



FANGDA PARTNERS
方達律師事務所

中国年度企业合规 蓝皮书 2020-2021

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

乔 楠 中国公司法务研究院秘书长助理
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

主笔

方达合规及政府监管团队

韩 亮	尹云霞	季 诺	王晓萌	林彦华
庄燕君	赵何璇	黄 菁	王 瑾	傅钟琦

肖春辉	张 毅	傅育生	康英杰	吴兆丰
于水天	龙明珠	王凯琳	周梦媛	许 可
卫凌波	王玺龙	李晓霞	刘 超	黎辉辉
张 芳	章娅玮	干潇露	王恺仁	牛 玥
张文豪	郭庆营	王嘉华	薛恩扬	马建兰
郑恺嫻	刘书婷	刘心杨	李雪皎	王德轩

※ 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9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、香港、上海、深圳和广州设有办公室，拥有约700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、美国、英国、香港等多地的律师执照，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2021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2020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2021年评选方达为“竞争/反垄断”业务领域杰出律所。2020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

第一章

全球重大合规事件评述

27

第二章

问卷调研

43

第三章

反腐败

55

第四章

反垄断

73

第五章

数据保护

85

第六章

环境、健康与安全

105

第七章

出口管制与制裁

117

第八章

金融证券

131

第九章

知识产权保护

147

第十章

行政执法与刑事司法

全球重大合规事件评述



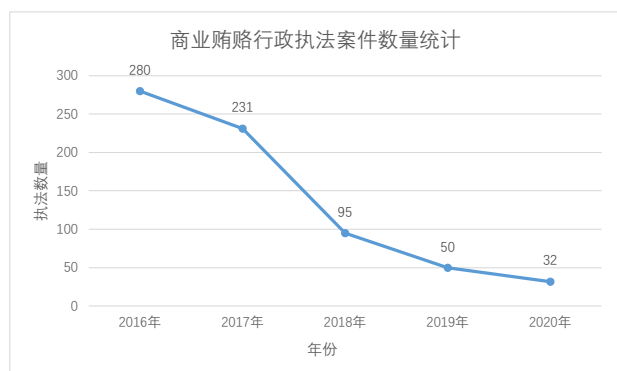
一、中国 2019-2020 年商业贿赂执法盘点及趋势

2019 年 4 月 23 日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过关于修改《反不正当竞争法》等八部法律的决定。《反不正当竞争法（1993 年）》（下称“旧法”）继 2017 年 11 月后再次进行修改，修改条款自 2019 年 4 月 23 日起生效，但关于商业贿赂的相关规定较 2018 年生效的版本并未发生改变。自 2018 年 1 月 1 日起，新《反不正当竞争法》（下称“新法”）施行已有两年多时间。下文将结合公开可查询案例的情况分析 2019-2020 年我国商业贿赂案件的执法特点及趋势。

（一）2019-2020 年商业贿赂执法特点

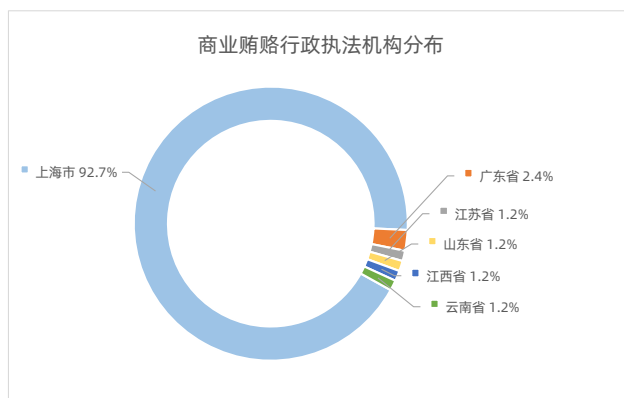
我们通过公开渠道关键词检索的方式，对 2019-2020 年查处商业贿赂案件情况进行了汇总¹。通过对这些案件的梳理和分析，我们发现，2019-2020 年商业贿赂执法呈现以下特点：

1. 执法数量继续下降，地区执法不平衡



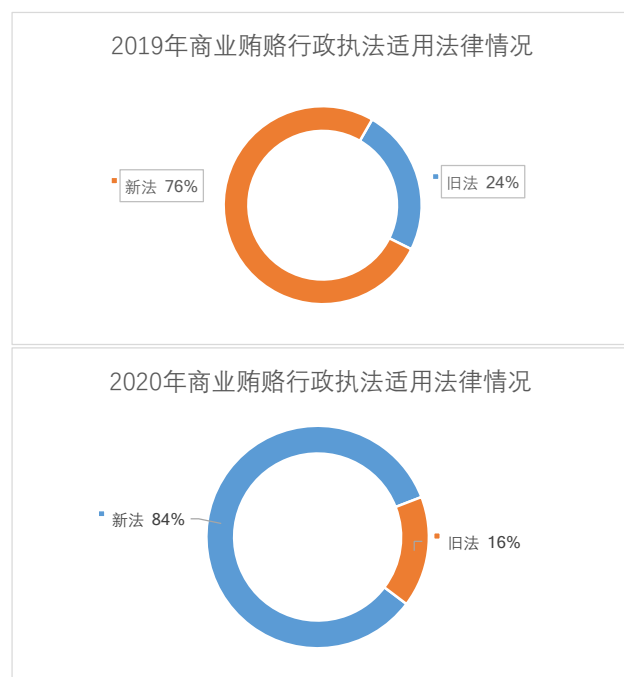
我们对近五年公开可查的商业贿赂行政执法案例进行了统计²，如上表所示，2016-2020 年，商业贿赂行政执法案件数量呈现逐年下降趋势。2016-2017 年，商业贿赂执法案件稳定在每年 200 件以上，2018 年新法实施之后，执法案件数量急剧下降至 95 件，2019 年的执法案件数量进一步下降至 50 件，仅为上一年度的五成多，这与新法对商业贿赂认定的重大调整及细化规则的指引的缺失具有密切的关系。2020 年第一至第三季度由于受到新冠病毒疫情的影响，执法数量锐减，仅有 32 件。疫情结束之后执法数量是否会有所回升，疫情期间积压的案件对于后续执法是否会有影响仍有待于进一步观察。

除了执法数量继续下降之外，地区间商业贿赂的执法依然呈现出不平衡的态势。如下图所显示，与 2018 年的情况相似，2019-2020 年上海市商业贿赂执法仍然一枝独秀，执法案件数量占比高达 92.7%，其他存在商业贿赂执法活动的省份包括广东、江苏、山东、江西及云南，相当多的省份在 2019-2020 年公开未查到商业贿赂执法案件³。



2. 新旧法适用并存

2019-2020 年的商业贿赂行政执法中，新旧法的适用仍然并存，但与 2018 年新旧法更替过渡以及旧案消化的情况不同，2019 年度适用新法进行查处的案件已达到 38 起，占比上升至 76%。而在 2020 年的执法案例中，根据截至目前所统计的数据，适用新法查处的案例占比为 84%。考虑到对行政违法行为两年的追溯时效，之后的商业贿赂行政执法都将主要适用新法进行查处⁴。

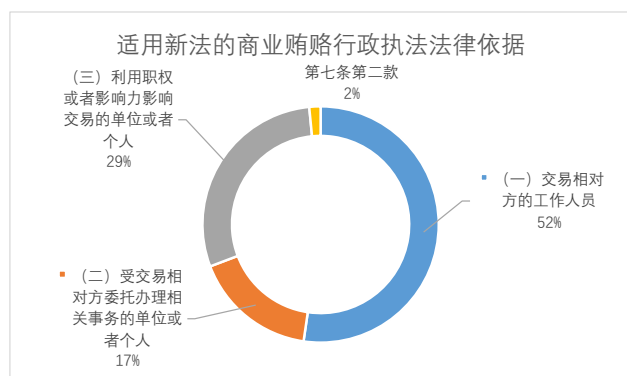


3. 适用新法的商业贿赂执法依据集中于第七条第一款第（一）和（三）项

如下图所示，在 2019-2020 年适用新法执法的案例中，52% 的案件执法依据是新法第七条第一款第（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；29% 的案件执法依据是新法第七条第一款第（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

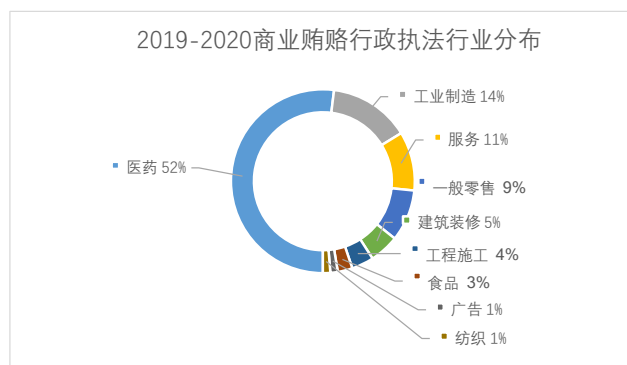
1. 本节所引用案例数据来源于威科先行·法律信息库、上海市市场监督管理局官方网站公布的商业贿赂案件行政处罚决定书，笔者以“商业贿赂”、《反不正当竞争法（1993 年）》第八条、第二十二、《反不正当竞争法》第七条、第十九条的具体内容为检索关键词，汇总 2019 年 1 月 1 日-2020 年 11 月 21 日，共计 82 件商业贿赂行政处罚决定书。
2. 2016-2017 年数据主要源于威科先行·法律信息库公布的商业贿赂案件行政处罚决定书，2018-2020 年数据来源于威科先行·法律信息库及上海市市场监督管理局官方网站公布的案例。
3. 该结论基于我们在威科先行·法律信息库的案例检索情况，但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。
4. 对时间上跨越旧法与新法的连续性、持续性违法行为，原则上适用新法，但如果在旧法下处罚较轻，执法部门可能在处理中合理行使自由裁量权，适度兼顾从轻的原则。

定为“利用职权或者影响力影响交易的单位和个人”的主要有医院及医生、设计师及建筑装修公司等。有17%的案件的执法依据是新法第七条第一款第(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,被认定为“受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人”的均为医院。另有1起案件的执法依据是新法第七条第二款,即经营者向中间人支付佣金未如实入账。



4. 医药及工业制造为 2019-2020 年被重点执法的领域

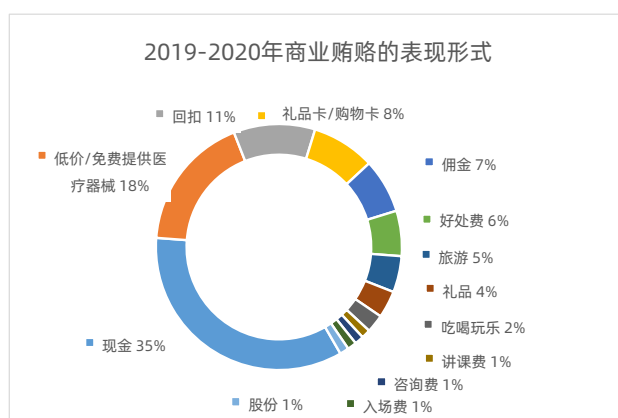
如下图所示, 2019-2020 年商业贿赂执法的行业分布仍然呈现集中化态势。其中, 医药行业(包括药品、医疗器械、耗材、保健品、医疗美容等具体领域)仍为重点监管和执法领域, 占比高达 52%, 涉案主体包括药企、医疗器械公司、医药推广企业、CRO、第三方咨询公司等。医药领域的高强度执法与国家多部委开展的专项执法行动密切相关, 例如, 市场监管总局办公厅 2019 年 7 月 31 日发布了《关于贯彻落实〈关于防范和制止借“不忘初心、牢记使命”主题教育搞不当营商活动的通知〉暨开展重点领域反不正当竞争执法行动的通知》(市监竞争〔2019〕42 号), 要求“加大对医药购销、医疗服务领域商业贿赂、虚假宣传等不正当竞争行为的查处力度, 营造风清气正的市场环境”。国家卫生健康委员会亦联合多部门共同下发了《关于印发 2019 年纠正医药购销领域和医疗服务中不正之风工作要点的通知》(国卫医函〔2019〕90 号), 其中亦明确了要“严厉打击商业贿赂、洗钱等违法犯罪, 维护行业秩序”。其他商业贿赂执法比较活跃的领域包括工业制造(14%)、服务(11%)、一般零售(9%)、建筑装修(5%)等行业。



5. 商业贿赂的表现形式多样化

如下图所示, 2019-2020 年被查处的商业贿赂案件从贿赂形式来看, 现金、回扣、礼品卡/购物卡、佣金、低价或免费提供医疗器械、好处费是最常见的行贿方式。有 35% 的案件直接给予现金, 18% 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, 11% 的案件涉及按比例给予回扣, 8% 的案件给予礼品卡、购物卡, 7% 的案件给予非法佣金, 还有不少案例通过给予好处费、礼品、旅游、吃喝玩乐、发放讲课费、咨询费、入场费、股份等形式进行贿赂。

根据对 2019-2020 年行政执法案例的梳理, 我们发现执法机关在面对数额相对较小的利益输送的情况下, 仍然会被认定为构成商业贿赂。例如在 2019-2020 年的执法案例中, 公司向交易相对方的工作人员赠送价值 1,000 元的大闸蟹、价值 3,000 元的预付卡及提供价值 2,714 元的 SPA 等行为都受到了行政处罚。为避免风险, 企业应当制定相应的礼品招待政策, 应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)。企业还应设置相应的礼品招待限额及审批流程, 确保员工提供礼品招待的行为合法合规。



(二) 典型案例分析

1. 设备免费投放行为在新法下仍存在风险

设备免费投放行为在旧法下一直是商业贿赂的打击重点, 在新法下依然存在较高的商业贿赂风险。在相关案例中, 当事人(通常为医疗器械公司)通常在业务开展过程中, 为获得交易机会, 向医院免费提供一定数量的医疗器械, 并通过上述手段向医院配套销售相应的试剂和耗材。我们注意到, 在原先的执法案例中, 执法机关或倾向于依据新法第七条第一款第(三)项(贿赂利用职权或影响力影响交易的单位或个人)对这种行为进行处罚, 但却未进一步说明医院影响了哪一项具体交易⁵, 或回避了对医院身份的界定, 未明确指出医院属于新法第七条第一款下哪一类主体⁶。而在最近的执法案例中, 执法机关则援引了新法第七条第一款第(二)项, 将医院认定为受交易相对方委托办理相关事务的单位, 并以此为依据将设备免费投放行为认

5. 参见“上海杰智医疗器械有限公司涉嫌不正当竞争案”, 沪工商检处字〔2019〕第 320201810015 号, 2019 年 7 月 4 日。

6. 参见“上海源洪贸易有限公司商业贿赂案”, 沪监管嘉处字〔2018〕第 142018000158 号, 2018 年 10 月 31 日。

定为构成商业贿赂⁷。

根据对 2019-2020 年行政执法案例的梳理，我们并未发现针对向医院提供免费的设备进行试用，而不与医院采购产品进行捆绑的行为的处罚案例，这类行为被认定为商业贿赂的风险相对较小。因此，如果企业需要以优惠的价格 / 付款安排向医院提供设备，应当避免将向医院提供设备的安排与向医院销售试剂及耗材的安排相绑定，例如避免设备的安排与试剂及耗材的销售互为条件的合同条款，以及避免将提供设备的安排与要求医院采购试剂及耗材的安排同时签订在一份合同中。

2. 佣金未如实入账被认定为商业贿赂的风险很高

在旧法下，“回扣”是一种典型的商业贿赂形式。如果没有明确合同约定，或者没有在账目上如实反映，佣金和折扣很容易在执法中被视为“账外暗中”的回扣，被认定为商业贿赂。新法虽然删去了关于回扣的禁止性规定，但仍然保留了对折扣 / 佣金如实入账的正面的指引性要求。虽然从法条本身而言，这意味着“商业贿赂”与“如实入账”之间没有必然联系，在没有证据证明同时存在“贿赂他人行为”的情况下，即使经营者之间的销售折扣或佣金没有做到“明折明扣、如实入账”，也不必然意味着违反新法。但是在实践中“账外暗中”的操作被认定为商业贿赂的风险依然很高。在 2019 年 10 月南昌市东湖区市场监督管理局做出的行政处罚中，某医疗美容公司为了打开市场，聘用美容行业的从业人员做中间人，给该公司介绍做医疗美容项目的顾客，并给予中间人高额的佣金。该笔佣金未如实记入该公司账目，而是由该公司法人的个人银行账户支付，因而被执法机构认定为构成商业贿赂⁸。这表明，实践中违反“明折明扣”要求的行为很可能直接视同商业贿赂而受到行政处罚。

3. 介绍交易的单位或个人可能被认定为“利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人”

目前新法对第七条第一款第（三）项贿赂利用职权或影响力影响交易的单位或个人中的“影响力”没有非常明确的界定，在实践中执法机关有很大的自由裁量权。过往的执法案例中，我们注意到这种影响力往往是由于专业形成的影响力，例如医生对患者的影响力，或者是由于交易的结构，基于身份所形成的影响力，例如家装公司 / 设计公司对于消费者在家具建材采购过程中的影响力。在实践中，只要一方有可能影响某一交易决定的做出，并且实际推动了这一交易，都存在被执法机关认定为“利用影响力影响交易”的可能性。我们注意到，在 2019-2020 年的执法案例中，除了上述基于专业性或身份形成的影响力之外，介绍交易的单位或个人也可能被认定为具有影响力。例如，在“腾市监罚〔2019〕45 号”案件中，执法机关认为当事人“按照顾客购买翡翠金额的比例给付带人到其店内购物的介绍人及客栈返款”，违反了新法第七条第一款第三项，构成了商业贿赂；又如在“沪市监徐

处〔2019〕042019001936 号”及“沪市监徐处〔2019〕042019002052 号”案件中，当事人为从事医疗美容的民营医疗机构，为获取交易机会，向美容店员工支付费用，以激励其为当事人介绍医疗美容客户，被认定为违反了新法第七条第一款第三项，构成商业贿赂。因此在实践中，正常的居间介绍行为与利用影响力影响交易的商业贿赂行为之间的界限可能还有待进一步明确。

7. 参见“上海市浦东新区市场监督管理局行政处罚决定书”，沪市监浦处〔2019〕152019002436 号，2019 年 11 月 27 日；“上海市浦东新区市场监督管理局行政处罚决定书”，沪市监浦处〔2019〕152019002432 号，2019 年 11 月 27 日；“上海欧典生物技术有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000066 号，2020 年 9 月 18 日；“上海仁华生物科技有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000077 号，2020 年 9 月 18 日；“上海强翰医疗器械有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000075 号，2020 年 9 月 21 日；“上海艾华医疗器械有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000068 号，2020 年 9 月 22 日；“秉笙（上海）医疗器械有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000074 号，2020 年 9 月 22 日；“上海羽神生物科技有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000060 号，2020 年 9 月 22 日；“上海润华医疗器械有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000078 号，2020 年 9 月 22 日；“上海领检科技有限公司涉嫌不正当竞争案”，沪市监长处〔2020〕052020000067 号，2020 年 11 月 2 日。

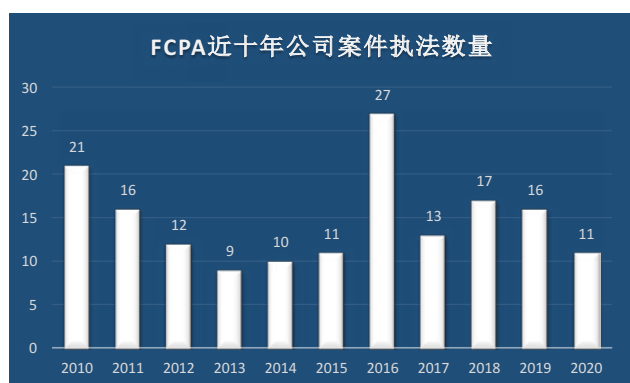
8. 参见“南昌市东湖区市场监督管理局行政处罚决定书”，（洪东）市监（公）罚决〔2019〕4 号，2019 年 10 月 22 日。

二、2019-2020 年美国 FCPA 执法盘点

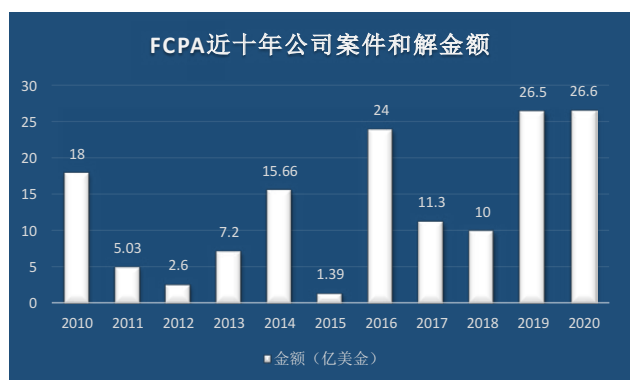
(一) FCPA 执法再创历史纪录

2019 年，FCPA 执法机关（SEC 和 DOJ）共完成对 16 家公司的执法（含 2 个不起诉（Declination）案件），公司和解案件数约与 2018 年持平。

2020 年⁹，SEC 和 DOJ 共完成对 11 个公司的执法（含 1 个不起诉案件）。虽然整体案件数量较去年下降，但整体和解金额再创历史新高。



2019 年，公司案件与 SEC 和 DOJ 的和解金额总计 26.5 亿美金，打破 2016 年 24 亿美金的纪录，创历史新高。¹⁰2020 年，公司案件与 SEC 和 DOJ 的和解金额总计 26.6 亿美金，再次打破 2019 年的纪录。¹¹



伴随 2019 和 2020 年 FCPA 执法不断创造记录，FCPA 历史十大案件榜单也不断被刷新。¹²

排序	案件	所属国家	FCPA 和解金额 (亿美元)	年份
1	Goldman Sachs	美国	33	2020
2	Airbus SE	法国	20.9	2020
3	Petrobras	巴西	17.80	2018
4	Ericsson	瑞典	10.60	2019
5	Telia	瑞典	9.65	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	Société Générale S.A.	法国	5.85	2018

(二) 中国持续成为 FCPA 最热执法区域

2019 年，50% 的 FCPA 和解案件涉及中国。此前，涉及中国案件占比最高纪录为 55.5%，发生在 2016 年。中国持续成为 FCPA 最热执法区域。2020 年，11 起案件中，有 4 起涉及中国。

2019-2020 年的 FCPA 案件中，涉及在中国存在不当行为的案件有 12 个（2019 年 8 个，2020 年 4 个），主要集中在医疗保健、零售、投行、市场营销、网络安全、电信、能源、制造八大行业。主要违法事实概括如下：

(1) 费森尤斯（Fresenius Medical Care）（2019）

一家德国透析产品和服务提供商，为销售其产品，涉及在中国等全球十多个国家行贿医疗卫生人士（HCP），被指控违反 FCPA 反贿赂条款和会计条款。同时受到 DOJ 刑事指控，并与 DOJ 达成和解。

(2) 沃尔玛（Walmart）（2019）

一家美国连锁企业，因未对子公司实施充分的反腐败合规管控，放任子公司通过第三方等方式贿赂中国等多国政府官员，被指控违反 FCPA 会计条款。同时受到 DOJ 刑事指控，并与 DOJ 达成和解。

(3) 德意志银行（Deutsche Bank AG）（2019）

一家德国银行，涉及在中国和俄罗斯聘用政府官员亲属，以利用政府官员的影响力获得投行业务，被指控违反 FCPA 会计条款。

(4) Quad 公司（Quad/Graphics）（2019）

一家美国印刷及营销公司，在中国和秘鲁贿赂政府官员。同时，为掩盖其与一家受美国制裁的古巴国有电信公司的交易而进行财务造假，被 SEC 指控违反

9. 统计时间截至 11 月 23 日。

10. In Terms Of Settlement Amounts, 2019 FCPA Enforcement Has Set An All-Time Record, December 10, 2019, <http://fcpaprofessor.com/terms-settlement-amounts-2019-fcpa-enforcement-set-time-record/>

11. In Terms Of Settlement Amounts, 2020 FCPA Enforcement Has Set An All-Time Record, October 23, 2020, <https://fcpaprofessor.com/terms-settlement-amounts-2020-fcpa-enforcement-set-time-record/>

12. Wall Street bank earns top spot on FCPA Blog top ten list, October 26, 2020, <https://fcpablog.com/2020/10/26/wall-street-bank-earns-top-spot-on-fcpa-blog-top-ten-list/>

FCPA 反贿赂条款和会计条款。DOJ 对该公司做出不起诉 (Declination) 的决定。

(5) 瞻博网络 (Juniper) (2019)

一家美国网络通讯设备公司，其中国子公司的销售人员伪造文件，以掩盖实际用于招待客户的费用，被 SEC 指控违反 FCPA 会计条款。

(6) 巴克莱银行 (Barclays) (2019)

英国乃至全球最大的银行之一，涉及在中国聘用政府官员子女，以获得业务，被 SEC 指控违反 FCPA 会计条款。

(7) 爱立信 (Ericsson) (2019)

全球知名电信设备厂商，涉及在中国等多国利用虚假合同向政府官员输送利益，被 SEC 指控违反 FCPA 反贿赂条款和会计条款。同时受到 DOJ 刑事指控，并与 DOJ 达成和解。

(8) 西港燃料公司 (Westport Fuels Systems) (2019)

一家加拿大清洁燃料公司，涉及为获得业务而向中国某政府官员输送利益，被 SEC 指控违反 FCPA 反贿赂条款和会计条款。

(9) 诺华 (Novartis AG) (2020)

全球知名制药和医疗保健公司，其和子公司同意支付超过 3.4 亿美元，以和解其在包括中国在内的多个管辖区的不当行为引起的 SEC 和 DOJ 指控。诺华被 SEC 指控违反账簿与记录和内控条款。其与 DOJ 达成延迟起诉协议 (DPA)。

(10) 嘉德诺 (Cardinal Health) (2020)

总部位于美国俄亥俄州的制药公司 Cardinal Health，同意支付逾 800 万美元，以和解其在中国的不当行为违反 FCPA 账簿与记录和内控条款的指控。

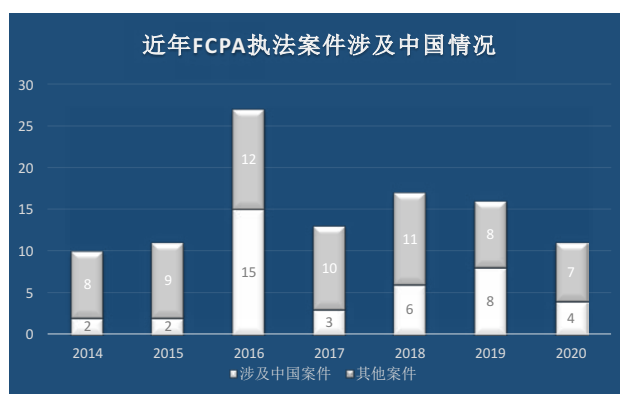
(11) 空中客车 (Airbus SE) (2020)

法国空客公司 (Airbus SE) 支付 39 亿美金与英、美、法三国就其行贿及出口管制问题达成和解。其中，针对 FCPA 相关违法行为和解金额为 20.9 亿美元。

(12) 康宝莱 (Herbalife Nutrition Ltd.) (2020)

总部位于洛杉矶的直销公司康宝莱同意支付逾 6,700 万美元，以和解其中国子公司的贿赂行为而违反 FCPA 的账簿和记录以及内控条款的指控。此外，康宝莱两位中国籍高管被 SEC 和 DOJ 提起刑事指控。

近年来，越来越多的 FCPA 执法案件涉及在中国行贿，详情见下图。



(三) 两位中国公民被提起 FCPA 刑事指控

2019 年 11 月，中国公民李延亮 (Jerry Li) 和杨宏伟 (Mary YANG) 因涉嫌代表其原雇主行贿中国政府官员被 DOJ 提起刑事指控。李同时面临 SEC 民事指控。截至 2020 年 11 月 23 日，两人尚未被美国政府刑事逮捕。

李延亮曾是某跨国公司中国子公司销售副总裁、执行董事，是该跨国公司在中国的最高级别管理人；杨宏伟曾任其中国子公司外务部的部长；两人被 DOJ 指控共谋违反 FCPA，指控还涉及伪证、销毁证据等罪名。此外，SEC 以帮助和教唆违反 FCPA 对李提起民事指控。两人的原雇主在中国的 FCPA 违法行为与 2014 年雅芳 (Avon) 案类似：都涉及早期为获得在中国的直销牌照、为删掉公司负面报道而行贿政府官员 (包括国企员工)。雅芳及其中国子公司在 2014 年与 DOJ 和 SEC 达成认罪协议。公开信息未发现雅芳案中其中国子公司高管被提起 FCPA 指控。

类似的案件，在 5 年前，执法机关不大会对涉案的外国高管提起刑事指控。但根据当前的执法政策，企业如果不供述涉案的高管并提交相关证据，则很难获得执法机关的从宽处理 (例如减免罚金)，并且很难达成有利的和解。李和杨原雇主的执法结果值得进一步关注。跨国公司的中国高管需提高警惕。美国上市公司 (包括在美国上市的中国公司) 或美国公司的中国高管，无论其是否具有美国身份 (例如具有美国国籍或持有美国绿卡等)，都可能因在中国的贿赂行为而受到 FCPA 刑事和 / 或民事指控。

(四) 《中国行动计划》开始发力

美国 DOJ 在 2018 年底发布《中国行动计划》(China Initiative) 后，美国执法机构以危及美国国家秘密和商业机密等理由，在美国本土以及第三国对中国公民 (包括军人、学者、商人、企业高管)、美籍华裔甚至相关非华裔美国人展开抓捕行动。2019 年，DOJ 相继对中国某信息与通信基础设施和智能终端公司及其关联主体发起欺诈、洗钱、制裁、妨碍司法等指控，并对多名中国公民发起商业间谍、侵犯商业秘密等相关指控。¹³DOJ 在 2019 年 4 月针对两个中国公民商业间谍的指控中表示，今后将加大与私有领域合作，以更好执行《中国行动计划》。¹⁴DOJ 还在其官网不时公

13.FCPA Enforcement and Anti-Corruption Developments: 2019 Mid-Year Review, July 18 2019, Lexology, available at <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7a26e3c7-ba78-426d-9f47-6bd10f776563>

14.Former GE Engineer and Chinese Businessman Charged with Economic Espionage and Theft of GE's Trade Secrets, Apr. 23, 2019, Dep't of Justice, available at <https://www.justice.gov/opa/pr/2019/04/2019-04-23-ge-engineer-charged-economic-espionage>

布和更新自 2018 年 4 月起与中国相关的指控。¹⁵

为实现《中国行动计划》的目标，今年 2 月底，美国某参议员致信 DOJ 并抄送 SEC，其在信函中指出中国很多银行都是国有银行，督促 DOJ 调查中国金融和非金融公司向美国公司销售不良债务（distressed debt）所涉及的 FCPA 违法问题，并希望 DOJ 能明确具体的行动步骤，但其并未指出具体存在或可能存在哪些 FCPA 违法行为。¹⁶ 根据外媒报道，DOJ 确认收到了此信，但拒绝置评，SEC 也并未回复该信函。¹⁷

（五）投资拉美的中国企业需加强 FCPA 执法警惕

继中国之后，巴西也成了 FCPA 热门执法区域。2019 年，共 4 起 FCPA 案件涉及巴西，总计和解金额 6.57 亿美金，是继中国之后，执法案件涉及最多的国家。美国和巴西等拉美国家在反腐败领域的合作越来越多，在拉美有投资的中国企业应重视当地子公司的腐败问题，避免中国公司牵涉到相关案件中。2020 年，有三起 FCPA 案件涉及在巴西行贿。

近几年涉及巴西的 FCPA 案件，大多为美国和巴西政府联合执法的结果。巴西在反腐败立法和执法层面不断学习美国、英国等实践。2014 年，巴西通过了《反公司腐败法案》（Clean Company Act），该法案在域外效力、和解协议、自我检举、企业合规机制等方面，都在学习美国 FCPA 和英国《反贿赂法案（2010）》（The Bribery Act）等国际实践。¹⁸ 2015 年 3 月，巴西颁布了一项法令，明确了企业合规机制应具备的关键要素，其内容与 FCPA《企业合规机制评估指南》类似。¹⁹

为进一步加大反洗钱和反海外腐败执法力度，美国联邦调查局（FBI）于 2019 年 3 月在迈阿密设立反腐败调查组。²⁰ 据公开消息，该调查组将重点关注发生在迈阿密及拉美的腐败行为。美国与拉美国家执法合作日益紧密，阿根廷、巴西等国近年来不断掀起反腐败风暴，在拉美国家有投资的中国企业，应警惕其当地子公司违反 FCPA 及拉美国家反腐败法律的风险，提防因当地子公司贿赂而牵连中国企业受 FCPA 指控的风险。

（六）FCPA 长臂管辖受阻

经过长达七年的诉讼，69 岁的英国人 Lawrence Hoskins 在 DOJ 对其的 FCPA 指控中，再一次获得阶段性胜利。2020 年 2 月 26 日，美国一联邦法官准许了一项无罪判决，认定 DOJ 针对 Hoskins 作为阿

尔斯通（Alstom）美国子公司的代理人违反 FCPA 的指控不成立。²¹ 2020 年 3 月初，DOJ 在其官网公布对 Hoskins 的量刑，虽然法官判决 FCPA 指控不成立，但 Hoskins 参与的贿赂行为因涉嫌洗钱而被判决 15 个月监禁，罚款 3 万美元。据媒体报道，DOJ 已就 Hoskins 案的 FCPA 问题再次提起上诉²²，本案尚未尘埃落定。

英国公民 Hoskins 曾受雇于 Alstom 英国子公司，但涉案期间在法国担任 Alstom 某部门前副总裁，因涉嫌为获得 1.18 亿美金合同而通过顾问行贿印尼当地官员，被美国政府于 2013 年逮捕，并提起刑事指控。Hoskins 并非美国公民或永久居民，在涉案期间从未涉足美国，其并不属于 FCPA 直接管辖的主体。

Hoskins 案经历一波三折。2015 年美国康涅狄格州联邦地区法院认定 DOJ 对 Hoskins 共谋违反 FCPA 的指控不成立。随后，DOJ 提起上诉。2018 年，美国第二巡回上诉法院维持区法院的部分判决，指出，DOJ 不能以“共谋”理论将明确不属于 FCPA 管辖的主体纳入管辖范围。随后，DOJ 以 Hoskins 作为 Alstom 美国子公司的代理人违反 FCPA，继续对其提起刑事指控。2019 年 11 月，Hoskins 被联邦陪审团认定作为代理人违反 FCPA。

在 Hoskins 被联邦陪审团认定违反 FCPA 之后，业界普遍认为，DOJ 很有可能会以代理理论继续扩大 FCPA 的长臂管辖。但 DOJ 助理检察长（Assistant Attorney General）在 2019 年 12 月第 36 届 ACI 国际反腐败大会上，对 Hoskins 案进行点评，回应了业界的担忧、传达了 DOJ 的态度，其核心观点包括：（1）DOJ 不会扩大代理理论的适用范围，或者突破 FCPA 本身的规定去适用代理理论；（2）DOJ 不会仅凭代理理论，就默认所有母公司都需要为其子公司、合资公司或关联公司承担责任。代理理论的适用需要依据个案分析，其成立与否取决于具体的事实和证据。以 Hoskins 案为例，DOJ 负举证义务，需证明 Hoskins 在涉案项目相关事宜中作为 Alstom 美国子公司的代理人（Agent of Domestic Concern）；（3）DOJ 不会仅凭代理理论就发起 FCPA 指控，在决定是否发起一项 FCPA 指控时，其会综合考虑举证责任、举证难度、案件性质和严重性、高层管理人员参与程度、自我检举、配合程度及补救措施等因素最终决定。²³

但在今年 2 月底，联邦法官认为，DOJ 未能充分证明 Hoskins 是 Alstom 美国子公司的代理人，推翻了联邦陪审团的有罪认定，仅对其涉及的洗钱行为做出有

www.justice.gov/opa/pr/former-ge-engineer-and-chinese-businessman-charged-economic-espionage-and-theft-ge-s-trade

15. Information about the Department of Justice's China Initiative and a Compilation Of China-Related Prosecutions Since 2018, Last Updated September 21, 2020, <https://www.justice.gov/opa/information-about-department-justice-s-china-initiative-and-compilation-china-related>

16. Letter to Department of Justice, Marco Rubio, February 25, 2020, available at https://www.rubio.senate.gov/public/_cache/files/48b65f3c-d123-41dc-a71f-90fc74612de5/6CA9B56CF28F730B1CB37AC79D8D76F9.20.02.25-rubio-letter-to-ag-barr-re-china-fcpa.pdf

17. U.S. Senator warns of corruption amid opening of Chinese loan market, February 26, 2020, New York (Reuters), available at <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-china-fcpa/u-s-senator-warns-of-corruption-amid-opening-of-chinese-loan-market-idUSKCN20K1QE>

18. Anti-corruption compliance: Meeting the global standard, May 1, 2014, FCPA Blog, available at <https://fcpablog.com/2014/05/01/anti-corruption-compliance-meeting-the-global-standard/>

The Brazilian Clean Companies Act, Kevin M. LaCroix, 11 Dec 2013, LexisNexis, available at <https://www.lexisnexis.com/LegalNewsRoom/corporate/b/fcpa-compliance/posts/the-brazilian-clean-companies-act>

19. More details on Brazil's Clean Company Act regulations, Leonardo Ruiz Machado and Andy Spalding, March 25, 2015, FCPA Blog, available at <https://fcpablog.com/2015/03/25/more-details-on-brazils-clean-company-act-regulations/>

20. FBI Announces New International Corruption Squad in Miami Field Office, March 5, 2019, Washington, D.C.

FBI National Press Office, available at <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-announces-new-international-corruption-squad-in-miami-field-office>

21. United States of America v. Lawrence Hoskins, Criminal No. 3:12cr238 (JBA), February 26, 2020

22. Former Senior Alstom Executive Sentenced to Prison for Role in Money Laundering Scheme to Promote Foreign Bribery, March 6, 2020, Department of Justice, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-senior-alstom-executive-sentenced-prison-role-money-laundering-scheme-promote-foreign>

23. Assistant Attorney General Brian A. Benczkowski Delivers Remarks at the American Conference Institute's 36th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act, December 4, 2019, Department of Justice, available at <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-brian-benczkowski-delivers-remarks-american-conference>

罪判决和量刑。联邦法官的判决给 DOJ 通过代理理论指控外国主体带来挑战。虽然代理理论在 FCPA 下有明确的管辖权依据，理论上美国政府可以据此指控任何外国主体。但对 DOJ 来说，难点是如何证明代理关系的成立。Hoskins 案在 FCPA 方面的阶段性胜诉一定程度上证明执法机关无法一味扩大 FCPA 的管辖权。

会有更多的个人指控案件。随着个人案件不断增加，FCPA 判例法将逐渐走向成熟。

（七）跨国公司高管在 FCPA 下的个人刑事风险增加

FCPA 执法机关近年来在无数场合强调他们对追究个人责任的重视，在近年的执法政策中，向 DOJ 主动提供负有直接责任的个人并提供相关证据是 DOJ 决定对涉案企业宽大处罚的重要考量因素。在相关政策驱动下，DOJ 近年针对企业高管违反 FCPA 的刑事指控不断增加。例如，2019 年，DOJ 公布 34 起个人 FCPA 刑事执法，创下美国金融危机后的执法新记录，其中，30 人被认定有罪。²⁴



在 FCPA 执法案件中，很少有企业选择庭审。涉案企业几乎都支付相应和解金与执法机关达成和解。对于被指控的个人，也只有少数人会选择庭审。在大多数年份，每年约有一个 FCPA 陪审团庭审案件。在 2013 至 2016 年，未出现过陪审团庭审案件；在 2017 和 2018 年，各出现一个；而在 2019 年，出现三个 FCPA 庭审案件，共 4 名被告被认定违反 FCPA。²⁵

No.	涉案高管/个人	国籍	时间	FCPA 违法行为
1.	Roger Richard Boncy	美国和海地	2019	贿赂海地共和国政府官员
2.	Joseph Baptiste	美国	2019	
3.	Lawrence Hoskins	英国	2019	前阿尔斯通副总裁，违反 FCPA、涉及洗钱
4.	Mark Lambert	美国	2019	某美国交通物流公司前董事长，行贿俄罗斯官员
5.	Patrick Ho (何志平)	中国	2018	代表一家中国能源公司贿赂非洲政府官员
6.	Ng Lap Seng (吴立胜)	中国	2017	贿赂联合国官员

在当前执法政策下，涉案企业如不“交出”实质涉案的公司人员（尤其是涉案高管），将很难与执法机关达成有利的和解。可以预见，在今后的 FCPA 执法中，

24. Assistant Attorney General Brian A. Benczkowski Delivers Remarks at the American Conference Institute's 36th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act, December 4, 2019, Department of Justice, available at <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-brian-benczkowski-delivers-remarks-american-conference>

25. Trending: Juries convict six FCPA defendants in rare trials, Richard L. Cassin, December 3, 2019, FCPA Blog, available at <https://fcpublog.com/2019/12/03/trending-juries-convict-six-fcpa-defendants-in-rare-trials/>

三、2019-2020 年中国数据保护立法与执法综述

（一）立法综述

2019 年至 2020 年间，我国数据保护领域的立法活动仍然活跃，不同位阶的规则不断出台以及完备，为监管执法提供了有力的依据，也为企业的合规提供了重要的参考和指引。

截至 2020 年底，数据保护领域的主要立法中仅有《网络安全法》和《民法总则》两部法律中对个人信息保护问题进行了明确规定，不少与个人信息保护相关的规则仍散落在不同行业、领域的单行法律法规中。虽然行业法规以及国家标准众多，但是法律层面的《网络安全法》和《民法总则》的相关条款均只对个人信息保护进行了原则性、基础性地规定，这些原则以及规定难以精准地在纷繁复杂的实践场景中准确地适用，在个人信息保护的全生命周期的一些重要节点甚至没有直接规定，仅靠监管机关对特定的法律原则进行扩大化或宽泛的解读难以形成我国个人信息以及数据保护的完整法律框架，也难以给市场实践提供具体的指引。虽然《信息安全技术 个人信息安全规范》对指导实践也具有一定的借鉴意义，无奈“推荐性国家标准”的位阶使其在直接适用的问题上略显尴尬。

2019 至 2020 年间，数据保护领域的立法动作可谓“百花齐放”，从《民法典》的出台与《个人信息保护法（草案）》的公开征求意见，到落地层面的重要国家标准《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）的更新版本生效，以及涉及 App 专项治理多项实践指南或正式发布或公开征求意见。

1、《民法典》：个人信息保护正式纳入人格权编

2020 年 5 月 28 日，第十三届全国人大第三次会议表决通过了《民法典》，将于 2021 年 1 月 1 日起正式实施。《民法典》总则编第一百一十一条延续了《民法总则》第一百一十一条的规定，对个人信息保护做出了概括性规定，并在人格权编第六章整合了《中华人民共和国网络安全法》（简称“《网络安全法》”）等个人信息保护法律法规以及先前相关的司法解释中的个人信息保护要求，通过主要的八个条文规定了个人信息相关定义、个人信息保护要求以及责任主体和自然人的权利义务等方面。

《民法典》未实质地更新“个人信息”的概念，也未区分一般个人信息和敏感个人信息，也未对处理不同性质、不同数量的个人信息设定不同规则。但《民法典》明确了个人信息与隐私权并不一致，二者之间有所区分，也存在一定重合（即个人信息中的私密信息属于

自然人的隐私，但是这些具体代表了哪些类型的个人信息尚未明确）。对于个人私密信息以及其他涉及隐私权部分的处理，《民法典》规定了比处理一般个人信息更高的要求，即需要个人的“明确同意”或者法律法规另有规定，否则这些处理私密信息的行为属于禁止性行为。

在个人信息侵权的责任主体以及责任划分上，《民法典》将个人信息保护的责任主体统称为个人信息处理者，包含任何处理个人信息的组织或者个人。不同于欧盟的《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, “GDPR”），《民法典》没有对责任主体的控制者和处理者身份进行区分，个人可以对处理其个人信息的控制者和 / 或处理者提起诉讼，控制者和处理者之间的合同（比如数据处理协议）也仅能作为两个主体之间的法律责任分配的方式，不能对抗个人。鉴于需要与《民法典》的规定进行衔接，《个人信息保护法（草案）》也延续了这一模式。

值得关注的是，《民法典》规定了个人信息处理者不承担民事责任的三种情形：情形一，在自然人或者其监护人同意的合理范围内；情形二，合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外；情形三，为了维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为。上述三种情形在《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条²⁶的规定中已经有所体现，但是《民法典》在之前的规则的基础上作了一些明确和限制，特别是情形二中增加了处理的“合理性”要求，并以该自然人未明确拒绝或者处理该信息不会侵害该主体重大利益为限。这一限制可能会对目前业务中涉及处理较多公开个人信息的企业产生较大影响。

《民法典》下的个人信息保护纠纷仍属于一般侵权纠纷，因此对于个人信息保护纠纷中的举证责任，还是适用“谁主张、谁举证”原则。故此，《民法典》与《民法总则》在个人信息保护的侵权责任归责上没有实质性变化。在《个人信息保护法（草案）》中关于个人信息保护权的侵权规定似乎要采取比《民法典》更为严格的方式。《个人信息保护法（草案）》第六十五条规定“个人信息处理者能够证明自己没有过错的，可以减轻或者免除责任”，在一定程度上体现了过错推定甚至是严格责任的归责思路。而近年来的司法实践在这一问题上也出现了不同的处理，例如“去哪儿网案”²⁷中，法院虽然没有突破“谁主张、谁举证”原则，但在认定侵权事实发生“具有高度盖然性”的情况下即认定原告完成了举证；在此前后的“苏宁易购案”²⁸和“京东案”²⁹中，法院都主张由原告对侵权责任的构成要件承担举证责任，原告最终也因未能完成

26. 《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条 网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。但下列情形除外：

（一）经自然人书面同意且在约定范围内公开；
（二）为促进社会公共利益且在必要范围内；
（三）学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的，经自然人书面同意，且公开的方式不足以识别特定自然人；
（四）自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的信息；
（五）以合法渠道获取的个人信息；
（六）法律或者行政法规另有规定。

网络用户或者网络服务提供者以违反社会公共利益、社会公德的方式公开前款第四项、第五项规定的个人信息，或者公开该信息侵害权利人值得保护的重大利益，权利人请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的，人民法院应予支持。

27. 参见“庞理鹏与北京趣拿信息技术有限公司等隐私权纠纷二审民事判决书”，北京市第一中级人民法院，（2017）京 01 民终 509 号。

28. 参见“原告李洋与被告江苏苏宁易购电子商务有限公司隐私权纠纷一案民事判决书”，江苏省南京市玄武区人民法院，（2016）苏 0102 民初 1123 号。

29. 参见“赵亚琼等与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司隐私权纠纷一案民事判决书”，北京市大兴区人民法院，（2017）京 0115 民初 15827 号。

举证而败诉；而“四川航空案”³⁰中法院的处理结果类似过错推定，即法院并没有让个人在数据泄露与损害之间的因果关系以及四川航空在数据保护上是否存在过错上承担更多的举证责任。因此，《个人信息保护法》在侵害个人信息权益民事诉讼归责原则问题上的走向，将是业界高度关注的问题之一。

运营者把控供应链上的网络安全以及国家安全风险十分重要。

2、《个人信息保护法（草案）》：即将开启个人信息保护的千万级罚款时代

全国人大常委会于2020年10月21日正式对外公布了《个人信息保护法（草案）》（以下简称“草案”）。其正式出台后将作为我国个人信息保护领域第一部普适性、综合性的立法。相较于《网络安全法》中“网络运营者”范围的不确定性，草案的适用范围则更为直接明确，所有公司在运营中以线上或线下方式处理的消费者用户个人信息、员工个人信息、供应商或者客户代表的信息都可能会适用该法。

草案借鉴欧盟《通用数据保护条例》也规定了类似的域外适用效力，要求以向境内自然人提供产品或者服务为目的，或者为分析、评估境内自然人的行为等发生在我国境外的个人信息处理活动也适用草案。同时，草案也明确了个人具有知情权、决定权、查阅复制权、更正补充权、删除权等权利，并对基于个人同意以外合法处理个人信息的情形作了规定。此外，草案还完善和重构了“告知-同意”系列规则和个人信息出境的规则。履行个人信息保护职责的部门对违反草案、情节严重的行为，可以处以五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下的罚款。

具体分析请见“《个人信息保护法（草案）》重点制度要点评析及合规展望”。

3、网络安全：关键信息基础设施保护持续推进，《数据安全法（草案）》不容忽视

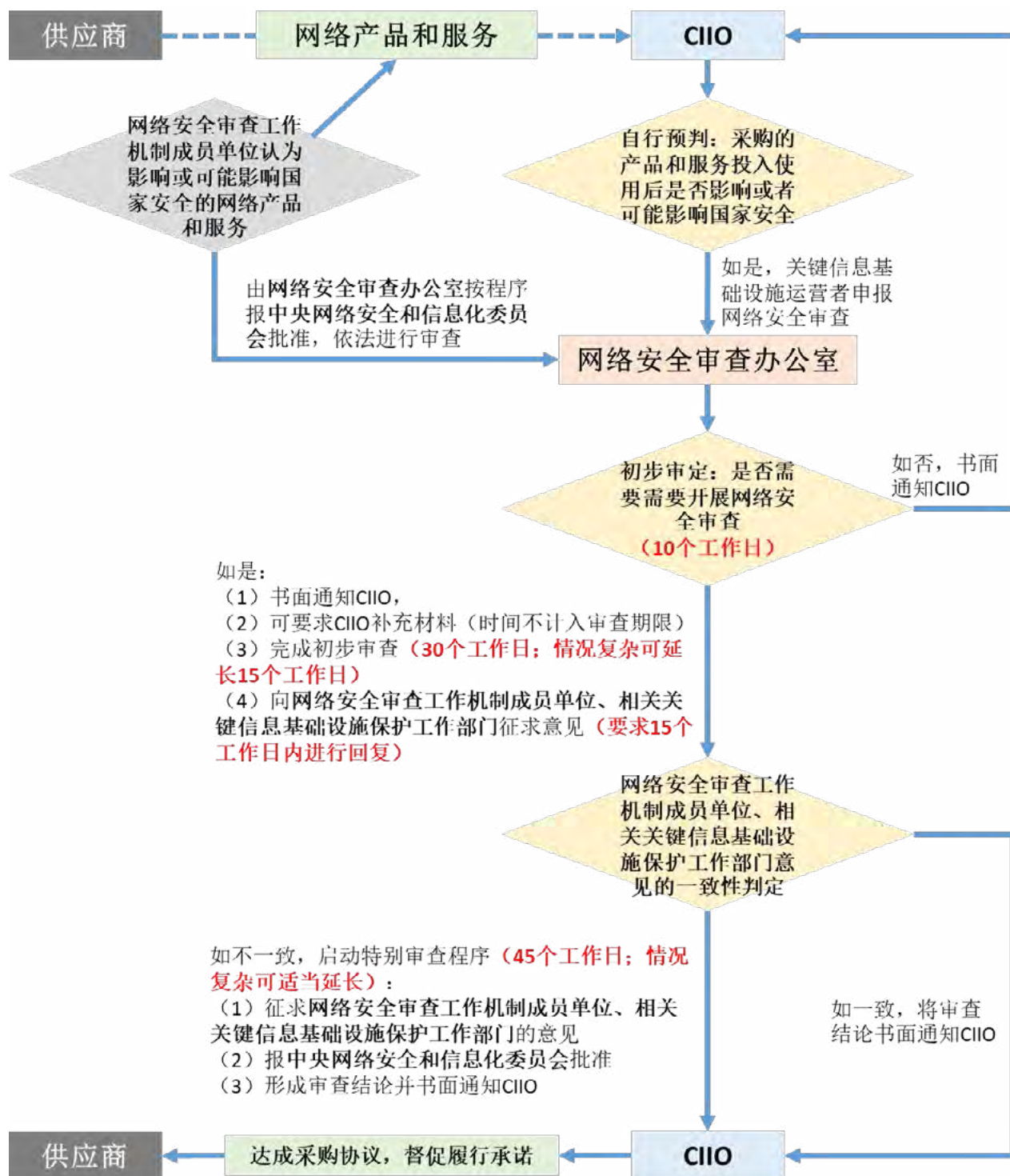
除了数据保护外，2020年网络安全领域的两大立法动作也不容小觑，其一为《网络安全审查办法》，其二为《数据安全法（草案）》。

《网络安全审查办法》

国家互联网信息办公室等十二部门于2020年4月27日联合发布了《网络安全审查办法》（“《审查办法》”）。《审查办法》自2020年6月1日起已生效，实施了将近三年的《网络产品和服务安全审查办法（试行）》也相应废止。事实上，充分评估关键信息基础设施供应链中可能存在的网络安全风险，并落实必要的风险减缓措施，是世界各国的主流实践。我国现阶段出台《审查办法》将有利于“及早发现并避免采购产品和服务给关键信息基础设施运行带来风险和危害，保障关键信息基础设施供应链安全”。

《审查办法》正式明确了关键信息基础设施运营者经有关工作部门认定产生，并给出了“网络产品和服务”的定义，对于关键信息基础设施运营者如何申报网络安全审查以及监管者审查要点等问题也进行了说明（如下图所示），而明确审查流程对于关键信息基础设施

30. 参见“林念平与四川航空股份有限公司侵权责任纠纷二审民事判决书”，四川省成都市中级人民法院，(2015)成民终字第1634号。



当然，许多网络产品和服务的提供者也都期待监管者对于“网络产品和服务”的具体目录、申报具体操作、如何预判网络产品和服务对国家安全的影响程度等问题给出更多的指导和解释。同时，虽然《审查办法》在第二十条指出关键信息基础设施运营者是指经关键信息基础设施保护工作部门认定的运营者，而相关部门如何判定关键信息基础设施运营者尚有待进一步明确。

此外，《审查办法》并未对境外网络产品和服务提供商设置例外或豁免。即使产品和服务仅通过线上方式

提供，且供应商并未在中国境内设立实体，供应商仍需要配合关键信息基础设施运营者完成网络安全审查的义务。因此，为了更好地向境内关键信息基础设施运营者提供产品和服务，境外网络产品和服务提供商可能需要考虑是否由其中国实体作为产品和服务提供商，更便于协助网络安全审查的进行。

《数据安全法（草案）》

随着被中央文件确认为新型生产要素，数据以及与之相关的技术已深刻地渗透到各行各业的发展中，数据的

安全与利用也成为了事关国家安全与经济社会发展的重大问题。《数据安全法（草案）》的出台旨在奠定数据安全领域的法律基础，以期未来构建覆盖数据安全保护、监督管理、开发应用、市场资源配置的规则体系。

与《网络安全法》相比，《数据安全法（草案）》依旧保持以贯彻总体国家安全观为基础，强调对数据领域国家安全风险与挑战的有效应对，以及对国家主权、安全和发展利益的切实维护。与着眼于网络运行安全与网络信息安全的《网络安全法》不同的是，《数据安全法（草案）》核心关注数据层面的安全要求，旨在重点突出对“重要数据”的保护和治理规则，并通过建立数据交易制度和鼓励政务数据开放来促进科学、有效地利用数据资源，强调安全与发展的互相促进与保障。尽管如此，《数据安全法（草案）》中并没有明确重要数据的产生、判断的方式以及具体的全生命周期的保护规则，其还存在诸多问题有待进一步澄清和明确。此外，在《数据安全法（草案）》中提出的重要数据的治理以及数据交易中中介服务的制度值得关注：

- 草案规定的数据安全监管机制可能会影响监管效率。

在草案下，“地区”与“行业”在数据安全领域分别被要求承担“主体责任”和“监管职责”。以行业 and 部门为标准进行规制，符合一贯的立法以及国家标准（如《重要数据识别指南》）的制定思路，也有利于行业主管部门基于行业性的专业知识对该行业和领域的重要数据进行识别和监管。相反，若将重要数据的监管职责交由各地区自行决定，既可能会造成“九龙治水”的监管困境，还可能会因各地监管部门对法律法规理解程度的差异而造成执法尺度不一，继而不当扩大或缩小“当地”重要数据的范围，甚至可能导致为规避监管而发生的重要数据跨地区流动和处理，不利于对重要数据进行保护。因此，更为理想的监管机制可能是由部级单位协调、统筹重要数据的整体治理，由地方监管部门负责具体治理工作的开展。

- “从事数据交易中介服务的机构”的定义与合规义务有待完善。

草案第三十条为数据交易中介服务机构的经营行为提供了概括性的规定，但是目前的义务范围仅限于“说明”数据来源，“审核”交易双方的身份，并“留存”审核、交易记录。前述义务要求数据交易中介服务机构对数据来源进行形式上的审核，难以实质性地保证拟交易数据的来源合法性，实践中将难以避免非法来源数据的交易，使得中介平台对非法数据交易的阻遏效果大打折扣。事实上，草案第四十三条也要求数据交易中介服务机构对“未履行义务而导致非法来源数据交易”的情况承担责任，即要求其承担实质审核义务。另外，草案尚未规定“从事数据交易中介服务的机构”的定义和范围。

4、App 专项治理：更详细的实践指引，更深度的应用测评

作为个人信息保护的“前沿阵地”，App 专项治理始终以深度测评、覆盖面广、迅速响应而著称。据了解，自 2019 年 1 月 App 治理工作组根据《关于开展 App 违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》正式成立以来，举报渠道公众号“App 个人信息举报”共收到有效举报信息 28177 条，涉及 5400 余款 App；在实践执法中，App 治理工作组及其成员单位更是对成千上万款 App 进行分批次的技术测评和整改沟通，并对其中未能限时有效整改的 App 运营者进行了有效地处置。

App 专项治理工作的成果卓绝，一方面得益于多部门紧锣密鼓的监督和评估，迫使企业对旗下 App 的合规性始终保持高度的关注；另一方面则有赖于多梯度的规则制定，尤其是颗粒度更细、与实践贴近程度更高的实践指引。经简单梳理，截至 2020 年底，除 2020 年更新版的《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273-2020），仅 2020 年正式发布的与 App 专项治理相关的实践指引和团体标准文件就多达二十余项，且发文单位均为全国信息安全标准化技术委员会（SAC/TC260）以及工信部下属的电信终端产业协会：

- 《信息安全技术 移动互联网应用程序（App）收集个人信息基本规范（征求意见稿）》；
- 《TC260-PG-20202A 网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序（App）收集使用个人信息自评估指南》；
- 《网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序（App）个人信息安全防范指引（征求意见稿）》，后被同年发布的《TC260-PG-20203A 网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序（App）个人信息保护常见问题及处置指南（v1.0）》所替代；
- 《TC260-PG-20204A 网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序（App）系统权限申请使用指南》；
- 《TC260-PG-20205A 网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序（App）使用软件开发工具包（SDK）安全指引》；
- 《T/TAF 076-2020 移动终端权限申请目的说明实施指南》；
- 《T/TAF 077.1-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 总则》；
- 《T/TAF 077.2-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 位置信息》；
- 《T/TAF 077.3-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 图片信息》；
- 《T/TAF 077.4-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 终端通讯录》；
- 《T/TAF 077.5-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 设备信息》；
- 《T/TAF 077.6-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 软件列表》；
- 《T/TAF 077.7-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 人脸信息》；
- 《T/TAF 077.8-2020 APP 收集使用个人信息最小必要评估规范 录像信息》；
- 《T/TAF 078.1-2020 APP 用户权益保护测评规范 超范围收集个人信息》；
- 《T/TAF 078.2-2020 APP 用户权益保护测评规范 定向推送》；

- 《T/TAF 078.3-2020 APP 用户权益保护测评规范 个人信息获取行为》；
- 《T/TAF 078.4-2020 APP 用户权益保护测评规范 权限索取行为》；
- 《T/TAF 078.5-2020 APP 用户权益保护测评规范 违规使用个人信息》；
- 《T/TAF 078.6-2020 APP 用户权益保护测评规范 违规收集个人信息》；
- 《T/TAF 078.7-2020 APP 用户权益保护测评规范 下载分发行为》；
- 《T/TAF 078.8-2020 APP 用户权益保护测评规范 移动应用分发平台管理》；
- 《T/TAF 078.9-2020 APP 用户权益保护测评规范 移动应用分发平台信息展示》；
- 《T/TAF 078.10-2020 APP 用户权益保护测评规范 自启动和关联启动行为》。

2019年1月，中央网信办、工业和信息化部、公安部、市场监管总局四部门联合发布《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》，正式宣布在全国范围组织开展App违法违规收集使用个人信息专项治理，并成立App违法违规收集使用个人信息专项治理工作组。自2019年年末四部门联合发布《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》以来，App专项治理工作正式进入深水区——这一变化从2020年发布的实践指引中也不难发现，从《网络安全法》概要的规定发展至《信息安全技术 个人信息安全规范》的全生命周期要求，再以App作为切入点将个人信息保护的合规关注点落实到产品功能设计上，着重关注App内隐私政策的起草与展示，用户同意的请求与获取，功能所需的必要信息范围，系统权限的申请与调用，用户权利的行使与响应，第三方SDK的信息披露等具体问题。2020年12月1日，国家互联网信息办公室就之前的常用App收集必要个人信息范围的指引上升到部门规章的高度，发布了《常见类型移动互联网应用程序（App）必要个人信息范围》公开征求意见，这个规定将会给个人信息保护原则中的“必要性”提供指引，但超出这个范围以外的App收集个人信息是否就会被认定为是过分收集有待明确。

虽然上述实践指南并不具有法律拘束力，但是考虑到其能够将法律法规、国家标准的要求“转译”为技术和设计上的要求，对企业合规与执法实践均有较高的借鉴价值，不排除在监管部门进行技术测评过程中也会进行适度参考，并作为App是否符合某项法定要求的事实标准。据报道，App治理工作组还分别针对应用商店和手机操作系统厂商编制完成了两部标准规范：《App收集使用个人信息行为应用商店审核管理指南（草稿）》和《手机操作系统App收集个人信息行为透明度增强指南（草稿）》。

可以预期，随着App专项治理工作的持续、深度发展，企业将仍需高度关注App个人信息保护的合规事宜，并密切关注执法动态，适时考虑同步推进第三方SDK管控与小程序合规工作。

5、场景化讨论 - 医药领域：“真实世界研究”的数据合规困境有待解决

真实世界研究（Real-World Study, “RWS”）是指针对预设的临床问题，在真实世界环境下收集与所涉及的临床对象相关的健康方面的数据（真实世界数据，Real-World Data, “RWD”）或基于对RWD及其衍生数据进行一系列恰当和充分的统计分析后，获得药物的使用情况及潜在获益-风险的临床证据（真实世界证据，Real-World Evidence, “RWE”）的研究过程。RWS正逐渐成为临床试验之外的重要医学研究方式，支持药物和医疗器械领域的研发及监管决策。

作为人体医学研究方式之一，RWS同样适用知情同意原则，但现有的知情同意制度在RWS场景下面临较大挑战。RWS中大量存在的回顾性观察性研究是在已有的临床医疗数据基础上进行的研究分析，则意味着在采集该等数据之时根本无法确定研究目的、性质等信息，从而不可能在采集之时获得特定临床患者的特定知情同意。此外，目前实践中的RWS活动也通常难以主张“不涉及个人隐私和商业利益”或者“获取患者的泛知情同意”。

“告知+同意”历来是个人信息保护方面的核心规则之一，在《网络安全法》和《民法典》等法律法规中均有体现，且与知情同意原则非常类似，因而企业在开展RWS时获取知情同意的困难也同样面临个人信息保护方面的风险和挑战。尽管在实际的RWS项目中，项目参与方一般会要求对患者的数据进行去标识化处理，但是如果去标识化后的数据仍可能还原识别到个人，其仍无法排除适用“告知+同意”的要求。而现行生效的法律法规中仅规定了匿名化数据的豁免，在现实的大数据技术背景下，真正做到数据匿名化同时又能满足RWS的要求几乎无法实现，这无疑给企业符合数据合规要求提出了很大的挑战。

《个人信息保护法（征求意见稿）》在“同意”之外还提供了其他多项处理个人信息的合法性依据。然而，RWS可能可以主张适用的“正当利益”或“科学研究”条款都并未明确出现在草案当中，在下一阶段的立法工作中是否有机会纳入，仍有待立法机关的后续态度。

6、场景化讨论 - 金融领域：央行发布新版《金融消费者权益保护实施办法》

2019年9月15日，中国人民银行（下称“央行”）发布了新版《金融消费者权益保护实施办法》（下称“新《实施办法》”）。新《实施办法》已于2020年11月1日正式生效，《金融消费者权益保护实施办法》（银发〔2016〕314号文）（下称“旧《实施办法》”）同时废止。

与旧《实施办法》相比，新《实施办法》主要的变化之一是删除了旧《实施办法》中适用于金融机构³¹的数据本地化要求。³²除了旧《实施办法》，央行也在《人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工

31. 旧《实施办法》中的金融机构包括：在中华人民共和国境内依法设立的为金融消费者提供金融产品和服务的银行业金融机构，提供跨市场、跨行业交叉性金融产品和服务的其他金融机构以及非银行支付机构。

32. 旧《实施办法》第33条：在中国境内收集的个人信息金融信息的存储、处理和分析应当在中国境内进行。除法律法规及中国人民银行另有规定外，金融机构不得向境外提供境内个人金融信息。境内金融机构为处理跨境业务且经当事人授权，向境外机构（含总公司、母公司或者分公司、子公司及其他为完成该业务所必需的关联机构）传输境内收集的相关个人金融信息的，应当

作的通知》（银发〔2011〕17号）（下称“17号文”）中规定了适用于银行业金融机构数据本地化的要求。³³因此，考虑到17号文中的规则目前仍有效，银行业金融机构并不能因为新《实施办法》而免除数据本地化存储的义务。

目前，央行尚未针对其删除旧《实施办法》中数据本地化要求的原因作出任何公开说明。因此，金融机构是否能以及在相关业务中跨境传输其在境内收集的个人信息处于一定的不确定的状态。需要注意，金融机构如果被央行等主管部门认定为属于《网络安全法》下的关键信息基础设施运营者，其需要遵守《网络安全法》下的数据本地化要求，并在跨境传输个人信息前完成有关的安全评估。

7、场景化讨论 - 反垄断领域：市场监管总局发布指南，剑指平台经济反垄断

2020年11月10日，国家市场监督管理总局在其官网上公布了《关于平台经济领域的反垄断指南》的征求意见稿。该征求意见稿根据平台经济的特点和目前平台经济发展中出现的一些问题，对其特有的反垄断风险予以明确和提示。

征求意见稿明确关注“大数据杀熟”行为。大数据杀熟也是近年引起社会广泛关注的问题，实践中的大数据杀熟行为通常表现为针对不同消费者的“同物不同价”等。究竟是随行就市的正常合理的商业行为，还是大企业借助其市场力量通过“千人千价”攫取垄断利润，理论与实务界众说纷纭。征求意见稿首次提出基于大数据和算法对新用户和老用户或者根据交易相对人如用户的支付能力、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可能属于《反垄断法》所规制的差别待遇。因此，大型互联网平台企业需要积极评估“大数据杀熟”的反垄断风险，在业务发展需要及法律风险防控二者间平衡考虑。

而在数据收集与共享方面，大型互联网平台企业除了应关心数据安全与个人信息保护方面的合规风险外，此后可能也需关注反垄断法方面的风险。首先，征求意见稿提示具有市场支配地位的平台经济领域经营者如强制收集用户信息，可能构成对用户附加不合理交易条件。其次，在数据共享方面，征求意见稿提出，数据也有可能成为必需设施。判断数据是否构成必需设施“需要综合考虑数据对于参与市场竞争是否不可或缺，数据是否存在其他获取渠道，数据开放的技术可行性，及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响等”。因此，大型互联网平台企业如果其数据被认定是必需设施的话，将有义务与其竞争对手和其他经营者共享数据，否则可能构成拒绝交易从而违反《反垄断法》。

具体分析请见“互联网平台反垄断合规面临的十大新挑战”。

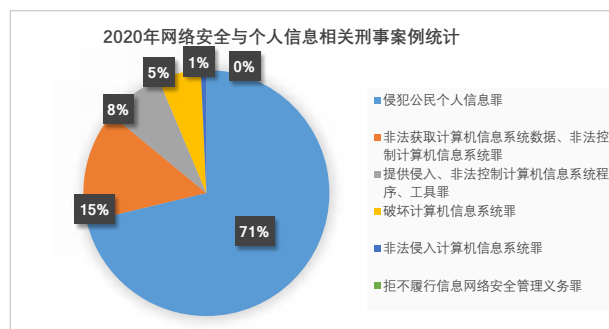
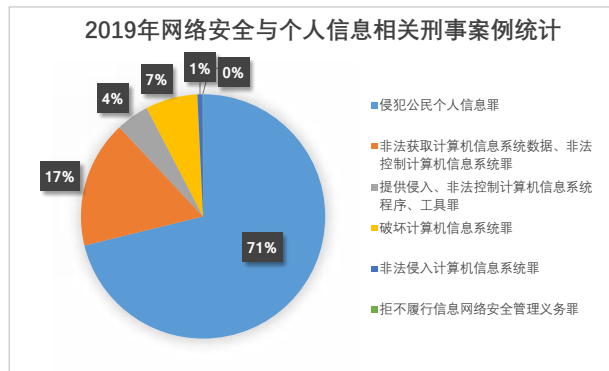
（二）执法统计

1、数据合规刑事执法情况

《刑法》规定了六个涉及网络安全与个人信息保护的

罪名，其中之一为侵犯公民个人信息罪，其余五个罪名为网络安全相关犯罪，分别为：非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；破坏计算机信息系统罪；非法侵入计算机信息系统罪；拒不履行信息网络安全管理义务罪。

根据公开渠道获取的刑事判决统计，2019年和2020年中发生的网络安全与个人信息保护罪名相关安全的整体分布大致相同，其中侵犯公民个人信息罪案件数量最多，其数量甚至超过其余网络安全相关犯罪的总和。



不难发现，自《刑法修正案（九）》生效以来，侵犯公民个人信息罪的刑事判决逐年递增，2019年侵犯公民个人信息罪的刑事判决数量高达1713起，这与当年的刑事执法工作重心不无关系，例如针对P2P、“套路贷”相关的违法犯罪行为的专项执法活动。

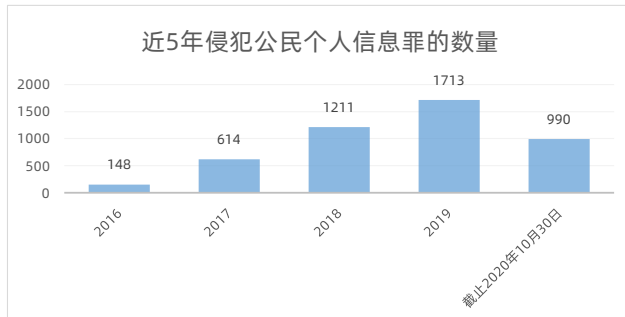
P2P平台、小贷企业、大数据风控机构非法收集、对外提供公民个人信息，被用于电信诈骗、“套路贷”相关犯罪活动中，极大损害了公民的合法权益。随着2019年4月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部出台《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》，集中打击、严惩“套路贷”相关犯罪也成为了2019年的扫黑除恶专项斗争的核心工作重点之一，而其中“明知他人实施‘套路贷’犯罪而出售、提供、帮助获取公民个人信息”的侵害行为也被上述意见明确列为共犯情形，并在现实执法中遭到了痛击。

受疫情影响，2020年网络安全与个人信息保护相关的刑事案件有所减少，但也保持在较高的水平。年中中信银行泄露个人银行账户交易明细的案件引起了广泛讨论，近期快递行业的消费者信息泄露也受到各界高

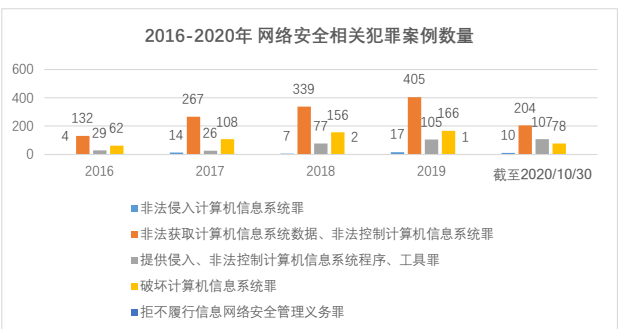
符合法律、行政法规和相关监管部门的规定，并通过签订协议、现场核查等有效措施，要求境外机构为所获得的个人金融信息保密。

33.17号文第6条：在中国境内收集的个人金融信息的储存、处理和分析应当在中国境内进行。除法律法规及中国人民银行另有规定外，银行业金融机构不得向境外提供境内个人金融信息。

度重视，因而与公民个人信息息息相关的行业都需要高度重视个人信息的保护工作，尤其是涉及大量个人敏感信息的银行金融、物流快递、医药健康、儿童教育等领域，将可能是监管机构持续关注的重点行业。



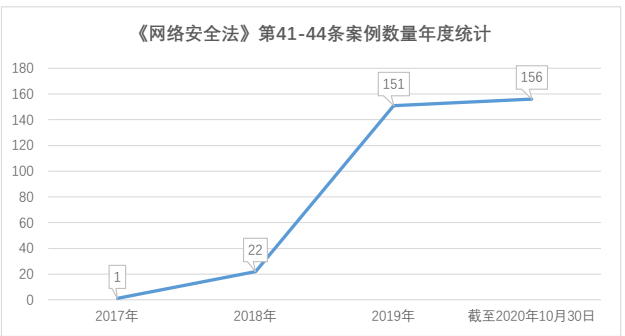
而在网络安全犯罪的五个罪名中，非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪的案例数量最多，例如通过伪造 ID、突破反爬措施等非法方式利用大数据爬虫获取他人信息系统数据，都有可能触犯相关罪名。值得说明的是，爬虫技术本身并不违法，但一旦爬虫的手段、方式触碰了法律的红线，则有可能被认定为“非法获取计算机信息系统数据罪”，业务人员、经营企业都可能面临行政甚至刑事责任的风险，因此审视数据合规的界限对企业来说尤为重要。



2、数据合规行政执法情况

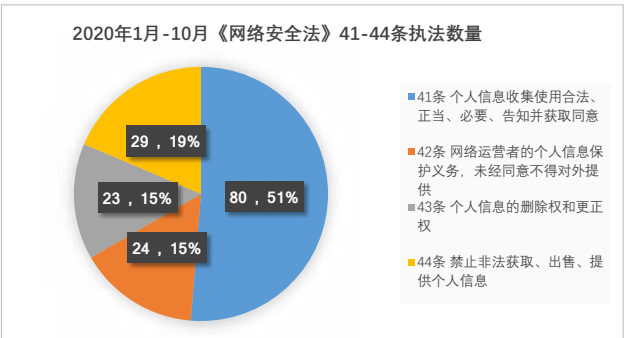
从宏观上看，尽管受疫情影响，自 2017 年《网络安全法》实施以来截止至今年 10 月底，以《网络安全法》第 41 条至第 44 条作为法律依据的行政处罚数量仍呈现逐年增长趋势，个人信息保护仍持续是行政执法机关关注的重点。

《网络安全法》 条文	规定的主要内容
第 41 条	网络运营者收集使用个人信息应遵循合法、正当、必要的基本原则，并落实“告知-同意”的规则
第 42 条	未经被收集者同意，网络运营者不得向他人提供个人信息 网络运营者应采取必要措施确保个人信息安全，并在发生安全事件时依法履行安全补救、告知用户和报告主管部门等义务
第 43 条	网络运营者响应请求，采取措施协助个人删除或更正其个人信息
第 44 条	禁止窃取或以其他非法方式获取个人信息，禁止非法出售或非法向他人提供个人信息



《网络安全法》第 41 条至第 44 条作为现行生效、普遍适用的个人信息保护法律规则，为监管部门开展个人信息保护的执法工作提供了法律依据。根据从公开渠道获取的行政处罚决定统计来看，约半数行政处罚的依据为第 41 条；而据统计，在依据第 41 条行政处罚案例中，有一半以上的案例与 App 非法收集使用个人信息有关，包括 App 应用未公开个人信息的收集使用规则、在用户明确表示不同意后仍收集个人信息、违反必要原则收集与服务无关的信息等。考虑到 App 专项治理工作仍将深度持续进行，可以预期此类执法案件仍将保持在较高的数量水平。

中央网信办、工业和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局四部门于 2020 年 7 月 22 日在京召开会议，启动 2020 年 App 违法违规收集使用个人信息治理工作，会议指出 2020 年 App 治理工作将进一步加大整治工作的力度，并持续关注 App 治理工作中收集、使用个人信息的行为。³⁴ 由此可见，App 收集、使用个人信息的合规性仍将是我国行政机关持续关注的重点。下文第四部分“App 治理工作”将进一步解读 App 违法违规收集使用个人信息的执法实践情况。

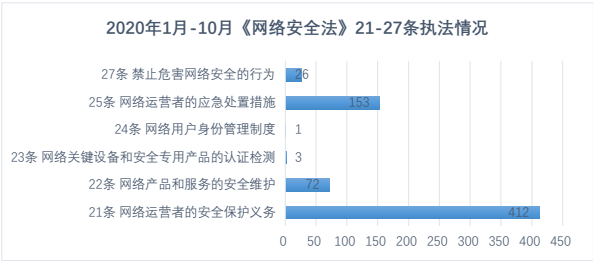


《网络安全法》第 21 条至第 27 条还为网络运营者设定了一系列义务，包括安全等级保护、产品安全认证、用户身份管理、应急事件处置等，实践中该类执法案例虽然数量相对有限，考虑到《网络安全法》在网络安全保护领域的基础地位，也应引起相关企业的足够重视。

不难发现，根据从公开渠道获取的行政处罚统计，大多数处罚的依据为《网络安全法》第 21 条，即未落实网络安全等级保护工作要求。随着《信息安全技术网络安全等级保护基本要求》等国家标准的实施，自 2019 年 12 月开始我国就已正式迈入“等保 2.0”时代。对尚未开展等保合规或仅根据“等保 1.0”开展合规的

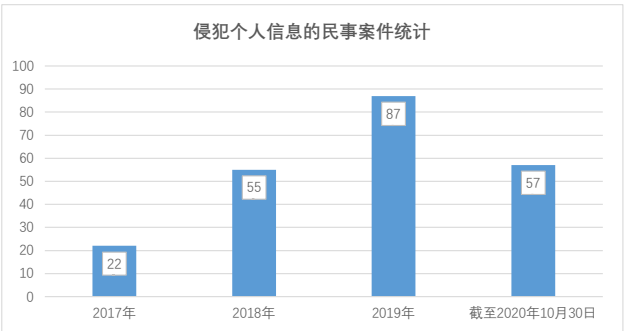
34. 《2020 年 App 违法违规收集使用个人信息治理工作启动会在京召开》，2020 年 07 月 25 日，中国网网，http://www.cac.gov.cn/2020-07/25/c_1597240741055830.htm。

企业而言，应及时对照“等保 2.0”的标准进行重新测评，并对相应漏洞进行识别和修复，以应对监管部门的监督和执法工作。



3、侵害个人信息引发的民事诉讼

长期以来，侵害个人信息在民事领域主要通过人格权中的隐私权或名誉权的侵权之诉来获得司法救济，例如被誉为我国“Cookie 隐私第一案”的北京百度网讯科技公司与朱烨的隐私权纠纷案。2017 年以来也有不少此类案件进入公众视野，例如东航、去哪儿侵犯隐私权案。随着《民法总则》第一百一十一条正式明确了个人信息保护的基本要求，依据该条款提起诉讼的案例也逐步增多，例如年内受到高度关注的微信读书案侵犯个人信息案。根据从公开渠道获取的民事判决统计，《民法总则》实施以来侵犯个人信息的案件也在逐年递增，其中 2020 年可能受疫情影响，案例数量有所回落。



明年起正式生效的《民法典》对企业收集处理个人信息提出了更为具体的要求，也为个人信息主体主张侵权提供了更为充实的法律依据。随着公民保护个人信息的意识和能力不断增强，侵害个人信息的民事诉讼在《民法典》实施后有可能出现实质性增长。如果《个人信息保护法》最终采纳了“过错推定”或“严格责任”的归责模式，原告在诉讼过程中的举证门槛将大大降低，继而导致同类型诉讼在《个人信息保护法》正式出台后可能呈现爆发式增长，这也将显著增加企业的合规压力。因此，涉及收集大量用户或消费者信息的企业应尽快完善数据合规内控制度政策，积极响应个人信息主体的投诉和行权要求，避免因涉诉给企业带来负面影响。

4、App 治理工作

2020 年 7 月 22 日，中央网信办、工业和信息化部、

公安部、国家市场监管总局（“四部委”）召开了 2020 年 App 违法违规收集使用个人信息治理工作启动会，会议总结 2019 年四部委针对 2300 余款 App 开展深度评估、问题核查，对用户规模大、问题突出的 260 款 App 采取了公开曝光、约谈、下架等处罚措施。³⁵

在 2020 年 9 月召开的国家网络安全宣传周 App 个人信息保护主题发布会上，工信部网络安全管理局处长尚铁力表示，工信部 2020 年累计巡查 4.8 万余款 App，专项检查了 200 余款 App；公安部网络安全保卫局处长赵云霞表示，今年以来，公安部依托网民举报、巡查发现，依法处置了 7000 余款存在违法违规行为的 App。³⁶

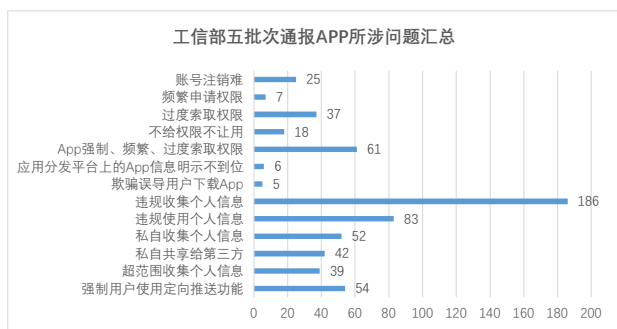
不难发现，App 治理工作仍存在多头执法问题，工信部、App 专项治理工作组以及公安部均会独立开展相关检查与测评工作；除了国家层面的多部门执法外，各地的监管部门也对辖区内企业运营的 App 进行类似的检查与测评，例如 2020 年 9 月初北京市通信管理局开展了 App 数据安全巡查检测专项行动，2020 年 11 月广东省通信管理局则通报 88 款问题 App。而这一现象将很有可能持续至《个人信息保护法》正式出台。通过公开检索可以发现，App 治理工作近一年治理成果颇多：

日期	部门	治理成果
2019/12/14	公安部	公安机关开展 App 违法采集个人信息集中整治，下架整改 100 款违法违规 App
2019/12/19	工信部	关于侵害用户权益行为的 App 通报（2020 年第一批）：16 款 App
2019/12/20	App 专项治理工作组	关于 61 款 App 存在收集使用个人信息问题的通告
2020/5/16	公安部	公安网安部门专项整治违法违规 App 取得初步成效，发布违法收集公民个人信息十大案例
2020/7/5	工信部	关于侵害用户权益行为的 App 通报（2020 年第二批）：15 款 App
2020/7/24	工信部	关于侵害用户权益行为的 App 通报（2020 年第三批）：58 款 App
2020/8/31	工信部	关于侵害用户权益行为的 App 通报（2020 年第四批）：101 款 App
2020/9/17	App 专项治理工作组	关于 81 款 App 存在个人信息收集使用问题的通告
2020/10/27	工信部	关于侵害用户权益行为的 App 通报（2020 年第五批）：131 款 App
2020/11/17	App 专项治理工作组	关于 35 款 App 存在个人信息收集使用问题的通告

根据工信部共计五批次的名单公告，我们整理了被通报 App 所涉问题的类型。如下图所示，App 违规收集用户个人信息的行为在被通报的 App 中最为常见，系统权限、个性化推送相关的违规数量也不在少数。

35.《2020 年 App 违法违规收集使用个人信息治理工作启动会在京召开》，中央人民政府网，2020 年 7 月 25 日，http://www.gov.cn/xinwen/2020-07/25/content_5530048.htm。

36.《四部委：今年处置 7000 余款违法违规 App》，新华网，2020 年 9 月 21 日，http://www.xinhuanet.com/legal/2020-09/21/c_1126518136.htm。



而与工信部通报中类型化地归纳 App 问题相比，App 专项治理工作组的通报则更为详细具体，工作组对每款 App 都会有针对性地列出其违规行为，例如某款 App 收集的某几项个人信息与业务功能无关、用户拒绝打开某几项非必要权限而被拒绝提供业务功能、没有逐一列举其嵌入的某些第三方 SDK、登录或注册后无法找到隐私政策等。

无论是 App 专项治理工作组还是其成员单位的测评工作，都包含了技术检测环节，通过对 App 代码和功能响应的情况进行评估和考核。值得企业注意的是，根据我们的实践经验，监管部门独自或委托第三方开展技术检测所形成的报告一般会作为通报点名、要求限期整改甚至处罚下架的证据固定方式，而且监管部门一般不会就报告中可能存在的疑点与企业进行事先的核实或沟通。因此，即使在巡检计划中未被抽到的企业，可能也需要考虑是否委托专业的第三方技术检测机构对旗下 App 进行必要的技术盲测，以尽早发现和修正合规隐患。此外，App 专项治理今后的工作范围也可能从针对 App 的单一治理发展到面向 App、第三方 SDK、小程序、应用商店等领域的全面合规测评，这将值得涉 App 企业的进一步关注。

四、2019-2020 年外国数据保护立法与执法综述

（一）GDPR 实施两周年记：回顾与展望

1、欧盟委员会发布 GDPR 实施以来第一份评审报告

GDPR 自 2018 年 5 月 25 日开始实施至今已逾两年。2020 年 6 月 24 日，欧盟委员会按照 GDPR 第 97 条的要求在 GDPR 实施两周年后公布了其关于 GDPR 实施情况的两周年报告³⁷，这是欧盟委员会发布的第一份关于 GDPR 的官方评审报告。之后的每四年欧盟委员会都将需要就 GDPR（特别是关于数据跨境和一站式合作机制）向欧洲议会和欧盟理事会提交评审报告。欧盟委员会的报告也吸纳了欧盟数据保护委员会（EDPB）、欧盟理事会、各成员国数据保护机构以及专家组织的意见，对业界了解 GDPR 过去两年实施情况以及未来的安排具有重要参考价值。

欧盟委员会在报告中充分肯定了 GDPR 对欧盟数字化发展和欧盟提出的欧洲数据战略³⁸的支持和推动作用，以及 GDPR 对全球数据保护立法的影响和标杆作用，对业界关于 GDPR 可能制约数字经济发展的质疑声音予以了回应。欧盟委员会的报告在认可 GDPR 实现其加强个人数据受保护的权利和保障数据自由流动的立法目标基础上，总结了 GDPR 在过去两年实施过程中的问题和未来的工作重点，这些工作重点也体现了未来欧盟监管领域的监管重点和执法方向，也应是企业的合规方向，值得企业关注。这些工作重点主要包括：

- 部分成员国数据保护机关的执法资源仍有待加强；
- 各成员国儿童年龄界限不一致给企业跨成员国提供服务带来挑战，未来可能考虑是否在欧盟层面统一儿童年龄；
- 进一步解锁数据可携带权对促进数字经济特别是刺激竞争和提高市场效率的作用；
- 考虑适当豁免中小企业的部分合规义务，并制定适用于中小企业的合规指南和文件模板，以降低中小企业的合规成本；
- 加强对大型数字化平台类企业的执法（例如在线广告领域）；
- 进一步发展和完善跨境传输机制，更新标准数据协议（SCC）；
- GDPR 的域外效力在未来执法中应有所体现；
- 加强国际双边或多边谈话，更多地与其他法域就数据保护达成共识，以促进数据流动和跨境贸易；
- 加强与其他领域监管机构的合作执法，特别如竞争监管、电子商务、网络安全、消费者保护领域的监管机关；
- 评估 GDPR 如何适应新型技术（如人工智能）的发展；
- 要求和支持 EDPB 发布更多的指引、意见和合规工具。

2、EDPB 发布多份重量级指引性文件

截至 2020 年 11 月 15 日，EDPB 已经共计通过了超过 100 份的指引性文件，其中包括了 EDPB 批准的其

37. European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition - two years of application of the General Data Protection Regulation", June 24, 2020.

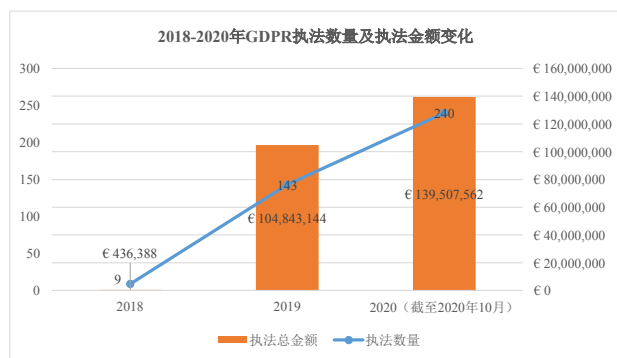
38. 欧盟数据战略是指欧盟委员会于 2020 年 2 月 19 日发布的《欧洲数据战略》，旨在推动欧盟的数字化转型，使得欧盟成为数据时代的榜样和领导者。参见 <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy#documents>，最后访问时间 2020 年 11 月 17 日。

前身原第 29 条工作组的 15 份指引，以及新制定的 18 份指引 (guidelines) 和 60 多份意见 (opinions)。2019-2020 年，EDPB 相继发布了关于同意、地域适用范围、控制者和处理者概念、以及关于跨境传输机制的补充措施等重要指引和建议。

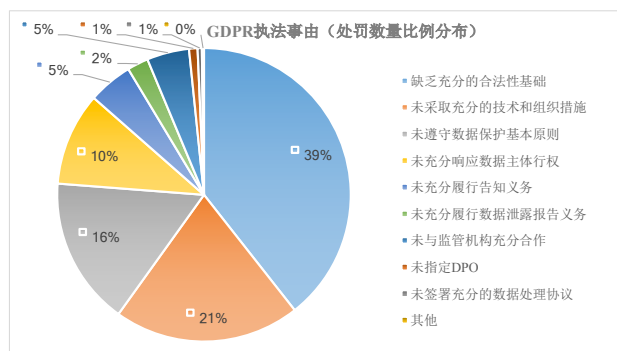
根据 EDPB 2019 年年报³⁹，EDPB 后续还将会制定关于正当利益、数据主体权利、以及在区块链、人工智能、个人数字助理 (personal digital assistant) 等领域的指引性文件。EDPB 的指引性文件为企业在实践中如何理解 GDPR 和欧盟法院的判决观提供的详细的解释，同时也为企业在实践中如何落实具体的合规要求提供了具体的操作指南和合规工具，对于我国企业理解数据保护法的原理和实操也具有较高的参考意义。

3、2019-2020 年 GDPR 执法统计⁴⁰

据不完全统计，截至 2020 年 10 月 30 日，GDPR 执法总金额已经达到约 2.4 亿欧元。如果没有 2020 年疫情的影响，该数字可能会更高。总体而言，2019 年的执法数量和罚金额度较 2018 年均大幅度增长，2020 年虽受疫情影响有所放缓，但整体依然呈上升趋势。



从执法事由来看，缺乏充分的合法性基础、未采取充分的技术和组织措施，以及未遵守数据保护基本原则是执法数量最多也是罚金最高的三个事由。其中因缺乏充分的合法性基础而被执法的案件数量占到所有执法案件的 39%，处罚金额占 67%。包括法国 CNIL 对 Google 的 5000 万欧元罚款，以及德国汉堡数据保护监管机关对快时尚品牌 H&M 的 3500 多万欧元的罚款。



从执法国家来看，意大利、德国、法国和英国是执法总金额最高的四个国家，西班牙执法数量最多（147 次执法），平均单次罚金较高的为英国（约 1400 万欧元）和法国（约 860 万欧元）。



4、各数据保护监管机关未来重点关注领域

受制于人力和物力资源的有限性，各数据保护监管机构在其年报或工作计划中都明确了一定的优先关注和执法领域。例如法国 DPA 在其 2020 年战略⁴¹中列出的重点关注领域包括健康信息的安全、移动服务、基于位置信息的服务、cookies 和同类追踪技术。比利时 DPA 在其 2020-2025 计划⁴²中明确，其将重点关注电信、媒体、直接营销、教育和中小型企业的数据合规问题，优先就 DPO 指定、合法性基础、数据主体行权的合规要求展开执法，并且也会关注摄像头、cookies 等在线数据收集技术、健康数据等问题。荷兰 DPA 在 2020-2023⁴³的重点关注领域包括：数据交易、物联网、用户画像、在线行为广告、人工智能等问题。另外，违反存储期限限制、最小化等基本原则、数据安全措施、数据处理的合法性基础、数据主体行权和 DPO 指定预计将依然是执法高频领域⁴⁴。

值得指出的是，Cookies 和在线广告出现在了多个国家监管机构的报告或工作计划里，虽然 ePrivacy 条例的出台时间一再推迟，但法国、英国、爱尔兰等多个国家的监管机构此前就 cookies 发布了具体的指引，值得企业在实践中关注。

5、数据保护、消费者保护和竞争法领域的交叉执法

互联网企业天然以占据用户流量，获取用户量为前提，如何看待数据与竞争之间的关系，竞争法中市场地位的分析是否需要考虑数据这一因素，如何分析数据对竞争地位的影响，在近年来引起了广泛的讨论和关注。

39. EDPB 2019 年年报参见 https://edpb.europa.eu/about-edpb/board/annual-reports_en。

40. 本节统计数据均来自于：<https://www.enforcementtracker.com/>。

41. <https://www.cnil.fr/en/what-inspection-strategy-2020>。

42. <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/strategisch-plan-2020-2025.pdf>。

43. https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/focus_ap_202-2023_groot.pdf。

44. "Trends in GDPR Enforcement", <https://www.arthurcox.com/knowledge/trends-in-gdpr-enforcement/>。"GDPR HOT ISSUES: COOKIES, DATA TRANSFERS, AND ENFORCEMENT TRENDS", <https://www.morganlewis.com/events/2020/09/gdpr-hot-issues-cookies-data-transfers-and-enforcement-trends>。

2019年2月，经过长达3年的调查，德国联邦卡特尔局（德国竞争执法机构）对Facebook作出决定，认为Facebook将用户同意其收集用户在第三方的数据并与用户的Facebook账号进行融合使用，作为用户使用Facebook社交服务的条件进行绑定，属于滥用市场支配地位的行为，要求Facebook停止该等行为⁴⁵。德国联邦卡特尔局的前述禁止性决定在首先被杜塞尔多夫地区高等法院暂缓实施后，又被德国联邦最高法院于2020年6月裁定可以继续实施。2020年8月，欧盟委员会宣布启动对Google收购穿戴设备供应商Fitbit的全面调查⁴⁶，欧盟委员会的主要顾虑在于Google在收购Fitbit后，将也会同时从Fitbit获得用户的大量健康数据，该等数据是否可能会进一步加强谷歌在在线广告领域的主导地位，而不利市场竞争。对此，欧盟委员会曾在一份建议中指出，在适当的时候竞争、消费者和数据保护机构应当进行相互合作⁴⁷。

6、Schrems II 案为跨境数据传输带来新挑战

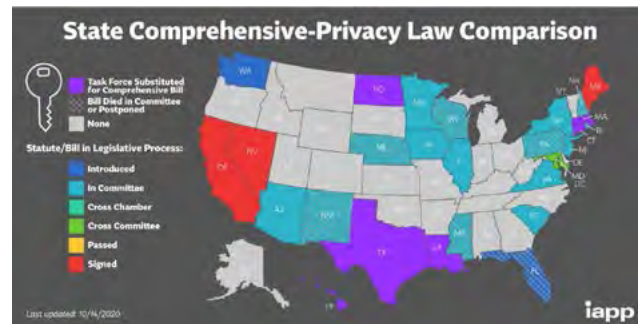
在Schrems II一案（C-311/18）中，欧盟法院以美国法律赋予其情报等国家机关比较广泛且不清晰的数据访问权为由，认为欧盟个人数据传输至美国后在美国无法得到充分的保障，因此最后认定欧盟和美国之间的隐私盾（privacy shield）无效。之后，瑞士联邦数据保护和信息委员（FDPIC）也随机宣布瑞士和美国之间的隐私盾无效⁴⁸。除了否定隐私盾外，欧盟法院也就基于标准数据条款（SCC）和经批准的企业行为准则（BCRs）是否可以数据跨境传输提供充分保障提出质疑，因为SCC和BCRs都不具有对抗政府机关的法定数据访问权的效力。

为此，继德国、法国、英国等监管机构发布指引之后，EDPB于11月中旬发布了《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》（“建议”），其中要求数据出口方在跨境传输数据前，评估数据接收方所在国家/地区的法律或者实践是否可能影响SCC的效力，尤其应重点考虑接收方所在国家/地区的监管机关为情报法等监控目的对个人数据的访问权，以及个人对公权力机关访问数据可能的救济权。如果经评估接收国的法律和实践会影响SCC的效力，数据出口方需要考虑采取补充措施来补救接收国法律的影响；而如果经评估即使采取了补充措施，依然无法避免数据接收方所在国家/地区法律或实践的影响，则不应向该国家或地区传输数据。而且，企业需要能够证明其采用的跨境传输机制和补充措施，能够为跨境传输的欧盟个人的数据提供充分的保障水平。此外，欧盟委员会也于2020年11月更新了新的SCC。

（二）美国立法执法动态：互联网行业成重灾区，大额罚金屡见不鲜

2019年到2020年，美国在联邦法层面没有太多的新

的立法出现，主要的个人信息保护的立法集中在州法层面。联邦层面有许多议员提出了许多法案但是都没有进入实质的程序，比如美国参议员Josh Hawley提议制定《国家安全与个人数据保护法》，其中将中国列为关注国家并且禁止美国用户数据传输到关注国家（包括通过其他非关注国家中转）。美国50个州在个人信息保护的规则上都有不同程度的进展。其中最为完备的州个人信息保护立法为加州的CCPA。



图片来源：IAPP

作为美国联邦层面主要的数据监管机关，联邦贸易委员会（Federal Trade Commission, FTC）在数据保护领域的执法权限主要来源于《联邦贸易委员会法案》（Federal Trade Commission Act, FTC Act）第5节禁止“不公平或欺诈行为”（unfair or deceptive acts or practices）的一般规定。⁴⁹虽然该条文仅规定了非常原则化的要求，但FTC在其多年来的执法实践中将不公平以及欺诈行为扩展到隐私以及数据保护的许多方面。在执法程序上，FTC通常会在接到投诉、媒体报道、国会调查时启动调查程序，调查活动由下属的消费者保护局（Bureau of Consumer Protection）具体实施。⁵⁰除FTC Act以外，联邦贸易委员会还在各行业相关法律中获得隐私领域执法的授权，包括：规定金融机构处理个人私密信息的《格雷姆-里奇-比利雷法案》（Gramm-Leach-Bliley Act），允许消费者选择不接收商业电子邮件的《CAN-SPAM法案》（CAN-SPAM Act），规范在线收集13岁以下儿童个人信息的《儿童在线隐私保护法》（Children’s Online Privacy Protection Act），保护消费者提交信息隐私的《公平信用报告法》（Fair Credit Reporting Act），禁止收款人使用滥用、不公平或欺骗性的行为来收钱的《公平债务催收行为法》（Fair Debt Collection Practices Act），规范欺骗性电话销售行为的《电信营销与消费者欺诈和滥用预防法》（Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act）等。

根据FTC于2020年2月公布的《2019年数据与隐私安全工作报告》（Privacy & Data Security Update for 2019），FTC已处理了130多起垃圾邮件和间谍软件案件，以及80多起一般隐私诉讼。⁵¹FTC的执

45. 德国联邦卡特尔局的原文详见：https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=40D97C75A9B1DEB4C29DFE44F11E8158.1_cid371。

46. Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1446。

47. European Commission, “Communication on data protection rules as a trust-enabler in the EU and beyond – taking stock”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2019:374:FIN>。

48. FDPIC considers CH-US Privacy Shield does not provide adequate level of data protection, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/en/home/latest-news/media/medienmitteilungen.msg-id-80318.html>。

49. 参见 <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes>。

50. 参见 <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices>。

51. 参见 “Privacy & Data Security Update: 2019”, <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/privacy-data-security-update-2019/2019-privacy-data->

法活动广泛关注社交媒体、广告技术、金融征信、智能家居领域中数据收集和共享的透明度问题，例如仅在其公布的 2019 年执法案例中就涉及 Facebook 与剑桥分析公司、Google 与旗下视频平台 YouTube、短视频平台 TikTok、广告技术公司 Effen Ads、邮件管理公司 Unrollme、信用修复服务提供商 Grand Teton Professionals、金融服务机构 Global Asset Financial Services Group、智能家居产品制造商 D-Link 等多家业内企业。⁵²

事实上，受到来自大洋彼岸的 GDPR 执法的压力，以及迫于欧洲国家对美国互联网企业数据保护实践的顾虑，互联网行业也已成为了 FTC 的数据方面的重点执法目标。这与互联网商业模式以及大数据、云计算、人工智能等前沿技术突飞猛进的发展不无关系，在数据驱动型经济背景下，互联网企业也倾向于收集更多的用户数据，并通过数据分析、精准营销等手段对数据进行商业化利用，以挖掘用户更多的潜在价值。考虑到“保护消费者”正是 FTC 的战略目标之一，随着消费者对个人信息的保护意识逐渐觉醒，互联网行业则自然成为其重点关注领域，Facebook、Google（YouTube）、Snapchat、Uber、VIZIO、TikTok、Zoom 等互联网巨头在 FTC 的数据保护和隐私执法中无一幸免。

此外，从近几年的大额罚单以及过往 FTC 的处罚金额来看，FTC 仍然倾向于用大额罚款来对违规企业进行处罚和威慑。2020 年 4 月 23 日，经联邦法院批准，FTC 因“剑桥分析（Cambridge Analytica）事件”对 Facebook 在与第三方分享数据的违规行为发起调查后与其达成的和解协议正式生效，其中尤为引人瞩目的和解金额是“史无前例”的 50 亿美元。在 Facebook 被罚之前，著名的 FTC 高额罚单包括对 Equifax 数据泄露开出的 5.75 亿美元罚款，以及对 Google 和 YouTube 侵犯儿童隐私开出罚款 1.7 亿美元。

在数据安全相关的案件中，FTC 通常还会要求涉案企业实施全面的安全方案，每两年对安全方案进行一次详尽的评估，并提交高级管理层关于企业遵守命令的年度证明。例如，2020 年 11 月，FTC 与 Zoom 达成和解协议，Zoom 同意建立和实施全面的安全程序，并停止对隐私和安全的虚假陈述，以更具体的救济措施保护其用户群；同时 Zoom 必须接受独立第三方对其安全计划进行的两年一次的评估，且 FTC 有权审查这一评估。⁵³

值得注意的是，FTC 的处罚并不排除受到影响的个人提出诉讼或者参与集体诉讼的可能。此次 FTC 与 Facebook 和解协议批准前，美国联邦第九巡回上诉法院则称“即使在用户退出社交媒体网站后，Facebook 仍然会追踪用户的网络活动，因而侵犯了用户的隐私权”，“用户可以根据联邦和加州隐私和窃听相关的

法规进行起诉索赔”⁵⁴；2020 年 1 月，Facebook 则同意支付 5.5 亿美元，与原告就其在伊利诺伊州使用人脸识别技术而遭遇的用户集体诉讼达成和解。⁵⁵

除了 FTC 的执法以外，CFIUS 以及其他美国的政府部门也越来越地把个人信息保护作为国家安全的考虑要素之一，在不同的行政程序中均有体现，例如 CFIUS 要求中国投资人限期出售已经投资的同性恋交友软件 Grindr，其中主要的考量要素是数据的类型以及数据的量级（Grindr 收集了大量的用户个人信息，包括性取向、HIV 状态等）。美国国家安全专家指出“如果中国政府掌握了 Grindr 的个人信息，可能会在某些情况下用来敲诈美国官员以及国防承包商等拥有安全访问权限的人，迫使他们为中国提供信息或其他支持。”

（三）亚洲主要国家数据保护立法和执法重点

1、韩国修订 PIPA

2020 年 1 月 9 日韩国国会通过了对《个人信息保护法》（Personal Information Protection Act, PIPA）、《促进利用信息和通讯网络法》（Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection）和《信用信息使用及保护法》（Act on the Use and Protection of Credit Information）3 部主要个人信息保护法律的修正案。修正案于 2 月 4 日公布，8 月 5 日生效。

本次 PIPA 修订体现了韩国在保护个人信息的需求和拓展数据使用方式的需求之间的平衡，为数据经济的发展铺平了道路。修正案增加了“去标识化个人信息”（pseudonymized information）的概念，企业为了统计、科学研究和出于公共利益的存档的目的处理去标识化个人信息时，不需要取得个人信息主体的同意，⁵⁶也无需履行 PIPA 规定的部分义务，例如在间接收集时告知个人信息主体、留存期限届满时删除个人信息、回应个人信息主体行权请求等⁵⁷。关于去标识化的标准、去标识化个人信息的融合等事宜，数据保护机关将指定实践指南进一步明确。

修正案还引入了 GDPR 下“兼容”（Compatibility）的概念，企业为与收集个人信息时的原始目的合理相关的目的进一步使用或提供个人信息时，不必再取得个人信息主体的同意。⁵⁸

此次修订还改革了韩国的个人信息保护监管机制。此前，韩国行政安全部（Ministry of Interior & Safety）和广播通信委员会（Communications Commission）分工履行个人信息保护相关问题的监管职责，修订后的 PIPA 设立了个人信息保护委员会（Personal Information Protection Commission，

security-report-508.pdf.

52. 同上。

53. 参见 <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/192-3167/zoom-video-communications-inc-matter>。

54. 参见“Privacy lawsuit against Facebook revived”，<https://www.straitstimes.com/world/united-states/privacy-lawsuit-against-facebook-revived>。

55. 参见“Facebook pays \$550M to settle facial recognition privacy lawsuit”，<https://www.cnet.com/news/facebook-pays-up-550m-for-facial-recognition-privacy-lawsuit/>。

56. PIPA 第 28-2 条。

57. PIPA 第 28-7 条。

58. PIPA 第 15 条 (3) 款和第 16 条第 (4) 款。

PIPC) 独立负责个人信息保护工作。⁵⁹

2、日本修订 APPI

2020年6月5日,日本国会批准了《个人信息保护法》(Act on the Protection of Personal Information, APPI)的修正案,部分规定将在正式发布之日(6月12日)起2年内实施。修订后的APPI采取了更加接近GDPR的立法方式。

此次修订的一大变化是扩大了个人信息主体权利的范围,例如将删除或停止处理权的行使范围扩展至企业不当使用个人信息、不再需要使用个人信息或者个人信息发生泄露时⁶⁰,允许个人信息主体要求企业以电子形式提供自己的个人信息和要求企业披露向第三方分享自己个人信息的记录。⁶¹

此次修订也加强了向第三方分享个人信息的限制。在旧法下,企业可以通过允许个人信息主体 Opt-out 的方式向第三方分享用户个人信息而不需要取得个人信息主体的明示同意,新法禁止企业在特定情形下通过这种方式与第三方分享用户个人信息,并要求企业在分享时披露接收方的名称及其负责代表等更多的信息。⁶²在数据跨境传输方面,根据新法的规定,企业如果基于用户的同意实施跨境传输,则应当告知用户目的地国家以及该国是否有个人信息保护法律等信息。⁶³

为了促进对数据要素的利用,APPI 特别地引入了“去标识化个人信息(Pseudonymously Processed Information)”的概念,并降低了企业在处理去标识化个人信息时的合规要求,例如在处理去标识化个人信息时只需要向公众进行告知而不需要告知个人信息主体,不适用个人信息主体的更正权或停止处理权。⁶⁴

在行政监管方面,新 APPI 将汇报数据泄露事件确认为一项强制性义务,要求企业在发生数据泄露时向数据保护机关(Personal Information Protection Commission, PPC)报告并通知相关的个人信息主体。⁶⁵新 APPI 加大了对违法行为的处罚力度,将罚金上限提高至1亿日元(约100万美元)⁶⁶。单独违反 PPC 的命令可能被处以1年以下监禁或100万日元(约1万美元)以下的罚款。⁶⁷

此次修订还明确了 APPI 的域外效力,规定整部法案适用于在向日本自然人提供商品或服务过程中处理该等自然人个人信息的境外主体,使得 PPC 可以要求境外主体其个人信息处理活动相关的报告以及公开境外主体违反 PPC 命令的情况。⁶⁸

3、新加坡修订 PDPA

2020年11月2日新加坡通过了新的《2012年个人信息保护法》(Personal Data Protection Act 2012, PDPA)修正案。新加坡此次修订 PDPA 的一大目的是实现保护个人信息主体和支持企业更灵活地使用个人信息之间的平衡。

在保护个人信息主体方面,PDPA 设定了强制性的数据泄露汇报要求,规定企业在数据泄露事件对个人信息主体造成或可能造成重大损害或者数据泄露事件涉及规模较大时报告数据保护机关(Personal Data Protection Commission, PDPC),以及在数据泄露事件对个人信息主体造成或可能造成重大损害时通知个人信息主体。⁶⁹PDPA 也加大了对数据泄露事件的处罚力度,新加坡境内年收入超过1千万新币(约7442913美元)的企业可能被处以最高年收入10%的罚金⁷⁰。PDPA 还增强个人信息主体的权利,增加了个人信息主体的数据可携带权,⁷¹以及要求企业在拒绝响应个人信息主体访问个人信息的请求时留存一份个人信息副本⁷²。

在支持企业使用个人信息方面,此次修订扩大了“视为同意”(deemed consent)条款的适用范围,企业进行为了履行合同所必需的个人信息处理活动⁷³以及在告知个人信息主体并给予合理的 Opt-out 期限后为了新的目的而使用或分享个人信息时,无需再取得个人信息主体的明示同意。修正案同时增加了取得同意的例外情形。⁷⁴

修订后,个人也可能因为违反 PDPA 而承担责任,受到不超过5,000元新币(约3721美元)罚款或不超过2年监禁的处罚。⁷⁵

4、香港执法动态:网上个人资料外泄是执法重点

香港个人资料私隐专员公署(Privacy Commissioner for Personal Data)在2020年4月发布的《2018-2019年度实践数据管治报告》(以下简称“报告”)中表示网上资料外泄是当前和未来的执法重点。⁷⁶2018至2019年度,香港个人资料私隐专员公署接获113件数据外泄事故,涉及349,545,512名人士的个人资料,而这些数据外泄事故涉及黑客入侵、系统设定有误、遗失文件或便携式装置、经传真、电邮或邮递意外披露个人资料等。⁷⁷其中,资讯科技类企业发生数据外泄事故的情况大幅增多,这引起了公众对保障网上个人资料隐私的广泛关注。

59. PIPA 第7条。

60. APPI 第30条。

61. APPI 第28条。

62. APPI 第23条。

63. APPI 第24条。

64. APPI 第35-2条。

65. APPI 第22-2条。

66. APPI 第87条。

67. APPI 第83条。

68. APPI 第75条。

69. PDPA 第26A和26E条。

70. PDPA 第48J条。

71. PDPA 第26F至26J条。

72. PDPA 第22A条。

73. PDPA 第15A条。

74. PDPA 第17条。

75. PDPA 第48D至48F条。

76. 参见 https://www.pcpd.org.hk/english/resources_centre/publications/annual_report/files/anreport19_full.pdf。

77. 同上。

香港个人资料私隐专员公署发布的报告中重点分析了一宗本地航空公司九百四十万名乘客的网上资料外泄事件，外泄的资料包括乘客姓名、电邮地址、航空公司会员号码、身份证和信用卡资料。由于航空公司资料安全系统存在各种漏洞，肇事者绕过了保安控制系统，安装恶意软件，从而获取个人资料。航空公司的系统没有为已知漏洞采取足够的保护措施；安全检查次数过少（每年只进行一次），而且无法检测出个人资料外泄行为和漏洞；遥距登入的安全没有得到妥善保障；过时的个人资料仍被保留，没有妥为删除。香港个人资料私隐专员公署表明，虽然《个人资料（私隐）条例》下保障个人资料的安全不是绝对的责任，但评估保障个人资料安全措施时须视乎具体个别情况，考虑资料的数量、性质和敏感性，以及资料外泄可能造成的损害。最终，该航空公司在得知外泄事故7个月后才报告事故，虽然根据现行法律延误报告并不违法，但私隐专员认为，如果航空公司能及时报告事故，便可大大减少对受影响乘客造成的损害。⁷⁸

此外，香港个人资料私隐专员公署还重点分析了另一宗个人资料外泄事故，该事故涉及一间本地电讯公司三十八万名客户的个人资料外泄。香港个人资料私隐专员公署再次提及多项漏洞，例如资料没有加密而引致资料外泄、没有对遥距登入系统实施多重认证，以及不必要地保留过时的个人资料。⁷⁹

值得注意的是，香港政府于2020年1月20日的检讨文件中首次公布相关法例及执法重点的改变。该文件载有对《个人资料（私隐）条例》的修订建议，例如强制性资料外泄事故通报机制；个人资料保留时间；必须在5个工作日内向私隐专员公署报告任何存在确实重大损害的资料外泄风险；对网上资料储存及处理服务提供者的直接规管；加重罚则；以及实施因违反《个人资料（私隐）条例》而产生的行政罚款。⁸⁰

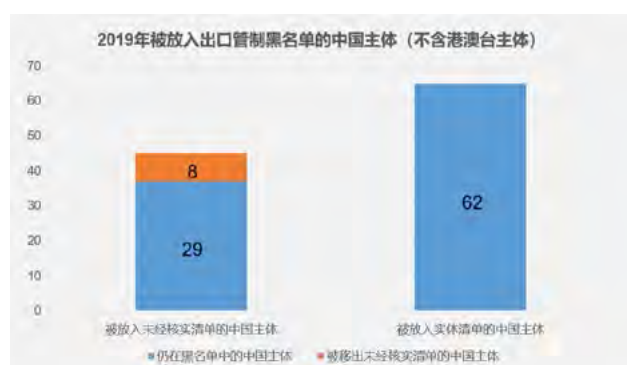
香港个人资料私隐专员公署的以上执法行动和香港政府对《个人资料（私隐）条例》的修订建议，显示了香港个人资料私隐专员公署和香港立法机关目前正在致力于加强香港的个人资料保护制度和个人资料外泄事故的执法工作，因此受监管的公司在未来应当更加关注收集个人资料种类、个人资料的储存方式以及网上违法行为所带来的潜在风险。

五、美国出口管制 2019 年执法情况总结与评述

在2019年不断升温的中美贸易战中，出口管制成为美国政府遏制中国企业发展的利器。自2019年3月美国政府宣布将30余家中国实体放入“未经核实清单”，到5月16日宣布将华为及一系列关联公司放入“实体清单”，基本全面叫停华为与美国公司的合作，再到10月份将数家在人工智能领域领先的中国企业放入实体清单，美国针对中国企业的出口管制攻势一浪高过一浪。这也使得出口管制成为中国企业在2019年最为关注的合规问题之一。

2020年1月15日，中美签署第一阶段贸易协议，这场举世瞩目的贸易战暂时停火。但是中美两国在科技领域，尤其是新兴技术领域的博弈还将持续进行下去。美国对华的出口管制措施还将在很长一段时间内成为对中国科技制造企业的严峻挑战。

（一）2019 年中国企业受美国出口管制政策影响的数据一览



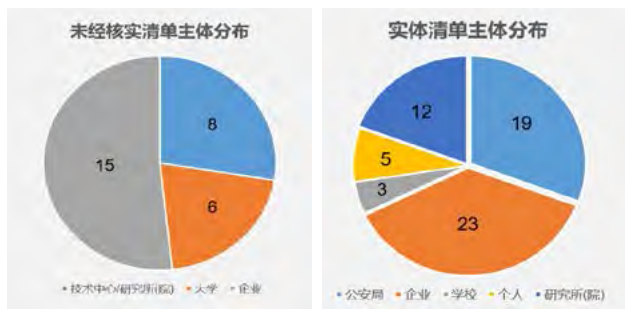
2019年共（曾）有37家中国主体因“无法核实其所涉的出口行为是否善意”而被美国商务部工业和安全局（“BIS”）放入“未经核实清单”，规定在出口、转出口及境内转移中不再适用许可例外且对于无许可证要求的出口物项需要做出合规声明。后经努力，有8家中国主体成功从“未经核实清单”上被移出；

2019年共有62家中国主体因被BIS认为“从事违反美国国家安全和/或外交政策利益的活动”而被放入“实体清单”，规定在出口、转出口及境内转移中不再适用许可例外且对所有适用出口管制规定的物项增设额外的许可证要求。需要说明的是，5月21日华为及华为关联公司共68家主体被放“实体清单”，10月9日另新增46家华为关联主体，而在本统计中，上述公司均记为华为1家。

78. 同上。

79. 同上。

80. 参见 <https://www.legco.gov.hk/yr19-20/english/panels/ca/papers/ca20200120cb2-512-3-e.pdf>，最后访问于2020年11月22日。



在 29 家“未经核实清单主体”中，15 家为企业，8 家为技术中心 / 研究所（院），6 家为大学。15 家企业主要集中于光学、电子科技、仪器制造、航空技术、自动化工程、微系统、传感、材料等领域；8 家技术中心 / 研究所（院）主要集中于纳米能源、应用化学、物质科学、应用 / 技术物理、天文等领域。

在 62 家“实体清单主体”中，23 家为企业，19 家为公安局，12 家为研究所（院），另有 3 所学校及 5 名个人。23 家企业基本均为中国的科技企业，集中于通讯、传感、AI、无人机、人脸识别等高精尖领域；12 家研究所（院）主要研究航天科技技术和计算技术；19 家公安局则位于新疆各地区。（更详细解析请见《中国科技企业如何避开美国出口管制陷阱》）

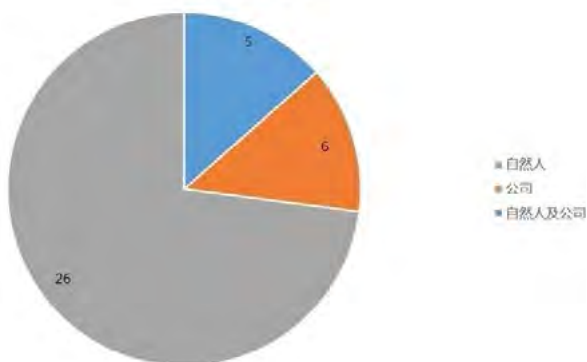
（二）2019 年被处罚出口行为的情况分析

我们对 BIS 公布的 2019 年 37 起因违反出口管制规定而遭到处罚的案件进行了梳理：

1. 被处罚主体的情况

案件处罚情况汇总			
追责主体	刑事责任	民事责任	罚则
自然人	25 起	1 起	- 罚款（最高达 15 万美元） - 监禁（最长达 342 个月） - 取消出口特权（最长达 10 年）
单位	0 起	6 起	- 民事罚金（最高达 13.6 万美元） - 出具临时出口禁止令
自然人及单位	4 起中个人被追究刑事责任，1 起被追究民事责任	1 起被追究民事责任	（个人）被处以罚款、监禁及没收不法利益 （单位）处以民事罚金（最高达 30 万美元） - 取消出口特权（最长达 10 年）

被处罚主体类型

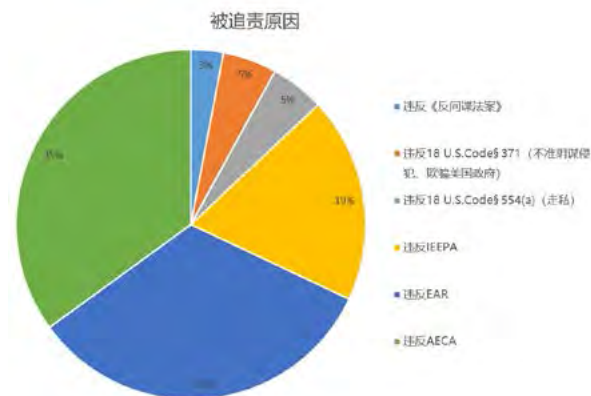


经统计，在 37 起案件中，26 起案件追究自然人的责任；6 起追究公司责任；5 起案件中同时追究了公司及自然人的责任。根据 BIS 披露的案件信息，上述案件中包

含多名非美国籍的自然人和公司被处罚。

在自然人和有关公司被同时处罚的案件中，被处罚的自然人均为有关公司的高管，包括 CEO、CFO、注册代理人、出口合规官、内审主管等。他们都被认定为曾积极的参与到违反美国出口管制法的共谋行为中。

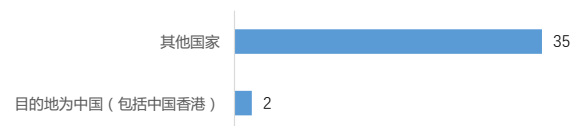
2. 被追责原因



35%（13 起）的案件涉及违反《武器出口管制法》（“AECIA”），与未经许可出口 USML 中的国防用品有关。33%（12 起）的案件涉及违反《出口管理条例》（“EAR”），主要涉及未经许可出口受控军民两用物项。另外 19%（7 起）的案件的案由是违反《国际紧急经济权力法》（“IEEPA”），涉及的出口目的地包括伊朗、俄罗斯、叙利亚、中国香港等。另外的极少数案件涉及到违反美国法典第 18 编 554 (a) 条（从美国走私）、违反美国法典第 18 编 371 条（不准阴谋侵犯、欺骗美国政府）、美国《反间谍法案》。

3. 出口最终目的地国

受处罚行为的出口最终目的地国家



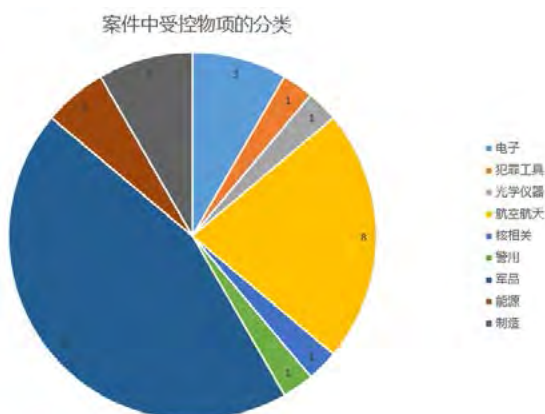
在这 37 起案件中，违规的行为多为未经许可而将受控物项出口或转出口给禁运国或者黑名单上的主体。

其中有两起案件涉及到中国，包括 Multiwire 案和自然人 Chen Si 案。在 Multiwire 案中，美国公司 Multiwire 在 2014 年和 2015 年在未获得许可证的情况下将出口 ECCN 编号为 EAR99 的劳厄背向反射实时影像探测器和配件出口至中国的电子科技大学（当时为实体清单上的主体），上述物项总价值 117,156 美元。最终 Multiwire 公司被处以 80,000 美元的民事罚款。在 Chen Si 案中，中国公民 Chen Si 违规出口美国原产的 ECCN 编号为 3A001 的用于雷达与军事干扰设备的集成电路和其他部件，以及违规出口太空通讯设备至中国。

根据 BIS 披露的信息，除中国以外，受罚出口行为的

目的地国家还主要包括俄罗斯、伊朗、黎巴嫩、叙利亚、墨西哥、土耳其等国家。

4. 案件中受控物项的分类



我们将 37 起案件中所涉及的出口受控物项按性质和行业进行了分类。由上图可见，BIS 处罚的多数案件与军品出口有关，具体违规行为多为未经许可出口《美国防务目录》(The U.S. Munitions List, 下称“USML”)中的国防用品给受限国家。BIS 在航空航天领域的执法也较为活跃，多个案件涉及将美国原产的航空器和部件或航天通讯技术出口给受限目的地。此外，多个案件中的物项涉及电子、能源、制造等领域，值得关注。

5. 违规出口物项所涉及 ECCN 码



因为较多案件所涉及的国防军品物项并非由 EAR 管控，所以多数案件不适用 ECCN 码。由于保密和敏感等原因，25% 的案件并未披露违规出口物项所涉及 ECCN 码。根据已有的信息，较多违规出口物项被归类为 EAR99，即没有 ECCN 号一般无须办理许可证的物项。但对于 EAR99 来说，仍然要符合一般禁止第 4-10 项的审查，即要符合最终用户、终端用途和出口目的国审查等。

从 ECCN 的分布可以看出，BIS 目前的执法重点仍然在于 ECCN 五个功能组的 A 类：系统、设备和组件，对于材料、软件和技术领域的执法尚不活跃。我们理解这与对软件和技术出口定性难度、举证难度和综合执法难度有关。

6. 值得关注的裁量因素

我们注意到以下几个方面是美国政府在执法时重点考虑的裁量因素，值得中国企业关注：

- 出口管制合规体系的缺失。在 Multiwire 案中，BIS 公布的处罚决定书中特别强调 Multiwire 公司作为业内富有经验的出口商，却并未建立出口管制合规体系来对外国客户进行筛查，并且在两次违规出口行为发生时都未对该中国客户的身份进行筛查。在 Jaguar Imports LLC 案中也提到了类似的考虑因素。
- 违反行为的数量和持续时间。在多个案件中都提及了违反行为持续时间长和违反行为的数量，持续时间越长、违反行为越多则处罚越严厉。
- 未能履行资料保存的义务。在 Cortran Corporation 案中，该公司未经许可将畜牧用电子探测器材非法出口给委内瑞拉、墨西哥、南非、捷克等国，非法获利 81010 美元；且未能完整保存有关交易的发票和提单等资料，从而违反了出口商的资料保存义务。
- 虚假陈述。在 Ghaddar Machinery Co. 案中，黎巴嫩公司曾对英国供应商做出虚假陈述，承诺英国供应商其将遵循有关美国出口管制法规。但事实上该公司明知且故意从英国供应商处购买美国原产引擎，并转出口给叙利亚。

这给中国企业的启示在于，建立出口管制合规体系，尤其是完整的文档保管制度，不只是能够帮助企业规避违反风险，在出现违法情形时还能有效帮助企业减轻处罚。而当企业面临政府执法时，采取回避或是欺骗的方式应对，将对企业带来负面的后果。

（三）被放入出口管制黑名单对中国企业造成的负面影响

从数据和案例可以发现，将中国企业放入出口管制黑名单，是美国政府对中国企业施加出口管制的主要方式。那么对于中国企业而言，名列黑名单究竟会产生哪些影响呢？请见下图：

黑名单	列入原因	影响	严重程度
未经核实清单	BIS 无法核实境外实体的出口行为是否“善意”	在出口、转出口及境内转移中不再适用许可例外； 对于无许可证要求的货物同样作出合规声明	绿色向下箭头
实体清单	从事违反美国国家安全和/或外交政策利益的活动	在出口、转出口及境内转移中不再适用许可例外； 对所有适用出口管制规定的货物增设特定的许可证要求	黄色向下箭头
禁运清单	违反 EAR、USML、EAL、ATCF 等出口管制法规	禁止一切向清单上主体提供美国出口货物	红色向下箭头

以被放入实体清单的华为为例，因被美国政府认定从事违反美国国家安全和 / 或外交政策利益的活动，不仅在所有涉及华为的出口、转出口及境内转移中不再适用许可例外，所有适用出口管制规定的物项在出口给华为时，出口商均需得到美国商务部等主管部门的事前许可。

在具体的贸易合作中，美国出口商无法在无许可证的情况下，将产品出口给华为；作为华为供需链上下游的中国合作商，也无法再将适用美国出口管制规定的物项在无许可证的情况下出售给华为。虽然美国商务部对与华为的交易颁布了临时的许可令并三次延长了临时许可的期限，但临时许可的交易范围非常有限。

（四）美国司法部新发布的执法政策

美国司法部于 2019 年 12 月 13 日发布了《商业组织的出口管制和贸易制裁的执法政策》(“《执法政策》”)。鼓励企业发现自身违法行为时向美国政府进行报告，以此减轻处罚。

《执法政策》明确了在不存在加重情节的情况下，“主动披露”的企业可以适用推定不起诉以及不罚款的处理结果：违反出口管制规定的企业如主动披露违法行为、主动且充分配合有关部门的调查并及时准确地进行补救措施，则可被认为满足了“主动披露”的要求。其中，配合调查包括及时披露与违规行为相关的所有事实、积极开展内部调查、及时保存及留档信息、接受主管部门的约谈等；补救措施包括实施针对违法行为的补救措施、对责任人进行处罚、保留业务揭露及完善企业合规计划等。

问卷调研



本次调研问卷的发放时段为 2020 年 6 月 10 日至 2020 年 9 月 28 日，主要涉及 2019-2020 年度国内外立法、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 405 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、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对比是与 2018-2019 年度（“上一年度”）蓝皮书的问卷调研数据进行对比。

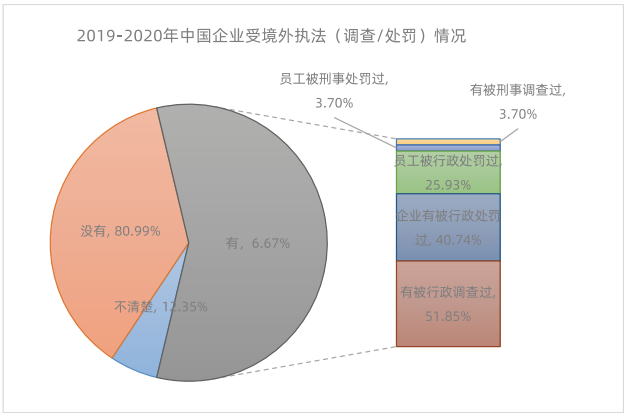
405 位来自不同企业的受访者中，按照类型划分，外商独资企业约占 26%、内资民企约占 34%、国企约占 35%、中外合资企业约占 5%；按照是否为境外上市企业划分，境外上市企业占 11%，而在境外上市企业中 37% 的企业在美国上市，67% 的企业在香港上市，7% 的企业在其他国家（地区）上市（部分企业在多地上市）。按照行业划分，有约 19% 的企业来自金融与投资行业，医疗与健康行业和传统制造业行业占比均约为 14%，TMT 与房地产各自占比约为 12% 及 9%，智能制造、能源与环保、交通运输、批发与零售、专业服务等行业的部分企业也参与了调研。按照规模划分，约 54% 的企业为 1000 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 11% 和 35%。

一、国外执法变化对企业的影响

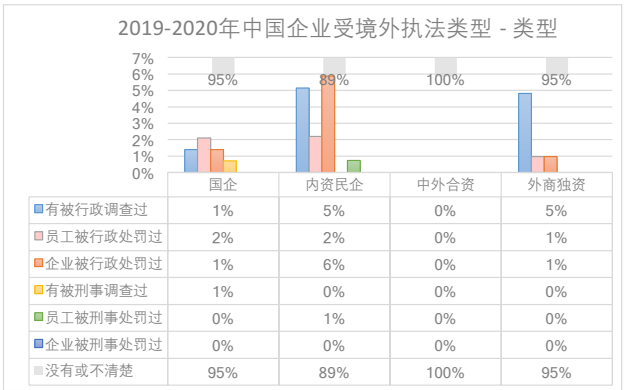
（一）企业受境外执法情况

行政调查仍为企业遭受境外执法的首要类型，医疗与健康及批发与零售为 2019-2020 年度遭遇境外执法的高风险行业

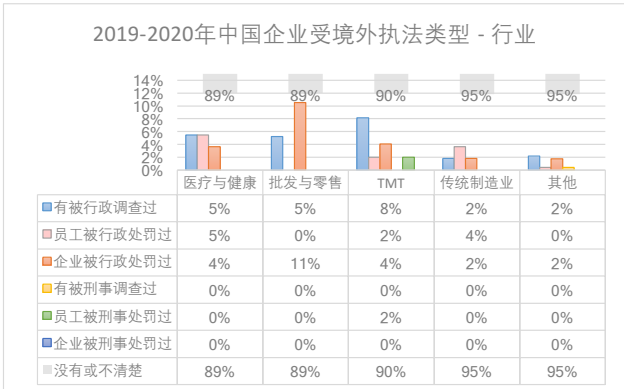
2019-2020 年遭遇境外执法的中国企业（包括国有企业、内资民企、中外合资企业以及外商独资企业）占比约为 7%。在遭遇境外执法的企业中，被行政调查过的企业占 52%，较去年相比下降了 9%，但行政调查仍然是企业遭遇最多的境外执法类型。被行政处罚过的企业占比达 41%，较上一年度增长 8%；而员工受到行政处罚的比例则由上一年度的 22% 增至 26%。2019-2020 年受到刑事调查的企业比例 3.7%，与上一年度 17% 相比呈现较大幅度的下降（见图 1）。从企业类型角度看，内资民企遭遇境外执法的比例最高，达 11%，其中过半数的企业还受到过行政处罚，而中外合资企业则罕见地未遭遇到境外执法的情况（见图 2）。从行业角度看，医疗与健康及批发与零售业受境外执法的比例均为最高，为 11%。（见图 3）



（图 1：2019-2020 年中国企业受境外执法（调查 / 处罚）情况）



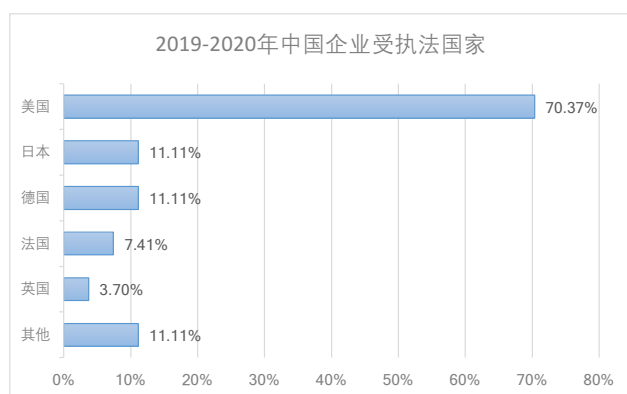
（图 2：2019-2020 年中国企业受境外执法类型 - 类型）



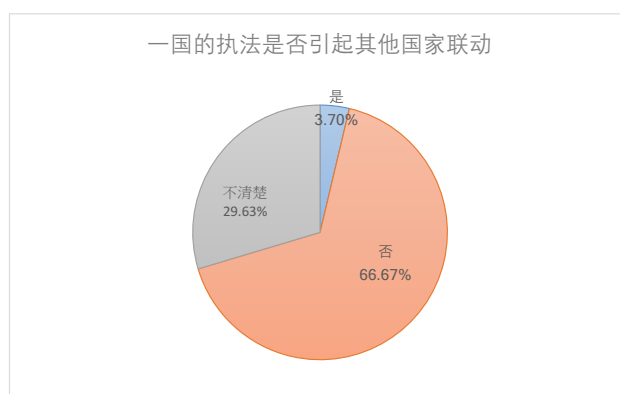
（图 3：2019-2020 年中国企业受境外执法类型 - 行业）

美国仍为对中国企业实施境外执法最主要国家

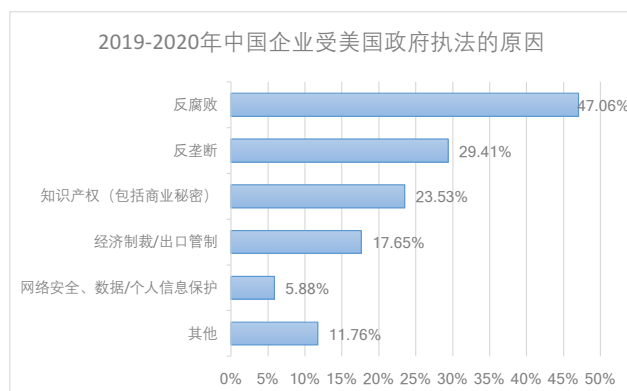
2019-2020 年遭遇境外执法的中国企业当中，尽管遭受到美国政府执法的企业从 88% 下降到 71%，美国仍然是对中国企业实施境外执法的首要国家（见图 4），且反腐败再度成为美国对中国企业执法的最重要原因，占比高达 47%，反垄断次之，占比 29%。而在上一年度，美国对中国企业制裁最重要的原因是经济制裁 / 出口管制，这一比例已经由去年的 40% 降至今年的 18%（见图 5）。



(图 4：2019-2020 年中国企业受境外执法的国家)



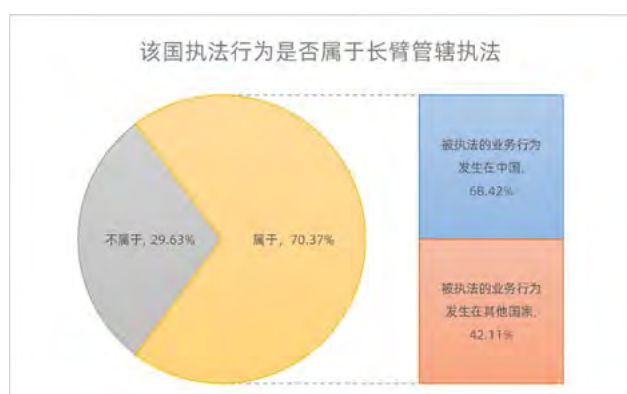
(图 7：一国的执法是否引起其他国家联动)



(图 5：2019-2020 年中国企业受美国政府执法的原因)

(二) 境外执法的手段及风险

超七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，在遭遇境外国家执法的企业中，超七成是因为境外长臂管辖的规定而面临执法，这一比例与上一年度基本持平。在受到境外长臂管辖执法的企业中，68% 被执法的业务行为发生在中国，42% 的业务行为发生在境外。存在近二成的企业的境内外业务均遭到了境外长臂管辖执法（见图 6）。



(图 6：该国执法行为是否属于长臂管辖执法)

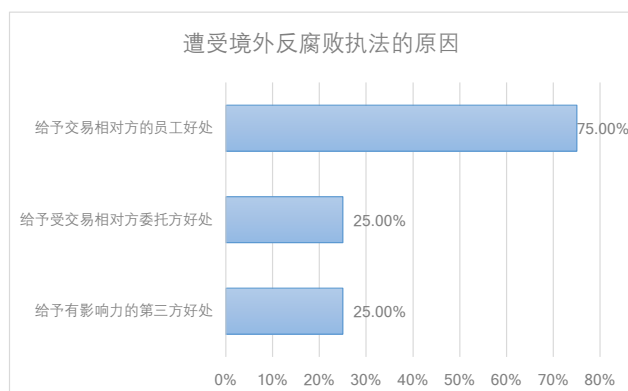
跨境执法的联动风险有所下降

经调研发现，曾遭受境外执法的企业在受到一个国家执法后又引起其他国家执法的联动的比例从去年的 11% 降至 4%（见图 7）。

(三) 企业受境外反腐败执法的情况

给予交易相对方的员工好处仍是企业或员工受到境外反商业贿赂执法的首要原因

与去年一样，2019-2020 年给予交易相对方的员工好处是企业或员工遭受反商业贿赂调查或处罚的首要原因，其比例由上一年度的 60% 上升至 75%。另外，各有 25% 的企业是因为给予受交易相对方委托方好处或给予有影响力的第三方好处而受到反商业贿赂调查或处罚（见图 8）。



(图 8：遭受境外反腐败执法的原因)

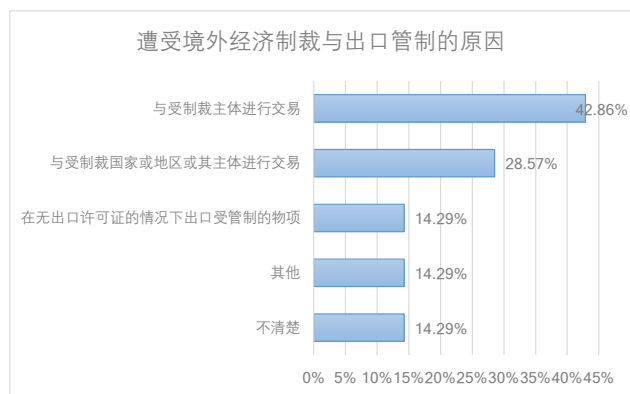
(四) 企业受境外经济制裁 / 出口管制执法的情况

与受制裁主体进行交易为企业受制裁最主要原因；一半企业的违规行为涉及伊朗；DOJ 为进行经济制裁 / 出口管制执法的主要执法部门

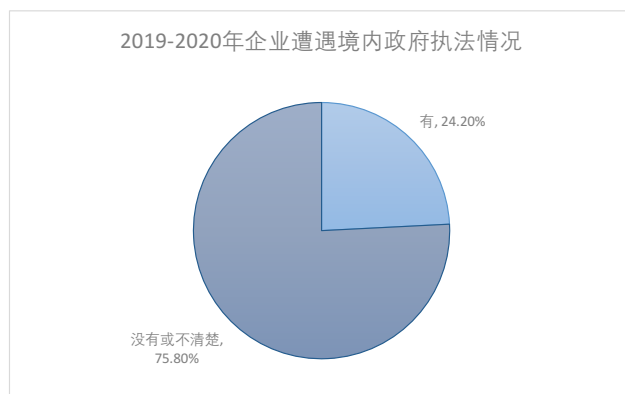
在因经济制裁 / 出口管制被执法的企业中，43% 被执法的原因是受制裁主体进行交易。与受制裁国家或地区或其主体进行交易紧随其后，占 29%。此外，有约 14% 的被执法企业因无出口许可证却出口受管制的物项被执法（见图 9）。

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伊朗，其次是叙利亚和朝鲜，均占比三分之一（见图 10）。

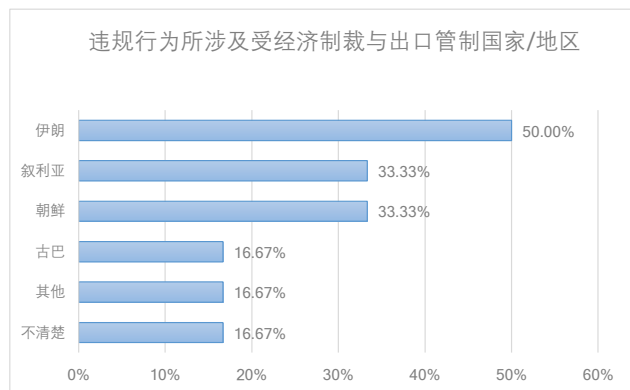
而在作出经济制裁 / 出口管制执法的执法部门当中，参加调研的企业受美国司法部 (DOJ) 执法的占比最高，占比 43%，其次是美国商务部工业安全局 (BIS) 和财政部海外资产办公室 (OFAC)，占比均为 29%（见图 11）。



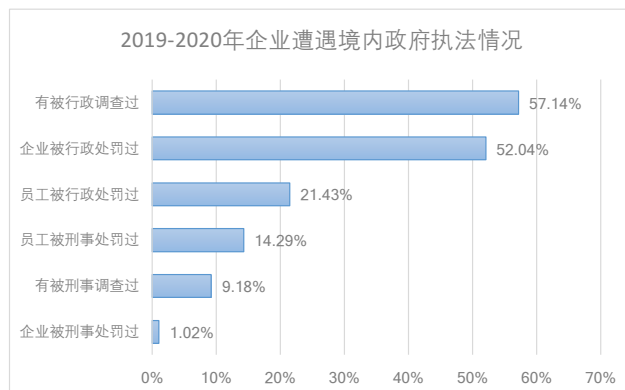
(图 9：遭受境外经济制裁与出口管制的原因)



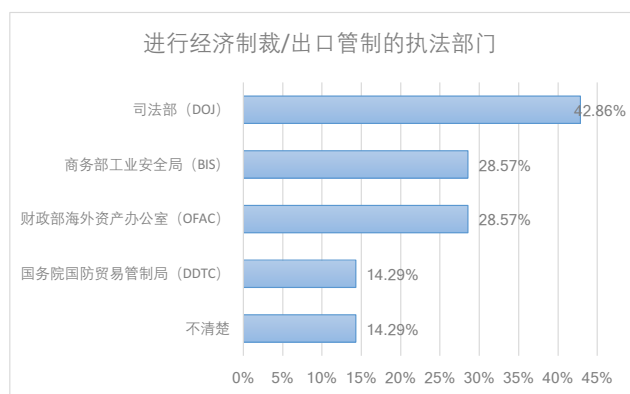
(图 12：2019-2020 年企业遭遇境内政府执法情况)



(图 10：违规行为所涉及受经济制裁与出口管制国家)



(图 13：2019-2020 年企业遭遇境内政府执法情况)



(图 11：进行经济制裁 / 出口管制的执法部门)

二、国内立法及执法变化对企业的影响

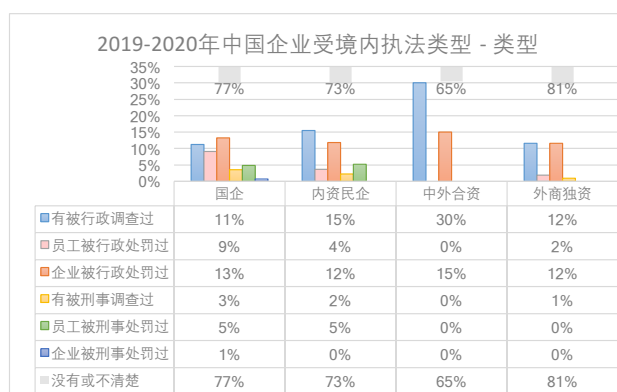
(一) 企业受境内执法情况

企业遭受境内执法中近六成为行政调查，受到行政处罚比例为 52%；企业员工遭受行政处罚比例显著上升 2019-2020 年度，参加调研的企业中 24% 遭遇过境内政府执法，相比上一年度 32% 的比例有所下降（见图 12）。受到境内执法的企业中，将近 60% 的企业遭受过行政调查，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为 52%。但是，企业遭受行政调查与行政处罚的比例与上一年度相比均有略微下降。相反，将近一成的受访企业遭受过刑事调查，这一比例与上一年度相比有略微上升；同时，相比上一年度，员工遭受行政处罚比例由 10% 显著上升至 21%（见图 13）。

中外合资企业被行政调查或者处罚的比例最高，国企与内资民企受刑事调查或者处罚比例较高

调研数据显示，中外合资企业于 2019-2020 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 30%，受到行政处罚的比例为 15%，相比于去年的 24% 以及 12% 均有所提升。国企、内资民企以及外商独资企业的员工遭受到行政处罚的比例，相较去年也皆有所上升，其中国企员工受行政处罚比例由 5% 上升至 9%，内资民企员工遭受行政处罚比例由 1% 上升至 4%，外商独资企业员工遭受行政处罚比例由 0% 上升至 2%。

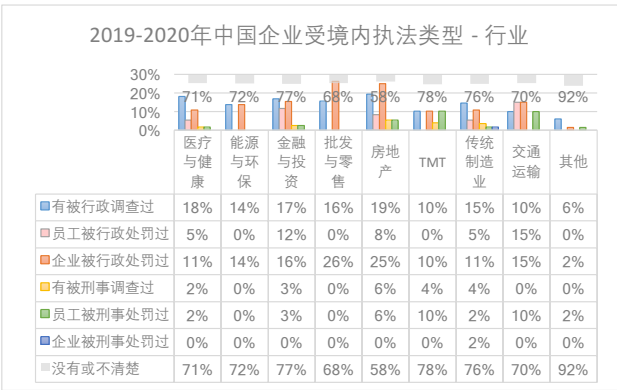
刑事方面相较而言，与上一年度相同，国企与内资民企受刑事调查或处罚的比例较高，两类企业被刑事调查的比例分别为 3% 与 2%，员工受刑事处罚的比例更高达 5%，另有 1% 的国企曾以单位主体的形式被刑事处罚过（见图 14）。



(图 14：2019-2020 年中国企业受境内执法类型 - 类型)

2019-2020 年度遭遇境内执法的高风险行业：房地产与批发零售

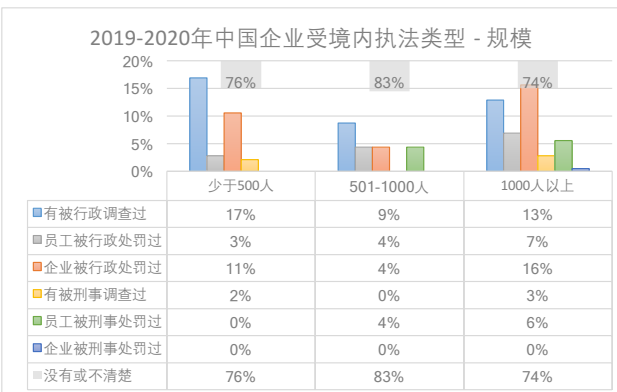
在企业行政处罚方面，房地产和批发零售行业受行政处罚的达 25% 和 26%，相比去年有所下降。在员工行政处罚方面，交通运输及金融投资行业的情况比较突出，同时房地产、医疗健康行业、传统制造业员工遭受行政处罚比例也相较上一年度有所提高。总体看来，2019-2020 年度，房地产和批发零售行业企业遭遇境内执法的比例高于其他行业企业，分别达到 42% 与 32%。尽管 2019-2020 年房地产行业的企业遭遇境内刑事调查的比例由 18% 降至 6%，但是该行业中所有遭遇刑事调查的受访企业都存在员工遭到刑事处罚的情况。由此可见，房地产行业的境内监管力度仍然强劲（见图 15）。



(图 15：2019-2020 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

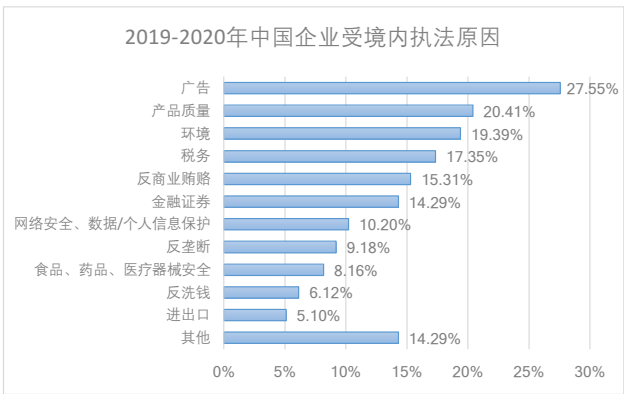
与上一年度趋势基本相同，大型企业被执法的可能性较中小型企业更高，例如 1000 人以上的企业被境内执法的概率为 26%。中小型企业遭受境内政府调查或执法情况也依旧存在，其中遭到行政处罚的比例有所上升（见图 16）。



(图 16：2019-2020 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，产品质量、环境违法为重要原因

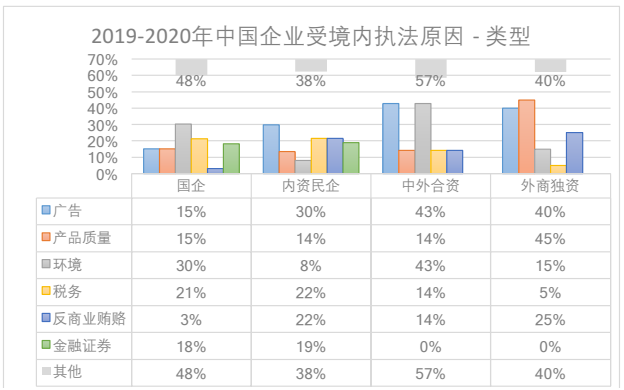
在遭受到境内执法的企业中，有 28% 曾因广告违法而遭受境内执法，其次是产品质量违法，由上一年度的 11% 上升至 20%，紧随其后的是占比 19% 与 17% 的环境违法和税务违法（见图 17）。



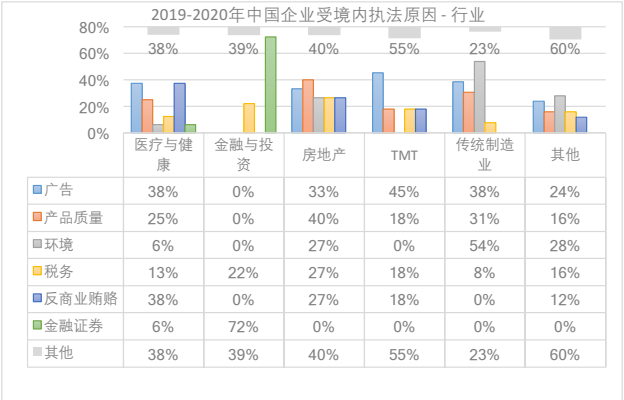
(图 17：2019-2020 年中国企业受境内执法原因)

与上一年度数据相比，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有上升。产品质量问题占比日益显著，成为企业遭遇境内执法最重要的原因之一，其中外商独资企业的情况尤为显著，其遭遇境内产品质量执法的比例从上一年的 8% 上升至 45%。另外，环境保护执法强度仍然较高，国企因环境违法受境内执法占比为 30%，中外合资企业因环境原因受境内执法的比例更高，达到 43%，均为同类型企业中遭遇境内执法最主要的原因（见图 18）。

从行业来看，与上一年度数据相比，2019-2020 年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反商业贿赂境内执法最为显著，占比由上一年度 25% 涨至 38%；金融与投资行业则受金融证券境内执法最为明显，占比高达 72%；房地产行业的产品质量问题较为突出，占比从去年的 22% 上升至 40%；环境在传统制造业中体现得较为明显，54% 受境内执法的传统制造业企业受执法原因为环境问题（见图 19）。



(图 18：2018-2020 年中国企业受境内执法原因 - 类型)



(图 19: 2019-2020 年中国企业受境内执法原因 - 行业)

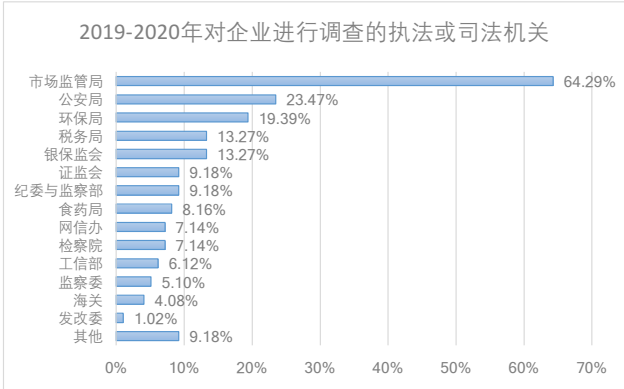
(二) 境内执法的主体及变化

市场监管局仍然是最主要的境内执法主体，公安局、环保局的执法也不容忽视

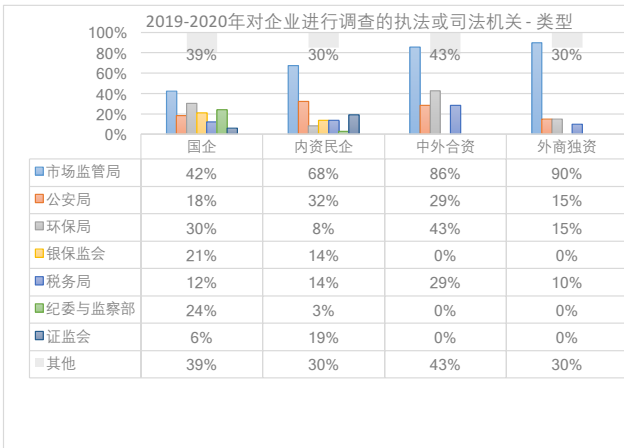
市场监管局、公安局、环保局是 2019-2020 年度对企业进行调查和执法最主要的几个政府机关，其中，对企业进行调查执法的案件中 64% 由市场监管局发起，相比上一年度有较大幅度的上升，占比超六成，其次公安局执法比例也由上一年度的 13% 上升至 23%，环保局执法比例则由上一年度的 22% 略微下降至 19%。相较上一年度，工商监管机关（即工商局和机构改革后的现市场监管局）近两年一直保持半数以上的执法占比量，公安局、环保局、银保监会和税务局近两年一直维持较高执法活跃度（见图 20）。

就企业类型而言，市场监管局在各类型企业的境内执法中均为最主要的执法主体，在针对外资企业（包括外商独资、中外合资企业）发起的境内执法中体现得尤为明显：2019-2020 年，90% 遭受过境内执法的外商独资企业曾面临市场监管局的执法，86% 的中外合资企业也曾经遭遇类似的情况。另外，中外合资企业与国企受环保局执法的占比较为突出，分别为 43% 及 30%，仅次于市场监管局（见图 21）。

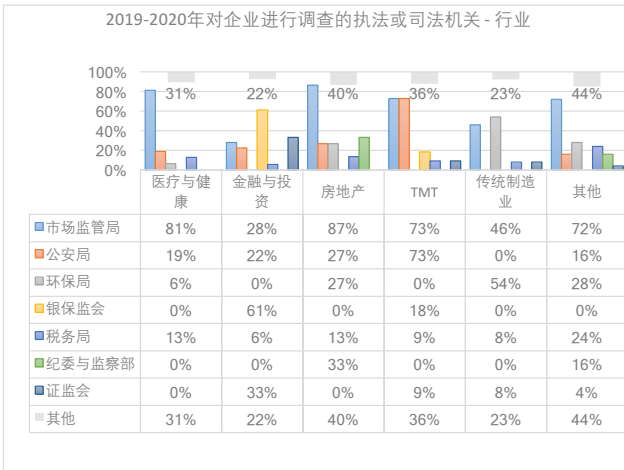
就行业而言，除个别行业中特定合规问题尤为突出需要其他执法机关介入以外，企业面临行业主管部门执法的情况更为常见。金融与投资行业受银保监会监管趋势较为明显，61% 的境内执法由银保监会发起；纪委监委与监察部的监管在房地产行业中较为强势，占该行业约三分之一的执法量；传统制造业的环境问题较为突出，其 54% 的境内执法是由环保局作出的（见图 22）。



(图 20: 2019-2020 年对企业进行调查的执法或司法机关)



(图 21: 2019-2020 年对企业进行调查的执法或司法机关 - 类型)



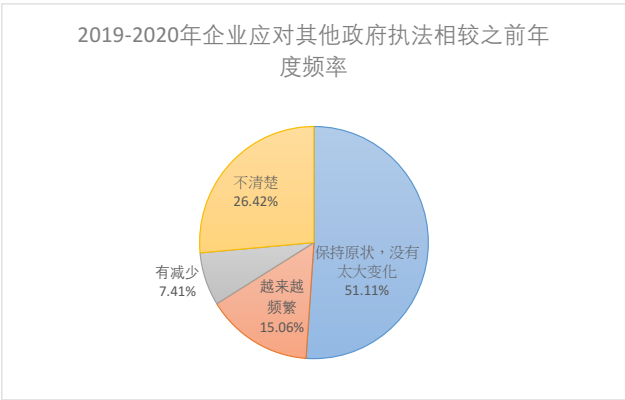
(图 22: 2019-2020 年对企业进行调查的执法或司法机关 - 行业)

近七成企业认为 2019-2020 年度境内执法频率变化不大或有所提高，认为境内执法频率提高的企业比例较上一年度相比降低

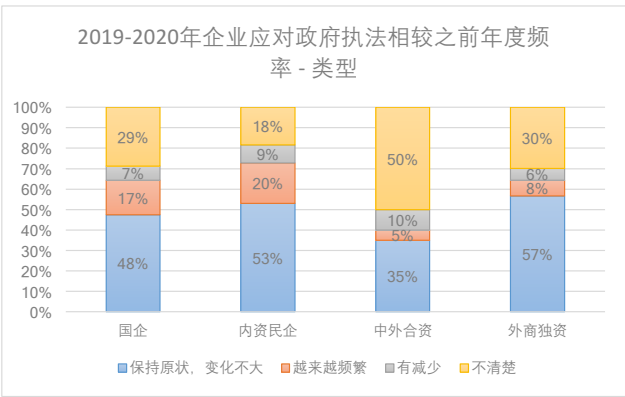
在参加调研的企业中，约 51% 的企业认为在 2019-2020 年度应对政府执法的频率与上一年度基本持平，而有 15% 的企业认为执法频率有所提高，这一数据与上一年度相比降低了 10%（见图 23）。

从企业类型角度看，相较外商独资企业和中外合资企业，更多的内资民企和国企认为政府执法的频率有所提高，占比分别为 20% 和 17%（见图 24）。就行业而言，交通运输行业与金融与投资行业企业更多地认

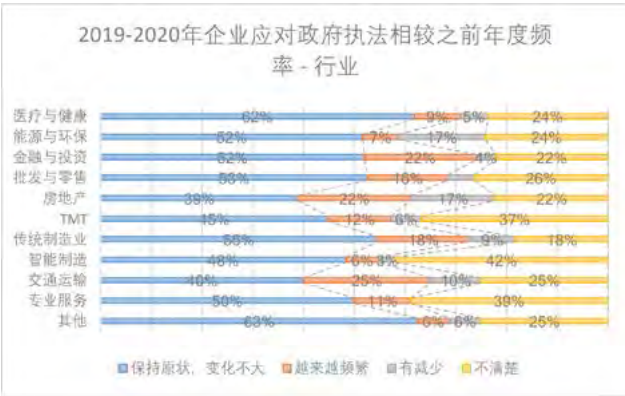
为政府执法的频率有所提高，占比分别为 25% 与 22%（见图 25）。



（图 23：2019-2020 年企业应对政府执法相较之前年度频率）



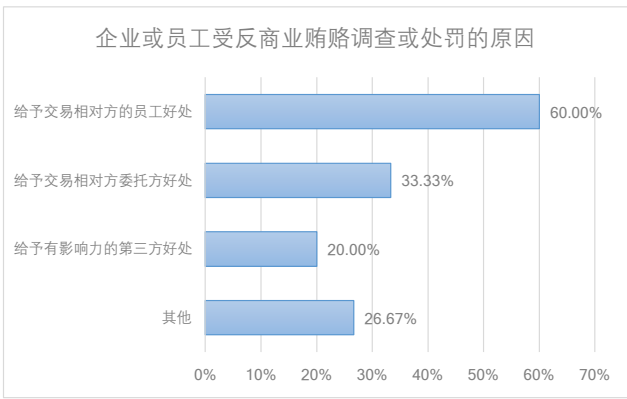
（图 24：2019-2020 年企业应对政府执法相较之前年度频率 - 类型）



（图 25：2019-2020 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

给予交易相对方的员工好处仍是企业或员工受到反商业贿赂执法的首要原因
2019-2020 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的员工好处，其比例由去年的 40% 上升至 60%，还有约三分之一的企业是因为给予交易相对方委托方好处而受到反商业贿赂调查或处罚，这一水平与与上一年度基本一致。除此之外，还有两成的企业因给予有影响力的第三方好处受到调查或处罚（见图 26）。这一情况与企业遭遇境外执法的整体态势也基本相同。

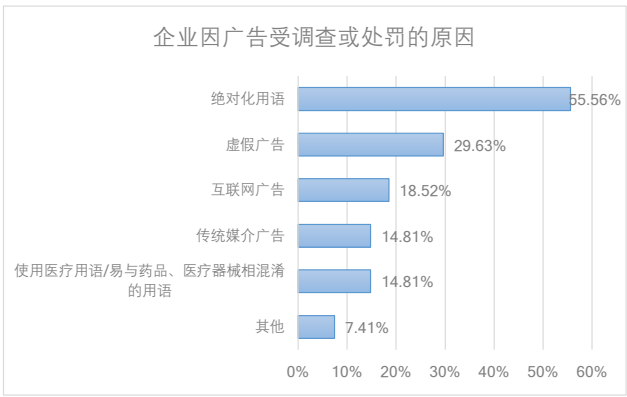


（图 26：企业或员工受反商业贿赂调查或处罚的原因）

（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 28%（见图 17）。广告执法在各种类型企业中都有所体现，但中外合资企业似乎是广告执法的重点关注对象，2019-2020 年中外合资企业遭遇调查或处罚的首要原因之一是广告执法，占比超四成，其遭遇广告执法的比例显著高于国企和内资民企（见图 18）。因广告遭遇执法的高风险行业有医疗健康、TMT、传统制造业，三者 2019-2020 年遭遇调查或处罚的原因均有四成左右为广告执法，明显高于其他行业（见图 19）。

与上一年度数据相同，因发布违法广告而受到行政执法的企业中，因在广告中使用绝对化用语而受到调查或处罚的企业占比最高，其次为虚假广告，本年度两项执法事由分别占比为 56% 和 30%，与去年相比均有所提升。从被执法的广告形式上来看，互联网广告遭受调查或处罚的比例仍然高于传统媒介广告，足以见得执法机关对互联网广告管控的重视（见图 27）。

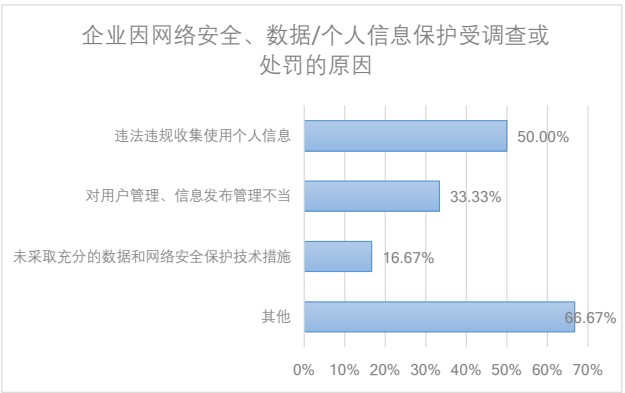


（图 27：企业因广告受调查或处罚的原因）

（五）企业受境内网络安全执法的情况

2019-2020 年度执法机关对于网络安全问题的执法在国企、内资民企和外资企业中都有所体现，但主要体现在内资民企与中外合资企业。16% 的内资民企与 14% 的中外合资企业在 2019-2020 年度遭受过网络安全执法。此外，因网络安全遭遇执法的高风险行业有 TMT 和智能制造行业，两行业遭遇调查或处罚的原因中分别有 45% 以及 50% 为网络安全。

2019-2020 年因网络安全而受到行政执法的企业中，企业因违法违规收集使用个人信息受到调查或处罚的比例由上一年度的 17% 显著上升至 50%，可以看出 2019-2020 年执法机关对于个人信息保护的关注度急剧上升，这一态势也明显体现在多个监管部门对 App 的专项治理工作中（见图 28）。

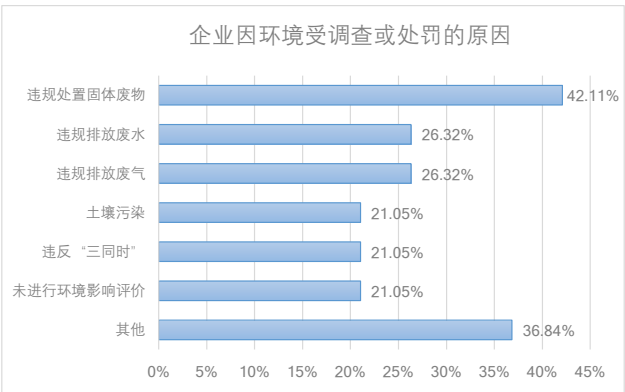


（图 28：企业因网络安全受调查或处罚的原因）

（六）企业受境内环境执法的情况

如前所述，2019-2020 年度环境问题为执法机关执法重点关注的领域之一，在中外合资企业与国企中体现得较为明显，分别有 43% 的中外合资企业与 30% 的国企于 2019-2020 年遭受过境内环境执法（见图 18）。此外，遭受执法的高风险行业为传统制造业，该行业于 2019-2020 年遭遇调查或处罚的原因中高达 54% 为环境保护问题（见图 19）。

2019-2020 年因环境问题受到境内执法的企业中，企业因违规处置固体废物受到调查或处罚的比例为 42%，为首要原因。其次为违规排放废水与违规排放废气，均占执法比例 26%。另外未进行环境影响评价、违反“三同时”及土壤污染也是企业受境内环境调查和处罚的重要原因，占比均为 21%。同时，企业遭遇境内环境执法的原因也呈现出多元化的趋势，参加调研企业受环境执法的原因除了上述以外，还包括因项目验收、常规检查、土地林业、噪音、新闻媒体报道引发环境部门的关注等原因引发的环境执法（见图 29）。



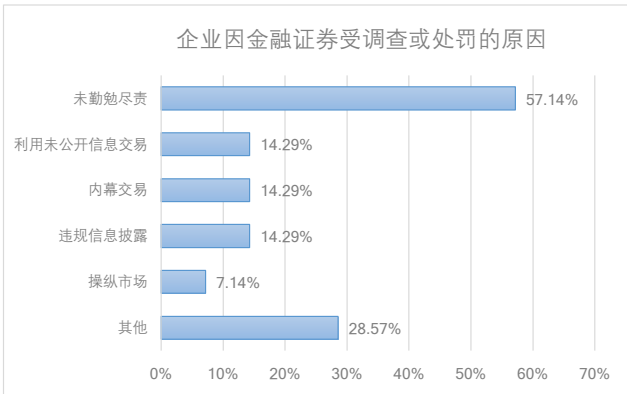
（图 29：企业因环境受调查或处罚的原因）

（七）企业受境内金融证券执法的情况

2019-2020 年度，18% 的国企与 19% 的内资民企内

资民企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未在本年度遭受过境内金融证券执法（见图 18）。此外，因金融证券问题遭受执法的高风险行业为金融与投资行业，该行业于 2019-2020 年遭遇调查或处罚的原因中高达 72% 为金融证券问题，呈现出明显的行业相关性。（见图 19）

未勤勉尽责是 2019-2020 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 57%。其次则为利用未公开信息交易、内幕交易及违规信息披露，均占执法比例的 14%（见图 30）。



（图 30：企业因金融证券受调查或处罚的原因）

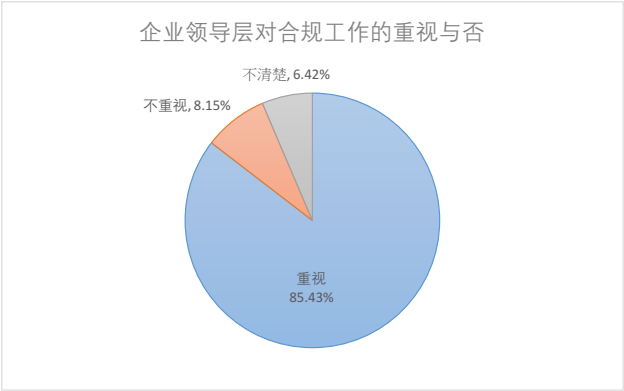
三、企业合规建制

（一）企业对合规工作的重视程度

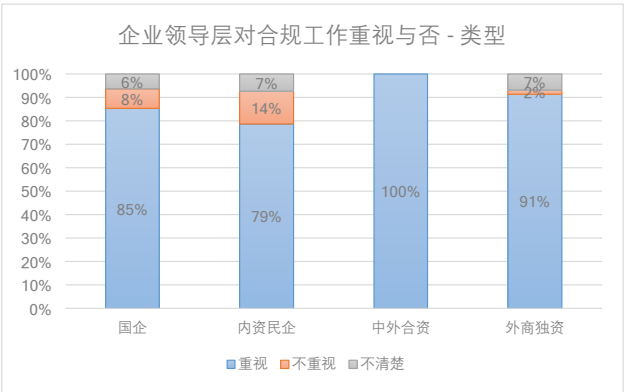
约 85% 的企业的领导层重视合规工作；内资企业对合规工作重视程度仍旧最低

参加调研的企业中有约 85% 的企业的领导层重视合规工作（见图 31），相比于上一年度的 77% 上升了 8%。从企业类型层面看，与上一年度相比，各类型企业领导层重视合规工作的比例均有所增加。其中，外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，超过九成外资企业的领导层重视合规工作，而内资民企中仅有不足八成的领导层重视合规工作（见图 32）。

2019-2020 年，TMT 企业领导层对合规工作最为重视，比例高达 92%，而相较于上一年度数据，TMT 企业受境内政府执法的比例也由 36% 下降至 22%；作为上一年度境内被执法风险最高的行业之一的房地产行业，企业管理层重视合规工作的比例由上一年度的 53% 提升至 89%，因而本年度其遭遇境内政府执法的比例也由 53% 降至 42%。由此可见，企业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 15 和图 33）。



(图 31：企业领导层对合规工作的重视与否)



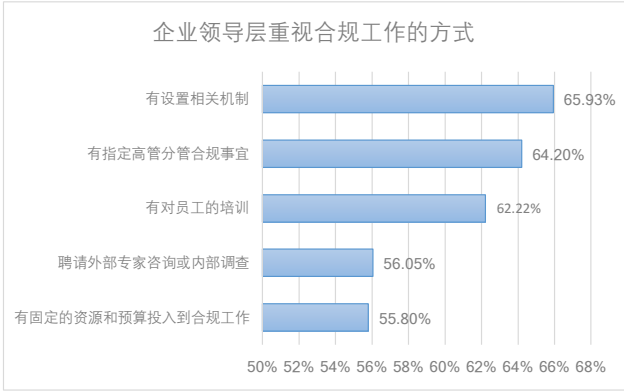
(图 32：企业领导层对合规工作重视与否 - 类型)



(图 33：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；内资民企和批发与零售行业企业对合规工作重视程度较低

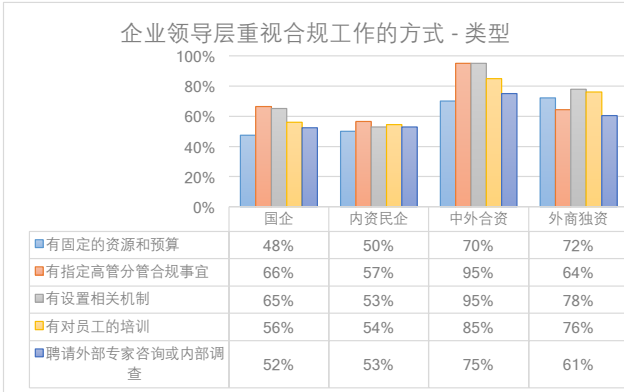
根据调研结果显示，企业领导层通常会通过对员工培训、指定高管分管合规事宜、设置相关机制、投入固定资源预算到合规工作和聘请外部专家咨询或内部调查等方式来开展合规工作。在参加调研的企业当中，采取上述方式的领导层占比均超过 55%，更是有超过 65% 的参加调研企业针对合规工作设置了相关机制（见图 34）。



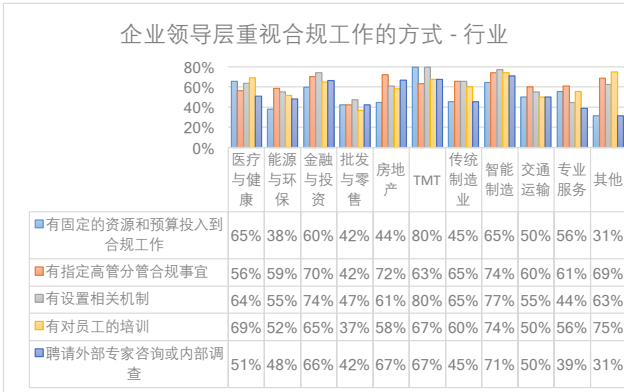
(图 34：企业领导层重视合规工作的方式)

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，同时也更加注重对员工的培训和设置相关机制，超过四分之三的外商独资企业与中外合资企业在开展合规工作过程中既会设置相关机制，也会为员工提供相应的合规培训，这一比例也远高于国企和民企。内资民企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，采取上述合规措施（即固定的资源和预算的投入、指定高管分管合规事宜、设置相关的机制及有对员工的培训、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（见图 35）。

从行业角度看，智能制造和 TMT 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相关机制的设置和聘请外部专家咨询或内部调查，而批发与零售行业在上述两方面均处于行业垫底水平，占比分别仅为 47% 和 42%（见图 36）。



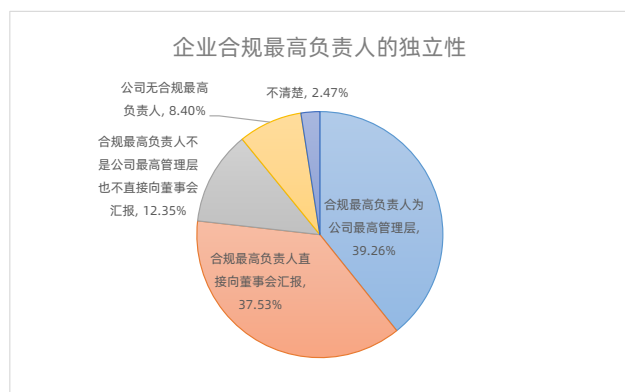
(图 35：企业领导层重视合规工作的方式 - 类型)



(图 36: 企业领导层重视合规工作的方式 - 行业)

近八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

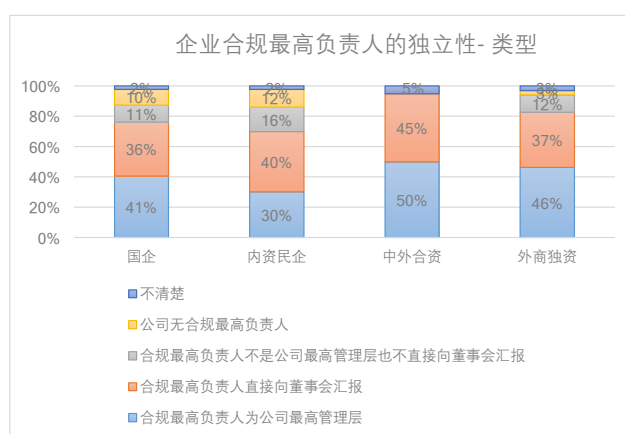
约 39% 参加调研的企业合规最高负责人为企业最高管理层, 除此以外, 合规最高负责人直接向董事会汇报的企业约占 38%。仅约 8% 的企业无最高合规负责人(见图 37)。



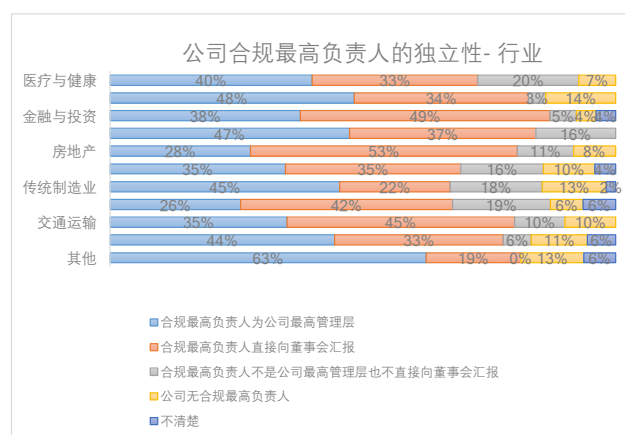
(图 37: 企业合规最高负责人的独立性)

从企业类型角度来看, 外资企业中合规最高负责人的独立性更为明显, 近九成参加调研的外资企业的合规最高负责人为企业最高领导层或直接向董事会汇报, 比例显著高于国企或民企。内资民企合规负责人的独立性相对不足, 近三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领导层也不直接向董事会汇报(见图 38)。

在不同的行业中, 金融与投资企业的合规最高负责人独立性最强, 约 87% 的企业合规最高负责人是企业最高管理层或直接向董事会汇报; 传统制造业企业的合规负责人独立性在行业内相对较差, 约 31% 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 39)。



(图 38: 企业合规最高负责人的独立性 - 类型)

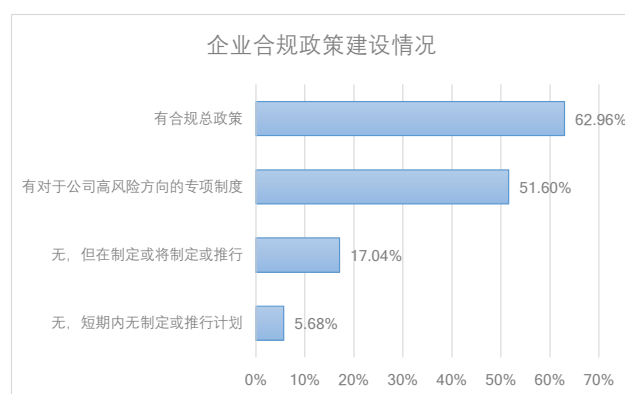


(图 39: 企业合规最高负责人的独立性 - 行业)

(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的合规政策

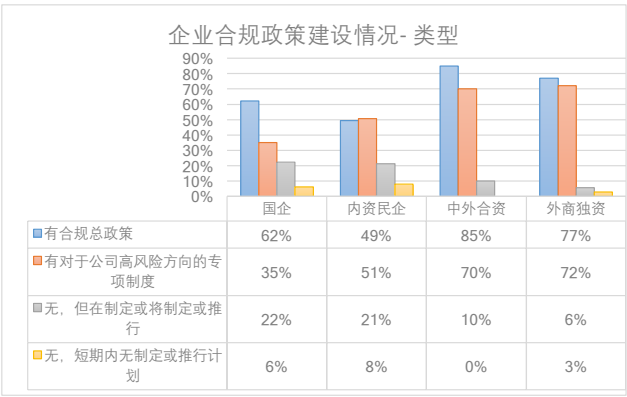
2019 年 -2020 年, 参加调研的企业中 77% 都制定了合规政策(包括合规总政策或专项政策), 这一比例与上一年度的调研数据基本持平。其中, 约 63% 的企业有合规总政策, 约 52% 的企业有对于企业高风险方向的专项制度(见图 40)。



(图 40: 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

整体看来, 外资企业都有较为全面的合规政策。其中, 85% 的中外合资企业制定了合规总政策, 同时 70% 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 62% 的国企已具备合规总政策, 相比于上一年度上升了 9%, 但具备对于企业高风险方向的专项合规制度的仅为 35%(见图 41)。

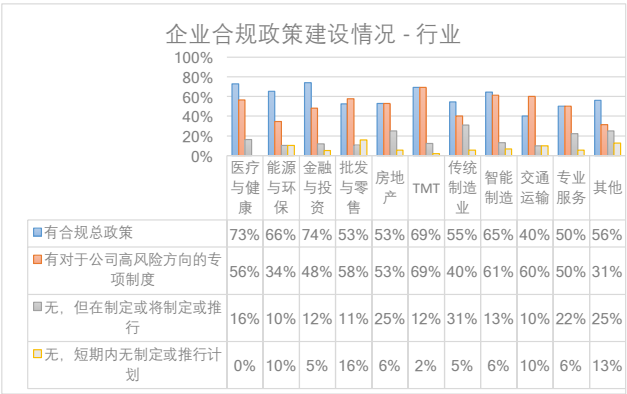


(图 41: 企业合规政策建设情况 - 类型)

医疗与健康行业和 TMT 企业合规政策建设较完备; 能源与环保行业企业专项合规政策建设薄弱

就行业而言, 医疗健康行业与 TMT 企业的合规政策建设较为完备, 已经制定合规总政策的医疗健康行业企业和 TMT 企业分别占比 73% 与 69%, 这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, 占比分别高达 56% 和 69%。

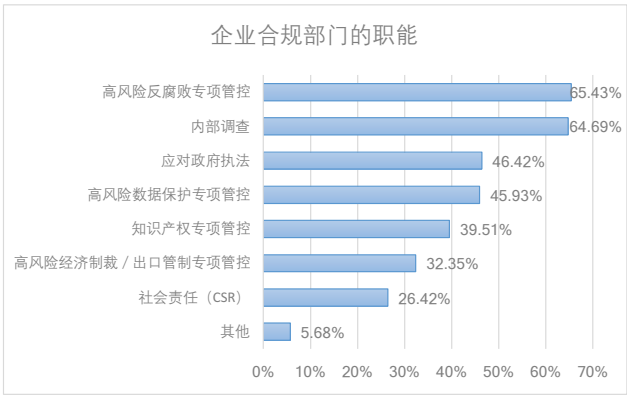
相比之下, 能源与环保行业企业的专项合规政策建设能力较为薄弱, 仅有约三分之一的企业有针对高风险方向的专项制度, 比例在所有行业排名中处于垫底地位 (见图 42)。



(图 42: 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与内部调查

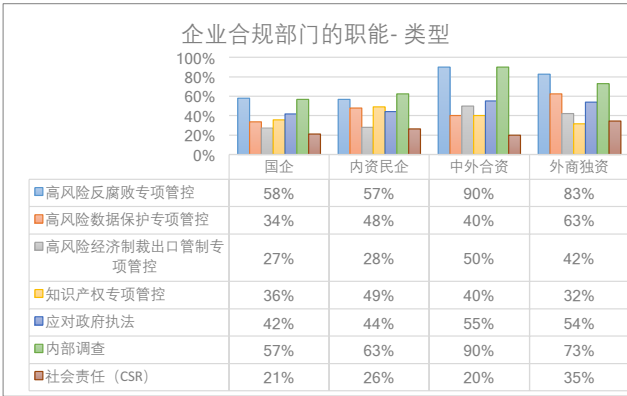
参加调研企业的合规部门职能主要包括高风险反腐败专项管控、内部调查、应对政府执法、高风险数据保护专项管控、知识产权专项管控、高风险经济制裁及出口管制专项管控、社会责任等。其中, 高风险反腐败专项管控和内部调查在合规部门职能范围中最为常见, 占比均为 65% (见图 43)。



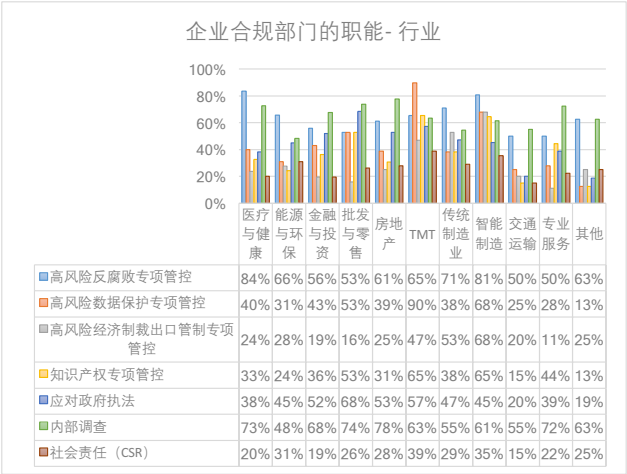
(图 43: 企业合规部门的职能)

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管控的占比分别为 83% 及 90%, 包括内部调查的占比分别为 73% 和 90%, 比例明显高于国企与民企。事实上, 在不同职能事项上, 国企与民企的合规部门也更为关注反腐败管控与内部调查, 二者占比均接近 60%, 但是较少关注经济制裁与出口管制领域的合规事项, 仅 27% 的参加调研国企及 28% 的参加调研民企的合规部门职能中有涵盖高风险经济制裁与出口管制专项管控, 在各自的各项职能中均为垫底 (见图 44)。

就行业而言, TMT 行业的企业合规部门职能范围相对全面及均衡, 且尤其注重数据保护方面的合规事宜, 合规部门职能中包括数据保护专项管控的 TMT 企业占比高达 90%, 其中主要原因之一也是 TMT 行业中拥有众多“数据敏感型”“数据驱动型”企业, 业务经营活动中通常会涉及大规模的数据处理。相比之下, 交通运输行业的企业合规部门职能在全面程度和均衡程度上均处于业内较为落后的位置 (见图 45)。



(图 44: 企业合规部门的职能 - 类型)

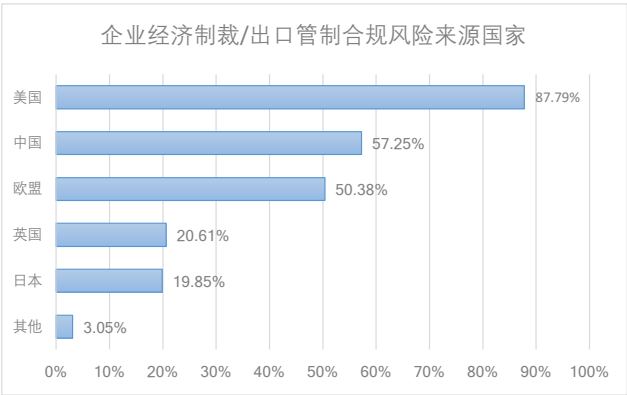


（图 45：企业合规部门的职能 - 行业）

（三） 企业经济制裁及出口管制的风险

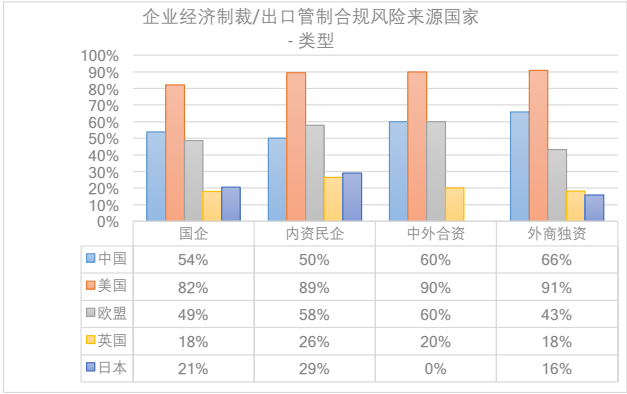
企业的经济制裁或出口管制的合规风险主要来源于美国、中国和欧盟

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、中国、欧盟、英国、日本、韩国、非洲国家等国家及联合国。如前所述，在 32% 合规部门职能包括高风险经济制裁或出口管制专项管控的企业中，认为风险来源于美国的比例最高，达到 88%；其次，57% 认为风险来源于中国，50% 认为风险来源于欧盟（见图 46）。

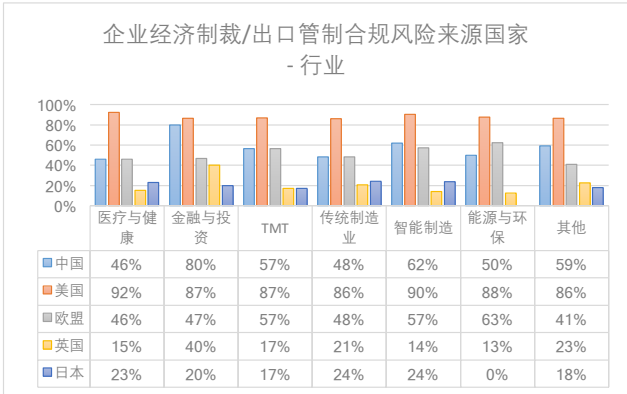


（图 46：企业经济制裁 / 出口管制合规风险来源国家）

就企业类型和行业而言，中外合资企业及智能制造行业企业是最为关注经济制裁或出口管制合规风险的企业，分别有 50% 和 68% 的企业的合规部门职能中包括高风险经济制裁或出口管制的专项管控（见图 44 和图 45）。另外，值得一提的是，金融与投资行业中，来自英国的经济制裁与出口管制合规风险较为明显，在参加调研的金融与投资企业中，近 40% 关注经济制裁与出口管制合规风险的认为该等风险来自英国，这一比例也远高于其他行业看待来源于英国的经济制裁与出口管制的态度（见图 47 和图 48）。



（图 47：企业经济制裁 / 出口管制合规风险来源国家 - 类型）

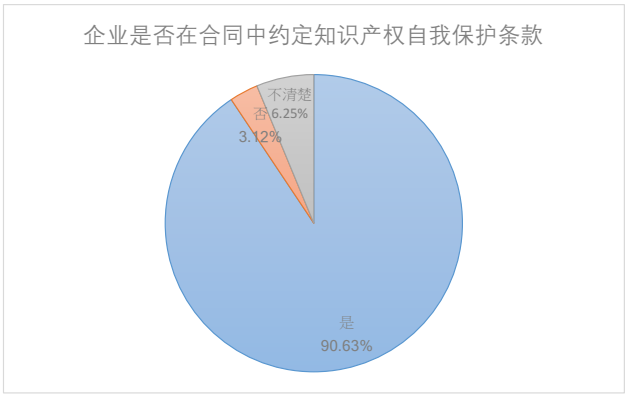


（图 48：企业经济制裁 / 出口管制合规风险来源国家 - 行业）

（四） 企业的知识产权合同签订情况

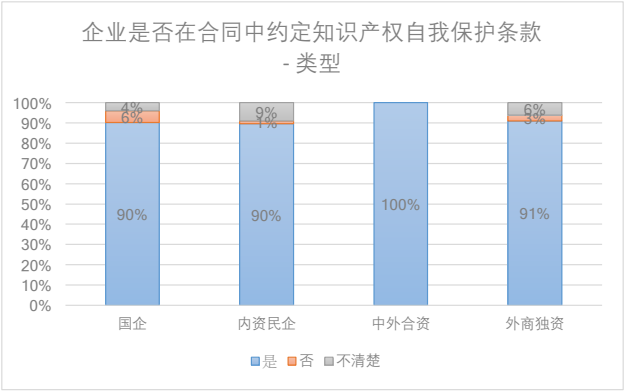
绝大多数企业在与供货商签订的合同中约定了由供应商承诺不侵犯他人知识产权等自我保护条款

企业在与供货商签订的合同中包含由供应商承诺不侵犯他人知识产权等自我保护条款的比例从上一年的 84% 进一步上升为 91%，但也有 3% 的企业与供货商的合同中仍然没有设置自我保护条款（见图 49）。



（图 49：企业是否在合同中约定知识产权自我保护条款）

就企业类型和行业而言，设置自我保护条款的中外合资企业比例达到 100%（见图 50）；而传统制造业设置自我保护条款的状况相对较低，在合规部门具备知识产权职能的传统制造业企业中，仅 81% 会在业务合同中设置知识产权保护条款（见图 51）。



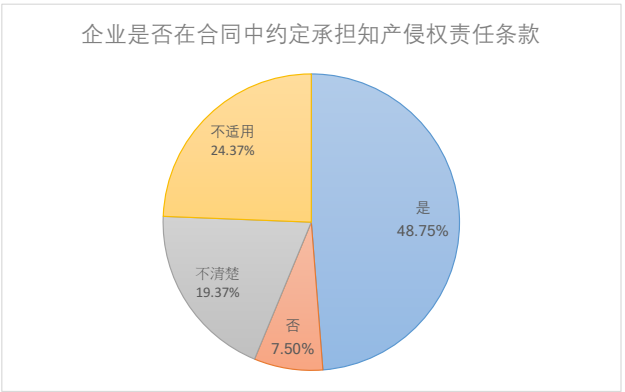
(图 50：企业是否在合同中约定知识产权自我保护条款 - 类型)



(图 51：企业是否在合同中约定知识产权自我保护条款 - 行业)

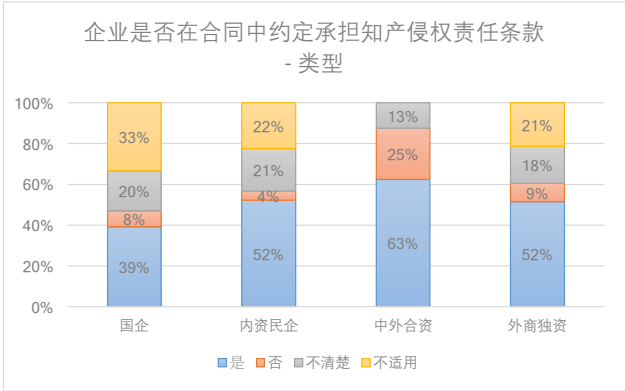
近半数的企业在与国际市场相关的合同中约定了由企业承担对第三人知识产权侵权责任的条款

在与国际市场的经销商或零售商订立供货合同时，49% 的企业会在合同中设置由企业承担侵犯第三人知识产权的法律后果的条款（见图 52），与上一年的 53% 相比，今年的这一比例有所下降。

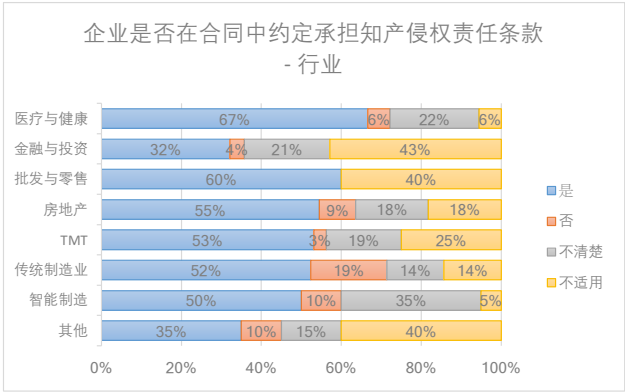


(图 52：企业是否在国际市场的供货合同中约定承担知识产权侵权责任条款)

就企业类型而言，国企在国际市场的供货合同中设置知识产权侵权责任条款的比例最低，仅为 39%（见图 53）。从行业角度，医疗与健康行业企业设置该等条款的比例最高，占比达 67%，而金融与投资行业对设置该等条款的态度最为谨慎，参加调研的企业中仅 32% 设置了该等条款（见图 54）。



(图 53：企业是否在国际市场的供货合同中约定承担知识产权侵权责任条款 - 类型)

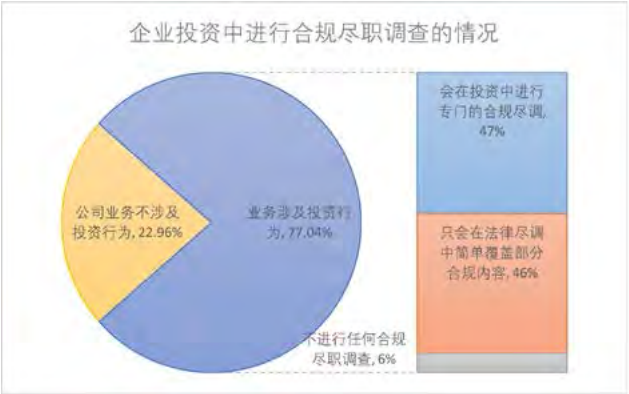


(图 54：企业是否在国际市场的供货合同中约定承担知识产权侵权责任条款 - 行业)

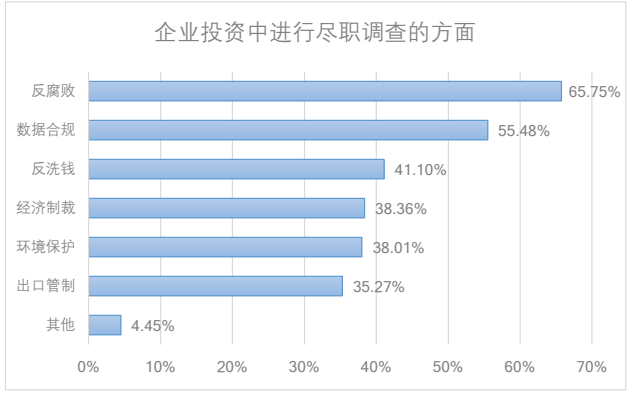
(五) 企业进行投资合规尽职调查

94% 企业在对外投资中进行合规尽调

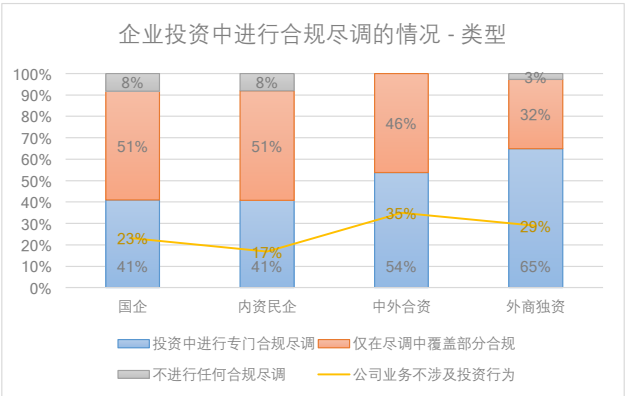
调研数据显示，77% 的企业在业务中都涉及投资行为（见图 55），而且合规事项仍然是 2019-2020 年间企业做出投资决定的重要考量因素之一。在投资活动中，仅有约 6% 的企业选择不进行任何合规尽职调查，比例与去年持平。在涉及投资业务的各类企业中，65% 的外商独资企业会进行专门的合规尽职调查，约 51% 的国企则倾向于以投资尽调中简单涵盖部分合规内容的方式开展合规尽调（见图 56）。TMT 是在投资中进行专门合规尽调比例最高的行业，占比约 60%；综合看来，医疗与健康、金融与投资、房地产、TMT 企业在投资中开展不同程度合规尽调的占比相较于其他行业更高，在这些行业的投资活动中选择不进行任何合规尽调的企业仅占 3%（见图 57）。



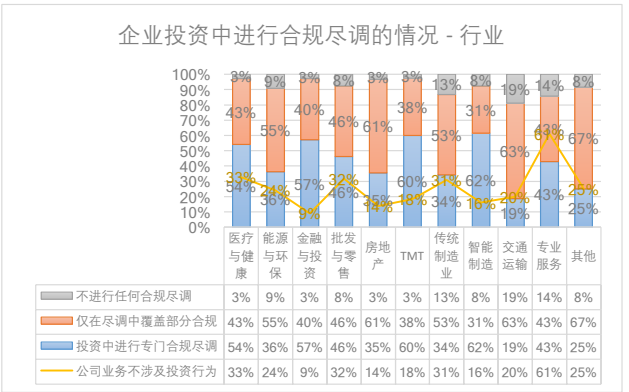
(图 55：企业投资中进行合规尽职调查的情况)



(图 58：企业投资中进行尽职调查的方面)



(图 56：企业投资中进行合规尽职调查的情况 - 类型)

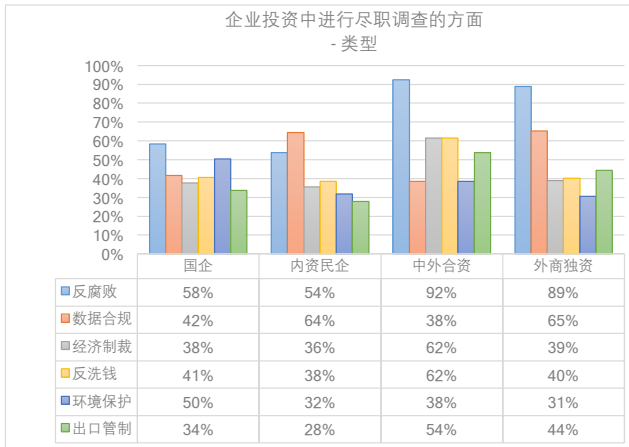


(图 57：企业投资中进行合规尽职调查的情况 - 行业)

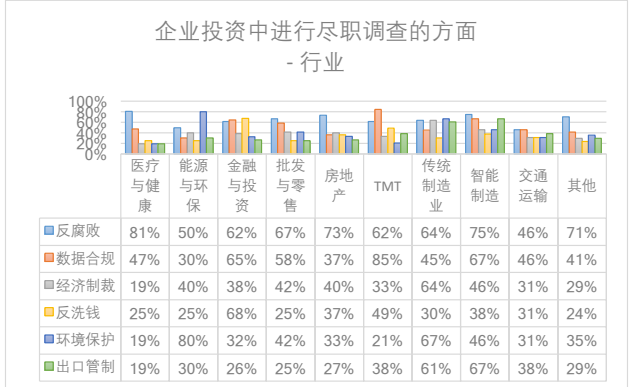
反腐败及数据合规是企业投资进行尽职调查关注的热门领域

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、反洗钱、经济制裁、环境保护、出口管制、税务、劳动法、知识产权等方面的尽职调查。其中，在尽职调查范围内纳入反腐败及数据合规的企业占比最高，分别有 66% 和 55% 的企业会选择对前述两个事项进行尽职调查（见图 58）。

就不同类型的企业而言，外资企业在投资中进行反腐败尽职调查的比例显著高于国企与内资民企。现阶段，出口管制为国企及内资民企在进行投资合规调查时最少关注的领域（见图 59）。就行业而言，反腐败为医疗与健康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医疗与健康企业比例达 81%；环境保护是能源与环保行业企业在投资尽调中最为关注的问题，在投资尽调中涵盖环境保护问题的企业比例达 80%；TMT 企业的投资尽调最为关注数据合规问题，占比高达 85%；金融与投资企业在投资中最关注反洗钱问题，占比 68%；64% 的传统制造业企业在投资尽调中关注经济制裁问题；67% 智能制造企业在投资尽调中关注出口管制问题（见图 60）。



(图 59：企业投资中进行尽职调查的方面 - 类型)

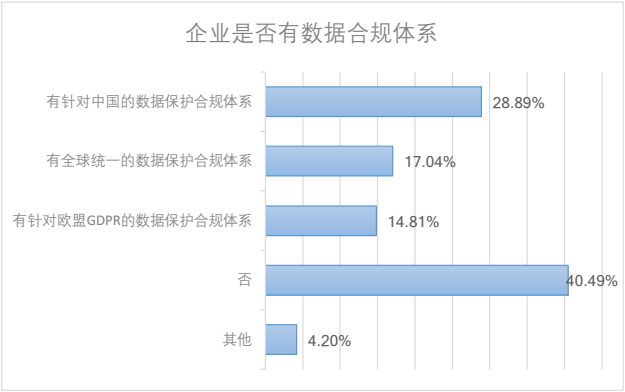


(图 60：企业投资中进行尽职调查的方面 - 行业)

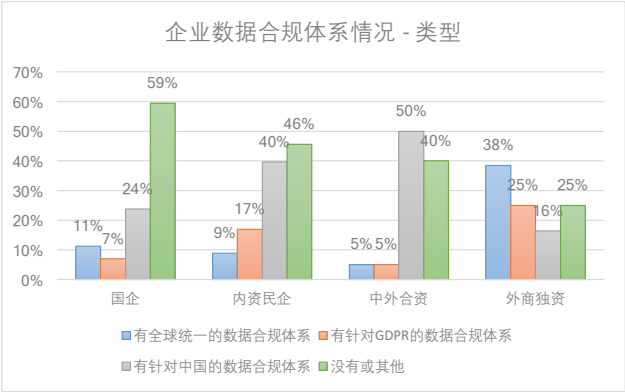
（六）企业网络安全及个人信息保护制度

约六成企业建立数据合规体系；超八成 TMT 企业建立数据合规体系，房地产行业建立数据合规体系的企业不足四成

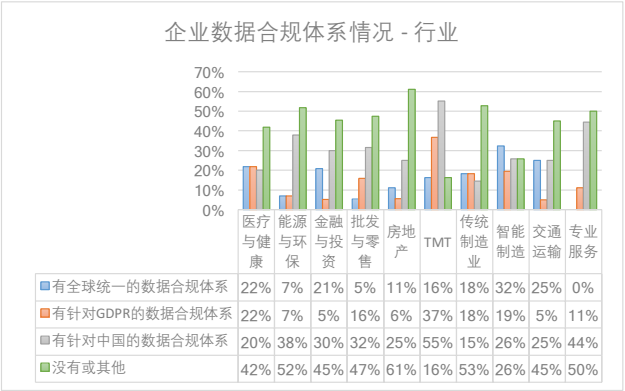
近六成企业已经建立数据保护合规体系，这一比例较上一年度上升将近一成。其中，参加调研的外商独资企业中，75% 已经在企业内部建成了一套数据保护合规体系。近六成国企目前还没有形成该合规体系，尽管如此，相比上一年度近七成的比例，今年的情况已有所改善（见图 61 和图 62）。从行业角度看，TMT 行业 84% 的企业已建立数据合规体系，而房地产企业中建立该体系的不足四成（见图 63）。该现象与国内执法情况有所关联，中国企业遭遇到网络安全或数据保护相关的执法中，TMT 行业企业以 45% 位列前茅，而房地产行业仅为 13%。另外，从企业规模角度看，是否建立数据合规体系与企业规模呈较强的正相关性（见图 64）。



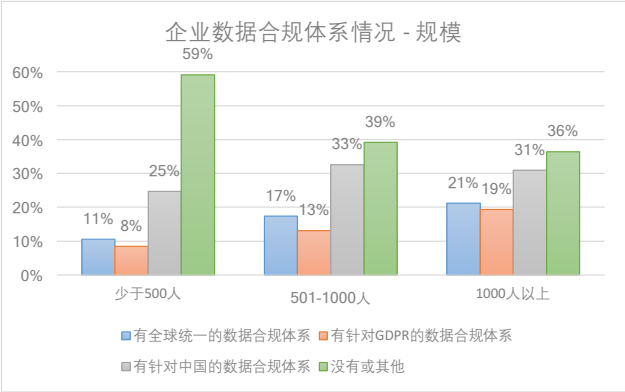
（图 61：企业是否有数据合规体系）



（图 62：企业数据合规体系情况 - 类型）



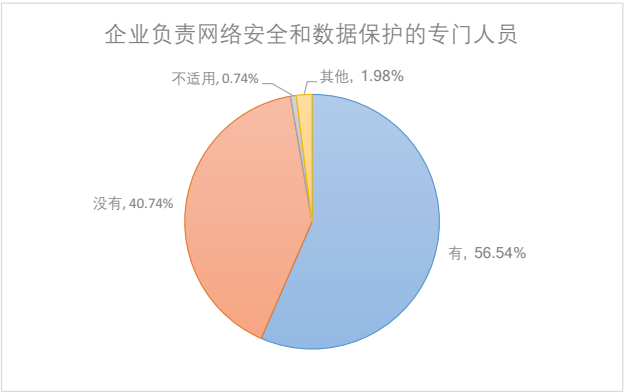
（图 63：企业数据合规体系情况 - 行业）



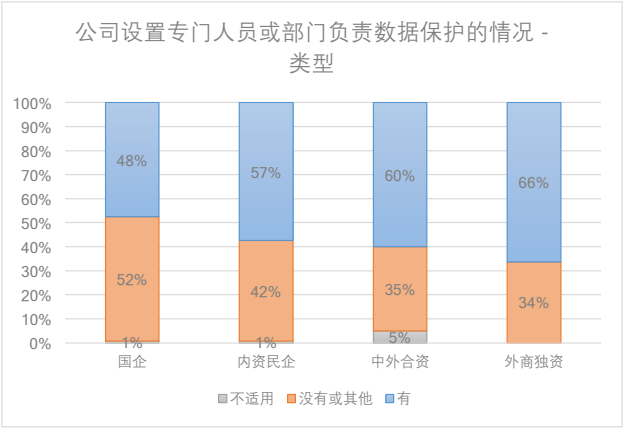
（图 64：企业数据合规体系情况 - 规模）

近六成企业设置专门人员或部门负责数据保护事务

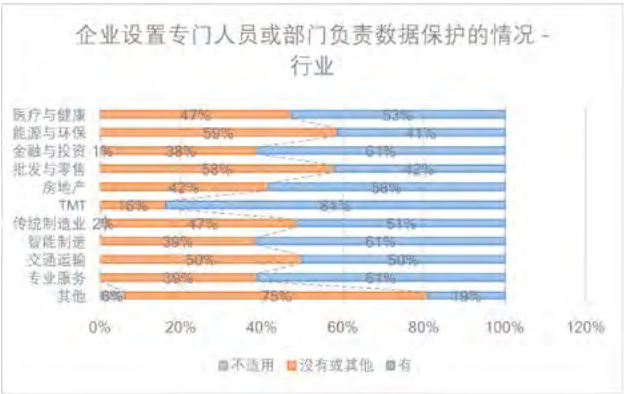
在参加调研的企业中，57% 的企业设置了专门负责网络安全和数据保护的专门人员（见图 65），但是这一比例在外资企业与内资企业中仍然存在差距，例如 66% 的外商独资企业设置了专门人员负责数据保护事项，但是仅有不足一半的国企作出了类似的安排（见图 66）。与建立数据合规体系的整体趋势相同，TMT 行业中高达 84% 的企业设置了专门人员负责数据保护事项，充分体现了 TMT 行业对数据合规问题的重视程度。（见图 67）



（图 65：企业负责网络安全和数据保护的专门人员）



(图 66: 企业设置了专门人员或部门负责数据保护的情况 - 类型) (图 66: 企业设置了专门人员或部门负责数据保护的情况 - 类型)

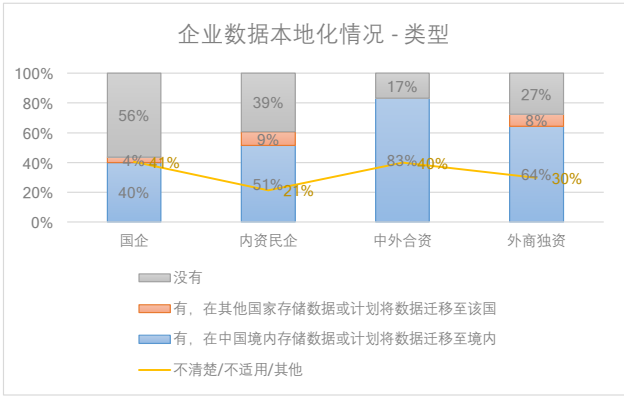


(图 67: 企业设置了专门人员或部门负责数据保护的情况 - 行业)

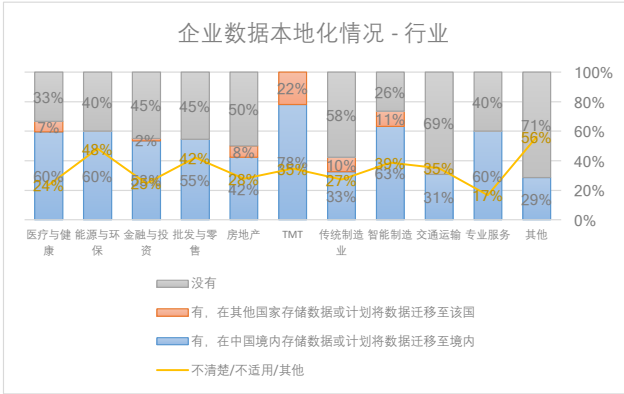
六成企业进行过数据本地化；几乎所有 TMT 行业企业进行过数据本地化，远高于其他行业

调研发现，在根据要求需要进行数据本地化的企业当中，四成企业没有实际进行过数据本地化（见图 68）。与上一年度超六成企业没有进行过数据本地化的情况相比，企业数据本地化普及程度总体来说有所提高。从行业角度来看，TMT 行业中所有参加调研的企业均进行过数据本地化，占比远高于其他行业，例如交通运输行业企业进行数据本地化的比例仅为 31%，这也可能与网络安全和数据保护执法重点关注 TMT 行业的趋势有关（见图 70）。考虑到在国内开展业务和配合监管的需要，外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 83%；相比之下，仅四成国企进行过数据本地化，整体态势落后于其他类型企业（见图 69）。

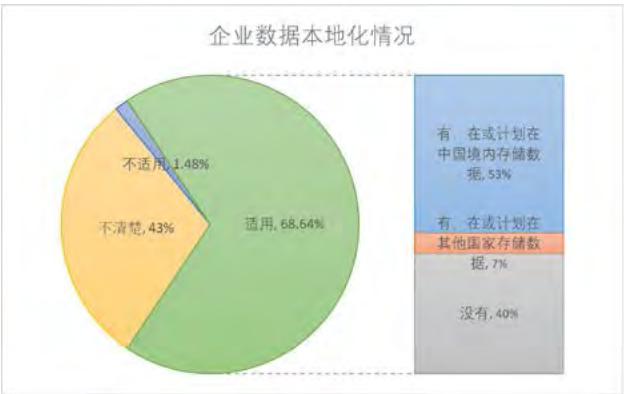
(图 68: 企业数据本地化情况)



(图 69: 企业数据本地化情况 - 类型)



(图 70: 企业数据本地化情况 - 行业)



反腐败



一、美国司法部再次更新《企业合规机制评估》

2020年6月，DOJ刑事司（Criminal Division）反欺诈科（Fraud Section）在其官网再次更新了《企业合规机制评估》（Evaluation of Corporate Compliance Programs）（下称“《评估》”）。该《评估》系2017年正式发布，DOJ于2019年4月曾进行过修订。从本次修订可以看出，DOJ对企业合规机制的期待越来越高。

DOJ在修订后的《评估》强调，每个公司面临的风险不同，相应地，DOJ在评估企业合规机制时也会考虑企业面临的各种内外因素，包括公司规模、行业风险、地域风险和监管风险等。DOJ试图通过《评估》，从企业合规机制的搭建、实施和合规机制有效性三大根本问题出发，列举公诉人员在评估企业合规机制时考虑的常见问题，为企业搭建合规机制提供指引。下表为《评估》的要点概览，红色字体为修订主要新增的部分。

美国司法部《企业合规机制评估》要点概览		
一、企业合规机制的搭建		
1	风险评估	· 风险管理流程； · 与风险相适应的资源配置； · 风险评估的定期审查、更新和修订（是快速的及时性修订，还是根据不同职能部门的运营数据和信息进行持续性修订；是否据此对政策、机制和内控进行相应更新； · 过往的经验教训（Lessons learned）
2	政策和程序	· 设计与更新； · 全面性； · 公开性（是否向员工、子公司及第三方等传达政策、政策是否被公开、是否容易被员工获取、是否持续追踪并了解哪些政策吸引了相关员工更多的注意）； · 融入日常经营与内控机制； · 向合规内控人员提供的指导和培训
3	培训和沟通	· 与风险相适应的培训； · 培训的形式、内容和有效性（线上、线下培训中员工是否有途径提问；如何处理未能通过全部或部分测试的员工；是否检测培训的效果）； · 针对不当行为给员工传达的态度； · 员工可获得的指导
4	匿名举报机制和调查流程	· 举报机制的有效性（是否有机检测员工知晓举报途径、员工对举报途径是否有任何问题）； · 内部调查的开展、调查范围的合理性、调查的独立性、客观性、调查文件留存、调查主体等； · 对调查结果的响应和追责； · 对举报和调查机制的资源投入及结果追踪（是否定期检测举报机制的有效性）
5	第三方管理	· 与风险相适应的第三方管控流程及与企业采购和管理流程的融合； · 适当的管控（使用第三方的必要性和合理性、与第三方的合同条款）； · 第三方的管理与监督（针对第三方的奖惩机制、审计权、对第三方的全周期管控）； · 风险点的实时监督和处理
6	并购	· 尽调流程（投资前的尽职调查）； · 并购流程中的合规整改及流程； · 从投前尽调到投后实施合规管控措施的流程（投后对被收购主体实施合规政策和程序、投后审计的流程）

二、企业合规机制的实施		
1	中高层领导的合规承诺	· 管理层人员（言行的合规性、向员工传达的合规态度、如何处理业务或收入与合规风险的关系）； · 中高级管理人员的合规行动与承诺； · 董事会、审计人员的合规监督（具体措施）
2	自治和资源	· 合规架构（合规组织汇报线、合规官、合规人员、选择当前合规架构的原因）； · 合规组织的权威和地位； · 合规人员的经验和资历（对合规内控人员的培训和发展）； · 对合规的人员投入和资源支持； · 数据资源与便利（合规人员在行使职能时利用和获取数据资源的便利性及障碍；如果存在障碍，如何解决）； · 合规职能的独立性（向董事会/审计委员会直接汇报的权力、汇报频率等）； · 合规职能的外包（是否外包；如存在外包，如何进行监管）
3	奖惩措施	· 奖惩措施的人事流程； · 奖惩措施适用的一致性（是否在组织内统一适用、合规职能是否监督内部调查及根据调查结果适用惩处措施的一致性）； · 激励机制（如何奖励合规行为）
三、企业合规机制的有效性		
1	持续性改善、定期检测和审查	· 内部审计； · 内控检测； · 风险评估、政策、机制和程序等的持续性更新（是否基于自身不当行为和/或其他公司面临的类似风险更新企业合规机制）； · 合规文化
2	不当行为的调查	· 内部调查范围合理性、独立性、客观性和文件留存； · 内部调查结果的跟进、应对（惩处、追责、问题发生的根源分析）
3	潜在不当行为的分析和补救	· 问题根源分析； · 此前的合规漏洞； · 付款流程漏洞与改善； · 供应商管理； · 此前不当行为的风险预示； · 补救措施； · 追责

从上述《评估》要点概览来看，DOJ 对整体框架并未做改动，也未进行实质性修订，只是在现有框架下针对具体问题进行进一步细化和明确。

（一）细化风险评估的要求

根据原《评估》，企业在搭建合规体系时需要对风险评估实施定期审查（Periodic review），使企业合规机制与其面临的风险相匹配。修订后的《评估》对“定期审查”提出进一步要求，并在风险评估中新增审查要素“过往的经验教训”（Lessons learned），要求公诉人员考虑：

- 定期审查风险是局限于快速的及时性审查（A “snapshot” in time），还是根据不同职能部门

的运营数据和信息进行持续性审查？开展定期风险审查后，企业是否对政策、机制和内控进行了相应更新？

- 企业是否有流程追踪过往的经验教训（包括来自企业自身的历史问题和同行业、同地区其他公司运营过程中暴露的问题）并将该等经验教训纳入定期风险评估的范畴？

（二）强调合规机制的有效性

DOJ 一直在强调企业合规机制的有效性，只有真正落实且有效的合规机制才有可能帮助企业避免承担公司责任。《评估》的多处修订反映了 DOJ 对企业合规机制是否真正实施且有效的重视。例如：

在“培训的形式、内容和有效性”部分，修订后的《评估》新增如下问题，体现了 DOJ 对员工培训有效性的关注：

- 线上或线下培训中，是否有途径供员工提出问题？
- 针对未能通过全部或部分培训测试的员工，企业是如何处理的？企业是否会就合规培训对员工行为或企业运营产生的影响进行评估？

在“举报机制的有效性”部分，修订后的《评估》新增如下问题，体现 DOJ 关注企业的举报机制是否真正发挥作用：

- 企业是否采取措施去测试员工是否知晓举报热线的存在？员工对举报机制是否有任何使用建议？
- 企业是否定期测试举报热线的有效性？例如追踪一个举报从发生到结束的始末？

在“惩处措施”部分，修订后的《评估》在“统一适用”（Consistent application）下新增下述问题，体现 DOJ 关注企业的惩处措施是否真正有效、是否“一视同仁”：

- 合规职能是否监督内部调查及相应的处罚措施以确保惩处措施适用的一致性？

有业内人士认为，上述这一条应该是本次《评估》修订的最大改动，《评估》要求惩处措施实施的“一致性”意味着企业根据内部调查发现员工存在不当行为后，应当一视同仁，实施一致的惩处措施，而不能对一些员工（例如中高层管理人员）采取“优待”或区别对待。如果存在“优待”或区别对待，则说明企业的合规机制及相应的惩处措施实际上并未得到有效实施。此外，此前的《评估》就强调，有效的合规机制还需被定期检测、审查并进行不断完善，DOJ 在修订后的《评估》中进一步要求“企业根据其过往不当行为和 / 或其他公司面临的类似风险，审查和更新其合规机制”，这符合 DOJ 对企业合规机制的一贯要求。

（三）强调对第三方的合规管控

在“举报机制的有效性”下，修订后的《评估》新增如下问题，体现 DOJ 对第三方合规管控的重视：企业的举报机制是否也向第三方公布（而非仅向员工公布）？

在“第三方管理”下，修订后的《评估》新增如下问题：企业对于第三方是否是全周期的管控，是否贯穿于其与第三方合作的始终，还是仅在第三方的选聘阶段进行管控？

从新增的问题可以看出，针对第三方管控问题，DOJ 期待企业进行全流程、全周期管控，企业不仅要在开始选用第三方时评估其与外国政府官员的关联性，还需在与第三方的合作过程中直至合作结束，对第三方开展持续性、全周期的合规管控。

（四）进一步强调投资尽调前的尽职调查和投后管控

原来的《评估》已经强调企业要在投资并购活动中开展投资前的尽职调查，修订后的《评估》要求一个良好的合规机制还应包括“相应流程，使得企业能将收购主体及时有序地整合至现有的合规机制架构和内控中”。同时，在原有的尽职调查流程中，《评估》新增了如下要求：企业是否能在投资并购前完成尽职调查？如果不能完成，原因是什么？投资完成后，对被投公司的审计流程是什么？

从上述新增的问题来看，DOJ 进一步明确期待企业在投资并购前就完成尽职调查，评估相关合规风险，如果在投资并购前无法完成尽调，还需有合理的解释。并且，DOJ 还期待企业对收购后的子公司加强合规整合，开展投资后的审计。

近年来，DOJ 和 SEC 非常重视投资并购活动中的尽职调查以及投后的合规管控。2018 年 DOJ 宣布扩大《FCPA 公司执法政策》（FCPA Corporate Enforcement Policy）适用范围，根据该政策，如果受管辖企业在 M&A 中发现不合规行为后主动向 DOJ 披露并积极配合采取补救，则企业可以根据该政策获得从宽处罚。而如果受管辖企业在投资并购活动中发现被投公司存在不合规问题，投资方一方面可能面临承继责任风险，另一方面还面临如何进行投后管控的问题。如果企业对投资前发现的问题不及时进行相应管控，反而在投资完成后明知并且继续放任被收购公司的不当行为，则投资方有可能因被投公司的不当行为而违反 FCPA。

DOJ 的上述执法政策，可以在近年的执法案例中看到相关实践。例如，在 2018 年一个 FCPA 案件中，某纽交所上市公司因在其收购中国子公司时，投前尽调不充分，投后并未加强合规管控，子公司在投后持续的不合规行为导致该上市公司违反 FCPA。但该上市公司主动向执法机关自我检举，积极配合，最后与 DOJ 达成了不起诉（Declination）的结果，与 SEC 也达成了和解。

（五）强调合规资源的投入和合规的独立性

修订后的《评估》在合规人员的“经验和资质”下新增以下内容：企业在合规及内控人员的进一步培训和发展方面投入了多少资源？

修订后的《评估》还将合规人员的“数据资源的获取及便利”（Data resource and access）作为一个评估问题：

- 合规及内控人员是否有足够的直接或间接获取数据资源的途径，使得其能够及时有效的监督和 / 或检查政策、内控和交易？是否有相关阻碍限制合规及内控人员获取相关数据资源？如果存在该等阻碍，企业采取了何等措施去消除这些阻碍？

实践中，企业如果不根据自身情况投入相应的合规资源，合规职能可能无法真正发挥作用。上述修订，进一步体现了 DOJ 对企业合规资源投入的重视。

（六）为什么要重视《评估》？

《评估》以美国司法部刑事司名义更新和对外发布，其本身是一份指导性文件，并不具有法律强制力。但它是美国公诉人员评估企业在违法当时、起诉及结案时企业合规机制有效性的一个指引，旨在帮助公诉人员确定合适的：结案（Resolution）或起诉方式；罚金（如有）；在刑事结案中的企业合规义务，例如合规监督及报告义务等。

在司法部处理的各类案件中（如 FCPA、制裁与出口管制、反洗钱等），司法部执法人员均会根据《评估》来判断企业的合规机制的有效性。企业是否具备有效合规机制，很大程度上决定了企业相关违法犯罪行为将以何种方式了结，或受到何等程度的处罚。具备有效合规机制的企业甚至可以避免被执法机关提起指控。历史上，已有部分企业凭借其有效的合规机制，成功避免单位被执法机关起诉，执法机关仅对涉事高管进行了指控。例如在 2019 年的执法案件中，高知特科技公司（Cognizant Technology）成功与 DOJ 达成不起诉（Declination），DOJ 只起诉了其首席运营官和法务部负责人。

此外，《评估》的内容与 OECD、世界银行等国际组织的合规指引内容具有很大相似性。且其他国家（例如法国、英国、巴西）也逐渐学习和借鉴美国的《评估》、世界银行、OECD 等组织的合规指引。此外，该《评估》的主要内容与美国其他监管机构（例如制裁、出口管制领域）发布的合规指引也有很大程度的相似性和一致性。跨国公司如果想在全世界范围内搭建普适、有效的合规机制，防范不同国家重大合规风险，《评估》是其可以参考的重要文件。

二、美国司法部公布第二版《FCPA 指南》

2020 年 7 月，DOJ 在其官网公布了业界期待已久的第二版《美国反海外腐败法资源指南》（A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition）（“《FCPA 指南》”）。该指南由 SEC 和 DOJ 于 2012 年首次联合发布，吸纳了美国商务部和国务院等部门的意见，旨在向广大企业和公众提供美国《反海外腐败法》（FCPA）相关的实用信息和指导。¹ 第二版《FCPA 指南》更新了 FCPA 领域自 2012 年以来的变化，包括近年的执法案例、司法判例，引入 DOJ 执法政策，澄清一些关键问题等。

事实上，DOJ 在 2015 年修改过第一版《FCPA 指南》，但那一次并非实质性、大面积改动，DOJ 官方并未发布正式的消息，也并未发布新的版本。² 而此次修订在第一版的基础上改动较多，DOJ 将第二版《FCPA 指南》在其官网正式宣布。虽然其只是一部指南，不具有法律强制力，但在实践中，无论是 FCPA 从业者，还是跨国公司开展合规建设，都离不开这部“白皮书”。该指南涵盖了公众想要了解的众多 FCPA 的宏观和微观的问题。例如，FCPA 是什么，为什么会有 FCPA，FCPA 的执法机关是谁，FCPA 的管辖范围有多广，违反 FCPA 的后果是什么，被执法企业如何抗辩等宏观问题。再比如，如何认定外国政府官员（foreign official），如何认定任何有价值的事物（anything of value），什么是故意忽视、鸵鸟政策（willful blindness）等微观问题。

对众多跨国公司而言，这是一部非常实用的指南。在 DOJ 发布《企业合规机制评估》（Evaluation of Corporate Compliance Programs）之前的很多年，跨国公司都在参考《FCPA 指南》中的三大基本原则（企业合规机制的设计、实施及合规机制有效性）和指导细则来搭建和落实企业合规体系。DOJ 今年更新的《企业合规机制评估》也是在第一版《FCPA 指南》的基础上进一步细化和更新的。

第二版《FCPA 指南》保留了第一版指南的整体框架和章节，但在内容方面进行了非常多的更新和细化，包括更新最近几年的执法案例和司法判例，引入 DOJ 最新执法政策和指导文件，更新了一些信息和数据，进一步澄清和明确 FCPA 相关问题的认定等。第二版《FCPA 指南》力图反映 FCPA 最新的执法和司法动态，旨在为企业和大众提供更及时、有效的指导。

（一）增加最新执法和司法案例

第一版《FCPA 指南》的一大特点是 DOJ 和 SEC 引述了大量执法案例，以明确 FCPA 相关问题和执法态度。第二版《FCPA 指南》，在不少关键问题中，引述和讨论了近几年的典型执法案例和司法判例，体现了近几年执法和司法判例的发展和变化。以下为部分第二版《FCPA 指南》更新的备受业界关注的案例。

1. 长臂管辖是否受阻需要继续观望

1. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, updated July 3, 2020, Department of Justice, available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>.

2. Hey, who changed the FCPA Resource Guide? Benito Romano and Lauren Kaplin, August 5, 2015, available at <https://fcpublog.com/author/brlk/>.

第一版《FCPA 指南》明确指出，即使外国公司和个人并未在美国领土范围内从事促进贿赂行为，其也可能因共谋、帮助和教唆理论而受到 FCPA 指控。这实际上是对 FCPA 原文的扩大解释，导致实践中这个问题备受争议。在 *United States v. Hoskins* 案中，美国第二巡回上诉法院在 2018 年判定，不能以共谋、帮助和教唆理论将明确不属于 FCPA 管辖的主体（FCPA 明确规定了三类受管辖的主体）纳入管辖范围。公开信息显示，DOJ 在今年 3 月继续对 *Hoskins* 案提起上诉³，*Hoskins* 是否受 FCPA 管辖及最终是否被认定违反 FCPA 仍然需要观望。第二版《FCPA 指南》虽然新增了美国第二巡回上诉法院对该问题的认定，但同时也指出，至少有一个区法院拒绝认同前述第二巡回上诉法院对 *Hoskins* 案的说理，认为即使某被告不属于 FCPA 明确管辖的三类主体，其依然可能因共谋违反 FCPA 反贿赂条款（anti-bribery provision），因帮助和教唆违反 FCPA 而承担相关刑事责任。⁴ 此外，第二版《FCPA 指南》在会计条款（accounting provision）部分进一步指出，会计条款适用于任何人（any person），因此，会计条款的适用不受美国第二巡回上诉法院关于共谋、帮助和教唆违反 FCPA 反贿赂条款相关判决的限制。⁵ 任何人如果帮助和教唆或导致违反 FCPA 会计条款，都可能受到 FCPA 民事指控。⁶

虽然共谋、帮助和教唆理论的使用在司法层面受到一定阻碍，但从第二版《FCPA 指南》新增的内容以及 DOJ 对 *Hoskins* 案继续提起上诉来看，FCPA 执法机关并未完全放弃使用共谋、帮助和教唆理论去指控外国主体，其他法院是否认可第二巡回上诉法院在 *Hoskins* 案中的判决，依然需要观望。鉴于此，外国主体应注意其与受 FCPA 管辖的主体（例如美国公司、在美上市公司等）之间的业务往来，警惕因前述理论受到 FCPA 指控的风险。

2. 外国政府官员的认定依然存在很大不确定性

第二版《FCPA 指南》增加第十一巡回上诉法院在 *United States v. Esquenazi* 案中有关政府工具（instrumentality of government）的认定，外国政府官员的认定依然存在很大不确定性。

在 FCPA 下，外国政府官员的认定非常宽泛。只要是政府部门、政府机关、政府工具中的员工，都被视为政府官员。而关于政府工具，FCPA 原文和第一版《FCPA 指南》并未进行定义，执法实践和司法判例对如何认定政府工具也无明确、统一的标准，导致实践中，对政府工具的认定成为一个难点和争议点。

第一版《FCPA 指南》并未定义什么是政府工具，指出政府工具的认定需要法院结合具体事实进行个案分析，考虑所有权（ownership）、控制力（control）、地位（status）和职能（function）四大要素。对于具体如何认定这四大要素，第一版《FCPA 指南》并未给

出标准，而是列举了实践中法院经常考虑的十一项具体因素。

而第二版《FCPA 指南》中，在提出所有权、控制力、地位和职能四项要素之后，指出美国第十一巡回上诉法院在 *United States v. Esquenazi* 案中，将政府工具定义为受外国政府控制并履行外国政府职能的实体。在该定义基础之上，进一步指出第十一巡回上诉法院对控制力和职能这两大关键要素具体如何认定。第二版《FCPA 指南》还指出其他法院在认定这一问题时也是通过非穷尽式列举一些需要考虑的关键因素。⁷

从当前执法和司法实践来看，政府工具的认定具有较大难度和不确定性，导致外国政府官员的范围存在很大不确定性。实践中，企业在评估某个机构是否构成政府工具、相关人员是否构成外国政府官员时，应当考虑《FCPA 指南》中的这些要素。

3. 以当地法抗辩，成功的可能性较小

在基于当地法的抗辩（local law defense）部分，第二版《FCPA 指南》新增了中国富豪吴立胜案（*United States v. Ng Lap Seng*）。吴立胜于 2015 年被美国联邦调查局逮捕，并于 2016 年被指控涉嫌贿赂联合国多名官员违反 FCPA，于 2017 年被做出有罪判决。根据 FCPA 规定，被告可用当地成文法律法规（written laws and regulations）主张合法抗辩，即如果某行为在当地成文法律法规下系合法，则被告可以主张构成不违反 FCPA 的抗辩。在 FCPA 执法实践中，几乎很少有被告成功援引这一条抗辩，使其免于 FCPA 处罚，因为基本上全球很少有国家会将允许腐败贿赂规定在其法律中。但实践中，对于五花八门的给好处的行为是否构成贿赂往往也存有一定争议，所以一些执法中，不少被告会尝试使用这一条进行抗辩。实践中，法院会依据个案分析，以判定被告是否可以援引该条进行抗辩。

在新增的吴立胜案中，被告辩称陪审团认定的一项事实包括涉案款项的支付，在安提瓜和多米尼加共和国的成文法律法规中并不违法。但是法院认为该项认定与 FCPA 规定的成文法律法规的积极性抗辩（affirmative defense）的释义并不符合，因此未支持被告的抗辩。⁸ 从当前司法实践来看，被告仅证明涉案行为在当地不违法很难被认定构成 FCPA 抗辩，除非当地成文法律法规明确规定某项行为是被允许或合法的。

（二）继续推行成功的执法经验

1. 将《FCPA 执法政策》纳入《FCPA 指南》

第二版《FCPA 指南》引入了《FCPA 公司执法政策》（FCPA Corporate Enforcement Policy）（“FCPA

3. Notice of Appeal, *United States v. Hoskins*, No. 3:12-CR-238 (JBA) (D. Conn. Mar. 9, 2020).

4. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, Updated July 3, 2020, by Department of Justice and Securities and Exchange Commission, page 36.

5. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, Updated July 3, 2020, by Department of Justice and Securities and Exchange Commission, page 46.

6. See Section 20(e) of the Exchange Act, 15 U.S.C. § 78t(e).

7. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, Updated July 3, 2020, by Department of Justice and Securities and Exchange Commission, page 20.

8. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, Updated July 3, 2020, by Department of Justice and Securities and Exchange Commission, page 24.

执法政策》”），继续推行 DOJ 的成功执法经验。《FCPA 执法政策》是 DOJ 于 2017 年根据此前的试点计划（pilot program）而确定的一项长久政策，同时被纳入《联邦检察官指南》（United States Attorneys' Manual），成为检察官办案的重要指南。该执法政策旨在鼓励违反了 FCPA 的企业主动向 DOJ 报告违法事实，积极配合调查以及整改，对于符合特定条件的涉案企业，DOJ 会对其从宽处罚，甚至以不起诉（declination）来结案。

鼓励企业主动自我检举、主动配合、主动开展补救措施一直是 SEC 和 DOJ 极力推行的政策。这些措施使得这两大执法机关用很少的执法资源撬动了巨大的反腐败成果，这也是 FCPA 执法成功的一大关键。也因此，两大机关在近几年继续推行这样的执法机制。

第二版《FCPA 指南》不仅纳入了《FCPA 执法政策》的主要内容，并且还列举了三个涉案企业通过《FCPA 执法政策》成功获得不起诉的典型案列。⁹DOJ 的这一举措，无疑是在鼓励更多企业按照《FCPA 执法政策》主动自我检举、主动配合、主动开展补救措施，以降低 DOJ 的执法难度和成本。

2. 将《企业合规机制评估》纳入《FCPA 指南》

第二版《FCPA 指南》引入了 DOJ 于上个月更新的《企业合规机制评估》（“《合规评估》”）（Evaluation of Corporate Compliance Programs）。《合规评估》是 DOJ 于 2017 年首次发布并已经两次更新的指导性文件，是检察官评估企业合规机制有效性的一个指引，旨在帮助检察官确定合适的：（1）结案（resolution）或起诉方式；（2）罚金（如有）；（3）在刑事结案中的企业合规义务，例如合规监督及报告义务等。

第二版《FCPA 指南》在“企业合规体系”（corporate compliance programs）章节，新增“对不当行为的调查、分析和补救”（investigation, analysis, and remediation of misconduct），强调执法机关不仅关注合规体系是否能对不合规行为做出有效应对，而且关注企业是否从不合规行为中汲取教训（lessons learned），并反映在企业的相关政策、培训和内部控制中，以此有效预防合规风险。汲取经验教训也是 DOJ 在上月更新《合规评估》时新增的内容，第二版《FCPA 指南》专门对此进行更新，体现 DOJ 在执法中对这一问题的重视。

在同一章节，第二版《FCPA 指南》还在“其他合规指引和国际最佳实践”（other guidance on compliance and international best practices）中，增列了 DOJ 的《合规评估》作为企业合规建设的参考文件。第二版《FCPA 指南》再次凸显了《合规评估》的实践价值，对于企业如何搭建和完善企业合规机制具有重要借鉴意义。

（三）小结

以上只是第二版《FCPA 指南》更新的部分关键内容。第二版《FCPA 指南》修订的内容和细节远不止于此，

其修订的内容还涉及时效、没收违法所得、会计条款下犯罪行为的主观意图等，值得企业仔细研读，了解监管和执法变化，以更好地应对 FCPA 相关问题。第二版《FCPA 指南》仍然是不具有法律强制力的一个资源指南，并且仍有许多 FCPA 问题有待解释和验证（例如上述共谋、帮助和教唆理论）。但是，在目前 FCPA 判例法匮乏的大背景下，《FCPA 指南》依然是集立法、执法和司法为一体的信息量庞大的资源指南，其不仅是 SEC 和 DOJ 对 FCPA 的重要宣传和指导，也是企业在实践中可参考的“白皮书”。

9. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, Updated July 3, 2020, by Department of Justice and Securities and Exchange Commission, page 51 - 54.

三、其他国家反腐败动态

(一) 英国

1. 英国 SFO 发布企业合规体系指南

2020 年 1 月, 英国重大欺诈案件调查局 (Serious Fraud Office, SFO) 在其官网的操作指南 (Operational Handbook) 中公布《合规机制评估》。根据该文件, SFO 在《英国反贿赂法案 (2010)》的六项原则基础上, 提出将从如下三大方面评估企业合规机制: (1) 企业在违法时合规机制的状态; (2) 企业当前的合规机制状态; (3) 企业今后合规机制将如何改善。¹⁰

这意味着, 执法机关需要在企业犯罪的各阶段都对企业的合规机制进行评估, 具体包括:

(1) 违法时的合规机制状态

- 决定起诉阶段: 《企业起诉指南》(Guidance on Corporate Prosecutions) 规定, 如果犯罪时, 企业的合规机制是无效 (ineffective) 的, 那么便符合公共利益因素, 应当提起诉讼。同时, 该指引需与《皇家检察官规则》(the Code for Crown Prosecutors) 协调适用, 公诉机关在做出起诉决定时, 应当充分考虑这两份文件。
- 考虑抗辩: 如果在贿赂发生时, 企业已经充分落实反腐败流程, 则有权就《英国反贿赂法案 (2010)》第七节的犯罪提出抗辩。
- 判决: 如果该企业曾经为预防贿赂采取过一些措施, 但不足以构成《英国反贿赂法案 (2010)》第七节的抗辩, 这些措施仍然应当在量刑时作为减轻情节而被考虑。

(2) 当前的企业合规机制

- 决定起诉阶段: 在起诉决定做出之前, 企业可以改进其合规机制, 检察官仍应考虑企业是否采取了“补救措施”, 以及企业合规机制的真实性与有效性。
- 迟延起诉协议: 检察官在评估迟延起诉协议的适用性 (Suitability) 时, 也需要考虑企业目前合规机制的状态。
- 判决: 法院应当在量刑时考虑企业合规机制的现状, 包括应当考虑罚金的等级是否会影响该企业对实施有效合规体系的能力。

(3) 企业今后合规机制将如何改善

- 迟延起诉协议条款及对其履行情况的监督: 如果一项迟延起诉协议包含有关企业合规机制的条款, 检察官则需要对可能发生的改革进行评估, 以决定该企业是否符合 DPA 的具体条款。同时 DPA 还应当规定检察官的审查方式及标准。此外, 协议还可能指定一位监督员, 并由企业负担费用。

2. 英国打击金融犯罪的力度再次受到批评

近年来, 英国一直呼吁全球加大反腐力度, 但是英国对金融犯罪的定罪率不足和调查的拖延, 引发了人们对其处理腐败问题的严重质疑。

SFO 一系列失败的起诉引起了公众对审查案件所需时间的担忧, 特别是在 SFO 主任、前美国联邦检察官丽莎·奥索夫斯基 (Lisa Osofsky) 的领导下, 有消息称她将改进该机构的执法情况。2018-2019 年, SFO 获得的定罪率降至 53%, 为 2015-2016 年以来的最低水平。据透露, 自 2013 年 4 月以来, 该机构只完成了对 5 家公司的 7 项定罪。在此期间展开的 43 项刑事调查中, 有 32 项调查没有结论。

欧洲律师事务所 Fieldfisher 企业犯罪团队总监 Kyle Phillips 表示, 定罪率“低得惊人”, 并提醒, 如果没有重大进展, “积压案件将继续增加, 有可能进一步延误 SFO 的调查”。¹¹

3. 执法动态

2019 年 12 月, 在嘉能可股份有限公司发表公告后, SFO 确认其正在对嘉能可集团涉嫌商业贿赂一案进行调查, 被调查对象包括该公司、高管、职员、代理方及相关人员。¹²

2020 年 1 月, 在取得英国相关批准后, SFO 与国际航空公司空中客车达成一项破纪录的 DPA 协议。根据协议内容, 空中客车同意向英国支付 9.91 亿欧元的罚金和费用。除此之外, 该公司还需再向法国和美国的职权部门缴纳和解金, 共计 36 亿欧元。¹³

G4S Care & Justice Services (UK) Ltd (“G4S C&J”) 公司曾经向司法部隐瞒其 2011 年至 2012 年真实的合同利润情况, 以避免公司收入减少。2020 年 7 月, SFO 与英国 G4S C&J 公司的 DPA 协议获得最后的批准。在签订 DPA 协议时, G4S C&J 公司表示其愿意承担 3 项欺诈罪的法律后果。英国 SFO 主任 Lisa Osofsky 表示, DPA 协议能够确保 G4S C&J 公司因对英国司法部进行系统性欺诈而被认定为有罪, 也能确保 G4S C&J 公司及其它的母公司 G4S plc (一家重要的政府供应商) 将会接受史无前例的审查。¹⁴

(二) 法国反腐败动态

10. SFO Operational Handbook, Evaluating a Compliance Programme, last Updated: 17 January, 2020, available at: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/sfo-operational-handbook/>.

11. Corruption: UK efforts to tackle financial crime back in firing line, 17 January 2020, available at: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=B0F3CA17-72F6-4449-92D3-092E98E61514>.

12. SFO confirms investigation into suspected bribery at Glencore group of companies, <https://www.sfo.gov.uk/2019/12/05/sfo-confirms-investigation-into-suspected-bribery-at-glencore-group-of-companies/>.

13. SFO enters into € 991m Deferred Prosecution Agreement with Airbus as part of a € 3.6bn global resolution, <https://www.sfo.gov.uk/2020/01/31/sfo-enters-into-e991m-deferred-prosecution-agreement-with-airbus-as-part-of-a-e3-6bn-global-resolution/>.

14. SFO receives approval for DPA with G4S Care & Justice Services (UK) Ltd, <https://www.sfo.gov.uk/2020/07/17/sfo-receives-final-approval-for-dpa-with-g4s-care-justice-services-uk-ltd/>.

1. 法国反腐败局发布在 COVID-19 疫情期间的执法指导意见

受 COVID-19 疫情影响，法国反腐败局于 2020 年 3 月 16 日关闭了办公室，并将暂停检查，指示检查人员远程工作，并宣布在禁闭期间不再进行新的检查。AFA 的决定是在法国总统马克龙（Emmanuel Macron）采取广泛措施（例如关闭学校和企业）和法国部长会议（French Council of Ministers）3 月 25 日发布的关于法国执法活动和卫生危机期间其他适用法律措施和程序的命令（Ordonnance No. 2020-306）之后作出的。官员们还公布了指导意见，表示该机构继续分析和评估其在爆发前从各实体获得的证据和信息，以期在紧急状态解除后立即出击。目前正在接受 AFA 检查的实体应做好准备，一旦法国的禁闭期结束，就对 AFA 的调查结果或报告作出回应。¹⁵

2. 法国反腐败局制裁委员会做出第一项《萨宾第二法案》决定，企业在被处罚前仍有机会补救

2019 年 7 月 4 日，法国反腐败局制裁委员会（the French Anticorruption Agency's Sanctions Committee）做出了历史上第一项《萨宾第二法案》（Loi Sapin II）决定，驳回了法国反腐败局对法国索能达集团（Sonepar）的所有指控，裁定索能达集团在听证（hearing）日已经实施了一项符合《萨宾第二法案》第 17 条规定义务的监测和预防腐败行为的制度。

2017 年 10 月 17 日，法国反腐败局对法国索能达集团提起指控，并提交给制裁委员会，理由是索能达集团违反了《萨宾 II 法案》第 17 条规定的八项义务中的五项，包括：a) 风险评估的执行管理不当；b) 企业行为准则存在缺陷；c) 未能执行适当的第三方尽职调查程序；d) 未采取适当的会计管控措施；e) 企业反腐败体系缺乏相应内控与审计程序。

索能达集团称，尽管其未严格遵守法国反腐败局于 2017 年 12 月发布的建议，但已经采取了以下改进措施：a) 在合规专家的帮助下进行风险评估；b) 编撰治理章程、行为准则和合规指南，以举例说明违法行为；c) 建立第三方评估流程；d) 分别于 2018 年和 2019 年更新了会计管控手册；e) 建立内控与审计程序。

综合评估索能达集团的改进措施及案件具体情况后，法国反腐败局制裁委员会驳回了法国反腐败局的所有指控。其裁定：判断索能达集团是否存在处罚事由，是法国反腐败局制裁委员会在审查案件时进行的。即如果企业在遭受法国反腐败局检查时没有适当执行《萨宾 II 法案》规定的义务，其在被法国反腐败局制裁委员会处罚之前，还有机会对潜在反腐败缺陷进行补救。¹⁶

3. GRECO 呼吁法国加强反腐败工作

在 2020 年 1 月份发表的一份报告中，欧洲委员会的反腐败机构——国家反腐败组织（The Group of States against Corruption, GRECO¹⁷）呼吁法国提高行政部门（共和国总统、部长、私人办公室成员和高级公务员）以及国家警察和国家宪兵中预防腐败措施的有效性和实际应用。¹⁸

4. 法国和巴西反腐败机构合作促进腐败案件的国际协调

2020 年 3 月 13 日，巴西的反腐败机构部长瓦格纳·罗萨里奥部长（Wagner Rosário）在联邦总审计长办公室（CGU）接待了法国反腐败机构 AFA。这是 AFA 与 CGU 于 2019 年 12 月签署合作协议之后进行的工作会议，主要涉及两家机构用于监控企业合规体系的方法，并强调了在外国贿赂案件中促进国际协调合作的共同愿望。¹⁹

（三）意大利反腐败动态

意大利抓获西西里岛冠状病毒应对负责人。意大利警方表示，西西里岛的冠状病毒协调员（co-ordinator）和其他 9 名医疗官员因涉嫌从设备和服务合同中受贿而被捕。这些合同最早可追溯到 2016 年，总金额近 6 亿欧元。巴勒莫市长奥兰多称其为“极其严重的腐败系统”，涉及在公共合同上抽取 5% 的佣金。据意大利媒体报道，承诺的贿赂总额至少为 180 万欧元。西西里岛的冠状病毒应对负责人 Antonio Candela 现在被居家监禁（house arrest），而特拉帕尼卫生当局（ASP）的负责人 Fabio Damiani 也在被警方拘留之列。²⁰

（四）瑞士反腐败动态

1. 瑞士作出首个与洗车行动²¹相关定罪

2020 年 2 月 26 日，瑞士一家法院判定拥有瑞士 - 巴西双重国籍的贝尔纳多·席勒·弗莱博格亚斯（Bernardo Schiller Freiburghas）在 2007 年至 2014 年间串谋贿赂和洗钱，向巴西国家石油公司（Petrobras）的员工支付了 3500 万美元。据报道，这是瑞士首个与洗车行动（Lava Jato）有关的定罪。²²

2. 瑞士检察官搜查世界最大石油交易商

根据金融时报 2019 年 11 月 22 日消息，瑞士检察官搜查了世界最大的两家独立石油交易商托克（Trafigura）和维托尔（Vitol）的办公室。托克的

15. Adaptation des opérations de contrôle de l'AFA dans le contexte d'épidémie de Covid-19, March 19, 2020, available at: <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/covid-19-adaptation-des-operations-contrrole>.

16. How Sonepar escaped punishment in the first Sapin II case, the FCPA Blog, October 10, 2019, available at: <https://fcpcablog.com/2019/10/10/how-sonepar-escaped-punishment-in-the-first-sapin-ii-case/>.

17. 国家反腐败组织（GRECO）于 1999 年由欧洲委员会成立，旨在监督各国遵守该组织的反腐败标准。GRECO 的目标是通过动态的相互评估和同行压力来监测其成员遵守欧洲委员会反腐败标准的情况，从而提高其反腐败能力。<https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco>.

18. Fight against corruption: France must do better, Council of Europe, January 9, 2020, available at: https://www.coe.int/en/web/portal/home/-/asset_publisher/CWAEQdHgT3y/content/fight-against-corruption-france-must-do-better-in-terms-of-the-executive-and-law-enforcement-agencies?inheritRedirect=false.

19. Coopération renforcée entre l'AFA et ses partenaires brésiliens, March 24, 2020, available at: <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/cooperation-renforcee-entre-lafa-et-partenaires-bresiliens>.

20. Italy bribery probe nets Sicily coronavirus response chief, May 21, 2020, available at: <https://www.bbc.com/news/world-europe-52753502>.

21. “洗车行动”指巴西于 2014 年启动的大规模反腐调查，起因是警方发现巴西议会几公里以外的一家加油站老板参与洗钱等非法活动，随后发现其与洗钱案犯阿尔贝托·优素福勾结，而优素福曾为巴西石油公司一位前高管保罗·罗伯托·科斯塔购买过一辆路虎。并由此牵扯出针对商界及政界的一系列反腐调查。

“洗车行动”横扫巴西 梳理贪腐大案来龙去脉，人民网，2017 年 07 月 14 日，<http://world.people.com.cn/n1/2017/0714/c1002-29405878.html>

22. Swiss court convicts man in Petrobras corruption case, Reuters, February 26, 2020, available at: <https://www.cnbc.com/2020/02/26/reuters-america-swiss-court-convicts-man-in-petrobras-corruption-case.html>.

一份声明显示，瑞士当局已应巴西检察官的司法协助请求，于11月20日访问了其日内瓦办事处。巴西检察官指控两家大宗商品交易商巴西国家石油公司的雇员行贿约150万美元以获取合同。另一名商品交易商Gunvor Group最近支付了9,500万美元，以结束瑞士司法部的长期调查，此前一名前雇员承认贿赂刚果共和国官员以赢得合同。²³

（五）捷克反腐败动态

1. 捷克总理骗取欧盟补贴，可能因此失掉总理职位²⁴

据媒体报道，2019年11月，25万捷克民众走上街头，要求巴比什下台，创造了捷克近30年来最大规模的民众示威。欧洲媒体指出，如果欧盟执委会正式认定巴比什涉及“利益冲突”，那么他必须归还巨额补助金，甚至有可能因此失掉总理职位。

据媒体2019年12月03日报道，捷克总理、该国第二大富豪巴比什被指控在就任总理前涉嫌隐匿资产，并透过名下公司骗取欧盟对中欧国家农业和投资计划的补助款，金额达数百万欧元。捷克司法部门今年4月就此问题建议起诉巴比什。巴比什随即撤换了司法部长，因此被舆论质疑妨碍司法公正。此外，欧盟调查报告草案显示，巴比什目前仍在从爱格富集团(Agrofert)的营业中牟利。

2. GRECO 敦促捷克加大反腐力度

欧洲委员会反腐败国家组织(GRECO)敦促捷克加快正在进行的旨在预防和打击议员、法官和检察官腐败的改革步伐。

在2020年3月5日发布的一份后续报告中，欧洲委员会反腐败机构评估了其在2016年第四轮评估报告中向该国提出的建议的执行情况，其结论是捷克共和国的低遵守水平“在全球范围内不令人满意”。在14项建议中，捷克共和国只全面落实了1项，部分落实了7项，6项仍未落实。

欧洲委员会反腐败机构要求捷克当局在2020年12月31日前报告待执行建议方面的进展情况。²⁵

（六）俄罗斯反腐败动态

1. GRECO 呼吁俄罗斯进一步推进反腐败工作

2020年8月，国家反腐败组织(GRECO)呼吁俄罗斯在未来18个月里进一步推进反腐败工作，以遵循欧洲委员会关于防止议会议员、法官和检察官腐败的建议。²⁶

（1）俄罗斯反腐败立法进程

俄罗斯是世界上腐败比较严重的国家。近年来，俄罗斯也一直在加大反腐败的立法和执法力度。2008年，俄罗斯颁布《国家反腐败纲要》和《反腐败法》；2009年，高官财产申报制度开始推行；2010年，俄罗斯制定了《反腐败国家战略》，将反腐败工作上升到国家战略层面；2013年，普京再次入主克里姆林宫后，把反腐作为自己的主要施政纲领之一，加大对腐败官员查处力度，政府高官不断因为腐败而落马，其中最为显赫的是前国防部长谢尔久科夫；同年底，俄罗斯在反腐败委员会之外又成立了总统反腐局，以确保总统反腐政策的落实、监督反腐法律法规的执行、保障国家各反腐机关之间协调运作。2018年，被俄罗斯人称为“贪官耻辱榜”的新法案正式启动，根据该法案，俄罗斯自2018年1月1日起，编制腐败官员名册。凡因腐败问题被解职的联邦国家公务员和执法人员，都将“榜上有名”，且信息保留5年。今后，俄罗斯在国家公务员的人事招考与任用中，可通过查阅这份名单，了解官员信息，“上榜”官员将不得进入国家公务员系统。²⁷

2018年6月29日，俄罗斯总统普京批准了“2018年至2020年国家反腐败计划”，该法令从签署之日起即6月29日起生效。文件附有联邦委员会、国际杜马、最高法院、审计署、中央银行和中央选举委员会关于确保落实该计划的建议。²⁸

（2）俄罗斯举报者保护立法仍未获通过

2019年6月，旨在保护腐败案件举报人的立法倡议最终宣告失败。俄罗斯的举报人保护立法草案于2017年12月通过初审，其中规定了举报人的一系列权利，以及雇主和执法部门的相关责任。虽然2018年8月开始，俄罗斯当局被赋予了向举报者提供可能超过300万卢布（约合5万美元）的奖励，但缺乏保护措施奖励本身显然并不足以激励检举行为。²⁹

（3）俄罗斯非政府组织启动反腐败计划

俄罗斯组织“反腐败委员会”制定了一项名为“世界无腐败”的新计划，重点关注公民社会和私营部门之间的合作，以在2020年前加强《联合国反腐败公约》的实施。该方案得到了国际专家和活动人士的合作和支持，正在俄罗斯的联合国全球契约网络范围内实施。³⁰

（七）乌克兰反腐败动态

2020年6月15日消息，乌克兰称截获用于贿赂一名乌克兰反腐败调查局官员的600万美元，该贿金是为了让其撤销对天然气公司Burisma创始人、前生态和自然资源部长兹洛希夫斯基(Mykola Zlochevsky)关

23. Swiss prosecutors search Vitol and Trafigura offices, Financial Times, November 22, 2019, available at: <https://www.ft.com/content/4cca1780-0c86-11ea-bb52-34c8d9dc6d84>.

24. 欧盟证实捷克总理骗取欧盟补贴 媒体：可能因此失掉总理职位，环球时报，2019年12月03日，<http://news.cctv.com/2019/12/03/ARTIdmn4cGeYxgBd8tF2tgR191203.shtml>.

25. Czech Republic urged to step up anti-corruption efforts, GRECO, March 5, 2020, available at: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/czech-republic-urged-to-step-up-anti-corruption-efforts>.

26. Russia makes progress on corruption but more is needed, GRECO concludes, COUNCIL of Europe, August 18, 2020, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/russia-makes-progress-on-corruption-but-more-is-needed-greco-concludes>.

27. 编制“黑名单”，俄罗斯反腐持续发力，人民网，2018年01月04日，<http://world.people.com.cn/n1/2018/0104/c1002-29743981.html>.

28. 普京批准2018-2020年国家反腐败计划，俄罗斯卫星通讯社，2018年06月30日，<http://sputniknews.cn/russia/201806301025777511/>.

29. 2019年俄罗斯反腐合规领域的八大进展，万合企业合规研究院，2019年12月27日，<https://mp.weixin.qq.com/s/wsb0dNE38ZKTWZd8AYt50A>.

30. Russian NGO Launches Anti-Corruption Program, European Research Centre for Anti-Corruption and State-Building (ERCAS), available at: <https://www.againstcorruption.eu/articles/russian-ngo-launches-anti-corruption-program/>.

于职务侵占的调查。乌克兰特别反腐败检察官排除了美国民主党总统候选人乔·拜登（Joe Biden）或其儿子亨特（Hunter）参与该行贿。反腐败局局长认为兹洛希夫斯基本人、Burisma 的另一名雇员和两名前税务官员可能实施了该贿赂。³¹

（八）韩国反腐败动态

韩国通过法案设立反腐败机构。2019 年 12 月 30 日报道显示，尽管遭到主要在野党和保守派团体的强烈反对，韩国议会仍然通过了一项有争议的法案，即成立一个专门调查高官腐败的机构。

成立反腐机构是文在寅总统最大的竞选承诺，目的是在公众普遍不信任国家检察官的情况下，改革国家的司法体系。文在寅总统和自由派政治家长期以来一直呼吁建立该机构，以调查高级公务员的腐败，包括总统、立法者、高级法院法官和国家检察官。³²

（九）泰国反腐败动态

1. 泰国反腐败机构将使用反贪机制节省 1420 亿泰铢，并计划扩大至其他大型政府项目

2019 年 9 月 10 日，泰国商会和泰国反腐败组织（Anti-Corruption Organization of Thailand）的副主席 Vichai Assarasakorn 表示，《诚信契约》（Integrity Pact, IP）和《建筑部门透明度倡议》（Construction Sector Transparency Initiative, CoST）这两项反腐败机制，将为政府节省 1427.6 亿泰铢的费用。

这两个机制是通过主计长部门（Comptroller General's Department）和私营部门之间的合作发起的，并自 2015 年以来使用至今。Vichai Assarasakorn 补充表示，这两项机制使用约 230 名志愿观察员来监督项目以防止腐败，两项机制的成功促使泰国反腐败组织计划将其扩大使用到其他大型政府项目。³³

2. 泰国国家反腐败委员会秘书长发布 2020 年反腐工作目标

2019 年 11 月 19 日，泰国国家反腐败委员会（National Anti-Corruption Commission, NACC）承诺在 2020 年年底至少结束 15 起腐败案件。

NACC 秘书长 Warawit Sukboon 表示，其中有几起案件极具争议性，如 2013 年的洪水管理事件、政府与政府之间的大米抵押交易、寺庙基金贪污案、劳斯莱斯贿赂丑闻以及 Uea Arthorn 住房项目。还包括 PTT 投资印尼棕榈油种植园、采购假炸弹探测器、建

造五人制体育场，以及在普吉岛和纳空府（Nakhon Ratchasima）的森林保护区非法发放土地产权证的案件。他还表示其中几个案件取得了重大进展，有些案件已经完成了 80-90%。³⁴

（十）越南反腐败动态

2020 年 2 月 17 日，越南政府监察总署署长在河内同正对越南进行工作访问的俄罗斯反腐局局长安德烈·谢尔盖维奇（Andrey Sergeevich）进行会谈。此次，越南政府监察总署与俄罗斯反腐局签署了双方反腐败合作备忘录升级版，进一步加强反腐败领域的合作。根据合作备忘录，双方将继续开展专业集训和业务培训，旨在提高干部职员的专业能力，举行经验交流学术研讨会等。双方交换有关反腐败主题的资料以及宣传教育信息，旨在提高两国公民的反腐意识，加强有关反腐败斗争的协调联动等。³⁵

（十一）印度尼西亚

1. 根除腐败委员会（KPK）指控印尼鹰航前总裁 Emirsyah Satar 贿赂³⁶

据 2020 年 4 月媒体报道，KPK 指控埃印尼鹰航（Garuda Indonesia）前总裁董事米尔萨·萨塔尔（Emirsyah Satar）在 2005 年至 2014 年任职期间多次收受贿赂，总额达 493 亿印尼盾（310 万美元）。

KPK 指控 Emirsyah 在五次单独的贿赂中接受了 88 亿印尼盾，882,200 美元，100 万欧元和 118 万新加坡元的贿赂，并从英国工程公司劳斯莱斯那里获得了与飞机零件采购和欧洲航空有关的非法资金。

KPK 还指控 Emirsyah 犯洗钱罪，其中一些钱被兑换成几种不同的外币，转移到多个海外银行账户，违反了《洗钱法》第 3 条的规定。其他款项是通过偿还债务和各种房地产计划进行洗钱的。这些计划包括在雅加达南部的房屋翻新项目，在澳大利亚墨尔本的公寓单元的抵押贷款，在雅加达南部的房产的房屋信用担保以及在新加坡的公寓单元的所有权转让。

2. 印尼某前议员被指控贿赂和贪污³⁷

据媒体 2019 年 11 月报道，KPK 的检察官要求对前高尔卡党议员鲍沃·西迪克·潘加索（Bowo Sidik Pangarso）判处七年徒刑，理由是其涉嫌贿赂和贪污。鲍沃已接受私人运输公司 PT Humpuss Transportasi Kimia（HTK）的经理 Asty Winasti 分阶段的行贿，金额分别为 163.733 美元（23 亿印尼盾）和 3.11 亿印尼盾，以促使鲍沃帮助私人公司与 PILOG 达成运输或租船协议。

31. Ukraine says it intercepted \$6 million bribe to stop probe of Burisma founder, June 14, 2020, available at: https://www.washingtonpost.com/world/europe/ukraine-corruption-burisma-biden-trump-giuliani/2020/06/14/9ca28342-adb1-11ea-a43b-be9f6494a87d_story.html.

32. South Korea passes bill to set up anti-corruption agency, Financial Times, December 30, 2019, available at: <https://www.ft.com/content/11b3f736-2aec-11ea-bc77-65e4aa615551>.

33. Anti-graft chief sets 2020 target, November 19, 2019, Bangkok Post, available at: <https://www.bangkokpost.com/thailand/politics/1797009/anti-graft-chief-sets-2020-target>.

34. Anti-graft chief sets 2020 target, November 19, 2019, Bangkok Post, available at: <https://www.bangkokpost.com/thailand/politics/1797009/anti-graft-chief-sets-2020-target>.

35. 越南与俄罗斯推动反腐败合作再上新台阶，越通社，2020 年 2 月 18 日，<https://cn.qdnd.vn/cid-6123/7183/nid-568040.html>.

36. KPK demands 12 years for ex-Garuda boss Emirsyah Satar in bribery trial, April 24, 2020, available at: <https://www.thejakartapost.com/news/2020/04/24/kpk-demands-12-years-for-ex-garuda-boss-emirsyah-satar-in-bribery-trial.html>.

37. Seven years' imprisonment sought for former Golkar lawmaker in bribery, graft cases, November 6, 2019, available at: <https://www.thejakartapost.com/news/2019/11/06/seven-years-imprisonment-sought-for-former-golkar-lawmaker-in-bribery-graft-cases.html>.

这位前国会议员还接受了私人海上运输供应商 PT Ardila Insan Sejahtera (AIS) 总裁 Lamidi Jimat 的 3 亿印尼盾，以帮助后者从航运公司和物流服务提供商 PT Djakarta Lloyd 收取债务，并确保为 Djakarta Lloyd 的船只提供燃料的交易。

（十二）哥伦比亚反腐败动态

2020 年 4 月 28 日，经合组织（OECD）宣布哥伦比亚正式成为其第 37 个成员国。哥伦比亚是继墨西哥和智利之后的第三个拉美经合组织成员国。哥伦比亚于 2012 年 1 月加入经合组织《反贿赂公约》，并成为贿赂问题工作组的成员。加入经合组织需要经过经合组织各政策领域委员会的技术审查，以评估一个国家执行的意愿和能力，并提出建议以使候选国进一步符合经合组织的标准和最佳做法。哥伦比亚于 2013 年开始了这一进程，其中包括对哥伦比亚的立法、政治和做法进行深入审查，随后与经合组织的标准保持一致。在国外贿赂领域，哥伦比亚于 2019 年 12 月完成了第三阶段评估。³⁸

（十三）秘鲁反腐败动态

2019 年 4 月 17 日，秘鲁前总统阿兰·加西亚（Alan García）在警察将其逮捕前，以“给律师打电话”为由返回卧室，并开枪自杀。媒体报道称，巴西建筑巨头奥德布雷希特为获得利马地铁项目合同，曾向加西亚行贿 800 万美元。³⁹

（十四）阿尔及利亚（北非国家）反腐败动态

阿尔及利亚总统承诺严厉打击腐败。阿尔及利亚从 2019 年春季开始大规模反腐败活动，数十名高官被拘或被关进监狱，包括前政府首脑、前部长、商人和寡头。2019 年 12 月 10 日，法庭以挪用公款、滥用职权和腐败等罪名判处两名前政府首脑艾哈迈德·乌叶海亚和阿卜杜勒·马利克·塞拉勒 15 年到 12 年徒刑。

阿尔及利亚总统塔布纳强调：“将严厉打击各种形式的腐败。总统的慈悲不适合那些参与腐败的人……所有掠夺国家资金的人都将移交给司法部门”。阿尔及利亚总检察院在此前公布的特别声明中称，“前高官不负责任的行为导致公民对国家机构失去信任。由于这些领导人的行为，尽管阿尔及利亚拥有很多财富，⁴⁰但无法实现经济发展。

（十五）奥地利反腐败动态

奥地利副总理涉嫌利益交换丑闻。2019 年 5 月 17 日，德国《明镜》周刊和《南德意志报》曝光一段视频，显示奥地利前副总理施特拉赫在奥地利国民议会 2017

年 10 月选举前，与同属这一右翼民粹主义政党的议员约翰·古德努斯一同会晤一名自称俄罗斯寡头侄女，许以公共工程合同，换取后者提供媒体造势等竞选支持。视频曝光后，施特拉赫承认会面，但否认违法。施特拉赫 5 月 18 日与总理库尔茨会谈，随后宣布辞去副总理和奥地利自由党主席职务。⁴¹

（十六）以色列反腐败动态

1. 色列检方以受贿、欺诈等罪名起诉其总理，议会近期否决了要求总理辞职的法案

2019 年 11 月 21 日，以色列检方以受贿、欺诈等罪名正式起诉总理本雅明·内塔尼亚胡。以色列最高法院要求以色列总理内塔尼亚胡于当地时间 2020 年 5 月 24 日出庭，就受贿、欺诈等罪名对内塔尼亚胡进行初审开庭。⁴² 内塔尼亚胡由此成为以色列首位接受司法审理的在任总理。

以色列议会于 2020 年 6 月 17 日否决了要求总理本杰明·内塔尼亚胡（Benjamin Netanyahu）辞职的法案。⁴³

2. 警方抓获 26 名腐败嫌疑人，其中包括 3 名市长。

2020 年 6 月 15 日，以色列警方称其在全国各地的地方议会逮捕了 26 名腐败嫌疑人。其中三名嫌疑人是市长，其他人包括两名副市长和一家连锁学院和学校的老板，目前都因涉嫌干预官方招标以换取贿赂而受到审讯。⁴⁴

38.Colombia - OECD Anti-Bribery Convention, OECD, available at: <https://www.oecd.org/corruption/colombia-oecdanti-briberyconvention.htm>

39.Alan García: Peru's former president kills himself ahead of arrest, April 17, 2019, available at: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-47965867>

Peru's ex-president dies after shooting himself during arrest bid, April 17, 2019, available at: <https://www.france24.com/en/20190417-peru-ex-president-garcia-shooting-arrest-bid-health-corruption>

40. 阿尔及利亚新当选总统承诺严厉打击腐败，俄罗斯卫星通讯社，2019 年 12 月 14 日，<https://6do.news/article/1905471-61>。

41. 奥地利副总理利益交换丑闻触发政坛连锁反应，中国纪检监察报，2019 年 5 月 27 日，http://www.ccdi.gov.cn/lsw/hwgc/201905/120190527_194656.html

奥地利总理遭罢免 誓要重振旗鼓从头再来，新华网，2019 年 5 月 29 日，http://www.xinhuanet.com/world/2019-05/29/c_1210145833.htm。

42. 宣誓就职一周后 法院拒绝内塔尼亚胡要求并坚持令其出庭，2020 年 5 月 21 日，<https://chinese.aljazeera.net/news/2020/5/21/%E5%AE%A3%E8%AA%93%E5%B0%B1%E8%81%8C%E4%B8%80%E5%91%A8%E5%90%8E>。

43.Blue and White helps sink bill barring PM under indictment, which it initiated, June 17, 2020, available at: <https://www.timesofisrael.com/blue-and-white-helps-sink-bill-barring-pm-under-indictment-which-it-initiated/>。

44.Police apprehend 26 corruption suspects, including 3 mayors, June 15, 2020, available at: <https://www.timesofisrael.com/police-apprehend-26-corruption-suspects-including-3-mayors/>。

反垄断



一、中国正式出台宽大制度指南

2020年8月，国家市场监督管理总局反垄断局（“市场监管总局”）公布了适用于卡特尔行为的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（“《宽大指南》”）。《宽大指南》是国务院反垄断委员会新公布的四项指南之一。¹

《宽大指南》就反垄断执法机构在给予宽大时采用的程序和标准方面确立了更大的明确性和透明度，包括（1）《宽大指南》的适用范围、（2）申请宽大的时间、（3）与执法机构的事先沟通、（4）申请宽大应提交的材料、（5）口头形式的申请、（6）标记制度、（7）获得宽大需要满足的其他条件、（8）多个申请者的顺位排序和宽大名额、（9）给予宽大的范围、以及（10）信息的保密处理。

背景

《反垄断法》第四十六条首次引入了宽大制度，该条规定：“经营者主动向反垄断执法机构²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。”但没有明确说明企业具体如何申请宽大。例如，《反垄断法》没有规定宽大申请人如何设置“顺位标记”，以及宽大申请人就与执法机构的持续合作负有哪些义务。

此前，中国国家发展和改革委员会（中国原三大反垄断执法机构之一，负责监督与价格相关的垄断行为，后与商务部反垄断局及国家工商行政管理总局反垄断与反不正当竞争执法局合并为市场监管总局）曾于2016年2月3日发布了《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（征求意见稿）（“《指南草案》”），公开征求意见。

（一）《宽大指南》的适用范围

《宽大指南》第三条明确规定，免除或减轻处罚的宽大政策仅适用于《反垄断法》第十三条第一款所规定的卡特尔行为。

《宽大指南》第十条还规定，企业组织、胁迫其他企业参与达成卡特尔的，执法机构不对其免除处罚，但可以相应给予减轻处罚。《宽大指南》对于“组织”没有明确的定义。因此，免除处罚的除外范围可能不仅限于单个组织者（例如美国的相关规定下免除处罚的除外范围仅限于单个组织者），而是可能扩大适用于多个组织者，其中包括发起卡特尔的企业。

（二）申请宽大的时间

与《指南草案》相比，《宽大指南》的一个重要的改进在于对申请宽大的时间进行了更明确的规定。根据《宽大指南》第四条，企业可以在（1）立案前、（2）启动调查程序前或（3）启动调查程序后、作出行政处罚事先告知前的任何时间向执法机构申请宽大。

申请宽大的时间规定对于建立有效的宽大制度至关重要。

《宽大指南》在这一方面进行了完善，表明《宽大指南》旨在设计一个有效的宽大制度，以鼓励企业就快速、高效地与执法机构合作而进行“竞争”。《宽大指南》将在调查程序启动后申请的宽大纳入适用范围，这与现行的国际惯例是一致的，使反垄断执法机构在尚未发现卡特尔的存在以及虽然已发现卡特尔的存在但不掌握充足的证据就案件提起诉讼的情况下，都可以对企业给予宽大处理。

（三）与执法机构的事先沟通

《宽大指南》第五条规定了与执法机构的事先沟通制度。企业申请宽大前，可以匿名或者实名与执法机构进行书面或者口头的沟通。

该规定有助于促进企业与执法机构之间建立开放的对话机制。企业可以利用事先的沟通制度对于如果申请宽大能否获得免除处罚，或在无法完全免除处罚的情况下对其在宽大申请中的顺位排名情况予以了解。

（四）申请宽大的要求

《宽大指南》的第六条和第八条规定了申请宽大应提交的材料。《宽大指南》将企业申请免除处罚和申请减轻处罚所应提交的材料进行了区分，而《指南草案》并未对这两种情形进行区分。

1. 申请免除处罚应提交的材料

《宽大指南》第六条规定，“第一个向执法机构提交垄断协议有关情况的报告及重要证据的经营者，可以申请免除处罚。”第六条明确规定，报告必须明确承认企业从事了涉嫌违反《反垄断法》的卡特尔行为。同时第六条还规定了报告需要包括的特定信息：

- （1）卡特尔协议的参与者基本信息；
- （2）卡特尔协议的情况（包括但不限于联络的时间、地点、内容及具体参与人员）；
- （3）卡特尔协议主要内容（包括但不限于涉及的商品或者服务、价格、数量等）及企业达成和实施卡特尔协议情况；
- （4）影响的地域范围和市场规模；
- （5）实施卡特尔协议的持续时间；
- （6）证据材料的说明；及
- （7）是否向其他境外执法机构申请宽大。

“重要证据”包括（1）执法机构尚未掌握案件线索或者证据的，足以使执法机构立案或启动调查程序；及（2）执法机构立案后或者启动调查程序后，经营者提供的证据是执法机构尚未掌握的，并且能够认定构成《反垄断法》第十三条规定的违法行为的。

2. 申请减轻处罚应提交的材料

《宽大指南》第八条规定，第一个之后根据《宽大指南》申请减轻处罚的企业，必须提交卡特尔行为有关情况的报告及重要证据。

1. 其他三项指南分别是《关于汽车业的反垄断指南》、《垄断案件经营者承诺指南》及《关于知识产权领域的反垄断指南》。
2. 指的是市场监管总局的相关执法职能部门。

申请减轻处罚的报告所要求提交的信息和“重要证据”标准低于申请免除处罚的标准。

- 报告需要包括卡特尔行为的参与者、涉及的产品或者服务、达成和实施的时间、地域等。
- 重要证据是指，执法机构尚未掌握的、并对最终认定卡特尔行为具有显著证明效力的证据。

（五）可以通过口头形式申请宽大

《宽大指南》第九条规定，可以通过口头形式申请宽大。以口头形式报告的，将在执法机构办公场所进行录音、书面记录，并需要由进行口头形式报告的企业签名确认。

（六）标记制度

《宽大指南》第七条列出了对第一个宽大申请者进行登记的相关规定（标记制度），主要包括：

- 企业向执法机构提交符合第六条要求的材料的，执法机构向企业出具书面回执，明确收到的时间及材料清单。
- 提交的材料不符合第六条要求的，执法机构将不出具书面回执。
- 提交的材料符合第六条“重要证据”的要求，但未提供证据或者证据不全的，执法机构可以进行登记，并出具书面回执，明确收到的时间及材料清单。申请者将有最长 60 天的期限补充所需证据。如果申请者在执法机构要求的期限内补充提交相关证据，执法机构将以其收到初次报告的时间为申请宽大时间。若申请者未在 60 天内按要求补充提交相关证据，执法机构将取消其登记资格。

标记制度不适用于第一个之后申请宽大的企业，但若第一个申请宽大的企业被取消登记，第一个之后申请宽大的企业将自动成为第一个免除处罚的申请者。

标记制度是有效的宽大制度的一项必不可少的组成部分，为企业对于执法机构已适当记录其自行报告确立了确定性。此外，企业在提交初次报告后有机会补充证据可以鼓励企业尽早向执法机构报告，以保留其宽大申请顺位，同时可使申请人有时间完成内部调查并最终形成完整的宽大申请。这种方法也可有效地使申请人了解到执法机构接受最终的申请需要哪些其他信息，使企业尽早获知其宽大申请的顺位，还可以使得申请人在被取消标记资格前，获得明确的通知，并有机会对其提交的申请进行解释、补充和补正。

（七）获得宽大需要满足的其他条件

第十条规定，企业按照《宽大指南》提交报告并满足下列全部条件，才可以获得宽大：

- 立即停止涉嫌违法行为（但执法机构为保证调查工作顺利进行而要求企业继续实施上述行为的情况除外）；
- 企业已经向境外执法机构申请宽大，应当向执法机构报告；
- 迅速、持续、全面、真诚地配合执法机构的调查工作；

- 妥善保存并向执法机构提供证据和信息；
- 不得隐匿、销毁、转移证据或者提供虚假材料、信息；
- 未经执法机构同意不得对外披露向执法机构申请宽大的情况；及
- 不得有其他影响反垄断执法调查的行为。

（八）多个申请者的顺位排序和宽大名额

根据第十一条，执法机构按照企业申请宽大的时间先后为企业排序，确定企业申请宽大的顺位。

此外，若企业未履行上述义务，执法机构将调整或取消其顺位。申请减轻处罚的企业，顺位被取消后，其后顺位的企业可以依次向前递补。但是，申请免除处罚的企业顺位如果被取消，其后顺位的企业不得向前递补。

第十二条规定，同一卡特尔协议案件中能够获得宽大的申请者数量最多为三名。但如果案件重大复杂，涉及企业众多，并且申请宽大的企业确实提供了不同的重要证据，执法机构可以考虑给予更多的申请者宽大。

《指南草案》曾规定，执法机构在发出行政处罚事先告知书之前，会按照企业申请宽大的时间先后为企业排序，确定企业申请宽大的顺位。而在《宽大指南》中，这一条款已被删除。这意味着执法机构可能会在宽大申请早期即向企业提供有关排序的相关信息，从而使申请宽大的企业能够了解其申请宽大的顺位。

（九）给予宽大的范围

1. 减免罚款

第十三条规定了可以给予申请人的宽大处理范围。对于在执法机构立案前或启动调查程序之前申请宽大并被确定为第一顺位的申请者，执法机构将对其免除全部罚款。在任何情况下，第一顺位的申请者都将获得不低于 80% 幅度的罚款减免。第二顺位的申请者可以获得 30% 至 50% 幅度的罚款减免，第三顺位的申请者可以获得 20% 至 30% 幅度的罚款减免。

在未启动调查程序的情况下，对第一顺位的申请者无条件免除全部处罚的做法与国际准则是一致的。此外，通过明确第二顺位和第三顺位的申请者的处罚减幅，可以为非第一顺位的申请者带来更大的透明度和确定性。这也与欧盟、加拿大和日本等多个司法管辖区采用的方法一致。

2. 对没收经营者的违法所得的宽大处理

《宽大指南》第十四条明确规定，对根据《反垄断法》第四十六条没收经营者的违法所得也可适用宽大处理。执法机构可以考虑对《反垄断法》规定的没收经营者的违法所得给予按照《宽大指南》第十三条规定的罚款的免除和减免方式进行相应的免除或减免处理。

此外，《宽大指南》第十二条明确规定，执法机构不予宽大的，企业提供的材料不会被作为认定企业从事《反垄断法》项下的横向垄断协议违法行为的证据。该条款对未被给予宽大的企业提供了极大的确定性和

可预测性，即其并不会因为没有获得宽大而较未自愿提供证据协助执法机构进行调查的企业而言，最后处于更加不利的地位。

（十）信息的保密处理

《宽大指南》的第十六条规定，执法机构将对申请宽大的经营者提供的信息进行保密处理。未经经营者同意不得对外公开，任何单位、个人均无权查阅该等信息。

但是，《宽大指南》删除了《指南草案》中关于“上述材料也不作为相关民事诉讼的证据使用，法律另有规定的除外”的规定。这意味着，在中国或其他司法辖区的私人反垄断诉讼中，宽大申请人提供的承认其违法行为的文件，仍有可能被强制要求出示或披露，在这种情况下，与未自行报告或未配合执法机构的企业相比，宽大申请人可能会在诉讼中不公平地面临极大风险。申请人根据宽大制度提交的材料是否最终将用作相关私人诉讼的证据还有待观察。

结论

《宽大指南》的重要性不言而喻。其他司法辖区在实施宽大制度后，卡特尔执法行动均显著增加。同样地，对于中国而言，《宽大指南》下的宽大制度有望对卡特尔参与者自行报告其卡特尔行为提供充分的激励，特别是对于已经在其他司法辖区申请宽大的全球卡特尔行为的参与者而言，其在中国司法辖区的卡特尔调查被公布后，很可能也会同样引起中国反垄断执法机构的关注。违反《反垄断法》（包括达成垄断协议）将受到处罚，包括被处以违法者总营业额的1%至10%的罚款，以及没收违法所得。因此，参与全球卡特尔并在其他司法辖区申请宽大的企业必须考虑在中国申请宽大，对于仅在中国境内参与卡特尔的公司也需要考虑是否申请宽大。

二、垄断案件经营者承诺指南出台

2020年8月，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）发布了《垄断案件经营者承诺指南》（“《承诺指南》”）。该指南由国务院反垄断委员会于2019年1月4日制定。

根据《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”），对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查经营者承诺采取措施消除其行为后果的，反垄断执法机构可决定中止及最终终止调查。市场监管总局此前出台的《禁止垄断协议暂行规定》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中，也对承诺制度的具体操作作出了规定。此次出台的《承诺指南》就执法机构在反垄断调查实践中如何适用前述规定提供了详尽的指引。尽管严格意义上指南并无法律约束力，但它仍能为企业应对反垄断调查实践提供重要参考。

以下为《承诺指南》的要点介绍。

（一）承诺制度适用于什么样的调查？

根据《禁止垄断协议暂行规定》，对于固定价格、限制产品生产或销售数量、分割销售市场或原材料采购市场的案件，执法机构不应接受承诺以中止或者终止调查。《承诺指南》与该规定内容一致，并明确上述以外的其他垄断案件，执法机构可以接受承诺。

（二）承诺应当在什么时候提出？

根据《禁止垄断协议暂行规定》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》，一旦执法机构核实调查并认定被调查行为构成垄断行为的，应依法作出决定，不再接受经营者承诺。《承诺指南》在重申这一原则的基础上进一步明确了承诺提出的时限，即执法机构作出行政处罚事先告知（“处罚事先告知”）后即不再接受经营者提出的承诺。执法机构仍然鼓励经营者在其采取调查措施（如询问被调查经营者、突击检查等）后、作出处罚事先告知前提出承诺。

（三）承诺可以撤回吗？

执法机构决定中止调查前，被调查的经营者可以随时撤回承诺，但撤回将导致执法机构恢复调查，并不再接受该经营者再次提出承诺。

（四）经营者可以提出什么样的承诺？

经营者与执法机构的沟通非常重要。《承诺指南》明确经营者可在提出承诺前与执法机构进行沟通，了解被调查行为的基本事实以及可能造成的影响。这一规定有助于经营者明确其应如何制定适当的承诺方案以消除执法机构关注的竞争问题。

经营者的承诺可以是结构性措施（例如剥离资产）、行为性措施（例如变更定价策略、取消或变更各种销售限制）或混合性措施（结构性措施和行为性措施相结合）。这些承诺的措施必须要明确、可行并且可以自主实施。如果承诺的措施须经第三方同意后方可实施，则还需提供该等第三方同意的书面意见。

承诺提出后，经营者可以与执法机构就承诺的内容进行沟通，包括对案件事实的具体表述、承诺能否消除涉嫌垄断行为的后果以及承诺是否限于解决执法机构关注的竞争问题等。被调查的经营者和执法机构一致同意，可以邀请第三方参与讨论。

执法机构将根据案件实际情况确定承诺履行的具体期限。

（五）承诺应满足哪些形式、内容要求？

承诺应以书面形式提出，且通常应载明下列内容：

- 被调查的涉嫌垄断行为及其潜在影响；
- 承诺的具体措施，以及承诺将如何消除行为带来的后果；
- 承诺履行的时间安排及方式；
- 需要承诺的其他内容。

（六）是否需要公开征求意见？

如果执法机构认为涉嫌垄断行为已经影响到其他不特定的多数经营者、消费者或者社会公共利益，可以就经营者提出的承诺公开征求意见。征求意见时间一般不少于 30 天。

如果执法机构认为需要根据收到的公众反馈修改承诺，则不愿修改承诺的经营者必须提供合理解释或提出替代方案。否则，执法机构可能会终止承诺程序，恢复对经营者的调查。

（七）承诺被接受后会发生什么？

执法机构一旦接受承诺，会作出中止调查的书面决定，给予经营者在一定期限内履行承诺的机会。在此期间，经营者需向执法机构报告承诺的履行情况。

在承诺履行过程中，如果自身经营状况或市场竞争状况发生重大变化，经营者可以向执法机构申请变更承诺。执法机构保留是否同意变更承诺的自由裁量权。

承诺履行完毕后，执法机构可以决定终止调查。经营者提前履行完毕，或由于市场竞争状况发生重大变化导致没有必要继续履行承诺的，经营者可以申请提前终止调查。

执法机构会公布中止或终止调查的决定。

（八）通过承诺结束调查是否相当于承认行为违法？

执法机构中止或终止调查某一行为的决定，不代表其对该行为是否违反《反垄断法》的最终认定，该决定也不能作为该行为合法性的相关证据。执法机构仍然可以对其他类似行为进行调查。

尽管有上述澄清，但由于执法机构中止或终止调查决定书中含有被调查涉嫌垄断行为相关事实的内容，且会对社会公布，上述公开事实可能引起私人赔偿诉讼，经营者应认识到这方面的风险。

（九）什么情况下会导致执法机构在中止调查后重新恢复调查？

有下列情形之一的，执法机构应当恢复调查：

- （一）经营者未履行承诺的；
- （二）作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的；
- （三）中止调查的决定是基于经营者提交的不完整或不准确的信息作出的。

行业主管部门、消费者或其他经营者认为符合上述情形的，也可以建议执法机构恢复调查。

除因中止调查决定所依据的事实发生重大变化而恢复调查的情况外，执法机构在恢复调查后不会再接受相关经营者提出的承诺。

三、国家市场监督管理总局正式公布《关于知识产权领域的反垄断指南》

（一）简介

2020年8月，国家市场监督管理总局反垄断局（“市场监管总局”）公布了包括《关于知识产权领域的反垄断指南》（“IP 反垄断指南”）在内的四项指南。³

知识产权反垄断一直是各司法辖区的反垄断执法机构的执法重点之一，IP 反垄断指南是反垄断制度的重要组成部分。近年来，欧盟和美国的反垄断执法机构先后更新了各自的知识产权反垄断指南，⁴我国国务院反垄断委员会也在2017年发布了《关于滥用知识产权的反垄断指南》（征求意见稿）。本次IP 反垄断指南在很大程度上与征求意见稿内容一致，但对具体内容进行了多项改进。本文将对IP 反垄断指南进行系统性解读，从而为经营者从事知识产权相关业务过程中的合规经营提供建议。

（二）评估知识产权垄断行为的框架

IP 反垄断指南规定了评估知识产权垄断行为的四步分析框架。该框架适用于所有类型的知识产权垄断行为。第一步是分析行为的特征和性质，并分析这种行为可能构成的潜在垄断行为；第二步是确定相关市场；第三步是评估相关行为对市场竞争产生的不利影响；最后第四步是评估行为产生的任何有利于竞争的影响，例如鼓励创新和提高效率。

关于相关市场的界定，IP 反垄断指南指出，与其他行业的相关市场界定类似，分析知识产权垄断行为同样可以相关商品市场作为起点。除非仅界定相关商品市场难以全面评估相关知识产权行为的竞争影响，否则无需界定相关技术市场。此外，根据个案情况，还可以考虑行为对创新和研发的影响。这一市场界定方法与《美国知识产权反垄断指南》中采用的方法大致一致。相比之下，《欧盟技术转让指南》则指出在评估知识产权垄断行为时既可以考虑相关商品市场也可以考虑相关技术市场。

就促进竞争效果和效率提升的分析而言，IP 反垄断指南要求效率提升必须与相关行为有因果关系；与其他实现类似的提高效率的方法相比，对竞争的影响更小；不会对竞争产生严重不利影响；不会严重阻碍其他经营者的创新；并可以使消费者分享效率提升产生的利益。该等要求与《反垄断法》第十五条中列出的基于增进效率而豁免被认定为垄断协议的要求基本一致。

（三）涉及知识产权的垄断协议

1. 知识产权领域的垄断协议及竞争影响评估

IP 反垄断指南介绍了知识产权领域特有的六类垄断协议类型，并对该等类型的协议的分析提供了详细的指引。这些垄断协议大多涉及在知识产权许可中做出的限制，主要包括：联合研发、交叉许可、排他性回授、

不质疑条款、标准制定，以及知识产权许可协议中的其他限制。概括而言，IP 反垄断指南认可各种类型的协议可能会产生不同的促进竞争效果，因此需要考虑各种因素进行个案评估。

值得说明的是，IP 反垄断指南认可上述知识产权垄断协议既可能在竞争者之间订立，也可能在非竞争者之间订立，因此不能简单地被归类为横向或纵向协议。协议交易方之间是否具有竞争关系只是进行整体竞争分析时需要考虑的因素之一。

我们在下表总结了IP 反垄断指南规定的六种垄断协议、各自的促进竞争效果以及评估该等协议潜在反竞争效果时需要考虑的因素：

3. 其他三项指南分别是《关于汽车业的反垄断指南》、《垄断案件经营者承诺指南》及《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》。

4. 欧盟委员会于2014年发布了涉及技术转让协议的对《欧盟运作条约》第101条的适用指南（“《欧盟技术转让指南》”）。美国司法部和联邦贸易委员会于2017年共同发布了更新的《知识产权许可反垄断指南》（“《美国知识产权反垄断指南》”）。

行为	评估因素
联合研发	- 促进竞争效果：节约研发成本，提高研发效率。 - 需要考虑的因素：是否不合理地限制（1）经营者的独立研发活动（及基于联合研发的后续研发），或（2）该研发成果的归属及实施。
交叉许可	- 促进竞争效果：降低知识产权许可成本，促进知识产权实施。 - 需要考虑的因素：是否封锁第三方（排他性许可或构成第三方进入市场的壁垒；对下游市场的竞争的影响；及是否提高了相关商品的成本）。
排他性回授	- 促进竞争效果：回授通常可促进对知识产权的投资、运用和提升。 - 需要考虑的因素：（1）是否就回授提供实质性的对价；（2）交叉许可时是否是互惠回授；（3）回授是否使单一经营者获得或增强其市场控制力；（4）回授是否将影响被许可人的积极性。
不质疑条款	- 值得说明的是，IP 反垄断指南并未提到不质疑条款的任何促进竞争的效果。但并不能因此而认为中国反垄断机构认为不质疑条款不能具有任何促进竞争的效果。通常认为，不质疑条款可以保障许可人不会被迫与根本不认可该知识产权的存在的被许可人进行交易，从而可以保护创新的积极性。 - 需要考虑的因素：（1）不质疑条款是否适用于所有被许可人；（2）不质疑条款涉及的知识产权许可是否有偿；（3）是否构成下游市场的进入壁垒；（4）是否阻碍其他知识产权持有人的知识产权的实施；（5）相关的知识产权许可是否具有排他性；（6）被许可人质疑有效性是否可能因此遭受重大损失。
标准制定	- 促进竞争效果：标准制定有助于实现不同产品之间的通用性，降低成本，提高效率，保证产品质量。 - 需要考虑的因素：（1）是否没有正当理由，排除其他特定经营者及/或其产品；（2）是否约定不实施其他竞争性标准；（3）标准的实施是否包含必要、合理的约束机制。
其他限制 ¹	- 促进竞争效果：许可时的限制通常具有商业合理性，能够提高效率，促进知识产权实施。 - 需要考虑的因素：（1）限制的内容、程度及实施方式；（2）相关商品的特点；（3）限制与知识产权许可条件的关系；（4）是否包含多项限制；（5）是否有具有替代关系的技术，其他经营者是否实施类似的限制。

5. 包括（1）限制知识产权许可的使用领域；（2）限制利用知识产权提供的商品的销售或传播渠道、范围或者对象；（3）限制利用知识产权提供的商品数量；（4）限制经营者与其他竞争者进行交易。

2. 安全港原则

与欧盟和美国的反垄断实践一致，IP 反垄断指南也规定了可适用于非实质性反竞争协议（non-hardcore agreement）的安全港。非实质性反竞争协议是指当前适用于反垄断法第十三条第 6 项和第十四条第 3 项兜底条款的“其他”垄断协议。具体而言，达到安全港标准的协议不会被视为《反垄断法》项下第十三条和第十四条的兜底条款所禁止的“其他”协议，但有相反证据证明协议将具有反竞争效果的除外。

安全港具体标准包括：（1）具有竞争关系的交易方的市场份额合计不超过 20%；（2）不具有竞争关系的交易方在相关市场的市场份额均不超过 30%；或者（3）如果经营者在相关市场的份额难以获得，或者市场份

额不能准确反映经营者的市场地位，但在相关市场上除协议各方控制的技术外，存在四个或者四个以上能够以合理成本得到的由其他经营者独立控制的具有替代关系的技术。上述安全港标准与《美国知识产权反垄断指南》所采用的“安全区”（“Safety Zone”）标准是相同的。

（四）涉及知识产权的滥用市场支配地位行为

《反垄断法》下的基本原则是，拥有知识产权并不必然导致获得市场支配地位，但这并不意味着所有涉及知识产权的行为都可以豁免适用《反垄断法》。IP 反垄断指南进一步阐述了评估涉及知识产权的滥用市场支配地位行为的考虑因素。

行为	评估因素
不公平的高价	- IP 反垄断指南规定了评估不公平的高价行为的详细指南，并列出了如下考虑因素： （1）许可费的计算方法，及知识产权对相关商品价值的贡献； （2）经营者对知识产权许可作出的承诺； （3）知识产权的许可历史或者可比照的许可费标准； （4）不公平的许可条件，包括超出知识产权的地域范围或者覆盖的商品范围收取许可费等； （5）在一揽子许可时是否就过期或者无效的知识产权收取许可费。 - 对于标准必要专利，还可考虑商品所承担的整体许可费情况及其对相关产业正常发展的影响。
拒绝许可	- IP 反垄断指南认可在一般情况下，经营者不承担与竞争对手或者交易相对人进行交易的义务。只有具有市场支配地位的经营者没有正当理由拒绝许可知识产权才构成滥用行为。 - 但是，IP 反垄断指南删除了此前草案所涉及的“必需设施”的概念，而是在制定可考虑的第 2 项因素时运用了这一概念背后的逻辑（见下文）。 - 对拒绝许可进行评估时，需要考虑的相关因素包括： （1）经营者对该知识产权许可做出的承诺； （2）其他经营者进入相关市场是否必须获得该知识产权的许可； （3）拒绝许可相关知识产权对市场竞争和经营者进行创新的影响； （4）被许可人是否缺乏支付合理许可费的意愿和能力； （5）经营者是否曾对被拒绝方提出过合理要约； （6）拒绝许可知识产权是否会损害消费者利益或者社会公共利益。
搭售	- 搭售是指以交易相对方的许可/获得其他知识产权或其他商品作为知识产权许可/转让的条件。在评估知识产权搭售时，需要考虑的相关因素包括： （1）是否违背交易相对人意愿； （2）是否符合交易惯例； （3）是否无视知识产权或者商品的差异及相互关系； （4）搭售是否具有合理性和必要性，如为实现技术兼容、产品安全、产品性能等； （5）搭售是否会排除、限制其他经营者的交易机会； （6）是否限制消费者的选择权。
不合理条件	其他一些行为被归类为施加不合理条件，包括（1）要求排他性/独占性回授，（2）规定不质疑条款，（3）限制交易相对人对竞争性技术和商品的使用或研发，（4）限制交易相对方利用、研发及实施其他知识产权，（5）对过期或无效的知识产权主张权利，（6）对交叉许可施加不合理要求，（7）限制交易相对方与第三方的交易。
差别待遇	- 涉及知识产权的差别待遇通常与其他领域的差别待遇相同，对差别待遇进行评估时，需要考虑的因素包括： （1）交易相对人的条件是否相似； （2）对不同交易相对人提供的许可条件是否实质不同； （3）该差别待遇是否对被许可人参与市场竞争产生显著不利影响。

（五）涉及知识产权的经营者集中

IP 反垄断指南新增了涉及知识产权的经营者集中这一章节。经营者集中章节包括三个问题：（1）知识产权转让是否需要经营者集中申报；（2）如何对涉及知识产权的经营者集中案件进行实质审查；（3）在经营者集中案件审理中可能施加的涉及知识产权的救济措施。

为了确定知识产权的转让或许可是否构成需要申报的经营者集中，需要考虑以下因素：（1）相关知识产权是否构成独立业务；（2）相关知识产权在上一会计年度是否产生了独立的营业额；及（3）知识产权许可的方式和期限。

此外，如果涉及知识产权的安排构成交易的实质部分，则反垄断执法机构在案件审查期间可能会着重关注知识产权。如果反垄断执法机构认为该交易从知识产权的角度可能引起竞争问题，则交易各方需要提出救济措施以解决该等问题。可能的救济措施包括结构性救济措施和行为性救济措施。IP 反垄断指南提供了一些涉及知识产权的行为性救济措施的示例，包括：承诺许可，独立运营，公平、合理、无歧视（FRAND）义务，不进行搭售的承诺以及对收取许可使用费的合理性的说明义务。其中，FRAND 许可承诺是中国反垄断执法机构在此前的经营者集中附条件案件中最常附加的涉及知识产权的行为性条件。中国反垄断执法机构从未在经营者集中案件审理中附加过强制许可知识产权的条件。

（六）其他安排

IP 反垄断指南还分析了在知识产权领域中广泛讨论并可能引起竞争关注的其他问题，包括：（1）专利联营；（2）标准必要专利及（3）著作权的集体管理。根据所涉及的具体情况，反垄断执法机构可以根据垄断协议和滥用市场支配地位的审查机制对这三种类型的知识产权安排进行审查。

专利联营是行业中一种常见的知识产权安排。IP 反垄断指南认可专利联营可以降低交易成本，提高许可效率，并具有促进竞争的效果。但同时，专利联营也可能造成反竞争效果，在评估专利联营是否违反《反垄断法》时，应当考虑以下因素：（1）专利联营中企业的市场力量；（2）是否有与联营中的专利有替代关系的专利技术；（3）许可是否通过专利联营排他性的提供；以及（4）是否涉及上文所述的协议和单边行为。此外，IP 反垄断指南还强调了专利联营安排下的潜在信息交换风险。

标准必要专利长期以来都受到中国反垄断执法机构的密切关注，在过去几年中，中国反垄断执法机构启动的相关涉及标准必要专利行政调查包括国际数据公司（IDC）反垄断调查案（2014 年）、高通反垄断调查案（2015 年），审理的相关经营者集中案包括如谷歌公司收购摩托罗拉移动公司案（2012 年）、微软公司收购诺基亚公司设备和服务业务案（2014 年）及诺基亚收购阿尔卡特朗讯股权案（2015 年），民事诉讼有广受关注的华为诉 IDC 案（2013 年）。IP 反垄断指南提供了涉及以下两个问题的指南：

- 如何确定标准必要专利权人是否具有市场支配地位：考虑到专利和标准的特征，与大多数经营者相比，标准必要专利权人的行为需要受到更严格的审查。但是，持有标准必要专利本身并不一定导致具有市场支配地位，标准必要专利权人的市场力量仍需根据以下因素进行进一步评估：（1）标准的市场价值、应用范围和程度；（2）是否有其他具有替代关系的标准和技术施加竞争约束；（3）行业对标准的依赖程度；（4）标准的演进情况和兼容性；（5）目前纳入标准的相关技术的可替代性。为全面分析市场上特定标准必要专利持有者所受的竞争约束，应当综合考虑上述五项因素。
- 具有市场支配地位的标准必要专利权人是否能够寻求禁令救济：IP 反垄断指南未使用“禁令救济”这一术语，我们认为主要原因在于不同司法辖区可能使用不同的名称表达这一概念。IP 反垄断指南指出，如果具有市场支配地位的标准必要专利权人申请禁令救济，以迫使被许可人接受不公平的高价许可费或其他不公平条件，该等行为可能会引起竞争问题。这意味着，如果标准必要专利权人不具有市场支配地位，或者没有利用禁令救济对被许可人施加不公平的许可费或条件，其仍可以申请禁令救济，而不会违反《反垄断法》。在评估具有市场支配地位的标准必要专利持有申请禁令救济是否将对竞争产生不利影响时，可考虑以下因素：（1）许可人与被许可人在谈判过程中的表现及其体现出的真实意愿；（2）相关标准必要专利所负担的承诺；（3）许可人和被许可人在谈判过程中所提出的许可条件；（4）禁令对许可谈判的影响；及（5）禁令对下游市场竞争和消费者的影响。

著作权集体管理是集体管理组织代表一群著作权人行使其著作权的机制。著作权集体管理机制可以降低个人著作权人的著作权实施成本，是著作权保护的一项重要保障措施。IP 反垄断指南首次讨论了著作权集体管理组织可能对竞争产生不利影响的行为，但尚未能提供任何进一步的指引（如需评估的因素或特定分析框架等）。

（七）结论

IP 反垄断指南较现行的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》而言提供了更加详尽的指引。特别是，IP 反垄断指南提供了分析各类协议和单边行为时需要考虑的因素，并列出了经营者评估其业务行为的综合框架，为知识产权领域内的企业在内部评估其当前的知识产权实践及潜在的反垄断合规风险提供有益的参考。需要说明的是，与《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》不同，IP 反垄断指南不属于具有法律约束力的法规，而在二者存在规则冲突的情况下，在具体案例中如何对二者进行选择 and 适用，尚待明确。

IP 反垄断指南所遵循的原则与欧盟和美国等其他司法辖区的知识产权反垄断指南中所采取的原则基本一致，特别是在如何平衡保护知识产权和促进公平竞争这两大诉求之间关系的方面。IP 反垄断指南加强了对于知识产权许可限制和知识产权维权对于竞争的促进作用

的讨论，这表明中国反垄断执法机构将继续在尊重和保护知识产权的同时，保护市场的公平竞争。可以预计，随着 IP 反垄断指南的正式公布，反垄断执法机构将加强对知识产权领域的反垄断监管，以期改进知识产权密集型行业的市场竞争环境。

四、《关于汽车业的反垄断指南》：车企及其他企业可能需要了解的八个问题

近日，国务院反垄断委员会正式发布了《关于汽车业的反垄断指南》（“《汽车业反垄断指南》”），引起各界热烈讨论。基于企业可能关心的核心问题，结合在汽车及其他行业的反垄断实践经验，方达总结了企业可能需要了解的八个问题，供大家参考。虽然严格意义上该指南并无直接的法律约束力，但它仍能为企业反垄断合规尤其是自行评估风险程度提供重要的指引。

（一）与竞争对手打交道，我可以做什么？不可以做什么？

严格禁止的卡特尔行为

与其他行业相同，汽车行业中的卡特尔行为也为《反垄断法》所严格禁止。竞争对手之间不得达成固定价格、分割市场、限制产量、限制购买或开发新技术或新设备、联合抵制等卡特尔协议。根据《汽车业反垄断指南》，如果企业与竞争对手之间的卡特尔行为具有促进竞争的效果（例如有利于改进技术、研究开发新产品或提高产品质量），企业仍可以根据个案具体情形主张其行为根据《反垄断法》第 15 条的规定应被豁免（“个案豁免”）。但在实践中，我们理解企业很难证明其卡特尔行为能够增进效率，不会严重限制相关市场的竞争且能够使消费者分享由此产生的利益，因此很难满足《反垄断法》第 15 条规定的豁免条件。根据公开渠道披露的信息，目前还没有从事卡特尔行为的企业申请个案豁免获得成功。

根据个案具体情况，允许竞争者之间开展诸如联合研发、联合生产或采购等合作

与美国、欧盟等其他主要司法辖区的操作一致，《汽车业反垄断指南》指出，竞争者之间某些类型的横向协议通常能够增进效率和促进竞争，有利于增加消费者福利，从而能够获得个案豁免。该等横向协议包括研发协议、专业化协议、技术标准化协议、联合生产协议以及联合采购协议等，典型的是新能源汽车的联合研发。然而，上述竞争者之间的横向协议能否适用个案豁免仍需根据具体情况分析。根据我们的经验，如果该等协议涉及《反垄断法》所禁止的卡特尔行为（例如联合研发协议中存在固定研发产品销售价格的约定），则可能无法适用豁免制度。因此，企业对于与竞争者合作过程中的每一环节均需十分谨慎，避免从事被严格禁止的卡特尔行为。

（二）对于经销商的转售价格，我可以做什么？不可以做什么？

固定经销商转售价格和限定其最低转售价格仍为高风险行为，但存在个案豁免情形

固定经销商的转售价或限定经销商的最低转售价（合称“维持转售价格”）对于车企而言仍为高风险行为。《汽车业反垄断指南》中的相关规定与执法机关近几年在涉及维持转售价格行为执法案件中的思路一致，即推定维持转售价格行为是限制竞争的违法行为，除非企

业能够证明该等行为符合《反垄断法》第 15 条规定的豁免条件。根据《汽车业反垄断指南》，车企基于《反垄断法》第 15 条可以主张个案豁免的常见情形包括：

- 仅承担中间商角色的经销商销售：仅承担中间商角色的经销商销售是指汽车厂商与特定第三人或特定终端客户（如：汽车厂商和经销商的员工或大客户等）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。根据我们的经验，以经销商仅承担中间商角色为由的抗辩在符合以下条件的情况下可能得到认可：
 - 终端客户为汽车厂商的客户，而非中间商的客户；
 - 中间商仅履行了汽车厂商与其客户达成的协议中的约定；以及
 - 在销售汽车厂商的产品时，中间商仅承担非常有限的成本和风险。
- 汽车厂商电商销售：与经销商仅承担中间商角色的销售相似，实务中存在汽车厂商通过电商平台在一定时期以统一价格销售汽车，与不特定的终端用户直接达成交易，仅通过经销商完成交车、收车、开票等交易环节。在这种情况下，经销商仅协助完成汽车厂商和终端客户之间的交易。
- 新能源汽车短期销售：新能源汽车厂商在 9 个月内维持转售价格的行为可被豁免，该豁免期限未来可能会根据新能源汽车产业和技术发展进行调整；以及
- 政府采购：在实务中，政府采购项目通常要求参加联合投标的汽车厂商与其经销商协调后提供一致或固定的零售价格报价。

除上述四类情形外，企业要证明其维持转售价格的行为具有增进效率、促进竞争的效果可能存在非常大的难度。总体而言，维持转售价格行为仍然很难满足《反垄断法》第 15 条规定的豁免条件。即使是上述四类情形，也只能根据个案具体分析是否能够被豁免，而无法像对限制销售地域或客户一样在市场份额低于 30% 的情况下适用推定豁免（见下文第三个问题的详细讨论）。

建议零售价或限定最高零售价

汽车厂商设定经销商和维修商转售整车与售后零配件、精品的建议价、指导价或最高价的行为通常属于《反垄断法》项下的低风险行为。然而，《汽车业反垄断指南》指出了该等行为可能会被认定为违反《反垄断法》的维持转售价格行为的情形，例如若由于汽车厂商给予经销商的压力或激励（包括回扣），建议价、指导价或最高价被多数或全部经销商所执行，在实质效果上等同于固定经销商的转售价格时，该等行为有可能被认定为《反垄断法》所禁止的维持转售价格行为。

（三）汽车厂商能限制经销商的销售地域和客户吗？

简单的答案是可以，但需要满足一些条件。

首先，根据《汽车业反垄断指南》，如果汽车厂商在相关市场的市场份额低于 30%，某些类型的地域限制或客户限制通常能够符合《反垄断法》第 15 条的规定，

可以推定适用《反垄断法》第 15 条被豁免（“推定豁免”），这些行为包括：

- 约定经销商仅在其营业场所进行销售活动；
- 限制经销商对汽车厂商为另一经销商保留的独占地域或专有客户进行主动销售；
- 限制批发商直接向最终用户进行销售；以及
- 为避免配件被客户用于生产与汽车厂商相同的产品，限制经销商向该类客户销售配件。

值得注意的是，车企根据上述指南规定适用的推定豁免在某些情况下可能被推翻，即如果有证据反证该企业的行为不符合《反垄断法》第 15 条的规定（如行为严重限制竞争），反垄断执法机构仍然可以根据《反垄断法》第 14 条认定相关行为构成违法的纵向垄断协议。

其次，《汽车业反垄断指南》指出，下述三种类型的地域限制和客户限制属于违反《反垄断法》第 14 条的行为，即使汽车厂商在相关市场的市场份额低于 30%，也不能推定适用《反垄断法》第 15 条的豁免规定：

- 限制经销商的被动销售（即未向终端客户发出广告或促销信息，而客户主动选择该经销商经销的产品），包括通常被认定为被动销售的网络销售；
- 限制授权经销商之间的交叉供货；
- 限制经销商向最终用户销售汽车维修服务所需配件。

（四）除限制经销商的销售价格、销售地域及客户外，汽车厂商与经销商之间的往来还存在哪些风险？

除限制经销商的销售价格、销售地域及客户外，《汽车业反垄断指南》还就汽车厂商其他可能存在潜在问题的限制行为给予了提示。但我们理解与上述行为不同的是，反垄断执法机构首先需要证明这些行为具有限制竞争的效果，属于《反垄断法》第 14 条所禁止的其他纵向垄断协议。因此，相对于维持转售价格或对经销商的销售地域和客户进行限制，这些行为违反《反垄断法》的风险较低。

《汽车业反垄断指南》提示的其他类型的纵向限制包括：

1. 汽车厂商对售后服务和售后配件流通间接施加的纵向限制：

- 汽车厂商要求将最终用户不在三包范围内的维修保养工作全部交由授权维修网络完成；
- 对用于维修保养工作但不在三包范围的配件，要求汽车维修商必须使用原厂配件或由汽车厂商指定的第三方生产的配件；或
- 汽车厂商没有正当理由，限制其维修网络对平行进口车提供售后维修保养服务。

2. 汽车厂商对经销商和维修商销售和服务能力的其他纵向限制，例如：

- 汽车厂商向经销商或维修商强制搭售其未订购的汽车、售后配件、精品、耗材、修理工具、检测仪器等；

- 汽车厂商限制经销商销售其他汽车厂商的商品。但是，汽车厂商可以要求其经销商在店内为本企业品牌汽车设立单独展区；或
- 汽车厂商强制经销商或维修商接受不合理的汽车或售后配件销售目标、库存品种和数量。

（五）哪些市场或地域容易成为执法机构关注的对象？

根据我们对《汽车业反垄断指南》的理解，以下市场或地域可能引起执法关注：

1. 汽车售后市场：

《汽车业反垄断指南》指出，在个案中界定汽车售后市场，汽车品牌是需要考虑的一个重要因素。因此，在整体销售市场不具有支配地位的汽车厂商在汽车售后市场可能更容易被认定为具有市场支配地位，汽车厂商需要对其在汽车售后市场可能构成滥用市场支配地位的行为加以关注（详见以下问题六的介绍）。

2. 进一步细分的地域市场：

《汽车业反垄断指南》指出，乘用车零售市场的地域市场可以界定为省级或地区性市场。这种市场界定方法可能会导致在某些情况下相关企业被认定为具有市场支配地位或显著市场力量的风险增加，例如：

- 某些大型经销商集团在省级或地区性范围内的市场份额可能较高；或
- 新能源汽车厂商多采取直销模式且在一线城市重点布局，有可能在北京、上海等一线城市具有较高市场份额。

（六）如果在汽车售后市场被推定具有市场支配地位，哪些行为有可能构成滥用市场支配地位？

如第五题所述，汽车厂商在汽车售后市场可能会被推定具有市场支配地位。在此情况下，汽车厂商应避免从事以下行为：

- 限制经销商和维修商外采售后配件，尤其是限制经销商和维修商购买同质配件或从其他渠道购买原厂配件（包括平行进口配件）；
- 汽车厂商强制经销商或维修商接受不合理的售后配件销售目标、库存品种和数量；
- 限制配件供应商、经销商和维修商向其他客户（包括其他经销商）销售售后配件。

（七）《汽车业反垄断指南》中的豁免制度与欧盟竞争法下的豁免制度是否相同？

欧盟竞争法下的相关豁免规定（包括《通用纵向集体豁免条例》和针对汽车售后市场的《汽车行业集体豁免条例》，统称为“欧盟集体豁免规定”）和《汽车业反垄断指南》均引入了基于市场份额的推定或集体豁免规定。两套豁免制度类似，但也存在一些细微的差别。

两套豁免制度均以 30% 的市场份额作为适用集体豁免规定的门槛，但二者对于是否必须考虑下游市场参与

者的市场份额规定不同。

- 欧盟：欧盟的豁免制度要求上游供应商和下游采购商（即经销商）在其各自相关市场的市场份额均不超过 30%。
- 中国：根据《汽车业反垄断指南》，只要汽车厂商的市场份额低于 30%，其纵向行为就有可能适用推定豁免。尽管如此，我们建议企业在评估适用推定豁免的同时考虑经销商的市场地位，特别是在下游经销商所在的市场竞争格局较为集中的情况下，汽车厂商限制经销商的销售地域或客户更易产生反竞争的效果，此时即使汽车厂商在其市场中的市场份额低于 30%，其纵向限制行为也很可能较难适用推定豁免。

较中国的推定豁免而言，欧盟集体豁免的范围更广泛且更具有确定性：

- 欧盟：根据欧盟集体豁免规定，豁免不适用于（i）涉及核心限制的协议（例如，转售价格限制，以及对被动销售、选择性分销系统内分销商之间的交叉供应或向独立维修商销售零件和相关设备的限制）；以及（ii）其他排他性限制（例如，五年以上的竞业禁止条款）。欧盟竞争法下的集体豁免适用于所有非核心限制的纵向限制，且在适用程序上更具有确定性，符合集体豁免规定的协议自动获得豁免，并且该豁免的认定不能被推翻。
- 中国：根据《汽车业反垄断指南》，推定豁免仅适用于对经销商的销售地域或客户限制，其他非价格纵向限制是否适用并不明确。此外，若能提供反证证明企业并未满足《反垄断法》第 15 条规定的豁免条件，则推定豁免的结论可以被推翻。

（八）其他行业的企业是否仍需要关注《汽车业反垄断指南》？

《汽车业反垄断指南》与其他行业的企业也具有相关性，因此建议其他行业也应予以关注。尽管《汽车业反垄断指南》仅适用于汽车行业，但该指南也反映了国家市场监督管理总局对具有普适性的反垄断重点问题的态度，例如：

- 中国反垄断执法机关如何对待维持转售价格行为？企业在应对执法机关的调查时，为免于高额处罚，可以提出哪些抗辩理由？
- 对经销商销售地域及客户的限制是否违法？

在实务中，我们曾代表包括其他行业的客户（如电子产品）基于 2016 年颁布的该《汽车业反垄断指南》（征求意见稿）成功向国家及地方反垄断执法机构申请豁免。因此，对于其他行业中可能被认定为垄断行为的商业操作，《汽车业反垄断指南》也可提供重要的指引。

横向和纵向协议风险等级总结

行为	豁免规则（推定或个案豁免）	风险等级
横向协议		
卡特尔行为	原则上可以主张个案豁免但实践中很难适用	极高风险
横向合作协议	可能适用个案豁免	中等风险
纵向协议		
固定转售价格和限定最低转售价格	个案豁免有可能适用，但适用门槛很可能很高。 个案豁免在涉及“新能源汽车”、中间商销售、政府采购和电商销售的案件中最有可能适用	高风险
建议价、指导价和限定最高价	一般不会产生反竞争效果，除非该等行为在实质上等同于固定转售价或限定最低转售价，在此情形下原则上适用个案豁免但适用门槛或证明难度同样很高	低风险
地域限制或客户限制	如果经营者不具有显著市场力量（如市场份额低于30%），则适用推定豁免；某些情况（如限制经销商被动跨区域销售、限制授权经销商之间交叉供货）不适用推定豁免，但可主张个案豁免	中等风险
其他类型的纵向限制，包括限制经销商销售与汽车厂商竞争的产品	首先需要由执法机构证明该等行为具有排除、限制竞争的效果，属于违反《反垄断法》第14条的行为，总体风险比地域限制和客户限制低% (i) 与销售地域和客户限制类似，在不具有显著市场力量（即市场份额不高于3%）的情况3也可以适用推定豁免； (ii) 如果推定豁免无法适用（如市场份额高于30%），仍可适用个案豁免	低风险

五、互联网平台反垄断合规面临的十大新挑战

2020年11月10日，国家市场监督管理总局在其官网上公布了《关于平台经济领域的反垄断指南》的征求意见稿（下称“征求意见稿”）。与汽车业反垄断指南、知识产权领域反垄断指南等针对特定行业或领域的反垄断指南类似，该征求意见稿确认《反垄断法》的基本制度和分析框架仍然适用于平台经济领域的市场主体，但也根据平台经济的特点和目前平台经济发展中出现的一些问题，对该领域特有的反垄断风险予以明确和提示，其中不乏行业、社会上热议的“二选一”、“大数据杀熟”等在现行反垄断法律法规下尚无定论的问题。我们预计该反垄断指南通过后，许多互联网平台企业可能将面临前所未有的合规挑战，我们在此梳理其中重要且可能影响深远的十个新问题。

（一）大型互联网平台企业应关注的可能产生反垄断风险的商业行为

在《反垄断法》下，可能拥有市场支配地位（如市场份额超过50%）的企业需要满足更高的合规要求，因为实践中的许多商业行为因为其具有较强的市场力量可能对市场竞争、消费者利益造成损害。大型互联网平台企业因平台的网络效应、规模效应等特征在某些情况下可能被认定为具有较强的市场力量，其下列商业行为将为执法机构重点关注。征求意见稿对于这些商业行为的反垄断风险进行了澄清和提示。

1、大数据杀熟

一些大型互联网平台企业拥有横跨多个业务领域的生态系统，可以通过多个渠道收集用户数据。大数据杀熟也是近年引起社会广泛关注的问题，究竟是随行就市的正常合理的商业行为，还是大企业借助其市场力量通过“千人千价”攫取垄断利润，理论与实务界众说纷纭。征求意见稿首次提出基于大数据和算法对新用户和老用户或者根据交易相对人如用户的支付能力、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可能属于《反垄断法》所规制的差别待遇的，甚至于“实行差异性标准、规则、算法”也是一种可能被《反垄断法》禁止的差别待遇行为。实践中的大数据杀熟行为可能包括近两年媒体报道较多的一些酒店预订平台可能根据用户个体、手机型号、用户的浏览行为来区别定价，同酒店、同房型、同入住日期价格却存在差异。

“大数据杀熟”行为在互联网行业由来已久，经合组织（OECD）的竞争委员会及消费者保护委员会也在2018年会议中讨论过相关行为，并认定尽管个性化定价有可能提高分配效率并使低端消费者受益，但也可能导致整体消费者福利的损失。在中国，过往与差别待遇行为有关的反垄断行政处罚和民事诉讼案件较少，根据我们的不完全统计，民事诉讼案件中尚无原告胜诉的先例，其中主要原因之一是违反《反垄断法》还需要证明用户等交易相对人在这种情况下是“条件相

同的”，而《反垄断法》对此规定较为笼统，存在较大的证明难度，例如支付能力不同但信用状况类似的用户是否为条件不相同的用户。

征求意见稿就此做出进一步解释，并认为“平台在交易中获取的用户的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同”。因此，这些规定如果在反垄断指南颁布后得以确认，则可能会增加针对大数据杀熟行为的行政调查风险，一些平台此前实行的行为将面临较高的监管风险，如“千人千价”、为新用户的非首次交易提供额外优惠券而对老用户收取更高费用等。

2、“二选一”

近年，“二选一”已成为互联网行业的一个反垄断热点问题，包括《电子商务法》（2019年）在内的一些法律法规已经开始对其进行规制，相关监管部门也多次在不同场合提醒互联网企业此方面的合规风险，但是征求意见稿是从反垄断法角度第一次明确“二选一”行为可能存在滥用市场支配地位风险。征求意见稿提出，判断平台企业的行为是否构成限定交易的一个考虑因素是“要求交易相对人在竞争性平台间进行‘二选一’或者其他具有相同效果的行为”，例如：包括平台要求商家通过合同条款（包括独家条款、预先审核权等）或其他手段（奖励、惩罚等）要求商户只可以入驻该平台、不能入驻竞争性平台。

就“二选一”行为是否构成限定交易在实务、理论领域仍然存在一定争议，核心争点之一是，不同于传统的“限定交易”要求相对人只能与其进行交易，不少所谓的“二选一”行为并没有严格限制用户只能与平台交易，或不能与平台的竞争对手交易，而是给予了用户一定的选择权。

- 从司法实践来看，在3Q大战一案中，最高法院认为虽然腾讯实施的产品不兼容行为对用户造成了不便，但是并未导致排除或者限制竞争的明显效果，从而最终判决其不构成反垄断法下禁止的限制交易行为。
- 我们尝试理解征求意见稿认为“二选一”行为可能构成限定交易的原因是，当平台企业具有市场支配地位时，用户在面对“二选一”时会更倾向于选择该平台而非其竞争对手，从而实际上实现限定用户只能与该平台进行独家交易的效果。
- 此外，需要特别注意的是在认定“二选一”行为是否违反《反垄断法》时还有一些重要的条件需要满足，其中就包括需要证明行为产生了竞争损害，如指南提出的“对市场竞争和消费者利益产生直接损害”、“对市场竞争产生明显的排除、限制影响”。

3、个人数据的收集与共享

在数据收集与共享方面，大型互联网平台企业除了应关心数据安全与个人信息保护方面的合规风险外，此后可能也需关注反垄断法方面的风险。

首先，征求意见稿提示具有市场支配地位的平台经济领域经营者如强制收集用户信息，可能构成对用户附加不合理交易条件，从而违反《反垄断法》下关于禁止滥用市场支配地位规定。数据收集行为在境外除受到 GDPR 等条例的强监管外，也普遍受到反垄断执法机构的关注。例如德国竞争监管机构于 2019 年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⁶。欧盟委员会则于 11 月 9 日宣布对亚马逊启动第二项调查，重点调查其是否对自家的零售商品以及使用其物流和送货服务的市场卖家给予优惠待遇，其中的调查可能涉及亚马逊违规使用卖家数据达成以上目的。澳大利亚及英国反垄断监管机构在其针对数字行业的市场调查报告中用了大量篇幅探讨个人信息保护法、消费者保护法和竞争法之间的关系，并表示其忧虑谷歌和脸书（Facebook）等企业通过其免费服务收集大量用户数据、用过算法将相关数据转化为非常有针对性的广告，从而向广告商征收高价的行为损害消费者。

其次，在数据共享方面，征求意见稿提出，数据也有可能成为必需设施。判断数据是否构成必需设施“需要综合考虑数据对于参与市场竞争是否不可或缺，数据是否存在其他获取渠道，数据开放的技术可行性，及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响等”。在《反垄断法》下，具有市场支配地位且掌握必需设施的经营者不得拒绝将必需设施以合理条件提供给交易相对人。因此大型互联网平台企业如果其数据被认定是必需设施的话，将有义务与其竞争对手和其他经营者共享数据，否则可能构成拒绝交易从而违反《反垄断法》。例如，此前广受讨论的防止、限制数据抓取的操作可能会被纳入反垄断监管范围。当然，这其中存在数据作为必需设施进行共享和数据安全与信息保护之间衔接的问题，我们期待指南在定稿时得以明确。

4、屏蔽竞争对手或拒绝开放 API 接口

近年来在移动互联网领域出现某些大型互联网平台企业优先推介自家服务，或者对用户在上平台分享其他竞争对手应用软件中的内容设置技术障碍，或者拒绝向（潜在）竞争对手开放 API 接口等屏蔽行为，使得其他应用软件无法正常使用平台的服务，用户也无法正常分享其他应用软件中的内容，从而可能排挤竞争对手。但另一方面这些大型平台为了构建其平台基础、积累用户也投入了大量的资源，是否其有义务开放其平台的接口也是存在许多争议的话题。

今年 7 月中旬，国家市场监管总局就召集 20 家国内主要互联网平台企业签署了关于《互联网平台企业关于维护市场秩序 促进行业健康发展的承诺》，其中约定“不利用技术手段，通过影响用户选择或其他方式，实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为”。

根据征求意见稿，对大型互联网平台企业来说屏蔽行为可能存在滥用市场支配地位方面的以下风险：

- 如果平台本身构成必需设施，则拒绝向其他竞争对手应用软件提供该平台 API 接口的屏蔽行为可能构成《反垄断法》禁止的拒绝交易行为。征求意见稿进一步指出，平台是否构成必需设施需要综合考虑其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素；
- 通过屏蔽这种设置技术障碍的方式，限制用户在平台上分享竞争对手或竞争产品上的内容，从而达到排挤竞争对手的目的，可能构成类似于“二选一”的限定交易行为。

5、平台红包与补贴

实践中互联网平台在初创期为了吸引用户和流量，可能通过提供大量红包和补贴的方式以极低的收费甚至免费为用户提供产品和服务；在获得用户规模后则开始提价。但如果平台企业通过大量给用户发红包和提供巨额补贴，将竞争对手排挤出市场获得了市场力量，但在获得市场力量后停止发红包或者提价将来可能存在《反垄断法》方面的滥用市场支配地位的风险。

征求意见稿提示，如果平台企业以低于成本的价格排挤竞争对手，且将其竞争对手排挤出市场后，将价格提高并不当获利的，很有可能构成《反垄断法》禁止的低于成本销售的情形。当然，实践中要证明通过低价行为成功将竞争对手排挤出市场，之后通过提价攫取垄断利润、弥补之前低价的损失也存在相当的难度，包括相关市场在这种情况下是否存在较高的市场进入壁垒，平台企业提价后能够阻止原先已被排挤出市场的竞争对手重新进入该市场，有待指南定稿后进一步的执法或司法验证。在境外司法辖区如美国要证明类似的反竞争的低价行为也存在比较大的障碍，如美国在 Brooke 案中确定的需要证明之后的涨价能够弥补或收回 (recoupment) 之前低价造成的损失。

6、搜索降权

在信息大爆炸的时代，用户通过搜索来筛选、获取有价值信息变得愈发重要，搜索引擎公司或带有搜索功能的平台也越来越受到国内外执法机构的关注。根据征求意见稿，搜索降权对占据市场支配地位的搜索引擎公司来说主要存在两方面的风险：

一是通过搜索降权排挤竞争对手，可能构成限定交易的行为，比如规模较大的平台将自己关联企业（如生态圈内或与自己有合作关系企业）的搜索结果列在置顶或前置位置，从而达到限制用户选择该平台关联企业的商品或服务，排挤竞争对手。在此方面，国外司法辖区已有相关处罚案件，例如搜索引擎巨头谷歌在 2017 年被欧盟委员会处以高达 24.2 亿欧元的巨额罚款，理由是其“自我优先”（self-referencing）行为，即利用其在通用搜索引擎市场的支配地位，在搜索结果中将自己旗下的比价购物网站列在其他第三方比价购物网站的前面，排挤了第三方购物比价网站，降低了消费者使用最为相关的购物比价服务的可能性，从

6. 德国联邦卡特尔局认为 Facebook 滥用其在德国社交网络市场的支配地位，在用户不知情的情况下收集、融合多个渠道（包括 Facebook 旗下的 Instagram, Whatsapp 等）的用户数据。

而损害了欧盟市场的竞争。二是将搜索降权作为惩罚性措施，强制商家或用户接受其他商品或服务，可能构成搭售或附加不合理交易条件。例如，平台与商家约定，其在接受 A 服务的同时也要接受其或其关联企业提供的独立的 B 服务（且支付相应费用），否则商家在该平台内的搜索结果将会被降级或靠后排名。

7、通过设置弹窗、操作必经步骤等捆绑销售产品或服务

根据征求意见稿，具有市场支配地位的平台经济领域经营者通过弹窗、操作必经步骤等用户、消费者无法选择、更改或拒绝的方式将不同产品或服务捆绑销售，可能构成《反垄断法》所禁止的搭售行为。弹窗的方式比较易于理解，但对什么是“操作必经步骤”可能需要执法机关在将来的实践中进行进一步的解释，比如使用平台的某一应用软件的服务必须要观看该平台上另一应用软件视频一定时间，这是否构成捆绑销售。此外，在境外反垄断执法历史上许多著名的案件都涉及到搭售或捆绑销售的问题，相信在指南的制定以及将来的执法中需要更多的、更为深入的分析。典型的如微软在 Windows 视窗操作系统中将 IE 设置为默认网页浏览器。再如欧盟于 2019 年开出 43.4 亿欧元的巨额罚单，处罚谷歌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搭售行为（包括提供补贴要求设备制造商仅预装谷歌搜索应用程序）。

（二）不具有市场支配地位的其他互联网企业可能面临的反垄断合规问题

8、轴辐协议

在中国反垄断执法历史上，“轴辐共谋”或“轴辐协议”并非一个全新的概念，一般是指处于中心的企业（类比为车轮上的“轴”）组织或协助下游众多企业（类比为车轮上的“辐”）之间达成共谋。国家发改委曾对汽车行业的多起轴辐共谋案件进行过调查，如汽车厂商在下游存在竞争关系的众多经销商之间协调价格，帮助经销商之间统一价格。此次征求意见稿的意义在于，反垄断执法机构首次在正式文件中指出轴辐协议可能构成横向垄断协议，例如商家借助与平台企业之间的纵向关系或者平台企业组织、协调商家达成固定价格、分割市场、限制销量等横向垄断协议。轴辐协议对平台企业的风险在于，如果平台企业参与到平台内经营者的共谋行为中（如组织、协调甚至只是传递敏感信息），其可能因为平台内经营者的共谋行为受到处罚。这一规定与 2020 年初发布的《反垄断法》修订草案相吻合，即经营者不得组织或协助其他经营者达成垄断协议。

9、最惠国待遇条款

征求意见稿中首次提出，在平台经济领域的最惠国待遇条款可能构成纵向垄断协议。典型的最惠国待遇条款如规定商家在自己平台上销售产品的价格不能高于在另一平台销售价格，或者商家提供给平台的交易条件（如上架时间、支付期限等）要比其提供给另一平台的条件更优惠。根据我们对征求意见稿的理解，与维持转售价格这一《反垄断法》明确禁止的纵向垄断

协议行为不同的是，最惠国待遇条款并不当然构成纵向垄断协议，而是需要由市场监管总局根据个案并基于是否排除、限制市场竞争的原则进行认定，其中征求意见稿中列举的需要综合考量的因素包括：经营者签订该条款的商业动机、对市场的控制能力以及实施该条款对市场竞争、消费者利益和创新的影响等。

值得注意的是，国外主要司法辖区如欧盟曾处罚过实施最惠国待遇条款的平台企业，如亚马逊在 2016 年因与电子书出版商签订最惠国待遇条款被调查，并最终对欧盟委员会作出取消最惠国待遇条款的承诺；多家线上旅行代理商（online travel agents）也曾因该等条款在欧盟及亚洲多个国家被调查和处罚；欧盟还为此出台过专门的指南。

（三）互联网企业兼并收购时应注意的反垄断合规问题

10、明确 VIE 架构及未达申报标准的交易也属于监管范围

由于 VIE 架构合法性的不确定性，互联网企业长期以来对于涉及 VIE 架构的交易如果进行申报是否能得到受理存疑，历史上有一些交易没有进行过经营者集中申报。但市场监管总局反垄断局今年已经正式受理并审查通过了一起涉及 VIE 架构的交易。

征求意见稿首次明确，涉及协议控制（VIE）架构的经营者集中，属于经营者集中反垄断审查范围。对于平台经济领域的企业而言，该规定下的一个风险可能是，就过往已经完成的涉及 VIE 架构的交易如何处理？比如是否会被处罚，是否需要向反垄断局补交申报，我们预期执法机关将通过其执法实践对这些问题予以明确。

此外，征求意见稿也重申了虽未达到申报标准（营业额标准）但具有或可能具有排除、限制竞争效果的交易仍然可能被执法机构调查的情形，例如：

- 被投资或收购一方为初创企业或新兴平台因而在上一年度未产生营业额或营业额很低；
- 交易方因采取免费或低价模式导致营业额较低；
- 相关市场集中度高，竞争对手少等。

基于上述规定，未来在平台经济领域的兼并收购行为将会受到反垄断执法机构更加严格的监管，包括一些大型互联网平台实施的旨在“扼杀创新”的收购新进入市场竞争者的策略可能也会更多地受到反垄断监管机构的干预。若这一制度在指南最终稿得以确认，类似于国外 Facebook 收购 Whatsapp 案的交易在将来可能需要进行经营者集中申报。由于 Whatsapp 为免费手机通信程序，Facebook 收购 Whatsapp 案时 Whatsapp 的营业额不达到欧盟反垄断申报的标准而无需申报。然而，欧盟仍然认为该交易可能对市场公平竞争造成影响，对该交易启动了调查。

总结

总体而言，征求意见稿在遵循《反垄断法》基本原则和分析框架的基础上，基于平台经济领域的特点对多

个在该领域问题反垄断风险可能比较突出的商业行为或操作进行了解释和风险提示，体现出国家反垄断执法机构对国内当前平台经济发展过程中出现的问题的态度及对该领域加强反垄断监管的决心。

作为征求意见稿的初稿，其中的许多规定不仅在法律与经济学领域存在争议，其中可能还存在一些有待进一步明确的问题。例如，关于协同行为（如算法共谋），征求意见稿规定可以根据“逻辑一致的间接证据”认定经营者对相关信息的知悉状况，从而判定经营者之间是否存在协同行为。这一标准具有一定的模糊性，且似乎已突破了《反垄断法》及相关规章对于协同行为仍需以进行过意思联络为前提的条件。再如，关于不界定相关市场也可以直接认定具有市场支配地位这一原则可能需要有更为具体的标准，否则可能容易导致这一标准的滥用。我们期待该指南的终稿能够将这些问题予以澄清及细化。

数据保护



一、《个人信息保护法（草案）》重点制度要点评析及合规展望

（一）概述

我国《个人信息保护法》的专项立法工作最早可以追溯至 2000 年前后，¹ 之后统一的《个人信息保护法》立法工作停滞了很长一段时间；直至 2012 年全国人大常委会通过《关于加强网络信息保护的决定》，开启了我国个人信息保护立法以及规章制定的第二波浪潮。

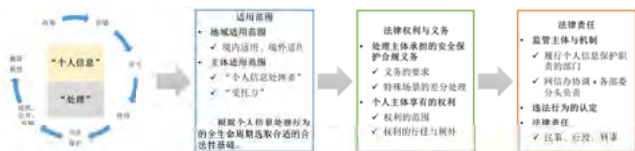
随着近年来《网络安全法》对个人信息处理的基本原则和规则的纳入，《刑法修正案（七）/（九）》、《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》、《儿童个人信息网络保护规定》、《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》、《数据安全法（草案）》等法律法规及草案的出台和施行，以及以《信息安全技术 个人信息安全规范》为代表的配套国家标准的实践与试水，我国立法和监管机关已经积累了充足的理论储备和实践经验，在个人信息保护领域进行专项、综合立法的时机也日臻成熟，因而草案应运而生。

从条文规定可以看出，草案汲取了《网络安全法》和《信息安全技术 个人信息安全规范》等境内个人信息保护立法的主要规则，借鉴了境外个人信息保护立法的有益经验，并将实践中行之有效的做法上升为法律规范，对个人信息保护提供了综合性的监管法律框架和规范。

（二）草案体例概览和要点评析

草案全文共八章、七十条，整合了国内现有的个人信息保护规则，覆盖了个人信息保护领域的主要问题，并对社会关心的热点问题也进行了必要的回应。具体而言：

- 草案采纳了《民法典》的规定，² 明确个人信息的“处理”应包括收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等活动，³ 旨在覆盖全周期的个人信息操作行为；并以“处理行为”为起点展开个人信息保护的立法逻辑。同时，草案在总则部分也明确纳入了个人信息处理的五大基本原则，即合法正当诚信原则、目的明确与必要原则、透明原则、信息准确原则，以及责任与安全保护原则。⁴



- 考虑到实践中个人信息处理情况的多样性，草案也规定了基于个人同意以外合法处理个人信息的情形，其中不仅引入《民法典》和《信息安全技术 个人信息安全规范》中已有体现的若干情形，⁵ 在“大数据有力支持抗击新冠肺炎疫情”的现实背景下也将“应对突发公共卫生事件”作为处理个人信息的合法情形之一。⁶

- 草案在《网络安全法》和《民法典》的基础上，进一步拓展个人在个人信息处理活动中的权利，包括知情权、决定权、查阅复制权、更正补充权、删除权。⁷ 特别是，草案在《网络安全法》的基础上规定了更多删除权的适用情形。由于个人信息处理者为响应个人的权利请求需要付出一定的人力和技术成本，为了避免个人屡次行权甚至滥用权利的行为对个人信息处理者造成不必要的合规负担。为了平衡权利的行使，草案是否会说明个人信息处理者在何种情况下可以针对个人的行权请求收取合理费用（甚至拒绝进行响应），有待下一阶段立法明确。

- 草案以专节规定了国家机关处理个人信息的规则，⁸ 要求国家机关为履职需要处理个人信息应依照法定的权限和程序进行，不应超越履职所必需的范围和限度；⁹ 非经法律、行政法规明确规定或个人同意，国家机关不得向他人提供其处理的个人信息。¹⁰ 考虑到国家机关处理个人信息的行为与其国家管理和社会管理职能密切相关，该部分可考虑专章重点细化，避免整个法律解释上将国家机关视为一般的“个人信息处理者”进而适用其他的规则甚至罚则。

- 在监管机构的部分，草案在明确国家网信部门的统筹协调地位的同时，沿袭了《网络安全法》“国务院有关部门”的表述，¹¹ 可见接下来在《个人信息保护法》的执法中还不可避免会出现“九龙治水”的情况。但相信通过草案的讨论以及制定，“履行个人信息保护职责的部门”未来能够更大程度地统一对草案条款的解读和后续实施细则的口径，并协调不同部门在实践执法中的监管水位，避免后续出现细则与《个人信息保护法》本身产生冲突的情况。

我们将在下文对草案中与现有规则存在较大变化的重点制度进行简要解读和评析。

1、域外效力规定

草案借鉴欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）的做法，将“以向境内自然人提供产品或者服务为目的”和“为分析、评估境内自然人的行为”情形下在境外开展的个人信息处理活动，也纳入草案的管辖范围。

1. 据报道，当时由国务院信息办委托中国社会科学院周汉华教授成立课题组起草的专家建议稿已于 2004 年完成，并正式提交进入立法阶段。参见周汉华，“对《个人信息保护法》（专家建议稿）若干问题的说明”，载《中国科技法学年刊》，2005 年卷 01 期，第 322 页。

2. 《民法典》第一千零三十五条。

3. 草案第四条。

4. 草案第五条至第九条。

5. 即订立或履行合同、履行法定职责或义务、紧急保护自然人生命财产安全，以及维护公共利益之合理范围等情形。参见《民法典》第一千零三十六条和《信息安全技术 个人信息安全规范》第 5.6 条。

6. 草案第十三条。

7. 草案第四章“个人在个人信息处理活动中的权利”。

8. 草案第二章第三节“国家机关处理个人信息的特别规定”。

9. 草案第三十四条。

10. 草案第三十六条。

11. 草案第五十六条。

法律/草案	法律条文	评述
《网络安全法》	国家采取措施，监测、防御、处置来源于中华人民共和国境内外的网络安全风险和威胁，保护关键信息基础设施免受攻击、侵入、干扰和破坏，依法惩治网络违法犯罪活动，维护网络空间安全和秩序。（第五条） 国家网信部门和有关部门依法履行网络信息安全监督管理职责，发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当要求网络运营者停止传输，采取删除等处置措施，保存有关记录；对来源于中华人民共和国境外的上述信息，应当通知有关机构采取技术措施和其他必要措施阻断传播。（第五十条）	《网络安全法》采纳的是“防御型”、“被动型”的域外效力规定，着重防控、阻隔来源于境外的“网络安全风险和威胁”和“禁止发布或者传输的信息”。因此，在《网络安全法》的语境下，境外机构的数据处理行为只有在被认为是“境外的网络安全风险和威胁”才存在被管辖的可能。
《数据安全法（草案）》	在中华人民共和国境内开展数据活动，适用本法。 中华人民共和国境外的组织、个人开展数据活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。（第二条）	《数据安全法（草案）》的域外效力规定以概括性的“效果原则”对属地原则进行补充，明确要求对损害我国国家安全、公共利益或公民、组织合法权益的境外数据活动追究法律责任。但是，该条的适用重点在于解释“危害后果”存在后，方可进行域外适用。
《个人信息保护法（草案）》	组织、个人在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。 在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用本法： （一）以向境内自然人提供产品或者服务为目的； （二）为分析、评估境内自然人的行为； （三）法律、行政法规规定的其他情形。（第三条）	草案进一步扩大域外效力的范围，将关涉我国境内自然人的个人信息处理行为均纳入法律规制范围，旨在更大的程度和范围上保护境内自然人的个人信息权益。 另外，GDPR地域适用指南（Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)）对GDPR项下的地域适用规则进行具体说明，许多其他国家在解释本国个人信息保护法的域外适用范围时都借鉴了该指引中的规则。因此该指引对如何理解草案中的域外适用情形具有一定的参考价值。

三部法律（草案）所采纳的循序渐进的域外效力规定以及近年来主要司法辖区的数据保护立法也正说明，扩大域外效力来增强个人对其个人信息的控制和保护已成为全球个人信息立法的普遍共识与现实趋势。因此，跨国企业需要进一步考虑全球主要司法辖区之间个人信息合规体系的协调与衔接。

2、“个人信息处理者”的角色定位

草案参考《民法典》的表述方式，以“个人信息处理者”作为基本的法律责任承担主体。虽然没有明确采纳欧盟 GDPR 区分“个人信息控制者”和“个人信息处理者”的模式，并且在法律中直接明确控制者和处理者的不同个人信息保护责任，但是草案对“个人信息处理者”的界定与欧盟 GDPR 对“个人信息控制者”的界定却有异曲同工之妙，即满足“自主决定处理目的、处理方式等个人信息处理事项”要求的主体才构成个人信息处理者。¹²

12. 草案第六十九条将“个人信息处理者”定义为自主决定处理目的、处理方式等个人信息处理事项的组织、个人，而欧盟 GDPR 项下的“个人信息控制者”是指能单独或共同决定个人信息的处理目的和方式的自然人、法人、公共机构或其他组织。

事实上，草案中规定的绝大部分合规义务也由个人信息处理者承担，且草案也在基本原则部分明确要求个人信息处理者对其个人信息处理活动负责，¹³基本可以认为个人信息处理者在个人信息处理活动中处于主要地位。¹⁴但如何在法律上评价草案第二十二条项下的受托方的法律地位，除了与个人信息处理者之间合同规定的义务外，还需要履行草案中规定的哪些义务，也需要立法机关作必要的澄清和说明。如果实践中全部靠合同约定，容易导致不同主体的合同义务范围以及要求约定不同，可能不利于为个人提供统一的、最低限度的保护；在执法的角度上看，这种不确定性也不利于判断被委托处理者是否承担个人信息泄露或者其他违规行为的法律责任。

尽管如此，除了规定共同处理个人信息时承担连带责任外，¹⁵草案并没有对个人信息处理活动的责任承担和分配规则进行具体、明确的说明。在出现因个人信息处理活动侵害个人信息权益的情况时，根据草案将可能难以在处理者与处理者之间，或者处理者与受托方之间准确地分配法律责任。鉴于在实践中“委托处理个人信息”的情况极为常见，且二者在现实的个人信息处理活动中也确实扮演着不同的角色，事实上享有不同的权利、承担不同的责任，对“受托方”的定义和义务体系作必要的明确，也是为了可以针对二者的法律权利义务关系作必要的分割和厘清。

此外，如何判断“共同决定个人信息的处理目的和处理方式”，也将是未来草案亟待澄清的要点之一。这方面可以考虑借鉴 GDPR 以及欧盟法院对共同数据控制者 (joint controller) 的一个判断，其基本逻辑是通过判断一项数据处理行为的不同周期 / 阶段，分析这两个或者多个共同控制者能不能就数据处理行为决定其目的方式范围，但是并非要求每一个共同控制者都实际参与所有的数据处理行为的全部阶段。自 GDPR 生效以及执行的两年多来，欧盟法院在多个具有代表性的案例中对共同数据控制者采取了更为宽泛的解释，以更好地保护个人信息这一权益，《信息安全技术 个人信息安全规范》中也体现了这一思路，这也是企业实践中需要注意的地方。

3、“告知 - 同意”系列规则

在草案拟定的个人信息处理规则中，“告知 - 同意”系列规则仍然是基础和核心。¹⁶整体而言，草案中的“告知 - 同意”系列规则可以从多个因素和角度进行梳理，不同场景下“告知 - 同意”的规则要求将有所不同：

- 个人信息主体类型的角度：针对不满十四周岁的未成年人，应取得其监护人的同意。¹⁷

与《儿童个人信息网络保护规定》相比，草案针对儿童个人信息处理设定了一项前提，即个人信息处

理者应“知道或应当知道”其处理的个人信息是不满十四周岁未成年的个人信息，因此一些企业自身的产品或者服务并不针对儿童，并且也没有相关因素可以判断存在儿童用户的，可能可以以此作为法律适用上的抗辩。

- 处理活动的角度：在特殊的情形下，个人信息处理者履行“告知 - 同意”义务的范围或时点会有所改变。

例如，在法律和行政法规明确规定的情况下，可以不向个人履行告知义务，¹⁸此时个人也无权要求查阅或复制其个人信息。¹⁹又例如，因发生紧急情况无法及时告知时，个人信息处理者应在紧急情况消除后补充履行告知义务。²⁰

另外，草案也为“委托处理”“转移”“向第三方提供”和“自动化决策”等不同的情形设置了相应的告知和同意要求。²¹特别是向第三方提供要求获得个人单独的同意，这点可能会为企业实践带来新的合规挑战。例如，线下开展的个人信息处理活动应该如何在成本可控的情况下获得“单独同意”，可能需要草案进行适当的明确。

- 个人信息类型的角度：相较于处理一般个人信息的告知和同意要求，处理敏感个人信息时，个人信息处理者需额外向个人告知处理行为的必要性及其影响，²²并取得个人的单独同意。²³如企业的产品或服务中涉及敏感个人信息的收集，则需要考虑是否设置专门的授权页面。

我们也注意到，草案明确列举的敏感个人信息范围与《信息安全技术 个人信息安全规范》资料性附录 B 中列举的个人敏感信息范围有所差异。原则上草案作为法律在效力位阶上理应优先，但是考虑到二者对个人敏感信息（或敏感个人信息）的定义并无实质差异，不排除实践中执法机构在判断某项个人信息是否属于敏感个人信息时，也会参考国家标准中更为丰富的列举。

另外，纵观草案全文，草案目前对敏感个人信息的“特殊关切”仅体现在征求同意和信息告知的要求上，未显著地为个人信息处理者施加处理“敏感个人信息”的特别合规要求，在选择合法性基础上也没有展现出更多的难度或门槛要求。因此，为了体现差分保护的理念，不排除草案未来会考虑对个人信息处理者处理敏感个人信息时所需落实的安全保护义务提出额外的要求。

但是，草案整体而言仍将“同意”作为个人信息处理活动最基础的合法性依据，在实践中可能会对企业构成重大的合规压力。为了更多地体现对个人信

13. 草案第九条。

14. 虽然草案第二十四条中还规定了对外提供个人信息场景下的“第三方”，结合上下文进行解读，“第三方”也应属“个人信息处理者”，因而其在间接取得个人信息后以自身名义进行处理时，也应履行草案中个人信息处理者负有的合规义务。

15. 草案第二十一条。

16. 草案在不同的条款中所采用的“同意”“单独同意”“书面同意”等不同表述是否具有不同的实践内涵，需要立法机关进一步澄清。

17. 草案第十五条。

18. 草案第十九条第一款。

19. 草案第四十五条第一款。

20. 草案第十九条第二款。

21. 草案第二十二条至第二十五条。

22. 草案第三十一条。

23. 草案第三十条。

息保护和促进数据发展的平衡、自由与秩序的平衡，草案可能需要考虑增加更多的处理个人信息的合法事由。例如，“正当利益”事由可以使企业在保护个人信息以及自己或其他第三人的正当利益之间进行平衡以及判断，且草案第九条设置的问责原则和其他法律责任机制也可以保证对企业加以约束。实践中不少数据使用场景难以落入履行合同或法定职责所必需的范围（例如，自动驾驶道路测试可能拍摄到行人、雇主为员工购买福利保险），这些场景通常不会对个人带来重大不利影响，但如果要求企业取得个人的同意将可能产生非常高的成本，而“正当利益”事由可以是一项折中的选择。

4、个人信息处理者的安全保护义务以及建立数据合规体系的必要性

草案以专章规定了个人信息处理者的安全保护义务。总体而言，草案还是采取相对宽泛的规定模式，以便预留应对后续新技术、新科技制定执行层面的监管实施细则的空间。对于许多企业而言其最关心的是，企业采取了哪些安全保护措施后可以认为在法律上没有过错，何为“必要的安全保护措施”仍有待立法和

通用的安全保护义务	采取必要措施确保个人信息处理活动合法合规，并防止未经授权的访问、个人信息泄露、被窃、篡改或删除（第五十条） 对个人信息处理活动、采取的保护措施进行定期合规审计（第五十三条）
特定主体需要履行的安全保护义务	处理的个人信息达到规定数量的个人信息处理者：指定个人信息保护负责人，并公开、向履行个人信息保护职责的部门报送其姓名和联系方式（第五十一条） 落入管辖的境外个人信息处理者：在境内设立专门机构或指定代表，并向履行个人信息保护职责的部门报送机构的名称或者代表的姓名和联系方式（第五十二条）
特定场景需要履行的安全保护义务	进行对个人有重大影响的个人信息处理活动时：落实事前风险评估和事中处理情况记录义务（第五十四条） 个人信息处理者发现个人信息泄露时：补救和通知义务（第五十五条）

为了落实草案对个人信息处理者的个人信息保护义务

的要求，企业需要在内部建立数据合规体系来持续和体系化地保护个人信息。从草案以及之前《数据安全管理办法（征求意见稿）》的规定来看，建立数据保护合规体系应当是接下来的法律要求，将不再停留在国家标准这种推荐性做法的层面。建立合规体系一般需要从如下维度考虑：

- 对数据处理行为的现状进行核查，清查所有数据处理行为并确保每一项数据处理行为都能够被数据合规体系覆盖。对所有的现状的合规差距进行分析后进行整改以及落地具体的合规建议；
- 关注人事组织架构以及内部管理规定构建（例如个人信息保护负责人的任命、基本的管理制度、应急预案、操作规程等），也需要关注技术措施的跟进（例如数据的分级分类、加密、去标识化、权限配置、数据泄露的补救措施等）；
- 此外，需要关注内部隐患（例如员工的安全教育与培训，定期应急演练等）和外部风险（例如与第三方开展数据合作的风险控制）；
- 既需要关注日常运行过程中数据保护，也需要为应对特殊场景做好充足准备（例如数据合规审计、风险评估、数据泄露应对等）。

草案将要求企业真正的在个人信息保护领域做到“合规工作的全面化、常态化”，因而企业应充分发挥内部职能部门与外部专业机构各自的优势，以期自身打造一套综合性强、覆盖面广、能持续发展和更新的数据合规体系。

5、个人信息的跨境传输规则

草案在现有规则的基础上，重构了个人信息跨境传输的监管框架。根据规定，个人信息处理者向境外提供个人信息的合法情形主要包括三种情况；目前虽然尚未包括白名单机制，但是为了便于与其他国家开展对等合作，并在国内前沿地区开展试点，不排除草案也可能进一步考虑增加该机制。²⁴ 鉴于“通过国家网信部门组织的安全评估”、“个人信息保护认证”与“与境外接收方订立合同并监督个人信息处理活动”属于并列关系，是否意味着在安全评估过程中国家网信部门不会实质审查境内外双方的合同关系仍有待澄清。尽管第（一）项允许个人信息处理者“依照本法第四十条的规定”进行安全评估以向境外提供个人信息，由于第四十条的适用对象仅为“关键信息基础设施运营者和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”，其他个人信息处理者是否可以基于通过安全评估作为向境外提供个人信息的合法性基础，也需要立法机关进一步明确。此外，草案还要求个人信息处理者向个人进行充分的信息披露，²⁵ 并取得个人的单独同意，因而企业需要考虑以单独的页面、弹窗或文书就跨境提供事项向个人进行告知和征求授权。

草案在《网络安全法》的基础上扩大了个人信息本地化的要求。除关键信息基础设施运营者以外，处理个人信息达到规定数量的个人信息处理者也应履行个人

24. 草案第三十八条。
25. 草案第三十九条要求披露的内容包括境外接收方的身份、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使法定权利的方式等事项。

信息本地化存储的义务，²⁶而这一数量门槛是否会根据个人信息的性质、个人信息处理者所处的行业或其个人信息处理活动中的角色不同而有所差异，需要立法部门或者国家网信部门进一步澄清。值得注意的是，与一般情况下向境外提供个人信息不同，负有本地化义务的实体原则上只能以“通过国家网信部门组织的“安全评估”的方式才能合法地向境外提供个人信息，而安全评估的考虑要素也需要国家网信部门后续提出更为具体的指引。

草案还借鉴《数据安全法（草案）》的做法，对因国际司法和执法协助向境外提供个人信息的行为，规定了依法向主管部门申请审批的义务。²⁷考虑到部分企业的境内业务服务器也会部署在境外，如境外机构因司法协助或执法协助的理由直接获取境外服务器中的个人信息，不排除这种未经境内主管部门审批即向境外机构提供数据的行为会被国内监管机构认定为违法行为。因此，建议企业在决定是否向境外迁移境内业务服务器时，应密切关注立法机关对本条的解读，并谨慎评估服务器迁移可能带来的成本以及合规风险。

6、增强了违法个人信息处理行为的法律责任

草案中最引人关注的条款之一，正是其严苛的法律责任条款。本次公布的草案将“违反本法规定处理个人信息”或者“处理个人信息未按照规定采取必要的安全保护措施”的法律责任显著地提高至“五千万元以下或者上一年度营业额百分之五”，²⁸大大地提升了个人信息权益侵害行为的违法成本。

然而，草案条款中并未明确处罚主体以及具体如何计算“上一年度的营业额”。根据草案上下文的解读，接受处罚的实体应为违反本法规定处理个人信息或者处理个人信息未按照规定采取必要的安全保护措施的“个人信息处理者”，由于草案第二十二条规定的“受托方”法律地位不明，本条的处罚对象是否可能也会包含“受托方”也需要进行澄清。此外，结合草案第六十九条的定义，如“个人信息处理者”仅指个人信息处理活动链条上的某一个或者多个实体，而草案不进一步明确罚款基数是按照“个人信息处理者”的单一主体的营业额还是整个集团的营业额进行计算，这也可能会导致很多企业通过集团内部的商业安排来减少实际承担数据处理行为的主体的营业收入或者账上收入，来规避“上一年度营业额百分之五”的罚款。

欧盟的GDPR对于罚金的计算采用的是“Undertaking”（经营者）的概念，然而这一概念是GDPR借鉴了欧盟竞争法，具体指进行同一经济活动的实体，从内涵上undertaking可以包括多个从事该经济活动的法律实体。²⁹考虑到我国法律体系中缺乏类似欧盟法中“undertaking”的概念，草案也没有明确处罚主体，而数据处理行为很多时候都涉及整个企业集团，那么在计算违法实体上一年度营业额时，今后个人信息保护的执法是否会参考、借鉴经营者集中反垄断申报实践中的营业额计算标准？然而，如直

接采用GDPR的方式认定整个跨国企业或者集团的营收作为罚款总额，这可能会导致一些企业在评估和考虑中国个人信息保护法律的合规成本之后选择不在中国投资或者继续运营，反而容易引发个人信息保护与国际贸易自由流动的失衡。另外，一项个人信息处理活动通常会涉及多个个人信息处理者，计算罚款基数“上一年度营业额”时是否有可能将相关个人信息处理者的上一年度营业额进行叠加？这些都是草案在后续修订和实施中亟待明确的问题。

此外，草案第六十五条似乎对个人信息权益的侵害行为采取了过错推定的认定规则，即由个人信息处理者自行举证证明其实施的个人信息处理活动是否存在过错；而在个人信息处理者证明自己没有过错的前提下，其仍然可能需要承担部分或全部责任。³⁰《民法典》与《民法总则》在个人信息保护权的侵权责任归责模式上没有实质性变化，均为过错责任原则。之前在个人信息保护权的侵权民事案件中，负责审理“四川航空案”的法院在举证责任分配上以公平原则和诚实信用原则作了类似过错推定的处理，³¹如果今后个人信息保护权的侵权认定原则变成过错推定原则，这无疑会极大地增加个人信息处理者的合规和诉讼压力。

（三）结语

本次出台的草案充分体现了立法机关对境内外个人信息保护立法、执法和司法实践的广泛参考和深入总结，同时也展现了我国个人信息保护水平将达到国际先进水平的趋势。企业如果之前选择以满足法律规定作为合规的标准，将需要尽快考虑调整原有的合规措施，虽然距草案正式定稿生效还存在一定期间，但草案代表了今后的个人信息保护的机制的走向，对现有规则在执法中的解释也会具有引导作用。未来《个人信息保护法》正式颁布后，势必会对国内个人信息保护领域的实践带来重大影响：个人信息合规体系将成为企业合规建设中的必备要素，个人信息相关的执法和司法案例也可能会逐步涌现。考虑到个人信息处理规则日臻完备且被正式纳入法律当中，《个人信息保护法》是否会影响《刑法》项下“侵犯公民个人信息罪”的解读也有待进一步观察。接下来立法机关还会参考各界意见反馈及实践情况进一步完善草案内容，企业应密切关注有关部门现阶段的执法水位和司法态度，以便更好地掌握《个人信息保护法》立法的现实基础，随时调整内部的合规应对措施。

26. 草案第四十条。

27. 草案第四十一条。

28. 草案第六十二条。

29. 在欧盟法律中，“经营者”不单指参与交易的企业，还包括企业所在的集团，即共同组成一个有独立决策权的经济体的企业（单一经济体）。

30. 草案第六十五条：因个人信息处理活动侵害个人信息权益的，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承担赔偿责任……个人信息处理者能够证明自己没有过错的，可以减轻或者免除责任。

31. 参见“林念平与四川航空股份有限公司侵权责任纠纷二审民事判决书”，四川省成都市中级人民法院，（2015）成民终字第1634号。在该案中，法院认为由于原告举证能力有限，根据公平原则和诚实信用原则要求被告企业对其已经履行了个人信息安全保护义务承担举证责任，实际上将证明四川航空未履行安全保护义务的这一过错的举证责任倒置给了被告企业。

二、全球数据保护合规常见误区及实操难点

在数据日益重要的今天，企业在不断开拓数字化业务挖掘数据商业价值的同时，也面临着越来越严格的数据保护法律和监管要求。很多国家受《欧盟通用数据保护条例》（下称“GDPR”）的影响也纷纷制定或者修改了其数据保护法律，目前全球已经有超过 120 个国家有个人信息保护类的立法。技术日新月异的发展也大大加速了立法的变革，企业的保护及合规一直面临各种因法律的不确定性带来的挑战。对于越来越多走出去的中国企业来讲，如何以最小管理成本实现不同国家和地区的数据保护法律合规成为亟需解决的重要问题。实践中，我们看到很多企业已经开始探索和部署建立全球数据保护合规体系，虽已取得一定成效但同时也遇到了各式各样的障碍和难题。

本文将结合我们在全球数据保护合规以及国内网络安全与数据保护合规方面的经验，来分析企业在全域数据保护合规策略中的选择和常见误区、以及实施和落地过程中常见的障碍。

（一）企业开展全球数据保护合规的常见误区及难点分析

1、GDPR 为主的全球合规策略是否简单易行并且适用于各国的业务发展的需求？

许多企业（特别是在欧洲有业务且受到 GDPR 管辖的企业）在开展全球数据保护合规工作时，会选择先做 GDPR 的合规，然后再将依据 GDPR 建立的合规措施和流程以尽量少的改动复制到各国，以实现内部流程的统一和减少差异化管理。然而这样的合规策略真的如预想一样有效以及简单易行吗？做到了 GDPR 合规是否也就意味着可以一劳永逸地同时满足其他国家数据保护法律的要求呢？

随着 GDPR 实施近两年，欧盟和各成员国监管机构对于这部法律的解读越来越多，执法案例也越来越多，这都对企业理解规则并在实践中依据规则开展合规给予了很多指导。我们经手过不少中国企业针对 GDPR 开展的数据保护合规项目，也协助过很多外企通过将总部的 GDPR 合规体系进行本地化来实现国内网安法的合规。不可否认的是，GDPR 的规则和体系确实可以给企业带来项目实施上的便利，有利于企业内部的统一管理和自动化工具的部署。

但实践中我们也看到，企业在以 GDPR 为主建立全球合规体系的项目结束后，很多项目产出只流于形式并且没有注重与本地的法律结合，过了一段时间后发现这些产物很难内化到企业的业务流程和管理流程，从而没有发挥出 GDPR 的体系在数据保护上的指引的功效。原因除了 GDPR 本身合规难度较高以外³²，我们认为还有国内企业对 GDPR 的合规要求理解尚不深入，合规成本、资源限制后续合规项目继续投入，以及业务部门的意识和配合程度较低等。很多时候企业都以法律不强制要求为由最终没有实施例如 GDPR 要求的数据保护影响评估（DPIA）和 privacy by design and by default 这些措施。

另外，企业依据 GDPR 作为个人信息保护的合规要求并不一定能够完全符合很多其他国家数据保护合规的需求。这种常见的“一刀切”的做法在实操中会遇到如下问题：

- GDPR 的规定仅限于个人信息保护领域，在这样的保护体系下，企业在考虑海外其他国家的合规措施时可能会忽略融合其他领域的法律要求。

很多国家对非个人信息或者技术本身也有一定的保护和限制性规定，例如我国法律规定的“重要数据”、“测绘地理信息”等，美国技术出口管制的限制，以及印度等国家计划对物联网中涉及的机器运行数据进行的管控等。金融、医疗、电商等行业性法规往往也会在数据种类或者系统种类层面提出特殊的要求，并且会作为特别法优先适用于行业。一些国家的个人信息保护规则可能并不完全规定在其个人信息保护法中，例如韩国个人信息保护相关的域外适用的规定在其 Network Act（全称为 the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Data Protection）中，而不是在个人信息保护法（Personal Information Protection Act）明确，并且韩国的 KCC（Korean Communication Commission）已经根据 Network Act 对韩国本地企业和境外企业进行多次执法。

- 很多国家的数据保护规则与 GDPR 存在差异，直接适用依据 GDPR 确立的数据保护措施可能并不能够完全满足各国的数据保护合规的要求。

完全依据 GDPR 建立出来的公司政策和流程如果没有经过本地化或者只是有限地本地化，可能会在法律适用和术语上没有办法与当地的法律进行匹配。例如我国没有完全采用 GDPR 中数据控制者和数据处理者的定义以及相应的归责方式。实践中我们看到很多协议在使用此类概念的时候，仍然直接引用 GDPR 中的定义，因此导致无法对应当地法律导致约定不明的情况。例如新加坡和香港也没有使用数据控制者和数据处理者的定义，在法律归责原则上也并非完全与 GDPR 相同。

实体规则方面的最大差别还体现在收集个人信息时的透明度要求以及数据主体的控制权（主要是数据主体权利）方面。不同于很多国家都要求数据主体同意一项数据处理行为，GDPR 规定了许多其他的合法基础因此数据控制者还可以基于“正当利益”或“履行合同”，不经过数据主体的同意收集和处理其个人信息。这些依据 GDPR 设置的注册流程可能无法满足用户“同意”的要求。特别是企业需要发送营销信息（direct marketing）时，很多国家对此都提出了明示同意（opt-in）的要求，如果企业在非欧盟国家采取正当利益作为法律基础（欧盟部分成员国也认可基于正当利益进行直接营销），未事先就向用户发送营销信息取得用户同意，则可能会导致违反当地的法律要求。

- 以 GDPR 为基础建立的部分合规措施可能在一些国

32. THOMSON REUTERS 的一项调研显示，有约三分之一的被调研企业认为 GDPR 合规比预想地更为困难，参见 Thomson Reuters “GDPR Report-Business’ struggle with data privacy”，<https://www.thomsonreuters.com/en/press-releases/2019/may/businesses-struggling-with-gdpr-after-one-year-says-thomson-reuters-survey.html>。

家的合规水位过高，不利于当地业务的开展。

例如，依据 GDPR 建立的合规体系往往要求企业在委托第三方处理数据或者与第三方共享数据时，与第三方签订相应的协议文件。在很多国际和地区法律尚没有此项要求（例如印尼、越南等），如果企业内部制度强制要求业务部门签署此类模板协议，可能会为业务部门造成不必要的障碍。另外，GDPR 强调的限期删除原则很多国家在过去几年也没有全面地开始严格地执行。

2、各国法律合规是否“只要符合法律最低要求”？

在我们负责过的众多数据保护合规项目中，“只要符合法律最低要求”和“保持行业平均的合规水位”是最常见的合规诉求。这两种诉求对于解决业务部门的某个具体问题、或者完成某个短期的项目而言是合理的。但是我们的经验是，企业以这种合规水位建立的管理流程或采取的合规措施，虽然看上去满足了某个时间点一些法律法规的书面要求，但在全球各国数据合规水位不断提升、民众个人信息保护以及隐私保护的意识不断提高、监管日趋严格的大前提下，这种“tick the box”的做法很多时候还会面临着这些合规项目的产出后期需要不断更新的问题。

目前很多国家的法律规定（包括 GDPR 在内），都尚存在不清晰之处，而且很多国家监管机构的执法案例中对于主要的法律问题并没有详细论证和披露细节，国内的从业人员在缺乏当地背景的情况下，很难仅根据法律文本摸透当地监管的思路。如果企业仅以“法律最低要求”为标准，忽视监管机构颁发的指南、指引等不具有法律效力的文件，可能会导致企业的合规措施并不能充分满足当地的数据保护法律要求。这点在美国 FTC（联邦贸易委员会）的过往执法中有很好的体现，美国联邦层面尚没有统一的数据保护法，但是 FTC 过去三十年来的执法主要是依据 FTC Act 第五条针对不公平（unfair）和欺骗性（deceptive）行为的原则性规定并且不断扩张解释来完成。FTC 的指引因此也成为当地合规需要重点考虑的文件之一。

另外，很多监管机构在进行数据保护执法时都是从消费者权益保护的角度出发来考虑用户的权益保护。用户期待值的不断提高也使得监管机构不断在执法层面提高对企业的合规要求（从去年我国的 APP 个人信息保护执法来看，似乎也是这种消费者权益保护的思路为主）。

3. B2B 企业比 B2C 企业面临的数据保护合规压力较小？

传统的 B2B 企业涉及的个人信息主要以 B 端企业的员工为主，例如企业的销售人员的联系信息，整体涉及到个人信息的场景较少，因此很多 B2B 企业对数据保护一直不是很重视。随着全球数字化的发展，越来越多的 B2B 企业开始从线下到线上，例如汽车生产商开始直接面对消费者提供远程诊断服务、医疗器械行业通过线上获取患者数据进行植入物的 3D 打印等。

在中国提出“智能制造”大政策的前提下，必然会有更多传统制造企业向 IoT 转型，并且应用更多的用户

数据来调整自己的产品设计以及营销策略。这些 B 端企业涉及的个人信息体量和敏感性并不亚于面对 C 端的互联网企业，特别是物联网产品的数据安全问题甚至可能涉及用户或公众的生命安全。而且很多物联网产品从设计、研发到生产和销售的周期要远远长于互联网产品，将数据和隐私保护要求嵌入产品设计显得更为重要。

此外，IoT 行业面临的数据保护合规问题往往不仅限于个人信息保护，还涉及非个人信息的监管要求。例如我国药监局的《医疗器械网络安全注册技术审查指导原则》中对医疗器械运行数据做出了规范。其他国家也在考虑规范非个人信息的使用，例如印度电信部门考虑对机器间（Machine-to-Machine communication）的数据传输进行规制等。提供 3D 打印或者定制服务的 B2B 企业，为了减少客户订单的交流时间和增加订单完成的速度，大多考虑系统直连的方式。

特别是一些医疗器械类的企业，会直接将一些影像类的数据进行去标识化处理后直接传给器械生产厂商进行定制生产。这种时候数据主体所在国（例如在欧洲医院的病人）的数据保护法对于去标识化以及匿名化的要求，以及其他的数据保护要求（例如数据限期存储和数据主体权利）也都会影响 B2B 企业的数据保护合规措施。随着产品的销售遍布全世界各地，这类 B2B 企业也会面临很多国家的法律适用和合规的压力。这种法律适用和规则调和方面的压力对于 B2B 企业而言也不见得就小于 B2C 企业。

4. 数据跨境传输安排是否一纸数据跨境传输协议就可以解决？

数据跨境传输安排是企业进行全球数据合规实操中最棘手的问题之一，其中主要原因在于跨境传输往往涉及较多的环节，需要同时考虑不同国家的法律要求。很多中国企业在出海时最为关注的问题是，其是否可以将海外的数据回传至中国处理和存储。这种安排涉及到当地法律中的本地化要求、当地法律对数据传输至中国的要求，以及中国将处理后的数据跨境再传输到海外国家的要求。在每一个有业务的国家设立当地的数据中心显然不是很实际，因此很多企业的数据流大多是从【用户所在国→数据中心所在国→数据处理中心所在国→中国或更多国家】等不同的传输路径。

出于对本国数据资源的保护、政治和国家安全等因素考虑，已经有越来越多的国家开始（考虑）数据本地化方面的限制。例如俄罗斯对个人信息的本地化要求、我国的“重要数据”、印度 2019 年《个人信息保护法草案》中的“critical data”等，美国有议员提出制定法律禁止将美国的个人信息向可能影响美国国家安全的国家（如中国、俄罗斯等）传输。这些数据本地化的要求有些十分明确，要求 App 或者网站的日志信息必须先落盘在当地的服务器，并且对在本地托管的数据中心的建设和运营也有明确的要求。

从数据跨境传输的限制来看，也并不是单独签署一纸跨境传输协议就可以解决的。除了可能需要包含法律必备的条款，或者使用政府公开的标准协议模板之外，部分国家还对企业使用的跨境传输协议提出了审批或

备案的要求（例如瑞士）。另外，这些数据跨境传输以及再传输也需要在企业自己的隐私政策中有所体现，以告知用户，否则将可能违反当地的数据保护法。另外，在欧盟，很多成员国都有很强势的劳资委员会（works council），这些 works council 对当地员工个人信息的收集处理以及跨境传输都有共同决策权。在没有与当地的 works council 沟通的情况下就将欧盟当地的员工的信息直接传回中国处理可能会引发 works council 的反弹和执法。

（二）2020 全球数据保护合规安排建议

1、全面了解自身业务并且对前期的核查进行复盘。

通过数据核查，了解自身业务中涉及的每一项数据处理行为是企业建立全球数据保护合规体系不可避免且至关重要的一个过程。GDPR 的规制维度是细化到每一项数据处理行为的，例如在判断 GDPR 的适用性时，需要具体到每一项数据处理行为来分析，对企业来说，可能仅某一项或者某一部分数据处理行为会落入到 GDPR 的适用范围。数据核查不仅仅是事实发现与总结的过程，更是一个法律分析的过程，因为数据保护合规要求满足与否需要放到每一项数据处理行为的维度去分析。企业在对自身的业务中涉及的数据处理行为缺乏一个整体和微观的理解的前提下，很难充分地识别哪些数据处理行为以及在哪些国家的数据保护合规方面面临压力，因此无法有的放矢地制定适宜企业自身业务实践的全球数据保护合规策略。

我们经手的许多全球和国内数据保护合规项目或者数据审计项目中，很多企业的核查都是通过问卷的方式来收集各部门的信息，但很多情况下问卷问题不清晰或者法律术语过多，导致业务部门无法理解因此无法给出更为有价值或者准确的回复。之后具体的数据处理行为都不完全弄清楚的前提下，就制定了很多公司政策来完结项目。需要指出的是，采取问卷调查的方式能够将第一轮的问题很快筛查出来，但是这种方式在企业有一定的数据保护合规体系并且员工对于数据保护的意识达到一定的水位和业务部门已经具备基本的数据保护知识的基础上才能取得很好的效果，然而这种方式不一定见得是适合首次进行数据保护合规的企业。

2、数据合规体系应与企业的管理流程与业务流程有机融合，并有效开展审计和选取监测指标来衡量这些措施的有效性，重视新产品新服务和解决方案的合规评审。

企业在建立数据合规相关的制度和流程时，应当兼顾企业现有的管理流程和业务流程，为业务部门提供具体的“正向指引”，尽量避免将过于“原则化”的规范式文本直接提供给业务部门。我们看到很多公司在国内网安法的合规问题上，在内部的员工个人信息保护指引中直接复制《个人信息安全规范》的内容，这种政策我们认为是很难发挥出给业务部门的指导和规范效果。

对于已经建立的数据保护合规体系，企业可以考虑通过内部审计等机制来检验其实施落地的情况和有效性，以便及时识别与业务的不契合之处和不合理之处。这些不合理之处可以通过选取相应的指标（matrix）来进行衡量，例如数据主体行权的平均回复时间以及回复质量（是否引发后续的应对）、隐私政策是否因为内部的合规排查不准确导致的更新次数、隐私办公室收到各业务部门的问题并且解答的次数等。定期的审计也是必不可少的。

另外，需要充分论证业务部门提出的法律方案以外的解决方案。技术领域日新月异的发展使得法律滞后性的问题越来越突出，而数据保护领域尤为明显。如果企业的数据保护合规策略过于僵化，或者习惯性从相对滞后的法律规则中推动出结论，对于处于法律空白领域的新型技术绝对不是一个好的信号。美国心理学家 Barry Schwartz 在 TED Talk 演讲上说的一句话可以用来表达了这种仅仅着眼于现有法律规则来提出解决数据保护方案的不足：“moral skill is chipped away by an over reliance on rules that deprives us from the opportunity to improvise and learn from our improvisation”（道德的技能已经被我们过分尊重规则的惯性摘除了导致我们现在无法进行即兴发挥也无法从这些即兴发挥中学习）³³。一个良性而且可持续的合规体系是要求企业法务与产品和安全团队一起协作的，企业法务适当地在相对滞后的法律规定的框架外从业务的视角以发展的眼光进行风险分析，并且尊重和充分论证业务层面考虑到的新的解决方案。

3、以当地用户的视角进行合规，充分减少法律与业务之间的沟通误差。

以用户的视角进行各国的合规可以让业务、法务、以及技术等部门获得一个直观的感受以及体验上的“最大公约数”，法务也能够有效地理解各国法律的要求、当地用户的权益保护的诉求、以及外部监管的角度，更好地协助公司进行合规。随着我国经济水平的增长，我们在跨国收购以及运营的能力上相比前 20 年已经有非常大的提高。这也导致了很多人“中国经验”的输出。在各国数据保护合规的策略上，单纯的“中国经验”输出是需要非常小心的，因为这些经验很多时候体现的是我们在中国对中国区的用户以及用户行为的认识，这些认识并非与当地用户的行为和期待相符。调研显示，85% 的德国人倾向于 GDPR 的规定，但在美国此比例仅为 29%³⁴。在有关是否愿意以隐私交换服务的调研中，不同国家的反馈也不同，德国对隐私的关注度最高，而印度最低³⁵。用户视角的不同往往会直接影响到不同国家的 App 或者产品的设计。只有在认识到这种差别的情况下，在做新产品上线的论证以及数据保护影响评估（DPIA）的时候才能够更有的放矢。

33. https://www.ted.com/talks/barry_schwartz_our_loss_of_wisdom/transcript.

34. Why the Rest of the World Can't Free Ride on Europe's GDPR Rules, <https://hbr.org/2018/04/why-the-rest-of-world-cant-free-ride-on-europes-gdpr-rules>, <https://www.pewresearch.org/global/question-search/?qid=1762&cntlDs=&stdlDs=>.

35. 同上注。

三、数据保护合规审计：实务与挑战

数据保护合规审计（data protection compliance audit）是指对企业的保护数据实践的有效性所进行的评估，该等评估需要综合考虑企业数据保护实践的全生命周期，包括数据处理行为的识别以及合规措施制定落实、定期复盘以及优化，并且需要随着企业数据处理活动的调整进行定期开展和持续改进。数据保护审计能够通过识别和优化企业在数据保护措施的有效性，改善企业数据保护工作的效率以及减少管理成本，减少结构化风险，并促进企业经营目标的实现。这与常规的信息系统层面的审计是不同的两个视角以及流程。从范围上来看，数据保护合规审计旨在关注整个企业内部的合规流程以及措施是否有效运行，确保法律上没有明确的不合规之处。IT 审计一般是整个企业合规流程中的一个小部分。我们在本文着重从为何以及如何开展数据保护审计进行分析，旨在为企业开展数据保护审计提供一些参考。

（一）为何要开展数据保护合规审计

数据保护合规审计对于企业建立一个长期有效的数据保护合规体系来讲十分重要。作为数据合规体系的重要组成部分之一，通过考察企业现阶段已经实施的数据保护措施在应对现实情况的有效性，以发现当前数据保护状态下的剩余风险，并确定是否需要对相关措施进行改进，甚至是实施补充措施。

首先，企业数据保护合规流程在制定之初具有一定的概括性，可能无法涵盖企业在后续经营过程中遇到的新的数据保护问题，尤其是随着数据体量与处理技术的发展，需要通过定期审计的方式去更新对不时调整的数据处理行为的合规流程的合理性判断，并根据现实情况对合规流程进行相应调整。同时，我国的数据保护立法和执法不断变化，需要通过审计的方式判断合规流程的时效性，以反映我国最新的数据保护立法和执法的要求。此外，数据保护审计有助于企业尽早发现数据保护实践中的不足并进行改正，避免过于被动地应对监管机构调查时发现的数据保护问题。

虽然我国的《网络安全法》等数据保护法规并未明确提出数据保护审计的要求，但是推荐性国家标准《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273-2020）（以下简称“《安全规范》”）已为个人信息控制者³⁶开展数据保护审计提供了一些推荐性做法，尤其是《安全规范》在第 11.7 条³⁷对数据保护审计的范围、系统要求、记录要求，以及审计后措施等方面进行了说明。《安全规范》还针对个人信息控制者在其产品或服务中接入具备收集个人信息功能的第三方产品或服务，以及委托第三方处理个人信息的场景，提

出了数据保护审计的要求³⁸，并明确了数据保护审计属于个人信息保护负责人和个人信息保护工作机构的职责范围³⁹。此外，全国人大常委会于 2020 年 10 月 21 日公布的《个人信息保护法（草案）》要求个人信息处理者⁴⁰定期开展数据保护审计，审计重点是其个人信息处理活动、采取的保护措施等是否符合法律、行政法规的规定；还提出个人信息保护部门有权要求个人信息处理者委托第三方机构开展数据保护审计。⁴¹如果《个人信息保护法（草案）》的数据保护审计条款在未来生效，开展数据保护审计便不再是一项推荐性建议，而是一项法定的数据保护义务，企业需要采取具体的措施来定期以及在个人信息保护部门要求时开展数据保护审计。

在欧盟 GDPR 生效前后，欧洲相关国家的数据保护机构已经逐步开展了数据保护审计工作。2016 年，德国的 10 家数据保护机构针对跨境数据传输问题向近 500 家企业发放了书面问卷，要求企业对于其向欧盟境外的国家传输个人信息等情况进行作答。德国数据保护机构本次调查的目的是对德国企业进行跨境数据传输的情况进行摸底，让德国企业对在使用云服务场景下发生的跨境数据传输的情况做到心中有数，以便其更好地遵守相关的跨境数据传输规则。从 2018 年 6 月开始，德国下萨克森州（Lower Saxony）的数据保护机构对 50 家大中型企业在处理个人信息时是否已经落实了 GDPR 的相关要求进行了数据保护审计，并在 2019 年 10 月发布了一份报告来总结这些审计中发现的主要问题。这次审计也是采用了要求企业填写书面问卷的方式，问卷里涉及了 GDPR 项下企业主要的保护义务，比如处理个人信息的合法基础（尤其是同意和正当利益）、安全措施、数据保护影响评估、数据处理活动记录、数据保护官和安全事件上报等。此外，英国数据保护机构信息专员办公室（Information Commissioner's Office, “ICO”）在其《数据保护审计指引》中对于如何开展数据保护审计（比如审计的目的、过程、好处等方面）进行了说明，并明确其会将数据保护审计报告公布在 ICO 的官方网站以助力企业改进审计中发现的数据保护合规瑕疵。

从国外的上述实践来看，数据保护监管机构开展的数据保护审计工作一方面主要是进行执法的推动，另外一方面也主要是为了帮助企业了解自身数据保护实践中存在的不足，并通过给出相关建议和指导来助力企业逐步提升自身的数据保护合规水位，并非是以数据保护审计结果来触发后续的执法。当然，按照 GDPR 第 58.1 条的有关规定，不排除数据保护机构开展强制性的数据保护审计调查的可能性。虽然我国目前还没有关于数据保护审计的相关立法，我国目前的监管机构尚未采用过数据保护审计的方式进行执法。《个人信息保护法（草案）》中对于监管机构的执法权限以

36. 有能力决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人。

37. 《安全规范》：11.7 安全审计 对个人信息控制者的要求包括：

a) 应对个人信息保护政策、相关规程和措施的有效性进行审计；

b) 应建立自动化审计系统，监测记录个人信息处理活动；

c) 审计过程形成的记录应对安全事件的处置、应急响应和事后调查提供支撑；

d) 应防止非授权访问、篡改或删除审计记录；

e) 应及时处理审计过程中发现的个人信息违规使用、滥用等情况；

f) 审计记录和留存时间应符合法律法规的要求。

38. 《安全规范》：9.1 委托处理 个人信息控制者应对受委托者进行监督，方式包括但不限于：2) 对受委托者进行审计。

9.7 第三方接入管理 当个人信息控制者在其产品或服务中接入具备收集个人信息功能的第三方产品或服务且不适用 9.1 和 9.6 时，对个人信息控制者的要求包括：h) 产品或服务嵌入或接入第三方自动化工具（如代码、脚本、接口、算法模型、软件开发工具包、小程序等）的，宜采取以下措施：2) 对第三方嵌入或接入的自动化工具收集个人信息的行为进行审计，发现超出约定的行为，及时切断接入。

39. 《安全规范》：11.1 明确责任部门与人员 对个人信息控制者的要求包括：d) 个人信息保护负责人和个人信息保护工作机构的职责应包括但不限于：9) 进行安全审计。

40. 《个人信息保护法（草案）》第 69 条：本法下列用语的含义：（一）个人信息处理者，是指自主决定处理目的、处理方式等个人信息处理事项的组织、个人。笔者理解，《个人信息保护法（草案）》下的“个人信息处理者”与《安全规范》下的“个人信息控制者”的实质基本相同。

41. 《个人信息保护法（草案）》第 53 条。

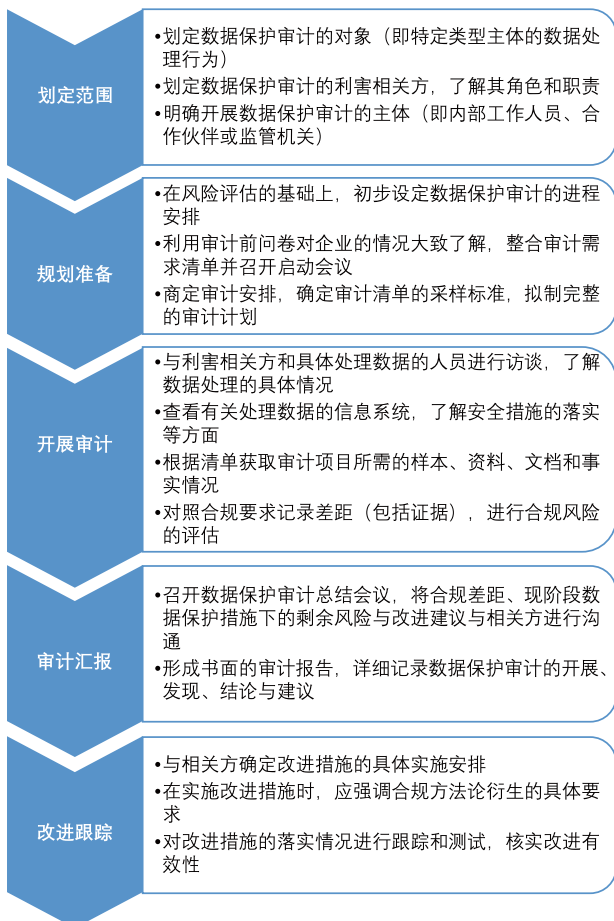
及权限都有宽泛的原则性规定，不排除我国的监管部门也会参考德国数据保护机构或者 ICO 的实践，在《个人信息保护法》正式出台前后通过问卷的形式面向特定企业开展数据保护审计，对业内的“数据驱动型”和“数据敏感型”企业进行合规水平摸底考察，以帮助和监督这些企业和整体行业更好地履行数据保护义务，配合《个人信息保护法》的正式实施。因此，企业有必要了解数据保护审计的方法论，这样才能在数据保护实践中更好地发挥数据保护审计这把利器的效用。

（二）如何开展数据保护审计

1、数据保护审计的流程

虽然《网络安全法》第 42 条要求网络运营者采取必要措施确保个人信息的安全，但是立法和执法部门后续并未对“何为必要措施”作出进一步的澄清或说明，因而从《网络安全法》的视角看来，数据保护审计并非一项强制要求。相较而言，欧盟 GDPR 的第 39 条则将“数据保护审计”明确列为数据保护官可用于监督企业 GDPR 遵守情况的建议措施之一，因而落入 GDPR 管辖的企业则可能需要谨慎考虑是否将数据保护审计正式纳入内部的数据合规体系。

尽管如此，我国与欧盟的立法都并没有对数据保护审计的流程和方法论提出明确指引。实践中，开展数据保护审计的企业可以根据自身情况和业务实践的需要，对自身采取的数据保护措施的有效性进行评估与审核。通常而言，开展一次数据保护审计需要经历五个主要步骤，分别是划定范围、规划准备、开展审计、审计汇报和改进跟踪。



在实际开展数据保护审计时，企业应关注特定步骤对整体审计工作的作用，以及在该步骤中需要达成的目标，以便能够通过具体的措施与计划进行目标实现。例如：

- “规划准备”阶段的目标是为数据保护审计提供明确的行动规划，因而最终拟定的审计计划应当详细说明谁负责什么工作，该工作应如何执行（建议应具体到收集什么文档和资料，采集和监测什么数据），以及需要在什么时候完成。这个阶段主要是确定哪些个人信息保护的流程或者阶段将纳入审计并且复盘上次审计的结果以及跟进事项的落实情况。在审计准备上，企业也需采用合适的指标来衡量数据保护合规体系的有效性。例如，如需评估企业回复个人主体的行权要求的合规措施有效性，则可能需要考察抽样情况的时间和回复质量，以便进行定量分析。
- “开展审计”阶段的主要任务是尽可能全面地了解企业目前的数据保护实践（亦称“数据核查”），以便可以对照合规要求进行差距分析，因而需要对数据的静态情况（即数据主体、数据类型与字段、数据体量、存储的位置、处理的方式，当前实施的保护措施及其落实情况）与动态情况（即数据在企业内部和外部的流转情况、流转的国家和地区、流转的目的和用途、流转过程中采取的保护措施及其落实情况）进行梳理，并留存抽样样本和过程证据。
- “审计汇报”和“改进跟踪”阶段的核心目标在于形成和实施可有效落地的改进建议，因而业务人员应积极与审计人员进行沟通，对改进措施的现实可行性进行评估和反馈，以便相关的措施能够真正的在企业的产品和服务中落实，并以此完善企业在数据保护方面的效率。

2、数据保护审计需要注意的问题

在开展数据保护审计的过程中，企业可能需要着重注意以下问题：

- 妥善设置审计范围与抽样标准

数据保护是贯穿数据处理生命周期的要求，然而如果每一轮的数据保护审计都对全部的数据处理的全生命周期以及全部的管理流程以及技术措施进行核查，这可能会引发不必要的合规成本，对业务创新造成不必要的应对压力，甚至影响企业产品和服务的发展规划。因此，在划定数据保护审计范围时不宜过宽，企业应当结合监管要求和执法趋势，着重对合规薄弱项、违规高发项、监管重点项开展有选择性、有针对性的审计，充分发挥审计对促进数据保护管理效率的作用。例如，通过对近期国内监管机关开展的 App 深度治理工作的执法成果进行梳理和统计可知，“隐私政策信息披露不充分”“违规调用设备权限”“未能妥善保障用户行权”等问题正是监管关注的重点问题。如果企业计划针对 App 的数据合规措施进行审计，则应该着重从这些方面入手框定审计范围。

此外，在审计抽样时应兼顾代表性和随机性。代表

性是指样本池应该具有代表性。例如，企业在半年前根据监管要求对数据对外提供的线上审批流程进行了实质性地合规调整和优化，因此近半年的线上审批操作才能真实地反映企业目前的合规水平，而审计抽查一年前的网络日志则没有任何参考意义。随机性是指抽取具体样本时，要确保抽样的方式方法应具备随机性，应避免在过于狭窄的时间或空间范围内进行抽样，或在具有特殊情况的时间或空间范围内集中抽样，这些抽样可能会影响审计样本和后续评估的有效性。

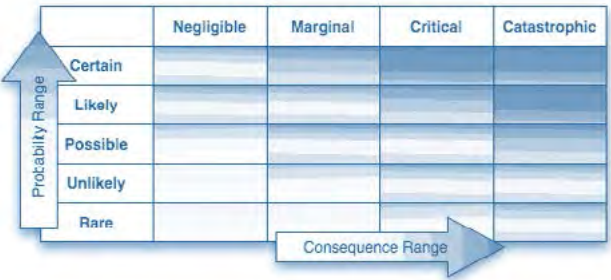
· 合规风险等级的评估应兼顾风险大小与风险可能性

在确定合规差距的改进优先级时，原则上会以合规风险的等级高低为导向进行。合规风险等级越高，则改进优先级越高。

在评判合规风险高低时，企业需要评估风险的大小，这一因素主要取决于剩余风险可能引起的法律责任的严重程度（例如可能的罚款金额，是否涉及（单位或个人）刑事责任），以及企业因不合规操作可能遭遇的直接经济损失等。例如，《个人信息保护法（草案）》针对侵犯个人信息权益情节严重的行为，将有权处以高达五千万人民币或上一年度营业额 5% 的行政罚款，而普通违法行为的罚款限额仅为一百万元人民币，因而企业在评估风险时需要对情节严重和情节一般的违法行为有所区分。

此外，企业也需要衡量剩余风险发生的可能性：即使某项风险发生后可能引发极为严重的后果，但是在现有技术和组织安全措施下该风险发生的概率极低，那么该风险可能仍不属于企业需要首要关注的高风险事项。这一因素则综合取决于多个因素，包括但不限于该等不合规问题在行业内的广泛程度，不合规操作与行业主流实践的异同、过往的执法和司法案例、目前的执法监管趋势、负面舆论报道，以及该等不合规问题可能引起的社会影响程度等。

基于此，企业在评估剩余风险等级时，可以以风险大小和风险可能性作为纵横两个维度，划分不同的程度区间（如小 / 中 / 大的风险大小，和低 / 中 / 高的风险可能性）以及在可能的情况下进行指标量化，最后为矩阵中的每个区域指定风险等级水平，形成专属的风险等级评估矩阵（如下图）。



于数据全生命周期的，这就需要企业对于自身的数据处理活动做到全方位心中有数，在前期进行数据核查以及落实了合规体系的基础上进行，这样才能更有效的开展数据保护审计。我国的数据保护审计要求现在还处于较为起步的阶段，尚有很多的配套细则需要有关部门进行完善，考虑到数据保护审计在境外尤其是欧盟地区已逐步开展，企业可以参考国外的数据保护审计实践，在企业内部逐步的引入相关的规则和方法体系，为应对我国未来生效的数据保护审计要求做好准备。

数据保护审计对于中国企业来说是一个新的工具。通过运用这个工具，企业可以在数据处理实践和保护实践中逐步完善自身的数据保护审计体系，尤其是要跟进我国关于数据保护审计的立法和执法实践逐步调整数据保护审计的重点方面。数据保护审计体系是适用

环境、健康与安全



一、生态环境立法执法评述及风险防范

党的十八大以来，国家大力推进生态文明建设，不断修改、完善生态环境领域的法律法规，目前我国已完善并形成了以《环境保护法》为主体、基本覆盖环境要素监管主要领域的环境保护法律体系。同时，生态环境保护督察制度深入推进，生态环境综合执法改革基本完成，生态环境领域执法不断强化，保证环境相关法律法规得到有效实施。

（一）环境保护立法概述

我国的环境保护立法包括环境保护综合立法和针对特定污染源的环境保护专门立法。此外，在实践中，两高及公安部、司法部等部门还出台了一系列司法解释及规范性文件。

1. 环境保护综合立法

在综合立法方面，我国环境保护领域主要的法律包括《环境保护法》、《海洋环境保护法》、《环境保护税法》、《环境影响评价法》等。

近年来，国家大力推进生态环境损害赔偿制度的建立与完善，出台了一系列司法解释、规范性文件和典型案例对相关问题的提供法律法规及案例指引。

2019年6月5日，最高人民法院发布了《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》。该司法解释明确了生态环境损害赔偿诉讼案件的原告主体、可以提起赔偿诉讼的具体情形、案件的前置程序、审理程序、证据规则以及赔偿责任和生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的衔接规则等。

2020年8月31日，生态环境部等11部门印发了《关于推进生态环境损害赔偿制度改革若干具体问题的意见》的通知，明确提出鼓励赔偿义务人积极担责，对积极参与生态环境损害赔偿磋商，并及时履行赔偿协议、开展生态环境修复的赔偿义务人，相关行政机关和司法机关在作出行政处罚裁量及司法裁决时将予以考虑。

2020年9月30日，生态环境部对生态环境损害鉴定评估技术指南七项国家环境保护标准公开征求意见，进一步落实与完善生态环境损害赔偿制度、严格追究排污企业责任。

同时，国家深入推进生态环境保护督察制度。2019年6月17日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《中央生态环境保护督察工作规定》。值得一提的是该规定明确指出，中央生态环境保护例行督察的督查对象包括从事的生产经营活动对生态环境影响较大的有关中央企业。此外，中央生态环境保护督察还会通过开展“回头看”，对例行督察整改工作开展情况、重点整改任务完成情况和生态环境保护长效机制建设情况等，特别是整改过程中的形式主义、官僚主义问题进行督察。

2. 环境保护专门立法

在污染防治领域，针对特定的环境保护对象，我国也制定颁布了多项环境保护专门法，法律监管框架概览如下。

2020年4月29日，第十三届全国人大常委会第十七次会议审议通过了修订后的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》（“新《固废法》”），将于2020年9月1日起正式施行。新《固废法》在固废管理制度上进行了多个方面的完善和细化，明确了固体废物污染环境防治坚持减量化、资源化和无害化处理的原则，进一步强化了固体废物产生单位的主体责任，加大了对违法行为的惩处力度。针对新《固废法》的详细解读，请见本章第二节“解读新《固体废物污染环境防治法》”。

2020年11月27日，《国家危险废物名录（2021年版）》（“新《名录》”）由生态环境部等五部门联合发布，并自2021年1月1日起施行。企业应及时关注危险废物涵盖范围、代码的变化以及危险废物豁免管理的相关要求，并做好新《名录》实施后的衔接工作，例如：（1）相关企业产生的危险废物种类或代码等发生变化的，应及时变更危险废物管理计划和排污许可证等信息；（2）危险废物利用处置许可证中相关危险废物种类和代码等发生变化的，持证企业应及时作出变更；（3）针对申请危险废物跨省转移的危险废物种类或代码等发生变化的，相关企业应对转移计划进行变更并重新提交转移申请。¹

发布时间	生效时间	法律名称
2020.04.29	2020.09.01	《固体废物污染环境防治法》（2020修订）
2018.12.29	2018.12.29	《环境噪声污染防治法》（2018修正）
2018.10.26	2018.10.26	《大气污染防治法》（2018修正）
2018.08.31	2019.01.01	《土壤污染防治法》
2017.06.27	2018.01.01	《水污染防治法》（2017修正）
2003.06.28	2003.10.01	《放射性污染防治法》

3. 环境保护刑事立法

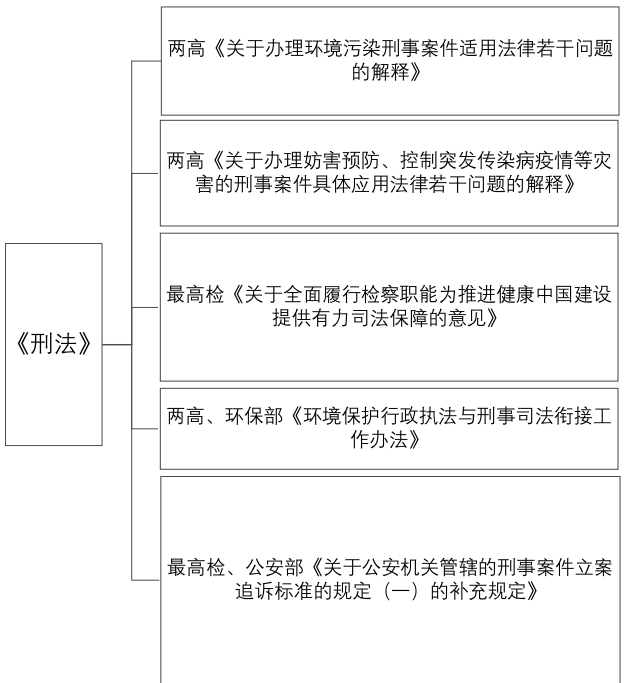
1. 生态环境部固体废物与化学品司有关负责人就《国家危险废物名录（2021年版）》有关问题答记者问，中华人民共和国生态环境部，2020年11月27日，最后访问时间：2020年12月3日，链接：https://www.mee.gov.cn/xxgk/2018/xxgk/xxgk15/202011/t20201127_810305.html。

在刑事犯罪领域，围绕环境污染的认定及法律适用，立法及司法机关也发布了一系列立法文件、司法解释及规范性文件。

2020年10月21日，全国人大常委会公布《中华人民共和国刑法修正案（十一）（草案二次审议稿）》并公开征求意见。根据审议稿，承担环境影响评价、环境监测等职责的中介组织的人员如故意提供虚假证明文件，需要承担刑事责任；同时，审议稿对污染环境罪增加了“判处七年以上”的量刑标准，如果通过提升对污染环境行为的刑事执法力度。建议从事环保领域中介服务的有关人员，依法合规开展中介服务，也建议可能造成环境污染的企业及相关人员，继续加强企业环保合规体系建设，避免由于环境污染承担刑事责任风险。

2019年2月20日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部联合印发《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》（“《纪要》”），针对当前办理环境污染刑事案件中的重点难点问题，特别是对单位犯罪、主观过错、从重处罚情形的认定、非法经营罪的适用、涉大气污染环境犯罪的处理、司法鉴定等近年来地方执法司法机关反映比较集中的具体问题，作出明确规定，突出从严惩治环境污染犯罪的精神，要求加大对环境污染犯罪的惩治力度。²建议相关企业对环境保护刑事立法方面的动态予以充分关注，避免因经营中的疏漏而引发相关刑事责任。

近年来司法机关发布的其他司法解释及规范性文件概览如下：



（二）环境保护行政执法趋势

1. 执法活跃

通过公开数据库，我们检索并收集了2015年-2019年的已公开行政处罚案例³。从这些案例中，不难看出我国近五年来环境保护执法较为活跃、频繁。经统计发现，过去五年中，每年的总案例数量呈现逐年上升趋势，其中针对大气污染的行政执法最为频繁，针对水污染和固体废弃物污染的行政执法活动也较为活跃。

污染源	处罚依据	案件数量/件				
		2015	2016	2017	2018	2019
大气污染	中华人民共和国大气污染防治法	1545	3874	6513	9800	10718
水污染	中华人民共和国水污染防治法	1948	4361	5689	5273	4735
固体废物污染	中华人民共和国固体废物污染环境防治法	437	1389	2725	4539	3550
环境噪声污染	中华人民共和国环境噪声污染防治法	147	517	1343	1257	2078
放射性污染	中华人民共和国放射性污染防治法	18	32	16	30	19
土壤污染	中华人民共和国土壤污染防治法	N/A	N/A	N/A	N/A	3

2. “双随机、一公开”制度全面推行

2015年8月5日，国务院办公厅发布了《国务院办公厅关于推广随机抽查规范事中事后监管的通知》，要求在政府管理方式和规范市场执法中，全面推行“双随机、一公开”的监管模式。所谓“双随机、一公开”，就是指在监管过程中随机抽取检查对象，随机选派执法检查人员，抽查情况及查处结果及时向社会公开。截至2019年底，地方各级生态环境部门均已建立“双随机、一公开”监管制度。根据生态环境部印发的全国环境执法“双随机、一公开”制度落实情况的通报，2019年，全国日常监管采取“双随机、一公开”方式开展执法检查66.54万家次，⁴较2018年的63.26万家次，⁵执法检查频次增加了5.2%。其中2019年随机抽查发现并查处环境违法问题3.19万个，环境违法问题查处率为4.79%。随机抽查信息公开46.50万次，信息公开率为70%。

同时，监管机关进一步细化了针对不同风险企业的监管频次。监管机关应用大数据分析研判企业环境污染

2. 周加海，喻海松，《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》的理解与适用[J]，人民司法（应用），2019（16）：27。
3. 统计数据系2020年11月8日威科数据库检索显示。
4. 关于2019年全国生态环境执法“双随机、一公开”制度落实情况的通报，中华人民共和国生态环境部，2020年7月8日，最后访问时间：2020年11月21日，链接：http://www.mee.gov.cn/xgk/xxgk/xxgk06/202007/t20200708_788168.html。
5. 生态环境部全面推行环境执法“双随机、一公开”，中华人民共和国中央人民政府，2018年4月30日，最后访问时间：2020年11月21日，链接：http://www.gov.cn/xinwen/2018-04/30/content_5287046.htm。

程度、违法情节、环境风险不同等级，将监管对象细化为一般排污单位、重点排污单位、特殊监管对象三类，实现对高风险目标的重点监管。2019 年，针对这三类监管对象的平均监管频率分别为 0.46 次 / 年、1.69 次 / 年、1.30 次 / 年。⁶

3. 生态环境保护综合执法改革

在原有的生态环境执法部门来看，生态环境执法事项散落国土、农业、水利、海洋、林业等部门，执法领域职责交叉、权力碎片化、权责脱节等体制性障碍突出，“九龙治水”的局面长期存在，监督管理没有形成完整的体系，在一些领域衔接不畅、存在盲区，在一些领域存在多头监管、重复执法问题⁷。2019 年 2 月 3 日，为解决上述的问题，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于深化生态环境保护综合行政执法改革的指导意见》（中办发〔2018〕64 号），提出有序整合不同领域、不同部门、不同层次的监管力量，组建生态环境保护综合执法队伍。相关行业管理部门划转生态环境保护领域执法职能后，不再行使相关领域原有执法权，不再保留生态环境保护执法队伍。不过，综合执法队伍的定位是执法办案，职责整合范围仅限于行政处罚权，以及检查权和强制权，不排斥行业监管主体责任，相关部门仍需在源头和过程中承担日常监管责任。⁸

综合执法队伍的组建，有利于将原本较为分散的执法力量集中，加强原有各领域执法的协同，使违法行为面临更严重的处罚。举例而言，在建筑施工噪声执法中，生态环境执法队伍依据噪声污染的有关规定，执法手段较为单一，对违法企业而言处罚力度较弱。但是，住建部门则因掌握着违法主体建筑施工许可证这一命门，其执法的力度和效果更显著。对于生产性企业来讲，生态环境部门因为对上市、信贷有着一票否决权，往往比其他部门执法更有力量。⁹

2020 年 3 月，生态环境部还印发了《生态环境保护综合行政执法事项指导目录（2020 年版）》，¹⁰对生态环境保护综合行政执法事项进行细化规定，明确了生态环境执法队伍职权类型、法律依据和实施主体。未来，各地的生态环境执法队伍有可能进一步深化协同化程度，执法事项及标准也会逐渐细化。

（三）污染环境罪刑事执法特点

我们持续追踪了从 2019 年 7 月 1 日至 2020 年 7 月 10 日已公开的 95 个企业触犯污染环境罪的生效判决。通过对比 2018 年的刑事执法特点，我们发现近年来污染环境罪单位犯罪案例执法具有较强的相似性，涉污染环境犯罪的企业所处的行业也存在共性。因此建议高污染行业的企业提高对环保合规的重视，完善自身环保合规机制，有效降低被执法的风险。

1. 刑事执法力度不减

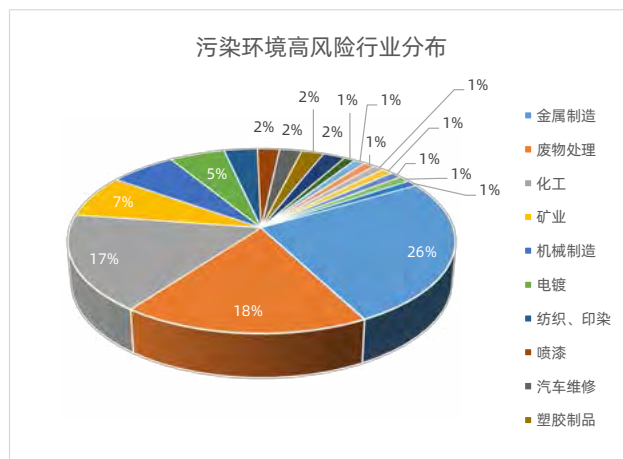
近年来，我国环境保护刑事执法力度不断加大，人民

法院审理的环境污染刑事案件数量大幅增长，污染环境罪依旧是企业在环境保护领域违规涉案的“重灾区”，在生产经营中较为频发。从下图可以看出，自 2013 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》发布后，人民法院审理的环境污染刑事案件大幅增加。特别是 2016 年 12 月《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（“《2016 年解释》”）发布后，人民法院审理的环境污染刑事案件年结案案件量均超过两千件，2019 年已接近三千件。



2. 金属设备制造、废物利用处理、化工、矿业等行业仍属高风险行业

针对搜集的 98 家涉案企业¹¹按照所属的行业领域进行分类，发现污染环境犯罪易发、频发的行业相对比较集中。统计结果显示，金属设备制造（占比 26%）、废物处理利用（占比 18%）、化工（占比 17%）、矿业（占比 7%）、机械制造（占比 6%）、电镀（5%）等行业是污染环境犯罪的高风险行业。其中，金属制造、废物处理、化工、矿业亦为 2018 年至 2019 年上半年中污染环境高风险行业的前四名。



* 需要说明的是，对行业领域的分类主要依据企业的营业范围进行划分，部分判决书未明确标注涉案企业的营业范围或者存在一家企业有多个营业项目的，通过查询企业公开信息以及其涉案的主要因素来划定其所属行业。

从企业特点上来看，废物处理利用企业由于本身从事废物的回收处理、循环利用业务，在生产实践中单个操作环节出现问题极易导致环境污染问题，进而触犯

6. 参见脚注 6 和 7。

7. 生态环境保护综合执法队伍的组建和管理，生态环境部行政体制与人事司，中国环境报，2019 年 03 月 15 日，最后访问时间：2020 年 11 月 21 日，链接：<http://env.people.com.cn/n1/2019/0315/c1010-30978819.html>。

8. 关于贯彻落实《关于深化生态环境保护综合行政执法改革的指导意见》的通知，生态环境部，2019 年 2 月 3 日发布并生效，现行有效。

9. 参见脚注 12。

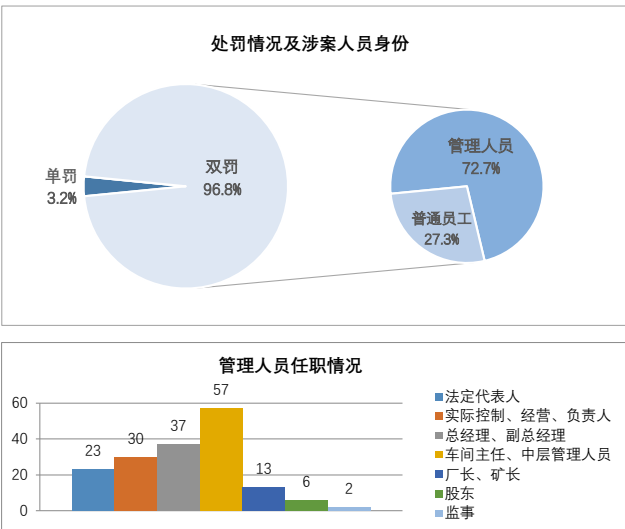
10. 关于印发《生态环境保护综合行政执法事项指导目录（2020 年版）》的通知，生态环境部，2020 年 3 月 11 日发布并生效，现行有效。

11. 部分案件属于多个企业共同涉案，因此统计的企业数目高于案件数。

该罪名，遭受刑罚处理。其他企业则多属于非法排放、倾倒、处置危险废物、以逃避监管的方式排放、倾倒、处置废物，或者生产人员在处置过程的不规范操作或在委托第三方处理废物的过程中未尽审查义务容易导致严重环境污染问题。

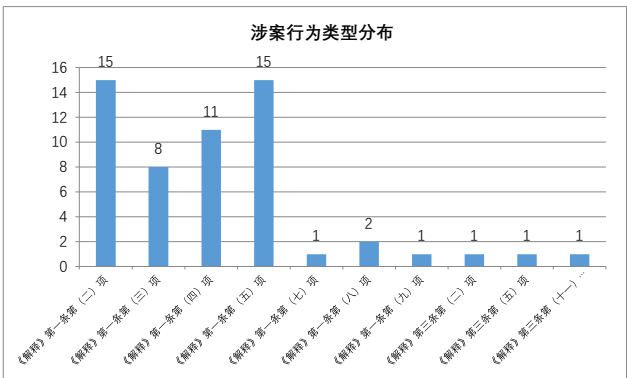
3. 企业管理人员被判刑罚比例较高

在统计已生效判决中，有 3 例仅处罚单位，其余 92 例均适用双罚制。在这 92 例适用双罚制的案件中，共有 231 名说明身份的涉案人员被依法追究刑事责任，其中，企业管理人员为 168 名，约占涉案人数的 72.7%，一般员工 63 名，约占涉案人员的 27.3%。另外，我们针对管理人员的具体任职情况作了细化统计，其中，法定代表人 23 人，总经理、副总经理 37 人，企业实际经营、负责人 30 人，股东 6 人，厂长、矿长 13 人，监事 2 人，中层管理人员、车间主任等 57 人。¹²



4. 污染环境的违法行为类型多样

《2016 年解释》全面系统的规定了污染环境等罪名的定罪量刑标准。近两年法院审理污染环境罪适用的入罪处罚标准基本是依照《2016 年解释》的规定来掌握的。通过统计法院对《2016 年解释》的引用情况，我们对单位及其相关人员主要的涉案行为进行了归纳梳理。需要说明的是，（1）统计中发现有的案件具有数个犯罪行为；（2）统计中发现部分判决书未引用《2016 年解释》或引用时未说明具体条款，图中未包含此类案件。

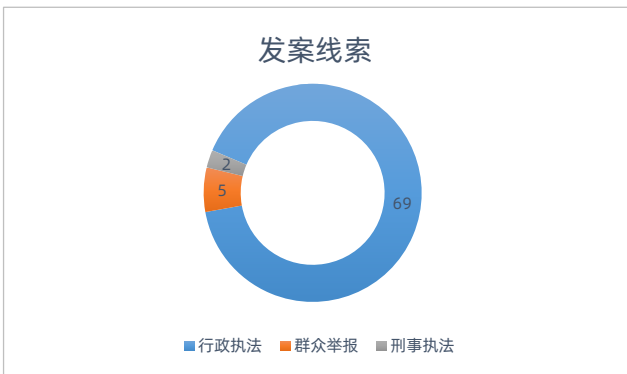


通过以上统计表格不难看出，企业违反国家规定最常见的被处罚原因为《2016 年解释》第一条第（二）至（五）项规定的四种行为：

- （二）非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的；
- （三）排放、倾倒、处置含铅、汞、镉、铬、砷、铊、锑的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准三倍以上的；
- （四）排放、倾倒、处置含镍、铜、锌、银、钒、锰、钴的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准十倍以上的；
- （五）通过暗管、渗井、渗坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避监管的方式排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；

5. 发案线索绝大部分来自于行政执法

除极个别刑事案件立案线索来自于群众举报和刑事执法之外，绝大多数污染环境刑事案件线索来自于环境行政执法部门的移送，行政执法是刑事立案最主要的线索来源。我们针对所搜集的案例中的发案线索进行了归纳梳理，详见下图。由于部分案例的判决书中未说明发案线索，故统计结果的数量少于案件数量。

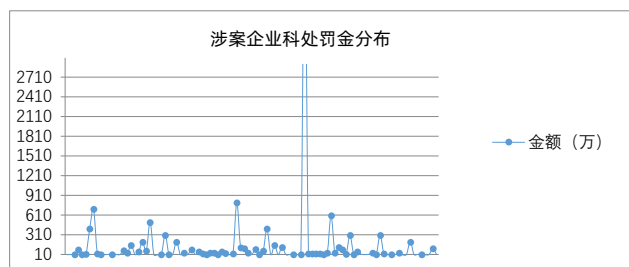


6. 单位被处罚金额刑跨度大，涉案人员具备适用缓刑的空间

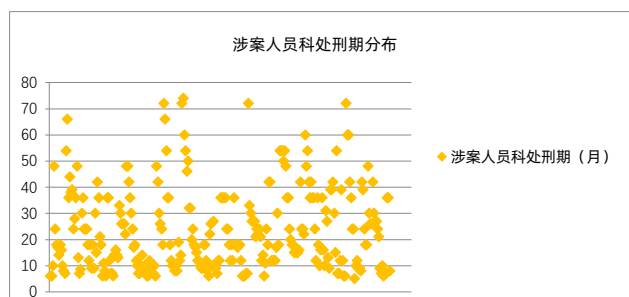
刑法对于污染环境罪没有明确规定罚金数额标准。经统计检索到的已生效判例，针对企业判处的最高罚金为人民币 5000 万元，最低罚金为 7000 元，幅度跨度

12. 同一名涉案人员涉及多个身份的，仅统计其与公司的经营管理更相关的一个身份。如涉案人员既是股东又是总经理，则统计其总经理身份；既是法定代表人又是总经理，也统计其总经理身份。

较大，多数判决罚金金额集中在人民币 10 万元至 50 万元间。法院一般会根据犯罪情节，如违法所得数额、造成损失的大小等，并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力，依法判处罚金。统计的案例中，被判处最高罚金人民币 5000 万元的涉案企业，是在生产经营中明知未经处理的污水直接排入长江对水体生态环境造成的危害，但仍长期利用暗管实施偷排，篡改在线监测仪器数据，逃避监管超标排放污水，性质极其恶劣、后果特别严重。因此，法院在认定时结合犯罪情节确定了相对较高的罚金数额。



针对涉案直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事处罚同样跨度比较大，其中最高刑期为有期徒刑六年二个月，最低刑期为拘役两个月，其中判处有期徒刑的平均刑期约为 23.73 个月。



每个刑事案件在主观恶性、犯罪情节、社会危害等方面均具有特殊性，根据罪责刑相适应原则，法官会针对涉案企业及人员的主客观方面的表现对其科处相应的刑罚。当然，作为同类案件除了具备个体差异外也自然存有一定的共通之处，我们在梳理案件过程中发现该类型案件在科处刑罚时具备适用缓刑的空间。经统计，在涉案的 307 名人员¹³当中，共有 115 名涉案人员被宣告适用缓刑，占比约为 37.5%。通过对既往判例的分析总结，一般认为犯罪嫌疑人情节轻微，且在满足以下条件的情形下具有适用缓刑的可能：（1）主动投案，如实供述犯罪事实；（2）积极采取措施消除环境影响；（3）赔偿相应的生态环境损害费用，降低社会危害；（4）共同犯罪中的从犯；（5）系初犯，未曾因环境污染违法行为受过行政处罚。人民法院对判处缓刑的被告人，一般还会同时宣告禁止令，禁止在缓刑考验期内从事与排污或者处置危险废物有关的经营。生态环境部门根据禁止令，对上述人员担任实际控制人、主要负责人或者高级管理人员的单位，

依法不得发放排污许可证或者危险废物经营许可证。

（四）企业经营中容易忽视的风险点

企业涉污染环境罪刑事案件中，存在较多企业因监管不到位导致环境污染事故而遭到刑事处罚的情况。通过案件梳理，总结了以下四个企业经营中容易忽视的风险点，对相关企业进行风险提示。

1. 主动委托或放任无危险废物处理资质的主体处理危险废物

企业或其员工将危险废物交给无危险废物处置资质的主体进行处理，是企业构成污染环境罪的常见情形之一，在我们收集的 95 个单位犯罪有效案例中，共有 15 个案例系上述情况。实践中，无论企业在将危险废物交给无资质主体进行处置时的主观方面是故意还是过失，单位、主要负责人、直接涉案人员都有因此构成污染环境罪并面临刑事处罚的可能性。其中，部分涉案单位被处以数百万元罚金，涉案人员也被判处有期徒刑和罚金刑。¹⁴实践中还有公司¹⁵因在危险废物处置主体资质审核中，主观方面存在过失被判处构成污染环境罪¹⁶。因此，企业应对危险废物处理主体进行必要的资质审核，避免流于形式的审批。

2. 未及时排查或整改老化或存在问题的环保设施

企业若未及时排查或整改其老化或存在环境污染隐患的环保设施，一旦导致严重环境污染，可能构成污染环境罪，相关主管人员、直接责任人员，也可能因此受到刑事追责。

实践中，有公司¹⁷因废水池液位控制器设备故障，导致污水井内的污水进入雨水井管道，未经处理直接排放至附近河流构成污染环境罪，该公司被判处有期徒刑八个月至一年，缓刑一年至一年六个月，并处罚金二十万元至三万元；有公司¹⁸因未对机器设备老化、回收池、化合桶渗漏等予以维修，导致该公司违法排放含锰污染物且超过国家排放标准十倍以上构成污染环境罪，该公司被判处有期徒刑 25 万元，主要负责人被判处有期徒刑八个月，并处罚金二万元。

上述案例中，公司及主要负责人因疏于管理，未及时排查或整改老化或存在问题的环保设施，造成本可以避免的严重环境污染，构成污染环境罪。由此可见，企业应建立完善的环保合规风险识别机制，及时识别潜在环保合规风险并采取补救措施。

3. 未依法采取充分的环保措施

企业因未依法采取充分的环保措施造成严重环境污染，亦是企业构成污染环境罪的常见情形之一。此类情形包括但不限于：在未通过环境影响评价、未依法

13. 此处统计的涉案人员不仅包括犯罪单位中的人员，也包括与犯罪单位共同实施犯罪的其他人员。

14. (2019) 苏 0102 刑初 852 号；(2019) 浙 04 刑终 209 号；(2019) 川 01 刑终 577 号。

15. 该公司的生产厂长，在不清楚受托公司是否具有危险废物处理资质的情况下，向该公司总经理汇报并建议聘请受托公司为公司处置危险废物，总经理在未认真审核受托公司相关资质的情况下签字同意，导致受托主体违法处理危险废物 57.5 吨。法院认为该公司及其生产厂长和总经理均构成污染环境罪，量刑时考虑到被告人的自首行为，以及该公司已缴纳环境污染处置费用、积极配合进行环境污染清理工作并取得明显成效等情节，判处被告单位罚金三万元，两被告人有期徒刑一年至一年六个月，缓刑一年六个月至两年，并处罚金二万元至二万五千元。本案中，该公司及其生产厂长与总经理，系因对其行为可能造成严重的环境污染事故、致公私财产遭受重大损失等后果应当预见，但由于疏忽大意而没有预见而被认定构成污染环境罪。

16. (2020) 鲁 06 刑终 75 号。

17. (2019) 宁 0121 刑初 77 号。

18. (2019) 渝 0114 刑初 182 号。

取得排污许可证或环保设施未验收合格时直接排放污染物¹⁹、不按照环评要求处置有毒物质²⁰、未按照“三防”（即防雨、防扬散、防流失）要求堆放固体废弃物²¹等。提醒相关企业全面梳理相关法律法规下的环保合规义务并有效执行，以避免被行政执法甚至构成刑事犯罪。

此外，企业还需做好应对极端天气的环保应对措施。极端天气使得一些环保事故发生的概率增大，特别是在沿海城市，除了受上游径流洪水灾害的影响外，还会受到台风、海冰和风暴潮等自然灾害的影响，因此尤为需要关注污染物处理设施、监测设施的功能是否能够满足极端天气情况下负荷。

实践中有企业²²工作人员虽然在工作检查中发现企业废水集水池发生渗漏，并及时向公司法定代表人、总经理汇报，但因公司法定代表人、总经理主观上未引起足够重视，未及时对渗漏处进行修理，且随后遇到台风天气，导致大量废水流入附近河道内，引发环境污染触犯刑事责任，最终公司及其法定代表人、总经理均构成污染环境罪，公司被处以罚金12万元，公司法定代表人、总经理被判处有期徒刑一年二个月，缓刑二年，并处罚金五万元。

4. 投资并购活动中应注意对相关企业开展环境保护专项尽职调查

环保合规对企业经营有着不容忽视的影响。因此对于能源、金属、化工等环境污染风险较高的行业的投资，投资方在投资并购活动中应对目标公司的环保合规风险予以关注，尤其是对于几经易手或经历过改造的生产经营场所要尤其注意其污染物处理设施、监测设施、环保相关证照是否完备，污染物排放是否合规等。必要时，还应通过实地走访对目标公司开展尽职调查，了解其合规漏洞、隐患、或重大风险，谨慎判断投资风险，尽可能规避因投资并购所引发的潜在法律风险。

二、解读新《固体废物污染环境防治法》

2020年4月29日，第十三届全国人大常委会第十七次会议审议通过了修订后的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》（“新《固废法》”），并将于2020年9月1日起正式施行。相较于现行版本，新《固废法》从6章91条增加到9章126条，是一次“全面修订”。新《固废法》在固废管理制度上进行了多个方面的完善和细化，给环保合规提出了新的要求，相关企业应予以充分关注并提前做好相应准备。

新《固废法》明确了固体废物污染环境防治坚持减量化、资源化和无害化处理的原则，进一步强化了固体废物产生单位（“产废单位”）的主体责任，完善和细化了固体废物相关管理制度和具体要求，加大了对违法行为的惩处力度。主要修订如下：

（一）完善固体废物污染防治各项制度

1. 固体废物污染防治设施改为企业自主验收

早在1995年，我国《固废法》已经将建设项目的固体废物污染防治设施纳入“三同时”制度，要求其必须与主体工程“同时设计、同时施工、同时投入使用”。固体废物污染防治设施必须经环境保护行政主管部门验收合格后，该建设项目方可投入生产或者使用。这一规定一直保留至现行的2016年《固废法》。

新《固废法》取消了固体废物污染防治设施验收的行政审批制度，验收改由建设单位自主进行，实现与大气、水污染防治设施的企业自主环保验收统一步调。²³至此，我国各项污染防治设施的环保验收都将在环境保护主管部门和社会公众的监督下，由企业自主实施，环境保护验收行政许可制度成为历史。

根据《建设项目环境保护管理条例》及《建设项目竣工环境保护验收暂行办法》相关规定，建设单位开展污染防治设施的自主环保验收，应履行如下义务：第一，编制验收报告，包括验收监测（调查）报告、验收意见和其他需要说明的事项等三项内容；第二，公开验收报告、及竣工和调试日期等相关信息，并向所在地县级以上环境保护主管部门报送相关信息。针对上述环保验收事项，环境保护主管部门将通过“双随机一公开”抽查制度进行事中事后监督管理。

2. 固体废物排污纳入排污许可制度

现行《固废法》对工业固体废物排放实行申报登记制度，由产废单位向所在地环保行政部门申报其产生的工业固体废物的种类、产生量、流向、处置等资料。而在现行的《排污许可管理办法（试行）（2019修正）》下，排污许可制度仅管理大气和水污染物的排放。新《固废法》在固体废物排污管理方面的一项重大举措，是明确将工业固体废物纳入了排污许可证管理体系。

随着新《固废法》实施，产生工业固体废物的单位也

19. (2019)沪7101刑初597号；(2020)川08刑终14号。
20. (2019)鲁09刑终304号。
21. (2020)川07刑终66号。
22. (2016)浙0109刑初1074号。
23. 新《固废法》第十八条。

应当取得排污许可证，具体的管理办法和实施步骤将由国务院另行规定。²⁴ 目前，相关部门尚未就固体废物排污许可制度出台相应的实施细则，但我们也注意到，生态环境部 2018 年 11 月发布的《排污管理许可条例》（草案征求意见稿）中已将工业固体废物纳入排污许可管理。在新《固废法》正式施行后，相信相应的配套管理具体规定也会陆续出台，实现覆盖所有固定污染源的“一证式”排污许可管理。

3. 细化和明确产废单位的全过程管理义务

新《固废法》对产废单位应当承担的管理义务作出了进一步细化，对固体废物产生前、中、后不同阶段的管理都提出了更高的要求，具体来说：

- 事前管理义务：新《固废法》扩大了应当实施清洁生产审核的主体范围。2016 年实施的《清洁生产审核办法》仅强制要求排污超标、高耗能、使用有毒有害原料生产或排放有毒有害物质的企业实施清洁生产审核，而新《固废法》要求产生工业固体废物的单位原则上都应当实施清洁生产审核，合理选择和利用原材料、能源和其他资源，采用先进的生产工艺和设备，减少工业固体废物的产生量，降低工业固体废物的危害性。²⁵
- 事中管理义务：新《固废法》扩大了应当建立固体废物管理台账的主体范围。现行《固废法》仅要求产生危险废物的单位建立管理台账，新《固废法》将这一义务进一步扩展到了所有产生工业固体废物的单位，要求其建立健全工业固体废物产生、收集、贮存、运输、利用、处置全过程的污染防治责任制度，建立工业固体废物管理台账，如实记录产生工业固体废物的种类、数量、流向、贮存、利用、处置等信息。
- 事后管理义务：作为新《固废法》的一项新增规定，产废单位应对其委托运输、利用、处置固体废物的单位进行主体资格和技术能力方面的审查，应当通过签订书面合同的方式约定污染防治要求，否则将对受托方造成的环境污染和生态破坏承担连带责任。

4. 完善危险废物污染防治制度

危险废物，是指具有腐蚀性、毒性、易燃性、反应性、感染性或不排除具有危险性可能对环境或者人体健康造成的固体废物。由于危险废物较一般的固体废物对人体健康和环境存在更大的风险，我国法律制度对危险废物的管理一直采取更为严格的措施。新《固废法》对危险废物污染防治和企业环保合规作出了新的要求，具体而言：

- 建立危险废物的信息化跟踪监管体系，要求产生危险废物的单位建立危险废物管理台账，通过国家危险废物信息管理系统申报危险废物的种类、产生量、

贮存、处置等有关资料。²⁶

- 要求收集、贮存、运输、利用、处置危险废物的单位，应当投保环境污染责任险。²⁷ 近年来国务院生态环境行政主管部门已陆续发布多个规范性文件，包括《关于开展环境污染强制责任保险试点工作的指导意见》、《环境污染强制责任保险管理办法（征求意见稿）》等，推行环境污染强制责任保险试点工作，探索建立相关的制度和细则。新《固废法》首次在立法中提出收集、贮存、运输、利用、处置危险废物的单位应投保环境污染责任险的要求，具体的实施细则仍然有待相关部门进行制定。
- 作为危险废物的一个特殊类型，增加了医疗废物监管制度的相关条款，特别是在法律层面明确了医疗废物收集和处置的主体责任，要求医疗卫生机构应分类收集本单位产生的医疗废物，交由医疗废物集中处置单位处置。²⁸ 我们注意到，在当前新冠疫情的影响下，各地医疗废物的产生急剧增加，医疗废物的处理面临巨大的压力。国家卫健委也在日前（2020 年 5 月 18 日）发布了《关于开展医疗机构废弃物专项整治工作的通知》，明确今年 5 月 -12 月开展医疗机构废弃物专项整治工作。

5. 建立电器电子和电池等产品的生产者责任延伸制度

根据新《固废法》的规定，国家将建立电器电子、铅蓄电池、车用动力电池等产品的生产者责任延伸制度。这些产品的生产者应当自建或委托建立与产品销量相匹配的废旧产品回收体系，并向社会公开，实现有效回收利用。²⁹

我国目前每年报废电器电子产品量超过 2 亿台，重量超过 500 万吨，是世界第一大废弃电器电子产品产生国。多数废旧电器电子产品都含有重金属类有害物质，处置不当将对环境造成污染。2015 年，工信部、财政部、商务部、科技部四部委发布了《关于组织开展电器电子产品生产者责任延伸试点工作的通知》，开始探索建立电子产品生产者责任延伸制度。此后于 2016 年，国务院办公厅发布了《关于印发生产者责任延伸制度推行方案的通知》，通过边试点边推行的方式，引导生产者承担产品废弃后的回收和利用责任，激励生产者推行产品源头控制和绿色生产。

本次《固废法》的修订，首次在立法层面正式规定了电器电子和电池等产品的生产者责任延伸制度，是从“支持”“引导”的政策导向逐步迈向强制性法律制度的重大转变。

6. 逐步实现固体废物零进口

新《固废法》首次在法律层面提出逐步实现固废零进口的目标。该法规定，国家逐步实现固体废物零进口，由国务院生态环境主管部门会同国务院商务、发展改革、海关等主管部门组织实施。³⁰

24. 新《固废法》第三十九条第一款。

25. 新《固废法》第三十八条。

26. 新《固废法》第七十八条。

27. 新《固废法》第九十九条。

28. 新《固废法》第九十条第三款。

29. 新《固废法》第六十六条。

30. 新《固废法》第二十四条。

对于固体废物进口的管理，我国目前的法律制度采取进口许可分类管理的模式，将固体废物分为禁止进口、限制进口和自动许可进口（即非限制进口）三类。国务院生态环境部门会同商务主管部门、海关总署等部门制定、调整和公布《进口废物管理目录》，对固体废物进行分类管理。在《进口废物管理目录》下，列入禁止进口目录的固体废物禁止进口，对于列入限制进口和自动许可进口目录的固体废物，均需要取得相关的进口许可证。

近年来，国家对于固体废物的进口管制不断收紧。2017年，国务院办公厅印发《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》，提出应综合运用法律、经济、行政手段“大幅减少固体废物进口种类和数量，全面禁止洋垃圾入境”。体现在具体政策法规上，生态环境部及其他主管部门通过持续调整《进口废物管理目录》，逐步扩大禁止进口的固体废物范围，并且发布、修订了多项固体废物鉴别、检验相关的国家环境保护标准和规范性文件（如《进口可用作原料的固体废物环境保护控制标准》、《固体废物鉴别标准 通则》、《进口货物的固体废物属性鉴别

程序》），逐步提高固体废物进口的门槛，从多个方面强化固体废物进口的检验鉴别和监督。

生态环境部固体废物与化学品司司长邱启文日前在新闻发布会中表示，我国将力争在2020年年底前基本实现固体废物零进口。随着新《固废法》的颁布和实施，我们理解固体废物进口分类的管理制度将逐步废止，固体废物的进口禁令将在不久的将来得到落实。

（二）加大对违法行为的处罚力度

新《固废法》大幅度提高了对企业固体废物环境污染违法行为的处罚力度，包括：（1）显著提高违法行为的罚款金额，部分违法行为处罚幅度提高达10倍；（2）对新增违法行为设定相应罚则；（3）对违法排放固体废物的行为实施按日连续处罚；及（4）增加对企业相关负责人员的罚则。

1. 显著提高违法行为的罚款金额

违法行为	现行《固废法》罚款	新《固废法》罚款
擅自转移固废出省级行政区域贮存、处置	1万元以上10万元以下的罚款	10万元以上100万元以下的罚款
擅自倾倒、堆放、丢弃、遗撒工业固体废物，或者未采取相应防范措施，造成工业固体废物扬散、流失、渗漏或者其他环境污染	1万元以上10万元以下的罚款	所需处置费用1倍以上3倍以下的罚款， 所需处置费用不足10万元的，按10万元计算
擅自倾倒、堆放危险废物	/	所需处置费用3倍以上5倍以下的罚款， 所需处置费用不足20万元的，按20万元计算
未采取相应防范措施，造成危险废物扬散、流失、渗漏或者其他环境污染	1万元以上10万元以下的罚款	
将危险废物提供或者委托给无许可证的单位经营	2万元以上20万元以下的罚款	
无许可证从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动	违法所得3倍以下的罚款	100万元以上500万元以下的罚款
未按照许可证规定从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动	/	50万元以上200万元以下罚款
违法进口固体废物	10万元以上100万元以下罚款	50万元以上500万元以下罚款
经中华人民共和国过境转移危险废物	5万元以上50万元以下的罚款	50万元以上500万元以下的罚款

违反本法规定,造成固体废物污染环境事故	2 万元以上 20 万元以下的罚款; 造成重大损失的,按照直接损失的 30%计算罚款,但是最高不超过 100 万元	造成一般或者较大固体废物污染环境事故的,按照事故造成的直接经济损失的 1 倍以上 3 倍以下计算罚款; 造成重大或者特大固体废物污染环境事故的,按照事故造成的直接经济损失的 3 倍以上 5 倍以下计算罚款
拒绝、阻挠监督检查,或者在接受监督检查时弄虚作假	2000 元以上 2 万元以下的罚款	5 万元以上 20 万元以下的罚款

2. 对新增违法行为设定相应罚则

新《固废法》增加的违法行为	罚则
未建立固体废物管理台账并如实记录	责令改正,处 5 万元以上 20 万元以下的罚款,没收违法所得;责令停业或者关闭
违法委托他人运输、利用、处置工业固体废物	责令改正,处 10 万元以上 100 万元以下的罚款,没收违法所得;责令停业或者关闭
未依法取得排污许可证产生工业固体废物	责令改正或者限制生产、停产整治,处 10 万元以上 100 万元以下的罚款;责令停业或者关闭
工程施工单位擅自倾倒、抛撒或者堆放工程施工过程中产生的建筑垃圾,或者未按照规定对施工过程中产生的固体废物进行利用或者处置	责令改正,处 10 万元以上 100 万元以下的罚款,没收违法所得
未建立危险废物管理台账并如实记录	责令改正,处 10 万元以上 100 万元以下的罚款,没收违法所得;责令停业或者关闭
未制定危险废物管理计划或者申报危险废物有关资料	责令改正,处 10 万元以上 100 万元以下的罚款,没收违法所得;责令停业或者关闭

3. 规定了对违法排放固体废物的行为实施按日连续处罚

新《固废法》针对违法排放固体废物的行为，规定了按日连续处罚制度。《环境保护法》第五十九规定，违法排放污染物，且拒不改正的，行政机关可以自责令改正之日的次日起，按照原处罚数额按日连续处罚。与此相配套的，本次《固废法》修订也针对违法排放固体废物的行为规定了按日连续处罚制度。产废单位和其他生产经营者违法排放固体废物，受到罚款处罚，被责令改正的，依法作出处罚决定的行政机关应当组织复查，发现其继续实施该违法行为的，依照《环境

保护法》的规定按日连续处罚。按日连续处罚总处罚金额没有上限，极大地提高了对违法行为的处罚力度。

4. 增加对企业相关负责人员的罚则

现行《固废法》所规定的法律责任，主要是针对单位或其他生产经营者，仅规定在造成固体废物污染环境事故情形下对相关主管人员和直接责任人员给予行政处分。新《固废法》在多项违法行为中新增了对法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员和其他责任人员的罚则，特别是增加了限制人身自由的行政处罚，具体如下：

违法行为	对责任人员的新增罚则
违反本法规定，造成重大或者特大固体废物污染环境事故	处上一年度从本单位取得的收入50%以下的罚款
擅自倾倒、堆放、丢弃、遗撒城镇污水处理设施产生的污泥和处理后的污泥	处2万元以上10万元以下的罚款；造成严重后果的，处5万元以上50万元以下的罚款
无许可证从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动	处10日以上15日以下的拘留；情节较轻的，处5日以上10日以下的拘留；处10万元以上100万元以下的罚款
未按照许可证规定从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动	处10日以上15日以下的拘留；情节较轻的，处5日以上10日以下的拘留；处5万元以上50万元以下的罚款
擅自倾倒、堆放、丢弃、遗撒固体废物，造成严重后果	处10日以上15日以下的拘留；情节较轻的，处5日以上10日以下的拘留
在生态保护红线区域、永久基本农田集中区域和其他需要特别保护的区域内，建设工业固体废物、危险废物集中贮存、利用、处置的设施、场所和生活垃圾填埋场	
将危险废物提供或者委托给无许可证的单位或者其他生产经营者堆放、利用、处置	
未经批准擅自转移危险废物	
未采取防范措施，造成危险废物扬散、流失、渗漏或者其他严重后果的	处2万元以上10万元以下罚款
拒绝、阻挠监督检查，或者在接受监督检查时弄虚作假	

结语

2020年5月1日，全国人大法工委负责人就新修订的《固废法》答记者问中提到，此次修改《固废法》，是“健全固体废物污染环境防治长效机制，用最严格制度最严密法治保护生态环境”。通过上述对新《固废法》主要修订内容的梳理，我们也不难发现，本次《固废法》的修订涉及固体废物管理的多个环节的管制，相关制度更为完善，在三同时、环保验收、排污许可方面与大气污染和水污染防治管理措施相衔接。在固体废物环境污染违法行为的责任承担方面，也进行了扩充和

完善，严格法律责任，加大处罚力度。

新《固废法》的各项修订延续了我国近年来对于生态环境保护政策上的高压监管态势。在新《固废法》实施以后，相关企业将面临更大的环保合规压力和行政执法压力。因此，我们建议，相关企业应立即开展固体废物污染防治合规自查，从固体废物的产生、收集、贮存、运输、利用、处置等全过程进行梳理，健全和完善企业固体废物污染防治的相关管理制度，确保公司有关固体废物污染防治各项制度以及执行符合新《固废法》的要求，以最大程度防范企业法律风险。

三、关于新化学物质监管制度的解读

A公司生产的某型号精密仪器由于其性能优越、行销对路,在国内市场的占有率颇高,是该公司的主打产品。但在生产该仪器时需要采用一种生产工艺,且在实施该工艺时需要使用一种进口的化学材料。生产过程中,A公司的物料部门长期以来一直安排其国外母公司通过国际快递的方式邮寄入境,供生产使用。近期,A公司在审查中发现,该化学材料尚未被列入《中国现有化学物质名录》,属于国家管控的“新化学物质”。于是,A公司的管理层产生了疑问,这种已经使用多年的化学材料,究竟是否属于“新化学物质”?如果属于的话,公司长期以来的做法将有什么法律风险?

对于许多法律及合规人士而言,“新化学物质”可能仍是个陌生的概念。但在企业的生产经营中,与“新化学物质”有关的法律风险可能正隐藏在某个“隐秘的角落”,不断累积。基于此,本文旨在简单介绍新化学物质的监管制度,提高企业在该领域内的合规意识。

(一) 新化学物质——新在哪?

2020年4月29日,生态环境部发布了《新化学物质环境管理登记办法》(“《登记办法》”)(生态环境部令第12号),开始了对新化学物质的新一轮管控。根据《登记办法》,“新化学物质”是指未列入《中国现有化学物质名录》的化学物质³¹。换言之,无论一种物质是否已在国内被频繁使用,只要其尚未被列入《中国现有化学物质名录》,就属于“新化学物质”。对于从事医药、化工、汽车、高科技产品生产以及科学研究的企业而言,在日常经营的过程中均有可能遇见与“新化学物质”相关的法律问题。

其实,“新化学物质”并非首次进入监管部门的视野。早在2003年,当时的“国家环境保护总局”即制定了《新化学物质环境管理办法》(“《管理办法》”)(国家环境保护总局令第17号),并在2010年进行了首次修订。虽然《管理办法》对“新化学物质”做出了明确的定义,但实践中企业在此方面的合规意识并不高。曾发生于2013年并在国内业界引起轩然大波的“丙尔金案”即是一例。“丙尔金”曾被国家发展和改革委员会(“国家发改委”)认为是一种“无毒、无氰”的清洁镀金产品并计划在全国范围内推广,用于取代当时使用的氰化物镀金技术。然而,广东省江门市公安局在办案中发现“丙尔金”含有75%的氰化金钾和25%的柠檬酸钾,具有剧毒³²。该案随即引起了舆论的关注,造成电镀及相关行业几个月的震荡。最终,国家发改委于2013年9月23日发文叫停了年初下发的“以丙尔金替代传统氰化镀金工艺”的21号令。在此期间,环保部门也发文称“丙尔金”属于新化学物质,涉事企业在生产过程中未按照《管理办法》的规定办理新化学物质申报,因此企业在取得新化学物质环境管理登记证之前禁止将“丙尔金”用于生产³³。

根据《管理办法》的规定,我国环境监管部门对于“新

化学物质”采取申报登记和跟踪控制制度,“新化学物质”的生产者或者进口者,必须在生产前或者进口前进行申报,领取新化学物质环境管理登记证,否则禁止生产、进口和加工使用“新化学物质”³⁴。

2019年,生态环境部又发布了《化学物质环境风险评估与管控条例(征求意见稿)》,其中建议提高针对企业违规使用新化学物质的罚金上限³⁵。虽然该条例尚未颁布,但也体现了监管机构对于“新化学物质”管控的决心和力度。

(二) 新化学物质——都管谁?

经过多年实践,《管理办法》的一些规定已经不能适应当前的环境管理工作要求,为了进一步识别“新化学物质”的环境危害,评估其生产、加工使用、废弃处置全生命周期的潜在环境风险,防止具有不合理环境风险的新化学物质进入生产流通领域,监管部门于2020年公布了《登记办法》。在新的《登记办法》中,仍然采用“原则上适用结合特殊情况下豁免”的政策,进一步体现了政府“放管服”的监管原则。

1. 一般适用对象

根据新的《登记办法》,在中国境内从事“新化学物质”的研究、生产、进口和加工使用活动的,均需要在生产或进口前向生态环境部固体废物与化学品管理技术中心进行申报,取得新化学物质环境管理登记证。因此,原则上,《登记办法》对“新化学物质”的管理体现在企业运营的方方面面,无论是化学物质的进口、采购或者使用、加工,都应当留意使用的材料是否被《中国现有化学物质名录》所涵盖。如果没有涵盖的,企业则需要提前进行“新化学物质”的申报。

2. 豁免规定

新的《登记办法》中,对于医药、农药、兽药、化妆品、放射性物质、食品、食品添加剂、饲料及饲料添加剂、肥料等产品进行了豁免。但是,豁免并不意味着不予监管,根据《登记办法(征求意见稿)》中的表述,上述豁免物品虽不适用《登记办法》,但是应当适用其他有关法律的规定。立法者可能考虑到国家已对前述产品专门立法,其中已包含了与产品及原料相关的环境危害性评估以及在进口、生产、流通环节的管控措施,因此不需要在《登记办法》中做重复规定³⁶。

除了对特定类别进行豁免外,如果“新化学物质”进口后在海关特殊监管区内存放且未经任何加工即全部出口,则由于事实上并未在我国国内流通或使用,对我国环境造成损害的可能性较低,因此也被排除在监管范围之外。

3. 新用途登记

需要注意的是,如果某化学物质虽然已经被列入《中

31. 《新化学物质环境管理登记办法》第三条。

32. 《社会企盼“丙尔金事件”真相》,载于东北新闻网, <http://finance.nen.com.cn/system/2013/07/16/010552307.shtml>。

33. 《发改委叫停丙尔金 新物质申报未获受理》,载于新浪财经, <http://finance.sina.com.cn/360desktop/roll/20130928/021816876668.shtml>。

34. 《新化学物质环境管理办法》(2010年修订)第五条。

35. 《化学物质环境风险评估与管控条例(征求意见稿)》第三十四条。

36. 如先行的《化妆品卫生监督条例(2019修订)》第九条规定:“使用化妆品新原料生产化妆品,必须经国务院化妆品监督管理部门批准。”;第十条规定:“生产特殊用途的化妆品,必须经国务院化妆品监督管理部门批准,取得批准文号后方可生产”。

国现有化学物质名录》，但是在名录中规定实施新用途环境管理的化学物质，用于允许用途以外的其他工业用途的，应按照新化学物质进行环境管理。这就要求企业在实际的生产经营过程中，不仅审查使用的化学物质是否被列入《中国现有化学物质名录》，还应注意新化学物质的实际用途与登记或备案证书上记载的用途是否一致。如不一致，应按照“新化学物质”进行登记或备案。

（三）新化学物质——怎么管？

《登记办法》对于使用“新化学物质”的企业在取得登记证或办理备案、防范和控制环境风险、实施跟踪管理等方面提出了要求，涵盖“新化学物质”从生产进口到使用销售的方方面面，较为详细。下文针对“新化学物质”的合规要求的重点举措进行了梳理：

	具体要求
申报主体	我国境内依法登记能够独立承担法律责任的，从事新化学物质生产或者进口的企业事业单位； 拟向中华人民共和国境内出口新化学物质的生产或者贸易企业，也可以作为申请人，但应当指定在我国境内依法登记能够独立承担法律责任的企业事业单位作为代理人，共同履行新化学物质环境管理登记及登记后环境管理义务，并依法承担责任 ³⁷ 。
申报类型	根据规定，申报类型分为常规登记、简易登记和备案三种 ³⁸ 。 常规登记：新化学物质年生产量或者进口量10吨以上的，应当办理新化学物质环境管理常规登记。 简易登记：新化学物质年生产量或者进口量1吨以上不足10吨的，应当办理新化学物质环境管理简易登记。 备案：符合下列条件之一的，应当办理新化学物质环境管理备案（以下简称备案）： · 新化学物质年生产量或者进口量不足1吨的； · 新化学物质单体或者反应体含量不超过2%的聚合物或者属于低关注聚合物的。
区分登记用途	根据《登记办法》规定，登记证应当载明登记用途。在从“新化学物质”向《中国现有化学物质名录》转换的过程中，也可能存在对于特定用途的限制 ³⁹ 。
首次活动报告	登记证持有人应当在首次生产之日起六十日内，或者在首次进口并向加工使用者转移之日起六十日内，向国务院生态环境主管部门报告新化学物质首次活动情况 ⁴⁰ 。
年度报告	常规登记证上载明的环境管理要求规定了提交年度报告要求的，登记证持有人应当自登记的次年起，每年4月30日前向国务院生态环境主管部门报告上一年度获准登记新化学物质的实际生产或者进口情况、向环境排放情况，以及环境风险控制措施和环境管理要求的落实情况 ⁴¹ 。
跟踪管理	新化学物质的生产者、进口者、加工使用者应当向下游用户告知：1）登记证号或者备案回执号；2）新化学物质的申请用途；3）新化学物质环境和健康危害特性及环境风险控制措施；4）新化学物质的管理要求 ⁴² 。
记录保存	· 常规登记和简易登记材料以及新化学物质活动情况记录等相关资料应当至少保存十年。 · 备案材料以及新化学物质活动情况记录等相关资料应当至少保存三年 ⁴³ 。

（四）新化学物质——怎么罚？

回看文首所提及的案例，A公司长期未就进口新化学物质向生态环境部门申报，持续通过邮寄的方式进口化学物质，并且该化学物质不属于豁免的范围。无论A公司多年以来累计使用该化学物质的具体数量为多少，A公司均违反了《登记办法》的规定，构成未取得登记证/未办理备案，进口及加工使用新化学物质⁴⁴。

基于讨论之需要，我们假设A公司每年进口并使用该新化学物质的数量大于1吨，因此根据《登记办法》的规定，A公司应就该新化学物质办理登记证。在此前提下，A公司可能面临多方面的法律责任：

1.《登记办法》项下的法律责任

根据《登记办法》第四十八条的规定，设区的市级以上地方生态环境部门应对A公司责令改正并处一万元以上三万元以下的罚款；情节严重的，依法依规开展失信联合惩戒，一年内不再受理其新化学物质环境管理登记申请。虽然《登记办法》未规定构成“情节严重”的情形，但实践中生态环境部门可根据违法行为持续的时间、涉案新物质对公众健康、环境危害的影响等因素予以认定。

虽然《登记办法》项下的罚金金额不高，但由于生态环境部门有权在一年内不再受理其新化学物质环境管理登记申请，这意味着A公司在一年内无法就该新化学物质向生态环境部门登记，进而无法在生产中使用，这无疑将严重影响A公司的生产经营。

2.《刑法》项下潜在的法律责任

通常情况下，企业加工使用未取得登记证的新化学物质的行为大都属于过失，源于对于企业及相关工作人员不了解我国新化学物质管控制度。但当涉案的新化学物质具有放射性、对人体、环境有害的情况下，视不同的情况，不排除企业运输、使用、排放的新化学物质的行为被认定为破坏环境资源类犯罪（如污染环境罪）的可能。

以污染环境罪为例，根据《刑法》的规定，污染环境罪是指违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的行为。该罪名的主观方面由过失组成，即行为人对于违反国家环境保护法规，排放、倾倒或者处置危险废物是明知的，但对于由此造成的严重后果不是行为人所希望的⁴⁵。在具体案件中，如果A公司预见到该新化学物质可能有毒，但由于管理过失，未能按照《登记办法》的规定向生态环境部门登记或备案，造成生态环境部门失去对于化学物质的追溯及用途管理，最终导致环境污染后果的。那么根据具体的案情，A公司的相关责任人将可能构成污染环境罪并承担刑事责任。

3.《海关法》项下潜在的法律責任

此外，A公司与其海外母公司存在被认定为走私行为共犯的可能性，因为《海关法》第八十二条以及《海关行政处罚实施条例》第七条规定“经过设立海关的地点，以藏匿、伪装、瞒报、伪报或者其他方式逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止或者限制进出口的货物、物品进出境的行为是走私行为”。

在上述案例中，A公司的母公司在邮寄进口环节中很可能存在瞒报或伪报物品品名的行为，并且A公司可能就此与母公司通谋。否则，一般情况下，海关在审单时如发现快递单上写有某化学物质的品名，应会开箱化验。如认定为新化学物质，海关应不予放行物品，直至行为人提交登记证/备案证明。

值得注意的是，关于未经登记或备案的新化学物质（无论事后被证明对人体、环境有害与否）是否属于《海关法》及《海关行政处罚实施条例》所指的“国家禁止或者限制进口的货物、物品”的问题，实践中可能存在争议。

在实际工作中，海关根据商务部会同国务院有关部门制定的《禁止进口的货物目录》、《限制进口的货物目录》、《禁止进口固体废物目录》等目录来判断进口的货物或物品是否属于“国家禁止或者限制进口的货物、物品”。但由于新化学物质的特殊性，其本身未被列入《中国现有化学物质名录》（由生态环境部编制）。因此，如果商务部制定的有关禁止、限制进口的货物及物品目录中仅包括国内现有的化学物质的话，那么理论上前述目录将不包括新化学物质。根据这个逻辑，海关可能缺乏将未经登记或备案的新化学物质认定为国家禁止或者限制进口货物、物品的法律基础。换个角度而言，上述问题的核心是商务部与生态环境部在各自主管领域制定不同目录之间的协调工作。

除此之外，《管理办法》（将于2021年1月1日失效）第五条曾规定“新化学物质的生产者或者进口者，必须在生产前或者进口前进行申报，领取新化学物质环境管理登记证。未取得登记证的新化学物质，禁止生产、进口和加工使用。未取得登记证或者未备案申报的新化学物质，不得用于科学研究”。前述规定似乎给海关将未经登记或备案的新化学物质认定为国家禁止或者限制进口货物、物品提供了法律依据。可惜新颁布的《登记办法》中没有类似于《管理办法》第五条的规定。因此，在海关监管中应如何认定未经登记或备案的新化学物质的法律性质，仍是一个值得探讨的问题。

（五）新化学物质——企业该怎么办？

对于“新化学物质”，“新”重点体现在环境监管部门对于其持久性、生物累积性、环境和健康危害性的认识尚不全面，也因此带来了监管的必要。应对“新

37. 《新化学物质环境管理登记办法》第十一条。

38. 《新化学物质环境管理登记办法》第十条。

39. 《新化学物质环境管理登记办法》第二十六条。

40. 《新化学物质环境管理登记办法》第四十一条。

41. 《新化学物质环境管理登记办法》第四十一条。

42. 《新化学物质环境管理登记办法》第三十八条。

43. 《新化学物质环境管理登记办法》第三十九条。

44. 本文暂不讨论新法的溯及力以及“新旧法适用”的问题。

化学物质”的监管，企业不能抱着侥幸心理不查不问，更不能试图“蒙混过关”，在政府对于环境保护监管趋严的态势下，企业降低合规风险显得尤为重要。本文就企业如何降低前述法律风险提出以下初步建议，希望能有所益助。

首先，了解哪些行业、哪些人群是新化学物质风险的“高风险”行业及人群，进行合规培训并树立合规意识。实践中，化工以及各类制造业是新化学物质合规风险较为多发的行业。此外，各类实验室由于其工作特性，也会遇见与新化学物质相关的合规问题。在企业内部，一般生产部门、物料部门以及进出口部门的工作人员是“高危人群”。“高危人群”的不当操作将导致企业的合规风险。

其次，建立新化学物质识别机制，加强与外部咨询机构的合作，完善新化学物质的识别、登记/备案以及事后管理。实践中，大部分的风险来自于企业不知晓相关材料属于新化学物质。针对这一问题，建议企业在现有的合规流程中，加入新化学物质的识别环节，就可能属于新化学物质的材料，会同外部咨询机构予以判断。此外，在获得新化学物质登记/备案后，企业应对加强关于新化学物质用途的管理，确保在登记/备案批准的范围内使用新化学物质。

再次，采取定期“合规体检”。实践中，由于人员的更替，存在制度落实不到位的情况。因此，企业可以定期检查就与新化学物质相关的制度落实情况，及时发现问题，避免“风险累积”的情况产生。

四、环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的比较与衔接

2012年《民事诉讼法》首次确立了环境民事公益诉讼制度，允许法律规定的机关和组织对污染环境等损害社会公共利益的行为提起诉讼。随着最高人民法院（“最高院”）和最高人民检察院（“最高检”）相继出台有关环境民事公益诉讼的司法解释，相关司法实践不断发展。2015年12月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》（“《试点方案》”），经过两年的试点后，中共中央办公厅、国务院办公厅于2017年12月印发了《生态环境损害赔偿制度改革方案》（“《改革方案》”），在全国范围内正式施行生态环境损害赔偿制度。

环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼同为生态环境损害救济领域的重要制度，在诉讼功能和适用范围存在较多重合，而在诉讼主体和程序规定上又存在一些差异。如何将两者进行有机的衔接和协调，充分发挥各自的制度优势，节约审判资源，避免重复追责，具有重要的现实意义。本文将对生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的基本制度进行梳理和比较，并结合相关法律法规与司法实践对两类诉讼制度的衔接安排进行探讨。

（一）环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的比较

1. 立法现状

我国环境民事公益诉讼制度主要通过《民事诉讼法》与相关司法解释进行确立。2012年，《民事诉讼法》修订时首次突破传统的原告应与案件有“直接利害关系”这一必要条件的限制，规定符合条件的机关和组织可以对污染环境等损害社会公共利益的行为提起诉讼。其后，最高院、最高检相继出台了相关的司法解释和工作文件，包括《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（“《环境民事公益诉讼解释》”）和《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（“《检察公益诉讼解释》”）等，对环境民事公益诉讼制度作出具体规定。

相较而言，生态环境损害赔偿诉讼制度主要通过政策性文件确立，包括2015年的《试点方案》，2017年的《改革方案》以及部分省市专门制定的规范性文件。近年来，相关法律法规和司法解释开始对生态环境损害赔偿诉讼制度作出规定。例如2020年4月修订后的《固体废物污染环境防治法》在法律层面明确规定可对固体废物污染环境、破坏生态的行为提起生态环境损害赔偿诉讼。2019年6月，最高院发布《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》（“《若干规定》”），对生态环境损害赔偿诉讼的诉讼规则，包括诉讼主体、适用范围、审理程序等，作出了详细规定。

此外，即将生效的《民法典》第1234-1235条针对违

45. 《刑法罪名精释》（第四版）第858页，周道鸾、张军、熊选国、高憬宏著，人民法院出版社。

反国家规定造成生态环境损害的侵权行为，授权国家机关和有关组织对侵权人追究环境修复责任和损害赔偿责任。上述规定同时适用于环境民事公益诉讼和生态环境损害赔偿诉讼，为在两类诉讼下追究环境侵权责任提供了明确统一的法律依据。

环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的主要法律法规

	环境民事公益诉讼	生态环境损害赔偿诉讼
法律	· 《民事诉讼法》（2017年） · 《环境保护法》 · 《民法典》（尚未生效）	· 《固体废物污染环境防治法》 · 《民法典》（尚未生效）
司法解释	· 《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（2015年1月） · 《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2015年6月） · 《最高人民法院关于审理环境公益诉讼案件的工作规范(试行)》（2017年4月） · 《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（2018年3月）	· 《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》（2019年6月）
规范性文件	/	· 《生态环境损害赔偿制度改革方案》（2017年12月） · 《关于推进生态环境损害赔偿制度改革若干具体问题的意见》（2020年8月）

2. 基本制度比较

环境民事公益诉讼制度与生态环境损害赔偿诉讼制度同为我国生态文明体系的重要构建部分，在制度设计的目的和功能上存在着很多重合之处。同时，由于二者均建立在侵权责任法的体系之下，在责任构成要件和责任承担形式上较为趋近。此外，由于两类案件同属民事诉讼的范畴，在诉讼程序的安排上也存在高度的相似性。

为厘清两类诉讼的边界，我们基于现行的相关法律法规，将环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼之间的制度比较整理如下：

环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼基本制度对照

	环境民事公益诉讼	生态环境损害赔偿诉讼
原告	· 人民检察院 · 具备资格的社会组织： (1)依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记 (2)专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录	· 省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构（如生态环境、自然资源、住房城乡建设、水利、农业农村、林业和草原等相关部门或机构） · 受国务院委托行使全民所有自然资源所有权的部门
适用情形	覆盖面较广： · 已经损害社会公共利益的污染环境、破坏生态的行为 · 具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为	聚焦于重大案件： · 发生较大、重大、特别重大突发环境事件的 · 在国家和省级主体功能区规划中划定的重点生态功能区、禁止开发区发生环境污染、生态破坏事件的 · 发生其他严重影响生态环境后果的
不适用情形	· 私益诉讼：公民、法人和其他组织人身、财产受到损害	· 私益诉讼：因污染环境、破坏生态造成人身损害、个人和集体财产损失要求赔偿的 因海洋生态环境损害要求赔偿的
前置程序	· 社会组织提起民事公益诉讼——无前置程序 · 检察院提起民事公益诉讼——公告程序：拟提起公益诉讼的，应当依法公告，公告期为三十日。公告期满，法律规定的机关和有关组织不提起诉讼的，检察院可以提起诉讼	赔偿权利人与造成生态环境损害的自然人、法人或者其他组织进行磋商 · 人民法院在立案阶段，只审查原告是否提交了与被告进行磋商但未达成一致或者因客观原因无法与被告进行磋商的说明即可 · 经磋商达成的生态环境损害赔偿协议可向人民法院申请司法确认
被告归责条件	无过错责任，即被告不能够以未违反相关法律法规为由主张不承担责任	被告行为违法法律法规
举证责任	原告： · 污染者排放了污染物 · 被侵权人的损害 · 污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害之间具有关联性	原告： · 被告实施了污染环境、破坏生态的行为或者具有其他应当依法承担责任的情形 · 生态环境受到损害，以及所需修复费用、损害赔偿等具体数额 · 被告污染环境、破坏生态的行为与生态环境损害之间具有关联性
	被告： · 应就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任	被告： · 污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任

责任承担方式	· 修复生态环境 · 赔偿损失 · 停止侵害 · 排除妨碍 · 消除危险 · 赔礼道歉	· 停止侵害 · 排除妨碍 · 消除危险 · 恢复原状（可判决修复生态或承担生态环境修复费用） · 赔偿损失 · 赔礼道歉
--------	---	---

根据上表，环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的差异主要体现在以下几个方面：

（1）提起诉讼的原告主体不同

环境民事公益诉讼中，具有资格提起诉讼的原告包括符合条件的社会组织⁴⁶和检察机关⁴⁷。而对于生态环境损害赔偿诉讼，有权提起诉讼的赔偿权利人主要是省级、市地级人民政府及其指定的相关部门、机构（如生态环境、自然资源、住房城乡建设、水利、农业农村、林业和草原等相关部门或机构）以及受国务院委托行使全民所有自然资源所有权的部门。⁴⁸

（2）适用范围不同

在适用范围上，环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼各具特点，存在较为显著的区别。

i. 环境民事公益诉讼较生态环境损害赔偿诉讼适用范围更广

依据《环境民事公益诉讼解释》的规定，环境民事公益诉讼广泛适用于一切由于环境污染、生态破坏造成社会公共利益受到损害或具有相应重大损害社会公共利益风险的案件。⁴⁹因此，在环境民事公益诉讼制度下，预防性诉讼也被纳入了受案范围，这类案件在司法实践中也已有先例可循。⁵⁰

而根据《改革方案》和《若干规定》，生态环境损害赔偿诉讼仅适用于较为严重、达到特定级别的环境损害事件、发生在特定环境保护区域的环境损害事件或其他造成严重后果的情形。⁵¹

ii. 海洋生态环境损害案件的适用不同

相较于环境民事公益诉讼制度，《改革方案》和《若干规定》所建立的生态环境损害赔偿诉讼制度的另一特点在于排除了海洋生态环境损害案件的适用⁵²，而《环境民事公益诉讼解释》则并未作出类似的排除性规定。

对于海洋生态环境损害案件，最高院在 2017 年根据《海洋环境保护法》的规定颁布了《最高人民法院关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》（“《海洋环境案件规定》”）。根据《海洋环境案件规定》第 12 条，对于该项司法解释没有作出规定的问题，将适用《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（“《环境侵权司法解释》”）和《环境民事公益诉讼解释》。最高人民法院民四庭负责人就《海洋环境案件规定》答记者问中提到，海洋自然资源与生态环境损害赔偿诉讼是一种环境民事公益诉讼，属于《环境民事公益诉讼解释》的适用范围。可以认为，《海洋环境案件规定》属于环境民事公益诉讼中的特别规定。根据这一特别规定，提起海洋自然资源与生态环境损害赔偿诉讼的主体是行使海洋环境监督管理权的机关，而非社会组织。⁵³对此，相关司法实践也表明，尽管对于人民检察院根据《检察公益诉讼解释》就海洋环境污染案件提起的环境民事公益诉讼，人民法院仍可予以受理⁵⁴，然而对于社会组织提起此类诉讼的主体资格问题，最高人民法院则在近年的案件中予以了否定⁵⁵。

（3）程序启动的条件不同

对于社会组织提起的环境民事公益诉讼，相关法律与司法解释没有对诉讼程序的启动设置特别的限制条件；而对于检察机关提起环境民事公益诉讼，《检察公益诉讼解释》规定检察机关在起诉前须依法公告，在经过三十日公告期后法律规定的机关和社会组织不提起诉讼的，检察机关方可提起诉讼。⁵⁶

作为生态环境损害赔偿诉讼的一个突出特点，《改革方案》和《若干规定》为诉讼程序的启动设置了磋商的前置程序，要求赔偿权利人在生态环境损害发生后应当组织开展生态环境损害调查、鉴定评估、修复方案编制等工作，主动与赔偿义务人开展磋商。在磋商未达成一致的情况下，赔偿权利人方可提起生态环境损害赔偿诉讼。⁵⁷

46. 《环境保护法》第 58 条；《环境民事公益诉讼解释》第 1 条。
47. 《检察公益诉讼解释》第 13 条。
48. 《若干规定》第 1 条；《关于推进生态环境损害赔偿制度改革若干具体问题的意见》第 1 条。
49. 《环境民事公益诉讼解释》第 1 条。
50. 如四川省甘孜藏族自治州中级人民法院已受理了具有预防性的珍贵濒危植物保护环境公益诉讼“五小叶槭”案，目前该案件尚在审理之中。
51. 《若干规定》第 1 条。
52. 《改革方案》第 3 条；《若干规定》第 2 条。
53. 《海洋环境案件规定》第 3 条。
54. 如广州海事法院审理的广东省广州市人民检察院诉 XX 来污染海洋环境责任纠纷公益诉讼案，（2017）粤 72 民初 431 号。
55. 如最高人民法院审理的北京市朝阳区自然之友环境研究所、荣成伟伯渔业有限公司再审审查及审判监督案，（2019）最高法民申 6214 号。
56. 《检察公益诉讼解释》第 13 条。
57. 《改革方案》第 2 条；《若干规定》第 1 条。

(4) 归责条件不同

尽管环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼均在追究环境污染责任人的侵权责任，但相应的归责条件却存在差异。

环境民事公益诉讼制度适用无过错责任原则，污染者不能以排污符合国家或者地方污染物排放标准为由不承担责任。最高院发布的《环境民事公益诉讼解释》理解与适用也明确，生产经营者不存在违法排放或系因第三人导致环境污染，仍应当承担恢复原状、赔偿损失的民事责任。而生态环境损害赔偿诉讼则要求被告存在违反法律法规污染环境、破坏生态的情形，方可判决其承担民事责任。⁵⁸

(二) 生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的衔接

如上所述，生态环境损害赔偿诉讼和环境民事公益诉讼在制度功能和适用范围上存在重合，但又有所不同。为保护各类主体诉权，同时避免重复追责，造成司法资源浪费，《若干规定》第十六条至第十八条针对两类诉讼的衔接协调问题作出了安排。值得注意的是，对于制度衔接的一些特殊情形，《若干规定》还存在空白，有待立法和司法实践的进一步探索。

1. 同一审判组织分别受理

为了保障原告诉权，同时节约司法资源，避免审判矛盾，《若干规定》第十六条规定，在生态环境损害赔偿诉讼案件审理过程中，同一损害生态环境行为又被提起民事公益诉讼，符合起诉条件的，由受理生态环境损害赔偿诉讼案件的人民法院受理并由同一审判组织审理。

在《若干规定》施行前，实践中对于针对同一生态环境损害行为提起的生态环境损害赔偿诉讼和民事公益诉讼的受理曾存在不同的观点，有观点认为两类诉讼针对的是相同的侵害行为，因此应当合并审理。例如在重庆市人民政府、重庆两江志愿服务发展中心诉重庆藏金阁物业管理有限公司、重庆首旭环保科技有限公司生态环境损害赔偿诉讼案中，重庆市第一中级人民法院分别受理了社会组织提起的公益诉讼和人民政府提起的生态环境赔偿损害赔偿诉讼后，将两案予以合并审理。⁵⁹此外，江苏省南京市中级人民法院也在江苏省人民政府、江苏省环保联合会诉德司达（南京）染料有限公司生态损害赔偿案中，在受理了社会组织提起的环境民事公益诉讼后，江苏省人民政府作为生态环境损害的赔偿权利人申请参加诉讼。法院最终将赔偿权利人与社会组织列为共同被告，并作出了判决。⁶⁰

最高院在起草《若干规定》时，认为生态环境损害赔偿诉讼尚在试点期间，需要在司法实践中探索程序规则，以便“厘清两类案件在归责原则、举证责任、事实认定、裁判内容等法律适用上的异同与协调”⁶¹，因

此决定对生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼予以分别受理。同时，为了避免针对同一生态环境损害事件的关联诉讼出现事实认定和裁判意见上的冲突，最高院又作出规定两个诉讼案件应由同一审判组织进行审理。

2. 生态环境损害赔偿诉讼先行

《若干规定》第十七条确定了生态环境损害赔偿诉讼先行原则，即人民法院受理因同一损害生态环境行为提起的生态环境损害赔偿诉讼案件和民事公益诉讼案件，应先中止民事公益诉讼案件的审理，待生态环境损害赔偿诉讼案件审理完毕后，就民事公益诉讼案件未被涵盖的诉讼请求依法作出裁判。由于生态环境损害赔偿诉讼中的原告是负责管理相应环境和资源的行政主管部门，在诉讼中具有更强的收集举证的能力，也具有较强的专业性和组织修复生态环境的资源和能力，因此《若干规定》规定对生态环境损害赔偿诉讼先予审理。

值得注意的是，《若干规定》并未明确，当生态环境损害赔偿诉讼的赔偿权利人启动诉讼前置程序，开展与赔偿义务人的磋商时，该等磋商程序是否也应优先于环境民事公益诉讼。我们认为，生态环境损害赔偿诉讼设置前置磋商程序的目的，在于提高纠纷解决的效率，及时对生态环境进行修复。如若在开展磋商的过程中仍然允许社会组织或人民检察院提起环境民事公益诉讼并进行实体审理，赔偿义务人参与赔偿磋商的积极性可能会降低，因为其仍然面临因同一损害行而被重复追责的可能；同时，负责磋商的政府机关可能也会因为存在平行的公益诉讼程序，而迅速结束磋商并启动生态环境损害赔偿诉讼，不利于实现磋商程序的制度功能。既然在程序上优先于环境民事公益诉讼的生态环境损害赔偿诉讼尚且须以磋商失败作为前提，那么环境民事公益诉讼也应当让磋商程序先行。

对此，我们注意到一些地方法规已经出台了关于生态环境损害赔偿磋商的具体实施细则，通过建立相关主体参与磋商的渠道和机制，尝试在磋商程序中对人民政府、法院、检察院以及社会组织等不同的主体进行协调。例如《江苏省生态环境损害赔偿磋商办法（试行）》规定，赔偿权利人通知赔偿义务人启动磋商以及磋商终止时，应当书面告知同级人民法院、同级人民检察院。此外，磋商的时间和地点应当提前向社会公众进行公告，符合《环境保护法》规定的社会组织可以申请列席磋商会议。这些举措都有利于来自不同方面的环境保护力量能够更好地发挥协同效应，减轻赔偿义务人诉讼负担的同时提高参与磋商的积极性，更高效地达到修复生态、保护环境的目的。我们也期待磋商程序与环境民事公益诉讼的衔接问题能够尽快在法律法规或司法解释的层面得到明确，保证司法实践的统一和稳定。

3. 诉讼请求覆盖原则

为避免相关民事主体对同一损害生态环境行为重复承

58. 《若干规定》第11条。

59. 重庆市第一中级人民法院民事判决书，（2017）渝01民初773号。

60. 江苏省南京市中级人民法院民事判决书，（2016）苏01民初1203号。

61. 《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》的理解与适用，最高人民法院，《人民司法（应用）》2019年第34期第31页。

担责任,《若干规定》第十八条明确,对于同一损害生态环境行为,除非有证据证明存在前案审理时未发现的损害,原则上只能提起一次生态环境损害赔偿诉讼或者环境民事公益诉讼。根据《若干规定》所确定的举证责任分配原则,原告应当负有举证责任对超出原本生效判决范围的新的损害进行证明。

我们理解出于当前阶段保护环境公共利益的需要,也考虑到环境污染和生态破坏所造成的损害具有长期性和广域性的特点,对生态环境造成的损害可能难以保证能在一次诉讼中得到充分的救济,因此《若干规定》允许在前一诉讼作出生效裁判后,另一诉讼的适格原告基于新发现的损害另行提起诉讼。类似的,《环境民事公益诉讼解释》也规定环境民事公益诉讼案件的裁判生效后,有证据证明存在前案审理时未发现的损害,则其他适格原告也可以提起新的环境民事公益诉讼。⁶²现行的法律法规和司法解释没有对所谓“未发现的损害”给出明确的定义和标准。从司法实践来看,最高院对于这一问题的认定倾向于采取比较宽松的态度,认为法院对同一污染行为认定的生态修复费用不足以弥补损害的,即可以另行主张。⁶³同时,目前也存在一些不同的观点,认为虽然生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的原告主体不同,但事实上所代表的诉讼利益都是环境公共利益,应当遵循民事诉讼“一事不再理”的基本原则,维护民事诉讼判决的既判力和司法制度稳定性,除非原告提出新的诉讼请求,否则不应当受理。

此外,值得注意的是,《若干规定》仅对经过法院审理作出判决的案件确定了诉讼请求覆盖原则,但对于经磋商达成的赔偿协议(尤其是未经司法确认的协议)是否具有类似的效力,达到阻却重复诉讼的效果,没有进行明确。我们认为,经过司法确认的赔偿协议具有既判力和强制执行力,如有社会组织或人民检察院针对该赔偿协议所涉及的同一生态环境损害行为提起环境民事公益诉讼时,也应当首先审查其主张的损害是否已经被赔偿协议所涵盖。而对于未经司法确认的赔偿协议,我们也建议在关联环境民事公益诉讼中先作同样的审查,要求原告举证证明其主张的损害属于新的损害。由于生态环境损害赔偿与环境民事公益诉讼在保护公共利益的目的上是一致的,考虑到磋商程序是由具有生态环境行政管理职能的相关部门进行主导,磋商结果往往是基于专业的鉴定评估而达成的,赔偿协议的达成与执行在实践中也往往受到相关社会组织和公众的监督,从制度设计的角度而言已经旨在保护公共利益。这一比较性审查更有利于节约司法资源,保障磋商程序的制度功能。

结语

环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼共同作为保护治理生态环境,维护社会公共利益的制度保障,是我国探索多元化发展路径构建生态文明体系的重要举措。《若干规定》的出台在一定程度上明确了两类诉讼之间的关系以及相互衔接与协调的规则。但同时由于相关司法实践尚不丰富,《若干规定》对于一些实践中可能出现的具体情况,尤其是生态环境损害赔偿

偿的磋商与环境民事公益诉讼如何衔接的问题,尚未涉及。对于今后的立法与司法将如何厘清二者的边界,完善衔接的机制,协调发挥不同环境保护主体的作用,形成制度之间的互补和合力,实现生态环境损害救济效益的最大化,我们也将持续予以关注。

62. 《环境民事公益诉讼解释》第28条。

63. 在最高院于2019年12月26日发布的指导案例第135号江苏省徐州市人民检察院诉苏州其安工艺品有限公司等环境民事公益诉讼案中,法院在损害情况无法具体明确的情况下,认可采取虚拟治理成本法估算得出的生态环境修复费用,同时认为如若该等修复费用尚不足以弥补生态环境损害的,有关组织和机构仍可以基于新发现的事实向被告另行主张。

出口管制与制裁



一、中国《出口管制法》十大亮点

2020年10月17日，中国国家主席习近平签署第58号主席令，公布《中华人民共和国出口管制法》（“《出口管制法》”），自2020年12月1日起施行。在不到一年的时间里，《出口管制法》完成三次审议并最终通过，显示国家对该法的高度重视。

《出口管制法》进一步突出了其维护国家安全和利益的属性和功能，对中国现行出口管制相关制度作出了一系列重大调整，扩大了管制物项和受管制行为的范围、增加了临时管制、增设了管控名单制度、强化了企业出口管制合规义务、加大了对违法行为的惩处力度、明确了域外适用效力。本文将对《出口管制法》的十大亮点进行介绍和分析。

（一）扩充了受管制的“出口”行为

《出口管制法》明确将“视同出口”和“再出口”纳入受管制的出口行为。所谓视同出口是指《出口管制法》第二条第二款规定的“中华人民共和国公民、法人和非法人组织向外国组织和个人提供管制物项”；而第四十五条原则性规定了“再出口”应当依照本法的有关规定执行。

值得注意的是，《出口管制法》规定的“视同出口”较美国法下的概念更为宽泛。美国法下，视同出口一般是指将技术或源代码出示或以其他方式转移给位于美国境内的外国人，而《出口管制法》规定的视同出口不限于技术或软件，包括了所有管制物项。此外，从字面理解，中国主体在境外向外国主体提供管制物项亦属于视同出口的范畴（类似于美国法下的“视同再出口”）。关于再出口，《出口管制法》提出了这一概念，但并无任何界定，留待配套的实施细则予以明确。

（二）扩大了管制物项的范围

《出口管制法》第二条规定，国家对两用物项、军品、核以及其他与维护国家安全与利益、履行防扩散等国际义务相关的货物、技术、服务等物项（以下统称“管制物项”）的出口管制，适用本法。上述管制物项，包括物项相关的技术资料等数据。

与现行立法相比，《出口管制法》在管制物项方面有三大变化。一是除了传统的货物和技术，明确将服务纳入管制物项。我们理解，这是借鉴了《外贸法》的规定，《外贸法》将对外贸易分为货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。《出口管制法》作为一部贸易法，在概念上与《外贸法》的规定保持一致。二是除了现行的两用物项、核和军品三类管制物项，还明确将“其他与维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务相关的货物、技术、服务”作为兜底，特别是与此前征求意见稿相比，在“国家安全”之后增加了“利益”两字，进一步扩大了管制物项的涵盖范围，体现了全面管制的原则。三是明确了管制物项包括物项相关的技术资料等数据，以实现全面覆盖，杜绝漏洞。

（三）引导出口经营者建立内部合规制度

《出口管制法》建立了合规激励机制，出口经营者建立出口管制内部合规制度且运行良好的，主管部门可以对其出口有关管制物项给予通用许可等许可便利措施。近年来，国家对企业合规管理越来越重视，从多个方面积极推动企业建立内部合规制度。如近年来多地检察机关积极探索开展企业“刑事合规不起诉”，企业合规体系的搭建逐渐成为检察机关对涉案企业作不起诉处理的重要考量因素；又如《上海市反不正当竞争条例（征求意见稿）》明确规定经营者应“建立健全充分有效的反商业贿赂管理制度并严格落实”等。《出口管制法》明确将出口经营者建立内部合规制度及执行情况与给予通用许可等便利措施挂钩，不失为一项重要的制度创新。

为引导出口经营者建立健全出口管制内部合规制度，《出口管制法》还着力加强公共服务供给，主要体现在：一是规定国家出口管制管理部门要适时发布有关行业出口管制指南；二是建立咨询机制，规定出口经营者无法确定拟出口的货物、技术和服务是否属于管制物项，向国家出口管制管理部门提出咨询的，国家出口管制管理部门应当及时答复；三是规定有关商会、协会等行业自律组织应当按照章程对其成员提供与出口管制有关的服务，发挥协调和自律作用。

（四）加强了最终用户 / 最终用途管控

对管制物项最终用户 / 最终用途的严格管控是出口管制制度的关键环节。《出口管制法》在现行法律规定的最终用户 / 最终用途证明文件、最终用户承诺的基础上，进一步强化了出口经营者 / 进口商报告义务，增加了主管部门对最终用户 / 最终用途评估、核查制度，以全面加强对管制物项最终用户 / 最终用途的管控。

《出口管制法》第十六条第二款规定，出口经营者、进口商发现最终用户或者最终用途有可能改变的，应当按照规定立即报告主管部门。根据该规定，出口经营者、进口商应当建立健全最终用户 / 最终用途核实、管控流程，并作为企业内部合规制度的重要组成部分。《出口管制法》第十七条规定的最终用户 / 最终用途核查制度应当包括实地核查。境外实地核查能够有效核实最终用户及最终用途的真实性，但由于涉及到域外管辖和域外执法，境外实地核查一般需要双边协定予以明确规定。我们理解未来中国主管机关可能会在实地核查方面与其他国家积极开展合作。

（五）增加了临时管制和禁令

将需要纳入出口管制的物项统一编入清单，是主要国家出口管制的通行做法。中国目前编制的出口管制清单包括《两用物项和技术出口许可证管理目录》、《军品出口管理清单》等。

《出口管制法》在管制清单的基础上，增加了临时管制和禁令。《出口管制法》第九条规定，根据维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务的需要，经批准，出口管制管理部门可以对清单以外的货物、技术和服务实施临时管制，临时管制期限不超过两年。临时管制的规定赋予了主管部门对管制物项进行动态调整的

权利，以更好地满足监管要求。

《出口管制法》第十条还进一步规定了“禁令”，根据维护国家安全和利益、履行防扩散等国际义务的需要，主管部门可以禁止相关物项的出口，或者禁止相关管制物项向特定目的国家和地区，向特定组织和个人出口。这体现出中国《出口管制法》已具有制裁的特性。

（六）增设了管控名单制度

管控名单是《出口管制法》新增的一项重要管制措施，类似于美国出口管制制度中的“实体清单”，体现了中国《出口管制法》的牙齿。《出口管制法》第十八条规定，对于下列情形下的进口商和最终用户，建立管控名单：（1）违反最终用户或最终用途管理要求的；（2）可能危害国家安全和利益的；（3）将管制物项用于恐怖主义目的的。对于被列入管控名单的进口商和最终用户，主管部门可以采取禁止、限制有关管制物项交易，责令中止有关管制物项出口等必要的措施。

出口经营者不得违反规定与列入管控名单的进口商、最终用户进行交易；特殊情况下确需与列入管控名单的进口商、最终用户进行交易的，可以向国家出口管制管理部门提出申请。根据《出口管制法》第三十七条，对于违反规定与管控名单内企业进行交易的出口经营者，将被处以高额的罚款直至停业整顿、吊销相关管制物项出口经营资格等处罚。《出口管制法》还规定了管控名单移出程序，列入管控名单的进口商、最终用户经采取措施整改的，可以向国家出口管制管理部门申请移出管控名单。

商务部2020年9月公布了《不可靠实体清单规定》，管控名单与不可靠实体清单有相似之处，比如危害国家安全和利益均属于被纳入清单的情形之一，而清单内主体的法律后果也均包括被限制或禁止有关进出口活动。但二者的差异也非常明显，体现在：（1）就适用情形而言，管控名单适用的主要情形是违反最终用户/最终用途管理要求，而不可靠实体清单的主要适用情形是违反市场交易原则，对中国企业采取断供等歧视性措施；（2）就清单内主体的法律后果而言，不可靠实体清单范围更广，除了被限制、禁止有关进出口活动，还包括限制境内投资、限制人员入境以及罚款等措施；（3）就与清单内企业进行交易的出口经营者的法律责任而言，与不可靠实体清单内企业进行交易没有明确的法律责任；而违反规定与管控名单内企业进行交易的出口经营者，将承担严重的法律后果。

（七）规定了中介服务机构的合规义务

《出口管制法》第二十条规定，任何组织和个人不得为出口经营者从事出口管制违法行为提供代理、货运、寄递、报关、第三方电子商务交易平台和金融等服务。根据该条规定，出口管制合规并不仅仅是出口经营者、进口商以及最终用户的义务，任何从事出口管制的第三方中介服务的机构都应尽到相应的审核义务。

就违反该项规定的法律责任而言，相关中介组织只有在明知出口经营者从事出口管制违法行为的前提下提供相应中介服务时才需要承担法律责任，具体包括没

收违法所得、罚款等。

（八）规定了违反《出口管制法》的刑事责任

《出口管制法》加大了对违法行为的惩处力度，第四十三条规定：“违反本法规定，出口国家禁止出口的管制物项或者未经许可出口管制物项的，依法追究刑事责任。”与此前征求意见稿相比，最终公布的《出口管制法》明确了“出口禁止出口的管制物项”、“未经许可出口管制物项”两类行为将承担刑事责任。

根据《中华人民共和国刑法》（“《刑法》”）及相关司法解释，上述两类违法情形可能构成的犯罪主要是走私罪。《刑法》第151条对走私武器、弹药、核材料等作出了明确规定。2009《刑法》修正案（七）将“走私国家禁止进出口的其他货物、物品”明确纳入走私罪。根据2014年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2014〕10号），未经许可进出口国家限制进出口的货物、物品，构成犯罪的，以走私国家禁止进出口的货物、物品罪等罪名定罪处罚。根据上述规定，将“出口禁止出口的管制物项”和“未经许可出口管制物项”两类行为纳入刑事打击的范围具有明确的法律依据。除了走私罪，“出口禁止出口的管制物项”、“未经许可出口管制物项”还有可能构成非法经营罪。值得注意的是，走私罪和非法经营罪均可以是单位犯罪，单位犯罪的，除了对单位判处罚金，还要对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任。

（九）明确了《出口管制法》的域外适用效力

全国人大常委会在公布今年立法计划时明确提出：围绕加快我国法域外适用的法律体系建设，制定出口管制法。毋庸置疑，《出口管制法》是中国法域外适用法律体系建设的重要组成部分，该法确实也从多个角度规定了域外适用的效力。一是第四十四条规定，中华人民共和国境外的组织和个人，违反本法有关出口管制管理规定，危害中华人民共和国国家安全和利益，妨碍履行防扩散等国际义务的，依法处理并追究其法律责任。现行法律中，《反垄断法》第二条是中国法域外适用的典型规定，而《出口管制法》较《反垄断法》更进一步，明确规定外国主体违反本法，危害中国国家安全和利益的，要依法处理并追究其法律责任。二是在最终用户/最终用途管控方面增加了核查制度，为未来开展境外实地核查预留了制度空间。三是原则性规定了“再出口”制度。

（十）规定了可以采取对等反制措施

《出口管制法》第四十八条规定，任何国家或者地区滥用出口管制措施危害中华人民共和国国家安全和利益的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区对等采取措施。

近年来，部分国家滥用出口管制措施，阻挠贸易伙伴间正常开展经贸合作，干涉中国内政，严重危害中国国家安全和利益。《出口管制法》增加该条规定显然意有所指。我们注意到，2017年商务部征求意见稿中曾规定“任何国家（地区）对中华人民共和国采取歧视性出口管制措施的，中华人民共和国可以对该

国家（地区）采取相应的措施”，但一审稿和二审稿删除了该条规定，而最终公布的《出口管制法》不但恢复了这一规定，更是进一步将“采取相应措施”修改为“对等采取措施”。这凸显出中国《出口管制法》的牙齿和在维护国家安全和利益方面的重要功能。

纵观《出口管制法》全文，“国家安全和利益”出现达 10 处之多，凸显出该法具有维护国家安全和利益的重要属性和功能。此前，商务部会同科技部于 8 月 28 日调整公布了《中国禁止出口限制出口技术目录》，《不可靠实体清单规定》于 9 月 19 日正式公布实施，这充分说明中国正积极通过法律途径维护国家安全和利益，而《出口管制法》将成为其中的一把利器。我们预计，随着《出口管制法》的颁布，主管部门将加快推进实施细则的制定和管制清单的调整工作，有关出口管制的执法活动也将变得活跃。广大中外企业对此应高度重视，尽早行动，加强出口管制合规管理，尽快建立起适应中国出口管制管理要求的内部合规制度。

二、《中国禁止出口限制出口技术目录》修订评析

2020 年 8 月 28 日，商务部会同科技部调整发布了《中国禁止出口限制出口技术目录》（“《目录》”），迅速引起了各界广泛关注。《目录》在医药制造业、设备制造业、电子设备制造业、计算机服务业等领域的多项调整，是否会对这些领域的跨境技术交流及合作研发活动产生影响，已经颁布实施多年的《中华人民共和国技术进出口管理条例》（“《技术进出口条例》”）的监管和执法方式是否会发生变化，是中外企业重点关注的问题。

本文将从对中国技术进出口管制制度的介绍和规定解读出发，分析本次《目录》调整对企业经营实践的影响。

（一）《技术进出口条例》和《目录》简介

《技术进出口条例》是根据《中华人民共和国对外贸易法》（下称“《外贸法》”）制定的，于 2001 年首次颁布，并分别于 2011 年、2019 年进行过两次修订。

根据《技术进出口条例》，技术进出口是指“从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。”这里的“转移技术”包括了“专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。”

根据《外贸法》的规定，国家可基于维护国家安全、社会公共利益或公共道德等多种原因，对技术的进出口进行必要的管理和限制。《技术进出口条例》正是这种管理职能的体现。

我国对禁止和限制进出口的技术实行目录式管理，由国务院外经贸主管部门会同国务院有关部门制定、调整并公布禁止或者限制进出口的技术目录，即《中国禁止进口限制进口技术目录》和《中国禁止出口限制出口技术目录》。这两份目录最初与《技术进出口条例》一起于 2001 年发布，并分别于 2007 年和 2008 年进行过一次修订，并于 2018 年就再次修订公开征求意见。对比两年前的《征求意见稿》，此次对《目录》的调整内容与 2018 年拟修订的内容具有较高的重合度，但亦有根据近两年国际经济形势发展而新增加的内容。

（二）何为“技术进出口”

《技术进出口条例》所规制的“技术进出口”，指的是通过贸易、投资或者经济技术合作方式发生的技术跨境转移行为。因此，需要遵守《技术进出口条例》的技术进出口行为应当满足三个要素：跨境、技术转移和通过贸易、投资或者经济技术合作方式进行。

跨境意味着技术进出口必须存在从中国境内到境外，或从境外到中国境内的过程。如果只是在一国境内的技术转移，不论双方国籍如何，都不存在技术进出口。

技术转移的形式是多种多样的，《技术进出口条例》明确了专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、

技术秘密转让、技术服务等形式，但也表示技术转移并不一定拘泥于这些形式。实际上任何向其他个人或组织披露、传播技术信息的方式，理论上都有可能构成“技术转移”。

通过贸易、投资或者经济技术合作方式，是技术进出口的重要特点。技术进出口作为外贸法下规制的一项行为，须与贸易、投资或经济技术合作相关联。如果仅仅是跨境开展的技术交流和沟通，如纯学术性质的跨境技术交流，本身没有贸易、投资或经济技术合作的属性，则不属于技术进出口。根据过往的实践，《技术进出口条例》主要的目的在于监管跨境技术转移背后的贸易、投资和经济技术合作，而非监管每一次跨境的技术交流活动（技术会议、邮件往来、电话沟通）。

（三）实践中对企业的影响

如今企业的科技研发活动越来越“全球化”，跨境技术交流及合作开发十分普遍。无论是跨国企业在开展涉及中国的跨境研发合作，还是中国企业/机构与外国机构开展技术合作，都应当关注《技术进出口条例》的规定，在法律的框架下开展技术交流合作。

一般而言，带有明显贸易、投资或者经济技术合作性质的跨境技术交流，显然是受到《技术进出口条例》规制的。例如跨境的技术许可、转让等行为，境内境外企业委托境内境外企业或大学等研究机构进行技术研发等活动，都需要结合《技术进出口条例》和《目录》来判断是否可以开展或者是否需要申请许可。

对于跨国企业内部的跨境技术交流活动，则需要视情况来判断是否受《技术进出口条例》规制。首先，《技术进出口条例》并未就关联企业间的技术转移设置任何例外，换言之，跨国企业内部的跨境技术交流与合作，一样有可能受制于《技术进出口条例》。

其次，如前所述，跨国企业内部一般的日常涉及技术的交流和讨论，并不必然是《技术进出口条例》所调整的对象。较为复杂的情况是，跨国企业内部的合作研发活动是否受《技术进出口条例》所规制。

跨国企业常常采取全球联合研发的模式，就一个研发项目，由不同国家的研发部门共同合作开展，互相分工合作，不同团队各自负责不同环节又同时互相密切交流讨论，最后形成的研发成果根据公司安排，集体归属于某一个实体，由其申请专利或作为商业技术秘密予以保护及开发使用。在这个过程中，跨国企业的总部与参与的各地子公司之间，未必会通过《技术转让协议》或《技术许可协议》来明确技术的转让和归属，有可能是通过其他类型的企业间协议来确认技术归属，并进行成本分摊和结算。这种场景下的合作研发活动，由于也具备经济技术合作的属性，也有可能受到《技术进出口条例》的规制，需要结合具体的合作安排进行分析。

（四）与“出口管制法”的异同

我国目前正在紧锣密鼓地制定《出口管制法》。《出口管制法》草案二次审议稿今年6月28日已经提请全国人大常委会第二次审议。目前，我国的出口管制法

律主要由《监控化学品管理条例》、《核出口管制条例》、《军品出口管理条例》、《核两用品及相关技术出口管制条例》、《导弹及相关物项和技术出口管制条例》以及《生物两用品及相关设备和技术出口管制条例》等法规及规章构成。“出口管制”也涉及到对相关受控技术出口的限制和管理。但是《出口管制法》下的出口，与本文所讨论的“技术出口”存在明显区别。

首先，出口管制法律与《技术进出口条例》所规制的出口行为并不完全一致。如前所述，《技术进出口条例》规制的是通过贸易、投资或者经济技术合作方式发生的技术跨境转移行为。而根据《出口管制法》草案二次审议稿拟定的内容，出口管制，是指“国家对从中华人民共和国境内向境外转移管制物项，以及中华人民共和国公民、法人和非法人组织向外国组织和个人提供管制物项，采取禁止或者限制性措施。”因此，即使不实际跨越国境，在中国境内向外国人或外国组织披露受管制技术的行为，也属于出口管制法所规制的范围。

此外，出口管制法关注的是技术的具体出口行为，哪怕背后没有任何贸易、投资或是经济技术合作，而仅仅是就受控技术进行的交流沟通，也有可能受制于出口管制法的规定，但却不一定受《技术进出口条例》规制。

另外，二者管理的要求不同。出口管制的核心是对受限管制物项最终用户和最终用途的管控，未经批准不得擅自改变管制物项的最终用途或向任何第三方转让。而技术出口规制的主要是跨境技术转移行为，对于跨境技术转移后的境外转让或披露，一般不受限制。

需要说明的是，《技术进出口条例》明确规定，出口核技术、核两用品相关技术、监控化学品生产技术、军事技术等出口管制技术的，依照有关行政法规的规定办理。因此，当涉及到我国出口管制法所管控的技术的出口时，需要按照出口管制法律的要求申请许可证。

（五）技术出口管理方式

根据《技术进出口条例》及《目录》，我国对纳入技术出口的技术分为三类：即禁止出口技术、限制出口技术和自由出口技术。对禁止出口技术和限制出口技术实行清单式管理，制定《目录》并不定期调整，对不在《目录》之列的，理论上均属于自由出口技术。具体管理方式如下表：

技术类型	管理模式
禁止出口的技术	严格禁止，不得出口。
限制出口的技术	实行许可证管理，应取得商务主管部门的许可方可出口。具体流程上，在进行实质性谈判和合同签订之前应先取得“技术出口许可意向书”，在签订合同后应取得“技术出口许可证”。
自由出口的技术	我国实行备案管理，即向商务主管部门申请技术进出口合同登记证。未取得合同登记证的，不影响合同的效力。

根据《技术进出口条例》及相关规定，出口属于限制出口的技术，应当向省级商务主管部门申请许可，由商务主管部门会同科技主管部门进行审核。对没有取得技术出口的限制出口技术项目，任何单位和个人都不得对外进行实质性谈判，不得做出有关技术出口的具有法律效力的承诺。

止、限制类技术的法律责任，包括依照刑法关于走私罪、非法经营罪、泄露国家秘密罪或其他罪的规定追究刑事责任；不够刑事处罚的，区别不同情况，依照海关法的有关规定处罚，或者由国务院外经贸主管部门给予警告，没收违法所得，处违法所得1倍以上5倍以下罚款，并可能被撤销对外贸易经营许可等。

根据我们的观察，在此次《目录》调整前，基于《技术进出口条例》的执法活动难言活跃，鲜有已公开的因未就限制出口技术的出口办理出口许可证而遭到行政处罚乃至刑事处罚的报道或案例。

但是在当前国际经贸形势下，特别是在中美高科技领域竞争不断加强的背景下，此次《目录》调整是否预示着政府部门将强化对特定技术跨境转移场景的监管，值得企业高度重视并密切关注。未来相关部门是否会越来越多的运用这部法律来规制贸易和投资活动，对其中在实践中做出更广泛的适用，以及更为积极地就这部法律进行执法，都十分值得关注。例如北京市商务局就在8月30日发布声明，表示将严格执行《技术进出口条例》和《目录》，对违反《技术进出口条例》规定的，将依法追究法律责任。

（六）本次《目录》调整涉及的行业

《技术进出口条例》第四十四条规定了违规进出口禁

序号	所属行业	新增内容
1.	农业	增加控制要点“对外提供农作物种质资源分类名录所列农作物（含牧草）种质资源及其繁育技术”
		新增“农业野生植物人工繁育技术”
		新增“基因工程（基因及载体）”
2.	畜牧业	新增“绒山羊繁育技术”
		新增“绒山羊品种的培育技术”
3.	化学原料及化学制品制造业	在生物农药生产技术项下新增控制要点：“8. 阿维菌素菌种及生产技术 9. Bt 菌株及生产技术 10. 枯草芽孢杆菌菌株及生产技术 11. 春雷霉素菌株及生产技术 12. 嘧啶核苷类抗菌素（农抗 120）菌株及生产技术 13. 白僵菌、绿僵菌菌种及生产技术”
4.	医药制造业	在组织工程医疗器械产品的制备和加工技术项下增加控制要点：“6. 医用诊断器械及设备制造技术（包括国产新一代基因检测仪、第三代单分子测序仪）”
5.	非金属矿物制品业	在人工晶体生长与加工技术项下增加控制要点：“15. KBBF 晶体生长与棱镜耦合器件加工技术”
6.	通用设备制造业	新增“3D 打印技术”
		新增“工程机械的应用技术”
		新增“机床产业基础共性技术”
7.	专用设备制造业	新增“大型高速风洞设计建设技术”
		新增“大型振动平台设计建设技术”
		新增“石油装备核心部件设计制造技术”
		新增“大型石化设备基础工艺技术”
		新增“重型机械行业战略性新产品设计技术”
8.	交通运输设备制造业	新增“海上岛礁利用和安全保障装备技术”
		新增“航空、航天轴承技术”
9.	通信设备、计算机及其他电子设备制造业	新增“无人机技术”
		新增“激光技术”

10.	仪器仪表及文化、办公用机械制造业	在地图制图技术项下增加控制要点：“直接输出比例尺 $\geq 1:10$ 万地形要素的应用技术”
11.	电力、热力的生产和供应业	新增“大型电力设备设计技术”
12.	计算机服务业	在信息处理技术项下增加控制要点：“17. 语音合成技术（包括语料库设计、录制和标注技术，语音信号特征分析和提取技术，文本特征分析和预测技术，语音特征概率统计模型构建技术等） 18. 人工智能交互界面技术（包括语音识别技术，麦克风阵列技术，语音唤醒技术，交互理解技术等） 19. 语音评测技术（包括朗读自动评分技术，口语表达自动评分技术，发音检错技术等） 20. 智能阅卷技术（包括印刷体扫描识别技术，手写体扫描识别技术，印刷体拍照识别技术，手写体拍照识别技术，中英文作文批改技术等） 21. 基于数据分析的个性化信息推送服务技术”
		新增“密码安全技术”
		新增“高性能检测技术”
		新增“信息防御技术”
		新增“信息对抗技术”
13.	软件业	新增“基础软件安全增强技术”
14.	专业技术服务业	新增“航天遥感影像获取技术”

本次《目录》调整所涉及的新增内容主要为：
从上表可见，本次《目录》调整广泛涉及了各类设备制造、计算机、软件、航天航空等行业。无人机、加密、AI、大数据处理、信息安全、遥感、3D 打印等都是近

年来国内发展迅速地行业。我们抽取了其中部分行业，对新增受限制技术涉及的产品以及实践中可能的运用进行了分析和列举：

部分新增技术	实践中可能的应用
3D 打印技术	控制要点为“铸锻铣一体化”金属3D 打印关键技术，在实践中可能用于精密复杂零部件的制造等领域。
无人机技术	控制要点涉及较多无人机核心技术，在实践中可能涵盖消费级无人机以及专业/工业级无人机，前者主要用于摄影拍摄，后者主要用于巡检、警用安防、农林植保等领域。
语音合成技术	将文字转化为语音的一种技术，可能应用于各种播报场景，如读小说、读新闻、语音导航系统等。
人工智能交互界面技术	可能应用于智能机器人、手机里的语音助手等。
语音评测技术	对中英文的朗读发音进行评分和问题定位，可能应用于英语四六级考试、普通话等级考试等发音打分，以及为儿童故事机、学习机、应用软件等提供中英朗读培训及评分。
智能阅卷技术	通过手写识别、自然语言理解、智能评测等人工智能核心技术研发，可能应用于作文、翻译、问答等的智能评分。
基于数据分析的个性化信息推送服务技术	通过对用户日常行为的分析和数据采集，建立用户兴趣模式，可能应用于音乐、新闻、视频等APP的内容推送等。
密码安全技术	控制要点包括密码芯片设计和实现技术以及量子密码技术，密码芯片可能应用于视频网站版权保护、工业互联网安全等，量子密码技术可能应用于量子通讯系统等领域。
信息防御技术	控制要点包括：1. 信息隐藏与发现技术2. 信息分析与监控技术 3. 系统和数据快速恢复技术 4. 可信计算技术，可能应用于版权保护、保密通信、身份认证、系统数据恢复、防止游戏作弊等领域。
信息对抗技术	控制要点包括：1. 流量捕获和分析技术 2. 漏洞发现和挖掘技术 3. 恶意代码编制和植入技术 4. 信息伪装技术 5. 网络攻击追踪溯源技术，可能应用于抵御网络攻击等领域。

（七）对企业的合规建议

我们建议企业在日常经营中，应重视特定技术出口中的合规问题，在涉及跨境转移限制出口的技术时，分析向有关部门办理出口许可证的需求。在企业以专利转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务等《技术进出口条例》明确列出的形式进行限制出口技术的跨境转移时，应遵守《技术进出口条例》的规定，办理相关手续，并在取得出口许可证后合规开展技术的转移。

对于经营实践中其他类型的跨境技术合作方式，企业应首先判断这些方式是否属于《技术进出口条例》所管理的技术跨境转移行为。由于《技术进出口条例》对于该等行为的規定比较宽泛，建议事先咨询专业律师，以避免因不合规经营而遭受处罚。

三、美国收紧对中国的出口管制措施

美国时间 2020 年 4 月 27 日，美国商务部工业安全局（Bureau of Industry and Security, Commerce, “BIS”）宣布将修订《出口管理条例》（Export Administration Regulations, “EAR”）中的部分出口管制措施，以防止所谓的中国、俄罗斯和委内瑞拉的实体在“军民融合”的政策下，通过民用供应链来为军事最终用途（Military End-Use）和军事最终用户（Military End-User）获取可用于军事设备的美国物项。新规将要求美国公司在向中国的军事最终用户出口某些特定物项时需要获得出口许可，并取消了美国物项在出口给非军事实体和用于非军事用途时可适用的民用最终用户出口许可例外（CIV）。

虽然本次修订针对的国家还包括俄罗斯和委内瑞拉，但主要针对的仍将是中國。大量中国企业需要重新审查其业务和供应链，中国高科技企业未来获得美国产品、软件和技术将受到更多限制。

（一）本次修订的主要内容

1. 加强对中国军事最终用途和军事最终用户的出口限制

此次修订将 EAR 的十项“一般禁止”中针对“军事最终用途”和“军事最终用户”的限制进行了拓展。修订前，当将计算机、传感器、通信设备、推进装置等特殊物项出口至中国并用于军事最终用途时才需要 BIS 许可证；修订后：

首先，“军事最终用途”的定义扩大，只要是与军用产品的运行、安装、维护、修理、大修、翻新、开发、生产等存在联系，均有可能被认定为系用于“军事最终用途”；

其次，只要向中国的“军事最终用户”出口相关特定物项均需申请出口许可证，无论物项最终会被用于民用用途或军事用途。“军事最终用户”包括了国家武装部队（陆军、海军、空军、海军陆战队和海岸警卫队）、国民警卫队 / 警察，政府情报和侦察组织及其他在行动或功能上旨在支持“军事最终用途”的实体。

第三，适用前两项规定的物项在原基础上进一步增加。此次修订将第 744 部分补编 2 内包括特定微处理器、发电机、信息安全系统等 17 类物项新加入适用物项的列表，显著扩大了适用物项的范围。第 744 部分补编 2 内更新的物项详见下表：

新增ECCN	对应物项
2A290	发电机及其他“经过特殊设计”、准备或有意用于核电站的设备
2A291	除2A290外，与核材料处理和加工以及核能反应堆相关的零件、部件及附件
2B999	特定专用加工设备，包括等静压机、激光焊接机
2D290	经过特殊设计为开发、生产或使用2A290和2A291项下受控物品而修改的软件
3A991	电子设备，包括微处理器、存储芯片、模数转换器等
3A992	不受3A002受制的通用电子设备，例如电子测试设备等
3A999	特定专用加工设备，如变频器、质谱仪、脉冲放大器
3B991	不属于3B001（用以生产半导体器件或材料或经过特殊设计的组件或附件的设备），且用于制造电子零件、组件、材料及经过特别设计零件、组件和附件的设备
3B992	不属于3B002（用于测试完成或未完成的半导体器件或经过特殊设计的组件或附件的设备），且用于电子检查或测试组件、材料及经过特殊设计的零件、组件和附件的设备
3C992	经过特殊调整（优化），专为半导体光刻设计，以在370至193 nm之间的波长下使用的正性光刻胶
3D991	将专门设计用于属于3A991、3A992的软件
5B991	电信测试设备
5A992	信息安全系统、设备或组件
5D992	信息安全软件
6A991	地面声学设备
6A996	磁力计、超导电磁传感器或经过特别设计的零件和组件
9B990	振动测试设备或经过特别设计的零件和组件
修改ECCN	对应产品
3A992	通用电子设备
8A992	船舶系统或设备或经特别设计的零件、组件和附件等
9A991	航空器和其零件和组件

2. 取消民用最终用户 (CIV) 许可例外

BIS 将取消针对中国等国家的民用最终用户（“CIV”）许可例外。许可例外是 EAR 中的一项专门制度，其目的是减少因政策限制而对进出口活动所造成的负担。CIV 是 EAR 规定的十八项许可例外中在中国企业进口美国物项时被最频繁适用的例外之一。此前，CIV 例外允许出口商在无 BIS 出口许可证的情况下向中国民用最终用户出口、转出口或国内转让用于民用最终用途的部分由于国家安全原因受美国控制的物项。此次修订后取消了 CIV 例外，包括材料加工、电子、电信、导航、信息安全、传感器和激光、推进、航空航天器等大量因国家安全受控的物项销往中国前都需要获得 BIS 发布的许可证。在目前的形势下，许可证的获得将会面临高度的不确定性。

3. 拟取消额外转出口 (APR) 许可例外

BIS 同时提出一项修改建议，即取消额外转出口 (APR) 许可例外。同 CIV 类似，APR 为另一类许可例外，即允许出口商在无 BIS 出口许可证的情况下，从日本、韩国、法国、德国、中国香港等国家 / 地区向中国大陆转出口基于国家安全原因而受管控的特定受控物项。如 APR 被取消，则意味着原先通过上述国家或地区转出口至中国，“曲线救国”的方式很难行得通了。

（二）影响分析

据路透社 11 月 23 日发布的独家报道，BIS 将发布关于对 EAR 中部分出口管制措施的修订草案（“草案”），并将新设一份“军事最终用户清单”，以限制清单上实体对一系列美国产品、软件及技术的采购。草案中，89 家涉及航空航天与其他领域的中国公司在列。该草案正是 4 月份修法的延续，实则是对上述“军事最终用户”定义的实名制，细化和明确了有关许可证限制的对象，与现行的出口管制措施相配合，进一步打击相关中国企业获取受控物项的能力。被列入军事最终用户清单的实质性影响是有关主体获取 EAR 第 744 部分编补 2 中列明的物项时必须获得出口许可证。

此外，4 月份修法原本存在一些不甚明确的地方。例如，“最终军事用户”定义中的“国民警卫队 / 警察”其本意指的是国家这一级的警察组织，而非各地负责当地治安的警察组织。在中国的体制下，各地公安局是否会被认为是“国民警卫队 / 警察”存在一定争议。基于此，BIS 于 2020 年 6 月 26 日公布了一份常见问题和回复 (FAQ)，对上述新规内容提供了进一步指导。该常见问题和回复并不改变新规内容且一直在援引法律规定，但是它就 BIS 将如何解释上述新规提供了关键性解读。FAQ 的主要内容包括：

（1）BIS 确认向军事最终用户出口、转出口或（国内）转移任何在 EAR 第 744 部分编补 2 内容中列明的 ECCN 物项均需要获得许可证，即使该物项是为非军事最终目的使用也不例外。也就是说，针对军事最终用户的出口限制适用于编补 2 内容中记录物项的所有出口情况，不考虑该物项将如何被使用。

（2）出口商仍然可以向分销商销售大众市场物项，即使该分销商同时向军事最终用户和非军事最终用

户销售产品。但是，如果出口商知晓分销商意图为军事最终用途而转出口物项，则需要获取出口许可证。与上述情况相似，为向普通市场（包含军事最终用户和非军事最终用户）销售目的而采购大众市场产品的系统集成商不一定是军事最终用户。但是 BIS 提醒针对军事最终用途的限制仍然适用。

（3）针对常见问题 17 的回复中解释“一般情况下军事最终用户”的定义适用于国家警察，不适用于省级或市级的警察部门。但是需要确认是否存在任何表明物项可能最终被国家警察所用的警示信号。”

长久以来，美国政府将出口管制作为推进美国总体对外战略的工具。近年来，美国更是频频利用出口管制措施恶意打压竞争对手。因此，对 EAR 的接连修改其实并不令人意外，限制对华高科技出口，始终是中美贸易战中美国的一个重要政策目标。

对于中国科技企业，尤其是在业务伙伴筛查中已经发现存在军事最终用户清单上主体的企业而言，应尽快开展产品识别的工作。需注意的是，无论是业务伙伴的筛查，还是产品识别与归类的工作，并不是一次性或临时性的任务。对于深度涉及国际贸易的中国企业而言，这都是一套完善的出口管制合规体系的组成部分，将与政策声明、风险排查、出口授权、归档记录等众多因素一同为企业的发展保驾护航。这其中需要企业结合自身及外部专业人士的力量来共同完成。

四、美国步步升级对华为的出口管制措施

2020 年 5 月 15 日，美国政府正式宣布对《美国出口管制条例》（“EAR”）进行修改。从内容来看，这次修订可以说是针对华为的精准打击，从技术和代工厂两个方向限制华为。这也是继 4 月 27 日美国政府对 EAR 进行重大修订，进一步限制对华出口高科技物项后，短时间内美国政府再次在科技领域对加强对中国企业的出口管制措施。

不久后，在 8 月 17 日，美国商务部再一次为华为“量身定做”地修改了 EAR 的部分内容，以进一步收紧针对华为的出口管制措施。美国政府这次修订 EAR，意图全面限制华为获取芯片半导体产品、软件和技术的能力，全面封锁华为的“求芯之路”。

美国对华为的步步紧逼，不仅限制了华为获得芯片半导体产品，还将对与华为开展合作的企业产生重大影响。

（一）5 月 15 日修订内容

自 2019 年 5 月华为及其关联公司被美国商务部工业安全局（“BIS”）列入“实体清单”之后，除了来源于美国以及在美国的物项出口给华为需要许可证，其它在美国以外生产的，某些“混合产品”和“直接产品”出口给华为也需要向 BIS 申请许可证。本次修订即主要针对“直接产品”的相关规定，拟进一步限制华为从美国技术和软件中受益。

具体而言，根据修订后的 EAR，如果知晓以下两类非美国产的物项的出口、转出口、国内转移的对象是目前实体清单上的 114 家华为实体（“华为”）时，都需要提前获得 BIS 签发的出口许可证后才能进行：

1. 华为用特定技术或软件生产研发的直接产品：该物项是由华为使用了特定美国受控技术或软件（商品管制清单，“CCL”，第 3-5 类功能组中的 16 项 ECCN 编码，对应的主要是用于生产、研发包括集成电路、微波 / 毫米波物项、声波设备等与芯片半导体密切相关物项的技术与软件）而生产开发的直接产品。

这条规定实际上是限制华为利用其已经获得的特定美国受控技术和软件来生产开发芯片产品。之前华为虽然被放入实体清单，但只要没有发生新的技术和软件出口，华为还是可以使用已经获得的技术和软件来进行芯片的开发设计。而这次 EAR 修订后，则意味着从 5 月 15 日起，华为利用上述特定美国技术生产的产品，在未获得 BIS 许可证的情况下，都不能向实体清单上其它华为主体转移，实际上限制了这类产品的继续开发，要求华为在芯片设计开发中完全“去美国化”。

2. 美国以外工厂利用特定技术或软件生产的直接产品：如果某一个物项本身是在一个美国以外的工厂直接根据华为的技术和软件（如设计图纸）生产出来的直接产品，且该工厂或该工厂用来生产有关物项的主要设备是特定美国技术或软件（即 CCL 第 3-5 类功能组中的 16 项 ECCN 编码，对应的主要是用于生产、研发包括集成电路、微波 / 毫米波物项、声波设备等与芯片半导体密切相关物项的技术与软件）的直接产品。

这一条主要是限制全球芯片代工厂为华为生产代工芯片。目前不论是华为自行研发还是与国内芯片设计企业共同研发的芯片，都需要找芯片产品的代工厂进行生产、封装和测试，例如全球最大的半导体代工厂台积电，国内的中芯国际以及华虹半导体等。封装测试完成后，半导体代工厂会将制成的芯片产品提供给委托其生产的企业，由其进行进一步组装及销售。

上述修改就是针对半导体代工企业：如果华为利用其自身技术和软件设计芯片产品（自行研发或与国内的芯片设计厂商合作），并将设计图纸交由美国以外的代工厂生产。如果代工厂本身或其使用的主要设备，是特定美国技术或软件（即 CCL 第 3-5 类功能组中的 16 项 ECCN 编码，对应的主要是用于生产、研发包括集成电路、微波 / 毫米波物项、声波设备等与芯片半导体密切相关物项的技术与软件）的直接产品，那么生产出来的芯片产品要销售给华为时，则需要向 BIS 申请许可证。目前的全球的半导体生产设备难以完全脱离美国的技术，上述规定实际上是限制了目前的半导体生产厂商根据华为的设计为华为生产芯片产品。

修订背景：

自去年华为被美国商务部下辖的工业安全局（BIS）放入实体清单后，媒体多次报道特朗普政府将通过修改 EAR，堵上现有规则的“漏洞”，以进一步加强对华为的出口管制措施。而 5 月 15 日的这次修订，可谓是这一计划的“第一只靴子”。

这次修订，是在芯片领域对华为的一次精准打击，一方面限制华为利用美国技术开发设计芯片产品，另一方面限制芯片代工厂为华为生产芯片产品。

其实这次修订 EAR 美国应当是“预谋已久”。今年 3 月，路透社就已报道称美国政府多部门官员拟要求使用美国芯片制造设备的外国公司需要在向华为供应某些芯片之前获得美国出口许可证，从而进一步限制华为的全球供应链；本次 EAR 修订前，日经新闻已经报道特朗普政府考虑限制美国半导体供应商向以台积电为首的台湾半导体生产企业出口半导体专业制造和加工设备，以此阻止台积电等台湾半导体公司向华为提供芯片。

值得注意的是，美国政府这次并没有修改“混合产品”的规定。混合产品，即在美国以外的国家 / 地区生产、但其中包含受控美国成分价值比例高于一定标准线的物项（详见《中国科技企业如何避开美国出口管制陷阱》一文）。目前的制度下虽然华为无法直接进口使用受制于 EAR 的物项，但如果物项系在美国国外生产，且其中受控美国成分价值比例低于 25%，一般情况下仍然可以向华为供应。

据报道，包括赛灵思和美光等华为主要供应商正是基于此规定，通过将所供应物项的生产地移至美国境外，且控制其中美国成分价值比例的方法保持对华为的供应。此前有媒体报道，美国政府拟下调混合产品中受控美国成分的价值标准线至 10%，以此阻断华为主要供应商通过控制美国成分比例，从而维持向华为供应产品的路径。如果报道内容属实，那么会进一步加大

对华为获得混合产品的难度。那么这也是美国政府进一步对华为进行限制的“另一张牌”。

十分“巧合”的是，几乎就在 EAR 修订同时，台积电宣布将投资 120 亿美元在美国亚利桑那州设 5 纳米制程晶圆厂。5 纳米工艺代表了目前芯片生产最高工艺水准（当然在 2024 年建成后台积电的最高工艺水准必然不止于 5 纳米），台积电美国工厂建成后所生产的芯片产品都属于原产于美国的 EAR 受控产品，届时将进一步对华为等实体清单企业获得最高端的芯片产品造成限制。

台积电的这一举动十分耐人寻味，一方面台积电长期以来的策略还是在供应链完整的本土进行生产，另一方面在美国建厂的成本也比较高，让人不由得对这次在美国建厂计划背后的原因产生疑问。在美国国务院的新闻发布会上有媒体直接提出，这是否是台积电向美国政府作出的妥协，以换得向华为维持一定的供货，毕竟台积电目前一年收益的 10% 来自于华为。

（二）8 月 17 日修订内容

8 月 17 日的修订主要包含了三个方面的内容：（1）进一步修改了针对被列入实体清单的华为实体的“直接产品”规则；（2）取消适用于被列华为实体的临时通用许可（Temporary General License, “TGL”），确定一项适用于被列华为实体的长期许可；（3）将 38 个华为非美国关联实体增列入“实体清单”，并对已列入实体清单的部分华为实体的信息进行修改。

1. 进一步修改针对被列华为实体的直接产品规则

如上文所述，5 月 15 日 BIS 针对被列华为实体已经修改过直接产品规则（以下简称为“515 直接产品规则”）。这是三个月的时间里，美国第二次针对华为修订“直接产品规则”。

根据 EAR 的规定，如拟出口的物项被认定为“直接产品”，则在向被列华为实体提供时需要满足出口许可证的要求。本次对直接产品规则的修订（以下简称为“817 直接产品规则”）主要针对与芯片半导体的研发生产存在密切关系的特定美国软件 / 技术（以下简称为“特定美国软件 / 技术”）相关的直接产品的出口活动，且仅适用于实体清单上标有脚注 1 标识的主体（目前仅包括全部被列华为实体）。具体而言：

根据 817 直接产品规则，当拟出口物项：

系以下（a）或（b）情形中的物项：

（a）系任何主体基于特定美国软件 / 技术生产或开发的非美国产直接产品；或

（b）系美国以外的工厂或主要设备生产的非美国产产品，且该工厂或主要设备本身，无论是在美国或美国以外制造的，系特定美国软件 / 技术的直接产品。其中，“主要设备”是指对生产拟出口物项至关重要的设备，包括测试设备；“非美国产产品”包括任何外国生产的晶圆，无论是成品或未成品。

且明知满足以下任一情形时，则出口、转出口或（国内）转移该等拟出口物项需要获得 BIS 签发的出口许可证：

- 明知拟出口物项将被列华为实体合成入任何零件、部件或设备，或被列华为实体用于生产或开发任何零件、部件或设备；或

- 明知涉及拟出口物项的任何交易中，被列华为实体系该等交易的购买者、中间收货人、最终收货人或最终用户。

817 直接产品规则是对上述 515 直接产品规则的进一步修改与升级，显著扩大了向华为出口、转出口或（国内）转移时将被认定为受 EAR 管控的直接产品的物项范围。在 515 直接产品规则下，华为仍可以通过购买完全由第三方利用特定美国 / 技术研发生产的产品来保证供应链的持续。而 817 直接产品规则的生效意味着任何主体基于特定美国软件 / 技术设计、开发或生产的物项，将不能任意提供给华为，无论是供华为生产、开发，或是使用，该等行为均需获取 BIS 签发的出口许可证。换言之，任何企业在从芯片的研发到生产的全流程中，只要不能完全与特定美国软件 / 技术脱钩，则研发成果或成品芯片都将有可能根据 817 直接产品规则受 EAR 管控，进而在提供给被列华为实体时需要取得 BIS 签发的出口许可证。这一规则全面限制了华为在芯片开发、生产和购买方面的空间。

2. 移除临时通用许可（TGL），新增与网络安全和漏洞披露有关的长期性许可政策

在公告中，BIS 移除了自去年授予华为的针对 2019 年 5 月 16 日之前已销售的现网设备和手机的维护和升级等的 TGL。该 TGL 主要是允许华为购买美国管制物项以维护现有的网络，或给现有的华为设备提供软件更新。在 BIS 移除 TGL 后，任何公司都不得再依据 TGL 向华为提供受控物项。

为防止 TGL 的移除对美国企业和消费者带来的消极影响，BIS 同时宣布新增一项华为实体适用的与网络安全和漏洞披露有关的长期性许可政策，以保持美国公司和消费者现有华为设备的网络安全。从公告中不难看出，BIS 此次新增的长期性许可依然是为了保障美国公司与美国消费者的利益，而非为放松对华为的限制。

3. 新增 38 家华为实体至实体清单

BIS 本次还将位于全球 21 个国家和地区的 38 家华为非美国关联实体增列入实体清单，理由是 BIS 认为这些主体有参与违反美国国家安全或外交政策利益活动的重大风险。截止日前，BIS 共分三次将总计 153 家华为实体（2019 年 5 月 16 日，华为及其 68 家关联公司；8 月 19 日，46 家华为关联公司；2020 年 8 月 17 日 38 家华为关联公司）列入了实体清单。

此外，公告还修改了实体清单中 4 个现有华为实体的信息，即增加其适用的别名（alias）和地址。

（三）合规建议

这两次 EAR 修订反应出美国政府对华为的步步紧逼和

精准打击，华为面临着芯片领域去美国化的严峻挑战。对此，外交部发言人华春莹表示，对于美方的这种科技霸凌主义，中国政府绝不会坐视不理。对于与华为开展业务的中国企业来说，本次规则修订也是影响重大，与华为有业务合作的企业需要结合自身情况，评估业务是否受本次规则修订影响。如受到影响，则应当考虑如何在现行规则下寻求替代方案。与此同时，企业也应当关注企业供应链受影响情况，如上游供应商就此次修订要求企业履行额外的合同义务、做出额外的承诺及保证等。

毋庸置疑的是，美国的出口管制会进一步激发中国的自主研发。在美国发起“科技冷战”的意图和政策越来越明晰的当下，可以预计美国政府还将持续运用制裁及出口管制武器打击并限制华为乃至中国科技企业的发展。中国企业需要借助法律专业人士的力量，提前做好准备，应对未来的不确定性和挑战。

金融证券



一、我国证券期货行政和解制度简介

2020年3月1日正式实施的《中华人民共和国证券法》（“新《证券法》”）首次在法律层面确立了行政和解制度。所谓证券期货行政和解（“行政和解”），是指在证监会对涉嫌违法的当事人调查期间，根据当事人的申请和承诺，证监会与当事人就其纠正涉嫌违法行为，交纳行政和解金，赔偿有关投资者损失，消除损害或者不良影响等进行协商，签署并履行行政和解协议，并据此终止调查的行为。早在2015年3月，证监会即公布了《行政和解试点实施办法》（“《试点办法》”），在证券期货领域进行行政和解试点。新《证券法》实施后，证监会旋即对《试点办法》进行修改完善，并于2020年8月就《证券期货行政和解实施办法（征求意见稿）》（“《征求意见稿》”）公开征求意见。

作为一种新型执法方式，行政和解能够较好地兼顾证券监管目标和投资者损失赔偿两方面的需求，预计在未来证券期货执法活动中将发挥越来越重要的作用。本文将对行政和解制度的建构背景、实践情况以及新近发展进行梳理和评析。

（一）制度建构：十年磨砺终有成

自2005年至2015年，从行政和解名词进入人们视野到证监会负责人公开力推，再到国务院在规范性文件中提出证券期货领域的行政和解试点要求，最终到证监会制定《试点办法》，经过了十年打磨，行政和解制度雏形方现。

长期以来，囿于行政职权法定以及行政权不得任意处分和让渡等理论，中国行政执法体现出单方、强制、刚性等鲜明特征。在行政执法程序中，行政相对人往往处于被动和服从的地位。本世纪初，我国学者开始关注在已有统一法律规定的行政复议和行政诉讼领域中推行替代性纠纷解决模式，比如和解、调解，¹但仍然较少关注如何在分散的各个行政部门执法领域中推行和解。

2005年前后，《证券法》经历第一次全面大修，开始有了讨论在证券领域建立行政和解制度的声音。²不过此次修订后的《证券法》并未规定证券行政和解制度。2006年10月，证监会法律部官员撰文指出，《证券法》实施后，证监会查处的案件数量无疑将成倍增长，但监管资源却难以做到同步增加。为依法履行监管职责，必需提高监管资源的使用效率，所以有必要积极探索和创新监管方式，进而提出在借鉴域外相关法律制度的基础上建构我国的证券行政和解制度。³同月，证监会法律部负责人首次公开表示希望在证券执法领域引进行政和解制度。⁴此后，证监会主要负责人也在多种公开场合明确对行政和解制度的支持，⁵不过在制度构建层面未见实质性进展。

2013年12月25日，国务院办公厅下发了《国务院办公厅关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》（国办发〔2013〕110号），首次明确提出了“探索建立证券期货领域行政和解制度，开展行政和解试点”的工作要求。

2014年2月，时任证监会主席肖刚发文力推行政和解入法。⁶其表示，采取行政和解既破解了现实的执法难题，顺应了市场的发展变化，又可以实现监管的目的。所以建议争取在《证券法》和《期货法》中先行确立我国证券期货执法中的行政和解制度。同时建议可以从市场机构涉嫌内幕交易、操纵市场的案件和证券公司、基金公司、期货公司涉嫌欺诈销售、误导投资者的案件入手推进行政和解制度。⁷

2014年11月，国务院正式批准在证券期货执法领域开展行政和解试点工作。此后，证监会加速推进相关立法工作。2015年2月17日，证监会正式发布《试点办法》，该办法自2015年3月29日起施行。同年2月28日，证监会、财政部正式联合发布《行政和解金管理暂行办法》（证监会、财政部公告〔2015〕4号），作为证券行政和解制度的配套办法，与《试点办法》同日施行。

至此，自2005年《证券法》第一次全面大修时开始启动的行政和解制度建构工作，历经十年讨论、研究和论证等，在各部门协同推动下，终于在2015年修成正果，颁布了《试点办法》。《试点办法》的出台标志着我国证券领域行政和解制度的初步建立。

（二）实践情况：犹抱琵琶半遮面

在2015年《试点办法》施行之后的四年多时间里，一方面，我国行政和解制度在法律层面迟迟没有明确的上位法依据；另一方面，市场及执法部门对于该制度的执行仍存有一些疑虑，导致在实践层面证监会实际应用行政和解的案例寥寥无几。因此，虽然在立法层面我国证券行政和解制度已经初步建立，但在执行层面，该制度仍“犹抱琵琶半遮面”。

令人欣喜的是，《试点办法》在沉寂四年后，于2019年开始活跃，并接连成功达成两起行政和解案。并且，新《证券法》首次在法律层面确立行政和解制度，证监会随即启动对《试点办法》的修订工作，总结实践经验，积极回应实施过程中存在的问题，以期通过对行政和解制度的细化和完善，切实发挥行政和解制度的应有价值和效能。

1. 实践案例回顾

自《试点办法》于2015年出台以来，截至本文发布之日，证监会官网仅公布了3例涉及行政和解的案例，且直

1. 参见王锡锌：《规则、合意与治理——行政过程中ADR适用的可能性与妥当性研究》，载《法商研究》2003年第5期。

2. 参见邵亚良：《证券监管与执法ADR模式探讨》，载《证券市场导报》2005年12月号。

3. 参见林丽霞、薛承勇：《我国试行证券监管和解制度问题初探》，载《证券市场导报》2006年10月号。其时，林丽霞供职于中国证监会法律部。

4. 参见证券时报：“证券市场有望引入和解制度”，资料来源（发布日期2006年10月27日）：<http://finance.sina.com.cn/stock/t/20061027/05531004344.shtml?from=wap>。

5. 参见证监会：“在《公司法》《证券法》（修订）实施一周年座谈会上的讲话”，资料来源（发布日期2007年1月4日）：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/flb/lfzl/jnlfsyzn/ldjh/200701/t20070108_77085.html；“全国证券期货监管工作会议在京召开”，资料来源（发布日期2007年1月22日）：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/200701/t20070122_68465.html；“证券法的法理与逻辑——肖钢主席在第四届‘上法论坛’上的演讲”，资料来源（发布日期2013年11月28日）：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201311/t20131128_238946.html。

6. 参见证监会：“积极探索监管执法的行政和解新模式——肖钢主席在《行政管理改革》杂志发表署名文章”，资料来源（发布日期2014年2月19日）：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201402/t20140219_244047.html。

7. 参见第一财经日报：“第一财经日报”，资料来源（发布日期2014年2月20日）：<https://www.yicai.com/news/3484941.html>。

至 2019 年才开始出现成功达成行政和解的案例。⁸

（1）未被受理的行政和解申请

在 H 公司案中，证监会对 H 公司在 2014 年 12 月 4 日至 2015 年 1 月 30 日期间涉嫌超比例减持未披露和在限制转让期限内减持其子公司股份的行为进行了立案调查。根据当事人的申请证监会于 2015 年 10 月 9 日组织举行的听证会，当事人在听证会提出了行政和解的申请。

针对当事人的行政和解申请，证监会以案涉事实清楚、证据充分，法律依据明确，不具备和解条件为由，未予采纳其行政和解申请。最终，证监会于 2015 年 10 月 30 日作出〔2015〕51 号行政处罚决定，认定 H 公司构成未依法披露超比例减持情况以及在限制期内减持的违法行为，作出责令改正、给予警告，并合计罚款 1,300 万元的行政处罚，以及对 H 公司直接负责主管人员董某作出警告、罚款共计人民币 40 万元的行政处罚。

（2）证监会成功与当事人达成行政和解的案例

· G 公司案

2019 年 4 月 23 日，证监会发布〔2019〕11 号公告，称证监会已于当日与 G 公司、某证券公司以及两公司的相关工作人员等 9 名行政和解申请人达成行政和解协议。

根据公告，2013 年 10 月 8 日至 2015 年 7 月 3 日期间，G 公司自营交易员通过在某证券公司开立的经纪业务账户进行交易，同时向该证券自营交易员提供业务指导。双方于 2015 年 5 月至 7 月期间的 4 个交易日的部分交易时段，从事了其他相关股票及股指期货合约交易。证监会于 2016 年 7 月对申请人的上述行为进行立案调查。

上述申请人根据行政和解协议交纳了行政和解金，采取必要措施加强公司的内控管理，并在完成后向证监会提交书面整改报告。据此，证监会终止了对申请人有关行为的调查、审理程序。

· S 公司案

2020 年 1 月 20 日，证监会发布〔2020〕1 号公告，称证监会已于近日与 S 公司以及 5 家机构及其相关工作人员等申请人达成行政和解协议。

根据公告，2015 年 1 月 1 日至 2015 年 7 月 31 日期间，S 公司委托资产管理机构设立多个资产管理计划，并控制、使用资产管理计划开立的账户进行了交易，其行为涉嫌违反账户管理使用的有关规定。相关资管机构为 S 公司设立资产管理计划，供委托人控制、使用，其行为涉嫌违反资产管理业务的有关规定。

上述申请人根据行政和解协议交纳了行政和解金，采取必要措施加强公司的内控管理，并在完成后向证监

会提交书面整改报告。因此，证监会终止对申请人有关行为的调查、审理程序。

2. 近期立法动向

从发达国家的实践情况看，证券领域行政和解非常普遍，已成为非常重要的一种执法方式，并在化解行政争议、提高执法效率、赔偿投资者损失、恢复市场秩序等方面发挥了积极作用。然而，自《试点办法》实施以来，我国行政和解的实践案例非常少，行政和解的积极作用远未得到发挥。

随着新《证券法》的实施与《征求意见稿》的公布，可以看出立法机关和执法机关意在通过立法、完善执法细则等方式进一步提升行政和解制度的法律地位，切实增强该制度的实操性，激活这一制度在实践中的运用。

首先是《证券法》于 2019 年 12 月迎来了第二次全面大修，使得早在 2005 年前后掀起的在证券领域建立行政和解制度的讨论，终于在新《证券法》中得以确立。新《证券法》第一百七十一条对行政和解制度作了专门规定，将《试点办法》这一部门规章确定的行政和解程序正式上升为法律层面的法定程序，进一步夯实了行政和解制度适用的法律基础。同时，新《证券法》也明确授权国务院规定具体的实施办法，为证监会深入开展行政和解工作提供了充分的法律依据。

其次是证监会于近期在总结实践经验的基础上展开了对《试点办法》的全面修订工作，起草形成了如今的《征求意见稿》。结合证监会公布的修改说明，《征求意见稿》对于办法名称、和解申请的期间、和解的适用范围和条件、和解的启动程序、内部征求意见程序、和解金的确定因素、和解金的管理使用、当事人权益保障、信息公开、诚信档案等方面进行了修改完善。

综上，虽然 2015 年《试点办法》的出台标志着我国证券行政和解制度的初步建立，但其后的四年多时间中仍处于犹抱琵琶半遮面状态，主要表现为实践适用案例屈指可数且具体操作指引不甚明确。即便如此，2019 年 4 月首例成功达成行政和解案意味着证券行政和解的实践正式迈入一个新的阶段，其后不久又达成另一起行政和解案表明证监会正在着力推进这一制度在实践中的运用。随着新《证券法》的正式实施，以及《征求意见稿》征求意见工作的稳步推进，行政和解的门槛将进一步降低，适用的场景也将不断丰富，未来应用更加值得期待。

（三）未来可期：焕发制度新活力

《征求意见稿》本着问题导向、稳步推进的原则，对《试点办法》作了多个方面的重要修改和完善。根据《规章制定程序条例》等相关规定，《征求意见稿》离最终出台尚需要履行相关程序。鉴于新《证券法》规定具体办法由国务院规定，不排除最终的修订草案需报经国务院同意。因此，《征求意见稿》中的相关修订内容是否能够保留，仍有待观察。但我们认为，未来行政和解制度的完善或将至少从以下几个角度展开：

8. 另根据证监会公布数据，2019 年一年证监会共收到行政和解申请 9 件，受理 5 件（除本文提及的 3 例公开案件外，证监会并未披露其他案件的具体情况；此外，一个案例涉及多个主体的，可能会有多件行政和解申请）。参见证监会：“中国证监会 2019 年法治政府建设情况”，资料来源（发布日期 2020 年 4 月 17 日）：http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/202004/t20200417_373995.html。

第一，适用行政和解程序的案件类型将逐步放开。《试点办法》第六条限定“涉嫌实施虚假陈述、内幕交易、操纵市场或者欺诈客户等违反证券期货法律、行政法规和相关监管规定的行为”才适用行政和解。该等规定反映了行政和解制度初创时期的谨慎态度。不过在H公司案中，涉及的违法行为是未尽到信息披露义务和限制期内减持，不完全落入上述四类明确列举的情形，但是证监会并未以其涉嫌违法行为不属于上述四类情形之一为由而拒绝受理。再从后来的G公司案和S公司案的公布信息看，也难以看出其涉嫌违法的情形属于上述四类情形。因此，可以认为，证监会对于受理行政和解的案件类型随着实践的变化渐持开放态度。如今，《征求意见稿》直接删除了该等限定更加印证了这一趋势。

第二，行政和解的适用条件将回归于能否实现执法目标和补偿投资者的判断，而不再以案件事实和法律关系是否明确为限。在适用条件上，《试点办法》第七条第一项规定“行政相对人违法行为的事实清楚，证据充分，法律适用明确，依法应当给予行政处罚的”不得适用行政和解。前述H公司案中，证监会未采纳H公司行政和解申请的理由即在于该案事实清楚、证据充分，法律依据明确，不具备行政和解条件。鉴于新《证券法》对于行政和解的规定并未对此作出不得和解的限定，而是更加侧重发挥行政和解在节约执法资源、尽快补偿投资者损失等方面的综合性作用，因此，目前《征求意见稿》也删除了案件事实和法律关系是否明确的消极条件，可见目前对《试点办法》的修改侧重于回归到建构行政和解制度之初的设想，实现执法目标与补偿投资者的双重作用。

第三，减少制度实施的客观限制条件。《试点办法》对实施行政和解设定了一系列限制条件，体现出证监会对运用行政和解的谨慎态度，如第四条规定“中国证监会不得向行政相对人主动或者变相主动提出行政和解建议”；第六条规定“中国证监会派出机构负责查处的案件，试点期间不适用行政和解程序”；第十八条规定“立案调查不满3个月的案件，行政相对人提出行政和解申请的，不予受理，但有特殊情况经中国证监会主要负责人批准的除外”。目前《征求意见稿》对上述限制条件均予以删除，实质性放宽了适用行政和解的条件，这将有利于促使当事人积极申请行政和解，从而整体提高行政和解的适用效率。

随着新《证券法》的实施，行政和解已正式成为证券期货领域行政执法的重要方式。根据新《证券法》的规定，《征求意见稿》在总结实践经验的基础上对现行《试点办法》作出了多个方面的重要修订，放宽了行政和解的条件，完善了行政和解的程序，更加注重保护当事人权益，这充分体现出证监会积极推进行政和解在证券期货行政执法中运用的鲜明态度。我们认为，随着《征求意见稿》在进一步修订完善后出台，行政和解必将在证券期货行政执法中得到越来越多地运用，充分发挥其在解决行政争议、提高执法效率、保障投资者合法权益方面的积极作用。

行政和解制度作为中国证券法乃至行政法领域一项重大制度创新，从2005年开始着手启动，历经十年于2015年初步构建起制度，后经过四年多实践检验，最终将积攒的监管规则上升为法律规定。随着新《证券法》的实施以及《征求意见稿》修订完善后出台，行政和解制度将在实践中进一步发挥作用。行政和解制度的推行一方面将使得证监会的监管资源得到较大释放，有利于整体上实现监管目的，另一方面也将通过配套的和解金措施便利化投资者索赔工作。我们也将对这一制度保持持续关注。

结语

二、新《证券法》下谈“内幕交易”的立法与实践

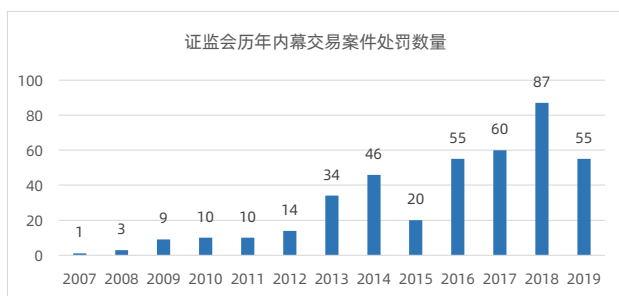
证券欺诈、内幕交易与操纵证券市场，是证券领域的三大高发违规行为。对于各国证券监管部门而言，考虑到内幕交易对于市场公平秩序造成的恶劣影响，对内幕交易行为需要进行严格预防和严厉打击，已经成为了共识。而在我国金融监管不断加强的总体态势下，内幕交易更是近年来证监会的重点执法打击对象，相关处罚频次和力度均高于其他证券欺诈和市场操纵等违规行为。以 2019 年为例，该年度证监会 / 局共下发 323 份行政处罚决定书，其中内幕交易案件量居首，多达 138 宗，另有信息披露违规案件 82 宗，操纵市场案件 18 宗等。

本文中，我们将结合新施行的《证券法》，简单回顾过去——内幕交易立法、执法与司法实践的发展历程，审视现在——分析《证券法》的修订内容和解读内幕交易的现行法律规则，展望未来——探讨内幕交易相关法律实践的发展趋势。

（一）新《证券法》颁布前内幕交易的立法与实践

我国关于内幕交易的立法其实起步非常早。早在 1997 年《刑法》第一次修订之时，即加入了“内幕交易、泄露内幕信息罪”。次年《证券法》首次颁布，详细规定了内幕交易的认定标准、罚则。尽管如此，自此后近十年的时期内，相较于证券市场中的种种乱象，对内幕交易的行政执法和民事案例都十分鲜见。在民事程序层面，最高法甚至在 2001 年发布《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》中，明确表示暂不受理内幕交易的民事赔偿案件。

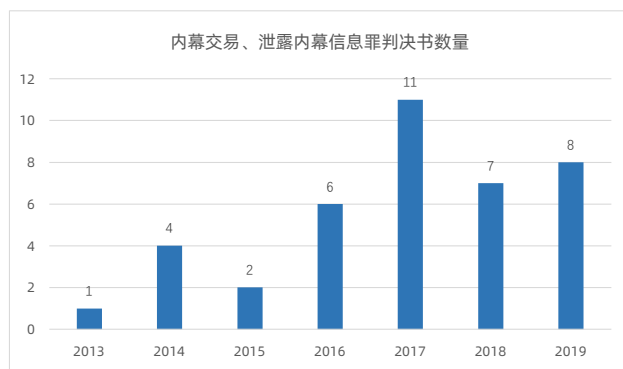
直至 2007 年，在当时的大牛市行情下，内幕交易和市场操纵行为到了肆无忌惮的地步，引起社会公众的广泛关注，监管部门才正式对内幕交易着手大刀阔斧的执法工作，配套政策和法律规定也随之迅速出台。这一年，行政方面，证监会发布《证券市场内幕交易行为认定指引（试行）》（“《证监会指引》”），从方方面面规定了内幕交易的认定标准，有效提高了执法效率。而在司法方面，最高法在《全国民商事审判工作会议纪要》（2007）中首次提出法院应当受理内幕交易侵权之诉，从而在民事诉讼程序上为投资者打开了向内幕交易者进行索赔的大门。



数据来源：中国证券监督管理委员会官方网站（<http://www.csrc.gov.cn>）

2012 年，最高法又联合最高检发布了《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（“《内幕交易解释》”），明确内幕交易

刑事责任的认定规则，此后“内幕交易、泄露内幕信息罪”的案件数量也显著提升。



数据来源：裁判文书网（<http://wenshu.court.gov.cn>）

从既往内幕交易违规案例来看，部分内幕信息的持有人心存侥幸，认为可以通过隐蔽手法逃避监管、谋取暴利，或者因法律意识淡薄在人情往来中口风不严、泄露信息，种种原因导致内幕交易屡禁不止，甚至表现出高发态势。

如今，内幕交易已然成为证监会的执法重点，相关刑事处罚也不时出现，逐渐形成了对违规者的巨大威慑力。期间还出现了“中国牛市内幕交易第一案”杭萧钢构内幕交易案、黄光裕内幕交易案、徐翔涉嫌操纵证券市场、内幕交易案等轰动一时的行政和刑事案件。但令人遗憾的是，最高法至今未出台关于内幕交易侵权责任民事责任的司法解释，使得因为内幕交易行为受损的投资者要通过民事诉讼手段进行维权索赔步履维艰。这一情况，从内幕交易侵权案件的立案与胜诉案件数量即可推知——迄今为止，可查询到的内幕交易民事索赔案件只涉及寥寥五个证监会行政处罚认定的内幕交易行为，而投资者最终仅在其中的光大证券内幕交易案件中胜诉获赔，在其他案件中则均因为无法证明其损失金额或者其损失与内幕交易的因果关系等原因而败诉。

（二）结合新《证券法》，拆解内幕交易的三要素

2019 年新修订的《证券法》（“新《证券法》”）对于内幕交易制度进行了重大修订，包括对“内幕交易”的认定标准和处罚措施的调整。

无论是在旧《证券法》（2014 修改版，“旧《证券法》”）还是在新《证券法》下，要认定“内幕交易”，都必须具备三要素：人、信息、行为。概言之，人必须是“内幕人”，信息必须是“内幕信息”，行为必须是“利用”内幕信息的交易行为。

1. 谁是内幕人？

新、旧《证券法》均将内幕交易的行为主体划分为两类——“内幕信息的知情人”和“非法获取内幕信息的人”。《证监会指引》中将这两类人统称为“内幕人”。

“内幕信息的知情人”，通俗地讲，就是圈内人。这类主体本身是或者供职于发行人，为发行人服务的券商、会计师事务所和律师事务所等，证券交易所，甚至证监会 / 局等，因此可在工作接触到内幕信息。由

于上市公司并购重组是内幕交易的重灾区，新《证券法》特别明确，上市公司重大并购重组的交易对象及其控股股东、实际控制人、董监高等也属于“内幕信息的知情人”。

相对地，“非法获取内幕信息的人”是圈外人。这类人往往是圈内人的亲戚、朋友、同学，其本身与发行人并无关联，通常也不会接触到内部信息，但可从圈内人处打听到内幕信息；或者是通过偷听、监听等不法手段获取内幕信息的人。

下图为新、旧《证券法》对内幕信息知情人的具体规定变化：

旧《证券法》	新《证券法》	修订要点
第七十四条 证券交易内幕信息的知情人包括：	第五十一条 证券交易内幕信息的知情人包括：	
(一) 发行人的董事、监事、高级管理人员；	(一) 发行人及其董事、监事、高级管理人员；	明确证券发行人本身也可成为内幕信息知情人。
(二) 持有公司百分之五以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；	(二) 持有公司百分之五以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；	
(三) 发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；	(三) 发行人控股或者实际控制的公司及其董事、监事、高级管理人员；	新增发行人所实际控制的公司及其董监高。
(四) 由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员；	(四) 由于所任公司职务或者因与公司业务往来可以获取公司有关内幕信息的人员；	新增因与公司业务往来可以获取内幕信息的人。
	(五) 上市公司收购人或者重大资产交易方及其控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员；	新增上市公司重大并购重组对手方及其相关人员。
(五) 证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的人员；	(七) 因职责、工作可以获取内幕信息的证券监督管理机构工作人员；	证券监督管理机构工作人员构成内幕信息知情人须以“因职责、工作可以获取内幕信息”为前提。
	(八) 因法定职责对证券的发行、交易或者对上市公司及其收购、重大资产交易进行管理可以获取内幕信息的有关主管部门、监管机构的工作人员；	新增对上市公司并购重组进行行政监管的工作人员。
(六) 保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；	(六) 因职务、工作可以获取内幕信息的证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；	证券公司构成内幕信息知情人的不必然还是保荐人或承销商，只要“因职务、工作可以获取内幕信息”即可。
(七) 国务院证券监督管理机构规定的其他人员。	(九) 国务院证券监督管理机构规定的其他可以获取内幕信息的人员。	立法语言更加严谨。

2. 什么是内幕信息？

要判断特定信息是否构成内幕信息，应当把握两个要点，即：“重大性”和“非公开性”。

(1) 内幕信息的重大性

“重大性”是指，内幕信息应当能够对证券的价格产生重大影响。这是一个相当主观的概念，需要法律规划加以明确界定。因此，《证券法》通过列举的方式划定重大信息的外延。

旧《证券法》对内幕信息的界定比较散乱，采取了类型化列举的界定方式，主要包括四大类型的信息：(a)《证券法》列举的上市公司应当进行临时信息披露的重大事件；(b)《证券法》列举的内幕信息；(c)证监会“规定”的其他重大事件；以及(d)证监会“认定”的其他内幕信息。但实际证明，上述立法模式虽然赋予了证监会充分的自由裁量权，得以在个案中对特定信息是否构成内幕信息进行认定，但是也给证券市场的投资人如何利用信息实施投资行为带来了不确定性。

最为典型的案例，就是光大证券“乌龙指”案。该案，光大证券因系统故障大量错误下单，导致几分钟内股市飙升，后光大证券一度否认错单发生的事实，同时迅速卖空止损，卖空操作基本完成后才正式对外公告乌龙情况，期间大量投资者蒙受损失。光大证券之所以能够通过卖空挽回巨额损失，是因为其深知当时的畸高股价完全是由乌龙操作造成的，并不反映股票的真实价值。但是，法律法规明文列举的“内幕信息”种类都是与上市公司经营、财务状况相关的信息，并未规定第三方投资机构的交易行为也可构成内幕信息。在该案中，证监会发挥其自由裁量权，将该等“错单”信息作为证监会“认定”的内幕信息，进而严厉处罚了光大证券及相关人员。⁹

就个案来说，证监会的处理方式被认为保护了一般投资者的利益、做到了实质公平。但这种内幕信息认定规则不够明晰周延，而事后以“实质公平”作为判断基准的结果论，实际上会给市场参与人带来一些不确定、不安全感。

新《证券法》对这一模糊之处予以了修正。具体来说，新《证券法》放弃了对内幕信息的额外列举，而是直接引述关于临时信息披露义务的法条。如此一来，内幕信息的范围变得简单明了，只要把握如下两个原则即可：第一，凡是应当进行临时披露的信息，都属于内幕信息；第二，应当进行临时披露的信息要么由《证券法》规定，要么由证监会规定，不必再担心证监会的事后“认定”。按此标准，如果光大证券“乌龙指”案发生在今天，“错单”信息是否属于“内幕信息”或许有不同的结论。

值得注意的是，新《证券法》下，内幕信息不仅包括上市公司应当就其股票进行临时披露的信息，还包括上市公司就其债券、新三板公司就其股票应当进行临时披露的信息。换言之，新《证券法》下，上市公司股票、新三板公司股票、上市公司债券都可以是内幕交易的对象。

(2) 内幕信息的非公开性

仅从文意而言，“非公开性”很好理解，内幕信息必须是还没被公开的信息。但实践中，“公开”的标准并不统一，存在“实质公开”与“形式公开”两种认定方式。

2007年的《证监会指引》采取的是“实质公开”标准。根据该标准，只要内幕信息已经被广大投资者所了解，就算“公开”。信息公开的媒介没有形式上的限定，内幕信息既可以在证监会指定的报刊、网站上公开，也可以在其他有广泛影响力的媒体上公开。¹⁰公开之后，投资者使用该等信息进行交易，即不属于内幕交易行为。

举个例子，2018年4月17日，央视财经频道《经济半小时》栏目曝光了上市公司山西三维违规倾倒工业废渣、排放工业废水的行为，次日起，山西三维股票连续5个交易日跌停，而山西三维自始至终都没有正

9. 中国证监会行政处罚决定书（光大证券股份有限公司、徐浩明、杨赤忠等5名责任人），[2013]59号。

10. 《证监会指引》第十一条。《证监会指引》第十一条。

式披露其受到过的环保处罚。¹¹虽然央视财经频道并非证监会指定的信息披露媒介,但在此情况下,认定内幕信息尚未公开显然不符合实际情况,这就体现出了“实质公开”标准的必要性。

然而,2012年的《内幕交易解释》则相对保守地采取了“形式公开”标准。根据该标准,内幕信息只有在证监会指定的报刊、网站上披露时才算“公开”。¹²做此安排的理由在于,“形式公开”标准虽然有失灵活,但通过强调信息源的权威性,有利于保障对于非官方信息难辨真假的一般投资者的权益,更能够加强对于内幕交易行为的打击深度。在目前的法律实践中,尽管《证监会指引》仍然有效,但根据近年来的处罚案例,证监会更加倾向、也更多地采用“形式公开”标准认定内幕交易,这点与刑事司法的做法趋同。¹³

3. 何为“利用”内幕信息的交易行为?

《证券法》禁止内幕人“利用”内幕信息从事证券交易活动。由于内幕人、内幕信息都有客观的认定标准,面对内幕交易指控,行为人往往会从“利用”这个词上做文章:“我虽然知道X公司要并购,但我买X股票是因为看好X公司的潜力/业绩/技术/行业,跟我知不知道内幕信息没有关系”。可见,“利用”是一个主观的心理活动,执法机关要还原行为人实施投资行为时的主观心态,往往是很困难的。因此,我国行政执法、刑事司法均采用“推定利用”的认定方式:只要内幕人在“内幕信息敏感期”内买卖相关证券,就推定构成内幕交易。刑事司法中,“内幕信息敏感期”是指内幕信息从形成到公开的这段期间。¹⁴行政执法中的“内幕信息敏感期”可能更长,它的终止日不一定是信息公开日,也可以是内幕信息对交易价格不再有显著影响之日。¹⁵也就是说,在市场没有充分消化内幕信息之前,内幕人都不得交易。

“推定利用”的规则下,内幕人需要自行证明交易行为的正当性,最常见也最有力的抗辩理由是:交易是根据既有的协议、投资计划执行的,与内幕信息无关。¹⁶

(三)新《证券法》之后,内幕交易的法律实践或将如何发展

除了修改“内幕人”、“内幕信息”的范围之外,新《证券法》还大幅提高了行政处罚幅度:处罚上限从原来的最高“没一罚五”改为“没一罚十”(没收违法所得,并处违法所得一到十倍罚款),处罚下限也从原来的3万元提高到违法主体罚50万元以上、单位违法的相关责任人罚20万元以上。

其实,本次修法之前,证监部门的处罚力度一直比较克制,“没一罚一”是常态,近几年“没一罚二”、“没一罚三”的案件逐渐多起来,但“没一罚四”、“没一罚五”的还很罕见。¹⁷行为人认错态度良好是一方面,

更重要的原因是很多行为人真的不禁罚。¹⁸毕竟,指着内幕交易一夜暴富的人,哪来的钱交获利四五倍的罚款呢?如今处罚上限被调高到“没一罚十”,证监部门恐怕没法再手软了。

对处罚对象而言,比罚款更为可怕的是“市场禁入”。光大证券内幕交易案中,除警告、罚款以外,四名相关责任人均受到了证监会的终身证券、期货市场禁入措施,可谓职业生涯的致命打击。为此,责任人之一杨剑波不惜与证监会打了四年官司,一审、二审到再审,但终究没能翻盘。¹⁹

与其硬扛,不如协商。《行政和解试点实施办法》于2015年由证监会颁布实施,且将虚假陈述、内幕交易、操纵市场等常见证券违规行为都列入了行政和解的适用范围。因此,面对证监部门的执法行动和处罚可能,受调查者其实可以考虑争取达成行政和解。虽然可能需要支付高额和解金,但可避免不利的行政认定以及市场禁入措施。

当然,证监会对行政和解制度的适用仍处于摸索和完善过程中。但是,2019年高盛亚洲案以及2020年司度公司案的成功和解反映出,证监会正倾向于在复杂疑难案件中积极适用行政和解制度,化解有限行政资源与行政效率之间的矛盾。域外实践表明,行政和解在提高执法效率、补偿投资者损失、震慑违法行为等方面具有诸多积极的意义。我们相信,今后我国和解案例也将不断涌现,甚至成为行政执法中的常态。

刑事方面,内幕交易的刑事处罚仍由刑法及其司法解释规范,不在新《证券法》调整范围内。目前,内幕交易罪在《刑法》下的罚金幅度仍为“没一罚一”至“没一罚五”,但我们推测,《刑法》在下次修订时相应调高罚金标准,以与新《证券法》配合衔接是大概率事件。

民事方面,新《证券法》仍然未对民事索赔的实体和程序性规则作出细致规定。对此,市场及法律界人士仍期待最高法出台类似于证券虚假陈述的司法解释,明确起诉条件、原告资格认定、损失计算、因果关系认定等疑难问题的处理方法。不过,光大证券内幕交易的民事案件中,法院已经通过推定方式认定因果关系、并灵活计算投资者损失,降低了投资者的举证难度,为今后的民事索赔案件提供了良好范例。²⁰加之新《证券法》创设了代表人诉讼制度,我们有理由相信在不远的将来,如同不断涌现的虚假陈述诉讼案件,因为内幕交易而利益受损的投资者将越来越多地通过民事程序实施索赔并受偿。

此外,鉴于新《证券法》开创性地对新三板股票、上市公司债券适用内幕交易规则,这种新领域的新案件也值得持续关注。

11. 宁荣:《内幕交易的多副面孔——中国的监管标准与执法实践》,经济科学出版社2019年版,第55-56页。

12. 《内幕交易解释》第五条第四款。

13. 宁荣:《内幕交易的多副面孔——中国的监管标准与执法实践》,经济科学出版社2019年版,第51-52页。

14. 《内幕交易解释》第五条第一款。

15. 《证监会指引》第十条。

16. 内幕交易的违法阻却事由散见于新《证券法》第五十三条第二款、《证监会指引》第十九条、《内幕交易解释》第四条。

17. 张翥:《中国证监会内幕交易行政处罚案例综述》,载《法律与新金融》第二十二期。

18. 李睿:《内幕交易行政处罚与刑事制裁的实践阐释》,载《上海法学研究》集刊第3卷。

19. 杨剑波、中国证券监督管理委员会金融行政管理(金融)再审审查与审判监督行政裁定书,(2015)行监字第2092号。

20. 徐某某诉光大证券股份有限公司期货内幕交易责任纠纷案,(2015)沪高民五(商)终字第61号。

结语：

内幕交易的规则与实践是一个不断调整、不断发展的过程。目前，行政执法、刑事司法制度的实践已经相对成熟，但民事索赔、行政和解虽有原则性制度规范，仍然处于实践探索期。《证券法》的修订，必将使内幕交易的案件类型更多样、处罚力度更强。今后，内幕交易的制度完善和法律实践会如何发展，我们拭目以待。

三、不破而立：简评新《证券法》下的中国特色集体诉讼制度

历时四年四次审议，本轮修订后的《中华人民共和国证券法》（“新《证券法》”）在2019年12月28日终获通过。经修改的第九十五条被认为在证券民事诉讼领域引入了中国特色的集体诉讼制度，有学者称之为新《证券法》最为“激进”的条款。²¹基于对新《证券法》修订过程的观察和参与，我们认为本轮证券民事诉讼制度改革有如下特点，值得关注：

（一）创新不破而立，充分利用现有制度框架和空间

我国《民事诉讼法》中并非缺乏处理人数众多的原告提起的民事诉讼的制度工具。《民事诉讼法》第五十三条确立的人数确定的代表人诉讼以及第五十四条所规定的人数不确定的代表人诉讼制度均有相应作用。其中人数不确定的代表人诉讼制度在设立时就参考了美国的集体诉讼制度，并且常在学术和法院司法实践中被指称为“集体诉讼”²²，其特色在于没有采用美国集体诉讼中的“声明退出”制度，而是要求参与诉讼的原告需要自行向法院主动声明进行登记。

然而，实践中鲜有法院愿意采用人数不确定的代表人诉讼制度审理涉及大量原告的案件。在证券民事诉讼法领域，最高人民法院更是在2002年和2003年以司法解释的形式，排除了人数不特定的代表人诉讼制度的适用。²³至今各级法院在审理证券民事诉讼时仍广泛采用“单独立案、分别审理”的模式。

《民事诉讼法》是国家的基本法律，全国人民代表大会常务委员会通过的《证券法》修正案，难以对《民事诉讼法》所确立的基本诉讼制度进行修改，因此要想在证券民事诉讼领域一步到位设立全新的“声明退出”集体诉讼制度从法理上来说面临困难。为了破解这一难题，新《证券法》第九十五条最终选择从激活《民事诉讼法》第五十四条这一沉睡条款入手，确立了具有中国特色的集体诉讼制度。

新《证券法》第九十五条全文如下：

第九十五条 投资者提起虚假陈述等证券民事赔偿诉讼时，诉讼标的是同一种类，且当事人一方人数众多的，可以依法推选代表人进行诉讼。

对按照前款规定提起的诉讼，可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者的，人民法院可以发出公告，说明该诉讼请求的案件情况，通知投资者在一定期间向人民法院登记。人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的投资者发生法律效力。

投资者保护机构受五十名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参加该诉讼的除外。

21. 彭冰：“《证券法》修改的‘得与失’”，载财新网：<http://opinion.caixin.com/2019-12-30/101499298.html>，最后访问时间：2020年1月5日。

22. 沈德咏主编，最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用（上）》，人民法院出版社2015年版，第278-279页。

23. 《最高人民法院关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》规定：“对于虚假陈述民事赔偿案件，人民法院应当采取单独或者共同诉讼的形式予以受理，不宜以集团诉讼的形式受理。”《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第14条规定：“共同诉讼的原告人数应当在开庭审理前确定。”

其中，第一款和第二款明确了证券民事诉讼可以适用包括人数不特定的代表人诉讼在内的代表人诉讼制度，但同时给予法院选择的可能，而没有强制要求适用这一制度，给未来具体规定留下了空间。

第三款则在代表人诉讼制度框架下进行创新，允许投资者保护机构作为代表人参加诉讼，并允许在该情况下，投资者保护机构可以为经证券登记结算机构确认的全体权利人进行登记，不需要投资人主动表示加入，但允许不愿意参加诉讼的投资人在明确表示意愿的情况下退出。

这样的规定，既实现了“默示加入+明示退出”的目标，使得集体诉讼制度能够充分发挥在批量性处理原告数量众多的诉讼案件中的优势，同时又“借用了人数不确定的代表人诉讼的躯壳”²⁴，仍需要投资者履行或由投资者保护机构代为履行相应的登记程序，作为受判决或和解约束的前提，没有突破《民事诉讼法》现行规定的框架，是平衡改革需求和法理基础上作出的最优选择。

（二）强调中国特色，赋予投资者保护机构特殊地位

本轮证券民事诉讼制度改革中，监管部门一直强调要建立的是“中国特色”的集体诉讼制度。²⁵而从新《证券法》文本来看，赋予投资者保护机构特殊地位，仅允许其作为代表人参与诉讼时才可以适用“默示加入+明示退出”制度登记权利人，而未将该项权利赋予其他的诉讼代表人及其代理人，无疑是本轮改革中最明显的“中国特色”。

域外集体诉讼制度的发展一直伴随着鼓励滥诉的争议，其中律师的逐利倾向是公认的重要原因之一。投资者保护机构为非营利性公益机构，由其来主导集体诉讼，无疑能有效解决传统集体诉讼制度下可能存在的滥诉问题。但同时，这一制度安排也面临若干问题。根据新《证券法》第九十条，投资者保护机构仅指代依照法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的规定设立的相应机构，其公立性质显而易见。由于公立机构人力物力财力的限制，以及相应的制度激励机制，投资者保护机构能否接受每一件投资者希望委托的案件？如果只能选择部分案件作为代表人参与诉讼，如何确定标准才能做到公平合理？在投资者保护机构作为代表人参与的案件中，是否还可以有其他诉讼代表人，投资者保护机构和这些代表人之间又是怎样的关系？²⁶这些均是仍待解决的问题。

因此，新《证券法》通过后，作为投资者保护机构的中证中小投资者服务中心，其表态既积极又谨慎，强调要“稳妥对接诉讼代表人职责”，“明确投保机构

案件选取规则”，在“适当时机选取典型案件启动代表人诉讼”，达到“示范引领作用”。²⁷投资者保护机构在证券民事诉讼中的具体地位和作用仍需要在未来出台的配套规定和司法解释中进一步厘清。

（三）加强司法能动，法院更加积极介入证券民事诉讼进程

若在证券民事诉讼中采用人数不确定的代表人诉讼制度，法院在前期审查、公告通知、权利登记、代表人推选、和解、赔偿款项执行等方面需要更加积极地介入诉讼程序。最高人民法院已经在2019年11月18日公布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“《九民纪要》”）中尝试建立一些相应制度，比如要求法院在立案时候就对原告的诉请进行分类²⁸，确立发出公告前的案件实体问题前置审查制度²⁹，明确法院提出代表人人选的标准等³⁰。

除此之外，最高人民法院近年来还力推“示范判决和平行案件机制”，即在处理群体性证券纠纷中，由法院选取具有共通的事实争议和法律适用等焦点问题的代表性案件先行审理，先行裁判并作出示范判决。示范判决生效后，根据其所认定的共通的事实和法律适用标准，平行案件原则上应先先行委托调解³¹，且鼓励以和解、调解方式结案。³²目前这一制度仍在推广阶段，在新《证券法》通过后，这一制度和代表人诉讼制度之间是互补关系还是替代关系，将成为新的司法课题。

（四）提高诉讼效率，探寻建立多机构信息互联互通机制

在以往证券民事诉讼案件中，法院往往手动核实相关信息，消耗了大量司法资源，也成为在“案多人少”这一长期持续的背景法院对处理人数众多的证券民事诉讼案件感到困难的原因之一。

改革后，证券民事诉讼案件的个案平均原告数量可能进一步显著增长，为了建立与之相适应的审判机制，提高诉讼效率，未来改革中还应建立掌握证券诉讼活动所需信息的各个机构之间的信息互联互通机制，减轻法院应对压力。就此，最高人民法院在《九民纪要》中已经指出，“就案件审理中涉及的适格原告范围认定、公告通方式、投资者权利登记、代表人推选、执行款项的发放等具体工作，法院要积极协调相关部门和有关方面，推动信息技术审判辅助平台和常态化、可持续的工作机制建设。”

新《证券法》第九十五条规定，在投资者保护机构代表全体受损投资者提起的证券民事诉讼中，证券登记结算机构发挥确认投资者是否为权利人的作用。从整

24. 彭冰：“《证券法》修改的‘得与失’”，载财新网：<http://opinion.caixin.com/2019-12-30/101499298.html>，最后访问时间：2020年1月5日。

25. 例如，2019年9月9日至10日，证监会召开全面深化资本市场改革工作座谈会，提出了“深改12条”。其中第9条是“推动建立具有中国特色的证券集体诉讼制度”。

26. 比如，最高人民法院二庭有观点认为，投资者保护机构成为诉讼代表人后，同时也应当允许其他未被代表的投资者再自行推选代表人，形成两类代表人的相互合作和制衡，防止投资者保护机构成为“一家独大”的代理人。见最高人民法院法院民商事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第446页。

27. “上海证券报：股服中心将推动证券群体性诉讼机制落地”，载中证中小投资者服务中心网站：<http://www.isc.com.cn/html/mtbd/20191230/1634.html>，最后访问时间：2020年1月7日。

28. 《九民纪要》第81条规定：“多个投资者就同一虚假陈述向人民法院提起诉讼，可以采用代表人诉讼方式对案件进行审理的，人民法院在登记立案时可以根据原告起诉状中所描述的虚假陈述的数量、性质及其实施日、揭露日或者更正日等时间节点，将投资者作为共同原告统一立案登记。原告主张被告实施了多个虚假陈述的，可以分别立案登记。”

29. 《九民纪要》第82条：“人民法院决定采用《民事诉讼法》第54条规定的方式审理案件的，在发出公告前，应当先行就被告的行为是否构成虚假陈述，投资者的交易方向与诱导、诱空的虚假陈述是否一致，以及虚假陈述的实施日、揭露日或者更正日等案件基本事实进行审查。”

30. 《九民纪要》第83条规定：“权利登记的期间届满后，人民法院应当通知当事人在指定期间内完成代表人的推选工作。推选不出代表人的，人民法院可以与当事人商定代表人。人民法院在提出人选时，应当将当事人诉讼请求的典型性和利益诉求的份额等作为考量因素，确保代表行为能够充分、公正地表达投资者的诉讼主张。国家设立的投资者保护机构以自己的名义提起诉讼，或者接受投资者的委托指派工作人员或者委托诉讼代理人参与案件审理活动的，人民法院可以商定该机构或者其代理的当事人作为代表人。”

31. 如《上海金融法院关于证券纠纷示范判决机制的规定（试行）》第39条规定：“示范判决生效后，根据示范判决所认定的共通事实和法律适用标准，平行案件原则上应先先行委托调解。”

32. 如《北京市高级人民法院关于依法公正高效处理群体性证券虚假陈述责任纠纷的意见（试行）》第17条规定：“人民法院审理群体性证券虚假陈述责任纠纷，应当着重调解，鼓励当事人和解。”

合公共资源，提高诉讼活动效率的角度来看，未来出台的配套规定和司法解释中，将可能进一步发挥证券登记结算机构在提供损失计算底层数据，畅通赔付款项支付渠道等方面的作用，提高证券民事诉讼活动的效率。

此外，在目前实践中，部分法院已经开始引入中证中小投资者服务中心作为第三方专业机构辅助法院进行损失核定。从最高人民法院的想法来看，投资者保护机构未来还会在证券诉讼生效判决执行上发挥作用。在未来的司法实践中，法院可能会借鉴先行赔付的做法，将执行款项交由投资者保护机构提存，再由投资者保护机构通过证券交易结算系统向胜诉投资者进行二次分配。³³

总之，新《证券法》第九十五条对证券民事诉讼制度仅作了原则性规定，是本轮证券民事诉讼改革的起点而非终点。后续改革有赖于证监会、最高人民法院及投资者保护机构通过出台相应配套规定、司法解释和实施规则继续推进。同时，鉴于改革的难度和创新性，有关部门也可能会选择特定类型案件、部分法院先行展开试点。在实践中继续细化、调整和完善，将是中国集体诉讼制度落地生根，行稳致远的必经阶段。

四、《外国公司问责法案》与跨境监管合作破局之路

美国国会众议院于当地时间 2020 年 12 月 2 日一致通过《外国公司问责法案》（Holding Foreign Companies Accountable Act），标志着中美证券监管领域跨境监管合作争议再度升级。根据《外国公司问责法案》相关规定，在美上市外国公司需向美国公众公司会计监督委员会（以下简称“PCAOB”）提交可供检查的会计师事务所出具的审计报告，若出现 PCAOB 无法检查的年度，则其需证明其不为外国司法管辖区的政府机构持有或控制；若连续三次出现无法检查年度，则其将被禁止在美国相关证券交易所进行证券交易。

为更好地了解《外国公司问责法案》可能带来的潜在影响，我们对其基本内容与立法背景进行了简要梳理，并根据我们在跨境监管数据传输领域的丰富经验，就《外国公司问责法案》对在美上市中国公司的影响进行分析，并基于这一最新动向，展望中美在证券监管领域开展跨境监管合作的未来发展趋势。

（一）《外国公司问责法案》主要内容

《外国公司问责法案》此前已于 2020 年 5 月 20 日在美国国会参议院获得通过，如今又经美国国会众议院一致通过，下一阶段将呈送白宫，由美国现任总统特朗普签署从而正式成为法律。由于特朗普已明确表示将签署《外国公司问责法案》，其获得签署而正式成为法律的概率较高。《外国公司问责法案》成为法律并生效后的 90 日内，美国证券交易委员会（以下简称“SEC”）将发布具体的实施细则，³⁴ 细化《外国公司问责法案》项下具体条款及处理方式。

《外国公司问责法案》主要针对 2002 年出台的强调财务报告责任、审计责任及信息披露责任的《萨班斯-奥克斯利法案》（Sarbanes-Oxley Act, 以下简称“《萨班斯法案》”）作出修订，主要内容如下：

- 若在美上市外国公司所聘请为其进行财务报表审计的会计师事务所在外国设有分支机构或办公室，且由于外国政府机构所采取的立场导致 PCAOB 无法对该外国分支机构或办公室进行全面检查，则该无法检查的年度将被界定为无法检查年度（non-inspection year）。³⁵
- SEC 应识别所有出现无法检查年度的在美上市外国公司，并要求其提供材料以证明其不为外国司法管辖区的政府机构持有或控制。³⁶
- 若 SEC 认定一家在美上市外国公司连续三次出现无法检查年度，则 SEC 应禁止其股票在美国任何全国性证券交易所（例如纽约证券交易所、纳斯达克交易所等）进行交易。³⁷

33. 最高人民法院法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 442 页。

34. 《外国公司问责法案》，Section 2(i)(4)。

35. 《外国公司问责法案》，Section 2(i)(1)-Section 2(i)(2)。

36. 《外国公司问责法案》，Section 2(i)(2)(B)。

37. 《外国公司问责法案》，Section 2(i)(3)(A)。

根据《外国公司问责法案》Section 2(i)(3)(B)-Section 2(i)(3)(D) 的规定，如上市公司能够向 SEC 证明其已聘请一家 PCAOB 检查合格的注册会计师事务所提供服务，该禁令可被移除；若在此之后又出现无法检查的情形时，SEC 应当禁止其进行交易，为其 5 年；若该 5 年禁止交易期结束后，上市公司能够证明其将聘请一家 PCAOB 可检查的会计师事务所，则 SEC 将移除该禁令。

- 若在美上市外国公司出现无法检查年度，其应当披露其所在外国司法管辖区的政府机构持有的股份比例、政府机构是否对在美上市外国公司拥有控制性财务利益、该在美上市外国公司或在美上市外国公司运营实体董事会中属于中国共产党官员（official）³⁸的成员姓名、以及该在美上市外国公司章程性文件中是否包含中国共产党章程或相关内容等信息。³⁹

（二）《外国公司问责法案》背后的中美跨境监管合作争议

一直以来，中美两国在证券跨境监管合作方面持续进行政治角力，而《外国公司问责法案》则为该监管主权之争陡然升级的产物，其背后叠加着诸如中美政治战略竞争博弈、金融领域脱钩、监管理念呈现根本分歧等复杂的因素，将对两国资本市场产生深远影响。自2002年《萨班斯法案》颁布，美国证券监管部门即始终强调审计检查，改进财务披露，重点治理公司和会计欺诈。其中针对在美上市外国公司，如果其财务报表由位于美国境外的审计机构进行审计，PCAOB多年以来一直要求能够实现进入他国境内对这些审计工作进行现场检查。而这一跨境执法显然对接受检查的会计师事务所所在国家的主权利益带来影响。正因如此，法国、芬兰等欧盟成员国在经过谈判与PCAOB就跨境监管协作达成一致前，都曾长期拒绝PCAOB进行现场检查。而中美在这一问题上的角力更加突出，不仅因为中国公司在美上市的数量和市值随着中国经济快速增长而变得十分显著，更因为中美在制度方面的根本性差异使得双方之间的核心利益更加难以协调和平衡。

中美两国在跨境监管问题上长期处于在分歧中寻求合作之状态，多年来经过了数轮的交锋：

- 2009年施行的《关于加强在境外发行证券与上市相关保密和档案管理工作的规定》（以下简称“《29号文》”）⁴⁰规定，“在境外发行证券与上市过程中，提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构在境内形成的工作底稿等档案应当存放在境内”，且“未经有关主管部门批准，也不得将其携带、寄运至境外或者通过信息技术等任何手段传递给境外机构或者个人”。同时，《29号文》还明确了境外发行证券与上市保密和档案管理工作涉及的跨境证券监管事宜应通过中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）进行，现场检查应以中国监管机构为主进行，或者依赖中国监管机构的检查结果。
- 2011年，中美两国展开第三次中美战略与经济对话。随后，证监会、中华人民共和国财政部（以下简称“财政部”）、SEC与PCAOB表示将根据中美第三次战略与经济对话成果，就跨境审计监管合作问题进行讨论，并互派观察员、以观察对方监管机构实施会计师事务所检查，争取就跨境审计监管合作达成协议。
- 2012年，PCAOB派出代表团来华，观摩证监会现

场检查一家四大会计师事务所。PCAOB时任主席表示将会在此次观摩基础上继续积极推进与中方的谈判。

- 2013年，证监会、财政部与PCAOB签署执法合作谅解备忘录，两国以此为框架探讨在跨境监管方面的合作，中方同意在一定范围内为美方提供调取在美上市中国公司的会计底稿。
- 2015年，SEC处罚了四家未能按照要求提供审计工作底稿的中国会计师事务所。
- 2017年，证监会协助PCAOB对一家中国会计师事务所开展试点检查，期间向PCAOB提供若干审计工作底稿。

在奥巴马执政时期，虽然中美双方就跨境监管之间屡有争议，但总体来说还是可以从个案入手，在不影响双方核心利益的前提下，通过管控分歧、寻找共同点来探索可能的解决方案。然而，进入到特朗普时代，随着中美关系遽然转冷，双方之间就跨境监管的争议则迅速升级，今年发生的瑞幸咖啡财务造假事件更是将中美在证券监管领域的跨境监管合作争议推到了前所未有的激烈程度：

- 2018年，SEC与PCAOB首度发布联合声明，提示投资者美国监管机构在监督在美上市中国公司问题上存在财务审计执法与监管上的困难。
- 2020年4月，瑞幸事件爆发后，SEC与PCAOB再度发布联合声明，重申投资包括在美上市中国公司在内的新兴市场上市公司的各类风险，并主要聚焦于审计监管及跨境执法困难等问题。
- 2020年4月，证监会向PCAOB提出《与PCAOB进行联合检查的方案建议》，提出在最大可能范围内合作，以履行双方法律项下的监管要求。
- 2020年6月，白宫发布备忘录，再次提及在美上市中国公司信息披露的问题及两国跨境监管冲突时可能对美国资本市场产生的损害，要求美国总统金融市场工作组对相关风险进行研判并出具报告。
- 2020年6月，证监会表示其已向美国SEC和PCAOB提供14家在美上市中国公司的审计工作底稿，并在长期以来与PCAOB保持密切沟通，努力寻求审计监管合作的有效路径。
- 2020年8月，总统金融市场工作组发布报告，建议对来自包括中国在内的PCAOB无法检查的辖区的公司提高上市门槛，加强信息披露要求，强化投资风险提示，且披露了证监会于2020年4月向PCAOB提出的方案，但PCAOB对此并不接受。
- 2020年8月，证监会表示其已于当月向PCAOB发送了更新的跨境审计监管合作工作方案，并表示双方应通过对话解决问题，实现双方共赢。但这

38. 此处“official”之具体意涵有待明确，但尚不能排除美国监管机关将其机械理解、认定党员即属于“official”的可能性。

39. 《外国公司问责法案》，Section 3(b)。

40. 《中国证券监督管理委员会、国家保密局、国家档案局关于加强在境外发行证券与上市相关保密和档案管理工作的规定》，由证监会、国家保密局和国家档案局于2009年10月20日发布，同日生效。

今为止并没有公开报道表明美方对此做出了积极回应。

（三）《外国公司问责法案》对在美上市中国公司和为其服务的会计师事务所的影响

虽然《外国公司问责法案》原则上适用于所有外国公司，但其包含大量专门针对中国公司的条款，且考虑到几乎所有主要国家或地区均与 PCAOB 已经达成跨境监管协议，该法案实际上是为在美上市中国公司度身定制。受限于中国相关法律法规，只要跨境监管合作争议无法解决，在美上市中国公司几乎难以满足美国方面日趋收紧的监管要求，恐将遭受不同程度的冲击。

1. 《外国公司问责法案》对在美上市中国公司及其服务的会计师事务所产生不同程度的冲击

如果中美之间跨境监管争议长期无法得到解决，在美上市中国公司可能被迫选择从美国证券市场退市。绝大部分在美上市中国公司主营业务均在我国境内，聘请内地或香港的会计师事务所进行审计。根据《外国公司问责法案》，如果 PCAOB 连续三年无法对这些会计师事务所进行检查，则这些在美上市中国公司将面临退市的风险，为其服务的会计师事务所也将遭受重大损失。

在美上市中国公司或为其服务的会计师事务所无法凭借自身的力量来化解这一风险。鉴于其主要经营活动均在我国境内，这些公司或机构必须要遵守我国的相关法律法规。境外监管机构单方面跨境执法带来的主权风险已经受到我国政府部门的高度重视，相关法律法规也日臻完善。2020 年实施的新版《中华人民共和国证券法》⁴¹ 第 177 条明确规定，“境外证券监督管理机构不得在中华人民共和国境内直接进行调查取证等活动。未经国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门同意，任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料。”《中华人民共和国保守国家秘密法》《中华人民共和国档案法》等一般性适用的法律法规亦对配合境外监管机关跨境执法作出限制。⁴²

除此之外，即便不考虑退市风险，《外国公司问责法案》中的额外申报规定，也给在美上市中国企业增加了合规成本。《外国公司问责法案》生效后，首当其冲的是国资控股的在美上市中国公司。《外国公司问责法案》要求在出现未检查年时，在美上市中国公司需在有关信息披露材料中声明其不为中国政府持有或控制，而大部分国资控股的上市公司可能很难出具上述声明。即便对于那些非国资控股的上市公司，在出现无法检查年度的情况下，也需要向 PCAOB 披露诸如其董事会中属于中国共产党官员（official）的成员姓名以及其公司章程性文件中是否包含中国共产党章程内容等信息。《外国公司问责法案》部分立法语言空泛、指示模糊，可能会导致企业应对成本扩大。例如，《外国公司问责法案》对何为党的“官员”（official）并无定义，在监管政治化的大背景下，是否所有的党员均可被认为

是官员，仍有待观察。

2. 在美上市中国公司及其服务的会计师事务所需要做好预案

《外国公司问责法案》标志着中美两国在监管主权方面的冲突已明确上升至立法层面，除非中美双方能够针对跨境监管达成双边合作安排，否则在美上市中国公司确实面临无法履行 PCAOB 检查要求从而被 SEC 禁止交易的实际风险。

尽管根据《外国公司问责法案》相关规定，在美上市中国公司尚有三年的缓冲期来满足美国监管要求，但考虑到风险较大且不确定性日益增加，受冲击影响较大的在美上市中国公司或将最终选择美股退市。在此前提下，相关在美上市中国公司（特别是国资背景在美上市中国公司）应密切关注中美双方谈判进展，与我国相关监管部门保持密切沟通，同时需针对可能出现的极端情形预先做好退市预案，提前与相关专业人士沟通以应对退市可能带来的诉讼风险。若在美上市中国公司最终选择美股退市，为其服务的会计师事务所在此业务方面亦会因此遭受较大影响，有必要提前准备业务转型方案。

除在美上市中国公司选择退市，《外国公司问责法案》还会导致赴美上市的中国公司数量进一步减少，在此情况下，中国公司需要寻求理想的境外替代上市渠道，包括香港、伦敦、新加坡等地的证券市场可能会成为重要的替代市场。

（四）冲突升级下的跨境监管合作破局之路

《外国公司问责法案》系中美双方监管主权之争的集中体现，一方面，美方监管机构对强化审计检查的要求，属于其监管核心价值；另一方面，美方监管机构提出的入境检查等监管方式又触及我国在监管主权、国家秘密、数据保护等各方面的核心利益。这一分歧，是上市公司和会计师事务所无法解决的，仍有赖于两国监管部门积极磋商，从解决问题的目标出发，努力鉴别双方核心利益之平衡点，寻求能够弥合双方分歧的跨境监管模式。

1. 加强顶层设计

从制度设计上来说，我国可以考虑加强跨境监管合作的顶层设计。跨境监管合作在具体实践中涉及到证监会、财政部、国家保密局、国家档案局等多个部委。仅由若干特定部门出面进行一对一对外谈判，在形成灵活、有效的方案方面有较大难度。从优化监管模式、提高谈判效率的角度出发，既然美方已经将此事上升到跨部门的总统金融市场工作组所关注的层面，我方也可考虑在中央层面设立更高级别的工作组，统筹协调处理跨境监管合作事宜，在各部门间形成合力，寻找最佳跨境监管合作的途径。

2. 以个案试点为核心，探索灵活的监管合作方式

41. 《中华人民共和国证券法》（2019 修订），由全国人大常委会于 2019 年 12 月 28 日发布，于 2020 年 3 月 1 日起实施。

42. 《中华人民共和国保守国家秘密法》（2010 修订），由全国人大常委会于 2010 年 4 月 29 日发布，于 2010 年 10 月 1 日起实施，其第 25 条规定，机关、单位应当加强对国家秘密载体的管理，任何组织和个人不得未经有关主管部门批准，携带、传递国家秘密载体出境。

《中华人民共和国档案法》（2020 修订），由全国人大常委会于 2020 年 6 月 20 日发布，于 2021 年 1 月 1 日起实施，其第 25 条规定，属于国家所有的档案和属于非国有企业、社会服务机构等单位和个人但对国家和社会具有重要保存价值或者应当保密的档案及其复制件，禁止私自携运出境。

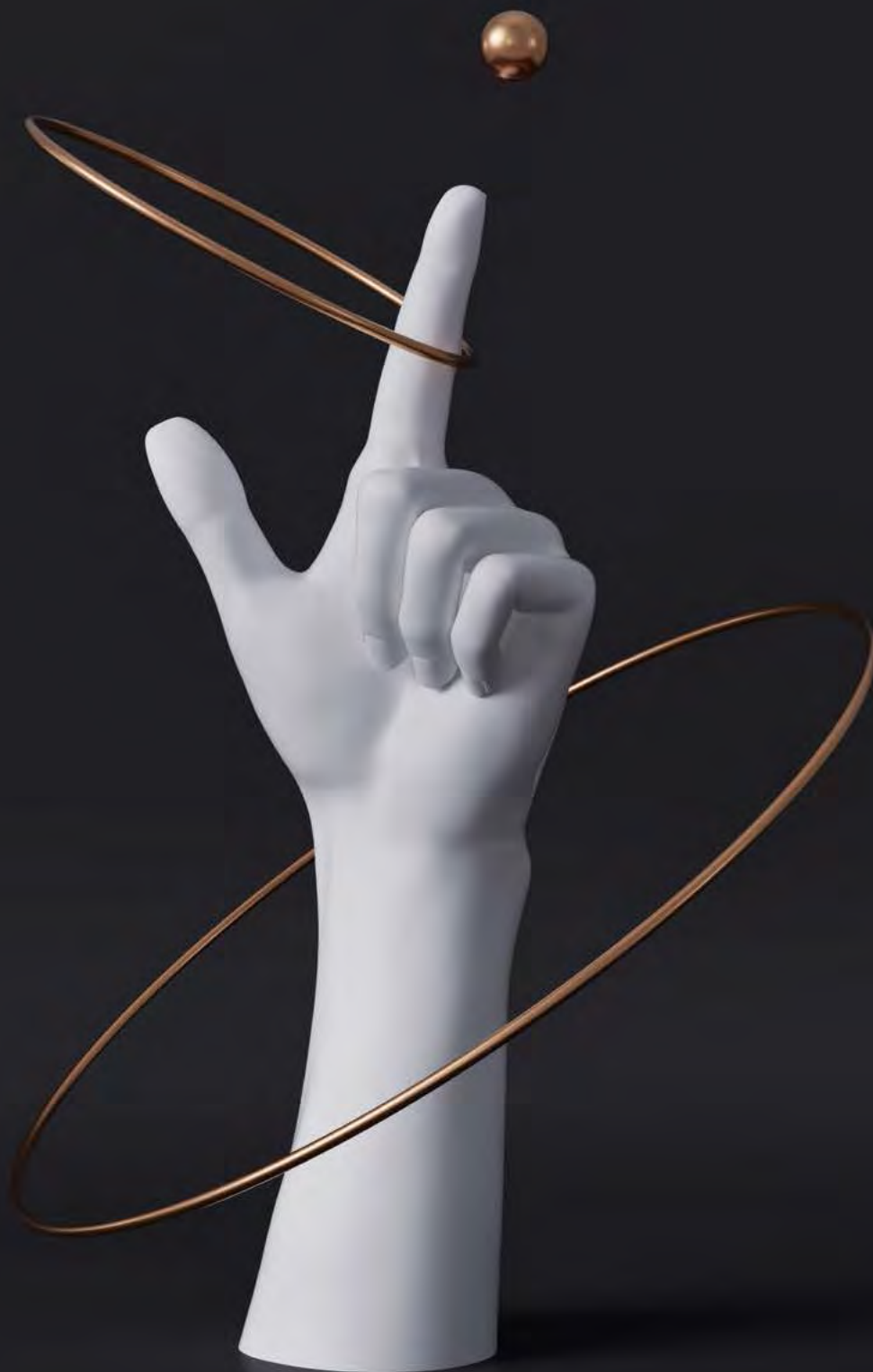
鉴于目前的国际政治环境以及中美两国制度的差异，迅速达成一揽子协议，永久性地解决双方的跨境监管合作分歧，颇具挑战。但这并不妨碍双方通过实践积累，逐渐缩小分歧。自 2013 年中美双方签订执法合作谅解备忘录以来，所有曾经行之有效的跨境监管合作方式均可以作为中美监管机构进一步探索有效合作路径的起点。例如，双方可以继续推进个案试点，以此为核心依据所涉上市企业的不同性质，制定不同的具体方案，探索对“联合检查”进行形式上创新的可能性，在充分尊重我国主权以及平等互惠的原则下以灵活方式实现 PCAOB 对境内会计师事务所的检查。同时，也可考虑进一步简化各自内部的协调、审批流程等。

3. 跨境监管合作需回归专业问题

正如证监会有关部门负责人对于美国国会众议院通过《外国公司问责法案》的回应，《外国公司问责法案》的出台是证券监管政治化的体现⁴³，其中一些信息披露要求，与证券监管的专业事项并无关联。管控跨境监管分歧，寻找共同点的根本办法是回归证券监管问题的专业性。加强上市公司信息披露监管，提升审计师专业操守和执业质量这些专业问题，才是中美双方的共识及共同利益。根据我们多年来在协助上市公司以及知名会计师事务所应对跨境监管事宜方面的经验，从确定有效监管上市公司所必须披露的信息以及涉及我国核心利益所必须保护的信息范围入手，商定特定事项下的跨境监管合作的边界，往往是解决问题的关键。因此，中美双方监管机构在探寻跨境监管合作的可能路径时，可以充分吸纳相关领域专业人士意见，不仅监管层面要加强沟通交流，双方专业人士之间也应加强沟通交流，共同构建一个在专业基础上的对话平台。

43. 《中国证监会有关部门负责人就美国国会众议院通过〈外国公司问责法案〉事宜答记者问》，http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/202012/t20201204_387411.html，最后访问于 2020 年 12 月 8 日。

知识产权保护



一、涉外技术转让相关法律修订评析

技术转让是与技术有关知识产权的处分，广义上包括通过技术转让合同和技术许可合同实现的技术转移。由于我国长期以来对外国先进技术采取“引进、消化、吸收再创新”的政策，涉外技术转让相比国内的一般技术转让显得更加复杂。随着我国经济和科技的发展，曾经行之有效的与涉外技术转让相关的法律法规已经突显修订的必要。2019年修订的《外商投资法》与《技术进出口管理条例》都对涉外技术转让的相关规定进行了重大的修改；2020年1月签订的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（《中美经贸协议》）也针对技术转让专设一章。本文将分析我国近期的法律修改以及《中美经贸协议》对涉外技术转让的影响。

（一）《技术进出口管理条例》

2001年12月，国务院制定并颁布了《技术进出口管理条例》（《条例》），将进出口的技术区分为禁止进出口的技术、限制进出口的技术和自由进出口的技术。一方面，《条例》一改以往监管体系下的所有技术引进合同均须审批生效的规定，适应了加入WTO之后的要求；另一方面，《条例》本身仍然存在一些问题，如一些条款与《合同法》的相关规定存在冲突，还有一些条款被一些国家指责违反了TRIPS协定第3条的国民待遇原则等。美国贸易代表办公室的《特别301报告》几乎每年都会用相当篇幅讨论外资企业在我国遇到的技术转让相关问题。

2019年3月18日，国务院对《条例》进行了修改，删去《条例》第二十四条第三款（侵权责任承担条款）、第二十七条（改进技术成果的归属条款）以及第二十九条（技术进口合同的限制性条款），对涉外技术转让在更大程度上尊重自愿原则和市场规则。

1. 删除侵权责任承担条款

修改后的《条例》删除了原第二十四条第三款规定：“技术进口合同的受让方按照合同约定使用让与人提供的技术，侵害他人合法权益的，由让与人承担责任。”该款规定排除了“当事人约定”的侵权责任分配方式。相比之下，《合同法》第三百五十三条规定：“受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。”可以看到，对于涉外的技术进口合同，修改前的《条例》对技术让与人的责任分配并不符合《合同法》第三百五十三条的规定。

在我国实行技术引进的初期，往往引进成套设备等完整的技术方案。对这种成套、完整技术方案的引入而言，我国受让方在谈判中往往处于“要么接受，要么放弃”（take it or leave it）的弱势地位，外方则通常让我国受让方承担所有侵权风险责任，最多在发送侵权诉讼时给与必要的协助。因此，《条例》修改前的规定有助于避免外国技术让与人滥用其优势谈判地位。但是，随着我国经济和科技实力的增强，对外引进技术的情况呈现多样化趋势。例如，大量的技术交易涉及专利权的互相授权，而即使经过专利侵权风险分析，也无法保证第三方不会提起专利侵权诉讼。因此，在

实践中，技术让与人的担保责任往往限于“不存在让与人知道或应该知道的侵权情形”。在这种情况下，《条例》删除侵权责任承担条款，允许当事人双方约定侵权责任的分配，既是对合同法契约自由精神的回归，也顺应了我国技术转让的现实需求。

2. 删除改进技术成果的归属条款

修改后的《条例》删除了原第二十七条规定：“在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方。”该条规定同样排除了“当事人约定”的成果归属方式。《合同法》第三百五十四条规定：“当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。”因此，对于改进技术成果的归属问题，《条例》的原第二十七条并不符合《合同法》第三百五十四条的规定。

《条例》原规定符合我国长期以来引进外国技术的“引进、消化、吸收再创新”的政策，但也容易造成一些问题。对于引进成套和完整技术方案而言，《条例》的原规定会造成技术让与人担心逐渐失去对许可技术的控制，从而降低其进行技术许可的意愿；对于引进专利技术而言，专利作为公开信息，任何公众本就有权对其加以改进、并就改进成果享受专利权保护。实践中，当事人往往约定改进技术成果由双方共有并共同申请专利；或者由外方所有，同时中方获得技术许可。删除《条例》原第二十七条后，改进技术成果的归属将不再受到强制规定，这一尊重实践的法规改变无疑将有助于促进技术转让交易。

3. 删除技术进口合同的限制性条款

《条例》原第二十九条规定：

“技术进口合同中，不得含有下列限制性条款：

- （一）要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务；
- （二）要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务；
- （三）限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术；
- （四）限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术；
- （五）不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源；
- （六）不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格；
- （七）不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。”

《条例》原第二十九条针对限制性条款所作的规定大多可以在《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条中找到实质的对应内容，而且司法解释的规定更加细致：

“下列情形，属于合同法第三百二十九条所称的非法垄断技术、妨碍技术进步：

（一）限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；

（二）限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；

（三）阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；

（四）要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；

（五）不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；

（六）禁止技术接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。”

因此，《条例》原第二十九条的删除并不意味着相关限制性条款的直接合法化，而只是明确以司法标准对其进行评价。也就是说，技术进口合同的中限制性条款是否有效，将基于相关合同条款是否属于“非法垄断技术、妨碍技术进步”等法律规定的无效情形进行判断。

（二）《外商投资法》与《外商投资法实施条例》

2019年3月15日，全国人大常委会二次会议审议通过《外商投资法》，用以替代《中外合资经营企业法》《外资企业法》与《中外合作经营企业法》（“外资三法”）。2019年12月31日，《外商投资法实施条例》（《实施条例》）正式颁布，并于2020年1月1日起与《外商投资法》一同实施。《实施条例》为配合《外商投资法》而设，体例上也与之基本对应。相比“外资三法”，《外商投资法》与《实施条例》都新增条款专门禁止外商投资过程的中强制技术转让。

《外商投资法》第二十二条第二款规定：

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

相比于3月8日的《外商投资法（草案）》，该款规定新增了“国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作”，其禁止强制技术转让的立法意图非常明显。¹

《实施条例》第二十四条禁止强制或者变相强制技术转让的所有行政手段：

“行政机关（包括法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，下同）及其工作人员不得利用实施行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制以及其他行

政手段，强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术。”

《中国加入世贸组织议定书》第7条第3项规定：“……中国应保证国家和地方各级主管机关对进口许可证、配额、关税配额的分配或对进口、进口权或投资权的任何其他批准方式，不以下列内容为条件：……任何类型的实绩要求，例如当地含量、补偿、技术转让、出口实绩或在中国进行研究与开发等。”²该条规定中国不应当以技术转让作为某些行政审批事项的前提，而《外商投资法》和《实施条例》的规定超出了行政审批的行政手段，列举了行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制，并有“其他行政手段”与“强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术”的兜底，是全覆盖式的规定。

（三）《中美经贸协议》

《中美经贸协议》（《协议》）第二章“技术转让”共五个条文，只占两页半文本。相比与第一章的知识产权章节以及第三章食品和农产品章节，《协议》对技术转让的约定不算详细，但这并不意味着相关内容不重要。事实上，在中美贸易争端中，技术转让一直是被重点关注的问题，如美国贸易代表办公室的年度《特别301报告》都会以一定篇幅进行强调。不过，虽然《协议》第二章的内容与《特别301报告》的内容密切相关，但与《特别301报告》对中国的单方面指责不同，《协议》第二章约定的权利义务对中美双方是大致对等的。

《协议》第二章针对的核心问题是强制技术转让。如《协议》第2.1条第一款规定：“一方的自然人或法人（‘个人’）应能够有效进入对方管辖区，公开、自由地开展运营，而不会受到对方强迫或压力向其个人转让技术”，以及《协议》第2.2条规定：“对于收购、合资或其他投资交易，任何一方都不得要求或施压对方个人向己方个人转让技术。”对此，2020年1月1日开始实行的《外商投资法》与《外商投资法实施条例》已经做出了“禁止强制技术转让”的规定。

此外，《协议》第二章还针对歧视性技术许可、政府主导的境外投资、行政程序等问题进行了约定。

1. 歧视性技术许可

《协议》第2.1条第二款规定：“双方个人之间的技术转让或许可应基于自愿且反映双方个人同意的市场条件。”该规定强调了技术转让的市场化原则。虽然我国《外商投资法》与《外商投资法实施条例》对市场规则给与了更大的尊重，但这并不意味着市场化原则是合法技术转让的最终或绝对衡量标准。如上文所述，技术转让合同的具体条款是否有效，还将受到禁止技术垄断等法律问题的约束。

2. 政府主导的境外投资

《协议》第2.1条第三款规定：“一方不得支持或指导其个人针对其产业规划所指向的领域和行业，开展

1. 3月8日的《外商投资法（草案）》第二十二条第二款规定：“外商投资过程中技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定，行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术”。

2. 《中国加入世贸组织议定书》，商务部，<http://images.policy.mofcom.gov.cn/gjty/201409/TIMY000077.pdf>

以获取外国技术为目的、导致扭曲的境外直接投资活动。”

在 2018 年 3 月发布的《特别 301 报告》中，美国的一项指控是为了实现“中国制造 2025”计划的目标，自 2016 年开始，中国政府主导了针对美国的技术密集型企业的投资并购，以获得美国先进技术。2018 年 8 月，特朗普总统签署了《外国投资风险评估现代化法》，加强了对外国投资、尤其是对中国投资的审查。与此相应，我国《外商投资法》第三十五条规定：“国家建立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。依法作出的安全审查决定为最终决定。”第四十条规定：“任何国家或者地区在投资方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”

可以看到，《协议》第 2.1 条第三款所作规定并不具体，而中美两国都以立法的方式加强了对外国投资的审查。《协议》的原则性约定如何在中美两国的投资实践中具体适用，中美双方是否将进一步协商对外商投资的审查的立法与执法，将视中美之间经贸谈判的继续深入而定。

3. 行政程序

《协议》第 2.3 条第四款规定：“双方应使其行政管理和行政许可要求及程序透明。”

《协议》第 2.4 条第一款就程序透明做出了进一步的规定：“双方应确保所有涉及对方个人的法律法规的执行是公正、公平、透明和非歧视性的。”

对此，我国《外商投资法》第十条规定：“制定与外商投资有关的法律、法规、规章，应当采取适当方式征求外商投资企业的意见和建议。与外商投资有关的规范性文件、裁判文书等，应当依法及时公布。”第十九条规定“各级人民政府及其有关部门应当按照便利、高效、透明的原则，简化办事程序，提高办事效率，优化政务服务，进一步提高外商投资服务水平。有关主管部门应当编制和公布外商投资指引，为外国投资者和外商投资企业提供服务 and 便利。”同时，2019 年修改的《行政许可法》第五条规定“设定和实施行政许可，应当遵循公开、公平、公正、非歧视的原则。有关行政许可的规定应当公布；未经公布的，不得作为实施行政许可的依据。”这些法律规定与《协议》第 2.4 条第一款的要求一致。

4. 敏感技术信息

《协议》第 2.3 条第五款和第六款涉及敏感技术信息：

“五、双方不得要求或施压外国个人披露为证明其符合相关行政管理或监管要求所不必要的敏感技术信息。六、双方应对外国个人在行政管理、监管或其他审查过程中披露的任何敏感技术信息予以保密。”

对此，《外商投资法》第三十四条第二款对外商投资的信息报告制度规定了“必要性原则”：“外商投资信息报告的内容和范围按照确有必要原则确定；通过部门信息共享能够获得的投资信息，不得再行要求

报送。”同时，2019 年修订的《行政许可法》第五条规定了行政机关及其工作人员的保密义务：

“行政许可的实施和结果，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外，应当公开。未经申请人同意，行政机关及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息，法律另有规定或者涉及国家安全、重大公共利益除外；行政机关依法公开申请人前述信息的，允许申请人在合理期限内提出异议。”

对于违反保密义务的行政机关及其工作人员，《行政许可法》第七十二条规定了行政责任。

5. 正当程序

《协议》第 2.4 条第二款和第三款规定了行政管理的正当程序原则：

“二、双方应确保公布与本协议所涉事宜相关的行政程序规则，并提供实质性通报，内容至少包括程序所涉事项、适用的法律法规、证据规则及相关救济和制裁措施。

三、双方应规定对方个人有以下权利：（一）在针对他们的行政程序中，查阅证据并有实质性机会作出回应；（二）在行政程序中由律师代理。”

其中，对于第二款，《行政程序法》第五条规定：“有关行政许可的规定应当公布；未经公布的，不得作为实施行政许可的依据。”《外商投资法》第十条规定：“制定与外商投资有关的法律、法规、规章，应当采取适当方式征求外商投资企业的意见和建议。与外商投资有关的规范性文件、裁判文书等，应当依法及时公布。”

对于第三款，《行政许可法》和 2017 年修订的《行政处罚法》做出了一些相关规定。《行政许可法》第七条规定了参与行政程序的权利：“公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可，享有陈述权、申辩权；有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼；其合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的，有权依法要求赔偿。”第二十九条规定了委托代理人的权利：“申请人可以委托代理人提出行政许可申请。但是，依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外。”《行政处罚法》第三十一条、三十二条、三十九条与四十二条等条款也针对参与行政程序以及在听证程序中委托代理人的做出了规定。

虽然《行政许可法》和《行政处罚法》规定了当事人获知行政程序的法律与事实依据，以及一定程度上的委托代理人的权利，但并未明确规定当事人查阅证据与委托律师的权利。在美国行政法中，有一部分行政程序被称作“类司法”（Quasi-judicial）程序，由“行政法官”（Administrative Judge）主持，其模式与司法程序类似，但其行政决定可由法院审查。在行政程序中借鉴司法程序的模式在某种角度上可以更好地保护行政相对人的利益，但也可在程序上提高行政机构的运行成本和行政相对人的维权成本。在我国的行政程序中适当引入具有司法程序色彩的一些制度，如证据质证、律师代理等，或许可以促进我国行政管理的正当程序化。

（四）结论

随着《外商投资法》等法律的修改，外资企业与内资企业的法律地位将更加平等，涉外技术转让受到的行政干预将越来越少。对于涉外技术转让合同具体条款的审查标准，法规和部门规章将与法律规定更加一致，尤其涉及不正当竞争、反垄断等重点问题。但是，法律文本的修订不能立刻改变我国作为技术后进国家的现实，在关键技术领域尤其如此。由于外方凭借先进技术而具备优势的谈判地位，涉外技术转让与国内的一般技术转让相比仍有重大不同，例如外国技术让与人对商业安排与法规规定的理解与期待可能与国内受让方有所不同。因此，面对随着我国经济和科技的发展而不断变化的涉外技术转让问题，立法者所做的这些改变，最终还要由实践予以检验。

二、美国商业秘密保护法律的发展和演变

美国是联邦法与州法、判例法与制定法、刑法与民法互相交叉的国家，在商业秘密保护方面一度形成了错综复杂制度格局。对于商业秘密保护的法理基础，早期判例认定商业秘密保护基于保密关系，而更多的晚近判例则将商业秘密权定性为财产权；对于商业秘密保护的立法途径，则有归属于侵权法或不正当竞争法、依据侵权行为进行立法、专门就商业秘密进行立法等做法。为了整理散见于判例法、合同法、侵权法、不正当竞争法以及其他法律中对商业秘密进行保护的律，美国从联邦到州都进行了长久的努力，以1996年《经济间谍法案》（Economic Espionage Act）与2016年的《保护商业秘密法案》（The Defend Trade Secrets Act）为主要成果。本文将梳理美国商业秘密保护的发展，并分析美国政府近年来针对与中国有关的商业秘密案件采取的行动，例如所谓“中国行动计划”（China Initiative）。

（一）民事法律

1.《侵权法重述》

美国法律协会（American Law Institute）在1939年编著了《侵权法重述》（Restatement of Torts）。该重述试图总结美国各州经过长期发展而形成的判例法体系，其中与商业秘密保护的相关法律其对各州影响至今未衰。例如，纽约州法院至今在审理商业秘密案件时仍然依赖《侵权法重述》。

2.《统一商业秘密法案》

1979年由统一州法委员会（The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws）制定的《统一商业秘密法案》（Uniform Trade Secrets Act）是第一次在美国全国层面进行商业秘密专门立法的尝试。

《统一商业秘密法案》的规定为商业秘密法律制定了框架，如规定了商业秘密和侵权行为的定义。目前除纽约州以外的49个州都以该法案为模板制定了相应的成文法。

（1）商业秘密的定义

依照《统一商业秘密法案》规定，“信息”只要满足以下条件即可作为商业秘密获得保护：因其秘密性而具有商业价值、权利人为维持其秘密性采取了合理努力。概况即为：秘密性、商业价值、以及维持秘密性的合理努力。

· 秘密性

“秘密性”指的是不为他人所知、且他人无法通过正当手段轻易获得（readily ascertainable）。其中，“他人”不需要是“公众”，只需能够从该秘密信息中取得商业优势者即可；若相关信息已出版或由于产品本身特性而易被复制，则该信息为可“轻易获得”；另外，在复杂而昂贵的逆向工程中发现的信息可成为独立的商业秘密。

· 商业价值

所谓商业价值，普通法指的是在市场竞争中的“竞争优势”（competitive advantages），《统一商业秘密法案》则要求为“独立的经济价值”（independent economic value）。所谓的“独立”是指独立于使用了该商业秘密的产品和服务，即商业秘密凭其本身具有经济价值：如第九巡回法院曾拒绝承认 IP 地址和端口地址是商业秘密，因为当事人不能证明他们具有独立于其所承载信息经济价值。但是，这种“经济价值”可以是“潜在的”（potential），也可以是“反向的”（negative）。综合来说，此处的“价值性”应当是商业秘密本身所具有的、针对竞争者而言的“竞争优势”意义上的价值。

值得注意的是，非盈利机构掌握的信息如果具有商业价值，即使该机构没有从事商业活动，也可以对该信息主张商业秘密的保护。

· 维持秘密性的合理努力

维持秘密性的合理努力是指特定语境下的合理努力（reasonable under the circumstances），因此需要结合具体事实才能进行判定。值得一提的是，对于陪审团审判，是否付出了“合理努力”一般而言属于事实问题，决定权在于陪审团。

现在，绝大多数州与联邦关于商业秘密的立法都采纳了秘密性、商业价值、维持秘密性的合理努力这三个条件，但是对每个条件的具体理解可能有所不同。比如，加州法律对“秘密性”的要求删去了《统一商业秘密法案》规定的“他人无法通过正当手段轻易获得”（not readily ascertainable），只要求“不为公众或可从中获取商业利益的他人所知”。

（2）滥用商业秘密的行为

· 一般规定

关于滥用商业秘密的行为，《统一商业秘密法案》的规定可分为获得（acquisition）、披露（disclosure）和使用（use）三大类。获得行为不仅包括亲自通过不正当手段获得商业秘密，还包括间接获得明知或应知系他人通过不正当手段得来的商业秘密。披露行为或使用行为可以是非法获得商业秘密者的进一步侵权，也可以是独立的侵权行为，如超出权利人允许范围的披露。

不过，对于何为不正当手段，《统一商业秘密法》没有给出定义，仅以盗窃、贿赂、欺诈等举例说明，并在“评语”部分举例说明了“正当手段”包括独立发现、逆向工程、许可使用中发现、从公开材料中发现等。因此，在个案中判定是否属于正当手段，仍需要借助适用的判例法，并且受当时当地的一般人所能预见的科技手段的影响。

· 特殊情况

除去上文提及的一般规定，商业秘密保护也可能涉

及一些特殊情况，如：雇主责任、潜在买家的保密义务、可执行软件中的秘密信息、废弃物中的秘密信息。值得注意的是，美国判例法体系庞杂，以下情况并不必然是被普遍认可的意见，引用的案例也不一定能够被美国所有法院承认有效，其处理方式仅供参考之用。

a) 雇主责任

普通法中的雇主责任（respondeat superior）并不需要证明雇主对雇员的侵权行为知情或应当知情，只需要证明侵权发生在雇佣行为当中且雇主因雇佣行为而受益。但是对于商业秘密，新任雇主是否对雇员滥用其前任雇主的商业秘密承担责任，不同的法院有不同的判决，并需要视雇主是否知道或应当知道该商业秘密系滥用而定。若雇主不知情，则即使雇主因滥用行为而受益，雇主可能不需要对前任雇主的损失承担赔偿责任；若雇主知情或应当知情，则可能构成共同侵权。

b) 潜在的买家

潜在的买家不可避免地将获取关于购买对象的信息，其中部分或许与商业秘密有关。在这种情况下，即使没有签订保密协议，法院也可能判定该潜在的买家负有保密义务。

c) 可执行软件中的秘密信息

加州的第六上诉法院曾经判定，单纯运行源代码中包含商业秘密的可执行软件，不构成对该商业秘密的获得或使用。

d) 废弃物中的秘密信息

根据美国宪法第四修正案及相关判例，美国政府可以在没有搜查证的情况下检查居民垃圾；但是州宪法对隐私保护可能更为严格，对于私人搜查他人废弃物的行为，如系竞争对手所为则可能构成以不正当手段获取商业秘密。

（3）救济

《统一商业秘密法案》规定的救济措施包括禁令、赔偿等。其中，关于禁令，《统一商业秘密法案》规定：即使在商业秘密失效后，禁令仍可继续维持一段合理的时间，以消除滥用行为可能带来的“领先时间”（lead time）；当禁令会造成不公平的损失后果时，也可用授权费代替禁令。

关于赔偿，权利人可以主张的赔偿额度包括权利人因滥用而遭受的损失、侵权人的违法获利或者合理的授权费，以填平原则为主；如果侵权人存在恶意，可以判处两倍于该等额度的惩罚性赔偿。另外，当多人就同一被滥用的商业秘密享有权利时，诉权只归直接遭受滥用的一方（that one from whom misappropriation occurred）。

值得注意的是，根据普通法，原告欲主张金钱给付的赔偿，必须证明遭受金钱损失，而非法占有商业秘密

的行为往往不会造成金钱损失。因此，若原告不能证明侵权者的披露或使用行为对其造成了金钱损失，对仅仅只是获得商业秘密的行为，《统一商业秘密法案》只能给与禁令保护，包括返还占有的命令。

3.《不正当竞争法重述（第三版）》

随着竞争法的发展，商业秘密保护与反不正当竞争之间的联系却越来越紧密。基于此，1995年美国法学会将商业秘密保护的章节置于《不正当竞争法重述（第三版）》（Restatement (Third) of Unfair Competition）中，以补充普通法侵权理论中对商业秘密保护的不足。美国法学会声明，该法有关商业秘密的基本原则与已经发布的《统一商业秘密法案》并不冲突，且该法中对商业秘密的定义与《统一商业秘密法案》也无实质区别。

值得注意的是，该法特别针对雇员规定了保密义务，并在评论中详细说明在雇佣关系中分配商业秘密所有权的一般原则：简言之，有约定的从约定，无约定的则比照专利的“职务发明”相关规定。此处，在无约定的情况下，若雇员在其本职工作或指派任务范围之外有所发明，则即使该发明是与雇主经营业务相关、且利用雇主的物质条件完成，权利所有人仍为雇员，而雇主具有不可撤销、非排他性且免费的许可授权。相比之下，我国法律并不区分是否本职工作或指派任务，对于“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”，如无约定则为职务发明，权利所有人为雇主，雇员可获得一定奖励或报酬。

4.《保护商业秘密法案》

2016年5月11日，奥巴马总统签署了《保护商业秘密法案》（The Defend Trade Secrets Act）。该法按照《统一商业秘密法案》的基本原则，在1996年《经济间谍法案》（Economic Espionage Act of 1996）的刑事条文基础上，以联邦立法的形式赋予联邦政府就商业秘密案件提起民事诉讼的权利。

与《统一商业秘密法案》相比，《保护商业秘密法案》对商业秘密和滥用行为定义、以及对于禁令、赔偿额、律师费、诉讼时效等的规定都非常相似。两者的差别主要在以下几个方面：

- 明确规定逆向工程非不正当手段，即通过逆向工程获取商业秘密不属于侵权行为；
- 设立依据单方请求的扣押程序（Ex Parte Seizures）。

通过依据单方请求的扣押程序可直接扣押被申请人的相关财产，甚至无须在扣押前听取被申请人的陈述。1946年的《商标法案》（Lamham Act）较早规定了依据单方请求的扣押程序，且其适用范围较广，及于假冒商标所涉的货物以及该等货物的生产工具。相比之下，《保护商业秘密法案》规定的范围更窄，限于“为防止商业秘密传播和扩散”而必须扣押的财产。为了防止扣押程序被滥用，该法规定单方申请扣押必须满足下列条件：

- 被申请人将逃脱（evade）、规避（avoid）或以

其他形式不遵守其他法庭命令；

- 如不扣押将发生立即且不可挽回的损害（immediate and irreparable injury）；
- 若拒绝扣押，对申请人的损害将大于允许扣押时对被申请人的损害、并将显著大于对第三方的损害；
- 申请人有较大可能证明（likely to succeed in showing）商业秘密存在、且被申请人亲自或共谋滥用了该商业秘密。对善意第三人不适用单方请求的扣押；
- 被申请人确实地占有商业秘密及其被申请扣押地特定物；
- 申请必须合理详尽地写明要扣押的事项并注明其地点；
- 被申请人若得到法院通知，将会毁坏、转移、隐藏或以其他手段使法院无法获得该商业秘密；
- 申请人未将申请扣押公开。

扣押命令本身还必须减少将对被申请人造成的损失，如禁止申请人获得或复制信息、限定执法部门的扣押行动、在扣押后7天内召开听证会等。所有扣押物都必须由法院保管（deposited）并在听证会之前保密，并可由法院任命特别主事官（special master）区分商业秘密信息和无关财产，以使无关财产得以尽快返还。另外，《保护商业秘密法案》还规定了救济程序，针对错误或过度的扣押，允许被申请人请求赔偿，而且赔偿额不限于申请人提交的保证金。

（1）针对离职员工的特别规定

依据美国判例法，离职员工的择业权利受限于所谓“不可避免的泄露原则”（inevitable disclosure doctrine），即：若原告能证明其离职员工的新工作将不可避免地依赖原告的商业秘密，则可构成滥用商业秘密。《统一商业秘密法案》没有对此做出明确规定，但认可了“潜在滥用”（threatened misappropriation）的违法性；《保护商业秘密法案》采纳了“不可避免的泄露原则”，并规定不能仅仅因离职员工掌握商业秘密的知识就限制其择业权利，必须有商业秘密滥用的证据，且适用该原则不能与保障择业权利的州法相违背。

（2）对告密者（whistleblower）的责任豁免

《保护商业秘密法案》特别规定了为举报违法行为而向有关机构披露商业秘密的举报人豁免刑事和民事责任。另外，雇主应当在协议中向雇员告知这一豁免权，否则雇主将不可在针对该员工提起的滥用商业秘密之诉中对主张惩罚性赔偿和律师费。

（3）半年度报告

《保护商业秘密法案》规定，美国司法部长需与知识产权执行协调员、美国专利商标局局长（兼任商务部知识产权副部长）及其它相关部门的负责人磋商，向参众两院法律委员会报告美国境外发生的针对美国企业的商业秘密盗窃活动，以及美国政府采取的相应措施。从最新的《〈保护商业秘密法案〉报告》（更新于2018年10月19日）主要总结了美国政府针对外国商业秘密盗窃活动的应对措施，如与外国政府的谈判、各政府部门的配合执法、向海外美国企业提供帮

助的渠道等。

(4) 执法部门

根据《〈保护商业秘密法案〉报告》，美国的商业秘密执法活动主要有 FBI、DOJ 内其他部门和 USTR 进行，其中 FBI 和 DOJ 其他部门属于刑事执法，而 USTR 是依据相关贸易法行事。FBI 的主要职责是调查美国国内的侵犯商业秘密案件，包括牵涉到外国活动的经济间谍案件；除 FBI 外，DOJ 其他内设部门主要通过知识产权与国家安全的途径进行商业秘密执法。

5.《综合贸易竞争法案》

在州和联邦就保护商业秘密的立法之外，商业秘密也通过其他法律加以保护，尤其是《综合贸易竞争法案》（Omnibus Trade and Competition Act 1988）中修订和制定的 337 条款与 301 条款。

337 条款可以针对国际贸易中违反美国法律的外国企业，比如侵犯了美国商业秘密或者有其他不公平竞争行为的外国企业，由国际贸易委员会（International Trade Commission, ITC）负责裁决，联邦上诉巡回法院（Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC）对 ITC 裁决有上诉管辖权。

301 条款专为知识产权而设，不同于 337 针对特定公司或行业，其对象为其他法域，由总统决定是否启动调查、美国贸易代表办公室负责实行，更加充分地体现了美国法律长臂管辖的特色。

(二) 刑事法律

相比于商业秘密保护的民事法律，刑事法律在不同的州之间差别更大。有些州有专门的商业秘密刑事法律，如加州；有些州则以侵犯商业秘密的特定形式（比如侵入计算机）作为起诉被告的依据；有些州采纳了美国法学会《模范刑法典》（Model Penal Code），依据其中的盗窃罪、侵占罪等传统罪名起诉侵犯商业秘密的被告。在联邦层面，1996 年制定的《经济间谍法案》经过历次修订，是联邦政府在商业秘密案件中执法的主要依据。

1.1996 年《经济间谍法案》

在 1996 年《经济间谍法案》之前，联邦层面与商业秘密有关的法律有《赃物运输法案》（Transportation of Stolen Property Act）、《电信诈骗法案》（Wire Fraud）和《邮件诈骗法案》（Mail Fraud Act）等法律；在《经济间谍法案》之后，商业秘密保护仍然可能与其他法律重叠，如《计算机欺诈与滥用法》（Computer Fraud and Abuse Act）。2016 年的《保护商业秘密法案》对《经济间谍法案》的条文也多有修改。

值得注意的是，不同法律对商业秘密的定义在字面上的差异可能会对诉讼产生直接影响。例如，美国北卡罗来纳州中部地区法院曾判定：不能因被告在《经济间谍法案》下的认罪答辩（plea bargain）而直接认定其在北卡罗来纳州法律下的民事责任，因为该州法律中的商业秘密定义与《经济间谍法案》的定义有所

不同，从而否决了原告请求直接认定被告民事责任的“间接不容否认”（collateral estoppel）动议。

(1) 对商业秘密的定义

《经济间谍法案》对商业秘密的定义参考了《统一商业秘密法案》，对商业秘密设置了类似的秘密性、商业价值性和维持秘密性的合理努力等要求。另外，国会的立法记录表明，《经济间谍法案》保护的商业秘密并不包括雇员从工作中获得的一般性知识和技能，这点与民事法律一致。

(2) 处罚的行为

《经济间谍法案》按照受益对象将侵犯商业秘密的行为分为较重的“经济间谍罪”（Economic Espionage）与较轻的“窃取商业秘密罪”（Theft of Trade Secrets）。

经济间谍罪的行为人“意图”或“明知”受益对象为外国政府或其“工具”（instrumentality）和“代理人”（agent），针对的行为包括取得、拷贝、传输、明知是非法获得的商业秘密而接受、购买或占有、以及以上情形的犯罪未遂（attempt）和犯罪共谋（conspiracy）。值得注意的是，若明知是非法获得的商业秘密，仅仅是占有行为也可能构成犯罪，这点与民事法律不同。

窃取商业秘密罪对侵犯商业秘密的具体行为与经济间谍罪类似，但行为人的主观心态不是为了使外国政府获益，而是“挪用”（convert）商业秘密的一般意图。由“挪用”的意图似乎可以推测出被告需具有明知或应知相关信息为商业秘密的主观心态（mens rea），尽管该法没有明确作出此种规定，有法院曾要求检方证明该主观心态。2012 年的《盗窃商业秘密法案》（Theft of Trade Secrets Act）限定该罪名仅针对与“用于或打算用于州际或国际商贸中的产品或服务”相关的商业秘密。关于本罪对商业秘密所有者造成的损失，法院曾经判定该等损失可以使商誉的损失，而不必为经济损失。以上三点不存在于民事法律之中。

(3) 刑罚

《经济间谍法案》的刑罚经过两次提高：一次是 2012 年的《经济间谍刑罚提高法案》（Economic Espionage Penalty Enhancement Act of 2012），一次是 2016 年的《保护商业秘密法案》。现行的《经济间谍法案》规定的刑罚为：

- 经济间谍罪。对个人罚金最不超过 500 万美元，监禁不超过 15 年，二者可并处；对组织：罚金不超过以下较高者：1000 万美元，或被盗商业秘密对该组织的价值的 3 倍，包括该组织得以减少的为重现该秘密所需的研究、设计和其他开支。
- 盗窃商业秘密罪。对个人：罚金不超过 25 万美元、或者处以两倍受害者遭受的金钱损失，监禁不超过 10 年，二者可并处；对组织：罚金不超过以下较高者：500 万美元，或被盗商业秘密对该组织的价值的 3 倍，包括该组织得以减少的为重现该秘

密所需的研究、设计和其他开支。
(4) 附带民事诉讼

《经济间谍法案》同时规定了司法部长 (Attorney General) 可以发起单独的民事诉讼, 但其救济措施限于禁令。此规定可减轻受害者自行起诉的司法成本。值得注意的是, 司法部长在该民事诉讼中的证据开示 (Discovery) 申请将受到限制, 因为要求被告在民事诉讼中提交对自己不利的证据有可能违反其宪法权利, 如第五修正案 “不得被迫自证其罪” 的权利。

(5) 域外管辖

对于发生在美国境外的侵犯商业秘密行为, 若满足以下条件之一, 则该法仍然适用:

- 行为人是美国公民或具有美国永久居留权的自然人, 或是依美国、州或更小政治单位法律设立的组织; 或者
- 为促成犯罪的某项行为 (act in furtherance of the offense) 发生在美国境内。

其中, “为促成犯罪的某项行为” 含义十分广泛, 犯罪行为的任何一个步骤只要发生在美国境内, 美国司法部即可主张管辖权。此条成为美国对外国公民和组织以经济间谍罪起诉的管辖权理由。

2. 《计算机欺诈与滥用法案》

采取侵入、盗取密码等手段非法获取计算机上的信息, 除了可能构成滥用商业秘密的 “不正当手段” 之外, 其本身可能也触犯了刑事法律《计算机欺诈与滥用法案》(Computer Fraud and Abuse Act)。与保护商业秘密的法律不同的是, 《计算机欺诈与滥用法案》不要求非法获取的信息具有的商业价值, 只要是未经授权而获得信息即有可能违反该法。值得注意的是, 雇员将其合法获得的信息以超出授权的方式使用于本职工作当中, 是否违反该法, 法院存在不同的意见: 如第七巡回法院认为若使用目的未经授权即违反该法, 而第四巡回法院和第九巡回法院则认为只要合法获得了信息, 则并不必然违反该法。

(三) 与中国相关的商业秘密保护问题

根据时任美国副司法部长的说法, 在 2011 年至 2018 年的 7 年中, 90% 以上的经济间谍案件、三分之二以上的盗窃商业秘密案件都与中国有关。美国媒体 CNBC 在 2019 年 3 月公布的一项调查结果显示, 五分之一的美国公司首席财务官认为中国公司在过去十年中窃取了他们的知识产权。2018 年 11 月, 美国司法部宣布了 “中国行动计划” (China Initiative), 目的是 “找出中国贸易盗窃的重点案件, 确保我们有足够的资源专门用于这些案件, 并确保我们迅速有效地得出适当的结论。”

“中国行动计划” 由司法部国家安全局牵头实施, 其他负责人包括美国联邦调查局和司法部高级官员及美国国内五个司法区的联邦检察官。该计划的目的包括但不限于:

- 确定应优先处理的商业秘密盗窃案件, 及时实现案件成果;
- 制定与非典型情报收集人员 (如实验室、大学和国防工业基地的研究人员) 相关的执行战略;
- 向高校普及中国在校的影响力可能会对学术自由和公开讲话产生的潜在威胁;
- 对于寻求推进中国政治意图的未经登记的代理人, 要求其遵守《外国代理人登记法》, 并在适当情况下对其执法;
- 为美国检察官提供相关情报和材料, 提高他们对地区内此类威胁的认识, 并支持他们的外联工作;
- 在向 5G 网络过渡之前, 确定应对供应链威胁 (尤其涉及电信部门) 的更好的时机;
- 美国司法部实施《外国投资风险审查更新法案》(FIRRMA);
- 确定与美国企业存在竞争关系的中国公司涉及的 FCPA 案件;
- 对美方根据中美《司法协助协定》(MLAA) 提出的请求, 加大力度改善中方对请求的回应; 及
- 评估是否需要额外的立法和行政手段。

美国律师事务所 Greenberg Traurig LLP 的分析显示, 以加州北区法院为例, 在《保护商业秘密法案》于 2016 年 5 月 11 日生效之后, 商业秘密案件总体数量有所增加并且更多地向联邦法院发生了转移。但是, 在总体案件数量增长的背景下, 尽管美国司法部与社会舆论日益关注, 截止 2019 年 9 月 16 日, 在加州北区法院与中国相关的商业秘密案件尚无明显增长, 其数量约占总体商业秘密案件的 7%:

中国被告案件	联邦案件	中国被告案件	总比例
2	40	5	8%
1	27	0	2%
0	45	1	1%
0	56	5	5%
0	63	6	6%
1	41	3	7%

加州北区法院与中国有关商业秘密案件数量统计表

除了加州北区法院的数据, 从美国司法部的公告中也可一窥联邦商业秘密执法活动的趋势。根据在美国司法部网站的检索, 从 2018 年至今, 美国司法部仅发布了 5 件与中国相关的商业秘密案件公告:

公告日期	被告	案件主题	受害人	案件进展
2018-7-6（宣布“中国行动计划”之前）	华锐风电集团	风力发电涡轮技术相关商业秘密	American Superconductor Corporation（AMSC）	罚金150万美元； 向AMSC支付5750万美元的赔偿金； 向马萨诸萨州风力涡轮机运营商支付85万美元赔偿金； 判处履行以上义务的1年监视期
2018-11-1（宣布“中国行动计划”同日）	福建晋华； 联华电子（台湾公司）； Chen Zhengkun, He Jianting, 和 Wang Yungming（三位台湾居民）	半导体存储相关商业秘密	Micron Technology, Inc.	审理中，检方寻求200亿美元的罚金
2019-9-16	Yu Zhou； Li Chen	儿科医学研究相关商业秘密	Nationwide Children's Hospital	审理中
2020-2-11	Shan Shi	新型合成泡沫材料相关的商业秘密	一家位于休士顿的合成泡沫材料公司	16个月监禁； 没收金额330万美元
2020-2-13	华为及其子公司； 孟晚舟	敲诈和串谋窃取美国公司的商业机密，“长达数十年的共谋窃取商业秘密的阴谋”	Cisco Systems, Motorola Solutions, Fujitsu, Quintel Technology, T-Mobile 和CNEX Labs	起诉状递交大陪审团

（四）结论

1996 年的《经济间谍法案》与 2016 年的《保护商业秘密法案》是联邦层面商业秘密保护的主要法律，但由于美国的联邦体制，案件适用的具体法律可能还包括州法（如合同法、侵权法等）和其他联邦法律（如电信诈骗法、贸易法等）。近年来，美国司法官员与媒体机构对中国的关注度日益提高，对中国公司以及华裔科研人员关于商业秘密盗窃的指控屡见报端，2020 年 1 月签署的《中美经贸协议》更将“商业秘密”

置于开篇之处。因此，商业秘密保护对中美关系在政治、经济和法律层面的影响不言而喻。中国企业和个人欲从美国法律制度的复杂中寻求指引、从中美政治关系的多变中寻求稳定，商业秘密保护相关的法律知识具有重要意义。

三、《中美经贸协议》对中国知识产权法律的影响

2020年1月15日，中美签署了第一阶段《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（以下简称“协议”）。该协议中，知识产权部分被置于首章，且占据了18页篇幅，为全文的五分之一强，其重要性不言而喻。本文将对协议中与知识产权相关的规定及其对我国知识产权法律可能的影响进行评述，主要涉及秘密保护，电商平台、地理标志、知识产权诉讼程序及执法等。

（一）商业秘密

1. 保护“保密商务信息”

协议第二节除了商业秘密以外，还强调了对“保密商务信息”的保护，并在脚注中将其定义为：

“保密商务信息是涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害。”

相比之下，在我国《反不正当竞争法》第九条第四款对商业秘密的定义是“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。可以看到，“保密商务信息”的定义主要包括两部分，即“具有商业价值的信息”以及“披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害”，而后者本质上仍是对商业价值的描述。因此，可以说“保密商务信息”仅有“具备商业价值”的实质要求，而且囊括了商业秘密。

值得注意的是，虽然协议第二节规定了对“保密商务信息”的保护，但该节的其他各条内容都仅仅涉及“商业秘密”、只有第1.9条明确采用了“保密商务信息”的表述。第1.9条将“商业秘密”与“保密商务信息”并列，限制政府机构人员或第三方专家进行未经授权的披露。因此，从文本上看，协议所约定的“保密商务信息”仅为第1.9条而设，而第二节的其他各条所约定的内容依然限于法律定义的“商业秘密”。

实践中，对于不符合法定“商业秘密”定义的相关信息，权利人可以通过保密协议对其进行约定保护，而这些信息可能落入协议中“保密商务信息”的范畴。例如，以“逆向工程”获得商业秘密的行为通常不属于侵犯商业秘密，但权利人可以通过签订保密协议的方式禁止合同相对方进行逆向工程，从而保护相关信息。目前，我国《反不正当竞争法》、《公务员法》、《外商投资法》等法律只抽象地规定了行政机构对于“商业秘密的材料、信息”的保密义务，且对泄密者也仅限于行政处分，并未规定相应的民事或刑事处罚。2020年4月21日，最高人民法院印发《关于全面加强知识产权司法保护的意见》，其中的第5点提出“加强保密商务信息等商业秘密保护，保障企业公平竞争、人才

合理流动，促进科技创新”，但目前并未出台相关细则。另外，国家知识产权局公布的《2020—2021年贯彻落实〈关于强化知识产权保护的意见〉推进计划》（“推进计划”）也提出加强对保密商务信息的保护，并计划在2020年10月底之前“出台政策文件，强化行政许可过程中的商业秘密和保密商务信息保护”。我国法律如何按照协议要求建立健全这些制度值得期待。

2. 责任人的范围

协议第1.3条规定“中国应将侵犯商业秘密的‘经营者’定义为包括所有自然人、组织和法人”。我国《反不正当竞争法》第二条第三款规定：“本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。”《反不正当竞争法》第九条关于商业秘密实施的主体即为前述经营者，且第九条第二款进一步规定“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密”。可以看到，我国《反不正当竞争法》的规定已经与协议第1.3条一致。

3. 禁止行为的范围

协议第1.4条规定侵害商业秘密的禁止行为应当“完全覆盖盗窃商业秘密的方式”，并且强调中国应当列出构成侵犯商业秘密的一些具体行为，包括：（一）电子入侵；（二）违反或诱导违反不披露秘密信息或意图保密的信息的义务；（三）对于在有义务保护商业秘密不被披露或有义务限制使用商业秘密的情形下获得的商业秘密，未经授权予以披露或使用。我国《反不正当竞争法》第九条第一款禁止的侵害商业秘密的行为包括：（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。因此，我国《反不正当竞争法》的规定已经与协议第1.4条一致。

4. 民事程序中的举证责任转移

协议第1.5条规定，权利人只需提供初步证据（包括间接证据）合理指向被告方侵犯商业秘密，相应的举证责任即转移至被告方。这些初步证据包括：1）被告方曾有渠道或机会获取商业秘密的证据，且被告方使用的信息在实质上与该商业秘密相同；2）商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险的证据；3）商业秘密遭到被告方侵犯的其他证据；以及4）权利人已对商业秘密采取保密措施。我国《反不正当竞争法》第三十二条已经做出了与此类似规定：

“在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。”

商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：

- (一) 有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；
- (二) 有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；
- (三) 有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。”

其中，第一款“商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施”规定了原告商业秘密权利基础的证明责任，“合理表明商业秘密被侵犯”以及第二条规定了侵权行为的证明责任。可以看到，《反不正当竞争法》第三十二条第一款仅明确要求权利人证明“对所主张的商业秘密采取保密措施”，并不要求证明商业秘密的其他两个要件（“不为公众所知悉”、“具有商业价值”）。在原告证明“保密措施”以及提供侵权行为的初步证据后，由被告承担对不存在“商业秘密”以及侵权行为的举证责任。

但是，2007年实施的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（“《不正当竞争民事解释》”）规定了当事人证明“商业秘密符合法定条件”的责任，且该司法解释现行有效。据此，在以往的司法实践中，权利人不仅需要证明其掌握的信息符合商业秘密定义的全部三个要件（若涉及技术秘密的“不为公所知悉”要件，权利人往往不得不启动价格高昂的鉴定程序），而且还要证明被告披露或者使用的有关信息与权利人主张的商业秘密一致。根据协议和我国《反不正当竞争法》的规定，权利人启动法律程序的举证责任将大为减轻。2020年6月10日，最高人民法院公布了《关于审理侵犯商业秘密纠纷民事案件应用法律若干问题的解释（征求意见稿）》（“《商业秘密民事解释（征求意见稿）》”），其中第8条明确规定了民事程序中的举证责任转移：若权利人提交初步证据证明已经采取“保密措施”以及被诉侵权人对商业秘密的“接触机会”与“侵犯商业秘密可能性较大”，则由被诉侵权人证明该商业秘密已为公众获悉或进行不侵权抗辩、且由被诉侵权人承担“合理取得权利”的举证责任。虽然该条款并未明确“侵犯商业秘密的可能性较大”的具体判断标准，实践中将给与法院较大的自由裁量权，但依然是对2007年《不正当竞争民事解释》中举证责任规定的重大修改，在一定程度上体现了协议第1.5条约定的内容。

5. 行为保全措施

协议第1.6条明确要求将使用或试图使用商业秘密信息的情形认定为“紧急情况”。2019年1月1日开始实施的《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第六条第（一）项规定“申请人的商业秘密即将被非法披露”属于民事诉讼法保全措施规定的“情况紧急”。《商业秘密民事解释（征求意见稿）》第20条明确将“被申请人试图或者已经披露、使用、允许他人使用权利人所主张的商业秘密”作为适用行为保全措施的情形。因此，我国的司法规则与协议第1.6条一致。

由于商业秘密案件的特殊性，诉前行为保全往往是权利人最重要的救济手段之一。在以往的司法实践中，如上文所述，商业秘密权利人需要首先证明商业秘密本身符合完整的法律定义，承担了较重的举证责任（尤其是在商业秘密涉及技术信息时）。然而，权利人在提起诉前行为保全申请之时，往往难以完成对商业秘密符合法律定义的证明责任。因此，各地法院对采取诉前行为保全的意愿都较为保守。相比之下，《商业秘密民事解释（征求意见稿）》第21条规定：“权利人申请采取行为保全措施的，应当在申请时明确所主张的商业秘密具体内容，举证证明对商业秘密采取了相应保密措施。”未来在司法实践中，《反不正当竞争法》以及《商业秘密民事解释（征求意见稿）》关于证明责任的规定如何适用，以及将如何影响法院采取诉前行为保全的意愿，有待进一步观察。

6. 刑事程序

协议第1.7条要求我国以“两步走”的方式降低商业秘密案件中刑事程序的启动门槛，即：第一步，允许以“补救成本”来替代“重大损失”要求；第二步，取消实际损失作为侵犯商业秘密罪的犯罪条件。同时，协议第1.8条要求我国刑法禁止故意侵犯商业秘密的行为，包括以盗窃、欺诈、实体或电子入侵等形式侵犯商业秘密，以及未经许可或不正当使用计算机系统的行为。考虑到美国法律中对商业秘密的刑事犯罪并未规定需要造成的损失后果，协议第1.8条意在与美国法律保持一致标准，对列举的禁止行为以主观标准入罪，而不论及损失的客观情况。

对于第一步，我国《刑法》第二百一十九条规定：“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金……”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条对《刑法》第二百一十九条中的“重大损失”和“特别严重后果”规定了认定标准，即分别需要对商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上，以及二百五十万元以上。因此，公安机关启动商业秘密案件刑事程序的前提是侵权行为造成的损失数额在五十万元以上，因此往往要求权利人就其损失数额进行司法鉴定。但是，即使对于司法鉴定而言，商业秘密权利人因侵权行为的损失也难以精确定义。不过，最高人民法院于2020年4月21日印发的《关于全面加强知识产权司法保护的意见》提出：“完善侵犯商业秘密犯罪行为认定标准，规范重大损失计算范围和方法，为减轻商业损害或者重新保障安全所产生的合理补救成本，可以作为认定刑事案件中‘造成重大损失’或者‘造成特别严重后果’的依据。”。2020年6月17日，最高人民法院、最高人民检察院共同公布了《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）（征求意见稿）》（“《知识产权刑事解释（征求意见稿）》”），其中第8条明确允许以商业秘密权利人的“补救成本”计算损失，与协议第1.7条的“第一步”要求基本一致。

对于第二步，我国刑法将“侵犯商业秘密罪”归于第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第七节“侵犯知识产权罪”之下。其中，第七节“侵犯知识产权罪”

下的全部罪名都要求造成“情节严重”的后果，第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”下也仅有两项行为犯的特殊罪名，即“生产、销售假药罪”与“生产、销售有毒、有害食品罪”，其他罪名都要求造成一定实际后果。这与我国刑法学说的“犯罪四要件”的构成理论是一致的。若单独取消“侵犯商业秘密罪”的实际损失后果要件，可能在理论上与刑法原则相悖。另外，取消实际损失后果的要件之后，符合立案标准的商业秘密案件可能大量增加，相关部门届时可能不得不采取其他的筛选措施以高效利用司法资源。“刑法修正案（十一）”已经列入《全国人大常委会2020年度立法工作计划》，届时关于侵犯商业秘密罪的条款将做出何种修改，值得关注。

7. 免于政府机构未经授权的披露

协议第1.9条要求对于商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权披露。如前所述，政府工作人员和第三方专家或顾问应当保密的对象不仅限于商业秘密，还包括“保密商务信息”，违反保密义务的应受到刑事、民事和行政处罚。另外，协议第1.9条还要求建立申请豁免信息披露的程序，以及向第三方披露信息的异议程序。目前我国法律并没有规定政府机构工作人员违反保密义务时的民事或刑事责任，也没有建立商业秘密披露的豁免和异议机制，如何按照协议要求建立健全这些制度值得期待。

（二）电商平台

协议第五节涉及电商平台上的盗版与假冒，亦即版权侵权以及商标侵权。对美国而言，电商平台上的侵权问题也是一个长期的难题，因此，此节中并未出现“美国现行措施给予与本条款规定内容同等的待遇”的说法，却出现了中美“共同并各自打击电子商务市场的侵权假冒行为”的说法。不过，协议第五节中对中方的义务规定比对中方的义务规定更加具体，其中一些对中方的要求在现行美国法律中并无相应的规定。

第1.13条规定了电商平台的“通知——删除”规则与“反通知——恢复”规则，包括免除善意提交错误下架通知的责任。我国于2019年1月1日开始施行的《电子商务法》第四十二条规定了“通知——删除”规则：

“知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据。

电子商务平台经营者接到通知后，应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。

因通知错误造成平台内经营者损害的，依法承担民事责任。恶意发出错误通知，造成平台内经营者损失的，加倍承担赔偿责任。”

第四十三条规定了“反通知——恢复”规则：

“平台内经营者接到转送的通知后，可以向电子商务平台经营者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据。

电子商务平台经营者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的知识产权权利人，并告知其可以向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉。电子商务平台经营者在转送声明到达知识产权权利人后十五日内，未收到权利人已经投诉或者起诉通知的，应当及时终止所采取的措施。”

与《协议》第1.13条相比，我国《电子商务法》未明确规定善意通知错误时免除责任；以及权利人收到反通知后的起诉时间（15日）短于协议第1.13条规定的20个工作日。不过，2020年6月10日，最高人民法院公布了《关于涉网络知识产权侵权纠纷有关法律适用问题的批复（征求意见稿）》（“《网络知识产权批复（征求意见稿）》”），其中第3条规定了善意通知错误时免除责任；同日公布的《最高人民法院关于审理涉电子商务平台知识产权纠纷案件的指导意见（征求意见稿）》（“《电商平台指导意见（征求意见稿）》”）第11条规定权利人收到反通知后的起诉时间为25个工作日，较协议第1.13条规定的20个工作日更长。值得注意的是，美国《数字千年版权法》（Digital Millennium Copyright Act）规定了善意通知错误时免除责任，但权利人起诉时间为10-14个工作日。

另外，协议第1.14条要求“中国应规定屡次未制止盗版或假冒商品的电商平台可能被吊销网络经营许可”，这超出了我国《电子商务法》的规定。《电子商务法》草案一审稿曾经规定：“电子商务平台明知经营者实施侵犯知识产权行为未采取必要措施的……情节严重的，吊销营业执照”，但该规定在之后的二审稿中被删除。2020年6月10日公布的《网络知识产权批复（征求意见稿）》与《电商平台指导意见（征求意见稿）》亦未规定“吊销营业执照”的处罚方式。不过，针对一般的市场主体，《产品质量法》第五十条规定：“在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品的……情节严重的，吊销营业执照……”。另外，在有关部门打击制假售假的专项执法行动中，也有“吊销营业执照”的处罚。¹作为对比，美国《数字千年版权法》并无“吊销电商平台网络许可”的相关规定。

（三）地理标志

协议第六节涉及地理标志。第1.15条涉及美国商品与他国地理标志的冲突处理，包括异议机制；第1.16条涉及通用名称的认定；第1.17条涉及复合名称，指的是地理标志如果是包括通用名称的复合名词，则其通用名称的部分将不作为地理标志予以保护。

在我国法律框架下，地理标志的保护有两条途径：一是依据《商标法》第3条作为集体商标或者证明商标注册，二是依照知识产权局的《地理标志产品保护规定》以及《国外地理标志产品保护办法》进行单独的申请和保护。另外，2020年3月25日，我国知识产

1.《国家工商行政管理局关于加强市场监督管理严厉惩治扰乱市场秩序违法行为的通知》（工商法字〔1998〕第146号）：“……3、要加大打击力度，对故意实施违法行为的，要按法定最高限额进行处罚，吊销营业执照，予以曝光。”

权局发布了《地理标志保护中的通用名称判定指南（征求意见稿）》（“判定指南（征求意见稿）”），对地理标志与通用名称做出了与协议相适应的规定。

比较协议内容与我国法律法规，《国外地理标志产品保护办法》第12条至第16条规定了针对地理标志提出异议的方式，已经符合协议第1.15条的要求；2017年《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第10条对通用名称的认定做出了大致规定，不过其详细程度不如协议第1.16条，但判定指南（征求意见稿）第七条进一步细化了相关规定，已经与协议第1.16条实质上保持一致。另外，判定指南（征求意见稿）第五条已经做出了“组合名称中的通用名称不予保护”的规定，与协议第1.17条一致。

（四）盗版和假冒商品

协议第七节涉及盗版和假冒商品的生产和出口。其中，第1.18条要求中国强化打击假药的执法行动，并且每年在网上发布执法措施的相关数据；第1.19条针对存在健康和安全隐患的假冒商品，要求中国在2020年4月份开始显著增加执法行动数量，在2020年5月份开始每季度在网上发布相关执法行动的数据；第1.20条规定了海关、民事司法程序与执法程序对假冒商品的处理。根据本条规定，除特殊情况外，海关都应该销毁查封和没收的假冒商品，第七节涉及盗版和假冒商品的生产和出口；民事司法程序方面规定了销毁假冒商品，销毁制造假冒商品的工具且不予补偿等；刑事执法的内容则相比前两者增加了根据权利人的请求，不予销毁假冒产品以保全证据的规定。协议第1.21条涉及中国海关防止假冒和盗版商品的出口或转运，要求在协议生效9个月内显著增加对执法人员的培训，以及3个月内显著增加执法行动数量，并每季度在网上更新执法行动信息。协议第1.22条要求中国加强在国内实体市场的执法，并在协议生效后4个月内显著增加执法行动数量，且每季度在网上更新执法信息。协议第1.23条涉及盗版软件，要求确保政府机构与实体只使用正版软件，且在7个月内，中国应聘用非政府附属的第三方，对政府机构与实体的正版软件使用情况进行审计，并在网上公开审计结果。

比较协议第1.20条与我国法律法规。2018年3月19日修订的《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第27条规定，对于海关没收的侵犯知识产权的货物，只有侵权特征无法消除的才予以销毁。不过，2019年11月24日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于强化知识产权保护的意见》提及刑事案件中“推动解决涉案侵权物品处置等问题”。而且，2020年6月17日公布的《知识产权刑事解释（征求意见稿）》第10条规定对假冒商品除特殊情况外应当依法予以销毁。《中华人民共和国知识产权海关保护条例》的相关规定是否会在近期迎来再次修改，有待观察。另外，现行《商标法》第63条已经包括销毁假冒商品，销毁制造假冒商品的工具且不予补偿等规定，与协议第1.20条民事司法程序的规定一致；在我国刑事执法和司法的实践中，刑事程序中的证据用于民事程序当中是可

行的，因此与第1.20条刑事程序的规定一致。

另外，对于第1.23条涉及的盗版软件问题，在我国目前强调“自主可控”的大背景下，政府机构和国有企事业单位在促进软件正版化的过程中，是否会对国产软件有所偏好，有待观察。

（五）恶意商标

协议第八节涉及对恶意注册商标的打击，仅包含两条简短规定。²与美国法律可以基于使用对商标进行保护不同，我国商标保护的基本制度是基于注册，因此“恶意商标注册”的问题在我国更具针对性。不过，2019年修改的《商标法》已经明确禁止“不以使用为目的的恶意商标注册申请”。另外，2019年12月1日开始实施的国家市场监督管理总局《规范商标申请注册行为若干规定》规定了恶意商标注册申请的行为类型，明确了商标注册部门的考虑因素，并提出了具体的规处罚措施。

（六）司法与执行

1. 行政程序与刑事程序的衔接

协议第1.26条规定，存在对于知识产权刑事违法行为的“合理嫌疑”时，行政部门应将案件移交刑事执法。

国务院2001年制定的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第三条规定，行政执法机关在依法查处违法行为过程中，发现违法事实涉嫌构成犯罪，依法需要追究刑事责任的，必须依照本规定向公安机关移送。最高人民检察院、公安部等部门2006年发布的《关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的意见》第一条规定，行政执法机关在查办案件过程中，对符合刑事追诉标准、涉嫌犯罪的案件，应当制作《涉嫌犯罪案件移送书》，及时将案件向同级公安机关移送，并抄送同级人民检察院。

部分由于知识产权案件的专业性，部分由于《刑事诉讼法》对直接逮捕的条件规定较为严格，³在实践中，“以行政处罚代刑事追究”的现象经常发生。⁴协议第1.26条中的“合理怀疑”标准将降低行政部门将案件移交刑事部门的门槛，但应当移交案件的具体标准有待明确。

2. 加强民事救济与提高刑事处罚

协议第1.27条要求我国在加强现有救济和惩罚的适用，以接近或达到最高法定处罚的方式从重处罚侵犯知识产权的行为，并且在今后提高法定赔偿金和刑事惩罚的最低和最高限度。对此，我国已在《反不正当竞争法》、《商标法》等法律中引入惩罚性赔偿，并且《专利法》修改草案中也做出了类似规定。另外，2019年11月24日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于强化知识产权保护的意见》，提出“大幅提高侵权法定赔偿额上限，加大损害赔偿力度”、“提高量刑处罚

2. 协议第1.24条规定：“为加强商标保护，双方应确保商标权充分和有效的保护和执法，特别是打击恶意商标注册行为”。第1.25条规定：“美国确认，美国现行措施给予与本节规定内容同等的待遇”。

3. 《刑事诉讼法》第八十一条第三款规定：“对有证据证明有犯罪事实，可能判处十年有期徒刑以上刑罚的，或者有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚，曾经故意犯罪或者身份不明的，应当予以逮捕”。

4. 《打击侵犯知识产权犯罪须严防以刑代罚和以罚代刑》，最高人民法院，http://www.spp.gov.cn/llyj/201404/t20140423_71230.shtml。

力度”等提高民事救济和刑事处罚力度的措施。值得一提的是，2020年6月17日公布的《知识产权刑事司法解释（征求意见稿）》第11条第3款规定：为境外机构、组织、人员侵犯商业秘密的，从重处罚并一般不得使用缓刑。该规定类似美国《经济间谍罪》下的“经济间谍罪”，但在我国刑法下，“为境外机构侵犯商业秘密”尚非独立罪名。将于2020年审议的“刑法修正案（十一）”是否会设置与美国“经济间谍罪”类似的单独罪名，值得关注。

另外，第1.27条还提出“美国应致力于考虑在合适的情况下与中国加强在双边知识产权刑事执法工作组框架下的交流与合作，在知识产权刑事执法方面考虑更多经验分享与务实合作。”刑事法律相较于民事法律与国家主权关联更为紧密，国家间的差异更大，例如上文提及的侵犯商业秘密罪对实际损失的要求、行政部门向刑事部门移交案件的标准等，在中美两国的不同法律规定与两国不同的政治体系、经济发展和历史文化不无关系。中美两国如何就知识产权的刑事执法展开合作，值得进一步观察。

3. 判决执行

协议1.28条强调迅速执行法院判决，并要求中国在协议生效后1个月内，公布工作指南和实施计划，并每季度在网上公布执行结果报告。

2020年3月15日，最高人民法院公布了《知识产权判决执行工作实施计划（征求意见稿）》与《知识产权判决执行工作指南（征求意见稿）》，对知识产权民事、行政和刑事案件的判决执行工作做出了细致规定，内容涵盖保全、强制执行、查找被执行人财产、执行救济等。相关规定的最终出台无疑将有助于促进各级法院知识产权判决的执行，其最终效果如何有待观察。

4. 著作权和相关权的执行

协议第1.29条涉及著作权，包括没有相反证据时，作品上署名的作者推定为权利人、推定作品受著作权保护、且著作权人不必提交证明其著作权权属的文件；而且，被诉侵权人需要证明其对著作权保护作品的使用经过授权。

美国法律规定作品具有“最低程度的创造性”即可受著作权保护。⁵相比之下，虽然我国《著作权法》并未推定作品受著作权保护，但在实践中并不需要权利人提供证明具有创造性的额外证据。我国《著作权法》第十一条第四款规定“如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者”；2020年6月17日公布的《知识产权刑事司法解释（征求意见稿）》第二条规定“如无相反证据，在作品上署名的自然人、法人或者非法人组织为著作权人”，将《著作权法》中的署名的“公民”扩大为“自然人”，这一修改与我国的司法实践与已有的司法解释一致。⁶另外，协议第1.29条规定被诉侵权人应当证明“其对受著作权或相关权保护的作品的的使用是经过授权的”，即将“合法来源”规定为一种被告的证明责任。然而，在我国

著作权法中，“合法来源”是抗辩理由之一，而非直接的证明责任。也就是说，被诉侵权人在法律上可选的抗辩理由之一“合法来源”，在协议第1.29条中成为积极的证明责任。

5. 文书认证

协议第1.30条规定了简化文书公证认证的手续：对于双方认可或以接受伪证处罚为前提的证据，免除认证；对于无法取得双方认可或以接受伪证处罚为前提的证据，中国应简化公证和认证程序。

2019年10月修改的《民事诉讼证据的若干规定》第16条规定不涉及身份关系的证据仅须经所在国公证机关证明即可，涉及身份关系的证据则还须经使领馆认证。尽管该规定简化了认证要求，但与协定第1.30条“接受伪证处罚前提下免除认证”的要求仍有差距。2020年6月17日，最高人民法院公布了《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定（征求意见稿）》（《知产民事证据规定（征求意见稿）》），其中第9条规定：在当事人提供证人证言对证据真实性予以确认，且证人明确表示如作伪证愿意接受处罚的，对方当事人仅以该证据未办理认证手续为由提出异议的，人民法院不予支持。不过，如果当事人提供的证人证言本身即于境外形成，该等证人证言是否属于境外证据、是否需要公证认证，有待明确。

6. 证人证言

协议第1.31条强调司法程序中对证人证言的质询和采信。

虽然在知识产权案件中常采用专家证人出庭对专业问题进行说明，但这不是一般意义上的证人证言，而且我国司法实践中重文书而轻证言的倾向较为明显。2019年10月修改的《民事诉讼证据的若干规定》针对证人证言做出了不少规定，包括证人可以向法院申请支付出庭作证费用、证人不能出庭时可以申请其他方式作证，证人故意作虚假陈述的法律后果等；2020年6月17日公布的《知产民事证据规定（征求意见稿）》第三十七条也专门规定了证人的出庭作证义务。但是，由于司法本身、甚至司法之外的种种原因，证人证言能否在我国司法程序中发挥更加重要的实质性作用，还有待观察。

（七）结论

协议的知识产权部分对中国提出了多项要求，其中有些规定了具体履行期限、有些规定的实施需要对我国法律进行实质的修改。目前，有关政府部门正在或已经起草了对相应法律法规进行修改的文件，或者正在加强相关的执法行动。值得指出的是，协议本身是中美谈判的产物，而且只是“第一阶段”的谈判。在新冠病毒肺炎疫情的冲击以及美国11月总统大选的影响下，中美关系乃至国际形势正在发生微妙而深刻的变化，是否会有第二阶段的贸易协议、以及第一阶段谈判所得的协议将在何种程度上得到遵守，皆非定数。但是，正如协议第一章第一节所指出：“中国认为，

5. 参见费斯特出版公司诉乡村电话公司案（Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.）。

6. 最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条。

不断加强知识产权保护和执法，有利于建设创新型国家，发展创新型企业，推动经济高质量发展。”无论是否与他国谈判，我国知识产权法律目标都是建设创新型国家与经济高质量发展，任何能够促进该目标达成的法律修改都应得到采纳。

行政执法与刑事司法



一、广告执法疑难问题探讨

2015年修订后的《广告法》被称为“史上最严”《广告法》。近年来，广告违法案件数量不断增长，罚没金额屡创新高。2018年底，某二手车电商平台因虚假广告被罚1250万的“天价罚单”更是引起社会各界热议。根据方达合规调研，近年来，广告执法一直广大企业受到政府执法的首要原因很多企业（包括跨国企业）也早已将广告合规作为企业合规的重要领域。《广告法》虽然仅有75个条文，但其中一些问题在执法实务中素有争议，值得企业重点关注和了解。根据我们近年来处理广告法案件的经验和体会，现就“商业广告活动与非商业广告活动的区分”、“广告法是否仅适用于生活消费领域”以及“绝对化用语及其豁免”等三个问题进行探讨。

（一）商业广告活动与非商业广告活动的区分

《广告法》并未明确界定什么是“广告”或“商业广告”。《广告法》第二条规定，“商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法”。因此，就《广告法》的适用而言，讨论“商业广告活动”与“非商业广告活动”的区分更具有实际意义。我们认为，商业广告活动应具有以下特征：

1. 商业广告活动须有商品经营者或者服务提供者的参与

广告只是以一定载体呈现的文字、图像、视频等信息，其无法涵盖广告活动的主体（尤其是作为广告主的商品经营者或者服务提供者）。因此，单纯讨论“商业广告”是什么，或者说单纯讨论“商业广告与非商业广告信息的区分”可能会产生疑问：消费者在互联网上对商品的推荐性评论是否会构成广告？新闻媒体对企业活动的宣传报道是否会构成广告？在广告活动的视角下分析，商业广告活动必须有商品经营者或者服务提供者的参与，否则不可能构成广告活动，也就不存在适用《广告法》的空间。因此，单纯的消费者评价不构成商业广告活动，媒体的宣传报道如果缺乏企业的参与也不构成商业广告活动；但是，如果企业截取消费者评价用于宣传，或者企业为媒体报道提供有关素材或支付报酬等，则存在适用《广告法》的可能性。

2. 商业广告活动须以一定的媒介和形式呈现

商业广告活动区别于其他商业宣传活动的重要标志便是商业广告活动须以一定的媒介和形式呈现。一般而言，当面推销、电话营销、展销会等便因其不具有特定的媒介和形式而不属于商业广告活动。

3. 商业广告活动需具有推销属性

商业广告活动需以推销某种商品或者服务为目的。根据《广告法》规定，间接推销亦属于商业广告活动。在执法实务中，推销属性存在被扩张解释的趋势，尤其是在互联网广告领域，一些执法机关对于商品或服务提供者发布的信息不加区分均作为商业广告看待。

我们认为，这些信息并非均具有推销属性：（1）有些信息是依据法律、法规、标准等必须提供的，例如产品标签、说明书等，这些信息并不当然具有推销属性，原则上不应纳入《广告法》；（2）有些信息则是关于企业的组织架构、经营网点设置、国家/地区列表等，此类信息是为便于消费者了解企业，具有必要性或商业合理性，且本身并不具有较强的推销属性，应慎重纳入《广告法》。事实上，广告信息应该是一种由企业额外提供的信息，该等信息对于商品或服务的销售并非必需，而仅是希望通过该等额外介绍的信息吸引更多的受众关注相关商品或服务。

此处值得注意的是，有观点认为商业广告活动应当具备“广而告之”的特征。据此，针对特定群体散发宣传材料因不具备“广而告之”的特征而不应界定为商业广告活动；企业网站中二级或三级页面中的信息一般不具有“广而告之”的特征，不应认定为商业广告活动，该类信息原则上应纳入《反不正当竞争法》予以调整。我们理解，《广告法》并未明确规定“广而告之”的特征，但从“广告”二字进行文义解释，似乎也可得出这一特征。但这一问题尚缺乏权威的立法解释或执法意见，我们建议企业关注相关立法或执法的进展。

（二）《广告法》是否仅适用于生活消费领域

《广告法》并未明确规定其是否仅适用于生活消费领域，理论和实践中也存在一定争议。鉴于这一问题关系到大量B2B领域的工商业企业是否需要适用《广告法》，探讨这一问题有较强的实践价值。

严格基于对现行《广告法》的法律解释，我们倾向于认为，《广告法》应仅适用于面向普通消费者的广告活动，而不适用于仅面向工商业企业的推广活动，主要理由包括：

1. 基于《广告法》的相关条款及其释义的解释

《广告法》第一条明确规定：“为了规范广告活动，保护消费者的合法权益，促进广告业的健康发展，维护社会经济秩序，制定本法。”该法第四条第一款和第二十八条第一款规定，“广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者”；“广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告。”

国家工商总局广告监督管理司编著的《中华人民共和国广告法释义》（下称“《释义》”）也指出：“本法与《中华人民共和国消费者权益保护法》在面对消费者的广告宣传方面都有相应的规定，体现了保护消费者合法权益的立法目的一致性”。此外，《释义》更是清楚明确地对“广告活动”作出了以下界定，即“广告活动是商品生产者、服务提供者与消费者之间的一种经济活动”。

2. 基于《广告法》立法沿革的历史解释

我国关于广告的全国性立法最早可以追溯到1982年颁布的《广告管理暂行条例》，该条例以用户和消费者作为广告受众。¹1987年颁布的《广告管理条例》

1. 《广告管理暂行条例》第六条第一款规定：“广告内容必须清晰明白，实事求是。不得以任何形式弄虚作假，蒙蔽或者欺骗用户和消费者。”第十四条第二款规定：“广告刊户违反本

延续了这一规定，²但是1994年实施的《广告法》却将“用户”从广告受众的表述中删去，而仅仅保留了“消费者”作为广告受众。2015年《广告法》虽然历经大修，但并未恢复“用户”作为广告受众。我们认为，《广告法》的立法历史沿革也说明了现行《广告法》应仅适用于生活消费领域。

3. 基于《广告法》法理的解释

《广告法》的各项条款（尤其是第二章）大致都有共同的假定前提，即消费者是弱势一方，弱势的基本原因是信息不对称，因而需要法律予以特殊保护。但工商业企业则并非如此，工商业企业作为生产经营或销售企业，通常对其所经营行业的相关商品掌握有足够的专业信息以做出商业判断。因此，工商业企业对相关商品服务信息的掌握程度显然不同于个人消费者，且工商业企业的购买决定理应比个人消费者更为谨慎，不太会仅凭商品介绍信息中的只言片语就受到误导。即使受到欺诈、误导，也可以由民法予以调整，并不需要公权力介入。

此外，原国家工商行政管理总局广告监管司相关领导同志也提出：“1、以消费者为诉求对象，推销商品服务的，应当是广告。2、消费者与推销两个要素缺少任何一个，就很可能不是广告信息。……如果没有了消费者这一要素，则认定为商业广告，就离开了立法宗旨，因而也就失去了监管执法的实际意义和价值。此时，如果监管执法部门坚持公权力介入，有可能招致非议。通俗地说，受众不是消费者，并不需要消费者才该有的保护。”³

基于以上，我们认为，面向工商业企业的商业宣传活动，不宜纳入《广告法》调整。需要指出的是，虽然我们倾向于作上述法律解释，但我们也注意到，实践中不乏执法部门依据《广告法》处罚面向工商业企业的商业宣传活动的案例。经随机查阅近三年来的500个《广告法》行政处罚案例，我们发现大约有10%左右的案件是处罚B2B领域的经营者（即提供面向工商业企业、为生产经营所需的商品或服务），主要是该等商品经营者在其自办网站或阿里巴巴店铺中的相关声称存在绝对化用语等问题。因此，我们理解这一问题尚有待权威部门作出明确解释。鉴于这一问题本身存在的争议性，我们建议B2B领域的经营者仍应充分考虑执法实践中在B2B领域适用《广告法》的可能性，并确保各项以一定媒介和形式呈现的商业宣传活动符合《广告法》。

（三）绝对化用语及其豁免

《广告法》第九条规定：“广告不得有下列情形：……（三）使用‘国家级’、‘最高级’、‘最佳’等用语”。该项所规定的内容一般被称为广告中禁止绝对化用语。根据我们的观察，使用“绝对化用语”已成为广告违法的主要情形之一，但是长期以来，执法实践中对于“绝对化用语”的认定、处罚规则等存在较大争议，有必

要进行深入分析。

1. 对禁止绝对化用语的理解

首先，《广告法》第九条第（三）项使用了“等”，根据法律解释的一般原理，该项并非穷尽式列举，而是具有开放性，其他与“国家级”、“最高级”、“最佳”三个用语语义相同且具有同等效果的，也属于《广告法》禁止的绝对化用语。

其次，从文义来看，《广告法》第九条第（三）项列举的用语均是指某种程度或者级别最高的极限化描述，且该类描述通常没有客观的评判或衡量标准，既难以证实，也难以证伪。比如“国家级”，在缺乏国家有关部门组织评定的情况下，难以认定什么样的商品或服务属于“国家级”；“最高级”和“最佳”也难以客观评判。据此，我们认为，《广告法》禁止的绝对化用语应当是没有客观衡量标准的极限化表达，对于可以被客观证据验证其真实性的极限化表达，原则上不应绝对禁止，宜纳入“虚假广告”予以规制。

再次，从立法目的来看，根据全国人大法工委及原国家工商总局出版的释义，《广告法》之所以禁止绝对化用语，主要是因为：（1）在广告中使用绝对化用语容易误导消费者；（2）在广告中使用绝对化用语可能不正当地贬低了同类商品或者服务。⁴据此，我们认为，《广告法》禁止的绝对化用语，应当具有“误导性”或者“不当贬低同类商品或者服务”的效果，而不具有上述效果的绝对化用语不宜绝对禁止。

2. 关于绝对化用语与虚假广告的关系

我们注意到有观点认为：能够证实、且不具有误导性的绝对化用语也应当被禁止，否则《广告法》就无需在禁止“虚假广告”的同时额外禁止使用绝对化用语。对此，我们认为，虚假广告所针对的是能够证伪的广告声称，而《广告法》第九条第（三）项所针对的是既难以证实、也难以证伪的广告声称。因此，《广告法》关于第九条第（三）项的规定和关于虚假广告的规定并不应存在真正意义上的竞合关系，而应分别适用于不同的情形。相应地，《广告法》在禁止“虚假广告”的同时禁止使用一些既难以证实、也难以证伪的绝对化用语有其必要性。

需要特别强调的是，广告声称在真实性上可能存在三种状态，即“可以证实”、“可以证伪”、“既难以证实、也难以证伪”。对于是否构成虚假广告而言，广告主需要朝着“可以证实”的目标努力，但并不意味着其证据达不到“证实”的标准就必然构成虚假广告。根据《行政处罚法》第三十条，行政机关必须查明事实；违法事实不清的，不得给予行政处罚。因此对于虚假广告，行政机关给予处罚也要就存在虚假广告的违法事实承担证明责任，即行政机关的证据应当达到“证伪”的程度，才可能认定为虚假广告。⁵对于是否构成《广告法》第九条第（三）项所禁止的绝对化用语，其无

条例的规定，给用户和消费者造成损失的，应当负责赔偿损失。”

2. 《广告管理条例》第三条规定：“广告内容必须真实、健康、清晰、明白，不得以任何形式欺骗用户和消费者。”第二十条规定：“广告客户和广告经营者违反本条例规定，使用户和消费者蒙受损失，或者有其他侵权行为的，应当承担赔偿责任。损害赔偿，受害人可以请求县级以上工商行政管理机关处理，当事人对工商行政管理机关处理不服的，可以向人民法院起诉。受害人也可以直接向人民法院起诉。”

3. 水志东：《互联网广告法律实务》，法律出版社2017年版，第157页。

4. 全国人大法工委：《中华人民共和国广告法释义》，法律出版社2015年版；国家工商总局广告监督管理司：《中华人民共和国广告法释义》，中国法制出版社2016年版。

5. 如上海第一中级人民法院（2008）行终字第325号判决书（方达系该案中广告主的代理律所）指出：“行政机关对具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件……被上诉人在诉讼中向法院提交上述证据，证明质变受损不可逆转。被上诉人已经完成了证明具体行政行为合法的法定基本举证责任。上诉人对此提出反致意见主

需行政机关在“证伪”方面进行任何举证，而只是根据其用语的客观属性就决定了其“既难以证实、也难以证伪”，也就决定了其内在的误导性。当然，若广告主能够举证“证实”该绝对化用语，则有可能改变行政机关对相关用语客观属性的认定。

3. 商业广告活动中绝对化用语的豁免

基于前述对绝对化用语的理解，我们认为，《广告法》对于商业广告活动中使用绝对化用语并未绝对禁止，而是应当根据具体语义、语境及可能产生的效果等进行综合分析判断。一般来说，以下情形中使用绝对化用语可视情况予以豁免：

(1) 表达企业愿景。比如“争创世界第一”、“致力于成为消费者最喜爱的品牌”等，此类表述只是表达了企业某种追求目标或愿景，通常不具有误导性，也不具有贬低同类商品或服务的效果，一般不应禁止。

(2) 自我分级比较。比如手机产品宣传“使用本公司最新研发的芯片”，汽车厂商将同款产品分为“标准版、豪华版、顶配版”并进行宣传等，此类表述只是对企业自身产品的分级与比较，不具有贬低同类商品或服务的可能性，因此不应绝对禁止。

(3) 固定用语。比如关于绿茶国家标准中的“特级”，“国家级经济开发区”等，此类表述系相关法律法规、国家或行业标准的固定用语，只要符合其客观情况，不应禁止。

(4) 能被验证其真实性的用语。比如“全球首款5G手机”、“产自中国最大的淡水湖”、“XX年度XX领域销量第一”中的“首款”、“最大”、“第一”等用语均指向清晰，且可以被客观证据验证其真伪，只要有客观证据支持，且不具有误导性，应当允许被使用。如果缺乏客观证据支持或具有误导性，原则上应按照“虚假广告”进行规制。

二、《食品安全法实施条例》修订及其影响解读

在“史上最严”的《食品安全法》实施四年后，其配套措施《食品安全法实施条例》（“《实施条例》”）终于完成修订于2019年12月起施行。

此次《实施条例》的出台历经波折。相比较而言，原2009年的版本在《食品安全法》制定后五个月内即获公布并实施，而此次修订至少经历了原国家食药监总局2015年12月的送审稿、国务院2016年11月的征求意见稿以及2017年8月向WTO的通报版等多个版本。条文体例也经过了大幅度调整，从总局送审稿的200条和国务院征求意见稿的208条，到WTO通报版缩减至98条，直至此次《实施条例》的86条。甚至在今年3月的国务院第42次常务会议上获原则通过后，有关部门仍旧在对《实施条例》的部分条款进行完善。总体而言，《实施条例》贯彻了《食品安全法》定下的基调，也反映了新形势下对食品安全监管体制的顶层设计。

（一）新设个人罚金制度

此次《实施条例》史无前例的对企业责任人实施财产罚，并将其收入作为罚款的计算依据。《实施条例》第75条规定，如果企业的违法行为存在故意、性质恶劣或者造成严重后果的⁶，则将对企业的“法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以其上一年度从本单位取得收入的1倍以上10倍以下罚款”。我们理解，作为财产罚，设定该条的依据来源于《行政处罚法》第10条“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚”，另一方面也是落实中共中央、国务院《关于深化改革加强食品安全工作的意见》中“处罚到人”的要求。

根据《实施条例》第75条的字面含义，只要出现上述三类违法行为（故意、性质恶劣或者后果严重），食品企业的法定代表人和主要负责人（一般指厂长、经理等）便自动面临可高达10倍收入的处罚，而企业的其他员工则需要根据案情来判断是否属于直接负责的主管人员和其他责任人员⁷。

在《实施条例》出台后，司法部在其官网的政策解读栏目中解析了如何认定故意，认为“通常是在法律、法规、企业内部规定等有明确规定的情况下，而企业负责人依据其职责应当明知，仍实施某种行为，包括作为和不作为”。⁸我们理解，对于食品生产企业而言，制定一套完整的合规制度是获得食品生产许可的前提条件，根据所生产食品种类的不同，可能包括生产过程控制、出厂检验、食品安全自查、不安全食品召回、不合格品管理、食品安全事故处置、人员培训、人员健康管理等各类管理制度（SOP）。实践中，监管部门并不对管理制度做实质性审查，换言之，颁发许可证并不意味着对企业管理制度的背书。由此带来一个值得探讨的问题，当企业负责人“应当明知”企业合

张广告用语真实的，应当提交反驳证据加以证明。”尽管该案发生在2015年《广告法》修订前，但在该问题上法理相通。

6. 排除了生产经营的食品、食品添加剂的标签、说明书存在瑕疵但不影响食品安全且不会误导消费者的情况。

7. 参照原食药总局和公安部2018年1月发布的《关于加大食品药品安全执法力度严格落实食品药品违法行为处罚到人的规定》，直接负责的主管人员，是在单位实施的违法行为中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的主管人员，一般是单位的相关负责人。其他直接责任人员，是在单位违法事实中具体实施违法行为并起较大作用的人员，既可以是单位的生产经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员。

8. http://www.moj.gov.cn/news/content/2019-11/12/zcjd_3235512.html

规制度不完善，不能保证符合食品安全法，或者与法律法规不一致时，不完善合规制度的“不作为”是否可能会被认为是“故意”。一个可能的场景是，企业未能及时依据修订的法律法规更新或制订相关的管理制度，从而使得生产人员依据了与法律法规不符的管理制度进行了不合规的生产，相关负责人会不会因为“不作为”而被处罚。

作为一项新设的制度，还有一些其他问题似乎也尚不明确，例如，“从本单位取得收入”应如何理解，大型企业的高管可能并不从实际违法的公司获得报酬而是在集团层面工作，这种情况下罚款如何计算，又或者期权是否计算在内等等。这些细节问题有待监管部门在实践中予以把握。

（二）更严重的违法后果

在《食品安全法》设置了最高货值金额 30 倍的罚款、终身禁入、行政拘留等“最严格的处罚”后，此次《实施条例》的修订又进一步提高了违法成本。

在《食品安全法》的规定里，企业的违法行为分为普通和严重两种情节。如果被认定为情节严重，则将面临包括停产停业、被吊销许可证、行政拘留等在内的严重后果。例如《食品安全法》第 122 条规定，“用回收食品作为原料生产食品……情节严重的，吊销许可证，并可以由公安机关对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五人以上十五日以下拘留。”对于何为情节严重，此前一般由各地的监管部门根据行政裁量权进行个案判断。

此次《实施条例》在第 67 条对情节严重进行了不完全列举，通过违法金额、违法后果、违法时间、违法性质以及配合调查的情况等几个方面将下列情况规定为情节严重：

- （1）违法行为涉及的产品货值金额 2 万元以上或者违法行为持续时间 3 个月以上；
- （2）造成食源性疾患并出现死亡病例，或者造成 30 人以上食源性疾患但未出现死亡病例；
- （3）故意提供虚假信息或者隐瞒真实情况；
- （4）拒绝、逃避监督检查；
- （5）因违反食品安全法律、法规受到行政处罚后 1 年内又实施同一性质的食品安全违法行为，或者因违反食品安全法律、法规受到刑事处罚后又实施食品安全违法行为；
- （6）其他情节严重的情形。

其中较容易被满足的可能是“违法行为涉及的产品货值金额 2 万元以上”或者“违法行为持续时间 3 个月以上”的情形。对于食品生产企业而言，如果在某一个生产环节出现违规情况而未及时发现，货值金额很容易达到 2 万元的“严重”门槛。另外从实践角度看，一个违法行为很难在刚发生时即被发现并纠正，被监管部门所调查的违法行为绝大多数都已经持续了一定时间，因此持续 3 个月也并非难事。除此之外，该规定使得企业在面临监管部门执法时，需要积极配合，避免出现隐瞒真实情况或者逃避检查的情形出现。

（三）内部举报人或日趋频繁

此次修订的《实施条例》第 65 条明确提出要对“举报人举报所在企业食品安全重大违法犯罪行为的”加大奖励力度，并且要求将相关举报奖励资金纳入政府预算。

根据目前的监管理念，食品安全并不完全以结果为导向，即使食品符合相关食品安全标准中的理化指标、微生物限量、污染物限量等客观指标，只要在生产环节有不合规的情况，同样会受到最高 30 倍的罚金甚至刑事处罚。这种监管思路要求企业对生产过程中存在的风险点进行监测并采取预防措施，从而将风险消灭在萌芽状态。由于企业生产环节的非公开性，使得企业在生产环节中的不合规行为较为隐蔽，很难被监管部门等外部力量所发现。例如，监管部门在没有线索的情况下，很难通过审阅企业的台账发现是否在生产过程中使用了超过保质期的食品进行生产。因此，在这种监管理念下，仰仗内部举报人提供线索便成为了一种自然的选择。事实上，近年来一些大的食品安全案件也均通过内部员工举报的方式得到查处。例如，据报道，在 2017 年，上海武康路上曾经的网红面包店“Farine”被内部员工举报使用过期面粉制作面包，随后遭到监管部门彻查，“Farine”公司因构成生产、销售伪劣产品罪被判处总计 188 万元的刑事罚金，8 名员工被分别处以 2-3 年的有期徒刑，而该举报人最终获得了 12 万元的奖励。⁹ 该等奖励可能会被大大提高。

与此同时，相关配套措施也已在积极制定中：总局 11 月公布的《市场监管领域重大违法行为举报奖励暂行办法》（修订征求意见稿）拟规定，依据所提供举报线索的采纳程度，可给予举报人罚没金额 1%、3% 或 5% 的奖励，最高可达 200 万。结合 2015 年大修后的《食品安全法》规定“假一赔十”后涌现一批针对食品企业的“职业打假人”的现象，以及新出台的《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》对“职业打假人”的限制¹⁰，此次高额的奖励力度也许会催生一批“职业举报人”。

（四）厘清回收食品

在诸多“最严”规定之外，《实施条例》此次重新界定了回收食品，解决了此前实践中一直存在的困惑。

回收食品是我国食品安全法下独有的概念，在欧美日等发达国家并没有类似概念。追根溯源，规制回收食品的实际需要或源于若干年前的地沟油事件。在《实施条例》修订前，监管部门一般引用原国家质检总局于 2006 年发布的《关于严禁在食品生产加工中使用回收食品作为生产原料等有关问题的通知》，将“因各种原因停止销售，由批发商、零售商退回食品生产加工企业的各类食品及半成品”等界定为回收食品。如此宽泛的表述使得监管部门在实践中将所有出厂后遭到任何理由退货的产品都认定为回收食品。这种“一刀切”的认定方法给企业带来了困惑：食品生产者和下家之间经常会通过合同形式约定超出法律规定的要求，下家有权将不符合约定要求的产品予以退货，这

9. <https://finance.sina.cn/2019-09-23/detail-iiaczrq7720187d.html>

10. 第 15 条列举了市场监管部门不予受理的投诉情形，包括：不是为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，或者不能证明与被投诉人之间存在消费者权益争议的。第 15 条列举了市场监管部门不予受理的投诉情形，包括：不是为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，或者不能证明与被投诉人之间存在消费者权益争议的。

种“一刀切”的认定等于将违反民事合同义务的行为上升到了行政乃至刑事责任。

此次《实施条例》正本清源，规定回收食品是指“已经售出，因违反法律法规、食品安全标准或者超过保质期等原因，被食品生产经营者召回或者退回的食品，但标签、说明书存在瑕疵的除外。”将回收食品从原来因“各种原因”退货的产品，限定为因食品安全相关的原因退货的产品，从而排除了因未能达到合同约定等一些与食品安全无关的退货情况，相较之前的“一刀切”界定更为科学。

（五）执法影响

在《食品安全法》及《实施条例》实施后，食品安全相关的案件数量明显上升，并且每隔一段时间便会出现一些有较大影响力的食品安全案件予以查处。有的企业被严厉处罚，例如2016年麦当劳的供应商福喜公司最终被行政部门处以人民币2428.5万元的罚款，相关企业与个人也被法院认定承担刑事责任；有的企业则在事实上歇业，例如上文提及的网红面包店“Farine”，其店面已经转让，官网已经关闭，企业年报案发后也再无更新；有的企业则在声誉上收到严重损害，例如今年的“3.15”晚会上，知名快餐连锁企业汉堡王被曝光售卖过期食品。

在《实施条例》出台前不久，公安部专门在内部组建了食品药品犯罪侦查局，统一承担打击食品安全等领域犯罪职责¹¹。我们预计，执法部门未来将维持一直以来对食品安全领域的高压态势，企业应严格做好相关合规工作。

三、不同业务场景下单位刑事责任的认定

当今时代，企业伴随着商品经济的不断发展而日益庞大。但与此同时，企业与企业经营者的刑事风险在与日俱增，在经营的过程中稍有不慎便可能会跨过法律的红线，面临刑事责任。因此，作为企业经营者，了解企业在运营中可能涉及的刑事风险非常重要。本文会从几个重点业务场景切入，帮助企业了解在不同场景下单位刑事责任的认定标准，并分析在该业务场景下单位和个人分别可能承担怎样的刑事责任。

（一）单位犯罪定义及适用范围

单位犯罪这个概念是在1997年《刑法》修订之后，正式出现在人们的视野中。《刑法》第三十条将单位犯罪这个概念赋予了如下定义：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”该条文表明，除自然人之外，单位也同样可以被认定为犯罪主体。但是仅凭刑法第三十条，我们仍然很难真正理解司法实践对于单位犯罪的认定。

在此基础上，最高人民法院、最高人民检察院（以下分别简称“最高法”、“最高检”，统称“两高”）通过发布司法解释、指导案例等一系列方式，对单位犯罪做了进一步说明。对此，本文进行了梳理：

1. “单位”的界定

除《刑法》第三十条的规定之外，最高法在1999年6月25日发布的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》（下称“解释一”）第一条进行了进一步说明：“刑法第三十条规定的公司、企业、事业单位，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。”由此可见，是否具有法人资格是判断公司、企业、事业单位是否具有单位犯罪主体资格的重要依据。

司法实践中判断企业是否取得法人资格的重要标准是企业是否办理了营业执照。因为在此过程中公司登记主管部门会审查企业是否符合公司成立条件且不违反国家法律、行政法规的规定。此处需要注意的是：企业获得了营业执照也就意味着其在登记主管部门核准的业务范围内具备了法人的民事权利能力和行为能力。换言之，企业只有在该经营范围内进行经营活动时才享有独立的主体人格，并对其行为承担法律责任，如果单位依法成立后，在超越主管部门核准的业务范围外从事相关违反法律法规的活动，应把单位认定为组织成员为实现其自身意志而虚设的幌子，其行为脱离了法人的人格内容，从而不能认定为单位行为。

2. 分支机构、内设机构是否属于单位

分支机构和内设部门只要满足以其名义实施犯罪并且获取违法所得，即可将其认定为单位犯罪的主体，并追究相应的法律责任。根据最高法2001年1月21日发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》

11. http://www.gov.cn/xinwen/2019-06/28/content_5404085.htm

(下称“纪要”)规定:以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。由此可知,分支机构和内设部门只要满足以其名义实施犯罪并且获取违法所得,那么即可将其认定为单位犯罪的主体。

3. 外国公司是否属于单位

只要符合我国法人资格条件并且在我国实施危害行为的外国公司,即可认定为单位犯罪的主体,并追究相应的法律责任。根据最高人民法院研究室《关于外国公司、企业、事业单位在我国领域内犯罪如何适用法律问题的答复》(下称“答复”),符合我国法人资格条件的外国公司、企业、事业单位,在我国领域内实施危害社会的行为,依照我国《刑法》构成犯罪的,应当依照我国《刑法》关于单位犯罪的规定追究刑事责任。

4. 一人公司是否属于单位

司法实践中,法院在认定一人公司属于单位犯罪的主体需满足如下几点:(1)该一人公司是依法注册登记;(2)其具有独立的人格和法人治理结构;(3)该一人公司的设立目的是为了从事合法经营活动。最高人民法院公布的《刑事审判参考第725号:上海新客派信息技术有限公司、王志强虚开增值税专用发票案》、《刑事审判参考第726号:周敏合同诈骗案》两个案例均详细阐述了法院通过上述几点判断一人公司是否为单位犯罪的适格主体。

5. 三种不能按照单位犯罪处理的情形

根据解释一的相关规定,以下三种情形不认定为单位犯罪:

- (1)个人为进行违法活动而设立的公司;
- (2)公司设立后以实施犯罪行为为主要活动的;
- (3)个人盗用单位名义实施犯罪并且违法所得由实施犯罪的个人私分的。

其中(1)、(2)两种情形是从根本上否定该公司的资格,因为其设立目的非法或者其违法所得均归属于个人,所以无法认定其具有单位资格,从而无法认定成立单位犯罪。

而第(3)种情况下尽管符合单位犯罪的主体资格,但是单位所实施的行为并非是出于单位意志而是个人意志,并没有体现公司的独立意志,故也无法认定成立单位犯罪。

(二)单位犯罪项下的责任承担:单位犯罪与个人犯罪的区分

“单位犯罪”自1997年加入《刑法》至今一直采取双罚制原则,即对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。从整体上来看,单位犯罪的刑事责任轻于自然人犯罪,具体表现为:(1)

单位犯罪定罪数额高于自然人犯罪;(2)单位犯罪中的责任人员的法定刑轻于自然人的法定刑;(3)单位犯罪具有法定处罚原则,只有法律规定为单位犯罪的,才应当负刑事责任。例如:就行贿罪和单位行贿罪而言,由于两罪立案及量刑标准的不同,针对个人行贿最高刑期为无期徒刑,而单位行贿罪中的责任人最高刑期仅为5年有期徒刑;行贿罪的立案标准为3万元,特定情形下为1万元,而单位犯罪的立案标准为20万元,特定情形下为10万元。故对个人来说,最终是被认定为行贿罪还是单位行贿罪,在刑事责任方面差别很大。

结合《刑法》及相关司法解释,以下四个因素为区分单位犯罪和个人犯罪的主要标准:(1)单位必须依法成立,具有法人资格,并且自身拥有财产和经费,能够以自己的名义从事活动并承担相应责任的组织;(2)单位犯罪需要在单位意志支配下进行实施,也就是说单位犯罪行为是经单位集体研究决定或者是由单位负责人决定或同意的行为;(3)行为人以单位的名义实施犯罪,并且其目的是为本单位谋取非法利益;(4)行为人所从事的是单位业务活动或者与业务相关的活动。

实践过程中,执法机关往往会综合考量上述四个因素以认定企业是否构成单位犯罪。以上述第三点“为单位谋取非法利益”为例,实践中,往往存在员工在任职期间实施犯罪行为而导致单位受益的情形,但仅凭这一点并不意味着单位因此必然承担刑事责任,执法机关还会综合考虑前述其他多个因素,判定是否构成单位犯罪。

刑法对单位犯罪采取双罚制原则,在处罚单位的同时也会对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。实践中,通常将在单位实施犯罪过程中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员认定为“直接负责的主管人员”,一般是单位的主管负责人,包括法定代表人。而“其他直接责任人员”是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员,既可以是单位的经营管理人员,也可以是单位的职工,包括聘任、雇佣的人员。但是单位犯罪中具体承担刑事责任的主管人员和其他人员,还需要视其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节而定。

(三)不同场景下认定单位犯罪的认定

企业在实际经营过程中,在诸多场景下都有被认定为单位犯罪的风险,本文选取了司法实践中被认定为单位犯罪最频繁的三种场景进行分析,分别是“单位行贿罪”、“污染环境罪”、“走私犯罪”,以期帮助企业经营者了解司法实践对该领域下的单位犯罪认定标准及个人可能承担的刑事责任。

1. 单位行贿罪

我国第一次对单位行贿罪进行规制是在1988年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中,但直至1997年对《刑法》修订之后才正式将单位行贿罪概念涵盖其中。1999年最高人民法院在《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》中进一步规定了单位行贿罪的

立案标准。至此单位行贿罪体系基本形成。

（1）法律规定

现行法律对单位行贿罪的规定在《刑法》第三百九十三条，单从法律条文来看，刑法对犯罪情形及刑罚进行了规制，其中犯罪情形分为两种：（1）单位为了谋取不正当利益而进行贿赂；（2）单位违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费。刑罚方面对单位判处罚金，并且对单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。除以上两个情形之外，该条文进一步明确了，如行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚，也就是按照行贿罪进行相应的处理。

除上述规定外，在《最高人民法院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》中规定了单位行贿罪的立案标准，该条文也将立案标准分成两种情形：（1）满足特定行贿数额的情形，如果单位行贿的金额超过 20 万元即符合立案条件；（2）需要行贿数额和特殊情节同时满足的情形，如果单位行贿的金额在 10 万至 20 万之间，并且符合以下情形的将被认定符合立案条件：（1）为谋取非法利益而行贿的；（2）向 3 人以上行贿的；（3）向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的；（4）致使国家或者社会利益遭受重大损失的。

（2）实践中的认定标准

· 如何界定“行贿行为”

刑法条文中规定单位行贿罪的两种情形都包含了对国家工作人员行贿的表述，那么在实践中，如何界定“行贿”行为，也将是法院在审理案件过程中重要的评判标准，在实际生活中行贿的表现形式多种多样，但是法院在认定单位行贿行为一般是以下几种形式：（a）经过单位研究、决策后由有关人员实施的贿赂行为；（b）单位有相关政策规定，在业务过程中给予相对方回扣等贿赂行为；（c）经单位高级管理人员（如董事长、单位法定代表人等）批准，由其下属或相应执行人员实施行贿行为；（d）单位高级管理人员以其自己的身份或单位人员以实际负责人的身份进行行贿行为。应明辨，在实际认定过程中，如无相反证据证明，单位高级管理人员如单位法定代表人或实际负责人的行为很有可能被认定为单位行为，此时需要注意相关利益的归属问题，刑法明确规定了如违法所得归属于个人而非企业，则应当以第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚，即认定为自然人行贿罪，所以满足单位行贿罪构成条件的前提是，上述情形中的违法所得归属于单位。

· 如何认定“单位意志”

单位行贿罪的成立，主观上必须是单位意志的体现，实践中针对贿赂行为是出于单位意志还是个人意志的判断，经常成为案件的争议焦点。本文

认为个人意志和公司意志最主要的区别在与两者的形成过程不一致，个人意志的形成是不需要像公司单位意志一样经过一系列流程的，因此我们可以通过以下几个方面进行判断：（a）通常情况下，单位意志体现为上文所提到的几种形式：单位是否有相关内部章程、公司政策、公司账目或协议等纸面文件对贿赂进行规定，如在相应纸面文件上明确约定了相关回扣费或手续费；或者相关费用是通过单位账目支出的，或者单位高级管理人员在其职责范围内，为满足公司不正当利益，自行实施贿赂行为；以及经过单位领导层讨论决定后，交由业务部门具体人员执行贿赂行为等。（b）结合单位高级管理人员或相关决策者的身份、动机、目的等因素，针对单位相关负责人员未严格按照公司正常决策程序而形成的决策，虽然该行为看似是相关负责人的个人行为，但是由于相关负责人员具有决策权，因此如果考虑到动机和目的是为了单位利益，那么就应当认定其为单位意志。（c）单位意志的事后追认，对于单位成员个人实施的行贿行为，虽然事前未经单位决策程序，但如果单位在事后予以追认，也应当认定为单位意志。

· 如何认定“不正当利益”

“谋取不正当利益”在作为单位行贿罪构成要件的同时，同时也是其他贿赂犯罪的构成要件。但该要件在实践过程中饱受争议，因为其边界模糊不清，从法律规定的角度上来看两高在 1999 年发布的《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》中对“谋取不正当利益”给出了法律定义，对其划分成两种形式：（a）违反法律、法规的利益；（b）国家工作人员或有关单位提供违反法律法规的帮助或方便条件。随后因时代不断发展，在 2008 年两高发布了司法解释《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》进一步扩大了其范围，在 1999 年司法解释外还增加了在招标投标、政府采购等商业活动中，违反公平原则，为相关人谋取优势的情形。2012 年，两高发布了《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将在经济、组织人事管理等活动中，违背公平、公正原则，谋取竞争优势的情形也涵盖在内。由上述变化可知，针对“不正当利益”解释在不断扩大，司法判例中也对“不正当利益”的认定在不断扩大，即使是为了正当目的，如为争取早日获得政府还款而给予财物，同样可能被司法机关认定该行为是为谋取竞争优势而被认定为谋取“不正当利益”而被判处行贿罪。¹²

2. 污染环境罪

（1）法律规定

1997 年《刑法》增设“重大环境污染事故罪”，建立了环境刑事立法的基础。随后 2011 年《刑法修正案（八）》第四十六条对 1997 年《刑法》第三百三十八条有关环境污染犯罪的原条文进行了修改，罪名也由原来的“重大环境污染事故罪”改为“污染环境罪”。

12. 《解读刑法上的“谋取不正当利益”》，苗有水，人民法院报。

新旧法条对比如下：

法条	罪名	分则条文构成要件要素			
		要素 1	要素 2	要素 3	要素 4
旧法条	重大环境污染事故罪	违法国家规定	排放、倾倒或者处置	放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物	致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果； 后果特别严重的
新法条	污染环境罪	违法国家规定	排放、倾倒或者处置	放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质 ¹³ 或者其他有害物质	严重污染环境的； 后果特别严重的

通过法律条文的对比，不难发现前 3 个要素基本相同，但针对要素 4，旧条文将“致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”作为污染环境罪的成立要素，但是新条文删除了上述条件，并没有要求必须要发生严重的后果，而是重新制定“严重污染环境”、“后果特别严重”两种入罪量刑要素，在一定程度上降低了污染环境罪的成立条件，因此要素 4 在认定犯罪成立时较为关键。

同时，2013、2016 年两高发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（下称“环境污染刑事案件司法解释”）对该罪的定罪量刑标准问题作出了明确的规定，其中规定单位实施该犯罪行为的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员最高可判处七年有期徒刑。

（2）实践中的认定标准

· 单位犯罪的认定

因为司法实践过程中，存在部分地区针对环境污染刑事案件单位犯罪与自然入犯罪标准不统一，所以两高在《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》进一步规范了环境污染刑事案件单位犯罪的认定标准，明确为了单位利益实施了下列四种情形的，应当认定为单位犯罪：

环境污染刑事案件单位犯罪认定标准	
1	经单位决策机构按照决策程序决定的
2	经单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人决定、同意的
3	单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人得知单位成员个人实施环境污染犯罪行为，并未加以制止或者及时采取措施，而是予以追认、纵容或者默许的
4	使用单位营业执照、合同书、公章、印鉴等对外开展活动，并调用单位车辆、船舶、生产设备、原辅材料等实施环境污染犯罪行为的

从上述规定可以看到，前三点的认定标准与其他单位犯罪的认定标准基本相同，但是第四点通过列举两类特定情形，降低了环境污染刑事案件认定为单位犯罪的成立条件，增加了成立单位犯罪的风险，所以单位在日常运营过程中应注意单位营业执照、公章等文件的保管，并且针对单位车辆、生产设备、原辅材料加强相应的管理，避免承担单位责任。

· 单位负责人员“主观过错”的认定方式

单位犯罪情形下，针对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否承担刑事责任进行认定，主要是通过判断其主观是否存在过错，实践中针对环境污染领域也有着特殊的认定标准，以下情形如嫌疑人不能作出合理解释的，可以认定其故意实施环境污染犯罪，但有证据证明确系不知情的除外：

13. 新法条虽然没有直接表述出危险废物，但根据相关司法解释的规定，有毒物质中就包含危险废物。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016）第十五条规定：“下列物质应当认定为刑法第三百三十八条规定的“有毒物质”：（一）危险废物，是指列入国家危险废物名录，或者根据国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法认定的，具有危险特性的废物。”

环境污染刑事案件单位负责人员“主观过错”的认定方式	
1	企业没有依法通过环境影响评价，或者未依法取得排污许可证，排放污染物，或者已经通过环境影响评价并且防治污染设施验收合格后，擅自更改工艺流程、原辅材料，导致产生新的污染物质的
2	不使用验收合格的防治污染设施或者不按规范要求使用的
3	防治污染设施发生故障，发现后不及时排除，继续生产放任污染物排放的
4	生态环境部门责令限制生产、停产整治或者予以行政处罚后，继续生产放任污染物排放的
5	将危险废物委托第三方处置，没有尽到查验经营许可的义务，或者委托处置费用明显低于市场价格或者处置成本的
6	通过暗管、渗井、渗坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避监管的方式排放污染物的
7	通过篡改、伪造监测数据的方式排放污染物的
8	其他足以认定的情形

由上述规定可知，两高大幅度增加了单位主管人员及直接责任人员的监管义务，需要单位主管人员及直接责任人员对单位的环境保护情况进一步加强监管，避免单位及自身承担相应刑事责任。

3. 走私犯罪

我国法律对于单位走私犯罪，最初出现于 1987 年《海关法》，该法第 47 条规定首次明确了单位可以作为该罪的犯罪主体，1988 年公布的《全国人民代表大会常务委员会关于惩治走私罪的补充规定》（下称“走私罪补充规定”）明确了单位走私的刑罚标准，上述两法奠定了单位走私罪的发展方向，随后 1997 年修订《刑法》将相关的规定都涵盖其中。

（1）法律规定

《刑法》对 10 个具体走私罪名都规定了单位犯罪，其中表述最为详细的当属《刑法》153 条走私普通货物、物品罪。该法条明确了单位如果涉及走私普通货物、物品罪，其直接负责主管人员和其他直接责任人员都有可能承担相应的刑事责任，并且根据情节的严重程度最高可处十年以上有期徒刑。走私普通货物罪的一

个特殊点在与它的量刑标准与逃税的税款直接挂钩，依据两高在 2014 年发布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》中第二十四条规定单位犯走私普通货物罪偷逃应缴税额多少与单位责任人量刑标准的关系：

单位偷逃应缴税款金额	单位责任人量刑标准
20 万-100 万	处三年以下有期徒刑
100 万-500 万	处三年以上十年以下有期徒刑
500 万以上	处十年以上有期徒刑

由上述规定可知，单位的走私行为如果被坐实，单位的直接负责人和单位直接责任人员都将会受到严厉惩罚。

（2）实践中的认定标准

· 单位走私的主要表现形式

（a）通关环节类走私

单位在通关环节中，为了逃脱审查许可证件或逃税税款，采用藏匿、虚假申报等方式避开海关的监管，将被限制、禁止或应税物品、货物进出境的行为。其中虚假申报包括没有真实申报物品或货物的原产地、名称、数量等信息。

（b）绕关类走私

该类型的表现形式是，单位为了逃避海关监管，绕过合法的进出口口岸，通过非法运输或携带的方式将被限制、禁止或应税物品、货物进出境的行为。

（c）加工贸易类走私

该类型是指单位将一些保税货物或特定减免税款的货物未经海关许可，对其进行销售后牟利的违法行为。具体表现形式：（i）单位通过申报保税材料申请进口后，不用于自我生产而是在国内进行销售；（ii）单位利用自身申请到了减免税的证明后，倒卖给没有资质的单位或个人；（iii）单位虚假申报，虚高申报进口物料或利用国内物料代替进口物料等手段骗取海关对相关材料的核销。

（d）间接走私

通过在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止、限制进出口货物、物品或直接向走私人收购走私货物、物品的行为。

（e）多次走私行为

此处需要关注的是，《刑法修正案（八）》将走私货物、物品一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的行为认定为走私犯罪，其中“一年内”的计算方式应该是以因走私第一次受到行政处罚的生效之日与“又走私”行为实施之日的间隔时间计算确定的。所以单

位需要在实际运营过程中，对走私的行政处罚也应予以高度关注。

· 走私行为“明知”认定

在认定单位构成走私犯罪之后，单位的直接负责主管人员和直接责任人员是否会被认定为对走私行为具有明知的故意，从而被认定为被追诉的对象，需要判断其是否对走私行为达到“明知”的程度，其认定条件在2002年两高发布的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》予以明确规定：

走私行为中“明知”的认定	
1	逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出口的货物、物品的
2	用特制的设备或者运输工具走私货物、物品的
3	未经海关同意，在非设关的码头、海（河）岸、陆路边境等地点，运输（驳载）、收购或者贩卖非法进出口货物、物品的
4	提供虚假的合同、发票、证明等商业单证委托他人办理通关手续的
5	以明显低于货物正常进（出）口的应缴税额委托他人代理进（出）口业务的
6	曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的
7	其他有证据证明的情形

此处需要进一步明确的是，单位的总经理、股东或高管等并不当然是直接负责人，实践过程中还是需要结合具体行为进一步判断。因为在实际过程中也存在单位董事在公司挂名但并不实际经营公司业务，但是下属员工擅自实施违法进口货物的情况出现，这种行为应认定其超越了公司意志，同时不应认定该单位董事具有走私的故意。但是如果能够证明其发现该情况但纵容或默许了该行为，就应该认定该董事具有走私的故意。

· 如何计算应缴税款

应缴税款的正确计算决定着走私行为具体是行政违法还是刑事违法，并决定着判处刑罚的年限，所以正确计算走私犯罪中应缴税款有着重要意义。

依据现行司法解释的规定，单次或多次走私的以每次

走私行为实施时的税则、税率、汇率和完税价格逐票计算，如果走私行为实施时间不能确定的，以案发时的税则、税率、汇率和完税价格计算。而司法实践过程中，也是依照上述规定予以认定。

除此之外还有一个争议点在于出售走私货物时缴纳的增值税是否应当从“应缴税款”中扣除，因为在实践过程中，买方会要求出售人提供增值税发票，而此时行为人会提供相应发票，但是该行为所缴纳的增值税在司法实践中无法被扣除，依据《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第十二条，这种缴纳增值税的方式是为了获得违法所得的一种手段，属于非法开具增值税专用发票，所以在计算应缴数额时不应将其予以扣除。

综上，本文通过对单位走私犯罪、污染环境罪、走私犯罪的法律条文进行大致的梳理，以及司法实践中刑事责任认定标准予以剖析，期待读者能够通过上述内容能够更好地了解上述三个领域在单位犯罪及单位负责人刑事认定方式，并针对可能存在的问题及时予以预防，下文本文将结合实务经验对单位如何预防单位犯罪予以讲解。

（四）如何防范单位犯罪

实际经营过程中企业的经营者们经常把防范民商事风险当做工作重心之一，而忽略刑事法律的风险。但实际上刑事法律风险和其他法律风险一样贯穿于企业经营的全过程，不仅如此，刑事法律风险还往往可能对企业经营管理者个人产生极大影响。因此企业经营者想要规避上述风险就应当优先培养自身防范刑事法律风险的意识，通过在公司建立完善的规章制度、强化管理人员的合规职责和约束员工行为等多种方式规避刑事风险。

1. 建立企业刑事风险事前预防机制

建立事先防范机制是防范法律风险最有效、最低成本的防控措施，在企业的经营管理过程中，针对企业开展业务或行为是否具有刑事法律风险的考察，应当作为企业实施具体行为前必备的前置程序，通过建立这种事前预防机制，可以避免企业陷入刑事犯罪的风险之中，并且能够在企业中树立相应的危机意识，避免风险发生。

如果想要建立事前预防机制，企业首先需要对自身可能涉及的风险点进行定位，实践中将企业所面临的风险一般分为两种情况分别是：一般风险和特殊风险，前者一般是企业作为市场经营主体经常会接触的刑事风险，如：贿赂、税务等相关犯罪，需要所有企业都必须关注的领域，而后者则是针对公司特有业务而产生的刑事犯罪风险。例如企业具有进出口业务，那么企业就需要关注走私相关的风险，在完成准确的定位之后，需要对所发现的零散的刑事风险进行系统整理。梳理出导致刑事风险出现的原因、影响因素及后果。最后依据梳理的成果制定出相应的事前预防机制，并保证该政策在实际的操作过程中予以实施。

2. 强化管理人员的合规职责

公司开展业务的过程中高管和管理人员不合规的职务行为可能导致公司被认定为单位犯罪，如果公司被认定构成单位犯罪，负责审批、决定、授意或指挥犯罪行为的高管和其他管理人员也可能承担刑事责任，因此高管和其他管理人员的合规意识对于保护公司、保护自身免遭刑事处罚至关重要；此外，公司自上而下能否做到合规运营，公司高管和其他管理人员在公司内部传达的合规态度和决心至关重要。

而公司在实际操作的过程中可以通过以下措施进行规避：（1）公司高管和其他管理人员可以定期（例如每年一次）开展专项合规培训，就业务开展和日常运营中员工关心的问题和可能的法律风险进行合规培训，并集中解答相关问题，以提高公司高管和其他管理人员的合规意识，并将培训材料、签到表等培训记录进行留存；（2）在平时开展业务时，高管和其他管理人员应注意向下属传达公司的合规态度，并且最好以书面的方式传达，例如通过群发邮件强调公司合规制度或在具体审批事项中强调公司制度禁止的不合规行为；（3）在公司开展相关合规培训时，建议公司领导或高层管理人员出席讲话，向公司全员强调合规的重要性，并保留有关书面记录。

3. 通过约束员工行为来隔离单位风险

实践中，公司可以通过执行完善的合规制度和审批流程等多种手段约束员工行为来证明在员工的不当行为中无单位意志、证明并非单位集体决策行为、单位也并未从中获益，从而隔离员工个人责任与单位责任。

（1）针对员工申请的费用支出、合同、项目审批等事项，严格实施审批流程，例如业务主管、法务和财务审批过程中，如果发现潜在违法行为，负责审批的管理人员应在审批系统里拒绝员工的申请，并说明申请被拒绝的理由，例如可能违反公司相关制度及相关法律法规；

（2）要求高管不应“决定、批准、授意、纵容、指挥”下属员工实施犯罪行为，要求高管和管理人员在审批时尽到审慎的审查义务，对于违反公司制度、违反相关法律法规的费用、合同，应拒绝审批并留下相关书面记录，作为日后抗辩的证据；实践中，如果高管明知某些行为可能违反法律法规，不应授意、安排或纵容员工去从事不当行为；

（3）更新和完善员工劳动合同、要求员工签署合规培训、培训声明，并留存记录，证明公司无犯罪意图；

（4）建议公司定期对全体员工开展合规培训，提高全体员工合规意识。公司也可以针对可能涉及高风险事项的部门开展专项合规培训，培训结束后，要求员工签署承诺函，确保员工充分理解培训内容，并保证不违反公司有关制度；

（5）发现违规员工后，应按照规定进行处罚，并留存处罚记录，以作为公司严格执行了相关合规政策的证明。

四、《中美经贸协议》在商业秘密刑事保护领域的落实

美东时间 2020 年 1 月 15 日，在中美两国经贸团队的共同努力下，双方正式签署第一阶段经贸协议。知识产权保护作为双方共同关切的议题，被设为一个单独章节出现在协议文本的第一部分。协议签署后，中国立法、司法机关在总结国内司法实践的基础上陆续公布一系列意见、司法解释、刑法修正案、规定（含草案、征求意见稿）等强化知识产权刑事保护的法律法规，积极采取措施履行协议约定内容。在本文中，我们将对上述法律法规传递出的涉及商业秘密刑事保护问题的立法、司法的新动向进行简要梳理。

（一）商业秘密刑事保护的“中国行动”

1	· 2020年1月15日——中美双方签署《中美第一阶段经济贸易协议》（“《中美协议》”）。开篇第一章是知识产权，第二节是有关商业秘密保护的相关约定。
2	· 2020年4月15日——《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护的若干意见》。就侵犯商业秘密的相关精神指出，刑事案件中需完善犯罪行为的认定标准，规范重大损失的计算范围和方法。
3	· 2020年7月10日——《关于修改〈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）〉侵犯商业秘密立案追诉标准的补充规定》（征求意见稿）
4	· 2020年8月14日——司法部发布《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见（征求意见稿）》，旨在加强保护市场主体的商业秘密和保密商务信息。
5	· 2020年9月12日施行，最高法发布《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》
6	· 2020年9月14日施行——两高《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》（“司法解释（三）”）
7	· 2020年10月21日——《刑法修正案（十一）》（草案二审）。加强了企业产权刑法保护，修改了侵犯商业秘密入罪门槛，加强对侵犯商业秘密犯罪的惩处，同时增加规定商业间谍犯罪。

(二) 关于“不正当手段”的内容对照及修订新动态

现行《刑法》及相关司法解释	《中美经贸协议》中文版	《关于全面加强知识产权司法保护的意見》	《司法解释（三）》	《刑法修正案（十一）》（草案二审稿）
第二百一十九条【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： （一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的； （二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的； （三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。	第1.8条：刑事程序和处罚一、双方应规定刑事程序和处罚适用于对故意侵犯商业秘密的处理。 二、中国的刑事程序和处罚应至少将出于非法目的，通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为，以及未经授权或不当使用计算机系统的行为列为禁止行为。	8. 依法惩治知识产权犯罪行为。严厉打击侵害知识产权的犯罪行为，进一步推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，切实落实庭审实质化要求，完善鉴定程序，规范鉴定人出庭作证制度和认罪认罚从宽制度。准确把握知识产权刑事法律关系与民事法律关系的界限，强化罚金刑的适用，对以盗窃、威胁、利诱等非法手段获取商业秘密以及其他社会危害性大的犯罪行为，依法从严从重处罚，有效发挥刑罚惩治和震慑知识产权犯罪的功能。	第三条 采取非法复制、未经授权或者超越授权使用计算机信息系统等方式窃取商业秘密的，应当认定为刑法第二百一十九条第一款第一项规定的“盗窃”。以贿赂、欺诈、电子侵入等方式获取权利人的商业秘密的，应当认定为刑法第二百一十九条第一款第一项规定的“其他不正当手段”。	十七、将刑法第二百一十九条修改为：“有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金： “（一）以盗窃、利诱、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的； “（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的； “（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。 “明知或者应知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。 “本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。”

目前公布的刑法修正案、司法解释等法律文件，部分尚处于征求意见阶段，但其中所传递的关于罪名的修订方向在未来的生效文本中预计不会有太大变化。从文本内容上来看，上述法律文件在总结中国司法实践的基础上，对《中美经贸协议》中提及的商业秘密刑事保护的相关要求均作出相应回应。

1. 明确将“电子侵入”列为入罪形式

《中美经贸协议》第1.8条约定“中国的刑事程序和处罚应至少将出于非法目的，通过盗窃...或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为，...列为禁止行为。”全国人大公布的《刑法修正案（十一）》（草案二审稿）回应了《中美经贸协议》的上述约定，将以“电子侵入”方式获取商业秘密明确为一种入罪形式。我们理解，此处修订并非是“从无到有”设置一种新的入罪形式，行为人采取“电子侵入”的不法方式获取商业秘密的案件时有发生，现行《刑法》第二百一十九条第（一）项中“...或者其他不正当手段”的条文表述基本能够涵盖此种违法犯罪行为。《刑法修正案（十一）》（草案二审稿）对此处的修订传递出刑事法律打击通过不法技术手段获取商业秘密行为的明确态度。与此同时，《司法解释（三）》第三条在对《刑法》条文“其他不正当手段”进行解释时，亦明确将“以电子侵入等方式获取权利人的商业秘密的”认定为属于“其他不正当手段”的范畴。

2. 明确将“未经授权或者超越授权使用计算机信息系

统窃取商业秘密”列为刑法条文规定的“盗窃”商业秘密的行为

《中美经贸协议》第1.8条约定“中国的刑事程序和处罚应至少将出于非法目的，...以及未经授权或不当使用计算机系统的行为列为禁止行为。”《司法解释（三）》第三条对《中美经贸协议》的上述约定予以回应，明确将“未经授权或者超越授权使用计算机信息系统获取权利人的商业秘密的”行为认定为属于刑法条文规定的“盗窃”手段。实践中行为人未经授权使用计算机信息系统获取商业秘密行为的“刑事违法性”较容易被识别，是较为常见的违法犯罪类型。此外，司法解释特别强调了行为人超越授权使用计算机信息系统获取商业秘密行为属于侵犯商业秘密的犯罪行为。超越权限获取商业秘密行为多表现为企、事业单位内部人员作案，社会危害性大，应当予以刑事规制。此外，《司法解释（三）》还将“非法复制”的方式窃取商业秘密认定为属于“盗窃”商业秘密的行为。

我们理解，司法解释出台前部分司法实务界人士亦将“超越授权使用计算机信息系统”理解成为是一种“侵入”。“侵入”的概念较多出现在涉及计算机信息系统的若干罪名中，“侵入”本身就含有未经授权或者超越授权使用计算机信息系统的含义，实践中已有不少与之相关的生效案例。最高人民法院研究室喻海松法官在其著作中亦提出“侵入的本质特征是未经授权或者超越授权”，“能否成为‘侵入’，关键就在于是否获得授权”。¹⁴

14. 参见喻海松：《网络犯罪二十讲》，2018年5月版，第30页。

(三) 关于“计算损失数额或违法所得”的内容对照及修订新动态

现行《刑法》及相关司法解释	《中美经贸协议》中文版	《关于全面加强知识产权司法保护的意見》	《司法解释（三）》	《立案追诉标准的补充规定》（征求意见稿）
两高《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条 给商业秘密的权利人造成损失数额在 50 万元以上的，属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”。 给商业秘密的权利人造成损失数额在 250 万元以上的，属于刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”。 《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）》第七十三条 侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉： （一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的； （二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的； （三）致使商业秘密权利人破产的； （四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。	第 1.7 条：启动刑事执法的门槛 二、中国：（一）作为过渡措施，应澄清在相关法律的商业秘密条款中，作为刑事执法门槛的“重大损失”可以由补救成本充分证明，例如为减轻对商业运营或计划的损害或重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本，并显著降低启动刑事执法的所有门槛；以及（二）作为后续措施，应在可适用的所有措施中取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。	5. 加强商业秘密保护。正确把握侵害商业秘密民事纠纷和刑事犯罪的界限。...完善侵犯商业秘密犯罪行为认定标准，规范重大损失计算范围和方法，为减轻商业损害或者重新保障安全所产生的合理补救成本，可以作为认定刑事案件中“造成重大损失”或者“造成特别严重后果”的依据。加强保密商务信息等商业秘密保护，保障企业公平竞争、人才合理流动，促进科技创新。	第四条 实施刑法第二百一十九条规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为“给商业秘密的权利人造成重大损失”： （一）给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的； （二）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的； （三）造成商业秘密的权利人其他重大损失的。 给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在二百五十万元以上的，应当认定为刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”。 第五条 ¹⁵	侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉： （一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的； （二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的； （三）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的； （四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。 前款规定的造成损失数额或者违法所得数额，可以按照下列方式认定……

1. 降低入罪数额标准

《司法解释（三）》将侵犯商业秘密的入罪数额从《2004 年解释》规定的“五十万元以上”降至“三十万元以上”。此外，《司法解释（三）》还进一步扩充入罪情形，将因侵犯商业秘密导致权利人破产、倒闭等情形纳入重大损失认定范围。

2. 明确计算损失数额或违法所得的依据

如何确定侵犯商业秘密犯罪“损失数额或者违法所得”的认定依据一直是此类案件侦办的难点。《中美经贸协议》第 1.7 条约定“...作为刑事执法门槛的‘重大损失’

可以由补救成本充分证明，例如为减轻对商业运营或计划的损害或重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本，并显著降低启动刑事执法的所有门槛。”《司法解释（三）》对此难点问题作出回应，规定“商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。”与此同时，《司法解释（三）》进一步明确在不同情景下“损失数额或者违法所得”的多种认定标准，如：商业秘密的合理许可使用费、权利人因被侵权造成销售利润的损失等均可作为认定依据。我们梳理如下：

15. 第五条 实施刑法第二百一十九条规定的行为造成的损失数额或者违法所得数额，可以按照下列方式认定：
（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定；
（二）以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定；
（三）违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定。

认定标准	适用场景	最高人民法院法官解读 ¹⁶
合理许可使用费	以不正当手段获取权利人的商业秘密,尚未披露、使用或者允许他人使用的	鉴于以盗窃等不正当手段获取商业秘密的行为往往更加隐蔽、卑劣,权利人难以通过正常途径予以防范,社会危害性高于违反保密约定或者保密要求滥用商业秘密的行为,应当予以重点打击和防范。行为人通过不正当手段获取权利人的商业秘密,实际上节省了正常情况下获取商业秘密本应支付的许可使用费,该许可使用费正是权利人应当收取而未能收取的,应当属于遭受的损失。因此,此情形下按照该项商业秘密的合理许可使用费确定权利人的损失是合理的。
因被侵权造成销售利润的损失	以不正当手段获取权利人的商业秘密后,披露、使用或者允许他人使用的,但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的,根据合理许可使用费确定	原则上损失数额应当按照商业秘密用于经营造成权利人销售利润的减少这一损失计算,如同时存在前项规定的商业秘密合理许可使用费的,应当就高计算,不应当叠加认定或者任选其一认定。
	违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的	鉴于该情形下行为人对商业秘密的占有是合法正当的,较盗窃等不正当手段获取商业秘密行为而言社会危害性相对较小,在入罪门槛上应当有所区别。造成的损失按照行为人使用商业秘密造成权利人销售利润的损失计算,而不应当以商业秘密的合理许可使用费或者商业秘密的商业价值作为认定损失的依据。
	明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用、允许使用,仍获取、使用或者披露的	鉴于此种明知商业秘密来源不合法仍获取、使用、披露的“第二手”侵权行为,较直接不正当手段获取商业秘密及直接违约侵犯商业秘密行为而言,社会危害性相对小,造成的损失亦应当按照行为人使用商业秘密造成权利人销售利润的损失计算。
商业价值	因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的。商业秘密的商业价值,可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定;	该两种情形导致权利人的竞争优势丧失,可以将商业秘密的商业价值作为认定给权利人造成损失的依据。对于商业秘密的商业价值,可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定。需要注意的是,以商业秘密的商业价值作为认定损失的依据,只适用于商业秘密已为公众所知悉或者灭失的情形,而不应当扩大适用于其他侵犯商业秘密的情形。

多年来,侵犯商业秘密刑事案件“损失数额或者违法所得”的确定一直缺少明确的计算方法,各地法院在案件审理中也采取多种不同方式对相应数额进行计算。早在2006年,广州市人民法院在审理的龚某某等侵犯商业秘密案件¹⁷中,法官通过商业秘密权利人往年平均销售利润率及平均单价,来计算被告人侵犯

商业秘密行为造成商业秘密权利人销售利润减少的数额;有的地方法院则是综合涉案技术信息的研发成本、被告人获利情况认定“损失数额或者违法所得”。《司法解释(三)》提出的确定案件损失数额或违法所得的标准是对过往案件审理思路和实践做法的梳理、总结,为未来刑事案件办理提供了更为清晰明确的指导。

16. 第五条 实施刑法第二百一十九条规定的行为造成的损失数额或者违法所得数额,可以按照下列方式认定:

(一) 以不正当手段获取权利人的商业秘密,尚未披露、使用或者允许他人使用的,损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定;
(二) 以不正当手段获取权利人的商业秘密后,披露、使用或者允许他人使用的,损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定,但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的,根据合理许可使用费确定;

(三) 违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的,损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定;

(四) 明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用、允许使用,仍获取、使用或者披露的,损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定;

(五) 因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的,损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值,可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定;

(六) 因披露或者允许他人使用商业秘密而获得的财物或者其他财产性利益,应当认定为违法所得。

前款第二项、第三项、第四项规定的权利人因被侵权造成销售利润的损失,可以根据权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润确定;销售量减少的总数无法确定的,可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定;权利人因被侵权造成销售量减少的总数和每件产品的合理利润均无法确定的,可以根据侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。商业秘密系用于服务等其他经营活动的,损失数额可以根据权利人因被侵权而减少的合理利润确定。

商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用,应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。

17. 林广海 许常海:《〈关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)〉的理解与适用》,载《人民法院报》2020.10.29。

（四）其他修订方面

现行《刑法》及相关司法解释	《中美经贸协议》中文版	《关于全面加强知识产权司法保护的意见》	《司法解释（三）》	《刑法修正案（十一）》（草案二审稿）
/	第 1.26 条:行政执法向刑事执法的移交 一、如依据客观标准, 存在基于清晰事实的对于知识产权刑事违法行为的“合理嫌疑”, 中国应要求行政部门将案件移交刑事执法。	16. 深入推行“三合一”审判机制。建立和完善与知识产权民事、行政、刑事诉讼“三合一”审判机制相适应的案件管辖制度和协调机制, 提高知识产权司法保护整体效能。把握不同诉讼程序证明标准的差异, 依法对待在先关联案件裁判的既判力, 妥善处理知识产权刑事、行政、民事交叉案件。	/	/
/	第 1.27 条:达到阻遏目的的处罚 二、中国: (一) 作为过渡措施, 应阻遏可能发生的窃取或侵犯知识产权的行为, 并加强现有救济和惩罚的适用, 按照知识产权相关法律, 通过以接近或达到最高法定处罚的方式从重处罚, 阻遏可能发生的窃取或侵犯知识产权的行为, 以及 (二) 作为后续措施, 应提高法定赔偿金、监禁刑和罚金的最低和最高限度, 以阻遏未来窃取或侵犯知识产权的行为。	12. 有效提高侵权赔偿数额。充分运用工商税务部门、第三方商业平台、侵权人网站或上市文件显示的相关数据以及行业平均利润率等, 依法确定侵权获利情况。综合考虑知识产权市场价值、侵权人主观过错以及侵权行为的持续时间、影响范围、后果严重程度等因素, 合理确定法定赔偿数额。对于情节严重的侵害知识产权行为, 依法从高确定赔偿数额, 依法没收、销毁假冒或盗版商品以及主要用于侵权的材料和工具, 有效阻遏侵害知识产权行为的再次发生。	第十条 对于侵犯知识产权犯罪的, 应当综合考虑犯罪违法所得数额、非法经营数额、给权利人造成的损失数额、侵权假冒物品数量及社会危害性等情节, 依法判处罚金。 罚金数额一般在违法所得数额的一倍以上五倍以下确定。违法所得数额无法查清的, 罚金数额一般按照非法经营数额的百分之五十以上一倍以下确定。违法所得数额和非法经营数额均无法查清, 判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的, 一般在三万元以上一百万元以下确定罚金数额; 判处三年以上有期徒刑的, 一般在十五万元以上五百万元以下确定罚金数额。	十八、在刑法第二百一十九条后增加一条, 作为第二百一十九条之一: “为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的, 处五年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金; 情节严重的, 处五年以上有期徒刑, 并处罚金。”

1. 将“违反约定”修改为违反“保密义务”

《刑法修正案（十一）》（草案二审稿）在条文第一款第（三）项罪状描述中, 将原条文“违反约定”的表述修改为违反“保密义务”。该表述早在 2019 年修订的《反不正当竞争法》中就有所体现, 此番修改使得相关罪状表述与《反不正当竞争法》达成统一。司法实践中, 本罪的涉案人员大多是曾合法知悉商业秘密内容原公司内部人员。一般来言, “违法保密义务”的涵盖范围要大于“违法约定”, 有些案件中可能涉及到未在合同中约定保密, 但根据诚信原则以及合同的性质和目的、交易习惯、缔约过程等, 涉案人员知道或者应当知道相关信息属于权利人的商业秘密, 此时可以考虑认定其应承担相应的保密义务。

2. 提高监禁刑和罚金的最低和最高限度

提高监禁刑和罚金的最低和最高限度同样是《中美经贸协议》约定的重要内容。《中美经贸协议》第 1.27 条约定, “为达到阻遏目的的处罚..., (二) 作为后续措施, 应提高法定赔偿金、监禁刑和罚金的最低和最高限度, 以阻遏未来窃取或侵犯知识产权的行为。”

现行《刑法》第二百一十九条针对侵犯商业秘密罪设置了两个量刑档: 一是给商业秘密的权利人造成重大损失的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金; 二是造成特别严重后果的, 处三年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金。《刑法修正案（十一）》（草案二审稿）将侵犯商业秘密罪“情节特别严重”情形的量刑幅度提高至“三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金”。关于罚金方面, 《司法解释（三）》第十条规定, 应当综合考虑犯罪违法所得数额、非法经营数额、给权利人造成的损失数额、侵权假冒物品数量及社会危害性等情节, 依法判处罚金。罚金数额一般在违法所得数额的一倍以上五倍以下确定。违法所得数额无法查清的, 罚金数额一般按照非法经营数额的百分之五十以上一倍以下确定。违法所得数额和非法经营数额均无法查清, 判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的, 一般在三万元以上一百万元以下确定罚金数额; 判处三年以上有期徒刑的, 一般在十五万元以上五百万元以下确定罚金数额。

3. 增加新罪状

在原条文之后增加一条, 作为第 219 条之一, 规制“为

境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密”的行为，其保护的法益是我国社会主义市场经济秩序，与刑法第 219 条不同的是 219 条是结果犯，219 条之一是行为犯，一旦实行行为成就即构成犯罪。

4. 从重处罚侵犯商业秘密犯罪

《中美经贸协议》第 1.26 条约定，“...作为过渡措施，应阻遏可能发生的窃取或侵犯知识产权的行为，并加强现有救济和惩罚的适用，按照知识产权相关法律，通过以接近或达到最高法定处罚的方式从重处罚，阻遏可能发生的窃取或侵犯知识产权的行为。”《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护的意见》对此规定作出相应回应，第 8 条规定“准确把握知识产权刑事法律关系与民事法律关系的界限，强化罚金刑的适用，对以盗窃、威胁、利诱等非法手段获取商业秘密以及其他社会危害性大的犯罪行为，依法从严从重处罚，有效发挥刑罚惩治和震慑知识产权犯罪的功能。”

（五） 解决“立案难”将是未来商业秘密刑事保护的着力点

《中美经贸协议》不仅约定协议双方商业秘密刑事保护的“过渡措施”，而且就双方的后续保护措施也作出相应安排。其中，取消以发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求被明确约定在协议中。《中美经贸协议》第 1.7 条约定“作为后续措施，应在可适用的所有措施中取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。”该条协议内容直指司法实务中普遍存在的商业秘密刑事案件“立案难”的问题。无论是中资企业还是外资企业，在试图通过刑事报案的手段维护企业合法权益时，一般需提交相应证据证明实际损失发生。实际损失作为启动刑事调查的前提增加了商业秘密权利人依法维护自身合法利益的难度，不利于商业秘密的保护。《刑法修正案（十一）》（草案）在修订时虽然删除了现行刑法第二百一十九条“给商业秘密的权利人造成重大损失的”规定，但使用了“情节严重的”的行文表述，未来在启动刑事调查的具体落实层面会如何把握、运用尚需进一步观察。《中美经贸协议》第 1.7 条的此项约定是中美双方从维护国家长远利益的角度出发就商业秘密保护问题达成的重要共识，符合两国的共同利益。中国正逐渐转变为知识产权的生产国，未来取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求，无疑将加强企业知识产权的保护力度，助力创新型企业的发展。

五、探索完善企业刑事合规附条件不起诉制度

近期，许多专家学者及实务人士呼吁对现行刑事诉讼制度进行改革，引入域外暂缓起诉制度，并进行本土化改造，以此作为企业刑事合规的重要激励措施，促进企业建立完善刑事合规体系，形成合规经营文化。刑事诉讼制度改革是加强中国企业刑事合规的必由之路，虽然目前司法实务尚缺少开展企业刑事合规暂缓起诉的制度基础，但值得关注的是，2020 年以来浙江、江苏、广东等多地检察机关在现行刑事诉讼制度框架下，已经开始积极探索将企业刑事合规引入司法实践的可行路径，最高检也积极探讨“企业犯罪相对不起诉适用机制改革”课题。在依法办理涉企业刑事案件的同时，检察机关充分参与社会综合治理，逐步摒弃偏重于“打击”的传统办案模式，采用“刑事打击”与“合规指导”并重的办案理念，督促企业依法合规经营。本文认为，现阶段可以将“合规检察建议”与“相对不起诉”制度充分结合起来，将企业在刑事合规方面的表现作为检察机关对涉案企业作相对不起诉处理的重要考量因素。

（一）疫情笼罩下检察官的办案“压力”

日前，山东省青岛市人民检察院的张姓检察官在办理一起走私普通货物案件时感到肩上的“压力”很大。青岛某跨境电商公司副总经理陈某帮助青岛某实业有限公司将应当按照一般贸易商品进口的化妆品，通过伪造单据的方式冒充跨境电商的进口模式，偷逃税款，涉嫌构成走私犯罪。案发后，陈某所在公司考虑到无法预估的刑事风险，决定停止公司所有的跨境电商业务，这让承办案件的检察官倍感“压力”。¹⁸这种“压力”源于办案检察官对当前经济形势下企业生存、职工就业、税收缴纳等诸多社会问题的深深忧虑，更体现了办案检察官的责任担当。张姓检察官认为，案涉企业属于早期在青岛成立的一批公司，具有进一步发展壮大的前景，如果因为受案件影响放弃继续经营，对企业、员工甚至整个行业都会产生严重的负面影响。在 2020 年疫情给整个社会经济发展带来很大影响的背景下，绝不能出现因为办理一起案件而导致一个有发展前途的企业倒闭。经向领导汇报，张姓检察官决定对企业开展“营救”，帮助企业搭建合规体系，打消企业顾虑。张姓检察官决定发挥检察建议在参与社会治理中的积极作用，采取了一系列合规指导措施：（1）沟通考察。检察官与企业负责人开展多次沟通，并前往企业考察，建议企业继续经营发展；（2）提出检察建议。建议企业建立风控部门，完善业务审批机制，堵塞系统漏洞，更改系统设置，加强法制培训；（3）公开送达。在第三方代表监督下，向企业公开送达检察建议，要求案涉企业认真整改、合规经营。案涉企业表示将根据检察建议进行有针对性整改，完善企业内控制度，规范合规做好跨境电商业务。案件办理收到良好的社会效果。

张姓检察官的“压力”促成了一家国内跨境电商企业刑事合规体系的完善，挽救了企业蓬勃发展的新兴业务。实际上，早在 2001 年，美国联邦检察官在处理“安

18.【经检卫士】当检察官听说企业准备不干了 检察建议助力跨境电商 保障新型小微企业复工复产，青岛市人民检察院微信公众号 2020 年 6 月 15 日，最后访问：2020 年 8 月 21 日，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzAwMTE0NjAwMA==&mid=2649912788&idx=1&sn=64b6dedf5ef796aabce38c33efffac99&chksm。

达信公司事件”时也曾遭遇过类似的“震撼”。“安达信公司事件”中，一位联邦检察官在国会作证时表示安达信事件深深“震撼”了所有联邦检察官，促使他们积极寻找处理法人犯罪的第三条道路。¹⁹ 安达信公司曾是全球五大会计师事务所之一，为安然公司提供内部审计和咨询服务。2001 年安然财务丑闻爆发，安达信的休斯顿事务所开始销毁有关安然公司的大量会计账册，后检方认定安达信公司涉嫌妨害司法罪。联邦地区法院认定指控安达信公司罪名成立，判处有期徒刑 50 万元，责令五年内不得从事会计业务，后案件上诉至联邦最高法院。案件对安达信公司造成毁灭性打击，业务大量流失，仅在美国就有 28000 余人失业，在美国经济下行的背景下，联邦检察官动辄对企业提起刑事诉讼的做法也受到较大的争议，最终导致美国对企业起诉政策的重大调整。

中美两国虽然法律文化背景不同，且隶属于不同法系，但两国检察机关对于企业、经济乃至国家发展的关注和责任是相通的，在鼓励、引导企业开展刑事合规方面具有相似的使命。

（二）多地检察机关创新引导企业刑事合规举措

除了上述青岛市检察机关外，还有多地检察机关在实际办案中关注到了企业刑事合规问题。这些检察机关在办案之余，同时对企业的刑事合规问题进行走访调查，听取企业、行业相关人员意见，查阅企业管理规章制度，提出整改建议，有的还要求涉案企业出具合规承诺书，并将企业刑事合规风险作为适用相对不起诉的重要评估指标。以下选择两个典型案例述之。

1. 引导企业刑事合规的典型案例

（1）对涉案企业作不起诉处理的同时，要求企业提供刑事合规承诺书

浙江省岱山县某企业通过伪造增值税专用发票、虚构抵押物等方式骗取银行贷款人民币 400 余万元，涉案企业及员工也被移送检察机关审查。受理案件后，办案检察官多次走访企业、银行，了解到企业经营困难。办案检察官认为，涉案当事人是企业负责人及业务骨干，如果提起公诉，势必会影响企业运营及融资能力，且大量员工将面临失业风险。从服务民营经济角度出发，检察官在仔细审查案件的基础上，要求企业以此为戒，严格筑牢合规经营“防火墙”，并要求企业提交合规经营承诺书。收到承诺书后，岱山检察院召开了拟不起诉公开听证会，邀请了人民监督员参与案件评议，最终岱山县检察院对涉案企业与涉案人员作出相对不起诉决定并公开宣告。²⁰

（2）对涉案企业作不起诉处理的同时，督促企业搭建刑事合规体系

江苏省盐城市某单位智能化项目公开招标，某公司管理人员刘某某使用公司名义帮助其他公司违规围标、串标，后被以串通投标罪名移送检察机关审查起诉。

²¹ 检察官在审查起诉时发现，刘某某等人犯罪情节较轻，且作为公司主要管理人员，一旦被判处刑罚，企业的经营必定会陷入困境。检察官通过走访公司，听取相关人员意见，邀请侦查人员、人民监督员等参加公开听证，并最终从促进企业生存发展、保障员工生计、维护社会稳定的角度出发，依法作出相对不起诉处理。与此同时，检察机关向公司提出完善人员管理制度、加强公章管理、健全公司内部监管等的检察建议，帮助企业堵塞管理漏洞、提高安全防范能力。

2. 引导企业刑事合规的机制

除了在具体个案中引导企业刑事合规，一些地区检察机关还尝试在现有制度框架下，建立引导企业刑事合规的机制。

（1）深圳创新：注重企业刑事合规内控机制

2020 年 8 月 21 日，广东省深圳市宝安区人民检察院与宝安区司法局举行企业刑事合规协作会签仪式，共同签署《关于企业刑事合规协作暂行办法》（《暂行办法》），双方围绕办理涉企刑事案件建立工作衔接机制，共同推动宝安区企业刑事合规独立监控人的选任、培训、考核、监督和管理的工作，保障独立监控人依法履行职责，发挥调查、规划、监督的作用，为企业合规经营提供专业的法律支撑，提升企业风险防控能力及市场竞争力，避免企业因法律风险遭受巨大损失。同月 28 日，宝安区司法局发布了《深圳市宝安区司法局关于企业刑事合规独立监控人选任及管理暂行规定（试行）》，之后又公布了第一批企业刑事合规独立监控人拟入库名单。

《暂行办法》规定，企业刑事合规是指涉嫌单位犯罪的公司、企业等主体，在独立监控人的监督及帮助下，针对刑事风险的识别、控制方面的漏洞，建立并完善预防、发现和制止企业违法犯罪行为的内部控制机制，使企业的生产经营行为符合《中华人民共和国刑法》等刑事法律规定。其中，独立监控人是指受犯罪嫌疑企业委托，对企业刑事合规情况进行调查、规划、监督的律师事务所，主要职责是就企业刑事合规情况进行调查，协助犯罪嫌疑企业制定合规计划以及协助区人民检察院监督合规计划的执行，并针对其履职情况、企业刑事合规建设出具阶段性书面监控报告，作为区人民检察院作出相应处理决定的参考。

总结而言，深圳市宝安区的上述做法通过引入外部专业第三方机构，强化企业刑事风险的内控机制。同时，在企业涉嫌刑事犯罪时，检察机关可以根据第三方机构出具的书面监控报告，来决定对涉案企业作何种处理。

（2）浙江创新：强调企业刑事合规轻缓化处理

2020 年 10 月 22 日，浙江省人民检察院携手浙江省工商业联合会在温州市鹿城区人民检察院挂牌成立新时代“两个健康”法治研究中心（简称研究中心），

19. 参见陈瑞华：《企业合规基本理论》，法律出版社 2020 年版，第 316 页。

20. 这家企业向检察官提交了企业合规承诺书，这是怎么回事？，岱山县人民检察院微信公众号 2020 年 8 月 14 日，最后访问：2020 年 8 月 21 日，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzIwMTY1ODk1NQ==&mid=2651053360&idx=1&sn=43bdee5a6d2b0fa50f10e57978a9138e&chksm.

21. 不起诉决定让企业放下“包袱”，盐城开检微信公众号 2020 年 7 月 14 日，最后访问：2020 年 8 月 21 日，https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzIwMTY1ODk1NQ==&mid=2651053360&idx=1&sn=43bdee5a6d2b0fa50f10e57978a9138e&chksm.

旨在通过亲清政商关系、清廉民企建设、知识产权保护、法律风险防范等方面调查研究。同日下午，研究中心召开涉企刑事司法与营商环境优化研讨会，围绕侵犯商业秘密、加强企业涉税类犯罪案件轻缓化处理等问题展开交流。

在研讨会上，专家学者及实务人士围绕虚开增值税专用发票罪的认定及处理问题展开了探讨。虚开增值税专用发票罪是企业比较常见和高发的犯罪类型，一些企业基于方便交易、虚增业绩、提高融资能力及逃税等考虑，用购买等非法方式取得增值税专用发票。当前，我国对虚开增值税专用发票罪采取了较为严厉的刑事政策，不仅规定了较低的入罪及法定刑升格门槛，还未区分犯罪意图、有无真实交易、造成的损失等因素，仅以虚开的税款数额作为主要标准，一定程度上模糊了行政处罚与刑事处罚的界限，而一旦刑事立案，动辄查封、扣押或冻结上百万、上千万元的企业资产。较多专家学者建议应当区分不同情形，适当降低刑罚，避免给企业生存发展造成巨大压力，继而引发就业和社会问题。对此，被浙江省人民检察院指定为企业经济犯罪刑事合规法律监督试点单位的鹿城区人民检察院提出，将创新办案思路，拟对一定税额以下的虚开增值税专用发票案件，在初犯偶犯、挽回损失的前提下，具有相应法定从轻减轻情节的，检察机关将考虑作不起诉决定，同时对于行为人有违法所得或违法行为的，及时向有关主管机关发出《检察意见书》，确保刑事法律和其他法律法规的衔接；此外，将考虑借鉴未成年人附条件不起诉制度的精神，在审查起诉时，检察机关对应当负刑事责任的犯罪嫌疑人设立一定考察期，如其在考察期内积极履行相关社会义务，完成刑事合规审查的，检察机关将依法作出不起诉决定。

总结而言，温州市鹿城区在现行法律框架下，结合实际情况针对特定企业刑事犯罪作“轻缓化处理”，具体以相对不起诉及“附条件不起诉”（将来）为主要措施，并借助检察建议实现刑事处罚向行政处罚的过渡，具有相当的积极意义。

（3）江苏创新：突出企业刑事合规综合治理

2020年11月19日，江苏省人民检察院发布了《关于服务保障民营企业健康发展的若干意见》，该意见基于保障民营经济高质量发展的出发点，较为全面地规定了关于检察机关开展企业刑事合规的改革措施，重点内容总结如下：

（1）落实“轻轻重重”刑事理念。要求检察机关充分落实“少捕”“少押”“慎诉”要求，对于社会危害性不大、认罪认罚的民营企业涉罪轻案，坚决做到能不捕的不捕、能不诉的不诉、能不羁押的不羁押、能不判实刑的就提出宽缓量刑的建议。

（2）慎重处理新类型案件。要求检察机关严格把握涉民营企业生产经营、创新创业等新类型案件的法律政策界限，对形式上符合刑法罪名规定，但实质上没有社会危害性或者危害性不大，可依据行政法规处罚或寻求民事法律救济的，要从有利于促进企业生产发展、有利于保障员工生计、有利于维护社会稳定的角度作出检察决定，不能机械套用刑法条文，防止简单化“对

号入座”。

（3）用足用好起诉裁量权。逐步扩大酌定不起诉在认罪认罚案件中的适用，推动更多民营企业涉罪轻刑案件在检察环节依法得到轻缓处理。对具有从轻、减轻情节或者社会危害性不大且认罪认罚的民营企业涉罪轻刑案件，可暂缓作出起诉决定，督促企业建立健全合规体系。经过一定的期限后，经评估达到刑事合规标准的，可依法对其作出不起起诉决定或者提出从宽处罚的量刑建议，并撤回检察机关已公开的案件信息。

（4）建立健全企业违法犯罪预防机制。例如，及时制发刑事风险提示函。司法办案中发现民营企业存在刑事犯罪风险的，可主动向相关企业制发刑事风险提示函，提示企业运营过程中的法律风险点并提出具体防范对策，督促企业改进风险内控制度，提高企业家的自我保护意识，提高企业经营管理的法治化水平。再如，精准制发检察建议。结合司法办案，深入剖析企业内部发生犯罪的原因、特点和规律，向涉案企业精准制发检察建议，帮助企业建章立制、堵塞漏洞，建立并执行有效的刑事合规计划。分析研究涉罪涉诉民营企业特点，就金融、知识产权、逃废债等领域的公共管理问题，加强类案研究，向政府相关职能部门提出检察建议，解决影响民营企业健康发展的普遍性、苗头性问题。

总结而言，江苏省发布的上述文件，涵盖了深圳及浙江的主要创新举措，从两个角度概括：一是加强企业违法犯罪预防及内控机制，前述第（4）项即属于此类；二是落实企业部分刑事犯罪“轻缓化”处理政策，前述第（1）、（2）、（3）项即属于此类。值得一提的是，上述文件将认罪认罚程序与相对不起诉制度结合，给相对不起诉决定提供了更充分的正当性基础。

（三）关于“合规检察建议+相对不起诉”方案的可行性

上述分析了现阶段检察机关创新引导企业刑事合规的相关举措，目前各地检察机关采用的处理方式虽然略有不同，但此类差异化的处置方案所遵循的基础脉络是相同的，可概括为“内控整改+轻缓化处理”，对应在程序上即为“合规检察建议+相对不起诉”模式。当前，“合规检察建议+相对不起诉”模式已经具备在刑事司法实务中广泛适用的条件，主要理由如下：

1. 运用检察建议推动民营企业合规经营是检察机关的重要职能

（1）检察机关引导企业开展刑事合规的职能定位

“推动民营企业筑牢守法合规经营底线”是最高人民检察院（简称高检院）检察长张军在2020年1月召开的全国检察长会议上对检察工作提出的要求。此外，高检院常务副检察长童建明在2020年9月召开的企业刑事合规与司法环境优化研讨会上提出：“检察机关要准确把握涉企案件司法政策界限、改进办案方式方法。要把民法典中蕴含的产权保护理念贯彻到刑事司法中，尽量把对企业正常生产经营活动的负面影响降到最低。检察机关在做好指控证明犯罪的同时，要

积极参与社会治理，助力依法开展刑事合规管理”。²²

根据国家机构职能定位，检察机关属于司法机关而非行政机关，其主动参与企业治理的方式有限，但目前检察建议的制度设计无疑是检察机关参与企业治理的有力抓手。检察建议是人民检察院依法履行法律监督职责，参与社会治理，维护司法公正，促进依法行政，预防和减少违法犯罪，保护国家利益和社会公共利益，维护个人和组织合法权益，保障法律统一正确实施的重要方式。²³根据高检院发布的《人民检察院检察建议工作规定》（下称《检察建议工作规定》）第十一条第（一）项规定，人民检察院在办理案件中发现涉案单位在预防违法犯罪方面制度不健全、不落实，管理不完善以及存在违法犯罪隐患，需要及时消除的，可以向有关单位和部门提出改进工作、完善治理的检察建议。不难看出，涉案单位预防违法犯罪方面的制度不健全、不落实，管理不完善以及存在违法犯罪隐患等恰恰对应的是企业刑事合规体系缺失的问题，而检察建议针对的正是企业经营刑事不合规的“疾患”。通过检察建议督促、引导企业刑事合规应是一项重要的检察职能。

（2）检察机关开展企业刑事合规尽职调查的措施

为保障检察建议的针对性，《检察建议工作规定》第十四条赋予检察官多项具体调查措施，这些措施包括：查询、调取相关证据材料；向当事人、有关知情人员或者其他相关人员了解情况；听取被建议单位意见；咨询专业人员、相关部门或者行业协会等对专门问题的意见；委托鉴定、评估、审计；现场走访、查验等。《检察建议工作规定》赋予检察官的调查措施与国内外专业律师事务所针对企业采取的常规刑事合规尽调手段相似，换言之，检察建议的出具过程相当于由办案检察官针对涉案企业进行一次中低强度的合规尽调，符合专业机构用以发现企业合规漏洞的尽调逻辑及方法。

（3）检察机关参与企业刑事合规的改进空间

囿于案件数量多、办案期限紧、压力大等现实因素的影响，检察官采用检察建议履职较更多关注检察建议发放后涉案单位的回函，属于“文件对文件”的对接层面，而对于建议、回函内容是否真正得到有效推行，企业刑事合规问题是否得到切实整改落实关注度有待加强。检察建议作为治疗企业刑事合规“疾患”的一剂“良药”，尚未充分发挥其应有功效，需要逐步建立保障检察建议发挥作用的长效机制，确保刑事合规检察建议落地生根。

2.“可诉可不诉的，不诉”是保护民营企业刑事政策的集中体现

在2020年年初全国检察长会议上，张军检察长明确指出，“要以更大力度支持民营经济健康发展，把依法惩处与平等保护结合好。既要以更大力度保护民营企业和企业合法权益，切实做到依法能不捕的不捕、能不诉的不诉、能不判实刑的就提出适用缓刑建议，

又要有力推动民营企业筑牢守法合规经营底线。”此前，在重庆市人民检察院第一分院接待群众来访时，张军检察长也曾提出“对于民营企业在今天要格外依法予以平等保护，涉及到就业、社会稳定，涉民营企业家的刑事案件，可捕可不捕的不捕，可诉可不诉的不诉，可判缓刑的就要提出缓刑的建议。

前述刑事政策体现了对民营企业的“偏向”，但未违反司法平等原则，因为相对于国有企业，民营企业无论是在政策支持、市场风险、融资途径等方面，均处于弱势地位，因此需受到更多的鼓励与保护。²⁴

（1）摒弃“风险规避”的办案理念

践行“可诉可不诉的，不诉”，需摒弃“风险规避”的办案理念。实践中，一些公诉和侦查监督部门的检察官总结出的一套办理批捕、公诉案件的“实用经验”，如“可捕可不捕的，不捕”、“可诉可不诉的，起诉”。之所以得出这样的办案经验总结，来源于办案人员在司法责任制下的“风险厌恶”倾向。所谓“可捕可不捕，不捕”是指批捕环节作为检察机关接触刑事案件的第一环节，要严把案件质量关，能不批捕就尽量不批捕。如此一来，即便未来案件出现证据问题导致案件存疑，进而涉及到国家赔偿等事宜，由于批捕阶段检察官并没有批捕犯罪嫌疑人，办案检察官的个人责任较轻。“可诉可不诉的，起诉”是指当案件已经过批捕环节把关，定罪证据一般较为充分，即便案件情节轻微，作起诉决定依然是第一选择。其一，起诉决定可以由员额检察官直接作出，免去汇报请示的繁琐程序；其二，为防止司法腐败发生，不起诉案件被本院或上级单位复查的概率高，为避免复查“麻烦”，案件起诉更为稳妥。

（2）摒弃单一报应主义的刑罚理念

践行“可诉可不诉的，不诉”，需摒弃单一报应主义的刑罚理念，特别是在涉及到单位犯罪的刑罚问题，更应当在考虑报应刑理论的基础上，将预防主义纳入考量之中，实现合理的刑罚目的。很长一段时间里，检察机关更关注于案件的求刑、起诉，较少关注不起诉权的适用。不起诉权是法律赋予检察机关的自由裁量空间，具有重要的社会价值，应当得到充分合理运用。实践中，对于相对不起诉的案件适用范围需要进一步放宽。根据刑事诉讼法的规定，对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。严格从条文文义理解，刑事诉讼法赋予检察机关不起诉的案件适用范围相对较窄。但在检察工作中，各地检察机关针对个案所把握的裁量尺度依然为不起诉权的适用留下了一定的空间。回到条文解释层面，关于“情节轻微”的理解目前存有不同意见，有人主张以刑期作为判断依据，例如将对应刑期在三年或五年以下有期徒刑的列为情节轻微可作不起诉处理范围。以对应刑期作为不起诉决定的参考依据有一定的合理性。但是，检察机关作不起诉决定考量因素是多方面的，在单位犯罪领域，除去对单位犯罪行为的考量外，单位自身情况、单位犯罪后的表现等情形也应作为评定犯罪情节的重要因素。

22. 最高人民检察院在宝安主办企业刑事合规与司法环境优化研讨会，搜狐网 2020 年 9 月 11 日，最后访问：2020 年 11 月 22 日，https://www.sohu.com/a/417788541_487460 最高人民检察院在宝安主办企业刑事合规与司法环境优化研讨会，搜狐网 2020 年 9 月 11 日，最后访问：2020 年 11 月 22 日，https://www.sohu.com/a/417788541_487460。

23. 详见《人民检察院检察建议工作规定》第二条。

24. 大检察官访谈实录 | “通过张检您讲的这些话，我想我这个案子今天就到此为止”，最高人民法院官网 2020 年 5 月 12 日，最后访问：2020 年 8 月 21 日，https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202005/t20200512_460787.shtml。

例如，单位是否有良好的从业记录、是否有一定的合规机制、是否开展国内稀缺业务、是否对地方经济发展存在影响、是否积极配合调查、是否及时挽回损失、是否具有合规整改的强烈意愿和行动等等，也需要作为评估情节轻微的参考因素，综合运用以服务于检察机关不起诉决定的决策制定。

3. 引导企业刑事合规的人才储备较为丰富

企业刑事合规是一项专业性很强的系统工作，从域外成熟的企业刑事合规实践做法来看，企业主动开展刑事合规体系搭建往往需要借助外部专业化律师团队的帮助。而在监管层面，负责评估、验收企业刑事合规机制搭建成果的也是在企业刑事犯罪领域经验丰富的检察官。现阶段，国内大量经过系统法学教育培养的高层次人才涌入检察官队伍，较多成熟的检察官具备独立应对企业刑事案件的思路和能力，如上文提及的青岛市检察院张性检察官在引导企业刑事合规过程中所采取的走访考察、建议企业建立风控部门、完善业务审批机制、堵塞系统漏洞，加强法制培训等，体现了较高的专业性。

此外，可以推广深圳宝安区的作法，从律师队伍里选任有经验的刑事合规监控人，承担企业刑事合规中的预防、指导和监督工作，在提升企业刑事合规的效率同时，减小检察机关的工作压力。

（四）关于“合规检察建议+相对不起诉”方案的初步构想

尽管多地检察机关在企业刑事合规不起诉方面作了许多有益的探索，由于缺乏明确的操作指南，类似探索做法尚未形成完备统一的范式。对此，本文提出以下“合规检察建议+相对不起诉”的初步构想。

1. 涉案企业向检察机关提交不起诉处理的申请及合规承诺书

现阶段，“合规不起诉”宜采取依申请启动的模式。对于涉案的企业，如具有悔罪表现，有意愿进行刑事合规整改，应当在案件审理初期及时向检察机关申请对案件作不起诉处理，同时作出合规整改承诺，保证一定期限内递交合规整改方案。

2. 检察官针对适宜作合规不起诉处理的涉案企业，出具合规检察建议

检察官在查阅案件卷宗材料，走访涉案行业、企业，查阅企业文件资料，询问相关人员的基础上，针对适宜作合规不起诉处理的涉案企业，出具合规检察建议，结合涉案企业现有的合规制度，指出企业管理方面存在的合规漏洞，提出设置专门合规管理部门、制定合规政策和程序、开展合规风险评估、组织合规培训、进行第三方尽职调查等企业刑事合规整改的方向性建议。同时，做好刑事处罚向行政处罚的过渡工作，即发现存在行政处罚必要性的，应及时向相关部门发送检察建议。

3. 涉案企业接到合规检察建议后，在一定期限内提交合规整改方案，并着手开展整改

涉案企业接到合规整改检察建议后，应组织企业法务人员或外聘律师针对检察机关的合规检察建议进行逐条落实，制作合规整改方案并及时提交检察机关，由于受现行刑事诉讼制度下审查起诉办案期限所限，现阶段整改方案提交期不宜过长。与此同时，企业需要按照合规检察建议及整改方案的内容着手进行企业合规内部整改，将相关政策落到业务开展的实践中去，同样地，该整改期限也不宜过长。在特定情况下，检察机关可以考虑针对拟进行“合规检察建议+相对不起诉”处理的单位犯罪案件运用现行刑事诉讼制度下的延长审查起诉期限等办案程序，或者采用提前介入侦查的方式，在侦查阶段指导企业开展合规整改，以确保验收阶段涉案企业合规整改方案切实执行。

4. 检察机关验收企业刑事合规成果，结合案情对企业作出相对不起诉处理

检察机关收到合规整改方案后，可以对方案提出修订完善建议并反馈给涉案企业。同时在涉案企业根据检察建议及整改方案对企业进行刑事合规整改后，对企业实际整改落地情况进行验收评估，最后结合案情对企业作出相对不起诉处理。

总的来看，“合规检察建议+相对不起诉”方案是当前法律框架下，完善企业刑事合规下的不起诉制度之适宜办法，但考虑到企业刑事合规整改方案的提出、执行通常需要较长的时间，将来更为妥当的作法是借鉴未成年人附条件不起诉制度，创建企业刑事合规下的附条件不起诉制度，提升检察机关引导企业刑事合规工作的规范性。

