



FANGDA PARTNERS
方達律師事務所

中国年度企业 合规蓝皮书 2022-2023

发布方

中国公司法务研究院
方达律师事务所

主笔

方达合规及政府监管团队

编辑委员会

主任

辛 红 中国公司法务研究院秘书长

尹云霞 方达律师事务所合伙人

中国公司法务研究院编辑团队

吕 斌 中国公司法务研究院研究员

陈洪健 中国公司法务研究院市场主管

汪定强 中国公司法务研究院内容主管

主笔

方达合规及政府监管团队

韩 亮 尹云霞 庄燕君 黄 菁 赵何璇
张 毅 肖春晖 王 瑾 康英杰 邓云卫

杨 磊 于水天 王 鼎 干潇露 孙官军
姜迎宁 许 可 黎辉辉 王恺仁 卫凌波

魏 彤 郭庆营 张文豪 杨坚琪 毛乙竹
韩 越 王 刚 王嘉华 张旭贝 刘阳璐
刘心杨 郑恺嫻 刘利柯 李梦梅 吴怡芳
梁笑冬 叶翔文 张琪珩 张 弛 刘燕彬
马钰婷 刘月婷 方静文 汪 敏 杨翠玲
王德轩 谭 徽

※ 中国公司法务研究院

中国公司法务研究院是法治日报社设立的、以公司法务研究为核心的平台。法治日报社主办的《法治日报》是中央政法委机关报，是党和国家在民主法治建设领域的重要舆论阵地，是党在政法战线的主要喉舌，是 18 家中央媒体之一，也是中国目前唯一一家向国内外公开发行的中央级法制类综合性日报。法治日报社下设法治号、法制网、法人杂志等多个子报子刊、网站与客户端等新媒体平台。

中国公司法务研究院旨在搭建中国公司法务界最具影响力的信息交流、服务咨询平台，通过内容产出和系列活动的开展，提升公司法务在企业内部的战略地位，推动公司法务职业群体的成长成熟。同时，充分发挥媒体平台作用，促进企业的稳健发展。

中国公司法务研究院旗下拥有中国公司法务年会、中国公司法务 30 人论坛、走进企业等多个品牌活动，独家或联合其他机构连续发布了中国合规蓝皮书、中国企业走出去报告、中国企业家犯罪（媒体样本）报告等系列年度报告。

其中，中国公司法务年会是国内首家媒体打造的全国性法务高端交流平台，也是法治日报倾力打造 11 年的品牌活动。目前中国公司法务年会不仅在国内举办北京、上海、深圳、武汉等会场，同时联合其他机构与日本法务界建立了交替主办的年度沟通平台——中日企业法务论坛。

※ 方达律师事务所—— 全方位、专业的中国律师事务所

长期以来，方达一直作为大中华区为数不多的顶尖律师事务所之一享有盛名。方达创建于 1993 年，是首批向国内外客户提供全方位服务的中国律师事务所之一，在北京、广州、香港、上海和深圳均设有办公室，拥有 700 多名律师。

方达的律师在监管合规、诉讼、仲裁、投资、资本市场、并购、融资、知识产权、隐私和数据保护以及税务等领域拥有数十年从业经验，方达在多个行业也具备丰富经验，可以应对客户全面的业务需求，为客户提供全方位的优质服务，并擅长提供复杂法律问题的解决方案。

方达凭借近年来在中国法律服务市场的卓越表现荣膺行业各类奖项，充分证明了我们在处理相关领域重大法律事务方面的杰出专业技能。从 2000 年至今，我们的多个业务领域持续被各大法律评级机构和专业媒体，如《钱伯斯亚太》、《中国法律与实践》、《IFLR 1000》、《亚洲法律事务》、《PLC Which Lawyer》、《Dealmakers Monthly》、《ASIAN-MENA COUNSEL》等评为中国顶尖级别律师事务所。

※ 方达合规及政府监管团队—— 兼具丰富的本土知识与国际标准的专业 合规团队

方达合规及政府监管团队具备丰富的本土和国际经验，团队成员拥有中国大陆及中国香港地区、美国、英国等多地的律师执照，且很多律师在加入方达前在欧美等地积累了丰富的合规经验。同时，方达合规及政府监管团队在不断扩展，吸引了最优秀的人才，包括前检察官、前执法人员，在刑事调查及诉讼领域、行政审查及诉讼领域经验丰富的高级合伙人，以及知名的公司内部合规律师。

方达合规及政府监管团队一直为跨国公司和中国企业提供全方位的合规服务，业务范围覆盖刑事、民事、行政、劳动等完整法域，尤其在处理反腐败、反垄断或竞争法、网络安全与数据隐私保护、出口管制与制裁、国家秘密、证券监管、反洗钱、雇用和劳动、知识产权、健康和安全及环境法律等。方达合规及政府监管团队同时也为“走出去”的中国企业在全世界提供全方位的监管合规服务。方达合规及政府监管团队尤其擅长的领域包括：内部调查、政府调查、定制化合规制度建设、刑事案件等，有卓越的专业知识和丰富的实践经验。

方达合规及政府监管团队多次荣获各大权威评级机构奖项，例如，《钱伯斯亚太》于 2017 至 2023 年评选方达荣列中国“公司调查 / 反腐败”和“竞争法 / 反垄断”业务领域第一等律所。《法律 500 强（亚太区）》于 2017 年至 2023 年评选方达为“监管 / 合规”和“反垄断与竞争法”领域的第一梯队律所。《Asialaw Profiles（亚洲法律概览）》于 2018 年至 2023 年评选方达为“竞争 / 反垄断”业务领域杰出律所。2021 年，方达被《Benchmark Litigation（亚太区）》评为中国“政府与合规”业务领域——“高度推荐律所”。2019 年，方达也被《中国法律与实践》评为“年度监管与合规律所”。

目录

01

全球合规大事件综述

一、反腐败	02
二、数据	07
三、出口管制与制裁	12

02

问卷调研

一、国外执法变化对企业的影响	20
二、国内立法及执法变化对企业的影响	23
三、企业合规建制	27

03

反腐败

一、“受贿行贿一起查”形势下企业反腐败合规需求的再加强	45
二、2021-2022 年主要国家反腐败立法动态	45
三、反腐败合规内部调查：如何避免因调查取证引发次生合规风险	52
四、蓄势待发——2022 年美国 FCPA 执法观察	56
五、2022 年中国商业贿赂行政执法回顾——后疫情时代的变与不变	62
六、聚焦反法修订系列 商业贿赂条款简析——拨云见日亦或雾里看花？	66

04

反垄断

一、新《反垄断法》修订要点解读	72
二、反垄断司法新规亮点分析	81
三、横向垄断协议：竞争者之间常规合作模式中的横向垄断风险	93
四、纵向垄断协议：扬子江维持转售价格案要点总结及合规提示	97
五、反垄断利剑指向学术平台——知网因滥用市场支配地位被罚	101
六、经营者集中：腾讯收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案解析及对企业的合规启示	109

05

数据保护

一、2022 年数据保护执法回顾	114
二、《网络安全审查办法》解读及落地观察	121
三、《个人信息保护法》下互金企业的民事法律风险及合规方案	125
四、中国数据跨境传输新规解读	128
五、中国版“数据合规官”	137
六、Schrems 案件、欧盟数据出境影响评估（TIA）及对 中国企业的启示	141

06

出口管制与制裁

一、美国涉疆法案主要内容评述	148
二、从企业合规实务角度解读《反外国制裁法》	157
三、美国出口管制新规要点综述及热点问题解答	160
四、欧盟出口管制制度全面升级	167
五、美国对俄制裁梳理和展望——对中国企业的影响分析与应对建议	171

07

多边银行合规

一、多边银行的合规要求及制裁影响后果	178
二、多边银行的制裁措施与程序	183
三、多边开发银行制裁趋势与案例解读	187
四、中国企业预防及应对多边银行调查与制裁建议	190

08

海关

一、海关监管及执法趋势分析与应对	196
二、企业主动披露新规：不予行政处罚情形进一步扩大	200
三、监管完善趋势下的跨境电商企业海关合规风险防范	205
四、固体废物进口风险分析	209

09

ESG

一、ESG 的含义及发展	216
二、ESG 生态体系的主要角色简介	219
三、企业如何开展 ESG 实践	224

10

行政执法与刑事司法

一、简评《行政处罚法》修订对企业合规的重大意义	230
二、帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用尺度与辩护思路	233
三、如何做好合规监管人	239
四、企业视角下对第三方机制的理解与司法红利	244
五、第三方监督评估机制下三方主体的履职要点——对《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》的解读	248

第一章 全球合规大事件综述



一、反腐败

(一) 国内

1. 行政处罚法修订通过，首次提出“过错推定”

2021年1月22日，《行政处罚法》经第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过，已于2021年7月15日起施行。新版《行政处罚法》较旧版新增22条，对行政处罚的概念、行政处罚的种类、听证范围、法制审核范围、办案期限等均做了较大的修订。

其中一项修订值得重点关注，《行政处罚法》第三十三条第二款的规定：“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”《行政处罚法》自1996年颁布之后，分别于2009年和2017年进行了两次修正。三个版本的《行政处罚法》均没有对当事人的主观过错进行规定。实践中则一般认为，行政处罚并不以当事人存在主观过错为要件，只要当事人实施了违反行政法规范的行为，则应予以处罚。

这种不要求当事人存在主观过错的观点，在学理上称之为“客观归责论”。除“客观归责论”之外，对于行政处罚是否以当事人具备主观过错为要件，学理上还有两种观点，即“过错推定论”和“主观归责论”。

“过错推定论”认为，行为人实施了违反行政法规范的行为，则推定行为人具有主观过错，应当受到行政处罚，除非行为人有明确证据表明其不存在主观过错。这种“过错推定论”在某些具体领域的行政立法上也有被采纳，例如《食品安全法》第一百三十六条规定：“食品经营者履行了本法规定的进货查验等义务，有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准，并能如实说明其进货来源的，可以免于处罚，但应当依法没收其不符合食品安全标准的食品；造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。”“主观归责论”认为，行政处罚必须以行为人具有主观过错为前提，而且存在过错的举证责任应当由行政机关承担，例如《药品管理法》第一百二十条规定：“知道或者应当知道属于假药、劣药或者本法

第一百二十四条第一款第一项至第五项规定的药品，而为其提供储存、运输等便利条件的，没收全部储存、运输收入，并处违法收入一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，并处违法收入五倍以上十五倍以下的罚款；违法收入不足五万元的，按五万元计算。”

除了上文提到的某些特别法规定，在市场监管执法领域中，执法部门也将当事人主观过错作为减轻、从轻处罚的事由之一¹，但也仅限于此，不具有主观过错并不是法定不予处罚的理由。而2021年《行政处罚法》关于过错的规定，可以认为是一种“过错推定原则”，由当事人证明其没有主观过错，当事人能够证明其不存在主观过错的，则应不予处罚。我们认为，在一个企业已经搭建较为完善并已有效执行的合规体系的情况下，如果其员工从事了某种违法违规行为，这一条可能成为抗辩的新思路，即企业可主张其对员工的行为并不负有主观过错。

2. 《中央企业合规管理办法》正式发布

2022年是中央企业的“合规管理强化年”，4月1日，国资委发布《中央企业合规管理办法（公开征求意见稿）》，向全社会征求意见，历时5个月的意见征集、修改与完善，《中央企业合规管理办法》（“《合规管理办法》”）于2022年9月13日正式颁布，并已于2022年10月1日施行。

《合规管理办法》包括总则、组织和职责、制度建设、运行机制、合规文化、信息化建设、监督问责、附则八个部分。与国资委在“合规管理元年”，即2018年出台的《中央企业合规管理指引（试行）》相比，《合规管理办法》在诸多方面做出了进一步完善，包括：

在组织架构方面，《合规管理办法》强调了“党的领导”原则，要求充分发挥党委（党组）领导作用，新增党委（党组）在合规管理体系中的组织地位及相应职责。首次提出设立首席合规官，首席合规官由总法律顾问兼任，并直接对企业主要负责人负责。此外，在原来概括规定业务部门负责本领域的日常合规管理工作的基础上，进一步强调并明确了业务及职能部门承担合规管理主体责任和具体职责，并在业务及职能

1. 国家市场监督管理总局《关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》（国市监法〔2019〕244号）：“三、行政处罚裁量权的适用规则（七）行政处罚裁量情形。3. 有下列情形之一的，可以依法从轻或者减轻行政处罚：（5）当事人有充分证据证明不存在主观故意或者重大过失的……”

部门设置合规管理员，合规管理员由业务骨干担任，接受合规管理部门业务指导和培训。

在制度建设方面，《合规管理办法》专门设立一节规定制度建设，要求中央企业应构建分级分类的合规管理制度体系，包括基本制度和重点领域专项制度，并列出了反垄断、反商业贿赂、生态环保、安全生产、劳动用工、税务管理、数据保护几个重点领域，对于有涉外业务的中央企业，还要求针对涉外业务重要领域制定专项合规管理制度。

在运行机制方面，《合规管理办法》提出建立并更新合规风险数据库，强调将合规审查作为经营管理流程的必经程序，重大决策事项的合规审查意见应当由首席合规官签字并对决策事项的合规性提出明确意见。值得注意的是，中央企业的内控与风险管理机制的建设工作开始的比较早，目前中央企业基本都建立了内控及风险管理机制，《合规管理办法》特别强调加强与已有机制的统筹协调、避免交叉重复，探索“合规、法律、内控、风控”管理体系协同联动。

《合规管理办法》在组织架构、制度建设、运行机制以及合规文化等诸多方面，均对中央企业提出了新的要求，中央企业管理层的合规职责将进一步加强，合规管理在企业运营当中的重要性将进一步提升。

3. 监察法实施条例颁布，国家监察体制改革进一步深化

2018年3月20日，《监察法》颁布并实施，2021年9月20日，《监察法实施条例》（以下简称“《条例》”）施行。《条例》一共9个章节、287个条文，体例上与监察法各章逐一对应，在《监察法》69个条文的基础上，对监察机关及其职责、监察范围和管辖、监察权限、监察程序都进行了细化和明确。《条例》的实施，将进一步推进监察工作的规范化、有利于解决监察工作中的突出问题。

其中，《条例》对监察对象中的“国有企业管理人员”进行了进一步澄清，具体包括三类“（1）在国有独资、全资公司、企业中履行组织、领导、管理、监督等职

责的人员；（2）经党组织或者国家机关，国有独资、全资公司、企业，事业单位提名、推荐、任命、批准等，在国有控股、参股公司及其分支机构中履行组织、领导、管理、监督等职责的人员；（3）经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、管理、监督等工作的人员。”

《条例》进一步澄清了监察机关管辖的罪名范围，包括涉嫌贪污贿赂犯罪、公职人员涉嫌滥用职权犯罪、公职人员涉嫌玩忽职守犯罪、公职人员涉嫌徇私舞弊犯罪、公职人员在行使公权力过程中涉及的重大责任事故犯罪、公职人员在行使公权力过程中涉及的其他犯罪，包括泄露不应公开的案件信息罪，披露、报道不应公开的案件信息罪，接送不合格兵员罪等。

《条例》还细化了监察工作程序，围绕着监察权的运作，《条例》就证据的取得、谈话、讯问、询问、留置等强制措施的使用、技术调查、通缉、限制出境等方面作出了具体规定，避免监察权滥用。围绕案件办理流程，就线索处置、初步核实、立案、调查、审理、处置、移送审查起诉等环节作出细化规定。²值得注意的是，《条例》首次规定，对被调查人没有采取留置措施的，应当在立案后一年以内作出处理决定；对被调查人解除留置措施的，应当在解除留置措施后一年以内作出处理决定，区分不同情况对案件处理时限做出了明确规定。

4. 企业刑事合规改革制度适用范围进一步扩大，适用第三方机制已成为主要路径

自2020年3月起，最高检开展企业合规改革试点工作，第一期试点涉及四个省市的六个检察院，试点检察院对民营企业负责人涉经营类犯罪提出适用缓刑的量刑建议。

2021年4月，最高检决定扩大试点范围，在北京、辽宁、上海、江苏、浙江、福建、山东、湖北、湖南、广东十个省市进一步开展为期一年的第二期试点工作。该十个省市共选取了27个市级院和165个基层院开展试点改革。同时下发了《关于开展企业合规

2. 中央党校（国家行政学院）政治和法律教研部刑事及监察法教研室副主任金成波接受新华网记者专访时发言，2021-05-18，http://www.xinhuanet.com/legal/2021-05/18/c_1211160573.htm。

改革试点工作方案》（“《工作方案》”），提出“探索建立企业合规第三方机制”。

2021年6月3日，最高人民检察院在总结前期合规改革试点基础上，会同国资委等8个部委联合印发了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》，我国刑事合规不起诉制度的适用范围进一步扩大。

2022年4月，最高检会同全国工商联专门召开会议正式宣布，涉案企业合规改革试点在全国检察机关全面推开，纵向深度也达到县级检察院。同月，全国工商联等九部委印发《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）的通知》。

对于企业及其经营管理者在生产经营活动中涉嫌犯罪的，企业通过严格监督、评估的合规整改，可以实现不批捕、不起诉、轻缓量刑等刑法效果，企业刑事合规改革制度在短短两年之内迅速发展，更在2021年之后全面推开。最高检公布的统计数据显示，截至2022年12月，全国检察机关累计办理涉案企业合规案件5150件，其中适用第三方监督评估机制案件3577件（占全部合规案件的69.5%），较2022年4月初全面推开时分别新增3825件、2976件。³ 适用第三方机制已经成为涉案企业合规改革的主要路径。

5. 从重点查处受贿到“受贿行贿一起查”

2021年9月，中央纪委国家监委与最高检等六部委联合印发《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》（以下简称“《意见》”）。《意见》的发布标志着国家反腐的重心发生变化，由重点查处受贿转向受贿、行贿一起查。

行贿和受贿是一条利益链条的两端，然而我国此前的反腐实践呈现“重受贿、轻行贿”的特点，表现在对行贿人更少提起刑事起诉和处以更轻的刑罚，不仅导致受贿犯罪和行贿犯罪在打击力度上的失衡，也不利于防范受贿。正如意见指出，“要清醒认识行贿人不择手段‘围猎’党员干部是当前腐败增量仍有发生的重

要原因”。《意见》系对中共十八大之后持续关注反腐问题以及十九大“坚持无禁区、全覆盖、零容忍，坚持重遏制、强高压、长震慑，坚持受贿行贿一起查”部署的回应。

根据《意见》，重点查处的行贿行为包括：多次行贿、巨额行贿以及向多人行贿；重点查处的行贿主体包括党员和国家工作人员；重点查处的行贿领域包括在国家重要工作、重点工程、重大项目中的行贿，在组织人事、执纪执法司法、生态环保、财政金融、安全生产、食品药品、帮扶救灾、养老社保、教育医疗等领域行贿。

对于行贿行为的惩治方式，《意见》强调要没收违法所得的利益，除违法所得的财产性利益之外，《意见》还特别指出，“利益”也包括非财产利益，如职务职称、政治荣誉、经营资格资质、学历学位等，非财产利益的“没收”可以通过取消、撤销、变更职务职称、政治荣誉、经营资格资质、学历学位等方式进行。此外，《意见》强调要探索推行行贿人“黑名单”制度。实践中，已有不少省市探索建立行贿人黑名单制度，对于列入行贿人黑名单的实体和个人，在政府采购、土地出让、资金扶持、政治选举等方面进行限制或禁止，实施相关部门联合惩戒。

我们注意到，二十大报告延续了受贿行贿一起查的要求，强调要“坚决查处行贿行为，对多次行贿、巨额行贿以及向多人行贿等五类对象严肃查处”，“健全对行贿人联合惩戒机制”。可以预见，未来对于行贿行为的查处力度将继续加强。

2022年12月9日，恰逢第19个“国际反腐败日”，最高人民检察院印发《关于加强行贿犯罪案件办理工作的指导意见》，旨在进一步贯彻落实党中央相关部署要求，为各级检察机关从严惩治行贿、提高办案质效提供规范指引，助力推进受贿行贿一起查，实现腐败问题的标本兼治。该意见的主要内容包括：准确区分个人行贿与单位行贿、从严追究性质恶劣的行贿犯罪、对涉行贿犯罪的企业，符合适用涉案企业合规监管条件的，通过第三方监督评估机制严格督促企业合规整改等等。⁴

3. 最高人民检察院第四检察厅负责人就发布涉案企业合规典型案例（第四批）答记者问，2023-01-16，<https://chinanews.com.cn/gn/2023/01-16/9936314.shtml>。

4. 深入贯彻反腐败决策部署 依法从严惩治行贿犯罪 最高检印发《关于加强行贿犯罪案件办理工作的指导意见》，2022-12-9，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202212/t20221209_595081.shtml。

（二）国外

1.OECD 发布新的《关于进一步打击国际商业交易中贿赂外国公职人员行为的建议》

2021 年 11 月 26 日, 经济合作与发展组织(“OECD”)通过了一项新的《关于进一步打击国际商业交易中贿赂外国公职人员行为的建议》(“以下简称《2021 年反贿赂建议》”)。除了加强已经涵盖在 2009 年版本中的反贿赂措施之外, 《2021 年反贿赂建议》在近期反腐败态势基础上, 对 2009 年版本的反贿赂建议进行了更新。《2021 年反贿赂建议》扩大了关于调查和执法、提高反腐败意识和培训以及公共优势(包括公共采购)的原有建议范围, 将性别与腐败之间的潜在关联、新型技术在反腐败中的实践等一些新的议题纳入到建议当中, 增加了加强外国反贿赂法律的执行、解决外国贿赂需求方(受贿)、制裁与没收、非审判的解决方法、加强国际合作、举报人保护、对合规的激励措施以及数据保护章节。

《2021 年反贿赂建议》的要点包括:

- 通过采取新的措施, 加强主要政府机构, 包括外国代表机构、金融情报机构、税务机关和官方发展援助机构的反贿赂意识、相关培训以及侦查工作, 以推动综合性打击外国贿赂。
- 加强对外国贿赂法的执行, 包括通过主动发现和调查外国贿赂行为, 在执法当局之间进行更有效的国际合作, 以及在多管辖区的案件中进行合作。
- 介绍关于非审判决议的主要原则和特点的规定。
- 通过呼吁各国解决受贿和受贿问题并更好地支持面临受贿风险的公司, 来解决外国贿赂案件的需求方问题。
- 鼓励各国激励企业搭建内控、道德和合规体系, 以防止和发现外国贿赂案件。⁵

自从 1999 年《OECD 反贿赂公约》生效后, OECD 已有超过 20 年的反海外商业贿赂经验, 目前包括美国、英国、澳大利亚、加拿大、法国、德国等 38 个成员国和 6 个非 OECD 成员国正式批准了《OECD 反贿赂公约》。《2021 年反贿赂建议》反映了近期反腐败所面临的挑战、良好的反腐败实践以及一些跨领域的问题, 可谓对《OECD 反贿赂公约》的一项重要补充, 释放了 OECD 及其成员国将继续致力于支持反腐败措施的信号。

2. 美国拜登政府将反腐败斗争确立为国家安全的核心利益

2021 年 6 月, 美国拜登政府发布备忘录, 将反腐败斗争确立为国家安全的核心利益, 并要求进行机构间审查, 以便在 200 天内制定和推荐一项反腐败战略。⁶

2021 年 12 月 6 日, 拜登政府首次发布了美国反腐败战略, 该战略概述了打击美国境内外腐败和相关犯罪的重要性、若干目标和举措。反腐败战略包括五大重点: (1) 协调政府工作重心, 加强资源配置, 以更好地打击腐败; (2) 遏制非法资金; (3) 追究腐败行为人的责任; (4) 维护和加强反腐败多边合作; 以及 (5) 利用对外援助等外交手段来推动政策目标。美国联邦政府部门和机构将每年向总统汇报落实这项战略的进展。

3.2021 年与 2022 年的 FCPA 执法情况整体较为低迷, 但其执法风险依然不可忽视

2021 年与 2022 年 FCPA 执法整体较为低迷, 相比近十年来的美国证券委员会(“SEC”)和美国司法部(“DOJ”)的平均年执法数量 36 次, 2021 年 SEC 和 DOJ 的执法数量只有 20 次, 其中涉及到公司的执法数量有 6 次, 2022 年为 25 次, 涉及到公司的有 14 次。此外, 2021 年总和解金额约 3.6 亿, 2022 年约 15 亿美元。2022 年相较于 2021 年的执法数量、罚款金额均有所增加, 但仍处于 10 年较低水平。就个人案件而言, 近三年 FCPA 执法机构对个人的执法数量急速下降, DOJ 进行执法的个人数量从

5. 2021 OECD Anti-Bribery Recommendation, December 9, 2021, <https://www.oecd.org/corruption/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm>.

6. Top 10 International Anti-Corruption Developments for December 2021, January 20, 2022, <https://www.jdsupra.com/legalnews/top-10-international-anti-corruption-8659994/>.

2019 年的 43 名下降至 2022 年的 13 名，而 SEC 则已连续两年没有对个人进行执法。

尽管 2021 与 2022 年 FCPA 执法的总数量不多，但这并不意味着 SEC 和 DOJ 对 FCPA 执法的放松。在全球经济回温、政治竞争对抗加剧的背景下，结合近年来美国政府关于打击腐败重要性的公开表态，FCPA 仍然是 SEC 和 DOJ 执法的重点，中国企业开展涉外经营活动不可忽视 FCPA 执法风险。

4. 美国司法部副部长评述企业犯罪执法方面的重大政策变化

2022 年 9 月 15 日，美国司法部副部长莉萨·莫纳科（Lisa O. Monaco）在纽约大学的“企业合规与执法项目”中就企业犯罪执法问题发言。在该发言中，莉萨·莫纳科宣布了几项针对企业和个人执法的重大政策，包括：

（1）美国司法部会将追究公司犯罪下的个人责任放在首要位置

莉萨·莫纳科强调公司在发现个人实施不当行为后，应在第一时间报告并披露相关文件，“速度是重中之重”，推迟披露将不利于司法部搜集和保存证据。

（2）美国司法部在考虑对公司最终决定的过程中，将如何评估该公司过往的不当行为

其中，企业过去是否受到刑事方面的处罚或者是否为同一个人再次实施不当行为，将作为重点考量因素。如果一家企业并购了另一家存在合规问题的企业，在被并购企业此前的合规问题在并购之后得到了迅速和妥当的解决的情况下，司法部将不会将并购企业视为累犯。特别值得注意的是，司法部表明，对于累次违法的公司，司法部不赞成与这种公司多次签订不起诉协议（Non-Prosecution Agreement）或延期起诉协议（Deferred Prosecution Agreements），并警告公司不要假设他们有权达成不起诉协议或延期起诉协议，如果鉴于情势需要，司法部将不吝对这些公司提起刑事指控。

（3）美国司法部鼓励自愿的自我披露

美国司法部认为，在很多情况下，公司的自愿披露表明公司已经建立了合规体系并且形成了发现并提出不当行为的合规文化。司法部要求，每个司法部下级机构都应该尽快制定鼓励公司自愿自我披露的政策，并写明公司因自愿披露而可能得到的具体好处。原则上，对于自愿披露不法行为、合作并减轻不法行为的公司，司法部将不会要求公司做出有罪答辩。司法部认为，这将为公司带来看得见的利益，例如将为公司减少上百万的罚款，并且避免有罪控诉而对公司名誉的损失等等。

此外，司法部还就合规监管员的选择、对其工作的监督以及加强与涉案公司的适配度等发布了新指引，并对企业需要采取措施（例如，对实施了违法行为的人员处以罚款）提升公司合规文化提出了要求。

美国司法部官网也同步发布了一份莉萨·莫纳科为作者的备忘录，详细介绍了修订后的企业刑事执法政策。

5. 欧洲议会推动与腐败有关的经济制裁

2022 年 2 月 17 日，欧洲议会通过了一项文本，该文本建议欧洲联盟（欧盟）理事会“迅速提出一项立法提案”，针对“在欧盟扣留资产和财产的侵犯人权者的经济和金融帮凶”实施制裁。欧洲议会指出，它已经一再要求修改目前的欧盟全球人权制裁制度（GHRSR），将腐败作为一种应受制裁的罪行。例如，在 2021 年 7 月，欧洲议会强调了腐败对人权的破坏性影响，并通过了一项决议，呼吁将腐败列为应受惩罚的罪行。在 2 月 17 日的文本中，欧洲议会建议修改欧盟全球人权制裁制度，或者通过一个新的反腐败制裁制度，以将反腐败制裁纳入其中。该文本指出，“随着越来越多的国家采用更严格的框架，腐败分子将其资产转移到欧盟的风险越来越大”，呼吁成员国“迅速和适当地实施”制裁，“特别是关于入境禁令和冻结资产的制裁”。⁷

7. Top 10 International Anti-Corruption Developments for February 2022, March 24, 2022, <https://www.jdsupra.com/legalnews/top-10-international-anti-corruption-2059841/>.

二、数据

(一) 国内

1. 多部数据相关法律生效，填补我国相关领域的立法空白

(1) 《数据安全法》生效

2021年6月10日，《中华人民共和国数据安全法》获第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议表决通过，并于2021年9月1日生效。《数据安全法》共55条，分七章，依次为总则、数据安全与发展、数据安全制度、数据安全保护义务、政务数据安全与开放、法律责任和附则。值得注意的是，本次《数据安全法》首次将数据作为“关键要素”写入法律，从立法上确认了对“数据权益”的保护，使数据从之前单纯的民间、经济领域里的一项资源，直接上升到了国家安全层面。

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

在数据分类分级保护的基础上，国家数据安全工作有关部门将制定重要数据目录，加强对重要数据的保护，其中，关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据属于国家核心数据，将实行更加严格的管理制度。《数据安全法》第三十条明确了重要数据处理者的义务，要求重要数据的处理者应当按照规定对其数据处理活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。第二十七条第二款还要求重要数据处理者应当明确数据安全负责人和管理机构，落实数据安全保护责任。

《数据安全法》概括性规定了“数据分类分级保护制度”、“重要数据目录”、“国家核心数据”等内容，对企业未来的数据合规提出了新的要求，对于企业而言，可以优先通过梳理业务、甄别日常经营中存在各类数据处理活动来判断自身对应的义务和责任类型，并以此为基础，结合后续国家出台的配套性文件实施必要的数据合规整改工作。

(2) 《个人信息保护法》生效

2021年8月20日，《个人信息保护法》获第十三届全国人大常委会第三十次会议表决通过，并于2021年11月1日生效。《个人信息保护法》明确了个人信息、敏感个人信息、个人信息处理者等基本概念，以个人信息保护为核心要素，通过设定个人信息处理者的保护责任与义务、个人信息主体的权利、个人信息处理的一系列规则、监管部门职责、违反本法的方式，是我国第一部系统性保护个人信息规范方面的法律。

《个人信息保护法》确立了以告知-同意为核心原则，以无需个人同意的情形为例外的个人信息处理规则，即处理者在处理个人信息前，应当显著地、清晰易懂地向个人告知相关事项，并在个人充分知情的前提下取得其自愿、明确作出的同意，且个人有权撤回对于个人信息处理活动的同意。同时，在知情同意作为信息处理基本原则的基础上，《个人信息保护法》还明确了无需个人同意的例外情形，包括为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需等情形。

《个人信息保护法》还突出了对敏感个人信息的特别保护措施，《个人信息保护法》对敏感个人信息进行了明确的定义，并列举了“生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹”等信息类型，对于敏感个人信息，《个人信息保护法》规定了适用范围更窄的处理基本原则，且要求处理者采用更为严格的告知-同意机制。

《个人信息保护法》较为全面的规定了个人请求查阅、复制、更正、补充、删除、要求个人信息处理者解释说明的权利，创设性新增个人信息“可携带权”，加强个人信息主体对其个人信息的控制。

针对愈演愈烈的“大数据杀熟”问题，《个人信息保护法》也进行了回应，要求个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。特别是要求，通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。

此外,《个人信息保护法》还建立了国家机关处理个人信息、个人信息出境等方面的规则,首次提出“小型个人信息处理者”的概念,明确对于违法处理个人信息或者未履行相关保护义务的惩处措施,加强了对侵犯个人信息行为的惩处力度,对情节严重的行为,按照营业额的一定比例处以罚款,责令暂停业务或停业整顿、吊销业务许可或营业执照,对直接负责人员处以高额罚款以及在一定期限内禁止其担任相关企业的董事、监事、高管和个人信息保护负责人等。

《个人信息保护法》的颁布标志着我国个人信息保护立法体系进入新的阶段,也给业务中涉及个人信息收集、处理、储存等事项的企业提出了新挑战。因此,企业应当尽快建立个人信息保护合规体系,对数据存储、数据跨境传输以及敏感个人信息等重大合规问题进行专项管理。

2.《网络安全审查办法》正式出台,为网络安全审查提供具体指引

2022年2月15日起,国家互联网信息办公室等十三部门联合修订发布的《网络安全审查办法》(以下简称“《2022年办法》”)正式施行,对关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务,以及网络平台运营者开展数据处理活动影响或者可能影响国家安全的情形进行了规制。

此前,在2021年7月,国家互联网信息办公室即因数家赴美上市的企业被网络安全审查,从而使得网络安全审查制度受到高度重视。在网络安全审查办公室启动第一起网络安全审查后的一周后发布了《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》(“《修订草案》”),并结合新颁布的《数据安全法》对纳入审查的情形、审查考虑的因素等内容进行了相应调整。

《2022年办法》规定了需要进行网络安全审查的情形、申报材料、网络安全审查的评估重点、审查时限等。区别于2020版的《网络安全审查办法》,《2022年办法》新增了两项网络安全审查的触发条件,包括“网络平台运营者开展数据处理活动,影响或者可能影响国家安全的”和“掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市”,但赴港上市不要求主动申报网络安全审查。

《2022年办法》再次强调了重要数据的安全风险,

新增规定了网络安全审查中重点评估的国家安全风险因素,包括“核心数据、重要数据或者大量个人信息被窃取、泄露、毁损以及非法利用、非法出境的风险;上市存在关键信息基础设施、核心数据、重要数据或者大量个人信息被外国政府影响、控制、恶意利用的风险,以及网络信息安全风险”。另外,《办法》还将特别审查程序的期限延长至90个工作日,并且明确为了防范风险,当事人应当在审查期间按照网络安全审查要求采取预防和消减风险的措施。

3.《汽车数据安全若干规定(试行)》出台,针对汽车领域涉及的个人信息和重要数据处理活动提出具体合规要求

2021年8月16日,国家互联网信息办公室、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、公安部、交通运输部发布《汽车数据安全若干规定(试行)》(以下简称“《规定》”),该《规定》自2021年10月1日起施行。《规定》旨在规范汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中涉及个人信息和重要数据(“汽车数据”)的处理活动。汽车制造企业、汽车软硬件供应商、经销商、出行服务企业等任何涉及汽车数据处理活动的企业,均可能受到《规定》的管辖。

《规定》是监管部门在《网络安全法》和《数据安全法》等法律法规的基础上,专门就汽车领域涉及的个人信息和重要数据处理活动提出的合规要求。《规定》首次对“汽车数据”进行了规章层面的定义,即汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中的涉及个人信息数据和重要数据。其中,《规定》中的个人信息与《个人信息保护法》中的定义一致,值得注意的是《规定》对重要数据的列举,特别是明确了10万人以上的个人信息也属于重要数据,在重要数据相关国家标准出台之前,这一标准对其他行业也具有参考意义。值得指出的是,目前《规定》中列举的重要数据为非穷尽式举例,企业仍需关注后续监管部门可能制定的重要数据相关标准和指引。

《规定》明确了汽车数据处理者开展汽车数据处理活动的一般要求,主要包括:处理汽车数据的合法性、正当性、落实网络安全等级保护制度、加强汽车数据保护、建立投诉举报渠道等。

《规定》还明确,开展个人信息处理活动,汽车数据

处理者应当通过用户手册、车载显示面板、语音、汽车使用相关应用程序等显著方式告知个人相关信息，取得个人同意或者符合法律、行政法规规定的其他情形。《个人信息保护法》第二十八条规定，“只有在具有特定的目的和充分的必要性”，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息。《规定》进一步要求，除为符合法律、行政法规和强制性标准等要求外，处理者处理敏感个人信息，应当“具有直接服务于个人的目的，包括增强行车安全、智能驾驶、导航等”；以及在“具有增强行车安全的目的和充分的必要性”时，方可收集指纹、声纹、人脸、心率等生物识别特征信息，对敏感个人信息的处理目的进行了进一步的限制。

此外，《规定》还要求重要数据依法在境内存储，因业务需要确需向境外提供的，应当通过安全评估，并规定了各汽车数据处理者就重要数据的处理情况（包括重要数据的跨境提供情况）向网信部门和有关部门进行年度报送的义务。

随着《规定》的发布和生效，我国对于汽车产业数据安全的监管力度逐步加强，监管制度也更加完善。对于汽车产业的企业来说，遵守《规定》的相关规则并建立完善的自身合规体系是必需且紧迫的现实要求。

4. 首部专门针对关键信息基础设施安全保护工作的行政法规《关键信息基础设施安全保护条例》出台

2021年8月17日，《关键信息基础设施安全保护条例》（以下简称为“《条例》”）正式公布，自2021年9月1日起正式施行。

《条例》主要包括关键信息基础设施认定、运营者的保护责任和义务、保护工作部门责任义务等六个部分，明晰了关键信息基础设施的监管机构及角色分工、认定的考虑因素、认定流程，以及关键信息基础设施运营者的安全保护义务及对关键信息基础设施实施漏洞探测、渗透性测试需经主管部门审批的要求、运营者授权等方面。

在关键信息基础设施认定方面，《条例》仅列举了三项主要考虑因素，包括：（1）网络设施、信息系统等对于本行业、本领域关键核心业务的重要程度；（2）网络设施、信息系统等一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露可能带来的危害程度；（3）对其他行业和

领域的关联性影响。

从《贯彻落实网络安全等级保护制度和关键信息基础设施安全保护制度的指导意见》到《条例》，均明确了由相关监管机构认定关键信息基础设施及其运营者。《条例》规定了认定、评估及通知、通报的认定流程，其第10条规定保护工作部门根据认定规则负责组织认定本行业、本领域的关键信息基础设施，及时将认定结果通知运营者，并通报国务院公安部门。

在运营者的保护责任和义务方面，《条例》进一步细化并补充了《网络安全法》中的规定，从制度设立、网络产品及服务采购、向监管部门的报告义务等多个方面详细说明了运营者的保护义务。运营者违反保护义务，如未及时报告关键信息基础设施的重大网络安全事件、采购可能影响国家安全的网络产品和服务或未按要求进行安全审查的，可能会被处以高额罚款，直接负责的主管人员和其他直接责任人员也将承担罚款、拘留或5年乃至终身禁止从事网络安全管理和网络运营关键岗位工作的处罚。

5. 多项规范出台规制数据出境

《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等上位法中均有关于数据出境安全方面的规定：《网络安全法》要求关键信息基础设施的运营者在中国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储，因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；《数据安全法》则要求国家参与数据安全相关国际规则和标准的制定，促进数据跨境安全、自由流动；《个人信息保护法》第三十八条进一步规定了三种个人信息出境的方式，包括：（1）网信部门组织的安全评估；（2）经专业机构进行个人信息保护认证；（3）订立网信部门制定的标准合同。

2021-2022年间，为配套上位法中对于数据出境安全保障的要求，我国颁布了多项数据出境方面的规定，主要包括：

- 2021年10月29日，国家网信办发布《数据出境安全评估办法（征求意见稿）》，2022年7月7日发布正式稿，2022年9月1日起施行。
- 2022年4月29日，全国信息安全标准化技术委员会就《个人信息跨境处理活动认证技术规范》

公开征求意见，并于 2022 年 6 月 24 日发布正式稿；2022 年 11 月 18 日全国信息安全标准化技术委员会又迅速发布了《个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0（征求意见稿）》，并于 2022 年 12 月 16 日发布 V2.0 正式稿。

- 2022 年 6 月 30 日，国家网信办就《个人信息出境标准合同规定》征求意见（2023 年 2 月 24 日，《个人信息出境标准合同办法》正式发布，并将于 2023 年 6 月 1 日生效）。

其中，2022 年 6 月 24 日的 1.0 版本《个人信息跨境处理活动认证技术规范》，系首次探索个人信息跨境处理活动认证制度的官方文件，为落实《个人信息保护法》第三十八条建立个人信息保护认证制度提供了认证依据。规范内容包括个人信息跨境处理活动认证的适用情形、认证主体、基本原则、基本要求、个人信息主体权益保障五部分。2.0 版本与 1.0 版本的结构基本一致，在适用情形方面删除了 1.0 版本中的两种具体适用情形，改为笼统规定该文件“作为认证机构对个人信息跨境处理活动进行个人信息保护的认证依据，也为个人信息处理者在规范个人信息跨境处理活动提供参考”，或将扩大个人信息跨境处理活动认证的适用范围；认证主体方面则要求必须具有法人资格；基本要求方面扩充了数据跨境传输协议必备的内容、个人信息保护机构的职责范畴、个人信息处理者和境外接收方的责任义务等等，进一步细化了个人信息保护认证的要求，以确保个人信息主体权益得到充分的保障。

《个人信息跨境处理活动认证技术规范》不仅为认证机构实施个人信息跨境处理活动认证提供了认证依据，也为个人信息处理者规范个人信息跨境处理活动提供了较强的参考意义。对于日常经营中可能涉及个人信息跨境处理的企业来说，建议参照规范的内容设立跨境个人信息处理相关制度，在合法合规的框架下从事跨境信息处理活动，以尽量避免因违法违规而受到行政处罚的风险。

《个人信息出境标准合同办法》（“《标准合同办法》”）对应了《个人信息保护法》第 38 条第一款第三项的规定，即个人信息处理者确需向境外提供个人信息的，应当按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利义务。《标准合同办法》明确，通过订立标准合同向境外提供个人信息应当同

时符合以下情形：（1）非关键信息基础设施运营者；（2）处理个人信息不满 100 万人的；（3）自上年 1 月 1 日起累计向境外提供个人信息不满 10 万人的；（4）自上年 1 月 1 日起累计向境外提供敏感个人信息不满 1 万人的。《标准合同办法》还特别增加了禁止个人信息处理者通过数量拆分等手段规避出境安全评估的规定。此外，《标准合同办法》还从标准合同的流程、标准合同和备案的有效期间等其他方面对使用标准合同方式实现个人信息跨境转移的个人信息处理者提出了新的规制框架的要求。《标准合同办法》的公布推动了《个人信息保护法》的进一步落实，使得个人信息出境活动更加规范，也标志着我国数据保护法律体系的愈发完善。《标准合同办法》还提供了自施行之日起 6 个月的整改过渡期，对于业务中涉及数据出境的企业，应当及时梳理个人信息出境业务场景与路径，完善自身数据保护体系，明确标准合同缔约主体，订立标准合同并在所在地省级网信部门完成备案，做到业务数据的合法合规流动。

《数据出境安全评估办法》系关于《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》共同确立的数据出境安全评估制度的配套细则，《数据出境安全评估办法》涵盖了应当申请数据出境安全评估的情形满足下列 4 种情形之一的，即应该申请数据出境安全评估：

（1）向境外提供重要数据；（2）关键信息基础设施运营者和处理 100 万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息；（3）自上年 1 月 1 日起累计向境外提供 10 万人个人信息或者 1 万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息以及（4）国家网信部门规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形。此外，《数据出境安全评估办法》还规定了数据出境风险自评估重点、主管部门安全评估流程、数据处理者同境外接收方的数据安全保护责任义务的约定等内容，为有数据出境需求企业指明了数据出境评估的适用情况和具体方法。

6. 中央出台“数据二十条”，加强构建数据基础制度，更好发挥数据要素作用

2022 年 12 月 19 日，中国政府网公布《中共中央国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（“《数据二十条》”）。《数据二十条》以坚持促进数据合规高效流通使用、赋能实体经济作为主线，以构建数据产权制度、数据要素流通和交易制度、数据要素收益分配制度、数据要素治理制度四

方面制度为重点,提出探索数据产权结构性分置制度、推进实施公共数据确权授权机制、推动建立企业数据确权授权机制、建立健全个人信息数据确权授权机制、建立健全数据要素各参与方法权益保护制度、完善数据全流程合规与监管规则体系、统筹构建规范高效的数据交易场所、培育数据要素流通和交易服务生态、构建数据安全合规有序跨境流通机制、加大政策支持力度等二十条意见。

数据具有无形性、非消耗性等特点,难以被传统产权的法律框架界定,影响企业发展数字经济的积极性,鉴于此,《数据二十条》特别强调,要探索数据产权结构性分置制度,建立公共数据,力求帮助企业打破数据产权困境,淡化所有权、强调使用权,聚焦数据使用权流通,创造性提出建立数据资源持有权、数据加工使用权和数据产品经营权“三权分置”,构建中国特色数据产权制度体系。⁸此外,《数据二十条》明确个人数据的分类分级确权授权制度,强调不得采取“一揽子授权”、强制同意等方式过度收集个人信息,压实企业的数据治理责任,“宽进严管”,不得利用数据、算法等优势和技术手段排除、限制竞争。

此次《数据二十条》的出台,表明了国家大力发展数字经济、将数字要素转化为生产力的方向,提出建立并落实多项数据基础制度,充分彰显数字经济的强大潜力。

7. 互联网办公室对滴滴作出网络安全行政处罚

2022年2月15日起,国家互联网信息办公室等十三部门联合修订发布的《网络安全审查办法》(以下简称《办法》)正式施行。2022年7月2日,网络安全审查办公室在国家网信办官网发布公告,宣布将对滴滴出行启动网络安全审查,并要求为配合网络安全审查工作,防范风险扩大,审查期间“滴滴出行”停止新用户注册。

经查,滴滴公司主要存在八方面违法事实,包括:(1)违法收集用户手机相册中的截图信息;(2)过度收集用户剪切板信息、应用列表信息;(3)过度收集乘客人脸识别信息、年龄段信、职业信息、亲情关系

信息、打车地址信息;(4)过度收集设备的精准位置(经纬度)信息;(5)过度收集司机学历信息、以明文形式存储司机身份证号信息;(6)在未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息、常驻城市信息、异地商务/异地旅游信息;(7)在乘客使用顺风车服务时频繁索取无关的“电话权限”; (8)未准确、清晰说明个人信息处理目的。

2022年7月21日,国家互联网信息办公室对滴滴全球股份有限公司处人民币80.26亿元罚款,对滴滴全球股份有限公司董事长兼CEO、总裁各处人民币100万元罚款。

国家互联网信息办公室有关负责人在答记者问时强调,国家正在不断加强对于网络安全、数据安全、个人信息安全的保护力度与执法力度,通过执法约谈、责令改正、警告、通报批评、罚款、责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、下架、处理责任人等处罚措施,依法打击危害国家网络安全、数据安全、侵害公民个人信息等违法行为。作为《办法》生效后第一例触发网络安全审查程序的APP,“滴滴出行”接受网络安全审查也给其他互联网企业敲响了警钟,上述八方面违法事实绝不会仅仅存在于滴滴,在很多互联网企业中都有可能存在,企业应充分重视数据合规,尽快审查自身合规情况,对不合规事项进行整改。

(二) 国外

1. 欧盟《数字服务法》与《数字安全法》取得重要进展

欧盟委员会于2020年12月15日推出《数字服务法》(Digital Service Act)和《数字市场法》(Digital Market Act)提案,《数字服务法》侧重于对平台非法商品、服务及内容的打击以及平台用户的权利保护,而《数字市场法》则侧重于防止“守门人”滥用线上平台市场优势地位、破坏公平竞争的环境。两大法案相继于2022年取得重要进展,将对欧洲乃至世界数字市场的游戏规则产生深远影响。

8. 构建数据基础制度 更好发挥数据要素作用——国家发展改革委负责同志答记者问, 2022-12-20, http://www.gov.cn/zhengce/2022-12/20/content_5732705.htm。

（1）欧盟国家和欧盟议员就《数字服务法》达成协议

欧盟国家和欧盟议员在 2022 年 4 月 23 日就《数字服务法》达成协议，该法案要求科技巨头加大力度监管其平台上的非法内容，并向监管机构支付一笔费用以监督他们的合规性。在《数字服务法》之下，具有约束力的欧盟范围内的义务将适用于所有为消费者提供的商品、服务或内容的数字服务，包括更快地删除非法内容的新程序，以及对用户在线基本权利的全面保护。

《数字服务法》根据服务的规模 and 影响进行分级规制，例如：

- 关于移除线上非法商品、服务和内容；
- 关于用户内容被平台错误删除的保护措施；
- 对于超大型平台施加的新义务，促使他们采取基于风险等级的措施以防止滥用平台系统；
- 要求线上平台采取宽泛的透明度措施，包括关于线上广告和向用户推荐内容的算法的透明度；
- 审查平台如何运作的新权限，包括为研究人员获取关键平台数据提供便利；
- 关于线上市场商业用户的追溯能力的新规，以帮助追溯从事销售非法货物或服务的卖方；
- 公共部门之间的创新合作流程，以确保对单一市场的有效执法。⁹

用户覆盖欧盟 10% 以上人口（即 4500 万用户）的平台被认为具有系统性，不仅要承担控制自身风险的具体义务，而且要接受新的监督结构。这个新的监督结构将由国家数字服务协调委员会组成，委员会在监督超大型平台方面拥有特殊权力，包括拥有直接制裁它们的能力。

根据 DSA 的规定，违反规定的公司将面临高达其全球营业额 6% 的罚款，屡教不改者可能会被禁止在欧盟开展业务。

（2）《数字市场法》经欧盟理事会审批通过

《数字市场法》则快《数字服务法》一步，已于 2022 年 7 月 18 日通过了欧盟理事会的最终批准，并于 2022 年 11 月 1 日正式实施。《数字市场法》力在解决作为数字“守门人”的一些平台的某些行为的不利影响，防止某些平台滥用其优势地位，以确保数字公平竞争的环境。

根据《数字市场法》，“守门人”是指对市场有重大影响的平台，这些平台是企业用户接触客户的重要通道，且“守门人”的这种地位非常稳固而持久的。《数字市场法》将该法案的适用对象限制在最容易出现不公平行为的、提供核心平台服务的服务商，如搜索引擎、社交网络或在线中介服务。委员会有权在市场调查之后指定守门人。

《数字市场法》禁止了一系列明显的不公平行为，例如阻止用户卸载任何预装软件或应用程序；将自己的商品或服务优先于他人的商品或服务提供；将在一项服务中收集的个人信息用于另一项服务；为商业用户规定不利条件等等。《数字市场法》还要求守门人主动采取一些措施，例如允许第三方的软件正常运行并与其自身提供的服务互通。¹⁰

如果守门人未遵守《数字市场法》，可能被（1）施加包括最高全球营业额 10% 罚款的制裁，对于重复违规者，可能会被处以最高达到其全球营业额 20% 的罚款；（2）定期支付高达 5% 的日平均营业额的罚款；（3）甚至可能被要求做出某些结构性调整，包括剥离某些业务。¹¹

《数字市场法》将通过“事前监管”和“逐案执法”两种方式对在数字市场中具有稳固地位和重大影响的守门人进行监管，使数字市场的竞争执法变得更加迅速和有力，对于帮助行业内的初创企业更好地发展和扩张，保障欧洲数字服务市场的公平性和开放性都具有积极意义。

2. 美欧达成《欧盟 - 美国数据隐私框架充分性决定草案》，助力美欧之间数据的安全流动

9. Europe fit for the Digital Age: Commission proposes new rules for digital platforms, December 15, 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347.

10. See note 1.

11. The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets, visit date: 2022-11-05, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en.

2022年12月13日，美欧达成《欧盟-美国数据隐私框架充分性决定草案》，这是美欧数据跨境流通的第三次尝试，此前2000年和2016年达成的两次数据跨境传输协议均因被指控无法达到欧盟的数据保护标准而先后被欧盟法院判决无效，对于“价值7.1万亿美元的美欧经济关系”¹²下的诸多企业来说，缺少数据跨境传输协议势必对其跨境业务开展造成影响。因此，达成一个新的、符合欧盟数据保护标准的跨境数据传输协议，无疑是美欧之间的共识。根据欧盟数据保护法律，在达到“充分性决定（adequacy decision）”的情况下，即数据接收方所在国家能够提供一个与欧盟“基本等同”的数据保护系统，欧盟数据便可以自由、安全地从欧盟传输到第三国，无需任何其他条件或者授权，也就是相当于在欧盟国家之间传输。《欧盟-美国数据隐私框架充分性决定草案》便是欧盟与美国政府达成的一项新的充分性决定。美国公司可以通过承诺遵守一系列的隐私保护义务，包括关于目的限制和数据保留、数据安全、向第三方共享数据等方面的义务，来表明他们参与到了该欧美国数据隐私框架当中。目前，该草案已被提交欧盟数据委员会审议，之后，该草案将需要获得由欧盟成员国代表组成的委员会的批准，同时，欧盟议会对充分性决定有审查权。通过上述程序后，欧盟委员会便可以最终采纳这项充分性决定。¹³

三、出口管制与制裁

（一）国内

1.《反外国制裁法》颁布，我国反制措施将更加体系化、规范化

2021年3月11日，十三届人大四次会议审议批准了《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，其中明确提到了“今后一年的工作中，要围绕反制裁、反干涉、反制长臂管辖等，充实应对挑战、防范风险的法律‘工具箱’。”2021年6月10日，《中华人民

共和国反外国制裁法》（“《反外国制裁法》”）经全国人大常委会通过并正式颁布实施，“在较短的时间里，起草、审议并通过了反外国制裁法，这是反击某些西方国家霸权主义和强权政治的迫切需要，是维护国家主权、安全、发展利益的迫切需要。”¹⁴

《反外国制裁法》共有16条，主要包括外交基本政策和原则立场、采取反制措施的情形和反制措施适用的对象、反制措施、反制工作机制、有关组织和个人的义务这五方面。根据《反外国制裁法》第三条，“外国国家违反国际法和国际关系基本准则，以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压，对我国公民、组织采取歧视性限制措施，干涉我国内政的，我国有权采取相应反制措施。”值得注意的是，《反外国制裁法》第十五条同时提到，“对于外国国家、组织或者个人实施、协助、支持危害我国主权、安全、发展利益的行为，需要采取必要反制措施的，参照本法有关规定执行”。这一规定为《反外国制裁法》的扩大适用留下了空间。即使不存在传统意义上的“干涉内政行为”，但如果目的是危害我国主权、安全和发展利益，我国也有权根据《反外国制裁法》予以反制。某些国家通过制裁及出口管制等措施，限制我国高科技行业发展；以“国家安全”为名义，对我国半导体等行业的发展实施不公平的出口限制，这些行为也有可能成为《反外国制裁法》所针对的对象。

“反制清单”是《反外国制裁法》的一项重要机制，根据《反外国制裁法》，国务院有关部门可以决定将直接或者间接参与制定、决定、实施该法第三条规定的歧视性限制措施的个人、组织列入反制清单，并可以将与反制清单内主体存在特定关联的个人或组织一并实施反制措施，并明确界定了特定关联的个人或组织的外延，便于相关企业在执行中把握。

反制措施中包括“禁止或者限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动。”因此，企业及个人均应着眼于识别反制措施对象，履行《反外国制

12. Remarks by President Biden and European Commission President Ursula von der Leyen in Joint Press Statement, March 25, 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/03/25/remarks-by-president-biden-and-european-commission-president-ursula-von-der-leiden-in-joint-press-statement/>.

13. Questions & Answers: EU-U.S. Data Privacy Framework, draft adequacy decision, December 13, 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_22_7632.

14. 全国人大常委会法工委就反外国制裁法答记者问，2021-06-10, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/rdzxwfbh/xwfbh/wjb44184/Document/1706314/1706314.htm#:~:text=%E5%88%B6%E5%AE%9A%E5%8F%8D%E5%A4%96%E5%9B%BD%E5%88%B6%E8%A3%81%E6%B3%95,%E7%BB%84%E7%BB%87%E7%9A%84%E5%90%88%E6%B3%95%E6%9D%83%E7%9B%8A%E3%80%82。>

裁法》规定的法定义务。对于“不执行、不配合实施反制措施的”，《反外国制裁法》规定将依法追究法律责任。

此外，值得引起企业关注的是，《反外国制裁法》规定任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的关于歧视性限制措施。其中，《反外国制裁法》对于“歧视性限制措施”的范围和内涵没有明确界定。从广义的角度理解，似乎可以包括针对中国采取的一切制裁和出口管制措施，该条所指的“歧视性限制措施”是否应当满足第三条规定的“干涉中国内政”或者第十五条规定的“危害我国主权、安全、发展利益”的条件，需要在实践中进一步观察。

《反外国制裁法》作为我国第一部法律层面的反制裁立法，势必对我国与他国的互动交流、企业合规产生深远的影响。《反外国制裁法》条文不多，具体落实细节有待后续立法、执法进一步澄清，但从基调上看，《反外国制裁法》彰显了我国反制裁、反干涉、反长臂管辖的决心，广大中外企业对此应引起充分关注。

2. 中国近两年来的反制实践增加

随着近两年地缘政治紧张局势的加剧和相关反制法律的出台，中国逐渐加强了其反制实践，制裁对象包括个人与实体，实体进一步包括企业和其他组织。被制裁的对象大部分是美国以及其他西方国家，还有一部分中国台湾地区的个人及实体。

从我国外交部、国台办等公开网站上发布的信息看，制裁理由集中在损害中国国家主权、安全和发展利益，干涉中国事务，特别是与台湾地区、香港地区、新疆有关的事务。例如，（1）向台湾出售武器；（2）以“民主”、“人权”等为幌子资助损害中国国家主权的活动；（3）向资助上述反华活动的非政府组织捐款；（4）发表反华言论，诋毁中国的国内和外交政策；以及（5）外国政府官员在通过和实施不利于中国的政策或歧视性限制措施中发挥重要作用等等。对上述对象实施的制裁措施主要包括：（1）禁止该对象及其亲属进入中国、不予签发签证；（2）冻结其在中国境内的动

产、不动产和其他类型的财产；（3）禁止或限制中国境内的组织或个人与他们及其相关组织进行交易和其他方面的合作；（4）法律未明确列出的其他措施，如追究刑事责任。

当前地缘政治紧张的局势如继续，可以预见中国未来的反制实践将更加丰富，并将从实践层面反向推动立法的细化与完善。

3. 两用物项出口管制规范进一步深入和细化

2021年4月28日，商务部公布了《商务部关于两用物项出口经营者建立出口管制内部合规机制的指导意见》（“《指导意见》”），自公布之日起施行。《指导意见》及其所附的《两用物项出口管制内部合规指南》（“《指南》”）借鉴国际通行做法，结合我国出口管制管理工作的实际需要，从拟定政策说明、建立组织机构、全面评估风险、确立审查程序、制定应急措施、开展教育培训、完善合规审计、保留资料档案、编制管理手册等9个方面对出口经营者建立内部合规制度提出原则性指引。《指南》在《出口管制法》正式实施后不到半年即公布，对出口经营者如何建立内部合规制度提供了详尽、可操作的具体指引，体现了国家对企业建立出口管制合规制度的高度重视，是贯彻落实国家总体安全观的切实举措。

2022年4月22日，商务部公布《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》，面向社会公开征求意见，《征求意见稿》共60条，分为五章，包括总则，管制政策、管制清单和管制措施，监督管理，法律责任，附则。《征求意见稿》取消两用物项出口经营登记制度，建立包含单项许可、通用许可、免于申请许可证件等多种类型许可管理制度，使出口监管手段更加丰富灵活；明确许可审查时限、许可有效期、许可申请材料、许可证件的变更和撤回等规定，提高管制措施实施的可预期性。规定了全面控制原则的适用情形及出口经营者义务，切实防范对国家安全和利益可能造成的风险。加强最终用户和最终用途管理，完善管控名单制度，细化加入和移出程序，明确与管控名单用户进行交易的禁止和限制措施等等。¹⁵

15. 关于《两用物项出口管制条例（征求意见稿）》的起草说明，2022.4.22，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/202204/20220403306817.shtml>。

（二）国外

1. 美国所谓《防止强迫维吾尔人劳动法》生效对中国企业的影响

2021 年 12 月 24 日，美方签署所谓《防止强迫维吾尔人劳动法（Uyghur Forced Labor Prevention Act）》（“UFLPA”），该法案于 2022 年 6 月 21 日正式生效，标志着近年来美国及其盟友以所谓的“新疆问题”为理由对新疆政府机构、官员及在该地区开展业务的企业进行打击和限制行为的全面升级。自 6 月以来，美国海关开始根据 UFLPA 对大批量货物进行执法。¹⁶

UFLPA 共有 7 条主要规定，其中核心内容是第 3 条下建立的针对所谓“强迫劳动”的“可反驳的推定”：美方推定全部或部分在新疆地区开采、生产、制造的产品以及由 UFLPA 实体清单生产的产品都是所谓“强迫劳动”产品，不得进入美国市场。进口商需要通过反驳该推定、经美国海关和边境保护局（下称“CBP”）批准将上述产品引进美国市场，然而 CBP 对反驳该推定提出了极高的要求：进口商须提出“明确和令人信服（clear and convincing）”的证据证明该产品不涉及所谓“强迫劳动”并回应 CBP 对于“强迫劳动”的所有问题。

根据 UFLPA 进口商指南，进口商可以通过证明（1）产品不含有新疆元素；（2）含新疆元素的产品不涉及所谓“强迫劳动”来推翻“可反驳推定”。需要注意的是，所谓的“强迫劳动”推定并非是海关法下一般意义上的原产地规则，而具有对整体供应链的溯及力。UFLPA 执法策略特别指出，对整条供应链的溯及是指供应链全流程生产、加工、制造等任何一个环节，产品的任何一个成分都不含新疆或所谓“强迫劳动”元素。

当地时间 2022 年 8 月 4 日，美国国土安全部发布通知对涉疆法案实体清单（UFLPA Entity List，整合了 UFLPA 第 2（d）2（B）条下的四份清单）的修订程序做出说明，明确未来对清单内容的增补与移除程序。

从企业自身的角度，一方面，中国企业应对 UFLPA

的核心关键在于对供应链进行全面且有针对性的尽职调查，提前排查并排除风险因素，在开展供应链尽职调查和风险评估的基础上，企业应尝试建立覆盖供应链全流程的合规管理体系。另一方面，企业还应当加强对所谓的“强迫劳动”的风险评估与管理，不仅需重视中国劳动法下的劳工合规，关注中国法语境下的劳工合规问题；还应当比照国际劳工组织及相关国际公约的标准，确保自身的劳工合规管理与国际接轨，进而更好地防控自身供应链可能牵涉的所谓“强迫劳动”相关的风险。

2. 俄乌冲突引发的出口管制与制裁

2022 年 2 月 21 日，俄罗斯总统普京签署命令，承认乌克兰东部所谓的“顿涅茨克人民共和国”和“卢甘斯克人民共和国”（合称“顿卢地区”）；这一举动引发了美国及其盟友强烈的反应，美国总统拜登第一时间签署行政令启动对俄制裁。2022 年 2 月 24 日，俄罗斯在乌东地区开始开展特别军事行动，随即又引发了美国与其盟友的一系列升级的制裁和出口管制限制。

2022 年 2 月俄乌冲突以来，美国已经对俄罗斯实施了严厉的经济制裁和出口管制措施，主要制裁措施包括：（1）全面封锁制裁“顿卢地区”；（2）SDN 清单制裁；（3）CAPTA 清单制裁；（4）NS-MBS 清单制裁；（5）SWIFT 制裁；（6）出口管制制裁；（7）能源行业制裁；（8）投资限制。美国制裁之外，欧盟和英国等主要国家也对俄罗斯采取了一系列制裁。存在欧盟、英国制裁管辖权连接点（尤其是在欧盟、英国境内开展业务往来）的中国企业应对欧盟和英国制裁予以关注。

以美国为首的西方国家开展的一系列制裁，堪称有史以来对单一国家最大规模和最严厉的制裁，其中，在贸易制裁方面，以美国为首的西方国家动用了力度空前的出口管制手段，大幅度地升级对俄罗斯的出口管制，包括修改直接产品规则，进一步扩大管控物项范围，所涉行业主要为半导体、计算机、电信设备、激光器、传感器等国防、航空航天和海事领域的敏感商品等高科技行业，扩大对俄罗斯“军事最终用途”和“军事最终用户”的限制，还大大限制了对俄罗斯出口、再出口的行为使用许可例外且针对许可证审核采

16. Exclusive: U.S. blocks more than 1,000 solar shipments over Chinese slave labor concerns, November 22, 2022, <https://www.reuters.com/world/china/exclusive-us-blocks-more-than-1000-solar-shipments-over-chinese-slave-labor-2022-11-11/>.

取相对严格的政策。同时，美国国务院制裁了众多俄罗斯高科技实体，主要包含科研机构、企业、基金会等，其主要客户多为俄罗斯政府部门。

建议中国企业对俄罗斯业务开展出口管制合规评估，并开展全面制裁合规风险排查，业务运营面临较高潜在制裁合规风险的中国企业应进一步开展制裁合规体系建设。

3. 美国政府加强对半导体、先进计算机等高科技行业的出口管制

2022年5月26日，美国国务卿布林肯在乔治·华盛顿大学发布“拜登政府对华政策总方针”的演讲，提出对华政策方针框架，主要包括投资、协同和竞争三方面。其中，在“竞争”方面，布林肯表示，“美国将与中国竞争，采用新的更有力的出口管制措施，确保美国关键性创新不会落入敌手”。2022年10月12日，美国发布拜登政府任内首份《国家安全战略》，提出将加强出口管制措施，并加强与盟友合作，落实多边出口管制措施以管控新兴技术。

在此期间，美国总统拜登于2022年8月25日签署行政令，《芯片与科学法案》生效，该法案旨在提高美国半导体行业的竞争力。该法案将为美国半导体研究、开发和生产提供527亿美元的政府补贴，并将着力确保补贴的接受者不在中国和其他相关国家建造某些设施。它还还为制造半导体和相关设备的资本支出提供25%的投资税收抵免。¹⁷

美国时间2022年10月7日，美国商务部工业安全局（BIS）宣布了对美国《出口管理条例》（EAR）的一系列修订（简称“1007美国新规”），并公布了针对中国企业的新的出口管制限制措施。这是BIS近年来最大幅度的限制性举措，对中国的半导体行业乃至整个高科技制造业都影响巨大。BIS通过这一套组合拳，严格限制了中国企业获取高性能计算芯片、先进计算机、特定半导体制造设施与设备以及相关技术的能力。

1007美国新规瞄准了高性能芯片和先进计算机，从

多个角度出发对中国企业获取该等物项升级限制，包括：

- （1）在CCL（Commerce Control List）中新增3A090（特定高性能集成电路）和4A090（包含3A090下集成电路的计算机、电子零配件及组件）并在出口至中国时适用许可证要求；
- （2）增加针对上述高性能芯片和先进计算机的直接产品规则；
- （3）针对中国企业就上述高性能芯片和先进计算机的流片活动施加限制。

从上述三个角度的限制可以发现，在新规生效后，就被归类为3A090、4A090的物项，中国企业通过直接采购美国原产物项、采购非美国原产但使用了特定受EAR管控软件/技术而生成的物项或通过自行设计并进行流片生产的活动均被施加了出口许可证的要求。同时，与3A090、4A090相关软件与技术，如3D001、3E001、4D990以及4E001的跨境传输也受到了直接限制。此外，上述物项的出口所能适用的许可证例外也十分有限。

本次新规更是在此前的基础上，进一步通过限制中方获取受管控半导体制造设备、将受管控物项用于特定半导体制造用途以及美国人为中国半导体制造相关的活动提供支持等方式，全方位地限制中国半导体行业的发展，尤其是先进半导体制造能力的持续提升。（1）在CCL下新增受管控半导体制造设备（3B090，涵盖一些先进半导体制造设备）并限制中国获取相关设备的能力；（2）新增对于受管控物项用于特定半导体制造最终用途的限制。如果“知晓”相关受EAR管控物项将被用于特定与半导体制造相关的最终用途，则不得在没有许可证的情况下出口、再出口或转让。

2022年10月27日，美国商务部副部长艾伦·F·埃斯特维兹（Alan F. Estevez）参加了新美国安全中心（Center for a New American Security, CNAS）讨论10月7日对华出口管制新规的聊天网络直播，详细解读了该出口管制新规背后的基本原理、规则实

17. FACT SHEET: CHIPS and Science Act Will Lower Costs, Create Jobs, Strengthen Supply Chains, and Counter China, , August 9,2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>.

施的范围、规模和实施的细则。另外，他表示，拜登政府限制对中国的科技出口方面的工作“尚未完成”，将会出台更多措施以限制中国先进技术的发展。埃斯特维兹称，美国未来可能实施额外出口管制的领域包括量子计算、生物技术和人工智能。¹⁸

4. 中美贸易战之后，美国将大量中国企业列入实体清单，并将列入未经核实清单中且未能完成核查的实体移至实体清单

美国通过实体清单的方式对中国企业和机构的发展施加限制的历史由来已久，截至 2022 年 12 月底，已有超过 500 家中国企业和机构被纳入实体清单。2018 年中美贸易战打响之后，越来越多的中国企业和机构被放入实体清单。例如 2021 年 5 月以来华为及关联公司被美国商务部列入实体清单；2021 年 10 月，海康威视、旷视科技及大华科技在内的 28 家中国实体又被美国商务部列入该名单。美国商务部进行实体清单执法活动在法律上的原因非常简略和宽泛，凡是被认为“从事违反美国国家安全和 / 或外交政策利益的活动”的实体都可能被列入实体清单。

基于被列实体公开可及的资料，我们对 2021-2022 年度中国企业和机构被列入实体清单的情况梳理如下：

（1）与人工智能（AI）和先进监控技术相关

2021 年 7 月，一批人工智能与安防监控、公共安全系统服务等领域的企业被加入实体清单，其中有较多新疆地区企业或为新疆地区安防工程提供服务的其他地区企业。

（2）与高性能计算相关

2021 年 4 月，我国多地超级计算中心被列入实体清单。

（3）与航空航天相关

2022 年 8 月，6 家研究所与 1 家公司被列入实体清单。

（4）与传感、激光相关

2021 年 7 月，5 家企业被列入实体清单，这些项目与激光和战斗管理系统相关。

（5）与核能相关

美国政府对中国的核能产业的打击由来已久。2018 年 10 月，美国核安全局针对中国核工业颁布禁令。2021 年 12 月，一家以核工装备产业和智能制造产品为重点发展方向的中国公司被列入实体清单。

（6）与基因科技相关

2021 年 12 月，美国将中国一家医学研究院及其 11 家下属研究所列入实体清单。美国商务部工业和安全局在发布的文件中称，与该医学科学院及其 11 家研究所可能利用其生物技术有关。

（7）与水务船舶相关

继 2022 年 12 月，25 家船舶研究所以及 4 家造船厂因被认定与中国军方有联系而被列入实体清单，2022 年 6 月，一家船舶系统工程研究院也被列入了实体清单。

（8）与军工科技相关

在中美摩擦不断升级的背景下，涉及中国国防、军工相关业务的科技企业自然成为美国的重点关注对象。2021 年 12 月、2022 年 6 月，两家中国公司分别被列入实体清单。

（9）与量子技术等尖端技术相关

两家中国公司及一家研究中心于 2021 年 11 月被列入实体清单，前述主体的业务领域包括量子计算、量子通讯等。

（10）与半导体、集成电路、芯片及硅产业相关

美国在 2021 年 4 月、6 月、11 月、12 月以及

18. Expect more China-related tech crackdowns, U.S. official says, October 27, 2022, <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/10/27/expect-more-china-related-tech-crackdowns-us-official-says/>.

2022 年 12 月多次将半导体、集成电路、芯片相关的中国企业列入实体清单。

（11）与海洋通信相关

2021 年 12 月，美国商务部将多家中国海洋通信领域企业列入实体清单，此次被列入“实体清单”通信行业企业大多与海缆相关，2022 年 6 月，又有两家海洋信息技术企业被列入实体清单。

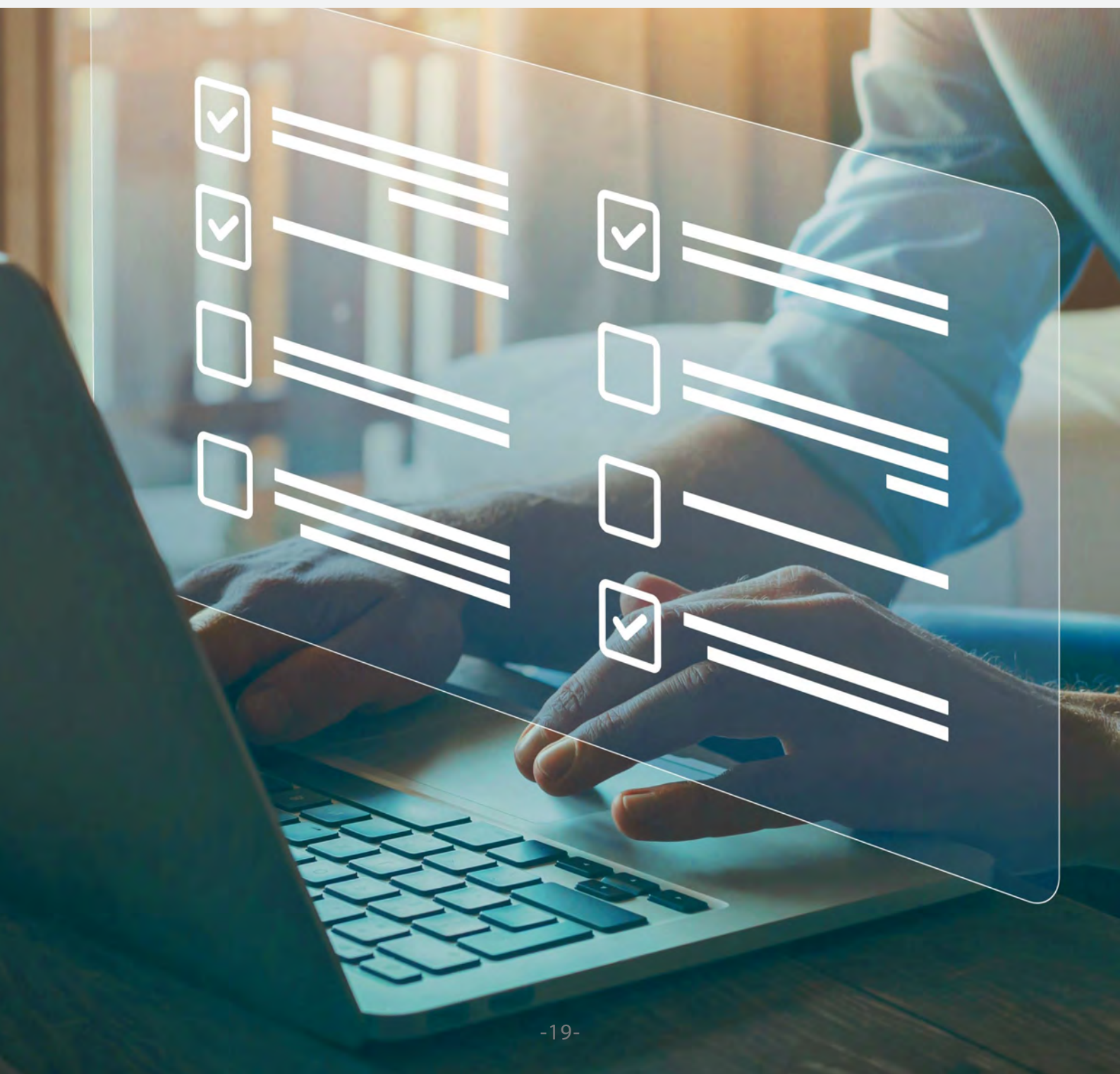
另外，2022 年 10 月 7 日，BIS 宣布将 31 个中国主体列入其出口管制“未经核实清单”（“UVL”）的同时，美国商务部还宣布了另一项与 UVL 相关的新规则，即：在相关企业被列入 UVL 后，如果该企业所在国家的政府持续拒绝安排美国商务部对该企业进行最终用途核查，那么美国商务部将启动程序将该企业纳入“实体清单”。围绕该等规则变化，美国商务部还在同日报发了一份备忘录，对新规做了详细的说明：

（1）第一个 60 天：若美国商务部在提出进行最终用途核查请求后 60 日内仍未能安排核查，则其将启动程序将涉案企业加入 UVL；以及

（2）第二个 60 天：若在涉案企业因所在国政府未安排最终用途核查而被加入 UVL 后 60 天内美国商务部仍未能进行核查，则其将启动程序将涉案企业加入实体清单。



第二章 问卷调研



本次调研问卷的发放时段为 2022 年 7 月 15 日至 2022 年 8 月 30 日，主要涉及 2021-2022 年度国内外执法活动对企业合规建制、应对监管执法、自主开展合规实践的影响问题。最终共计回收 230 份有效问卷，覆盖了医疗与健康、能源与环保、金融与投资、批发与零售、传统制造业（不包括医药制造）、房地产、建筑与餐饮住宿（统称“**房地产**”）、TMT、信息传输、软件和信息技术服务（统称“**TMT**”）、科技、智能制造业（统称“**智能制造**”）、交通、运输、仓储和邮政（统称“**交通运输**”）以及专业服务（如咨询、法律、审计、会计与人力资源）等多个行业。其中本章节所涉及数据比对是与 2019-2020 年度（“**上一年度**”）蓝皮书的问卷调研数据进行对比。

230 位来自不同企业的受访者中，按照类型划分，外商独资企业约占 16%、内资民企约占 41%、国企约占 38%、中外合资企业约占 5%；按照是否为境外上市企业划分，境外上市企业约占 6.15%，而在境外上市企业中 25% 的企业在美国上市，58% 的企业在香港上市，17% 的企业在其他国家（地区）上市（部分企业在多地上市）。按照行业划分，企业来自金融与投资行业约占 17%，传统制造业和 TMT 行业均约占 14%，医疗与健康 and 房地产行业均约占 10%，智能制造行业约占 9%，能源与环保、交通运输、批发与零售、专业服务等行业的部分企业也参与了调研。按照规模划分，约 47% 的企业为 1000 人以上的大型企业，501-1000 人的中型企业以及 500 人以下的企业各占比约为 16% 和 37%。

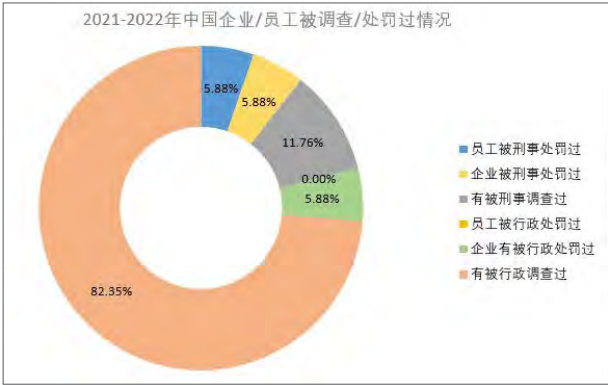
一、国外执法变化对企业的影响

（一）企业受境外执法情况

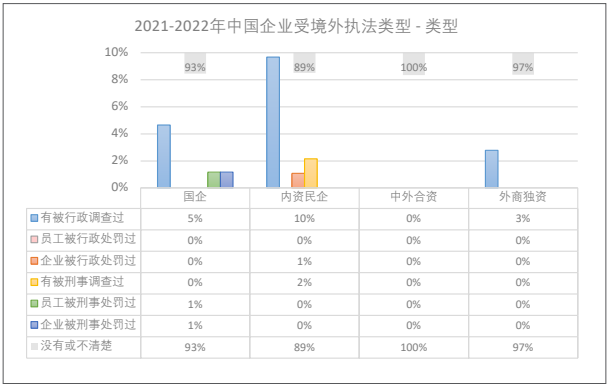
行政调查仍为企业遭受境外执法的首要类型，TMT 行业为 2021-2022 年度遭遇境外执法的高风险行业

2021-2022 年遭遇境外执法的中国企业（包括国企、内资民企、中外合资企业以及外商独资企业）占比为 7.83%。在遭遇境外执法的企业中，行政调查仍然是企业遭遇最多的境外执法类型，被行政调查过的企业占 82.35%，较上一年度大幅上升了 30.5%；被行政处罚过的企业占比为 5.88%，较上一年度的 40.74% 大幅下降；而员工受到行政处罚的比例则由上一年度的 26% 下降至 0%。2021-2022 受到刑事调查的企业比例为 11.76%，与上一年度的 3.7% 相比呈现较

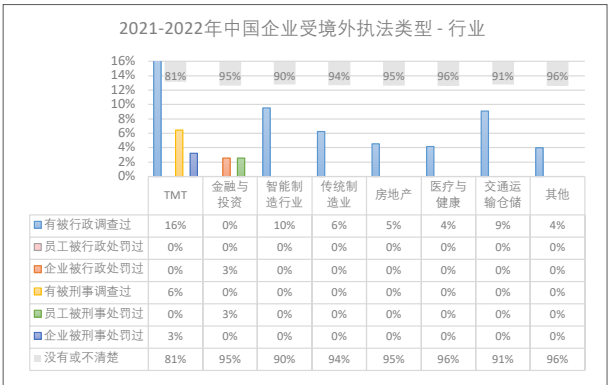
大幅度的上升；相比上一年度，企业和员工受到刑事处罚的比例分别从 0% 和 3.7% 上升至 5.88%（见图 2-1-1）。从企业类型角度看，内资民企遭遇境外执法的比例最高，达 11%，而中外合资企业则罕见地未遭遇到境外执法的情况（见图 2-1-2）。从行业角度看，TMT 行业受境外执法的比例最高，为 19%（见图 2-1-3）。



（图 2-1-1：2021-2022 年中国企业 / 员工受境外执法（调查 / 处罚）情况）



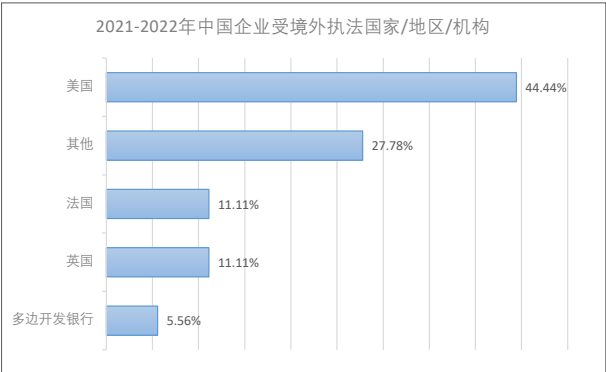
（图 2-1-2：2021-2022 年中国企业受境外执法类型 - 类型）



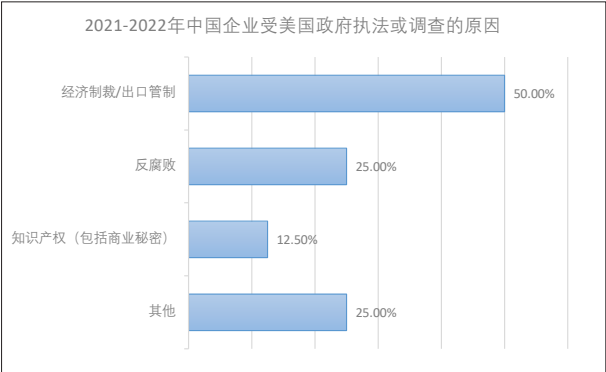
（图 2-1-3：2021-2022 年中国企业受境外执法类型 - 行业）

美国仍为对中国企业实施境外执法最主要的国家；经济制裁 / 出口管制再次成为美国对中国企业执法最主要的原因

2021-2022 年遭遇境外执法的中国企业当中，尽管遭受到美国政府执法的企业从上一年度的 70.37% 下降到 44.44%，美国仍然是对中国企业实施境外执法的首要国家（见图 2-2-1），且经济制裁 / 出口管制再次超过反腐败，成为美国对中国企业执法最主要的原因，占比高达 50%，知识产权（包括商业秘密）则占比 12.5%。而在上一年度，美国对中国企业执法最主要的原因是反腐败，这一比例已经由上一年度的 47% 降至本年度的 25%（见图 2-4（1）-1）。



（图 2-2-1：2021-2022 年中国企业受境外执法的国家 / 地区 / 机构）

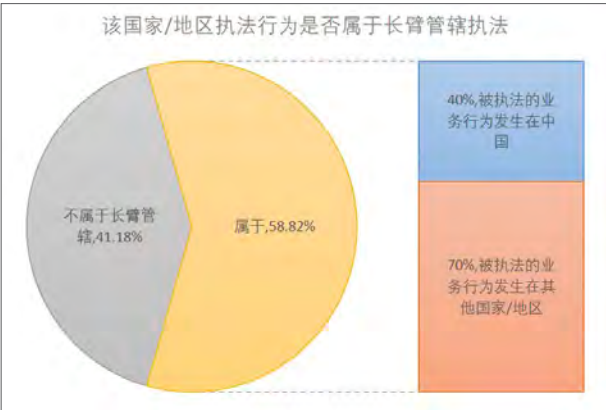


（图 2-4（1）-1：2021-2022 年中国企业受美国政府执法或调查的原因）

（二）境外执法的手段及风险

近六成遭遇境外国家执法的企业系受长臂管辖执法

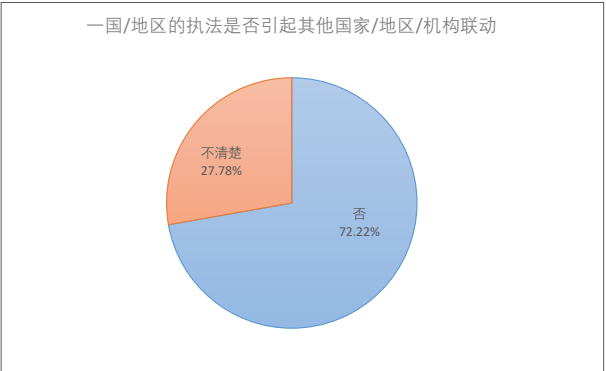
经调研发现，在遭遇境外执法的企业中，近六成是因为境外长臂管辖的规定而被执法，这一比例较上一年度下降了约 12%。在受到境外长臂管辖执法的企业中，40% 被执法的业务行为发生在中国，70% 的业务行为发生在其他国家 / 地区（见图 2-3-1）。



（图 2-3-1：该国家 / 地区执法行为是否属于长臂管辖执法）

跨境执法的联动风险小

经调研发现，曾遭受境外执法的企业在受到一个国家 / 地区执法后又引起其他国家 / 地区 / 机构执法的联动的比例从上一年度的 4% 降至 0%（见图 2-8-1）。

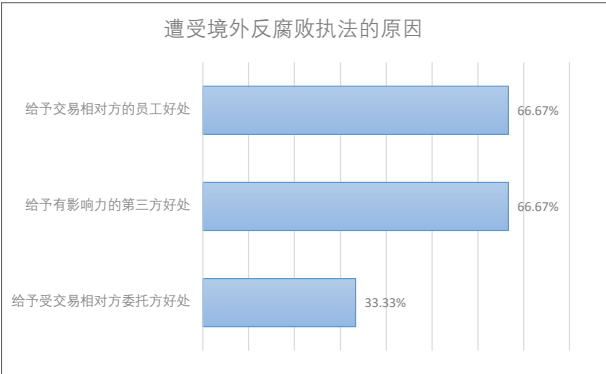


（图 2-8-1：一国 / 地区的执法是否引起其他国家 / 地区 / 机构联动）

（三）企业受境外反腐败执法的情况

给予交易相对方的员工和有影响力的第三方好处成为企业或员工受到境外反商业贿赂执法的首要原因

2021-2022 年给予交易相对方的员工好处仍是企业或员工遭受反商业贿赂调查或处罚的首要原因，但其比例由上一年度的 75% 下降至 66.67%。与上一年度相比，给予有影响力的第三方好处占比从 25% 上升至 66.67%，与给予交易相对方的员工好处并列为企业或员工受到境外反商业贿赂执法的首要原因。另外，还有 33.33% 的企业是因为给予受交易相对方委托方好处而受到反商业贿赂调查或处罚（见图 2-5（1）-1）。



（图 2-5（1）-1：遭受境外反腐败执法的原因）

（四）企业受境外经济制裁 / 出口管制执法的情况

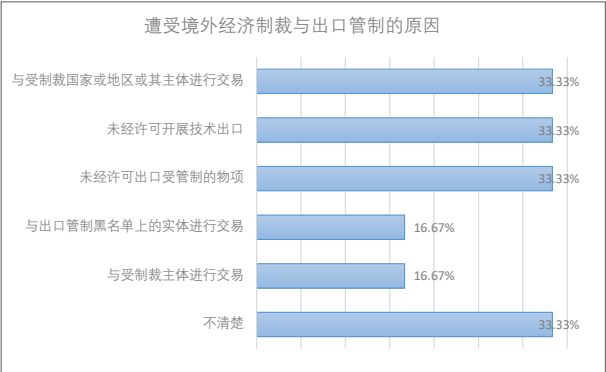
与受制裁国家或地区或其主体进行交易，以及未经许可出口技术或受管制的物项为企业受制裁的主要原因；一半企业的违规行为涉及古巴、伊朗、叙利亚和朝鲜四国；DOJ 和 BIS 为进行经济制裁 / 出口管制执法的主要执法部门

在因经济制裁 / 出口管制被执法的企业中，与受制裁国家或地区或其主体进行交易，未经许可开展技术出口，以及未经许可出口受管制的物项并列为被执法的主要原因，均占 33.33%。与受制裁主体进行交易以及出口管制黑名单上的实体进行交易紧随其后，均占 16.67%（见图 2-5（2）-1）。

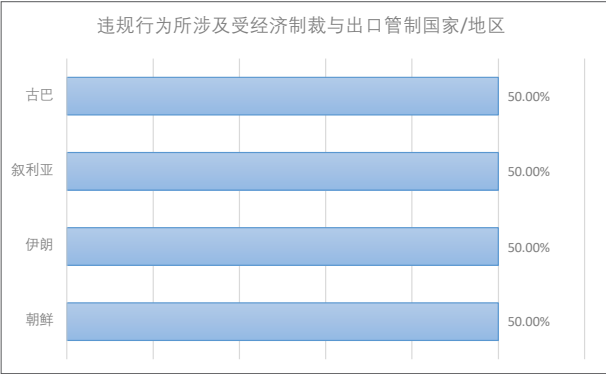
因经济制裁 / 出口管制被执法的企业中，有 50% 企业的违规行为涉及古巴、伊朗、叙利亚和朝鲜四个国家（见图 2-6-1）。经济制裁 / 出口管制合规风险来源于美国、欧盟、中国、英国和日本等国家，其

中 90% 的企业合规风险来源于美国，63% 的企业合规风险来源于欧盟，合规风险来源于中国的企业占 62%（见图 2-6-2）。

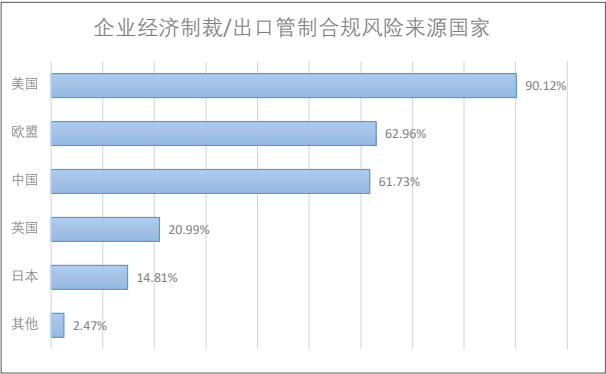
而在进行经济制裁 / 出口管制执法的执法部门当中，参加调研的企业被美国司法部（DOJ）和商务部工业安全局（BIS）执法的占比最高，占比均为 33.33%，其次是美国国务院国防贸易管理局（DDTC）和财政部海外资产办公室（OFAC），占比均为 16.67%（见图 2-7-1）。



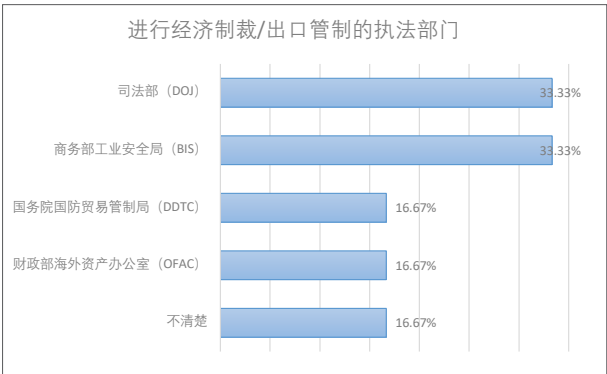
（图 2-5（2）-1：遭受境外经济制裁与出口管制的原因）



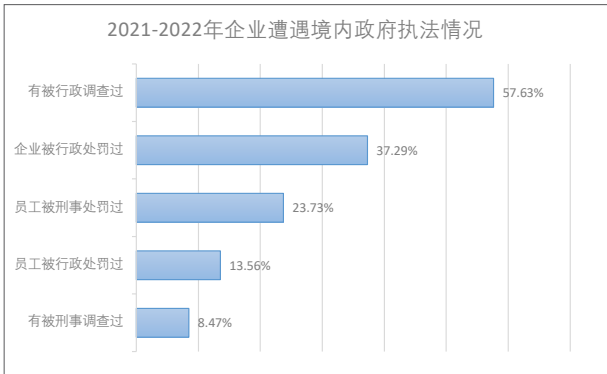
（图 2-6-1：违规行为所涉及受经济制裁与出口管制国家 / 地区）



（图 2-6-2：企业经济制裁 / 出口管制合规风险来源国家）



(图 2-7-1：进行经济制裁 / 出口管制的执法部门)



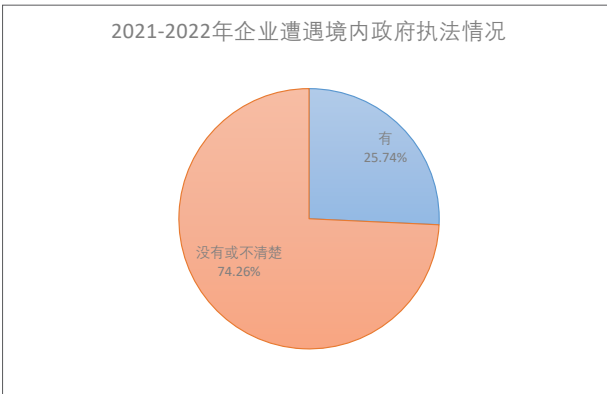
(图 3-1 (2) -1：2021-2022 年企业遭遇境内政府执法情况)

二、国内立法及执法变化对企业的影响

(一) 企业受境内执法情况

企业遭受的境内执法近六成系行政调查，而企业及其员工受到行政处罚比例接近五成；企业员工遭受刑事处罚比例显著上升

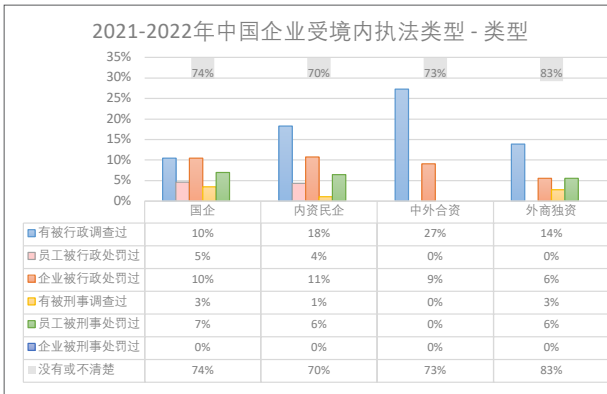
2021-2022 年度，参加调研的企业中约 26% 遭遇过境内政府执法，相比上一年度的 24% 略微上升（见图 3-1 (1) -1）。受到境内执法的企业中，约 58% 的企业遭受过行政调查，与上一年度的 57% 基本持平，仍为境内执法的首要类型；此外，企业遭受过境内行政处罚的比例约为 37%，与上一年度的 52% 相比显著下降。相反，有约 24% 的受访企业员工遭受过刑事处罚，这一比例与上一年度的 14% 相比上升幅度较大；同时，企业遭受刑事调查比例约为 8%，与上一年度的 9% 基本持平（见图 3-1 (2) -1）。



(图 3-1 (1) -1：2021-2022 年企业遭遇境内政府执法情况)

中外合资企业被行政调查或者处罚的比例最高，国企与外商独资企业受刑事调查或者处罚比例较高

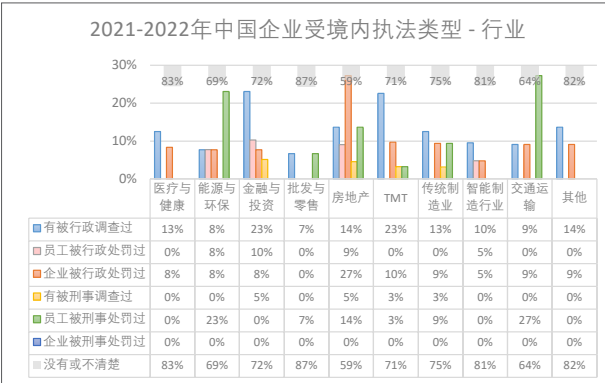
调研数据显示，行政执法方面，中外合资企业于 2021-2022 年遭受到行政调查或处罚的比例均处于较高水平，遭遇行政调查的比例为 27%，受到行政处罚的比例为 9%，但相比于上一年度的 30% 以及 15% 均有所下降。国企和外商独资企业的员工遭受到行政处罚的比例，相较上一年度有所下降，其中国企员工受行政处罚比例由 9% 下降至 5%，外商独资企业员工遭受行政处罚比例由 2% 下降为 0%。同时，内资民企员工遭受行政处罚比例保持在 4%。刑事执法方面，国企与外商独资受刑事调查或处罚的比例较高，该两类企业被刑事调查的比例均为 3%，员工受刑事处罚的比例分别为 7%、6%，另有 6% 的内资民企员工被刑事处罚过（见图 3-1-2）。



(图 3-1-2：2021-2022 年中国企业受境内执法类型 - 类型)

遭遇境内执法的高风险行业：房地产与交通运输行业

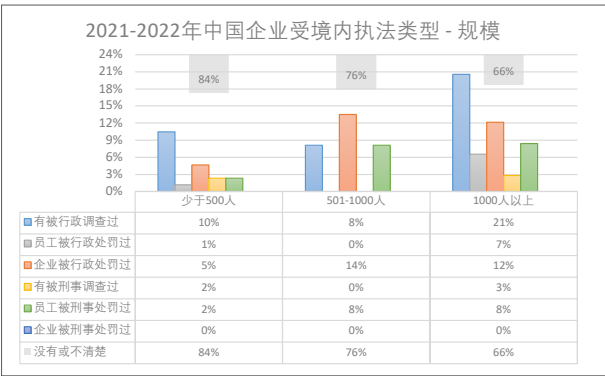
在企业行政处罚方面，房地产行业企业受行政处罚的比例最高，达 27%，相比上一年度的 25% 有所上升。在员工行政处罚方面，金融与投资房地产行业的情况比较突出，同时能源与环保员工遭受行政处罚比例由上一年度的 0% 上升至 8%。总体来看，2021-2022 年度，房地产和交通运输行业企业遭遇境内执法的比例高于其他行业企业，分别达到 41% 与 36%。刑事执法方面，尽管房地产行业企业遭遇境内刑事调查的比例由上一年度的 6% 降至 5%，但是该行业中所有遭遇刑事调查的受访企业都存在员工遭到刑事处罚的情况。由此可见，房地产行业的境内监管力度仍然强劲（见图 3-1-3）。



（图 3-1-3：2021-2022 年中国企业受境内执法类型 - 行业）

大型企业遭受境内执法强度较大，但中小型企业也存在受境内执法可能性

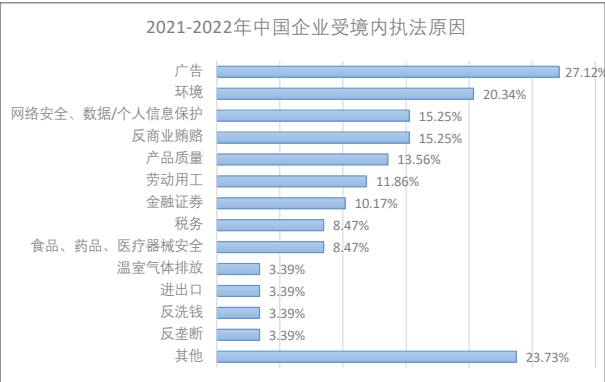
与上一年度相比，大型企业被执法的可能性大幅提升，1000 人以上的企业被境内执法的概率由上一年度的 26% 提高至 34%。中小型企业遭受境内政府调查或执法情况也依旧存在，其中遭到员工被刑事处罚的比例有所上升（见图 3-1-4）。



（图 3-1-4：2021-2022 年中国企业受境内执法类型 - 规模）

广告违法仍为企业遭受境内执法的首要原因，环境违法为重要原因

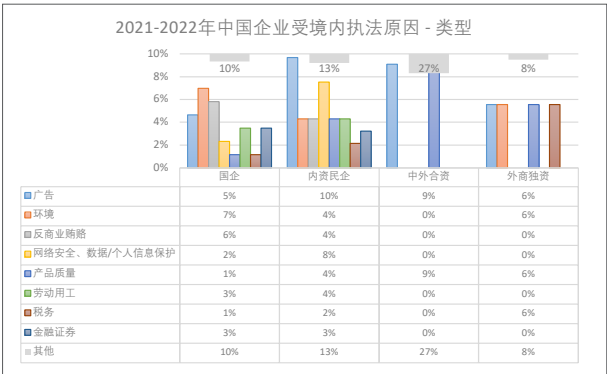
在遭受到境内执法的企业中，有 27% 曾因广告违法而遭受境内执法，其次是环境违法，占比 20%，紧随其后的是占比 15% 的网络安全、数据 / 个人信息保护和反商业贿赂违法（见图 3-3-1）。



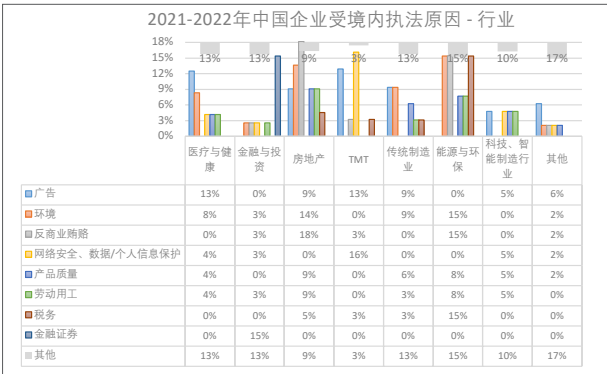
（图 3-3-1：2021-2022 年中国企业受境内执法原因）

从类型来看，与上一年度相比，2021-2022 年不同类型企业遭受境内执法的主要原因变化较大。在广告违法层面，内资民企、中外合资企业以及外商独资企业遭遇境内广告执法的比例与上一年度相比均大幅下降，但仍为同类型企业遭遇境内执法最重要的原因。内资企业受环境保护执法强度仍然较高，其中国企因环境违法受境内执法占比为 7%，系国企遭遇境内执法最主要的原因。另外，除了广告、产品质量和税务违法以外，国企和内资民企遭受因其他原因引发的境内执法的整体比例均高于中外合资和外商独资企业（见图 3-3-2）。

从行业来看，与上一年度相比，2021-2022 年不同行业企业遭受境内执法的原因变化也较大，体现出较强的行业差异性。其中，医疗与健康行业受到广告违法执法最为显著，占比达 13%；金融与投资行业则受金融证券境内执法最为明显，占比达 15%；房地产行业的反商业贿赂问题较为突出，占比达 18%；网络安全、数据 / 个人信息保护问题在 TMT 行业中体现得较为明显，16% 受境内执法的 TMT 行业企业受执法原因为网络安全、数据 / 个人信息保护问题（见图 3-3-3）。



(图 3-3-2: 2021-2022 年中国企业受境内执法原因 - 类型)

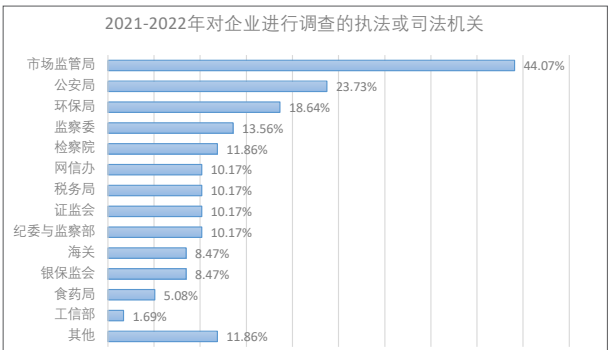


(图 3-3-3: 2021-2022 年中国企业受境内执法原因 - 行业)

(二) 境内执法的主体及变化

市场监督管理局仍是最主要的境内执法主体,公安局、环保局的执法亦不容忽视

市场监管局、公安局、环保局是 2021-2022 年度对企业进行调查和执法最主要的几个政府机关,其中对企业进行调查执法的案件中 44% 由市场监管局发起,相比上一年度虽有所下降,但占比仍超四成;其次公安局、环保局执法比例基本维持在 24% 和 19%。相较上一年度,监察委、检察院、网信办、证监局、海关的执法更为活跃,公安局、环保局、监察委和检察院近两年一直维持较高的执法活跃度(见图 3-2-1)。

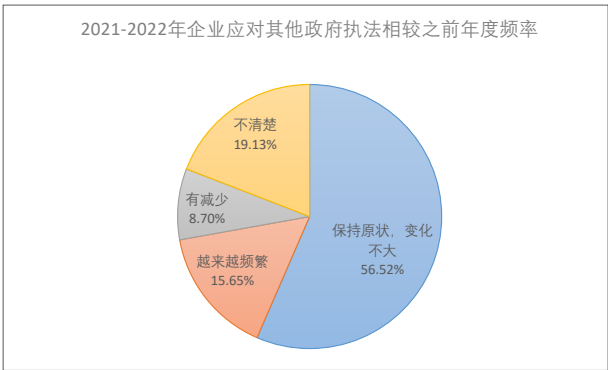


(图 3-2-1: 2021-2022 年对企业进行调查的执法或司法机关)

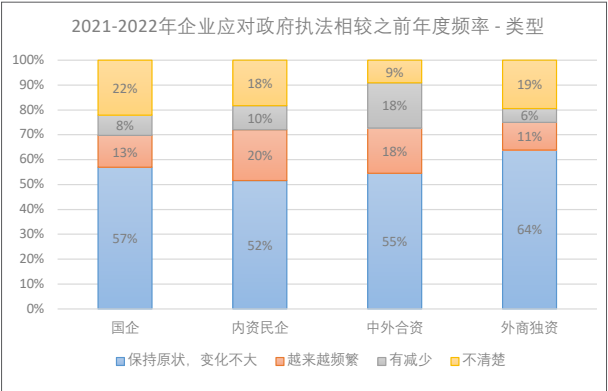
超七成企业认为 2021-2022 年度境内执法频率变化不大或有所提高

在参加调研的企业中,约 57% 的企业认为在 2021-2022 年度应对政府执法的频率与上一年度基本持平,而有 16% 的企业认为执法频率有所提高,还有 9% 的企业认为执法频率有所下降(见图 3-5-1)。

从企业类型角度看,更多的内资民企和中外合资企业认为政府执法的频率有所提高,占比分别为 20% 和 18%(见图 3-5-2)。就行业而言,交通运输与金融与投资行业企业更多地认为政府执法的频率有所提高,占比分别为 27% 与 23%(见图 3-5-3)。



(图 3-5-1: 2021-2022 年企业应对政府执法相较之前年度频率)



(图 3-5-2：2021-2022 年企业应对政府执法相较之前年度频率 - 类型)

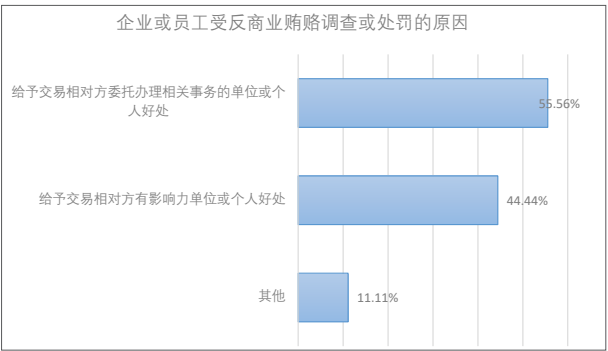


(图 3-5-3：2021-2022 年企业应对政府执法相较之前年度频率 - 行业)

(三) 企业受境内反腐败执法情况

给予交易相对方委托办理相关事务的单位或个人好处成为企业或员工受到反商业贿赂执法的首要原因

2021-2022 年企业或员工遭受境内反商业贿赂执法的首要原因是给予交易相对方委托办理相关事务的单位或个人好处，占比为 56%，超过一半。还有 44% 的企业或员工是因为给予交易相对方有影响力的单位或个人好处而受到反商业贿赂调查或处罚，这一水平与上一年度相比有所上升（见图 3-4（1）-1）。

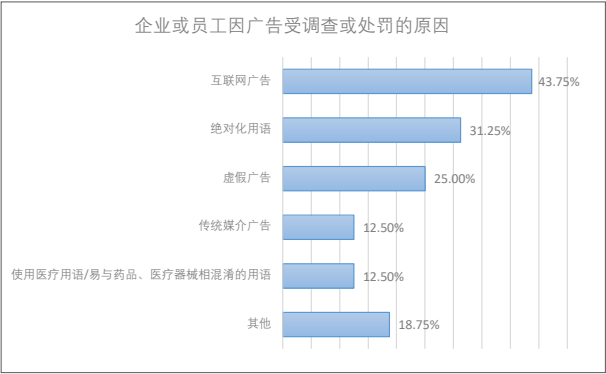


(图 3-4（1）-1：企业或员工受反商业贿赂调查或处罚的原因)

(四) 企业受境内广告执法的情况

如前所述，广告违法是导致企业遭受境内执法的首要原因，占比约为 27%（见图 3-3-1）。境内广告执法同时是内资民企、中外合资企业以及外商独资企业遭遇境内执法最重要的原因。因广告遭遇执法的高风险行业有医疗与健康 and TMT 行业，在 2021-2022 年遭遇广告违法调查或处罚的比例高于其他行业（见图 3-3-3）。

因发布违法广告而受到境内执法的企业中，因互联网广告而受到调查或处罚的企业占比最高，次之绝对化用语，虚假广告紧随其后，本年度前述三项执法事由占比分别为 44%、31% 和 25%。与上一年度相比，互联网广告占比大幅提升，一跃超过绝对化用语成为第一，而绝对化用语和虚假广告占比均有所下降（见图 3-4（2）-1）。



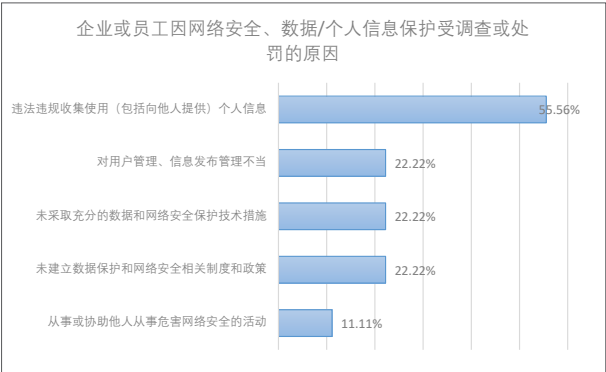
(图 3-4（2）-1：企业或员工因广告受调查或处罚的原因)

(五) 企业受境内网络安全、数据 / 个人信息保护执法的情况

2021-2022 年执法机关对于网络安全、数据 / 个人信息保护执法在国企、内资民企中都有所体现，8% 的内资民企与 2% 的国企在 2021-2022 年度遭受过网络安全执法（见图 3-3-2）。此外，因网络安全、数据 / 个人信息保护遭遇执法的高风险行业主要是 TMT，遭遇调查或处罚的原因中有 16% 为网络安全、数据 / 个人信息保护（见图 3-3-3）。

2021-2022 年因网络安全、数据 / 个人信息保护而受到境内执法的企业中，企业或员工因违法违规收集使用（包括向他人提供）个人信息受到调查或处罚的比例由上一年度的 50% 上升至 56%，可以看出 2021-2022 年执法机关仍然高度关注数据安全和个

人信息保护（见图 3-4（3）-1）。

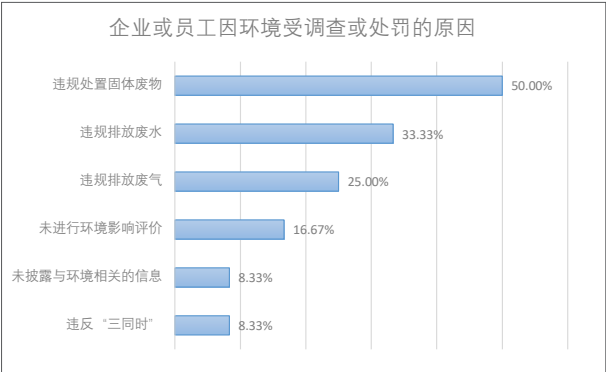


（图 3-4（3）-1：企业或员工因网络安全、数据 / 个人信息保护受调查或处罚的原因）

（六）企业受境内环境执法的情况

如前所述，2021-2022 年环境问题为执法机关执法重点关注的领域之一，在国企与外商独资企业中体现得较为明显，分别有 7% 的国企与 6% 的外商独资企业在 2021-2022 年遭受过境内环境执法（见图 3-3-2）。此外，遭受环境执法的高风险行业为能源与环保和房地产行业，该两个行业于 2021-2022 年遭遇调查或处罚的原因中分别有 15% 和 14% 为环境保护问题（见图 3-3-3）。

2021-2022 年因环境问题受到境内执法的企业中，企业或员工因违规处置固体废物受到调查或处罚的比例为 50%，为首要原因。其次为违规排放废水与废气，分别占执法比例的 33% 和 25%。另外未进行环境影响评价、未披露与环境相关的信息以及违反“三同时”也是企业受境内环境调查和处罚的重要原因（见图 3-4（4）-1）。

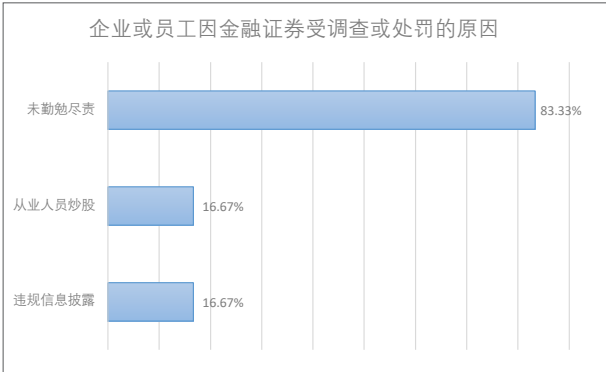


（图 3-4（4）-1：企业或员工因环境受调查或处罚的原因）

（七）企业受境内金融证券执法的情况

2021-2022 年，3% 的国企与内资民企都遭受过境内金融证券执法，相反，参加调研的外商独资企业与中外合资企业却在 2019-2022 年间未曾遭受过境内金融证券执法（见图 3-3-2）。此外，因金融证券问题遭受执法仅有金融与投资行业，该行业于 2021-2022 年遭遇调查或处罚的原因中有 15% 为金融证券问题，呈现出明显的行业相关性（见图 3-3-3）。

未勤勉尽责是 2021-2022 年企业因金融证券问题受到境内执法的首要原因，比例高达 83%。其次则为从业人员炒股及违规信息披露，均占执法原因比例的 17%（见图 3-4（5）-1）。



（图 3-4（5）-1：企业或员工因金融证券受调查或处罚的原因）

三、企业合规建制

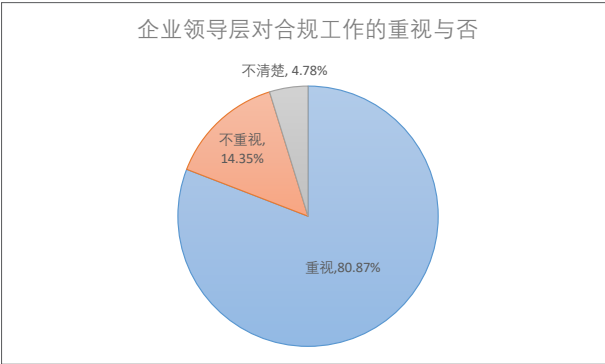
（一）企业对合规工作的重视程度

约 81% 的企业领导层重视合规工作；内资民企对合规工作重视程度仍旧最低

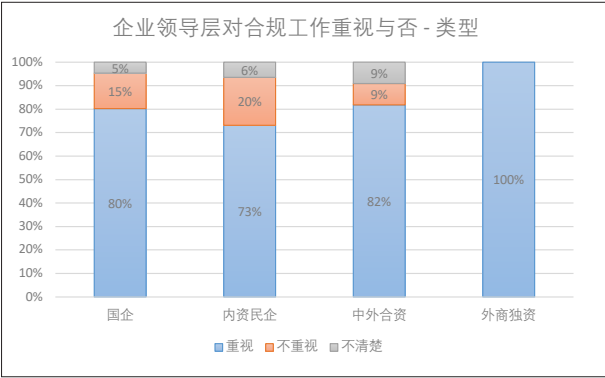
参加调研的企业中，有约 81% 的企业领导层重视合规工作（见图 1-1-1），相比于上一年度的 85% 下降了 4%。从企业类型层面看，与上一年度相比，只有外商独资企业领导层重视合规工作的比例有所增加，高达 100%，而其他三个类型企业的重视程度均略有下降。其中，中外合资企业的领导层仍旧比国企和内资民企的领导层更重视合规工作：在受访企业中，82% 的中外合资企业的领导层重视合规工作，而仅有 80% 国企和 73% 内资民企中的领导层重视合规工作（见图 1-1-2）。

就行业而言，2021-2022 年，医疗与健康和金融

与投资企业领导层对合规工作最为重视，比例高达92%。相较于上一年度，医疗与健康行业企业受境内政府执法的比例由29%下降至17%；相反，交通运输行业企业管理层重视合规工作的比例由上一年度的85%下降至73%，本年度其遭遇境内政府执法的比例也由上一年度的30%升至36%。由此可见，公司领导层对于合规工作的重视程度越高，企业更有可能投入更多资源开展合规工作，以降低自身被执法的风险（见图3-1-3和图1-1-3）。



（图 1-1-1：企业领导层对合规工作的重视与否）



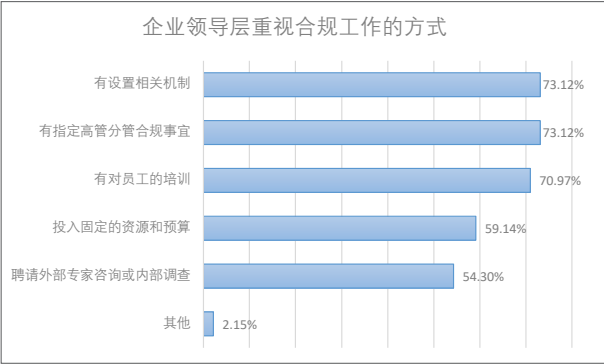
（图 1-1-2：企业领导层对合规工作重视与否 - 类型）



（图 1-1-3：企业领导层对合规工作重视与否 - 行业）

企业领导层通过多种方式重视合规工作；内资民企和能源与环保行业企业对合规工作重视程度较低

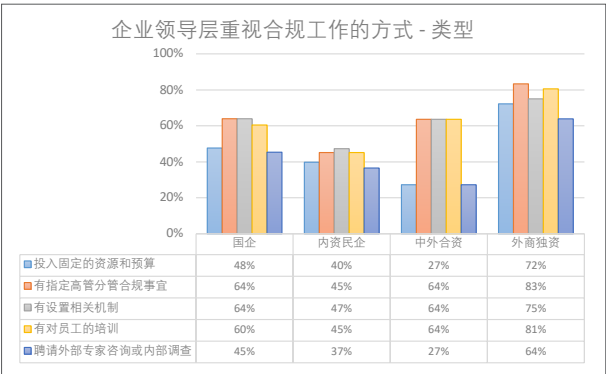
调研结果显示，企业领导层通常会通过设置相关机制、指定高管分管合规事宜、对员工培训、投入固定的资源和预算，以及聘请外部专家咨询或内部调查等方式开展合规工作。在参加调研的企业当中，采取上述方式的领导层占比均超过54%，更是有超过70%的企业针对合规工作设置了相关机制、指定了高管分管合规事宜以及对员工进行了培训（见图1-2-1）。



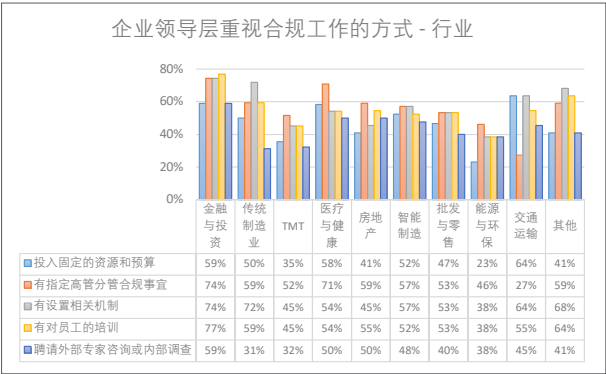
（图 1-2-1：企业领导层重视合规工作的方式）

从企业类型角度看，与上一年度的情况大致持平，外商独资企业的领导层普遍会采取更为多样化的方式开展合规工作，同时也更加注重指定高管分管合规事宜和对员工的培训，超八成的外商独资企业在开展合规工作过程中既会指定高管分管合规事宜，也会为员工提供相应的合规培训，这一比例也远高于其他类型企业。国企、内资民企和中外合资企业领导层开展合规工作的方式多样性情况与上一年度相比略有退步，采取合规措施（即投入固定的资源和预算、指定高管分管合规事宜、设置相关机制、对员工培训，以及聘请外部专家咨询或内部调查）的整体比例与上一年度相比均有减少，其中内资民企采取合规措施的整体比例在所有企业类型中占比最低（见图1-2-2）。

从行业角度看，金融与投资 and 医疗与健康行业的企业管理层会普遍采取更为均衡且多样化的方式开展合规工作，同时相比较其他行业更加注重指定高管分管合规事宜和聘请外部专家咨询或内部调查。而能源与环保行业在采取合规措施的整体比例处于行业垫底水平（见图1-2-3）。

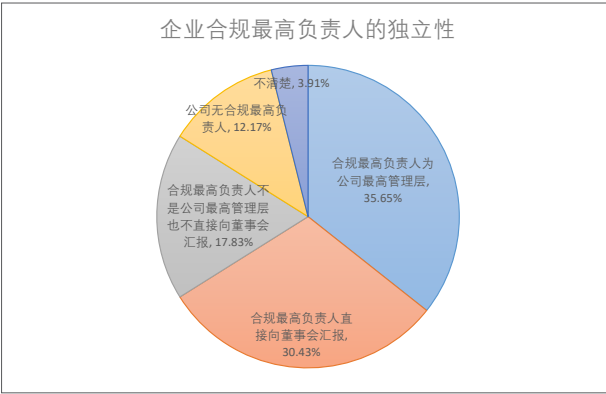


(图 1-2-2：企业领导层重视合规工作的方式 - 类型)



近七成企业合规最高负责人为企业最高管理层或直接
向董事会报告

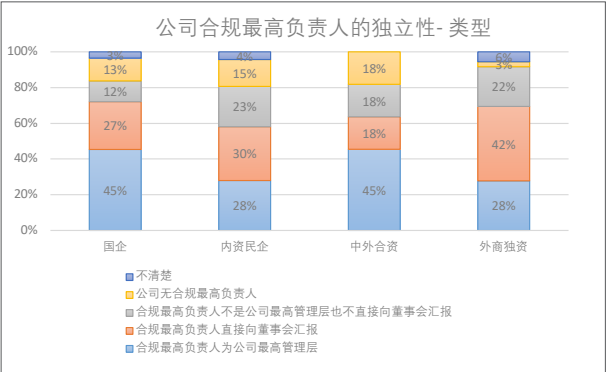
约 36% 参加调研的企业合规最高负责人为企业最高管理层，除此以外，合规最高负责人直接向董事会汇报的企业约占 30%。仅约 12% 的企业无合规最高负责人（见图 1-3-1）。



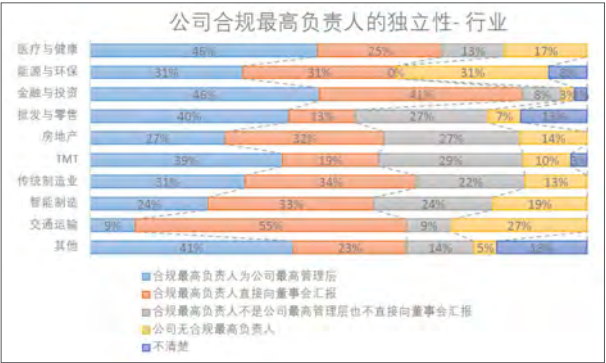
(图 1-3-1：企业合规最高负责人的独立性)

从企业类型角度来看，国企合规最高负责人的独立性更为明显，72% 参加调研的国企合规最高负责人为企业最高管理层或直接向董事会汇报，比例明显高于其他类型企业。内资民企合规负责人的独立性相对不足，近四成内资民企目前尚未设置合规最高负责人或合规最高负责人既不是企业最高管理层也不直接向董事会汇报（见图 1-3-2）。

在不同的行业中，金融与投资行业的企业合规最高负责人独立性最强，约 87% 的金融与投资行业企业合规最高负责人为企业最高管理层或直接向董事会汇报；智能制造企业的合规负责人独立性在行业内相对较差，约 43% 的企业无合规最高负责人或合规最高负责人不是企业最高管理层也不直接向董事会汇报（见图 1-3-3）。



(图 1-3-2：企业合规最高负责人的独立性 - 类型)

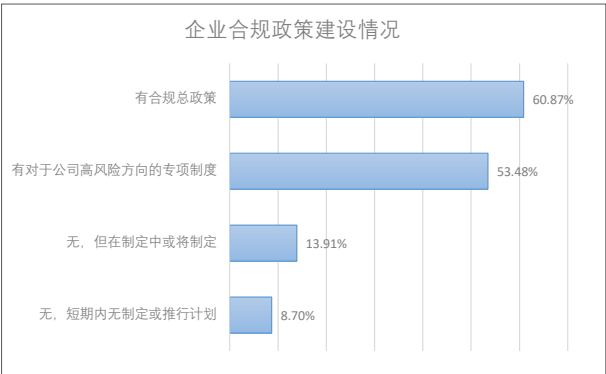


(图 1-3-3：企业合规最高负责人的独立性 - 行业)

(二) 企业的合规政策建设及合规重点领域

77% 的企业都制定了相关合规政策

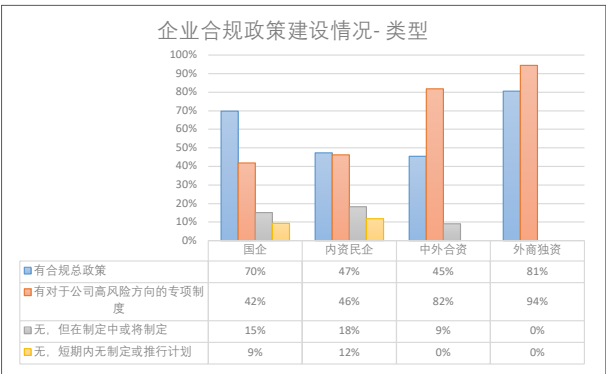
2021-2022 年，参加调研的企业中 77% 都制定了合规政策（包括合规总政策或专项政策），这一比例与上一年度的调研数据持平。其中，约 61% 的企业制定了合规总政策，约 53% 的企业制定了对于公司高风险方向的专项制度（见图 1-4-1）。



(图 1-4-1：企业合规政策建设情况)

外资企业合规政策建设较为完备；国企缺少针对高风险方向专项制度

整体来看，外资企业都有较为全面的合规政策。其中，外商独资企业中有 81% 的制定了合规总政策，有 94% 更是对于企业高风险方向的事项制定了专项制度，相比于其他参加调研的企业而言，在制度建设工作上最为完善。尽管 70% 的国企已具备合规总政策，相比于上一年度上升了 8%，但具备对于公司高风险方向的专项合规制度的仅为 42%（见图 1-4-2）。

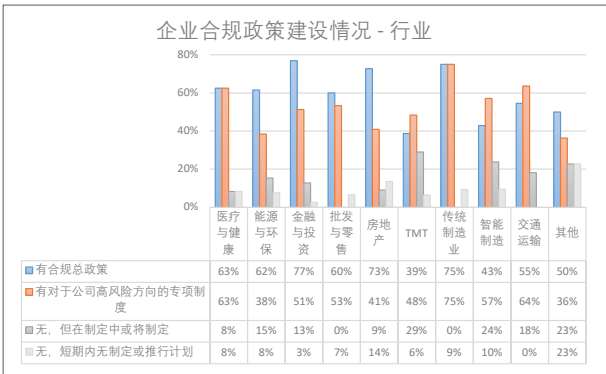


(图 1-4-2：企业合规政策建设情况 - 类型)

传统制造业和金融与投资企业合规政策建设较为完备；能源与环保企业专项合规政策建设薄弱

就行业而言，传统制造业与金融与投资企业的合规政策建设较为完备，已经制定合规总政策的传统制造业企业和金融与投资企业分别占比 75% 与 77%，该两类企业在高风险方向的专项制度建设方面的表现也在行业内处于领先地位，占比分别达 75% 和 51%。

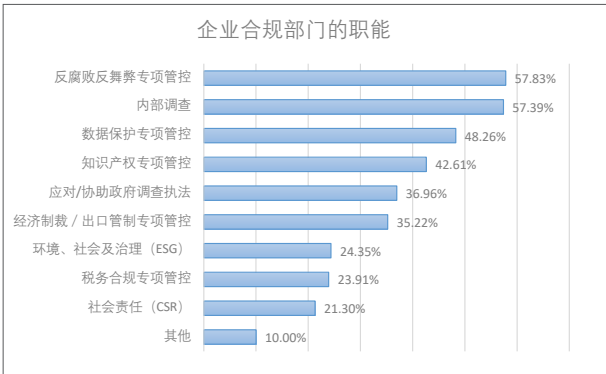
相比之下，能源与环保行业企业的专项合规政策建设能力仍旧较为薄弱，仅有约 38% 的企业有针对高风险方向的专项制度，该比例在所有行业排名中处于垫底地位（见图 1-4-3）。



(图 1-4-3：企业合规政策建设情况 - 行业)

企业合规部门重点关注反腐败反舞弊与内部调查

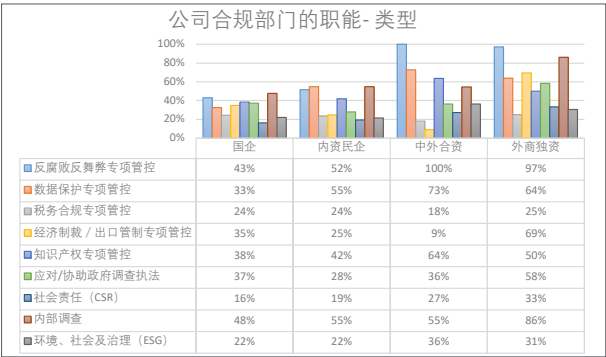
参加调研企业的合规部门职能主要包括反腐败反舞弊专项管控、内部调查、数据保护专项管控、知识产权专项管控、应对 / 协助政府调查执法、经济制裁 / 出口管制专项管控、ESG（环境、社会及治理）、税务合规专项管控和社会责任等。其中，反腐败反舞弊专项管控和内部调查在合规部门职能范围中最为常见，占比均超五成（见图 1-5-1）。



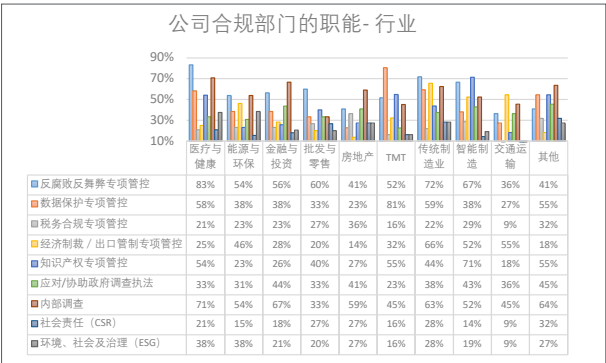
(图 1-5-1：企业合规部门的职能)

从不同类型的企业来看，外资企业合规部门尤其注重反腐败反舞弊专项管控及内部调查。外商独资与中外合资企业合规部门的职能中包括反腐败反舞弊专项管控的占比分别高达 97% 及 100%，包括内部调查的占比分别达 86% 和 55%，整体比例明显高于国企与内资民企。事实上，在不同职能事项上，参加调研的国企与内资民企的合规部门也更为关注反腐败反舞弊专项管控与内部调查，二者占比均接近 50%，但是较少关注社会责任领域的合规事项，仅 16% 的国企及 19% 的内资民企的合规部门职能中涵盖社会责任，在各自的各项职能中均为垫底（见图 1-5-2）。

就行业而言，医疗与健康行业企业合规部门职能履行较为充分，各项职能占比较高，其中反腐败反舞弊专项管控、内部调查和 ESG 占比均为第一。相比之下，交通运输行业的企业合规部门职能在全面程度上处于业内较为落后的位置（见图 1-5-3）。



(图 1-5-2：公司合规部门的职能 - 类型)

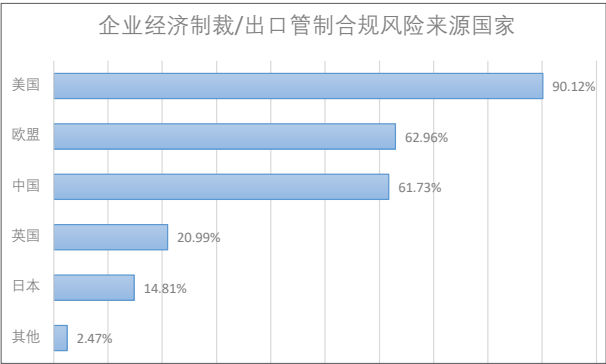


(图 1-5-3：公司合规部门的职能 - 行业)

(三) 企业经济制裁 / 出口管制的风险

企业的经济制裁 / 出口管制的合规风险主要来源于美国、欧盟和中国

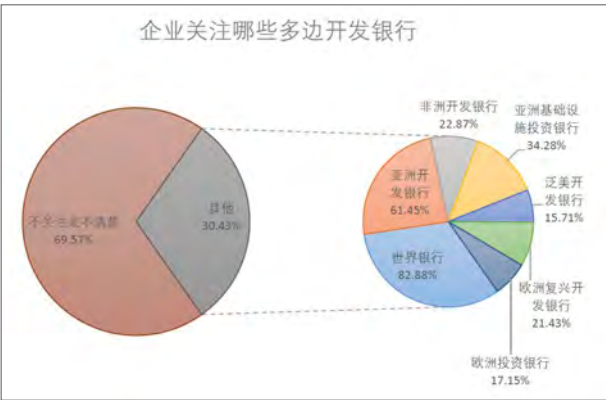
参加调研企业所关注的经济制裁或出口管制的风险主要来源于美国、欧盟、中国、英国、日本等国家。如前所述，在 35% 合规部门职能包括经济制裁 / 出口管制专项管控的企业中（见图 1-5-1），认为风险来源于美国的比例最高，达到 90%；其次，63% 认为风险来源于欧盟，62% 认为风险来源于中国（见图 1-6（1）-1）。



(图 1-6（1）-1：企业经济制裁 / 出口管制合规风险来源国家)

世界银行和亚洲开发银行的调查制裁机制或合规要求最受企业关注

关于多边开发银行的调查制裁机制或合规要求，最受参加调研企业所关注的主要有世界银行、亚洲开发银行和亚洲基础设施投资银行，关注度分别占比为 83%、61% 和 34%。另外，亦有部分企业关注非洲开发银行、欧洲复兴开发银行、欧洲投资银行和泛美开发银行等多边开发银行的调查制裁机制或合规要求（见图 1-6（2）-1）。



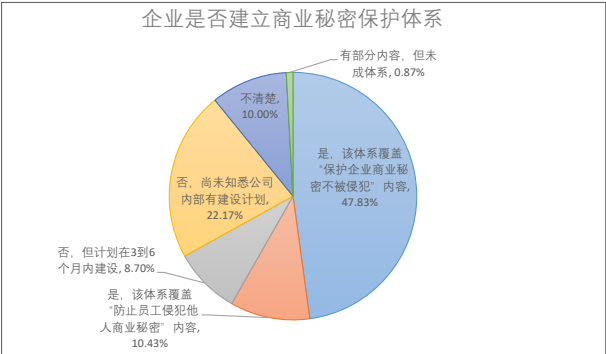
(图 1-6（2）-1：企业关注哪些多边开发银行)

(四) 企业知识产权合规

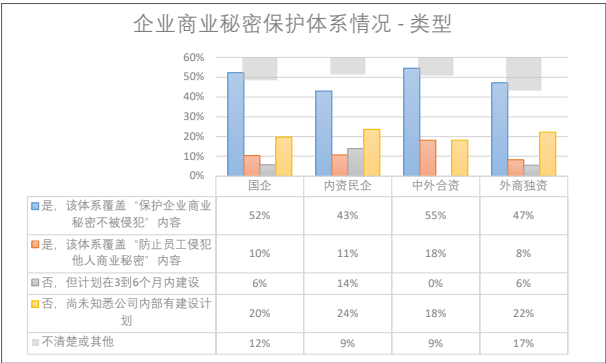
近六成企业建立了商业秘密保护体系

参加调研的企业建立了商业秘密保护体系的比例占58%，其中商业秘密保护体系覆盖“保护企业商业秘密不被侵犯”内容的企业有48%，覆盖“防止员工侵犯他人商业秘密”内容的企业有10%；同时还有9%的企业计划在3-6个月内建设商业秘密保护体系（见图4-2-1）。

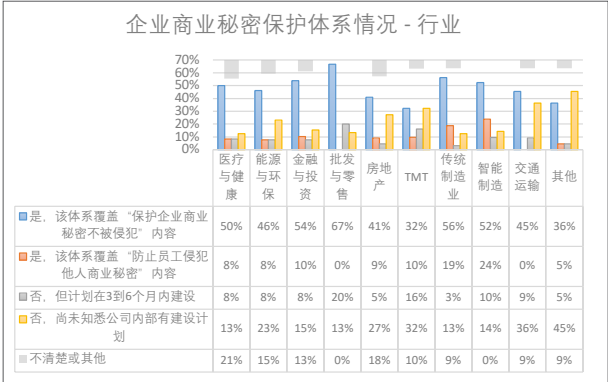
从企业类型来看，中外合资企业最重视商业秘密保护体系的搭建，73%的中外合资企业已建立或计划在3-6个月内建立商业秘密保护体系，高于其他类型企业（见图4-2-2）。从行业角度出发，批发与零售行业企业的商业秘密保护体系搭建重视程度是所有行业中最高的，87%的批发与零售行业企业已建立或计划在3-6个月内建立商业秘密保护体系（见图4-2-3）。



(图 4-2-1：企业是否建立商业秘密保护体系)



(图 4-2-2：企业是否建立商业秘密保护体系 - 类型)



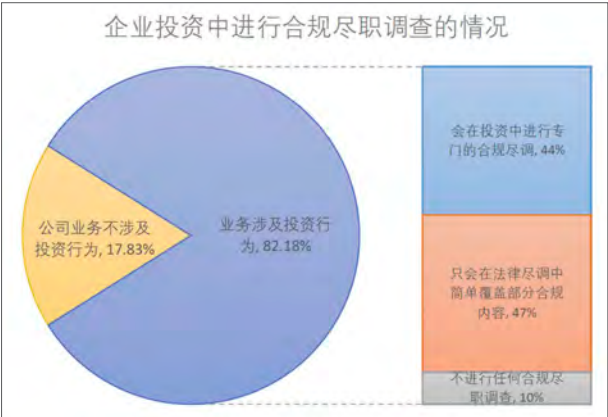
(图 4-2-3：企业是否建立商业秘密保护体系 - 行业)

(五) 企业进行投资合规尽职调查

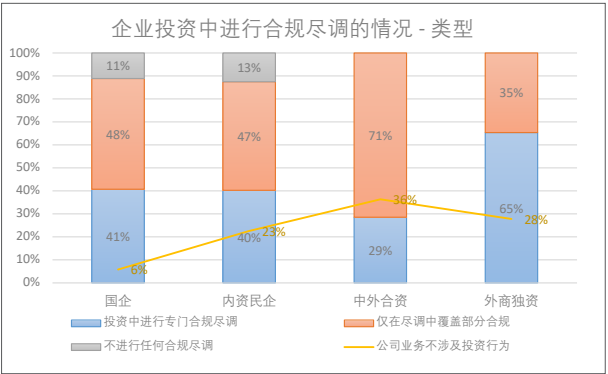
九成企业在对外投资中进行合规尽调

调研数据显示，82%的企业在业务中都涉及投资行为（见图1-8-1），而且合规事项仍然是2021-2022年间企业做出投资决定的重要考量因素之一。在投资活动中，91%企业会开展不同程度的合规尽调，其中44%的企业会在投资中进行专门的合规尽调，47%的企业会在法律尽调中覆盖部分合规内容；仅有10%的企业选择不进行任何合规尽职调查，比例略高于上一年的6%。

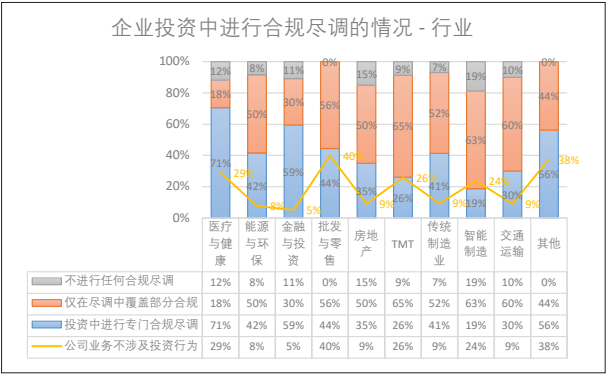
在涉及投资业务的各类企业中，100%的外资企业都会开展不同程度的合规尽调工作，其中65%的外商独资企业会进行专门的合规尽职调查，约71%的中外合资企业则倾向于以在投资尽调中简单涵盖部分合规内容的方式开展合规尽调（见图1-8-2）。从行业类型来看，批发与零售行业开展不同程度的合规尽调工作的比例最高，为100%，次之是传统制造业和能源与环保行业，分别占比93%和92%。医疗与健康是在投资中进行专门合规尽调比例最高的行业，占比为71%；而TMT企业则是在投资尽调中覆盖部分合规的占比最高，占65%（见图1-8-3）。



(图 1-8-1：企业投资中进行合规尽职调查的情况)



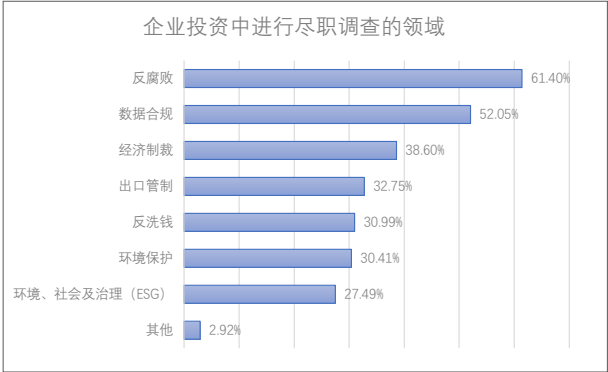
(图 1-8-2：企业投资中进行合规尽职调查的情况 - 类型)



(图 1-8-3：企业投资中进行合规尽职调查的情况 - 行业)

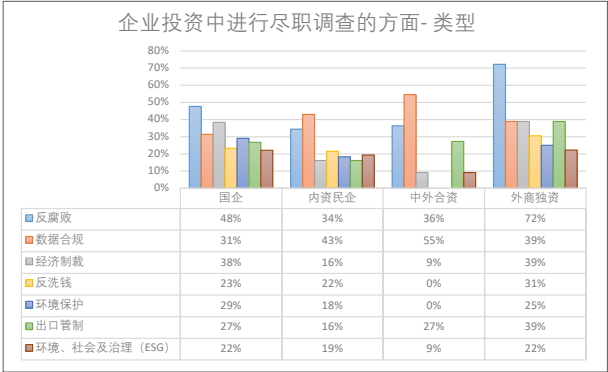
反腐败及数据合规是企业投资进行尽职调查关注的热门领域

根据参加调研的企业反馈，在投资中主要会进行反腐败、数据合规、经济制裁、出口管制、反洗钱、环境保护、ESG（环境、社会及治理）等方面的尽职调查。其中，在尽职调查范围中纳入反腐败及数据合规的企业占比最高，分别有 61% 和 52% 的企业会选择对前述两个事项进行尽职调查（见图 1-9-1）。

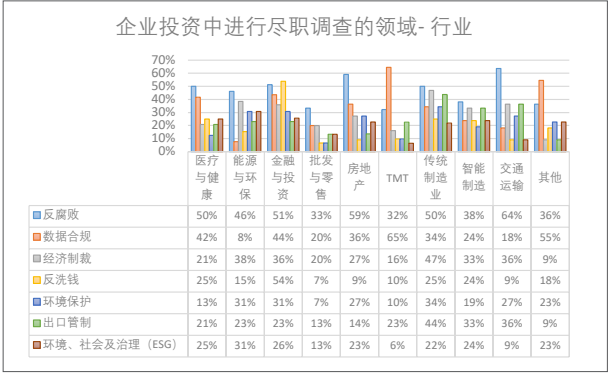


(图 1-9-1：企业投资中进行尽职调查的领域)

就不同类型企业的关注点而言，外商独资企业在投资中进行反腐败尽职调查的比例显著高于其他企业，高达 72%。现阶段，整体而言，内资企业在进行投资合规调查时关注最少的领域是 ESG（见图 1-9-2）。就行业而言，反腐败为交通运输、房地产、医疗与健康等行业在投资尽调中最关注的问题，在投资尽调中涵盖反腐败问题的企业比例在一半以上，分别为 64%、59% 和 50%；TMT 企业的投资尽调最为关注数据合规问题，占比高达 65%；金融与投资企业在投资中最关注反洗钱问题，占比 54%（见图 1-9-3）。



(图 1-9-2：企业投资中进行尽职调查的领域 - 类型)

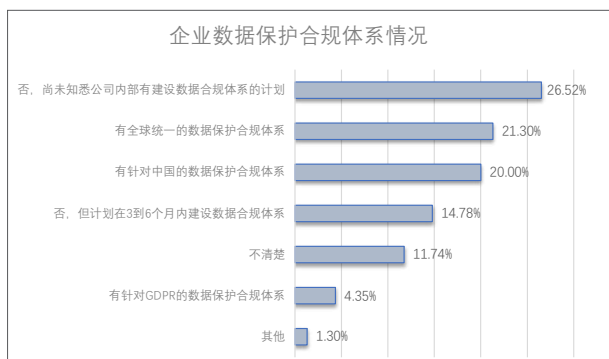


(图 1-9-3：企业投资中进行尽职调查的领域 - 行业)

（六）企业网络安全、数据 / 个人信息保护制度

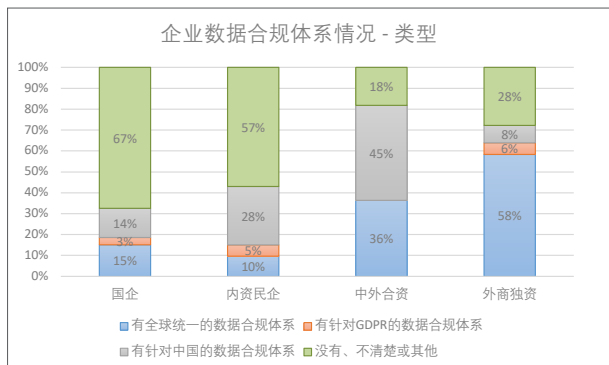
近五成企业建立数据合规体系；超七成 TMT 企业建立数据合规体系，能源与环保行业建立数据合规体系的企业不足一成。

46% 的企业已经建立数据保护合规体系，其中 21% 的企业有全球统一的数据保护合规体系，20% 的企业有针对中国的数据保护合规体系，4% 的企业有针对 GDPR 的数据合规体系，还有 15% 的企业虽然还没有建立数据保护合规体系，但计划在 3-6 个月内建立（见图 4-4-1）。

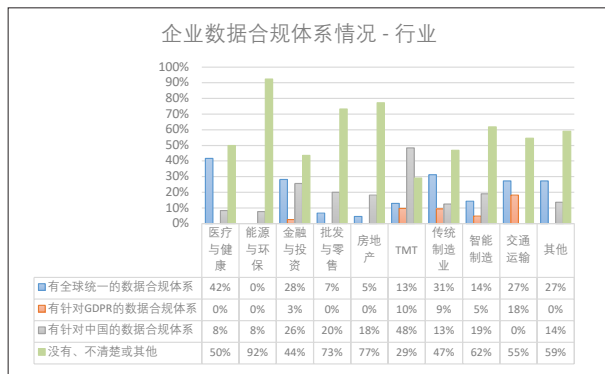


（图 4-4-1：企业数据保护合规体系情况）

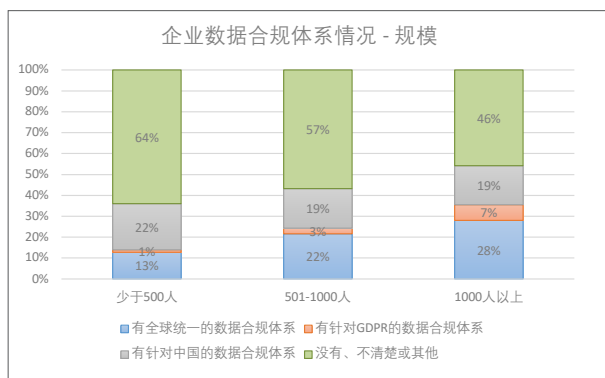
参加调研的中外合资企业中，82% 已经在企业内部建成了一套数据保护合规体系，然而 67% 的国企目前还没有形成该合规体系（见图 4-4-2）。从行业角度看，TMT 行业 71% 的企业已建立数据保护合规体系，而能源与环保企业中建立该体系的不足一成（见图 4-4-3）。该现象与国内执法情况相关联，中国企业遭遇网络安全或数据保护相关的境内执法中，TMT 行业企业以 16% 首当其冲，而房地产行业企业则未曾遭遇过相关执法（见图 3-3-3）。另外，从企业规模角度看，是否建立数据合规体系与企业规模呈较强的正相关性（见图 4-4-4）。



（图 4-4-2：企业数据合规体系情况 - 类型）



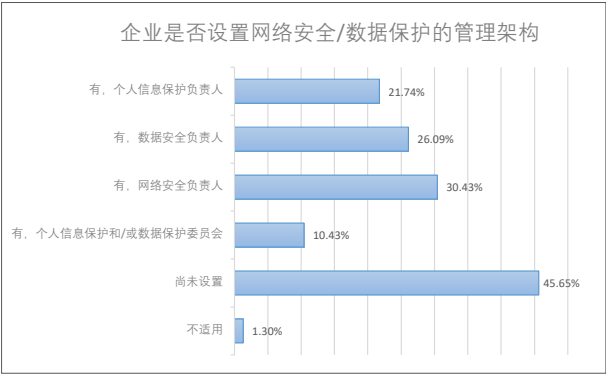
（图 4-4-3：企业数据合规体系情况 - 行业）



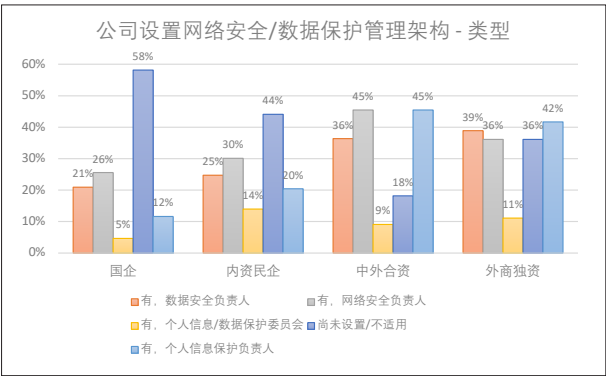
（图 4-4-4：企业数据合规体系情况 - 规模）

超五成企业设置网络安全 / 数据保护的管理架构；超过三分之一企业通过向本地 CEO 或者 CFO 汇报保障管理架构的独立性

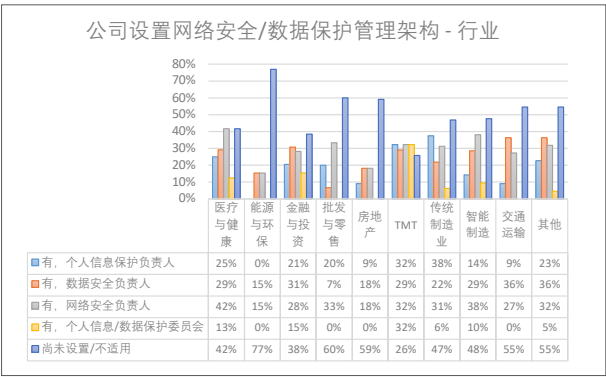
在参加调研的企业中，约 53% 的企业设置了网络安全 / 数据保护管理架构（负责网络安全和数据保护的专门人员或部门）（见图 4-4-5），但是这一比例在外资企业与内资企业中仍然存在差距，例如 82% 的中外合资企业设置了网络安全 / 数据保护的管理架构，但是仅有 42% 的国企作出了类似的安排（见图 4-4-6）。与建立数据合规体系的整体趋势相同，TMT 行业中高达 74% 的企业设置了网络安全 / 数据保护的管理架构，充分体现了 TMT 行业对数据合规问题的重视程度（见图 4-4-7）。在设置了网络安全 / 数据保护的管理架构的企业中，36% 的企业通过向本地 CEO 或者 CFO 汇报以保障管理架构的独立性，约 21% 的企业则是通过直接向全球或者本地董事会汇报保障独立性（见图 4-4-8）。



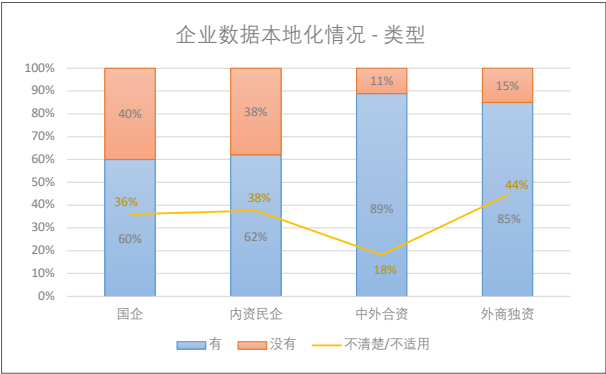
(图 4-4-5: 企业是否设置网络安全 / 数据保护管理架构)



(图 4-4-6: 企业设置网络安全 / 数据保护管理架构 - 类型)



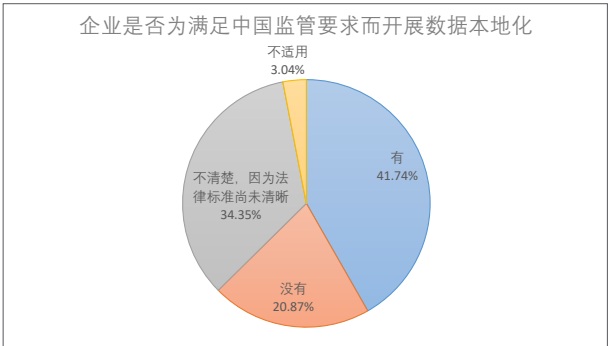
(图 4-4-7: 企业设置网络安全 / 数据保护管理架构 - 行业)



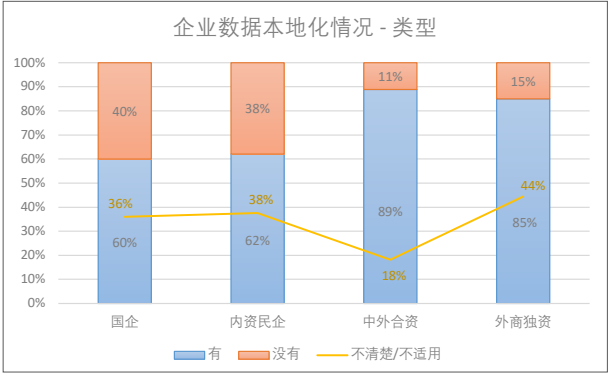
(图 4-4-8: 企业网络安全 / 数据保护的独立性的)

四成企业开展过数据本地化; 专业服务和金融与投资行业企业进行过数据本地化的比例远高于其他行业

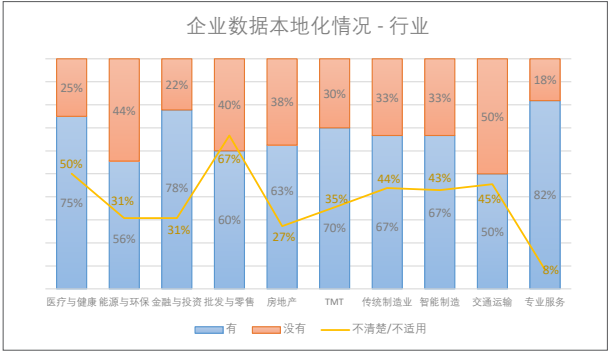
调研发现, 42% 企业实际为满足中国监管要求而开展数据本地化, 而有 34% 的企业因为法律标准尚未清晰而不清楚是否需要数据本地化 (见图 4-6-1)。从行业角度来看, 专业服务和金融与投资行业中所有参加调研的企业进行过数据本地化占比远高于其他行业, 分别占 82% 和 78%。而交通运输行业企业进行数据本地化的比例仅为 50% (见图 4-6-3)。考虑到在国内开展业务和配合监管的需要, 外资企业进行数据本地化的比例相对更高, 中外合资企业中的这一比例更是高达 89%; 相比之下, 仅六成内资企业进行过数据本地化 (见图 4-6-2)。



(图 4-6-1: 企业是否为满足中国监管要求而开展数据本地化)



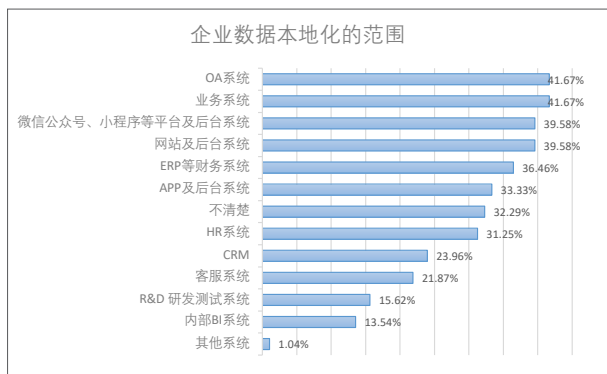
(图 4-6-2: 企业数据本地化情况 - 类型)



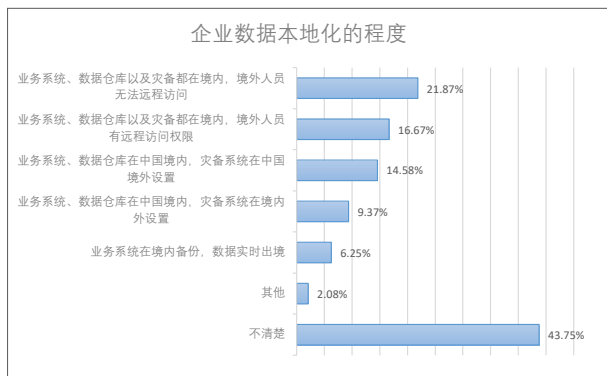
(图 4-6-3: 企业数据本地化情况 - 行业)

企业数据本地化主要集中于 OA 系统和业务系统；近四成企业将业务系统、数据仓库以及灾备均设在境内

参与调研的企业中，将 OA 系统、业务系统数据本地化的企业占比最高，均占比约 42%；次之是将微信公众号、小程序等平台及后台系统，和网站及后台系统数据本地化，占比均约 40%（见图 1-13-1）。另外，约 39% 的企业选择将业务系统、数据仓库以及灾备设在境内，其中约 22% 的企业不允许境外人员远程访问，而约 17% 的企业赋予境外人员远程访问权限。同时还有 15% 的企业选择将业务系统、数据仓库设在境内，但将灾备系统设在境外，另有 9% 的企业则是选择将灾备系统在境内外设置（见图 1-13-2）。



（图 1-13-1：企业数据本地化的范围）

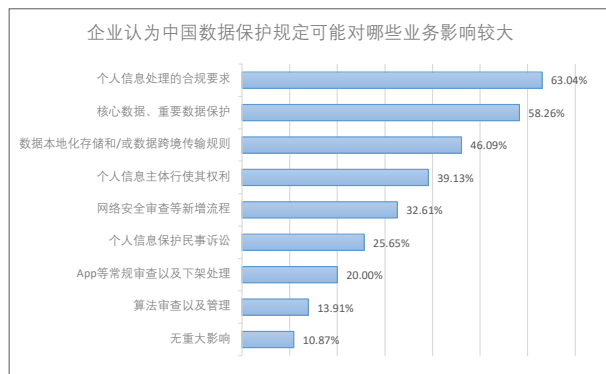


（图 1-13-2：企业数据本地化的程度）

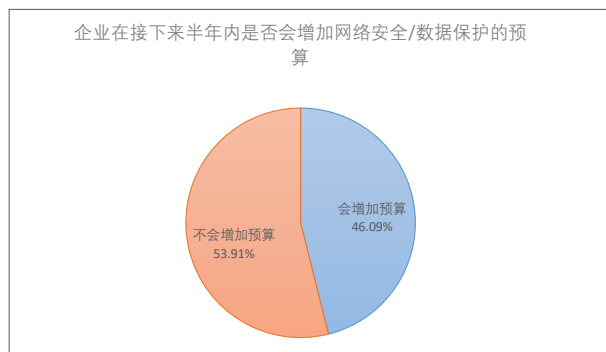
六成左右企业认为中国数据保护规定可能对个人信息处理的合规要求以及核心数据、重要数据保护的影响较大；近一半企业在接下来半年内会增加网络安全 / 数据保护的预算

参与调研的企业中，63% 的企业认为中国数据保护规定可能对个人信息处理的合规要求影响较大，58% 的企业则认为是对核心数据、重要数据保护的影响较大。另外，数据本地化存储和 / 或数据跨境传输规

则、个人信息主体行使其权利也是企业认为可能受影响较大的业务（见图 1-14-1）。此外，在参与调研的 230 家企业中，有 106 家企业在接下来半年内会增加网络安全 / 数据保护的预算，占总数的 46%（见图 1-14-2）。



（图 1-14-1：企业认为中国数据保护规定可能对哪些业务影响较大）



（图 1-14-2：企业在接下来半年内是否会增加网络安全 / 数据保护的预算）

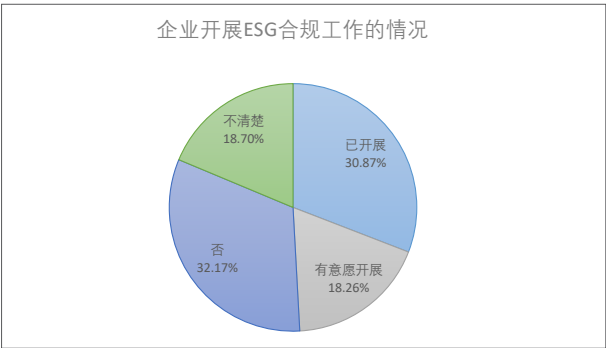
（七）环境、社会和治理（ESG）合规

近五成企业关注 ESG 合规，有意愿或已经开展 ESG 合规；近四成企业开展 ESG 合规时最关注治理（G）问题

ESG 是 Environment（环境）、Social（社会）、Governance（治理）三个单词的首字母缩写，目前已成为全球范围内重要的投资理念和企业行动指南。具体而言，在投资层面，ESG 是一种关注企业在环境、社会、治理方面的绩效而非仅关注传统财务绩效的投资理念；在企业层面，ESG 则是指将环境、社会、治理等因素纳入管理运营流程中的一种实践。相比于国际社会，ESG 理念在中国的起步较晚，但近年来在多方主体的参与下，ESG 理念在中国迅速发展并将持续行驶在快车道上，这也体现在企业进行 ESG 合规工

作的比例上。

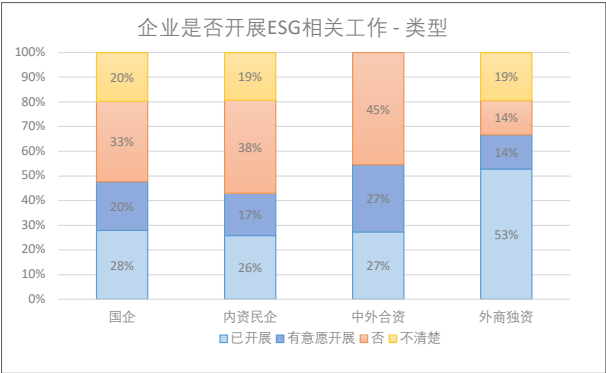
参与调研的企业中，31%的企业已开展了 ESG 合规，18%的企业亦有意愿开展 ESG 合规，尽管还有 19%的企业不太清楚 ESG 合规工作，但我们相信随着中国 ESG 实践的深入开展，这一比例将在下一年度有所下降（见图 4-3-1）。



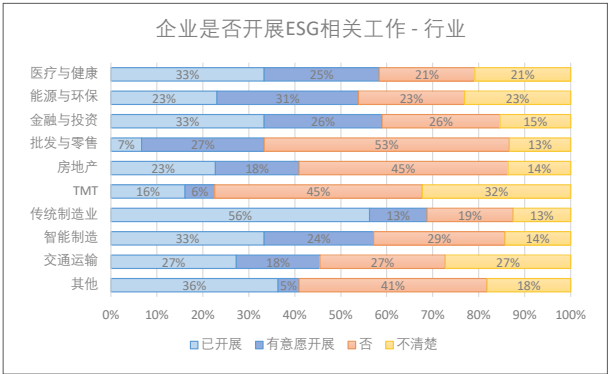
（图 4-3-1：企业开展 ESG 合规工作的情况）

从企业类型来看，外商独资企业已开展或有意愿开展 ESG 相关工作的比例最高，高达 67%；内资民企对于 ESG 相关工作的关注最少，仅有 43%的内资民企已开展或有意愿开展 ESG 相关工作（见图 4-3-2）。

不同行业对于 ESG 相关工作的关注度也不同，传统制造业最关注 ESG 相关工作，而 TMT 行业对 ESG 的关注最少，两者已开展或有意愿开展 ESG 相关工作的比例分别为 69% 和 22%（见图 4-3-3）。

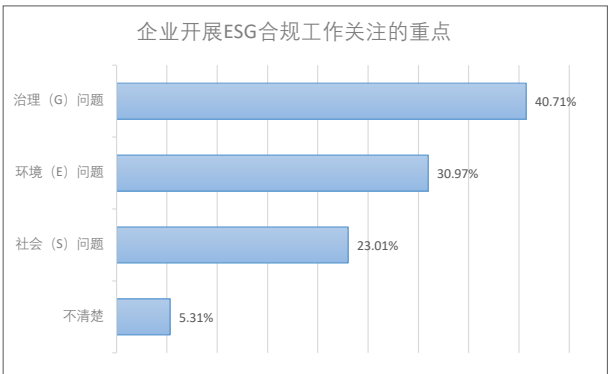


（图 4-3-2：企业是否开展 ESG 相关工作 - 类型）



（图 4-3-3：企业是否开展 ESG 相关工作 - 行业）

关注 ESG 合规工作的企业中，41%的企业最关注治理（G）问题，其次有 31%的企业最关注环境（E）问题，另外还有 23%的企业最关注社会（S）问题（见图 4-3-4）。



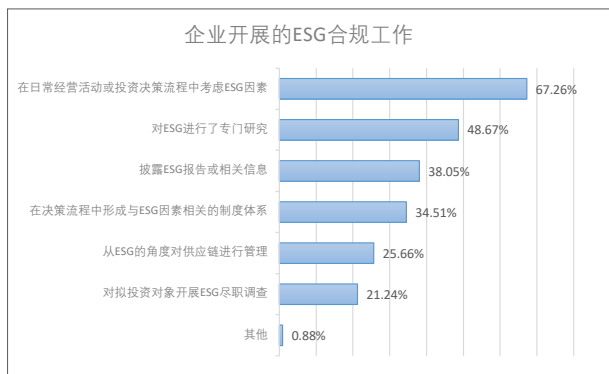
（图 4-3-4：企业开展 ESG 合规工作关注的重点）

超三分之二的企业在日常经营活动或投资决策流程中考虑 ESG 因素；专门成立的 ESG 委员会和法务部门是企业开展 ESG 合规最主要的主管部门

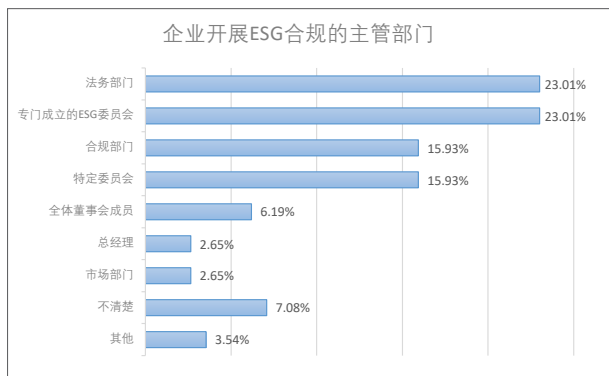
对于 ESG 合规工作的开展方式，有 67%的企业通过在日常经营活动或投资决策流程中考虑 ESG 因素，还有 49%的企业对 ESG 进行了专门研究，这两种方式是参与调研的企业最常运用的开展 ESG 合规的方式。同时还有 38%企业通过披露 ESG 报告或相关信息，35%的企业通过在决策流程中形成与 ESG 因素相关的制度体系，26%的企业通过从 ESG 角度对供应链进行管理，以及 21%的企业通过对拟投资对象开展 ESG 尽职调查开展 ESG 合规工作（见图 4-3-5）。

参与调研的企业中，开展 ESG 合规的主管部门主要是法务部门和专门成立的 ESG 委员会，占比均

为 23%；其次是合规部门和特定委员会，占比均为 16%；还有部分企业选择由全体董事会成员、总经理、市场部门等主管企业 ESG 合规工作（见图 4-3-6）。



（图 4-3-5：企业开展的 ESG 合规工作）



（图 4-3-6：企业开展 ESG 合规的主管部门）

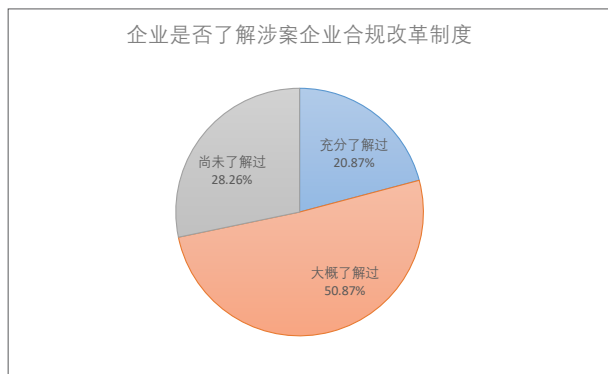
（八）涉案企业合规改革制度

超七成企业了解过涉案企业合规改革制度

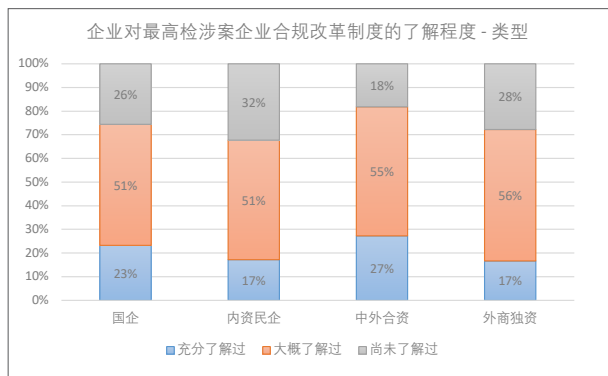
2020 年 3 月，最高人民检察院部署开展涉案企业合规改革试点，经过两年多的试点，涉案企业合规改革制度备受关注，不断释放司法红利。截至 2022 年 8 月，全国检察机关累计办理涉案企业合规案件 3218 件，对整改合规的 830 家企业、1382 人依法作出不起诉决定。

参与调研的企业中，约 72% 企业了解过该项制度，其中 51% 的企业大概了解过，21% 的企业充分了解过（见图 4-1-1）。从企业类型来看，中外合资企业对涉案企业合规改革制度的了解程度最深，82% 的中外合资企业都了解过该项制度；相反，仅有 68% 的内资民企了解过该项制度（见图 4-1-2）。不同行业对涉案企业合规改革制度的了解程度亦存在差异，

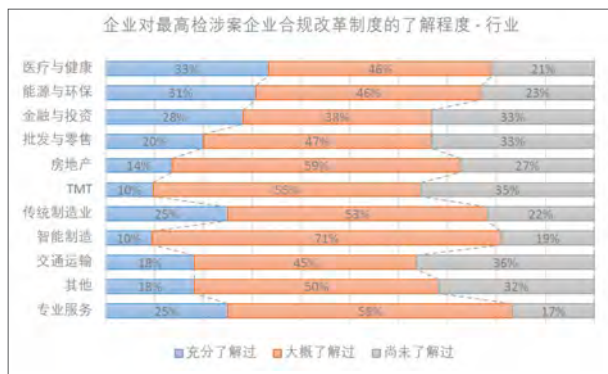
专业服务行业企业最关注该项制度，有 83% 的专业服务行业企业了解过该项制度；相反，仅有 63% 的交通运输行业企业了解过该项制度（见图 4-1-3）。



（图 4-1-1：企业是否了解涉案企业合规改革制度）



（图 4-1-2：企业对最高检涉案企业合规改革制度的了解程度 - 类型）

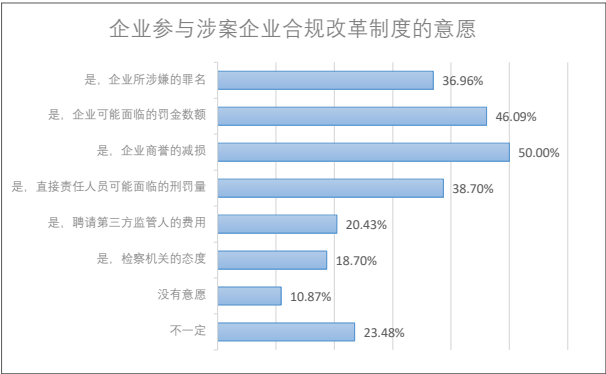


（图 4-1-3：企业对最高检涉案企业合规改革制度的了解程度 - 行业）

近三分之二的企业愿意参与涉案企业合规改革

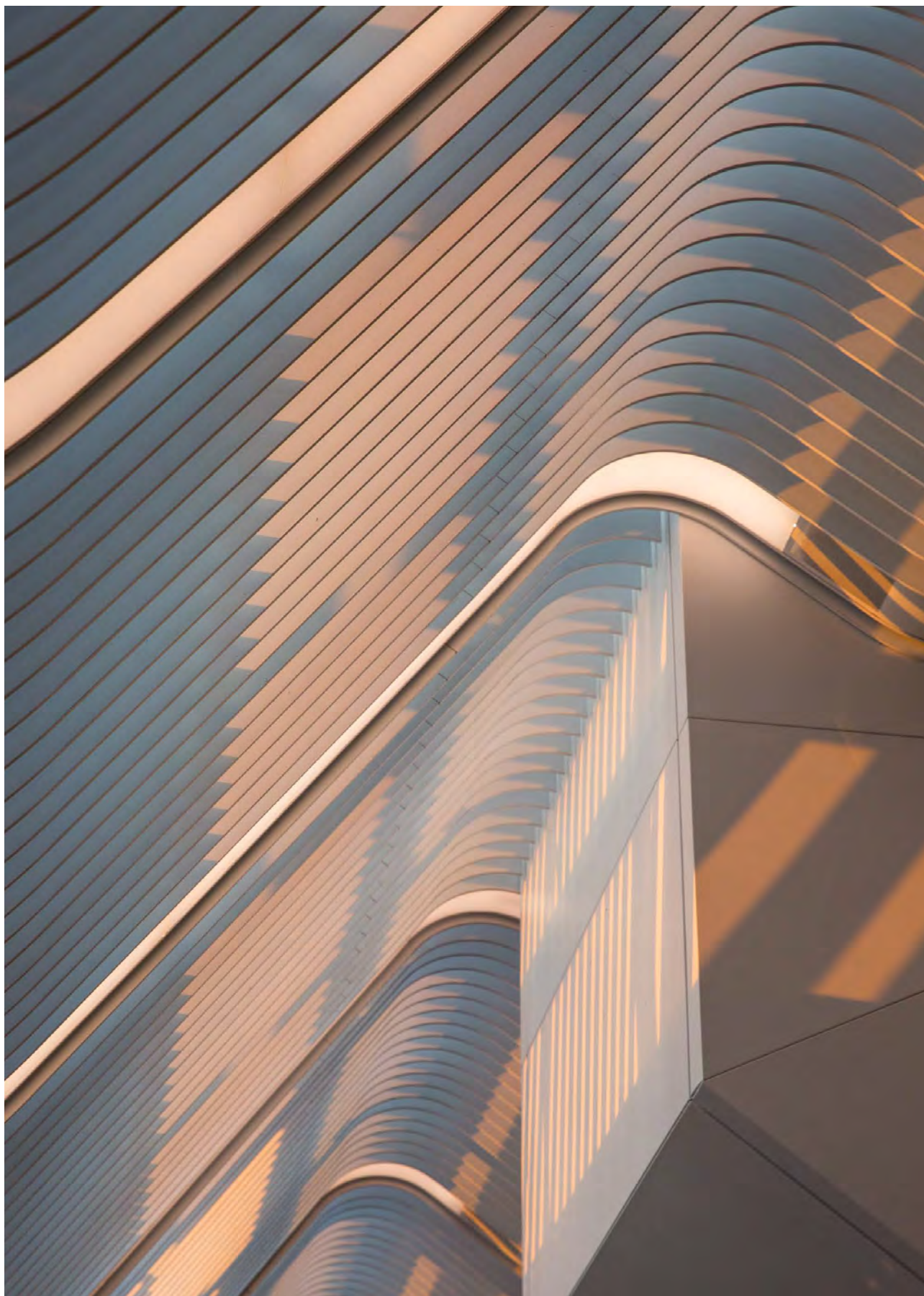
约 66% 的参与调研的企业表示有参与涉案企业合规改革制度的意愿，从企业自身利益出发，企业所涉嫌的罪名、可能面临的罚金数额以及可能面临的商誉减

损是影响企业参与该项制度的意愿的三个主要因素，分别占比为 37%、46% 和 50%。另外，企业直接责任人员可能面临的刑罚、聘请第三方监管人的费用和检察机关的态度在一定程度上也会影响企业参与涉案企业合规改革制度的意愿，尤其是直接责任人可能面临的刑罚量对于企业参与涉案企业合规改革制度的意愿影响较大，占比约为 39%（见图 4-1-4）。



（图 4-1-4：企业参与涉案企业合规改革制度的意愿）





第三章 反腐败



第一节

“受贿行贿一起查”形势下企业反腐败合规需求的再加强

引言：2021年9月，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发了《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》（下称《意见》），进一步推进受贿行贿一起查，引发社会广泛关注。《意见》的贯彻落实势必带来更为严峻的执法形势，更多的行贿犯罪亦会曝光于阳光之下。与此同时，伴随着现代企业运营模式的多元化与管理结构的复杂化，企业涉贿赂刑事法律风险呈现扩张趋向：企业员工与第三方实施的贿赂行为有可能归责于企业自身。因此，为规避企业的刑事责任并在一定程度上预防犯罪的发生，重新审视企业的反腐败合规体系并强化其合规建设则显得尤为重要。

一、闻风：反腐新形势下的执法新动向

（一）反腐新形势：强化打击行贿犯罪

近年来，中国政府开展的反腐败执纪执法工作不断向常态化推进，中央亦始终保持反腐败的高压态势。此次《意见》的出台是中央深化反腐败的具体举措，是对十九大“坚持无禁区、全覆盖、零容忍，坚持重遏制、强高压、长震慑，坚持受贿行贿一起查”方针政策的制度回应。

中央纪委国家监委明确指出，行贿行为系贿赂犯罪发生的主要源头，但司法机关长期“重受贿、轻行贿”，即对行贿犯罪刑事追诉率低、对行贿人的量刑偏轻。

¹ 此次中央纪委国家监委联合组织、统战、政法部门发文，将打击行贿犯罪与受贿犯罪作为一体推进，反映了中央对既往“打老虎、拍苍蝇”政策的审视，并向全社会释放出进一步严肃惩处行贿犯罪的信号。²

（二）内容新变化：明确打击重点行贿行为

鉴于近年查处案件的情况，《意见》明确将五种行贿行为作为查处重点。

1. 多次行贿、巨额行贿以及向多人行贿，特别是党的十八大以来不收敛不收手的行贿行为。该行为着重强调行贿的“数量”，即多次数、多钱数、多人数，是查

处的重点行为。根据目前法律及司法解释，多次行贿未经处理的，将按照累计行贿数额处罚；向三人以上行贿的，可能构成行贿罪中的“情节严重”；行贿人谋取不正当利益的行为构成犯罪的，将与行贿犯罪实行数罪并罚。

2. 党员和国家工作人员实施的行贿行为。该行为着重强调行贿的“主体身份”。尽管现行刑法不要求行贿犯罪的主体具有上述身份，但司法界普遍认为具有上述身份的人员实施行贿会贻害公众对党政机关公正性的信赖。因此《意见》将具备上述身份的人员作为重点查处对象，特别对于在国企、事业单位、涉国家出资企业任职的人士等，其是否具备“国家工作人员身份”或将成为认定重点。

3. 在国家重要工作、重点工程、重大项目中实施的行贿行为。该行为着重强调行贿的“事项重大程度”。大量司法案例表明，在国家重要工作、重点工程、重大项目中为谋取不当利益而实施行贿行为不仅严重扰乱了正常市场经济秩序，亦可能直接造成国家巨额经济损失，甚至危害国家经济安全，因此《意见》对该类行贿行为坚决予以查处。

4. 在组织人事、执纪执法司法、生态环保、财政金融、安全生产、食品药品、帮扶救灾、养老社保、教育医疗等领域实施的行贿行为。该行为着重强调行贿的“领域”。上述领域均关系重大国计民生，亦是滋生腐败

1. 参见“中央纪委国家监委网站”公众号刊文《中央纪委国家监委案件监督管理室负责人就〈意见〉答本网记者问》：https://mp.weixin.qq.com/s/vcOLWochpwCNisO_hDtlYQ。

2. 参见中央纪委国家监委网站《深度关注 | 精准有效打击行贿》：https://www.ccdi.gov.cn/toutiao/202109/t20210909_249756.html。

的重灾区。《意见》点明了环保、金融、食药、医疗等重点领域，因而传统工业如化工、冶炼、采矿行业，金融包括互联网金融行业，食品行业，医疗行业等企业需要对《意见》给予高度关注。

5. 实施重大商业贿赂的行为。该行为着重强调行贿的“商业领域”。“商业贿赂”一词主要由《反不正当竞争法》等行政法进行定义。中国刑法虽然未设立所谓的“商业贿赂”罪，但是涉及“商业贿赂”内容被体现在若干商业领域的相关刑事犯罪行为中。例如，涉案企业或个人实施的“返点”“回扣”“给好处费”等通常涉及行贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪、对非国家工作人员行贿罪、受贿罪、非国家工作人员受贿罪、单位受贿罪、挪用资金罪、挪用公款罪、职务侵占罪等等，因情形较为复杂，具体应根据行为、对象、数额等进行判断。

（三）惩治新举措：突出对行贿人的多维惩戒

《意见》除了要求监、审、检等机关各自根据职能职责严肃惩治行贿行为外，还强调要健全完善惩治行贿行为的制度规范，形成联合惩戒的合力。

1. 加大财产刑力度，追缴行贿人非法获利。《意见》要求，相关机关要加大财产刑的运用和执行力度，追缴非法获利，对于行贿所得的不正当财产性利益，依法予以没收、追缴或者责令退赔。虽然目前刑法中并无对行贿犯罪科以“没收违法所得”的具体条款，但根据刑法“任何人不应从犯罪中获利”的基本原则，及刑法第六十四条关于犯罪物品处理的规定，即“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”。至于如何将行贿人特别是单位行贿人的合法收入与非法所得进行区分，除了现行法律规定计算法律和政策允许的各种收入外，还有待进一步执法细则的出台与案例指导。

2. 建立联合惩戒机制，探索“黑名单”制度。《意见》强调，相关机关要建立对行贿人的联合惩戒机制，提高治理综合效能。在犯罪的特殊预防方面，《意见》强调开展对行贿人作出市场准入、资质资格限制等问题的研究，探索推行行贿人“黑名单”制度；在犯罪的一般预防方面，《意见》要求加大查处行贿的宣传力度，通报曝光典型案例。此外，中央纪委国家监委人士在答记者问中指出，根据行贿所涉领域，要向市场监督管理、发展改革、住房城乡建设、金融监管、

司法行政等相关单位通报行贿主体，由相关单位对行贿人作出处理。

二、诚己：反腐新形势下企业刑事法律风险骤增

在“重受贿、轻行贿”的时代，企业实施的行贿行为大多隐藏于犯罪黑数，即使行贿犯罪因受贿方被惩处而被司法机关发现，涉罪企业未被追究刑事责任的事例亦屡见不鲜。然而，随着《意见》的贯彻落实，企业可以预见到其涉贿赂刑事法律风险将大幅提高。这一变化一方面来自反腐败刑事执法强力化，司法机关加强对企业贿赂行为的打击力度，另一方面在于企业涉贿赂刑事法律风险的扩张，即该法律风险绝不止于因企业管理人员自行或授意员工实施的行贿行为所引发的刑事责任，这恰恰是相当一部分企业经营者所存在的认识误区。因此，我们有必要梳理企业涉贿赂刑事法律风险的来源。

（一）法网严密化：企业涉贿赂刑事法律风险种类的扩张

我国刑法正在经历从“厉而不严”向“严而不厉”转化的结构性变革，犯罪化已然成为当代刑法趋向的有力注脚。论及贿赂犯罪，其刑事法网亦严密化，从单一的行贿罪向单位行贿罪、对有影响力的人行贿罪、对单位行贿罪、对非国家工作人员行贿罪以及对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪等多种罪名。同时，从企业的经营角度来看，伴随反腐败刑事政策的纵深及全面开展，刑事法网渗透进各类型企业的日常经营活动中，采购、生产、销售、人员招聘、管理、宣传的各个环节均可能触碰反腐败法律、政策的红线，企业极易暴露在刑事风险中。

（二）替代责任：因员工行贿致使企业被追刑责的事例增多

随着现代企业资产性质多元化、治理结构复杂化，不少企业面临对分支机构乃至普通员工的管理、控制和监督问题。如若企业员工在职务范围内，为实现企业利益实施了行贿犯罪，按照刑法理论中的替代责任，该企业亦应承担相应的刑事责任。司法实践中，多数单位行贿罪是通过替代责任实现的。

同时，不少涉案企业的实践案例表明，涉嫌行贿犯罪

的企业员工通常更倾向于辩称其行贿行为系为企业利益，使企业陷入行贿的法律风险。员工将企业“拉下水”的内部动因在于：（1）定罪方面的辩护策略。目前我国刑法中单位犯罪与个人犯罪的入罪标准不统一，单位犯罪的罪量要求高于个人犯罪，致使达到个人犯罪入罪要求的却尚未达到单位犯罪的入罪要求。个人行贿行为的入罪数额标准为3万元，而单位行贿行为的入罪标准则为20万元。在这种情况下，员工更愿意辩解其为公司利益而按照替代责任被认定为单位行为，降低其入罪的可能性。（2）量刑方面的辩护策略。在单位犯罪中，个人的犯罪作用可以作为其量刑情节，作为进一步从轻、减轻处罚的依据。员工实施了行贿行为，如果被认定为自然人犯罪则无法适用共同犯罪中从犯的条款。但是，如果其行为被认定为单位犯罪，则员工有可能被认定为“其他直接责任人员”而在量刑时予以一定的从轻减轻处理。同时，一些单位犯罪中直接责任人员的法定刑要大大轻于自然人犯罪的法定刑。如个人对有影响力的人行贿，构成犯罪的最高刑期为十年有期徒刑，而单位犯罪中责任人的最高刑期仅为三年有期徒刑。

（三）共同犯罪：因第三方行贿致使企业刑事法律风险增高

近年来，企业因通过第三方公司实施行贿而被追究刑事责任的案例有所增多。这类企业由于自身的合规要求无法自行实施行贿行为，转通过聘用第三方公司进行“市场拓展”并支付其高额的“市场咨询费”。尽管涉案企业与第三方公司签订的咨询合同中对于行贿事项只字未提甚至明确表示反对，但结合涉案企业对诸如第三方公司实控人背景、第三方经营规模的了解以及市场咨询费与实际咨询交付物之间的差距，司法机关有可能认定涉案企业对第三方公司实施行贿行为在主观上具有较高的认识程度并放任行贿的发生，从而按照共同犯罪追究涉案企业的刑事责任。

三、力行：反腐新形势下企业需强化合规体系建设

鉴于《意见》“受贿行贿一起查”的执法形势，且企业在其生产经营中涉贿赂的刑事法律风险持续呈现扩张态势，企业应当重新审视其合规体系并持续强化其反腐败合规建设。我们认为，构建完善的反腐败合规体系是降低涉贿赂刑事风险的最佳解决方案。

（一）合规体系：降低企业涉贿赂刑事风险的最佳方案

合规体系的意义首先在于帮助企业防范涉贿赂刑事责任风险。从国内外的刑事执法经验看，拥有一套完善的合规体系能够在很大程度上降低甚至免除企业的刑事责任。这是因为，只要涉案企业能够证明其已搭建一套完善的反腐败合规体系并充分贯彻落实，即可主张其不具有实施贿赂的主观心态，进而规避刑事责任。同时，一套完善的事前合规制度，有效而严格的事中合规检查和实施，及时的事后内部调查和合规制度更新，可以在很大程度上证明企业未放任或默许贿赂行为的发生。

合规体系更为积极的意义在于帮助企业建立反腐败的预防体系，进而营造企业良好的合规文化。一套完善的合规体系，在很大程度上可以预防腐败犯罪的发生。第一，企业对经营业务的各个环节建立严格的制度，既可以避免系统性的腐败风险，也可以降低员工从事腐败行为的风险，达到使员工“不能腐败”的目的。第二，企业加强对合规制度的教育培训，也可以使员工意识到腐败的后果严重性，并且向员工传达企业对腐败行为的零容忍态度，达到使员工“不敢腐败”的目的。第三，企业通过对员工有关合规制度的宣传培训，营造出企业良好的合规文化与氛围，达到使员工“不想腐败”的目的。

（二）强化合规体系：降低企业涉贿赂刑事风险的设计进路

鉴于腐败行为的高渗透性特征，企业日常经营的各方面、各环节、各动作都可能涉及腐败问题。因此，企业的反腐败合规体系可以从三个层次设计进路。

1. 风险梳理：企业需强化合规体检。合规体检对企业的经营过程中包括业务行为、管理模式、决策方法以及未来规划的每一个阶段、环节、步骤、人员等展开平铺式梳理，并基于法律逻辑、现行刑事政策及未来动向分析企业腐败风险容易滋生的敏感点。合规体检后，企业对于自身潜在的风险能够具备更清晰的认识，在下一步合规制度建设、应对执法风险时，能够做到有的放矢、合理应对。

2. 风险屏蔽：企业需强化合规建设。合规制度的建设是整个反腐败合规机制运行的重心。通过合理、有

效的合规体系搭建，企业可以用制度规范约束企业与员工的行为，防范高发的刑事风险，达到一般预防效果的责任规避，避免牵一发而动全身，给企业造成不必要的损失。特别地，我们认为，虽然对于同行业企业来讲，在单纯业务领域的风险点存在相似之处，但每个企业的规模、经营产品、具体客户、上下游流程等都千差万别，因此，随意套用同行企业的合规制度，很可能导致运行过程的不适。如中小企业套用大企业的合规制度，可能导致成本过高、流程过长、人员不足、效率下降；套用异地企业的合规制度，可能存在执法标准差异、属地政策风险等。因此，我们建议企业在对自身合规体检的基础上，量身定做适用于本企业的合规制度，在规避风险的同时尽量满足企业的效率、经济需求。

3. 风险预防：企业需强化合规自查。合规自查是企业执行合规制度过程中的检验与升级。良好的合规制度不但能够实现风险隔离，更能帮助企业及时发现风险，避免升级扩大造成难以挽回的局面。如对于员工涉及腐败的可疑行为进行分析汇总，给予关注、反馈、处理留痕；依法合理收集、固定相关证据并根据效力进行分类，保证证据的客观性、关联性等；必要时，将证据材料等提交相关机关，及时切断单位责任避免受到波及等等。同时，我们建议企业持续关注相关法律法规、政策的变化，以便及时更新、调整反腐败合规机制，实现合法经营管理，合理规避风险的目标。

第二节 2021-2022 年主要国家反腐败立法动态

一、中国

2021 至 2022 年，中国在打击贿赂犯罪、查处行贿行为等方面进一步完善了相关立法政策，先后通过《刑法修正案（十一）》、《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》、《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》等制度规范，提高对贿赂腐败行为的打击力度，彰显国家严厉惩处贿赂犯罪的鲜明态度。同时，在查处公职人员违法犯罪方面，随着监察体制改革的不断深化，《监察官法》和《监察法实施条例》的颁布使得监察机关查处此类案件的职权、程序进一步明确，为打击公职人员犯罪提供了强有力的法律保障。此外，企业合规管理的制度建设也进一步完善，涉案企业合规管理、中央企业合规管理制度的出台，有利于为企业建立合规体系提供更加微观的指导，帮助企业减少腐败贿赂行为带来的经营风险。具体来看，主要立法变化体现在以下几点：

1. 贿赂犯罪刑事惩处力度加大

2021 年 3 月 1 日《刑法修正案（十一）》¹ 生效，非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪的定罪量刑标准发生重大变化，提高了刑事处罚力度。其中，将非国家工作人员受贿罪的法定刑由两档调整为三档，增加了“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”的量刑幅度，最高刑为无期徒刑，并且每档法定刑都增加了“并处罚金”的规定。

与之相呼应，2022 年 4 月 6 日，最高人民检察院和公安部联合印发了修订后的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》²，对于非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪、挪用资金罪这类非国家工作人员职务犯罪采用了与国家工作人员职务犯罪相同的追诉标准，将追诉标准由五万元下降至三万元，降低了相关罪名的入罪门槛。

此外，对于行贿行为，2021 年 9 月，中央纪委国家

1. 《中华人民共和国刑法修正案（十一）》，2020 年 12 月 26 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过，参见 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/850abff47854495e9871997bf64803b6.shtml>。

2. 《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》，公通字〔2022〕12 号，2022 年 4 月 29 日，参见 https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202204/t20220429_555906.shtml#1。

监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合印发《**关于进一步推进受贿行贿一起查的意见**》³，对进一步推进受贿行贿一起查作出部署。该意见向社会释放出严厉惩处行贿犯罪的信号，行贿犯罪将面临更全面的打击，行贿人也将面临多种维度的惩戒措施。

2. 监察体制改革不断深化

自从2018年《监察法》、2020年《公职人员政务处分法》颁布以来，2021年8月20日，又一部深化国家监察体制改革的法律《**监察官法**》⁴正式颁布。该法对监察官的职责、义务、权利、选用、任免、监督等作出了规定，进一步完善了我国监察体制机制，推进了监察官职责法定，有利于监察工作的规范化、法治化。

紧随其后，2021年9月20日，国家监委公布《**监察法实施条例**》⁵，这也是国家监委制定的第一部监察法规。《实施条例》共9章287条，对《监察法》实施以来的监察制度进行了系统梳理、集成，在《监察法》的基础上对公职人员的含义、监察对象范围、监察机关调查范围、监察职责边界和措施、监察程序等作出进一步明确规定，有利于满足纪检监察机关履职的现实需要。

3. 企业合规制度规范不断完善

从企业角度来看，我国关于企业合规管理的相关制度正在不断发展完善。2021年6月3日，最高人民法院、司法部、财政部等九部门联合印发《**关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试**

行）》⁶，标志着企业合规不起诉制度的改革探索全面展开。该意见就涉案企业合规第三方监督评估机制的设置与运行程序进行了规定，表明第三方机制对于企业合规不起诉制度的重要意义。2022年4月19日，中华全国工商业联合会、最高人民检察院等九部委联合印发《**涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）**》⁷，明确了刑事合规程序启动后各个环节的行为主体及工作内容，为涉案企业合规建设做出更具体且有针对性的指导。

此外，2022年9月16日，国务院国资委颁布《**中央企业合规管理办法**》⁸，就央企合规管理应遵循的原则、合规管理组织与职责、合规制度、运行机制、合规文化、信息化建设及监督问责等方面作出了一系列重大修订，为当前央企合规管理中存在的突出问题提供了解决思路。该办法标志着我国央企全面合规体系建设进入了2.0时代。

二、美国

2021年，随着美国政府轮替和权力交接，相关政策也发生了变化。拜登政府上台后，就反腐败问题作出系列重要表态，释放出加倍重视打击全球反腐败问题的强烈信号。2021年6月和12月，美国白宫分别发布拜登备忘录和首个“美国反腐败战略”，将反腐败提升至美国国家安全的核心利益的高度。2021年10月，美国司法部（Department of Justice，下称“DOJ”）副部长 Lisa O. Monaco 宣布了 DOJ 对于公司刑事执法政策的系列变化，并发布相关备忘录，2022年9月作出了进一步修订，表明 DOJ 对打击企业犯罪的重视程度和决心。

3. 《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，2021年9月8日，参见 https://www.ccdi.gov.cn/toutiaon/202109/t20210908_146938.html。

4. 《中华人民共和国监察官法》，2021年8月20日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过，参见 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/c5439b50d1614851aeae97dde63b863.shtml>。

5. 《中华人民共和国监察法实施条例》，国家监察委员会公告（第1号），2021年9月20日，参见 https://www.ccdi.gov.cn/toutiaon/202109/t20210920_146996.html。

6. 《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》，高检发〔2021〕6号，2021年6月3日，参见 https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202106/t20210603_520224.shtml。

7. 《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》，全厅联发〔2022〕13号，2022年4月19日，参见 <https://www.pkulaw.com/chl/f71891cb6a05b694bdfb.html?keyword=%E6%B6%89%E6%A1%88%E4%BC%81%E4%B8%9A%E5%90%88%E8%A7%84%E5%B8%BA%E8%AE%BE%E3%80%81%E8%AF%84%E4%BC%B0%E5%92%8C%E5%AE%A1%E6%9F%A5%E5%8A%9E%E6%B3%95%28%E8%AF%95%E8%A1%8C%29&way=listView>。

8. 《中央企业合规管理办法》，国务院国有资产监督管理委员会令第42号，2022年8月23日，参见 <http://www.sasac.gov.cn/n2588035/c26018430/content.html>。

1. 反腐败上升为美国国家安全核心利益

2021年6月，美国白宫发布《关于将反腐败确立为美国国家安全核心利益的备忘录》（Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest, 下称“《备忘录》”）⁹，明确**将打击腐败确立为美国国家安全的核心利益之一**，并要求15个美国联邦政府部门和机构将腐败视为国家安全威胁，共同制定统一战略以显著提升反腐败能力。

2021年12月，以《备忘录》为纲领，美国白宫发布《美国反腐败战略》（United States Strategy on Countering Corruption, 下称“《战略》”）¹⁰，明确了美国反腐败工作的五大战略支柱（Five Strategic Pillars）：（1）提升美国政府打击反腐败的现代化、协同合作和资源支持；（2）遏制非法融资行为；（3）追究腐败行为人的责任；（4）维护并加强多边反腐败架构；（5）增加外交接触，运用对外援助资源推进反腐败目标的实现。

五大战略支柱下分别明确了以下美国反腐败工作的推进方向：

- 支柱一：提升美国政府打击反腐败的现代化、协同合作和资源支持
 - » 加强腐败相关的研究、数据收集和分析
 - » 改善美国政府部门内部、与非美国政府实体之间，以及国际性信息共享
 - » 加强对跨国腐败问题的关注
 - » 为国内外反腐败斗争提供资源
 - » 将反腐败纳入地区、专题和部门的优先事项
- 支柱二：遏制非法融资
 - » 解决反洗钱制度缺陷
 - » 与合作伙伴与盟友合作
- 支柱三：追究腐败行为人的责任
 - » 增加执法投入

- » 完善工具箱以追究国内外腐败者的责任
- » 与合作伙伴合作，加强反腐败执法力度，扩大工具箱的使用
- » 增强外国合作伙伴政府能力，以公平公正的方式追究腐败者责任
- » 加强民间组织、媒体和私营部门的能力，以安全的方式发现和揭露腐败行为，提高公众意识并对腐败者追责

· 支柱四：维护和加强多边反腐败架构

- » 加强现有反腐败框架和机构设置
- » 通过多边机制实现反腐败目标

· 支柱五：增加外交接触，通过对外援助资源推进反腐败目标的实现

- » 提升和扩大与反腐败相关的外交接触和对外援助
- » 保护反腐败活动参与者
- » 利用创新手段打击腐败行为
- » 完善对外援助的协调和风险分析
- » 加强安全援助，将腐败纳入军事计划、分析和行动的考量因素

总体上看，《战略》反映了未来美国反腐败工作以下特点和趋势：

一是反腐败资源不断丰富，多部门协调机制加强，共同为反腐败工作提供支持。除了原有的DOJ、证券交易委员会（Securities and Exchange Committee, 下称“SEC”）、联邦调查局（Federal Bureau of Investigation, 下称“FBI”）下设有的FCPA专职部门外，财政部（Department of the Treasury, 下称“DOT”）下也设立了“反腐败小组”（Anti-Corruption team），国际开发署（United States Agency for International Development）下设立了“反腐败工作组”（Anti-Corruption Task Force），国务院（Department of State）于2022年7月5日宣布任命“全球反腐败问题协调员”（Coordinator on Global Anti-Corruption），

9. The White House, Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest, June 3, 2021, available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/>.

10. The White House, United States Strategy on Countering Corruption, December 6, 2021, available at: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/United-States-Strategy-on-Countering-Corruption.pdf>.

商务部 (Department of Commerce) 下已经设立“反腐败工作组”(Anti-Corruption Working Group), 并将建立一个新的工作组。组织体系的完善得益于美国政府加大了对反腐败工作的资源投入, 除人员之外,《战略》也表明美国政府将在情报共享、数据收集等方面增加资源支持, 促进情报在多部门间的共享, 增强跨部门协调, 共同开展反腐败执法活动。

二是国际反腐败合作力度进一步增强, 强调反腐“多边主义”。一方面, 美国政府表明其将加大与外国政府和执法部门的合作, 协调收集和共享反腐败情报。跨国执法部门的信息共享将降低 FCPA 海外执法证据线索获取的难度, 便利 FCPA 海外调查的开展。可以预见, 跨国合作力度的增强可能导致 FCPA 调查案件数量的增加。另一方面, 美国政府也在不断增加对外反腐败资源的投入, 通过国际组织、多边论坛等方式, 推动外国政府加大对腐败行为的追责力度。未来, 企业和个人因腐败行为引发多国执法和多边制裁的可能性也将会增加。

三是加强反洗钱与反腐败案件执法联动。《战略》强调, 美国政府将填补反洗钱和反恐怖融资机制的监管漏洞, 以此抑制腐败行为的发生。美国反洗钱的域外管辖范围更广,《2020 反洗钱法案》(The Anti-Money Laundering Act of 2020) 规定, 美国反洗钱执法部门有权调取在美国境内银行开设了代理账户的境外银行的任何与违反美国刑事法律相关的账户记录。DOJ 将继续利用反洗钱相关法律起诉 FCPA 腐败案件, 与反洗钱案件执法的联动可能更有利于 FCPA 案件执法的推进。此外,《战略》也提出要追究金融系统看门人(包括律师、会计师等第三方服务提供者)对腐败人员非法使用金融系统的责任, 同样体现出联动执法的趋势。

2. 企业刑事执法力度加强

2021 年 10 月 28 日, DOJ 发布备忘录《公司犯罪咨询小组和公司刑事执法政策的初步修订》(Corporate Crime Advisory Group and Initial Revisions to

Corporate Criminal Enforcement Policies, 下称“《企业刑事执法政策初步修订》”) ¹¹, 明确打击企业犯罪是 DOJ 的首要优先事项。该备忘录主要包含以下要点:

- **设立企业犯罪咨询小组 (Corporate Crime Advisory Group)。**该小组负责审查 DOJ 对企业、高管、员工犯罪行为的追诉方式, 包括合作奖励、累犯行为, 是否适用暂缓起诉或不起诉协议等。
- **考察企业历史不当行为:** 在评估是否对企业提起指控或者和解时, DOJ 会审查企业历史上在刑事、民事、行政方面的所有不当行为, 不限于企业本身在国内、国际上的不当行为, 并且也会将母公司、子公司及其它关联公司的行为考虑在内。
- **披露参与不当行为的个人信息:** 企业需确定所有参与或负责不当行为的个人, 并向 DOJ 提供所有与之相关的非特权保护的信息, 无论该个人的职位、地位或资历。相关人员的范围不得仅限于企业自己认为实质参与 (substantially involved) 了不当行为的人。
- **修订监察指南 (Monitorship Guidance) :** 该备忘录对于企业刑事犯罪中是否需要引入独立监察官进行了修订, 并进一步明确了相关原则。DOJ 认为, 独立监察官能够有效评估企业遵守刑事和解协议的情况, 并帮助企业防止不当行为的再次发生, 降低合规风险。如 DOJ 认为企业的合规计划和缓释措施未经检验或未充分实施, 可能倾向要求独立监察官参与案件。

2022 年 9 月 15 日, 在该备忘录的基础上, DOJ 发布《与企业犯罪咨询小组讨论后对企业刑事执法政策的进一步修订》(Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group, 下称“《企业刑事执法政策进一步修订》”) ¹²。该备忘录表明 DOJ 将就企业不当行为

11. DOJ, Corporate Crime Advisory Group and Initial Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies, October 28, 2021, available at: <https://www.justice.gov/dag/page/file/1445106/download>.

12. DOJ, Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group, September 15, 2022, available at: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1535301/download>.

的主动报告、提供合作和采取补救措施，给予企业更多奖励，同时表明企业刑事执法仍是 DOJ 的优先执法事项。该备忘录主要包含以下要点：

• **DOJ 在处理企业犯罪时的首要任务是追究实施企业犯罪并从中获利的个人责任。**

该方针与 DOJ 此前强调得追究个人责任原则一脉相承，规定企业获取 DOJ 合作奖励的前提是披露所有与个人不当行为相关的非特权保护的事实信息，并且及时提供与之相关的证据。如果 DOJ 认为企业存在不当或故意拖延提供信息或文件，将减少或取消企业合作的奖励。

• **DOJ 列举了以下确定企业刑事责任的考虑因素：**

- » **历史不当行为：**考察范围包括此前企业所有国内外刑事、民事、行政案件，其中 DOJ 更关注近期的美国刑事案件，以及涉及相同人员的历史不当行为；DOJ 将评估历史不当行为是否反映企业合规文化及实践中的“更广泛的弱点”（broader weaknesses）；对于累犯行为将采取更严厉的手段，如拟对企业作出多个不起诉或暂缓起诉协议，需要得到 DOJ 内部进一步的书面批准。
- » **企业自愿主动披露：**在不存在加重处罚因素的情况下，若企业自愿主动披露，与 DOJ 合作并及时采取适当补救措施，则 DOJ 不会要求企业认罪；如在和解阶段，企业已经实施并测试了有效的合规计划，DOJ 也不必然要求独立的合规监察官的参与。
- » **评估企业合作情况：**考虑到各国数据隐私保护法律、阻断法律和其他非美国法对跨境数据传输带来的限制，DOJ 会对找到方法及时保存、收集和披露相关文件的企业给予奖励。
- » **评估企业合规计划：**DOJ 再次重申有效合规计划和文化的重要性，虽然 DOJ 表示合规计划不能构成对企业不当行为的抗辩，但可以作

为取得合作奖励和协商和解的减轻因素。除了 2020 年 DOJ 更新的《企业合规计划评估》（Evaluation of Corporate Compliance Program）中提到的评估指标外，本备忘录还提及以下评估企业合规计划的指标：（1）企业薪酬结构是否有助于促进合规建设，如是否制定了奖惩措施，是否在协议中设置并执行了“追回条款”（compensation clawback provisions），是否存在阻止员工披露不当行为的做法（如在协议中设置不披露 / 不诋毁条款（non-disclosure/non-disparagement provisions））；（2）企业是否采取有效措施管理个人设备和第三程序，确保相关业务数据和沟通记录得以保存，并能够向 DOJ 提供。

- » **独立合规监察官（monitor）：**重申《企业刑事执法政策初步修订》中关于不会普遍要求独立合规监察官参与企业刑事和解方案的立场，而是表明 DOJ 将根据个案具体情况决定是否需要监察官介入，并对监察官的工作进行监督。

上述两项关于企业刑事执法的政策提示受 FCPA 管辖的企业，如果发现企业内部存在 FCPA 禁止的腐败行为，且可能触发刑事调查时，应当及时采取措施收集、保存相关信息，采取补救措施，并在专业人士的帮助下评估是否应当利用主动披露制度，与美国执法部门合作，减轻企业潜在的刑事责任。同时，企业应当结合政策提及的评价指标，完善企业内部合规体系，在企业内部建立举报与报告制度，确保企业及时了解不当行为并采取相关措施。

三、其他主要国家立法动态

1. 经济合作与发展组织

2021 年 11 月，经济合作与发展组织发布对《关于在国际商业交易中进一步打击贿赂外国公职人员行为的建议》（Recommendation of the Council for OECD Legal Instruments Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions）¹³ 的更新内

13. OECD, Recommendation of the Council for OECD Legal Instruments Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, November 26, 2021, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>.

容,包括:(1)各国及其执法机构之间需要加强合作;(2)敦促成员国制定管理公职人员索取不当款项、礼物或费用的法规;(3)签署国需制定程序机制来处理贿赂指控;(4)建议各国考虑向符合条件的举报人提供“奖励”; (5)建议成员国审阅其数据保护法律并推出“允许在开展反腐败尽职调查和内部调查过程中处理数据”的新法规等内容。

2. 英国

2021年4月,英国发布《2021年全球反腐败制裁条例》(Global Anti-Corruption Sanctions Regulations 2021)¹⁴,该条例对腐败行为进行界定,并允许英国政府对涉嫌直接或间接参与严重腐败行为的个人和实体实施金融制裁和移民制裁。金融制裁指冻结相关人员资产、禁止向其提供资金和经济资源;移民制裁指名单上的个人将被拒绝入境或停留在英国。该条例出台同日,英国政府对22名有合理理由怀疑涉嫌参与严重腐败行为的个人实施首批制裁。

3. 法国

- 2021年1月,法国反腐败局公布了《法国反腐败机构关于帮助公共部门和私营企业预防和监控贿赂、利用影响力交易、公职人员勒索、非法获取利益、挪用公款和徇私舞弊行为的指南》(Guidelines of the French Anti-Corruption Agency to help private and public sector entities prevent and detect corruption, influence, peddling, extortion by public officials, unlawful taking of interest, misappropriation of public funds and favoritism)¹⁵,规定了公共部门和私营企业实施有效的反腐败合规的详细标准,提出企业反腐败合规计划的三个支柱——高层反腐败承诺、风险识别、风险管理。该指南具有域外效力,即

适用于总部位于法国且符合《萨宾第二法案》(Sapin II Law)的门槛的所有国家/地区的公司的子公司或活动,也包括符合条件的外国公司的所有法国子公司。

- 2021年6月,法国发布《2021-2030年合作行动反腐败战略》(France's Anti-Corruption Strategy in Its Cooperation Action (2021-2030))¹⁶,承诺其反腐败机构在国际舞台上将采取更多行动。法国将通过三个行动重点和八个目标为打击腐败作出贡献。该战略提出了一系列有明确时间表的实际行动,这些行动包括:限制风险的行动,加强对公职人员的培训计划;对机构和执法官员的支持;与民间社会密切合作,法国由此重申了其将公民置于合作行动核心的决心。

4. 意大利

2022年5月,意大利发布《关于制造公司和医疗保健专业人员和组织的关系透明度规则》(Transparency rules on relationships between manufacturing companies, healthcare professionals and organizations,又称“阳光法案”)¹⁷,首次规定了关于制造医药产品、仪器、设备、商品和服务的公司与医疗保健专业人员和组织之间的经济关系的披露和透明度义务。报告和披露义务主要适用于:(1)制造公司为医疗保健专业人士和/或组织履行的金钱、货物、服务或其他利益的协议和支付;以及(2)制造公司与医疗保健专业人士和/或组织之间为后者提供直接或间接利益的协议(参与会议、培训活动、委员会等)。

5. 俄罗斯

2021年8月,俄罗斯总统普京批准《2021-2024

14. Houses of Parliament, The Global Anti-Corruption Sanctions Regulations 2021, April 26, 2021, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2021/488/contents>.

15. AFA, Guidelines of the French Anti-Corruption Agency to help private and public sector entities prevent and detect corruption, influence, peddling, extortion by public officials, unlawful taking of interest, misappropriation of public funds and favoritism, 2021, available at: <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/lafa-publie-nouvelles-recommandations>.

16. France's Anti-Corruption Strategy in Its Cooperation Action 2021-2030, available at: <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/photos-publications-and-graphics/publications/article/france-s-anti-corruption-strategy-in-its-cooperation-action-2021-2030>.

17. Transparency rules on relationships between manufacturing companies, healthcare professionals and organizations, 24 May 2022, available at: <https://www.globalcompliance.com/2022/06/06/italy-sunshine-act-approved270522/>.

年 国 家 反 腐 计 划 》 (Anti-Corruption Plan for 2021 – 2024) ¹⁸。新计划旨在填补过往几年的执法活动中发现的立法漏洞，部分条文关涉具体的机制，例如如何运用越来越广泛的信息来源验证反腐败的有效性。此外计划中也明确了一些概念问题。但是诸如国有企业反腐败问题等没有提及。

6. 日本

2022 年 6 月，日本修订后的《举报人保护法》 (Whistleblower Protection Act) ¹⁹ 生效，规定达到一定规模的公司必须建立举报制度，以确保护对举报人进行保护。同时，日本消费者厅发布了《适当有效实施举报制度的指南》 (Guidelines for Appropriate and Effective Implementation of the Whistleblowing System) ²⁰ 和相关评论，以便对企业如何建立举报制度提供详细指导。

7. 越南

2021 年 12 月 30 日，越南政府颁布了第 134/2021/ND-CP 号法令 (第 134 号法令) ²¹，正式修正和补充了第 59/2019/ND-CP 号法令 (第 59 号法令) 的若干条款。主要包括：(1) 确保各地开展和报告的反腐败活动结果的准确性、客观性和真实性；(2) 对行为不符合反腐败法律的官员，可以做出暂停或临时调任该官员职务的决定；(3) 重新对特大腐败案件进行界定；(4) 对于管理公共资金、资产或投资，或其他机构、组织、单位和 / 或个人直接接触和处理工作的官员，其办公室应定期搬迁。

8. 委内瑞拉

2022 年 5 月，委内瑞拉国民议会公布了《具有反腐败法律等级、价值和效力的部分改革法》 (Partial Reform Law with the Rank, Value and Force of Law Against Corruption) ²²。主要内容包括：(1) 扩大了“公共财产”的定义；(2) 在共和国总审计长办公室的指导下，通过建立自动化系统，以电子方式提交净资产宣誓声明的义务；(3) 每年更新宣誓书；(4) 通过改变委内瑞拉中央银行在付款时公布的最高价值货币的官方汇率的税收单位 (TU) 来增加制裁；以及 (5) 对发生特定详细情况的公职人员实行无偿停职的规定。

19. Whistleblower Protection Act, come into effect on June 1, 2022, available at:

<https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4159>.

20. Consumer Affairs Agency, Guidelines for Appropriate and Effective Implementation of the Whistleblowing System, August 20, 2021, available at: <https://www.caa.go.jp/notice/entry/025264/>.

21. Amending and supplementing a number of articles of the Government's Decree No. 59/2019/ND-CP of July 1, 2019, detailing a number of articles of, and measures to implement, the Anti-Corruption Law, December 30, 2021, available at:

<https://english.luatvietnam.vn/decreed-no-134-2021-nd-cp-dated-december-30-2021-of-the-government-amending-and-supplementing-a-number-of-articles-of-the-governments-decree-no-59-215077-doc1.html>.

22. Partial Reform Law with the Rank, Value and Force of Law Against Corruption, May 2, 2022, available at: <https://www.globalcompliance.com/2022/06/11/venezuela-national-assembly-reforms-law-against-corruption-03062022/>.

第三节

反腐败合规内部调查：如何避免因调查取证引发次生合规风险

引言：内部调查，作为公司合规应对体系的重要组成部分，对于发现腐败行为、识别责任人并完善公司内控机制缺陷具有积极意义。然而，由内部调查引发的次生合规风险逐渐引起业内的广泛关注。特别是伴随着我国不断强化对私权的保护，如何在反腐败内部调查过程中依法合规地调查取证从而避免公司陷入法律责任，则是一个现实问题。因此，我们认为有必要就上述问题进行全面梳理与研判，避免因瑕疵取证引发次生合规风险。

一、如何看待内部调查中的证据

（一）调查内容的常见证据形式

尽管内部调查系由公司自行开展的一种公司治理手段，有别于国家机关实施的侦查活动，但由于内部调查最终服务于后续的民事（劳动）、刑事法律程序，故两者在证明内容与标准上具有高度共通性。具体而言，内部调查大体围绕危害后果、违规行为、责任主体、主观过错等四个维度展开取证工作。尽管一部分证据可以通过信息检索、文件审阅等方式从公开渠道获取，但是在绝大多数内部调查事项中，公司所能提供的证据远远不能满足后续法律程序的需求，尤其是有关违规行为及主观过错等核心证据，而该类证据的充分与否往往决定了内部调查的成败。

基于反侦查意识，违规员工往往竭尽所能掩饰违规事实，但随着数字化信息技术的广泛应用，大量证据被违规员工有意或无意地通过电子数据留存下来。对于内部调查而言，信息数据化既是机遇也是挑战。谓之机遇，在于众多以往无法或很难用证据固定的违规行为均留有电子痕迹；谓之挑战，在于该类证据通常以QQ、微信、钉钉、电子邮箱、转账记录为信息载体，存储在工作或个人电脑、手机或者移动存储设备中，而这类信息有可能被纳入个人信息甚至隐私的范畴。

（二）常见证据的法律性质

《民法典》人格权编第六章对隐私权作出规定，明确“隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人所知晓的私密空间、私密活动、私密信息”；同时，《民法典》

列举了侵害他人隐私权的主要行为，并基于人格权请求权和侵权损害赔偿请求权构建了侵犯隐私权的责任体系。在司法实践中，诸多审判机关判定QQ、微信、钉钉等即时通信软件（以下均以“微信”指代该等即时通信软件）的通信记录以及私人邮箱内的往来信件均属于隐私，即使上述应用程序及内容留存在公司配发的工作电脑上，只要用人单位未经权利人的同意查看、复制或使用，均视为侵犯隐私权的行为。¹

即使内部调查所调取的证据内容不属于隐私，但仍有可能落入个人信息的范畴。《民法典》规定“个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等”。除此之外，《个人信息保护法》专门针对个人信息的处理制定明确的规则，其规定个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等活动均应遵循合法正当、目的明确、最小必要、公开透明的处理原则，并明确规定了相应的法律责任。

由此可见，虽然信息化技术的普及在客观上为内部调查提供了体量极为可观的证据或线索，但是由于法律为保护隐私与个人信息设置了一道红线，倘若公司在内部调查过程中采取了不当的调查手段或者尺度过限，公司很有可能因侵犯隐私权或不当处理个人信息被追究法律责任。

二、如何评价瑕疵取证行为

如前所述，内部调查取证的目的决定了公司不遗余力

1. 详见上海市宝山区人民法院（2018）沪0113民初19063号民事一审判决书。

地获取充足的证据以达到民事（劳动）、刑事法律的证明内容与标准，而违规员工的微信、电子邮件等内容系为数不多的可以证明其主观罪过、违规行为的客观证据。因此，公司希冀通过获取上述关键证据寻找内部调查的突破口。

然而，无论合规律师抑或公司合规官，均不享有公权力以要求违规员工披露微信、邮件等通信内容，且违规员工在一般情况下也缺乏主动、自愿披露上述内容的动力，因此内部调查取证的强烈需求与调查手段及尺度的有限性之间的矛盾关系极为突出。

（一）存在争议的取证行为示例

我们注意到部分公司为了调查员工是否实施或参与腐败行为而在未经被调查员工同意的情况下通过下列途径获取、使用相关证据，而这些行为在司法实践中存在一定的争议，可能会被认为是不当取证行为。

1. 收集公司配发的电脑、手机或移动存储设备并制作镜像，逐一查阅、排查该设备内存储的所有内容，包括员工的微信记录及个人邮箱信件；
2. 以维修设备为借口，查阅、复制员工在其工作电脑或手机端留存的所有内容，包括员工的微信、短信、电话通讯记录及个人邮箱信件；
3. 通过程序对员工的工作电脑进行远程控制，查阅、排查工作电脑内存储的所有内容，包括员工的微信记录及个人邮箱信件；
4. 通过程序对员工使用工作手机的通话予以录音，并在回收工作手机后对通话信息予以数据恢复；
5. 使用胁迫等手段要求员工提交或由公司查阅员工个人手机、电脑等设备中的信息；
6. 调取员工的银行转账记录、电话通讯记录、行动轨迹等信息；
7. 明知他人通过上述手段获取员工的相关信息，公司使用或对外披露该信息。

上述常见取证方式具备相似的行为特征，即未经被调查员工的同意，擅自查阅、复制、对第三人或机构披露被调查员工留存在微信、电子邮箱中的信息以及短信、通话记录等，即使上述信息留存于公司配发的工作电脑、手机等电子设备中。诚然，我们通过检索

亦发现某些法院判定“办公电脑的使用空间是公开的，……而公司对员工办公电脑中QQ、微信聊天记录进行下载、证据保全不属于向社会公众公开”，²从而认定取证行为的合法性。但是从风险防控的视角出发，如果公司未经权利人同意，实施上述取证行为存在因侵犯隐私权或不当处理个人信息而被追究法律责任的风险。

（二）严重不当取证行为可能引发的直接法律责任

当然，本文所指代的法律责任绝不仅仅是民事侵权责任。公司应当对于上述行为所引发的法律后果有全面、清晰的认识。公司可能面临的不利法律后果一方面来自于不当的取证行为本身，而另一方面则在于不当的取证行为可能导致该证据的合法性遭到质疑。

不当的调查取证行为本身可能触发的法律责任包括：

1. **民事责任。**《民法典》和《个人信息保护法》均明确规定了侵犯隐私权以及违法处理个人信息的民事侵权责任。因此，被调查员工或者人民检察院等相关组织有权就公司不当取证行为本身主张权利或者提起公益诉讼，要求公司承担侵权责任。
2. **行政责任。**《个人信息保护法》第六十六条规定，违反规定处理个人信息，由履行个人信息保护职责的部门作出行政处罚，最严可至吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员最高可处一百万元罚款并限期禁止从业。同时，该法第六十七条规定了相关违法行为应记入信用档案并予以公示。
3. **刑事责任。**倘若公司将在内部调查过程中获得的个人信息出售或者提供给他人，达到情节严重的标准，则司法机关有权依照《刑法》第二百五十三条之一侵犯公民个人信息罪追究涉案单位、直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

（三）严重不当取证行为可能引发的间接法律后果

如若公司基于其反腐败内部调查所获取的证据与事实

2. 详见山东省海阳市人民法院（2019）鲁0687民初224号民事一审判决书。

发现，对腐败员工提起民事或者刑事诉讼；或者对腐败员工作出辞退或开除处理后，该员工就此申请劳动仲裁和（或）提起诉讼，则该员工很有可能在仲裁和（或）诉讼过程中质疑内部调查所取得证据的合法性，最终导致公司败诉。由于各法律领域对证据的合法性要求规定不一，因此我们按照不同法律程序分述不当取证对仲裁、诉讼的影响。

- 1. 民事诉讼。**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（“《民诉解释》”）第一百零六条规定，对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。因此，如果公司欲就员工的违规行为提起民事诉讼并主张经济损失，则法院可能不采纳通过侵害员工隐私权、个人信息权益的方法获得的证据，并最终驳回诉讼请求。
- 2. 劳动仲裁与诉讼。**由于劳动仲裁与劳动诉讼程序中证据合法性的评判标准基本上适用《民诉解释》第一百零六条的规定，因此，如若公司基于其内部调查所获取的证据与事实发现，对违规员工作出辞退或开除处理，该员工可能就此申请劳动仲裁和（或）劳动诉讼，裁判机关可能以调查手段侵犯员工隐私权为由不认可所获取证据的合法性，从而否定开除或辞退行为的合法性，并判定公司承担违法解除劳动合同的赔偿责任。³
- 3. 刑事诉讼。**《刑事诉讼法》第五十二条规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百一十二条对收集、提取电子数据的合法性审查作出专门的规定。由此可见，刑事诉讼中的证据应当由司法机关依法收集，故公司在内部调查中所获得的证据需要经司法机关调取才能“转化”为刑事证据。司法机关为了履行法定职责，有权向有关单位和个人收集、调取证据，因此司法机关可以直接要求违规员工提供微信、电子邮件等信息，无需取得个人同意，只需对涉及隐私的内容保密即可。

特别需要说明的是，刑事诉讼法未明确要求报案人、控告人、举报人所提交的材料必须具备合法性，因此公安机关一般会接受并审查公司提交的所有报案材料，即使该等证据材料的取得侵犯了被调查员工的隐私权、个人信息权益。

三、如何降低反腐败合规内部调查的风险

鉴于我国立法不断加强对隐私与个人信息的保护，并且司法案例显示公司可能因其内部调查的瑕疵取证面临多重法律责任，因此公司应当重新审视其合规措施的合规性，避免引发次生合规风险。我们在此就降低调查取证的合规风险提出三个维度的建议。

（一）增设相关约束性条款，确保公司占据主动地位

由于被调查员工与公司的法律关系是通过劳动合同等规范性文件建立起来的，因此公司可以通过事先在员工手册等文件中增加约束性条款，创设或宣告公司在内部调查中所享有的权利。当然，约束性条款所涉及的权利、义务不得与我国法律规定相冲突。一般而言，我们建议公司针对下列对象增设三种约束性条款。

- 1. 创设员工在内部调查程序中的权利义务。**我们注意到多数公司所颁行的员工手册一般会明文规定触发惩戒以及解除劳动合同的具体事由，而未规定内部调查程序及该程序中被调查员工的权利义务。我们建议公司可以增设下列条款：（1）公司可以要求员工在被调查期间暂停工作并带薪休假；（2）员工具有配合内部调查的义务，并有义务提交相关工作文件；以及（3）员工违反上述配合义务的罚则。
- 2. 重申公司对配发的电子设备的所有权及使用限制。**我们建议公司在 IT 政策文件中明确规定下列内容：（1）公司配发的工作电脑、手机或者移动存储设备及存储的信息均归公司所有；（2）公司基于管理、安全等需求会持续远程监测上述电子设备并抓取数据；以及（3）禁止员工在上述电子设备中存储与工作无关的信息，包括但不限于个人信息。上述 IT 政策对于侵犯个人信息权益的主张形成有效的抗辩。

3. 详见北京市海淀区人民法院（2020）京 0108 民初 14100 号民事一审判决书。

3. 创设针对供应商的反腐败条款。除了增加被调查员工在内部调查中的配合义务外，不少公司开始尝试在与供应商签订的合同中增设反腐败条款，强化内部调查的手段。该条款核心内容包括：（1）禁止供应商及相关人员从事任何违反反腐败法律的行为；（2）供应商有义务保存财务记录及资料；（3）公司享有查阅上述文件、进行反腐败审计等权利；（4）供应商具有配合反腐败审计与调查、接受公司及其委托的第三方专业机构访谈等义务；以及（5）违反上述义务的罚则。

（二）规范个人信息的取证行为，防止公司触犯红线

对于员工个人电子设备中存储的微信、电子邮件等信息，以及对于尚未建立完整 IT 政策的公司配发给员工的电子设备中存储的上述信息而言，由于上述两类信息可能被纳入隐私或个人信息的范畴，故公司应当约束其调查取证行为，我们建议采取如下措施：

1. 检视个人信息必须征得员工的事前同意。由于个人信息本身的敏感性且该信息在法律上可能招致对员工的不利后果，故劝说被调查员工向公司披露其个人信息是一项艰巨的任务。然而，我们在参与大量的内部调查项目中发现，这并非是不可完成的。我们总结出一些行之有效的方式，供公司参考：（1）向员工解释，收集的微信记录、电子邮件等仅为调查目的使用；公司原则上仅会审阅关键词命中的文件而非查看所有通信记录；公司会合理使用相关信息，无关的信息会在调查结束后被删除；（2）如若员工仍不同意公司检视其个人信息，公司可以当着员工的面用关键词搜索微信、电子邮件中的相关记录；或者让员工自行导出与工作相关的微信、电子邮件等记录。

2. 聘请第三方专业机构对电子设备中的员工个人信息制作镜像并通过关键词检索证据。我们建议公司聘请第三方专业机构提取并检视员工的个人信息，并要求第三方专业机构签署保密协议。这一安排的好处在于：第一，消除员工对于公司内部可能通过检视其电子设备从而知悉其隐私或个人信息泄露的担忧；第二，专业机构在处理个人信息方面具有更强的合规要求与更专业的检索方法；第三，通过聘请专业机构，可以对员工潜在的侵犯隐私、个人信息权益主张形成有效的抗辩。

3. 保护公司获得的个人信息。公司应该建立个人信息相关证据的保密机制，包括：（1）对个人信息采取物理性保密，譬如使用加密存储设备、保险箱等；（2）对检视个人信息相关证据的人员范围进行界定，并通过程序留存处理涉密信息的电子足迹；（3）要求相关人员签署保密协议并建立追责机制。

（三）注重对取证流程的固证留痕，减少合规措施的合规风险

我们在大量内部调查项目中发现，即使员工事前同意公司的取证请求，事后仍有可能主张公司没有征得其同意或其同意系出于公司的胁迫、欺诈等行为。鉴于此，我们建议公司对取证流程本身做好固定证据工作，大体包括：

1. 将相关政策性条款及 IT 政策送达全体员工并要求签字确认。我们通常遇到员工主张公司从未出台或者未向其告知相关政策，并以此作为违反该政策的抗辩事由，而上述告知送达程序可以有效对抗员工的该等主张。

2. 对取证过程进行全程同步录音录像。我们建议公司重点对两方面事项进行全程同步录音录像：（1）征得员工同意的全过程，以证明同意系员工的自由意思表示；（2）查阅其微信、电子邮件等个人信息的全过程，以证明公司系围绕被调查事项查阅与工作相关的信息内容。

3. 要求员工签署同意函。员工同意函应该涵盖下述事项：（1）员工同意对其使用的电子设备制作镜像并就上述设备储存的信息用于内部调查及政府调查；（2）员工同意将该等信息传输给第三方并用于数据处理；（3）员工知悉并确认公司就实现目的而检查、删除、传送的内容可能包括调查范围外的其他个人信息。

第四节

蓄势待发——2022 年美国 FCPA 执法观察

引言：2022 年是富有挑战的一年，新冠疫情扩散、地缘冲突加剧、全球性通货膨胀等多重因素叠加，世界经济在不确定性中前行。在此背景下，纵观过去一年美国《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practice Act, “FCPA”）的执法情况，虽然总体上仍然延续了 2021 年以来的低迷态势，执法数量和案件规模处于十年来的低位，但相较 2021 年已有所复苏，而且从 2022 年美国国务院出台的系列政策来看，未来 FCPA 执法或将进一步发力，值得企业持续关注。为全面了解 2022 年 FCPA 的执法情况，探究未来执法动向，我们对 2022 年 FCPA 执法案件和执法政策进行了梳理分析，以期为中国企业了解与应对 FCPA 执法提供参考。

一、2022 年 FCPA 执法案件盘点

2022 年美国证券交易委员会（Securities and Exchange Committee, “SEC”）和美国司法部（Department of Justice, “DOJ”）共计进行了 25 次 FCPA 执法行动。其中，SEC 进行了 7 次执法行动，涉及 7 个公司主体，未涉及对个人进行执法；DOJ 进行了 18 次执法行动，涉及 7 个公司主体和 13 名个人。总体上看，2022 年的执法数量远低于近十年的平均水平（36 次 / 年）。¹

就公司案件而言，2022 年共有 8 家公司被 DOJ 和 / 或 SEC 作出 FCPA 处罚，另有 2 家公司被 DOJ 追缴违法所得而免于起诉（Declinations with Disgorgement，具体分析请见下文第二部分）。虽然遭受 FCPA 处罚的公司数量低于近十年平均水平，但相较 2021 年已经增加了一倍。以下为 10 起公司案件的主要情况：

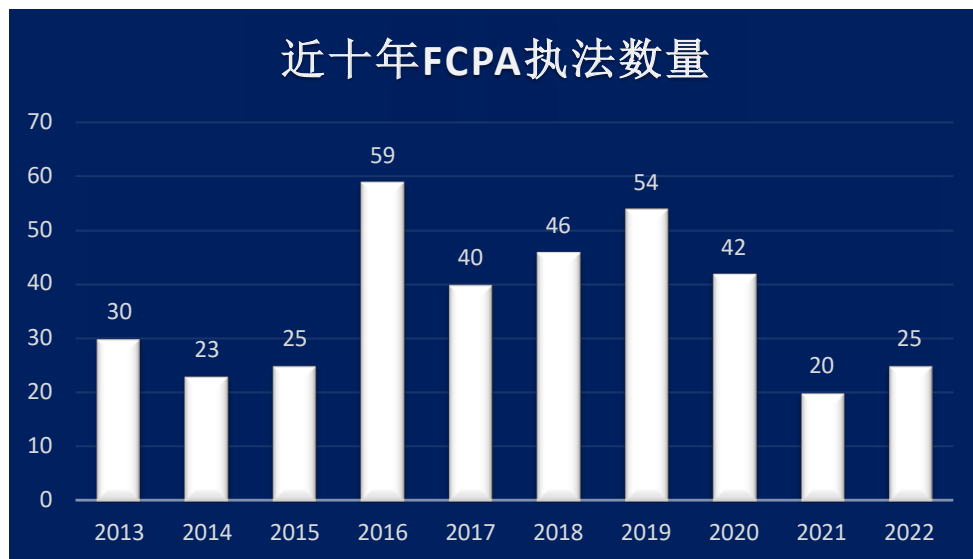


图 1

1. 2022 FCPA Year in Review, January 17, 2023, Stanford Law School FCPA Clearinghouse, <https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2022-fcpa-year-in-review.pdf>. SEC 与 DOJ 针对同一个主体分别开展的执法行动分别计算次数。

公司名称	所属国家	腐败行为发生地	行业	罚金数额 ² (美元)
Glencore	瑞士	尼日利亚、喀麦隆、利比里亚海岸、赤道几内亚、刚果、巴西、委内瑞拉	商贸	700,707,365
ABB	瑞士	南非	工业品	462,554,267
Honeywell	美国	巴西、阿尔及利亚	化工	160,400,943
Stericycle	美国	阿根廷、巴西、墨西哥	医疗废物处理	80,684,240
Tenaris	卢森堡	巴西	能源	78,100,338
Gol Linhas	巴西	巴西	航空	41,500,000
Oracle	美国	印度、土耳其、阿联酋	高科技	22,905,417
KT Corporation	韩国	韩国、越南	电信	6,300,278
Jardine Lloyd Thompson Group	英国	厄瓜多尔	保险	仅没收违法所得
Safran	法国	中国	高科技	29,081,951
				17,159,753

表 1

通过梳理可以发现，从**公司所属国家**看，10 家公司中有 7 家公司的总部位于美国境外，大部分系因属美国证券交易市场上市的发行人而受到 FCPA 的管辖，鲜明地体现了 FCPA 长臂管辖的特征。从**腐败行为发生地**看，2022 年 FCPA 案件在拉丁美洲地区较为高发，拉丁美洲成为继中国之后 FCPA 执法活动最活跃的地区，尤其是巴西，10 家公司中有 5 家公司的腐败行为涉及该国，侧面反映该国营商环境较差、腐败风险较高。从**行业分布**上看，虽然 10 家公司分布在不同行业，但其中 4 家公司的具体腐败行为涉及石油、

电力等能源业务，凸显能源业务的高腐败风险。

具体到罚金数额，2022 年 DOJ、SEC 对公司的罚金数额共计约 15.36 亿美元，平均罚金数额为 1.54 亿美元，处于近十年较低水平，但与 2021 年总计 3.6 亿美元的罚金数额相比增加了三倍之多。（见图 2）值得一提的是，尽管 8 家公司主体罚金总额不高，但其中 DOJ 对 Glencore 一个主体的罚金数额就高达 7 亿美元，使得该案跻身 FCPA 历史十大案例第十位。³（见表 2）

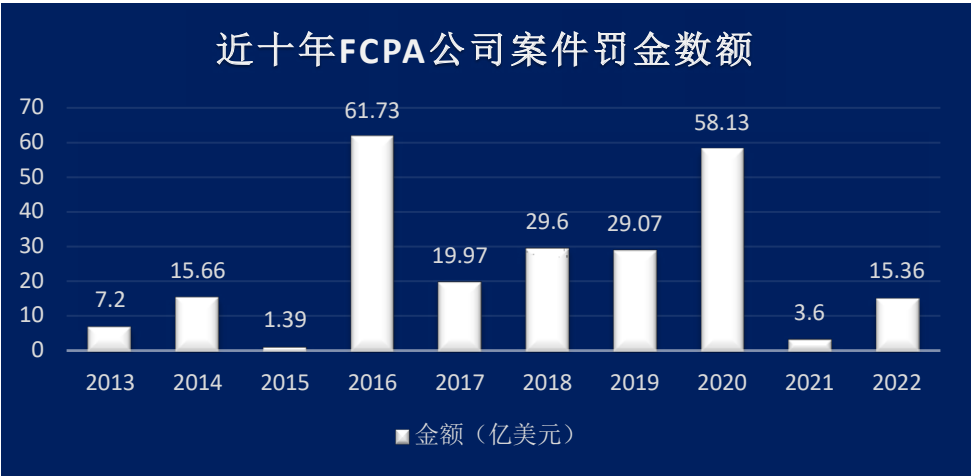


图 2

2. 如 DOJ 和 SEC 对同一主体分别作出处罚，罚金合并计算。

3. Harry Cassin, Mining and commodities giant lands on the FCPA Blog top ten list, The FCPA Blog(May 31, 2022), <https://fcpublog.com/2022/05/31/mining-and-commodities-giant-lands-on-the-fcpa-blog-top-ten-list/>.

排序	公司名称	所属国家	罚金数额（亿美元）	年份
1	Goldman Sachs	美国	33	2020
2	Airbus SE	法国	20.9	2020
3	Petrobras	巴西	17.8	2018
4	Ericsson	瑞典	10.6	2019
5	Telia	瑞典	10.1	2017
6	MTS	俄罗斯	8.5	2019
7	Siemens	德国	8	2008
8	VimpelCom	荷兰	7.95	2016
9	Alstom	法国	7.72	2014
10	Glencore	瑞士	7	2022

表 2

从贿赂形式上看，通过第三方行贿仍然是最典型和最常见的贿赂方式。2022 年的 10 起公司案件无一例外均存在通过中间人、代理人、顾问等第三方贿赂的情况，包括利用咨询公司等中介机构向政府官员支付贿赂款项，通过与供应商、分包商签订虚假合同或提供虚假折扣等，将相关资金提供给政府官员。公司利用第三方行贿不仅不能使公司免于 FCPA 下的法律责任，第三方主动进行的行贿行为反而可能波及公司——如果公司知晓第三方的贿赂行为，通常需要对其行为负责。

此外，2022 年公司案件中有两个案件出现了公司建立“贿赂基金”这一新型贿赂方式。其一是韩国最大电信运营商 KT Corporation，其通过发放超额员工奖金，将相关资金放入行贿基金当中，用于向政府官员提供礼品或按照政府官员要求向所谓的“慈善机构”支付款项。另一案例为美国高科技公司 Oracle 案，该公司通过过度折扣和虚假营销报销款项创建账外贿赂基金，相关款项用于为政府官员支付旅行费用或提供其他好处。

就个人案件而言，近三年 FCPA 执法机构对于个人的执法数量下降较为明显。DOJ 进行执法的个人数量从 2019 年的 43 名下降至 2022 年的 13 名，而 SEC 则已连续两年没有对个人进行执法。值得注意的是，2022 年 DOJ 针对 13 名个人开展的执法行动中，仅有 4 起案件的当事人系单纯因违反 FCPA 条款而被起诉，其余 9 个案件都伴随着其他违法行为，如洗钱犯罪。当事人利用美国金融系统，通过伪造交易、空壳公司等方式将支付或收取的贿赂款项“洗白”，同时触发洗钱犯罪与贿赂犯罪，从而导致刑

罚加重。

值得一提的是，2022 年的个人案件中包含此前备受关注的康宝莱前中国区总经理李延亮（Jerry Li）贿赂案，当事人系 FCPA 执法历史上首位被 DOJ 提起 FCPA 刑事指控的中国大陆公民之一。在该案中，李延亮涉嫌为获得在中国的直销牌照以及消除公司负面报道而行贿政府官员，被 DOJ 和 SEC 分别提起刑事和民事指控。2022 年，在李延亮未出庭的情况下，SEC 向法院申请对其作出缺席判决，李延亮被判向 SEC 支付总计约 55 万美元的民事罚款。截至发稿时，法院尚未对 DOJ 提起的刑事指控作出判决。

二、2022 年 FCPA 执法趋势分析

2022 年 FCPA 执法的总体数量不多并不意味着 SEC 和 DOJ 对 FCPA 执法的放松。在全球经济回温、竞争对抗加剧的背景下，如 2021 年一般的 FCPA 执法低谷或许只是昙花一现。纵观近年来美国政府对反腐败问题的公开表态，FCPA 仍然是 SEC 和 DOJ 执法的重点。中国企业开展涉外经营活动不可忽视 FCPA 执法风险，以下 FCPA 执法趋势值得关注。

1. 反腐败上升为美国国家安全核心利益，跨国联合执法不断加强

自 2021 年拜登政府上台之后，反腐败逐步被提升至美国国家安全核心利益的高度。2021 年 6 月初拜登政府发布了《关于将反腐败确立为美国国家安全核心利益的备忘录》（Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United

States National Security Interest)，将打击腐败确立为国家安全的核心利益之一。⁴ 自此以后，拜登及美国政府高官在多个重要场合强调反腐败是美国政府未来工作的重点，执法机构也加大了对反腐败案件的执法力度，案件数量和罚款金额相较 2021 年上半年出现了翻倍式的提升。⁵

2021 年 12 月，美国白宫发布《美国反腐败战略》（United States Strategy on Countering Corruption），表明其将在反腐败方面投入更多资源，继续积极追查外国腐败案件，并加强与其他国家政府的合作。⁶ 基于该目的，美国国务院设立了“全球反腐败问题协调员”一职，主要职责就是与国际伙伴密切合作，整合并提升美国在外交和对外援助方面的反腐败水平。2022 年 7 月 5 日任命 Richard Nephew 担任这一职务⁷，再次反映了美国进一步加强长臂管辖的意图。

延续这一政策，2022 年 10 月拜登政府发布了《国家安全战略》，再次重申反腐败是核心国家安全利益，并进一步强调美国将加大外交接触和对外援助，加强其他国家与美国执法机构合作打击腐败的能力。⁸ 2022 年 12 月 6 日美国国家安全顾问 Jake Sullivan 在第二十届国际反贪污大会上表示，在未来的几年中，美国政府将加强对腐败犯罪分子的打击力度。⁹ 以上种种政策与行动展现了美国政府对于反腐败工作的关注和打击腐败的决心。可以预见，未来几年 FCPA 执法的数量和力度将会有所增加。

美国加强国际反腐败合作的努力在 2022 年的执法案

件中也得到充分体现，DOJ 和 SEC 在涉及国际合作的执法中会要求公司将部分需支付的罚款支付给参与执法调查的某些其他国家。2022 年，在针对 10 家公司进行的 FCPA 执法行动中，6 家公司案件涉及美国与多国政府联合执法，包括英国、德国、瑞士、荷兰、巴西、南非，其中与巴西的合作最为广泛。考虑到继中国之后，巴西已成为目前 FCPA 最热门的执法区域，美国与拉丁美洲国家在反腐败领域的合作也越来越多，中国企业（尤其是可能受 FCPA 管辖的企业）在相关地区进行投资时应格外关注当地的腐败风险。

2. 企业免于起诉或减轻处罚的最明确途径是自愿主动披露

鼓励企业自愿主动披露违反 FCPA 的行为是 DOJ 和 SEC 用极少的执法资源撬动巨大反腐败成果的关键。自愿主动披露可以为企业节省数百万美元的罚款，避免因认罪而造成的名誉损害，还可以降低相关业务被暂停和禁止等附带后果的风险。美国《FCPA 公司执法政策》（FCPA Corporate Enforcement Policy，“CEP”）中明确规定，鼓励违反 FCPA 的企业主动向 DOJ 报告违法事实，对于此类企业 DOJ 会从宽处罚甚至不起诉。2022 年，DOJ 在备忘录《与企业犯罪咨询小组讨论后对企业刑事执法政策的进一步修订》（Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group）中重申，在企业不存在加重处罚情形的前提下，若自愿主动披露违法行为，与 DOJ 合作并及时采取适当补救措施，则 DOJ 不会要求企业认罪。¹⁰

4. Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest, White House, June 3, 2021, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/>.

5. SEC Enforcement Actions: FCPA Cases, Securities and Exchange Commission, <https://www.sec.gov/enforce/sec-enforcement-actions-fcpa-cases>.

6. United States Strategy on Countering Corruption, White House, December 2021, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/United-States-Strategy-on-Countering-Corruption.pdf>

7. Richard Nephew Named as Coordinator on Global Anti-Corruption, July 5, 2022, <https://www.state.gov/richard-nephew-named-as-coordinator-on-global-anti-corruption/>.

8. National Security Strategy, October 2022, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/11/8-November-Combined-PDF-for-Upload.pdf>.

9. Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan at the International Anti-Corruption Conference (IACC), December 6, 2022, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/12/06/remarks-by-national-security-advisor-jake-sullivan-at-the-international-anti-corruption-conference-iacc/>.

10. Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group, September 15, 2022 <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1535301/download>.

2023年1月17日, DOJ 助理部长 Kenneth A. Polite, Jr. 就 CEP 的进一步修订发表演讲。根据其介绍, 修订后的 CEP 将为自愿进行自我披露、与 DOJ 合作并采取补救措施的公司提供进一步激励措施。

¹¹ 一是对于同时符合以下三个条件的公司, 即使存在加重情节, 仍可向 DOJ 寻求不起诉决定: (1) 公司意识到存在不当行为的指控后立即主动进行了自我披露; (2) 披露时公司具备有效的合规计划和内部控制体系以识别不当行为, 并帮助公司进行自我披露; 或 (3) 公司全面配合 DOJ 的调查, 并采取了特别的补救措施。二是对于进入刑事诉讼程序的公司(累犯除外), 如果自愿披露不当行为、充分配合调查并及时采取补救措施, DOJ 的罚款数额可能在《量刑指南》(U.S. Sentencing Guidelines) 规定的罚款范围下限之基础上减免 50%-75%。与此前指南建议规定“最多减少 50%”相比, 减轻幅度显著增加。此外, 对于那些没有自我披露, 但仍充分合作并及时采取补救措施的公司, DOJ 也会建议在量刑指南罚款范围下限的基础上给予不超过 50% 的罚款减免。不过, 关于公司是否属于“全面”(full)和“特别”(extraordinary)的合作, DOJ 具有自由裁量权。以 2022 年公司案件为例, 在 Glencore 案中, Glencore 仅获得最低限度的量刑减免, 原因是 DOJ 认为其合作迟缓且不全面, 未能对涉及或意识到犯罪行为的特定人员采取充分、及时的惩戒措施。

此外, 2022 年还有两家公司主体被 DOJ 以追缴违法所得免于起诉的方式结案, 未遭受罚金处罚。Jardine Lloyd Thompson 是近两年第一个被追缴违法所得免于起诉的公司, DOJ 综合考虑了以下因素:

(1) 该公司自愿披露不当行为; (2) 在调查过程中充分并主动与 DOJ 合作, 同意在任何进一步调查和起诉中继续合作; (3) 违法行为的性质和严重程度; (4) 配合采取全面的补救措施; 以及 (5) 同意交出 2900 多万美元的违法所得。另一家公司 Safran 是因为其子公司在被 Safran 收购前曾向中国高级官员近亲的商务顾问行贿而遭受调查, DOJ 决定以追缴违法所得免于起诉方式结案的原因包括 Safran (1)

主动披露了不当行为; (2) 全面且主动地配合 DOJ 调查; (3) 不当行为尚未对美国造成严重危害; (4) 及时履行了全面的补救措施, 包括解雇相关员工, 加强反腐败培训和合规计划; (5) 不当行为在 Safran 收购启动前已停止; (6) 收购完成后 Safran 通过尽职调查确认了不当行为并主动披露; (7) 主动退回 1790 万美元的违法所得; 以及 (8) 承担其德国子公司与德国政府就案件调查的相关责任。

3. 完善独立合规监察员制度, 加强对企业合规有效性的考察

2018 年 DOJ 时任助理部长 Brian A. Benczkowski 发布备忘录《刑事司事务中监察官选任》(Selection of Monitors in Criminal Division Matters), 其中只是将合规监察员作为一种例外方式。¹² 但 2021 年 10 月, 现任 DOJ 副部长 Lisa O. Monaco 在美国律师协会第 36 届国家白领犯罪研讨会演讲中强调了独立合规监察员的作用, 并表示将进一步研究独立合规监察官的选聘方式。2022 年 9 月, Lisa O. Monaco 在关于企业刑事执法的演讲中表示 DOJ 正在更新关于合规监察员选任的指南, 提高透明度以减少对合规监察员的质疑。预计未来 DOJ 使用独立合规监察员的情形可能进一步增多。

实践层面, 最近三年的 FCPA 案件中 DOJ 并未对涉案企业实施合规监督措施, 但 2022 年出现了变化, 有两家公司被要求设立独立合规监察员, 时限分别为三年和两年。此外还有两家此前已实施合规监督的公司(爱立信、俄罗斯移动电话系统公司), 监督期限被延长一年。在 Glencore 案中, DOJ 认为该公司刚刚出台合规改进措施, 尚未完全执行, 也未能检验改进措施是否能够预防和监测类似不当行为再次发生, 要求其聘任独立合规监察员; 在 Stericycle 案中, DOJ 表示虽然公司已经加强并承诺继续加强其合规计划和内部控制, 但是公司迄今尚未完全实施或测试强化后的合规计划, 为防止不当行为再次发生, 有必要实施为期两年的独立合规监督。

11. Assistant Attorney General Kenneth A. Polite, Jr. Delivers Remarks on Revisions to the Criminal Division's Corporate Enforcement Policy, January 17, 2023, <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-kenneth-polite-jr-delivers-remarks-georgetown-university-law>.

12. Selection of Monitors in Criminal Division Matters, October 11, 2018, <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100531/download>; Assistant Attorney General Brian A. Benczkowski Delivers Remarks at the Global Investigations Review Live New York, October 8, 2019,

<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-brian-benczkowski-delivers-remarks-global-investigations>.

4. 强化追究个人责任，将追究个人责任作为企业刑事执法的首要任务

DOJ 部长 Merrick B. Garland 于 2022 年 3 月在美国律师协会白领犯罪委员会讲话中强调：“DOJ 在公司刑事案件中的首要任务是起诉那些从企业违法行为中获利的个人。”¹³ 此前，Lisa O. Monaco 也曾在 2021 年 10 月召开的美国律师协会第 36 届国家白领犯罪研讨会上发表演讲，宣布 DOJ 针对公司犯罪的三项政策变化，其中提到如果被调查公司希望通过配合调查减轻处罚，需要向 DOJ 提供所有参与公司腐败行为的个人信息，而非仅实质性参与（substantially involved）腐败行为的个人信息，由 DOJ 来认定哪些个人与不当行为相关及其罪责。¹⁴ 与特朗普政府时期 DOJ 仅要求公司披露实质性参与腐败行为的个人相比，受影响个人范围进一步扩大。此外，Lisa O. Monaco 在 2022 年 9 月关于企业刑事执法的演讲中也提到，对于拖延向 DOJ 披露相关信息的公司，负责人可能被追究刑事责任，公司配合调查的加分项（cooperation credit）也将减少。¹⁵

从案件情况看，2022 年遭遇 DOJ 执法的多位个人被处以严厉的监禁或罚金刑罚。例如，三名个人因贿赂和洗钱问题面临长达 60 年的总刑罚，两名个人因涉及贿赂和洗钱被没收违法所得和罚款共计近 2000 万美元。此外，个人案件中不乏已被 FCPA 处罚的公司中的高管，例如康宝莱公司前高管李延亮、高盛前高管吴立胜 Ng Chong Hwa 等。在 DOJ 加强追究个人责任的趋势下，高管个人的刑事风险也会进一步增加。

FCPA 一直以来是美国政府对外政策工具箱中的利器。纵然 2021 年与 2022 年经历了一段 FCPA 执法的低迷时期，但目及未来，FCPA 执法数量很可能回升。随着中国企业国际化程度越来越高、中美竞争日益加剧，FCPA 执法仍然可能是美国压制中国企业发展的重要手段。建议中国企业保持高度警惕，加强对 FCPA 执法的关注，吸取 FCPA 案件的经验教训，提早完善反腐败合规体系，降低经营管理活动中的潜在风险。



13. Attorney General Merrick B. Garland Delivers Remarks to the ABA Institute on White Collar Crime, March 3, 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-merrick-b-garland-delivers-remarks-aba-institute-white-collar-crime>.

14. Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Gives Keynote Address at ABA's 36th National Institute on White Collar Crime, October 28, 2021, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-gives-keynote-address-abas-36th-national-institute>.

15. Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Delivers Remarks on Corporate Criminal Enforcement, September 15, 2022, <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-delivers-remarks-corporate-criminal-enforcement>.

第五节

2022 年中国商业贿赂行政执法回顾—后疫情时代的变与不变

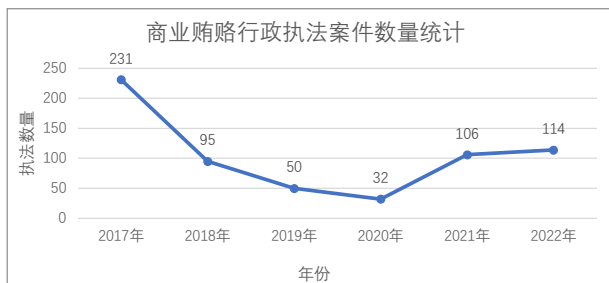
引言: 2022 年 11 月 22 日, 国家市场监督管理总局就《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(“《修订草案》”)公开征求意见。此次修订系《反不正当竞争法》五年内第三次修订, 继 2017 年《反不正当竞争法》修订后, 反商业贿赂条款再次迎来了重大调整。作为市场监管部门一直以来的执法重点之一, 2022 年商业贿赂执法工作整体情况如何、有哪些变与不变值得关注。为了帮助企业及时准确的了解执法动态及执法重点, 本文将回顾 2022 年商业贿赂行政执法动态。在客观展现执法数据的同时, 我们还将结合案例分析等形式, 力求更加清晰地了解行政执法的趋势和日常需要关注的重点, 希望能够帮助企业进一步完善自身反商业贿赂合规机制的建设, 减少商业贿赂给企业带来的风险。

一、中国 2022 年商业贿赂行政执法盘点及趋势

(一) 2022 年商业贿赂行政执法特点

通过公开渠道检索, 我们对 2022 年全年市场监管部门查处的商业贿赂案件情况进行了汇总¹。通过对这些案件的梳理和分析, 我们发现 2022 年全年商业贿赂行政执法呈现以下特点:

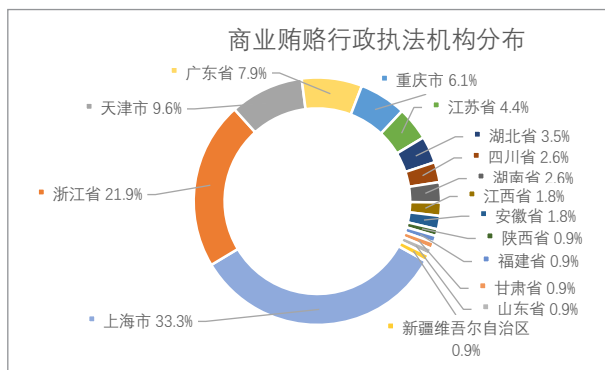
1. 执法数量有所回升, 地区执法不平衡



通过对近六年公开可查的商业贿赂行政执法案例进行统计², 2017-2020 年商业贿赂行政执法案件数量呈现逐年下降趋势(见上表)。2017 年商业贿赂行政执法案件数量为 231 件。2018-2019 年新法实施之后, 执法案件数量曾呈下降趋势, 其中 2019 年的执

法案件数量不到 2017 年的三成, 2020 年的执法案件数量进一步下降至 32 件。上述执法案件下降现象的出现与疫情期间案件积压、执法力度减弱有着密切联系。2021 年, 执法案件数量则有显著回升。2022 年, 虽然受年初与年底多地疫情的影响, 但执法案件数量进一步上升至 114 件, 显著高于 2019 和 2020 年。

2022 年, 地区间商业贿赂的执法依然呈现出不平衡的态势。如下图所示, 与往年的情况相似, 2022 年上海市的商业贿赂行政执法仍然一枝独秀, 执法案件数量占全国总量的 33.3%, 其他商业贿赂行政执法较为活跃的地区包括浙江、天津、广东、重庆等。另一方面, 有相当多的省份, 我们未公开检索到其 2022 年关于商业贿赂的行政处罚决定书³。



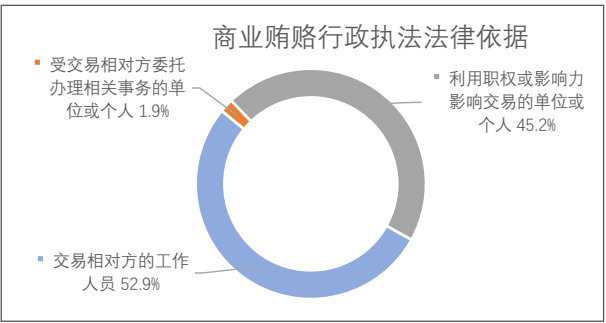
1. 本节所引用案例数据来源于威科先行·法律信息库、上海市市场监督管理局官方网站公布的商业贿赂案件行政处罚决定书, 笔者以“商业贿赂”、《反不正当竞争法》第七条、第十九条的具体内容为检索关键词, 汇总 2022 年 1 月 1 日-2022 年 12 月 31 日, 截止发稿日共计 114 件商业贿赂行政处罚决定书。

2. 2016-2017 年数据主要源于威科先行·法律信息库公布的商业贿赂案件行政处罚决定书; 2018-2021 年数据来源于威科先行·法律信息库及上海市市场监督管理局官方网站公布的案例; 2022 年数据来源于威科先行·法律信息库、北大法宝、广东省行政执法信息公开平台及上海、天津、重庆市场监督管理局官方网站公布的案例。

3. 该结论基于威科先行·法律信息库、北大法宝的案例检索情况。实践中存在一些地方没有及时将执法信息上网公布的情况。

2. 执法依据多为《反不正当竞争法》第七条第一款第（一）和（三）项⁴

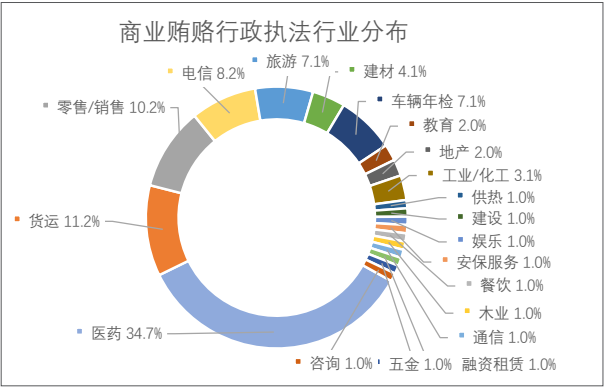
如下图所示，在 2022 年的执法案例中，约 52.9% 的案件执法依据是《反不正当竞争法》第七条第一款第（一）项，即经营者向交易相对方的工作人员进行贿赂，以谋取交易机会或者竞争优势；同样约 45.2% 的案件执法依据为《反不正当竞争法》第七条第一款第（三）项，即经营者向“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”进行贿赂。被认定为“利用职权或者影响力影响交易的单位和个人”的主要对象有医院及医生、管理写字楼或公寓的物业公司、货运公司业务人员等。仅有 1.9% 的案件的执法依据是《反不正当竞争法》第七条第一款第（二）项，即经营者向受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人进行贿赂。



3. 医药行业为 2022 年重点执法领域⁵

如下图所示，2022 年商业贿赂行政执法的行业分布仍然呈现集中化态势。医药行业仍为重点监管和执法领域，占比高达 34.7%，涉案主体主要包括药企、医疗器械公司、医药推广企业等。其他商业贿赂行政

执法比较活跃的领域包括货运（11.2%）、零售 / 销售（10.2%）、电信（8.2%）、旅游（7.1%）等行业。建材、车辆年检、教育等多个行业中，商业贿赂行为时有发生。



4. 商业贿赂的表现形式多样化⁶

如下图所示，从 2022 年被查处的商业贿赂案件的贿赂形式来看，回扣、现金、好处费、低价或免费提供医疗器械是最常见的行贿方式。有 34.3% 的案件涉及按比例给予回扣，19.6% 的案件直接给予现金，19.6% 的案件给予好处费，6.9% 的案件通过免费或低价提供医疗器械捆绑销售试剂 / 耗材的方式进行贿赂，还有不少案例通过给予转账、微信红包、礼品卡、购物卡等形式进行贿赂。

根据 2022 年行政执法案例的梳理结果，即便是数额相对较小的利益输送，仍然会被执法机关认定为构成商业贿赂。例如某公司给予利用职权或者影响力影响交易的个人共 830 元的“晒单红包”⁷，向交易相对方的工作人员赠送价值 2800 的礼品卡⁸等行为都受

4. 潭市监罚〔2022〕44 号、常高新市监处罚〔2022〕00307 号、蓬市监处字〔2022〕272 号、厦思市监处〔2022〕12 号、佛禅南市监罚字〔2022〕90 号、汉滨市监处罚〔2022〕99 号、常高新市监处罚〔2022〕00316 号、潜江市监处罚〔2022〕291 号、潜江市监处罚〔2022〕290 号、三师市监处罚〔2022〕142 号未披露法律依据和案情事实，故纳入统计范围的案例共 104 起。

5. 潭市监罚〔2022〕44 号、沪市监金处〔2022〕282022000530 号、常高新市监处罚〔2022〕00307 号、渝万州市监处字〔2022〕516 号、宁市监处罚〔2022〕1-38 号、蓬市监处字〔2022〕272 号、厦思市监处〔2022〕12 号、津市监处罚〔2022〕164 号、六市监处罚〔2022〕222 号、佛禅南市监罚字〔2022〕90 号、常高新市监处罚〔2022〕00316 号、潜江市监处罚〔2022〕291 号、潜江市监处罚〔2022〕290 号、常高新市监处罚〔2022〕00308 号、岳市监罚〔2022〕12 号、沪市监杨〔2022〕102022000032 号未披露法律依据和案情事实，故纳入统计范围的案例共 98 起。

6. 潭市监罚〔2022〕44 号、津市监处罚〔2022〕9 号、沪市监金处〔2022〕282022000530 号、常高新市监处罚〔2022〕00307 号、沪市监普处〔2022〕072020000398 号、宁市监处罚〔2022〕1-38 号、蓬市监处字〔2022〕272 号、厦思市监处〔2022〕12 号、六市监处罚〔2022〕222 号、常高新市监处罚〔2022〕00316 号、潜江市监处罚〔2022〕291 号、潜江市监处罚〔2022〕290 号、常高新市监处罚〔2022〕00308 号、津市监处罚〔2022〕110 号、津市监处罚〔2022〕115 号、津市监处罚〔2022〕161 号、津市监处罚〔2022〕7 号、沪市监杨〔2022〕102022000032 号、三师市监处罚〔2022〕142 号、沪市监嘉处〔2022〕142019001216 号、沪市监杨处〔2022〕102022000018 号未披露法律依据和案情事实，故纳入统计范围的案例共 93 起。另因为部分案例兼有现金和回扣、好处费、购物卡等手段，故存在少量重复统计情况。

7. 温鹿市监处罚〔2022〕82341 号。

8. 沪市监虹处〔2022〕092021000993 号。

到了行政处罚。为避免风险，企业应当规范员工在业务拓展时采取的方式，加强对回扣或好处费等贿赂手段的监管。此外，企业还应当制定相应的礼品招待政策，禁止员工赠送现金或现金等价物（例如预付卡、礼品卡等），禁止提供奢侈性礼品及招待，尽量给予金额较低且带有一定宣传意义的礼品（如带有企业 logo 的纪念品等）。

（二）典型案例分析

1. 刑事案卷（部门配合）成为商业贿赂执法线索之一

根据案例整理结果，有商业贿赂行政处罚决定书明确指出，该案是从人民法院的刑事案卷获得的案件线索。

例如一份 2021 年 11 月的刑事判决书⁹提到，2016 年 9 月至 2020 年 10 月间 A 公司辅材部负责人 B，利用其职务之便收受 C 公司财物共计人民币 16 万元，并在 A 公司日常业务开展等方面对 C 公司提供帮助，最终负责人 B 被认定为非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑三年，宣告缓刑五年，并处罚金人民币五万元，公司 C 并未受到刑事处罚。我们检索到了一起与该刑事判决书存在一定关联的行政处罚，该行政处罚文书中¹⁰明确指出执法机关是根据人民法院提供的刑事案卷材料，于 2022 年 3 月 2 日对 C 公司进行立案查处，最终 C 公司因商业贿赂受到行政处罚。由此可知，虽然有些刑事案件的涉案人未达到入罪标准，没有受到刑事处罚，但执法机关可能会通过司法机关的移送或对判决书的研读了解案件线索后，启动行政调查程序。

根据 2021 年修订的《行政处罚法》（2021 年 7 月 15 日施行）第二十七条的规定，司法机关和行政机关之间应当建立案件双向移送渠道，对属于对方职权管辖范围内的案件应当及时移送。在实践中，许多商业贿赂案件的线索来源也与司法、监察部门有着密切的关系。可以预见，未来各部门间的协调配合将更加密切和频繁。

2. 价值较小的利益输送也可能构成商业贿赂

是否控制财物的金额就可以规避商业贿赂的风险，是否赠送价值不高的礼品或进行金额不大的宴请便不会构成商业贿赂？上述疑问或可通过分析下列案例得以解答：

案例一¹¹：A 公司是 B 药房的供应商，从 2021 年 7 月开始，A 公司员工为了提升其代理产品的销量，当 B 药房销售人员售出其产品时，A 公司员工就通过微信给销售人员发放返利红包，在 2021 年 7 月至 2022 年 3 月期间发放的返利红包共计 830 元。最终 A 公司因商业贿赂受到行政处罚，被罚 1 万元。

案例二¹²：A 饭店为招揽客人，在出租车司机、导游、大巴车司机拉客到店消费后，按照当桌营业收入约 50% 或 60% 支付返点费用，执法机关最终查明 A 饭店共支付 5 笔合计 921 元返点费用，A 饭店因商业贿赂受到行政处罚，被没收违法所得 1768 元，并被处以罚款 3 万元。

案例三¹³：A 公司为了维护 B 货运代理公司的业务关系，获得业务订单，于 2021 年 9 月 18 日赠送给 B 货运代理公司的法定代表人 C 一张面值为 1000 元的购物卡，在法定代表人 C 的帮助下 A 公司获得 1 单业务，最终 A 公司因商业贿赂受到行政处罚，被没收违法所得 3947.3 元，并被处以罚款 15 万元。

上述三起案例表明，实际执法过程中商业贿赂行为并无最低金额的限制。低至 830 元的行贿同样会被认定为商业贿赂行为。从《反不正当竞争法》第七条对于商业贿赂行为的认定来看，法条并未设定违法行为的最低金额门槛。综上，经营者应当避免抱有通过小金额行贿规避处罚或是只要违法所得较少就能规避处罚的侥幸心理。小金额的行贿行为和不当的小规模宴请、送礼一样会受到执法部门的监管与惩处。

9. (2021) 皖 0203 刑初 171 号。

10 宁市监处罚〔2022〕1-38 号。

11. 温鹿市监处罚〔2022〕82341 号。

12. 渝中市监处罚〔2022〕208 号。

13. 沪市监虹处〔2022〕092022000317 号。

3. 设备免费 / 低价投放模式仍然是商业贿赂打击重点

通过对 2022 年执法案例进行整理，我们注意到医药领域中设备免费 / 低价投放仍然是执法机构重点打击的对象。其通常表现为医疗器械公司为获得交易机会以赠送或低价出售的方式将医疗设备给予医院，并要求医院排他性的使用指定耗材。值得注意的是案例中医院均被认定为利用职权或者影响力影响交易的单位，虽然表面上医院作为医疗器械公司交易相对方，并不在《反不正当竞争法》第七条规制的商业贿赂三类主体中，但是在执法的过程中，执法机关会采取“穿透原则”，将最终使用耗材的患者作为交易相对方，而医院和医生凭借着其对医疗耗材的专业知识和技能，能够对最终患者使用何种耗材产生影响力，从而被认定为利用职权或者影响力影响交易的单位或个人。

结合我们对近几年案例地粗略统计，2021 年至 2022 年因免费 / 低价投放设备被处罚的案例高达 16 起。医疗器械企业在日常经营中应对相关业务模式严加审视，加强合规管控，以免构成商业贿赂、遭受行政处罚。

4. 电信领域的执法持续火热

近两年电信宽带行业成为了上海地区执法机关的重点。在 2021 年到 2022 年期间，电信宽带行业中的商业贿赂执法案件在全国执法案件量中的占比高达 17%。其中，这些公开的执法案例中，除一例发生在天津以外，其余均发生在上海。是业务模式受到了上海执法机关的关注？让我们在下述案例中一探究竟：

案例一¹⁴：A 公司自 2018 年 8 月 20 日起为排除其他宽带接入网络服务商，获得 B 写字楼内独家宽带接入经营权，利用 B 写字楼物业管理 C 公司的影响力，在商户安装时优先对 A 公司产品进行推荐，并且 A 公司借用 D 公司名义与 C 公司签订《合作协议》，约定按照业务收入的 8%-10% 作为代理服务费结算给 C 公司，最终 A 公司因商业贿赂受到行政处罚。

案例二¹⁵：A 公司投资 100 万在 B 创意园修建通信配套设施，获取在 B 创意园内提供网络代理服务的唯一代理商地位，排除其他运营商或运营商代理企业进驻，入园企业必须与 B 创意园产权方签订房屋租赁合同，合同将创意园区宽带由 A 公司提供服务作为签约的前提条件，限制入园企业选择其他运营商或者运营代理商企业的权利，最终 A 公司因商业贿赂受到行政处罚。

由上述案例我们可以发现电信宽带行业中商业贿赂的基本模式均为电信宽带公司（非三大运营商）为了获得独家经营权，通过不同的行贿手段让地产管理方利用影响力帮助其获得业务或垄断地位（比如优先推荐其宽带接入服务、指定其为唯一宽带服务提供商）。

总体而言，2022 年商业贿赂行政执法案件数量有所上升，2017 年商业贿赂条款修订后案件数量下降的趋势已得到扭转，执法活动趋于活跃。2023 年，《反不正当竞争法》的新一轮修订是否会通过，反商业贿赂条款最终又会引来怎样的调整，其又会对行政执法带来怎么样的变化是值得我们持续思考和关注的话题。无论执法趋势如何变化，企业都应当做好自身反腐败合规体系建设，防患于未然。

14. 沪市监杨处〔2022〕102022000028 号。

15. 津市监执罚〔2022〕161 号。

第六节

聚焦反法修订系列 | 商业贿赂条款简析——拨云见日亦或雾里看花？

引言: 2022年11月22日,国家市场监督管理总局就《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(“《修订草案》”)公开征求意见。此次修订系《反不正当竞争法》五年内第三次修订,《修订草案》结合数字经济的特点,对利用数据、算法、平台规则等实施的新型不正当竞争行为作出了详细规定,并针对反不正当竞争监管执法实践中存在的突出问题也给予了针对性回应。2022年3月,党中央、国务院印发的《关于加快建设全国统一大市场的意见》明确提出,要加快推动修改反不正当竞争法,加强对平台经济、共享经济等新业态领域不正当竞争行为的规制,整治网络黑灰产业链条,治理新型网络不正当竞争行为。《修订草案》的公布标志着《反不正当竞争法》的修订已步入快车道。《修订草案》完成公开征求意见后将提交国务院、全国人大常委会审议,有望于2023年下半年颁布。

一、修订内容

商业贿赂条款历来是《反不正当竞争法》中最受关注的条款之一。继2017年《反不正当竞争法》修订对商业贿赂条款作出重大调整后,此次《修订草案》再次对商业贿赂条款进行重大修订,体现在:

- 将交易相对方重新纳入受贿对象的范畴;
- 对受贿行为作出禁止性规定;
- 明确规定指使他人行贿亦可构成商业贿赂;
- 加大了对商业贿赂行为的惩处力度。

修订情况对比如下:

现行《反不正当竞争法》	《修订草案》
第七条 经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人,以谋取交易机会或者竞争优势: (一) 交易相对方的工作人员; (二) 受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人; (三) 利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。 经营者在交易活动中,可以以明示方式向交易相对方支付折扣,或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的,应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。 经营者的工作人员进行贿赂的,应当认定为经营者的行为;但是,经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。	第八条 经营者不得自行或者指使他人采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人,以谋取交易机会或者竞争优势: (一) 交易相对方或者其工作人员; (二) 受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人; (三) 利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。 经营者在交易活动中,可以以明示方式向交易相对方支付折扣,或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的,应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。 经营者的工作人员进行贿赂的,应当认定为经营者的行为;但是,经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。 任何单位和个人不得在交易活动中收受贿赂。
第十九条 经营者违反本法第七条规定贿赂他人的,由监督检查部门没收违法所得,处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的,吊销营业执照。	第二十九条 经营者违反本法第八条规定贿赂他人的,由监督检查部门没收违法所得,处十万元以上五百万元以下的罚款;情节严重的,吊销营业执照。 经营者或者其工作人员在交易活动中收受贿赂的,法律、行政法规有规定的,依照其规定;法律、行政法规没有规定的,依照前款规定处罚。

总体上看,《修订草案》反映出立法层面进一步严厉打击商业贿赂的趋势。

二、修订背景考量

商业贿赂条款在历经立法、执法、学界、产业界多年争论,并在2017年大修尘埃落定之后,此次再次面临多项修订,特别是将广受争议的交易相对方重新纳入受贿主体,其背后原因颇值考量。

2017年《反不正当竞争法》修订前,交易双方之间的各类返点、赞助、激励安排是商业贿赂的执法重点。然而,在交易相对方被排除出受贿主体后,即便近年来国家多次强调要强化反不正当竞争执法,营造公平竞争的市场环境,商业贿赂作为不正当竞争的典型情形,其执法也始终不够活跃。公开数据显示,2018年以来,商业贿赂执法案件较以往有较大幅度的回落。除了执法数量显著下降以外,不少执法案件是否应按照商业贿赂进行处罚,也引起了不少争议。我们通过以下一个案例来具体说明:2019年10月,当事人与某医院约定,当事人将一台全自动化学发光免疫分析仪提供给某医院免费使用,某医院则向当事人排他性采购与上述设备配套的试剂耗材,不向其他公司采购同型号或者同效果的替代品。自2019年10月至案发,当事人按照上述约定向某医院销售了与上述设备配套的试剂耗材,当事人的违法所得共计人民币50541.89元。

上海市长宁区市场监管局认定,当事人的上述行为违反了《反不正当竞争法》第七条第一款第(二)项“经营者不得采用财物或其他方式贿赂下列单位或者个人,以谋取交易机会或者竞争优势:(二)受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”之规定,并作出没收违法所得50541.89元人民币,并处罚款10万元人民币的行政处罚。

上述案例是设备免费投放的典型情形。医疗领域的设备免费投放行为长期以来是商业贿赂的重点打击对象,但是根据现行商业贿赂条款,医院作为医药企业的交易相对方,理论上不再属于受贿对象,因此实践

中关于设备免费投放是否仍然构成商业贿赂,一直备受争论。

有观点认为,公立医院是承担社会公共服务职能的非营利事业法人,其购买耗材的资金来源于医保基金或患者,因此,应当按照“穿透原则”,将医保机构或患者认定为医疗设备公司真正的交易相对方,而公立医院系受医保机构或患者委托购买耗材的单位。上海市长宁区市场监管局的上述处罚决定虽未作具体分析,但我们理解应持该观点。

还有观点认为,设备和耗材的实际使用方是患者,而医院基于其专业知识以及患者对其的信赖,对于患者使用设备和耗材具有较强的影响力,因此,应当按照“穿透原则”认定实际的交易相对方是患者,而医院系利用职权或影响力影响医疗设备公司与患者间交易的单位。2018年5月11日发布的《市场监管总局关于进一步加强反不正当竞争执法工作的意见》(国市监竞争〔2018〕48号)也持该等观点,其强调,要“重点查处医院、学校等具有公共管理和服务职能的主体违法收受财物或其他利益的行为。如经营者假借租赁、捐赠、投放设备等形式,贿赂利用职权或者影响力影响交易的医疗机构,捆绑耗材和配套设备销售等损害竞争秩序的行为”。

上述观点的共同特点是采用了“穿透原则”,即穿透表面的交易关系,分析实际交易的双方¹。但对公立医院等承担社会公共服务职能的经营者适用“穿透原则”在理论与实务层面均面临较多争议。一方面公立医院系独立法人,以自己名义采购相关产品或服务,并与交易相对方签订相关合同,将公立医院认定为系受医保机构或患者委托采购相关产品或服务,于法无据,也与事实不符;另一方面,同样的设备免费投放行为,若针对公立医院即适用“穿透原则”构成商业贿赂,而针对私立医院则不构成商业贿赂,难以有合理解释。根据我们的观察,2018年以来,医药企业与医院之间的利益输送行为,虽然实践中仍经常按照商业贿赂查处,但就医院属于何种受贿主体,执法机关往往未能在处罚决定中给出令人信服的论证。类似医院这种明显属于交易相对方的主体,如何在现行商

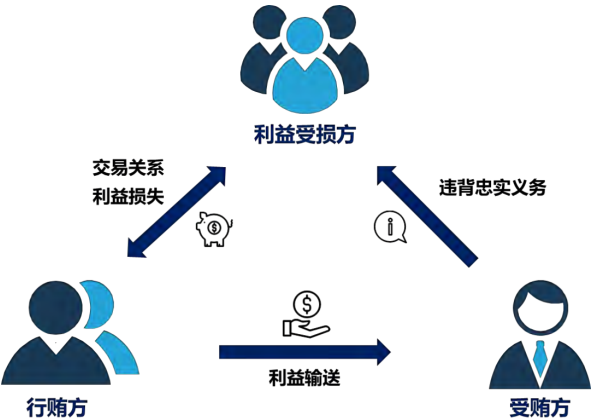
1. 2017年《反不正当竞争法》修订后,原工商总局反垄断与反不正当竞争执法局局长的杨红灿在接受《中国工商报》记者专访时表示,“应当分析实际交易的双方。例如学校受全体学生委托与校服供应商签订校服购买合同,此时交易的双方应当是供应商和学生,交易的法律后果实际由学生承担。如果供应商给予学校财物或者其他经济利益,则涉嫌构成商业贿赂”。

业贿赂条款中归位，也面临较大的争议。我们理解，2018 年以来商业贿赂执法始终不够活跃，以及常见的执法事项又面临较大的执法困境，可能是导致此次《修订草案》将交易相对方重新纳入受贿主体的内在原因。

三、商业贿赂受贿对象再思考

现行《反不正当竞争法》的商业贿赂条款于 2017 年修订时确立，相较此前的商业贿赂条款，上述规定明确将交易相对方排除出受贿人的范围，经营者向交易相对方输送利益不再被视为贿赂行为。

2017 年商业贿赂条款的修订被广泛认为是正本清源、回归本质，受到理论界和广大工商业企业的充分肯定。主流观点认为，商业贿赂的本质是“权钱交易”，即通过收买他人的方式，使其违背对他人的忠实义务、出卖他人利益，以达到为自己谋取交易机会或竞争优势的目的。在商业贿赂行为中，一般存在“三方关系”：即行贿方、受贿方、利益受损方；其中，受贿方对于利益受损方应当负有一定的“忠实义务”。这种忠实义务可能来源于雇佣所产生的劳动关系，来源于合同所产生的委托关系，也可能来源于法律法规对具有特定职权或身份的人所确立的特殊义务，又或因职权而产生的信赖关系等。正是由于这种“忠实义务”的存在，受贿人违背义务以换取利益的行为才具有被给予否定性评价的必要。因此，并非有利益输送，就构成商业贿赂，对于商业贿赂行为的完整描述应当是，行贿人通过向受贿人输送利益，诱使受贿人违背其对利益受损方的忠实义务，为自身谋取交易机会或竞争优势，并致使利益受损方的利益遭受损失。简而言之，对于受贿人而言，商业贿赂是“行他人之慷慨、中自己之私囊”。



在明确何谓商业贿赂之后，我们进一步审视经营者与交易相对方的商业往来。在经营者与交易相对方的交易关系中，由于交易本身和利益输送均发生在两方之间，不存在“三方关系”，也就不存在利益受损方，或接受利益一方对任何主体“忠实义务”的违反，因此如何构成“权钱交易”始终令人费解。2017 年《反不正当竞争法》修订前，执法实践中，许多交易双方之间关于利润分配、成本分担的安排，往往被认定为商业贿赂而被执法。这导致商业贿赂执法过于宽泛，影响了正常的市场竞争，曾广受诟病。此次《修订草案》将交易相对方再次纳入受贿对象的范畴，预计仍将引起较大争议，能否最终保留具有较大的不确定性。



四、对受贿行为作出禁止性规定

我国现行法律法规对于商业贿赂受贿方并无统一的行政责任的规定。2017 年修订的《反不正当竞争法》中，商业贿赂条款仅规定了商业贿赂行贿方的行政责任，而未规定商业贿赂受贿方的责任。1996 年原工商总局公布的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，虽然规定“有关单位或者个人购买或者销售商品时收受贿赂的，由工商行政管理机关按照前款（注：即按照行贿）的规定处罚”，但由于缺乏《反不正当竞争法》的明确依据，执法实践中已经无法援引适用。我们注意到，部分地方性法规对于受贿行为作出了禁止性规定，例如，2020 年修订的《上海市反不正当竞争条例》第九条第二款规定，“任何单位和个人不得收受、承诺收受或者通过他人收受贿赂，为经营者谋取交易机会或者竞争优势”，但该条例并未对受贿行为的法律后果作出明确规定，因此从执法角度讲，更像是一则没有“牙齿”的宣示性条款。

不过，部分行业立法对于受贿行为的行政责任作出了规定。例如，2022 年 3 月 1 日起施行的《医师法》第三十一条规定，“医师不得利用职务之便，索要、非法收受财物或者牟取其他不正当利益”，对于违反该条规定的，由县级以上人民政府卫生健康主管部门责令改正，给予警告，没收违法所得，并处一万元以上三万元以下的罚款；情节严重的，责令暂停六个月以上一年以下执业活动直至吊销医师执业证书。

现行《反不正当竞争法》未对受贿行为作出统一规定，导致实践中受贿行为的刑事责任与行政责任的衔接出现了空白地带——许多受贿行为既未达到刑事追诉标准又没有行政处罚依据，使得受贿者逃脱了法律制裁。例如在某刑事案件中，行贿人为了违规办理对公结算账户，向某银行支行对公客户经理支付好处费共计10000余元，由于受贿金额未达到当时法律规定的6万元立案标准（注：目前非国家工作人员受贿罪的刑事追诉标准已下调至3万元），检察院作出不起诉决定。类似的，实践中大量商业贿赂案件，由于行贿金额较低，行贿一方因《反不正当竞争法》受到行政处罚，而受贿方却无从追责，难以达到全方位治理贿赂行为的效果。

因此，此次《修订草案》增加对受贿行为的禁止性规定，并明确在无特殊法律法规规定的情况下，受贿方的行政责任依照行贿方执行，可谓顺应了执法需要，弥补了行刑衔接的空白，具有非常重要的现实意义。

五、对企业合规的建议

我们认为，考虑到实践中对于“交易相对方”是否应当被认定为受贿主体仍然存在较大争议，本条最终将如何修订尚存较大的不确定性，建议企业密切关注相关变化。如该条最终未做修改，受贿主体的扩大预计将对企业与合作伙伴、经销商、客户等相关方之间的激励安排产生重要影响。为此，我们建议企业重新评估商业模式的合规风险，及时根据最终规定对相关安排做出必要调整或修正，尽可能降低交易中潜在的商业贿赂风险。例如，重检企业经营模式与销售模式，明确哪些激励机制可能列入对交易相对方行贿的范畴；在多层级经销关系的场景下，谨慎评估经由一级经销商对二级经销商进行激励的安排是否可能构成指使他人行贿；检视企业合规政策，调整完善商业贿赂的界定及合规要求；审核企业与外部主体之间的合规条款，确保合规条款的覆盖面、准确度、完整性。



第四章 反垄断



第一节 新《反垄断法》修订要点解读

引言：经过历时近两年的讨论和修改，《反垄断法修正案》在 2022 年 6 月 24 日审议通过，并于 2022 年 8 月 1 日开始实施。此次修订为 2008 年 8 月 1 日《反垄断法》生效以来的首次修订，对于我国建立统一开放、竞争有序的全国大市场，贯彻落实党中央关于强化反垄断和防止资本无序扩张的决策部署具有重大意义。《反垄断法修正案》在总则中明确提出了国家“强化竞争政策基础地位”，进一步突显了竞争政策对市场经济建设的重要性。为了同步反映《反垄断法修正案》的更新及其规则的具体适用，国家市场监督管理总局于 2022 年 6 月 27 日公布了六部相关配套规定的征求意见稿。与此同时，最高人民法院于 2022 年 11 月公布了《关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（公开征求意见稿）》（“司法解释征求意见稿”），在高度总结司法实践中法律适用经验的基础上对实体和程序规则进行重大更新，并在多处与《反垄断法修正案》相呼应。本文将以《反垄断法修正案》为核心，并结合其修订后配套法规及司法规则，从八个方面对《反垄断法修正案》进行重点解读，协助企业洞悉立法变化，更好地了解下一阶段的执法趋势，把握反垄断合规工作的重点。

一、《反垄断法修正案》的八大亮点

亮点 1：违法责任大幅增加，极大增强《反垄断法》的威慑力

企业违法责任大幅增加：《反垄断法修正案》大幅提升了各类违法行为的法律责任，极大加强《反垄断法》的威慑力。其中针对企业反垄断违法行为的罚款额度大幅增加，甚至出现指数级增长。

垄断行为、违法情形	旧法规定（罚款上限）	修订后（罚款上限）	最大增幅
垄断协议			
达成并实施垄断协议	没收违法所得；上一年度销售额 1%-10%		不变
上一年度没有销售额的经营者达成并实施垄断协议	/	最高 500 万元	新增
达成但未实施垄断协议	最高 50 万元	最高 300 万元	处罚提高（6 倍）
行业协会组织经营者达成垄断协议	最高 50 万元；撤销登记	最高 300 万元；撤销登记	处罚提高（6 倍）
经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议	/	最高上一年度销售额 10%	新增
滥用市场支配地位			
滥用市场支配地位	没收违法所得；上一年度销售额 1%-10%		不变
经营者集中			
违法实施集中（包括应报未报、抢跑及违反附条件及禁止集中决定）	最高 50 万元	不具有排除、限制竞争效果的，最高 500 万元	处罚提高（10 倍）
		具有排除、限制竞争效果的，最高上一年度销售额 10%	新增

表 1：企业违法责任

1. 即《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》，《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》，《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》，《经营者集中审查规定（征求意见稿）》，《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》和《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》。

垄断行为、违法情形	旧法规定（罚款上限）	修订后（罚款上限）	最大增幅
拒绝、阻碍反垄断审查和调查			
拒绝提供材料，或者提供虚假材料，或者隐匿、销毁、转移证据等	最高 100 万元	最高上一年度销售额 1%；上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，最高 500 万元	处罚提高

表 1：企业违法责任（续）

增加“加倍处罚”制度，垄断行为罚款可能突破 10% 上限。此次修订增加了对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的反垄断违法行为可按照上述规定的罚款数额的 2 倍以上 5 倍以下处以罚款。

引入信用记录制度。经营者因违反《反垄断法》受到行政处罚，记入信用记录，并向社会公示。

首次引入垄断行为的个人罚金责任、提高拒绝、阻碍调查的罚款上限，并为垄断行为正式入刑设置了接口。不同于美国等国家，在修订前，我国《反垄断法》仅在经营者拒不配合调查的情况下规定了可以追究刑事责任，而从事垄断行为本身并不会导致刑事责任。虽然垄断行为真正入刑还需通过《刑法》修正案的出台，但对于违法企业的高管及员工可追究刑事责任将极大增加违反《反垄断法》的成本，进一步加强《反垄断法》的威慑力。

垄断行为、违法情形	旧法规定（罚款上限）	修订后（罚款上限）	最大增幅
个人责任			
对达成垄断协议负有责任的个人（法定代表人、主要负责人和直接责任人员）	无	最高 100 万元	新增
拒绝、阻碍反垄断审查和调查（拒绝提供或提供虚假材料，隐匿、销毁证据等）	最高 10 万元	最高 50 万元	处罚提高（5 倍）
违反《反垄断法》构成犯罪的，依法追究刑事责任	仅规定了拒绝、阻碍反垄断审查和调查行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。	涵盖所有违反《反垄断法》构成犯罪的行为	范围扩大

表 2：个人违法责任

合规提示：

可以预见，企业在《反垄断法修正案》生效后会面临更为显著的违法成本以及更加严厉的执法趋势，特别是企业的高管可能需要承担个人责任（甚至是刑事责任）。因此，企业需要对反垄断合规给予高度的重视，依据反垄断法评估自身业务经营合法性，通过制定和完善企业合规政策体系和文本制度、设立反垄断合规部门或负责人、开展反垄断合规培训和日常咨询等方式加强企业合规建设工作。

亮点 2：横向垄断协议：增加协议组织者、帮助者的法律责任

《反垄断法修正案》新增规定：经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。

《反垄断法》在修订前仅规定行业协会不得组织本行业的经营者从事反垄断法禁止的垄断行为（如固定价格、分割客户和市场、限制产量等横向垄断协议）。而对于行业协会以外其他实体（如上游厂商）组织、帮助竞争对手之间达成横向垄断协议的行为，则并没有相关法律依据追究其横向垄断协议责任。在过去的反垄断执法中，曾有上游厂商组织下游经销商达成固定价格横向垄断协议，厂商以“维持转售价格纵向垄断协议”的名义被处罚，而下游经销商则以“达成横向垄断协议”被处罚（如 2014 年一汽 - 大众案²）。但对于经营者组织、帮助竞争对手之间达成分割市场等其他横向垄断协议行为，则未有处罚先例。

《反垄断法修正案》填补了原来法律规定的空白，对经营者在组织、协助下游经营者或其他竞争对手之间的会议、活动或任何其他形式沟通时提出了更高的合规义务要求。根据《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》，“组织”是指对垄断协议主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或主导作用或故意使具有竞争关系的交易相对人之间进行意思联络或信息交流，“实质性帮助”是指对垄断协议达成或实施提供支持且与排除、限制竞争具有因果关系并作用显著的行为。

合规提示：

上游厂商、其他经营者在组织下游企业或其他竞争对手之间的会议、活动、微信群聊或其他形式的沟通时应注意防止竞争对手之间讨论有关其销售价格、客户、销量等竞争性敏感信息，甚至就此达成横向垄断协议。如厂商在上述场景下注意到经销商之间讨论竞争性敏感信息或存在进一步协调动作的，应及时予以制止并提醒其潜在的反垄断合规风险。

特别地，目前很多上游厂商都对经销商采取跨区 / 跨渠道销售管理政策。基于新规，厂商在执行该等政策

时除了需要注意维持转售价格方面的风险外（在扬子江药业、公牛集团等案件中跨区管理被认定为维持转售价格行为的实施或强化手段），也应注意如果组织、协助经销商之间沟通、协调销售区域或销售对象的，也会引起组织、帮助竞争对手间达成分割客户 / 市场横向垄断协议的风险，因而承担同等法律责任。

亮点 3：纵向垄断协议：明确分析路径、引入安全港制度

首先，《反垄断法修正案》进一步完善了纵向垄断协议的认定规则。对于法律明确列举的转售价格维持的纵向价格垄断实行推定违法和举证责任倒置，要求经营者就协议不具有排除、限制竞争效果进行举证。该规定一方面继续维持了执法机构在过往纵向价格垄断协议中无需证明协议排除、限制竞争效果的实践操作（即“原则禁止”原则），但同时又给企业在个案中通过举证其纵向价格垄断行为不具有限制整体市场竞争效果进行抗辩留出了空间。企业可结合相关产品的品牌间竞争是否充分以及其对品牌内的价格限制是否足以影响品牌间竞争，企业自身市场力量是否较小、相关纵向安排是否影响范围有限、是否存在促进效率或其他合理商业理由等因素，主张纵向价格垄断协议不会对整体市场产生严重损害，从而不具有排除、限制竞争的效果。

另一方面，对于《反垄断法》中未明确列举的其他纵向协议行为（如跨区销售限制、独家经销等），则需要国务院反垄断执法机构在证明该等行为具有排除、限制竞争效果的前提下才能认定违法并进行处罚。相对应地，《司法解释征求意见稿》也从原被告举证责任分配的角度对上述认定规则予以肯定，即对于转售价格维持行为适用违法推定，由被告对该行为不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。

其次，《反垄断法修正案》对纵向垄断行为增加了国际通行的“安全港”规则，规定经营者符合国务院反垄断执法机构规定的市场份额标准及其他条件的，法律不予禁止。关于“安全港”规则的具体标准，国家市场监督管理总局在随后公布的《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》中明确了上游经营者和下游经营者

2. 鄂价检免[2014]1号。

在相关市场的市场份额均应低于 15%，该标准低于欧盟的市场份额标准，也低于中国现行的《汽车业反垄断指南》和《知识产权反垄断指南》中规定的市场份额标准。目前，“安全港”规则并未将转售价格维持排除于适用范围之外，相关市场份额标准也未最终落地，未来仍有待于反垄断执法机构在敲定“安全港”适用条件细则时明确转售价格维持能否适用“安全港”制度，以及是否会和其他纵向垄断协议适用不同的市场份额标准。

此外，值得注意的是《反垄断法修正案》中“安全港”规则仅适用于纵向垄断协议，而将横向价格垄断协议排除在“安全港”之外。但 2019 年国务院反垄断委员会发布的《关于知识产权领域的反垄断指南》中曾为横向垄断协议设置了 20% 的“安全港”门槛。横向垄断协议是否能适用“安全港”制度，以及能够适用的协议范围，未来还有待反垄断执法机构在后续规则和指南中予以明确。

法规制度	市场份额 / 其他标准	行为范围
中国现有“安全港”规则		
汽车业的反垄断指南	纵向：在相关市场 不超过 30%	汽车业经营者的特定 纵向地域限制和客户限制
知识产权领域的反垄断指南	横向： 合计不超过 20% 纵向：任一相关市场 均不超过 30% * 市场份额难以获得或难以反映市场支配地位时，要求至少存在四个替代性技术	知识产权领域既有法律明确规定的横向和纵向垄断协议之外的其他横向和纵向垄断协议，具有排除、限制竞争效果的除外
域外参考：欧盟与美国“安全港”制度的规定		
欧盟	横向： 合计不超过 10% （如无法认定协议方是否属于竞争者的，同样适用该标准） 纵向：任一相关市场 均不超过 15% ³ * 此外，任一相关市场 均不超过 30% 的可适用有关纵向协议集体豁免的相关规定 ⁴	不适用于核心限制 （即包括协同定价、分割市场 / 客户或限制销量、维持转售价格、地域 / 客户限制等）
美国	横向： 合计不超过 20%	核心卡特尔不适用

合规提示：

虽然《反垄断法修正案》赋予了当事人举证纵向价格垄断协议不具有排除、限制竞争效果的权利，但当事人能够据此成功主张个案豁免的机率仍有待在未来法律实践中进行检验。从既往案例来看，尚未有企业主张纵向价格垄断协议具有商业合理性被执法机构接受而被豁免的案例。此外，“安全港”规则的具体标准和适用程度也有待未来细化规则和执法实践的进一步

明确。因此，我们建议企业一方面需密切关注未来针对纵向垄断协议的立法与执法动态；另一方面，在相关具体指引尚未明晰之前，对于纵向价格垄断这类风险程度较高的行为仍需保持审慎态度。

3. 在不违反《关于影响较小协议的通告》（De Minimis Notice）中有关核心限制和累积效果所列条件的前提下，若所订立纵向协议各方不具有竞争关系，且在相关市场上的市场份额分别不超过 15%，该协议通常被视为不适用《欧盟运行条约》第 101 条（1）款，即欧盟法下规制的纵向协议。

4. 该条仅针对适用于《欧盟运行条约》第 101 条（1）款适用范围内的纵向协议。为适用集体豁免的目的，相关协议下供应商和购买商的市场份额分别不得超过 30%。

亮点 4：明确反垄断相关制度在平台经济领域的具体适用规则

《反垄断法修正案》在总则部分第九条规定了“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”。此外，在第三章滥用市场支配地位部分，《反垄断法修正案》在既有的禁止滥用行为规定的基础上进一步明确“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”。

此次《反垄断法》修订在国家法律层面对《平台反垄断指南》所作出的反垄断合规指引给予了确认。特别

地，互联网平台企业滥用市场支配地位的认定仍然是在现有的法律框架之下进行的，构成要件与传统企业滥用市场支配地位没有本质差别，需要基于企业市场力量和经营行为的竞争效果以判断是否存在滥用行为。而对于平台经营者如何利用数据和算法、技术以及平台规则实施滥用行为的具体表现形式，主要可以参考《平台反垄断指南》中的详细规定和列举；此外，《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》还首次新增平台企业“自我优待”为滥用市场支配地位的表现形式之一，具有前瞻性和必要性。《司法解释征求意见稿》也对涉及互联网平台的滥用支配地位行为的具体认定作出了补充。

滥用市场支配地位行为	表现形式	国内外参考案例
拒绝交易	- 在平台规则、算法、技术、流量分配等方面设置不合理的限制和障碍，使交易相对人难以开展交易 - 控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易，或者拒绝与其他经营者提供的特定平台或者软件系统等相兼容，拒绝开放其技术、数据、平台接口	美国联邦贸易委员会诉 Facebook 案（2021）中，Facebook 被指控通过拒绝为竞争对手开放 API 接口的行为达成垄断。该案件目前仍在程序进行中。
限定交易	- 要求平台内经营者在竞争性平台间进行“二选一”，或者限定交易相对人与其进行独家交易的其他行为 - 通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制 - 通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制	美团滥用市场支配地位“二选一”行政处罚案（2021）。
搭售或者附加不合理交易条件	- 利用格式条款、弹窗、操作必经步骤等交易相对人无法选择、更改、拒绝的方式，将不同商品进行捆绑销售 - 以搜索降权、流量限制、技术障碍等惩罚性措施，强制交易相对人接受其他商品 - 强制收集非必要用户信息或者附加与交易标的无关的交易条件、交易流程、服务项目	- 谷歌因利用其在安卓操作系统相关市场的支配地位，将谷歌搜索设置为默认的搜索应用程序等行为被欧盟委员会处以 43.4 亿欧元罚款（2019）。 - 德国竞争监管机构认定脸书非法收集用户信息损害消费者，构成滥用市场支配地位案（2019）。
差别待遇	- 基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件 - 实行差异性标准、规则、算法 - 实行差异性付款条件和交易方式	
自我优待	- 对自身商品给予优先展示或者排序 - 利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策	谷歌因滥用搜索引擎市场的支配地位为自己的购物比价服务牟取非法竞争优势，于 2017 年 6 月被欧盟委员会处以 24.2 亿欧元罚款。

合规提示：

近期召开的中央全面深化改革委员会第二十六次会议再次强调，强化平台企业反垄断、反不正当竞争监管，加强平台企业沉淀数据监管，规制大数据杀熟和算法歧视。随着未来《反垄断法修正案》的生效，可以预见平台经济领域未来仍将是反垄断执法的重点领域。互联网平台企业在经营过程中应对数据、算法、技术以及平台规则进行全面的合规审查，避免上述手段被用作达成垄断协议的工具；并应适时评估自身市场力量、制定正常合理的经营规则，防止实施二选一、大数据杀熟、算法歧视等滥用行为。

亮点 5：健全经营者集中分级分类审查制度，加强对重点领域经营者集中的审查

构建经营者集中分类分级审查制度是本次《反垄断法》修订的重大制度创新。按照党中央关于加快建设全国统一大市场的决策部署，《反垄断法修正案》要求国务院反垄断执法机构健全经营者集中分类分级审查制度，依法加强对涉及国计民生的重要领域的经营者集中审查，提高审查质量和效率。此前 2022 年 4 月 10 日发布的《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》也明确要求健全经营者集中分类分级反垄断审查制度，加强对金融、传媒、科技、民生等领域和涉及初创企业、新业态、劳动密集型行业的经营者集中审查。

所谓经营者集中分类审查，是指反垄断执法机构需要关注不同行业经营者集中的特点，分类进行审查，并依法加强民生、金融、科技、媒体等重点行业和领域经营者集中的审查。所谓分级审查，主要是指由不同层级的反垄断执法机构负责审查不同规模 / 类型的经营者集中。此前，国家反垄断局已经将垄断协议和滥用市场支配地位的反垄断执法权下放至省级反垄断执法机构。而随着经营者集中案件数量日渐增多，由于执法力量有限、审案人员面临的审案负担日益增大，将一部分经营者集中案件委托给省级市场监管局进行审查有利于将执法资源聚焦在真正可能引发竞争问题的经营者集中案件上。2022 年 07 月 15 日，国家市场监督管理总局发布《市场监管总局关于试点委托开展部分经营者集中案件反垄断审查的公告》，通过试点委托北京、上海、广东、重庆和陕西的省级市场监管局开展部分经营者集中简易程序案件的审查，符合下列标准之一的案件将由这些试点地方执法机构负责

审查：

- 至少一个申报人住所地在该部门受委托联系的相关区域（以下简称相关区域）的；
- 经营者通过收购股权、资产或者合同等其他方式取得其他经营者的控制权，其他经营者的住所地在相关区域的；
- 经营者新设合营企业，合营企业住所地在相关区域的；
- 经营者集中相关地域市场为区域性市场，且该相关地域市场全部或主要位于相关区域的；及
- 市场监管总局委托的其他案件。

被试点委托的省级市场监管部门可能与企业对经营者集中审查存在“磨合期”，预计在试点进行早期，立案前包括格式要求等各个方面的问询有可能会增多，短期内可能会导致简易案件的审查时间拉长，但长期来看将有助于缓解市场监管总局审查压力，提高审查效率。

合规提示：

可以预见，随着经营者集中审查分类分级审查制度的建立健全，执法机构的审查效率将进一步提升，对于不存在竞争问题的简易案件，审查时间或将进一步缩短；对于重点行业和领域的案件或者可能存在竞争问题的案件，或将面临更加严格的审查。企业未来在进行交易时也需要结合交易所涉及的行业领域审慎评估交易所面临的反垄断审查风险，对于涉及上述重点行业领域的交易，需要采取更加积极的措施进行应对。

亮点 6：经营者集中审查引入停钟制度

《反垄断法修正案》引入了与欧盟经营者集中审查相似的停钟制度，规定了三种可以中止计算经营者集中审限的情形，包括：

- 在经营者未按规定按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；
- 出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，不经核实将导致审查工作无法进行核实；
- 需要对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意提出中止请求。

此前，经营者集中审查的最长法定期限为 180 天。

一旦立案，审查时限便开始计算，且无法停止。如遇超出审查期限的复杂案件，申报方需撤回申报并再次递交申报申请，从而满足申报审查时限的法定要求。例如，在很多附条件的案件中，由于案件较为复杂、需要对救济方案进行多轮协商沟通等原因，审查机构往往无法在法定审查时限内完成审查工作，因此申报方不得不在法定审查期限届满之后申请撤回重新申报。有的案件中申报方甚至可能需要多次撤回申报，导致许多人质疑审查期限形同虚设，严重影响了法律的权威性和明确性。

引入“停钟”制度可以进一步优化审查流程，审查机构将不再需要通过撤回重报的方式来争取更多的审查时间，为申报方带来更多的预期性。尽管如此，停钟制度的引入是否能有效地防止出现审查时限被“无限”延长的情形，仍需要相关法规作出具体规定，包括申报人在什么情形下可以申请停、因要求补充材料而进行的停钟是否有次数的限制、附条件磋商是否有任何的时间限制等。

亮点 7：完善未达到申报标准的经营者集中的调查程序

《反垄断法修正案》首次在法律层面明确了反垄断执法机构对“未达到国务院规定申报标准”、“但有证据证明其具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”具有主动调查权。对此，《经营者集中审查规定（征求意见稿）》进一步规定，“经营者集中未达到申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，市场监管总局可以要求经营者申报并书面通知经营者。集中已经实施的，市场监管总局可以要求经营者在 180 天内补报。”这一规定可有针对性地对“猎杀式收购（killer acquisition）”进行监管。该等收购行为曾常见于制药行业，并逐渐覆盖至其他领域，特别是互联网领域，即现有企业通过收购初创公司的方式来获取并整合其相关技术，进而巩固自身的市场地位。同时，值得关注的是，《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》创新性地针对“猎杀式并购”引入了新的申报门槛加以规制：

- 其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过 1000 亿元人民币；以及
- 参与集中的经营者或目标公司的市值 / 估值不低于 8 亿元人民币，且其上一会计年度中国境内营

业额占全球营业额三分之一以上。

对于如何判断未达到申报标准的经营者集中是否可能具有排除、限制竞争效果，还有待未来在法规和实践层面进一步明确。此前，《关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台反垄断指南》”）和《关于原料药领域的反垄断指南》（“《原料药反垄断指南》”）中也涉及了关于“未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”的规定。《平台反垄断指南》指出，下列情形下，应尤其关注其是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果：参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中。《原料药反垄断指南》规定，在部分原料药品种市场规模较小，市场经营者数量较少，在相关市场的市场份额和市场集中度较高的情况下，未达到申报标准的经营者集中如果具有或者可能具有排除、限制竞争效果，反垄断执法机构可以对其依法调查。

合规提示：

据了解，在《反垄断法》本次修订后，国务院将根据我国目前的经济发展水平适当提高经营者集中申报的营业额门槛标准。申报门槛的提高或将导致更多的交易由于营业额不达标而无需进行经营者集中申报，但是未来反垄断执法机构或将依据此条款进一步加强对于“未达到申报标准，但具有或者可能具有排除、限制竞争效果”的经营者集中的审查，从而确保在申报门槛提高的情况下依然能够有效地维护市场竞争。因此，企业未来在评估交易是否触发经营者集中申报时，不仅需要考虑营业额是否达标，还需要结合交易所涉及的相关市场的发展阶段和竞争情况以及战略重要性（是否为重点领域）审慎评估交易产生排除、限制竞争影响的可能（包括必要时考虑与反垄断执法机构事先商谈），避免未达到申报标准的经营者集中引发反垄断执法机构的调查而大大增加交易的不确定性。

亮点 8：公平竞争审查制度入法，建立公益诉讼制度

《反垄断法修正案》在立法层面明确了国家建立健全公平竞争审查制度。自 2016 年 6 月 14 日国务院发布《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》建立公平竞争审查制度以来，各级市场监管部门全面落实公平竞争审查制度，审查新出台政策措施

文件 85.7 万件，纠正违反审查标准的文件 4100 件，清理存量政策措施文件 189 万件，废止和修订妨碍全国统一市场和公平竞争的文件近 3 万件⁵。《反垄断法修正案》在总则中明确公平竞争审查制度，在当前加快构建全国统一大市场、强化反垄断执法的大背景下，有助于全面规范各级政府行政行为对市场竞争的影响，破除各种类型的行政垄断行为。

此外，《反垄断法修正案》在立法层面规定了反垄断领域的公益诉讼制度。对于经营者实施垄断行为，侵害社会公共利益的，设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼，这一规定在《司法解释征求意见稿》中也被重申。此前，最高人民检察院在 2020 年 3 月 3 日举行的新闻发布会上也提到将探索推进互联网平台反垄断和反不正当竞争公益诉讼。我国反垄断法实施十余年来，反垄断民事诉讼已经成为我国反垄断法实施的重要方式之一。但是，长久以来，由于企业或消费者单独提起反垄断民事诉讼存在举证困难、诉讼时间和经济成本过高、赔偿激励不足等问题，导致原告的诉讼成本极高并且胜诉率很低，制约了反垄断民事诉讼的发展与作用。明确引入检察机关提起民事公益诉讼的机制将有利于促进执法、司法双轨并行，更快、更有效地维护市场竞争秩序。

合规提示：

随着竞争政策基础地位在国家层面的确立以及公平竞争审查制度的全面展开落实，企业在面对行政垄断行为时可以采取更加积极主动的行动，维护自己的合法权益。关于不同行政垄断行为的具体表现形式以及企业在面对不同行政垄断行为时可以采取的维权手段，请参见《企业面对行政垄断时如何运用〈反垄断法〉保护自身合法权益》。

此外，随着反垄断公益诉讼制度的建立以及后续配套规则的出台，可以预期未来对于涉及民生、社会公共利益的垄断行为，将会出现检察院提起公益诉讼的案例。未来受到侵害的消费者或者其他市场主体，除向反垄断执法机构发起反垄断举报和投诉以外，也可以考虑通过利用检察院的专业能力和广泛的社会影响力发起公益诉讼，维护企业合法权益和正常市场秩序。从另一个方面而言，这也将给企业的反垄断合规带来

更大的挑战。尤其对于涉及国计民生等重要领域的企业，更需要确保自己行为的合规性，避免被发起公益诉讼，造成巨大损失。

二、新旧《反垄断法》如何衔接适用

新修订的《反垄断法》于 2022 年 8 月 1 日起实施，新旧《反垄断法》如何衔接，新《反垄断法》对于在其生效之前所施行的行为能否适用，成为企业最为关注的问题之一。由于新修订的《反垄断法》对此没有作出明确的规定，以下将结合我们的经验与观察，针对反垄断执法中最常见的几种违法情形进行具体分析，供企业参考。

1. 对于新法实施前完成的未依法申报经营者集中交易，适用旧法还是新法？

根据我国《立法法》规定的“法不溯及既往”原则，法律在原则上只向后发生效力而不能追溯适用于其生效之前的行为。因此，对于新法实施前发生的行为，如果违法状态已经终止，则应当适用旧法规定。以涉嫌违法实施的经营者集中交易为例，如果交易方在新法生效前已经退出交易或者通过放弃某些权利事项等方式导致不再具有控制权，则有理由主张适用旧法，并受行政处罚两年“追诉时效”限制。

但是，如果交易方一直持续拥有目标公司的控制权，通常很可能会被视为具有“持续违法”的状态。而对于该种“持续违法”状态的未依法申报案件具体适用新法还是旧法，我们认为可能需要结合案件具体情况进行分析：

- 新法实施前反垄断执法机构已经进行立案审查的，可能适用旧法。
- 新法实施后企业主动向执法机构自首补报并已经被正式立案调查，或被执法机构主动立案调查的，由于其违法状态的持续存在，可能适用新法。
- 对于新法实施前企业主动向执法机构自首补报，但执法机构尚未正式立案审查的交易，该等交易是否能够适用旧法存在一定的不确定性，有待反垄断执法机构在后续实践中予以明确

5. 参见《强化反垄断深入推进公平竞争政策实施——访国家市场监督管理总局局长张工》，载《人民日报》。

2. 对于新法实施前企业达成、实施的垄断协议行为或者滥用市场支配地位行为，是适用旧法还是新法？

跟未依法申报类似，或可以根据反垄断违法行为是否处于“持续违法”状态以及反垄断执法机构是否正式对该违法行为进行立案调查这两个因素进行判断。对于新法实施前已经结束违法状态的垄断行为或者反垄断执法机构已经进行立案调查的垄断行为，或有可能适用旧法。

总之，对于新法实施前的企业行为具体适用新法还是旧法，我们认为不能一概而论，需要结合案件具体情况进行分析。此外，由于新法大幅度提高了反垄断违法行为的罚款金额和力度，为避免新法实施之初对于企业造成过大影响从而影响企业的正常经营发展，执法机构也有可能考虑规定过渡期安排，在《反垄断法修正案》施行后的一段时间内，对于虽然违法行为理论上处于持续状态，但是主要垄断行为的实施发生在《反垄断法修正案》出台以前的垄断行为，特别是在《反垄断法修正案》出台以前实施的未依法申报的经营者集中，仍然可以适用旧法的处罚标准。给予企业自查和修正历史合规问题的机会。

三、结语

《反垄断法》的此次修订充分体现了党中央对于强化反垄断和防止资本无序扩张、建立统一开放、竞争有序的全国大市场的意志和决心，对于我国全面深化改革，构建高水平社会主义市场经济体制具有重要推动作用。《反垄断法修正案》未来的有效实施仍有赖于后续配套规则的出台和实践的进一步明确，从而给企业的反垄断合规带来更为明确和清晰的指引。

第二节 反垄断司法新规亮点分析

一、背景与概述

在 2012 年发布的《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》(以下简称“2012 年规定”)基础上,最高人民法院起草了《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》(以下简称“2022 年规定”),并于 2022 年 11 月 18 日向社会公开征求意见。相比于 2012 年规定,2022 年规定重新梳理了原司法解释的体例框架,从程序规定、相关市场界定、垄断协议、滥用市场支配地位、民事责任等方面对反垄断民事诉讼从程序到实体的具体规范作了全面细致的规定。

近年来,国家大政方针层面不断强化反垄断和反不正当竞争的重要性,司法系统也将反垄断和反不正当竞争司法工作的重要性提至新高度。2022 年 11 月 17 日,最高人民法院举办人民法院加强反垄断和反不正当竞争司法新闻发布会。会上强调,将进一步深入贯彻落实新修改的反垄断法和反不正当竞争法,全面加强反垄断和反不正当竞争审判工作,有效维护市场公平竞争秩序。在此背景下,2022 年规定的发布是最高人民法院落实修改后反垄断法司法配套措施的体现。2012 年规定继发布后在过去十年中为反垄断民事诉讼提供基本指引,也不断面临实务案件所提出的诸多问题。尽管 2022 年规定尚处于征求意见阶段,暂未正式颁布生效,但其内容仍可体现最高人民法院对于反垄断法司法应用中的一些热点、难点问题的态度意见,对于实务界具有重要指导意义。我们希望通过本文梳理解读 2022 年规定的重点内容,与读者一同研读讨论。

2022 年规定共六章 52 条,涵盖程序规定、相关市场界定、垄断协议、滥用市场支配地位、民事责任五大方面。总体而言,如下所述,2022 年规定为反垄断民事诉讼提供了更为清晰具体的指引,预期出台后将会掀起反垄断民事诉讼的新热潮,为维护公平竞争秩序、保障经营者的充分竞争权益保驾护航。

- 司法程序方面,2022 年规定第一章在原有的级别

管辖、地域管辖、案件移送与合并的基础上,明确了仲裁协议不能排除反垄断案件法院受理的基本规则,并且明确中国法院基于效果原则对于境外企业的对境内市场产生影响的垄断行为同样具有管辖权。

- 从司法与执法互动的角度,该规定多处与反垄断行政执法相衔接。不仅在实体规则上有所呼应,还在程序上从事前移送案件线索、事中审理分工协作、事后确认后继诉讼制度保障等方面,畅通未来司法与行政执法的长期交互渠道。
- 从司法与当事人的角度,该规定重新梳理和明确了不同类型的垄断纠纷下原被告双方的举证责任。总体上,原告的举证责任有所减轻,在一定程度上缓解垄断纠纷下长期存在的因为原告举证难而阻碍司法救济的困境。同时,2022 年规定也为被告在各类反垄断纠纷中积极抗辩提供规则指引,为控诉双方充分有效就争议问题展开控辩提供空间。
- 实体问题方面,2022 年规定引入和明确了反垄断规则体系下的单一经济体、代理等重要概念,并且对于反向支付、最惠国待遇、必需设施等近年的热点问题提供指引,及时响应实务发展中的新兴问题,完善和强化反垄断规则的有效适用。
- 最后,2022 年规定的最后一章对反垄断民事诉讼的民事责任进行了系统性梳理,明确了垄断行为实施方在民事诉讼下将可能承担包括停止侵权、调整商业措施、赔偿原告损害、争议合同或合同条款无效等法律责任。此外也对诉讼时效问题提供了更具体的指引。

二、进一步完善垄断民事诉讼的管辖规则

1. 基本沿用现有基本管辖规则

2022 年规定基本沿用了 2012 年规定确立的垄断民事诉讼的基本管辖原则,即对于级别管辖,由知识产

权法院和最高人民法院指定的中级人民法院管辖¹，对于地域管辖，依照有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定确定。此外，2022年规定也沿用了2012年规定中关于案件移送和涉及同一垄断行为的案件合并审理的规定。

2. 明确仲裁协议不能排除法院管辖垄断民事纠纷

近年来，司法裁判对垄断纠纷的可仲裁性尚未形成一致结论，最高人民法院此前曾在裁判文书中指出，对于“合同约定的仲裁协议能否排除法院对垄断纠纷的管辖权应该根据纠纷的具体情况予以确定²”。尽管在大多数案件中³，最高人民法院均认为当事人之间的仲裁协议不能排除法院对垄断民事纠纷的管辖权；但是在个别案件中，最高人民法院也曾基于原告的起诉要求与个案情况认定垄断民事纠纷受到仲裁条款的约束，法院不当行使管辖权⁴。

2022年规定预期将结束这一裁判实践不统一的情况，其第三条规定诉讼双方之间存在合同关系且已有仲裁协议不影响法院受理垄断民事纠纷案件。该规定在司法解释层面明确了既存合同关系中的仲裁协议不能排除法院对与相关垄断民事诉讼的管辖权，因此，只要有一方当事人不同意以仲裁方式解决垄断民事纠纷、选择诉诸法院，则法院即可以行使管辖权。值得注意的是，该裁判思路与美国、欧盟等其他司法辖区普遍接受垄断纠纷的可仲裁性的立场存在一定差异。在此背景下，如果合同争议中涉及反垄断问题，争议一方根据合同仲裁条款在境外获得有利于己方的仲裁裁决，而争议另一方在国内就同一争议向人民法院提起反垄断民事诉讼，中国各级法院是否能受理案件，以及就该等境外仲裁裁决的承认执行与境内法院的管辖权如何平衡的问题，仍有待进一步观察。

此外，为限制原告滥用垄断纠纷诉由、在一般的民事纠纷中规避仲裁协议，2022年规定也规定了法院如果在受理案件后经审查发现不属于垄断纠纷，可以裁

定驳回起诉，相关纠纷仍受到仲裁协议的约束。

3. 细化反垄断域外管辖规则

《反垄断法》第二条明确了《反垄断法》的域外适用。在此基础上，2022年规定首次在司法解释层面细化了中国法院在应用该原则、对境外垄断行为行使管辖权时的地域管辖规则，即由境内市场竞争受到直接实质性影响的结果发生地的法院管辖，或由与纠纷存在其他适当联系的地点或者原告住所地的法院管辖。

这一规定将大大便利中国企业针对跨境垄断行为向中国法院寻求救济。相较于在跨境垄断行为直接发生的域外司法辖区提起法律程序，中国企业向中国法院寻求救济在取证、答辩等方面都更具有“主场优势”。实际上针对域外管辖，最高人民法院此前曾在一起涉及标准必要专利许可的垄断民事诉讼案件⁵中进一步明确，在管辖权审查阶段，对于“对境内市场竞争产生排除、限制影响”这一与建立管辖连结点相关的事实，原告仅需要提供初步证据达到可争辩的程度（即被诉境外垄断行为可能会产生该等影响）即可⁶；另外，在该案中，对于被告以域外司法辖区存在涉及同一被诉跨境垄断行为的平行司法程序为由提出的中国法院不方便管辖主张，最高院并未支持，并明确了这一情况不满足不方便法院原则的适用条件，不会影响中国法院建立对域外垄断行为的管辖权。

三、健全司法与行政执法的衔接机制

1. 促进与行政执法标准协调统一

2022年规定在对垄断行为的实体问题的司法认定标准上多处采纳了反垄断执法机构在行政执法实践中的认定标准，或直接援引了反垄断执法机构的相关规定，以促进司法裁判标准与行政执法标准协调统一。例如，在认定构成垄断协议的其他协同行为的标准上，2022年规定纳入了市场监管总局《禁止垄断协议暂

1. 根据《最高人民法院关于第一审知识产权民事、行政案件管辖的若干规定》的规定，包括省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院。

2. 参见（2019）最高法知民辖终356号。

3. 参见裁判文书：（2019）最高法知民辖终46、47号，（2021）最高法知民终924号，（2022）最高法知民终1276号等。

4. 参见裁判文书：（2019）最高法民申6242号。

5. 参见（2020）最高法知民辖终392号。

6. 参见（2020）最高法知民辖终392号。

行规定》第六条一致的考量因素；在认定部分类型的滥用市场支配地位行为的正当理由的标准上，2022年规定也涵盖了市场监管总局《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》所列举的正当理由的情形。

2. 拓展后继诉讼的适用范围

反垄断后继诉讼是指在反垄断执法机构认定构成垄断行为（包括垄断协议、滥用市场支配地位和具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中）的处理决定发生法律效力后向法院提起垄断民事诉讼。2012年规定仅原则性地规定了法院应当受理符合受理条件的后继诉讼。

2022年规定第四条进一步将后继诉讼的适用范围拓展到行政垄断行为。在行政垄断被查处后，受损害的经营者可以起诉请求因行政垄断而受益的经营者承担民事责任，法院应当受理该等诉讼。因此，对于参与行政垄断行为而受益的经营者，尽管其在行政执法中不是行政垄断违法行为的责任主体，其也可能需要在后继诉讼中承担民事责任。

3. 明确后继诉讼中先前反垄断执法决定的证据效力

对于后继诉讼，在过去的司法裁判中，法院一直对能否将执法决定中认定的垄断行为事实在后继诉讼中直接认定持谨慎态度。通常法院并不明确免除原告在后继诉讼中对被告实施垄断行为的举证责任。2022年规定第十一条明确了对于后继诉讼，原告在相关垄断民事纠纷案件中依据执法决定主张该垄断行为成立的，无需再行举证证明，但有相反证据足以推翻的除外。根据这一规定，原告将不再承担证明被告实施了具体被诉垄断侵权行为的责任，这将显著减少原告提起后继诉讼的难度和成本，鼓励潜在后继诉讼，弥补行政执法程序中受害人无法获得直接经济赔偿的限制。

4. 明确司法裁判可等待行政执法程序

在目前的司法实践中，受到垄断行为损害的一方可以同时就垄断行为向行政执法机构进行举报和向法院提起垄断民事诉讼，行政执法程序和民事诉讼程序可以并行推进。

- 考虑到反垄断执法机构在证据收集、事实查明、违法性认定方面相较于民事诉讼中的原告的优势

和专业性，2022年规定明确了如果反垄断执法机构对被诉垄断行为正在进行调查的，法院可以根据案件具体情况，裁定中止诉讼，以便原告可以借助行政执法程序过程中和执法决定中披露的更多事实，有效进行民事诉讼。并且，这也有利于法院能够基于反垄断执法机构查明的全面事实进行裁判，促进保证行政执法和民事诉讼的一致性。

- 另一方面，该规定也保证了灵活性，法院在规定下并不必然需要中止诉讼。当反垄断行政执法程序推进缓慢，受到损害的一方长时间无法得到救济时，法院仍然可以继续推进审理针对同一垄断行为的民事诉讼，依法作出裁判。

5. 建立司法与行政执法的违法线索共享机制

与后继诉讼制度类似，为有效震慑垄断行为，2022年规定第十五条还规定了司法与行政执法共享违法线索的机制，以便有效衔接司法和行政执法，使得垄断行为人在承担相应民事责任后，仍要继续受到行政处罚的制裁。具体而言，对于审理垄断民事纠纷案件的法院，其可以在认定被诉垄断行为违反《反垄断法》且可能需要予以行政处罚时，将涉嫌违法行为线索移送反垄断执法机构；而对于审理其他民事纠纷案件的法院，其也可以将发现的当事人涉嫌违反《反垄断法》的线索移送反垄断执法机构。

四、举证责任及证据效力

1. 原告举证责任要求有所减轻

（1）对原告在不同垄断行为诉讼中对相关市场界定的举证责任做出差异化要求

2022年规定第十六条首先明确了一般原则，即原告主张被诉垄断行为违反《反垄断法》时，一般应当界定相关市场并提供证据或者说明理由。在此基础上，2022年规定针对不同的垄断行为类型提供了更加具体的市场界定举证要求。

滥用类案件	原告以被诉垄断行为人在相关市场的市场份额为由主张其具有显著的市场力量或者市场支配地位的，应当界定相关市场并提供证据或者说明理由。
协议类案件(包括横向和纵向垄断协议)	原告无需对相关市场界定承担证明责任。
例外规定(滥用和协议类案件均适用)	原告提供的证据足以直接证明被告具有显著的市场力量(垄断协议类)，或被告具有市场支配地位(滥用类)，或者被诉垄断行为具有排除、限制竞争效果的，原告可以不再对市场界定承担证明责任。

2022 年规定第十六条的本质是对司法实践的归纳、确认和释明。通过司法解释的方式对于实践中的规则加以确认明示，有助于在未来案件中为当事方提供更具体的指引和更高的确定性。

- 就滥用市场支配地位相关的诉讼而言，最高人民法院早在 2013 年“3Q 大战”的终审判决⁷中即明确主张他人滥用市场支配地位的当事人对相关市场的界定承担举证责任；但同时，最高人民法院也认可了相关市场界定的工具性，指出“并非在任何滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场”，“即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被告的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估”。
- 就垄断协议纠纷案件而言，实务中对于相关市场的界定态度相对宽松。

除上述举证责任分配规则外，2022 年规定中还通过第十七条至第十九条规定对实务中界定相关市场界定的方法进行概括和归纳（例如从价格、质量、成本等不同维度开展的假定垄断者测试），明确在界定相关

市场过程中的分析基础及考量因素（包括从需求替代性角度和供给替代性角度可予考量的因素）。

（2）明确原告对“其他协同行为”仅承担部分举证责任

法定的垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。相较于协议和决定而言，其他协同行为更具隐蔽性，暗藏主观合意性。其合意往往采取默示共谋的方式达成。如前所述，针对其他协同行为，此前反垄断执法机构已经在《禁止垄断协议暂行规定》中明确了四大条件，2022 年规定也纳入了类似的判断其他协同行为成立的因素，即（一）经营者的市场行为是否具有一致性或者相对一致性；（二）经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；（三）相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况；（四）经营者能否对行为的一致性或者相对一致性作出合理解释。此次 2022 年规定拟通过司法解释对同一规则予以确认，有助于实现司法与执法就认定其他协同行为的统一路径。

在此基础上，2022 年规定对于民事诉讼程序下原告对上述四要件所应承担的举证责任做出了增益性补充，即要求原告提供“（一）加（二）”的初步证据或者“（一）加（三）”的初步证据，能够证明经营者存在协同行为的可能性较大的，即完成初步举证要求。而后则进行举证责任转移，即应由被告提供证据或者进行充分说明，对其行为的一致性作出合理解释；否则人民法院可以认定协同行为成立。这一规定实质上降低了原告的举证责任，而对被告对自身经营行为的合理解释提出了更高要求。对于其他协同行为这样隐蔽性更高的行为，这样的举证分配规则有助于发现、认定和救济更多潜在违法行为。

（3）明确原告只需对其他纵向垄断协议承担反竞争效果的举证责任

根据《反垄断法》（2022 年修订）的第十八条，固定向第三人转售商品的价格或限定向第三人转售商品的最低价格的行为明确适用可抗辩的违法推定规则，被指控的经营者若要摆脱违法性指控，须对推定予以反驳，即证明转售价格维持行为不具有排除、限制竞

7. 参见（2013）民三终字第 4 号。

争的效果。

2022 年规定第二十五条从司法规则层面呼应了 2022 年修订后的《反垄断法》的第十八条。

转售价格维持	先适用违法推定，再由被告对该协议不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。
非价格纵向垄断协议	原告仍对其他纵向垄断协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任。
价格与非价格纵向垄断协议	如果被告能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，原告仍负有举证责任，进一步证明纵向垄断协议具有排除、限制竞争效果。

2. 为被告举证责任提供更加清晰的指引

(1) 明确适用垄断协议法定豁免的证明方式

《反垄断法》第二十条规定了垄断协议的法定豁免情形。2022 年规定第二十九条针对此项规定进一步明确了被告就该条款提出豁免抗辩时的证明方式，包括：

- 被诉垄断协议为实现相关目的或者效果所必需；
- 被诉垄断协议能够实现相关目的或者效果；
- 被诉垄断协议不会严重限制相关市场的竞争；以及
- 消费者能够分享由此产生的利益。该条款的设置 在《反垄断法》基础上补充了被告提出豁免抗辩时应当说明被诉垄断协议与效果之间的关系，为被告一方在民事诉讼中提出豁免抗辩保留规则空间。

实际上，市场监管总局此前发布的《禁止垄断协议规

定（征求意见稿）》⁸ 中的也尝试对垄断协议豁免制度的适用作出类似的细化规定，根据该征求意见稿第十九条，“反垄断执法机构认定被调查的垄断协议是否属于《反垄断法》第二十条规定的情形，应当考虑下列因素：协议实现该情形的具体形式和效果、协议与实现该情形之间的因果关系、协议是否是实现该情形的必要条件以及其他可以证明协议属于相关情形的因素。”《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》目前已经完成意见征求，但尚未正式公布生效。执法机关与司法机关对于完善法定豁免的一致态度为未来被指控违反反垄断法的经营者争取适用法定豁免提供了更具体的指引有助于反垄断法体系的完善。

(2) 推翻推定两个以上经营者共同具有市场支配地位的证明方式

在基于市场份额推定经营者的市场支配地位时，《反垄断法》第二十四条在单个经营者份额超过 50% 外还规定了两个经营者合计达到 2/3 或三个经营者合计达到 3/4 的情况也将被推定为具有市场支配地位。2022 年规定第三十六条对两个以上被推定共同具有市场支配地位的经营者反证自身“不具有市场支配地位”的方式作出了更明确的指引，即该两个以上经营者可以通过证明相互之间存在实质性竞争或者该两个以上经营者作为整体在相关市场受到来自其他经营者的有效竞争约束来推翻市场支配地位的推定。

3. 一方当事人自行委托的专家意见效力受限

在司法实践中，由于双方当事人的利益不同，原被告通常对于举证思路和待证事实等具有截然相反的倾向性观点。因此，双方当事人往往各自聘请不同的专业机构或者专业人员就所主张事实撰写经济分析并提交给法院作为各自证据使用。然而，考虑到在由一方单独聘请的情况下，专业机构或者专业人员的中立性和客观性可能受到怀疑，同时也为节省审判资源、提升审判效率，2022 年规定第十二条在 2012 年规定基础上，区分了在由双方当事人协商确定 / 人民法院指定以及一方当事人自行委托两种情况下专业机构或者专业人员出具市场调查或者经济分析意见的证明效力，明确仅由一方当事人自行委托并且如果该调查或

8. 参见 https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202206/t20220625_348148.html。

9. 参见国市监处〔2021〕67 号。

分析存在瑕疵的情况下，其证明效力将更加有限，甚至不予采纳。

五、民事责任

如果被告被认定为实施了垄断行为，民事诉讼下的原告可以基于 2022 年规定主张的权利救济包括，由法院判令被告停止侵权、调整商业措施、赔偿原告损害、争议合同或合同条款无效等。

1. 行为救济

从行为救济角度，除原有的判令被告停止侵害（即停止被认定为构成垄断行为的具体经营行为）外，在上述救济尚不充分的情况下，法院可以基于原告的进一步诉讼请求判令被告承担“作出特定行为以恢复竞争”的法律责任。该举措将使被认定为实施垄断协议的被告承担更高的经营合规义务。

实践中，反垄断执法机关在过往案例中也责令经营者采取措施恢复相关市场竞争状态，不再与上游企业达成独家协议、或者要求获取优于其他竞争对手的条件。⁹这意味着经营者在一项反垄断诉讼争议中败诉的话，不仅需要就特定争议事项更正与特定相对方之间的经营行为或商业策略，还将可能承担适用范围更广的一般性义务，更改原有商业模式。

2. 损害赔偿的计算与除外

就经济赔偿而言，原告能够主张的损害赔偿不仅包括直接损失，也将包括因垄断行为而减少的可得利益。具体的赔偿金额计算可以通过比较被诉垄断行为影响下的市场与未受该等影响的市场来估算。可供比较的维度包括未受影响的其他时期、其他市场、其他经营者的价格、成本、利润和市场份额等情况。

- 经原告主张举证之后，法院将可以通过综合考量垄断行为的性质、程度、持续时间、获益情况来确定合理赔偿的数额。为此，原告的举证程序需至少满足能够证明“垄断行为已经给其造成损失”，

而如果原告能够证明受损数额难以确定的，法院将行使自由裁量。此外，原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支可以一并纳入损害赔偿。

- 从被告角度，如果能够证明原告已经将所受损失全部或部分转嫁，则法院将考虑对转嫁部分在原告损失赔偿中予以扣减。

上述规则已在过往案例中有所体现。例如，被最高人民法院列为 2022 年度十大经典垄断纠纷案例之一的建材行业垄断协议案¹⁰中，法院认定“对难以脱离当地供应市场或对技术支持需求较高的商品，应以垄断协议所固定价格与此前在自由市场竞争中与交易相对人所约定产品价格的差值进行计算”，并据此要求垄断行为实施方案支付损害赔偿金约 143 万元。

值得关注的是，2022 年规定再次明确，横向垄断协议的参与者不能对于该协议期间的损失要求赔偿。

- 这一思路与此前最高人民法院已经公布的案例一脉相承。在四川省建材公司垄断纠纷案¹¹中，多个建材企业因共同达成和实施停产协议而四川省工商局认定为构成横向垄断协议，被给予行政处罚。而后，建材协会的成员单位之一向法院起诉上述横向垄断协议的发起方寻求损害赔偿。最高人民法院认为，经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。但是，请求损害赔偿救济者，其行为必须正当合法。自身参与和实施违法行为的主体，即便因参与和实施该违法行为而受到损失，该损失亦因该主体自身行为的不正当性而不应获得救济。

- 与上述观点相对比，对于纵向垄断协议，以往实践中司法机关的态度则更为宽松。例如，在此前的一起医疗器械纵向垄断协议案¹²中，法院最终认定厂商构成转售价格维持的纵向垄断协议行为，并判令厂商赔偿其经销商因其垄断行为造成的产品销售损失的正常利润 53 万元。

10. 参见陕西省西安市中级人民法院（2020）陕 01 知民初 509 号

11. 参见（2020）最高法知民终 1382 号。

12. 参见上海市高级人民法院（2012）沪高民三（知）终字第 63 号。

3. 涉及垄断行为的合同及其条款的效力问题

针对被诉垄断行为涉及的合同、章程、决议、决定等，2022 年规定在 2012 年规定的基础上进一步明确，法院将依当事人的主张被动审理，并基于民法典认定违反上述合同等文件是否违反了法律和行政法规的强制性规定，并相应认定。

具体到可能会被判定无效的范围，被诉垄断行为并不必然导致合同等文件全部无效。根据 2022 年规定新增的条款，相关合同等文件中存在部分条款因违反强制性规定而无效时，需由当事人对无效范围提出主张。当事人所能主张的无效范围将主要围绕（1）直接违反强制性规定的条款，（2）与上述条款具有紧密关联、不具有独立存在疑义，或者实质上服务于上述条款的其他条款。

4. 诉讼时效

反垄断民事纠纷的诉讼时效为自原告知道或应当知道权益受到损害以及义务人之日起的三年内。如果超过三年诉讼时效，则原告寻求权利救济受限。但是如果垄断行为仍在持续，原告将仍有权寻求救济。此时，如果被告提出诉讼时效抗辩，则原告能够寻求权利救济的期限范围将仅限于最近三年期间。而如果原告在二十年内未要求司法救济，则视为原告消极对待自身权利，法院一般将不予保护。上述规定对于原告积极行使自身司法权利提出要求，需引起相关权益方的重视。我们注意到，在以往案例中，曾有垄断协议的参与方以其是在行政处罚决定作出后方才知道自身权益受到损害为由，主张自身诉请未过诉讼时效，但被最高人民法院否定¹³。除却案件自身的特殊背景，行政处罚决定是否能够作为原告主张自己得知权益受损的依据，有待实践进一步检验。

六、垄断协议

2022 年规定第三章共计 10 个具体条款，最高人民法院基于先前的司法实践，在《反垄断法》的原则规定基础上对“垄断协议”进行了补充规定，回应了

2012 年规定在过往适用中面临的问题。概括而言，“垄断协议”章节的修改主要体现在如下方面：

- 完善相关概念，包括单一经济体、代理等概念更是首次尝试列明于司法解释；
- 细化行为规则，对横向垄断协议、纵向垄断协议及轴辐协议的具体认定规则都进行了不同程度的细化，为实践中的法律适用提供指引；
- 此外，这一章节还补充了互联网平台涉及垄断协议行为的相关规定。本文将单独在第四部分汇总归纳 2022 年规定中涉及互联网平台的规则指引。

1. 相关概念的明晰

（1）单一经济实体

概括而言，单一经济实体这一概念被用于判断两个以上经营者之间是否存在控制关系，因而不各自作为具有独立意志的法律实体对外从事经营活动。构成单一经济实体的两个以上经营者将不再被视为相互独立的竞争者，因而不适用适用于横向垄断协议的规制。这一概念在域外竞争法中已经长期被采纳适用¹⁴，并且在我国反垄断执法实践中已经被一定程度的采纳和反应，而此次 2022 年规定第二十一条第二款则是首次尝试在司法解释层面提出“单一经济实体”的概念和基本规则。

对于单一经济实体的判断标准，2022 年规定援引了“控制权”标准，规定人民法院应当结合具体案情判断经营者之间是否存在控制权关系。但是对于该控制权标准是否与经营者集中情形下的控制权标准一致，对持股比例是否应达到一定高度，如何兼顾人员任职、业务关系、财务和利润分配等其他因素，仍有待进一步示明。

值得指出的是，单一经济实体的概念不仅能够影响到判断多个经营者之间是否应当受到垄断协议相关规则的制约，还将影响针对特定违法行为如何确定处罚主体。例如 2021 年国家市场监管总局作出处罚决定的扬子江案以扬子江药业集团作为责任主体并将集团的

13. 参见（2020）最高法知民终 1382 号。

14. 例如《欧盟运行条约》第 101 条规定的垄断协议即不适用于构成“单一经济体”的两个或多个企业之间的协议。

15. 参见国市监处（2021）29 号，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210415_327851.html

总销售额作为处罚基数，将“不具有独立意志”的不同子公司的行为视同为起到“决策者、实施者和监督者”作用的集团的行为，并以集团应当作为本案的被处罚当事人。¹⁵

（2）代理人

与单一经济体情况类似，2022 年规定第二十六条第一项同样首次从司法解释层面规定了纵向垄断协议中的代理例外规则，明确经营者与其代理人之间签订的、代理人不承担任何实质性商业或者经营风险的相关协议不构成纵向垄断协议。实际上，其他司法辖区的反垄断法及相关判例中也均存在代理关系不适用垄断协议规定的例外规则¹⁶。

尽管“代理人”这一概念在我国法律体系中并不陌生，《民法典》对代理民事法律制度也有系统性规定，但在 2022 年规定之前，《反垄断法》及其配套法律法规尚未在认定纵向垄断协议的具体规则下对于因构成代理关系而不适用《反垄断法》加以明确。此前，仅有《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》对于汽车行业的中间商转售价格限制规定了个案豁免机制。2022 年规定明确引入“代理人”概念也是在司法领域一项制度创新。

2. 垄断协议认定规则的细化

（1）行为独立性可以作为对协同行为指控的合理解释

针对其他协同行为，如上所述，2022 年规定采纳了与执法实践相统一的四要素认定标准，并对于此类行为下原被告在民事司法诉讼中的举证责任分配做了具体规定。此外，从垄断协议的认定规则角度，2022 年规定还为被告对于此类指控提出抗辩提供了指引。对于原告初步完成举证责任的协同行为指控，被告可以通过主张其与其他竞争者的行为一致性存在合理理由来进行抗辩，而此类抗辩的方式之一便是主张并举证证明自己被指控的特定经营行为实乃基于对市场和竞争状况变化等而“独立实施”的相关行为。基于此，经营者注重日常对商业决策的流程管理，并且妥善留存自身独立决策流程和考量因素的相关记录，将有利

于保障自身合规性免受不当质疑。

（2）反向支付更明确地被纳入反垄断司法规制

反向支付问题在近期司法实践领域中已引起广泛关注和讨论，2022 年规定第二十三条拟就此制定具体规则，充分体现了司法解释对审判实践的高度凝练。反向支付问题最早伴生于美国 Hatch-Waxman 法案中的药品专利链接制度：仿制药企业在申请药品上市时需说明是否与既有专利存在冲突并在审查过程中连接原研药企业，而这在实践中则经常导致原研药企业预先通过高额利益补偿与仿制药企业之间达成不挑战原研药专利或推迟仿制药上市的反向支付协议。此类反向支付协议可能产生排除、限制竞争效果，因而在境外成为反垄断执法高发风险领域。

目前，我国实践中也已出现过反向支付协议相关案例。就 2022 年规定第二十三条而言：

- 该条款规定了反向支付协议可以被法院初步认定为构成垄断协议的条件：（1）专利权人给予或承诺给予高额的金钱等利益补偿，并且（2）仿制药申请人承诺不挑战或延迟上市承诺；
- 但是，反向支付协议的当事方可以通过证明利益补偿的正当性来抗辩。由于反向支付可以通过双方和解避免涉案专利实践应用受限，并使双方免于长期高成本的专利诉讼，如果能够证明利益补偿为弥补专利纠纷的合理补偿则有可能主张和解协议不构成垄断协议。相反，“无正当理由给予高额利益补偿”将更可能被法院质疑，并可能导致和解协议被认定成垄断协议。

（3）纵向垄断协议的“双面性”竞争影响考量

如上所述，针对纵向垄断协议，2022 年规定第二十五条对转售价格限制和非价格纵向垄断协议规定了不同的举证责任分配方式，对于转售价格限制，适用违法推定，但可以由被告承担证明转售价格限制不会排除限制竞争的举证责任，而对于非价格纵向垄断协议，原告则需举证证明协议具有排除限制竞争效果。但紧接的第二十六条规定，法院将对纵向垄断协议的

16. 例如《欧盟纵向限制指南》规定代理协议不构成《欧盟运行条约》第 101 条规定的垄断协议，并对何为代理关系作出了十分细致的认定标准。

排除限制竞争效果和促进竞争效果予以平衡和综合考量，以被告市场力量为“初检”考量因素，兼顾品牌内和品牌间竞争，并且针对经营者具有显著市场力量的情况对相关安排的促进竞争效果提出更高要求。这意味着，尽管举证责任环节司法体系下对转售价格限制和非价格纵向垄断协议作出了差异化规定，但是法院在对所有的纵向垄断协议进行最终违法性认定时均会综合进行双面考量。这不仅与2022年新修订颁布的《反垄断法》的精神相符，也将为未来诉讼案件中原告就具体纵向行为的竞争影响展开充分辩论提供空间。

（4）轴辐协议的认定与归责

针对《反垄断法》第十七条中规定的“组织”或“实质性帮助”其他经营者达成垄断协议行为，2022年规定第二十八条将其在民事纠纷中的行为认定和法律责任与民法基础理论相连接，予以进一步示明：

- 组织或实质性帮助的认定标准：（1）“组织”是“对垄断协议达成或者实施起到决定性、主导性作用的组建、领导、策划、操纵、指挥、发起等行为”；（2）“实质性帮助”是“对垄断协议达成或者实施具有直接、重要促进作用的引导产生违法意图、提供便利条件、充当信息渠道、帮助实施惩罚等行为”。我们认为，为了避免相关司法和执法的反垄断风险，实践中，经营者除了在直接与竞争者发生联系时应当保持充分谨慎外，在与上下游的供应商和客户企业沟通时也应应当对通过上下游获悉竞争者竞争策略信息的情形有所警惕，并且避免有意地通过中间渠道交换竞争性敏感信息的情况。
- 组织或实质性帮助达成垄断协议的经营者或团体将承担连带责任：基于《民法典》第一千一百六十八条和第一千一百六十九条，共同侵权行为和教唆、帮助他人侵权行为需承担连带责任，2022年规定第二十八条分别将组织其他经营者达成垄断协议和其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的行为的法律责任认定为《民法典》下的这两类侵权连带责任，为《反垄断法》第十七条的轴辐协议在民事纠纷中构成的侵权行为类型提供了民法基础。此外，在判断是否提供实质性帮助的情形下，如果帮助一方能够证明其“不知道且不应当知道”垄断协议的除外。该条

补充规定为被动牵涉到竞争者协同中的独立第三方避免自身遭到违法认定提供了依据，但需由第三方承担举证责任。

七、滥用市场支配地位

2022年规定第四章对“滥用市场支配地位”的行为认定提供了具体的指引。具体而言，第三十条到第三十六条主要对经营者市场支配地位认定中的一些具体问题进行了明确；第三十七条到第四十二条则分别针对不公平高价/低价、低于成本价销售、拒绝交易、限定交易、搭售和附加不合理交易条件、差别待遇这几类具体滥用市场支配行为的认定规则作出规定。同样地，这一章节也存在大量对互联网平台滥用市场支配地位行为的研究和规定，将单独在本文第四部分予以解读。

1. 市场支配地位的认定

2022年规定第三十条分别对“市场支配地位”和“市场份额”两个概念做了进一步的明确，且总体上与现行执法体系下法律规则相一致，有助于行政执法与司法的认定标准统一化：

- 关于对“市场支配地位”的判断标准：（1）将经营者能够控制交易条件的能力细化为能够独立于竞争者和交易相对人的约束，自由决定价格、数量、质量、付款条件、交付方式、售后服务等交易条件的能力；（2）将经营者能够阻碍影响其他经营者进入相关市场的能力细化为能够排除或者延缓其他经营者的进入市场的时间，和提升其他经营者进入市场的成本两种情形；
- 在市场份额方面：2022年规定则明确列举了市场份额的多种计算口径，例如商品交易金额、交易数量、生产能力或者其他指标，并单独明确了互联网平台的计算基准。

在与行政执法既有规则统一化的基础上，2022年规定第三十二条还补充列举了可以初步认定经营者具有市场支配地位两种情形：除了均要求“相关市场明显缺乏竞争、创新和新进入者”外，分别将相关经营者能够在较长时间内维持明显较高的价格水平和市场份额视为认定经营者具有市场支配地位的初步证据。

此外，值得注意的是，2022 年规定第三十六条还尝试回应了《反垄断法》第二十四条规定直接推定两个以上经营者共同具有市场支配地位的情形下所存在的实践适用困难，明确相关经营者之间存在实质性竞争或受到其他经营者有效竞争约束这两种情形下可以推翻上述推定。《反垄断法》这一规定本意是考虑到寡头垄断市场中的主要经营者之间可能存在依赖关系、共赢目的或其他紧密联系而在相关市场上均表现为具有强大力量的整体，通过直接推定共同市场支配地位以实现寡头经营者更加强化和全面的规制，但《反垄断法》却未对是否应当判断经营者之间行为的一致性、整体性和其他竞争者和交易相对人等问题进行明确，特别是没有指出在此基础上仍需要通过多个要素

进一步分析这些经营者之间是否存在实质竞争。对此，2022 年规定尝试做出了回应，但所提供的指引仍较有限，有待跟踪最终出台的司法解释能否提供更加具体的指引。

2. 具体滥用行为的认定

2022 年规定第三十七条到第四十二条则分别针对几类具体滥用市场支配行为的具体认定规则，并细化了主要滥用行为可能适用的正当理由，但同时也为未来司法实践提供了更多探讨和论证的空间。其一般性考量因素归纳如下：

行为	一般性考量因素	正当理由
不公平高价 / 低价	• 利润是否明显高于竞争性市场中的合理资本收益率 • 商品价格是否明显背离经济价值 • 相同或者可比较商品的价格（参考依据包括上下游市场、其他经营者、其他地域） • 价格增长 / 降低幅度 vs. 成本增长 / 降低幅度 • 是否显著压缩交易相对人的利润空间	-
低于成本价销售	• 低于平均可变成本或平均可避免成本 • 低于平均总成本，且有证据证明其排除同等效率的竞争者的意图	• 低价处理有效期受限的产品 • 因经营原因低价处理 • 为推广在合理期限内低价处理
拒绝交易	• 直接拒绝或提出致使交易无法达成的条件 • 交易在经济、技术和法律上具有可行性 • 明显排除、限制上游或下游的有效竞争	• 不可抗力 • 交易相对人的信用缺陷 • 严重减损自身正当利益 • 交易相对人未提出善意要约
限定交易	• 直接限定或设定交易条件变相限定 • 排除、限制相关市场竞争： - 市场覆盖率及持续期限 - 市场封锁效应（提高进入壁垒或成本）	• 保护交易相对人和消费者利益 • 保护产品安全 • 保护知识产权或数据安全 • 保护交易特定投入
搭售	• 各自独立的商品捆绑销售 • 强制或者变相强制交易相对人接受 • 排除、限制相关市场的竞争	• 符合交易习惯或商业惯例等 • 保护交易相对人或消费者利益 • 保护产品安全
附加不合理交易条件	• 涉及交易条件、服务方式、付款方式、售后保障等 • 交易价格之外索取不合理费用或利益 • 与交易缺乏关联性	• 实施特定技术 • 提升商品质量
差别待遇	• 交易价格等交易条件上差别待遇 • 交易相对人在交易安全、交易成本、规模和能力、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在影响交易的实质性差异 • 排除、限制相关市场竞争	• 响应交易相对人的实际需求且符合交易习惯等 • 特殊用户合理期限内的优惠活动

八、互联网平台规则梳理

尽管未设专门章节，2022 年规定仍对互联网平台的相关垄断问题给予了高度关注，不仅分别从垄断协议和滥用市场支配地位行为的角度分别对相关互联网平台领域的垄断行为提供更为具体的指引，还衔接了《反垄断法》和《电子商务法》的相关规定。本文仅选取重点问题进行梳理和探讨。关于竞争者利用数据、算法、技术等手段进行意思联络或者实现行为一致性的算法共谋问题，2022 年规定仅简单提及，未补充更多细节，因此下文未再讨论。

1. 互联网平台反垄断引入对于最惠国待遇条款的司法规制

2022 年规定第二十四条针对互联网平台经营者要求平台内经营者在该互联网平台上销售产品或提供服务的交易条件应当等同或更优于其在该其他竞争性平台的交易条件的相关问题作出了规制。这一问题在《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》中已有提及，但 2022 年规定则进一步明确了最惠国待遇条款构成垄断行为的不同情形，包括：

- 互联网平台经营者与平台内经营者存在竞争关系时可能构成横向垄断协议；
- 不存在竞争关系时可能构成纵向垄断协议；
- 如果原告主张互联网平台经营者滥用市场支配地位的，按照《反垄断法》和《电子商务法》的相关规定审查；
- 此外也可能直接以《电子商务法》第三十五条认定互联网平台构成不合理限制或者附加不合理条件、收取不合理费用的违法行为。

实践中，最惠国待遇条款的反垄断问题因为同时涉及不同环节的经营者，在个案下可能分化出不同情形而长期受到关注和热议。该条款并非仅存在于互联网平台，因此 2022 年规定的相关规则同样可以为其他行业经营者评估最惠国条款的潜在风险提供思路。此前，我国已有相关反垄断法执法实践，认定最惠国待遇在具体个案中被作为工具条款要求或诱导交易相对人排他交易，构成滥用市场支配地位。¹⁷

与此同时，互联网平台所涉及的最惠国待遇问题则在近年来引起更广泛关注。尽管这一条款可能会给相关互联网平台的用户带来相对优惠的价格等交易条件，但长期来看也可能影响平台内经营者优化或改善交易条件的商业动机，从而在较长时间内将相关商品的价格维持在较高水平，或者直接降低平台内经营者选择其他竞争性平台的动力，给互联网平台间的竞争带来不利影响。因此，2022 年规定尝试对这一问题进行回应有利于未来更好的解决互联网平台最惠国条款问题，而与《电子商务法》的衔接也体现了相关法律规定和整体法律体系内在的协调性。

2. 互联网领域滥用市场支配地位行为的特殊规则

2022 年规定互联网领域滥用市场支配地位行为的特殊规则主要散见于第四章“滥用市场支配地位”的相关条款，以及第二章“相关市场界定”中。

在**相关市场界定**方面，2022 年规定第十八条第二款和第十九条第三款考虑到了互联网平台的类型、跨边网络效应等特殊性质，专门对其相关市场界定的分析方法提供了指引。

- **相关商品市场**：（1）可以选择特定互联网平台整体，或依据互联网平台与被诉垄断行为最相关一边的商品来界定相关商品市场；（2）存在跨边网络效应，并且给该互联网平台施加了足够的竞争约束的，可以整体界定互联网平台的相关市场，也可以选择根据跨边网络效应所涉及的多边市场分别界定多个相关商品市场，并考虑各个市场之间的相互关系；
- **相关地域市场**：考虑因素包括选择商品的实际区域、语言偏好和消费习惯、相关法律法规要求、其他地域竞争者的现状及其进入市场的及时性等。

在**市场份额计算**方面，2022 年规定第三十条第四款规定了认定互联网平台经营者的相关市场份额的计算基准包括“商品交易金额、用户数量、用户使用时长、访问量、点击量、数据资产数量或者其他指标”，整体上相比于先前的《国务院反垄断委员会关于平台经

17. 参见沪市监案处字〔2019〕第 000201710047 号，
https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/201904/t20190429_293282.html。

济领域的反垄断指南》更为细化、维度更多，总结了互联网平台在司法和执法实践中的经验。其中，数据资产数量也被作为一项明确指标予以考量。

在**市场支配地位认定**方面，2022 年规定第三十四条专设一个条款对互联网平台经营者的市场支配地位认定因素以列举加兜底条款的方式进行了尝试性规定。具体而言，法院在认定互联网平台经营者的市场支配地位可以考虑其商业模式、竞争性平台的竞争约束、市场份额及其持续时间、掌握的相关数据 / 算法 / 技术等、对相邻市场的影响、用户或平台内经营者的依赖程度、竞争性平台进入市场的障碍以及相关市场的创新和技术变化情况。

在**具体滥用市场支配地位行为**方面，2022 年规定第三十八条、第三十九条和第四十条分别对涉及互联网平台的低于成本价销售、拒绝交易和限定交易行为的认定规则方面作出了特殊规定：

- **互联网平台低于成本价销售行为**：需考虑“互联网平台服务所涉及的多边成本及其相互关系”；
- **互联网平台限定交易行为**：（1）在认定排除、限制竞争效果时，专门提出了“平台内经营者的可替代性和平台用户使用多个互联网平台的情况及其转向其他互联网平台的成本”等因素；（2）考察正当理由时，除一般理由外，还可考虑限定交易行为是否为维护互联网平台合理的商业模式所必需，是否为防止对互联网平台整体具有消极影响的不当行为所必需；
- **互联网平台拒绝交易行为**：尤为值得关注的是，2022 年三十九条第二款对拒绝兼容或开放其技术、数据、平台接口的相关行为提出了明确的规制。拒绝产品兼容、拒绝开放 API 接口、屏蔽网址链接等是近年来引起广泛关注和积极讨论的一个问题。此前，反垄断执法机关颁布的《禁止滥用市场支配地位暂行规定》和《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》已经明确拒绝交易相对人使用必需设施构成拒绝交易，并提供了认定必需设施的考量因素，但对于互联网平台或者其所掌握的数据是否构成必需设施一直以来存在较大争论。2022 年规定直接明确提及互联网平台的商品、平台、软件、技术、数据，并且套用了必需设施的认定标准，意图对于互联网平台

的开放性进行检验。另一方面，不同于限定交易、搭售等行为，对于拒绝交易，2022 年规定并未直接将产品安全、知识产权或数据安全、互联网平台治理或商业模式等因素作为互联网平台拒绝交易可以提出予以考量的“正当理由”。上述理由在实践中能否被用于平台企业主张拒绝交易行为的商业合理性，有待最终稿确定，并接受实践检验。

此外，2022 年规定第四十三条再次从滥用行为整体与《电子商务法》相衔接，明确对于互联网平台经营者实施的限定交易、附加不合理交易条件、差别待遇、自我优待的行为，作为原告的平台内经营者主张其滥用市场支配地位的，依照《反垄断法》关于滥用市场支配地位行为的规定审查认定，而如果平台内经营者主张其违反《电子商务法》第三十五条的规定，则依照该规定审查认定。值得注意的是，《电子商务法》第三十五条主要针对互联网平台经营者的不合理限制、附加不合理条件或收取不合理费用的行为进行规制，并未要求互联网平台经营者具有市场支配地位。

《反垄断法》与《电子商务法》作为不同领域的部门法，其在执法或司法层面的法律适用方式也有所差异，2022 年规定的这一尝试既有助于通过司法机关实现《反垄断法》与《电子商务法》在法律适用上的衔接，也有利于充分尊重相关原告选择适用法律的自由。

第三节

横向垄断协议：竞争者之间常规合作模式中的横向垄断风险

引言：2022年2月22日，最高人民法院在“上海华明电力设备制造有限公司（“华明”）诉武汉泰普变压器开关有限公司（“泰普”）横向垄断协议纠纷”做出二审判决（“华明诉泰普二审”）¹，根据判决，当事人之间因专利侵权纠纷订立的《调解协议》如违反反垄断法强制性规定，协议可能被认定无效。在商业活动中，有竞争关系的企业之间达成合作非常常见，但是即使是平等协商的商业安排，如果超出了反垄断法的限度，也可能被认定无效。近期的众多案件中，我们注意到法院及执法机构开始更积极地审查商业合作可能构成垄断协议的问题。我们将结合“华明诉泰普二审”案等近期国内外案件，探讨竞争者之间常规合作模式中潜在的横向垄断风险，帮助企业扫清商业不确定性，提高反垄断合规能力。

一、对“华明诉泰普二审”案的观察

在该案中，华明与泰普均为变压器开关产品的经营者。双方在2016年就涉及无励磁分接变压器开关产品的专利侵权纠纷达成《调解协议》，约定：（1）华明除保有一种类型无励磁分接变压器产品的生产外，其他的变压器开关产品均委托泰普代工生产；（2）华明应为泰普参股公司做海外市场代理销售，承诺不在海外市场自行生产或代理其他企业的同类变压器开关产品；（3）对于委托泰普生产的变压器开关产品价格，华明应先落实泰普产品本体价格再自行决定报价，且就替代进口开关及特种开关，如果一方告知另一方价格，被告方成交价不得低于主动告知方。《调解协议》同样辅以信息联络、违约惩罚等手段进行约束。

华明以《调解协议》有效性存在异议向武汉市中级法院提起反垄断诉讼，一审法院以“《调解协议》是为避免专利侵权纠纷再次发生而订立，不具有垄断属性”为由驳回华明的全部诉讼请求。但在二审诉讼中，最高人民法院撤销了一审判决，确认《调解协议》构成横向垄断协议，该《调解协议》无效。

最高人民法院对《调解协议》构成横向垄断协议的分析要点包括：

- **竞争关系**：反垄断法意义上的竞争关系关注的是生产/销售处于同一阶段的经营者提供产品/服务的替代关系，或进入同一产品/服务市场的现

实可能性。《调解协议》中涉及的委托代工关系并不影响对双方在变压器开关产品市场存在竞争关系的判断；

- **形式要求**：反垄断法下横向垄断协议的形式不宜按照法条列举项进行机械对照，应当整体考量协议条款及其关联性、实际或潜在反竞争效果。《调解协议》具有分割销售市场、限制商品生产和销售数量的明确内容，具有固定商品价格的较大可能性，辅之以信息联络、违约惩罚等手段，满足《反垄断法》第十三条第一项至第三项规定的横向垄断协议形式要求；
- **竞争损害**：对于反垄断法明文列举的五种类型横向垄断协议，一旦达成后一般推定其具有反竞争效果，除非被告能够证明其促进竞争效果大于反竞争效果。本案中《调解协议》即属于其中三类，而被告对协议促进竞争效果的举证不充分。被告所抗辩的协议签订动机（在于解决专利纠纷）仅能作为垄断协议认定的参考因素而非决定因素。

最高人民法院对本案的判决在技术上释明了横向垄断协议的判断标准与分析路径，以及知识产权保护与垄断行为的边界，值得引起关注：

- **平等协商的协议也可能因为违反强制性规定而被认定无效**。判断一项协议或安排是否构成横向垄断协议的核心标准在于其是否具有排除、限制竞

1. 参见（2021）最高法知民终1298号。

争效果，订立协议时的主观动机和背景仅能作为参考因素。一旦一项协议或安排被认定构成横向垄断协议，原则上将因违反“强制性规定”而被认定无效；

• 专利保护超过必要限度和范围可能构成垄断行为。

本案中《调解协议》的核心并不在于保护专利权，已超出专利侵权纠纷和专利保护的范畴，属于滥用专利权的垄断行为。在专利纠纷的调解过程中，达成专利和解协议需要评估协议对专利保护的必要性、关联性及对市场竞争的影响。

二、竞争者之间常见合作模式“外观”下潜藏的垄断风险

竞争者之间涉及协商合作的场景多元，无论是常规商业合作还是争议解决。尽管一些类型的合作可以促进效率，是行业内常见的操作，但是如果超过了必要的限度，产生排除限制竞争的效果，可能被认定构成横向垄断协议而无效，甚至可能使协议方遭受行政处罚。这些合作安排在表现形式上并非传统的垄断协议，因此业务人员经常会忽略这些合作安排可能的反垄断风险，我们谨此列举近期执法与司法案件中的常见类型：

1. 委托加工 / 区域代理

一般而言，被委托方 / 代理方需要在委托方 / 被代理方设置的权限范围内从事生产经营活动，其活动也往往被视为委托方 / 被代理方活动的一部分。然而，在 *华明诉泰普* 案件中，尽管《调解协议》涉及“委托加工”和“海外代理”等形式，但最高人民法院仍然基于双方的实际业务重叠和协议条款的具体规定认定双方之间存在竞争关系，而非上下游交易关系。

实践中，部分企业可能选择以“委托代工”或者“区域代理”等形式弱化竞争关系。但是，如果双方在业务上互为竞争者或潜在竞争者，需要留意协议本身是否可能涉及固定价格、限制产量、划分市场等横向垄断行为，不能当然排除风险。

梧州黄埔等三家企业横向垄断协议案²：梧州黄埔与苏州优合是 CP 樟脑市场的竞争者。2018 年，双方签订《工业级樟脑委托加工合同》及《补充协议》。在《补充协议》中，双方约定由苏州优合让出其 CP 樟脑的市场份额从而协助梧州黄埔开拓 CP 樟脑市场并稳定 CP 樟脑的价格。2021 年，执法机构认定《补充协议》的约定构成“分割销售市场”的横向垄断协议。

(1) 专利反向支付 / 专利和解

反向支付 (reverse payment, 在一些语境下也称“延迟支付 (pay-for-delay)”) 在医药领域较为常见，原研药企业通过向仿制药企业发起专利侵权诉讼并达成和解协议的方式约定向仿制药企业支付一定直接或间接利益，仿制药品不挑战原研药品专利有效性或承诺延迟进入相关领域，实现原研药品专利期的有效延展。反向支付同样涉及专利和解与垄断行为的界限问题，在近期执法与司法实践中引起关注。

对于专利密度较高的医药、高科技、化工领域，需要谨慎处理专利侵权纠纷或合同纠纷中的争议解决方式，达成涉及延迟进入市场、划分市场、不挑战专利有效性等协议存在合规风险。

阿斯利康与奥赛康专利纠纷二审³：2012 年，BMS 公司和 Vcare 公司就涉及沙格列汀片的相关专利纠纷达成《和解协议》，约定 Vcare 公司将不挑战涉案药品专利权的有效性、BMS 公司及继受专利权人（本案中为阿斯利康）承诺不追究 Vcare 公司及其关联方（本案中为奥赛康）实施涉案专利行为的侵权责任。2021 年，最高院在审理阿斯利康诉奥赛康的专利侵权纠纷上诉案中主动审查了该《和解协议》的有效性，认为该协议符合“药品反向支付协议”的外观。最高院指出，反向支付协议一般较为特殊和隐蔽，可能产生排除、限制竞争的效果，构成反垄断法规制的垄断协议。

2. 参见苏市监反垄断案〔2021〕1~3 号。

3. 参见（2021）最高法知民终 388 号。

4. See DOCKET NO. 9373, *FTC v. Impax*.

5. See Case T-472/13, *Lundbeck v Commission* (8 September 2016).

医药反向支付案件同样在国外竞争执法实践中被普遍关注，如美国 FTC 调查益邦制药案⁴、欧盟委员会调查北医药案⁵等。

（2）销售型合营企业

企业之间设立合营企业的组织形式多种多样，其中包括通过设立销售型合营企业（Sales JV）来整合合营双方产品销售能力。销售型合营企业的有效性在我国现行反垄断法下存在争议，我国现行法规没有设置类似欧盟“全功能型”合营企业（Full-functional JV）的判断标准⁶，即通过“长期经营”和“具有独立经济实体全部功能”两个要件评价合营企业存在的有效性。

设置销售型合营企业除可能面对必要的经营者集中审查外，也可能面对合营各方是否利用销售型合营企业达成垄断协议的审查。建议企业在相关业务实践时，充分咨询反垄断律师意见并在必要时向执法机构进行商谈。在设置合营企业时，也需要建立必要的“防火墙”机制防止合营各方的敏感信息交换。

淄博水泥等企业通过设立合营企业涉及垄断协议案⁷：尽管目前我国执法实践中并没有涉及“销售型合营企业”构成垄断协议的案例，但以合营企业外观达成垄断协议的案例时有发生。2017年，淄博水泥等7家水泥企业与1家资产经营公司发起设立一家联合公司，通过该公司共同达成且实施了固定商品价格等多项违法行为。执法机构最终认定联合公司实质上是涉案企业达成并实施横向垄断协议的平台。同样的案例也包括“永州奥都混凝土案”⁸等。

三、横向垄断协议的行业类型化——以反垄断配套指南为视角

除执法与司法实践外，执法机构在近年来出台的一系列配套指南中对不同场景、领域下的横向垄断协议作出特殊规定，其内容并未超出《反垄断法》和《禁止垄断协议暂行规定》范畴，但仍然反映了执法机构对特殊行业和领域竞争者之间合作行为的核心关注，列举如下：

行业 / 领域	合作类型	关注点
因可能排除限制竞争而被重点关注		
互联网 ⁹	● 算法共谋：利用平台收集并交换敏感信息、利用技术手段意思联络、利用算法等实现协同等	平台经济领域的协议形式更具隐蔽性，算法等技术取代传统沟通方式，能够协助迅速、高频地交换敏感信息。这一规定与各司法辖区对算法共谋的重点关注相一致。
原料药 ¹⁰	● 交换敏感信息：通过第三方及展销会、行业会议等沟通协调原料药销售价格等敏感信息 ● 生产协议 / 联合采购协议：通过协议商定原料药生产数量、销售数量、销售价格、销售对象、销售区域等 ● 不生产 / 销售并给予补偿：类似“反向支付”，竞争者之间达成不生产或者不销售原料药、其他原料药经营者给予补偿协议	原料药领域关系人民群众生命健康，因其容易形成垄断而成为执法机构长期关注的重点。达成《原料药指南》中列举的协议类型将可能适用“推定违法 + 例外豁免”原则，尤其“生产协议 / 联合采购协议”与《汽车指南》的立场存在差异，一般较难申请豁免。

6. 欧盟委员会《并购条例》，Council Regulation (EC) No 139 /2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings.
7. 参见鲁市监行处字〔2021〕11号。
8. 参见湘工商竞处字〔2015〕1~7号。
9. 《关于平台经济领域的反垄断指南》第六条。
10. 《关于原料药领域的反垄断指南》第六条。

行业 / 领域	合作类型	关注点
因可能促进竞争而适用豁免		
汽车 ¹¹	• 研发协议、专业化协议、技术标准协议、联合生产 / 采购协议等：如新能源汽车研发与生产过程中的横向协议等	如能证明相关合作协议能够促进效率和竞争、增加消费者福利，可以适用豁免。
防疫 ¹²	• 涉疫研发协议：在药品疫苗、检测技术、医疗器械、防护设备等领域改进技术、研发新产品； • 涉疫标准 / 专业化协议：为提高防控物资产品质量、降低成本、增进效率而统一产品规格、标准或者实行专业化分工； • 其他合作协议：为实现救灾救助等社会公共利益或提高中小经营者经营效率、增强中小经营者竞争力	2020 年执法机构发布《关于支持疫情防控和复工复产反垄断执法的公告》，提出了依法豁免涉疫情防控和复工复产的经营者合作协议，为部分防疫合作开辟“绿色通道”。这些豁免事项并非新设定事项，而是对《反垄断法》和《垄断协议暂行规定》在实操层面的解释。

四、反垄断合规提示

竞争者之间常规合作模式中潜藏横向垄断风险，为了提高商业可预期性，管理好反垄断合规风险，企业可以采取以下措施：

- **对与竞争对手的合作设置法务与合规部审核要求：**实践当中，可能存在垄断风险的合作安排不能穷尽，即使具有合同外观且基于平等协商，如果合作具有排除限制竞争的效果，仍会构成违法。我们建议在与竞争对手合作前要使法务与合规部介入其中，在具体合作时需要落实法务和合规部门的审核要求，避免想当然地理解和操作，必要时寻求外部律师的意见建议；
- **针对高风险合作类型，引入反垄断评估：**对特别是专利纠纷和解、并购下不竞争条款设置、设立纯销售型合营企业等具有较高反垄断风险的合作类型，需要引入反垄断评估机制，判断合作是否实质性地对市场竞争造成负面影响，合作具体范围、期限、行为等是否符合必要限度，是否满足豁免情形等；

- **通过“防火墙”隔离敏感信息交换风险：**在并购交易等商业活动中，交换敏感商业信息可能加剧共谋风险。建议企业设置“防火墙”或者清洁团队（clean team），将信息交换控制在为实现交易目的的必要限度内。

11. 《关于汽车业的反垄断指南》第五条。

12. 《关于支持疫情防控和复工复产反垄断执法的公告》。

第四节

纵向垄断协议：扬子江维持转售价格案要点总结及合规提示

引言：2021年4月15日，国家市场监督管理总局发布了对扬子江药业集团有限公司固定转售价格、限定最低转售价格垄断行为的处罚决定书。此案因罚款金额高达人民币7.64亿元，受到广泛关注。除了高额罚款外，本案所体现的反垄断执法趋势及反垄断执法机构对维持转售价格行为的态度也对医药及其他行业内企业的反垄断合规工作有重要提示。我们基于对本案的观察及结合自身办案经验，整理了以下六个要点供各行业法务和合规人士参考。

一、要点一：医药领域将持续作为反垄断执法的重点之一

近年来，医药领域的反垄断执法活动不断，但此前主要集中在原料药领域。2018年以来至公布本案之前，国家市场监督管理总局（“总局”）及地方局相继公布了6起¹医药行业的案件，均涉及原料药领域，相关的垄断行为包括固定销售价格、划分销售市场等横向垄断协议及设定不公平高价等滥用市场支配地位行为。

本案是在药品领域的首个涉及维持转售价格的纵向垄断协议案件。借由此案，国家市场监督管理总局也向社会释放出信号：“药品价格关系国计民生，涉及减轻群众就医负担、增进民生福祉等重大问题，市场监管总局将持续加强医药领域反垄断执法，有效预防和制止垄断行为……”。药品价格可能将作为未来反垄断执法活动关注的重点之一。与原料药不同的是，药品领域竞争相对激烈且厂商的经销网络较成规模，因此竞争对手之间达成横向垄断协议或厂商滥用市场支配地位的可能性较小，维持转售价格的垄断行为更容易成为反垄断执法所关注的重点。

合规提示：

- 根据本案处罚决定书，当事人药品通过医院渠道和零售渠道销售，但被总局认定为维持转售价格违法行为的只涉及零售渠道。值得注意的是，纳入政府集中招采的药品因是厂商（而非经销商）直接参加招投标并与政府

商定中标价格，经销商按该等中标价向医院销售药品被认定为维持转售价格行为的风险较小；但经销商对药店等零售渠道的销售价格应属于经销商自主定价的范围，维持零售渠道的转售价格违反《反垄断法》的风险则较高。

- 除零售渠道外，药品企业也应注意在经销商具有一定自主定价权情况下干预经销商价格而带来的维持转售价格风险，如个别允许集中招采后经销商与医院进行二次议价、经销商可以与未纳入集中招采的私立医院协商价格等。

二、要点二：维持转售价格行为适用“原则禁止 + 例外豁免”原则，但豁免情形的适用难度大

本案处罚决定书中明确指出维持转售价格行为适用“原则禁止 + 例外豁免”原则。在本案中，当事人提出“排除、限制竞争”是纵向价格垄断协议的构成要件，当事人产品市场份额较低，相关行为不会产生排除、限制竞争影响的抗辩。总局组织了国务院反垄断委员会专家咨询组成员召开专家论证会，经多次讨论与参会专家达成一致意见，即维持转售价格目的是为了消除竞争，具有排除、限制竞争的影响，对此类行为应适用原则禁止加例外豁免原则。

1. 包括冰醋酸原料药案（2018年）、扑尔敏原料药案（2019年）、葡萄糖酸钙原料药案（2020年）、盐酸溴己新原料药案（2020年）、巴曲酶浓缩液原料药案（2021年）、醋酸氟轻松原料药案（2021年）。

在本案之前，反垄断执法机构已多次在公开渠道讲话或撰文明确表态对维持转售价格行为适用“原则禁止加例外豁免”原则。总局2020年10月30日发布的《关于汽车业的反垄断指南解读》（“《解读》”）中指出：

“《反垄断法》第十三条和第十四条通过列举方式，对若干类严重限制竞争的横向和纵向垄断协议作出禁止性规定，并以兜底条款形式禁止经营者达成国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议，确立了“禁止+豁免”的基本制度框架。如果经营者能够证明其协议符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件，即证明其协议属于第十五条规定的法定情形，不会严重限制相关市场的竞争，并能够使消费者分享由此产生的利益，则该协议不适用第十三条或第十四条的禁止性规定”。本案可以说是对上述原则的再次确认。

尽管如此，本案中总局仍然委托经济学专家对本案排除、限制竞争效果进行了分析，看似与原则禁止+例外豁免的原则相矛盾。我们认为总局在该问题上采取了更加审慎和严谨的态度，一方面组织专家论证支持“原则禁止加例外豁免”原则，另一方面也基于当事人提出的其“市场份额较低，相关行为不会产生排除、限制竞争的效果”的主张聘请经济学家进行分析，以证明当事人维持转售价格的行为“锁定药品零售渠道价格，造成药品终端价格的显著上涨，产生（品牌内）排除、限制竞争效果并损害消费者利益”，因而当事人的抗辩理由不能成立。

另外，本案也是反垄断执法机构公开的首个当事人运用《反垄断法》第十五条申请豁免的纵向垄断协议案件。当事人以第十五条下的两个理由申请豁免：一是短期的转售价格限制符合第十五条规定的“为改进技术、研究开发新产品的”情形；二是当事人认为维持转售价格行为是为了防止经销商和药店低价竞争，从而鼓励经销商和零售药店加强经销环节的投入，保证药品产品质量，从而实现维护社会公共利益的目的，符合第十五条规定的“为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的”情形。总局认为上述豁免理由均不成立：一是当事人控价的五个药品在2015年均已上市，维持转售价格持续时间较长，对市场价格影响较大，不属于“短期”和“为改进技术、研究开发新产品”的目的；二是保证药品产品质量是药品生产企业及经销商基本行为要求，不应以限定产品价格为前提。并且，第十五条还规定了适用豁免的前提是需要证明行为没有严重限制相关市场的竞争并且能够使消费者分享由此产生的利益，而当事人并未

成功证明这一点。

合规提示：

从目前的立法和执法情况来看，维持转售价格属于反垄断执法中严格禁止的垄断行为，适用第十五条得到豁免的难度也依然很大。因此，维持转售价格仍应作为企业需要防范的主要反垄断合规风险。

三、要点三：窜货管理作为维持转售价格行为实施或加强手段具有违法性

根据处罚决定书，当事人通过禁止公司内部销售人员及经销商进行窜货以监督和加强维持转售价格要求的执行。这是继美敦力、伊士曼、韩泰轮胎等维持转售价格案后，反垄断执法机构再次在处罚决定书中确认将窜货和区域管控作为维持转售价格行为实施或加强手段的违法性。

纵向销售区域或销售对象限制目前并非《反垄断法》明确禁止的垄断行为。就我们所知，截至目前也无仅针对销售区域或销售对象限制的反垄断行政处罚案件。但可以肯定的是，如果该等限制是为了管控经销商转售价格的目的或产生维持转售价格的效果，作为维持转售价格的实施或加强手段仍具有违法性；并且在反垄断执法机构评估维持转售价格行为的违法程度时，可能将该等限制作为维持转售价格垄断行为的加重情节之一。

合规提示：

实践中，很多企业可能都有类似于当事人的窜货管理操作，我们建议在预防维持转售价格方面风险的同时也应注意窜货管理的潜在反垄断风险。从合规的角度，也可考虑参考《汽车业反垄断指南》中的规定，区分经销商的主动销售和被动销售行为，只对经销商主动进行跨区或跨渠道销售的行为进行限制，但前提是不能以维持经销商转售价格为目的。

四、要点四：罚款基数全口径且有可能涉及整个集团的总销售额

本案以当事人在 2018 年所有产品的销售额作为基数计算了罚款金额，尽管本案所涉垄断行为仅涉及当事人生产的五个药品及零售渠道的销售行为。从 2019 年以来的反垄断行政处罚案件可以看出，反垄断执法机构基本已将垄断行为的行政罚款基数从原先的“所涉相关商品或服务的销售额”甚至“在相关地域市场内的销售额”转变为当事人被立案调查上一年度“全部产品的总销售额”（“全口径”），本案也不例外。

另外，本案将扬子江药业集团作为责任主体并将集团的总销售额作为处罚基数。我们注意到，即使是在 2019 年以来处罚基数全口径的案件中，也是以涉案企业自己的销售额而不是以企业所在的集团的总销售额作为处罚基数。根据本案处罚决定书，扬子江药业集团在垄断协议达成和实施中起到了“决策者、实施者和监督者”的作用，其“下属药品生产和销售子公司不同程度地参与垄断行为，在垄断行为的决策和实施上均遵从于当事人统一领导和部署，不具有独立意志”，因此子公司的行为视同扬子江药业集团的行为，故集团应当作为本案的当事人。

合规提示：

- 对于子公司或被投公司的潜在不合规行为，如集团或投资企业能够证明下属公司的行为是基于其独立意志，集团或投资方并未参与该等行为，我们认为因子公司的潜在不合规行为而使整个集团或投资方被处罚的可能性较小；但如集团或投资方确实参与其中，则存在这种风险；
- 对于投资企业，在对目标公司进行投资之前也应做好反垄断方面的尽职调查，规避因目标公司既往的潜在不合规行为对投资方有可能带来的损失。

五、要点五：中止调查程序适用需要综合考虑主观态度、行为性质及持续时间、影响等因素

本案中，当事人在总局立案调查半年之后曾先后两次向总局提出中止调查的申请并提交了书面申请书。但总局认定当事人的行为已构成垄断协议，根据《禁止垄断协议暂行规定》第二十一条第三款，依法不接受当事人的中止调查申请，但并未披露具体理由。在本案之前，已有两起涉嫌维持转售价格的案件成功适用了中止调查程序而使被调查企业免于处罚，分别是 2018 年的海昌隐形眼镜案和 2019 年的联想案。在这两个案件中，反垄断执法机构均基于当事人“积极配合调查、对存在的问题认识较为深刻、提出并予以积极落实的整改措施能够消除和挽回其行为造成的影响”做出中止调查决定。

在上述两案之后，总局于 2020 年 9 月对外发布的《国务院反垄断委员会垄断案件经营者承诺指南》（“《承诺指南》”）进一步细化了《反垄断法》规定的中止调查和承诺制度，其中指出对被调查企业申请中止调查的审查可以考虑以下因素：（1）实施涉嫌垄断行为的主观态度；（2）实施涉嫌垄断行为的性质、持续时间、后果及社会影响；（3）承诺的措施及其预期效果。

根据本案处罚决定书及结合我们的办案经验，我们猜测总局不予接受当事人中止调查的申请可能基于以下理由：

1. 当事人主观上具有维持转售价格的意图，涉嫌违法行为覆盖整个集团及其下属子公司，而非个别部门或个别员工因合规认识不足等非主观原因导致；
2. 当事人的行为构成明显的维持转售价格行为，持续时间长达 5 年，且覆盖当事人的整个零售渠道，又是涉及广大民众有重要影响的药品行业，社会影响较大；及
3. 根据处罚决定书中所述，“当事人前期不予配合调查、拖延检查进展”。

另外值得注意的是，中止调查和承诺制度不适用于竞争对手之间固定或者变更商品价格、限制商品生产或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场的横向垄断协议案件，但积极自首并配合调查的，可以视

情况适用宽大处理制度减免罚款。

合规提示：

- 如果企业主观上具有维持经销商转售价格的意图，维持转售价格的操作是全公司的行为且持续时间长，一旦被反垄断执法机构调查则可能被直接认定为构成垄断协议，中止调查的可能性较小。因此企业在日常业务开展过程中应做好内部合规自查和合规文化建设，从根源上防范该等风险；
- 当企业面临反垄断调查时，采取积极配合调查的态度、准确判断自身行为的性质并采取恰当的应对策略对企业最终取得较好的调查结果至关重要。

六、要点六：对“中间商”模式的启示

根据《汽车业反垄断指南》，仅承担中间商角色的经销商销售是指汽车供应商与特定第三人或特定终端客户（如：汽车供应商和经销商的员工、大客户、广告及赞助对象等）直接协商达成销售价，仅通过经销商完成交车、收款、开票等交易环节的销售。在该等销售模式中的转售价格限制与传统经销商模式不同，可以适用个案豁免。在该指南出台以后，汽车以及其他行业中的企业可能都在不同程度地探索中间商模式，以减小或避免维持转售价格操作被认定为违法垄断行为的风险。中间商模式中的一个重要步骤可能是生产厂商直接与二级经销商或零售店签署经销或供应协议，以显示二级经销商或零售店为厂商而非“中间商”的客户，进而厂商可以直接与二级经销商或零售店达成供货价格。

我们注意到，本案中当事人达成的维持转售价格垄断协议中包括与一级经销商、二级经销商签订的《二级分销三方协议》，及与连锁药店及其他零售药店签订的战略服务协议。尽管本案处罚决定并未提及中间商的问题，但本案为中间商模式提供的一个重要提示是，仅仅通过直接与二级经销商或零售店签署协议可能并不足以判断协助厂商销售的一级经销商（在厂商直接与二级经销商签署协议情况下）或二级经销商（在厂商直接与零售店签署协议情况下）具有“中间商”的

性质；相反，在厂商与二级经销商或零售店直接签署的协议中约定（即固定或限定）给二级经销商或零售店的供货价格反而可能进一步增加违法风险。

合规提示：

- 是否能够适用“中间商”抗辩需要从本质上分析经销商是否具有“中间商”的性质，如厂商在客户开发和维护方面是否做出实质性投入以证明是厂商而非中间商的客户、中间商仅是履行厂商与客户之间达成的协议，及承担有限的与销售厂商产品有关的成本和风险等，而仅是直接与客户之间达成销售或供货协议并不足以说明其中负责转售的经销商为“中间商”；
- 目前《反垄断法》项下并未明确规定“中间商”抗辩可适用于除汽车行业以外的其他行业，因此建议其他行业的企业在探索该模式时应经过严谨的论证，必要时也可咨询反垄断执法机构的意见。

第五节

反垄断利剑指向学术平台——知网因滥用市场支配地位被罚

引言：2022年12月26日，在历经7个月的调查后，国家市场监督管理总局（“国家市场监管总局”）对知网涉嫌实施滥用市场支配地位行为作出处罚决定。《处罚决定书》¹认定知网在中国境内中文学术文献网络数据库服务市场具有支配地位，自2014年起的8年时间内，实施了“不公平高价”和“拒绝交易”两种滥用行为。处罚决定责令知网停止独家合作行为，并处以其2021年度中国境内销售额17.52亿元5%的罚款，共计8760万元。在处罚决定下发当日，知网在其官网公布了“知网整改方案”²，其中包含五个方面共15项整改措施。本案意义重大，对知网的调查和处罚是反垄断执法机关对平台企业进行常态化监管的又一重大举措。本案可以增强平台企业的合规意识，同时也为企业合规经营提供可靠的指引。我们基于对本案的观察并结合实务经验，整理了以下六个要点供各行业法务和合规人士参考。

一、相关市场界定：国家市场监管总局考虑并评估了平台的多边性，但是并未界定多个市场

在此前的阿里巴巴“二选一”案、美团“二选一”案中，国家市场监管总局均在界定相关市场时指出需要关注平台各边用户之间的关联影响，并明确了在考虑市场边界之时需要从经营者和消费者两个角度分别进行需求替代分析和供给替代分析。

本案中，国家市场监管总局也考虑了平台的多边属性。《处罚决定书》指出，中文学术文献网络数据库服务市场属于多边市场，主要服务中文学术期刊出版单位、高校、科研院所、公共图书馆、个人用户等拥有学术资源和使用数据库服务的两类群体，其显著特征是具有跨边网络效应，各边用户对中文学术文献网络数据库服务的需求紧密关联。因此，界定本案相关市场需综合考虑各边用户之间的关联影响，并主要从用户的角度进行需求替代分析，同时进行供给替代分析。尽

管考虑了平台的多边属性，本案仅界定了一个市场，即中文学术文献网络数据库服务市场，这与此前的执法案例、OECD报告³及美国运通公司案⁴对交易型平台仅界定一个相关市场的观点相一致。

二、市场支配地位：多维度全面分析

本案与此前涉及平台企业的执法案件类似，国家市场监管总局在处罚决定中从多个维度全面分析了知网的支配地位，包括知网的份额数据、市场控制能力、财力和技术条件、用户对知网高度依赖、市场进入难度以及知网关联市场的布局等因素，最终得出知网在中国境内中文学术文献网络数据库服务市场具有支配地位的结论。

1. 参见国市监处罚〔2022〕87号。

2. 参见中国知网官网，《知网整改方案》，<https://piccache.cnki.net/2022/index/images2009/other/2022/reform/index.html>。

3. 根据OECD的2018年报告《多边平台反垄断工具之反思》，将多边平台的两边（或多边）界定为一个相关市场、还是在每一边各自界定一个相关市场，取决于平台的类型。当平台为交易型多边平台时，一般仅界定一个相关市场，包含平台各边用户；当平台为非交易型多边平台时，则一般针对平台两边（或多边）用户分别界定两个（或多个）相关市场，这些市场之间是互相关联（“Interrelated”）的。

4. “美国运通公司案”是美国联邦最高法院首次在其判例中明确运用经济学的双边市场理论，将信用卡平台的相关市场界定为“交易型平台”的案例。对于涉案的相关市场，美国最高法院多数派意见认为，信用卡市场是典型的经济学意义上的交易型双边市场（Transaction Platform）。具体来说，仅在信用卡双边平台的商户一边的价格上涨，可能既不能反映市场力量，也不能证明对竞争的损害。只有当持卡人和商户均愿意使用其网络服务时，信用卡公司才能获取交易并得以在信用卡市场上参与竞争。此外，由于信用卡网络本身无法进行销售，除非平台的双方同时使用其服务，才能表现出明显的间接网络效应以及定价和需求的相互关联性。因此，信用卡网络应当理解为只提供了一项产品，即一项交易（Transaction），且该产品是由持卡人和商户共同消费的。故此，信用卡双边市场应作为一个整体来进行竞争效果的分析，而不是割裂为两个独立的市场，即持卡人市场和商户市场来分析。

考量因素	具体内容
市场份额数据	• 处罚决定分别从服务收入和文献下载量这两个指标来分析知网 2014-2021 年的市场份额均超过 50%。 • HHI 指数和也显示了中国境内中文学术文献网络数据库服务市场高度集中，呈现一家独大的市场格局。知网市场份额最高且整体呈增长趋势，长期保持较强竞争优势。
具有影响和决定交易价格等关键交易条件的能力	• 2014-2021 年，在知网数据库服务持续涨价的情况下，机构用户数量仍保持年均 2% 的增长。 • 机构用户普遍希望与知网开展长期合作维持价格基本稳定，但知网基本以一年为限签订合同，并在续签合同时提高价格。 • 知网掌握大量核心学术资源，对不同边用户能够产生很强的跨边网络效应，不断增强对市场和用户的控制能力。
较为强大的财力和先进的技术条件	知网营业收入、分公司数量、销售团队人数、中文学术文献数据数量、数据处理设施和较强的数据处理能力、先进的数据库检索和资源整合技术，专业的技术工程师团队，以及具有自主知识产权的各类数字出版技术数量。
用户的依赖程度	• 知网数据库服务具有很强的跨边网络效应。 • 知网数据库服务平台汇集了大量用户资源，具有很强的锁定效应。 • 知网数据库服务与国内学术评价高度关联。 • 知网数据库服务用户黏性强。
相关市场进入难度大	• 中文学术文献网络数据库服务同时具有知识产权产品、互联网信息服务、网络出版服务等多重属性。 • 经营者进入中国境内中文学术文献网络数据库服务市场，需要取得《网络出版服务许可证》、《电子出版物出版许可证》等资质方可开展经营。 • 中文学术文献网络数据库服务需要获得足够数量的学术文献资源和用户。 • 潜在进入者还面临获取著作权许可以及用户习惯难以改变、用户转换成本高等问题。
在关联市场具有显著优势	知网围绕中文学术文献网络数据库服务，研究开发了一系列系统或平台，包括学术不端检测系统、期刊采编平台等。

三、 不公平高价如何认定？

如何确定“不公平高价”，是众多企业在反垄断合规中经常提出的问题，本案为此问题提供了有益的参考。

1. 认定不公平高价的方法

国家市场监管总局于 2019 年颁布并实施的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十四条就如何认定不公平高价行为提供了一般性的分析框架。

认定方法	《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》
竞争者之间价格比较法	销售价格或者购买价格是否明显高于其他经营者在相同或者相似市场条件下销售或者购买同种商品或者可比较商品的价格
区域价格比较法	销售价格或者购买价格是否明显高于同一经营者在其他相同或者相似市场条件区域销售或者购买商品的价格
历史价格成本比较法	- 在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高销售价格 - 销售商品的提价幅度是否明显高于成本增长幅度

2. 本案使用价格成本比较法和竞争者之间价格比较法认定“高价”，并明确认定了知网为推高其价格所采取的“不公平”手段

国家市场监管总局认定知网实施了不公平高价的滥用行为，采取了历史价格成本比较法和竞争者之间价格比较法，并认定知网通过不公平手段持续推高数据库服务价格。

历史价格成本比较法	数据库服务成本长期基本稳定：学术文献采购成本和数据加工成本的变化将主要影响数据库服务成本。经审查，（1）学术文献采购成本长期稳定，知网学术文献版权成本年均仅增长 1.50%；（2）数据加工成本长期稳定，知网通过优化使得数据加工效率不断提高，同时，知网每年数据加工量保持基本稳定。 超过正常增长幅度提高销售价格：2014 年以来，知网在数据库服务价格较高的情况下，仍连续多年以较大幅度提高数据库服务价格，年均涨幅达 10.06%。2014 年以来，用户采购知网数据库服务年均价格涨幅超过 30% 的有 66 家，10%--30% 的达 622 家。部分用户 2021 年数据库采购价格达到 2014 年的数倍，其中，高于 4 倍的有 91 家，高于 3 倍的有 157 家。
竞争者之间价格比较法	知网数据库服务价格涨幅显著高于同行业竞争者。同行业竞争者数据库服务价格平均涨幅均不超过 4%。2014 年以来，知网数据库服务毛利率远高手行业平均水平。
不公平手段持续推高数据库服务价格	将学术价值较高的期刊拆分进行单独销售，变相提高整体销售价格：证据显示，2017 年期刊总库服务平均售价为 30.82 万元，2021 年“期刊库+个刊库”服务平均总价上涨至 54.23 万元，相较 2017 年涨幅达 76%。部分用户采购成本上升 3 倍以上。 实施不合理的定价机制推高数据库价格：知网采取高定价、高折扣空间的价格策略，价格折扣无明确标准且不公开透明。此外，知网将数据库服务价格与并发数（同时在线使用数据库服务的用户数量）关联，并设置较低的并发数，导致频繁出现数据库无法登陆、无法下载、下载掉线等问题。高校、科研院所等用户为满足数据库基本需求，不得不增加并发数，接受知网涨价要求，向知网支付更高的数据库服务价格。 实施以不合理涨价为目标的销售激励措施：知网要求用户每年续订数据库服务的价格涨幅在 10% 以上。为确保实现涨价目标，知网采取严格的内部管理和奖罚措施。

根据我们对我国反垄断执法机关公告案件的整理，截至 2022 年 12 月，包括本案，反垄断执法机关共查处了 10 起涉及不公平高价的案件，其所采用的认

定不公平高价的方法和相关事实总结如下。从过往案例中可以看出，历史价格成本比较法是最常使用的分析方法：

案件	认定不公平高价的方法	相关事实
广东河砂垄断高价案 ⁵ （2013 年）	历史价格成本比较法	当事人连年推高砂价，河砂价格提价幅度高达 54.5%，明显超过正常的成本上涨幅度 20% 以上。
高通滥用市场支配地位案 ⁶ （2015 年）	许可费是否与专利价值相当	- 截至 2014 年 1 月 1 日，在当事人持有的无线标准必要专利中，有部分相关专利已经过期，且包含一定数量的重要无线标准必要专利。尽管当事人不断有新的专利加入到专利组合中，但当事人未能提供证据证明新增专利价值与过期无线标准必要专利价值相当。同时，当事人不向被许可人提供专利清单，且与被许可人签订的长期甚至无固定期限的许可协议中约定了一直不变的专利许可费标准。 - 此外，当事人对外许可的专利组合中包含了具有核心价值的无线标准必要专利和对被许可人价值并不确定的非无线标准必要专利。对于被迫接受当事人一揽子专利许可的被许可人，当事人在坚持较高许可费率的同时，以超出当事人持有的无线标准必要专利覆盖范围的整机批发净售价作为计费基础，显失公平，导致专利许可费过高。
湖北 5 家天然气公司滥用市场支配地位案 ⁷ （2016 年）	历史价格成本比较法	- 当事人收取的安装费用明显大幅度高于实际发生的经营成本。 - 当事人在非安装中使用建设安装材料（含配套设备）的计费价格，大幅高于实际采购价格。
	竞争者之间价格比较法	当事人收取的安装费用和利润，明显大幅高于其他相同经营者。
异烟肼原料药 ⁸ （2017 年）	历史价格成本比较法	2017 年以来，当事人销售的平均价格为 2016 年平均价格的 3.52 倍，销售价格大幅上涨。在成本和下游制剂企业需求量基本稳定的情况下，上述销售价格上涨明显超过正常幅度。
扑尔敏原料药垄断案 ⁹ （2018 年）	历史价格成本比较法	2018 年 7 月，当事人以 2940 元 / 公斤的价格销售扑尔敏原料药，该销售价格为当事人采购扑尔敏原料药平均成本的 3-4 倍。上述销售行为实施期间，扑尔敏原料药生产和采购成本并没有发生重大变化，出厂价格和进口价格基本稳定。
注射用葡萄糖酸钙原料药垄断案 ¹⁰ （2020 年）	历史价格成本比较法	当事人购买注射用葡萄糖酸钙原料药后，以超过成本价数倍的价格对外销售。2014 年注射用葡萄糖酸钙原料药的市场价格为 40 元 / 公斤左右。当事人控制销售市场后，以明显不公平的高价向制剂生产企业销售。与 2014 年相比，2017 年注射用葡萄糖酸钙原料药销售价格上涨达 19 倍至 54.6 倍。
氯解磷定原料药垄断 ¹¹ （2021 年）	历史价格成本比较法	当事人的销售价格是从采购原料药进价的 5-10 倍。当事人获得市场支配地位后以明显不公平的高价销售原料药，2018 年至 2019 年该原料药销售价格是 2014 年 12 月的 26.09-52.17 倍。

5. 《广东韶关两河砂企业垄断价格遭查处》，南方日报，<http://news.sohu.com/20130905/n385923099.shtml>。

6. 发改办价监处罚〔2015〕1 号。

7. 《湖北省物价局对 5 家天然气公司价格垄断行为进行处罚》，载国家发展和改革委员会官网，https://www.ndrc.gov.cn/xwdt/dt/dfdt/201607/t20160727_995732.html?code=&state=123。

8. 参见发改办价监处罚〔2017〕1 号；发改办价监处罚〔2017〕2 号。

9. 参见国市监处〔2018〕21 号；国市监处〔2018〕22 号。

10. 参见国市监处〔2020〕8 号。

11. 参见沪市监反垄处〔2021〕3220190101511 号。

案件	认定不公平高价的方法	相关事实
境内苯酚原料药垄断案 ¹² (2021年)	历史价格成本比较法	2014年,当事人采购苯酚原料药的价格多为260元/公斤,销售价格多为1000-1300元/公斤,较购进价格上涨达2.8-4倍。当事人垄断行为实施前后,苯酚原料药的生产成本上涨幅度仅为1.2倍,当事人及相关医药公司的流通费用等成本并未发生显著变化。2014年,当事人采购苯酚原料药的价格多为260元/公斤,销售价格多为1000-1300元/公斤,较历史价格上涨达6.8-9.2倍。
燃气公司垄断案 ¹³ (2021年)(2021年)	历史价格成本比较法	2015年7月14日至2017年3月20日,在当事人购进表具的成本没有发生明显变化的情况下,64、G6和G10表收费涨幅分别达到900%、1400%、2400%,收费提价幅度明显高于成本增长幅度。 - 根据当事人的审计报告,2016-2018年当事人管道安装工程成本利润率分别为(略),参照国家发展和改革委员会等相关部委燃气工程成本利润率原则上不得超过10%的指导标准,当事人燃气管道安装工程利润明显偏高。

除上述反垄断执法案件外,在近期的司法案例中,法院认定不公平高价除了采取历史价格成本比较法之外,也采取了竞争者之间价格比较法,具体总结如下:

案件	认定不公平高价的方法	相关事实
王林林与北京链家房地产经纪有限公司滥用市场支配地位纠纷案 ¹⁴ (2020年)	竞争者之间价格比较法为主,同时考虑历史价格成本比较法	- 在房产经纪服务市场内,市场规模偏大的多家服务提供者服务模式比较近似,服务市场费率均维持在2.2%上下。 - 市场上的主要服务提供者都投入了相对较高的成本,因此该类服务者服务费率定价保持在一个相近的水平,具有一定的合理性。
扬子江药业集团广州海瑞药业有限公司、扬子江药业集团有限公司与合肥医工医药股份有限公司、合肥恩瑞特药业有限公司、南京海辰药业股份有限公司垄断纠纷案 ¹⁵ (2020年)	历史价格成本比较法	从涉案原料药的历史记录看,销售单价15600元/kg,一年之后,医工公司格销售单价涨至19900/kg,该价格维持长达五年时间。因此,基于成本分析,从涉案原料药历史纵向销售价格进行比较,19900/kg销售单价应当是比较公平、合理的价格。没有正当理由,超出此价格销售就意味着缺乏正当、合理性。现两被告将涉案原料药的售价提升到48000元/kg,被告恩瑞特公司的生产成本却并未改变,上涨原料药价格使得其在涉案原料药制剂市场获得了额外的竞争优势。
华为技术有限公司与交互数字技术公司、交互数字通信有限公司、交互数字公司滥用市场支配地位纠纷上诉案 ¹⁶ (2013年)	竞争者之间价格比较法和历史价格成本比较法	- 从交互数字对华为公司就涉案必要专利许可费问题前后次报价来看,均明显高于交互数字对其他公司的专利许可费.....而且,即使就同样方式授权许可的专利使用费用来看,交互数字拟对华为公司一次性收取的固定专利许可使用费,亦均明显不合理地高于其授权给苹果公司的一次性专利许可使用费用。 - 本案所涉商品是交互数字在3G无线通信领域的相关必要专利,作为一种已被专利所固定下来的技术,当其成为必要专利后,其成本已经基本稳定。而且,交互数字在2009年至2011年所收取的专利使用费逐年下降。在此情况下,交互数字仍对全球手机销售量排名、综合实力远远不及美国苹果公司、韩国三星公司等华为公司提出收取过高许可费,显然缺乏合理性和正当性。

12. 参见豫市监处字〔2021〕1号。

13. 参见苏市监反垄断案〔2021〕4号。

14. 参见(2017)京73民初561号。

15. 参见(2019)苏01民初1271号。

16. (参见2013)粤高法民三终字第306号。

合规提示

1. “不公平的高价”主要通过和可比性对比目标的比较进行认定

“不公平的高价”并没有统一量化标准，反垄断执法机构不会推行一个各行业通行的“最高利润率”，而是会根据具体行业的实际竞争状况，找到有可比性的对比目标，例如历史上价格与成本的变动情况、可比的竞争对手的价格或成本、国家的指导价格¹⁷等，通过对比的方式，个案判断具有市场支配地位的企业是否不公平地制定了过高的垄断价格。其他司法辖区的执法机关也在部分认定不公平高价的处罚先例中将“利润率/回报率”作为定价是否过高的考量因素，例如：意大利竞争管理局在其2016年处罚的阿斯彭滥用市场支配地位过高定价案¹⁸中，采取了竞争者之间价格比较法，通过考虑了两家最大的药企在2013年至2014年的平均回报水平，认定了合理的销售回报率；英国竞争与市场管理局在2016年处罚的辉瑞与弗林抗癫痫药垄断高价案¹⁹中，采取了历史价格成本比较法，通过计算辉瑞与弗林的相关成本，并在参考了英国药品价格监管计划后，认定了合理的销售回报率。

2. 执法趋势

不公平高价的执法案例较多集中于具有公益性的行业（比如原料药行业、公共事业、市政工程行业等），本案中知网，最初也是在国家大力支持下发起的“知识基础设施工程”。对于具有公益性的企业，在大幅提升产品价格时，应当特别关注是否存在“过高定价”的风险，通过历史价格成本比较法和竞争者之间价格比较法，针对该产品的定价和销售价格进行充分的检视，以避免因“价格过高”产生滥用市场支配地位的合规风险。

四、独家安排仍然是执法关注的重点

独家安排是反垄断执法近年来关注的重点问题。独家安排本身并非是必然损害市场竞争的行为，然而如果独家合作没有正当理由，导致排除、限制竞争的效果，则会认定违反《反垄断法》。

1. 独家安排的表现形式

本案中，国家市场监督管理总局认定知网通过独家合作限定学术期刊出版单位、高校只能向其提供学术文献数据的行为构成了《反垄断法》所可能禁止的限定交易行为，具体而言：

（1）当事人通过独家合作限定学术期刊出版单位、高校只能向其提供学术文献数据：知网分别要求学术期刊出版单位和高校不得向其他竞争性平台授权使用相关文献数据以及不得向其他竞争性平台提供博硕士学位论文数据。

（2）知网采取多种奖惩措施保障独家合作协议实施，包括：

- 根据是否独家合作，支付差别性的版权使用费：签订非独家合作协议的版权方，仅能按销售额的11%左右获取版权使用费；签订独家合作协议的版权方，则能获得数倍以上版权使用费。
- 通过免费提供学术不端检测等服务，要求学术期刊出版单位、高校执行独家合作协议。
- 通过多种方式，要求学术期刊出版单位停止与其他竞争性平台合作：知网通过检索，监测独家合作协议的执行情况，如发现学术期刊出版单位在其他竞争性平台发布相关学术文献，则要求其停止与其他竞争性平台合作，同时向相关竞争性平台发函，要求删除相关数据。

2. 知网所实施的独家安排不具有正当理由

《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指

17. 在燃气公司垄断案（脚注13）中，反垄断执法机构参照了相关部委关于燃气工程成本利润率原则上不得超过10%的指导标准。

18. A480 - PRICE INCREASE OF ASPEN'S DRUGS, Measure No. 26185, the Italian Competition Authority, https://en.agcm.it/dotcmsDOC/pressrelease/A480_eng.pdf.

19. Case CE/9742-13, Decision of the Competition and Markets Authority: Unfair pricing in respect of the supply of phenytoin sodium capsules in the UK,

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/594240cfe5274a5e4e00024e/phenytoin-full-non-confidential-decision.pdf>.

南》第十五条规定了造成垄断的独家交易的合法化情形，为独家安排的实施者提供了可能的抗辩基础，其中包括：

- 为保护交易相对人和消费者利益所必须；
- 为保护知识产权、商业秘密或者数据安全所必须；
- 为保护针对交易进行的特定资源投入所必须；

- 为维护合理的经营模式所必须；以及
- 能够证明行为具有正当性的其他理由。

本案中，知网提出了如下抗辩理由，但是国家市场监督管理总局没有支持其主张，仍然认定知网的行为不具有正当性：

知网提出的抗辩理由	处罚决定的反驳意见
未强迫合作对象签署独家合作协议	知网凭借市场支配地位，主动签订格式化独家合作协议，要求学术期刊出版单位、高校授权知网独家使用期刊、博硕士学位论文数据，并以多种手段保障独家合作协议实施。
独家合作行为并非出于滥用市场支配地位的主观目的	排除、限制竞争的主观意图明显，破坏了公平竞争的市场秩序。
结合相关市场情况和行业情况看，独家合作形式具有一定程度的合理性	从行业合作模式看，除知网与学术期刊出版单位、高校签订大量独家合作协议外，境内同行业竞争者较少与学术期刊出版单位、高校签订独家合作协议。调查表明，知网独家合作行为不利于行业规范健康发展，不具有合理性。
独家合作未对学术发展产生重大负面影响，近年来知网独家合作学术期刊的被引用量和下载量均稳步提升，且学术期刊出版单位可以在其自有网站上发布，并未影响期刊论文的有效传播和交流使用	学术资源具有多栖性，学术期刊出版单位在自有网站上的发布只是众多传播渠道之一，独家合作限制了学术资源的传播渠道，影响了学术期刊获得更多市场机会。独家合作行为影响了学术交流及传播，期刊论文被引用量和下载量在知网的提升，并不能说明独家合作行为未产生不利影响，如果不存在独家合作行为，更有利于相关学术期刊广泛传播。
保护知识产权的效果	调查证据和大量诉讼表明，独家合作未产生知网所声称的保护知识产权的效果，独家合作与保护知识产权并没有必然联系。

合规提示

1. 重点关注独家安排对市场关键客户、供应商以及资源的锁定程度

即使是对于具有市场支配地位的企业，独家安排也并非当然违法，需要评估行为是否具有排除、限制市场竞争的效果。锁定效应通常是涉及平台市场的案件中对相关行为是否排除、限制竞争的重要考量因素之一。因此，对于具有支配地位或市场主导地位的企业来说，在实行独家安排（特别是与关键或大量的客户 / 供应商签订该等安排）之前应当进行更加谨慎和全面的反垄断合规评估。本案中，国家市场监督管理总局对于锁定效应进行了定量的分析：

- 2014 年以来，知网每年达成独家合作协议的期刊数量为 920 种至 1525 种不等。其中，独家

合作的北京大学中文核心期刊数量为 575 种至 993 种不等，占知网独家合作期刊总量的比例一直保持在 62% 以上。

- 2014 年以来，知网独家合作的高校数量和占比逐年增长，2022 年 5 月达 490 家，占与知网合作高校总数的 63.1%。

2. 谨慎对待“独家安排”

对于平台类企业的“二选一”或独家安排，从目前执法趋势来看，执法机关仍趋向于采取更为严格的审查态度。具有较强市场力量的（特别是具有平台经济特征的）企业要求交易相对人独家合作需要特别关注反垄断合规的问题。

3. 执法机关对独家安排的合理理由认定较为严格

执法机关对独家安排采取较为严格的态度，执法机关会具体分析当事人提出的合理理由是否足以抵消独家安排所带来的排除、限制竞争的效果。具有市场支配地位的企业，在判断独家安排是否具有合理理由时，不能只流于表面的分析，而应当基于行业情况，分析合理理由是否足以抵消独家安排所带来的锁定效应对于竞争的损害。

五、滥用市场支配地位行为的分析思路：与以往案件一致，仍需评估行为是否具有“排除、限制”竞争的效果

与先声药业“二选一”案²⁰、阿里巴巴“二选一”案、美团“二选一”案的分析思路一致，国家市场监管总局在分析知网实施了“滥用市场支配地位行为”后，对相关行为排除、限制市场竞争的情况进行了分析和论证。本案中，国家市场监管总局从相关市场竞争情况、平台各边使用者（包括学术期刊出版单位、高校及作者以及数据库用户）的合法权益、学术生态环境以及市场创新发展等维度，判定知网所从事的独家交易安排和不公平高价行为存在排除、限制竞争效果：

分析及论证维度	具体考量因素
损害了相关市场（即中文学术文献网络数据库服务市场）的竞争	限制了相关市场经营者之间的公平竞争；不当提高市场进入壁垒，削弱了潜在竞争约束；不当挤压了市场竞争空间。
损害了学术期刊出版单位、高校及作者利益	损害了学术期刊出版单位和高校的学术资源自主发布权；降低了学术期刊出版单位和高校的学术传播效率。
损害数据库用户合法权益	侵害了用户合法权益；不当增加了用户负担。
损害了学术生态环境，影响了中文学术文献网络数据库服务市场创新发展	阻碍学术资源自由流动和传播，影响构建良好学术生态；阻碍市场创新和服务提升，影响了中文学术文献网络数据库服务市场发展。

六、通过公开承诺整改措施的方式实现停止违法行为的要求

本案中，国家市场监管总局在处罚决定中要求知网停止违法行为，包括：

- 停止独家合作行为，不得限制学术期刊出版单位、高校等与其他竞争性平台开展学术资源合作；
- 不得实施不公平的高价行为，应以公平、合理、无歧视的价格在中国境内销售中文学术文献网络数据库服务。

国家市场监管总局并未在处罚决定中规定详细的整改措施，而是由知网通过公开承诺的方式，确定了知网未来如何实现停止违法行为的要求。

整改承诺	具体内容
彻底整改与期刊、高校的独家合作	停止新签续签独家合作协议，积极主动与期刊、高校协商尽快解除现有独家合作协议，并将与期刊、高校推进非独家合作模式。
大幅降低数据库服务价格	服务价格三年内下调 30% 以上，并完善定价机制（包括建立科学、公开、透明的服务定价机制）、纠正不合理销售模式、建立价格沟通机制、扩展免费服务项目、强化平台公益属性。
保护作者合法权益	着力解决知网与著作权人，以及期刊、高校等主体之间的授权链条不完整、不规范问题，依法合规取得著作权人授权，并完善稿酬支付办法，健全作者服务机制。
持续优化相关服务	开放个人论文查重服务，提升学术不端检测技术水平，有效提升用户学术不端检测质量。
全面加强合规建设	健全合规管理体系，加强合规风险管理，确保依法合规开展经营。

20. 参见国市监处〔2021〕1号。

合规提示

执法趋势：执法机关除了对相关行为作出处罚外，还会针对滥用行为要求当事人提出具体的整改措施。整改措施的确定可能通过执法机关的行政指导书方式，也可能通过当事人直接向社会公开承诺的方式。

第六节

经营者集中：腾讯收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案解析及企业的合规启示

引言：2021年7月24日，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）针对腾讯控股有限公司（“腾讯”）于2016年7月收购中国音乐集团股权涉嫌违法实施经营者集中，公布了行政处罚决定书。市场监管总局对腾讯处以50万元顶格罚款并责令腾讯及其关联公司于30日内解除独家版权、停止高额预付金等版权费用支付方式等，恢复市场竞争状态。市场监管总局深入调查了本次交易中违法实施经营者集中的事实，并对参与集中的经营者在相关市场的份额、控制力、集中度以及对市场进入和消费者影响等因素做出详尽的分析。不仅如此，市场监管总局还广泛征求有关政府部门、行业协会、专家学者、同业竞争者意见，最终做出了本次处罚决定。本次调查案件意义重大：首先，这是中国的反垄断执法机关自2008年《反垄断法》实施以来第一次对于未依法申报交易不仅处以罚款，而且附加了限制性条件。其次，更重要的是腾讯所承诺采取的一些合规措施似乎不仅限于本次交易本身，而且对于其未来在网络音乐播放平台市场上的商业模式以及从事并购交易均有较深远的影响。因此，该案件为企业未来在并购交易中的经营者集中申报的合规义务敲响警钟，值得企业予以高度关注。我们在以下部分对于该案的主要看点进行了梳理，并分享我们对于该案对企业在经营者集中申报以及合规方面影响的一些思考。

一、案件简介

腾讯通过2016年的交易获得中国音乐集团61.64%的股权，取得对中国音乐集团单独控制权，市场监管总局认定该交易构成《反垄断法》第二十条规定的经营者集中。并且腾讯与中国音乐集团在2015年的全球以及境内营业额均达到经营者集中申报标准。因此，本次交易理应进行事先反垄断申报。

在分析交易的竞争影响时，市场监管总局认定本案相关市场为中国境内网络音乐播放平台市场。同时，在分析并购双方的市场地位时，除了收入规模外，市场监管总局也参考了月活跃用户数，同时也将用户月使用时长纳入考量标准。通过这些标准，市场监管总局认定双方在2016年时均列市场前两位，合计市场份额超过80%。此外，市场监管总局认为交易减少相关市场主要竞争对手、且进一步提高相关市场进入壁

垒，削弱市场竞争。

二、首次对未依法申报的交易附加了“采取措施恢复相关市场竞争状态”的限制性条件

《反垄断法》第四十八条明确规定，“经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。”

尽管《反垄断法》明确规定了市场监管总局可以对违法实施经营者集中的经营者责令处分股份或资产以及采取措施恢复到交易前状态等必要手段，但是在过往的未依法申报调查案件之中，从未出现罚款以外的处罚。包括7月7日，市场监管总局对22家互联网企业违法实施经营者集中做出的行政处罚，总局对所有

涉案企业也仅仅处以 50 万人民币的罚款。

但是在本案中，市场监管总局首次对未依法申报的交易要求采取措施，恢复相关市场竞争状态。

三、处罚措施

要求腾讯终止音乐独家版权

市场监管总局在处罚决定中，责令腾讯采取措施恢复相关市场竞争状态，具体措施包括：

- 要求腾讯采取行动并于三十日内解除独家音乐版权；
- 无正当理由不得要求上游版权方授予腾讯优于竞争对手的条件；
- 停止通过高额预付金等版权费用支付方式以变相提高竞争对手成本。

四、评论

根据相关媒体公开报道消息¹，中国监管机关此前密切关注腾讯与上游版权方之间的独家协议，不排除市场监管总局借此次的未依法申报处罚决定，同时规范遭诟病已久的网络音乐独家版权问题。

1. 对腾讯未来交易进行经营者集中申报的合规要求

此外，腾讯对于其未来的并购交易在经营者集中申报方面做出了以下的承诺：

- 在未来交易时，如果交易达到国务院规定的申报标准的，应当事先向市场监管总局申报；
- 如果交易未达到申报标准，但是交易可能产生具有排除、限制竞争效果的，需要事先申报；
- 如果相关交易未构成需要进行申报的经营者集中，不得参与相关企业除法律规定的保护小股东权益相关事项的经营决策。

从这些承诺来看，第一条的申报要求适用于所有企业，即在其交易满足申报标准时需要依法进行申报；但是从第二条开始腾讯似乎承诺了高于一般经营者集中申报义务的要求，对于某些交易，即使交易方的营业额未达到申报标准，只要是“可能会产生具有排除、限制竞争效果的交易”也需要**事先向总局申报**。（此类交易多包括涉及收购中小初创企业的“扼杀式收购”（Killer Acquisition）。）目前对于未达到申报标准的交易，如果交易可能会带来竞争问题，虽然反垄断执法机关有权主动或者根据举报进行调查，但相关企业一般无义务主动事先进行申报。由于《反垄断法》并未明文解释何谓“可能会产生具有排除、限制竞争效果的交易”，而且反垄断执法机构有较大的自由裁量权，这也就意味着，如果未来有企业面临类似处罚，在判断未达到申报标准的交易是否进行经营者集中申报时，需要逐案分析交易可能带来的竞争影响，并且在没有把握的情况下，可能需要事先进行申报。第三条则更加具体地限定了腾讯在其交易未构成经营者集中交易下（也就是说如果公司主张未获得控制权因而交易不构成需要进行申报的交易），其所能获得的权利仅限于法定的小股东权益²。值得关注的是，虽然本次案件的处罚决定是限于一个未申报的交易，但是该处罚决定却会对腾讯未来从事少数股权投资所能拥有的公司治理方面的权利产生较大影响。

五、针对本案的一些思考

1. 本案的结果是否意味着未来在处理未依法申报交易的情况下，市场监管总局都会附加罚款以外的条件？

本次决定并不意味着未来在处理未依法申报交易的情况下，市场监管总局都会附加罚款以外的条件。不过，如果交易本身触发竞争关注，则市场监管总局采取附加罚款以外的限制性条件的可能性将会更高。

如上文所述，在处理未依法申报的交易时，市场监管总局有权对企业采取除罚款以外的措施，因此企业在未来面对未依法申报交易的案件时应当谨慎处理，并且及时与执法机构进行沟通，积极补充申报，尽量降

1. See "Tencent Music says facing increased China scrutiny, is committed to laws", <https://www.reuters.com/technology/tencent-music-posts-24-rise-quarterly-revenue-2021-05-17/>

2. 举例而言，这包括《公司法》下的一些权益，例如查阅股东会会议记录、董事会会议决议、公司会计账簿等文件；单独或者合计持股超过特定比例的小股东可以在股东大会中提案、请求召开股东大会、及否决修改公司章程、增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式的决议等。

低被附加除罚款以外的限制性条件的可能性。

2. 独家协议是否不再被允许？

本案体现出市场监管总局持续将独家协议视为反垄断执法重点。但是，本次处罚中市场监管总局也给出了独家协议的例外：腾讯被允许与独立音乐人签订独家协议但是合作期限不得超过三年，与新歌首发的独家合作期限不得超过三十日。从这些例外可以看出总局一方面关注独家协议可能对市场竞争所造成的破坏，同时也了解在特定情况下独家协议依然有其必要性。

同时我们认为，反垄断执法机构也在通过此次案件的决定传递一个相对强硬的态度——市场监管总局可以对违法违规企业采取相应的处罚，也有决心整治特定行业内排除竞争、提高壁垒的行为。尽管此次处罚针对的是音乐版权方面的垄断问题，我们也可以从中看出未来在其他行业中独家协议可能会面临更加严格的反垄断监管。

3. 类似处罚会对企业的未来商业实践造成什么影响？

首先，类似的处罚决定将会对违法公司未来的商业模式产生巨大影响。以本次腾讯的处罚决定为例，此次处罚对腾讯的业务模式带来重大影响，很大程度改变未来腾讯在与其他音乐授权人签署版权授权协议时的策略。我们预计未来市场监管总局在其他未依法申报交易的处罚中附加相关条件时，也有可能以相关限制性条件作为重要的手段整治各个行业中存在或潜在的垄断问题。

其次，类似的处罚决定会直接影响公司未来的并购交易。如前所述，市场监管总局对腾讯处罚决定还会影响其日后的并购交易。不仅是腾讯，任何企业在受到此类处罚决定后可能影响到其未来评估一项交易是否需要经营者集中申报。

- 根据《反垄断法》，公司在判断交易是否触发反垄断申报时，仅需要考虑交易是否构成经营者集中（考虑因素是收购方是否取得目标的控制权）、交易是否达到经营者集中申报门槛。
- 但如若面对上述的处罚结果，企业则需要在收购并购之前：

（i）考虑其在少数股权收购交易中是否会取得除法律规定的小股东权益以外的权利，继而会使得该少数股权收购交易被视为经营者集中、在营业额达到门槛的前提下需要申报；或者考虑选择放弃法定的小股东权益以外的权利；及

（ii）就构成经营者集中但未达到营业额申报标准的交易，分析该交易是否具有排除、限制市场竞争的作用，继而判断是否需要事先进行申报。

因此未来类似的处罚决定将毫无疑问对任何企业计划进行的商业交易产生重大的影响。

最后，需要提醒的是，在《反垄断法》修改后，未依法申报的罚款可能不止是 50 万元。《反垄断法》目前正在修订中，预计今年年内通过。在修订的《反垄断法》下，相关机关已考虑进一步提高罚款金额，例如在市场监管总局于 2020 年 1 月公布的《反垄断法（修订草案）》中，未依法申报的罚款拟被修改为“涉案经营者上一年度营业额 10% 以下”，但是该等罚款标准尚未最终确定。

六、结语

通过本案，我们可以看出市场监管总局对于未依法申报案件的处罚并不仅仅停留在 50 万元的罚款，甚或可能影响企业的业务模式及未来的交易。尽管目前仅仅有一家企业遭遇上述处罚，但是各行各业的企业仍然要提高警惕，避免“未依法申报”行为对企业的经营和未来从事并购交易的能力带来不利影响。



第五章 数据保护



第一节 2022 年数据保护执法回顾

一、行政执法：个人信息执法活动逐步开展

中国第一部关于个人信息处理活动的综合立法《个人信息保护法》（“《个保法》”），于 2021 年 11 月 1 日正式生效。在行政执法层面，例如江苏公安机关网安部门曾公布，自 2022 年以来，当地网安依据《个保法》，累计办理网络违法行政案件 1072 起。¹

通过威科法律数据库的检索，依据《个保法》认定违法或作出行政处罚的案件只有 31 起。在上述执法案件中，以执法手段进行区分，包括 9 起“警告”，10 起“罚款”，10 起“警告并责令限期改正”，1 起“责令改正并罚款”，1 起“警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务”。涉及的违法类型整体上与江苏公安的“百日行动”公布的三起行政处罚典型案例类型相似，主要涉及：

- 处理个人信息未履行告知义务及征得个人同意（如通过 APP 收集个人信息未提供隐私政策或隐私政策内容未满足《个保法》的披露要求，未经用户同意即收集设备数据等个人信息）；
- 在公共场所使用图像采集设备未履行告知义务或在未告知并征得个人同意的情况下，抓取相关个人的脸部照片并用于内部比对，属于超范围采集、使用个人信息；
- 未履行个人信息安全保护义务（如未采取加密、去标识化等安全技术措施，没有制定内部管理制度和操作规程，存在网络安全漏洞等）。

从 2022 年的整体执法趋势来看，行政处罚的数量相对偏少。一方面可能由于 2022 年多地、多点疫情的爆发导致了我国主要城市被封控，影响了网信部门等监管部门的执法活动；另一方面，在《个保法》出台

前，有大量个人信息相关的行政处罚，由各地市场监督管理部门依据《消费者权益保护法》作出——这与《个保法》在正式颁行后，未出台相关配套措施和监管指引有一定关系，也与消费者习惯去市监部门或消保委投诉有关。此外，部分条款合规尺度尚不明确，使得地方监管部门碍于执法。

以天津市市场监督管理委员会作出的处罚为例，在该案件中，天津某置业有限公司在房产销售中心安装人脸识别摄像系统及具有人脸识别功能的摄像头，于 2020 年 8 月 24 日至 2021 年 12 月 14 日期间共抓拍收集人脸信息 1,458,830 条，该企业为确定消费者来源渠道，使用消费者人脸信息 775 条。值得注意的是，该企业在 2021 年 9 月 9 日至 2021 年 12 月 14 日尝试通过取得知情同意的方式实现采集人脸识别信息的合规，要求其工作人员向到访的消费者告知采集人脸信息的目的、方式和范围，填写个人信息授权书，以取得消费者的同意。但在实际执行中，只有部分消费者签订了个人信息授权书，同意该企业按照告知事项采集并使用人脸信息。对明确拒绝签订个人信息授权书的消费者，企业也进行了人脸信息采集和使用。由于该企业未通过收集使用消费者个人信息获取其他经济上的收入，因此无违法所得，最终被处以 10 万元罚款。² 本案中相关企业似乎已经考虑到最高人民法院《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》和《个保法》等规范提出的合规要求，就如何合规采集人脸识别信息进行了尝试。但是，由于摄像头的隐蔽性、无接触性，摄像头采集信息时的无差别性，在个人“知情、自愿、明确同意”的基础上采集人脸识别信息存在执行层面的巨大困难。有鉴于此，企业在公共场所、经营场所通过摄像头收集人脸识别信息的，应特别谨慎。有关企业可以考虑将人脸识别信息仅用于为公共安全所必需的目的，而针对其他可能例如识别消费者流量、渠道等商业目的，相关企业可考虑采用在进行人脸信息采集的同时，适用打码处理等技术。

1. 参见 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_19263296。

2. 津市监罚〔2022〕56 号。

此外，公安部门针对数据泄露或其他未履行网络安全义务的行政执法以及有关的“一案双查”数量也有增加。值得注意的是，一些一线城市，如北京和上海，均出台了与网络违法行为有关的自由裁量权规定，均规定了相对较低的处罚。

二、行政执法：“违法主体”及“营业额”判断标准厘清

针对情节严重的违法行为，《个保法》要求由省级以上履行个人信息保护职责的部门作为处罚机关，并设置了最高五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款限额。中央网信办在 2022 年 7 月 21 日就滴滴全球股份有限公司（以下简称“滴滴公司”）违反《网络安全法》《数据安全法》《个保法》的违法违规行首次做出了顶格罚款，包括对滴滴全球股份有限公司处人民币 80.26 亿元罚款，对滴滴全球股份有限公司董事长兼 CEO 程维、总裁柳青各处人民币 100 万元罚款。³

网信办有关负责人在相关答记者问中，就违法主体的认定进行了说明，认为滴滴公司对境内各业务线重大事项具有最高决策权，制定的企业制度规范统一适用，组织架构上有专门的数据安全及个人信息保护委员会、数据安全委员会进行决策指导及监督管理。各业务线违法行为是在该公司统一决策和部署下的具体落实。⁴ 从对滴滴公司的违法主体认定的说明来看，网信办在案件中识别评估了集团是就各业务线的违法行为进行统一决策、指导及监督管理，抑或该等违法行为仅与特定业务线相关实体的决策、管理相关联。

虽然在违法主体的认定上，网信办未将主体限缩于仅在中国境内登记注册的企业；在营业额的计算上，网信办所采取的基数是境内相关违法业务的营业额标准。根据滴滴公司的财报数据显示，滴滴公司主要有三块业务收入（包括中国出行、国际业务及其他业务），其 2021 年总营收为 1738.3 亿元。其中，中国出行业务营收为 1605.21 亿元，国际业务营收为 36.22

亿元，其他业务营收为 96.84 亿元。⁵ 基于针对个人的处罚为顶格罚款的处罚方式，可以推测网信办此处对滴滴公司的罚款金额是针对 2021 年中国出行业务营收的顶格罚款（ $1605.21 \times 5\% = 80.26$ 亿元）。由此可以推知，针对跨国公司业务中，中国境内业务线存在个人信息违法情形的，网信办等监管机关在认定违法主体时，可能将负有决策、监督管理权的境外母公司认定为违法主体，但在营业额的计算标准上，监管部门仍将考虑业务营收与违法行为的关联性，以集团境内（违法）业务相关的营业额作为计算标准。

三、民事诉讼：司法实践引领互联网平台企业提升数据合规水位

《个保法》生效后依据该法裁判的个人信息保护纠纷数量相对有限。尽管如此，其中已包括针对大型互联网平台企业提出的侵权诉讼，如与深圳市腾讯计算机系统有限公司相关的微视强制要求共享微信“地区和性别”字段的必要性争议（“微视案”）⁶ 以及与广州唯品会电子商务公司相关的响应用户行权的争议⁷（“唯品会案”）等。

在微视案中，二审法院审理认为，仅有改善服务质量或提升用户体验及提供更好的服务，不足以构成强制要求用户同意收集个人信息的理由。微视 APP 仅证明了通过微信 API 强制用户调取微信的“地区和性别”是用于个性化推荐、改善服务；但并未举证证明地区、性别信息是微视 APP 提供正常服务实现完整业务功能的不可缺少信息。同时又允许用户在微信和微视 APP 随意更改和填写，说明“地区、性别”信息的准确性、一致性并非使用微视 APP 服务所必需。

法院在评估必要性时，额外引入了信息“准确性”、“一致性”对提供服务的影响。企业在评估向第三方共享个人信息场景中的个人信息字段是否满足最小必要要求时，也可以参考该等标准。随着法院审理的推进，腾讯公司在二审判决发布前，已经发布公告表示微信软件“Open 平台授权接口：不再返回用户性别

3. 参见 http://www.cac.gov.cn/2022-07/21/c_1660021534306352.htm。

4. 参见 http://www.cac.gov.cn/2022-07/21/c_1660021534364976.htm。

5. 参见 Didi 2021 Annual Report, https://s28.q4cdn.com/896456191/files/doc_financials/2021/ar/22-8339-1_DiDi-Global-Inc_20-F-AsFiled.pdf。

6. (2021) 粤 03 民终 9583 号。

7. (2021) 粤 0192 民初 17422 号；(2022) 粤 01 民终 3937 号。

及地区信息”并更新了相关隐私政策。个人信息保护民事诉讼的司法实践将引导大型互联网平台企业持续提升其个人信息保护的合规水位。

此外，唯品会案是我国涉及平台领域个人信息查阅复制权诉讼第一案。一审法院以及二审法院在该案中厘清了几个核心问题，值得互联网平台企业在响应用户行权问题的合规要求时予以考量。

核心问题	裁判规则	评析
查阅复制权的行权条件	查阅复制权是《个保法》赋予个人信息主体的一项权利，其行使不以举证证明查阅动机为前提，也不以实名认证为前提。	针对唯品会提出的用户提供的邮箱信息未经实名认证，无法核实用户身份的抗辩，法院认为唯品会作为个人信息处理者应当采取相应的技术措施验证用户的真实身份，主动告知用户验证其真实身份的具体途径。如企业未主动告知身份验证方式，却以无法验证身份作为抗辩的，实践中将很难得到法院支持。
查阅复制权的行权范围	行权范围为个人信息以及个人信息处理的相关情况（如向第三方 SDK、第三方支付机构共享个人信息的情况） 个人信息的字段范围：个人信息包括个人资料中的姓名、电话号码、订单信息一般情况可以直接识别到特定自然人的身份和财产状况；以及其他如自动生成的昵称、设备信息、位置信息、浏览记录等与其他信息进行结合就可以识别出特定的自然人的信息。 个人信息的时间范围：如用户要求提供全部个人信息的，企业应提供其存储的用户的所有时间段的个人信息。	本案件中，唯品会浏览记录披露成本高昂的一个重要原因在于其存储了用户自 2019 年注册以来的所有浏览记录。数据存储的最小必要问题是企业常常忽略的问题。特别是在响应用户行权的场景下，企业制定并落实数据存储制度，能够大大减少企业定位及检索数据所需花费的成本。 企业在个案中识别和定位相关个人信息时，也评估识别到的相关个人信息是否符合最小必要原则，是否按照适用数据保护法律及企业的数据存储政策应予删除，如存在超期存储或违反最小必要原则存储的数据，应在系统内完成删除或匿名化处理后向相关个人提供。
拒绝行使查阅复制权的理由	唯品会检索所有浏览记录将导致高昂成本以及行业合规水位的抗辩理由未被二审法院认可。	虽然《个人信息安全规范》中提及“直接实现个人信息主体的请求需要付出高额成本或存在其他显著困难的，个人信息控制者应向个人信息主体提供替代方法，以保障个人信息主体的合法权益”，该等条款并未免除个人信息处理者响应用户请求的义务，因此披露成本高并非《个保法》规定的免责事由。 值得关注的是，目前在个人信息保护的合规问题上，各企业一般会关注行业的合规水位，保持与行业惯例一致。但二审法院也指出，行业惯例仅能从一定程度上反映现有的个人信息保护水平，并非个人信息处理者是否履行法定义务的决定性因素。我们仍建议各企业以《个保法》等法律中明确的合规要求为尺度，行业合规水位 / 行业惯例仅可作为辅助参考。
响应查阅复制权的方式	提供方式：复制权，一般应当理解为提供副本。截屏不属于通用的个人信息副本方式，副本应当采取书面形式，可为纸质或者电子介质。电子化副本不限于 Excel 表格、Word 文档等形式。	自工信部开展信息通信服务感知提升行动（“524 行动”）以来，首批双清单企业除披露个人信息清单和与第三方共享个人信息清单外，较多首批企业直接设置了便捷的交互式页面提供下载功能或选项，便于用户在线行使下载个人信息副本的权利。在监管机关重视提升用户体验、保障用户知情权的趋势下，我们理解 APP 等交互式页面中提供的行权响应功能设置的方式将逐渐成为市场主流。

除此以外，在广州互联网法院公布的 5 例个人信息保护典型案例中，也能进一步看到个人信息保护与技术发展的与时俱进，例如因算法错误关联而导致的个人信息权益侵害（即梁某、某实业公司与某科技公司网络侵权责任纠纷），以及因擅自对个人信息标签化、污名化而构成非法处理个人信息的行为（即高某某诉某副食商行网络侵权责任纠纷案）。⁸

四、公益诉讼：检察院个人信息公益诉讼如火如荼

自最高人民检察院（“最高检”）于 2020 年 9 月明确将网络侵害（个人信息保护）列为检察公益诉讼的新领域重点以来，各级检察机关已在多领域多行业提起有关网络侵害（个人信息保护）的民事公益诉讼和行政公益诉讼或支持消费者协会提起民事公益诉讼。《个保法》生效后，企业（尤其是互联网头部企业）实际上面临更多的合规及诉讼挑战。

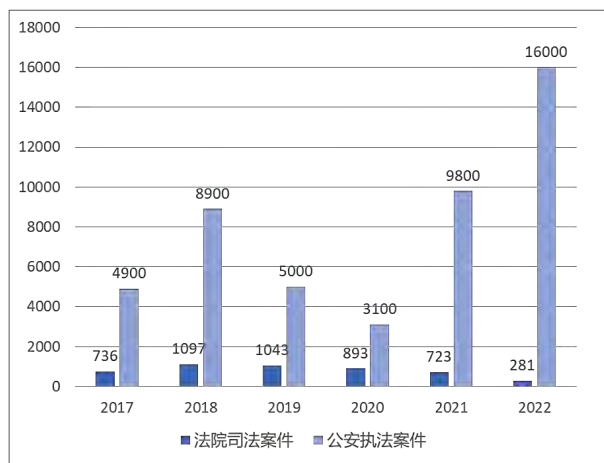
2022 年 12 月，最高人民检察院发布了 5 件依法惩治侵犯公民个人信息犯罪典型案例。该批典型案例涵盖了对公民征信信息、生物识别信息、行踪轨迹信息、健康生理信息等不同类型个人信息的全面保护，体现了检察机关依法从严惩治侵犯公民个人信息犯罪的政策导向。最高人民检察院也明确指出，下一步检察机关将进一步强化履职，结合打击治理电信网络诈骗犯罪等深挖关联犯罪，加强对上游信息采集、提供、倒卖等环节犯罪行为的全链条打击，加强对公民个人信息的信息类型以及刑事处罚标准研究，协同推进个人信息保护刑事检察和公益诉讼检察一体化办案，促进平台、行业完善内部管控，推动形成个人信息保护多元共治新格局。⁹

《个保法》生效至今，在检察机关提起的相关公益诉讼案件中，多数案件为刑事附带民事公益诉讼，要求被告承担刑事责任及相应民事责任。在个人信息保护公益诉讼中，民事公益诉讼的责任形式主要包括停

止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、赔礼道歉和损害赔偿等。就损害赔偿而言，《个保法》第 69 条明确规定，“侵害个人信息的损害赔偿按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额”。在公益损害赔偿金额的判断上，由于侵权行为往往侵害的是不特定多数人的合法权益，信息数量庞大、涉及人数众多，难以计算个人因此受到的损失，所以在主张损害赔偿时，应当以违法行为人的获利为基准。¹⁰ 多个法院也在实际案例裁判中明确了公益损害赔偿按照非法获利金额计算的裁判规则。¹¹

五、刑事诉讼：打击侵犯公民个人信息罪行与时俱进

在过去几年时间内，公安机关对侵犯公民个人信息罪行的打击力度仍然保持在较高的水位。如下图所述，在 2017-2022 年间，尽管移送司法并最终进行裁判的案件数量基本都在 1,000 起以下，2022 年的司法案件数量甚至有显著回落的趋势，近 6 年内的公安执法案件数量却始终处于高位。¹²



公安部发布的“净网 2022”专项行动数据显示，公安机关在 2022 年“针对不法分子恶意窃取公民个人

8. 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/er1LUk8VNQoOHscISCWA2Q>。

9. 参见 https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202212/t20221207_594915.shtml#1。

10. 参见 https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202109/t20210929_531240.shtml。

11. 参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1734348743419925521&wfr=spider&for=pc>。

12. 数据来源：（1）司法判例数量来源：北大法宝数据库；（2）全国公安侦办案件数量来源：公开渠道检索的公安部的官方通报与新闻报道。公安侦办案件数量与司法裁判案件数量产生差距的主要原因包括：（1）公安侦办的案件未最终进入审判阶段；（2）并非全部裁判文书公开上网；（3）公安侦办阶段的多个案件在审判阶段作合并审理。

信息用于实施犯罪等突出情况，始终保持高压严打态势，聚焦恶意窃取中小学生、老年人等群体个人信息，非法侵入计算机系统获取个人信息，非法窃取快递信息，以及网上非法倒卖公民个人信息等重点方向全力开展侦查攻坚，累计侦办侵犯公民个人信息案件 1.6 万余起，有力维护了公民个人信息安全”。¹³ 由此可见，在数字与网络技术进一步发展的时代，因数字与网络技术滥用引发的罪行（例如电信网络诈骗、窃取身份识别信息或其他敏感个人信息等）将会持续成为公安机关有力打击的对象。

与公安部门执法态势相似，检察部门在 2022 年内也高度关注对“公民征信信息、生物识别信息、行踪轨迹信息、健康生理信息等不同类型个人信息的全面保护”，并明确下一步将“结合打击治理电信网络诈骗犯罪等深挖关联犯罪，加强对上游信息采集、提供、倒卖等环节犯罪行为的全链条打击”。¹⁴

针对法院审理阶段，在 2019 年至 2022 年不完全统计的 2,336 篇判决书的样本分析中，司法实践中大多数的个人犯罪都集中在以下几个类型案件中：

（1）员工利用职务之便，非法获取公司留存的公民个人信息，并提供给第三方牟利；（2）为实施或协助实施诈骗、套路贷等违法犯罪行为而成立公司，非法获取公民个人信息；以及（3）通过暗网、黑客或者利用爬虫手段，非法获取公民个人信息进而贩卖牟利。值得注意的是，与侵入计算机系统相关的犯罪往往是后续盗窃罪的预备行为，因此被盗窃罪吸收而未独立体现。就样本中的“涉单位案件（即公司员工为提升公司业绩，非法从第三方获取公民个人信息用于公司的宣传获客等）”而言，我们发现法院更倾向于在涉单位案件中追究公司员工的个人责任，而较少追究公司的单位责任。针对经营的业务、目的和模式合法的公司，样本分析中甚至没有发现因个人信息保护存在合规瑕疵（例如未落实部分个人信息安全保护义务）而被追究刑事责任的情况——相信这种程度的违法行为今后将主要由行政监管部门利用《个人信息保护法》进行处理。

六、数据合规不起诉：对企业的合规激励

最高人民检察院在 2022 年 7 月 21 日发布的《涉案企业合规典型案例（第三批）》中，将我国首例数据合规不起诉案件，即上海 Z 公司、陈某某等人非法获取计算机信息系统数据案作为企业合规典型案例之一。¹⁵

根据最高人民检察院于 2021 年 4 月下发的《关于开展企业合规改革试点工作方案》，检察机关对于办理的涉企刑事案件，在依法做出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑建议的同时，针对企业涉嫌具体犯罪，结合办案实际，督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实，促进企业合规守法经营，减少和预防企业犯罪。

在该案件中，在未经上海 E 信息科技有限公司（以下简称“E 公司”）授权许可的情况下，Z 公司为了以提供超范围数据服务吸引更多的客户，由多名公司技术人员，通过绕开 E 公司设置的 IP 限制、验证码验证等网络安全措施，或利用掌握的登录 E 平台商户端的账号、密码及自行设计的浏览器插件，违反 E 平台商户端协议等方式，非法获取 E 公司运营的外卖平台数据。该案件中，基于案件第三方专家成员对 Z 公司提出的合规整改建议，Z 公司通过建立健全数据合规长效机制。经考察 Z 公司评估合格，综合其他情节检察院作出了不起诉决定。

爬虫业务如何合规是许多大数据公司无法避开的问题。结合前述案件中，Z 公司的合规整改方案，爬虫数据合规的关键节点涉及：

（1）爬虫数据来源的合规问题，包括调整数据采集方式，考虑直接达成数据合作；或在技术上规范爬取的策略（包括不爬取需要注册、登录的网站，不爬取设置反爬措施的网站，遵守网站的 Robots 协议并对爬取代码的遵从情况进行持续监控等）。

（2）数据安全保护的合规问题，包括对核心业务系

13. 参见 <http://cyberpolice.mps.gov.cn/wfjb/html/bgl/20230110/4739.shtml>。

14. 参见 https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202212/t20221207_594915.shtml#1。

15. 参见 <https://sclx.pkulaw.com/chl/52a843f49d128fb2bdfb.html>。

统完成网络安全等级保护以及数据安全等级保护义务，落实权限管控、数据分级分类管理、安全预警与监测要求，实施加密、去标识化等技术措施。

（3）数据管理制度的合规问题，包括建立健全全流程的数据安全保护制度，在组织架构上构建数据安全管理体系，指定专人负责数据安全与个人信息安全保护问题，制定内部的爬虫合规策略。

七、执法态势总结

（一）数据跨境监管正式落地

随着《数据出境安全评估办法》、《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》、《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范》的相继发布和出台，我国数据跨境监管制度的落地实施已经具备必要的规则支持。根据对各地省级网信办完备性审查进度的观察，国家网信办将很有可能在 2023 年 3 月份正式启动对数据出境安全评估申报的实质审查。

由于数据出境安全评估需要对企业处理（至少是收集、使用、传输、存储）个人信息的活动合法合规性进行评价，不排除国家网信办会通过其评价意见间接体现其对《个人信息保护法》相关条款的监管口径与期待。同时，网信部门是否会在审查过程中对其发现得合规瑕疵进行执法，有待监管进一步明确。

我们注意到，在公安机关就数据泄露有关的现场检查中，如果发现个人数据出境或重要数据出境的，会对网络运营者是否已经开展数据出境安全评估或履行其他手续提出问题，甚至要求整改。因此，如果企业未完成相关手续，将面临因不合规而被执法的风险。

（二）App 监管拓展至全链条监管

在 2022 年初的新闻发布会上，工信部发言人表示，2022 年的执法重点是完善全链条监管，除了应用程序（App）运营者、应用商店运营者、第三方软件开发工具包（SDK）开发者外，终端企业（如智能手机制造商）也是关键责任链中的一环，需要接受工信部的监管。许多国家标准和措施草案已经发布，为履行前述主体在数据处理活动中的角色相对应的数据保护义务提供指导。例如，全国信息安全标准化技术委员会（TC260）发布了《信息安全技术 移动智能终端的移动互联网应用程序（App）个人信息处理活动管理指南》草案，要求终端企业建立一套技术措施，防止 App 运营者非法收集个人信息。

截至 2022 年 6 月 14 日，工信部已完成 322 万款 APP 的检测；累计通报、下架违法违规 APP 近 3000 款。¹⁶ 我们可以预见未来一年监管部门仍将持续进行密集的 App 合规监管执法，并且执法范围将扩展至小程序、¹⁷ 第三方 SDK、¹⁸ 甚至是公众号。

（三）关注重要领域、重要平台、重点数据

近期多地逐步开展了网络安全与数据专项检查工作，关注重点行业的重要平台以及其中存储的个人信息及重要数据；并可能“按图索骥”进一步调查、处理相关企业未履行网络安全、数据安全保护义务的违法情形。

以上海为例，上海网络安全专项检查工作涉及了解重要网站、平台、生产系统的（1）数量、分布情况、网络安全组织管理和运维保障情况；（2）主要功能、服务范围、数据存储情况以及风险威胁情况；（3）运行环境、运维方式、网络安全管理和防护情况；以及个人信息和重要数据的安全保护及处理情况。¹⁹ 除

16. 《工信部：已累计通报、下架违法违规 APP 近 3000 款》，载央视网，<https://news.cctv.com/2022/06/14/ARTIsllzjm84diGEW97fM7lo220614.shtml>。

17. 海南省网信办自 2021 年 7 月 30 日起开展“互联网移动应用程序违法违规收集使用个人信息专项治理工作，至 2021 年 11 月 19 日，累计通报涉嫌违法违规收集使用个人信息移动互联网应用程序共计 38 款，包括 25 款 APP 和 13 款小程序。

见 <https://www.hainan.gov.cn/hainan/5309/202111/d70a6e24761b47cbb621080c1cccb355.shtml>。

18. 2022 年 2 月 18 日，工信部在其 App 违法违规收集使用个人信息的通报点名中，指出 13 款第三方 SDK 存在违规情况。

见 https://wap.mii.gov.cn/jgsj/xgj/fwjd/art/2022/art_f310953aa246408a8a1612168232bc1f.html。

19. 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/QTxcYZ9vvoTV9fijA7qN4Q>。

党政机关门户网站和重点新闻网站、国有企业外，大型互联网平台、存储重要数据和个人信息数量超过100万的信息系统也是上海专项检查的重点。北京的网络与数据安全专项检查则主要针对电信和互联网行业中提供公共互联网网络信息服务的基础电信企业、域名注册服务企业、云平台服务提供商、APP运营企业、车联网平台企业、工业互联网平台和标识解析节点企业等。²⁰

（四）一案多查，以点连片

监管部门在个人信息及数据合规问题的监管上，越来越呈现“一案多查”的趋势。以检查公益诉讼以及适用《数据安全法》的行政处罚案件为例。在广东省广宁县检察院诉谭某某等人侵犯公民个人信息刑事附带民事公益诉讼案中，检察机关对侵犯业主个人信息违法犯罪采用“一案三查”模式，通过刑事检察，民事、行政公益诉讼检察三重职能打击侵害个人信息的违法犯罪行为，并针对该案暴露出的行业监管薄弱环节，向当地市场监督管理部门发出行政公益诉讼诉前检察建议。²¹

除了检察民事公益诉讼外，检察行政公益诉讼往往具有“办理一案，影响一片”的效果，对于企业具有重要导向性。从最高检发布的6起行政公益诉讼典型案例来看，地方检察机关针对其辖区内存在的手机APP违法违规收集个人信息、快递/医疗等公共行业不当泄露个人信息等乱象对辖区内多个主管部门进行检察公益诉讼立案并提出检察建议，相关主管部门在收到检察建议后往往协同展开专项、类案整治工作。有鉴于此，企业也应时刻关注检察机关有关个人信息保护的行政公益诉讼实践，通过对典型案件的研判举一反三，加强自身合规建设。²²

在广东省公安机关首例适用《中华人民共和国数据安全法》的案件中，除在刑事上打击第三方黑客非法入侵驾考系统为学员代刷学时外，广州警方对该案进行“一案双查”，对受入侵系统的驾校公司的网络系统

开展网络安全和数据安全检查，并发现广州一驾校公司的驾考系统存储超过一千万条个人信息，但未没有建立数据安全管理制度和操作规程，对于日常经营活动采集到的驾校学员个人信息未采取去标识化和加密措施，系统存在未授权访问漏洞等严重数据安全隐患。²³

从前述实践来看，数据合规“强监管”时代已经来临，法律法规的更新和监管执法力度的加大都将不断对企业的数据合规管理提出新要求。企业须持续对现有的合规管理体系进行评估和完善。即使是黑客引起的数据安全问题，开展数据处理活动的组织、个人应知悉自身负有从组织措施、技术措施等层面落实法律法规规定的数据安全保护义务，并可能因未履行该等义务而承担责任。在资产层面而言，需要落实安全保护义务的数据资产也不限于被黑客攻击的范围，而是网络运营者运营的全部数据资产。

20. 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/BL8dDVfOiFpPQL9Y4dhxjw>。

21. 宁中平，黄挺，匡凌：《个人信息保护公益诉讼典型案例解读》，载《人民监察》2021年第24期，第16-19页。

22. 林彦华、张毅、张启迪：《个人信息保护诉讼下列：简述公益诉讼制度》，https://mp.weixin.qq.com/s/UmFfeim1_lQLPQxwReOMEw。

23. 参见：http://www.gdzf.org.cn/zwgd/202207/t20220727_1099918.htm。

第二节 《网络安全审查办法》解读及落地观察

引言：2022年2月15日，国家互联网信息办公室（“国家网信办”）、国家发展和改革委员会（“国家发改委”）、中国证券监督管理委员会（“证监会”）等十三部委联合发布的《网络安全审查办法》2021年修订稿（“新《办法》”）¹正式施行，中国的网络安全审查制度进入新的阶段。本文拟结合新《办法》实施以来的行业和监管实操，对新《办法》的重点变化以及落地实施情况进行简要评述。

一、网络安全审查的触发情形

根据新《办法》全文在不同条款中的设定，网络安全审查的触发情形最终尘埃落定为三类：

- **主动申报：**（1）当事人（即关键信息基础设施运营者或网络平台运营者）认为其采购网络产品和服务或开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全，进而主动申报；²（2）掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市，必须申报网络安全审查。但新《办法》仍没有对“掌握”进行界定，考虑到监管机构可能关注各种数据处理活动所带来的实质风险，³在《个人信息保护法》下受个人信息处理者委托处理个人信息的受托方仍有可能被认为是“掌握”个人信息，但这还有待国家网信办等部门的进一步明确。
- **依职权启动：**即网络安全审查工作机制成员单位（例如国家网信办、证监会、公安部、国家安全部等）认为网络产品和服务以及数据处理活动影响或者可能影响国家安全的，由网络安全审查办公室按程序报中央网络安全和信息化委员会批准后进行审查。⁴

- **社会举报：**新《办法》规定，网络安全审查办公室通过接受举报等形式加强“事前事中事后”监督。⁵这一规定为通过社会监督举报的方式触发网络安全审查留出了必要的法定依据和制度空间。

（一）企业采购网络产品和服务或开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全，需主动申报网络安全审查

主动申报中的情形（a）当事人认为其采购网络产品和服务或开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全，进而主动申报，这是2020年4月13日发布的原《网络安全审查办法》（“原《办法》”）已规定的触发情形。

在原《办法》时代，公开信息中几乎没有看到对企业因采购行为或数据处理活动影响或可能影响国家安全主动申报的报道，直到2021年7月国家网信办公告依法对数家赴美上市的中概股企业实施网络安全审查。⁶随着《关键信息基础设施安全保护条例》的生效以及具体认定工作的逐步推进，我们了解到已有企业着手建立网络产品和服务相关供应链的管控制度，以应对可能触发的网络安全审查要求。

1. 新《办法》的十三个发文机关包括：国家互联网信息办公室、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、公安部、国家安全部、财政部、商务部、中国人民银行、国家市场监督管理总局、国家广播电视总局、中国证券监督管理委员会、国家保密局、国家密码管理局。

2. 新《办法》第二条、第五条、第七条。

3. 参见：《国家网信网》，《网络安全审查办法》答记者问》，http://www.cac.gov.cn/2022-01/04/c_1642894602460572.htm。

4. 新《办法》第十六条。

5. 新《办法》第十九条。

6. 2022年7月21日，国家网信办公布对滴滴依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定，这是国内第一份向社会公开的网络安全审查决定，但是决定中并未包含具体的审查报告，也没有明确指出网络安全审查已正式结束（此时距离审查启动已近20个月）。

（二）掌握超过 100 万用户个人信息的企业赴国外上市须主动申报网络安全审查

主动申报中的情形(b)是新《办法》新增的情形。新《办法》保留了征求意见稿中“国外上市”的概念。⁷与此不同，国家网信办于 2021 年 11 月 14 日发布的《网络数据安全条例》(征求意见稿)(“《网数条例》”)曾分别规定“赴香港上市”和“国外上市”两种触发网络安全审查的情形。⁸虽然在法律效力上，新《办法》仅仅是部门规章，而《网数条例》则是国务院制定的行政法规，但由于两者的牵头起草机关均为国家网信办，随着新《办法》的正式发布和施行，有关部门在实操中体现的监管态度已经较为明朗，即未来赴港上市无须主动申报网络安全审查，这一点也体现在受国家网信办委托具体开展网络安全审查的中国网络安全审查技术与认证中心(“CCRC”)的实操标准上。因此，《网数条例》在后续的修订过程中也有较大可能进行相应的调整以与新《办法》保持一致。

但因为新《办法》仍然规定了网络安全审查工作机制成员单位可以依职权启动该等审查，故企业赴港上市或者掌握个人信息不足 100 万用户的企业赴国外上市虽无须主动申报，但并不代表此类企业不会面临网络安全审查，特别是如果该企业的境外上市存在影响或可能影响国家安全的因素。企业在预判赴境外上市的行为是否可能触发网络安全审查时，必须结合新《办法》第十条考虑是否会对国家安全产生影响，例如是否会造成核心数据、重要数据或者大量个人信息被窃取、泄露、损毁、以及非法利用或者非法出境的风险。在实操层面，当企业向 CCRC 申报网络安全审查时，CCRC 首先会根据企业提供的初步信息，判断企业申报的情形是否落入网络安全审查的范围，确认落入范围时才会向企业发放网络安全审查表格。如企业无法预判是否需要申报，可以考虑直接与 CCRC 进行预沟通，避免因预判错误未申报网络安全审查而引发负面影响（例如被依职权启动网络安全审查从而影响上市时间）。

新《办法》新增上述这一情形，并将中国证监会作为发文机关与网络安全审查工作机制成员单位之一，体

现了业务主管机关对企业赴境外上市活动中国家安全隐患的关注。事实上，证监会于 2021 年 12 月 24 日发布了《国务院关于境内企业境外发行证券和上市的管理规定（草案征求意见稿）》（“《境外上市管理规定》”）和《境内企业境外发行证券和上市备案管理办法（征求意见稿）》（“《境外上市备案办法》”）以加强相关方面的监管。在证监会有关负责人关于《境外上市管理规定》和《境外上市备案办法》答记者问时，提到“为保障备案管理顺利实施，证监会将与境内有关行业和领域主管部门建立监管协作机制，加强政策衔接、信息共享和监管协同，不会要求企业到多个部门拿路条、跑审批，尽可能减轻企业监管负担”。证监会还进行了如下的说明：

“首先，对特定行业领域主管部门以制度规则明确要求企业境外上市前履行监管程序的，企业提交备案申请前应当取得主管部门出具的监管意见、备案或核准等文件。比如，根据《中资商业银行行政许可事项实施办法》等规定，中资商业银行境外上市前须履行银行业主管部门的审批程序。

其次，根据《管理规定》，证监会将牵头建立企业境外上市跨部门监管协调机制，在收到企业备案申请材料后，主动与有关主管部门加强沟通或征求意见，以提高备案效率。同时，证监会将配合推动有关主管部门明晰相关领域的监管制度规则，提高政策可预期性。

最后，对涉及外商投资安全审查、网络安全审查等法律法规规定范围内的企业境外上市，在提交备案申请前，企业应当依法申报安全审查。”

证监会的备案机制适用于所有拟境外上市企业，即包括无需主动申报网络安全审查的赴港上市企业和赴国外上市但掌握的个人信息不足 100 万用户的企业。在关于《境外上市管理规定》和《境外上市备案办法》答记者问中，对网络安全审查的口径均为“按照其他法律法规”执行，如果企业完成证监会备案后甚至实质启动上市程序后，其他网络安全审查工作机制单位因持有不同的意见而决定依职权对企业发起网络安全

7. 新《办法》第七条。

8. 《网络数据安全条例》(征求意见稿)第十三条 数据处理者开展以下活动，应当按照国家有关规定，申报网络安全审查：……（二）处理一百万人以上个人信息的数据处理者赴国外上市的；（三）数据处理者赴香港上市，影响或者可能影响国家安全的……

审查，实践中是否可行、如何操作以及需要何种协调机制仍有待监管部门提供进一步的执法指引和澄清。

二、网络安全审查的流程

（一）特别审查流程期限进一步延长

新《办法》在总体上沿用了征求意见稿的审查流程与期限，但是将“特别审查程序”（即在出现网络安全审查工作机制成员单位、相关部门意见不一致情况时，需征求有关部门意见并报中央网络安全和信息化委员会批准的情况）的审查期限由3个月延长至90个工作日。

在新《办法》的规定下，一般情形的网络安全审查将在启动后60个工作日（45+15）内完成，进入特别审查程序的周期则可能长达7个月（45+15+90=150个工作日内）。需要注意的是，网络安全审查办公室要求提交补充材料的时间不计入审查时间，而根据我们协助企业申报网络安全审查的实践观察，网络安全审查表格中要求的信息较多且颗粒度较细，如果企业在前期未能收集充分的信息并妥善填写网络安全审查表格以及准备支持材料，可能会导致多轮事实核查和补充材料提交，使得网络安全审查的实际期限更加漫长。

建议有关企业将可能触发的网络安全审查期限充分考虑在商业计划的时间表内，并在项目初期充分收集相关的事实材料（尤其是关于主营产品和服务的数据处理详情），并审慎预判自身业务特性以及产品和/或服务是否会造成国家安全的影响。否则，如果企业在提交港股A1等上市申请材料或者在美股交易所进行秘交后被监管要求启动网络安全审查，可能将延误上市进程。如果企业在成功上市之后被监管机关要求启动网络安全审查，则可能会面临负面舆论和监管的双重压力。

（二）网络安全审查的结果

网络安全审查办公室完成审查后，会以书面形式将审

查结论通知企业，但新《办法》未明确规定审查结论的具体情形。结合其他法律法规项下规定的安全审查机制，实践中可能存在无条件通过、附条件通过以及不通过等情形。

从有限的实践来看，监管机关如果在网络安全审查中发现企业存在违反其他法律法规的行为，还可能启动相关的行政执法程序。例如在对滴滴的网络安全审查中，国家网信办根据网络安全审查结论及发现的问题和线索，对滴滴公司涉嫌违法行为进行立案调查，最终认定滴滴存在违反《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》的违法违规行，并依据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《行政处罚法》等法律法规，对滴滴进行了巨额罚款。⁹

三、数据相关的其他安全审查制度

除网络安全审查之外，中国近年来还建立了其他的审查制度规制数字经济领域的国家安全问题。需要说明的是，这些审查制度之间并不互斥，同一企业、同一交易不排除可能触发多项审查机制。

（一）数据安全审查

2021年9月1日实施的《数据安全法》第二十四条规定：“国家建立数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查”。根据新《办法》第二十二条，国家网信办首次公开明确网络安全审查与数据安全审查并不等同：“国家对数据安全审查、外商投资安全审查另有规定的，应当同时符合其规定”。

同时，据国家网信办有关负责人就新《办法》答记者问所提及：《数据安全法》明确规定国家建立数据安全审查制度，国家网信办据此对《网络安全审查办法》进行了修订，聚焦网络平台运营者开展数据处理活动影响或者可能影响国家安全的情形，并将其纳入网络安全审查范围。¹⁰这意味着，虽然网络安全审查同时关注数据安全问题，但国家有关部门还可能会另行出

9. 参见：《国家互联网信息办公室对滴滴全球股份有限公司依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定》，载网信中国公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/jvME41TaNixTLQXC2mYMqg>。《国家互联网信息办公室有关负责人就滴滴全球股份有限公司依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定答记者问》，载网信中国公众号 <https://mp.weixin.qq.com/s/6v-BVICScq1loDmdx7x9ww>。

10. 参见《国家网信网，《网络安全审查办法》答记者问》，http://www.cac.gov.cn/2022-01/04/c_1642894602460572.htm。

台专门性规则用来执行《数据安全法》第二十四条的数据安全审查制度。

需要注意的是，2022年7月7日发布的《数据出境安全评估办法》规定的出境安全评估制度是《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》针对数据出境行为设置的专门的评估制度，其性质属于常态化的行政监管事项，不同于个案性质的数据安全审查。

（二）外商投资安全审查

随着我国对外商投资活动的不断开放，2020年1月1日施行的《外商投资法》第三十五条建立了外商投资安全审查制度，“对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。”

虽然国家发改委2020年11月27日发布的《外商投资安全审查办法》没有明确地将涉及数据的投资活动列举为需要申报外商投资安全审查的情形，但在中国强化数据保护和网络安全监管的大背景下，涉及特定数据和网络安全因素的企业有可能会落入办法规定的“重要基础设施”、“重要信息技术和互联网产品与服务”或“其他重要领域”。如在外商投资活动中，如果外方投资者拟取得所投资企业的实际控制权，则需要考虑申报外商投资安全审查。¹¹

外商投资安全审查与网络安全审查针对数字经济领域内不同的商业活动：前者针对外商投资，后者则针对特定企业的供应链或者赴境外上市融资的行为。但因为两者的考量维度均是市场主体活动对国家安全的影响，网络安全审查规定的触发情形对于判断一项外资交易是否会触发安全审查具有重要参考意义。例如，收购标的若为关键基础设施运营者、收购标的掌握100万以上个人信息或者掌握重要数据，均有可能触发外商投资安全审查。根据我们的实践经验，国家发改委在实施外商投资安全审查、判断申报的外商投资是否影响国家安全时，也会考虑网络安全和数据安全相关的事宜。需要关注的是，外商投资安全审查也可

能会在交易实施后由国家发改委依职权启动。

四、结语

国家网信办在公布对滴滴依法作出网络安全审查相关行政处罚决定的答记者问，中明确表态将依法加大网络安全、数据安全、个人信息保护等领域执法力度，依法打击危害国家网络安全、数据安全、侵害公民个人信息等违法行为，¹²而网络安全审查制度势必是国家网信办实施上述行动的重要抓手之一。

建议企业在开展赴境外上市等可能触发网络安全审查的活动时，对自己的数据处理活动进行充分、深入的核查，并审慎研判触发网络安全审查的可能性，避免因错误判断影响商业计划的实施进度甚至遭遇行政执法。在实施其他的商业活动时，也应当关注数据处理行为对国家安全的影响，以及时判断其行为触发其他安全审查机制的可能性。

11. 《外商投资安全审查办法》第四条。

12. 参见：《国家互联网信息办公室有关负责人就滴滴全球股份有限公司依法作出网络安全审查相关行政处罚的决定答记者问》，载网信中国公众号 <https://mp.weixin.qq.com/s/6v-BVICScq1loDmdx7x9ww>。

第三节

《个人信息保护法》下互金企业的民事法律风险及合规方案

引言: 2021年8月20日,第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议表决通过了《个人信息保护法》(以下简称“《个保法》”),并于2021年11月1日起正式实施。《个保法》在第七十条专门设置了公益诉讼条款,明确将个人信息保护的民事责任纳入检察公益诉讼法定领域。次日,最高人民检察院下发《关于贯彻执行个人信息保护法推进个人信息保护公益诉讼检察工作的通知》(以下简称“《通知》”),明确要求推动公益诉讼条款落地落实,推动形成个人信息保护多元共治新格局。对于互联网与金融企业而言,其业务模式决定了企业的经营活动频繁关涉个人信息处理活动,其业务规模亦决定了个人信息处理活动的体量,如若互金企业未能合法合规地收集、使用、提供、公开个人信息,极易触发民事、行政与刑事等多元法律风险。特别是以检察机关提请公益诉讼为路径的民事救济,带有极强的政府监管色彩,互金企业应当充分认识到该类公益诉讼对涉案企业的重大影响。如何防范民事法律风险,将成为互金企业建设个人信息保护制度的工作重点之一。

一、个人信息保护多元共治格局下的民事法律风险与公益诉讼

《网络安全法》、《数据安全法》与《个保法》共同构建起网络空间治理和数据保护的规范体系。然而,前两者均是以侵害网络安全和数据安全的行政责任和刑事责任为其规范保障,而《个保法》除了设置相关行政责任与刑事责任外,还特别设置了民事责任作为对侵犯公民个人信息权益的救济途径。这一制度设计的法律效果在于,对于高度依赖个人信息处理活动的互金企业而言,其《个保法》项下的民事法律风险显著提高,且涉案企业会因该民事责任面临更为不利的后果。

(一)《个保法》相关规则导致民事法律风险显著提高

《个保法》项下的民事责任具有以下两个显著特征,其功能均在一定程度上导致个人信息处理者的民事法律风险有所提高。

第一,在举证责任方面,《个保法》实行举证责任倒置规则。《个保法》第六十九条第一款规定,处理个人信息侵害个人信息权益造成损害,个人信息处理者不能证明自己没有过错的,应当承担损害赔偿等侵权

责任。不同于“谁主张,谁举证”的一般规则,除非个人信息处理者能够证明自身在被控侵犯公民个人信息权益的行为中不存在过错,否则承担民事侵权责任。举证责任的倒置,要求个人信息处理者承担更多的证明责任,这使得个人信息处理者应诉成本显著增加,同时承担民事侵权责任的风险显著提高。在司法实践中,相关案例显示互联网企业在处理个人信息过程中会因无法证明不存在过错而承担相应的民事责任。¹

第二,在救济途径方面,《个保法》对侵犯众多个人信息权益的案件设立公益诉讼。在侵害个人信息权益的案件中,原告(被侵权人)往往是个人信息权益的所有人(自然人),但由于受到时间精力、财力物力的限制,加之当今对个人信息处理往往牵涉互联网专业技术,因此自然人在主张侵权损害赔偿时,往往在调查取证上遇到相当大的障碍,因而难以获得理想的效果。《个保法》第七十条针对侵犯众多个人信息权益的行为,允许检察院等机关或组织为原告向人民法院提起公益诉讼。相较于自然人仅拥有极为有限的调查取证手段,《人民检察院公益诉讼办案规则》(以下简称“《公益诉讼规则》”)第三十五条第一款赋予了检察机关更为有效的调查取证手段。一方面,检察机关可以向有关单位和個人询问情况、收集证据、勘验现场。面对检察机关作为取证主体,相较于个人取证,有关单位和个人的配合程度更高,取得有利证

1. 详见北京市第一中级人民法院(2017)京01民终509号民事判决庞理鹏诉过北京趣拿信息技术有限公司案,《最高人民法院发布第一批涉互联网典型案例》,载《人民法院报》2018年8月17日。

据的可能性更大。另一方面，检察机关可以通过咨询专业人员或专业机构，委托鉴定、评估等方式，获取有利证据，而自然人往往缺乏财力和资源采取这些手段。因此，由检察机关提起公益诉讼，原告调查取证的能力更为强大，更有可能取得证明涉案企业民事责任的证据。

（二）公益诉讼对涉案企业的不利影响

相较于民事责任的一般救济途径，公益诉讼具有更强的政府监管色彩。其独特的运行机制在一定程度上导致涉案企业将面临更为不利的后果。

第一，涉案企业所面临的赔偿数额量级更高，达到“1+1 > 2”的效果。《个保法》第七十条明确规定，提起公益诉讼的前提是“侵害众多个人的权益”。这导致涉案企业面临的赔偿数额在量级上有明显提高。如果由受到侵害的自然人单独提起民事诉讼，不少受侵害的自然人可能因没有意识到个人信息受到了侵害而未提起诉讼，或考虑到司法程序较为复杂而放弃提起诉讼。但是，在民事公益诉讼中，一方面，检察院通过公告的形式，可以让更多未能意识到个人信息受到侵害的自然人主张权利，另一方面，由于自然人的调查取证、主张赔偿的成本显著降低，这会激励更多受害者主张权利。因此，一旦涉案企业败诉，其承担的赔偿金额将远高于由自然人提起诉讼时所承担的赔偿。此外，公益诉讼中检察机关具有更加强大的调查取证能力，因而有能力获取更多不利于涉案企业的证据，从而导致涉案企业在败诉的同时承担更高的赔偿金额。同时，检察机关在调查取证时所采用的专业手段花费成本较高，一旦涉案企业败诉，将承担更高的诉讼费用。

第二，公益诉讼促使民事调查与行政、刑事调查的衔接更高效。《通知》明确要求，各级检察机关要积极稳妥办理涉及互联网平台企业的相关案件，加强与行政机关协作配合，健全行政执法与公益诉讼检察衔接机制。一方面，未来检察机关将在个人信息保护领域和有执法权的行政机关加强配合，可能采取包括证据共享在内的各种方式，推动行政执法进程加速。因此，涉案企业在面临检察机关提起的民事公益诉讼的同时，可能还需要接受包括市场监管部门、公安部门在内的行政调查。另一方面，如果涉案企业被公安机关列为侵犯个人信息犯罪的刑事调查对象，除了向公

安机关共享取得的证据外，由于案件证据材料相对更加完整，检察机关也可能加快审查起诉阶段的进程，使得刑事调查与民事公益诉讼、行政调查的衔接更加紧密、高效。因此，《个保法》中公益诉讼的确立，可能形成未来侵犯个人信息刑事、行政、民事责任“三管齐下”的格局，大大增加涉案企业的应对、处理成本，为企业的日常运营带来沉重负担。

第三，公益诉讼的公告机制致使涉案企业面临商誉受损的不良影响。在现代社会的企业经营中，声誉是企业重要的“软资产”之一。在业内和公众中拥有较高声誉的企业，往往能够获得更多商业机会，以扩张商业版图。一旦企业被曝出违法、违规等负面消息，小则股价下跌，大则因为失去公众和商业伙伴信任而走向没落。与普通的民事诉讼不同，《公益诉讼规则》第九十一条明确规定，民事公益诉讼中，人民检察院认为社会公共利益受到损害，存在违法行为的，应当在具有全国影响的媒体发布公告，公告期间为三十日。相关企业一旦因为侵害公民个人信息而被人民检察院提起公益诉讼，除了可能的侵权损害赔偿外，还可能面临巨大的声誉损失和商业机会损失。

二、互金企业降低个人信息保护项下民事法律风险的合规方案

鉴于互金企业在个人信息保护项下具有较高的民事法律风险，且公益诉讼的救济途径可能会对涉案企业造成更为严重的不利后果，互金企业应当将防范民事法律风险作为建设个人信息保护制度的工作重点之一。我们认为，构建完善的个人信息保护合规体系是降低民事法律风险的最佳解决方案。

（一）合规体系对互金企业的重大意义

合规体系对互金企业的意义首先在于帮助企业切割个保法项下的民事责任。从国内外的行政和刑事执法的经验上看，拥有一套完善的合规体系能够在很大程度上降低甚至免除企业的行政和刑事责任。这一解决方案同样适用于《个保法》项下的民事责任。这是因为，《个保法》民事责任以过错责任为基础，只要涉案企业能够证明其已搭建一套完善的合规体系并充分贯彻落实，即可主张其不存在过错，进而切割民事责任。完善且更新及时的事前合规制度、有效而严格的事中合规检查和实施和及时的事后内部调查，可以在很大程度上证明企业已经尽最大可能完成了对个人信息的

保护义务，进而将企业所面临的民事责任与员工个人需要承担的侵权责任切割开。

合规体系另一积极意义在于帮助互金企业建立违法犯罪的预防体系，进而营造企业良好的合规文化。一套完善合规体系的存在，很大程度上可以预防违法犯罪的发生。第一，企业对经营业务的各个环节建立严格的制度，既可以避免系统性的较大合规风险，也可以降低企业员工利用企业管理漏洞从事违法违规行为的合规风险，达到使员工“不能违法犯罪”的目的。第二，企业加强对合规制度的教育培训，也可以使员工意识到违法行为的后果严重性，并且向员工传达企业对不合规行为的零包庇、零姑息态度，达到使员工“不敢违法犯罪”的目的。第三，企业通过对员工有关合规制度的宣传培训，营造出企业良好的合规文化与氛围，达到使员工“不想违法犯罪”的目的。

（二）如何为互金企业搭建合规体系

健全的合规体系应当包括制度建设、合规体检、内部调查等事前、事中、事后三个维度。就互金企业所涉及的个人信息安全合规工作而言，应当包括如下三方面内容：

第一，针对行业一般风险和互金企业的特殊情况建立个人信息保护合规制度。企业合规体系构建的本质目的是“防患于未然”。在合规风险尚未转化为实际的法律责任之前，企业应当充分评估所在行业的一般风险和企业自身面临的特别风险，并通过建立合规制度最大程度消除法律责任风险。就个人信息保护而言，互金企业所面临的行业一般风险包括企业未经授权或超越权限采集公民个人信息数据、企业或其员工传播或倒卖个人信息问题、个人信息处理不当导致的个人信息泄露问题等。针对这些问题，互金企业应当制定关于个人信息收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等活动的设备技术要求与程序要求。同时，互金企业还应当根据其主营业务、经营范围、营业规模、所在地的监管形势等因素，为该互金企业所面临的特别化合规风险制定特别的合规制度。

第二，针对企业合规制度及其实施情况进行合规体检。合规制度的建立只是合规体系构建的第一步，互金企业还应当确保合规制度严格落实到其日常经营中。日常经营中对合规制度的落实，主要通过进行定期全面合规体检和不定期的专项合规体检得以保证。全方

面合规体检的内容包括但不限于：（1）合规制度是否因为法律法规的更新、执法标准的变化而落后，是否需要针对企业的业务拓展和变化而补充、修订；（2）合规制度是否在企业的日常运营中得到充分遵守；（3）企业对合规制度的执行是否存在强有力的监督。不定期的专项合规体检将针对企业合规制度中的某项或者某几项合规制度，进行专门的检查。

第三，针对已发生的合规风险展开内部调查，完善合规制度。即便合规制度再完善、执行监督再严格，企业也难免会面临紧急的合规风险。出现合规风险后，企业首先应当对违反国家法律法规和企业相关制度的员工展开内部调查，并对员工违法违规的证据予以固定，以确保在未来可能面临的刑事和行政执法中配合政府部门的调查，减轻企业责任。在处理完合规风险后，企业也应当总结本次合规风险发生的原因，并将获得的经验教训体现在企业的合规制度中，以避免重蹈覆辙，遭受更为严厉的处罚。

第四节

中国数据跨境传输新规解读

引言：根据《个人信息保护法》（“《个保法》”）的要求，“向境外提供个人信息”必须具备相关条件，包括国家网信部门组织的安全评估（下称“安全评估”）、专业机构进行个人信息保护认证（下称“机构认证”）、订立网信部门制定的标准合同（下称“标准合同”）和其他法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他依据。随着《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范》（“《认证规范》”（以2.0版本为准）¹）、《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》（“《标准合同规定（征求意见稿）》”）、《数据出境安全评估办法》（“《出境评估办法》”）的相继发布与出台，我国数据跨境监管制度的落地实施已经具备有效的规则支撑。本文将简要介绍相关跨境监管制度的主要内容，梳理总结企业在现阶段就新规应采取的合规措施。

一、《出境评估办法》主要内容解读

《出境评估办法》的出台则明确了数据出境安全评估的适用范围、重点评估内容、评估流程与期限，以及不进行事前评估的法律后果等实质性内容。《出境评估办法》已于2022年9月1日正式施行，对9月1日之前发生的历史数据跨境传输仅给予6个月的过渡期。

（一）适用范围

《出境评估办法》在第4条明确了安全评估的适用范围，这一范围基本与《标准合同规定（征求意见稿）》的适用范围（具体见下文）形成互补关系。

数据处理者向境外提供数据，有下列情形之一的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估。

1. 数据处理者向境外提供重要数据；
2. 关键信息基础设施运营者和处理100万人以上个人信息的处理者向境外提供个人信息；
3. 自上年1月1日起累计向境外提供10万人个人信息或者1万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息；
4. 国家网信部门规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形。

《出境评估办法》第4条第2款下设置的达到处理100万人门槛的个人信息处理者（“大量个人信息处理者”），是否向境外出境任何的个人信息都需要申报政府评估，有待监管部门澄清。如是，考虑到已经海外上市的企业常规合规项目中必然会涉及到高管个人信息的传输，那么在这种场景下大量个人信息处理者更换个别高管并向境外交易所提交个人信息也需要事前政府评估？另外，“100万人”后续是否也会作为《个保法》第40条规定的本地化存储的判断标准，有待监管部门后续澄清。

《出境评估办法》第4条第3款下设置的“10万人个人信息”与“1万人敏感个人信息”的计算标准，也存在同样的待澄清问题。例如：

- 如果境内出境方的某一项业务累计向境外提供超过10万人个人信息或1万人的敏感个人信息，是否意味着达到该标准的当年境内出境方的所有其他业务涉及到跨境数据传输的均需要申报政府评估？
- 在上一年1月1日前已经出境的历史出境数据，在计算本期“10万”/“1万”标准时，网信部门是否会重复计算也仍然有待进一步说明。
- 在境内出境方向不同的境外接收方（例如境外的供应商、境外的关联方）传输同一用户或者同

1. 截至目前为止，全国信息安全标准化技术委员会已发布了两个版本的认证规范，分别是2022年6月发布的1.0版本和2022年12月发布的2.0版本。下文将以2.0版本为准。

一名员工的个人信息的情况下，如何进行“累计计算”，是按照出境个人信息所属的自然人数量计算且会考虑去重，还是需要先计算向每一境外接收方提供的信息数量再按照人数进行总量计算，不考虑去掉重复的人数？

- 在假设达到数量门槛的情况下，境内受托方向境外受托方提供数据的行为，是否需要申报政府评估程序？常见的场景就是云服务提供商自己的服务器或者系统涉及需要境外团队或其供应商协助运维和管理的场景。

由于《出境评估办法》的适用范围非常之宽，在短期内迎来一波申报审批高峰。事实上，为了指导企业的申报工作，国家网信办已于2022年8月31日发布了《数据出境安全评估申报指南（第一版）》并在其中对数据出境安全评估申报方式、申报流程、申报材料

等具体要求作出了说明。同时，为出境方准备申报材料提供指引，各地省级网信办也纷纷通过开设咨询热线或者窗口，或者发布申报工作实务问答等形式，明确、细化提交材料的内容与形式要求。

对于一些数据出境安全风险相对较低的场景，比如因集团人力资源管理涉及的员工数据出境，因企业治理或内部调查涉及的人员信息汇报与沟通（在员工违纪比如性骚扰或者其他违纪行为调查时），网信部门是否会针对此类场景设置简化流程以减轻企业的合规负担，也有待明确。

（二）评估要求

《出境评估办法》对出境自评估和政府评估的要点做出了原则性的规定。

自评估的评估事项	政府评估的评估事项
数据出境和境外接收方处理数据的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性	数据出境的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性
出境数据的规模、范围、种类、敏感程度，数据出境可能对国家安全、公共利益、个人或者组织合法权益带来的风险	境外接收方所在国家或者地区的数据安全保护政策法规和网络安全环境对出境数据安全的影响；境外接收方的数据保护水平是否达到中华人民共和国法律、行政法规的规定和强制性国家标准的要求
境外接收方承诺承担的责任义务，以及履行责任义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境数据的安全	出境数据的规模、范围、种类、敏感程度，出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等的风险
数据出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等的风险，个人信息权益维护的渠道是否通畅等	数据安全和个人信息权益是否能够得到充分有效保障
与境外接收方拟订立的数据出境相关合同或者其他具有法律效力的文件等（以下统称法律文件）是否充分约定了数据安全保护责任义务	数据处理者与境外接收方拟订立的法律文件中是否充分约定了数据安全保护责任义务
其他可能影响数据出境安全的事项	遵守中国法律、行政法规、部门规章情况
	国家网信部门认为需要评估的其他事项

因网信部门有权要求出境方提交“安全评估工作需要的其他材料”，针对境外接收方所在地数据保护法和网络安全环境的评估，需要进一步观察网信办是否会要求出境方提供相关律师意见或技术咨询意见作为参考。

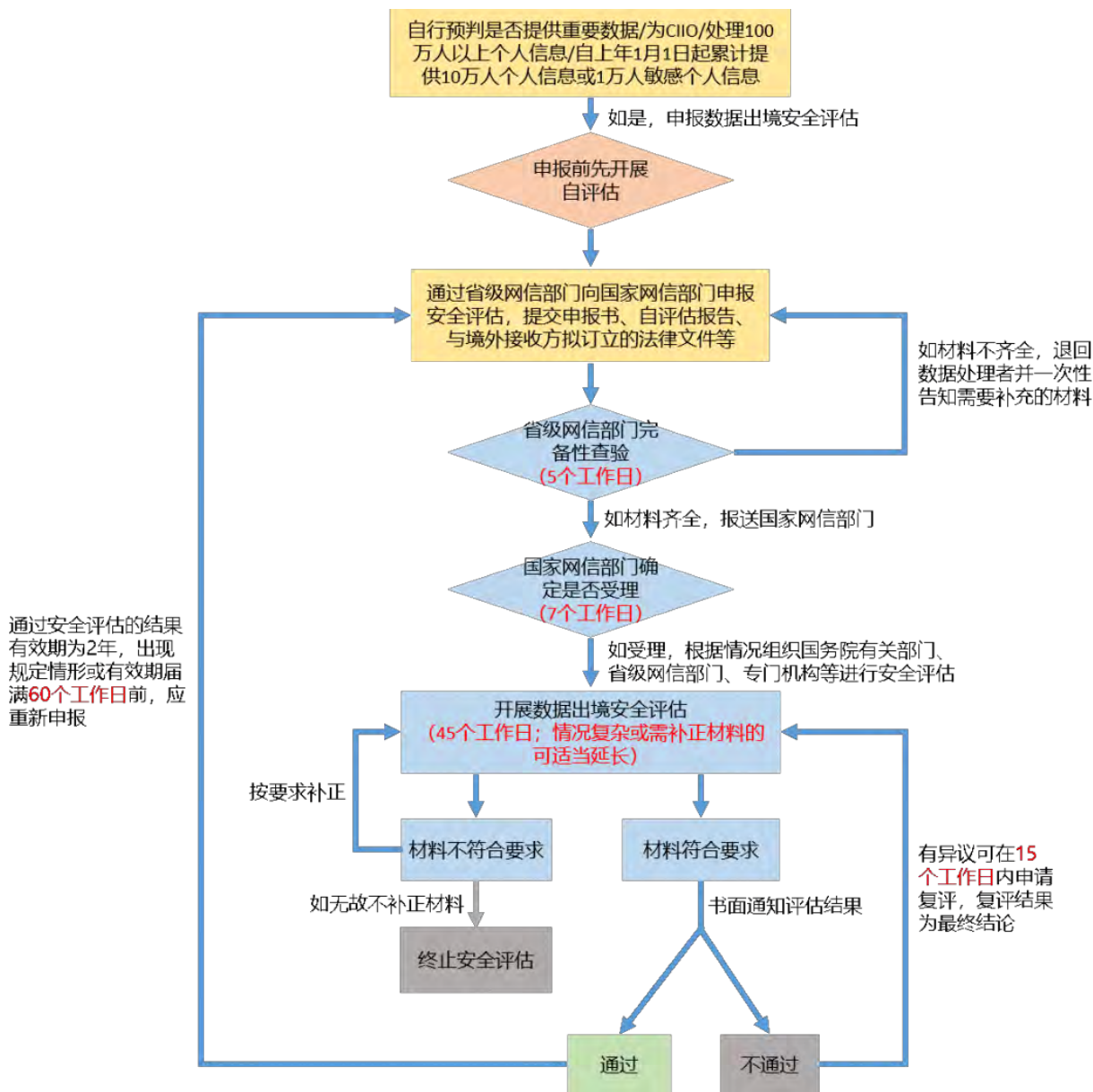
《出境评估办法》还要求评估“境外接收方的数据保护水平是否达到中华人民共和国法律、行政法规的规定和强制性国家标准的要求”，意味着境内出境方可能需按照中国法律法规和国家标准的要求梳理一套适用的检测标准，以供境外接收方评估其是否能够提供足够的数据保护水平。

（三）评估流程

根据《出境评估办法》，数据跨境评估主要需要经过三个程序，即：

- 境内出境方自评估，
- 省级网信部门初审，
- 国家网信部门开展正式的政府评估程序。

请见下图对《出境评估办法》下数据出境安全评估程序的总结：



从程序设置上看,《出境评估办法》在第13条增设了“异议流程”,允许境内出境方在数据出境请求未通过政府评估后向国家网信部门申请复评,复评结果为最终结论。

从程序期限上看,一般情况下数据出境政府评估在至多57个工作日内应能完成政府评估。《出境评估办法》第12条的规定,“情况复杂或者需要补充、更正材料的,可以适当延长并告知数据处理者预计延长的时间”,授予了国家网信部门延长期限的权力。由于网信办决定延长的期限存在不确定性,企业在部署其数据传输计划时也应将这一因素考虑在内。另外,如果申报材料不齐全或材料内容不符合要求,省级网信部门和网信办都有权要求补正,而该等补正的要求很有可能会导致评估期限的延长。为避免前述情况,建议企业扎实地开展自评,并在自评阶段就充分考虑政府评估的要点。

《出境评估办法》第14条规定了政府评估结果的有效期为2年,自评报告出具之日起算。如果出境需求在有效期届满之时仍然存续的,则需要在届满前60个工作日内重新申报评估。此外,当发生以下情形时,境内出境方也应当重新申报政府评估:

- “向境外提供数据的目的、方式、范围、种类和境外接收方处理数据的用途、方式发生变化影响出境数据安全的,或者延长个人信息和重要数据境外保存期限的”,
- “境外接收方所在国家或者地区数据安全保护政策法规和网络安全环境发生变化以及发生其他不可抗力情形、数据处理者或者境外接收方实际控制权发生变化、数据处理者与境外接收方法律文件变更等可能影响出境数据安全的”,以及
- 出现影响出境数据安全的其他情形。

(四) 其他值得关注的问题

除了以上的观察之外,我们认为《出境评估办法》的如下问题也值得关注:

《出境评估办法》第2条说明“数据处理者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据和个人信息的安全评估,适用本办法。法律、行政

法规另有规定的,依照其规定”。当行政法规甚至部门规章确实存在特定的数据出境审批要求(例如人类遗传资源信息),在实践中将如何衔接不同的审批程序?

在《出境评估办法》生效后、各个行业主管出台重要数据的具体识别要求前,出境方如何识别其需要跨境传输的数据是否包含重要数据是需要特别关注的问题。《重要数据识别指南》国家标准经过数次修改,而且之前的版本也有过很多行业的重要数据的举例。虽然该国家标准尚未最终定稿,但目前的阶段性征求意见稿也不失为一个自查的参考判断依据。

二、《标准合同规定(征求意见稿)》主要内容解读

(一) 适用范围

考虑到安全评估程序本身的复杂性(比如得到政府批准的可能性)、机构认证程序所需的时间成本和金钱成本,标准合同一直以来都是备受业界期待的出境方式,尤其是在欧洲的监管机构已经通过实践证明了企业利用标准合同工具进行跨境传输的可操作性。

但是,根据《标准合同规定(征求意见稿)》,标准合同作为数据出境基础的适用门槛非常高。除了关键信息基础设施运营者和处理100万人个人信息的个人信息处理者不能适用以外,如果过往存在向境外传输十万人的个人信息,或者向境外传输一万人的敏感个人信息的企业(均自上年1月1日起累计计算),也不能适用“标准合同”作为出境基础。

上述严格的门槛设置使得稍有规模的跨国机构就可能无法适用“标准合同”作为出境基础,比如在华拥有员工超过1万人且利用全球HR系统进行管理的企业。而另一方面,以中国市场为主但是有向境外传输个人信息需求的本土企业(如零售行业企业),也可能因为100万自然人的个人信息这个“相当低”的门槛,而无法通过“标准合同”实现个人信息出境合规。

(二) 出境评估要求

从内容上看,《标准合同规定(征求意见稿)》下要求的个人信息保护影响评估的内容主要是从“三性判断”以及“风险与安全措施”两个大维度出发,对数

据跨境传输请求进行合规性审查，包括：

- （一）个人信息处理者和境外接收方处理个人信息的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性；
- （二）出境个人信息的数据、范围、类型、敏感程度，个人信息出境可能对个人信息权益带来的风险；
- （三）境外接收方承诺承担的责任义务，以及履行责任义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境个人信息的安全；
- （四）个人信息出境后泄露、损毁、篡改、滥用等的风险，个人维护个人信息权益的渠道是否通畅等；
- （五）境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策法规对标准合同履行的影响；
- （六）其他可能影响个人信息出境安全的事项。

其中最为重要的一点则是《标准合同规定（征求意见稿）》将“境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策法规对标准合同履行的影响”也纳入了自评估的范围之中，并且通过标准合同的合同条款要求境外接收方也承担为该等评估提供必要信息的义务。实际上，对于该项评估因素是否应当由个人信息处理者自行承担，以及如何开展该等评估一直尚未明确，而且从企业角度出发判断境外法律环境的影响是否本身就存在利益冲突。如果该等评估要求最终被网信办采纳，那么境内出境方或境外接收方有可能需要境外律师事务所出具法律意见书以满足相应的评估要求。

（三）备案程序与审查

从程序上，《标准合同规定（征求意见稿）》要求个人信息处理者在标准合同生效之日起10个工作日内向所在地省级网信部门备案并提交包括标准合同以及个人信息保护影响评估报告在内的备案材料。

考虑到备案合同数量可能非常庞大，备案制度的实施意味着网信部门可能无法实质性地审查备案合同（以及个人信息保护影响评估报告）的内容，但是网信部门很可能通过备案的内容“按图索骥”地对于境内出境方的数据跨境传输实践进行了解，如果发现违规的情况也可能会直接进行执法，尤其是在发生负面舆情的情下。

《标准合同规定（征求意见稿）》还提出了许多配套的要求，相关要求在实践中如何落实也是值得企业关注的问题。首先，《标准合同规定（征求意见稿）》

第8条特别要求任何出境数量的变化都需要重新签署合同并履行备案程序。在个人信息出境预计将持续发生（如境内收集系统与境外处理系统不间断交互或将服务器移至中国境外或使用中国境外服务器的云服务）而非一次性数据传输的情况下，该等重新签署要求将很难落地。目前尚不清楚监管部门是否能接受在填写数量时提供范围而非具体数字的备案方式。上述疑问需要监管部门的进一步澄清。

另外，当个人信息数量随着业务开展达到需要进行安全评估的门槛时，监管部门也需要阐明标准合同机制与安全评估机制如何进行衔接，特别是考虑到企业进行数据本地化或申请安全评估都需要一定时间进行准备，在该等准备期间个人信息传输是否能够继续进行以及标准合同是否持续有效会极大地影响企业的业务连续性。例如，网信部门是否会提供一个过渡期的衔接方案，以避免对企业业务连续性的负面影响，例如明确企业在特定期间申请安全评估或筹备数据本地化，是否会明确已经签署和备案的标准合同经修订后可以作为数据安全评估要求的数据出境相关合同，或原标准合同将自动失效并需要重新签署。

其次，《标准合同规定（征求意见稿）》要求“个人信息处理者与境外接收方签订与个人信息出境活动相关的其他合同，不得与标准合同相冲突”，这对于在华跨国企业而言提出了难题。在GDPR生效以后，相当数量的跨国企业为了履行欧盟的监管要求，在集团内部已经签署了“集团内数据跨境传输协议”，以满足世界各地的实体之间分享数据的要求。而如今，中国政府要求自中国发起的数据跨境传输必须要以中国的标准合同的约定为准，使得跨国企业需要协调已经签署的“集团内数据跨境传输协议”和标准合同之间的安排（尤其是欧盟的标准合同条款和网信部门发布的标准合同之间内容存在冲突时）。在协议协调层面，比较便捷可行的协调方式包括将标准合同作为单独附录，适用于涉及中国的个人信息出境，或在协议中明确针对涉及中国的个人信息出境，如标准合同条款与现有集团内数据跨境传输协议有冲突的，以标准合同条款内容为准等方式。此外，网信部门是否会要求企业在备案时同步提交例如“集团内数据跨境传输协议”等其他与数据出境活动相关的合同，也值得进一步的观察。

（四）其他待澄清问题

《标准合同规定（征求意见稿）》和标准合同还有如下问题同样值得关注：

- 网信办是否会参照欧盟的体例，将标准合同进一步拆分成适用于“个人信息处理者-个人信息处理者”和“个人信息处理者-受托方”两种版本甚至更多版本。或者，是否在备案的指引中说明不同的场景如何使用标准合同；
- 《标准合同规定（征求意见稿）》规定不履行备案手续（而非不签订标准合同）将受到《个保法》的处罚，实践中需要考虑《个保法》中对应适用的责任条款；
- 网信部门是否会参照欧盟 EDPB 出台有关数据跨境影响评估（包括评估境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策法规对标准合同履行的影响）的具体指引。

三、《认证规范》主要内容解读

《认证规范》为《个保法》第三十八条第二款“个人信息保护认证”的落实提供了认证依据，初步明确了认证适用范围以及认证要求。《认证规范》并未说明有资质的认证机构与认证流程等相关事项，仍有待监管部门予以明确。中国网络安全审查技术与认证中心已在网站中开设了个人信息保护认证的专项页面²并展示了《个人信息保护认证申请书》³。

（一）适用范围与认证主体

《认证规范》作为认证机构对个人信息跨境处理活动进行个人信息保护认证的认证依据，主要适用于两类情形：

- 针对跨国公司或者同一经济实体、事业实体下属子公司或关联公司之间的个人信息跨境处理活动，可由境内一方申请认证；以及

- 《个保法》第三条第二款规定的境外个人信息处理者，可由其在境内设置的专门机构或者指定代表申请认证。

《认证规范》将《个保法》域外适用的情形纳入跨境数据认证的适用范围，是否意味着在境外直接收集境内自然人个人信息且适用《个保法》的数据处理行为也会被认定为跨境传输，以及《认证规范》在 1.0 和 2.0 版本中均持续采用“跨境处理”的特别表述有何监管涵义，有待监管部门进一步的澄清。

（二）认证要求

《认证规范》分别从具有法律约束力的协议、组织管理、个人信息跨境处理规则、个人信息保护影响评估以及个人信息主体权益保障五大方面对认证要求进行规定。

从认证规范的要求看来，跨国企业的境外总部或关联公司在接受其中部分要求时，可能会存在不同程度的顾虑，这也会在一定程度上影响企业申请认证的积极性，例如“境外接收方承诺接受中华人民共和国个人信息保护相关法律、行政法规管辖”，以及“境外接收方承诺接受中华人民共和国认证机构对个人信息跨境处理活动的监督，包括答复询问、例行检查等”等。

除将《个保法》作为认证依据之外，《认证规范》摘要部分还要求申请机构认证的个人信息处理者应符合推荐性国家标准《GB/T 35273-2020 信息安全技术 个人信息安全规范》。企业若申请个人信息保护认证，还应当检验优化内部数据合规状况时将前述国家标准的要求同时纳入检查范围。

2. 参见 <https://www.isccc.gov.cn/zxyw/sjaq/grxxbhrz/index.shtml>。

3. 参见 <https://www.isccc.gov.cn/images/zxyw/sjaq/%20grxxbhrz/sqsxz/2023/01/31/59F2F43CE72C8CFEFA788E42BAFE3BF8.pdf>。

认证条件	规范详情
有约束力的法律协议	开展个人信息跨境处理活动的个人信息处理者和境外接收方应签订具有法律约束力和可执行的文件，确保个人信息主体权益得到充分的保障。文件应至少明确下列内容： a) 个人信息处理者和境外接收方的基本信息，包括但不限于名称、地址、联系人姓名、联系方式等； b) 个人信息跨境处理的目的、范围、类型、敏感程度、数量、方式、保存期限、存储地点等； c) 个人信息处理者和境外接收方保护个人信息的责任与义务，以及为防范个人信息跨境处理可能带来安全风险所采取的技术和管理措施等； d) 个人信息主体的权利，以及保障个人信息主体权利的途径和方式； e) 救济、合同解除、违约责任、争议解决等； f) 境外接收方承诺并遵守同一个人信息跨境处理规则，并确保个人信息保护水平不低于中华人民共和国个人信息保护相关法律、行政法规规定的标准； g) 境外接收方承诺接受认证机构对个人信息跨境处理活动的持续监督； h) 境外接收方承诺接受中华人民共和国个人信息保护相关法律、行政法规管辖； i) 明确在中华人民共和国境内承担法律责任的组织，并承诺履行个人信息保护义务； j) 个人信息处理者和境外接收方均承诺对侵害个人信息权益行为承担民事法律责任，并明确约定双方应承担的民事法律责任； k) 其他应遵守的法律、行政法规规定的义务
组织管理	1、开展个人信息跨境处理活动的个人信息处理者和境外接收方均应指定个人信息保护负责人。个人信息保护负责人应具备个人信息保护专业知识和相关管理工作经历，由本组织的决策层成员担任。 2、开展个人信息跨境处理活动的个人信息处理者和境外接收方均应设立个人信息保护机构，履行个人信息保护义务，防止未经授权的访问以及个人信息泄露、篡改、丢失等，并在个人信息跨境处理活动中承担相关职责。
个人信息跨境处理规则	开展个人信息跨境处理活动的个人信息处理者和境外接收方应约定并共同遵守同一个人信息跨境处理规则，规则应至少包括下列事项： a) 明确跨境处理个人信息的基本情况，包括个人信息数量、范围、种类、敏感程度等； b) 明确跨境处理个人信息的目的、方式和范围； c) 明确个人信息境外存储的起止时间及期满后的处理方式； d) 明确跨境处理个人信息需要中转的国家或者地区； e) 明确保障个人信息主体权益所需资源和采取的措施； f) 明确个人信息安全事件的赔偿、处置规则。

认证条件	规范详情
个人信息保护影响评估	个人信息处理者应对拟向境外接收方提供个人信息的活动开展个人信息保护影响评估，并形成个人信息保护影响评估报告，评估报告至少保存 3 年。评估报告应至少包括下列事项： a) 个人信息处理者和境外接收方处理个人信息的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性； b) 跨境处理个人信息的规模、范围、类型、敏感程度、频率，个人信息跨境处理可能对个人信息权益带来的风险； c) 境外接收方承诺承担的责任义务，以及履行责任义务的管理和技术措施、能力等能否保障跨境处理个人信息的安全； d) 个人信息跨境处理存在的泄露、损毁、篡改、滥用等的风险，个人维护个人信息权益的渠道是否通畅等； e) 境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策法规对履行个人信息保护义务和保障个人信息权益的影响； f) 其他可能影响个人信息跨境处理安全的事项。
个人信息主体权益保障	1、个人信息主体权利 个人信息处理者和境外接收方应承认个人信息主体享有下列权利，并为个人信息主体行使权利提供便利条件： a) 个人信息主体是个人信息处理者和境外接收方签订具有法律约束力文件中的第三方受益人，有权要求个人信息处理者和境外接收方提供法律文本中涉及个人信息主体权益部分的副本，并向个人信息处理者和境外接收方主张权利； b) 个人信息主体对其个人信息的处理拥有知情权、决定权、限制或拒绝他人对其个人信息进行处理的权利、查阅权、复制权、更正与补充的权利、删除权，有权撤回对其个人信息跨境处理的同意； c) 个人信息主体行使上述权利时，个人信息主体可请求个人信息处理者采取适当措施实现，或直接向境外接收方提出请求。个人信息处理者无法实现的，应通知并要求境外接收方协助实现。个人信息主体有权要求个人信息处理者和境外接收方对其个人信息跨境处理规则进行解释说明； d) 个人信息主体有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策方式作出的个人信息跨境处理决定； e) 个人信息主体有权对违法个人信息跨境处理活动向中华人民共和国履行个人信息保护职责的部门进行投诉、举报； f) 个人信息权益受到损害时，个人信息主体有权向个人信息处理者、境外接收方的任何一方提出赔偿要求； g) 个人信息主体有权依据《中华人民共和国民事诉讼法》确定的管辖法院向开展个人信息跨境处理活动的个人信息处理者和境外接收方提起司法诉讼； h) 法律、行政法规规定的其他权利等。 2、个人信息处理者和境外接收方的责任义务 个人信息处理者和境外接收方应履行下列责任义务： a) 以电子邮件、即时通信、信函、传真等方式告知个人信息主体开展个人信息跨境处理活动的个人信息处理者和境外接收方的基本情况，以及向境外提供个人信息的目的、类型和保存时间，并取得个人信息主体的单独同意； b) 如果境外接收方所在国家或地区法律或政策发生变化，导致境外接收方无法履行本认证所提出的要求，境外接收方在知道前述变化后立即通知个人信息处理者及认证机构；

认证条件	规范详情
个人信息主体权益保障	c) 按照已签署的具有法律效力文件约定的处理目的、处理方式、保护措施等跨境处理个人信息，不得超出约定处理个人信息； d) 境外接收方承诺不将所接收的个人信息提供给第三方。如确需提供的，满足中华人民共和国有关法律、行政法规要求，并采取必要措施确保第三方个人信息跨境处理活动达到《中华人民共和国个人信息保护法》规定的个人信息保护标准； e) 为个人信息主体提供查阅其个人信息的途径，个人信息主体要求查阅、复制、更正、补充或者删除其个人信息时，及时予以响应，拒绝其请求的，说明理由； f) 客观记录开展的个人信息跨境处理活动，保存记录至少 3 年；按照相关法律法规要求向中华人民共和国履行个人信息保护职责的部门提供相关记录文件； g) 当出现难以保证个人信息安全的情况时，及时停止跨境处理个人信息，并通知对方； h) 发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，个人信息处理者及境外接收方立即采取补救措施，并通知对方，报告中华人民共和国履行个人信息保护职责的部门，按照相关法律法规要求通知个人信息主体，记录并留存所有与个人信息泄露、篡改、丢失有关的事实及其影响，包括采取的所有补救措施。 i) 应个人信息主体的请求，提供双方有法律约束力文件中涉及个人信息主体权益部分的副本； j) 境外接收方的境内法律责任承担方承诺为个人信息主体行使权利提供便利条件，当发生个人信息跨境处理活动损害个人信息主体权益时，为境外接收方承担相应的民事法律责任； k) 承诺接受认证机构对个人信息跨境处理活动的持续监督，包括答复询问、配合检查、服从采取的措施或做出的决定等，并提供已采取必要行动的书面证明； l) 承担证明相关责任义务已履行的举证责任； m) 承诺遵守中华人民共和国个人信息保护有关法律、行政法规，接受中华人民共和国司法管辖；承诺与个人信息跨境处理有关的纠纷适用中华人民共和国相关法律法规。

四、合规建议

考虑到中国数据跨境传输监管工具已基本建立，企业应考虑针对自身跨境数据传输活动制备合适的常态化工作计划：

- 梳理企业内部的跨境业务场景，识别落入《个保法》管辖的个人信息跨境传输以及潜在的重要数据跨境传输，区分不同的口径，计算跨境传输的数量并判断是否需要申报安全评估。实践中，完整地进行出境系统和场景以及相关数据链路的整理需要多个部门境内外的配合，且需时较长，建议企业如将数据出境与特定业务计划挂钩，应在业务上线前预留充分的时间落实跨境合规机制。
- 根据场景确定合规整改的优先级时间表。对核心业务所涉及的数据出境，或者所涉数据类型敏感（例如敏感个人信息和重要数据）、风险较高的业务场景，可以作为优先整改项，其他跨境场景

则可以作为次优先项进行调整。同时尽快落地数据分级分类管理，对不同敏感级别的数据进行分类管理，并对数据出境的必要性予以自查，以最终拟定出境计划。由于不排除网信部门可能会针对申报企业开展现场检查，或者通过安全评估对《个保法》中尚未明确的规则表达监管态度或者提出监管指引，建议企业应在资源可行的情况下尽快确定、落实合规整改措施。

- 针对触发安全评估的数据出境场景，尽快制定内部的自评估流程，包括创建评估所需的工具清单（包含对境内出境方的要求和对外境接收方的要求），参考《标准合同规定（征求意见稿）》起草数据出境合同，要求境外接收方配合提供自评估和政府评估所需的信息（如安全措施、境外的数据保护能力说明等）。考虑到自评估报告所需内容较多，信息收集工作与自评估报告的起草工作可以同步开展，避免耽误整体项目进度。

- 密切关注安全评估的政府办事指南以及常见问题说明，并在提交省级网信办后与监管部门保持畅通联系，以便及时了解申报材料需要改进的地方以及可能需要增补的内容。根据内部实际情况准

备不同的操作预案并评估其可行性以及对业务连续性的影响，例如安全评估如果未能通过时，是否有国产替代的服务商等方案、是否要将境外的系统运维团队调回国内等。

第五节 中国版“数据合规官”

引言：客观来说，许多中国企业是在 2021 年底中国《个人信息保护法》正式生效、第 52 条¹ 正式提出相关的概念后，才开始认真考虑和任命个人信息保护负责人（亦称“数据合规官”）。事实上，在《个人信息保护法》出台之前，中国在网络安全与数据保护方面的立法规定中就存在任命特定责任人员的类似要求，例如《网络安全法》第 21 条就要求网络运营者均应确定网络安全负责人（业内亦称“网络安全官”），落实网络安全保护责任；《数据安全法》第 27 条则要求重要数据处理者应当明确数据安全负责人（业内亦称“数据安全官”）和管理机构，落实数据安全保护责任。从法律规定的权责义务和监管部门的合规期待来看，国内法律法规中所指的网络安全官、数据安全官或者数据合规官，与国际主流数据保护法律法规项下要求的数据合规官均有所不同，尤其是欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）项下要求设立的数据合规官。原因在于 GDPR 仅关注个人信息处理生命周期的合规性要求和与之相对应的责任问题。因此，在开展《个人信息保护法》的合规项目过程中，许多中国企业就如何在本地甚至全球组织架构和人员体系内进一步任命《个人信息保护法》项下的数据合规官、确定其具体的职责与汇报条线、厘清数据合规官可能面临的内外部责任进行了诸多探讨。本文旨在通过阐述中国数据保护法项下对数据合规官的法律要求，以及自《个人信息保护法》实施以来诸多企业设置数据合规官的市场实操，为广大企业提供必要的合规参考。

一、哪些企业必须在任命《个人信息保护法》项下的数据合规官？

根据《个人信息保护法》第 52 条，只有个人信息处理数量达到规定门槛时，个人信息处理者才有义务指定数据合规官。然而截至目前，国家网信办尚未正式对该条所指的“规定数量”进行说明或者提供具体的判断指标，因而在法律意义上，哪些公司必须指定数据合规官仍然是个未知之数。

然而，由于多项法律法规的征求意见稿、多项监管实践中都突出了“一百万个人的个人信息”的数量门槛（具体示例如下），因而不排除“一百万个人的个人信息”同样会成为《个人信息保护法》第 52 条的“规定数量”标准：

- 《GB/T 35273 信息安全规范 个人信息安全规范（2022 年版）》（“《个人信息安全规范》”）第 11.1（c）条：满足以下条件之一的组织，应设立专职的个人信息保护负责人和个人信息保护工

1. 《个人信息保护法》第 52 条：处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人，负责对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督。个人信息处理者应当公开个人信息保护负责人的联系方式，并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。

作机构，负责个人信息安全工作：（1）主要业务涉及个人信息处理，且从业人员规模大于 200 人；（2）处理超过 100 万人的个人信息，或预计在 12 个月内处理超过 100 万人的个人信息；（3）处理超过 10 万人的个人敏感信息的。

- 《网络安全审查办法》第 7 条：掌握超过 100 万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。
- 《数据出境安全评估办法》第 4 条：数据处理者向境外提供数据，有下列情形之一的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估：……（二）关键信息基础设施运营者和处理 100 万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息……
- 《网络数据安全条例（征求意见稿）》第 26 条：数据处理者处理一百万人以上个人信息的，还应当遵守本条例第四章对重要数据的处理者作出的规定。

二、根据《网络安全法》或者《数据安全法》任命的网络安全官或者数据安全官，是否能够覆盖《个人信息保护法》项下数据合规官的法定职责？

很多中国企业（尤其是中国境内的跨国企业）在《个人信息保护法》出台之前并没有任命专门的数据合规官，主要原因在于在《个人信息保护法》之前的中国数据保护立法的核心理念是国家安全（具体体现为网络空间安全与数据资源安全），与以 GDPR 为代表的国际主流数据保护法所体现的监管重点和人员资格要求并不一致。

具体而言，网络安全官和数据安全官的职责更多是技术导向性的，且与传统信息技术、信息安全领域的要求密切相关，例如《网络安全法》项下体现的“网络安全保护责任”就包括落实“网络安全等级保护制度的要求”、“采取防范计算机病毒和网络攻击、网络

侵入等危害网络安全行为的技术措施”和“采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志”²、“网络运营者应当制定网络安全事件应急预案，及时处置系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入等安全风险”³等要求，而《数据安全法》项下要求的“数据安全保护责任”则至少要求“建立健全全流程数据安全管理制度，组织开展数据安全教育培训，采取相应的技术措施和其他必要措施，保障数据安全”⁴。由此可见，网络安全官与数据安全官均未专门指出“确保个人信息处理活动合法合规、保护个人信息安全”的职责，而这正是 GDPR 项下的数据合规官的重要职能。

虽然《个人信息保护法》没有专门论述数据合规官职责范围的条文，从实质意义上看中国版的数据合规官将会承担类似于 GDPR 项下数据合规官的职责与责任，因而中国企业确实需要开始认真考虑为其中国地区的实体和业务任命数据合规官，以落实《个人信息保护法》的合规要求。

实践中，由于网络安全官和数据安全官通常会由信息安全部门负责人、数据治理部门负责人等人选担任，这类负责人并不一定具备专业的、体系性的个人信息保护知识，无法完全胜任数据合规官的角色——因此大多数企业在现阶段可能会选择直接另行聘用数据合规官，而并非让原有的人员身兼数职。同样，除非数据合规官具有网络安全和数据安全的相关专业背景，否则数据合规官通常也难以兼任网络安全官或者数据安全官的角色。

三、在中国，担任数据合规官可能需要满足哪些要求？

《个人信息保护法》没有规定数据合规官的任职要求，例如专业知识、职业背景、执业资质、国籍、所在地等。虽然这种不确定性使得实践中企业在选聘数据合规官时拥有更大的灵活性，同时也为企业带来另一个问题：企业内部谁最有资格成为数据合规官。

综合国家网信办以及其他监管部门颁行的法律法规和

2. 《网络安全法》第 21 条。

3. 《网络安全法》第 25 条。

4. 《数据安全法》第 27 条。

规范性文件中体现的监管意图，我们认为在甄选数据合规官时，应重点考虑以下因素：

- **所在地。**由于第 52 条要求将数据合规官的信息提交至监管部门，因而常驻中国境内的人选能够亲自与监管部门进行面对面的沟通，将可能更便于担任《个人信息保护法》项下的数据合规官。同时，由于许多跨国企业的境外实体可能也会在中国境外开展个人信息处理活动，根据《个人信息保护法》第 53 条的要求它们可能需要任命一名境内代表，因而不少跨国企业也会将数据合规官与境内代表的角色进行一并考虑。即便如此，由于目前在法律法规层面没有限制或者禁止常驻中国境外的人选担任数据合规官，跨国企业仍然可以让亚太地区甚至全球的数据合规官兼任中国数据合规官。
- **专业知识。**即使法律法规层面没有对数据合规官任职所需的专业知识提出要求，我们认为正如《个人信息安全规范》所建议的，数据合规官理应在个人信息保护和管理方面具有实质的专业知识和实务经验。同时，考虑到实践中个人信息处理也会涉及移动应用、人工智能、云计算、隐私计算等前沿技术，因而数据合规官也应该具备最低限度的技术知识。
- **语言。**与所在地的考虑因素相类似，如果数据合规官可以流利地读写普通话，或者至少能用普通话进行面对面交流，在与监管部门进行直接沟通时则可以避免因语言障碍造成的信息不对称。
- **独立性。**尽管《个人信息保护法》并未明确禁止数据合规官担任其他职责（这与 GDPR 的数据合规官独立性要求有所不同），但是在实践中为避免业务需求与合规要求之间的冲突，我们建议企业在设置数据合规官职责时应确保其是具备充分独立性的。
- **汇报条线。**现行的法律法规并没有规定《个人信息保护法》项下的数据合规官的汇报条线。《个人信息安全规范》中则建议数据合规官应直接向“组织主要负责人”（例如首席执行官、董事长等）报告工作。据我们了解在实践中，中国企业的数
据合规官通常会直接向董事会报告工作，这也是上海市杨浦区检察院发布的地方性法规中的推荐实践之一。

- **人选外包。**根据我们的理解，监管部门可能更倾向于由企业内部人员担任数据合规官。由于《个人信息保护法》项下的法律责任主要与“个人信息处理者”相关联，即使将数据合规官的工作进行外包，《个人信息保护法》项下企业整体的责任和义务并不会发生实质的转移。因此，在外包数据合规官的情况下，监管部门仍有可能会追究企业法定代表人的责任。另外，数据合规官可能面临的个人法律责任也是目前境内鲜有运营、外包数据合规官的重要原因之一。

四、在中国数据保护法项下，数据合规官有哪些职责？

尽管在《个人信息保护法》项下，数据合规官在企业个人信息保护义务的落实和监督方面承担着关键的作用，但法律本身并没有具体说明数据合规官的职责。

整体而言，《个人信息保护法》项下的数据合规官可能需要承担以下职责：

- 在隐私和数据保护执法活动中担任核心负责人，负责与监管部门的沟通；
- 主导制定与个人信息保护相关的内部政策、指南和说明；
- 牵头起草和更新与隐私保护相关的外部文件，例如隐私政策；
- 承担、实施与个人信息保护有关的监管审批、备案要求；
- 审查和评估涉及个人信息跨境传输的业务场景，例如支持数据跨境传输的安全评估；
- 开展个人信息保护影响评估，以识别高风险的处理活动并提出风险减缓建议；
- 响应数据主体的请求，处理个人信息安全事件；以及
- 定期组织内部培训，提高员工的个人信息保护意识。

此外,《个人信息保护法》还要求数据合规官“负责对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督”,并可能需要对企业的违规行为承担个人责任。例如,根据《个人信息保护法》第66条,数据合规官将可能因企业的违规行为被处以最高100万元人民币的行政罚款,甚至可能被禁止在一段时间内担任高级管理人员或数据合规官的角色。

五、在执法活动中,有关政府部门是否将设置数据合规官作为检查点?

在公安行政执法中,公安并未明确提出约谈数据合规官的要求也未直接将数据合规官作为检查点。但在现场检查中,都有间接的检查点,这包括:

- 询问网络运营者是否成立网络安全领导机构。
- 询问网络运营者主要领导通知是否担任领导机构负责人。
- 询问网络运营者是否成立专门管理机构,并配备专门人员。
- 数据泄露发生后,询问事件是否上报领导,有无领导批示,网络运营者的领导层做何指示。

因此,企业如果设立数据合规官,在发生网络安全事件后,会有利于满足以上间接检查点的要求。如果企业未设立数据合规官,不会直接违反检查点的要求,但仍然有义务以其他形式,如隐私保护委员会等满足这些要求。

六、当前市场实践

鉴于《个人信息保护法》尚未出台配套措施和实践指引,执法案例中也没有对数据合规官有关的要求进行澄清,中国境内的大部分跨国企业可能仍处于考虑是否任命或者如何任命数据合规官的过程中。然而我们相信,一旦监管要求得以明确,绝大部分的跨国企业都会倾向于尽快在中国地区的实体和业务中明确数据合规官的角色和职责。

考虑到国内个人信息保护专业人员的缺口较大,《个人信息保护法》又对数据合规官施加了实质的个人法律责任,以及当前阶段规则存在的不确定性,部分汽

车和医疗行业企业采取了“个人信息保护委员会”的方式来应对《个人信息保护法》第52条的合规要求。据了解,这类委员会通常由企业的信息技术、网络安全、数据治理、法律合规等部门的相关人员构成,以协商一致的方式落实个人信息保护的相关事宜。尽管多部门组建委员会的方式在讨论和决策中可能会耗费大量的时间,但是在这一过程中也有利于不同部门的人员发表意见,全方位地考虑相关问题。实践中,我们建议企业应该为这类委员会设置主席或者负责人,以便在面临监管问询或者执法时他/她能够作为对接人,以及在日常工作中负责统筹、协调的事务。

此外,在不同行业的企业中,数据合规官的设置和汇报条线也有所不同。例如,对于医药、自动驾驶等受到严格行业监管行的企业,个人信息保护的合规工作通常会直接由法律、合规团队处理,即便是专门的数据合规官也需要向法律部门汇报。同一集团内不同职能的关联实体,也可能会共用同一位数据合规官以集中化管理集团在中国地区的个人信息保护工作,这种情况下中国的数据合规官通常需要向全球数据保护办公室汇报工作。

第六节

Schrems 案件、欧盟数据出境影响评估（TIA）及对中国企业的启示

引言：从 2013 年 6 月当时还是法学院学生的 Maximilian Schrems 向爱尔兰数据保护监管机关提交第一份投诉书开始，到欧盟法院于 2020 年 7 月作出裁决，历时 7 年，该案先后推翻了欧美之间的安全港协议（EU-US Safe Harbor）和隐私盾框架（EU-US Privacy Shield Framework），并动摇了众多企业进行跨境传输所依赖的标准数据传输协议（SCC）。Schrems 具体是如何以一己之力撬动了欧美乃至全球的数据跨境流动机制？GDPR 项下的数据出境影响评估（Transfer Impact Assessment, TIA）如何开展？企业需要考虑哪些合规安排？企业开展 TIA 会面临哪些挑战和困境？对中国企业有哪些影响和启示？本文将对此进行详细解读。

一、Schrems 案件介绍

Schrems I¹:

- **2013 年 6 月 5 日**
斯诺登曝光美国政府的监控项目“棱镜”计划。
- **2013 年 6 月 25 日**
Schrems 向 Facebook 在欧盟的注册地爱尔兰的数据保护监管机关提交投诉，并援引斯诺登曝光的美国政府监控行为，认为美国政府的监控行为导致其个人数据传输到美国后无法得到充分保护，因此要求 Facebook 停止向美国传输其个人数据。爱尔兰数据保护监管机关基于欧盟委员会关于欧美安全港协议（EU-US Safe Harbor）的决议（Decision 2000/520/EC），拒绝了 Schrems 的诉求。之后，Schrems 就爱尔兰数据保护监管机关否定其诉求的决定向国内爱尔兰高等法院起诉。
- **2014 年 7 月 17 日**
因涉及欧盟法，爱尔兰高等法院依据“预先裁决”（preliminary ruling）程序将案件提交至欧盟法院（CJEU）。
- **2015 年 10 月 6 日**

CJEU 裁决欧盟委员会关于欧美安全港的决议（Decision 2000/520/EC）无效。

Schrems II²:

- **2015 年 12 月 1 日**
案件退回给爱尔兰数据保护监管机关继续处理，其在调查中发现，Facebook 还存在较多的数据传输是基于标准数据传输协议（SCC）。Schrems 重新修改了其投诉书，认为 SCC 也无法为其个人数据传输到美国后提供充分保障，因此再次要求禁止 Facebook 向美国传输其个人数据。
- **2016 年 7-8 月**
期间，欧美之间在安全港协议被裁决无效后重新就隐私盾框架（EU-US Privacy Shield Framework）达成协议，欧盟委员会于 2016 年 7 月 12 日通过了关于隐私盾框架的决议，欧美之间的隐私盾框架自 2016 年 8 月 1 日开始实施。
- **2018 年 5 月**
因涉及欧盟法，爱尔兰高等法院再次将该案件提交至 CJEU。
- **2020 年 7 月**
CJEU 作出裁决，认为欧盟委员会关于 SCC 的决议（Decision 2010/87/EU）依然有效；但关于欧

1. Case C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182494&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=844164>.

2. Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems (C-311/18), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D32EA53263F39BD9B3A59BA85195212F?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5617738>.

美之间隐私盾框架的决议（Decision 2016/1250/EU）无效。原因在于 SCC 决议已经明确了签署 SCC 并不是进行跨境传输的充分条件，除 SCC 之外控制者 / 处理者在跨境传输时还需对其他可能影响数据保护水平的因素进行评估，并且成员国监管机关也有权在其认为 SCC 无法提供充分保障时要求停止传输，因此，欧盟委员会关于 SCC 的决议（Decision 2010/87/EU）可以为数据跨境传输提供 GDPR 要求的充分保障机制。

Schrems II 之后

在 CJEU 推翻欧美之间的隐私盾框架协议后，欧美之间的数据跨境传输受到了重挫。特别是，法国、奥地利、爱尔兰等国家的数据保护监管机构曾因 Google 和 Meta 未能在签署 SCC 之外采取充分的额外措施保障传输至美国的数据安全，而责令网站暂停使用 Google 和 Meta 的服务³。为响应企业的呼吁，解决欧美之间数据传输问题，2022 年 3 月，欧美之间重新达成了《跨大西洋数据隐私框架》（Transatlantic Data Privacy Framework），欧盟委员会之后于 2022 年 12 月启动了该框架的充分性决定（adequacy decision）审查程序。目前该审查程序尚未完结，不过业界多数认为该充分性认定过程有较高希望被通过。欧盟和其他非白名单国家和地区之间的数据传输也不同程度地受到影响，很多欧盟企业都为开展数据出境影响评估（TIA）付出了不小的成本和努力，部分企业向中国的数据跨境传输活动也受到了欧盟监管机构的关注。

二、Schrems II 对企业的跨境传输会产生哪些影响？

Schrems II 一案之所以引起广泛关注，除了欧盟法院在该案中直接否定了欧美之间隐私盾框架的效力外，更为重要的还是欧盟法院在该案中对 SCC 的解释会对目前选择 SCC 作为数据跨境传输机制的企业产生重大影响，而且其关于 SCC 的解释也会间接影响依据约束性企业规则（BCRs）作为跨境机制的企业。

按照欧盟法院在 Schrems II 中的观点，签署 SCC 并

不是数据跨境传输的充分条件，企业签署 SCC 并不意味着就满足了 GDPR 跨境的要求，可以无限制地进行跨境传输。因为，在欧盟法院看来，GDPR 第 46 条第 2 款列举的 SCC 和 BCRs 等机制仅是立法者提供的示例性选项，控制者 / 处理者是否能够依据该条的机制进行跨境传输，仍需要将其放到第 46 条第 1 款以及第 44 条关于跨境传输一般原则的大前提下去进行评估。即企业在选择是否通过 SCC 进行跨境传输时，仍需要考虑该机制是否可以作为欧盟的数据主体提供“适当的保障”（appropriate safeguards），并且数据主体可以享有“可执行的数据主体权利和有效的法律救济”（enforceable data subject rights and effective legal remedies）（Art. 46（1）），从而保障欧盟数据主体的个人信息受到保护的水平和不因跨境传输而受到减损（Art. 44）。

而就如何评估“适当的保障”，欧盟法院指出，控制者 / 处理者在进行跨境传输时需要对标《欧盟基本权利宪章》来进行评估，除了与接收方签署 SCC 作为一层保护机制外，还需要根据接收方所在国家 / 地区的法律环境，评估 SCC 中约定的保护义务是否能够得到实际执行。合同作为自治性的约定，不能用来对抗强制性法律规定和政府机关的命令。因此，企业在评估数据传输至第三国后是否能够得到“适当的保障”，不仅需要考虑数据提供方和接收方之间签署的 SCC 协议条款，还需要评估数据接收方所在国家 / 地区的政府机关可能对传输至该国 / 地区的个人数据的访问，以及与此相关的法律规定。这也就意味着，如果后者无法满足，例如接收方所在国家 / 地区的政府机关享有比较广泛或者不明确的访问权力，而且数据主体也无法在该国家 / 地区寻求比较有效的救济时，企业将不能仅靠签署 SCC 来进行跨境传输。而且，根据 GDPR 的问责制原则，企业需要能够自证其为数据主体提供了适当保障，数据主体的个人数据受保护水平不会因跨境传输受到减损；否则，企业将有可能面临 GDPR 下的执法或者索赔。

三、企业如何开展 TIA？

企业开展数据出境影响评估（TIA）其实就是为了评估欧盟用户数据跨境传输到第三国是否可以得到“适

3. 参见：<https://www.cnil.fr/en/use-google-analytics-and-data-transfers-united-states-cn-il-orders-website-manageroperator-comply>; <https://noyb.eu/en/austrian-dsb-eu-us-data-transfers-google-analytics-illegal>。

当的保障”（appropriate safeguards）。

Schrems II 裁决出来之后，除了德国和法国在内的多个成员国监管机关发布相关指引外，EDPB 也于 11 月 11 日发布了《第 1/2020 号关于为确保遵守欧盟个人数据保护水平而采用的对数据跨境转移工具补充措施的建议 1/2020》（Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of

protection of personal data）（下称“**补充措施建议**”），以及《第 2/2020 号关于针对监控措施的欧洲基本保障的建议》（Recommendations 02/2020 on the European Essential Guarantees for surveillance measures），以为企业开展 TIA 提供指引。

企业可以按照 EDPB 建议中提出的六个步骤来进行 GDPR 项下的跨境传输影响评估：



1. 梳理企业的跨境传输现状。首先对现存的跨境传输进行全面的梳理，包括远程访问以及传输给境外的接收方之后继续传输的全链路情况（即再传输，例如将数据传输给欧盟境外的处理者后，处理者再向位于其他国家的分处理者传输数据）。对于业务上必要性不高的跨境传输场景可以考虑停止或者限制传输的范围和频率。

2. 结合跨境的事实核实应使用的跨境传输机制。评估是否属于向取得充分性认定的国家 / 地区传输，如果将传输的目的地变更为取得充分性认定的国家 / 地区是否存在可行性。如果可以基于充分性认定进行跨境传输，则可以不考虑以下的步骤和合规措施（但需要注意传输途中数据可能会经过未取得充分性认定的国家的情况）。如果需要向未取得充分性认定的国家 / 地区传输个人数据，则需要评估具体适用的机制，例如如果依赖 SCC，则需要进一步开展评估。

3. 评估数据接收国的法律或者实践是否可能影响所采用的跨境传输机制的效力。即重点就数据接收方所在国家 / 地区的政府机关可能对传输至该国 / 地区的个人数据的访问情况，以及数据主体可能享有的法律救济权进行评估。企业可以参考 EDPB 的上述第 2/2020 号建议对接收国的法律环境进行评估。值得注意的是，这里 EDPB 的指引要求企业需要就跨境传输的全链路涉及的国家 / 地区进行评估。

4. 识别需要采取的补充措施。评估是否需要采取补充措施以及采取哪些补充措施才可以补救上述因接收国的法律环境对数据保护水平的影响。EDPB 的指引附录中详细列举了企业可以考虑的技术措施、合同条款

和组织机构措施，并且也就具体措施满足哪些条件才视为有效措施进行了简要释明。

5. 执行补充措施。例如，必要时需要咨询数据保护监管机关。

6. 对所有的评估过程进行记录，以及持续性的重复评估和监测。

四、企业开展 TIA 的实操与可能面临的挑战

挑战 1：梳理数据跨境传输链路的复杂性

根据欧盟 TIA 的要求，企业需要针对每一项涉及将欧盟个人数据传输至非白名单国家的数据跨境传输行为（包括可能的再传输）开展 TIA。在数据高度流通的今天，即使一家仅使用微软在线办公软件的企业，其数据也可能会流向不同的服务器，被分布在不同地方的服务商访问和处理，对于高度数字化的企业其数据跨境流动的复杂程度可想而知。而且，对数据跨境流动情况进行全面梳理也意味着需要对供应商服务器的分布情况、使用分包商的情况进行全面的核查。对于大多数企业（例如云服务商、SaaS 服务商）而言，其数据中心分布情况和供应商情况可能涉及企业的商业机密，并不愿意配合客户开展 TIA，这也会给企业开展 TIA 增加阻力。

挑战 2：第三国法律环境评估的复杂性

根据欧盟的监管思路，企业在开展 TIA 时需要评估数据接收方所在国（即欧盟外的第三国）的法律环境是

否能够为欧盟用户数据提供与欧盟法律同等的保护力度。根据 EDPB 的《补充措施建议》，企业在评估外国法律环境时，需要综合考虑相关的数据保护立法情况、数据保护的执法实践、第三国政府机构获取个人数据的可能性和相关限制和监督机制、数据主体的救济权利、对数据传输工具有效性的影响等等。此外，EDPB 也说明了开展 TIA 时需要参考的资料，根据参考效力高低包括例如《欧洲基本保障建议》中提及的欧盟法院和欧盟人权法院的判例、政府间组织和联合国（例如联合国人权理事会）的报告、第三国数据保护主管机关的执法案例、第三国法院的判例、政府相关部门的报告、专业行业组织的报告、学术机构和非政府组织的报告，以及数据接收方自行提供的认定。

由此可以看出，欧盟监管要求的 TIA 是一个对第三国法律和实践的全面和深入的评估，对企业而言，这无疑是一项十分艰难的工作。首先，企业需要评估的往往是非其注册所在国家或地区的法律和法律实践，首先即会面临语言和法律环境的障碍，即便能克服语言阻碍，企业也难以仅通过文献审阅准确解读和了解第三国法律的实际情况；其次，囿于法律实践的复杂性，仅凭内部法务人员对法律的解读，难以全面把握对执法、司法和法律政策的实际情况；再次，如果引入境外律师协助评估，虽说确实可行，但必然不少增加企业的合规成本。因此，TIA 仅从可操作性上，已经让企业面临不少挑战。

挑战 3：企业 TIA 结论是否得到监管认可存在不确定性

既然将评估的义务交给企业自行承担，那么是否只要企业履行了评估过程，自行得出了结论，便不再有数据出境风险了呢？实践中可能并非如此。我们看到的是，即使企业排除各种困难，按照 EDPB 指引中要求考虑的要素完成了 TIA，并相应采取了补充措施，但是因为一国的法律和实践往往存在多种解读的可能

性，以及欧盟并未就补充措施设置明确标准，企业仍可能因监管不认可其 TIA 中关于外国法律环境评估的结论以及所采取补充措施的充分性而面临数据出境合规执法风险。

欧盟官方曾委托第三方机构调研和发布针对中国、印度、俄罗斯的法律环境的报告（“EDPS 报告”）⁴。根据 EDPS 报告，中国的个人数据保护环境显然不及欧盟要求标准。虽然该报告明确指出，其意见不代表任何欧盟机构的官方意见，但如果企业和其聘请独立专家的意见与这份“半官方”的 EDPS 报告相左，各成员国监管机构将如何取舍？企业又需要提交怎样的论证或邀请怎样的专家，才能说服 DPA 接受其自身的意见？⁵

遗憾的是，在目前的实践中，各成员国 DPA 和欧盟监管机构并无明确态度。在今后的执法实践中，如果 DPA 对于中国等第三国的立场，逐步倾向于 EDPS 报告的立场，即明确认为中国（以及俄罗斯、印度、美国等）根本不具有充分保护个人数据的法律环境，相当于对中国等国家变相纳入“黑名单”，那么 TIA 的评估过程也失去了意义。这个结果显然不符合经济合作与发展组织（OECD）1980 年发布的全球首个跨境数据流动执行原则《隐私保护和跨境个人数据流动指南》所提倡的促进数据跨境流动的精神，也与 GDPR 将个人数据保护与促进数据流动并重与平衡的核心要义相悖。

就企业采取的补充措施而言亦存在同样的问题。根据《补充措施建议》，补充措施可以是合同措施、技术措施或者组织措施。同时，EDPB 认为合同措施和组织措施可能无法充分保护数据免于遭受接收国的政府机构的访问，只有充分的技术措施才能提供更加充分的保护。EDPB 在《补充措施建议》给出的技术措施建议和举例仍相对有限，例如：在使用第三国的托管服务进行数据备份的场景下，采取数据加密措施；在

4. EDPS, Government Access to Data in Third Countries,

https://edpb.europa.eu/system/files/2022-01/legalstudy_on_government_access_0.pdf.

5. 如果企业受到 DPA 的执法调查，在后续的司法救济程序中，第三国法律环境必然会成为争议焦点。根据欧洲司法效率委员会（CEPEJ）2014 年出具的《欧盟法庭庭审专家指导》，专家意见对法院或当事人不具有约束力，而将由法院自由评估核实并确定专家意见是否客观令人信服，法院必须考虑当事各方对专家意见提出的所有反对意见。具体到诉讼程序方面，如何认定第三国法律将成为“外国法查明”的问题，具体程序是否涉及质证、专家辩论等，还需要集合特定欧盟成员国的诉讼程序规则，在不同成员国的国内法下，相关程序规则有所不同。See Section 8.2, Guidelines on the role of court-appointed experts in judicial proceedings of Council of Europe's Member States,

<https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2019/03/2014-12-guidelines-cepej-experts-en.pdf>.

将数据传输到第三国进行研究的场景下，采取数据假名化措施并妥善保管识别符；在仅通过第三国过境传输数据到受到“充分性保护认定”的国家时，采取了端到端加密和防攻击手段等措施。

实践中，企业面对的传输场景远超 EDPB 给出的举例。尽管《补充措施建议》也提供了评估技术措施有效性的若干通用建议，问题在于，如果企业基于自我评估，认为其采取的技术措施已经足够“充分”，是否就会得到执法机构的认可？在执法实践中可能并非如此，在意大利的一起执法案例中，意大利监管机构明确在出境传输中采取了部分加密（而没有完全和充分的加密）的补充措施是不充分的，进而要求涉案企业在 90 天内完成合规整改，否则必须停止向境外传输数据⁶。

五、欧盟 TIA 制度的影响和启示

综上所述，由于 TIA 相关要求具有复杂性和模糊性、欧盟监管机构对第三国法律态度的倾向性⁷、以及由此带来的执法不确定性，让 TIA 变成了悬在企业头顶的“达摩克利斯之剑”。在某种意义上，欧盟这种看似兼顾灵活性与安全性的自评机制，能给予企业的实际指导意义比较有限。对于有必要向中国等第三国传输个人数据的跨国企业来说，此种自评机制可能带来业务受限、成本增加等问题；而对于可能存在高风险的传输行为的企业，企业可能也无法通过 TIA 机制确定自己究竟该怎样采取补充措施才能安全、合规或者免遭执法。正如荷兰网络安全委员会成员 Lokke 教授的担忧：在欧盟的数字主权正受到中、美的威胁的大背景下，欧盟对数据传输领域的限制，有可能意味着欧盟逐渐从过去的开放主义转向保护主义⁸。

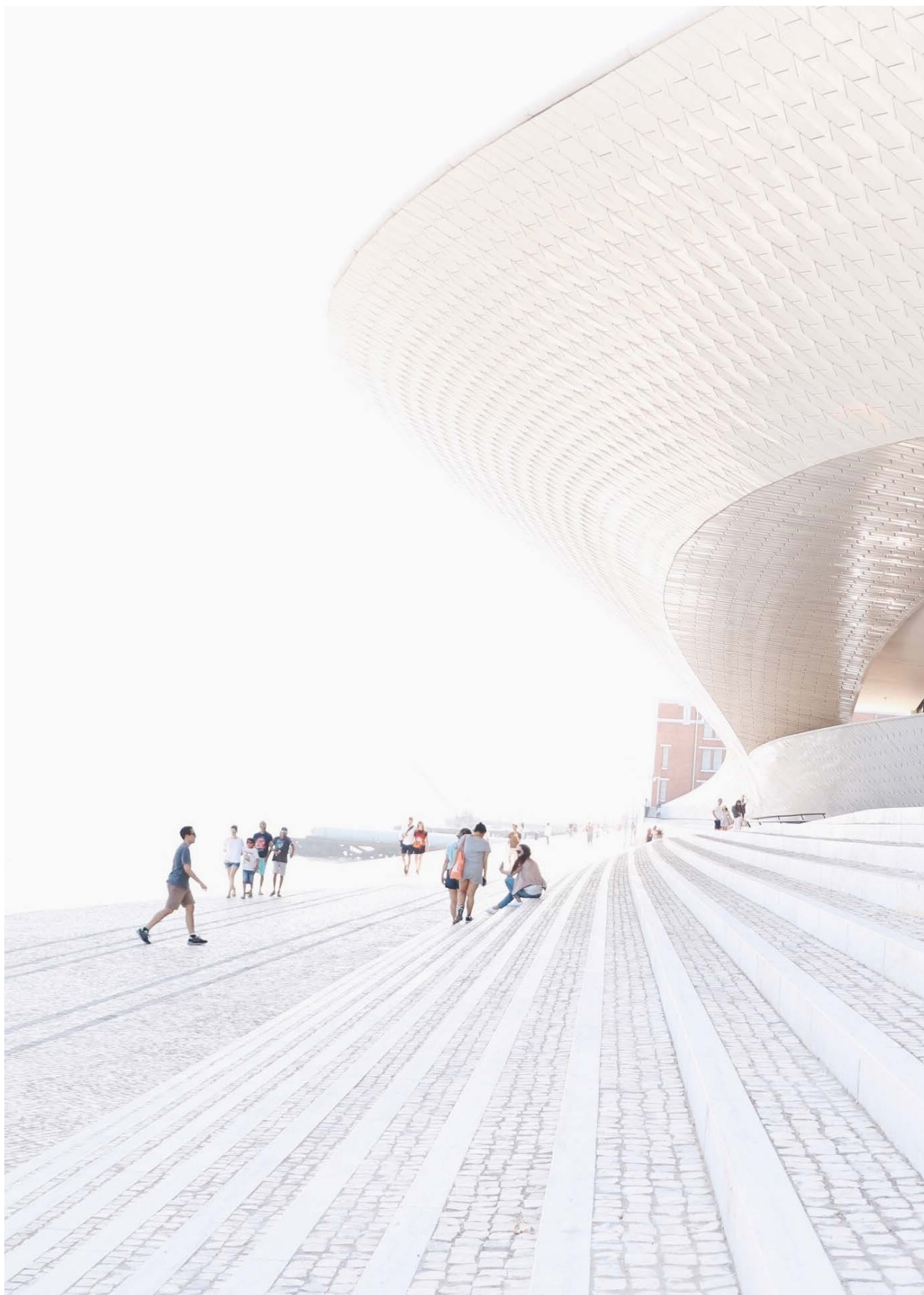
欧盟 TIA 机制所面临困境，也值得我国借以对比。对于需要通过网信部门安全评估的企业而言，可能不需要担心上述欧盟 TIA 制度下评估标准不明确的问题，因为一旦出境行为通过了网信部门的安全评估，也意味着企业的评估结论在一定程度上得到了监管的认可。但不管是从便利安全评估申报程序，还是对于不

需要通过网信部门安全评估的企业而言，可能仍需要监管在目前《数据出境安全评估办法》、《数据出境安全评估申报指南（第一版）》的基础上发布更多详细的指引，给企业以实际可行的指导。例如，在我国网信办目前发布的《数据出境安全评估办法》中并未将评估境外接收方所在国家或者地区的数据安全保护政策法规纳入数据处理者应当自评的范围，但在已经发布的《数据出境风险自评报告（模板）》和《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》中，均涉及数据处理者需要评估境外接收方所在国家或地区的数据保护法规以及其可能对境外接收方履行合同义务的影响，这似乎意味着监管希望企业自行对数据接收方所在国家或地区的法律进行评估，尽管暂不确定监管是否会对企业在自评报告中关于外国法律环境的评估进行实质审查。为避免让企业面临类似评估第三国法律这种“不知所措”难题，我国可以考虑发布针对“第三国”的中立、客观的官方或权威的法律环境意见，并定期更新。

6. 参见 <https://www.gdpd.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9782890>。

7. 例如在 Schrems II 裁决作出后不久，德国柏林的数据保护监管机关即在其官方新闻稿中表示将对中国、俄罗斯和印度的政府机关访问数据的情况进行评估，原文参见 https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/pressemitteilungen/2020/20200717-PM-Nach_SchremsII_Digitale_Eigenstaendigkeit.pdf，最后访问时间 2020 年 11 月 26 日。

8. Lokke Moerel, “THE EBB AND FLOW OF TRANS-ATLANTIC DATA TRANSFERS: IT’S THE GEOPOLITICS, STUPID!” (2022), <https://fpf.org/blog/the-ebb-and-flow-of-trans-atlantic-data-transfers-its-the-geopolitics-stupid/>.



第六章 出口管制与制裁



第一节

美国涉疆法案主要内容评述

引言：美国所谓《防止强迫维吾尔人劳动法（Uyghur Forced Labor Prevention Act）》（“UFLPA”）于2022年6月21日正式生效。在过去几年，美国及其盟友围绕所谓的“新疆问题”对中国进行持续的无端指责，并以此为由持续从进出口管制和制裁等多个维度对新疆地区的政府机构、官员以及在新疆地区开展业务运营的中国企业进行恶意打击和限制。UFLPA的正式生效则标志着上述限制的全面升级。UFLPA推定供应链中任何环节含有新疆元素的产品都为所谓“强迫劳动”的产品而不得进入美国市场。该法案以更加体系化的方式，进一步对与新疆相关的供应链进行限制，降低了美国对“中国制造”进行限制的门槛、扩大了打击范围，对中国企业的出口将造成重大的影响。我们的系列文章详细介绍了该法案的具体内容和执法机制，以便企业评估法案对自身业务的具体影响，以及针对法案潜在执法风险可以采取的应对措施及合规方案。

一、UFLPA 是什么？

UFLPA 于 2021 年 12 月获得美国众议院和参议院的一致通过并由美国总统拜登签署成法，于 2022 年 6 月 21 日正式生效。

（一）UFLPA 的主要内容

UFLPA 共有 7 条主要规定，其中核心内容是依据第 3 条建立的针对所谓“强迫劳动”的“**可反驳的推定**”：美方推定全部或部分在新疆地区开采、生产、制造的产品以及由 UFLPA 实体清单¹生产的产品都是所谓“强迫劳动”产品，不得进入美国市场。进口商需要通过反驳该推定、经美国海关和边境保护局（下称“CBP”）批准才能将上述产品引进美国市场。然而 CBP 对反驳该推定提出了极高的要求：进口商须提出“**明确且令人信服（clear and convincing）**”²的证据证明该产品不涉及所谓“强迫劳动”并回应 CBP 对于“强迫劳动”的所有问题。

在 UFLPA 生效前，美方对所谓涉及“强迫劳动”进口产品的管控通过海关暂扣令（Withhold and Release Order, “WRO”）进行规制，例如要求对全部或部分在新疆地区生产的棉花、番茄及其下游产

品的进口，进口商需保证在供应链中不存在“强迫劳动情形”。截至 2022 年 6 月，美国海关已针对涉中国进口货物发布 35 个 WRO。而在 UFLPA 生效后，即 2022 年 6 月 21 日及之后，进口的货物将适用于基于 UFLPA 的执法；对于在上述日期前进口的货物，或其他不属于 UFLPA 适用范围的进口活动，WRO 将继续适用。与 WRO 制度相比：（1）UFLPA 下的执法节点前移、执法时间更加紧凑，以及（2）UFLPA 提出了要求很高的“明确和令人信服”的证明标准，且 CBP 在认定过程中具有较大的自由裁量权，这些因素无疑都使得中国企业的应对变得更加麻烦。

（二）UFLPA 执法的两大抓手

从我们对 UFLPA 主要内容的介绍看出，想要准确评估 UFLPA 对自身业务的影响，准确理解其执法的“两大抓手”至关重要，即“**可反驳的推定**”与“**UFLPA 实体清单**”。

1. 可反驳的推定

UFLPA 设置了“可反驳的推定”：推定全部或部分新疆地区开采、生产、制造的产品以及由 UFLPA 实体清单生产的产品都是所谓“强迫劳动”产品，因而不

1. 根据 UFLPA，美国会识别有以下四类活动的实体，将其放入 UFLPA 实体清单：（A）在新疆地区使用所谓“强迫劳动”；（B）与新疆政府合作招聘、运输、转移、容留、接受新疆维吾尔族等少数民族劳动力；（C）自中国向美国出口全部或部分由 a、b 清单实体开采、生产或制造产品，以及（D）基于“扶贫”、“结对帮扶”等涉及“强迫劳动”的项目，从新疆或者与新疆政府或新疆生产建设兵团合作的主体处获取物资。美国目前已将共 20 个实体列入清单且有多个实体被重复列入 A/B/C/D 类清单。

2. 根据美国最高法院在 Colorado v. New Mexico, 467 U.S. 310（1984）案件中的判决，“明确和令人信服的证据”是指该证据能够使人坚信或确信其所支撑的事实很可能是真实的。该证明标准高于“优势证据”标准，低于“排除合理怀疑”标准。

得进入美国市场。除非备案进口商³同时满足以下三个条件，否则将很难成功反驳该推定：

(1) 进口商应完全遵守尽职调查要求、证据指南以及法案颁布后制定的任何合规指南或实施条例；

(2) 进口商能够完全且充分地会听 CBP 关于货物是否涉及所谓“强迫劳动”的所有询问；

(3) 提供“明确和令人信服”的证据，表明货物不涉及任何所谓的“强迫劳动”。

需要注意的是，上述推定下的“强迫劳动”，并非是指海关注下一般意义上的原产地规则，而是具有对整个供应链的溯及力。UFLPA 执法策略特别指出，对整条供应链的溯及是指**供应链全流程生产、加工、制造等任何一个环节，产品的任何一个成分都不含新疆或所谓“强迫劳动”元素。**

根据《UFLPA 进口商指南》，进口商可以通过证明 (1) 产品不含有新疆元素；(2) 含新疆元素的产品不涉及所谓“强迫劳动”来推翻“可反驳推定”。

(1) 证明产品不含有新疆元素：UFLPA 进口商指南指出，要证明产品不含新疆元素，进口商须至少证明供应商名单、生产制造商名单、产品物料清单中不含新疆元素及 UFLPA 实体清单实体。CBP 对证明成功标准有较大的自由裁量权；

(2) 含新疆元素的产品不涉及所谓“强迫劳动”：UFLPA 进口商指南指出以下信息可作为证明产品不涉及所谓“强迫劳动”的“明确和令人信服的证据”：1) **供应链尽职调查资料：**显示尽职调查机制或过程的文件；2) **关于供应链管理措施的信息：**内部控制管理和审计文件等；3) 来自中国的货物生产和制造不涉及所谓“强迫劳动”的文件：工人工资支付、强迫劳

动审计等。

需要特别注意的是，指南特别指出，**上述 3 类内容并不是穷尽列举，实践中也不是提供以上文件就一定能推翻“可反驳推定”，总体来说 CBP 在执法过程中享有较大的自由裁量权。**极高的举证责任、实际进行供应链尽调的难度，以及美国政府极大的自由裁量权，使得推翻“可反驳推定”几乎成为不可能的任务。

2.UFLPA 实体清单

UFLPA 实体清单实体生产的产品在法案下也被推定为所谓“强迫劳动”产品，进而不得进入美国市场。根据 UFLPA，美方会识别开展以下四类活动的实体，将其列入 UFLPA 清单：

(1) **A 类实体：**在新疆地区使用所谓“强迫劳动”；

(2) **B 类实体：**与新疆政府合作招聘、运输、转移、容留、接受新疆维吾尔族等少数民族劳动力；

(3) **C 类实体：**自中国向美国出口全部或部分由 A、B 类清单实体开采、生产或制造产品；或

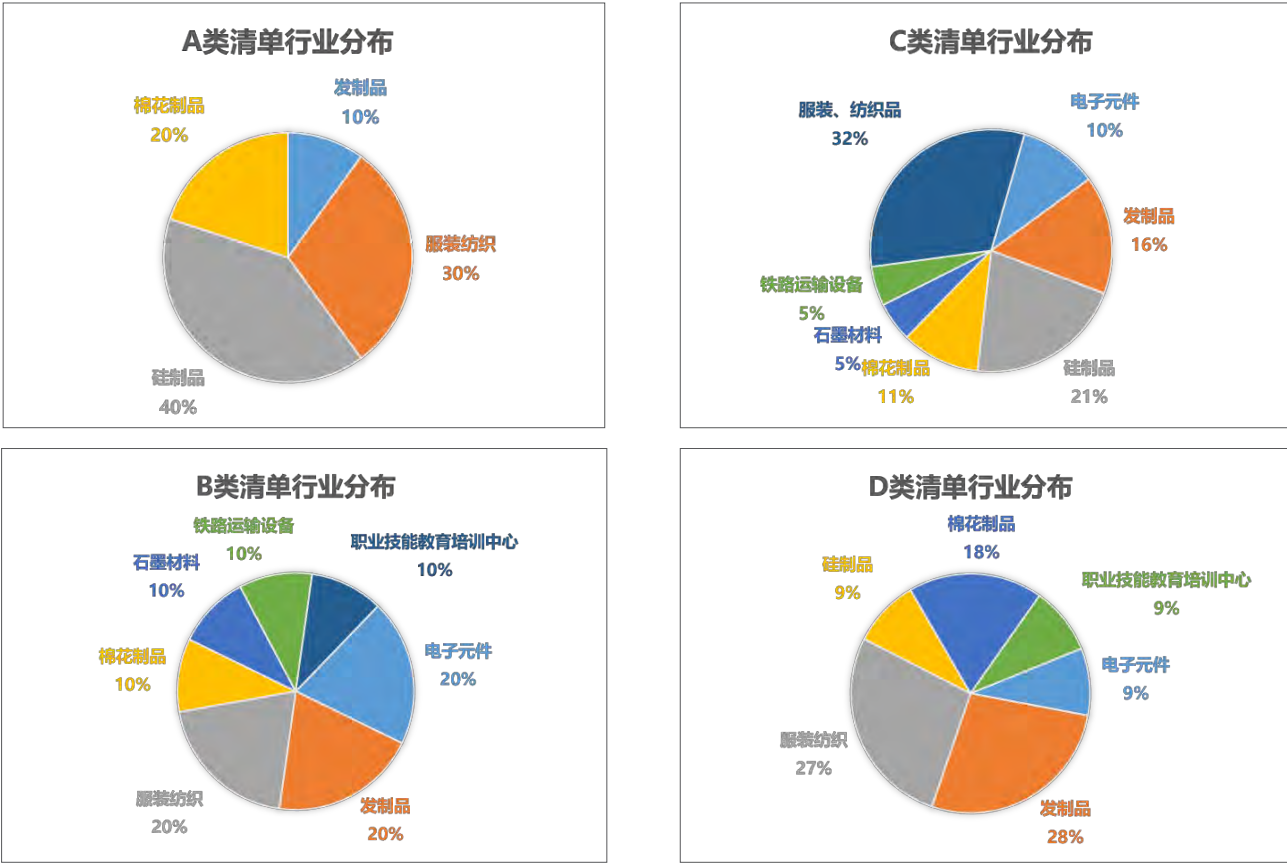
(4) **D 类实体：**基于“扶贫”、“结对帮扶”等涉及所谓“强迫劳动”的项目，从新疆或者与新疆政府或新疆生产建设兵团合作的主体处获取物资。

美方目前已将总计 20 个实体列入上述清单且多个实体被重复列入 A/B/C/D 类清单，名单如下：

3. 备案进口商是指经填写 CBP Form 5106 并向 CBP 提交备案的进口商。参见 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f436d964-48f9-48d1-874d-580181405234>。

序号	企业名称	类别	序号	企业名称	类别
1	保定市绿叶硕子岛商贸有限公司	A、C、D	11	阿克苏华孚色纺有限公司	B、C
2	昌吉溢达纺织有限公司	A、C	12	合肥宝龙达信息技术有限公司	B、C、D
3	和田浩林发饰品有限公司	A、C、D	13	合肥美菱集团控股有限公司	B、C
4	和田市泰达服装有限公司	A、C、D	14	今创集团股份有限公司	B、C
5	合盛硅业（鄯善）有限公司	A、C、D	15	洛浦县发制品产业园	B、C、D
6	新疆大全新能源股份有限公司	A、C	16	洛浦县美馨发制品有限公司	B、C、D
7	新疆东方希望有色金属有限公司	A、C	17	南京新一棉纺织印染有限公司	B、C
8	新疆协鑫新能源材料科技有限公司	A、C	18	第四职业技能教育培训中心	B、D
9	新疆准噶尔棉麻有限公司	A、C、D	19	碳元科技股份有限公司	B、C
10	新疆生产建设兵团及其附属机构、分支机构	A、B、C、D	20	伊犁卓万服饰制造有限公司	C、D

通过对被列入清单的实体所在行业的分析，我们发现**纺织及服装、硅制品、石墨材料、电子器件**等行业目前受到美方的特别关注。清单类实体具体的行业分布情况请见下方图表：



根据上述标准以及美方目前的清单执法，企业需要额外注意的要点是：

（1）可能被列入 UFLPA 实体清单的实体并不限于新疆当地的实体，与新疆地区存在业务往来或者大规模雇佣新疆地区劳工的企业也有可能被列入 UFLPA 清单；

（2）目前被列入 UFLPA 的部分企业同时被列入美国出口管制实体清单，不排除后续美国出口管制执法在新疆问题和所谓“强迫劳动”相关问题下会与 UFLPA 清单执法有所交叉的可能性。

二、执法机制设置的整体观察

总体来说，根据 UFLPA 的相关规定：

1. CBP 主要负责依据 UFLPA 规定在海关层面的执法，例如货物的检验、暂扣、放行和拒绝入境等工作；

2. 而美国所谓的“强迫劳动执法工作组”（Forced Labor Enforcement Task Force，下称“FLETF”）则主要负责为 UFLPA 下执法和禁令的执行提供一定支持，例如：发布 UFLPA 下所谓涉及“强迫劳动”问题的实体清单；为进口商开展供应链合规工作提供指引，以及根据 UFLPA 规定承担的持续性工作：（1）召开季度会议，审查 CBP 的扣留和放行令、正在进行的强迫劳动调查以及 FLETF 所谓的“强迫劳动”执法重点等问题；（2）每年向国会提交两次报告，介绍美国国土安全部（Department of Homeland Security，下称“DHS”）在执行美国进口强迫劳动产品禁令方面的优先事项、CBP 执行进口禁令的情况以及其他相关工作。

需要企业注意的是，UFLPA 实际上是美国围绕新疆问题对中国进行体系化制裁的其中一个工具，其不同层面与现行美国出口管制与制裁的设置有所重合。因此，不排除在未来其与美国出口管制和制裁执法可能会有一些信息共享和执法层面的联动：

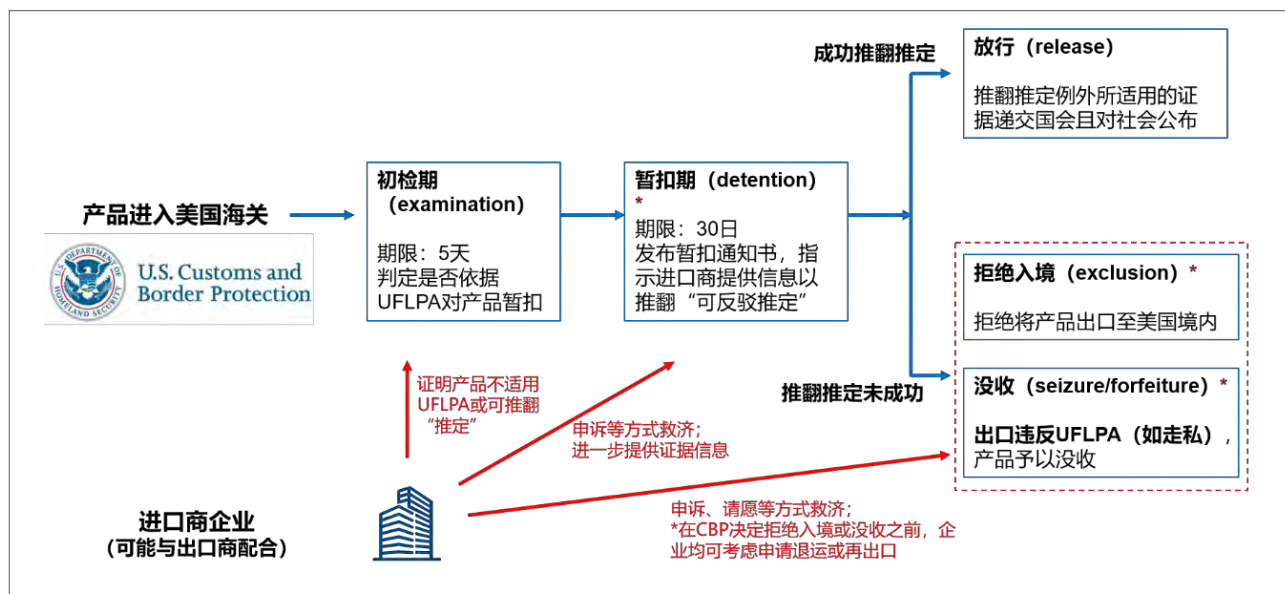
1. 虽然 FLETF 的牵头部门是 DHS，但主要负责美国出口管制执法的美国商务部、财政部、司法部以及国务院也皆是其主要的成员机构；

2. UFLPA 的第 5 条明确建立了其与制裁执法的联系，

即：UFLPA 要求在法案颁布之日起 180 天内，总统应提交一份报告，指出其认为应对所谓“新疆强迫劳动”相关问题的行为负责的外国人的名单，其中包括中国政府的任何官员。进一步的，针对这些人员，UFLPA 要求美国总统根据，《2020 年维吾尔人权政策法》（the Uyghur Human Rights Policy Act of 2020）第 6 条（c）款的规定，对其实施制裁。

3. 承上所述，第一批次 UFLPA 实体清单中的主体与因为新疆问题被列入实体清单的主体有所重合。考虑到新疆问题是美方近年来重点打击的对象，我们理解不能排除后续美方会持续将涉疆相关主体同步列入出口管制清单与 UFLPA 实体清单，进而从进出口两端都对其进行限制，以实现全面打击的目标。

三、UFLPA 执法机制详解



如上图所示，总地来说，UFLPA 下主要包括**初检期、暂扣期以及暂扣后的放行或拒绝入境 / 没收**等执法阶段：

（一）初检期

CBP 在商品被提交检查后的五天内（不包括周末和节假日），将对进口商提供的信息进行评估，以确定相关商品是否能够入境美国，并相应作出放行或扣留的决定。经过五天初检期后，未被放行的商品则被自动视为被扣留的商品。

根据 UFLPA 进口商指引的说明，CBP 将审查每批进口货物是否适用 UFLPA，并根据具体情况采取适当行动。因此，后续中国企业拟进入美国的每一单货物都可能受到 CBP 的审查。

（二）暂扣期

在美国海关暂扣商品的 30 日内，其将就商品是否可入境美国做出最终认定，如果美国海关在 30 日内未做出最终认定，商品则将被视为被拒绝入境。在暂扣期内，进口商可向美国提供证据以推翻推定。CBP 将发布暂扣通知书，说明暂扣的原因和预计的暂扣时间。暂扣通知书中还将包括指示进口商向 CBP 提交信息以反驳 UFLPA 的推定。

此外，在被扣留的商品被提交给海关检查后的 30 天内，或在法律特别授权的更长时间内，若美国海关未能就该商品是否可入境美国做出最终决定，应被视为做出了拒绝入境的决定。

基于此，从实践角度来看，企业的商品通常最多被扣留 30 天，如果 30 天内仍未放行，则被视为拒绝入境。但是，我们希望进一步提示的是，根据 UFLPA 下发布的执法战略的介绍，CBP 目前正考虑修订相关规定，以使其能够更快地对所谓“强迫劳动”的指控作出反应，**为进口商提供关于商品是否可入境的确定时限的明确指导**，并为确定商品是否可入境美国提供更统一的程序。基于此，我们理解不排除未来上述 30 天的扣留期限会有所缩短。

（三）放行

如果 CBP 专员确定进口商遵守了 UFLPA 第 3 (b) 条的规定，并且有“明确和令人信服”的证据表明相关商品不是全部或部分由所谓“强迫劳动”制造的，专员将认定该等例外情况是合理的，港务局长将放行商品。根据 UFLPA 第 3 (c) 条，当 CBP 批准例外情况时，进口商提交的信息将被公开披露并向国会报告。具体来说，UFLPA 规定，当例外情况被批准时，CBP 必须向国会和公众提交一份报告，说明其根据 UFLPA 第 3 (b) 条所认定的符合例外情况的商品以及认定时考虑的证据。

（四）拒绝入境或没收

CBP 有权拒绝被确定为违反 UFLPA 的商品入境美国。具体来说，针对被确定违反 UFLPA 的商品，CBP 将拒绝相关的商品入境美国，并给予进口商 60 天的时间以再出口货物；如果进口商在 60 天内未完成货物的再出口，CBP 将认为货物被遗弃并销毁⁴。除了再出口之外，进口商可以根据规定对被拒绝入境的货物在自动商业环境（Automated Commercial Environment，下称“ACE”）⁵中提交申诉。

此外，如果相关货物被认为构成“非法进口”，则还可能触发没收的处理后果。⁶可能被认定为“非法进口”的行为包括：（1）商品是偷窃或走私的；（2）商品是美国相关法律下定义的违禁品；（3）卖方、托运人、货主、代理人、记录在案的进口商或报关人等存在欺诈行为；或（4）相关商品进口或入境需要美国政府机构的许可证、执照或其他授权，而该商品未随附此类许可证、执照或授权等。

根据 CBP 所做说明，在商品被拒绝入境美国或被没收前的任何节点，进口商可以通过选择提交一份即时出口保函（Immediate Export⁷ in-bond），以寻求港务局长（port director）的许可，进一步从美国出口被暂扣的商品。我们特别就该等规定提醒广大中国企业注意，在应对 CBP 执法的过程中，中国企业可以考虑通过再出口的方式，减少商品被拒绝入境或没收所引发的潜在经济损失。

四、中国企业应对 UFLPA 的核心措施

根据 UFLPA 的实施可能对中国企业造成的潜在影响，我们建议企业基于 UFLPA 及其配套的进口商指南等文件中的相关细化内容，结合自身业务和所处行业的特点，有针对性地以下核心方面入手，制定相关应对方案并加以落实，以期最大程度上减少 UFLPA 给自身业务带来的不利影响。

（一）供应链尽职调查

应对 UFLPA 的核心关键在于对供应链进行全面且有针对性的尽职调查，提前排查并排除风险因素，以降低遭遇 CBP 执法的风险。企业可尝试从人和物两个层面展开供应链尽职调查。

1. 人：梳理对外出售的产品生产全流程所涉及的各个主体，筛查其是否被列入 UFLPA 下实体清单或与清单中的主体存在关联关系或业务往来等；

2. 物：针对对外出售的产品、尤其是可能被进口到美国的产品，应调查从原料到成品整个生产过程中的各项原料和组成部分是否涉及新疆地区或所谓“强迫劳动”危险信号等。

（二）所谓“强迫劳动”的风险评估与管理

企业不仅需重视中国劳动法下的劳工合规，关注中国法语境下的劳工合规问题；还应当比照国际劳工组织及相关国际公约的标准，确保自身的劳工合规管理与国际接轨，进而更好地防控自身供应链可能牵涉的所谓“强迫劳动”相关的风险。

（三）开展供应链合规体系建设

在开展供应链尽职调查和风险评估的基础上，企业应尝试建立覆盖供应链全流程的合规管理体系，以实现对于产品供应链全面、清晰和透明的反映；并通过行为准则、合规风险监控机制以及定期审计等一整套制度，确保自身供应链管理的持续合规。

五、可能触发 UFLPA 执法的高风险场景

根据 UFLPA 的规定，当拟进入美国的货物被发现系“全部或部分于新疆地区开采、生产、制造的产品或系由 UFLPA 实体清单上的主体生产的产品”时，该等货物均将被推定为属于所谓“强迫劳动”所产出的产品（下

4. 19 CFR § 12.44 - Disposition.

5. 根据 CBP 的介绍，自动商业环境（ACE）是其使用的一个系统，进出口贸易商通过该系统对进出口活动进行报告，而美国政府则通过该系统决定是否相关活动的可接受性（admissibility）。参见 <https://www.cbp.gov/trade/automated>。

6. 19 U.S.C. § 1595a.

7. 此处的 Immediate Export 主要是指：允许抵达一个美国港口的外国商品从同一美国港口出口，而无需支付关税。

称“强迫劳动产品”），并将被禁止进入美国市场。但在实践中，考虑到 UFLPA 生效初期有限的执法经验和资源，美国海关和边境保护局（下称“CBP”）的执法活动在现实情况下无法覆盖到每一单来自中国的进口货物，而将聚焦于有着更高所谓“强迫劳动”风险的进口活动。

参照 CBP 和美国国土安全局（“DHS”）为实施 UFLPA 分别发布的《进口商操作指南》（下称“《进口商指南》”）和《防止中国强迫劳动产品进口策略》（下称“《执法策略》”），CBP 将采用一种基于风险的动态方法（a risk-based approach, dynamic in nature），根据其掌握的数据和情报，优先处理“最高风险的进口货物”。而基于 CBP 目前掌握的执法信息和资源，属于特定行业领域的货物以及满足特定情形的进口活动将成为 CBP 依据 UFLPA 开展执法活动的主要对象。

根据《执法策略》，“服装、棉花及棉制品、硅基产品及番茄及其下游产品”属于在 CBP 的执法活动中受到优先关注的货物。需注意，对于该等产品的关注将不仅限于产品本身，还将可能延伸到使用该等产品作为原料的下游领域。例如，棉花及棉制品可能涉及家纺、化妆品、工业用布等领域；硅基产品包括铝合金、有机硅和多晶硅等，后续可能用于建筑、汽车、石油、混凝土、玻璃、陶瓷、密封剂、电子、太阳能电池板等领域；番茄的下游产品可能包括番茄酱、番茄汁等。

而在进口活动的层面上，“直接从新疆出口至美国的货物”及“直接由 UFLPA 实体清单主体出口至美国的货物”系 CBP 认定的最高风险进口货物，并将在执法中受到最优先的关注。《执法策略》同时说明，除上述两种进口活动外，CBP 还将优先关注存在以下情形的货物进口活动：

- 在供应链中存在新疆元素的投入并经其他地区转运至美国的货物；
- 由非位于新疆地区的其他主体出口至美国，但与位于新疆的主体有关（无论该等主体系母公司、子公司或关联公司）且在供应链中可能存在新疆元素投入的货物。

这意味着对于在供应链中涉及新疆元素，尤其是在开展货物报关等环节所呈交的文件中出现“新疆”等关

键词的情形，也有更高的风险成为调查和执法的对象。

目前 UFLPA 的执法风险并非施加于所有从中国出口货物至美国业务。对于中国企业而言应优先参照以上执法重点，排查在涉美国的业务中，是否存在属于上述重点行业领域的货物或属于 CBP 优先执法的风险情形。如经排查发现上述风险情形，则中国企业将面临迫切且现实的 UFLPA 执法风险，应提前做好遭受执法的准备。

六、实践中发现违反 UFLPA 情形的方法

实践中，发起执法活动的前提是发现拟进口货物的供应链中涉及新疆元素或 UFLPA 实体清单上的主体。《执法策略》中详细介绍了将被用于发现该等元素及主体的技术与方法，主要包括（1）通过 AI、机器学习及遥感等先进溯源技术提升供应链的透明程度和追踪能力，并与其他美国政府部门间的持续合作提高对涉新疆元素产品、涉所谓“强迫劳动”企业以及规避 UFLPA 执法行为的识别能力；（2）通过对现有法规的修订，为货物进口商设置更明确的合规要求并提供更清晰的指引；（3）继续开展与非政府组织和私营部门的交流，获取其提供的信息并就 UFLPA 执法活动进行讨论。

虽然目前的执法资源相对有限，但参照《执法策略》中的介绍，CBP 等部门拟通过上述方法提高其执法水平，加强对涉新疆元素产品及涉所谓“强迫劳动”企业的识别和追踪，并积极打击规避 UFLPA 执法的行为。可以预见，随着执法技术的丰富及执法经验的成熟，UFLPA 执法将趋于活跃，所覆盖的进口活动数量和产品范围也将不断扩大。

七、中国企业应对 UFLPA 执法的核心措施

如我们在《新型制裁工具和贸易壁垒：美国涉疆法案主要内容评述（上）》中所做介绍，在面临 UFLPA 执法时，产品进口商可以协同产品的出口方及其他相关联的供应链主体通过证明（1）产品的供应链中不含有新疆元素；或（2）产品的供应链中虽涉及新疆元素，但不涉及所谓的“强迫劳动”，来争取 CBP 对产品放行的许可。

企业需通过开展供应链尽职调查，对自身供应链情况进行全面、清晰、深入的了解与呈现，并提交详尽的

材料来完成上述证明。参考《进口商指南》和《执法策略》，我们理解在应对 UFLPA 执法时，企业开展的供应链尽职调查应至少包括以下步骤：

步骤一：梳理供应链所涉主体及原料信息

开展供应链调查的基础系对产品供应链中所涉主体和原料的梳理和溯源。考虑到《执法策略》中明确指出对供应链的溯源是指对供应链全流程下生产、加工、制造等任何一个环节及产品的任何一个成分都不含新疆元素或所谓“强迫劳动”的排查，企业在开展这一步骤时，应尽可能穷尽产品供应链上涉及的主体和原料，并使筛查的结果和证明材料能够完整反映延伸至供应链源头的情况。

用于证明该等溯源准确性和真实性的材料，应包括但不限于供应商名单、生产制造商名单、产品原料清单及证明前述主体和原料所在地信息及不同主体间所签订的能够反映供应链全流程的协议等文件。

步骤二：筛查供应链所涉黑名单主体

考虑到由 UFLPA 实体清单中的主体所生产的产品，已被默认推定为涉及所谓“强迫劳动”并将面临 UFLPA 的执法，因此，在完成对供应链所涉主体溯源的基础上，企业应对主体进行排查，以确认是否包含 UFLPA 实体清单上的主体或与该等主体存在关联关系的其他主体。

需密切注意的是，在这一步骤中，筛查的对象除 UFLPA 实体清单上主体外，也应覆盖因为新疆问题而被列入其他美国政府所谓“黑名单”的主体，例如因所谓的监控或所谓的“强迫劳动”等原因被列入美国商务部管理的实体清单以及美国财政部管理的 SDN 名单等黑名单的主体。如产品供应链中涉及该等黑名单上的主体，则同样有更高风险被 CBP 认定为系强迫劳动产品。

步骤三：筛查供应链中涉新疆元素

如经步骤二已排除了供应链中涉及黑名单主体的情况，企业应进一步筛查其他涉新疆的元素，包括但不限于产品供应链中的供应商是否位于新疆、产品的整体或部分是否位于新疆生产、产品所需原料是否原产于新疆等元素。

举例而言，在这一步骤中，企业应关注（1）成品及原材料的原产地；（2）产品供应链所涉各方间的业务往来；（3）供应链所涉各方的地理位置与身份；以及（4）利用公开可得的数据判断原材料和部件原产于新疆的可能性。

步骤四：筛查供应链中涉所谓“强迫劳动”元素

参照《进口商指南》，如经前述步骤发现产品供应链中确实涉及新疆元素，则进口商应至少提供（1）供应链尽职调查资料：显示尽职调查机制或过程的文件；（2）关于供应链管理措施的信息：内部控制管理和审计文件等；及（3）来自中国的货物生产和制造不涉及所谓“强迫劳动”的文件：工人工资支付、强迫劳动审计等三方面的材料，尝试形成“明确和令人信服的证据”以推翻 CBP 对产品的推定。

在这一步骤中，企业需重点关注自身和供应商在劳工权利保障方面的合规情况，排查是否存在满足 UFLPA 中所引用的国际劳工组织关于“强迫劳动”认定指标的情况。事实上，我国已将该等认定指标中的多数吸收入《劳动法》《劳动合同法》等法律法规之中，仅在部分指标的认定细节上存在差异。因此，在本步骤中，企业一方面可基于中国法下对劳工权益保护的法律法规要求开展尽职调查，另一方面需对中国法与国际劳工组织认定指标存在差异之处进行排查。

在尽调方法上，可通过（1）对供应商的突击现场检查；（2）比照国际劳工组织的强迫劳动危险信号进行筛查；（3）与供应商的工人、劳动经纪人或招聘人员访谈（以其母语进行且确保不受到雇主的影响）；（4）向供应商要求不受限制地进入工作场所或相关地点，以进行调查，以及（5）审查其他书面文件和信息，以获得额外的合规证明等方式开展。

八、中国企业应如何建设供应链合规体系

对供应链中涉新疆元素及所谓“强迫劳动”元素的梳理和筛查是避免潜在 UFLPA 执法风险的重点。企业可通过制定完善的供应链合规政策体系实现对潜在风险的预防与管理。

结合 UFLPA、《进口商指南》及《执法策略》，供应链合规政策体系应聚焦于供应链溯源管理和在第三方管理中排除强迫劳动元素两个方面，并配合信息记录

留存、合规培训、举报与处罚、审计等安排，保证合规政策体系的落地执行。

（一）供应链溯源管理制度建设

企业应出台制度以建立信息系统来全面管理供应链信息。该等信息应包括自生产原料采购、原料管理、设计生产、分发至销售环节完整的供应链地图，并应覆盖企业开展的每一单业务且在业务情况发生变更时及时更新。例如：

- 在生产原料采购和原料管理的环节，溯源管理制度应要求记录原料产地、供应商、供应商所在地、原料所述类别、存储位置、对应订单号及进出库状态等信息；
- 在设计生产及分发销售的环节，溯源管理制度应对每一成果设置独立的数据表，包含所使用原料、设计生产所在地、产品流向等信息，并确保能够与生产原料采购和原料管理环节中所记录的信息相对应，从而实现供应链全流程可溯源。

在实践中，考虑到不同产品所对应的供应链具有不同特征且获取上下游信息的难度高低不同，企业开展供应链溯源所能覆盖的范围和深度仍可能存在明显的差异。而对于在客观上无法收集到必要信息并进行合规管理的情形，企业应考虑通过开展专项合规风险分析等方式对相关业务进行分析，并视具体情况落实有针对性的合规措施。

（二）在第三方管理中排除“强迫劳动”元素的制度设计

对“强迫劳动”元素的排除，主要可通过完善的第三方管理制度实现。企业可以考虑在供应链中的关键节点设置事前、事中和事后的风险审查及监控制度。例如：

- 在供应商遴选和入库环节，开展黑名单主体的筛查程序，以及及时发现被列入黑名单的主体；
- 形成合规行为准则，明确劳工权益保护的基本要求、标准及需杜绝的强迫劳动情形，并要求供应链所涉主体知悉、接受并承诺遵守该等准则；
- 在与供应商签订合同并正式开展业务前，设置合规审查制度并开展对供应商在反强迫劳动合规方

面的审查程序，以及及时发现潜在的强迫劳动元素；

- 设置风险因素列表，并将之提供给业务人员以在业务开展的前、中、后阶段保持监控，并要求业务人员在发现风险因素时采取暂停业务等应对措施；
- 设置定期或不定期的复审制度。开展对供应链所涉主体的合规审查，通过与劳工的访谈、临时性的现场检查等方式监控强迫劳动风险，并通过制定分级制度，依据审查结果进行评级，替换供应链中的不合格主体。

（三）其他合规管理制度支持

除上述两项关键制度外，中国企业还可考虑通过以下安排形成应对 UFLPA 执法风险的完整合规管理制度：

- 高管承诺：企业可通过发布高管承诺或声明文件以传达企业合规立场与态度；
- 合规管理架构制度：企业可制定政策文件以指定专门部门或人员负责 UFLPA 合规事项，明确具体权限及职责范围；
- 合规培训制度：企业应制定制度，定期安排面向不同受众的 UFLPA 合规培训，传递主要合规要求、立法执法动态更新及企业内部管理要求；
- 存档记录制度：企业应形成文件以明确对合规管理中有关供应链溯源、强迫劳动元素排查工作所涉材料的存档记录要求和时限要求；
- 审计制度：企业应形成审计制度，明确定期 / 非定期审计的规则、范围和要求；
- 举报、调查及违规情况整改制度：企业应形成文件，在内部设置举报邮箱及热线等路径，并对收到的举报事项开展调查，同时对违法违规行为设置明确的处罚规则和整改规定。

九、结语

作为一项新型的制裁工具，UFLPA 对中国企业开展对美出口业务设置了新的贸易壁垒，势必对中国企业开拓国际业务和企业合规建设方面产生深远的影响。随着 CBP 执法资源的扩充和执法经验积累，可以预见基于 UFLPA 的执法活动将渐趋活跃。应当引起广大中外企业，尤其是在供应链中可能与新疆地区相关中国企业充分的关注。

第二节 从企业合规实务角度解读《反外国制裁法》

引言：2021年6月10日，《中华人民共和国反外国制裁法》（“《反外国制裁法》”）经全国人大常委会通过并正式颁布实施。2021年3月11日，十三届人大四次会议审议批准了《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，其中明确提到了“今后一年的工作中，要围绕反制裁、反干涉、反制长臂管辖等，充实应对挑战、防范风险的法律工具箱”。之后《反外国制裁法》即进入了立法快车道。全国人大常委会在2021年4月下旬对《反外国制裁法》草案进行初次审阅之后，该法在两个月内就获表决通过。上述举措是为了反制外国对我国进行遏制、打压，体现了我国对霸权主义和强权政治的反对、反制外国国家对我国公民、组织采取歧视性限制措施行为的坚定决心。《反外国制裁法》相较于此前商务部颁布的《不可靠实体清单规定》（“《不可靠清单》”）以及《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（“《阻断办法》”），层级更高，为我国实施对外制裁措施提供了更明确的法律依据，同时对中国企业应对外国制裁及外国法律不当的域外适用提供了抗衡武器，因而具有十分重要的意义。本文将从企业视角探讨《反外国制裁法》确立的法律机制，对中外企业可能产生的实际影响以及企业应如何充分利用该法所赋予的法律权利。

一、反制措施针对的情形

《反外国制裁法》第三条明确表示，其反制措施的对象是“外国国家违反国际法和国际关系基本准则，以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压，对我国公民、组织采取歧视性限制措施，干涉我国内政”的行为。从字面理解，上述描述并非满足其一即可，而是需要综合判断。根据全国人大法工委负责人接受新华社采访的内容来看，《反外国制裁法》针对的行为在于“干涉我国内政”的行为，即并非所有的歧视性限制措施均可能成为反制的对象，而是对反制对象做了一定的限制。

何为“干涉内政”的措施？根据相关政府部门的发言和中国此前的制裁实践来看，个别国家以“涉疆”、“涉港”为由对中国有关国家机关、国家工作人员、中国企业实施的制裁行为最为典型。近年来，美国通过出台所谓《香港自治法案》《维吾尔人权政策法案》，对中国香港、新疆情势进行指摘，并实施粗暴蛮横的制裁措施。此外，美国还频繁利用西藏、台湾、南海、防疫等议题和借口，对中国横加指责、抹黑、攻击。上述行为都有可能是《反外国制裁法》所重点针对的反制对象。

值得注意的是，《反外国制裁法》第十五条同时提到，“对于外国国家、组织或者个人实施、协助、支持危害我国主权、安全、发展利益的行为，需要采取必要

反制措施的，参照本法有关规定执行”。这一规定为《反外国制裁法》的扩大适用留下了空间。即使不存在传统意义上的“干涉内政行为”，但如果目的是危害我国主权、安全和发展利益，我国也有权根据《反外国制裁法》予以反制。某些国家通过制裁及出口管制等措施，限制我国高科技行业发展；以“国家安全”为名义，对我国半导体等行业的发展实施不公平的出口限制，这些行为也有可能成为《反外国制裁法》所针对的对象。

二、如何理解“反制清单”

“反制清单”是《反外国制裁法》的一项重要机制，了解反制清单所包含的对象，是企业做好合规工作的基础。

根据《反外国制裁法》第四条规定，国务院有关部门可以决定将直接或者间接参与制定、决定、实施本法第三条规定的歧视性限制措施的个人、组织列入反制清单。根据《反外国制裁法》第九条，反制清单的确定、暂停、变更或取消，会以命令的形式予以公布。企业需要关注相关政府部门发布的命令，及时更新内部的相关名单。

自2020年7月以来，外交部陆续公布了一系列反制措施，对在涉港、涉台、涉疆问题上表现恶劣的外国实体和个人实施制裁。《反外国制裁法》在总结实践

经验的基础上，正式建立“反制清单”制度，表明中国的反制将更加体系化、规范化。2021年7月23日，外交部首次基于《反外国制裁法》，对无端抹黑香港营商环境、非法制裁多名中国中央政府驻港机构官员的美国自然人和实体实施制裁，其中包括美国前商务部长罗斯、“香港民主委员会”。2022年12月23日，外交部更是首次基于《反外国制裁法》发出了正式的制裁决定，即《关于对余茂春、托德·斯坦恩采取反制裁措施的决定》，其中明确注明了反制措施以及反制名单，这标志着我国对外反制裁机制更加成熟。

此外，《反外国制裁法》第五条亦规定，相关部门可以对与反制清单内主体存在特定关联的个人或组织一并实施反制措施，包括（1）列入反制清单个人的配偶和直系亲属；（2）列入反制清单组织的高级管理人员或者实际控制人；（3）由列入反制清单个人担任高级管理人员的组织；（4）由列入反制清单个人和组织实际控制或者参与设立、运营的组织。

此前外交部在公布制裁措施时，往往使用“相关人员及其家属”、“及其关联企业、机构”等表述，但对于“家属”、“关联企业、机构”缺乏明确界定。此次《反外国制裁法》对此作了明确界定，对于企业合规具有积极意义，便于相关企业在执行中判断哪些个人、组织属于被反制对象的关联方。

需要指出的是，上述与反制清单内主体存在特定关联的个人或组织并非自动被制裁。制裁的实施仍然需要由国务院有关部门正式作出决定。这一点与美国SDN制度中满足“50%”标准自动被制裁的规定存在明显差异。

三、企业遵守及配合实施反制措施的实务考量

《反外国制裁法》第六条明确列举了三类反制措施：一是不予签发签证、不准入境、注销签证或者驱逐出境；二是查封、扣押、冻结在我国境内的动产、不动产和其他各类财产；三是禁止或者限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动。此外，《反外国制裁法》还设置了“兜底条款”，即“其他必要措施”，赋予行政机关必要的自由裁量权。

《反外国制裁法》第六条规定，“国务院有关部门可以按照各自职责和任务分工，根据实际情况决定采取

上述一种或者几种措施”，同时第十一条规定，我国境内的组织和个人应当执行国务院有关部门采取的反制措施。这意味着上述反制措施的实施主体主要是政府部门，但是一般个人及企业也有义务执行有关部门的反制措施。企业的合规要点主要在上述第二、三项反制措施的执行上。

“查封、扣押、冻结我国境内资产、不动产和其他各类财产”类措施属于行政强制措施。其中查封、扣押一般由法律、法规规定的行政机关实施，而根据《行政强制法》第三十条，行政机关依照法律规定决定实施冻结存款、汇款的，应当向金融机构交付冻结通知书。有待进一步明确的是，金融机构是否有义务主动对清单内主体实施财产冻结措施。

实践中，金融机构一般需要得到相关部门的通知或批准后才会实施财产冻结措施，例如我国现行《反洗钱法》规定，金融机构对有洗钱嫌疑的交易实施冻结之前，应该事先得到国务院反洗钱行政主管部门负责人批准。但这一做法也存在例外，比如《反恐怖主义法》要求金融机构立即冻结恐怖组织的人员资金或其他资产；并在实施资产冻结后，履行对行政部门的报告义务。因此，金融机构执行冻结资产义务是否需要有权机关的明确通知，还需观望。

对于第三点“禁止或者限制我国境内的组织、个人与其进行有关交易、合作等活动”，我们理解这是所有企业和个人都应履行的义务。一旦国家对特定的组织或个人实施了此类反制措施，其他企业和个人便要停止与该等组织和个人的一切商业或非商业性质的交易、合作。

四、企业识别反制措施对象的实务难题

从企业的角度来看，对已经被列入反制清单的个人和组织，停止或拒绝与其进行交易和合作比较容易实现，但是对于根据相关部门的决定需要被采取反制措施的那些与清单内主体存在特定关联的个人或组织，由于这些个人和组织尚未被列入清单，因而存在着识别和认定上的难点。

如上所述，与反制清单内主体存在特定关联的个人或组织包括四类：（1）列入反制清单个人的配偶和直系亲属；（2）列入反制清单组织的高级管理人员或者实际控制人；（3）由列入反制清单个人担任高级

管理人员的组织；（4）由列入反制清单个人和组织实际控制或者参与设立、运营的组织。我们理解，企业为执行反制措施，须在识别上述主体时尽审慎注意义务，一旦发现便停止与其合作。

然而对于企业来讲，在正常的商业交往中，穷尽识别与清单内主体存在特定关联的人可能存在难度。例如，企业对一般的客户、经销商、供应商或中介等合作主体会进行一定的尽调，但未必能识别合作对象的所有关联人员与关联机构。

即使是负有更高的义务的机构，比如承担对客户尽职调查义务的金融机构，在目前反洗钱尽职调查框架下，也未必能穷尽对上述个人和组织的识别。例如，目前反洗钱法律法规规定金融机构在尽职调查中须识别“外国政要、国际组织的高级管理人员”父母、配偶、子女等近亲属信息，而无须识别其他个人的配偶、直系亲属信息。因此，若金融机构客户并非外国政要，则金融机构没有义务掌握其配偶、直系亲属的信息，因而便很难准确判断该客户是否是反制清单对象的配偶或直系亲属，从而很难决定是否要停止该客户的金融交易。又如，金融机构对自然人客户身份信息的识别仅包括该自然人的姓名、性别、职位等信息，而无须识别该自然人担任哪些组织的实际控制人。因此，金融机构也很难执行针对被列入反制清单组织之实际控制人的反制措施。

因此，我们认为比较合理的解读是企业需要尽到审慎的识别义务。对于列入清单的主体，企业应当有义务停止与其交易或交往；对于是否停止与被列入清单的主体之关联方的交易，则取决于企业是否实际识别出了这类主体，或是是否应当识别出这类主体。如果企业正常的尽调流程不足以发现交易对象属于上述主体，且其实际也没有发现，则企业不应承担相应的责任。

五、关于《反外国制裁法》的义务主体与责任承担

《反外国制裁法》下的义务和责任主要体现在第十一条、第十二条和第十四条。根据《反外国制裁法》第十一条规定，我国境内的组织和个人应当执行国务院有关部门采取的反制措施。对违反前款规定的组织和个人，国务院有关部门依法予以处理，限制或者禁止其从事相关活动。据此，执行反制措施是境内组织（包括外商投资企业）

和个人（包括境内外国人）的法定义务。值得注意的是，不同于《不可靠清单》和《阻断办法》，《反外国制裁法》并未规定豁免制度，即中国境内的组织和个人执行本法中的反制措施并无例外，这充分体现了《反外国制裁法》的刚性。

第十二条规定任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施，并赋予相关中国主体司法救济权。该条涉及面广，影响大，值得中外企业予以充分关注：

- 对比第十一条、第十二条的表述，我们理解第十二条中的“任何组织和个人”应包括中国主体和外国主体。
- 该条规定的“司法救济权”与《阻断办法》存在明显差异。在《阻断办法》下，中国主体向人民法院起诉必须以商务部发布禁令为前置条件。在商务部未发布禁令的情况下，司法救济无法启动。而《反外国制裁法》下并无这样的前置要求，因此“司法救济权”门槛更低、范围更广。
- 《反外国制裁法》对“歧视性限制措施”的范围和内涵没有明确界定，从广义的角度理解，似乎可以包括针对中国采取的一切制裁和出口管制措施。但是，该条所指的“歧视性限制措施”是否应当满足第三条规定的“干涉中国内政”或者第十五条规定的“危害我国主权、安全、发展利益”的条件，需要在实践中进一步观察。
- 实践中，我们注意到，针对被制裁或被列入实体清单的中国主体，部分境内外主体往往会采取一些过激反应，存在“过度合规”的情况。例如，在制裁领域，无论是否存在美国因素，对被列入SDN名单内的中国主体一概停止交易；在出口管制领域，不对相关物项是否受控作进一步分析，一概中断与被列入实体清单企业的合作。我们认为，“过度合规”措施具有明显的歧视性属性，有可能会成为第十二条的重点关注对象。

第十四条规定任何组织和个人不执行、不配合实施反制措施的，将被依法追究法律责任。该条规定的义务主体与第十一条存在差异，“任何组织和个人”是否包括境外主体，可能的法律责任包括哪些方面，有待后续在执行过程中进一步观察。

六、结语

《反外国制裁法》作为我国第一部法律层面的反制裁立法，势必对我国与他国的互动交流、企业合规产生深远的影响。《反外国制裁法》条文不多，具体落实细节有待后续立法、执法进一步澄清。但从基调上看，《反外国制裁法》彰显了我国反制裁、反干涉、反长臂管辖的决心，广大中外企业对此应予以充分关注。

第三节 美国出口管制新规要点综述及热点问题解答

引言：美国时间 2022 年 10 月 7 日，美国商务部工业安全局（BIS）宣布了对美国《出口管理条例》（EAR）的一系列修订措施（下称“新规”）。新规对中国企业获取高性能计算芯片、先进计算机、特定半导体制造设施与设备以及相关技术的能力进行了限制，同时对中国的超级计算机行业和 28 家在人工智能、超级计算机、高性能芯片领域领先的中国企业设定了严格的限定措施。这次新规的颁布引起了全球半导体行业和电子制造业的广泛关注，但由于许多规则的内容本身较为模糊，也引发了诸多疑问。考虑到上述规则的复杂性，美国时间 2022 年 10 月 28 日，BIS 发布了《常见问题解答》（FAQ），对部分问题进行了澄清。2023 年 1 月 25 日，BIS 又根据其 1 月 18 日发布的联邦公报对前述 FAQ 进行了相应更新。本篇文章为各位详细梳理 BIS 发布的新规及 FAQ 的关键内容，以及企业面临的新的合规要求。

一、FAQ 重点内容解析

FAQ 对新规中饱受关注的部分问题作出了进一步解释说明，以下内容值得重点关注：

第一，针对业界广泛关注的围绕“中国境内的半导体设施中的制造活动”的限制，BIS 进一步明确了半导体制造“设施”（semiconductor fabrication “facility”）是指在限制技术水平上的芯片生产活动发生的地点。（发生在）设施的后续步骤，如封装、测试和 / 或包装设施等，由于这些步骤并不改变（芯片的）技术水平，因此不包括在限制内。

基于上述解读，我们理解 BIS 在新规下主要希望限制的是，位于中国的芯片代工厂的芯片生产活动，芯片封装等活动由于并不改变芯片的技术水平，应不是其限制的重点。但是，中国的半导体封装企业（尤其是涉及受 EAR 管控物项或有“美国人”员工的企业），

仍需在与其代工厂的合作中开展全面的出口管制评估，以防与其的合作被认为违反了新规下“半导体制造最终用途”或是“美国人”相关的限制。

FAQ 中同时说明了，根据 EAR 中对“设施”的定义，每个“建筑物（building）”被认为是一个独立的“设施”。如果一个实体在同一“建筑物”内同时有受限制和非受限制集成电路的产线，该“建筑物”/“设施”将适用新规的限制。但是，如果一个实体在同一“园区（Campus）”内有多座“建筑物”，地址相同且 / 或属于同一法律实体，则业务参与方必须开展充分的尽职调查，以确保提供的物项或开展的活动仅用于非受新规限制的集成电路产线的制造活动。

结合新规来看，我们理解上述 FAQ 的内容，对于确认不同业务及不同主观状态下具体所受到的出口限制和许可证要求有着非常重要的意义。其一，FAQ 将封装等生产活动后端的流程排除在了新规首要限制的活

动范围之外。其二，FAQ 系在 BIS 于 2022 年 10 月 13 日的公开会议（Public Briefing）后再次强调开展充分尽职调查的必要性，通过对“设施”“建筑物”及“园区”等名词的范围释义，明确了同一业务中同时涉及受限及不受限产线时的不同许可证要求，以及在该等情况下只有通过充分的尽职调查手段确认不涉及受限产线才能开展相关出口活动的必要前提。其三，由于上述限制与新规中对“美国人”的限制规定有着高度的关联性和相似性，在不涉及受 EAR 管控物项但涉及“美国人”参与的活动中，同样要求“美国人”或其所在企业必须开展尽职调查，以确认所开展业务活动是否涉及受限范围，进而保证业务的合规开展和“美国人”行为的合规性。

第二，在“美国人”被限制参与特定半导体相关活动的问题上，FAQ 进一步明确了上述限制所针对的“美国人”包括开展以下三类活动的主体：

1. 授权运输、传送及国内转移非受 EAR 管控的物项至位于中国的半导体制造设施中，并用于开发或生产符合特定标准的集成电路：1）采用非平面晶体管结构的逻辑集成电路或其生产技术节点为 16/14 纳米或以下；2）具有 128 层或以上的 NAND 存储器集成电路；或 3）动态随机存取存储器（DRAM）集成电路，采用半间距为 18 纳米或更小的生产技术节点；
2. 通过开展运输、传送或国内转移方式，将非受 EAR 管控的物项提供至位于中国的半导体制造设施中，并用于开发或生产符合上述第（1）点下特定标准的集成电路；
3. 为非受 EAR 管控但用于在位于中国的半导体制造设施中开发或生产符合上述第（1）点下特定标准的集成电路的物项，提供包括维护、修理、检修或翻新的服务。

FAQ 同时明确了“美国人”需要通过审查公开信息、判断所提供物项或所服务对象的技术能力、专门市场数据及最终用途声明等尽职调查手段，以确认位于中国的半导体制造设施中所开发或生产的集成电路是否符合上述第（1）点下的特定标准。BIS 同时提出“美国人”可以通过参考 EAR 732 中的“了解你的客户”指南，或提交咨询意见请求的方式来获取 BIS 对涉及上述集成电路事项的

指导。

而在上述规则下，FAQ 也对从事特定事务的“美国人”提供了一定程度的豁免。FAQ 说明，从事行政或文秘活动（例如安排运输或准备财务资料等）、或以其他方式执行经批准的受到本规则限制的运输、传送或国内转移活动的决定、或与向中国先进半导体生产厂商（即开发或生产符合上述第（1）点下特定标准的集成电路的工厂）提供特定物品或为其提供特定物品服务没有直接关系的研发生产活动的“美国人”，不适用前述对“美国人”的限制，除非有证据证明该等“美国人”明知其所从事的上述行为违反前述对“美国人”的限制规定。

FAQ 在新规中对于“美国人”的限制作了进一步明确，更加强调限制措施和“美国人”在参与受限制用途中所扮演的角色和身份相关，但考虑到美国政府执法中的自由裁量权，这一规定具体如何落地执行可能还需要结合实践观察来进一步确定。基于目前的规定，我们理解本次 BIS 围绕“美国人身份”的限制，并非是“一刀切”式地限制“美国人”参与中国半导体行业，其限制的重点还是在于在知晓的情况下参与满足上述标准的半导体生产相关活动及涉特定 ECCN 对应的半导体生产设备、软件和技术的相关活动。

4. 此外，FAQ 确认的问题还包括：（1）新规下产生的许可证要求同样适用于至中国香港和中国澳门的出口活动；（2）对于 3A090、4A090 及与之相关的特定软件和技术所适用的“地区稳定”（Regional Stability）受管控理由不适用于视同出口或视同转出口活动等。进一步明确了新规内容的适用问题。

二、出口管制新规内容详解

（一）对中国企业获取高性能芯片和先进计算机的限制

美国对华高性能芯片出口限制早已有迹可循。事实上，2022 年 8 月底，英伟达接到美国政府通知并限制其向中国出口特定高端 GPU 芯片的事件，已反映出美国政府限制中方获取特定芯片的意图。而本次新规则是瞄准了高性能芯片和先进计算机，从多个角度出发

对中国企业获取该等物项进行升级限制。

1. 在 CCL (Commerce Control List) 中新增对应物项并在出口至中国时适用许可证要求

BIS 在 CCL 中新增 3A090 (特定高性能集成电路)¹ 和 4A090 (包含 3A090 下集成电路的计算机、电子零配件及组件)², 以及对与该等物项相关的软件和技术通过 3D001、3E001、4D090 与 4E001 进行管控。

对上述 ECCN 及满足该等物项参数性能的 5A992 和 5D992 物项施加“地区稳定”的受管控理由, 将受管控的前述物项出口至中国时需获取 BIS 签发的许可证。但新规及 FAQ 均明确了这一受管控理由不适用于视同出口或视同转出口。

2. 增加针对上述高性能芯片和先进计算机的直接产品规则

当一个非美国原产的物项符合特定要求, 且知晓对该物项的出口行为满足特定目的地及最终用途要求时, 该物项受 EAR 管控, 且在进行上述出口行为时需向 BIS 申请出口许可证。

“非美国原产物项的特定要求”是指物项符合以下两条标准中的任意一项: (1) 该物项是特定 19 项受 EAR 管控软件 / 技术的直接产品; 且在 CCL 下被分类为 3A090、4A090, 或为之准备的 3E001 及 4E001, 或是其他在 CCL 分类下满足或超过了 3A090、4A090 参数性能的芯片、计算机、电子组件或部件; (2) 生产该物项的非美国工厂或工厂的主要部分是特定 19 项美国原产软件 / 技术的直接产品; 且该物项在 CCL 下被分类为 3A090、4A090, 或为

之准备的 3E001 及 4E001, 或是其他在 CCL 分类下满足或超过了 3A090、4A090 参数性能的芯片、计算机、电子组件或部件。

“特定 19 项软件 / 技术”是指 ECCN 为 3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D090、4D993、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D002、5D991、5E001、5E991 或 5E002 的软件和技术。

“特定目的地及最终用途要求”是指出口方知晓: (1) 该等物项被出口、再出口或(国内)转移至中国; 或被合成入任何被出口至中国的、被归类为非 EAR 99 物项的部件、组件、计算机或设备中; 或(2) 该等技术由总部位于中国的主体开发用于生产掩膜或集成电路晶片 / 裸片。

3. 针对中国企业就上述高性能芯片和先进计算机的流片活动施加限制

如一项技术系: (1) 由总部位于中国的实体开发; (2) 系受 EAR 管控的软件的直接产品; (3) 在 CCL 下被归类入 3E001; 且(4) 被用于生产 3A090 和 4A090 对应的物项, 或其他在 CCL 分类下满足或超过了 3A090、4A090 参数性能物项, 则该等技术在被从中国出口到全球任何目的地的行为需要获取 BIS 签发的出口许可证。

从上述三个角度的限制可以发现, 在新规生效后, 就被归类为 3A090、4A090 的物项, 中国企业通过直接采购美国原产物项、采购非美国原产但使用了特定受 EAR 管控软件 / 技术而生成的物项或通过自行设计并进行流片生产的活动均被施加了出口许可证的要求。同时, 与 3A090、4A090 相关软件与技术, 如

1. 【3A090】- 满足如下条件的集成电路

a. 具有或可设定为在所有输入与输出的双向传输率合计达 600 Gbyte/s 或以上的集成电路 (不包括易失性存储器), 以及下列任何一项物项:
a.1. 一个或多个执行机器指令的数字处理器单元, 其每次操作的比特长度乘以 TOPS 中测量的处理性能, 所有处理器单元聚集起来, 合计为 4800 或更多;
a.2. 一个或多个数字“原始计算单元”, 不包括那些有助于执行与 3A090.a.1 的 TOPS 计算有关的机器指令的单元, 其每项操作的比特长度乘以 TOPS 中测量的处理性能, 所有计算单元聚集起来, 合计为 4800 或更多;
a.3. 一个或多个模拟、多值或多级“原始计算单元”, 其处理性能以 TOPS 乘以 8 来衡量, 在所有计算单元中合计为 4800 或更多; 或
a.4. 数字处理器单元和“原始计算单元”的任何组合, 其按照 3A090.a.1、3A090.a.2 和 3A090.a.3 的计算结果之和为 4800 或更多。
b. 暂为保留状态。

2. 【4A090】- 满足如下条件的计算机及相关设备、“电子组件”和“部件”

a. 含有集成电路的计算机、“电子组件”和“部件”, 其中任何一项超过 3A090.a 的限制。
b. 暂为保留状态。

3D001、3E001、4D090 以及 4E001 的跨境传输也受到了直接限制。此外，上述物项的出口所能适用的许可证例外也十分有限。

（二）对中国企业获取物项以发展超级计算机的限制

美国商务部曾多次在公开场合或文件中提及超算能力对军事现代化和国家安全的关键作用，且近年来以有悖于美国国家安全或外交政策利益的名义，将超算行业的多个中国主体列入黑名单。本次新规下，美方从多个角度对中国主体获取物项以发展超级计算机的活动进行了限制。

1. 何为“超级计算机”

EAR 下的“超级计算机”主要是指：一个计算“系统”，在 41,600 立方英尺或更小的范围内，具有 100 或以上双精度（64 位）每秒千万亿次浮点运算或 200 或以上单精度（32 位）每秒千万亿次浮点运算的集体最大理论计算能力。

2. 新增针对“中国超级计算机”最终用途的限制

如果在出口、再出口或（国内）转移时“明知”落入特定范围的物项将被用于特定超级计算机用途，则需要获取 BIS 的许可证。

“落入特定范围的物项”：（1）受 EAR 管控并在 ECCN 3A001、3A991、4A994、5A002、5A004 或 5A992 中指明的集成电路物项；及（2）受 EAR 管控并在 ECCN 4A003、4A004、4A994、5A002、5A004 或 5A992 中指明的计算机、“电子组件”或“部件”。

“用于特定用途”：（1）“开发”、“生产”、“使用”、操作、安装（包括现场安装）、维护（检查）、修理、大修或翻新位于或运往中国的“超级计算机”；或（2）将被“纳入”或用于位于或运往中国的“超级计算机”的任何“部件”或“设备”的“开发”或“生产”。

3. 新增针对“中国超级计算机”最终用途的直接产品规则

当一个非美国原产的物项符合特定要求，且知晓其出口行为满足特定最终用途和目的地要求时，该物项受

EAR 管控，且在进行出口行为时需向 BIS 申请许可证。

“非美国原产物项的要求”是指符合以下两条标准中的任意一项：（1）该物项是特定的受 EAR 管控的 18 项 ECCN 的软件 / 技术的直接产品；或（2）生产该物项的非美国工厂或工厂的主要部分是特定美国原产的 17 项 ECCN 的软件 / 技术的直接产品。

其中，“**18 项 ECCN 的软件 / 技术**”：3D001、3D991、3E001、3E002、3E003、3E991、4D001、4D993（17 项 ECCN 中不包括该 ECCN）、4D994、4E001、4E992、4E993、5D001、5D991、5E001、5E991、5D002 或 5E002 的软件和技术。“**17 项 ECCN 的软件 / 技术**”较上述 18 项 ECCN 的软件 / 技术不包括 4D993。

“特定最终用途和目的地要求”是指出口方知晓：（1）该等非美国原产物项将被用于在中国境内设计、“开发”、“生产”、操作、安装（包括现场安装）、维护（检查）、修理、大修或翻新超级计算机；或（2）该等非美国原产物项被合成入或用于研发、生产任何将被用于位于中国的，或出口目的地位于中国的超级计算机的部分、部件或设备。

从上述限制可以发现，在新规生效后，当物项用途为位于中国的超级计算机时，获取特定范围的受 EAR 管控物项及特定直接产品规则下的非美国产物项都被施加了 BIS 的出口许可证要求。

（三）针对特定实体清单主体适用特殊直接产品规则

2022 年 10 月 7 日发布的新规为，对 28 家位于实体清单的中国主体进行了特别限制，将其标注了“脚注 4”并为其设置了特殊的直接产品规则；相关规则与华为主体所受限制类似，且超过华为实体所受限制程度。2022 年 12 月 16 日，BIS 又一次将 21 家中国主体标注了“脚注 4”并施加特殊限制。

针对上述 49 个“脚注 4”实体，EAR 规定当非美国原产物项本身满足特定条件，且该等物项所涉出口活动满足特定条件时，该等非美国原产物项受 EAR 管控，且在开展上述出口活动时需获取出口许可证。

“非美国原产物项所满足的特定条件”指：（1）该等物项系受 EAR 管控的 18 项 ECCN 的直接产品；或

(2) 生产该等物项的工厂或工厂的主要设施系美国原产的 18 项 ECCN 的直接产品。

其中, “18 项 ECCN” 为: 3D001, 3D991, 3E001, 3E002, 3E003, 3E991, 4D001, 4D993, 4D994, 4E001, 4E992, 4E993, 5D001, 5D991, 5E001, 5E991, 5D002 以及 5E002。

“出口活动需满足的特定条件” 指: (1) 非美国原产物项将被合入或被用于由上述 49 个主体生产、采购或订购的任何部分、部件或设备的生产或研发中; 或 (2) 非美国原产物项的出口活动 (交易中), 上述 49 个主体为采购方、中间收货人、最终收货人或最终用户。

针对上述 49 个主体的规则与华为实体适用的规则基本一致, 主要区别在于特定软件 / 技术的数量从 16 个进一步增加至 18 个 (增加了与加密相关的软件和技术: 5D002 和 5E002), 进一步拓宽了可能适用的物项范围。

(四) 新规加强对于中国获取受管控半导体制造物项与设备的能力的限制

半导体相关的产品和技术是美方近年来对中国进行限制的重点领域, 而本次新规更是在此前的基础上, 进一步通过**限制中方获取受管控半导体制造设备、将受管控物项用于特定半导体制造用途以及美国人为中国半导体制造相关的活动提供支持等方式**, 试图限制先进半导体制造能力的持续提升。

1. 在 CCL 下新增受管控半导体制造设备并限制中国获取相关设备的能力

本次新规在 CCL 中新增了一个新的管控编码: 3B090; 3B090 编码下主要涵盖一些先进半导体制造设备³。3B090 物项基于地区稳定和反恐 (Anti-Terrorism) 相关的原因受到管控, 在被出口到中国大陆的情况下需要获取许可证。

与 ECCN 3B090 相关的软件和技术管控则通过 3D001 和 3E001 实现, 本次规则新增基于 RS 原因对相关软件和技术的要求。

3. 3B090 编码下主要涵盖满足以下条件的半导体制造设备:

a. 下列半导体制造的沉积设备:

a.1. 通过电镀程序沉积钴的设备。

a.2. 能够使用自下而上的填充工艺, 在填充金属中沉积空隙 / 接缝最大尺寸小于或等于 3 纳米的钴或钨填充金属的化学蒸气沉积设备。

a.3. 能够在一个加工室中通过以下方式制造金属触点的设备。

a.3.a. 使用有机金属钨化合物沉积一层, 同时将晶圆基板的温度保持在 100°C 至 500°C 之间; 以及

a.3.b. 进行等离子体工艺, 其中化学成分包括氢气 (包括 H₂+N₂ 和 NH₃)。

a.4. 能够在真空环境下制造金属触点的设备, 方法是:

a.4.a. 在化学成分包括氢气 (包括 H₂、H₂+N₂ 及 NH₃) 的等离子体过程中进行表面处理, 同时将晶圆基板温度维持在 100°C 至 500°C 之间。

a.4.b. 使用由等离子体工艺组成的表面处理, 其中的化学成分包括氧气 (包括 O₂ 和 O₃), 同时将晶圆基片的温度保持在 40°C 和 500°C 之间; 以及

a.4.c. 沉积钨层, 同时将晶圆基板的温度保持在 100°C 和 500°C 之间。

a.5. 能够在真空环境中选择性地沉积金属钴层的设备, 其中第一步使用远程等离子体发生器和离子过滤器, 第二步是使用有机金属化合物沉积钴层。

a.6. 能够在铜或钴金属互连的顶面沉积厚度为 10 纳米或以下的钴层的物理气相沉积设备。

a.7. 能够将有机金属钼化合物和卤化钛化合物输送到晶圆基板上, 以调整晶体管电气参数为目的而沉积 “工作功能金属” 的原子层沉积设备。

a.8. 能够在真空环境中通过沉积下列所有材料制造金属触点的设备:

a.8.a. 使用有机金属化合物的氮化钛 (TiN) 或碳化钨 (WC) 层, 同时将晶片基底温度保持在 20°C 至 500°C 之间。

a.8.b. 使用物理溅射沉积技术的钴层, 其中工艺压力为 1-100 mTorr, 同时保持晶圆基板温度低于 500°C; 以及

a.8.c. 使用有机金属化合物的钴层, 其中工艺压力为 1-100 托, 而晶圆基板温度保持在 20°C 至 500°C 之间。

a.9. 能够在真空环境下制造铜金属互连的设备, 可沉积下列所有材料:

a.9.a. 使用有机金属化合物的钴或钨层, 工艺压力为 1-100 托, 晶圆基板温度保持在 20°C 至 500°C 之间; 以及 a.9.b. 采用物理气相沉积技术

的铜层, 其工艺压力为 1-100m Torr, 晶圆基板温度保持在 500°C 以下。a.10. 能够使用有机金属化合物对屏障或衬垫进行区域选择性沉积的设备。a.11. 能够生产空隙 / 无缝隙的钨或钴的填充物的原子层沉积设备, 其结构的长宽比大于 5:1, 开口小于 40 纳米, 温度小于 500°C。

2. 新增对于受管控物项用于特定半导体制造最终用途的限制

本次新规下，美方在 EAR 中新增 744.23 节，对涉及半导体制造相关的最终用途设置了限制，进一步限制

中方获取先进半导体制造相关的受管控物项。具体来说，根据新规：如果“知晓”相关受 EAR 管控物项将被用于特定与半导体制造相关的最终用途，则不得在没有许可证的情况下出口、再出口或转让。相关受管控物项与受限制的用途间的对应关系如下：

序号	物项范围	受限制的最终用途
1	受 EAR 管控的所有物项	在位于中国的半导体制造设施中开发或生产集成电路且集成电路符合以下任一标准： (1) 采用非平面晶体管结构的逻辑集成电路或其生产技术节点为 16/14 纳米或以下； (2) 具有 128 层或以上的 NAND 存储器集成电路；或 (3) 动态随机存取存储器（DRAM）集成电路，采用半间距为 18 纳米或更小的生产技术节点。
2	受 EAR 管控的所有物项	在中国开发或生产 ECCN 为 3B001、3B002、3B090、3B611、3B991 或 3B992 的任何零件、部件或设备。
3	受 EAR 管控并被归入 CCL 第 3 类 B-E 组的物项	在位于中国的半导体制造设施开发或生产集成电路，但并 不知晓 该半导体制造设施制造的集成电路是否符合上述第 1 点下（1）-（3）款中的任一标准。

（五）新规加强对美国人为涉及中国的特定半导体活动提供支持的限制

新规在半导体制造层面对“美国人”（除了美国公民、也包括美国永久居民以及根据美国法律成立的法人等）的限制更进一步：无论其提供的物项是否受 EAR 管控，只要其知晓该物项用于在位于中国的半导体制造设施（semiconductor fabrication "facility"）中开发或生产集成电路且集成电路符合以下任一标准：

1. 采用非平面晶体管结构的逻辑集成电路或其生产技术节点为 16/14 纳米或以下；
2. 具有 128 层或以上的 NAND 存储器集成电路；或
3. 动态随机存取存储器（DRAM）集成电路，采用半间距为 18 纳米或更小的生产技术节点。

那么除非获得 BIS 的出口许可证，否则美国人（U.S. Person）不得：

1. 装运、传输或国内转移相关物项到中国；

2. 促进（facilitate）相关运输、传输或国内转移活动；或

3. 为位于中国境内的相关不受 EAR 管辖的物项提供服务。

此外，在下列两种情形下，“美国人”开展上述 3 类行为也将触发出出口许可证要求：

1. 涉及的物项虽不受 EAR 管控但符合 CCL 下第 3 类 B-E 组分类下 ECCN 的参数，且“美国人”知晓物项将在中国的半导体制造设施中开发或生产集成电路，但不知晓生产的集成电路是否满足上述（1）-（3）点下的标准；以及
2. 涉及的物项虽不受 EAR 管控，但是符合 CCL 中 ECCN 为 3B090、3D001（为 3B090 所用）或 3E001（为 3B090 所用）的物项的参数要求，而不论相关物项的最终用途和最终用户情况。

（六）美方围绕新规出台供应链影响缓释措施

除新规之外，美国商务部还通过发布指引文件和临时

通用许可（Temporary General License，“TGL”）等方式，为企业确认相关产品是否基于新规受到 EAR 管控以及对在满足 TGL 规定的条件下，在中国进行与在中国境外使用的物项相关的特定、有限的制造活动进行授权；以减轻新规在短期内可能对相关企业的供应链造成的影响。

BIS 针对上述规则变化设置了 2022 年 10 月 7 日、10 月 12 日及 10 月 21 日三个生效的时间节点。

此外，对于因上述新规而适用新许可证要求的出口活动，新规中设置了保留条款。该等保留条款规定，如果是在 2022 年 10 月 7 日前已在码头、驳船装载或由承运人装载或由承运人运输至出口港途中的物项，只要在 2022 年 11 月 7 日前完成出口、再出口或（国内）转移，则无需按照新规适用许可证要求。

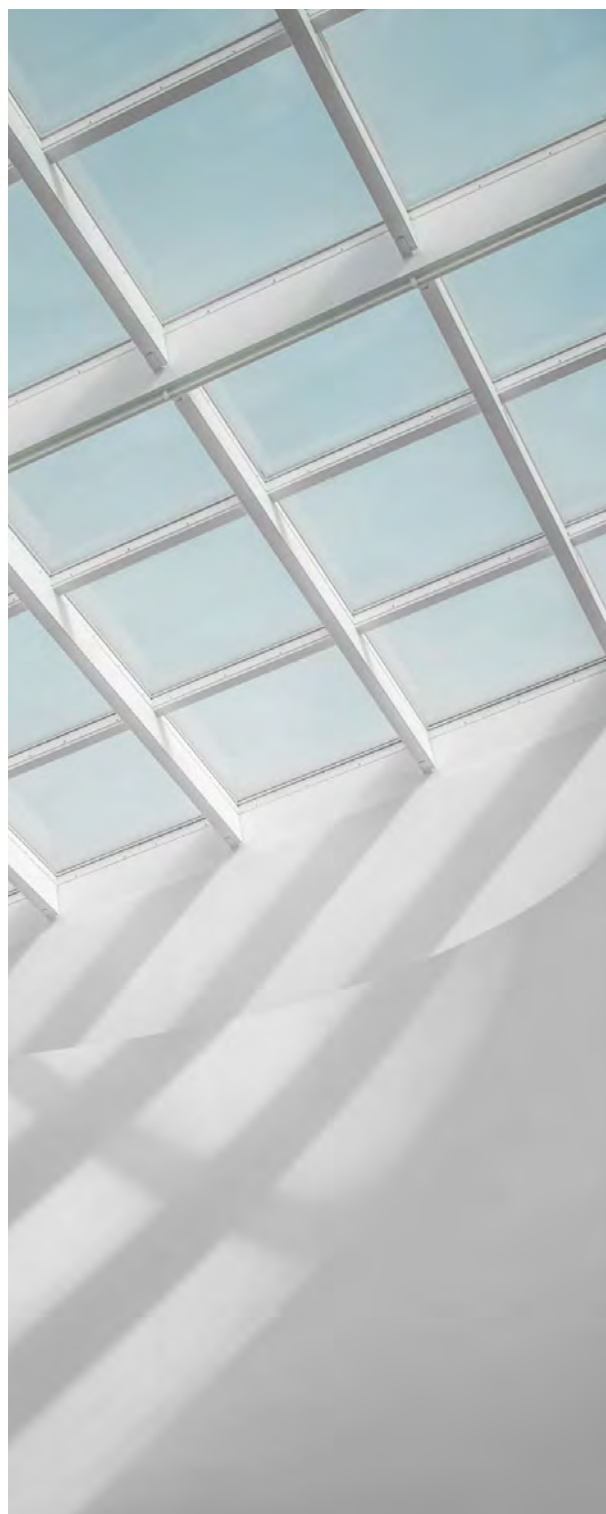
（七）美方更新未经核实清单相关规定

2022 年 10 月 7 日，BIS 宣布将 31 个中国主体列入其出口管制“未经核实清单”（Unverified List，下称“UVL”）。BIS 对外公布的 UVL 执法理由是，BIS 不能完成对于这些实体的最终用途核查（包括发放许可前的核查或者发货后的核查）从而无法核实这些实体的状况。在新增 UVL 主体的同时，BIS 还宣布将 9 个中国企业从 UVL 中删除，因为 BIS 成功核实了它们的真实性。

除上述执法之外，美国商务部还宣布了另一项与 UVL 相关的新规则，即：在相关企业被列入 UVL 后，如果该企业所在国家的政府持续拒绝安排美国商务部对该企业进行最终用途核查，那么美国商务部将启动程序将该企业纳入“实体清单”。围绕该等规则变化，美国商务部还在同日报发了一份备忘录，对新规做了详细的说明：

1. **第一个 60 天**：若美国商务部在提出进行最终用途核查请求后 60 日内仍未能安排核查，则其将启动程序将涉案企业加入 UVL；以及
2. **第二个 60 天**：若在涉案企业因所在国政府未安排最终用途核查而被加入 UVL 后 60 天内美国商务部仍未能进行核查，则其将启动程序将涉案企业加入实体清单。

2022 年 12 月 16 日，BIS 宣布将 25 家中国主体移除 UVL，因其已完成对这些主体的最终用途检查和善意核实。同日，BIS 宣布将 2 家 UVL 中的中国主体移入实体清单，理由是这些主体从事了违反美国国家安全和外交利益的行为，而非因其拒绝最终用途检查。



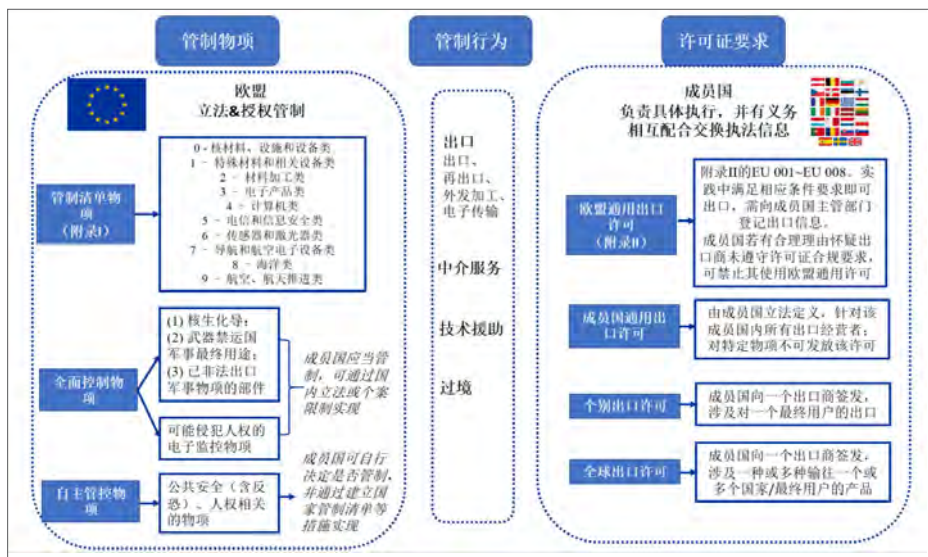
第四节 欧盟出口管制制度全面升级

引言：2021年9月9日，欧盟新修订的两用物项出口管制条例开始施行。该名为《建立欧盟两用物项出口、中介、技术援助、过境和转让的管制制度》的条例（下称“《欧盟条例》”）取代了2009年第428号条例——《建立欧盟两用物项出口、转让、中介和过境的管制制度》。自此《欧盟条例》成为欧盟对两用物项进行出口管制的主要法律依据。此次《欧盟条例》的修订在实体和程序方面都做出了较大改动。《欧盟条例》扩大了管制物项的范围，并加强了欧盟各国执法的交流互通，为欧盟各国加强出口管制执法奠定了基础。在中欧近期颇为紧张的政治氛围中，这部《欧盟条例》也将焦点指向了中国。欧洲议会发言人 Markéta Gregorová 表示：“此次修订将确保欧盟的面部识别技术和其他欧洲高端监控技术不会落到中国手中。”拜登政府上台以来，多次强调联合盟友国家协同执行出口管制政策，美国政府也多次呼吁美欧共同加强出口管制执法，并根据《瓦森纳协定》将更多的两用物项纳入管制范围，限制对中国的出口。2021年6月，美国与欧盟联手组建美国-欧盟贸易和技术委员会（TTC），进一步加强在贸易监管方面的合作。在美欧加强对中国出口管制协同措施大背景下出台的《欧盟条例》，无疑值得引起与欧洲经贸关系紧密的中国企业的重点关注，并及时开展应对措施。

一、欧盟的两用物项出口管制体系

《欧盟条例》由序言、正文10章32条、6个附件组成，规定涵盖了两用物项出口、过境、技术援助、中介服务的出口管制制度。《欧盟条例》的法律依据来源包括在澳大利亚集团（the Australia Group）、导弹及技术控制制度（the Missile Technology Control Regime）、核供应国集团（the Nuclear Suppliers Group）、瓦森纳协定（the Wassenaar Arrangement）、禁止化学武器公约（the Chemical Weapons Convention）等国际机制中关于两用物项管制的承诺和要求。

欧盟委员会下设的贸易总司（Directorate General for Trade）负责《欧盟条例》的执行，并监督条例在各成员国的实施情况。为了促进成员国执法间的互联互通及有关出口管制物项的技术交流，欧盟成立了“两用物项协调小组”，并要求在合适时由两用物项协调小组设立技术小组（the technical expert groups）。两用物项协调小组由每个欧盟成员国指定一名代表参加，并由欧委会代表担任主席。两用物项协调小组负责审查与《欧盟条例》适用有关的任何问题，同时负责统筹各成员国之间的信息交流，并支持欧盟各国出口管制执法合作。技术小组则由成员国的出口管制法专家组成，审查与实施有关出口的管制



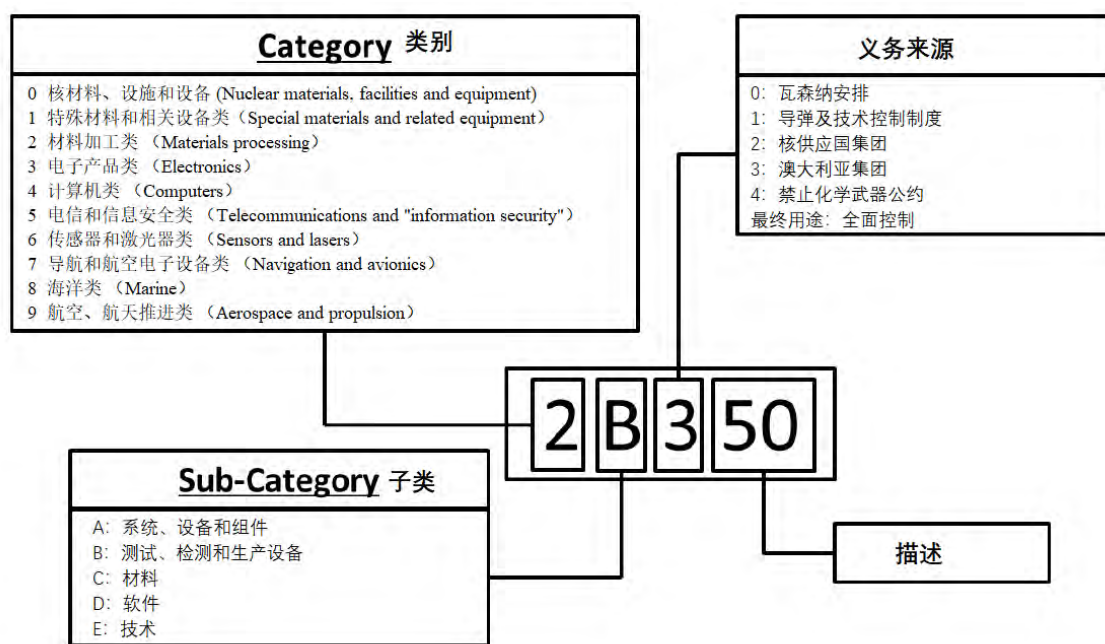
问题，包括更新欧盟的管制清单等事项。

《欧盟条例》由各成员国具体负责实施，各成员国掌握着是否允许出口相关两用物项的决定权以及出口管制的执法权。《欧盟条例》要求各成员国应及时将执法情况与欧委会、其他成员国进行交流互通，促进各国间执法的一致性。

二、《欧盟条例》下的管制物项

《欧盟条例》中所定义的“两用物项”是指既可用于军用、也可用于民用的物项，包括用于设计、开发、

生产、使用核生化武器或其运载工具的物项。欧盟已形成了统一的，包括产品、技术和软件在内的受管制的两用物项清单。该清单由欧洲议会根据《瓦森纳协定》等国际共识制定并修订。因同样遵循《瓦森纳协定》，欧盟管制物项清单的体系与美国《出口管理条例》（“EAR”）中的《商业管制清单》（“CCL”）分类相同，均包含以下结构：



（欧盟附录 I 两用物项 ECCN 结构）

欧盟出口管制物项 ECCN 的第一、第二位数字排序与美国 ECCN 一致，都延续了《瓦森纳协定》的规定。第一位数字为物项的分类，分为 0~9 类物项；第二位数字为物项的种类：A 代表“系统、设备和部件”，B 代表“测试、检测和生产设备”，C 代表“材料”，D 代表“软件”，E 代表“技术”。¹ 后三位是对产品的描述，其中欧盟 ECCN 第三位数字指明该物项出口管制的义务来源，说明是出自何种国际共识。

除了上述清单所列物项，如果成员国的出口管制主管机关发现出口经营者所出口的物项将被接受方用于下

述特定最终用途，则该物项的出口需要获得主管机关的许可证。如果出口经营者怀疑所出口的物项将被接受方用于下述最终用途，出口经营者都应当向各成员国的出口管制主管机关报告，并由主管机关确认有关出口是否需要获得许可证：

- 用于核、生、化、导研发、生产、制造的物项；
- 供给武器禁运国家用于军事用途；
- 用作已非法出口军事物项的零部件；
- 用于侵犯人权的电子监控物项。

1. 《瓦森纳协定》参见：<https://www.wassenaar.org/app/uploads/2020/12/Public-Docs-Vol-II-2020-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List-Dec-20-3.pdf>。

其中，用于侵犯人权的电子监控物项是此次修订的新增内容。在“全面控制”原则下，欧盟各成员国应当通过立法、审查单个交易等措施，限制“严重侵犯人权电子监控物项”的出口。该法对“电子监控”物项的定义为，通过检测、提取、收集或分析情报和通讯的数据，专门涉及用于秘密监视自然人的两用物项。该定义较为宽泛，且《欧盟条例》并未就何为“严重侵犯人权”作出明确定义，因此欧盟及各成员国的执法在这一点上拥有较大的自由裁量权。

最后，《欧盟条例》授权成员国出于如公共安全（包括反恐）、人权的考虑，可以对物项的出口实施自主管控，设置“自主管控”管控物项清单，禁止出口未列入管控清单的物项，或对其施加出口许可要求。成员国需要将自主管控清单更新情况及时告知欧盟委员会。

三、《欧盟条例》下的出口行为

《欧盟条例》规制的“出口”，包括出口（export）、再出口（re-export）、外发加工（outward processing procedure）、软件和技术的电子传输（transmission of software or technology by electronic media）四种行为。若出口的物项是受控物项，则要根据法律要求办理相应出口许可。

在《欧盟条例》中，出口、再出口、外发加工的定义均采用上位法《欧盟海关法》中的有关定义，具体而言，主要包括以下四种形式：（1）“出口”：是指《欧盟海关法》第 269 条所规定的出口程序，即欧盟货物（Union Goods）从欧盟境内转移到欧盟境外的程序（2）“再出口”：是指《欧盟海关法》第 270 条所规定的再出口程序。指“非欧盟货物（Non-Union Goods）”从欧盟境内再出口到欧盟境外的行为，但不包括单纯的“过境”行为，除非在过境中发生最终目的地的改变。（3）“外发加工”：是指《欧盟海关法》第 259 条所规定的暂时出口欧盟货物到非欧盟国家加工或修理的过程。外发加工因关税等问题与“出口”和“再出口”相区别，因此在海关法中单列；（4）“软件和技术的电子传输”：指通过电子媒介（包括传真、电话、电子邮件等）或口头向欧盟领土外实体 / 个人传送软件或技术的行为。该动作是《欧盟条例》为规制两用软件和技术的出口行为所单独设置得定义。

结合上述定义和《欧盟条例》定义的四种“出口”行为，

实际上无论是欧盟货物还是非欧盟货物，只要一旦构成管制物项，那么当该物项从欧盟境内向欧盟境外转移时便会受到《欧盟条例》的规制。

除上述四种“出口”行为外，《欧盟条例》还对中介服务（brokering services）、技术援助（technical assistance）、过境（transit）提出了管制要求：

- “中介服务”主要指的是在欧盟境内提供的，为采购或提供清单内两用物项从第三国至其他任意第三国之磋商或安排，或将清单内两用物项经由买卖从第三国移转至其他任意第三国的行为。但单独提供运输、金融服务、保险和再保险、一般广告和促销行为不构成此处的“中介服务”。
- “技术援助”指与清单内两用物项有关的，包括维修、开发、制造、测试、维护在内的，技术支持及指导、建议、培训、咨询等服务。提供上述服务可采任何形式，包括电子、电话、口头传达等。《欧盟条例》中的技术援助包括以下三种情形（1）任何人从欧盟境内向第三国提供技术援助；（2）欧盟成员国的居民或在欧盟境内成立的实体在第三国境内提供技术援助；（3）欧盟成员国的居民或在欧盟境内成立的实体向在欧盟境内短暂停留的第三国民 / 实体提供技术援助。
- “过境”指“非欧盟货物”进入欧盟边境或通过欧盟边境运输，而该物项最终目的地是欧盟境外的国家，包括（1）仅途经欧盟境内运输但仍保持“非欧盟货物”的关税状态；（2）从免税区直接转出口；（3）临时仓储并从仓库直接转出口；（4）由飞机或船舶运输入境后不卸货直接运输出境。

与出口行为相比，《欧盟条例》对上述三种行为的管控程度略低。具体而言，仅在为受控物项提供中介服务、技术援助、过境用于特定用途时，提出事前许可的要求。此处的“特定用途”指第 4 条第一款所规定的用于核、生、化、导研发生产制造、供给武器禁运国家用于军事用途、用作已非法出口军事物项的零部件三种特定用途。同时，对于未列入欧盟管制清单的物项，各国也可以立法就中介服务、技术援助、过境用于以上特定用途提出相应的许可要求。

四、出口许可

出口管制物项，就特定的管制物项提供中介服务、技术援助前，要获得相应许可（authorization）。在现行欧盟出口管制体系下，许可证分为两大类：一类

是出口经营者满足条件可直接适用的许可，即“通用出口许可”；另一类则是需要向成员国当局申请并需要审批的许可，即“个别许可”和“全球许可”，具体情况可见下表：

	许可证	适用范围	备注
出口经营者满足条件可直接适用的许可	欧盟通用出口许可（Union General Export Authorization）	满足特定条件和使用要求下可以将某些物品出口到某些特定目的地的出口许可，欧盟各成员国的出口经营者若满足相应的出口条件即可直接使用该许可，但需履行一定的注册或通知程序。	分为 EU001 ~ EU008 八类许可证。 若欧盟各成员国有合理怀疑相关出口经营者无法满足许可合规要求，可以拒绝其使用该许可。
	成员国通用出口许可（National General Export Authorization）	据成员国国内法及实践，满足国内法许可要求的出口经营者一般无须额外申请，只需注册出口信息便可直接适用。但对于特定最终用途的物项，如用于核生化研发的物项、供给武器禁运国家用于军事用途、用作已非法出口军事物项的零部件的出口不可直接适用该等通用许可。	各成员国立法并执行，目前实施成员国出口通用许可的有法国、德国、希腊、意大利、瑞典、荷兰、奥地利等。
需要向成员国当局申请并需要审批的许可	个别出口许可（Individual Export Authorization）	成员国向 一个特定出口商 就其向 一个特定最终用户 出口一个或多个两用物项时颁发。	申请需要提供最终用途声明。
	全球出口许可（Global Export Authorization）	成员国向 一个特定出口商 就其向 多个国家 或向 多个最终用户 出口两用物项时颁发。	申请全球出口许可的出口经营者需要有内部合规建设机制。

五、执法情况

本次《欧盟条例》的修订强调对欧盟各成员国的执法合作的加强。《欧盟条例》指出，成员国应与欧委会合作，采取一切适当措施，建立各国出口管制监管部门直接或间接合作和信息交流机制，以提高联盟出口管制制度的效率，确保在欧盟领土内出口管制执法的一致性和有效性。

为加强各成员国执法合作、提高各成员国执法水平，此次修法对欧盟各成员国增加了以下要求：

- 交换执法信息：欧盟成员国需要采取一切可行行动交换执法信息，包括两用物项出口许可证情况，申请管制物项出口许可相关经营者的合规建设情

况等信息；

- 交流最佳实践经验：欧盟成员国和欧委会应就出口管制执法中的风险审计、如何发现未经许可出口两用物项的违法行为及可能的其他违法行为，交流国内执法的最佳实践经验；
- 加强与第三国出口管制沟通合作：在合适的情况下，欧委会及欧盟各成员国应与第三国保持对话，加强全球出口管制的统一性。该等合作包括交流最佳执法实践、出口管制能力建设及与第三国的互联互通。

六、对企业影响和合规建议

由于欧盟组成的特殊性，其作为一个整体贯彻实施出口管制规范与一个主权国家贯彻实施出口管制规范有着显著的区别。欧盟层面的条例以及各个成员国自身的出口管制国内法也客观反映了各成员之间既竞争又合作的复杂关系。这也导致了此前欧盟及其各成员国在出口管制执法方面标准各异、合作不顺畅、执法效率低下等问题。

此次《欧盟条例》针对此前的问题进行了有针对性的修订，为成员国提出了更为严格的出口管制立法框架和要求。修订后的《欧盟条例》与原版相比，扩大了管制物项范围，还增加了与人权相关的条款。在美欧不断加强出口管制限制措施联动的大背景下，《欧盟条例》的修订无疑对中国企业的供应链合规提出了新要求，也增加了中国企业对其供应链安全评估的复杂性。因此，对与欧盟存在连接点的中国企业来说，了解欧盟出口管制法的要求、提前全面梳理出口管制风险、完善出口管制合规体系显得十分必要。

第五节

美国对俄制裁梳理和展望——对中国企业的影响分析与应对建议

引言：乌克兰东连俄罗斯，南接黑海，北与白俄罗斯毗邻，西与波兰、斯洛伐克、匈牙利、罗马尼亚和摩尔多瓦诸国相连，是连接欧洲联盟与俄罗斯的战略要塞，也因此成为大国博弈、乃至刀兵相见的核心。北约东扩，美方在后，欧美国意通过乌克兰进一步增加在东欧以及亚太地区的影响力——这触动了俄罗斯地缘安全、国家安全的核心利益，点燃了火药桶——在 21 世纪，热战爆发。当地时间 2022 年 2 月 21 日，俄罗斯总统普京签署命令，承认乌克兰东部所谓的“顿涅茨克人民共和国”和“卢甘斯克人民共和国”；俄罗斯的行动引发了美方强烈的反应，美国总统拜登随即对此表示谴责，并第一时间签署行政令¹启动对俄制裁。本文对美方因俄乌冲突对俄采取的首轮制裁的主要内容（既包括一级制裁，也包括可以直接适用中国企业的二级制裁）、俄罗斯制裁历史脉络以及美方后续可能采取的升级制裁措施进行介绍，并分析中国企业可能受到的影响及可以采取的合规风险防控措施。

一、美国首轮制裁的具体内容

（一）美国第一批对俄罗斯制裁的主要内容

美方本次针对“乌东”问题签发的行政令，既对美国人²/美国境内的活动进行限制，也有针对非美国人（例如中国企业）的限制，广大中国企业对此应重点关注。

1. 针对美国人 / 美国境内活动的限制

- （1）禁止美国人进行新的投资：禁止美国人在乌克兰“顿涅茨克人民共和国”以及“卢甘斯克人民共和国”地区（下称“受限制地区”）进行任何新的投资；
- （2）禁止从美国进口：禁止受限制地区从美国直接或间接进口任何商品、服务或技术；

1. 行政令原文请见：https://home.treasury.gov/system/files/126/20220221_eo_ukraine.pdf。

2. 行政令下的美国人包括：美国公民、美国合法永久居民、根据美国或美国境内任何司法管辖区的法律成立的实体（包括其外国分支机构），以及位于美国境内的任何人。

(3) 禁止美国人或从美国出口：禁止从美国或由美国人直接或间接向受限制地区出口或再出口、销售或提供任何商品、服务或技术；以及

(4) 禁止美国人提供融资：禁止美国人对外国人开展的特定交易的批准、融资及提供便利或担保，前提是该外国人开展的交易如果由美国人或在美国境内进行。

虽然上述措施主要限制美国人 / 美国境内的活动，但根据行政令的规定，导致美国人开展上述制裁违规活动的中国个人与实体同样可能成为美方的打击对象。

2. 对美国人 / 非美国人的限制

行政令同样授权美国财政部与美国国务院协商后，对下述个人与实体（包括非美国人）启动制裁（该制裁具有二级制裁效力）：

(1) 在受限制地区经营：自行政令发布之日起，已经或即将在受限制地区经营的个人与实体；

(2) 在受限制地区开展经营之实体的管理人员：上述实体的领导者（leader）、官员（official）、高级管理人员或董事会成员等；

(3) 由被制裁对象拥有、控制或代表其行事：由根据行政令财产和财产权益被冻结的人直接或间接拥有或控制；或已经、声称代表相关人员行事的个人与实体；

(4) 为被制裁对象提供协助、支持：向根据行政令财产和财产权益被冻结的人提供实质性协助、赞助，或提供财务、物质或技术支持，或向其提供商品或服务支持的个人与实体。

存在上述被制裁行为的中国个人与实体可能直接触发美方的制裁。

（二）美国第二批制裁的主要内容 - 启动“黑名单”制裁并限制俄罗斯政府自美国筹集资金的能力

在签发上述行政令授权启动制裁之外，美国时间 2022 年 2 月 22 日和 23 日，美国财政部海外资产管理办公室（下称“OFAC”）又发起了一轮制裁。制裁的主要内容是³：

1. “黑名单”制裁：

OFAC 依据第 14024 号行政令，宣布制裁 3 名亲普京政府的官员的亲属、44 个俄罗斯实体（VEB 银行⁴、PSB 银行⁵及两者共计 42 家关联公司）和 5 艘船舶。其中，OFAC 认为，VEB 对俄罗斯政府从西方筹集资金以及 PSV 对俄罗斯国防部门发展都有着至关重要的作用。此外，OFAC 也依据第 14039 号行政令，对北溪 2 号管道运营公司 NORD STREAM 2 AG 及其高管 WARNIG, Matthias 进行制裁；

2. 对俄罗斯主权债务交易的限制：

禁止美国金融机构在 2022 年 3 月 1 日之后，参与由俄罗斯联邦中央银行、俄罗斯联邦国家财富基金或俄罗斯联邦财政部在 2022 年 3 月 1 日之后发行的以卢布或非卢布计价的二级市场债券交易。

根据 14024 号行政令的规定，上述被制裁的个人与实体的制裁具有二级制裁效力；中国个人与实体涉及它们的业务往来在被认定为重大交易（significant transactions）的情况下，可能面临潜在在美国制裁风险。

（三）美国第三批制裁的主要内容 - 限制俄罗斯金融机构接入美元体系与自美国获得融资的能力

1. 限制俄罗斯金融机构接入美元体系

美国时间 2022 年 2 月 24 日，在俄罗斯正式出兵“入侵”乌克兰的情况下，OFAC 再度发起一轮制裁。这一轮制裁的核心举措是：限制俄罗斯接入美元体系以及自美国获得融资的能力。

具体来说，美方签发了两项指令（Directive）。根据

3. OFAC 就该轮制裁对外发布的公告请见：<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0602>。

4. 全称：Bank for Development and Foreign Economic Affairs Vnesheconombank。

5. 全称：Promsvyazbank Public Joint Stock Company。

指令 2 (Directive 2)，美国金融机构的如下行为被禁止：

(1) 禁止开设或继续代理代理账户和通汇账户：
禁止美国金融机构为或代表被指令 2 禁止的外国金融机构（也包括该等外国金融机构直接或间接、单独或合计持有 50% 或以上所有权的外国金融机构）或其财产或财产利益开设或维持代理账户⁶ (correspondent account) 或通汇账户 (payable-through account)⁷；以及

(2) 禁止处理涉及受制裁俄罗斯金融机构的交易：
禁止美国金融机构处理涉及被确定为受 Directive 2 禁止的外国金融机构（也包括该等外国金融机构直接或间接、单独或合计持有 50% 或以上所有权的外国金融机构）或其财产或财产利益的交易。

第一批在指令 2 下受到限制的实体主要是俄罗斯联邦储蓄银行 (PUBLIC JOINT STOCK COMPANY SBERBANK OF RUSSIA) 及其 25 家下属公司。公开网络信息显示俄罗斯联邦储蓄银行成立于 1841 年，是俄罗斯最大的国有商业银行，占有四分之一以上的国内银行资产，与俄罗斯经济和社会发展息息相关。

2. 限制俄罗斯自美国获得融资的能力

根据指令 3，美国人或在美国境内的涉及根据该指令被制裁实体的超过一定期限的债务和股权交易被禁止：开展涉及指令 3 附件 1 所列实体的到期日超过 14 天且在 2022 年 3 月 26 日美国东部夏令时间上午 12 点 01 分或之后发行的新债务或新股权，或其财产或财产利益的交易、融资和其他业务往来。

此外，针对后续依据指令 3 受到制裁的实体，美国人或发生在美国境内的在其被制裁 30 日后的上述交易、融资和业务往来行为也被禁止。

第一批被列入指令 3 下附件 1 的实体共计有 13 家俄罗斯大型企业，其中约半数俄罗斯国有银行。

3. 对俄罗斯大型国有银行启动黑名单制裁

上述制裁之外，OFAC 本轮还将大量俄罗斯个人与实体列入 SDN 名单，其中即包括一定数量的俄罗斯银行，例如其国内第二大金融机构俄罗斯外贸银行 (“VTB”) 以及 Otkritie、Novikom 和 Sovcom 等三家俄罗斯主要的金融机构。

需要特别注意的是，考虑到 SDN 制裁下 50% 规则的规定，上述 SDN 主体直接或间接、单独或合计持有 50% 或以上所有权的实体，虽然未被列入 SDN 名单，但仍会受到 SDN 名单的相关制裁限制。

(四) 通过修改美国《出口管制条例》限制俄罗斯获得受控物项

美国时间 2022 年 2 月 24 日，美国商务部颁布新的最终规则，通过修改《出口管制条例》中有关于俄罗斯的许可证要求、许可证审查政策及许可证例外的适用等内容，加强对其商品、软件和技术的出口管制。该规则于 2022 年 3 月 3 日正式生效。

1. 实施新的基于《商业管制清单》 (“CCL”) 的许可证要求

在新规实施之前，判断向俄罗斯出口、再出口或是在其国内转移受 EAR 管控的物项是否需要许可证时，需要参照该物项的出口管制分类编码 (“ECCN”) 及其管控原因进行综合分析。新规的出现，将上述许可证要求扩展至被列入 CCL 的所有物项，不再考虑相关 ECCN 所对应的管控原因。这使得原本可自由出口至俄罗斯的部分物项（包括大量微电子、电信物项、传感器、导航设备、航空电子设备、海洋设备和飞机部件等）被施加新的许可证要求，限制了俄罗斯获得相关物项的能力。

2. 修改直接产品规则，扩大管控物项范围

美国《出口管制条例》 (“EAR”) 的法律效力不仅

6. 美国金融机构为外国金融机构设立的账户，用于接收外国金融机构的存款，或代表外国金融机构进行支付，或处理与该外国金融机构有关的其他金融交易。

7. 美国金融机构为外国金融机构保持的代理账户，外国金融机构通过该账户允许其客户直接或通过子账户从事与美国银行业务有关的通常的银行活动。

及于美国原产或出口自美国的物项，外国生产但是包含特定受控的美国成分，或是使用特定美国技术生产的物项，仍有可能到美国法律的管辖，上述物项被统称为“受 EAR 管控物项”。交易物项是否“受 EAR 管控物项”是判断大多数许可证是否适用的前提。

新规创建了两项单独适用于俄罗斯及俄罗斯“最终军事最终用户”的直接产品规则（Foreign Direct Product, 简称 FDP），使得更多的非美国产的物项被纳入受 EAR 管控物项之中：

（1）为俄罗斯创建了一个新的 FDP 规则（俄罗斯 FDP 规则）

- a. 已知某外国产品被运往俄罗斯，或将并入或用于在俄罗斯生产或运往俄罗斯的任何部件、组件或设备的生产或开发；且
- b. 该外国产品系 CCL 下拥有 ECCN 的受 EAR 管控的软件或原产于美国的技术的直接产品，或由某些工厂或其部件生产，而这些工厂或部件本身是拥有 ECCN 的受 EAR 管控的软件或原产于美国的技术的直接产品。

如果上述目的地要件和产品要件同时满足，相关交易需要经过美国主管部门的批准，除非该外国产品属于 EAR99，且未被列入 EAR 746 补编 6（向俄罗斯出口有许可证要求的特定 EAR 99 类物项）中。

（2）为俄罗斯“军事最终用户”创建了新的 FDP 规则（俄罗斯“军事最终用户”FDP 规则）

为了配合俄罗斯“军事最终用户”FDP 规则的使用，BIS 新设了实体清单“脚注 3”的标记，将原有 47 名俄罗斯实体被从军事最终用户清单（MEU List）转移到了实体清单（Entity List）之中，并新增俄罗斯军事主体至实体清单中，且都带有脚注 3 的标记（以下简称“脚注 3 实体”）。俄罗斯“军事最终用户”FDP 规则的管制逻辑与美国商务部 2020 年 8 月 17 日发布的针对实体清单上的华为主体的直接产品规则十分类似。

与上述俄罗斯 FDP 规则相比，俄罗斯“军事最终用户”FDP 规则不再考虑目的地是否是俄罗斯，而主要考虑是否已知交易对手（包括采购方、中间收货人、

最终收货人、最终用户）是脚注 3 实体，或是该外国产品会被装配、应用于上述实体生产或购买的任何零件、部件或设备之中。另外，该直接产品规则中使用的技术不再强调“美国原产”，而是扩大成为“受 EAR 管控的技术”。

需要强调的是，某些正在采取或已表示有意采取与美国基本类似措施的美国的伙伴国，不受或将不受上述两项新的直接产品规则的约束，这些国家包括澳大利亚、奥地利、比利时、保加利亚、加拿大等，不包括中国。

3. 实施严格的许可证审批政策，限制许可证例外的适用

除了某些例外情况，美国主管部门将拒绝与俄罗斯出口、再出口或国内转让的有关许可证申请，在一些领域，比如飞行安全、海上安全、人道主义需求、政府空间合作、民用电信基础设施、政府间活动等可以采取逐案审查政策。而在任何情况下，与俄罗斯“军事最终用户”FDP 规则相关的许可证申请都将被拒绝。

而从许可证例外的适用上来看，向俄罗斯出口、再出口或国内转让受 EAR 管控的物项可以适用的许可证例外只剩少数几项（例如 TMP，国内临时进口、出口、转口和转让；GOV，用于某些政府活动等 7 项），且在适用时仍存在一定限制性条件。针对俄罗斯“军事最终用户”FDP 规则有关的交易，不得适用任何许可证例外。

二、美国俄罗斯制裁脉络概述

美国对俄罗斯的成体系的制裁始于 2014 年的乌克兰危机，随着克里米亚地区公投的开始并寻求并入俄罗斯联邦，时任美国总统奥巴马于 2014 年 3 月正式实施乌克兰 / 俄罗斯制裁项目。之后，伴随美国指称的俄罗斯政府“干预美国大选”以及在英国“使用化学武器暗杀前特工”等一系列事件，美国在 2017、2019 以及 2021 年陆续对俄罗斯发起一波又一波制裁。

美方此前对俄罗斯的制裁措施可以分为一级制裁（Primary Sanction）和二级制裁（Secondary Sanction）两类。

一级制裁主要适用于美国人以及非美国人开展的具有美国管辖权连接点因素的活动，其制裁措施主要包括：

（1）制裁相关个人与实体，将其列入 SDN 名单，冻结其位于美国境内或被美国人拥有、控制的财产和财产权益；以及（2）重点打击俄罗斯能源、金融与国防行业的相关个人与实体，限制美国人为相关个人与实体提供资金和技术支持等。

二级制裁则可以直接适用于非美国人（例如中国个人与实体），俄罗斯制裁下二级制裁措施主要涉及网络安全、原油项目、腐败、侵犯人权、逃避制裁、与俄罗斯国防和情报部门的交易、俄罗斯能源出口管道、俄罗斯政府官员侵吞国有资产、向叙利亚转让武器、俄罗斯金融服务、能源、金属和采矿、技术、工程、国防与相关物资、航空、电子、海洋、会计、信托和公司成立服务以及管理咨询等行业与活动。中国个人与实体开展的涉及上述行业 / 活动的业务往来可能引发潜在在美国制裁合规风险。

三、国企业美国制裁合规风险应对措施建议

基于对美国在俄罗斯制裁项目下现行制裁规定的梳理，我们理解中国企业可以采取如下合规应对措施，以更好地防控潜在在美国制裁合规风险。

（一）开展全面制裁合规风险排查

美国对俄罗斯的制裁法律法规及行政命令错综复杂，且在过去一年有较多变化，基于此我们建议中国企业对自身涉及俄罗斯 / 乌克兰的业务开展全面排查，并重点关注如下要点：

1. 排查是否存在涉及全面制裁地区的业务往来

目前克里米亚地区、乌克兰东部的“顿涅茨克人民共和国”以及“卢甘斯克人民共和国”地区面临美方的全面制裁。一方面，中国企业可能因为在这些地区开展业务运营而直接触发美国制裁执法；另一方面，中国企业也可能因为导致美国人开展涉及上述地区的制裁违规活动而面临美国的制裁。

因此，企业应该对自身业务是否直接或间接涉及上述全面制裁地区进行全面梳理，并结合梳理结果与自身业务的实际情况，谨慎处理涉及上述高制裁风险地区的业务往来。

2. 排查是否存在涉及美国制裁对象的业务往来

根据美国政府维护的制裁名单筛查平台 反馈的数据，截至 2023 年 2 月 16 日，分别有 2160 和 253 名俄罗斯个人和 / 或实体被 OFAC 列入 SDN 名单与 SSI 名单。SDN 与 SSI 名单下适用 50% 规则，即：被一个或多个 SDN/SSI 单独或合计持有 50% 或以上所有权的实体，虽未被列入 SDN/SSI 名单，但与其 SDN/SSI 受到一样的限制。数量众多的 SDN 与 SSI 实体不乏俄罗斯大型国企及银行，中国个人与实体可能因为涉及 SDN 和 / 或 SSI 的业务往来面临潜在在美国制裁合规风险。

因此，企业应该对自身业务下牵涉的各方（包括但不限于客户、供应商、结算银行、物流服务商等）进行排查，尤其需要确认业务下牵涉的各方是否被美国制裁或是由被制裁对象（尤其是 SDN 名单和 SSI 名单⁹中的个人与实体）直接或间接、单独或合计持有 50% 或以上所有权。一旦排查发现相关方面面临美国制裁限制，企业应结合相关制裁名单下的限制性措施以及公司的业务实际，评估现行业务是否面临潜在制裁违规风险。

3. 排查是否存在涉及面临二级制裁的行业的业务或相关活动

如上所述，俄罗斯制裁项目下的部分规定有二级制裁的效力，这意味着即使中国企业排除业务往来具有的美国因素，也可能因为交易本身被 OFAC 认定为“重大交易”而面临 OFAC 的潜在制裁执法。OFAC 在界定“重大交易”的过程中享有较大的自由裁量权且判断“重大交易”的部分标准并不完全明晰，这无疑增加了中国企业有效管控潜在在美国二级制裁风险的难度。

因此，中国企业应该对自身业务是否牵涉俄罗斯制裁

2. SSI 名单全称 Sectoral Sanctions Identifications List，是美国在俄罗斯制裁项目下针对俄罗斯金融、能源以及国防相关行业的个人与实体设置的制裁清单。

下有二级制裁风险的行业与活动进行全面的梳理，并尽量避免在涉及受到二级制裁限制的行业发展业务往来或开展受到二级制裁限制的活动，以免引发潜在制裁风险。

（二）注意合同的保护与中国法下的合规要求

若基于上述制裁合规风险排查工作，相关企业决定解除合同或终止业务，则应该注意做好合同下的保护。例如企业可以对现有合同条款或表述进行调整和优化，使得合同中不可抗力等条款覆盖相关方违反适用的制裁规定以及交易涉及的国别受到制裁等情形，进而确保在相关制裁政策发生变化或升级的情况下，或是自身因为制裁问题需要解除合同的情况下有更灵活的选择；同时避免企业因为制裁的变化或单方面解除合同而面临高额的损失或违约赔偿。

另一方面，中国企业在参考美国单边制裁措施作出业务决策的过程中，应注意遵守相关中国法下的合规要求，例如《中华人民共和国反外国制裁法》以及《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等法律下的规定，从而避免因违反中国法而引发潜在合规风险。

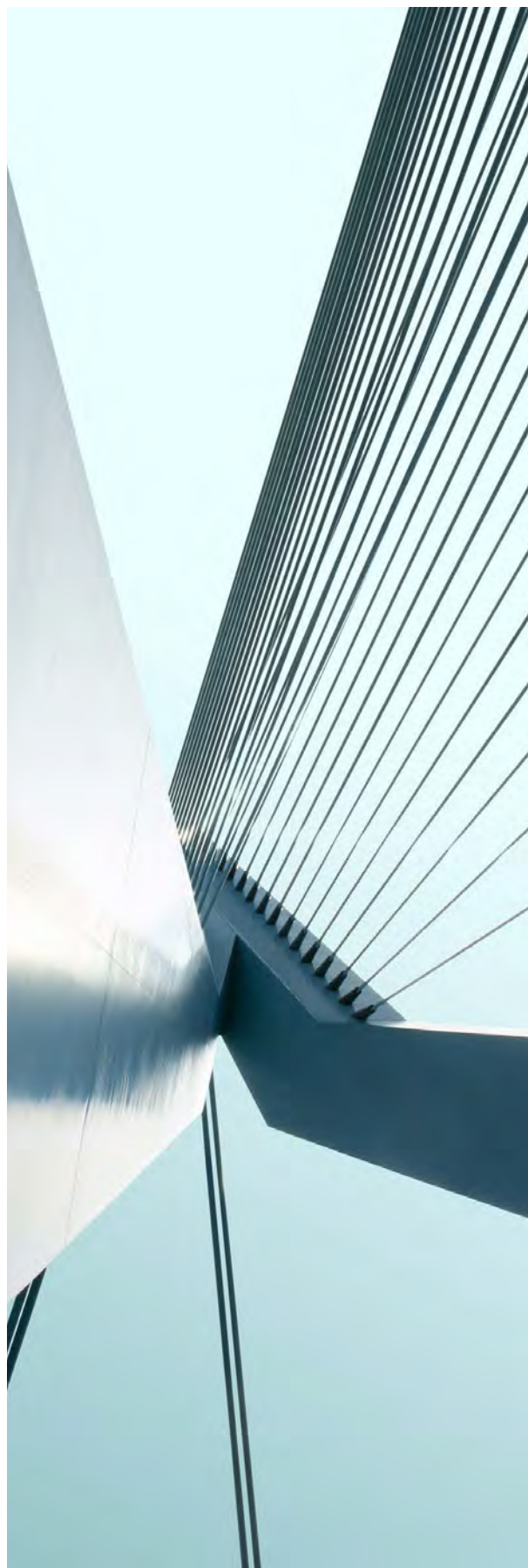
（三）开展制裁合规体系建设

除了排查制裁合规风险，我们建议业务运营面临较高潜在制裁合规风险的中国企业开展制裁合规体系建设；通过合规体系的有效运转确保持续可预期地做出合规的业务决策。

根据中美两国政府发布的相关合规指引文件，我们理解全面高效的制裁合规体系应包括如下核心要素：管理层合规承诺、既存合规风险评估、日常合规审查、合规记录留存、定期合规审计、合规培训、违规整改以及动态更新的合规手册。

（四）关注美方制裁措施的发展与更新

在乌东局势复杂且多变的大背景下，美方可能会根据局势的变化，进一步实施新的制裁限制。因此，我们建议存在与乌克兰、俄罗斯业务的中国企业对美国制裁政策的变化与更新保持密切关注，评估自身可能因此面临的合规义务与潜在制裁合规风险，并及时配套风险管控措施。



第七章 多边银行合规



第一节 多边银行的合规要求及制裁影响后果

引言：以世行为代表的多边银行在中国及其他国家和地区的资助项目持续为中国企业带来业务机会。与此同时，许多中国企业对多边银行成熟的制裁体系缺乏系统了解和应对经验，容易引发被制裁风险。本文将具体解析哪些行为可能引发多边银行的制裁，以及受到多边银行制裁的严重后果。

一、多边开发银行与企业参与

多边开发银行，简称多边银行（Multilateral Development Banks, MDBs）属于国际或区际政府间金融机构，旨在促进区域经济可持续发展、维护世界金融稳定。多边银行通常以贷款等形式为发展中国家建设项目或政策改革提供经济援助。其中，受到多边银行支持的建设项目通常包括高速公路、发电厂、港口设施等大型基础设施项目。

世界银行集团（“世行”）是世界范围内影响力最广、成员国最多的多边银行，其成立之初旨在帮助遭受二战破坏的国家恢复经济，之后关注重点转向资助发展中、欠发达国家兴建基础设施，消除贫困。除世行外，致力于发展本区域性经济的多边银行也在二战后陆续成立，包括欧洲复兴开发银行（“欧开行”）、亚洲开发银行（“亚开行”）、非洲开发银行（“非发行”）、泛美开发银行（“美开行”）与世行并称“五大多边银行”。另外，我国筹建的亚洲基础设施投资银行（“亚投行”）自2016年1月开业以来，成员国数量和项目规模不断扩张，已成为主要的多边银行之一。

我国是众多多边银行的成员国，中国企业拥有参与国内外多边银行资助项目的广泛机会。在多边银行资助项目中，尽管申请和接受多边银行贷款或其他资助的主体一般是政府机构，但政府机构需要通过与企业合作来使用贷款完成相关项目。因而，许多中国企业，特别是建筑、能源等基础设施领域的企业，十分重视在多边银行资助项目中寻求商业机会，作为投标人、工程建设承包方或分包方、咨询服务顾问、设备货物供应方等各类角色，参与多边银行资助项目。

自上世纪九十年代以来，为防范和打击因腐败、欺诈等不当行为致使项目资金无法按照借贷目的有效利用

的问题，以世行为首的多边银行在过去二十余年间逐步建立了成熟的合规制度和制裁体系。该制裁体系广泛适用于参与项目、使用项目资金的各类实体和个人，包括在项目中投标、承建、供货、提供咨询服务的各类企业。

二、多边银行的合规要求

对企业来说，理解多边银行的合规要求、避免潜在的制裁并不困难，核心在于注意不实施“可制裁行为”（Sanctionable Practices）。在世行、亚开行、非发行、欧开行、美开行签署的《共同实施制裁决议的协议》（Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions）中，签署方同意采取相同方式定义的可制裁行为包括欺诈行为（Fraudulent Practice）、腐败行为（Corruptive Practice）、串通行为（Collusive Practice）及强迫行为（Coercive Practice）。如被调查方涉及上述四类行为，不仅可能会受到各银行的单独制裁，还可能面临交叉制裁的风险。具体而言：

1. 欺诈行为 Fraudulent Practice

欺诈行为是最常见的被制裁行为。根据《共同实施制裁决议的协议》，欺诈行为是指通过任何作为或不作为（包括虚假陈述），故意或肆意误导（或企图误导）其他方，以谋取财务等利益或逃避义务的行为。成立欺诈行为要求：（1）被调查方存在欺诈行为；（2）被调查方存在欺诈的故意或肆意；（3）被调查方目的在于获取利益或逃避义务。

在实践中，欺诈行为的表现形式具有多样性，包括：

（1）为谋取中标出具虚假的资质证书、对自身经验及资质作出虚假陈述等。例如，在世行2021年作出

的制裁决定中，分别有被调查方因在投标过程中提供虚假的教育背景¹、项目经验²、资质证书³、制造商授权证明⁴而受到制裁；（2）被调查方在中标后提供虚假投标保证金、履约保函而受到制裁。例如，在世行第一层裁决机构 OSD（Office of Suspension and Debarment）的 682 号制裁决定中，被制裁方在被选为一个渔业海港的承包方后，因提供虚假的履约保函（performance grantee）、预付款保函（advance payment guarantee）而受到制裁；（3）在项目执行的过程中，就项目质量、进度、成本等提供虚假陈述等。例如，在 OSD 第 502 号制裁决定中，行为人因夸大项目的进度、骗取合约内尚未动工的工程的对应款项而受到制裁。

就主观故意而言，实践中的认定标准可能更接近于“过失”标准，即理性人在相同的情况下是否有可能避免作出欺诈行为。例如，在 OSD 第 79 号裁决案例中，行为人的投标文件中包含虚假证书。制裁委员会（Sanctions Board）提出，在确定被调查方的主观故意时应考虑以下因素：从文件表面看是否有明显的虚假迹象；是否设置负责人监督投标的准备过程；是否采取了与风险等级对应的预防措施。根据上述因素，考虑到投标文件从表面上看即存在虚假的迹象、在标书上签字的员工未检查标书的真实性，制裁委员会最终认定被调查方员工应当注意到证书虚假的风险，故其行为构成欺诈。

就第三个构成要件“获取利益或逃避义务”，实践中的认定标准较低。一般而言，能够影响投标或合同履行的都可能被认为满足了该要件。

2. 腐败行为 Corruptive Practice

腐败行为是指直接或间接地许诺、给予、接受或索取任何有价值物，以不当影响他人的行为。根据上述定义，腐败行为的构成要件包括：（1）被调查方存在腐败行为；（2）被调查方具有不当影响他人行为的意图。

需要说明的是，构成腐败行为不要求实际给付有价值物或他人实际接受该等有价值物，许诺及接受许诺的行为也构成腐败行为；除此之外，索取有价值物的行为也属于腐败行为的表现形式之一。就“有价值物”而言，佣金、现金、实物馈赠、旅行费用、娱乐活动费用、为受贿人及其亲属提供工作机会等都可能被纳入有价值物的范围。

就腐败的主观意图“不当影响他人行为”而言，以世行的制裁体系为例，“他人”通常指“与采购过程或合同执行过程有关的公务人员”，该等公务人员包括“世行工作人员以及负责和审查采购决定的其他组织的工作人员”⁵，实践中包括但不限于多边银行的员工、相关政府官员等。例如，在 OSD 第 655 号裁决决定中，被调查方为对合同的执行施加影响，向**政府官员、项目监督顾问（supervision consultants）**给予有价值的物品被认定为腐败；在 OSD 第 704 号裁决决定中，被调查方为影响合同的采购和 / 或执行，向**相关项目实施单位的负责人（head of the project implementation unit）、参与监督工地的项目实施单位的工作人员**支付有价值物被认定为腐败。

“不当影响”在实践中被宽泛解释。例如，在投标阶段，“不当影响”可能表现为获得采购中的保密信息、影响招标要求的撰写、在投标过程中获得优惠待遇、规避招标过程中的特定程序等；在合同履行阶段，则可能表现为获得款项的加速支付、促进海关对某些设备的释放等。例如，在 OSD 第 631 号裁决决定中，被调查方为**影响银行顾问（bank consultant）在招标阶段对被调查方的技术评估**，通过第三方中介许诺将合同金额的一部分给予银行顾问的行为被认定为腐败。

需要额外注意的是，不当影响不仅包括使得公务人员违反其公务职责的影响，还可能包括促进公务人员履行其职责的影响。例如，在世行上诉机构制裁委员会 2013 年第 60 号制裁决定中，制裁委员会认为**被调查**

1. OSD Sanctions Case 615.

2. OSD Sanctions Case 622 and Sanction Case 651.

3. OSD Sanctions Case 646.

4. OSD Sanctions Case 684.

5. 参见《借款人通过国际复兴开发银行贷款和国际开发协会信贷及资助采购货物、工程和非咨询服务的指南》（Guidelines: Procurement Of Goods, Works, and Non-Consulting Services Under IBRD Loans And IDA Credits & Grants By World Bank Borrowers, “《采购指南》”）。

方为避免被不公平对待，向采购顾问（procurement advisor）支付有价值物以请求其恰当履行职责，亦属于具有不当影响他人的意图，构成腐败行为。

3. 串通行为 Collusive Practice

串通行为是指双方或多方之间为实现某个不当目的而共谋的行为，包括对其他方的行为产生不当影响。串通行为的要件包括（1）被调查方存在串通行为；（2）被调查方存在实现不当目的的意图。

串通行为包括协调投标、披露保密的价格信息等将价格锁定在一个虚假的、非竞争的水平或其他影响招标的行为。例如，在 OSD 第 591 号制裁决定中，被调查方是一家法国公司和一家英国公司，两家公司与政府官员、合资伙伴串谋以获取与投标保密信息的行为被认定为串通行为。在 OSD 第 666 号制裁决定中，被调查方（四家印度尼西亚公司和其中一家公司的总裁）通过协调投标价格以协助另一投标人中标的行为也被认定为串通行为。

串通的不当意图通常反映在不当影响竞争的串通行为中。在确定是否存在串通行为及意图的过程中，通常会考虑包括邮件往来、相关人员的证词及其他证据。

4. 强迫行为 Coercive Practice

强迫行为是指直接或间接地以危害或损害（或威胁危害或损害）他人财产，以不当影响他人的行为。其中，以世行制裁体系为例，根据《采购指南》，他人是指参与采购或合同履行的一方。强迫行为可能包括损害竞争对手的未来商业利益或竞争对手员工的身体健康，以确保其提交价格虚假的标书或向“失败”的投标人输送利益以谋取中标的行为。实践中，曾有企业通过威胁电话、威胁邮件等方式“说服”竞争对手退出投标，被认定为强迫行为。

5. 阻碍行为 Obstructive Practice

在上述四类行为的基础上，多家多边银行还将阻碍行为作为可制裁的行为。尽管各多边银行对阻碍行为的定义可能不尽相同，但阻碍行为通常包括：

- （1）为实质性妨碍对被指控的腐败、欺诈、胁迫或共谋行为进行调查，故意破坏、伪造、改变或

隐瞒调查所需的证据材料或向调查官提供虚假陈述；和 / 或威胁、骚扰或恐吓任何人以防止其透露与调查相关的所知信息或协助继续调查。通常而言，毁灭证据会被认为属于阻碍行为，例如在调查期间删除邮件、故意不提供相关证据或提供范围不符的证据、篡改证据。阻碍的意图则通常基于事件发生的时机进行评估，例如如果企业删除相关证据的时间发生在启动调查之后，可能被认定为具有阻碍调查的意图。此外，实践中还曾有企业在被多边银行调查时，提供虚假证据欺骗调查人员，严重影响调查进程，从而被认定为阻碍行为。

- （2）对银行行使审计或获取信息的合同权利构成实质性妨碍的行为。如果制裁委员会发现银行有权对特定的账户和记录进行检查，但被调查方拒绝检查，则将被认定为阻碍调查。实践中，制裁委员会拒绝接受被调查方提出的所在国禁止披露敏感材料相关的抗辩理由。

就上述五类行为而言，从各多边银行披露的数据来看，超过半数的制裁系由欺诈行为引发，此外较多被制裁的是腐败与串通行为，而强迫与阻碍行为导致的制裁相对较少。同时，在一些案件中，多边银行可能认定涉案企业同时存在两种或多种可制裁行为。例如，企业向负责项目的官员行贿并获得保密信息，可能同时构成腐败行为与串通行为；再比如，企业在投标时提供虚假资质证明构成欺诈行为，又在被调查时为掩饰欺诈行为而再次提供虚假陈述或文件从而构成阻碍行为。

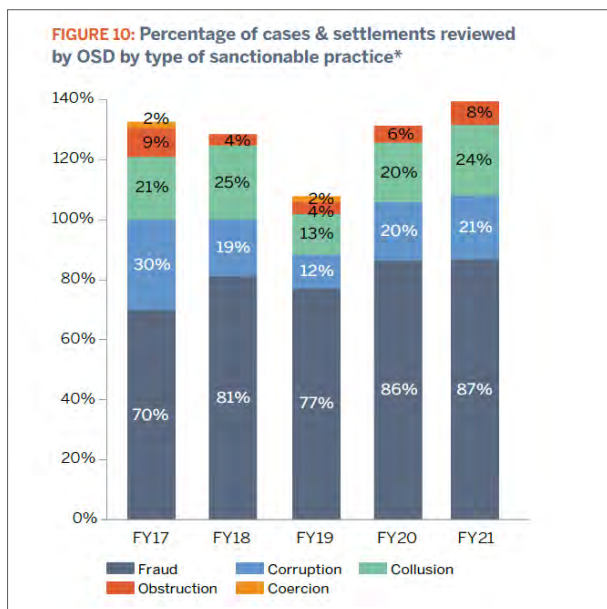


图 1 世行 OSD 近五年案件类型⁶



图 2 亚开行截止 2022 年 4 月调查的案件类型⁷

尽管上述五类可制裁行为最早由世行确立，且被其他主要多边银行所认可，但是也仍有一些多边银行在其制裁规则中增加规定了其他类型的可制裁行为。其中，亚开行增加的可制裁行为种类最多，包括以下列举的滥用行为、利益冲突、违反制裁、打击报复举报人或证人和违反亚开行反腐败政策的其他行为五项可制裁行为。

- 滥用行为 Abuse：盗窃、浪费或不正当地使用与亚开行相关的活动有关的资产，无论是有意或是无意而为之。实践中，曾有一名受雇维护和处理一个亚开行资助项目定额备用金账户的项目管理员挪用了该账户中的资金，被认定为滥用（盗窃）行为。
- 利益冲突 Conflict of Interest：一方拥有的利益可能不恰当地影响其履行正式职责、契约义务或遵守相应的法律法规。实践中，曾有参与投标的两家公司在投标时隐瞒其关联关系，被认定为利益冲突以及欺诈行为。
- 违反制裁 Sanction Violation：适用于已经被亚开行制裁企业，做出违反制裁内容的行为。实践中，曾有被制裁企业在禁止投标期内，更换姓名向亚开行投标，被认定为违反制裁的行为。
- 打击报复举报人或证人 Retaliation against Whistleblowers or Witnesses：指直接或间接建议、威胁或采取对举报或配合亚开行进行调查的举报人、证人或与其有关联人士的任何不利行为。不过我们未发现亚开行有披露近十年因此被制裁的企业。
- 违反亚开行反腐败政策的其他行为 Other Violations of ADB's Anticorruption Policy：属于兜底条款，“未能遵守最高的道德标准”是亚开行对该类可制裁行为的一个举例。不过我们未发现亚开行有披露近十年因此类行为被制裁的企业。

事实上，上述亚开行禁止的行为在世行和非发行的资助项目中一般也会被制裁，只不过名义 / 依据不同，比如对于滥用行为，世行和非发行可能以欺诈行为的名义制裁；对于利益冲突的情形，世行和非发行一般认定属于串通行为。

6. 参见世行 2021 年《制裁体系年报》。

7. 参见亚开行官网：<https://www.adb.org/integrity>。

三、多边银行制裁影响后果

多边银行制裁的影响后果不容小觑，因为被多边银行制裁往往意味着在相当一段时间内，被制裁公司本身以及其关联公司，无法获得各大多边银行资助项目的业务机会，详见第二章“多边银行的制裁措施与程序”。除此之外，多边银行的制裁效果还可能进一步扩大：

一方面，包括世行在内的主要多边银行，将会针对一家企业不当行为的制裁措施，延伸适用于该被制裁企业的相关关联公司。一般而言，被制裁公司直接或间接控制的子公司在多数情况下都会被列入制裁清单；但母公司是否同样列入制裁清单则要取决于多边银行裁决机构对于母公司监管义务、对不当行为是否明知等情节的认定。⁸ 对中国企业而言，许多从事基建工程的企业拥有庞大的企业集团，其中往往包含相当数量的关联公司，例如 2019 年世行对我国某大型国有建筑集团施加的制裁措施，就同时适用于其所关联的几百家公司。

另一方面，根据五大多边银行在 2010 年达成的《共同实施制裁决议的协议》仍所确立的交叉制裁机制，一家缔约多边银行对企业所施加的超过一年期限的公开制裁措施，在绝大多数情况下会被其他四家银行所认可和执行。⁹ 此外，亚投行虽然目前尚在《交叉制裁协议》的缔约多边银行之外，但其也会主动交叉制裁五大多边银行所制裁的企业。¹⁰ 因而，对于以多边银行资助项目为主要业务支撑的公司而言，受到多边银行制裁，很可能意味着企业在交叉制裁机制的作用下寸步难行。



8. 参见 World Bank Group Sanctions Board Law Digest, 2019。

9. 根据《交叉制裁协议》（Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions），交叉制裁的施加需要符合以下前提条件：（1）企业存在欺诈、腐败、串通或胁迫的可制裁行为；（2）制裁措施公开；（3）制裁措施的期限超过一年；（4）制裁并非基于国家或其他国际执法机构的决定；以及（5）制裁决定是在可制裁行为实施之日起十年内做出的。

10. 参见亚投行官网：<https://www.aiib.org/en/about-aiib/who-we-are/debarment-list/index.html>。

第二节 多边银行的制裁措施与程序

引言：书接上文，在了解多边银行合规要求与制裁后果的基础上，本文将具体介绍如果企业违反了多边银行的合规要求，将会受到何种制裁措施，以及多边银行通常会通过何种程序确定企业存在违规行为并对企业作出制裁。

一、多边银行制裁措施

对于被多边银行认定从事可制裁行为的企业而言，其所面临的制裁措施从重到轻主要包括：永久禁止（Permanent or Indefinite Debarment）、附条件解禁（Debarment with Conditional Release）、固定期限禁止（Fixed-term Debarment）、附条件不禁止（Conditional Non-Debarment）、谴责（Letter of Reprimand）。多边银行一般结合可制裁行为的严重程度、造成后果、既往违规历史等因素决定具体施加何种严厉程度的制裁。一般而言，附条件解禁是最常见的制裁措施，世行将其称为“基准”（baseline）制裁措施。

以世行为例，上述制裁措施的具体内容及通常适用的情形如下：¹¹

1. 永久禁止 Permanent Debarment

永久禁止是指永久地取消被制裁方的下述资格：（1）参与或获益于世行资助项目合同的资格；（2）以分包商、顾问、制造商或供应商、或服务提供者的身份参与其他有资格参与者所承接的世行资助项目的资格；以及（3）获取世行的贷款资金或以其他方式参与任何世行资助项目的准备或实施的资格。基本上，被永久禁止的企业将会丧失以任何形式参与有世行资金参与的全部项目的机会。

世行一般仅在情节严重，且可能无法通过对被制裁方设定条件要求其改善或提升的极少数情况下施加永久禁止的制裁措施。永久禁止通常适用于自然人以及被该等自然人及其壳公司紧密控制的公司。

2. 附条件解禁 Debarment with Conditional Release

附条件解禁是指被制裁企业在一定期限内被取消参与世行资助项目等的资格，只有当禁止期届满且经评估其符合裁决书或和解协议中设定的条件时，才可以解禁，否则可能无法按期解禁。通常而言，世行设定的条件主要包括：实施或完善廉政合规体系（integrity compliance program）；针对被制裁行为采取整改措施，包括对相关人员进行问责或终止与相关人员的劳动合同。

如果企业受到这一制裁，在禁止期届满后，其需提供相关证据，由廉洁合规官办公室（Integrity Compliance Office）确定被制裁方是否满足解禁的条件。如果决定是否定的，被制裁方则有权向制裁委员会上诉。

附条件解禁的主要目的在于鼓励被制裁方建立或完善内部合规体系，在企业解禁并再次参与世行所资助活动的情况下，可以控制、减少潜在风险。因此，如上所述，该等措施被称为“基准”（baseline）制裁措施，即如无特殊理由适用其他制裁措施，世行通常会施加附条件解禁的措施。根据世行 2021 年年报披露的数据，在 2017 年至 2021 年期间，世行一级裁决机构 OSD 作出的 116 项裁决中，有 97.4% 为施加附条件解禁的制裁措施。

3. 固定期限禁止 Fixed-term Debarment

固定期限禁止是指被制裁方在一段相对较短且固定的期限内被取消参与世行资助项目的资格。在固定期限结束后，制裁自动取消。

11. 参见 World Bank Group Sanctioning Guidelines。

通常而言，如果施加条件是不必要的，例如被制裁方已具备有效的合规管理体系、被制裁的行为属于员工或已被解除劳动合同员工的个人行为等，世行将对被制裁方施加一段时间相对较短的禁止期（如一年或少于一年）。

4. 附条件不禁止 Conditional Non-Debarment

附条件不禁止是指若被制裁方能够遵守特定的补救性、预防性条件或其他条件，将免于被世行施制裁。如被制裁方未符合世行施加条件，资格禁止的制裁措施将自动生效。

世行通常对下述主体或在下述情况下采取附条件不禁止的制裁措施：（1）未直接参与不当行为但仍需承担责任（如监管责任）的被调查方关联实体；（2）被调查方能够提供证据表明其已采取全面整改措施且存在其他减轻因素，无需施加禁止类制裁措施。

5. 谴责 Letter of Reprimand

谴责是指就被制裁方的相关行为发出正式的谴责信，主要适用于不当行为本身十分轻微、或被制裁方对不当行为的参与程度很低的情况，如被制裁方作为不当行为实施者的关联实体，因对该等偶发性不当行为（isolated acts）缺乏监管而受到制裁。

除上述五类措施外，世行还可能施加返还得利（Restitution）或其他制裁措施。即在特殊情况下，如合同执行中涉及欺诈行为，世行可要求被制裁方恢复原状并采取财务及其他补救措施，向相关国家或项目返还得利。

另外，如果被调查方被发现在同一项目中存在多个不当行为（如同时存在腐败行为和串通行为）或在不同的项目中存在多个不当行为，世行可以单独考虑每一个不当行为，并叠加制裁（on a cumulative basis），加重对被调查方的处罚。

尽管不同多边银行的制裁措施具有相似性，但不同多边银行的制裁措施仍存在细微差别。以亚开行为例，其主要制裁措施包括：¹²

（1）禁止（Debarment），即取消参与亚开行资助、管理或支持的活动的资格。禁止包括无限期禁止与指定最短期限的禁止；

（2）有条件禁止（Debarment with Conditional Reinstatement）。需要注意的是，亚开行的“有条件禁止”非常容易与世行、非发行的“附条件解禁”（Debarment with Conditional Release）相混淆。二者虽然字面意思基本相同，但“附条件解禁”事实上要比“有条件禁止”严厉许多。具体而言，“有条件禁止”是指如果满足亚开行设定的条件，禁止期会缩短。这些条件包括：（i）提高廉洁程度和/或加强公司控制权，或实施公司合规计划；（ii）处分/开除违反廉政政策的人员；（iii）通过补救或赔偿，纠正违反廉政政策的行为导致的损害。实践中，亚开行一般会设定总禁止期限和可提前解禁期限，比如两年制裁期，但满一年可以在证明满足条件的情况下解禁。但世行、非发行的“附条件解禁”通常不允许缩短禁止期。

（3）有条件的不禁止（Conditional non-debarment），与世行的附条件不禁止相同，在被制裁方满足相应条件的情况下，将不对其采取禁止措施。如不满足，则禁止措施自动生效。

（4）批评（Reprimand），类似于世行的谴责措施，即对被调查方行为的斥责。收到斥责意味着如果继续违反亚开行的廉政政策，被调查方将受到更严重的处罚；

（5）警告（Caution），是指对具有轻微过失、但不构成违反廉政政策的被调查方进行警告。

二、多边银行制裁机构设置

如下表所示，尽管机构名称不尽相同，但世界上主要多边银行一般都遵循世行创设的制裁体系，配备调查、裁决、合规三部分职能机构。其中，调查职能和合规职能一般由一个大部门下的不同办公室/人员负责。调查机构主要通过接收举报等方式发现线索并对潜在的可制裁行为开展调查，继而将案件移交裁决机构审理或与被调查公司达成和解。裁决机构一般由初审和

12. 请见亚开行《廉政原则和指南（2015年）》。

上诉两级机构构成，对于初审机构施加的裁决措施不满的企业可以要求上诉机构进行“二审”。合规机构则负责在制裁后持续审查被制裁企业的合规情况，特别是审查制裁措施为附条件解禁的企业是否达到解禁

的条件，并作出是否解禁的决定，此外合规机构也通过提供培训等积极举措以帮助多边银行资助项目降低合规风险，预防不合规行为的发生。

多边银行	调查机构	裁决机构		合规机构
		第一级	第二级	
世行	廉政局 Office of the Integrity Vice President (INT)	暂停和禁止办公室 Office of Suspension and Debarment (OSD)	制裁委员会 Sanctions Board	廉政合规办公室（隶属INT） Integrity Compliance Office
亚开行	反腐和廉政办公室 Office of Anticorruption and Integrity (OAI)	廉政监督委员会 Integrity Oversight Committee (IOC)	制裁上诉委员会 Sanction Appeals Committee (SAC)	反腐和廉政办公室 Office of Anticorruption and Integrity (OAI)
非发行	廉政与反腐败办公室 - 分支二 Office of Integrity and Anti-Corruption (PIAC) -PIAC.2	制裁委员会制裁办公室 Sanctions Office or Office of the Sanctions Commissioner (SC)	制裁上诉委员会 Sanctions Appeal Board (SAB)	廉政与反腐败办公室 - 分支一 Office of Integrity and Anti-Corruption (PIAC) -PIAC.1

三、多边银行制裁程序

由于签署《共同实施制裁决议的协议》的多边银行同意采取相同的原则和指南开展调查和制裁，故各多边

银行的制裁环节具有相似性。下文将以世行的制裁体系为例，详细阐述被怀疑存在不合规行为的企业可能经历的调查与制裁程序。



图 3：世行制裁机构及案件流转过程

1、调查

在实践操作中，廉政局（INT）负责案件初步调查、收集证据，调查对公司或个人等被调查方的应制裁行为，包括上文所介绍的腐败、欺诈、共谋、胁迫及妨碍行为等。调查完成后，若廉政局认为有充分证据证明被调查对象存在应制裁行为，其将向暂停和禁止办公室（OSD）提交“指控声明及证据”（Statement of Accusation and Evidence），该声明应包括对被调查方的具体违法行为指控、明确被调查方（包括建议施加制裁措施的每一个关联公司）、案件基本事实概述及制裁依据，并提交相关证据（包括其所掌握的可以争取免于制裁或减轻处罚的证据）。

在调查结束之前，如果 INT 认为有足够的证据证明被调查方存在可制裁行为，且至多一年内案件调查非常有可能（highly likely）成功结束并提交指控声明及证据，则 INT 可以在调查结束或提交书面指控之前，向 OSD 申请提前暂停相关被调查方参与世行资助项目的资格。先期资格暂停期限为 6 个月，INT 可申请延期一次。若在先期资格暂停期限到期之前，INT 未能提起正式指控，则被调查方将自动恢复资格。而若在先期资格暂停期限之内，INT 提起正式指控，则被调查方的禁止期限将自动延期至整个制裁程序结束。

此外，世行于 2010 年引入制裁协商解决机制（Negotiation Resolution Agreements（settlements），下称“和解机制”），由 INT 负责与被调查方进行和解谈判、达成和解协议。

2、裁决

第一级裁决机构——OSD

OSD 主要负责对 INT 所提交的案件及证据进行初步审核。如果 OSD 认为 INT 的指控证据不足，OSD 可要求 INT 进行补充调查。若认为证据充足，OSD 将向被调查方发出“制裁审理通知”（Notice of Sanctions Proceedings，以下简称“通知”），该通知应包括建议的制裁措施，并附上指控声明及证据，OSD 亦可建议对被调查方的关联公司施加适当制裁。接到通知后 90 天内，若被调查方未对相关指控或建议的制裁

措施提出异议，则建议的制裁措施将在 90 天后被执行。

针对期限为 6 个月以上的制裁，被调查方接到通知后，将被自动暂停参与世界银行资助项目的资格，即“临时资格暂停”。针对被建议施加两年以上制裁措施的企业，临时资格暂停的效果还将同时覆盖其关联公司。设置临时资格暂停程序¹³的目的，在于避免被调查方在制裁程序结束之前仍可继续参与新项目。

被调查方可以在收到临时资格暂停后 30 日内，提交书面解释及相关证据对该等资格暂停措施提出异议，并由 OSD 进行审查并决定是否修改或撤回资格暂停决定。

第二级——制裁委员会

若被调查方在收到通知后 90 天内，向制裁委员会递交书面答辩（Response），则案件将进入由制裁委员会审理的第二级程序。世行制裁委员会由七名成员组成，其中包括两名替补成员（alternate members）。为加强理事会的独立性和中立性，2009 年起世行开始引入外部人员担任理事会成员，至 2016 年已演变为七名成员均由外部人员担任。制裁委员会的成员由世行行长提名后，由执行董事会（Executive Directors / Board of Directors）任命；执行董事会在听取世行行长的建议后负责选出制裁委员会主席。若被调查方对指控或建议的制裁措施提出异议，则案件将交由世界银行制裁委员会处理。处理具体案件时，制裁委员将会针对个案选出三名理事会成员组成审理小组（panel），审理小组的成员由理事会主席任命。

在第二级程序中，INT 可就被调查方所提出的答辩进行书面回应（Reply）。制裁委员会将审议通知中提出的指控及制裁建议、各方的答辩及回应，并审核案件所有证据。根据被调查方或 INT 的申请，或制裁委员会的自主决定，可就案件举行听证会，但该听证会为非正式（informal）、不公开（confidential）举行，且听证内容仅限于双方所提交的书面材料中的论点及证据。除制裁委员会自行决定召集一个或多个证人出席听证会外，听证会上不允许证人作证，且不允许进

13. 《制裁程序》A 部分第 4.2 条。

行交叉质询（cross-examination）。此外，在听证会上，若一方拒绝回答或回答不实，将被解释为不利于该方。

值得注意的是，世行在其《制裁程序》中明确指出，制裁程序“不适用任何正式的证据规则”（formal rules of evidence shall not apply）。任何证据均可以提交而不论其形式、性质，并由 OSD 及制裁委员会自行决定所有被提交证据的相关性、实质性、证明力及充分性（relevance, materiality, weight, and sufficiency of all evidence offered）。在证明标准上，世行采用民事诉讼中通用的优势证据标准，其做出裁定的标准为“比不可能更有可能”（more likely than not）。该证明标准相对偏低，既不要求证据具有高度盖然性，亦远非刑事诉讼程序中的排除合理怀疑标准。

综合审查，若制裁委员会裁定被调查方不太可能存在应制裁行为，则制裁程序终止。若制裁委员会裁定被调查方更有可能存在一项或多项应制裁行为，将对被调查方施加适当的制裁，并在适当情况下可能对其关联公司施加制裁。制裁委员会的决定为最终决定且即刻生效，无论是 INT、OSD 或被调查方，均无法对其终局决定进行再次申诉。此外，从上述听证会及证据规则中我们亦可看出，OSD 及制裁委员会对制裁审理程序拥有很大程度上的自由裁量权，消极对待世行发出的相关制裁通知或决定将可能对自身带来非常不利的后果，例如上文所述，在听证会上，若一方拒绝回答或回答不实，将被解释为不利于该方。

第三节

多边开发银行制裁趋势与案例解读

引言：世行、亚开行和非发行作为我国企业关注最多的三家多边银行，其调查与制裁机制日趋成熟，近年来一直保持较为活跃的执法态势。作为多边银行制裁章节的第三篇文章，我们将从真实的制裁案例出发，解析多边银行制裁的执法趋势，解读相关重点问题。

一、多边银行调查与制裁的活跃程度

正如我们在先前章节所介绍的，在五大多边开发银行中，中国企业在境内外的工程建设主要来自于世行、亚开行与非发行三家多边开发银行的资助；鲜少涉及欧开行与美开行的项目。这同时也解释了为什么中国企业的制裁主要来自于世行、亚开行和非发行，而欧开行近两年并未做出对中国企业的制裁（交叉制裁除

外），美开行近两年也仅对两家中国香港公司做出制裁（交叉制裁除外）。

就制裁企业总量而言，如下表所示，截至 2022 年 3 月底，共有 222 家中国企业 / 个人（含港澳台，针对企业及其多家关联公司被同时列入制裁名单的情况仅计一次，不包含被制裁但未公开的情况）被列入主要多边银行的制裁清单。

发起制裁的多边银行	世行	亚开行	非发行	亚投行	美开行
被制裁企业/个人数量	137	63	13	7	2

（图注：为了防止交叉制裁引发的重复计算，表中每个多边银行对应的数量是指由该银行调查和做出制裁的企业 / 个人数量，**不包括**在交叉制裁机制下承认他行制裁的情况。）

就发展趋势而言，从世行、非发行、亚开行近三年披露的数据来看，其调查和制裁一直保持在比较活跃的水平。以世行为例，其第一层裁决机构 OSD（Office of Suspension and Debarment）年均处理案件数量在 40-60 件左右，其中被制裁的企业及个人（不包括因此被制裁的关联公司）的数量在 50-60 左右。¹⁴

就比重而言，针对中国企业的制裁在全部制裁中占据不小比重。从世行《制裁体系年报》（Sanction System Annual Report）披露的数据来看，世行近两年 20% 左右的制裁系针对中国企业 / 个人做出。

	2018	2019	2020	2021
被制裁企业/个人	83	53	49	57
被制裁中国企业/个人	7	17	10	11

（图注：为了防止因同时制裁的关联公司数量过多影响统计的准确性，表中数据未包括被牵连制裁的关联公司的数量。）

二、以世行制裁委员会裁决为例解读多边银行制裁的若干重点问题

如前文所述，世行制裁委员会（Sanctions Board）是世行制裁体系中的“二审”上诉机构，在被调查企业拒绝与 INT 达成和解，且对“一审”裁决机构 OSD 的裁决结果并不认同时，可以向制裁委员会上诉，制裁委员会作出的裁决具有终局效力。制裁委员会作为现今发展最成熟、适用地域最广泛、关注度最高的世行制裁体系的终审裁决机构，其在既往案例中的观点和分析不仅在解读世行制裁机制时具有权威性，对了解和应对非发行、亚开行等其他多边银行的制裁机制也有参考意义。因而，本节从世行制裁委员会披露的案例出发，对实践中企业特别关注的一些法律问题进行解读。

1. 企业对员工违规行为的责任承担与抗辩

就企业是否要为其员工的违规行为承担责任的问题，与众多法域对此问题的态度一致，世行制裁委员会基

于“雇主责任原则”（*respondeat superior*）认可企业应当对其董监高、员工、代理的行为承担责任。在适用雇主责任原则时，世行制裁委员会一般考虑两方面的构成要件：其一是员工是否在其工作期间及工作范围内行事；其二是员工的不合规行为是否全部或部分为了服务于企业或受到企业的激励。¹⁵

在绝大多数案件中，制裁委员会均认可了雇主责任原则的适用。例如，在涉嫌投标欺诈的案件中，企业内负责准备投标文件的员工对公司的业绩进行虚假陈述，世行制裁委员会在众多案例中一致认为，员工的该等行为应当由企业负责。制裁委员会一般并不接受诸如员工的违规行为未经公司授权，或员工超出公司对其授权范围而做出违规行为的抗辩。

但是，我们也注意到在个别案件中，制裁委员会指出相关证据并不足以支持雇主责任原则的适用。例如，在 2017 年制裁委员会第 69 号裁决中，被告在越南的国家代表（*country representative*），为获取在本地的项目而通过提供旅游观光等方式向相关政府官员行贿，但是制裁委员会认为国家代表的该等行为不应归于被告，因为证据并未表明国家代表的行贿行为能够落入到其在被告处的工作履职范围以及为被告利益行事的范围内。事实上，该案件的特殊情况在于，被告与当地的一家咨询公司建立了合资企业，国家代表在相关项目中的行为授意于该咨询公司，而非被告。为说明此观点，制裁委员会指出，国家代表不需要向被告的区域主管汇报，被告的区域主管也不监督或领导国家代表的工作；相反的，国家代表定期向咨询公司汇报工作。此外，国家代表还声称，咨询公司特别叮嘱其不要将为政府官员提供旅游观光的安排向被告透露。因而，尽管行贿的国家代表是被告的员工，但考虑到前述特殊情况，国家代表实质上是咨询公司的代理，也是为咨询公司而非被告的利益而行事。¹⁶

又例如，在 2014 年制裁委员会第 73 号裁决中，被告个人拥有被告单位和另外一家实体，在以后者名义提交并由被告个人签署的投标文件中存在欺诈行为，INT 和 OSD 主张被告单位与实施欺诈行为的实体在法律上并不独立，因而被告单位亦应当为欺诈行为负

14. 参见世行 2018、2019、2020 以及 2021 年《制裁体系年报》。

15. 例如 Sanctions Board Decision No. 55（2013）；Sanctions Board Decision No. 78（2015）。

16. Sanctions Board Decision No. 69（2017）。

责，但制裁委员会对此观点持反对意见。制裁委员会指出，尽管被告个人是被告单位的法定代表人，但是没有证据表明被告个人在投标涉及欺诈行为的投标中是在代表或以被告单位的名义行事。¹⁷

此外值得关注的是，在雇主责任原则的普遍适用下，有效的合规体系或能为企业提供有效的抗辩。制裁委员会在其多个裁决中指出，如果被调查公司提出员工违反公司合规制度行事的抗辩，则公司需要承担举证责任，证明其已经实施了合理、充分的内控措施以预防和识别员工在案件中所实施的违规行为。¹⁸需要注意的是，制裁委员会不仅需要企业证明书面合规制度的存在，同时还需要证明该等制度的落实。制裁委员会在 2013 年第 55 号裁决中指出，尽管实施违规行为的员工了解公司的行为准则禁止员工虚构资质证书，但是公司并没有证明其实施了任何培训、监督或其他管控措施以防止行为准则中禁止的欺诈行为的发生，因而无法构成有效抗辩。¹⁹这也提示企业合规体系建设不能仅仅停留在纸面阶段，执行有效的落地机制同样重要。

2. 母子公司与关联公司间的制裁连带

世行曾在 2011 年对世行制裁体系的释义 (The World Bank Group's Sanctions Regime: Information Note) 中，对于母子公司、关联公司之间的责任承担做出过一定的说明。其中，在确认被告实施不当行为的情况下：

- **被告所有直接或间接控制的子公司 (Controlled Affiliates)** 均应同样适用于制裁措施，除非被告能够说明相关子公司与不当行为无关且制裁相关子公司是不恰当的，并且就防范责任逃避而言并无合理的必要性；

- **控制被告的母公司 (Controlling Affiliates)，或与被告共同受控的其他关联公司 (Affiliates under the Same Control)** 仅在存在一定程度的参与，或者存在防范逃避责任的合理必要性时，才应当同样受到制裁。²⁰

鉴于在绝大多数案件中被告控制的子公司同样受到制裁的结论是比较明确的，我们在此不做赘述。相反，母公司（以及共同受控实体）是否被牵连制裁，鉴于其并非一种“默认的假设” (default presumption)，因而制裁委员会需要在个案中进行具体分析，以论证制裁母公司（以及共同受控实体）的合理性。²¹ 世行制裁委员会在 2014 年的两个判决中，就制裁是否应当涵盖母公司（以及共同受控实体）的问题进行了细致分析，并在后续裁决中被持续引用。

在适用 Information Note 中所述的“一定程度的参与” (a degree of involvement) 时，制裁委员会在 2014 年第 64 号裁决中将其进一步解释为母公司应当（如通过指导、命令、审批、指导、或在密切监管下的模式授权的方式）直接参与不当行为。具体而言，制裁委员会从三个角度论证了被告并未参与不当行为：其一，被告未**指示或命令**实施不当行为；其二，被告未**审批或指导**实施不当行为，且没有证据证明被告对不当行为**知情**；其三，没有证据表明被告**密切监管**实施不当行为的实体的业务运营。²²

除直接参与外，母公司（以及共同受控实体）被制裁的另外一种情形在于未落实其对于实施不当行为的主体应当承担的监管义务。在 2014 年第 65 号裁决中，制裁委员会分别从是否存在监管义务、是否有明知或放任的故意、是否未能阻止或发现不当行为三方面，论证了母公司应当对被告不当行为承担责任。²³

17. Sanctions Board Decision No. 73 (2014) .

18. 例如 Sanctions Board Decision No.137 (2022) , Sanctions Board Decision No. 95 (2017) , Sanctions Board Decision No. 47 (2012) .

19. Sanctions Board Decision No. 55 (2013) .

20. "Sanctions are applied to entities controlling the Respondent and to entities under common control only if a degree of involvement in sanctioned misconduct has been shown, or if such application is reasonably necessary to prevent evasion." , the World Bank Group's Sanctions Regime: Information Note, p.21.

21. The World Bank Law Digest 2019, p.59.

22. Sanctions Board Decision No. 64 (2014) .

23. Sanctions Board Decision No. 65 (2014) .

3. 第三方违规行为对企业的影响后果

最后，对于第三方违规行为是否归责于聘用第三方的企业的问题，制裁委员会秉持的一般原则是，被告不能通过第三方实施其自身直接实施即可被制裁的行为。²⁴ 例如，制裁委员会在 2021 年第 134 号裁决中指出，被告一赢得了世行在越南资助的项目合同，而被告二

是被告一在项目合同下的授权代表以及分包商，制裁委员会认为被告一需要为被告二员工实施的欺诈行为负责。制裁委员会指出，“独立伙伴”的抗辩在本案中站不住脚，因为证据证明被告一可以直接向被告二员工分配任务，被告一的一位员工在最初接受 INT 询问时甚至将被告一与被告二称为同一个公司。²⁵

第四节 中国企业预防及应对多边银行调查与制裁建议

引言：在了解多边银行的调查与制裁体系的基本运行机制以及执法案例的基础上，作为多边银行制裁章节的最后一篇文章，我们将从实务角度，重点分析中国企业应当如何预防以及应对多边银行调查与制裁。具体来说，我们将从事前预防、调查应对、制裁解禁三个维度，结合我们既往处理多边银行调查与制裁相关案件的经验，为相关企业提供具体的多边银行制裁合规建议。

一、事前预防：建立和完善合规体系，谨慎防控风险

对于关注和参与多边银行制裁项目的企业而言，最重要的预防手段就是建立并执行一套符合多边银行要求的合规体系。世行《廉政合规指南》（Integrity Compliance Guidelines，简称《指南》）是建设符合多边银要求的合规体系的重要参考和依据。《指南》概括和总结了国际公认的反腐败的标准、原则和实践，其在篇首列举了所参照的相关政策文件，包括世界经合组织《关于进一步打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员的建议》、国际商会《打击勒索和贿赂的行为守则与建议》、透明国际《反贿赂商业准则》等。

正如我们在先前章节所述，“附条件解禁”是包括世行在内的主要多边银行最常用的制裁措施，解禁条件之一就是被制裁企业建立和执行行为多边银行所接受的合规体系。而《指南》的制定目的，正是为被世行制裁企业提供建设合规体系的具体标准和指引。现如今，

《指南》的影响力已经远远超出其最初制定的目的。一方面，其他多边银行参照和直接适用《指南》，对被制裁企业的合规体系建设作出要求；另一方面，越来越多的涉及多边银行资助项目的企业，参照《指南》建立内部合规体系，以预防多边银行制裁风险。以下我们将逐一介绍《指南》中的十一项合规指引，分析企业应当如何结合自身情况适用《指南》建设和完善合规体系。

1. 合规指引一：禁止不当行为

《指南》的第一项合规指引，要求公司明确禁止包括欺诈、腐败、串通、胁迫、阻碍在内的可制裁行为。为满足合规指引要求，企业应当在书面合规制度中，阐述可制裁行为的范围和定义，并明确禁止这些可制裁行为的发生。同时，根据我们的经验，多边银行还会特别关注企业是否将书面合规制度清晰地传达给所有的员工，以及员工是否有便捷的途径可以获取合规制度的全文。

24. Sanctions Board Decision No. 114 (2018) .

25. Sanctions Board Decision No.134 (2021) .

2. 合规指引二：责任

关于“责任”的合规指引分为三个部分，包括领导层的责任、员工个人责任、以及合规部门的责任。就领导层责任而言，《指南》要求企业领导层应当给予合规体系建设“强有力的、明确的、显而易见的和积极的支持与承诺”。根据我们的经验，领导层的合规支持可以在很多维度予以体现，比如在合规制度中以公司领导的致辞作为引言，要求领导层签署额外的合规承诺，领导层参与合规管理和合规事项审批等。

就个人责任而言，《指南》要求企业明确所有员工遵循合规体系的义务是强制性的。这种强制性一方面在书面合规制度中应当有所体现，同时也应当体现在执行层面，比如组织全面覆盖所有员工的培训，要求全体员工签署合规承诺等。对于大中型集团公司而言，如何确保分子公司的所有员工也遵循合规体系也是多边银行重点关注的问题之一。

就合规部门责任而言，《指南》要求企业建立有充分自主权、足够权威和资源的合规组织体系，以确保企业合规体系的有效执行。这要求企业一方面为合规部门投入充分的财力和人力支持；另一方面也需要通过汇报线和组织架构的设置或调整，保障合规部门和合规人员充分的独立性。实践中，新的合规要求的推行可能难免受到来自业务的阻力，因而企业的合规人员，特别是首席合规官，最好在公司组织架构中处于较高的层级，并具备直接向公司董事会汇报的权力。

3. 合规指引三：计划的启动、风险评估及审查

《指南》要求合规体系应当基于对企业合规风险的全面排查和评估而建立，并通过体系化、制度化的风险评估机制，定期审查公司合规体系的有效性。为满足此要求，企业一般要先通过书面制度明确风险评估方法论，并基于风险评估结果确定合规体系搭建的方案。此外，在合规体系运行的过程中，企业还应当定期或不定期开展合规风险评估和 / 或合规有效性审查，以及及时更新和完善合规体系。

4. 合规指引四：内部政策

《指南》在合规指引四下，列举了企业内部合规政策应涵盖的重点内容，包括对员工的尽职调查、礼品招待旅行、政治献金、捐赠和赞助、疏通费、费用记录等。

根据我们的观察，企业一般会通过制定反腐败合规总政策或关于礼品招待、捐赠赞助等重要事项的专项合规政策，设置事前审批流程和费用金额限制等合规措施，对各类高风险费用加以管控。此外，在腐败风险较高的国家开展业务时，企业还应当谨慎应对被索要贿赂或疏通费的风险。

合规指引四在最后还特别要求，企业制定和实施一定的内控措施来禁止欺诈、串通舞弊和胁迫的行为。我们在以往协助企业应对多边银行制裁的案件中注意到，大多数调查和制裁系因公司投标文件制作与审核的疏漏（对企业资质经验的不实陈述，对关联关系的不充分披露等）引起。因此，企业应尤其重视管控投标环节的合规风险，建立有效的内部程序和机制，以确保投标文件的真实性和准确性。在通过联合体投标时，公司也需要对合作方的行为尽注意义务，避免受合作方不当行为的牵连而被制裁的风险。

5. 合规指引五：关于业务伙伴的政策

《指南》为企业的第三方合规管控提供了详细的指引，包括在合作全周期设置必要的管控节点和合规要求。

在聘用阶段，《指南》要求企业在业务伙伴聘用前应进行必要的尽职调查，收集业务伙伴的相关信息（一般来说，衡量第三方合规风险的维度可能包括第三方服务的性质、政府相关性、既往违规历史等），并判断其合规风险。对于合规风险较高的业务伙伴，公司应当在聘用前采取适当的风险减轻措施以控制合规风险。《指南》要求企业将合规体系通知第三方，并获取第三方的对等合规承诺。在实践中，我们一般建议企业通过在合同中加入反腐败合规条款的形式，获取第三方的相关承诺和保证。

在合作履行阶段，《指南》提出全面记录，适当付款和持续监督的三方面要求。其一，企业的财务人员在第三方付款时应当执行适当的控制措施，审核向第三方的付款是否适当和合理；其二，企业的业务人员在与第三方的合同履行中应当持续关注第三方是否有不当行为；其三，企业应当就与第三方的关系进行全面的记录，该等记录包括但不限于第三方尽职调查表、合同、发票以及货物 / 服务验收证明等。

6. 合规指引六：内部控制

《指南》提出了财务、合同和决策程序三个维度的内控要求。在财务方面，企业应当建立起一套有效的财务会计制度，接受定期的内外部的独立审计。在合同方面，企业应当通过书面合同约定商业伙伴以及雇员的合规性，包括明确合规义务、救济措施和处罚方式。实践中，企业一般通过在合同中嵌入合规条款或单独要求员工或第三方签署合规声明的方式，明确在第三方/员工违反合规义务的情况下公司有权单方解除合同关系。在决策程序方面，企业的内部决策程序，如审批链的设置，审批者的选择，应当与决策对应的交易金额和合规风险相匹配。例如，对于礼品招待费用的审批，企业在实践中可以根据礼品招待的金额和礼品招待的对象，设置不同的审批层级。

7. 合规指引七：培训和宣传

培训和宣传是公司合规制度落地的重要抓手。就培训而言，《指南》期待企业建立定期开展合规培训的长效机制。具体而言，合规培训应当兼顾全面性和特殊性，一方面，从全面性角度出发，企业应当采取措施确保合规培训覆盖全体员工；另一方面，从特殊性角度出发，对特定职位的员工企业可以考虑提供更有针对性的培训，例如，对于销售人员的专项合规培训，可以重点讲解市场开发环节中的合规风险，对于合规人员的专项培训，可以提升其开展调查、合规风险评估、合规审批等合规工作的专业能力，对于财务人员的专项合规培训，则应侧重费用审批和支付环节的合规风险及管控措施。除对于员工的合规培训外，《指南》还建议企业为第三方（如供应商、经销商）等提供合规培训，以提升对于第三方的合规管控。此外，我们也提醒企业注意对培训过程的全程留痕，监测员工参与培训的情况并进行效果验收，定期调整培训计划，以确保培训的有效性。

除了合规培训外，《指南》还要求企业管理层应当重视合规宣传，通过企业年报、公开讲话等各种方式传达企业合规体系。

8. 合规指引八：激励措施

《指南》提出了正向与负向两方面的制裁措施。正向激励措施要求企业通过提供各种物质和精神奖励来提升员工学习和遵守合规制度的意愿和能力。最常见的，

不少企业将合规表现纳入员工的综合评价考核体系。实践中也有企业采用更灵活的激励措施，如评选合规之星，开展合规知识竞赛等，以提升员工的合规动力。负面激励，即惩戒措施，应当在《员工手册》或其他内部制度中予以明确，并在实践中认真落实，以震慑和阻却不合规行为的发生。

9. 合规指引九：报告

《指南》在合规指引九下提出了报告义务、建议、举报热线、定期证明四项具体要求。首先，企业应当制定举报相关制度（无论是单独的政策，亦或是在反腐败合规总政策中作为一个章节），对于可举报事项、举报途径（包括匿名举报途径）、举报信息的处理等内容作出完整和详细的规定。实践中，运行良好的举报途径，对于公司尽早发现和处置违规行为，降低公司法律风险有着十分重要的保障作用。其中重要的一环就是通过严格落实保密和反报复制度建立员工对于举报途径的信赖，敢于没有后顾之忧地举报违规问题。其次，《指南》也要求企业建立通畅的建议和咨询渠道，为员工在落实合规制度要求中遇到的问题答疑解惑。

最后，定期证明的要求关注公司中具有决策权和处于能够影响业务决策职位的员工，即高风险员工。对于一般员工而言，为遵循《指南》在“合规指引二：责任”部分提出的个人责任要求，企业可以要求员工签署合规承诺或类似内容的文件。但对于高风险员工，《指南》要求其应当定期（至少一年一次）以书面方式证明自己重温了公司的合规制度。因此，我们一般建议企业对高风险员工组织额外的合规培训，并要求其签署年度合规承诺。

10. 合规指引十：对不当行为的补救

一方面，《指南》要求企业建立调查程序，明确调查人员、步骤、方法等，以有效应对各类潜在的违规行为。另一方面，《指南》指出当企业被确认存在违规行为时，应当采取合适的方式处置该等不当行为，如向司法机关披露，对员工进行纪律处分等等，同时企业也需要采取进一步的行动，以防止类似的行为再次发生。从书面制度层面，企业一般可以通过制定内部调查政策来明确上述相关要求，同时在必要时及时引入外部法律顾问，以恰当地应对潜在违规行为，维护公司利益。

11. 合规指引十一：共同行动

《指南》在最后提出了更为宏观的合规愿景，督促企业与相关行业团体、商业组织合作和交流，鼓励和帮助其他企业建立和完善其合规体系。

二、调查应对：把握制裁裁量情节，争取宽大处理

被调查企业应当了解多边银行制裁机制下的加重与减轻情节，在既有不合规行为无法改变的情况下，不触犯“加重情节”雷区，同时尽可能向“减轻情节”靠拢。如同前述可制裁行为和制裁措施，尽管各多边银行的规定细节不尽相同，但总体上遵循了世行的制裁程序。

调查中的加重情节
• 影响多边银行调查人员开展的调查工作，甚至发生阻碍行为； • 威胁或贿赂证人。
调查中的减轻情节
• 协助、配合调查； • 承认错误或责任； • 主动停止可制裁行为； • 开展内部调查； • 对可制裁行为的主要责任人进行内部纪律惩戒； • 展示企业的合规制度； • 经济退还或赔偿。

就我们过往项目经验而言，多边银行十分注重调查企业的配合程度。在其过往披露的案件中，曾有不当行为情节更严重，但是调查中配合程度高的企业却获得了相比于同案情节较轻的企业更短的制裁期限。此外，根据我们的经验，配合调查的企业还可以争取：（1）更轻微的制裁方式；（2）不予公开制裁（意味着不会被交叉制裁）；以及（3）制裁更少的关联公司。

除了配合调查、主动认错、积极补救之外，企业还应尽可能向多边银行提供其已有合规体系的相关证据。对于有良好合规基础，执行了一定合规控制措施的企业，多边银行很可能给与从轻处理（无论是和解还是裁决），这也更加说明了企业建立和完善合规体系的重要性。

三、制裁解禁：认真落实解禁条件，充分提交证据

如前所述，在多边银行制裁实践中，大多数情况下的制裁措施为附条件解禁（世行、非发行）或有条件禁止（亚开行）。根据我们的经验，多边银行规定的解禁条件一般包括以下三项，被制裁企业需认真落实，争取提前或按期解禁。

第一，最核心的要求是建立并执行符合多边银行要求的合规体系。就世行而言，符合其要求的合规体系即体现为对《指南》要求的全面接受和执行。类似的，非发行的《廉政合规指南》内容与世行《指南》内容基本相同。不过，就亚开行而言，其并没有制定适用于其制裁项目的相关合规指南，而是要求被制裁企业建立“被广泛认可的”合规体系，其中就包括世行《指南》所提出的合规要求。另外需要特别注意的是，在制裁期间，被制裁企业不仅需要证明其建立了全面的合规政策，以满足多边银行的各项合规要求，同时还需要提交其合规政策落地执行的证据，从而证明其合规政策的有效性，而非仅仅停留在“纸面合规”阶段。

第二，多边银行一般会要求被制裁企业聘请第三方监管人。世行制裁体系下第三方监管人被称为 Integrity Compliance Expert（ICE）；非发行、亚开行制裁体系下第三方监管人被称为 Independent Integrity Compliance Consultant（IICC）。无论是 ICE 或是 IICC，第三方监管人的职责均为中立地审查、评估被制裁企业合规体系的有效性，其一般会通过审阅公司提交的证据、与公司员工开展访谈、对公司进行实地考察等方式，审查被制裁企业是否满足《指南》的每项要求。

第三，要求企业在制裁期内充分配合多边银行合规机构及第三方监管人审查、评估合规体系的工作以及其他各项工作。多边银行合规机构会基于第三方监管人提交的评估报告以及企业提交的执行报告及证据，评估企业建立和落实合规体系的进展，并提供阶段性意见。被制裁企业应充分重视多边银行及第三方监管人的意见，完善合规体系，并提交充分的证据予以证明。



第八章 海关



第一节

海关监管及执法趋势分析与应对

引言：国务院于 2015 年正式开启的“放管服”改革，至今依然持续且深刻地影响海关监管理念。海关在积极践行简政放权和优化服务理念的同时，也提高了监管的质量和效率。近年来，海关总署持续深化“放管服”改革，采取一系列措施，推动我国口岸营商环境的持续优化。监管理念的转变助力通关提速，高质量的监管执法也随之活跃。2023 年 1 月 13 日召开的 2023 年全国海关工作会议明确指出，全国海关要提高事后环节稽查打私有效性，巩固提升稽查作业有效率，保持打击走私高压态势。2023 年度海关监管及执法趋势愈加清晰。建议跨境贸易企业尽快理解监管理念转变的底层逻辑，把握最新监管及执法趋势，尽早筹划、积极应对，以尽可能降低贸易合规的风险，充分享受政策红利，有效实现合规运营。

一、海关整体监管及执法趋势转变

1. 通关提速同时，执法愈加频密

近年来，在进出口通关环节，通关材料愈发精简，通关手续日趋便捷，整体通关成本降低的同时通关效率显著提升。根据海关总署数据，2021 年 5 月全国进口整体通关时间为 38.93 小时，出口整体通关时间为 2.12 小时，分别较 2017 年压缩 60.03% 和 82.74%¹。

同一时期内海关的执法愈加频密，不少企业均有遭遇海关执法甚至多地海关同时执法的经历，执法场景覆盖从通关到后续监管的海关监管全链条，执法密度和精准度也不断提升。以上海海关和深圳海关为例，据公开数据显示，上海海关 2019 年行政检查次数仅 2,346 次，而在 2020 年行政检查次数即达到了 656,533 次，相比 2019 年大幅增长，且在 2021 年和 2022 年均维持了较高水平，次数分别为 832,026 次和 831,422 次；2020 年至 2022 年每年行政处罚案件数量分别为 4136 件、4205 件和 4247 件。² 而深圳海关执法数据持续保持在高位，2020 年行政检查达 506,430 次，共有 12,397 件行政处罚案件，2021 年行政检查达 539,265 次，共有 11,519 件行

政处罚案件³。

上述“快速通关伴随频密执法”的状况，直接映射出近年来海关监管理念的重大转变：通过不断推进“放管服”改革，持续简政放权、加强监管、优化服务，最终促进跨境贸易的便利化。为实现这一改革目的，海关履职思路由传统的海关单独履行行政管理职能，逐渐转向引导企业共同参与治理，从而对进出口企业自主守法的意识和能力提出了更高的要求，进出口合规重要性愈加凸显。

2. 海关执法精确性提升，多部门联合执法已成常态

（1）后续监管量质并重，覆盖全面

以提升贸易便利化水平为导向的海关监管方式改革，对海关在通关环节的验放效率提出了高要求，因此海关需要将执法重要环节分散，并更多地深入到货物通关之后的场景，从而导致了后续监管渠道执法强度增加的结果。

从监管端来看，海关将原先集中于通关环节的监管措施做了前延后伸。在申报及通关环节，海关着眼于安全准入或是重大税收风险等高等级风险，尽量减少监

1. 《持续优化口岸营商环境 5 月全国进出口整体通关时间压缩比稳定在 60% 以上》，参见 http://www.gov.cn/xinwen/2021-06/26/content_5620999.htm。

2. 《上海海关执法统计年报》，参见 http://www.customs.gov.cn/shanghai_customs/423405/fdzdgnr8/423510/4034932/index.html。

3. 《深圳海关执法统计年报》，参见 http://www.customs.gov.cn/shenzhen_customs/zfxgk15/2966748/xzzfzs23/shgk95/xzzftjnb94/index.htm。

管措施在通关环节对跨境贸易的影响，以确保通关速度。货物放行后，海关针对企业申报的涉税要素之审核分析依然持续，并以后续监管中的稽查、核查等方式对进出口货物及相关单证开展审查。

执法重点环节延伸至后续监管稽查执法，对企业的影响包括：

- 执法主体通常是企业的属地海关，较口岸海关而言，属地主管海关对企业的进出口状况相对熟悉，执法更具针对性；
- 海关稽查前，风控或税管部门通常已对企业可能的高风险领域进行了梳理分析并给出了强指向性的稽查指令，企业面临精准执法；
- 执法场所由口岸转移到了企业所在地，海关执法的时空范围更广，更可能获取有关进出口货物的全面、完整信息并固定证据；
- 海关核查已从传统的减免税核查、保税核查和贸易调查等事项，扩展到一般贸易涉税要素如价格、归类、原产地核查，增加了统计核查、企业注册信息核对及其他国家海关机构外事协助核查，并将原检验检疫后续监管三领域大纳入核查范围⁴，企业面临的监管执法更为全面；
- 实践中企业进出口行为往往处于持续状态，在通关中未被海关稽查或企业自查发现的一些小瑕疵极易发生量的累积。如果积累一段时间后才被稽查查发，违法标的体量较此前更大，企业面临的法律责任因而可能升级。

（2）多部门联合执法触发多领域法律风险

近年来，执法部门越来越重视进出口违法行为在境内的延伸。源于进出口环节的走私犯罪或违规申报，往往伴随着非法经营、洗钱、侵犯知识产权等其他违法犯罪行为。比如在国内市场上非法销售的香烟、化妆品等，很可能是通过走私方式进口的。为确保有效打击违法行为全链条，执法者也越来越倾向于采取联合执法的模式，从而扩展执法视野和范围。

近年来的公开报道中亦常见缉私警察和地方公安就走私进口的雪茄、烟草开展联合执法。相关被执法主体可能同时面临走私与非法经营的刑事风险。海关与市

场监督管理局的联合执法辐射更为广泛：如对“二次销售”的海南离岛免税商品，以及采用社交电商的模式进行销售的跨境电商零售进口商品展开联合执法；联合对相关商品的知识产权实施保护，充分关注相关商品从进口到境内终端的全流程全方位的合法性。

在多部门联合执法愈发常见的情况下，企业仅熟知通关实务流程及操作，或是仅对进出口单证、账目进行审计，显然已经无法满足全面梳理与进出口相关的合规风险的需求。

二、2023 年海关监管及执法趋势预测

2023 全国海关工作会议部署了如下全年工作重点：

1. 着力构建全链条安全监管体系

提高事前环节风险布控精准性，完善全领域、全渠道、全链条风险一体化防控机制。提高事中环节查验征管规范性，强化“口岸+属地”联动监管，开展“打击进出口危险品伪瞒报专项行动”，提高税收征管质量。提高事后环节稽查走私有效性，巩固提升稽查作业有效率，开展“国门利剑”等专项行动，保持打击走私高压态势。

2. 着力守牢第一道外防输入关口

毫不松懈地做好口岸卫生检疫，严格落实新冠病毒感染“乙类乙管”防控措施，继续严格做好外防输入各项工作。从严从紧实施进出境动植物检疫，深化“跨境电商寄递‘异宠’综合治理”，严防重大动植物疫情传入和外来物种入侵。

3. 着力落实一揽子促稳提质措施

助企纾困保市场主体，持续优化口岸营商环境，爱企助企惠企，帮助企业解决实际困难。促外贸稳增长保市场份额，保持我国传统市场、传统产业出口竞争优势，促进跨境电商、海外仓等新业态发展。大力“稳链”、精准“补链”、促进“强链”，创新优化监管查验机制，支持先进技术、重要设备、粮食能源等产品进口，保产业链供应链安全稳定。

4. 张伟卫：《“多查合一”改革下优化海关核查机制研究》，载《海关法评论》2021 年第 10 卷。

4. 着力服务高质量共建“一带一路”

积极参与高峰论坛，大力推介“智慧海关、智能边境、智享联通”合作理念，推动合作项目落地落实。深化机制性合作，推动“经认证的经营者”（AEO）互认、国际贸易“单一窗口”建设对接、电子单证联网、关铁通等务实合作项目。深度参与引领国际规则制定，推进“三智”理念与世界海关组织（WCO）的战略对接，推动政策、规则、标准、信息联通共享，维护多元稳定的国际经贸关系。

5. 着力打造高水平对外开放平台

大力支持海南自由贸易港建设，瞄准 2025 年全岛封关运作，全面开展“放、管、建、立、试”，加快海关监管办法制定进程和智慧监管平台建设，推动开展“一线放开、二线管住”试点扩区、压力测试。研究出台支持综合保税区高质量发展综合改革措施，落实自贸试验区提升战略，推动海关特殊监管区域与自贸试验区统筹发展。

结合上述工作重点，我们认为企业应当重点关注如下的监管及执法趋势：

1. 继续运用风险管理机制对进出口活动实施全面管理，监管体系更趋严密

首先，2023 年重点工作中明确指出要“提高事前环节风险布控精准性，完善全领域、全渠道、全链条风险一体化防控机制”，这与本文前述分析的海关近年来持续更新优化监管理念的思路保持了一致性。具体而言，海关在申报及通关环节着眼于安全准入或是重大税收风险等高等级风险，尽量减少监管措施在通关环节对跨境贸易的影响，确保通关速度；在货物放行后的后续监管中，再以稽查、核查等方式对进出口货物及相关单证开展单货符合性的审查。

其次，会议也强调了“全领域、全渠道、全链条风险一体化防控机制”，表明海关在注重监管时空范围完整性的同时，还将有意识地打通内部不同监管领域、渠道和环节之间的壁垒，拟充分实现与进出口主体和货物相关的风险信息全面性、深入性和准确性，并确保风险信息在海关内部不同监管场景下运用的流畅性，以提高监管和执法效率。

2. 传统海关监管及执法重点领域依然受到海关高度关注

在海关的传统职能领域，会议明确将“打击进出口危险品伪瞒报专项行动”、“提高税收征管质量”、“开展国门利剑等专项行动”以及“保持打击走私高压态势”等作为工作重点。基于上述重点，从货物种类来看，我们认为在 2023 年危险品、固体废物、濒危物种及其制品等货物将是海关缉私的重点。从行业来看，跨境电商、海南离岛免税等特殊监管渠道的进出口行为也将受到持续关注。

3. 关涉安全准入的检验检疫监管执法更趋活跃

2023 年重点工作要求“继续严格做好外防输入各项工作”，“从严从紧实施进出境动植物检疫”。可见进出境动植物检疫已被明确为检验检疫领域监管重点。自 2018 年关检融合至今，原关与原检的监管理念已实现深度融合，监管方式逐渐兼容，监管资源整合到位，融合后的新海关已具备良好的安全准入监管能力。伴随海关风险一体化防控机制的完善，可以预见检验检疫执法的范围、幅度和精准性也会不断增强。

4. 海关稽查执法数量可能增加

2023 年重点工作明确指出要“提高事后环节稽查打私有效性，巩固提升稽查作业有效率”。我们认为，稽查执法将作为后续监管的重要措施在新一年中保持高频。此外，随着“主动披露”政策的红利期至 2023 年 12 月 31 日截止，可预见有越来越多的企业会抓住政策红利就过往的潜在违规行为向海关主动披露，随之而来的海关稽查活动也将相应增加。

在海关日常稽查方面，海关在稽查前，海关内部的风控、税管等职能部门通常已对企业可能的高风险领域进行了梳理分析并给出了强指向性的稽查指令，企业将面临精准执法。同时，海关稽查执法越来越频繁运用跨关区下达稽查指令，以及总署直接向多地海关同时下达稽查指令等方式来实施稽查。企业在今后很可能会频繁遭遇非主管海关执法，以及大型企业集团在中国境内多地工厂同时面临稽查执法等场景，因此执法应对难度将增加，应对风险显著提升。

5. 惠企政策持续出台可期，监管与服务并重

2023 年重点工作也明确要求海关“持续优化口岸营商环境，爱企助企惠企，帮助企业解决实际困难”，“促进跨境电商、海外仓等新业态发展”，“支持先进技术、重要设备、粮食能源等产品进口”，有效实现监管与服务的平衡。

为实现为企业服务的目的，海关惠企政策可能会持续出台。各直属、隶属海关也可能会结合当地企业实际情况，细化惠企政策，为企业解决与进出口相关的实际困难。因此，跨境电商等行业以及先进技术、重要设备、粮食能源等产品的进口有望继续获得海关的政策支持。同时，海关应当会进一步完善和健全跨境电商监管体系。

三、企业应对思路

1. 建立并持续优化基于风险的进出口合规体系

理解海关监管理念及执法趋势变化，重新规划贸易合规的重点：

- 将进出口合规工作覆盖至舱单管理环节，积极与跨境运输环节的商业伙伴沟通协作，更加及时准确了解进出口物流的真实情况，充分获取如实申报所需信息；
- 在进口货物通关放行后，及时增加单货相符性的自查流程，重点核查涉税要素的申报准确性；
- 将与检验检疫监管相关的领域纳入贸易合规体系，保证体系范围完整；
- 以准确理解进出口货物监管要求为合规的核心。海关监管的核心是进出口货物，但不同货物进出口的监管规定较为分散，如海关对进口医疗器械的监管规定，多源于药监部门对于医疗器械进口环节的具体要求。企业在关注海关对具体货物的监管要求基础上，还需要全面掌握货物所属国内监管部门对于其进出口监管的要求，以确保申报合规；
- 对标 2022 年 10 月 28 日海关总署发布的《海关高级认证企业标准》，搭建和持续更新贸易合规体系。贸易合规体系的搭建工作较为专业，需要在准确识别并评估企业的贸易合规风险的基础上，运用能够融入进出口业务实践的方式和工具让体系落地。可考虑聘用有经验的第三方协助企业完成体系的搭建、评估和优化改进。

2. 强化第三方管控

进出口货物的收发货人作为海关法下的申报义务主体，应当承担如实申报义务。但在实际向海关申报信息、传输数据的过程中，以及货物实际进出口通关流程中，通常有报关企业、运输公司等第三方主体的参与。

实践中，很多进出口企业因为第三方的故意或者过失遭到行政处罚，进而导致企业信用等级遭受影响，甚至面临刑事调查。比如跨境车辆的司机私自在正常进口的货物中夹带走私货物，或是运输公司安排未接受必要培训的新手跨境司机驾车违规进出海关特殊监管区域；也有报关公司因业务不熟悉而未按海关要求申报货物归类或重量单位。

进出口企业为确保自己向海关申报的货物信息和资料与实际进出口货物的真实情况一致，必须有针对性地加强对第三方的管控，以有效降低风险。进出口企业应当重点关注与申报相关的第三方，如报关公司、运输公司及货代公司，在委托第三方之前，可通过第三方尽调程序知悉对方的资质，了解对方的合规状况，并通过在委托合同中清晰约定责任和义务的方式，更好地从事先防范风险。在不幸发生风险后及时固定证据、有效保护自身利益。

3. 善用海关服务职能及各类惠企政策

海关在履行监管职能的同时，也重视对企业的服务。考虑到各直属甚至隶属关业务门类及执法实践的差异，海关设置了“12360”热线，以及“海关发布”官微账号等多种公开渠道，用于普法及解答通关实务问题。进出口企业在通关过程中遇到的实务问题，可充分利用海关已有的咨询渠道，预先防范进出口风险。

企业在多种场景下均可考虑充分运用惠企政策，例如：

- 场景一：优化、更新商业模式

惠企政策具备对特定行业、特定商品以及新兴业态给予支持扶持的属性。企业可自行或考虑聘用第三方机构协助深度解读、分析政策，据此对商业模式的优化、更新进行分析论证，形成可落地、可复制且可规模化的商业模式，满足跨境贸易主体的商业需求。

- 场景二：妥善化解潜在的不合规事项

2022 年，海关总署发布 2022 年第 54 号公告，进一步扩大了企业主动披露涉税违规行为可以不予行政处罚的情形，该政策的有效期限截至 2023 年 12 月 31 日。若企业经自查发现已经产生了进出口合规风险，则可请第三方协助准确、完整地梳理事实，全面评估合规

风险，合理运用主动披露制度，并及时化解风险。若企业面临走私犯罪等刑事风险，也可充分运用当前的涉案企业合规改革红利，通过有效的合规建设与整改，获得不起诉或者是从宽处理的有利结果。



第二节 企业主动披露新规：不予行政处罚情形进一步扩大

引言：2022 年 6 月 30 日，海关总署发布 2022 年第 54 号公告（以下简称“54 号公告”），其中规定自 2022 年 7 月 1 日至 2023 年 12 月 31 日期间，企业主动披露涉税违规行为可以作为不予行政处罚的情形进一步扩大，其中包括：（1）违法行为发生与主动披露之间的时间间隔延长至六个月；（2）一定时间范围内主动披露的漏缴、少缴税款占应缴税款更大比例（30%）以及更高的漏缴税款绝对值（人民币 100 万元以下）等情形均被视为有效的主动披露；（3）有效的主动披露且被处罚款的行政处罚行为不影响企业信用状况的罚款金额上限上调至人民币 100 万元。公告中提及上述措施是对国务院扎实稳住经济一揽子政策措施的贯彻落实。同时，公告也明确政策适用的期限为 2022 年 7 月 1 日起至 2023 年 12 月 31 日止，体现了政策的时效性。

一、主动披露的含义

海关监管意义上的企业“主动披露”制度，是指进出口企业在建立健全内控机制的基础上，对照海关监管要求，通过自我检查，将与进出口货物有关的不合规问题主动报告海关，海关对企业主动报明的问题经核实后依法从宽处理的一种管理模式。其中涉及行政处罚的，经海关确认符合主动披露要求的，可依法从轻、减轻或免于行政处罚，符合相关规定的，还可依法减免滞纳金¹。主动披露制度是海关优化执法方式的有益探索和实践，为企业提供了政策救济与自我纠错的有效途径。

二、主动披露的历史沿革

围绕着主动披露的制度，自 2014 年以来，散见于海关总署发布的多个法律法规及总署公告之中。具体如下：

1. 《海关主动披露政策解读》，参见 http://guiyang.customs.gov.cn/shantou_customs/596260/596261/2740559/index.html。

生效时间	政策名称	具体内容
2014 年 11 月	《海关全面深化改革总体方案》	提出要建立“主动披露”制度，企业主动报告违规问题或差错的，可从轻、减轻或免于处罚
2022 年 5 月 1 日	《中华人民共和国海关稽查条例（2022 修订）》	其中第二十六条规定：“与进出口货物直接有关的企业、单位主动向海关报告其违反海关监管规定的行为，并接受海关处理的，应当从轻或者减轻行政处罚”，明确了主动披露的适用原则
2016 年 11 月 1 日	《〈中华人民共和国海关稽查条例〉实施办法（2016）》	其中第四章进一步对主动披露制度适用范围、实施方式做出规定
2016 年 11 月 1 日	海关总署 2016 年第 61 号公告	提供了《主动披露报告》范本
2016 年 11 月 1 日	海关总署 2016 年第 62 号公告	具体规定了试行自主申报、自行缴税的企业主动向海关书面报告其违反海关监管规定的行为并接受海关处理，经海关认定为主动披露的，海关应当从轻或者减轻处罚；违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。对主动披露并补缴税款的，海关可以减免滞纳金
2019 年 10 月 17 日	海关总署 2019 年第 161 号公告	进一步明确了影响税款征收的违反海关监管规定行为在何种情形下可免于行政处罚，细化和完善了海关“主动披露”的这一利好制度的规则体系
2022 年 7 月 1 日	海关总署 2022 年第 54 号公告	有效主动披露条件放宽 • 时间为涉税违规行为发生之日起六个月内 • 涉税违规行为发生之日起六个月后一年以内向海关主动披露，漏缴、少缴税款占应缴纳税款比例 30% 以下的，或者漏缴、少缴税款在人民币 100 万元以下的 • 主动披露且被海关处以警告或者 100 万元以下罚款行政处罚的行为，不列入海关认定企业信用状况的记录

三、主动披露对进出口企业的意义

1. 不予行政处罚

如下三种情形下，海关对涉事企业的违规行为不予处罚：

（1）自涉税违规行为发生之日起六个月内向海关主

动披露的；

（2）在涉税违规发生之日起六个月后一年以内向海关主动披露，漏缴、少缴税款占应缴纳税款比例 **30%** 以下，或者漏缴、少缴税款在人民币 **100** 万元以下；

（3）企业主动披露的违反海关监管规定行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚²。

2. 《中华人民共和国海关稽查条例》实施办法（2016）：第二十七条第一款：...违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。

2. 从轻、减轻处罚

对主动披露的进出口企业、单位，违反海关监管规定的，海关应当从轻或者减轻行政处罚³。

3. 减免滞纳金

海关认定为主动披露不予行政处罚的，进出口企业、单位可依法向海关申请减免税款滞纳金⁴。

4. 不列入企业信用记录

被海关处以警告或者 100 万元以下罚款的行为，不列入海关认定企业信用状况的记录。

5. 暂不影响企业管理措施

高级认证企业主动披露涉税违规行为的，海关立案调查期间不暂停该企业适用与高级认证企业相适应的管理措施。反之，如高级认证企业没有主动披露违规行为，在海关立案调查期间，海关可以暂停适用相应管理措施。

同时，目前主动披露制度的适用范围仍有限制。例如，公告仅规定了涉税案件不予处罚的条件，但未涉及其它违反海关监管规定的非涉税违规及程序性违规事项。

四、构成有效主动披露的要素

为构成有效的主动披露，进出口企业需要关注如下的要素：

要素	具体内容
接受报告主体	报关地、实际进出口地或注册地海关
主动披露的有效时间	- 核心因素：企业的主动披露是否先于海关对相关事项的掌握。 - 有效情形：海关尚未向企业送达《稽查通知书》，但企业自查中发现不符合海关监管规定的问题，并如实向海关主动书面报告。
主动披露的适用范围	理论上所有违反海关监管规定的行为，都可以向海关进行主动披露。常见的主动披露事项类型如下： - 与一般贸易进出口相关 - 与加工贸易进出口相关 - 与减免税货物及加工贸易不作价设备监管相关 - 与进出口商品检验相关 - 与进出口食品检验相关 - 与进出境动植物检验检疫相关 - 与出口管制相关 - 其他违反海关监管规定的行为 海关总署官方信息平台“海关发布”于 2022 年 8 月 8 日发文对 54 号公告适用范围进行官方解读，并列举了包括影响国家出口退税管理的行为等三类涉税违规行为。因此，涉税违规行为应包括漏缴税款、少缴税款、影响国家出口退税管理等行为。

3. 《中华人民共和国海关稽查条例》实施办法（2016）：第二十七条第一款：对主动披露的进出口企业、单位，违反海关监管规定的，海关应当从轻或者减轻行政处罚…。

4. 见《海关总署公告 2022 年第 54 号》。

要素	具体内容
主动披露 不适用的情形	如果企业存在如下情况，则不适用主动披露制度： • 报告前海关已经掌握违法线索的； • 报告前海关已经通知被稽查人实施稽查的； • 报告内容严重失实或者隐瞒其他违法行为的，如就同一违规事项拆分金额或时间段进行披露的； • 进出口企业对同一涉税违规行为再次向海关主动披露的。通常来说，同一涉税违规行为指企业对同一种商品实施的同一类违规行为。具体而言，同一种商品，通常指品名、规格型号等申报要素相同的某一种商品；而同一类违规行为，通常指危害后果一致的一类行为，例如错报价格、归类、数量、品名等多个申报要素中的某一个而导致少缴、漏缴税款或影响国家出口退税管理的行为。如一般贸易场景下，若企业发现一段时间内进口的品名和规格型号一致的一种商品因错报归类导致少缴、漏缴税款，且已向海关主动披露，后再次发现相同商品在已披露时间段外仍有错报归类导致少缴、漏缴税款的情形，此时再向海关主动披露，后披露的涉税违规行为将不能再适用 54 号公告的规定而免于处罚。
主动披露程序	• 企业自查及书面报告：企业需填报《主动披露报告表》，并同时提交支持性单证材料。 • 海关受理、核实和处置：海关将采用检查企业文件资料、询问相关当事人、查阅企业账簿单证、调取企业通关数据、征求相关部门评估意见等方式对企业主动披露发现的问题进行核实，并根据核实情况分别做出处理。

五、企业常见涉税违规行为错误的类型及原因

未如实申报进出口货物的涉税要素是企业常见的涉税违规行为。根据近期协助企业处理主动披露事项的归纳，我们观察到，企业易犯前述涉税违规行为通常源于两个原因：一是涉税要素本身较为复杂，如实申报存在固有困难；二是企业内部贸易合规管控程序存在瑕疵，增加了如实申报的障碍，最终导致了涉税违规行为发生。

1. 企业常见的涉税违规行为类型

进出口货物的完税价格、商品归类和原产地是确定进出口货物应纳、应退税额的核心要素。其中，完税价格是计核应纳、应退税额的税基，商品归类决定进出口货物适用的税率，原产地则决定贸易措施如最惠国待遇、关税配额的具体适用。错误申报该三项涉税核心要素会导致应纳、应退税额差错。

实践中常见直接错报商品归类、价格及原产地的情形，此外，还广泛存在因未如实申报其他商品要素触发的涉税违规行为。如，因错报货物的品名、规格型号导致适用错误的商品归类，未准确勾选是否存在特殊关

系以及特殊关系是否影响成交价格，未申报特许权使用费，漏报运保费，错报商品数量或法定单位等。

2. 触发涉税违规行为的常见原因

（1）原因一：涉税要素固有的复杂性

进出口货物涉税核心要素包括完税价格、商品归类和原产地等三类，如实申报以上涉税要素需要企业准确了解商品属性、商品进出口时的实际状态以及国际贸易全流程，对专业性要求高，具有天然的复杂性。以准确申报商品归类为例，企业既要熟知进出口商品材质、工艺流程、规格、组装状态等商品属性，又要深刻理解《进出口税则商品及品目注释》《本国子目注释》以及海关总署发布的关于商品归类的行政裁定、商品归类决定的规定等法定归类依据，再叠加商品属性和归类法定依据的动态变化因素，其固有复杂性可见一斑。实践中不乏因对商品属性、归类依据理解偏差导致的归类错报，也时有因对商品属性、归类依据的更新掌握不及时导致的归类错报。

（2）原因二：贸易合规管控程序瑕疵的普遍性

进出口活动中，企业需要协调内部多个与进出口货物的物流、资金、单证、货物信息等有关联的部门，以充分获取如实申报所需的完整且准确的涉税要素。然而，企业贸易合规管控程序往往存在瑕疵，无法满足如实申报需求。实践中常见因关务部门与业务和财务部门联系配合机制不完善，导致关务部门获取的申报数据准确性、完整性不符合要求，如关务部门不掌握财务部门支付特许权使用费的情况导致漏报，或是物流部门未及时反馈进出口货物的实际状态导致单货不符；也常见因法务、合规及内审部门对稽查执法、海关行政处罚情况未能及时掌握并进行分析整改，导致申报差错频频出现，或是风险累积形成更大隐患。

六、对进出口企业的合规建议

如何应对不断优化的海关监管体系，在享受主动披露制度红利的同时避免因企业处理不当导致利益受到更大损失的惩戒措施？我们为企业提出如下贯穿“事前-事中-事后”全流程的合规建议。

1. 事前：积极搭建进出口合规体系，有效防范合规风险

目前，虽然在海关总署层面暂无专门的企业合规标准，但与《中华人民共和国海关注册登记和备案企业信用管理办法》（海关总署令第251号）配套执行的《高级认证企业标准》（“《标准》”）颇具指标性意义。完整的《标准》从企业内部控制、财务状况、守法规范、贸易安全四个角度制定了详细指标。其本质即要求企业的进出口贸易符合安全便利、诚信守法的原则。指标是对企业守法状态的科学量化，在传递安全便利理念的基础上重点关注企业守法状况，并对安全便利理念在企业运行中具体执行情况保持持续地关注。

2. 事中：及时对进出口行为中涉税要素的申报准确性开展自查

考虑到涉税要素准确申报的复杂性，及企业贸易合规管控程序瑕疵的普遍性，企业应当在主动披露有限的窗口期内及时开展自查以享受红利，并以此为契机对贸易合规体系予以优化。

（1）自查时机

对于海关高级认证企业，现行《海关高级认证企业标

准》要求高级认证企业每年实施进出口活动的内部审计，建立并执行对进出口活动中已发现问题的改进机制和违法行为的责任追究机制。如果在自查过程中发现有事项将导致企业无法持续符合高级认证企业标准，应当主动及时向海关报告。若企业具有高级认证资质，可及时实施进出口活动的内部审计，以便及时发现潜在的不合规事项，尤其是涉税违规行为。

对于存在涉税要素疑难的企业，如在过往进出口过程中存在商品归类疑难、转让定价安排、支付特许权使用费等情形的，应当及时就过往相关涉税要素申报情况开展自查，确认是否存在潜在的不合规事项，尤其是涉税违规行为，并根据自查发现评估相应涉税违规行为风险，及时妥善处置应对。

此外，我们还建议企业在申报行为完成后，定期对涉税要素的申报情况与进出口货物的实际情况进行自查，核实货物的价格、数量、归类、原产地等涉税要素的申报准确性，及时自查“单”“货”是否相符，避免因海关后续监管执法而面临法律风险，防止潜在的申报差错在持续进出口活动中不断累积。

（2）自查思路及方法

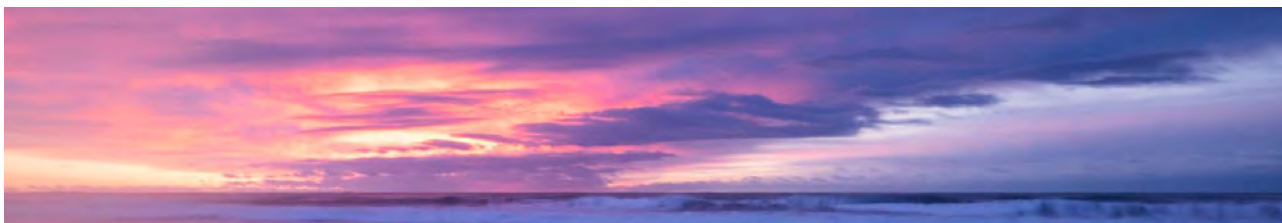
54号公告适用于涉税违规行为，因此，企业宜优先针对涉税违规行为开展自查，可将商品归类、价格的申报情况列为自查重点项目。考虑到公告明确了涉税违规行为发生时间与主动披露时间的间隔，因此建议企业将过去一年内进口和过去六个月内出口列为自查重点时间范围。若企业存在涉及商品种类多、自查所需时间长的情形，考虑到公告列明对同一涉税违规行为再次向海关主动披露的属于主动披露适用的例外情形，建议企业按同一种商品的同一类违规行为逐项开展自查，避免因不完整披露而错失有效主动披露的机会。

（3）自查过程及后续处置

主动披露涉及到海关的程序性事项要求，需要企业与海关持续有效沟通，同时亦存在触发海关稽查执法的较大可能性。若企业自查发现了涉税违规行为，可考虑聘用有经验的第三方协助企业核实自查情况的准确性、完整性，充分评估主动披露的可能后果，按要求有效主动披露。

3. 事后：全面评估风险，加强风险管控

建议企业在发现风险事项后，自行或聘用有经验的第三方协助对相关风险领域开展全面评估，对于发现的风险环节及时查缺补漏，优化贸易合规体系的评估和优化，以改善进出口活动中存在的贸易合规管控程序瑕疵等系统性问题。



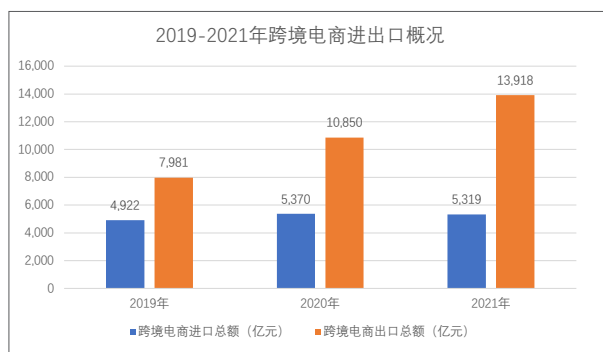
第三节 监管完善趋势下的跨境电商企业海关合规风险防范

引言：跨境电商，是指分属不同关境的交易主体通过电子商务平台达成交易、进行支付结算，并通过跨境物流送达商品、完成交易的国际商业活动¹。近年来，随着互联网技术快速发展，以及新冠疫情的爆发，跨境电商凭借其非接触式交易、品类丰富、物流便捷等特点，满足了人们在“足不出户”情况下多样化的购物需求，从而实现行业井喷式的快速发展。与此同时，与行业相关的监管体系也日趋完善。本文拟从跨境电商发展的业态现状、监管动态和常见法律风险的角度，为跨境电商企业进出口合规经营提供思路。

一、政策红利下日益完善的监管态势

1. 业态现状及政策红利

作为中国进出口贸易中发展速度最快、潜力最大、带动作用最强的新业态，跨境电商近年来蓬勃发展，5年内增长近10倍²。据海关总署数据显示，2021年跨境电商进出口规模达到19,237亿元，同比增长18.6%³。跨境电商产业已经成为我国外贸转型的新动能、外贸发展的新引擎。



1. 鄂立彬、黄永稳：《国际贸易新方式：跨境电子商务的最新研究》，载《东北财经大学学报》2014年第2期，第22页。
2. 《跨境电商规模5年增长近10倍》，参见 http://www.gov.cn/zhengce/2021-06/24/content_5620666.htm。
3. 《2021年跨境电商进出口情况》，参见 <http://www.customs.gov.cn/customs/resource/cms/article/333551/4312152/2022042408355073518.doc>。

跨境电商的快速发展，除了得益于庞大的市场需求外，同样得益于政策层面的重视和扶持。

实施时间	政策动态	具体内容
2013 年 8 月 21 日	《关于实施支持跨境电子商务零售出口有关政策的意见》	国务院出台 6 大措施支持跨境电子商务零售出口，在上海、重庆、杭州、宁波、郑州五个城市开始试点政策
2019 年 1 月 1 日	《电子商务法》	标志着较为完善的跨境电商监管法律体系的建立，跨境电子商务迈入“新纪元”
2020 年 5 月 20 日	《国家外汇管理局关于支持贸易新业态发展的通知》	加快跨境电子商务等贸易新业态发展，提高贸易外汇收支便利化水平
2021 年 3 月 18 日	《关于扩大跨境电商零售进口试点、严格落实监管要求的通知》	扩大跨境电商零售进口试点，使跨境电商的利好政策辐射至更大的范围
2022 年 5 月 5 日	国务院常务会议	提出要尽快出台便利跨境电商出口退换货政策，支持符合条件的跨境电商企业申报高新技术企业等举措 ⁴
2015 年 -2022 年	国务院发布多份同意设立跨境电子商务综合试验区的批复	截至 2022 年 12 月，我国已在 165 个城市和地区设立了跨境电商综试区 ⁵

2. 监管渐趋完善

作为新兴行业的跨境电商，在爆炸式发展的初期经历了监管缺位的“野蛮生长”。但在各项鼓励、促进政策对跨境电商进行扶持的同时，监管政策也渐趋清晰明朗并形成体系。

(1) 监管方式的革新

2014 年起，随着跨境电商行业的发展，海关总署将

跨境电商模式纳入海关统一的监管体系内，根据境内备案跨境电商企业的不同交易主体及业务模式等不同特点，逐步实施了覆盖进口和出口双向的跨境电商专属监管方式。要求每票跨境购物必须实现订单信息、支付信息和物流信息三单比对一致。对符合监管要求的跨境电商零售进口商品实施进口环节税款优惠及进口许可证件豁免等便利监管措施。

跨境电商监管方式图示：



4. 《国务院再出一揽子举措助力外贸保稳提质》，参见 http://www.gov.cn/zhengce/2022-05/06/content_5688742.htm。

5. 《33 地获批新设跨境电商综合试验区》，参见 http://www.gov.cn/xinwen/2022-11/28/content_5729156.htm。

（2）监管规范的完善

利好政策频繁出台的同时，监管规范与政策也与之配合出台。由于跨境电商在商品、海外仓、物流、通关、税收、外汇等领域具有跨境监管的复杂性，海关及各部门近年来不断推动完善跨境电商监管制度，以促进跨境电商行业健康发展。例如 2018 年 12 月 10 日，海关总署发布了 2018 年第 194 号《关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告》，规定了企业管理、通关管理、税收征管、场所管理、检验检疫、查验和物流管理、退货管理等多项内容，是海关对跨境电子商务零售进出口商品实施监管的纲领性文件。2020 年 3 月 27 日和 28 日，海关总署接连发布《关于全面推广跨境电子商务出口商品退货监管措施有关事宜的公告》和《关于跨境电子商务零售进口商品退货有关监管事宜的公告》，加强对跨境电商进出口退货环节的监管。此外，海关总署于 2022 年 6 月 30 日发布了《关于处理主动披露涉税违规行为有关事项的公告》，促进企业对涉税违规行为主动进行披露。

3. 执法持续活跃

随着跨境电商行业的快速发展，某些企业或个人利用政策红利达到走私目的的案件也不断增多。一方面，跨境电商零售进口行业走私犯罪活跃。2020 年海全年共立案侦办走私犯罪案件 4,061 起，其中立案侦办跨境电商渠道走私犯罪案件虽仅 79 起，案值却高达 104.9 亿元⁶。另一方面，为了确保有效打击违法行为的整个链条，针对跨境电商渠道的执法越来越倾向于联合执法模式。比如，海关与市场监督管理局对在国内市场再次销售的海南离岛免税商品开展联合执法，海关和地方公安就走私进口的雪茄、烟草开展联合执法。被执法主体可能同时触发多个监管领域的刑事与行政风险。

二、跨境电商企业常见的海关合规风险

在上文所述背景下，跨境电商企业相应面临着比以往更高的合规风险。

1. 申报不实引发的合规风险

如实申报，即进出口货物收发货人的申报活动应满足真实、准确、完整和规范的要求，是进出口企业在通关活动中的核心义务。当企业申报的信息与进出口货物的实际信息不一致时，如价格、归类、贸易方式、原产地、数量等涉税要素申报错误，企业就可能构成申报不实，从而违反海关监管规定，进而需要承担相应的行政法律责任。

2. 走私行为引发的合规风险

跨境电商渠道兴起初期，实践中常见的低报价格等走私手法难以避免地在这一新兴渠道出现。同时伪报商品编码、品名和贸易方式等具有跨境电商渠道特色的走私手法也相继出现。前述走私手法的本质均属于“逃避海关监管，偷逃应纳税款、逃避国家有关进出境的禁止性或限制性管理”，涉及走私行为的跨境电商企业将面临行政及刑事风险。需要特别提示的是，商业实践中出现的复杂情形是否构成走私，应结合真实贸易状况与申报信息的具体情况进行分析。

3. 第三方引发的合规风险

跨境电商零售商品在下单付款、数据传输、申报通关、跨境运输全流程中，涉及到众多参与主体。这就要求跨境电商企业加强对第三方的管控，防止源于第三方的合规风险。实践中，不乏跨境电商企业委托国际货运代理公司办理进出口环节的全部通关手续，并按照实际销售金额及相关费用支付足额税款。但一些跨境电商企业也因货运代理公司在通关环节少报数量、低报价格等被海关缉私部门刑事立案。

4. 跨境电商叠加新业态引发的合规风险

随着社交电商的发展，实践中也出现了跨境电商零售进口企业在营销中叠加社交电商等营销模式的情形。例如跨境电商营销中采用支付佣金的方式去获客或推广，鼓励平台已有消费者有偿向不特定的实际消费者推荐平台销售的商品。该模式下，跨境电商企业需要把握有偿推广和实质性销售的界限并防范传销风险。尤其应当关注相关推广人员为了更好地获客，可能采取囤货转售等违法行为，从而可能为跨境电商企业带来风险。

6. 《案值超百亿元，海关 2020 年连破跨境电商走私案》，参见 http://www.xinhuanet.com/2021-01/21/c_1127010037.htm。

5. 跨境电商与特殊商品叠加引发的合规风险

实践中，跨境电商企业可能会忽视国家对进出口货物的限制或禁止要求，进口超出《跨境电子商务零售进口商品清单》规定范围的商品，或者进出口涉及危害口岸公共卫生安全、生物安全、进出口食品和商品安全、侵犯知识产权的商品以及其他禁限类商品，从而引发执法并面临行政处罚。如果跨境电商企业为了逃避海关的监管，明知货物、物品违反了国家禁限类要求仍然进出口，还可能触犯走私国家禁止进出口的货物、物品罪等刑事罪名。

三、关于风险防范的合规建议

1. 关注跨境电商渠道进出口商品的监管要求

跨境电商零售进口商品采用“白名单”制度，出口环节则根据商品是否涉税、涉证、涉检来确定是否可适用简化申报等便利监管措施。因此，厘清商品的监管规定对于跨境电商企业而言是其应当关注的重点。同时，进出口货物作为海关监管的重要对象，本身就存在复杂多样性。跨境电商企业除了需要遵守在进出口环节特有的涉税、安全准入、检验检疫等海关规定，还应遵守与进出口环节相关的前、后端监管部门的各类要求。跨境电商企业应当清楚了解货物监管要求的源头，从具体的进出口货物本身出发，梳理出对应的监管部门，再有针对性的及时收集和更新各条线监管要求，保持对与物流相关的监管全链条的充分知悉，确保满足所有进出口相关环节的监管要求，避免遗漏。

2. 对标《高级认证企业标准》建立并完善进出口合规体系

海关总署于2021年11月1日发布并实施的《海关高级认证企业标准》，从企业内部控制、财务状况、守法规范、贸易安全四个角度制定了详细的进出口管理标准，符合标准并经海关认证的企业即可享受便利优惠的通关条件，如较低的查验率和稽查、核查频次，申请免除担保等。该《标准》对所有的进出口企业均具有鲜明的指导意义。其中跨境电子商务平台企业专项标准针对性地设置了内部控制标准和贸易安全标准，建议跨境电商企业参照对标。

3. 加强第三方管控

相较于传统的一般贸易，跨境电商涉及电商平台、支付机构、物流企业等众多第三方参与，因此跨境电商企业应加强对第三方的管控，从而降低风险、实现有效合规。

建议跨境电商企业在与第三方合作之前对其进行背景调查，了解其资质以及合规状况，并在与第三方的合同中清晰约定双方的责任和义务，并增加合规条款以更好地预防风险。在第三方发生不合规事件后，企业也应当及时了解具体情况，并采取中止或终止合作等措施有效保护自身利益。

4. 加强交易真实性审核

进口跨境电商为避免传销及转售风险，应当注意审核交易的真实性，建立相应机制以监控同一购买人、同一支付账户、同一收货地址、同一收货电话在短时间内的反复大量购买商品等异常交易行为。触发相应报警后应及时采取关闭交易、人工核实等措施，避免企业自身因不作为而被执法。

四、结语

行业的繁荣离不开政策扶持，同时也需要全面、规范的监管体系保障行业的健康、有序发展。跨境电商作为我国外贸新支点，行业规模在不断扩大的同时，执法环境也日渐规范。因此，行业主体应更加注重有关政策导向与监管态势，合法合规经营，防范相关合规风险。

第四节 固体废物进口风险分析

引言: 2020年9月1日起施行的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》(以下简称“新《固废法》”)有着“史上最严”之称,这从新《固废法》对固体废物进口监管规定的修订就可见一斑。根据新《固废法》,企业如果违法进口固体废物,不仅可能面临更重的行政处罚,还可能使企业信用受到更不利的影响。上述修订体现了国家对境外固体废物入境这一违法行为的零容忍态度。海关对固体废物违法入境亦贯彻了零容忍的执法态度。面对更为严格的立法与执法,本文通过对比新《固废法》生效前后海关对于进口固体废物的行政处罚数据,分析企业在判断进口货物属性时容易出现的三个误区,进而有针对性地提出风险防范建议,以帮助企业更好应对最新立法与执法态势。

一、进口固体废物执法动态及案例分析

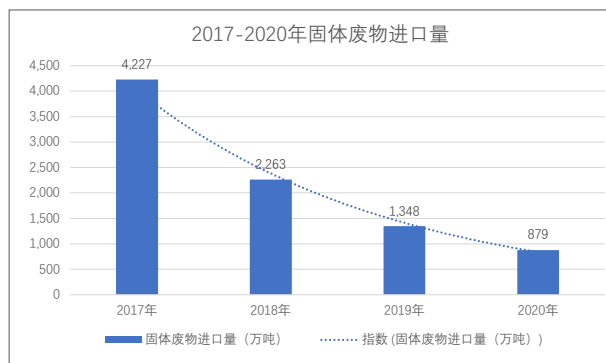
1. 业态现状及政策红利

新《固废法》对进口固体废物的相关规定作出了两项重要修订:第一,不再对固体废物实施分类许可进口,转为要求逐步实现固体废物一律零进口¹;第二,对从境外输入固体废物行为的罚款金额提高至五十万元以上五百万元以下,即修订后的最低和最高罚款金额均为之前的5倍。此外,为了落实上述修订内容,海关总署联合生态环境部、商务部及国家发展和改革委员会于2020年11月发布公告,规定自2021年1月1日起,禁止以任何方式进口固体废物。²至此,新《固废法》在国家法律层面明确了固体废物全面禁入的具体时限。

1. 执法动态观察

与国家对进口固体废物严格管控的思路相呼应,海关在执法实践中践行着对进口固体废物严格把关的理念。近年来,在严密监管、高压严打和综合治理下,禁止洋垃圾入境的工作成果显著。

从数据上看,自2017年国务院印发《禁止洋垃圾入境推进固体废物进口管理制度改革实施方案》以来,固体废物进口总量大幅下降,2017年、2018年、2019年、2020年,我国固体废物进口量分别为4,227万吨、2,263万吨、1,348万吨和879万吨。相比改革前(2016年)分别减少了9.2%、51.4%、71.0%和81.1%,累计减少进口固体废物约1亿吨³。2021年1月1日起全面禁止进口固体废物。



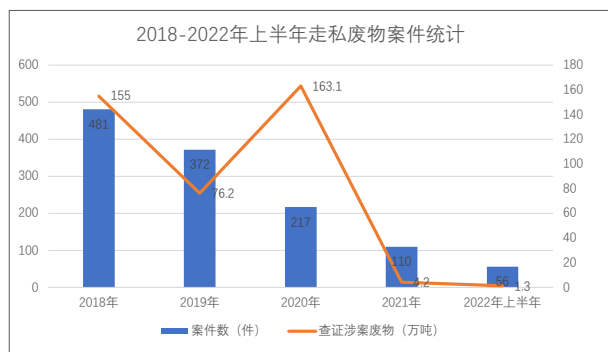
另一方面,缉私部门侦办的涉嫌走私废物犯罪案件数量及查证涉案废物数量呈现下降趋势。特别是在新《固废法》实施后,2021年全国海关缉私部门侦办固体

1. 新《固废法》第二十四条规定:“国家逐步实现固体废物零进口”,与之对应的旧《固废法》第二十五条“对可以用作原料的固体废物实行限制进口和非限制进口分类管理”之表述被删除。

2. 生态环境部、商务部、国家发展和改革委员会、海关总署公告2020年第53号《关于全面禁止进口固体废物有关事项的公告》第一条。

3. 《2017年以来我国累计减少进口固体废物约1亿吨》,参见 http://brisbane.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202102/20210203035684.shtml?ivk_sa=1024320u。

废物走私案件仅 110 件，涉及查证固体废物约 4.2 万吨，较 2020 年的数据大幅下降。⁴ 执法数据的变化表明严管严打常态化机制基本形成，执法机关综合治理效能不断提升，国际执法合作进一步深化。



2. 新《固废法》实施一年来行政执法情况及分析

为了对比新《固废法》生效前后海关对进口固体废物行为的行政执法情况，我们检索了相关案件的信息，并对数据进行了分析。

在海关主题分类下，以“固体废物”为关键字检索威科先行法律信息库网站中的行政处罚案例，2020 年和 2021 年的相关案例共 213 宗（检索日期：2021 年 9 月 27 日），涉及进口固体废物共计约 13768 吨，罚款金额共计约人民币 2638 万元，平均每吨进口固体废物对应的罚款约为人民币 0.19 万元。在 213 宗案件中，适用 2016 年修正的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》（以下简称“旧《固废法》”）和新《固废法》进行处罚的案件数量分别为 164 宗和 49 宗，涉及进口固体废物量分别约为 9843 吨和 3925 吨，罚款金额共计分别约为人民币 2186 万元和 452 万元，平均每吨进口固体废物对应的罚款分别约为人民币 0.22 万元和 0.12 万元，适用减轻处罚幅度的案件占全部案件比例分别为 59% 和 100%。

由于威科先行法律信息库网站案例覆盖的关区有限，并未完全涵盖深圳海关所做出的行政处罚决定，因此我们对深圳海关官方网站公示的行政处罚案例进行了补充检索。经检索，2020 年 9 月 1 日（即新《固废法》生效之日）至 2021 年 9 月 24 日期间，深圳海关通过政府信息公开页面公示的进口固体废物类行政处罚案件共计 103 宗，涉及进口固体废物共计约 1032 吨，罚款金额共计约人民币 1282 万元，平均每吨进口固体废物对应的罚款约为人民币 1.24 万元。在 103 宗案件中，适用旧《固废法》和新《固废法》进行处罚的案件分别为 57 宗和 46 宗（另有 1 宗不予行政处罚，未纳入至后续数据统计中），涉及进口固体废物分别约为 648 吨和 384 吨，罚款金额共计分别约为人民币 740 万元和 542 万元，平均每吨进口固体废物对应的罚款分别约为人民币 1.14 万元和 1.41 万元，适用减轻处罚幅度的案件占全部案件比例分别为 56% 和 98%。

数据显示，新《固废法》生效后，全国和深圳关区固体废物进口案件数量以及被查处的进口固体废物总量均呈下降趋势。这似乎显示了新《固废法》的指引和震慑效力。值得注意的是，虽然深圳关区每吨进口固体废物对应的平均罚款金额呈现上升趋势，全国数据却呈下降趋势。深圳与全国适用减轻处罚幅度的案件占比值均有明显上升。这可能表明，海关在新《固废法》施行初期采取了更为谨慎的执法态度。

在检索到的全部处罚决定书中，明确记载的进口固体废物种类较多集中在废塑料及其制品、电子垃圾、金属及金属矿废料三类，集中程度稍低的是废纺织纤维类、废旧机电、废旧轮胎三类，另有少量的废旧皮革、生活垃圾等品类。另外，有 43 宗案件中存在正常进口货物中混杂了固体废物的情形。

数据表明，无论在全国还是深圳关区，因进口固体废物而受到行政处罚的主体主要是进口货物的境内收货

4. 《法制日报：海关去年侦办走私案 3601 起》，参见 <http://www.customs.gov.cn/customs/xwfb34/mtjj35/2277996/index.html>。

《“国门利剑二〇一九”打私联合专项行动成果显著 全国海关去年立案侦办走私犯罪案件四千多起》，参见 <http://www.customs.gov.cn/customs/xwfb34/mtjj35/2849086/index.html>。

《2020 年海关查证 160 余万吨“洋垃圾”》，参见 <http://www.customs.gov.cn/customs/xwfb34/mtjj35/3528422/index.html>。

《生态环境部：2021 年我国共立案侦办废物走私犯罪案件 110 起》，参见 <http://news.cctv.com/2022/03/30/ARTIwVjvNKRbPBAJwECUUA2Q220330.shtml>。

《上半年海关缉私部门立案侦办走私犯罪案件 2301 起》，参见 <http://www.customs.gov.cn/customs/xwfb34/302425/4485551/index.html>。

人。⁵ 需要注意的是，进口固体废物的法律责任并非绝对由境内收货人单独承担。在 7 宗案件中，海关在给予境内收货人行政处罚的同时处罚了消费使用单位⁶，在 1 宗案件中同时处罚了涉案运输公司，在 1 宗案件中同时处罚了涉案快件运营人。另外，在 4 宗案件中仅单独处罚了消费使用单位或实际货主。特别应当予以关注的是，在 1 宗案件中，海关同时对被处罚企业的主管人员和直接责任人员予以了警告。

在检索到的全部处罚决定书中，有 4 份决定书提及海关应行政相对人的要求对进口固体废物属性鉴别进行了复检，其中 3 宗案件经复检后鉴定结果未发生变化，1 宗案件由初检认定“全部进口货物为固体废物”，变更为“其中 0.8 吨新蓄电池模块不属于固体废物，其余 14.5 吨蓄电池模块来源于被抛弃或者放弃的废旧蓄电池模块，属于固体废物”。有 4 份处罚决定书对应的行政相对人在行政处罚告知阶段进行了申辩或提出听证申请，海关复核后均维持了原拟处罚决定。

3. 进口固体废物行为对企业的不良影响

（1）直接不利影响

企业受到海关行政处罚，需缴纳较高额度的罚款。此外，由于涉案固体废物需在较短时间内退运出境，企业不仅需要支付额外的运输费用，还会影响正常生产进度。

（2）持续不利影响

影响企业信用状况的认定及对企业的对应管理措施。企业可能失去高级认证企业资质⁷并在一定时间内无法重新申请，从而无法享受高级认证企业享有的通关便利及优势竞争地位。

（3）潜在不利影响

因进口固体废物而受到海关行政处罚的记录，可能在企业后续类似违法行为中被海关援引，作为海关判断企业后续类似行为是否具有走私的主观故意之依据，导致企业可能面临更为严重的刑事指控及追责，如走私废物罪。此外，根据民法典之规定，民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的，承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任，故企业可能因其进口固体废物的违法行为导致污染环境风险，从而需要承担相应的民事侵权责任。

二、关涉固体废物进口行为的常见误区及澄清

在进口固体废物可能带来上述三大不利影响，且海关执法严厉的态势下，企业应当格外关注进口货物的属性问题。结合案例检索与我们的实践经验，我们认为，企业存在以下三种关涉进口固体废物行为的常见误区。

（1）误区一：认为可用于生产加工的进口货物属于合法的生产原料，认为具有生产使用价值的货物当然不属于固体废物。

根据《固体废物鉴别标准通则》（GB 34330—2017）第 3.1 条之定义⁸，固体废物包括三种：一是丧失原有利用价值之物，二是被抛弃或者放弃之物，三是法定按固体废物管理之物。尚具有生产使用价值的货物，从字面意义来看，不符合定义中的第一种情形，但若该货物存在定义中的第二种或第三种情形，依然会被认定为固体废物。企业进口时对“进口货物是否仍具有其本来的利用价值、是否可以用于再生产”的重点关注，容易导致企业忽视该货物入境前的状态以及相关的法律规定的其他判断要素。

生态环境部、海关总署、商务部和工业和信息化部于 2020 年 10 月 16 日联合发布的《关于规范再生黄铜

5. 境内收货人，一般指《海关法》第二十四条中的“进口货物的收货人”在进口报关单中的对应栏目。

6. 根据《中华人民共和国海关进出口货物报关单填制规范》，消费使用单位是指进口货物在境内的最终消费、使用单位。当上述企业委托其他进出口企业进口货物时，消费使用单位与境内收货人（即被委托单位）是不一致的。

7. 《中华人民共和国海关注册登记和备案企业信用管理办法》及相关配套制度实施有关事项的公告（海关总署公告 2022 年第 106 号）将进口固体废物的行为列为高级认证企业的“一票否决”事项，非法进口固体废物被海关行政处罚金额超过 250 万元的，将被海关列入严重失信主体名单。

8. 《固体废物鉴别标准 通则》（GB 34330—2017）3.1：固体废物，是指在生产、生活和其他活动中产生的丧失原有利用价值或者虽未丧失利用价值但被抛弃或者放弃的固态、半固态和置于容器中的气态的物品、物质以及法律、行政法规规定纳入固体废物管理的物品、物质。

原料、再生铜原料和再生铸造铝合金原料进口管理有关事项的公告》(2020年第43号)明确规定,“符合相应标准的再生黄铜原料、再生铜原料和再生铸造铝合金原料,不属于固体废物,可自由进口”。这正是准确区分正常货物与固体废物的标准范式。我们建议,企业在自行判断进口货物属性时,可以参考联合公告中的表述要点,全面理解固体废物概念中列举的三种情形,审慎判断进口货物是否具有被认定为固体废物的风险。

(2) 误区二:认为进口货物报关单已经过海关审核通过,或者拟进口货物已有对应的归类裁定、预裁定,实际进口货物就一定不属于固体废物。

海关要求进口收货人根据进口申报时货物的实际状态确定货物的商品编码并向海关如实申报,海关需对企业申报的相关数据进行审核。而我国进口货物对应的监管条件及应当适用的检验检疫类别,通常是根据商品编码分类设置的。实践中企业还可能通过申请归类裁定、预裁定等方式,获取海关对拟进口货物商品编码的权威意见,帮助企业对货物属性进行审查。应当承认,企业申报时对货物商品编码准确适用,有助于其对货物属性的准确预判,但企业难以仅凭借海关对报关数据的审核或者归类裁定、预裁定与执法机关进行抗辩。

首先,海关对报关数据的审核范围通常限于报关随附单证,难以对实际进口货物的状况进行实质审核。其次,海关进行归类裁定、预裁定时的依据主要为企业提供的纸质资料,虽然在必要时可要求申请人提供货物样品,但其意见的准确性很大程度上受限于纸质资料的客观准确性及样品的关联性和代表性。因此,上述两种海关的审核判断程序得出意见的准确性,均与企业提交材料的客观、真实、及全面程度密切相关。而仅有在实际通关时,海关才能较为全面且直观地判

断货物的属性。若海关在对进口货物实施查验的环节,通过取样鉴别等方式,合理合法地得出货物属于固体废物的结论,企业仅引用海关对进口申报相关的审核判断意见往往难以形成有效抗辩。

(3) 误区三:认为只有境内收货人才需承担进口固体废物的法律责任。

在检索出的样本案例中,大部分固体废物是被企业作为普通货物正常报关进口的,处罚决定书记载的违法事实中也有关于货物信息申报不实的表述。因此,企业容易将进口固体废物的违法行为与某类申报不实类违法行为⁹相混淆,进而错误地认为境内收货人作为如实申报义务的主体,也是进口固体废物的唯一责任主体。

从海关监管角度来看,境内收货人在进口普通货物时需要履行如实申报义务,并针对申报不实行为承担法律责任。但当进口货物为固体废物时,对应的违法责任主体范围则可能穿透境内收货人,扩大至与进口固体废物行为相关的各主体。责任主体的扩大,在境内收货人与货物的实际货主不一致的情况下尤其值得关注。检索结果中涉及处罚主体情况与上述结论相符:境内收货人、消费使用单位、运输公司、快件运营人等在进口报关单上载明的与进口固体废物相关的主体,只要其行为与导致固体废物入境的行为有关,均需要承担责任。深圳关区的案例还存在将上述主体范围之外的实际货主作为唯一责任主体予以处罚的情形。南宁关区的案例则将承担责任的主体范围扩展到了被处罚企业的主管人员和直接责任人员。因此,除境内收货人之外的其他进口活动参与主体,也需要加强对该类违法行为的关注。

9. 申报不实类行为,指进出口货物收发货人向海关申报的货物进出口情况,与实际进出口的货物情况不一致的一类行为,该类行为可能造成影响海关统计准确性、影响海关监管秩序、影响国家许可证件管理、影响国家税款征收、影响国家外汇、出口退税管理。

10 《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条 走私国家禁止进口的废物或者国家限制进口的可用作原料的废物,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第一百五十二条第二款规定的“情节严重”: (一)走私国家禁止进口的危险性固体废物、液态废物分别或者合计达到一吨以上不满五吨的; (二)走私国家禁止进口的非危险性固体废物、液态废物分别或者合计达到五吨以上不满二十五吨的; (三)走私国家限制进口的可用作原料的固体废物、液态废物分别或者合计达到二十吨以上不满一百吨的; (四)未达到上述数量标准,但属于犯罪集团的首要分子,使用特种车辆从事走私活动,或者造成环境严重污染等情形的。具有下列情形之一的,应当认定为刑法第一百五十二条第二款规定的“情节特别严重”: (一)走私数量超过前款规定的标准的; (二)达到前款规定的标准,且属于犯罪集团的首要分子,使用特种车辆从事走私活动,或者造成环境严重污染等情形的; (三)未达到前款规定的标准,但造成环境严重污染且后果特别严重的。走私置于容器中的气态废物,构成犯罪的,参照前两款规定的标准处罚。

三、企业应对

1. 充分了解进口货物的基本情况，对特殊敏感类货物加强关注

一是关注易被认定为固体废物的货物的真实状况，如塑料、金属矿等。二是关注货物重量。考虑到 2014 年 8 月 12 日最高法、最高检《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》中，对走私废物罪“情节严重”的认定标准是固体废物的重量¹⁰；海关行政执法实践中，也将进境固体废物的重量作为行政处罚的重要裁量要件。因此，企业在进口重量较大的货物时，应当格外关注货物是否具有被认定为固体废物的风险，并采取有效措施避免承担行政或刑事法律责任。三是关注货物新旧状态。对进口时已知为旧的、再生的、或重复利用的货物，应当重点关注监管条件以及实际进口货物的真实属性及状态。

2. 合理利用相关环节法律法规赋予的权力

一是申报前的查看或取样。《海关法》第二十七条规定：进口货物的收货人经海关同意，可以在申报前查看货物或者提取货样。申报前的查看或取样流程，能保证进口收货人对货物的状态和属性做出科学判断，避免申报错误，也能有效防范装错货、正常货物中混杂固体废物等情形。二是充分理解并运用《固体废物鉴别标准通则》（GB 34330—2017）中有关不作为固体废物管理的情形¹¹。对于符合上述情形的货物，充分举证，亦可对相关属性鉴别结论申请复检，避免货物被判定为固体废物。

3. 强化进口全链条的风险意识

涉及固体废物进口的行政处罚案件，虽然外在形式上具备“申报不实”类海关行政违规行为特征，但在处罚时多适用《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》，因此责任主体并非仅限于境内收货人，固体

废物入境的全部相关行为人均可能承担相应的法律责任。因此，进口全链条的行为人均有防止固体废物进境的义务，均应具备风险防范意识。

11. 《固体废物鉴别标准 通则》（GB 34330—2017）。6 不作为固体废物管理的物质 6.1 以下物质不作为固体废物管理：a) 任何不需要修复和加工即可用于其原始用途的物质，或者在生产点经过修复和加工后满足国家、地方制定或行业通行的产品质量标准并且用于其原始用途的物质；b) 不经过贮存或堆积过程，而在现场直接返回到原生产过程或返回其产生过程的物质；c) 修复后作为土壤用途使用的污染土壤；d) 供实验室化验分析用或科学研究用固体废物样品。6.2 按照以下方式进行处置后的物质，不作为固体废物管理：a) 金属矿、非金属矿和煤炭采选过程中直接留在或返回到采空区的符合 GB 18599 中第 I 类一般工业固体废物要求的采矿废石、尾矿和煤矸石。但是带入除采矿废石、尾矿和煤矸石以外的其他污染物质的除外；b) 工程施工中产生的按照法规要求或国家标准要求就地处置的物质。6.3 国务院环境保护行政主管部门认定不作为固体废物管理的物质。



第九章

ESG



第一节 ESG 的含义及发展

一、ESG 的含义

ESG 是 Environment（环境）、Social（社会）、Governance（治理）三个单词的首字母缩写，目前已成为全球范围内重要的投资理念和企业行动指南。具体而言，在投资层面，ESG 是一种关注企业在环境、社会、治理方面的绩效，而非仅关注传统财务绩效的投资理念；在企业层面，ESG 则是指将环境、社会、治理等因素纳入管理运营流程中的一种实践。

针对 ESG 具体包含哪些议题这一问题，国内外目前都未形成统一标准，监管机构或各地证券交易所要求披露的 ESG 事项、国际组织发布的 ESG 披露标准及

ESG 评级机构所用的参考指标、投资人在对目标公司开展 ESG 尽职调查时关注的问题等均存在差异。尽管如此，各主体所关注的 ESG 议题仍存在较大的共性。如下表 1 所示，ESG 关注的议题通常包括：

- E（环境）：关注与可持续发展相关的环境因素，包括气候变化、自然资源使用、污染和消耗等；
- S（社会）：关注企业活动中所涉及的一系列利益相关者，包括员工、消费者、供应链和社区关系等；
- G（治理）：关注企业为实现内外部利益需求而建立的内部机制，通常包括对公司的治理结构和公司商业道德的考察。

	环境	社会	治理
常见内容	温室气体排放 空气和水污染 有毒有害物质排放与消耗 能源利用效率 水资源管理 土地资源管理 生物多样性 清洁制造 绿色建筑 可再生能源	员工福利与员工关系 工作环境 多元性和包容性 产品安全与质量 数据安全与隐私 负责任的广告营销 消费者关系 供应链劳工标准 人权保护 社区关系 对当地经济的影响 公益活动	反腐败 反贿赂 反欺诈 反洗钱 商业道德 风险与危机管理 股东权益保护 治理结构 董事会结构及多元性 税务 薪酬制度

表 1 ESG 的常见内容

二、ESG 的产生及发展

2004 年，联合国前秘书长 Koffi Anan 邀请 20 家金融机构编写了 *Who Cares Wins* 这一报告，在报告中首次提出 ESG 概念。其中，报告明确指出“在一个更加全球化、相互联系和充满竞争的世界中，对 ESG 相关问题的管理将成为企业在竞争中为获成功而所需的整体管理的一部分。在 ESG 问题上表现得更好的公

司可以通过管控风险、预测将来的监管行动、进入新市场等方式增加股东价值，同时也对其所在社会的可持续发展作出贡献¹”。在上述理念的基础上，*Who Cares Wins* 报告中还进一步阐述了 ESG 生态体系中不同参与者（包括政府、公司、投资机构和分析师等）的角色及应发挥的作用，并指出只有所有行动者都对 ESG 理念作出贡献，ESG 理念才能取得重大进展。

1. Who Cares Wins，第 i 页，请见 https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/de954acc-504f-4140-91dc-d46cf063b1ec/WhoCaresWins_2004.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jqeE.mD。



图 1 Who Cares Wins 构想的 ESG 生态体系及主要角色

尽管 ESG 的概念在 2004 年才正式提出，但其实际上可以追溯至 20 世纪下半叶的多个重要理论，例如可持续发展理念、企业社会责任理论、公司治理理论和社会投资理论等：

理论名称	主要内容
可持续发展理论	20 世纪的环境污染、资源消耗及生态环境恶化等一系列环境问题引起了社会的广泛关注。为应对环境和经济问题，联合国于 1983 年成立了世界环境与发展委员会。1987 年，该委员会向联合国提交了《我们的共同未来》（Our Common Future），其中将“可持续发展”定义为“能满足当代人的需要，又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展”。随后，随着《蒙特利尔议定书》（限制破坏臭氧气体排放）、《京都议定书》（减少温室气体排放量）、《巴黎协定》（呼吁应对气候变化）等国际环保公约的签订，可持续发展理念在实践中不断发展。
企业社会责任理论	企业社会责任在 20 世纪环保思潮、消费者权益运动和劳动权益保护运动等背景下得到了快速发展，该理论强调企业在追求经济利益的同时也要承担社会责任。随着时间推移，企业社会责任的内涵不断丰富。后期理论认为，企业不仅要追求股东利润的最大化，还需要关注企业雇员、供应商、债权人、消费者、社区等“利益相关者”，以及承担环境、社会福利和公益等方面的责任。
公司治理理论	20 世纪 80 年代以来，公司治理逐渐成为一个全球关注的问题。公司治理是一个多层次的概念，整体而言是通过各种制度或机制协调和维护公司利益相关者之间的关系，对内表现为公司的权力制衡；对外表现为各利益相关者的利益平衡。针对公司治理，各国纷纷制定了公司治理法律和法规指引，企业也不断加强对反腐败、反欺诈和反贿赂等违反商业道德行为的重视。
社会责任投资理论	社会责任投资通常被认为缘起于犹太人的“道德投资”，即以道德作为标准的投资原则。进入 20 世纪六七十年代，与民权、反战、种族平等相关的议题越来越多地受到投资人的关注，而投资人对于社会问题的态度渐渐开始反映在投资者的投资行为中，并演化为“社会责任投资”概念。

表 2 ESG 理论渊源

因延续、整合了诸多已受认可的重要理论，ESG 的框架具有连续性；同时，由于覆盖不同利益相关方的需求，ESG 框架也具有足够的包容性。得益于上述概念优势，ESG 在被明确提出后得到了快速发展，Who Cares Wins 报告中构想的生态体系也得以形成。ESG 发展大事记节选如下所示：

- 2004 年 联合国前秘书长 Koffi Anan 联合多家金融机构首次在 *Who Cares Wins* 报告中提出 ESG 概念。
- 2006 年 联合国前秘书长 Koffi Anan 发起成立了联合国社会责任投资原则组织（UNPRI），发布负责任投资原则，ESG 投资成为重要的投资策略。
- 2009 年 全球影响力投资网络（GIIN）诞生于美国洛克菲勒基金会会议，该基金会正式提出影响力投资的概念，旨在推动影响力投资的发展。
- 2009 年 联合国贸易和发展会议（UNCTAD）、联合国全球契约（UN Global Compact）、联合国环境署金融倡议组织（UNEPFI）及联合国责任投资原则（UNPRI）共同发起可持续证券交易所倡议（UNSSE），探讨交易所如何与投资者、发行人、监管者、政策制定者和相关国际组织合作，鼓励提高企业的 ESG 表现和可持续投资。
- 2011 年 可持续发展会计准则委员会（SASB）制定企业的可持续发展和企业财务信息的相关准则。SASB 旨在建立根据行业细分的特定标准，使不同行业的企业可以采用统一的标准对 ESG 问题进行报告。
- 2010 年前后至今 ESG 评级机构进入整合期。国际 ESG 评级产业经过多年发展，已进入行业兼并整合期。目前国际上较有影响力的评级机构有明晟（MSCI）、晨星（Morningstar）旗下的 Sustainalytics、彭博咨询（Bloomberg）、富时罗素（FTSE Russell）等。
- 2010 年前后至今主要法域的监管机构、证券交易所陆续颁布与 ESG 信息披露相关的规则（与信息披露规则相关的更多内容请见下文）。
- 2019 年美国商业圆桌会议组织发布公司使命宣言。公司使命宣言承诺：股东利益不再是企业最重要的目的，企业的使命是创造一个更美好的社会，并增进所有利益相关者的福祉。包括苹果、亚马逊在内的顶级公司首席执行官均签署了这一承诺。

- 2022 年 国际财务报告准则（International Financial Reporting Standards, IFRS）基金会成立的国际可持续发展准则理事会（ISSB）发布“国际财务报告可持续披露准则第 1 号——可持续发展相关财务信息披露的一般要求”征求意见稿和“国际财务报告可持续披露准则第 2 号——气候相关披露”征求意见稿，预计 2023 年将启动实施相关披露要求。

表 3 ESG 发展大事记

三、ESG 与企业社会责任（CSR）辨析

如前文所述，ESG 的理论渊源可以追溯至企业社会责任（CSR），两者均认为企业在追求经济利益的同时也要承担社会责任。从理念上看，二者具有相似性。但从实践来看，二者之间仍存在较大区别，具体而言：

对于企业而言，开展 ESG 及 CSR 的目标和实践存在较大差异。企业开展 CSR 实践，主要侧重于营造品牌形象；在如何开展 CSR 实践、披露何种 CSR 信息方面，企业也具有较大的自主性。然而，在开展 ESG 实践时，如下文对 ESG 生态系统的介绍，由于企业将受到评级机构的评估、投资者的审视，企业需要以开展 ESG 的目的为导向，梳理环境、社会和治理三方面适用的标准，确认企业的 ESG 治理策略。同时，还需要将 ESG 治理策略嵌入企业的战略核心、融入企业的日常经营，以提高 ESG 评分、获得投资者的认可等。

对于投资机构而言，企业目前开展的 CSR 实践可比性较差，且实践中企业通常在社会责任报告中披露开展公益活动的信息，对投资决策的帮助有限；而 ESG 框架下含有丰富多元的议题。此外，如下文所述，ESG 生态系统中 ESG 信息披露标准及 ESG 评级机构的存在，为投资机构量化企业间 ESG 绩效、对比企业的 ESG 水平提供了有力工具。

第二节 ESG 生态体系的主要角色简介

各国的 ESG 生态体系及其主要参与角色可能存在一些差异。但整体而言，在 ESG 的生态体系中，不可或缺的主要角色包括政府、国际机构及标准化组织、

第三方评级机构、实体企业和投资机构，这些角色的职责和互动具体如下图：



图 1 ESG 生态体系及主要角色简介

一、政府 / 监管机构和证券交易所

根据联合国社会责任投资原则组织（UNPRI）法律法规数据库公布的数据²，全球范围内各国政府和监管机构颁布的 ESG 相关政策和法规的数量持续快速增长（如图 2 所示）。其中，在 2021 年新增政策中，

前三名分别是 ESG 披露规则、投资者 ESG 披露规则和投资者 ESG 整合规则。除此之外，各国还制定了行业政策、与金融产品相关的政策、国家可持续金融战略等政策，说明各国政府和监管机构正在通过丰富的政策工具积极推动 ESG 理念的践行（如图 3 所示）。

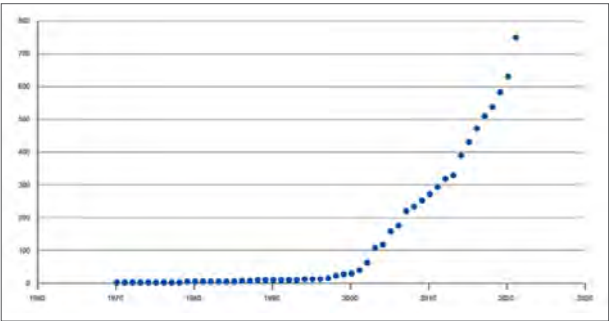


图 2 全球 ESG 政策数量累计增长图³

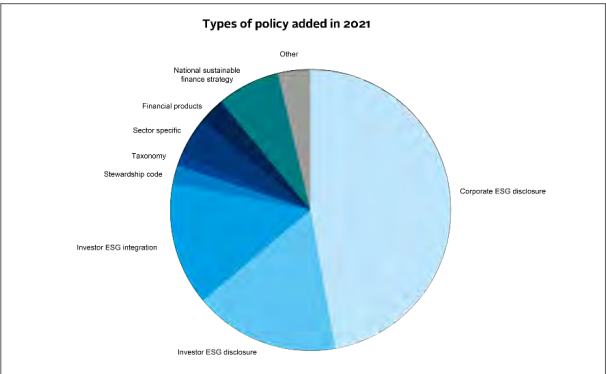


图 3 2021 年各国 ESG 政策法规类型分布⁴

2. 数据库包含 86 个国家的政策，最后一次更新为 2022 年第 1 季度，请见 <https://www.unpri.org/policy/regulation-database>。

3. PRI Blog，88 new policies added to PRI's regulation database，请见 https://www.unpri.org/pri-blog/88-new-policies-added-to-pri-regulation-database/8532.article#fn_1。

4. IFRS Foundation and GRI to align capital market and multi-stakeholder standards to create an interconnected approach for sustainability disclosures，请见 <https://www.ifrs.org/news-and-events/news/2022/03/ifrs-foundation-signs-agreement-with-gri/>。

其中，就 ESG 披露规则而言，主要法域的监管机构、证券交易所通过发布 ESG 信息披露规则的方式，引导或要求企业披露自身的 ESG 信息，为评级机构和投资者提供了充分的信息资源供给并推动了企业开展 ESG 实践。其中，目前监管机构、证券交易所的 ESG 信息披露规则主要可以分为三类，分别是：自愿披露规则、“不披露就解释”规则（即企业若不能或未遵

守相关规定需要作出解释）、强制披露规则。整体而言，主要法域的信息披露规则整体上呈现出下述特征：从大企业开始实施（如下表中欧盟的 ESG 披露规则）；从自愿披露的鼓励引导规则到不披露即解释、强制披露的半强制、强制规则（如下表中香港的 ESG 信息披露政策）。

	主要内容
中国内地	中国内地的监管机构、交易所对与 ESG 信息披露相关的制度进行了修订，ESG 信息披露规则从自愿披露的阶段过渡到自愿披露与强制披露相结合的阶段。就上市公司而言，2018 年 9 月，中国证监会修订了《上市公司治理准则》，增加第八章“利益相关者、环境保护与社会责任”，要求上市公司依照法律法规等要求披露环境信息及履行扶贫等社会责任相关情况。2021 年，证监会发布《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 2 号——年度报告的内容与格式》（修订版），单设第五节“环境和社会责任”，对于上市公司应披露的 ESG 信息范围进行了定性描述。在上述框架范围内，部分信息属于自愿披露的内容；部分信息则属于强制披露的内容，例如重点排污单位需披露与环境相关的信息等。2022 年 5 月 15 日，证监会发布的《上市公司投资者关系管理工作指引》正式施行，其中要求在沟通内容中增加上市公司的 ESG 信息。除此之外，上市公司还需要遵守其他部门发布的规定中与 ESG 相关的强制信息披露要求，如生态环境部发布《企业环境信息依法披露管理办法》要求重点排污单位等特定主体依法披露环境信息。虽然内地目前未形成完善的 ESG 信息披露指南或准则，但随着加强 ESG 信息披露共识的形成，信息披露标准也有望出台⁵。 就中国内地的交易所而言，2022 年 1 月，上交所通过内部系统向科创板上市公司发布了《关于做好科创板上市公司 2021 年年度报告披露工作的通知》，通知要求科创板公司在年度报告中披露 ESG 相关信息，并视情况单独编制和披露 ESG 报告、社会责任报告、可持续发展报告、环境责任报告等文件。
中国香港	继 2012 年香港联合交易所（“联交所”）发布第一版《环境、社会及管治报告指引》（“ESG 报告指引”）建议所有上市公司披露 ESG 相关信息以来，联交所几次修订 ESG 报告指引，ESG 信息披露规则整体呈现出从自愿披露规则到半强制、强制披露规则的转变。其中，根据联交所最新修订的上市规则和 ESG 报告指引，与 ESG 相关的议题被区分为强制披露和“不遵守就解释”两类。其中，ESG 管制架构（包括董事会对 ESG 事宜的监管、董事会的 ESG 治理方针及策略等）、汇报原则、汇报范围属于强制披露的范畴；其余所有议题全面升级适用“不遵守就解释”的规则⁶。 2022 年 11 月 25 日，联交所刊发了对港股上市公司 ESG 披露情况的最新审查结果，主要对“董事会对 ESG 的管治”“社会”“气候信息披露”以及其他方面进行了审查，并提出了一些审查建议，例如：建议全面反映董事会对重大 ESG 风险（机遇）的参与和重视程度以及董事会对 ESG 目标的执行监督信息；建议披露有关供应链风险管理及绿色采购信息（识别 ESG 重大风险、降低风险的措施等）并说明反贪污培训的内容、受众、方式及频次；建议披露气候信息定量数据；建议发行人在刊发年报时同步刊发 ESG 报告。

5. 在谈及 A 股是否将强制披露 ESG 报告时，证监会副主席方星海表示，证监会目前还没要求与国际 ESG 准则同步或强制披露，但这是下一步努力的方向。请见 <http://www.xinhuanet.com/money/20220421/bf2d2276ace7492c8ee267ce856d93ad/c.html>。

6. 《环境、社会及管治报告指引》，请见 <https://sc.hkex.com.hk/TuniS/cn-rules.hkex.com.hk/node/10553/revisions/10553/view>。

	主要内容
美国	美国证券交易委员会（SEC）负有监督企业信息披露的责任，目前 SEC 尚未制定特别针对 ESG 的信息披露规则；纳斯达克证券交易所和纽约交易所通过自愿披露规则引导企业披露 ESG 信息。 但近年来，不少意见建议 SEC 更新 ESG 相关披露规则⁷；SEC 也已将或拟将部分与 ESG 相关的信息纳入强制披露的范围。例如：2020 年，美国修改了 S-K 条例（该条例是美国上市公司非财务信息披露的基础），要求企业披露对业务理解有重要意义的人力资源相关信息（例如，针对发展、吸引和保留人员的措施或目标）⁸。2022 年 3 月，SEC 发布其首个气候相关披露规定的草案，要求所有上市公司在递交注册文件和阶段性报告时披露与气候变化相关的信息，包括与气候有关的、有理由认为可能对其业务、运营结果或财务状况产生重大影响的风险信息、与气候有关的某些财务报表指标以及温室气体的排放数据⁹。
欧盟	2014 年 10 月，欧盟出台《非财务信息报告指令》¹⁰，并以“不遵守就解释”的半强制披露要求规定大型企业（员工人数超过 500 人）必须进行非财务报告披露，内容覆盖 ESG 议题，但企业可以自行选择披露的标准。 2022 年 11 月 28 日，欧盟理事会通过了《公司可持续发展报告指令》（“指令”），取代上述《非财务信息报告指令》。该指令将在 2024 年 -2028 年期间陆续适用于所有欧盟上市的企业、满足任意两项标准的大型企业（员工人数 250 名以上、净营业额 4,000 万欧元以上、资产总额 2,000 万欧元以上）、所有在欧盟净营业额 1.5 亿欧元以上且在欧盟至少有一家子公司或者分支机构的非欧盟公司。此外，欧盟可持续发展报告标准 European Sustainability Reporting Standards（ESRS）正在编制中，该标准将明确 ESG 信息披露的具体要求。

表 4 中国大陆和香港、美国及欧盟的主要信息披露规则摘要

二、国际机构和标准化制定组织

国际机构和标准化制定组织在 ESG 理念的推广普及中也起到非常重要的作用。

从 ESG 投资的角度，以联合国社会责任投资原则组

织（UNPRI）为代表的国际机构建立并完善了 ESG 投资原则和具体规则，并提供了多类 ESG 投资工具和学习平台供投资者使用。其中，以 UNPRI 为例，UNPRI 提出了负责任投资的六项原则引导投资者开展 ESG 实践，同时也为投资者提供了法律法规数据库、投资指南和相关案例等丰富的资料。

7. 例如，Investor-as-Owner Subcommittee of the SEC Investor Advisory Committee 在 2020 年 5 月提议 SEC 研究 ESG 披露标准，囊括实质的 ESG 因素，请见 <https://www.sec.gov/spotlight/investor-advisory-committee-2012/recommendation-of-the-investor-as-owner-subcommittee-on-esg-disclosure.pdf>。

8. SEC Adopts Rule Amendments to Modernize Disclosures of Business, Legal Proceedings, and Risk Factors Under Regulation S-K, 请见 <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-192>。

9. 请见 SEC Proposes Rules to Enhance and Standardize Climate-Related Disclosures for Investors, <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-46>。

10. Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 Amending Directive 2013/34/EU as Regards Disclosure of Non-financial and Diversity Information by Certain Large Undertakings and Groups, 请见 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>。

1 将ESG问题纳入投资分析和决策过程。

可采取的行动：

- 在投资政策声明中阐明ESG问题
- 支持开发ESG相关工具、指标、开展ESG相关分析
- 评估内部投资管理人纳入ESG问题的能力
- 评估外部投资管理人纳入ESG问题的能力
- 要求投资服务提供商（如财务分析师、顾问、经纪商、研究公司和评级公司）将ESG因素纳入持续研究和分析
- 鼓励开展有关该主题的学术研究和其他研究
- 主张投资专业人士开展ESG培训

2 成为积极的所有者，将ESG问题纳入所有权政策和实践。

可采取的行动：

- 制定并披露符合负责任投资原则的积极所有权政策
- 行使投票权；若投票权“外包”，则监督对投票权政策的遵守情况
- 培养直接参与（engagement）或“外包”参与的能力
- 参与制定相关政策、规则和标准，比如促进、保护股东权利
- 提交符合长期ESG考量的股东决议
- 与公司交流（engage）ESG问题
- 参加合作参与（collaborative engagement）倡议
- 要求投资管理人开展并报告ESG相关参与活动

3 寻求被投资实体对ESG相关问题进行合理披露。

可采取的行动：

- 要求使用全球报告倡议等工具对ESG问题进行标准报告
- 要求将ESG问题融入年度财务报告
- 要求公司提供有关采纳/遵守相关规范、标准、行为准则或国际倡议（如联合国全球契约）的信息
- 支持促进ESG披露的股东倡议和决议

4 推动投资业广泛采纳并贯彻落实负责任投资原则。

可采取的行动：

- 将负责任投资原则相关要求纳入征求建议书（RFP）
- 相应调整投资委托授权、监督流程、绩效指标和激励结构（例如，在适当情况下，确保投资管理流程着眼长期）
- 向投资服务提供商传达ESG要求
- 对于未达到ESG要求的服务提供商，重新考虑合作关系
- 支持开发ESG整合基准衡量工具
- 支持制定促进执行负责任投资原则的监管政策

5 齐心协力提高负责任投资原则的实施效果。

可采取的行动：

- 支持/参加网络和信息平台，共享工具、集中资源并将投资者报告用作学习材料
- 共同应对新问题
- 发起或支持适当的合作倡议

6 报告负责任投资原则的实施情况和进展。

可采取的行动：

- 披露将ESG问题融入投资实践的方法
- 披露积极所有权活动（表决、参与和/或政策对话）
- 披露服务提供商需要就负责任投资原则采取哪些行动
- 与受益人就ESG问题和负责任投资原则进行沟通
- 采用“遵守或解释”的方法报告负责任投资原则相关进展和/或成就
- 尝试确定负责任投资原则的影响
- 利用报告提高广大利益相关者群体的负责任投资意识

从 ESG 实践的角度，在各国政府监管部门、证券交易所发布的 ESG 披露要求之外，一些标准化机构也发布了适用于全球企业的 ESG 信息披露标准。该等第三方机构发布的 ESG 披露标准旨在为全球范围内的企业提供规范化和系统性的标准，使各企业披露的信息具有一致性、可比性，为公正、客观、准确地评价企业提供基础。其中，具有较大影响力的 ESG 标准化机构包括全球报告倡议机构（Global Reporting Initiative, GRI）、可持续会计准则委员会（Sustainability Accounting Standards Board, SASB）、ISO、国际综合报告委员会（International Integrated Reporting Council, IIRC）等。证监会副主席方星海4月20日在博鳌亚洲论坛2022年年会分论坛上表示，国际财务报告准则（IFRS）下属的国际可持续发展准则理事会（ISSB）计划今年底出台一套环境、社会和公司治理（ESG）披露准则，目前已在国际上征求意见。这套 ESG 披露准则一经发布，可能被国际上很多国家和地区采纳，在境外开展业务或上市的公司均可能需要满足信息披露的要求。

三、第三方 ESG 评级机构

在将企业 ESG 信息转化为投资参考依据的过程中，第三方 ESG 评级机构扮演着重要的角色，其主要目标是为投资者提供 ESG 评价结果和基于评价结果的投资建议。目前国际上较为著名的 ESG 评级机构包括：明晟（MSCI）、晨星（Morningstar）旗下的 Sustainalytics、彭博咨询（Bloomberg）、富时罗素（FTSE Russell）等。

整体而言，ESG 评价机构的主要工作包括构建评价体系、收集相关数据、根据指标打分以及公布评级结果等。其中，就评价体系而言，以 MSCI 为例，其评价体系涉及企业在环境、社会 and 治理三方面十项主题下的 35 项关键议题（请见表 1 MSCI ESG 评价指标）。在对具体的公司进行评价时，MSCI 会针对治理（G）方面的每一项关键议题（即董事会、所有制、薪酬、财务、商业道德、纳税透明度）对被评估公司进行打分；在环境（E）、社会（S）方面，MSCI 将在关键议题的基础上，识别出被评估公司所在行业的实质性议题

（例如将给行业内的公司带来实质损失的风险或实质机会的议题），并仅针对该等实质性议题对被评估公司进行打分¹¹。对公司在环境（E）、社会（S）方面的实质性议题进行评分时，MSCI 将从 ESG 风险暴露水平、管理能力、ESG 机遇三个角度对被评价公司进行打分。在治理（G）方面，MSCI 则采用 0-10 分制，基于扣减的方法独立评估公司在治理指标中的表现，即根据企业的情况，从 10 分中扣减相应的分数后得到 G（治理）方面的得分。最后，MSCI 根据此前设置的权重对评分进行加总，最终评级结果分为 AAA（最佳）-AA-A-BBB-BB-B-CCC（最差）共七个等级¹²。

由于不同的评级机构往往采用不同的指标和评分机制，对于相同的公司，不同评级机构的评级结果可能出现较大的差异。同时，评级机构的 ESG 评价体系也可能存在不完善之处，例如过于重视消极影响而忽略积极影响、国际 ESG 评级机构设置的指标与当地的情况存在出入等因素，导致 ESG 评级结果不能充分反映被评价公司的 ESG 治理水平。但整体而言，ESG 评级结果对投资决策、企业完善 ESG 治理情况具有参考意义，企业需关注 ESG 评级的结果。

四、投资机构

目前，已经有越来越多的投资者意识到企业在 ESG 方面的绩效也可能会影响财务绩效，开始践行 ESG 投资理念，以避免投资风险及识别 ESG 机遇。根据联合国社会责任投资原则组织（UNPRI）官网的介绍，截止 2022 年年，已有 5319 家机构加入 UNPRI 并承诺履行六项原则¹³。同时，根据路透社报道，截至 2021 年 11 月 30 日，全球以 ESG 为重点的基金揽入创纪录的 6,490 亿美元¹⁴。ESG 基金目前占全球基金总资产的 10%。彭博财经预估，到 2025 年，全球以 ESG 理念进行管理的资产有望超过 53 万亿美元，占比则有望达到届时全球基金总资产的三分之一以上¹⁵。

五、实体企业

实体企业通过在日常经营活动中考虑环境、社会、公司治理因素践行 ESG 理念。ESG 生态系统的形成与完善将进一步推动实体企业的 ESG 实践：

一方面，法律法规和政策将推动实体企业开展 ESG 实践。例如，实体企业（尤其是上市公司）根据法律法规的要求，需要披露其 ESG 治理情况相关的信息。在 ESG 的各个领域，政府和监管机构也出台了相应的合规要求。例如，包括中国在内的部分国家已要求温室气体重点排放单位披露碳排放的信息，并在限额内排放二氧化碳。

另一方面，当实体企业将 ESG 信息披露到市场中，生态体系中的第三方评级机构将依据该等信息为实体企业的 ESG 治理水平进行评级，为投资者提供重要的信息参考。获得投资者认可也将是实体企业开展 ESG 实践的动力之一。

11. MSCI 关键议题地图请见 <https://www.msci.com/terms-of-use>。

12. MSCI ESG Ratings Methodology，请见 <https://www.msci.com/documents/1296102/21901542/ESG-Ratings-Methodology-Exec-Summary.pdf>。

13. UNPRI 官网，请见 <https://www.unpri.org/signatories/signatory-resources/signatory-directory>。

14. Reuters: Analysis: How 2021 became the year of ESG investing，请见 <https://www.reuters.com/markets/us/how-2021-became-year-esg-investing-2021-12-23/>。

15. Bloomberg Intelligence: ESG assets may hit \$53 trillion by 2025, a third of global AUM，请见 <https://www.bloomberg.com/professional/blog/esg-assets-may-hit-53-trillion-by-2025-a-third-of-global-aum/>。

第三节

企业如何开展 ESG 实践

一、开展 ESG 实践的驱动因素

ESG 涵盖议题的广泛性以及 ESG 生态体系的复杂性，决定了 ESG 实践不仅仅是重点排放企业、上市公司等特殊主体才需要关注的专属议题，而且是一个所有类型的企业都需要思考和关注的话题。企业开展 ESG 实践，不仅是法律法规、政策的要求，也受到企业融资、树立良好企业形象等诉求的影响。具体而言：

上市公司的 ESG 信息披露逐渐成为常规项、必选项。如《ESG 的缘起及生态体系》所介绍，目前各法域对上市公司 ESG 信息披露的要求整体上呈现逐步加强的趋势，中国也不例外，ESG 报告很可能成为上市公司的第二份年报。

央企、国企响应国资委开展 ESG 实践的号召。2022 年，国资委表示将推动更多央企控股上市公司披露 ESG 专项报告，力争到 2023 年相关专项报告披露“全覆盖”¹⁶。在这一背景下，如何开展 ESG 实践将成为央企、国企近期需要重点关注的问题。

满足 ESG 细分领域的合规要求。考虑到监管机关在 ESG 细分领域诸如温室气体排放、人权合规、环境污染、数据与网络安全、食品安全、反腐败等的执法不断加强、企业 ESG 违规成本不断增加。对于各类企业而言，将 ESG 理念融入日常运营，建立恰当的风险防范机制，将有助于企业最大程度地降低 ESG 违规风险。

关注企业 ESG 表现的投资机构逐渐增多，企业面临投融资压力。目前，越来越多投资机构开始以 ESG 理念管理其资产¹⁷。投资机构可能将 ESG 表现不佳的公司排除出投资组合之外或降低对该等公司的投资比例，不符合 ESG 理念的企业可能面临一定投融资压力。

此外，树立负责任的企业形象也是企业开展 ESG 实践的动力来源之一。尽管企业的行为在一定程度上可能符合当前法律法规的要求，但仍有可能因不重视 ESG，导致企业形象受损、商誉减值，甚至业绩下滑遭受经济损失。开展 ESG 实践一定程度上可以缓解上述风险。

二、企业如何开展 ESG 实践

ESG 实践是将 ESG 理念以符合公司经营实践的方式嵌入到公司合规管理及业务运营中的过程。ESG 实践不等同于每年度撰写并披露 ESG 报告。一份满足法律法规要求、准确反映现实状况且言之有物的报告需要有效的 ESG 实践的支撑。

事实上，ESG 实践也可以融入到企业当下的合规管理工作中，同时进一步延申合规管理的外延——ESG 实践不仅关注合乎法律法规，也关注法律要求以外的能够帮助企业提升公众形象的其他领域，为企业的发展提供更全面、更强的保护与驱动力。

具体而言，企业可以考虑通过下述步骤开展 ESG 实践：

1. 了解 ESG 并根据企业实际情况确定企业开展 ESG 的目标与计划

公司高层对 ESG 的理解与认同是企业开展 ESG 实践的基础。公司高层需了解 ESG 含义、ESG 可能给公司带来的机遇 / 影响及业界实践，认可 ESG 的价值，才能真正推动 ESG 实践在企业落地。

此外，公司高层也需要在了解 ESG 的基础上结合公司的发展情况、发展目标，明确公司在不同阶段开展 ESG 实践的主要目的、计划和拟投入的资源。例如，对于正在筹备上市的企业，面对逐渐加强的 ESG 监

16. 国务院国资委成立科技创新局社会责任局 更好推动中央企业科技创新和社会责任工作高标准高质量开展，请见 <http://www.sasac.gov.cn/n2588025/n2643314/c23711009/content.html>；国资委产权局发布《提高央企控股上市公司质量工作方案》。

17. 根据联合国责任投资原则组织（UNPRI）官网信息显示，截至 2022 年 7 月 31 日，全球已有 5098 家机构加入 UNPRI，承诺按照下述六项投资原则进行投资（即将 ESG 问题纳入投资分析和决策过程、寻求被投资实体对 ESG 相关问题进行合理披露等，目前加入 UNPRI 的投资机构所管理的资产总规模超过 121 万亿美元。Signatory Update，请见 <https://www.unpri.org/download?ac=16278>。

管要求，企业可以考虑以 1-2 年为单位，系统性地规划企业的 ESG 相关工作，力争在上市前已有相对成型的 ESG 实践；对于临近上市的企业而言，则可以考虑分两阶段开展 ESG 实践：在上市前，企业可以紧密围绕上市过程中的 ESG 信息披露要求与实践开展优先级较高的工作，例如搭建 ESG 管理架构，明确董事会在 ESG 事项中的参与；梳理 ESG 实质风险、公司已经采取的管控措施以及公司未来将加强的管控措施等。在上市后，企业可以结合适用的信息披露要求、指引、标准以及企业开展 ESG 实践的目的，进一步系统性地完善 ESG 工作。

2. 完善 ESG 管理架构

ESG 实践的开展离不开决策层、管理层、执行层与监督层的支持。其中，决策与监督层主要负责的工作，包括确定 ESG 目标及规划、确定实质性 ESG 议题、监督及评价公司的 ESG 实践情况及审核 ESG 信息披露的内容等。实践中，ESG 工作是否能够有效推进往往有赖于公司最高管理机构，即董事会的决策与监督。就董事会具体的参与方式而言，不同行业、规模和属性的企业可以根据自身发展情况选择不同的方案，例如由董事会本身已成立的下属委员会（如战略委员会等）进行 ESG 决策及监督，或单设 ESG 专门委员会。

就管理层而言，为保障 ESG 决策有效落地，公司可以考虑指定 / 设立合适部门或委员会，例如由管理层组成的委员会、公司目前负责统筹合规工作的部门（如合规委员会等）等，负责根据决策层制定的 ESG 目标及规划，协调各业务部门制定具体行动方案；向相关部门下达 ESG 工作任务并协调公司资源投入；协助最高决策与监督机构落实 ESG 的工作计划。

在执行层面，具体业务部门可以成立小组或负责人负责制定及执行本业务领域 ESG 具体行动方案；向上汇报 ESG 问题、ESG 风事件；配合开展 ESG 评估与检查；收集整理 ESG 相关信息等。

由于各公司组织架构不尽相同，ESG 相关职能如何融入现有的组织架构、全面覆盖决策 - 管理 - 执行 - 监督层也没有标准答案。在搭建 ESG 管理架构时，企业应考虑以下因素：确保决策层、管理层具有管理 ESG 多议题的知识与经验；确保监督层具有独立性；确保不同岗位职责明确且能够相互配合，此外也需要考虑管理架构的现实可行性、与公司已有组织架构（例如

合规管理架构）的协调性。

3. 识别 ESG 实质性议题

ESG 具有多元、广泛的内涵，E、S、G 各个方面所囊括的议题众多，并非所有议题对于一家特定的企业而言都同等重要。因此，在资源有限的情况下，如何从纷繁复杂的议题中筛选出对企业具有实质性影响的议题，进而纳入企业 ESG 管理的范围，是每个企业在开展 ESG 实践的过程中都将面临的关键问题。

在 ESG 领域，实质性议题的识别通常关注两个维度：相关议题对企业业务的影响及对利益相关者的影响，分为内部重要性评估与外部重要性评估两部分：

- 内部重要性评估：是指企业高级管理人员或主要人员，基于企业开展 ESG 的目的、对企业架构、业务和运营的认识，识别对公司业务发展重要的 ESG 事项并排序。主要考虑因素包括：（1）企业的愿景、竞争策略、价值观等；（2）对企业有重要影响的法律法规、国际多边条约或企业自愿订立的协议或加入的倡议等；（3）企业所属行业的主要 ESG 议题、未来挑战；（4）同行业公司的实践等。在进行内部重要性评估时，企业可以在公司已有的重点合规领域识别工作的基础上，从 ESG 视角出发进行差缺补漏；还可以参考 ESG 相关机构 / 组织发布的行业实质性议题地图，例如来自可持续发展会计准则委员会（SASB）、全球报告倡议组织（GRI）或第三方评级机构如明晟（MSCI）的实质性议题地图。
- 外部重要性评估：是指与利益相关者沟通，听取利益相关者的意见。利益相关方指受到企业活动影响，或对企业活动产生影响的主体，包括但不限于投资者 / 股东、客户、供应商、业务伙伴、员工、政府及监管机构、非政府组织、地方社区、竞争对手、行业协会等。在确定利益相关方后，企业可以根据利益相关的数量、重要性决定沟通方式，例如问卷调查、访谈、研讨会等。

4. 针对实质议题确定管理目标及规划

针对已识别的 ESG 实质议题，企业可以确定 ESG 目标及规划。在制定目标与规划时，企业需要充分考虑自身发展情况、发展目标及企业可以投入的资源，确

保目标确定有依据、反映客观发展规律，同时也与公司的资源与预算相匹配，是一个实际可执行的目标。必要时企业可以寻求专业第三方机构的帮助。此外，企业需要注意的是，根据不断变化的法规政策和利益相关者的需求，及时更新企业的 ESG 目标和规划方案。

5. 完善 ESG 实质议题的管理体系

针对已识别的 ESG 实质议题，企业可能需要参考 ESG 相关标准、业界实践进一步完善管理体系。具体而言，企业可以首先梳理目前 ESG 实质议题项下已开展的相关工作，包括但不限于管理架构的设计、风险识别以及已经采取的风险管理措施等。在此基础上结合企业的 ESG 理念与目标、适用于企业的 ESG 标准以及同行业公司的 ESG 实践等进行差距分析，并逐步完善 ESG 管理体系。

通常而言，在企业已有合规管理工作的基础上，开展 ESG 实践可能需要企业就特定的议题采取新的管理措施，例如碳排放与气候变化、绿色供应链等议题；开展 ESG 也可能会要求企业对现有的合规管理措施进行补充，拓宽“合规”的外延。例如，在风险识别环节，如果企业此前主要关注的是法律法规、执法实践，那么在完善 ESG 管理体系的过程中，可以考虑将法律要求以外但可能损害公司声誉的影响或长期来看会对公司业务造成影响的因素也纳入到管理体系中。

在开展 ESG 实践的过程中，建议企业定期对 ESG 工作进行评估，确保 ESG 实践有效开展并积累 ESG 信息披露素材。此外，企业还应当开展 ESG 培训，使相关员工了解 ESG 的重要意义，争取员工对 ESG 工作的认同、有效落实企业的 ESG 实践。

三、投资机构如何开展 ESG 投资

（一）开展 ESG 投资的驱动因素

对于投资机构而言，其开展 ESG 投资的主要驱动因素在于履行 ESG 相关承诺以及降低投资风险、增加投资收益。

履行 ESG 相关承诺。越来越多的投资机构加入了以联合国责任投资组织（UNPRI）为代表的国际组织，承诺根据责任投资原则开展投资活动。尽管上述承诺不具有强制性的法律效力，但仍可能会给投资机构带来负面影响。以基金为例，如其实际上未按照 ESG 相关原则进行投资，很有可能被贴上“漂绿”的标签。在一些法域，基金如存在信息披露不实的“漂绿”行为，可能会承担相应的法律责任；除此之外，“漂绿”质疑也会在一定程度上对基金的声誉造成损害，甚至影响到基金的正常运营。例如，对于 PE 机构而言，当越来越多的 LP 重视 ESG 投资时，如果股权投资项目存在“漂绿”的情况，可能会影响 PE 机构的募资。

降低投资风险，增加投资收益。多项实证研究表明，企业的 ESG 表现与企业的财务绩效之间存在正相关关系¹⁸。在中国，也有研究证明，良好的 ESG 管理有助于企业的长期发展，ESG 表现好的投资组合的收益率高于 ESG 表现较差的投资组合¹⁹。

此外，针对长期投资，开展 ESG 投资也有助于投资机构全面识别目标公司的潜在 ESG 风险，准确评估目标公司的投资价值：ESG 投资不仅关注企业的合规状态，也关注企业的合规管控措施以及将来的潜在风险；不仅关注法律议题，也关注非法律的但却有可能直接或间接影响公司财务绩效表现的议题。

（二）开展 ESG 投资的方法

1. 确定 ESG 投资框架

投资机构应根据自身发展情况，制定 ESG 战略，明确开展 ESG 投资的目标与规划。在此基础上，进一步完善 ESG 投资组织架构，建立 ESG 委员会或工作组，负责统筹 ESG 工作；建立健全 ESG 投资政策指引，明确开展 ESG 投资的方式、要求及流程，并准备 ESG 投资工具包，例如各行业实质性 ESG 议题地图、负面筛选清单、ESG 尽职调查工具（如 ESG 尽职调查问卷、风险评估打分表）、投后 ESG 管理工具等。

2. 将 ESG 纳入投资前的风险评估流程中

18. Financial performance of ESG integration in US investing, 请见 <https://www.unpri.org/download?ac=4218>.

19. 商道融绿，北京绿色金融协会：《北京地区上市公司 ESG 绩效分析研究》。

建议企业将开展 ESG 投资尽职调查作为开展 ESG 投资的重要步骤。不同于目前投资过程中通常开展的法律尽调、财务尽调，ESG 投资尽调将侧重于对被调查公司的 ESG 风险，尤其是 ESG 风险管控能力的评估。通过开展 ESG 投资尽调，投资人可以全面识别其拟投资公司的 ESG 风险（包括法律风险、声誉风险）、可能影响拟投资公司估值的其他因素（例如：气候变化可能对企业运营造成重大影响，或因各国设立的碳减排目标带来的转型压力，导致企业未来在能源转型方面的支出将显著增加）、拟投资公司已经采取的 ESG 管控手段是否有效、将来在 ESG 方面的承诺以及兑现能力等，协助投资人准确评估拟投资公司的价值，并作出恰当的投资决策。

整体而言，ESG 尽职调查可以通过下述几大步骤展开：

- 识别目标公司面临的实质性 ESG 议题：投资机构需结合对目标公司所在行业的立法执法趋势、国际准则及第三方评级机构等发布的实质性风险地图等，初步识别目标公司可能面临的实质性 ESG 风险。ESG 实质性议题将框定尽职调查的范围。
- ESG 风险初步评估：为初步评估 ESG 相关风险，投资机构可向目标公司发送问卷了解目标公司就实质性议题上的管控情况；并通过公开信息检索了解目标公司面临的相关 ESG 风险，例如是否存在违法违规事件或负面新闻。
- 深入 ESG 尽职调查：在收到目标公司的初步问卷答复后，若判断目标公司在一些 ESG 问题上存在较高风险，建议对目标公司开展进一步的 ESG 尽职调查，例如：通过文件审阅、访谈、现场考察等方式进一步评估目标公司的 ESG 风险及管控情况。
- ESG 报告：ESG 报告通常包括尽职调查发现、对应的法律风险、声誉损失、可能对业务运营造成的潜在影响，目标公司的管控机制是否有效并就此提出风险减轻建议。

3. 将 ESG 纳入投后管理

在尽职调查完成后，投资机构可以考虑在投资文件中纳入 ESG 相关条款以及在投后协助被投公司进行投后管理，从而提高被投公司的 ESG 表现。

就投后管理而言，针对被投公司当前开展 ESG 实践的情况，可以采取例如开展 ESG 培训；分析被投公司 ESG 管控差距；为被投公司设置可行的 ESG 目标及行动方案；阶段性评估被投公司 ESG 绩效及改进方案等步骤，协助被投公司减轻 ESG 合规风险、从无到有开展 ESG 实践。

4. ESG 投资定期评估及信息披露

为避免潜在的漂绿风险，建议投资机构注重 ESG 信息披露（包括但不限于管理层声明、对 ESG 政策或投资策略、ESG 投资成果的披露等），定期审视 ESG 投资战略、政策是否得到有效的实行，是否存在实践与对外信息披露不一致的情况并及时改正。

ESG 理念在中国得到了快速发展，对于部分企业和投资机构而言，ESG 已不再是“锦上添花”的加分项、可选项，而是企业自身经营或投资评估所需的常规项、必选项。由于 ESG 框架内包含的要素具有多元性、广泛性，不同类型的企业往往面临不同 ESG 议题。ESG 概念和标准的模糊性给投资机构和企业在我国开展 ESG 实践带来了一定程度的困难。方达各团队在 ESG 框架下的每一细分领域都拥有专业的知识和丰富经验，可以协助企业和投资机构在 ESG 之旅中应对 ESG 风险、拥抱 ESG 机遇。



第十章

行政执法与刑事司法



第一节 简评《行政处罚法》修订对企业合规的重大意义

引言：2021年1月22日，第十三届全国人大常委会第二十五次会议审议通过了修订后的《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称“新《行政处罚法》”），现行《行政处罚法》在实施25年后首次完成大修。新《行政处罚法》将近年来行政执法改革取得的重要成果固化到法律中，同时对行政处罚理论和实践中长期存在争议的焦点问题作出了针对性回应，比如行政处罚的概念、主观要件、行政处罚的设定权限、一事不再罚原则等。作为行政管理和行政执法领域的基本程序法，《行政处罚法》不仅是行政机关在执法时应遵循的基本行为准则，也是企业开展合规工作的根本指引。新《行政处罚法》的一系列修订与企业合规直接相关，本文将以企业合规为视角，分析和探讨新《行政处罚法》的亮点以及对企业合规的重大意义。

一、明确了行政处罚的定义

现行《行政处罚法》对于行政处罚并无明确界定，仅通过列举的方式明确了几类典型的行政处罚种类，同时规定了法律、行政法规规定的其他行政处罚。由于法律界定的缺失，实践中，执法机关往往通过某一行政处罚的设定依据来判断其是否属于行政处罚。常见的市场禁入、信用惩戒措施、行政监管措施等行政行为，由于大多是通过规章或规范性文件设定，执法机关一般不认为是行政处罚，且在实施时也缺乏明确、统一的程序要求。

新《行政处罚法》首次明确了行政处罚的定义，规定“行政处罚是指行政机关依法对违反行政管理秩序的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒的行为”。据此，我们理解，行政机关实施的具有减损当事人权益或者增加当事人义务的惩戒性行为，理论上均应纳入新《行政处罚法》调整范围，并在设定、实施、救济等方面也需严格遵守相应规定。以证券监管领域为例，市场禁入、证券监管措施是证券监管部门经常采用的行政管理方式，一般认为其不属于行政处罚。但是，上述管理方式中不少具有明显的惩戒效果，对当事人的影响也丝毫不亚于行政处罚，例如“市场禁入”效果上等同于新《行政处罚法》规定的“限制从业”，“暂不受理与行政许可有关的文件”、“停止核准新业务”与新《行政处罚法》规定的“限制开展生产经营活动”也比较类似。

新《行政处罚法》实施后，诸如上述符合行政处罚定义的监管行为如何纳入新《行政处罚法》，值得企业重点关注。

二、确立了主动披露的激励机制

我国《刑法》规定了“自首”制度，规定犯罪后自动投案，如实供述自己罪行的，可以从轻、减轻处罚或免除处罚。在行政执法领域，虽然反垄断法等部分法律引入了宽大制度¹，但总体而言，相关法律对于主动披露违法行为缺乏统一明确的激励机制，导致在实践中，当事人主动向执法机关披露违法行为的积极性普遍不高。

新《行政处罚法》首次在行政处罚基本法层面确立了主动披露的激励机制，第三十二条规定，当事人主动供述行政机关尚未掌握的违法行为的，应当从轻或者减轻处罚。执法实践中，不少违法事项隐蔽性技术性强，法律关系复杂，行政执法难度大。从境外的执法经验看，调动企业自我合规的积极性往往是执法取得成功的有效手段。新《行政处罚法》总结境内外执法经验，在法律层面确定主动披露的激励机制，具有十分重要的现实意义和导向作用。这不但能够增进执法和监管效能，节省行政执法资源，而且也将引导广大企业在出现违规行为时积极开展内部调查，主动向执法机关报告，以争取宽大处理。

1. 《反垄断法》第四十六条第二款规定，经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。2020年8月，国家市场监管总局公布了《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》，对申请宽大的标准和程序作出具体规定。

三、增加了“首违可不罚”的规定

新《行政处罚法》第三十三条在“违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚”的基础上，增加规定了“初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚”，即“首违可不罚”制度。近年来，新制定或修订的行政管理法规普遍加大了处罚力度，例如根据《广告法》相关规定，在官网、网店、微信公众号等宣传中出现“最佳”、“国家级”等绝对化用语的，将可能被处以20万以上的罚款。然而，在加大了执法威慑力的同时，有时候也容易出现“过罚失当”的情况。执法实践中，一些违法行为虽然有危害后果但比较轻微，且当事人在被举报或者被调查后立即停止或者改正了违法行为，这种情况下，执法人员常常陷入罚与不罚的两难境地。

新《行政处罚法》在总结近年来各地推行“柔性执法”、“免罚清单”的基础上，明确规定了“首违可不罚”，具有积极的导向作用，体现了“处罚与教育相结合”的原则，也为企业在面临行政调查时争取免于处罚创造了新的途径。值得注意的是，对于初次轻微违法，新《行政处罚法》规定的是可以不予处罚，而并非应当不予处罚。因此，企业初次违法面临行政调查时，除了积极改正以外，及时完善企业内部规章制度，加强合规管控，也有助于说服执法机关不予处罚。此外，该条规定的初次违法是否应当限定一定的时间范围以及限定在同一领域，还需要在未来执法中进一步明确。

四、明确了行政处罚的主观归责原则

现行《行政处罚法》对于行政违法行为的构成要件是否包括主观过错没有明确规定，理论界和实务界对此问题长期存在争论，未能形成统一意见。从相关法律法规的具体规定来看，除了部分条款中通过“伪造”、“擅自”、“指使”等用语能推导出当事人具有主观过错以外，大多数法律并未对违法行为的主观要件作出明确规定。在执法实践中，除非有法律法规的明确规定，否则执法机关通常只判断当事人客观上是否违反了相关行政管理规定，而不考察当事人的主观过错状态。其主要理由是，行政机关承担着繁重的执法任务，如果都要求执法机关考察当事人的主观过错，势必影响执法效率。

新《行政处罚法》第三十三条规定：“当事人有证据证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法

规另有规定的，从其规定”。该条首次在法律层面规定了行政处罚的主观过错要件，体现了“有过错才有责任”的现代法治精神，同时兼顾了行政执法的效率原则，具有十分重要的意义。

需要指出的是，从该条的表述来看，新《行政处罚法》对于主观要件采取过错推定原则，即当事人需要举证证明没有主观过错。我们认为，建立有效内部合规制度并严格执行，是证明单位没有主观过错的重要证据。因此，企业应梳理自身经营活动中存在的风险点，尽快建立相应的内部合规制度并严格执行，一旦遇到行政执法，这将成为争取不予处罚的有效抗辩。

五、明确了“没收违法所得”的含义和适用

“没收违法所得”是执法实践中比较常见的一种行政处罚。新《行政处罚法》第二十八条第二款规定：“当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。”与现行《行政处罚法》相比较，上述规定有两个方面的重大修订：一是明确规定当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。从字面理解，该规定是对违法行为普遍性设立了“没收违法所得”的行政处罚，即：无论法律法规对于违法行为是否设定了“没收违法所得”的行政处罚，行政机关在执法时均应没收当事人的违法所得。二是明确了违法所得的计算标准。在执法实践中，对于如何计算违法所得，各执法部门的计算方式并不一致，大体上可以分为计算全部收入和计算利润，二者区别在于后者可以核减合理的成本支出。因此，两种方式下计算出的违法所得差距巨大。而新《行政处罚法》则明确规定，违法所得是指实施违法行为所取得的款项，即原则上不得核减成本，这对于统一执法尺度无疑具有积极意义。

新《行政处罚法》关于“没收违法所得”的上述修订，客观上大幅加大了处罚力度，值得企业高度关注，并在遇到行政执法时积极应对。

六、延长了特定违法行为的追诉期限

新《行政处罚法》第三十六条第一款规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期

限延长至五年。法律另有规定的除外。”该条款中“生命健康安全”、“金融安全”的具体范围，尚待有权机关进一步明确。我们理解，“金融安全”指向性相对明确，主要涉及人民银行、银保监会、证监会的执法事项。而“生命健康安全”则可能涉及医疗卫生、食品药品、产品质量、生态环境等领域的执法事项。新《行政处罚法》对涉及公民生命健康安全、金融安全违法行为的追诉期限从2年延长到5年，无疑对企业合规管控提出了更高的要求，考虑到实践中违法行为还可能存在连续或继续的情形，建议企业制定合规政策时将有关文档的保存期限延长到至少5年，以便在遇到行政执法时能提供充分的证明材料。

七、完善了行刑衔接制度

现行《行政处罚法》规定违法行为构成犯罪的，行政机关应当将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。但是，对于案件移送司法机关后如何处理，没有进一步规定。新《行政处罚法》从以下几个方面完善了行刑衔接制度：

一是增加规定了司法机关向行政机关的移送，对于依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚，但应当给予行政处罚的，司法机关应当及时将案件移送行政机关。我们理解，这里既包括了行政机关移送给司法机关后，司法机关认为不构成犯罪又退回给行政机关的情形，也包括司法机关自行调查立案后发现不构成犯罪移送给行政机关的情形。

二是强化了行政机关和司法机关的协调配合，要求两机关加强证据材料移交、接收衔接，完善案件处理信息通报机制。

八、确定了“从旧兼从轻”的原则

法不溯及既往是法律适用的一项基本原则，但现代国家从保护当事人权利出发也大多规定了“从旧兼从轻”的“有利溯及”原则。我国《刑法》第十二条明确规定了“从旧兼从轻”的原则，但行政处罚中是否适用这一原则，法律没有明确规定。

2004年5月，最高人民法院发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法〔2004〕96号）中规定了“从旧兼从轻”的原则²，该原则在行政执法和司法实践中已得到广泛认可。新《行政处罚法》首次从法律层面对该原则予以确认，规定“实施行政处罚，适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是，作出行政处罚决定时，法律、法规、规章已被修改或者废止，且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的，适用新的规定。”实践中，新旧法的适用问题还面临不少复杂情形，例如违法行为具有连续或继续状态，且跨越新旧法实施期间，如何适用法律，仍有待进一步明确。

九、完善了“一事不再罚”规则

现行《行政处罚法》规定，对当事人的违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。实践中，对于违法行为同时违反两个以上行政法律规范的，能否给予两次以上的罚款，存在不同认识。针对该问题，新《行政处罚法》第二十九条作出了明确规定：同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的，按照罚款数额高的规定处罚。实践中，还存在一种情形，即违法行为违反的多个法律规范属于不同的领域，并由不同执法机关分别管辖，由于执法机关一般只能执行其具有管辖权的事项，此时“按照罚款数额高的规定处罚”如何操作，有待后续进一步明确。

十、细化了行政处罚的程序要求

新《行政处罚法》在规范行政执法程序、保障程序公正方面作出了许多新的规定，以下修订内容值得重点关注。

一是明确了行政处罚的办案期限。根据新《行政处罚法》第六十条规定，除非法律、法规或规章另有规定，否则行政机关应当自行政处罚案件立案之日起九十日内作出行政处罚决定。实践中，有的调查案件久拖不决，行政法律关系长期处于不确定状态，影响了当事人的正常生产经营活动，新《行政处罚法》明确规定办案期限无疑有助于遏制这一现象。

2. 最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法〔2004〕96号）三：关于新旧法律规范的适用规则。根据行政审判中的普遍认识和做法，行政相对人的行为发生在新法施行以前，具体行政行为做出在新法施行以后，人民法院审查具体行政行为的合法性时，实体问题适用旧法规定，程序问题适用新法规定，但下列情形除外：……（二）适用新法对保护行政相对人的合法权益更为有利的……”。

二是扩充了行政处罚事先告知的内容。现行《行政处罚法》只规定行政机关在应事先告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并不要求告知行政处罚的具体内容。实践中，有的行政机关没有明确告知行政处罚的具体内容，或者仅仅告知了法定的处罚幅度，这显然有违行政处罚事先告知制度的本意。此次新《行政处罚法》明确规定应告知行政处罚的内容，这有助于当事人积极开展申辩，维护自身合法权益。

三是完善行政处罚听证制度。听证是现代行政程序法的核心制度，对于保障当事人合法权益具有重要意义。新《行政处罚法》进一步扩大了听证范围，将没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物、降低资质等级、吊销许可证件等较重的行政处罚均纳入听证的范围。此外，新《行政处罚法》还对听证笔录的效力作出明确规定，要求行政机关应当根据听证笔录作出决定，从制度上杜绝听证“走过场”。

第二节 帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用尺度与辩护思路

引言：自 2020 年以来，为了遏制电信网络诈骗，国务院在全国范围开展“断卡”行动，以“零容忍”的态度，加大对非法买卖“两卡”（银行卡与电话卡）行为的打击力度。自“断卡”行动以来，以帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”）被起诉的人数直线增加，在各类刑事犯罪中位居第三。由于司法实践中帮信罪的帮助行为多数为中性的互联网接入、网络存储、通讯传输、支付结算行为，且司法机关放宽了该罪的主观要件，因此，互联网企业、通信企业以及金融机构很有可能在客观上为信息网络犯罪活动提供帮助，或未尽到审查义务，进而引发刑事责任。为了有效帮助互联网企业、通信企业以及金融机构厘清其业务风险，本文拟梳理帮信罪的司法适用现状，并提供有效的辩护思路。

一、帮信罪的司法适用尺度

《刑法》第 287 条之二规定，“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的”，构成帮信罪。由此可见，构成帮信罪需要同时满足三个条件，即：（1）被帮助者利用信息网络实施了犯罪活动；（2）帮助者为他人的犯罪活动提供了帮助；（3）帮助人明知他人的犯罪活动而故意提供帮助。

问题在于，何种行为属于“提供帮助”、被帮助者何种程度地“实施犯罪”、何种主观状态属于“明知”，司法机关对上述三个问题的判断尺度直接关系到司法实践中成立帮信罪的范围。因此，互联网企业、通信企业以及金融机构应当密切关注司法动态，确保其业务内容的合法合规，以免陷入刑事责任。

（一）帮助行为包括那几种情形？

《刑法》第 287 条之二明确规定了六种帮助行为的类型，分别是提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，以及提供广告推广、支付结算等。实务中被认定为帮信罪的行为可能超出上述法定类型，如网站日常维护、网络跳转服务等也被认定为帮信行为。表 1 中关于帮信罪的实证研究将当前实务认定的帮信行为归纳为以下 13 种典型的具体行为。¹其中支付结算型的帮信罪仍占多数，这与“断卡”行动的重点打击对象相一致。

1. 韩冰：《从 307 骗判决书，看帮助信息网络犯罪活动罪的 13 个典型行为类型》。

法定类型	具体行为及描述	比例
支付结算	【出借、出卖本人支付工具类】在明知可能被他人用于信息网络犯罪的情况下，将自己的银行账户、支付宝或微信个人收款码、支付宝或微信商家收款码卖给犯罪集团收款、转账，非法获利。	24.5%
	【售卖营业执照、对公账户类】在没有经营公司的能力和意愿的情况下，明知他人利用自己名义办理营业执照和对公账户不符合常理，但是受利益诱惑，仍注册公司的工商营业执照，并在银行办理对公账户，将工商营业执照、对公账户出售给他人，为非法活动（主要是诈骗和赌博）资金结算提供便利。	9%
	【对接支付平台、提供资金接口类】为犯罪团伙对接支付平台，提供资金接口，从事非法资金结算。如：在非法结算平台跑分、刷单、支付结算。	8.4%
	【收购支付工具转卖类】收集、收购他人银行卡、支付宝、微信账户；协助他人解冻银行卡，赚取使用费差价。	5%
互联网接入 服务器托管 网络存储	【开发软件、搭建网站类】制作虚拟炒股、赌博、诈骗、传销等软件，搭建诈骗、赌博等网站，通过售卖或出租的方式，为诈骗、赌博、传播淫秽物品、非法经营等非法活动提供便利。	11.7%
	【提供软硬件便利、技术支持类】为诈骗、赌博、传播淫秽物品、非法经营等非法活动提供服务器资源、数据库资源、域名解析、网站维护等服务。	8.7%
通讯传输	【安装维护通信设备、铺设信息传输器材类】帮助诈骗团伙安装维护通信设备、铺设信息传输器材，收取固定酬劳，为他人进行电信诈骗提供通信传输等技术支持服务。常见设备如“多卡宝”“络漫宝”“GOIP”等。	13.8%
	【出租通信设备、信息传输器材类】本人出资购买通信设备与信息传输器材并维护，出租给诈骗团伙并获利，为诈骗集团提供通讯便利。常见设备如“多卡宝”“络漫宝”“GOIP”等。	2.3%
广告推广	【推广引流支持类】明知他人利用信息网络实施犯罪的情况下，仍帮助犯罪集团发布诈骗类、赌博类的广告链接、二维码等网络推广支持。	10%
	【卖社交账号粉丝类】作为中间商，通过网络从事“粉丝引流”活动，由此为犯罪集团提供便利。	1.6%
其他	【倒卖手机卡类】出卖本人手机卡给犯罪团伙，或是盗用身份、收集信息办理手机卡以及收购手机卡进行倒卖，抑或是用自己手机号码为诈骗集团设置呼叫转移，为非法活动提供通信便利。	4%
	【帮助诈骗集团解封微信号】提供解封微信号服务并因此获利，解封的微信号被用于诈骗等犯罪活动。	0.6%
	【开设黑网吧类】开设黑网吧，未对网吧内上网人员进行登记和室内监控。	0.3%

表 1 帮助行为的具体类型

（二）被帮助者实施的网络活动必须构成犯罪吗？

“他人利用信息网络实施犯罪”是成立帮信罪的前置条件。值得考虑地，被帮助者在何种程度上“实施犯罪”方可达成这一条件。是符合刑法分则客观构成要件的行为即可，还是需要满足全部主客观犯罪构成要件，抑或是需要达到被帮助者先受到依法裁判的程度。对前置条件判断的不同，直接关乎是否成立帮信罪。

帮信罪之立法目的与相关司法解释均指向“犯罪行为论”。从立法目的来看，设立帮信罪的出发点是为了解决两类问题，一是网络帮助行为在主观的意思联络与客观的参与程度方面，均难与传统的共同犯罪等同视之，这与下文对“明知”的考察相关；二是网络帮助行为具有“积量构罪”的特征。虽然个体的实行行为的危害从外观上观察并不大，似乎达不到构成刑事

违法的程度，但是帮助行为所累积的社会危害性可能值得科处刑罚，因此不要求被帮助者符合全部的犯罪成立条件。

司法解释对此采取了相似的立场（见表3）。《解释》第13条规定，被帮助者的犯罪行为可以确认，但尚未到案、尚未依法裁判或者因未达到刑事责任年龄依法未予追究刑事责任的，不影响帮信罪的认定。因此，司法解释排除了被帮助者必须在司法认定或犯罪构成的意义上达到“实施犯罪”的程度。与此同时，《解释》第12条依被帮助者是否符合犯罪构成，对帮信行为“情节严重”的入罪门槛进行了细化。具言之，如果被帮助者成立犯罪，直接适用第12条第1款从支付结算金额、违法所得、行为对象等方面明确的情节严重的认定标准；如果无法查证被帮助者是否达到犯罪的程度，则以5倍标准或者特别严重后果作为入罪门槛。

条文	具体规定
《解释》第12条第1款	明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供帮助，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百八十七条之二第一款规定的“情节严重”： （一）为三个以上对象提供帮助的； ² （二）支付结算金额二十万元以上的； （三）以投放广告等方式提供资金五万元以上的； （四）违法所得一万元以上的； （五）二年内曾因非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动、危害计算机信息系统安全受过行政处罚，又帮助信息网络犯罪活动的； （六）被帮助对象实施的犯罪造成严重后果的； （七）其他情节严重的情形。
《解释》第12条第2款	实施前款规定的行为，确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度，但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上，或者造成特别严重后果的，应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任。
《解释》第13条	被帮助对象实施的犯罪行为可以确认，但尚未到案、尚未依法裁判或者因未达到刑事责任年龄等原因依法未予追究刑事责任的，不影响帮助信息网络犯罪活动罪的认定。

表2 关于被帮助者“犯罪”的司法解释

2. 根据2022年3月最高法刑三庭、最高检四厅、公安部刑侦局《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》，“为三个以上对象提供帮助”是指为三个以上行为人或团伙组织提供帮助，且被帮助的行为人或团伙组织实施的行为均达到犯罪程度。为同一对象提供三次以上帮助的，不宜理解为“为三个以上对象提供帮助”。该纪要也说明了《解释》第12条第1款以被帮助者实施犯罪行为且达到犯罪程度为适用前提。

司法实践中，部分裁判文书并未对被帮助者所实施的犯罪类型和程度进行说明。在说明了被帮助者所实施犯罪类型的裁判文书中，犯罪类型仍以传统犯罪为主，只是犯罪主要以网络作为手段。其中诈骗罪最多，新型网络犯罪较少（如图 1）。³

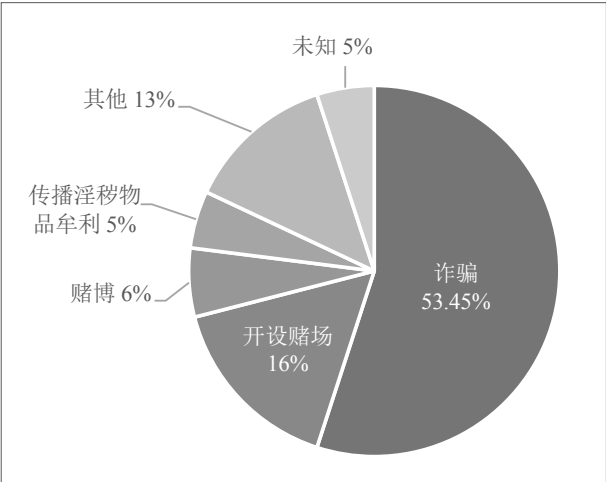


图 1 被帮助者实施的犯罪类型比例

（三）帮助者必须明知被帮助者实施网络犯罪活动吗？

帮信罪要求行为人“明知他人利用信息网络实施犯罪”。实务中有法院将“明知”要件阐释为，要求行为人“既明知他人利用信息网络实施犯罪，又明知自己在为他人犯罪提供帮助，即必须意识到自己所帮助的对象利用网络实施犯罪行为，并且对可能造成的危害结果具有一定认识或者放任。”⁴

本文认为，由于帮信场合下的网络帮助行为具有“一对多”、“多对多”的特点，因此本罪所要求的明知内容应当相对宽泛、程度相对较浅。对行为对象、性质、结果的认识具有不确定性，通常为概括的认知，即认识到危害结果发生的必然性或可能性。在证明责任方面，《解释》第 11 条对帮信罪中帮助者的“明知”作事实推定处理，提出六项推定条件并设置兜底，同时允许通过反证推翻。实践中，法院亦多采用“推定明知”的方式认定帮信罪的主观要件（见表 3）。根据样本案例，发现在各推定条件中，提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助的样本数量最多。特别需要注意的是，实践中有法院认为“提供有极大可能性用于违法犯罪的帮助且未尽监管义务”的情形符合《解释》第 11 条的兜底项，足以认定行为人具备主观明知。⁵

推定条件	基础事实
经监管部门告知后仍实施有关行为的	被告人的银行卡在由他人使用过程中，因资金异常多次被锁定，被告人则按照收卡男子的指示前往银行解锁银行卡后继续提供给其使用。（（2021）湘 0621 刑初 338 号）
接到举报后不履行法定管理职责的	被告单位对外转租语音线路等电信资源，向他人提供电话群拨和透传业务。转租线路期间，被告单位多次收到投诉清单，投诉内容包括贷款推销、股票诈骗等，但在多次接到诈骗投诉举报后始终未及时有效采取法定管理措施。（（2021）苏 0602 刑初 637 号）
交易价格或者方式明显异常的	被告人甲要被告人乙办理银行卡交给自己以提供给网络平台，并许诺，就每张卡每月向被告乙付人民币 1000 元。（（2021）湘 0621 刑初 279 号） 被告人向“宜老板”出售贷款类应用程序的源代码。还向其提供网络服务器。收取的费用明显高于正常租赁服务器的市场价格。（（2021）鄂 0581 刑初 155 号）
提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助的	被告人开发的机器人软件在玩微信抢红包赌博时具有积分和统计功能，为赌博提供了便利”。（（2019）湘 0821 刑初 73 号） 被告人利用自己的身份替他人开户，并按他人要求设置密码，且将银行卡、电话卡、U 盾等专门用于违法犯罪的工具贩卖给他人使用。（（2020）闽 0725 刑初 114 号）

3. 张磊、张萌：《帮助信息网络犯罪活动罪司法适用问题研究——以 131 份判决书为视角》。

4. 安徽省南陵县人民法院，（2019）皖 0223 刑初 2 号，2019 年 6 月 11 日。

5. 河北省清河县人民法院，（2019）冀 0534 刑初 217 号，2019 年 12 月 30 日。

推定条件	基础事实
频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或规避调查的	被告人使用“蝙蝠”这种具有销毁数据功能的加密通讯软件与“宜老板”进行日常交流。((2021)鄂 0581 刑初 155 号)
	被告人购买物联网卡时使用假名、隐瞒真实身份。((2019)晋 1181 刑初 296 号)
	被告人租赁用于提供互联网接入的场地时，多次使用虚假的身份信息签订房屋租赁合同。((2020)黔 0201 刑初 35 号)
为他人逃避监管或者规避调查提供技术支持、帮助的	被告单位对上网人员不作任何登记。现场无人管理、不使用任何视频监控管理设备、网吧客户机均采用“无盘工作”方式，以逃避监管，规避调查。((2020)晋 0621 刑初 50 号)
其他足以认定行为人明知的情形	被告人明知公司研发的游戏软件中的积分计算功能，可使他人非常方便地利用其进行赌博，甚至被他人用于赌博违法犯罪活动，但与被帮助公司进行合作时未尽监管职责。((2019)冀 0534 刑初 217 号)

表 3 帮助者“明知”的推定条件与基础事实（裁判案例）

与此同时，最高法、最高检、公安部 2021 年 6 月《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（二）》（以下简称《意见（二）》）和 2022 年 3 月《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》（以下简称《纪要》）均指出，认定行为人是否“明知”他人利用信息网络实施犯罪，应当坚持主客观相一致的原则综合判断，结合行为人的认知能力、既往经历、交易对象、与信息网络犯罪行为人的关系、提供技术支持或者帮助的事件和方式、获利情况，以及行为人的供述，注重听取行为人的辩解合理与否。

二、帮信罪的辩护思路

鉴于前述帮信罪司法适用中的关键问题存在不同的观点与裁量空间，因此，当互联网企业、通信企业以及金融机构因涉嫌帮信罪应对刑事调查时，可以从以下几个方面入手进行辩护。

（一）从被帮助者是否构成犯罪的角度辩护

如前所述，成立帮信罪以“他人利用信息网络实施犯罪”为前置条件。如果发现被帮助者的行为不符合刑法分则的客观构成要件，则可以为帮助行为出罪。如果被帮助者实施了刑法分则中的构成要件行为，但是在数额、情节等方面没有或者无法查证达到犯罪程度时，可以在规范层面适用《解释》第 12 条第 2 款，以更高的“情节严重”之入罪门槛，从而提高创设罪轻、无罪辩护的成功率。

（二）从帮助者是否具有帮助的主观故意的角度辩护

当能够查明被帮助者实施了犯罪行为且达到刑事违法性程度时，可以从行为人主观上不具备“明知”要件的角度入手，在构成要件阶层帮助行为人为人出罪。

具体而言，缺乏主观明知的帮助行为虽然在客观上为犯罪行为提供了帮助，但是行为人对他人利用其所提供的技术实施犯罪缺乏明确认识。其行为是对所有人提供的无差别技术支持，因此行为人不具有为违法犯罪活动提供帮助的主观故意，进而得以出罪。

《解释》第 11 条对帮信罪提出了“推定明知”规则的同时，允许提出相反证据。在辩护中，可首先根据在案事实，辨析是否存在反证，例如行为人没有收到监管部门的有效通知、行为人接到举报后履行了法定职责只是没有效果，行为人提供的程序、工具具有违法犯罪外的其他用途等。如果确认存在反证，辩护人可参考《意见（二）》与《纪要》中综合判断的若干因素，从行为人的认知能力、既往经历、交易对象、获利情况、与信息网络犯罪行为人的关系等方面，推翻“明知”的推定事实，由此为行为人出罪。

（三）牵连罪名作为轻罪辩护的出路

帮信罪与上游犯罪（如诈骗罪）的共犯以及与下游的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪之间的关系，是实务中处理帮信罪的另一重要问题。《纪要》对此

亦做出特别提示。

这一问题在刑事辩护中十分重要，一方面因为帮信罪的法定刑轻，且与其他犯罪的界限易混淆。通过区分符合帮信罪犯罪构成与其他犯罪的构成要件，不失为轻罪辩护的一种路径。具体而言，帮信罪的最高法定刑为三年有期徒刑，属兜底性的轻罪罪名。样本案例亦显示，司法实务对帮信罪的裁判显著轻于其他犯罪（表4）。⁶目前司法实务对此问题缺乏统一的区分标准。从样本案例观察，不乏法院将同种网络帮助行为认定不同罪名，从而导致类似案件的量刑显著不同。以“为他人实施诈骗提供语音平台的通信传输支持”为例，即使同一法院，有的合议庭认定帮助信息网络犯罪活动罪，判处有期徒刑11个月、罚金人民币2万元，⁷有的合议庭则认定为诈骗罪，判处有期徒刑3年、罚金人民币10万元。⁸

	帮信罪	诈骗罪	其他罪名
平均量刑时间	14.2个月	51.7个月（3.6倍）	39.5个月
平均罚金	34587元	63233元（1.8倍）	83400元
适用缓刑比例	1/3	1/15	1/6

表4 帮信罪与诈骗罪、其他犯罪的实务量刑比较

另一方面，根据《刑法》第287条之二第3款，帮信行为同时构成其他犯罪的，择一重处罚。这要求辩护人在行为人构成帮信罪的场合，同样需要考虑其他罪名是否成立。

就上游犯罪的共犯而言，其与帮信罪的区别主要在于意思联络程度。在上游犯罪构成的共犯的场合，行为人的主观状态不能是对违法犯罪的可能性或必然性的仅仅有概括的认识，而是需要对其所帮助的行为对象、行为性质、行为后果具有明确的认知并与共同犯罪人形成合意。《纪要》以信用卡诈骗罪为例，指出当行为人与诈骗团伙之间形成稳定的配合关系时，应当以

诈骗罪而非帮信罪论处。此处“稳定的配合关系”即为意思联络的体现。此外，如赃款分配、使用“行话”、连续多次帮助等客观事实，亦可征表行为人主观上与帮助对象的意思联络，从而被认定上游犯罪的共犯。辩护人可以反向入手，通过阐明行为人与被帮助者的意思联络微弱因而行为人不构成共同犯罪，而仅成立帮信罪。

就掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪而言，其与帮信罪的混淆领域主要发生在支付结算行为中。该罪与帮信罪的主要区别在于行为对象和行为时点。前者的行为对象是犯罪所得和犯罪所得收益，发生于被帮助人控制被害人的财物、所实施的上游犯罪已经既遂以后。因此，在辩护中需要辨别流转钱款的性质与时间，尤其需要注意行为人是否介入了转账行为。具言之，当行为人仅提供银行卡时，如果该银行卡被用于接收被害人钱款，则构成帮信罪；如果被用于转移犯罪所得，则构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。当行为人提供银行卡并实施转账时，一旦转账行为涉及犯罪所得，即构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，属于事后为上游犯罪隐瞒资金动向，妨害司法秩序。

此外，辩护人还可以从罪刑均衡的角度，进行轻罪乃至无罪辩护。其一，同一案件不同层级的行为人在网络犯罪链条中扮演着不同角色、发挥着不同作用。例如，租售银行卡或者二维码的底层卡农通常不具备犯罪能力或犯罪能力较低，考虑其缺乏明确的对上游犯罪的认识和违法性认识，且单次帮助行为的社会危害性低，主张从轻或免予处罚。其二，“一对一”的网络帮助行为可能被认定为其他犯罪的共犯。对此，可以考虑该帮助行为的作用和意思联络的程度，如果既无重要作用，且意思联络微弱，则应当在帮信罪的框架下予以考察。在此情况下，每个被帮助者与“一对多”的网络帮助行为所产生的作用及意思联络程度相似，不法性相近，整体社会危害程度低。在帮信罪下该种情形因帮助对象数量不足而不构成犯罪，举重以明轻，行为人同样不应认定为其他犯罪的共犯，从而为辩护提供出罪的可能。

6. 周明：《“热”与“冷”：帮助信息网络犯罪活动罪的司法适用图景》。

7. 江西省余干县人民法院，（2017）赣1127刑初284号，2018年3月6日。

8. 江西省余干县人民法院，（2017）赣1127刑初271号，2018年2月23日。

第三节 如何做好合规监管人

一、如何做好合规监管人

（一）案情简介及合规工作背景

1. 案情简介

本案涉及的公司系某世界 500 强央企集团的一级子公司，拥有工程设计公路行业甲级资质等各项优质资质。其下属子公司在某路面工程标段施工中，为方便作业，由该子公司员工 A 从他处租用了性质为林地的地块以堆放石料，非法占用林地面积约 18 亩，涉嫌构成非法占用农用地罪。

检察机关经审查认为，涉案犯罪行为系单位犯罪，A 为直接负责的主管人员，因涉案公司（“公司”）及 A 认罪认罚且悔改态度较好，积极修复了被破坏的林地资源，故决定对公司适用合规考察。

检察机关委托方达担任本案的第三方监管人，对公司施工环保、临时用地方面开展专项合规监管，合规考察期限为三个月（后因客观原因延长至五个多月）。

2. 合规工作背景

本案的合规工作具有多重复杂性和特殊性：

- 犯罪成因复杂

临时用地审批涉及施工单位、发包方和政府及行政机关等多方主体的协调配合，审批难已成行业痼疾。公司作为施工单位需要独自平衡合规风险与经济利益，协调自身与发包方和政府及行政机关的多方关系，存在客观困难；其提出的合规整改措施很可能易于执行却失之表面，或是过于严苛而无法执行。因此，我们需要指导公司综合考量合规整改措施的严厉性与可行性，确保整改措施充分到位且能够落地。

- 合规主体庞大

公司作为央企集团的一级子公司，治理结构成熟完备，公司内部各层级和部门的职责较为清晰，且已有体系

化、专业化的环境保护内控机制。若能充分运用并优化其现有治理体系及内控机制，无疑是兼顾经济效益和合规效益的最优途径。因此，我们需要在充分理解公司现有治理架构与内控流程的基础上，指导其在已有的制度、体系中准确嵌入合规管控流程与措施，既经济又有效地完成整改。

- 异地开展合规

公司总部与各子公司分别位于不同省市，各地环境保护和临时用地的监管政策存在较多差异，且大量合规建设与整改工作要求异地开展。我们需要熟练运用相关领域的专业知识，指导公司建立既能充分归纳共性要求又能兼顾各地实践的专项合规体系，并全程监督、评估跨地域多主体的合规整改工作。

- 整改期限有限

受限于现有刑事诉讼程序的办案时限，检察机关最初确定的合规整改期限仅为 3 个月，这对我们指导公司准确开展犯罪成因分析、做出有效合规承诺并实际履行提出了极高的要求。我们需要在前期准备阶段高效、精准地研判公司在合规领域存在的薄弱环节和突出问题，指导其制定出有效的合规计划并通过检察机关审查，以便给公司预留相对充分的履行合规承诺时间，避免徒有框架无法落地的“纸面合规”。

（一）履职方法

履职方法是我们在担任第三方监管人时所采用的具体工作方法。我们选取了较为关键的三个履职环节，就相关方法予以展开。

1. 履职环节一：充分做好前期准备

第三方组织充分的前期准备，是有效指导涉案企业开展合规整改的基础。第三方组织成立后，应当在负责办理案件的人民检察院的支持协助下，深入了解企业涉案情况，认真研判涉案企业在合规领域存在的薄弱环节和突出问题，准确把握企业涉案的根本原因，以合理确定涉案企业适用的合规计划类型，做好相关前

期准备工作¹。

我们在甫一介入本案之际就通过阅卷、与A和其他关键人员访谈等方式了解具体案件成因，通过调取组织结构图及公司治理制度剖析公司的组织架构，迅速选定项目管理部、法律部、财务部和办公室等与专项合规密切相关的核心部门，并要求各核心部门主要负责人全程参与合规工作，精准切入公司管理流程的要害。由于案件的发生具有行业性特点，为了进一步挖掘问题深层原因，制定切实可行的整改计划，我们没有局限于案件涉及的单一项目，而是对公司大量同类项目展开调研。综合案情及企业特点，我们通过现场走访、线上线下访谈、文件审阅等方式复盘了公司的决策审批流，协助公司对涉案情形进行深入的归因分析，准确定位了公司形成合规风险的原因：

- 原因一：风险识别能力不足

公司在工程建设领域具有多年经验，在其众多项目中均涉及大量临时用地的使用问题。实践中，临时用地审批长期面临周期长、审批难等客观困难，但公司却从未及时将其识别为合规管理的重点领域，致使临时用地监管环节真空。

经我们深入调查，在该类项目中，既存在发包方过于强势，给施工方设定过重义务；又往往存在政府部门在项目前期口头承诺协调审批，但后续支持工作不够等复杂原因。公司虽然对项目上述困难有所预见，但是对具体问题的重视不足，未能准确识别临时用地的合规风险内容及等级。综合全案，我们发现公司存在用地选址及用量标准缺失、决策审批合一、财务申报层级较低且审批流程粗放、决策人员未被列为重点人员亦未受到合理监管等制度性缺失问题，导致相关环节风险失控。

- 原因二：整体合规意识欠缺

本案上升到刑事案件的重要原因在于公司的合规意识不足，对于可能出现违法苗头的行为及事件没有及时、妥善处理，存在短视的情况。

经我们复盘发现，早在案发半年前，涉案项目的工程进度、备料已出现严重滞后，且公司还曾因此支付了相当数额的罚金，有关部门甚至曾警示将约谈公司法定代表人。作为事件延长链，公司负责运营的下属机构扩大临时用地面积、占用涉案地块，均未引起公司的足够重视。公司没有考虑到事件延续可能带来的连锁反应，直至被行政部门查处并移送公安机关。

- 原因三：决策过度利益化导向

本案发生的另一个因素在于公司在商业决策过程中过度关注利益，未合理屏蔽合规风险。

我们了解到，公司作为涉案标段投标人，对建设经营活动自负盈亏。为充分争取中标机会，公司在合同中承担了较重的义务和较高的风险。而在项目前期规划及决策过程中，公司仅从控制项目成本的角度考量，没有预留合理的临时用地审批时间及使用面积。因此，当工程备料滞后时，公司在压力之下冒险非法占用了林地。

深入参与企业涉案的根本原因分析，有助于我们准确定位企业不合规的“痛点”，从而有的放矢地指导企业做出可行、有效且全面的合规承诺。

2. 履职环节二：有效审查并指导完善合规计划

涉案企业制定并提交的合规计划，是其开展合规建设及第三方组织进行合规评估的基础和依据。第三方组织的一个重要职责就是对涉案企业合规计划的可行性、有效性与全面性进行审查²，并指导涉案企业进行修改和完善。

我们在前期准备阶段即将结束时就向公司书面提出合规计划建议，明确指出我们发现其目前存在的四类合规风险，就合规计划书的结构及内容做出具体要求，如应当包括充分的犯罪成因分析及合规现状自查，整改措施应当具体且落实到责任部门，并就完成时间及标志做出承诺等。书面建议中我们重点提出了八大类整改意见，包括：1)完善合规组织架构，明确合规管理委员会的工作方式和议事规则，使其在决策中真

1. 《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）实施细则》第二十七条。

2. 《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）实施细则》第二十九条。

正发挥作用；2）加强风险识别和评估，项目相关合规风险应当前置研判；3）建立临时用地专项合规管理制度，提高临时用地事项决策及财务审批的层级；和4）将财务管控机制作为合规有效抓手，将合规审查程序嵌入资金审批流；等。

公司最初提交的专项合规计划书缺少对犯罪成因的根本分析，也未就公司的合规体系现状进行客观分析；提出的整改措施既未涉及对合规系统的查缺补漏，亦缺乏可操作性，相关整改措施的责任部门、完成标志及完成时间均不清晰。经我们的充分沟通及多达10余版修订，终于定稿并经检察机关审核通过。

• 审查及完善视角一：企业风险自查的充分性

对公司提交的合规计划，我们重点关注其对犯罪成因的根本分析、相关风险节点的排查过程和结果；其是否采用了科学的风险分析方法；以及其梳理形成的风险领域、风险节点和风险等级与我们的研判是否一致。

公司最终提交的合规计划书对犯罪成因的分析从梳理临时用地管理制度、决策流程及实际执行情况着手，梳理出与决策机制、财务审批及整体合规意识相关的三大五小具体成因，并归纳了与成因密切相关的四大合规风险点：1）合规组织架构和职能不健全；2）缺乏对环境保护和临时用地等专项合规风险的识别和应对机制；3）缺乏临时用地合规管理专项制度；和4）企业合规意愿不强。

我们认为，其分析思路和方式科学合理，且具体风险内容涵盖了决策风险、经营风险、财务风险及合规风险四大核心风险领域，与我们前期的研判基本一致，对风险的自查较为充分。

• 审查及完善视角二：合规整改措施的针对性

对于已经确定的风险点，我们重点审查公司的合规计划是否能针对性地修复其合规领域的薄弱环节，封堵明显漏洞，相应措施能否足以防止相同或者类似的违法犯罪再次发生。

按我们提出的“整改措施与合规风险应当逐一呼应”之要求，公司承诺，在考察期限内将履行八大类十七条具体整改措施，逐一对应前述四大合规风险点，如：建立临时用地专项合规管理体系；加强风险识别和评

估；建立基于风险的合规培训制度；和发挥管理层合规表率作用等。此外，根据我们“提高临时用地事项决策及财务审批的层级”这一直接针对犯罪成因的建议，公司也相应提出了整改措施：一是明确了临时用地报批与使用的责任主体，任何临时用地在投入使用前均需获得上级公司办公室和法律部的事前审批；和二是加强对临时用地费用支付的财务管控，临时用地相关费用支出的审批和管控全部提升至上级公司层面。

我们认为，上述措施既有针对合规体系的修补完善，也有针对本案犯罪成因的直接整改，针对性较为突出。

• 审查及完善视角三：合规整改措施的可行性

防止纸面合规是第三方考察工作的重点。因此，对于公司做出的合规承诺是否能嵌入业务流程、承诺完成的时间及拟采取的措施是否可行，是我们关注的焦点。

在本项目的现场启动会上，我们即在复盘项目决策、实施流程的基础上，要求公司应当在项目进场前及时对合规风险进行集体研判。公司根据项目管理经验，认定项目进场策划阶段是合理规划临时用地的关键节点，因此，其拟对《项目进场策划管理规定》《项目策划大纲模板》和《标前策划实施细则（试行）》等制度及流程予以完善，并在OA系统中增设关于临时用地事项的新模块，及时跟踪监督各施工部门获取地块行政手续的情况。

经对公司的业务流和审批流的穿行试验，我们认为，公司的上述措施能够确保合规承诺实际融入业务流程，实现制度真正落地。

3. 履职环节三：合理设置有效性评估指标

有效的合规整改，涵盖了有效设计、有效执行及结果有效三个层次，贯穿第三方机制运行全程。因此，第三方监管人自始即应设立合规整改的有效性评估指标，并予以指导企业开展合规整改。

我们于前期即对涉案原因做出深入分析，在现场调研中与专项合规所涉及的业务、财务、环保、法务等多个部门进行了集中和分别的沟通交流，在归纳并确认案发原因之后，基于企业合规的经验，在现场就从对应有效性评估指标的视角提出了对于合规计划的进一步修改思路，并即时听取了各部门的意见，以期保证

拟定的合规制度更具有针对性以及可落实性。工作现场我们要求：1)厘清公司党委会、总经理办公会、部门三重一大会议的决策范围及决策流程，找准临时用地事项决策的嵌入层级及环节；2)了解公司现有PM系统运行逻辑及流程，考虑增加临时用地和环保资质审批的实现途径；和3)积极探索临时用地使用的替代方案，如使用宅基地、工业用地的可行性；等。在随后的整改过程中，我们也不断就具体合规措施的实际效果与各部门经办人直接沟通。

• 层次一：有效设计

如前所述，我们在公司做出合规承诺之初，就设立了有效性指标。如对犯罪成因的自查方式、风险梳理结果、对合规体系现状的评估及差距分析以及整改措施的全面性、针对性和可行性等。我们就相关指标与公司进行了充分沟通，并在审核其合规计划书时对相应指标予以充分关注。

公司在提交的合规计划书初稿中，大部分制度修订工作的完成时间均被计划至整改接近结束时。我们提出，制度修改进度要符合实际，重大制度修订所需的内部决策、审批流程较长，可以稍迟落地；而如培训制度等的修订则较为简便，应当适当提前，以便尽快落实。公司吸收了我们的意见并转化成为相应的合规承诺，最终计划里承诺的制度修订工作也实现了分阶段完成。

• 层次二：有效执行

在整改落地阶段，我们标记出了与执行相关的有效性指标，如公司是否按计划的合规整改进度和相应的工作成果来履行承诺。

公司在整改期间，基本能对照合规计划书中承诺的具体整改工作的完成时间落实整改措施，并形成了对应的工作成果。如就沟通、举报机制的整改措施而言，公司在新制定的《企业合规建设实施方案》中要求各施工部门增设不合规事项举报箱，悬挂于不设监控区域，公布举报邮箱及电话，并鼓励员工就其了解到的项目施工中的临时用地和环境保护方面的不合规事项向公司反映，或就遇到的合规问题向公司咨询。我们抽取一个施工部门开展实地走访，发现其已经在监控盲区设立了举报箱，并在举报箱上公示了举报邮箱及电话，且通过了我们的模拟举报测试。

• 层次三：结果有效

在最终的合规考察书面报告中，我们重点标记出了与结果相关的有效性指标并予以综合评估。

以公司对合规组织架构的整改措施为例。公司经过合规建设，成立了由管理层组成的合规委员会，构成中包括了党委、纪委和董事会等核心管理部门的主要负责人；在公司下级子公司设置合规管理领导小组，由子公司党委书记任领导小组组长，总经理和纪委书记任副组长，各部门经理任组员。其完善后的合规组织架构包括了核心管理层，并有具体的工作方式和议事规则，确保了合规部门具有足够的权威和地位，合规优先于业务也因此具备了可能性。公司承诺就合规组织架构进行优化和整改，实际也搭建起了两层由核心管理人员组成的合规组织架构，其就合规组织架构的合规整改结果是有效的。

（二）履职思路

除了前述较为具体的履职方法，我们还在履职中秉持了一些关键的履职思路，从总体上及原则上确保全程有效履职。

1. 履职思路一：激活企业合规意愿

涉案企业的合规意愿，是有效合规体系的灵魂。只有当企业主动选择“合规优先于业务”的价值取向时，合规体系才可能得到有效的设计和执行，并最终转化为合规成果。因此，我们在履职过程中，尤其注重持续发力协助企业培育并激活合规意愿。

本案履职中，我们亲历了公司合规意愿的萌发及成长。在前期准备阶段，公司合规意愿较为有限，如在重要的项目会议等环节并未计划安排主要负责人出席，经我们提醒才邀请了党委负责人、纪委书记、监事会主席等人员参会，并特别邀请了公司上级集团公司的领导参加，会后相关负责人均主动要求参与了此后的合规整改工作。而经过5个多月的合规建设与整改，公司在承诺的合规考察期结束后，依然主动持续开展合规建设，并选取临时用地合规相关课题，成功申报上级集团的管理创新课题，拟研究集团层面构建完善、有效的临时用地合规管理体系。公司希望在集团层面优化业务流程并持续更新，更深层次地化解临时用地的合规风险，提升依法合规治理能力，打造法治央企、

诚信央企。这是公司从“要我合规”到“我要合规”理念转变的重要表现。

2. 履职思路二：触达有效合规实质

本案系子公司实施的涉罪行为，但我们在充分调研公司的治理结构后认为，相较于公司，负责施工的子公司的结构特点并不具备有效合规的优势。必须将公司及其所有下级公司纳入合规整改主体范围，自上而下实现合规资源的投入、贯彻预防犯罪的原则，才能充分保证合规有效性。即使公司主要履行管理职能且在编人员有限，不适合作为合规建设的主要实施方，但也需要参与合规建设，尤其应当履行对其下级子公司人事与业务的监管职能。

我们对公司合规风险及对子公司的影响程度进行了量化测量，结果显示，公司内部的确存在管理层合规意识不强、缺乏业务风险的针对性培训等一系列问题；公司作为统一管理的决策单位，具备对全部子公司实施有效监管的条件，对公司进行合规整改具有必要性和可行性。

我们在第三方机制启动后就此思路与检察机关沟通并得到了支持，后又与公司充分沟通并达成一致。在此后的合规整改过程中，公司及下级子公司均高度重视，最后还将公司本次专项合规的整改经验在集团内推广。据此，根据我们的建议，检察机关在综合案件具体情况、充分征求公司意见的基础上，将合规建设的主体范围准确拓展至子公司的上级集团公司，以保证合规整改的有效性，实现有效合规。

3. 履职思路三：充分发挥履职能动性

涉案企业合规整改涉及的时空范围较广，参与主体众多，工作流程复杂，第三方组织在恪守中立性的同时，也应当充分发挥自身履职的能动性，畅通整改路径，协助应对各种突发情况。

如，在整改期间内，公司因疫情封控等客观原因导致无法按原计划期限完成整改，且承诺的关键整改措施诸如邀请专家开展环保合规培训等也无法开展。在考察过程中，我们始终与公司保持联系，及时将相关情况反馈给检察机关，并建议适当延长考察期限。同时，我们建议公司调整培训顺序及方式，先由公司法务部门牵头，就非法占用农用地相关案例组织集中学习；

再进行企业合规与内控管理的线上培训；待客观原因消失后，再行落实环保专家培训计划。检察机关充分采纳了我们的意见，同意延长考察期限，并对公司修订后的合规计划予以认可，充分地保证了合规计划的有效落实。

公司合规整改完成后，我们出具了合规考察书面报告，就公司履行合规承诺的情况、我们开展监督评估的程序、方法、依据及结论进行了详细说明。检察机关组织召开听证会并邀请人大代表、行政机关和公安机关的代表到场，最终参会各方一致认可公司合规整改的有效性，检察机关依法对涉案单位做出不起诉决定。

第四节 企业视角下对第三方机制的理解与司法红利

一、涉案企业合规改革与合规激励

2022年4月，最高人民检察院（下称“最高检”）正式宣布涉案企业合规改革试点在全国检察机关全面推开。最高检检察长张军也特别强调，原则上有条件的县级检察院也应尝试办理企业合规改革案件。¹在“全国”展开意味着涉案企业合规改革在地域上的全面铺开，而行政级别到“县级”检察院则意味着该改革在层级上的纵深发展。

在国家强调“保市场主体”、推进涉案企业合规改革的背景下，可以预见，必然有更多数量、更多类型的企业适用涉案企业合规改革。企业可以抓住时机，把握司法制度的激励红利。

1. 关键词一：合规激励

企业合规刑事激励意味着，原本注重打击的刑事报应正在转向注重对被害人的补偿以及减少对无辜第三人利益的损害。从刑法机能的角度讲，企业合规刑事激励直观上表现为对企业的从宽处罚，但其最终目的并不是让企业通过建构合规制度从而在涉案时获得减轻刑罚处罚的结果，而是试图通过行政处罚、刑事处罚层面的激励，让企业建构科学、完备、高效的管理制度，实现企业治理的现代化和法治化，进而预防犯罪行为

的发生。²

2020年3月，最高检第一次明确将上海、江苏、山东、广东等6家基层检察院作为开展企业合规改革的试点，开展适用涉案企业合规相对不起诉制度，围绕推进企业合规建设进行探索实践。

2021年3月，最高检进一步扩大涉案企业合规改革试点，下发《关于开展企业合规改革试点工作方案》。该方案旨在充分发挥检察职能，要求检察机关做好对涉案企业负责人依法不捕、不诉、不判实刑，并提出“探索建立企业合规第三方监管机制”。

2021年6月，《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》（下称“《意见》”）出台，要求应当将第三方组织对企业合规考察的合规材料，作为检察机关捕不捕、诉不诉、提出量刑建议、检察建议等的重要参考。

2022年4月，九部门联合发布《涉案企业合规建设、评估和审查办法》（下称“《办法》”）。根据《办法》，涉案企业合规建设经评估符合有效性标准的，检察机关可以依法作出不批准逮捕、变更强制措施、不起诉的决定，提出从宽处罚的量刑建议。

2020年3月最高人民检察院部署开展首批涉案企业合规改革试点工作

• 最高检在上海、江苏、山东、广东的6家基层检察院，试点开展“企业犯罪相对不诉适用机制改革”
• 检察机关对于办理的涉企刑事案件，在依法落实“少捕慎诉慎押”检察政策的同时，督促涉案企业作出合规承诺并积极整改，促进企业合规守法经营，预防和减少企业违法犯罪。

2021年3月最高检扩大试点范围，发布《关于开展企业合规改革试点工作方案》

• 在北京、辽宁、上海、江苏、浙江、福建、山东、湖北、湖南、广东10个省份开展为期1年的第二期试点工作。
• 对案件范围进行了扩大，不仅包括相对轻微犯罪，也包括重罪。对于重罪，检察机关虽然无法作不起诉决定，但是可以提出相对轻缓的量刑建议。

2021年6月《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》

• 人民检察院在办理涉企犯罪案件过程中，应当将第三方组织合规考察书面报告、涉案企业合规计划、定期书面报告等合规材料，作为依法作出批准或者不批准逮捕、起诉或者不起诉以及是否变更强制措施等决定，提出量刑建议或者检察建议、检察意见的重要参考。

2022年4月《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》

• 对于涉案企业合规建设经评估符合有效性标准的，人民检察院可以参考评估结论依法作出不批准逮捕、变更强制措施、不起诉的决定，提出从宽处罚的量刑建议，或者向有关主管机关提出从宽处罚、处分的检察意见。

1. 参见“如何让好制度释放司法红利——全国检察机关全面推开涉案企业合规改革试点工作部署会解读”，载最高人民法院官网，https://www.spp.gov.cn/zdgz/202204/t20220402_553256.shtml。

2. 参见“合规刑事激励：促进企业治理现代化法治化”，载最高人民法院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/llj/202201/t20220126_542859.shtml。

以最高检发布的两批共 10 个涉案企业合规典型案例来看，检察院对其中 7 起案件决定不起诉，对 3 起案件提出了轻缓量刑的建议（包括对责任人的缓刑）。由此可见，适用涉案企业合规改革、获取“轻缓化”刑事后果的落地操作已经得到官方充分认可。

2. 关键词二：合规不起诉

有不少文章或人士常将涉案企业合规改革代之以“合规不起诉”，将二者混为一谈，这其实是不准确的。

根据最高人民检察院于 2021 年 4 月下发的《关于开展企业合规改革试点工作方案》，企业合规改革试点工作是指，检察机关对于办理的涉企刑事案件，在依法做出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑建议等的同时，针对企业涉嫌具体犯罪，结合办案实际，督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实，促进企业合规守法经营，减少和预防企业犯罪。³ 最高检曾多次在权威媒体、公开会议上强调，对法定刑在三年以上有期徒刑案件，开展合规并不意味着必然对企业予以不起诉处理，⁴ 因此，“涉案企业改革”并不等于“合规即不起诉”。

但是，涉案企业合规改革制度充分体现了合规对企业的刑事激励。其已经由最初的合规不起诉阶段进入合规从宽阶段。⁵ 对于企业及其经营管理者在生产经营活动中涉嫌犯罪的，企业通过严格监督、评估的合规整改，可以实现不批捕、不起诉、轻缓量刑等刑法效果。

3. 关键词三：合规互认

涉案企业合规改革机制下，合规激励既体现在对企业负责人的不捕、不诉、轻缓量刑，也体现在对企业本身的处罚实现刑行衔接，推动与行政部门间的合规互

认。⁶ 例如，深圳检察机关积极推动的“合规互认”模式中，检察机关因涉案企业开展合规建设而作出不起诉决定后，行政执法机关仍需对涉案企业进行行政处罚的，检察机关可以向行政执法机关提出从宽处理的意见，并将企业合规计划、合规考察报告等同步移送。在企业合规的典型案例“深圳 X 公司走私普通货物案”中，检察机关加强与行政机关的沟通协作，其对企业的合规考察意见成为了深圳海关对 X 公司作出行政处理决定的重要参考。同理，对于涉案企业在行政机关、公安机关办案阶段已经作出合规承诺、开展合规整改的，检察机关也可以对已经开展的企业合规程序予以确认。目前，深圳市检察机关“合规互认”的经验做法已在广东全省复制推广。⁷

二、企业视角下的涉案企业第三方机制

第三方机制属于涉案企业合规改革中的监管机制。对于符合第三方机制适用条件的，由第三方组织对涉案企业的合规情况进行考察，其结果作为人民检察院处理案件的重要参考。对于未启动第三方机制的小微企业合规案件，则由人民检察院审查其合规情况。

最高检公布的统计数据显示，经过两期改革试点，10 个试点省份检察机关共办理涉案企业合规案件 766 件，其中适用第三方机制案件 503 件，占比 65.7%。部分非试点省份检察机关主动根据本地情况在试点文件框架内探索推进相关工作，办理合规案件 223 件，其中适用第三方机制案件 98 件，占比 43.9%。⁸ 适用第三方机制已经成为涉案企业合规改革的主要路径。

1. 适用主体：哪些企业可以适用第三方机制？

《意见》明确，对于同时符合下列条件的涉企犯罪案

3. 参见“最高检下发工作方案 依法有序推进企业合规改革试点纵深发展——第二期改革试点范围扩大至北京、浙江等十个地区”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202104/t20210408_515148.shtml#1。

4. 参见“新时代新征程新理念新作为 | 一池春水满堂花——检察机关以严管厚爱开展涉案企业合规改革纪实”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/zdgz/202203/t20220302_546350.shtml。

5. 参见“权威解读 | 谢鹏程回应有关企业合规从宽制度改革的质疑”，载澎湃新闻，https://m.thepaper.cn/baijiahao_15101116。

6. 涉案企业合规改革还需强化“刑行衔接”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202205/t20220511_556521.shtml。

7. 参见“合规互认挽救涉案企业生命——深圳检察系列创新举措深化企业合规改革”，载法治网，<http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20220226/Article04001GN.htm>。

8. 参见“最高检会同全国工商联召开会议 检察机关全面推开涉案企业合规改革试点”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/zdgz/202204/t20220406_553393.shtml。

件，人民检察院可以适用第三方机制：

- (1) 涉案企业、个人认罪认罚；
 - (2) 涉案企业能够正常生产经营，承诺建立或者完善企业合规制度，具备启动第三方机制的基本条件；
 - (3) 涉案企业自愿适用第三方机制。
- 但是，以下情形除外：

- (1) 个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业的；
- (2) 公司、企业设立后以实施犯罪为主要活动的；
- (3) 公司、企业人员盗用单位名义实施犯罪的。

至于涉案企业类型，最高检相关人士指出“无论是民营企业还是国有企业，无论是中小微企业还是上市公司”，符合上述条件的，都可以适用。⁹

2. 适用罪名及情形：哪些案件可以适用第三方机制？

《意见》规定，公司、企业等市场主体在生产经营活动中涉及的经济犯罪、职务犯罪等案件可以适用涉案企业第三方监管，这类案件既包括公司、企业等实施的单位犯罪案件，也包括公司、企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施的与生产经营活动密切相关的犯罪案件。对于纪检监察机关认为涉嫌行贿的企业符合适用条件并向检察院提出建议的，也可以参照适用。最高检还特别强调，涉案企业合规改革试点同样适用于资本市场。¹⁰

但《意见》同时明确，涉嫌“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪的”不适用于企业合规试点以及第三方机制，并预留了“其他不宜适用的情形”作为兜底条款。

值得注意的是，2022年4月，最高检提出“涉案企业责任人可能判处三年以上有期徒刑的涉企犯罪案件，以及重大疑难复杂案件”要由省级检察院统一把

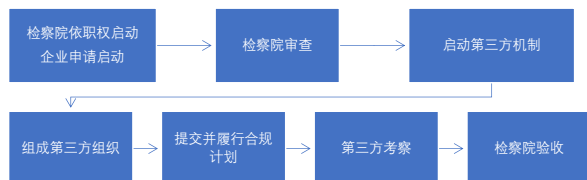
关，稳妥、规范办理¹¹。最高检的态度在一定程度上回应了此前“涉案企业合规从宽的案件适用范围应限定在三年以下”的观点¹²，但也同时保留了对上述案件的审慎立场。

实践中，从合规试点的主要合规案件类型来看，前期合规案件主要包括涉税犯罪、污染环境罪、重大责任事故罪、职务侵占罪、非国家工作人员行贿罪、非法经营罪等罪名，其中虚开发票类案件约占总数的三分之一。而到后期，生产销售伪劣产品罪、非法采矿罪、非法占用农用地罪、帮助信息网络犯罪活动罪、侵犯公民个人信息罪、侵犯商业秘密罪等其他类型的案件数量也逐步上升。¹³

涉税犯罪	污染环境罪	重大责任事故罪	职务侵占罪
非国家工作人员行贿罪	非法经营罪	生产销售伪劣产品罪	非法采矿罪
非法占用农用地罪	帮助信息网络犯罪活动罪	侵犯公民个人信息罪	侵犯商业秘密罪.....

3. 适用流程：企业应如何适用第三方机制？

根据《意见》《办法》及其配套文件，对涉案企业适用合规改革及第三方监管，主要有以下基本流程：



9. 参见“专访最高检检委会副部级专职委员万春：涉案企业合规改革向纵深推进”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202203/t20220308_547986.shtml。

10. 参见“最高检驻中国证监会检察室成立”，载最高人民检察院微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/pujh-FfL9IMAKOKYaVEpyw>。

11. 参见“涉案企业合规改革试点全面推开！这次部署会释放哪些重要信号？”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/zdgz/202204/t20220402_553256.shtml。

12. 参见“涉案企业合规改革试点全面推开 适时推动完善立法”，载新浪财经，<https://finance.sina.com.cn/china/2022-04-09/doc-imcwiwst0740669.shtml>。

13. 参见“专访最高检检委会副部级专职委员万春：涉案企业合规改革向纵深推进”，载最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202203/t20220308_547986.shtml。

(1) 启动

- 检察院依职权启动：检察院在办理符合条件的涉企案件时，应及时征询涉案企业、个人的意见。
- 企业申请启动：涉案企业可以向检察院提出适用企业合规试点以及第三方机制申请。
- 检察院对于拟作不批准逮捕、不起诉、变更强制措施等决定的涉企犯罪案件，可以根据《人民检察院审查案件听证工作规定》召开听证会，并邀请第三方组织组成人员到会发表意见。

(2) 审查

- 检察院经审查认为涉企犯罪案件符合第三方机制适用条件的，可以商请本地区第三方机制管委会启动第三方机制。
- 第三方机制管委会抽取人员组成第三方组织，并向社会公示。

(3) 提交并履行合规计划

- 涉案企业根据自身实际情况，向第三方组织提交专项或者多项合规计划，明确合规计划的承诺完成时限，并对照承诺内容及完成时限履行合规计划。

(4) 第三方考察

- 合规考察开始前，第三方组织应对涉案企业合规计划的可行性、有效性与全面性进行审查，确定合规考察期限。
- 在合规考察期内，第三方组织对涉案企业合规计划履行情况进行检查和评估，同时抄送负责办理案件的人民检察院。
- 合规考察期届满后，应当对涉案企业的合规计划完成情况进行全面检查、评估和考核，并制作合规考察书面报告，报送第三方机制管委会和人民检察院。

(5) 检察机关验收

- 检察院应结合第三方组织合规考察书面报告、涉案企业合规计划、定期书面报告等合规材料，依法作出是否批准逮捕、是否起诉、是否变更强制措施等决定，并提出量刑建议或者检察建议、意见。

第五节

第三方监督评估机制下三方主体的履职要点——对《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》的解读

引言：2022年4月19日，全国工商联、最高人民检察院、司法部、财政部、生态环境部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国贸促会等九部委联合印发了《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》（“《办法》”），以依法推动企业合规改革试点工作，规范第三方监督评估机制（“第三方机制”）相关工作有序开展。《办法》清晰界定了第三方机制下涉案企业合规建设、评估及审查三个关键环节；围绕合规有效性这一实践难点明确规定了涉案企业、第三方组织和检察机关三方主体各自的重要履职内容，尤其是涉案企业合规建设的重点；首次从“官方”层面框定了专项合规整改计划和合规管理体系有效性的评估要点，是涉案企业合规改革领域具有阶段性意义的规范性文件。需要注意的是，虽然《办法》重点强调了三个关键环节中较为主要的主体履职内容，但这并不意味着每个阶段仅由一个主体独自开展合规相关工作。实际上，三方主体的交互履职持续贯穿了第三方机制运行的全流程，这是保证涉案企业合规相关工作真正有效的关键。本文拟在解读《办法》涉及的三方主体履职要点基础上，结合相关规范性文件及我们参与涉案企业合规相关项目的经验，对《办法》暂未涉及的三方主体重要履职要点一并予以说明。

一、《办法》概述

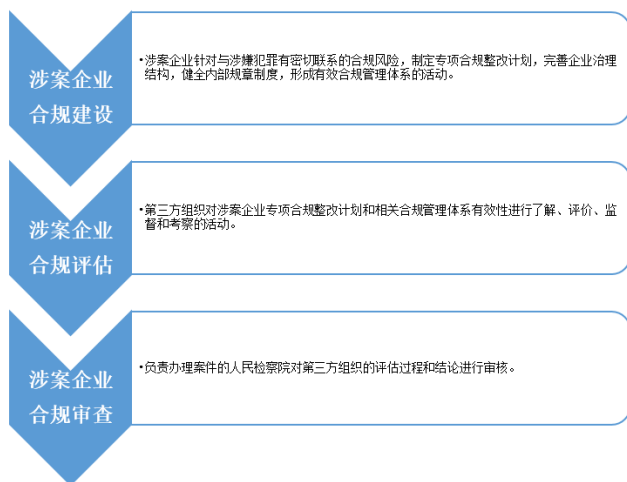
《办法》是涉案企业合规改革领域一脉相承的规范性文件。从制定主体来看，《办法》的制定主体与2021年最高人民检察院等九部委《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》（“《指

导意见》”）及其实施细则（“《实施细则》”）的制定主体一致。从制定目的来看，《办法》是为了认真落实《指导意见》及《实施细则》，依法推进企业合规改革试点工作，规范第三方机制相关工作有序开展。



从规范内容来看，《办法》径直聚焦于《指导意见》和《实施细则》中“第三方机制的运行”的相关内容，界定了涉案企业合规建设、评估及审查三个关键环节的概念，以及涉案企业、第三方组织和检察机关等三方主体在三个关键环节中的重要履职要求；高亮了涉案企业合规建设的重要要素；首次触及了第三方组织

对合规整改计划和合规管理体系有效性的评估要点及评估方法；规定了检察机关开展合规审查的重点内容，并明确了符合或未达到有效性标准的涉案企业合规建设在刑事诉讼程序中的具体运用方式。



(一)《办法》涉及的三方主体履职要点

1.《办法》以第三方机制中的三个关键环节为切入点，明确了三方主体如下的履职要点。

(1) 涉案企业的任务与职责

《办法》第二章明确了涉案企业在合规建设中的原则性任务与职责，即全面停止涉罪违规违法行为，成立合规建设领导小组，在开展风险排查的基础上制定专项合规计划并依计划执行，最终实现有效防止相同或类似违法犯罪行为再次发生的根本目的。《办法》重点规范了合规计划的内容，需包括：

- 高层合规承诺；
- 设置合规管理机构或人员，并确保该等机构或人员的独立性及权威性；
- 建立健全合规管理的制度机制，并为该等制度机制的有效运行提供人力物力保障；
- 设置适当的合规目标，并细化合规措施；
- 建立检测、举报、调查和处理合规风险的机制；
- 建立合规绩效考评机制；
- 建立持续改进、定期报告机制。

(2) 第三方组织的任务与职责

《办法》第三章集中明确了第三方组织在合规评估中的原则性任务与职责，即对涉案企业专项合规整改计划和相关合规管理体系有效性的评估，同时对评估工作的方法做出了要求。

评估内容重点包括：

- 对涉案合规风险的有效识别、控制；
- 对违规违法行为的及时处置；
- 合规管理机构或者管理人员的合理配置；
- 建立合规管理制度机制以及保障人力物力资源的供给；
- 监测、举报、调查、处理机制及合规绩效评价机制的正常运行；
- 持续整改机制和合规文化已经形成。

评估工作要求包括：

- 制定具体细化且可操作的合规评估工作方案；
- 制定符合涉案企业实际的评估指标体系。

(3) 检察机关的任务与职责

《办法》第一章和第四章对检察机关在合规审查中的原则性任务与职责予以了明确。检察机关应当对第三方组织报送的合规考察书面报告予以审查，并应当依据对涉案企业合规建设的评估情况（符合有效性标准或未达到有效性标准），依法作出从宽或从严的决定。

2.《办法》关注的三方主体履职要点之共性

《办法》所关注的三方主体履职要点初步触及了企业合规改革试点工作的深水区，即涉案企业合规的有效性标准。在我国企业合规改革试点工作的实践过程中，应当设置怎样的评估指标维度，如何运用前述指标维度来量化评估涉案企业合规建设与整改的效果，以及如何形成可供检察机关运用的指标维度并据此做出从严或从宽处理决定的最终成果，一直是各界关注和争议的热点。

《办法》作为现阶段我国企业合规改革试点领域约束力最强的规范性文件，对相关领域的难点即合规有效性问题首次做出回应。《办法》对涉案企业合规建设的要求，以及对第三组织开展评估工作的内容与方法明确，均与域外司法领域通行的有效性评价标准中的重要方向或要素有一定程度的重叠。如《办法》要求涉案企业履行的合规建设内容，涉及到美国司法部刑事部门发布的《公司合规计划评价》中风险识别及评估、高层合规承诺、合规独立自主性及资源保障、举报机制和调查流程以及合规管理体系的持续改进能力等方向或要素；而该等方向或要素在域外司法实践中，也是判断企业合规计划有效性的重要评价维度。

在当下，我国尚未成型的有效性评价标准，《办法》为涉案企业的合规建设、评估以及审查等关键环节及相关主体的工作释明了方向。

（二）《办法》之外的三方主体履职要点

《办法》从合规有效性视角出发，采用关键环节单一主体的履职视角，凸显了第三方机制下涉案企业合规改革的关键环节，以及关键环节中某一主体的履职要点。该等表述方式虽为突出合规有效性视角，但可能会造成“第三方机制完整流程被分割为三个阶段，每个阶段由单一主体履职”的误读。实际上，《办法》所依据的《指导意见》及《实施细则》均明确要求，三方主体在合规建设、评估及审查等第三方机制运行的全流程应当持续履职。三方主体全程交互履职，是保证涉案企业合规相关工作真正有效，以及第三方机制运行顺畅的必然要求。

概括而言，涉案企业应当提交专项或者多项合规计划，在检察机关及第三方组织的全程监督指导下，对照承诺工作内容及考察时限积极履行合规建设与整改职责；第三方组织则应当从第三方机制启动后，即参与指导、监督、评估和考核涉案企业合规建设的准备及实施全过程；检察机关应当对第三方机制运行全程进行指导，包括但不限于对具体工作内容的审查和调查核实，以及提出意见建议。

根据我们参与项目的相关经验，我们认为具体到第三方机制运行全程，三方主体的履职要点应当包括：

1. 前期准备及合规承诺阶段

这是第三方机制运行的第一阶段，该阶段的重要工作目标是制定一份可行、有效、全面的涉案企业合规计划。

涉案企业是合规计划制定及提交的主体。涉案企业应当分析犯罪成因，据此识别并评估与企业内部治理结构、规章制度、人员管理相关的合规风险。从有效防止相同或者类似的违法犯罪再次发生的目的出发，确定需要建成的合规管理规范、合规组织体系及合规风险防范机制。此外，相关规范、体系和机制应当嵌入业务流程，并拟定兼具针对性和可操作性的合规建设及整改的措施、计划完成时间及完成标志，形成合规计划。制定过程中，涉案企业应当参照第三方组织发

现并确认的相关合规风险点，合规计划类型，以及第三方组织和检察机关对合规计划的意见。

第三方组织在本阶段的工作是协助涉案企业实现前述目标。由于涉案企业自身的利益相关性与合规理念的局限性等因素，仅由其单方制定的合规计划往往不够全面和严厉，因此第三方组织需要在检察机关的支持下，通过审阅文件、现场走访、人员访谈、调查问卷等方式深入了解企业涉案情况，准确定位涉案企业在合规领域存在的薄弱环节和突出问题，初步明确适当的合规计划类型，并就涉案企业提交的合规计划给出意见。

需要特别注意的是，涉案企业出现违法问题的原因很可能具有现实的复杂性，涉及社会综合治理问题。对此，第三方组织需要深入调查企业违法的原因并提出具有可操作性的改进方案，避免出现简单地设定所谓完美合规计划，否则极易因为企业无力执行而出现纸面合规。例如，在道路施工中存在的非法占用农用地问题，如果将政府的用地审批结果作为业务启动的绝对条件，看似是最完美的合规要求，但如果深入调查就会发现，实践中未批先建现象的出现源于多方面因素，有时甚至是地方政府的要求，如果将审批作为项目开展的唯一条件不仅不符合行业实际，涉案企业也无法单方达成这样的要求。因此需要第三方在充分认识现实复杂性的前提下，以全流程管控、避免触犯红线为目标，制定出真正可行的合规整改方案，避免出现不切实际的纸面合规制度。

检察机关也需要对合规计划表达意见。最终确定的合规计划应当经过检察机关的审查确认，并以此为基础和依据对涉案企业合规体系进行建设和评估。

2. 合规整改与考察阶段

合规整改与考察是第三方机制启动后的第二阶段。该阶段的重要工作目标是合规计划的有效执行和落地。

涉案企业应当对照合规计划，按时、逐条履行合规承诺，并主动对执行中的偏差予以校正，向第三方组织反馈执行过程中存在的困难，按第三方组织要求定期或不定期报送整改情况的书面报告。同时，涉案企业还应当积极配合第三方组织对整改情况的检查、监督和指导，及时回应第三方组织的意见。

第三方组织应当对涉案企业的合规整改及时开展检查、监督和指导：如对涉案企业提交的书面报告的及时审核与反馈；对各项承诺完成进度的整体把控及提醒；协助涉案企业有效落实或及时调整合规承诺；及时调整合规计划在执行中出现的疏漏和偏差；对于计划推行中发现的不符合实际的方案予以变更。开展的具体检查方法包括访谈、随机抽查、穿透式检查等，以确保合规整改的有效落实，避免偏差。同时，要保持与检察机关沟通，协助检察机关更好地开展监督工作，例如汇报调查中发现的重大问题，协商合规计划的修正方案，帮助确定实地走访考察的范围等。

检察机关应当指导涉案企业的承诺履行和第三方组织的监督工作，对重要事项如合规承诺的重大变动等情况予以审查确定，了解第三方组织抄送的企业书面报告中陈述的合规计划执行情况，也可根据需要直接对整改工作进行检查。在我们参与的合规不起诉案件中，检察机关对涉案企业合规整改情况的了解和考察，往往不止于审阅涉案企业或第三方组织提交的书面报告，而是需要与第三方组织保持密切沟通，听取反馈，直接深入企业实地查看补救挽损措施的落实情况，在考察期内牵头组织三方座谈，以了解合规计划执行进度及效果，与第三方组织一同现场审阅整改后的业务流程痕迹及访谈关键业务岗位人员，保证检察机关对第三方机制运行的指导切合实际。

3. 合规评估与审查阶段

合规评估与审查是第三方机制启动后的第三阶段。该阶段的重要工作目标是评估并审查合规整改的有效性，形成最终的结论。

涉案企业应该就合规整改的整体情况形成书面意见提交第三方组织，出席听证会并就合规承诺的有效履行进行充分论证，回答听证会各参与方的提问。

第三方组织应当在全面了解涉案企业合规计划完成情况的基础上，形成合规考察书面报告，就整改客观情况、评估情况及程序、方法、依据、结论作出说明；如果需要，应该特别阐明该合规计划合理性的考量问题。第三方组织也应当出席听证会，就监督评估和考核情况发表意见。

检察机关应当审核合规考察书面报告，经举办听证会等流程，就涉案企业合规有效性形成最终意见，并相

应地运用到案件处理中去，做出从严或从宽处理的决定。

4. 《办法》聚焦合规有效性，必然要求三方主体全程交互履职

《办法》吸收了合规有效性的概念，并外化为三个维度：合规计划设计的有效性，合规计划执行的有效性、合规计划结果的有效性。若要确保每一个阶段的有效，必然要求第三方机制下三方主体全程交互履职，而不能由单一主体独挑大梁。

有效设计是涉案企业合规建设与整改的基础，设计阶段企业做出的合规承诺，是企业在整改阶段的参照标准，也是第三方组织和检察机关在后续的评估和审查阶段与企业实际工作情况进行对照的依据。这就必然要求涉案企业主动做出承诺，完成设计，同时也必然要求第三方组织和检察机关在设计阶段给予相应的建议、指导和审查。若设计阶段仅由企业独自履职，缺乏第三方组织和检察机关的参与，很有可能合规承诺本身就是有重大瑕疵的，那么执行和结果的有效性也就无从谈起。

有效执行是涉案企业合规承诺的落地实现。涉案企业固然需要承担大量的整改实际工作，但第三方组织也应当关注整改进度，及时把握整改过程中可能出现的偏差并予以提醒，为有效执行保驾护航。同时检察机关应当从整体指导的视角出发，关注涉案企业与第三方组织的工作情况，对重大问题及时进行决策。虽然涉案企业与第三方组织在执行阶段承担了较多的具体工作，但合规承诺的有效执行也离不开检察机关的指导以及对重大事项的决策。如我们以合规监管人身份参与的某央企一级子公司涉嫌环境犯罪的合规不起诉案件中，因涉案企业在整改过程中遭遇疫情封控管理，无法按原先承诺的合规期限完成整改，且承诺的关键整改措施诸如邀请专家开展环保合规培训等计划也无法开展。检察机关了解情况后及时决定适当延长考察期限，以预留充分的整改时间，并采纳了第三方组织与涉案企业就培训方式予以调整的意见，最终促使合规计划的有效执行。

结果是否有效是对涉案企业合规整改的最终评价。涉案企业应当协助第三方组织充分获取并理解整改的客观情况。第三方组织应当基于充分的事实给予客观公正的评估，并提供给检察机关，作为检察机关作出最

终结论的重要参考。检察机关则需基于涉案企业与第三方组织共同工作成果做出最终的结论并予以运用。

二、小结

《办法》的出台意味着涉案企业合规改革试点全面推开迎来新起点。《办法》从原则层面明确了我国涉案企业合规改革的有效性标准，有侧重地凸显了三方主体在关键环节的履职要点，阶段性总结了过去两年多我国涉案企业合规改革工作的积极成果。此外，三方主体也应当关注交互履职的全程性，以确保涉案企业合规的真实有效。

北京办公室

朝阳区光华路1号
北京嘉里中心北楼27层
中国北京市 100020

电话: (8610) 5769 5600
传真: (8610) 5769 5788

广州办公室

天河区珠江新城珠江东路6号
广州周大福金融中心66楼
中国广州市 510623

电话: (8620) 3225 3888
传真: (8620) 3225 3899

香港办公室

中环康乐广场8号
交易广场1期26楼
中国香港

电话: (852) 3976 8888
传真: (852) 2110 4285

上海办公室

石门一路288号
兴业太古汇
香港兴业中心二座24楼
中国上海市 200041

电话: (8621) 2208 1166
传真: (8621) 5298 5599

深圳办公室

福田区中心四路1号
嘉里建设广场T1座9楼
中国深圳市 518048

电话: (86755) 8159 3999
传真: (86755) 8159 3900