄实施的经济制裁措施，简要分析对于中国能源及自然资源企业未来合规工作以及交易项目的潜在影响及建议，供有关企业参考。<sup>1</sup>

## 一、西方国家主要经济制裁措施

美国在本轮经济制裁行动中主要采取了以制裁清单为基础针对特定对象（包括实体和个人）的制裁（Specially Designated Nationals And Blocked Persons List，简称“SDN 清单”）以及非 SDN 制裁措施。

### （一）乌克兰危机叠加克里米亚危机后的经济制裁措施

美国曾在 2014 年克里米亚危机爆发后对俄罗斯实施了一系列制裁措施，虽然其深度和广度远不及本次乌克兰危机，但克里米亚危机相关制裁措施直至今日尚未解除且西方经济制裁大多是叠加式的法规体系。因此，克里米亚危机相关制裁措施与目前乌克兰危机制裁措施共同构成了美国对俄经济完整的制裁规则体系<sup>2</sup>。在此，我们也将克里米亚危机主要相关制裁措施进行整理，以提供一个较为全面的视角：



肖勇

xiaoyong@cn.kwm.com



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

<sup>1</sup> 本文发布时间为 2022 年 3 月 3 日。

<sup>2</sup> “Russia-Related Designations”, [https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20220225\\_33](https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20220225_33).

乌克兰危机（2022）	克里米亚危机（2014）
<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 制裁 Nord Stream 2 AG 及其管理人员。</li> <li>(2) 全面封锁制裁俄罗斯两大金融机构及其子公司：俄罗斯国有开发银行（VEB）和军事银行（Promsvyazbank）。</li> <li>(3) 全面制裁 20 名俄罗斯精英及其家属，包括俄罗斯总统和外交部长。</li> <li>(4) 扩大主权债务禁令，限制美国个人和公司参与俄罗斯联邦中央银行、俄罗斯联邦国家财富基金和俄罗斯联邦财政部发行的新债务的二级市场。</li> <li>(5) 俄罗斯直接投资基金（The Russian Direct Investment Fund，“RDIF”）以及与 RDIF 相关联的 2 家实体加入 SDN 清单。</li> <li>(6) 禁止美国人士参与 3 号指令列举的 11 家（主要为俄罗斯大型国有金融机构、能源和基础设施企业）被制裁实体的回报期超过 14 天的新股权、债权和资产权益交易。</li> <li>(7) 禁止所有美国金融机构为 2 家俄罗斯大型银行（Sberbanks 和 VTB Bank）以及另外 3 家重要的金融机构：(i) 开设往来账户或者通汇账户；以及 (ii) 处理与这些金融机构参与的或涉及到其资产的交易。</li> <li>(8) 俄罗斯央行、俄罗斯联邦国家财富基金和俄罗斯财政部被列入 NS-MBS 清单。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 直至 2019 年，通过 SDN 清单制裁了总计 665 个实体或个人，其中包括 2 家俄罗斯主要能源企业（Rosneft 及 Novatek）。</li> <li>(2) 制裁俄罗斯最大的银行 Sberbank 和军工企业 Rostek，限制其在美国金融市场融资。</li> <li>(3) 对俄罗斯油气公司深水、页岩和天然气出口管道项目实施二级制裁，限制其获取尖端油气勘探和生产技术（注：特殊技术出口限制属于出口管制法规关注的事项，需要结合出口管制的框架相应分析）。</li> </ul>

## （二）美国针对俄罗斯实体及个人投融资活动相关的制裁措施

本轮美国制裁行动主要基于拜登于 2021 年 4 月 15 日签署的一项关于俄罗斯的制裁命令（第 14024 号总统令<sup>3</sup>，以下简称“总统令”），该总统令授予了美国财政部指定受制裁对象的权利。除了受制裁俄罗斯实体和个人受到的一级制裁（Primary Sanction），任何规避和逃避、以规避或规避为目的、导致违反或试图违反该总统令的交易均将视为违反该总统令（Any transaction that evades or avoids, has the purpose of evading or avoiding, causes a violation of, or attempts to violate any of the prohibitions set forth in this order is prohibited）。前述措辞实际上为制裁的实际执行留下较大的操作空间。此外，与被制裁对象交易的非美国实体也面临着潜在的二级制裁的风险（Secondary Sanction，即针对非美国且与美国无关联实体和个人的制裁）。

基于总统令，美国财政部海外资产管理办公室（简称“OFAC”）发布了以下针对俄罗斯的经济制裁指令：

<sup>3</sup> Executive Order 14024”，<https://www.federalregister.gov/documents/2021/04/19/2021-08098/blocking-property-with-respect-to-specified-harmful-foreign-activities-of-the-government-of-the>.

### 1A 号指令 (Directive 1A) <sup>4</sup>

- 禁止美国金融机构及其海外分支机构参与二级市场中以任何货币计价的俄罗斯主权债务交易，包括由俄罗斯联邦中央银行、俄罗斯联邦国家财富基金以及俄罗斯联邦财政部发行的主权债务；
- OFAC 曾于 2021 年 4 月 15 日发布了 1 号指令，禁止美国金融机构参与一级市场中的俄罗斯主权债务交易<sup>5</sup>。

### 2 号指令 (Directive 2) <sup>6</sup>

禁止所有美国金融机构为被列举的俄罗斯金融机构（主要涉及俄罗斯联邦储蓄银行及其 25 家下属公司）：

- 开设或维持代理账户（correspondent account）或者通汇账户（payable-through account）；以及
- 处理这些金融机构参与的或涉及其资产的交易。

### 3 号指令 (Directive 3) <sup>7</sup>

禁止美国人或在美国境内涉及受制裁实体的到期日超过一定期限的新债务以及新股权交易（目前受制裁的企业共计 13 家，涉及金融、油气以及电信行业，实际阻断了俄罗斯大型企业从美国融资的途径）。

### 4 号指令 (Directive 4) <sup>8</sup>

- 冻结俄罗斯联邦中央银行、财政部和俄罗斯国家财富基金的资产，禁止与其交易；
- 8A 号一般许可为能源类交易提供了一般性许可<sup>9</sup>，即与能源相关的交易无须取得 OFAC 特别许可。

与总统令表述一致，除了受制裁俄罗斯实体和个人受到的一级制裁，任何规避和逃避、以规避或规避为目的、导致违反或试图违反上述指令的交易均将视为违反上述指令，与被制裁对象交易的非美国实体也面临着潜在二级制裁的风险。总统令一方面宣布冻结所有被制裁对象的在美资产，但同时也将所有为被制裁对象提供或者取得任何资助、物品或服务划为被禁止的范畴。因此，非美国实体和个人如果协助或导致美国实体或个人违反总统令，也可能面临二级制裁风险。

---

<sup>4</sup> Russia-related Designations; Issuance of Russia-related Directive 1A and General Licenses; Publication of new and updated Frequently Asked Questions” , <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/recent-actions/20220222>

<sup>5</sup> “Directive 1 under Executive Order 14024” , [https://home.treasury.gov/system/files/126/sovereign\\_debt\\_prohibition\\_directive\\_1.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/sovereign_debt_prohibition_directive_1.pdf) .

<sup>6</sup> “U.S. Treasury Announces Unprecedented & Expansive Sanctions against Russia, Imposing Swift and Severe Economic Costs” , <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0608>.

<sup>7</sup> “Directive 3 under Executive Order 14024, Prohibitions Related to New Debt and Equity of Certain Russia-related Entities” , [https://home.treasury.gov/system/files/126/new\\_debt\\_and\\_equity\\_directive\\_3.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/new_debt_and_equity_directive_3.pdf).

<sup>8</sup> “Directive 4 under Executive Order 14024, Prohibitions Related to Transactions Involving the Central Bank of the Russian Federation, the National Wealth Fund of the Russian Federation, and the Ministry of Finance of the Russian Federation” , [https://home.treasury.gov/system/files/126/eo14024\\_directive\\_4\\_02282022.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/eo14024_directive_4_02282022.pdf).

<sup>9</sup> “General License No. 8A Authorizing Transactions Related to Energy” , [https://home.treasury.gov/system/files/126/russia\\_gl8a\\_1.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/126/russia_gl8a_1.pdf).

尽管 OFAC 发布的 8A 号一般许可为能源类交易提供了一般性许可，但根据美国白宫在美国当地时间 3 月 2 日发表的声明，美国商务部工业与安全局（简称“BIS”）将通过对油气开采设备进行出口管制，对长期支持俄罗斯炼油能力的技术出口施加限制（*Through export controls on oil and gas extraction equipment, the Commerce Department will impose restrictions on technology exports that would support Russia’s refining capacity over the long term*）<sup>10</sup>。同时，白宫表示减少全球能源供应并不符合美国及其盟国的战略利益（因此在相关金融制裁中划出了能源支付），但美国及其盟国在降低俄罗斯作为主要能源供应国的地位方面，有着共同的战略利益，将通过这些制裁行动推进这一战略目标。目前 BIS 尚未发布关于炼油出口管制的具体实施细节，我们对此也将持续跟进。

### （三）其他西方国家主要经济制裁措施

国家 / 组织	主要经济制裁措施
欧盟	<ul style="list-style-type: none"> <li>计划对俄罗斯实施一揽子制裁计划，包括禁止来自顿涅茨克和卢甘斯克（简称“受制裁地区”）的非政府控制地区的货物进口，限制与某些经济部门相关的贸易和投资，冻结俄罗斯在欧盟的资产，制裁 Rossiya Bank、Promsvyazbank PJSC 以及 VEB；</li> <li>瑞士：参与欧盟对俄罗斯的一揽子制裁计划，冻结俄罗斯有关个人及机构在瑞士资产，禁止瑞士公司与被制裁对象进行业务往来。</li> </ul>
英国	<ul style="list-style-type: none"> <li>制裁俄罗斯第二大银行俄罗斯外贸银行（VTB）及其他 8 家金融机构；</li> <li>禁止英国个人和实体向俄罗斯联邦中央银行、俄罗斯财政部以及国家财富基金提供金融服务。</li> </ul>
加拿大	<ul style="list-style-type: none"> <li>对受制裁地区的非政府控制地区实施交易禁令，禁止加拿大人在这些地区从事特定的交易和活动；</li> <li>对俄罗斯主权债务直接和间接交易实施新的禁令，对两家重要的俄罗斯金融机构实施制裁。</li> </ul>
澳大利亚	<ul style="list-style-type: none"> <li>禁止澳大利亚个人和实体与以下银行开展业务：Bank Rossiya、Promsvyazbank PJSC、IS Bank、Joint Stock Company Genbank 以及 Black Sea Bank for Development &amp; Reconstruction；</li> <li>对受制裁地区实施严厉的经济制裁，禁止运输、能源、电信以及石油、天然气和矿产部门的贸易。</li> </ul>
日本	<ul style="list-style-type: none"> <li>禁止俄罗斯政府在日本发行、流通新的主权债券；</li> <li>制裁 Promsvyazbank PJSC，俄罗斯对外经济银行，俄罗斯联邦中央银行，并冻结资产。</li> </ul>

<sup>10</sup> “Fact Sheet: The United States Continues to Impose Costs on Russia and Belarus for Putin’s War of Choice”，<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/03/02/fact-sheet-the-united-states-continues-to-impose-costs-on-russia-and-belarus-for-putins-war-of-choice/>。

#### （四）SWIFT 相关制裁

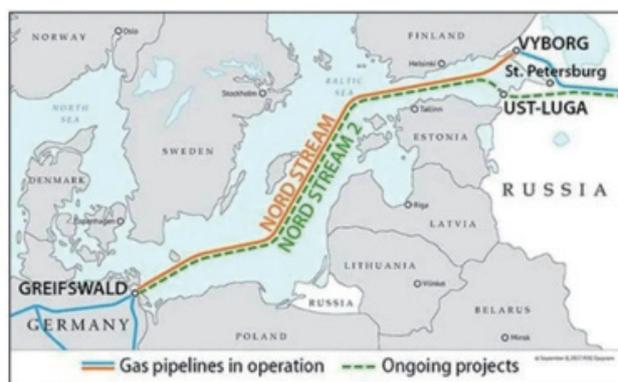
2月26日，美国、英国、欧盟等发布《关于进一步限制性经济措施的联合声明》宣布将禁止俄罗斯几家主要银行使用环球银行金融电信协会（Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication，简称“SWIFT”）国际结算系统。SWIFT 是全球金融机构交易结算最重要的信息交换平台和金融基础设施，将俄罗斯与 SWIFT 的联系切断，实际上切断了俄罗斯与全球银行系统的联系，使其无法进行国际清算，进而可能导致其金融系统瘫痪。因此，SWIFT 制裁将是西方国家对俄罗斯所能采取的最强硬的金融制裁措施之一。

截至目前，西方国家还在联合制定最终的制裁方案，尚未公布具体的受制裁俄罗斯银行名单，考虑到欧洲各国对俄罗斯能源的高度依赖（例如，欧洲地区约 40% 的天然气供应来自俄罗斯），基于目前全球对能源领域制裁的克制，我们判断能源行业可能会适用 SWIFT 制裁的例外情形。对此我们将持续关注，并在未来对于能源大宗交易的有关介绍中就 SWIFT 对能源及自然资源行业的意义与影响进行更为详尽的说明。

## 二、对俄经济制裁对能源及自然资源行业的影响及应对建议

### （一）北溪 2 号天然气管道公司（Nord Stream 2 AG）拟申请破产

北溪项目（Nord Stream）系从俄罗斯到德国的海上天然气管道系统，包括两条从维堡（Vyborg）到格赖夫斯瓦尔德（Greifswald）的管线（即北溪 1 号项目），以及两条从乌斯特 - 卢加（UstLuga）到格赖夫斯瓦尔德的管线（即北溪 2 号项目）。北溪 1 号项目由 Nord Stream AG 拥有和运营（Gazprom 持有多数股份），北溪 2 号项目由 Gazprom 的全资瑞士子公司 Nord Stream 2 AG 拥有并运营。其中，北溪 1 号管道于 2011 年 11 月投产<sup>11</sup>，北溪 2 号管道自 2021 年 9 月竣工后



Source: Gazprom, edited by CRS.

一直在等待各监管机构的最终许可。

此前 Nord Stream 2 AG 已被列入 SDN 清单，根据 OFAC 的“50% 规则”，Nord Stream 2 AG 名下的子公司和资产也将受到同等制裁，德国政府也宣布暂停北溪 2 号天然气管道的审批程序。被列入 SDN 清单后，Nord Stream 2 AG 已解雇了其大部分雇员，并计划启动破产清算程序。

尽管 Nord Stream 2 AG 注册地在瑞士，但实际上最大的利益相关方为德国和俄罗斯。德国此前已经制定了全面退出核能和煤炭能源的路线图，短期内对天然气的需求将会增加。目前对于已完工的北溪 2 号管道的处置方式仍不明朗，但可以预见的是目前局势的发展将进一步导致欧洲在能源供应上加深对美国的依赖。

<sup>11</sup> “Russia-EU gas pipeline delivers first supplies”, <https://www.ft.com/content/51ea636e-0a14-11e1-8d46-00144feabdc0>.

## （二）国际能源巨头拟退出在俄罗斯业务

随着西方国家经济制裁措施不断加码，国际能源巨头也先后发表公开声明，表示拟退出在俄罗斯的业务，包括挪威国家石油公司（Equinor）以及壳牌（Shell）等：

能源公司名称	声明行动
Equinor	<ul style="list-style-type: none"><li>2022年2月28日，Equinor发布声明，表明其董事会已决定停止对俄罗斯的新投资，并开始退出Equinor在俄罗斯合资企业。</li><li>Equinor在俄罗斯已有30多年的历史，并于2012年与俄罗斯石油公司签订了合作协议，Equinor与俄罗斯石油公司的合作包括西西伯利亚的重油气田North Komsomolskoye以及东西伯利亚的North Danilovsky开发项目。</li></ul>
Shell	<ul style="list-style-type: none"><li>2022年2月28日，Shell宣布其董事会决定退出与俄罗斯天然气工业股份公司（Gazprom Neft）及相关实体有关的合资企业，其中包括：<ul style="list-style-type: none"><li>Sakhalin-II液化天然气项目中27.5%的股份（位于萨哈林岛的综合油气项目，其中Gazprom持股50%，Mitsui持股12.5%，Mitsubishi持股10%）；</li><li>Salym Petroleum Development N.V.公司中50%的股份（项目正在开发位于西伯利亚西部汉特曼西斯克自治区的萨利姆油田）；以及</li><li>Gydan Energy Venture持有的50%的股份（项目主要勘探和开发位于西伯利亚西北部的吉单半岛的区块，目前处于勘探阶段，未投产）。</li></ul></li><li>Shell将停止参与北溪2号管道项目（Shell为参与的五家能源公司之一）</li></ul>

上述国际能源公司均未提出具体的退出计划，但相关退出无疑会影响其油气资产的情况。对于其他国际能源公司在俄业务的退出情况，我们也将持续跟进。目前埃克森美孚（Exxon Mobil）、Shell、道达尔（Total Energies）以及日资公司在俄罗斯油气上游均有投资，若未来有关资产卷入冻结资产、没收等过激措施，可能会演变为更严重的危机。对俄罗斯的经济制裁可能会造成欧盟成员国的重大损失，改变未来欧洲甚至全球的能源格局。欧洲为俄罗斯油气主要出口地区，俄欧在能源领域高度相互依赖，即欧洲需要俄罗斯能源满足其需求，俄罗斯需要欧洲能源市场。2020年，俄罗斯石油出口的约48%流向了欧洲市场；欧盟成员国合计从俄罗斯进口的天然气约为1526.5亿立方米，占欧盟总进口量的38%。随着俄乌局势升级，也刺激了相关替代品生产，2022年1月，美国液化天然气（LNG）出口量中的约60%流向了欧洲市场。

## （三）对中国能源及自然资源企业的行动建议

建议中国能源及自然资源企业及时采取如下行动，排查并防范潜在的合规风险：

### 1. 及时梳理现有涉俄涉乌项目

梳理现有的涉俄涉乌项目，特别是交易涉及的交易合作方以及银行。由于本轮经济制裁涉及到众多银行和其他金融机构，

因此美元结算能力和流动性将受到较大限制；同时，考虑到金融制裁后，涉及与俄罗斯贸易支付的问题，需紧密关注未来可能落地的 SWIFT 制裁动向，及时处理相关领域交易。

## 2. 从经济制裁风险角度布局现有 / 未来能源领域项目合作方及供应链

针对西方国家对俄罗斯及乌克兰采取的经济制裁，中国能源及自然资源企业需从合规角度，重点关注未来投资项目上中下游合作伙伴及供应链的筛选。根据 OFAC 的“50% 规则”，即所有 SDN 清单中的实体和个人持有超过 50% 权益的实体也将受到同等制裁，意味着需追根溯源关注合作方是否涉及被制裁对象。对于境外实体的筛查往往面临着较高难度以及合规成本，建议根据如下方面建立风险提示机制并排查有关合规风险：

- 审查交易主体注册地/主要经营地区是否涉及被制裁地区；
- 原材料潜在来源（主要在有关出口国出口管制法下分析，但可能同时构成经济制裁连接点）、主要资产分布等；
- 了解上中下游合作伙伴的合规控制水平（比如，如果单一合作方提出经济制裁合规的更高要求，如与审计权益挂钩的赔偿机制，建议整条供应链尽可能在商业可能的情况下，贯彻同样的权益以及赔偿机制）；
- 密切跟踪企业自身涉及供应链的资金结算点与物料的来源及流向；以及
- 开展敏感地域经济制裁合规体系建设，并定期测试合规风险识别体系准确度。

## 3. 密切关注交易账户与资金流动状况

本轮制裁措施凸显了资金安全保障的重要性，企业需密切关注并梳理现有项目资金流动状况，我们建议：

- 约定俄罗斯合作伙伴尽力配合完成跨境支付的义务，提出资金分散管理的硬性要求；
- 设立非美国司法辖区夹层结构或账户并动态回收或下放现金流，同时保证项目运营资金需求和投资安全保障的双重需要；以及
- 根据项目情况，以俄罗斯境外实体作为涉俄项目的投资目标实体，并安排资金尽可能在俄罗斯境外流转，非美元结算，并通过境外投资平台向项目运营公司提供资本支持，尽可能减少资金在俄罗斯境内流转的风险。

## 4. 管控涉及经济制裁合规义务相关的具体能源领域项目风险

中国能源及自然资源企业的制裁国的海外合作伙伴可能会提出将各类制裁、反腐败以及合规相关的承诺（covenant——在一定时间内满足或者避免某些特定的行为）作为达成合作关系的重要前提。在过往的交易中，根据我们的经验，能源企业也会通过“陈述与保证（representations & warranties——显示在某一特定时刻的合规状态）”条款对合规风险进行防控，即截至特定时间点（通常为签约日，交割日或大宗交易的某一单的执行日）满足合作伙伴或者自身合规方面的要求，即可视为作出了真实准确的合规陈述（针对过去和当下既存事实的声明，而非针对持续性的或未来状况）。相比之下，涉及制裁的合规承诺则会要求在合同期内要求持续满足合规要求，意味着中国企业可能会负有随时跟进合规动态的义务。

---

此外，海外合作方甚至可能会要求在正在履行的协议中补充更加严格的合规承诺，即中国企业签署的每一份协议都会成为对经济制裁合规的一次承诺，在合同期限内未达到当时适用合规要求的情形，将会导致违反承诺义务，影响合作关系的确定性，合作方可根据协议就违反承诺义务要求索赔甚至终止协议。甚至，某些交易方会提出现有合同中有关经济制裁条款的统一更新（retroactive applications）。

针对上述风险，建议考虑通过如下方式加以防范及协商：

- 由于多数能源企业的全球布局，跨境合作关系中的双方通常会受到众多司法辖区的共同管辖，因此需明确经济制裁合规的范畴，提高合规工作的确定性，避免承担过多的合规义务；
- 明确双方在经济制裁合规方面所需承担的具体义务，例如信息披露的范畴、频率，以及是否可以接受第三方审查的机制等；
- 明确自身承担合规义务的标准，对于违反经济制裁情形的认定不应依赖一方的主观判断，应当以客观第三方的判断为准，确立如同其他合同义务类似的义务标准，尽可能地减轻自身义务；
- 与海外合作伙伴对中国能源相关企业的要求相对应，中国能源及自然资源企业也需要通过对上下游合作伙伴进行约束防范自身面临的潜在经济制裁风险，包括对于第三方“背靠背”的约束；以及
- 与上游开采以及中下游合作伙伴建立良好的有关双方经济制裁合规的沟通渠道，在大风险点上达成共识。

## 5. 为涉俄项目准备备选融资方案

考虑到俄罗斯金融体系受到的全面封锁，尤其是原先计划来自于西方国家的资金，必然会受到重大影响。因此，对于目前涉俄项目的国际融资渠道，中国能源企业应当相应准备并且设计好备选融资方案，不仅仅依赖于传统融资渠道。

目前俄乌局势仍在进一步发展，西方国家也在持续发布对俄罗斯经济制裁。我们将会持续关注有关制裁措施的进展，并进一步针对能源及自然资源行业分享应对相关制裁的分析及建议。

*感谢实习生谢子璇、纪昊然对本文作出的贡献。*

# 俄乌冲突下中国企业 对俄业务发展各阶段 风险识别与处置指引

景云峰 胡梅 Sandra Link 李慧斌 徐健峰

## 引言

俄乌冲突爆发近一个月以来，很多中国公司法务人员每天都在加班加点地配合业务部门处理涉俄项目突发风险和各种棘手问题。<sup>1</sup>站在企业立场而言，尽早作出风险预判以及制定应急预案显然是非常必要的。据此，本文在就西方国家对俄制裁与俄方反制措施进行提炼总结的基础上，结合近期实务应对经验及培训中收集到的热点问题，以中国企业涉俄业务所处不同发展阶段为主线，尝试分析各环节所对应的风险识别方法，并提出初步处置建议。

## 一、各国对俄制裁与俄方反制措施概述

### （一）最新统计数据

自 2022 年 2 月 22 日，俄罗斯宣布承认“顿涅茨克人民共和国”和“卢甘斯克人民共和国”以来，伴随俄乌冲突不断激化，以美欧为首的有关国家陆续公布了全面对俄制裁措施。截至 2022 年 3 月 23 日，各国已公布对俄罗斯制裁措施共计 186 项，各类制裁黑名单新增俄方实体总量已经破千。与此相对，俄罗斯自 2022 年 2 月 23 日起至今，也陆续公布了一系列反制措施以及“不友好国家名单”等反制清单。此外，俄罗斯国内近期推动对不友好国家企业在俄资产实施国有化提案的呼声也很高。鉴于俄乌冲突的复杂性和不确定性，许多境外企业开始重新评估它们在俄罗斯的业务风险。另据媒体报道，近期已有多家 IT、汽车及能源等领域的欧美知名企业决定撤出俄罗斯。<sup>2</sup>

### （二）对俄制裁措施分类

各国对俄制裁措施及法律依据虽然名目繁多，但从其制裁目的而言，可以简单划分为“人”“财”“物”三个维度（如图 1 所示）。一是，所谓对“人”制裁，主要目的是切断俄方人员对外交易渠道。各国采取的主



景云峰

jingyunfeng@cn.kwm.com



胡梅

meg.utterback@cn.kwm.com



Sandra Link

Sandra.Link@eu.kwm.com

<sup>1</sup> 本文发布时间为 2022 年 3 月 24 日。

<sup>2</sup> 引自《越来越多的欧美巨头，正在离开俄罗斯》（<https://wallstreetcn.com/articles/3653116> 参考）。

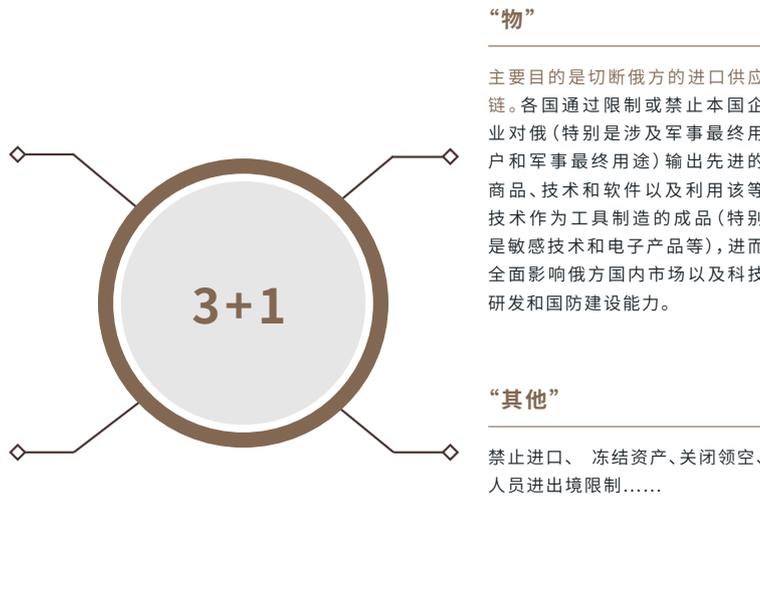
要手段就是通过将俄罗斯的官员、寡头、企业、金融机构等实体列入各类制裁黑名单，进而禁止或者限制本国公民、企业等实体与其开展经贸活动以及俄方相关人员入境等；二是，所谓对“财”制裁，主要目的是切断俄方对外金融通道。各国通过限制或者禁止俄罗斯企业等实体使用美元作为结算货币或者将部分俄罗斯银行（目前是7家）移除SWIFT系统<sup>3</sup>等方法，阻碍俄与全球其它经济体之间的资金往来与贸易往来；三是，所谓对“物”制裁，主要目的是切断俄方的进口供应链。各国通过限制或禁止本国企业对俄（特别是涉及军事最终用户和军事最终用途）输出先进的商品、技术和软件以及利用该等技术作为工具制造的成品（特别是敏感技术和电子产品等），进而全面影响俄方国内市场以及科技研发和国防建设能力。就目前美国对俄实施的出口管制政策而言，俄罗斯未来也可能会面临与古巴、伊朗、朝鲜和叙利亚一样的境地。

### “人”

所谓对“人”实施制裁，主要目的是切断俄方对外交易渠道。各国采取的主要手段就是通过将俄罗斯的官员、寡头、企业、金融机构等实体列入各类制裁黑名单，进而禁止或者限制本国公民、企业等实体与其开展经贸活动。

### “财”

主要目的是切断俄方对外金融通道。各国通过限制或者禁止俄罗斯企业等实体使用美元作为结算货币或者将部分俄罗斯银行（目前是7家）移除SWIFT系统等方法，阻碍俄与全球其它经济体之间的资金往来与贸易往来。



### “物”

主要目的是切断俄方的进口供应链。各国通过限制或禁止本国企业对俄（特别是涉及军事最终用户和军事最终用途）输出先进的商品、技术和软件以及利用该等技术作为工具制造的成品（特别是敏感技术和电子产品等），进而全面影响俄方国内市场以及科技研发和国防建设能力。

### “其他”

禁止进口、冻结资产、关闭领馆、人员进出境限制……

图 1. 各国对俄制裁措施分类示意图

## （三）俄罗斯反制

俄罗斯也推出一系列反制措施，一是，颁布对俄不友好国家和地区名单<sup>4</sup>，限制偿债币种及相关交易。对于列入对俄不友好国家和地区名单的外国债权人，俄罗斯债务人可使用卢布偿还外汇债务，并要求俄罗斯主体与对俄不友好国家和地区的企业和公民的所有交易和业务，都须经过俄联邦政府外国投资者监管委员会的批准。二是，实施出口管制。限制俄罗斯向欧洲供应钢铁产品、停止向美国供应火箭发动机、临时禁止从参与制裁俄罗斯的国家输入的外国医疗设

<sup>3</sup> SWIFT 的全称为环球同业银行金融电讯协会（Society For Worldwide Interbank Financial Telecommunications），是全球最重要的金融通信网络之一。SWIFT 成员包括全球 200 多个国家的超 1.1 万家金融机构、交易所和企业，几乎是跨境支付信息收发的独家服务商。SWIFT 的作用是在银行间发送、接受交易指令，不进行资金划转，不触及资金。资金支付划转主要是在清算支付系统中实现，是当今跨境资金流动最重要的基础设施。简单来说，国际清算几乎绕不开 SWIFT。根据俄罗斯全国 SWIFT 协会数据，目前约有 300 家俄罗斯金融机构是 SWIFT 成员，占俄罗斯金融机构一半以上，是仅次于美国的第二大使用国。俄罗斯金融机构目前在全球进行的外汇交易价值每天达到 460 亿美元，其中超过 80% 以美元计价；在 SWIFT 日均传输的 4200 条信息中，俄罗斯金融机构约占 1.5%。7 家俄罗斯银行被剔除 SWIFT 后，受到最明显的冲击便是阻碍俄国实体通过其在全球其它经济体之间的资金往来与贸易往来。虽然俄罗斯仍然可以通过一对一以及将其其它金融机构连入 SPFS 系统等方式进行跨境资金支付清算，但便利度与适用性无疑会大打折扣，预计将会导致俄罗斯的跨境支付与贸易出现萎缩，并进一步影响俄经济发展。

<sup>4</sup> 截至 2022 年 3 月 23 日，俄罗斯政府批准对俄不友好国家和地区名单，该名单包括美国、加拿大、欧盟国家（共 27 国）、英国（包括泽西岛、安圭拉、英属维尔京群岛、直布罗陀）、乌克兰、黑山、瑞士、阿尔巴尼亚、安道尔、冰岛、列支敦士登、摩纳哥、挪威、圣马力诺、北部马其顿，以及日本、韩国、澳大利亚、密克罗尼西亚、新西兰、新加坡和中国台湾地区。

备出境等。三是，限制外汇使用。禁止俄罗斯人和俄罗斯公司向境外汇出外币以偿还贷款，或将外币转入其国外账户，俄罗斯出口商从 2022 年 1 月 1 日获得的外汇收入中的 80% 将被强制结汇等。

除此之外，根据有关媒体报道，虽然欧盟要求各租赁公司在 3 月 28 日之前收回出租给俄罗斯各航企的飞机，总计约 515 架，但因受到关闭领空等客观限制无法取回。俄工贸部还提议禁止向欧盟和美国出口木材，编制了可采取资产国有化措施的外国公司名单，俄联邦委员会提议加速出售来自不友好国家的公司财产。截至 2022 年 3 月 15 日，俄罗斯先后宣布了制裁黑名单，其中既包括拜登和其他 12 名美国官员，也包括总理贾斯汀·特鲁多、以及外交和部长国防部长梅兰妮·乔利以及国防部长和安妮塔·阿南德在内的 313 名加拿大公民。

## 二、中国企业面临的次级制裁风险

### （一）次级制裁简介

根据是否对相关交易具有明确的管辖权，美国经济制裁通常可以分为“一级制裁”和“次级制裁”（或称“二级制裁”）两类。一级制裁适用于具有“美国连接点”的交易，最常见的美国连接点包括交易涉及美国主体、美国金融机构、美元、美国原产货物等，外国主体利用或者通过任何美国个人或实体以促成违反制裁的交易，导致美国个人或实体违反制裁规定的，也将构成违反一级制裁，美国财政部海外资产管理办公室（OFAC）可以对外国主体追究刑事和民事处罚责任。次级制裁主要适用于不存在上述“美国连接点”的交易，一般包括两类情形：一是，禁止非美国主体开展参与、支持违反人权、破坏地区和平稳定等美国制裁项目重点禁止的行为（如明知某项目涉及军事入侵等，仍参与其中并起到重要作用）；二是，禁止非美国主体对某些被实施资产冻结等制裁的主体提供支持（如与某些被列入特别指定国民清单（SDN 名单）的主体开展正常交易）。美国《以制裁反击美国对手法》、第 14024 号行政令的“实质性支持条款”等对俄制裁法规中体现了一定的次级制裁特征。

### （二）中国企业面临的次级制裁风险

对于中国企业而言，美国的次级制裁并不陌生。自 2018 年中美贸易战升级以来，美国利用其经济优势地位，频繁运用次级制裁，限制中国企业或个人与美方制裁目标国家的企业之间的经济交往。美国的次级制裁在实践中通常可以划分为三种，即贸易制裁、投资制裁和金融制裁。从实施手段而言，除了在相关制裁行政令的条款中设置带有次级制裁性质的规定之外，最为典型和常用的手段就是在 OFAC 所公布的 SDN 清单中加入“受次级制裁”或“有次级制裁风险”。通常来讲，如果中国企业与带有该标签的 SDN 清单列明企业开展交易，则可能会被美方以违反经济制裁为由列入 SDN 清单，导致其在美资产被冻结、账户被银行冻结等严重影响，又或者被追究相应法律责任。

除此之外，根据欧盟有关制裁条款的字面含义，如果第三国实体属于在欧盟境内全部或部分开展任何业务的任何法人、实体或机构，理论上也需要遵守欧盟制裁法规。<sup>5</sup> 即第三国企业如在欧盟境内开展业务，则该第三国企业从事对俄交易，可能被纳入到欧盟管辖范围之内，需要遵守欧盟经济制裁政策。例如，如果一家中资银行就一项受制裁交易向欧盟客户提供融资，则该中资银行的行为在欧盟制裁法下属于违法行为。

<sup>5</sup> 《COUNCIL REGULATION (EU) No 833/2014》Article 13 This Regulation shall apply: (e) to any legal person, entity or body in respect of any business done in whole or in part within the Union. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0833&qid=1647337446167>)。

### （三）中国企业防控次级制裁风险的实务难点

基于中俄在经贸方面的紧密合作关系以及美国经济制裁的穿透效力，中国企业在实践中面对的制裁风险较大，防控难度较高。

#### 1. 中俄合作领域为次级制裁风险的高发区

俄罗斯是我国重要的战略合作伙伴，双方在贸易领域的合作十分紧密，根据中国海关总署 1 月 14 日发布的统计数据，2021 年全年中俄贸易额同比增长 35.8%，达到 1468.87 亿美元<sup>6</sup>，双方合作主要围绕能源、金融等重点领域，并涉及多家俄罗斯大型金融机构，是次级制裁的高风险领域。根据相关制裁法规的授权，目前美国对俄次级制裁风险主要集中在能源、金融等领域，美国通过将相关行业的主要实体列入行业制裁识别清单（SSI）、SDN 等制裁清单，限制第三国主体与被制裁主体的合作，实现对俄重点经济产业的极限施压。

#### 2. SDN 和 SSI 清单具有自动穿透效果，打击范围大

根据《关于被冻结资产人士所拥有的实体的修订指引》及 OFAC 相关常见问题解答，SDN 清单和 SSI 清单适用“50% 原则”，由受到 SDN 或 SSI 一个或多个主体单独或累计拥有所有权达百分之五十或以上的任何实体自动被认定为 SDN 或 SSI 主体，同样受到相关制裁限制，即使这些实体自身并未被列入相关制裁清单（如图 2 所示）。此外，美国制裁一般不会向上穿透，但如果母公司明知或故意指示下属实体从事违反美国制裁政策活动，则违规责任可能延伸至母公司，与子公司一并受到处罚。<sup>7</sup>“50% 原则”扩大了制裁的打击范围，对企业提出了更高的合规要求，需准确识别交易对象的股权结构。

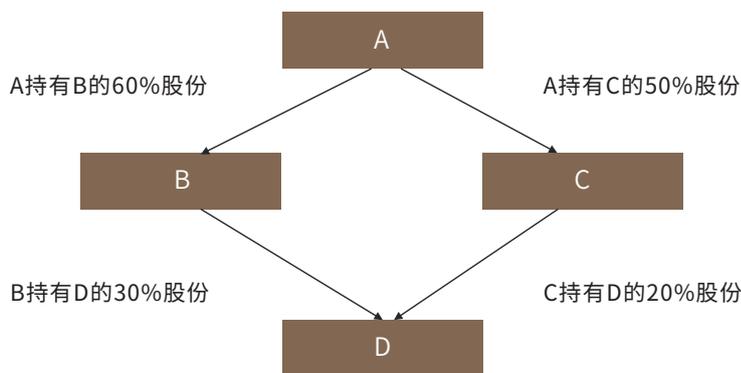


图 2. “50% 向下穿透规则” 示例图

<sup>6</sup> “2021 年中俄贸易额达 1468.87 亿美元”，引自商务部官网 (<http://petersburg.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202201/20220103237286.shtml>)。

<sup>7</sup> <https://www.federalregister.gov/documents/2020/12/15/2020-27517/notice-of-department-of-state-sanctions-actions-pursuant-to-executive-order-13846-of-august-6-2018>

图 2 中，A 为 SDN 主体，因其持有 B、C 股份分别超过 50%（含本数），所以 B、C 自动被制裁，而 D 由于被 B、C 两个主体累计持股超过 50%，所以 D 也属于自动制裁对象。

在实践中，中国企业为了判断是否存在次级制裁风险，建议依据拟开展业务实际情况和交易方黑名单筛查结果，全面仔细排查有关制裁法规、行政令、FAQ 及处罚事例后加以综合判断。

### 3. 制裁相关法令更新频率高，需要持续关注次级制裁风险

从美国对外动用次级制裁的历史来看，其会根据对制裁国家打击的需要，随时调整相关政策。以近期其对俄制裁为例，为限制中国等有关国家与俄罗斯开展相关交易活动，从而抵消或者减弱美西方国家对俄制裁效果，美国官方多次喊话，反复提醒和威胁中国企业要严格遵守美国对俄制裁措施。在此背景下，不排除未来美国可能会进一步强化适用于中国等第三国家企业的次级制裁措施。

## 三、次级制裁风险评估流程与合规处置措施

随着美西方国家对俄制裁措施的不断升级，中国企业应避免“头痛医头、脚痛医脚”式的局部风险应对，建议从美国制裁涉及的“人”“财”“物”三个维度出发，成体系地全面评估存量及新增业务的次级制裁风险。

### （一）开展黑名单筛查工作，确定交易主体的风险程度与交易受限条件

黑名单是美国开展制裁的重要工具，特别是在当前俄乌冲突下，美国、欧盟等国家已集中将接近 1500 个俄罗斯实体列入制裁清单。因此，中国企业在对俄开展任何商务活动前，都应针对合作方的“黑名单”风险筛查工作视为重要合规前提。但在当前企业实践中，一方面黑名单涉及国别以及种类繁多，另一方面企业合作方数量众多，加之两方面都始终处于动态变化之中，就如肩挑两桶水赶路一样。因此，仅依靠合规人员人工手动筛查并不现实。

对于上述情况，我们建议采用数字化法律合规解决方案突破黑名单筛查工作的困境。所谓数字化法律合规解决方案是指利用法律科技，以信息化系统等方式设计一套完整的，集风险识别、自动化处置和专家干预于一体的解决方式，以实现法律合规制度的实际落地。其中，黑名单筛查仅作为数字化法律合规解决方案中的一个组成部分，后续可以根据企业本地化实施闭环部署需求，实现与客户、供应商等合作伙伴业务系统的对接，借助信息化手段，帮助企业完成黑名单时时自动化筛查匹配及预警工作，极大提高筛查的效率性和准确性。<sup>8</sup>

<sup>8</sup> 金杜研究院：《浅析制裁黑名单自动化筛查——以美国出口管制与经济制裁合规信息化建设为视角》（<https://mp.weixin.qq.com/s/bu-azsDcSQE11XB4wrfhmA>）；  
金杜研究院：《助跑出口管制合规“最后一公里”！——信息化合规管控解决方案浅析》（[https://mp.weixin.qq.com/s/2xiYFQqMYAUpmh7-0F\\_hmA](https://mp.weixin.qq.com/s/2xiYFQqMYAUpmh7-0F_hmA) 参考）。

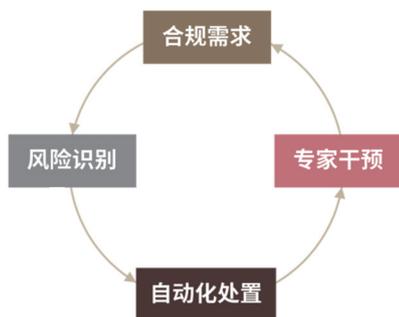


图 3. 数字化法律合规解决方案

## （二）梳理资金通路，评估资金安全

金融机构是交易结算的核心枢纽，一旦相关交易涉及被制裁的银行，或第三国金融机构（如汇路中涉及的境外中转行）认为交易存在制裁风险，都可能引发资产冻结，造成财产损失。企业需摸排涉及被制裁金融机构的交易情况，评估相关制裁措施对具体交易的影响。同时，排查涉俄交易的资金路径是否涉及第三国金融机构，确定涉及的币种、项目背景、交易主体等，评估第三国金融机构若采取冻结措施将对企业造成的影响。

## （三）评估相关受控物项违规转移风险

在本次俄乌冲突下，各国通过限制或禁止本国企业对俄（尤其是涉及军事最终用户和军事最终用途时）输出先进的商品、技术和软件（以下合称“物项”），从而切断俄方重点产业领域所依赖的进口供应链，限制俄罗斯重点领域和行业发展。欧盟等国家出口管制角度域外效力相对较弱，更多采取拒绝或撤销出口许可证等管控措施。但美国《出口管理条例》（Export Administration Regulations, EAR）的域外效力较强，基本伴随 EAR 受控物项“由生至死”的全过程，不仅关注美国原产物项，而且对于外国生产的涉及美国物项的产品也规定了管辖效力，具体来说包括涉美原产物项成分占比超过最低减让标准的外国制造产品、以及基于外国直接产品规则受到 EAR 管辖的外国产品等。

### 1. 最低减让标准判断

根据 EAR 第 734.3 规定外国生产产品中美国原产受控成分超过最低减让标准时，该外国生产的产品受 EAR 管辖。由于本次美国对俄罗斯新增了许可证要求，属于商业管控清单（Commerce Control List, CCL）中 ECCN 分类为第 3 类到第 9 类的涉美物项，若针对俄罗斯出口、再出口或国内转移，都需要申请许可证，因此极大地扩展了最低减让标准中美国原产受控成分（分子）的占比，导致之前可能未达到最低减让标准的产品，转而按照新规则判定就成为了受 EAR 管辖产品。例如，之前 5A991（一般为电子器件，如手机组件等）针对俄罗斯出口是不需要许可证的，即在最低减让标准中不需要纳入分子，但是现在由于增加了许可证要求，对于出口至俄罗斯是需要许可证的，应当纳入分子进行最低减让标准判断。如果最低减让标准超标，则说明该产品受 EAR 管辖，需要进一步进行 ECCN 判断，并决定是否需要申请获得出口许可证从可以出口至俄罗斯。

## 2. 外国直接产品规则的影响

根据 EAR 第 734.3 条规定外国产品如果符合直接产品规则，则该产品受 EAR 管辖。在本次俄乌冲突下，美国在第 734.9 条中新增了针对俄罗斯和俄罗斯军事最终用户的直接产品规则，以扩大对向俄出口涉美产品的限制，具体如下：

一是，针对俄罗斯创建新的直接产品规则：为限制俄罗斯获取某些外国生产产品的能力，建立针对俄罗斯的直接产品原则，即针对出口目的国为俄罗斯的外国产品，如果属于以下两种情况，则属于受 EAR 管辖的物项：（1）外国生产产品是由 CCL 中第 3 类至第 9 类 ECCN 为 D 或 E 组的美国原产“技术”或“软件”直接生产或开发的；（2）生产或开发外国产品的工厂或主要设备属于 CCL 中前述 ECCN 分类的美国原产软件或技术的直接产品。如果外国生产物项属于 EAR99 物项，则不适用针对俄罗斯的直接产品规则；

二是，针对俄罗斯军事最终用户创建新的直接产品规则：针对俄罗斯最终军事用户，直接产品规则更为严格，主要包括以下两种情况：（1）外国产品是由 CCL 中 ECCN 属于 D 或 E 组的软件或技术直接开发或生产的；（2）生产外国产品的工厂或设备属于前述 CCL 上美国原产软件或技术的直接产品。同时，如果交易对象属于实体清单上脚注 3 的实体，或者了解到该直接产品将被用于上述实体生产、购买的任何零件、组件或设备的生产或开发，即使 ECCN 为 EAR99，也同样需要申请许可证，并将被默认推定拒绝。

上述针对俄罗斯和俄罗斯军事最终用户的直接产品规则极大扩展了美国产品管控范围，如果向俄罗斯出口，基于直接产品规则受 EAR 管辖的外国产品几乎都需要申请许可证，而美国对此类许可证申请采取拒绝推定审批政策，导致非美国企业很难合规向俄罗斯出口任何涉美产品。因此，中国企业需要针对直接产品原则，排查自身产品是否存在基于美国软件或技术直接开发设计的，或者使用了基于美国软件或技术生产的设备，如果有需要重点排查其涉美情况，以决定是否需要申请许可证，以及是否可以出口至俄罗斯，以避免因违反相关出口管制政策而受到处罚。

## 四、开展体系化风险评估，采取差异化处置措施

西方国家目前对俄制裁的范围广、主体多、手段多样。此外，根据美国总统拜登于 3 月 24 日结束与欧洲盟国和其他国家领导人会晤后释放出的消息可知，下一阶段西方国家将会对俄实施新一轮的联合制裁。虽然如此，不建议中国企业对于所有涉俄业务都采取“一刀切式”的叫停策略，而是应当根据具体业务类型谨慎分析可能面临的次级制裁风险，并根据业务实际所处发展阶段，提前预想可能出现的风险场景，同时制定具有差异化的风险管控措施。以下将分别从横向和纵向两个视角，以场景化的方式具体分析有关风险防范与应对建议。

### （一）从横向而言，应当重点聚焦于经济制裁与出口管制的风险防范与应对。

#### 1. 经济制裁

如俄方交易伙伴属于美欧等国的制裁黑名单实体，则建议应当仔细评估该实体被列入哪类黑名单、该黑名单的具体限制条件以及是否存在次级制裁风险，最终根据评估结果判断是否可以继续进行交易或者需要附加哪些合规前提条件，并及时形成必要的合同条款。

此外，建议对所有可能涉及的金融机构（包括但不限于收款行、中转行、付款行、开证行、兑付行等）进行黑名单筛查，

以判断在资金汇路上是否存在资金受到冻结或者中途遇到其他障碍的风险。

- 风险场景

以美国经济制裁为例，风险原因主要集中在两个方面：一是，美国连接点的识别不准；二是，次级制裁效力的分析不完整。例如，经初步黑名单筛查后确认合作方虽属于 SDN 清单实体，但未被加注次级制裁标识，随即就以此作出判断，认为可以继续与其开展交易，但因为没有进一步确认有关制裁项目或者行政令的具体规定，最终可能面临受到次级制裁的风险。

- 应对建议

第一，如发现合作方被列入制裁黑名单，应当首先与该合作方进行充分沟通，并暂停相关业务；第二，进一步全面梳理有关制裁法规的相关内容，特别注意仔细排查和评估是否存在次级制裁效力的相关条款内容，必要时可以向外部专业律师寻求协助；第三，建立底线思维，随时关注最新制裁动向，结合项目特点预判潜在重大风险，必要时应与合作方进行协商，签订相关的补充协议。

## 2. 出口管制

建议应当根据各国对俄实施的出口管制措施进行风险评估。以下以美国对俄实施的出口管制措施为例进行分析。

### (1) 直接转售美国受控物项至俄罗斯的风险及应对

- 风险场景

若中国企业对俄直接转售美国受控物项，极大可能需要向美国申请许可证但实践中又无法成功取得。此时如将该物项转移至俄罗斯主体，则存在因违反美国出口管制法律规定而受到处罚的风险。

- 应对建议

首先，应对交易对象进行黑名单筛查，如果交易对象涉及俄罗斯军事主体，则几乎所有美国物项都不能出口，此时应当暂停交易；其次，若合作方并非受限制主体，则应进一步识别美国物项对应的 ECCN 编码及最终用途等，以判断是否需要申请许可证，以及是否可以适用许可例外；最后，若存在许可证要求，且无法适用许可例外，则除非成功申请许可证，否则需暂停交易。

### (2) 对俄交易产品包含涉美成分的风险及应对

- 风险场景

由中国企业生产的拟对俄销售产品所包含涉美成分（如含有美国原产的元器件等）的市场公允价值占比达到限制

要求时（针对俄罗斯为 25%），则该中国企业生产的成品仍然会受 EAR 管辖，需进一步判断该成品的 ECCN 编码等，以确认是否需要申请出口许可证方可出口至俄罗斯。但现实中要充分预见到可能无法取得出口许可证的风险。

- 应对建议

一是，应当对包含涉美成分的产品进行最低减让标准计算；二是，针对超标产品进行 ECCN 分类及确认最终用途信息，以确认是否需要申请许可证；三是，根据前述风险排查结果，综合判断是否可以继续交易。

### (3) 交易产品涉及外国直接产品规则的风险及应对

- 风险场景

如果中国企业产品生产过程中涉及使用受到美国管控的工具类物项（包括设备、软件和技术），则基于外国直接产品规则，使用该等工具加工而成的产品可能被认定为属于 EAR 管辖的物项，在没有许可证的情况下出口至俄罗斯或俄罗斯军事主体，存在违反美国出口管制要求的风险。

- 应对建议

第一，针对产品生产过程中所需的涉美工具类物项的受控情况进行摸排；第二，针对合作方进行黑名单筛查，因为在直接产品规则下，一般俄罗斯民用主体和俄罗斯军事最终用户之间存在较大区别；第三，基于上述筛查情况，综合判断交易是否可以继续开展。例如，交易产品是基于美国软件、技术或者设备生产的，且涉及军事最终用户，则应当立即中止交易。

**(二) 从纵向而言，应当重点聚焦于对俄业务所处各个业务环节（从商机获取直至交易结束）的特点，分别制定共通性和个性化的差异处置措施。**

## 1. 商机获取和签订合同

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>• 合作方</li><li>• 物项</li><li>• 行业</li><li>• 金融机构</li><li>• 合规条款</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 黑名单筛查。商机获取时应针对合作方（包括但不限于客户、供应商、货代、银行、承运人、最终用户等）优先开展黑名单筛查，识别客户涉及制裁风险。此外，还要关注合作方的注册地、主要经营地、高管人员、股权结构等关键信息，确定是否涉及可能受到制裁的高风险行业、地区或主体，并做好其他必要风险信息调研和排查工作。</li><li>• 物项受控属性及转移风险识别。在商务沟通过程中，评估交易所涉物项受到美欧等国家管控情况，避免违规转移受控物项。</li><li>• 行业背景与金融机构风险评估。重点关注项目背景、目的，担保人、金融机构、最终受益人等交易合作方及辅助性第三方，以及资金币种、划转路径，物项种类、技术成分、运输线路等是否存在制裁风险。对于涉及制裁项目，应合理规划交易主体、资金通道、币种等，避免欧美连接点。</li><li>• 制定风险应急处置或解决条款。在合同中增加涉及经济制裁与出口管制合规义务相关的陈述与保证、违约条款、退出机制等，但要注意不得违反中国反制法规要求。</li></ul>

## 2. 合同履行和解除

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>合作方被列入黑名单</li><li>物项受到严格管控</li><li>违约赔偿</li><li>解约后资产损失</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>合同履行过程中要持续对合作方进行滚动式黑名单筛查，一旦发现合作方被列为西方国家制裁黑名单实体或俄方反制清单主体，应尽快与被制裁客户沟通，确认相关情况，及时核实对既有项目或交易的影响程度，根据需要启动应急预案；</li><li>加快推进制定对俄项目相关商品、技术和软件等物项中涉美欧成分的国产化替代方案；此外，根据需要可以适当加大备货库存；</li><li>如有合理理由可以预见到可能导致自身承担违约责任的重大潜在风险时，应当要求暂停交易，同时与合作方进行协商，及时增加必要条款或者签订补充协议，以避免未来被对方追究违约赔偿责任；</li><li>及时了解西方国家制裁与俄方反制裁最新动向。如果是在美欧等国家设立有子公司等实体的中国企业，还应重点关注俄方有关限制外资离境、撤出或者拟实施资产国有化等相关法案的审议情况，及时要求海外子公司制定必要的应急预案。</li></ul>

## 3. 贷款结算和偿还贷款

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>金融机构被列入黑名单</li><li>无法使用美元、欧元结算</li><li>汇率变动导致资金损失</li><li>第三方金融机构不配合开展结算业务；</li><li>延迟支付赔偿</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>如项目中所使用的俄方金融机构被列入制裁清单，可以考虑中止相关金融服务合同，根据后续风险评估结果，采取更换还款方式、币种、渠道等解决方案。</li><li>对结算方式、结算银行、结算周期等风险条款重新进行评估。根据评估结果，可以考虑更换为中资银行或使用人民币结算等，以避免后续合同纠纷或相关汇率风险；</li><li>有部分欧美金融机构除了会严格遵守对俄制裁法规以外，还可能会基于自身的合规政策或者合规价值观，选择不提供任何涉及俄罗斯的金融服务。对此，应当预先开展必要的风险评估，如需要，可考虑变更措施，以降低资金结算风险。</li><li>以中方企业支付进口货物的货款为例，应当明确约定中方只要在付款行完成汇出手续后就意味着其已经尽到按期付款义务，如因后续中转行或者收款行等原因导致卖方延迟或者无法收到货款时，不得要求中方支付延迟付款利息或承担其他赔偿责任。</li></ul>

#### 4. 生产设备和技术原料

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>使用涉美受控生产设备</li><li>产品中美国成分占比超标</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>针对生产设备涉及美国物项的情况，需要综合判断交易主体以及是否适用美国针对俄罗斯及俄罗斯军事最终用户的直接产品规则。如果该产品适用于俄罗斯或俄罗斯最终军事用户的直接产品规则，则需申请许可证，否则该产品在没有许可证的前提下出口至俄罗斯或俄罗斯军事主体，存在违反美国出口管制要求的风险；</li><li>针对产品中含有美国技术或原料等情况，需要对产品重新进行最低减让标准计算，判断该产品是否属于EAR的管辖范围。如该产品占比超标，则需进一步对该产品进行ECCN分类，以确认是否需要申请许可证或适用许可例外，以避免出口管制风险。</li></ul>

#### 5. 转股售资

风险要素	应对措施
<ul style="list-style-type: none"><li>交易对方被列入黑名单</li><li>转股售资项目交割后对价或权属无法实际取回</li><li>处置涉美受控物项资产导致违反出口管制要求</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>应当对转股售资的交易对方（包括但不限于出资方、担保方、金融机构等）开展黑名单筛查，以避免触发制裁风险。</li><li>注意评估俄罗斯反制裁政策下对于转股售资项目是否存在限制，重点评估交割后是否可能存在对价或权属无法实际取回等重大风险，根据需要，在协议中增加相关风险解决条款；</li><li>若出售资产中可能涉及美国EAR管辖物项，需事先做好风险评估，必要时应当申请出口许可证；如果暂时无法取得出口许可证，则建议暂停处置，待后续确认或申请到许可证后再行处置。</li></ul>

最后，中国企业必须加以注意的是，美欧等国的制裁法规中通常都会明确规定禁止一切规避制裁的行为。如本次对俄实施制裁的美国 14024 号行政令第四条规定，任何意图规避行政令及违反制裁规定而采取的行为都是被禁止的。<sup>9</sup> 如前所述，若中国企业为了规避对俄制裁规定，将交易主体变更为其下属控股企业，并指示其代为完成对俄交易，则可能被认为构成规避制裁行为，即该中国企业通过下属企业对被制裁对象提供实质性支持，进而导致构成违反制裁规定行为而需要受到处罚。

### 五、建立长效化的制裁合规管控体系

随着中美博弈的常态化发展，中国企业应当参考 OFAC 风险评估规则<sup>10</sup>，提早建立长效化的制裁合规机制，及时发现制裁风险并予以处置。一是，应当搭建制裁风险评估机制，完善合规风险数据库。从“人”“财”“物”三个维

<sup>9</sup> 参考链接：<https://www.federalregister.gov/documents/2021/04/19/2021-08098/blocking-property-with-respect-to-specified-harmful-foreign-activities-of-the-government-of-the>。

<sup>10</sup> 参考链接：合规框架见 [framework\\_ofac\\_cc.pdf](#) (treasury.gov)；风险矩阵见 [FAQ risk matrix.doc](#) (treasury.gov)。

度分析自身业务面临的制裁风险大小和风险特征，并从“及时性”“准确性”“全面性”三个方面判断现有制裁合规管理控制措施的效果，通过比较固有风险和控制措施，评估现行制裁合规机制的有效性，及时完善合规风险数据库。二是，开展常态化的黑名单自动化筛查。随着美欧各国制裁打击范围逐步扩大、制裁措施日益多样，黑名单筛查系统已经成为企业开展制裁风险防控的重要工具，企业应根据自身业务特点选用定制化黑名单筛查方案，建立可以覆盖全业务流程、无死角式的自动化筛查机制。三是，加强内部控制，开展制裁名单的分级管控措施。对于业务体量较大、分支机构较多的企业，有必要对不同的制裁名单主体开展分级管控措施，提升业务开展效率。四是，全面跟踪各国制裁与俄方反制政策变化。可以通过指派专人或聘请律师等方式进行制裁政策的长期跟踪和研究，提前研判制裁风险，及时优化分级管控措施。五是，加强人员培训和合规内审工作。可以通过邀请外部专家讲座、开展内部知识竞赛、出台操作指引等方式加强企业员工的制裁风险防范意识，构建合规文化。对制裁合规有效性开展定期内部审计，及时查漏补缺。

## 六、对俄投资局势预判与业务战略规划建议

随着欧美等国对俄制裁的逐步升级，俄罗斯将逐步实施自己的反制措施，未来涉俄制裁将面临更多不确定风险。一是，参与制裁俄罗斯的国家逐渐增多，制裁措施协同效应逐步增强。自2月21日美国宣布制裁俄罗斯以来，欧盟、英国、澳大利亚、日本等国均采取了多样化的制裁措施，并逐渐形成协同效应，进一步压缩俄罗斯应对制裁的空间，用更换币种和采取境外壳公司等方式应对制裁风险的难度日益增加。第三国企业面临涉俄制裁的多边性和复杂性，需要根据业务实际开展跨法域的制裁合规风险评估和处置工作。二是，俄方反制裁措施逐步扩大，中国企业将面临合规夹缝的两难处境。为了应对美国次级制裁的域外效力，不排除俄罗斯也将进一步扩大和加强反制力度，这将导致中国企业面临合规冲突的困境，而企业法务人员将可能会被要求提出一些超出法律本身的解决建议或者应对思路。三是，俄乌冲突引发的问题需谨慎判断。涉俄制裁引发的国际原油价格波动、全球供应链重构等现象貌似为第三国企业提供了新的商机，但中国企业必须在业务拓展中注意有效控制风险，特别是拟对俄开展中长期投资项目时，建议至少在现阶段应当采取“一看、二慢、三通过”的审慎应对策略。

## 结语

俄乌之间的战事冲突可能会在近期得到缓解，但是各国对俄制裁与俄方反制之间的胶着态势应该不会在短期内结束。对比其他领域的合规管理工作而言，本次涉俄制裁风险防控工作具有时效性强、涉及法域多、违规后果严重等显著特点，一旦处置不当就可能对企业的海外业务造成毁灭性打击，建议中国企业应当及时引入数字化合规管理工具，在外部专业律师和专家组建的智库团队协助下，谨慎、精准地评估涉俄业务潜在风险，尽快制定有效的应对措施，用合规管理创造商业价值。

感谢实习生董家宁、律师助理樊佳欣对本文作出的贡献。

# 西班牙、德国、越南 可再生能源项目投资 概览

吕膺昊 杜睿 鲁珊珊

随着全球气候变暖，绿色发展的理念在全球范围内越发成为共识，众多国家均已先后出台鼓励可再生能源行业发展的政策，并启动或深化电力体制改革。在这一背景下，可再生能源技术不断发展，全球范围内出现了大量风能、太阳能等可再生能源项目的投资机会。但在另一方面，各国可再生能源政策也在不断变化，比如电价补贴的逐渐取消或中断，潜在投资者需要在投资前清晰地了解相关风险和挑战。另外，在当今逆全球化的趋势下，投资者也需要更加关注投资目标所在地的外商投资审查制度，以保护自身合法的投资权益。

本文将主要介绍西班牙、德国、越南外资审查制度、可再生能源项目审批以及可再生能源补贴三个主要方面的政策制度，供各位读者参考。

## 一、西班牙可再生能源项目

西班牙制定了自身的 2021-2030 年减排计划，以落实欧盟 2030 年实现在 1990 年的温室气体排放水平上至少减少 55% 的目标。

为了完成这一计划，相关政府部门将进一步出台有关政策，促进可再生能源行业的发展。与此同时，西班牙正在深化能源领域改革，在这一过程中，可再生能源在西班牙能源结构中的重要性持续上升，并为可再生能源企业带来了新的发展机遇。



吕膺昊

lvyinghao@cn.kwm.com

## （一）外资审查制度

### 1. 欧盟有关规定

2019年3月，欧盟委员会通过了《欧盟外资审查框架条例》，并于2020年10月11日起实施。该条例旨在为成员国创建一个具有针对性及透明度的外资审查框架，以最大程度确保欧盟在对外开放的同时仍能有效维护自身核心利益。条例实施后，欧盟委员会被赋予信息获取权、意见发表权和委托立法权，并实际上加强了对外商投资的审查力度。

2020年3月25日，欧盟委员会发布《外资审查框架执行指南》，为《欧盟外资审查框架条例》的具体实施提供进一步的指引，以保护欧盟关键资产和技术在新冠疫情造成的市场动荡期间不受外国投资者控制。

需要说明的是，《欧盟外资审查框架条例》和《外资审查框架执行指南》对欧盟成员国不具有强制约束力，欧盟成员国对于是否执行外资审查机制以及机制的具体内容仍拥有一定的独立性和自主性，并可以自行决定是否采纳欧盟委员会和其他成员国就具体审查个案提供的建议。因此，当投资者有意在欧盟成员国进行投资时，需要具体调查该国是否采纳了建立了上述外资审查制度以及制度的具体内容。

### 2. 西班牙有关规定

西班牙外商投资领域最重要的法律依据为1999年颁布的664/1999号皇家法令（“《西班牙外商投资法》”）。《西班牙外商投资法》允许资本完全自由流动。根据《西班牙外商投资法》以及其他相关规定，除来自避税天堂或涉及国家安全等投资活动外，外商投资一般不需要得到任何西班牙政府机构的批准，仅需要事后向西班牙工业、贸易和旅游部下属的国际贸易与投资总局进行备案。

2020年3月，西班牙颁布了8/2020号西班牙皇家法令和11/2020号西班牙皇家法令（合称“法令”），针对新冠疫情爆发后的外商投资采取紧急特别措施。法令中与外商投资审查的部分以《欧盟外资审查框架条例》为蓝本，几乎逐字复制《欧盟外资审查框架条例》的部分规定，中断了西班牙此前较为宽松的外商投资监管状态。根据法令，如果一项交易同时满足以下三种情形，则交易需要事先经过西班牙国际贸易与投资总局的审查和西班牙内阁的批准：

- （1）投资者不是欧盟或欧洲自由贸易联盟（“EFTA”）的实体，或尽管投资者为欧盟或EFTA实体，但其最终控制人并非欧盟和EFTA实体（即非欧盟和EFTA实体直接或间接控制其超过25%的股权或表决权、或以其他方式对其实施直接或间接控制）；
- （2）交易后外国投资者持有西班牙公司不低于10%的股权，或取得西班牙公司的控制权；以及
- （3）投资于敏感行业领域（包括关键基础设施、关键技术、关键物资供应、信息保密等行业领域），或外国投资者的身份具有敏感性（包括由外国政府直接或间接控制，在另一欧盟成员国进行了可能影响国家安全、公共秩序和公共卫生的投资或活动，存在从事影响国家安全、公共秩序和公共卫生的犯罪或非法活动的严重风险等）。

虽然以上法令为应对紧急状态的临时性措施，其效力将在政府宣布解除紧急状态后的一个月后结束，但可以通过颁布西班牙皇家法令延长以上政策的有效期限。

另外需要注意的是，以上法令并没有取代西班牙原有的外商投资法律法规，外商投资仍受《西班牙外商投资法》的法律法规的规制，比如若境外投资者意图自避税天堂投资或投资与西班牙国防直接相关的活动，投资者仍需按照原有法律法规的规定，获得有关政府部门的批准。

	新冠疫情前	新冠疫情爆发至今
主要法律法规	《西班牙外商投资法》	《西班牙外商投资法》与法令并行
外商投资审查	除特殊情况以外，外商投资活动仅需事后向西班牙工业、贸易和旅游部下属的国际贸易与投资总局备案。	原有法律规定的特殊情况仍需按照原有规定审批，满足法令规定的三项条件的项目还需要经过西班牙国际贸易与投资总局的审查并获得西班牙内阁的批准。

表 1 西班牙新冠疫情前后外商投资审查情况

## （二）项目审批

西班牙能源领域的行业监管非常严格，监管体系较为复杂。在投资具体项目前，投资者需要事先调查和了解拟投资项目可能涉及的具体监管要求。

### 1. 主管部门

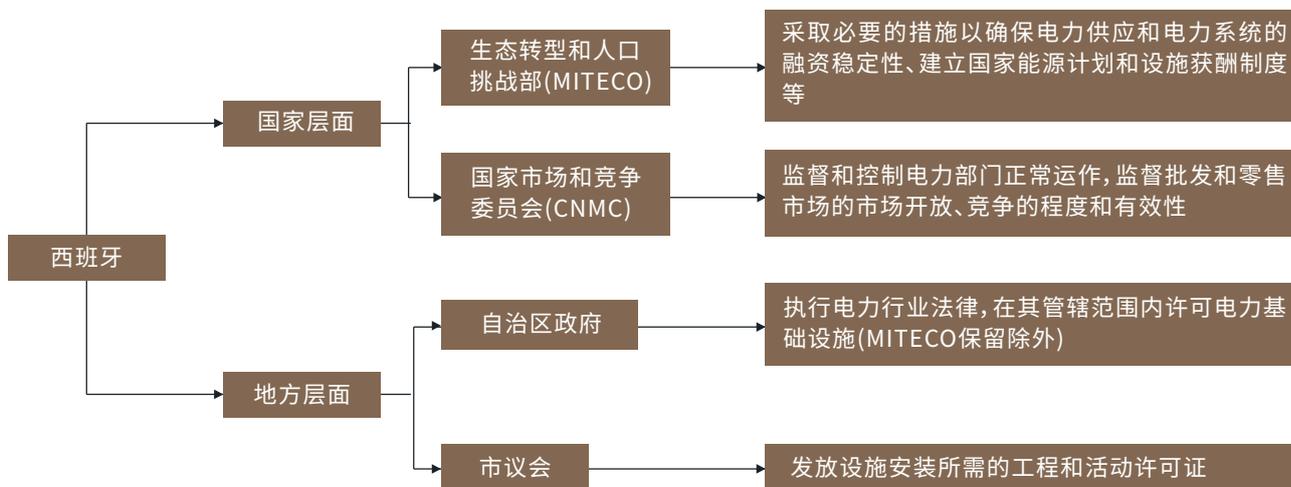


图 1 西班牙电力行业主管部门

在国家层面，生态转型和人口挑战部（“MITECO”）是电力行业的主要监管机构。MITECO 的责任包括采取必要的措施以确保电力供应和电力系统的融资稳定性，建立国家能源计划和设施获酬制度等。国家市场和竞争委员会（“CNMC”）负责监督和控制电力部门的正常运作，监督电力批发和零售市场开放和竞争的程度及有效性。

自治区政府负责执行国家制定的电力行业法律，并对于其管辖范围内的电力基础设施作出许可，除非作出该等许可是 MITECO 保留的权利。在市一级，市议会负责为设施的安装发放必要的工程和活动许可证。

## 2. 项目审批

在西班牙进行可再生能源发电设施的建设、调试和运营需要事先取得相关许可证或授权，相关法律依据包括但不限于：① 24/2013 号法律 1955/2000 号皇家法令和 413/2014 号皇家法令；② 21/2013 号法令，以及③项目所在地相关自治区和市议会的法规。具体而言：

- (1) 新开发可再生能源项目，建设和运营项目所需的主要许可包括但不限于环境评估、电网接入及并网许可、事先行政许可、项目建设许可、项目使用许可、城市市政许可、环境市政许可、公共资产占用许可等。
- (2) 收购原有项目，①就资产收购，除需要获得 MITECO 的授权外，对于自治区授权开展的项目而言，还需要获得该自治区就转让行为的授权（具体授权程序以具体自治区政策为准）；②就股权收购，相关法律并未明确规定项目设施的间接转让（包括股权转让）需要获得政府授权。但是，根据我们的经验，包括卡斯蒂利亚 - 莱昂自治区在内的部分自治区政府已要求自治区内的间接转让需要获得政府授权。

以上仅为可再生能源项目涉及的主要审批，在具体项目中，投资者需要聘请西班牙律师针对项目具体情况作出判断。

### （三）可再生能源项目补贴

为了建立更具竞争性的市场，鼓励可再生能源企业提高技术和管理能力，降低电价成本，欧盟成员国正在逐渐取消直接补贴，转而以拍卖等形式向能够以更低成本发电的可再生能源企业提供间接补贴。西班牙的可再生能源补贴政策也体现了这一特征。

西班牙政府对可再生能源项目提供补贴，补贴的形式包括特别补贴和发电设施经济性补贴。特别补贴是一种直接补贴方式，截至目前，西班牙政府最后一次提供特别补贴是在 2017 年。

发电设施经济补贴是一种间接补贴方式，西班牙政府希望通过这一机制补偿可再生能源发电企业的成本与合理收益之和，与电力市场真实价格之间的差额。CNMC 于 2013 年公布了发电设施经济补贴机制，该机制每 6 年更新一次。2020 年，CNMC 公布了新的 6 年期发电设施经济补贴机制。在新补贴机制下，可再生能源企业可以参加拍卖，赢得拍卖的企业获得的补贴金额等于拍卖成交价与市场真实价格之间的差额。

西班牙政府已经公布了 2020 年至 2025 年期间的拍卖计划，具体如下表：

		最小功率容量（兆瓦）					
		2020	2021	2022	2023	2024	2025
风电	增加	1000	1500	1500	1500	1500	1500
	累计	1000	2500	4000	5500	7000	8500
光伏	增加	1000	1800	1800	1800	1800	1800
	累计	1000	2800	4600	6400	8200	10000

表 2 西班牙 2020-2025 年风电、光伏拍卖计划

2021 年 1 月的首次拍卖达成了约 3,000 兆瓦的装机容量的交易，各家可再生能源企业获拍的电价范围为 14,89-28,9 欧元每兆瓦 / 小时。

## 二、德国可再生能源项目

德国目前正处于能源转型阶段，德国煤炭退出委员会 2019 年 1 月宣布将在 2038 年前关闭所有煤炭火力发电厂。在能源转型背景下，德国预计在 2035 年 55-60% 的电力将来自可再生能源，2050 年可再生能源的占比将达到 80%。

### （一）外资审查制度

作为欧盟成员国，德国已建立了自身的外资审查机制，并依据《欧盟外资审查框架条例》向欧盟委员会提交了其外资审查机制的相关材料。

德国外商投资领域最重要的法律依据为《对外贸易和支付法》及配套的《对外贸易条例》。《对外贸易和支付法》旨在减少对对外经济活动的限制，但同时德国政府也保留了其在保障国家安全、外交利益等特定情况下进行干预的权力。2020 年，德国对《对外贸易和支付法》和《对外贸易条例》进行了修订，修订后的法规进一步加强了德国针对外商投资的监管力度。

外国投资者可以通过新建企业、入股、兼并和收购等方式在德国投资除法律明确禁止之外的行业。德国的外商投资审查法律规定了两种不同的审查程序：跨行业审查和特殊行业审查。

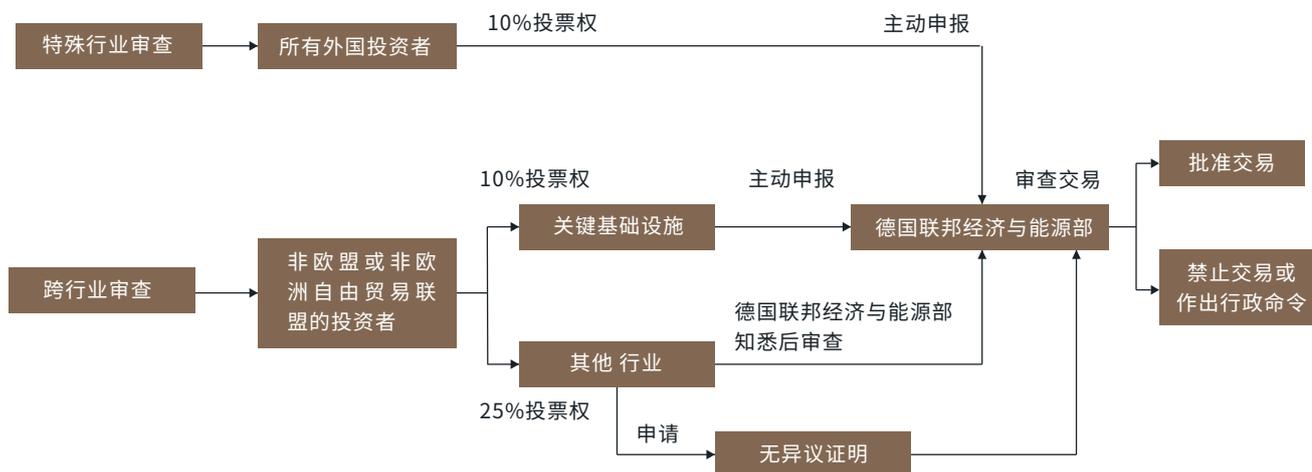


图 2 德国外商投资审查流程

### 1. 跨行业审查

- (1) 如果来自欧盟或者 EFTA 以外的投资者收购一家德国目标公司 10% 以上的表决权，而该德国目标公司所经营的领域属于《对外贸易和支付条例》中规定的关键基础设施，则交易双方有义务向德国联邦经济与能源部申报该项收购，并由其对此项收购进行审查。
- (2) 如果来自欧盟或者 EFTA 以外的投资者收购一家德国目标公司 25% 以上的表决权，而该德国目标公司所经营的领域不属于《对外贸易和支付条例》中规定的关键基础设施，交易双方无义务向德国联邦经济与能源部申报该项收购。但是，德国联邦经济与能源部可以依职权启动跨行业审查程序。因此，投资者可以考虑事先向德国联邦经济与能源部申请“无异议证明”，以便为交易取得法律上的确定性。

### 2. 特殊行业审查

特殊行业审查适用于可能对德国的公共安全构成潜在威胁的，涉及国防和其他安全敏感行业的并购。当非德国投资者收购从事特殊行业的德国目标公司 10% 以上的表决权时，投资者有义务主动向德国联邦经济与能源部进行申报，并须获得其批准。

## （二）项目审批

### 1. 主管部门

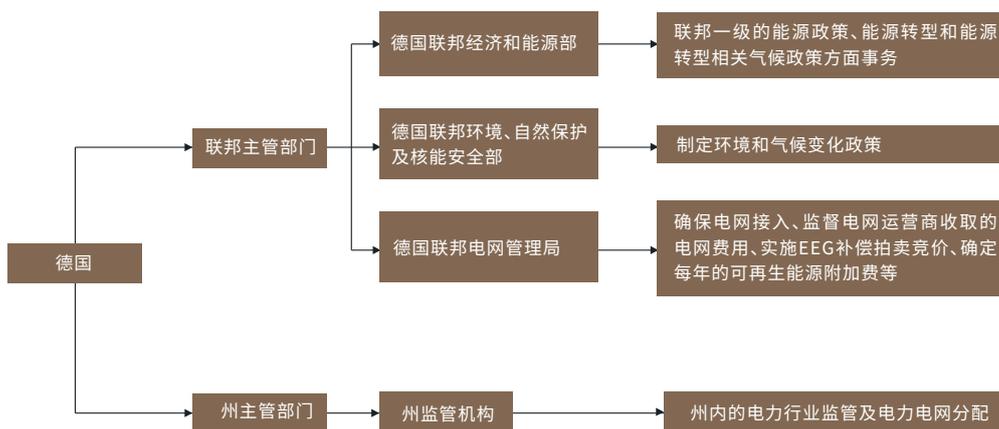


图3 德国电力行业主管部门

在联邦层面，德国联邦经济和能源部主要负责联邦一级的能源政策、能源转型和能源转型相关气候政策方面事务。德国联邦电网管理局是电力行业的主要监管机构，其主要负责确保电网接入、监督电网运营商收取的电网费用、确定每年的可再生能源附加费等。

在联邦州层面，各州的州监管机构负责州内的电力行业监管及电网分配。

### 2. 项目审批

在德国相关法律框架下，可再生能源项目受到的行业监管是多层次和复杂的。一般而言，德国境内电力项目需取得建筑许可与运营许可。

就开发可再生能源项目而言，项目的规划、建设、调试和运营所需的审批因拟建项目的类型（如水能、风能、太阳能等）、项目所在地、装机容量等情况而不同。比如，陆上风电项目需要根据《联邦排放管制法》取得建设和运营陆上风电设施许可，海上风电项目需要根据《海上发风能法》取得联邦海洋和水文局出具的规划许可，水电项目需要根据《联邦水资源法》取得有关蓄水、排放及再存蓄发电用水的许可。

此外，各联邦州可再生能源的监管机构也不尽相同（如州一级部门或市政当局），特定项目也存在可能需要联邦部门审批的情况，这也增加了这一问题的复杂性。因此就具体项目而言，投资者需要聘请德国律师，根据拟投资项目规模、所在地等情况评估应向哪些监管机构取得相关许可。

### （三）可再生能源项目补贴

根据德国可再生能源激励措施的发展情况如下：

《可再生能源法》规定了获得补贴的确定因素，包括可再生能源的生产模式和产能规模。根据《可再生能源法》，发电企业可以固定的上网电价向输电企业售电，而这一价格往往高于输电企业的售电价格，差额部分即为可再生能源补贴。但是，以上补贴的期限为 20 年，第一批获得该项补贴的发电企业的补贴期已经到期。为此，德国政府出台了临时性方案，以使其中的特定企业仍然可以在补贴期结束后的一段时间获得一定水平的补贴，避免大批可再生能源企业停业。

在 2014 年之后，新投产的容量超过 100kW 的可再生能源发电企业需要在电力市场销售电力。除了售电价格以外，该等发电企业可以从输电企业获得一定的市场溢价，市场溢价补偿了发电企业所申请的电价（曾称为“上网电价”）和电力平均交易价格之间的差额。

德国于 2017 年引入了拍卖竞价机制。德国不再对大型发电场（750kW 以上的光伏或陆上风电，以及 150kW 以上的生物质发电和海上风电）规定适用的电价，而是通过拍卖的方式确定电价，以及其中包含的市场溢价（即对可再生能源企业的额外补偿），相关机构会定期调整并公布市场溢价。不同于大型发电场，小型发电场（如 750kW 以下陆上风电场）的适用电价按照过去几年拍卖竞价最高中标金额的平均值确定。

德国可再生能源补贴措施的发展也体现了上文中提及的，由直接补贴向间接补贴的转变。如果可再生能源企业希望获得补贴，其需要改善自身的技术和管理水平，降低自身发电成本，以在拍卖中胜出。

另外，由于部分第一批获得可再生能源补贴的发电企业失去补贴，发电企业开始直接与电力用户接触并达成购电协议，以获得合理的运营利润。

## 三、越南可再生能源项目

作为经济增长迅速的经济体，越南的电力需求增长强劲。越南政府出台了《越南国家电力第七个电力发展规划（2011-2030 年）》，鼓励发展能源与电力行业。截至 2019 年底，越南电力生产系统总装机容量 54880 兆瓦，规模在东盟中排名第二（仅次于印度尼西亚），在世界排名第二十三。越南已经启动了建立竞争性电力市场的计划，逐渐放开对电力市场的管制。

需要注意的是，越南法律更新速度较快，稳定性较差，在越南进行投资时需要重点关注法律环境变化。2020-2021 年，越南颁布或修订了包括《投资法》、《企业法》、《PPP 法》在内的大量法律，对原有法律制度进行了较大程度的修改。但是越南政府目前尚未就全部新法出台配套的实施细则，相关法律的具体实施要求有待进一步明确。

### （一）外商投资准入

2020 年 6 月，越南国会通过了对《投资法》的修订案，修订后的《投资法》于 2021 年 1 月 1 日开始实施。根据《投

资法》，外国投资者所适用的市场准入条件与越南国内投资者基本相同。

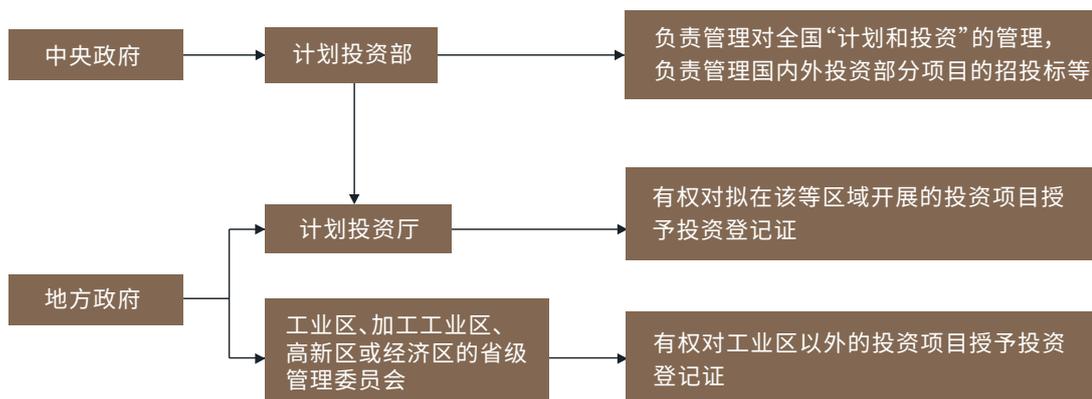


图 4 越南外商投资主管部门

根据《投资法》，越南投资项目按行业区分为禁止类、附条件类和鼓励类。太阳能发电和风电项目（海上风电项目除外）被列为越南鼓励投资的行业，其他电力项目属于附条件准入行业。（《投资法》附录已列明附条件类及鼓励类行业清单，但越南政府可以通过出台新法规的方式修订这一清单。）

另外根据《投资法》，符合以下条件的投资者需要办理投资登记证：

- (1) 外国投资者直接投资项目；
- (2) 以下投资者的投资项目：
  - a. 50%及以上章程记载的注册资本被外国投资者持有的投资者；
  - b. 50%及以上章程记载的注册资本被满足上述(a)项条件的主体持有的投资者；
  - c. 外国主体和满足上述(b)项条件的主体共同持有其50%及以上章程记载的注册资本的投资者。

需要注意的是，在《投资法》修订至今，越南尚未出台配套的实施细则。因此，越南《投资法》在实施层面尚存在以下不明确之处：

- (1) 附条件类项目的详细投资条件尚不明确；
- (2) 办理投资登记证的程序尚不明确。根据原《投资法》的配套规定，鼓励类项目仅需完成登记手续即可获得投资登记证，而附条件类项目需要经主管部门批准后，方可获得投资登记证。但以上规定目前已不再适用。

## (二) 项目审批

### 1. 主管部门

越南监管电力行业的国家机构主要包括越南总理、越南工贸部、越南电力管理司、地方人民委员会和越南能源协会。

在国家层面，越南总理拥有管理越南电力行业的最高权力，并且负责批准越南电力行业最重要的政策和法规。越南工贸部是管理越南电力行业的主要部门，负责制定越南电力行业的重要政策、监督电力行业相关法律法规的实施、向从事与国家电网相关的发电、输电、配电业务、电力批发业务、电力零售业务、电力咨询业务的实体签发电力行业经营许可证。越南电力管理司隶属于越南工贸部，负责协助工贸部对电力活动和电力市场进行监督，从而保障安全、稳定的电力供应。

在越南各省和主要城市中，地方人民委员会有权制定地方电力行业发展计划，经越南工贸部和人民议会批准后，地方人民委员会有权实施地方电力行业发展计划。另外，地方人民委员会有权向小型项目签发电力行业经营许可证。

### 2. 项目审批

一般而言，除以上投资登记证外，外国投资者投资越南电力项目需要获得的审批文件包括但不限于企业登记证、可研报告、环评报告或环境保护计划、施工许可、电力许可证。具体审批因电力项目类别或电力项目所在地区的不同而有所差异。其中，电力许可证的种类及主管机构请见下表：

许可证类别	审批机关
电力发展规划咨询许可证	越南电力管理司 省级人民委员会：为在各省进行登记的建设电压不高于35千伏的输电项目和变电站提供电力咨询服务
发电许可证	越南工贸部：由越南总理批准的对社会经济和国防安全有重要意义的发电厂的发电活动容量不低于3兆瓦 省级人民委员会：容量大于3兆瓦
输电许可证	越南工贸部
配电许可证	越南电力管理司：电压不高于35千伏 省级人民委员会：电压低于35千伏
售电许可证（批发/零售）	越南电力管理司：电压高于35千伏 省级人民委员会：电压不高于35千伏

表 3 越南电力许可证的种类及主管机构

除了以上一般电力项目涉及的审批，可再生能源项目还需要遵守以下要求：

- (1) 电力发展规划：越南政府不定期发布电力发展规划，列明经批准的具体电力项目。如果拟建可再生能源项目未被列入电力发展规划，投资者需要首先申请将拟建项目补充列入电力发展规划。就 50MW 及以下的项目，审批部门为工贸部；就 50MW 以上项目，由工贸部递交总理审批。
- (2) 水电发展规划：水电项目有单独的发展规划，水电项目开发前，需要经工贸部批准补充列入水电发展规划。

### (三) 可再生能源项目补贴

FIT (Feed-in-Tariff) 是一种可再生能源补贴政策，为发电企业提供固定标准的补贴。越南政府为鼓励可再生能源发展，按照光伏和风电两种类型，出台过两轮 FIT 政策。第二轮 FIT 补贴标准如下：

风电项目适用的 FIT 补贴如下：

风电项目		
类型	FIT	条款和条件
陆上风电项目	1,928越南盾/kWh	条件为商业运行日发生在2021年11月1日之前。有效期为20年。
海上风电项目	2,223越南盾/kWh	

表 4 越南风电项目 FIT 补贴

光伏项目适用的 FIT 补贴如下：

太阳能发电项目		
类型	FIT	条款和条件
水上漂浮光伏项目	1,873越南盾/kWh	需符合下列条件： a. 在2019年11月23日之前获批，商业运营日发生在2019年7月1日至2020年12月31日；及 b. 证明太阳能电池的性能比率大于16%或模块数大于15%。 有效期为20年。
陆上光伏项目	1,644越南盾/kWh	

## 太阳能发电项目

类型	FIT	条款和条件
在宁顺省 (Ninh Thuan province) 开发的光伏项目	2,086越南盾/kWh	需符合下列条件： <ul style="list-style-type: none"> <li>a. 被列入电力发展规划；及</li> <li>b. 在2021年1月1日之前进入商业运营日，总容量不超过2000兆瓦。</li> </ul> 有效期为20年。

表 5 越南光伏项目 FIT 补贴

对于考虑投资越南可再生能源项目的投资者，我们提示因为越南政策不稳定性等因素，市场对 FIT 补贴政策的长期稳定性和是否会出现拖欠抱有一定疑虑。同时，投资者需要注意，越南政府发布了适用于可再生能源项目的购电协议标准文本，但是标准文本中缺乏对“弃光限电”、“电网故障”等情况的补偿机制以及项目中止赔偿机制，且输电企业越南电力集团一般不接受对购电协议标准文本的修改，这可能会对可再生能源企业收益的稳定性和项目可融资性产生负面影响。<sup>1</sup>

本文由吕膺昊律师、杜睿律师、鲁珊珊律师牵头撰写，王范园、黄泽霖、魏臻、李文婷、李航宇对本文亦有贡献。

<sup>1</sup> 本文仅为投资西班牙、德国、越南可再生能源项目中部分主要问题的介绍，而非综合性和全面性的介绍。在具体项目中，投资者仍需关注当地反垄断、环境、劳工等众多层面的法律要求。就本文提及的外资审查制度、可再生项目能源项目审批和可再生项目能源项目补贴方面，投资者也需要视情况聘请律师结合项目具体情况予以判断。本文撰写者并非西班牙、德国或越南律师，本文仅为我们有关项目经验的总结，并非就相关国家法律发表的法律意见。

---

# 葡萄牙、爱尔兰、墨西哥可再生能源项目投资概览

吕膺昊 杜睿 鲁珊珊

---

本文将主要介绍葡萄牙、爱尔兰和墨西哥的外资审查制度、可再生能源项目审批、可再生能源补贴三个方面的政策制度，供各位读者参考。

## 一、葡萄牙可再生能源项目

葡萄牙电力市场受到国家的高度管制和监督，电力供应充沛，能够满足本国经济和社会的基本电力需求，过剩的电力供应具备对外出口的能力。

葡萄牙可再生能源发电发展迅速，2000年以来，葡萄牙采取了鼓励风力发电等相关措施。葡萄牙预计将在太阳能光伏发电、海上风能发电领域增加投资，生物质能也被认为拥有良好的发展前景。

2020年7月10日，葡萄牙内阁通过第53/2020号决议批准了《2030国家能源和气候计划》。根据《2030国家能源和气候计划》，葡萄牙拟于2030年实现可再生能源电量占葡萄牙总电量的47%，2050年实现碳零排放。

### （一）外资审查制度

葡萄牙对外商投资持鼓励态度，在近几年，葡萄牙政府将提升葡萄牙对外商投资的吸引力作为优先事项。



吕膺昊

lvyinghao@cn.kwm.com

## 1. 葡萄牙有关规定

葡萄牙于2014年颁布《战略资产特别框架》并制定了其现行有效的外商投资审查制度,该框架规定了葡萄牙对能源、交通和通信行业实施外商投资审查机制。

具体而言,如果外国投资者投资葡萄牙的“战略资产”并对其形成控制,则属于外商投资审查的范围。能源领域资产属于与葡萄牙国防、国家安全、基本服务供应有关的“战略资产”。针对此类投资,葡萄牙行业主管部门可以审查并提出否决的建议,内阁可根据行业主管部门的建议否决具体的投资项目。

如果主管部门部长认为需要启动调查程序,主管部门部长可在法律规定的期间内启动审查程序,并要求外国投资者向其提交调查所需要的所有文件及信息。葡萄牙内阁可在外国投资者提交所要求的所有文件和信息后的规定期间内,决定是否否决该并购交易。如果外国投资者对内阁的否决决定有异议,可向法院提起申诉。

葡萄牙现行的外商投资审查机制未针对外国投资者规定强制性的事前通知程序。但是,拟通过并购交易取得战略资产控制权的外国投资者可在进行收购交易前的规定时间内向相关主管部门部长申请确认,事先确认内阁是否会否决该交易。

## 2. 欧盟有关规定

考虑到葡萄牙为欧盟成员国,外国投资者在葡萄牙进行投资活动时,应同时关注欧盟就外资审查出台的法律文件。欧盟委员会于2020年10月11日起实施《欧盟外资审查框架条例》,根据该条例,欧盟委员会被赋予信息获取权、意见发表权和委托立法权,并实际上加强了对外商投资的审查力度。此外,欧盟委员会于2020年3月25日发布了《外资审查框架执行指南》,为《欧盟外资审查框架条例》的具体实施提供进一步指引,以保护欧盟关键资产和技术在新冠疫情造成的市场动荡期间不受外国投资者控制。但《欧盟外资审查框架条例》和《外资审查框架执行指南》对欧盟成员国不具有强制约束力。

截至2021年5月28日,葡萄牙尚未针对《欧盟外资审查框架条例》采取任何措施,其外商投资的审查制度未发生变化。对于考虑投资葡萄牙可再生能源项目的投资者,我们建议投资者密切关注葡萄牙是否将采纳《欧盟外资审查框架条例》的内容并修改其外商投资法律。

## (二) 项目审批

### 1. 主管部门

**能源和地质总局**——能源和地质总局负责处理电力装置的开业、检查和停业,为政府草拟相关决策文件,并根据政府的决定发放、修订及撤销生产许可证和开业许可证。

**能源服务监管机构**——能源服务监管机构是一个独立的监管实体,旨在保护消费者权益、促进市场主体的竞争及改善与能源领域有关的环境和经济条件。具体而言,能源服务监管机构主要负责监管电网接入、供电质量以及电价。

能源服务监管机构有权对违反法律法规的能源公司处以罚款。

**竞争管理局**——竞争管理局负责配合能源服务监管机构的相关工作，以确保和促进能源领域的市场竞争。

## 2. 项目审批

### (1) 电力生产

在葡萄牙进行发电厂建设和运营需要获得的审批包括但不限于能源和地质总局颁发的生产许可证和开业许可证、（就装机容量超过 50MW 的燃煤发电站需获得）环境许可证、环境影响评估、排放温室气体的授权、水资源使用许可或审批（如适用）、市政当局颁发的施工许可证（发电厂享有特许权除外）。

对已装备的电力产能、技术、燃料或能源来源、发电机数量、锅炉、涡轮机或电力生产中心的改建，均需获得新的生产许可证和开业许可证。

许可类型	审批程序
生产许可证的主要审批流程	<ul style="list-style-type: none"><li>• 申请者向能源和地质总局提交申请</li><li>• 将申请者视为市场能源运营商，并根据其申请事先授权其接入电网</li><li>• 申请者支付保证金</li><li>• 针对不同申请者进行事先竞争合规核查（如需）</li><li>• 在进行上述审查程序的同时对发电厂开展许可审查</li><li>• 审查过程中，能源和地质总局将与其他市场主体进行磋商，并进行项目评估</li><li>• 能源和地质总局根据审查结果，就许可申请作出决定</li></ul>
开业许可证的主要审批流程	<ul style="list-style-type: none"><li>• 行政授权程序，包括开业前的测试、实验和试运营程序</li><li>• 开始工业活动前，申请者向能源和地质总局提交开业许可申请</li><li>• 能源和地质总局进行现场检查及评估</li><li>• 根据检查及评估结果就许可申请作出决定</li></ul>

表 1：生产许可证、开业许可证的主要审批流程

此外，能源和地质总局对采用独特生产技术、最大装机容量高达 1MW 且其生产的全部电力将出售给电网的可再生能源发电站的审批申请适用简化审核程序。

以上仅为发电厂的建设和运营所涉及的主要审批，针对具体项目，我们建议投资者聘请葡萄牙律师针对具体情况作出判断。

## (2) 电力传输和配送

葡萄牙输电网络和配电网络只能由享有特许经营权的主体建设和运营，Rede Eléctrica Nacional SA 和 EDP Distribuição SA 分别是目前的电力传输系统运营商和主要配电网络运营商。一般而言，建设或扩建输电线路或配电网络项目均需要获得能源和地质总局颁发的建设许可证。

## (3) 电力供应

葡萄牙电力零售供应仅需在能源和地质总局注册，并由能源和地质总局确认。

批发市场交易者需在能源服务监管机构注册，并向欧盟能源监管机构合作署提供其在电力市场的交易记录。

此外，供应商对能源和地质总局和能源服务监管机构负有报告义务。

## (三) 可再生能源补偿政策

葡萄牙可再生能源领域的主要法规是 2019 年 10 月 25 日颁布的第 163/2019 号法令，该法令将第 2018/2001 号欧盟指令纳入葡萄牙法律体系。这两项法规均旨在提升可再生能源（主要是太阳能和风能）产生的电力的生产和消费。

2020 年 7 月，葡萄牙政府推动了总量为 670MW 的光伏电站的招标。其中，75% 的招标容量涉及电量存储，此类项目的建设将增强葡萄牙电力系统的安全性。

葡萄牙现有的可再生能源补偿机制主要包括以下：

### 1. 上网电价补贴政策 (Feed-in-Tariff)

上网电价补贴政策作为一种可再生能源补贴政策，为电力企业提供固定标准的补贴。上网电价随着上网电价使用者的增加逐步降低至实际成本。在葡萄牙，光伏发电的上网电价最高，2003 年曾达到 500 欧元 /MWh，后来下降到 300 欧元 /MWh；其他能源上网电价稳步增长 80 至 120 欧元 /MWh。

上网电价补贴政策通常涉及期限 15 年至 20 年不等的长期合同，该等合同通常约定在上述期限内保障电网接入和基于成本的有保障的电价。然而，作为可再生能源开发的早期阶段的促进手段，上网电价补贴政策的适用越来越少。根据葡萄牙 2019 年 6 月 3 日发布的第 76/2019 号法令，适用上网电价补贴政策的项目包括：

- (1) 装机容量不超过 1MW 的发电站（每年由政府审查）；

- (2) 在产能过剩的情况下，在现有发电项目下安装新发电机组，或现有发电项目安装新发电机组时，安装使用不同基础能源的发电机组。

除非上述合同缔约方另有约定，在第 76/2019 号法令颁布前已约定的上网电价继续有效。如果上述合同中不存在上网电价因发电商任何股权变更而失效的约定，且适用上网电价的发电商在并购交易后仍然存续，则该发电商仍可享受该项补贴。

## 2. 净计量

净计量是葡萄牙目前最常见的可再生能源补偿政策。针对可再生能源发电商从电网使用电力而言（例如，风力发电机在无风时保持运营而用电），该等发电商可从其向电网输送的电力抵扣该等电力消费。

## 二、爱尔兰可再生能源项目

爱尔兰属于能源进口国，需要依赖大量的油气进口以满足其能源需求，目前主要用于发电的能源是天然气。

根据欧盟可再生能源指令，到 2030 年，爱尔兰可再生能源电力供应占比须达到 70%。因此爱尔兰政府大力推动可再生能源发电，鼓励可再生能源企业的发展。由于爱尔兰风力资源丰富，风能发电是其可再生能源发电领域的主力。

### （一）外资审查制度

除严禁投资者投资军需工业（该等限制同时适用于外国投资者和爱尔兰本地投资者），爱尔兰目前未基于公共政策或国家安全原因对外商投资作出任何限制，爱尔兰也未正式出台限制外商投资的相关法律法规。

然而，随着《欧盟外资审查框架条例》和《外资审查框架执行指南》的出台，爱尔兰政府于 2020 年 7 月宣布其计划进行相关立法，并根据各类安全和公共秩序标准评估、调查、批准、附条件批准、禁止或撤销来自欧盟以外的外商投资，以实施《欧盟外资审查框架条例》。

外商投资法出台后，可能对外国投资者在爱尔兰的投资造成一定影响，我们建议投资者密切关注爱尔兰外商投资法方面的立法动态，并在必要时咨询爱尔兰律师的意见。

### （二）项目审批

#### 1. 主管部门

**公共事业监管委员会**——公共事业监管委员会是爱尔兰电力行业的独立监管机构，负责颁发与发电和供电有关的许可证，并对发电和供电活动、输电、配电的所有权及运营、电缆互通等进行监管。

通信、气候行动和环境部长——通信、气候行动和环境部长负责监督公共事件监管委员会履行其职责。

## 2. 项目审批

(1) 就开发新项目而言，建设和运营电力项目涉及的一般性审批主要包括规划许可和环保许可。此外，建设和运营电力项目还需取得发电许可，发电许可主要包括如下：

### a. 电站建设授权

建设发电站前，需向公用事业监管委员会申请建设或重建电站的授权（“电站建设授权”）。

通常而言，在电站建设授权生效后五年内，需完成电站的建设和试运营。如果被授权人未遵守电站建设授权中规定的条款和条件，公共事业监管委员会有权撤销电站建设授权。

### b. 发电许可证

电站项目需获得公用事业监管委员会颁发的发电许可证。申请人可以在获得电站建设授权后单独申请发电许可证，也可在申请电站建设授权时一并申请发电许可证。

发电许可证的有效期最少为 30 年。如果申请人未遵守发电许可证中规定的条款和条件，公共事业监管委员会有权撤销发电许可证。

### c. 输/配电网络接入许可

通过与输电网络运营商或配电网络运营商签署接入协议，电力项目可获得输 / 配电网络接入许可。接入协议采用格式文本，其标准条款需由公共事业监管委员会批准。

(2) 就收购原有电力项目而言，建设和运营电力项目涉及的审批如下：

a. 就资产收购而言，涉及电站建设授权/发电许可证的持有人的变更的，需要取得公共事业监管委员会的事先批准；

b. 就股权收购而言（即仅发生电力项目控制权的变更，但电站建设授权/发电许可证的持有人不发生变更），进行收购本身不需要获得爱尔兰政府的审批。

但是，在电力项目的控制权发生变更后，由于电力项目的建设和运营本身涉及到前文所述相关许可，相关企业需要尽快将控制权变更的情况告知公共事业监管委员会及输电系统运营商。如果是享受可再生能源补贴的电力项目，还需要通知主管可再生能源补贴的政府部门。

### （三）可再生能源补贴

2020 年之前，爱尔兰实行上网电价补贴政策，为可再生能源项目输入电网的每单位电力提供补贴，享受补贴的期限一般为 15 年。上网电价补贴政策为可再生能源项目确定了最低电价，如果其生产的电力在电力批发市场上出售的实际价格无法达到最低电价，可就其差额获得政府补贴。

目前上网电价补贴政策已经不再开放申请，但通信、气候行动和环境部出台了新的可再生能源发电支持机制（“新补贴机制”），通过拍卖的形式向可再生能源项目提供政府补贴。

爱尔兰实行市场化的电力定价机制，新补贴机制的制度设计也是相应配套的，其核心逻辑在于通过提供政府补贴确保可再生能源项目的合理收益，但如果可再生能源项目本身即可以在市场上获得其预期的收益，则政府可以收回前期发放的补贴。其具体机制如下：

- （1）满足相关条件的可再生能源项目可以参与拍卖，竞拍者的报价将作为执行电价（Strike Price），执行电价在补贴期限内维持不变。
- （2）发电商将与中间商签署购电协议，约定将竞拍的可再生能源项目的电力以执行电价出售给特定的中间商。
- （3）政府补贴将发放给中间商，而非发电商。针对每一竞拍的可再生能源项目，政府补贴的计算方式如下：
  - a. 单一电力批发市场上产生的价格将作为市场参考价；
  - b. 当市场参考价低于执行电价时且市场参考价为零或正数时，中间商有权就市场参考价与执行电价之间的差额获得补助（“补助金额”），如果市场参考价为负数，则补助金额为零；
  - c. 当市场参考价高于执行电价时，中间商需要反向支付市场参考价与执行电价之间的差额（“溢价金额”）；
  - d. 上述补助金额和溢价金额将根据实际的电力出售情况进行调整；
  - e. 在每一公共服务费征收年度内，中间商将就上述补助金额高于溢价金额之间的部分，获得从公共服务费中支付的政府补贴；如果上述补助金额低于溢价金额，中间商则有义务在下一年度内就溢价金额高于补助金额的部分按月反向支付公共服务费。

在补贴期限结束后或者相关可再生能源项目退出补贴计划后，将就可再生能源项目在补贴期限内获得的政府补贴和需要支付的公共服务费进行轧差计算。如果计算所得结果是中间商还需要支付公共服务费，该等费用由中间商和发电商共同连带承担。

新补贴机制下的第一期拍卖已经完成，目前竞拍的可再生能源项目的执行电价均价为 74.08 欧元每 MWh，补贴期限为自 2021 年 7 月 1 日（或具体项目的商业运营日）至 2037 年 12 月 31 日。

### 三、墨西哥可再生能源项目

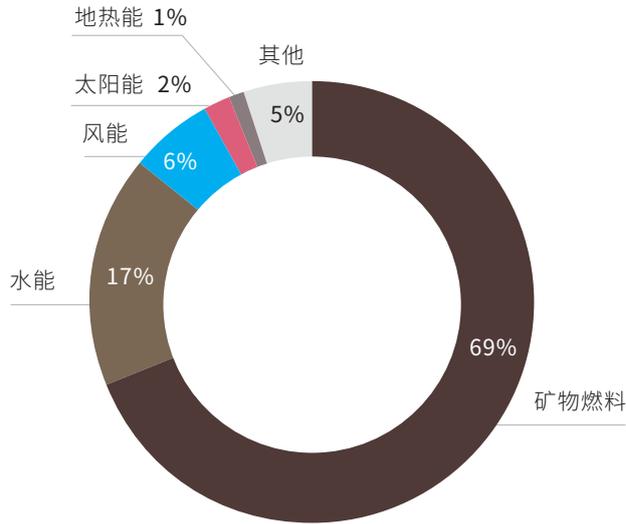


图1 墨西哥电力市场能源结构

墨西哥目前的电力市场能源结构以矿物燃料为主。2017年，墨西哥能源部公布了能源转型规划，并在其发布的《2017-2031年可再生能源发展计划》中确认，墨西哥将通过制定优惠政策等措施推进墨西哥可再生能源发电项目的发展。此外，根据《能源过渡法》，能源部需要采取措施，以促使2024年可再生能源发电量在总发电量中的比例达到不低于35%。能源部发布的《可再生能源使用特别方案》则进一步规定了与促进可再生能源项目发展有关的5个目标、24项战略和114项行动方针。

#### （一）外资审查制度

在墨西哥，规范外商投资的主要法律为《外商投资法》及其配套法规。

《外商投资法》规定了禁止外商投资的领域、限制外商投资比例的领域以及外商投资受限于国家外商投资委员会批准的领域。能源领域不属于前述任一领域。

此外，根据墨西哥法律，股东中具有外国投资者的墨西哥公司须（如部分发起人为外国投资者）在公司设立时或外国投资者向公司进行投资后的规定时间内完成在国家外商投资登记处登记。逾期未办理登记的，可能会被处以罚款。

#### （二）项目审批

##### 1. 主管部门

墨西哥电力行业的主管部门主要包括能源部、能源监督管理委员会、国家能源控制中心、自然资源和环境部等。

**能源部**——能源部主要负责制定、执行墨西哥电力政策，并监督墨西哥电力市场。

**能源监督管理委员会**——能源监督管理委员会是拥有技术和运营自主权的监管机构，负责颁发与电力活动（即发电、配电和输电）相关的许可。

**国家能源控制中心**——国家能源控制中心是管理电力批发市场和电网的监管机构，负责审核发电企业提出的接入输电、配电网的申请，并监督电力销售情况。

**自然资源和环境部**——自然资源和环境部负责监督与电力项目有关的环境方面的事务。

## 2. 项目审批

### (1) 电力生产

在墨西哥进行发电厂建设和运营需要获得的主要审批包括但不限于能源监督管理委员会授予的建设、发电许可（建设核电站还需要获得能源部授权）、自然资源和环境部授予的环境许可、能源部出具的社会影响报告、拟建发电厂所在的地区和 / 或市政部门颁发的土地使用许可、市政建设许可、居民保护许可等。

针对上述监督管理委员会授予的建设、发电许可，申请者需要向能源监督管理委员会提交包括身份证明文件、拟建项目情况说明、申请人财务能力和技术能力的证明文件等材料。另外，建设、发电许可仅适用于拟装机容量大于 0.5MW 的发电厂，装机容量小于 0.5MW 的发电厂无需申请该类许可。

此外，发电厂建设完毕后，为了将其生产的电力接入国家输电、配电网，运营方需要在能源控制中心进行注册和提交入网申请，并与联邦电力委员会签署并网合同。若发电厂运营方希望向电力批发市场销售其生产的电力，其需要与能源控制中心签署市场参与合同。

### (2) 电力传输

输电项目的建设和运营需要获得的主要审批包括但不限于能源监督管理委员会颁发的建设和运营输电线路的许可、环境许可、市政许可、施工许可、土地使用许可等。

### (3) 电力配送

配电网的建设和运营需要获得的主要审批包括但不限于政许可、施工许可、土地使用许可、环境许可等。若私营主体拟参与电力配送活动，该私营主体需要向国家能源控制中心申请授权。

以上仅为电力项目建设和运营所涉及的主要审批，在具体项目中，投资者需要聘请墨西哥律师针对项目具体情况就所需获得的审批作出判断。

---

### (三) 可再生能源项目激励措施

墨西哥现行的可再生能源激励措施如下：

#### (1) 清洁能源证明

在墨西哥，使用清洁能源的发电机组每生产 1MW 时电力就将获得能源监督管理委员会颁发的 1 份清洁能源证明。

清洁能源证明具有一定的经济价值。由于能源部要求电力市场中的供应商和终端用户每年消耗一定比例的清洁能源，该等供应商和终端用户对清洁能源证书存在需求，拥有该证明的市场主体可以通过拍卖或双边交易的方式出售清洁能源证明。

#### (2) “绿色”传输费率

针对可再生能源发电项目的输电、配电活动，能源监督管理委员会被授权为该等活动设置较低的“绿色”传输费率，该费率远低于使用常规能源的发电机组所适用的费率。

#### (3) 税项减免

为促进市场对可再生能源发电项目的投资，墨西哥政府豁免可再生能源发电机组和设备的相关税费。<sup>1</sup>

感谢律师助理王范园、黄泽霖、魏臻、李文婷、李航宇对本文的贡献。

---

<sup>1</sup> 本文仅为投资葡萄牙、爱尔兰及墨西哥可再生能源项目中部分主要问题的介绍，而非综合性和全面性的介绍。在具体项目中，投资者仍需关注当地反垄断、环境、劳工等众多层面的法律要求。就本文提及的外资审查制度、可再生项目能源项目审批和可再生项目能源项目补贴方面，投资者也需要视情况聘请律师结合项目具体情况予以判断。本文撰写者并非葡萄牙、爱尔兰或墨西哥律师，本文仅为我们有关项目经验的总结，并非就相关国家法律发表的法律意见。如您就以上内容有任何疑问，请与我们联系，我们将基于金杜全球办公室和海外合作伙伴资源为您提供解决方案。

# 巴西、埃及、约旦、巴基斯坦可再生能源项目投资概览

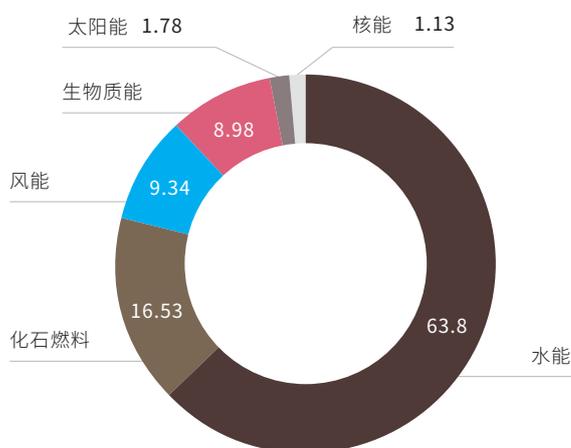
吕膺昊 杜睿 鲁珊珊

本文将介绍巴西、埃及、约旦、巴基斯坦的外资审查、可再生能源项目审批、可再生能源补贴三个方面的政策制度，供各位读者参考。

## 一、巴西可再生能源项目

巴西政府重视可再生能源的发展，发布了一系列激励计划以促进清洁和可再生能源发电，比如根据第 5025/2004 号法令规定的“促进电力可替代能源方案”，巴西将通过促进风能、生物质能和小型水力发电站供电上网，实现能源结构的多样化。为了推动可再生能源相关项目的市场化发展，巴西大部分能源项目由政府规划，并通过公开招标的方式向投资者开放。

巴西现有电力供应的来源约 83% 来自于可再生能源，其中水电占 63.8%，风电占 9.34%，生物质发电占 8.98%，太阳能发电占 1.78%。巴西政府计划 2025 年巴西使用的所有能源的 91% 为可再生能源，2030 年水电之外的可再生能源的份额扩大至现有总装机容量的 28% 以上。



巴西现有电力供应的能源来源



吕膺昊

lvyinghao@cn.kwm.com

## （一）外资审查制度

巴西对外商投资持相对开放的态度。在巴西，外商投资一般无需获得专门审批，但须在巴西央行和税务部门进行登记。

除了传媒、航空航天、核活动（包括核能发电）、农村土地、采矿业及海事等领域外，巴西法律对外商投资未作出限制性规定。在能源领域，除外国投资者不得持有核能发电企业 49.99% 以上有表决权的股份以外，巴西法律目前未针对外国投资者作出任何特殊限制。

需要注意的是，根据巴西法律规定，受外国投资者控制的巴西公司不能购买或租赁农村土地，因此，如果外国投资者拟开展的投资项目涉及农村土地的购买或租赁，可能受到有关土地政策的限制。

## （二）项目审批

### 1. 主管部门

巴西电力行业主管部门主要包括：能源政策委员会、矿业和能源部、国家电力局、电力行业监督委员会、国家电力调度中心、电力能源研究院、电能清算中心等。

**能源政策委员会**——能源政策委员会主要负责制定能源行业相关政策，并为其他相关机构制定政策提供战略指引，包括为天然气、甲醇、其他生物质燃料、煤、核燃料等特定项目提供指导性意见，定期修改巴西各个地区的能源来源比例等。

**矿业和能源部**——矿业和能源部负责制定和执行能源政策，制定可再生能源拍卖和特许经营权招标的基本条件，并授予矿业、能源项目的特许经营权。

**国家电力局**——国家电力局负责规划和监督巴西国内发电、输电、配电和电力商业化等活动，倡导和主持配电方通过拍卖的方式与发电方签署长期电力采购合同，并负责制定输电、配电价格以及售电的监管电价。

**电力行业监督委员会**——电力行业监督委员会是矿业和能源部下设的专门咨询机构，主要负责监督和评估巴西电力供应的安全性和可持续性，监督领域包括发电、输电、配电、电力商业化和电力进出口等。

**国家电力调度中心**——国家电力调度中心负责运营、监督以及控制连接全国电网系统的电力供应，管理巴西电力输送，并在确保电网稳定可靠的前提下减少输电成本。此外，国家电力调度中心还负责制定高压电网的输入标准。

**电力能源研究院**——电力能源研究院负责电力领域的相关研究，为巴西能源规划提供决策依据，包括研究和预测巴西电力来源比例，研究发电项目和输电项目对经济、社会和环境的影响，协调水电项目和输电项目开工前的环境许可等。

**电能清算中心**——电能清算中心主要负责决定电力市场短期交易中的价格以及成交差价，识别电力多边交易中的各个参与主体以及涉及的电力交易量。

## 2. 项目审批

### (1) 发电机组建设和运营

首先，在巴西建设和运营发电机组需要获得政府部门的授权。矿业和能源部负责对可再生能源拍卖活动中的中标方开展建设、运营发电机组等活动进行授权。国家电力局负责对自由电力市场中的其他发电机组的建设和运营活动进行授权：

- a. 对于 50MW 的小型水力发电项目和任何装机容量的热电联产项目、风力发电项目、太阳能发电项目、生物质能发电项目、热力发电项目，国家电力局依据其第 343/2008 号、第 390/2009 号、第 391/2009 号 and 第 0235/2006 号规范性决议规定的简化程序授权开展建设和运营活动；
- b. 对于水力发电项目（除 50MW 以下的小型水力发电项目外），国家电力局通过公开招标程序授予特许经营权。

建设和运营发电项目还需要获得环境许可，具体分为事先许可、安装许可、运营许可。在企业开展可能会对环境污染的项目前，需要获得环境和可再生自然资源管理局的事先许可；在项目建设前，企业需要获得安装许可，安装许可允许企业在不超过 6 年的时间内完成基础设施建设；在项目投入运营前，企业需要为了项目的日常运营及污染控制设备的运行获得运营许可，运营许可的有效期一般为 4-10 年。

最后，根据电力项目的具体情况，包括项目的特点和位置等情况，可能还需要获得其他许可，比如：若项目位于重要的空中交通安全区域之内或附近，则需要向空军司令部申请空域许可；若项目位于第三方享有采矿权的区域内，则需获得国家矿务局颁发的矿区封锁许可等。

### (2) 电力传输和配送

国家电力局通过反向拍卖程序向投标人授予建设、运营和维护输电项目的权利。投标人需向国家电力局提交其拟通过目标项目获得的年收入金额，提交的年收入金额最低的投标人中标，中标方有权与国家电力局签署特许经营权协议。

与电力传输类似，国家电力局组织配电项目相关的拍卖活动，投标人需要提交其拟就目标项目放弃的年收入金额，提交的放弃金额最高的投标人中标，中标方有权与国家电力局签署特许经营权协议。

### (3) 电力供应

拟提供电力供应服务的主体需要向国家电力局提交申请文件及其公司证明文件。经国家电力局授权后，开展电力交易活动的主体必须遵守电能清算中心的相关要求，并基于特定交易程序中规定的任何条款和条件（即交易公约）进行交易。此外，开展电力交易活动的主体还必须遵守经国家电力局授权，并由电能清算中心发布的交易公约、细则、规则和交易程序。

### （三）可再生能源补偿政策

#### 1. 净计量

为鼓励分布式发电的发展，国家电力局建立了发电电力系统补贴机制。该机制采用净计量的计费方式，针对符合特定条件的可再生能源发电者从电网使用电力而言（例如，风力发电机在无风时保持运营而用电），发电厂可以其向电网输送的电力抵扣该等电力消费。按照净计量的计费方式，发电厂只需要向配电商支付其消耗电量和输入电网的电量之间的差额所对应的费用。

此外，根据国家电力局第 77/2004 号决议，可再生能源项目（水力、生物质、沼气、风能、太阳能和符合条件的热电联产项目）使用输电系统和配电系统，适用至少 50% 的折扣费率。

#### 2. 拍卖活动

矿业和能源部一般每年就可再生能源项目至少举行一次能源拍卖活动，通过该等拍卖活动为可再生能源项目提供长期（20 至 25 年）的购电协议。此外，由于非水电可再生能源项目相较于传统能源项目缺乏价格竞争优势，矿业和能源部每年还会专门针对可再生能源项目进行特别拍卖活动。

#### 3. 税收优惠

巴西政府还规定可再生能源项目可以享受一定税收优惠。其中，风能和太阳能电力市场适用商品和服务流通税第 101/1997 号协议（有效期截至 2028 年），该协议免除了风能和太阳能项目项下设备的增值税。根据巴西“基础设施发展免税特别制度”，巴西政府暂停对基础设施项目（包括电力项目）的设备、机器、服务的进口和销售征收联邦税。

## 二、埃及可再生能源项目

由于基础设施老化和发输电能力有限，埃及对高能耗产业的供电仍存在不足，尤其在电力需求最高的夏季，埃及仍存在电力短缺的现象。埃及目前的能源结构以天然气为主，天然气发电量约占总发电量的 75%；可再生能源发电所占比例较少，水电作为占比第三的电力来源仅占埃及总发电量 7.2%。近年来，埃及政府致力于电力行业的发展和能源结构的多样化，可再生能源发电的未来发展空间较大。

2015 年埃及颁布新《电力法》旨在改革埃及电力市场的单一买方模式，逐步建立基于双边合同进行交易的完全竞争性市场，以实现电力市场的发电、输电和配电业务分离；新《电力法》还要求发电、配电或售电相关的项目须通过以股份公司形式设立的特殊目的公司进行。

### （一）外资审查制度

埃及规范外商投资的主要法规为《投资法》及其实施条例、《公司法》及其实施条例。在埃及，外国投资者可以自由投资大多数行业，并持有公司 100% 的股份。在可再生能源领域，法律并未对埃及实体持股的最低限度作出特殊要求。

根据埃及法律规定，外国主体无论以新设立实体或以收购埃及公司的方式进行投资，都必须经过国家安全审查。对于新设立实体而言，所有外国股东需要向投资与自由区管理总局提交安全审查申请；在收到安全审查申请后，投资与自由区管理总局随后需将申请转交至国家相关主管机关，如情报总局、军事情报和侦察局、国家安全局等进行审查。对于收购埃及公司而言，根据埃及证券交易所的相关规定，在股权转让程序启动之前，该股权转让所涉及的所有外国主体必须接受埃及国家安全审查。

上述国家安全审查相关主管机关依据其自主决定权就安全审查申请作出是否批准的决定。实践中，外国主体在埃及设立实体或收购埃及公司的程序可能因国家安全审查等被中止，且该等中止可能长达 6 至 7 个月。因此，我们建议投资者在必要时就国家安全审查的相关事宜咨询埃及律师的意见。

## （二）项目审批

### 1. 主管部门

埃及电力行业主管部门主要有电力和可再生能源部、埃及电力公共事业和消费者保护局、可再生能源管理局等。

**电力和可再生能源部**——电力和可再生能源部主要负责制定发电、输电和配电的政策和总体规划，监督规划的执行和电力部门的活动，制定电价等。

**埃及电力公共事业和消费者保护局**——埃及电力公共事业和消费者保护局主要负责制定适用于电力市场参与者或利益相关者的一般原则和规则，制定关于可再生能源项目电力生产和使用的规则和程序，颁发可再生能源项目的发电、配电或售电许可证等。

**可再生能源管理局**——可再生能源管理是电力和可再生能源部的下属机构，主要负责促进利用太阳能和风能等可再生能源发电的活动等。

### 2. 项目审批

就开发可再生能源项目而言，需取得以下许可：

#### （1）发电许可

在埃及开展发电活动，项目公司首先应取得埃及电力公共事业和消费者保护局出具的临时发电许可。埃及电力公共事业和消费者保护局将在收到所有所需的文件和信息后的六十日内，向项目公司出具临时发电许可。

为运营发电厂，项目公司在取得临时发电许可后，还须取得埃及电力公共事业和消费者保护局出具的永久发电许可。永久发电许可的有效期通常为 5 年，在该有效期内，埃及电力公共事业和消费者保护局将以出具年度证书的形式，证明该永久发电许可仍然有效。为了申请永久发电许可，项目公司应向埃及电力公共事业和消费者保护局提交项目可行性研究报告、建设许可等有关文件。

## (2) 土地使用许可

可再生能源管理局在埃及各地区划拨了专门用于可再生能源项目开发的国有土地，根据其 与投资者签订的土地用益权协议，向投资者划拨该等土地。一般情况下，光伏项目的土地用益权协议期限为 25 年，风电项目的土地用益权协议期限为 20 年。根据《可再生能源法》，上网电价模式下的项目公司应向可再生能源管理局支付土地用益权费用，该费用的金额为项目公司出售电力总价值的 2%。

## (3) 建设许可

在电力项目开始建设之前，项目公司须取得相关省 / 市的地方规划部门出具建设许可。一般而言，由负责项目建设的工程师向地方规划部门申请建设许可。地方规划部门将在收到所有申请文件后的 1 至 2 个月内出具建设许可。

## (4) 环境评估

在埃及，企业在开展可能对环境造成污染的项目或活动前，须取得有关部门出具的环境影响评价。就电力项目而言，项目公司应在项目开始施工前取得由埃及环境事务署出具的环境影响评价。通常而言，埃及环境事务署将在收到所有申请文件后的 30 日内针对项目出具环境影响评价。

## (5) 其他

除前述主要许可之外，配电或输电项目还需取得埃及电力公共事业和消费者保护局出具的配电许可或输电许可。

## (三) 可再生能源补偿政策

### 1. 税收减免优惠

埃及《投资法》对可再生能源项目给予税收减免等优惠，大致分为一般激励措施与特别激励措施。一般激励措施包括给予进行该等项目的外国投资者同等待遇；对建设可再生能源项目所需的所有机器和设备适用统一的 2% 关税税率；免缴项目用地登记费等。特别激励措施包括自项目运营之日起 7 年内，项目公司可以从公司应纳税利润净额中按比例进行款项扣除，作为税项扣除：对于位于苏伊士运河经济特区、金三角经济特区和埃及总理决定的其他欠发达地区（合称为欠发达地区）的项目公司而言，此类公司可以扣除其项目投资成本的 50%；对于位于欠发达地区之外其他区域的可再生能源项目公司而言，此类公司可以扣除其项目投资成本的 30%。

### 2. 非税收激励政策

经埃及内阁决定，可再生能源项目还可以享受政府额外的激励政策，包括但不限于：政府承担项目运营后因增加公共设施而产生的部分或全部成本；政府承担项目公司员工技术培训的部分费用；政府对特定的战略性能源项目免费分配土地等。

### 三、约旦可再生能源项目

由于自然资源匮乏，约旦能源短缺问题较为严重，97%以上的能源依赖进口，每年因进口能源所花费的资金约占其国内生产总值的20%。为了改变能源过度依赖进口的状况，近年来约旦政府重视可再生能源的开发和利用，重点推动太阳能和风力发电等清洁能源项目的发展，可再生能源发电的未来发展空间较大。目前，风力发电和太阳能发电在约旦可再生能源发电市场中占据较大比例。

#### （一）外资审查制度

在约旦，规范外商投资的主要法律法规为《2014年投资法》和《2016年非约旦主体投资法规》。根据法律法规，禁止外商投资的行业或活动包括陆路客货运输服务、安全和调查服务、体育俱乐部等，外国投资者不得投资该等领域；限制外商投资的行业或活动包括飞机租赁服务、空运服务等，外国投资者在该等领域仅能持有约旦当地公司49%以下的股权。

除了约旦法律法规明文规定的“禁止外商投资的行业或活动”及“限制外商投资的行业或活动”外，外国投资者在约旦投资不受特殊限制。此外，针对禁止或限制外商投资的领域，外国投资者可向投资委员会申请豁免。投资委员会在审查豁免申请后，向内阁作出批准豁免申请或不批准豁免申请的建议，由内阁作出是否批准豁免的最终决定。

针对能源领域而言，传统能源和新能源生产均不属于禁止或限制外商投资的行业或活动，外国投资者可以持有约旦当地电力公司100%的股权，并且无需就能源领域的外商投资获得约旦政府的许可或批准。

#### （二）项目审批

##### 1. 主管部门

约旦电力行业的主管部门主要包括能源和矿产资源部和能源和矿产监管委员会。

**能源和矿产资源部**——能源和矿产资源部负责制定约旦能源行业和矿产资源开发的总体计划和总体目标，并采取措施实现该等计划和目标。能源与矿产资源部还承担与约旦周边国家就能源等事宜开展交流活动的职能，负责吸引国际资本投资约旦电力生产和石油、天然气运输等领域。

**能源和矿产监管委员会**——能源和矿产监管委员会主要负责监管、监督能源行业和矿产行业，确保提供安全的、可持续的、持久的、高质量的、民众可负担的电力和矿业服务，保护消费者和投资者的利益。就电力行业而言，能源和矿产监管委员会负责向约旦电力项目颁发许可证等，并监督电力市场电力价格。

##### 2. 项目审批

根据约旦相关法律法规的要求，约旦电力项目的建设和运营涉及的授权、同意或许可包括但不限于：

序号	审批	有权机构	适用
1	能源和矿产资源部关于内阁批准发电项目的建议	能源和矿产资源部	适用于约旦政府发起的或拟由约旦政府签订项目协议、保证销售或授予豁免的发电项目
2	财政部关于内阁批准约旦政府保证协议的建议	财政部	适用于政府拟提供项目担保的发电项目
3	批准项目开展、签订项目协议和执行政府担保的内阁决议，并授权财政部部长签署政府保证协议	内阁	适用于政府拟签署项目协议，并提供保证担保、保证销售或授予豁免的发电项目
4	(1) 发电许可证 (2) 输电许可证 (3) 配电许可证		分别适用于发电项目、输电项目和配电项目
5	能源和矿产资源监管委员会就以下事项的决议： (1) 批准签署购电协议或并网协议，授予许可证 (2) 授权能源和矿产资源监管委员会主席签署购电协议或并网协议，签发许可证	能源和矿产资源监管委员会	/
6	承包商登记证明		
7	取水许可证	水利部	适用于需要规模性取水的发电项目
8	项目公司在投资委员会注册，并获得从事经济活动的许可证	投资委员会	适用于开发区内的发电项目
9	施工许可证	项目所在地市政机关	/

序号	审批	有权机构	适用
10	关于环境和社会影响评价的批复	环境部	/
11	项目公司进口项目所需的特定机械、设备、配件、材料和物资的进口许可证	工业和贸易部	适用于进口某些需要特别许可的限制产品
12	外籍员工的居留和工作许可证	劳动部	适用于雇佣外籍员工的项目
13	经批准的项目公司内部工作条例		适用于项目公司雇佣10名（含）以上员工的情况
14	外国承包商登记证明	约旦建筑承包商协会；约旦工程师协会	适用于发电项目承包商为约旦境外主体的情况
15	建设和运维协议登记证明	约旦建筑承包商协会	/
16	无异议证明	民航管理委员会	适用于其建设和运营可能影响其上空飞行器的项目

约旦电力项目所涉主要审批

以上仅为约旦电力项目所涉及的主要审批，针对具体项目，我们建议投资者聘请约旦律师针对具体项目情况作出判断。

### （三）可再生能源补偿政策

#### 1. 税收优惠

根据约旦《2012年可再生能源和能源效率法》，对于可再生能源项目公司，自项目公司营业的第一个纳税年度起10年内，减征或免征企业所得税；免除开发商、项目公司、承包商进口与项目有关的任何设备（固定资产）等本应缴纳的所有关税及其他税费；免除项目及项目有关的所有协议可能产生的印花税，该等协议包括但不限于项目协议、融资文件、土地租赁协议、与项目公司的子公司、承包商及分包商的任何协议以及实施项目所需的任何其他协议；对于所有可再生能源和改善能源效率的系统和设备及其用于生产的消耗品等物品，无论是当地制造或进口，均免除所有关税和销售税。

## 2. 政府优惠政策

除了上述税收优惠外，约旦政府还就符合条件的可再生能源电力项目项下的费用支付义务提供政府担保。

## 四、巴基斯坦可再生能源项目

就能源结构而言，巴基斯坦电力行业以火力发电为主，其中燃油和燃气发电约占据总发电量的 60%，且以石油、天然气为主要燃料，发电成本相对较高。就能源供给而言，巴基斯坦电力市场长期供给不足，随着巴基斯坦工业化进程的提速，巴基斯坦的电力需求持续增长，电力供应短缺问题日渐突出。

近年来，巴基斯坦政府重视可再生能源开发和利用，希望通过能源结构改革解决日益严重的能源供应短缺问题。根据 2020 年《可再生能源和替代能源政策》，巴基斯坦计划至 2025 年可再生能源的发电占比从目前的 6% 提升至 25%，2030 年可再生能源的发电占比进一步扩大至 30%；根据 2021 年通过的《国家电力政策》，巴基斯坦计划增加可再生能源在能源结构中的份额。具体而言，巴基斯坦能源结构改革的重点包括鼓励和扶持太阳能、风能、地热能、潮汐能、波浪能和生物质能等可再生能源的开发和利用，从发电成本和发电稳定性的角度出发，在适宜发展可再生能源发电项目的区域优先布局相关项目。

### （一）外资审查制度

为吸引外商投资，巴基斯坦实行开放的外商投资管理制度。根据 2013 年《投资政策》，除基于国家安全和公共安全考虑而限制投资的领域（主要包括武器弹药、烈性爆炸物、放射性物质、特殊印刷、钞票印制、铸币及消费性酒类等）外，巴基斯坦对外国投资无准入限制，境内外投资者享受同等优惠的投资政策，在特殊行业对外国投资者适用同等的投资条件。

除下述政府内务部的安全许可外，外国投资者在巴基斯坦的投资一般无需获得巴基斯坦政府的准入批准。巴基斯坦政府内务部要求，所有外方股东以及外籍人士在登记成为巴基斯坦公司的股东、董事或首席执行官前，应获得政府内务部的安全许可。目前，由于获得安全许可的时间较长，该等要求有所放宽，即，在外方股东、外籍董事或首席执行官作出相关承诺的前提下，该等人士可以在政府内务部正式作出安全许可前进行登记。我们建议投资者在必要时就国家安全审查的相关事宜咨询巴基斯坦律师的意见。

### （二）项目审批

#### 1. 主管部门

巴基斯坦电力行业的主管部门主要包括国家电力监管局、替代能源委员会、私营电力和基础设施委员会等。

**国家电力监管局**——国家电力监管局主要负责对电力服务行业实施监管，包括对发电和输配电企业提供电力服务的价格进行核定、确定收费标准以及确定其他相关的条款和条件。

**替代能源委员会**——替代能源委员会旨在鼓励、促进、推动巴基斯坦可再生能源的发展，其职责主要包括审核拟进入可再生能源领域的私营发电项目，鼓励可再生能源技术的转移，推动本地相关产业发展，为使用可再生能源的发电项目提供服务，促进可再生能源项目的商业化。

**私营电力及基础设施委员会**——私营电力及基础设施委员会主要负责促进、评估和洽谈巴基斯坦全国范围内有关电力行业的投资项目。

此外，电力项目的建设还可能涉及水力和电力部、投资委员会、石油及自然资源部、环境保护机构以及竞争委员会等政府机构。

## 2. 项目审批

在巴基斯坦，电力项目的建设需要取得国家电力监管局颁发的许可。根据电力项目实际情况，国家电力监管局的许可分为发电许可、输电许可和配电许可（合称为 NEPRA 许可）。项目公司在提交 NEPRA 许可的申请时，应在申请书中注明设施的类型、位置和预期使用年限。

涉及可再生能源的电力项目还需要在替代能源开发委员会完成项目登记程序，并获得替代能源开发委员会出具的意向函及支持函。

除以上关于项目建设的审批外，巴基斯坦境内电力项目的建设、运营还可能涉及国家电力监管局出具的电价批准、环保部门就初步环评或环境影响评价报告出具的批准、用地相关许可、对项目土地调查的许可、可行性研究报告的批复、项目建设许可、进出口许可、电力枢纽稳定性证书（如需）等。因此，针对具体项目，我们建议投资者聘请巴基斯坦律师针对具体项目情况作出判断。

### （三）可再生能源税收优惠及扶持政策

#### 1. 税收优惠政策

为克服能源危机，促进国家工业化进程，巴基斯坦 2015 年《财政法案》对特定能源公司给予一定期限的所得税豁免优惠，包括：

- （1）在 2015 年 7 月 1 日之后开工的输变电工程项目可以享有为期 10 年的所得税豁免；
- （2）针对依据 1984 年《公司条例》注册的运营输变电的项目公司，在满足特定要求的情况下，该等公司享有前述适用于输变电工程的所得税豁免；及
- （3）针对液化天然气终端运营商以及从事太阳能和风能设备及部件生产的企业，若该企业于 2016 年 12 月 31 日后设立，且所生产的产品专用于太阳能和风能发电企业，则其可享受为期 5 年的所得税豁免。

---

此外，根据 2019 年《替代和可再生能源政策》，对使用可再生能源发电的项目公司免征企业所得税。

## 2. 扶持政策

根据替代能源委员会于 2006 年发布的适用于水力发电项目、风力发电项目和太阳能发电项目的《可再生能源发电发展政策》，巴基斯坦对可再生项目的扶持政策主要包括：

- (1) 水力发电项目。鉴于巴基斯坦水力发电潜力巨大，但实际开发利用程度低，巴基斯坦“2025 愿景”计划推动水力资源丰富的地区发展水力发电项目。
- (2) 太阳能发电项目。巴基斯坦扶持太阳能发电项目，计划通过推动太阳能住宅计划，缓解各省居民用电紧张的情况。
- (3) 风力发电项目。巴基斯坦扶持风力发电项目，逐步推进风力发电项目的商业化。<sup>1</sup>

感谢律师助理王范园、黄泽霖、魏臻、李文婷、李航宇对本文的贡献。

---

<sup>1</sup> 本文仅为投资巴西、埃及、约旦及巴基斯坦可再生能源项目中部分主要问题的介绍，而非综合性和全面性的介绍。在具体项目中，投资者仍需关注当地反垄断、环境、劳工等众多层面的法律要求。就本文提及的外资审查制度、可再生项目能源项目审批和可再生项目能源项目补贴方面，投资者也需要视情况聘请律师结合项目具体情况予以判断。本文撰写者并非巴西、埃及、约旦及巴基斯坦等相关法域律师，本文仅为我们有关项目经验的总结，并非就相关国家法律发表的法律意见。如您就以上内容有任何疑问，请与我们联系，我们将基于金杜全球办公室和海外合作伙伴资源为您提供解决方案。

# 南非可再生能源行业 及监管概览

熊进 陈岚

## 一、南非能源市场概览

南非是世界排名第六的火力发电国，其高达 80% 的电力来源于火力（煤炭）发电。因此，南非也是非洲温室气体排放量最高的国家。作为《巴黎协定》的签署国之一，南非需要在 2050 年前将其碳排放量减少 60%-75%。

为达成在 2050 年实现碳中和的国家战略，南非政府在 2010 年发布了一项长期电力规划目标，即整合型资源计划（Integrated Resource Plan, “IRP”），对南非直至 2030 年的电力开发进行规划，并确保其中可再生能源的比例。根据 2019 年版本的 IRP，截止 2030 年，南非能源组合将包括 33,847 兆瓦煤（46%）、1,860 兆瓦核能（2%）、4,696 兆瓦水力发电（6%）、2,912 兆瓦抽水蓄能（4%）、7,958 兆瓦太阳能光伏发电（10%）、11,442 兆瓦风力发电（14%）。

南非可再生能源项目的开发主要依靠南非矿产资源和能源部（Department of Mineral Resources and Energy）和南非国家能源监管局（National Energy Regulator of South Africa）制定的可再生能源的公开采购机制，即 Renewable Energy Independent Power Producer Procurement Programme（“REIPPP”）。该机制通过竞争性投标的方式引入独立发电商，允许私人企业和外国投资者在南非投资开发可再生能源项目。南非政府寄希望通过 REIPPP 体系的引入，实质性改变目前南非能源供给仍主要依赖于火力发电的局面，改善南非的能源供给结构，并缓解南非长期以来的电力供应短缺危机。此前，南非国家能源监管局曾于 2009 年引入上网电价补贴制度（Feed-in Tariff），但随着补贴电价的持续下调以及上网电价补贴制度被宣布属于南非法下的非竞争性采购，上网电价补贴制度在 2011 年被 REIPPP 全面取代。南非电力市场的另外一个重要特点，是约 94% 的电力均由南非国企 Eskom Holdings SOC Limited（“Eskom”）负责提供，而仅剩余的 6% 由市政发电站和私营主体提供。REIPPP 对独立发电商以及外资企业的引入，将有助于打破 Eskom 对南非电力市场的长期垄断。



熊进

xiongjin@cn.kwm.com

南非《国家能源监管法》(National Energy Regulator Act, 2004)、《国家能源法》(National Energy Act, 2008) 以及《电力监管法》(Electricity Regulation Act, 2006) 及其相关细化规章共同构成了南非电力与可再生能源的法律监管框架。其中《国家能源监管法》设立了南非国家能源监管局, 主要负责电力、管道气和石油管道行业的监管; 《电力监管法》确立了南非全国供电行业的监管框架, 规定南非国家能源监管局是全国电力监管框架的管理者和执行者, 规定了城市电力生产、输电、配电、电网化、交易和进出口的许可和注册; 此外《国家能源法》规定, 矿产资源与能源部在兼顾环境管理要求的前提下, 以可持续的数量和合理的价格提供各种能源资源, 以支持经济增长和扶贫。

在监管机构方面, 南非矿产资源和能源部、国家能源监管局以及 Eskom 为南非能源市场的主要监管机构, 其中矿产资源与能源部主要负责南非能源的采购、开发、利用和管理, 提供战略支持与制定可再生能源的监管政策并负责 REIPPP 的招标工作; 国家能源监管局主要负责建造、运营电站、发电、配电、输电等各环节所涉及的相关许可的审批; Eskom 集发电者、电站运营者、电力购买者为一体的同时还肩负监管职责, 鉴于 Eskom 是南非国家电网的所有者与维护者, 配电输电及电力进出口贸易等涉及电网的活动以及在 REIPPP 框架下签署长期电力采购协议前, 均须先与 Eskom 签订传输协议或配售电协议。

## 二、投资者关注问题

南非对外国投资者在可再生能源领域进行投资并无一般性的限制, 但投资者需要特别关注以下问题, 该等问题对投资者参与 REIPPP 投标以及中标后开发可再生能源项目有着重大的影响。

### (一) 土地问题

获得合适的项目用地对于开发可再生能源项目至关重要。

南非的土地由私人或国家所有。根据《土地持有法案》(Land Holdings Bill) (目前仍然是草案) 中提出的规定, 外国投资者不再被允许在南非拥有某些类型的土地 (例如农业用地), 但外国投资者可以针对所有类型的土地签订长期租约, 租期可长达 30-50 年。

通常, 投标人在参与南非可再生能源项目投标时, 需要在其投标响应文件中提供项目用地的所有权凭证 (Title Deed, “地契”) 或租约 (Notarial Lease, “公证租约”) 及相关租约登记文件, 或有效的土地买卖或租赁期权协议以及地役权协议 (Servitude Agreement)。为了控制交易成本, 投标人往往会选择与土地所有人签订有关土地的租赁期权协议, 在项目中标后再行使期权以订立土地租约。为此, 投标人需要支付少量费用, 土地租赁期权协议的行权期通常为 3-5 年 (取决于双方的商业谈判)。投资人须特别关注土地租赁期权协议的行权期是否与招投标的窗口期相适应, 以考虑是否需要期权协议进行延期。部分公证租约中会规定在一定期间内若项目没有完成融资关闭则土地所有人享有单方面终止公证租约的权利。

无论是通过签署公证租约或土地租赁期权协议的方式获得满足项目需要的土地权利, 如果相关土地属于农业用地, 则将受到南非农林渔业部 (Department of Agriculture, Forestry and Fisheries) 的额外限制。具体而言, 首先, 投资人在与土地所有人签署公证租约前, 须获得南非农林渔业部部长的同意, 并且除非获得部长同意, 任何农业用地的租约签订期限不得超过 10 年。此外, 若投资人选择与土地所有者签署有关长期租赁农业用地的期权协议, 根据南非最高

上诉法院的最近一项判决，若该等期权协议在签署前未获得农林渔业部长的同意，则该等期权协议可能是无效的。<sup>1</sup>但在实践中，考虑到获得相关部长同意所需的时间与成本，大部分投资人基本不会考虑去获得相关的同意，而市场似乎也接受这一潜在风险。

## （二）黑人经济赋权计划（Broad-based black economic empowerment “B-BBEE”）

黑人经济赋权计划由南非 2003 年的《广泛黑人经济赋权法案》(Broad-based Black Economic Empowerment Act) 规定，旨在纠正种族隔离的不平等现象，加强黑人对南非经济的参与。除此之外南非政府还出台了诸多相关的实施细则以确保黑人经济赋权计划的落实。在进行 B-BBEE 评估时，南非政府会对企业以下要素进行打分：所有权、管理控制、技能发展、企业和供应商发展以及社会经济发展等，以确保南非黑人在经济计划中的参与比例。

在南非，对 B-BBEE 的遵守并非法律强制规定，但更高的 B-BBEE 评级可以使企业在南非市场上保持竞争力。并且在政府和公共实体的招标和授权许可等程序中，企业的 B-BBEE 评级是重要的评价因素。在 REIPPP 招投标中，南非政府在招标文件中亦详细规定了对投标人 B-BBEE 方面的要求，例如南非实体在目标公司中的持股比例必须合计超过 49% 等（详见下文第三部分第 3 个标题下表格中的总结）。

## （三）环境许可

参加南非政府可再生能源的招投标需要获得南非 1998 年《国家环境管理法》(National Environmental Management Act, 1998) 下的环境许可，并且通常需要在投标时提交一份完整的环境影响评价报告 (Environmental Impact Assessment) 或者基本评估报告 (Basic Assessment Report)。南非政府对环境评价的要求非常苛刻，环境许可通常是项目所必须的相关证照、许可中最难获得的，例如风电、光伏项目等是否会对鸟类等动物的生存环境存在影响、是否会破坏生物多样性、建设期间是否会破坏植被、侵占历史遗迹等，均是项目在选址时需要考虑的因素。因此，收购或投资绿地项目的投资者需要特别关注项目获得相关环境许可的情形。

## （四）外汇管制

根据南非 1961 年颁布的外汇管理条例 (Exchange Control Regulations)，所有资本流入和流出南非都受到监管。该监管机制具体由南非储备银行 (South African Reserve Bank，即“SARB”) 和由 SARB 指定的“授权交易商” (Authorized Dealer，为指定的南非商业银行) 来具体实施管理。

根据该条例，任何南非公司和个人未经批准不得拥有外国资产或从外国借贷。税后利润经金融监督管理部门批准，可以自由汇出给非南非居民股东、个人或者公司，但该等限制仅限于南非居民。一般来说，南非对非居民投资所得的汇出没有限制。但外国投资者对南非企业进行股份投资时，须向授权交易商进行申报并确认股份证书上要有由授权交易商注明的“非居民” (Non-resident) 字样，以便将来能往国外汇出股息等收益。在实践操作中，该等 SARB 同意的申请由授权交易商直接负责办理。需要提示，根据最新的操作惯例，在外国投资者收购南非公司股份时，并不需要通过授权交易商在股份完成交割前从 SARB 处获得初步同意或不反对通知，该形式备案只需要在交割后进行即可（卖方进行协助）。

<sup>1</sup> Four Arrows Investments 68 v Abigail Construction (SCA) (未公开案件号：20470/2014, 17-9-2015)

## （五）项目融资

目前，南非市场上的可再生能源项目最主要的融资来源为南非五大商业银行（Rand Merchant Bank, ABSA, Nedbank, Standard Bank, Investec）以及发展金融机构和养老基金等。并且，大多数的 REIPPP 项目的融资方式都是有限的或无追索权的项目融资。

外国投资者在南非当地进行融资，会受到一定限制。具体而言 75% 以上的股本、资产属于非南非居民的公司或收入的 75% 要分配给非南非居民的公司以及 75% 以上的表决权、控制权由非南非居民支配或代表的公司，被视为“受影响公司”（Affected Company），这些公司在南非当地的融资需要获得 SARB 的事前同意，且融资金额也会受到限制。

## 三、REIPPP 项目简介

REIPPP 是一项公共采购项目，允许 IPP 通过竞争性投标在南非设计、开发和运营大型可再生能源发电厂。REIPPP 本质是 PPP 项目，即南非政府希望以公私合作的形式吸引和借助私人资本和外国资本发展本国的再生能源产业。该项目对缓解南非的电力短缺现状，促使南非向低碳经济转型具有重大意义。

### （一）REIPPP 的启动

REIPPP 被设计为多轮非公开竞价拍卖步骤，以发布招标文件作为启动的标志。目前 REIPPP 已经进行了 4 轮招标以及一轮加速轮招标，第五轮招标将于 2021 年 8 月 16 日提交标书。投标期通常为招标文件发布后的三个月，独立的评标委员会会初步筛选出符合一般要求和资格标准的投标人，这些符合资格审查要求的投标人会进入后续的比较评估阶段。以下是 REIPPP 项目从招标到融资关闭再到商业运营的全流程示意及时间表。



## （二）资格审查阶段

招标文件中规定了投标企业所需满足的一般要求和资格标准。一般来说，有资格进入到比较评估阶段的都是那些在技术、财务和法律上均达标的项目，并且竞标企业有足够的经验和资源来执行所竞标的项目。因此，每一份投标书必须达到或超过每一项规定的门槛标准，才能被视为符合要求。

REIPPP 前五轮招标文件中列举的资格标准包括但不限于以下：

- 项目结构：项目公司须为南非法下的有限责任公司、符合南非公司法下风险隔离的标准、对黑人持股比例以及当地社区持股比例有所要求等；
- 法律标准：项目公司为针对本次投标项目的特殊目的载体（SPV）、出具完全接受标准协议的确认函等；
- 土地取得和土地使用标准：要求提供项目建设所需土地的地契、期权协议、公证租约、地役权协议等；
- 环境许可标准：环评文件、环境授权和水资源使用许可等；
- 财务标准：根据不同的融资方式有不同的要求；
- 技术标准：技术评估，包括能源销售预测报告等；
- 当地经济发展要求：促进当地就业、当地成分比例等。

## （三）比较评估阶段

所有符合第一阶段审查标准的投标人都可以进入比较评估阶段。在这一阶段所有的投标人都会按照竞标价格和促进当地经济发展两个维度被打分，根据最新的第五轮招标文件，其中价格比重占 90%（前四轮为 70%），促进当地发展占 10%（前四轮为 30%），综合得分排名靠前者为优先投标人（Preferred Bidder），即中标。

在促进当地经济发展维度，南非政府在招标文件中提出了诸多对黑人和当地社区在 REIPPP 项目中参与比例的要求。具体而言，投标人将被要求证明项目公司至少有 49% 的股份由南非实体持有（需要穿透到最上层股东），同时，招标文件从不同的角度给出了评估促进社会经济发展评价指标的详细标准，下表列出了部分促进社会经济发展的标准：

评估维度	具体要求	门槛标准
创造就业岗位	招聘南非公民为员工的比例	65%
	招聘南非黑人为员工的比例	40%
	招聘黑人作为公司的技术性员工的比例	20%
	招聘南非项目所在地社区的公民作为员工的比例	20%
	招聘黑人女性为员工的比例	10%

评估维度	具体要求	门槛标准
所有权	黑人在项目公司的持股比例	30%
	当地社区在项目公司的持股比例	2.5%
	黑人女性在项目公司的持股比例	5%
	建设承包商的黑人持股比例	25%
	运营承包商的黑人持股比例	25%
当地成分要求	在项目建设和维护过程中采购当地成分	40%（风电） 45%（光伏）
管理层控制	黑人在董事会中的比例	25%

#### （四）标准协议签署

在中标后，中标者需要签署包括但不限于以下几份标准协议，且必须完全接受这些标准协议，不存在与南非政府（或 Eskom）进行协商的空间：

- 《电力购买协议》（Power Purchase Agreement）：签署方为中标企业的项目公司与 Eskom，主要约定购电价格等，在制定标准协议时会考虑使 PPA 满足可融资性的要求；
- 《实施协议（Implementation Agreement）》：签署方为项目公司和南非矿产资源和能源部，主要约定项目公司要落实促进当地经济发展的目标，对项目公司股权变动、IPP 转让其相关证照等进行限制；
- 《政府框架性支持协议（Framework Agreement）》：签署方为矿产资源和能源部、南非财政部、Eskom 和国家能源监管局，主要目的是针对实施协议中南非政府应承担的担保责任提供进一步的约定，确保 Eskom 有足够的资金支付购电费用；
- 《直接协议（Direct Agreement）》：签署方为中标方、Eskom、南非能源部和贷款人，主要约定对贷款人权益的保护，在约定情形下，贷款人可以享有介入权（step-in rights）；
- 《连接协议（Connection Agreement）》：具体的协议安排取决于该项目是连接入输电网络还是配电网络。

截至 2020 年 12 月，已有 112 家 IPP 通过 REIPPP 签署长期购电协议，用于向电网注入超过 6300 兆瓦的电力，其中主要为太阳能和风力发电项目。

#### 结语

总体而言，南非政府在电力监管方面构建了与主要发达国家基本一致的全面的立法框架与配套的监管体系。但是，由于南非长期以来对火力发电的依赖以及 Eskom 绝对的市场垄断地位带来的效率低下问题，南非目前面临着严重的电力危机以及《巴黎协定》下减少碳排放的双重压力。近年来，南非政府正在积极探索以可持续发展的方式来调整能源结构

---

并同时增强电力供给，包括大力搭建一个全面的气候变化法律框架，以及启动大规模的可再生能源投资计划以引入 IPP 等。

全球新冠疫情的肆虐打乱了南非 REIPPP 的招标计划，南非政府此前曾相继两次延期第五轮招标。目前，第五轮招标已经在进行中，其中风力发电与光伏发电的购电总量分别为 1600 兆瓦以及 1000 兆瓦。但是，根据我们近期项目上的经验，Eskom 目前营运的电网的负荷能力并不能满足这些计划开发的再生能源电力未来上网的要求，导致很多计划开发的再生能源项目无法被有效实施开发。

鉴于南非政府对可再生能源项目在政策上的大力支持，以及其市场所展现的良好投资机会与潜力，包括中国投资人在内的很多国际能源投资者也逐渐开始关注南非可再生能源行业的投资机会，特别是风电和光伏领域。中国投资者进入南非可再生能源市场的方式包括：风电机组、光伏组件的出售供应、作为总承包商参与项目建设以及中企与当地企业设立合资公司作为投标人参与可再生能源项目投标等。其中重大项目包括：2013 年中国某亚洲最大的风力发电商通过参与第三轮 REIPPP 中标了两个风电项目；中国某风力发电领域的上市公司自 2015 年起获得了南非可再生能源开发巨头 BioTherm 中标的多个项目的风电机组采购订单和 EPC 工程；2018 年中盛能源与阿特斯在南非成立项目合资公司，为 BioTherm 的光伏项目提供 EPC 工程总包服务等。可以预计，作为“一带一路”沿线的重要投资目的国，南非潜能巨大的可再生能源市场将持续吸引中国投资人。<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> 参考文献：

1. Electricity Regulation 2021-South Africa, by Jonathan Behr from Werksmans Attorney.
2. Electricity regulation in South Africa: Overview, by Eric Le Grange from ENS Africa.
3. Renewable Energy Law Review-South Africa, third edition, by Lido Fontana and Yolanda Dladla.
4. Renewable Energy 2021 - South Africa, ICLG, <https://iclg.com/practice-areas/renewable-energy-laws-and-regulations/south-africa>.
5. The South African Renewable Energy, IPP Procurement Programme, by Anton Eberhard and Raine Naude.

---

# “一带一路” 国别介绍——越南<sup>1</sup>

彭馥 吕宇 黄茜茜

---



彭馥

pengfu@cn.kwm.com

越南位于中南半岛东部，是一个有着长达 3260 多公里海岸线的沿海国家，人口组成及宗教文化丰富多样，随着近几十年的坚持对外开放，其经济发展潜力日益显现，国内政局的相对稳定为其发展奠定了坚实的基础，<sup>2</sup>各项针对外资的优惠政策也使得其在引进外资方面有着极大的优势<sup>3</sup>。

基于越南目前对于外资较高的开放度以及“一带一路”政策的推动，本文对越南的投资环境进行了简要梳理，以供参考。

## 一、投资环境概况

### （一）投资环境主要优劣势

#### 1. 优势<sup>4</sup>：

- (1) 政局相对稳定，政策具有连续性；
- (2) 自然资源丰富，有 50 多种矿藏。煤、铁、铝储量较大。森林面积约 1000 万公顷，森林覆盖率较高；
- (3) 地理位置优越，港口众多，出口便利，辐射东亚、东南亚市场；
- (4) 劳动力充足，劳动人员较能吃苦耐劳且成本低廉；
- (5) 经济增长前景良好，对外开放程度相对较高。

---

<sup>1</sup> 金杜律师事务所不可提供越南法律意见，本介绍仅作一般性介绍使用，不可作为或被理解为关于越南法律的意见。

<sup>2</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020 年版）》，P1-14。

<sup>3</sup> 详见下文对于越南投资鼓励政策的分析。

<sup>4</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020 年版）》，P1-14，P36。

## 2. 劣势：

- (1) 越南本地企业信用状况参差不齐，合作经营存在一定风险<sup>5</sup>；
- (2) 越南的外汇管制较严，越南盾与人民币不能直接汇兑<sup>6</sup>；
- (3) 越南工会在劳资谈判中所起到的作用较大，可能影响投资者的利益<sup>7</sup>；
- (4) 越南劳动力人口的教育水平不高，在一些涉及到高技术的投资领域对外资的吸引力不强<sup>8</sup>。

## (二) 对越投资情况

越南《投资报》1月27日报道，截至2022年1月20日，越南新批准、追加投资和并购三项累计吸引外资21亿多美元，同比增长4.2%。其中，新批项目103个，协议投资额3.88亿美元，同比下降70.7%；调整增资项目71个，协议增资额12.7亿美元，项目数同比增长54.3%，投资额为去年同期2.69倍。并购206宗，涉及投资4.44亿美元，并购宗次同比增长6.2%，投资额为去年同期2倍。从投资领域看，外国投资领域涉及越南国民经济21个领域中的15个。其中，加工制造业投资12亿美元，占比达58.9%。房地产业4.72亿美元，占比22.5%，居第二位。其余为行政和辅助服务业、批发零售业，协议投资额分别为2.21亿美元和5250万美元。从投资对象看，对越投资的国家 and 地区有33个。其中，新加坡以6.66亿美元居首位，占比达31.7%，同比略降2.2%。韩国以4.81亿美元居第二位，占比达22.9%，是去年同期的5倍；中国大陆以4.51亿美元居第三位，占比超过21.5%，同比下降27%。其余依次是日本、中国香港和中国台湾。截至2022年1月20日，越南累计批准外资项目34642个，协议投资额4156亿美元。实际到位资金2532亿美元，相当于协议投资总额的61%<sup>9</sup>。尽管有疫情影响，对越投资从投资领域、投资对象、投资项目等方面都呈现出范围扩大和数量增长态势。

就中国而言，目前越南的各大城市均有中国商会的驻点，主要遍布胡志明市、下龙市、海防市、河内市等城市。在越的主要中资企业也遍布基础设施建设、高新技术、金融业、纺织业、加工制造业、通讯业等多个领域<sup>10</sup>。

## (三) 越南外汇管制及金融体系

越南2005年的《外汇管理条例》是其实施外汇管理的主要法规，越南国家银行（SBV）是越南的中央银行<sup>11</sup>，负责具体实施《外汇管理条例》以及其他关于外汇管理的国家政策和规定<sup>12</sup>。总体而言，越南对于外汇的管制较为严格，在越南国内外汇不能直接用于经常性的支付，也不能自由汇兑，外汇有关的交易只能通过授权的信贷机构或其他越南国家银行规定允许的方式进行<sup>13</sup>。

<sup>5</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P92。

<sup>6</sup> 详见后文外汇管制的部分。

<sup>7</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P95。

<sup>8</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P15。

<sup>9</sup> 《1月份越南吸引外资逾21亿美元》，参见商务部 <http://hochiminh.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202202/20220203280130.shtml>。

<sup>10</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P112-116。

<sup>11</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P32。

<sup>12</sup> 参见 Ordinance on Foreign Exchange, No. 28/2005/PL-UBTVQH11 各章关于越南国家银行的规定。

<sup>13</sup> Article 1.13, AMENDING AND SUPPLEMENTING A NUMBER OF ARTICLES OF THE ORDINANCE ON FOREIGN EXCHANGE CONTROL, No. 06/2013/UBTVQH13.

越南本土的商业银行主要有越南投资发展银行（BIDV）、越南外贸股份商业银行（Vietcombank）、越南工商银行（VietinBank）以及越南农业农村发展银行（Agribank）四家国有银行以及三十一家股份商业银行。外资银行则来自日本、韩国、美国、中国四国以及中国台湾地区的银行为主，其中主要的中资银行有中国银行、中国工商银行、中国农业银行、中国建设银行和中国交通银行<sup>14</sup>。

在利润汇回国内问题上，虽然越南国内无法使用外汇直接进行利润的支付，但是投资者可以将利润汇兑成外币后再汇回国内。只要利润的来源是合法的，那么在投资者在利润汇出时基本上就不会受到太大限制<sup>15</sup>。需要注意的是，信贷机构、外国银行分行及其他机构经越南国家银行书面批准后方可开展外汇服务，该等机构提供外汇服务的业务范围、提供外汇服务的条件、要求及程序均由越南国家银行规定<sup>16</sup>。

在出入境外汇管制问题上，越南对于个人携带外币出入境设置了严格的管制措施，个人携带外币入境时，如果超过了越南国家银行规定的限额，则应当向海关申报，而携带外币出境时，超过规定限额不仅需要申报，还需要向海关出示越南国家银行规定的有关文件<sup>17</sup>。

在汇率问题上，越南法定货币越南盾与外币之间的汇率是根据市场的供需关系来确定的，具体的汇率由越南国家银行公布<sup>18</sup>。自2016年年初越南引入新的汇率管理机制后，越南以每日公布“中央参考汇率价格”取代长期实行的固定汇率机制<sup>19</sup>。2022年3月29日，越南央行公布的美元兑越南盾的汇率参考中间价为1美元兑换23,151越南盾，人民币对越南盾汇率为1人民币兑换3,636.72越南盾（2022年3月24日至3月30日期间）<sup>20</sup>。据越南越通社报道，越南的外债余额结构逐步优化，标普全球评级期待在2021-2024年越南年均外债负债率为15%。政府外币负债率已下降至40%以下，表明汇率风险有所下降<sup>21</sup>。

在融资问题上，外资企业所享受的待遇与当地企业相同，银行等金融机构在提供贷款时除了考虑借款人的借款需求和还款能力，还要考虑其自身的资金能力。基于审慎监管的要求，银行向单一客户、集团客户提供借款的金额，其各自与银行自有资金的比例均不得超过规定的上限（单一客户15%、集团客户25%）。如果某一客户借款的金额需求超过了一家银行所能提供资金的上限，那么该客户可以考虑申请银团贷款<sup>22</sup>。2019年，越南国家银行为每家商业分配信贷增长限额时，优先考虑已经达到巴塞尔协议II资本安全和风险管理标准的商业银行，确保国家金融系统安全<sup>23</sup>。

<sup>14</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P32-33。

<sup>15</sup> Article 8.4, Ordinance on Foreign Exchange, No. 28/2005/PL-UBTVQH11, 2013年并未修订该条款。

<sup>16</sup> Article 1.27, AMENDING AND SUPPLEMENTING A NUMBER OF ARTICLES OF THE ORDINANCE ON FOREIGN EXCHANGE CONTROL, No. 06/2013/UBTVQH13.

<sup>17</sup> Article , 1.3, AMENDING AND SUPPLEMENTING A NUMBER OF ARTICLES OF THE ORDINANCE ON FOREIGN EXCHANGE CONTROL, No. 06/2013/UBTVQH13.

<sup>18</sup> Article 30.1, Ordinance on Foreign Exchange, No. 28/2005/PL-UBTVQH11 ; Article 1.20, AMENDING AND SUPPLEMENTING A NUMBER OF ARTICLES OF THE ORDINANCE ON FOREIGN EXCHANGE CONTROL, No. 06/2013/UBTVQH13.

<sup>19</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P31。

<sup>20</sup> 参见越南央行官网 <https://sbv.gov.vn>，最后访问日期：2022年3月29日。

<sup>21</sup> 参见《标普全球评级：越南经济有望实现强劲复苏》，商务部 <http://vn.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202106/20210603069459.shtml>。

<sup>22</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P34。

<sup>23</sup> 参见《越南央行限制商业银行新增贷款规模》，中国驻越南大使馆经济商务处 <http://vn.mofcom.gov.cn/article/jmxw/201904/20190402853249.shtml>。

## 二、投资越南主要涉及的法律法规

### （一）外商投资相关规定

越南法律政策对外资友好的态度，使其成为了一个对外资极具吸引力的投资地。自 2006 年越南第一版的《投资法》颁布以来，越南在实现内外资企业的平等化，鼓励外资在特定行业和地区进行投资的道路上，一直有条不紊地向前迈进。内外资企业的统一管理，重点体现在出口商品和服务的限制、商品生产中的本地化比例、研发工作应达到的水平等方面；而在鼓励外商投资的政策优惠上，越南则针对土地获取成本、企业应缴纳的税费，以及外国劳工的签证等方面的政策，为投资国家指定的困难地区以及国家鼓励发展的行业的外资企业，提供了不同程度的优惠待遇<sup>24</sup>。目前，除了极少数危害国家利益或社会公共利益的行业被禁止进入之外，其他行业外商均可以自由进入，或在满足法定条件的情况下进入。

#### 1. 外国投资者市场准入的行业类型划分

**禁止的行业：**《投资法》中附录一指定的麻醉药品交易、附录二中规定的化学品和矿物的交易，濒危野生动植物及其标本的交易，性交易，贩卖人口以及贩卖人体组织、尸体、器官及胎儿的商业行为，涉及无性繁殖的商业行为，鞭炮贸易、提供收债服务的商业行为<sup>25</sup>。

**限制的行业：**基于对国防安全、社会秩序、社会道德、公共卫生等因素的考量<sup>26</sup>，越南对于某些行业的投资会设置一些准入条件。根据越南《投资法》的相关实施条例，这些受限制的行业主要涉及银行与金融、文化产品的出版、娱乐服务的提供、自然资源的开采，以及房地产等领域<sup>27</sup>。在越南对限制行业进行投资的条件包括：（1）符合投资条件的主题和范围；（2）符合投资条件的形式；（3）符合投资条件的内容；（4）符合商业投资条件的文件和行政程序（如有）；（5）在许可证书或其他书面确认或批准的文件（如有）的有效日期内。

**鼓励的行业：**<sup>28</sup> 鼓励的行业包括：（1）科技类，按照科学技术法规从事高科技活动、科学技术产品的研发，制造新材料、新能源、清洁能源、可再生能源、节能产品以及生产附加值在 30% 以上的产品，生产关键电子产品、机械产品、农业机械、汽车、汽车零部件的制造、造船，生产优先支持产品清单中的产品等；（2）农业类，生产、加工农产品、林产品以及水产养殖产品，造林与森林保护，制盐、捕鱼，生产动植物品种和生物技术产品等；（3）环境保护与基础设施建设类，具体包括废物收集、处理与回收再利用，投资基础设施的开发、运营与管理，发展城市地区的公共交通等；（4）教育、文化、社会、体育与卫生类，具体包括发展学前、通识、职业与高等教育，体检、治疗、药品的制造与存放、对制备技术和生物技术的科学研究，研发药物，医疗设备制造，体育设施建设，保护文化遗产，弱势群体的照料中心等，人民信贷基金，小额信贷机构等。

**鼓励的地区：**<sup>29</sup> 鼓励条件的领域包括：（1）不利地区和极端不利地区；（2）工业园区，出口加工区，高新区和经济区。

<sup>24</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020 年版）》，P48-53。

<sup>25</sup> Article 6, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>26</sup> Article 7, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>27</sup> Appendix 4, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>28</sup> Article 16, Law on Investment, No. 61/2020/QH14. 对于鼓励投资行业的分类，具体参见 Appendix I, Decree No.118/2015/ND-CP, Guidelines for some Articles of Law on Investment, d November 12, 2015. [http://www.itpc.gov.vn/investors/how\\_to\\_invest/law/Decree\\_No.118\\_2015/mldocument\\_view/?set\\_language=en](http://www.itpc.gov.vn/investors/how_to_invest/law/Decree_No.118_2015/mldocument_view/?set_language=en).

<sup>29</sup> Article 16, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

此外，越南政府还将鼓励投资的行政区域分为经济社会条件艰苦地区和特别艰苦地区，分别享受鼓励优惠政策和特别鼓励优惠政策<sup>30</sup>。

## 2. 外国投资者的投资方式

### (1) 在越南设立经济组织

外国投资者可以通过设立经济实体、出资购买股份、执行投资项目、商业合作等形式在越南进行投资<sup>31</sup>。设立经济实体要求外国投资者必须有一个明确的投资项目，并遵循签发或调整投资登记证书的程序，但根据《中小企业法》设立中小型初始企业和启动投资基金的除外，同时还需符合国家投资领域、投资方式、注册资本比例等市场准入条件<sup>32</sup>。

### (2) 入股本地的经济组织

外国投资者可以通过购买股份公司首次发行或者增发的股份，向有限责任公司或合伙企业注资，从公司、公司股东或合伙企业合伙人处受让股份或财产份额等形式，入股本地的经济组织<sup>33</sup>。在出资、购买股份以及投资等行为导致外国投资者持有的股份或者出资额超过该经济实体注册资本的50%，或大多数普通合伙人是外国投资者的情况下，外国投资者需要根据《投资法》相应规定办理投资手续<sup>34</sup>。

### (3) 签署特殊投资协议

外国投资者可以在不设立经济组织的情况下，和其他投资者以合作经营、利润分成、产品分成为目的签订商业合作协议（BCC），《投资法》要求商业合作协议所有当事方应建立一个协调委员会来执行BBC，协调委员会的职能和职权由各方商定<sup>35</sup>，并规定商业合作协议至少应当包括各方基本信息，业务目标和投资领域，出资及投资分配方案，合同期限，合同各方权利与义务，合同的变更、转让和终止，违约条款和争议解决条款<sup>36</sup>。

## 3. 外国投资者享受的投资优惠<sup>37</sup>

由于新版《投资法》对于内资企业和外资企业已经实行统一管理，外国投资者可以享受与本地投资者一样的投资优惠待遇。具体而言，投资者可以享受如下投资优惠待遇：

- (1) 在投资项目实施的一定期间或整个项目期间，对企业实行低于普通税率水平的企业所得税税率，或者减免企业所得税；
- (2) 对用于建设固定资产的进口货物，以制造为目的的原料、供应品、零件免征进口税；

<sup>30</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P51。

<sup>31</sup> Article 21, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>32</sup> Article 22, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>33</sup> Article 25, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>34</sup> Article 23, 26, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>35</sup> Article 27, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>36</sup> Article 28, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

<sup>37</sup> Article 15, Law on Investment, No. 61/2020/QH14.

(3) 减少或免征土地税；

(4) 加速折旧，在计算应纳税所得额时增加可抵扣费用。

但该等投资优惠待遇仅适用于《投资法》规定的投资项目及企业，具体包括：（1）属于《投资法》规定的符合投资鼓励条件的投资项目；（2）位于《投资法》规定的投资鼓励地区的投资项目；（3）自获得投资登记证或投资方案被批准之日起3年内至少投资6万亿越南盾，并满足以下条件之一的投资项目：在开始盈利当年起3年内，每年总收入至少达到10万亿越南盾，或者该投资项目雇用3000名以上职工；（4）社会住房建设项目，位于农村地区并雇用至少500名员工的投资项目，根据有关残疾人法律的规定雇用残疾人的投资项目；（5）高科技企业、科技企业和科技组织，鼓励列入技术清单的技术转让项目，为满足环境保护要求而生产和提供技术、设备、产品和服务的企业；（6）启动项目、国家创新中心和研发中心；（7）支持中小型企业、初创企业的商业投资项目等。

但是，开采矿产的投资项目、根据《特别消费税法》须缴纳特别消费税的商品/服务的制造/销售项目（汽车，飞机和游艇的制造项目除外）、《住房法》规定的商品住房建设项目不在以上享受优惠的投资项目的范畴内。

## （二）劳动就业

根据越南2021年1月1日生效的《劳动法》，雇主可以通过与雇员签订劳动合同的方式直接与雇员建立劳动关系，也可以经由劳务派遣机构的派遣，与雇员间接建立劳动关系<sup>38</sup>。

除越南《劳动法》另行规定之外，在越南工作的外国人必须获得越南有权政府机关颁发的工作许可<sup>39</sup>。越南政府为外国人颁发的工作许可有效期是2年，期满后可再续期2年，但可续期的次数只有一次<sup>40</sup>。关于工作许可的有效期，除了到期未能续期之外，工作许可失效的事由还包括：用于申请工作许可的劳动合同期满或终止，劳动合同的内容与工作许可的内容不一致，外国雇员的雇主停止运营等<sup>41</sup>。越南《劳动法》还为外国人在越南的工作规定了若干例外情形，如有关外国劳动人员属于其所在组织的股东、董事或其他负责人，在越南从事停留时间不超过三个月的市场营销工作或本地专家无法处理的重大复杂技术工作，或与越南公民存在婚姻关系且具有在越南居住的意愿，在此类情形下，有关外国雇员无需取得工作许可即可在越南合法工作<sup>42</sup>。在劳动待遇方面，外国雇员除了可以享受越南的带薪公共节假日之外，还可以享受其本国的传统公共假日和国庆假日<sup>43</sup>。

2014年，越南劳动荣军与社会部颁发了第03/2014/TT-BLDTBXH号《关于外国人在越南就业管理规定实施细则》的通知。根据该细则，雇主应当在拟雇佣外国人前至少30天，向其所在地劳动荣军与社会厅提交外籍劳务雇佣需求书面报告，报告内容包括工作岗位、外国人聘用人数、专业水平、工作经验、工资水平、工作期限等。如果对雇佣外国人的需求有变化，雇主应在招聘新的外国雇员、延长原外国雇员的劳动合同期限，拟聘用新人替代原雇员前至少30天，向其所在地劳动荣军与社会厅提交外籍劳务雇佣需求调整（书面）报告<sup>44</sup>。

<sup>38</sup> Article 11, Labor Code, No. 45/2019/QH14.

<sup>39</sup> Article 151, Labor Code, No. 45/2019/QH14.

<sup>40</sup> Article 155, Labor Code, No. 45/2019/QH14.

<sup>41</sup> Article 156, Labor Code, No. 45/2019/QH14.

<sup>42</sup> Article 154, Labor Code, No. 45/2019/QH14.

<sup>43</sup> Article 112, Labor Code, No. 45/2019/QH14.

<sup>44</sup> Article 3, Providing Guidance on Implementation of Some Articles of Decree No. 102/2013/ND-CP Dated September 05, 2013 of the Government Detailing the Implementation of Some Articles of Labour Code on Foreign Employees in Vietnam, No. 03/2014/TT-BLDTBXH.

### (三) 税务体系

#### 1. 课税制度

越南是以间接税为主的国家，实行属地税法，已建立以所得税和增值税为核心的全国统一税收体系<sup>45</sup>。现行税制中的主要税种有企业所得税、个人所得税、增值税、进口税、资本转让利得税、特别销售税、自然资源税、出口税、不动产税、环境保护税<sup>46</sup>。其中，与外国投资者相关的主要税种税率为：

- (1) 企业所得税：标准税率为 20%，石油及天然气产业根据地点和具体项目的不同，所缴纳的企业所得税税率从 32% 至 50% 不等<sup>47</sup>。
- (2) 增值税：根据商品和服务种类的不同，分别适用 0%，5% 和 10% 的税率。0% 的税率适用于出口货物、为出口加工企业进行的建筑服务，以及空运、海运和国际运输服务；5% 的税率适用于涉及必需商品和服务的提供；10% 的税率则适用于除免税项目及上述项目以外的其他货物和服务<sup>48</sup>。
- (3) 个人所得税：对于税务居民，受雇所得对应税款的计算采用 5% - 35% 的超额累进税率，其他所得则采用 0.1%-20% 的单一税率<sup>49</sup>。对于非居民纳税人，其与越南有关的受雇所得均按照 20% 的单一税率进行计算，其他所得则按照 0.1%-10% 的单一税率进行计算<sup>50</sup>。
- (4) 自然资源税：税率基于开发的自然资源种类在 1% 至 40% 之间变化，其中原油、天然气和煤气根据每日的平均产量按递增收税<sup>51</sup>。
- (5) 环境保护税：这类税收的征收的方式是每单位重量的货物缴纳固定数额的税费。其中，汽油的征收标准为 1000-4000 越南盾每升，煤炭的征收标准是 15000-30000 越南盾每吨<sup>52</sup>。
- (6) 进出口关税：进口关税的税率分为普通税率、优惠税率和特惠税率，其中优惠税率按照越南加入 WTO 时的承诺实施，特惠税率按照与具体国家间的贸易协定实施，目前适用于特惠税率的国家包括同越南签订的自由贸易协定的东盟成员等<sup>53</sup>，而普通税率一般比优惠税率高出 50%<sup>54</sup>；出口税税率从 0% 到 40% 不等<sup>55</sup>。此外，

<sup>45</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020 年版）》，P47-48。

<sup>46</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P6，<https://www.pwc.com/vn/en/publications/2020/pwc-vietnam-ptb-2020-cn-simplified.pdf>，下同。

<sup>47</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P7。

<sup>48</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P22-23。

<sup>49</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P40。

<sup>50</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P41。

<sup>51</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P31。

<sup>52</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P33。

<sup>53</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P34。

<sup>54</sup> Doing Business in Vietnam 2020 – Investing in Vietnam, Engaging the World, P53, Deloitte, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/vn/Documents/tax/vn-tax-vietnam-doing-business-2020.pdf>。

<sup>55</sup> 参见 PWC 越南税务手册（2020 版），P36。

具体商品税率可根据商品编码税则书至我国商务部官网查询<sup>56</sup>。

## 2. 外国投资税收优惠

除了《投资法》简要列举的几类适用优惠税率的情形之外，越南《企业所得税法实施细则》就投资者所能享受的税收优惠政策作出了更为具体的规定。根据《企业所得税法实施细则》，无论是外国投资者在越南法律下设立的经济组织，还是其本国公司在越南的分支机构，其在越南的经营所得均应按照越南《企业所得税法》纳税<sup>57</sup>。目前针对企业投资项目所得适用的税收优惠政策分为税率优惠和税收减免两大类。

关于税率优惠，适用的税率包括 10% 和 20% 两档，均分为按固定年限适用和按项目的运营期限适用两种模式：在 10% 的优惠税率上，投资地为社会经济特别困难地区，或者涉及高新技术以及环境保护的投资所得，可在 15 年内享受优惠税率<sup>58</sup>，而涉及教育文化、出版新闻以及社会性住房交易的投资，则可以在投资项目运营期限内享受优惠税率<sup>59</sup>；在 20% 的优惠税率上，投资地为经济社会困难地区，或涉及到农用机械、传统工艺品等商品的投资项目，可在 10 年内享受优惠税率<sup>60</sup>，小微金融企业和合作类的银行则可在运营期限内享受优惠税率<sup>61</sup>。

关于税收减免，适用的模式是先在一定期限内免征企业所得税，该期限届满之后连续的若干年内，企业所得税减半征收。免税的期限分 2 年和 4 年两个档次，而减税的期限则分为 4 年、5 年和 9 年三个档次，具体适用的档次依照投资项目的所在地区以及所涉的领域而定<sup>62</sup>。

### （四）知识产权保护

越南的知识产权保护体系主要由《知识产权法》《民法典》《贸易法》《竞争法》《民事诉讼法》及《刑法》中关于知识产权保护的条款，以及越南加入的若干国际贸易条约（如 CPTPP）共同构成<sup>63</sup>，涵盖的知识产权类型包括发明专利、实用专利和工业设计、集成电路布图设计、商标、地理标志、商号、商业秘密、植物新品种、著作权以及著作权相关权利<sup>64</sup>。与外国投资者相关的几种权利的申请方式和保护措施如下：

<sup>56</sup> 中华人民共和国商务部外贸实务查询服务：<http://wmsw.mofcom.gov.cn/wmsw/>。

<sup>57</sup> Article 2, Circular Guiding the Implementation of the Government's Decree No. 218/2013/ND-CP of December 26, 2013, Detailing and Guiding The Implementation of the Law on CIT.

<sup>58</sup> Article 19.1, Circular Guiding the Implementation of the Government's Decree No. 218/2013/ND-CP of December 26, 2013, Detailing and Guiding The Implementation of the Law on CIT.

<sup>59</sup> Article 19.3, Circular Guiding the Implementation of the Government's Decree No. 218/2013/ND-CP of December 26, 2013, Detailing and Guiding The Implementation of the Law on CIT.

<sup>60</sup> Article 19.4, Circular Guiding the Implementation of the Government's Decree No. 218/2013/ND-CP of December 26, 2013, Detailing and Guiding The Implementation of the Law on CIT.

<sup>61</sup> Article 19.5, Circular Guiding the Implementation of the Government's Decree No. 218/2013/ND-CP of December 26, 2013, Detailing and Guiding The Implementation of the Law on CIT.

<sup>62</sup> Article 20, Circular Guiding the Implementation of the Government's Decree No. 218/2013/ND-CP of December 26, 2013, Detailing and Guiding The Implementation of the Law on CIT.

<sup>63</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P77-78。

<sup>64</sup> 参见 Intellectual Property, Embassy of the Socialist Republic of Vietnam in the United States of America, <http://vietnambassya-usa.org/basic-page/intellectual-property>.

(1) 发明专利：包含了一般发明专利和实用新型专利<sup>65</sup>。在申请主体方面，均可以由发明人申请，或由聘请发明人并为其提供资金和材料设备的人或组织申请<sup>66</sup>。审查机构应在申请人提交申请材料后的1个月内完成形式审查<sup>67</sup>，在申请公告后或收到审查要求后的18个月内完成实质审查<sup>68</sup>。一般发明专利保护的有效期自授予日起至申请材料提交日后满20年止<sup>69</sup>，实用新型专利保护的有效期自授予日起至申请材料提交日后满10年止<sup>70</sup>。在专利的有效期内，权利人应当按时缴纳专利效力维持费<sup>71</sup>，否则专利将会在相应的缴费截止日自动失效<sup>72</sup>。

(2) 工业设计专利：申请主体方面的规定与发明专利相同<sup>73</sup>。在申请流程上，审查机构应在申请人提交申请材料后的1个月内完成形式审查<sup>74</sup>，在申请公告后的7个月内完成实质审查<sup>75</sup>。专利的有效期自授予日起至申请材料提交日后满5年止，期满之后可以连续续期两次，每次续期后有效期均延长五年<sup>76</sup>。针对每一次续期，权利人均应当缴纳相应的续期费<sup>77</sup>。

(3) 注册商标：申请主体包括商品的生产者、经营他人生产商品的经营者，以及服务的提供者，对于经营他人生产商品的经营者提交的注册商标申请，越南《知识产权法》规定申请须满足有关生产者不将该注册商标用于其生产的商品，且不反对该注册申请的前提<sup>78</sup>。在申请流程上，审查机构应在申请人提交申请材料后的1个月内完成形式审查<sup>79</sup>，在申请公告后的9个月内完成实质审查<sup>80</sup>。注册商标的有效期自授予日起至申请材料提交日后满10年止，期满之后可以通过多次续期，每次续期后有效期均延长10年<sup>81</sup>。权利人同样应针对每一次续期缴纳相应的续期费<sup>82</sup>。

## （五）土地相关规定

根据越南现行的《土地法》规定，土地所有权属于全体人民，由国家代为行使所有权<sup>83</sup>，但集体和个人可对国有的土地享有使用权<sup>84</sup>。获得土地使用权的方式包括由政府分配以及租赁，其中政府分配又分为有偿分配和无偿分配。

<sup>65</sup> Article 58, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>66</sup> Article 86. 1, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>67</sup> Article 119. 1, Law on Intellectual Property, No. 36/2009/QH12, 2019 年未修订此条款。

<sup>68</sup> Article 119. 2, Law on Intellectual Property, No. 36/2009/QH12, 2019 年未修订此条款。

<sup>69</sup> Article 93. 2, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>70</sup> Article 93. 3, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>71</sup> Article 94.1, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>72</sup> Article 95. 2, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>73</sup> Article 86.1, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>74</sup> Article 119. 1, Law on Intellectual Property, No. 36/2009/QH12, 2019 年未修订此条款。

<sup>75</sup> Article 119. 2, Law on Intellectual Property, No. 36/2009/QH12, 2019 年未修订此条款。

<sup>76</sup> Article 93.4, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>77</sup> Article 94.2, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>78</sup> Article 87, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>79</sup> Article 119. 1, Law on Intellectual Property, No. 36/2009/QH12, 2019 年未修订此条款。

<sup>80</sup> Article 119.2, Law on Intellectual Property, No. 36/2009/QH12, 2019 年未修订此条款。

<sup>81</sup> Article 93. 6, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>82</sup> Article 94.2, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009、2019 年未修订此条款。

<sup>83</sup> Article 4, Land Law, No. 45/2013/QH13.

<sup>84</sup> Article 5, Land Law, No. 45/2013/QH13.

外国投资者只能通过有偿分配或租赁的方式获得土地使用权，前者仅适用于对商业住房的投资，而后者广泛适用于各种类型的商业目的<sup>85</sup>。

外国投资者在租赁土地时，根据不同的土地使用用途，获得土地的程序不同，还需要根据投资项目的不同提供确保土地使用的财务能力证明<sup>86</sup>。同时，根据投资项目和地区的不同，外国投资者会获得不同年限的土地使用权。通常情况下，外国投资者租赁土地的期限不得超过五十年。若投资的项目资金回收较慢，或者是投资的地区属于法律规定的社会经济条件困难地区，或者社会经济条件特别困难地区，则租赁的期限可以延长，但最长不得超过七十年<sup>87</sup>。

## （六）环境保护

越南政府主管环境保护的国家级部门是资源环境部，下属三个级别（厅、处、乡），资源环境部的主要职责是管理全国土地、水资源、地质矿产资源、环境、水文气象、气候变化、水文气象、地图测绘以及海洋和海岛资源环境保护和综合管理等工作<sup>88</sup>。

越南《投资法》对于环境保护的要求贯穿投资项目的始终，根据该法的相关规定，投资者在实际投资之前，如果其投资的项目对环境产生重大或潜在严重影响的（包括核电厂、需要重新利用特殊用途森林等），则该项目是否可以投资需要经过国会的决定<sup>89</sup>，而投资者提交的保护环境的措施将会成为国会作出审批决定的考量因素之一<sup>90</sup>。此外，对于石油加工、工业区及出口加工区基础设施建设及运营等投资项目，在向总理申报的评估报告中也可能包含环境初步评估内容<sup>91</sup>。在投资的过程中，一方面投资者应当履行向主管部门定期报告的义务，报告内容包括环境保护等专项指标<sup>92</sup>，另一方面投资主管部门可以应环境主管部门的要求，为纠正违反环境保护法的行为而决定中止或部分中止投资项目，如投资者未能克服困难而导致项目暂停，投资主管部门可能终止或部分终止相应的投资项目<sup>93</sup>。

## （七）争议解决方式

在越南，投资者可选择通过诉讼或仲裁方式解决争议。通常情况下，投资者就投资相关事宜产生的纠纷，可以向地方普通法院提起诉讼，由法院的经济庭予以审理解决<sup>94</sup>。根据越南《民事诉讼法》的规定，越南法院对含有涉外因素的投资类纠纷的管辖权，其行使的主要依据包括但不限于被告是否有越南国籍、被告的主要财产是否在越南境内、法律关系的成立、存续和终止是否发生在越南境内，如果属于涉案财产为不动产且在越南境内等情形的，则由越南法院行使排他性的管辖权<sup>95</sup>。

<sup>85</sup> Article 54, 55, 56, Land Law, No. 45/2013/QH13.

<sup>86</sup> Article 58, Land Law, No. 45/2013/QH13.

<sup>87</sup> Article 126, Land Law, No. 45/2013/QH13.

<sup>88</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P70。

<sup>89</sup> Article 30, Law on Investment, No. 61-2020-QH14.

<sup>90</sup> Article 34, Law on Investment, No. 61-2020-QH14.

<sup>91</sup> Article 31, 35, Law on Investment, No. 61-2020-QH14.

<sup>92</sup> Article 72, Law on Investment, No. 61-2020-QH14.

<sup>93</sup> Article 47, 48, Law on Investment, 61-2020-QH14.

<sup>94</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P102。

<sup>95</sup> Article 469, 470, Code of Civil Procedure, No. 92/2015/QH13.

外国投资者在选择将争议诉诸仲裁时，既可以选择越南本国的仲裁机构，也可以选择外国仲裁机构或国际仲裁机构<sup>96</sup>。最近几年，随着越南愈发重视营商环境的改善，越南在商事争议解决制度上逐步与国际接轨，加上法院系统就仲裁的承认问题大力加强对法官的培训，域外仲裁裁决在越南法院得到承认的几率越来越高。据 Global Arbitration Review 的一份报告显示，在越南被撤销的仲裁裁决数量远远低于被拒绝承认和执行的域外仲裁裁决，选择越南作为仲裁地可以降低仲裁可执行性的风险。需要注意的是，尽管 2019 年仅有 5 项仲裁裁决被撤回，但被驳回裁决的仲裁标的总额占全部仲裁案件的 90% 以上，且被驳回的裁决的推理一定程度上与被承认的裁决的推理相冲突，尤其是河内人民法院的第 11/2019/QD-PQTT 号裁决。该报告指出 2019 年越南司法实践显示，当涉及越南国家支持的企业或争议标的额较高时，域外仲裁裁决不被越南法院承认和执行的较大，且耗时较长<sup>97</sup>。

虽然越南解决争议的法律法规相对健全，在司法程序上有法可依，且其合同法的实体内容与中国的规定类似，法律制度相对容易理解，同时越南也认可国际仲裁或外国法院裁决，为当事人采取多种救济方式提供了可能性。但是从近年情况来看，因法院缺乏强制执行效力，即便当地法院在中越双方的合同纠纷中判中方胜诉，判决执行起来也十分困难<sup>98</sup>。

### 三、中资企业在越南开展投资合作的注意事项

#### （一）投资方面

中国企业到越南投资，应充分预估可能面临的困难并重点关注以下事项：

##### 1. 关注越南外汇的严格管制

由于人民币和越南盾无法直接汇兑，同时外汇也不可以用于越南境内贸易的货款支付以及投资的利润分配，投资者在投资前，应当充分预估项目持续期间因汇率变化带来的风险，尤其是对于投资回报周期长的项目，可以尝试通过适当的风险对冲措施（如购买项目所属行业的金融衍生品）将汇率损失尽可能降低。

##### 2. 根据土地租赁期限合理安排投资

由于越南的土地属于全民所有，其分配具有较强的计划经济属性，投资者只能通过租赁获得使用权。投资者不仅应当在有限的租赁使用期内合理规划投资项目的运营活动，更应当在资金投入之前充分对拟租赁的地块开展详细的调查，充分评估投资回报的可能性，从而对土地回收的风险形成合理的预期。

##### 3. 在投资期间应当做好环境保护和治理工作

部分行业投资（例如：电力、油气等）对于原材料的处理或者生产加工的过程往往会给当地的生态环境造成较大威胁，投资者应当将环境保护税等由项目属性自身带来的固有成本纳入投资决策的过程中。除此之外，在投资项目的存续期间，应当时刻注意项目运营可能带来的环境污染，采取相应的控制措施，并对已经产生的环境污染进行积极的治理，避免

<sup>96</sup> Article 14, Law on Investment, No. 61-2020-QH14.

<sup>97</sup> The Asia-Pacific Arbitration Review 2021, Vietnam, <https://globalarbitrationreview.com/review/the-asia-pacific-arbitration-review/2021/article/vietnam>。

<sup>98</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P78。

项目因为环保问题而被投资主管部门终止。

#### 4. 需要针对当地的税收制度开展投资活动

越南的税收制度中既有专门针对自然资源开发的自然资源税，也对自然资源开发过程中需要用到的某些特定设备和原材料采取了减免税的措施。投资者需要结合项目的具体情况，根据当地的税收制度合理地安排各项支出，最大限度地利用现有的税收优惠政策为项目节省成本。

#### 5. 事先对行业内合作伙伴的信誉进行调查

由于越南的司法机关对裁判文书的执行力度不够，在争议发生之后寻求司法救济或许并不能达到投资者预期的效果。因此，在投资前和项目的存续期间，对于合资公司的本地投资商、原材料和设备的提供方、商品和服务的购买方等主体进行事先的信誉调查就显得格外重要。同时，聘请当地的法律专业人士草拟、审核或修改合同，也可以在一定程度上避免因合作伙伴信誉问题而导致的损失。

### （二）防范投资合作风险<sup>99</sup>

除上述事项外，在越南开展投资、贸易、承包工程和劳务合作的过程中，要注意汇兑和利润汇出风险及政策风险等，要特别注意事前调查、分析、评估相关风险，事中做好风险规避和管理工作，切实保障自身利益。包括对项目或贸易客户及相关方的资信调查和评估，分析和规避项目所在地的政治风险和商业风险，分析项目本身实施的可行性等。企业可以考虑利用保险、担保、银行等保险金融机构和其他专业风险专业机构的相关业务保障自身利益。

### （三）相关案例

**主要案情：**根据商务部公布的中资企业产品商标被当地厂商抢注的某案例情况<sup>100</sup>，某中资企业（以下简称“中资企业”）品牌的建材于2002年通过中间商进入越南市场后，在短短两年内即在越南市场获得了广泛认可，并发展了众多客户，其中包括后来的越南某塑料集团有限公司（以下简称“越南某公司”）。越南某公司于2007年在越南知识产权局商标处就中资企业的建材成功抢注了商标，并大量投入生产，在越南市场销售。2012年，越南某公司以侵犯商标权为由，要求当地经济公安将中资企业产品驱离越南市场，并干扰中资企业当地代理商。同年，中资企业通过其代理律师向越南知识产权局商标处提出申诉，要求撤销被越南某公司恶意抢注的商标。在商标纠纷处理过程中，该案受到越南科学与工艺部稽查部门行政干预，指导越南知识产权局支持越方企业主张。

**风险提示：**中资企业应当提高知识产权意识，如有计划进入越南市场，建议在合适的时机尽早向越南的商标注册主管部门提交注册商标申请，同时在开展业务合作时应对合作方进行必要的信誉调查，并应在业务合同中包含明确的知识产权条款，降低风险。如果中资企业发现商标被抢注，建议应及时联系法律顾问，以第一时间采取必要的维权措施，充分利用法律赋予的权利以维护自身权益，包括但不限于对抢注商标的行为向商标注册主管部门提交书面异议材料，提供切实的证据证明申请注册的主体对相关商标不享有注册权<sup>101</sup>等。

<sup>99</sup> 参见商务部《对外投资合作国别（地区）指南（2020年版）》，P95。

<sup>100</sup> 参见《关于越方恶意抢注我企业商标的典型案例分析》，中国驻越南经商参处 <http://vn.mofcom.gov.cn/article/dxal/201407/20140700671973.shtml>。

<sup>101</sup> Article 112, Law on Intellectual Property, No. 50/2005/QH11, 2009年、2019年未修订此条款。

# 俄罗斯矿业投资： 法律框架与核心考量

范多凌 张静佳



范多凌

grace.fan@cn.kwm.com

俄罗斯是重要的矿产开采、矿石加工以及矿产品输出国家，一直以来备受全球矿业市场参与者的关注。同时，在俄罗斯进行矿业投资也面临着诸多挑战，例如对外资持股比例限制、联邦体系与地方机构的交涉、基础设施不完善、以及制裁带来的项目融资方面的困难。

对中国矿业投资者而言，针对俄罗斯矿业领域的投资常以获取资源、承包工程为核心目标，辅以作为财务投资者参与的股权投资。在项目整个过程中，错综复杂的法律问题必然是赴俄投资者必须关注的重点之一。本文将对俄罗斯矿业投资方面的法律框架以及关键问题进行分析，旨在为中国矿业投资者提供初步指引。

## 一、矿业投资法律框架概述

### 矿业活动：相关核心法律（联邦层面）

1	1992年《地下资源法》（Federal Law № 2395-1 “On Subsoil” of February 21, 1992）
2	1998年《贵金属和宝石法》（Federal Law № 41-FZ “On Precious Metals And Gemstones” of March 26, 1998）
3	1995年《产品分成合同法》（Federal Law № 225-FZ “On Production Sharing Agreements” of December 30, 1995）
4	2008年《关于外资进入对保障国防和国家安全具有战略意义的商业组织程序法》（Federal Law № 57-FZ “On the Procedure of Making Foreign Investments in Companies of Strategic Importance for National Defence and State Security” of 29 April 2008）（“《战略投资法》”）
5	2002年《环境保护法》（Federal Law № 7-FZ “On Environmental Protection” of January 10, 2002）
6	1997年《危险工业设施工业安全法》（Federal Law № 116-FZ “On Industrial Safety Of Hazardous Production Facilities” of July 21, 1997）

## 采矿作业：主要管理机关<sup>1</sup>

1	<b>自然资源和生态部</b> 该部管理适用于采矿作业的许可制度，并监督管理采矿作业的机构和其他机构的工作。
2	<b>联邦地下资源管理机构 (Federal Agency for Subsoil Use, Rosnedra)</b> 联邦地下资源管理机构对地下资源进行招标和拍卖，以授予地下资源生产许可证和联合许可证。
3	<b>联邦自然管理监督局 (Federal Service for Supervision of Natural Resource Usage, Rosprirodnadzor)</b> 联邦自然管理监督局对包括矿区在内的环境保护和合理使用自然资源的情况实施控制和监督。
4	<b>联邦生态、技术和原子能监督局 (Federal Environmental, Industrial and Nuclear Supervision Service, Rostekhnadzor)</b> 联邦生态、技术和原子能监督局对包括矿区在内的行业安全要求的遵守情况实施控制和监督，对违法行为进行强制改正。

本文接下来将对部分较为关键的俄罗斯矿业投资法律进行介绍。

### (一) 《地下资源法》：资源区块与矿业权证

俄罗斯联邦于 1992 年颁布的第 2395-1 号法律《地下资源法》对地下资源开发利用问题进行了系统性规定。在俄罗斯，所有地下资源均归属俄罗斯联邦所有，因此传统矿权实际体现为地下资源的使用权。

根据《地下资源法》，地下资源区块共分为三类：(1) 联邦级别的地下资源区块（“**联邦级别区块**”）<sup>2</sup>、(2) 联邦地下资源储备的资源区块，以及 (3) 地方级别的地下资源区块。其中，**联邦级别区块**是外商投资面临管制最多、最复杂的区块：这类矿产资源区块除受《地下资源法》管制以外，还属于《战略投资法》中规定的战略性行业，受相关法律法规规制。

矿业权证方面，俄罗斯共有三种针对矿业权的地下资源许可证：

- (1) 地质勘探许可证
- (2) 生产许可证
- (3) 联合许可证（地质研究、地质勘探、生产一体化许可证）

<sup>1</sup> 与占有、使用和处置矿产资源相关的事项（包括授予地下资源许可证）归该矿产所在地的联邦级别机关和地区机构的共同管辖。

<sup>2</sup> 联邦级别的地下资源：

联邦所属地下矿床目录由俄罗斯联邦政府规定的管理国家地矿资源的联邦机构在俄罗斯联邦官方出版物上正式颁布（<https://www.rosnedra.gov.ru/category/144.html>）。

联邦所属地下矿床包括：

- 1) 储藏铀、金刚石、纯净水（石英）原料、钷类稀土、镍、钴、钽、铌、铍、锂、铂类金属的地下矿床；
- 2) 分布在一个联邦主体或数个联邦主体区内并且自 2006 年 1 月 1 日国家颁布的储藏量比照表包括的可开发的地下矿藏：
  - 超过 7000 万吨的可采石油储藏；
  - 超过 50 吨的金矿储藏；
  - 超过 50 万吨的铜矿储藏；
- 3) 俄罗斯联邦内海，领海，大陆架；
- 4) 在开采地下矿藏时必须使用属于国防和安全部门区域内的地段。

前两种类型的许可证在实践中应用较多。根据许可证类型的不同，许可证的期限为 5 到 25 年不等。

原则上，地下资源许可证由联邦地下资源管理机构（Rosnedra）进行发放。此外，针对有外国投资者参股的法人或外国投资者，《地下资源法》特别规定联邦决议原则，即联邦级别的地下资源许可证只能由俄联邦政府进行决议同意审批后发放。

## （二）《战略投资法》：对外资的特殊限制

2008 年，俄罗斯开始实施《战略投资法》，限制外资企业在俄罗斯战略领域的投资并购活动。这是投资俄罗斯初期项目搭建框架以及谈判的重点内容之一。俄罗斯还根据该法设立了俄罗斯政府外国投资管制委员会（Government Commission on Control over Foreign Investments），对国防和国家安全具有战略意义的法人实体的外国投资进行监督。委员会由联邦政府、反垄断局、联邦安全局、资源与环境部门等成员共同组成，负有对外国投资者或外资公司的控制权的协调责任。

《战略投资法》规定了对国防和国家安全具有战略重要性的领域清单，该法经历多次修改，目前共有 46 种经营活动被视为“战略性行业”，其中即包括联邦级的地下资源区块开发。本文第二部分将详细展开该法对外资的比例等限制。

## （三）《贵金属及宝石法》：矿产资源的加工与销售

地下资源许可证持有人必须遵守合理回收有价值的矿物的要求。根据 1998 年 3 月 26 日《贵金属及宝石法》，所有贵金属制品和宝石制品必须经过检验并加印国家牌照标志（同时向国家交纳费用）。

政府（联邦政府和地区政府）拥有贵金属和宝石的优先购买权。在地下资源使用者给出报价之日起一个月内，政府必须通知其购买该等贵金属或宝石的意图。之后国家主管部门与地下资源使用者签订买卖协议，并支付预付款。

若国家未在该时间段内将其行权意图通知地下资源使用者，则被视为放弃该权利。然后，地下资源使用者便可以将其提取的贵金属和宝石出售给其他法人和个人，将贵金属和宝石用于生产或担保（作为质押），或将其出口到国外。

贵金属（原始或加工的）出口需要获得工业和贸易部的许可证。出口关税由俄罗斯联邦政府制定。对我国进口金属和矿产品的关税税率由欧亚经济委员会规定，根据不同金属或矿产品的种类不同，税率为 0% 至 10% 不等。贵金属和宝石的买卖协议必须在俄罗斯联邦财政部和经济发展部注册。

## （四）《关于环境保护的法律》：环境保护要求

现行对环境保护提出要求的联邦法律包括：2001 年 1 月 10 日第 7-FZ 号联邦法《关于环境保护的法律》、1995 年 11 月 23 日第 174-FZ 号《环境专家审查法》。

根据俄罗斯宪法，环境保护属于俄罗斯联邦及其组成实体的共同职权范围。因此各地区当局也通过了环境立法。在多数情况下，地区立法只是在联邦法律中增加了细节，而没有引入全新的地区特定法规。

针对矿产这类地下资源，相应的地下资源许可证到期或终止后，该许可证持有人必须对其运营进行退出（环境恢复、复垦或弃置）安排。退出相关工作也必须符合环境保护和工业安全要求。

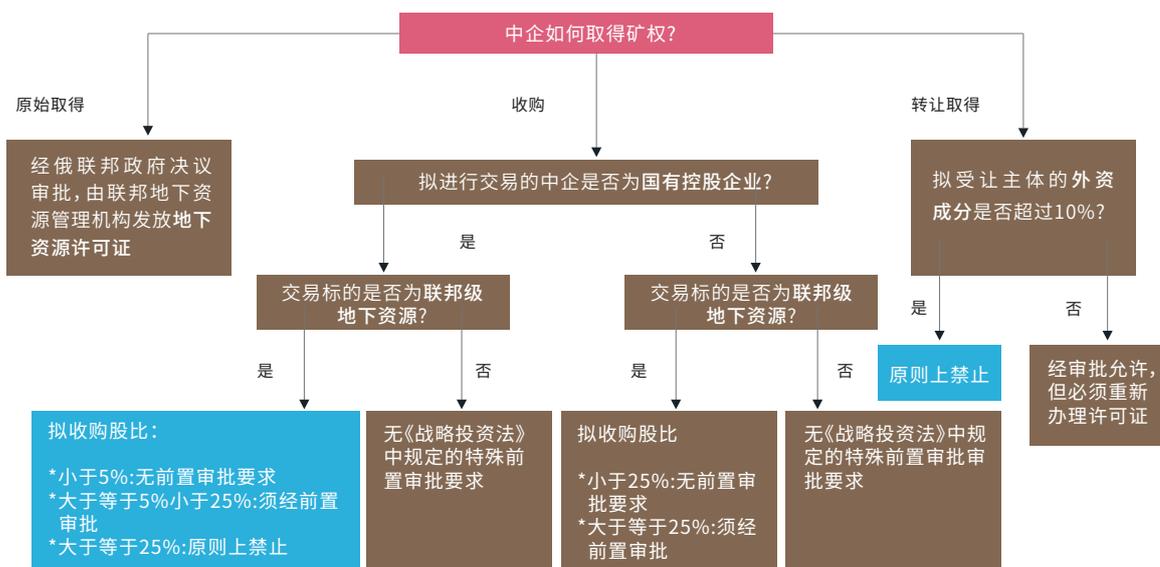
### （五）《危险工业设施工业安全法》：健康与安全

矿山安全卫生方面的法律法规要求与危险工业设施操作的一般性要求相同。实际上，采矿作业基本都被俄罗斯法律视为危险工业作业，因此在 1997 年 7 月 21 日颁布的《危险工业设施工业安全法》的管辖范围之内。该规范要求：

- 获得某些特别许可证和执照（包括危险工业设备和设备操作许可证）。
- 安排设备认证和专业人员培训。
- 在日常的基础上遵守行业健康、安全和环境要求。
- 避免污染超过规定水平。
- 为向环境排放污染物质支付费用。
- 与专业公司签订并维持保险协议和协议（例如，危险废物利用，除非该公司根据许可证自行利用该危险废物）。

## 二、流程解析：矿权取得

在实践中，外资企业取得俄罗斯地下资源使用权流程较为复杂，特别涉及同联邦及地方政府部门的协商。本文仅对俄罗斯现有法律框架下如何取得矿权进行解析。



遵循传统矿业投资模式，俄罗斯矿权的取得路径也可划分为原始取得、以收购方式间接获取。

### （一）原始取得

一般而言，地下资源许可证通常以竞争（投标或拍卖）方式取得，并由联邦地下资源管理机构发放。然而，根据《地下资源法》第二条之规定，如果资源利用人是外国投资者参股的法人或者是外国投资者，则联邦级别的地下资源的许可证只能由俄联邦政府进行决议同意审批后发放。

在实践中，外国企业通过上述方式直接获得矿业权的案例很少，相较而言间接取得更为常见。

### （二）转让取得

地下资源使用权经原始取得后可以转让（以法人变更等形式），但必须重新办理许可证，且在重新办理期间也必须符合相关规定；许可证到期后可申请延长。特别地，《地下资源法》第十七条提到向外资主体转让许可的限制：

本法在没有其他法规的情况下，禁止将联邦所属地下矿床的使用权转让给符合俄罗斯联邦法律规定的有外国投资者参与的法人或有外国投资者加入的法人团体，它们是：

（1）拥有直接或间接支配（其中包括授权管理的资产合同，普通经营团体的合同，委托合同或其它契约合同）该法人公司注册资本 10% 以上可投票股份（份额）的权力；

（2）有权根据合同或其它理由作出该法人接受的决定，其中包括决定企业行为的实施条件；

（3）有权任命该法人公司唯一的执行权力机构和（或）集体执行权力机构超过 10% 以上成员，并（或）有毫无限制的权力选择超过 10% 以上董事会（监事会）或其它集体管理机构的成员；

……

（6）对第 10 条补充以下内容：

在特殊条件下根据俄罗斯联邦政府的决定准许将联邦所属地下矿床的使用权转让至本章第 9 条指出的企业行为主体。

### （三）收购取得

以收购取得获取矿权是实践中最为常见的模式。尽管《战略投资法》的颁行对外商投资俄罗斯矿业带来诸多限制，但该项下的标准与条件较为明晰。

上文提到，《战略投资法》第六条规定了对国防和国家安全具有战略重要性的领域清单，目前共有 46 种经营活动被视为“战略性行业”，其中包括联邦级的地下资源区块开发。而从事上述所列的战略行业的企业被视为“战略性企业”。

《战略投资法》对战略性企业的并购持股比重也作出了明确的法律限制。

根据该法第七条，在收购对国防和国家安全具有战略意义的从事联邦级矿产可开发利用的商业公司时，有外国政府背景的外资公司对拥有联邦级地下资源公司的控股权不得超过 5%，达到 5% 时需要向联邦反垄断局递交通知，当收购股权超过 5% 但不超过 25% 时，需要前置审批即向俄联邦反垄断局递交预先批准的申请并在交易实施后 45 天内递交通知，未经审批会导致交易无效，而且明确禁止有外国政府背景的外资公司通过任何交易获得使用俄罗斯联邦地下资源的战略公司 25% 或更多的股份或投票权。

尽管该法原则上禁止超过限制比例的外资并购，但 2018 年中国大型央企在收购一家持有俄罗斯国家战略级矿产控制权的印度企业 70% 的股权时，前期与俄罗斯工业及贸易部、国家反垄断局等部门积极协商，最后通过签署政府间协议的方式使该项目得到了豁免，突破了《战略投资法》的限制。这个具有标杆性质的项目成功的开创了中国国资背景投资者控股俄罗斯战略资源的先例。

## 结语

虽然俄罗斯对矿产领域的投资进行了诸多限制，但中俄关系近年来发展良好，各项双边协议的签署以及双边合作项目的开展无疑也为中国投资者提供了机会。当前，“一带一路”建设与欧亚经济联盟对接合作正在稳步推进，中俄双方积极落实 2019 年 10 月生效的《中国与欧亚经济联盟经贸合作协定》，推动区域经济一体化朝纵深发展。

矿业领域的合作也一直是双边合作的重点：在 2020 年中俄总理第二十五期定期会晤期间，双方指出，中俄能源合作具有互利性、战略性和长期性，因此将深化能源领域全方位合作，推动能源领域现有政府间协议逐步落实，并研究该领域合作新模式。会晤期间，中俄双方也商定要切实落实《中俄在俄罗斯远东地区合作发展规划（2018-2024 年）》（“远东规划”），支持两国企业按照可持续发展原则在俄罗斯北极和远东地区开展投资合作。

根据远东规划，固体矿产是在俄远东地区开展中俄经贸合作的优先领域之一。俄方指出，远东地区集中了亚太地区最大的固体矿产储量（含贵金属），同时铁路、不冻港运输发达，基础设施完备，具有巨大的合作开发优势。

俄方对中国投资者根据俄外商投资法和矿产资源法在俄远东实施的各类矿产项目给予了积极评价，并表示将继续为固体矿产开发领域的投资项目提供全面支持，推动落实有利的投资政策和措施，消除中国投资者在远东地区遇到的投资壁垒。共建“一带一路”为中俄两国经济增长开辟了更广阔的新空间，为贸易和投资合作搭建了新平台，为央企投资者提供了新机遇。

感谢实习生谢子璇对本文的贡献。

---

# 哈萨克斯坦——中国 比特币“矿工”的新 大陆

田文静 徐越 丁泓序 周思吉

---



田文静

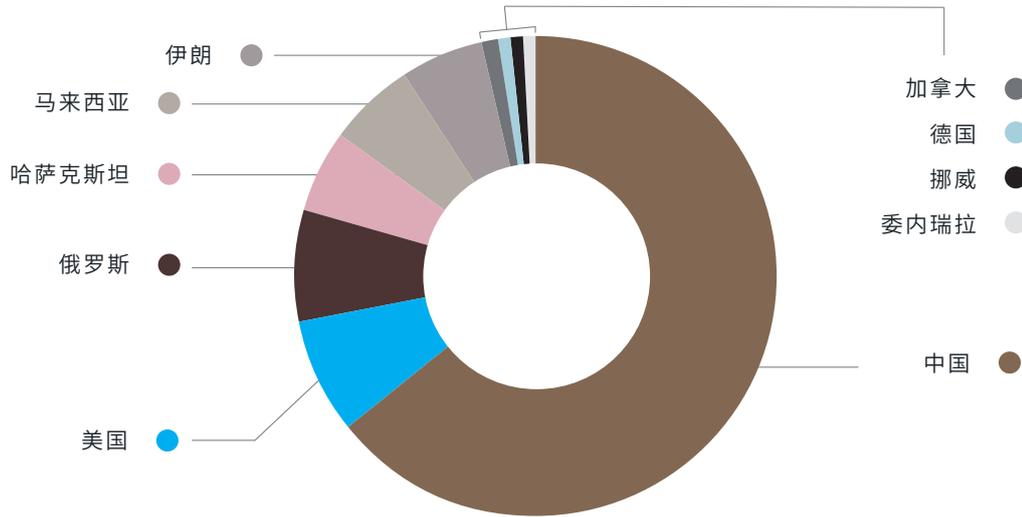
tianwenjing@cn.kwm.com

继 2021 年 5 月中国互联网金融协会等三家协会提示虚拟货币交易炒作风险，以及国务院金融稳定发展委员会要求“打击比特币挖矿和交易行为”之后，内蒙古、新疆、四川等多地政府纷纷出台禁令，关停比特币矿场。作为曾经贡献全世界至少六成算力的比特币挖矿大国，中国监管口径的迅速收紧，使得以比特币为代表的数字货币头部矿企们已开始紧锣密鼓地“走出去”，选择海外矿场。

毗邻中国、拥有低廉电价、且比特币挖矿合法的哈萨克斯坦由此成为热门选项。据报道，中国矿企比特矿业（BIT Mining）已计划与哈萨克斯坦当地合作伙伴共建运营负荷达 100 兆瓦的矿场。2021 年 6 月 17 日，美国矿企 Wattum 宣布与哈萨克斯坦最大的矿场运营商 Enegix 在哈萨克斯坦投资建设一个总容量为 16 兆瓦的矿场。2021 年 6 月 23 日，全球最大的比特币矿机制造商嘉楠科技（Canaan）发表声明，决定在哈萨克斯坦设立公司并开展自营挖矿业务。虽然不乏“先行一步”的业界大咖，但大多数币圈人士囿于缺乏操作跨境交易项目经验，对哈萨克斯坦这一陌生国别的法律环境还在持续观望之中。本文拟对哈萨克斯坦数字货币挖矿相关法律政策环境以及跨境挖矿需提前考虑的法律问题予以简要介绍和分析，供有意赴哈萨克斯坦挖矿的中国矿企参考。

## 一、哈萨克斯坦比特币挖矿行业概述

哈萨克斯坦位居全球比特币挖矿算力的前列。数据显示，截至中国政府 2021 年 5 月密集出台政策整治比特币挖矿和交易行为之前，比特币开采占比排名前四位的国家分别是中国、美国、俄罗斯及哈萨克斯坦，而截至 2021 年 8 月，比特币开采占比排名前四位的国家已分别是美国、哈萨克斯坦、俄罗斯及加拿大。2022 年初哈萨克斯坦政局出现动荡，虽然大部分矿产所在地区局势总体平稳，但哈萨克斯坦在政局动荡期间的网络中断仍对比特币挖矿产业的正常运行造成了消极影响。据报道，一些大型矿企目前暂无撤离哈萨克斯坦的计划、仍处于观望状态。



Source: Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index · Data as of April 2021

哈萨克斯坦是典型的大陆性气候，特点是寒冷和多风的天气居多，1月平均气温 -19 °C 至 4 °C，7月平均气温 19 °C 至 26 °C，极少出现高温或严寒天气，矿机降温成本相对可控，对于建立矿场具有优势。哈萨克斯坦设有哈萨克斯坦区块链和数字货币联合会（Kazakhstan Blockchain and Cryptocurrency Association），致力于研究和更好地服务于区块链和数字货币行业。目前，在哈萨克斯坦比特币市场较为活跃的公司包括当地的矿场运营商 Enegix、Powerr 及 AQ Group 等，这些矿场运营商往往拥有独立的电厂和大容量的数据中心，可提供低廉的电价和矿机托管服务。除此之外，知名的国际矿机供应商 Bitfury、嘉楠科技，比特币数据服务商与矿池 BTC.com，矿场运营商 Xive，矿池及云挖矿服务公司 ViaBTC，以及矿机零售商 Chilkoot 等矿企也在哈萨克斯坦设有分支机构。

就对比特币挖矿行业发展有较大影响的电力市场和电价水平而言，哈萨克斯坦的电力市场化程度较高，当前全国发电能力盈余超过 5000 兆瓦。有机构测算，哈萨克斯坦的综合工业用电成本约在每千瓦时 0.037 至 0.05 美元之间，而拥有自备电站的矿场可进一步将用电成本降至每千瓦时 0.03 美元。目前全球只有 27% 左右的挖矿电价在每千瓦时 0.04 美元以下。当前，哈萨克斯坦国内发电仍以燃煤电站为主，占全国发电量的 70% 以上，Karagandy、Pavlodar、Oskemen 及 Ekibastuz 等东北部城市大型燃煤电站较为集中，是哈萨克斯坦比特币的主要矿区，全国有 80%-85% 的算力来自于该等地区。此外，为实现斯坦国家能源发展战略中“2050 年可再生能源和替代能源占总消费量一半”的规划，哈萨克斯坦政府也在大力开展可再生能源电站建设，进而满足比特币挖矿业务带来的新增电力需求。

## 二、哈萨克斯坦“挖矿”的行业监管和外商投资法律框架

除适宜的行业环境及业已成熟的挖矿产业链外，哈萨克斯坦还在立法层面向外国矿企们张开怀抱，营造了比较友好的监管和外商投资环境。

## （一）承认数字货币财产属性，挖矿活动合法化

为顺应和促进数字经济发展，2020年7月哈萨克斯坦对包括《民法典》、《信息化法》在内的35项法律进行了修订。除在《民法典》中明确数字货币的财产地位外，主要通过《信息化法》厘清和规定数字货币、数字挖掘（即“挖矿”）等概念。最新的《信息化法》承认实施挖矿的主体是挖矿所取得的数字资产的所有者，并规定其有义务向主管部门汇报挖矿的实施情况。作为该法的下位规定，数字发展、创新和航空航天部颁布细则，进一步规定矿场运营商应在设计前30日内以书面或电子形式向数字发展、创新和航空航天部等有关部门汇报计划建设的矿场选址、用电需求、扩容潜力、投资额以及银行账户信息等，并在运营过程中定期汇报当前能耗、预期设备和基建投资、员工数量等，该部应在收到汇报信息后5日内将有关信息通报电力主管部门。除数字技术相关法规的更新外，哈萨克斯坦还通过了税法修正案，决定自2022年1月1日起根据用电量按1坚戈/千瓦时收取挖矿税。整体来看，虽然哈萨克斯坦法律仍然禁止比特币等数字货币的发行和流通，但挖矿活动随着《民法典》、《信息化法》、《税法》等立法的修改已明确受到法律认可和保护。

## （二）挖矿不属于外商投资禁止或限制行业，营商环境总体友好

在外商投资政策方面，哈萨克斯坦对外国投资者十分友好，在挖矿行业并无特别限制。根据哈萨克斯坦法律，除传媒、电信等少数行业存在外商持股比例限制外，绝大多数领域均对外商开放。挖矿虽然广义上属于哈萨克斯坦法下的信息通信行业，但并非限制外商投资的远距离或跨境电信运营行业，因此不存在外资比例限制。不仅如此，哈萨克斯坦的投资环境总体优良。根据2020年世界银行营商环境报告显示，哈萨克斯坦在全球190多个国家中营商环境排名高居第25位，排名高于俄罗斯（第28位）和中国（第31位）。

## （三）以矿机出资具有可行性，有限责任公司注册资本要求低

从事数字货币挖矿行业的外国投资者在哈萨克斯坦投资既可设立分公司或代表处，也可独资或与其他投资人合资设立公司。哈萨克斯坦法律规定了有限责任公司、股份公司、普通合伙、有限合伙等多种企业组织形式，实践中，外国投资者一般会选择有限责任公司作为设立哈萨克斯坦子公司的企业组织形式。《有限责任公司法》根据公司的雇员数量和年均收入划分公司规模，但即便是大型有限责任公司<sup>1</sup>，法定最低注册资本也仅为100倍MCI<sup>2</sup>（约705美元），股东可以货币、证券、实物、财产权利（包括土地使用权、知识产权等）和其他资产出资。但需要注意的是，哈萨克斯坦法律不允许连续三层均为单一股东的投资结构。换言之，如果在中国注册的矿企属于中国法下的一人有限责任公司，则不得在哈萨克斯坦成立独资子公司，需要考虑调整交易结构。

## （四）Astana Hub 政策加持，低门槛享多重税收优惠

由于挖矿所涉及的“数据处理”、“计算和数据处理综合计算基础设施保障服务”等活动均属于哈萨克斯坦IT技术领域优先发展的活动类型，矿企可通过注册为Astana Hub国际科技园成员享受诸多税收优惠，主要包括：

<sup>1</sup> 大型公司是指从事私营业务的年平均雇员超过250人，和（或）年平均收入超过3,000,000倍MCI的法律实体。

<sup>2</sup> MCI是指哈萨克斯坦《国家预算法》规定的月度计算指数，用于计算福利、社会付款、罚金、税款和其他款项。2022年的MCI为3063坚戈。

- (1) 全额减免企业所得税（20%）；
- (2) 全额减免数字发展、创新和航空航天部 2019 年 3 月 18 日 № 10/HK 清单所列 42 类货物的进口增值税（12%）；
- (3) 全额减免当地和外籍员工个人所得税（10%）；
- (4) 全额减免外籍员工社会税（9.5%）；
- (5) 在 5% 范围内减免非居民股东从园区企业获得股息的预提税；
- (6) 全额减免向非居民支付的服务费的预提税（20%）。

除第（6）项税收减免仅持续至 2024 年 1 月 1 日外，其余税收优惠在 2029 年 1 月 1 日前均有效。除此之外，Astana Hub 还在外籍员工雇佣、签证办理、园区基础设施等方面为园区企业提供了极大便利。

Astana Hub 国际科技园的入园门槛并不高。根据《Astana Hub 国际科技园行为规则》的相关规定，矿企只需满足未实施法定优先投资项目和战略投资项目、未受控于政府或国有企业、非地下资源使用权人或其他经济特区成员、不从事消费品经营活动、从列入 IT 技术领域优先活动类型清单的活动（如数字货币挖矿）中取得收入、无其他分支机构等基础条件，便能在线申请成员资格。经园区成员选定委员会审核后，即被列入在册成员名录，其后需要与园区订立成员活动协议，最终取得成员身份。如果矿企拟在截至 2024 年 1 月 1 日的窗口期内提交申请，其实际经营地点甚至无需位于 Astana Hub 国际科技园，因此可在享受特殊优惠的同时拥有充分的选址自由。

### （五）投资优惠政策持续助力挖矿全产业链

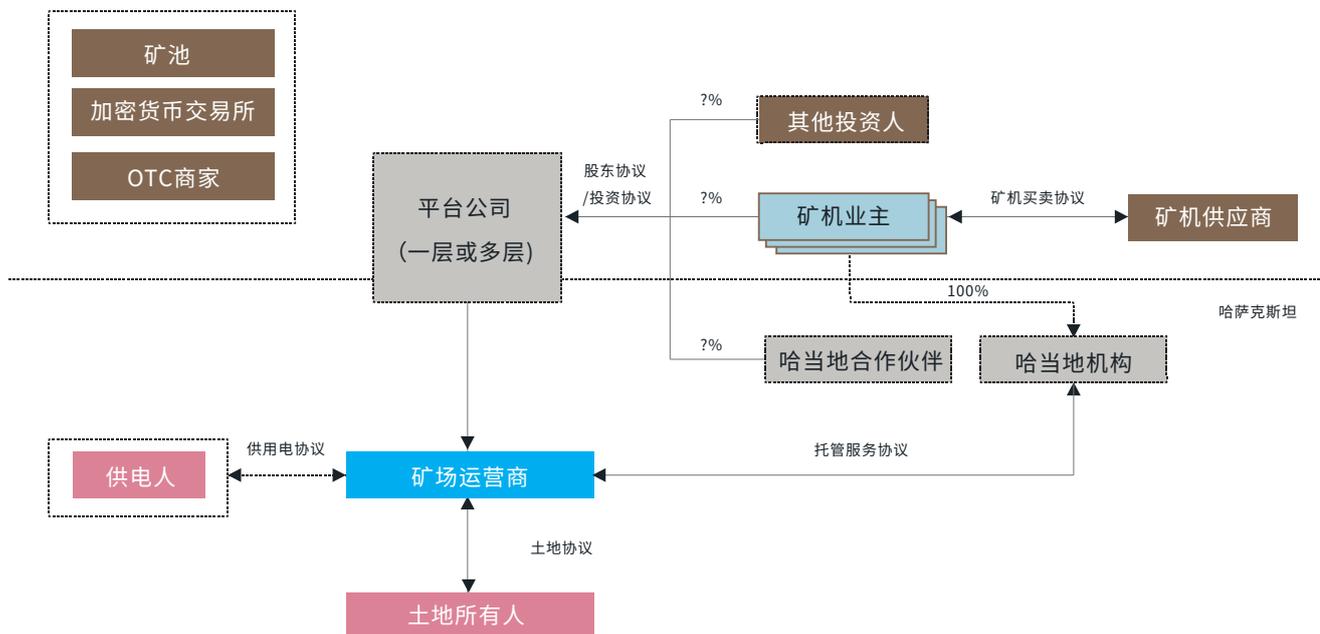
除了来自 IT 行业的政策倾斜外，投资合同等传统的激励工具同样值得关注。由于挖矿产业链可能涉及的设备安装、场馆建设、供电等活动被列入投资项目优先活动类型清单，故外国投资者在哈萨克斯坦设立当地商业实体后，无论投资规模大小，均可向哈萨克斯坦外商投资主管部门递交申请，并通过与哈外交部投资委员会签署制式投资合同获取部分技术设备进口增值税（12%）和进口关税的全额减免以及国家的实物补贴（包括免费土地租赁、设备所有权等，价值不超过投资额 30%）。如果项目符合优先投资项目标准，则还有机会额外获得公司所得税（20%）、财产税（1.5%）等税费减免以及国家补贴（实施阶段的建设工程和设备采购支出的 30%）。除投资合同之外，值得一提的是，拥有独立监管环境的阿斯塔纳国际金融中心（AIFC）大力支持数字货币交易所落地，并出台了相关措施。挖矿的上下游产业在哈萨克斯坦均有机会享受政策春风。

## 三、“出海”挖矿，法律保驾护航

国内挖矿的交易结构及交易链条相对简单，矿机业主 / 矿工向矿机供应商采购矿机后，与矿场运营商签订矿机的托管服务合同，在熟悉的国内环境下，法律问题也常被忽略。而赴境外挖矿则涉及相对复杂的交易结构安排和跨境域的问题，需要从法律保护及维权角度系统思维、谋篇布局，并通过相关合同机制落实商业安排和分配管理风险。受限篇幅，简要提示如下。

### （一）做好交易结构的“顶层设计”

结合我们对中国矿企核心诉求的理解，赴哈萨克斯坦挖矿的总体交易结构简要呈现如下：



注：矿场运营商、矿机供应商可能为同一主体；  
 矿场运营商可能自建或自购电厂，结合是否并网，可能无需签订供用电协议。

上图交易结构中平台公司的设立和选择是赴境外投资法律保护设计需要考虑的首要问题之一。一般来说，投资人在东道国境外设立平台公司的考虑因素往往包括隔离投资风险、税收筹划、资金归集、公司治理成本、转股退出自由度、投资争议解决连接点等。这些因素中有的商业角度的考量，有的则是从寻求法律最佳保护的角度。就拟赴哈萨克斯坦的中国矿企而言，数字货币交易的可行与便利也应是考虑因素之一。]

从争取最佳投资法律保护角度看，目前生效较早的《中华人民共和国政府和哈萨克斯坦共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（下称“中哈 BIT”）的条件不尽优越，中国投资者与哈萨克斯坦政府之间仅在发生有关征收补偿数额的争议时，方能直接援引中哈 BIT 下的 ICSID 国际投资仲裁，意味着为可能产生的诸如征收、国有化、不平等待遇、东道国政府不当行政管理行为等相关潜在投资争议，除非哈萨克斯坦政府书面同意，否则绝大多数情况下均需要和当地政府机关在当地法院诉讼、而非国际仲裁。

事实上，对比哈萨克斯坦与欧洲、亚洲、美洲中六个经济体签订的双边投资保护协定（BIT），其中不乏条件优于中哈 BIT 的双边投资保护协定、亲投资人的机制。因此，相较于直接投资哈萨克斯坦公司，中国矿企如选择将平台公司设在这些经济体，将对投资安全多一层保护。

## （二）重视跨境交易文件的合同保护机制

国内挖矿一般仅涉及较为简单的矿机采购合同、托管服务合同、供用电合同、土地租赁合同等。但赴境外挖矿，合同是权利义务的基础性文件，是重要的风险管理工具，因此与哈萨克斯坦合作方的交易文件需要更多细致的考虑和设计。

例如，按照国内订立托管服务合同的惯例，除预付部分托管服务费外，托管服务费一般在矿场运营商的合约管理平台上按日结算，且托管服务费会随着数字资产当日“兑换”人民币的比值而逐日调整、以人民币支付，强势矿场运营商可能会参与分币。但当中国矿机业主/矿工与哈萨克斯坦矿场运营商签署托管服务合同时，矿场运营商接受中国矿机业主/矿工以人民币支付托管服务费的可能性比较低。而当中国矿机业主/矿工以外币支付托管服务费时，由于中国主管机关存在服务贸易对外支付备案要求，因此中国矿机业主/矿工可能需要在托管服务合同中为自身预留充分的付款周期，或者考虑通过自身的境外分支机构来签署托管服务合同并相应付费。此外，考虑到矿场运营商的成本均在哈萨克斯坦境内产生，因此可以在托管服务费的计算公式中、结合哈萨克斯坦坚戈的汇率情况，考虑以数字资产当日“兑换”坚戈的比值而逐日调整。

还需要注意的是，哈萨克斯坦主体参与订立的合同，必须有哈萨克语或俄语文本，否则可能导致交易文件无效或不可强制执行；但这一规则并不影响双方约定以英文或其他外文作准。

## 结语

哈萨克斯坦有着吸引中国矿企出海挖矿的法律保障和成本优势，但出海挖矿的交易复杂程度和需考虑的风险因素较国内挖矿也显著增加。凡事预则立，中国矿企们抢占市场先机之时，也需遵循“走出去”法律风险管理和保护的最佳实践，提前争取顶层设计和有利的合同安排，实现业务可持续发展。



## 金杜律师事务所

金杜律师事务所被广泛认为是全球最具创新力的律所之一，能够提供与众不同的商业化思维和客户体验。金杜拥有近 3000 多名律师，分布于全球 30 个城市，借助统一的全球平台，协助客户了解当地的挑战，应对地域性复杂形势，提供具有竞争优势的商业解决方案。

作为总部位于亚洲的国际领先律师事务所，我们为客户发掘和开启机遇，协助客户在亚洲市场释放全部潜能。凭借卓越的专业知识和在核心市场的广泛网络，我们致力于让亚洲走向世界，让世界联通亚洲。

我们始终坚持以伙伴的合作模式为客户提供服务，不止步于满足客户所需，更关注实现客户目标的方式。我们不断突破已取得的成就，在重塑法律市场的同时，打造超越客户预期的律师事务所。

金杜法律研究院是由金杜律师事务所和金杜公益基金会联合发起成立的非营利性研究机构。自设立以来，一直致力于打造具有国际影响力的中国特色新型智库，依托于金杜律师事务所过往二十多年来服务国家经济建设和法治建设过程中所积累的丰富执业经验和专业洞见，对企业“走出去”战略中面临的重要问题进行分析研究，以提供具有建设性和实操性的政策建议和咨询意见。



金杜研究院  
KWM\_CHINA

© 2022 金杜律师事务所  
如需了解更多信息，请访问 [kwm.com](http://kwm.com)。