

# 植德电商物流与贸易委员会年刊

2022

— 植德律师事务所 —

北京 | 上海 | 深圳 | 武汉 | 珠海 | 海口

Beijing | Shanghai | Shenzhen | Wuhan | Zhuhai | Haikou

# 目录

<b>第一部分 植德观点</b> .....	<b>1</b>
<b>关务税务与出口管制篇</b> .....	<b>1</b>
出口管制及贸易制裁措施对中国半导体企业影响之解析.....	2
供应链合规新挑战下，中国企业信息披露义务边界.....	11
破除芯片领域“卡脖子”困境，需防范人才流动风险.....	18
狭路相逢，善用规则者胜——换一个视角看美国出口管制新规.....	27
RCEP 原产地规则解读.....	33
企业如何避免构成走私.....	36
收到海关的稽查通知怎么办——归类篇.....	39
收到海关的价格质疑通知怎么办——估价篇.....	43
<b>数据合规篇</b> .....	<b>48</b>
《算法新规》实施后，首批算法备案名单公布：八问八答.....	49
《网络安全法》首次修订要点解读.....	57
《网络安全法》迎第一次修订，有哪些新信号？.....	59
标准合同第三方受益人机制对安全评估工作的影响.....	65
网络账号管理迎来又一新法——《互联网用户账号信息管理规定》快评.....	69
寄递用户个人信息保护又上新台阶.....	75
<b>品牌运营及渠道管理篇</b> .....	<b>80</b>
当药品、医疗器械遇到互联网——药械产品互联网广告合规风险防范指引.....	81
元宇宙互联网广告：跳转链接合法性的审查.....	88
虚拟数字人广告代言的法律问题分析.....	92
直播带货中的产品质量安全及责任承担.....	104
<b>知识产权篇</b> .....	<b>112</b>
算法推荐与网络服务提供者的著作权侵权责任.....	113
赠品上的商标使用分析.....	122
反不正当竞争法修订草案征求意见稿之流量劫持.....	128
<b>政府监管与合规篇</b> .....	<b>132</b>
ESG 通识篇——认识 ESG 体系.....	133
保健食品广告合规要点.....	140
保健食品监管研究（一）——分类与监管体系介绍.....	149
从《药品网络销售监督管理办法》的角度看处方药销售的立法沿革与监管.....	152
化妆品网络经营合规要点分析.....	162
监管新规之下，药品网络销售资质一览.....	166
疫苗 MAH 必读——《疫苗生产流通管理规定》要点解析.....	170
内保外贷业务中的外汇监管合规.....	176

<b>争议解决篇.....</b>	<b>180</b>
国际商事仲裁中的费用分担 .....	181
国际仲裁中的律师费用核算 .....	185
合规守护价值：首例数据合规不起诉案点评 .....	189
违约方的合同僵局破解之道：以大宗商品交易为视角.....	194
国际仲裁法律效力基石-意思自治.....	205
<b>投融资并购及 IPO 篇.....</b>	<b>208</b>
19 个案例的启示：“AB 股”之科创板 IPO 实践现状.....	209
ESG 信息披露篇——从内地及香港上市公司视角出发.....	217
人民币基金投资红筹架构企业的路径观察与实务要点简析.....	227
《网络安全审查办法》对企业资本运作的影响 .....	236
合伙型私募基金投资人可否通过解除合伙协议实现退出？ .....	240
《扬帆日本：常见问题》系列：市场准入篇 .....	242
近期化妆品行业的吸金点和投融资过程中的关注点.....	269
<b>第二部分 回顾与展望.....</b>	<b>274</b>
2023 年外贸形势及跨境电商发展——海关总署答记者问.....	275
2022 年植德数据合规年度盘点 .....	279
2022 年中国药械领域法规变迁 8 大看点和监管态势展望.....	282
A 股上市公司控制权交易--2022 年度评述.....	288
2022 年 A 股上市公司控制权争夺综述.....	296
<b>第三部分 荣誉与业绩.....</b>	<b>303</b>
植德荣登《钱伯斯大中华区指南 2023》，多领域及律师上榜.....	304
王艺律师同时荣登 2022 年度 LEGALBAND 中国律师特别推荐榜 .....	305
植德项目入选法治日报第四届“一带一路”法律服务典型案例 .....	306
植德为前海管理局跨境贸易大数据平台提供法律服务.....	307
植德再次助力油滴完成 B 轮超亿元融资 .....	307
植德助力胖虎奢侈品完成 C+轮融资 .....	308
植德助力万科及黑龙江龙运集团通过经营者集中申报.....	308
<b>植德电商、物流与贸易法律服务手册 2023.....</b>	<b>309</b>



# 第一部分 植德观点

## 关务税务与出口管制篇

## 出口管制及贸易制裁措施对中国半导体企业影响之解析

茹庆谷、刘梦晗、段唐子煜

### 一、出口管制及贸易制裁概念简要辨析

出口管制是指一国政府通过建立一系列审查、限制和控制机制，以直接或间接的方式防止本国限定的商品或技术通过各种途径流通或扩散至目标国家，从而实现本国的安全、外交和经济利益的行为。依据目前主流国家关于出口管制之规定，出口管制范围主要包括对特定货物、软件、技术和服务的出口、向特定国家或地区的出口以及向特定最终用户和最终用途的出口采取的禁止或限制性措施。在当今时代背景下，实施出口管制，既是国际通行的履行防扩散等国际义务的做法，也日益成为维护国家安全和利益的重要手段。

制裁则有多重含义，一般是指一主体基于另一主体的不当行为所作出的，可能使另一主体承担不利后果的行为。现代意义上的制裁基本有两种形式：一是国家基于法律规定，对违法犯罪行为实施的强制性措施，如国家通过刑事立法等手段，对犯罪行为打击，对犯罪人施加处罚，是为制裁；二是国际组织（首先是联合国）或一国对另一国家机构、公民所实施的强制性措施。贸易制裁作为切断经济贸易关系的强硬手段，通常是由一国或数国政府通过法令的形式对另一国及其自然人、经济实体施加限制性措施，主要可采取以下几种方式：禁运（武器、粮食、技术设备及其他物品）；中断外交关系和人员往来；减少或中止贷款、贸易及援助；禁止入境或驱逐出境；查封、扣押、冻结各类财产；禁止或限制与被制裁主体进行交易和合作等。

### 二、全球主流国家的出口管制实践概述

#### 1 瓦森纳协定

瓦森纳协定于1996年成立，全称为《关于常规武器和两用物项及技术出口管制的瓦森纳协定》（The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Good and Technologies, WA），目前共有42个成员国，包括美国、英国、俄罗斯、欧盟、日本和韩国等国。目的是通过成员国间的信息通报制度，加强对常规武器和两用物项及相关技术转让的监督和控制在，以及促进地区和国际安全与稳定，防止可能影响地区和国际安全及稳定的军备积累，防止恐怖分子获得这些物项。成员国通过其国家政策，确保这些物项的转让不会有助于发展或加强破坏上述目标的军事能力。成员国可参照共同的管制原则和清单自行决定实施出口管制的措施和方式，自行批准本国的出口许可。为帮助形成对技术转让风险的共识，成员国在自愿基础上向其他成员国通报有关信息。

瓦森纳协定中的清单共有两份，一份是两用物项清单，另一份为军用物项清单。其中，两用物项清单将管制物项分为了九类：第1类特殊材料及相关设备；第2类材料加工；第3类电子；第4类计算机；第5类电信和信息安全；第6类

传感器和激光器；第 7 类导航与航空电子；第 8 类船舶；第 9 类航空与推进设备。瓦森纳协定成员国多按照此分类建立自己国家的两用物项清单，辅之以出口许可等措施，进行本国的出口管制。<sup>[1]</sup>

## 2 中国

2020 年 12 月 1 日，《中华人民共和国出口管制法》（以下简称“《出口管制法》”）开始施行。在这一出口管制领域的专门法律出台前，出口管制的相关规定并未被整合，而是存在于《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国对外关系法》、《中华人民共和国海关法》等多部相关法律、部分行政法规和部门规章中。《出口管制法》强调了中国在出口管制领域维护国家安全和利益的决心，同时也体现了履行防核扩散等国际义务、维护国际和平的担当。<sup>[2]</sup>

该法主要规制出口经营者，境外的组织和个人亦可能受到规制。<sup>[3]</sup>主要规制行为为通常意义上的境内向境外“出口”，也包括过境、转运、通运和再出口，还包括中国主体在境内或境外向外国主体提供管制物项的行为。<sup>[4]</sup>相关管制物项则包括（1）两用物项、（2）军品物项、（3）核物项，以及（4）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、服务等。<sup>[5]</sup>

出口管制的实施主要通过出口许可进行，以管制清单为基础，另有临时管制和兜底条款作为补充，<sup>[6]</sup>除此外的具体措施还包括禁止出口、<sup>[7]</sup>针对目的地的管控措施<sup>[8]</sup>以及针对最终用户和最终用途的管控措施。<sup>[9]</sup>除《出口管制法》外，另有针对不同物项的具体出口管制规定，例如《两用物项出口管制条例》、《中华人民共和国核出口管制条例》和《中华人民共和国密码法》等。

2021 年 12 月发布的《中国的出口管制》白皮书指出，我国坚决反对滥用出口管制措施，出口管制不应当损害其他国家和平利用出口管制物项的正当权益，不应当对和平利用科技进步成果促进发展、正常国际科技交流与经贸合作、全球产业链供应链安全顺畅运转设置障碍。<sup>[10]</sup>这在当今中美经济对抗的世界局势中，不妨理解为对美国长臂管辖的一种回应，具体应对路径为何，还静待观察。

## 3 美国

美国是中国企业在出口管制领域最需注重的国家。出于国家安全和外交政策的考虑，美国政府控制敏感商品和科技的出口、再出口和转让，以保护美国国家战略、军事和安全利益。一般而言，美国出口管制的目标是：（1）通过限制获取美国最敏感的技术和武器来保护美国的国家安全，（2）促进地区稳定，（3）防止武器和技术扩散，以及（4）保护世界各地的人权。

美国的出口管制法律法规体系可分成两部分：一部分是两用物项体系，主要包括《出口管制改革法》（ECRA）以及《出口管制条例》（EAR）；另一部分是军用物项体系，主要包括《武器出口管制法》（AECA）和《国际武器贸易条例》（ITAR）。其中，两用物项体系是管制范围最广的体系。ECRA 将此前法规层面的操作正式以立法形式固定，为出口管制规则设立立法基础，并为 EAR 提供立法授权。EAR 是美国出口管制制度最核心的文件体系，也是最具实操性的美国

出口管制指引。美国商务部下的工业和安全局（BIS）则是负责出口管制的最主要机构。

美国经常在域外实施出口管制，将美国出口管制合规义务延伸至非美国主体。例如，原产于美国的物品即使在首次出口后，仍可以受美国法律的控制，即便是在同一个国家内进行转让，仍需要获得许可证或授权才能从一个非美国人向另一个非美国人再出口。在美国境外生产的某些产品，如果是某些原产于美国的技术、软件或主要设备的直接产品，也可能受到美国出口管制，该规则被称之为外国直接产品规则（Foreign-Direct Product Rules）；在其他情况下，如果非美国原产的物品包含超过 25%（某些情况下甚至 10%或 0%），将可能受美国出口管制管辖，该规则被称之为最低美国成分规则（*De Minimis Rule*）。对于判断产品是否受美国出口管制管控或是否需要申请许可证，需要回答（1）产品是什么，（2）最终目的地是哪里，（3）最终用户是谁，以及（4）最终用途是什么这四个问题。

美国也采取了“清单+许可”的模式，受 EAR 管制的物项会在商业管制清单中（CCL）被赋予一个 ECCN 编码（Export Control Classification Number）（抑或 EAR99），其大类分类方式延续了瓦森纳协定的分类方式，但稍有不同。判断相关物项的出口、再出口和转让是否需要许可证，需结合十个通用限制（General Prohibitions）以及商业国家列表（CCC）、被拒绝清单（Denied Person List）、实体清单（Entity List）、未经核实清单（Unverified List）、军事最终用户清单（Military End-User List）及具体业务场景等综合判断。

违反美国出口管制会受到较为严厉的处罚与制裁，包括但不限于被列入实体清单、收到美国发出的警告信、高额罚款和刑事责任，违法企业最高可受到 100 万美金的罚款，违法个人最高可受到 25 万美金的罚款和 10 年的监禁，BIS 还可修改、终止、撤回已授权的贸易许可和贸易特权，扣押承载已经出口、正在出口、装运货物中的船只、车辆及飞机，并没收该等货物。[11]

#### 4 欧盟

2021 年 9 月 9 日，《建立欧盟控制两用物项的出口、中介、技术援助、过境和转让的管制制度的条例》（以下简称“《欧盟条例》”）正式生效，取代了此前欧盟出口管制领域的《第 428/2009 号欧盟理事会规章》（Council Regulation (EC) No 428/2009）。《欧盟条例》管制的物项同样为两用物项，也即既可用于民事用途又可用于军事用途的产品、软件和技术，管制的行为则包括两用物项的出口、中介、技术援助、过境和转让。

根据澳大利亚集团（Australia Group）、导弹及其技术控制制度（the Missile Technology Control Regime）、核供应国集团（the Nuclear Suppliers Group）、瓦森纳协定和禁止化学武器公约（the Chemical Weapons Convention）等多边机制，《欧盟条例》制定了两用物项清单。由于美国与欧盟同属瓦森纳协定的成员，欧盟的两用物项清单分类与编码方式大致与美国的 CCL 中 ECCN 编码相同。两用物项清单上的物项的出口需申请许可证（Authorisation），但不在清单上的物项的出口同样也可能需要申请许可证。[12]《欧盟条例》规定的出口许可证共四种类型，分

别为个别出口许可证（Individual Export Authorisation）、全球出口许可证（Global Export Authorisation）、成员国通用出口许可证（National General Export Authorisation）和欧盟通用出口许可证（Union General Export Authorisation）。其中个别出口许可证和全球出口许可证需要向成员国进行申请，成员国通用出口许可证则根据成员国法律法规进行分别适用，而成员国在特定情况下有权拒绝授予欧盟通用出口许可证。<sup>[13]</sup>由此看来，欧盟具体出口管制的执行仍由各成员国把握。《欧盟条例》提供了一个法律框架，各成员国仍可在不违反框架的前提下进行增补，并在有效、适度且具有劝阻性的范围内，自行制定违反出口管制相关规定的罚则。

## 5 英国

英国脱欧后，成为了欧盟法律视角下的第三国，其出口管制法律体系主要包括提供了基本法律框架的 2002 年《出口管制法》（Export Control Act 2002）、内化了欧盟两用物项相关规定并增加了对军事物项和酷刑物项的管制规定的 2008 年《出口管制条例》（Export Control Order 2008），另有 2006 年《放射源出口（管制）条例》等相关立法。

英国的出口管制被称为战略性出口管制（Strategic Export Control），主要管制物项包括两用物项、军用物项、酷刑物项和放射源物项。英国同样采取“清单+许可”的管制模式，其战略出口管制清单（UK Strategic Export Control Lists）包括以下 6 个清单：英国军品清单（UK Military List）、英国两用品清单（UK Dual-Use List）、非军用枪支清单（Non-military Firearms List）、人权清单（Human Rights List）、英国安全与人权清单（UK Security and Human Rights List）和英国放射源清单（UK Radioactive Source List）。其两用品清单对于物项的分类，仍然采纳了瓦森纳协定的分类方法。国际贸易部下的出口管制联合工作组（ECJU）全面负责英国出口管制工作，包括但不限于许可证的审批。<sup>[14]</sup>

## 6 加拿大

《进出口许可证法》（EIPA）为加拿大出口管制的主要法律，另有《出口许可条例》、《转运条例》等法规作补充。全球事务部（Global Affairs Canada）是加拿大主管国际贸易、外交事务和国际合作的政府部门。全球事务部出口管制司根据《进出口许可证法》的授权，负责管理战略和军事物资及技术的进出口和中介活动，该部下属的贸易管制局（TID）专门负责《进出口许可证法》及其配套条例和法规的实施工作。

加拿大同样采取了“清单+许可”的模式，其清单主要包括出口管制清单（ECL）、中介控制清单（BCL）、区域管制清单（ACL）和自动武器国家管制清单（AFCCL）。其中 ECL 清单以加拿大加入的出口管制多边机制和多边协议等为分类基础，包括了两用物项、军用物项、核不扩散物项、与核相关两用品、导弹技术控制产品及技术、化学和生物武器不扩散物项以及武器贸易条约 7 大类。需特别注意的是，所有原产于美国的商品和技术的出口，如 ECL 项目 5400 中所定义的，无论其性质和目的地如何，都需要许可证。<sup>[15]</sup>

## 7 日本

《外汇与外贸法》是日本在对外贸易领域的主要法律依据，《出口贸易管理令》和《外汇管理令》作为内阁令在出口贸易领域细化了相关规定，分别规制货物贸易和服务贸易（包括技术）两个领域。日本主要负责出口管制的部门为日本经济产业省，其发布的《出口贸易管理条例》对出口管制再进行了细化。

日本同样采用了“清单+许可”的模式。《出口贸易管理令》和《外汇管理令》的附表中所列的产品与技术等，其出口均需经日本经济产业省的许可。未被附表列入、但通过审查出口物项的最终用途或最终使用者后，被认为会被用于大规模杀伤性武器或常规武器的物项，其出口仍需许可，这被认为是对管制清单的一种补足和兜底。例外则是在对所谓出口“白名单”国家<sup>[16]</sup>出口上述物项时，无需申请许可。除上述清单以及国别分类外，另还有与实体清单类似的最终用户清单。违反日本出口管制相关法律及规定，同样会面对行政或刑事责任。

## 8 韩国

《对外贸易法》为韩国出口管制的基本法，《〈对外贸易法〉执行令》进一步细化了《对外贸易法》中的相关规定，另有《国防采购计划法》、《核安全法》等法律规制特定物项。《对外贸易法》主要管制物项为“战略物项”，即根据总统令规定的国际出口管制制度，为了国际和平和安全以及国家安全的产品与技术等。由于国际出口管制制度包括了前述提及的瓦森纳协定、核供应集团等多项多边机制及组织，据此以及《战略物资进出口通知》等文件，韩国战略物项的实际意涵同样为两用物项、军用物项及核物项等产品和技術。

韩国出口管制的管控也采取了“清单+许可”的模式，清单主要来自《战略物资进出口通知》，许可则分为个别出口许可、批量出口许可、全面出口许可、居间中介出口许可以及运输和转运许可。韩国没有成立统一的出口管制机构，其出口管制由各主管部门分别负责。两用物项的出口许可机构是产业通商资源部（MOTIE）；核产品的出口许可机构是核安全委员会（NSSC）；军品的出口许可机构是国防采办项目管理局（DAPA）。违反韩国出口管制相关法律及规定，同样会面对行政或刑事责任。<sup>[17]</sup>

### 三、聚焦半导体行业——出口管制及贸易制裁的影响

#### 1 半导体产业链的核心关注点

##### 1.1 EDA 软件企业

先进制程的芯片设计、制造、封测等多个阶段，均离不开 EDA 软件的支撑，此行业美、欧头部企业在技术储备与市场开发等领域均遥遥领先，无法在短期内实现弯道超车。部分国产 EDA 软件在开发等过程中需借助部分美国软件，如 Verific 等实现自身产品功能，在此场景下，或需根据 Verific 软件在整体 EDA 软件中所占的价值比例<sup>[18]</sup>来计算美国成分比例，若 EDA 软件中所含美国成分比例超过 25%，则该 EDA 软件将受到美国 EAR 的管控，在对外销售时需要遵从 EAR 的规则，尤其

是不能出售给被美国制裁的相关实体。当然，根据 EAR 之规定以及结合 BIS 发布的指南，在特定场景下，符合特定要求的软件开发、生产等可能无需计算最低成分比例，需个案审视。我们会在后续的一系列文章中，对各类场景做逐一分析。

## 1.2 Fabless 设计企业

美籍研发人员或掌握美国技术的研发人员在参与 IP 设计过程中可能涉及到使用或披露美国技术，因此首先需要判断该美国技术是否是受到美国 EAR 管控的技术，是否需要申请许可证，之后再根据最低美国成分规则和外国直接产品规则判断企业设计出来的产品是否将受到美国 EAR 管控；应注意的是如果该美国技术已经形成专利而通过授权许可等形式用于 Fabless 设计中，则该美国技术将不再受到 EAR 管控。

## 1.3 Foundry 代工企业

光刻机作为芯片制造过程中最关键的设备之一，虽然目前市场上最先进的 EUV 光刻机由荷兰 ASML 公司生产，但由于美国掌握了其约 20% 的核心知识产权且其约 55% 的核心关键物料是由美国供应商提供，根据最低美国成分规则，EUV 光刻机属于受到美国出口管制管辖的物项，ASML 无权单方面决定此物项之销售行为。此外，荷兰作为瓦森纳协定的成员国，亦负有在各成员国之间互通敏感物项出口之义务。迫于美国压力，荷兰政府无法单方向中国签发此类设备的出口许可证，具备先进制程技术和工艺能力的中国芯片代工企业，面临巧妇难为无米之炊的问题。

## 2 美国对中国半导体行业的制裁案例

2.1 2020 年 12 月，BIS 宣称由于中国的军民融合策略以及中芯国际与中国军工实体间有关联等原因，将中芯国际半导体制造有限公司（SMIC）列入实体清单。实体清单要求特定美国技术的出口商、再出口商和国内转让者在向中芯国际出售这些技术时应向 BIS 申请许可证。这极大地限制了中芯国际获得美国先进技术的能力，出口用于生产 10 纳米及以下先进制程的半导体所需的物项（包括极紫外光技术）将被推定为拒绝，以防止此类关键技术用于中国军事现代化。<sup>[19]</sup>而在被列入实体清单前，美国就已经或多或少干扰了中芯国际与荷兰 ASML 公司关于 EUV 光刻机的相关交易。对中芯国际的制裁，只是美国对中国芯片行业制裁的一环，以维护美国国家安全和外交利益的名义，阻碍中国占领科技高地。

2.2 2019 年 5 月，美国商务部正式将华为及其 68 家关联公司列入实体清单，禁止美国企业向华为出售相关产品和技术，外国产品使用或捆绑美国成分超过总价值的 25% 以上（向中国出口产品的最低美国成分标准为 25%），需向 BIS 申请许可证。不过 BIS 向华为额外颁发了 90 天的临时通用许可证（TGL），华为在此期间可继续从美国采购部件及向美国客户提供服务。2019 年 8 月，商务部又将该 TGL 延长 90 天，并同

时新增 46 家华为子公司列入实体清单。2020 年 5 月，美国商务部修改对华为的禁令，加强对华为的打压和制裁，禁止华为及其关联公司使用美国芯片设计软件和技术。2020 年 8 月，美国商务部进一步扩大限制范围，禁止华为使用含有美国技术和设备生产的外国直接产品，并新增 38 家华为关联公司列入实体清单。2020 年 9 月 15 日后，除非美国 BIS 发放许可证，否则美国企业以及使用了美国技术和设备的外国企业（依据外国直接产品规则），均无法向华为及其关联公司提供元器件、芯片代工、软件等。美国打出这套专为华为量身定制的组合拳后，除了先进设备无法出售给华为外，诸如 EDA、微软等相关软件和技术也在事实上无法为华为使用。面对此情形，华为必须进行供应链的国产替代，短时间内研发和生产能力受到较大影响。

- 2.3 美国对于中国半导体行业发展的忌惮并没有因此前种种措施而有所减轻，2022 年 8 月 9 日，美国总统拜登正式签署了《芯片与科学法案》（CHIPS and Science Act of 2022）。该法案旨在通过对半导体企业及研发机构提供高额补贴，使得流失的半导体供应链和产能回归美国本土，而任何接受该法案资助的半导体企业必须“在美国投资，在美国研发，在美国制造”，且未来 10 年内不能在中国或“其他值得警惕的国家”投资半导体工厂，该法案或可以视为一种变相的出口管制。近日来，泛林和科磊两家美国公司收到相关部门通知，美国出口管制接下来可能会针对更多的中国芯片制造厂商，限制其获得生产 14 纳米及以下先进制程半导体所需的产品和技术。<sup>[20]</sup>这是美国通过出口管制政策的缩紧，进一步打压中国半导体行业发展的表现。困难也意味着机遇，在重压和需求下，国产芯片行业在短短几年内就有了飞速发展，EDA 软件、GPU 芯片和 FPGA 芯片等都有了国产突破。尽管路还很漫长，但中国芯片已经在路上。

### 3 日本对韩国的制裁影响

半导体是韩国的支柱产业，作为拥有三星和 SK 海力士等企业的韩国，半导体的战略作用性不言而喻。2019 年 7 月，由于持续的地缘政治等冲突，日本加强对韩国的出口管制政策，两国贸易摩擦自此不断升级。日本政府首先宣布对出口韩国的三种原材料（氟聚酰亚胺、光刻胶和高纯度氟化氢）加强管控，出口以上材料需逐单进行审批，在程序更严苛的同时，其获批流程也延长到 90 天。由于韩国显示面板和半导体产业在这三类材料上高度依赖日本进口，日本这一管控措施对韩国产业造成精准打击。日本随后又将韩国移出出口白名单，从 A 集团掉入了管控力度更大的 B 集团。除此外，日本还针对包括尖端材料、电子、通信、传感器和导航设备等战略物资在内的千余种可用于军事用途的产品，取消对韩出口的优待措施。

韩国在受到制裁后，积极进行供应链的替代，在寻找其他进口材料途径的同时，大力推进国产研发。韩国也针对日本的出口管制措施，在 WTO 端提起了诉讼，后续还出现民众抵制日货、韩国终止韩日之间的《军事情报保护协定》等事

件。三年后，尽管此间两国关于出口管制的相关磋商没有停止，日本对韩国的出口管制措施也有所缓和，但韩国仍未能重回白名单，三年前的制裁给两国及全球半导体行业的商业活动均带来了持久的改变，产业链碎片化趋势显著。

#### 4 欧盟对俄罗斯的制裁影响

2022 年最新修订后的《第 833/2014 号欧盟理事会规章》(Council Regulation (EC) No 833/2014) 第 2 条规定，禁止直接或间接向俄罗斯境内的任何自然人或法人、实体或机构出售、供应、转让或出口两用产品和技术，无论其是否源自欧盟。此条规定正式扩大了对俄出口禁令的范围，将其适用于向俄罗斯出口或为供俄罗斯使用而出口的所有军民两用物项。

此外，欧盟理事会关于对俄罗斯开展第五轮制裁的新闻稿中，明确指出其对俄罗斯将实施进一步的出口禁令，将包括量子计算机和先进半导体、高端电子产品、软件、敏感机械和运输设备等。<sup>[21]</sup> 欧盟相关官员近日还表示，欧盟正在加紧努力监测与俄罗斯有关的出口管制规避行为，并希望很快与美国-欧盟贸易和技术委员会在制裁执行方面的合作取得更大进展。截至目前为止，欧盟已经看到了一些规避制裁的尝试，但欧盟较依赖美国机制来了解企业逃避制裁的企图，比如美国上个月将几家中国公司列入实体名单，因为它们帮助俄罗斯企业规避获得了受出口管制管控的物品，因此实践中与俄罗斯有贸易往来的中国企业还需要额外关注美欧出口管制交叉存在的风险。<sup>[22]</sup>

以上措施均发生于俄乌战争开始之后，且相关政策很可能仍会逐步收紧，这更表明了部分国家的出口管制除了是贸易制裁的手段，也是影响国际秩序的工具。尽管俄罗斯并未形成完整的高端半导体产业，但俄罗斯仍利用现有芯片资源，通过创新精神找到了一些破题之路，打造了一流的军事装备系统。然而随着以美国和欧盟为主导，伴随着其他国家和地区的追随，在如此全球性出口管制及贸易制裁下，俄罗斯现有的芯片如何支撑其军事、工业和科技，还得打上一个问号。

#### 四、小结

出口管制及贸易制裁是一个国家维护其国家安全与利益的重要手段，但在当今世界局势中则被充当为大国博弈的工具。半导体行业俨然已成为大国的高端竞技场，牵一发而动全身，对任何一个主流国家或地区“玩家”实施出口管制或贸易制裁，都必然会影响到全世界半导体产业链的格局。美国出口管制体系复杂度和精细度独步全球，有着丰富的理论基础和实践经验。其法律体系中存在着大量针对中国和其他与其存在所谓“竞争关系”或“价值观相异”国家的歧视性规定，我们要关注其他美国盟友或“追随者”国家或地区的“效尤”效应，预防此类主体频繁运用各类贸易制裁工具作为解决政治问题的手段。

饶是国际环境如此严峻，中国企业在积极落地国产替代，努力发展国产技术的同时，仍要尽力遵守相关合规义务，尽可能避免外力因素阻挠发展进程，坚定走“引进、消化、吸收、创新”之路，利用好最后的窗口期。在这个进程中，植德将利用其在全球半导体产业链中的理论与实践优势，针对半导体企业业务实践中可能存在的重点问题，开设专题介绍相关规则，并结合相关时事热点，积极助

力中国硬科技行业有效预防管控相关风险。

- [1] 以上内容来自瓦森纳协定官网：<https://www.wassenaar.org/about-us/>，以及中华人民共和国商务部下中国出口管制信息网：<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/zcfg/gwzcfg/202111/477.html>
- [2] 《出口管制法》第 1 条、第 2 条第 1 款和第 3 条
- [3] 《出口管制法》第 11 条和第 44 条
- [4] 《出口管制法》第 2 条第 3 款和第 45 条
- [5] 《出口管制法》第 2 条
- [6] 《出口管制法》第 4 条和第 12 条第 3 款
- [7] 《出口管制法》第 10 条
- [8] 《出口管制法》第 8 条第 2 款
- [9] 《出口管制法》第 17 条和第 18 条
- [10] 同可见《出口管制法》第 48 条
- [11] 以上内容总结自美国《出口管制条例》（EAR）
- [12] 《欧盟条例》第 3 条和 4 条
- [13] 见《欧盟条例》第 12 条
- [14] 本部分内容来自中国出口管制信息网：<http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/zcfg/gwzcfg/202111/353.html>，以及英国政府 <https://www.gov.uk/government/publications/uk-strategic-export-control-lists-the-consolidated-list-of-strategic-military-and-dual-use-items-that-require-export-authorisation>
- [15] 本部分内容来自中国出口管制信息网 <http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/zcfg/gwzcfg/202111/516.html>，以及 [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/guides/export\\_control\\_list-liste\\_exportation\\_controllee.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/trade-commerce/guides/export_control_list-liste_exportation_controllee.aspx?lang=eng)
- [16] 也即 A 类国家，对应《出口贸易管理令》附表 3 的 26 个国家，目前该类暂无亚洲国家
- [17] 本部分内容来自中国出口管制信息网 <http://exportcontrol.mofcom.gov.cn/article/zcfg/gwzcfg/202111/341.html>，以及韩国产业通商资源部 <http://english.motie.go.kr/www/main.do>
- [18] 在计算美国成分比例时，单个销售项目计算比例或须参考授权的总体费用，或参考其他业务模式进行综合计算
- [19] Document Citation 85FR 83416 Addition of Entities to the Entity List, Revision of Entry on the Entity List, and Removal of Entities from the Entity List
- [20] <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-07-29/us-pushes-expansion-of-china-chip-ban-key-suppliers-say>
- [21] <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/04/08/eu-adopts-fifth-round-of-sanctions-against-russia-over-its-military-aggression-against-ukraine/>
- [22] <https://exportcompliance.com/news/2022/07/14/eu-increasing-monitoring-of-russia-export-control-evasion-official-says-2207130037>; BIS 对帮助俄罗斯回填写受美国出口限制物品的中国公司采取了执法行动，可见 [https://exportcompliance.com/reference/2206280056?BC=bc\\_62eceb497308f](https://exportcompliance.com/reference/2206280056?BC=bc_62eceb497308f)

## 供应链合规新挑战下，中国企业信息披露义务边界

茹庆谷、刘梦晗

### 一、背景

2021年11月，某中国公司被其国外知名客户以确保供应链安全为理由要求其向 Circulor 平台提供供应链数据，且将供应链数据中直至追溯至矿山的每一级所有信息匹配对应，并实时上传至系统。根据 Circulor 提供的清单，企业向 Circulor 提供的供应链数据中将涉及我国重要的矿产资源信息，比如供应商名称、原料名称、采购数量、采购地点、采购时间、运输编号等多维度信息。对于涉及的矿产资源来源和产地等重要数据，若向境外提供或发生泄漏，可能会严重危害国家安全和公共利益。

Ciculor 是一家 2017 年注册于英国伦敦的区块链软件公司，最初 Circulor 是基于实现对冲突矿产的追溯而开发的，其使用 Hyperledger Fabric 创建了一个可以以不中断的监管链来确保冲突矿产在批准的环境下开采、运输和加工的系统，终端客户可通过该系统实时追踪原料信息，实现了史上首次从挖矿到制造商之间对冲突矿产的可追溯。目前 Circulor 并不仅仅被用于对冲突矿产进行追溯，其业务范围正在逐渐扩大到更多的能源领域，Ciculor 建立了一个线上数据平台系统，通过对物料的追溯为负责任采购和碳排放数据透明度提供数据支持，并实现对供应商和供应链数据的可靠溯源。

根据公开资料检索发现<sup>[1]</sup>，Ciculor 的主要投资方为沃尔沃，波音、捷豹路虎、BHP 等风投部门或风投公司也均参与了投资，目前 Circulor 已与沃尔沃、奔驰、波音、极星等建立了良好的战略合作关系，越来越多的头部终端客户也纷纷加入合作行列，预计未来接入 Circulor 平台或将成为上游供应商进入终端供应链的必要条件，以形成供应链壁垒。

对于西方行业巨头制造商而言，其可以通过 Circulor 平台规范供应链管理，并提交相应证据，向监管机构和消费者表示其采用的原料是“无冲突”且合规的；但是，基于此项义务，此类巨头的各上游供应商将可能承担更多合规成本，以及担负更多风险。

### 二、主流供应链规则要点

#### 1、冲突矿产规则

锡(Tin)、钨(Tungsten)、钽(Tantalum)、金(Gold)，俗称 3TG，由于蕴含着巨大价值，被大量应用于日常产品，例如手机、汽车或珠宝等工业领域。在一些富含这四种矿物且政治不稳定的地区，这些矿物贸易产生的资金常被用于资助非法的武装团体，从而助长了强迫劳动、侵犯人权的非法行为，滋生了腐败和洗钱等非法活动，故而这些政治不稳定地区产出的锡、钨、钽、金四种金属被称为“冲

突矿产”。

近年来，为解决和打破侵犯人权和武装暴力在矿产资源开发过程中泛滥的问题，美国的《多德-弗兰克华尔街改革和消费者保护法案》（Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act）第 1502 条和欧盟的《欧盟冲突矿产法规》（the EU Conflict Minerals Regulation）均要求冶炼企业、精炼厂和大型原料进口商需要履行报告和认证义务，不得采购或使用来自受冲突影响或高风险地区冲突矿产。矿产行业组织的供应链倡议标准亦要求矿产供应链上的企业不使用直接或间接造成冲突的自然资源，避免助长人权侵犯的行为。

经济合作与发展组织（OECD）发布的《来自冲突及高风险地区矿产的负责任供应链尽职调查指南》（OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas）中提出，确保全球和欧盟的冶炼厂和精炼厂所采购或使用的 3TG 原料符合负责任采购标准的规定，需对供应链开展独立第三方评估与审核，每年发布供应链尽职调查报告。

目前，上述法规和指南主要针对使用 3TG 原料和制品的进口商进行严格监管，要求公司报告 3TG 的采购来源和使用情况，即使供应链中可能不涉及 3TG，仍然需要提交相关信息，以便最终客户可以完成冲突矿产的尽职调查活动。

## 2、德国《供应链法》

2021 年 6 月 11 日，德国率先通过了《供应链企业尽职调查义务法》（Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains，简称《供应链法》），对通过供应链从发展中国家和新兴国家采购产品和服务并在德国销售的公司规定了重大义务，以保护人权和遵守环境标准，并使其在发生违规时承担潜在的严重责任。

《供应链法》的核心是要求德国公司确保其外国供应商及外国公司的德国子公司，即确保价值链的各个层级均始终遵守保护人权的国际社会标准并禁止使用对人类和环境有害的物质以达到环境保护的要求，其中将包括各种规模和位于其他国家或地区的供应商。德国公司必须起草并发布尊重人权的政策声明，对其直接供应链中存在的侵犯人权和环境风险情况进行常规的系统性的尽职调查，并发布合规年报，建立风险分析、风险管理制度和申诉机制，实施减少和避免人权问题的策略。<sup>[2]</sup>

若违反《供应链法》规定义务的德国公司将会被处以最高达 80 万欧元的罚款；对于年营业额超过 4 亿欧元的公司，最高可处以其全球年营业额的 2% 的罚款；更严重的是，被罚款超过 17.5 万欧元的公司，最长三年将不能获得公共采购合同委托，亦不得参与招投标。<sup>[3]</sup>

德国《供应链法》将于 2023 年 1 月 1 日起生效，起初将适用于在德国员工规模超过 3000 人的公司（德国有 600 多家企业），从 2024 年起，它的适用范围将扩展到在德国员工规模超过 1000 人的公司（2900 家企业）<sup>[4]</sup>。德国企业作为全球供应链非常关键的组成部分，该法案的实施不仅对全球供应链安全体系将产

生深远影响，亦对众多存在于德国公司供应链环节中的中国企业提出了更高的合规要求。

### 3、美国供应链安全规则

在特朗普总统“美国优先”政策的指引下，美国学界、政界和企业界对信息和通信技术（ICT）供应链安全问题的炒作热情不断上升，并通过加强联邦政府对 ICT 供应链安全威胁的认知和管理来塑造美国的 ICT 供应链安全体系。同时，ICT 供应链安全也成为美国变相打击“外国对手”的工具。

2019 年 5 月 19 日，美国总统特朗普签署发布第 13873 号行政令《确保信息技术与服务供应链安全》（Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain）[5]，以国家安全遭遇威胁为由宣告国家进入紧急状态，试图限制外国企业对美国 ICT 领域的影响，ICT 供应链安全成为美国政府维护技术领先地位、实施贸易制裁的重要手段之一。

2020 年 8 月 6 日，美国总统特朗普签署发布第 13942 号和第 13943 号行政令《应对 TikTok 和微信带来的威胁，在信息通信技术和服务供应链方面采取更多措施以解决国家紧急状态》（Addressing the Threat Posed by TikTok/ WeChat, and Taking Additional Steps To Address the National Emergency With Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain）[6]，号称“清洁网络计划”（Clean Network），以限制微信和 TikTok 的涉美交易，并要求 TikTok 的母公司剥离在美资产。不过此禁止交易的行政令已于 2021 年 6 月 10 日被美国新任总统拜登撤销。

2021 年 2 月 24 日，美国总统拜登签署发布第 14017 号行政令《美国供应链》（America's Supply Chains）[7]，为保护和加强美国供应链安全、适应国际形势，要求负责国家安全事务的总统助理和负责经济政策的总统助理共同协调其他政府机构在行政令发布后 100 天内完成对半导体制造、先进封装、高容量电池、关键矿物和材料、药品和活性药物成分等关键供应链中的风险进行审查以及确定应对这些风险的政策建议。

2021 年 9 月 24 日，美国商务部工业与安全局（BIS）发布《关于半导体供应链风险公开征求意见的通知》（Notice of Request for Public Comment on Risks in the Semiconductor Supply Chain）[8]，以美国半导体产品供应链持续短缺为理由，加速供应链各个环节的信息流动为目标，呼吁全球半导体、微电子制造商和设计商、材料和设备供应商、半导体产品中间商和最终用户向 BIS 提交 26 类关于供应链信息的书面答复，提交书面答复的截止日期为 2021 年 11 月 8 日。截至 11 月 8 日，已有 189 家企业包括台积电、台联电、日月光、环球晶圆、美光、高塔、威腾电子等“自愿”向美国提交了相关数据文件。韩国三星和 SK 海力士虽提交部分包括芯片库存、价格、客户等诸多关键核心商业数据，但这两家企业仍以部分数据涉及韩国隐私及保密法案为由没有提供给美方。[9]

美国政府不断加码的信息披露要求引发了全球各大半导体厂商的担忧，虽然美国政府表示信息共享是“自愿的”，但各家公司都面临着被美国政府暗示按要

求提交信息的压力，据路透社报道，美国商务部长 Gina Raimondo 甚至私下警告称，如果企业不回应这一请求，美国政府在必要时将采取其他强制手段达到目的。

[10]

### 三、信息披露义务与政府监管的冲突

#### 1、商业秘密泄露风险

根据《反不正当竞争法》第九条，经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

（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。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。第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。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。

根据《商业秘密保护规定（征求意见稿）》第五条，本规定所称商业秘密，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。本规定所称经营信息是指与权利人经营活动有关的信息，包括但不限于管理诀窍、客户名单、员工信息、货源情报、产销策略、财务数据、库存数据、战略规划、采购价格、利润模式、招投标中的标底及标书内容等信息。本规定所称商业信息是指与商业活动有关的，包括但不限于技术信息、经营信息的任何类型和形式的信息。第十四条，经营者不得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。本条所称“保密义务”或者“权利人有关保守商业秘密的要求”包括但不限于：（一）通过书面或口头的明示合同或默示合同等在劳动合同、保密协议、合作协议等中与权利人订立的关于保守商业秘密的约定；（二）权利人单方对知悉商业秘密的持有人提出的要求，包括但不限于对通过合同关系知悉该商业秘密的相对方提出的保密要求，或者对通过参与研发、生产、检验等知悉商业秘密的持有人提出的保密要求；（三）在没有签订保密协议、劳动合同、合作协议等情况下，权利人通过其他规章制度或合理的保密措施对员工、前员工、合作方等提出的其他保守商业秘密的要求。

由于外国政府或外国客户要求中国企业提供的供应链数据中通常会包括货源情报、库存数据、采购价格、客户名单、产地信息等重要经营信息，其既构成中国企业的商业秘密，也构成其上游供应商和下游客户的商业秘密。若中国企业在未获得相应权利人的授权许可的情况下擅自对外披露保密信息和商业秘密，可能将涉及违反保密义务，侵犯他人的商业秘密的法律责任。因此，建议中国企业应对其掌握的各项数据进行合理分类和管理，标注保密等级和标识，对于属于保

密信息的数据尽量对其做汇总或匿名化处理，确需对外提供时，还应取得第三方的书面同意后再行提交。

## 2、数据跨境传输风险

根据《数据安全法》第三十一条，关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理，适用《中华人民共和国网络安全法》的规定；其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法，由国家网信部门会同国务院有关部门制定。第三十六条，非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。第四十六条，违反本法第三十一条规定，向境外提供重要数据的，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，处一百万元以上一千万以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。

若中国企业对境外客户提供的供应链数据中涉及我国重要的自然资源信息、地理位置信息、医疗健康信息等敏感数据，可能会严重危害国家安全和公共利益，进而存在违反《数据安全法》项下相关义务的风险，可能遭到监管机构的处罚。因此，中国企业在遵从外国客户和外国法律的相关要求时还应按照中国法律规定履行相关的数据出境安全评估及报批流程，经过国家有关部门批准后才可将上述数据向境外提供。但是，由于目前我国法律法规尚未完善具体的安全评估流程，需要进一步向监管机构咨询才可明确。

## 3、阻断外国制裁

根据《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第五条，中国公民、法人或者其他组织遇到外国法律与措施禁止或者限制其与第三国（地区）及其公民、法人或者其他组织正常的经贸及相关活动情形的，应当在 30 日内向国务院商务主管部门如实报告有关情况。报告人要求保密的，国务院商务主管部门及其工作人员应当为其保密。第七条，工作机制经评估，确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的，可以决定由国务院商务主管部门发布不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。第八条，中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。第十一条，中国公民、法人或者其他组织根据禁令，未遵守有关外国法律与措施并因此受到重大损失的，政府有关部门可以根据具体情况给予必要的支持。

根据《反外国制裁法》第十二条，任何组织和个人均不得执行或者协助执行外国国家对我国公民、组织采取的歧视性限制措施。第十三条，对于危害我国主权、安全、发展利益的行为，除本法规定外，有关法律、行政法规、部门规章可以规定采取其他必要的反制措施。

中国企业在日常经营过程中若碰到外国客户严重侵害我国国家安全和公共

利益的要求，诸如向其提供敏感信息或国家秘密，中国企业应及时向国务院商务主管部门积极报告，寻求政府层面的保护和救济。若发生外国政府以不配合调查为由对中国企业进行相关处罚和制裁措施，中国企业还可合理运用法律武器，通过向外国法院起诉的方式申请撤销制裁措施。

#### 四、中国企业应如何应对供应链合规带来的新挑战？

考虑到目前全球供应链一体化的现状，中国企业在日常经营活动中无法完全无视境外法律法规的强制义务，亦无法避免外国客户的强制要求，但遵守商业习惯履行信息披露义务又会发生与中国法律法规相冲突的情况。我们建议中国企业可采取如下应对策略，提前做好准备以向外国客户表明中国企业既可以满足相关要求，是可靠的商业伙伴，提升企业竞争力，又可以避免损害中国国家安全和公共利益，减少对企业的影

##### 1、披露限定信息

建议中国企业积极与客户沟通，仅向客户披露必要的、有限的供应链数据，比如仅披露特定的某种产品的供应链数据，仅披露供应商的名称和采购的次数等较为宽泛的信息和数据。针对其他可能比较敏感或者不适合对外披露的信息，比如涉及国家安全信息、个人敏感数据、商业秘密的业务、技术信息，中国企业可以国家安全、个人隐私和商业秘密等抗辩理由取得不披露的许可。中国企业还可积极寻求律师的帮助，协助企业与客户谈判，向客户清晰解释法律要求和披露义务边界，共同商讨最佳解决方案，以帮助中国企业尽可能获取更多的权益，降低风险。

##### 2、签订保密协议

建议中国企业与客户签订保密协议以及修改与客户交易协议中相关条款，中国企业应要求客户对获取的供应链数据进行严格保密，不得将该等数据披露给第三方，亦不得在未获得中国企业及中国监管机构的同意下将数据披露给中国以外的司法和执法机构；要求客户仅在限定的范围和为限定的目的使用数据，定期删除收集和存储的数据，且约定高额的违约金，以保护中国企业的权益不被侵犯。

##### 3、建立内部数据合规管理体系

建议中国企业不仅要对其上游供应商履行尽职调查义务，还应对其客户是否具备数据处理能力和防止数据泄露的措施进行深入了解，以确保提供给客户的供应链数据可以被安全、规范地进行妥善处理。

此外，我们也强烈建议中国企业根据客户的要求及时制定或调整供应链数据管理制度和相关流程，在公司内部建立合规管控手段，包括：

- 积极与各供应商沟通，取得供应商的理解和配合，以顺利推行项目；
- 内部制定供应链数据的流转机制，确定相关部门人员的角色和职责，定期对核心人员进行赋能和培训；

- 建立商业秘密保护体系，划分商业秘密等级，制定保护措施和泄密应急方案；
- 控制系统和信息的访问权限，并对相关数据进行加密保护，防止数据泄露；
- 非必要时，不将收集和统计的供应链数据共享给第三方；若确有必要，则要求共享第三方严格遵守保密义务；
- 对所有信息进行准确完整地记录保存，各业务部门根据业务内容分别各自保存相关文档，设立负责人统一调取和查阅，以实现有效的查找和追踪。

#### 4、积极与行业协会、监管机构沟通，寻求帮助和支持

为了避免敏感重要数据被传输到境外可能产生被监管机构处罚的风险，建议中国企业可提前向工信部、网信办、商务部等监管机构咨询，获得监管机构的指导意见，根据官方意见来确定是否需要进行安全评估，如何进行安全评估，是否需要审批以及可采取的应对和防范措施。

鉴于目前国际形势严峻，中国企业还可向行业商会或协会、同行业公司进行咨询和沟通，以获得同行业关于该问题应如何处理和防范的措施和方法，同时可组织行业力量共同应对风险。

[1] <https://www.circular.com/>.

[2] <https://www.bmz.de/resource/blob/74292/3054478dd245fb7b4de70889ed46b715/supply-chain-law-faqs.pdf>.

[3] [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf;jsessionid=F2F2B71F602570C568FFA773B20ED5EC.delivery1-master?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf;jsessionid=F2F2B71F602570C568FFA773B20ED5EC.delivery1-master?__blob=publicationFile&v=3).

[4] <https://www.bmz.de/resource/blob/74292/3054478dd245fb7b4de70889ed46b715/supply-chain-law-faqs.pdf>.

[5] <https://www.federalregister.gov/documents/2019/05/17/2019-10538/securing-the-information-and-communications-technology-and-services-supply-chain>.

[6] <https://www.federalregister.gov/documents/2020/08/11/2020-17699/addressing-the-threat-posed-by-tiktok-and-taking-additional-steps-to-address-the-national-emergency>;和

<https://www.federalregister.gov/documents/2020/08/11/2020-17700/addressing-the-threat-posed-by-wechat-and-taking-additional-steps-to-address-the-national-emergency>.

[7] <https://www.federalregister.gov/documents/2021/03/01/2021-04280/americas-supply-chains>.

[8] <https://www.federalregister.gov/documents/2021/09/24/2021-20348/notice-of-request-for-public-comments-on-risks-in-the-semiconductor-supply-chain>.

[9] [https://english.hani.co.kr/arti/english\\_edition/e\\_business/1018982.html](https://english.hani.co.kr/arti/english_edition/e_business/1018982.html).

[10] <https://www.reuters.com/business/us-commerce-chief-aggressive-action-chips-shortage-needed-2021-09-23/>.

## 破除芯片领域“卡脖子”困境，需防范人才流动风险

茹庆谷、刘梦晗、段唐子煜

1955年9月17日，钱学森同志破除美国的重重限制，终于登上归国的轮船。后面的故事我们都很熟悉，中国独立自主的两弹一星国防工业体系建立，标志着西方在此领域对中国封锁的努力，以失败告终。2019年5月16日，华为被列入“实体清单”，美国政府图穷匕见，祭出对华遏制的终极大招之一：芯片封锁。在这个特殊的时代，我们呼唤新时代芯片领域的“钱学森”们，归国建设中国的芯片工业体系，破除西方在科技战争中设置的最后一道防线。

近70年来，美国等西方国家无论在法律层面，抑或实操层面，对技术和人才的管控升级力度明显。无论从最初的巴统到后期的瓦森纳协定等多边机构维度，还是更加具体的国内实体法层面，人才流动与技术出口都在逐步收紧。为协助国内相关行业企业更精准辨识并应对风险，我们将从人才流动维度，对芯片等高科技领域人才的全球流动风险作出分析。鉴于半导体工业领域最强阵集中于美、日、韩及中国台湾（亦：美国拟筹建的组织，芯片四方联盟），我们将选取上述国家和地区作为样本。

### 一、美国：“视同出口”与签证限制

#### （一）视同出口许可证作为美国高科技公司雇佣中国人才的关卡

在美国出口管制体系中，“出口”（Export）一词的含义除了以任何方式从美国实际装运或转移一个物项到他国这一最通用的含义外，还包括“视同出口”（Deemed Export）这一含义：将“技术”或源代码（非目标代码）释放或以其他方式转移给在美国的外国人。<sup>[1]</sup>这里的“释放”（Release）指的是：（1）外国人对物项进行的目视或其他检验方式向其泄露了受EAR管控的“技术”或源代码，或（2）在美国或美国境外与一个外国人口头或书面交流“技术”或源代码。<sup>[2]</sup>“技术”则指的是“开发”、“生产”、“使用”、操作、安装、维护、修理、大修或翻新（或其他在商业控制清单（CCL）上的ECCN中所规定的管控“技术”的术语）所必需的信息。<sup>[3]</sup>试举一例，若一名在美国的中国人，通过目视、口头或书面交流等方式，使得一种ECCN编码为3E001的技术（例如生产FPGA芯片所需的技术）被泄露给了这名中国人，这就属于视同出口的情况。根据美国出口管制条例（EAR）相关规定，ECCN编码为3E001的技术，在针对中国出口时，应向美国工业与安全局（BIS）申请出口许可证。也即，在这一案例的情况下，向该名在美国的中国人披露这一受控技术前，需要向BIS申请出口许可证，否则会被视为违反美国出口管制的相关规定。此外，根据美国EAR的相关规定，<sup>[4]</sup>中国人即使在拿到出口许可证后也仍应遵守美国出口管制的相关义务，在掌握美国受控技术的情况下，若该中国人后续回到中国受雇于中国企业，除非该企业采取了隔离和筛选机制，确保受控技术不会再次被泄露至非美国人手中，否则雇佣中国人从事受控技术的工作仍需要向BIS申请出口许可证。

视同出口的问题经常在美国高科技公司雇佣外国国籍员工的情境中出现，尤其是在半导体、人工智能等先进敏感技术行业。在美国出口管制体系中，美国公司指派其外国员工从事敏感技术工作，会被认为是该公司正在向外国人提供他们最终能带回国的技术知识，因此 BIS 将该行为视同出口，是美国先进技术对外泄露的典型情形之一，并对其进行相应的管控。一个简单的判断美国公司雇佣 A 国员工是否需要申请出口许可证的方式是：若从美国向 A 国出口该项技术或软件需要申请出口许可证，<sup>[5]</sup>则美国公司雇佣 A 国员工从事与该项技术或软件有关的工作前，或指派 A 国员工参与涉及相关技术或软件的项目前，需要向 BIS 申请出口许可证。

由于半导体行业的相关企业拥有大量归属于敏感技术范畴的技术或项目，且这些企业的发展离不开外国人才的引进，在这样的情境下，视同出口许可证的问题不可避免。BIS 针对视同出口情况下申请出口许可证的问题，发布了《准备涉及外国人的出口许可证申请的指南》（Guidelines for Preparing Export License Applications Involving Foreign Nationals），<sup>[6]</sup>该指南专为雇佣语境下的出口许可证申请准备，并详细列举申请所需的各项信息。视同出口规则下的出口许可证申请，需要提交三大部分的内容：BIS-748P 表格、一封解释信和一份简历，需要提交的信息包括出口方（公司）与接收方（雇员）的相关背景信息、涉及技术的相关信息、公司方的内部技术控制计划以及该技术的最终用户和最终用途。其中，技术控制计划（TCP）需要包括管理层对出口合规的承诺、物理安全计划、信息安全计划、人员筛选程序、培训与合规意识提升计划以及自我评估计划。而对于雇员的背景，BIS 要求提供姓名、生日、教育和职业背景、雇佣历史和军队服役情况等信息。针对关于这类申请可能导致的个人信息泄露相关问题的担忧，BIS 的回复是：对于披露敏感技术信息（例如 design know-how），没有比在实验室或公司的生产车间并肩工作更有效的方式了，因此实行视同出口的出口管制措施是非常有必要的。<sup>[7]</sup>

2019 年 5 月，华尔街日报对 BIS 放缓审批美国半导体公司雇佣中国人从事高级工程师的情况进行了报道。<sup>[8]</sup>视同出口许可证的审批此前只需要几周时间，而该报道的当下则需六至八个月。一位曾任职于商务部的律师表示，BIS 对视同出口许可证批准速度的差异可能反映了政治环境的变化，但技术变化也可能发挥作用。根据 BIS 发布的《2017-2021 年视同出口许可证报告》（Report on Deemed Export Licensing 2017to2021），<sup>[9]</sup>其 2021 年收到的视同出口许可证申请由 2017 年的 1510 降至 942 份，通过的许可证数量则从 2017 年的 1379 份降至 821 份。

Deemed Export Licenses Processed by BIS 2017-2021						
	2017	2018	2019	2020	2021	% Change from 2020
Approved	1,379	806	1,106	1,064	821	-22.8%
Rejected	24	11	3	6	8	33.3%
RWA*	107	150	193	142	113	-20.4%
Total	1,510	967	1,302	1,212	942	-22.3%
RWA: Return without action						
Source: Commerce U.S. Exports Exporter Support System, retrieved on February 16, 2022						
Note: All previously reported numbers are subject to revision based on changes in the source data on the retrieving date.						

图源 BIS 官网中发布的《准备涉及外国人的出口许可证申请的指南》

尽管在所有已获 BIS 批准的视同出口许可证中，有 34.2%是针对中国人的，但针对中国人的视同出口许可证的整体获批准数量仍从 2020 年的 423 个批准减少到 2021 年的 281 个批准，下降了 33.6%。在所有针对中国人的视同出口许可证中，申请量最多的是针对 ECCN 编码为 3E001 技术的视同出口。根据 EAR 中的定义，3E001 的“技术”是根据通用技术说明(General Technology Note)用于“开发”、“生产”受 3A (3A980、3A981、3A991、3A992 或 3A999 除外)、3B (3B991 或 3B992 除外) 或 3C (3C992 除外) 管制的设备或材料。以 3A001 为例，3A001 的范畴涵盖了大量的集成电路相关物项，这意味着 3E001 技术的范畴内同样存在着生产半导体相关的设备和材料所必需的技术。或许可以合理猜测，以对中国视同出口 3E001 技术为典型的视同出口许可证，正是美国半导体等相关行业公司雇佣中国员工或指派中国员工从事相关技术项目工作前，所必须申请的，而视同出口许可证审批数量的大幅下降，或能微妙地反映出自贸易战以来中美关系的变化，以及美国阻止中国半导体等先进技术发展的意图。

Top Ten Countries of Origin for Deemed Export Licenses 2017-2021 Approved							
Country of Origin	Top ECCN 2021	2017	2018	2019	2020	2021	Country Approvals/ Total Applications 2021
China	3E001	756	317	566	423	281	34.2%
Iran	3E991	267	184	181	242	182	22.2%
India	1E001	79	77	67	92	99	12.1%
Mexico	3E611	20	31	45	34	32	3.9%
France	3E001	9	12	26	37	22	2.7%
Japan	3E611	21	15	16	18	15	1.8%
Vietnam	3E001	15	9	16	10	15	1.8%
Germany	0E505	6	9	8	12	14	1.7%
Italy	2E003		4	5	5	14	1.7%
United Kingdom	0E606	25	20	25	20	13	1.6%
Russia	3E001	44	9	20	14	11	1.3%
South Korea	9E619	3	1	6	8	10	1.2%
Syria	3E991	16	12	20	21	8	1.0%
Brazil	7E002	9	6	6	7	6	0.7%
Canada	1E001	4	2	4	11	5	0.6%
Total Approvals		1,379	806	1,106	1,064	821	
Source: Commerce U.S. Exports Exporter Support System, retrieved on February 16, 2022							
Note: 1. Ranking is based on 2021 data.							
2. All previously reported numbers are subject to revision based on changes in the source data on the retrieving date.							

图源 BIS 官网中发布的《准备涉及外国人的出口许可证申请的指南》

## （二）签证作为中国人才赴美留学的牵制手段

除了雇佣场景外，赴美留学的中国学生所面临的签证困难已经持续了相当长的时间，尤其针对被 STEM 专业（科学（Science）、技术（Technology）、工程（Engineering）、数学（Mathematics））录取的研究生、博士生（本科生由于进入实验室的机会和接触敏感技术的机会较少，暂没有被特别针对）。美国认为由于 STEM 专业涵盖了敏感专业，例如电子和航空航天专业，很有可能涉及半导体和航空航天相关的敏感技术，外国的研究人员或者留学生通过参与研究或者进修，接触并学习敏感技术，存在其将这些技术用于情报工作或者直接带回本国的情况，从而影响美国国家安全。因此，与“视同出口”的管制逻辑类似，美国认为对于这种潜在的技术转移的可能，要提前做好审查程序。实践中，美国很多高校拥有专门的出口管制办公室，已经建立了自己的出口管制合规体系来确保各项科研项目符合美国出口管制的要求。以宾夕法尼亚大学为例，其拥有 32 页的 ECP (Export Compliance Program)，并对“视同出口”等情形进行了专门的说明和规定。<sup>[10]</sup> 尽管美国高校有着较为完善的出口管制体系，但美国仍对留学生施加了更多的阻碍，对中国留学生的签证审查则是其中的重头戏。

特朗普政府于 2017 年发布的《国家安全战略》，明确指出美国将审查签证程序，以减少非传统情报收集者的经济盗窃行为。其承认了吸收高端技术人才对美国是至关重要的，但为了确保知识产权不被转让给竞争对手，美国将考虑对来自指定国家的科学技术工程与数学专业的留学生进行限制。2018 年开始，美国的签证政策开始收紧，并把机器人、人工智能、航空和高端制造等敏感研究领域的中国研究生签证有效期限限制为 1 年，这意味着相关领域的中国留学生每年回国都可能要重新申请签证。尽管美国的签证只有通过和拒绝两种结果，但美国可以对签证申请进行无限期的行政审查（Administrative Processing），或可直接导致尚未在美的留学生无法准时回校、已在美的留学生为避免重新申请签证的不确定性而不敢回国。中国教育部于 2019 年 6 月发布的 2019 年第 1 号留学预警指出：“一段时间以来，中方部分赴美留学人员的签证受到限制，出现签证审查周期延长、有效期缩短以及拒签率上升的情况，对中方留学人员正常赴美学习或在美顺利完成学业造成影响。教育部提醒广大学生学者出国留学前加强风险评估，增强防范意识，做好相应准备。”<sup>[11]</sup>

2020 年 5 月 29 日，特朗普发布 10043 号总统公告（Presidential Proclamation 10043），称中国正在开展一项以获得美国敏感技术和知识产权为目的的广泛的运动，尤其是利用一些赴美留学的研究生和博士生来获得此类技术，以用于推动中国军事现代化进程，而这对美国的国家安全 and 经济活力构成了威胁，因此需要暂停或限制一些通过 F 签或 J 签赴美学习的留学生入境。随即，美国驻华大使馆于 2020 年 6 月 1 日发布中文公告（与 10043 号总统公告内容基本一致），该公告第一部分内容为：“除从事本科学习的学生外，中华人民共和国任何国民作为来美国从事学习或研究的非移民持 F 或 J 签证入境美国并接受中华人民共和国任何执行或支持中华人民共和国‘军民融合战略’的实体资助，或目前在这类实体被雇用，从事学习或研究，或作为其代表，或已经被雇用，从事学习或研究，或作为其代表，以本公告第二部分为参照须被暂停和受到限制。为本公告之目的，‘军

民融合战略’一词指中华人民共和国为获取和转移外国技术，特别是关键性和新型技术，以此纳入并提高中华人民共和国军事实力而采取或通过指令实施的行动。” [12]

美国国务院将中国的“军民融合战略”（Military-Civil Fusion, MCF）视为一项具有侵略性的（Aggressive）战略，并认为中国在寻求利用许多技术固有的两用性质，这些技术既有民用用途，也有军用用途，这些关键技术包括量子计算、大数据、半导体、5G、先进核技术、航空航天技术和人工智能。[13]该公告直接针对了中国人民解放军下属的军事机构和国防研究学校，以及被称为“国防七子”的西北工业大学、哈尔滨工程大学、北京理工大学、哈尔滨工业大学、北京航空航天大学、南京航空航天大学，南京理工大学这七所高校。此后，BIS于2020年12月更新了实体清单，“国防七子”至此悉数上榜，而北京邮电大学、天津大学等共十八所高校也名列其中。这些高校中部分专业的学生，在获得了美国大学的研究生或博士生录取后，至今仍迟迟未能获得签证，甚至“国防七子”中一些与敏感专业无关的人文社科专业学生，也因此无法顺利获得美国签证。由于被列入了实体清单，这些高校也无法在BIS批准前获得受EAR管控的美国物项和技术，而对这些高校出口相关物项和技术是被推定拒绝的，这在客观上影响了这些高校的科研活动。

无论是出口管制中“视同出口”许可证，还是留学签证中对部分中国学生额外的审查，都体现出中美科技战中，美国对于中国科技发展阻碍的一大基本逻辑：以反对并阻碍中国“军民融合战略”与美国自身国家安全的名义，在极大限度内阻止或审查中国人才接触美国的关键技术，以防这些技术被中国利用而发展自身科技。

## 二、中国台湾：限制核心关键技术人才赴陆

在之前的芯片及先进制造前沿信息双周报第8期中，我们介绍了台当局经济部门拟修订的《大陆地区之营利事业在台设立分公司或办事处许可办法》，陆资企业在台分公司或办事处未经许可不得从事研发行为，这也源于台当局对其核心关键技术外泄的担忧。

中国台湾拥有以台积电为代表的众多半导体公司，在芯片制造领域具备强劲的实力，而对于相关人才流失的担忧却愈演愈烈。台行政院长苏贞昌曾表示，高科技产业是台湾重要经济命脉，近年来，中国供应链以各种手段磁吸台湾高科技人才，“窃取”台湾核心关键技术，并刻意规避相关法律规范，未经许可在台从事业务活动，或假借他人名义，违法来台投资等情形，对台湾的经济利益、产业竞争力与“国家安全”等，均造成相当危害。[14]

2022年，为防止大陆挖角台湾高科技人才，从而获得台湾核心关键技术，台湾增加了以下几个措施：（1）在其“《国家安全法》”中新增“经济间谍罪”，（2）在《台湾地区与大陆地区人民关系条例》中新增关于部分台湾人赴大陆的限制措施，以及（3）相关部门通知台湾人力资源机构下架大陆职位广告等。

（1）关于新增的“经济间谍罪”，相关条文见现行台湾“《国家安全法》”（中华

民国 111 年 5 月 20 日全文修正) 第 3 条:

任何人不得为外国、大陆地区、香港、澳门、境外敌对势力或其所设立或实质控制之各类组织、机构、团体或其派遣之人, 为下列行为:

一、以窃取、侵占、诈术、胁迫、擅自重制或其他不正方法而取得国家核心关键技术之营业秘密, 或取得后进而使用、泄漏。

二、知悉或持有国家核心关键技术之营业秘密, 未经授权或逾越授权范围而重制、使用或泄漏该营业秘密。

三、持有国家核心关键技术之营业秘密, 经营业秘密所有人告知应删除、销毁后, 不为删除、销毁或隐匿该营业秘密。

四、明知他人知悉或持有之国家核心关键技术之营业秘密有前三款所定情形, 而取得、使用或泄漏。

任何人不得意图在外国、大陆地区、香港或澳门使用国家核心关键技术之营业秘密, 而为前项各款行为之一。

第一项所称国家核心关键技术, 指如流入外国、大陆地区、香港、澳门或境外敌对势力, 将重大损害国家安全、产业竞争力或经济发展, 且符合下列条件之一者, 并经行政院公告生效后, 送请立法院备查:

一、基于国际公约、国防之需要或国家关键基础设施安全防护考量, 应进行管制。

二、可促使我国产生领导型技术或大幅提升重要产业竞争力。半导体相关的技术无疑是台湾所认为的“国家核心关键技术”, 违反上述规定者, 最重可处有期徒刑十二年、并处一亿元新台币(约合 2270 万元人民币)以下罚金。

(2) 关于新增的部分台湾人赴大陆的限制措施见现行《台湾地区与大陆地区人民关系条例》(中华民国 111 年 5 月 20 日全文修正) 第 9 条:

台湾地区人民进入大陆地区, 应经一般出境查验程序。

台湾地区人民具有下列身分者, 进入大陆地区应经申请, 并经内政部会同国家安全局、法务部、大陆委员会及相关机关组成之审查会审查许可:

六、受政府机关(构)委托、补助或出资达一定基准从事涉及国家核心关键技术业务之个人或法人、团体、其他机构之成员; 受委托、补助、出资终止或离职未及满三年者, 亦同。

台湾地区人民进入大陆地区者, 不得从事妨害国家安全或利益之活动。

本条例所称国家核心关键技术, 指国家安全法第三条第三项所定之国家核心关键技术。

违反上述规定者, 得由(原)服务机关、委托、补助或出资机关(构)处新

台币二万元以上十万元以下罚款（人民币约 4500 元至 22500 元）。

(3) 关于相关部门通知台湾人力资源机构下架大陆职位广告，依据的是《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第 34 条“未经许可之大陆地区劳务不得在台湾地区从事广告活动”等条文，要求将就业地点涉及大陆者先行下架。根据相关报道，台当局劳动部门发函给人力银行（台湾的一种招聘平台），禁止协助广告招募或中介人员前往大陆就业，刊登相关招聘广告将罚 10 至 50 万新台币，中介到大陆工作则最重罚 500 万新台币，如果有提到集成电路、半导体、IC 设计等关键字，还会加重一倍处罚。<sup>[15]</sup>

面对大陆丰厚的待遇，台湾地区有大量人才接受了大陆的工作。台当局国防部门认为目前“敌情威胁”严峻，“国家安全”已不仅限于军事方面之意义，保护核心关键技术之营业秘密，不被外国、大陆地区、香港、澳门或境外敌对势力等不法侵害，已是必须面对之严肃课题。正是台湾对所谓大陆“红色供应链”发展的担忧与惧怕，使得其减少掌握核心关键技术的本地人才与大陆之间的连结点，限制其以任何途径赴陆，力图防止因人才外流而导致如芯片制造技术等的核心关键技术外流。

### 三、日本：部分留学生进入科研场景需出口许可证

此前我们在本系列第一篇文章简单介绍了日本的出口管制体系以及其管制的产品与技术等。由于中国并不在所谓出口“白名单”中，向中国出口《出口贸易管理令》和《外汇管理令》的附表中所列产品与技术时，需经日本经济产业省的许可，而这其中不乏半导体等先进制造相关产品与技术。

根据相关报道，日本负责出口管制的日本经济产业省将在 2021 年内修订有关《外汇与外贸法》运用的通告，并于 2022 年度施行。届时，日本的大学若要向留学生提供重要技术，大学方可需要获得日本经济产业省的许可。<sup>[16]</sup>日本经济产业省在 2022 年发布的第 4 版《学术和研究机构安全出口敏感技术控制指南》

(Guidance for the Control of Sensitive Technologies for Security Export for Academic and Research Institutions)，<sup>[17]</sup>意在对学术和研究机构场景下的“视同出口”<sup>[18]</sup>的管制体系提供指导，从而使得这些学术和研究机构对于敏感技术的控制能够切实实施。该指南指出了学校和研究机构向留学生转让或出口技术或货物的相关场景，例如通过借用实验装置导致的技术转让、相关的实验设备的增强或开发、使用传真或 USB 提供技术信息、通过电话或电子邮件提供技术信息、课程、会议或讨论（甚至包括线上课程与会议）以及研究指导或培训。

该指南首先明确了需要获得许可证才能将受控技术转让给在日本逗留少于六个月且未受雇于日本大学的留学生（或研究生）。其次，即便是在日本居住了六个月以上的留学生（或研究生），如果其属于“特定类别”（specific-category）的人，把受控技术转移给该类学生的情况下仍需要许可证。<sup>[19]</sup>日本经济产业省对这一情形的解释为：如果居民 A 将技术提供给被视为特定类别的居民 B，而后者将其转让给非居民 C，则从居民 B 向非居民 C 的技术转让通常需要许可证；但是在“特定类别”的方法中，居民 A 有义务在前一阶段，也即将技术从居民 A

转让给居民 B 时，申请出口许可证。“特定类别”的情形共有三种，第一是依据外国法律与外国公司或外国政府签订了劳动合同并听从其命令或管理，第二是从外国政府获得大笔金钱或其他重大利益（相当于当事人年收入的 25% 以上）或被许诺获得上述利益，第三是收到外国政府要求或指示要采取国内行动。针对留学生来说，即便其在日本居住了六个月以上，符合了《外汇与外贸法》第 6 条对于“居民”的定义，<sup>[20]</sup>若该留学生在外国公司全职工作或其留学获得了外国政府的经济资助，其进入某些学术和科研场景前，日本大学可能仍要为其申请出口许可证。最后，如果知道在日本居住了六个月以上的、被视为日本居民、且不属于“特定类别”的人的留学生（或研究生），将会把受控技术提供给另一个外国人或“特定类别”的人，或相关技术文件将会被带去外国（例如暂时回国），或受控技术会通过技术培训项目转移，则这些留学生也将需要出口许可证。

由此可见，日本对留学生中的“视同出口”管控逻辑与美国类似，都是从人才端（尤其是留学生端）把控技术外流的风险，防止关键技术未经审查即被转移并为外国利用。尽管这些举措并不仅针对中国，但日本作为留学热门国家，无疑有着相当数量的中国留学生，这些举措对于相关专业的中国留学生可能意味着更多的审查。

#### 四、韩国：或加强对关键技术行业从业人员动向的监控

韩国的经济严重依赖出口，而半导体则占该国出口总额的 1279 亿美元（约占 20%）。但该领域人才存在着严重流失的趋势，尤其是在中国半导体行业持续发力，并以丰厚的报酬吸引世界各地人才的情况下，这一趋势引起了韩国的担忧。据相关报道，<sup>[21]</sup>韩国将建立一个工程师数据库来监测某些行业的从业人员的出国旅行，以防止中国公司挖角这些芯片工程师并因此获得关键技术，这是韩国加强知识产权保护的五年计划中的一部分，而过去五年中，韩国发生过 397 起技术泄漏事件。该工程师数据库将包含半导体、电池、有机发光二极管显示器、船舶和钢铁等韩国最具竞争力的 12 项“国家核心技术”方面具有先进知识的人员名单，且该数据库可能不仅限于韩国国民，受雇于韩国公司或外国企业在韩国子公司的外国工程师可能也将被包括在内。在建立这份数据库之后，韩国政府将追踪这些名单上人员的行动，防止相关人员将关键技术信息泄露给外国公司抑或被挖角。

韩国检察官在 2020 年调查了 112 名因向海外泄露技术而涉嫌违反韩国商业秘密法，其中多数事件涉及中国公司，而且韩国国家情报局在其监视行动中也发现这样的事件越来越多。而韩国政府除了将会监控高科技企业员工的行动之外，还预计将对违反商业秘密法的行为实施更严厉的处罚，包括因向外国企业泄露资讯，将被判处三年或以上的徒刑，这相对于当前违反规定者通常只能处以罚款的情况要严厉许多。

上述韩国预计通过的举措，与台湾为防止大陆人才挖角所建立的措施拥有相似的背景与逻辑。其背景均为担忧中国大陆公司（尤其以芯片公司为代表）通过提供优厚的报酬，吸引本国/地区的人才前往中国大陆就业，从而导致本国/地区人才的流失以及关键技术的外流。其管控逻辑则均为限制或监控相关行业从业人

员与中国大陆之间的连结，降低其跳槽中国公司的可能性。

## 五、小结

上述种种举措，虽然以“出口管制”中技术管控或者人员管控等名目出现，但实质改变的是民用领域知识跨国界流通、科学无国界的通例，其目的在于强行切断“世界-中国”的信息回路，弱化中国在高科技领域的竞争力，维持西方在高科技领域的技术垄断，保障其持续坐拥垄断红利。

饶是相关法律规定毫无道理，充满冷战思维，但鉴于我国目前在相关领域并不具备核心竞争力，遵从西方部分规则运营，依然是现阶段我们的必然选择。中国高科技企业在引进外籍人才强调竞业禁止和商业秘密的同时，仍应着重注意“视同出口”这一合规风险，提前与律师团队沟通，通过收集资料和访谈判断受控技术和外籍雇员的具体情况以决定是否需要申请出口许可证，并及时在企业内部建立出口管制合规体系，采取人员筛选和技术屏蔽策略，以最大限度降低违规风险敞口。

[1] EAR § 734.13

[2] EAR § 734.15

[3] 在 EAR 中，条文中双引号中的词语在 EAR 语境中有其特定定义，可在 EAR § 722 中进行查询。本文翻译 EAR 相关法条时，保留了条文中的双引号，如非必要，不在正文中给出相关词语在 EAR 中的定义。

[4] EAR § 734.20

[5] 判断从美国出口是否需要申请许可证，需根据 EAR 的相关规定，结合物项是否受控、最终目的地、最终用户和许可证例外等因素综合判断，本文暂不对此进行详细讨论。

[6] <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/deemed-exports/709-guidelines-for-foreign-national-license-applications/file>

[7] 见 BIS 针对 Deemed Export 的 FAQs。

[8] [https://www.wsj.com/articles/u-s-slows-hiring-of-chinese-nationals-by-chip-makers-11558431000#comments\\_sector](https://www.wsj.com/articles/u-s-slows-hiring-of-chinese-nationals-by-chip-makers-11558431000#comments_sector)

[9] <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/technology-evaluation/ote-data-portal/licensing-analysis/2959-statistics-of-deemed-export-licensing-2017-2021/file>

[10] [https://universityethics.prod.fbweb.psu.edu/sites/universityethics/files/psu\\_export\\_compliance\\_plan\\_06-18.pdf](https://universityethics.prod.fbweb.psu.edu/sites/universityethics/files/psu_export_compliance_plan_06-18.pdf)

[11] <https://www.fmprc.gov.cn/ce/cg/chn/zytz/t1670085.htm>

[12] <https://china.usembassy-china.org.cn/zh/proclamation-on-the-suspension-of-entry-as-nonimmigrants-of-certain-students-and-researchers-from-the-peoples-republic-of-china/>

[13] <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/What-is-MCF-One-Pager.pdf#:~:text=“Military-Civil%20Fusion%2C”%20or%20MCF%2C%20is%20an%20aggressive%2C%20national,theft%20-%20in%20order%20to%20achieve%20military%20dominance.>

[14] <https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/5d673316-5cc1-4b37-a756-8cd62a9e522d>

[15] [https://tw.news.yahoo.com/防對岸挖角-勞動部禁人力銀行刊登中國職缺-111002954.html?guccounter=1&guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuYmluZy5jb20v&guce\\_referrer\\_sig=AQAAACRfYmubrPmvIsGv-rHh2JTDA6qkSEjWM40kdq7b7iVILfyJV7t2nyrsKE\\_Yuzc84BUOE4LZlsLxsEySeVHAdJQEdfSE-yfmEAYUD1-aVhJ205n5cBtSxuLFsFlIF0mJsw\\_91MId9GVnnsiqjah\\_GjPg2XPs49J1\\_iRIGAt4sE7O](https://tw.news.yahoo.com/防對岸挖角-勞動部禁人力銀行刊登中國職缺-111002954.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuYmluZy5jb20v&guce_referrer_sig=AQAAACRfYmubrPmvIsGv-rHh2JTDA6qkSEjWM40kdq7b7iVILfyJV7t2nyrsKE_Yuzc84BUOE4LZlsLxsEySeVHAdJQEdfSE-yfmEAYUD1-aVhJ205n5cBtSxuLFsFlIF0mJsw_91MId9GVnnsiqjah_GjPg2XPs49J1_iRIGAt4sE7O)

[16] <https://cn.nikkei.com/politics/economy/economic-policy/46478-2021-10-27-09-55-16.html?start=0>

[17] [https://www.meti.go.jp/policy/ampo/law\\_document/tutatu/t07sonota/t07sonota\\_jishukanri03\\_eng.pdf](https://www.meti.go.jp/policy/ampo/law_document/tutatu/t07sonota/t07sonota_jishukanri03_eng.pdf)

[18] 日本对“视同出口”的定义与美国无甚差别。

[19] 日本大学的外国雇员、日本学生或日本雇员同样受该情形约束。

[20] 在日本有住宅或居所的自然入，或在日本设有主要办事处的公司，被认为是《外汇与外贸法》中的居民，其余为非居民。

[21] <https://asia.nikkei.com/Business/Tech/Semiconductors/South-Korea-to-track-travel-by-chip-engineers-as-tech-leaks-grow>

## 狭路相逢，善用规则者胜——换一个视角看美国出口管制新规

茹庆谷、刘梦晗、段唐子煜

### 一、何为出口管制项下的“技术”

#### (一) 定义

之前我们介绍了美日韩台对人才流动的限制，究其根本在于对于技术外泄的控制，那么何为出口管制项下的“技术”？

世界各国的出口管制均将技术列入了管制范围。瓦森纳协定的 General Technology Note 中，受控的“技术”是“开发”、“生产”或“使用”两用清单中每一类别里所列的管制物项“所需”的，即便该“技术”使用在不受控物项上，也仍然受管制。《欧盟两用物项出口管制条例》与美国 EAR 里，其 General Technology Note 与瓦森纳协定基本保持了一致。

由于美国出口管制较高的精细程度与较大的影响范围，本文选择以 EAR 为背景进行讨论。EAR 将“技术”进一步明确为一种信息 (information)：“技术”指的是“开发”、“生产”、“使用”、操作、安装、维护、维修、翻修或翻新（或其他在商业控制清单 (CCL) 上的 ECCN 中所规定的管控“技术”的术语）所必需的信息。<sup>[1]</sup>

“开发” (development) 与批量生产前的所有阶段有关，如：设计、设计研究、设计分析、设计概念、原型的组装和测试、试生产方案、设计数据、将设计数据转化为产品的过程、配置设计、集成设计、布局。

“生产” (production) 指所有生产阶段，如：产品工程、制造、集成、装配（安装）、检验、测试和质量保证。

“使用” (use) 包括六个要素：操作、安装（包括现场安装）、维护（检查）、维修、翻修和翻新。

技术是一种信息，但并非所有的信息都属于 EAR 定义的“技术”，只有符合 EAR 定义的“技术”范畴的信息，才属于本文所讨论的信息。

#### (二) 形式

这些信息的呈现方式是怎样的？EAR 中也给了一些提示，信息的呈现可能是任何有形或无形的形式，例如书面或口头沟通、蓝图、图纸、照片、计划、图表、模型、公式、表格、工程设计和规范、计算机辅助设计文件、手册或文件、电子媒体或通过目视检查显示的信息。<sup>[2]</sup>我们在本系列第二篇文章中所提及的人才可能涉及的“视同出口”问题，例如目视、口头交流技术相关问题抑或是在生产车间的并肩工作，都可能被视为技术的出口，技术作为一种信息，也在这一过程中通过有形甚至是无形的方式被呈现。

## 二、出口管制中，什么样的技术“不受控”？

什么样的技术在出口管制中属于受控技术这一问题固然重要，但判断“该技术是否是不受控的情形”应是出口管制逻辑中的第一步，这一问题的回答若为否定，再判断该技术是否受控于 EAR 以及后续 ECCN 编码的归类，最后通过最终用户、最终用途等判断该技术的出口是否需要申请出口许可证。

以美国出口管制为例，一个物项适用于 EAR 的相关规定或者其出口需要许可证的情况，建立在该物项受 EAR 管控的基础上，而判断是否受控于 EAR，则需首先排除是否是不受 EAR 管控的情形。由于技术在不受 EAR 管控这一部分有其特有的判断规则，因此本文着重对此进行介绍。

根据 EAR § 734.3(b)(3)，符合以下情形的信息和“软件”，不受控于 EAR：(i)如 EAR § 734.7 所述，被发表的 (are published)；(ii)如 EAR § 734.8 所述，在基础研究期间产生或由基础研究产生；(iii)在学术机构的目录课程或相关教学实验室中的教学中释放；(iv)出现在任何专利局提供的专利或公布的专利申请中，除非发明保密令 (invention secretary order) 涵盖，或者是 EAR § 734.10 中所述的其他专利信息；(v)是非专利系统描述；或(vi)是第 9 类 E 类产品注释 2 中定义的遥测数据 (见 EAR 第 774 部分增补 1)。

据此，可以将不受 EAR 管制的技术大致总结为两类，一是公开的，二是由基础研究产生的，二者彼此区分又互相联系。

### (一) 公开的技术

在 EAR 中，不受控的技术通常被表述为公开的 (open)、公共的 (public)、被发表的 (published) 抑或公开可获得的 (publicly available)。典型情形诸如 (1) 对任何希望获取或购买已发布信息的人提供没有限制的订阅，(2) 图书馆或其他面向公众的开放的且可以获取有形或无形文档的公共馆藏，(3) 在会议、研讨会、展销会或展览会上无限制地传播，并通常向感兴趣的公众开放，(4) 以任何形式 (不一定以发表的形式) 公开传播 (也即无限制地传播)，包括在向公众开放的网站上发布，(5) 提交书面作品、手稿、演示文稿、计算机可读数据集、公式、图像、算法或其他一些知识表现形式，如果这些信息被接受出版或报告，则将公开提供，例如发表期刊的情形、提交给进行基础研究的工作人员、提交给公开会议的组织者等。<sup>[3]</sup>另外还有专利这一情形，其授权和转让受专利相关法律管辖。这样的情形属于被发表的或公开的，前提是在后续的传播过程中没有进一步的限制。

以上情形并不当然的具有“公开性”，以学术会议为例，在某一著名国际科学会议中，该领域的领头研究人员都可受邀参加，在这一会议中发表关于一项除加拿大以外的国家均需出口许可证的技术的论文，一般来说不受 EAR 管控。但如果该会议禁止参会者记笔记和个人记录、存在不合理的注册费用和不合理的出席限制，就不会被认为是公开的 (open)，在该会议中披露的技术信息也并不当然地不受 EAR 管控。<sup>[4]</sup>

公开所对应的是专有的 (proprietary)，而专有信息 (proprietary information) 则不属于不受 EAR 管控的技术范畴。BIS 并未对专有信息作出定义，但因其专有性、秘密性与价值性，专有信息与商业秘密 (trade secret) 的范围几乎重叠。美国《统一商业秘密法》将商业秘密定义为一种信息，包括配方、式样、汇编、程序、设置、方法、技术和工艺，该信息 (i) 由于不被其他能够从其披露或使用中获得经济价值的人所普遍知晓，也不容易通过适当的手段探知，因而获得独立的实际或潜在的经济价值，并且 (ii) 在这种情况下，为保持其秘密性所做的努力是合理的。[5]

以台积电为例，由于其芯片制造代工厂的特例，需要在保护自己的专有信息的同时，保护客户的专有信息。台积电认识到了保护专有信息，就是在保护公司的竞争力，并为此设立了 PIP 项目 (Proprietary Information Protection)，包括加强安防系统防止物品走私、内部合规检查、安全培训和奖惩等，更详细的措施包括对机器机密信息的管控以防止工艺/配方/产品信息泄露，以及新工厂设立后的安全控制中主要关注便携式计算机设备，以防止信息泄露。[6]

新思 (Synopsys) 作为 EDA 软件领头公司，则在其与承包商签订的保密协议中，专门指出承包商及其雇员有对新思专有信息进行保密的义务，这些专有信息包括但不限于商业秘密、算法、公式、工艺、数据、技术诀窍 (know-how)、源码和对象形式的计算机软件、界面、数据结构、改进、发明、著作、技术、研究、开发、专利申请、实验室笔记本、掩膜作品、工程设计和图纸、规格、硬件配置信息、营销计划、战略、预测、客户名单、价格表、定价方法、成本数据、市场份额数据、与第三方的协议、公司雇员和顾问的名单或相关信息，以及关于公司客户和供应商的非公开信息，包括他们的买卖习惯和特殊需求。[7]

以上非穷尽式列举与 BIS 提供的技术作为信息的形式相映照，并包含了许多芯片行业技术信息的特别形式，尤其是工艺、技术诀窍、图纸和掩膜作品等。尽管这些技术属于公司的专有信息，但这些信息的转移并不完全由公司做决定，例如新思在 2022 年 4 月疑因向华为和中芯国际转移关键技术而违反了美国 EAR，受到了来自美国商务部的调查。[8] 一旦相关的专有信息符合 EAR 中对“技术”的定义，经过归类和检验后被认为需要许可证才能出口，该专有信息的转让就不再仅是交易双方的协商了。

## (二) 由基础研究产生的技术

“基础研究” (fundamental research) 不同于广义上的学术研究，“基础研究”是指科学 (science)、工程 (engineering) 或数学 (mathematics) 方面的研究，其结果通常会发表并在学术共同体内广泛共享，且研究人员没有受到专有 (proprietary) 或国家安全原因 (national security reasons) 的限制。在这样的基础研究期间产生或由基础研究产生并打算发表的“技术”，不受 EAR 管控。

公开的技术和由基础研究产生的技术两者的共同点本质还是在“公开”上，基础研究的过程虽然不是公开的，但因其产生的技术抑或是该研究的成果，是以发表为前提的，也因而具有公开性。若受到专有或国家安全原因的限制 (也即不

能无限制地公开），则不属于不受控于 EAR 的情形，例如出版前审查（prepublication review）程序，正是对于公开发表“基础研究”成果的限制。以国家安全原因和机密信息为由的出版前审查，多由美国国防部进行。美国国防部下属出版前和安全审查国防办公室（Defense Office of Prepublication and Security Review）对政府和国防工业的官方工作产品进行强制审查，也对通过审查（cleared）或曾经通过审查的个人根据其自愿的保密协议义务提交的材料（例如书籍或文章）进行审查，以确保不包含机密的、受保护的信息且符合相关政策。<sup>[9]</sup>例如在 2021 年，美国前国防部部长马克·埃斯珀按照出版前审查程序，提交了将要出版的个人回忆录原稿后，收到美国国防部通知，称书中的部分内容因属机密信息而需要修改，而又因为保密协议的原因，除非获得美国国防部的批准，否则该书无法顺利出版。<sup>[10]</sup>美国各政府机构以及研究机构，也会有自己的出版前审查程序，例如美国 CIA 下设出版前分类审查委员会（Prepublication Classification Review Board）以及美国国防大学所进行的出版前审查。尽管以上案例并不当然地属于本文讨论的与基础研究相关的技术，但显示了出版前审查程序对于信息的公开（无论是出版还是直接公开），设置了限制。正是因为存在此种限制，需要接受出版前审查的由基础研究而来的相关技术，并不同于其他通常会发表的技术成果，这些技术是否不受 EAR 管控，取决于出版前审查的目的、是否仍打算出版以及相关限制是否解除——**关键仍在于是否具有或将会具有公开性。**

EAR § 734.3(b)(3)中，“在学术机构的目录课程或相关教学实验室的教学中释放”这一不受 EAR 管控的情形，似乎无法直接归类于以上两类别，它与基础研究相关，但并不严格符合基础研究所产生的技术的定义，它并不属于专有的情形，但也不是完全的公开。BIS 在 FAQs 里表示，面对许多来自极可能需要出口证的国家的学生，讲授超高速集成电路设计和制造的研究生课程，并不需要出口许可证，即便会涉及自己还没发表的研究成果。但如果是一家公司讲授的关于高性能机床设计和制造的专有课程，则会因该公司的专有课程不属于学术机构中的课程，从而受控于 EAR，除非符合上文所述的关于会议、研讨会等具有公开性的要求。<sup>[11]</sup>这更体现了，在美国出口管制逻辑中，是否具有公开性是判断一项技术是否不受控于 EAR 的关键标准。

### （三）什么样的技术受控？

对于符合 EAR 中对于“技术”的定义且不属于不受控情形的信息，其是否受控于 EAR 的判断标准与货物和软件这些物项无异：该技术是否在美国境内、该技术是否在美国境外但产自美国、是否符合外国直接产品规则（FDP Rules）或微量测算规则（De Minimis Rule）等。若受控于 EAR，其出口是否需要许可证的判断同样与货物和软件这些物项无异：需结合 ECCN 编码的归类、结合十个通用限制（General Prohibitions）以及商业国家列表（CCC）、被拒绝清单（Denied Person List）、实体清单（Entity List）、未经核实清单（Unverified List）、军事最终用户清单（Military End-User List）及具体业务场景等综合判断。

## 三、技术的管控趋势：以新兴技术为例

正如我们在本系列第二篇文章中提到的，以美国为首的半导体强国无论在法律层面，抑或实操层面，对技术和人才的管控升级力度明显。2018年，BIS发布的关于新兴技术控制的审查的征求意见稿，将14类技术纳入了新兴技术（Emerging Technologies）的范畴，分别是生物技术、人工智能、定位导航等技术、微处理器技术、先进的计算技术、数据分析、量子信息和传感技术、物流技术、增量制造、机器人、脑机接口、超音速、先进材料和先进监控技术。该分类由于范畴过于宽泛，而受到过来自公众的意见，BIS在之后则采取了识别新兴技术并加入商业控制清单（CCL）的方法来对新兴技术进行管控，并改组新兴技术技术咨询委员会（ETTAC），招募从事关键新兴技术开发生产的专家，负责鉴定相关新兴技术，以及为BIS对新兴技术的管控提出建议。截至目前，BIS已经将多项新兴技术纳入CCL清单，且多数都在多边协议的支持下进行，例如2022年8月被BIS列入CCL清单的四项新兴技术（氧化镓、金刚石、电子计算机辅助设计软件（ECAD）和压力增益燃烧技术（PGC）），就是遵循2021年12月瓦森纳协定全体会议的决定的体现。

2018年至今，被列入CCL清单且与芯片相关的新兴技术包括：离散微波晶体管、用于制造极紫外线掩模的计算光刻技术软件、用于为5nm生产精加工芯片的技术、氧化镓、金刚石和电子计算机辅助设计软件（ECAD）等技术。2022年8月美国总统拜登正式签署了《芯片与科学法案》（the CHIPS and Science Act of 2022），试图重构半导体供应链格局，打破全球经济一体化的国际贸易规则，强拉其他科技强国选边站队，人为阻碍中国在半导体领域的发展。

而就在10月7日BIS刚刚颁布的被称为史上最严出口管制措施中，BIS通过修改EAR的具体规则以及新增某些新兴技术的ECCN编码，不断加强对先进计算芯片（IC）、超级计算机、先进半导体制造设备和技术等物项的管控力度，对中国先进的高科技企业实施定点打击。此外值得注意的是，在针对美国人（U.S. Person）未获得许可证的情况下不得“支持”某些IC的“开发”或“生产”的特定活动的规则中，出现了不同以往的“不受EAR管控的物项（not subject to the EAR）”，这说明BIS开始填补漏洞，将那些原本尚未被纳入EAR管控范围内的高新技术一并笼统概括，要求美国人不光不得支持中国进行受EAR管控的物项的“开发”或“生产”活动，还不得支持那些不受EAR管控的可能因技术是公开的、是由基础研究产生的、技术过于先进、物项受控比例未超过25%、不满足外国直接产品规则等原因而尚未被EAR管控起来的物项的“开发”或“生产”活动。

#### 四、小结

从美国政府这一系列不断加码的措施来看，在新兴技术尤其是半导体领域的技术和人才之争，仍将是科技战的主战场。而出口管制规则俨然已成为政治家手中压制中国最得心应手的武器，过度扩张国家安全和外交利益的限制范围，使得作为法律规则存在的出口管制逐渐失去原本应有的意义。然而，我们也坚信，即使面临种种压制，中国半导体产业依然能保持冷静，一方面积极适应规则的变化，一方面依据底线思维，调整战略与打法，在逆境中不断寻求突破。我们法律人会

坚定与产业界共同迎战，为突破半导体这一西方最后的科技堡垒贡献出属于自己的一份力量。

[1] 在 EAR 中，条文中双引号中的词语在 EAR 语境中有其特定定义，可在 EAR § 722 中进行查询。本文翻译 EAR 相关法条时，保留了条文中的双引号，如非必要，不在正文中给出相关词语在 EAR 中的定义。

[2] EAR § 772 中关于 Technology 的定义及其注释。

[3] EAR § 734.7

[4] BISFAQs

[5] UTSA § 1.4

[6] TSMC2013CorporateSocialResponsibilityReport,TSMC2018CorporateResponsibilityReport

[7] <https://www.synopsys.com/company/legal/contractor-nda.html>

[8] <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-13/synopsys-probed-on-allegations-it-gave-chip-tech-to-huawei-smic?leadSource=verify%20wall>

[9] <https://www.esd.whs.mil/DOPSR/>

[10] <https://nypost.com/2021/11/29/former-defense-secretary-mark-esper-sues-pentagon-for-blocking-material-from-his-memoir/>

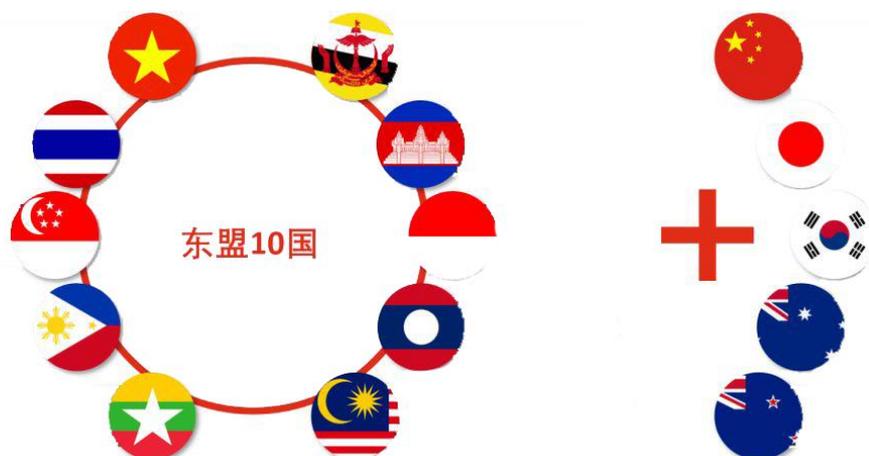
[11] BISFAQs

## RCEP 原产地规则解读

许静

### 引言

万众瞩目的 RCEP 政策已于 2022 年 1 月 1 日正式生效，这意味着协议内的 15 国在国际贸易领域里进一步开放融通，深化协作绑定，贸易供应链稳固发展。为了广大进出口企业深入了解 RCEP 原产地规则及运用政策红利，本文将针对 RCEP 协议原产地规则中最为重要的原产地累积政策及出口商核准政策作相关解读。



原产地规则是所有自由贸易协定的基石。获得原产地证书，即有资格享受进口国的关税减免和相关优惠政策。对比其他自由贸易协定，RCEP 协议对原产地政策的规定最为重要的两项变革：那就是原产地累积政策和出口商核准自主声明政策。此两项政策虽非 RCEP 协议首创，但与其他自由贸易协定相比，其缔约方更多，累积范围更大，受惠面更为广阔，旨在为 RCEP 协议缔约国成员享受零关税的终极目标。

### 一、公告解读原产地累积政策

货物原产地可以简单的理解为货物的国籍。各国海关根据不同货物原产地来确认和实施贸易保护、关税差异、差别待遇（数量、特权、豁免等）。在一般自由贸易协定下，货物的全部原材料来源于出口国，或货物实质性发生根本改变于出口国的以及部分原材料来源于他国但货物在出口国使用的原料和制造费用的成本超过一定比例的，视出口国为此货物的原产地。而在 RCEP 协议下，只要原

材料来源于 15 个缔约国内，其原材料比例即可累积计算。例如，我国从多国进口原材料及配件装配小汽车再出口到泰国，原材料比例如下：

原材料	原产国	单价 (元)
发动机	日本	40000
控制面板	中国	20000
车灯	韩国	20000
轮胎	新西兰	10000
其他零件	印度	10000
总价合计		100000

依据《中华人民共和国与东南亚国家联盟全面经济合作框架协议》和《中国—东盟自由贸易区原产地规则》，任一成员方原料占比不低于 40%。根据上表， $RVC=20000 \div 100000 * 100\% = 20\% < 40\%$ ，可认定原产地为中国的原材料占比为 20%，不符合东盟协议的原产地规则，也无法享受东盟协议的关税优惠政策。

现在，依据 RCEP 协定，原料区域价值不低于 40%，并适用原产地累积政策， $RVC=(40000+20000+20000+10000) \div 100000 * 100\% = 90\% > 40\%$ ，完全符合 RCEP 原产地认定标准，享受关税减免优惠政策。

上图直观的体现出原产地累积原则给区域类进出口企业带来的极大的关税优惠。再者，原产地累积政策亦同时提示和鼓舞进出口企业尽可能的在 RCEP 区域内选择原材料和供应商，优化产业布局，拓宽供应链渠道，全面提升企业在国际市场的竞争力。

## 二、出口商核准政策

经核准出口商制度是指，经海关认定的出口企业，通过海关核准可以自行出具原产地证明（声明），即可享受关税减让的制度。这是 RCEP 协议推动的政府行政办事便利化的又一进步举措。在以往的贸易协定下，出口企业还是需要去海关或贸促会申领原产地证明，现在只要企业经过海关认定便可以自行出具。

海关是如何认定经核准的出口商呢？根据海关总署令第 254 号令《中华人民共和国海关经核准出口商管理办法》，出口商必须为海关高级认证企业，并且熟练运用原产地规则且企业建立了完善了原产资格证明文件的管理制度。如企业通过了海关核准，有效期为 3 年。

经海关核准后的出口商便可自主出具原产地声明，这将大大节省企业出口通关时间，降低企业运营成本，提高企业国际贸易展业的流畅性。

出口企业切不可贪图便利，提供虚假材料或者不按规定开具原产地申明，一经发现将面临严重的行政处罚后果。出口企业后续也应做好原产地资格证明文件的保存管理。

RCEP 原产地原则除了以上两项规则外，还有微小含量规则，微小差错规则、中间缔约方出具背对背原产地证明等等。这些多样性、灵活性的规则，皆为打造全球体量最大自由贸易区以及进一步推动缔约方经济互动打下有力基础。

在广大进出口企业在享受 RCEP 政策红利的同时，也提示进出口企业须爱惜信用羽毛，守住法律底线。各企业应结合其他国家地区贸易协定作对比，合法运用政策规则做关务筹划，保障进出口运营中各个环节的合法合规。点滴做好从如实申报、合规申领等日常运营的合规体检，从而稳步健康发展。

## 企业如何避免构成走私

张一飞

### 一、走私行为

走私是逃避海关监管,偷逃关税或携带违禁品或管制货物、物品进出境的行为。走私的方式多种多样,包括低报价格、少报数量、伪报贸易性质或原产地、偷运、夹藏违禁品等。大多数人能够认识到越境偷运和夹藏违禁品是走私行为,却不知道低报价格、少报数量而偷逃应缴税款等方式也是走私。同时,在很多人的眼里,即使低报价格、少报数量被发现,也只需补税、缴纳罚款就能了事,殊不知这些行为也属于走私,行为主体可能会承担刑事责任。

陈某从事玉石个体经营,曾赴缅甸参加玉石公盘拍卖会,并在拍卖会上中标购得八份玉石毛料。为了牟取非法利益,陈某在明知所缴纳的“全包费”显著低于货物正常进口应缴税额的情况下,仍将上述八票玉石毛料委托给陈某强等人,并由其通过低报价格和一般贸易的方式报关进口。最后,法院认定陈某走私八票玉石的行为已构成走私普通货物罪,且因偷逃税额高达三百多万,认定其偷逃税额巨大,判处有期徒刑十一年,并处罚金人民币400万元。

上述案例中,陈某没有偷运个体经营货物——玉石,而是以低报价格的方式申报进口,却也被判处十一年有期徒刑的刑罚,皆因该种行为也是走私,且偷逃税额达到特别巨大的标准。由此,不论是绕越关境、海上偷运等未向海关申报的方式,还是低报价格、少报数量等瞒骗海关申报的方式,均属于走私。

我国《刑法》规定的走私犯罪一共有12个罪名,除违禁品等,多数走私犯罪主要触犯的是“走私普通货物、物品罪”。有进出口业务的企业或其他单位需注意“走私普通货物、物品罪”的量刑不管走私的具体方式如何,而是根据偷逃应缴税额的大小。偷逃应缴税额特别巨大的(250万元以上)可处以十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

### 二、走私罪的认定

走私罪是典型的“行政犯”,即行为不仅需要违反《海关法》《海关行政处罚实施条例》等行政法律法规,而且情节严重到需要追究刑事责任的才构成犯罪。例如,某海关对企业申报进口货物的价格情况不了解,曾与企业进行价格磋商,企业此后以海关确定的价格标准申报进口,即使后来另一海关认为企业低报价格,但该企业不构成走私犯罪,这是因为走私罪首先需具备行政违法性。

走私罪的认定需要达到主客观的统一,客观上主要关注行为方式和行为对象,即行为人所从事的行为与货物、物品进出境有关,所从事行为涉及的货物、物品违反国家法律的规定。在客观层面上构成了走私行为的基础上,还要判断行

为人是否具有走私的主观故意。如果没有逃避海关监管的故意，则不属于走私行为，也不构成走私罪，最多是行政违规行为。

### 三、主观故意的认定

根据《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第五条规定，行为人明知自己的行为违反国家法律法规，逃避海关监管，偷逃进出境货物、物品的应缴税额，或者逃避国家有关进出境的禁止性管理，并且希望或者放任危害结果发生的，应认定为具有走私的主观故意。走私主观故意中的“明知”是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。具有下列情形之一的，可以认定为“明知”，但有证据证明确属被蒙骗的除外：

- (一) 逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出境的货物、物品的；
- (二) 用特制的设备或者运输工具走私货物、物品的；
- (三) 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境货物、物品的；
- (四) 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；
- (五) 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；
- (六) 曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的；
- (七) 其他有证据证明的情形。

第六条规定，走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意，但对其走私的具体对象不明确的，不影响走私犯罪构成，应当根据实际的走私对象定罪处罚。但是，确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误的，可以从轻处罚。

根据以上两条规定，可以发现走私主观故意的认定是比较复杂的，第五条侧重于对行为方式主观认识的判断，即行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为；第六条侧重于对行为对象的主观认识，具体包括概括的走私故意和认识错误等问题。

对于行为方式的主观认识方面，进出口货物的企业、个人即使不知道低报价格、少报数量等瞒骗海关的行为是走私行为，也可以被认定为“明知”，进而被刑事处罚。因此，进出口业务相关主体应及时纠正自己的错误认识，避免构成走私罪的风险。

对于行为对象的主观认识方面，一般有概括的故意和推定的故意。推定的故意可以依照上面第五条的规定和其他相关规定、解释来认定。而概括故意就比较抽象，是指行为人对其行为对象认识模糊，实际对象没有超出其认识范围，而在其认识之中。具体到走私犯罪中，概括故意还可以区分为两种类型：一种是完全概括故意型走私，即行为人具有走私的犯罪故意，而且无论何种走私何种货物、

物品都未超出其主观故意，对具体走私对象认识比较模糊。但结合实际，这种完全概括故意型走私的类型还是比较少见的。另一种则是部分概括故意型走私，即行为人只具有走私 A 类型货物、物品的主观故意，在该种类之下具体走私何种货物、物品在所不问，或认识比较模糊；或者虽然走私 A 类货物，但实际走私 B 类货物也未超出其主观故意的范围。根据第六条规定，走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意，但对其走私的具体对象不明确的，不影响走私犯罪构成，应当根据实际的走私对象定罪处罚。

从上述定义可以看出，部分概括故意与认识错误比较容易混淆。而在分析行为人是否发生认识错误时，既包括对某种对象是否有明确的认识，也包括是否有认识的可能性。如果某类走私对象的出现，不能排除行为人有认识的可能性，仍然属于概括故意的范畴。但如果没有认识的可能性，完全超出其认识范围之外，则属于认识错误。而如果发生了认识错误，根据主客观一致的原则，行为人不构成所涉实际对象对应的走私罪。例如，某人进口书籍，货物钟被查获大量淫秽书刊，但运输的人因语言限制根本不具备认识淫秽物品的可能性，所以发生认识错误，不具备走私淫秽物品的主观故意，进而不构成走私淫秽物品罪。

#### 四、结语

在走私罪的认定过程中，因走私犯罪一般涉及国际贸易和跨境物流运输，确定走私客观行为的存在相对简单，但走私的主观故意的认定则存在难点。虽然如此，如果进出口相关主体仅以自己不知道运送的为何物、行业惯例或对海关行政法规的无知等理由否认走私的主观心理，也是远远不够的。

认定走私罪的主观故意不仅需要考察相关材料确定的案件事实，也涉及到此罪与彼罪、一罪与多罪的判断。因此，一旦企业牵涉进走私案件中，最好有专业的律师根据实际情况，进行多方面有效的抗辩。

## 收到海关的稽查通知怎么办——归类篇

张一飞

### 一、商品归类是什么

根据 2021 年 11 月 1 日起施行的《中华人民共和国海关进出口货物商品归类管理规定》，商品归类是指在《商品名称及编码协调制度公约》商品分类目录体系下，以《中华人民共和国进出口税则》为基础，按照《进出口税则商品及品目注释》《中华人民共和国进出口税则本国子目注释》以及海关总署发布的关于商品归类的行政裁定、商品归类决定的要求，确定进出口货物商品编码的行为。

### 二、未正确归类的后果

《中华人民共和国进出口关税条例》（中华人民共和国国务院令 第 676 号）第三十条规定纳税义务人应当依法如实向海关申报，提供有关确定完税价格、进行商品归类等所需的资料；

第三十一条规定纳税义务人应当按照《税则》规定的目录条文和归类总规则、类注、章注、子目注释以及其他归类注释，对其申报的进出口货物进行商品归类，并归入相应的税则号列。

《中华人民共和国海关进出口货物征税管理办法》第六条也明确规定，纳税义务人应当按照法律、行政法规和海关规章关于商品归类、审定完税价格和原产地管理的有关规定，如实申报进出口货物的商品名称、税则号列（商品编号）、规格型号、价格、运保费及其他相关费用、原产地、数量等。由此可见，多项规定均要求企业如实申报商品的信息，**正确申报商品税则号列是企业应有的义务和责任。**

上文提到企业申报错误不一定会受到行政处罚，虽然常见的后果只是企业在海关的要求下删改报关单，补缴税款，**但也有少部分情况是企业不仅补缴税款，而且要承担高额行政罚款，甚至可能承担刑事责任。**具体来说，如果商品的税则号列申报不实，企业程序性违规，影响海关统计准确性或监管秩序的，会被警告或者处 1 万或 3 万以下罚款；进出口货物税则号列申报不实，影响国家税款征收的，需缴纳漏缴税款 30% 以上 2 倍以下的罚款；影响国家外汇、出口退税管理的，需缴纳申报价格 10% 以上 50% 以下的罚款。如果企业伪造、变造报关单据，故意向海关提供虚假信息，就可能被认定为“走私罪”，承担刑事责任。触犯“走私普通货物、物品罪”，至少会被处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。特别严重的处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

面对海关对商品归类的稽查，如果企业能够让海关认可原来申报的编号，那当然是最好的情形。但在绝大多数情况下，商品编码最终是由海关的意见决定，企业多少显得“无能为力”。

### 三、申报错误与申报不实

申报错误和申报不实看似区别不大，客观上都表现为企业（或个人）的归类错误，且均需补缴税款，但产生的后果却完全不同。那么，企业怎么才能避免被认定为申报不实而承担严重的后果？

根据《海关总署关于申报不实的解释》（署法发〔2012〕495号）相关规定，海关按照以下条款对进出口货物税则号列申报不实作出认定：

应当认定为申报不实的情形	不应当认定为申报不实的情形
商品在《中华人民共和国进出口税则》品目条文中有具体列名的或有关类注、章注和子目注释明确写明的	当事人进出口货物的归类属于海关商品归类疑难问题，经总署归类职能部门审核已提交协调制度商品归类技术委员会研究决定的
商品属《进出口税则商品及品目注释》具体列举的品目商品范围	
商品与《中华人民共和国进出口税则本国子目注释》中所述商品相同的	
商品与海关总署已公布的商品归类行政裁定、商品归类决定所述商品相同的	当事人依据海关预归类决定向海关申报，但海关预归类决定内容存在错误导致申报错误的
有证据证明海关曾通过预归类决定书等方式，向特定当事人书面告知过该商品完整的正确归类，则该商品视同对特定当事人已明确商品归类事项	海关对当事人申报的税则号列曾进行过实质性归类审核，进出口货物已通关放行，海关在事后审核认定或者当事人就同样货物再次申报过程中又认为其归类错误的；实质性归类审核包括化验检测商品成份且未对归类认定提出疑义、查验核对归类、补充申报归类事项或修改报关单归类事项等形式

从上述规定可以看出，海关主要是通过判断企业是否存在主观过错来认定申报不实。《中华人民共和国海关办理行政处罚案件程序规定》（2021）第五十七条也规定“当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定”。即行政机关是否对于企业（相对人）的商品归类申报错误给予行政处罚，取决于企业的行为是否构成违法，而行政违法的认定又取决于企业主观上的过错。“无过错则无责任”是行政处罚的一般原则，在商品归类问题上，海关也须遵循该原则开展工作。综上，企业的归类申报是否构成申报不实，主要是看企业是否存在主观过错。

具体来说，对于申报不实主观过错的认定可以从以下三个方面来看：

#### （一）前提——归类申报错误

讨论是否存在主观过错的前提是海关认为企业申报的商品税号不正确。虽然企业可以根据《中华人民共和国进出口税则》《进出口税则商品及品目注释》《中华人民共和国进出口税则本国子目注释》，以及海关总署发布的关于商品归类的行政裁定、商品归类决定的要求对其申报的进出口货物进行商品归类，确定相应的税号，但这些文件仍然无法涵盖所有商品，企业正确申报税号

存在一定的困难。例如，某行政诉讼案件就对“酿酒葡萄汁”应该归入“水果汁”，还是归入“其他无包装无酒精饮料”产生了争议。

既然已有的规定和相关文件无法完全确定进出口商品的税号，那么就只能由海关归类主管部门进行判断。从司法案例中，我们也可以发现关于商品归类的权威意见主要是由海关或者海关专业机构作出。因此，企业申报的商品税号与海关方认定的意见不同，就构成归类申报错误。

## （二）主要判断：是否属于明确的商品归类事项

如果是明确的商品归类事项，可容易认定企业存在故意或过失，推定企业存在主观过错，而海关对这种行为的处罚就不存在太大争议。但如果商品归类不明确，就不可直接认定企业在归类错误上具有主观过错。明确的商品归类事项就是一般水平的报关人员尽到合理的注意义务，就能申报正确的项目。如果进出口货物的归类属于海关商品归类疑难问题，如不同海关或不同部门对相同商品的归类意见不同、所涉商品归类问题已提交海关归类技术委员会讨论决定等，那么该商品的归类事项就不是明确的，企业申报错误也不具有可归责性。

此外，海关法和其他相关规定在平衡企业利益方面作了一些制度设计安排，企业应当特别注意。《海关法》第六十二条规定，“进出口货物、进出境物品放行后，海关发现少征或者漏征税款，应当自缴纳税款或者货物、物品放行之日起一年内，向纳税义务人补征。因纳税义务人违反规定而造成的少征或者漏征，海关在三年以内可以追征”；第六十三条规定，“海关多征的税款，海关发现后应当立即退还；纳税义务人自缴纳税款之日起一年内，可以要求海关退还”。因此，如果企业的商品归类错误，在纳税人没有违反规定的情形下，海关仅可一年补征，超过1年，海关无权强行责令补税。同时，纳税义务人多缴税款的，可以自缴纳税款之日起一年内要求海关退还。

## （三）辅助判断：是否已经被实质性归类审核

《海关总署关于申报不实的解释》明确指出，如果海关对当事人申报的税则号列曾进行过实质性归类审核，进出口货物已通关放行，海关在事后审核认定或者当事人就同样货物再次申报过程中又认为其归类错误的，不应当认定为税则号列申报不实。根据行政法律上的信赖保护原则，被海关对所涉商品实质性审核过的企业不具有主观过错，也不应当被处罚。

多个司法案例中，企业都主张其一直按某税号缴纳税款，海关对所涉商品放行使得其有理由相信海关对所涉商品税号已经进行过审核。如果海关放行意味着对商品归类已经审核过，那么企业可以从此时开始对归类的审核结果享有信赖利益。但《中华人民共和国海关进出口货物征税管理办法》第八条规定，海关可以根据口岸通关和货物进出口的具体情况，在货物通关环节仅对申报内容作程序性审核，在货物放行后再进行申报价格、商品归类、原产地等是否真实、正确的实质性核查。该规定表明放行并不代表海关已对归类进行过实质性审核，这也是在相关行政诉讼案例中海关所持的观点。同时，许多海关主张放行只经过程序性审核是为了提高通关效率，营造优良的营商环境。

经过上述分析，可以知道放行并不意味着归类已经审核确定，海关的实质性核查也具有特定的含义。《海关总署关于申报不实的解释》第二条第二款指出，实质性归类审核包括化验检测商品成份且未对归类认定提出疑义、查验核对归类、补充申报归类事项或修改报关单归类事项等形式。实践中，企业大多并不知道其进出口的商品是否通过归类审核和何时通过，造成一种影响企业正常经营的不确定性。因此，本文认为在大数据的时代，企业也应当有权知道海关是否已经审核确定归类，或者什么时候可以完成审核确定，并从可以被知悉的审核完成时刻起享有信赖利益，这样才不会挫伤企业的积极性，帮助创造更好的营商环境。

#### 四、企业的应对措施

如果企业被海关认定为申报不实，可以采取下列措施：1.在被缉私调查过程中，主动提出书面**陈述**，要求**申辩**或举行**听证**等根据《中华人民共和国海关稽查条例》(2022 修订)（中华人民共和国国务院令 第 752 号）第二十三条规定，海关应当自收到稽查报告之日起 30 日内，作出海关稽查结论并送达被稽查人。海关应当在稽查结论中说明作出结论的理由，并告知被稽查人的权利。如果海关未依照该规定告知企业的相关权利，或拒绝听取企业的陈述、申辩，就不得作出行政处罚决定。此外，企业也可以在收到行政处罚之日起五个工作日内主动提出书面陈述、申辩和要求听证，并需要向海关提交商品说明、鉴定（化验）结论、实物商品以及商品归类意见等材料，分析说明相关情况，如所涉商品的归类属于归类疑难问题，或该商品已经被其他海关进行过实质审核等。2.先补缴税款，再在规定时间内提起行政复议根据《中华人民共和国海关法》(2021 修正)第六十四条规定，纳税义务人同海关发生纳税争议时，应当缴纳税款，并可以依法申请行政复议；对复议决定仍不服的，可以依法向人民法院提起诉讼。因此，即使企业对海关的归类意见有异议，想要申请行政复议，也应该注意先行缴纳应缴税款。3.最后提起行政诉讼企业想要不被认定为申报不实，就得准备充分的材料，按照相应的程序进行抗辩。但大多企业一般都不清楚怎么去准备申辩材料，申请举行听证、行政复议。实践中，企业因提供说服力不足的证据而不被海关采纳意见，以及错过申请听证、行政复议时间的例子比比皆是。行政诉讼是最后一道救济措施，企业更应该把握机会，积极参加诉讼活动以获得救济。

因此，建议企业在进出口业务过程中提前咨询专业人士建议，例如专业报关员、税务师或税务律师，做好申报的合规工作，并在专业人士的帮助下积极回应海关的归类质疑，行使正当权利，争取实施全部救济措施，维护自身正当权益。

## 收到海关的价格质疑通知怎么办——估价篇

张一飞

### 引言

某公司申报进口某地产乙二醇，海关审查后认为该公司申报的价格与其掌握的价格存在差异，买卖双方存在的特殊关系可能对成交价格有影响，向该公司发出《中华人民共和国高栏海关价格质疑通知书》，要求其提供有关成交的书面情况说明和材料。

海关经审核后，不接受公司的申报价格，遂与公司进行了价格磋商。尽管该公司始终坚持其申报价格为真实成交价格，但海关仍然对所涉货物进行了重新估价，并向其发放了《海关估价告知书》。之后，该公司申请了行政复议和提起行政诉讼，但均未能改变海关的估价决定。

从上述案件可以看出，海关重新估价的过程会经历一系列的程序，而企业如何应对海关重新估价则是一个重要问题。归纳类似案件，**本文讨论在哪些情形下，海关会对企业进出口的货物重新估价，并了解海关会采用什么程序和方法确定价格，以及企业如何应对重新被确定价格的风险。**

### 一、海关审价的法律依据

在我们查阅与海关估价有关的多起行政案件中，许多原告（企业）质疑海关是否有估价权（对报关价格予以审定的职权），答案显然是海关有估价权。根据《中华人民共和国海关进出口货物征税管理办法》第九条第三款规定“经审核，海关发现纳税义务人申报的进出口货物价格不符合成交价格条件，或者成交价格不能确定的，应当按照审定进出口货物完税价格的有关规定另行估价”，法院也认可海关有估价权。

不仅如此，《中华人民共和国海关法》《中华人民共和国进出口关税条例》《中华人民共和国海关审定进出口货物完税价格办法》（以下简称《审定价格办法》）、《中华人民共和国海关进出口货物征税管理办法》《中华人民共和国海关审定内销保税货物完税价格办法》及相关规范性文件，共同明确了海关审定进出口货物价格的原则、程序和方法等。

### 二、价格质疑程序

虽然海关有权质疑企业进出口货物的申报价格，并重新审定价格，但价格质疑程序的启动也是有相应的法律依据和程序规定：

根据《审定价格办法》第四十四条规定，海关对申报价格的真实性、准确性有疑问时，或者认为买卖双方之间的特殊关系影响成交价格时，应当制发《中华人民共和国海关价格质疑通知书》（以下简称《价格质疑通知书》，将质疑的理

由书面告知纳税义务人或者其代理人，纳税义务人或者其代理人应当自收到《价格质疑通知书》之日起5个工作日内，以书面形式提供相关资料或者其他证据，证明其申报价格真实、准确或者双方之间的特殊关系未影响成交价格。纳税义务人或者其代理人确有正当理由无法在规定时间内提供前款资料的，可以在规定期限届满前以书面形式向海关申请延期。除特殊情况外，延期不得超过10个工作日。

同时，在上述办法的附件2中，我们可以发现《价格质疑通知书》列举了如下四项质疑理由：

1. 货物的申报价格与海关掌握的价格存在差异；
2. 买卖双方存在特殊关系，并且可能对成交价格有影响；
3. 单证之间与价格有关的项目存在矛盾或者疑问；
4. 其他怀疑申报价格真实性或者准确性的理由。

因此，海关启动价格质疑程序后，企业可以根据《价格质疑通知书》初步知悉海关质疑申报价格的理由，了解海关需要企业提交哪些证明材料和提交的截止期限，这在一定程度上保障了企业的权利。

但需要注意的是，根据《关于推广海关审价作业单证无纸化的公告》（海关总署公告2018年第9号），海关总署在全国海关推广审价作业单证无纸化。企业需要通过中国电子口岸网站的海关事务联系系统，接收和反馈《海关价格质疑通知书》等审价文书及随附单证资料电子数据。

### 三、价格磋商程序

#### （一）价格磋商程序启动的原因

根据《审定价格办法》第四十五条规定，海关制发《价格质疑通知书》后，有下列情形之一的，海关与纳税义务人进行价格磋商后，按照本办法第六条或者第四十一条列明的方法审查确定进出口货物的完税价格：

1. 纳税义务人或者其代理人在海关规定期限内，未能提供进一步说明的；
2. 纳税义务人或者其代理人提供有关资料、证据后，海关经审核其所提供的资料、证据，仍然有理由怀疑申报价格的真实性、准确性的；
3. 纳税义务人或者其代理人提供有关资料、证据后，海关经审核其所提供的资料、证据，仍然有理由认为买卖双方之间的特殊关系影响成交价格的。

总结下来，海关在企业未按期提供证据或经审核后，还是不接受企业的申报价格，拟使用除成交价格法以外的估价方法估价，才会进行价格磋商程序，并制发《中华人民共和国海关价格磋商通知书》。

#### （二）相关程序

根据《审定价格办法》第四十七条规定，按照本办法规定需要价格磋商的，海关应当依法向纳税义务人制发《中华人民共和国海关价格磋商通知书》。纳税义务人应当自收到通知之日起5个工作日内与海关进行价格磋商。纳税义务人在海关规定期限内与海关进行价格磋商的，海关应当制作《中华人民共和国海关价格磋商纪录表》。

纳税义务人未在通知规定的时限内与海关进行磋商的，视为其放弃价格磋商的权利，海关可以直接使用本办法第六条或者第四十一条列明的方法审查确定进出口货物的完税价格。

### （三）价格磋商的实质

根据规定，价格磋商是指海关在使用除成交价格以外的估价方法时，在保守商业秘密的基础上，与纳税义务人交换彼此掌握的用于确定完税价格的数据资料的行为。如果海关与企业经过价格磋商程序之后还是无法达成一致意见，或是企业放弃价格磋商的权利，最后依然是由海关按照相关规定进行估价。因此，企业必须知道价格磋商不是商业谈判，而是海关的一种行政行为。虽然该程序由海关和企业共同参与，一定程度上保障企业的合法权益，但是海关启动价格磋商程序的目的是交换彼此掌握的价格信息，以期结合各种估价方法，更好地确定所涉货物的完税价格，而不是达成一个双方都可以接受的价格。简而言之，即使通过价格磋商程序，海关可能依然不会接受企业申报的价格。

一般情况下，海关审价和估价的流程如下：



### （四）估价方法

估价方法多种多样，每一种估价方法都有具体适用的条件，海关需严格按照相关规定选择估价方法，不可随意适用。尽管企业可以通过《价格磋商纪录表》了解海关最终采用的估价方法，但也需要积极了解下面这些规定，进而判断海关采取的估价方法是否存在不当之处，为申请行政复议提供有力依据。

#### 1.对于进口货物，海关的估价方法如下：

根据《审定价格办法》第六条规定，进口货物的成交价格不符合本章第二节规定的，或者成交价格不能确定的，海关经了解有关情况，并且与纳税义务人进行价格磋商后，依次以下列方法审查确定该货物的完税价格：

- （1）相同货物成交价格估价方法；
- （2）类似货物成交价格估价方法；
- （3）倒扣价格估价方法；
- （4）计算价格估价方法；
- （5）合理方法。

同时，第三十三条规定，易货贸易、寄售、捐赠、赠送等**不存在成交价格的进口货物**，海关与纳税义务人进行价格磋商后，也按照以上列明的方法审查确定完税价格。

**如果最常见的成交价格估价方法不能被海关采用，上述估价方法也应顺次被海关使用，三、四顺序可以颠倒，但也需企业（纳税义务人）主动提出申请。**

其中，本文重点讨论前两种方法，即相同或类似货物成交价格方法。根据《审定价格办法》第二十一条规定，按照相同或者类似货物成交价格估价方法的规定审查确定进口货物的完税价格时，应当使用与该货物**具有相同商业水平且进口数量基本一致**的相同或者类似货物的成交价格。使用上述价格时，应当以客观量化的数据资料，对该货物与相同或者类似货物之间由于运输距离和运输方式不同而在成本和其他费用方面产生的差异进行调整。因而，企业需要知道**前两种方法的使用是有严格要求的（特别是第一种）**，按照相同或者类似货物成交价格估价方法审查确定进口货物的完税价格时，应当首先使用同一生产商生产的相同或者类似货物的成交价格。没有同一生产商生产的相同或者类似货物的成交价格的，可以使用同一生产国或者地区其他生产商生产的相同或者类似货物的成交价格。**如果有多个相同或者类似货物的成交价格，应当以最低的成交价格为基础审查确定进口货物的完税价格。**

上述规定对企业是很有利的，如果企业认为海关使用相同或类似货物成交价格估价方法时未严格依照相关规定，就可以此为理由申请行政复议。多个案例显示企业以上述理由申请行政复议均获得了救济，复议机关作出了撤销原海关的估价决定。例如，海关在价格资料库中没有找到同一生产商生产的相同货物的成交价格信息时，使用了不同生产国生产商生产的相同货物的成交价格，就违反了应当使用“同一生产国或者地区其他生产商生产的相同或者类似货物的成交价格”的规定。

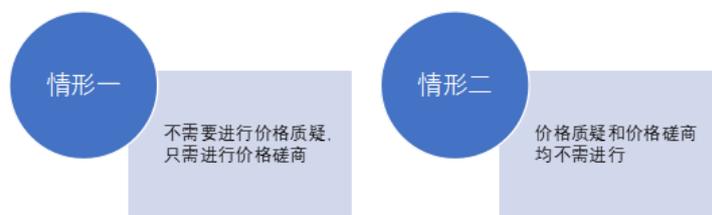
## 2.对于出口货物，海关的估价方法如下：

根据《审定价格办法》第四十一条规定，出口货物的成交价格不能确定的，海关经了解有关情况，并且与纳税义务人进行价格磋商后，依次以下列价格审查确定该货物的完税价格：

(1) 同时或者大约同时向同一国家或者地区出口的相同货物的成交价格；(2) 同时或者大约同时向同一国家或者地区出口的类似货物的成交价格；(3) 根据境内生产相同或者类似货物的成本、利润和一般费用(包括直接费用和间接费用)、境内发生的运输及其相关费用、保险费计算所得的价格；(4) 按照合理方法估定的价格。

## 四、简易审价程序

一般情况下，海关估价需经过价格质疑和价格磋商程序，但是在两种情形下，可以不经价格质疑和磋商程序或仅经磋商程序，而直接使用除成交价格估价方法以外的其他估价方法实施估价，这就是简易审价程序。



### 情形一：无成交价格

根据《审定价格办法》第四十六条规定，海关经过审查认为进口货物**无成交价格的**，可以不进行价格质疑，经与纳税义务人进行价格磋商后，按照本办法第六条列明的方法审查确定完税价格。海关经过审查认为出口货物无成交价格的，可以不进行价格质疑，经与纳税义务人进行价格磋商后，按照本办法第四十一条列明的方法审查确定完税价格。

### 情形二：符合以下列举三种情形之一

根据《审定价格办法》第四十八条规定，对符合下列情形之一的，**经纳税义务人书面申请**，海关可以不进行价格质疑以及价格磋商，按照本办法第六条或者第四十一条列明的方法审查确定进出口货物的完税价格：

(1) 同一合同项下分批进出口的货物，海关对其中一批货物已经实施估价的；(2) 进出口货物的完税价格在人民币 10 万元以下或者关税及进口环节海关代征税总额在人民币 2 万元以下的；(3) 进出口货物属于危险品、鲜活品、易腐品、易失效品、废品、旧品等的。

对于情形二，企业在符合相关条件时，**如果想提高商业效率而期望海关在更短时间内进行估价**，就需要**书面申请不进行价格质疑以及价格磋商**。

## 五、结语

海关估价是企业进出口业务中容易碰到的一类问题，企业应当主动了解估价过程中的一系列程序，充分利用价格质疑和价格磋商等机会，积极提供材料以应对海关的质疑，行使法律法规赋予的权利，最大程度维护自身的正当权益。同时，如发现海关有使用估价方法不当之处等情况时，企业也应及时通过行政复议和行政诉讼等途径寻求救济。

如果企业缺乏应对海关估价相关争议的能力或时间精力，可以寻求专业律师提供法律服务，以更好地应对伴随海关重新估价的一系列风险。



植德观点  
数据合规篇

# 《算法新规》实施后，首批算法备案名单公布：八问八答

王艺、时萧楠、陈文昊、刘逸甫、余灏

## 一、背景概述

2022年8月12日，国家互联网信息办公室（以下简称“国家网信办”）发布了《关于发布互联网信息服务算法备案信息的公告》（以下简称“《公告》”）及其附件《境内互联网信息服务算法备案清单（2022年8月）》（以下简称“首批《算法备案清单》”），公开发布已通过算法备案的24家企业共30项算法的名称、用途、应用产品、备案号等信息。

此前，于2022年3月1日生效的《互联网信息服务算法推荐管理规定》（以下简称“《算法规定》”）对具有舆论属性或者社会动员能力的算法推荐服务提供者提出了算法备案的要求。《算法规定》生效同日，国家网信办正式上线了算法备案系统。

5个月过去，首批《算法备案清单》出炉，意味着算法备案机制已进入了正式运转的新阶段。我们理解，首批算法备案信息的公示，以及首批企业的实践做法对其他企业进行算法备案具有借鉴意义。本文通过对备案公示的情况以及内容进行分析，以期为企业履行算法备案义务提供指导和建议。

## 二、首批算法备案情况分析

### 1、算法备案公示的渠道、形式有哪些？

对于公示算法备案信息的形式，国家网信办延续了开展区块链备案的工作方法，通过两种渠道进行公示。一是通过国家网信办官方网站、微信公众号发布官方公告的形式公示该批次的算法备案清单，二是在互联网信息服务算法备案系统（以下简称“算法备案系统”）公示，任何人可通过输入企业主体名称或备案号查询相关算法备案的详细信息。

### 2、算法备案会公示哪些内容？

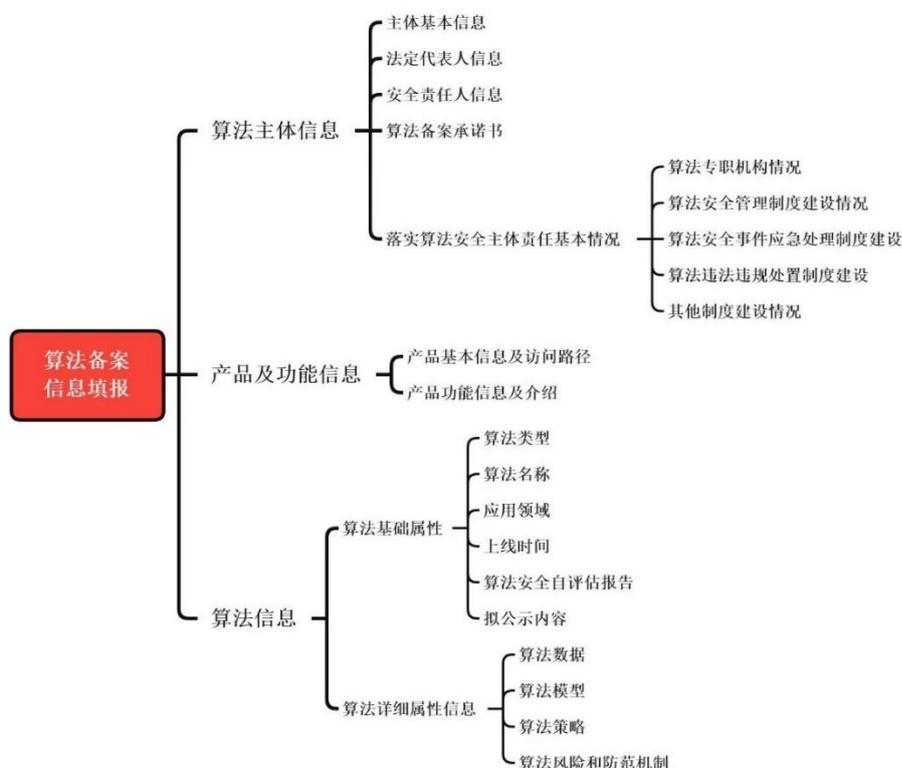
我们发现，在首批《算法备案清单》以及算法备案系统查询两种公示形式披露的内容不尽相同。具体如下表：

序号	内容	《算法备案清单》	算法备案系统
1	算法名称	√	√
2	算法类别	√	√
3	主体名称	√	√
4	应用产品	√	×
5	主要用途	√	×
6	拟公示算法机制机理内容	×	√
7	备案编号	√	√
8	发放日期	×	√
		（《公告》发布日期即为发放日期）	

（表1：公示内容对比表）

值得关注的是，在算法备案系统的公示信息中，包含了 PDF 文档形式的《拟公示算法机制机理内容》，企业在其中更为详细地披露其**算法名称、算法基本原理、算法运行机制、算法应用场景、算法目的意图、算法公示情况**等信息。

结合我们对算法备案系统的体验情况，上述算法公示的内容主要是企业在算法备案系统中填报的**算法基础属性信息**，并不包括企业在备案系统填报的**落实算法安全主体责任的情况（机构、制度建设等内容）以及算法的自评估报告以及其他详细属性（算法数据、算法模型、算法策略、算法风险和防范机制）**等内容。



（表 2：算法备案信息填报表）

### 3、目前有哪些推荐类算法通过备案进行公示？

在本批次 30 项算法中，涉及的类别已覆盖《算法规定》第二条中列举的全部类别算法。涉及情况如下：

类型	用途（场景）	本次通过备案的数量
生成合成类	• 自动写稿、新闻合成	0
	• 语音识别	1
	• 人脸（人体动作）编辑与生成合成	1
个性推送类	• 个性化广告	2
	• <b>信息（资讯）流推送</b>	<b>11</b>
	• 短视频推荐	2
	• 职位推荐	2

排序精选类	•热搜、热门新闻、热门榜单	3
	•各类商品排行榜、推荐榜	1
检索过滤类	•搜索引擎、电商、新闻、零售、生活平台搜索	3
	•违法、不良信息过滤	1
调度决策类	•导航、智能驾驶 AI 路线规划	0
	•外卖、网约车订单调度分配	2
	•订单配送时长预测	1
	•工作时间、工作任务分配、劳动绩效计算	0

(表 3：首批通过算法备案的算法类型统计表)

从以上通过备案的各类算法用途来看，算法推荐服务的范畴可能需要进行扩大理解，如语音转文字算法被纳入生成合成类的范畴，以及仅对订单配送时长预测，而不实际进行调度决策的算法被纳入调度决策类的范畴。因此，未来不排除会有更多的类型服务被纳入算法推荐服务的范畴。值得关注的是，信息（资讯）流推返作为个性推送类的一个场景，数量达到了 11 个，可见网信办对这个领域的推荐类算法比较重视。

同时我们也注意到，本次备案信息中可以看到，同一款互联网 APP 可能同时涉及多类推荐类算法，从而要进行不同类别的算法备案，例如与快手 APP 相关的包括生成合成类的“快手短视频生成合成算法”与个性化推送类的“快手个性化推送算法”两个类别。也有学者表示：这样的分类实际上是对于算法分类分级管理的一种新的尝试，对于推动算法分类分级治理的制度建设，乃至最终上升为法律规则，具有重要的实践意义。

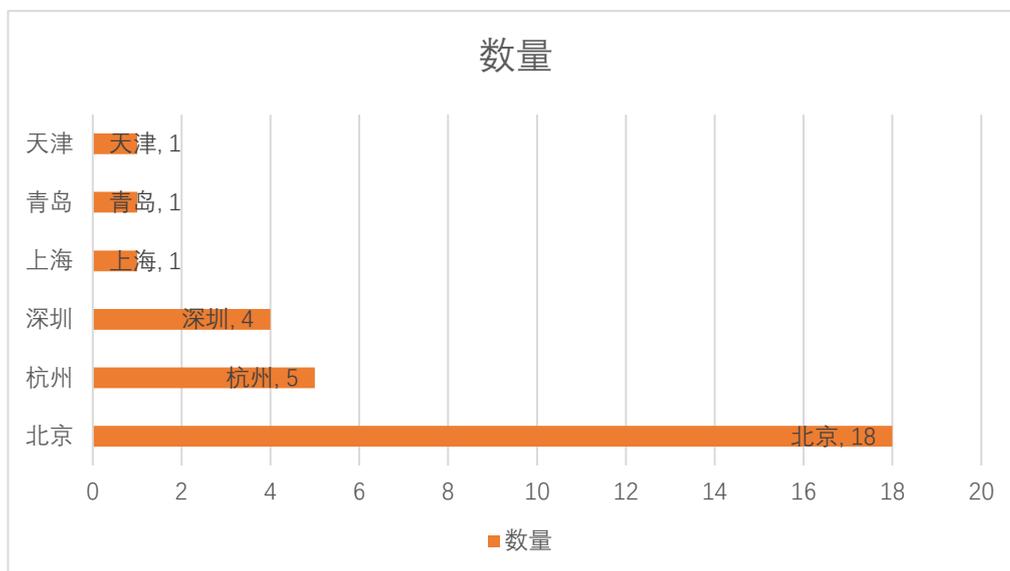
#### 4、通过算法备案的产品服务形态有哪些，对社会动员能力的判定有哪些帮助？

根据《算法规定》第二十四条，算法备案是具有舆论属性或者社会动员能力的算法推荐服务提供者的义务。参考国家网信办和公安部 2018 年颁布的《具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务安全评估规定》，其中第二条通过“列举+兜底”的方式，将具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务其定义为“论坛、博客、微博客、聊天室、通讯群组、公众账号、短视频、网络直播、信息分享、小程序信息服务及提供公众舆论表达渠道或者具有发动社会公众从事特定活动能力的信息服务”。

结合本次备案的产品服务形态，除了电商、生活、新闻、资讯、视频、搜索引擎、社交、办公类的 APP、网站、小程序之外，还包括为骑手订单调度分配的 APP、以及浏览器 APP、智能电视端 APP。我们理解，“舆论属性或者社会动员能力”定义较为广泛，通过互联网向用户提供交互以及信息服务的平台，都可能包括在内。至于什么是“舆论属性或者社会动员能力”，从《算法新规》第二十三条，我们注意到“根据算法推荐服务的舆论属性或者社会动员能力、内容类别、用户规模、算法推荐技术处理的数据重要程度、对用户行为的干预程度等对算法推荐服务提供者实施分级分类管理。”可见这里的“舆论属性或者社会动员能力”并不等同于用户规模、数据重要程度或者对用户行为的干预程度，而是一个独立的判断维度，但是其与其他维度之间存在重要的关联关系，是毫无疑问的。

#### 5、是否有地域分布特征？

从首批《算法备案清单》的公示情况来看，备案公示的 30 项算法共涉及分布在全国 6 个地区的 24 家算法推荐服务提供者。总体来说，还是呈现出以京津地区为主、以长三角和珠三角地区为辅的特征，具体情况如下：



(表 4：首批通过算法备案的地域分布情况)

以上地域特征虽然在一定程度上可以反映出目前市面上主要算法推荐服务提供者的分布情况，但同时我们也需要考虑到此地域特征的其他影响因素，例如各相关企业按照《算法规定》的要求，对自身的算法数据、算法模型、算法策略和算法风险及其防范机制的识别和梳理进度，在算法备案系统填报提交备案信息的齐全程度，以及网信部门对收到的备案材料的处理速率等等。我们相信随着此次首批 30 项算法的备案和公示，陆续会有更多地区的算法服务提供者依法进行相关算法的备案。国家网信办也表示将在同一页面持续更新算法备案清单。

#### 国家互联网信息办公室关于发布互联网信息服务算法备案信息的公告

2022年08月12日 15:02

来源：中国网信网



【打印】 【纠错】

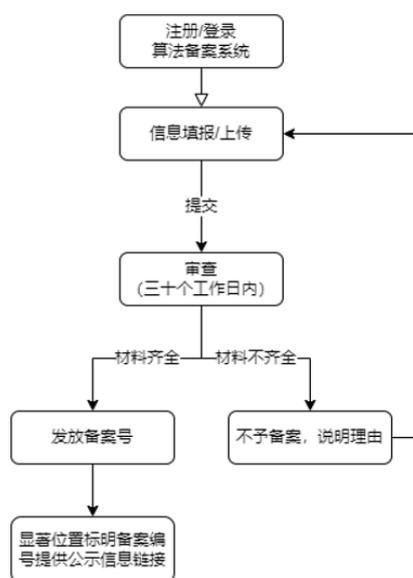


根据《互联网信息服务算法推荐管理规定》，现公开发布境内互联网信息服务算法名称及备案编号，相关信息可通过互联网信息服务算法备案系统 (<https://beian.cac.gov.cn>) 进行查询。任何单位或个人如有疑议，请发送邮件至pingguchu@cac.gov.cn，提出疑议应以事实为依据，并提供相关证据材料。后续将在本页面持续更新算法备案清单。

附件：境内互联网信息服务算法备案清单（2022年8月）

## 6、从申请到通过备案需要多少时长？

以新提交备案的场景为例，按照《算法规定》第二十四、第二十五条的规定，备案流程主要如下图：



(表 5: 算法备案流程图)

可见，理论上在算法服务提供者按要求提交齐全的备案材料后，最多三十个工作日（即一个半月左右）即可完成备案和公示；然而实际情况是，自《算法规定》2022年3月1日生效到此次首批算法备案公示的2022年8月12日，已然过去5个多月。

之所以时间较长，我们推测由于算法的复杂性，使得进行备案的网信部门对于相关算法需要相对较长时间的整理，甚至多次与企业进行确认、驻场，这种相对较长的备案时间将随着监管部门对算法及其应用的熟悉程度而逐步得到改善。

由此及彼，对于算法备案制度落地时的实际流程时长的分析，不禁也让我们想到了即将于2022年9月1日生效实施的《数据出境安全评估办法》（以下简称“《办法》”）。《办法》虽然提供了6个月的整改期供企业对其已开展的数据出境活动进行整改，但相比相关算法只需要“备案”，达到特定门槛的数据出境活动则要“事前评估”。因此我们建议，存在数据出境业务场景、可能落入《办法》范围的企业，提前筹划数据出境安全评估的各项合规措施，不但要预留好《办法》规定的评估时长，甚至可能需要做好实际操作时长远超《办法》条文规定的心理准备和业务安排。

### 算法备案完成后，算法推荐服务提供者还需要注意什么？

对于完成备案的“具有舆论属性或者社会动员能力的算法推荐服务提供者”而言，还有以下方面需要注意：

- (1) 应当按照《算法规定》第二十六条规定，在其对外提供服务的网站、应用程序等显著位置标明其备案编号并提供公示信息链接。上述公示要求相比《算法规定》第十六条规定的向用户“以适当方式公示算法

推荐服务的基本原理、目的意图和主要运行机制等”的要求（备注：目前国内外已经有头部企业完成了该合规义务的履行，主要通过小视频、图片、文字等方式进行披露，值得参考），实现起来相对方便，但仍需要满足“显著位置”的要求。我们推测相关的算法推荐服务提供者，将在其获得备案的算法所在的 APP/网站/小程序中选择合适位置（例如 APP 的“关于”页面、“证照信息”、网站底部等集中展示备案信息的位置），展示“网信算备”开头的备案编号，并提供公示信息链接。但值得一提的是，《算法规定》第二十六条并未限制企业在完成备案后的多久之内公示相关信息，各大互联网公司具体如何公示，需待各 APP/网站/小程序进行相关的版本迭代和更新后观察。

- (2) 应当持续关注自身已备案算法发生变化或服务终止的情况，以便按照《算法规定》第二十四条第二款的规定，“备案信息发生变更的”（包括服务提供者的名称、服务形式、应用领域、算法类型、算法自评估报告、拟公示内容等信息），在限定期限内办理变更备案或注销备案的手续。
- (3) 完成备案并非意味着算法推荐服务提供者已履行完毕其法律义务，《算法规定》规定的其他义务，例如落实算法安全主体责任、定期审核、评估、验证算法机制机理、模型、数据和应用结果、信息安全管理等相关义务，仍应依法继续履行。

## 8、算法备案本身，对用户维护自己正当权益有什么帮助？

算法备案公示，不但公示了算法名称、算法类别、主体名称、应用产品、主要用途等算法的基本信息，通过在互联网信息服务算法备案系统输入主体名称或备案编号，用户可以自由查询相关算法的详细信息，包括算法基本原理、算法运行机制、算法应用场景和算法目的意图等信息。我们认为以上信息的备案公示对于用户权益的保障有以下积极意义：

(1) **保障用户的算法知情权。**此举可以帮助用户进一步向平台了解所注册和使用的 APP，其推荐类算法的基本原理、目的意图和主要运行机制等；也有利于帮助用户进一步佐证其受到自动化决策的重大影响，为其后续维护正当权益，提供初步证据。

(2) **保障用户的算法选择权。**此举可以帮助用户基于充分、清楚的信息，判断是否愿意接受或关闭该算法推荐服务；

(3) **更好实现社会对算法的监督。**此举可以让算法推荐服务提供者更好接受社会的监督，用户可以通过参考备案公示信息，监督已备案的 APP/网站/小程序所利用的实际算法是否与备案的一致，如遇不符合备案内容的算法推荐服务（甚至怀疑存在应备案而未备案的算法推荐服务）时，可以向网信部门和有关部门投诉、举报。

### 三、合规建议

随着首批《算法备案清单》的公布，首批互联网企业已为算法备案提供了实践参考。结合上述分析，对于企业是否需要履行算法备案义务，以及如何履行算法备案义务，我们提出以下建议：

#### 1、算法备案是今年国家网信办的重点工作之一

国家网信办于2022年4月“清朗·2022年算法综合治理”专项行动启动之时，明确“督促算法备案”为本次行动的工作之一，包括向企业宣传解读备案原则、备案范围，督促企业尽快完成算法应用情况梳理，及时开展算法备案信息填报工作。因此我们建议相关企业需要尽快做好自身是否履行算法备案的判断，尽快确定是否启动算法备案工作。

#### 2、做好是否开展推荐算法服务，以及推荐类算法服务提供者是否具有舆论属性或社会动员能力两个核心判断

企业应识别自身是否开展了推荐算法服务，算法推荐服务的数量，以及推荐类算法服务提供者是否具有舆论属性或社会动员能力。对自身属性、以及算法服务类型的识别是履行《算法规定》相应合规义务的基础。企业的首要步骤即为识别自身算法类型是否属于《算法规定》第二条中明确的五大类算法及对应的类型，其次，应识别自身是否具备舆论属性或社会动员能力继而需要进行算法备案。在识别时企业可以参考上文《表3》中整理的常见算法推荐服务场景，以及结合首批备案清单公示的情况进行自查对照，同时需要根据产品DAU、MAU等数据进行综合判断。

#### 3、主动、积极履行备案义务

##### (1) 成立专项小组，开展材料准备和填报工作，并配合网信办相关工作

备案需要填报的信息包括制度、服务、算法等多个类别的内容，需要业务、产品、技术、法务、政府关系等多个部门的同事参与。因此，为了高效推动并完成备案，建议企业成立由各部门代表组成的专项工作小组，负责统筹协调备案事宜，各部门再为填报提供相应的支持。此外，如初步判断公司存在较多需要备案的推荐类算法，建议结合不同业务线、不同推荐类算法，分别组织对应的算法推荐服务备案工作专项小组，提高效率。

同时，由于算法备案工作的复杂性，为协助网信部门对算法的了解，企业应积极配合网信部门的各项工作。

##### (2) 及时跟踪备案情况

企业在完成备案信息填报工作后，应及时跟进备案动态，如因材料不齐全不予备案的，应根据提供的理由及时进行补充或更改。如已通过备案，应在提供服务的APP、小程序、网站的显著位置标明备案编号并提供公示信息链接。

#### 4、关注算法发生变化或服务终止的情况

备案后并非一劳永逸，企业应保证备案信息的真实、准确性，如企业的主体信息、产品及功能信息、算法信息发生了变更或不再提供相关服务，需要办理信息变更或备案注销手续。根据《算法规定》第二十四条，企业应在备案信息发生变更之日起十个工作日内，登录算法备案系统办理变更手续；如终止服务的，应当在终止服务之日起二十个工作日内办理注销备案手续，并作出妥善安排。

#### 5、关注网信办主动监管要求“备案”的情形

除了被动受理备案以外，按照《算法规定》的规定，违反备案义务，按照具体情况可能遭到警告、通报批评、责令限期改正、责令暂停信息更新以及罚款等法律后果。我们认为，网信部门和相关监管部门不会仅仅局限于被动进行备案的受理，对于“应备案而未备案”、“通过隐瞒有关情况、提供虚假材料等不正当手段取得备案”的情况，以及根据收到的投诉或举报，不排除其主动开展监管执法活动的可能，为此企业应注意今年尽快完成算法备案义务。

（实习生周谢军对本文亦有贡献）

## 《网络安全法》首次修订要点解读

陈文昊、王艺

### 一、《网络安全法》修订稿变化要点解读

#### 1. 对齐《个人信息保护法》中的最高处罚机制

在处罚机制方面，《网络安全法》修订稿将《网络安全法》中原有的“违反本法”、“拒不改正或情节严重”两档处罚机制调整为“违反本法”、“拒不改正或情节严重”、“情节特别严重”的三档处罚机制，并将“情节特别严重”一档的最高处罚机制对齐《个人信息保护法》中“五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款”的罚则，一方面体现与《个人信息保护法》的衔接，一方面也使违反《网络安全法》的成本大幅度增加。

#### 2. 对责任人员的处罚力度加大

《网络安全法》修订稿吸收了《个人信息保护法》针对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的“资格罚”机制，规定在违法情节特别严重的情况下，直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以被禁止在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员或者从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。同时，针对责任人员的最高罚款金额也提高到了100万元。由此，网络安全负责人等相关岗位人员的法律风险进一步提高，与数据安全负责人、个人信息保护负责人基本上实现了责任对齐。

#### 3. 对 CIO 的影响

对于 CIO 的认定、以及 CIO 自己所采购的网络产品和服务，是否可能影响国家安全，需要做好自查，避免触犯最高处罚金额。这一处罚机制，将对很多 CIO 或者可能存在被认定为 CIO 的企业存在非常大的威慑力，面临高额成本去替换原有网络产品和服务的风险。

#### 4. 网络运营者的责任

若网络运营者未按要求认证或检测并销售或提供网络关键设备或网络安全专用产品，则企业及直接责任人员均面临着较高的处罚风险。此外，对于公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪的活动，网络运营者应当提供技术支持和协助，否则将面临处罚。

#### 5. 其它处罚对象

对于实施编造、传播虚假信息扰乱经济秩序和社会秩序，以及侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益（这个范畴可能会和竞争性利益、数据产权话题挂钩）的组织或者个人，也会面临最高处罚机制的适用风险。

## 二、我们的观察及建议

### 1. 重新梳理《网络安全法》义务清单并做好风险评估工作

鉴于《网络安全法》修订稿进一步提升了处罚上限，我们建议企业重新对照《网络安全法》修订稿做好《网络安全法》相关义务清单的梳理，并对照义务清单及时做好风险盘点与评估、差距分析与整改工作，避免适用最高处罚机制。

### 2. 做好是否适用国家安全审查的排查工作

针对 CIO 及可能被认定为 CIO 的企业，应当注意排查自身所采购的网络产品和服务是否可能影响国家安全，并在可能影响国家安全的情况下及时申报国家安全审查，同时在必要的情况下，也需及时更换网络产品和服务，避免因使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或者服务而面临“上一年度营业额百分之五以下罚款”的高额罚款。

### 3. 关注义务与处罚机制

对于数据出境，需要注意《数据出境安全评估办法》以及其他法律法规的义务和处罚机制的设置，对于数据出境安全评估应该非常重视，避免触发多条红线。

### 4. 建立事前审核机制

对于企业或者个人的信息传播行为，需要注意做好事前审核机制的建立，完善当前企业的内容发布前的审核机制以及做好自身网络产品的合法性评估工作，避免传播虚假信息，避免侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益，否则面临最高处罚机制适用风险。

### 5. 对网络安全负责人开展培训

对于企业的网络安全负责人以及其他直接负责人员，建议有针对性开展相关培训，提高“自身履职意识”和“风险意识”，避免未来适用《网络安全法》的100万罚款或者资格罚，甚至可能面临刑事责任的法律风险。

# 《网络安全法》迎第一次修订，有哪些新信号？

王艺、陈文昊

## 一、修订背景和目的

### 1、修订背景：

(1) 《中华人民共和国网络安全法》自 2017 年施行以来，为维护网络空间主权和国家安全、社会公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益，提供了有力法律保障。

(2) 为适应新形势，《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律于 2021 年相继修订制定实施。

### 2、修订目的有三：

- (1) 做好《中华人民共和国网络安全法》与新实施的法律之间衔接协调。
- (2) 完善法律责任制度。
- (3) 进一步保障网络安全。

## 二、修订对比表及影响分析

序号	《网络安全法》	《网络安全法（2022 年修订版-征）》	影响分析
1	<p>第五十九条网络运营者不履行本法第二十一条、第二十五条规定的网络安全保护义务的，由有关主管部门责令改正，给予警告；拒不改正或者<b>导致危害网络安全等后果的</b>，处一万元以上十万元以下罚款，对直接负责的主管人员处五千元以上五万元以下罚款。</p> <p>关键信息基础设施的运营者不履行本法第三十三条、第三十四条、第三十六条、第三十八条规定的网络安全保护义务的，由有关主管部门责令改正，给予警告；拒不改正或者导致危害网络安全等后果的，处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p>第六十条违反本法第二十二条第一款、第二款和第四十八条第一款规定，有下列行为之一的，由有关主管部门责令改正，给予警告；拒不改正或者导致危害网络安全等后果的，处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员处一万元以上十万元以下罚款：</p> <p>(一) 设置恶意程序的；</p> <p>(二) 对其产品、服务存在的安全缺陷、漏洞等风险未立即采取补救措施，或者未按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告的；</p>	<p>第五十九条、第六十条、第六十一条、第六十二条修订为：</p> <p>违反本法<b>第二十一条、第二十二第一款和第二款、第二十三条、第二十四条第一款、第二十五条、第二十六条、第二十八条、第三十三条、第三十四条、第三十六条、第三十八条规定的</b>网络运行安全保护义务或者导致危害网络安全等后果的，由有关主管部门责令改正，给予警告、通报批评；拒不改正或者情节严重的，<b>处一百万元以下罚款</b>，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员<b>处一万元以上十万元以下罚款</b>。</p> <p>有前款规定的违法行为，<b>情节特别严重的</b>，由省级以上有关主管部门责令改正，<b>处一百万元以上五十万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款</b>，并可以责令停止相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，<b>并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员或</b></p>	<ol style="list-style-type: none"><li>1、多个违法行为合并到一条规定，方便统一执法尺度；</li><li>2、执法的幅度，结合其他新法，做了重新调整，对直接责任人员的罚款幅度实现了和《个人信息保护法》最高 100 万元罚款的最高处罚金额；同时借鉴了《个保法》第 66 条第 2 款的资格罚“可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员或者从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作”；</li><li>3、网络安全负责人、数据安全负责人、个人信息保护负责人在处罚标准上进行了拉齐，为此担任该岗位的负责人及其其他直接负责人，均需要注意最新“红线”的要求，提高自身履职水平，避免被罚；</li><li>4、新增了第 23、28 条对应的法律责任条款。即：网络运营者所使用的网络关键设备和网络安全专用产品应当按照相关国家标准的强制性要求，由具备资格的机构安全认证合格或者安全检测符合要求后，方</li></ol>

	<p>(三)擅自终止为其产品、服务提供安全维护的。</p> <p>第六十一条网络运营者违反本法第二十四条第一款规定，未要求用户提供真实身份信息，或者对不提供真实身份信息的用户提供相关服务的，由有关主管部门责令改正；拒不改正或者情节严重的，处五万元以上五十万元以下罚款，并可以由有关主管部门责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p>第六十二条违反本法第二十六条规定，开展网络安全认证、检测、风险评估等活动，或者向社会发布系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入等网络安全信息的，由有关主管部门责令改正，给予警告；拒不改正或者情节严重的，处一万元以上十万元以下罚款，并可以由有关主管部门责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五千元以上五万元以下罚款。</p> <p><b>第二十三条网络关键设备和网络安全专用产品应当按照相关国家标准的强制性要求，由具备资格的机构安全认证合格或者安全检测符合要求后，方可销售或者提供。国家网信部门会同国务院有关部门制定、公布网络关键设备和网络安全专用产品目录，并推动安全认证和安全检测结果互认，避免重复认证、检测。</b></p> <p><b>第二十八条网络运营者应当为公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪的活动提供技术支持和协助。</b></p>	<p><b>者从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。</b></p>	<p>可销售或者提供；同时，网络运营者应当为公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪的活动提供技术支持和协助。否则，面临更高的处罚风险。</p>
2	<p>第六十三条违反本法第二十七条规定，从事危害网络安全的活动，或者提供专门用于从事危害网络安全活动的程序、工具，或者为他人从事危害网络安全的活动提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，处五日以下拘留，可以并处五万元以上五十万元以下罚款；情节较重的，处五日以上十五日以下拘留，可以并处十万元以上一百万元以下罚款。</p> <p>单位有前款行为的，由公安机关没收违法所得，处十万元以上一百万元以下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照前款规定处罚。</p>	<p>将第六十三条、第六十七条修改为：“违反本法第二十七条、第四十六条规定，从事危害网络安全的活动，或者提供专门用于从事危害网络安全活动的程序、工具，或者为他人从事危害网络安全的活动提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助，或者设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组，或者利用网络发布涉及实施违法犯罪活动的信息，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，处五日以下拘留，可以并处五万元以上五十万元以下罚款；情节较重的，处五日以上十五日以下拘留，可以并处十万元以上一百万元以下罚款。</p> <p>单位有前款行为的，由公安机关没</p>	<p>这一条主要是对 63、67 条的违规行为，对单位罚款的上限从 50 万提高到 100 万罚款。</p>

	<p>违反本法第二十七条规定，受到治安管理处罚的人员，五年内不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作；受到刑事处罚的人员，终身不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。</p> <p>第六十七条违反本法第四十六条规定，设立用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组，或者利用网络发布涉及实施违法犯罪活动的信息，尚不构成犯罪的，由公安机关处五日以下拘留，可以并处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，处五日以上十五日以下拘留，可以并处五万元以上五十万元以下罚款。关闭用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组。</p> <p>单位有前款行为的，由公安机关处十万元以上五十万元以下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照前款规定处罚。</p>	<p>收违法所得，处十万元以上一百万元以下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照前款规定处罚。</p> <p>违反本法第二十七条规定，受到治安管理处罚的人员，五年内不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作；受到刑事处罚的人员，终身不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。”</p>	
3	<p>第六十四条<b>网络运营者、网络产品或者服务的提供者</b>违反本法第二十三条、第四十一条至第四十三条规定，<b>侵害个人信息</b>依法得到保护的权利的，由有关主管部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。</p> <p>违反本法第四十四条规定，窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款。</p>	<p>将第六十四条修改为：“网络运营者、网络产品或者服务的提供者违反本法第二十三条、第四十一条至第四十四条规定，侵害个人信息依法得到保护的权利的，依照有关法律、行政法规的规定处罚。”</p>	<p>这一条完全被《个保法》第 66 条吸收，为此直接设计了转致条款，和《个保法》拉齐。</p>
4	<p>第六十五条<b>关键信息基础设施的运营者</b>违反本法第三十五条规定，使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或者服务的，由有关主管部门责令停止使用，处采购金额一倍以上十倍以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p>第六十六条<b>关键信息基础设施的运营者</b>违反本法第三十七条规定，在境外存储网络数据，或者向境外提供网络数据的，由有关主管部门责令改正，给予警告，没收违法所得，处五十万元以上五十万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销</p>	<p>将第六十五条修改为：“<b>关键信息基础设施的运营者</b>违反本法<b>第三十五条规定</b>，使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或者服务的，由有关主管部门责令停止使用，处采购金额一倍以上十倍以下<b>或者上一年度营业额百分之五以下罚款</b>，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。”</p> <p>将第六十六条修改为：“<b>关键信息基础设施的运营者</b>违反本法第三十七条规定，在境外存储网络数据，或者向境外提供网络数据</p>	<p>1、第 65 条，这次处罚的幅度比较高，对于后续 CISO 认定以及网络安全审查的加强处罚具有较大影响。一方面企业要确保自身是否属于 CISO，另一方面需要注意自己所采购的网络产品和服务，是否可能影响国家安全，需要对照《网络安全审查办法》做好自查，避免触犯“以营业额为基数的处罚机制”；</p> <p>2、《网络安全法》第 66 条中，提到的是网络数据（<b>定义：网络数据，是指通过</b></p>

	<p>相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p><b>第三十五条</b> 关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的国家安全审查。</p> <p>第三十七条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。</p>	<p>的，依照有关法律、行政法规的规定处罚。”</p>	<p><b>网络收集、存储、传输、处理和产生的各种电子数据。</b>），包括了个人信息和重要数据。为此需要注意：</p> <p>(1) 《数据出境安全评估办法》的触发门槛之一，明确了 CIO 如果向境外提供个人信息，必须要走网信办的安全评估机制；</p> <p>(2) 《数据安全法》第 46 条的 1000 万罚款机制(向境外违法提供重要数据，适用所有主体)；</p> <p>(3) 以及刑法里面的为境外刺探、非法提供情报罪以及其他相关涉及国家安全的罪名。</p>
5	<p>第六十八条 网络运营者违反本法第四十七条规定，对法律、行政法规禁止发布或者传输的信息未停止传输、采取消除等处置措施、保存有关记录的，由有关主管部门责令改正，给予警告，没收违法所得；拒不改正或者情节严重的，处十万元以上五十万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p>电子信息发送服务提供者、应用软件下载服务提供者，不履行本法第四十八条第二款规定的安全管理义务的，依照前款规定处罚。</p> <p>第六十九条 网络运营者违反本法规定，有下列行为之一的，由有关主管部门责令改正；拒不改正或者情节严重的，处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处一万元以上十万元以下罚款：</p> <p>(一) 不按照有关部门的要求对法律、行政法规禁止发布或者传输的信息，采取停止传输、消除等处置措施的；</p> <p>(二) 拒绝、阻碍有关部门依法实施的监督检查的；</p> <p>(三) 拒不向公安机关、国家安全机关提供技术支持和协助的。</p> <p>第四十七条 网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除</p>	<p>将第六十八条、第六十九条修改为：“违反本法第四十七条、第四十八条、第四十九条规定的网络信息安全保护义务，或者不按照有关部门的要求对法律、行政法规禁止发布或者传输的信息采取停止传输、消除等处置措施的，或者不按照有关部门的要求对网络存在较大安全风险和发生安全事件采取措施的，由有关主管部门责令改正，给予警告、通报批评，没收违法所得；<b>拒不改正或者情节严重的</b>，处一百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p><b>情节特别严重的</b>，由省级以上有关主管部门责令改正，没收违法所得，处一百万元以上五千元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员或者从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。”</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1、 未来对于情节严重、情节特别严重的理解，有待进一步注意裁量规则的出台；</li> <li>2、 对于网络信息安全保护义务的违反，在第二档情节严重这一环节，处罚金额提高到了 100 万以下；</li> <li>3、 对于网络信息安全保护义务的违反，在第三档情节特别严重这一环节，处罚金额提高到了和《个保法》5000 万、上一年度营业额百分之五以下罚款的机制衔接。</li> </ol>

	<p>等处置措施,防止信息扩散,保存有关记录,并向有关主管部门报告。</p> <p>第四十八条任何个人和组织发送的电子信息、提供的应用软件,不得设置恶意程序,不得含有法律、行政法规禁止发布或者传输的信息。</p> <p>电子信息发送服务提供者和应用软件下载服务提供者,应当履行安全管理义务,知道其用户有前款规定行为的,应当停止提供服务,采取消除等处置措施,保存有关记录,并向有关主管部门报告。</p> <p>第四十九条网络运营者应当建立网络信息安全投诉、举报制度,公布投诉、举报方式等信息,及时受理并处理有关网络信息安全的投诉和举报。</p> <p>网络运营者对网信部门和有关部门依法实施的监督检查,应当予以配合。</p>		
6	<p>第十二条第二款任何个人和组织<b>使用网络</b>应当遵守宪法法律,遵守公共秩序,尊重社会公德,不得危害网络安全,不得利用网络从事危害国家安全、荣誉和利益,煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度,煽动分裂国家、破坏国家统一,宣扬恐怖主义、极端主义,宣扬民族仇恨、民族歧视,传播暴力、淫秽色情信息,<b>编造、传播虚假信息扰乱经济秩序和社会秩序,以及侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益等活动。</b></p> <p>第七十条发布或者传输本法第十二条第二款和其他法律、行政法规<b>禁止发布或者传输的信息的</b>,依照有关法律、行政法规的规定处罚。</p>	<p>将第七十条修改为:“发布或者传输本法第十二条第二款和其他法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的,依照有关法律、行政法规的规定处罚。</p> <p>法律、行政法规没有规定的,由有关主管部门责令改正,给予警告、通报批评,没收违法所得;拒不改正或者情节严重的,处一百万元以下罚款,并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。</p> <p>情节特别严重的,由省级以上有关主管部门责令改正,没收违法所得,处一百万元以上五千元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款,并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款,并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员或者从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。”</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1、这一条很重要,是一次比较大的修订;</li> <li>2、任何个人和组织使用网络,编造传播虚假信息,侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益,面临 5000 万或者上一年度营业额百分之五罚款,这一处罚机制,具有非常大的威慑力。</li> </ol>

### 三、我们的建议

- 1、做好《网络安全法》的义务清单重新梳理，并注意与《数安法》《个保法》的义务清单进行衔接，梳理好彼此的关系。例如针对《网络安全法》第 23、28 条，设置了新的法律责任。即：网络运营者所使用的网络关键设备和网络安全专用产品应当按照相关国家标准的强制性要求，由具备资格的机构安全认证合格或者安全检测符合要求后，方可销售或者提供；同时，网络运营者应当为公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪的活动提供技术支持和协助。否则，面临明确的处罚风险。
- 2、做好风险评估工作。对于《网络安全法》修订条款中所涉及的相关法定义务开展前期风险评估工作，避免适用最高处罚机制，待最终稿出台，再进行调整。
- 3、对于 CISO 以及可能被认定为 CISO 的企业，需要注意做好网络安全审查的自查，避免因未及时更换网络产品，导致面临最高处罚机制风险。
- 4、对于数据出境，需要注意《数据出境安全评估办法》以及其他法律法规的义务和处罚机制的设置，《网络安全法》基本上实现了无缝对接，为此对于数据出境安全评估应该重视、重视、非常重视，避免触发多条红线。
- 5、对于企业或者个人的信息传播行为，需要注意做好事前审核机制的建立，完善当前企业的内容发布前的审核机制以及做好自身网络产品的合法性评估工作，避免传播虚假信息，避免侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益，否则面临最高处罚机制适用风险。
- 6、对于企业的网络安全负责人以及其他直接负责人员，建议有针对性开展相关培训，提高“自身履职意识”和“风险意识”，避免未来适用《网络安全法》的 100 万罚款或者资格罚，甚至可能面临刑事责任的法律风险。

## 标准合同第三方受益人机制对安全评估工作的影响

王艺、陈文昊、聂千旭

《数据出境安全评估办法》（以下简称“《评估办法》”）第六条申报数据出境安全评估，应当提交（三）数据处理者与境外接收方拟订立的法律文件。对于该文件的签署，行业内普遍推荐使用《个人信息出境标准合同（范本）》（以下简称“《标准合同》”）。虽然该《标准合同》仍在修订中，但是在递交安全评估的申请文件时，使用该《标准合同》已经成为主要的做法之一。而从《数据出境安全评估申报指引》中，也可以看到，监管对该文件非常重视，要求“对数据出境相关约定条款作高亮、线框等显著标识。法律文件以中文版本为准，若仅有非中文版本，须同步提交准确的中文译本”。这样做，有利于监管高效审核，也避免申报主体调整《标准合同》较难识别。

值得重点关注的是《标准合同》中第三方受益人机制的建立，该机制事关第三方受益人（个人信息主体）个人信息权益的实现，也事关境外接收方对该机制的理解和认同。此外，一旦数据处理者使用《标准合同》，对数据出境安全评估，有哪些影响呢？也是需要安全评估工作中，进行全面思考的。

### 一、《标准合同》中的第三方受益人机制

《标准合同》第二条第一款第三项中明确：个人信息处理者在此陈述、保证、承诺如下：（三）已向个人信息主体告知其与境外接收方通过本合同约定个人信息主体为第三方受益人，如果个人信息主体未在三十日内明确拒绝，则可以依据该合同享有第三方受益人的权利。

该条款明确了个人信息主体可以行使第三方受益人的权利，也限制了第三方受益人的范围为标准合同中的个人信息主体（而在欧盟 SCCs 第 9 条中明确当数据输入方与次级委托处理者签订合同场景下，如数据输入方停止运营或破产，数据输出方可以作为第三方受益人解除数据输入方与次级处理者的合同，并要求其销毁或退还个人数据；相比我国第三方受益人的范围更广）。

实际上，在我国《民法典》已经有第三人利益合同条款。即第五百二十二条规定，“当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”

显然，第三方受益人并不是《标准合同》中的合同双方，该机制本身即突破了合同相对性机制，在这种情形下，合同所能赋予第三方受益人的限于权利而非义务。对于第三方受益人而言，标准合同中该条款的主要意义是扩张了当个人信

息权益受到侵害时，原本个人信息主体只能依据《个人信息保护法》所主张的侵权责任，增加了第三方受益人可以直接向合同双方主张违约责任的请求权。

## 二、第三方受益人机制对数据出境安全评估的影响

### （一）是否在数据出境安全评估工作提交材料时，签署《标准合同》

按照《评估办法》，数据处理者提交的法律文件，即“数据处理者与境外接收方拟订立的法律文件”是拟签署的版本。主要是考虑到安全评估机制是一个事前评估机制。只有通过，才可以出境。如果没有经网信部门通过，是不可以出境的。

但是整改期比较特殊，在整改期内，如果数据已经持续在出境，所提交的法律文件，是提交签署版还是拟签署版呢？我们认为，从《标准合同》文本来看，其本身是加强对各方的安全保障义务的实现，对个人信息保护是有利的。如果整改期数据仍然在出境，签署《标准合同》对数据出境活动是有利的。但是严格从所提交的材料清单来看，是可以不签署的。

不管是否签署，如网信部门认为《标准合同》的内容进行了调整，需要进行修订，则未来需要重新签署。

### （二）隐私政策的更新与告知

按照《标准合同》第二条中，“已向个人信息主体告知其与境外接收方通过本合同约定个人信息主体为第三方受益人，如果个人信息主体未在三十日内明确拒绝，则可以依据该合同享有第三方受益人的权利。”

数据出境安全评估工作中，一般会经过内部评估后，就隐私政策予以完善，并弹窗予以告知用户。如未来一旦安全评估通过，或者《标准合同》已经签署生效，则需要更新隐私政策，增加第三方受益人告知条款，同时赋予其拒绝的相关按钮或者机制，确保其可以向数据处理者提出拒绝成为《标准合同》第三方受益人的请求。

### （三）单独同意机制与其他合法性基础的关系及适用

个人信息出境过程中，对于合法性基础的选择，是整改措施中的重点。对于个人信息出境，是否必须走单独同意，还是可以走其他合法性基础，实践中存在争议。

从目前《标准合同》第二条中，其规定“已向个人信息主体告知境外接收方的名称或姓名、联系方式、附录一“个人信息出境说明”中的相关情况，以及行使个人信息主体权利的方式和程序等事项，并已取得个人单独同意，但相关法律法规规定不需要取得个人单独同意的除外。”从该条款来看，似乎也是允许选择其他合法性基础。

我们认为，单独同意相比其他合法性基础，存在打扰用户，且对于不习惯使用线上 APP 的用户群，比较难获得授权，但是较为容易佐证自己完成了合规动

作，证明力强。而对于其他合法性基础，尤其是“基于合同订立、履行所必需”，只要其数据出境场景适合，确实可以佐证“必需”，则相比单独同意，选择该合法性基础是较为合适的。

为此，在数据出境安全评估过程中，可以结合《标准合同》该条，《个人信息保护法》的立法目的以及相关专家学者的解读，以及个人信息出境的场景，进一步谨慎选择适合的合法性基础开展出境活动。

#### **（四）第三方受益人要求行使个人信息权益的范围予以扩张，但也有相关限制**

《评估办法》第八条明确，“数据出境安全评估重点评估数据出境活动可能对国家安全、公共利益、个人或者组织合法权益带来的风险，主要包括以下事项：（四）数据安全和个人信息权益是否能够得到充分有效保障；”按照我国《个人信息保护法》，个人信息主体享有一系列个人信息权益，如复制权、知情权、决定权、撤回同意权等。

而《标准合同》相比《个人信息保护法》所规定的个人信息权益内容，则有扩张的趋势。如《标准合同》第二条，“根据个人信息主体要求向个人信息主体提供本合同的副本。在为保护商业秘密或其他机密信息（例如受保护的知识产权内容等）所必需的范围内，可以在提供副本之前对本合同相关内容进行适当遮蔽，但承诺向个人信息主体提供有效摘要以助其理解合同内容。”其他权利，见下表：

当然，除了扩张，我们也看到对个人信息主体行使相关个人信息权益的适当限制。如《标准合同》第五条规定，“如个人信息主体提出过多或不合理要求，尤其是具有重复性的要求，境外接收方可在考虑到要求获准的执行和操作成本后，可以收取合理的费用，或拒绝按其要求行事。”该条在我国《个人信息保护法》及《网络数据安全条例（征求意见稿）》中，则是对个人信息主体向境外接收方不合理或者过多提出要求时，可以予以拒绝或者收取合理费用，是一大突破。例如《网络数据安全条例（征求意见稿）》第二十四条规定，“请求转移个人信息次数明显超出合理范围的，数据处理器可以收取合理费用。”可见，其对于收取合理费用有相关个人信息权益性质（数据可携权）的限制，且并未赋予拒绝的权利。《标准合同》的该条款，是否与上位法有所冲突，值得后续关注。

实务中，一旦签署《标准合同》，数据处理器应同步做好更新《个人信息权利响应指引》，尤其是境外接收方如果是集团内部成员单位，应考虑同步适用，确保个人信息主体权益得到充分保障。

除了上述内容外，《标准合同》对于数据出境安全评估在境外接收方尽职调查、个人信息处理者（数据出口商）与境外接收方、二次传输的接收者等的义务上，都有相关影响，以及相关连带责任的表述。考虑篇幅，不再展开。一旦数据处理器完全使用《标准合同》，则需要了解这些高标准、高要求、重责任的条款，是否可以承受，以及是否要做适当调整。严格来说，数据出境安全评估所要求的合同，并非当然指《标准合同》，我们理解结合场景和具体双方的情况，可以做适当调整。特别是在《标准合同》附录一、二中明确更多的义务履行的细化条款，

如境外接收方的范围（附录一中明确）、C-C 模型下（境外接收方是否可以二次传输）等。

### 三、合规建议

基于我们对《标准合同》，以及其他境外《标准合同》的研究，如欧盟、英国、东盟、中国香港等，结合我们目前数据出境安全评估的实务经验，我们建议数据处理者，如在申报时完全使用了《标准合同》，则需要注意：

**第一**，确保境外接收方理解《标准合同》第三方受益人条款，并可以在安全评估后进行签署。如相关业务已经在整改期存续开展，也可以先行签署。但如对《标准合同》有重大变更，建议提前取得安全评估通过结果后，再行签署，避免网信部门有相关指导意见，导致需要重新签署。

**第二**，及时更新隐私政策并告知用户，给予用户拒绝成为第三方受益人的通道；

**第三**，准确选择合法性基础，确保个人信息出境合法合规；

**第四**，完善个人信息权益响应机制，补充境外接收方拒绝用户请求或者向其收取合理费用的机制；

**第五**，完善个人信息安全影响评估机制（较多企业并未专门就数据出境设置个人信息安全影响评估的标准）；

**第六**，完善境外接收方的尽调机制；

**第七**，确保所提交的数据出境安全评估材料与《标准合同》的内容，不发生冲突。

## 网络账号管理迎来又一新法

### ——《互联网用户账号信息管理规定》快评

王艺、时萧楠、周谢军、孙正一

#### 一、前言

2022年6月27日国家互联网信息办公室颁布了《互联网用户账号信息管理规定》(简称“《管理规定》”),明确了**账号信息管理的规范**,要求互联网信息服务提供者履行**账号信息管理主体责任**,配备与服务规模相适应的专业人员和技术能力;建立健全并严格落实真实身份信息认证、账号信息核验、信息内容安全、生态治理、应急处置、个人信息保护等管理制度;完善投诉举报受理、甄别、处置、反馈等机制;建立健全互联网用户账号信用管理体系;对违法违规注册、使用账号信息的情形采取相应的处置措。**该法将于2022年8月1日正式施行**,互联网信息服务提供者面临新的要求与挑战。

随着互联网信息服务飞速发展,互联网用户账号成为信息交流的主要渠道,**账号信息是体现用户个性特征,展示自我的重要载体**。但是先前我国对于互联网用户账号管理的侧重点在于服务提供、发帖评论等,对于账号信息缺少完善的管理与认证制度,导致通过注册、使用账号信息,编造传播虚假信息、实施网络暴力等行为时有发生,危害国家安全和社会公共利益,侵犯公民、法人和其他组织的合法权益。网络空间是亿万民众共同的精神家园,制定《规定》是为了落实《网络安全法》《个人信息保护法》等法律法规的规定,完善网络信息安全和个人信息保护制度,进一步划定互联网用户注册、使用和互联网信息服务提供者管理账号信息的底线、红线,明确责任义务,维护网络空间良好生态。

网信办在2015年至今,出台了与账号管理有关的主要规定,见表1。

表1:

规定名称	实施时间	发布单位
《互联网用户公众账号信息服务管理规定(2021修订)》	2021.2.22	国家互联网信息办公室
《区块链信息服务管理规定》	2019.2.15	国家互联网信息办公室
《互联网新闻信息服务新技术新应用安全评估管理规定》	2017.12.1	国家互联网信息办公室
《互联网群组信息服务管理规定》	2017.10.8	国家互联网信息办公室
《互联网跟帖评论服务管理规定(修订征求意见稿)》	2017.8.25	国家互联网信息办公室
《互联网论坛社区服务管理规定》	2017.8.25	国家互联网信息办公室
《互联网直播服务管理规定》	2016.12.1	国家互联网信息办公室
《互联网用户账号名称管理规定》	2015.3.1	国家互联网信息办公室

## 二、新法解析

### 1、适用范围

《管理规定》第二条明确互联网用户在中华人民共和国境内的互联网信息服务提供者注册、使用互联网用户账号信息及其管理工作，适用本规定。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。即在中华人民共和国境内提供互联网信息服务的企业以及享用该互联网信息服务提供者提供的用户均适用本法。意味着本法的适用范围不仅局限于境内的互联网信息服务提供者及用户，还包括在境外注册或成立，在境内提供互联网信息服务或享受境内互联网信息服务的企业及用户。

同时该法明确互联网用户账号信息，是指互联网用户在互联网信息服务中注册、使用的名称、头像、封面、简介、签名、认证信息等用于标识用户账号的信息。针对互联网用户账号信息及其管理适用本法，即只要提供互联网用户注册的网站、平台均需对其用户的账号信息遵守本法规定。

互联网信息服务提供者，是指向用户提供互联网信息发布和应用平台服务，包括但不限于互联网新闻信息服务、网络出版服务、搜索引擎、即时通讯、交互式信息服务、网络直播、应用软件下载等互联网服务的主体。简而言之，向用户提供信息发布及应用商店类（结合《移动互联网应用程序信息服务管理规定》还应包括小程序和浏览器插件平台）会被纳入该法的规制范围。

同时国家互联网信息办公室在 2017 年发布多部了与互联网信息服务相关的法规，均涉及对相关服务使用者的账号管理，具体见表 2。

表 2:

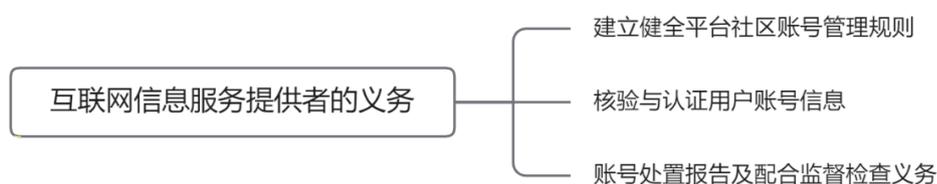
法律法规	规制对象	区别
《互联网用户公众账号信息服务管理规定》(2017 年公布, 2021 年修订)	在中华人民共和国境内为用户提供面向社会公众生产发布文字、图片、音视频等信息内容的网络账号信息的服务。	规制公众账号信息服务平台和生产运营者的相关责任义务，相关适用主体应当遵守的义务较《管理规定》更为广泛，对用户账号信息的管理义务是其众多义务之一（第 8 条）。
《互联网群组信息服务管理规定》（2017 年公布）	在中华人民共和国境内，向互联网用户提供通过互联网站、移动互联网应用程序等建立用于群体在线交流信息的网络空间服务。	规制互联网群组信息服务提供者，而互联网群组信息服务的使用者，作为提供者的用户，其账号信息受到《管理规定》的规制。
《互联网论坛社区服务管理规定》（2017 年公布）	在中华人民共和国境内以论坛、贴吧、社区等形式，向用户提供互动式信息发布社区平台的服务。	规制互联网社区服务提供者的相关义务，互联网社区服务提供者作为《管理规定》中定义的互联网信息服务提供者同时应当遵守《管理规定》。
《网络交易监督管理办法》（2017 年公布，2021 年修改）	在中华人民共和国境内，通过互联网等信息网络或网络社交、网络直播等信息网络活动中销售商品或者提供服务的经营活动。	<u>规制信息网络活动中销售商品或者提供服务的经营活动，而对于电商平台而言，进行网络经营活动的网络交易经营者作为其用户，其账号信息受到《管理规定》的规制。</u>

《移动互联网应用程序信息服务管理规定》(2017年公布,2022年修订)	在中华人民共和国境内提供应用程序信息服务,以及从事互联网应用商店等应用程序分发服务。	规制提供应用程序信息服务以及应用程序分发服务的主体,适用主体范围较《管理规定》广泛。
《互联网跟帖评论服务管理规定(修订征求意见稿)》(2017年公布,2022年6月修订稿征求意见稿)	在中华人民共和国境内通过互联网站、应用程序、互动传播平台以及其他具有新闻舆论属性和社会动员功能的传播平台,以发帖、回复、留言、“弹幕”等方式,为用户提供发表文字、符号、表情、图片、音视频等信息的服务。	主要规制互联网跟帖评论服务提供者,而互联网跟帖评论服务的使用者,作为提供者的用户,其账号信息受到《管理规定》的规制。
《区块链信息服务管理规定》(2019年公布)	在中华人民共和国境内,基于区块链技术或者系统,通过互联网站、应用程序等形式,向社会公众提供信息的服务。	规制区块链信息服务提供者的相关义务,区块链信息服务提供者如果提供用户注册的,则应当作为《管理规定》中定义的互联网信息服务提供者同时遵守《管理规定》。

## 2、互联网信息服务提供者的重点义务解读

该《管理规定》共 24 条,其中 15 条都涉及互联网信息服务提供者的义务。而这 15 条所规定的义务可以总结为 3 条,即建立健全平台社区账号管理规则、核验与认证用户账号信息、账号处置报告及配合监督检查义务。三项义务类似于告知、执行、预防报告的关系,三者之间相辅相成、相互衔接。

图 1:



下面对上述三条义务进行重点解读:

### (1) 建立健全平台社区账号管理规则

该项义务的主要内容包括互联网信息服务提供者应当制定互联网账号管理规则、平台公约,与互联网用户签订服务协议、**明确账号使用管理权利义务**(实务中往往对用户的义务规定较多,权利较少,甚至没有)。所谓无规矩不成方圆,履行本项义务是本法执行的前提与基础。如果一个平台缺少透明公开的账号管理规则,仅凭借平台管理人主观意志对用户账号进行管理,难免会造成网络舆论环境恶劣等后果。制定透明公开的管理规则,明示违禁行为与相应责任,能够起到一般预防与特殊预防作用,引导平台用户建立良好的舆论环境。

### (2) 用户账号信息核验认证与管理

目前互联网内认证虚假职业招摇撞骗、散步虚假违法信息、网络诈骗等现象络绎不绝,为防止预防此类现象发生,本法对用户信息认证不再仅限于身份认证,对于其他账号相关信息提出了更高的要求。该法要求互联网信息服务提供者对用户申请注册账号及变更账号信息包括用户职业信息的,应当保证与其真实职业信息一致。机构注册账号时,应当核验其提供的信息与营业执照登记信息一致。用户申请注册依法需要取得行政许可账号,或者申请注册从事需要服务资质或职业资格等行业领域信息内容生产的账号,应当核验其服务资质与职业资格等信息,并加注专门标识。同时提供信息发布、即时通讯等服务的互联网服务提供者,应当根据用户手机号码、身份证号、统一社会信用代码等进行身份认证,还应当在用户账号界面展示 IP 属地等信息,便于用户监督。

如下三点的具体落实应当受到互联网信息服务提供者的关注:

a.互联网信息服务提供者对用户申请注册账号及变更账号信息包括用户职业信息的,应当保证与其真实职业信息一致。

对于职业信息的认定,如律师、医生、教师等有职业资格证书的职业可以通过对其资格证书的核实履行本条义务,但对于其他类型职业如何履行本条,以及要求其提供的信息是否符合《个人信息保护法》的合理必要最小原则均是在今后该法规落地时需要被进一步明确的。

b.应当在用户账号界面展示合理范围内 IP 地址属地信息。

《管理规定》的相关条款中要求在“合理范围内“进行”IP 地址属地”信息的展示,是应当在遵守《个人信息保护法》等相关法律法规的前提下对 IP 地址进行展示,然而如何认定“合理范围”,其与《个人信息保护法》是否会存在冲突则是需要被进一步明确的。

c.对于注册从事经济、教育、医疗卫生、司法等领域信息内容生产的账号,应当对服务资质、职业资格、专业背景等相关信息,予以核验并在账号信息中加以标注。

对注册从事经济、教育、医疗卫生、司法等领域的用户,服务提供者应当如何进行其身份资格、专业背景等进行核验,其与《个人信息保护法》的冲突如何平衡,是需要实践中根据具体情况进行判断的。

### (3) 账号处置报告及配合监督检查义务

互联网服务提供者在发现用户账号存在违反用户公约、账号管理规则、法律法规行为时,应当及时对账号采取相应处置措施,并报告主管机关。对于情况十分恶劣采取封号措施的用户,应当防止其再注册。同时网信部门会依法对互联网信息服务提供者管理互联网用户注册、使用账号信息情况实施监督检查,互联网信息服务提供者应当予以配合,并提供必要的技术、数据等支持和协助。

如下两点的具体落实应当受到互联网信息服务提供者的关注:

a.建立健全互联网用户账号信用管理系统

该系统如何建立，其所用于判断用户账号信用的信息以及算法是否会影响《互联网信息服务算法推荐管理规定》中的相关义务的履行，是应当在实践中引起注意的。

#### b. 建立账号信息动态核验制度

动态核验制度应当进行核验的频率，具体核验的内容均需要网信部门进一步明确。

### 三、互联网信息服务提供者的应对建议与措施

#### 1. 各互联网信息服务提供者应当自查，制定或更新互联网用户账号管理规则、平台公约、互联网用户协议、隐私政策等

首先该法明确要求互联网信息服务提供者应当制定和公开互联网用户账号管理规则、平台公约，与互联网用户签订服务协议，明确账号信息注册、使用和管理相关权利义务，因此尚未制定上述文件或不满足该法规定的企业应当及时制定并完善。

除此之外，由于该法要求对账号信息予以**核验认证**，即要求互联网信息服务提供者**收集用户身份证号、统一社会信用代码、营业执照、行政许可授权信息、职业信息、受教育信息、职业资格信息等信息**，意味着企业收集用户信息种类、处理措施等会发生变化，各企业也应及时根据自身情况进行修改。

#### 2. 建立健全信息动态核验与信用制度

互联网信息服务提供者应当严格依照本法对用户注册、使用账号过程中提供或变更信息予以核验，公示账号 IP 属地，防止某些网络账号进行虚假职业、行业认证，进行招摇撞骗，损害公共利益。此外，还应建立用户账号信用评级，根据用户使用过程中是否存在发布不良信息、虚假信息等行为进行评级，依据信用评级进行账号管理，对于信用评级较差账号重点关注，对不同信用级别，提供不同程度服务。

#### 3. 完善账号信息监控及处置规则

对账号信息进行动态实时监控，完善举报投诉通道。通过监控及用户反馈及时发现并记录用户账号违法行为，对于不同程度违法行为予以不同程度处罚，包括但不限于警示提醒、限期改正、限制账号功能、暂停使用、关闭账号、禁止重新注册等处置措施，保存有关记录，并及时向网信等有关主管部门报告。对存在违法情形账号采取必要措施，防止上述账号用户重新注册。

附件：义务清单

序号	义务概述内容	法律条款
1	<b>账号管理制度透明公开：</b> 互联网信息服务提供者应当制定互联网账号管理规则，平台公约，与互联网用户签订服务协议，明确账号信息注册、使用和管理相关权利义务。	第六条
2	<b>账号信息核验：</b> 1.自然人注册账号或使用账号过程中变更信息的，应当对信息进行核验，含有职业信息的，应当与真实职业一致，法人、非法人组织注册账号的，其账号信息及账号发布内容应当与其营业执照记载的名称、标识、经营范围等一致。 2.互联网用户申请注册依法需要取得行政许可的互联网信息服务的账号，或者申请注册从事经济、教育、医疗卫生、司法等领域信息内容生产的账号，互联网信息服务提供者应当要求其提供服务资质、职业资格、专业背景等相关材料，予以核验并在账号信息中加注专门标识。	第七条、第十条、第十一条
3	<b>预防再注册：</b> 互联网信息服务提供者应当采取必要措施，防止被依法依约关闭的账号重新注册；对注册与其关联度高的账号信息，应当对相关信息从严核验	第十条、第三款
4	<b>用户身份认证：</b> 提供信息发布、即时通讯等服务的互联网信息服务提供者，在用户注册账号时应依据用户手机号码、身份证号码、统一社会信用代码进行身份认证。	第九条
5	<b>账号信息公示：</b> 互联网信息服务提供者应当展示互联网用户账号的互联网协议（IP）地址归属地信息。对于公众账号，应当展示公众账号的运营主体、注册运营地址、内容生产类别、统一社会信用代码、有效联系方式、互联网协议（IP）地址归属地等信息。	第十二条、第十三条
6	<b>账号信息管理：</b> 1.建立健全并严格落实真实身份信息认证、账号信息核验、信息内容安全、生态治理、应急处置、个人信息保护等管理制度。 2.依法保护和处理互联网用户账号信息中的个人信息，采取措施防止未经授权的访问以及个人信息泄露、篡改、丢失 3.并建立账号信息动态核验制度，适时核验存量账号信息，发现不符合本规定要求的，应当暂停提供服务并通知用户限期改正；拒不改正的，应当终止提供服务	第十四条、第十五条、第十六条
7	<b>账号处置与报告：</b> 互联网信息服务提供者发现用户注册、使用账号信息有违法情形的，应当采取警示提醒、限期改正、限制账号功能、暂停使用、关闭账号、禁止重新注册等处置措施，保存有关记录，并及时向网信等有关主管部门报告	第十七条
8	<b>信用管理与投诉：</b> 1.应当建立互联网用户账号信用管理体系，依据账户信用评价进行账号管理、提供服务 2.在显著位置设置便捷的投诉举报入口，公布投诉举报方式，明确处理流程和反馈时限，及时处理用户和公众投诉举报	第十八条、第十九条

## 寄递用户个人信息保护又上新台阶

王艺、陈文昊、腾贺

为贯彻《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》，进一步加强寄递用户个人信息安全管理，保护用户合法权益，促进邮政行业健康发展，国家邮政局于2022年10月25日发布通知，向社会公开征求《寄递用户个人信息安全管理规定》草案（以下简称“《草案》”）的相关意见。

### 一、出台背景

自2015年邮政行业实名制实施以来，物流寄递渠道治安得到了很大程度的改善，保障了人民的公共安全，但与此同时，也增加了个人信息泄露的风险。本次《寄递用户个人信息安全管理规定》草案出台前，《寄递服务用户个人信息安全管理规定》（国邮发〔2014〕52号）（以下简称“《管理规定》”，对比稿见附件1）已于2014年03月19日生效实施，彼时网络安全、个人信息保护及数据安全相关的法律法规还不够完善且先于邮政行业实名制的实施，由此逐渐难以应对实务中有关个人信息泄露及数据安全隐惠等新的时代挑战。

近年来，如“某快递龙头‘内鬼’致几十万条个人信息泄露”“某上市物流企业地方分公司因涉嫌出售、泄露或者非法提供用户信息被罚”等个人信息泄露事件层出不穷。为此，从今年四月开始，国家邮政局、公安部、国家互联网信息办公室联合召开会议，部署开展邮政快递领域个人信息安全治理专项行动，要求三部门协同配合，不断健全完善邮政快递领域个人信息保护相关制度措施，切实提升邮政快递领域个人信息保护水平。

由此，国家邮政局起草《草案》，旨在进一步加强寄递用户个人信息安全管理，保护用户合法权益，促进邮政行业健康发展。

### 二、新规亮点评析

在该《草案》中，值得关注的邮政行业有如下三点，重点解读如下：

#### （一）亮点一：商标、字号或者快递运单所属企业对使用上述材料的企业实行统一管理，承担信息安全责任

《草案》第六条规定，使用统一的商标、字号或者快递运单经营快递业务的，商标、字号或者快递运单所属企业应当对使用其商标、字号或者快递运单的企业的信息安全保障实行统一管理，发生寄递用户个人信息安全事件时，应当依法承担相应责任。

该项规定涉及快递总部及其加盟网点之间责任义务分配问题。对此，在《快递暂行条例（2019修订）》第十九条中允许了企业可以使用统一的商标、字号或者快

递运单经营快递业务，并要求在服务质量、安全保障、业务流程等方面实行统一管理，为用户提供统一的服务。当用户权益受损时，用户可以选择向服务提供方以及商标、字号或者快递运单所属企业两者的任意一方请求赔偿，<sup>[1]</sup>该法第四十四条也明确了违反该规定的法律责任。<sup>[2]</sup>同时《邮政业寄递安全监督管理办法》第六条中也强调商标、字号或者快递运单所属企业对使用企业的监督。<sup>[3]</sup>此外，《快递企业总部重大经营事项风险评估和报告制度(试行)》第四条也规定，快递企业总部对其商标、字号或者快递运单使用企业的统一管理，并要求发生突发事件等危及邮政业安全的情形或采取安全防范措施的情况时，应当按照规定及时向国家邮政局报告。<sup>[4]</sup>

上述规定意味着，加盟制快递企业总部需要对使用其商标、字号或快递运单的企业在服务质量、安全保障、业务流程等方面实行统一管理和监督。而本次的《草案》则补充了快递总部在信息安全方面的责任义务，防止涉及包括个人信息泄露以及数据安全等重大经营事项事件时，再出现“甩锅”“加盟网点问题与总部无关”等现象。

## **(二) 亮点二：在邮政行业中引入守门人特殊义务、完善了个人信息保护负责人的更换报备的时间要求**

《草案》第十一条的两款规定为邮政行业引入了《个人信息保护法》（以下简称“《个保法》”）中的个人信息保护负责人<sup>[5]</sup>和守门人的特殊义务。<sup>[6]</sup>其中，在个人信息保护负责人制度中还增加了“负责人发生变更的，应在5个工作日内重新报备并公告”的规定作为对于《个保法》在邮政行业中的细化。

本条第二款的规定来源于《个保法》第五十八条的守门人制度。但不同点在于该款对于守门人的判断标准并未采用原《个保法》第五十八条中“提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者”的定性判断标准，而完全依照第前款中个人信息保护负责人的认定标准，即“处理寄递用户个人信息达到国家网信部门规定数量的”。目前《个保法》中尚未对“国家网信部门规定数量”进行明确规定，通常可参考《个人信息安全规范》第十一条规定中处理超过100万个人信息的标准<sup>[7]</sup>。如此，行业内多数业务覆盖较广的寄递企业将符合该项标准。此外，《草案》中目前先引入了外部独立机构监督及社会监督两项义务规定，以推动寄递企业个人信息保护合规制度的建立。由此可见，邮政行业监管逐步趋严，要求相关企业在个人信息安全方面履行更多义务，保障用户合法权益。同时，也在一定程度上增加了邮政快递领域企业的合规成本。

对于如何成立外部独立机构，目前市场上已经有2家以上的互联网企业进行了有益探索。但是是否为网信部门所认可，仍有待观察。

## **(三) 亮点三：将寄递运单作为邮政行业个人信息安全管理的核心管控对象**

寄递运单中承载着大量的个人信息，是本次《草案》的重点管控对象。不同于《管理规定》中对于寄递运单的实物信息与电子信息的区分，《草案》在第十三条和第十八条中集中对寄递运单的去标识化和信息泄露风险进行了规定。其中规定企业应当采取一定的技术手段（见表1）对运单信息去标识化，实施全过程管理，防止在运送过程中泄露。此外，明确寄递企业与电商平台或运单系统运营企业等第三方对寄递信息授权和分配时应要求其在正常服务的同时对信息进行去标识化处理，法院传票除外。<sup>[8]</sup>对此，建议寄递企业可在与第三方的合作协议中增加电商平台或者第三方的合规义务，从而提高对寄递信息的安全保障。

表 1

技术概念	解释
射频识别 (RFID)	射频识别是一种利用射频方式进行非接触式双向通信，以达到识别目的并交换数据，可对物流运输过程进行全面可视化跟踪。例如，将记录有集装箱箱号、箱型、装载货物种类、数量等数据的电子标签安装在集装箱上，在经过安装有 RFID 系统的交通点的检查门时，可自动校验集装箱等封闭容器内的货物，而无需进行开箱检查。
虚拟安全号码	快递企业通过设置隐私通讯加密服务器，使快递信息在生成时，就已经将临时性的虚拟电话与客户真实电话进行绑定，从而隐藏用户的真实信息。
电子纸	电子纸是将电子墨水涂布在一层塑料薄膜上，经由驱动 IC 控制，形成像素图形的一种显示器。

本次《草案》征求意见稿除上述提到的以上几点内容以外，还明确了个人信息出境、涉及委托第三方的个人信息处理等多个场景下的具体合规要求（见表2）以及存储介质使用管理制度、寄递用户个人信息安全应急处置机制等多个具体的合规制度要求（见表3），以进一步加强寄递用户个人信息安全管理，促进邮政行业健康发展。

场景	合规要求	法律依据
1、使用统一的商标、字号或者快递运单经营快递业务时	商标、字号或者快递运单所属企业应当对使用其商标、字号或者快递运单的企业的信息安全保障实行统一管理，发生寄递用户个人信息安全事件时，应当依法承担相应责任	《草案》第六条
2、寄递企业收集寄递用户个人信息时	仅限于实现完成寄递服务全流程操作目的的最小范围，不得过度收集用户个人信息。	《草案》第七条第一款
3、寄递企业委托第三方或者其他寄递企业开展代收代投、清关等业务，需要对寄递用户个人信息数据进行委托处理时	事前：进行寄递用户个人信息保护影响评估； 事中：依法约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息种类、保护措施及双方权利义务； 事后：对受托人的个人信息处理活动进行监督。	《草案》第八条
4、寄递企业，确需向中华人民共和国境外提供寄递用户个人信息时	应当按照相关法律法规的规定执行。如参考《数据出境安全管理暂行办法》等规定。	《草案》第十二条
5、寄递企业与电商平台或运单系统运营企业等第三方对寄递信息授权和分配时	应要求其对于寄递运单信息进行去标识化处理，并确保不影响正常寄递服务。经评估，存在寄递用户个人信息安全风险或可能影响正常寄递服务的，寄递企业不得对接寄递信息或授权使用、分配本企业单号资源。	《草案》第十三条第二款
6、寄递企业在建设与寄递用户个人信息相关的信息系统时	应当在网络传输、访问控制、终端防护、恶意代码防护、监控审计等方面采取有效措施，确保同步规划、同步建设和同步使用。	《草案》第十四条第一款

表 2

合规制度/规则/措施	具体要求	法律依据
建立健全寄递用户个人信息安全保障制度和措施	明确企业部门、岗位的安全保护责任，合理确定寄递用户个人信息处理的操作权限，定期对从业人员进行安全教育和培训。	《草案》第五条
建立寄递用户个人信息安全投诉处理及请求响应机制	公布有效联系方式，接受并及时处理有关投诉及请求。	《草案》第九条
制定寄递用户个人信息安全应急处置制度	发现信息安全隐患、漏洞等风险的，或者发生信息安全突发事件的，应当立即采取处置措施，按照规定报告邮政管理部门，并配合邮政管理部门和相关部门的调查处理工作，不得迟报、漏报、谎报、瞒报。	《草案》第十条
指定寄递用户个人信息保护负责人 (处理寄递用户个人信息达到国家网信部门规定数量的)	负责对信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督，并公开寄递用户个人信息保护负责人的联系方式，将负责人的姓名、联系方式等向所在地市级邮政管理部门报备。负责人发生变更的，应在5个工作日内重新报备并公告。	《草案》第十一条第一款
建立健全寄递用户个人信息保护合规制度体系 (处理寄递用户个人信息达到国家网信部门规定数量的)	参考我国《个人信息保护法》	《草案》第十一条第二款
制定存储介质使用管理制度	使用独立物理区域采用加密方式存储用户个人信息，加强存储安全管理。	《草案》第十四条第二款
建立寄递用户个人信息的应用安全管理制度	对所有批量导出、复制、销毁等操作进行事先审核，采取防泄密措施，并记录保存操作人员、时间、地点和事项等信息，作为信息安全审计依据。	《草案》第十五条第一款
建立对离岗人员的信息安全审计制度	删除或者禁用离岗人员系统账户。	《草案》第十五条第二款
制定本企业与市场相关主体的信息系统互联的安全技术规则	对存储寄递用户个人信息的信息系统实行接入审查，定期进行安全风险评估。	《草案》第十七条
制定营业场所、处理场所管理制度	严禁无关人员进出相关场所，严禁无关人员接触、翻阅、留存、拍照、摄录、复制、传抄寄递运单。	《草案》第十八条

表 3

### 三、结语

《草案》的发布，距离上一部《寄递服务用户个人信息安全管理规定》已历时八年之久。在这八年间，邮政行业整体业务的多元化发展及其高度数字化转型对企业数据合规提出了诸多新的挑战。同样在这八年间，《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》三部法律体系的颁布，确立了我国网络空间治理框架，为邮政行业规范管理信息网络安全提出了新的要求。因此，相信在未来不久，不同行业的主管单位未来会结合自身行业的特点，加强自身在数据安全、网络安全、个人信息安全的保护，采取不同技术措施，通过制订部门规章等，完成自身行业数据保护立法与我国上位法保持一致，且进行一定的“创新”。

由此可见，《草案》的出台正当其时，它不仅是我国“三大数据法”在邮政行业的细化、深化，同样为邮政快递行业内各市场主体在新环境下如何实施寄递用户个人信息安全管理，保护用户合法权益提出了具体要求，有利于促进邮政行业健康发展。

[1] 《快递暂行条例》第十九条两个以上经营快递业务的企业可以使用统一的商标、字号或者快递运单经营快递业务。前款规定的经营快递业务的企业应当签订书面协议明确各自的权利义务，遵守共同的服务约定，在服务质量、安全保障、业务流程等方面实行统一管理，为用户提供统一的快件跟踪查询和投诉处理服务。

用户的合法权益因快件延误、丢失、损毁或者内件短少而受到损害的，用户可以要求该商标、字号或者快递运单所属企业赔偿，也可以要求实际提供快递服务的企业赔偿。

[2] 《快递暂行条例》第四十四条第四十一条两个以上经营快递业务的企业使用统一的商标、字号或者快递运单经营快递业务，未遵守共同的服务约定，在服务质量、安全保障、业务流程等方面未实行统一管理，或者未向用户提供统一的快件跟踪查询和投诉处理服务的，由邮政管理部门责令改正，处1万元以上5万元以下的罚款；情节严重的，处5万元以上10万元以下的罚款，并可以责令停业整顿。

[3] 《邮政业寄递安全监督管理办法》第六条使用统一的商标、字号或者快递运单经营快递业务的，商标、字号或者快递运单所属企业应当对使用其商标、字号或者快递运单的企业的安全保障实行统一管理，监督使用其商标、字号或者快递运单的企业执行邮政业安全管理制度。

[4] 《快递企业总部重大经营管理事项风险评估和报告制度（试行）》第四条快递企业总部应当对使用其商标、字号或者快递运单的快递企业在服务质量、安全保障、业务流程等方面实行统一管理，对可能造成国家邮政业Ⅱ级以上突发事件等危及邮政业安全稳定和寄递渠道安全畅通的情形和采取安全防范措施的情况，应当按照规定及时向国家邮政局报告。

[5] 《中华人民共和国个人信息保护法》第五十二条处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人，负责对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督。

个人信息处理者应当公开个人信息保护负责人的联系方式，并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。

[6] 《中华人民共和国个人信息保护法》第五十八条提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当履行下列义务：

（一）按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督；

（二）遵循公开、公平、公正的原则，制定平台规则，明确平台内产品或者服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务；

（三）对严重违法法律、行政法规处理个人信息的平台内的产品或者服务提供者，停止提供服务；

（四）定期发布个人信息保护社会责任报告，接受社会监督。

[7] 《个人信息安全规范》第十一条：满足以下条件之一的组织，都应当设立专职的个人信息保护负责人和个人信息保护工作机构：

（1）主要业务涉及个人信息处理，且从业人员规模大于200人；

（2）处理超过100万人的个人信息，或预计在12个月内处理超过100万人的个人信息；

（3）处理超过10万人的个人敏感信息的。

[8] 《最高人民法院关于以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书的若干规定》第十条签收人是受送达人本人或者是受送达人的法定代表人、主要负责人、法定代理人、诉讼代理人的，签收人应当当场核对邮件内容。签收人发现邮件内容与回执上的文书名称不一致的，应当当场向邮政机构的投递员提出，由投递员在回执上记明情况后，将邮件退回人民法院。签收人是受送达人办公室、收发室和值班室的工作人员或者是与受送达人同住成年家属，受送达人发现邮件内容与回执上的文书名称不一致的，应当在收到邮件后的三日内将该邮件退回人民法院，并以书面方式说明退回的理由。



植德观点  
品牌运营及渠道管理篇

## 当药品、医疗器械遇到互联网

### ——药械产品互联网广告合规风险防范指引

吴琦、蔡文豪

#### 一、药械产品广告合规痛点

##### 1. 面对内部矛盾，审核人员的“灵魂拷问”

我们常用“风筝与线”来形容一个企业里前端部门与审核部门之间的关系。当一个产品需要投入市场时，市场、营销、战略等前端人员像风筝一样奋战在一线，努力为产品赢得市场份额，而在背后指引他们飞得更高、更远的那根“线”便是审核部门，指引着前端飞得更稳、更久。

实践中，由于前端部门与审核部门的立场各不相同，二者关系难言和谐，用相爱相杀来形容更为贴切。前端人员有时会觉得审核的线绑得太死，拖慢了营销的速度或压制了市场宣传的想象力，审核人员则觉得前端人员飞得太高、太偏难以把控。于是，两部门就不得不耗费大量的时间和精力进行沟通 and 营销方案调整。这种矛盾会时刻煎熬着审核人员的心理，对于企业的广告审核人员来说，经常面临的是这样的灵魂拷问：

##### (1) 审核的松紧度怎么把握？

其实在问到这个问题的时候，审核人员的内心是有一杆秤和一个标尺的，或者说有一个答案的。之所以还在纠结和挣扎，原因在于：一是你面临了很大的压力；二是你考虑了很多。压力可能来自于强势的前台，或者事后的甩锅；考虑得太多，你可能“设身处地”地替营销人员去考虑了。

解决这个问题，需要以“规矩和制度”代替人情和人际关系，做到：

A. 立好规矩，有前后一致的判断标准。有一以贯之的标准，对事不对人，是最轻松的状态。所谓规矩做在前面，就是提前宣传；或者通过第一次、小项目与前端人员的接触，严格按制度办事，绝不松口，后续的工作才会顺利。

B. 做好流程，保护和审理审核环节的权威。制度是合规和风控的核心，制度流程会解决你的压力，按规章制度办事，是审核人员勇气和底气的来源；当然好的制度还有一个协调处理争议的机制。

C. 善借外力，坚持住底限。法律法规给药械领域的广告宣传划了很多的红线，这些要求就是企业和审核人员的底限。在受到前端人员压力过大时，审核人员可以借助外部专业律师的力量，或将要求严格的合作伙伴的做法向内部宣贯。

##### (2) 审核工作量太大了怎么办？

在药械企业里，往往由法务、合规、风控人员在担任审核，其中，企业的对外宣传、广告文案，往往占据审核人员的大量工作时间，如果事无巨细地关注到位，审核人员往往会感觉工作量太大。这一方面会降低审核工作的积极性，另一方面有可能会降低审核的认真程度。解决这个问题，是需要把审核端“前移”：

A. 事先制定的一套标准、模板。形成一个“模板免审+特殊专审的模式”，同时把审核介入周期前移，应该在推广宣传周期(如每年度的宣传周期)开始前；或者是新产品上市前，先把所有的宣传方案都预想一遍，制定标准模板(话术)。

B. 通过制度来明确。制度上应当明确把审核介入的时点往前提，在宣传案、策划的初期阶段介入。

C. 培训。不仅要培训法务、合规、风控等审核人员，也要培训前端人员。在策划案的形成初期，前端人员也会自动筛查掉不合适的方案，减少审核工作量。

### **(3) 这点小事要不要让大 BOSS 知道？**

合规无小事，这个理念不仅仅向法务、普通员工，还得往公司的高层灌输。我们经常说，企业文化就是老板文化，企业老板对于合规问题的重视程度，会在很大程度上影响整个企业。而一个事情是否上升到企业老板来解决，其根本不在于问题的合规性判断，而是问题如何得到解决。此时，还是需要合规制度出马：

A. 制度，还是制度。在老板眼里，事情一定得分轻重缓急，分大小的。所以什么样的事情提交 BOSS，在什么前提、节点下提交，都需要明确。比如说普遍性的问题、无法解决的冲突，需要制度来明确如何判断，经过哪些流程证明这个事情无法解决。如果事先在制度里有规定，则按照制度来，对人毫无压力。

B. 设置协调机构与流程。制度里要解决什么问题，首先是要有一个能够协调各个部门、权力人员的机构(会议)或者机制，以及将事务上升到这个机构的流程。

## **2. 面对竞争对手和伙伴，企业该如何自处**

医药行业，合作很重要，竞争则更为直接刺激。企业运营的合规与否，不仅有监管部门时刻关注，竞争对手也是“监督员”。关于产品的对外推广，我们常常遇到的问题是

### **(1) 对方怎么做我们也怎么做吗？**

人家做了，我们为什么不做？这是审核人员经常面临的问题。面临这样的问题时，我们要先请提问者思考这两个问题：

“不合规的广告真的有那么好的效果吗？”

“合规的宣传真的没有那么好的效果吗？”

其实这些问题很难证明，效果好也往往是策划人员的“自嗨”，但违法广告的后果我们都清楚；而且行政处罚有记录，互联网有记忆，它的违法后果、风险

以及给企业带来的伤害是一直存在的。所以，一定要以我为主，无需效仿对手的不合规做法。

## (2) 强势的合作伙伴能不能帮我们“兜底”？

实际上，近年来，一些省级的电台、电视台被处罚的案例也屡见不鲜。这些看似强大的广告发布者/经营者们，在面临监管的时候也是自身难保的。法律法规对广告主、广告发布者、广告经营者各自的权利义务都有了明确的界定，相互之间不存在风险替代、吸收的可能性。因此，不能指望广告发布过程中的合作者为企业承担风险。

## 3.面对层出不穷的互联网宣传模式，审核该如何认知

根据《广告法》的定义，广告是指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活动。随着药械厂商“拥抱”互联网媒介拓展销售渠道，医药、医疗器械行业也涌现诸如主播带货、短视频带货、测评、软文、探店等一系列突破传统的全新营销模式。

在厂商不断享受新兴媒介所带来的收益的同时，一系列违规、违法宣传问题也逐渐涌现，加之医药、医疗器械领域长期属于重点监管领域，药械厂商审核部门就不得不面对诸如判断营销方案是否构成广告、产品呈现方式是否需要前置审查、相关内容审核申请能否在实操中获得审批等诸多问题，稍有不慎企业便会面临处罚。我们整理了部分近期因违规互联网药械广告而受罚的案例。

	处罚机关	处罚文书	当事人	宣传方式	违法行为
1	广州市黄埔区市场监督管理局	穗黄市监处字〔2021〕496号	某医药连锁有限公司	直播	通过直播账号发布未经审查的药品、保健食品广告，以消费者名义、医生名义作药品、保健食品推荐的广告，误导消费者的广告
2	江苏省市场监督管理局	苏市监处罚〔2021〕00011号	江苏某生物医药有限公司	直播	通过直播发布未经审查的药品
3	上海市市场监督管理局	沪工商案处字〔2019〕第320201910046号	重庆某医药有限公司	口播、植入	未提交广告审查部门进行药品广告审查；广告内容与说明书不一致
4	北京市通州区市场监督管理局	京通市监工罚（2020）150号	北京某医药有限公司	自营微信公众号	超出指定的医学、药学专业刊物上对其所销售的处方药进行了广告宣传
5	北京市朝阳区市场监督管理局	京朝市监工罚（2020）463号	北京某医药科技有限公司	官方网站	未能提供相关证据证明产品医疗效果

可以看出，互联网领域的广告问题，将在未来一定时间内成为监管的重点和热点。对于企业审核人员来说，不仅要关注对外宣传的文案内容，也要关注宣传的形式。

## 二、药械产品互联网广告规范体系

### 1.总体规范体系

药械产品互联网广告由医药、互联网和广告三个维度组成，这也就决定了药械产品互联网广告除了需要遵守诸如《广告法》《反不正当竞争法》等广告宣传领域一般性规范之外，还需遵守互联网领域的特殊规范，如《互联网广告管理暂行办法》《电子商务法》以及药械领域关于产品宣发的相关规范，如《医疗广告管理办法》《药品、医疗器械、保健食品广告审查管理暂行办法》（“《三品一械管理办法》”）等。

	法律法规	主要内容
1	《广告法》(2021 修正)	对广告行为予以规范，对医药、医疗机构广告予以规定
2	《消费者权益保护法》	针对虚假广告、虚假宣传等侵害消费者权益的行为
3	《反不正当竞争法》(2019 修正)	针对混淆、虚假宣传、损害竞争对手商业、商品声誉等不正当竞争行为
4	《电子商务法》(2018 年颁布)	规范电子商务平台责任
5	《互联网广告管理暂行办法》(2016 年颁布)	规范互联网广告宣传方式及合规要求
6	《三品一械管理办法》(2019 年颁布)	医药广告在监管层面的特殊要求
7	《医疗广告管理办法》(2006 修订)	

## 2.前置审批制度

根据《三品一械管理办法》第 23 条的规定，除了在药品、医疗器械广告中只宣传产品名称（包括药品通用名称和药品商品名称）外，药械企业应将该等广告内容提交广告审查机关进行审查并取得相应批准文号。

	类别	审查机关	批准文号有效期
1	医疗器械广告	药品监督管理部门	与产品注册证明文件、备案凭证或者生产许可文件最短的有效期一致；未规定有效期的，批准文号有效期为两年
2	药品广告		

经批准后，药品、医疗器械广告的批准文号、申请人名称、广告发布内容、广告批准文号有效期、广告类别、产品信息等内容都会通过药品监督管理部门网站对公众予以公开，从而避免虚假的药品、医疗器械广告对公众产生误导。

## 3.产品分级管理制度

根据《广告法》《三品一械管理办法》的规定，可以将产品划分为绝对禁止发布广告、相对禁止发布广告和普通三类：

	绝对禁止	相对禁止	普通（审批制）
《广告法》	第十五条第一款 麻醉药品、医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法，不得作广告。	第十五条第二款 前款规定以外的 <b>处方药</b> ，只能在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学 <b>专业刊物</b> 上作广告。	除绝对/相对禁止发布的医疗类广告外
《三品一械管理办法》	第二十一条	第二十二条 第二十一条规定以外的处方药和特殊医学用途配方食品中的特定	

	<p>下列药品、医疗器械、保健食品和特殊医学用途配方食品<b>不得发布广告</b>：</p> <p>(1) 麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械；</p> <p>(2) 军队特需药品、军队医疗机构配制的制剂；</p> <p>(3) 医疗机构配制的制剂；</p> <p>(4) 依法停止或者禁止生产、销售或者使用的药品、医疗器械、保健食品和特殊医学用途配方食品；</p> <p>(5) 法律、行政法规禁止发布广告的情形。</p>	<p>全营养配方食品广告<b>只能</b>在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的<b>医学、药</b> <b>学专业刊物上发布。</b></p>
--	---	--

#### 4. 药械广告内容要求

首先，《广告法》《三品一械管理办法》《医疗广告管理办法》等规构建了药品、医疗器械广告内容的负面清单体系，在发布相关广告时，不得含有以下内容：

《广告法》 第四条、第九条	《广告法》 第十六条	《三品一械管理办法》 第十一条
<ol style="list-style-type: none"> <li>1.含有虚假或者引入误解的内容，不得欺骗、误导消费者；</li> <li>2.使用或者变相使用中华人民共和国的国旗、国歌、国徽，军旗、军歌、军徽；</li> <li>3.使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员的名义或者形象；</li> <li>4.使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语；</li> <li>5.损害国家的尊严或者利益，泄露国家秘密；</li> <li>6.妨碍社会安定，损害社会公共利益；</li> <li>7.危害人身、财产安全，泄其个人隐私；</li> <li>8.妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚；</li> <li>9.含有淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、暴力的内容。</li> <li>10.含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容；</li> <li>11.妨碍环境、自然资源或者文化遗产保护。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.表示功效、安全性的断言或者保证</li> <li>2.说明治愈率或者有效率；</li> <li>3.与其他药品、医疗器械的功效和安全性或者其他医疗机构比较；</li> <li>4.利用广告代言人作推荐、证明。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员、军队单位或者军队人员的名义或者形象，或者利用军队装备、设施等从本广告宣传；</li> <li>2.使用科研单位、学术机构、行业协会或者专家、学者、医师、药师、临床营养师、患者等的名义或者形象作推荐、证明；</li> <li>3.违反科学规律，明示或者暗示可以治疗所有疾病、适应所有症状、适应所有人群，或者正常生活和治疗病症所必须等内容；</li> <li>4.引起公众对所处健康状况和所患疾病产生不必要的担忧和恐惧，或者使公众误解不使用该产品会患某种疾病或者加重病情的内容；</li> <li>5.含有“安全”“安全无毒副作用”“毒副作用小”；明示或者暗示成分为“天然”，因而安全性有保证等内容；</li> <li>6.含有“热销、抢购、试用”“家庭必备、免费治疗、免费赠送”等诱导性内容，“评比、排序、推荐、指定、选用、获奖”等综合性评价内容、“无效退款、保险公司保险”等保证性内容，怂恿消费者任意、过量使用药品、保健食品和特殊医学用途配方食品的内容。</li> </ol>

其次，药械企业发布的产品广告还需遵守《广告法》《三品一械管理办法》的规定，应当显著标明以下内容：

产品类型	应当显著标记的内容
医疗器械广告	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.显著标明广告批准文号</li> <li>2.禁忌内容</li> <li>3.注意事项</li> <li>4.“请仔细阅读产品说明书或者在医务人员的指导下购买和使用”</li> </ol>
药品广告	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.显著标明广告批准文号</li> <li>2.禁忌、不良反应</li> <li>3.处方药广告:本广告仅供医学药学专业人士阅读</li> <li>4.非处方药广告还应当显著标明非处方药标识(OTC)</li> <li>5.“请按药品说明书或者在药师指导下购买和使用”</li> </ol>

最后，药械企业在推广品牌和产品时，还应当注意《广告法》《反不正当竞争法》对广告规范的统一要求，应当做到内容真实合法，不得包含虚假、夸大、误导性的内容，不得利用广告实施诸如商业诋毁、侵害他人知识产权等不正当竞争行为并遵守互联网广告不得影响用户正常使用网络的基本规范。

### 三、药械企业广告合规体系指引

正所谓“合规无小事”，我们建议药械企业可以从以下几个方面构建广告合规体系。

#### 1.机构设置

##### (1) 有审核人员

企业组建广告合规审核团队，或至少有审核岗位。药械企业可以在企业内部设置审核岗位并与外部合规律师一起合作，参与药械产品广告的合规审查工作，在申请医疗器械广告审查准予许可前，如能通过专业人士提前参与对拟发布广告的合规性进行审查的，则将为企业节省企业修改或再次申请所耗费的时间。

如果无法做到有审核团队或审核岗位，至少应当做到有判断是否交由外部人员来审核的岗位。

##### (2) 有议事机构

如前文所述，企业应对有协调各方，尤其是前端部门与审核岗之间矛盾的议事机构或会议。

#### 2.制度流程

##### (1) 规范广告合规审查和汇报体系

药械企业可以推行“模板免审+特殊专审”的双轨审查模式，通过预先制定标准模板在推广宣传启动前将所有的广告方案进行预演，减少审核工作量。此外，广告合规审核团队和外部专业人士可以专门针对特定广告方案进行特别的审核，并建立审核、前端和管理者之间的沟通渠道。

## **(2) 有监督检查体系**

按照合规的理念和要求，对于合规制度的执行情况，还应当有监督机构来定期或不定期检查监督，接受内部投诉举报和调查。

## **3. 合规培训**

**(1) 培训**广告合规审核团队与外部律师定期组织、开展广告合规培训，对前端人员、企业高管及其他人员进行培训，明确广告主体的类型与自身责任，培养前端人员的广告合规理念并定期更新相关政策。

**(2) 合规文化**日常审核中潜移默化推广法律规定的要求、标准，养成全员合规的文化和意识。

## **4. 合作伙伴合规调查**

### **(1) 各方主体间完善、全面、准确的书面约定**

这一方面是法律的要求，一方面是明确各方责任的要求；不仅关系到行政责任，也关系到负担行政责任后的民事责任。

### **(2) 有合规调查的意识**

各方主体间基于法律要求需要互相监督，准入环节需要尽职调查。

## **四、小结**

在市场竞争日趋激烈的情况下，药械企业的宣传和营销固然十分重要，但在推广品牌、推广医药和医疗器械等产品时，企业也应关注广告内容和宣发方式的合规性，否则在医药、医疗器械领域广告监管日益严格的趋势下，药械企业将会面临诸多合规风险。因此，药品、医疗器械企业在借助“互联网”的东风一举焕发出前所未有的朝气的同时，也应重点关注广告规范，形成自身合规审核体系，尽可能避免合规风险。

[1] 由于处方药有专门规定的广告发布途径，企业对此也较为谨慎和重视，因此本文所讨论的药械广告，主要指非处方药及医疗器械产品的广告。

## 元宇宙互联网广告：跳转链接合法性的审查

元宇宙研究业务组

元宇宙通常被定义为下一代的、具有沉浸式体验的互联网。在元宇宙技术发展的过程中，广告产业也逐渐向其中扩展。在元宇宙场景中，也出现了各种形式的广告，如虚拟街景中的广告牌、虚拟人代言、虚拟人表演等形式的广告，或者适合使用虚拟现实设备功能查看的广告等。

元宇宙广告实质上也是互联网广告，需要厘清其中的广告主、广告经营者、广告发布者身份，并相应遵守互联网广告有关规定。元宇宙广告中的一些场景下，用户可以通过点击或使用虚拟现实设备“触碰”广告牌或其他广告指示标识，进入到品牌方控制的互联网页面或元宇宙场景内。与常见的网页广告、App广告相比，元宇宙中的广告跳转和衔接可能更加顺畅、自然，但实质上，该过程仍然是用户从广告发布者控制的互联网媒介离开，进入广告主控制的互联网媒介，通常称之为“落地页”。

这种广告形式，构成《互联网广告管理暂行办法》第三条规定的链接式广告，即“推销商品或者服务的含有链接的文字、图片或者视频等形式的广告”。链接式广告的广告位中，除了包含广告信息本身之外，还带有一个链接，链接至广告主自有网站或其拥有合法使用权限的互联网媒介上，即“落地页”。在广告中，广告主商品或服务的主要信息和以及信息更新，均在落地页完成。在链接式广告审查中，通常被关注的是对落地页内容的审查责任，特别是如落地页中存在可点击的链接，该等链接跳转后的“二跳”及其后续页面，广告经营者、发布者是否有审查义务以及该义务的边界问题。

### 一、元宇宙广告与落地页

根据《互联网广告管理暂行办法》第三条第2款第1项，链接式广告是指推销商品或者服务的含有链接的文字、图片或者视频等形式的广告。在该规定中，没有从区分前端广告页与落地页的角度进行界定。从文意来看，广告中具有链接功能的可能是一个词语、一段文字、一个图标、一张图片或一段视频，这些内容无疑属于广告的组成部分。而点击链接跳转而出的落地页上的内容，根据广告所推荐的商品或服务不同，可能有多种情形，包括关于商品或服务的详细说明、前端广告所述企业的官方网站、网上商店、自媒体账户关注页面、app下载界面等。一般来说，落地页并不必然与前端广告页共同构成同一广告的组成部分，国家工商行政管理总局广告监督管理司编著的《互联网广告管理暂行办法释义》中也主张将二者分开讨论。

落地页不属于前端广告的组成部分，但与前端广告存在必然关联性。落地页上的信息，如果与在内容上与前端广告毫无关联，则违反《广告法》第二十八条<sup>[1]</sup>规定，构成虚假广告。按照落地页上的信息与前端广告的关联性，可分为两种

类型：第一，关于广告推荐商品或服务的详细说明页面或展示页面；第二，广告推荐商品或服务以外的内容，例如网站装饰、企业基本介绍等。

## 二、相关主体的落地页审查义务

就互联网广告的内容审查，《互联网广告管理暂行办法》规定了广告主、互联网广告经营者、发布者以及互联网信息服务提供者三类主体，依据利益相关性的程度不同，构建了三个层次的审查责任体系。

### （一）广告主的审查义务

广告主是广告真实性的第一责任人，需对广告内容真实性、合法性承担责任，包括前端广告和落地页。《广告法》第四条规定：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。广告主应当对广告内容的真实性负责。《互联网广告管理暂行办法》第十条规定：互联网广告主应当对广告内容的真实性负责。广告主发布互联网广告需具备的主体身份、行政许可、引证内容等证明文件，应当真实、合法、有效。广告主可以通过自设网站或者拥有合法使用权的互联网媒介自行发布广告，也可以委托互联网广告经营者、广告发布者发布广告。互联网广告主委托互联网广告经营者、广告发布者发布广告，修改广告内容时，应当以书面形式或者其他可以被确认的方式通知为其提供服务的互联网广告经营者、广告发布者。互联网广告主是广告活动的起点，也是所有广告活动推销的商品和服务指向的对象，因此，《广告法》和《互联网广告管理暂行办法》都规定广告主应当对广告的真实性负责，并具备相关证明文件，保证证明文件的真实、合法、有效。

按照链接式广告的逻辑，之所以在广告中包含链接，就是因为广告主需要推广的商品或服务仅通过前端页面不能全部展现，因此广告主提供的信息、资料，不仅包含前端广告中的内容，而且应包含体现链接指向内容的信息与证明。从这个意义上说，广告主不仅对前端广告的真实性承担责任，而且要对保证前端广告的文字、图片或视频不含虚假信息，前端广告需要具备证明文件的，广告主应当合法取得、合法持有该证明文件，并确保在广告发布期间持续具有法律效力。因落地页是广告主自有网站或享有使用权的页面，对落地页中的非广告信息，如存在违法违规广告主自行承担。

### （二）广告经营者、发布者的审查义务

广告经营者、发布者对互联网内容的合法合规性承担**尽职管理**责任。《互联网广告管理暂行办法》第十二条规定：互联网广告发布者、广告经营者应当按照国家有关规定建立、健全互联网广告业务的承接登记、审核、档案管理制度；审核查验并登记广告主的名称、地址和有效联系方式等主体身份信息，建立登记档案并定期核实更新。互联网广告发布者、广告经营者应当**查验有关证明文件，核对广告内容**，对内容不符或者证明文件不全的广告，不得设计、制作、代理、发布。互联网广告发布者、广告经营者应当配备熟悉广告法规的广告审查人员；有条件的还应当设立专门机构，负责互联网广告的审查。

在链接式广告中，前端广告的经营者、发布者（一般情况下不是广告主）既要审查前端广告，又须审查前端广告的连接跳转后指向的内容，即落地页。虽然在《互联网广告管理暂行办法》没有明确规定审查内容包括落地页，但该条规定了“查验有关证明文件，核对广告内容”，比对前端广告与链接指向内容的一致性，是履行“核对”义务的应有之义和必然要求。换言之，如果不查验广告主是否对落地页网页有合法的使用权、落地页信息是否与前端广告有关联以及落地页信息商品或服务是否有被法律法规禁止生产、提供的情形，是无法完成“核对”前端广告内容的要求的。国家工商行政管理总局广告监督管理司出版的《互联网广告管理暂行办法释义》，亦要求广告经营者和发布者在核对前端广告真实性时，将落地页内容（包括该页面内 URL）作为证明前端广告内容真实性、合法性的证明文件，一并审查并予以保存。因此，广告落地页上的信息，本身即应作为广告经营者和发布者履行核对广告内容义务的证明，落地页信息应属“证明文件”的一部分。2018年浙江省工商局发布的《关于广告监管执法有关问题的指导意见》也做出了类似规定。<sup>[2]</sup>

从《互联网广告管理暂行办法》第十二条的文意来看，其未限制广告发布者和广告经营者应核查的证明文件的存储场所，体现出要求广告发布者和经营者核对广告内容的目的，因此查明各跳转页上与广告推荐商品或服务有关信息是必然要件。例如，广告前端页面显示某 app 名称，点击落地页可见对该 App 的介绍和下载链接图标，在落地页点击图标可到“二跳页”下载 app。在该过程中，广告经营者、发布者对于广告内容的核对，应包含“二跳页”下载 app 是否为广告所描述商品或服务。对于广告落地页中与推荐商品或服务无关内容，广告经营者、发布者不承担广告审查义务。如广告推荐商品或服务系通过多次链接（“二跳”）展现，则广告经营者、发布者有义务审查该等链接所涉本广告推荐的商品或服务信息。

### （三）提供网页制作工具及存储服务的平台运营方

对于提供网页制作工具及存储服务平台的运营方，仅提供工具及存储服务，未参与互联网广告经营活动，属于互联网信息服务提供者，不需承担审查义务，无论是前端广告页还是落地页，均仅对其明知或应知利用其信息服务发布违法广告的行为承担制止义务。关于互联网信息服务提供者的广告法义务，将另行详细分析，本文不再赘述。

以上审核标准是法律规定的最低标准，落实到实务层面，广告经营者和发布者可以根据提供的广告服务的特点、企业文化和形象等因素，制定本企业的**落地页审查政策**。实践中，一些广告经营者和发布者平台会规定更高的审查要求。例如，有搜索引擎运营方的推广政策规定，禁止用热搜词搭配质量低下的搜索推广链接，平台会通过技术手段识别客户的推广意图，一旦客户提交与其真实推广行业不一致的物料，将视情况对违规物料做下线处理，甚至可能对账户做封禁处理。还有的平台对广告内容做出了进一步的要求，包括对推广产品要有详细展示及说明、落地页需要添加广告主公司名称、如涉及代投需体现被代投方的公司名称、

广告落地页链接使用需符合域名审核规范、入口页素材（标题/入口图/入口视频/广告来源文案等）及落地页需具有相关性、合理性等。

对于元宇宙广告相关的经营者、元宇宙广告发布平台运营方等主体来说，在设计和更新元宇宙广告产品时，需要注意广告行为在元宇宙界内与界外的分布情况，厘清责任边界，防止因未尽审查义务而承担自身控制互联网媒介之外的落地页内容违法违规责任。

[1] 第二十八条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。广告有下列情形之一的，为虚假广告：

……

（五）以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。

[2] 第一条第八款规定：“互联网广告发布者、经营者负责对所发布前端广告内容的真实性、合法性；对链接内容具有合理审查义务，在核对前端广告内容时，应将链接内容作为证明前端广告内容真实性合法性的证明材料一并审查并予以保存。广告主对跳转链接内容的真实性、合法性负责。链接内容修改时，广告主应就修改内容通知广告发布者、广告经营者，后者应再次核对，未履行核对义务的应承担相应法律责任；广告主未通知且后者非明知应知的，一般不承担相应的法律责任，但发现违法广告后应及时采取措施予以制止。”

## 虚拟数字人广告代言的法律问题分析

元宇宙研究业务组

### 引言

近年来，虚拟数字人被媒体和行业机构频繁提及，在不同的应用场景下，虚拟数字人又被称为“虚拟人”、“虚拟主持人”、“虚拟艺术家”、“虚拟学生”等。艾瑞咨询 2022 年 3 月发布的《移动应用趋势洞察白皮书》中指出，在 2021 年资本市场重点关注的视频/直播内容中，虚拟形象/虚拟人成为热门赛道。

2020 年 12 月，中国信息通信研究院牵头会同相关单位共同发起成立的中国人工智能产业发展联盟发布的《2020 年虚拟数字人发展白皮书》，<sup>[1]</sup>将虚拟数字人界定为“具有数字化外形的虚拟人物，与实体机器人不同，虚拟数字人依赖显示设备”，虚拟数字人具有人的外观、行为和思想三方面特征。2022 年 1 月，中国传媒大学媒体融合与传播国家重点实验室发布《中国虚拟数字人影响力指数报告》指出，从技术层面看，虚拟数字人可以理解为是通过计算机图形学、语音合成技术、深度学习、类脑科学、生物科技、计算科学等聚合科技创设，并具有“人”的外观、行为甚至思想（价值观）的可交互的虚拟形象。2021 年 12 月，专注于人工智能与前沿科技领域的产业服务平台“量子位”发布《虚拟数字人深度产业发展报告》，指出虚拟数字人的三大特征是虚拟化、NLP\CV\语音等多种技术共同成熟和高度拟人化。在技术层面上，虚拟数字人可分为灵活的真人驱动型和基于深度学习的计算驱动型。交互模块为扩展项，根据其有无，可将数字人分为交互型数字人和非交互型数字人。非交互型虚拟数字人系统依据目标文本生成对应的人物语音及动画，并合成音视频呈现给用户。<sup>[2]</sup>

百度智能云“曦灵”平台将虚拟人划分为服务型和演艺型，是按照虚拟人是否具有个性化的身份、性格特征来划分的。服务型虚拟人通常没有特定的姓名、性格、爱好等个性化信息，而演艺型虚拟人则具有特定的姓名、职业、性格特征。乐华娱乐集团披露的其向香港交易及结算所有限公司（“港交所”）提交上市申请书草案中，将“虚拟艺人”界定为“会唱歌跳舞的动画角色，类似真实艺人”。虚拟艺人是电脑生成的动画人物，并通过增强现实及虚拟现实技术与现实互动。开发者采用先进的动画和渲染技术制作具有精细面部表情和肢体动作的角色。虚拟艺人具有各种各样的身份，如歌手、乐队、关键意见领袖（KOL）、“网红”或主播，包括有关现有 IP、真人艺人的虚拟版本或消费品牌的化身。

### 一、虚拟数字人“代言”相关广告法律问题

#### （一）虚拟数字人本身不构成《广告法》项下广告代言人

《中华人民共和国广告法》（2021 年修订）第 2 条规定，广告代言人指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐或证明的自然人、法人或者其他组织。从法律规定来看，广告代言人包括三方面要件：第一，主体

身份为自然人、法人或其他组织；第二，在广告中体现出代言自己的名义或者形象；第三，代言人存在对商品、服务作推荐、证明的行为。

从《中国虚拟数字人影响力指数报告》及乐华娱乐、百度等行业公司对虚拟人的界定中可以看出，虚拟人实质上是使用新技术合成的具有人类部分特征的形象，在互联网场景中，通过技术手段形成动作、声音、表情等与外界互动。一方面，与自然人自出生时取得权利能力不同，虚拟数字人不是通过“出生”而产生的，不具备自然人的权利能力。另一方面，虚拟数字人也不具有辨认自身行为并承担法律责任的行为能力，即便是基于人工智能技术使虚拟人具有产生艺术作品的“创作”能力，其活动仍处于人类设计的技术、程序控制之下，而其“创作”作品与自然人的意思表示存在本质差别。因此，即便广告中表明虚拟数字人物作为“代言人”，满足了上述广告代言人三方面要件中的后两方面，该虚拟人物本身也不构成《中华人民共和国广告法》项下的广告代言人。对于虚拟数字人“代言”活动所涉法律权利义务与责任，需另行确定相关主体。

## （二）虚拟数字人“代言”广告的法律主体责任

在虚拟数字人“代言”的话语情境下，虚拟数字人应仅包含具有身份可识别性的演艺型虚拟人，不包括没有自己姓名等个性化特征的服务型虚拟人。演艺型虚拟人可按其与真人的关联程度，分为真人型虚拟人和非真人型虚拟人。真人型虚拟人，是指虚拟数字人作为真实自然人在互联网场景下的身份延伸，例如，2019年的央视网络春晚舞台上，主持人撒贝宁与其AI虚拟形象——虚拟主持人“小小撒”一起出现在舞台上；2019年，科大讯飞为央视新闻主播纪萌打造了虚拟主播“纪小萌”；2020年8月天猫发布其首位代言人易烱千玺的虚拟人物“千喵”作为第二位代言人；同期，淘宝宣布旗下捏脸游戏淘宝人生代言人为“张艺兴&小Z”。非真人型虚拟人，是指虚拟数字人与现实中的自然人身份不存在直接对应关系，如乐华娱乐推出的虚拟艺人女团A-SOUL、清华大学发布的虚拟学生“华智冰”、禾念以雅马哈语音合成引擎为基础制作的虚拟歌手“洛天依”、以及央视网打造虚拟数字人小编“小C”都属于非真人型虚拟人。

### 1、真人型虚拟人“代言”由对应自然人承担广告代言人责任

目前，对于自然人的虚拟数字人形象，尚未建立统一的身份登记与识别机制，需要结合个案具体情况进行判断。对于虚拟数字人形象、姓名与真人高度一致的，则构成真人以自己的名义代言；对于虚拟人与真人姓名存在差异的，例如张艺兴与“小Z”、易烱千玺与“千喵”，则需结合虚拟人形象与真人相似程度、真人对虚拟数字人形象是否公开承认、就虚拟数字人代言广告的言行评论等进行判断，对于明星、社会知名人士来说，即便姓名不一致，如结合其他因素可识别出该虚拟数字人与真人具有身份对应性，则真人构成广告法意义上的代言人。此外，对于真人型虚拟人形象能否与真人分别代言竞品，也是涉及真人型虚拟人“代言”合同中需要考虑安排的重要问题。

### 2、非真人型虚拟人“代言”的广告法律责任问题

在非真人型虚拟人在广告中被标注为“代言人”的情况下，由于虚拟数字人并非对应一个真实存在的自然人，所以虚拟数字人的活动、言论如涉及广告法律责任，由虚拟数字人的所有权人或实际控制方（简称“虚拟人方”）承担，关于虚拟人方是指哪些主体，本文将在第二部分详细分析。对于虚拟数字人形象是否构成《广告法》规定的作为代言人的自然人、法人或其他组织的形象，当前司法实践中尚未出现案例。但在 2005 年吉林市中级人民法院判二审判决的张某诉北京联众电脑技术有限责任公司名誉权纠纷案中，法院认定被告北京联众以存在作弊为由将原告网络游戏账户“豪门·玉儿”积分清零行为构成侵权，判令被告赔偿原告精神抚慰金并向原告道歉。二审法院特别指出，“豪门·玉儿”只是虚拟人物，一审法院判决被告向“豪门·玉儿”致歉不当，改判由被告向原告张某致歉，表明法院认定了游戏账户虚拟形象与账号所有权人之间的关联关系。从这个意义上说，非真人型虚拟人“代言”广告，可能将虚拟人方认定为广告代言人。无论虚拟人方是否构成广告代言人，对于需求方来说，只要虚拟数字人参与其广告宣传，均需注意要求虚拟人方承担包括合同约定及法律规定广告代言人、制作者在内的相应法律责任。

## 二、 虚拟数字人广告“代言”合同签订的注意事项

涉及虚拟数字人广告“代言”的合同，通常由广告主或广告经营者（统称“需求方”）与虚拟数字人运营方（简称“虚拟人方”）签署，本部分将站在需求方的视角，梳理签订虚拟数字人广告“代言”合同的注意事项。

### （一）虚拟数字人的权属及签约主体

当前发布的虚拟数字人，分为研制者发布和运营者发布两种情况，前者例如清华计算机系发布的“华智冰”，后者如乐华发布的虚拟艺人女团 A-SOUL、华纳厂牌签约虚拟艺人哈酱。对于虚拟数字人的归属，当前尚未建立有效的权属登记机制，也无法以一项权利全面概括对虚拟数字人的权属问题。从虚拟数字人的产生和运营方式来看，包括技术、形象、剧情脚本三个模块：在技术模块，支持虚拟数字人各项活动所依赖的技术，这些技术中可能存在专利技术而被虚拟数字人制作者登记为专利，而虚拟数字人产生和运行的信息系统，可能构成计算机软件；在形象模块中，包括虚拟数字人自身的形象设计、服饰、周边搭配场景设计等美术作品著作权权利以及商标标识等商标权利；在剧情脚本模块中，包括虚拟数字人的日常言行、爱好、特长等方面的设计，可能涉及文字作品著作权、商业秘密等。从上述三方面考虑，需求方在考察虚拟人方时，也需要虚拟人方就技术、形象和运营脚本相关知识产权权利提供证明。

如果是与虚拟数字人的制作方签署合同，则通常为虚拟数字人制作方享有的专利权证、商标权证、区块链证明以及著作权相关原创声明，或就其中委托第三方创作的出具相关权利归属声明。如果是与虚拟数字人的运营方签约，则需提供虚拟数字人制作方对运营方的专利权、商标权、著作权、区块链证明等有关授权文件。虚拟数字人并非单一权利标的，建议需求方在获取并核查各项证明的同时收集权威媒体、互联网平台发布的虚拟数字人信息，进行公证并要求虚拟人方对该信息予以书面确认，作为虚拟数字人与虚拟人方关联的证明。

## （二）合作期内的虚拟数字人存续问题

虚拟数字人是由企业或自然人设计、制作和运营的，其产生和存续依赖于一定的技术条件。对于虚拟数字人参与直播带货、节目演出等一次性或短期活动来说，虚拟数字人的存续问题涉及风险较低；而对于以虚拟数字人作为产品代言人或建立长期连续合作的商业模式来说，虚拟数字人形象的存续是合同履行的必要条件。

虚拟数字人的存续可分为狭义和广义两种，狭义的存续仅指技术存在，即虚拟数字人产生、固定的技术数段与介质，以及虚拟数字人制作完成后可应用的场景或兼容性技术，当前从事虚拟数字人制作、运营服务的企业在宣传产品时，普遍虚拟数字人跨平台应用的产品技术优势。而广义的虚拟数字人存续要件除技术存在外还包括人设维持与作品产出。人设维持指通过技术和运营，使虚拟数字人保持其发型、肤色、体型、服饰风格、行为举止等外观特征以及爱好、言论等带有内容意义的特征。作品产出是指具有创作功能的虚拟数字人持续产出作品的的能力，例如演艺歌手、化妆师、插画师等。对于上述三个层面的虚拟数字人要件，有些是由单一主体全部完成，更多的是由不同主体通过分工合作实现。

本部分将主要从狭义的虚拟数字人存续问题角度，讨论涉虚拟数字人广告“代言”合作合同需要注意的问题，人设维持和作品产出将另行讨论。在涉虚拟数字人“代言”广告的技术存在方面，需求方要注意确认该虚拟数字人生产、保存的技术措施以及相关区块链存证证明等必要证明文件，能否实现对该虚拟数字人的特定化；对于虚拟数字人运行的技术场景，在满足需求方基本要求的情况下，通过实际测试及查看其与相关第三方平台的协议以确认是否实际兼容。对于仅使用虚拟数字人形象开展直播、商业演出等一次性活动的情况来说，完成活动即实现主要合同目的，通常只需留存虚拟数字人形象存续及权属的最基本证明。而对于持续一定时期使用虚拟数字人形象开展宣传或演出活动的，除关注上述存续证明外，还需关注其在持续运行方面的技术和权利保障，例如，如虚拟数字人方委托第三方代为制作、运营虚拟数字人，需求方可要求查看虚拟人方与第三方之间的合同，以判断虚拟数字人持续运行的风险。

鉴于虚拟数字人存续对技术条件的高度依赖性，需要注意约定，第三方停止提供技术服务、技术更新等导致的虚拟数字人无法存续，均不构成合同履行的不可抗力。对于合同约定合作期内，虚拟数字人可能出现的技术上暂停、中止运行或无法存续情形，可比照游戏停服或表演者丧失行为能力的合同安排，考虑剩余合作期、合同目的等方面，在合同中约定虚拟人方承担退费、违约、赔偿责任。在具体处理方式上，需要区分不同的交易模式，对于使用虚拟数字人制作成广告物料后持续投放的，如在广告投放期内虚拟数字人无法存续，需求方仍可能继续使用该广告投放，在这种情况下，合同约定中也要相应体现为需求方的选择权。

## （三）合同约定虚拟数字人有关活动的实现

按照合同约定虚拟数字人活动的不同呈现方式，在合同约定虚拟人方义务时需注意：

1、平面物料、视频等一次性制作完成的广告物料，以传统的图像、动画、视频等形式呈现和传播。主要涉及物料制作、修改与交付方式的约定，需注意约定物料交付的时间、形式、技术规格、免费修改条件、付费修改条件等方面事项，具体与一般的广告制作类合同近似。

2、虚拟数字人参与需求方举办的特定互动活动，例如参与直播、演出等。如果需求方采取类似于“租用”虚拟数字人形象的方式，可自行安排设定虚拟数字人的动作、言行，主要涉及虚拟人方保障交付素材符合技术要求以及对需求方修改、使用的相应授权，关于授权的问题本文将在第三部分统一讨论。如果虚拟数字人参加活动的言行举止，仍由虚拟人方控制，则对于虚拟人方的责任要求，可参照演员演出合同中的要求，由虚拟人方承担无法按时参加演出、未按约定质量完成演出等责任。

3、在虚拟数字人的日常行为、场景中植入。如果是需求方“租用”虚拟数字人，该等场景由需求方自行制作，则主要涉及虚拟人方保障交付素材符合技术要求以及对需求方修改、使用的相应授权，关于授权的问题本文将在第三部分统一讨论。如果由虚拟人方控制，则合同目的实现基本上完全依赖于虚拟人方，通常需求方难以通过技术手段对虚拟人方的履行行为加以直接干预和控制，所以在合同条款设计方面，需注意从场景效果、展示方式、技术标准、期限、违约责任等方面进行具体约定，以对虚拟人方履约形成有效约束、震慑，以及需求方在无法实现场景植入时可依据合同约定主张违约或赔偿责任。

4、以虚拟数字人名义创作的作品。如果交易中包含使用虚拟数字人创作作品，对需求方来说，还需注意对作品形式、作品数量、作品质量、创作方法进行约定。对于创作方法，如果是依靠技术输出作品，需要注意约定技术方法；如果是由控制人以虚拟数字人的名义创作，则需对实际创作者进行特定化，未经需求方同意不得换人。对于作品质量的约定，一方面，由虚拟人方承担作品合法性的保证责任；另一方面，在双方对成果质量存在争议时，可参考委托创作合同的相关约定，如需求方认为虚拟数字人创作作品不符合其质量要求，可单方解除合同，且无需支付后续费用。关于作品著作权归属等问题，将在本文第三部分予以讨论。

#### （四）虚拟数字人的“人设”合法合规问题

虽然虚拟数字人自身不具有法律主体地位，但其通过技术实现的功能中，则包含着以外观、言论等形式体现的类似于艺人的“人设”。在虚拟数字人“代言”场景下，需求方需要从以下方面考虑“人设”合法合规问题：

第一，虚拟数字人的外观。在一些邀请真人进行演出或代言合同中，会对于真人的外形、穿着进行规范。例如，以传统文化作为人设的演出或广告，要求演出者不得改变头发颜色、不得整容、不得佩戴鼻环等配饰，或者对于服饰风格存在要求，对于参与演出的虚拟数字人，需求方在合同中也要结合交易背景进行相应约定。

第二，言行方面的约束。在将虚拟数字人标示为广告代言人的场景下，与真人演员代言人一样，需求方要注意约定该虚拟数字人形象以演出、代言、直播、日常发布等所有呈现方式中，不得出现为竞品代言的言行或可能被公众误以为代言的言行，如遇无法避免与竞品同画面出现的情况，可参照真人代言合同中的处理方式，在合同中约定虚拟人方有义务提前通知需求方并获得其同意，如遇紧急情况客观上无法提前通知和确认，则需采取即时通知、尽快离场、消除影响等相关应对措施。

第三，道德条款问题。对于虚拟数字人的“人设”在言行方面的要求，可比照真人演员的演出合同“道德条款”，包括违法犯罪行为和违背公序良俗、伦理道德的行为，与真人相比，虚拟数字人不涉及直接损害他人身体、酒驾等基于真人身体机能方可实现的行为，但对于言论、衣着、参与演出内容题材、公众话题等，则与真人演员一样，需要在合同中注意约定虚拟数字人在任何场景呈现中不得出现违法背德的言论和行为，因虚拟数字人的言行系由人类设计或由人类开发的软硬件设计，实际上该要求类似于对设计者提出作品内容方面的要求。同时还需注意的是，由于虚拟数字人背后存在实际控制者，通常是公司，有一些虚拟数字人背后可能存在为其提供配音、创作等支持的自然人，在涉及虚拟数字人背后的真人形象、言行可能被公开的情况下，该等自然人的言行也可能导致影响虚拟数字人的存续与运营。鉴于此，需求方在与虚拟人方签署协议时，也需考虑实际控制虚拟数字人外观、言行的主体违背“道德条款”的情形，约定一旦该等组织或个人的违法背德行为产生社会不良影响时，无论该等行为是否由虚拟人方实施，也无论是签订合同后发生的行为还是签约前发生但签约时尚未被发现的行为，均在合同中约定虚拟人方均需承担违约责任，对需求方的损失予以弥补。

以上是对于需求方与虚拟人方就虚拟数字人担任广告代言人合作所涉广告法律责任和合同权利义务可能涉及问题的分析。在需求方与虚拟人方的合作中，由于虚拟数字人并非民事行为主体，所以该合作实质并不仅是演出合同，更主要的是涉及与虚拟数字人相关的一系列授权，而虚拟数字人作为一项新兴的技术，有关部门对其活动的监管也是在交易模式设计时需要关注的，这两个问题将在本文后半部分予以讨论。

### 三、虚拟数字人“代言”相关授权权利

在真人作为广告代言人的场景下，涉及的授权内容包括真人的肖像、声音、姓名/艺名、表演等在合同约定的广告活动中使用的权利；如果该代言人创作作品，则还涉及作品著作权归属或许可使用问题。而在非真人型虚拟人以代言人形式出现的场景下，授权权利和内容与真人代言既存在部分相似性也存在差异。对于真人型虚拟人参加演出、代言、商业活动等问题，与非真人型虚拟人存在诸多差异，未来将另设专题进行讨论，本文仅基于非真人型虚拟人广告代言相关活动进行讨论。

#### （一）数字人形象用于平面物料的场景

在需求方使用虚拟数字人形象制作海报、产品包装等传统平面物料的情况下，其使用方式与传统意义上使用米老鼠、超级飞侠等动画形象实质相同。基于此，需求方只需取得虚拟人方关于虚拟数字人形象、名称的相关授权即可。一般来说，虚拟数字人形象属于美术作品，其设计者即作者需要出具相关授权证明；如果虚拟数字人的名称、形象已经被注册商标，则商标权人也需就广告物料中的使用进行授权。这里需要注意两种情形：第一，如果虚拟数字人形象的设计者并非虚拟人方，则需虚拟人方出示形象设计者对虚拟人方的授权证明，以确认虚拟人方就虚拟数字人形象拥有不少于合同项下授权的权利。第二，如果虚拟数字人形象中包含的衣着、配饰、用品等并非虚拟人方原创，而是来自其他作品或商品，则虚拟人方还需提供就此类衣着、配饰获取其美术作品著作权人或外观设计权利人授权的证明。

## （二）基于虚拟数字人制作视频或参与演出的场景

在使用虚拟数字人制作视频或参与直播、演出等活动时，涉及虚拟数字人以立体、动态形象出现，且需要配合以动作、表情、声音及各种不同的造型。在此类场景下，虚拟数字人出现在视听作品中或者参与直播、演出等活动，通常需要虚拟人方或第三方在制作方面为需求方提供技术支持。从保障需求方交易安全、防控法律风险的角度，需要注意从以下方面获得虚拟人方提供的相关授权或保证：

第一，虚拟数字人演出的脚本、造型、台词等不侵犯其他人的相关文字作品、美术作品等著作权权利。如涉及穿着、使用第三方衣着、配饰、用品等作为服装、化妆、道具，或者使用、露出相关方商标、标识的，还需取得相应商标权、外观设计专利权、美术作品著作权等权利人的授权。

第二，虚拟数字人参与制作视频或直播演出录音录像制品的权利归属需明确约定。虚拟数字人出现在视频、节目或演出中时，虚拟数字人本身的系列动作可能已经构成一项作品，而虚拟数字人的系列动作置入需求方的相关视频、直播、演出等画面时，又与这些节目整体形成了一系列作品。鉴于此，对于需求方来说，在合同中不仅要注意约定制作完成的视听作品、现场表演成果的著作权、录音录像制品权等相关权利属于需求方，而且需注意评估在该过程中，虚拟数字人自身是否形成独立的视听作品，该等作品中的动作、声音、场景等是否明显带有需求方的特征，如有，也需限制虚拟人方将该等作品脱离需求方视听作品、现场表演单独使用的行为。例如，虚拟数字人按照需求方提供的舞蹈动作编排而形成的舞蹈表演，或者做出品牌方的招牌动作等。就虚拟数字人的特定动作、姿势，单个来看通常不具有著作权意义上的创造性，对于连续的一系列动作是否构成著作权法意义上的权利，如果合同未加以明确约定，也是容易引起争议的。因此，建议在合同中就虚拟数字人的表演动作系列使用限制进行明确约定。

第三，虚拟人方的不侵权一揽子保证。虚拟数字人相关生产制作过程包括虚拟数字人本身的制作、运营以及为履行合作合同制作物料或开展表演等，是一个比较复杂的过程，在一份合同中难以通过列举的方式穷尽，因此对需求方来说，需要虚拟人方提供不侵权的一揽子保障。具体而言，虚拟人方及参与虚拟人制作的其他方，均需保障其制作过程中使用的素材、软件、技术，均取得了相关权利

人的充分授权，不侵犯任何人的合法权利，如需求方使用的过程中被第三方主张侵权赔偿责任，则由虚拟人方承担相应的赔偿、补偿责任。

### （三）与虚拟数字人相关的表演者权与肖像权

在真人广告代言活动中，通常涉及代言人的肖像权和作为表演者的权利。虚拟数字人不是民事法律关系主体，本身不涉及享有肖像权的授权和表演者权利授权。但是，对于需求方来说，这两方面权利仍然需要予以考虑：一方面，虚拟数字人存在类似于真人的形象和表演活动，需要考虑该等行为中的权利界定；另一方面，虚拟数字人代言或演出的背后，如涉及配音、动作指导等幕后实际控制虚拟数字人的自然人，也可能需要公开披露其身份或配合参与表演活动，需求方需注意取得该等自然人的肖像权、声音权和表演者相关授权。

#### 1、表演者相关权利问题

虚拟数字人在广告片、现场演出等活动中出现时，是否存在表演者和表演者权利，首先需要厘清表演者的概念。2020年《著作权法》对“表演者”没有进行具体定义，2013年修订的《著作权法实施条例》将表演者界定为“演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人”，那么，演出单位是否构成表演者呢？正如学界普遍关注的，2020年修订后的著作权法第38条删除了2010年《著作权法》第37条中关于表演者包含“演员、演出单位”的表述，并且在第40条中规定了演出单位与演员之间对于职务表演的权利归属问题，体现出立法者的意图是将表演者界定为直接从事表演的自然人，表明表演者身份和保护表演形象不受歪曲的权利专属于演员，而演出单位仅按约定或法律规定对职务表演享有《著作权法》第39条第1款第3至6项规定的权利。<sup>[3]</sup>有学者指出，2013年《著作权法实施条例》中关于演出单位作为表演者的表述，将在基于2020年《著作权法》而修订《著作权法实施条例》时被相应修改。综上，虚拟数字人本身不构成《著作权法》项下的“表演者”，虚拟数字人相关展示内容的制作单位也不可能成为“表演者”。

在使用虚拟数字人“代言”活动中，如涉及真人配音演员的声音，则该配音演员的享有表演者权利，需求方要注意相应取得其许可。对于需求方来说，就虚拟数字人“出演”或“代言”活动，不涉及取得虚拟人方的表演者权利授权，但在基于虚拟数字人“表演”、“代言”等形式的视听作品、现场演出或录音录像制品，仍需获得许可他人从现场直播和公开传送、录音录像、复制、发行、出租录有该等音视频或直播表演的录音录像制品以及通过信息网络向公众传播其表演的权利；如果需求方还涉及将虚拟数字人本身的动作、表演用于自行制作其他作品或产品，也需在合同中约定相应的复制、修改、改编等许可使用的权利。

#### 2、肖像、声音等权利问题

在真人进行广告代言的场景下，通常涉及肖像、姓名、声音等方面的许可使用，按照《民法典》第1023条规定，对于姓名、声音等的许可使用参照肖像许可使用。在非真人型虚拟人代言的场景下，虚拟数字人的形象与自然人之间不存在对应关系，故不涉及真正意义上的肖像、声音和姓名。对于虚拟数字人形象、

名称和声音的使用,实质上主要涉及作品的著作权或标识的商标权等授权:第一,虚拟数字人的形象,包括面部形象以和衣着、配饰,需确认相关美术作品或外观设计权利;第二,虚拟人的“姓名”,其实质是作品的名称或者注册商标,对于需求方来说,需确认虚拟人方享有上述权利并相应授权需求方使用;第三,虚拟数字人的声音,按照虚拟数字人声音的制作方式可分为真人配音和技术合成声音。如虚拟数字人的声音由真人演员配音而成,包括采集真人演员发音后使用技术手段合成的,需求方均需注意取得该等真人配音者对于声音的许可。如果虚拟人的声音系采取技术手段生成,则需求方需确认生成该声音的技术或软件的权利是否属于虚拟人方,如涉及使用第三方技术或软件合成声音,则需虚拟人方提供已取得第三方就技术或软件使用的许可证明以及对生成虚拟数字人声音的内容的著作权权利,保障此类声音可合法使用于需求方与虚拟人方合作的全部场景;并且,虚拟人方需保障合成语音内容合法,防止违背《网络信息内容生态治理规定》等关于互联网信息内容的相关监管要求。

在开展虚拟数字人广告“代言”相关的合作中,还应注意考虑为宣传等目的披露参与虚拟数字人运营的单位和个人情形。对于需求方来说,如其后续可能产生的对于虚拟数字人运营单位和个人的使用需求,在合同签订时需注意相应取得配音、设计、人设运营等人员的姓名、肖像、声音使用许可以及单位名称、商标标识等使用许可,并由虚拟人方对于该等许可真实性和法律责任提供连带保证。

#### (四) 虚拟数字人“创作”作品相关权利

在一些情况下,虚拟数字人还具备“创作”文字作品、音乐作品、美术作品等功能。例如,一些虚拟偶像的人物设定为艺术家、设计师、编剧等,并且公开发表过原创歌曲、文字作品、美术作品等,在“代言”合作过程中,需求方可能需要使用上述作品展现或以虚拟偶像的名义发布创作作品。对于需求方来说,需要确认这些作品是由真人创作还是使用深度合成技术生成的,并相应在合同中进行约定。如果是前者,虚拟人方需保证其从真人作者处获得充分的著作权许可;如果是后者,则虚拟人方需承对该等技术的安全性、合法性管理与监督义务。

### 四、虚拟数字人“代言”相关产业监管

#### (一) 虚拟数字人“代言”相关产业链概况

虚拟数字人是基于互联网、人工智能等新技术衍生而成的,虚拟数字人相关的产业链可以概括为技术和应用两个方面,虚拟数字人广告“代言”活动所涉产业链也具有同样的意义。

在技术方面,虚拟数字人技术架构包括“五横两纵”。“五横”是指用于数字人制作、交互的五大技术模块,即人物生成、人物表达、合成显示、识别感知、分析决策等模块。其中,人物生成即2D和3D人物建模。人物表达包括语音生成和动画生成,动画生成则包含驱动和渲染两大部分。“两纵”是指2D和3D数字人的区分,两者在技术架构方面基本一致,3D数字人需要额外使用三维建模技术生成数字形象,信息维度增加,所需的计算量更大。<sup>[4]</sup>对于上述技术架构,根据其虚拟数字人之间的关联度,又可以分为基础层面和平台层面。其中,基

础层面是指显示设备、光学器件、传感器、芯片等硬件以及建模软件、驱动软件和渲染引擎，该层面涉及的硬件和软件是虚拟数字人制作运营的基础，但并不体现虚拟数字人的特征。而平台层面的技术架构则是运用基础层面的硬件和软件，完成虚拟数字人制作及实现各项功能，该层面的技术与虚拟数字人的个性化特征密切相关：通过人物生成，使虚拟数字人具备了近似于真人的外形特征；通过人物表达，使虚拟数字人具备了类似于真人的声音和表情；合成显示、识别感知、分析决策等，使虚拟数字人具备类似于真人的动作和以肢体、声音、表情等方式与外界交互。

在应用方面，近两年来，虚拟数字人产生后即被迅速应用于多个领域，包括广告代言、影视、表演、游戏、传媒、教育、金融、文旅、医疗等。就非真人型虚拟人“代言”广告活动而言，比照真人广告代言的多元化模式，虚拟数字人也涉及参与影视制作、广告代言、直播、表演、游戏等相关领域的活动中。

## （二）虚拟数字人“代言”相关产业链监管体系框架

当前，我国尚未就虚拟数字人的行业划分、法律地位、商业模式等确定专门的主管机关，对于虚拟数字人相关产业的监管，需要分别关注产业链各环节的监管要求，本文将从技术方面和应用层面分别探讨。

### 1、技术方面的监管体系框架

在技术方面，虚拟数字人的技术架构包括基础和平台两个层面。就基础层面而言，主要是硬件设备生产厂家和建模、驱动软件及引擎的技术服务商，在产品技术标准、技术进出口等方面已经存在监管体系及监管机构，对此方面的行业监管体系和监管机构已有前人进行过较为系统的研究，不作为虚拟数字人产业监管问题的关注重点；如涉及与虚拟数字人密切关联或由虚拟数字人引发的设备更新换代和技术进步，再作为虚拟数字人监管问题的重点。

就平台层面而言，涉及各种形式的虚拟数字人产生、运营，目前我国尚未就虚拟数字人出台统一的国家标准，虚拟数字人作为基于互联网和通信技术的产物，工业和信息化部系统开展的活动体现出虚拟数字人的关注。2022年1月28日，国际电信联盟标准化局（ITU-T）在第16研究组的全会上正式冻结了中国信息通信研究院（以下简称“中国信通院”）云计算与大数据研究所牵头制定的两项数字人标准——ITU-TF.748.15“Framework and metrics for digital human application system”（数字人应用系统基础框架和评测指标）和ITU-TF.748.14“Requirements and evaluation methods of non-interactive 2D real-person digital human application system”（非交互式2D真人形象类数字人应用系统指标要求和评估方法）。据报道，ITU-TF.748.15聚焦于数字人应用系统，首次明确了数字人（“digital human”）的定义，提出了数字人应用系统的参考框架，并分别从形象、语音、动作、交互处理、多模态输入、多模态输出等维度规范了相应的技术评估指标。该标准作为数字人技术、产品和服务评估指南，可以帮助相关方评估和比较不同的数字人应用系统，对于数字人应用系统研发、选型、测试等都具有很强的指导意义；ITU-TF.748.14则是面向非交互式2D真人形象类数字人应用系统，定义了2D数字

人、2D 真人形象类数字人、非交互式数字人的相关概念，并结合 ITU-TF.748.15，从形象、语音、动作、多模态输入、多模态输出等维度提出了相应的指标要求以及具体的评估方法。该标准的输出，对指导非交互式 2D 真人形象类数字人应用系统的设计与开发，促进相应产品成熟，具有非常深远的意义。[5]上述国际标准中的相关内容与研究成果，在很大程度上构成我国未来就虚拟数字人制定相关国内标准的基础。

对于平台层面来说，除了技术标准外，互联网相关行业主管机关出台的文件中，也涉及对虚拟数字人制作、运营可能过程中可能对市场秩序、公共利益、个人基本权利等产生影响的关注。第一，对网络音视频服务提供者的监管要求。2019 年 11 月，国家互联网信息办公室、文化和旅游部、国家广播电视总局出台《网络音视频信息服务管理规定》并于 2020 年 1 月 1 日起实施，明确要求网络音视频信息服务提供者对于基于深度学习、虚拟现实等的新技术、新应用开展安全评估的义务和标识义务，并从监测鉴别技术、辟谣和处理机制、向主管机关备案等方面，规定了服务提供者在防范基于此类技术传播虚假新闻信息的义务。第二，网络信息内容服务使用者、网络信息内容生产者、网络信息内容服务平台的共同监管要求。2019 年 12 月，国家互联网信息办公室发布《网络信息内容生态治理规定》并于 2020 年 3 月 1 日起实施，其中第 23 条明确规定，不得利用深度学习、虚拟现实等新技术新应用从事法律、行政法规禁止的活动。第三，对互联网信息服务深度合成技术的专门规制。2022 年 1 月 28 日，国家互联网信息办公室起草了《互联网信息服务深度合成管理规定（征求意见稿）》，将利用以深度学习、虚拟现实为代表的生成合成类算法制作文本、图像、音频、视频、虚拟场景等信息的技术界定为深度合成技术，规定了各类深度合成服务提供者和深度合成服务使用者的安全管理、评估、投诉、处理等义务，并确立了各级网信部门的监督管理职权和对违规行为的处罚。

## 2、应用方面的监管体系框架

虚拟数字人在互联网、文化娱乐、广告、传媒、影视等领域的应用，促进相关行业形成了新的商业模式，广义上的非真人型虚拟人“广告”代言，实际上也涉及多种行业中的应用。

一方面，对于涉及虚拟数字人在各行业领域应用的场景和行为，首先需要交易各方遵守相应行业已有的监管要求，例如，虚拟数字人“广告”代言活动可能包括平面物料使用虚拟人形象、制作广告音视频、参与直播、参与现场演出、参与拍摄影视节目等，涉及音视频制作、广播电视节目制作发行、互联网文化活动、网络出版、广告等方面的资质与内容审查监管要求。

另一方面，在上述基础上，再关注因使用虚拟数字人开展广告“代言”导致的新情况、新问题。从监管角度来看，使用虚拟数字人的活动与自然人开展相应活动存在两点差异：第一，自然人是其行为的主要监管对象，而虚拟数字人本身不具备民事法律主体地位，不能成为被监管对象，需要确定虚拟数字人背后的被监管对象。由于虚拟数字人的产生、运营往往是国内外合作、个人与企业合作等，在涉及虚拟数字人的活动与真人实施行为属于性质相同的经营活动情况下，虚拟

数字人涉及的经营行为、经营者等责任主体认定比真人更加复杂。第二，虽然虚拟数字人以类似于真人的方式出现，但其行为本质与真人不同，需要就虚拟数字人涉及行为的法律性质、监管要求及监管机构进行重新评估。例如，真人参与广告代言涉及的真人肖像、声音、姓名许可使用，在虚拟数字人以代言人身份出现在广告片中时，转变为对美术作品、外观设计、名称或商标标识的许可使用；又如在真人参与广告代言时，不得为其没有使用过的产品或服务代言，在虚拟数字人以代言人名义出现的情况下，如体现其使用了某产品或服务的场景，此类内容是否适当，都需要结合具体情况和监管要求进行评估。

对于虚拟数字人在各行业应用中出现的上述新模式、新问题，多处于探索阶段，其行为模式、存在法律问题和后果尚不明晰，短期内通过立法来规制并不现实，更现实可行的是各类行业组织先行制定自律规则。《网络信息内容生态治理规定》第 27 条提出，鼓励行业组织建立完善行业自律机制，制定网络信息内容生态治理行业规范和自律公约，建立内容审核标准细则，指导会员单位建立健全服务规范、依法提供网络信息内容服务、接受社会监督。在互联网领域，行业自律与立法相结合的规制模式在国内外广泛存在。例如，2010 年，国内百余家互联网企业共同发起《中国互联网行业版权自律宣言》，其中多项规则对于后续的网络著作权相关立法产生影响。又如，美国的网络隐私保护就是从行业自律规则开始的，1998 年美国联邦贸易委员会要求互联网公司建立自律规则以保护线上隐私问题，此后各互联网公司纷纷发布行业指引，在此背景下，包括各主要互联网公司的“在线隐私联盟”成立，并制定了《在线隐私权政策指南》，为后来美国通过相应的国会立法起到了铺垫作用。对于虚拟数字人参与广告代言等各类商业活动，在法律、行政法规、政府规章及规范性文件出台前，由广告、演艺、旅游、文化、通信等有关行业组织就虚拟数字人有关行为制定行业自律规则，具有时效性、实践性和节约性，同时也有助于推动形成虚拟数字人相关立法。

综上，本部分以虚拟数字人广告代言为切入点，对于虚拟数字人相关产业链监管框架进行了初步梳理。对于虚拟数字人应用于影视、直播、游戏、现场表演、衍生品等各种场景，需要结合具体使用场景和交易模式进行评估，后续我们将陆续梳理。

[1] 参见《2020 年虚拟数字人发展白皮书》，中国人工智能产业发展联盟总体组、中关村数智人工智能产业联盟数字人工作委员会，2020 年 12 月。

[2] 参见《虚拟数字人深度产业发展报告》，北京极客伙伴科技有限公司“量子位”微信公众号发布，2021 年 12 月。

[3] 2020 年《著作权法》第 39 条规定了表演者的相关权利，除了表明身份、保护表演形象不受歪曲等身份性的权利外，还包括四项财产性的权利，即许可他人从现场直播和公开传送其现场表演、许可他人录音录像、许可他人复制、发行、出租录有其表演的录音录像制品以及许可他人通过信息网络向公众传播其表演的权利。

[4] 《虚拟数字人行业深度研究：元宇宙的主角破圈而来》，天风证券，2022 年 1 月 28 日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1722455630601475674&wfr=spider&for=pc>。

[5] 《中国信通院牵头的两项数字人国际标准发布在即》，2022 年 2 月 15 日，通信世界网，网址：<http://www.cww.net.cn/article?id=557666>。

## 直播带货中的产品质量安全及责任承担

吴琦

### 一、直播带货的“三多”特征

和传统的产品销售模式相比，直播带货具有其独有特性，由于媒介载体、业务场景的新颖性与复杂性，主要表现为“三多”特征：主体的多重角色、场景的多层关系、产品责任的多重表现。

#### 1. 直播带货的多重角色

所谓直播带货即“互联网电子商务+直播”，这是基本的直播带货场景，在这个基本模式下，分为两条线路。一条为产品流向，即“生产者-销售者-平台网店-直播带货-产品链接-消费者”，这条流向以产品为中心，最为典型场景为电商平台上各大平台旗舰店、经销商自办的官方直播间；另一条为主播流向，即“主播-MCN机构-平台直播间-产品链接-消费者”，这条流向以主播为中心，通过品牌方与主播合作，主播完成选品，最终由主播推销给消费者，目前各大直播平台上的头部主播基本属于该类场景。在具体的运营模式中，两条线路可能交叉，比如头部主播举行某品牌产品专场等，具体的环节也可能被省略。对于主播而言，也存在受托带货与自主带货之分，但是具体的流程仍然符合上述场景。

在直播带货中不同角色有着不同的分工，在法律性质上也属于不同的主体。

角色	主体性质
吸睛的主播	代言人、表演者、广告发布者、员工、产品销售者
欢乐的直播间	直播间经营者、平台经营者、产品销售者、广告发布者
严肃的平台	平台经营者、产品销售者
积极的商品经营者	产品生产者、产品销售者、广告主
隐形的MCN与代运营	产品销售者、直播间经营者、广告经营者、广告发布者
旁观的消费者	买方、被侵权方、第三方

#### 2. 直播场景中的多层关系

从商品经营者视角而言，在直播场景中，存在三层法律关系。第一层，面对消费者，商品经营者一般与其构成买卖合同关系，当带货产品出现质量瑕疵，对消费者合法权益造成损害时，商品经营者与消费者之间还构成了侵权与被侵权的法律关系。第二层，面对合作的生产者或者经营者，商品经营者之间构成生产者与销售者之间的内部关系，二者之间不仅存在相应的合同关系，在产品侵权场景下还应承担不真正连带责任。第三层，面对直播平台、直播间、代运营公司等主体时，商品经营者与其构成服务合同、委托合同或者销售合同关系。

从主播视角而言，在直播场景中，存在两层法律关系。第一层，当主播面对MCN机构时，基于工作的模式，主播与MCN机构可能构成劳动关系，亦可能为合作关系（双方构成劳务/服务合同关系），主播可能本身也是MCN机构的股东，对公司享有股权。第二层，主播面对直播间、商品经营者时，主播可能构成产品的代言人，为商品经营者提供广告宣传服务，也可能仅仅提供销售、推广服务。

从直播平台的视角出发，在直播带货场景下，其符合《电子商务法》第九条<sup>[1]</sup>规定“电子商务平台经营者”的定义，其与商品经营者、直播间之间，存在管理与被管理的关系，也存在提供平台服务的合同关系。平台面对消费者，应当承担侵权场景下的相应的侵权责任或者安全保障义务。

从消费者视角出发，亦有两层法律关系。第一层，消费者面对商品经营者时，双方构成买卖合同关系，同时作为消费者在参与消费活动中人身财产权利不受侵犯。第二层，在面对直播平台、直播间等主体时，消费者享有知情权，在参与平台的直播活动中以及形成的买卖关系中人身财产权利不受侵犯等。

不同的主体之间可能会发生重合，例如MCN机构或者个人主播，在具体的销售模式中，可能不仅仅作为广告服务提供者或者代言人，而被认定为产品销售者，进而承担更大的责任。如最高人民法院在《关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条明确规定，对于直播间运营者主张其并非实际销售者的，其应负举证责任证明已经足以使消费者辨别的方式表明其非实际销售者，人民法院应当综合交易外观、直播间运营者与经营者的约定、合作模式、交易过程以及消费者认知等因素予以认定。

### 3.产品质量责任的多重表现

直播带货中呈现的多重法律关系，使得产品出现质量问题时，其主体责任也呈现多重面向，不仅包括传统商品经营者应承担产品责任，还包括网络直播者进行宣传推广应承担的相关责任。网络直播带货中各主体的法律责任如下表所示：

网络直播带货主体	对应法律责任
网络平台	《电子商务法》规定的电子商务平台经营者责任和义务
	网络平台为商品经营者（含服务提供者）或网络直播者提供付费导流等服务，对网络直播营销活动进行宣传、推广，构成商业广告的，应按照《广告法》规定履行广告发布者或广告经营者的责任和义务。
	网络平台以其他方式为其用户提供网络直播技术服务，应根据平台是否参与运营、分佣、平台对用户控制力等具体情形，适用《电子商务法》关于电子商务平台经营者的相关责任和义务，或适用法律法规关于网络服务提供者的责任和义务。
网络经营者	《电子商务法》《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》《产品质量法》《食品安全法》《广告法》《价格法》《商标法》《专利法》等相关法律规定，履行相应的责任和义务。
网络直播者	进行宣传，应当符合《反不正当竞争法》有关规定。直播内容构成商业广告的，应按照《广告法》规定履行广告发布者、广告经营者或广告代言人的责任和义务。

具体到直播带货中法律责任的类型，可以从刑事责任、行政责任、民事责任三个维度进行具体分析。

## (1) 刑事责任

### 第一类生产、销售伪劣产品类犯罪

可能涉嫌罪名	表现	处罚依据
生产、销售伪劣产品罪	生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品。	《刑法》第一百四十条
生产、销售、提供假药罪	生产、销售假药；药品使用单位的人员明知是假药而提供给他人使用。	《刑法》第一百四十一条
生产、销售、提供劣药罪	生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害；药品使用单位的人员明知是劣药而提供给他人使用。	《刑法》第一百四十二条
妨害药品管理罪	违反药品管理法规，有下列情形之一，足以严重危害人体健康的： (一) 生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的； (二) 未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售的； (三) 药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的； (四) 编造生产、检验记录的。	《刑法》第一百四十二条
生产、销售、不符合安全标准的食品罪	生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的。	《刑法》第一百四十三条
生产、销售有毒、有害食品罪	在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品。	《刑法》第一百四十四条
生产、销售不符合标准的卫生器材罪	生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以严重危害人体健康。	《刑法》第一百四十五条
生产、销售不符合安全标准的产品罪	生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的，造成严重后果。	《刑法》第一百四十六条
生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪	生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果。	《刑法》第一百四十八条

#### 案例：任某销售假药案<sup>[2]</sup>

2019年2月至4月间，被告人任某在快手和微信平台上，通过直播及朋友圈宣传的方式向孙某、贾某等多人销售可治疗颈椎、肩周炎等疾病的无药品批准文号的袋装黄色粉末。经松原市食品药品监督管理局证明，被告人任某销售的袋装黄色粉末药品按假药论处。2019年4月8日，公安机关将被告人任艳伟抓获，并收缴尚未出售的假药39袋。

法院认为，被告人违反国家药品监管法规，明知是假药而进行销售，其行为已构成销售假药罪。被告人的行为侵害了众多不特定消费者的生命权、健康权，损害了社会公共利益，其在受到刑事处罚外，还应承担民事责任。最终，法院判决任某有期徒刑六个月，并支付附带民事公益诉讼起诉人检察机关销售假药价款三倍赔偿金。

## 第二类虚假宣传类犯罪

可能涉嫌罪名	表现	处罚依据
销售假冒注册商标的商品罪	销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大或者有其他严重情节。	《刑法》第二百一十四条
虚假广告罪	广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重。	《刑法》第二百二十二条

## (2) 行政责任

《产品质量法》	
表现	处罚
生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的	责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品(包括已售出和未售出的产品，下同)货值金额等值以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任
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	责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任
生产国家明令淘汰的产品的，销售国家明令淘汰并停止销售的产品的，责令停止生产、销售	没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。
销售失效、变质的产品的	责令停止销售，没收违法销售的产品，并处违法销售产品货值金额二倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任
伪造产品产地的，伪造或者冒用他人厂名、厂址的，伪造或者冒用认证标志等质量标志的	责令改正，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。
产品标识不符合规定的	责令改正；情节严重的，责令停止生产、销售，并处违法生产、销售产品货值金额百分之三十以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得。
《食品安全法》	
表现	处罚
生产经营致病性微生物，农药残留、兽药残留、生物毒素、重金属等污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品、食品添加剂	有该等情形之一，尚不构成犯罪的，由县级以上人民政府食品安全监督管理部门没收违法所得和违法生产经营的食品、食品添加剂，并可以没收用于违法生产经营的工具、

用超过保质期的食品原料、食品添加剂生产食品、食品添加剂，或者经营上述食品、食品添加剂	设备、原料等物品；违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足一万元的，并处五万元以上十万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额十倍以上二十倍以下罚款；情节严重的，吊销许可证。
生产经营超范围、超限量使用食品添加剂的食品	
生产经营腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品、食品添加剂	
生产经营标注虚假生产日期、保质期或者超过保质期的食品、食品添加剂	
生产经营未按规定注册的保健食品、特殊医学用途配方食品、婴幼儿配方乳粉，或者未按注册的产品配方、生产工艺等技术要求组织生产	
以分装方式生产婴幼儿配方乳粉，或者同一企业以同一配方生产不同品牌的婴幼儿配方乳粉	
利用新的食品原料生产食品，或者生产食品添加剂新品种，未通过安全性评估	
食品生产经营者在食品安全监督管理部门责令其召回或者停止经营后，仍拒不召回或者停止经营	
<b>《广告法》</b>	
表现	处罚
发布虚假广告	由工商行政管理部门责令停止发布广告，责令广告主在相应范围内消除影响，处广告费用三倍以上五倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处二十万元以上一百万元以下的罚款；两年内有三次以上违法行为或者有其他严重情节的，处广告费用五倍以上十倍以下的罚款，广告费用无法计算或者明显偏低的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照，并由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。
<b>《反不正当竞争法》</b>	
表现	处罚
经营者违反《反不正当竞争法》第八条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，或者通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的	由监督检查部门责令停止违法行为，处二十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照。

### (3) 民事责任

此处的民事责任指商品经营者或者被认定为销售者的经营主体面向消费者的责任，直播带货模式中合作方之间的民事合作，一般会有合同约定，销售者现行赔付之后还有法定的向生产者的追偿权等。

<b>民事责任</b>	
合同责任（违约责任）	侵权责任
实际损失	退货、更换、修理
退货、更换、修理	损害赔偿
违约承诺：如假一赔十等承诺的实现	惩罚性赔偿：商品或服务欺诈行为退一赔三；生产、经营不符合安全标准食品退一赔十。

## 二、直播带货产品质量安全如何判断？

在直播带货模式下，产品质量安全包含两个层面，第一层是产品缺陷，即产品自身存在质量问题；第二层是宣传中产生的质量不符问题，也就是通常说的“言过其实”。

### 1. 产品自身质量安全的判断

网络直播带货中产品自身质量应当符合以下要求：（一）不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；（二）具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；（三）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。

市场监管总局在《关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》中明确规定，网络直播带货产品应禁止伪造或者冒用认证标志等质量标志；禁止伪造产品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址；禁止在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好。以上关于产品自身质量安全的判断标准，与线下销售等经营方式的要求基本是一致的。

### 2. 直播带货宣传中产生的产品质量问题

网络直播带货模式下，产品质量问题很大一部分在于宣传与实际产品质量问题存在偏差，常见情形包括两种：第一是没有宣传的“那么好”的合格产品，第二是不具备宣传的某些功能的合格产品。如，某电饭煲产品将自己描绘成“糖尿病患者疯抢的脱糖养生煲”，而遭到处罚。此类与药品、医疗器械相混淆的用语，是宣传中的重灾区。

在直播带货场景中，产品质量的呈现会有两个途径，一个是主播在直播活动中的口头陈述，一个是直播间商品页面的介绍，这两个环节都有可能出现宣传合规的问题，《广告法》与《反不正当竞争法》司法解释明确规定了“虚假广告”与“引人误解的商业宣传”的具体定义。

《广告法》第二十八条规定的“虚假广告”	反法司法解释第十七条规定的“引人误解的商业宣传”
商品或者服务不存在的	对商品作片面的宣传或者对比
商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响的	将科学上未定论的观点、现象等当作定论的事实用于商品宣传
使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的	使用歧义性语言进行商业宣传
虚构使用商品或者接受服务的效果的	其他足以引人误解的商业宣传行为

以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形

人民法院应当根据日常生活经验、相关公众一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等因素，对引人误解的商业宣传行为进行认定。

2020年11月22日，有消费者在陈小春快手直播间下单购进“C048牛年生肖款金箔金钞”，生产商法定代表人与助播在直播间使用“金条红包”、“金条福利”等词语宣传，产品经鉴定为黄金含量为500%的金箔，被执法机关认定构成虚假宣传，产品生产商被处以罚款28万元，而主播陈小春根据生产商安排仅出席直播间，但未对该产品进行推广销售，亦未参与该产品的佣金及销售额进行分成，故未予以处罚。<sup>[3]</sup>由此可见，主播是否实际上进行宣传、具体的合作模式都会影响到责任的承担。

### 3.特殊产品与特别要求

直播带货中，可能会涉及到相关法律法规规定的特殊产品，在销售与宣传时有其特别的规定，这些特别要求在网络直播带货中仍毫无疑问需要遵守，这些要求是各大商品经营者、网络直播者容易忽略的合规场景。

比如关系到消费者生命健康的商品或服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。这就要求网络直播主体、主播、直播平台都尽到相应的义务，最大程度避免侵害消费者人身安全的情况发生。

对于药品、医疗器械、保健品等产品的直播带货必须依法经有关部门进行审查，且禁止代言人、患者等在直播间向消费者推荐。直播带货模式下，经营化妆品与保健品商品经营者与网络直播者应注意避免出现医疗用语，暗示产品具有医疗效果。

### 三、总结：对商品经营者以及网络传播者的建议

通过我们本文的探讨，可以看出网络直播带货这一新兴的商品销售模式，涉及到主体较多，合规控制的风险点也较多，对于商品经营者，我们建议：

1. 建立完善内部合规经营体系，打铁还需自身硬，做好产品质量管理；
2. 直播带货宣传行为预先审查，对直播者文案、话术、直播间宣传界面进行事前合规管理与审核，进行代言人试用等，避免由于网络直播者个人过失而导致企业、商品经营者买单；
3. 完善直播带货模式下的售后服务与纠纷解决机制，及时化解矛盾，减少经营风险。

对于网络直播运营者，我们建议：

1. 对合作企业进行合规调查，在选品之前尽到相应的审核义务，做好相关证照的检查、公示，对销售样品进行固定等；

2. 通过协议进行风险控制，明确直播带货活动中各方主体的法律地位，风险的内部分担方式；
3. 对于直播活动中的策划、文案、宣传页面，进行内部审核，对主播等专业人员定期进行合规培训；
4. 树立保护消费者权益的理念，完善直播间售后服务与纠纷解决机制。

伴随着移动互联网的发展，从高档的商场到农村的田间地头，网络直播间将商品通过方寸的屏幕传递给消费者，井喷之后，野蛮生长的时代已经过去，商品经营者与直播从业者只有完善合规管理，永葆为消费者服务的初心，才能做到行稳致远。

**（实习生张正阳、陈佳露对本文亦有贡献）**

[1] 《中华人民共和国电子商务法》第九条第二款：本法所称电子商务平台经营者，是指在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务，供交易双方或者多方独立开展交易活动的法人或者非法人组织。

[2] 任艳伟因涉嫌犯销售假药罪案，吉林省松原市宁江区人民法院，(2019)吉0702刑初381号，2019/11/14

[3] 参见“广州违约方的合同僵局破解之道——骑士星光文化传媒有限公司虚假宣传案”，广州市白云区市场监管局，穗云市监处字〔2021〕534号



植德观点  
知识产权篇

## 算法推荐与网络服务提供者的著作权侵权责任

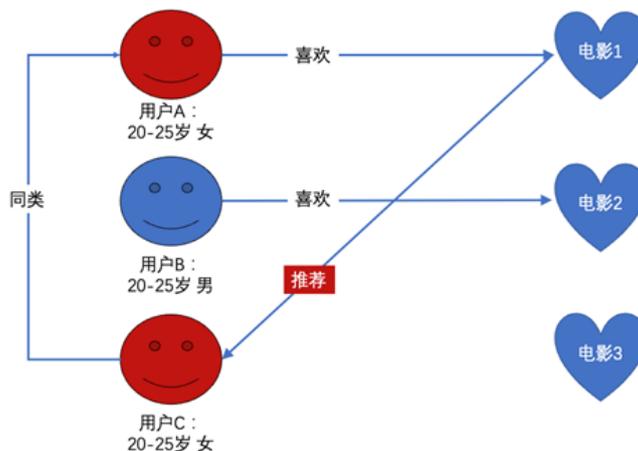
时萧楠

### 一、算法推荐的技术原理

现在我们常说的算法推荐其实是通过分析用户对内容（Content）属性的行为，推测出用户可能喜欢的内容，并推荐给用户的一种数学方法，以实现吸引用户、提高用户在平台的消费时间的目的。

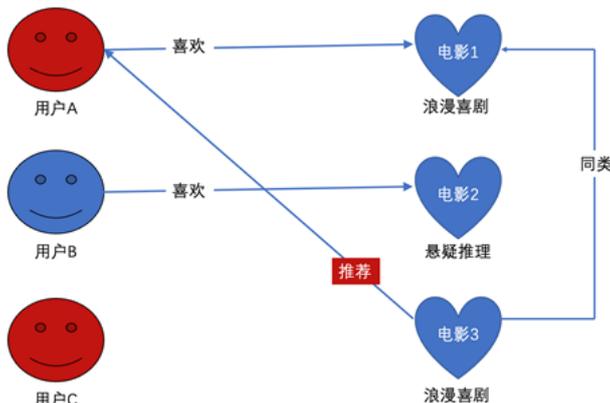
目前存在如下几种常见的推荐算法<sup>[1]</sup>：

#### 1、基于用户属性的推荐



这种算法下，在上图中将电影 1 推荐给用户 C 的理由是识别到他们都是 20-25 的女性，由于 20-25 岁的女性用户 A 喜欢电影 1，将电影 1 推荐给同样是 20-25 岁的女性用户 C。

#### 2、基于内容属性的推荐

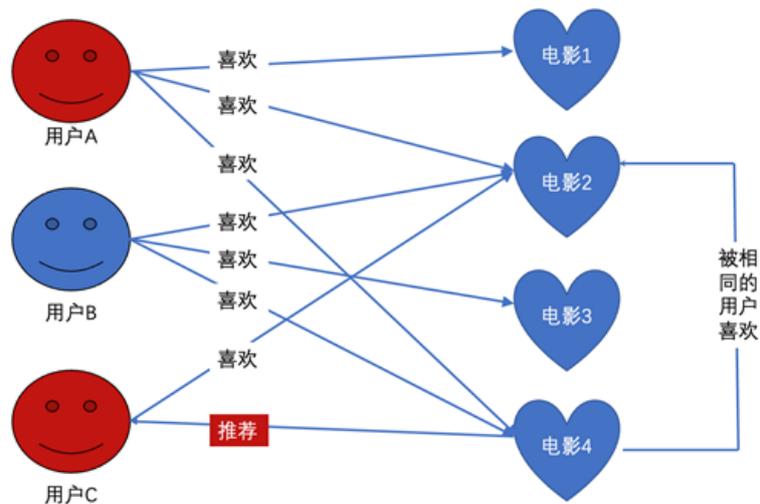


这种算法下，在上图中将电影 3 推荐给用户 A 的理由是识别到电影 1 和电影 3 都属于浪漫喜剧，因此给予用户 A 喜欢浪漫喜剧的电影 1，给他推荐了浪漫喜剧的电影 3。

### 3、基于用户的协同过滤推荐

这种算法下，向用户 C 推荐电影 4 的原因是他和用户 A 都喜欢电影 1 和电影 2，识别到有相同的好好，因此将用户 A 喜欢的电影 4 推荐给用户 A。

### 4、基于内容的协同过滤推荐



这种算法下，向用户 C 推荐电影 4 的原因是，喜欢电影 2 的用户都喜欢电影 4，因此他们被分为相同类型，因此将喜欢电影 2 的用户 C 推荐给相同类型的电影 4。

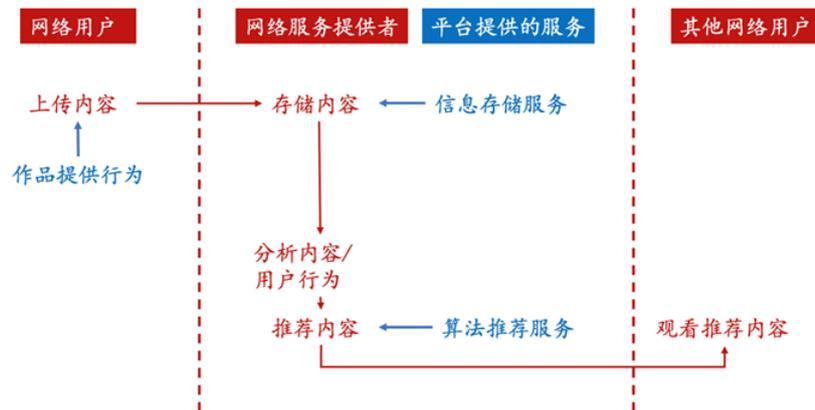
在上述不同的推荐算法之下，可以看出前述推荐算法 1、2 需要算法推荐服务提供者识别用户/内容属性，而推荐算法 3、4 则需要识别行为属性。

另一方面，在算法推荐第一案的爱奇艺与字节跳动就延禧攻略的侵犯信息网络传播权案件的一审判决书[2]中，也可以看出，字节跳动主张在推荐算法中一共有三种类型：一是基于内容（content）的推荐方法（即上述推荐算法 1、2）；二是基于协同过滤（collaborative filtering）的推荐方法（即上述推荐算法 3、4）；三是基于混合模型（hybrid），将上述两种方法融合起来一起用。在混合模型的基础上，算法推荐服务提供者其实是需要同时识别用户/内容属性和用户行为属性。

因此通过对推荐算法技术原理的梳理可以看出，算法推荐服务提供者并不一定需要对所有用户上传内容进行内容属性的识别（排除因合规要求进行的对内容违法违规内容的审核）。

## 二、算法推荐过程中的各行为的法律性质

在算法推荐服务提供者提供服务过程中，拆解网络用户和网络服务提供者在算法推荐服务下的具体行为以及其中的法律关系将有利于我们理解算法推荐服务提供者的具体法律责任。



根据最高人民法院关于网络著作权的司法解释以及目前的司法实践，作品提供行为要以将作品置于可被公众获得的网络服务器中确定，也就是在前述四个行为中：

- 网络用户上传内容构成作品提供行为；
- 网络服务提供者提供的信息存储空间服务，责任承担已经在相关部门规章以及司法解释中进行了明确规定。
- 而下一步，网络服务提供者进行内容以及用户行为分析，进而进行的推荐行为网络服务提供者所提供的算法推荐服务，我们需要把它和信息存储服务剥离后分析其法律性质。
- 被单独剥离出来的算法推荐服务的重点在于网络服务提供者是否通过推荐算法本身应当知道用户上传的“内容”，包括标题、文字、图像、视频等包含侵权内容，从而承担“较高/更高的注意义务”，为此我们需要明确/梳理如下问题：

(1) 与最高院司法解释中的“推荐”的关系；

(2) 是否可以适用“技术中立”；

(3) 算法推荐服务提供者是否因为提供算法推荐而应当知道侵权行为，从而承担“较高的注意义务”？

- 如何认定网络服务提供者的“注意义务”；
- 算法推荐服务提供者是否承担“较高的注意义务”；
- 网络服务提供者的“注意义务”如何履行。

三、算法推荐服务中的“推荐”是否是最高院司法解释中的“推荐”？

最高院相关司法解释<sup>[3]</sup>中规定，网络服务提供者的过错包括对于网络用户侵害信息网络传播权行为的明知或者应知；根据侵权的具体事实是否明显，综合考虑网络服务提供者提供服务应当具备的管理信息的能力、**网络服务提供者是否主动对作品进行了选择、编辑、推荐等各种因素**，综合认定网络服务提供者是否构成应知。

如果算法推荐同样适用本条的“推荐”，那么法院可以依据本条直接认定算法推荐服务提供者构成“应知”，从而构成间接侵权。

但目前的司法实践中，法院基本是以网络服务提供者进行了首页/置顶推荐、单独设置推荐位置等方式认定的“推荐”行为，而不包括本文所探讨的算法推荐行为；

同时结合 2012 年立法时的立法背景，此处的推荐并不包括算法推荐，而仅指人工推荐；

结合算法推荐技术下，其服务提供者并不因其提供算法推荐服务而必然识别用户上传内容的属性，从而知悉其可能构成侵权；

但同时也有学者表示，从该条的文义理解，并未区分时人工推荐还是利用技术推荐，注重的是推荐的结果，而非推荐的手段和过程<sup>[4]</sup>。

**但其实无论是哪种观点都认为：不能仅仅因为算法推荐服务提供者使用了算法推荐技术，而被认为构成目前司法解释中规定的“推荐”。**

#### 四、是否可以适用技术中立？

如果从索尼案确定的实质非侵权用途的技术中立原则来看，推荐算法并非实质性用于侵权目的，而仅仅是一种信息传递方式的改变，是为了提高互联网传递信息的速度。表面上看技术中立是可以被算法推荐服务提供者用于抗辩其构成帮助侵权的，但是索尼案中，索尼仅是销售具有实质非侵权用途的录像机，而对于购买其录像机的消费者如何使用无法控制，也就是对可能的侵权行为无法控制<sup>[5]</sup>。但在算法推荐服务提供者提供算法推荐服务时，其自始至终都可以控制用户获得的内容。

因此我们无法得出结论，**算法推荐服务提供者使用算法进行侵权内容的推荐，都可以主张技术中立，从而无需承担侵权责任。**

#### 五、如何认定算法推荐服务提供者的“注意义务”？

##### (1) 网络服务提供者的“注意义务”是什么？

上溯到民法典对于网络服务提供者的规定，民法典第 1197 条规定网络服务提供者**知道或者应当知道**网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。这里的“应当知道”指的是一个正常的、理性的人在负有某种注意义务而且具有注意能力的情况下，将能够认识到某一事

实的存在，而“注意义务”指的是“行为人采取合理的注意而避免给他人的人身或财产造成损失的义务”<sup>[6]</sup>。

同时“注意义务”不能概括性认定，而需要结合具体证据在个案中确定。

近年司法实践中对网络服务提供者著作权侵权“注意义务”的认定：

案号	网络服务提供者的类型	注意义务
(2021)川0193民初6445号（四川自由贸易试验区人民法院）	根据交易标的收取管理费的短视频素材交易平台	<b>较高的注意义务</b> 应从对于 <b>权属佐证材料的审查程度、作品查重的范围</b> 等方面予以 <b>审查</b> ，对于仅要求用户出具单方面的“权属声明”、仅在特定范围内进行查重筛查的，应认定为未尽到“注意义务”。
(2020)渝0192民初7216号（重庆自由贸易试验区人民法院）	以提供影视作品作为网站的重要业务内容的视频网站	<b>较高的注意义务</b> 对于个人网络用户免费上传的综艺节目通常不具有合法授权，以提供影视作品作为网站重要业务内容的视频网站应当知悉并尽到 <b>审核义务</b> 。
	基于对侵权作品的传播可直接获得经营利益的视频网站	<b>更高注意义务</b> 对直接获得经济利益的 <b>影视作品的权利审查</b> 施以更高注意义务。
	视频网站针对PGC上传内容	<b>施以合理的注意义务</b> 应 <b>对此类用户发布作品的权利审查</b> 施以更高注意义务。
(2021)京73民终2105号（北京知识产权法院）	应用商店运营者	<b>更高的注意义务</b> <b>注意义务程度的高低，应当与网络服务提供者提供服务的方式和管理控制能力相一致</b> 。网络服务提供者对于网络平台上存储传播内容的管理控制能力越强，对于可能发生侵权行为的预见性越高，越能够“知道”或“应当知道”侵权行为的发生，相应的应当承担较高的注意义务。
(2017)津0116民初1148号	设置影视板块的提供信息存储空间的网络服务提供者	在一般情况下被告作为网络服务提供者对网络用户在一般的存储空间上传的内容不负责积极的监管义务，但是本案是被告设立的 <b>影视板块栏目，是专为网络用户提供影视作品信息开辟的存储空间</b> ，并有专门的管理人员对该板块进行管理。在一个复制和传播技术日益发达的时代，未经许可使用权利人的影视作品情况严重，此种前提下，被告开设影视板块栏目应当 <b>具备比普通存储空间较高的注意义务，应当负有较为积极的监管义务</b> 。
(2018)京0101民初1227号	定向链接网络服务提供者	<b>更高的注意义务</b> 被告在对特定链接网站进行选择的情况下，应当承担更高的注意义务，现被告未对图书授权情况进行审核，未尽到合理注意义务。

根据在先的司法实践以及法院对于“注意义务”的理解，“注意义务”需要法院综合考虑如下因素进行认定<sup>[7]</sup>：

- 侵权作品的热门程度；
- 反复侵权的记录；
- 平台经济利益的获取；
- 平台规模体量；

- 平台对内容等的管理能力等。

## (2) 算法推荐服务提供者是否应当承担“较高的注意义务”？

结合前述分析，我们可以看出算法推荐服务提供者并不应仅因为提供了算法推荐服务而被认定“应知”侵权内容的存在或者适用技术中立免责，其承担的法律责任需要在个案中综合考虑相关因素后确定，而目前在已经发生的算法推荐服务的著作权侵权案件中法院已经作出了一些认定，可以帮助我们理解算法推荐服务提供者的“注意义务”。

首先，根据本所在北大法宝案例库中“著作权信息网络传播权侵权”与“算法推荐”的交叉查询，发现涉及算法的著作权信息网络传播权侵权案件仅有 6 件，其中 5 件是关联相似案件：

编号	当事人	法院	审结时间	针对算法的认定
1-5	广州荔支网络技术有限公司与捷成华视网聚（北京）文化传媒有限公司	二审：北京知识产权法院	二审：2022.24	二审：荔支公司上诉称其推荐行为系平台自带的算法推荐所致，属技术中立。 <u>但本院认为，荔支公司的上述算法推荐行为，实际上是向用户提供了信息流推荐服务，一定程度上存在提高侵权传播效率、扩大侵权传播范围的风险，同时也为其自身获得了更多的流量和市场竞争优势等利益，其理应对用户的侵权行为负有更高的注意义务。</u>
6	北京爱奇艺科技有限公司诉北京字节跳动科技有限公司（以下称“延禧攻略案”）	一审：北京市海淀区人民法院	一审：2021.31 二审：审理中	<b>一审判决（未生效）：</b> 尽管字节公司在本案中实施信息流推荐所基于的算法推荐技术本身并不针对某一短视频的具体内容进行识别，而在爱奇艺公司向字节公司发送的预警函及律师函中，也并未包括涉案短视频的具体 URL 等能够精确定位侵权文件的信息， <u>但不能据此简单地得出字节公司无从知晓今日头条 App 中涉案侵权情况的结论。</u> 本院认为字节公司作为今日头条 App 的运营者，具有充分的条件、能力和合理的理由知道其众多头条号用户大量地实施了涉案侵权行为，属于法律所规定的应当知道这一情形。字节公司与不采用算法推荐、仅提供信息存储空间服务的其他经营者相比， <u>理应对用户的侵权行为负有更高的注意义务。</u>

根据上述案例可以看出，案例 1-5 北京知产法院认为，算法推荐服务本身由于一定程度上存在提高侵权传播效率、扩大侵权传播范围的风险，同时也为其自身获得了更多的流量和市场竞争优势等利益，因而理应承担“更高的注意义务”；

而案例 6 北京海淀法院则认为，通过字节公司举证的算法推荐技术，其算法会采取典型的层次化文本分类算法，比如分类中有科技、体育、财经、娱乐这样的大类，下面再细分……”，相对于字节公司的技术水平、专业程度、服务方式和信息管理能力的而言，发现涉案侵权短视频并不具有较高难度。结合包括对算法内容的认定等其他相关因素，法院认为其构成“应知”。同时，考虑到如下因素，字节公司与不采用算法推荐、仅提供信息存储空间服务的其他经营者相比，理应对用户的侵权行为负有更高的注意义务。

- 其自身获取了大量的流量和市场竞争优势等利益；

- 字节公司更加先进和高效的服务也存在着提高侵权传播效率、扩大侵权传播范围、加重侵权传播后果的风险。

但对于使用并不一定识别用户上传具体内容的协同算法推荐机制的服务提供者，仅因其非直接地获得了较高的利益，以及其算法普世地增加部分内容的传播而要求其承担较高的注意义务与之前司法实践中认定的“较高注意义务”存在差异。因此对上述结论目前行业内还是存在着不同的意见，认为还是应当厘清算法的具体类型和原理以及算法是否能够增加平台对于侵权内容的识别能力的基础上才能判断算法推荐服务提供者的“注意义务”[8]。

同时地方性司法性文件也存在不同的意见：

- 浙江省高级人民法院《涉电商平台知识产权案件审理指南》规定：电商平台经营者主要通过合理的自动化技术手段实施实时销量排名、个性化推送等行为的，一般不导致其注意义务的提高，但电商平台经营者应对其采用自动化技术手段的事实及其合理性承担举证证明责任。个性化推送一般不导致其注意义务的提高。

因此不应简单得出算法推荐服务提供者均应当承担“较高注意义务”的结论，而应当在具体案件中厘清算法的具体内容，以及与之前司法实践中已经认定的“较高注意义务”的考虑要素相结合判断具体案件中的算法推荐服务提供者的“注意义务”。

### (3) 网络服务提供者的“注意义务”如何履行？

目前有观点[9]认为，网络服务提供者为了履行“注意义务”应当事前主动过滤重点预警保护名单以及概括性预警函中的内容；并且事中应当主动删除、屏蔽同类侵权信息，主动扩大监测；事后配合提供侵权人信息严惩侵权用户。

从技术角度，事前的主动版权过滤是目前网络服务提供者的能力范围之内，并且一定程度和内容的主动版权过滤也是目前网络服务提供者正在实施的内容。

根据电脑报 2021 年 11 月进行的视频平台版权保护力度调查可以看出，视频平台已经在通过上传发布时，以及上传后 48 小时内的版权审核在进行一定程度的版权过滤[10]。

该调查中的相关视频平台侵权内容下架情况：

测试过程监测		
	无关键词标题	有关关键词标题
《脱口秀大会》	1/3 分钟版通过, 48 小时未下架 5/10/15 分钟版上传过程中被拦截	1/3 分钟版通过, 1 分钟版 48 小时未下架, 3 分钟版 12 小时后下架 10/15 分钟版上传过程中被拦截
《扫黑风暴》	上传过程中全部被拦截	上传过程中全部被拦截
《华胥引》	1/3 分钟版通过, 48 小时未下架 5/10/15 分钟版上传过程中被拦截	1/3 分钟版通过, 1 分钟版 48 小时未下架, 3 分钟版 6 小时后下架 10/15 分钟版上传过程中被拦截
《斗罗大陆》	1/3 分钟版通过, 48 小时未下架 5/10/15 分钟版上传过程中被拦截	1/3 分钟版通过, 1 分钟版 48 小时未下架, 3 分钟版 12 小时后下架 10/15 分钟版上传过程中被拦截
测试结果小结		
上传拦截率	15/40, 37.5%	
下架率	2/25, 8%	
48 小时后可播放率	23/40, 57.5%	

测试过程监测		
	无关键词标题	有关关键词标题
《脱口秀大会》	全部通过, 全部 5 分钟后下架	全通过, 30 分钟后全部下架
《扫黑风暴》	全部通过, 全部 5 分钟后下架	全通过, 30 分钟后全部下架
《华胥引》	全通过, 5 分钟后全部下架	全通过, 5 分钟后全部下架
《斗罗大陆》	全通过, 15 分钟后全部下架	全通过, 15 分钟后全部下架
测试结果小结		
上传拦截率	0/40, 0%	
下架率	40/40, 100%	
48 小时后可播放率	0/40, 0%	

虽然可以通过前述调查看出各视频平台具备一定的版权过滤的能力,但问题在于无论是事先过滤、事中删除屏蔽、事后处理,作为存在海量内容的算法推荐服务提供者(正是因为存在海量内容,才需要为用户提供算法推荐,方便用户快速找到喜欢的内容,因此采取算法推荐服务的提供者的平台多存在大量内容),其很难客观上穷尽所有可能的侵权内容,那么过滤、删除屏蔽、处理到什么程度可以被认定为履行了“注意义务”是实践中需要解决的问题。

同时这种处理方式是否会导致算法推荐服务提供者的经济利益受损,挤压了其合理的商业发展空间,也是在作出选择时需要平衡的经济利益。

因此,即使算法推荐服务提供者需要承担“较高的注意义务”,但是具体需要如何履行也是未来需要通过司法进一步明确的事项。

## 六、算法本身的合法正当性

虽然本文中提及了通常推荐算法的技术中立性，但如果算法推荐服务提供者在算法中增加了增加侵权可能性的算法，例如针对热播影视内容增加曝光等，则此时这一算法本身已经构成帮助侵权<sup>[11]</sup>。并且在《互联网信息服务算法推荐管理规定》中也明确规定了算法推荐服务提供者不得利用算法推荐服务侵犯他人合法权益，应当采取措施防范和抵制传播不良信息。

### 结论：

算法推荐服务提供者在目前的司法实践中，需要个案认定其是否承担“较高的注意义务”，虽然目前的司法实践倾向因其存在获得较高经济利益以及客观上增加提高传播效率以及侵权风险的效果，而认定其承担“较高的注意义务”，而实践中仍应结合算法的具体内容以及认定“较高注意义务”的考量因素具体判断。另外具体如何履行注意义务，避免承担帮助侵权责任仍需更多的司法实践探索。

而算法推荐服务提供者也应当注意如果算法本身具有侵权用途，则可以直接认定构成著作权侵权。

[1] <https://www.afenxi.com/92989.html>

[2] 一审：北京市海淀区人民法院，一审判决时间：2021.12.31

[3] 关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（2012年实施，2020年修改）第9条

[4] 中国政法大学知识产权法研究所“算法推荐与平台著作权侵权责任”线上主体研讨会嘉宾发言要点中中国政法大学李杨教授观点（载“李杨知产”公众号）

[5] 「知产财经」杨德嘉：算法推荐与平台责任

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1729882616230339097&wfr=spider&for=pc>（2021年5月20日登陆）

[6] 《民法典侵权责任篇理解与适用》最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编，第279页

[7] 中国政法大学知识产权法研究所“算法推荐与平台著作权侵权责任”线上主体研讨会嘉宾发言要点中中国政法大学上海高院知识产权庭徐俊副庭长观点（载“李杨知产”公众号）

[8] 刘晓春 | 算法必然加重平台注意义务吗？——从“延禧攻略”案看算法类型化与著作权侵权平台责任（载社科大互联网法学公众号）

[9] 中国政法大学知识产权法研究所“算法推荐与平台著作权侵权责任”线上主体研讨会嘉宾发言要点中对外经济贸易大学卢海君教授观点（载“李杨知产”公众号）

[10] [https://m.weibo.cn/status/4709272375789544?wm=3333\\_2001&from=10BB193010&sourcetype=weixin](https://m.weibo.cn/status/4709272375789544?wm=3333_2001&from=10BB193010&sourcetype=weixin)（凤凰网新闻，登陆时间2022年5月21日）

[11] 中国政法大学知识产权法研究所“算法推荐与平台著作权侵权责任”线上主体研讨会嘉宾发言要点中北京高院知识产权庭亓蕾观点（载“李杨知产”公众号）

## 赠品上的商标使用分析

王亭入

### 一、有关规定

《最高人民法院关于对 TCL 集团公司在产品促销活动中使用与汉都公司注册商标相近的“千禧龙”文字是否构成商标侵权请示的批复》（现行有效）

判断在产品促销活动中使用与他人注册商标相同或者相近似的文字是否侵犯商标专用权，应当以这种使用行为是否容易造成相关公众对商品和服务的来源产生混淆，是否借用他人注册商标的信誉为自己谋取不正当利益，或者是否对注册商标专用权造成其他损害为标准进行。

《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》（现行有效）

22、销售商品时搭赠侵犯注册商标专用权的商品是否构成商标侵权？

搭赠是销售的一种形式，因此搭赠侵犯注册商标专用权商品的行为是商标侵权行为，搭赠人应承担停止侵权的责任；明知或者应知所搭赠的商品是侵犯注册商标专用权的商品的，还应当承担损害赔偿责任。

《内蒙古自治区查处生产和销售假冒伪劣商品行为的规定（2022 修正）》（现行有效）

第七条使用假冒伪劣商品为经营者和消费者提供服务，或者作为有奖销售活动奖品和促销活动赠品的，视为销售假冒伪劣商品的行为。

《江苏省惩治生产销售假冒伪劣商品行为条例（2021 修正）》（现行有效）

第六条有下列情形之一的商品为假冒伪劣商品：（七）冒充注册商标或者侵犯他人注册商标专用权的；

第九条将本条例第六条、第七条所列假冒伪劣商品用于经营性服务或者作为经营活动的奖品、赠品的，以及持有、储存本条例第六条、第七条所列假冒伪劣商品明显超过合理自用数量范围的，视为销售假冒伪劣商品。

《关于就《商标侵权判断标准（征求意见稿）》公开征求意见的通知》（该款在正式稿中予以删除）

第三十五条下列行为属于商标法第五十七条第（七）项所规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”商标侵权行为：（一）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品（服务）交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的；（二）经营者向相关公众提供的赠品、奖

品，其使用的商标标识与他人相同或类似商品上的注册商标相同或近似，容易导致混淆的；

（三）利用回收的容器等再生资源再造自己的商品，在使用自己商标的同时未去除或遮盖原容器上的他人注册商标，容易导致混淆的。

## 二、调研结论

### （一）赠品的属性

赠品=销售。商标的使用不限于以金钱为对价的交易行为中，多份涉及侵犯商标权的判决以及商标局的撤三评议中都认定，在商品促销赠送活动中，虽不产生支付对价，但仍属于一种纯粹的商业行为，可能被认定为销售的一种特殊形式，也可能被认定为一种商业宣传行为。因此，在赠送商品上使用他人的商标或者使用自己注册的商标，构成商标法中的使用。

**（二）赠品上对于商标的使用行为，是对于赠品的使用，还是被促销的商品的使用？**

法规和案例认为，是对赠品的使用。

《商标法》第四十八条规定，本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

假设一个场景，苹果手机为了促销，凡是购买手机的消费者，赠送正品星巴克水杯一个，在星巴克水杯上同时还贴附了苹果商标，但是苹果商标在水杯上的注册人是北京水果娱乐有限公司。可以从这个案例延伸出来不同的表现方式，比如，1) 贴附的苹果商标和星巴克商标是并列出现的；2) 苹果商标覆盖了星巴克商标。

苹果公司会主张，星巴克水杯的用途是对苹果手机进行的宣传，用途仍然是为了识别手机的来源，水杯只不过是道具。苹果公司的这个主张是具有一定的道理的。例如大汉乐器案，大汉乐器在销售吉他时，附赠一个吉他包，包上也使用了吉他的商标。那么这个使用到底是对于吉他的使用还是对于吉他包的使用？判决认为是对于吉他包的使用（但是不能说判决否定了这也构成对于吉他的使用）。我们经过内部讨论，认为这是因为吉他包通常价格也很贵，通常也单独作为商品出售，那么消费者既会认为吉他是A品牌的，也会认为吉他包是A品牌的。也就是说，这里的吉他包并不构成商标法第48条的商品包装，也不构成广告宣传或者其他商业活动，根本原因是消费者识别来源的是吉他包单独的来源。作为比较，手机包装盒才是商品的包装，在手机盒上的使用，才是对被销售的商品手机上的商标使用。因此，苹果公司的主张是不成立的，因为水杯明显不是手机的包装，而且是可以单独销售的商品（意味着消费者会单独识别来源）。因此，苹果公司的侵权对象有两个：

第一，星巴克公司。原因是根据权利利用尽原则，星巴克公司在杯子售出后，无权对正品的二次销售行为维权，但是如果二次销售对正品本身（比如没有盖子的杯子配了盖子）或者正品的商标本身（比如增加了商标，遮盖了商标）进行了改变，那么这个正品就不是原来的一模一样的正品了，学术上叫做破坏了商标的识别功能，所以星巴克公司是可以维权的。

第二，北京水果娱乐有限公司。因为水杯上苹果商标的注册人是它，苹果公司搭赠的星巴克水杯是单独的销售水杯行为，构成侵权。

**结论：赠品上商标的使用是对赠品的使用，不是对被推销的商品的使用。如果赠品本身就是侵权假冒（比如将假的小米充电宝当作赠品），一定是侵权。如果赠品本身是正品，分为两种情况，第一种赠品是原来是无标的产品，赠送方自行贴附了商标，那么可能侵害在赠品这个品类上在先的近似的注册商标。第二种是赠品是购买的带商标的成品，赠送方又贴附了自己的商标（上文苹果星巴克水杯案例），那么可能同时侵害在赠品这个品类上在先的近似的注册商标和成品来自带的商标。**

### （三）商标主体是否可以之前在搭赠商品上使用过商标为由，防御撤三？

要分情况：

第一种：赠品是自己生产的商品或由代工厂生产的贴标商品，构成使用，可以防御撤三。

第二种：赠品是购买的第三方品牌产品，赠送方自行贴附了商标，未经许可的情况下，不一定构成有效使用。请注意，这里是构成商标使用，但是因为未经许可的情况会侵害第三方品牌，是侵权使用，违法使用不能产生合法效果。而且，在有些情况下，即便是第三方品牌没有维权，也要关注到消费者识别的情况，比如加油站购买雕牌洗衣粉，贴附“得物”，消费者可能只会识别雕牌，那么“得物”就相当于没有使用。

## 三、案例说明

### 案例 1：

<b>案号：（2020）鲁民终 741 号</b>	
裁判法院：山东省高院	
裁判观点： <b>赠品上使用的商标，与他人相同或类似商品上的注册商标相同或近似的，构成侵权。</b>	
案情摘要	<p>纳利鑫公司系第 1624372 号、第 7307702 号“好太太”注册商标的专用权人，二商标尚在注册有效期内，核定使用商品为第 3 类，包括肥皂、消毒肥皂、香皂、香波、化妆品、洗手膏。2009 年 12 月纳利鑫公司生产的“好太太”洗衣粉被河北省质量奖审定委员会、河北省质量技术监督局联合认定为河北省优质产品。2013 年 12 月，纳利鑫公司注册并使用在肥皂商品上的“好太太”商标被河北省工商行政管理局认定为河北省著名商标。</p> <p>该经营场所内展示的营业执照显示有如下信息：名称为东明黄河明珠金桥加油站。杨旭东在该经营场所内，以普通消费者名义购买了 92 号汽油 54.734921 升，并获得赠品洗衣液两袋（展示有“好太太”等信息）。杨旭东现场取得该经营场所出具的号码为 01932631 展示有“东明黄河明珠金桥加油站发票专用章”印章的《山东增值税普通发票》一张（该票据在购买方名称一栏中记载为山东全</p>

	悦律师事务所)。经当庭拆封查验，封存袋内有洗衣液包装袋一个，包装袋正面中间显著位置显示“好太太”字样，包装袋印制广州市精彩日化有限公司、地址为广州市经济开发区字样。
法院认为	本院认为，根据一审查明的事实，被诉侵权商品是消费者在金桥加油站加油后，金桥加油站以赠品形式提供，因此，该提供赠品的行为作为促销手段属于销售行为的组成部分，一审法院认定金桥加油站销售了被诉侵权商品，并无不当。 <b>金桥加油站在与涉案商标核定使用商品类似的洗衣液外包装上擅自使用与纳利鑫公司的涉案商标近似的标识，容易导致相关公众的混淆、误认，且金桥加油站自认被诉侵权商品侵犯了纳利鑫公司的涉案商标权，一审法院认定金桥加油站销售被诉侵权商品的行为侵犯了纳利鑫公司的涉案商标专用权，亦无不当。</b>

## 案例 2:

<b>案号：(2020)桂 71 行终 179 号</b>	
裁判法院：南宁铁路运输中级法院	
裁判观点： <b>促销活动中赠送的商品本身就是侵权假冒产品的，构成侵权。</b>	
案情摘要	当事人存在以下违法行为：（一）用于推销活动中使用的赠品小米移动电源为侵犯他人注册商标专用权商品。2018 年 10 月 9 日，我局委托小米科技有限责任公司对当事人销售的 46 个标称小米移动电源的产品进行鉴定，鉴定结论为全部假冒小米科技有限责任公司注册商标产品。
法院认为	《商标法实施条例》第七十六条规定，在同一种商品或者类似商品上将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的，属于商标法第五十七条第（二）项规定的侵犯注册商标专用权的行为。本案中，香香鸡排店销售的 46 个小米移动电源外包装以及机身标识与注册商标小米科技有限责任公司的商标标识构成近似，且香香鸡排店销售的小米移动电源属于假冒小米科技有限责任公司注册商标产品。故市场监管局认定香香鸡排店侵犯他人注册商标专用权的事实认定清楚。

## 案例 3:

<b>案号：(2019)粤 0307 行初字 1 号</b>	
裁判法院：广东省深圳市龙岗区人民法院	
裁判观点： <b>促销活动中赠送假冒商品，属于销售行为，构成侵犯商标权。</b>	
案情摘要	被告市场监管委龙岗局于 2018 年 7 月 20 日对原告撻起袖子干公司作出行政处罚决定，认定原告撻起袖子干公司 2017 年 9 月 16 日至 18 日期间，在深圳信息职业技术学院举办的中国移动免费办理宽带赠送移动电源营销活动中赠送 1665 个“ROMOSS”移动电源的行为，侵犯了深圳市罗马仕科技有限公司的注册商标专用权。
法院认为	本院认为，原告撻起袖子干公司在深圳信息职业技术学院的宽带营销活动系具有市场竞争性、以营利为目的的商业活动，其目的是吸引潜在消费者使用该宽带服务，虽称为“赠送”，本质上仍然是以营利为目的，因此其性质上仍属于销售行为。被告市场监管委龙岗局认定原告撻起袖子干公司在活动中赠送移动电源的行为视同销售行为，符合销售行为的本质和法律解释。原告撻起袖子干公司关于被告市场监管委龙岗局认定其赠送移动电源的行为视同销售行为没有依据的意见，本院不予采纳。

## 案例 4:

<b>案号：(2010)高民终字第 394 号</b>	
裁判法院：北京市高院	
裁判观点： <b>销售商品的同时搭赠其他商品是销售商惯用的一种销售手段，并且由于搭赠品是附在商品中出售的，所以商品的销售价格实际上包含了搭赠品的价值，因此，惠氏公司在销售奶粉的过程中搭赠被控侵权产品的行为应当认定为销售被控侵权产品的行为，应当承担相应的侵权责任。本案中，惠氏公司搭赠的被控侵权产品系从兆汇公司购买，具有合法来源，因此惠氏公司可以不承担赔偿责任，但应当承担停止侵权的民事责任。</b>	

案情摘要	惠氏奶粉在促销过程中，赠送“伊诗比蒂”小鸭背包。在获赠的“伊诗比蒂”小鸭背包的外包装上以及内置的玩具上都载有“广州兆汇婴儿用品有限公司”字样。这些背包，都是惠氏公司向兆汇公司订购的，但是惠氏公司并没有参与背包的设计和制作，是购买的成品。2000年9月30日，名称为“玩具鹈鹕”的外观设计专利被中华人民共和国国家知识产权局授予专利权，专利号为ZL00302333.8，专利权人为钩仕公司，这个外观专利与小鸭背包上的外观近似。
法院认为	销售商品的同时搭赠其他商品是销售商惯用的一种销售手段，并且由于搭赠品是附在商品中出售的，所以商品的销售价格实际上包含了搭赠品的价值，因此，惠氏公司在销售奶粉的过程中搭赠被控侵权产品的行为应当认定为销售被控侵权产品的行为，应当承担相应的侵权责任。本案中，惠氏公司搭赠的被控侵权产品系从兆汇公司购买，具有合法来源，因此惠氏公司可以不承担赔偿责任，但应当承担停止侵权的民事责任。

### 案例 5:

案号：(2018)皖13民初67号	
裁判法院：安徽省宿州市中级人民法院	
裁判观点：侵权判定中，视同销售的赠送不包括对购买行为已经完成的老客户的“赠送”。	
案情摘要	2017年10月30日，罗莱公司发现位于安徽省宿州市灵璧县大诚明公司经营的“日月星城莱迪1086商业中心售楼处”公开摆放大量侵犯罗莱公司商标权的商品，作为配套商品赠送购房客户。随即于向灵璧县市场监督管理局进行书面举报。10月31日灵璧县市场监督管理局对大诚明公司经营的售楼处进行执法检查并查扣下架了侵权产品69床。
法院认为	但经庭审查明，大诚明公司购买案涉产品系作为已购房老客户的赠品，并非用于赠送，也不属于销售其他产品的搭售产品，不属于上述法律规定的侵犯注册商标专用权的情形。故，罗莱公司主张大诚明公司构成侵权行为无法律依据；其公司主张织优公司系案涉侵权产品的生产商亦无证据予以证明。

### 案例 6:

案号：(2016)京行终131号	
裁判法院：北京市高院	
裁判观点：把诉争商标贴印在其他商品上作为赠品发放，受赠者仍可清晰辨别商标主体是原有品牌的，不构成诉争商标的使用。	
案情摘要	<p>诉争商标系第3427636号“开心人大药房”商标，由开心人大药房于2003年1月7日申请注册，其专用期限至2014年11月13日，核定使用在第3类的肥皂、香料、动物用化妆品、上光剂、砂纸、去污剂、化妆品、香水、牙膏、香木商品上。2015年4月2日，开心人大药房就诉争商标向商标局提出了续展申请。</p> <p>创意动画公司以诉争商标连续三年停止使用为由向商标局提出撤销申请。商标局于2011年1月7日受理后于2013年6月18日作出撤201100074号决定，认为开心人大药房提供的商标使用证据无效，创意动画公司申请撤销诉争商标的理由成立，决定撤销诉争商标。</p> <p>开心人大药房不服商标局作出的上述决定，于2013年8月7日向商标评审委员会申请复审，理由为：开心人大药房出于品牌推广的目的，经常向顾客赠送一些日常生活用品，通过上述营销活动，对诉争商标进行了实际的商业使用。</p> <p>开心人大药房向商标评审委员会提交了主体资格证明、产品购销合同公证书、电子转账凭证公证书、增值税发票公证书、印有诉争商标的产品实物照片证据，其中，产品购销合同公证书显示，开心人大药房于2010年向南昌市昊月实业有限公司购买了洗洁精，并于合同中载明“因乙方（开心人大药房）所辖门店促销活动的需要，甲方（南昌市昊月实业有限公司）所供货品需使用‘开心人大药房’注册商标（注册号：3427636）做为货品商标标识”。印有诉争商标的产品实物照片显示，诉争商标被贴印在雕牌等其他品牌的洗洁精商品上，该商品仍可被清楚识别为雕牌等其他品牌的洗洁精。</p>
法院认为	开心人大药房虽然把诉争商标贴印在雕牌、立白洗洁精等去污商品上作为赠品发放，但受赠者仍可清晰辨别开心人大药房并非赠品的生产者。开心人大药房的此种使用行为无法区分商品来源，

属于 2001 年《商标法》第四十四条第（四）项规定的连续三年停止使用商标的情形。原审判决和被诉决定对此认定正确，本院予以支持。

### 案例 7:

<b>案号：（2018）京行终 6043 号（该案直至最高院，都支持了此种观点）</b>	
裁判法院：北京市高院	
裁判观点： <b>把诉争商标贴在乐器箱包上作为赠品发放，构成对诉争商标的商业使用行为</b>	
案情摘要	大汉乐器公司为第 3604265 号“Alpine 及图”商标权利人，核定使用商品（第 18 类）：手提包骨架；书包；手提袋；公文箱；人造革箱；卡片盒；小皮夹；旅行包等。大汉乐器公司销售带有诉争商标的乐器，同时搭配了乐器箱包，且该乐器箱包上使用了诉争商标。北京高院认定，无论在销售乐器时搭配的乐器箱包构成赠送行为，还是构成销售行为，在销售乐器时搭配的乐器箱包上使用诉争商标的行为都构成对诉争商标的商业使用行为。
法院认为	本案中，大汉乐器公司提交的证据可以证明，其在指定期间实际销售了乐器，同时其销售的乐器搭配了乐器箱包，且该乐器箱包上使用了诉争商标。 <b>通常情况下销售乐器搭配的乐器箱包不属于赠品，况且在销售商品上即便有赠品也是一种商业行为。无论在销售乐器时搭配的乐器箱包构成赠送行为，还是构成销售行为，在销售乐器时搭配的乐器箱包上使用诉争商标的行为都构成对诉争商标的商业使用行为。因此，现有证据可以证明诉争商标于指定期间内在乐器箱包商品上进行了公开、真实、有效的商业使用。</b> 鉴于复审商品与乐器箱包商品在功能、用途等方面相同或相近，商标评审委员会认定诉争商标在复审商品上的注册可予以维持并无不当。原审法院认定大汉乐器公司在乐器箱包上未对诉争商标进行商标法意义上的使用缺乏依据，商标评审委员会有关诉争商标在复审商品上应当维持注册的上诉理由成立，本院予以支持。

### 案例 8:

<b>案号：（2017）京行终 2424 号</b>	
裁判法院：北京市高院	
裁判观点： <b>无论赠送还是销售，均构成面向消费者（客户）的商业性使用行为</b>	
案情摘要	江西恒大公司委托他人制造 1000 枚“银质纪念章”并将诉争商标用于其上，恒大地产公司针对复审商标以连续三年停止使用为由向商标局提出撤销申请。2015 年 6 月 15 日，商标局针对复审商标作出商标撤三字[2015]第 Y004534 号《关于第 853410 号“恒大”注册商标连续三年不使用撤销申请的决定》，以江西恒大公司提交的商标使用证据有效为由，驳回恒大地产公司的撤销申请。恒大地产公司不服商标局维持决定，于 2015 年 8 月 3 日向商标评审委员会申请复审，商标评审委员会决定：复审商标予以撤销，江西恒大公司不服被诉决定，向北京知识产权法院提起行政诉讼。
法院认为	本案中，江西恒大公司提交的证据能够证明其委托他人制造了 1000 枚“银质纪念章”商品上，该商品上标注了复审商标，各方当事人对此均无异议。江西恒大公司制作上述 1000 枚“银质纪念章”，通常情况下是用于赠送客户或者对外销售，无论赠送还是销售，均为面向消费者（客户）的商业性使用行为，一审法院的相关认定并无不当。

## 反不正当竞争法修订草案征求意见稿之流量劫持

时萧楠

2022年11月22日,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”)发布并面向社会公开征求意见,本次意见修订秉持了反不正当竞争法作为著作权法、商标法、专利法、反垄断法的兜底这一观念,结合近年来实务中的不正当竞争行为,扩展了反不正当竞争法的相关规定,增强了反法的预期性、可操作性和规范性。

近年伴随着网络不正当竞争、数字经济不正当竞争行为的不断翻新,特别是二选一、流量劫持、数据、算法不正当竞争等司法、监管执行实践中发现的突出问题,皆在本次征求意见稿中得到了体现。

新增	修订	扩大
数字经济反不正当竞争规则原则性规定(第4条)	商业混淆(第7条)	将帮助行为增加至共同侵权行为(第28条、第29条)
相对优势地位(第13条)	商业贿赂(第8条)	惩罚性赔偿范围从商业混淆和商业秘密扩大至全部不正当竞争行为(第27条)
恶意交易(第14条)	虚假宣传(第9条)	
商业数据保护(第18条)	商业秘密(第10条)	
算法不正当竞争(第19条)	有奖销售(第11条)	
平台合规管理义务(第22条)	商业诋毁(第12条)	
	<b>流量劫持等(第16条、第17条)</b>	

本文将结合在先司法案例以及征求意见稿对流量劫持行为的司法适用进行讨论。

### 1. 针对流量劫持的反法保护现状

流量在网络相关语境下,通俗而言是指在一定时间内打开客户端(包括电脑端、手机端等)的用户访问量,可以看到**流量的本质是市场运营主体可能获得的商业机会**。而流量劫持是指利用各种**恶意软件、代码**,修改浏览器、锁定主页或不停弹出新窗口,强制网络用户访问某些网站,从而造成用户流量被迫流向特定网页/客户端的情形<sup>[1]</sup>,**也就是通过技术手段剥夺其他市场运营主体的商业机会**。

2015年六家互联网公司就曾经发布联合声明,共同抵制如下流量劫持等违法行为<sup>[2]</sup>:

(1) 域名劫持(DNS劫持),表现为在用户正常联网状态下(如3G、4G和WiFi等状态),目标域名会被恶意地错误解析到其他IP地址上,造成用户无法正常使用服务。

(2) 数据劫持,对于返回的内容,会在其中强行插入弹窗或嵌入式广告等其他内容,干扰用户的正常使用,对用户体验造成极大伤害。

但时至今日，我们可以看到流量劫持的方法在不断翻新，且网络不正当竞争行为中流量劫持占了非常大的比重，行为方式也从原来的通过域名劫持、数据劫持进行的强制跳转，变化出了通过**比价诱导用户跳转、不断提示安全风险劫持流量**等各种手段。

那么通过现行反法第十二条第二款第(一)项甚至反法第十二条第二款第(四)项的互联网专条的兜底条款是否可以涵盖这诸多的不正当竞争手段？亦或是仍需要适用反法二条的诚实信用条款解决？均是一个值得探讨的问题。

本次征求意见稿就针对无法适用反法第十二条第二款第(一)项的流量劫持行为进行了单独规定以及增强了可适用性，以增加反法在实践中的预期性、可操作性和规范性。本次征求意见稿针对流量劫持的具体修改如下：

现行反法	征求意见稿
<p><b>反不正当竞争法第十二条</b>经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；（二）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；（四）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。</p>	<p><b>第十六条</b>经营者不得利用技术手段，<b>实施下列流量劫持、不当干扰、恶意不兼容等行为</b>，影响用户选择，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行：</p> <p>（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转、<b>嵌入自己或者他人的产品或者服务</b>；（二）利用关键词联想、设置虚假操作选项等方式，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者诱导用户点击；（三）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；（四）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；（五）<b>无正当理由，对其他经营者合法提供的产品或服务的内容、页面实施拦截、屏蔽等</b>；（六）其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。</p>
<p><b>最高人民法院关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释（2022年3月20日）（以下称“司法解释”）第二十一条</b>未经其他经营者和用户同意而直接发生的目标跳转，人民法院应当认定为反不正当竞争法第十二条第二款第一项规定的“强制进行目标跳转”。仅插入链接，目标跳转由用户触发的，人民法院应当综合考虑插入链接的具体方式、是否具有合理理由以及对用户利益和其他经营者利益的影响等因素，认定该行为是否违反反不正当竞争法第十二条第二款第一项规定。</p>	

## 2. 目前针对流量劫持的司法案例

适用法条	劫持行为	相关在先司法案例
反法第十二条第二款第(一)项	通过自定义唤醒协议强制跳转特定APP	<p><b>浙江淘宝网络有限公司等诉北京易车信息科技有限公司不正当竞争纠纷案</b>（以下称“<b>淘宝与易车案</b>”）案号：(2020)浙01民终8743号<b>审理法院</b>：浙江省杭州市中级人民法院<b>劫持行为</b>：易车公司将易车App客户端的“URLScheme”规则中输入了对应淘宝网的协议名称“taobao”，用户下载安装易车App后，使用支付宝、钉钉、UC浏览器、Safari浏览器等访问手机淘宝时，弹出的页面仅显示打开App的提示框，且用户只能选择“打开”或“取消”，<b>用户点击“打开”后页面直接跳转至易车App。法院认定</b>：易车公司通过<b>自定义唤醒协议的技术手段，在无正当理由的情况下</b>将用户选择淘宝App的应用目标<b>自动导引至</b>其所经营的易车App，<b>且用户只能选择</b>打开易车App或取消。此种应用目标间跳转，<b>就用户而言具有迫使其放弃原定应用目标选择的强制性</b>，就淘宝App而言因此丧失了平等接受消费者选择的可能。易车公司的被诉行为，<b>违背了诚信原则和商业道德，具有不正当性。</b>（1）易车公司的被诉行为剥夺了用户对于网络</p>

		服务提供者应有的选择权。(2) 易车公司的被诉行为易造成用户对应用软件服务来源的混淆。
反法第十二条第二款第(四)项	比价诱导用户跳转	北京智联三珂人才服务有限公司、北京网聘咨询有限公司诉魔方网聘(北京)科技有限公司不正当竞争纠纷案(以下称“智联招聘案”)案号:(2021)京73民终1092号 审理法院:北京知识产权法院 劫持行为:下载并安装被告的“省钱招”插件,注册“省钱招”账户后该插件可正常使用。打开原告“智联招聘”网站,登录“智联招聘”账户,浏览并选择一份简历,简历显示有求职者个人信息、照片、履历等内容,此时页面右侧空白处弹出窗口“省钱招提示已找到更低价格的下载渠道通过省钱招下载最低仅需5元”,点击下载该份简历,页面中央弹出小窗口显示“此份简历最低价格为6元,比智联下载节约21元”,窗口底部显示有“通过省钱招下载”与“通过智联下载”按钮。法院认定[3]:魔方网聘公司利用“省钱招”插件在“智联招聘”网站插入链接的方式,截取了“智联招聘”网站的用户流量,掠夺了智联三珂公司和网聘公司基于其经营成本所获得的经营成果,阻碍了智联三珂公司和网聘公司与用户之间的正常业务往来,破坏了智联三珂公司和网聘公司“以投入创造产出”的商业经营模式,严重损害了智联三珂公司和网聘公司的利益。上述行为违反了《反不正当竞争法》第十二条第二款第(四)项的规定。
不确定	不断提示安全风险劫持流量	深圳市腾讯计算机系统有限公司申请诉前行为保全民事裁定书(以下称“腾讯华为案”)(仅有行为保全裁定,并未有后续民事判决,推测双方和解结案) 案号:(2017)渝01行保1号 审理法院:重庆市第一中级人民法院 劫持行为:在HUAWEI手机、HUAWEI平板电脑及honor手机上,在用户通过“应用宝”官方网站下载、安装“应用宝”软件的过程中,设置反复风险提示以及设置跳转至“华为应用市场”链接按钮等行为。原告主张适用反法二条、十四条认定被告的不正当竞争行为。法院认定:华为技术公司、华为终端公司、华为软件公司在HUAWEI手机、HUAWEI平板电脑和honor手机上设置的前述风险提示,可能会影响“应用宝”用户的判断、干扰用户的选择、改变用户的使用习惯,极有可能会造成申请人腾讯计算机公司、腾讯科技公司“应用宝”产品的用户流失、市场份额下降;同时,其针对特定竞争对手的软件分发平台反复作出具有负面性质的提示,也可能会损害二申请人的商业信誉、商品声誉,其行为可能构成对二申请人的商业诋毁。

### 3. 目前司法实践中流量劫持案件的认定要点与难点以及征求意见稿解决的问题

不正当竞争行为	司法实践
强制进行目标跳转(典型的流量劫持行为)	<p>如何理解“强制”是强制进行目标跳转不正当竞争行为认定的要点,是“强制”其他经营者和用户,还是只要“强制”其中之一就可以。</p> <p>因此根据反不正当竞争法司法解释以及现行的司法案例,如果是既未经其他经营者,又未经用户同意而直接发生的目标跳转的违反双重授权原则的行为,应当被理解为“强制”,如前述淘宝与易车案就是典型的未获得其他经营者同意也未获得用户同意的竞争行为,因此适用反法第十二条第二款第(一)项的不正当竞争行为。</p>
未强制跳转的插入链接行为(以“比价诱导用户跳转”为例)	<p>如前述智联招聘案中的竞争行为,在实践中存在用户自主选择,并且如果禁止则将属于有违用户的真实意愿的插入链接后的目标跳转行为。根据前述行为,如果目标跳转是由用户自行触发的,法院应当综合考虑插入链接的具体方式、是否有合理理由以及对其他经营者利益影响,再行判断是否符合反法第十二条第二款第(一)项。</p>

	<p>如前述智联招聘案中，被告提供的“省钱招”插件是由用户自行下载安装，被告也并未进行强制跳转，而是在原告网站页面右侧空白处弹出窗口，提示用户被告提供的简历价格更低，诱导用户使用被告的服务。</p> <p>根据现行司法解释，针对未强制跳转，但插入了链接的行为，应当综合考虑插入链接的具体方式（用户自行下载）、是否有合理理由（对于显示比原告价格更低的弹窗页面不存在合理理由）以及对其他经营者利益影响（在原告自己的网站中弹窗展示比原告更低的价格服务，诱导用户使用被告的服务是明显对原告有重大利益影响的），显然是可以适用反法第十二条第二款第（一）项的，但即使这样仍存在原告需要大量举证证明“插入链接的方式”“被告没有合理理由”等认定要素。</p> <p>在反法征求意见稿的流程劫持条款（征求意见稿第十六条第一款第（一）项）中增加了“<b>嵌入自己或者他人的产品或者服务</b>”作为与“插入链接”“强制目标跳转”并列的流量劫持判断要件，因此针对本案类似行为，法院无需再判断插入的链接是否获得用户同意（是否为强制），而只需要判断在原告合法提供的服务中，被告是否在嵌入自己的服务后，实现了影响用户选择的结果，并且造成了妨碍破坏原告合法提供的服务正常运行的后果。</p>
<p>未在其他经营者产品中提供链接，而通过其他方式进行流量劫持行为（以“安全风险提示流量劫持”为例）</p>	<p>如前述腾讯华为案中，被申请人在其手机、平板电脑等硬件产品上针对申请人的应用商店产品反复设置风险提示，并且设置跳转至被申请人服务的链接，如果适用现行反法将只能依据反法二条的诚实信用条款或者第十四条的商业诋毁条款。但在反法征求意见稿中，流量劫持的不正当竞争行为中增加了“<b>利用关键词联想、设置虚假操作选项等方式，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者诱导用户点击</b>”的具体行为，使得之前具有不确定性的不正当竞争行为有了明确的适用依据。</p> <p>但如果未在其他经营者产品中提供链接，而通过其他方式进行的流量劫持行为不在本次新增的具体不正当竞争行为（前述红字部分）范围内的，仍需要结合第十六条第一款的概括性规定条款中的判断要件（“影响用户选择”，“妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行”），以该条的兜底性条款作为认定流量劫持行为依据，此时将又面临新型竞争行为法律上的不确定性。因此如果本次征求意见稿中可以对流量劫持行为在目前的概括性规定条款中进一步增加判断要件，则将有效加强新型竞争行为的确定性。</p>

因此，结合目前的司法实践、司法解释等，本次征求意见稿中针对“流量劫持”新增的具体不正当竞争行为，首先是对现有案件的立法性汇总，其次增强了实践中的预期性、可操作性和规范性。如果正式稿中可以增加相关内容，将大大增加流量劫持案件的司法灵活度，以尽量避免适用反法二条的诚实信用条款，以及互联网专条中的小兜底（原反法第十二条第二款第（四）款）条款。

[1] MBA 智库百科 <https://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%B5%81%E9%87%8F%E5%8A%AB%E6%8C%81>

[2] 微博、今日头条、美团大众点评网、360、腾讯、小米科技等六家互联网公司今日共同发表了一份《六公司关于抵制流量劫持等违法行为的联合声明》

[3] 由于本案是在反不正当竞争法司法解释出台之前判决，因此对于如何理解反法第十二条第二款第（一）项中的“强制”与司法解释并不一致，本案中适用了反法第十二条第二款第（四）项。



植德观点  
政府监管与合规篇

## ESG 通识篇——认识 ESG 体系

钟凯文、黄思童、赵海洋、高诗茗

ESG 是英文 Environmental（环境）、Social（社会）和 Governance（治理）的缩写，是一种关注企业环境、社会、公司治理绩效而非仅财务绩效的价值理念、投资策略和企业评价标准。ESG 起源于社会责任投资（Socially Responsible Investment，“SRI”），是社会责任投资中最重要三项考量因素。近年来，披露 ESG 信息的上市公司逐年增多，进行 ESG 评级的机构不断涌现，采纳 ESG 投资理念的投资机构数量也在不断增加。在全球责任投资背景下，特别是中国政府提出实现 2030 年前碳达峰、2060 年前碳中和（“双碳”目标）后，绿色发展已成为我国高质量发展和实现“双碳”目标的要求之一，ESG 理念所倡导的可持续发展则与我国的绿色发展要求相契合。

在 ESG 理念备受重视的政策趋势下，上市公司、投资机构所关注的 ESG 相关的信息披露、ESG 投资、尽职调查、企业合规与内部治理等方面的需求引起了咨询机构、律师事务所等专业服务机构的关注。植德为提供更为优质且有针对性的法律服务，拟在对 ESG 体系全面研究的基础上陆续发表系列专业文章，主要内容包括但不限于：第一，解读 ESG 体系，了解 ESG 的基本概念、来源、演变历程、重要性、ESG 体系的主要内容及发展现状；第二，从上市公司视角出发解读国内国际的 ESG 信息披露要求；第三，基于投资机构的视角分析 ESG 投资的相关政策及如何贯彻 ESG 投资理念；第四，从环保企业视角出发，透视企业内部 ESG 合规及治理等等。

本篇文章为系列文章的通识篇，在本文中，我们主要对 ESG 理念和体系进行整体性的介绍，并从以下几个方面展开：第一，ESG 的定义、来源及 ESG 对社会发展的重要性介绍；第二，ESG 体系的主要内容，包括对国际国内 ESG 信息披露、评估评级和投资指引的介绍；第三，全球及中国内地 ESG 发展现状概述。

### （一）ESG 简介

#### 1. ESG 的来源

世界各国虽对 ESG 评价的标准各有区别，但多数国家和市场可能存在的典型 ESG 因素包括：**环境（E）**：碳及温室气体排放、环境政策、废物污染及管理政策、能源使用/消费、自然资源使用和管理政策、生物多样性等；**社会（S）**：性别及性别平衡政策、人权政策及违反情况、社团（或社区）关系、健康安全、管理培训、劳动规范、产品责任、职业健康安全、精准扶贫、公益慈善及其他等；**治理（G）**：公司治理、高管薪酬、贿赂和腐败、董事会多样性与结构、税务策略等。

在 ESG 理念流行之前，更为大众所熟知的概念是“社会责任投资”。社会责任投资是一种旨在将环境、社会和治理因素纳入投资决策，从而更好地管理风险并产生可持续长期回报的投资方式，其强调在选择投资企业时不仅要关注企业在财务、业务方面的表现，还要考虑企业履行社会责任和维护公共利益的情况。1971 年，世界上首支责任投资基金-Pax World Fund 在美国诞生<sup>[1]</sup>，Pax World Fund 在投资过程中同时运用社会标准和财务标准，为可持续投资行业的萌芽作出了贡献。责任投资理念的兴起让环境、社会和治理因素逐渐进入了公众的视野。

从 20 世纪 90 年代至今，随着责任投资理念的发展，现代 ESG 投资理念也开始兴起。2006 年，由联合国成立的责任投资原则组织发布了联合国责任投资原则(the United Nations supported Principles for Responsible Investment,“UNPRI”),其内容包括：第一，将 ESG 问题纳入投资分析和决策流程；第二，成为积极的所有者，将 ESG 问题纳入所有权政策和实践；第三，寻求被投资实体对 ESG 问题进行合理披露；第四，推动投资业广泛采纳并贯彻落实负责任投资原则；第五，齐心协力提高负责任投资原则的实施效果；第六，报告负责任投资原则的实施情况和进展<sup>[2]</sup>。

近年来，经过投资实践，人们逐渐发现采用 ESG 投资理念筛选出来的投资组合在二级市场投资领域的投资业绩表现极佳，且在一级市场，越来越多的机构投资者或者高净值个人投资者更加重视投资价值和社会责任，因此“ESG 投资”、“可持续发展”和“绿色金融”获得极大的社会关注，也开始越来越多地进入到人们的生活中。

## 2.ESG 于社会发展之重要性

### ESG 理念对社会发展具有重要意义。

第一，ESG 对企业环境责任的评估有利于引导企业践行绿色发展理念，鼓励企业采用节能环保等技术，从而促进环境友好型社会的发展。企业 ESG 表现良好，才能稳健、持续地创造价值，实现经济效益、社会效益、生态效益的共赢，从而实现长期可持续发展。

第二，ESG 对社会责任的评估有利于促进企业及投资者更关注企业社会责任的践行，更好地平衡经济发展与社会和谐之间的关系。全球加入 UNPRI 的机构已达到呈现高速增长的态势，而这个增长仍在持续。从市场分布来看，签署群体主要集中在发达市场，但在亚洲和新兴市场也开始呈现快速增长的态势。

第三，ESG 对企业治理的评估有利于促进企业完善内部治理，一方面优化股东、董事、监事及管理人员之间的关系，帮助企业完善现代公司管理制度；另一方面也协调企业与员工、客户、社会公众等利益相关者之间的关系，促进企业的可持续发展，助力防范风险。

### (二) ESG 体系的主要内容

目前，ESG 主要从信息披露、评估评级和投资指引等三个维度影响和作用于社会经济活动，我们且称其为 ESG 体系。其中，ESG 信息披露是前提条件，ESG

评估评级提供了评价和比较的方法，而 ESG 投资指引则为基于前两者的 ESG 投资提供了具体的指引。

## 1. 国际 ESG 体系的主要内容及特点

### (1) ESG 信息披露

2000 年开始，一些国际组织开始制定 ESG 信息披露指标和内容，并发布指引或指南。例如，全球报告倡议组织（GRI）<sup>[3]</sup> 分别于 2000 年、2002 年、2006 年、2013 年发布了四版《可持续发展报告指南》，指南中提出了可持续发展的披露指标和内容。2001 年，国际标准化组织(International Standard Organization, “ISO”) 开始着手进行社会责任国际标准的可行性研究和论证，并专门成立了社会责任顾问组。2004 年 6 月，ISO 最终决定开发一个适用于包括政府在内的所有社会组织的“社会责任”国际标准化组织指南标准，由 54 个国家和 24 个国际组织共同参与制定，编号为 ISO26000。

全球也有多个国家和地区的交易机构提出了 ESG 信息披露的具体要求，以鼓励型信息披露为主，但部分交易所对 ESG 信息有强制披露的要求。

例如，香港交易所自 2012 年发布了《环境、社会及管治报告指引》（以下简称《ESG 指引》），建议企业披露 ESG 相关信息。2014 年，香港特区政府发布《公司条例》，要求港股上市企业必须进行 ESG 信息披露。香港交易所先后在 2015 年和 2019 年对《ESG 指引》进行修订，2019 年底修订的最新版指引中首先对企业 ESG 报告发布时间进行调整，规定企业必须在财年结束后 5 个月内发布 ESG 报告，提升了 ESG 信息的时效性。同时新版指引还鼓励报告发行人寻求第三方机构进行鉴证，以加强报告信息的可信性。《ESG 指引》规定了上市公司的 ESG 信息披露要求，该指引对部分 ESG 信息（如董事会对环境、社会及管治事宜的监管；董事会的环境、社会及管治管理方针及策略；董事会如何按环境、社会及管治相关目标检讨进度，并解释它们如何与发行人业务有关连等）作出了强制披露的要求，而对其他 ESG 信息则作出了“不遵守就解释”的信息披露要求。对于 ESG 信息的披露形式，《环境、社会及管治报告指引》则规定 ESG 报告既可以选择登载于上市公司的年报中，也可以登载于一份独立的报告中，但 ESG 报告未载于上市公司的年报中的，则需要与年报同步刊发<sup>[4]</sup>。

新加坡证券交易所发布的《可持续发展报告指引》则规定所有发行人都必须准备每年的可持续发展报告，按照“不遵守就解释”的要求披露 ESG 信息<sup>[5]</sup>。

各交易所发布的 ESG 信息披露框架和指引为企业在 ESG 信息披露方面提供了明确的指导和规范，这些框架和指引也可以成为企业构建自身 ESG 管理体系的参考。

### (2) ESG 评估评级

随着 ESG 理念的发展，ESG 评级结果将影响企业估值，社会正经历从以往聚焦传统财务指标到更加关注可持续发展因素的转变，争取更优化的 ESG 评级成为越来越多的企业的战略目标之一。伴随着这一趋势，国际上也出现了许多

ESG 评级机构，如 MSCI，富时罗素等，这些机构通过自己的 ESG 指数产品，扩大了自身的地区覆盖范围以及市场影响力，也在很大程度上推动了 ESG 理念的进一步发展及 ESG 信息披露标准的统一。

一般而言，ESG 评级体系会设置不同的主题和议题，在每个主题和议题下面则会设置具体的定量和定性指标，部分指标会与国际组织的指标（如 GRI 的指标）互相呼应。一些评级机构的指标还会涵盖被评级公司在特定议题上的立场、政策、管理方法、合规情况及争议事件等各个维度，在后续的评级中会与其他重点议题的评估结果相结合，最终得出 ESG 评级结果。

以 MSCI 的评估评级体系<sup>[6]</sup>为例，MSCI 会评估被评级公司在环境、社会和管治三个大项下的 35 个 ESG 关键议题的数据，并结合这些关键议题的影响程度大小和为公司带来的风险和机会等因素得出被评级公司的 ESG 评估结果。最终，被评级公司会获得 CCC，B，BB，BBB，A，AA 或 AAA 的 ESG 评级结果，而被评级公司的环境、社会及管治的评分均可单独查看<sup>[7]</sup>。

### **(3) ESG 投资指引**

在国际上，ESG 体系由 ESG 披露、ESG 评估和 ESG 投资相辅相成、相互衔接而组成。ESG 披露是评级机构作出 ESG 评级的基础，各国监管部门以及各交易所发布并推广 ESG 披露指引建立起 ESG 披露框架，ESG 评级指数的表现会在很大程度上影响投资者的决策。因此，从 ESG 的披露开始，到评级机构的参与、投资机构的投资指引，整个过程相互衔接，展示企业在 ESG 的表现，最终影响其在资本市场上的表现。

从投资角度而言，目前国际上一些国际组织、ESG 评级公司及国际交易所已经发布了 ESG 投资指引，这些 ESG 投资指引中所包括的主要因素有：

环境方面：碳及温室气体排放、环境政策、废物污染及管理政策、能源使用或消费、自然资源（特别是水资源）使用和管理政策、生物多样性、合规性等。

社会方面：性别及性别平衡政策、人权政策及违反情况、社团或社区、健康安全、管理培训、劳动规范、产品责任等。

治理方面：公司治理、贪污受贿政策、反不公平竞争、风险管理、税收透明、公平的劳动时间、道德行为准则和合规性等。

ESG 投资指引可以为投资者和投资机构在进行 ESG 投资时提供更为清晰具体的指导和方向，使投资者和投资机构能更好地完成 ESG 投资。

## **2. 中国内地现有的 ESG 体系内容介绍和梳理**

### **(1) ESG 信息披露**

目前中国内地的 ESG 信息披露主要包括针对涉及环境污染的污染物强制披露、由证券交易所发布的披露指引，以及上市公司在年报和社会责任报告中的自愿披露组成。因此，在中国内地，强制性和自愿式 ESG 报告并存。

中国证监会《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第2号—年度报告的内容与格式》（2021年修订）中规定，所有在生态环境部重点排污单位名单上的企业必须披露详细的污染信息和污染防治措施。

根据《上海证券交易所科创板股票上市规则》（2020年修订），上海证券交易所科创板要求企业报告其履行社会责任的情况，并视情况编制和披露社会责任报告、可持续发展报告、环境责任报告等文。从2022年1月《上海证券交易所科创板上市公司自律监管规则适用指引第2号——自愿信息披露》来看，发布ESG报告仍属自愿行为。但是，根据2022年1月中国证券报消息，上交所通过内部系统向科创板上市公司发布的《关于做好科创板上市公司2021年年度报告披露工作的通知》<sup>[8]</sup>，明确科创板公司应当在年度报告中披露ESG相关信息。其中，要求“科创50指数成份公司”单独披露社会责任报告，如已披露ESG报告，则可免于披露社会责任报告。《年报工作通知》中单列一项“关于ESG信息”，明确科创板公司应当在年度报告中披露ESG相关信息，并视情况单独编制和披露ESG报告、社会责任报告、可持续发展报告、环境责任报告等文件。

根据深圳证券交易所2022年1月发布的《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第1号——主板上市公司规范运作》第8.4条，上市公司应当积极履行社会责任，定期评估公司社会责任的履行情况。“深证100”样本公司应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告。深圳证券交易所鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告。

根据上海证券交易所2022年1月发布的《上海证券交易所上市公司自律监管指引第1号——规范运作》第8.5条，在上海证券交易所上市的“上证公司治理板块”样本公司、境内外同时上市的公司及金融类公司，应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告。上海证券交易所鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告等非财务报告。公司披露社会责任报告的，董事会应当单独进行审议，并在上海证券交易所网站披露。

## （2）ESG 评估评级

我国ESG评估评级体系起步较晚，目前仍处于探索阶段，尚未形成统一标准。评级覆盖范围较广的ESG评价机构包括中证指数、华证指数、商道融绿、社投盟、润灵环球、中财大绿金、微众揽月、鼎力公司、万得等。ESG评价覆盖范围大多集中于A股上市公司和公募信用债发债主体（含非上市公司），通过各种渠道收集公开数据、设计分层指标体系，计算公司环境、社会、治理分数或字母档级，分析评估后得出评估结果。

以华证ESG评价体系为例，其分为ESG评级和ESG尾部风险两个部分。ESG评级涵盖一级指标3个、二级指标14个、三级指标26个，底层数据指标超过130个。华证ESG评级的计算方法为：基于底层数据计算26个三级指标的得分，根据行业特点构建行业权重矩阵，根据各个行业权重矩阵计算出ESG得分，最后将公司归为“AAA-C”九档。ESG尾部风险评价更侧重负面信息的监控，将公司归为“严重警告、警告、关注、低风险”四档<sup>[9]</sup>。

另外，根据商道融绿的官网信息<sup>[10]</sup>，商道融绿的 ESG 评估系统通过收集被评级公司的 ESG 信息，并对 ESG 信息进行量化评估，最终将 ESG 信息转化为投资者可以便捷使用的绩效分数。融绿 ESG 信息评估体系共包含三级指标体系。一级指标为环境、社会和公司治理三个维度。二级指标为环境、社会和公司治理下的 13 项分类议题，如环境下的二级指标包括环境目标、环境管理、环境披露及负面事件等。三级指标将会涵盖具体的 ESG 指标，共有 127 项三级指标，例如社会方面的三级指标包括劳工政策、员工政策、女性员工、多样化、供应链责任管理等 30 多项指标。评估体系分为通用指标和行业特定指标，通用指标适用于所有上市公司，行业特定指标是指各行业特有的指标，只适用于本行业分类内的公司。底层数据来源包括企业通过年报、ESG 报告、公告等主动披露的信息，也包括监管部门的处罚信息、媒体报道等被动公开的负面信息。

由此可见，虽然评价指标多元，但国内已经逐渐形成了较为完善和全面的 ESG 评级评估体系，这也将进一步引导和规范国内企业在 ESG 方面的行为和表现，并为投资者带来更多的投资参考和启发。

### (3) ESG 投资指引

国内部分机构已经开始发布 ESG 投资指引，为国内的 ESG 投资提供了具体的指导。

例如，中国证券投资基金业协会在 2018 年时发布了《绿色投资指引(试行)》，旨在促进绿色基金发展、引导各类机构开展绿色投资及鼓励金融机构开发绿色金融产品，为全面践行 ESG 责任投资奠定基础。《绿色投资指引(试行)》不仅界定了绿色投资的内涵，明确了绿色投资的目标和基本原则，同时也明确了开展绿色投资的基本方法，并对基金管理人践行绿色投资进行监督和管理。

而中国保险资产管理业协会也在抓紧研究制定保险资金 ESG 投资指引<sup>[11]</sup>，拟在产品设计、投资流程、风险识别、尽责管理、信息披露、自律管理等方面明确相关原则且细化有关要求，为保险资金树立 ESG 投资理念、更好推进 ESG 投资提供指导。

### (三) 全球及中国内地 ESG 发展现状

#### 1.披露 ESG 信息的上市公司逐年增多

由于各地监管机构及交易所陆续对上市公司的信息披露作出要求，披露 ESG 信息的上市公司正逐年增多。

以 A 股上市公司的 ESG 信息披露情况为例，根据商道纵横发布的《A 股上市公司 2020 年度 ESG 信息披露统计研究报告》，从 2011 年以来 A 股上市公司 ESG 报告发布数量持续增长，2021 年共有 1092 家 A 股上市公司发布 2020 年 ESG 报告，占当年全部 A 股上市公司数量的 25.3%。

#### 2.进行 ESG 评级的机构不断涌现

在全球责任投资背景下，特别是中国政府提出“双碳”目标后，资本市场对于企业 ESG 管理的重视度正快速提升。全球众多投资实例已经表明，ESG 分析可以帮助投资者识别投资机会，规避组合风险，从而长期影响投资组合的风险和收益率。

近年来，境内外进行 ESG 评级的机构不断涌现。国际上的 ESG 评级机构主要有 MSCI、富时罗素，这两个机构在 ESG 评级领域已经具有多年经验。而国内的 ESG 评级机构也随着投资者、监管机构等对企业 ESG 信息披露等方面的要求的增加而逐渐增多，如润灵环球、商道融绿、社投盟、华证指数、微众揽月等近年都开始逐渐建立自己的评级体系和评级方法，提供 ESG 评估评级服务。

### 3. 采纳 ESG 投资理念的投资机构数量不断增加

在金融市场中，ESG 与企业业绩水平和长远发展存在密切关系，是投资者对企业进行传统财务分析的有效补充。ESG 考虑了传统投资利润最大化之外的环境、社会和治理等价值驱动因素，满足了资本市场对此具有偏好的投资者的需求，特别是 ESG 理念提供的相关信息具有系统性、全面性和定量可比等特征，可以为实行 ESG 理念的投资者提供投资行为的指引，因此将 ESG 理念贯彻于投资实务中的资金规模正逐步扩大。

截至 2022 年 2 月底，全世界已有四千七百多家机构都签署了联合国责任投资原则，在投资过程中，积极践行 ESG 投资理念<sup>[12]</sup>。而根据万得数据，截至 2021 年 1 月 31 日，国内已有 ESG 投资基金 138 支，仅 2020 一年即新增 ESG 投资基金 24 个，增速显著高于过往 3 年<sup>[13]</sup>。可见，采纳 ESG 投资理念的投资机构的数量正逐渐增加。

[1] 参见 PaxWorldFund 官网简介：<https://impaxam.com/about-us/history/>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[2] 参见 UNPRI 官网：<https://www.unpri.org/about-us/what-are-the-principles-for-responsible-investment>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[3] 参见 GRI 官网：<https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-english-language/>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[4] 参见香港证券交易所《环境、社会及管治报告指引》，[https://cn-rules.hkex.com.hk/sites/default/files/net\\_file\\_store/HKEXCN\\_TC\\_10553\\_VER17359.pdf](https://cn-rules.hkex.com.hk/sites/default/files/net_file_store/HKEXCN_TC_10553_VER17359.pdf)。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[5] 参见新加坡证券交易所《可持续发展报告指引》，<http://rulebook.sgx.com/rulebook/practice-note-76-sustainability-reporting-guide>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[6] 参见 MSCI 官网，<https://www.msci.com/our-solutions/esg-investing/esg-ratings/esg-ratings-key-issue-framework>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[7] 参见 MSCI ESG 评级方法，<https://www.msci.com/documents/1296102/4769829/MSCI+ESG+Ratings+Methodology+-+Exec+Summary+Dec+2020.pdf/15e36bed-bba2-1038-6fa0-2cf52a0c04d6?t=1608110671584>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[8] 参见中国证券报公众号《科创板公司注意！2021 年年报披露有变化：完善 ESG 信披、进一步突出科创属性、增强特殊企业信披针对性》，网址：[https://mp.weixin.qq.com/s/TzRY-2JcggGr2wKpGm\\_UzA](https://mp.weixin.qq.com/s/TzRY-2JcggGr2wKpGm_UzA)。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[9] 参见《国内 ESG 评价体系：标准未现，多元探索》，网址：<https://www.zhitongcaijing.com/content/detail/664698.html>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[10] 参见商道融绿官网，[http://www.syntaogf.com/Menu\\_CN.asp?ID=34](http://www.syntaogf.com/Menu_CN.asp?ID=34)。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[11] 参见《监管动态 | 银保监会正在抓紧研究制定保险资金 ESG 投资指引》，网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/tTwAeU8Kg5u1g1WMZz3j6Q>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[12] 参见 UNPRI 官网：<https://www.unpri.org/signatories/signatory-resources/signatory-directory>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

[13] 参见 CVAinstitute：“10 个 ESG 及企业估值的常见问题，答案都在这里”，网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/30oad9SK1vPbR2kYMGWdFw>。最后访问日期：2022 年 2 月 24 日。

## 保健食品广告合规要点

郭晓兴等

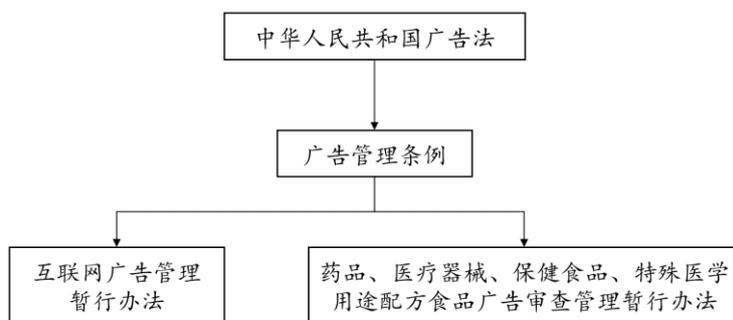
### 一、概述

#### 1. 广告的定义及认定

根据《广告法》规定，广告活动指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活动。现实中，广告的形式多种多样，其可以文字、图片、音频、视频等各种形式呈现，广告的媒介也随着互联网科技发展与商业模式的转变在不断变化，传统广告主要以报纸、杂志、电视为媒介，互联网广告则是以网站、网页、互联网应用程序等为媒介，但无论媒介如何变化，只要是以“推销”为目的，从事产品/服务“介绍”行为的，都有可能被认定为广告。

#### 2. 保健食品广告监管体系

针对广告监管，不同角度的相关规定较多，凡是在中国境内从事广告活动的，均应当遵守《广告法》及《广告管理条例》的规定；从媒介、形式上落入“互联网广告”范畴的，还应遵守《互联网广告管理暂行办法》。针对保健食品广告，主要监管体系如下：



### 二、保健食品广告的前置审查

保健食品作为一种具有保健功能的特殊“食品”，与人体健康有着紧密关联，因此根据《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》（“《暂行办法》”）规定，其广告与药品广告等类似，须通过主管部门的前置审查方可发布。

#### 1. 保健食品广告的审查申请主体

根据《广告法》规定，广告活动的主体包括“广告主”、“广告经营者”、“广告发布者”、“广告代言人”，其中，广告主指以推销为目的拟设计、制作、发布广告的自然人、法人或者其他组织；广告主可以自行设计、制作、发布广告，该

等情况下广告主亦为广告发布者；广告主也可以委托他人设计、制作、发布广告，该等情况下，受托设计、制作广告的第三方为广告经营者，受托发布广告的第三方为广告发布者。

根据《暂行办法》，保健食品广告未经审查不得发布，保健食品广告审查申请人为保健食品注册证明文件或者备案凭证持有人及其授权同意的生产、经营企业，即保健食品广告的审查申请人应为广告主，而非广告经营者或广告发布者。

- 虽然广告经营者、广告发布者不得为保健食品广告审查申请人，但其与任何第三方可以作为代理人，接受保健食品广告审查申请人的委托代其办理审查申请手续。

## 2. 保健食品广告的审查及内容要求

根据《广告法》、《暂行办法》规定，保健食品广告就其审查及内容等方面与一般食品广告、药品广告存在差异，具体如下：

事项	一般食品	保健食品	药品 [1]
审查	一般无需审查	事前审查	
审查机关	/	市场监督管理部门	药品监督管理部门
提交材料	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 《广告审查表》</li> <li>➤ 与发布内容一致的广告样件</li> <li>➤ 申请人的主体资格相关材料</li> <li>➤ 产品注册证明文件或者备案凭证</li> <li>➤ 注册或者备案的产品标签和说明书</li> <li>➤ 产品生产许可文件</li> <li>➤ 广告中涉及的知识产权相关有效证明材料</li> </ul>	
广告批准文号有效期	/	与产品注册证明文件、备案凭证或者生产许可文件最短的有效期一致；未规定有效期的，广告批准文号有效期为两年	
广告媒介	/	/	处方药只能在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业刊物上作广告
广告内容一般性原则	真实：不得含有虚假或者引人误解的内容		
	准确：对于商品/服务的介绍及描述应准确、清楚、明白		
	可识别性：应采取显著标明“广告”等方式使消费者能够辨明广告		
明示内容	/	显著标明保健食品标志、适宜人群和不适宜人群	显著标明禁忌、不良反应
		显著标明“保健食品不是药物，不能代替药物治疗疾病”	处方药应显著标明“本广告仅供医学药学专业人士阅读” 非处方药应显著标明非处方药标识（OTC）和“请按药品说明书或者在药师指导下购买和使用”
		显著标明广告批准文号	
涉及专利产品或者专利方法的，应当标明专利号和专利种类。			
禁止内容	不得涉及疾病预防、治疗功能		/
	不得使用医疗用语或者易使推销的商品与药品、医疗器械相混淆的用语		/
	/	不得与药品、其他保健食品进行比较	不得与其他药品的功效和安全性比较
		不得与市场监督管理部门批准的注册	不得与国务院药品监督管理部门批准

	证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书内容不一致	的说明书不一致
	不得含有表示功效、安全性的断言或者保证，包括但不限于不得含有：药品治愈率或者有效率；“安全”“安全无毒副作用”“毒副作用小”的表述，或明示、暗示成分“天然”	
	不得利用广告代言人、使用科研单位、学术机构、行业协会或者专家、学者、医师、药师、临床营养师、患者等的名义或者形象作推荐、证明	
	不得含有明示或者暗示可以治疗所有疾病、适应所有症状、适应所有人群，或者正常生活和治疗病症所必需等内容	
	不得含有引起公众对所处健康状况和所患疾病产生不必要的担忧和恐惧，或者使公众误解不使用该产品会患某种疾病或者加重病情的内容	
	不得含有“热销、抢购、试用”“家庭必备、免费治疗、免费赠送”等诱导性内容，“评比、排序、推荐、指定、选用、获奖”等综合性评价内容，“无效退款、保险公司保险”等保证性内容，怂恿消费者任意、过量使用药品、保健食品和特殊医学用途配方食品的内容	
	不得含有医疗机构的名称、地址、联系方式、诊疗项目、诊疗方法以及有关义诊、医疗咨询电话、开设特约门诊等医疗服务的内容	

- 保健食品广告审查例外情形：根据《暂行办法》规定，保健食品广告中只宣传产品名称的，不再对其内容进行审查。

### 三、保健食品广告常见违规情形

#### 1. 虚假表述、涉及疾病治疗功能等

保健食品的功能内容是具有一定“封闭性”的，其可声称的保健功能及表述应符合保健食品功能目录、功能声称标准用语，或受限于注册过程中评审机构的评审结果，而不得任意删改、添加或合并；违反相关规定声称保健功能的、均可能被认定为存在虚假表述、明示/暗示具有疾病防治功能、使用了医疗用语或可能与药品混淆等。

上海市工商局于 2016 年 3 月 22 日发布了《关于广告中涉及“疾病治疗功能”和“医疗用语”等内容的审查要求》，其中提示在保健食品广告中使用医学名称及诊疗科目名称（西医、中医、外科）、疾病名称及疾病的治疗用语（湿疹、牛皮癣、康复、治愈）、含有疾病诊断、治疗方法和手段、疾病症状改善的用词（化验、CT、抗病毒、理疗、退烧）、医疗术语或医疗用语（抗炎、脱敏、解毒）等均可能被认定为违反相关规定。

此外，国家市场监管总局也于 2018 年 9 月 27 日发布了《关于防范保健食品功能声称虚假宣传的消费提示》，整理归纳了 27 类保健食品功能的常见虚假宣传表述，示例如下：

序号	允许声称的保健功能	常见虚假宣传表述
1	增强免疫力	防癌；抗癌；对放化疗有辅助作用等
2	辅助降血脂	抗动脉粥样硬化；保护心肌细胞；减肥；防止血液凝固；预防脑溢血、脑血栓；预防老年痴呆；降低血液黏度；促进血液循环及消除疲劳等
3	辅助降血糖	可以替代胰岛素等降糖类药物；预防或治疗糖尿病等

4	抗氧化	治疗肿瘤；预防治疗心脑血管等疾病；预防老年痴呆；治疗白内障；延年益寿等
5	辅助改善记忆	提高智力；提高学习专注力；提高考试成绩；缓解脑力疲劳、头昏头晕；预防老年痴呆等
6	缓解视疲劳	治疗近视；预防和治疗白内障、青光眼等
.....		

## 2. 违规使用代言人

根据相关规定，保健食品广告不得利用代言人作推荐、证明，需注意此处代言人不仅包括通常意义上的明星等具有一定社会影响力的知名人士，亦不得利用专家、学者、医生、甚至是普通患者对保健食品进行推荐、证明。

### ➤ 网络带货主播是否会被认定为是代言人？

根据《广告法》规定，广告代言人是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。所以首先，按照其定义，在主体范围上，如果是商品的生产经营方为自己的保健食品进行网络带货，则不属于代言范围，不受限制。

其次，对于非广告主的情况下，是否属于代言的重点判断标准是否为“以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明”。如果主播仅是起到导购作用，客观介绍保健食品的品牌、价格、规格、购买方式，则不属于代言的范围；但如果主播以自己使用过后的经历对保健食品的功能、效果进行描述、推荐，则将属于代言行为，将有承受行政处罚的风险。

## 3. 互联网媒介保健食品广告未取得审批

根据前文所述，以“推销”为目的通过各类媒介、形式，包括互联网网站、应用程序等从事保健食品“介绍”行为的，例如付费搜索优先显示、电子邮件、网络直播、互联网软文、朋友圈发布等，均可能构成保健食品广告而受限于事前审批及保健品广告监管规则。未提前取得审批发布的保健食品广告，其广告主、明知或者应知违规的广告经营者、广告发布者可能根据相关规定受到责令停止、消除影响、罚款、没收违法所得等处罚。

## 4. 广告拼接、剪辑

根据《暂行办法》规定，经审查通过的保健食品广告，不得随意进行剪辑、拼接、修改，除非重新申请并通过广告审查，否则不得发布。

## 结语

保健食品事关公众身体健康和生命安全，因此相关法律法规及执法部门对保健食品广告活动进行严格限制，而保健食品生产企业、经营企业为推销之进行进行宣传、推广时，亦不应仅考虑推销效果，而应注意合规要点，以避免被认定违规承受不利后果，这更是树立企业社会责任的应有之义。

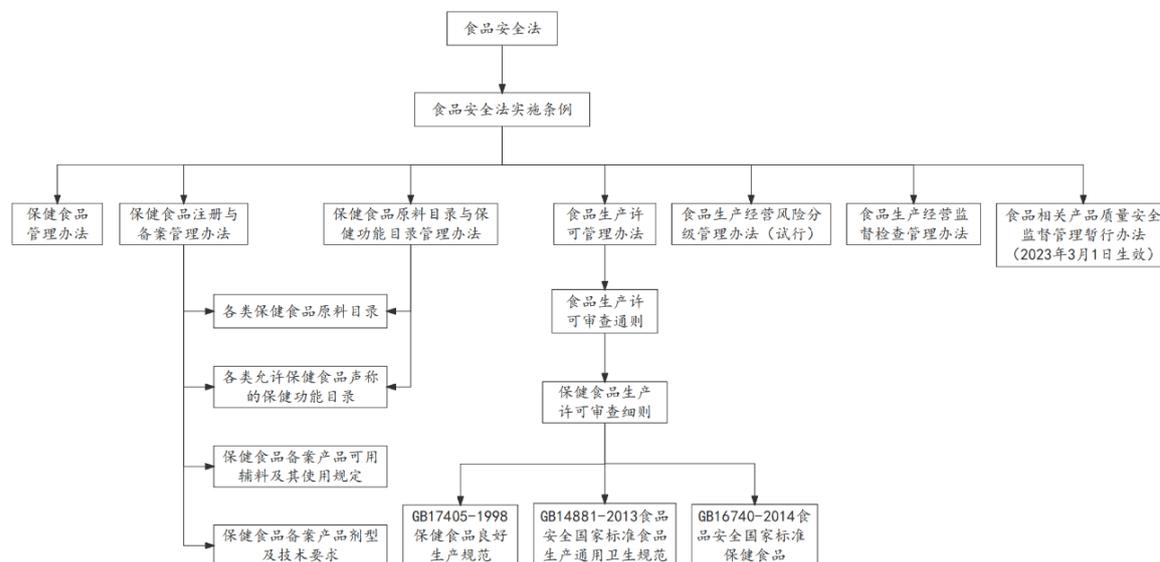
[1] 麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法，不得作广告。

## 保健食品监管研究（三）——保健食品生产合规要点

郭晓兴等

### 一、保健食品生产监管概述

相较于普通食品，我国对保健食品等特殊食品实施严格监督管理，对保健食品的生产也延续了严格监管的态度。在监管形式上，分为产品注册备案及事前许可、事中监督检查及事后惩处。从监管对象上看，除了保健食品本身的生产主体流程受相关主管部门的监管外，保健食品的剂型、原材料与辅料选取等均受到不同程度的监管。我国关于保健食品生产的监管体系主要如下：



### 二、保健食品生产监管制度

#### （一）产品注册备案及事前许可制度

根据《保健食品注册与备案管理办法》等规定，相较于普通食品，保健食品在生产或进口前，应当完成产品注册或备案手续，具体可见《保健食品监管研究（一）——分类与监管体系介绍》。

根据《食品生产许可管理办法》、《食品生产许可审查通则》、《保健食品生产许可审查细则》等规定，在中国境内从事保健食品生产的应须取得食品生产许可，但保健食品作为一种具有保健功能的特殊食品，较取得其他普通食品的生产许可存在一定差异，具体如下：

事项	普通食品	保健食品
申请主体	生产者	
主管机关	市、县级市场监督管理部门	省、自治区、直辖市市场监督管理部门
提交材料	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 食品生产许可申请书</li> <li>➢ 食品生产设备布局图和食品生产工艺流程图</li> </ul>	

	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 专职或者兼职的食品安全专业技术人员、食品安全管理人员信息和食品安全管理制度</li> <li>➢ 食品生产主要设备、设施清单</li> </ul>	
	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 与所生产保健食品相适应的生产质量管理体系文件</li> </ul>
	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 保健食品的注册或备案文件;委托生产的,可以“拟备案品种”获取保健食品生产许可资质</li> </ul>
申请条件	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 具有与生产的食品品种、数量相适应的食品原料处理和食品加工、包装、贮存等场所,保持该场所环境整洁,并与有毒、有害场所以及其他污染源保持规定的距离</li> </ul>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 具有与生产的食品品种、数量相适应的生产设备或者设施,有相应的消毒、更衣、盥洗、采光、照明、通风、防腐、防尘、防蝇、防鼠、防虫、洗涤以及处理废水、存放垃圾和废弃物的设备或者设施</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 除左侧所述要求外,保健食品生产工艺有原料提取、纯化等前处理工序的,需要具备与生产的品种、数量相适应的原料前处理设备或者设施</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 有专职或者兼职的食品安全专业技术人员、食品安全管理人员和保证食品安全的规章制度</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 除左侧所述要求外,保健食品安全管理规章制度和体系文件健全完善</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 具有合理的设备布局和工艺流程,防止待加工食品与直接入口食品、原料与成品交叉污染,避免食品接触有毒物、不洁物</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 除左侧所述要求外,生产工艺流程清晰完整;洁净车间应符合保健食品良好生产规范要求</li> </ul>
现场核查	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 需要对申请材料的实质内容进行核实的,应当进行现场核查</li> </ul>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 符合《食品生产审查通则》第十五条规定的,应当进行现场核查</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 除左侧所述要求外,申请人在生产许可有效期内出现以下情形之一的,必须进行现场核查: <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 保健食品监督抽检不合格的</li> <li>■ 保健食品违法生产经营被立案查处的</li> <li>■ 保健食品生产条件发生变化,可能影响产品质量安全的</li> </ul> </li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 申请延续换证,申请人声明生产条件未发生变化的无需现场核查</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 除左侧所述要求外,符合以下情形之一的,可以不进行现场核查: <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 在产品注册或者产品配方注册时经过现场核查的</li> <li>■ 申请增加同剂型产品,生产工艺实质等同的保健食品</li> </ul> </li> </ul>
现场核查要点	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 核查范围主要包括生产场所、设备设施、设备布局和工艺流程、人员管理、管理制度及其执行情况,以及试制食品检验合格报告</li> </ul>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 审查申请材料与实际状况的一致性、生产条件的符合性</li> </ul>	
	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 生产条件:符合保健食品良好生产规范要求</li> </ul>
	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 品质管理:根据注册或备案的产品技术要求,制定保健食品企业标准;检验室的设置应与生产品种和规模相适应,每批保健食品按照企业标准要求出厂检验,并进行产品留样</li> </ul>
/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 生产过程:制定保健食品生产工艺操作规程,建立生产批次管理制度,留存批生产记录</li> </ul>	

### ➢ 延展问题

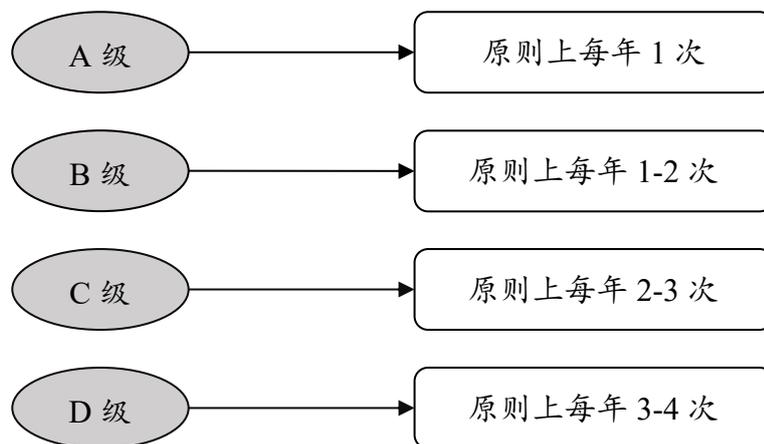
保健食品可以委托生产,委托方应是保健食品注册证书持有人,受托方应能够完成委托生产品种的全部生产过程。委托方委托具有相应保健食品相同剂型的生产资质的企业生产的,无需进行备案;若新开办保健食品生产企业或新增生产剂型的,应申请办理取得相应许可资质。委托生产的保健食品,标签说明书应当

标注委托双方的企业名称、地址以及受托方许可证编号等内容。

## （二）监督检查制度

根据《食品生产经营监督检查管理办法》规定，市场监督管理部门还会对保健食品生产者的生产环节实施重点监督检查。原则上市场监督管理部门每两年对食品生产者至少进行一次全面监督检查，但针对保健食品生产者，其可根据实际情况及工作需要增加日常检查频次。

此外，根据《食品生产经营风险分级管理办法（试行）》，我国建立了食品生产经营风险分级制度，监管部门结合生产经营食品类别、经营规模、消费对象等因素将食品生产经营的静态风险分为 I-IV 级，其中保健食品的生产者系 IV 档，即静态风险等级中的最高等级。基于静态风险和动态因素，监管部门将对食品生产经营者进行分级（A-D 级），级别更高意味着将会受到更高频次的监管。



生产环节监督检查的要点主要包括食品生产者资质、生产环境条件、进货查验、生产过程控制、产品检验、贮存及交付控制、不合格食品管理和食品召回、标签和说明书、食品安全自查、从业人员管理、信息记录和追溯、食品安全事故处置等情况。相较于普通食品，保健食品作为特殊食品的还将被主要关注注册备案要求执行、生产质量管理体系运行（应定期对该体系的运行情况进行自查，保证其有效运行，并向所在地县级人民政府食品安全监督管理部门提交自查报告）、原辅料管理、原料前处理等情况。

## 三、保健食品剂型及原辅料相关规定

保健食品剂型种类较多，主要剂型有片剂、粉剂、颗粒剂、茶剂、硬胶囊剂、软胶囊剂、口服液、丸剂、膏剂、饮料、酒剂等，但舌下吸收的剂型、喷雾剂等不得作为保健食品剂型。就保健品原料，卫生部（已撤销）于 2002 年作出《卫生部关于进一步规范保健食品原料管理的通知》，并配套发布了《既是食品又是药品的物品名单》、《可用于保健食品的物品名单》、《保健食品禁用物品名单》，原则性规定了保健食品的原料可选用范围，明确《保健食品禁用物品名单》项下

相关物品、熊胆粉、肌酸、金属硫蛋白、药品原料及相关野生动植物不得作为保健食品原料。

我国保健食品实行注册备案双轨制，保健食品原料的选取将影响并决定保健食品应采用备案制还是注册制度，相关部门陆续发布了《保健食品原料目录(一)》及关于辅酶 Q10 等具体原料的系列保健食品原料目录，使用该等保健食品原料目录以外原料的保健食品应当申请保健食品注册，审核流程相对更长、要求更为严格；而使用原料已列入保健食品原料目录的保健食品仅需依法取得备案即可。此外，根据《保健食品注册与备案管理办法》规定，备案的保健食品的产品配方、辅料及用量、功效、剂型及生产工艺等亦均须符合法律、法规、规章、强制性标准及技术要求的规定，相关部门也陆续发布了《保健食品备案产品剂型及技术要求》(2021 年版)、《保健食品备案产品主要生产工艺(试行)》、《保健食品备案产品可用辅料及其使用规定》(2021 年版)，故采用备案制的保健食品的辅料及用量、剂型及生产工艺等还须进一步符合上述规定要求。

#### ➤ 拓展问题

一般而言，同一产品不得制成两种剂型或分别成型，除非根据目前的生产技术条件不能加工成一种剂型，或虽可加工成一种剂型，但影响保质期导致保质期小于 6 个月，或只制成一种剂型导致不能独立形成一种保健功能。

### 四、保健食品包装相关规定

作为生产流程的下游环节，保健食品的名称、标签、包装等同样受到相关限制要求，根据《食品安全法》、《保健食品注册与备案管理办法》和《保健食品标注警示用语指南》等规定，相关规定具体如下：

包装事项	强制性规定	禁止性规定
名称	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 保健食品的名称由商标名、通用名和属性名组成：               <ul style="list-style-type: none"> <li>■ 商标名指依法注册的商标名称或者符合《商标法》规定的未注册的商标名称</li> <li>■ 通用名指表明产品主要原料等特性的名称，应当以规范的原料名称命名</li> <li>■ 属性名指表明产品剂型或者食品分类属性等的名称</li> </ul> </li> <li>➤ 同一企业就同一配方注册或者备案保健食品仅可使用同一名称</li> </ul>	<p>保健食品名称不得含有：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 虚假、夸大或者绝对化的词语</li> <li>➤ 明示或者暗示预防、治疗功能的词语</li> <li>➤ 庸俗或者带有封建迷信色彩的词语</li> <li>➤ 人体组织器官等词语</li> <li>➤ 除“”之外的符号</li> <li>➤ 其他误导消费者的词语</li> <li>➤ 人名、地名、汉语拼音、字母及数字等，但注册商标作为商标名、通用名中含有符合国家规定的含字母及数字的原料名除外</li> </ul> <p>通用名不得含有：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 已经注册的药品通用名</li> <li>➤ 保健功能名称或者与表述产品保健功能相关的文字</li> <li>➤ 易产生误导的原料简写名称</li> <li>➤ 营养素补充剂产品配方中部分维生素或者矿物质</li> <li>➤ 法律法规规定禁止使用的其他词语</li> </ul>
标签与说明书	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 应声明警示用语声：“保健食品不是药物，</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 不得涉及疾病预防、治疗功能</li> </ul>

	<p>不能代替药物治疗疾病”</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 警示用语、生产日期、保质期、投诉服务电话等的印刷要求应符合《保健食品标注警示用语指南》要求</li> <li>➤ 内容应当真实，与注册或者备案的内容相一致，包括产品名称、原料、辅料、功效成分或者标志性成分及含量、适宜人群、不适宜人群、保健功能、食用量及食用方法、规格、贮藏方法、保质期、注意事项等内容</li> </ul>	
--	---	--

### 结语

保健食品由于其特殊属性，相关法律法规对其、各生产环节均作出了详细的要求，因此保健食品生产者需加强日常经营的合规自查，以避免违规处罚，保障消费者的生命健康，承担企业社会责任。

## 保健食品监管研究（一）——分类与监管体系介绍

郭晓兴、王睿珏、李欣桐

### 一、保健食品的分类

#### 1.基本分类

从监管角度，保健食品可分类为注册制的保健食品和备案制保健食品两种基本类别。两者有不同的文号[1]。

注册制和备案制的核心差别在于，保健食品所使用的原料是否已经被列入保健食品原料目录。该目录由国家市场监督管理总局发布，目前已经分别于 2016 年 12 月和 2020 年 11 月发布了两个批次的原料目录。该等目录由社会建议或者国家市场监督管理总局主动调整的方式进行更新，在进入清单前，相关原料需要总局指定的评审机构进行评审，其用量范围、对应的功效、生产工艺、检测方法等产品技术要求可以实现标准化管理，确保依据目录备案的产品质量一致性。

营养素补充剂原料目录<sup>①</sup>

原料名称 <sup>②</sup>				每日用量 <sup>③</sup>			功效 <sup>④</sup>	
营养素 <sup>⑤</sup>	化合物名称 <sup>⑥</sup>	标准依据 <sup>⑦</sup>	适用范围 <sup>⑧</sup>	功效成分 <sup>⑨</sup>	适宜人群 <sup>⑩</sup>	最低值 <sup>⑪</sup>	最高值 <sup>⑫</sup>	⑬
钙 <sup>⑭</sup>	碳酸钙 <sup>⑮</sup>	GB1886.214《碳酸钙(包括轻质和重质碳酸钙)》 <sup>⑯</sup>	所有人群 <sup>⑰</sup>	Ca (以Ca计, mg) <sup>⑱</sup>	1—3 <sup>⑲</sup>	120 <sup>⑳</sup>	500 <sup>㉑</sup>	补充钙 <sup>㉒</sup>
	醋酸钙 <sup>㉓</sup>	GB15572《乙酸钙》 <sup>㉔</sup>	4岁以上人群 <sup>㉕</sup>		4—6 <sup>㉖</sup>	150 <sup>㉗</sup>	700 <sup>㉘</sup>	
	氯化钙 <sup>㉙</sup>	GB1886.45《氯化钙》 <sup>㉚</sup>	所有人群 <sup>㉛</sup>		7—10 <sup>㉜</sup>	200 <sup>㉝</sup>	800 <sup>㉞</sup>	
	柠檬酸钙 <sup>㉟</sup>	GB17203《柠檬酸钙》 <sup>㊱</sup>	所有人群 <sup>㊲</sup>		11—13 <sup>㊳</sup>	250 <sup>㊴</sup>	1000 <sup>㊵</sup>	
	葡萄糖酸钙 <sup>㊶</sup>	GB15571《葡萄糖酸钙》 <sup>㊷</sup>	所有人群 <sup>㊸</sup>		14—17 <sup>㊹</sup>	200 <sup>㊺</sup>	800 <sup>㊻</sup>	
	乳酸钙 <sup>㊼</sup>	GB1886.21《乳酸钙》 <sup>㊽</sup>	4岁以上人群 <sup>㊾</sup>		成人 <sup>㊿</sup>	200 <sup>㋀</sup>	1000 <sup>㋁</sup>	
	磷酸氢钙 <sup>㋂</sup>	GB1886.3《磷酸氢钙》 <sup>㋃</sup>	所有人群 <sup>㋄</sup>					

图 1：节选自关于发布《保健食品原料目录（一）》和《允许保健食品声称的保健功能目录（一）》的公告

#### 2.按功能分类

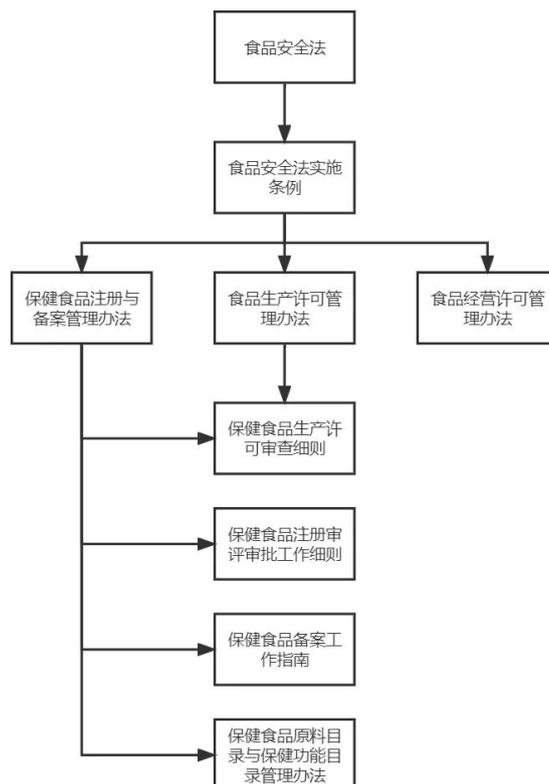
从功能上，保健食品可以分为营养素补充和非营养素补充两大类，其中非营养素补充功能可以分为增强免疫力、抗氧化、辅助改善记忆、缓解视觉疲劳、清咽润喉、改善睡眠、缓解体力疲劳等具体功能[2]。保健食品的功能内容是相对封闭性的，就备案制保健食品，其保健功能应当已经列入总局公布的保健食品功能目录中；保健食品标签中仅可使用功能声称标准用语，不得对功能用语进行任何形式的删改、添加或合并。就注册制保健食品，其保健功能应受限于注册过程中审评机构的审评结果。

#### 3.按产品形态分类

我们常见的保健食品的形态包括了软胶囊、硬胶囊、片剂、粉剂、口服液、滴剂、瓶装饮品及袋装饮品等。

## 二、保健食品的监管体系

保健食品的生产实行产品注册/备案与生产许可的双轨制。保健食品监管的上位法是 2021 年修订的《食品安全法》，相关监管法规的基本体系如下：



### 1.保健食品的注册与备案

事项	注册	备案
适用对象	使用保健食品原料目录以外原料的保健食品； 首次进口的保健食品（属于补充维生素、矿物质等营养物质的保健食品除外）。	使用的原料已经列入保健食品原料目录的保健食品； 首次进口的属于补充维生素、矿物质等营养物质的保健食品。
负责机构	国家市场监督管理总局	省、自治区、直辖市市场监督管理部门
主体要求	国产保健食品注册申请人应当是在中国境内登记的法人或者其他组织； 进口保健食品注册申请人应当是上市保健食品的境外生产厂商；由其常驻中国代表机构或者由其委托中国境内的代理机构办理。	国产保健食品的备案人应当是保健食品生产企业，原注册人 <sup>[3]</sup> 可以作为备案人； 进口保健食品的备案人，应当是上市保健食品境外生产厂商。
流程及时限	受理机构将在受理后 3 个工作日内将申请材料送交国家市场监督管理总局保健食品审评机构（“审评机构”）；	受理后符合要求的，当场备案；不符合要求的，一次性告知补正相关材料。

<p>评审机构在 60 个工作日内完成审查，特殊情况可延长 20 个工作日；</p> <p>评审机构可通知国家市场监督管理总局审核查验机构（“查验机构”）开展现场核查（30 个工作日）、复核检验机构进行复核检验（60 个工作日）；</p> <p>评审机构应将综合结论及建议在 5 个工作日内报送国家市场监督管理总局，国家市场监督管理总局在受理后 20 个工作日内做出准许或不准许注册的决定，并在做出决定之日其 10 个工作日内发出证书（有效期 5 年）或不予注册决定。</p>
--

- 延展问题：保健食品的注册证书是否可以转让？
- 可以转让。根据《保健食品注册与备案管理办法》第三十条，保健食品注册人转让技术的，受让方应当在转让方的指导下重新提出产品注册申请，产品技术要求等应当与原申请材料一致。审评机构按照相关规定简化审评程序。符合要求的，国家市场监督管理总局应当为受让方核发新的保健食品注册证书，并对转让方保健食品注册予以注销。受让方除提交本办法规定的注册申请材料外，还应当提交经公证的转让合同。

## 2.保健食品的生产资质

保健食品作为特殊食品，其生产商还应根据《食品生产许可管理办法》、《保健食品生产许可审查细则》等相关规定**取得食品生产许可方可进行生产**；对此，市场监督管理部门负责对该等生产许可实施审查，包括书面审查、现场核查等技术审查和行政审批等。

## 3.保健食品的经营资质

与生产许可类似，保健食品的经营、经销主体需要根据《食品经营许可证管理办法》的要求，申请并获得食品经营许可证。

随着国民对健康的需求增长和消费能力的提高，保健食品行业市场逐年扩大，但另一方面，保健食品市场却屡现乱象。近年来，国家市场监督管理总局接连颁布实施相关办法、指南，加强保健食品管理；各地地方市场监管局等部门也积极开展保健食品专项整治行动，积极构建保健食品行业监管责任体系。植德生命科学组后续将推出关于保健食品和相关行业的系列文章，敬请关注，也欢迎各位读者朋友交流、指正。

[1] 注册制文号为国食健注 G+4 位年代号+4 位顺序号，进口保健食品注册号格式为：国食健注 J+4 位年代号+4 位顺序号；备案制文号为食健备 G+4 位年代号+2 位省级行政区域代码+6 位顺序编号，进口保健食品备案号格式为：食健备 J+4 位年代号+00+6 位顺序编号。

[2] 参考市场监管总局发布的《允许保健食品声称的保健功能目录非营养素补充剂(2020 年版)(征求意见稿)》和《允许保健食品声称的保健功能目录营养素补充剂(2022 年版)(征求意见稿)》。

[3] 根据《保健食品备案工作指南(试行)》规定，原注册人包括：(1)《保健食品原料目录》发布前受理的保健食品注册申请，其原料已列入《保健食品原料目录》，且符合备案相关技术要求的，申请该产品备案的原注册申请人；(2) 获得注册的保健食品，其原料已列入《保健食品原料目录》，且符合备案相关技术要求的，申请该产品备案的原保健食品注册人。

## 从《药品网络销售监督管理办法》的角度看处方药销售的立法沿革 与监管

耿贝、陈文昊等

### 一、 药品管理分类——处方药和非处方药的分类

#### 1. 我国药品分类管理的主要背景及原因

为保障用药安全，加强对易成瘾性及有毒性药品流通的管理和监督，美国等 100 多个国家于 20 世纪中叶起陆续将药品区分为处方药和非处方药并进行分类管理，世界卫生组织也建议各成员国通过立法建立并实施药品分类管理制度。我国建立药品分类管理制度，有利于与国际通行药品管理模式接轨。随着消费者自我药疗意识的提高，药品分类管理制度便于消费者通过自行购买、使用药品缓解和治愈部分小病、常见病，而无需前往医院，有利于节约我国公共医疗资源；同时也可以避免用药不当导致的生命健康损害或产生机体耐药性增加后续治疗困难，利于提高用药安全性<sup>[1]</sup>。

#### 2. 什么是处方药和非处方药

##### (1) 处方药

根据《中华人民共和国药品管理法实施条例》(2019 修订)(以下简称“《药品管理法实施条例》”),处方药,是指凭执业医师和执业助理医师处方方可购买、调配和使用的药品。常见的处方药包括刚上市的新药(需进一步观不良反应)、毒副作用较大的药物(如抗癌药物)、易产生依赖性的药物(如吗啡类镇痛药物、安定类催眠药物)、治疗较重疾病的药物(如心脑血管疾病药物、降血糖药物)或是需要医生经常性地调整用量的药物。根据是否必须凭医生处方销售,处方药又可进一步分为“单轨制”处方药和“双轨制”处方药。

“单轨制”处方药,是指根据相关规定必须凭处方销售的处方药。根据《关于做好处方药与非处方药分类管理实施工作的通知》(国食药监安[2005]409号)、《关于加强零售药店抗菌药物销售监管促进合理用药的通知》(国食药监安[2003]289号)、《反兴奋剂条例》(2018 修订)、《麻醉药品和精神药品管理条例》(2016 修订)等相关规定,注射剂、医疗用毒性药品、二类精神药品、按兴奋剂管理的药品中允许药品零售企业经营的药品、精神障碍治疗药(抗精神病、抗焦虑、抗躁狂、抗抑郁药)、抗病毒药(逆转录酶抑制剂和蛋白酶抑制剂)、肿瘤治疗药、含麻醉药品的复方口服溶液和曲马多制剂、未列入非处方药目录的抗菌药和激素、蛋白同化制剂、肽类激素等药品为必须凭处方销售的“单轨制”处方药。

“双轨制”处方药,是指尚未明确规定必须凭处方销售,须经执业药师的指导并做好记录工作后销售的处方药。根据《关于加强流通领域处方药与非处方药分类管理工作的通知》(国食药监市[2004]187号),该类处方药应该首先向顾客

索要医师处方，凭医师处方销售。不能出具医师处方的，应经过执业药师或从业药师充分咨询，问明既往用药情况，并做好详细记录后销售。

## (2) 非处方药

根据《药品管理法实施条例》，非处方药，是指由国务院药品监督管理部门公布的，不需要凭执业医师和执业助理医师处方，消费者可以自行判断、购买和使用的药品。根据非处方药品的安全性，非处方药又可进一步分为甲类非处方药和乙类非处方药。经营处方药、甲类非处方药的药品零售企业，应当配备执业药师或者其他依法经资格认定的药学技术人员；经营乙类非处方药的药品零售企业，应当配备经设区的市级药品监督管理机构或者省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门直接设置的县级药品监督管理机构组织考核合格的业务人员。

## (3) 处方药与非处方药之间的转换

根据《关于开展处方药与非处方药转换评价工作的通知》（国食药监安[2004]101号）和《药品注册管理办法》（2020），我国对处方药和非处方药实行分类注册和转换管理，对非处方药目录实行动态管理，处方药可经转换评价为非处方药，非处方药可经转换评价为处方药。

## 二、 网络销售处方药的相关立法的历史沿革

### 1. 严令禁止时期

在实行药品分类管理后的一段时间，国家明确禁止通过互联网向公众销售处方药。2005年9月，《互联网药品交易服务审批暂行规定》发布并于同年12月实施，要求向个人消费者提供互联网药品交易服务的企业只能在网上销售本企业经营的非处方药，网上销售处方药将面临相关行政处罚。

2007年1月，《药品流通监督管理办法》发布并于同年5月实施，进一步明确药品生产、经营企业不得采用邮售、互联网交易等方式直接向公众销售处方药。

2013年10月，《关于加强互联网药品销售管理的通知》重申药品零售连锁企业通过药品交易网站只能销售非处方药，一律不得在网站交易页面展示和销售处方药，否则对企业自设网站由所在地食品药品监督管理部门按照《药品流通监督管理办法》进行处罚。

截至目前，上述法规仍然有效。

### 2. 监管趋势逐渐放开阶段

随着互联网的发展，近年来，在线销售处方药的法规政策已有逐步放开的趋势。2017年1月，国务院办公厅发布《关于进一步改革完善药品生产流通使用政策的若干意见》提出积极发挥“互联网+药品流通”在减少交易成本、提高流通效率、促进信息公开、打破垄断等方面的优势和作用，鼓励有条件的地区依托现有信息系统，开展药师网上处方审核、合理用药指导等药事服务。

2017年11月发布的《网络药品经营监督管理办法（征求意见稿）》、2018年

2月发布的《药品网络销售监督管理办法(征求意见稿)》仍然保留了药品零售连锁企业不得通过网络销售处方药、向个人消费者销售药品的网站不得通过网络发布处方药信息的规定。

2018年7月发布的《互联网诊疗管理办法(试行)》《互联网医院管理办法(试行)》等试行办法规定医师可以为部分常见病、慢性病患者在线开具处方,经药师审核后,医疗机构、药品经营企业可委托第三方机构配送。上述规定为电子处方流转下的处方药网络销售提供了渠道。

2019年8月,《中华人民共和国药品管理法》(以下简称“《药品管理法》”)修订,删除了不得通过互联网销售处方药相关条款,但未正面明确网络销售处方药的合规性。

2020年11月,国家药监局发布了第二版《药品网络销售监督管理办法》(征求意见稿),删除了原有的不得网络销售处方药的规定,有条件地允许网络销售处方药和通过网络发布处方药信息。

2021年4月,国家发改委、商务部联合发布《关于支持海南自由贸易港建设放宽市场准入若干特别措施的意见》,明确支持开展互联网处方药销售。2021年4月,国务院办公厅发布《关于服务“六稳”“六保”进一步做好“放管服”改革有关工作的意见》,提出在确保电子处方来源真实可靠的前提下,允许网络销售除国家实行特殊管理的药品以外的处方药。

但由于《药品流通监督管理办法》等法规仍然有效,我们注意到,从公开案例来看,直至2021年12月,仍有企业因采用互联网交易方式直接向公众销售处方药而受到行政处罚<sup>[2]</sup>。

2022年9月3日《药品网络销售监督管理办法》(以下简称“《办法》”)最终出台,并将于12月1日生效。《办法》规定明确了通过网络向个人销售处方药的规范和要求,除了《药品管理法》规定的疫苗、血液制品、精麻药品等国家实行特殊管理的药品不得通过网络销售之外,其他药品(包括处方药)均可以在遵守规定前提下通过互联网向公众销售。此外,我们注意到《办法》的适用范围是全部处方药,实际也包括了实行“双轨制”管理的处方药,相较于《关于加强流通领域处方药与非处方药分类管理工作的通知》允许在没有处方的情况下由药师审核销售,监管更为严格。

### 3. 网售处方药应当遵守的相关规定

在《办法》出台之前,国家逐步推动处方药与非处方药分类管理,并建立起对处方药流通的一系列规定。其中,《药品管理法》《药品管理法实施条例》《处方管理办法》《医疗机构处方审核规范》等明确了处方开具、流转、审核调配和处方药使用的规范;2022年2月发布的《互联网诊疗监管细则(试行)》还进一步明确了互联网诊疗中“先方后药”等要求;《药品管理法》《药品管理法实施条例》《中华人民共和国广告法》《处方药与非处方药流通管理暂行规定》《药品流通监督管理办法》《处方药与非处方药分类管理办法》等法规从处方药销售主体

资质、购买、调配和使用、陈列销售方式、广告宣传等多个角度对处方药的流通进行规定。

《办法》的出台，在允许处方药通过网络销售的同时，强调通过网络向个人销售处方药应当确保处方来源真实、可靠，并实行实名制，并且加强了企业主体责任，通过规范网售处方药流程，明确在处方药销售主页面、首页面不得直接公开展示处方药包装、标签，通过处方审核前，不得展示说明书等信息，不得提供处方药购买的相关服务，即“先方后药”的处方审核的要求，强调了第三方平台的监管义务。我们理解，《办法》体现了药监局《关于加强互联网药品医疗器械交易监管工作的通知》中强调的处方药销售监管“线上线下一致”的原则。由此，我们通过表格的形式总结了现行法律法规对于处方药销售的要求，以及《办法》对处方药通过网络渠道销售监管上的落实与创新。

监管内容	《药品管理法》等对销售处方药的监管要求	《办法》对于网络销售处方药的监管要求
处方实名制	销售部分有特殊管理要求的药品时，药品零售企业需配合进行实名登记。	通过网络向个人销售处方药的，应当确保处方来源真实、可靠，并实行实名制。 第三方平台应当建立并实施处方审核、处方药实名购买等管理制度。
零售主体资质	药品零售企业须具有《药品经营企业许可证》、配备执业药师或者其他药学技术人员、符合GSP要求、公示相关资质。	从事药品网络销售的，应当是具备保证网络销售药品安全能力的药品上市许可持有人或者药品经营企业。 由依法经过资格认定的药师或者其他药学技术人员开展处方审核调配、指导合理用药等工作。 依法经过资格认定的药师或者其他药学技术人员数量应当与经营规模相适应。
购买、使用依据	药品零售企业凭处方调配、销售、使用处方药。	通过处方审核前，不得展示说明书等信息，不得提供处方药购买的相关服务。
处方审核	审核、调配处方人员需依法经过资格认定；对方方进行审核、真实性、适宜性审核；调配处方应经过核对，不得擅自更改或代用；对有配伍禁忌或超剂量的处方，应当拒绝调配。	应确保处方来源真实、可靠，与电子处方提供单位签订协议；严格按照有关规定进行处方审核调配；对已经使用的电子处方进行标记，避免处方重复使用。 第三方平台承接电子处方的，应当对电子处方提供单位的情况进行核实，并签订协议。 第三方平台应当建立药品质量安全管理机构，配备药学技术人员承担药品质量安全管理机构，建立并实施药品质量安全、药品信息展示、处方审核、处方药实名购买、药品配送、交易记录保存、不良反应报告、投诉举报处理等管理制度。 第三方平台应当加强检查，对入驻平台的药品网络销售企业的药品信息展示、处方审核、药品销售和配送等行为进行管理，督促其严格履行法定义务。
用药指导	药品零售企业应当配备执业药师提供合理用药指导，准确说明用法用量及注意事项。	药品网络零售企业还应当建立在线药学服务制度，由依法经过资格认定的药师或者其他药学技术人员指导合理用药。
不良反应报告	药品零售企业的执业药师负责进行药品不良反应信息收集和报告。	第三方平台应当建立药品质量安全管理机构，配备药学技术人员承担药品质量安全管理机构，建立并实施药品质量安全、药品信息展示、处方审

监管内容	《药品管理法》等对销售处方药的监管要求	《办法》对于网络销售处方药的监管要求
		核、处方药实名购买、药品配送、交易记录保存、不良反应报告、投诉举报处理等管理制度。
信息展示和警示	仅在专业性医药报刊进行广告宣传；由生产企业印制警示语。	药品网络销售企业展示的药品相关信息应当真实、准确、合法。 从事处方药销售的药品网络零售企业，应当在每个药品展示页面下突出显示“处方药须凭处方在药师指导下购买和使用”等风险警示信息。处方药销售前，应当向消费者充分告知相关风险警示信息，并经消费者确认知情。 药品网络零售企业在处方药销售主页面、首页面不得直接公开展示处方药包装、标签等信息。通过处方审核前，不得展示说明书等信息。
陈列销售方式	不得开架自选销售处方药；处方药、非处方药分柜摆放。	药品网络零售企业应当将处方药与非处方药区分展示，并在相关网页上显著标示处方药、非处方药。
不得买赠、搭售	不得以买药品赠药品或者买商品赠药品等方式向公众赠送、促销处方药。	药品网络零售企业不得违反规定以买药品赠药品、买商品赠药品等方式向个人赠送处方药、甲类非处方药。
采购要求	从有资质的企业采购药品；购销药品按规定进行记录。	药品最小销售单元的销售记录应当清晰留存，确保可追溯。 药品网络销售企业应当完整保存供货企业资质文件、电子交易等记录。
处方保存	记录及凭证应当至少保存5年。	销售处方药的药品网络零售企业还应当保存处方、在线药学服务等记录。相关记录保存期限不少于5年，且不少于药品有效期满后1年。
特殊管理药品	疫苗、血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、药品类易制毒化学品等国家实行特殊管理的药品不得在网络上销售。	疫苗、血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、药品类易制毒化学品等国家实行特殊管理的药品不得在网络上销售，具体目录由国家药品监督管理部门组织制定。

### 三、 处方药网络销售实践常见违规行为和法律风险

#### 1. 常见商业模式

目前，建立起处方药销售场景的企业主要分为以下两种：

一种是药品经营企业进行线上自营销售或者药品第三方平台在撮合线上药品交易时，为便于消费者购买处方药，由药品经营企业或平台通过与互联网医院合作或者自建互联网医院的方式开具电子处方。该模式下，消费者通常基于自我诊疗产生购药需求，从药品订单入口逐步完成选购，并在接入的互联网医院合作方进行线上问诊与开方后，再回到药品网络销售方进行审方、购药。

另一种是药品经营企业通过与互联网医院建立合作关系，将在互联网医院就诊的患者引导至药品经营企业购药。该模式下，患者（消费者）在互联网医院线上问诊、开方，如产生购药需求则可以接入网络销售平台进行审方、购药。我们理解，这种模式更加符合“先方后药”的要求。

#### 2. 实践中需要注意的事项

### (1) “先药后方”存在合规风险

在上文中介绍的第一种模式中，市场上经常存在为了满足处方药销售要求的“先买药、后补方”的情形，并非真正的凭处方销售处方药的“先方后药”，或者虽然先进行了问诊，但未能遵守《互联网诊疗管理办法（试行）》中的不得对首诊患者开展互联网诊疗活动，仅限于在线开展常见病、慢性病复诊等相关规定的要求。我们注意到，《办法》明确要求，药品网络零售企业在处方药销售主页面、首页面不得直接公开展示处方药包装、标签等信息；通过处方审核前，不得展示说明书等信息，不得提供处方药购买的相关服务，我们理解，这一系列关于处方药的要求实际上旨在通过避免将在线问诊、“先方后药”的安排流于形式，比如由消费者（患者）根据预览到的处方药说明书购药，也实质禁止了“先买药、后补方”的购买流程。由此，《办法》生效后，药品网络零售企业与交易平台应当关注《办法》中关于处方审核、药品展示等合规要求，规范引导处方药的开方和购买流程，避免合规风险。

### (2) 应与电子处方提供单位签署协议

《办法》规定，药品网络零售企业应当与电子处方提供单位签订协议，第三方平台承接电子处方的，也应当对电子处方提供单位的情况进行核实，并签订协议。电子处方提供单位通常应当是与药品零售企业或第三方平台合作的互联网医院，《办法》未明确与电子处方提供单位签署协议应当包括的具体内容，但通常应当包括电子处方提供单位对其自身具备经营许可与条件、开具处方的医生具有处方权、处方审核遵守相关规范的惯常陈述保证，以及数据处理与个人信息保护、产生第三人纠纷时各方责任分配以及开具处方的服务费用等相关约定。由此，药品网络零售企业应当审核业务合同的签署主体和内容，通过重新签署业务协议或补充协议的方式予以规范，以满足《办法》的相应要求。

### (3) 个人信息保护与数据合规

一方面，由于《办法》要求对处方药销售实行实名制，参与交易的相关主体则势必需要收集消费者的姓名、身份证号、处方数据、收货地址等相关个人信息，其中包括了个人敏感信息。《办法》也强调了从事药品网络销售、提供药品网络交易平台服务，应当采取有效措施保证交易全过程信息真实、准确、完整和可追溯，并遵守国家个人信息保护的有关规定。因此，药品零售企业和第三方平台在用户注册登录时应当注意制定相应的用户注册协议与隐私政策，由用户对其个人信息的收集、使用与共享作出知情同意，并严格遵守《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》以及与数据保护相关的法律法规。

另一方面，如上文所述的商业模式中，除了用户授权药品零售企业和第三方平台使用个人信息外，由于处方需要在互联网医院与药品零售企业和第三方平台之间流转，例如，互联网医院在开具处方后，应当经用户同意授权，方可将处方等相关个人信息共享给药品零售企业和/或第三方平台。并且，用户使用不同的网络平台时，由于各平台之间属于不同的运营主体，若互相跳转则构成《信息安

全技术个人信息安全规范》中第三方的概念，需要设置弹窗向用户提示即将跳转至其他平台，并明确标识产品或服务由第三方提供。

### 3. 网络销售处方药常见违规行为和法律后果

随着《办法》的发布以及后续实施，在符合相关条件后，药品经营企业与第三方平台可以网络销售处方药。我们基于《办法》发布前的执法实践中存在的网络销售药品（处方药）违规案例，并结合《办法》梳理了常见的违规行为以及可能产生的法律后果，为相关药品经营企业及第三方平台提供参考。

#### (1) 无证经营

无证经营相关的违规行为包括药品经营企业未取得药品经营许可或超出许可范围进行处方药销售，第三方平台未对入驻的药品经营企业履行资质审核义务、未对无证经营企业停止提供交易平台服务等。

就药品经营企业而言，《药品管理法》第一百一十五条规定，未取得《药品经营许可证》销售药品的，应当责令关闭，没收违法生产、销售的药品和违法所得，并处违法生产、销售的药品（包括已售出和未售出的药品）货值金额15倍以上30倍以下的罚款；货值金额不足10万元的，按10万元计算。在刑事责任方面，未取得药品经营许可销售处方药可能构成非法经营罪。例如，在“张建刚等未取得生产经营许可证和批准文号生产、销售药品构成非法经营罪案”（（2011）淮中刑二终字第56号）中，淮安市中级人民法院认为，行为人未经批准许可，擅自在中华人民共和国境内从事处方药的生产、销售活动，违法所得及社会影响较大，严重扰乱了涉案药品的市场秩序，其行为构成非法经营罪。

就第三方平台而言，《办法》第二十条、第二十二条规定，第三方平台应当对申请入驻的药品网络销售企业资质进行审核，确保其符合法定要求；第三方平台发现入驻的药品网络销售企业不具备资质销售药品或超过药品经营许可范围销售药品的，应当及时制止、立即向所在地县级药品监督管理部门报告并停止提供网络交易平台服务，停止展示药品相关信息。违反前述规定的，应当责令改正，没收违法所得，并处20万元以上200万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，并处200万元以上500万元以下的罚款。

#### (2) 未凭处方售药

相关的违规行为包括药品经营企业、第三方平台未凭处方而直接销售处方药，或先销售处方药后自行补开处方等。

《药品流通监督管理办法》第三十八条规定，未凭处方销售处方药的，应当责令限期改正，给予警告；逾期不改正或者情节严重的，处以一千元以下的罚款。

《办法》第十三条规定，通过处方审核前，药品网络销售企业、第三方平台不得展示说明书等信息，不得提供处方药购买的相关服务，否则应当责令限期改正；逾期不改正的，处5万元以上10万元以下罚款。

根据既有的行政处罚案例，在《办法》出台前，药品监督管理部门主要依据

《药品流通监督管理办法》中关于处方药必须凭处方销售的规定，对未凭处方网售处方药的行为进行处罚，例如“广东医心达药房连锁有限公司曲江大盛店未凭处方销售处方药/未凭处方在网络销售处方药案”（韶曲市监罚〔2021〕5号）<sup>[3]</sup>。自2022年12月1日《办法》施行后，根据“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”的原则，我们理解网络销售处方药不再是禁止性行为，但仍应遵守凭处方销售的相关规定。

在民事责任方面，司法实践中存在因药品经营企业未凭处方销售处方药，导致患者服药后出现病情加重的损害后果，法院判决药品经营企业应当对患者的损害承担赔偿责任的案例，如“陈丽梅、鸡西市我爱我家医药连锁有限公司张新大药健康权纠纷案”（（2021）黑0303民初667号）。

### （3）未依法审核、处理处方

相关的违规行为包括药品经营企业未确保处方来源真实、可靠，未实行实名制、未按照有关规定进行处方审核调配、未对已使用的处方进行标记并避免处方重复使用，第三方平台未核实处方提供单位、未建立并实施处方审核管理制度。

就药品经营企业而言，《办法》第九条规定，通过网络向个人销售处方药的，应当确保处方来源真实、可靠并实行实名制，应当严格依法进行处方审核调配，对已使用的电子处方进行标记、避免处方重复使用，否则应当责令限期改正，处3万元以上5万元以下罚款；情节严重的，处5万元以上10万元以下罚款。药品经营企业接收的处方为纸质处方影印版本的，应当采取有效措施避免处方重复使用，否则由药品监督管理部门责令限期改正，处1万元以上3万元以下罚款；情节严重的，处3万元以上5万元以下罚款。在执法实践中，存在药品经营企业因药师未核对处方即进行处方调配而受到主管部门行政处罚的案例，例如“中山市大参林连锁药业有限公司横栏镇裕祥分店行政处罚案”（粤中横栏罚字〔2021〕第8-016号）。

就第三方平台而言，《办法》第九条规定，第三方平台承接电子处方的，应当核实电子处方提供单位的情况，否则应当责令限期改正，处5万元以上10万元以下罚款；造成危害后果的，处10万元以上20万元以下罚款。《办法》第十七条规定，第三方平台应当建立并实施处方审核、处方药实名购买管理制度，否则应当责令限期改正，处3万元以上10万元以下罚款；造成危害后果的，处10万元以上20万元以下罚款。

### （4）未依法保存处方

相关的违规行为包括药品经营企业未按照法定期限保存处方记录等。

《办法》第十五条规定，销售处方药的药品网络零售企业应当保存处方记录，保存期限不少于5年，且不少于药品有效期满后1年。违反前述规定的，未遵守药品经营质量管理规范的，应当责令限期改正，给予警告；逾期不改正的，处10万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，处50万元以上200万元以下的罚款，责令停产停业整顿直至吊销药品经营许可证等，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，没收违法行为发生期间自本单位所获收入，并处所获收入百分之十以上百分之五十以下的罚款，十年直至终身禁止从事药品生产经营活动。

#### (5) 违法展示处方药信息

相关的违规行为包括药品经营企业、第三方平台展示的处方药信息不真实、准确、合法，未突出显示并充分告知风险警示信息，未分类展示，或直接公开展示处方药信息等。

《办法》第十三条规定，药品网络销售企业展示的药品相关信息应当真实、准确、合法，应当在每个药品展示页面下突出显示“处方药须凭处方在药师指导下购买和使用”等风险警示信息。处方药销售前，应当向消费者充分告知相关风险警示信息，并经消费者确认知情。应当将处方药与非处方药区分展示，并在相关网页上显著标示处方药、非处方药。药品网络零售企业在处方药销售主页面、首页面不得直接公开展示处方药包装、标签等信息。通过处方审核前，不得展示说明书等信息。第三方平台展示药品信息的行为应当遵守前述规定。违反前述规定的，应当责令限期改正；逾期不改正的，处5万元以上10万元以下罚款。

#### (6) 违法发布处方药广告

相关的违规行为包括药品经营企业、第三方平台违法发布处方药广告或对处方药进行广告宣传等。

《药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告审查管理暂行办法》第二十二条规定，除依法不得发布广告的情形外，处方药广告只能在国务院卫生行政部门和国务院药品监督管理部门共同指定的医学、药学专业刊物上发布。不得利用处方药的名称为各种活动冠名进行广告宣传，不得使用与处方药名称相同的商标、企业字号在医学、药学专业刊物以外的媒介变相发布广告，或不利用该商标、企业字号为各种活动冠名进行广告宣传。违反前述规定的，由市场监督管理部门责令停止发布广告，对广告主处20万元以上100万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照，由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请；对广告经营者、广告发布者，由市场监督管理部门没收广告费用，处20万元以上100万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照、吊销广告发布登记证件。

在执法实践中，存在因药品经营者违法发布处方药广告受到主管部门行政处罚的案例。例如，在“广东康爱多数字健康科技有限公司广告违法行为案”（穗云工商处字2019140号）中，因当事人擅自在官方网站发布处方药广告，市场监督管理部门对其责令停止发布处方药广告并处以40万元罚款。

#### (7) 赠送处方药

相关的违规行为包括药品经营企业向消费者赠送处方药等。

《药品流通监督管理办法》第二十条、《办法》第八条规定，药品网络零售

企业不得以买药品赠药品、买商品赠药品等方式向个人赠送处方药，否则应当责令限期改正，给予警告；逾期不改正或者情节严重的，处以赠送药品货值金额二倍以下的罚款，但是最高不超过3万元。

#### (8) 未实施药学服务和安全管理制度

相关的违规行为包括药品经营企业未依法对患者进行用药指导、风险警示，第三方平台未建立并实施药品安全管理制度等。

就药品经营企业而言，《药品管理法》第五十八条规定，药品经营企业零售药品应当正确说明用法、用量和注意事项，否则应当责令改正，给予警告；情节严重的，吊销《药品经营许可证》。

就第三方平台而言，《办法》第十七条规定，第三方平台应当建立药品质量安全管理机构，配备药学技术人员承担药品质量安全管理工作，建立并实施药品质量安全、不良反应报告、投诉举报处理等管理制度，否则应当责令限期改正，处3万元以上10万元以下罚款；造成危害后果的，处10万元以上20万元以下罚款。

#### (9) 违法处理患者医疗健康信息

相关的违规行为包括药品经营企业、第三方平台违法处理患者医疗健康信息或处理医疗健康信息未履行个人信息保护义务等。

《中华人民共和国个人信息保护法》规定，医疗健康信息属于敏感个人信息，处理医疗健康信息应当符合法律对处理敏感个人信息行为的严格规定，如应当取得个人单独同意、向个人告知处理的必要性等。违法处理医疗健康信息，或处理医疗健康信息未履行相应个人信息保护义务的，应当责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处100万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处1万元以上10万元以下罚款。情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处5000万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处10万元以上100万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。

[1] 参见刘春光、金锋与苑国辉：我国药品分类管理的历史与展望，载《中国药物警戒》，2013年6月。

[2] 在“深圳市盛德堂大药房有限公司采用互联网交易直接向公众销售处方药案”（深市监龙处罚〔2021〕稽192号）中，深圳市市场监督管理局龙岗监管局依据《药品流通监督管理办法》第四十二条（即禁止采用互联网交易直接向公众销售处方药）等法规作出行政处罚。

[3] 在“广东医心达药房连锁有限公司曲江大盛店未凭处方销售处方药/未凭处方在网络销售处方药案”（韶曲市监罚〔2021〕5号）中，韶关市曲江区市场监督管理局认为，因当事人销售处方药盐酸舍曲林片未能提供互联网医院给患者开具的电子处方，违反了《处方药与非处方药流通管理暂行规定》第十条第一款和《药品流通监督管理办法》第十八条第一款的规定（即处方药必须凭处方销售），构成未凭处方在网络销售处方药的违法事实，依据《药品流通监督管理办法》的规定，对当事人责令改正并给予警告。

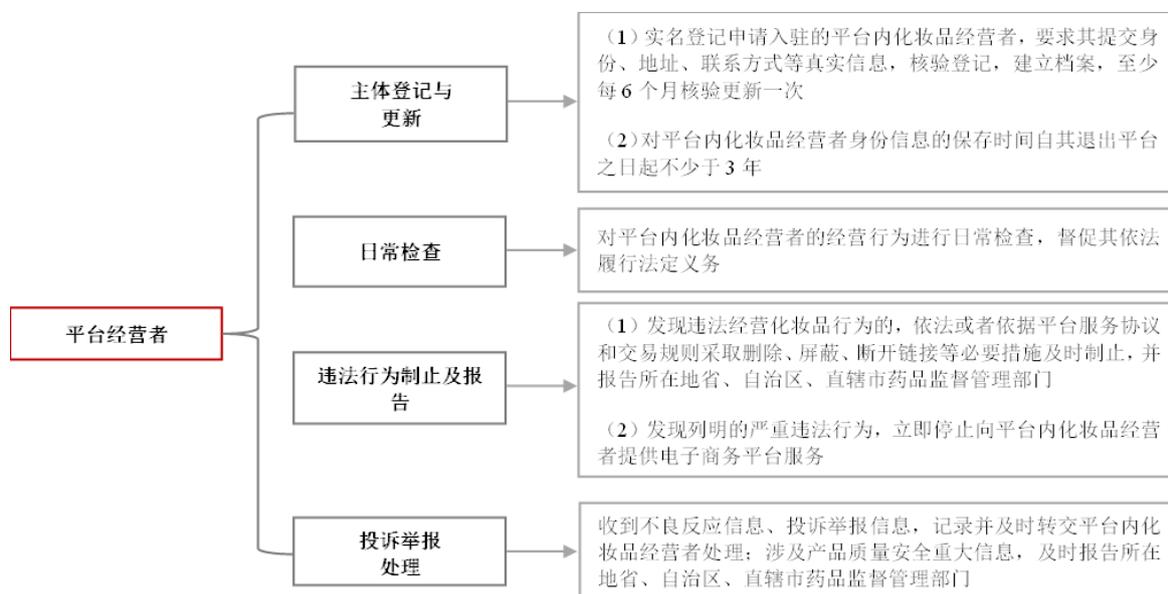
## 化妆品网络经营合规要点分析

马成龙、杨佩峰

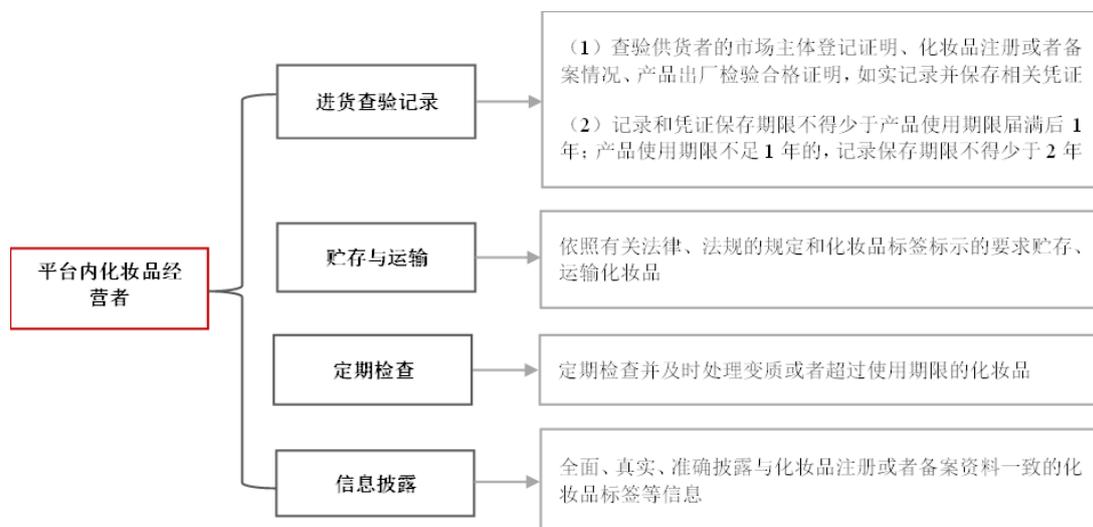
### 一、 化妆品网络经营的合规要点

现行化妆品网络经营的监管规则分布于化妆品和网络经营两条监管线，又与广告法等法律法规交叉，包括但不限于《电子商务法》、《广告法》、《化妆品监督管理条例》、《化妆品生产经营监督管理办法》、《网络交易监督管理办法》等法律法规，化妆品电子商务平台经营者（以下简称“平台经营者”）、平台内化妆品经营者以及通过自建网站、其他网络服务经营化妆品的电子商务经营者均被纳入监管对象，被施以不同的合规要求。

平台经营者作为交易平台的服务提供方，合规义务主要体现在主体登记与更新、日常检查、违法行为制止及报告、投诉举报处理等方面。平台内化妆品经营者直接经营化妆品，除了建立并执行进货查验记录制度、按照要求贮存与运输化妆品、定期检查并处理变质与超期产品等化妆品经营的一般要求之外，还需要全面、真实、准确、及时披露所经营化妆品的信息。而通过自建网站、其他网络服务经营化妆品的电子商务经营者则承担起平台内化妆品经营者的义务。



(图 1: 平台经营者的合规义务)



(图 2: 平台内化妆品经营者的合规义务)

## 二、《征求意见稿》解读

《征求意见稿》系化妆品网络经营的专门监督管理规范，适用于在我国境内从事化妆品经营和提供化妆品电子商务平台服务，不仅梳理与细化了现行监管规则，而且针对不同市场主体还新增了入网产品发布信息检查、风险控制等制度，加重了平台经营者的管理义务，细化了平台内化妆品经营者的合规经营要求，以下将对《征求意见稿》中新增的制度内容进行详述。

### (一) 平台经营者的新增义务

#### 1. 将日常检查制度扩充为入网产品信息发布检查和日常经营行为检查

在现行监管规则中，平台经营者需履行日常检查职责，但并无具体行为要求，对此，《征求意见稿》第十条、第十一条和第十二条将日常检查制度扩展为入网产品信息发布检查和日常经营行为检查，并列明了重点检查内容，避免日常检查制度流于形式。

(1) 入网产品信息发布检查相当于产品准入前核查，平台经营者应在化妆品产品信息发布之前开展入网检查，核实产品名称、特殊化妆品注册证编号、产品执行的标准编号等与药监局网站公布的相应信息一致。

(2) 日常经营行为检查，平台经营者应定期对平台内化妆品经营者开展经营行为检查，并重点检查产品资质、化妆品标签信息的真实性与合法性。

#### 2. 增设主动收集监管信息并自查

相比于现行的被动接受投诉举报，《征求意见稿》增加了平台应主动收集省级以上药监部门发布的关于抽检、暂停或停止经营化妆品等涉及产品质量安全的公开监管信息，并及时在平台内自查。

#### 3. 明确违法行为报告流程

如上所述，如果平台经营者在管理中发现平台内化妆品经营者存在涉嫌违法经营化妆品的行为，平台经营者负有报告职责，《征求意见稿》规定了更为清晰的报告流程以及各地监管部门的调查处置分工。

首先，平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施及时制止，并保留平台内化妆品经营者涉嫌违法经营的证明材料。

其次，平台经营者将线索转送平台内化妆品经营者实际经营地省级药监部门。

同时，除了涉嫌违法经营的线索转送之外，《征求意见稿》还明确了产品质量安全重大信息的范围，进而平台亦需要将线索转送平台内化妆品经营者实际经营地药监部门，产品质量安全重大信息包括：（1）因使用该产品导致人体全身性损害、危及生命或造成死亡；（2）有证据表明入网经营的化妆品中可能使用禁止用于化妆品生产的原料或者非法添加可能危害人体健康物质；（3）产品因质量问题引发广泛舆情。

最后，平台内化妆品经营者实际经营地药监部门进行调查处置，如涉及产品质量安全，则向产品注册人、备案人住所地的药监部门通报信息；如为平台内化妆品经营者的违法行为，则将结果通知平台经营者。

此外，平台经营者应于每季度将平台内涉嫌违法的经营行为及相应的处置措施书面报告给其住所地的省级药监部门。如为产品质量安全相关的重大信息，须自发现之日起15日内书面报告给其住所地的省级药监部门。

可见，平台内化妆品经营者实际经营地的药监部门负责监管平台内化妆品经营者的经营行为，并通过平台经营者的线索转送而加强对平台内化妆品经营者的监管，而平台经营者住所地的省级药监部门可以监管平台内发生的所有违法经营行为。

## （二）平台内化妆品经营者的新增义务

作为化妆品经营行为的直接实施者，平台内化妆品经营者则须遵守更为严格与细致的行为规范，《征求意见稿》在重申一般性经营要求之外，也专门规定了信息披露和风险控制两项重点措施。

### 1. 细化信息披露要求

消费者通过网络购买化妆品首先依赖于化妆品经营者所展示和披露的信息，网络经营比线下经营存在更为严苛与细致的信息披露要求。在全面、真实、准确、清晰、及时披露与注册或备案资料一致的化妆品标签等信息的原则下，披露的化妆品标签信息应当包含化妆品标签的全部信息，并且应当在主页面显著位置以文字形式展示产品名称和产品执行标准。

### 2. 增设风险控制责任

值得注意的是，《征求意见稿》首次提出了对于经监管部门抽样检验认定不符合规定的特定批次产品，平台内化妆品经营者不仅应当立即停止经营该批次产

品，而且对于其他批次的同一品种，即便监管部门未要求停止经营或者采取其它风险控制措施，平台内化妆品经营者仍需在主页面显著位置展示该化妆品本年度抽样检验不符合规定的监管公开信息，以供消费者选购时参考。

此项风险控制制度将不同批次的同一产品捆绑，消费者在选购时从产品销售页面即可了解到同一品种是否存在抽检不合格，足以迫使平台内化妆品经营者在产品经营中更加关注产品的整体质量，避免因产品的个别批次问题而影响店铺的销售，这也给化妆品厂商敲响了警钟，督促其加强化妆品生产环节的质量控制。

### 三、 结语

随着消费者越来越依赖于网络购物，电商平台早已成为化妆品销售的重要渠道，并从乱象丛生逐步走向规范有序。由于化妆品经营面广以及网络复杂特性等因素，化妆品网络经营监管体系无法一蹴而就，《征求意见稿》的发布反映出监管从严的导向。无论是平台经营者还是平台内化妆品经营者以及化妆品厂商，都不可忽视日益完善并趋于严格的监管规则，而应当共同推动化妆品市场的质量安全与产业发展。

（实习生谭峰艺对本文亦有贡献）

## 监管新规之下，药品网络销售资质一览

蔡庆虹、洪旭、张潜

### 《药品网络销售监督管理办法》出台前的监管框架

《办法》出台前，药品网络销售的资质证照涉及《药品经营许可证》与《互联网药品信息服务资格证书》。

#### 1. 《药品经营许可证》

《中华人民共和国药品管理法》(2019年修订)(以下简称“《药品管理法》”)与《中华人民共和国药品管理法实施条例》(2019年修订)是规范在中国境内从事药品研制、生产、经营、使用活动的主要法律法规。根据《药品管理法》，未取得《药品经营许可证》的，不允许从事药品经营(包括药品批发及药品零售业务)。

《药品经营许可证管理办法》(2017年修订)规定了申领《药品经营许可证》的要求和程序，并进一步规定了有关药品批发企业或药品零售企业的管理系统、人员、设施等方面的要求和资格。根据该办法，《药品经营许可证》的有效期为五年，届满前提前六个月申请换发。

《处方药与非处方药分类管理办法(试行)》及《处方药与非处方药流通管理暂行规定》将药品分为处方药与非处方药产品。处方药必须凭执业医师或执业助理医师处方才可调配、购买和使用。非处方药产品分为甲、乙两类，不需要处方即可购买和使用。经营处方药、非处方药产品的药品批发企业和经营处方药、甲类非处方药产品的药品零售企业必须具有《药品经营许可证》。

需说明的是，国家食品药品监督管理总局于2007年颁布的《药品流通监督管理办法》曾规定，药品生产、经营企业不得采用邮售、互联网交易等方式直接向公众销售处方药。后2019年修订的《药品管理法》明确了药品上市许可持有人、药品经营企业在遵守药品经营有关规定的前提下，可以通过网络销售药品，但疫苗、血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品、药品类易制毒化学品等国家实行特殊管理的药品不得在网络上销售。2021年4月7日，国务院办公厅发布了《关于服务“六稳”“六保”进一步做好“放管服”改革有关工作的意见》，进一步明确允许网络销售处方药。该意见指出，国家在确保电子处方来源是真实且可靠的前提下，允许网络销售除国家实行特殊管理的药品以外的处方药。

#### 2. 《互联网药品信息服务资格证书》

由国家食品药品监督管理总局于2004年发布并于2017年修订的《互联网药品信息服务管理办法》规定，拟提供互联网药品信息服务的网站，应当在向国务院信息产业主管部门或者省级电信管理机构申请办理经营许可证或者办理备案

手续之前，向省级食品药品监督管理部门提出申请，经审核同意后取得提供互联网药品信息服务的资格。《互联网药品信息服务资格证书》有效期为五年，可于有效期届满前至少六个月内相关部门重新审核后续期。

互联网药品信息服务进一步分为经营性和非经营性两类。经营性互联网药品信息服务是指通过互联网上网用户有偿提供药品信息等服务的活动，例如“某健康”APP销售药品的行为。非经营性互联网药品信息服务是指通过互联网上网用户无偿提供公开的、共享性药品信息等服务的活动，例如“某天气”APP发布药品广告的行为。

## 《药品网络销售监督管理办法》主要内容

《办法》全文六章四十二条，分别从药品网络销售管理、平台管理、监督检查角度进行了规范。下文将从两类主体角度解读《办法》内容：通过网络销售药品的主体（即药品网络销售企业）和提供药品网络销售服务的第三方平台（即平台企业）。

### 1. 药品网络销售企业

#### (1) 资质管理

根据《办法》，药品网络销售企业包括药品上市许可持有人和药品经营主体。同时，国家药监局于2022年9月1日发布的《〈药品网络销售监督管理办法〉政策解读》进一步解释，药品网络销售企业必须是线下实体药品经营企业。其中药品上市许可持有人仅能销售其取得药品注册证书的药品；而药品经营主体必须取得《药品经营许可证》，其中通过网络向个人销售药品的，必须取得《药品经营许可证》（零售）（参见《办法》第八条第一款）。

#### (2) 处方管理

《办法》第九条及第十三条规定，通过网络向个人销售处方药的，应当确保处方来源真实、可靠，并实行实名制。药品网络零售企业的具体处方管理义务体现在以下几个方面：

签订协议	应当与电子处方提供单位签订协议。
处方审核	严格按照有关规定进行处方审核调配。
避免重复使用	对已经使用的电子处方进行标记，避免处方重复使用。 接收的处方为纸质处方影印版本的，应当采取有效措施避免处方重复使用。
风险警示	从事处方药销售的药品网络零售企业，应当在每个药品展示页面下突出显示“处方药须凭处方在药师指导下购买和使用”等风险警示信息。处方药销售前，应当向消费者充分告知相关风险警示信息，并经消费者确认知情。
分区展示	药品网络零售企业应当将处方药与非处方药区分展示，并在相关网页上显著标示处方药、非处方药。
处方药不得直接展示	药品网络零售企业在处方药销售主页面、首页面不得直接公开展示处方药包装、标签等信息。通过处方审核前，不得展示说明书等信息，不得提供处方药购买的相关服务。

#### (3) 信息报告

《办法》第十一条规定，药品网络销售企业应当向主管药品监督管理部门履行网络销售药品相关信息报告义务。其中药品上市许可持有人、药品批发企业应向所在地省级药品监督管理部门报告，药品零售企业应向所在地县级药品监督管理部门报告。报告内容包括：企业名称、网站名称、应用程序名称、IP地址、域名、药品生产许可证或者药品经营许可证等信息。信息发生变化的，应当在10个工作日内报告。

#### (4) 配送管理

《办法》第十四条规定了药品网络零售企业对药品配送的质量与安全负责的义务。根据配送类型的不同，《办法》提出了不同的要求：

配送类型	具体要求
自行配送	应当根据药品数量、运输距离、运输时间、温湿度要求等情况，选择适宜的运输工具和设施设备。配送的药品应当放置在独立空间并明显标识，确保符合要求、全程可追溯。
委托配送	应当对受托企业的质量管理体系进行审核，与受托企业签订质量协议，约定药品质量责任、操作规程等内容，并对受托方进行监督。

以上规定相较于《药品经营质量管理规范》提供了更为明确的指引，但《办法》中仍将药品网络零售的具体配送要求留给由国家药品监督管理局另行制定。本次《办法》出台后，我们建议相关药品网络销售企业在使用快递、骑手配送药品的情况下，与受托配送企业签订符合法规要求的质量协议，并建立配送监督体系。

#### (5) 其他管理

《办法》中还对药品网络销售企业的在线药学服务、信息公开内容、记录保存、质量与安全监控、药品召回等方面的行为做出了规定，本文不再赘述。

## 2. 平台企业

本次《办法》仍未明确提供第三方平台服务的企业能否申领《药品经营许可证》，但对第三方平台规定了一系列信息备案、内部管理、监督配合等义务。

#### (1) 信息备案

药品网络销售第三方平台应向所在地省级药品监督管理部门备案企业名称、法定代表人、统一社会信用代码、网站名称以及域名等信息。

#### (2) 内部管理

《办法》对第三方平台的内部管理要求包括建立药品质量安全管理机构、配备药学技术人员、建立并实施药品质量安全等管理制度、保存药品展示与交易记录等信息、建立检查监控制度等。

#### (3) 监督管理

《办法》要求第三方平台应当建立一系列管理制度，并加强检查，对入驻平台的药品网络销售企业的药品信息展示、处方审核、药品销售和配送等行为进行

管理，督促其严格履行法定义务。主要包括：

审核、协议签订对象	《办法》条款	内容
电子处方提供单位	《办法》第九条第三款	第三方平台承接电子处方的，应当对电子处方提供单位的情况进行核实，并签订协议。
药品网络销售企业	《办法》第二十条	<p>第三方平台应当对申请入驻的药品网络销售企业资质、质量安全保证能力等进行审核，对药品网络销售企业建立登记档案，至少每六个月核验更新一次，确保入驻的药品网络销售企业符合法定要求。</p> <p>第三方平台应当与药品网络销售企业签订协议，明确双方药品质量安全责任。</p>

### 结语

目前已有若干药品电商平台企业在境外上市或在申请上市过程中。根据某快药和某健康招股书对其业务模式的描述，此类集团企业均通过 APP、微信小程序等自有在线平台以及其他第三方电商平台向用户出售药品；平台上的药品网络销售企业既有自营药店，也有非自营第三方药店。配送方面，均涉及自行配送与签约第三方快递公司配送并存的方式。《办法》的出台，对药品网络销售的各个环节提出了更为明确的要求和监管标准，需各业界经营主体密切关注，加强管理，严格遵守。

## 疫苗 MAH 必读——《疫苗生产流通管理规定》要点解析

钟月萍等

### 1 导读

2022年7月8日，国家药品监督管理局（“国家药监局”）发布了《疫苗生产流通管理规定》（“《管理规定》”）。《管理规定》一共七章，四十四条，在《药品管理法》、《疫苗管理法》、《药品注册管理办法》及《药品生产监督管理办法》等法律法规的基础上，对疫苗上市许可持有人（“疫苗 MAH”）主体责任、生产管理、流通管理、变更管理、监督管理等方面作了进一步细化。《管理规定》的出台对规范疫苗产品的生产和流通有着重大意义，本文将结合《管理规定》对疫苗生产流通的合规要点进行梳理。其中值得疫苗 MAH 注意的是：在生产方面，《管理规定》对疫苗委托生产的操作细节提供了法律依据；在流通方面，《管理规定》对疫苗储存、配送、进出口等事项进行了详细规定。

### 2 适用范围

《管理规定》适用于在中华人民共和国境内从事疫苗生产、流通及其监督等活动。《管理规定》属于部门规范性文件，《药品管理法》、《疫苗管理法》、《药品注册管理办法》以及《药品生产监督管理办法》等属于法律位阶更高的法律或部门规章。因此《管理规定》中未作规定的事项，应当适用上述法律或部门规章之规定。

### 3 疫苗 MAH 制度

#### 3.1 疫苗 MAH 的责任

根据《药品管理法》及《疫苗管理法》的规定，疫苗适用上市许可持有人制度。《管理规定》在《药品管理法》及《疫苗管理法》等法律法规的基础上，进一步明确了疫苗 MAH 的总体责任要求，并将疫苗的原材料供应、生产、储存及运输等环节涉及的相关主体的责任落实到了各个环节中。

疫苗作为一种特殊的药品，相较药品，我国法律对疫苗的监管更加严格。根据《药品管理法》的规定，药品 MAH 对药品的安全性、有效性和质量可控性负主体责任，类似地，疫苗 MAH 也需要对疫苗的安全性、有效性和质量可控性负主体责任；在此基础上，**相较其他药品而言，疫苗适用的 MAH 制度对 MAH 的要求更加严格**。例如，其他药品所适用的 MAH 制度并不要求 MAH 必须具备生产能力（即一般药品 MAH 可委托第三方生产，而 MAH 本身可以没有相应药品的生产线），而根据《疫苗管理法》，疫苗 MAH 制度则要求疫苗 MAH 必须具备生产疫苗的能力。

《管理规定》继续贯彻对疫苗 MAH 的严格要求。《管理规定》明确规定，疫苗 MAH 自身应当具备生产疫苗的能力，疫苗 MAH 对疫苗的安全性、有效性和质量可控性负主体责任，依法依规开展疫苗上市后生产、流通等环节

管理活动，并承担相应责任；涉及开展委托生产的，疫苗 MAH 承担主体责任，受托疫苗生产企业对受托生产行为负责。

### 3.2 关键岗位人员的职责与资质要求

根据《管理规定》，疫苗生产流通环节中涉及的关键岗位人员包括法定代表人/主要负责人、生产管理负责人、质量管理负责人及质量授权人等。疫苗 MAH 应当明确各种关键岗位人员的职责，且该等关键岗位人员需要满足一定资质要求。关键岗位人员的变更情况需要体现在质量年度报告中，每年 4 月底随质量年度报告一同上报。

对关键岗位人员的的的职责和资质的具体要求请详见下表：

关键岗位人员	职责要求	一般资质要求	特殊资质要求
法定代表人/主要负责人	对疫苗产品生产、流通活动和质量全面负责，包括： A. 确立质量方针和质量目标； B. 提供资源保证生产、流通等活动持续符合相关法律法规要求； C. 确保质量管理部门独立履行职责。		/
生产管理负责人	对生产过程的持续合规负责，包括： A. 负责组织和实施疫苗产品生产活动； B. 确保按照经核准的生产工艺和质量控制标准组织生产。	A. 具有良好的信用记录； B. 不得为药品严重失信人员。	A. 应当具有医学、药学、生物学等相关专业本科及以上学历或具备中级以上专业技术职称； B. 具有五年以上从事疫苗领域生产质量管理经验（负责疫苗流通质量管理的负责人，应当具有三年以上从事疫苗管理或技术工作经验）；
质量管理负责人	对疫苗产品质量管理持续合规负责，包括：负责组织建立企业质量管理体系，并确保体系能够持续良好运行。		
质量授权人	对产品放行负责，包括： A. 负责疫苗产品放行； B. 确保每批已放行产品的生产、检验均符合经核准的生产工艺和质量控制标准。		C. 能够在生产、质量、流通管理中履行对应职责，并承担相应责任。

### 3.3 质量管理体系

《管理规定》要求疫苗 MAH 建立完整的疫苗质量管理体系和质量风险管理，履行以下职责：（1）对疫苗生产、流通涉及的原料、辅料、直接接触药品的包装材料、储存配送服务等供应商的质量管理体系进行审核和监督，确保供应商满足疫苗生产、流通的相关要求，不断完善上市后疫苗生产、流通质量管理体系，定期对质量管理体系的运行情况开展自查并持续改进；（2）对疫苗生产、流通全过程开展质量风险管理，对质量体系运行过程中可能存在的风险进行风险识别、评估、控制、沟通，采取有效预防控制措施，及时开展风险回顾，直至风险得到有效控制。

## 4 疫苗生产管理

#### 4.1 疫苗生产实施严格准入制度

自 2018 年长春长生疫苗事件发生后，疫苗生产许可的审批监管明显趋严，根据《管理规定》，国家对疫苗生产实施严格准入制度，严格控制新开办疫苗生产企业。新开办疫苗生产企业，除符合疫苗生产企业开办条件外，还应当符合国家疫苗行业主管部门的相关政策。

#### 4.2 委托生产

##### 4.2.1 自行生产为原则，委托生产为例外

根据《疫苗管理法》的规定，疫苗 MAH 应当具备疫苗生产能力；超出疫苗生产能力确需委托生产的，应当经国务院药品监督管理部门批准。在此基础上，《管理规定》进一步明确了“确需委托生产”的具体适用情形，包括：

- (1) 国务院工业和信息化管理部门提出储备需要，且认为持有人现有生产能力无法满足需求的；或
- (2) 国务院卫生健康管理部门提出疾病预防、控制急需，且认为持有人现有生产能力无法满足需求的；或
- (3) 生产多联多价疫苗的。

符合上文所述任一情形，确需委托生产的，疫苗 MAH 委托生产的范围应当是疫苗生产的全部工序。必要时，委托生产多联多价疫苗的，经国家药监局组织论证同意后可以是疫苗原液生产阶段或者制剂生产阶段。

值得一提的是，此次《管理规定》特别明确了生产多联多价疫苗的，符合“确需委托生产”的适用情形。多联疫苗是指，将针对多种疾病的疫苗成分联合在一起，接种多联疫苗即可预防多种疾病；多价疫苗则是指，将某种疾病不同类别的病原体做成一种疫苗。多联疫苗和多价疫苗具有巨大的发展潜力，但研发生产的难度较大。实践中，生产多联疫苗和多价疫苗往往需要搭建多条生产线，但受到资金、设备、工艺等多个维度的限制，单个疫苗 MAH 往往难以自行搭建生产多价疫苗和多联疫苗的全部生产线，因此需要企业之间通过委托生产等形式进行合作。允许生产多联多价疫苗的 MAH 委托生产符合相关企业的实操需求，对于多联多价疫苗生产企业而言是关键利好。

##### 4.2.2 受托方的资质要求

疫苗 MAH 确需委托生产的，受托方应当为取得疫苗生产范围的药品生产企业，且疫苗的包装、贴标签、分包装应当在取得疫苗生产范围的药品生产企业开展。

##### 4.2.3 委托生产申请流程

###### (1) 委托生产的先决条件与申请材料

根据《管理规定》规定，疫苗 MAH 申请疫苗委托生产的，应当完成

如下工作：(a)委托方和受托方应当按照相关技术指导原则要求进行研究、评估和必要的验证；(b)完成相应《药品生产许可证》生产范围变更，并由委托方向国家药监局提交相应的申请文件，提交申请文件的同时，一并提交证明该委托生产属于前文所述“确需委托生产”情形(《管理规定》第十二条)的证明性材料。

## (2) 药监局的审查流程

### (a) 形式审查

国家药监局接到疫苗委托生产申请后，按照《管理规定》的要求对申请资料进行形式审查，并在5个工作日内作出受理、补正或者不予受理的决定，出具书面的《受理通知书》或者《不予受理通知书》，并注明日期。

### (b) 实质审查

受理后，国家药监局按照《管理规定》的要求对疫苗委托生产申请进行审查，并在20个工作日内作出决定(申请人补充资料所需时间不计入审批时限)。经审查符合规定予以批准的，由国家药监局制作《疫苗委托生产批件》，并在10个工作日内向委托方发放(同时抄送委托方和受托方所在地省级药品监督管理部门)；不符合规定的，书面通知委托方并说明理由；需要补充材料的，书面通知委托方在规定时间内提交补充材料。

#### 4.2.4 获批委托生产后的手续

在委托方取得《疫苗委托生产批件》后，应按照《药品上市后变更管理办法(试行)》相关规定办理生产场地变更涉及的注册管理事项变更。

委托方和受托方所在地省级药品监督管理部门，应当按照《药品生产监督管理办法》第五十二条的规定，对委托方和受托方开展药品生产质量管理规范符合性检查。

委托方和受托方在依法完成相应变更，通过药品生产质量管理规范符合性检查，所生产产品自检和批签发合格，符合法定放行条件后，方可上市销售。

## 4.3 其他生产管理规定

除上述规定外，疫苗MAH还应持续遵守一系列生产管理要求，包括：

4.3.1 **建立生产质量管理体系。**疫苗MAH应当建立完整的生产质量管理体系，严格按照经核准的生产工艺和质量控制标准组织生产，确保产品符合上市放行要求。

4.3.2 **采用信息化手段记录生产检验数据。**疫苗 MAH 应采用信息化手段如实记录生产、检验过程中形成的所有数据，对于无法采用信息化手段采集数据的，应将该等数据及时通过人工手段录入相关信息化系统或转化为电子数据，同时按要求保存相关纸质原始记录。

4.3.3 **停产管理。**疫苗 MAH 在停产前，需向主管部门履行如下报告义务，(a)疫苗 MAH 因工艺升级、搬迁改造等原因(正常周期性生产除外)，计划停产 3 个月以上的，应当在**停产 3 个月前**，向所在地省级药品监督管理部门报告；(b)疫苗 MAH 常年生产品种因设备故障等突发情况导致无法正常生产，预计需停产 1 个月以上的，应当在**停产 3 个工作日内**向所在地省级药品监督管理部门报告。

疫苗 MAH 长期停产(正常周期性生产除外)，**计划恢复生产的**，还应当在恢复生产 1 个月前向所在地省级药品监督管理部门报告。省级药品监督管理部门结合日常监管情况进行风险评估，必要时可对恢复生产的品种开展现场检查。

4.3.4 **重大质量问题报告。**疫苗 MAH 在生产、流通管理过程中，发现可能会影响疫苗产品质量的重大偏差或重大质量问题的，应当立即向所在地省级药品监督管理部门报告。进口疫苗在流通管理过程中，发现可能影响疫苗产品质量的重大偏差或重大质量问题的，由境外疫苗持有人指定的境内代理人向进口口岸所在地省级药品监督管理部门报告。

4.3.5 **年度报告制度。**疫苗 MAH 还应按照相关要求建立年度报告制度，在每年 4 月底前通过“国家药品智慧监管平台的药品业务管理系统”上传上年度的质量年度报告。

## 5 疫苗流通管理

### 5.1 销售对象

与一般药品不同，《疫苗管理法》及《管理规定》对疫苗 MAH 的销售对象进行了一定限制。一般药品 MAH 在遵守两票制的前提下，可以将药品销售给经销商，但疫苗 MAH 应当按照采购合同的约定，**向疾病预防控制机构销售疫苗**，疾病预防控制机构应当按规定向接种单位供应疫苗，疾病预防控制机构以外的单位和个人不得向接种单位供应疫苗，接种单位不得接收该疫苗。

### 5.2 批签发证明与销售记录

根据《疫苗管理法》及《管理规定》，国家实行疫苗批签发制度，每批疫苗销售前或者进口时，应当经国务院药品监督管理部门指定的批签发机构按照相关技术要求进行审核、检验，疫苗 MAH 在销售疫苗时，应当同时提供加盖其印章的**批签发证明复印件或者电子文件**；同时，疫苗 MAH 还应当按照规定，建立真实、准确、完整的销售记录，并保存至**疫苗有效期满后不少**

于5年备查。

### 5.3 涉外销售

#### 5.3.1 疫苗进口

境外 MAH 原则上应指定境内一家具备冷链药品质量保证能力的药品批发企业统一销售其同一品种疫苗，履行 MAH 在销售环节的义务，并承担责任。疫苗 MAH 销售进口疫苗的，除提供前文所述的批签发证明文件之外，还应提供加盖其印章的进口药品通关单复印件或者电子文件。

#### 5.3.2 疫苗出口

根据《管理规定》，从事疫苗出口的疫苗生产企业应当按照国际采购要求生产、出口疫苗。疫苗生产企业应当将仅用于出口的疫苗直接销售至境外，不得在中国境内销售。疫苗出口后不得进口至国内。

### 5.4 委托储存、配送

疫苗 MAH 可以自行储存、配送疫苗，也可以委托第三方储存、配送。委托第三方的，需按照《管理规定》，达到如下要求：

5.4.1 受托配送、区域仓储疫苗的企业，应当需符合药品经营质量管理规范（GSP）；

5.4.2 疫苗 MAH 应当对疫苗配送企业的配送能力进行评估，严格控制配送企业数量，保证配送过程持续符合法定要求；

5.4.3 疫苗 MAH 在同一省级行政区域内选取疫苗区域配送企业原则上不得超过 2 家；

5.4.4 疫苗 MAH 应当将委托配送疫苗品种信息及受托储存、运输单位配送条件、配送能力及信息化追溯能力等评估情况分别向疫苗 MAH 所在地和接收疫苗所在地省级药品监督管理部门报告；

5.4.5 接受委托配送的企业不得再次委托。

## 6 结语

疫苗产品事关公共卫生安全和社会稳定，因此，其属于受国家强监管的产品，加之在新冠疫情影响下，疫苗产品的需求有所增加，疫苗产品的安全性、有效性和质量可控性显得尤为重要。《管理规定》在《疫苗管理法》的基础上，在生产和流通环节进一步明晰了各方主体的责任和义务，同时也采用了大篇幅细化了“委托生产”的适用情形，进一步将监管和市场结合在一起，完善了中国疫苗产品监管体系。

## 内保外贷业务中的外汇监管合规

植德金融部

### 一、内保外贷及其监管背景

内保外贷是最常见的一种跨境担保。根据国家外汇管理局(简称“外管局”)2014年出台的《跨境担保外汇管理规定》及相关操作指引(汇发[2014]29号,下称“29号文”),跨境担保是指担保人向债权人书面作出的、具有法律约束力、承诺按照担保合同约定履行相关付款义务并可能产生资金跨境收付或资产所有权跨境转移等国际收支交易的担保行为。按照担保当事各方的注册地,跨境担保分为内保外贷、外保内贷和其他形式跨境担保。内保外贷是指担保人注册地在境内、债务人和债权人注册地均在境外的跨境担保。

内保外贷的监管经历了从严到放松的过程。29号文将内保外贷监管从此前的事前审批改为事后登记,非银行金融机构和企业担保人在签订担保合同后15日内到所在地外管局办理内保外贷签约登记,银行担保人仅需要向外管局报送内保外贷业务数据。2017年1月26日发布的《关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》(汇发[2017]3号,下称“3号文”)进一步规定内保外贷项下的资金可以按规定的调回境内使用。2017年11月24日,外管局综合司进一步下发《关于完善银行内保外贷外汇管理的通知》(汇综发[2017]108号,下称“108号文”),旨在完善银行内保外贷外汇管理,特别是对债务人主体资格、资金用途和交易背景的真实性合法性提出了更细致的要求。

### 二、内保外贷的监管要点

根据29号文,担保人办理内保外贷业务时,应对债务人主体资格、担保项下资金用途、预计的还款资金来源、担保履约的可能性及相关交易背景进行审核,对是否符合境内外相关法律法规进行尽职调查,并以适当方式监督债务人按照其声明的用途使用担保项下资金。108号文进一步对银行办理内保外贷业务的审核和调查义务进行了更详细的说明。

#### 1. 债务人主体资格

29号文明确外管局按照真实、合规原则对非银机构担保人的登记申请进行审核。108号文明确要求银行办理内保外贷业务时应严格审核债务人的主体资格的真实合规性,还须留存相关审核材料以备复查。实践中,非银机构在向外管局提交办理内保外贷登记时,外管局一般会要求提供债务人的主体资格合法证明复印件。

#### 2. 担保项下资金用途

29号文第11条要求内保外贷项下资金仅用于债务人正常经营范围内的相关支出,不得用于支持债务人从事正常业务范围以外的相关交易,不得虚构贸易背

景进行套利或进行其他形式的投机性交易。在3号文颁布以后，债务人可通过向境内进行放贷、股权投资等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用，但仍然不得通过证券投资的方式将资金调回境内。

此外，29号文第12条还要求担保人需要以适当方式监督债务人按照申明的用途使用资金。这就要求担保人对贷款资金用途进行持续监督和跟踪。

### 3. 预计的还款资金来源及担保履约可能性

这两点都是29号文明确需要担保人核查的，也是外管局关注的重点。108号文强调银行办理内保外贷业务时，应根据法律法规切实加强第一还款来源和担保履约可能性的审核，不得在明知或应知履约义务确定发生的情况下签订跨境担保合同。银行可依据以下情形并兼顾合理商业原则判断担保合同是否具备明显的担保履约意图：

(1) 签订担保合同时，债务人自身是否具备足够的清偿能力或可预期的还款资金来源。对于债务人预计的还款资金来源不明或者有明显瑕疵的，银行不得为其办理内保外贷业务；对于债务人虽有明确的还款资金来源但经营状况不良或负债率过高的，银行应谨慎为其办理内保外贷业务。(2) 主债务合同规定的融资条件与债务人声明的借款资金用途是否存在明显不符。(3) 担保当事各方是否存在通过担保履约提前偿还担保项下债务的意图。(4) 担保当事各方是否曾经以担保人、反担保人或债务人身份发生恶意担保履约或债务违约。

实践中，外管局在受理非银机构的内保外贷登记申请时，一般会要求提供为担保人和被担保人经审计的财报，结合资金用途、担保金额和期限分析商业合理性，以判断是否具有担保履约意图。此外，外管局还会要求担保人对担保资金来源进行说明。

### 4. 交易背景

对于交易背景的尽职审核和调查分为真实性和合法合规性两个方面。交易背景真实性的审核要求表明银行需要审核交易文件，如主债务合同。对于合法合规性，29号文要求在非银机构提交内保外贷申请时，需要提供的补充证明材料中包括发改委、商务部门关于境外投资的批准文件等。而108号文也要求银行办理内保外贷业务时，内保外贷项下的资金如用于获得对境外机构的股权或债权，也需要符合国内境外投资的相关规定。

## 三、违规情形及其法律风险

在外管局不时公布的外汇违规案例中，经常有违反内保外贷监管规定而受到处罚的案例。例如，2022年9月的案例中，某银行因违反内保外贷而被警告并处罚款4266.16万元人民币。

外管局进行处罚包括：警告、罚款、没收违法所得。处罚的主要依据是《外汇管理条例》第四十三条<sup>[1]</sup>和第四十七条<sup>[2]</sup>。其中罚款最高可以到交易金额的30%。

从近年来外管局公布的内保外贷违规案例来看，受到处罚的主要是银行在办理内保外贷时审核不严，主要的违规情形如下：

(1) 银行没有对借款人的还款资金来源进行尽职审核和调查。(2) 银行在交易背景真实性方面未尽到审核义务，例如有“企业提交单证存在提单受益人与贸易买卖方不一致”、“贷款使用报文内容无法辨认、展期意向函未体现担保项下资金使用情况、履约金额大于贷款金额”等情况。(3) 未对债务人主体资格、担保资金来源进行尽职审核和调查。(4) 未按规定审查贷款资金用途，没有对贷款资金用途进行持续监督和跟踪，违规办理购付汇业务。(5) 未按规定对担保履约可能性进行尽职审核和调查。

#### 四、我们的建议

##### 1. 银行的内保外贷业务

外管局对银行办理内保外贷业务的监管重点有两点，第一，银行作为担保人是否履行了 29 号文第 12 条规定的尽职审核和调查义务；第二，银行在为担保人、债务人、债权人等办理与跨境担保相关的购付汇或收结汇业务时，是否履行了审查交易背景和担保合同合法合规性的义务。

银行作为担保人办理内保外贷业务时，应当要求债务人提供相应资料，注意审核债务人主体资格、担保项下资金用途、预计的还款资金来源、担保履约的可能性以及交易背景的真实性和合规性，主要包括：债务人的主体资格是否真实合规；担保项下资金用途是否用于债务人正常经营范围内的支出、是否有违规使用资金的情况，还需对贷款资金用途进行持续监督和跟踪；还款资金来源是否不明确，或是有瑕疵，债务人是否经营不良或负债率不高；担保人是否存在明显的担保履约意图（结合 108 号文审核）；交易背景是否合法合规，是否真实（须审查相关审批文件和交易文件）。

银行在为担保人、债务人、债权人等办理与跨境担保相关的购付汇或收结汇业务时，则需审查交易背景和担保合同的合法合规性。

##### 2. 非银机构办理内保外贷登记

而非银机构在向外管局申请办理内保外贷登记时，也应注意参照以上几个方面提供资料，以供外管局审核。结合 29 号文的要求以及我们的实践经验，非银机构向外管局申请办理内保外贷登记时须提供的资料，通常包括但不限于以下内容：

(1) 关于办理内保外贷签约登记的书面申请报告（内容包括公司基本情况、已办理且未了结的各项跨境担保余额、本次担保交易内容要点、预计还款资金来源、其他需要说明的事项。有共同担保人的，应在申请报告中说明）；(2) 担保合同和担保项下主债务合同（合同文本内容较多的，提供合同简明条款并加盖印章；合同为外文的，须提供中文翻译件并加盖印章）；(3) 外汇局根据本规定认为需要补充的相关证明材料（如发改委、商务部门关于境外投资项目的批准文件、办理变更登记时需要提供的变更材料等）；(4) 债务人的主体资格合法

证明复印件；（5）担保人的商业合理性证明（如财务报告）；（6）债务人的还款能力证明（现有现金余额，或可预期的收入来源如投资项目分析，盈利分析等）。

[1]《外汇管理条例》第四十三条规定：“有擅自对外借款、在境外发行债券或者提供对外担保等违反外债管理行为的，由外汇管理机关给予警告，处违法金额 30% 以下的罚款。”

[2]《外汇管理条例》第四十七条规定：“金融机构有下列情形之一的，由外汇管理机关责令限期改正，没收违法所得，并处 20 万元以上 100 万元以下的罚款；情节严重或者逾期不改正的，由外汇管理机关责令停止经营相关业务：（一）办理经常项目资金收付，未对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查的；（二）违反规定办理资本项目资金收付的；（三）违反规定办理结汇、售汇业务的；（四）违反外汇业务综合头寸管理的；（五）违反外汇市场交易管理的。”



植德观点  
争议解决篇

## 国际商事仲裁中的费用分担

乔焕然、王子涵

### 第一节 仲裁费用的类型和内容

国际商事仲裁中的“仲裁费用”，广义上可以分为两个类型：一为仲裁程序费用，二为当事人费用或称法律费用。

如果选择使用机构仲裁，仲裁程序费用包括仲裁机构收取的管理费用和仲裁庭的费用（包括仲裁员报酬、仲裁庭指定的专家或行政秘书或助理的费用），其他如租赁开庭室的费用、速录费用等也属于仲裁程序费用的范畴。当事人往往会同意先各自承担 50% 上述费用，但同时也会保留胜诉后申请仲裁庭裁决要求对方最终承担该笔费用的权利。

当事人费用则主要包括其支付的律师费、事实证人和专家证人的费用等等。该费用一般会占到当事人所花费仲裁费用的大部分，国际商会（“ICC”）发布的报告显示，当事人在国际仲裁案件中支付的法律费用平均占仲裁费用的 83%，而仲裁程序费用则相应为 17%（其中仲裁员报酬占 15%，仲裁机构费用仅占 2%）<sup>[1]</sup>。

### 第二节 仲裁费用分担的一般原则

仲裁庭在对案件的实体问题作出裁决之后，往往会依据当事人的申请对仲裁费用的分担作出裁决（an award of costs）。需注意的是，除了几个大原则（下文论述），国际仲裁中其实并没有严格、统一的费用分担规则或标准，仲裁庭在考虑费用分担时，往往会受仲裁员自身的教育、执业背景所影响，但是其一般会以案件所适用的仲裁规则（机构仲裁）、仲裁地法以及过往司法实践（特别是仲裁地在英国的案件，深受英国法院所影响）为参考来做出决定。

#### 1. 败诉方承担胜诉方费用原则（“Cost Follow the Event”）

Cost Follow the Event（“败诉方承担胜诉方费用原则”）是国际仲裁费用分担的最重要原则。大部分国际仲裁案件的仲裁庭都会遵从该原则，即败诉方除了承担自己一方的费用外，还要承担胜诉方以及仲裁庭的费用。一些仲裁机构的仲裁规则也规定胜诉方有权向败诉方取回合理的费用（如 LCIA2020 Rules Article 28.4, CIETAC 2015 Rules Article 52.2, SCC Rules Article 50）。1996 年《英国仲裁法》第 61（2）条<sup>[2]</sup>规定，仲裁庭应按照 Cost Follow the Event 原则来裁决仲裁费用的分担问题。

虽然其他一些仲裁机构的仲裁规则并未明确规定败诉方承担胜诉方合理费用的原则，仅规定了仲裁庭有权对费用承担问题作出裁决（这也给了仲裁庭相当大的裁量权，如 ICC Rules Article 38.4, HKIAC Rules Article 34.3, ICDR Rules Article 37），但数据证明 Cost Follow the Event 大原则是绝大多数仲裁庭所遵循

的原则，如 91% 的 HKIAC 仲裁裁决，大部分 ICC 仲裁裁决以及 90% SIAC 仲裁裁决等等。<sup>[3]</sup>

## 2. 费用各自承担原则（“American Approach”）

不过，也有例外。如果仲裁地在美国的案件，其通常的实践是适用当事人各自承担己方费用。这就是国际仲裁费用承担的“美国规则”，它受美国法院的司法实践影响。众所周知，美国诉讼是费用各自承担。当仲裁庭中的仲裁员具有美国教育背景或者系长期执业于美国的律师时，其也会受美国规则所影响（前提是该规则并不违反适用仲裁规则或有关适用法的强制性规定）。

## 3. 第三节偏离费用分担大原则的一些考量因素

此外，国内客户需要进一步了解，即便仲裁庭是以 Cost Follow the Event 原则为起点，但实践中最终裁决的结果很可能是胜诉方自己也要承担一部分己方费用，这就涉及到仲裁庭的自由裁量权问题。仲裁庭可能会综合考虑案件中的各种因素，并对费用分担大原则作出一定的调整，减少胜诉方可以向败诉方取回的费用，甚至是胜诉方不但不能取回自己的费用反而还要承担部分败诉方的费用。

### 1. 费用过高或超出合理需要

根据《民法典》及《全国法院民商事审判工作会议纪要》之关于合同效力的规定，指出违反强制性规定的，人民法院应当根据具体情形认定合同效力。尤其是对涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。

如果胜诉方在仲裁程序中花费的费用过高且超出了合理需要，则仲裁庭会考虑减少其能够向败诉方取回的费用。例如，在一个比较简单的案件中，胜诉方雇佣了多位律师甚至大律师，还委任了根本不必要的专家证人，这明显超出了对待简单案件的合理需要。<sup>[4]</sup>

又比如一个仲裁地在瑞士、适用法为大陆法且并没有美国当事人参与的案件，胜诉方没有雇佣欧洲律师，而是雇佣了更加昂贵的美国律师，仲裁庭认为虽然当事人拥有选择雇佣哪类律师的自由，但胜诉方雇佣更昂贵的美国律师在本案中是不合理的，因此减少了其可以向败诉方取回的费用。<sup>[5]</sup>

### 2. 仲裁请求未获全部支持或仅成功小部分

一般来讲，虽然每个国际仲裁均可以视为只有一个 Dispute 即争议，但该争议项下往往会出现多个 Issue 即争议焦点。如果胜诉方很明显赢得了全部或大部分争议焦点（至少是核心争议），仲裁庭也支持了其全部或大部分请求，则胜诉方可以向败诉方取回至少绝大部分费用。但是在一些复杂案件中，虽然可能胜诉方赢得了某一个核心争议（Event or Issue），但是却输掉了其提出的其他三个争议，这时候仲裁庭会考虑根据双方各自成功的点以 Claim-by-Claim 或者 Issue-by-Issue 逐项决定的方式来分担费用。

还有一种情形是，胜诉方最后被支持的金额与其原始索赔请求相比少得可怜，这时仲裁庭会考虑减少或者按比例来决定双方的费用分担问题，因为大部分未被

支持的仲裁请求相当于是胜诉方夸大了索赔金额，没有理由让这部分费用也由败诉方来承担。

### 3. 双方当事人的不适当或不诚信行为

当事人的行为也是仲裁庭需要考虑的重要因素之一。当某一方或双方当事人的行为是不适当的 (Improper Conduct) 或者是不诚信 (Bad Faith) 时，会给仲裁庭带来不好的印象，即便胜诉，仲裁庭也会考虑减少其可以向败诉方取回的费用。甚至，仲裁庭有权以当事人行为作为决定性的考量因素。一些仲裁机构的仲裁规则也明确规定，仲裁庭可以考虑当事人行为因素来决定费用分担，如 ICC Rules Article 37(5)<sup>[6]</sup>，LCIA Rules Article 28.4<sup>[7]</sup>。

比较典型的不适当或不诚信的当事人行为包括：（1）故意影响仲裁庭的管辖权，如在仲裁庭组庭后聘任一名与某仲裁员有利益冲突的代理人；（2）采取拖延战术，提出毫无根据的指控，比如挑战仲裁员的任命或者仲裁管辖权；（3）使法院不必要地介入，比如在存在仲裁协议的情况下提起平行诉讼；（4）不遵守程序时间表，故意延迟或不提交仲裁庭要求的有关文件；（5）故意提供虚假证据（包括专家证人或事实证人）等等。

### 4. 当事人是否提出过“Without Prejudice 无损权益”性质的和解要约

我们假设一种情况，申请人向被申请人索赔 100 万美元，提起仲裁之后被申请人向申请人发出和解要约，主张以 70 万美元解决纠纷，但随后申请人拒绝了该要约，然而仲裁庭最终裁决申请人被支持的金额为 65 万美元，低于被申请人提出的 70 万美元和解金额。根据 Cost Follow the Event 的大原则，申请人按理说有权向被申请人取回费用，但是此种做法就对被申请人不合理，因为如果申请人早就接受了该和解要约，后续产生的费用原本可以避免。所以，为了鼓励节约和高效，国际仲裁中还会有无损权益和解的规则与实践 (Without Prejudice Saved As To Cost)。

也就是说，如果一方当事人提出了和解要约 (该要约经常以 Without Prejudice Saved As To Cost 开头) 但并未被对方接受，最终待仲裁庭就实体问题作出裁决后，若胜诉方被支持的金额低于败诉方和解金额，则仲裁庭会考虑胜诉方在败诉方提出和解要约之后所产生的费用将无法取回。一般情况下，有关和解要约的文件是需要当事人等到仲裁庭作出实体裁决而未对仲裁费用分担作出决定的时候才会提交给仲裁庭，这样做的主要原因是为了避免仲裁庭对提出和解一方产生先入为主的不利印象。在实践中，发出要约的一方会使用一个密封起来的信函，所以该要约又被称作“Sealed Letter”。

在适当的时机提出无损权益和解要约有时是当事人进行自我保护的一个有力武器，这会给予对方一定的压力，否则即便胜诉但还是要承担比较高昂的仲裁费用，而且，提出和解一方并不需要真的掏出真金白银，可以说是毫无成本。

### 5. 当事人之间的约定

还有一些不是特别常见的情况是，当事人之间会对仲裁费用的分担有书面约定，仲裁庭也可能会将其作为参考因素之一，但这并不影响仲裁庭对费用分担问题仍有较大的自由裁量权。比如，在一个 ICC 仲裁案件中，双方当事人同意适用 Cost Follow the Event 原则。仲裁庭认为，虽然当事人约定了适用的大原则，但在 ICC 的仲裁规则下仲裁庭有权根据具体情况对费用分担进行调整。还有仲裁庭认为，在此情形下，费用分担应受限于其是否为合理的费用。 [8]

但是，双方当事人的约定有时候会因违反强制性规定而不被仲裁庭采纳。虽然 1996 年《英国仲裁法》第 61 (1) 条规定，仲裁庭可对仲裁费用分担作出裁决，但应受限于当事人之间的约定。此处所说的“当事人之间的约定”，根据《英国仲裁法》第 62 条，仅指双方产生争议之后所达成的约定。因此，仲裁地在英国的案件就需要考虑该条款带来的影响。

## 结语

总的来看，国际商事仲裁中的费用分担有着比较确定的大原则和一些被认为可偏离大原则的惯例做法，但在国际层面上费用分担问题还是会有一定的差异性，这和上文提到的不同仲裁员的教育背景和执业背景有关，也是仲裁庭拥有较大的自由裁量权所带来的必然性结果。而这些内容，作为一个基本的知识应该由国内客户所预先熟悉。

[1] International Chamber of Commerce, ICC Commission Report: Decision on Costs in International Arbitration, p3, Issue 22015.

[2] 1996 年《英国仲裁法》原文: Arbitration Act 1996 61. AWARD OF COSTS

(1) The tribunal may make an award allocating the costs of the arbitration as between the parties, subject to any agreement of the parties.

(2) Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs.

[3] 同注释 1，国际商会报告，第 5 页。

[4] 杨良宜、莫世杰、杨大明：《仲裁法——从开庭审理到裁决书的作出与执行》，第 54 页，法律出版社，2010 年 3 月第 1 版。

[5] 同注释 1，国际商会报告，第 26 页。

[6] ICC Arbitration Rules 2021, Article 37(5):

In making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account such circumstances as it considers relevant, including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner.

[7] LCIA Arbitration Rules 2020, Article 28.4:

...

The Arbitral Tribunal may also take into account the conduct of the parties and that of their authorized representatives in the arbitration, including any cooperation in facilitating the proceedings as to time and cost and any non-cooperation resulting in undue delay and unnecessary expense....

[8] 同注释 1，国际商会报告，第 22 页。

## 国际仲裁中的律师费用核算

乔焕然、王子涵

1.在上一篇文章中，我们讨论了国际仲裁中的费用分担问题。仲裁庭在裁决了费用分摊后，接下来的工作就涉及核算（也称“厘定”）当事人具体的费用金额（taxation of costs），即哪些费用可以算作胜诉方能向败诉方取回的成本。胜诉方一般会列出其为仲裁而发生的费用名目、具体金额及相应的证据，再由败诉方对此提出质疑，最终由仲裁庭作出决定。在可取回的成本中，当事人最为关注的当属代理律师的收费，如果某一方聘用了多位大律师或者资深大律师，这无疑会是一笔相当昂贵的支出。

2.然而，并非发生的任何律师费用胜诉方都能向败诉方取回，国际仲裁中亦有一定的规则及实践可循来规范各方的行为。国内客户在参与仲裁案件前，应该对此有所了解，并提前作出统筹安排。

### 第一节胜诉方向败诉方主张取回费用的大原则和核算基础

3.胜诉方可向败诉方取回费用的大原则是“补偿性原则”，即胜诉方只能从对方处获得所花费成本的补偿（indemnity），而非从中获利。这种做法类似于中国合同法项下合同的缔约过失责任。不同于违约责任，权利人能够主张的缔约过失责任仅限于作为缔约成本的信赖利益，而非基于履约的预期利益。

4.在英国法下，胜诉方可向败诉方取回费用成本的核算基础有两种，一种是“标准基础”（standard basis），另一种是“补偿基础”（indemnity basis）。[1]二者之间的主要区别是举证责任分配不同，但共同点是只有胜诉方合理发生且成比例的费用才能向败诉方取回，任何不成比例的费用（即便合理）都可能会被仲裁庭扣减或驳回。标准基础是指如果胜诉方无法举证证明某一项费用是合理且成比例的，则疑点利益归于败诉方，该费用胜诉方不能向败诉方取回，这对胜诉方是不利的；而补偿基础则是要由败诉方来举证证明胜诉方哪一笔费用的花费是不合理的，否则就假设是合理，即对败诉方不利。

5.在这两种计算方式中，补偿基础带有对败诉方惩罚的意思，胜诉方更希望仲裁庭适用该方法核算费用。但在国际层面，仲裁庭适用补偿基础核算费用的情况较少，大多数仲裁案件会适用标准基础，除非是出现非常不合理或滥用程序等情况。例如，在一起仲裁案件中，被申请人在抗辩请求中所承认的事实显示其明显违反了合同约定，于是申请人向仲裁庭提出，要求被申请人承担责任，否则之后的费用应按照补偿基础核算，仲裁庭经考虑后支持了该请求，理由是其认为被申请人依据所显示的事实的确毫无胜诉希望，如果其仍坚持导致最后败诉，则应该承担补偿基础的费用。[2]

### 第二节律师费用的核算问题

### （一）外部律师的收费应满足合理需要

6.上文已述，无论在何种核算基础下计算，只有合理的费用才能向败诉方取回。当然，是否合理需要根据每一个案件的具体情况来判断。英国《民事诉讼规则》即 CPR 规定，在认定合理与否时可参考以下因素：（1）各方在诉讼之前和诉讼期间的行为；（2）争议的标的金额；（3）该争议事项对各方的重要性；（4）事项的复杂程度或特殊性；（5）所需要的技术、努力、专业知识和责任；（6）花费的时间等等。<sup>[3]</sup>

7.胜诉方在提出申请时，一般会列出每一位律师成员的工作时长、小时费率及工作内容等，对仲裁期间每项工作内容的时间及费用金额进行细分，所需要的详细程度一般取决于仲裁庭的要求。其次，胜诉方还会结合争议金额、案件的复杂性以及代理律师团队的组织方式，说明该等费用为什么是合理的。例如，费率较高的大律师或合伙人所花费的时间一般要少于初级律师所花费的时间，否则可能会被认为是未合理节省费用。

8.而相对于败诉方来说，其就要针对胜诉方所列出的名目挑出不合理的地方，以抗辩主张该部分费用不应由其承担，例如小时费率过高、在特定工作上花费时间过多或律师团队成员之间有明显的重复工作等等。<sup>[4]</sup>

### （二）胜诉方支付的风险代理费用能否向败诉方取回？

9.虽然国内客户经常会与律师约定有条件的收费安排即风险代理费用（contingency fee）。但是，必须注意这些费用很可能不会被仲裁庭所支持。根据案件所适用的法律和仲裁庭成员背景，最后得出的结论可能会截然相反。根据 ICC 报告显示，只有一部分案件的仲裁庭会考虑支持风险代理费用。例如，在一起仲裁案件中，申请人与代理律师约定如果被申请人被裁决应支付申请人有关款项，其中的 20% 应作为风险代理费用，该案仲裁庭在计算风险代理金额后认为这是合理的。<sup>[5]</sup>但相同情形并不总是发生，在另一案件中，仲裁庭排除了胜诉方费用中的 3.5% 风险代理费用，认为该费用不能由败诉方承担。<sup>[6]</sup>更多的案例显示，获胜一方的风险代理费用无法从败诉方取回。

10.如果所适用的法律是英国法，那么值得关注的一点是，英国法下此前一直只允许律师根据实际工作时间来收费，但目前也允许律师与当事人共同承担风险，即有条件的收费。如果最终败诉，律师可以不收费或只收少量费用，但如果胜诉，律师可以多收费，最高限额是其正常收费的二倍。<sup>[7]</sup>

11.而在新加坡，根据在先判例，风险代理收费一直是不被允许的。新加坡允许律师收费的方式一般为按时间收费（time-cost basis）、固定收费（fixed-fee basis）和固定收费基础上的限额收费（fee cap），这几种收费方式一般会得到仲裁庭支持。不过最近新加坡对待风险代理的态度也有一些改变。2021 年 11 月，新加坡司法部提出了一项新法案，旨在允许某些特定法律活动可以约定有条件收费安排，其中就包括国际仲裁，但其规定风险代理收费不能按照一定的比例来计算金额。这项法案于 2022 年 1 月通过，目前尚未施行，可以预见新加坡未来对国际仲裁中的风险代理费用将会有新的实践。<sup>[8]</sup>

### (三) 胜诉方的内部律师或员工的费用能否向败诉方取回？

12.对于胜诉方的内部律师(包括内部管理人士或员工,下同)因参与仲裁案件所产生的费用能否向败诉方取回的问题,仲裁实践中亦有不同观点。但在英国法下的大原则是支持胜诉方可以向败诉方取回内部律师费用,前提是其内部律师的工作是直接和案件相关且必要,以及没有与外部律师的工作有不合理的重叠。

13.根据 ICC 的报告显示,有的仲裁庭认为参与处理纠纷本就是在他们(即内部律师或员工)的工作内容范畴之内,尤其是当事人同时也聘用了外部律师的情况下。在一起 ICC 仲裁案件中,该仲裁庭认为既然当事人已经聘用了外部律师,那么其内部法律人士的工作应当不会超出正常的工作时间或负荷,因此驳回了胜诉方主张取回内部律师费用的请求;但也有仲裁庭认为处理纠纷是管理公司事务以外的工作,因此可以主张取回。在另一起 ICC 案件中,仲裁庭认为如果当事人能够提出证据证明其内部人士为处理纠纷所花费的详细工作时长、工作内容及费率(必须是合理费率),则仲裁庭审查后可以支持其请求。[9]

14.我们建议,对于国内客户来讲,最好在起草仲裁协议时就明确将内部律师费用与外部律师一起,作为胜诉方可取回的费用成本列入协议条款当中。在争议发生后,详细记录内部律师因处理纠纷所花费的时间与有关工作内容,以保留证据,取得仲裁庭的认可。核心的原则是使仲裁庭采信其支持胜诉方取回该笔费用是公平、合理且合乎比例的,尤其是当败诉方存在不诚信或欺诈行为的情况下,仲裁庭更有可能支持胜诉方的该等请求。

15.总的来说,与费用分摊一样,仲裁庭对核算律师费用(包括如专家证人、事实证人等其他费用)有着广泛的自由裁量权,但仲裁庭在决定该问题时同样会考虑到适用法律(applicable law)以及当事人之间是否有约定,以避免日后作出的仲裁裁决存在不必要的风险。

16.总之,国内客户在参与国际仲裁前,有必要掌握并理解费用核算制度的要旨和技术性规则,以保护自身利益。

[1] CivilProcedureRules-RulesandDirections,Part44.3Basisofassessment

(1)Wherethecourttistoassesstheamountofcosts(whetherbysummaryordetailedassessment)itwillassessthecosts -  
(a)onthestandardbasis;or  
(b)ontheindemnitybasis.

相关详细规定可参见: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>

[2] 杨良宜、莫世杰、杨大明:《仲裁法-从开庭审理到裁决书的作出与执行》,法制出版社2010年版,第112-113页。

[3] CivilProcedureRules-RulesandDirections,Part44.4Factorstobetakenintoaccountindecidingtheamountofcosts

(3)Thecourtwillalsohaveregardto -  
(a)theconductofalltheparties,includinginparticular -  
(i)conductbefore,aswellasduring,the proceedings;and  
(ii)theeffortsmade,ifany,beforeandduringtheproceedingsinordertotrytoresolvethedispute;  
(b)theamountorvalueofanymoneyorpropertyinvolved;  
(c)theimportanceofthemattertoalltheparties;  
(d)theparticularcomplexityofthematterorthedifficultyornoveltyofthequestionsraised;  
(e)theskill,effort,specializedknowledgeandresponsibilityinvolved;  
(f)thetimespentonthecase;  
(g)theplacewhereandthecircumstancesinwhichworkoranypartofitwasdone;and

(h) thereceivingparty' slastapprovedoragreedbudget.

[4] StuartDutson, AndyMoodyandNeilNewing, InternationalArbitration: APracticalGuide, SecondEdition, GlobeLawand BusinessLtd, P347, 2019.

[5] InternationalChamberofCommerce, ICCCommissionReport: DecisionsonCostsinInternationalArbitration, p26, Issue2 2015.

[6] 同注释 4, ICC 报告。

[7] 同注释 2, 杨良宜: 《仲裁法-从开庭审理到裁决书的作出与执行》, 第 129 页。

[8] NoWinNoFee: ContingencyFeeLawyersinSingapore, 参见: <https://singaporelegaladvice.com/law-articles/contingency-fee-lawyers-singapore/>

[9] 同注释 4, ICC 报告, 第 27 页。

## 合规守护价值：首例数据合规不起诉案点评

王艺、李斌

### 一、首例数据合规不起诉案概述

2019年至2020年，Z网络科技有限公司在未经授权许可的情况下，为运营需要，由公司首席技术官陈某某指使多名技术人员，通过数据爬虫技术，非法获取某外卖平台数据，造成某外卖平台直接经济损失4万余元。

普陀区检察院对该案适用涉案企业合规整改制度，并通过第三方组织对整改过程进行监督，最终通过听证会方式，认可合规评估合格结论，并对涉案单位及人员做出不起诉决定<sup>[1]</sup>。

据最高检公开数据，截至2022年3月底，涉案企业合规第二期10个改革试点省份共办理涉企业合规案件766件，其中适用第三方机制案件503件，其中多为企业经营相关的罪名，本案涉及的“非法获取计算机信息系统数据罪”系首次公开报道的适用涉案企业合规制度的数据犯罪。

### 案件核心内容一览

内容		细节
各方主体	涉案企业、个人	Z网络科技有限公司、首席技术官陈某某及其所指使的多名技术人员
	适用人民检察院	上海市普陀区人民检察院
	第三方组织	网信办、某知名互联网安全企业、产业促进社会组织等形成第三方组织
	听证会参加人员	听证员、侦查人员、企业合规第三方考察员和被害单位参加听证，并有全国人大代表旁听
案件事实	涉嫌犯罪事实	通过数据爬虫技术，非法获取某外卖平台数据，造成某外卖平台直接经济损失4万余元
	涉案罪名	非法获取计算机信息系统数据罪
	适用法定刑档次	3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金
	案件情节	认罪认罚、积极赔偿并取得谅解
合规不起诉过程	企业申请适用合规整改	Z网络科技有限公司向检察机关申请适用合规整改
	检察机关对涉案企业提出检察建议（数据合规管理、数据风险识别、评估与处理、数据合规运行与保障）	1、构建数据合规管理体系。设置专门的数据合规管理部门，特别针对数据来源合法性，制定并不断完善数据合规计划，消除内部管理盲区。 2、提高数据合规风险识别、应对能力。规范技术汇报审批流程，建立技术应用合规评估制度，避免技术滥用。 3、稳健数据合规运行。建立数据合规咨询机制与数据不合规发现机制，建立数据分级分类管理制度及员工数据安全管理制度，填补制度空白。
	企业进行合规整改工作	1、企业做出合规承诺。
		2、企业聘请法律顾问落实合规承诺。

第三方组织进行监督考察	通过询问谈话、审查资料、召开培训等开展过程监督。
	考察期满后，第三方组织对乙网络科技有限公司合规整改情况进行评定（合格）。
检察机关举行不起诉公开听证	1、听证员、侦查人员、企业合规第三方考察员和被害单位等参与不起诉公开听证，四名全国人大代表受邀旁听。
	2、听证内容，围绕合规评估合格、社会危害性和是否可不起诉处理进行。
检察机关做出不起诉决定	根据听证结果（同意做出不起诉决定），人民检察院做出不起诉决定。

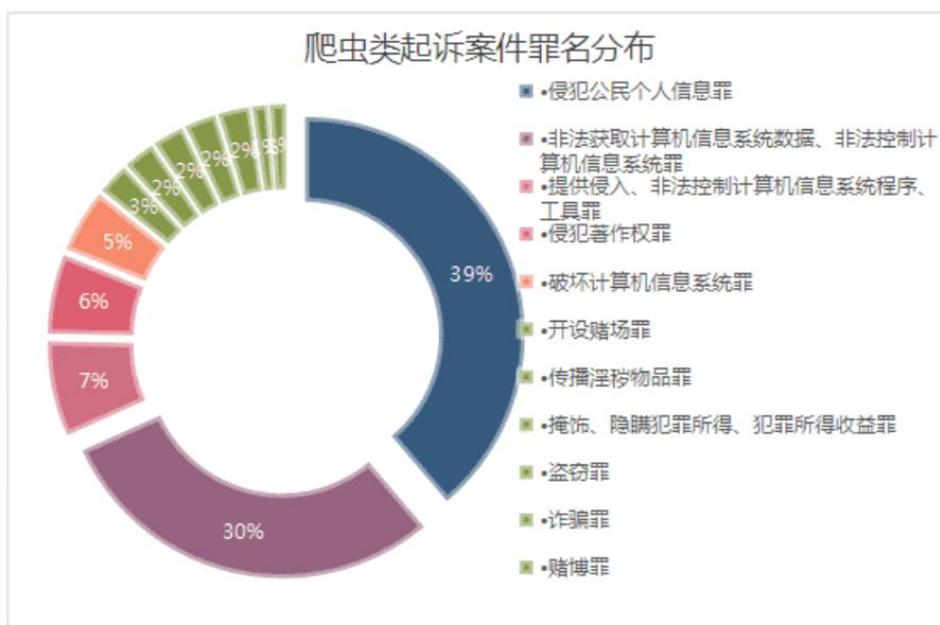
## 二、点评

### 1、爬虫所涉及刑事风险高，企业应提高“合规”意识

实务中，“爬虫”成为较多企业获取数据的重要来源之一，但是不合法的“爬虫”将带来刑事法律风险。本案即是一个典型案例。虽然我国暂时还没有就数据的“所有权”或者“财产权”予以明确，但是相关案例已经从《反不正当竞争法》的角度，确定了企业在满足条件下，可以对其加工的数据，享有“竞争性利益”。

爬虫可能引发的刑事罪名包括：侵犯公民个人信息罪、非法获取计算机信息系统数据罪、破坏计算机信息系统罪、侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪等。

根据 2021 年底就涉爬虫类刑事案件的调研情况，排名第一位的为侵犯公民个人信息罪，约占 4 成，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占比也超过 3 成，其他类型案件也较为高发。



【数据来源：元典智库，检索时间：2021 年 12 月 17 日】

为此，企业一旦希望通过“爬虫”来扩大自身数据库，实现自己的“创新”商业模式，必须首先提高自身的“合规”意识，搭建“爬虫”对应的合规体系，避免触雷。例如某公司拟在国内 IPO 上市，其招股书，详细记载了其“爬虫”前、中、后所实施的合规措施；再如对于拟爬取网站的尽职调查，对于爬取数据的频率的限制，对于爬取数据内容的核查等等。

可见，实务中，不是说禁止爬虫，而是在合法框架性可以开展。本案中，涉案企业就是缺乏合规意识，经济利益至上，从而触发刑事风险。

## 2、合规不起诉制度再次彰显“事先合规”的价值

企业刑事合规制度的重要性，是最高检落实习近平总书记关于服务保障民营经济发展的重要指示，从司法制度上所作出的制度回应。从本案企业做出合规承诺、企业落实合规承诺的内容，以及第三方组织开展的监督工作，不起诉评估工作，都可以看出，数据产品的合规性对企业及其核心人员都至关重要。及时纠正违法行为、对被害人进行赔偿，并履行合规承诺、避免再犯，才有可能避免被追究“刑事责任”。

而且，如果本案涉案企业事先具备合规意识，在上线相关数据产品时，进行合规评审，并搭建适合自身发展规模的合规体系，就完全可以避免类似的刑事追诉，“事先合规”的价值可以最大化发挥。

按照我国《个人信息保护法》第六十九条第一款规定，“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。”《网络数据安全条例（征求意见稿）》第二十条规定，“…对个人同意行为有效性存在争议的，数据处理者负有举证责任。”从防范行政处罚风险角度，个人信息处理者自身提前搭建合规体系，提前合规，也是法律法规的要求，否则未来无法证明自己没有过错。

## 3、“合规不起诉”制度并不适用所有涉数据刑事案件，需要具体案件具体分析

合规，对于一些企业来说，都理解为是成本，缺乏重视。但是在数据利用领域，“数据资产”越来越被企业所重视，非法获取他人数据，非法利用个人信息等等，都可能造成不可挽回的损失。虽然最高检尚未明确涉案企业合规制度适用案件类型，但从公布的典型案例来看，基本上只有针对轻罪才有可能最终被适用不起诉。如果是重罪，且不具备一定法定情节的，往往只能是从轻处理，如果合规整改不合格的，也不能从轻处理，甚至对在整改过程中弄虚作假的，还要从严处罚。

为此，虽然检察机关已全面适用涉案企业合规整改制度，可以为一些企业在数据刑事案件适用中留有一个缓冲地带，经过合规整改，可以避免承担刑事责任。但是这并不代表企业就可以在数据利用早期，肆意妄为，认为刑事罪名随时有豁免的空间，或者认为只要“事后整改合规”，就可以豁免刑事责任，企业应树立正确的“合规观”。

## 三、若干建议

## 1、要有数据利用的风险意识

企业一旦涉及对外部数据的采集或者爬取，以及有数据利用的诉求，就应该把合规作为必不可少的组成部分。树立“合规守护价值”的理念，避免在企业早期因为创新，走向刑事雷区。这样的风险意识，并不容易建立。为此，一方面企业法务应该多向企业一把手宣贯合规的价值。另一方面，社会层面，也应该加大对数据合规的宣传。

## 2、要有自证合规的证据意识

企业所开展的合规工作，包括任命 DPO、数据合规部门的建立、制度搭建是一方面，但是另一方面，要在日常工作中，建立相关合规成果的保存意识，例如“风险评估报告”、“合规检测报告”、“个人信息影响评估报告（PIA）”等等，通过电子签名、第三方存证系统、时间戳、第三方专业机构的盖章等等，将自身合规成果进行提前固化，为未来监管部门上门突击检查，留下证据。也为未来个人信息主体、第三方起诉自身或者自身起诉第三方侵权，提供丰富的证据素材。

## 3、要有体系化的合规建设意识

“PDCA”的合规体系框架，为行业内所普遍认可，也被九部委《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》所采用。从数据合规角度来看，制作完善的数据合规计划，实施数据合规计划，检查数据合规成果，不断完善更新，循环开展这样的合规工作，企业自身的合规才能不断有“韧性”和“抵抗力”。为此，合规不是一次性的，是循环的，也是需要方法、有框架的。

## 4、要有产品/工具合规意识

目前市场上已经开始有较多的创业企业，开始专注于数据安全、数据合规产品/工具、数据防泄漏产品。企业可以结合自身需要，采购相关服务、产品。此外，企业合规部门也要建立自己的“合规工具库”，包括清单库、案例库、法律法规库，借助科技的力量，提高自身合规效率。例如一些催收公司采购一些 SaaS 软件，规范自身内部员工接触债务人的个人信息，并通过统一渠道进行拨打电话，避免借款人个人信息泄露。再如，植德数据合规组研制了《数据刑事红线清单库》，为企业涉数据商业模式是否触发数据红线罪名，提供自查服务。还如，一些企业开发了 APP 检测、隐私政策线上草拟工具、PIA 报告制作工具等，为内部数据合规建设进行赋能、升级。

## 5、一旦涉及刑事风险，要及早申请涉案企业合规制度，最大化降低刑事追诉风险

一是明确是否可以适用涉案企业合规整改。目前对企业规模无要求，案件类型要求与生产经营活动密切相关的犯罪，与企业经营无关的犯罪以及危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪等情况的，不能适用。

二是涉案企业要做好申请的准备工作。如认罪认罚、全面停止涉罪违法违规行为、退缴违法违规所得、补缴税款和滞纳金并缴纳相关罚款等，且能够正常生产经营、承诺建立或者完善企业合规制度、具备启动第三方机制的基本条件。

三是聘请合规领域的专业法律顾问，针对企业经营风险进行评估并拟定相应合规整改计划。目前国家层面及各地均已经开展涉案企业合规第三方组织专业人员选任工作，入库人员一般具备相应的合规经验和资格条件，涉案企业可以在国家库和地方库中聘任具备相关行业经验的合规顾问，由合规顾问提供风险评估、合规计划、合规整改过程跟踪、合规考核验收答辩等全过程，避免合规计划不合格或者整改过程不到位，最终被认定合规整改不合格，从而不能适用合规激励措施。如植德数据合规组入选国家层面“涉案企业合规第三方组织”专家库，并以合规顾问、第三方组织等不同身份参与多个涉案企业合规项目，均取得不起诉、缓刑等从轻激励效果。

[1]:<https://mp.weixin.qq.com/s/WG-u1ZaHiOn9yX00irS35w>

## 违约方的合同僵局破解之道：以大宗商品交易为视角

钟凯文、罗四维、肖楚逸

### 一、合同僵局概述

#### （一）合同僵局的概念与范围

合同僵局在理论层面尚无统一定义。有学者将其描述为“主要是指在长期合同中，一方因为经济形势的变化、履约能力等原因，导致不可能履行长期合同，需要提前解约，而另一方拒绝解除合同”的情形。<sup>[1]</sup>

在我国司法机关首次正式采用“合同僵局”概念的《九民纪要》第48条的表述中，似乎也将“长期性合同”作为与之依存的对象。<sup>[2]</sup>但在交易实践中，合同僵局显然并非长期合同的专属，中、短期合同亦可能面临同样困境。《民法典》新增的第五百八十条第二款规定，则很好地回应了现实需要，在《九民纪要》第48条描述范围的基础上将合同僵局的范围明确扩展至所有合同。

#### （二）合同僵局处理的规范依据

《民法典》第五百八十条第一款规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未请求履行”；同条第二款规定：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。”

该条文实际上包含了两个部分，其中第一款是《中华人民共和国合同法》（下称“《合同法》”）第一百一十条的原有规定，其重点在于但书规定明确了非金钱债务中债权人（以下统称“守约方”）履行请求权的限制情形，为债务人（以下统称“违约方”）创设了在该等情形下对履行请求权的抗辩权，易言之，违约方在符合条件的情况下可以不承担继续履行的违约责任；该条第二款是《民法典》本次新增的内容，根据全国人大常委会宪法法律委员会在立法过程中的相关说明，其目的是为了解决合同僵局的问题，即赋予合同双方在该条第一款但书规定的三种情形（以下统称“合同僵局”）出现时，享有打破合同僵局的权利。

然而，无论是否存在合同僵局的情形，违约方不履行非金钱债务，致使合同目的不能实现的，均将落入《民法典》第五百六十三条第一款第四项（原《合同法》第九十四条第一款第四项）法定解除权的适用范围，合同守约方本就可通过行使形成权的方式解除陷入僵局的合同。因此，可以说《民法典》第五百八十条第二款请求终止合同的权利实质上是专为违约方而创设的。该条文为破解合同僵局提供了明确法律依据，有利于矫正合同双方利益失衡的状态、促进诚信协作和提高经济效率。<sup>[3]</sup>

## 二、违约方行使打破合同僵局权利的前提

有学者认为,《民法典》第五百八十条第二款“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系”应解释为,当事人就本条第一款但书规定的适用发生争议时,可以请求人民法院或仲裁机构确认非金钱之债已经终止,即该款实际上是对本条第一款的说明性规定,而非授予违约方一种特别的终止合同权利义务关系的权利的请求权基础规范。<sup>[4]</sup>根据该学理见解,若守约方未提出履行请求,或违约方未依第五百八十条第一款但书规定对守约方的履行请求权提出抗辩或异议的,违约方不享有主动打破合同僵局的权利,破解合同僵局的主动权始终掌握在守约方手中。

本文认为,从《民法典》第五百八十条的整体文意上,难以解读出违约方行使打破合同僵局的权利具有前提条件的意思,且前述学理见解无法解决守约方怠于行使履行请求权或违约方在守约方行使履行请求权后(出于商业考虑或其他目的),以单纯沉默的方式继续拒绝履行时所形成的合同僵局。前述学理见解实际上大幅限缩了该条规定的适用范围,也与该条增设第二款之立法旨相悖。

对此,全国人大常委会法制工作委员会民法室主任黄薇主编、民法室其他参与立法工作的人员参编的《中华人民共和国民法典合同编释义》(以下将该套丛书均简称为“《法工委释义》”)认为,在债权人无法请求债务人继续履行主要债务,致使不能实现合同目的时,债权人拒绝解除合同而主张继续履行,由于债权人已经无法请求债务人继续履行,合同继续存在并无实质意义。当事人均可以申请人民法院或者仲裁机构终止合同。<sup>[5]</sup>

此外,在《民法典》施行后的司法实践中已有支持违约方直接行使打破合同僵局的权利的生效判决。例如,吉林省吉林市中级人民法院在“于树红与绿地集团吉林置业有限公司房屋买卖合同纠纷案”〔案号:(2020)吉02民终2240号〕中认为,守约方此前虽拥有要求违约方继续履行或解除协议的权利,但怠于行使,该协议因此陷入僵局……为实现当事人之间利益关系的平衡,应当允许违约方解除合同。

综上,本文理解,违约方有权在认为存在合同僵局的情况下直接行使《民法典》第五百八十条第二款所赋予的打破合同僵局的权利,而无需在先根据该条第一款的规定对守约方的履行请求提出抗辩或异议。

## 三、违约方打破合同僵局权利的性质及其后果

### (一) 违约方打破合同僵局权利的性质及其行使方式

在《民法典》出台之前,我国法院系统已通过最高人民法院公报案例<sup>[6]</sup>及其他出版案例<sup>[7]</sup>对违约方打破合同僵局的尝试作出了一定回应,近年更是先后通过最高人民法院第二巡回法庭2019年第13次法官会议纪要(下称“二巡会议纪要”)及《九民纪要》,在不同范围内,对违约方打破合同僵局权利的性质、内容及行使路径进行了有益探索。

其中，二巡会议纪要认为，根据《合同法》第一百一十条（其后被《民法典》第五百八十条第一款所继受）的规定，合同已不具备继续履行的条件而守约方拒绝解除合同时，违约方有权起诉请求解除合同，但该权利并非法定解除权或民法理论上的形成权；违约方请求人民法院判决解除合同，属于行使诉权而非实体上的合同解除权。<sup>[8]</sup>易言之，二巡会议纪要将违约方打破合同僵局的权利明确限定为必须通过诉讼方式行使的非实体性权利。

随后，《九民纪要》在第48条规定，符合特定条件的长期性合同违约方起诉请求法院解除僵局合同的，人民法院依法予以支持。《九民纪要》起草单位最高人民法院民二庭编著的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》（下称“《九民纪要理解与适用》”）明确将违约方行使该条所赋权利的行为称为“起诉解除”，但未对该项权利究竟是实体性权利或是一项诉权作出明确回应。<sup>[9]</sup>本文认为，回归该条文本身的文意，应当将其法律效果理解为，只要同时满足该条第一款的三项条件，法院即应当判决支持违约方解除僵局合同的诉讼请求，能够产生此等法律效果的权利，不可能是单纯的诉权——这与根据《民法典》第五百三十三条因“情势变更”诉请变更或解除合同时，法院或仲裁机构享有基于个案审查的极大自由裁量的权利存在明显不同——而又因该项权利必须通过提起形成之诉的方式行使，《九民纪要》第48条赋予违约方的该项权利应属于形成诉权。

《民法典》第五百八十条的规定，并未直接继受《九民纪要》第48条有关判决支持违约方解除合同僵局诉讼请求的三个条件。对此，《法工委释义》认为当事人根据《民法典》第五百八十条第二款享有的并非终止权（解除权）或形成诉权，而是一种诉讼上的“司法终止权”，即当事人提出终止合同的请求后，应由法院依法判决是否终止合同。<sup>[10]</sup>

对此，司法机关亦持相同理解。例如，最高人民法院在“北京因联科技有限公司与广东豪特曼智能机器有限公司计算机软件开发合同纠纷案”〔案号：(2020)最高法知民终1911号〕中认为，《民法典》第五百八十条第二款规定的仅仅是一种程序法上的权利，而非实体法上的合同解除权，最终能否实现解除合同的实体效果，取决于司法机关依据整体案件事实的裁判。但进一步检视可以发现，《九民纪要》第48条的规范目的与《民法典》第五百八十条相一致，司法通说观点同样认为，《民法典》第五百八十条是根据该条款进行的修改。<sup>[11]</sup>尽管《九民纪要》并非正式法源，但其第48条所规定的条件精神（及《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》中的具体适用指引）在《民法典》施行后，法院处理违约方打破合同僵局的诉讼过程中仍足堪参照。

当然，也有学者认为，根据《民法典》第五百八十条第一款所推导出的守约方继续履行请求权即违约方继续履行责任消灭，将当然导致第二款“合同权利义务关系终止”的效果。因此违约方打破合同僵局的权利应当比照《民法典》第五百六十五条第一款第三句<sup>[12]</sup>的规定，以提起确认之诉的方式行使。<sup>[13]</sup>该观点与《九民纪要》第48条“除合同僵局外还应满足其他条件违约方得解除合同”的

规定明显冲突,且依该见解,无法在民法及诉讼法理论上安置违约方的上述权利,实不足取。

就司法判例而言,重庆市第一中级人民法院在“廖记食品重庆有限公司与王刚租赁合同纠纷案”〔案号:(2020)渝01民终4206号〕中认为,未出现法定解除或合同约定解除的情形时,违约方的单方意思表示并不发生解除合同的法律效力,即使出现合同陷入僵局等特定情形,在守约方拒绝解除合同的情况下,作为违约方亦应当以起诉的方式由人民法院决定是否解除合同,而不能单方行使合同解除权,并据此驳回了违约方要求确认合同自其发出解除通知之日已解除的诉讼请求。

本文认为,上述立法、司法机关的见解及近年的相关生效裁判,均已明确排除违约方以非诉讼方式,即行使单纯形成权的方式打破合同僵局的可能。在满足形成合同僵局所需条件(即《民法典》第五百八十条第一款但书规定)的情况下,该项权利仅是一项诉讼权利;而在满足合同僵局要件之外同时满足《九民纪要》第48条所规定的三项条件的,该等权利的性质将转化为一项形成诉权。

综上,就实务而言,违约方必须以起诉的方式行使《民法典》第五百八十条第二款所赋予的打破合同僵局的权利。违约方在行使该项权利时,不仅需对案涉合同已形成合同僵局承担举证责任,也应充分检视是否已满足《九民纪要》第48条所规定的三项条件。

## (二) 合同僵局打破后的责任承担

根据《民法典》第五百八十条第二款的规定,违约方主动行使打破合同僵局的权利不影响违约责任的承担;《九民纪要》更是在第48条第2款强调,人民法院(依违约方起诉)判决解除合同的,违约方本应承担的违约责任不能因解除合同而减少或免除。据此,违约方诉请解除案涉合同或终止合同权利义务的请求得到法院支持后,亦应承担相应的违约责任。

《民法典》第五百七十条规定:“当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”由于《民法典》第五百八十条第一款已排除合同僵局情况下违约方对继续履行合同义务的承担,而僵局合同解除或终止履行后也已不存在以采取补救措施的方式承担违约责任的前提。因此,主动打破合同僵局的违约方需要承担的违约责任主要是赔偿损失的违约责任,形式上则包括了法定的赔偿损失及案涉合同中约定的违约金赔偿损失。<sup>[14]</sup>

## 四、合同僵局的构成要件及其论证

如前所述,合同僵局的三个构成要件体现在《民法典》第五百八十条第二款但书规定中。但就实务而言,通常合同守约方将一直催促违约方根据其要求继续履行合同,故该款第三项“债权人在合理期限内未请求履行”的主张空间相对有限,本文将主要就另外两项构成要件进行重点分析。

### (一) 法律上或事实上不能履行

## 1. 法律上不能履行

所谓法律上不能履行，指的是基于法律的规定而不能履行，或者继续履行将违反法律的强制性规定。<sup>[15]</sup>最高人民法院在民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》丛书（下称“《民法典理解与适用》”）认为此处的法律上不能履行主要是指由于法律规定或变化，继续履行已经违法，如出卖禁止流通物等。<sup>[16]</sup>

如前所述，大宗货物的出卖方在案涉合同项下主要义务为根据约定向买受方交付符合质量及数量要求的商品。只要相关义务的履行不违反法律规定，在合同履行过程中法律规定亦未发生不利于履行的明显变化，出卖方一般难以主张案涉合同在法律上不能履行。

## 2. 事实上不能履行

所谓事实上不能履行，是指依据自然法则已经不能履行。比如，合同标的物是特定物，该特定物已经毁损、灭失。但是，如果仅仅是暂时不能履行，或者债务人作出一定努力仍可以继续履行合同义务的，那么合同仍然可以继续履行。<sup>[17]</sup>根据最高人民法院在《民法典理解与适用》中的观点，事实上不能履行可以是基于自然规则发生，也可因违约的出卖方的原因所致。<sup>[18]</sup>

在大宗商品交易场景中，虽然价格剧烈上涨存在意外因素，但出卖方在不考虑经济合理性的情况下能够继续履行买卖合同约定，向买受方充足供货的情况仍属主流。结合前述事实上不能履行的定义，本文建议，若出卖方有意愿主动打破合同僵局，应着重搜集能够用于证明其存在事实上不能履行的证据。如案涉大宗商品价格剧烈上涨的行情出现前已与其他买家签订（价格条件更为合理的）买卖合同，及由于供求关系发生变化，出卖方无法同时满足同时向其他买家及买受方供货的有关材料等。

此外，本文也发现部分《民法典》施行后的生效裁判对于事实上不能履行的认定较为宽松。例如江苏省南京市中级人民法院在“北京市博儒（南京）律师事务所与孙金清、上海申浩（南京）律师事务所房屋租赁合同纠纷案”〔案号：（2020）苏01民终9337号〕中仅以违约方已于该案开庭前搬离案涉房屋为由，即认定租赁合同已无法继续履行。但因《民法典》施行时间较短，对于相关认定尚未形成稳定可预见的裁判尺度，上述案例的认定可能具有一定偶然性，本文建议出卖方仍应以较高标准搜集相关证据。

### （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高

#### 1. 不适于强制履行

债务的标的不适于强制履行，指依据债务的性质不适合强制履行，或者执行的费用过高。<sup>[19]</sup>所谓根据债务的性质不适合强制履行，主要是指委托合同、技术开发合同、演出合同、出版合同等具有人身依附性，不能够由其他人代替履行的合同关系，<sup>[20]</sup>而执行费用过高则缺乏明确的衡量标准。

在现实交易中，即使案涉合同项下大宗商品的买受方时常对产品的质量、规格、包装具有特定要求，大宗商品的出卖方所附义务具有一定加工承揽的成分，但并不改变其人身依附性较弱的本质。且大宗商品本身具有同质化和可交易的属性，即使出卖方拒绝履行案涉合同，买受方在市场上寻找替代履行通常也不存在实质障碍。当然，个案中的具体认定还会受到其他因素的影响或干扰。例如，从辽宁省大连市中级人民法院在“大连裕丰房屋开发有限公司与那某房屋买卖合同纠纷案”〔案号：（2022）辽02民终2200号〕中的认定情况来看，守约方就对待给付义务的实际履行能力及履行意愿，也可能成为法院认定债务的标的是否适于强制履行的实际考量因素之一。

至于执行费用过高的问题，由于目前立法与司法机关均未给出明确指引，且经检索，本文暂未发现以执行费用过高认定债务标的不适于强制履行的公开判例。据此，总体上来看，大宗商品的出卖方主张买卖合同项下标的不适于强制履行的空间相对较小。

## 2. 履行费用过高

履行费用过高，指履行仍然可能，但确会导致履行方负担过重，产生不合理的过大负担或过高的费用。<sup>[21]</sup>对于达到何种程度属于过大负担或过高费用，最高人民法院在《民法典理解与适用》中认为应将之理解为，合同虽然可以继续履行，但债务人履约的成本远远大于其获得的履行利益，或者强制实际履行需要花费很长时间，实际履行不利于社会资源的有效配置，失去了经济上的合理性。<sup>[22]</sup>从上述意见来看，最高人民法院基本依循了《最高人民法院公报》2006年第6期“新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案”中江苏省南京市中级人民法院裁判思路，即当违约方继续履约所需的财力、物力超过合同双方基于合同履行所能获得的利益，合同已不具备继续履行的条件时，为衡平双方当事人利益，可以允许违约方解除合同。<sup>[23]</sup>

值得注意的是，在大宗商品价格剧烈上涨的大背景下，继续履行合同在经济上的不甚合理，并不当然会导致大宗商品出卖方履行成本大于履行利益的情况出现。基于此，若严格按照最高人民法院所确定的以履行利益与履行成本两相比较的思路去衡量履行费用是否过高，对违约方实现打破合同僵局的目的较为不利。

本文同时也注意到，部分法院在审查履行费用是否过高时，并未完全采取前述“成本利益比较法”，转而以更为宽松的“履行成本是否超出预期”作为认定标准。例如，江苏省徐州市中级人民法院“江苏华力钢管有限公司与徐州珺天建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”〔案号：（2021）苏03民终3893号〕中认为，被上诉人在签订案涉合同时，因考虑到存在免费取土点等因素，遂以案涉合同价格缔约，但在合同履行过程中，因被上诉人无法使用免费取土点，导致被上诉人合同履行成本超出预期，如仍要求被上诉人继续履行合同，对被上诉人有失公平。

因此，本文建议，违约方可以更多从履行费用超出预期、强制实际履行需要花费很长时间的角度去搜集相关证据，通过论证实际履行不利于社会资源有效配

置的思路去说服法院认定履行费用过高；抑或者，若随时间推移产品价格继续上涨，以至于出现了大宗商品出卖方履行收益无法覆盖履行成本的情形，则此时出卖方可以相应证据在诉讼中要求法院认定履行费用过高。

## 五、《九民纪要》第48条条件构成及其论证

### （一）违约方不存在恶意违约的情形

违约方起诉请求解除合同主观上必须是非恶意的。规定该条件的目的是防止违约方实施机会主义行为而侵害守约方的利益。违约方在履行困难或者履行对其经济上不合理时就故意选择违约，这将引发相关的道德风险，违反了“任何人不能从其不法行为中获利”的原则。<sup>[24]</sup>对此《九民纪要理解与适用》举例称，在房屋价格上涨的情形下，违约方可能进行一房数卖，恶意解约，此类违约行为在实践中时常发生，如果予以认可，将极大地危害交易安全和交易秩序。<sup>[25]</sup>

本文理解，在大宗商品交易中，出卖方决策的主要考虑点在于终止案涉合同与继续履行之间何者可获得更大的商业利益。一般而言，出卖方在终止案涉合同后获得更大商业利益的主要方式是，将原应以较低价格出售予买受方的产品，以当下更高的市场价格或其他高于案涉合同约定的价格条件转而出售予其他买家。这可能与上述违约方不存在恶意违约情形的要求存在一定矛盾。但本文认为，该项条件天然与合同僵局构成要件中的“事实上不能履行”存在一定冲突，例如，最高人民法院在《民法典理解与适用》中即认为合同不能履行系因一方当事人原因所致，如出卖方转产，标的物因经济纠纷被查封、拍卖，一房数卖（其中一方买房者已办理过户登记）等而导致交付不能，也构成“事实上不能履行”<sup>[26]</sup>

因此，在实操中不能对违约方不存在恶意情形的条件做简单的字面理解，这在部分司法判例中亦有体现。例如，广东省深圳市中级人民法院在“深圳市布吉投资股份有限公司与深圳市宝源置地有限公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷案”〔案号：（2012）深中法房中字第2798号〕中认为，由于违约方与案外人签订其他协议，导致案涉协议事实上已不具备继续履行的条件，结合违约方提出的解除合同的诉讼请求，遂判决终止履行案涉协议。本文认为，以上理解对大宗商品出卖方论证该项条件的满足较为有利。

此外，根据我国《民事诉讼法》“谁主张，谁举证”的举证责任负担原则，主张积极事实的，该积极事实作为证明对象，主张者负有证明责任；主张消极事实的，该消极事实不作为证明对象，主张者无证明责任。而“违约方不存在恶意违约的情形”对出卖方来说是一项消极事实，原则上在诉讼或仲裁中大宗商品出卖方无需举证证明该条件已构成，而应由买受方举证证明出卖方存在恶意违约情形，以否定出卖方该项条件已构成的主张。

综上，本文认为，大宗商品出卖方若有意愿主动打破合同僵局，则应充分避免在与买受方的各类沟通中出现消极履行、提议修改甚至解除案涉合同是出于认为继续履行该合同在经济上不合理，对该合同项下商品有转卖意向等任何可能导致出卖方被认为存在恶意违约情形的表述，以避免买受方在掌握该等证据后在诉讼中加以利用。

## （二）违约方继续履行合同对其显失公平

在形成合同僵局的情形下，法律允许违约方提起诉讼终止合同权利义务关系，目的在于纠正利益失衡现象，从而平衡当事人之间的利益关系，最终实现实质正义。因此，在合同僵局的情形下，应当是守约方拒绝解除合同明显导致双方当事人利益关系显失公平。如果继续履行合同可以给守约一方带来一定利益，但此中利益与给守约方造成的损失相比，明显不对等，尤其是在违约方能够赔偿守约方因合同解除而遭受的损失时，当事人之间的利益失衡更加明显。<sup>[27]</sup>

根据本文理解，上述关于利益平衡的衡量规则应与前述“履行费用过高”中以履行利益与履行成本两相比较的思路应存在不同。此处继续履行合同给守约方造成的损失不应简单理解为履行成本与履行利益之差，而应理解为违约方履行案涉合同与违约方履行其他合同的可得利益之差。

具体到大宗商品交易来看，若出卖方在案涉商品价格剧烈上涨的行情出现前已与其他买家签订（价格条件更为合理的）买卖合同（如有）与履行案涉合同之间的所得利益之差大于产品市场价格与案涉合同约定价格之差，则应认为满足了继续履行合同对出卖方显失公平的条件。同时，如果产品价格上涨的预期比较稳定，出卖方在先向买受方提出解约及差价赔偿条件，而买受方予以拒绝的，则更能加强其后法院认定双方之间存在利益失衡的可能性。

## （三）守约方拒绝解除合同违反诚实信用原则

根据诚实信用原则，合同交易不是零和博弈，而应当是一种双赢的关系。合同双方当事人都要照顾对方的合理期待，任何一方都必须尊重另一方的利益。通常合同僵局项下，若违约方能找到替代履行的方式，能够保障守约方履行利益的实现，并对守约方因合同解除和遭受的损失进行赔偿，则能够保障守约方的利益；但在此情形下，守约方坚持履行合同，可以认定守约方已经违反了诚信原则。对此《九民纪要理解与适用》举例称，如在房屋租赁合同中，违约方愿意补偿守约方较长时间比如6个月或1年的租金，而守约方仍然拒绝解除合同，通常应认定其行为违反了诚信原则。<sup>[28]</sup>

本文注意到，在大宗商品价格剧烈上涨的大背景下，相当多的出卖方与买受方曾就交付案涉合同剩余商品可能存在的履行困难及/或修改合同、签订补充协议等事宜进行过磋商。其中，部分出卖方对于合同原有价格条款提出了在仍显著低于市场当前价格的前提下略作提高的修改方案，但因双方预期差距过大而未能最终达成一致。本文认为，在上述情形下，即使出卖方从未向买受方表达过解除合同的意愿，但出卖方所提出的修订价格条件相较于解除合同后买受方另寻第三人替代履行所需负担的成本显然更为低廉。若将修订价格条件后出卖方继续履行案涉合同的状态视为一种“实质性的替代履行”，则也能在满足上述“寻找替代履行方式，保障守约方履行利益”的要求。

但需要提醒此类出卖方的是，类似前述的磋商内容从严格地角度审查尚无法满足《九民纪要理解与适用》中对于违约方违反诚实信用原则的要求。尤其是将修改价格条件后出卖方继续履行的状态视为一种“实质性的替代履行”的观念虽

可支持法院对买受方违反诚实信用原则的认定，但也存在被法院反向理解为案涉合同不存在“事实上不能履行”情形，进而从根本上否定双方之间存在合同僵局的可能。

综上，从买受方拒绝出卖方修改合同价格条款的提议来说，存在被法院认定违反诚实信用原则的空间。但出于谨慎考虑，若出卖方若有意愿主动打破合同僵局，则应以留痕方式更多地向买受方传达案涉合同存在履行障碍的原因、出卖方提议修改价格条款的合理性，甚至解除案涉合同并给予买受方合理损害赔偿的提议，为法院认定买受方违反诚实信用原则创造更为有利的条件。

## 六、守约方可能的抗辩理由与反制措施

### （一）主张不存在违约方主动打破合同僵局的条件

如前所述，违约方主动打破合同僵局的权利若要获得法院支持，需在满足《民法典》第五百八十条第一款但书规定的合同僵局三项情形之一的前提下另外符合《九民纪要》第48条所列举的三项条件。与之相对应的，买受方的抗辩亦应主要围绕不符合前述情形和条件入手进行抗辩。鉴于前文已从出卖方的角度进行了详细论述，本节将不再重复。

### （二）主张由违约方承担高额损害赔偿责任

最高人民法院在《九民纪要理解与适用》中认为，对不告不理原则的理解不应过分机械，当事人仅主张解除合同的，原则上应当一并处理解除后的责任承担等相关后果。合同解除后的损失赔偿、违约责任承担等问题，法院应向当事人释明，如果当事人坚持不提出请求，可以在裁判文书中指出通过另行诉讼的方式予以解决，以便尊重当事人的民事诉讼权利。<sup>[29]</sup>

根据上述观点，在违约方主动打破合同僵局的语境下，即使大宗商品买受方在诉讼中坚持主张案涉合同不应解除或终止履行，也可在法院的释明下于同一个诉讼中向出卖方主张并要求法院处理损害赔偿的违约责任承担问题，法院因此作出的关于损害赔偿责任的认定不属于超出诉讼请求范围的认定。

但须注意的是，《法工委释义》认为守约方请求违约方继续履行的同时请求违约方赔偿损失，与守约方不请求继续履行而仅请求赔偿损失，这两种情况下的损失赔偿的范围是不同的，后一种情形中赔偿损失的范围显然更大、数额显然更高。<sup>[30]</sup>因此，相较于继续履行案涉合同，法院在认定解除或终止履行条件下的损失金额时，可能会更加倾向于守约方。

## 七、余论

本文注意到，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》（法释〔2020〕15号，下称“《时间效力规定》”）在起草过程中，对于《民法典》施行前成立的合同，出现合同僵局的情形是否适用《民法典》第五百八十条规定，曾形成“不做规定”“参照适用”和“溯及适用”三种不同意见。<sup>[31]</sup>最终，经反复斟酌考量，《时间效力规定》正式稿采纳了前述第三种意见，

在《立法法》第九十三条所确立的“有利溯及”的大原则之外，以“法官不得拒绝裁判”为法理基础，例外地确定了合同僵局处理规则的溯及适用。<sup>[32]</sup>

从上述选择不难看出，司法机关认为《民法典》新增的第五百八十条第二款规定，是对于《合同法》未规定合同僵局处理规则的法律体系及功能缺陷的一种填补。而溯及适用合同僵局处理规则，既不增加当事人法定义务，更无背离当事人合理预期之虞，也有利于妥善解决合同僵局纠纷、统一司法裁判尺度。<sup>[33]</sup>

在纷繁复杂的民商事交易活动中，合同作为交易的媒介，起到连接交易双方的作用。在合同僵局状态下，合同既不能继续履行，当事人又无法退出合同，是对资源的一种极大浪费。若继续维持合同的效力，不但对当事人有害无益，也可能阻碍市场的有序发展，<sup>[34]</sup>大宗商品交易所面临的特殊情况即是典型例证。虽然在当前环境下，法院对于《民法典》第五百八十条第二款的适用仍较为谨慎，但本文相信，随着时间推移及各方认识的不断加深，合同僵局处理规则帮助当事人摆脱已无实际意义的合同约定，鼓励新的合同交易等正面效应势必将会在司法实务中得到更为有力地体现。

[1] 王利明：《论合同僵局中违约方申请解约》，载《法学评论》2020年第1期，第30页。

[2] 《九民纪要》第48条：【违约方起诉解除】违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：

- (1) 违约方不存在恶意违约的情形；
- (2) 违约方继续履行合同，对其显失公平；
- (3) 守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。

人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。

[3] 陈斯、于海砚：《合同僵局的司法破解——基于民法典违约方合同解除权之分析》，载《地方立法研究》2020年第5期，第23页。

[4] 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编·通则》，中国法制出版社2020年10月版，第352页；另参见梁慧星：《合同通则讲义》，人民法院出版社2021年版，第364~367页。

[5] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年7月版，第273页。

[6] 参见最高人民法院：《新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案》，载《最高人民法院公报》2006年第6期，第37~42页。

[7] 如最高人民法院“海南天富鹤业有限公司与琼中黎族苗族自治县农业科学研究所、琼中黎族苗族自治县农业技术推广服务中心租赁合同纠纷再审申请案”〔案号：（2015）民申字第1931号〕。

[8] 参见贺小荣主编：《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要（第一辑）》，人民法院出版社2019年10月版，第35~39页。

[9] 参见最高人民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12月版，第316~318页。

[10] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年7月版，第271页。

[11] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年7月版，第736页。

[12] 《民法典》第五百六十五条第一款：【合同解除程序】当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。

[13] 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注·合同编·通则》，中国法制出版社2020年10月版，第351页。

[14] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年7月版，第268页。

[15] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年7月版，第271页。

[16] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年7月版，第737页。

[17] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年7月版，第271~272页。

[18] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年7月版，第738页。

- [19] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社 2020 年 7 月版，第 272 页。
- [20] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年 7 月版，第 738 页。
- [21] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社 2020 年 7 月版，第 272 页。
- [22] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年 7 月版，第 738 页。
- [23] 参见最高人民法院：《新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案》，载《最高人民法院公报》2006 年第 6 期，第 37-42 页。
- [24] 参见蔡睿：《吸收还是摒弃：违约方合同解除权之反思——基于相关裁判案例的实证研究》，载《现代法学》2019 年第 3 期，第 160 页。
- [25] 最高人民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 12 月版，第 317 页。
- [26] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年 7 月版，第 738 页。
- [27] 最高人民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 12 月版，第 317 页。
- [28] 最高人民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 12 月版，第 317-318 页。
- [29] 最高人民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 12 月版，第 318-319 页。
- [30] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社 2020 年 7 月版，第 271 页。
- [31] 参见最高人民法院研究室编著：《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 150 页。
- [32] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第十一条：民法典施行前成立的合同，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定，对方可以请求履行，但是有民法典第五百八十条第一款第一项、第二项、第三项除外情形之一，致使不能实现合同目的，当事人请求终止合同权利义务关系的，适用民法典第五百八十条第二款的规定。
- [33] 参见最高人民法院研究室编著：《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 151 页。
- [34] 崔建远：《合同法》，法律出版社 2010 年版，第 238 页。

## 国际仲裁法律效力基石-意思自治

乔焕然

### 第一节引言问题：

甲乙双方在仲裁条款中对仲裁庭作出仲裁裁决的期限进行限制性约定是否有效？

“甲乙双方因本协议引起的或与本协议有关的争议，双方应首先友好协商，若协商不能解决，则甲乙双方共同同意提交 XX 仲裁委员会进行仲裁裁决，**裁决期为三十日**，仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。”

### 第二节讨论与分析：

当中国客户遇到国际仲裁时，往往从自己所熟知的诉讼法角度出发，惯性地认为仲裁也是“打官司”。但实际是，仲裁虽然也会由第三方（仲裁庭）裁决仲裁协议当事人之间的法律纠纷，它实质却并非如同诉讼那样正襟危坐的打官司。反而，国际仲裁本身实际是是一种关于如何解决商业纠纷而由商业当事人在于商业合同之外又订立的一份独立的自治性争议解决合同。换言之，国际仲裁的产生、运行乃至对其结果-仲裁裁决的执行，与作为司法主权活动的法院审判或民商事诉讼活动风格迥异，甚至大相径庭。无论是提起仲裁抑或是应对仲裁，本质上都是双方照章办事，根据私人前事先或事中所达成的仲裁协议而推进的履行仲裁协议的行为。之所以必须强调意思自治原则，借用 Gary B. Born 先生在其名著《国际商事仲裁》中的一句话：“而且，更根本的是，当事人以自己希望的方式解决“他们的”争端的自主权，本身就是一个开放、民主社会的一个极其重要的方面，也是这种社会所推崇的公民自主权的一个重要方面。（原文：And, more fundamentally, the parties’ autonomy to solve “their” disputes in the manner they wish is itself a vitally-important aspect of an open, democratic society and of the civil rights of autonomy that such societies prize.）”<sup>[1]</sup>

无论是中国客户翻开中国《民事诉讼法》，抑或英国客户翻开英国《民事诉讼规则》，人们都难以自由任命法官、自己确定庭审程序、自己限定庭审的证据规则、自己决定的庭审方式，更不用说不可能决定秘密审判或变更判决文书等格式。相反，一旦选择国际仲裁，当事人就如同飞鸟和海鱼，“天高任鸟飞、海阔凭鱼跃”。在涉及争议解决的几乎所有方面，首当其中最具有发言权的自然是当事人自身。在国际仲裁机制项下，从选择在哪个国度的哪个城市仲裁（“仲裁地”）到选择如何推进仲裁（“仲裁程序”），从选择仲裁员比如决定仲裁员的资格、人数到决定秘密仲裁的审理方式，从仲裁事项范围到仲裁裁决书的格式，无不首当其冲决定于当事人的意思自治原则。

也就是说，从法理上讲，虽然同属于争议解决程序，但是诉讼与仲裁存在根本性区别。诉讼是一项国家提供的公共产品，诉讼规则实行国家法定主义，不容得诉讼当事人变更或只允许少量选择，比如对于侵权行为的管辖问题，诉讼法可能会规定当事人可以在侵权行为的行为地和结果地之间选择。在很多时候，只要当事人进入了诉讼，即使不做任何选择也会被一套已经既定且成熟的标准程序推动着前进。反观仲裁，仲裁是一项私人之间奉行的意思自治活动，它虽然会依托于国家法律的保障实施，但是本身不是国家制定出来的法律规则，而是如同一份普通的商业合同一样属于私人自治的范畴。既然属于商业合同，那么仲裁协议也将同其他合同相同，首要原则是意思自治，即只要属于合同当事人的真实意思表示，那么就应对认可其效力，除非违反法律的强制性规定抑或公共政策。

所以说，中国客户需要理解一个概念：之所以在作为法院诉讼的当事人时无法选择诉讼的审理时限，因为审限问题直接由诉讼法律规定而不由民事诉讼当事人选择；但是商务合同当事人却拥有一种权利与自由，去约定另一种争议解决方式-一种取决于当事人意思自治的独立于商业合同而单独成立一份专门用于任何解决争议的以程序为内容的另一份合同-仲裁协议。这份独立的仲裁协议，并非依附于诉讼法律，而是决定于当事人自身的意思自治，所以仲裁协议当事人当然有权利自由约定该合同的内容，比如仲裁员的资格、仲裁期限、仲裁方式（机构仲裁抑或临时仲裁）、仲裁语言（中文抑或英文、任何其他语言）等等事项。换言之，在仲裁这一带有程序性私法性质的争议解决方法中，真正的立法者乃是仲裁协议当事人自己，而非国家的立法机构。故此，本章节引言问题所述的有关仲裁裁决期限的约定，应属有效，理应得到尊重，除非其违反管辖仲裁协议效力的国家法律的强制性规定抑或公共政策。

### 第三节判例与实践：

上述法理分析也在实践层面不断得到各国的认可。

**（一）判例一：**印度最高法院在 *Jayesh H. Pandya vs Subhtex India Limited* 一案中（判决请见：[阅读原文](#)），认为，在当事人约定了作出裁决的期限的情况下，如果仲裁员在约定期限内未结束仲裁程序并作出裁决，则认为该仲裁员在法律上不能履行其职责，其在当事人之间的仲裁程序中担任仲裁员的委任应当终止。<sup>[2]</sup>

**（二）判例二：**中国深圳市中级人民法院在（2014）深中法涉外仲字第308号案件：本案中，向深圳中级人民法院主张撤销仲裁裁决的申请人主张，其与被申请人签订的《房地产项目融资财务顾问协议》中并无其法定代表人或授权代表的签名，且所载明的仲裁条款约定“裁决期限为一个月”，而深圳仲裁委员会仲裁规则中规定“仲裁裁决应当在仲裁庭组成之日起四个月内作出”，本案不应由深圳仲裁委员会受理。但是，深圳中院经审查认为，双方当事人均在《房地产项目融资财务顾问协议》上盖章，且均认可该协议的真实性，同时当事人有权在仲裁条款中对裁决期限作出不同规定，据此认定涉案仲裁条款有效，驳回了申请人的申请。<sup>[3]</sup>

### 第四节实践指引：

通过本章节的讨论,请中国客户理解一个完全不同于国家诉讼法体系及其实践的思维-当事人自己制定解决商事争议的程序法,因当事人意思自治而造法的产物-仲裁协议。正是因为世界各国承认仲裁协议当事人意思自治对国际仲裁具有奠基性,进而还会衍生出一个重要的概念-仲裁协议抑或条款的独立性特征。所以说,国际仲裁的法律效力基石不是议会经由表决而制定法律,而是协议当事人经由意思自治下的合意而制定仅适用于自身的争议解决法律。

当然,也不得不注意到,世界各国的商人们所珍视的自我造法的权利仍然需要依托(而非依靠)于各有关国际公约、各有关国家国内制定法,甚至国际机构比如国际律师协会所制定的软法以及各国际仲裁机构所制定的仲裁规则。在这些多层次公约、法律、软法、规则的保障下,才使得发端于当事人意思自治的国际仲裁畅行于世,成为与同样发端于实体性商人自治法律(比如 UCP、INCOTERMS 等商人习惯法)并行不悖且相互支持的程序性商人自治法。所以,当中国客户在审查具体的产生于意思自治机制下的有关仲裁条款时,仍要在理解其在大概率有效的基础上,注意其客观可行性以及其是否触发法律的强制性规定或公共政策的限制。正如有学者所指出:“在仲裁条款中约定裁决作出的期限,尽管从性质上属于当事人意思自治范围,但在仲裁实践中的操作却有着不小的挑战。地域差异、法域差异、语言差异、时区差异等诸多因素必然会影响涉外仲裁、国际仲裁这种复杂程度更高的案件的程序推进。效率和公正同样是仲裁的价值追求,如果当事人对于裁决作出期限进行限制,很可能会以损害公正为代价。需要注意的是当事人在仲裁中一般会处于消极配合的状态,当事人在约定仲裁协议时需要慎重考虑,给自己留下一定的空间。” [4]

[1] 见 BaryB.Born 著《INTERNATIONALCOMMERCIALARBITRATION》第 538 页。

[2] 案件详情见: [https://mp.weixin.qq.com/ssrc=11&timestamp=1646120102&ver=3649&signature=92h7sZ52qYAU-lalrLEPGMfwX39o27dZ5nJY6c4k0RtxEiWq4LKB4jn\\*MyXi85mZ\\*jYXqoQQB3DtHymKsFpio-iyXL9a0O\\*jZvJeSgkaQ\\*Nt77utvlz4vLFawCTjA\\*78&new=1](https://mp.weixin.qq.com/ssrc=11&timestamp=1646120102&ver=3649&signature=92h7sZ52qYAU-lalrLEPGMfwX39o27dZ5nJY6c4k0RtxEiWq4LKB4jn*MyXi85mZ*jYXqoQQB3DtHymKsFpio-iyXL9a0O*jZvJeSgkaQ*Nt77utvlz4vLFawCTjA*78&new=1)

[3] 案件详情见: [https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&timestamp=1646120289&ver=1&signature=LCT-yqVC3XnJjRlslfEnmLIIsJzdun\\*nvNiv8EeKSFRT7tj9gwbJhs5mxhXWUWAGnAWXPe39ry9JEVDfoKUcU6eNQypNReLwBDv9FDbpc2Mg3n7BRGV1ctGR2QlcQ32WwdbGIDDu30yMuXlhUyHhauANJbLgPWfRAn\\*QGgl=](https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&timestamp=1646120289&ver=1&signature=LCT-yqVC3XnJjRlslfEnmLIIsJzdun*nvNiv8EeKSFRT7tj9gwbJhs5mxhXWUWAGnAWXPe39ry9JEVDfoKUcU6eNQypNReLwBDv9FDbpc2Mg3n7BRGV1ctGR2QlcQ32WwdbGIDDu30yMuXlhUyHhauANJbLgPWfRAn*QGgl=)

[4] [https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&timestamp=1646120168&ver=1&signature=LCT-yqVC3XnJjRlslfEnmLIIsJzdun\\*nvNiv8EeKtKtaHPAckXdszalabAuaaCfqGT2jBCpbW3QiZCvYwJ3t3UWCv7VkdEQX8Dz7Nzw2HOgSAWF8QF2lo7wXmarjCjrduAm0YzzZ3NxyFt2OZHQ==](https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&timestamp=1646120168&ver=1&signature=LCT-yqVC3XnJjRlslfEnmLIIsJzdun*nvNiv8EeKtKtaHPAckXdszalabAuaaCfqGT2jBCpbW3QiZCvYwJ3t3UWCv7VkdEQX8Dz7Nzw2HOgSAWF8QF2lo7wXmarjCjrduAm0YzzZ3NxyFt2OZHQ==)

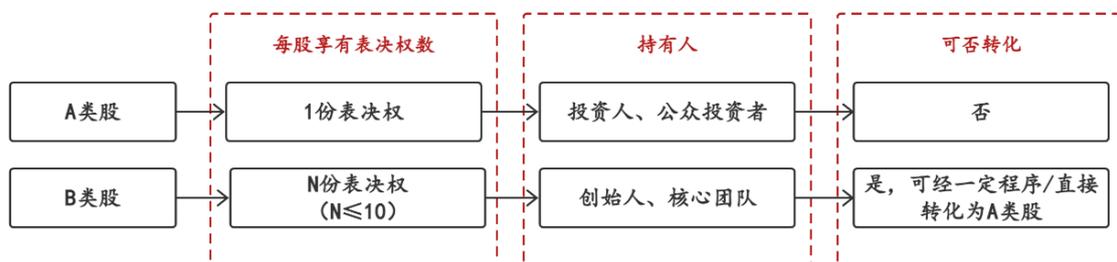


植德观点  
投融资并购及 ipo 篇

## 19 个案例的启示：“AB 股”之科创板 IPO 实践现状

高嵩松、刘宇驰

“AB 股”又称“同股不同(表决)权”、“双层股权结构”，最早可追溯到 19 世纪末、20 世纪初的美国，目前在美股和港股的上市公司中均有较为广泛的应用，例如谷歌、Facebook、阿里巴巴、百度、京东、小米、美团点评等。设置“AB 股”的主要目的是保证创始人对公司享有实际控制权和防止恶意收购，具体结构如下：

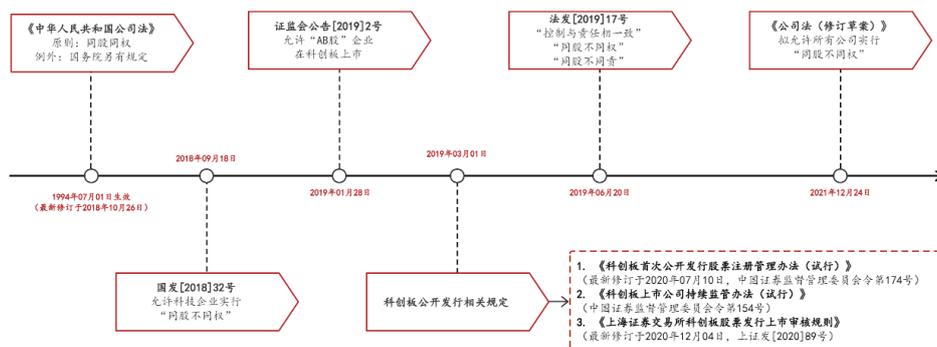


注：原则上，A 类股为普通股，B 类股为特别表决权股；实践中经常存在 AB 股混用的情形，因此本文统一以“普通股”和“特别股”指代。

科创板（2019 年 1 月）、创业板（2020 年 6 月）及北京证券交易所（2021 年 11 月）均已明确允许设置“AB 股”的公司上市，鉴于创业板和北京证券交易所规定出台相对较晚，且暂无设置“AB 股”的成功上市案例，本文将主要对科创板相关规定、案例进行介绍。

值得澄清的是，虽然目前 A 股上市公司设置“AB 股”的案例仍处于屈指可数的状态，中早期阶段的有限责任公司(非股份有限公司)设置“AB 股”并不为法律所禁止。

### 一. 设置“AB 股”并申报科创板发行上市相关法律法规

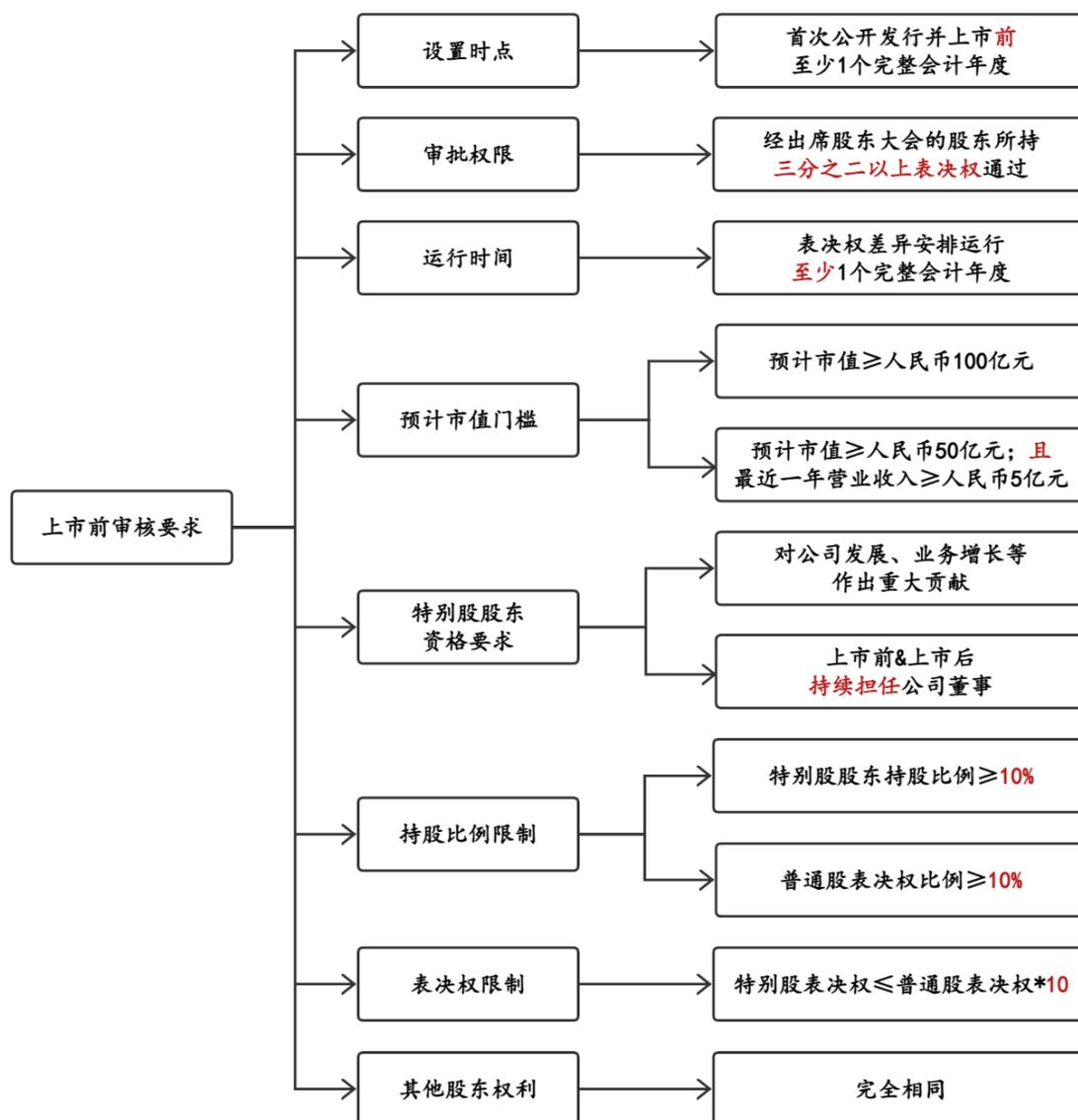


注：“法发[2019]17号”指《关于为设立科创板并试点注册制改革提供司法保障的若干意见》，旨在禁止特别股股东滥用权利、侵犯普通股股东合法权利。

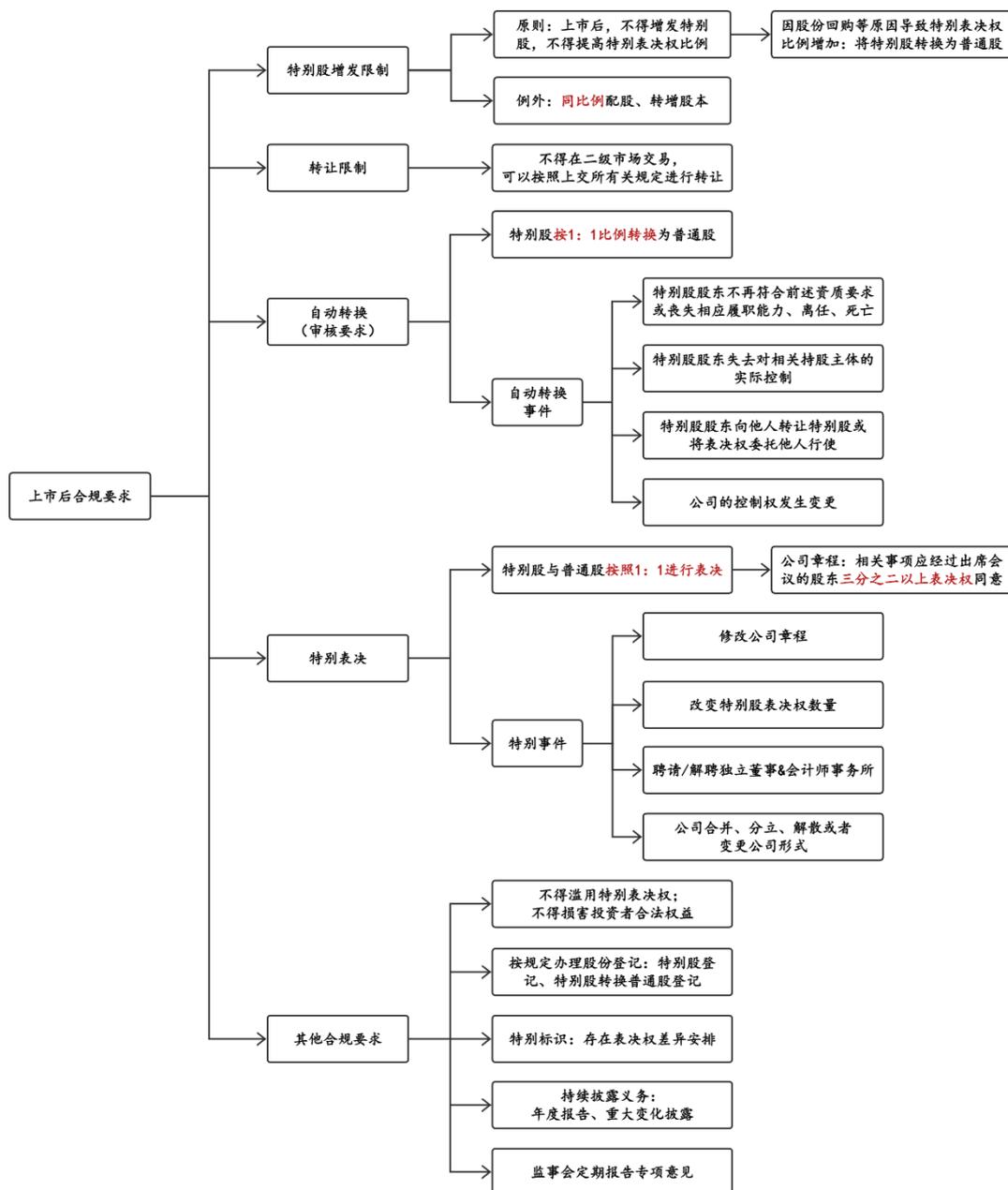
## 二. 设置“AB股”并申报科创板发行上市相关审核要求

《上海证券交易所科创板股票上市规则(2020年12月修订)》(上证发[2020]101号)(“《科创板上市规则》”)第四章“内部治理”之第五节“表决权差异安排”具体规定了“AB股”公司在科创板上市的具体审核要求,具体如下:

### 2.1 上市前审核要求



## 2.2 上市后合规要求



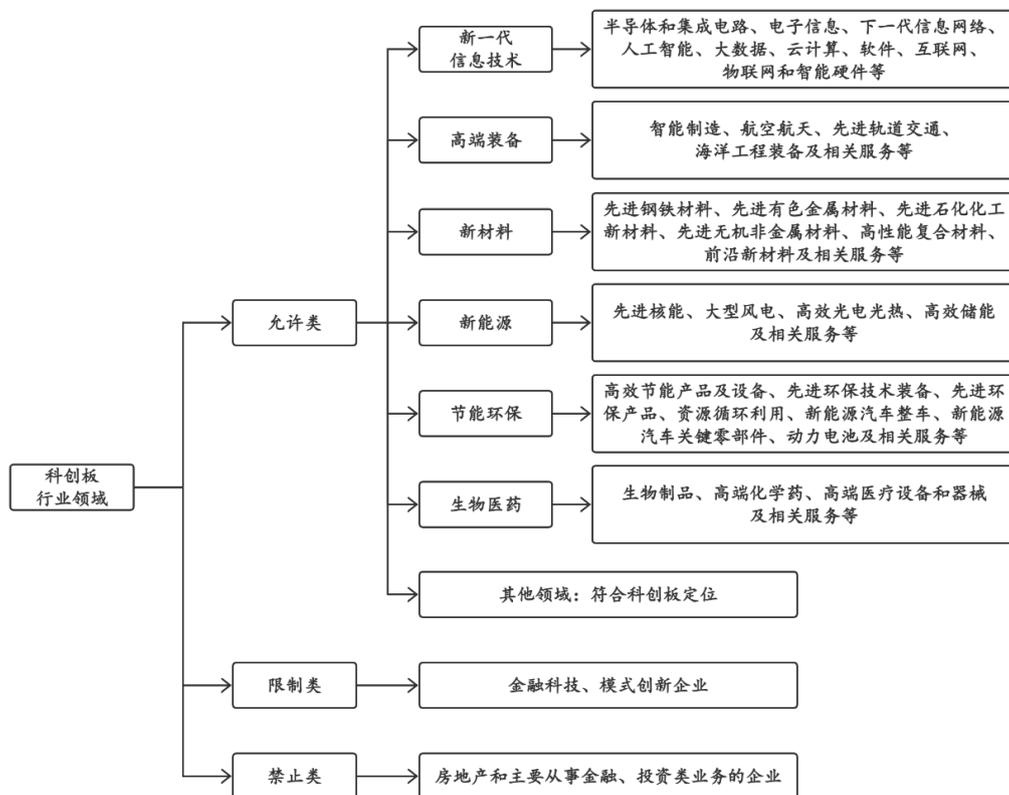
## 三. 设置“AB股”并申报科创板发行上市案例

经检索，设置“AB股”并申报科创板发行上市的公司合计19家，其中已成功上市公司8家，申请中公司5家，申请被驳回公司6家，具体情况如下：

### 3.1 行业分布

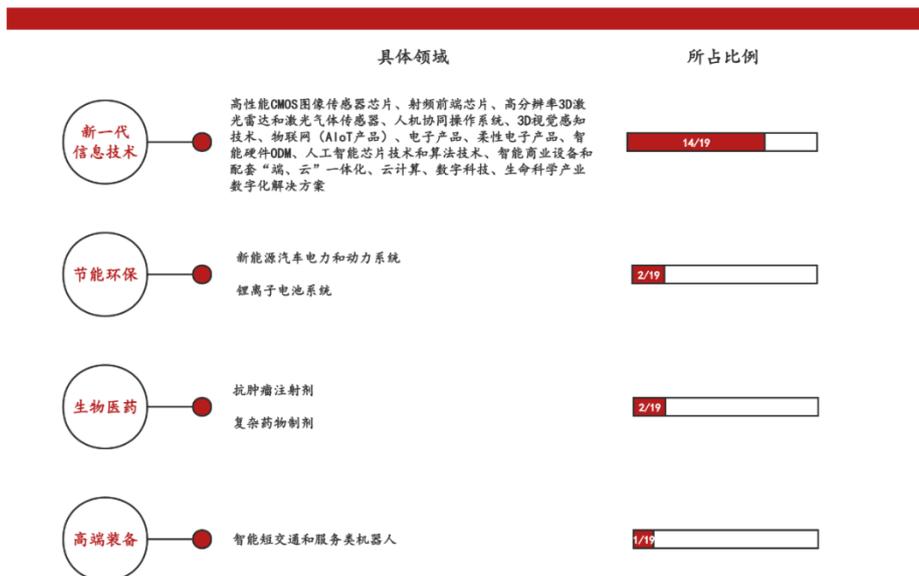
根据《实施意见》和《上海证券交易所科创板企业发行上市申报及推荐暂行规定》(上证发[2021]23号)，申报科创板发行上市的公司应当属于特定行业领域

的高新技术产业和战略性新兴产业,同时对部分行业领域存在限制或禁止的准入要求:



设置“AB股”并申报科创板发行上市的19家公司所属行业领域分布如下:

### 行业分布



### 3.2 特别股和普通股表决权比例

根据《科创板上市规则》，特别股股东持股比例和普通股表决权比例均不得低于10%，且特别股每股表决权不得超过普通股每股表决权的10倍。公司在设置特别股和普通股表决权比例时，通常会考虑不同比例对公司上市前、后控股股东表决权比例影响。以优刻得(688158)为例：

表决权比例	特别表决权比例	
	上市前	上市后
2: 1	42.31%	37.56%
3: 1	52.39%	47.43%
4: 1	59.47%	54.61%
<b>5: 1</b>	<b>64.71%</b>	<b>60.06%</b>
6: 1	68.76%	64.34%
7: 1	71.97%	67.79%
8: 1	74.58%	70.64%
9: 1	76.75%	73.02%
10: 1	78.58%	75.05%

如表决权比例低于4:1时，可能使得上市后控股股东表决权比例将低于1/2；如表决权比例高于6:1时，则使得上市前控股股东表决权比例将超过2/3。因此，优刻得(688158)将表决权比例定为5:1，从而使控股股东对公司的控制权和其他股东的表决权之间形成适中、合理的平衡。

设置“AB股”并申报科创板发行上市的19家公司特别股和普通股表决权比例，上市前、后的特别股持股比例和特别表决权比例如下：

公司名称	上市时间	行业	表决权比例	上市前		上市后	
				特别股比例	特别表决权比例	特别股比例	特别表决权比例
优刻得 688158	2020-01-20 (首例)	云计算	5: 1	26.83%	64.71%	23.12%	60.06%
汇宇 制药 688553	2021-10-26	抗肿瘤 注射剂	5: 1	36.8%	66.63%	31.27%	60.95%
精进 电动 688280	2021-10-27	新能源汽车电机 和动力系统	10: 1	15.74%	65.13%	11.81%	57.24%
九号 公司 689009	2020-10-29 (首例 VIE)	智能短交通和服 务类机器人	5: 1	28.65%	66.75%	25.79%	63.47%
经纬 恒润 688326	2022-04-19	电子产品	6: 1	9.47%	38.57%	7.11%	31.46% (见注1)
思特威 688213	2022-05-20	高性能 CMOS 图 像传感器芯片	5: 1	15.23%	47.32%	13.71%	44.26%

云从科技 688327	2022-05-27	人机协同操作系统	6: 1	23.32%	64.60%	19.78%	59.67%
奥比中光 688322	2022-07-07	3D 视觉感知技术	5: 1	23.00%	59.90%	20.70%	56.62%
太美科技	申请中	生命科学产业数字化解决方案	8: 1	17.24%	62.50%	14.54%	57.65%
飞骧科技	申请中	射频前端芯片	10: 1	12.29%	58.35%	9.22%	50.38%
蜂巢能源	申请中	锂离子电池系统	5: 1	39.40%	76.47%	29.55%	67.71%
联亚药业	申请中	复杂药物制剂	2: 1	22.62%	36.90%	19.23%	32.26%
旷视科技	申请中 (VIE)	物联网 AIoT 产品	10: 1	16.83%	70.28%	14.31%	62.55%
柔宇科技	已驳回	柔性电子产品	4: 1	38.61%	71.56%	28.96%	61.98%
禾赛科技	已驳回	高分辨率 3D 激光雷达和激光气体传感器	5: 1	30.03%	68.21%	25.52%	63.15%
京东数科	已驳回	数字科技	10: 1	10.76%	54.66%	9.68%	51.74%
华勤技术	已驳回	智能硬件 ODM	2: 1	40.52%	57.67%	35.66%	52.57%
依图科技	已驳回 (VIE)	人工智能芯片技术和算法技术	10: 1	11.63%	56.83%	9.89%	52.32%
商米科技	已驳回	智能商用设备及相应配套的“端、云”一体化	10: 1	40.24%	87.07%	36.22%	85.02%
均值	/	/	6: 1	24.17%	61.80%	20.32%	56.37%

注 1：部分公司特别股表决权比例较低是因为创始人**另行持有部分普通股**，比如经纬恒润(688326)。

注 2：搭建 VIE 架构并直接以开曼主体通过发行中国存托凭证(CDR)申报科创板发行上市的公司合计 3 家，均设置了同股不同权。其中，九号公司(689009)为首例和截至目前为止**唯一**成功在科创板发行上市的 VIE 架构公司；旷视科技已于 2021 年 9 月通过上海证券交易所科创板上市委审核，但至今尚未成功注册；依图科技上市申请已被驳回。

### 3.3 常见审核问题、答复要点及分析思路

#### (1) 优刻得(688158)

审核问题	答复要点	分析思路
除实际控制人外的其他股东是否已充分知悉？	除实际控制人外的其他股东分别出具确认函	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 确认要点：</li> <li>✓ 已充分知悉特别表决权的具体安排、相关法律后果和对自身权益的可能影响</li> <li>✓ 与特别表决权股东不存在一致行</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>动关系</li> <li>✓ 过去未实际控制公司且承诺将来也不会谋求公司控制权</li> <li>✓ 认可实际控制人对公司的控制</li> </ul>
是否存在少数人/内部人控制等公司治理问题？	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 特别表决权机制是科创类企业公司治理方式的有益制度安排</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 科创类企业前景广阔但发展不稳定，企业通常在经过多轮融资后股权分布相较传统企业更分散，创始人股权占比较低</li> <li>✚ 特别表决权机制是在公司法、证券法等顶层框架下针对科技创新型企业的包容性制度创新，有助于科创类企业实现经营战略的稳定性和连续性</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 公司建立了规范的治理结构，董事、监事、高级管理人员充分、有效、专业参与公司决策</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 公司治理安排： <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 充分保障中小股东分红权益</li> <li>✓ 行使特别表决权范围的限制</li> <li>✓ 公司设置独立董事</li> <li>✓ 公司董事提名权及董事会临时会议召集权</li> </ul> </li> <li>✓ 公司依法建立了《关联交易管理制度》、《对外担保管理制度》、《内部审计管理制度》、《对外投资管理制度》、《独立董事工作制度》等保障性制度</li> <li>✓ 公司建立健全信息披露制度，拓展与投资者沟通渠道</li> </ul>
是否存在/将导致以公司自治方式侵犯普通股股东合法权利或特别表决权股东滥用权利的情形？	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 公司治理严格遵守《公司章程》及其他基本制度</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 公司通过建立规范的治理结构和健全的内部控制制度，保证和提高了决策效率和透明性： <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 公司管理层、董事会、股东大会依据《公司章程》及相关内部制度进行决策分工</li> <li>✓ 公司管理层根据公司股东大会及董事会的决策及授权履行其职权</li> <li>✓ 公司建立一系列配套制度，完善公司治理，保障中小股东的合法权益</li> </ul> </li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 《公司章程》严格遵守《上市规则》相关规定</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 《公司章程》严格遵守《上市规则》与《上市公司章程指引》相关规定，以保证普通股股东充分参与公司治理</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 制定及修改《公司章程》时，不适用特别表决权</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 公司制定及修改《公司章程》，不适用特别表决权，所有股东按照股权比例进行表决，进而保障普通股股东的合法权利</li> </ul>
公司设置特别表决权前后实际控制人拥有的表决权比例差异较大及对实际控制人行使控制权、股东大会运作等的具体影响？	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 特定事项不适用特别表决权，设置特别表决权前后实际控制人决策控制能力无变化</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 特定事项： <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 对公司章程作出修改</li> <li>✓ 改变特别表决权股份享有的表决权数量</li> <li>✓ 聘请或者解聘独立董事</li> <li>✓ 聘请或者解聘为上市公司定期报告出具审计意见的会计师事务所</li> <li>✓ 合并、分立、解散或者变更公司形式</li> </ul> </li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 适用特别表决权且属于股东大会特别决议事项，适用特别表决权后，实际控制人对该等事项的决策控制能力提升，但仍无法确保实际控制人同意的议案经股东大会审议通过</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 适用特别表决权且属于股东大会特别决议（即股东所持表决权的2/3以上）事项： <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 公司增加或者减少注册资本</li> <li>✓ 公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司最近一期经审计总资产30%</li> <li>✓ 股权激励计划</li> </ul> </li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 公司回购股份</li> <li>✓ 法律、行政法规或章程规定的,以及股东大会以普通决议认定会对公司产生重大影响的、需要以特别决议通过的其他事项</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 适用特别表决权且属于股东大会普通决议(即股东所持表决权的1/2以上)事项,设置特别表决权后,实际控制人有绝对决策控制能力,能够确保由其同意的议案通过股东大会</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 其他股东即使达成一致,仍不能否决共同实际控制人表决同意的议案。</li> </ul>
公司设置特别表决权前后,控制权及股权结构是否稳定?是否发生重大变化?	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 公司设置特别表决权前后,实际控制人始终处于控股地位</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 分析特别表决权设置前、后实际控制人表决权的变化</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 共同实际控制人已通过签署《一致行动协议》及其补充协议,巩固其对公司的控制权</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 设置特别表决权前,共同实际控制人在历届股东(大)会中均表决一致</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 设置特别表决权前后,实际控制人始终对公司经营管理具有重大贡献及作用</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 具体介绍实际控制人对公司发展的重大贡献及作用</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 除实际控制人外的其他股东均已出具说明函</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 见上文</li> </ul>

## (2) 精进电动(688280)

审核问题	答复要点	分析思路
设置特别表决权的必要性	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 有利于公司持续、稳定发展,业务增长</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 具体介绍实际控制人的前瞻性研究、判断、决策对公司发展的重大贡献和相应成果</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 降低公司上市及上市后再融资对实际控制人控制权稀释影响,保持公司控制权稳定性</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 分析特别表决权设置前、后实际控制人表决权的变化</li> </ul>
设置特别表决权的合理性	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 特别表决权主体符合要求</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 实际控制人或其持股平台(重大贡献+上市前、后持续担任董事)</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 稳定公司控制结构,提升公司的治理效率,符合公司及其他股东长远利益的最大化</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✚ 实际控制人自公司设立以来,通过持股比例、一致行动协议和股东表决权委托等安排,始终为公司单一实际控制人</li> <li>✚ 通过设置特别表决权,实际控制人在解除一致行动协议和股东表决权委托后,仍可以控制公司的多数表决权</li> </ul>

## 四. 结语

科创类企业通常成长周期长、资金需求量大,发展过程往往伴随多轮融资。设置“AB股”是创始人在持续融资、股权不断被稀释的情况下,仍有能力确保对公司实际控制的重要途径,更是促进公司长远健康发展的科学手段之一。“AB股”在中国的发展实践,值得我们法律人以及各位投资人和创业者持续保持密切关注。

## ESG 信息披露篇——从内地及香港上市公司视角出发

钟凯文、范秋萍、赵蕾、赵海洋、高诗茗

### (一) 境内上市公司 ESG 信息披露相关政策法规与监管要求

#### 1. 中国证监会关于境内上市公司 ESG 的信息披露要求

目前，中国证监会对上市公司 ESG 信息披露的要求主要包括引导上市公司履行社会责任，要求上市公司践行绿色发展理念、按照法律法规和有关部门的要求披露环境信息和履行社会责任的情况等。

但除要求属于环境保护主管部门公布的重点排污单位的公司或其主要子公司根据法律、行政法规、部门规章及规范性文件的规定披露主要环境信息外，中国证监会暂未对上市公司披露 ESG 信息作出其他强制要求。

我们将中国证监会关于上市公司 ESG 的信息披露要求整理如下表：

发布时间	发布单位	政策法规文件名称	主要内容/相关规定
2010 年	财政部、中国证监会、审计署、原中国银行业监督管理委员会、原中国保险监督管理委员会	《企业内部控制应用指引第 4 号——社会责任》	引导上市公司履行社会责任，明确上市公司应当重视安全生产、产品质量、环境保护与资源节约、促进就业与员工权益保护等方面的社会责任。
2018 年	中国证监会	《上市公司治理准则》	鼓励在中国境内证券交易所上市的上市公司改善公司治理，贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，积极履行社会责任，对上市公司的公司治理、环境保护与社会责任等作出了规定与指引。 <b>第一章总则第三条</b> 上市公司应当贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，弘扬优秀企业家精神，积极履行社会责任，形成良好公司治理实践。 上市公司治理应当健全、有效、透明，强化内部和外部的监督制衡，保障股东的合法权利并确保其得到公平对待，尊重利益相关者的基本权益，切实提升企业整体价值。 <b>第八章利益相关者、环境保护与社会责任第八十六条</b> 上市公司应当积极践行绿色发展理念，将生态环保要求融入发展战略和公司治理过程，主动参与生态文明建设，在污染防治、资源节约、生态保护等方面发挥示范引领作用。 <b>第八十七条</b> 上市公司在保持公司持续发展、提升经营业绩、保障股东利益的同时，应当在社区福利、救灾助困、公益事业等方面，积极履行社会责任。 <b>第九章信息披露与透明度第九十五条</b> 上市公司应当依照法律法规和有关部门的要求，披露环境信息以及履行扶贫等社会责任相关情况。
2021 年	中国证监会	《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 2 号	<b>第四十一条</b> 属于环境保护部门公布的重点排污单位的公司或其主要子公司，应当根据法律、行政法规、部门规章及规范性文件的规定披露以下主要环境信息：（一）排污信息。（二）防治污染设施的建设和运行情况。

发布时间	发布单位	政策法规文件名称	主要内容/相关规定
		——年度报告的内容与格式》	<p>(三) 建设项目环境影响评价及其他环境保护行政许可情况。(四) 突发环境事件应急预案。(五) 环境自行监测方案。(六) 报告期内因环境问题受到行政处罚的情况。(七) 其他应当公开的环境信息。</p> <p>鼓励公司自愿披露有利于保护生态、防治污染、履行社会责任的相关信息。环境信息核查机构、鉴证机构、评价机构、指数公司等第三方机构对公司环境信息存在核查、鉴定、评价的，鼓励公司披露相关信息。</p> <p>鼓励公司自愿披露在报告期内为减少其碳排放所采取的措施及效果。</p> <p><b>第四十二条</b>鼓励公司结合行业特点，主动披露积极履行社会责任的工作情况，包括但不限于：公司履行社会责任的宗旨和理念，股东和债权人权益保护、职工权益保护、供应商、客户和消费者权益保护、环境保护与可持续发展、公共关系、社会公益事业等方面情况。公司已披露社会责任报告全文的，仅需提供相关的查询索引。</p> <p><b>第四十三条</b>鼓励上市公司积极披露巩固拓展脱贫攻坚成果、乡村振兴等工作具体情况。</p>

## 2.境内证券交易所关于境内上市公司 ESG 的信息披露要求

目前，上交所和深交所均对上市公司 ESG 信息的披露作出了相关要求。

对于主板上市公司，上交所和深交所针对不同类型的上市公司作出了不同的 ESG 信息披露要求，对部分特定类型的上市公司作出了强制披露的要求，对其他公司则采取鼓励披露的态度。

深交所要求“深证 100”样本公司应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告（以下简称“社会责任报告”），同时亦鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告。

上交所要求在其交易所上市的“上证公司治理板块”样本公司、境内外同时上市的公司及金融类公司，应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告，同时亦鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告等非财务报告。对于科创板上市公司，根据《上海证券交易所科创板股票上市规则》（2020 年修订），上交所要求其报告其履行社会责任的情况，并视情况编制和披露社会责任报告、可持续发展报告、环境责任报告等文件。但从上交所于 2022 年 1 月颁布的《上海证券交易所科创板上市公司自律监管规则适用指引第 2 号——自愿信息披露》来看，发布 ESG 报告仍属科创板上市公司的自愿行为。然而，根据 2022 年 1 月中国证券报消息，上交所通过内部系统向科创板上市公司发布的《关于做好科创板上市公司 2021 年年度报告披露工作的通知》<sup>[1]</sup>（以下简称“《年报工作通知》”），明确科创板上市公司应当在年度报告中披露 ESG 相关信息。其中，要求“科创 50 指数成份公司”单独披露社会责任报告，如已披露 ESG 报告，则可免于披露社会责任报告。《年报工作通知》中单列一项“关于 ESG 信息”，明确科创板公司应当在年度报告中披露 ESG 相关信息，并视情况单独编制和披露 ESG 报告、社会责任报告、可持续发展报告、环境责任报告等文件。

我们将上交所和深交所对上市公司 ESG 信息披露的相关要求梳理如下表：

发布时间	发布单位	政策法规文件名称	主要内容/相关规定
2020 年	上交所	《上海证券交易所科创板股票上市规则》	对 ESG 相关信息做出强制披露要求，要求科创板上市公司披露保护环境、保障产品安全、维护员工与其他利益相关者合法权益等履行社会责任的情况。 其中 <b>第 4.4.1 条</b> 规定：上市公司应当积极承担社会责任，维护社会公共利益，并披露保护环境、保障产品安全、维护员工与其他利益相关者合法权益等履行社会责任的情况。 上市公司应当在年度报告中披露履行社会责任的情况，并视情况编制和披露社会责任报告、可持续发展报告、环境责任报告等文件。出现违背社会责任重大事项时应当充分评估潜在影响并及时披露，说明原因和解决方案。
2022 年	上交所	《上海证券交易所股票上市规则》	其中 <b>第 4.1.4 条</b> 规定：上市公司应当积极践行可持续发展理念，主动承担社会责任，维护社会公共利益，重视生态环境保护。 <b>公司应当按规定编制和披露社会责任报告等非财务报告。出现违背社会责任等重大事项时，公司应当充分评估潜在影响并及时披露，说明原因和解决方案。</b> <b>第 7.7.10 条</b> 规定：上市公司应当按规定披露履行社会责任的情况。 公司出现下列情形之一的，应当披露事件概况、发生原因、影响、应对措施或者解决方案：（一）发生重大环境、生产及产品安全事故；（二）收到相关部门整改重大违规行为、停产、搬迁、关闭的决定或通知；（三）不当使用科学技术或者违反科学伦理；（四）其他不当履行社会责任的重大事故或者负面影响事项。
2022 年	上交所	《上海证券交易所上市公司自律监管指引第 1 号——规范运作》	其中“第八章社会责任” <b>第 8.5 条</b> 规定：在本所上市的“ <b>上证公司治理板块</b> ”样本公司、境内外同时上市的公司及金融类公司，应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告（以下简称 <b>社会责任报告</b> ）。本所鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告等非财务报告。公司披露社会责任报告的，董事会应当单独进行审议，并在本所网站披露。 <b>第 8.6 条</b> 规定：上市公司可以根据自身特点拟定年度 <b>社会责任报告的具体内容，说明公司在促进社会、环境及生态、经济可持续发展等方面的工作</b> 。社会责任报告的内容至少应当包括：（一）关于职工保护、环境污染、商品质量、社区关系等方面的社会责任制度的建设和执行情况；（二）履行社会责任存在的问题和不足、与本指引存在的差距及其原因；（三）改进措施和具体时间安排。
2022 年	上交所	《上海证券交易所科创板上市公司自律监管规则适用指引第 2 号——自愿信息披露》	从市场实践看，上市公司履行信息披露义务，既包括法律法规强制披露的信息，也包括公司自愿披露的信息。其中，战略规划、盈利预测、 <b>公司治理、环境保护、社会责任</b> 、人力资本等方面自愿披露的信息，作为强制披露信息的有益和必要补充，提升了信息披露有效性。 在“ <b>四、常见自愿信息披露事项及公告要点</b> ”中，本指引结合科创公司自愿信息披露实践，针对不属于强制披露事项范围、实践中较为常见的自愿信息披露事项，列举了相应公告要点，以进一步丰富自愿信息披露的内容与格式参考。相关示例仅供参考，公司应当根据实际情况编制符合要求的公告。 <b>（十四）环境、社会责任和公司治理</b>

发布时间	发布单位	政策法规文件名称	主要内容/相关规定
			<p>科创公司可以在根据法律规则的规定，披露环境保护、社会责任履行情况和公司治理一般信息的基础上，根据所在行业、业务特点、治理结构，进一步披露环境、社会责任和公司治理方面的个性化信息。具体包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.需遵守的环境保护方面的规定、污染物排放情况、环境保护设施建设及投入、主要能源消耗结构等。</li> <li>2.劳动健康、员工福利、员工晋升及培训、人员流失等员工保护和发展情况。</li> <li>3.产品安全、合规经营、公益活动等履行社会责任方面的信息。</li> <li>4.公司治理结构、投资者关系及保护、信息披露透明度等公司治理和投资者保护方面的信息。</li> </ol>
2022 年	深交所	《深圳证券交易所股票上市规则》	<p>其中第 4.1.4 条规定：上市公司应当积极践行可持续发展理念，主动承担社会责任，维护社会公共利益，重视生态环境保护。</p> <p>公司应当按规定编制和披露社会责任报告等非财务报告。出现违背社会责任等重大事项时，公司应当充分评估潜在影响并及时披露，说明原因和解决方案。</p> <p>第 7.7.10 条规定：上市公司应当按规定披露履行社会责任的情况。</p> <p>公司出现下列情形之一的，应当披露事件概况、发生原因、影响、应对措施或者解决方案：（一）发生重大环境、生产及产品安全事故；（二）收到相关部门整改重大违规行为、停产、搬迁、关闭的决定或通知；（三）不当使用科学技术或者违反科学伦理；（四）其他不当履行社会责任的重大事故或者负面影响事项。</p>
2022 年	深交所	《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第 1 号——主板上市公司规范运作》	<p>其中“第八章社会责任”中第 8.4 条规定：上市公司应当积极履行社会责任，定期评估公司社会责任的履行情况。“深证 100”样本公司应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告（以下简称社会责任报告）。</p> <p>本所鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告。</p> <p>第 8.13 条规定：上市公司可将社会责任报告与年度报告同时对外披露。</p> <p>社会责任报告的内容至少应包括：（一）关于职工保护、环境污染、商品质量、社区关系等方面的社会责任制度的建设和执行情况；（二）履行社会责任存在的问题和不足，与本指引相关要求存在的差距及其原因；（三）改进措施和具体时间安排。</p>
2022 年	深交所	《深圳证券交易所上市公司自律监管指引第 2 号——创业板上市公司规范运作》	<p>其中“第九章社会责任”中第 9.4 条规定：上市公司应当积极履行社会责任，定期评估公司社会责任的履行情况。“深证 100”样本公司应当在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告（以下简称社会责任报告）。</p> <p>本所鼓励其他有条件的上市公司，在年度报告披露的同时披露社会责任报告。</p> <p>社会责任报告的内容至少应包括：（一）关于职工保护、环境污染、商品质量、社区关系等方面的社会责任制度的建设和执行情况；（二）履行社会责任存在的问题和不足，与本指引相关要求存在的差距及其原因；（三）改进措施和具体时间安排。</p>

### 3.其他法律法规中关于境内上市公司 ESG 的信息披露要求

除了中国证监会、上交所和深交所中对上市公司 ESG 信息披露的要求，其他法律法规也对上市公司 ESG 信息披露作出了相关规定。

例如，2010 年 7 月，原环境保护部实施的《关于进一步严格上市环保核查管理制度加强上市公司环保核查后监管工作的通知》<sup>[2]</sup>规定，上市公司应及时完整地发布年度环境报告并对环境信息进行准确地披露。其中年度环境报告书应包括产业政策，环境评估和“三同时”制度，排放标准和总量控制等内容。

2016 年 8 月，中国人民银行、国家发展和改革委员会、原环境保护部和中国证监会等七部委共同发布了《关于构建绿色金融体系的指导意见》，其中第十七条规定，作为主要污染物排放单位的上市公司应承担相应的责任与义务，即对相应污染物排放状况、公司有关环境保护设施建设和运行情况以及重大环境事件的具体信息进行披露。

2020 年初，中国人民银行金融标准化技术委员会向试点机构下发《金融机构环境信息披露指南（试行）》，对金融机构环境信息披露的框架和内容进行了进一步明确，使得金融行业成为当年度所有行业上市公司中发布 ESG 比例最高的行业之一<sup>[3]</sup>。

## （二）境内上市公司 ESG 信息披露的现状与未来趋势

### 1. 当前上市公司 ESG 信息披露现状

根据《A 股上市公司 2020 年度 ESG 信息披露统计研究报告》<sup>[4]</sup>，2021 年以来，共有 1092 家 A 股上市公司发布了 2020 年 ESG 报告，发布报告的公司数量占全部 A 股上市公司数量的 25.3%，其中有 641 家沪市上市公司（占沪市上市公司的 33.8%），451 家深市上市公司（占深市上市公司的 18.6%），而沪深 300 指数成分股中 ESG 信息披露数量达到了 255 家，占全部沪深 300 指数成分股的 85%，其中有 101 家为深交所的上市公司，154 家是上交所的上市公司。

此外，自 2011 年以来，A 股上市公司 ESG 报告发布数量持续增长，深交所 A 股上市公司 ESG 报告发布数量从 2011 年的 222 份增长为 2020 年的 451 份，上交所 A 股上市公司 ESG 报告发布数量则从 2011 年的 343 份增长为 2020 年的 641 份，可见上市公司正越来越重视 ESG 发展。

### 2. ESG 信息披露逐渐成为大势所趋

随着中国证监会、上交所和深交所等监管机构陆续对 ESG 信息披露作出明确的要求，越来越多上市公司开始披露 ESG 信息，ESG 信息披露正逐渐成为大势所趋。

从监管机构的视角而言，虽然我国的监管机构目前并未对所有上市公司都作出 ESG 信息强制披露的要求，对大多数上市公司仍以鼓励自愿 ESG 信息披露为主，但从相关规定中却可以看出监管机构对于 ESG 信息披露的支持和鼓励态度，未来监管机构亦可能进一步加强对上市公司 ESG 信息披露的要求。

从投资者的角度而言，随着 ESG 成为衡量企业长期稳定发展的关键指标之一，境内外资本市场的投资者都开始愈发重视 ESG 投资，在投资过程中不仅仅看中企业在财务方面的表现，也开始采用环境、社会、公司治理等非财务指标来对企业进行评判和估值。在此背景下，上市公司对 ESG 信息的披露可以回应投资者在投资时的关注重点。

从上市公司实践的角度而言，发布 ESG 报告的上市公司正逐渐增多，说明上市公司在监管机构要求或鼓励进行 ESG 信息披露且投资者愈发重视 ESG 指标的趋势下，对 ESG 信息披露的重视程度也在不断上升。

### (三) 多地比较——香港等其他地区及国家与中国内地 ESG 信息披露要求对比

#### 1. 香港及国际上其他国家或地区的 ESG 信息披露要求

香港对上市公司 ESG 信息披露的相关政策法规与监管文件的历史沿革和主要内容如下表所示：

发布时间	发布单位	政策法规文件名称	主要内容
2012 年	香港联合交易所有限公司（以下简称“香港联交所”）	《环境、社会及管治报告指引》（以下简称“《ESG 指引》”）	初步开始倡导上市公司进行 ESG 信息披露。
2015 年	香港联交所	《ESG 指引》（新修订）	主要披露范畴为环境及社会，并在两大范畴下划分出 11 个层面的具体内容，包括排放物、劳工准则、产品责任等，为上市公司信息披露提出了两步走的路线图。关于 11 个环境及社会方面政策及实践的描述（于 2016 年 1 月 1 日或之后开始的财政年度生效）；以及环境相关的关键绩效指标披露（于 2017 年 1 月 1 日或之后开始的财政年度生效）， <b>提升至“不披露就解释”</b> 。
2016 年	香港证券及期货事务监察委员会（以下简称“香港证监会”）	《负责任的拥有权原则》	建议投资者制定政策以更好地履行拥有权责任，参与被投资公司的事务。该原则强调了投资者对企业 ESG 实践的推动作用，要求香港企业将 ESG 理念纳入战略层面。
2018 年	香港证监会	《绿色金融策略框架》	证监会以与“气候相关财务信息披露工作组”（TCFD）的建议接轨为目标、内地 2020 年强制性环境信息披露政策为参考，推动香港环境信息披露标准化、国际化。同时提出了将香港打造成为国际绿色金融中心的目标。
2019 年	香港联交所	《ESG 指引》（新修订） 《环境、社会及管治报告指引咨询总结》（ESG 指引咨询总结）	该指引在原有《ESG 指引》基础上， <b>不但强化了上市公司基于董事会层面 ESG 战略管理要求，而且增加了 ESG 关键绩效指标的内容、提升了信息披露时效性、提出了指标的量化考虑要求</b> ，鼓励发行人自愿寻求独立审计以提升披露信息质量，并处于环保考虑倡导发布电子报告。具体修订内容如下： (1) <b>ESG 报告发布的时间要求不迟于财政年度结束后的 5 个月发布 ESG 报告。</b> (2) <b>强调“董事会对发行人的社会、环境、社会及管制策略及汇报承担全部责任。”</b> 新增有关董事会参与 ESG 管治情况的强制披露

发布时间	发布单位	政策法规文件名称	主要内容
			规定。发行人须在 ESG 报告中披露一份董事会声明，阐述董事会对于 ESG 事务的管理状况。包括： (i)董事会对 ESG 事宜的监管； (ii)董事的 ESG 管理方针及策略、评估、优先排列及管理重要的 ESG 相关事宜的过程； (iii)董事会如何按 ESG 相关目标检讨进度，并解释它们如何与发行人业务有关联。 <b>(3) 将所有社会范畴 KPI 的合规披露标准由“建议披露”提升至“不遵守就解释”。</b>
2021 年	香港联交所	《主板上市规则》附录 14 《GEM 上市规则》附录 15 《企业管治守则》及《企业管治报告》	(1) ESG 报告若并非载于发行人的年报中，需与年报同步刊发。 (2) 发行人须设立提名委员会； (3) 董事会制定提高董事会独立性的机制； (4) 董事会成员多元化； (5) 将 ESG 风险纳入到董事会的年度检讨中； <b>上市公司必须在其年报中刊载由董事会编备的《企业管治报告》，上市公司若不遵守此规定，将被视作违反《上市规则》。</b> 《企业管治守则》对上市公司董事会的组成、董事委任及责任原则、董事及高管的薪酬、财务汇报原则、风险管理及内部监控原则等企业管治守则作出了规定。

美国、欧盟、加拿大、日本、新加坡等国际其他国家和地区对上市公司 ESG 信息披露的相关政策法规如下表所示<sup>[5]</sup>：

国家与地区	发布单位	政策法规文件名称	主要内容
欧洲	欧盟议会和欧盟理事会	《欧盟议会和理事会 2020 年 6 月 18 日关于建立促进可持续投资框架的(EU)2020/852 号条例并修订(EU)2019/2088 号条例》	2020 年 6 月，欧盟议会和欧盟理事会发布《欧盟议会和理事会 2020 年 6 月 18 日关于建立促进可持续投资框架的(EU)2020/852 号条例并修订(EU)2019/2088 号条例》，建立了一个欧盟范围内的分类系统或框架，旨在为企业和投资者提供一种共同的标准，以确定其经济活动在多大程度上可以被视为环境可持续。
美国	美国众议院金融服务委员会	《2019ESG 信息披露简化法案》	2020 年 1 月，美国众议院金融服务委员会发布《2019ESG 信息披露简化法案》，强制要求符合条件的证券发行者在向股东和监管机构提供的书面材料中，明确阐述：界定清晰的 ESG 指标，以及 ESG 指标和长期业务战略的联系。
加拿大	加拿大多伦多证券交易所	《环境与社会信息披露指引》	2014 年 3 月，加拿大多伦多证券交易所发布《环境与社会信息披露指引》，要求上市公司必须披露具有重要性的环境与社会议题，为企业高层管理者、内部法律顾问、审计委员会成员等在公司内开展与 ESG 相关的活动及对外信息披露上提供引导。
日本	日本金融厅联合东京证券交易所	《日本公司治理守则》（新修订）	2018 年 6 月，日本金融厅联合东京证券交易所发布了《日本公司治理守则》（新修订），鼓励更多公司自愿披露 ESG 信息、明确非财务信息应包括 ESG 要素、更加注重董事会在建立可持续发展的企业文化中的引领作用。
	日本金融厅	《日本尽职管理守则》（新修订）	2020 年 3 月，日本金融厅发布《日本尽职管理守则》（新修订），提升和拓展了对可持续金

国家与地区	发布单位	政策法规文件名称	主要内容
			融的理解、资产管理者履行责任的内容、责任管理的层级、适用资产的范围。
新加坡	新加坡交易所	《可持续发展报告指南》（新修订）	2016年6月，新加坡交易所发布《可持续发展报告指南》（新修订），要求所有上市公司在2017年12月31日及之后结束的会计年度中必须发布可持续发展报告。
	新加坡金融管理局	《公司治理守则》（新修订）	2018年8月，新加坡金融管理局发布了《公司治理守则》（新修订），包括五大板块（董事会事项、薪酬事项、会计与审计、股东权利与参与、利益相关方关系管理）、十三大项。每项内容包含两类条目：所有上市公司必须遵守的“原则”，以及不遵守就解释的“规章”。
澳大利亚	澳大利亚证券投资委员会	《监管指南 65：第 1013DA 条披露指南》	2011年11月，澳大利亚证券投资委员会发布了《监管指南 65：第 1013DA 条披露指南》，指南强制要求产品发行人必须在产品披露声明中说明“在选择、保留或实现一项投资时如何考虑劳动标准或环境、社会、道德因素”，并为产品发行人提供了披露方法的指导。

与中国内地目前对于上市公司 ESG 信息披露的相关法律法规和监管规则相比，香港、新加坡和加拿大等地对上市公司 ESG 信息披露作出了强制要求，而美国则强制要求符合条件的证券发行者在向股东和监管机构提供的书面材料中，明确阐述 ESG 相关信息。

可见，国际上部分国家和地区倾向于强制要求上市公司披露 ESG 信息，与中国内地采取的鼓励自愿式 ESG 信息披露的规定相比，国际上部分国家和地区对 ESG 信息披露采取了更为严格的规定。

## 2.我国内地完善 ESG 信息披露要求可借鉴的经验

我国内地完善 ESG 信息披露可以借鉴香港地区的上市公司 ESG 信息披露的相关要求和规定。具体而言，香港地区目前已经形成了一套较为完备且成体系的上市公司 ESG 信息披露的要求，香港联交所编制的《ESG 指引》和《企业管治守则》及《企业管治报告》可以为我国内地完善 ESG 信息披露提供参考。

《ESG 指引》经历了 2015 年和 2019 年的两次修订，其对上市公司 ESG 信息披露的要求也从“建议披露”到“不遵守就解释”再到部分事项“强制披露”。香港联交所于 2021 年 12 月 10 日修订的《企业管治守则》则进一步要求 ESG 报告若并非载于发行人的年报中，需与年报同步刊发。可见，香港联交所正在逐渐加强上市公司的 ESG 信息披露义务。《ESG 指引》和《企业管治守则》也对上市公司的 ESG 信息披露责任承担进行了规定，董事会应对发行人的 ESG 策略及汇报承担全部责任，董事会负责评估和厘定发行人有关 ESG 的风险，并确保发行人设立合适及有效的 ESG 风险管理及内部监控系统，而管理层则应向董事会提供有关 ESG 风险管理及内部控制系统是否有效的确认。

《ESG 指引》“不遵守就解释”条文中对 ESG 信息披露的主要范畴、层面、一般披露及关键绩效指标都作出了详细的规定，环境方面的披露内容包括排放物、资源使用、环境及天然资源、气候变化等层面；社会方面的披露内容包括雇佣及

劳工常规、营运惯例、社区等层面，具体的层面中均设置了一般披露及关键绩效指标，上市公司可以参照一般披露及关键绩效指标对 ESG 信息进行相应的披露。

《企业管治守则》则主要是对上市公司的企业管治内容的强制披露内容以及“不遵守就解释”条文作出了规定，其中第二部分“良好企业管治的原则、守则条文及建议最佳常规”为上市公司的内部治理提供了详细的范本。

相较而言，我国内地虽亦对上市公司 ESG 信息的披露作出了规定，但规定得相对宽泛，并未设置如《ESG 指引》中的一般披露及关键绩效指标和《企业管治守则》中的建议最佳常规的详细披露标准和范例来供上市公司参考，在未来我国内地或可为上市公司 ESG 信息披露增加更多细化的范本类规定，有助于上市公司更加规范地进行 ESG 信息披露。由于我国内地当前对于上市公司 ESG 信息披露仍以鼓励自愿披露的规定为主，在未来我国或可考虑对 ESG 信息披露的内容和指标要求更为全面。

#### **（四）香港及内地上市公司 ESG 信息披露合规注意要点**

##### **1. 针对香港上市公司**

香港上市公司应当根据《ESG 指引》和《企业管治守则》对 ESG 信息进行披露。鉴于香港联交所对所有上市公司均提出了 ESG 信息披露要求，香港上市公司应当按照《ESG 指引》和《企业管治守则》的要求编制 ESG 报告，并在年报中刊载其 ESG 报告和企业管治报告。

香港上市公司的 ESG 信息披露要点列举如下：

第一，对于 ESG 报告的内容，香港上市公司在编制 ESG 报告和企业管治报告时可以参考《ESG 指引》中的一般披露及关键绩效指标和《企业管治守则》中的建议最佳常规中的内容对 ESG 信息进行披露。此外，根据《ESG 指引》的规定，对强制披露的内容，香港上市公司必须提供 ESG 报告所涵盖期间的相关资料，对于“不遵守就解释”条文中的内容，香港上市公司若未对该条文中的一条或以上作汇报，则须在 ESG 报告中提供经过审慎考虑的理由。

第二，对于 ESG 报告的披露时间和披露形式，香港上市公司每年都要刊发 ESG 报告，有关资料所涵盖的期间须与其年报内容涵盖的时间相同，ESG 报告可以登载在年报中，也可以采取独立报告的形式，但无论采取何种形式 ESG 报告都必须登载于香港联交所及该上市公司的网站上。

第三，对于 ESG 报告是否需要寻求独立验证的问题，香港上市公司可以寻求独立验证，以加强所披露的环境、社会及管治资料的可信性。若取得独立验证，香港上市公司应在 ESG 报告中清楚描述验证的水平、范围以及所采用的过程。

第四，对于 ESG 信息披露责任的承担问题，董事会对香港上市公司的 ESG 策略及汇报承担全部责任。

##### **2. 针对内地上市公司**

内地上市公司进行 ESG 信息披露时需要遵循中国证监会、上交所和深交所的相关规定，内地上市公司的 ESG 信息披露要点列举如下：

第一，对于 ESG 信息披露的内容，在环境方面，上市公司需要披露环保部门要求重点管控公司及其子公司情况、排污信息、防治污染设置建设与运营情况、建设项目环境影响评价、是否获得环保许可证、突发环境实践应急预案、环境处罚情况等；在社会方面，上市公司需要披露母子公司员工情况、员工股权激励计划、离退休人员费用承担情况、员工权益保护机制、客户和消费者权益保护机制、公共关系、社会公益事业、脱贫攻坚和乡村振兴等信息；在公司治理方面，上市公司需要披露公司基本信息、公司可持续发展战略、公司社会责任宗旨及理念、董监高职责及构成、内部制度审查及风险分析、股东及债权人权益保护、关键利益相关方声誉及信用、关联交易信息、投资者关系等相关信息。

第二，对于 ESG 信息披露的时间和形式，在深交所上市的“深证 100”样本公司和在上交所上市的“上证治理板块”样本公司、境内外同时上市的公司及金融类公司、科创 50 指数成份公司，应当按照上交所和深交所的规定，在年度报告披露的同时披露公司履行社会责任的报告。对于其他类型的上市公司，由于监管机构并未强制要求其披露 ESG 相关信息，这些上市公司可以自愿编制年度社会责任报告并在证交所网站披露社会责任报告。

第三，对于上市公司的 ESG 报告是否需要寻求独立验证的问题，中国证监会、上交所和深交所均未作出强制性的规定，因此上市公司可以结合自身情况决定是否寻求独立验证。

[1] 参见中国证券报公众号《科创板公司注意！2021 年年报披露有变化：完善 ESG 信披、进一步突出科创属性、增强特殊企业信披针对性》，网址 [https://mp.weixin.qq.com/s/TzRY-2JCggGr2wKpGm\\_UzA](https://mp.weixin.qq.com/s/TzRY-2JCggGr2wKpGm_UzA)。

[2] 《关于进一步严格上市环保核查管理制度加强上市公司环保核查后监查工作的通知》现已失效。

[3] 王清华、施理等：《中国上市公司 ESG 信息披露趋势》，链接为 <https://mp.weixin.qq.com/s/5Dvqkqj9M5DgUuRPqZ4AuQ>。

[4] 商道纵横：《A 股上市公司 2020 年度 ESG 信息披露统计研究报告》。

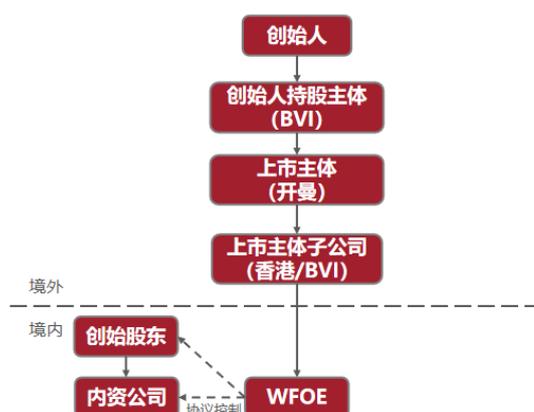
[5] 华泰证券：《全球 ESG 可持续投资的发展与监管》，2021 年。

## 人民币基金投资红筹架构企业的路径观察与实务要点简析

汪闻超、黎谦、刘欣

### 一、红筹架构与 ODI 审批

红筹架构一般指境外控股主体以股权（即狭义的小红筹架构）或 VIE 协议（即 VIE 架构）方式控制境内运营主体权益的股权架构。为便于理解，若非特别说明，下文主要以 VIE 架构（基本股权结构参见下图）企业为例进行展开。



根据《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令 11 号）、《境外投资管理办法》（商务部令 2014 年第 3 号）、《境内机构境外直接投资外汇管理规定》（汇发〔2009〕30 号）及其他相关法律法规的规定，如中国境内企业拟直接或通过其控制的境外企业投资境外企业，其应当根据投资标的、金额、行业等情况相应办理境外投资所需的发改委、商委和外汇登记手续（以下合称“ODI 审批”）。人民币基金对红筹架构下的开曼公司（境外融资主体）进行投资，将被视为前述法规项下的投资境外企业行为，须完成 ODI 审批后，方可实现资金出境和合法持有开曼公司股份。因此，ODI 审批是人民币基金资金出境的“通行证”。

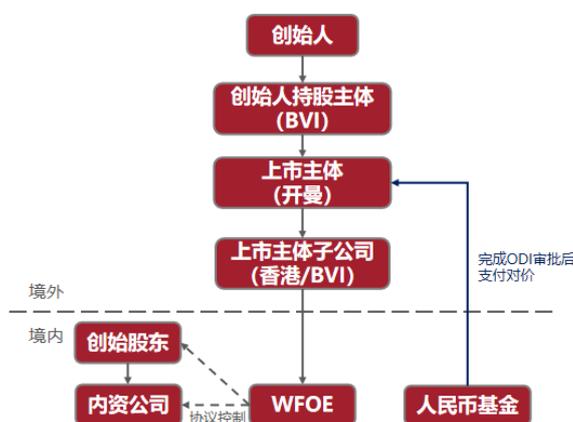
由于各地 ODI 审批办理难度、所需时间各有不同且不确定性非常高，人民币基金及红筹架构企业在商谈交易方案时，ODI 审批、投资款的支付、开曼公司向人民币基金发股等事宜的安排和处理，往往是交易方案设计的核心。下文将对人民币基金投资红筹架构企业的常见交易方案进行介绍。

### 二、人民币基金投资红筹架构企业的常见方案与分析

#### 1. 完成 ODI 审批后支付投资款

在人民币基金对红筹架构企业进行股权投资的交易中，部分人民币基金会选择与开曼公司签署股份认购协议（Share Purchase Agreement，以下简称“SPA”），

约定以该人民币基金完成 ODI 审批作为交割及支付投资款的先决条件之一。由于客观上人民币基金将资金汇出到境外确实需要以 ODI 审批的完成为前提，这种方案在逻辑上最顺理成章，在方案设计上最简单。



但实操中，该方案的主要痛点在于无法满足红筹架构企业及其他投资方对人民币基金投资款及时支付的商业诉求。ODI 审批通常需要 3-6 个月甚至更长时间方能办理完成（视办理地区的监管口径及人民币基金的具体情况，部分地区最快也可在 1-2 个月内完成），而在投融资交易中，不同时间节点的企业融资估值可能发生较大变化。例如，在同一轮次投资中，如果人民币基金完成 ODI 审批后方才实际出资，而其他美元基金投资方则更早出资，待人民币基金实际出资时，被投企业的融资估值可能已上涨，其他同轮次的美元基金投资方以及后轮投资方均可能会对此感到不公平。甚至，在红筹架构企业的融资节奏紧凑而人民币基金 ODI 审批办理进度不理想的情况下，还可能面临在新一轮融资即将交割时，前一轮融资中的人民币基金投资方尚未完成 ODI 审批的情形，由此可能引发后一轮投资方对交易估值及上轮交割进度拖延的不满。同时，对于作为融资方的红筹架构企业而言，投资款的到账时间也是其核心关注点，人民币基金完成 ODI 审批后方支付投资款可能无法满足红筹架构企业及时利用投资款的资金诉求。

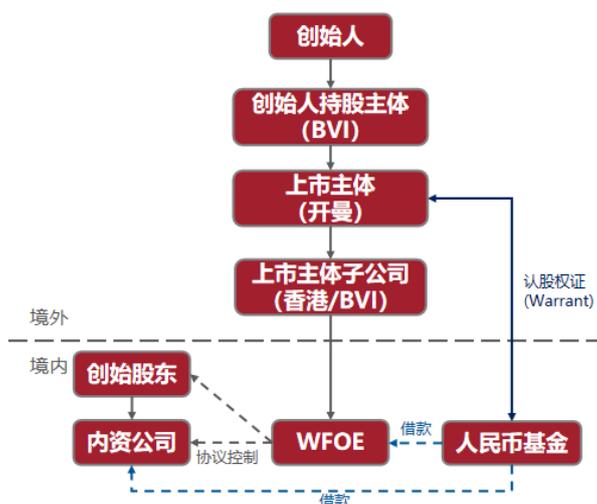
值得关注的是，就上述方案的要求，我们在具体实操中还遇到过谈判地位相对强势的人民币基金（大多具备国资背景）要求不将完成 ODI 审批作为其投资交割的先决条件，而是与其他境外投资方一并交割，由红筹架构企业的开曼公司在交割时向该人民币基金发股，但约定该部分股份的对价并未实际支付，并在发放的股权证书（Share Certificate）中显示对价未支付（Consideration Unpaid）的状态。在该人民币基金完成 ODI 审批并实际向开曼公司支付对价后，再由开曼公司向其发放新的股权证书，并将其中对价状态调整为完全支付（Consideration Fully Paid）的状态。然而，我们认为这种操作方式较为特殊，虽然可以让人民币基金提前在开曼公司持股，但对于红筹架构企业而言，并未解决上文所提及的人民币基金投资款及时支付的问题，还增加了人民币基金 ODI 审批的难度与 ODI 合规风险（此种情形下 ODI 审批能否顺利办结取决于 ODI 审批资料的申报口径，以及各地发改委、商委对于 ODI 审批办理节点的理解<sup>[1]</sup>，根据我们了解，此种“先斩后奏”的做法一般不容易被监管部门接受）。若人民币基金无法顺利完成

ODI 审批，则各方还需面临对该人民币基金已发出股份的处置问题。因此，我们一般不建议采用此种操作方式。

除前述完成 ODI 审批后付款的模式外，为使红筹架构企业的融资进程顺利推进，同时也保护人民币基金的投资权益，在人民币基金 ODI 审批尚未完成的情况下，实践中一般也可采用下述其他交易方案，使各方的诉求得到相对平衡。

## 2. 境内借款/可转债+境外 Warrant（认股权证）

鉴于红筹架构企业融资可能同时面向多个境内外投资方，为推动项目尽早交割及确保各投资方交割时间的一致性，一般可由人民币基金与红筹架构企业在 VIE 架构下设立的外商独资企业（“WFOE”）或负责运营的内资公司（“内资公司”）签署借款协议，在交割时先由该人民币基金根据借款协议的约定向 WFOE/内资公司提供等值于其投资金额的人民币借款（主要由红筹架构企业的资金使用需求决定，实践中提供给内资公司更为常见），同时由红筹架构企业的开曼公司向该人民币基金发行 Warrant（认股权证）。待该人民币基金办理完成 ODI 审批后，WFOE/内资公司偿还借款，该人民币基金在收到还款后的约定期限内办理资金出境手续，通过向开曼公司缴付美元投资款并行使 Warrant 的形式，认购开曼公司的相应优先股。



该境内借款+境外 Warrant 的交易架构为市场上人民币基金采用较多的方案，主要原因在于其照顾了红筹架构企业的资金到账节点需求，同时也可通过开曼公司股东协议及章程中的特别约定，使人民币基金在协议层面享有视同其已经行使 Warrant 而成为开曼公司股东的股东权利，保障了人民币基金的投资权益。

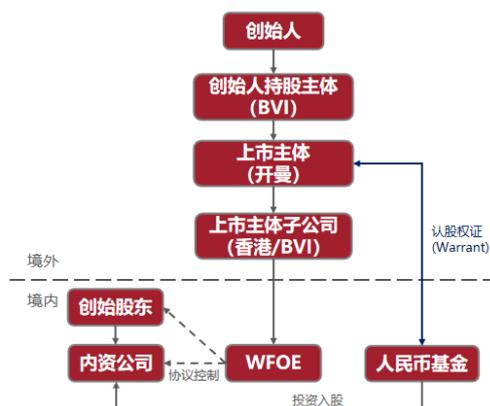
考虑到部分人民币基金在支付借款时可能面临其基金托管行以借款行为不符合基金协议约定为由而不予放款的困境，实践中也有部分人民币基金将该笔向 WFOE/内资公司境内提供的款项定义为“投资款”，但整体交易架构仍与该方案类似。

在该方案下，针对 ODI 审批难度较大的地区，我们也观察到有人民币基金选择以 Warrant 形式长期持有权益，待红筹架构企业筹备境外上市时，才实质性推进 ODI 审批的办理并寻求在开曼公司层面直接持股，或在红筹架构企业后续融资或并购中有退出机会时，通过转让其 Warrant 的方式退出。

**作为前述境内借款+境外 Warrant 方案的变型，部分人民币基金也会选择将该方案下的境内借款约定为可转债的形式**，即在满足相应交易文件约定的情况下，人民币基金有权选择将已提供的借款直接转换为对接受借款的该 WFOE/内资公司的增资款，并认购该 WFOE/内资公司的股权。实践中人民币基金选择约定可转债的，一般是基于两种目的考虑：（1）红筹架构企业已有拆除红筹架构的计划，在此情况下，增加将人民币基金向 WFOE/内资公司提供的借款直接转换为在 WFOE/内资公司的股权的选项，未来可省去资金流转成本，由人民币基金在拆除红筹后的境内拟上市主体直接持股；（2）在境内可转债+境外 Warrant 方案下，若人民币基金长期无法完成 ODI 审批或完成 ODI 审批后 WFOE/内资公司未能及时偿还借款，人民币基金至少有权通过债转股而在 WFOE/内资公司持股，以此督促 WFOE/内资公司在人民币基金 ODI 审批完成后尽快偿还借款，确保交易按约定实施。可转债的债权转换条件及可行权时点等具体约定，一般也会由各方根据具体项目的重组方案及时间表、人民币基金的诉求进一步商谈确定。

### 3. 境内持股+境外 Warrant

该方案与前述境内借款/可转债+境外 Warrant 方案类似，只是人民币基金并非提供借款给 WFOE/内资公司，而是以投资款形式投资入股内资公司，成为内资公司的股东，并办理入股的工商登记手续（如为 VIE 架构，人民币基金一般还需要参与签署 VIE 协议）。同时，由开曼公司向人民币基金发行 Warrant，待人民币基金完成 ODI 审批后，再通过减资或转让股权的方式退出内资公司，并以减资或转让股权所得对价向开曼公司缴付开曼公司股份的认购价款，行使 Warrant 并认购开曼公司的相应优先股。此外，我们还留意到有些项目中人民币基金在开曼公司持股后并不从内资公司退出，而是同时持有开曼公司和内资公司股权，这种安排对人民币基金的保护力度最大，但一般较难取得红筹架构企业及其境外美元投资方同意。

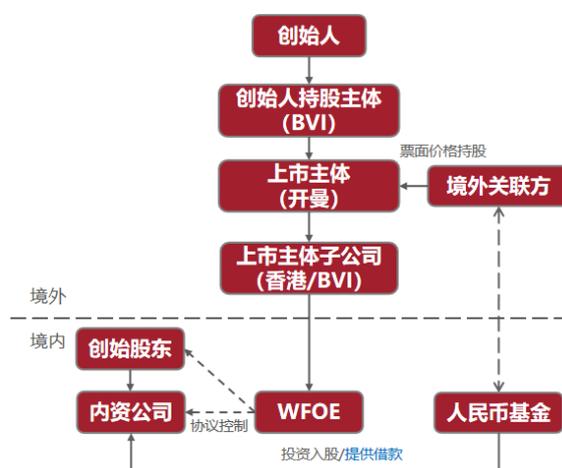


相对前两种方案来说，该方案在市场上较少被应用，大部分应用于人民币基金因内资公司尚未完成红筹架构搭建而选择先行在内资公司层面投资入股的情形。此种方案对于人民币基金的优点主要在于其在交割后即可登记成为内资公司股东，享有登记层面的股东身份，而非凭 Warrant 享有股东协议、章程等协议层面的股东权利，比较能满足人民币基金对交易安全性和确定性的诉求；但是，该方案需要面临人民币基金配合签署 VIE 协议、减资流程的时间成本或股权转让的税负成本等问题。

实践中，人民币基金在退出内资公司时还会面临其收到的退出款被基金托管行视为项目退出收益而无法再次以投资款名义汇出的问题，需要人民币基金提前与基金托管行充分沟通。另外，对红筹架构企业其他境外持股的投资方而言，可能会对人民币基金境内持股的安排较为敏感，一般会限制人民币基金在内资公司持股的期限，以免人民币基金因长期未完成 ODI 审批而在内资公司长期持股，进而影响内资公司的运营决策以及开曼公司对内资公司的控制力度。

#### 4. 境外关联方或指定方以票面价格在境外持股+境内借款/股权投资

相较于前面三种方案，最后这种模式更为少见。此模式下，由人民币基金向内资公司提供借款，或投资入股内资公司并参与签署 VIE 协议，同时由人民币基金的境外关联方或指定方以票面价格在红筹架构企业的开曼公司层面持股。该方案下人民币基金虽然间接规避了 ODI 审批对资金出境的限制，但也会面临退出项目时的税基损失、未来境外退出所得无法汇回境内等“硬伤”，且此类委托持股的方式对大部分人民币基金而言，可能无法满足其内控及合规要求。因此，该方案更多时候会作为人民币基金在 ODI 审批遇到实质障碍情形下的备选解决方案，或作为其在红筹架构企业后续融资或上市前退出计划下的权宜之计。



### 三、 主要交易流程

人民币基金对红筹架构企业进行股权投资的主要交易环节如下，具体流程根据上述不同方案可能存在差异，主要体现在人民币基金支付投资款与 ODI 审批手续的完成之间的先后顺序。例如，在上述第 1 种方案下，投资款的支付在 ODI 审批完成之后，但在上述其他方案下，投资款的支付在 ODI 审批完成之前，甚至不涉及办理 ODI 审批。由于上述第 1 种方案与第 4 种方案在交易流程上相对简单，为便于讨论，如无特别说明，下文交易流程主要针对上述第 2 种及第 3 种方案。

## 1. 签署交易文件

无论采取何种交易方案，人民币基金与红筹架构企业等各方均应先签署主要交易文件，且境内、境外层面的交易文件应同时签署，包括 (1) 境内交易文件：可转债协议、借款协议或投资协议、VIE 协议（仅适用于上述第 3 种方案），主要用于约定人民币基金向内资公司支付投资款或借款及未来退还投资款的安排；及 (2) 境外交易文件：开曼公司层面的 SPA、Warrant、SHA（股东协议）、MAA（公司章程）等，主要用于约定人民币基金如何在开曼公司持股及享有的股东权利等安排。

一般而言，虽然境内、境外交易文件约定的内容各有侧重，但其内容之间是联动的，需要将人民币基金的投资款支付路径、ODI 审批时限及未能按约定完成审批情况下的备选方案、如何在开曼公司层面行使 Warrant 并持股等全部交易内容与步骤约定清楚，从而达到在交易文件层面保障人民币基金投资权益的目的。

除前述主要交易文件之外，如红筹架构企业当轮融资的同时正在进行红筹架构搭建或拆除等重组，一般还需要另外签署重组文件，包括重组框架协议、减资协议/股权转让协议等。

## 2. 交割打款

签署交易文件且各方达成其他约定的交割条件后，人民币基金则按照交易文件约定向内资公司或 WFOE 支付人民币投资款，开曼公司向人民币基金发行 Warrant，将人民币基金委派至开曼公司的董事（如有）登记入册（人民币基金的指定人员在开曼公司担任并登记为董事无须以 ODI 审批完成为前提）。在上述第 3 种方案下，内资公司收到人民币基金支付的投资款后，还需办理内资公司工商变更登记，将人民币基金登记为内资公司股东，并办理人民币基金将其持有的内资公司股权质押给 WFOE 的质押登记（如需，取决于交易文件的约定）。

## 3. 办理 ODI 审批

若红筹架构企业的投资方中仅一家人民币基金，则该人民币基金应在其注册地办理 ODI 审批，流程相对简单。

如存在两个以上的人民币基金共同投资（不论是否为同一轮次）同一家红筹架构企业，则各个人民币基金需要协调和确定是否需要共同申报或联

合申报。若已有前轮次的人民币基金完成 ODI 审批，还可能涉及前轮次人民币基金的审批文书的变更。

另外，对于已在境内进行过私募股权融资的企业进行红筹架构重组项目，已经投资于境内原融资主体的人民币基金股东在境内主体中的投资权益外翻也同样涉及 ODI 审批，此情形下，外翻的人民币基金可能不会涉及资金出境（或仅少量资金出境用于支付认购开曼公司股份的名义对价），需要提前与代理机构就该等安排是否能被当地外汇管理部门接受进行沟通。

由于商务部门与发改部门对多个主体共同申报 ODI 审批的规定亦不相同，申请所需提交的资料与信息较多，且存在较大地域差异，我们通常建议由人民币基金或红筹架构企业聘请有经验的 ODI 审批手续代理机构代办，提前与代理机构沟通确定主申报人、申报地区、申报方案，同时由律师协助就交易方案向代理机构提供必要的解释或指引，以争取尽快完成 ODI 审批。受限于本文篇幅，本文不详细介绍 ODI 审批具体申报细节，如有具体业务问题，欢迎与我们联系交流。

#### 4. 行使 Warrant 并支付对价

ODI 审批办理完成后，人民币基金即可行使 Warrant 以持有开曼公司股份，由红筹架构企业的内资公司或其关联方根据交易文件约定将交割时收到的借款/投资款偿还/支付给人民币基金，由人民币基金换汇后支付至开曼公司账户并在开曼公司持股，红筹架构企业的内资公司同步进行减资或股权转让，使得人民币基金从内资公司退出，至此，人民币基金投资红筹架构企业的主要交易流程基本完成。

当然，如上文所述，在有些项目中，人民币基金投资款的资金路径为仅投资到内资企业，并不会在 ODI 审批完成后被退回人民币基金，进而再由人民币基金换汇出境流转至开曼公司账户，此种情形下人民币基金在开曼公司层面持股对价仅为票面价格或零对价。此类安排常见于 ODI 审批办理周期较长或境内架构进行红筹架构重组的项目，内资公司已将收到的人民币基金投资款/借款用于日常经营，导致无足够现金流来完成人民币基金投资款的退还和出境这一流转路径。我们认为该安排有其切实的商业合理性，在法律上也循途守辙（但如上文所述，应在 ODI 审批手续前提前就人民币基金的资金出境问题与外汇管理部门沟通），但可能涉及人民币基金税基损失的问题，下文将对此详细分析。

此外，若为融资同时进行红筹架构拆除的项目，人民币基金很可能不会行使开曼公司的 Warrant，而是在项目的红筹架构拆除后将境内的借款或可转债转为向境内企业增资款。

#### 四、 交易文件关注要点

在上文对人民币基金对红筹架构企业进行股权投资的方案和主要流程进行介绍与分析后，交易文件中需要关注的要点其实已经比较明确，每个项

目的关注点可能因其特殊性而有所不同，下文将简单提及几个常见的关注点。

### 1. 境内投资期限/境内可转债期限（ODI 审批的办理时限）

因投融资交易的时效性要求，交易文件中通常会约定境内投资期限/境内可转债期限，即人民币基金需在此期限内完成 ODI 审批，多为 6-12 个月或最晚不迟于红筹架构企业正式启动境外上市流程后的一段期限内。人民币基金的 ODI 审批悬而未决对投融资双方而言均不太有利，因此不管站在融资企业还是投资方立场，均很有必要在交易文件中明确该期限，以免产生争议。

### 2. 人民币基金未能如期完成 ODI 审批的退出方案

若人民币基金未能在上文提及 ODI 审批的办理时限内完成 ODI 审批，应如何处理？对于红筹架构企业和人民币基金而言，了解最坏情况下各方最终可能适用的退出方案是双方均不可忽略的核心诉求之一。为明确此情形下的处理方案，交易文件中应对人民币基金未能如期完成 ODI 审批的预案进行约定，包括但不限于延长境内投资期限/境内可转债期限（ODI 审批的办理时限）、指定与人民币基金具有关联关系的境外主体行使 Warrant 并认购开曼公司股份、人民币基金向第三方转让 Warrant、境内企业向人民币基金全额偿还借款等。

### 3. 资金路径选择与税基损失承担

可以说资金路径的选择决定了交易方案的选择，且一般人民币基金内控对资金路径会有一定要求，因此交易文件中对资金路径的约定应非常明确。资金路径安排主要体现于人民币基金在境内的投资方式和退出方案（是否从境内退出、是否收到减资对价或股转对价、相关款项分期支付或一次性支付等）、Warrant 行权价格（票面价格或实际投资额）等相关条款上。在人民币基金投资款出境受到 ODI 审批手续限制的情形下，选择资金路径时除了满足红筹架构企业尽早收到投资款、便利使用投资款的需求之外，不可忽略的还有人民币基金的税基损失风险，即若人民币基金投资款仅支付至境内公司，但其未来退出时出售的是开曼公司的股份，则人民币基金可能面临其支付至境内的投资款无法被认定为开曼公司股份的投资成本，进而导致人民币基金出售开曼公司股份所得的应纳税额相应增加的风险。

但从特定人民币基金整体而言（即考虑该基金全部投资项目），前述税基损失并非必然会发生，人民币基金支付投资款和获得收入的时点、人民币基金届时整体亏损情况、税务部门的态度都有可能影响人民币基金应纳税额的确定，若在具体项目中需对该风险进行详细评估，建议咨询专业税务机构意见。站在人民币基金的立场，既然存在前述风险，最好在交易文件中明确将该风险转移出去，谈判地位相对较强的人民币基金会要求红筹架构企业及其创始股东对其税基损失承担补偿责任。

### 4. 人民币基金股东权利的享有与衔接

由于开曼公司是红筹架构企业的融资和上市主体，开曼公司的股份是股东的核心权益，即便是在人民币基金可以在境内公司持股及/或持有开曼公司 Warrant

的交易方案下，人民币基金在得以直接持有开曼公司股份之前，其在红筹架构企业中的股东身份则或多或少无法“名正言顺”。为了从交易文件条款上尽最大限度确保人民币基金与其他开曼公司股东同等地享有红筹架构企业母公司层面的股东权利，从保护人民币基金股东权益的角度，交易文件中人民币基金的股东身份与权利应得到充分体现，不因其未正式持有开曼公司股份而缺失或受到限制，应使得人民币基金作为 Warrant 持有人，与开曼公司其他股东同等享有境外交易文件中开曼公司股东相应的股东权利，如同该 Warrant 已经被行使一样。尤其在股东的核心经济性权利上，还可进一步明确约定，若人民币基金受限于适用法律而无法获得交易文件约定的权益分配，红筹架构企业的境内主体、创始股东应承担相应的补偿责任。

我们在实践中也发现，有些人民币基金对于投资红筹架构企业的安全性持更加担忧的态度，担心人民币基金的权利因为无法及时持有开曼公司股权而无法得以保障。实际上，股东权利在协议层面的保障是可以通过严谨的交易方案及交易文件质量来把控的，但股东权利在现实层面的保障还是取决于交易各方对交易文件的严格遵守，这与其他架构或类型的交易并无二致，较大的区别在于红筹架构企业融资项目中出现违约后人民币基金的维权成本相对较为高昂（因为此类项目交易文件约定的争议解决方式一般为境外仲裁）。

## 5. 其他

除上述相对宏观的关注点之外，还有一些细节也非常值得注意，例如（1）人民币基金投资款的汇兑损益问题，因 ODI 审批手续周期较长，人民币投资款在境内、境外流转时点之间的汇率差或大或小，若不在交易文件中对此问题加以考虑，人民币基金可能产生汇兑损失或与红筹架构企业之间在投资款金额上产生纠纷；（2）站在红筹架构企业及其美元投资方的角度，在境内借款/可转债交易方案下，人民币基金可能会被要求放弃其作为债权人而就境内借款/可转债享有的在清算情形下优先于其他投资方股东的分配权，使得含人民币基金在内的各投资方股东在清算优先权上对等地享有相应股东权利。

## 结语

本文主要是基于我们在项目中的观察与思考而作的简要总结，希望能为想了解人民币基金投资红筹架构企业的投资人或创始人提供一些大致介绍。但由于几乎每个项目都有其特殊性，本文内容可能无法直接适用于具体项目，如有具体问题，欢迎联系我们进行具体探讨。若对本文有任何意见，也欢迎指正。

[1] 根据《企业境外投资管理办法》第三十二条，属于核准、备案管理范围的项目，投资主体应当在项目实施前取得项目核准文件或备案通知书。项目实施前，是指投资主体或其控制的境外企业为项目投入资产、权益（办理核准、备案的项目前期费用除外）或提供融资、担保之前。《境外投资管理办法》并未严格规定需办理核准、备案手续的时间节点。根据我们向 ODI 审批代办机构的了解，人民币基金在 ODI 审批完成前即在境外持股的事实可能影响该人民币基金 ODI 审批的办理，需要依赖代办机构在申报资料的准备及与主管部门的沟通解释等相关实操经验。

## 《网络安全审查办法》对企业资本运作的影响

王艺、莫愁、虞晨

2022年1月4日，国家互联网信息办公室（简称“网信办”）、国家发展和改革委员会、工业和信息化部、公安部、国家安全部、财政部等十三部门联合修订了《网络安全审查办法》（以下简称“《办法》”），《办法》将于2022年2月15日正式实施。现行的《网络安全审查办法》自2020年6月1日开始实施，主要侧重于对关键信息基础设施运营者采购活动进行审查和对部分重要产品等发起审查，保障关键信息基础设施供应链安全。而《办法》的本次修订主要侧重于将网络平台运营者开展数据处理活动影响或者可能影响国家安全等情形纳入网络安全审查范围，并要求明确掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市必须申报网络安全审查，主要目的是为了进一步保障网络安全和数据安全，维护国家安全。《办法》出台后，我们认为如下问题值得企业在资本运作时予以关注：

### 一、已在国外上市或拟赴香港上市的企业是否面临网络安全审查？

答：《办法》第二条，“关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，网络平台运营者开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全的，应当按照本办法进行网络安全审查。”

《办法》第五条，“关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务的，应当预判该产品和服务投入使用后可能带来的国家安全风险。影响或者可能影响国家安全的，应当向网络安全审查办公室申报网络安全审查。”

《办法》第七条，“掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。”

#### 1. 已在国外上市或拟赴香港上市的企业（以下简称为“两类企业”）不属于《办法》第七条所规定的主体

《办法》第七条规定，掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。结合《办法》答记者问及本所律师与网信办工作人员的回复意见，可以明确《办法》第七条针对的是拟国外上市主体，已在国外上市的企业，及拟赴香港上市的企业不属于依据《办法》第七条规定应主动申报网络安全审查的范畴。

#### 2. 已在国外上市或拟赴香港上市的企业不能完全豁免网络安全审查的责任

需要注意的是，已在国外上市或拟赴香港上市的企业仍可能面临网络安全审查，主要是基于以下两个原因：

其一，根据《办法》第二条及第五条，当两类企业符合 CIO 身份，采购网络产品和服务，如影响或可能影响国家安全，企业面临网络安全审查的责任。其中，网络产品和服务是指核心网络设备、重要通信产品、高性能计算机和服务器、大容量存储设备、大型数据库和应用软件、网络安全设备、云计算服务，以及其他对关键信息基础设施安全、网络安全和数据安全有重要影响的网络产品和服务。

其二，根据《办法》第二条，当两类企业符合网络平台运营者身份开展数据处理活动，影响或可能影响国家安全，企业仍面临网络安全审查的责任。在《办法》中，并未对网络平台运营者的定义进行明确规定，但是只要通过互联网开展业务经营，均存在纳入网络平台运营者范畴的可能性，具体可以参考《电子商务法》等规定。为此建议企业对“网络平台运营者”的定义最好做扩大解释。此外，两类企业如属于网络平台运营者的范围，根据《办法》第十五条，网络安全审查工作机制成员单位（工信部、公安部、国家安全部、央行、市场监督管理总局、证监会等）认为企业的网络产品和服务影响或可能影响国家安全，经中央网络安全和信息化委员会的审批程序后，成员单位可以主动发起网络安全审查。

### 3.如何预判自身是否属于关键信息基础设施运营者（以下简称为“CIO”）？

根据《关键信息基础设施安全保护条例》的规定，关键信息基础设施是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。

但在实务中，一个企业是否属于关键信息基础设施运营者，在最终被重要行业和领域的主管部门、监督管理部门（即保护工作部门）认定前（根据《关键信息基础设施安全保护条例》第十条规定），尚难以明确。

究其原因，主要是由于《关键信息基础设施安全保护条例》刚生效（2021年9月1日）不久，关键信息基础设施安全保护工作部门尚需制定本行业、本领域的认定规则并报国务院公安部门备案。截至目前，有关认定规则尚未出台。

若企业需要开展预判工作，建议关注在《关键信息基础设施安全保护条例》中提及的认定规则考虑因素：一是网络设施、信息系统等对于本行业、本领域关键核心业务的重要程度；二是网络设施、信息系统等一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露可能带来的危害程度；三是对其他行业和领域的关联性影响。

### 二、除企业主动申报及监管部门主动发起之外，企业是否存在其他触发网络安全审查的可能？

答：《办法》第三条，“网络安全审查坚持防范网络安全风险与促进先进技术应用相结合、过程公正透明与知识产权保护相结合、事前审查与持续监管相结合、企业承诺与社会监督相结合，从产品和服务以及数据处理活动安全性、可能带来的国家安全风险等方面进行审查。”

《办法》第十九条，“当事人应当督促产品和服务提供者履行网络安全审查中作出的承诺。网络安全审查办公室通过接受举报等形式加强事前事中事后监

督。”由于《办法》第三条强调网络安全审查坚持事前审查与持续监管相结合、企业承诺与社会监督相结合；《办法》第十九条明确将“举报”与“事前监督”相关联，我们认为，不排除普通民众通过向网信办进行举报，从而触发企业网络安全审查的可能性。因此，建议企业完善自身的投诉举报受理机制，及时妥善解决广大客户的问题，在“摇篮”里解决用户需求，避免因客户举报、投诉触发遭受网络安全审查的风险。

### 三、网络安全审查将对企业产生什么影响？

答：《办法》第十六条，“网络安全审查工作机制成员单位认为影响或者可能影响国家安全的网络产品和服务以及数据处理活动，由网络安全审查办公室按程序报中央网络安全和信息化委员会批准后，依照本办法的规定进行审查。

为了防范风险，当事人应当在审查期间按照网络安全审查要求采取预防和消减风险的措施。”

《办法》主要约束的对象包括两类：一是关键信息基础设施运营者；二是网络平台运营者（尤其是掌握超过 100 万用户个人信息且须赴国外上市的主体）。

对于关键信息基础设施运营者而言，在采购网络产品和服务时，需要评估该产品和服务投入使用后可能带来的国家安全风险。若存在影响的，应当向网络安全审查办公室申报网络安全审查。

对于网络平台运营者而言，根据《办法》答记者问，《办法》明确“掌握 100 万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市必须申报网络安全审查”，申报网络安全审查可能有以下三种情况：一是无需审查；二是启动审查后，经研判不影响国家安全的，可继续赴国外上市程序；三是启动审查后，经研判影响国家安全的，不允许赴国外上市。

如果拟上市企业应当申报而未申报，可能因未向证监会及时履行备案手续，影响上市进程。根据证监会发布的《境内企业境外发行证券和上市备案管理办法》（征求意见稿）第五条，发行人应当在境外提交首次公开发行上市申请文件后 3 个工作日内，向中国证监会提交备案材料，包括但不限于：……（三）有关部门出具的安全评估审查意见（如适用）”。此条规定与“《办法》答记者问”的国外上市程序要求紧密关联，监管部门向企业出具的网络安全审查意见，将成为部分企业履行国外上市程序所要求的材料之一。

需要关注的是，《办法》第十六条第二款规定，被审查的当事人应当在审查期间按照网络安全审查要求采取预防和消减风险的措施。参考滴滴被网络安全审查的案例，该等要求可能包括采取停止新用户注册、下架 APP 等措施。届时，可能对被审查的当事人的业务开展造成重大影响。

### 四、上市企业如不面临网络安全审查，是否高枕无忧？

答：事实上，无论是否面临网络安全审查，企业均应认真履行网络安全、数据安全及个人信息保护义务，构建完善的数据出境管理体系。在监管部门的视野

中，企业只要赴国外及香港上市，都可能涉及数据出境活动（出境的定义可以参考《出境入境管理法》第八十九条规定：出境，是指由中国内地前往其他国家或者地区，由中国内地前往香港特别行政区、澳门特别行政区，由中国大陆前往台湾地区）。因此，我们建议企业按照《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》，并参照《网络数据安全条例（征求意见稿）》《数据出境安全评估办法（征求意见稿）》等规定做好数据出境管理体系搭建及风险评估工作。

## 五、小结与建议

1. 网络安全审查是网络安全与数据合规体系的重要组成部分；

2. 企业应自查自身是否属于《办法》的适用范围，一看适用主体，二看采购网络产品和服务，以及开展数据处理活动是否可能影响国家安全；其中，什么是CII，什么是网络平台运营者，建议企业准确把握。尤其是后者，范围非常广；

3. 企业对于网络安全审查的启动程序要有清晰的认识，不能简单粗暴的认为，只有拟去国外上市的企业，且掌握了100万条用户个人信息的企业，才需要主动申报；对于已经在国外上市的企业、已经在香港上市的企业，甚至已经在国内上市的企业，只要你的企业被定位为CII，采购网络产品和服务涉及影响或可能影响国家安全，都要自查，都要主动申报；

4. 对于什么是国家安全，要做好内部的自查手册，把国内已经公开的影响国家安全的案例，特别是刑事案例，与相关法律依据一同做好整理，方便结合自身行业特点，做好对照，形成一个内部的“KNOW-HOW”手册，并不断更新，这个是网络安全审查的核心；

5. 如果企业真的不符合需要申报或者主动申报网络安全审查的情形，仍然要“警惕”，是否还会面临其他的安全评估和审查机制。例如数据出境安全评估等，这一点需要结合自身业务场景和特点进行判断，切勿大意。

2022年已至，数据合规之网“铺天盖地”、“越织越密”，企业如何把握好网的边界，在网之内合规发展，将是企业创造社会价值，持续具备强劲竞争力的前提。企业要铭记“合规是企业发展的生命线”。同时，“合规能力也是一种竞争力”。

## 合伙型私募基金投资人可否通过解除合伙协议实现退出？

喻劼、童皓明

### 问题的提出

在投资合伙型私募基金时，投资人签署的交易文件往往会包括合伙企业的《合伙协议》。如果在私募基金后续的经营和管理过程中，投资人认为其他合伙人存在重大违约行为，可否通过解除《合伙协议》的方式退出合伙企业？

### 简要回答

在（2018）沪民终 558 号巨杉公司与上海乐昱创投中心等合伙协议纠纷一案中，上海市高级人民法院认为：有限合伙人入伙后可否退出合伙企业，应当适用合伙企业法加以判断，而不是合同法<sup>[1]</sup>。如果准许有限合伙人不依合伙企业法有关退伙、解散的特别规定退出合伙企业，可能会损害其他合伙人、合伙企业和合伙企业之债权人的权益。因此，该院不支持合伙人依照合同法解除合伙协议即可退出合伙企业的主张。该观点在最高人民法院（2019）最高法民申 5588 号裁定中亦得到认可。

### 案件事实

2015 年，巨杉公司以入伙的形式成为乐昱创投的有限合伙人，并于同年签署了《合伙协议》。三年后，巨杉公司以乐昱创投的普通合伙人、私募基金管理人海通创世公司存在重大违约行为为由诉至法院，要求行使法定解除权，请求确认《合伙协议》解除、其从乐昱创投中退伙，并要求返还投资款及收益欠款等。

一审法院认为，本案证据不足以证明《合伙协议》的根本目的已无法实现，故巨杉公司行使法定解除权的条件没有成就。二审法院则认为，巨杉公司实质诉求是为了退出合伙企业，故本案应当先审理巨杉公司可否通过行使合同法第九十四条规定的法定解除权，以解除《合伙协议》的方式达到使自己退出合伙企业的效果。如答案否定，本案中并无进一步判断是否存在根本违约行为的必要。

### 法律规则与适用

要回答二审法院提出的问题，需要考虑合同法第九十四条第四项<sup>[2]</sup>与合伙企业法第四十五条第四项，第四十九条第二项、第三项，第八十五条第五项规定应优先适用何者。对此，二审法院从三个方面进行了分析：第一，巨杉公司取得合伙人身份是基于入伙时其他合伙人的同意与入伙协议，而非入伙后才签署的《合伙协议》，故即使解除《合伙协议》也不能否定其此前取得合伙人身份的事实；第二，合伙企业法是专门用于规范合伙企业活动的特别法，应被优先适用。尤其是，退伙和解散会涉及其他合伙人和合伙企业外部民事主体的利益，所以合伙企业法就退伙和解散的程序性、实体性问题作出了许多有别于合同法解除权的具体规定。巨杉公司入伙后，可否退出合伙企业，也就当然应适用合伙企业法加以判

断，而不是合同法。第三，虽然二者的构成要件基本相同，但如适用合同法解除《合伙协议》，由于合同法没有规定其他合伙人不同意解散合伙企业时如何处理，也没有规定合伙企业存续期间的债务如何分担，将会产生一系列遗留问题，损害其他合伙人、合伙企业的合法权益。因此，二审法院认为，巨杉公司以合同法规定的法定解除权为由，要求确认其已退出合伙企业、返还出资等诉讼请求，缺乏法律依据。

### 思考

本案中法院的观点是，投资人不能仅以行使合同法定解除权的形退出合伙企业。据此我们认为，代理人在设计诉讼策略时，不妨分别基于合同法和合伙企业法设计诉讼请求，请求法院确认合伙协议解除的同时，也主张根据合伙企业法要求退伙或解散合伙企业<sup>[3]</sup>，从而帮助法院更为全面、完整地处理有关纠纷，也能为当事人合理减少讼累。

[1] 民法典生效后，合同法相关内容已被编入民法典合同编内。与合同解除权相关的规定为民法典第五百六十二条、第五百六十三条等。

[2] 即民法典第五百六十三条第一款第四项。

[3] 本案一审法院曾就相关法律的适用问题对巨杉公司进行释明，但巨杉公司坚持以合同法第九十四条第四项行使解除权，将法院依合伙企业法判断退伙或解散的可能性排除了审理范围，导致法院不能就相关问题径行作出裁判。

## 《扬帆日本：常见问题》系列：市场准入篇

刁圣衍、靳冰雯

### 凡例 1：释义

简称	中文正式名称/内容	日文正式名称/内容
日本外汇法 外汇法	外汇及对外贸易法 (1949 年法律第 228 号)	外国為替及び外国貿易法 (昭和 24 年法律第 228 号)
外汇令	外汇令 (1980 年政令第 260 号)	外国為替令 (昭和 55 年政令第 260 号)
外汇省令	关于外汇的省令 (1980 年大藏省令第 44 号)	外国為替に関する省令 (昭和 55 年大藏省令第 44 号)
直投令	关于对内直接投资等的政令 (1980 年政令第 261 号)	对内直接投資等に関する政令 (昭和 55 年政令第 261 号)
直投命令	关于对内直接投资等的命令 (1980 年总理府、大藏省、文部省、厚生省、农林水产省、通商产业省、运输省、邮政省、劳动省、建设省令第 1 号)	对内直接投資等に関する命令 (昭和 55 年総理府, 大藏省, 文部省, 厚生省, 農林水産省, 通商産業省, 運輸省, 郵政省, 労働省, 建設省令第 1 号)
报告省令	关于外汇交易等的报告的省令 (1998 年大藏省令第 29 号)	外国為替の取引等の報告に関する省令 (平成 10 年大藏省令第 29 号)
指定行业告示 (对内直投)	财务大臣以及行业主管大臣根据关于对内直接投资等的命令第 3 条第 3 款的规定划定的行业范围 (2014 年内阁府、总务省、财务省、文部科学省、厚生劳动省、农林水产省、经济产业省、国土交通省、环境省告示第 1 号)	对内直接投資等に関する命令第三条第三項の規定に基づき財務大臣及び事業所管大臣が定める業種を定める件 (平成 26 年内閣府、総務省、財務省、文部科学省、厚生労働省、農林水産省、経済産業省、国土交通省、環境省告示第 1 号)
核心行业告示 (对内直投)	财务大臣以及行业主管大臣根据关于对内直接投资等的命令第 3.2 条第 3 款的规定划定的行业范围 (2020 年内阁府、总务省、财务省、文部科学省、厚生劳动省、农林水产省、经济产业省、国土交通省、环境省告示第 4 号)	对内直接投資等に関する命令第三条の二第三項の規定に基づき、財務大臣及び事業所管大臣が定める業種を定める件 (令和 2 年内閣府、総務省、財務省、文部科学省、厚生労働省、農林水産省、経済産業省、国土交通省、環境省告示第 4 号)
基准告示 (对内直投)	财务大臣以及行业主管大臣根据外汇及对外贸易法第 27.2 条	外国為替及び外国貿易法第二十七条の二

简称	中文正式名称/内容	日文正式名称/内容
	<p>第 1 款的规定所划定的不属于涉及国家安全等的对内直接投资的基准</p> <p>(2020 年内阁府、总务省、财务省、文部科学省、厚生劳动省、农林水产省、经济产业省、国土交通省、环境省告示第 6 号)</p>	<p>第一項の規定に基づき、財務大臣及び事業所管大臣が定める对内直接投資等が国の安全等に係る对内直接投資等に該当しないための基準を定める件</p> <p>(令和 2 年内閣府、総務省、財務省、文部科学省、厚生労働省、農林水産省、経済産業省、国土交通省、環境省告示第 6 号)</p>
伊朗相关申报	<p>财务大臣以及行业主管大臣根据关于对内直接投资等的命令第 3 条第 6 款的规定所划定的对内直接投资等的范围</p> <p>(2010 年内阁府、总务省、财务省、文部科学省、厚生劳动省、农林水产省、经济产业省、国土交通省、环境省告示第 1 号)</p>	<p>对内直接投資等に関する命令第三条第六項の規定に基づき財務大臣及び事業所管大臣が定める对内直接投資等を定める件</p> <p>(平成 22 年内閣府、総務省、財務省、文部科学省、厚生労働省、農林水産省、経済産業省、国土交通省、環境省告示第 1 号)</p>
外汇法 Q&A	<p>日本银行国际局国际收支课外汇手续组《外汇法 Q&amp;A (对内直接投资·特定取得编)》</p> <p>(2020 年 10 月修订)</p>	<p>日本銀行国際局国際収支課外為手続きグループ「外為法 Q&amp;A (对内直接投資・特定取得編)」</p> <p>(2020 年 10 月改訂)</p>

## 凡例 2：日本行政机构职能划分

日本行政机构名称	管辖事项
内阁府	负责国家经济，财政，科学技术，防灾政事，冲绳以及北方政策，国民生活，安全公共事务，政府宏观政策，以及都、道、府、县、体制的普及
总务省	负责与行政组织、公务员制度、地方行政及财政、选举制度、消防防灾、资讯传递、邮政事业及统计等国家的基本结构有关的制度，支持国民经济及社会活动等的基本系统
法务省	维持基本法制，制定法律，维护国民权利，统一处理与国家利害有关的诉讼
外务省	负责对外政策、派驻使节、通商航海及缔结条约等，为驻外单位与日本政府沟通的桥梁，负责情报的搜集分析、旅外侨民照顾及保护和文化宣传等事务
财务省	原大藏省，负责国家预算、税制、货币、国债等事宜
文部科学省	由原文部省和科学技术厅合并而成，统筹教育、科学技术、学术、文化、及体育等事务
厚生劳动省	医疗，劳动政策，社会保险，公积金，以及原陆军省和海军省的残留行政事务
农林水产省	负责农业，畜产业，林业，水产业，食品安全，食物稳定供应，以及农村振兴
经济产业省	原通商产业省，负责提高民间经济活力，维护对外经济关系，保证经济产业发展，保证矿物资源及能源的稳定高效供应
国土交通省	国土的计划及立法，河川、都市、住宅、道路、港湾、政府厅舍等的建造维护及硬件的维持管理，国土测量，交通及观光政策，气象，防灾对策以及日本国管辖范围内的海上治安及安全等软性对策等
环境省	负责环境保护，公害预防等
防卫省	掌管国防相关事务

## I ~瞭望~日本投资环境

### 1. 日本对于外商投资的总体态度如何？

1.1 总体而言，日本政府对于外资引入持积极谨慎态度。日本内阁同日本各省厅（类似中国中央政府各部委）<sup>1</sup>、自治体<sup>2</sup>紧密合作，以切实推进外商对日投资。

1.2 自 2003 年以来，日本政府各相关部门均已设立“对日直接投资综合信息咨询窗口”，向企业提供基础性咨询服务。

1.3 2022 年 9 月 22 日，日本时任首相岸田文雄（Fumio Kishida）于美国纽交所（NYSE）发表演讲，不仅表示“日本经济将实现强有力的持续增长”，并鼓励呼吁（外国投资者）“放心地来日本投资”<sup>3</sup>。

### 2. 日本利用外资的近况及趋势几何？

2.1 根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）的数据，2021 年全球对内直接投资额（以下简称“对内直投额”）同比增长 64.3%，达到 15,823 亿美元。因受新冠肺炎疫情影响，发达经济体 2020 年全球对内直投额均大幅跌落，但 2021 年已恢复到疫情前水平。其中，2021 年日本对内直投额呈现出 3 位数的增长。



图 2.1：全球外国直接投资流入（百万美元，%）<sup>4</sup>

<sup>1</sup>日本行政机构采 1 府 12 省厅制。其中的“1 府”，是指以内阁总理大臣（首相）为首的内阁府，“12 省厅”，是指以各个国务大臣领衔的政府部门，具体包括：总务省、法务省、外务省、财务省、文部科学省、厚生劳动省、农林水产省、经济产业省、国土交通省、环境省、防卫省、警察厅。关于日本各个政府机构的具体司职权限划分，可详见本篇凡例 2。

<sup>2</sup>在日本，自治体又称“地方公共团体”，是日本为居住在都道府县、市区町村区域内的居民主张、行使法律所规定的权利而提供公共服务的行政机关。对日本自治体最简单的理解，即日本的都道府县、市区町村。

<sup>3</sup>演讲视频（英文）：<https://nettv.gov-online.go.jp/prg/prg25159.html>

<sup>4</sup>数据来源：[https://www.jetro.go.jp/en/invest/investment\\_environment/ijre/report2022/ch1/sec1.html](https://www.jetro.go.jp/en/invest/investment_environment/ijre/report2022/ch1/sec1.html)

2.2 从行业类别来看，根据日本财务省以及日本银行公布的数据，2021 年对日投资总额为 2.7 兆日元（≈246 亿美元<sup>5</sup>），打破 2016 年以来的最高纪录，较去年同比增长 136.8%。以制造业、非制造业进行粗略的划分，流向制造业的投资总额为 1.4 兆日元（≈127.6 亿美元），占到总体的 50.1%，较去年有了较大增长；流向非制造业的投资总额为 1.4 兆日元（≈136.7 亿美元），占到总体的 49.9%，制造业与非制造业基本持平。具体到各个细分行业，化学、医药行业在过去的一年中吸收了高达 1.5 兆日元的投资额，是所有行业中最高的；金融、保险业次之，共计 0.90 兆日元（≈82 亿美元），与去年相比增长了 25.1%。按行业细分的 2021 年外商对日直接投资总额及较去年的增长率可参照下图。

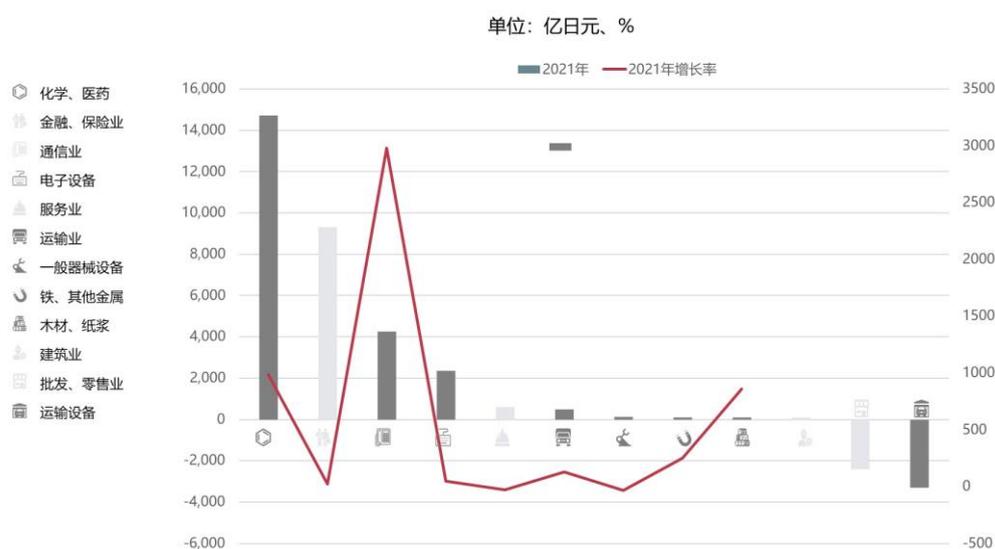


图 2.2.1：2021 年外商对日直投金额（按行业）

2.3 2021 年已经完成交割的涉日跨境并购案例共 168 个，比去年增长了 22.6%。涉日跨境并购案例数自 2019 年以来，已经连续 3 年实现 2 位数的增长。从 2021 年涉日跨境并购的投资者所在国家地区来看，美国共 56 个，居于首位，占到全体的 33.3%；中国共完成 15 个，位居第四，占到全体的 8.9%。

<sup>5</sup>根据 2021 年日元-美元平均汇率（100 日元=0.91122 美元）换算，下同。

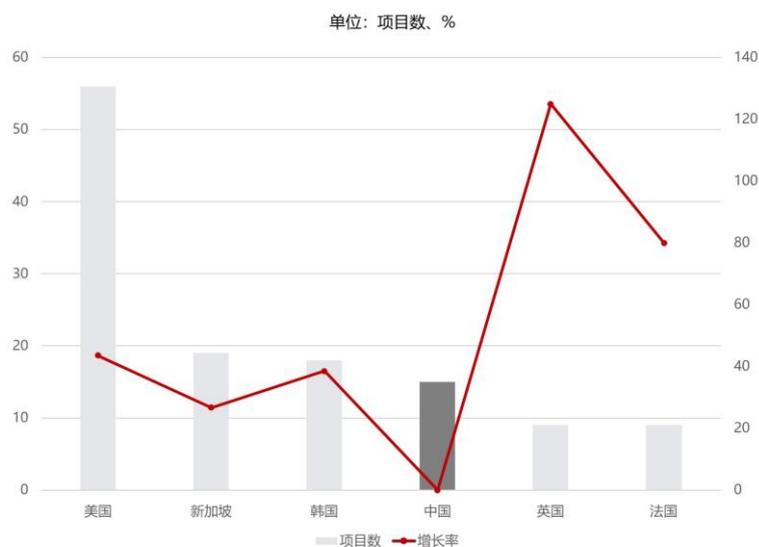


图 2.2.2: 2021 年涉日跨境并购投资 (按投资者所在国家/地区)

- 2.4 自 2019 年以来, 因受到世界经济形势的影响, 日本修订了一系列与外资准入相关的法律, 比如将涉及网络安全的行业纳入事前申报的范围, 降低了外国投资者收购日本上市公司股份的事前申报标准, 导致更多外国投资者实施对内直接投资行为时需要进行事前申报。
- 2.5 从整体上来看, 日本作为 GDP 总额世界排名第 3 的经济大国, 拥有完善的法律与行政制度、优越的商务环境、稳定高效的基础设施以及世界闻名的创新产业集群, 正在不断吸引各国投资者对日投资。尤其是近年来, 日本采取多种创新措施, 以进一步完善投资环境。

## II ~概览~日本外商投资准入制度

### 3. 日本有无类似中国的负面清单制度?

- 3.1. 与中国的外商投资准入制度不同, 日本没有所谓的“负面清单”制度, 其对外商投资行业准入的监管思路亦与中国迥异, 并不划分“禁止类、限制类、鼓励类”等行业。
- 3.2. 在“投资自由”的整体指导原则下, 日本原则上允许外国投资者自由进入日本市场, 并通过“事后备案”制度对相关投资行为进行事后监督和管理。关于“事后备案”制度的详解, 可参见本篇第三章。

- 3.3. 作为例外，当外国投资者拟投资的领域属于日本政府指定的行业（下称“指定行业”）时，日本政府则通过“事前申报”的形式进行监管。关于“事前报告”制度的详解，可参见本篇第IV章。
- 3.4. 外国投资者的行为需要事前申报的，截至日本监管当局结束对相关投资行为的审查止，外国投资者不得实施正被审查中的相关投资行为（下称“等待期”）。
- 3.5. 此外，经日本监管当局审查，外国投资者可能被日本监管当局警告或被命令变更、中止相关投资行为。日本的整体监管思路可参照下图：

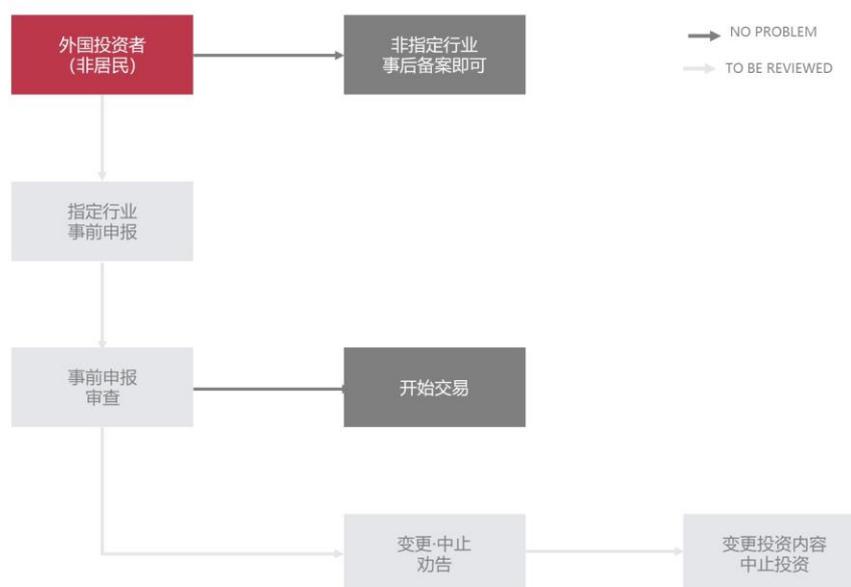


图 3.5：日本外资准入的监管思路

### III ~聚焦~ 事后备案制度

#### 4. 什么是事后备案制度？

- 4.1 事后备案制度是日本监管外商对日投资的原则性制度。在“投资自由”的整体指导原则下，日本原则上通过“事后备案”制度对相关投资行为进行事后监督和管理。
- 4.2 根据外汇法的规定，外国投资者实施对内直接投资的，在满足特定条件时，在实施该投资行为后向该行业的主管大臣以及财务大臣报告该投资行为，此即事后备案义务。

4.3 外国投资者的对内投资行为等不属于需要进行事前申报的,当发生以下(1)~(3)的情形,且所取得的股份(权)数或表决权数的比例 $\geq 10\%$ (包括密切关联方的实质持有份额)时,外国投资者需要履行事后备案义务<sup>6</sup>。

- 1) 目标公司所从事的所有业务均属于指定行业告示(对内直投)第3附表中所列的行业类别;
- 2) 外国投资者的国籍以及所在国为日本或直投命令第1附表中所列的国家、地区<sup>7</sup>;
- 3) 由伊朗相关人员<sup>8</sup>进行的,除第1号告示中规定的与伊朗有关的申请之外的行为。

## 5. 哪些投资行为属于“对内直接投资”?

5.1 所谓的对内直接投资,是指外国投资者对日本的公司出资、贷款等特定的行为。

5.2 至于具体哪些行为属于对内直接投资行为,日本银行总行国际收支部外汇法程序组在其于2021年10月发布的外汇法Q&A中给出了详细的解答,具体可见本篇附表2。同时,由于外汇法Q&A的解答较难理解,我们结合实务经验,总结出以下6类行为,分别是:(1)取得公司股权/表决权;(2)取得公司资产/业务;(3)表决赞成公司重大事项变更;(4)设立分支机构;(5)提供大额贷款;(6)购买/持有公司债。

---

<sup>6</sup>外汇法第27条第1款、第55条第5款第1项,直投令第3条第4项、第6条第3款第1项,直投命令第6条第2款、直投命令第3附表第1项、第5项。

<sup>7</sup>主要包括大中华地区、美国、印度、英国、新加坡、韩国、德国、法国、俄罗斯等共计163个国家及地区。

<sup>8</sup>伊朗相关人员,指伊朗政府、有伊朗国籍的自然人、依据伊朗的法律设立的法人及其他团体(包括该法人及其他团体在国外的分店、办公室、及其他办事处),以及在伊朗境外设有主要办事处的公司或其他实体在伊朗境内的分支机构、办事处或其他办事处,或实际控制这些办事处的外国投资者。



图 5.2 对内直接投资行为类型

5.3 在判断特定投资行为是否属于对内直接投资行为时，还常常要借助“密切关联方”这一概念。关于“密切关联方”的范围，日本法的规定较为复杂，但总体上我们可以高度总结，密切关联方最重要的特征，是与进行对内直接投资行为的外国投资者保有持续性的经济关系及亲属关系。我们可以参考下表理解日本对内投资行为监管项下的“密切关联方”的范围。

No.	任命董、监事会成员的人员范围	本人提案 (包括通过他人提案)			他人 (包括股票发行公司) 提案		
		董事	※辅助人	投资决策会议机构成员	董事	※辅助人	投资决策会议机构成员
1	外国投资者 (法人)	○	○	○	○	×	○
2	右图所示A-D公司	○	○	○	○	×	○
3	右图所示E-G公司	○	○	○	○	×	×
4	主要业务合作伙伴	○	○	○	×	×	×
5	自外国投资者处获得大量近金钱或其他财产者		○			×	
6	过去1年内存在上述4、5之任一情形者		○			○	
7	外国投资者 (自然人) 的配偶		○			○	
8	外国投资者 (自然人) 的直系亲属		○			○	
9	同意行使表决权者及其密切关联方		○			○	



※日本公司中的辅助人 (使用人)，是指仅基于商业上的雇佣或代理关系，剩余控制权被商事主体取得，并被后者用于从事商行为的人员。  
○：是密切关联方    ×：不是密切关联方

图 5.3 外国投资者对内直接投资中的密切关联方认定表

6. 何谓“外国投资者”？在日本，所谓外国投资者，除了外国自然人以及依照外国公司法设立的法人之外，由外国个人实际控制、管理的日本法人以及合伙企业（包括普通合伙和有限合伙）也会被认定为外国投资者。日本外汇法对外国

投资者的详细定义，可以参附附表 3。

6.2 需要注意的是，伴随着 2019 年日本外汇法的修订，外国投资者的认定范围有所扩大。由于修订后的外汇法的相关规定较为冗长且复杂，在判断是否属于外国投资者时不妨参照下图。

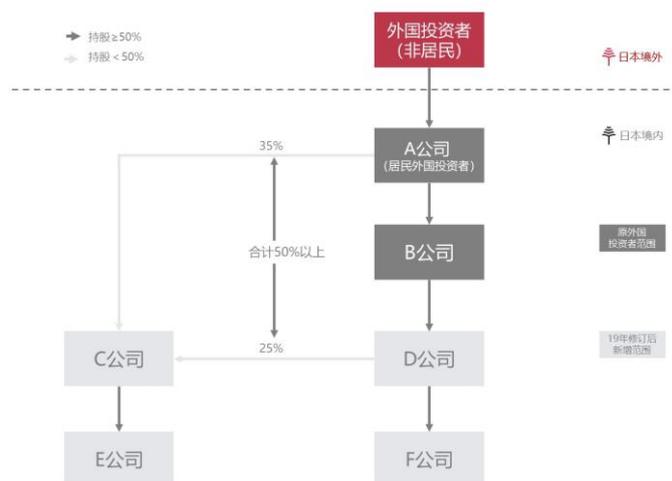


图 6.2：外国投资者新增范围

7. 履行“事前申报”义务后可否不再履行“事后备案”义务？事前申报与事后备案之间，并不是非此即彼的关系。出于对国家安全、知识产权等方面的谨慎考虑，在一些特定的情形下，外国投资者在进行事前申报后还需要再进行事后备案，而且该制度因目标公司的性质（上市与否）有所不同。

7.2 外国投资者如果取得了上市公司的股份、表决权、全权代理行使股权和表决权等权利，且适用了事前申报豁免制度的，就不需要履行事前申报义务了。但当出现以下（1）～（3）情形的，需要进行事后备案。关于事前申报豁免制度，可详见本篇第V章。

- 1) 于交易后持有目标公司股份比例首次 $>1\%$ 之时（仅需备案 1 次）
- 2) 于交易后持有目标公司股份比例首次 $>3\%$ 之时（仅需备案 1 次）
- 3) 每当交易后持有目标公司股份比例 $>10\%$ 之时（每次交易后都需要备案）

7.3 外国投资者如果取得非上市公司的股份，且适用了事前申报豁免制度的，则每次实施该对内直接投资行为后均需进行事后备案<sup>9</sup>。

<sup>9</sup>外汇法第 55 条第 5 款第 1 项，直投令第 6 条第 3 款第 1 项，直投命令第 6 条之第 2 款以及直投命令第 3 附表第 2 项。

## 8. “事后备案”的具体程序为何？

8.1 外国投资者在实施了需要进行事后备案的对内直接投资后，应当自该投资行为实施之日起 45 日<sup>10</sup>内，按照直投命令第 6 条第 2 款规定的格式制作《事后备案书》，经由日本银行提交给财务大臣以及各行业主管大臣<sup>11</sup>。《事后报告书》准备 1 份即可。

8.2 外国投资者对内直接投资相关的事前申报、事后备案总结如下表：

	投资者	行业分类	事前申报·施行报告	事后备案
目标公司为非上市公司	<ul style="list-style-type: none"> <li>外国金融机构</li> <li>普通投资者 (包括认证SWF等)</li> </ul>	核心行业	不可豁免	不可豁免
		指定行业	有条件豁免事前申报	豁免事前申报，每取得1股报告1次
		非指定行业	无需申报·报告	10%以上 (特定取得除外)
	曾因违反《外汇法》受处分或受到刑事处罚者；国有企业 (认证SWF等除外) 及其董事	指定行业	不可豁免	不可豁免
		非指定行业	无需申报·报告	10%以上 (特定取得除外)
目标公司为上市公司	一般金融机构	指定行业	有条件豁免事前申报	豁免事先申报，则10%以上时报告
		非指定行业	无需申报·报告	10%以上 (特定取得除外)
	一般投资者 (包括认证SWF等)	核心行业	取得股份 < 10%，可有条件豁免事前申报	豁免事先申报的： (1) 1%以上不到3% (仅第1次) (2) 3%以上不到10% (仅第1次) (3) 10%以上 (每次)
		指定行业	有条件豁免事前申报	
曾因违反《外汇法》受处分或受到刑事处罚者；国有企业 (认证SWF等除外) 及其董事	指定行业	不可豁免	不可豁免	
	非指定行业		10%以上 (特定取得除外)	

图 8.2：外国投资者对内直接投资事前申报、事后备案总结

## IV ~着眼~ 事前申报制度

### 9. 何种情况下需要履行“事前申报”义务？

9.1. 如前述 4.2 所示，根据外汇法的规定，外国投资者实施对内直接投资的，在满足特定条件时，应当在实施该投资行为之前向该行业的主管大臣以及财务大臣申报该投资行为，此即事前申报义务。

9.2. 具体而言，符合下列情形之一的对内直接投资行为，外国投资人在实施该投资行为之前，需要进行事前申报：

- 1) 在日本国内开展营业活动的目标公司所从事的行业不利于保障日本国家安全；

<sup>10</sup> 根据日本法律，除另有法令规定外，期间的起算原则上遵循“不包含第一日”的原则，且期间的最后一日为休息日的，顺延至下一个营业日。下同。

<sup>11</sup> 直投令第 6 条第 3 款第 1 项、直投命令第 6 条第 2 款。

- 2) 在日本国内开展营业活动的目标公司所从事的行业，属于国际投资规则中设有投资限制的行业，如农林水产业、石油业、皮革、皮革制品制造业等；
- 3) 外国投资者所属国未就对内直接投资等事项与日本缔结条约，如朝鲜等。

9.3. 根据目标公司是否为上市公司，关于事前申报的必要性规定也有所不同。

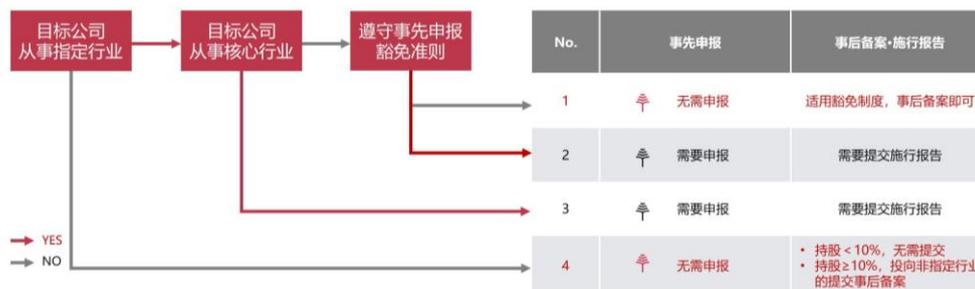


图 9.2.1: 非上市公司事前申报必要性判断

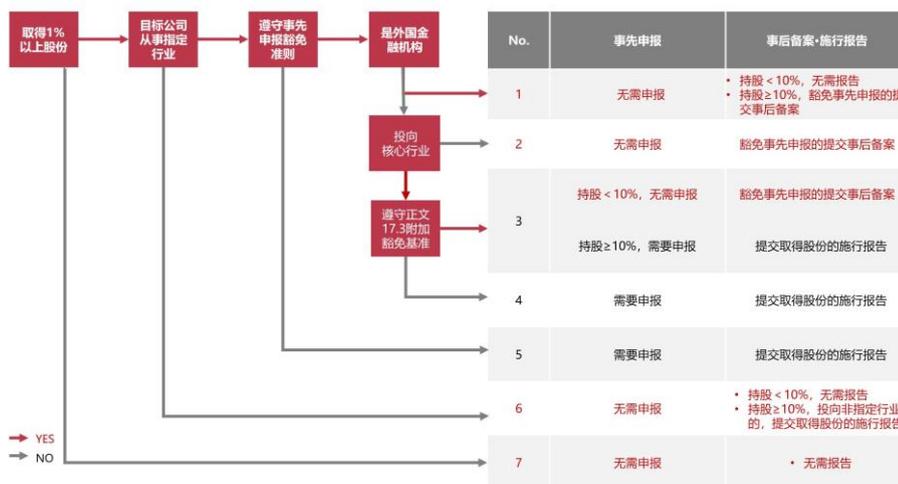


图 9.2.2: 上市公司事前申报必要性判断

10. 何为“指定行业”？指定行业有哪些？所谓的指定行业，是指由日本主管部门指定的可能影响到日本安全保障等的行业。

10.2. 如果外国投资者投向这些指定行业，则需要在实际开始交易之前，事前通过日本银行向日本的财务大臣以及相关行业主管大臣进行申报。外国投资者实施交易、取得目标公司的股份后，还需要提出实施报告。

10.3. 部分指定行业的详细分类，可参见本文附表 1，其大致情况请见下图（根据日本标准行业分类为准）。

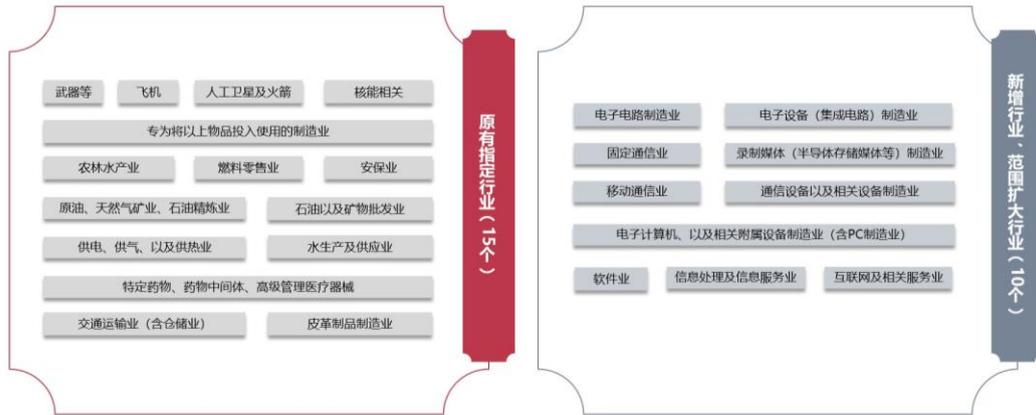


图 10.3: 日本对内直接投资需事前申报的指定行业

10.4. 在上述指定行业中，还有更加细化的核心行业。核心行业是日本财务大臣以及相关行业主管大臣依据对内直接投资等的规定，从日本国家安全等角度出发，在指定行业中进一步指定的特定行业。投资于核心行业的，不得豁免事前申报。

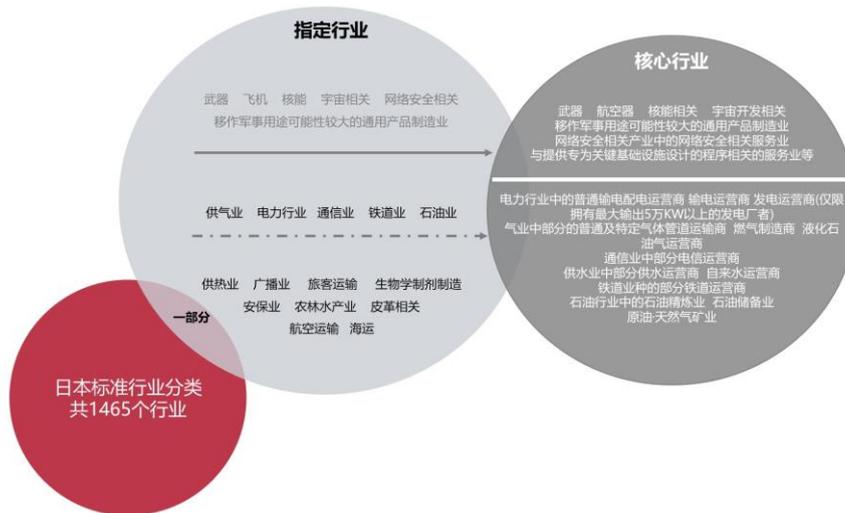


图 10.4: 核心行业与指定行业的关系

## 11. “事前申报”程序概况如何？

11.1 首先，根据交易以及对内直接投资行为的类型，外国投资者应当在实施具体对内投资行为 6 个月之前，经由日本银行提交给财务大臣以及各行业主管大

臣<sup>12</sup>提交《事前申报申请书》。《事前申报申请书》的具体格式参照直投命令。所需提交《事前申报申请书》的份数为“行业主管大臣数+3”<sup>13</sup>份。

11.2 接下来则进入原则上为期 30 日的“等待期”，此期间可以理解为“交易/投资行为的禁止期间”。等待期一般而言是从财务大臣以及行业主管大臣受理事前申报申请书之日（以下简称“申请受理日”）起算的。一方面，除非财务大臣以及行业主管大臣认为有必要进行特别审查，否则等待期原则上缩短为“自申请受理日起算 2 周内”。在特殊情况下，甚至有可能自申请受理日起算 4 个工作日内即可审理完毕。另一方面，如果财务大臣以及行业主管大臣认为审查中的对内直接投资等有可能：

- 1) 有损日本国家安全、妨碍日本公共秩序，以及影响日本公众安全的；
- 2) 对日本经济的健康运行造成明显不良影响的，则等待期将最长被延长至 5 个月（自申请受理日起算）<sup>14</sup>。尽管实务中的大多数事前申报的等待期都被缩短至 2 周，也有仅需 4 个工作日的个案存在，但由于日本外汇法关于等待期的原则性规定仍然为 30 日，因此建议我国投资者在制定对日直接投资计划时，还是按照 30 日的期间合理安排相关工作。

11.3 此外，行业主管省厅在审查过程中认为有必要的，会在外国投资者提交申请书后以提问的方式，要求提交关于外国投资者或本次交易的补充说明。关于财务大臣以及行业主管大臣的提问的内容，主要包括：

- 1) 申请人以及申请人的关联方的相关基本信息；
- 2) 申请人的过往投资业绩；
- 3) 申请人对目标公司的目的、参与经营管理的程度等；
- 4) 目标公司的业务规模、内容；
- 5) 目标公司的信息管理制度等事项。

11.4 提问结束后，外国投资者将对这些提问进行回答。

11.5 回答完毕后，财务大臣以及行业主管大臣将依据外国投资者的回答作出判断。在判断作出之前的这段时间内，相关事前报告的申请视为仍在继续，因此有可能导致等待期需要有所延长。

---

<sup>12</sup>直投命令第 3 条第 3 款。

<sup>13</sup>直投命令第 3 条第 7 款。

<sup>14</sup>外汇法第 27 条第 3 款、第 6 款。

11.6 行业主管部门针对申请人的作答，有可能要求申请人遵守特定的约定，比如“申请人不得以行使表决权的方式影响发行人及其子公司所拥有的在安全上具有重要性的产品的业务”。在此情形下，申请人一方面需要遵守与行业主管部门之间的约定，一方面需要撤回此前递交的事前申报申请书，将与行业主管部门约定遵守的事项补充到事前申报申请书中并再次提交。



图 11：事前申报程序概览

11.7 日本监管当局完成审查后，日银将在其官网对申报的交易或投资行为予以公示。自日银公示的可以实施相关交易或行为之日起，至事前申报受理之日起6个月的这段期间内的任一时点，外国投资者均可实施申报的交易或投资行为，且不再需要在日银办理任何额外的手续。

11.8 关于可实施交易或投资行为的期间，不妨参照下例与下图予以把握。

例：2022年4月1日，外国投资者A公司递交的事前申报被受理。4月5日，日银公示该“交易或投资行为可于2022年4月6日起实施”。则A公司可在2022年4月6日~2022年9月30日这段期间内实施申报的交易或投资者行为，实施期间包括起止日当日。



图 11.7：可实施交易或投资行为的期间

## 12. 未履行事前申报义务的后果如何？

- 12.1 如果外国投资者应事前申报而未事前申报，财务大臣以及行业主管大臣有权告诫该外国投资者遵守相关规定，否则其将被采取一定措施。
- 12.2 如果该外国投资者不顾劝告，仍然不进行事前申报，则财务大臣以及行业主管大臣有权命令对其实施此前已经告诫的措施。

## 13. 目前有无“事前申报”未获批的案例？

- 13.1 截至目前，事前审查未获批准的案例实际上只有 1 例。
- 13.2 2008 年，一家位于英属开曼群岛的基金收购日本一家经营电力业务的上市公司的股份，并计划增持至 20%。该基金在进行事前申报时，被日本主管部门正式“叫停”。
- 13.3 日本主管部门未批准该事前审查的理由在于，该基金有可能实质上参与目标公司的经营，且该投资行为有可能影响日本电力的稳定供给以及核能、核原料的回收利用。

## V~探微~ 事前申报豁免制度

### 14. “事前申报”义务是否可以豁免？

- 14.1 在日本的现行制度下，是存在事前申报的豁免制度的。日本自 2019 年 11 月修订外汇法以来，指定行业范围以及对内直接投资范围都有所扩大，因此外国投资者进行对内直接投资时需要进行事前申报的范围也随之扩大。作为范围扩大的缓和措施，目前日本外汇法允许外国投资者在达成一定的要件，且遵守一定的行动准则的基础上，有条件地豁免事前申报。

14.2 在介绍豁免条件之前，我们首先需要确认的是，无法适用豁免制度的行为以及因外国投资者的身份而无法适用豁免制度的情形。

#### 15. 无法适用豁免制度的行为有哪些？

15.1 首先要强调的是，投资指定行业之中的核心行业，是无法适用豁免制度的。

15.2 包括投资于核心行业的对内投资行为在内的所有无法适用豁免制度的行为，详见下表。

No.	行为类型
1	因属于与日本没有直接投资条约或其他国际协议的国家或地区而在直接投资令附表 1 中未提及的国家或地区（朝鲜、也门、索马里、伊拉克）的外国投资者进行的外国直接投资等。
2	伊朗相关人员进行的需要许可的资本交易行为。
3	(1) 实际持有的表决权（包括受托人）（包括其密切关联方）；or (2) 获得同意共同行使上市公司等实际持有的表决权（包括其密切关联方）的实际持有表决权的数量，以及同意人（包括其密切关联方）实际持有表决权不低于 10% 时，提案选任、解除董事；变更公司章程；转让公司业务等。
4	与核心行业相关的对内直接投资。
5	旨在使与指定行业相关的业务难以持续、稳定地实施的对内直接投资。
6	以可能违反豁免标准的行为为目的的外国直接投资等。
7	实施投资行为前应申报而虚假申报或未经审批通过就实施的投资行为。

#### 16. 因外国投资者的身份而无法适用豁免制度的情形有哪些？

16.1 因外国投资者的身份而不得适用豁免制度<sup>15</sup>的情形有：

- 1) 曾因违反外汇法而被执行刑事处罚或违反基于外汇法的行政处分未逾 5 年者；
- 2) 外国政府、外国政府机关、外国地方政府、外国中央银行、外国政党以及其他政治团体；
- 3) 国有企业等。

<sup>15</sup> 外汇法第 27 条第 2 款第 1 项、直投令第 3 条第 2 款第 1 项至第 5 项。

16.2 如果外国政府基金（SWF, Sovereign Wealth Fund）、公共养老基金等符合上述第（3）点，且经审查被认定不会损害日本国家安全的，在与财务省签署谅解备忘录（MOU）后，该外国政府基金或公共养老基金即可被视为普通外国投资者，适用事前申报豁免制度。

#### 17. 适用事前申报豁免制度需要遵守哪些行为准则？

17.1 外国投资者需要遵守的行为准则有哪些，取决于投资者是否为外国金融机构。

17.2 如果外国金融机构（如外国的银行、保险公司、证券公司等）进行对日投资，则在遵守 3 条豁免准则的前提下，可以适用全面豁免制度。这是因为，在投资实务中，外国金融机构对日本金融机构的投资多为财务性投资，其主要目的在于获得投资收益，而一般并不涉入日本本土企业的经营管理。这 3 条豁免准则是：

- 1) 外国投资者本人及其关联方不得出任董事（包括董事和监事）；
- 2) 关于从事指定行业的业务的转让、终止（包括合并、分立、转让子公司股份等）的议案，外国投资者本人不向股东大会提案、也不通过其他股东向股东大会提案；
- 3) 不接触属于指定行业的业务的非公开技术信息（包括不提出披露该信息、不提议变更关于管理该信息的公司规定）。

17.3 如果非外国金融机构投向核心行业的，则除遵守上述（1）～（3）豁免基准外，还需要再遵守另外的 2 条准则（或曰“附加基准”），才可适用事前申报豁免制度，这就是普通外国投资者适用的一般豁免制度。这 2 条附加基准为：

- 4) 外国投资者本人不出席涉及核心行业的业务的董事会或其他在作出公司决议方面拥有较大权力的委员会，也不指定他人代为出席；
- 5) 外国投资者不通过递交书面材料或电子材料的方式，要求董事会、上述的委员会以及构成人员等针对核心行业的业务在一定期限内予以回答或付诸特定行动。关于全面豁免制度和一般豁免制度的区别可参照下图。

	全面豁免制度	一般豁免制度
投资者属性	外国金融机构	除外国金融机构之外的外国投资者
事前申报	无论任何行业一律豁免	无论任何行业一律豁免 投向核心行业的，外国投资者及其密切关联方的出资比例和表决权比例加总之和未达10%的，可以豁免
事后备案	外国投资者与其密切关联方的出资比例或所持表决权比例总和在10%以上的，需要进行报告	外国投资者与其密切关联方的出资比例或所持表决权比例加总之和在10%以上的，需要进行报告
应守准则	(1) ~ (3)	(1) ~ (5)

图 17.3：全面豁免 vs 一般豁免

17.4 最后，需要注意的是，目标公司为非上市公司，且目标公司所从事行业为核心行业的，外国投资者不可适用豁免制度。

附表 1：部分指定行业详细分类

表 1	
<b>一、大分类 E——制造业</b>	
1	武器、专为支持使用武器的活动（包括运输、通信、补给、救援或搜索），以及专为防御武装攻击而设计的物项
2	航空器
3	卫星（包括飞行物和放置在地球轨道外的人造物体。以下相同）、火箭或专为发射、跟踪控制或使用而设计的设备、促进剂或其成分
4	核反应堆、核涡轮机、核发电机或核原料或核燃料材料
5	上述物品的附属品、上述物品及上述物品的附属品的组成部分、专为制造这些物品而设的材料，以及用于制造这些材料的设备、工具、测量设备、检测设备或测试设备
<b>二、上述物品的消费类 901-器械修理业（不包括电子器械器具）以及小分类 902-电子器械器具修理业</b>	
<b>三、专为使用上述标红物品而设计的程序的小分类 391-软件业</b>	
<b>四、细分类 0519-其他金属矿业（仅限与核原料物质相关的金属矿业）</b>	
<b>五、出口贸易管制令（昭和 24 年政令第 378 号）附件 12 至 15 项所列货物事物的大分类 E-电子制造</b>	
<b>六、持有外汇令（昭和 55 年政令第 260 号）附件 1 至 15 项中列举的设计和制造相关技术（属于公共知识、且属于贸易关系贸易外交易等相关省令（平成 10 年通商产业省令第八号）第九条第 2 项第 9 号第 1 点至第 4 点中规定的任一技术的除外）技术，属于下列情形之一的行业</b>	
1	大分类 E-制造业
2	小分类 391-软件业
3	小分类 7111-自然科学研究所
4	小分类 743-机械设计业
5	小分类 744-商业·无损检查业
6	小分类 749-其他技术服务业

表 2

表 2	
<b>一、农业、林业</b>	
1	耕种农业
2	畜牧业
3	农业服务业（园艺服务业除外）
4	园艺服务业
5	育林业
6	蔬菜生产业
7	特种林产品生产业（菌菇类栽培除外）
8	林业服务业
9	其他林业
<b>二、渔业</b>	
1	海平面捕捞业
2	内水捕捞业
3	海平面养殖业
4	内水水产养殖业
<b>三、矿业、采石业、砾石收集行业</b>	
1	原油、天然气矿业
2	制造业
3	和服产品、其他服装、纤维衣物制造业
4	医药品制造业
5	其他化学工业
6	石油精炼业
7	润滑油、润滑脂制造业（非通过石油精炼业）
8	铺装材料制造业
9	其他石油产品、石炭产品制造业
10	橡胶、塑料鞋履及相关附属品制造业
11	皮革制品制造业
12	工业用皮革制品制造业（手袋除外）
13	皮鞋用材及相关附属品制造业
14	皮鞋制造业
15	皮包制造业
16	布袋制造业
17	毛皮制造业
18	其他皮革制品制造业
19	玩具、运动用品制造业
<b>四、供电、供气、供热、供水业</b>	
1	管理和辅助开展经济活动的办事处（33种电气行业）
2	电器业
3	管理和辅助开展经济活动的办事处（34种电气行业）
4	供气业
5	供热业
6	供水业

<b>五、信息通讯业</b>	
1	固定电信业
2	移动电信业
3	公共广播业（有线广播除外）
4	私营广播业（有线广播除外）
5	有线广播业
6	互联网相关服务业
<b>六、运输业、邮政业</b>	
1	铁道业
2	普通旅客汽运业
3	沿海海运业
4	内陆水运业
5	船舶租赁和渡船业
6	航空运输业
7	飞机使用业（航空运输业除外）
8	仓储业（冷链仓储业除外）
9	冷链仓储业
10	运输设施提供业
<b>七、批发业、零售业</b>	
1	石油、矿物批发业
2	燃料零售业
<b>八、金融业、保险业</b>	
1	中央银行
2	农林水产金融业
<b>九、复合型服务业</b>	
1	农林水产合作社（未被包含在其他分类中）
<b>十、服务业（未被包含在其他分类中）</b>	
1	安保业
2	其他未被分类的服务业

附表 2：对内直接投资行为详述

No.	原则	解释
1	取得国内上市公司（包括场外上市公司，以下简称“上市公司等”）的股份或表决权，分别持股比例或表决权比例在 1% 以上。出资比例和表决权比例包括与收购人关系密切的外国投资者拥有股份和表决权比例。	<p>持股比例是指所持股份数量与受委托管理的股份之和占已发行股份总数的%。</p> <p>表决权比例是指持有的表决权数占表决权总数的比例。持有表决权包括与行使表决权、行使表决权等相关的表决权，以及以自己或他人名义持有的表决权。</p>
2	收购国内非上市公司的股份或股权，但通过从其他外国投资者处获得发行股份或权益的除外。	外国投资者从国内非上市公司转让股份或股权的行为属于特定收购，而非直接投资。
3	自然人将其作为日本居民时获得（仅限于在昭和 55 年（1980 年）12 月 1 日之后获得）的日本非上市公司股份，在其成为非日本居民后转让给外国投资者。	-
4	<p>外国投资者同意下述提案：</p> <p>（1）实质变更境内公司经营目的；（仅限上市公司中外国投资者持有 1/3 以上表决权的）；</p> <p>（2）任命董事或公司审计师；</p> <p>（3）转让所有业务</p> <p>*（2）、（3）仅限于外国投资者持有表决权 ≥1% 的公司（如上市公司）</p>	<p>包括外国投资者密切关联方持有的表决权。</p> <p>对于非上市公司，如果表决权比例低于 1/3，则不需要申报、备案</p> <p>包括外国投资者本人或其相关人员被任命为境内公司的董事或监事。</p> <p>转让全部业务相关的提案：</p> <p>（1）与转让全部业务有关的提案；</p> <p>（2）《公司法》第 2 条第 27 款规定的吸收合并提案；</p> <p>（3）与解散公司有关的提案；</p> <p>（4）与转让部分业务有关的提案；</p> <p>（5）与转让子公司（《公司法》第 2 条第 3 款规定的子公司）的全部或部分股份或股份的提案；</p> <p>（6）与《公司法》第 454 条第 1 款所述事项有关的提案；</p> <p>（7）根据《公司法》第 2 条第 28 款提出的关于新合并的提案；</p> <p>（8）关于《公司法》第 2 条第 29 款规定的吸收分割的提案；</p> <p>（9）根据《公司法》第 2 条第 30 款提出的关于分立的提案；</p> <p>（10）关于取消业务的提案。</p>

		<p>就所有业务转让等提案达成的同意中，除通过自己或其他股东向股东大会提交的提案外，通过第三方向股东大会提交的提案以及指定行业的业务有关的提案以外的提案，不需要与申报和报告相关的程序。</p> <p>包括外国投资者密切关联方持有的表决权。</p> <p>对于上市公司等，实际持有的表决权比例为：</p> <p>(1) 不足 1/3；</p> <p>(2) 和 (3) 小于 1% 的，则不需要申报和报告程序。</p>
5	<p>外商投资企业为非居民个人或者外国法人，在境内设立分支机构、工厂和其他营业场所（不含代表处），或实质性变更其类型或业务目的。</p>	<p>营业范围包括银行、外国保险公司、一般天然气管道业务、一般输配电业务和输电业务，不包括第 1 类金融工具交易、投资管理业务、外国信托公司和资金转移业务。</p>
6	<p>向国内法人提供超过一年的贷款（不包括外国居民以日本货币提供的贷款）。且符合以下任一情形的：</p> <p>(1) 外国投资者在贷款后向国内法律人提供的贷款余额超过 1 亿日元；</p> <p>(2) 该贷款后该外国投资者向该国内法人贷款的余额与该外国投资者拥有的该国内法人发行的公司债券的余额之和，超过该贷款后该国内法人的债务额规定的金额的 50%。</p>	<p>外币的转换应根据《外汇法》第 7 条规定的“标准和套利外汇汇率”进行转换。</p> <p>公司发行的公司债券，仅限于向特定外国投资者募集的债券。但是，以下情况除外：</p> <p>(1) 金融机构作为企业获得的公司债券；</p> <p>(2) 以日本货币表示、由居民外国投资者购买的公司债券；</p> <p>(3) 公司债券自收购之日起至本票赎回日为止不超过 1 年；</p> <p>(4) 外国投资者收购后持有的股份不超过 1 亿日元的公司债券。</p> <p>包括外国投资者密切关联方持有货币贷款和公司债券的余额。</p> <p>贷款金额是指贷款日期所属的营业年度之前一个营业年度结束时的资产负债表（如果没有该前一个营业年度，则上一个营业年度的资产负债表）的负债部分记录的金额与该贷款的金额之和。尚未编制资产负债表的，则贷款金额应与贷款日期之前的会计年度末的资产清单（如果没有前一个营业年度，则为上一个会计年度的上一个资产清单）的负债总额之加总。</p>

7	通过从居民企业转让、吸收、分割以及合并继受业务（不包括上述 No.1~3）。	-
8	<p>外国投资者取得的，日本境内公司发行的，自收购之日起至本票赎回日止，期限为 1 年以上，特定发行对象为外国投资者的公司债券（不包括以本国货币发行的公司债券除外）（以下简称“公司债券的收购”），且符合以下任一情形的：</p> <p>(1) 外国投资者在购买公司债券后持有的国内公司债券余额超过 1 亿日元；</p> <p>(2) 外国投资者在购买公司债券后持有的国内公司债券的余额，以及该外国投资者向该国内公司贷款的余额总额，超过该国内公司在收购公司债券后确定的债务总额的 50%</p>	<p>外币的转换应根据《外汇法》第 7 条规定的“标准和套利外汇汇率”进行转换。</p>
		<p>以下情况除外：</p> <p>(1) 金融机构作为其营业业务进行货币贷款；</p> <p>(2) 以日本货币向外国居民提供货币贷款；</p> <p>(3) 贷款期限不超过 1 年；</p> <p>(4) 外国投资者贷款后贷款金额低于 1 亿日元的贷款</p>
		<p>包括外国投资者的密切关联方持有的持有公司债券和贷款的余额。</p>
		<p>收购公司债券之日所属营业年度之前一营业年度末的资产负债表（如无前一会计年度，则为上一会计年度，则为上一资产负债表）的负债部分记录的金额与取得的公司债券金额加总。</p>
9	收购根据日本银行等特殊法律成立的公司发行的出资证券。	-
10	上市公司对股票的委托管理，以实际股份为基础的持股比例或实际持有的表决权比例不低于 1%。出资比例和表决权比例包括外国投资者密切关联方持有的股份和表决权比例。	外国投资者是否受委托股票上的操作（包括订单）取决于投资合同或其他合同。
11	<p>接受代表其他公司行使其直接持有的国内公司表决权的权利（以下简称“代表行使表决权”），并属于以下（1）或（2）任一情形，且同时符合以下（a）~（c）之任一情形的：</p> <p>(1) 接受与上市公司等表决权有关的表决权代理行使，受票人在行使表决权后实际持有的表决权比例不低于 10%。包括外国投资者密切关联方质持有的表决权；</p> <p>(2) 代表非上市公司行使表决权，由直接拥有表决权的外国投资者以外的人担任。</p> <p>(a) 接受该职位的，除该公司或其高级职员外；</p> <p>(b) 拟利用接受获得的权利行使表决权的提案属于下列情形之一：选举或罢免董事、缩短董事任期、公司章程的变更、业务转让等、公司解散、吸收合并协议等、新合并协议等</p> <p>(c) 邀请接受者代表自己行使表决权。</p>	-

12	获得行使表决权等权利，取得该取得后取得者实际持有等表决权的表决权比例为 1% 以上。表决权比例包括外国投资者密切关联方实际持有的表决权。	获得表决权等权利是指对其他上市公司的股份行使表决权。
13	将个人为日本居民时取得的国内非上市公司表决权，委托外国投资者在成为非居民后代表其行使（以下简称“代表行使表决权”）。但是，仅限符合上述 No.11(a)或(b)的情形。	-
14	经实质上拥有该上市公司等的表决权的其他非居民个人以及法人等的同意，共同行使实质上持有的上市公司等的表决权，且同意者所实质持有的表决权的数量与向对方所实质持有的表决权的数量加总之和占实质持有等表决权比例 10% 以上。包括外国投资者和同意者的密切关系人所持有的实质表决权。	-

附表 3：外国投资者的范围

No.	原则	说明
1	非居民个人	-
2	根据外国法律成立的法人或其他组织，或在外国设有主要办事处的法人或其他组织（包括其驻日分支机构）。 下述 No.4 所列情形除外。	-
3	由上述 1 或 2 中所述人员直接或间接持有的表决权总额超过 50% 的公司。 间接持有的表决权是指外国公司等拥有 50% 以上表决权的国内公司或其子公司。 （《公司法》第 2 条第 3 款规定的子公司，且根据外国法律成立的法人和其他实体以及外国主要办事处的法人和其他实体除外）持有的表决权（直接投资令 2 条第 1 款）	-
4	经营投资业务的合伙企业、投资性有限合伙企业等（包括外国合伙企业），且非日本居民出资比例达 50% 以上，或执行事务合伙人过半数系非日本居民等。	<p>投资要求中的非居民等是指：</p> <p>a 非居民个人；</p> <p>b 根据外国法律成立的公司或其他实体或在外国设有主要办事处的公司和其他组织；</p> <p>c 属于上述 No.3（特定上市公司等除外）；</p> <p>d 法人或其他组织，其董事或有权代表其董事过半数为非居民；</p> <p>e 合伙企业等，其执行事务合伙人过半数为 a~d 所列情形。</p> <p>执行事务合伙人中的非居民等是指：</p> <p>a 上一单元格所列情形；</p> <p>b 合伙企业等，其非居民和上一单元格所列情形的出资比例总和达 50% 以上；</p> <p>c 有限合伙企业，以下（1）~（3）所列人员过半数的：</p> <p>（1）非居民</p> <p>（2）a 和 b 所列人员</p> <p>（3）a 和 b 中所列的董事</p>
5	日本公司或其他组织，其非居民个人担任董事或具有代表权的董事过半数的。	-

## 近期化妆品行业的吸金点和投融资过程中的关注点

陈懿君、李瑞鹏

据中国美妆网不完全统计<sup>[1]</sup>，2022 年一季度国内美妆行业共发生 35 笔投融资事件，涉及护肤、彩妆、供应商、医美等多个赛道，依然保持“大市场，多品牌”的局面。除未披露融资金额项目，其余融资金额总计约 50 亿，相当于总体向好发展。笔者撰写此文之前，也协助投资人和公司完成了化妆品领域的三笔投融资。

让我们再将目光转向自 2019 年起便热火朝天的 SPAC 交易市场。由欧莱雅集团的两名前高管设立的 SPAC 公司 Waldencast 宣布以 12 亿美元的价格同时收购护肤品品牌 Obagi 和化妆品品牌 Milk Makeup，合并后公司估值约为 12 亿美元。Obagi 是集研发、生产和销售处方类皮肤护理系列用品的药妆品牌，Milk Makeup 则是一家纯素化妆品品牌，专为喜爱设计、艺术、音乐，甚至有点小庞克的酷女孩而设计，专注于多元化和包容性的社群。此外，男士理容及生活方式品牌 MANSCAPED 和 SPAC 公司 Bright Lights Acquisition Corp. 宣布双方将进行合并，合并后，MANSCAPED 的企业估值为 10 亿美元，并将在纳斯达克上市。MANSCAPED 成立于 2016 年，专注于男士理容，目前品牌产品包括各类理容剃刀，并拓展至洗护产品、服饰配件等其他品类。根据纳金中心的数据，个护、美妆及医美企业通过 SPAC 完成上市的比例超过 15%，极大地吸引着投资人的目光。

可见，无论是境内市场或者是境外市场，甚至是新崛起的 SPAC 市场，投资人对于化妆品行业仍是青睐有加。

### 一、近期化妆品行业的吸金点

按照产业链划分，化妆品行业上游主要包括化妆品原料、研发和生产；中游主要为品牌商；下游包括渠道商、仓储物流等。过去，投资人主要关注中游的品牌商，而近期，化妆品产业链的上游和下游成为新的价值洼地，也因此备受投资人的关注。

据公开信息显示<sup>[2]</sup>，今年一季度化妆品行业的融资情况的最大变化是投资人对于新锐品牌的热情在消减。与此同时，投资人对于原料供应、新零售和电商运营、品牌海外布局等领域越来越关注。

#### 1. 投资人看好原料供应

2022 年一季度，专注于化妆品功效原料研发、生产和应用的“维琪科技”获得超 2 亿元的 A 轮投资，投资人为中金资本、松禾资本、中信建投资本。同时，化妆品护肤原料供应商“中科欣扬”获得近 2 亿元的 B 轮投资，投资人为中金佳泰、爱尔医疗和嘉兴沃永。

化妆品原料供应领域成为热点的主要原因，可以从 2021 年 1 月 1 日开始施行的《化妆品监督管理条例》及 2021 年 5 月 1 日起施行的《化妆品新原料注册备案资料管理规定》中一窥。两个规定均放开对化妆品原料的注册和备案，并明确提出“鼓励和支持运用现代科学技术，结合我国传统优势项目和特色植物资源研究开发化妆品”。而这就给了本土化妆品原料市场的发展以巨大想象空间。此外，全球最大的化妆品原料供应厂商巴斯夫公司提前发出停产预警<sup>[3]</sup>，巴斯夫表示，由于作为原材料或能源生产的天然气可能被断供，而天然气短缺将导致其没有足够的能源用于化学生产，并且缺乏制造产品的关键原材料，如果将向德国路德维希港基地供应的天然气减少至当前需求的一半以下，将导致全球最大的化工一体化生产基地运营完全停止。据公开信息显示，作为全球最大的化妆品原料供应厂商，巴斯夫的客户

包括多家中国知名化妆品企业，例如拉芳家化、环亚集团等。一旦巴斯夫停产，中国多家化妆品企业的产品供应量或将受到影响。

因此，加快化妆品原料供应端的投资已成为化妆品领域的一大新兴路径。据相关数据显示，在《化妆品监督管理条例》实施前的 10 年时间里，国内一共才新增了 4 款化妆品原料。而在《化妆品监督管理条例》实施后，截止到目前，一年多的时间已有 12 款新原料注册/备案。其中就包括由维琪科技自主创新研发的 003 号原料β-丙氨酸羟脯氨酸二氨基丁酸苜蓿（国妆原备字 20210003）。

## 2.零售端新型企业崛起

借助新零售、新业态、新场景的概念，化妆品领域的下游产业链也迎来了投资人的关注，其中化妆品集合店是消费渠道革新的典型方式<sup>[4]</sup>。新型化妆品集合店直指 Z 世代年轻群体，用独树一帜的风格打造场景式购物体验。2022 年以来，新零售品牌 HARMAY 话梅宣布已完成近 2 亿美元 C 轮及 D 轮融资，其中 D 轮融资由 QY Capital 领投，C 轮融资由 General Atlantic 领投。此外，名创优品旗下的 WOWCOLOUR 在 A+轮融资中也获得上亿美元。据了解，WOWCOLOUR 在 A 轮融资中就已经获得 5 亿元，市场估值已达 10 亿美元。

除上述新型零售企业外，我们注意到，投资人也对二类电商服务提供商加大了投资力度，包括迈微网络和瑟尚，二者主要业务为提供电商营销及代运营服务。其中，迈微网络已连续完成 A 轮及 A+轮累计近亿元人民币融资，其中 A 轮投资方为广发信德，A+轮投资方为智铭资本；瑟尚已完成亿元 A+轮融资，由交银华侨数字经济基领投，电声股份以及股东 SIG 海纳亚洲创投基、天图投资跟投。

## 3.品牌海外布局成为新增长点

品牌海外布局同样被投资人看好，比如 ATM Capital 将数千万美元投给 Jet Commerce（品牌出海服务商），普洛斯隐山资本等投资人向出海美妆品牌 Y.O.U 出资 4000 万美元，助其继续拓展东南亚市场。在国内流量内卷的大环境下，品牌出海已经被国内很多企业视为一个很重要的新增长点。

### 二、投资人核心关注事项

化妆品行业，由于其行业特性，投资人在进行少数股权投资时，在法律层面，除了通常关注的股权及历史沿革、重大资产、劳动、行政处罚、诉讼、环保消防及安全等事项外，尤其重点关注化妆品公司的原料注册/备案、业务资质、进出口合规事项等。此外，品牌建设涉及了商业策略、知识产权布局与品牌保护等事项，也是投资人深度关注的部分。笔者将根据近期的项目经验，集中对几个共性关注重点进行提示，而不在此做全面的法律核查要点探讨。

#### （一）业务资质的重要性

资质是一个企业从事业务所必须的资格、条件，资质的有无会对企业的发展产生重大影响。化妆品行业主要涉及以下资质、证照。

#### 1.特殊化妆品注册证和普通化妆品备案号

我国对化妆品实行分类管理，根据《化妆品监督管理条例》的规定，化妆品分为特殊化妆品和普通化妆品：前者指用于染发、烫发、祛斑美白、防晒、防脱发的化妆品以及宣称新功效的化妆品；后者系特殊化妆品以外的化妆品。根据《化妆品注册备案管理办法》的规定，我国对于特殊化妆品（新原料）和普通化妆品（新原料）有不同的合规要求，列举部分如下：

	特殊化妆品	普通化妆品
管理方式	注册（特殊化妆品注册证）	备案（普通化妆品备案号）
生产、销售的前提	经国务院药品监督管理部门注册后方可生产、进口	在上市销售前向备案人所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门备案；进口普通化妆品应当在进口前向国务院药品监督管理部门备案
资质转让	除法定事由外，化妆品注册证不得转让	暂未规定

## 2. 化妆品生产许可证

虽然近期化妆品行业的吸金点并非在生产端，但无论是化妆品生产型企业或者是其他产业链上的化妆品企业均需要在化妆品生产资质方面进行重点关注。就化妆品生产型企业而言，生产资质的有无是开展经营的重大影响事件，而就其他产业链上的化妆品企业，如品牌方、零售企业等而言，均需要对产品的来源与质量进行严格的把控，这也会涉及到对生产资质的关注。

根据《化妆品监督管理条例》的规定，企业生产化妆品，必须取得《化妆品生产许可证》。企业获取《化妆品生产许可证》需要符合特定条件，包括有与生产的化妆品相适应的生产场地、环境条件、生产设施设备、技术人员，有能对生产的化妆品进行检验的检验人员和检验设备，有保证化妆品质量安全的管理制度。获得许可证后不得转让、出借，否则将被处以收缴、吊销、罚款、治安管理处罚，甚至被追究刑事责任。

从生产方式来看，化妆品行业公司根据其自身业务模式和产品特点，一般采取自身的生产条线进行加工（“自主生产”）、委托加工或两种加工模式相结合的生产方式。在自主生产情况下，化妆品公司自行采购原料并通过自有加工工厂进行生产。而委托加工，是指委托方为受托方配备生产所需产品配方、原辅材料和外观包装材料，并派驻生产内控团队指导监督受托方按流程完成产品加工的生产方式。在化妆品行业，有不少龙头企业、大品牌企业，如宝洁、美宝莲等，都会选择委托加工的方式，将生产环节外包出去，转而专注于自身的产品研发、品牌运营和渠道管理等环节。尽调中，投资人会重点关注委托加工涉及的问题，如受托企业是否具备生产资质、受托企业的《化妆品生产许可证》是否仍在有效期内且不存在效力瑕疵，委托企业与受托企业之间的关联交易，委托企业是否对受托企业存在重大依赖等。

### （二）销售环节的合规要求

除了通常销售环节需要关注的诸如广告、标签和消费者保护等合规要求外，笔者在跨境电商、品牌出海等热点概念的投融资项目中发现，化妆品原料、产品的进出口合规问题在经营中是个容易被忽略的核查点，也是困扰经营者的一个环节。

#### 1. 化妆品销售的特殊要求

根据《化妆品监督管理条例》的规定，化妆品销售无需取得特殊资质，但仍需符合下述要求后方可进行销售。首先，化妆品上市销售的前提是出厂检验合格。其次，国产普通化妆品应当在上市销售前向备案人所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门备案；进口普通化妆品应当在进口前向国务院药品监督管理部门备案。再次，化妆品注册人、备案人、受托生产企业应当建立产品销售记录制度，进货查验记录和销售记录应当真实、完整，保证可追溯。最后，化妆品注册人、备案人应当监测其上市销售化妆品的不良反应，及时开展评价，按照国务院药品监督管理部门的规定向化妆品不良反应监测机

构报告。以上都对企业的销售体系建立和人员分工的合理性提出了较高的要求。相对的，投资人在对被投资企业尽调时，会从商业上和合规风险上进行核查并提出一定的整改要求。

## 2. 化妆品出口合规

随着品牌海外布局成为新的增长点，化妆品行业的出口环节将会成为重点关注事项之一。

### (1) 国内合规要求

根据《进出口化妆品检验检疫监督管理办法》的规定，出口化妆品生产企业应当建立以下制度，包括持续有效运行的质量管理体系，原料采购、验收、使用管理制度，生产记录档案，检验记录制度。同时，对于首次出口的化妆品，除按规定申报并提供合同、发票、装箱单等有关外贸单证电子信息外，还应提供以下相应文件：（1）出口化妆品生产企业备案材料，（2）自我声明（声明企业已经取得化妆品生产许可证，且化妆品符合进口国家（地区）相关法规和标准的要求，正常使用不会对人体健康产生危害等内容），（3）销售包装化妆品成品应当提交外文标签样张和中文翻译件。

此外，化妆品出口还需符合一般出口合规要求，如海关申报、检验检疫、标签合规等。

### (2) 国外（欧盟、美国）合规要求

根据《进出口化妆品检验检疫监督管理办法》的规定，出口化妆品生产企业应当保证其出口化妆品符合进口国家（地区）标准或者合同要求。我们选取了欧盟和美国针对化妆品进口的法律规定进行简要分析。

在欧盟，针对化妆品进口的主要法规为2013年7月在27个欧盟成员国中作为国家法律正式实施的“欧盟化妆品法规（Regulation (EC) 1223/2009）”<sup>[5]</sup>，该法规对化妆品的安全性提出了更加严格的要求，其中明确规定了产品必须完成化妆品安全报告

（Notification）后方能够上市销售、责任人/分销商的责任义务、安全评估、产品信息文件、通报的要求、禁限用物质的要求、动物实验情况、标签书写要求以及市场监管等。而在美国，联邦食品药品和化妆品法案（Food, Drug and Cosmetic Act），公平包装和标签法（Fair Packaging and Labeling Act）等多个法规同时对在美销售的化妆品进行管控。这些法规规定了在美国市场流通时需要满足责任人、分销商的责任义务、禁限用物质尤其是着色剂的使用要求、标签书写、安全评估、以及市场监管等。同时，部分州还有更多的当地法规要求，当售卖范围含这些州时，还需要注意满足当地的额外要求。此外，还需要符合当地一般合规要求，如公司/办事处设立、销售产品涉及的税收政策、劳动用工、广告宣传、消费者保护等。

## （三）品牌建设保护

品牌日益成为企业生存和发展的核心要素之一，强势的品牌意味着市场地位和利润。因此，无论是处于产业链哪一个端口的企业，都需要做好品牌建设与保护。在以往的实务中，笔者从企业商业策略和知识产权保护层面均为客户提出过品牌建设与保护的合规建议。

### 1. 商业策略

化妆品公司应做好品牌 logo 设计、培育自有品牌、讲好品牌故事。在品牌具备一定影响力后还可能涉及品牌许可的问题，关于该问题，可参考笔者之前写作的《我们为时尚圈的您准备了一份品牌合作的 CHECKLIST》一文。

## 2. 知识产权保护

从法律角度，知识产权保护是重中之重，其中配方是需要特别关注的环节。化妆品经营者，自主研发配方对研发费和研发人才均有非常高的要求。因此，目前国内化妆品经营者与海外较为成熟的团队合作研发配方的情况不在少数。如为合作研发配方或者委托研发配方，则需要关注配方供应人是否实际拥有该配方，是否存在侵权的可能。此外，知识产权保护除了要注意知识产权实体和程序问题，也要关注人员问题。例如，关键人员与前雇主之间有无关于知识产权的特别约定或者排除了侵权可能性等。

## 3. 商标保护

除配方保护外，为了避免他人侵权或侵犯他人权利，建议无论是聚焦国内还是国际业务的化妆品企业都应该做好业务布局、采取全方位的商标保护。这里的业务布局，不仅仅指主营产品，也可能是品牌旗下的其他类别产品。实操中应当将拟使用的商标在目标国家进行初步的商标检索，如果存在相同或者近似的商标已经注册，建议考虑更换商标并在当地进行商标注册。如果不存在相同或者近似的商标，建议及时注册。

[1] 谁是资本宠儿？| 研究报告

[2] 一季度融资下滑超 42%，资本不看好新锐品牌了？

[3] 巴斯夫预警：如果天然气供应减少 50%，将关闭全球最大化工基地。

[4] 85% 化妆品投资发生在中国，国内外资本频频下注美妆赛道的底层逻辑。

[5] 欧盟第一部化妆品法规 ECNo.1223/2009 主要内容及要点。



## 第二部分 回顾与展望

## 2023 年外贸形势及跨境电商发展——海关总署答记者问

**凤凰卫视记者:**我们看到,去年全年外贸进出口整体上实现了稳定增长,您认为拉动增长的主要因素有哪些?另外对于今年的外贸形势,您还有哪些预期?谢谢!

**吕大良:**谢谢您的提问。2022 年,我国外贸进出口克服了多重超预期因素冲击的挑战,在上年高基数基础上实现了稳定增长,规模首次突破 40 万亿元关口,为经济稳健发展作出了积极贡献。我们认为,当前外贸保持增长的主要拉动因素有以下几个方面:一是出口有市场,主要产品竞争优势足。从市场看,2022 年我国对东盟、欧盟等主要贸易伙伴的出口都保持较快增长;新兴市场加速开拓,对“一带一路”沿线国家出口增长 20%,拉动整体出口增长 6.1 个百分点,对非洲、拉丁美洲出口分别增长 14.8%、14.1%。从产品看,2022 年我国工业制品出口增长 9.9%,拉动整体出口增长 9.4 个百分点。劳动密集型产品出口保持较快增长,太阳能电池、锂电池、电动载人汽车等绿色低碳产品出口增速均超过 60%,出口新动能快速成长。根据最新数据测算,当前我国出口国际市场份额为 14.7%,连续 14 年居全球首位。二是进口有支撑,国内需求潜力大。2022 年,我国统筹国内国际两个大局,统筹疫情防控和经济社会发展,统筹发展和安全,经济稳健发展,全国规模以上工业增加值、固定资产投资等主要经济指标保持增长,为进口增长提供有力支撑。2022 年,我国中间产品进口增长 7.5%,拉动整体进口增长 5.9 个百分点。此外,国际大宗商品价格高位运行一定程度上也拉动进口值增长。三是政策有支持,外贸发展的内生动力强。2022 年,国家出台了稳经济一揽子政策和接续措施,在外贸领域涉及到保通保畅、加大财税金融支持力度、鼓励外贸新业态发展、支持外贸企业保订单拓市场、不断提升贸易安全和便利化水平等等。随着这些政策措施效能持续释放,我国外贸主体活力有效激发。2022 年,有进出口实绩的外贸企业数量比上年增加 5.6%,民营企业、外商投资企业、国有企业等三大类外贸主体充分发挥各自优势,进出口运行表现稳健。关于下一阶段的外贸走势,前面我已通报过,当前我国外贸发展面临的困难挑战仍然较多,与此同时,今年我国经济有望总体回升,外贸发展也有不少有利条件,推动外贸稳规模、优结构具有坚实支撑。谢谢。

**每日经济新闻记者:**我们注意到,去年民营企业占外贸进出口比重首次超过了 50%,能否介绍一下相关情况?谢谢!

**吕大良:**谢谢您的提问。民营企业和民营经济发展一直以来受到党中央、国务院高度重视。去年,国家出台了稳经济一揽子政策和接续措施,有效激发了包括民营企业在内的各类市场主体活力。据海关统计,2022 年,我国有进出口实绩的民营外贸企业 51 万家,进出口值达到 21.4 万亿元,增长 12.9%。具体来看主要有以下亮点:一是贸易规模占比提升,稳外贸作用显著。民营企业外贸第一大主体地位继续巩固,外贸“稳定器”作用持续发挥。2022 年,民营企业进出口规模所占比重达到 50.9%,较上年提高了 2.3 个百分点,年度占比首次超过一半,对我国外贸增长贡献率达到 80.8%。二是对传统伙伴保持优势,新兴市场开拓有力。2022 年,民营企业对东盟、欧盟、美国前三大贸易伙伴进出口均保持两位数增长,增速分别为 27.6%、12.6%、10.6%,合计占民营企业进出口总值的 43.9%。同期,民营企业对其他金砖国家、拉丁美洲、中亚五国进出口也分别增长 22.1%、14.5%和 55.1%。三是机电产品出口和农产品进口增速较快。在出口方面,2022 年,民营企业出口机电产品 7 万亿元,增长 15.3%。其中,电子元件、电工器材和汽车零配件增速分别为 22%、42.5%和 19%。进口方面,2022 年,民营企业进口农产品 8620.6 亿元,增长 14.9%。进口铜、医药材及药品、基本有机化学品分别增长 25.3%、15.3%和 8.7%。四是中西部地区民营企业活力增强。2022 年,中部、西部地区民营企业进出口分别增长 21.5%和 21.2%,合计占民营企业进出口总值的 20.1%,这个比重较上年提升 1.4 个百分点。谢谢!

**CNBC 记者:**有两个问题,第一个是关于2022年跨境电商发展,有没有什么国家或者地区购买了我国哪些商品?对于今年的跨境电商有什么展望?第二,有不少预测北美和欧洲进口中国商品的需求,海关是否关注到这些趋势?东南亚或者其他地区是否会弥补对北美和欧洲的需求下降?

**吕大良:**感谢您的提问。首先,我先通报一下跨境电商的相关数据。根据初步测算,2022年我国跨境电商进出口2.11万亿元,增长9.8%。其中,出口1.55万亿元,增长11.7%,进口0.56万亿元,增长4.9%。近年来,跨境电商发展迅速,国家陆续出台了相关支持政策,跨境电商优势和潜力有望进一步释放。谢谢!

**中国新闻社记者:**我们注意到,东盟已经连续三年成为中国第一大贸易伙伴,去年中国与东盟的进出口总值增速高达15%。请问,中国与东盟贸易快速增长的原因是什么?海关对此如何评价?谢谢!

**吕大良:**感谢您的提问。2022年是中国东盟全面战略伙伴关系开局之年,双方经贸往来更加密切,进出口规模达到6.52万亿元,增长15%,其中出口3.79万亿元,增长21.7%,进口2.73万亿元,增长6.8%。同期,东盟占我国外贸比重较2021年上升了1个百分点,达到了15.5%,继续保持我国第一大贸易伙伴地位。

具体来看,拉动我国与东盟贸易快速增长的因素主要有以下方面:

一是RCEP生效带来的贸易创造效应,推动产业链合作更加紧密。《区域全面经济伙伴关系协定》实施一年来,政策红利持续释放,促进区域内各国经贸往来更加密切。东盟是我国在RCEP的重要贸易伙伴,2022年我国对东盟进出口占对其他RCEP成员国进出口规模的50.3%。我国对东盟进出口的中间产品4.36万亿元,增长16.2%,占我国与东盟进出口总值的67%。

二是设施互联互通持续推进,助力经贸往来更加便捷。随着西部陆海新通道建设的扎实推进,我国与东盟货物进出通道更加便捷,多种运输方式协调发展,其中铁路运输增长比较迅速。2022年,我国以铁路、水路、航空运输方式对东盟进出口分别增长了197.6%、26.7%和15.5%。特别是2021年底,中老铁路建成通车,更是为中国与相关国家的进一步深化经贸合作提供了新动力。2022年,我国与东盟通过铁路运输货物中,经过中老铁路运输的比重跃升到44.7%,对中国与东盟之间以铁路运输方式进出口增长的贡献率超过60%。

三是农产品合作加深,推动进口规模扩大。近年来,我国加快自东盟国家进口农产品的步伐,持续优化农产品等重点产品的检疫准入程序,越南的鲜食榴莲、柬埔寨的龙眼、老挝的百香果等多种农产品获得我国新增检疫准入。2022年,我国自东盟进口农产品2468.6亿元,增长21.3%,占同期我国农产品进出口值的15.7%,较上年提升了1.4个百分点。

中国与东盟的经贸关系有着坚实的基础和巨大的发展潜力。展望未来,双方合作领域广阔、发展战略相融、贸易往来畅通,在双方贸易和投资自由化便利化水平不断提升的带动下,我国与东盟的双边贸易有望取得新的更大发展。谢谢!

**日本经济新闻记者:**我国关注中国和俄罗斯两国贸易,请介绍一下2022年中俄贸易的数据,还有海关总署如何评价去年两国贸易情况?谢谢!

**吕大良:**感谢您的提问。我先通报一下中俄贸易的相关数据。据海关统计,2022年我国对俄罗斯进出口1.28万亿元,占我国外贸进出口总值的3%。从规模看,2022年中俄贸易保持了稳步增长,双边贸易额再创新高。谢谢!

**南方日报记者:**RCEP 生效实施已满一年, 红利持续释放, 想请您介绍一下中国与 RCEP 成员国的贸易情况, 海关在推动 RCEP 实施方面做了哪些工作? 成效如何? 谢谢!

**吕大良:**感谢您的提问。2023 年 1 月 1 日, 《区域全面经济伙伴关系协定》正式生效实施一周年。一年来, 我国高质量实施 RCEP, 政策红利持续释放, 促进区域经济一体化走向深入。据海关统计, 2022 年我国对 RCEP 其他 14 个成员国进出口 12.95 万亿元, 增长 7.5%, 占我国外贸进出口总值的 30.8%。主要有以下特点:

一是进出口比重稳步提升。随着 RCEP 政策红利持续释放, 对区域内贸易的促进作用持续显现。一到四季度, 我国对 RCEP 其他成员国进出口占同期我国进出口总值的比重分别为 30.4%、30.5%、30.7% 和 31.4%。

二是贸易往来活跃。2022 年, 我国对 RCEP 其他成员国进出口增速超过两位数的达到了 8 个, 其中对印度尼西亚、新加坡、缅甸、柬埔寨、老挝进出口增速均超过了 20%。对韩国的进出口规模位居我国与 RCEP 其他成员国进出口的首位, 达到 2.41 万亿元, 增长 3.2%。

三是产业合作增强。2022 年, 我国对 RCEP 其他成员国进出口中间产品 8.7 万亿元, 增长 8.5%, 占同期我国对其他成员国进出口总值的 67.2%, 从主要商品看, 我国对 RCEP 其他成员国出口机电产品、劳动密集型产品分别增长 13.2% 和 20.7%, 其中电子元件、蓄电池、汽车分别增长 15%、50.3% 和 71.6%。我国自 RCEP 其他成员国进口机电产品、金属矿及矿砂、消费品也分别占 46.2%、10.4% 和 10.2%; 原油、天然气等能源产品的进口值增长较快。

四是民营企业的表现亮眼。2022 年民营企业对 RCEP 其他成员国进出口 6.56 万亿元, 增长 17.4%, 占同期我国对 RCEP 其他成员国进出口总值的 50.6%, 比重较上年提升 4.3 个百分点。

过去一年, 海关坚决贯彻落实党中央、国务院关于做 RCEP 实施工作的部署要求, 认真做好涉及海关领域各项工作。

一是与商务部等六部门联合印发了《关于高质量实施 RCEP 的指导意见》, 分解细化三方面 16 项重点任务, 推动在全国海关开展 RCEP 相关措施落地成效的专题评估。二是聚焦 RCEP 涉及海关检验检疫领域规则, 完善相关规章制度, 升级海关作业系统, 规范简化海关手续, 持续优化通关流程, 提升通关效率、降低通关成本。三是积极服务企业抢抓 RCEP 机遇, 用足用好各项优惠政策, 通过宣讲、培训、座谈、走访及翻译 RCEP 成员国法规标准等方式, 帮助企业开拓 RCEP 市场。构建面向企业的 RCEP 技贸作用精准服务体系, 通过海关 12360 微信公众号和海关门户网站发布 RCEP 成员国相关技贸措施政策解读。出台了“经核准出口商”制度、推出原产地证明智能审核、自助打印等便利化措施, 为企业顺畅享惠提供了优质服务和保障。谢谢!

**香港紫荆杂志记者:**党的二十大报告中提到, 共建“一带一路”成为深受欢迎的国际公共产品和国际合作平台, 去年我国与“一带一路”沿线国家的外贸增速高于整体。请问有哪些亮点? 谢谢!

**吕大良:**感谢您的提问。今年是共建“一带一路”倡议提出的十周年, 倡议提出以来, 我国与“一带一路”沿线国家的贸易往来日益紧密, 2013 年至 2022 年, 我国与沿线国家的进出口年均增长 8.6%, 2022 年我国与沿线国家贸易继续保持了快速增长, 进

出口 13.83 万亿元，比上年增长 19.4%，高出整体增速 11.7 个百分点。其中，出口 7.89 万亿元，增长 20%；进口 5.94 万亿元，增长 18.7%。亮点主要有以下几方面：

一是占我国外贸的比重持续提升。2022 年，我国与沿线国家的进出口规模创历史新高，占我国外贸总值的比重达到 32.9%，较上年提升了 3.2 个百分点，较共建“一带一路”倡议提出的 2013 年提升了 7.9 个百分点。

二是对中亚 5 国、阿联酋和沙特阿拉伯等贸易伙伴的进出口增长较快。2022 年，我国

对中亚 5 国、阿联酋和沙特阿拉伯等进出口分别增长 45.4%、42.1%和 37.2%，同期对东盟进出口 6.52 万亿元，增长 15%，占我国对沿线国家进出口总值的 47.1%。

三是产业链供应链互补性增强。2022 年，我国对沿线国家出口中间产品 4.44 万亿元，增长 23.9%，占同期我国对沿线国家出口总值的 56.3%。其中纺织品、电子元件、基本有机化学品和汽车零配件出口分别增长 14.5%、21.1%、31.3%和 24.6%。同期，进口能源产品、农产品稳定增长，分别进口 2.46 万亿元和 3704.1 亿元，增速分别为 58.8%和 13.4%。

四是民营企业与沿线国家贸易活力进一步激发。2022 年，民营企业对沿线国家进出口 7.85 万亿元，增长 26.7%，占同期我国与沿线国家进出口总值的 56.8%，比重较上年提升 3.3 个百分点。

2022 年，海关总署认真学习贯彻习近平总书记在第三次“一带一路”建设座谈会上的重要讲话精神，主动作为，积极推动贸易便利和安全，努力推动共建“一带一路”高质量发展。一是积极扩大“一带一路”沿线国家优质农产品和食品的进口。2022 年，累计与共建“一带一路”国家签署海关检验检疫合作文件 73 份，推动 60 种农产品食品检疫准入或实现贸易。二是以共建“一带一路”国家为重点，大力推广“经认证的经营者”（AEO）国际互认合作和国际贸易“单一窗口”合作交流，提升贸易便利化水平。三是大力促进中欧班列通关便利，中国和哈萨克斯坦“关铁通”项目于 2022 年初在中哈边境阿拉山口和霍尔果斯铁路口岸启动了试运行，与白俄罗斯的“关铁通”项目也在加快推进，促进贸易畅通。

下一步，海关将紧紧围绕推动共建“一带一路”高质量发展，深入践行“智慧海关、智能边境、智享联通”的“三智”理念，拓展与“一带一路”沿线国家和地区海关合作的广度和深度。在促进政策沟通、设施联通、贸易畅通中作出更大的贡献。谢谢！

## 2022 年植德数据合规年度盘点

王艺、陈文昊、张凯殷

2021 年 11 月 1 日，我国首部保护个人信息的专门性法律《个人信息保护法》正式生效。在这短短的一年之间，我们见证了《数据出境安全评估办法》《网信部门行政执法程序规定（征求意见稿）》等配套新法新规从无到有，见证了《网络安全法》《网络安全审查办法》等重点法律法规完善修订，逐渐形成了体系化的数据合规保护制度体系。本文将主要盘点 2022 全年数据合规领域的重大事件，助力各行业人士更好地开展 2023 年数据合规工作。

### 一、《个人信息保护法》实施一周年，数据合规相关立法日益细化完善

2022 年，数据合规法律法规制定与修订工作依旧活跃。9 月 12 日，为与《数据安全法》《个人信息保护法》等新施行的法律相衔接，国家互联网信息办公室（以下简称“网信办”）就《关于修改〈中华人民共和国网络安全法〉的决定（征求意见稿）》公开征求意见。此次征求意见稿对违反网络运行安全一般规定的法律责任制度、关键信息基础设施安全保护的法律责任制度与个人信息保护法律责任制度进行了修改，并调整了网络信息安全法律责任制度。其次，为进一步明确网信部门的执法权限，网信办于 9 月 8 日就《网信部门行政执法程序规定》公开征求意见，该规定明确了网信部门的管辖原则与从立案至行政处罚决定、送达、执行及结案的普通程序，为网信部门执法活动提供了重要的指引。再次，为营造健康、文明、有序的网络环境，保护未成年人身心健康，保障未成年人在网络空间的合法权益，3 月 14 日，网信办关于《未成年人网络保护条例》再次公开征求意见。此外，12 月 1 日，《反电信网络诈骗法》正式生效，该法从反电诈的“小切口”出发，专门强调了“源头治理”“全链条治理”和“综合治理”，为打击遏制电信网络诈骗活动提供法治支撑。

### 二、跨境传输：构建个人信息跨境流动的合规框架

近年来，数据跨境传输活动日渐频繁。身处数字经济时代，如何实现数据跨境带来的经济红利与国家安全、社会公共利益、个人合法权益之间的平衡，是值得我们思考的问题。从立法趋势来看，我国在数据跨境流动方面并非采取了限制流动的价值取向，而是希望通过包括数据出境评估等手段，在确保安全、合规、个人权益的基础上，实现数据安全有序的流动。有鉴于此，今年 7 月 7 日，网信办发布了备受瞩目的《数据出境安全评估办法》，并在此后短短两周内接连发布了《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》以及《网络安全标准实践指南——个人信息跨境处理活动安全认证规范》。9 月 1 日，《数据出境安全评估办法》生效，为更好地指导和帮助数据处理者规范、有序申报数据出境安全评估，网信办于 8 月 31 日发布了配套的《数据出境安全评估申报指南（第一版）》，提供了申请数据出境安全评估的各类文件模板，并陆续公开了国家网信办与地方网信办的咨询方式。《数据出境安全评估办法》及相关配套法律法规的出台，细化了《个人信息保护法》中个人信息跨境提供的规则，构建起个人信息跨境流动的合规框架。但是，结合我们的法律服务实践，数据跨境活动中仍有许多细节问题仍不甚明晰，有待监管部门进一步回应；同时，我们亦积极与监管部门沟通，力求更好地为客户的数据跨境活动提供支持与帮助。展望未来，2023 年 2 月 28 日将是《数据出境安全评估办法》规定的整改期届满之日，该办法生效后，数据出境安全评估工作将进入常态化机制，相关监管态度，我们也会持续关注。

### 三、APP 与互联网企业治理：执法频率和力度明显加强

据中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的《中国互联网络发展状况统计报告》，截至

2022年6月，我国网民规模为10.51亿，互联网普及率达74.4%。我们可以留意到，2022年网信办对APP与互联网平台的执法频率与力度也明显加强。今年3月1日生效的《互联网信息服务算法推荐管理规定》（以下简称“《算法规定》”）对具有舆论属性或者社会动员能力的算法推荐服务提供者提出了算法备案的要求。《算法规定》生效同日，国家网信办正式上线了算法备案系统。8月12日，网信办发布了《关于发布互联网信息服务算法备案信息的公告》，公开发布已通过算法备案的24家企业共30项算法的名称、用途、应用产品、备案号等信息。

6月14日，网信办公布了《移动互联网应用程序信息服务管理规定》，该规定提出，应用程序提供者应当对信息内容呈现结果负责，不得生产传播违法信息，自觉防范和抵制不良信息；应用程序提供者不得通过虚假宣传、捆绑下载等行为，通过机器或者人工刷榜、刷量、控评等方式，或者利用违法和不良信息诱导用户下载。

面对人脸生成、AI问答对话（ChatGPT）、语音生成、音乐生成、图像生成、数字仿真等深度合成技术的日渐广泛使用，网信办、工业和信息化部（以下简称“工信部”）、公安部于11月25日发布《互联网信息服务深度合成管理规定》，对深度合成服务技术支持者、服务提供者、服务使用者提出更明确及更具有操作性的管理要求和合规指引。

今年还发布了首例数据合规不起诉典型案例——上海乙公司、陈某某等人非法获取计算机信息系统数据案，本案中普陀区检察院深化社会综合治理、源头治理，在依法打击网络灰黑产业链的同时，推动促进互联网行业建立数据合规经营体系，节约了司法资源。为维护良好网络环境，今年网信办还分别发布了《互联网用户账号信息管理规定》《互联网弹窗信息推送服务管理规定》《互联网跟帖评论服务管理规定》，对规范互联网用户账号管理、互联网弹窗、互联网跟帖评论服务做出规定，助力构建健康清朗的网络生态环境。可以预测，在未来的几年内，面对触网低龄化、移动互联网用户不断增长、移动智能终端快速增长的趋势<sup>1</sup>，监管部门将不断深化对于APP与互联网平台的治理，让网络成为有法可依之地。

#### 四、重要数据：概念亟需厘清

《网络安全法》《数据安全法》《数据出境安全评估办法》都重点提及了“重要数据”，但不同行业的“重要数据”目录还有待明年逐步明确。12月8日，工信部发布《工业和信息化领域数据安全管理办法（试行）》，该规定界定了工业和信息化领域数据和数据处理者概念，明确由工信部组织制定工业和信息化领域数据分类分级、重要数据和核心数据识别认定等标准规范，制定行业重要数据和核心数据具体目录并实施动态管理。该办法结合先前征求意见但并未生效的《信息安全技术重要数据识别指南》，可以给相关主体识别“重要数据”提供一个参考的标准。我们也可以预测，对“重要数据”的界定将趋向行业化、地区化、场景化，各行业、各地区出台标准的时间不排除会有差异。

#### 五、行业实践：出台更多细则支撑个人信息保护制度体系

为推动重点行业建立完善长效保护机制，我们可以看到监管部门首先从侵犯个人信息问题比较突出的行业入手，出台了更多细则支撑数据合规制度体系。例如金融领域，银行业保险业个人信息保护专项整治反映出目前个人信息保护执法活动场景化、精细化、行业化的特点；刚刚公布并于明年3月1日生效的《银行保险机构消费者权益保护管理办法》统一了银

---

<sup>1</sup> 《中国移动互联网发展报告（2022）》正式发布，网址<http://finance.people.com.cn/n1/2022/0629/c1004-32460664.html>，最后访问日期2022年12月29日。

行保险机构消费者权益保护监管标准；若《金融产品网络营销管理办法（征求意见稿）》审议通过并生效，将会对金融机构开展金融产品网络营销、保障金融消费者合法权益产生重大影响；医疗、邮政、电力、汽车行业也出台了相应的维护数据安全与个人信息保护的细则。展望 2023 年，随着个人信息保护意识的不断提高，行业主管部门将会在“三驾马车”的基础上，制定更为贴合行业特点的监管规则。其中，除了以上重点监管领域，酒店服务、房地产、教育、物流、电信、电商等行业也同样值得关注，相关企业应该实时关注立法动态，及时搭建起企业数据合规体系。

## 六、 展望 2023：砥砺前行

12 月 19 日，中共中央、国务院发布《中共中央国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（以下简称“《数据二十条》”），该意见强调了数据作为新型生产要素的重要性，数据基础制度建设事关国家发展和安全大局，要坚持“促进数据合规高效流通使用，赋能实体经济”的主线，建立数据产权制度、流通交易制度、收益分配制度、安全治理制度。为解决一直制约数字经济发展的数据产权问题，在《数据二十条》中首次提出了探索数据产权结构性分置制度，建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权“三权分置”的数据产权制度框架。

展望即将到来的 2023 年，几部重要的法律法规、行业标准的发布或者实施值得期待：

首先，《网络数据安全条例》虽未明确发布时间，若正式公布生效，将有助于企业更好落实三大数据法的义务条款。

其次，作为关键信息基础设施安全保护标准体系构建基础的《信息安全技术关键信息基础设施安全保护要求》（以下简称《关基安全保护要求》）将于 2023 年 5 月 1 日正式实施。

《关基安全保护要求》是基于《网络安全法》和《关键信息基础设施安全保护条例》，在网络安全等级保护制度基础上，结合我国现有网络安全保障体系成果提出的可落地的安全保护要求。

最后，随着个人信息出境活动日益频繁，《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》也是相关企业与专业机构翘首以盼的规定之一。若该规定发布，将有助于大部分中小型企业选择使用作为数据出境的主要路径，具体备案流程机制，也有待明年持续关注。

2023 年，让我们携手并进，在数据合规的道路上不断砥砺前行。

# 2022 年中国药械领域法规变迁 8 大看点和监管态势展望

李泽宇

## 一、2022年度8大重磅新规回顾

### 1. 人遗管理细则征求意见，监管颗粒度进一步细化

为保护和合理利用人类遗传资源，科技部于2022年3月22日发布了《人类遗传资源管理条例实施细则（征求意见稿）》。



相较于现行实施的2019年版人遗管理条例，征求意见稿体现了以下监管思路的变化：

- (1) “人类遗传资源信息”的定义进行限缩，将其定义为利用人类遗传资源材料产生的“人类基因、基因组数据”等信息资料，而不是利用人类遗传资源材料产生的数据等信息资料；
- (2) 完善“外方单位”认定标准，并明确列举三种情形，此前备受关注的外资VIE架构，被实质上纳入了“外方单位”的范畴；
- (3) 细化行政许可适用范围，明确人类遗传资源采集和保藏行政许可的适用范围；
- (4) 完善国际合作科学研究许可程序，新增外方伦理审查豁免机制，明确国际合作科学研究的4种重大变更和3种非重大变更具体情形。

该《征求意见稿》回应了近年业界的部分热点和难点问题，优化了相关行政程序，便于相关企业申请行政许可或备案可根据自身情况准确准备相关材料并及时提出申请。但其中“境外个人”是否属于“外方单位”的监管范围等问题，业界仍然期盼在此轮征求意见之后，会有更明确的指向。

### 2. 为促药物研发效率提升，真实世界研究指导原则征求意见

近年来，真实世界研究、真实世界数据以及真实世界证据逐渐成为生命科学领域的热门话题，我国也相继出台有关于此的各项规定。在此背景下，《药物真实世界研究设计与方案框架指导原则》和《真实世界证据支持药物注册申请的沟通交流指导原则》的征求意见稿相继出台，其适用情形和主要内容如下所示。

指导原则	适用情形	主要内容
药物真实世界研究设计与方案框架	通过真实世界研究获得药物评价的临床证据	药物研发中真实世界研究设计以及研究方案制订的基本考虑,为药物研发中开展真实世界研究提供指导意见
真实世界证据支持药物注册申请的沟通交流	将真实世界证据作为支持有效性和/或安全性评价的关键证据支持注册申请时的沟通交流	明确了使用真实世界证据支持注册申请时,与药品评审机构沟通交流要讨论的核心问题、会议资料要求以及会后要求

正在开展或拟开展真实世界研究的企业可依据前述两个《征求意见稿》调整真实世界研究方案并及时与评审机构沟通交流,提升药物临床研发的效率。

### 3. 呼应药品监管“四个最严”,强化药品网络销售监管

随网络销售成为一种新型药品销售方式,《药品网络销售监督管理办法》于2022年12月1日起实施。从事药品网络销售以及提供药品网络交易平台服务的主体都将受到该《管理办法》的规制。《管理办法》针对药品网络销售主体资质和药品网络销售平台管理制定了详细规则。



主体资质方面,只有具备保证网络销售药品安全能力的药品上市许可持有人或者药品经营企业才能从事药品网络销售,同时进行药品网络销售的企业应向药品监督管理部门报告其企业名称、网站名称、应用程序名称、IP地址、域名、药品生产许可证或者药品经营许可证等信息;

平台管理方面,第三方平台应建立药品质量安全管理机构,配备药学技术人员,实施药品质量安全、药品信息展示、处方审核、处方药实名购买、药品配送、交易记录保存、不良反应报告、投诉举报处理等管理制度,同时应对申请入驻的药品网络销售企业的资质、质量

安全保证能力等进行严格审核，发现入驻企业具有严重违法行为的，应立即停止提供网络交易平台服务并停止展示药品相关信息。

为配合《管理办法》的落实，国家药监局还发布了《药品网络销售禁止清单（第一版）》，详细列举了包括疫苗、血液制品、麻醉药品、精神药品等在内的一系列网络禁售药品。

我国药品网络销售规范体系不仅贯彻药品监管“四个最严”的要求，而且严查违法行为，拟进行药品网络销售的企业应依据《管理办法》的规定建立内部相关制度并密切关注禁止网络销售药品清单的更新。

#### 4. 强调药械质量安全，落实有关主体责任

为进一步加强药械产品负责主体的监督管理，国家药监局发布了《药品上市许可持有人落实药品质量安全主体责任监督管理规定》和《企业落实医疗器械质量安全主体责任监督管理规定》。

前述两个新规对药械产品在生产与经营过程中对应责任主体应设置的具体关键岗位及其各自的岗位职责做出详细规定，同时细化了各自责任主体应设置的质量安全管理制度，例如药品年度报告制度和医疗器械季度报告制度。



前述两个新规体现我国严格要求强化药械产品质量安全的趋势，相关企业应提高质量风险意识，确保企业内部组织架构包含新规中要求设置的部门或岗位以及其负责人符合规定中要求的资质。

#### 5. 修订实施医械注册三原则，关注信息数据安全保护

随医疗器械智能化的提高以及医疗大数据的发展，网络和数据与生命科学领域高度交叉。2022年3月7日起实施的《医疗器械网络安全注册审查指导原则（2022年修订版）》、《医疗器械软件注册审查指导原则（2022年修订版）》及《人工智能医疗器械注册审查指导原则》体现了国家对该领域的监管重视。



前述三个指导原则均紧跟当前个人信息保护以及数据安全维护迅速发展的趋势，对信息和数据安全方面进行了更新或强调：

- (1) 《网络安全注册审查指导原则》新增医疗数据出境部分，规定其出境应符合重要数据、个人信息、人类遗传资源信息出境安全评估相关规定；
- (2) 《软件注册审查指导原则》强调医疗器械网络安全需从网络安全角度综合考虑信息安全和数据安全，规定医疗器械软件若具备电子数据交换、远程访问与控制、用户访问三种功能当中一种及以上功能，均需考虑网络安全问题；
- (3) 《人工智能审查指导原则》对数据的采集、整理、标注以及数据库的构建做出一系列详细规定。

针对新的指导原则，相关企业不仅需要满足医疗器械行业专业要求，还需要根据自身情况，分析企业生产或经营过程中与医疗器械相关的个人信息和数据的采集、存储、出境等环节，制定一套符合企业产品与服务的数据合规制度。

## 6. 细化药品管理制度，鼓励和规范药物创新

为加强药品监管，《中华人民共和国药品管理法实施条例(修订草案征求意见稿)》于2022年5月9日正式发布。



该草案从药品研制与注册、药品上市许可持有人制度、药品生产、药品经营、医疗机构药事管理以及监管和法律责任等方面做出了详细规制，主要亮点在于：

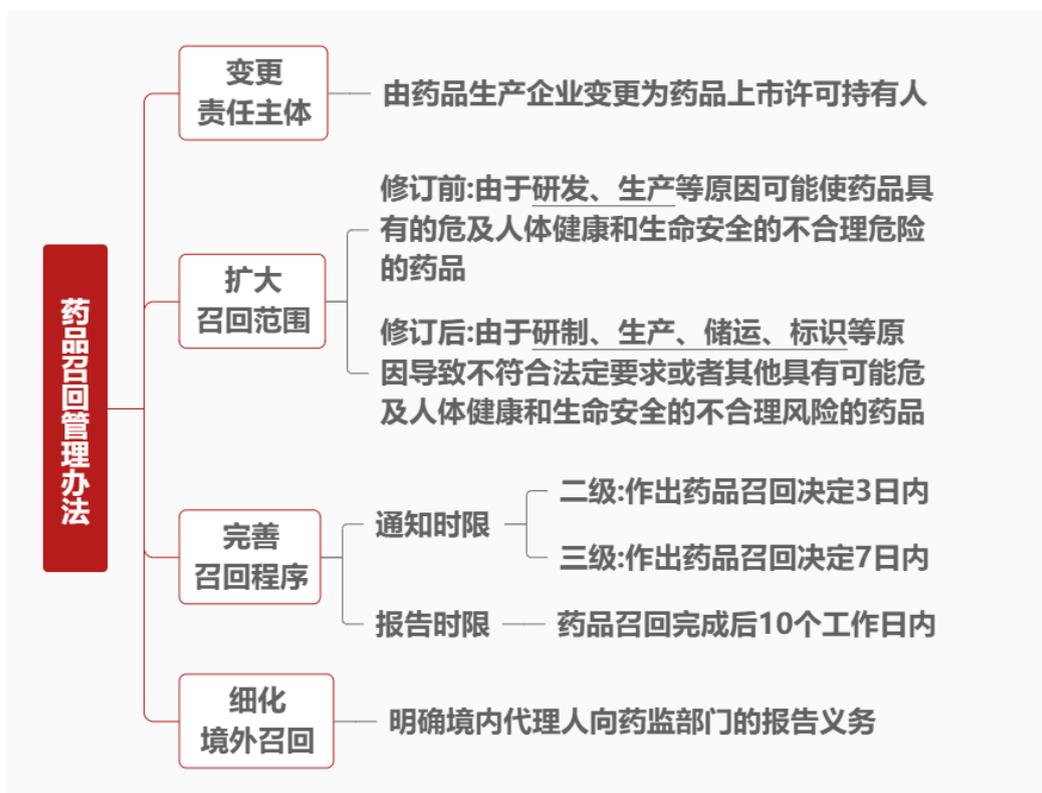
- (1) 国家鼓励创新，在科技立项、融资、信贷、招标采购、支付价格、医疗保险等方面给

予企业支持，并缩短药物研发和审评进程，从而加快药物上市通道；

- (2) 对药品上市许可持有人的资质与义务做出了详细规定，持有人应取得药品生产许可证，并应履行药品追溯、药物警戒、上市后评价等义务；
- (3) 加强药品知识产权保护，建立药品专利信息登记平台，鼓励仿制药发展，并给予获批上市部分药品的未披露试验数据和其他数据保护期。

## 7. 落实药品安全问题，完善药品召回管理

为避免存在安全隐患的药品危害消费者人体健康，国家药监局对《药品召回管理办法》进行了修订。



本次修订的重点如下：

- (1) 变更药品召回的责任主体，由药品生产企业变更为药品上市许可持有人；
- (2) 扩大召回药品的范围，范围扩大为由于研制、生产、储运、标识等原因导致不符合法定要求或者其他具有可能危及人体健康和生命安全的不合理风险的药品，而不是由于研发、生产等原因可能使药品具有的危及人体健康和生命安全的不合理危险的药品；
- (3) 完善药品召回的程序，延长二级与三级召回中药品上市许可持有人发出召回决定通知的时限（二级改为作出药品召回决定的3日内，三级改为作出药品召回决定的7日内），新增药品召回完成后向药品监督管理部门和卫生健康主管部门报告的时限（召回完成后10个工作日内）；
- (4) 细化境外药品召回要求，明确境外药品召回情形下境内代理人向药品监督管理部门报告召回药品的名称、规格、批次、召回原因等信息的义务。

新《管理办法》实施后，相关企业应及时收集药品质量和安全的相关信息并对可能存在

安全隐患的药品展开调查，同时相应完善企业内部药品召回流程与制度。

## 8. 加强药品MAH监管，出台九大检查要点

为加强药品上市许可持有人的监督管理，国家药监局综合司于2022年3月28日发布了《药品上市许可持有人检查要点（征求意见稿）》。



该《征求意见稿》就委托生产药品的境内持有人的监督检查从九个角度制定了详细的规则，即总体要求、机构和人员、生产管理、物料管理、质量控制和质量保证、文件与记录管理、销售管理、药品上市后研究及风险管理和疫苗上市许可持有人。其覆盖药品生命周期全流程，包括药品的生产、出厂、上市、销售、质量管理以及上市后管理等方面。

《征求意见稿》使得委托生产药品的药品上市许可持有人责任更加明晰，企业应依据前述九个方面进行逐一自查，落实各项管理体系和记录制度。

## 二、监管态势回顾与展望

对于中国的医药医疗健康行业发展，我们观察到监管部门在2022年进行大力规范的同时，也意识和预见到在监管政策执行落实层面的诸多复杂和微妙之处。对于行业关注的很多热点法律问题中，监管部门一方面适当预留政策灵活性，另一方面广开言路征求产业各方意见，努力推动和完善行业的监管细则的出台。

在全球竞争强度日益激烈的态势下，医药医疗行业的发展仍需更多创新和动力。我们相信监管部门在2023年会仍然重视和加大对医药医疗健康产业的规范和引导，并在保护行业创新和防范风险中，务实地寻求平衡点。

## 结语

岁末将至，回首过去的2022年，药械健康行业的发展的确充满了挑战。但在与行业内诸多优秀的公司和投资人并肩前行的过程中，我们看到了创业者的坚韧不移和笃守信念，也目睹了投资人们的别具慧眼和睿智远见。

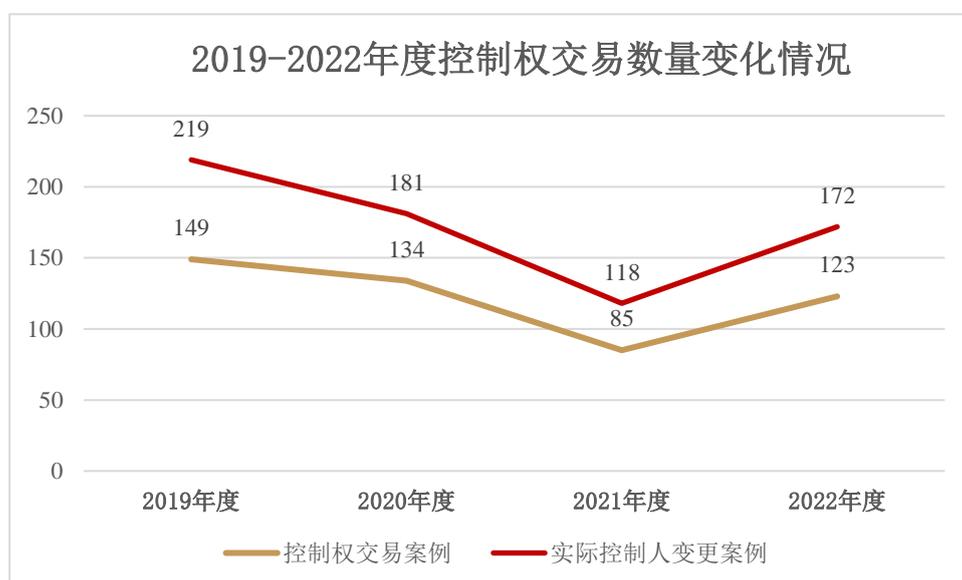
新春即来，2023年我们会一如既往地关注生命科学和健康领域，密切跟进监管动态和行业热点问题，已并准备好携专业的法律服务，与业内优秀的企业家和投资人并肩，共同穿越周期，走过雪融冰消，迎接春意盎然！

## A股上市公司控制权交易--2022年度评述<sup>1</sup>

舒知堂、叶茂鑫

上市公司控制权交易数量在经过 2020-2021 年连续两年的下降后，2022 年度止跌回升。根据我们的统计，2022 年 1 月 1 日至 12 月 31 日已完成实际控制人变更的上市公司共有 172 家，其中 123 家系通过协议转让、间接收购、表决权安排等商业交易方式完成控制权交易(其中 2 例为借壳上市)，另有 49 家系基于国有股权无偿划转、一致行动协议到期解除、股份继承等非商业交易原因导致实际控制人变更。

相比过去，2022 年实际控制人发生变更的上市公司较 2021 年增加 54 家，同比增长约 31%；其中通过商业交易方式完成控制权交易的案例增加 38 家，同比增长约 45%。2019 年至 2022 年控制权交易数量变化情况如下。



### 一、2022 年上市公司控制权交易概况

秉持我们过去连续多年的观察和研究思路，就 2022 年度完成的 123 起控制权交易全部案例的交易方式、标的上市公司(包括上市板块、注册地、行业分布、市值分布、净利润分布)以及交易各方基本情况等信息整理汇总如下：

#### (一)交易方式<sup>2</sup>

2022 年采用司法裁定、协议转让、间接收购等单一型交易方式完成控制权交易的案例共

<sup>1</sup> 本文数据主要来源 Choice 金融终端、企查查、见微数据等公开渠道。

<sup>2</sup> 统计口径为收购人取得上市公司控制权时点的交易方式，收购人在取得上市公司控制权之后，后续再通过认购非公开发行股票、集中竞价、大宗交易等方式继续增持上市公司股份的，不作为我们的统计范围，如文科园林(002775.SZ)等。此外，2022 年存在部分上市公司在商业性交易完成后并未立即披露实际控制人变更完成的公告，而是在上市公司董事会改选、实际控制人控制董事会后才披露实际控制人变更完成的相关公告。如亚太药业(002370.SZ)控制权交易案例中，亚太药业在收购方先后通过司法拍卖与协议转让成为亚太药业第一大股东后仍公告称暂不涉及控股权变更，仅在收购方成功通过改选董事会控制董事会半数以上席位后才认定公司实际控制人发生变更，本文中我们将亚太药业归类为通过司法裁定+协议转让方式完成上市公司控制权变更的交易。

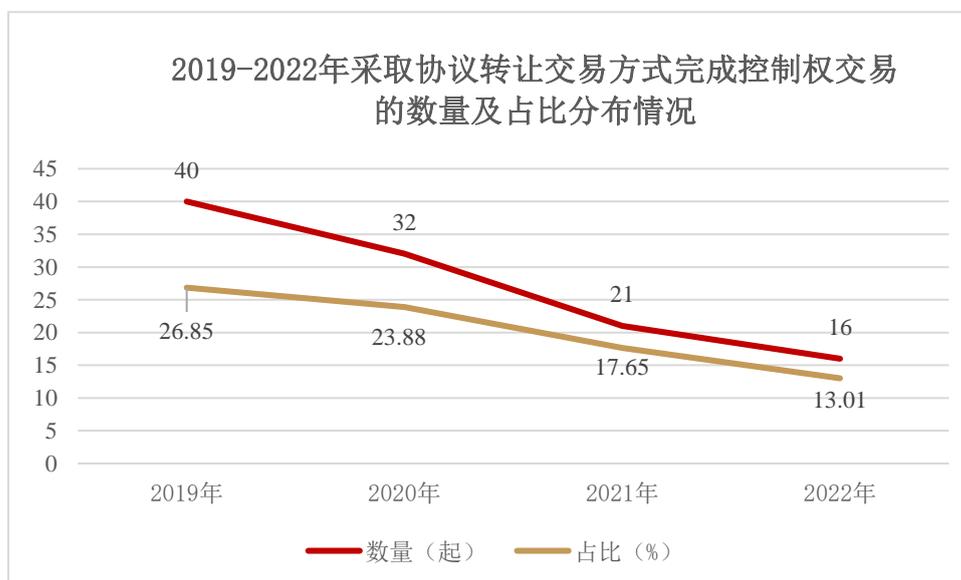
有 78 起，占全年控制权交易案例的比例约为 63.41%；采用协议转让+表决权委托、协议转让+表决权放弃等复合型交易方式的控制权交易案例共有 45 起，占全年控制权交易案例的比例约为 36.57%。

2019 至 2022 年以单一型交易方式完成控制权交易的数量占当年全部控制权交易数量比例约为 69.80%、62.69%、50.49%、63.41%，可见 2022 年采取单一型交易方式和手段的控制权交易仍占多数。

	2019 年	2020 年	2021 年	2022 年
单一型交易方式(起)	104	84	43	78
占比	69.80%	62.69%	50.49%	63.41%
复合型交易方式(起)	45	50	42	45
占比	30.20%	37.31%	49.41%	36.57%
合计	149	134	85	123

在 78 起以单一型交易方式完成的控制权交易案例中，司法裁定<sup>3</sup>成为 2022 年上市公司控制权交易发生数量最多的方式，共有 40 起；采取协议转让、间接收购、表决权委托与认购非公开发行股票方式完成控制权交易的案例分别有 16、11、7、2 起。另外，2022 年有 2 家上市公司因完成重组(借壳)上市导致实际控制人发生变更，分别为创新新材(600361.SH)与润泽科技(300442.SZ)，润泽科技同时亦为创业板首例借壳上市案例。

根据我们历年的统计，在采取单一型交易方式完成的控制权交易案例中，2019 年至 2021 年应用最广泛的方式均为协议转让，但 2022 年这一地位被司法裁定方式所取代。过去几年采取单一协议转让方式完成控制权交易的数量及占比较往年持续下降，具体情况如下。



<sup>3</sup> 司法裁定既包括通过参与司法拍卖从而取得上市公司股份的交易，如 ST 澄星(600078.SH)等，也包括相关股份被法院裁定以资抵债的交易，如 ST 安信(600816.SH)等。

## (二)标的上市公司情况

### 1、上市板块分布

2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的 123 起控制权交易中，深交所和上交所上市公司的数量分别为 86 起和 37 起，占比分别为 73.74%和 26.26%。科创板上市公司除因股份继承(如华峰测控)、无偿划转(如华海清科)以及因一致行动关系/表决权委托期限届满不再延期(如奥福环保)导致实际控制人发生变更外，尚未发生通过商业交易方式完成的控制权交易案例。北交所上市公司中亦尚未发生通过商业交易方式完成的控制权交易案例。

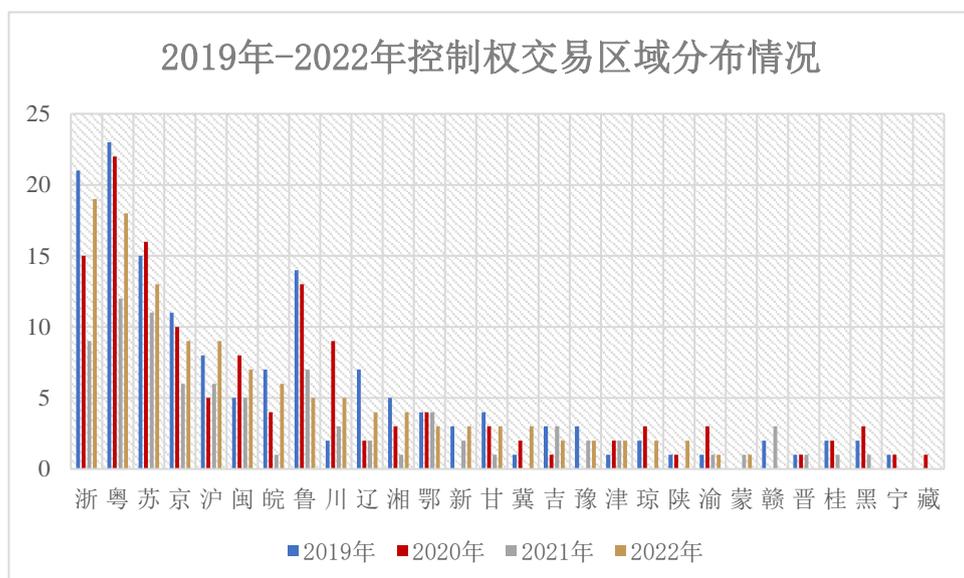
在过去四年已完成的控制权交易中，深交所上市公司仍占 2/3 以上的多数，具体情况如下。

	2019 年	2020 年	2021 年	2022 年
深交所(家)	117	92	58	86
占比	78.52%	68.66%	68.24%	73.74%
上交所(家)	32	42	27	37
占比	21.48%	31.34%	31.76%	26.26%
合计	149	134	85	123

### 2、注册地分布

2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的 123 起控制权交易案例中，标的上市公司注册地(不同于主要办公地)主要集中于浙江、广东、江苏等经济发达和上市公司比较集中的地区，发生数量分别为 19 家、18 家和 13 家。

2019 年至 2022 年各省市上市公司控制权交易发生并完成的家数情况如下。

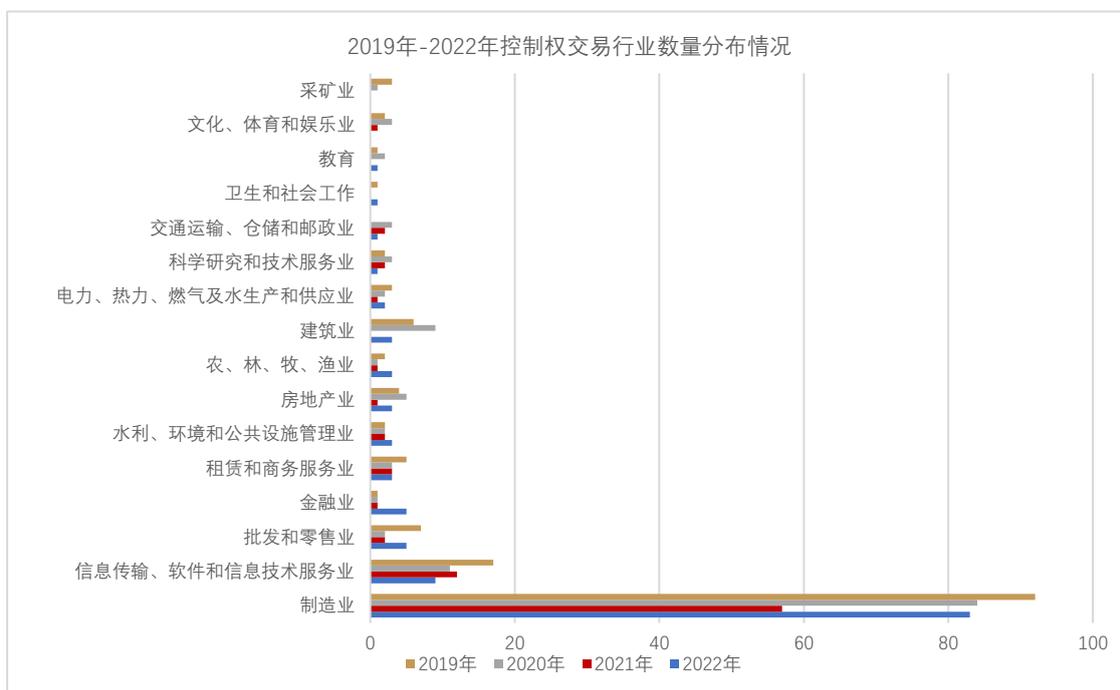


### 3、行业分布

根据《上市公司行业分类指引(2012 年修订)》对 2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的 123 家标的上市公司所属行业(门类)进行分类，排名前三位的分别是制造业(83 家，占

比约为 67%)、信息传输、软件和信息技术服务业(9 家)、批发和零售业(5 家)。

2019 年至 2021 年控制权交易所属行业为制造业的标的上市公司占比分别约为 61%、63% 与 67%，2022 年依然集中发生于制造业行业，具体数量及所在行业分布情况如下。



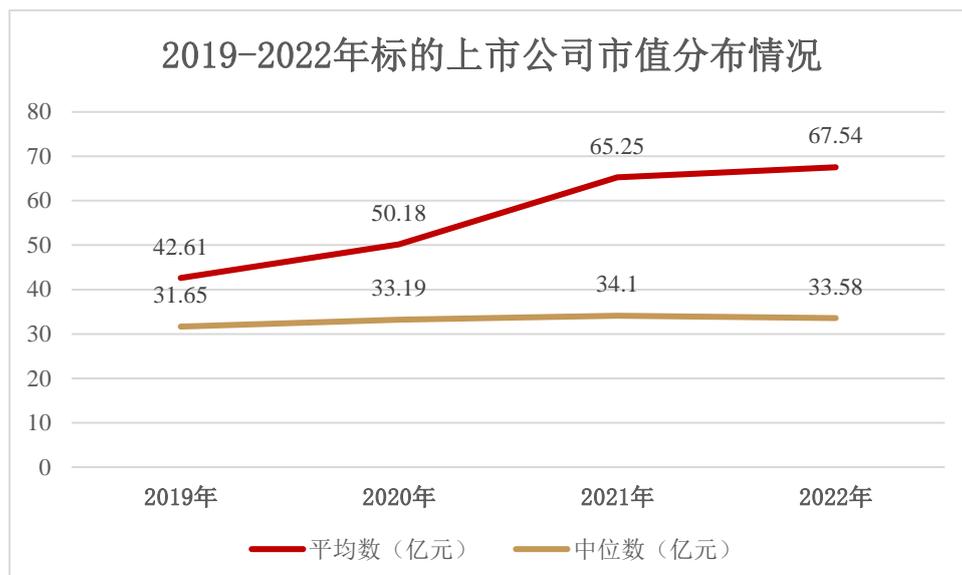
#### 4、市值分布

2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的 123 起控制权交易案例中，标的上市公司的总市值(取值口径为当年 1 月 1 日的市值，下同)约为 8,320.51 亿元，平均市值约为 67.54 亿元，中位数约为 33.58 亿元。其中，深交所主板上市公司的平均市值最高，上交所主板上市公司的中位数值最高，各板块的市值情况如下。

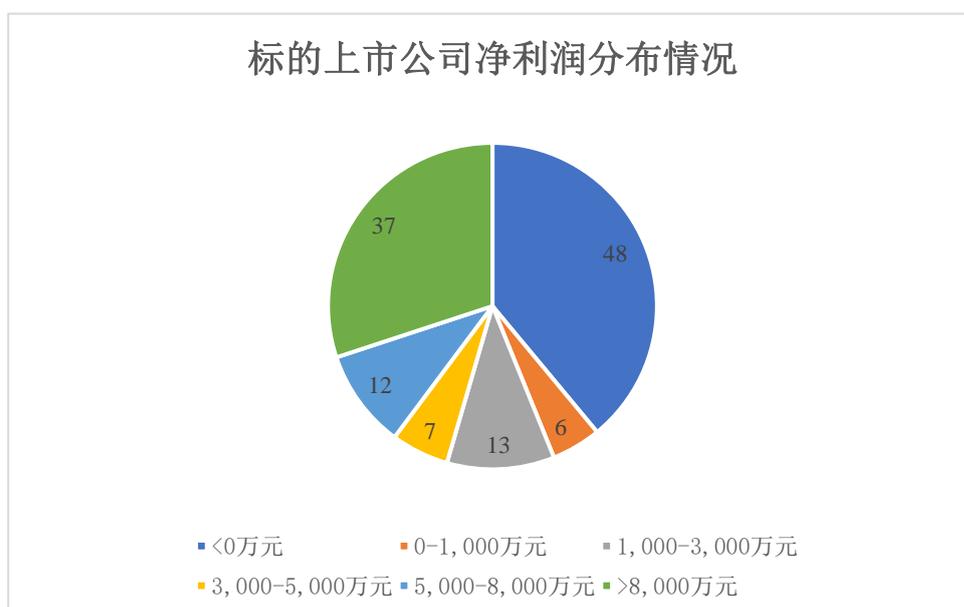
所属交易所板块	上交所主板	深交所主板	深交所创业板	总体情况
数量(家)	37	57	29	123
合计总市值(亿元)	2,763.45	4,686.12	870.94	8,320.51
平均值(亿元)	74.69	82.21	30.03	67.54
中位数(亿元)	43.83	31.53	26.82	33.58
最高市值(亿元)	645.40	1,365.38	58.22	1,365.38
最低市值(亿元)	13.14	10.82	11.79	10.82

根据我们连续多年的跟踪统计，2019 年至 2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的标的上市公司市值中位数变化不大，但平均市值大幅度上升，具体如下图所示。

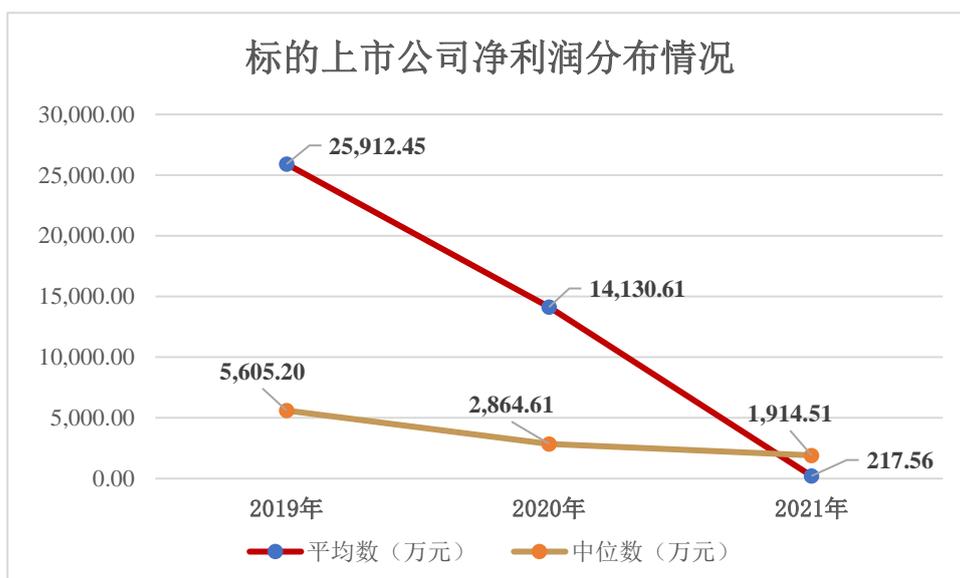
## 5、净利润分布



2022年通过商业交易方式完成控制权变更的123家标的上市公司净利润平均数(取值口径为标的上市公司前一年度年报中公开披露的合并财务报表净利润,下同)约为-4,306.83万元,中位数约为2,015.57万元,最高数为369,734.50万元,最低数为-273,876.42万元,其中净利润为负值的标的上市公司共48家。



过去三年,通过商业交易方式完成控制权交易的标的上市公司平均净利润大幅度下降,远远大于净利润中位数的下降幅度。

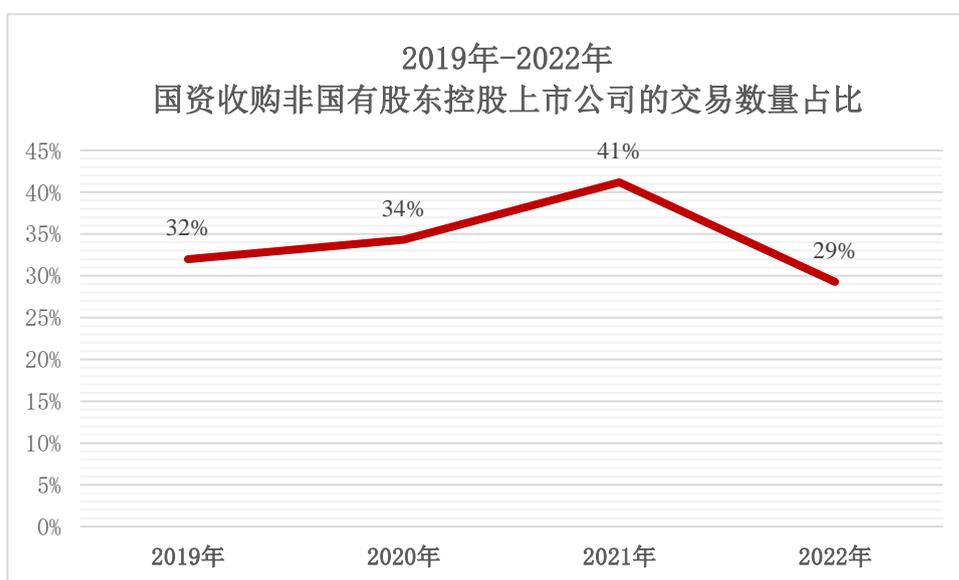


### (三)交易各方基本情况

#### 1、收购方

2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的 123 起控制权交易案例中，收购方属于国有股东的共 43 家，占比约为 35%。扣除标的上市公司原控股股东即为国有股东的交易后，国资收购非国有股东控股上市公司的交易数量为 36 家，占比约为 29%。

过去四年，国资收购非国有股东控股上市公司的交易占比分别约为 32%、34%、41%和 29%，2022 年国资收购非国有股东控股上市公司的势头有所减缓。



#### 2、出让方

2022 年通过商业交易方式完成控制权变更的 123 家标的上市公司中，共有 18 家(占比约为 14.63%)转让上市公司控制权的出让方归属国资，82 家(占比约为 66.67%)上市公司的实际控制权归属自然人，另有部分标的上市公司在控制权变更前处于无实际控制人状态或实际控

制人为集体企业、社会团体。也就是说，2/3 的自然人控股的上市公司已将其控制权转让给他人，转让意愿强烈。

### 3、“A”收“A”

根据我们统计，2021 年完成的控制权交易中仅有 3 例“A 收 A”(即一家 A 股上市公司或其子公司收购另外一家同样是在 A 股上市的上市公司)的交易。2022 年完成的控制权交易中，“A 收 A”的交易数量大幅增加至 7 例，分别为中联重科(000157.SZ)收购路畅科技(002813.SZ)、紫金矿业(601899.SH)收购 ST 龙净(600388.SH)、格力电器(000651.SZ)收购盾安环境(002011.SZ)、广汇能源(600256.SH)收购合金投资(000633.SZ)、长飞光纤(601869.SH)收购博创科技(300548.SZ)、南钢股份(600282.SH)收购万盛股份(603010.SH)以及华润三九(000999.SZ)收购昆药集团(600422.SH)。

除“A 收 A”外，2022 年港股上市公司东风集团(00489.HK)通过协议转让+要约收购方式取得了 A 股上市公司东风汽车(000633.SZ)的控制权；京东集团(09618.HK)通过间接收购方式取得了 A 股上市公司德邦股份(603056.SH)的控制权。

#### (四)交易价格

我们以 2022 年采取协议转让、协议转让+表决权委托/表决权放弃/一致行动协议(以下将该等交易方式统称为“协议转让”)完成的控制权交易案例为样本，对 2022 年上市公司控制权交易案例中可于公开信息渠道取得相关交易价格的 35 起协议转让方式下的交易价格情况进行了统计。前述 35 起协议转让交易的合计交易金额约为 323.95 亿元，平均值约为 9.26 亿元，中位数约为 6.88 亿元。其中，交易金额最高的为江西省交通投资集团有限责任公司以 44.95 亿元受让盛迅达(300518.SZ)25.53%的股份；交易金额最低的为北京能源集团有限责任公司以 1.37 亿元受让华通热力(002893.SZ)7%的股份并获得 21.24%的表决权委托。

在 35 起协议转让案例中，溢价转让共有 27 起，占比约为 77.14%；折价转让共有 8 起，占比约为 22.86%。在溢价转让的交易中，溢价率在 10%-20%之间的占比最高。

## 二、 2022 年上市公司控制权交易特点

通过对 2022 年及过去几年已完成的上市公司控制权交易案例的对比研究，2022 年既有与过去相同或相似的、也有与过去几年明显不同的特点，具体包括：

**1. 以司法裁定完成控制权交易的数量大幅度上升：**2019 年至 2022 年，涉及司法拍卖、执行重整计划等司法裁定方式(包括单一方式与复合方式)完成的控制权交易案例分别有 17、16、12 和 49 起，占当年的比例约为 11.40%、11.95%、10.08%和 39.84%。而 2022 年的 49 起中有 29 起系因上市公司或控股股东破产重整、以资抵债等导致实际控制人发生变更。例如，因海航集团的破产重整，共有 6 家上市公司变更为无实际控制人。

**2. 控制权交易仍集中于经济发达和上市公司较为密集的地区：**2022 年已完成的控制权交易中，标的上市公司注册地为浙、苏、粤、京、沪、闽、皖、鲁八省市的合计占比超过三分之二，其中注册地位于浙、苏、粤、京、沪五省市的合计占比超过 50%，控制权交易继续集中在经济发达和上市公司比较集中的地区。

**3. 控制权交易仍多发在制造业：**2022 年已完成的控制权交易中，标的上市公司仍继续主要集中于制造业，占比超过三分之二。2019-2021 年发生控制权交易的制造业上市公司占比均超过 60%，显示制造业上市公司因内外部环境的巨大变化正在努力探索结构性改革优化，转型和升级意愿强烈。

**4. 深交所上市公司控制权交易仍占大多数：**2022 年已完成控制权交易的标的上市公司

中，深交所上市公司仍主要占大多数，占比超过 70%。此外，因科创板上市公司上市时间较短、资金较为充裕、控股股东所持股份受锁定期承诺限制等原因，尚无出让控制权的案例发生。

**5. 国资收购民企成交案例下降：**受各种因素(如交通出行不便、成交溢价受限、交易方式不灵活、优质资产不足、决策程序较长等等)的影响，2022 年国资收购非国有股东控股上市公司的意愿不如往年、决策更加谨慎，成交数量和占比下降幅度较大。

**6. “A 收 A” 热度增加：**由于上市公司收购具有多方面的优势，2022 年完成的控制权交易中“A 收 A”的数量相较 2021 年出现翻倍式的增长，使得上市公司在“变胖”和“变长”的产业并购具有更多的选择和可能性。

## 2022年A股上市公司控制权争夺综述

舒知堂、邵华

### 一、2022年控制权争夺概述

经查阅上市公司公告和新闻媒体报道，2022年存在控制权争夺情形的上市公司共有29家，其中22家为深交所上市公司，7家为上交所公司，具体分布情况如下表：

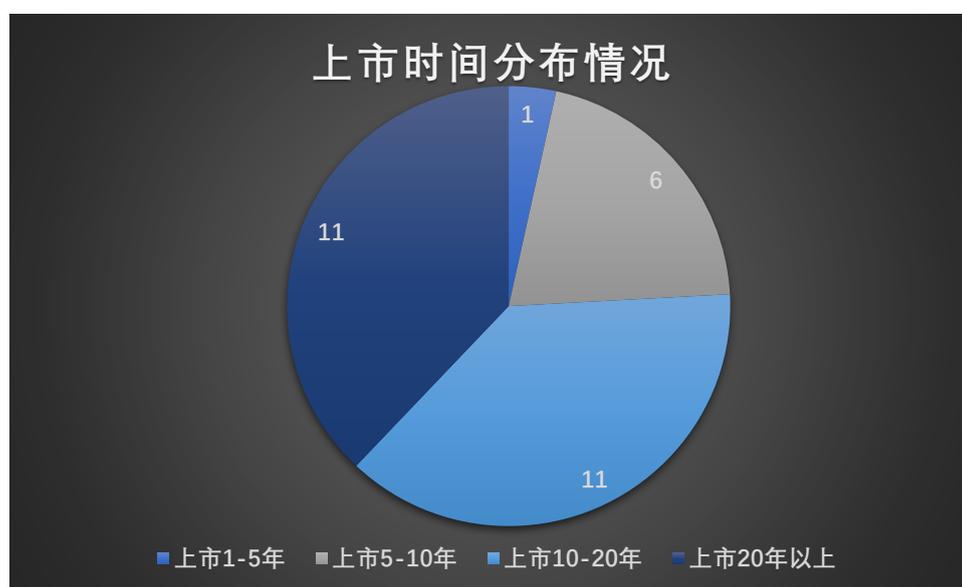
交易所	所属板块	公司数量(家)	占比
深交所	主板	14	48.28%
	创业板	8	27.59%
上交所	主板	7	24.14%
	科创板	-	-
北交所		-	-
合计		29	100%

注：深交所主板和创业板上市公司中分别有2家和1家控制权争夺发生在其重要子公司。

过去一年存在控制权争夺的上市公司在上市时间、注册地、所属行业、所属板块及所在交易所、控制权争夺持续时间等情况如下：

#### (一) 上市时间

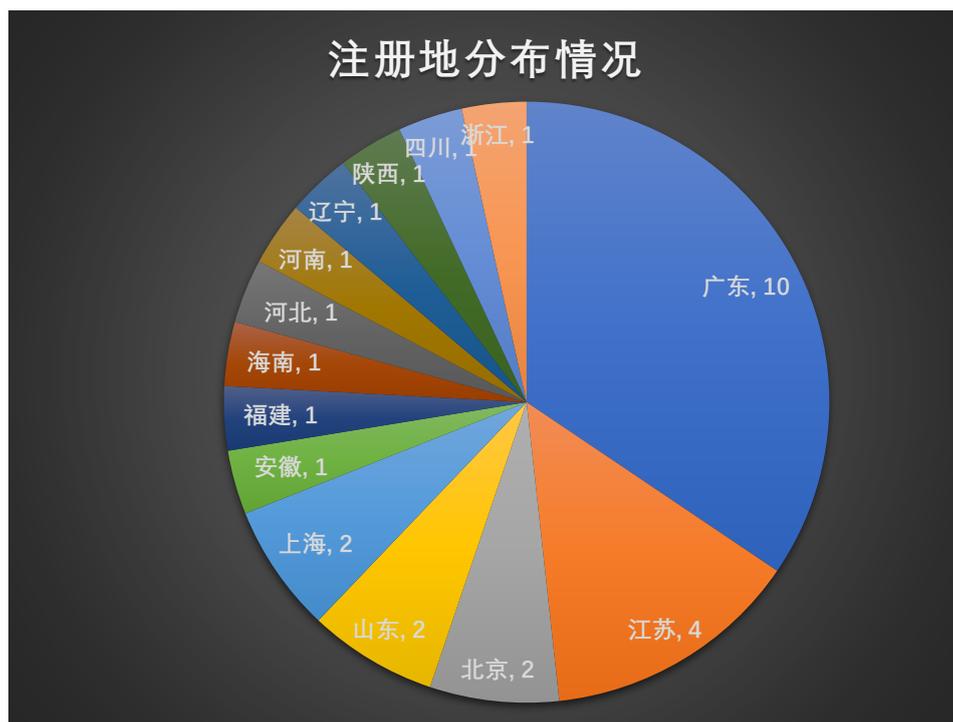
29家上市公司中，上市时间十年以上的公司达23家（占比79.31%），平均上市时间为16.28年，中位数为13年。其中，中国宝安于1991年6月上市，上市时间超过30年；上市时间最短的为创业板某从事新能源汽车领域的上市公司，上市仅4年，控制权交易纠纷引发了控制权争夺。



#### (二) 注册地

29家上市公司中注册地位于广东、江苏的上市公司分别有10家和4家，合计占比接近一半；位于山东、北京、上海的各2家，这五个省市合计占比超过2/3。具体注册地分布情

况如下图：

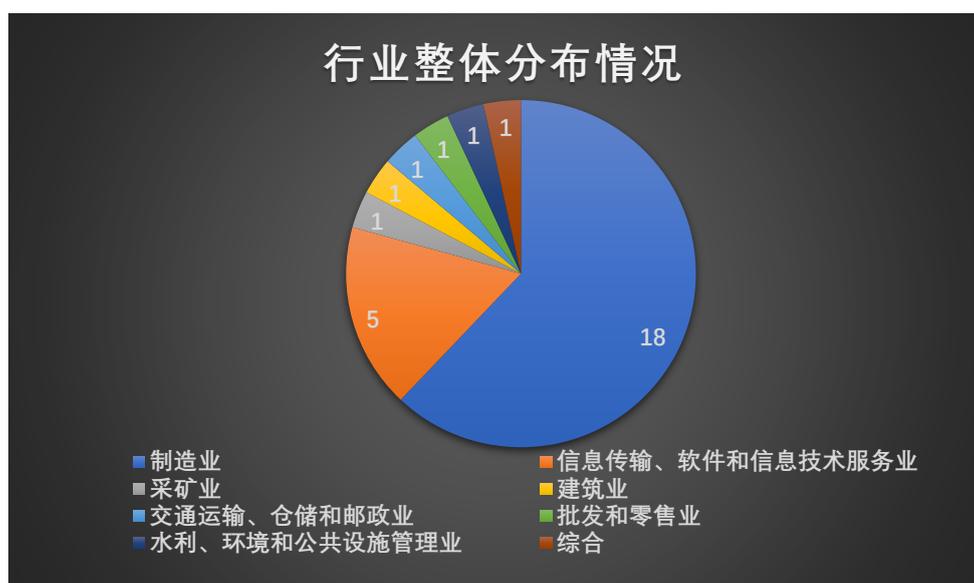


### (三) 所属交易所及上市板块

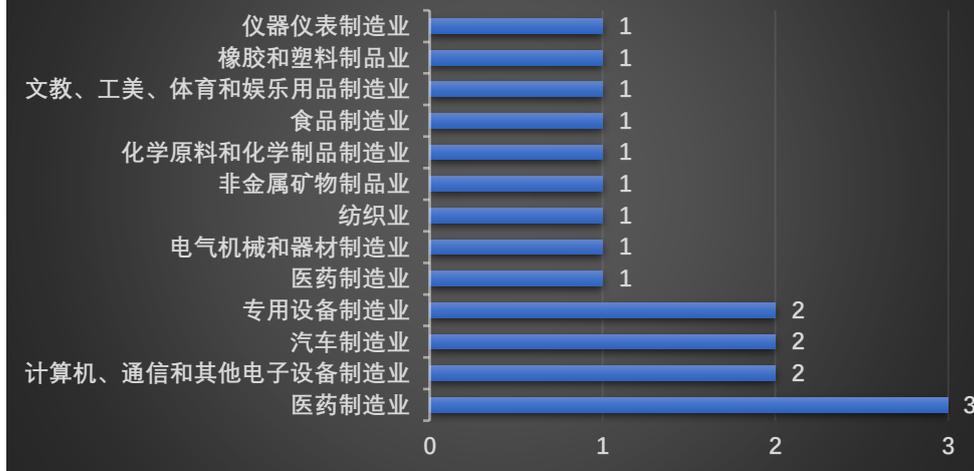
从所属板块上看，过去一年上市公司控制权争夺超过七成集中在上交所和深交所的主板上市公司中，创业板上市公司占比约三成，尚未见到科创板和北交所上市公司存在控制权争夺情况；从所属交易所上看，深交所有 19 家上市公司和 3 家上市公司的子公司存在控制权争夺，数量上远多于上交所，占比超过 3/4。

### (四) 所属行业

从所属行业上看，过去一年存在控制权争夺的上市公司分布在八类行业中，其中有 18 家为从事制造业的上市公司。具体行业分布情况如下图：



## 制造业企业分布情况



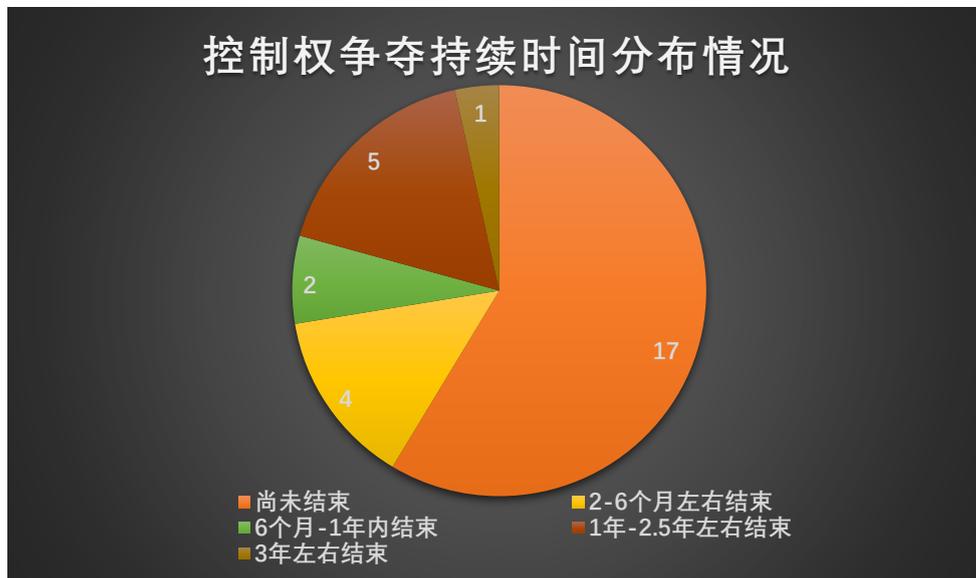
### (五) 争夺持续时间

从争夺持续时间上看，过去一年存在控制权争夺的企业中尚未结束控制权争夺的有 17 家，在 2-6 个月左右结束争夺的有 4 家，在 0.5-1 年内结束争夺的有 2 家，在 1 年-2.5 年左右结束争夺的有 5 家，在 3 年左右结束争夺的有 1 家。

### 二、2022 年控制权争夺的总体特征

通过对过去一年上市公司控制权争夺的案例分析，总体上呈现如下特点：

## 控制权争夺持续时间分布情况



1. **上市时间较长。**近八成控制权争夺的上市公司上市时间在十年以上、近四成上市时间在二十年以上。
2. **地域比较集中。**上市公司注册地集中分布在经济发达、上市公司数量较多的广东、江苏、山东、北京、上海，前述地区的合计占比近七成。
3. **主板公司多发。**上市公司的上市板块集中在深交所主板，深交所上市公司发生控

制权争夺的远多于上交所；科创板及北交所上市公司尚无控制权争夺的情况；

4. **集中于制造业。**制造业多发、占比超六成，其次为信息传输、软件和信息技术服务业，占比接近两成；制造业企业中从事医药制造的多发。
5. **持续时间有长有短。**截至 2022 年底有过半数的控制权争夺事件因诉讼未决、股东大会决议尚未作出等原因争夺未终结，最长持续时间在三年左右、最短的在 2 个月左右结束。

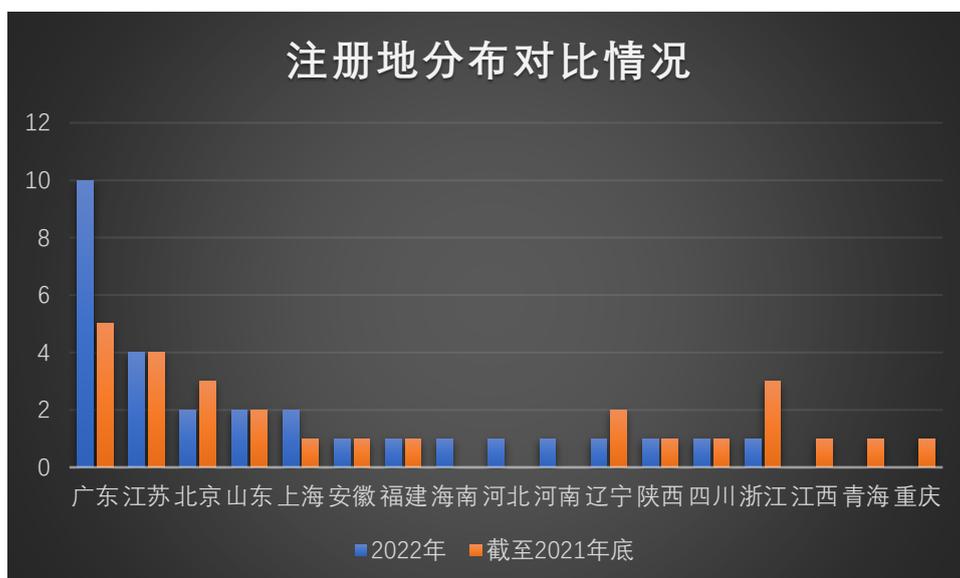
### 三、过去几年控制权争夺情况比较

如果将过去一年与截至 2021 年底的上市公司控制权争夺情况进行对比，大体情形如下：

1.从总体数量上看，2022 年存在控制权争夺的上市公司有 29 家，截至 2021 年底存在控制权争夺的上市公司有 27 家，数量上略有增加。

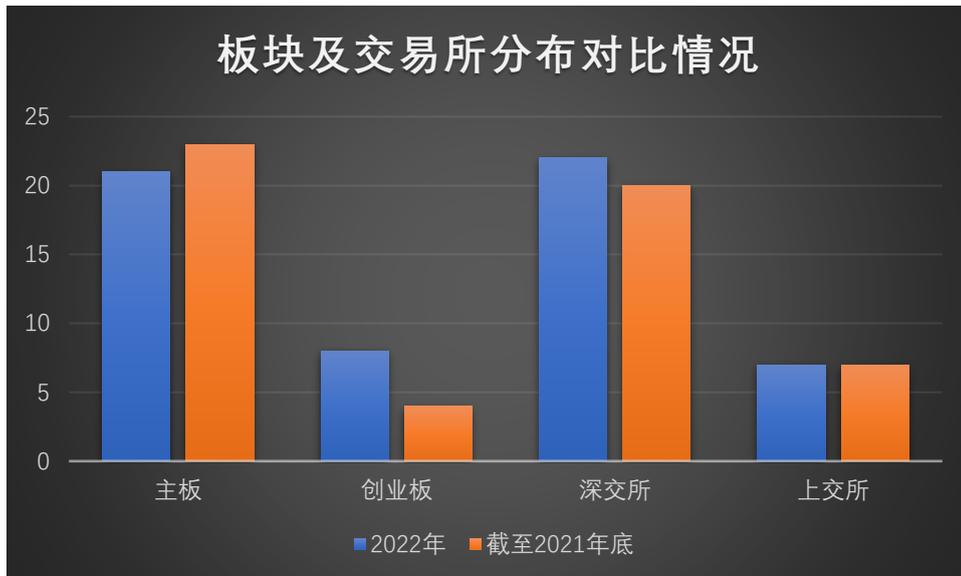
2.从上市时间上看，存在控制权争夺的公司大多数为上市多年的老牌上市公司，其中上市达十年以上的在 2022 年有 23 家、在 2021 年底有 19 家。

3.从上市公司注册地分布上看，仍然集中于广东、江苏、北京、上海、山东、浙江这几个经济发达地区的省市。



4.从板块及交易所分布上看，主板上市公司始终为控制权争夺的主要目标，深交所控制权争夺情况相比上交所更为多发；创业板存在控制权争夺公司的数量有所上升，而科创板及北交所因设立及成立时间较短尚没有控制权争夺的情况。

5.从所属行业上看，从事制造业的上市公司在控制权争夺企业数量上（2022 年有 18 家、截至 2021 年底有 10 家）始终领先于其他行业，且在数量占比上（2022 年占比 62.07%、截至 2021 年底占比 37.04%）有大幅提升。



6.从争夺持续时间上看，2022年存在控制权争夺的上市公司有过半数尚未结束争夺，截至2021年底存在控制权争夺的上市公司多数都在3年内结束争夺。从总体趋势上看，在1-3年内结束控制权争夺的上市公司居多。

#### 四、2022年度典型争夺案例

纵观上市公司控制权争夺的以往案例，有的案例中攻方成功实现争夺目的，有的案例中守方最终抵御住了攻方的进攻守住了上市公司的控制权。此处分别选取攻方获胜和守方获胜的各一个案例做简要介绍及分析。

##### （一）攻方获胜案例：因控制权交易纠纷引发控制权争夺

越博动力（股票代码300742，以下简称“A公司”）于2018年在创业板上市，所属行业为汽车制造业。A公司原董事长兼总经理作为创始人一直全面负责公司经营管理。自上市以来，受原材料上涨和行业政策变化等因素影响，A公司营业收入持续下滑，原董事长因此通过提供担保的方式以解决A公司流动资金短缺的问题，累积了大量无法清偿的个人债务。为解决债务问题，原董事长于2022年。

A公司及守方（即原董事长、原实控人一方）无力清偿攻方（即新实控人一方）提供的借款。在新实控人掌权前，其胞姐担任法定代表人的某关联公司于2022年3月开始向A公司出借款项，后双方签订了最高限额为五千万元的借款合同。同年9月，由于认为A公司履约能力下降有不能履行债务清偿义务的风险，该关联公司起诉要求A公司清偿借款。前述诉讼后以调解结案，但A公司始终未按时偿还借款。除此之外，新实控人及其控制的其他主体先后向A公司和原董事长提供合计接近1亿元的借款未获清偿。

守方转让实控权给攻方，但攻守双方对控制权交易的真实性各执一词。在偿债压力下，原董事长筹划转让A公司的控制权，拟将20%左右的股份对应的表决权委托给攻方控制的某投资公司行使，但由于原董事长无法按期完成协议约定的将上市公司持股平台中的份额转让给无关联第三方的承诺，此次控制权交易未能完成；其后，原董事长又与某地方国资达成控制权转让的意向协议，但地方国资经过尽调后最终放弃了收购A公司的计划。

2022年11月至12月，原董事长再次与攻方进行控制权交易，拟将其近三成的表决权不可撤销地委托给攻方控制的一家新能源汽车公司行使。本次表决权委托完成后，上市公司的

实控人相应发生变更。新实控人参与此次控制权交易的初衷，一是通过贷款银行的支持，可作为债权人代表自救；二是新实控人已从事多年从事新能源汽车行业，其认为具备挽救上市公司财务危机的能力。

2022年12月，攻守双方就控制权交易系列协议的有效性和真实性产生重大分歧。原董事长称，其签署的相关协议系受到胁迫和误导的情况下作出，非真实意思表示，并向对方发出解除协议通知；而新实控人称，本次交易系原董事长得知地方国资即将终止收购方案后主动前往其所在地洽谈并提出合作意向，且双方签署的相关协议已生效，协议无法单方解除。

攻方联合公司经营管理层罢免守方职务，双方争夺爆发。鉴于原董事长到期未清偿的债务金额较大且已被列为失信被执行人，A公司董事会认为原董事长不再具备任职资格，因此在控制权交易后A公司紧接着召开董事会，以4票同意1票反对（即原董事长表示反对）审议通过了一系列议案，包括罢免原董事长的董事职务、解聘其总经理职务；补选新实控人及其另一位代表为董事，由新实控人新任董事长兼总经理；将A公司超过1亿元的应收款转让给原董事长并抵消对原董事长所控制企业的相关债务等。

此外，新实控人成功获得了经营管理层和员工的支持，A公司百余名核心员工联合发表声明表示支持新实控人取得实控权以解决A公司的经营困境。

为抵御和阻挡攻方的争夺，在董事会召开前夕，原董事长向其他董事发出了其已取消控制权交易协议的相关通知；董事会召开当天，原董事长与攻方代表及A公司员工发生肢体冲突，导致3名员工负伤；在后续股东大会召开前，原董事长提出提名董事代表及罢免非己方代表董事的临时提案，但被董事会以守方的股东权利已委托给他人行使从而不具备提案资格的理由否决。

最终，在2022年12月召开的股东大会上，关于罢免守方的董事代表及补选两名攻方董事代表的议案均以接近八成的同意票被审议通过，而前述关于转让公司应收款给守方并以部分转让对价抵消A公司债务的议案更是以接近全票同意被审议通过。

目前A公司的控制权争夺以攻方获胜暂告一段落。但守方是否就此罢休、是否会就相关事项提起诉讼或采用其他手段夺回控制权尚待观察。

## （二）守方获胜案例：因股东对公司发展方向不满引发董事会席位争夺

同济科技（股票代码：600846，以下简称“B公司”）主营业务为建筑工程和房地产开发，是一家于1994年上市的老牌上市公司。B公司的实际控制人原为教育部，2021年7月经校企改革后实控人变更为某地方国资委。

该地方国资委和作为B公司第一大股东的国资委下属子公司为控制权争夺的守方；攻方则为在2021年2月通过二级市场增持股份成为第二大股东的某投资机构。控制权争夺前，攻守双方持股差距在10%左右；在董事会席位上，B公司全部7名董事（3名独立董事、4名非独立董事）均为守方代表。

B公司的控制权争夺主要包括股东两次对董事会席位的争夺，整体历程概述如下：

首次董事会席位争夺攻方未能成功。B公司章程规定董事会由7至9名董事组成，而B公司董事会实际有7名董事。鉴于此，攻方行使临时提案权提出补选两名非独立董事候选人。2021年6月，B公司召开2020年度股东大会，董事会提起的关于2021年度日常性关联交易预计的临时提案在守方回避表决的情况下未获通过；攻方提起的关于增补董事的临时提案也因同意票不足也未通过。

从投票结果上看，攻守双方在股东大会的多项议案的投票结果上持不同意见，守方借掌

握的股份表决权数量上的优势抵御了攻方对董事会席位的争夺。

第二次董事会席位争夺攻方再次失败。2022年年中，B公司即将召开年度股东大会进行董事会换届选举，其中守方作为大股东通过董事会提名了全部7名董事代表，攻方亦行使临时提案权提名了己方4名董事代表；同时，攻方向全体股东公开征集投票权。

双方疑似在B公司发展方向上存在分歧。攻方提名的董事代表中有一名候选人是B公司副总经理兼任房地产板块负责人，房地产业务是B公司净利润贡献最多、资产占比最重的业务板块，但管理层表示要控制房地产开发规模并适时调整业务模式，探索业务转型，研究建设运营绿色低碳循环经济产业园区等新的发展方向，而攻方在接受媒体采访时表示了对产业园区业务盈利能力的担心。

在2022年7月召开的年度股东大会上，关于B公司与守方及其控制企业日常关联交易预计的议案因守方需回避表决，最终以仅获得两成左右的同意票被否决；而在关于选举董事的相关议案上，攻方提名的四名董事候选人被否决，守方通过董事会提名的7名董事均以超过半数的同意票当选。

最终，B公司的控制权争夺以守方凭借表决权数量优势守住全部7席董事席位而告一段落。但攻方就关联交易事项等投反对票也给守方对A公司的经营管理造成了一定威胁，不排除后续攻方会继续借机增持股份以掀起新一轮争夺的可能。



## 第三部分 荣誉与业绩

## 植德荣登《钱伯斯大中华区指南 2023》，多领域及律师上榜

2023年1月13日，国际权威法律评级机构钱伯斯（ChambersandPartners）公布了2023年《大中华区法律指南》（GreaterChinaRegionGuide）。凭借突出的业务能力和卓越的口碑评价，植德律师事务所在**资本市场：境内发行、私募股权/风险投资、公司商事：北京**等3个领域上榜；同时，1位合伙人获得“业界贤达”称号，另有7位合伙人获得榜单推荐。

### 资本市场



李童云律师是植德资本市场部牵头合伙人。她在创业板发行方面有着丰富经验。



姜瑞明律师精通证券发行，也在公司法和资产重组方面有着丰富经验。

### 私募股权、TMT-股权 融资

PrivateEquity

TMT:EquityFinancing



金有元律师是活跃的私募股权专家。他积极参与投资者和公司方面的交易，尤其是在生物技术领域。

金律师具备深厚的专业知识和非常优秀的商业思维和判断力，为人正直、诚挚尽责，常常赢得交易双方的认可和尊重。

### TMT-数据保护与隐私

TMT:DataProtection&  
Privacy



植德的王艺律师是深圳办公室合伙人，为消费品行业客户就数据隐私合规事宜提供建议。他还处理公司交易和争议解决的委托。



由于植德的陈文吴律师在企业合规方面的专业知识，他拥有著名的数据保护实践。他还是争议解决和不正当竞争诉讼方面的专家。

### 私人财富管理

PrivateClient/WealthM  
anagement



欧阳芳菲律师专注于海外信托，特别擅长该领域。她非常懂业务，沟通能力非常强，做事非常务实。

### 建筑工程

Construction



鲁宏律师是植德上海办公室合伙人，他在建筑领域执业超过20年，并在争议解决方面有着丰富的经验。

### 公司商事：湖北

Corporate/Commercial:  
Hubei



张萍律师是植德武汉办公室负责人，她在房地产、建筑和基础设施项目方面的经验得到了市场认可，她还经常代表湖北的国有企业和民营企业处理各种商业纠纷。

## 王艺律师同时荣登 2022 年度 LEGALBAND 中国律师特别推荐榜

2022 年 7 月 13 日,知名法律评级机构 LEGALBAND 公布了 2022 年度 LEGALBAND 中国律师特别推荐榜 15 强:网络安全与数据合规。植德律师事务所深圳办公室合伙人王艺律师凭借在网络安全与数据合规领域多年的经验和良好的客户口碑荣列其中。

2022 年 12 月 27 日,知名法律评级机构 LEGALBAND 公布了“2022 年度 LEGALBAND 中国律师特别推荐榜:数字经济 15 强”,植德律师事务所合伙人王艺律师凭借专业的法律服务、良好的客户口碑荣登榜单。

王艺律师在网络安全和数据合规、个人信息保护、新经济等领域具有丰富执业经验,是较早关注并从事互联网金融法律服务的律师之一。其曾参与过数据合规及相关领域的诸多课题研究以及立法、编制工作,并在去年主笔并编写了四本和数据合规有关的指引、新规解读,常年合作的客户涉及国内各行各业的龙头企业和研究院等。王律师能够深入洞察客户的多维需求,结合行业前沿动态为企业提供精准、创新的数据安全与合规方案,其务实、高效的工作作风也成功赢得众多客户的青睐。

王艺律师是植德律师事务所公司合规部的牵头人,目前专注于数据合规板块,从投资端、资产端、交易端、争议解决端四端提供数据的相关法律服务,涉及行业领域包括金融、医疗、汽车、互联网、公共事业、零售、酒店等。在加入植德前,王艺律师曾担任广东华商律师事务所高级合伙人。王艺律师现担任深圳市地方金融监督管理局法律顾问、深圳前海管理局跨数贸易大平台数据治理法律顾问、世界银行 IFC 集团特聘金融数据治理顾问、武汉仲裁委员会仲裁员(数据保护专业方向)、信通院“数据安全推进计划(DSI)”数据安全专家、中国信通院个人信息保护合规审计推进小组专家成员之一、信通院卓信大数据计划数据安全培训讲师、中国互联网金融协会统计分析专业委员会委员、全国金融标准化技术委员会秘书处专家组成员、深圳市工业设计行业协会监事会主席、湖北省法学会仲裁法研究会、武汉市法学会仲裁法学研究会理事、“深港澳金融科技师”专才计划二级项目第二期培训课程讲师。

王艺律师拥有深交所独立董事资格、工业和信息化部电子工业标准化研究院认证的数据保护官(Data Protection Officer,证书编号:CESI-PIPP-DPO-2020-00014)资格、欧盟信息隐私专家认证(CIPP/E)资格、公认反洗钱协会(ACAMS)认证的公认反洗钱师(Certified Anti-Money Laundering Specialist)资格、EXIN 认证 DPO(数据保护官)资格。

王艺律师获得“2021 律商联讯杰出作者”称号,入选中国信通院“卓信大数据-律师合伙人计划”首批律师名单(五名之一),同时曾获得 2022 年 LEGALBAND 中国律师特别推荐榜:网络安全与数据合规 15 强。

## 植德项目入选法治日报第四届“一带一路”法律服务典型案例

2022年2月15日，由法治日报社主办的第四届“一带一路”法律服务典型案例名单重磅揭晓。植德“一带一路”投资类法律服务典型案例和“一带一路”合规法律服务典型案例入选该奖项。

### “一带一路”投资类法律服务典型案例

获奖案例为加拿大某通信和信息技术公司跨境收购及其全球业务涉及中国市场的交易提供法律服务

#### 项目负责人

合伙人季飞 021-52533507fei.ji@meritsandtree.com

合伙人庞涛 021-52533508tao.pang@meritsandtree.com

#### 案例简介

作为加拿大排名前三的电信运营商 TelusCorporation 的下属公司，TelusInternational 以 9.35 亿美元收购位于美国马萨诸塞州的 LionbridgeAI 及其全球业务。庞涛律师和季飞律师作为项目涉及的中国市场的交易部分的牵头合伙人，带领项目组为该收购提供中国法项下的法律服务。TelusInternational 达成的该项交易，将对“一带一路”沿线国家和地区带来积极的影响。

### “一带一路”合规法律服务典型案例

获奖案例 A 股上市公司环旭电子收购法国飞旭集团经营者集中申报案

#### 项目负责人

合伙人叶涵 010-56500975han.ye@meritsandtree.com

#### 案例简介

环旭电子股份有限公司（“环旭电子”）为中国领先的电子制造领域 A 股上市公司。植德反垄断业务部门助力环旭电子，就其收购法国电子制造服务公司 Asteelflash（“AFG”）股权交易取得了中国市场监督管理总局无条件通过的审查决定。本案涉及在中国、欧盟、美国和台湾四个司法辖区的经营者集中申报，中国是其中最早获批的司法辖区。叶涵律师作为项目牵头合伙人，帮助主管机关充分了解了该项跨司法辖区交易及相关市场的情况，极大地降低了监管机构对相关交易市场竞争影响的顾虑。本反垄断合规项目是中国反垄断法对“一带一路”沿线国家和地区企业适用的体现，加强了“一带一路”沿线交易遵循中国反垄断法的意识，对于中国反垄断法国际地位的提升有着积极影响，积极推动了“一带一路”倡议的建设。

## 植德为前海管理局跨境贸易大数据平台提供法律服务

植德在深圳市前海深港现代服务业合作区管理局跨境贸易大数据平台（以下简称“跨数平台”）合规咨询及合规体系建设项目中担任专项法律顾问，为其提供法律服务。

跨数平台是国家版跨数平台的深圳先行先试版，将发挥“单一窗口”数据资源汇聚优势，进一步推进跨境贸易数据交换共享和公共数据服务开放，为深入实施国家大数据战略、提升口岸综合治理能力、促进跨境贸易便利化提供有力支撑。

本次服务团队牵头人为合伙人王艺律师，项目其他合伙人律师包括陈文昊律师、茹庆谷律师、张国豪律师及毛翔律师等。

## 植德再次助力油滴完成 B 轮超亿元融资

汽车回用件供应链平台“油滴”宣布完成 B 轮超亿元融资，植德为本次融资提供了全程法律服务。

1 月 27 日，汽车回用件供应链平台“油滴”宣布完成 B 轮超亿元融资，本轮融资愉悦资本领投，老股东蔚来资本继续追加投资。此次融资将主要用于再制造技术的全面升级、国内业务的持续扩大，以及海外市场的拓展。

植德作为“油滴”的法律顾问，为油滴天使轮、A 轮、A+轮、B 轮均提供了整体交易方案设计、融资交易文件的起草、修改和谈判以及交易交割在内的全程法律服务。

### “油滴”（现已迭代为“源件星球”）

“油滴”创立于 2019 年 7 月，成立两年来，持续深耕拆车配件市场。此次融资也是“油滴”在过去两年间完成的第四轮融资，充分显示了油滴专注的汽车回用件产业良好的发展态势。基于市场前景洞见和战略升级需求，创始人&CEO 李洋宣布全新的品牌升级战略，将“油滴”迭代为“源件星球”，致力于打造“汽车再生资源”的生态体系，专注汽车生命周期末端的价值发现、再创造与延伸，大幅提升汽车资源再利用的比例。此体系将会加速整个报废汽车行业的发展进程，也将为我国“双碳”目标的实现提供助力。此外，“源件星球”还将汽车再生资源产业价值接入全球市场，在马来西亚等国家和地区设立分公司，进一步强化企业的全球多元化战略。



## 植德助力胖虎奢侈品完成 C+轮融资

近日，胖虎 Ponhu 完成 4500 万美元 C+轮融资，植德作为胖虎的法律顾问，为其提供全程法律服务。

近日，胖虎 Ponhu 完成 4500 万美元 C+轮融资，本轮融资由稳实资本 (HedgestoneCapital) 领投，金慧丰投资跟投，老股东漠策资本 (INCECapital) 继续跟投。本轮融资将用于提升胖虎数据能力和供应链能力，以及新店建设。

植德作为胖虎的法律顾问，为胖虎 C+轮融资提供了整体交易方案设计、融资交易文件的起草、修改、谈判以及交易交割在内的全程法律服务。胖虎于 2021 年完成的 C 轮融资亦由植德提供全程法律服务。

胖虎于 2015 年在北京成立，是一家以二手奢侈品货品流通为核心的可持续时尚流通平台。胖虎业务同时覆盖线上线下 ToB、ToC 二奢交易全产业链，提供奢侈品回收寄卖、找货订货、鉴定估价、维护保养、销售等标准化全流程服务。此外，胖虎还在布局品牌代运营和品牌孵化新业务。本项目由植德合伙人蔡庆虹、徐新牵头，项目组成员包括朱珂佳、韩月、杨欣、潘振煜等。

## 植德助力万科及黑龙江龙运集团通过经营者集中申报

植德反垄断律师助力知名上市公司万科企业股份有限公司（“万科”）子公司珠海万纬龙江供应链服务有限公司（“珠海万纬”）与黑龙江省龙运（集团）股份有限公司（“龙运集团”）设立合营企业。植德作为法律顾问，为本收购项目提供了经营者集中申报服务。相关的经营者集中申报于近日获得国家市场监督管理总局无条件批准。

万科为国内领先的城乡建设与生活服务商。近年来，万科在巩固住宅开发和物业服务业务固有优势的基础上，已进入商业开发和运营、租赁住宅、物流仓储服务、标准办公与产业园等领域。龙运集团是黑龙江省的龙头企业，创造了全国闻名的“龙运品牌”，先后获得全国一级道路旅客运输企业、中国道路运输百强企业、黑龙江省道路旅客运输企业安全生产 A 级企业等省和国家的多项殊荣。本次交易后，合营企业将通过结成战略合作伙伴关系发挥各自优势，共同开展物流园区运营管理业务，为哈尔滨市物流园区的高效运转注入新动能。植德代表交易双方，为本新设合营企业交易提供全程经营者集中申报服务，包括申报方案设计与政府监管机构沟通等。最终，申报项目获得经营者集中申报无条件批准，植德反垄断团队高效、专业的服务质量受到交易双方的肯定。本项目负责人为植德合伙人叶涵律师，项目组成员包括陈元曦、欧文婷、柳玥。叶涵律师曾荣获 2021 年度 ALB 中国十五佳律师新星；被国内外知名评级机构《商法》评为 2020 年度中国业务律师新星；荣获《商法》2020 年度杰出交易；入选法治日报第四届“一带一路”法律服务典型案例榜单；荣获 2021 年度 LEGALBAND 客户首选：新锐合伙人 15 强；2021 年度 LEGALBAND 客户首选：合规多面手 15 强；上榜全球权威法律评级机构 LEGALBAND 评选的 2020 及 2021 中国顶级律所和律师“竞争与反垄断法组”。同时也被 CLECSS 评为 2020 年十大杰出青年法律人。

植德反垄断律师在各类复杂的经营者集中申报案件中，无论是普通或简易申报，附加/解除限制性条件，监督受托人业务，或是未依法申报处罚案件方面，均有着相关丰富实践积累。愿意与更多客户分享成功经验，为客户完成复杂的、重大的交易保驾护航。



# 植德电商、物流与贸易 法律服务手册 2023

— 植德律师事务所 —

北京 | 上海 | 深圳 | 武汉 | 珠海 | 海口  
Beijing | Shanghai | Shenzhen | Wuhan | Zhuhai | Haikou

[www.meritsandtree.com](http://www.meritsandtree.com)



## 目录

关于植德.....	1
植德荣誉.....	2
植德服务.....	3
植德电商、物流与贸易.....	4
✦ 电子商务合规.....	5
✦ 关务合规.....	6
✦ 税务合规与筹划.....	7
✦ 支付与供应链金融.....	8
✦ 出口管制与贸易制裁.....	9
✦ 数据合规.....	10
✦ 品牌运营及渠道管理.....	11
✦ 知识产权.....	12
✦ 政府监管与合规.....	13
✦ 争议解决.....	14
✦ 投融资并购及IPO.....	15
代表客户.....	16
代表案例.....	18
植德电商物流与贸易行业委员会.....	21

# 关于植德

## 植德

快速成长中的公司制一体化律所，  
为客户提供全方位、一站式的整体法律服务方案。

## 植德价值观

体面

专业

合作

进取

友爱

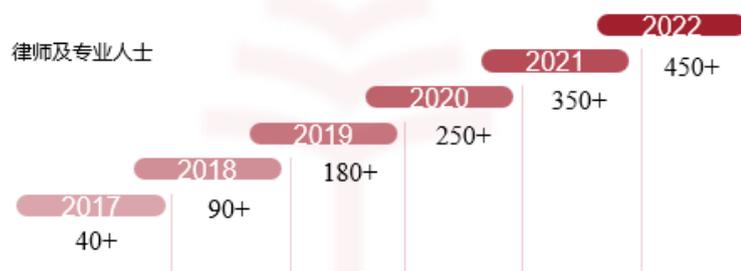
## 植德核心理念

专业至上

敢为人先

合作共进

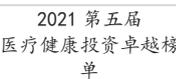
开放利他



植德布局



# 植德荣誉

机构	奖项	机构	奖项	
	2020-2022 私募股权/风险投资		<b>卓越律所大奖</b> 2019、2022 卓越表现律所 2018-2022 私募股权/风险投资 2020、2022 结构性融资/资产证券化 2019、2021 金融科技&区块链 2020-2021 医疗、制药及生命科学 2022 反垄断与竞争法 2021 上海主板 IPO 项目十优律所 2020 传媒、娱乐及体育	
	2019-2023 私募股权 2023 资本市场 2023 公司并购 2023 知识产权 2023 不动产与建设工程 2023 私人财富 2023 投资基金 2023 争议解决 (诉讼) 2023 数据保护			
	2022 中国法律大奖 2018-2022 中国最佳雇主 2020-2022 知识产权业务排名 2018、2020、2022 中国成长最快律所			
	2020-2022 私募股权 2020 投资基金			
	2022 私募股权 2022 资本市场 2022 投资基金 2020 金融与企业 北京、上海 2022 金融与企业 广东			
	2020-2022 私募股权 2020-2022 媒体与娱乐 2020-2022 科技与电信		<b>杰出交易大奖</b> 2021 泰邦生物集团从纳斯达克退市 2021 首个生物多样性主题慈善信托 2021 格力、奥克斯专利侵权争议 2020 环旭电子收购法国飞旭 2019 庞大集团破产重整	
	<b>亚太</b> 2021-2022 知识产权 2022 破产重整 <b>中国</b> 2022 北京: 商业纠纷 2022 上海: 商业纠纷			
	2015-2018 北京市优秀律师事务所			
	“一带一路”2021 法律服务案例 投资类案例 合规类案例			
	中国最佳私募股权投资中介服务机构 (律所) TOP10			
	2021 年度医疗健康律所			
				<b>中国法律卓越大奖</b> 2022 最具突破律所 2022 最佳资产证券化与衍生品律所
				<b>中国顶级律所排行榜</b> 2022 证券与资本市场 (境内发行) 2022 证券与资本市场 (并购重组) 2022 反垄断与竞争法 2017-2022 私募股权与风险投资 2018-2022 资产证券化与衍生品 2018-2022 投资基金 2020-2022 医疗与生命科学 2020-2022 破产重整与清算 2021-2022 私人财富管理 2019-2021 体育娱乐
				<b>年度特别关注</b> 2022 中国顶级法律雇主 20 强 2021 最具吸引力的 20 家中国律所 2021 最佳成长律所 2019 最佳雇主

# 植德服务

 银行与金融	 投资基金	 家事服务与财富管理	 投融资并购	 知识产权
 不动产与基础设施	 资本市场	 争议解决	 特殊资产与破产重组	 政府监管与合规
 反垄断与竞争法	 人力资源与劳动关系	 税务	<h2>植德13大专业领域</h2>	

## 植德 10大 行业 领域

 生命科学与医疗健康	 文旅、体育与传媒	 电信、芯片与物联网	
 电商、物流与贸易	 新材料与新能源	 节能环保与循环经济	
 人工智能、大数据与互联网	 高端装备与智能制造	 元宇宙与数字经济	 新兴行业

# 植德电商、物流与贸易

## 电商

- 跨境
- 境内



## 物流

- 运输
- 仓储



## 贸易

- 内贸
- 外贸



- ✦ 电子商务合规
- ✦ 关务合规
- ✦ 税务合规与筹划
- ✦ 支付与供应链金融
- ✦ 出口管制与贸易制裁
- ✦ 数据合规
- ✦ 品牌运营及管理
- ✦ 知识产权
- ✦ 政府监管与合规
- ✦ 争议解决
- ✦ 投融资并购及IPO



# 电子商务合规

## 01 平台合规

- ✦ 平台、商家主体资质评估
- ✦ 平台治理架构、平台协议与规则体系构建
- ✦ 避风港架构、商家投申诉、消费者权益保护等架构的构建及文本制定
- ✦ 支付结算路径评估及“二清”规避

## 02 商家合规

- ✦ 网络销售资质、许可
- ✦ 产品销售及价格合规
- ✦ 平台管理遵从与正当维权
- ✦ 私域及独立站运营合规
- ✦ 质量风险管理与缺陷产品召回

## 03 第三方服务合规

- ✦ 第三方认证服务
- ✦ 市场推广及拓展服务
- ✦ 物流及仓储服务
- ✦ 数据、电子及信息服务

## 04 跨境电商合规

- ✦ 跨境电商进口合规
- ✦ 跨境电商出口合规
- ✦ FBA与海外仓
- ✦ 协助跨境投诉与维权

# 关务合规

## 01 商品归类

- ✦ HS税号判定
- ✦ 海关预裁定

## 02 进出口申报

- ✦ 申报单据合规
- ✦ 原产地认定
- ✦ 特殊货物申报
- ✦ 特殊监管区申报
- ✦ 退运退关处理

## 03 检验检疫合规

- ✦ 法定检验
- ✦ 卫生检疫
- ✦ 动植物检疫
- ✦ 一般商检

## 04 企业信用管理

- ✦ 企业AEO高级认证
- ✦ 失信企业信用修复主动披露

## 05 紧急关务处理

- ✦ 海关稽查
- ✦ 海关核查
- ✦ 行政处罚及危机应对



# 税务合规与筹划

## 01 国际贸易与海关

- ✦ 出口退税
- ✦ 关税、代征税与税收减免
- ✦ 保税区及特殊监管区域涉税事务

## 02 电子商务

- ✦ 境内电子商务涉税事务
- ✦ 跨境电商涉税事务
- ✦ KOL及灵活用工涉税事务

## 03 投融资并购与 IPO

- ✦ 境内外股权投资融资涉税事务
- ✦ 资产并购及处置涉税事务
- ✦ IPO涉税事务

## 04 特许权使用费与转让定价

- ✦ 特许权使用费的海关及税务处理
- ✦ 转让定价与特别纳税调整
- ✦ 成本分摊协议与预约定价安排

## 05 跨境服务

- ✦ 跨境服务
- ✦ 跨境劳务
- ✦ 无形资产转让

## 06 企业运营涉税事务

- ✦ 税务健康检查及合规建议
- ✦ 税务筹划
- ✦ 研发加计扣除
- ✦ 税企沟通及涉税纠纷处理
- ✦ 纳税信用等级与首违不罚

# 支付与供应链金融

## 01 贸易支付与结算

- ✦ 国际贸易结算方式选用及风险控制
- ✦ 跨境收付汇合规
- ✦ 与资金收付相关的合同审核
- ✦ 第三方平台支付（存管）合规
- ✦ 跨境人民币应用
- ✦ 支付合规的内控体系建设

## 02 供应链金融

- ✦ 供应链融资方案设计与咨询
- ✦ 供应链融资模式合规审查
- ✦ 供应链垫资经营风险评估及防范
- ✦ 商业保理
- ✦ 物流/资金流/单据流一致性审查

## 03 相关地方金融牌照申请、收购法律服务

- ✦ 地方金融牌照的申请服务
- ✦ 以金融企业为标的的投资、收购法律服务

## 04 合作方风险评估及防范

- ✦ 合作方尽职调查
- ✦ 合作方信用管理
- ✦ 合作方协议制定及审核
- ✦ 合作纠纷解决与危机应对



# 出口管制与贸易制裁

## 01 企业内部贸易管制合规机制建设

- ✦ 风险评估机制建设
- ✦ 内控制度、手册建立
- ✦ 交易对象、交易物项、交易过程筛查机制建设
- ✦ 内部问责协助
- ✦ 合规培训

## 02 进出口管制服务

- ✦ 行业准入及产品合规条件筛查
- ✦ 涉两用物项出口的自查、申报协助
- ✦ 涉技术出口的自查、申报协助
- ✦ 交易对象尽职调查
- ✦ 进出口关务、税务协助

## 03 贸易制裁与救济

- ✦ 反倾销
- ✦ 反补贴
- ✦ 临时保障措施应对

# 数据合规

## 01 数据安全和个人信息生命周期管理

- ✦ 《个人信息保护法》《数据安全法》《网络安全法》数据合规落地
- ✦ 网络运营、网络安全资质/证书/认证梳理及协助申请
- ✦ 数据产品合规性论证并出具《法律意见书》

## 02 数据交易、数据产品质押融资法律服务

- ✦ 数据知识产权登记及数据资产凭证申请服务
- ✦ 基于各地数据交易所优劣对比，就公司数据挂牌交易寻找合适的挂牌交易所
- ✦ 就拟挂牌数据产品的合法性出具法律意见书
- ✦ 就数据产品的质押融资提供交易结构设计、融资方案设计、文本草拟审核服务

## 03 数据剥离、数据资产收购法律服务

- ✦ 对拟回收或者收购的数据资产开展尽职调查并进行风险提示
- ✦ 企业分拆上市前，对数据资产的剥离方案、收购方案设计及其合规建议
- ✦ 企业数据资产剥离过程中需要配套的文件草拟

## 04 网络安全审查、数据出境法律服务服务

- ✦ 基于跨境电商、国际贸易等业务，协助梳理数据出境场景
- ✦ 数据出境路径选择及协助安全评估、备案、认证等
- ✦ 网络安全审查评估并出具《法律意见书》

## 05 数据合规相关争议解决管理

- ✦ 数据反不正当竞争纠纷处理
- ✦ 个人信息保护相关纠纷处理（个人信息保护纠纷、隐私权纠纷、公益诉讼等）
- ✦ 就政府监管部门数据合规的相关调查执法活动提供相关法律建议



# 品牌运营及渠道管理

## 01 品牌授权与经销

- ✦ 品牌授权合作及经销商尽调
- ✦ 授权法律文本审核

## 02 运营模式分析与评估

- ✦ 合作模式法律定性评估
- ✦ 合作及退出条款设计
- ✦ 解约风险评估

## 03 品牌店铺归属

- ✦ 线上、线下品牌店铺合作终止后的处理
- ✦ 会员信息的传输及处理

## 04 渠道管理

- ✦ 价格、广告、渠道等销售行为管理
- ✦ 窜货调查、销售商访谈及责任承担
- ✦ 产品质量责任危机处理

## 05 品牌推广活动

- ✦ KOL代言合同审核
- ✦ 直播等新销售形态风险评估

## 06 广告合规

- ✦ 广告/宣传内容、发布形式审核评估
- ✦ “三品一械”广告审查及协助申报，特定行业广告发布资质审查
- ✦ 促销模式审核评估
- ✦ 监管检查配合协助

# 知识产权

## 01 国内外知识产权布局

- ✦ 知识产权申请及登记
- ✦ 海关知识产权保护备案
- ✦ 商标申请
- ✦ 专利申请、挑战及无效

## 02 知识产权保护

- ✦ 知识产权维权（行政、民事及刑事）
- ✦ 商业秘密保护方案及制度设计
- ✦ 平行进口
- ✦ 电商平台投诉及应对

## 03 知识产权交易

- ✦ 知识产权尽职调查
- ✦ 授权许可及转让
- ✦ 知识产权评估
- ✦ 知名IP收购谈判



# 政府监管与合规

## 01 市场交易合规

- ✦ 反垄断与反不正当竞争
- ✦ 反腐败反舞弊
- ✦ 商业伙伴合规调查、合规协议签订及合规承诺
- ✦ 资产交易和招投标合规

## 02 安全、环保与产品质量合规

- ✦ 生产与销售资质合规
- ✦ 包装及标识标志使用合规
- ✦ 安全防护与工伤事故处理
- ✦ 委托生产与委托检验
- ✦ 质量控制与质量保证
- ✦ 物料与产品的存储、运输及管理
- ✦ 监管配合与突发事件应急管理

## 03 劳动合规

- ✦ 协助公司进行人力资源管理制度搭建、拟定及修改劳动合同等相关法律文书
- ✦ 搭建人才保留与人才争夺涉及的竞业限制、商业秘密、股票期权、反挖猎等流程和制度体系
- ✦ 离职谈判与人员安置
- ✦ 过程中特殊问题的法律分析及解决

## 04 海外投资经营行为合规

- ✦ 投资所在国法律法规及国际规则遵从
- ✦ 海外合规经营制度体系建设
- ✦ 海外投资经营业务风险排查

# 争议解决

## 01 海事海商

- ✦ 海事侵权纠纷
- ✦ 海商合同纠纷
- ✦ 海洋及通海可航水域开发利用与环境保护相关纠纷
- ✦ 其他海事海商纠纷
- ✦ 海事行政案件

## 02 国际贸易

- ✦ 国际货物买卖合同纠纷诉讼及仲裁
- ✦ 代理进出口合同纠纷及仲裁
- ✦ 跨境支付纠纷
- ✦ 特许权、产品质量及服务纠纷

## 03 电子商务

- ✦ 电商知识产权侵权及不正当竞争纠纷
- ✦ 电商代运营合同纠纷
- ✦ 境内外电商监管及平台申诉
- ✦ 协助处理申诉及举报

## 04 配合行政监管及涉刑事务处理

- ✦ 协助政企沟通
- ✦ 行政及刑事法律咨询
- ✦ 代理行政复议、行政诉讼及刑事诉讼

## 05 境外纠纷处理

- ✦ 协助或代理国际仲裁
- ✦ 协助及整体协调境外诉讼事务



# 投融资并购及 IPO

## 01 项目融资

- ✦ 对公司进行前期尽职调查，协助公司制作项目建议书
- ✦ 推荐投资方，与投资方进行讨论、谈判
- ✦ 起草、修改融资协议，并协助公司完成交割手续

## 02 企业控制权出售

- ✦ 与潜在收购方进行洽谈
- ✦ 起草、修改收购协议，并协助公司完成交割手续

## 03 企业 IPO

- ✦ 按照企业IPO相关的法律法规要求对公司进行尽职调查，并提出规范性意见或建议，出具企业IPO所需的法律文件，完成相关监管机构的问询回复，协助公司顺利上市

## 04 上市公司收购

- ✦ 推荐潜在收购标的
- ✦ 对标的公司进行尽职调查，并起草相应的收购文件、法律文件，协助公司完成相关监管机构的审核，并完成对标的公司的接管手续

## 05 上市公司再融资

- ✦ 对上市公司进行尽职调查并就相关问题提出法律建议，协助上市公司完成再融资的审核、发行、登记等工作

## 06 海事相关投融资并购及破产重整

- ✦ 为与船舶或运输相关企业提供投资并购、困境重组、破产重整等专项法律服务
- ✦ 为涉及船舶、集装箱、港口或水域开发利用设施设备的融资项目提供专项法律服务

# 代表客户



# 代表客户



# 代表案例

## (一) 常年法律服务

- ✦ 为上海中谷物流股份有限公司（603565）提供常法服务
- ✦ 为奥托立夫（上海）管理有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为上海贝德玛化妆品贸易有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为中科微至科技股份有限公司（688211）跨境业务提供常法服务
- ✦ 为上海维信荟智金融科技有限公司（HK2003）提供常法及商业保理专项服务
- ✦ 为上海识装信息科技有限公司（得物）提供常法服务
- ✦ 为北京引领海逛电子商务有限公司（Shopshops）提供常法服务
- ✦ 为广东维仕数据科技有限公司提供常法服务
- ✦ 为中伟新材料股份有限公司跨境业务提供常法服务
- ✦ 为宇通客车股份有限公司跨境业务提供常法服务
- ✦ 为上海中华商务联合印刷有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为泰邦生物集团有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为上海黛芊信息科技有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为中集运载科技有限公司跨境业务提供常法服务
- ✦ 为嗨米威智能科技（上海）有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为豆沙包科技（深圳）有限公司提供常法及商业保理专项服务
- ✦ 为Ideal Leader International LLC提供常法服务
- ✦ 为珠海星云智联科技有限公司跨境业务提供常法及海外投资业务专项服务
- ✦ 为国内某EDA头部企业提供常法及出口管制专项服务
- ✦ 为盛业信息科技服务（深圳）有限公司提供常年及商业保理专项服务
- ✦ 为青岛尚泽国际贸易有限公司及其关联公司提供常法服务
- ✦ 为河南澳必福进出口贸易有限公司及其关联公司提供常法服务

## (二) 非讼服务

- ✦ 为深圳市前海深港现代服务业合作区管理局提供跨数贸易大平台专项构建专项服务
- ✦ 为跨境电商与物流平台Wish提供网信办数据出境安全评估申报专项服务
- ✦ 为外贸跨境支付平台XTransfer提供数据合规审查专项服务
- ✦ 为丁香园跨境数据合规提供专项服务
- ✦ 为某3D打印行业跨国公司提供核心产品进口合规及政企沟通专项服务
- ✦ 为宇通客车股份有限公司欧盟GDPR合规体系建设提供专项服务

- ✦ 为大疆创新全球全业务场景合同体系优化提供专项服务
- ✦ 为深圳大数据研究院出口管制遵从体系建设提供专项服务
- ✦ 为某化妆品行业跨国公司提供转口贸易模式合规性分析服务
- ✦ 为某冷链食品进口企业涉疫货物处置提供政企沟通专项服务
- ✦ 协助某境外律所为境外银行提供关于国际汇票在中国境内可执行性的法律意见
- ✦ 为芯耀辉科技有限公司出口管制遵从体系建设提供专项服务
- ✦ 为美团跨境用工提供专项法律服务
- ✦ 为某跨国物流企业及其关联方提供第三方支付模式的合规性及风险分析服务
- ✦ 为某化妆品行业跨国公司提供转移定价风险分析服务
- ✦ 协助青岛尚泽国际贸易有限公司处理与winshun及相关方国际贸易纠纷
- ✦ 协助天津鑫建食品贸易有限公司处理与锦冠诚及相关方国际贸易纠纷
- ✦ 协助Latitude Commodities LTD.处理与嘉德隆泰国际贸易纠纷

### (三) 争议解决

- ✦ 代理重庆新金航国际物流股份有限公司与重庆东港船舶产业有限公司船舶合资建造合同纠纷
- ✦ 代理重庆兆荣物流有限公司与湖北云宏船务物流有限公司船舶买卖合同纠纷
- ✦ 代理重庆兆荣物流有限公司与赵某通海水域货物运输合同纠纷
- ✦ 代理广安市河海船务运输有限公司与黄某船舶租用合同纠纷
- ✦ 代理安徽省怀远县荆山航运有限责任公司与孙某船舶经营管理合同纠纷
- ✦ 代理安徽省怀远县荆山航运有限责任公司与四川正源航运有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷
- ✦ 代理江西宜海船务有限公司与武汉凯顺石化科技有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷
- ✦ 代表卡姆丹克处理与浙江东方集团浩业贸易有限公司的买卖合同纠纷
- ✦ 代理百秋与绰琪服务合同纠纷（“6IXTY8IGHT”）
- ✦ 代理百秋与时沃服务合同纠纷（“Cole Haan”）
- ✦ 代理百秋与遏本服务合同纠纷（“Free People”）
- ✦ 代理百秋与宏城租赁合同纠纷（“Clarks”）
- ✦ 代理历峰与消费者信息网络买卖合同纠纷
- ✦ 代理追觅与添可“会思考的吸尘器”不正当竞争纠纷
- ✦ 代理新创华奥特曼形象衍生品网络销售系列侵权纠纷
- ✦ 代理中国人民财产保险股份有限公司重庆市分公司与重庆新港装卸运输有限公司代位求偿权纠纷
- ✦ 代理重庆市万州区扬江航运有限公司与黎某船舶权属纠纷
- ✦ 代表北京光电雁龙科技有限公司处理与北京京东方显示技术有限公司国际货物买卖纠纷
- ✦ 代表中成进出口股份有限公司处理与月洋钢铁集团的买卖合同纠纷

- ✦ 代理上海友谊食品特供有限公司处理与上海子越园供应链管理有限公司买卖合同纠纷生效法律文书终本后执行相关案件及事务
- ✦ 代理贝德玛与卉博经销合同纠纷
- ✦ 代理贝德玛与荣絮经销合同纠纷
- ✦ 代表彩食鲜处理与省经运之间买卖合同纠纷
- ✦ 代表彩食鲜处理与福建粮油食品公司之间买卖合同纠纷案
- ✦ 代表康达处理与国创的买卖合同纠纷
- ✦ 代表泰科处理与中亿的买卖合同纠纷
- ✦ 代表 IDEAL LEADER INTERNATIONAL SRL 处理与大舜食品（上海）有限公司、河南澳必福进出口贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷及申请执行人异议之诉纠纷
- ✦ 代理锦持汽车诉上海子越园供应链管理有限公司股东侵害债权人利益纠纷
- ✦ 代表美国某公司就某化工产品的国际贸易纠纷提供在中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)的仲裁代理服务
- ✦ 代表长亭处理与苏宁物流服务合同纠纷

#### **(四) 投融资并购及IPO**

- ✦ 为中谷物流（603565）主板IPO提供全程法律服务
- ✦ 为海程邦达（603836）主板IPO提供全程法律服务
- ✦ 为北京世盟供应链管理股份有限公司IPO提供法律服务
- ✦ 为中谷物流（603565）非公开发行股票提供全程法律服务
- ✦ 为景林股权投资傲基科技（pre-IPO轮）提供全程法律服务
- ✦ 为胖虎（Ponhu）完成4500万美元C+轮融资提供全程法律服务
- ✦ 为油滴天使轮、A轮、A+轮、B轮融资提供全程法律服务
- ✦ 为景林股权投资猿人科技（B轮）提供全程法律服务
- ✦ 为上海黛芊信息科技有限公司（拾颜）近亿元A轮融资提供全程法律服务
- ✦ 为高榕资本投资深圳波赛冬网络科技有限公司提供全程法律服务
- ✦ 为蓝色光标（上海）投资管理有限公司投资海南云免实业有限公司提供全程法律服务
- ✦ 为上海识装信息科技有限公司（得物）投资起酷科技（A轮）提供全程法律服务
- ✦ 为上海识装信息科技有限公司（得物）投资足下工业（天使轮）提供全程法律服务
- ✦ 为深圳市四千里数据科技有限公司被ASCENTIAL GROUP LIMITED收购提供全程法律服务
- ✦ 为域动资本转让上海识装信息科技有限公司（得物）股权提供全程法律服务
- ✦ 为上海黛芊信息科技有限公司投资上海云舒合信息科技发展有限公司提供法律服务
- ✦ 为上海某国际物流有限公司被并购提供全程法律服务

# 植德电商物流与贸易行业委员会



陈懿君  
上海办公室



马成龙  
上海办公室



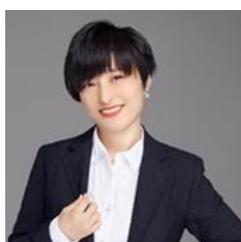
茹庆谷  
深圳办公室



吴琦  
上海办公室



王艺  
深圳办公室



张国豪  
上海办公室



陈文昊  
上海办公室



龚文静  
武汉办公室



黄广德  
深圳办公室



王月鹏  
北京办公室



许静  
上海办公室



前 行 之 路      植 德 守 护

[www.meritsandtree.com](http://www.meritsandtree.com)

北京：北京市东城区东直门南大街1号来福士中心办公楼5层、12层

上海：上海市长宁区长宁路1133号长宁来福士广场T1办公楼18层1801、25层2501

深圳：深圳市南山区粤海街道科苑南路2666号中国华润大厦9层905-906

武汉：湖北省武汉市江岸区中山大道1505号企业天地1号45层4504-4506单元

珠海：广东省珠海市横琴新区兴盛一路128号3319

海口：海南省海口市龙华区国贸大道帝国大厦B座5楼512室