

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2020年 第5期 | 总第071期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH
ZHH & Robin



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

金融资产管理公司
不良非金债收购尽调实务

建筑施工企业破产时，
实际施工人是否可以要求
发包人在工程欠款范围内
承担责任

浅析房开商承担阶段性
担保责任后的合同解除权问题

一文掌握生物样本库的
筹建与法律问题

【法理天地】

美国投资移民EB5
纠纷诉讼及应对策略

四川省律协辜超平副会长一行莅临中豪交流访问

为推进川渝两地律所涉外法律服务及境外与“一带一路”沿线国家和地区互补设立分支机构相关经验交流，11月12日，四川省律协副会长辜超平一行到访中豪，董事局副主席郑毅，合伙人杨青、吕睿鑫等进行热情接待并座谈交流。双方就律所在境外分支机构形式的设立、国内的备案、外汇登记、境外的法律合规等问题进行探讨。辜超平副会长对中豪涉外业务领域的专业优势予以了高度认可。中豪将持续助力成渝两地涉外领域的合作，为打造成渝经济圈良好法治营商环境贡献力量。



重庆破产法庭 河北邢台市中级人民法院一行莅临中豪考察交流



2020年11月3日，重庆五中院破产庭副庭长陈秀良一行及河北省邢台市中院副院长田国英一行共同到访中豪考察交流。合伙人张涌、宋涛、梁勇热情接待并座谈交流。双方就律师在破产案件中担任的角色，以及中豪在破产清算业务中对律师队伍的培养和要求等内容进行交流。田国英副院长对中豪破产清算业务领域的专业优势予以了高度认可。中豪将充分联动四川、重庆与贵州三地资源，不断提升办理破产案件的质量及效率，为企业提供优质的一体化、高效协同的破产重整和清算法律服务，保障债权人、债务人等各方合法权益。



中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第071期 2020年 第5期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬

执行主编：杨 青

编 委：

张 涌	陈 晴	邵兴全
宋 涛	王 辉	张晓卿
卜海军	陈 伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏 烈
俞理伟	朱 剑	黎莎莎
汪 飞	郑 毅	吴红遐
崔 冽	陈心美	郑继华
傅达庆	张德胜	宋 琴
文 建	刘 军	红天晓
柯海彬	李 燕	邓 辉
赵明举	梁 勇	冉春红
李 永	周 尽	宁思燕
刘文治	李 静	杨 敏
周 鹏	王必伟	邓舒丹
陈任重	青 苗	程地昌
谢 敏	肖 东	柴 佳
赵 晨	郑 鹏	伍 伟
文 奕	高 伟	蒋官宝
任 远	曹 阳	赵寅皓
曹一川	袁 珂	

责任编辑：郭凌嘉

美 编：王 先

主 办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com

Twitter: @zhhlawfirm

Weibo: weibo.com/zhhlawfirm

Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

律师论坛 FORUM

金融资产管理公司不良非金债收购尽调实务 凌维 张云泉 2

建筑施工企业破产时，实际施工人是否可以要求
发包人在工程欠款范围内承担责任 文建 何朝臣 9

浅析房开商承担阶段性担保责任后的合同解除权问题 孙正琼 16

一文掌握生物样本库的筹建与法律问题 李静 22

法理天地 THEORY

美国投资移民EB5纠纷诉讼及应对策略 吕睿鑫 魏纪堃 29

中豪新闻



研究合同纠纷案例的处理，对于减少纠纷带来的损失、维护市场经济的繁荣和稳定有着重要意义。9月23日，合伙人吴红遐在重庆办公室举办了“合同类纠纷解析”专题讲座。

9月24日，成都市锦江区司法局党委书记蔡承尧一行到访中豪参观考察，合伙人俞理伟、宋涛、杨青等进行热情接待。此次考察旨在促进成渝双城经济圈律师之间的协同合作以及相互分享律所管理经验。

为加强领导干部对《民法典》的理解与认识，9月25日，合伙人吴红遐、宋琴受邀为重庆联交所集团及其子公司中层以上干部和领导作“民法典合同编”专题培训。

10月14日，合伙人赵明举在重庆办公室举办了“民法典对公司治理风险的影响”专题讲座，就公司治理和实务经营中的风险点以案释法，为广大同仁日后解决公司纠纷提供有益借鉴。

10月16日，无锡市滨湖区司法局副局长、区律师行业党委书记刘锡明率各职能部门领导及律所党支部书记代表一行12人到访中豪参观学习党建工作，党委副书记宋琴、合伙人俞理伟、王必伟等进行了热情接待并座谈交流。

10月16日，重庆市律协举行2020年度“律师和律师事务所年度大奖”颁奖典礼，合伙人陈晴凭借其精湛的专业服务能力、高度的客户认可及行业影响力荣获2020年“年度最佳服务民营企业律师”大奖。

10月16日，由重庆市渝北区司法局重庆临空政策法律服务国际中心主办、中豪承办的“中国企业海外投资常见合规问题及风险防范”讲座成功举办。合伙人杨青受邀作“中国企业走出去风险防范”演讲。

10月19日，合伙人杨青应邀在涪陵区商务委和重庆市外商投资企业协会共同举办的“2020年利用外资政策”业务培训中担任演讲嘉宾，作《外商投资法》及配套法规解读培训讲座。

10月20日，“西南财经大学专场律所开放日”活动中豪成都办公室圆满落幕，30余名学

生来到中豪成都办公室，与主任汪飞、副主任柴佳畅谈律师执业选择及发展之路。

10月21日，合伙人杨青在重庆办公室举办了“如何通过写实务文章助推专业化之路”专题讲座。此次培训让律所同仁认识到了撰写专业性文章对于宣传及案源的重要影响。

10月24日至25日，由中国人民大学法学院、北京破产法庭等主办的第十届中国破产法论坛在京成功召开，合伙人张涌、宋涛、宋琴受邀出席论坛，并发表《破产清算程序中抵押债权人优先受偿权的行使》等5篇论文。

10月25日，潼南律工委主任曾勇一行到访中豪。合伙人肖东、王必伟等进行了热情接待并座谈交流。曾勇主任一行到访中豪参观，旨在促进双方加强业务交流与合作，同时学习借鉴中豪的先进律所管理经验。

11月1日，2020桂客年会在京盛大开幕，来自全国各地的数百位贤达、新锐齐聚一堂，共同探讨中国法律服务行业的新时代。中豪受邀参会并荣获最佳特别贡献奖，贵阳办公室合伙人郑继华代表中豪出席颁奖典礼。

11月3日，河北省邢台市中院副院长田国英一行到访中豪考察交流。合伙人张涌、宋涛、梁勇热情接待并座谈交流。田国英副院长对中豪破产清算业务领域的专业优势予以了高度认可。

11月4日，合伙人青苗举办了“民法典婚姻家庭编和继承编之新发展”讲座。她解析了家事法立法的棘手问题、婚姻家庭编与继承编之新规则，为同仁今后处理类案提供了有价值的参考。

11月11日，合伙人柴佳在成都办公室举办了“《民法典》担保物权新规对金融机构业务影响”讲座。她解析了新规对金融机构业务的主要影响，为律所同仁处理类案提供有价值的参考。

11月12日，由渝中区委、区政府主办的2020重庆·渝中人力资源峰会隆重举行。本次峰会第二批“渝中英才”进行了表彰，中豪党委书记张涌荣获商务服务类“渝中英才”称号。

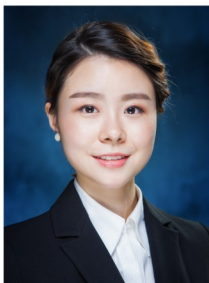
摘要：2015年8月5日，财政部联合银监会下发《金融资产管理公司开展非金融机构不良资产业务管理办法》，从此便正式开放了我国金融资产管理公司的非金融不良债权资管业务。该办法的出台，不仅丰富了资管公司的营收来源，同时也化解了企业的经营风险，解除企业的融资困境。区别于传统的不良债权，不良非金债的转让方为非金融机构，标的债权的形成原因比较复杂，且对比金融不良债权风险更大，文章对不良非金债收购的尽职调查的主要风险与实操要点进行了简要分析，以期对律师在从事此类尽调项目中提供参考。

关键词：不良非金债收购 尽调风险 尽调要点

金融资产管理公司 不良非金债收购尽调实务

◎ 文 / 凌维 张云泉 / 重庆办公室





凌维 | 律师

专业领域：私募基金、不良资产收购、

公司法律服务

手机：+86 135 2757 5812

邮箱：cora@zhhlaw.com



张云强 | 律师

专业领域：破产清算、不良资产收购、
私募基金管理人备案

手机：+86 158 2617 3460

邮箱：vincent.zhang@zhhlaw.com

不良非金债收购概述

(一) 不良非金债的定义

区别于金融机构不良债权，非金融不良债权主要指除金融机构外的企业或公司在经营过程中产生的未能按期收回或存在无法按期收回风险的债权。《金融资产管理公司开展非金融机构不良资产业务管理办法》中对非金融机构进行了明确的定义，具体指银监会、证监会、保监会监管的金融机构以外的境内事业单位、企业法人、社会团体或其他组织。

非金债收购具体指资产管理公司针对非金融机构收购不良资产，并且按照市场规则对其进行收购、管理、处置，在此过程中实现资产处置和资金回收。

(二) 不良非金债的类型

主要包括债权人债务人之间以借款、垫资、往来款等形式形成的应收账款债权、因供货或提供服务而形成的应收账款债权、因建筑工程形成的工程款债权等。

(三) AMC收购及处置不良非金债的依据、规模及业务模式

2015年8月5日，财政部联合银监会下发《金融资产管理公司开展非金融机构不良资产业务管理办法》，允许资产管理公司正式开展非金不良资产业务。

随着全国各地或多或少出现局部经济风险，不良非金债收购业务也呈现了爆发式的增长，以四大资产管理公司之一的华融为例，根据该公司每年公布的年报和半

年报显示，自2015年至2019年中，华融非金融类债权占不良债权总资产的比例分别是65.1%、74.9%、72.8%、68.1%、70.2%。^①

根据实际操作情况来看，当前资产管理公司主要系通过打折收购重组退出的方式对非金融类不良债权进行收购处置。具体流程为：确认债权债务关系后，资管公司通过打折收购不良非金债，并和债务人相关方达成重组意向，针对债务的利率、期限、时间、债务人等要素进行重组，同时增加一些增信措施，并对项目后期的日常运营进行监督管理。^②重组到期后，由相关方归还债务资金，资管公司实现退出。

非金债收购的主要风险及尽调实操要点

(一) 交易主体法律状态

非金债收购中的交易主体通常包括原债权人、原债务人、重组后债权人、重组后债务人、担保人（包括保证人、抵押人、出质人等）。由于交易主体的法律状态系非金债重组的根本性基础，收购尽调中需对交易主体是否存续、是否破产等进行全面核查。

实践中，律师主要结合现场查看企业经营情况、调取市场监管局保存的企业档案资料，查询全国企业信用信息公示网站等方式，对各交易主体的法律状态进行法律尽调核查。需注意的是，除了企业表面上是

① 周紫姣. 浅谈资产管理公司非金融类不良债权业务[J]. 法治与经济, 2020(03): 93-94.

② 吴凡, 欧阳鑫, 张晓燕. 资产公司非金融企业不良资产业务研究[J]. 新金融, 2019(11): 46-49.



否存续、是否破产，为了掌握企业真实具体的经营现状，现场查看经营情况是必不可少的尽调手段。

（二）国有企业作为交易方的情况

在交易方为国有企业的情形下，收购尽调中需对债权转让是否符合《企业国有资产法》《企业国有资产交易监督管理办法》中关于国有企业对外转让资产的相关规定进行核查，确认债权转让是否需要在产权交易机

构公开进行，是否需要逐级报国家出资企业审核批准等。

根据《企业国有资产交易监督管理办法》第48条规定：“企业一定金额以上的生产设备、房产、在建工程以及土地使用权、债权、知识产权等资产对外转让，应当按照企业内部管理制度履行相应决策程序后，在产权交易机构公开进行。涉及国家出资企业内部或特定行业的资产转让，确需

在国有及国有控股、国有实际控制企业之间非公开转让的，由转让方逐级报国家出资企业审核批准。”

实践中，律师需通过交易方的股权结构梳理出各级股东，以确认是否涉及国有企业，并根据《企业国有资产法》《企业国有资产交易监督管理办法》的规定确认是否需要履行相关的国有资产转让程序，以避免交易因程序违法而无效或被

撤销。

（三）重组后债务人及保证人的持续经营能力

由于重组后债务人及保证人的经营收入通常系不良非金债的第一顺序还款来源，收购尽调中需对重组后债务人及保证人的持续经营能力进行全面核查。

实践中，主要结合审查企业提供的审计报告及财务资料、主营业务相关资料，前往相关资产登记部门查询资产情况，前往现场查看资产情况，查询全国企业信用信息公示系统及地方工商局网站、裁判文书网及执行信息公开网等方式，对重组后债务人及保证人的资产负债情况、涉处罚、涉诉及失信情况、主营业务情况进行法律尽调核查。需注意的是，该部分内容除了核查文书资料，通常还需要律师同企业财务人员进行深入沟通及询问。

（四）标的债权的真实性

由于非金债收购中的各个交易主体均系非金融机构，信用度普遍不及金融机构，且非金债的确权文件普遍不及金融债规范、完整，故收购尽调中对于标的债权的真实性核查十分重要。

实践中，存在企业以其与关联企业之间的资金拆借与往来款作为标的债权进行转让，而这些款项产生时，双方实际上并未签订相关协议，即使存在完整的协议以及凭证单据等，但也不能完全消除转让人与债务人之间

恶意串通、隐瞒标的债权真实情况的风险。因此，在尽调过程中，不仅要核查标的资产所涉及的付款方及收款方的所有银行回单、财务凭证原件，以及标的债权所涉及的所有确权文件原件，并着重核查所有文件之间是否存在矛盾、冲突的地方，同时还要求相关方承诺标的债权真实、合法、有效，无任何法律瑕疵，且承诺放弃标的债权项下任何已有的及将来可能产生的抗辩权利。

（五）标的债权的可转让性

为避免标的债权转让被认定为无效，收购尽调中，需对标的债权的可转让性进行全面核查。

《合同法》第79条规定了债权转让的除外情形：“（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。”实践中，主要通过审查原债权人、原债务人就标的债权签订的相关文书（包括但不限于借款协议、补充协议、关于转让不良债权的确认函等），核查是否存在对债权转让进行限制的相关约定以及是否存在前述法定不得转让的情形。

（六）标的债权系不良债权

由于资产不良系资管公司进行非金债收购业务的前提，收购尽调中需对标的债权是否系不良债权进行全面核查。

实践中，主要通过核查标的债权所涉及的借款协议、催收函及回函等

进行，以及要求相关方承诺标的债权已逾期，并纳入不良债权管理。

（七）避免债务人行使抵销权

《合同法》第99条规定：“当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。”为避免债务人就标的债权行使抵销权，收购尽调中，需核查标的债权是否存在可抵销的情形。

由于该项核查涉及财务专业知识，通常需由财务专业人员通过查账、询证等方式进行进一步核查，法律尽调中，主要注重审查标的债权转账回单及凭证显示的转账用途（是否存在“还款”等字样），以及要求相关方承诺标的债权不存在抵消的可抗辩情形，且承诺放弃标的债权项下任何已有的及将来可能产生的抗辩权利。

（八）避免第三人行使抗辩权

《合同法》第74条规定：“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”不良非金债的转让通常以一个折扣价格转让给资产管理公司，而转让方的债权人可能会以转



让方通过低价折扣转让财产而请求法院撤销。为避免此种情形，需全面核查标的债权是否为不良，同时也需审查转让方的到期债务等情况，以提示是否存在第三人主张撤销的风险。

（九）抵押物状态及价值

由于抵押物的处置回款通常系不良非金债最重要的还款来源，收购尽调中，需对抵押物的状态及价值进行全面核查。

实践中，对抵押物价值的核查通常由专业评估机构进行，法律尽调则主要通过结合审查企业提供的资产权证、审计报告及财务资料，前往相关资产登记部门查询资产情况，前往现场查看抵押物情况等方式进行，如涉及到在建工程，还需审查在建工程相关证书，取得预售许可证的还需通过网签系统核查出售情况等。

同时，在建工程的抵押在非金融不良债权转让中时常出现，虽然担保法司法解释中规定了依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物可以办理抵押，肯定了在建工程抵押的有效性，但实务中在建工程的抵押存在着诸多风险。例如抵押物的范围是否包括尚未建造的建筑物；工程竣工验收后，若未重新办理抵押登记，之前的在建工程抵押权是否仍然有效存续；在建工程是否存在拖欠工程款的风险等问题。因此，在尽调过程中，需了解当地登记机关对在建工程抵押的具体政策，以及审查在建工程是否存在工程款的拖欠，以防止

抵押权的行使受限。

（十）抵押合法有效

为保证抵押担保的合法有效，在收购交割前，需对抵押人是否就抵押事宜完成内部决策流程进行全面核查。

实践中，主要结合审查公司章程中关于对外担保事宜的决策机构及流程，审查抵押人就抵押事宜出具的股东会决议、董事会决议等方式进行。律师应在尽调报告中提示客户注意在交割前就抵押担保的内部决策流程进行核查。

（十一）诉讼时效

为避免债务人后续以诉讼时效经过进行抗辩，收购尽调中，需对标的债权是否已经过诉讼时效进行全面核查。

实践中，主要通过审查标的债权的借款协议、催收函及回函等方式进行。需注意的是，实践中经常出现相关协议无落款日期的情况，该情况下可由协议签订方就协议签订时间进行具体的书面说明。



结语

自2015年非金融不良债权收购重组业务正式开放以来，资产管理公司因此拓宽了收购业务的模式，不断促进其向商业化的转型；企业同时获得了新的融资渠道，解决了融资难的困

境；而律师也开拓了新的业务，在非金融不良资产处置业务领域中崭露头角。但非金融机构不良债权比传统的金融不良债权的处置过程中存在更大的风险，因此律师在尽调过程中需要重点关注债权的真实性、可转让性以及前述的各类风险点，在提升业务专

业技巧的同时，也能够防范不必要的执业风险。



近年来，受国际和国内市场环境的影响，建筑和房地产行业出现企业大量破产的现象，而转包、违法分包和挂靠在建筑行业内的存在，客观上导致建设工程纠纷更加层出不穷，问题亦更加复杂。在实际施工人以发包人为被告主张权利的建设工程施工合同纠纷案件中，若建筑施工企业在案件审理过程中进入破产程序，则实际施工人是否仍有权要求发包人在欠付工程价款范围内承担责任，存在不同观点。

建筑施工企业破产时， 实际施工人是否可以要求 发包人在工程欠款范围内 承担责任

◎ 文 / 文建 何朝臣 / 重庆办公室



案情简介

重庆A置业公司为某建筑工程的发包方。2012年7月31日，重庆A置业公司与重庆B建筑公司签订《建设工程施工合同》，约定重庆A置业公司将某建筑工程部分工程发包给重庆B建筑公司。

2012年8月3日，重庆B建筑公司与一分公司某建筑项目部签订《工程管理服务合同》，约定重庆A置业公司与重庆B建筑公司签订的《建设工程施工合同》所列工程由一分公司某建筑项目部实行单项工程全额风险经营管理，承保范围与《建设工程施工合同》一致，《建设工程施工合同》中的各项义务均由一分公司某建筑项目部负责，一分公司某建筑项目部按照工程结算总价的10.5%向重庆B建筑公司缴纳利润。冉某作为一分公司某建筑项目部责任人在该合同上签字，合同签订后，冉某组织人员对案涉工程进行了施工。

2014年12月22日，重庆B建筑公司将已完工程移交重庆A置业公司。2015年2月3日，重庆B建筑公司与重庆A置业公司签订《合同终止协议》，双方终止履行《建设工程施工合同》，但双方至今未办理结算。

2016年7月7日，重庆市江北区人民法院裁定受理重庆B建筑公司破产重整一案。

2017年，冉某作为实际施工人向人民法院提起诉讼，要求重庆A置业公司在欠付重庆B建筑公司工程款范围内承担责任。

争议焦点

在本案审理过程中，双方争议焦点之一在于冉某要求重庆A置业公司支付工程款是否违反《企业破产法》相关规定？对此，各方当事人及一审和二审法院均有不同观点。

一审法院认为，根据《企业破产法》第十六条的规定，人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的清偿无效。第十七条规定，人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。据此，在建筑施工企业进入破产程序后，发包人欠付的工程款应当由发包人向建筑施工企业进行清偿，而后作为债务人财产，由全体债权人公平受偿。若允许实际施工人向发包人主张权利，则实际系实际施工人代位行使建筑施工企业对发包人的权利，构成建筑施工企业对个别债权人的清偿。

二审法院认为，实际施工人对发包人的权利是司法解释基于保护农民工的合法权益而作出的特别规定，该项目权利所依据的请求权基础与债权人的代位权并非一致，即使建筑施工企业进入破产程序，实际施工人的该项权利仍应受保护，发包人在欠付建筑施工企业工程款范围内向实际施工人支付工程价款并不构成个别清偿。

观点解析

针对上述两种不同的观点，其实际是站在不同的利益主体的角度对该问题进行的思考，在得出最终的结论之前，需要充分考虑司法解释赋予实际施工人在发包人



文建 | 合伙人

专业领域：建筑工程及房地产、金融
手机：+86 137 0832 7519
邮箱：clarkwen@zhhlaw.com



何朝臣 | 律师

专业领域：建筑工程及房地产、公司法律事务、企业破产
手机：+86 185 2310 7754
邮箱：Nigel@zhhlaw.com

欠付工程款范围内承担责任的本意和目的，厘清实际施工人形式该项权利的主要条件为何。

笔者认为，在建筑施工企业破产的情况下，实际施工人要求发包人在欠付工程款范围内承担责任不应受到建筑施工企业破产的影响，在此条件下发包人向实际施工人支付工程款，并不构成个别清偿。

（一）实际施工人有权要求发包人在欠付工程款范围内承担责任是司法解释赋予实际施工人的重要实体权利，目的是为了保护农民工等弱势群体的合法权利，该权利在破产程序中应当得到尊重

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》第二十四条规定了实际施工人向发包人追索工程款的权利，其目的在于保护农民工的合法权益，因为实际施工人能否得到工程款直接影响到农民工工资的发放。作为司法解释明确规定的实际施工人的重要实体权利，在破产程序中应当得到尊重。

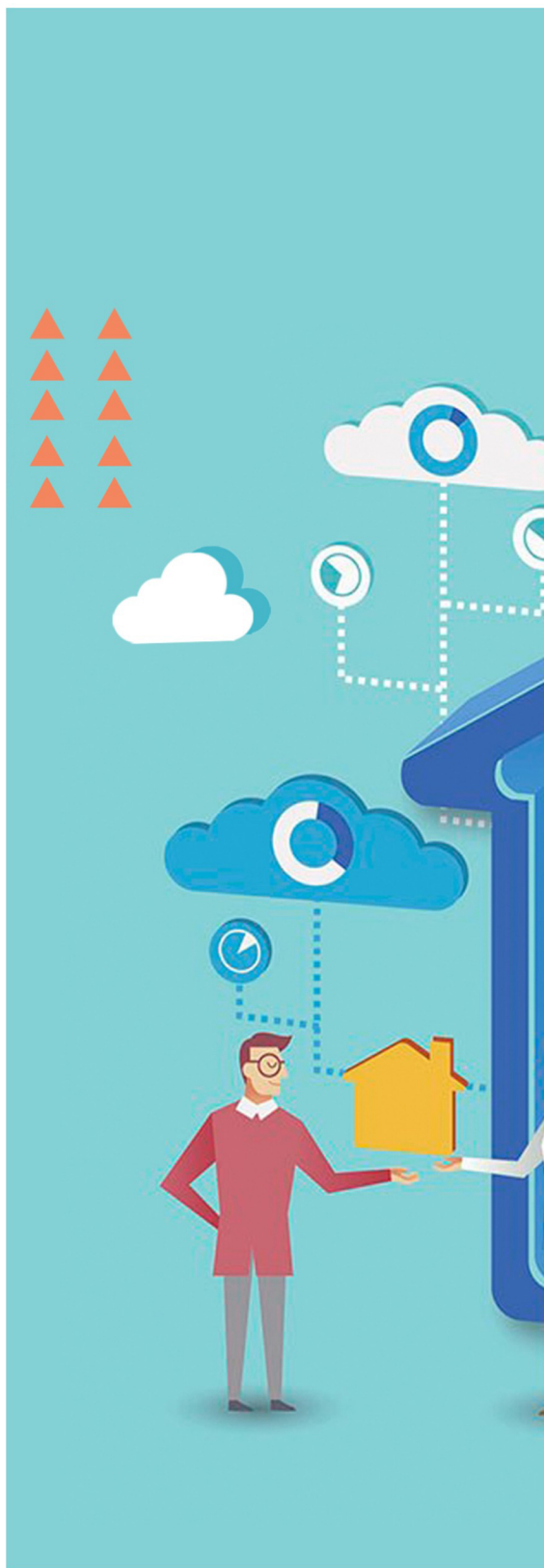
（二）建筑施工企业破产，实际施工人向发包人主张权利，符合司法解释规定的适用条件

实际施工人向发包人主张权利，实际系突破合同相对性的例外规定，在实践中始终应当坚持以合同相对性为原则，以突破合同相对性为例外，严格适用实际施工人向发包人主

张权利的条件。根据《最高人民法院关于当前民事审判工作中的若干具体问题》（2015年12月24日）的规定，对于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条，要根据该条第一款规定严守合同相对性原则，不能随意扩大该条第二款规定的适用范围。根据《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》的规定，实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效的，可以依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内为被告的诉讼。由此可见，当建筑施工企业破产时，实际施工人要求发包人在欠付建筑施工企业工程价款范围内承担责任符合司法解释规定的适用条件。

（三）实际施工人要求发包人在欠付工程款范围内承担责任并非基于债权人代位权

针对实际施工人要求发包人在欠付工程款范围内承担责任的理论基础来源，有部分观点认为实际系基于债权人代位权，但该观点并非学界通说。笔者认为，从相关司法解释的规定和建筑行业的实际情况来看，其基础系司法解释直接赋予实际施工人对欠付工程款的发包人的债权。实际施工人向发包人主张权利的依据系《最高人民法院关于审理建设工程施工合







同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)》第二十四条等规定, 人民法院在受理此类案件时的案由一般为建设工程合同纠纷案件。债权人行使代位权则是基于《合同法》第七十三条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)》第二十五条等规定, 人民法院在受理此类案件时的案由一般为债权人代位权纠纷。由此可见, 实际施工人要求发包人在欠付工程款范围内承担责任并非基于债权人代位权, 因此也就不存在进入破产程序的建筑施工企业以其财产对实际施工人进行个别清偿的情况。

在重庆长江中诚建设工程有限公司(以下简称长江中诚建司)与戴坤力、南江县宏帆房地产开发有限公司(以下简称南江宏帆公司)建设工程施工合同纠纷一案[(2019)川民终289号]中, 四川省高级人民法院认为: “虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国破产法〉若干问题的解释(二)》第二十一条有关于债权人就债务人财产提起主张次债务人代替债务人直接向其偿还债务及其他个别清偿诉讼的规定, 但是戴坤力并非基于代位权主张自己的权利, 而是依据现行规定直接起诉发包人和非法转包人偿付工程款, 与该条规定个别清偿诉讼的情形有着本质区别。”

(四) 司法解释赋予实际施工人向发包人主张权利的客观事实基础系建设工程施工过程中人力、物力和财力投入之后的物化, 而在存在实际施工人的情况下, 建筑施工企业仅仅是名义上的施工人, 实际并未在工程建设过程中投入成本, 由此产生的财产权利最终也应当归属于实际施工人而非建筑施工企业

司法解释之所以规定实际施工人有权向发包人追索工程款, 其目的就在于为处于弱势地位的农民工的权益提供强有力的司法保护, 实现实质意义上的社会公平。与此相类似的承包人建设工程价款优先受偿权的相关规定也有出于保护农民工权益的考量。根据法释〔2002〕16号批复的规定, 承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。从这个意义上来说, 实际施工人的上述权利也应当具有一定的优先性。从建设工程是劳务的物化的角度看, 发包人是该劳务物化成果的享有者, 实际施工人是建设工程物化的实际投入者, 建筑施工企业仅为名义施工人, 因此实际施工人也有权向发包人主张权利。在长江中诚建司与戴坤力、南江宏帆公司建设工程施工合同纠纷一案[(2019)川民终289号]中, 四川省高级人民法院亦认为: “案涉工程由戴坤力自筹资金组织施工, 经营责任和风险由其承担, 工程结算和竣工验收等一切事务均由戴坤力与南江宏帆公司负责办理, 表面上看长江中诚建司与南江宏帆公司存有工程款收支关系, 实则收取工程款的主体是戴坤力, 长江中诚建司仅需扣收管理费和代扣代缴的税费, 长江中诚建司与南江宏帆公司没有实质

性收付关系。作为实际施工人的戴坤力, 在付出工程建造的物质成本和人工成本的同时, 还创造了包括长江中诚建司所分享权益在内的社会价值。现长江中诚建司进入破产清算, 在该公司就案涉工程应享有债权已大部分实现、其余部分也有充分保障的前提下, 倘若将南江宏帆公司尚未给付工程款全部纳入长江中诚建司破产财产, 将戴坤力应收取工程款全部纳入破产债权进行申报, 不仅对戴坤力本人, 还对为案涉工程建设供应材料材料商和提供劳务的劳动者都极为不公平, 不利于交易的安全和交易秩序的安定。这实与法律公平正义、安定有序的法律价值相悖。尽管《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第七十一条列举了不属于破产财产的多种物权形态财产, 但是不能以此推及实际施工人享有的工程款债权即应无条件地属于破产财产。”

(五) 若实际施工人只能通过向已经破产的建筑施工企业申报普通债权寻求救济, 则有违破产债权平等原则

破产债权平等原则并不意味着所有破产债权都应受到平等对待, 其实质在于“相同的相同对待, 不同的不同对待”, 如何区分相同与否取决于权利本身所包含的顺序性特征。如上所述, 实际施工人的上述权利具有一定的优先性。若将实际施工人对建筑施工企业所享有的在发包人欠付工程价款范围内的工



工程款债权作为普通债权对待，不仅会导致司法解释给予实际施工人特别保护的落空，而且也违反了破产法上的破产债权平等原则，实不可取。

结 语

建筑施工企业破产，实际施工

人作为实际投入资金、材料和劳动力进行工程施工的主体，其根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定要求发包人在欠付建筑施工企业工程款范围内承担责任并不构成《企业破产法》第十六条规定的个别清偿行为，实际施工人的权利不应受到建筑施工企业破产的影响。在重

庆市第一中级人民法院审理的冉某与重庆B建筑公司、重庆A置业公司建设工程施工合同纠纷案件中，重庆市第一中级人民法院坚持保障实际施工人合法权益，判决重庆A置业公司在欠付重庆B建筑公司工程款范围内向实际施工人冉某承担付款义务，既正确适用法律，也维护和实现了实质的公平正义。

【摘要】按揭贷款购房在当下商品房买卖中已经成为普遍现象，在按揭贷款购房模式下，房开商承担阶段性担保责任后，往往起诉要求解除购房合同，收回房产。鉴于目前尚无法律及司法解释明确承认或否定房开商的合同解除权，对于房开商承担阶段性担保责任后能否单方解除购房合同存在较大争议。本文从房开商承担阶段性担保责任后有权解除购房合同、收回房产的约定是否突破合同相对性，该约定条款的效力，以及房开商解除购房合同是否具有正当性、符合公平性方面阐述房开商的合同解除权问题。

【关键词】担保责任 约定解除 法定解除 公平原则

浅析房开商承担阶段性担保责任后的合同解除权问题

◎ 文 / 孙正琼 / 贵阳办公室





孙正琼 | 律师

专业领域：金融、房地产、劳动争议
手机：+86 184 8635 0104
邮箱：Daisy@zhhlaw.com

房开商以承担阶段性担保责任为由解除购房合同的裁判现状

（一）房开商阶段性担保责任的由来

按揭贷款购房在当下商品房买卖中已经成为普遍现象，在按揭贷款购房模式下，购房人向银行借款用于支付购房款，而银行为保障债权的实现，要求以所购房产设定抵押。由于预售商品房交付时间往往在银行放贷之后两年甚至更长，在商品房交付且办妥抵押登记之前，贷款银行存在借出款项本息不能及时收回的风险。因此，在购房人、贷款银行、房开商三方签订的担保贷款合同中，通常会约定房开商对购房人逾期偿还的贷款本息及银行为实现债权产生的费用等承担连带担保责任，担保期间为房产抵押登记办妥之前，故称之为阶段性担保责任。对此，房开商以在购房合同中约定其承担阶段性担保责任后，有权单方解除购房合同，原价收回房产，来对冲因承担阶段性担保责任造成的损失。

（二）司法实践支持或否定房开商以承担阶段性担保责任为由解除购房合同的主要理由

依据《担保法》第三十一条的规定，担保人承担责任后，享有向债务人追偿的权利，此为担保人的法定救济途径。但在实践中，房开商承担了阶段性担保责任后，往往直接起诉要求解除购房合同，收回房产。

房开商能否以承担了阶段性担保责任为由解除购房合同？存在支持与不支持两种截然不同的司法裁判观点。支持房开商

解除购房合同的主要理由：一是解除购房合同的约定系双方真实意思表示，内容不违反法律、行政法规强制性规定，合法有效，房开商即有权依据该约定解除购房合同；二是房开商承担阶段性担保责任，导致其购房合同目的不能实现，符合《合同法》第九十四条第4款规定的法定解除条件。不支持房开商解除购房合同的主要理由：一是购房合同与担保贷款合同各自独立，购房人已经通过首期款加按揭贷款的方式履行完毕购房合同约定的付款义务，房开商无权解除合同；二是解除购房合同的约定属于格式条款，约定无效；三是解除购房合同将影响预查封制度的价值，损害第三人利益；四是房开商负有协助办理房产抵押登记的义务，如房开商怠于协助办理房产抵押登记，应由房开商承担不利后果，房开商以此解除合同违反诚实信用原则，应不予支持；五是房开商承担阶段性担保责任的金额较小，解除合同有失公平。

房开商以承担阶段性担保责任为由解除购房合同的可行性分析

我国现行法律法规并未明确规定房开商承担阶段性担保责任后是否有权解除购房合同，是导致司法实践中出现不同裁判的主要原因之一。

依据《合同法》相关规定，合同一方可以通过协商解除、约定解除和法定解除三种途径实现解除合同的目的。本文主要就购房人不同意解除购房合同，而房开商欲强制解除购房合同的情形进行论述，即

无法协商一致的情况下，房开商能否从约定解除和法定解除的路径实现单方解除购房合同的目的。从约定解除之意思表示来看，解除权能否行使的关键在于约定条款是否有效。这不仅要考虑购房人是否自愿地处分了这部分权利，还需审查到该条款内容本身是否具有正当性，完全凭借意思自治为由肯定其效力或以格式条款为由否定其效力均有失偏颇。房开商是否有权以承担阶段性担保责任为由解除购房合同，实质上是对该解除购房合同的行为是否违反合同相对性原则，

是否具有正当性、公平性的判断。

（一）房开商承担阶段性担保责任后有权解除购房合同的约定未突破合同相对性原则

形式上，购房合同与担保贷款合同相互独立，系不同的合同关系。房开商承担阶段性担保责任系担保贷款合同约定的义务，此时其身份为担保人，法律明确规定的救济途径为向债务人追偿。而购房合同关系中，房开商作为房产出卖方，其权利为获取购房款，以及基于买卖合同关系享有

的其他权利。将房开商依据担保贷款合同享有的追偿权与购房合同的解除权挂钩，是否突破了合同相对性原则？在此，可以引入德国关联合同理论，该理论认为，若当事人权益的平衡、交易的完成离不开整个链条设计的任一环节，数个合同整体上则是为达到一致的交易目的，经济上具有共存性、整体性，则这些合同构成关联合同关系。按揭贷款购房模式下，担保贷款合同是商品房交易得以进行的保障，商品房交易是担保贷款合同履行



目的，两者结合才能够实现房开商销售房屋回款、购房人享有房产、银行获得贷款收益的三赢局面，二者在经济上、交易目的上共存，构成关联合同关系。因此，将担保贷款合同义务的违反，作为与之关联的购房合同相对方享有合同解除权的条件，应在合同相对性范畴之内。

（二）房开商承担阶段性担保责任后有权解除购房合同的约定应遵循合同法关于格式条款效力的认定规则

符合相对性原则仅是该约定得以纳入购房合同内容的法理基础，并不代表该约定当然有效适用。

经检索，部分裁判以该约定系双方真实意思表示，未违反法律法规强制性规定为由判定该约定有效而支持房开商解除购房合同。但现实中，房开商提供的合同并未经过与购房人协商的程序，即使购房人对合同约定条款存在异议也无法调整修改，购房人迫于买房需求且其他房开商亦不允许调整修改合同文本的情况下，只能在房开商提供的合同文本签字。此种情形下，认为房开商承担阶段性担保责任后有权解除购房合同的约定系购房人真实意思购房合同系房开商提供的格式条款，应当依据《合同法》等关于格式条款的规定确定其效力。

依据《合同法》第三十九条、第四十条之规定，格式条款的内容应当遵循公平原则，若存在免除格式条款提供一方的责任、加重对方责任、





排除对方主要权利的，该条款无效。部分法院即以格式条款无效为由不支持房开商解除购房合同，但遗憾的是对于该约定为何无效没有或较少论证。

从该约定产生的诱因来看，购房人在不偿还或无力偿还按揭贷款的情形下，房开商承担了担保责任后按照《担保法》规定向其追偿的可能性较小，因此该约定系为了规避房开商“房财两空”的风险，且房开商解除购房合同须以购房人逾期还贷导致房开商承担担保责任为前提，故该约定系房开商对承担担保责任造成损失的救济方式，其目的不在于免除自身责任，加重购房人责任，不宜因其为格式条款则断然认定无效。另一方面，笔者认为该约定虽未构成免除自身责任，加重购房人责任，排除购房人主要权利的情形，但毕竟排除了购房人通过补正履行（即偿还房开商承担阶段性担保责任的款项、继续依约偿还按揭贷款）保留房产的机会，应当进行特殊提示和说明。

（三）具体案件中，应从正当性、公平性角度判断房开商解除购房合同的条件是否实质性成就

法律赋予守约方解除合同的立法精神在于当合同目的不能圆满实现时可进行利益的救济，若合同目的能够得到实现，也就不存在救济的必要。在合同被解除前，因为债务人的瑕疵履行或不完全履行使得相对人获得解除合同的权利，若债务人对此瑕疵进行积极补正使得合同的履行恢复

到圆满状态，此情形下既没有对债权人的利益造成额外的损失又不妨碍合同目的的实现，应当认为债权人不再享有合同解除权。在（2017）黔0115民初2457号案中，法院认为在购房人愿意偿还房开商承担阶段性担保责任代偿的款项且愿意继续还贷的情况下，不构成导致合同目的不能实现的情形，房开商无权解除购房合同。

另外，近年来房产价格增速较快，购房合同解除将导致购房人必须以更高的价格才能再次购买同等房产，亦存在不少房开商根据房产价格走势选择性行使合同解除权获利的情形。按揭贷款期限长达数十年，保证每一期均按时足额还款无疑非常困难，若一旦逾期还贷，购房人即可根据单方意思解除购房合同，对购房人不甚公平，也为房开商投机不诚信的行为开设窗口。因此，应当在遵循公平原则的框架下，对房开商的合同解除权应进行一定的限制。司法实践中，部分地方法院形成了购房人连续3期逾期还贷或累计6期逾期还贷方支持房开商解除购房合同，或以房开商承担担保责任代偿的金额较小、占总房款比例较少为由驳回房开商要求解除购房合同的请求。

对于房开商承担担保责任代偿的金额占总房款比例多少方可解除购房合同，尚无统一的标准。笔者认为，尽管形式上购房人通过首期款加按揭贷款一次性支付了全额房



款，实质上对于购房人尚未偿还的贷款，房开商存在权利负担，其获得购房款的合同目的实质上并未完全实现；对购房人来说，其也以分期还贷的方式负担购房合同的付款义务。故按揭贷款购房具有分期付款买卖合同中“先行交付”，且满足买受人在未完全支付价款时就占有使用该物之特征。因此，为防止房开商滥用合同解除权，可参照《合同法》第一百六十七条关于分期付款情况下，买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一时，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同的规定，当房开商承担担保责任的金额达到房款总额五分之一时，支持其解除购房合同的主张方为适宜。

（四）在无约定的情况下，房开商以承担阶段性担保责任为由解除购房合同缺乏依据

在无约定的情况下，房开商能否以承担阶段性担保责任为由解除购

房合同，关键在于是否构成《合同法》第九十四条第4项规定的“合同目的不能实现”之法定解除合同的情形。

尽管购房合同与担保贷款合同存在一定关联，房开商承担阶段性担保责任使其整体获得的经济收益减少。但从“法定解除权”之“法定”属性，应以法律法规明确规定为行使条件。一方面，《商品房买卖合同解释》第二十三条、第二十四条，并未对购房人“断供”违反担保贷款合同义务情形下房开商的合同解除权作出直接规定；另一方面，《合同法》第九十四条规定之“合同目的不能实现”，应严格遵守合同相对性原则来判断，即购房人对于购房合同的违反而导致购房合同目的不能实现。尽管笔者承认担保贷款合同与购房合同之间的关联性，但按揭贷款买卖中购房人断供毕竟不能直接等同于购房合同义务的违反，如果完全依据购房人断

供违反担保贷款合同约定而解除购房合同无疑扩大了该条款的规范范围。因此，购房人“断供”并不符合《合同法》第九十四条第4项所述的“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，不能直接适用。

结语

房开商承担阶段性担保责任后有权解除购房合同的约定，未突破合同相对性原则，其效力应当基于格式条款的规则进行判断。即使在该约定有效的情况下，也不宜当然地承认房开商单方解除购房合同的权利，而应根据具体案件中，购房人“断供”，房开商承担阶段性担保责任的情况，是否已经严重损害房开商的利益，房开商解除购房合同是否具有正当性、符合公平性原则来判断。

近年来，在笔者服务的生物科技行业，生物样本库的筹建工作方兴未艾。对于第一次接触生物样本库的企业，大量工作还属于摸着石头过河的状态。本文旨在结合实务工作，主要针对企业申请生物样本库相关知识及法律问题进行系统梳理归纳，以飨读者。

一文掌握生物样本库的筹建与法律问题

◎ 文 / 李静 / 成都办公室





李静 | 合伙人

专业领域：涉外投融资、公司法律事务、知识产权

手机：+86 139 8009 7176

邮箱：lijing@zhhlaw.com

什么是生物样本库

生物样本库又称生物银行（Biobank），主要是指标准化收集、处理、储存和应用健康和疾病生物体的生物大分子、细胞、组织和器官等样本（包括人体器官组织、全血、血浆、血清、生物体液或经处理过的生物样本（DNA、RNA、蛋白等））以及与这些生物样本相关的临床、病理、治疗、随访、知情同意等资料及其质量控制、信息管理与应用系统。

根据《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》第二条的规定：本条例所称人类遗传资源包括人类遗传资源材料和人类遗传资源信息。人类遗传资源材料是指含有人体基因组、基因等遗传物质的器官、组织、细胞等遗传材料。人类遗传资源信息是指利用人类遗传资源材料产生的数据等信息资料。以及《中华人民共和国行政许可法》的规定，生物样本库需要经过科技部人类遗传资源保藏审批。

这里有一个问题：目前盛行的干细胞（或免疫细胞）储存业务，是否需要经过保藏审批？2016年，59对夫妇起诉江苏省北科生物科技有限公司，认为细胞储存未经过国家审批，要求确认《干细胞制备储存技术合同书》无效。其中一对夫妻的案件【案号：(2017)苏12民终1647号】于2017年一审败诉，二审被驳回上诉、并于2018年12月28日被裁定驳回再审申请。法院主要观点是：北科生物公司根据营业范围开展业务，干细胞储存合同系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，故储存合同有效。该系列案例生效后，给生物科技公司开

展细胞储存业务产生积极正面影响。

笔者认为，《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》于2019年7月1日实施，上述案例均发生在该条例实施前。这意味着，目前开展细胞储存业务的公司如不再积极开展保藏审批工作，根据《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》第三十六条的规定，将被认定为未经批准开展保藏业务，业务模式将缺乏合法性。

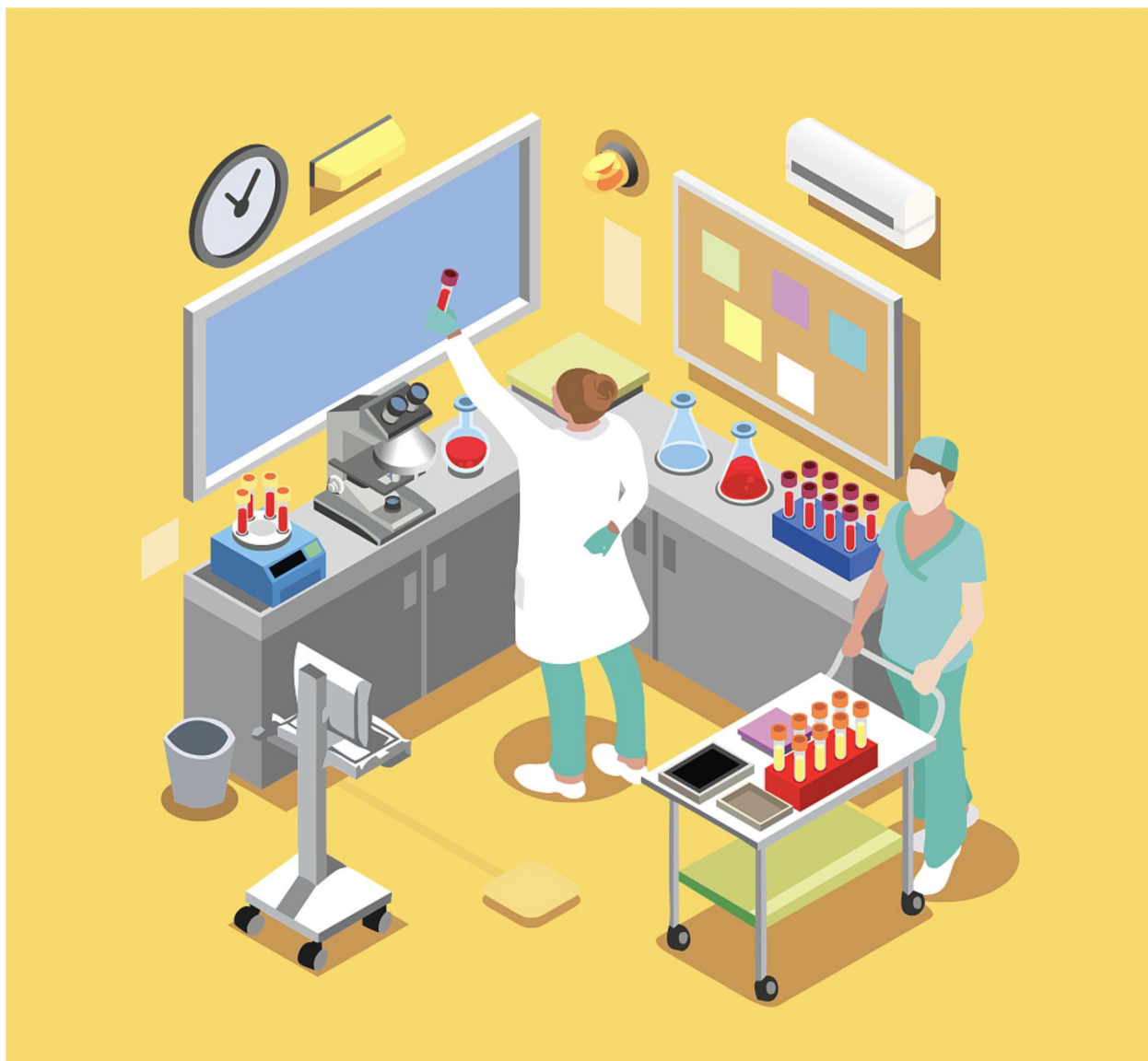
生物样本库分类

生物样本库有多种类型。

根据遗传资源的类型，从常见的组织、器官库，如血液库、眼角膜库、骨髓库，到拥有正常细胞、遗传突变细胞、肿瘤细胞和杂交瘤细胞株（系）的细胞株（系）库。近年来，又出现了脐血干细胞库、胚胎干细胞库等各种干细胞库，以及各种人种和疾病的基因组库。

根据设立主体和规模，生物样本库又可以分为：医院或研究所建立的生物样本库，对医院或研究机构内部收集的生物样本资源统一保存和分配使用；企业建立的生物样本库，对社群中收集的大型队列生物样本库，集中保存并在申请审批后为不同研究人员提供样本。

经过对科技部披露的截至2020年9月的保藏审批数据分析，62%的保藏申请单位为医院或研究所，38%的保藏申请单位为企业。正如前文所说，企业对于保藏审批有巨大的需求，为什么申请率很低，这首先要弄



清楚保藏审批所需要的申请文件。

保藏审批所需的文件

根据科技部网站披露的《保藏申请指南》，申请需要提供知情同意书文本、伦理审查批件、保藏方案、保藏管理制度、保藏技术文件。

作为已经从事细胞储存业务的科技企业，除伦理审查批件外，其他文件与现有业务模式及工作条件并无较大区别，准备难度不大。伦理审查批件确是企业作为申请主体的最大难题。

《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第九条规定，伦理委员会的委员应当从生物医学领域和伦理学、

法学、社会学等领域的专家和非本机构的社会人士中遴选产生，人数不得少于7人，并且应当有不同性别的委员，少数民族地区应当考虑少数民族委员。必要时，伦理委员会可以聘请独立顾问。独立顾问对所审查项目的特定问题提供咨询意见，不参与表决。

《涉及人的临床研究伦理审查委





员会建设指南（2019版）》第二章第二条对伦理审查委员还有科研伦理培训证书、国家药监局认可的GCP培训证书以及继续教育培训学分等要求。因此，并非具备生物医学领域专业知识即具有伦理审查委员会委员资格。

根据《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第二条规定，本办法适用于各级各类医疗卫生机构开展涉及人的生物医学研究伦理审查工作，企业并非该办法适用主体，但结合保藏审批要求，企业作为保藏申请主体也必须设立伦理审查委员会，需参照《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》。

在实践中，企业想自行设立伦理审查委员会具有较大难度。体现在具有相应资格的专家人数较少，且拟聘任的专家对于各自在生物样本库中承担的法律并不清楚，受聘担任伦理审查委员的意愿不高。

实践中的运作方式

第一种方式是，企业与科研院所合作设立目标公司，再以目标公司的名义申请建立生物样本库。伦理委员会成员来自科研院所。由于生物样本库系科研院所下属机构设立，故科研院所的伦理委员会提供伦理审查批件具有操作性。

比如武汉生物样本库有限公司，

该公司于2020年1月申请获批了“武汉生物样本库”，第一届伦理委员会委员来自于该公司股东“武汉生物技术研究院”的专家。上海芯超生物科技有限公司，该公司于2019年6月申请获批了“上海张江生物银行”。经查询该公司股权架构，发现股东上海生物芯片有限公司的股东构成为高校、研究所、医院等。

从科技部披露的审批数据看，企业作为申请主体的，80%系这种方式。

第二种方式是，企业直接作为申请主体，外聘专家委员会、伦理审查委员会。

比如北京生命科技园生物科技研究院有限公司，该公司于2020年8月申请获批了“北京生命科技园生物科技研究院有限公司保藏库”。经查询该公司股权架构，未发现医学相关的法人主体。我们推测该模式下，企业外聘了伦理审查委员，组成了企业的伦理审查委员会。

第三种方式是，由企业或研究所达成协议合作共建，由企业作为申请人，医院、研究所作为合作机构，形成一种战略合作关系，由院方或研究所的伦理审查委员会提供审查批件。

企业可以根据自身实际情况，在以上模式中选择筹建生物样本库。

生物样本库所涉及的法律风险

无论以上哪一种模式，在跟企业合作中，院方研究所在第一次接触生物样本库中，对于法律风险都非常重视，企业一方需要充分释明沟通。

（一）伦理审查委员会及委员所涉法律风险

《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第45条-49条系法律责任，针对伦理审查委员会及委员所涉法律风险主要有：

1.未按规定设定伦理委员会的，限制整改，警告并处3万元以下罚款，对机构负责人及主要负责人处分；

2.伦理委员会组成、委员资质不符合要求的；

3.未建立伦理审查工作制度或者操作规程的；

4.未按照伦理审查原则和相关规章制度进行审查的；

5.泄露研究项目方案、受试者个人信息以及委员审查意见的；

6.未按照规定进行备案的；

以上2-6项，限期整改，通报批评警告，并对机构负责人及主要负责人处分；

7.研究项目或者研究方案未获得伦理委员会审查批准擅自开展项目研究工作的；

8.研究过程中发生严重不良反应或者严重不良事件未及时报告伦理委员会的；

9.违反知情同意相关规定开展项目研究的；

以上7-9项，限期整改，通报批评警告，并对机构负责人及主要负责人处分；

10.医疗卫生机构、项目研究者在开展涉及人的生物医学研究工作中，违反《执业医师法》《医疗机构管理条例》等法律法规相关规定的，由县级以上地方卫生计生行政部门依法进行处理；

11.违反本办法规定的机构和个人，给他人人身、财产造成损害的，承担民事责任，构成犯罪的，承担刑事责任。

总结：从伦理委员会提供审查批件这个角度，凡伦理委员会及委员可控制的，均不属于重大风险。反之，即为伦理委员会及委员应重点关注的事项。

（二）生物样本库所涉法律风险

1.非法人类遗传资源活动拟入刑
《刑法修正案（十一）（草案）》将非法采集国家人类遗传资源；

非法运送、邮寄、携带国家人类遗传资源材料出境的；未经安全审查，将国家人类遗传资源信息向境外组织、个人及其设立或实际控制的机构提供或者开放使用的三种行为纳入刑法。

但从院企正常合作的角度，上述违法行为发生的可能性较小。

2.国务院《人类遗传资源管理条例》第36条-45条系法律责任，归纳为：

（1）违法采集保藏开展国际合作，向境外提供或开放使用的，以及未备案开展国际合作临床试验的，处50万-500万元的罚款，违法所得在100万元的，处5-10倍罚款；

（2）提供虚假材料或欺骗手段取得行政许可的，处50万-500万元罚款，且5年内不得申请许可；

（3）未经批准运送邮寄携带出境，没收；

（4）未经过伦理审查、未经知情同意、违反技术规范、未备案提供境外使用的，处50万-500万元的罚款，违法所得在100万元的，处5-10倍罚款；

（5）保藏未完整记录来源和使用信息，未提交年度报告，开展国际合作未提交报告的，责令改正、警告，并处50万元以下罚款；



(6) 买卖人类遗传资源的，没收，并处100万元以上1000万元以下罚款，违法所得在100万元以上的，处违法所得5倍以上10倍以下罚款。

有以上情形的，禁止从事该行业，并对单位公示。

总结：从院企正常合作的角度，院方可重点关注第(4)(5)项，作为生物样本库的股东方或者合作共建方，对生物样本库的管理制度进行审查监督。除此之外，由于上述违法情形，主要面临罚款，可在合作协议中

约定，由企方最终承担所有的经济责任，并对造成的行政责任向守约方（院方）承担违约责任。实践中，院企双方上述责任划分，能在较大程度争取到院方合作意向，推动生物样本库共建的进程。

3. 科技部负责人类遗传资源审批部门的行政处罚案例

经检索，科技部网站上公示了6个相关案例，主要涉及未经许可接受样本保藏、超审批开展科研、违规携带出境、未经许可开展国际合作。处罚的结果主要是警告、没收及

整改。影响较大的“华大基因案”，涉案公司将人类遗传资源信息从网上传递出境，科技部对此是警告、没收，要求限期整改。

综上，建设生物样本库是创新型国家建设的重要内容，是国家精准医疗战略实施的前提，是卫生医疗企业正在积极争取布局的重要工作。本文从实务出发，介绍了企业布局存在的困难及可选择的合作方式以及需关注的法律风险。希望对正在着手申报工作的人士有所裨益。

美国投资移民EB5在2010年至2018年成为了热点。但自2018年以来，美国房地产在前几年的较快涨势下进入了滞胀期，特别是国内政策的变化及中美贸易战以来，国内加强了外汇管制，流入美国的资金减少，加上今年疫情的影响，导致美国众多的EB5项目停顿。近年来，EB5项目申请的增多也导致了EB5申请绿卡周期拉长，投资者因投资周期变长将有更大的风险与不确定性。此外，近年来也出现了多个EB5欺诈的案例，EB5项目的虚假陈述以及资金的非法挪用，使得众多国内投资者损失惨重。部分国内投资者近年在美国或国内对美国项目方或国内的中介进行了起诉，也有不少胜诉的案例。

美国投资移民 EB5 纠纷诉讼及应对策略

◎ 文 / 吕睿鑫 魏纪堃 / 纽约办公室



本文结合美国EB5投资移民纠纷在美国的案例分析，为EB5投资者在可能受到权利侵害时的应对策略提供参考。

美国 EB5 投资移民纠纷诉讼维权的诉求

在发现美国EB5投资移民侵权时，部分投资者会选择在美国起诉，律师会根据联邦和投资项目所在州的法律法规提出诉求，部分诉求得到了法院的支持。总体来说，法院支持的诉求如下：

（一）欺诈 Fraud

要证明欺诈，部分州需要先证明如下事项：1.对事实的重大虚假陈述或遗漏；2.了解该事实的虚假性；3.意图诱使信赖；4.原

告有正当理由的信赖；5.欺诈的行为造成了损害。部分州在原告举证项目方在PPM或者其他交易文件中对项目的情况作出了不实陈述（如项目的投资规模、进程、架构、投资方式、投资周期、回报、移民局审批情况等与实际不符），未披露项目的重大风险，或者在经营过程中挪用了资金的，都可能支持欺诈。

（二）侵占 Conversion

侵占是指未经他人同意而取得了别人的财产。比如根据佛罗里达州法律，侵占需证明以下几个要素：1.实行了不正当的支配行为；2.获取他人的财物；3.该财物不属于行为人。在EB5项目中，项目方有可能在未达到约定条件的情形下挪用投资人监管账户的资金，在项目中挪用资金到别的项目或其他用途、或者在项目完成后挪用投资人的资金用作其他用途使用的，法院可能支持为侵占。

（三）共谋 Civil conspiracy

为了证明共谋，原告必须证明以下要素的事实：1.两方或多方之间的协议；2.为促成该协议的公开行动；3.各方有意参与计划或目的的促进；4.造成的损害或伤害。在EB5项目中，中介机构及项目方可能明知项目未能达到合同目的，而有计划地促成投资者的投资，则法院可能支持其共谋。

（四）证券欺诈 Security fraud

投资移民EB5项目对不特定的人募集资金，其项目一般是投资人认购项目公司（合伙企业）的股权，成为“合伙人”，该项目公司用投资人的资金对相关项目进行贷款或投资。因此，投资移民项目一般需要投资人



吕睿鑫 | 合伙人

专业领域：跨境投融资、公司法律服务、国际诉讼/仲裁业务

手机：+86 138 2613 9368

邮箱：ray@zhhlaw.com



魏纪堃 | 顾问律师

专业领域：商业移民、地产买卖、民商事诉讼

手机：+1 (718) 406 6721

邮箱：jack@zhhlaw.com



签订投资协议，也需签署有法律要求项目方披露的定增备忘录PPM。在投资移民项目争议的若干项目中，若项目方未按照美国证监会的要求进行充分披露，或其操作超出了披露的范围，则可能被认定为证券欺诈。

（五）过失的失实陈述 Negligent Misrepresentation

为了确定过失陈述的诉讼因由，原告必须证明以下内容：1.陈述是在被告的业务过程中进行的；2.提供了虚假信息以指导他人进行其业务，3.被告在获取或传达信息时未给予合理的告知或机会；4.原告由于合理地依赖该陈述而承受了金钱损失。在EB5纠纷的诉讼案件中，若法庭认定其未充分披露相关事实，或在项目操作中与其披露的不符，则可能会认定过失的失实陈述。

（六）合同违约 Breach of Contract

合同违约是诉讼中最常见的诉求。EB5项目中一般会签订大量的协议，其中包括投资的项目股权结构、项目进程、分红、资金使用、监管账户、项目资金的使用、移民的办理和投资款返还等。若项目方未能按照合同的约定进行操作，如出现未能分配、挪用资金或未能返还投资款等，则可能构成合同违约。

（七）针对某种族歧视 HRL claims

部分州法有禁止针对某个种群进行歧视的法案，如纽约N.Y. Exec. Law § 296(2)。部分投资移民EB5项

目只在中国大陆宣传，针对中国国籍的投资人，其中介和项目方利用中国人对英语和美国法系体系的不熟悉，对重要信息隐瞒，对其进行欺诈，导致了其损失。美国法院有支持该诉求的案例。

（八）刺破公司的面纱 Piercing the corporate veil

在相关项目的诉讼中，被告通常是项目公司或者项目公司的管理人，但由于个人通常会设置特殊的公司（通常是空壳公司）以公司法人的名义进行操作，尽管赢得诉讼，但也可能没有资产执行。在美国法院的诉讼中，也有支持刺破公司面纱的诉求，即不仅仅公司法人有责任，成立公司的自然人也因欺诈等原因承担法律责任。在一个美国德克萨斯州的项目中，根据德克萨斯州的法律，刺破公司面纱的条件有：1.该自然人与公司法人混同；2.公司法人是用于非法目的；或3.该公司法人的设立是为了欺诈等目的。原告若能证明项目公司因欺诈而成立，进而刺破公司的面纱，其成立公司的自然人也应该承担连带责任。

损害赔偿的种类

（一）直接损失

直接损失是被告的违约行为导致的直接结果，该损失是可以直接预见的。在投资移民案件中，通常法院认定的直接损失如投资者支付的中介费用、基金的管理费用、基金的收益及





投资移民的投资款等实际支出的费用。

（二）间接损失

间接损失是被告的违约行为导致原告除了投资款等已支出的固定的损失以外的损失。比如，原告因维权产生的相关费用，包括公证费、差旅费、诉讼费、鉴定费、律师费（需合同约定）、资金占用的利息等。

（三）精神损害 Emotional Distress Damages

与我国法律体系不同，美国法院有支持民事案件精神损害赔偿。若行为人的行为导致了受害人精神损害的，法院则支持赔偿，不管是否对受害人有人身伤害。部分美国法院涉及投资移民纠纷导致精神损害的案例。原告无需提供医学证明，法院可酌情裁判。在 *Bo Zhang v. North County Beautification Company, Inc.* 2016 WL 9559897案中，法院认为原告投资移民的失败在家庭成员面前遭受了耻辱和尴尬，损害了他在社会上的名声，被告对原告及其家人也进行了威胁，导致了原告的恐惧，精神上受到折磨。即使原告没有提供医学证明，法院还是给予了1万美元损害的酌情裁定。

（四）惩罚性赔偿 Punitive Damages

在英美法系的商事纠纷中，若一方欺诈，或进行某些犯罪行为故意损坏对方利益的，法庭可能会支持惩罚

性赔偿的诉求。在EB5纠纷的项目中，若原告证明被告故意欺诈或挪用资金等行为，法院有案例支持惩罚性赔偿，赔偿数额法院酌定，可能十几万美元至几十万美元不等。

由此可见，损害赔偿的种类是多样化的，但在举证时需要律师根据相关法律法规特别是习惯案例收集和准备好充足的证据。

美国EB5投资移民可能受到侵权的应对

由于受到美国新冠疫情和近年房地产滞胀的影响，大量美国EB5投资移民项目受到了影响。国内投资者在投资美国EB5项目时，应及时跟进项目的最新情况。若发现项目停滞或联系项目方面没有回复时，投资者应主动向中介或项目方了解项目的最新进展。如出现未能办理移民、未分配红利或投资移民资金未能按时返还等违约的情形时，应及时找律师对项目进行评估。

大多EB5项目是相对复杂的，项目是否有监管账户、何时使用监管账户、资金是否分配使用是根据当时投资人与项目方签订的协议来约定。当然，也有项目方未能遵守协议的约定，将资金提前释放，或者项目进行或项目完成后进行挪用。投资者在咨询律师时，律师会根据项目约定的情况、项目的进程、目前的账户是否有资金等考虑采用应对的策略。在实

际操作中，并非所有的项目都适用于诉讼，部分项目即使获得胜诉，也未必能够顺利执行。部分项目未进入到诉讼程序，律师介入后已经和解。部分项目则需要投资者在分析了项目的进程后采取积极的诉讼策略，有可能还会得到较快的和解。需要根据每个项目的情况进行不同方式的应对。因此，投资者认为项目有可能出问题后，可将项目相关的合同、邮件或所了解的进程交与律师评估，律师才能制定出性价比较高的应对方案。

中豪聘请德国、新加坡等6国律师 担任外国法律顾问服务国家“一带一路”战略

2019年10月，重庆市司法局印发《重庆市司法局关于开展律师事务所聘请外籍律师担任外国法律顾问试点工作实施办法（试行）》的通知，正式开启重庆律所聘请外国法律顾问试点工作。中豪从众多合作多年的律所中遴选外籍律师担任外国法律顾问，从2019年10月至2020年9月，历经11个月的层层选拔和报送工作，最终成功获批聘请了来自德国、新加坡、美国、瑞士、越南和泰国6国6位优秀的外籍律师担任第一批外国法律顾问。



中豪荣获最受重庆海归青睐雇主奖



11月13日，渝中区区委组织部、区委统战部等联合举办2020重庆（渝中）海归人才招聘会。合伙人杨青受邀参加以“海归梦·渝之梦”为主题的海归人才职业发展论坛并作主题演讲，中豪荣获“最受重庆海归青睐雇主奖”。此项荣誉是对中豪多年在涉外业务领域不断深耕，在专业优势和海归人才团队建设方面取得优异成绩的充分肯定。中豪将持续为留学归国法律人才提供优质就业机会，为共建“一带一路”，加快建设内陆开放高地提供有力法治保障和优质法律服务，为重庆市打造法治化、国际化的营商环境贡献自身力量。



中豪律师集团

重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8088 E-mail: cq@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 E-mail: hk@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com