



中伦研究院出品

CHINA'S ENTERPRISES' OVERSEAS INVESTMENT & TRADE COMPLIANCE

中国企业 海外投资·贸易 合规

- 中国企业如何应对跨境调查和诉讼
- 金融机构跨境合规怎样布局
- 跨境并购安全审查为什么必不可少
- 海外投资如何应对知识产权和出口管制的暗礁
- 中国企业收购海外公司, 反垄断申报如何进行
- 海外劳动用工, 如何把控合规风险



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

China's Enterprises' Overseas Investment & Trade Compliance

A ZHONG LUN REPORT

Zhong Lun

PREFACE



- 当代大国的博弈和角力、经济行为、利益分配、话语权、定价权、控制权的争夺均——体现在了法律游戏规则的设计和和实施上。既体现在对一国企业高管的扣押及罚款,也可能是给企业投资、贸易设限,或处以巨额罚款。这是一场没有硝烟的“战争”,中国企业出海在进行跨境投资和贸易时,必须以全新的角度看待风险、危机,重视法律游戏规则,沉着冷静,才能打赢胜仗。
- 企业境外合规风险的爆发,往往是因为对国际组织规则、项目所在法域监管布局不了解、事前尽职调查不充分、合同签订不严密等多项因素,有时也可能是被政治因素干预。合规风险的爆发点无处不在,涉及到跨境金融、知识产权与数据保护、出口管制、反垄断、劳动法、海外工程等各类高频议题。此类案件涉案金额大、波及范围广、政治敏感性强,只有提前布局,量身定制合规方案,中国企业才能将挑战化为机遇,让危机变为商机。
- 合规管理是企业“走出去”行稳致远的前提,也是企业国际竞争力的体现。作为长期活跃在国际法律实务中的法律人,本次编撰《中国企业海外投资贸易合规报告》,中伦研究院特邀多位深度参与海外投资贸易合规项目的律师团队,结合自身实务经验,进行深入解析,竭诚希望能用法律的力量为中国企业出海投资贸易保驾护航,贡献砖瓦之力。

CONTENTS



_chapter

01

008 第一章：“走出去”全面合规

- 010/ 国际监管风暴下的企业合规风险预警
- 028/ 美国国家安全审查新规对跨境并购交易产生重大影响
- 042/ 中国企业如何应对美国法域外管辖相关的跨境调查及诉讼

_chapter

02

052 第二章：跨境金融合规

- 054/ 强监管时代，金融机构境外合规的“红灯预警”
- 069/ 数字货币的法律风险梳理及合规监管现状

_chapter

03

092 第三章：知识产权与数据合规

- 094/ 抢占竞争优势，洞见企业海外并购中的知识产权关键点
- 107/ 中美经贸协议解读——商业秘密合规保护篇
- 120/ GDPR的挑战与企业应对之道

_chapter

04

134 第四章：出口管制与国际工程项目合规

- 136/ 出口管制和经济制裁合规风险应对
- 160/ 出口企业如何合规应对美国海关管理风险
- 183/ 国际工程承包项目中的合规风险

CONTENTS



_chapter

05

194 第五章：反壟斷合規

196/ 中國企業在海外投資併購時應注意的反壟斷申報和安全審查合規要求

207/ 跨境併購交易中不競爭條款的反壟斷合規問題

_chapter

06

214 第六章：勞動合規

216/ 中國企業“走出去”之勞動用工合規淺談

228/ 中國企業海外投資用工風險控制

Zhong Lun

CHAPTER 01

“走出去”
全面合规



008

企业的海外不合规可能导致巨额罚款、吊销证照、甚至刑事追责,中国企业出海如何全面应对知识产权、出口管制、反腐败、反洗钱、反垄断这五大合规风险挑战?

——《国际监管风暴下的企业合规预警》

FIRMA最终实施细则生效,扩大CFIUS审查范围,如何合理运用规则应对监管,减少审查阻力?

——《美国国家安全审查新规对跨境并购交易产生重大影响》

境外监管收紧,面对域外调查、执法以及诉讼,中国企业如何布局跨境争议解决整体战略?

——《中国企业如何应对美国法域外管辖相关的跨境调查及诉讼》

国际监管风暴下的 企业合规预警 综述

作者/龚乐凡



合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3666
lefangong@zhonglun.com



当今世界正在经历百年未有之大变局，逆全球化趋势加剧，新冠疫情全球肆虐，单边主义、保护主义的抬头，导致全球国际化循环明显弱化，中国企业面临的外部环境日趋复杂。要想突出重围，有效维护企业的核心利益，实现企业行稳致远，中国企业必须将风险防范、提高国际竞争力放在企业战略的核心地位，增加企业的综合实力和抵御风险的能力。

合规本身，无论是在中国还是国外，对于企业的运营和可持续发展都至关重要，面对强监管的环境，企业的不合规行为不仅仅会遭至巨额罚款、吊销证照、甚至刑事追责，企业声誉一落千丈；而中国企业的国际生存环境又随着中美关系的变化和“去全球化”的现象变得更具有挑战，某些国家实施对中国企业的围堵所采用的常见的方法，就是祭出法律合规“武器”。另外，一旦触发合规风险，高管也是最有可能被追责的对象。美国司法部曾经表示：“将用一切手段和资源来调查国际交易中的相关犯罪活动，包括针对所涉公司和高管个人提起诉讼。”会给高管带来个人刑事责任的美国法律法规包括《美国反海外腐败法》、《国际紧急经济权力法》、《出口管制条例》、《2018年出口管制改革法案》、《商业秘密保护法》等。鉴于美国已于110个国家和法域缔结了双边引渡条约。结合引渡条约与美国的“长臂管辖”原则，美国司法机关可在上百个国家和地区对相关责任人进行逮捕和通缉。

早在2018年底，发改委就曾对中国企业提出了高标准的合规期待，要求“企业开展境外投资，应确保经营活动全流程、全方位合规，全面掌握关于市场准入、贸易管制、国家安全审查、行业监管、外汇管理、反垄断、反洗钱、反恐怖融资等方面的具体要求。”¹

本文将探讨知识产权、出口管制、反腐败、反洗钱、反垄断这五大可能涉刑的合规风险点，也会通过高管在境外被抓捕的案例探讨个人层面所面临的责任风险。



1. 发改委：《企业境外经营合规管理指引》(下称《指引》)

1 / 知识产权合规风险

2018年11月,美国司法部“中国行动计划(China Initiative)”正式启动。针对该计划,DOJ在于2020年2月召开的“中国行动计划大会(CHINA INITIATIVE CONFERENCE)上”表示:“中国的经济进攻威胁到美国的技术和知识产权,美国未来会将盗窃知识产权和技术等商业秘密的行为作为执法重点。”

根据《美国法典》第18章第1832条(18 U.S. CODE § 1832),盗窃商业秘密的行为是指行为人意图或者明知该行为会伤害商业秘密拥有者的利益,行为人仍试图将相关产品或者服务的商业秘密用于州际或者对外贸易以获取经济利益的行为,包括:

1	窃取、擅自挪用、获取、携带、隐瞒或者通过欺诈、诡计、欺骗等手段获取信息的;	除另有规定外,处以罚款或/和不超过十年的监禁。 ²
2	未经授权用抄写、复制、画草图、绘图、拍照、下载、上传、修改、销毁、影印、传播、递送、发送、邮寄、通讯或告知相关信息的;	
3	接收、购买或拥有该等信息,但明知该等信息已被窃取或盗用、获取或未经授权而转换;	
4	企图犯第(1)至第(3)款所述的任何罪行;	
5	与一名或多名共谋,犯第(1)至(3)段所述的罪,并且由一名或多名行为人作出任何行动以达到其共谋的目的,	

例1.1: 华人教授在美国获罪18个月, 罚款近48万美金

2020年9月,华人科学家、教授张某因窃取并贩卖商业机密的行为而被美国法院正式定罪,被判18个月有期徒刑,罚款近48万美金。此前,张某在2015年受邀至美国凤凰城参加会议时,在洛杉矶机场

2.18 U.S. Code § 1832(a) - Theft of Trade Secrets

处被美国FBI拘捕。同年被起诉违反了《美国法典》第18章第1832条有关盗窃商业秘密的相关规定。根据美国司法部的声明, 张某曾与多人筹划并实施了从两家美国公司窃取商业机密的计划, 与其同事共谋窃取价值极高的芯片科技且通过一家开曼空壳公司出售。张某承认了检方部分关键证据的真实性。³

近来, 中国企业和科学家已然成为美国商业秘密诉讼打击的主要对象, 仅在2020年5月, 就有多名华人科学家被捕或被判刑, 这些科学家们的研究方向集中在生物医药、芯片、半导体等核心竞争领域。无论是企业还是企业家、核心研发人员都应提前做好准备, 搭建起完备的商业秘密合规体系, 提前开展FTO (FREEDOM TO OPERATE) 尽职调查, 对企业自身的权利和义务做到清晰了解, 这样才能安全稳当地开展海外业务。

案例1.2: 华人工程师窃取知识产权机密被美国司法部通缉

根据美国司法部的调查, 2014年8月, YAO入职一家芝加哥制造厂商, 于2014年9月就已经下载了3000份公司机密文件其中包括技术文件、软件代码以及软件的使用方法。在他下载了文件后的大约一年的时间里, YAO利用其非法下载的这些商业机密, 主动寻求与一家中国公司的“合作”, 经过协商后最终接受了该公司的录用通知。据查, 该中国公司是一家提供远程信息处理服务的公司。2017年11月, 美国司法部对YAO某提起与盗窃商业秘密有关的9项指控, 指控其违反美国法典第18章第1832条有关盗窃商业秘密的相关规定。美国司法部有理由相信YAO现在居住在中国境内。⁴

“YAO某案”的起诉时间虽然早于前述美国司法部“中国行动计划”(China Initiative)的启动, 但该案在事实和法律层面都具有一定的典型性, 笔者认为有必要就此案提醒中国企业高管在聘用过程对进行员工背景审查, 尤其是知识产权类岗位。时至今日, YAO某仍在被美国司法部通缉中, 一旦被捕, 等待他的可能是最高长达10年的监禁。

虽然中美之间没有引渡协议, 但是, 2020年1月15日中美双方签订的第一阶段《中美经贸协议》1.8条第二款中约定: “中国的刑事程

3. <https://www.justice.gov/usao-ndca/pr/chinese-citizen-sentenced-economic-espionage-theft-trade-secrets-and-conspiracy>

4. DOJ Official Website: *Newly Unsealed Federal Indictment Charges Software Engineer with Taking Stolen Trade Secrets to China*
<https://www.justice.gov/opa/pr/newly-unsealed-federal-indictment-charges-software-engineer-taking-stolen-trade-secrets-china>

序和处罚应至少将出于非法目的,通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为,以及未经授权或不当使用计算机系统的行为列为禁止行为。”上述案例中YAO的行为明显属于“盗窃商业秘密”,未来此种行为是否会导致其在中国境内受到中国司法机关的处罚还需要等待中美进一步谈判的结果。

值得注意的是,虽然司法部并没有起诉“经过协商雇佣”YAO的这家中国公司,也未对该公司负责招聘YAO的管理人员提起诉讼,但根据第一阶段《中美经贸协议》,未经授权使用计算机系统的行为属于禁止行为,如果继续使用可能会触发国内刑事程序。那么,该中国公司招聘者明知应聘者所拥有的技术是被盗的商业秘密还依然雇佣YAO成为该公司员工的这一行为是否会触发国内刑事程序?直接负责招聘的管理人员是否也可能因为“共谋”而面临个人责任风险?前述问题在我们的司法实践中已经碰到,这些风险值得高度关注。

2/ 出口管制和经济制裁合规风险

受到逆全球化和贸易保护主义的影响,尤其在因中美贸易摩擦争端导致的紧张态势下,中国企业出海贸易和投资受到他国基于国家安全、地区安全以及本国政治外交的目的而遭至管制、甚至制裁的风险日益渐增。以美国法为例,根据最新的《出口管制改革法案》(ECRA),违反出口管制相关法律的处罚既包括行政上的处罚(包括民事罚金、进出口禁令、禁止从事BIS相关业务等)和刑事上的处罚。刑事处罚以每次处以100万美元的罚款,涉案高管也有可能面临最高20年的监禁,刑事罚金和监禁二者可并处。

针对出口管制,美国已经形成一套由商务部、国防部、国土安全局、司法部、国务院和财政部、国家情报总监等国家机关协同合作的全面监管执法体系。美国法项下的出口管制法律体系严密而复杂,主要包括:《出口管制改革法案》(ECRA)、《出口管理条例》(EAR)、《武器出口管制法》(AECA)、《国际武器贸易条例》(ITAR)、《国际紧急经济权力法案》(IEEPA)等。受到管制的物项包括:

1	处于美国境内的所有物项, 包括美国自由贸易区和从美国过境的物项;
2	所有原产于美国的物项, 无论位于世界何地;
3	含有受管制美国原产商品的外国制造商品, 含有受管制美国原产软件的外国制造商品, 含有受管制美国原产软件的外国制造软件和含有受管制美国原产技术的外国制造技术;
4	使用美国原产技术或软件直接生产的特定外国制造产品;
5	美国原产的技术或软件直接生产的产品, 但该产品由美国境外的工厂生产或主要部分位于境外的工厂制造。 ⁵

与出口管制以物项 (ITEMS) 为核心的管辖不同, 经济制裁主要以交易 (TRANSACTIONS) 为核心; 主要机构为美国财政部海外资产管理办公室 (OFAC)。同样的, 基于经济制裁而导致的处罚也有可能上升至刑事责任。违反相关法律, 最高可能面临每次违反100万美金的罚款或者20年的刑事监禁。如果涉及到毒品交易相关的经济制裁, 根据《外国毒枭认定法》, 最高可达每次500万美元的罚款或者35年刑事监禁。⁶

2019年7月23日, 美国司法部因“涉嫌为朝鲜军事提供帮助”起诉了辽宁丹东鸿祥公司和该公司4名高管, 其中包括公司负责人马晓红以及公司总经理、副总经理和财务总监。美国司法部的起诉书中提到, 该进出口贸易公司多年来利用20多个空壳公司作为掩护, 持续向多个被美国制裁的朝鲜公司提供帮助。针对此案, 美国司法部助理部长的评论是“任何想要通过美国银行系统从事有关被制裁的大规模杀伤武器的中国企业都需要三思而后行; 此案也展现了美国司法部将不遗余力地利用一切刑事手段去发现并起诉非法金融交易并实施美国制裁的决心。”

案例2.1: 跨国公司中国高管违反《国际紧急经济权力法》被判一年监禁

2012年12月20日, 美国某涂料巨头上海的子公司的一名常务董事王某因违反IEEPA被美国法院判处其一年监禁, 支付10万美元罚

5. 中国贸易救济信息网《2019年美国出口管制及经济制裁回首与展望》, <http://www.cacs.mofcom.gov.cn/article/flfwpt/jyjdy/zjdy/202001/161941.html>

6. ICLG.com USA: Sacntion 2020

金,及提供500小时社区服务。⁷

针对王某案的调查由美国商务部主导, 据查, 王某在2006年6月至2007年3月之间, 违反美国禁运规定, 在未依法事先取得商务部的出口许可的情况下, 密谋向巴基斯坦杰什玛2号核电站(CHASHMA 2 NUCLEAR POWER PLANT) 出口及转出口了特制的高性能环氧树脂涂层。

进入司法程序后, 当时负责的联邦检察官MACHEN表示: “此次起诉(指王某案) 展现了我们会向那些为了追求公司利润而危害国家安全的公司主管们追究个人责任的决心。” 王某于2011年6月在亚特兰大机场被逮捕, 随后被转移到华盛顿特区, 并于2011年11月向美国司法部认罪。⁸

案例2.2: 通讯公司被列入实体清单, 因不履行和解协议导致“封杀”

美国出口管制项下的清单管理制度中, “实体清单”(ENTITY LIST) 是最为严格的一种。截止到2020年5月, 据不完全统计, 已有**超过200家**中国企业被列入美国“实体清单”(ENTITY LIST)。若美国政府认定相关企业从事违反美国国家安全或外交政策利益的活动, 经由美国商务部、国务院、国防部、能源部和财政部所组成的“**最终用户审查委员会**”(END-USER REVIEW COMMITTEE, ERC) 对最终用途和最终用户进行审议、多数票同意后, 可将该企业列入“实体清单”。对于所有与受EAR管辖的原产于美国的产品(简称“美国产品”) 相关的业务, 若涉及“实体清单”(ENTITY LIST) 内企业, 均需获得美国商务部产业与安全局的许可。⁹

在轰动一时的“某知名通讯公司被列入实体清单事件”后, 该公司经过协商于2017年3月与美国商务部达成和解协议, 除了支付罚金外, 还承诺将解雇涉案的4名高级雇员, 并处罚35名相关员工。2018年4月16日因该通讯公司未如实履行和解协议, 构成虚假陈述, 美国商务部宣布7年内禁止美国企业向该公司销售零件。

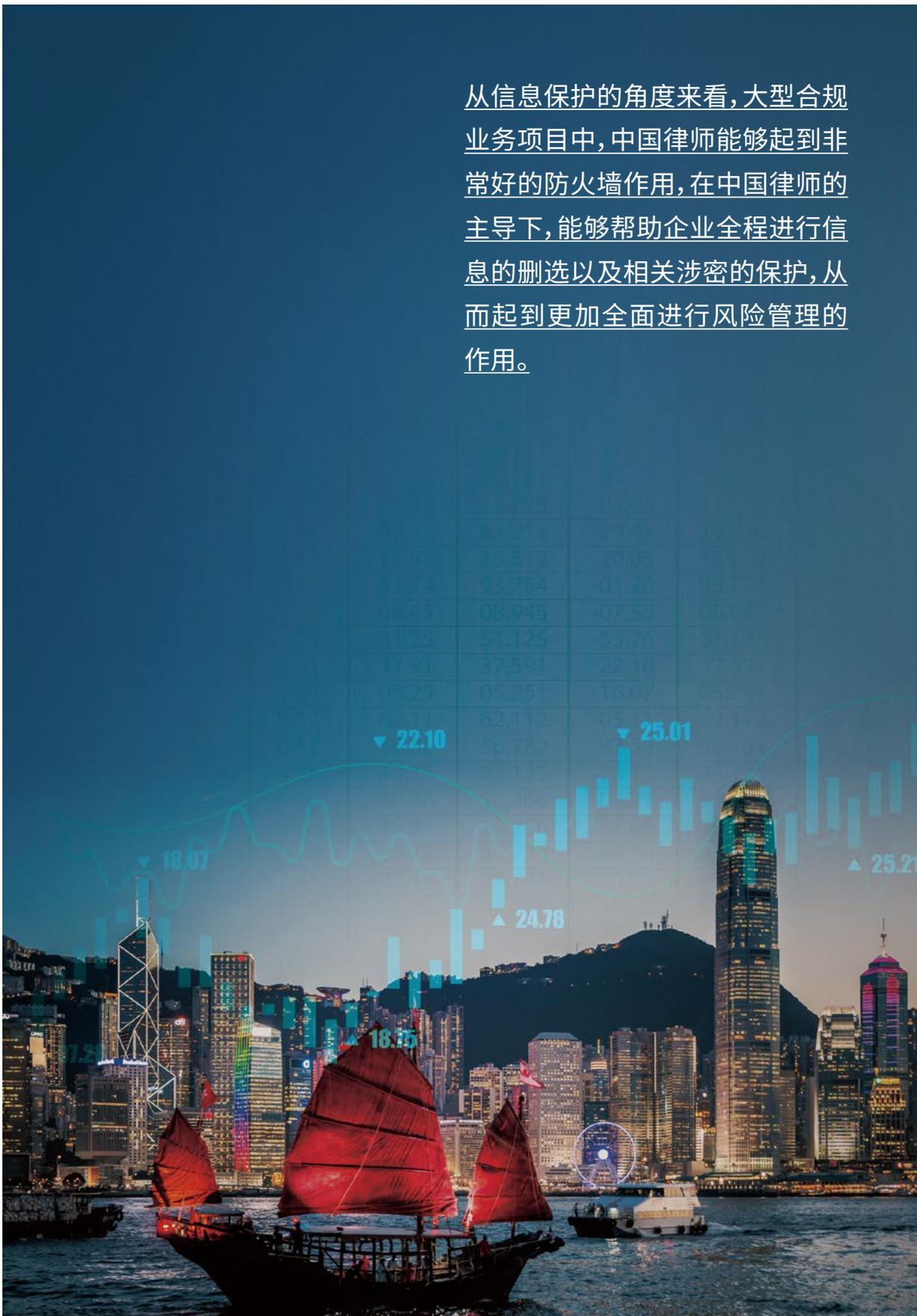
为了解决生存危机, 2018年7月13日, 该公司向美国缴交14亿美元罚款及保证金, 美国商务部正式解除对该公司的出口禁令, 宣

7. BIS DOJ Press Release - December 20, 2012

8. Former PPG Manager Sentenced Over Export to Pakistan Nuclear Plant <https://www.wsj.com/articles/SB1000142412788732377204578191674061514836>

9. Deloitte, Trade Advisory Newsflash

从信息保护的角度来看,大型合规业务项目中,中国律师能够起到非常好的防火墙作用,在中国律师的主导下,能够帮助企业全程进行信息的删选以及相关涉密的保护,从而起到更加全面进行风险管理的作用。



布其可重新向美国公司购买零件，恢复正常生产。此外，这家公司还必须接受由美国选择的合规团队进驻企业内部，并且在30天内更换董事会和高管团队¹⁰。若未来发生其他违规事件，其仍有被禁售长达10年的风险。

国资委研究中心曾发文称：某通讯公司“在欧美国家缺乏法律意识和保密意识，相关应对行为非常愚蠢和被动。”“二次封杀”以及“高管大换血”事件的直接导火索就是企业高层缺乏合规意识，在达成和解协议后依然疏于履行，这一行为被认定为虚假陈述。

这次事件给众多正在面临审查或者可能因违规行为需要与目标国谈判的中国企业上了一堂生动的实践课。当企业违反了目标国相关法律导致调查和处罚后，企业与目标国政府机关的和解协议中不可避免地会涉及对涉案高管个人的处罚。此时注重“契约精神”，依约履行和解协议条款至关重要。一旦忽视，极有可能导致非涉案高管“背锅”，造成企业更大范围的人员损失。

◆出口管制下的两用物项 (DUAL-USE ITEMS) 合规

实践中，我们注意到与“两用物项” (DUAL-USE ITEMS) 有关的合规在企业跨境投资贸易中经常容易被忽略。跨境投资贸易的术语中，DUAL-USE ITEMS是指主要具有商业效用、又具有潜在军事及其他战略用途的物项。

美国商务部指出，在涉及到国家安全、区域稳定、外交政策、导弹技术、化学与生物武器和恐怖主义等相关因素时，出口两用物项也需要获取许可证。即使不需要许可证，企业也应当在出口前，了解该物项的最终用户以及基于最终用途的相关管制规定。¹¹

美国法项下有关两用物项 (DUAL-USE ITEMS) 的详细规定可详见于《出口管理条例》(EAR)。确认某一特定两用物项是否需要获得出口许可，首先需要确认其是否属于《商业管制清单》(COMMERCE CONTROL LIST, 下称CCL) 的范围。列入《商业管制清单》的项目在出口前需要许可证，分为十大类别和五个组别：

10. 网易科技，中兴被罚10亿美元逃过生死劫，回顾中兴事件始末。
<http://tech.163.com/18/0608/09/DJP5JA72000981EO.html>

十大类别		五个组别	
1	核相关项目及杂项	A	系统、装备和组件
2	化合物、微生物和毒素	B	测试、检测与生产装备
3	材料加工	C	材料
4	电子产品	D	软件
5	电脑	E	技术
6	PT-1电信;PT2 -资讯保安(加密)		
7	传感器和激光		
8	导航和航空电子设备		
9	船舶(船舶、推进和设备)		
10	推进系统、太空飞行器(包括飞机和飞机引擎)		

没有列在CCL上的物项被指定为EAR99,通常由低技术或者消费品组成,除非出口到被禁运的国家、受限制的一方或最终用于受限制的,一般而言不需要获取许可证。

3 反腐败合规风险

美国反海外腐败法(下称,FCPA)禁止用商务腐败的手段为自己获取,或者向他人介绍业务的行为,包括促成任何报价,付款,付款承诺以及授权以金钱或者任何其他有价值的形式支付他人(不仅限于支付财物);主要包含两个部分:一是反贿赂条款,禁止“发行人”(Issuers)、“美国国内利益相关主体”(Domestic Concern)以及在美国境内行事的外国个人或实体为获得或保留业务而行贿外国官员;二是会计条款,要求“发行人”制作并保存准确的账簿和记录,并设置保持合适的内部控制制度。

FCPA的可适用主体非常广泛,主要有以下三种主体:①所有美国公民和②部分在美国注册或被要求提交FCPA相关报告的外国公司以及③在获取商业机会或者维持经营的过程中,直接或者通过代理人间接实施美国境内腐败支付行为的公司和个人。¹²

11. Dual Use Export Licenses
<https://www.bis.doc.gov/index.php/licensing/forms-documents/.../91-cbc-overview>

12. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

2018年11月1日,美国时任司法部长杰夫·塞申斯(Jeff Sessions)宣布,美国司法部启动“中国行动计划”(China Initiative),并明确计划目标是反制其所认为的中国对美国国家安全造成的威胁。调查跟进与美国企业存在竞争关系的中国公司所涉及的FCPA案件是该行动计划的主要目的之一。据路透社的报道,三年前曾因违反美国出口管制规则而受到制裁的中国某通讯公司正成为美国司法部一项新的贿赂调查的对象,调查的重点是该公司涉嫌向外国官员行贿,以在其全球业务中获得优势¹³。

2020年7月,美国司法部和美国证券交易委员会(SEC)发布了第二版《美国反海外腐败法资源指南》。与第一版相比,第二版将更多的美国国家机关(例如联邦调查局、国土安全调查局和金融犯罪执法局等)纳入执法主体,也强调了美国将与德国、英国、巴西、法国、瑞士和荷兰等政府展开紧密合作。这就意味着,中国企业必须将在海外营商的反腐工作提升至全球合规的高度,否则很有可能遭至多国的联合执法,付出较大的代价。

案例3.1:从华信能源高管何志平因违反FCPA在美被判3年监禁看长臂管辖

因涉嫌谋划、参与两起国际范围内的行贿行为,2017年底,美国司法部以1项串谋违反FCPA、4项违反FCPA等八项罪名起诉何志平。2019年3月,何志平被美国纽约南区法院判处3年监禁。由于何志平本人曾担任香港特别行政区民政局局长,其本人又是著名的眼科医生,该判决一出,受到了世界范围内华人的广泛关注。**其中最引人关注的是:何志平本人不是美国国籍、又未曾在美国定居,为何美国有权控告其将其在纽约逮捕并控告其违法?**

这也是该案的一个主要争议点。纽约南区法院在撤销何志平方(被告方)动议(Motion to Dismiss)的裁决中明确指出:由于何志平并不是美国公民,他本人并不满足“美国国内利益相关主体”(Domestic Concern)这一要求。然而,何志平所服务的华信能源下设非盈利组织(NGO)中华能源基金会在美国设有办公处,属于FCPA项下“美国国内问题”(Domestic Concern)的管辖范围。美国

13. China's ZTE subject to new U.S. bribery investigation, NBC News says
<https://www.reuters.com/article/us-usa-zte-justice/chinas-zte-subject-to-new-us-bribery-investigation-nbc-news-says-idUSKB N2102BW>

法院因此对该NGO的职员、董事、雇员和代理人拥有管辖权。¹⁴何志平作为该基金会的秘书长,也应当受到美国法律的约束。

此外,美国司法部在起诉书中提到,何志平向行贿对象的转账时,其中的一笔资金在汇款时通过了纽约某家商业银行。这一“通过美国金融机构”的行为也足以让美国法院以该行为构成最小联系(Minimum Contact)为由对其行使长臂管辖。

案例3.2: 阿尔斯通“美国陷阱”

2013年4月14日,阿尔斯通锅炉部全球总裁皮耶鲁齐因涉嫌贿赂印尼官员以获取商业利益,违反FCPA被美国联邦调查局探员逮捕,随后入狱。2018年9月,皮耶鲁齐走出监狱,恢复自由。正如皮耶鲁齐在《美国陷阱》一书中提到,即使他自己与这起贿赂事件没有关系,并且已经在阿尔斯通的内部审计中澄清了自己,他依然难逃其责。这一“躺着中枪”的事件引起了众多从事海外贸易或者投资的跨国企业高管的重视。

事实上,美国司法部针对“阿尔斯通腐败案件”的调查早从2009年就已着手开始,在调查过程中,阿尔斯通集团持续隐瞒真相,用其所谓的“合规计划”作为掩饰,暗中却依然通过所谓“中间人”来行贿。经过多年的调查,美国司法部认为,“阿尔斯通的腐败计划持续了数十年,横跨多个大洲,必须要有人来承担责任,以示惩戒。”皮耶鲁齐在书中说道:“美国司法部追诉跨国公司的高管,甚至会把他们送进监狱,强迫他们认罪,从而迫使他们的公司向美国支付巨额罚款。”笔者对这一观点持保留态度,但不可否认的是,实践中的确存在某些国家将“法律”用作遏制竞争,打压其他国家公司的风险。

14. <https://www.justice.gov/opa/press-release/?le/1012531/download>

4 反洗钱项下的合规风险

据ACFCS (ASSOCIATION OF CERTIFIED FINANCIAL CRIME SPECIALIST) 2020年1月的统计,2019年全年,全球范围内一共处罚了58次反洗钱不合规行为,罚款总计高达81.4亿美元,与2018年(29次处罚总计42.7亿美元)相比,无论数量还是金额上,都呈现出翻倍增长的态势。¹⁵其中,美国监管机构最为活跃,共处以25笔罚款,总计22.9亿美元。

全球反洗钱监管的不断加码,涉嫌洗钱活动不仅仅会导致企业收到“巨额罚单”,还可能直接被监管机关吊销营业执照;涉案高管也很可能面临起诉、调查;情节严重的,还有可能被禁止从业,断送职业生涯,甚至触发刑事程序、面临牢狱之灾。如2016年2月,西班牙税务部门、警方以及欧洲刑警组织的调查显示,中国某银行马德里分行涉嫌卷入了一个犯罪团伙的资金往来。西班牙内政部称,该团伙通过马德里分行进行资金操作,涉嫌汇款的总额高达4000万欧元,但该银行并没有对资金的来源进行仔细审查。该银行的5名分行领导及部门负责人已被送至警察局接受调查。

案例4.1:某中资银行米兰分行和解洗钱案,获60万欧元罚款,4员工获刑

2017年2月,某中资银行的米兰分行与当地监管机关达成60万欧元罚款的庭外和解协议,4名该中资银行的员工因洗钱罪获刑2年,缓期执行。

事实上,早在2011年和2012年,该中资银行就已收到意大利司法机关的通知,要求其就所办理的中国转汇款业务进行合规性配合调查。一名佛罗伦萨检查官指出,检方在—项名为“金钱之河 (River of Money)”的调查行动中发现,2006年至2010年间,主要居住在佛罗伦萨和附近普拉托的中国人从意大利向中国走私了超过45亿欧元,在这项调查行动中,检方重点调查了该中资银行与一家转账服务公司Money 2 Money (M2M) 的关系。¹⁶

15. Brian Monroe: *Fincrime Briefing: AML fines in 2019 breach \$8 billion, Treasury official pleads guilty to leaking, 2020 crypto compliance outlook, and more.* <https://www.acfcs.org/fincrime-br>

[iefing-aml-fines-in-2019-breach-8-billion-treasury-official-pleads-guilty-to-leaking-2020-crypto-compliance-outlook-and-more/](https://www.acfcs.org/fincrime-br)

16. Bank ** pays 600,000 euros to close Italy money laundering case, <https://www.reuters.com/article/bankofchina-italy-idUSL8N1G25RB>

案例4.2: 某中资银行因银行反洗钱工作不合规在美国被罚款 2.15亿美元

根据纽约州金融服务局 (DFS) 长达数年的调查¹⁷, 从2013年起, 该中资银行的纽约分行即使在收到DFS告知“在建立起更完善的合规体系前, 不要增加美元清算交易量”的警告后, 其通过境外关系银行 (Foreign Correspondent Account) 进行的美元清算交易的数量仍在不断大量增长。由于恐怖组织和其他罪犯很可能利用这些交易从事其他违法活动, 这些交易中存在着严重的风险。

随后在2014年和2015年, 这家中资银行仍然继续有意忽略DFS的警告, 且该银行当时的合规工作都无法满足最基本的金融机构所应达到的合规要求。除此之外, DFS在调查中了解到, 该银行的首席合规官 (Chief Compliance Officer) 曾多次向纽约分行的管理层严肃提出对相关风险的担忧并且告知管理层应当对可疑的交易活动进行内部审查; 却被管理层压制并限制了这位首席合规官的独立性, 最终迫使其离职。

2016年11月, 纽约州金融服务局 (DFS) 对该中资银行违反纽约反洗钱法规、掩盖了相关可疑金融交易, 对其处以2.15亿美元的罚款并要求该银行应当立即采取措施纠正违规行为, 建立起独立的反洗钱监控系统并向DFS报告。

跨境洗钱犯罪的常态化必然带来更多的国际监管合作, 由于各国的法律、行政管理运营以及金融体系间存在较大的差异, 为了共同打击对抗洗钱、恐怖融资、大规模杀伤性武器扩散融资, 反洗钱金融特别行动工作组 (FAFT) 建议各个国家可根据本国国情来制定相应的措施, 这些措施应当包含:

- (1) 识别风险、制定政策并且进行国内协调;
- (2) 打击洗钱、恐怖融资和扩散融资;
- (3) 在金融业或者其他特定行业中实施预防措施;
- (4) 明确相关部门 (如调查、执法和监管部门) 的权利与职责范围, 同时确定其他制度性的措施;
- (5) 提高法人和法律安排的受益所有权信息的透明度和可获取度;
- (6) 促进国际合作。

17. DFS Fines ** Bank \$215 MILLION for violating Anti-Money Laundering Laws and Masking Potentially Suspicious Financial Transactions

https://www.dfs.ny.gov/reports_and_publications/press_releases/pr1611041

以跨境股权代持为例,由于在避税天堂设立公司并结合复杂的股权代持架构较容易达到洗钱或者逃税的目的,在《打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准:FATF建议》中要求:“应当采取措施防止法人被洗钱和恐怖融资活动滥用,应当确保主管部门可以及时掌握或获取法人受益所有权和控制权的充足、准确和及时信息。特别是在允许法人发行不记名股票或不记名股权证,以及允许名义股东和名义董事存在的国家,应当采取有效措施,确保此类法人不被洗钱和恐怖融资活动滥用。”

此外,网络犯罪频发、区块链等新兴技术在金融领域的广泛应用也使得加密货币领域反洗钱监管力度在2019年上升到新的高度。继美国、欧洲相继收紧加密货币反洗钱规范之后,2月27日,香港财政司司长陈茂波在周三的年度预算演讲中表示,“香港可能很快会加强对加密货币领域的监管,以更好地符合国际反洗钱规范。”¹⁸

2019年全年,全球范围内一共处罚了58次反洗钱不合规行为,罚款总计高达81.4亿美元,与2018年(29次处罚总计42.7亿美元)相比,无论数量还是金额上,都呈现出翻倍增长的态势。

¹⁸ CoinON: 香港欲加码加密货币洗钱监管,全球将一致行动打击加密货币“黑市流通”价值
<https://www.coinonpro.com/news/toutiao/105671.html>

5 反垄断合规

在进行反垄断执法时,美国政府常常会采取联合行动的方式,主要参与执法的部门有:(1)司法部反垄断部门——刑事和民事执法;(2)联邦调查局——调查反垄断犯罪;(3)联邦贸易委员会——民事执法。企业不合规的行为不仅可能让企业遭至巨额罚款,严重的还会触发刑事程序,使相关负责的高管被判刑。

早在2012年3月,美国司法部就曾与隶属于日本某世界级汽车集团的世界第一大汽车零部件供应商电装公司达成了一项与反垄断指控相关的认罪协议,达成这项认罪协议的重要条件之一是该公司高管NORIHIRO IMAI接受为期一年的刑事监禁。此外,公司还需向美国政府支付7.8亿美元刑事罚金。¹⁹

美国法项下的反垄断法大体上分为联邦法和州法,由于州法的适用范围较为局限,本文在此仅讨论联邦层面的法律。简而言之,反垄断相关法律禁止企业开展不合理地剥夺消费者竞争利益,从而导致产品和服务价格上涨的商业行为。美国联邦政府主要依据的反垄断法有三部:

法律名称	主要规制内容	是否有刑事责任
《谢尔曼法》	禁止所有不合理地限制州际和对外贸易的合同、合并和阴谋;其中包括了竞争对手之间用以确定价格、分配客户的协议。此外,该法还规定,垄断州际贸易的任何部分都是犯罪行为。当只有一家公司控制了某一产品或服务的市场,且通过反竞争行为来抑制竞争时,就存在非法垄断。	有(违反该法案的个人最高可被罚款100万美元,并处最高10年监禁;违反该法案的公司每项罪名最高可被罚款1亿美元。)
《克莱顿法》	禁止可能削弱竞争的合并或收购。根据该法案,所有考虑合并或收购超过一定规模的人必须通知反托拉斯部门和联邦贸易委员会。	无
《联邦贸易委员会法》	禁止州际贸易中的不公平竞争方式。	无

19. *Denso Exec Agrees to Plead Guilty in Price-Fixing Case*, <https://www.autonews.com/article/20120326/OEM10/120329924/denso-exec-agrees-to-plead-guilty-in-price-fixing-case>

20. *DOJ: Antitrust Laws and You*, <https://www.justice.gov/atr/antitrust-laws-and-you>

企业反垄断合规风险并不总是偶发的，主动或被动参与签订垄断协议的企业也不在少数。实践中企业销售部门或者市场部门等一线业务部门因为业务压力与竞争对手签订横向垄断协议或者强迫下游经销商、代理商接受以最低价格销售产品等行为都可能触发反垄断合规风险。

6 如何做好跨境战略合规？

鉴于日趋复杂的国际营商环境，企业合规和制裁正在逐渐成为大国竞争和反制的战场，企业和高管个人也有面临刑事责任的风险，切不可对中资企业在海外触犯他国法律法规的行为视为不见。更具前瞻性的处理方式是将“跨境合规”列入企业的战略性方针，用法律为产品和服务背书，以前瞻性思维做好预案，确保企业的长期竞争优势。

以世界知名的科技企业英特尔公司为例，和其他科技企业（例如微软、AT&T）一样，英特尔也曾经一度因面临大量反垄断责任风险而困扰。从20世纪初期起，为了最大程度减少反垄断诉讼给企业带来的损失，**英特尔设立了专项合规计划、主要措施包括：(1) 大范围地对员工（从管理层到一线）进行反垄断法长期持续性的合规培训**，不仅包括法律法规的学习，还囊括了对实践中模糊领域的专题分析等；**(2) 企业合规部门有权对可能违规的行为进行实质调查**：允许其在不给予警告的情况下，查封相关人员的电子邮件、电子存储设备、纸质文件等。同时，合规部门还可以**就调查结果对所涉及到某一具体业务中不合规行为的相关人员（包括高管）进行询问**。这种强大的监控功能可以很好地起到对高管及员工了解严格合规价值的教育作用。²¹

当企业有意识地开始对可能触发违规风险的商业活动进行自查，就不可避免地涉及到对海量的业务合同进行审查。牵一发而动全身，通过商业网络串联起来的合作伙伴也无法独善其身。不过需要注意的是，并非任何与企业发生交易的主体都可以被定义为商业合作伙伴，这需要结合作紧密程度、重要性、企业战略等多重因素来考虑。

作为想要开拓国际市场的中国企业，合规的概念已然超越仅仅

21. Robert C Bird, Strategy and the leveraging of legal resources

满足法律法规,更重要的是要符合国际市场对企业的预期。一旦面临诉讼风险,企业必须第一时间行动起来,借力专业的跨境争议解决团队,主动积极应对,以免因不作为导致陷入被动的局面,甚至造成缺席判决的后果。

因此,企业在推进国际业务时,必须对境内外的合规要求和动向保持高度警觉,通过外部专业的法律团队,密切关注外部环境(包括法律环境和社会环境)的变化,提前“扫雷”,主动寻求法律部门或外部律师的合规意见,共同评估各项核心业务在不同法域的风险值,从而机动灵活地调整合规手段,做好预案。

就上文提到的某通讯公司遭至两次制裁的案例来看,也存在着企业由于将合规事项交予外国律师主导而造成商业信息泄露,导致较严重的后果。所以我们认为,从信息保护的角度来看,大型合规业务项目中,中国律师能够起到非常好的防火墙作用,在中国律师的主导下,能够帮助企业全程进行信息的删选以及相关涉密的保护,从而起到更加全面进行风险管理的作用。只有企业内部建立起多法域、全方位、强监管的合规体系,才能够在国际市场上应对各种突发事件与“合规危机”,并在跨境投资贸易中赢取目标国合作方和监管机关的信任,拥有良好的口碑和商誉,并且保护好自己的高管和员工。

美国国家安全审查新规 对跨境并购交易产生重大影响

作者/张国勋 王大坤



高级顾问
公司一部
北京办公室
+86 10 5957 2288
zhangguoxun@zhonglun.com



2020年3月6日,美国总统特朗普发布行政令,基于美国国家安全的考量,禁止北京中长石基信息技术股份有限公司对美国特拉华州公司STAYNTOUCH的收购。该行政令要求中长石基于该总统令发布120天(如经核准,可延长最多90天)之内完成对STAYNTOUCH相关权益的全部剥离;且剥离期间交易双方应每周向美国外国投资委员会(COMMITTEE ON FOREIGN INVESTMENT IN THE UNITED STATES, “CFIUS”)报告行动进度及剩余时间表。这已经不是第一次,美国政府通过国家安全审查规则禁止中国企业开展涉美跨境并购交易。

此前,美国财政部(U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY)2020年1月13日发布《外国投资风险评估现代化法案》(FOREIGN INVESTMENT RISK REVIEW MODERNIZATION ACT, “FIRRMA”)最终实施细则,并于2月13日正式生效。2020年5月21日,美国财政部发布了一项拟议规则,以使CFIUS审查的强制性申报义务的触发要求与涉及关键技术的出口管制相连接,9月15日,该规则正式在《联邦纪事》上发布,自10月15日正式生效。随着FIRRMA法案及其最终实施细则的生效,中国企业跨境交易无疑会面临更为严峻的挑战。了解美国对外国投资进行国家安全审查的细节,将有效降低我国投资企业因无法通过美国国家安全审查而导致交易失败的重大风险。

1 / 美国国家安全审查制度

美国是世界上最早对外国投资实施国家安全审查制度的国家。1975年,时任美国总统福特签署《第11858号行政令》(EXECUTIVE ORDER NO. 11858),创设了专门机构国家安全审查专门机构-美国外国投资委员会(COMMITTEE ON FOREIGN INVESTMENT IN THE UNITED STATES, CFIUS)。CFIUS作为跨机构委员会,直接受命于总统,专门负责对外国人在美投资进行评估和审查,并对交易是否可以进行或附条件进行做出决定,目前由11个政府机构首脑和5个观察员部门组成,美国财政部部长任主席。

为了更好地实现国家安全审查制度,美国国会于1988年通过了《1988年综合贸易与竞争法》(OMNIBUS TRADE AND COMPETITIVE ACT OF 1988),即著名的《埃克森-佛洛里奥修正案》(EXON-FLORIO AMENDMENT),该法案授权美国总统可以从国家安全的角度调查外国收购、兼并、接管或入股美国企业,并规定如果总统认为必要时可以阻止相关交易。这一修正案被广泛认为是美国国家安全审查制度正式诞生的标识。

从CFIUS的历史上看,CFIUS有权审查任何可能导致外国人“控制”“美国企业”的“交易”。其中“控制”被CFIUS定义为“确定、指导或决定影响实体的重要事项的权力”,且该“控制权”并不仅限于多数股权,即使在少数股权投资中也可以存在“控制”。CFIUS将“美国企业”广义地解释为包括美国法人的实体或其他组织,以及以特定位置或针对特定产品或服务作为企业经营内容的实体。

CFIUS可以审查的“交易”类型多种多样,包括以股票或资产购买、债转股、目标为美国资产的外国交易、私募股权投资等交易,某些情况下甚至包括普通合伙人是美国独资公司和美国企业已存在其中的合资企业所进行的交易。审查的结果可能导致交易被暂停、阻止或修改,即使交易已经完成,CFIUS也依然有权对交易进行相应管辖。

传统意义上,对于“受管辖交易”(“COVERED TRANSACTIONS”),CFIUS将根据以下因素评估该交易可能对国家安全产生的风险:

◆**威胁 (THREATEN)**:外国收购者是否有能力或意图进行剥削或造成损害

◆**脆弱性 (VULNERABILITY)**:美国被投资企业 (TARGET BUSINESS) 的性质是否会导致美国国家安全受损。

◆**后果 (CONSEQUENCE)**:威胁与脆弱性的结合对美国国家安全造成的后果

2/ FIRRMA法案的主要内容及其对跨境交易的影响

2018年8月13日, FIRRMA法案经由美国总统特朗普签署成为正式法律;2020年1月13日, 美国财政部发布FIRRMA法案最终实施细则。FIRRMA法案对此前CFIUS的审查规则进行了多个关键更改:在实体上扩张了CFIUS的管辖权, 使其对更多交易类型具有审查权;规定了哪些交易需要强制申报;在程序上, 对CFIUS传统审查程序进行了改进和完善, 新设以“声明”(DECLARATION)为核心的简化申报程序, 以及确定了首批可以在特定交易类型中免除CFIUS审查的“例外国家”(EXCEPTED FOREIGN STATE)名单等。

(一) CFIUS的管辖范围

传统CFIUS的管辖权, 即“受管辖交易”(“COVERED TRANSACTION”)的类型由《1950年国防生产法》(DEFENSE PRODUCTION ACT OF 1950) 721节(B)款规定。“受管辖交易”被定义为任何外国人直接或间接参与的, 可能导致美国企业(U.S. BUSINESS)被外国人控制的交易, 其中“美国企业”指参与美国州际贸易的实体, 而CFIUS只管辖美国企业的州际贸易活动。

FIRRMA法案取消了“只管辖美国企业的州际贸易活动”的限制, 因此, FIRRMA法案生效后即使涉及非州际活动, 也允许CFIUS管辖, 甚至包括被收购企业的非美国资产。此外, FIRRMA法案还在原有“受管辖交易”定义的基础上新增了四类交易, 包括:

(1)外国人在敏感政府机构附近购买或租借或特许给外国人的房地产;

(2)对某些美国企业的“其他投资”,这些外国企业可以使外国人获得美国企业拥有的重要非公开技术信息,董事会成员资格或其他决策权;

(3)导致外国人控制美国企业或对某些美国企业进行“其他投资”的外国投资者权益的任何变更;

(4)旨在规避CFIUS管辖权的任何其他交易,转让,协议或安排。

结合此前CFIUS已有的管辖权,FIRRMA法案生效之后,以下交易类型均属于“受管辖交易”范围:

	主体	交易类型	交易结果	目标交易对象
1	任何外国人	-合并 -收购 -合资 -长期租赁	获得美国企业的“控制权”即指导或决定重要事项的权力。	任何美国企业
2	特定类型的外国人	-购买 -租赁 -在交易中获得优惠条件		美国的房地产: -位于空中或海上港口,或 -与某些敏感的美国政府设施,设施或财产紧邻或可用于收集情报或进行国家安全活动的情报 但不包括: -单一住房单元 -可能是“城市化地区”的房地产
3	特定类型的外国人	任何直接或间接的“其他投资”	有权访问重要的非公开技术信息,包括 -美国企业的董事会成员(或同等职位)或观察员,或; -除股权投资以外,参与任何美国的TID业务的决策 ²²	任何涉及以下方面的“非附属美国企业”(TID业务): -关键基础设施, -关键技术,或 -美国公民的敏感个人数据
4	权利的任何变更(如果该变更可能导致(1)或(3)类型的交易)			
5	设计或旨在规避CFIUS管辖权的任何其他交易。			

22.“TID美国企业或业务”(TID U.S. Business),是指涉及“关键技术”(Critical Technology)、“关键基础设施”(Critical Infrastructure)或“敏感个人数据”(Sensitive Personal Data)的企业或业务。涉及此三类的美
国企业或业务取其首字母后被统称为TID U.S. Business。

FIRRMA法案不仅扩大了CFIUS的管辖范围,同时增加了分析国家安全风险时应当考虑的因素,主要集中在保护敏感技术、保护美国国防物资供应链、保护敏感的个人信息和维护网络安全等关键领域。

值得注意的是, FIRRMA法案将从某些新的非被动、非控制性“受管辖交易”(上图中的类型(3))中排除某些私募股权类型的投资,当外国投资者仅作为被动的有限合伙人参与到一项合格的基金架构中时,该交易并不纳入试行监管的范围。具体包括如下情形:

(1) 由美国普通合伙人/经理独家管理的基金

(2) 基金的顾问委员会/委员会无法控制基金的投资决定或GP / 经理与投资组合公司有关的任何决定

(3) 外国有限合伙人不能:

- ◆ 控制资金(包括单方面解雇、选择或确定GP / 经理的薪酬)
- ◆ 访问任何重要的非公开技术信息
- ◆ 成为美国商业投资公司的董事会成员或观察员;或
- ◆ 参与任何美国企业组合公司的实质性决策

(二) CFIUS的审查程序

1. CFIUS的常规审查程序

FIRRMA法案保留了CFIUS原有的书面通知(NOTICE)申报制度,该流程主要是自愿的。交易双方通过提交“通知”来寻求CFIUS审查,并提供有关外国投资者,美国企业和交易的具体信息:包括附件,例如年度报告、交易文件、外国投资者的董事、高级管理人员和主要股东的某些个人识别信息,以及目标公司的美国政府合同等。

对于使用“通知”申报程序的交易, FIRRMA法案将CFIUS的初步审查期限从30天延长至45天,并允许在特殊情况下将调查延长15天,包括由美国情报机构进行为期20天的情报分析,即“国家安全威胁评估”(NATIONAL SECURITY THREAT ASSESSMENT, “NSTA”)。第二阶段则是进行为期45天的国家安全调查,最后则是15天的总统审查。因此,在CFIUS要求总统对交易进行审查的情况下,如果没有特殊情况触发延期,则完整的审查流程需要105天。常规CFIUS审核过程包括四个流程,如下所示。



根据最终规则，需要结合外国人的所有权结构、是否为以“关键技术强制性申报”目的，视为出口管制的“最终用户”及是否满足特殊例外情形来判断能否免除涉及关键技术交易的强制性申报义务。

步骤	内容
前期工作 (PRELIMINARY WORK)	<ul style="list-style-type: none"> ◆磋商:包括与CFIUS讨论以解释交易相关信息; ◆备案:在草案中提交联合自愿通知,供CFIUS工作人员审查。
45天初步审查(45-DAY INITIAL REVIEW)	<p>CFIUS审核“受管辖交易”是否会对国家安全造成潜在风险。</p> <ul style="list-style-type: none"> ◆CFIUS对交易启动NSTA情报评估; ◆CFIUS可能会结清交易或启动额外的15天调查。
45天调查(45-DAY INVESTIGATION)	<p>鉴于交易没有被备案方放弃,调查可能会导致对该交易的批准、禁止或交由总统进一步处理。</p>
15天总统审查(15-DAY PRESIDENTIAL REVIEW)	<p>总统有权决定批准、中止或禁止的交易。</p>

2.FIRRMA法案新设简化程序

FIRRMA同时通过创建“声明”这一流程提供了简化的审查程序。对于低风险交易,交易双方可自愿提交“声明”,CFIUS将酌情使用“基本威胁信息”(BASIC THREAT INFORMATION)评估用以代替传统的NSTA评估。通常,声明的基本信息不会超过5页,并以标准的可填写表格提交。收到申报后,CFIUS必须在30天内采取以下四项措施之一:

- 结束行动,赋予“安全港”(SAFE HARBOR),即确保一旦CFIUS和/或总统对交易表示允许,则该决定将是最终决定;
- 要求当事方提交完整申报;
- 通知当事方,CFIUS无法根据声明结束行动;
- 启动完整的常规审查程序。

3.FIRRMA法案实施细则确定首批“例外国家”

FIRRMA法案中指出,CFIUS对TID美国企业的相关交易之扩大管辖权不适用于“例外投资者”,即美国认为该国已经与美国就筛选

跨境投资是否存在威胁美国国家安全的相关事项建立了有效且稳健的程序,则该国投资者所进行的非被动、非控制型少数股权投资和房地产交易(但不包括“控制”型交易)可免于CFIUS的审查。而在FIRRMA实施细则中,美国财政部已选择澳大利亚、加拿大和英国作为最初的“例外国家”,这三个国家都是美国所谓的“五眼”(FIVE EYES)情报伙伴的成员。外国投资者想要享受“例外投资者”免除CFIUS审查的待遇,必须证明自己满足上述“例外投资者”的下列情况之一:

- 外国人,是“例外国家”的国民,且不具备其他非例外投资国家的双重国籍;
- “例外国家”的外国政府;或
- “例外国家”的外国实体。

综上,FIRRMA法案及其最终实施细则不仅对在传统的CFIUS常规审查程序做出了时限上的改变,还提供了其他审查程序的选项。由于中国并不在“例外国家”范围之内,所以对中国企业来说,如何应对常规的CFIUS安全审查,以及如何利用好新设“声明”的简化流程以快速通过审查得到“安全港”认证,对日后进行跨境交易有十分重要的意义。

(三) FIRRMA法案对自愿申报和强制申报的规定

FIRRMA法案最终实施细则增加了关于强制性与自愿性备案的规定,这也是对传统CUIUS程序重要的变更之一。

1. 强制申报

FIRRMA法案最终实施细则规定了涉及“关键技术”或外国政府获得“实质性利益”的交易的强制申报要求。对满足申报条件的企业,交易方须于交易交割前至少30日对该交易予以申报:

(1) 与“关键技术”相关的申报要求

2020年9月15日,美国财政部投资安全办公室于9月15日在《联邦纪事》上发布关于外国人在美国进行特定投资的最终规则²³(简称最终规则),使CFIUS审查的强制性申报义务的触发要求与涉及关键技术的出口管制相连接。根据最终规则,关于涉及关键技术的交易,

23. <https://s3.amazonaws.com/pub-lic-inspection.federalregister.gov/2020-18454.pdf>

交易方将不再需要考虑美国企业是否生产、设计、测试、加工、制造或开发与美国企业在美国从事或指定使用于27个敏感行业相关的关键技术,相反,强制性申报仅适用于外国投资涉及美国企业生产、设计、测试、加工、制造或开发需要美国监管机构许可才能出口,再出口,转让(在国内),或再转让给参与交易的外国人或其所有权结构中的某些当事方的关键技术²⁴。

具体来说,涉及TID美国业务的受管辖交易²⁵,该美国业务生产、设计、测试、加工、制造或开发一项或多项关键技术,而对于这些技术,出口,再出口,国内转让,或将此类关键技术转让给涉及交易的当事方和下列情形包含的外国人(出于关键技术强制性申报目的,被视为的“最终用户”),需要美国监管机构的许可:

I.通过该“受管辖交易”而直接控制该美国TID公司;

II.直接取得该美国TID公司中符合“受管辖投资(COVERED INVESTMENT)”条件的权益;

III.直接投资该美国TID公司,在该美国TID公司中的权益发生了变化,且该权利变化可能导致外国人发生“受管辖控股交易(COVERED CONTROL TRANSACTION)”或者“受管辖投资(COVERED INVESTMENT)”。

IV.成为任何故意规避《1950年国防生产法》第721节管辖的交易、转让、合约、安排中的当事方;或者

V.在上述I到IV条强制申报条件的情形下,个人持有或作为整体的一部分而使得整个集团持有美国TID公司的投票权。

·最终规则案例分析

交易场景	要求	简析
B公司是其主要营业地点在G国的实体,并由G国家的国民全资拥有。该公司对Z公司(一家设计了受EAR管制的关键技术的美国公司)进行了受管辖投资。根据EAR,要求将关键技术出口到G国需要许可证。15CFR 740.4的许可例外授权B公司在没有许可证的情况下将关键技术出口到G国。	需要强制性申报	EAR中15CFR 740.4的许可例外不构成最终规则规定的例外情形;如,若将EAR中15CFR 740.20(C)(1)中的许可例外授权B公司将关键技术出口到无许可证的G国,则不需要。

24.更新的关键技术包括:《国际武器交易条例》(ITAR)中列出的《美国军火清单》(以下简称“USML清单”)包含的国防物品或国防服务;包括在《出口管理条例》(EAR)中的《商业控制清单》(CCL)中受管制的物项;联邦规则汇编第10卷第810部分(涉及对外国原子能活动的援助)所涵盖的经过特殊设计和准备的核设备、零件和组件、材料、软件和技术;联邦规则汇编第10卷第110部分所涵盖的核设施、设备和材料(与核设备和材料的进出口有关);联邦规则汇编第7卷第331部分、第9卷第121部分或第42卷第73部分所涵盖的选择剂和毒素;《2018出口管制改革法》(Export Control Reform Act of 2018, ECRA)定义的新兴和基础技术。

25.详见FIRMA法案最终实施细则 § 800.301



(2) 投资“关键技术”业务与出口管制的连接

最终规则将关键技术交易的强制申报要求直接与美国既定的出口管制制度联系在一起,美国监管的出口许可将涵盖ITAR、EAR授予的许可或批准,以及能源部(DEPARTMENT OF ENERGY)的特定或部分一般授权,核监管委员会(NUCLEAR REGULATORY COMMISSION)根据有关核设备和材料出口或进口的法规提供的特定许可。

根据最终规则,一般不执行ITAR规定的任何许可豁免或EAR规定的许可例外;根据最终规则所定义的该外国人的主要营业地点(针



对实体),或该外国人的国籍(针对个人);该外国人是否是美国有关出口管制的“最终用户”;若受管辖交易需要一个或多个美国监管机构的出口许可,并且每项是否都能由外国人根据EAR中15 CFR 740.13、740.17(B)或740.20(C)(1)规定,通过满足全部许可例外的资格来免除强制申报义务。

如上述,最终规则缩小了有关加密商品,软件和技术(ENC)的EAR许可例外的表述,以指定关键技术强制性申报义务免除的例外情形,在强制性申报中的适用性更加清楚,范围更小;另外增加了EAR下的两个许可例外:技术和软件不受限制(TSU)以及战略贸易授权(STA)的某些要素。

另需注意,对于上述免除对外国人的强制申报要求的任何许可例外,该外国人实际上必须满足使用许可例外(包括基于最终用户的身份,如相关)的全部资格。CFIUS还指出,仍将适用并且必须考虑EAR中15 CFR 740.2中对所有许可例外的使用限制。

综上,根据最终规则,需要结合外国人的所有权结构、是否为以“关键技术强制性申报”目的,视为出口管制的“最终用户”及是否满足特殊例外情形来判断能否免除涉及关键技术交易的强制性申报义务。

(3)与“外国政府获得实质性利益”有关的申报要求

某一国(非“例外国家”)中央或地方政府机构持有“实质性利益”外国人在美国TID企业中获得“实质性利益”的交易需要强制申报。“实质性利益”被定义为外国投资实体据此交易可获得美国TID企业中具有25%或以上的直接或间接投票权益,而“外国政府”在该外国投资实体中持有49%或以上直接或间接表决权。

最终规则对“实质性权益”的定义进行了澄清,确定一个实体间接持有另一实体的间接权益百分比术语,特别地,只有在外国政府具有“实质性权益”的实体获得了指导,控制或协调的普通合伙人,管理成员或等效成员的“实质性权益”的情况下,强制性申报要求才适用。

· 最终规划案例分析

交易场景	要求	简析
公司A位于F国的实体,它获得了Y公司(一家制造受EAR管制的关键技术的美国公司)的100%的权益。G国的国民拥有A公司25%的有表决权的股份。根据EAR,需要许可证才能将关键技术出口到G国,但不能出口到F国。	需要强制性申报	要综合考虑公司A的所有权结构上外国人的国籍及外国公司自身的营业地点

尽管FIRMMMA最终实施细则仅在一定限度内规定了申报的强制性义务,但如交易涉及美国政府认为特别敏感的关键性技术,也建议自愿申报,并通过交易双方联合声明(JOINT VOLUNTARY NOTICE,“JVN”)的申报方式以提高审查效率,如果可以提前获得CFIUS的“安全港”认证,则可以避免后期CFIUS利用自由裁量权对交易进行审查,从而影响交易进行。

2. 自愿申报

根据FIRRMMA法案最终实施细则,除涉及上文所述的TID业务的交易,CFIUS审查通常仍通过自愿申报启动,交易双方可根据交易的性质自愿提交声明或联合自愿申报。

3/ FIRRMMA法案的影响及对中国企业参与对美跨境交易的建议

自1988年美国设立国家安全审查制度以来的30余年里,由美国总统基于国家安全原因直接禁止的六例交易中,有五例都是针对我国企业。²⁶此外,还有众多的我国企业在投资过程中因迫于美国国家安全审查的压力,在美国国家安全审查前不得不中途放弃相关投资。我国企业赴美投资时应当意识到美国国家安全审查制度是无法回避的问题,因此应充分准备并积极应对。

26.其他交易包括:1990年,美国总统乔治·布什禁止我国航空技术进出口公司收购美国飞机组件制造商曼可公司;2012年,美国总统奥巴马禁止三一集团关联公司Ralls收购位于俄勒冈海军基地附近的风力发电厂;2016年,美国总统奥巴马签署命令禁止Grand Chip投资公司(我国福建宏芯投资基金在德国的子公司)收购Aixtron GE科技公司;2017年9月13日,美国总统特朗普签署行政令,禁止Canyon Bridge(一家总部位于加州帕罗奥多市有我国背景的私募公司)收购Lattice半导体公司(一家位于俄勒冈州希尔斯伯勒市的芯片制造商)的交易;2018年3月12日,美国总统特朗普颁布命令,以国家安全为由禁止总部位于新加坡的芯片生产商博通公司收购其美国竞争对手高通。

一方面,我国企业进行交易前应进行全面的尽职调查,科学策划投资方案。包括对交易类型的判断,如涉及在敏感区域的房地产、基础设施、技术和商业领域中具有敏感数据的交易应谨慎进行;同时,中国企业应对自身的企业性质进行清楚的认识,如前所述,当外国政府直接或间接拥有实质利益的外国人直接或间接获得美国敏感企业的“实质利益”时,交易双方必须进行申报。因此,国有企业应尤为引起重视,在策划投资方案时应设计适合的收购主体。

另一方面,建议企业组建专家团队,合理运用CFIUS规则。如在提交联合自愿通知之前与CFIUS磋商,及早塑造期望,并确定要考虑的问题的基调和方向;或与感兴趣的政府机构讨论可能引起争议的项目,积极展开沟通。特别是应当对可能面对的CFIUS审查有所预设,提前进行企业内部核查,确定是否存在违反贸易管制的情况或风险,并准备有可能需要向CFIUS提交的交易材料。

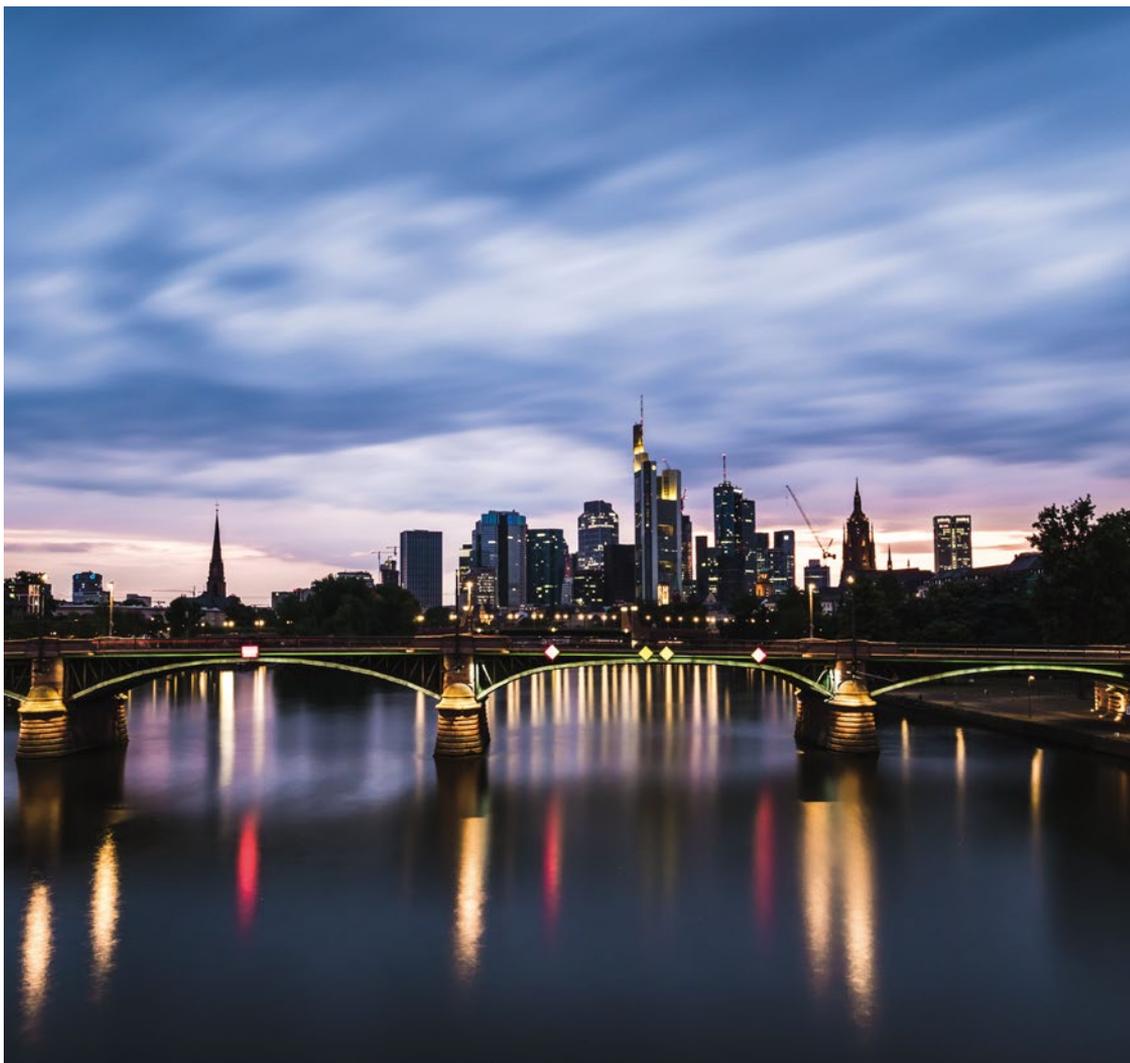
总的来说,我们在充分重视美国国家安全审查制度在跨境交易中扮演角色的同时,也应当认识到,FIRRMA法案及其最终实施细则并不意味着美国投资大门对中国投资者的关闭。我国企业仍可以通过全面分析和评估企业自身属性、拟投行业或目标企业属性,对潜在风险进行综合分析,科学确定投资方式和操作模式,从而大大减少对美投资面临的国家安全审查阻力,增强企业跨境交易成功的可能性。

中国企业如何应对美国法域外 管辖相关的跨境调查及诉讼

作者/刘相文 王涛 王晶涛 Graham Adria



合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com



1 / 美国政府对中国企业的域外管辖

自2018年7月中美贸易争端以来,先是美国贸易代表办公室对华发起301调查,向中国产品加征关税;后美国商务部工业与安全局将华为等中国高科技企业、研究机构列入出口管制实体清单,切断其美国产品供应链;2019年3月,美国法院裁定中资银行不得援引国内法拒绝向美国检察官提交违反美国制裁规定相关的交易信息;2019年6月,美国参议院通过了《2019奥托·瓦姆比尔限制银行涉朝法案》,拟将有涉朝业务的中国金融机构排除出美国金融系统。总体而言,在贸易战的大背景下,美国政府基于美国法不断对中国企业发起域外管辖相关的调查、执法和诉讼,参与部门增加、调查频率上升、惩罚力度加强、执法手段多元化,波及的行业从传统的工农业转向高新技术产业,目前呈现向金融行业蔓延的趋势。我们在下表中梳理了美国政府对中国企业进行域外管辖的主要领域。

管辖事由	执法机关	法律依据	法律后果(部分)
反腐败	证券交易委员会、司法部	《反海外腐败法》《美国法典第18章第201节》《霍布斯法案》《旅行法案》	<p>违反《反海外腐败法》中的反腐败条款 对个人处不超过10万美元罚金和/或不超过5年有期徒刑;对企业处不超过200万美元罚金和/或不超过1万美元民事罚款。</p> <p>违反《反海外腐败法》中的会计条款 对个人处不超过500万美元罚金和/或不超过20年有期徒刑;对企业处不超过2500万美元罚金。</p> <p>特殊情况下,《反海外腐败法》项下罚款可高达违法损失或者所得的两倍。</p>
反垄断	司法部反垄断局、联邦贸易委员会	《谢尔曼法案》《联邦贸易委员会法案》《反垄断程序修订法》	<p>违反《谢尔曼法案》 停止不公平竞争行为;对个人处不超过100万美元罚金和/或10年有期徒刑;对企业处不超过1000万美元罚金。</p>

<p>反洗钱</p>	<p>财政部美国金融犯罪执法网、货币监管署、美联储、美国司法部反洗钱和资产追回科</p>	<p>《银行保密法》《阿农·怀利反洗钱法》《禁止洗钱法》《反洗钱和金融犯罪策略法》《爱国者法案》</p>	<p>违反《银行保密法》 对个人处不超过50万美元罚金和/或不超过20年有期徒刑；没收违法所得。</p>
<p>经济制裁</p>	<p>国务院经济制裁政策与实施办公室、财政部海外资产管理办公室、司法部、商务部、国土安全部</p>	<p>《与敌人贸易法》《国际紧急经济权力法案》《国家紧急法》</p>	<p>违反《与敌人贸易法》 对企业处不超过100万美元罚金，对个人可并处不超过20年有期徒刑；处不超过5万美元的民事罚款；没收财产。</p>
<p>出口管制</p>	<p>美国商务部工业与安全局、美国国务院国防贸易管制局、核管理委员会</p>	<p>《美国出口管制改革法案》《武器出口管制法》《国际紧急经济权力法案》《出口管理条例》</p>	<p>违反《出口管制改革法案》 对企业处不超过100万美元罚金，对个人可并处不超过20年有期徒刑；按照30万美元和案涉交易标的额两倍孰高者处罚款；撤销许可；禁止出口、转出口、转移管制物项。</p> <p>违反《国际紧急经济权力法案》 按照25万美元和案涉交易标的额两倍孰高者处罚款；对企业处不超过100万美元的罚金，对个人可并处不超过20年有期徒刑。</p> <p>违反《出口管理条例》 剥夺出口特权；一般而言，按照出口物项价值5倍与5万美元中的较高者处以罚金，对个人可并处不超过5年的有期徒刑；在故意违反的情况下，对企业按照出口物项价值五倍与100万美元中的较高者处罚金；对个人处以不超过25万美元罚金，可并处10年有期徒刑。</p>

鉴于美国政府对境外经营的企业所施加的监管压力不断加大,对企业行稳致远和管理层履职安全造成了较大的法律风险和负面影响,本文将就如何应对美国政府发起的与美国法域外管辖相关的调查、执法和诉讼,提出一些分析和建议,供中国企业决策者参考。

2 / 内部调查与责任风险评估

收到美国政府要求配合调查的通知后,中国企业通常应当先启动内部调查程序,对自身责任风险作出评估,为制订整体应对方案奠定基础。具体而言,内部调查通常包括以下步骤:

(一) 了解权限,把握流程。

详细审阅调查机关送达的通知、传票等法律文件,了解被调查的是何种事项、要求企业如何配合、提交何种证据、违反之后会产生何种法律后果等;研究该调查机关的性质、职能和调查权限,考察其调查取证的法律依据;调研被调查交易、事项可能适用的法律法规;搜集调查机关过往的执法案例,了解其执法尺度和整个调查、执法流程。

(二) 收集证据,梳理事实。

企业高层授权法务部门牵头,收集并完整保存案涉交易或事项相关文件、银行账户信息等证据材料,禁止任何人销毁、损坏纸质和电子证据;通过实地考察、现场访谈等方式进一步了解企业商业模式、合规体系和案涉交易,必要时延伸到商业伙伴和其他关联第三方;梳理前述收集的证据,分析其与待证事实之间的关系,评估其是否能够证明待证违规事实。

(三) 出具报告,评估风险。

企业应当聘请专业的跨境合规律师,一方面对照美国量刑委员会《针对机构实体量刑指南》、司法部《企业合规程序评估》、财政部《OFAC合规承诺框架》等规范性文件的标准和要求,客观评估企业现

有合规体系是否全面有效,并提出完善建议;另一方面将美国法适用于案件事实,评估调查事项可能引发的责任风险,为未来的抗辩和证据提交作准备。



如果现有证据确实能够证明企业被调查行为构成违规,那么企业应当在评估自身是否能够承受相应法律责任的基础上,决定是否向美国监管机关提交。反之,如果现有证据表明违规事实不存在,或者被调查事项纯属员工个人行为,那么企业则可以完整提交相关证据材料,配合调查以证清白。

3 制定整体应对策略

在完成内部调查和责任风险评估的基础上,企业可以着手制定应对调查的整体策略。应对美国监管机关的调查,中国企业应遵循的基本原则是,增强自身可信度,争取监管机关的信任。监管机关的信任是双方沟通合作的前提;如果中国企业没有正当理由而拒绝配合调查,或在配合时有所保留,闪烁其词,那么会加深美国监管机关的怀疑,从而引发更大范围、更强力度、更多手段的调查和执法。

对中国企业而言,关于是否配合美国政府调查,至少需要考虑三点因素:一是美国政府经常在罪名指控、和解方案和量刑建议等方面开出有利条件,以鼓励中国企业配合调查。二是企业一旦通过提交证据等方式配合调查,可能暴露自身违规行为和合规漏洞,引发美国政府执法风险。三是《中华人民共和国国际刑事司法协助法》和其他国内法律法规,可能禁止或限制中国企业在刑事诉讼或者其他调查程序中直接向美国政府提交证据或者提供刑事司法协助。

此外,中国企业还应当根据内部调查和风险评估的结果,决定是否以及如何向美国监管机关提交证据。如果现有证据确实能够证明企业被调查行为构成违规,那么企业应当在评估自身是否能够承受相应法律责任的基础上,决定是否向美国监管机关提交。反之,如果现有证据表明违规事实不存在,或者被调查事项纯属员工个人行为,那么企业则可以完整提交相关证据材料,配合调查以证清白。另外,收集到的现有内部自查证据有可能与待证事实之间存在模糊不清、无法确认的关系,对此,中国企业应结合个案情况,合理安排提交证据的时间、顺序、方式和范围,灵活运用抗辩理由,尽量减免自身所要承担的法律风险。

通常而言,中国企业可以从以下方面寻找应对调查的抗辩理由。一是从案涉美国法律的域外管辖规定入手,确定美国监管机关是否有权对被调查事项和主体展开调查和执法。二是在配合调查的过程中,全面考察美国监管机关是否越权、调查手段是否适当、要求提交的证据是否适用“律师—当事人特权”等保密规则等,及时提出抗辩。

三是主张企业已经建立完善的合规体系。如果企业具备有效的合规体系,那么通常可以减轻或免除处罚。四是强调区分企业单位责任和员工个人责任。以美国《反海外腐败法》为例,美国监管机关通常会从员工行贿有无公司授权审批、行贿款项是否来自公司、受益人是公司还是员工个人等方面来考量,以判断应当由企业还是员工个人承担责任。五是从合同条款、交易安排出发提出抗辩。如果企业能够证明其通过合同条款、合规培训等方式要求商业伙伴合规经营,而且在交易过程中执行了有效的约束和监督机制,那么企业可以主张就商业伙伴的个别违规行为减免责任。

4/ 配合调查

制定整体调查应对策略之后,中国企业可以在不违反国内法规规定的前提下执行策略、配合调查。我们以证据提交和证人询问为例,归纳配合美国监管机关调查过程中的注意事项。

(一) 证据提交

首先,在收到美国政府关于提交证据的要求后,应当对此进行研究,并视情况以下述理由向调查机关提出异议并说明理由:要求提供的文件描述不明确、与案件无关或对案件无实质性影响;提供文件将对企业构成不合理的负担;企业没有控制、保管相关证据材料;“律师—当事人特权”允许企业不提供某些证据材料;证据材料涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私等。关于涉及专业领域的证据材料,如会计账簿等,最好由经办人员和专业人士校对核实,以确保其准确性。提交调查机关之前,再由律师对证据材料进行进一步审查,评估提交对企业的不良影响。

(二) 证人询问

在企业员工作为证人接受美国调查机关现场询问前,建议由律师在法律允许的范围内,在不强迫或者诱导证人作伪证的前提下,帮

助企业员工进行演练。

演练应当尽量贴近现实,通过观看视频、阅读材料、真人模拟等方式,向被询问对象展示现场询问的实际流程,包括宣读开场白、告知证人权利、按顺序提问等,甚至可以按照询问现场的实景布置模拟场所。在演练过程中,建议律师向员工介绍整个案件的背景,帮助证人理解哪些陈述与本案相关;告知证人不要提供冗余信息,避免答非所问;提醒和帮助证人控制自身情绪,避免紧张和惊慌失措。

如果企业有选择的余地,应当让言辞简练清晰、举止端庄稳重、背景清白,且了解案情的员工接受调查机关的询问,以免影响证人的可信度。证人在接受询问的当天,最好衣着整洁得体、表情自然和善、声音清晰洪亮,并控制不必要的口头禅和分散注意力的小动作。最后,在询问当天,公司应当安排律师现场陪同证人接受询问,以应对突发情况。

5 谈判和解

中国企业遭遇美国政府域外管辖之后,与监管机构谈判达成和解协议,是化解监管危机最常见、通常也是最优的方式。

在经过内部调查、风险评估,并配合监管机关调查一段时间后,企业通常会对自身可能承担的法律后果产生更加深入全面的认识。同时,美国执法机关也可能根据现有证据认定企业行为违规,并采取相应处罚或制裁措施。此时,企业应当考虑开启与美国执法机关的和解谈判。例如,被认定违反美国出口管制规定的中国企业,可能被列入美国商务部工业与安全局的实体清单,被切断供应链。如果企业穷尽一切行政复议、诉讼程序,那么供应链可能被切断数年,对企业造成毁灭性打击;而如果企业与执法机关达成和解,承认自身违规行为并接受处罚(通常为缴纳罚款和完善合规体系),那么就可以迅速恢复供应链并正常运营。

必须强调的是,一旦与美国政府签订和解协议,中国企业必须及时严格履行,否则,从过往的执法案例看,会招致更严厉的处罚。

6 律师团队配备

中国企业在面临美国政府调查时,往往会重金聘请、全盘委托美国律师进行配合,而忽视中国律师的作用。这种做法其实难以达到应有的效果。更合适的做法,应当是由中国律师主导、美国律师配合,在充分理解客户商业目标和中美两国监管情况的基础上制定和实施配合调查方案,以取得预期结果。

完全依赖美国律师或由美国律师主导配合美国政府调查具有很大的局限性。第一,美国律师对中国企业的实际情况和具体需求,以及中国的国情缺乏必要的了解。第二,中国企业配合美国政府调查绝不仅仅是美国法项下的问题,国内法律法规从保护国家机密、商业秘密、个人隐私的角度出发,对中国企业向美国政府提交证据材料、跨境数据传输等多有限制,美国律师对此很难理解到位。第三,美国的“律师-当事人特权”规则对当事人的保护并不绝对。如果当事人与律师的沟通旨在实现未来的犯罪或者欺诈,那么美国律师有权向美国政府举报和泄露前述沟通内容;而由于可能引起美国监管机关调查的部分行为,如向伊朗转售美国产品等,在中国不构成犯罪,中国律师即使知晓,也没有义务向中国政府或美国政府举报。

以中国的跨境合规律师为主导,则能够有效克服前述美国律师的局限性。一是有利于整体统筹,制定战略。中国律师主导美国调查案件,可以综合考虑国内外情况,更好地帮助企业制定整体战略。二是节约成本,准确高效。中国律师在母语环境下梳理案件事实、书面证据,更为准确和高效;证人访谈得到的信息量,亦会远远大于中国证人说英文所获得的信息量。三是弥合差异,有效沟通。文化和营商环境差异可能极大地影响不同法域律师对案件处理的理解。例如证据开示或者文件披露,外国律师可能不知道中国企业有什么文件,就只能要求中国企业将所有文件都提交;而中国客户可能为保险起见,将所有文件均列为机密,拒不提供。这时,需要中国律师梳理文件,统筹提供,协调管理境内外沟通,起到事半功倍的作用。

7 / 其他事项

(一) 和解未果与诉讼应对

在少数情形下,如果中国企业作为被调查对象未能和美国政府通过谈判达成和解,而必须通过诉讼的方式解决纠纷,或者如近期三家中资银行作为证人收到传票被要求提供相关银行账户信息而被动卷入美国法院诉讼程序,那么我们还是建议中国企业聘用国内兼具中美法律实务背景且外语能力极强的跨境争议解决律师,由美国律师配合,完成整个跨境诉讼,并做好打持久战的准备。总结过往中美跨境诉讼的实务经验,中国企业在美国起诉应诉时,需要重视美国诉讼与国内诉讼的差异,在文书送达、管辖权异议、证据开示、证据保存、结案方式选择等方面,充分理解和灵活运用美国程序法和实体法规则,争取实现预期战略目标。

(二) 危机公关与媒体应对

企业一旦遭受美国政府调查,会不可避免地引发投资者、客户和市场的关注。因此,企业可以根据自身的实际情况,聘请危机管理顾问,制订危机应对预案。当调查实际发生时,由企业高层中的合适人选在听取律师建议的基础上,统一代表企业向外界通报调查进展和企业配合调查的情况,确保企业对外口径一致,释放信息准确、及时,树立、强化或者挽回企业负责的形象,将对企业的不利影响降到最低。

Zhong Lun

CHAPTER 02

跨境金融
与投资合规



出海远航频频“触礁”，跨境合规刻不容缓，解读经济制裁、反洗钱、反腐败及存托凭证四大风险，中资金融机构可得到何种启示？
——《强监管时代，金融机构境外合规的“红灯预警”》

数字经济迅猛发展，全球数字货币市场呈现监管差异，未来风险及监管趋势为何？
——《数字货币的法律风险梳理及合规监管现状》

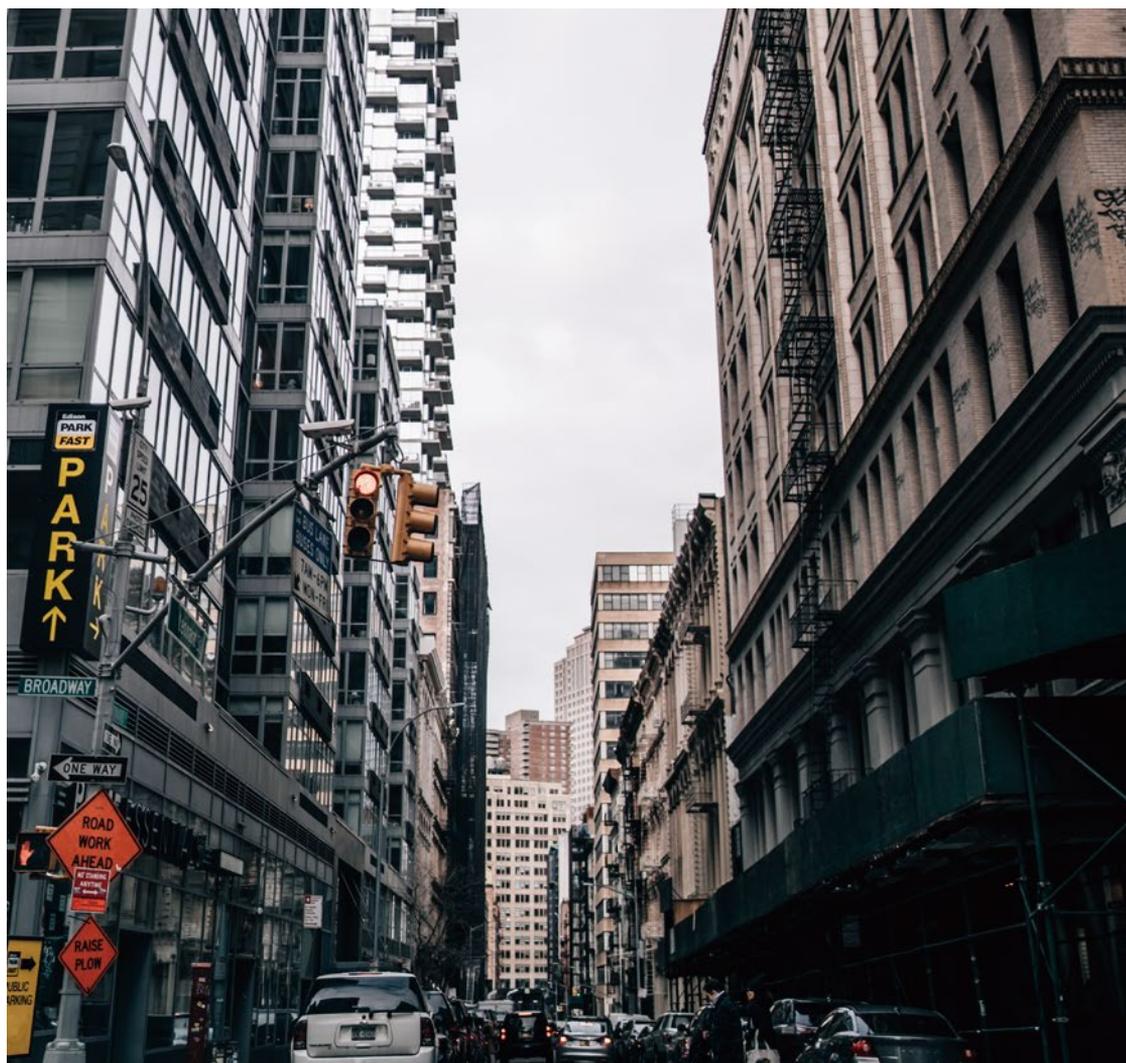


强监管时代, 金融机构境外 合规的“红灯预警”

作者/龚乐凡



合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3666
lefangong@zhonglun.com

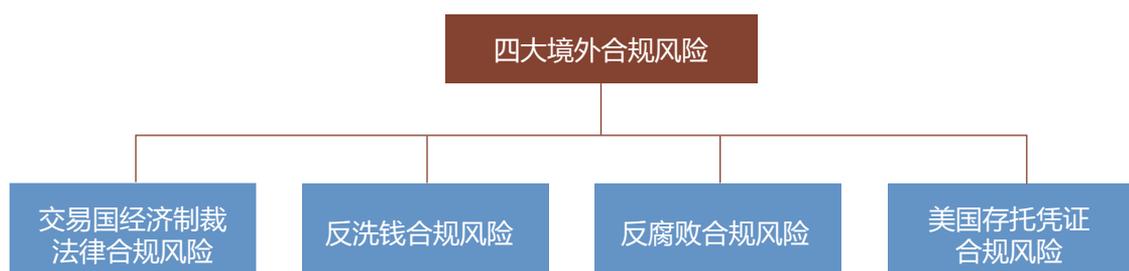


放眼国际市场,多家国际银行和金融机构被美国、法国、欧盟等金融刑事监管机构以违反各国经济制裁规定、《美国爱国者法案》,《美国反海外腐败法》,国际反洗钱和反恐怖融资等相关法律规定被开出巨额罚单,涉案高管也可能会面临刑事起诉和甚至监禁。2014年巴黎银行曾因长期、多次与被经济制裁国家交易而被美国金融监管部门处罚高达89亿美元。随着中资金融机构在海外的迅速扩大和发展,中资金融机构出海“触礁”的案例频频发生。举例来说,2016年2月,西班牙警方以某中资银行A马德里分行对涉嫌洗钱的资金监管不力为由,对该分行进行搜查,5名该分行领导及部门负责人被移送至警察局接受调查。2016年11月,某中资银行B纽约分行因违反反洗钱合规要求被纽约监管部门开出高达2.15亿美元的罚单。2017年初,又一家中资国际银行C米兰分行涉嫌洗钱案尘埃落地,该行后期与意大利当局达成庭外和解,支付了60万欧元罚金,米兰分行4名职员因违反反洗钱规定被法院判处两年缓刑。

全球范围内金融监管日趋严格,各法域的监管分歧也日渐明显,但国家间的联合执法行动已经逐步展开。经过美法双方的合作调查,2018年6月,法国某知名银行曾因腐败、操纵市场等不合规行为向美国监管机构支付近13亿高额和解金;美国司法部刑事部门代理助理检查长John Cronan特别指出“这次和解,标志着美国与法国之间首次针对海外贿赂的联合执法,同时也向世界传达出一个强烈的信号,即跨国腐败和操纵市场的行为将面临全球性协调的执法回应。”2019年初,银保监会发布了《中国银保监会办公厅关于加强中资商业银行境外机构合规管理长效机制建设的指导意见》,《意见》要求中资商业银行的总部及境外机构“应充分了解东道国(地区)法律法规和监管要求,认真梳理、更新和优化反洗钱、反恐怖融资、反逃税、制裁合规、消费者保护、网络安全、外包管理、环境与社会风险管理等重点领域的制度,明确操作流程和关键控制点,加强对金融犯罪防范的统筹管理,实现合规管理对业务领域、操作流程的

全覆盖。”要想在全球范围内平安稳妥地开展业务,既要了解东道国游戏规则、严格遵守法律,又要关注“法律”也可以被用作某些国家遏制竞争和发展的手段。中资金融机构出海远航,必须要遵循不同司法辖区的法律法规,优化金融机构境外管理体系和运营模式,构建完备的金融机构境外大合规体系。

金融机构境外合规刻不容缓。通过大量梳理海外金融监管机构的处罚案件,我们发现许多巨额罚单都来自于以下四个“红灯领域”:



1 / 交易国经济制裁法律合规风险

美国之音曾评价：“《国际紧急经济权力法》(IEEPA)是一部强有力但鲜为人知的法律。” 近期,随着中美之间的经济、贸易和科技摩擦不断增多,这部法案经常出现在大众视野,被美国政府用于颁布单方制裁的行政令的法律基础,例如此前美国对两家中国科技公司颁布行政禁令则是依赖于这部法案作为法律基础。事实上作为美国现代经济制裁制度的中心,《国际紧急经济权力法》(IEEPA)授权美国总统在应对美国国家安全、外交政策、经济等构成威胁的异常状况时可采取贸易/交易限制、冻结资产、查封没收相关财产等措施,使得美国政府拥有更广泛的行政权力来应对“非常规和特殊威胁”,授权总统单方面宣布对涉外交易实行限制。

一旦违反该法,涉案金融机构将被处以25万美元以下或者该行为所造成的损失的两倍的民事罚金。若违法行为是其故意为之,有可能被处100万美元以下的刑事罚金。相关责任人有可能会面临最高20年的刑事监禁。¹

案例1.1:巴黎银行因与受制裁国家进行不正当交易被美国罚款89亿

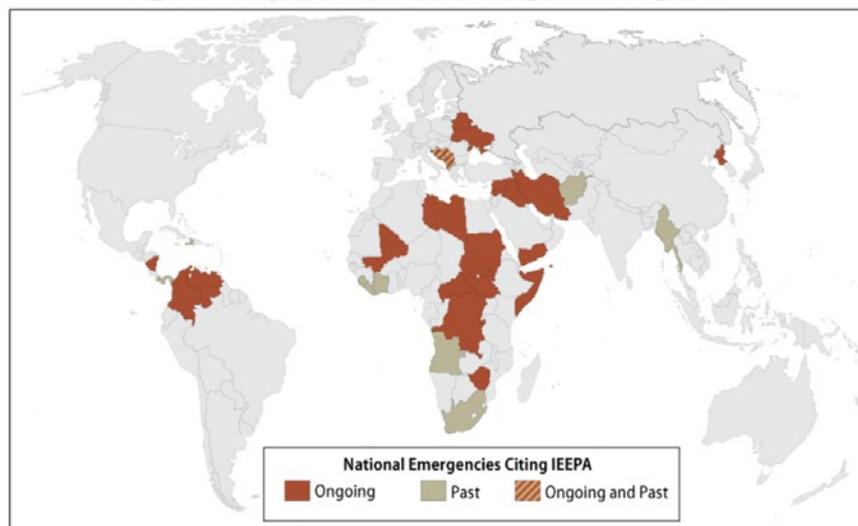
2014年6月,巴黎银行承认其为苏丹和其他被美国列入黑名单的国家转移了数十亿美元的资金并将向监管部门缴纳89亿美元(约合552亿元人民币)的罚款。即使是在今天看来,这一罚款金额依然令人触目惊心。美国司法部在调查过程中发现,这家法国银行从2002年起,刻意隐瞒了苏丹及伊朗客户的姓名,通过纽约分行和更广泛的美国金融系统处理非法交易。²

2020年7月14日,美国国会研究局(CRS)发布了名为《国际紧急经济权力法:起源、演化与使用》的报告,标注了美国在地理上宣布进入紧急状态的区域(如下图所示)。这也就表示,中资金融机构海外分支在日常业务中要格外重点关注审查这些高风险地区的交易。

1.U.S. Code Title 50,Chapter 35,International Emergency Economic Powers, § 1705. Penalties

2.《法国巴黎银行被美国罚款89亿美元》
<https://cn.nytimes.com/business/20140701/c01bnp/>
最后访问时间:2020年1月3日。

Figure 5. Geographically Defined Emergencies Citing IEEPA



Source: CRS. Current as of July 1, 2020.

案例1.2: 中资银行因拒绝提交与经济制裁行动调查相关的证据在美被裁定藐视法庭

2019年4月,三家中资银行因不提交与一项对朝经济制裁行动相关的证据和拒绝出庭作证被华盛顿特区联邦法院裁定藐视法庭,判处其每天罚款5万美金。2019年7月30日,美国哥伦比亚联邦上诉法院判令(下称“上诉判决”)维持美国哥伦比亚特区联邦地区法院针对三家中资银行关于藐视法庭及每天五万美元罚款的裁定。

本案始于美国政府因核武器扩散对朝鲜的经济制裁行动。在调查中,美国政府发现一家中国空壳公司涉嫌为朝鲜转移资金,包括持续利用美国境内银行协助朝鲜在矿产出口中获取美元收入等。本案的上诉判决中指出,美国政府并未发现这三家中资银行有任何违法的行为,但是有理由相信这三家中资金融机构保存着该涉案空壳公司的交易数据。根据美国民事诉讼法第十七条,由于其中两家银行(下称银行A和银行B)在美国境内开设了分支机构,美国法院分别向银行A和银行B送达大陪审团传票,要求其出庭作证。虽然第三家银行(下称银行C)在美国境内没有分支机构,根据美国《爱国者法案》(PATRIOT ACT),“只要该银行在美国境内使用汇通银行的对应账户,财政部长和司法部长可以发传票给任何境外银行要求其提供银行相关记录,包括产生在美国境外的数据³。”据此,银行C收到了美国司法部长发出的传票。

3.31 U.S.C. § 5318 (k)(3)(A)(i)

虽然大多数业内人士认为此次“传票”事件并不会导致这三家中资银行失去美元结算的资格，却也给所有中资金融机构敲响了警钟：无论中资金融机构是否在美国境内有分支机构，只要从事与美国相关的交易、甚至仅仅是使用美元结算系统，都有可能面临被美国当局调查甚至起诉的风险。

2/ 反洗钱合规风险

作为反洗钱的前线阵地，银行及其他金融机构有关反洗钱的主要职责是建立有力的反洗钱体系，密切监测和发现可疑的资金来源并予以上报。金融机构若不重视反洗钱合规，很导致商誉受损、面临巨额罚款甚至高管个人的刑事风险。

以美国为例，美国《银行保密法》(BANK SECRECY ACT, 下称BSA) 是美国反洗钱法律体系下的一部重要法律，依据该法美国金融监管机构，主要是美国证券交易委员会(以下简称“SEC”)、金融犯罪执法网(以下简称“FinCEN”)和美国金融业监管局(以下简称“FINRA”)，可以对故意违反BSA规则的行为进行刑事处罚。911事件后，《爱国者法案》对BSA做了较大修改，就反洗钱合规，352条是最重要的条款之一，要求金融机构从以下四个方面来制定反洗钱方案：(1) 制定书面的内部政策、程序和控制措施；(2) 任命反洗钱合规官员；(3) 实施对承担反洗钱职责的员工持续培训的计划；和(4) 对反洗钱方案进行独立测试。⁴若故意违反反洗钱相关法规，可被判罚款最高五十万美金或与该宗交易有关的财产价值的两倍(按数额较大的处罚)，和/或 最高可达20年刑事监禁。⁵

案例2.1: 反洗钱合规不力，中国某金融服务公司与美国监管机关“高价和解”

2018年5月，中国某金融服务公司，一家知名中资银行的全资子公司，同意支付近600万美金用以解决此前美国金融业管理局(FINRA)和美国证券交易委员会(SEC)对其反洗钱合规工作不力的指控。该公司于2010年成立，业务范围包括：提供固定收益证券后台

4. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act Of 2001 (“USA Patriot Act”) § 352

5. 18 U.S. Code § 1956. Laundering of monetary instruments

清算、短期清算融资和增值服务报告等个性化、综合化的证券清算金融服务。

根据美国《银行保密法》(BSA)和金融犯罪执法网(“FinCEN”)颁布的实施细则,要求证券公司(A BROKER-DEALER)知道、怀疑或者有理由怀疑该笔交易:

- ①涉及来自非法活动的资金或用于掩盖来自非法活动的资金;
 - ②旨在逃避BSA的任何要求;
 - ③没有任何商业或明显的合法目的,经纪交易商在核查了可用事实后,没有合理的解释说明交易;或者
 - ④涉及经纪交易商便利犯罪活动的用途时,
- 需要向FinCEN提交可疑交易报告(SUSPICIOUS ACTIVITY REPORTS,以下简称SAR)。

据SEC的指控,当该金融服务公司知道、怀疑或有理由怀疑这些交易涉及利用该公司进行商业欺诈活动时,未能向监管部门及时提交可疑交易报告(SAR)。这种行为违反了美国《1934证券交易法》有关要求证券公司依照美国银行保密法案(BSA)提交可疑交易报告(SAR)的规定。除此之外,在SEC调查期间,面对执法部门工作人员的一再要求,该公司仍然无法提供某些关键性的缺失文件。⁶路透社分析师指出,这次FINRA和SEC的行动是美国和欧洲监管机构针对中资银行反洗钱进行的一系列监管调查或罚款中的行动之一。未来,这些行动可能会减慢中资银行向海外市场的业务拓展和发展的相关行为。⁷

6. In the Matter of INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA FINANCIAL SERVICES, LLC, Respondent. SEC Release No. 83253

7. U.S. regulators fine China's ICBC \$6.1 mln for oversight failures <https://www.reuters.com/article/us-a-icbc-finra/us-regulators-fine-chinas-icbc-61-mln-for-oversight-failure-s-idUSL2N1SN130>

除了对金融机构处以罚款之外,反洗钱合规不力也可能使责任高管禁业,严重影响公司声誉。2019年3月被美国财政部货币监理署(OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY,以下简称“OCC”)对一家加州金融机构Rabobank的高管Daniel Weiss作出禁止其从事银行业相关服务和罚款五万美金的决定。OCC调查报告显示Daniel自2009年入职以来,对已有的洗钱风险视而不见,在2013年3月至2013年4月18日期间,有意地、反复地在向OCC隐瞒且作出与一份独立审计报告有关的重大虚假陈述。2019年3月,OCC对其作出禁止其从事银行业相关服务和罚款五万美金的决定。为了解决此次调查事件,Robobank损失的总金额(包括没收和罚款)超过4亿美金,商业声誉也因此一落千丈。

◆ 低价股交易与反洗钱监管

由于低价股在买卖过程中常常受到欺诈犯罪的影响而出现虚报交易量和股价的情况;这往往被调查机关认为是洗钱犯罪的前兆。因此,近年来美国金融监管机构,加大了对低价股交易市场的监管。2018年底,FINRA因反洗钱不合规先后对两家国际金融机构(瑞士银行UBS和摩根士丹利)罚款高达1500万美元和1000万美元。

针对低价股的交易,美国监管机构主要采用了两种方式:

重点监管行为	相关法规
督促中间商/经纪人履行其“防止客户在没有适当豁免的情况下在股票市场上兜售未经注册的股份”的义务。	此种兜售行为违反了《美国1933证券法》第五节关于未经注册不得公开募集证券的规定 根据《美国1933证券法》第五节和第12节的规定,只要买家证明买卖双方之间存在直接联系,在法定时效内,买家可以“公开募集或售卖未经注册的证券”为由起诉卖家
确保中间商/经纪人向美国证券交易委员会(SEC)通过提交可疑交易报告(SARs)的方式披露可疑交易。	可疑活动报告(SAR)是根据1970年《银行保密法》(BSA)提供的一种工具以监控通常不会在其他报告(如货币交易报告)中标记的可疑活动。 ⁸

8. Will Kenton, *Suspicious Activity Report (SAR)*
<https://www.investopedia.com/terms/s/suspicious-activity-report.asp>

我们建议银行、证券公司、中间商/经纪人等在设计与低价股交易相关的反洗钱程序时要特别关注客户的低价股抵押情况、监控低价股交易过程,尤其注意客户或者合作方在交易中,尤其是涉及到市场操控的交易中所扮演的角色,追踪该笔交易的最终受益人。

近来洗钱犯罪对于金融体系的冲击已经不再局限于传统洗钱方式,数字货币、电子转账的广泛使用,网络犯罪的高发严重威胁到了金融市场的诚信和稳定。反洗钱工作将会一直是执法部门的监管重点。

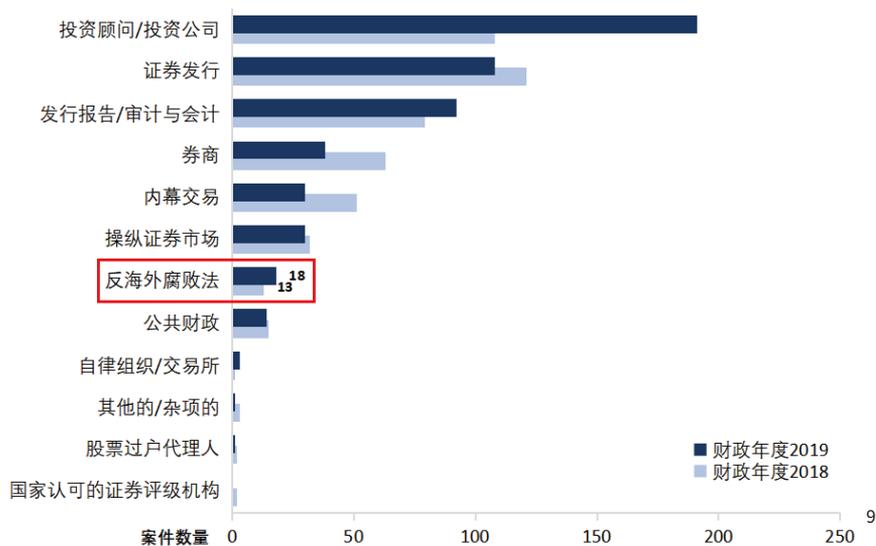


作为反洗钱的前线阵地,银行及其他金融机构有关反洗钱的主要职责是建立有力的反洗钱体系,密切监测和发现可疑的资金来源并予以上报。金融机构若不重视反洗钱合规,很导致商誉受损、面临巨额罚款甚至高管个人的刑事风险。

3/ 反腐败合规风险

根据美国证券交易委员会 (SEC) 2019年度的执法报告, 仅2019年度 (这里指财政年度), 美国证券交易委员会 (SEC) 以美国反海外腐败法 (FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT) 为依据, 对15家公司和5名个人开展了共18次执法行动, 共计产生51.5亿美元的罚款 (其中包含了超过1.4亿的相应刑事执法活动的货币救济金)。由于美国的“长臂管辖”, 即无论发生地在何处, 任何人只要满足了“最小联系” (只要和美国发生了任何联系, 哪怕仅仅是电话、邮件或银行转账), 美国都具有管辖权 (判罪), 几乎可以看成是“沾边即管”, 中国所有企业和企业家都有可能面临被美国调查、起诉甚至境外逮捕的危险。

从下图中我们可以看到, FCPA作为美国证券交易委员会 (SEC) 的重点监管领域, 2019财政年度, 涉及FCPA的案件数量比2018财政年度不减反增, 据SEC官方数据, 增幅在3%左右。



我们阅读了以往涉及到金融机构和个人金融活动因违反FCPA相关规定遭到美国处罚的案件, 梳理了两种高发风险类型:

9.图片来源: SEC Division of Enforcement 2019 Annual Report

风险类型	代表性案例
1) 金融机构在招聘员工和实习生时,通过所谓“内推政策”违规招聘用以获取项目合约。	2016年美国某知名投行支付2.64亿美元与美国监管机构达成和解用以解决此前美国司法部对其提起的涉嫌违规雇佣员工换区商业机会的调查。2019年德国某跨国银行因通过贿赂等腐败手段获取在中国的商业机会被美国证券交易委员会 (SEC) 罚款1300万美元。
2) 企业或个人利用美国境内金融机构行贿	2019年3月,某中国能源公司高管何志平因参与、谋划两起重大国际行贿,在转移其行贿资金时通过了一家纽约银行,被纽约南区联邦法院判处三年有期徒刑。

针对何志平案,2019年3月25日,美国司法部助理司法部长 Brian A. Benczkowsk的发言向公众展示了美国政府在落实《海外反腐败法》和对待跨国贿赂行为时坚决的态度,他表示:“何志平利用美国非政府组织掩盖其犯罪计划,同时为了追求交易利益和其他商业机会贿赂政府官员。这种行为破坏了世界市场经济秩序,伤害了守法的公司和个人的利益。在未来美国政府将继续调查和起诉参与海外贿赂的个人和公司。”¹⁰

域外并非法外。中资金融机构在开展反腐败合规时,必须注意①持续维护公司内部会计控制系统,确保制作和保存公平准确的账簿、记录和账目;②建立一个严格的反腐败合规程序 (ANTI-CORRUPTION COMPLIANCE PROGRAM),旨在发现和制止违反FCPA和其他反腐败法律政策的行为。美国《国家安全战略报告》在把中国定位为头号竞争对手的同时表示:“竞争并不总是意味着敌对,也不一定会导致冲突。在竞争中取得成功是避免冲突的最佳途径。”在涉及到跨境合规体系搭建时,企业想要做到适时、适地,做到及时更新和完善,往往需要整合内外部资源,时刻关注境内外监管动态,进行交易国风险监测、评估和预警(尤其是高管个人境外刑事风险预警),以避免在国际市场上开展商业活动时或者面临他国执法机关的调查和起诉时陷入太过被动的地位。

10. Press Release of Department of Justice, Press Release Number: 19-097

4/ 美国存托凭证合规风险

尽管近期由于中概股造假事件的影响, 中国公司赴美上市的热度有所下降, 但仍有不少公司选择美国作为上市地。2020年上半年, 共有18家公司赴美上市, 集资总额达26.15亿美元¹¹。由于美国法律规定, 只有在美国注册的公司才能在美国上市。注册地不在美国的企业, 只能采取存托凭证的方式进入美国资本市场。例如我们熟知的百度、阿里巴巴、京东, 这些大型中国企业在美国上市都是以发行美国存托凭证 (AMERICAN DEPOSITARY RECEIPT, 简称“ADR”) 的方式。

SEC执行部出具的2019年年报中, 特别总结了在过去两个财政年度中SEC对ADR合规内容的监管案例。数据显示, 2018和2019两个财政年度内, 美国证券交易委员会 (SEC) 先后就不当预先发行美国存托凭证 (PRE-RELEASE ADR) 的行为对13家公司和4名自然人进行了处罚。¹² 以下我们将用两张对比图和一个中资银行子公司被处罚的案例, 为读者说明美国存托凭证 (ADR) 发行和预先发行美国存托凭证 (PRE-RELEASE ADR) 的流程以及其涉及到的合规风险。

美国存托凭证 (以下简称ADR) 是以美元为面值, 可在美国证券市场交易的一种可转让凭证。¹³

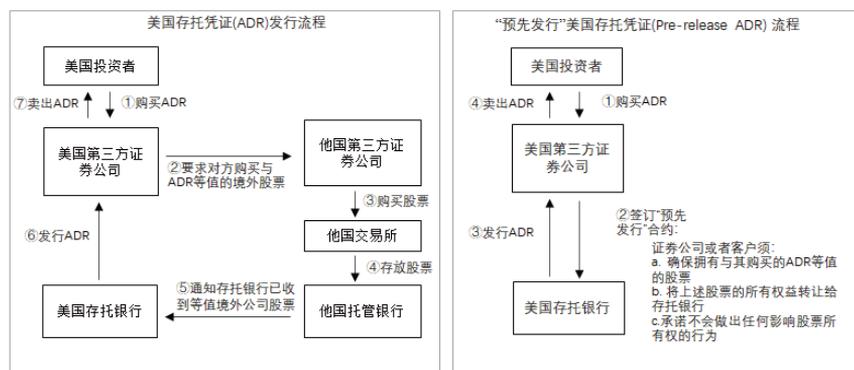
如左图所示, 通常来说, 投资者如果想要购买ADR, 需要先通过第三方证券公司购买与投资者预购买的ADR价值相当的外国股票并存放于特定境外托管银行。只有境外托管银行在通知美国境内存托银行 (即ADR的发行银行) 托管银行已收到与预购买ADR等值的外国股票后, 存托银行才可发行ADR。

有了“预先发行” (PRE-RELEASE) 这一形式后, 如右图所示, 只要第三方证券公司与存托银行之间签订了“预先发行” 合约, 存托银行就可发行ADR。为了防止商业欺诈, SEC要求第三方证券公司或者第三方证券公司的客户必须在“预先发行合约”中承诺: (1) 确保拥有与预购买的ADR等值的股票; (2) 将前述股票的所有权益转让给存托银行; (3) 承诺不会做出任何影响股票所有权的行为。以上这三点, 统称为“预先发行义务 (PRE-RELEASE OBLIGATION)”。

11. 数据来源: 新浪财经

12. *Division of Enforcement 2019 Annual Report - SEC.gov*
<https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2019.pdf>

13. 石建勋、陆军荣著:《中国公司国际资本市场融资路径、案例与操作方案》, 机械工业出版社, 2006年6月版, 第331页



案例4.1: 某中资银行在美全资子公司因未合规经营美国存托凭证业务被罚款4200万美元

2019年7月12日, 某中资银行在美全资子公司美国证券交易委员会 (SEC) 宣布对某中资银行在美全资子公司某金融服务公司开出4200万美元的罚单。¹⁴

该中资银行在美全资子公司一般作为存托银行 (DEPOSITORY) 和美国投资者的中间人。美国证监局 (SEC) 发现该子公司在理应知道境外托管银行 (LOCAL CUSTODIAN) 并不会收到与ADR等值的股票时, 依然从存托银行 (DEPOSITORY) 处获取了美国存托凭证 (ADR)。这种做法其实变相增加了境外上市公司的可交易股票数额, 并且会导致更多的不正当金融操作出现。该公司最后被美国证监局诉讼并且支付了超过四千两百万美金的罚款。

该中资银行的不合规行为主要表现在以下两个方面:

不合规行为	违反的相关法律
1) 该公司违反了其与发行ADR的存托银行 (DEPOSITORY) 所签订的预先发行协议和存款协议	《1933年美国证券法》(THE SECURITIES ACT OF 1933) 第17条 (a) (3) 款: 禁止在发行或出售证券的过程中从事任何对买方构成欺诈或欺骗或可能构成欺诈或诈骗的交易、行为或业务。
2) 作为一家证券经纪公司, 未尽到监督义务, 也没有防止和及时发现违反联邦证券法的行为。对于相关工作人员从其他券商处借入预先发行的ADR的行为也并未尽到相应的监督义务, 未能制定和实施监管政策和监督程序。	《交易法》(SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934) 第15条 (b) (4) (E) 款: 经纪人或交易商应当对受其监督的、违反规章制度的人尽到合理的合理监督义务, 除非该经纪人公司或交易商 ①已经建立起了满足合理期待的对应程序和一个可以适用这些程序的系统, 以在切实可行的范围内, 预防和发现违规行为; 并且②没有合理理由去怀疑任何一个负有守责义务的主体违反了前述程序

14. ** to pay more than \$42M for improper handling of ADRs
<https://www.complianceweek.com/regulatory-enforcement/icbc-to-pay-more-than-42m-for-improper-handling-of-adrs/27262.article>

交易流程的简化必不可少地会带来更高的合规要求,为了避免投资者的欺诈行为,美国法律规定:不管是发行银行,还是充当中间角色的证券公司(A BROKER-DEALER)在处理预先发行相关业务时,都必须承担的监督义务;主要体现在《1933年美国证券法》17条和《1934年交易法》第15条(b)款中。

5/ 紧扣全球监管方向,构建金融机构“大合规体系”

近期,中概股造假风波让国际资本市场对中国企业的信心再次跌落。5月4日,国务院金融稳定发展委员会第二十八次会议上强调“必须坚决维护投资者利益、严肃市场纪律”;“坚持市场化、法制化原则”。未来,中资金融机构的海外违规行为可能不仅会面临境外监管机关的处罚,也可能会面临国内监管机构的调查和处罚。尽管跨境监管合作困难重重,但面对严重的不合规行为时,涉及刑事责任也非空穴来风。

随着金融监管在商业战略中占据着越来越重要的地位,金融机构一线业务部门应当尽可能多地参与进合规风险分析和监管改革的相关活动中来。在国际资本市场中经营,复杂多变的营商环境使得金融机构在设立海外分支机构时容易拥有来源复杂、波动性大、容易拥有大量高风险的客户群体。一线业务部门(同样也是金融企业合规的第一道防线)需要承担起更大的责任,包括客户的尽职调查、履行金融犯罪监管要求、日常可疑交易的监控活动以及在特殊情况下的举报处理等。

“合规”这个概念原本就起源于金融领域,出于对金融安全、甚至国家安全的考虑,针对金融机构的合规要求普遍来说相对其他企业更严格。无论是基于监管要求还是市场竞争,金融企业都应该把“合规”列入企业长期可持续发展的战略之中。《中央企业合规管理指引(试行)》将合规的“规”定义为涵盖法律法规、监管规定、行业准则、企业章程及规章制度、国际条约、规则等要求的外法内规,显然这是一

个广义的“规”。相应地，企业的合规管理也应当从防范控制风险、遵守各法域法律法规、落实企业内控规章制度等方面，多管齐下，整合构建“大合规体系。”

此外，金融科技、数据处理外包等模式的广泛使用也为现在及未来的合规提出了更高的信息技术上的要求。前端技术的应用也为金融机构带来了信息安全、数据保护、用户隐私、反洗钱等各方面的合规义务。针对这些新兴的合规领域，金融机构的合规战术也需要相应调整，从侧重于保护、补救的职能向顺应监管、资本节约、打造合规品牌等更具预测性和战略性的方向转变。

数字货币的法律风险梳理 及合规监管现状

作者/刘相文 王晶涛 李伟

合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com



北京时间2019年10月24日,中共中央政治局就区块链技术发展现状和趋势进行第十八次集体学习,习近平主席指出“区块链技术应用已延伸到数字金融、物联网、智能制造、供应链管理、数字资产交易等多个领域,全球主要国家都在加快布局区块链技术发展。¹⁵而在美国时间10月23日,美国众议院就FACEBOOK雄心勃勃的数字货币LIBRA发行计划召开听证会,FACEBOOK创始人扎克伯格到场为其计划辩护,遭到众议员们长达6个小时的拷问。未来的数字金融体系究竟是由各国央行发行央行数字货币主导,还是由FACEBOOK这样的科技巨头发行的各类国际稳定币掌控,抑或是以比特币(BITCOIN)为例的采取去中心化的加密数字货币为主?未来的金融体系如何监管层出不穷的密码货币和虚拟货币?这些数字货币又有哪些法律风险点?各国又是如何监管的?本文从合规的角度出发,简析数字货币的法律风险以及各国在监管数字货币方面的手段。

15. 金佳绪,《政治局集体学习专议这项技术发展,习近平有何深远考量》,新华网,2019年10月29日,http://www.xinhuanet.com/politics/xxjxs/2019-10/29/c_1125164384.htm

16. *Digital Currencies*, Bank of England, <https://www.bankofengland.co.uk/research/digital-currencies>.

17. *Yen Nee Lee, China could launch its own digital currency in the next 203 months, predicts investor, CNBC,*

November 11, 2019, <https://www.cnbc.com/2019/11/12/china-could-launch-digital-currency-in-next-2-3-months-investor-says.html>.

18. *Timothy Biver, Hashing It Out: Problems And Solutions Concerning*

1 / 数字货币的定义

数字货币 (DIGITAL CURRENCY) 的定义可以非常简单, 但是形式非常多样。英格兰银行对于数字货币的定义为: “数字货币就是仅仅存在于电子形式的资产。”¹⁶数字货币包括央行数字货币 (CENTRAL BANK ISSUED DIGITAL CURRENCY, THE “CBDC”), 密码货币 (CRYPTOCURRENCY), 虚拟货币 (VIRTUAL CURRENCY) 等等。这些概念既不相同又相互联系, 新闻媒体报道中也经常将这些概念混淆。本文对于这些概念进行简单的区分。

央行数字货币是指由一国的中央银行发行的数字货币, 既可以基于区块链技术的分布式记账, 也可以基于传统模式的中心化记账。一国的法定货币的数字化, 则可被称为法定数字货币 (央行可以发行法定数字货币和非法定数字货币)。目前, 中国人民银行正在研究的法定数字货币被称为DIGITAL CURRENCY/ELECTRONIC PAYMENT (DCEP)。¹⁷

密码货币也称加密货币, 是指依赖于加密算法的交易媒介用以确保网络和交易的有效性, 一般而言在网上进行销售。¹⁸密码货币中最知名的就是比特币, 是一种根据数字极客中本聪的思路设计发布的开源软件以及建构于其上的加密数字货币, 是一种具有分布式账本、去中心网络化的加密数字货币。¹⁹一般而言, 密码货币不是各国央行所发行的, 但是央行也可以发行自己的“央行密码货币” (CENTRAL BANK CRYPTOCURRENCY)。

FACEBOOK计划发行的LIBRA属于密码货币的一种, 也是国际稳定币概念下的密码货币之一。**稳定币 (STABLECOIN) 或国际稳定币 (GLOBAL STABLECOIN, THE GSC) 是与一国或多国法定货币价值挂钩的一种密码货币。**在一份向欧洲中央银行提交的报告中提到, 稳定币本身并不是任何特定货币或一篮子货币, 而是具有价值的数字单元, 通过依靠一系列稳定工具来减少这些货币的价格波动。²⁰

虚拟货币则是另一个被广泛使用的概念, 很多国家的主管机关甚至直接使用这个概念来代指数字货币或密码货币。根据欧洲央行

Cryptocurrency Used as Article 9 Collateral, Journal of Law, Technology & the Internet (Vol. 7, 2016).
<https://pdfs.semanticscholar.org/c4e1/39d1d4b69289caabe1659117de84d6ea3ba9.pdf>.

19. Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, www.bitcoin.org, October 31, 2008.

<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
20. Dirk Bullmann, Jonas Klemm,

Andrea Pinna, In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?, Occasional Paper Series, European Central Bank, No 230/August 2019,

的定义,虚拟货币是一种无监管的数字金钱,一般由其开发商发行和控制,并且仅仅是在该虚拟社区内才能被使用和接受。²¹例如,一款网络游戏内所发售的游戏币就是一种虚拟货币,由游戏开发商发行,可以购买并在该游戏内交易,但不能用来买其他商品,不能用来兑换现金(除非游戏开发商允许退款或玩家之间私下交易),也不能在另一款网络游戏中使用。

目前非央行发行的密码货币和虚拟货币并不具有法定货币的定义。绝大多数国家也不承认其为货币。²²本文中所提到的难以监管的数字货币主要为私人机构发行的密码货币(包括比特币等密码货币和LIBRA等国际稳定币)和虚拟货币。在下文中,我们将根据各国主管机构的官方定义交替使用数字货币、密码货币或虚拟货币的名称,各个概念将会较为相似,不做过多区分。如果一国主管机构没有明确定义,我们将统一使用“数字货币”一词。



鉴于各国缺乏对于数字货币的统一认识,对于数字货币的监管方式也不尽相同。数字货币天然具备的可以任意跨越国境的交易模式,导致其在各国造成不同的法律后果。

21. European Central Bank, Virtual Currency Schemes, p13, October 2012.
22. 目前基本上所有国家并不承认数字货币为“货币”,而将其视为证券或虚拟商品等。

23. Juan M. Diehl Moreno & Santiago E. Eraso Lomaquiz, Argentina, Blockchain & Cryptocurrency Regulation, p193.
24. Ursula Rath & Thomas Kulnigg, Austria, Blockchain &

Cryptocurrency Regulation, p209.
25. Daniel Haeberli, Stefan Oesterhelt & Urs Meier, Switzerland, Blockchain & Cryptocurrency Regulation, p443-445.

2/ 数字货币的法律风险

(一) 概述

自数字货币产生以来,尤其是自比特币的发行导致全球进入数字货币热潮以来,各国政府就对于数字货币抱着复杂的态度在进行监管。一方面,政府看到了区块链技术在推动科技进步方面的巨大潜力;另一方面,如何监管数字货币也是令各国政府颇为头疼的问题。

目前,各国政府对于数字货币的监管态度和手段均不一致。一些国家会为数字货币交易单独颁发牌照,一些国家会将既有的反洗钱规定运用于数字货币钱包之上,一些国家会使用证券法来监管数字货币的首次发行,也有一些国家制定新的法律将数字货币交易纳入反洗钱体系之内。例如,阿根廷政府将密码货币定义为“价值的数字代表”,并以数字的形式成为交易媒介,但仍然不是法定货币。²³奥地利政府既没有禁止任何数字货币的交易,也没有将其视为货币或给予货币的待遇,更没有专门为其立法进行监管。²⁴瑞士政府可能是全世界对待数字货币最友好的国家,在看到数字货币可能为瑞士金融服务业和经济带来效益后,瑞士政府对数字货币保持积极的态度,并成为诸多数字货币首次发行地。²⁵日本的做法则是单独为数字货币(日本法称为虚拟货币)立法,以保护数字货币交易者的权利,和实施反洗钱和反恐怖融资领域的规制监管。²⁶

鉴于各国缺乏对于数字货币的统一认识,对于数字货币的监管方式也不尽相同。数字货币天然具备的可以任意跨越国境的交易模式,导致其在各国造成不同的法律后果。而新兴的国际稳定币对各国现有的监管体系再次造成不小的困扰。在2019年7月结束的G7集团财政与央行行长会议上,各国金融机构的主管首长达成共识,LIBRA让各国意识到其严重的监管和系统性风险,以及更为广泛的政策问题,这些问题必须在此类项目启动前加以解决。²⁷

因此,各国虽然就如何监管暂时无法形成共识,但都已认识到数字货币必须受到有效监管,而绝非法外之地。早在2018年,G7集团财长和央行行长就表示,在各国金融体系深度联结的时代,国际合作对

26.Taro Awataguchi, Japan, Blockchain & Cryptocurrency Regulation, p349.
27.“Chair’s Summary: G-7 Finance Ministers and Central Bank Governors’ Meeting,” Chantilly,

France, July 18, 2019, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/locale/piece-jointe/2019/07/g7_chairs_summary.pdf.
28.Rebecca M. Nelson, Examining Regulatory Frameworks for

Digital Currencies and Blockchain, Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, U.S. Senate, July 30, 2019.
29. Id.
30. Id.

密码货币监管的具有重要意义。²⁸在G20财长和央行行长会议上,各国官员也表示,愿意一道工作以确保数字货币的风险得到监管,并探索多边响应机制。²⁹时任国际货币基金组织总裁的拉加德表示,对于密码货币进行国际监管是“不可避免的”。³⁰

(二) 洗钱风险

许多种数字货币与生俱来的带有去中心化和匿名的特征,为各国金融监管机构在反洗钱领域里造成巨大挑战。尽管有声音呼吁全球形成统一的数字货币反洗钱体系,但目前为止不仅这一体系远未建立,³¹许多国家的国内法也尚未完善对数字货币进行反洗钱规制和监管。

究其原因,数字货币在设计上就与传统金融产品不同。首先,以比特币为代表的密码货币,其设计初衷就是实现真正的点对点交易,无需借助任何中间的金融机构,如商业银行、非银行支付机构或清算组织。而这些机构本应在资金流转中承担重要的反洗钱责任。³²其次,数字货币或密码货币的匿名性,使得传统反洗钱体系最重要的两点“知晓你的客户”(KYC)和客户识别程序(CIP)受到很大的影响,³³密码货币的交易从“KYC”变成“不知道客户是谁”。第三,分布式账本的迭代性特点导致监管机关很难溯源每一笔不法交易。³⁴第四,网络交易的独特性,导致各个司法管辖区难以确定对于跨国数字货币交易的管辖权。³⁵第五,在使用数字货币时,用户仅需很低的成本就可以开设账户。³⁶数字货币或密码货币上述的特点,使得其成为洗钱的理想工具。³⁷

因此,各种数字货币交易市场增加了各类犯罪的风险,包括违法交易(例如毒品交易、人口走私、人体器官贩卖、儿童色情产品以及其他通过暗网进行交易的违禁品)、黑客攻击、欺诈发行数字货币,以及无证经营的行为。³⁸对于这些犯罪行为,数字货币去中心化、匿名性、迭代性、廉价性等特点,为执法机构打击洗钱犯罪制造了额外成本。金融行动特别工作组(FATF)注意到,执法机关无法在去中心化的数字货币体系内围绕一个中心进行全面调查或资产控制,而用户的交易记录往往在不同司法管辖区的多个中心机构处存放,因此执法机

31. Barbara Slettner, *Cryptocurrency AML risk considerations*, Allen & Overy, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/lrrfs/cross-border/Pages/Cryptocurrency-A>

ML-risk-considerations.aspx.

32. Id.

33. Id.

34. Id.

35. Id.

36. Fedor Poskriakov, Maria

Chiriaeva & Christophe Cavin, *Cryptocurrency compliance and risks: A European KYC/AML perspective*, Blockchain Cryptocurrency Regulation, 165.

构在执法时非常困难。³⁹根据欧洲刑警组织的估算,2017年欧洲范围内3%-4%的非法所得是通过数字货币来进行洗钱。⁴⁰

此外,鉴于各国对于数字货币的定义尚不统一,数字货币服务提供商的反洗钱义务也难以明确。数字货币服务提供商可能同时扮演银行、金融公司、证券公司、期货公司和虚拟商品的提供者的角色。数字货币服务提供商需要承担怎样的反洗钱义务?各国缺乏统一的认知和规则。例如,《比利时反洗钱法》(BELGIAN ANTI-MONEY LAUNDERING ACT)要求银行调查投资数字货币的异常交易,但是数字货币平台、中间商和数字钱包服务提供商目前仍不属于《比利时反洗钱法》项下的有义务的实体。⁴¹澳大利亚在2017年制定了《反洗钱与反恐怖融资2017年度修正案》(ANTI-MONEY LAUNDERING AND COUNTER-TERRORISM FINANCING AMWENDMENT ACT 2017),将密码货币正式纳入联邦政府的反洗钱框架之内,并于2018年4月正式实施。⁴²

(三) 逃税风险

由于缺乏对数字货币在税收层面的清晰界定和明确规则,自数字货币产生以来,就不断地吸引着避税者的目光。⁴³随着投资者的增加,这一问题日益严重。⁴⁴其中,最大的问题是向数字货币征收何种税?个人所得税?增值税?消费税?还是企业税?

使用数字货币逃税依然与部分数字货币存在匿名交易、点对点交易和跨境交易的特征有关。因此,无论防范数字货币逃税行为,还是打击数字货币逃税行为,都有如何防范,如何追责,以及如何确定司法管辖三大困境。⁴⁵

对于上述问题,各国的实践并不统一。截止2018年,对于数字货币交易完全不征税的国家有白俄罗斯、丹麦、葡萄牙、新加坡、斯洛文尼亚和意大利。⁴⁶阿根廷法律规定,销售数字货币所得利润将被征收15%的所得税,基本上对等交易证券的收税标准。⁴⁷澳大利亚则在收税时将数字货币的交易视为以物易物,因为澳大利亚税务部门认为数字货币既不是钱,也不是外汇货币。⁴⁸俄罗斯政府虽然目前并没有明确的法律规定,是否应该向数字货币交易征税,但有律师认为《俄

37. Id.

38. Id.

39. Id., at 167.

40. Id., at 162.

41. Muriel Baudoncq, France Wilmet, Belgium, Blockchain

Cryptocurrency Regulation, 222.

42. Murray Deakin and Sara Liu, *New anti-money laundering and counter-terrorism financing*

laws, pwc, January 30, 2018, <https://www.pwc.com.au/legal/assets/legaltalk/new-anti-money-laundering-and-counter-terrorism-financing-laws-300118.pdf>.

罗斯联邦税务规定》(TAX CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION)应该适用。⁴⁹日本政府向数字货币征税的是消费税,如果销售者位于日本境内,则销售数字货币则应被征收消费税。⁵⁰

鉴于各国就数字货币的税收问题在短期内难以形成共识,数字货币逃税的风险依然很高。随之技术的进步,应对数字货币以及密码货币带来的税务问题,将成为各国税务机关的在未来的重要任务之一。

(四) 网络安全风险

数字货币的网络安全风险亦不可忽视。数字货币,特别是密码货币,依赖于持有者个人保存的私钥作为验证机制。因此一旦私钥失窃,则持有者可能永远无法追回损失。

MT. GOX交易平台被黑客攻击事件就是典型案例之一。2014年,MT. GOX被黑客攻击,约2万5千名用户的仅65万枚比特币被盗,当时约合市值4亿美元。⁵¹丢失比特币的客户无法挽回损失,因为比特币的匿名性,追踪谁是窃贼或追回这些资产都是不可能的。⁵²2019年5月7日,交易平台BINANCE表示,黑客使用了各种攻击手段,窃取了超过7000枚比特币。⁵³据美国国土安全部的一项调查显示,33%的比特币交易平台曾遭受到黑客攻击。⁵⁴并且,很多黑客在窃取比特币之后,会向平台索要赎金。

数据安全问题,也是很多监管机构对于LIBRA之类的国际稳定币的担忧之一。黑客窃取了用户的数字货币后,用户是否可以追回或寻求补偿?在上述问题得到技术层面和法律层面的妥善处理前,网络安全将会继续限制数字货币发展和广泛应用。

(五) 国际稳定币所带来的独特风险

如果说以比特币为首的密码货币已经让监管机构感到压力,那么以LIBRA为首的稳定币则对于各国的监管造成更大的挑战。**相较于币值不稳定的比特币,国际稳定币在带来稳定的币值的同时,也为监管机构带来其他问题。**国际货币基金组织(IMF)代理总裁利普顿(David Lipton)在纪念布雷顿森林体系成立75周年会议上表示,

43. Ciupa Katarzyna, *Cryptocurrencies Opportunities, Risks and Challenges for Anti-Corruption Compliance Systems*, 2019 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum,

<http://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Ciupa-Katarzyna-cryptocurrency-s.pdf>.
44. Id.
45. Dong He, Karl Habermeier, Ross

Leckow, Vikram Haksar, Yasmin Almeida, Mikari Kashima, Nadim Kyriakos-Saad, Hiroko Oura, Tahsin Saadi Sedik, Natalia Stetsenko, and Concepcion Verdugo-Yepes, *Virtual*



“这些新工具旨在以互联网改变信息的方式来改变支付，确保交易安全保密、实时完成且近乎免费…… 其效益显而易见——使用便利，成本更低，且能够辐射全球……那么，它存在哪些风险？我们识别了几类风险：**出现潜在的新垄断企业，会影响个人数据货币化的方式；冲击较为弱势的货币和美元化的扩张；为非法活动创造机会；威胁金融稳定以及企业发行货币并赚取大量利润（此前为央行的职能领域）的挑战。**因此，监管当局——以及国际货币基金组织——应该挺身而出。”⁵⁵

在夸尔斯致G20领导人的信中写道，“引入国际稳定币或将对

Currencies and Beyond: Initial Considerations, IMF, January 2016, p30,
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>.
46. Ahmet Burcin Yereli, Isil

Fulya ORKUNOGLU-SAHIN, Cryptocurrencies and Taxation, 5th International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society, p224.
47. *Regulation of Cryptocurrency*

in Selected Jurisdictions, The Law Library of Congress, p2,
<https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/regulation-of-cryptocurrency.pdf>.
48. Id., at 12.

于监管机构造成一系列挑战,不仅仅是因为其可能通过取代主权货币而变得举足轻重。国际稳定币可能带来的挑战包括:财政稳定,消费者和投资者保护,数据隐私及保护,包括反洗钱、反恐怖融资和了解你的客户合规体系在内的财务诚信,减轻逃税行为,公平竞争和反垄断政策,市场诚信,有效治理,网络安全和运营风险,以及一个适当的法律基础。”⁵⁶

与不与任何货币价值挂钩的比特币相比,稳定币与现实的货币或其他有价物挂钩,因此价格较为稳定,且由大型科技公司或金融机构做背书,更容易达成大规模发行的目的。也因此为监管造成系统性风险。⁵⁷

G7集团在2019年10月出具的报告中对于稳定币的风险和监管提出了9点意见。稳定币的发行必须注意以下9点才能有效运营且合法合规。

第一,稳定币必须要有明确的法律基础。在所有有关的司法管辖区内都有稳定的、清晰的且透明的法律基础是任何稳定币的前提。必须要给稳定币以明确的法律地位,区分清不同的司法管辖区的适用法律,以及确定在两国法律出现冲突时的协调机制,才能保证稳定币的有效运营。⁵⁸

第二,有效的管理。在(稳定币)运营前必须建立有效的管理。⁵⁹有效的管理机制包括如何监管第三方服务提供商,如何监管分布式记账这一数字货币的特性,这都是保证稳定币金融体系有效运行的基础。⁶⁰

第三,稳定币要有完善的反洗钱反恐怖融资制度。政府将会对于虚拟资产以及其服务商施加最高等级的反洗钱和反恐怖融资的国际标准。⁶¹

第四,支付系统的安全、有效和完整性。监管和政策框架因对科技保持中立态度且不应阻碍创新,但是必须要保证支付系统的安全和有效性。⁶²

第五,网络和其他运营风险。监管机构将会要求使用合适的系统、制裁、程序和控制手段来降低稳定币的运营和网络风险。⁶³

第六,市场诚信原则。一种稳定币必须保证其在一级和二级市场

49.Vasilisa Strizh, Dmitry Dmitriev & Anastasia Kiseleva, Russia, Blockchain Cryptocurrency Regulation, p414.
50.Taro Awataguchi, Japan, Blockchain Cryptocurrency

Regulation, p355.
51.Sharon Bauer & Imran Ahmad, Cryptocurrency and cybersecurity: The implications, *The Lawyer's Daily*, November 30, 2017. <http://www.wolfelawyers.com/resour>

ces/Cryptocurrency-and-Cybersecurity--The-Implications--The-Lawyer%27s-Daily.pdf.
52.Id.
53.Arjun Kharpal, *Hackers steal over \$40 million worth of bitcoin*

上价格公允且透明。⁶⁴

第七, 数据保护问题。监管机构会对稳定币的运营商提出适当的数据隐私和保护方面的规定, 包括系统内的参与者是如何运营这些数据以及如何参与者和第三方之间分享的。⁶⁵这一问题在涉及跨境传输时, 会变得尤为复杂。

第八, 是用户与投资者保护。对于任何新生的科技, 均需向用户和投资者告知所有的重要风险和他们的个人义务。⁶⁶在这一点上, 稳定币的发行商必须做好功课。⁶⁷

最后是税务合规问题。稳定币的运营者、用户以及其他相关方需要遵守相关的税务方面的法律法规以降低逃税方面的风险。⁶⁸

可以看得出, 以G7集团为主的发达国家在接受和发行稳定币时依然顾虑重重, 尤其是FACEBOOK这种体量的科技巨头, 一旦贸然允许其私发稳定币, 却监管不到位, 则非常容易导致巨大的法律和金融风险。

各国对于如何监管数字货币并没有达成统一的认识, 因此在面对数字货币带来的革新与挑战在下一章节中, 我们将以美国、日本、香港地区和中国大陆为例, 简要介绍境内外的集中典型的监管模式。

3 境内外的典型监管模式

(一) 概述

数字货币的技术是中性的, 但数字货币的发行和交易却存在被滥用的可能, 需要规制和监管。各国对数字货币的法律监管主要涉及证券法、大宗商品交易法、反洗钱法、税法等领域。

目前, 世界各国或地区中比较典型的监管模式包括:

(1) **基于现有体系的谨慎监管**, 即一方面鼓励技术进步、尊重交易自由, 另一方面也将部分交易行为纳入传统监管体系, 典型代表是美国联邦政府;

(2) **专门出台针对数字货币交易的成文法**, 正面界定数字货币交

from one of the world's largest cryptocurrency exchanges, CNBC, May 7, 2019, <https://www.cnbc.com/2019/05/08/binance-bitcoin-hack-over-40-million-of-cryptocurrency-stolen.html>.

54. Charles Cooper, *The cybersecurity sides of cryptocurrency*, AT&T, <https://www.business.att.com/learn/tech-advice/the-cybersecurity-side-of-cryptocurrency.html>.

55. 大卫·利普顿: “布雷顿森林体系的未来”, 国际货币基金组织, 2019年7月16日, <https://www.imf.org/zh/News/Articles/2019/07/12/sp071619-the-future-of-bretton-woods>.

易的法律属性,典型代表是日本政府

(3)“**沙盒监管**”,即在受控环境下允许数字货币的交易,以此探索未来的监管途径,典型代表是中国香港特别行政区政府;

(4)**极大程度限制数字货币的自由发行和交易**,典型代表是中国政府。

本文将以上述四个司法管辖区为例,简要介绍其监管方式的基本内容和特点。

(二)美国联邦政府

1.概述

美国联邦政府认为,区块链技术是美国未来基础设施的重要组成部分,并强调美国在该技术中保持领先地位的重要性。⁶⁹因此,美国联邦政府并未特别限制数字货币的交易,而是沿用既有的监管体系加以控制,包括证券监管、反洗钱监管、期货交易监管和税务监管等。

2.证券监管

在美国1933年《证券法》中,作为“证券”(SECURITIES)的一种类型是“投资合同”(INVESTMENT CONTRACT),构成“投资合同”需要满足“豪威测试”(HOWEY TEST)的四个条件:

- (1) 资本投入;
- (2) 投资于一个共同事业;
- (3) 期待获取利润;
- (4) 投资者不直接参与经营,仅仅凭借发起人或第三方的努力。⁷⁰

凡被认定为证券发行和转售的行为,都需要满足证券法下的注册与豁免规则,否则就可能面临民事诉讼、行政处罚或刑事追究。

作为数字资产的一种类型,数字货币也无法逃脱上述规则的适用,其发行或转售一旦被认定为证券销售,就可能受到SEC的监管。反之,如果数字货币的销售行为被认为不构成“销售证券的行为”,就不会受到证券法的规制。对此,SEC以及法院将根据交易的实质而非形式进行判断。⁷¹

56.Randal K. Quarles, To G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Financial Stability Board, October 13, 2019.

57.Michael Voisin, Harry Eddis,

Richard Hay and Sophia Le Vesconte, *G7 outlines key risks to be addressed by stablecoin developers and regulators*, Linklaters, October 29, 2019, [https://www.linklaters.com/en-](https://www.linklaters.com/en-us/insights/blogs/fintechlinks/2019/october/g7-outlines-key-risks-to-be-addressed-by-stablecoin-developers-and-regulators)

[us/insights/blogs/fintechlinks/2019/october/g7-outlines-key-risks-to-be-addressed-by-stablecoin-developers-and-regulators](https://www.linklaters.com/en-us/insights/blogs/fintechlinks/2019/october/g7-outlines-key-risks-to-be-addressed-by-stablecoin-developers-and-regulators).
58.G7 Working Group on Stablecoins, *Investigating the*

3.反洗钱监管

在美国联邦政府层面,与反洗钱相关的主要制定法是《银行保密法》(BANK SECRECY ACT, BSA),并由美国财政部下属的金融犯罪执法网络(FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, FinCEN)作为主要执法机构。

《银行保密法》监管的对象是金融机构,包括银行、证券经纪人与承销商、货币服务商等。对于虚拟货币交易而言,参与交易者可能被认定为货币服务商。对此,FinCEN在2013年专门发布了一篇指南,明确界定可兑换数字货币的使用者不属于货币服务商,只有扮演交易的管理人或者交易所,才会被认定为从事货币服务业务,特别是构成资金转移者。⁷²对此,FinCEN在2014年的答复中进一步解释到,出于自身的目的挖掘和使用虚拟货币,不属于从事货币服务商的行为,因为这既不涉及“接受”也不涉及“转移”虚拟货币,进而不是资金转移者。⁷³

简而言之,并非所有参与虚拟货币交易的主体都需要考虑反洗钱监管。只有从事货币服务业务,进而成为受监管的金融机构的一种,才必须满足BSA的反洗钱合规的要求,包括制定、实施和维护合理设计的程序,以防止洗钱和恐怖融资活动。⁷⁴

4.期货交易监管

美国《大宗商品交易法》(COMMODITY EXCHANGE ACT 9, CEA)赋予大宗商品期货交易委员会(COMMODITY FUTURES TRADING COMMISSION, CFTC)监督期货、期权和衍生品合约的场内与场外交易。⁷⁵对于虚拟货币而言,自2015年以来,CFTC就将其作为大宗商品的一种加以监管。在2017年10月,CFTC发布了《关于虚拟货币的初级读本》,阐明CFTC将虚拟货币视为大宗商品,与SEC将虚拟货币视为证券之间,不存在矛盾,二者都是根据交易的实质而非形式进行判断。⁷⁶

由此,与其他期货投资一样,虚拟货币期货合约的基金经理,也必须在CFTC和国家期货协会(NATIONAL FUTURES ASSOCIATION)登记注册为期货交易顾问和期货基金经理,或者取得相应的注册豁免。⁷⁷

impact of global stablecoins,
October 2019,
https://gallery.mailchimp.com/a87f67248663abe55ad9325d6/files/e4a49a28-22d8-4231-b712-fd7cc7c74afc/G7SC_Report_on_Global_Stabl

ecoins_17_October_2019_final.pdf.
59. Id., at 6
60. Id.
61. Id., at 7.
62. Id.
63. Id., at 8.

64. Id., at 9.
65. Id.
66. Id., at 10.
67. Id.
68. Id. at 11.



只有从事货币服务业务,进而成为受监管的金融机构的一种,才必须满足BSA的反洗钱合规的要求,包括制定、实施和维护合理设计的程序,以防止洗钱和恐怖融资活动。

69. Josias Dewey, USA, Blockchain & Cryptocurrency Regulation, Global Legal Group Ltd., 2018, p.479.
70. *What Is the Howey Test?*, FindLaw, <https://consumer.findlaw.com/se>

[securities-law/what-is-the-howey-test.html](https://consumer.findlaw.com/securities-law/what-is-the-howey-test.html).
71. 在SEC v. Shavers一案中,法院认为该案中的比特币交易,在实质上完全满足了“豪威测试”的四个条件,故而应当被视为证券交易。See SEC v. Shavers

et. al., 2013 U.S. Dist. LEXIS 130781 (E.D. Tex., Sept. 18, 2014). 同样,SEC主席Jay Clayton在2017年的讲话中强调,虚拟货币是否是证券,取决于该特定资产的“性质和用途”。See Chairman Jay Clayton, Statement on

5. 税务监管

虚拟货币的交易也受到联邦税务机关的关注。在2014年3月,美国国家税务局 (INTERNAL REVENUE SERVICE, IRS) 发布了有关虚拟货币的指南, 阐明可转换虚拟货币的出售、交换或使用, 可能导致税务后果。在税务意义上, 虚拟货币被视为“财产”。⁷⁸2019年10月, IRS又发布了新的答复, 进一步明确了虚拟货币的财产属性, 并就如何纳税的问题作出更具体的解释。⁷⁹由此, 虚拟货币的交易也被纳入传统的税务监管体系之内。

(三) 日本政府

1. 概述

日本政府率先从正面界定了“虚拟货币”(日文: 仮想通貨, 英文: VIRTUAL CURRENCY) 的法律含义, 并要求“虚拟货币交易服务提供商”完成登记注册程序, 才能向日本居民提供虚拟货币兑换服务。日本政府的主要监管目标是:

- (1) 保护在货币交易所中进行交易的客户;
- (2) 反洗钱和反恐怖融资。⁸⁰

2. 有关虚拟货币交易的监管

为应对虚拟货币监管要求, 日本修改了《支付服务法》, 专门增加“第三章之二, 虚拟货币”, 要求提供虚拟货币交易服务的人员必须在日本金融厅完成登记注册, 并建立与其他金融机构类似的内控制度、记录保管制度与可疑交易报告制度, 否则就可能面临行政处罚或刑事追诉。⁸¹

根据《支付服务法》第二条第5项的定义, “虚拟货币”是指:

- (1) 可以向不特定的人使用的财产价值, 用以支付购买、租赁商品或接受服务的价款, 也可以从不特定的对方购买和出售, 并可以通过电子数据处理系统进行传输;
- (2) 财产价值可以与上一项中指定的财产价值进行交换 (以不特定的人作为相对方), 并且可以使用电子信息处理组织进行转移。⁸²

简言之, 虚拟货币是指可以不特定的人作为付款方式使用的, 不

Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings, December 11, 2017, <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-2017-12-11>.
72. See FIN-2013-G001, Application of FinCEN's Regulations to Person's

Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies (March 18, 2013).
73. FIN-2013-G001, Request for Administrative Ruling on the Application of FinCEN's Regulations to a Virtual Currency Payment

System (October 27, 2014).
74. FIN-2013-G001, Application of FinCEN's Regulations to Person's Administering, Exchanging or Using Virtual Currencies (March 18, 2013).

以货币计价的加密货币,如比特币和以太币等。⁸³如果某种虚拟货币属于上述定义的范围,则应当适用《支付服务法》,必须通过“虚拟货币交易服务提供商”进行贩售。

所谓“虚拟货币交易服务提供商”,根据《支付服务法》第二条第7项的定义,是指从事下列经营行为的人:

- (1) 买卖虚拟货币或将某种虚拟货币交换为其他虚拟货币;
- (2) 前述(1)所列行为的中介人、经纪人、或代理人;
- (3) 与前述(1)、(2)所列行为有关的用户资金或虚拟货币的管理人。⁸⁴

如果虚拟货币不属于上述《支付服务法》的定义,则出售或发行虚拟货币依然可能还受到证券监管和预付支付监管。若支付给货币持有者的利益是基于货币发行者的收益,并且分配比例是按照货币持有者的所有权比例计算的,则这种虚拟货币可能属于投资基金。货币发行者要遵守《金融工具和交易法》(FINANCIAL INSTRUMENTS AND EXCHANGE ACT)的相关规定。若虚拟货币是用作发行人提供商品或服务的对价,则虚拟货币可能被视为“预付卡”,并受相关法规的约束。⁸⁵

3.一般反洗钱监管

根据《防止犯罪收益转移法》(犯罪による収益の移転防止に関する法律, ACT ON PREVENTION OF TRANSFER OF CRIMINAL PROCEEDS),“虚拟货币交易服务提供商”有义务:

- (1) 验证客户和对客户业务有实质控制权的人的身份数据;
- (2) 保持验证记录和交易记录七年;
- (3) 向有关当局报告可疑交易。⁸⁶

上述规制在实质上与对银行和其他金融机构的反洗钱监管要求类似。作为处理资金转让业务的虚拟货币交易机构,其同样需要履行反洗钱监管义务。

75. Stefan Stankovic, *US Cryptocurrency Regulation: Policies, Regimes & More*, February 18, 2019, <https://unlock.net/us-cryptocurrency-regulation/>.
76. See A CFTC Primer on Virtual

Currencies, https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/documents/file/1abcftc_primercryptocurrencies100417.pdf.
77. Josias Dewey, *USA, Blockchain & Cryptocurrency Regulation*, 2018,

p. 484.
78. See IRS, *Notice 2014-21*, <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>.
79. See IRS, *Rev. Rul. 2019-24*, <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/r19-24>.

(四) 中国香港特别行政区政府

1. 概述

香港特区政府金融管理局和证券及期货事务监察委员会将比特币等数字货币视为“虚拟商品”。⁸⁷除了有关证券、反洗钱与税务等方面的传统体系外,为了促进金融科技的创新,香港特区政府还计划采用“监管沙盒”的模式。

2. 监管沙盒

监管沙盒源自于英国金融监管局 (FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY), 其含义是指对于在法律适用尚不明确的情况下, 为了平衡金融风险和金融创新的要求, 允许部分业务在受控监督的环境下进行试验性的运营。⁸⁸2016年, 香港金融管理局设置了香港的第一个监管沙盒。随后2017年, 香港证监会和香港保监局也推出了自己的监管沙盒。⁸⁹

2018年11月1日, 针对数字货币等虚拟资产投资, 香港证监会发布了新的监管方针, 计划将数字货币纳入监管沙盒体系。香港证监会认为: “在香港的现有监管制度下, 假如虚拟资产不属于‘证券’或‘期货合约’ (或同等金融工具) 的法律定义范围, 其市场便可能不受证监会监察。因此, 若投资者经不受规管的交易平台买卖虚拟资产或投资由不受规管的投资组合管理公司所管理的虚拟资产投资组合, 便不会享有根据《证券及期货条例》所提供的保障, 例如确保稳妥保管资产及市场公平和开放的规定。假如平台营运者及投资组合管理公司不受规管, 其适当人选资格 (包括其财务稳健性和胜任能力) 便未经评核, 而其操作亦不受任何监察。”⁹⁰

由此, 香港证监会计划为虚拟资产设置监管沙盒。其特别提出, 以下类别的虚拟资产投资组合管理公司将须受证监会的监察: “(1) 管理完全投资于不构成“证券”或“期货合约”的虚拟资产的基金并在香港分销该等基金的公司; (2) 就管理“证券”及/或“期货合约”的投资组合而领有或须申领第9类受规管活动 (提供资产管理) 的牌照的公司”。⁹¹同时, “只有符合《证券及期货条例》定义的专业投资者才应获允许投资任何虚拟资产投资组合 (受最低额豁免规定所限)。”⁹²

-19-24.pdf; See also Robert W. Wood, *IRS Issues New Guidance On Virtual Currency*, *Forbes* (Oct. 9, 2019), <https://www.forbes.com/sites/robertwood/2019/10/09/irs-issues-new-guidance-on-virtual-currency/#6ed4>

f5463255
80. Taro Awataguchi, Anderson Mōri & Tomotsune, Japan, in Josias Dewey, Andrew Schofield eds., *Blockchain & Cryptocurrency Regulation*, 2018, p.349.

81. 資金決済に関する法律, 平成二十一年六月二十四日法律第五十九号, 第三章之二。

82. 資金決済に関する法律, 平成二十一年六月二十四日法律第五十九号, 第二条第5項。

(五) 中国政府

1. 概述

中国在区块链技术、市场以及专利发明方面都占据着世界的前沿地位。产生了一批以区块链技术起家的公司。在比特币领域，中国也产生了一批制造“挖矿机”设备的厂商，占据着市场的大量份额。但是为了保护投资者和消费者的利益，为了维护金融秩序稳定，保证金融体系不受无序发展的数字货币的影响，目前中国政府对数字货币的监管态度依然非常谨慎。一方面，国家在相关技术领域投入大量资源进行研究和讨论。另一方面，主管机关对数字货币不受控发行和交易保持高度警惕，防止数字货币冲击现有金融秩序，对数字货币的交易、流通等环节采取控制措施。

2. 禁止虚拟货币无序发行和兑换

根据2017年中国人民银行联合多部门发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》，任何组织和个人不得非法从事代币发行融资活动。已完成代币发行融资的组织和个人应当做出清退等安排，合理保护投资者权益，妥善处置风险。同时，任何代币融资交易平台不得从事法定货币与数字货币的兑换业务，不得买卖或作为中央对手方买卖数字货币，不得为数字货币提供定价、信息中介等服务。

3. 禁止金融机构和支付机构开展与数字货币相关的业务

目前，金融和支付机构被禁止从事与数字货币相关的业务。

首先，2013年12月，中国人民银行联合其他五部门共同发布了《关于防范比特币风险的通知》（银发〔2013〕289号）。该通知中规定，各金融机构和支付机构不得开展与比特币相关的业务，包括以比特币为产品或服务定价，买卖或作为中央对手买卖比特币，承保与比特币相关的保险业务或将比特币纳入保险责任范围，以及直接或间接为客户提供其他与比特币相关的服务。

其次，《关于防范代币发行融资风险的公告》中进一步明确，各金融机构和非银行支付机构不得开展与代币发行融资交易相关的业务，包括提供账户开立、登记、交易、清算、结算等产品或服务。

83. Taro Awataguchi, Japan, *Blockchain & Cryptocurrency Regulation*, Global Legal Group Ltd., 2018, p.349.
84. 資金決済に関する法律, 平成二十一年六月二十四日法律第五十九号,

第二条第7項。
85. See Taro Awataguchi, Japan, *Blockchain & Cryptocurrency Regulation*, 2018, p.355.
86. Id., at 356.
87. See Yu Pui Han, Hong Kong,

Blockchain & Cryptocurrency Regulation, 2018, p.330.
88. See FCA, *Regulatory sandbox*, October 23, 2019, <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>.

4. 将比特币的交易和等级纳入反洗钱监管

根据《关于防范比特币风险的通知》，**比特币的交易和登记被纳入反洗钱监管体系**。首先，提供比特币登记、交易等服务的互联网站应切实履行反洗钱义务，对用户身份进行识别，要求用户使用实名注册，登记姓名、身份证号码等信息。其次，各金融机构、支付机构以及提供比特币登记、交易等服务的互联网站如发现与比特币及其他虚拟商品相关的可疑交易，应当立即向中国反洗钱监测分析中心报告，并配合中国人民银行的反洗钱调查活动。

5. 个人持有不受限制

虽然，监管机关为了保护投资者和消费者的利益，较大程度限制了数字货币发行融资和公开交易，以防利用数字货币从事非法集资、传销和诈骗等行为。但是，对于个人持有数字货币，或者从事数字货币的“挖掘”和“矿机”的生产等，并未加以严格限制。

例如，对于个人持有的比特币，杭州互联网法院的判决就认为，“比特币等‘代币’或‘虚拟货币’具备权利客体特征，符合虚拟财产的构成要件，虽然不具备货币的合法性，但应赋予其作为虚拟财产或商品的合法属性”，“对于比特币作为虚拟财产、商品的属性及对应产生的财产权益予以肯定”。⁹³对于“挖掘”数字货币和生产“矿机”而言，诸如比特大陆、神马矿机等企业，已在全球市场占据领先份额。⁹⁴上述企业的正常生产经营，在我国也并未受到限制。

6. 司法实践中的定性仍有待完善统一

虽然中国法律尚未给予数字货币以明确的法律定义，但是在实践中仍然出现了与数字货币相关的案例，要求法院在具体案件中判定数字货币的法律属性。在司法实践中，各法院尚未对数字货币形成统一的认识，这需要在进一步的立法工作中予以明确。

目前在中国，部分地方法院认为数字货币可以被视为具有价值的“财产”或“虚拟商品”。除了前述杭州互联网法院的民事案件以外，刑事案件中也涉及到数字货币的属性认定。例如，在浙江省台州中院作出的一份刑事裁定中，法院认为“被害人金某付出对价后得到比特

89. JD Alois, *Hong Kong Now Has Three Different Fintech Sandboxes, CrowdFund Insider* (Sep. 29, 2017), <https://www.crowdfundinsider.com/2017/09/122551-hong-kong-now-three-different-fintech-sandboxe>

s-investhk-applauds-government-actions/
90. 证券及期货事务监察委员会，《有关针对虚拟资产投资组合的管理公司、基金分销商及交易平台运营者的监管框架的声明》，2018年11月1日，

<https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/web/TC/news-and-announcements/policy-statements-and-announcements/reg-framework-virtual-asset-portfolio-managers-fund-distributors-trading-platform-operators.html>

币,不仅是一种特定的虚拟商品,也代表着被害人在现实生活中实际享有的财产,应当受刑法保护。”⁹⁵换言之,台州中院承认了数字货币的财产属性。但是也有一些地方法院尚未接受数字货币是“财产”,西安市中院就认为数字货币“应当是一种特定的虚拟商品,不具有与货币等同的法律地位,不能且不应作为货币在市场上流通使用”,并且“不能受到法律的保护”。⁹⁶还有地方法院认为,“虚拟货币与刑法意义上的金钱财物等有形财产、电力燃气等无形财产存在着明显的差异,难以构成刑法上的财物。”⁹⁷因此,“被告人未经公司同意擅自侵入公司电子钱包动用公司虚拟货币的行为,宜认定为非法获取计算机信息系统数据罪。”⁹⁸

此外,对于网络平台擅自进行代币发行融资并引发的投资纠纷,法院则会根据《关于防范代币发行融资风险的公告》,认定投资者与平台的纠纷可能涉嫌犯罪活动,而非单纯的民事纠纷。⁹⁹

法院在司法实践中的不一致并不意外。在我国,对于数字货币法律定义仍然处于探索阶段。在出台相应的制定法和司法解释前,各个法院自然难以形成统一的裁判标准,这需要在下一步的立法和司法工作中加以解决。

4/ 未来数字货币领域合规监管趋势分析

在数字极客和密码学无政府主义者的眼中,以区块链为技术支持的数字货币是躲避政府监管,实现金融自由的重要方法之一。因此,许多数字货币在产生之初就带有乌托邦性质的反监管色彩。随着科技公司开始考虑发行自己的数字货币,其对于各个主权国家所造成的挑战和影响则已经不仅仅是逃避监管的问题。一种可以越过国家边界自由交易的新型数字货币,无异于挑战一国的金融主权。对于中美这样的大国而言,其可能的影响已不可小觑;对于金融力量较为薄弱的国家而言,LIBRA很可能成为取代国家的法定货币。

作为政府,既要保住自身的金融主权,防范数字货币可能带来的

91.证券及期货事务监察委员会,有关针对虚拟资产投资组合的管理公司、基金分销商及交易平台运营者的监管框架的声明,2018年11月1日,<https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/web/TC/news-and-announcements/po>

licy-statements-and-announcements/reg-framework-virtual-asset-portfolios-managers-fund-distributors-trading-platform-operators.html
92.证券及期货事务监察委员会,有关针对虚拟资产投资组合的管理公司、基

金分销商及交易平台运营者的监管框架的声明,2018年11月1日,<https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/web/TC/news-and-announcements/policy-statements-and-announcements/reg-framework-virtual-asset-port>

各种法律风险,同时也要享受数字货币带来的技术优势以及各种便利条件;作为数字货币发行商和投资者,既要获得更大的自由发行数字货币的权利和利益,同时要不触及政府监管机构的底线。可以想见,一场监管与反监管的攻防战,未来将会在各与私营数字货币发行商之间展开。

因此,我们认为数字货币行业的监管可能会从以下方面展开:

(一) 主动发行数字货币、将法币数字化或与私营数字货币发行商进行合作

“走别人的路,让别人无路可走。”这是各国央行在未来监管数字货币时的一种方法。各国央行如果可以赶在私发数字货币普及前,主动发售自己的数字货币,或完成法币的数字化,则可以凭借着既有优势和政府信誉的保证,抢占数字货币领域的制高点。各国央行还可以与私发数字货币商进行合作,以授权发行数字货币或颁发金融牌照等方式,将数字货币运营商纳入到金融监管体系中来。

上述推测并非空穴来风。如前文所述,央行早已开始了数字货币的研究计划。因受到了LIBRA的挑战,欧洲中央银行也在考虑率先发行自己的央行数字货币。¹⁰⁰

(二) 根据数字货币的定性和发展阶段制定法律

名不正则言不顺,师出无名则无法监管。数字货币的监管,离不开对数字货币法律属性的明确界定。私人发行的数字货币的法律性质到底是什么?是货币?是商品?是证券?还是期货?还是为其单独定义,形成全新的一种金融概念。各国金融监管机关已经无法躲避这个问题,必须要给出一个明确的答案。

在确定数字货币的法律定义后,金融机构和执法机构才可以依据新的定义,进一步完善相关法律法规。如前文所述,目前的既有反洗钱和其他法律领域的合规体系已无法很好地适用于数字货币的特点和交易模式。根据新的定义完善相关法律法规势在必行。根据数字货币不同的发展阶段,制定不同的法律法规,这是各国政府在数字货币领域立法立规的难度之一,也是逃不过去的责任。

folios-managers-fund-distributors-
rading-platform-operators.html
93. 杭州互联网法院(2019)浙0192民初
1626号民事判决书。
94. 梁辰:“港交所披露矿机巨头比特大
陆招股书:年收入复合增长超328%,”

市场波动和政策监管为主要风险,美国
三座矿场在建”,新京报网,2018年9月
27日,
http://www.bjnews.com.cn/finance
/2018/09/27/508004.html
95. 浙江省台州市中级人民法院(2016)

浙10刑终1043号刑事裁定书。
96. 陕西省西安市中级人民法院(2019)
陕01民终9832号民事判决书。
97. 上海市浦东新区人民法院(2018)沪
0115刑初845号判决书。
98. 同上注。

数字货币带给人类进步的同时,不法分子利用科技的进步依然是满足其非常原始的利益。执法者经常要面对的情况是不法分子用“新技术”犯“旧罪”的问题。



(三) 数字货币领域的合规体系不会定义技术的上限，而依然是守住人性的下限

阻碍生产力发展的生产制度是注定要被淘汰的。法律的产生并不是为了阻碍科技的进步，如果因为要合规而不再发展技术，那么法律本身成为了阻碍科技进步的绊脚石。

数字货币是科技进步运用于货币金融领域的结果，并无本质危害。但因为科技进步，洗钱者有了更先进的方法逃避监管，行贿者有了更隐蔽的方法继续行贿，偷窥者收集用户数据用以满足私利，逃税者通过监管漏洞从而避免交税，盗窃者从偷钱包转为破解电子钱包的密码，贪婪者利用数字货币试图垄断金融体系。数字货币带给人类进步的同时，不法分子利用科技的进步依然是满足其非常原始的利益。执法者经常要面对的情况是不法分子用“新技术”犯“旧罪”的问题。¹⁰¹

良好的法律法规体系不会阻碍科技的进步，而是尽量避免人性中恶的部分重蹈覆辙。因此，良好的法律和监管体系既要跟上技术，有效打击犯罪，但也不能因为打击犯罪而阻碍技术进步。未来的监管机制，既要抱着最大的希望看待数字货币的发展，也要抱着最大的谨慎以防技术被滥用。

99.北京市第一中级人民法院, (2019)京01民终7173号民事判决书;
100. *Francesco Guarascio, Alarmed by Libra, EU to look into issuing public digital currency: draft, Reuters, November 5, 2019.*

<https://www.reuters.com/article/us-eu-cryptocurrency-regulations/alarmed-by-libra-eu-to-look-into-issuing-public-digital-currency-draft-idUSKB1N1XF1VC>.
101. Jason Weinstein, Alan Cohn &

Chelsea Parker, Promoting innovation through education: The blockchain industry, law enforcement and regulators work towards a common goal, Blockchain & Cryptocurrency Regulation, p1.

CHAPTER 03

知识产权 与数据合规



知识产权并购是一个复杂且高风险的过程,如何做好前期调查、中期管理和后期整合?

——《抢占竞争优势,洞见企业海外并购中的知识产权关键点》

《中美经贸协议》签订,知识产权争议逐渐多元,中国企业如何构建商业秘密合规保护体系?

——《中美经贸协议解读—商业秘密合规保护篇》

GDPR合规涉及到企业系统性的整改,核心是通过规章制度和标准程序来实施,企业如何应对?

——《GDPR的挑战与企业应对之道》

抢占竞争优势, 洞见企业 海外并购中的知识产权关键点

作者/顾萍



合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2089
guping@zhonglun.com



知识产权作为企业抢占竞争优势的关键性资源,已经成为中国企业开展海外并购活动的重要标的¹。然而,涉及知识产权的海外并购是一个十分复杂且高风险的过程,即便是大型跨国公司也曾出现过失误,比如苹果公司购买唯冠公司IPAD商标²。基于知识产权获取的并购活动包括并购前、并购中和并购后三个阶段中知识产权并购风险的准确甄别,以最大化获取和保护企业自身权益为目标,有效实现知识产权转移、重组和价值创造。

1. 深圳市知识产权局《企业知识产权海外维权指引》第二十五条【知识产权布局】企业应加快知识产权海外布局的步伐,重点在重要市场国、目标市场国和竞争对手所在国等申请或获取相关知

识产权,为商业竞争做好准备。

2. 由于转让协议签署的瑕疵以及未能及时向中国商标局办理转让核准,苹果最终以6000万美元和解金额获得了iPad商标所有权。

1 / 并购前的调查

(一) 知识产权相关性与协同性调查

本项调查的目的是明确目标知识产权和企业现有资产的相关性与互补性,帮助中国企业制定海外并购战略。在基于知识产权的并购战略制定中,首先要解决的就是并购意图,也就是需要确定何种原因或者目标,促使并购者基于知识产权进行并购。并购意图的确定,有助于确定并购目标的选择标准。实践操作中,要进行海外并购的中国企业向外部律师咨询之前,会有自己的目标与期望,调查人员最好与企业充分沟通,以便有针对性的进行下一步的知识产权尽职调查。

一般来说,基于知识产权的并购意图,可能是因为从外部获取知识产权的交易成本过大,需要通过并购的形式从内部获取知识产权。如专利技术的外部交易成本过高,或者内部创新的成本较高或者风险较大等,通过并购拥有与并购者发展战略相匹配的知识产权资源的目标公司,从而实现内部的知识产权获取或转移。也可能是基于海外市场开拓的需要,通过并购海外拥有一定知名度的品牌及其营销渠道,即获取商标及附着于商标资产之上的市场资源,从而实现海外市场的快速开拓。当然,还有一种比较常见的情况就是市场需求时不我待,知识产权并购无疑是迅速获取所需资源,进入目标领域和目标市场的快速战略。

在确立并购战略之后,就是以并购意图或者说是并购动机为基础确立并购目标。**在基于知识产权的并购目标选择中,一般要综合考虑如下因素:**

1.看重目标公司何种类型的知识产权,是专利技术、商标还是商业秘密,或者是把其中的几种要素同时作为考虑的标准。

2.根据自己的公司并购战略选择特定类型的目标公司,一般来说,如果以专利技术为并购的关键要素,往往会选择小型创新性公司作为目标公司;如果是以商标为并购的关键要素,往往会选择大型高知名度公司作为目标公司。

基于知识产权的并购交易取得成功依赖于并购者如何有效地

评价并购目标的价值和潜在的知识产权协同效应。搜集广泛的、准确的、必要的信息对成功并购起到了关键的作用。信息在这里可以被界定为对维护和增强知识产权并购决定起必要作用的一系列事实和资料。

应该说,基于知识产权的并购是企业基于资源观点的发展,并购者必须了解目标公司是否拥有有价值的知识产权资产。且这些有价值的知识产权资产的价值性,必须强调其与并购者的发展战略,无论是技术开发战略还是市场拓展战略的需要相匹配。也就是说,在进行信息的搜集和筛选时,必须注重目标公司的知识产权资产与并购者之间的适配性和互补性。北京市知识产权局发布的企业海外知识产权预警指导规程中有具体的指导³,该指导虽然更多的是从预警角度进行分析建议,但知识产权预警的日常运作对知识产权并购也会起到关键的指导作用,预警发现的问题或者潜在问题往往就是并购的动机,预警中做的分析也部分解决了相关性和协同性问题。

综合分析上述所有因素,基本可以确定目标公司和目标知识产权。根据并购目标公司的不同分为横向、纵向并购两种形式。横向并购包括并购竞争对手的专利、商标,形成正向的协同效应;也包括用防御性的策略弱化竞争对手的IP应用,建立自身专利、商标的市场影响;纵向并购主要目的是延长产业链,优化产业布局,提升产业整合程度。

(二) 知识产权价值调查(知识产权尽职调查)

随着知识产权的相关交易在公司并购中的比重越来越大,甚至成为一些企业收购的核心目标,有关知识产权法律风险意识和评估愈发重要,其对于商业目标实现的战略意义也愈发凸显。

涉及知识产权的公司并购在法律上必然导致知识产权权属的转移。知识产权作为无形资产,其转移涉及到的法律问题相较于传统实物资产的转移更为复杂。比如,在先权利的审核,转移的程序性管理,权利价值的确认等,在交易前后均存在着诸多的不确定性和纠纷隐患。对于知识产权调查的方向,北京市知识产权局也给出了一些参考维度。

3.北京市知识产权局《企业海外知识产权预警指导规程》第五条企业预警机构的职能一般包括:
(一) 定期与研发、市场等相关部门进行沟通和交流,了解并确定企业重大研发

方向和目标市场;
(二) 搜集和检索与公司经营生产相关的专利信息,掌握竞争对手的境外专利布局;
(三) 对检索到的专利进行重点分析,自

行或委托外部专利律师出具专业的分析报告,确定风险等级,拟定应对方案;
(四) 遇到专利风险时,迅速制订预警预案,将结果尽快反馈给决策层,并且制订和调整相关策略。

并购目标越明确, 调查的针对性就越强, 实现并购目标的可能性也就越大。

如果并购方的首要目标是获得被收购方的骨干员工和技术秘密, 那么需要对员工情况进行重点调查, 比如员工是否都签署了保密协议, 是否约定了发明创造成果所有权的归属, 哪些是骨干员工, 已使用哪些激励方法来激励骨干员工, 骨干员工是否愿意留下来继续为并购方工作, 是否有竞业限制条款防止骨干员工离职后使用保密信息从而损害目标公司利益。

如果并购方的首要目标是获得关键技术, 那么调查重点将集中在技术相关的方面, 比如目标公司采用哪些措施来保护关键技术, 是否开展了适当步骤来保护知识产权, 关键技术的实施及其产品是否侵犯第三方知识产权, 并购方是否可以先获得技术许可(即便并购仍在谈判中)。

如果并购方首要目标是通过并购获得驰名或新兴的品牌, 从而进入一个新市场或者扩大市场份额, 那么调查的重点则在于目标公司的品牌是否获得了全面的权利保护。

有针对性的调查之外, 普遍而言在公司并购中需要重点关注的知识产权法律风险主要有以下四种:

1. 知识产权所有权权属瑕疵风险

公司并购如果涉及到知识产权的权属转移, 首先要审查的是该知识产权的权属问题。如果权属存在瑕疵将直接导致收购失败。为了识别所有权权属瑕疵风险, 通常需要全面审查目标公司签署的与知识产权相关的合同, 包括许可协议、销售合同、供货订单、代理协议、员工职务发明协议、知识产权质押贷款协议等。

一般来说, 目标企业使用的知识产权可能存在三种所有权形式: 企业所有的知识产权、与他人共有的知识产权、以及第三方(雇员、独立合同方或其他第三方)所有的知识产权。在后两种情况下, 知识产权的权属瑕疵风险较大, 应予以注意:

(1) 共同所有的知识产权

一般而言, 知识产权的共有人之间的权利和义务采取约定优先的原则。在公司并购中, 如果目标企业存在共同所有的知识产权, 需

要审查该知识产权按约定或规定是否需要共同所有人全部同意方可转移。因此，**需要仔细审查共同所有权的内容**，例如，各方的许可权限、知识产权转移的条件、对知识产权有效性的维持以及侵权发生时的救济方式等约定。

如果被收购或者被并购的目标企业的知识产权在美国，交易时要特别注意。因为美国的专利权共有人不需要通知其他共有人就可以单独处分共有专利，并且收益无需与其他共有人分享。

(2) 雇员所有的知识产权

如果目标企业的雇佣合同明确规定，专利发明归雇员所有，该企业就不是该项专利的所有权人。因此，**应当仔细审查目标企业相关劳动合同中对于发明创造的专利权的约定条款**，以确定专利权的权属状况，查明是否需要补偿以及如何补偿相关的雇员发明人。

(3) 独立合同方所有的知识产权

如果目标企业所使用的专利技术或其他知识产权是由独立合同方在帮助企业设计和研发产品过程中做出的，在确定该等知识产权的权属时，应仔细审查相关的独立合同（如委托开发合同）中对研发过程中的知识产权权属的规定。

(4) 其他第三方所有的知识产权

如果目标企业所使用的知识产权来自于第三方，在并购时必须认真审查相关的使用许可合同，查明许可种类，以及合同中是否存在被许可人可以对许可技术进行修改的约定，是否存在对二次开发的权利归属的约定，是否存在控制权变更条款。

因此，**公司并购中的知识产权权属瑕疵风险主要来自于相关的合同风险以及相关国家的知识产权法律冲突（如果存在）**。在并购过程中，应仔细审查和评估所涉知识产权的性质，区别所有权与使用权。

2. 知识产权地域性风险⁴

知识产权具有严格的地域性，是公司并购中的一个重要风险源。知识产权的地域性意味着，按照一个国家或地区的法律产生的知识产权，只在该国家或地区范围内有效。同一项技术可以在很多国家或地区取得专利，同一个商标也可以在很多国家或地区注册。因此，大型跨国公司一般都会在很多国家或地区申请专利，所谓“专利圈地”，

4.北京市知识产权局《企业海外知识产权预警指导规程》第二十二条：专利权具有地域性，每个国家和地区都有自身的专利法以及审判体系，企业应全面了解并合理运用产品出口相关国家或地

区的专利侵权判断原则，才能获得准确的专利侵权分析结果。

其产品也会销售到很多国家或地区,并在其产品销售地注册商标。

并购目标企业在某一个国家或地区获得了技术专利或产品(服务)商标,并不意味着当然获得该企业在其他国家或地区就同一技术或产品的专利权或商标权。如果公司的战略目标是多地区甚至全球范围内的专利或商标,就必须审查该专利或商标在哪些国家或地区已获得权属。

需要说明的是,就商标国际注册而言,只需向欧盟商标注册局递交一份单一申请就可能在所有成员国拥有注册商标。同样,向世界知识产权组织(WIPO)递交一份单一申请就可能获得全球范围的商标注册。就国际专利申请而言,按照专利合作条约(PCT),在任何一个PCT成员方提出的一项专利申请,可以被作为在其他成员方进行后续国家阶段申请的基础。申请策略取决于申请人的发展选择、战略需要和付费能力。

知识产权地域性特点决定了海外并购中目标所在国知识产权律师的介入必要性。

3.知识产权时间性风险

知识产权具有严格的权利保护期限。超出这一界限,法律对于相应的知识产权不再给予垄断性保护。

在公司并购过程中,应当确定所要收购的知识产权是否在法律保护的有限期限内以及其有效期限至何时为止,是否可以续展以及如何续展,是否存在障碍和续展的费用等。转让方是否按时缴付了专利的年费,专利是否仍然有效,商标是否还在保护期内。以上直接决定了该项知识产权保护的范围和强度,并且会对收购价格的形成产生影响。

4.知识产权诉讼或无效争议风险

在并购前,应评估目标公司近五年内作为原告或被告参与的、已结案的或正在审理的诉讼案件情况,包括调查案件性质、诉讼法律关系和结案情况,以了解目标公司知识产权经营管理的状况和基础。

如果目标公司知识产权的所有权或/和有效性被第三方提出法律质疑,收购方应当分析其中的争议焦点和可能的结果,尤其是目标公司可能要承担的责任的大小、其对目标公司知识产权的影响、以及

对收购方购买、运营所涉知识产权会造成何种影响。

对于目标公司涉及的国际专利诉讼,应当对原告的具体诉讼目的进行分析,是为了确定权属,或是迫使目标公司与之商谈许可事宜,或是通过诉讼或的高额赔偿等等,从而进一步评估并购中的知识产权法律风险的强弱。

此外,收购方还应当调查和评估目标公司正在申请、审查过程中的知识产权状况。例如,驰名商标的申请与认定情况,发明专利的申请与审查情况等。通过调查官方的审查意见、目标公司的答辩意见和利益相关人的质疑意见,查明可能存在的知识产权争议风险。

对于上述四种法律风险的评估主要通过知识产权尽职调查完成。**公司应首先确定目标企业的目标知识产权,然后选择交易方式(资产收购或者股权收购)。第三步应确定交易中具有实质意义的知识产权,审查该知识产权的相关材料,注重评测上述四种可能的法律风险。最后方能确定并购价格,基于尽职调查的结果制定最终的并购方案。**



(三) 知识产权法律调查

知识产权法律调查主要是对目标企业所在国与并购有关的法律法规进行调查,包括所在国的各项法律规制、技术进出口管制条例和各类涉及安全的审查与调查程序等,同时还需要关注法律法规未涉足的风险,以及法律未禁止规定和政策稳定性、连续性问题。

以美国为例,美国商务部公布的管制清单规定航空发动机、先进导航系统、激光器、水下摄像机及推进器等多个大类的美国高科技产品及其技术不得对中国出口。美国的这种出口管制有一整套体系,其商务部通过《出口管制条例》(EXPORT ADMINISTRATION REGULATIONS)简称EAR对高科技技术进行管制;而国务院则通过《国际管制武器条例》(INTERNATIONAL TRAFFIC IN ARM REGULATIONS)对军事方面的技术进行管制。拿管制民用技术的《出口管制条例》来说,为确保国家安全,美国商务部耗费巨资制定了一套严密的出口管制条例。通过数千页精心设计的文件、数据和制度,从流程、分类、法制、国别将个人和组织的出口行为和所涉及美国原产地、美国知识产权的技术和产品都纳入了管制范围。

需要特别注意管制条例中的出口(EXPORT)不仅包括传统意义的出口活动,而且还包括在美国国内把美国的技术转移给外国人的行为,即“DEEMED EXPORTS”。

此外,从权利主体看,目前有不少专利技术在其发明创造过程中,往往有很深的政府资助背景,在接受资助时往往需要同意具体的国家安全控制,这些专利的对外许可和转让就会受到技术资助开发协议和国家相关部门的审查和许可。

所以中国企业海外并购外国企业的过程中是否能成功获得其先进的技术,并购方(中方)的知识产权尽职调查中必须要重视研究目标企业所在国的出口管制条例对国际并购交易产生的影响。在并购中,企业要详细排查相关协议和相关法律、政策,具体到该主体所在的地方法规、政策等,排除所有转让限制。

同时也要注意目标企业已有的知识产权许可等协议是否存在违反法律的风险。中国企业并购海外企业中,尤其要注意目标公司签署的知识产权许可等协议是否违反所适用的反垄断法等相关法规,

比如限制研发改进；限制购买竞争技术；限制被许可方购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员；限制被许可方实施技术生产产品或者服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场；限制被许可方购买原材料，产品及设备的渠道或者来源；禁止知识产权接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议等。这些条款都是明显违法无效的，一旦发生诉讼势必会直接损害并购方中国企业的利益。

2/ 并购中的管理

并购中管理是知识产权并购过程中的重要内容之一，主要涉及并购谈判、并购交易条款的确定、并购价格的确定等。

(一) 知识产权谈判和准备收购协议

完成知识产权尽职调查后，知识产权律师在随后的知识产权谈判中，还需要进一步确定知识产权的交易结构，准备收购协议中相关的知识产权交易条款，确保交易安全。

当出卖方仅出卖部分业务，而不是公司全部时，应与目标企业商谈知识产权的交易结构，明确出售部分的知识产权与不出售业务部分知识产权，确认收购方所获知识产权的权利范围和使用方式，以及目标企业仍继续使用的知识产权的权利范围和使用方式。

在收购协议条款中必须包含目标公司对知识产权的陈述和保证。陈述和保证设计、撰写得越严密、越周全就越有利于购买者。只有经过尽职调查，才能有针对性地设计陈述和保证，保证购买者获得期望的知识产权。陈述和保证虽然不能对抗第三方，但能够敦促目标公司履行承诺。

但仅仅依靠陈述和保证，依靠对权利的声明和放弃是远远不够。在中国的知识产权法律体系下，专利和商标的转让必须经过知识产权局和商标局的批准后才生效，专利和商标的许可合同也是经过备案后才能对抗第三人。版权的转让虽然无需版权局批准，但经过版权

保护中心登记变更版权所有人并公告后的公信力才会更强,权利的法律状态才会更稳定。所以在知识产权谈判并准备收购协议时,务必把知识产权转让合同的生效或许可合同的备案作为整个交易的前提条件之一,或者至少需要明确约定转让方在转让备案、登记、变更等程序中提供必要协助的义务。目前实务界比较常用的办法是,在签订转让协议的同时,就转让后续需要完成的官方事项,提前做出安排,一次性签署所有需要签署的文件。

(二) 并购价格

并购价格决定于目标公司所拥有的知识产权资源量,包括数量和质量。基于知识产权的并购中,并购价格往往是溢价交易,虽然溢价交易与并购是否为并购者创造价值之间没有明显的相关性,但从并购绩效的角度,并购者必须考虑并购后所获得的知识产权能产生的预期协同的当前价值大于支付溢价。

并购价格的确定往往是一个谈判问题,但在双方认可的情况下,也可以参考第三方评估机构的评估价格。并购方为了了解拟受让知识产权的市场价值,也可以自行聘请国内有资质的无形资产评估机构进行价值评估,不过目前的现实情况是国内知识产权评估制度正处于形成阶段,评估中的技术问题、评估的可操作性等基本问题还有待解决,针对知识产权的特殊性,还应当从评估方法的应用、评估标准的完善、折现率的选取、必要信息的披露等方面做出努力,以期知识产权评估日渐规范化和科学化。⁵

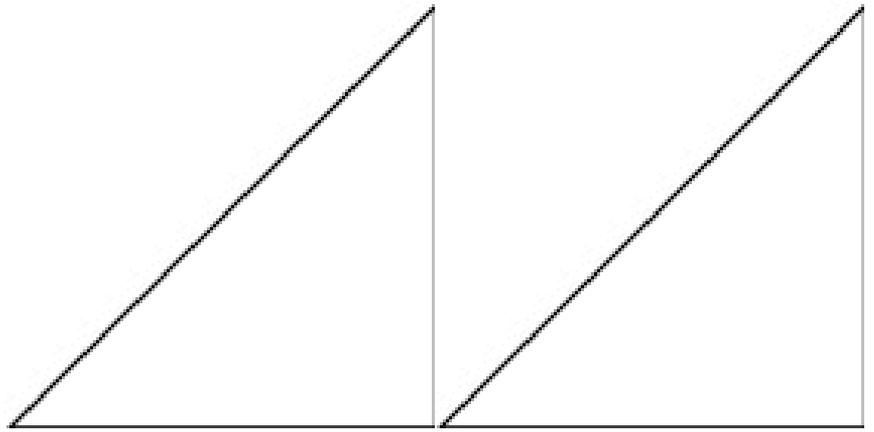
3/ 并购后的整合

并购后的知识产权整合战略实质上是目标公司与并购者之间的知识产权资源转移及价值创造过程。中国企业海外并购完成以后,应根据企业自身的发展战略与并购目标,进行对并购企业的整合并且不断完善知识产权管理制度。⁶

5. 2014年11月5日,国务院总理李克强主持召开国务院常务会议作出相关部署,其中提到,要建立国家科技重大专项和科技计划知识产权目标评估制度,促进创新成果转移转化。针对重大产业规划、政府重大投资活动等开展评议,

规避知识产权风险。
6. 深圳市知识产权局《企业知识产权海外维权指引》第二十九条:【管理能力提升】企业应建立并不断完善知识产权管理制度,重视知识产权战略,提升知识产权检索分析能力、侵权判断能力和谈

判能力等,在开拓国际市场中不断利用已建立的知识产权制度有效化解风险,保护自身权益。



并购后的企业整合方式主要有三种：

1、吸收整合：在这种整合方法下，被并购公司的组织完全融入并购公司中，随着组织的转移，目标公司所拥有的知识产权资源也随之转移到并购公司中，与并购者之间的知识产权资源形成互补优势，从而创造可持续的竞争优势。**多用于以商业秘密的获取为目标的并购。**

2、控制整合：在控制型整合中，并购者与被并购者的战略依赖性不强，组织独立性也不强。通常情况下，由于这种不强的依赖性和独立性，导致目标公司的组织可能很难真正融入并购公司中。那么，并购者的知识产权资源也因此丧失了其市场作用，包括其在并购前对并购者造成的威胁。一般来说，以扫除技术研发和产品创新中的专利阻碍或者市场开拓中的商标障碍为并购意图的并购比较适合采用这种整合方法，从而消除其对并购者可能存在阻碍。如大量的小型创业型创新公司，由于拥有阻碍大公司发展的障碍专利而可能被并购，并购后的整合往往采取控制型的整合方法。

3、共生整合：并购者与被并购者之间的战略依赖度较强。同时，两者的组织独立性也要求较强。这就使得各自所拥有的知识产权资源依然在不同的组织中进行运作，只是在不断的组织协调过程中发生知识产权资源的优化配置和融合，从而慢慢实现知识产权资源的转移和价值创造的过程。在原有的技术基础上进行相关产品的新开发或者新市场的开发，如海外市场的开拓中，为了获取新的研发资源或者市场资源而进行的以获取专利技术或者商标为并购意图的并购活动适合于此种并购整合方法。

此外，海外并购后还需要对知识产权进行监测和预警，具体包括

以下三个部分：

1、维护及续展：针对商标问题，需要根据东道国法律要求及时做好日常维护（交纳维护费用等）、续展工作及其他当局要求的工作，防止被取消。以商标问题为例，通常东道国可能会规定在三年内不使用会面临被取消的风险。

2、侵权监控：如果发现涉嫌侵权行为及时通过当地行政及司法救济手段对相关知识产权进行有效保护。

3、侵权预警：可参考北京市知识产权局制定的《企业海外知识产权预警指导规程》和深圳知识产权局制定的《企业知识产权海外维权指引》，建立和完善预警机制。

4/ 结语

最后，**并购后还应该定期开展专利稽核，大企业在知识产权方面的支出越来越成为公司财务的重要负担。**据统计，跨国公司从获得一项专利开始，到专利超过有效期失效为止一般花费是25-50万美元。一家有上百件专利的公司，专利的维护费用巨大。然而，仔细分析并购的专利资产组合会发现大量是不必要的“垃圾”专利，大部分公司拥有的上千个专利都有很大的删除空间。为此，专利稽核的价值和意义显得格外突出。美国陶氏化学公司通过专利稽核，减少了1.3万项专利，立即节省了将近5000万美元的许可费用和税款。**中国企业海外并购目标公司以后，也应当定期展开专利稽核，清理不必要的专利，减轻企业负担。**

中美经贸协议解读 ——商业秘密合规保护篇

作者/高俊 杨瑾煜舟 郑蓉

合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3666
gaojun@zhonglun.com



2020年1月15日中美双方签订了《中华人民共和国和美利坚合众国政府经济贸易协议》(以下简称“《协议》”)。《协议》一共分为七章,分别涉及知识产权、技术转让、食品和农产品贸易、金融服务、宏观经济政策、汇率问题和透明度、扩大贸易以及双边评估和争端解决相关问题。从国家层面来看,《协议》是中美双方从国家层面对双方共同关注的部分问题达成的共识,是国家之间博弈的产物,是一个具体的结果。但从企业层面来看,《协议》其实是一个指引,反映的是趋势。从《协议》对中美贸易活动参与规则与实施内容的约定和/或要求中,企业可以看到下一阶段参与中美贸易的重点方向与行为标准,并以此指导接下来的生产经营活动。下文,笔者将按照《协议》的思路,为大家就《协议》中关于商业秘密和保密商务信息的内容进行介绍,并结合现行中国法下涉商业秘密相关内容就如何合规构建商业秘密保护体系与应对涉商业秘密调查/诉讼与读者进行分享、交流。

就知识产权领域来看,知识产权一直是国家实力以及企业实力的重要体现,也是中美两国一段时间以来博弈的重点,而这种博弈具化到企业层面,就是中美两国企业之间关于知识产权保护的争议与纠纷。在稍早时期,这些争议与纠纷可能更多发生于美国企业对中国企业主张其知识产权的过程中。但近年来,中国正从重要知识产权消费国转变为重要知识产权生产国¹,中美企业之间关于知识产权的争议与纠纷类型逐渐多元化。

显然,《协议》也注意到了中美两国企业在参与经济贸易活动中对保护商业秘密的新需求。因此,《协议》第一章第二节单设一个部分从商业秘密和保密商务信息的含义、侵犯商业秘密责任人的范围、构成侵犯商业秘密的禁止行为的范围、民事程序中的举证责任转移、阻止适用商业秘密的临时措施、启动刑事执法的门槛、刑事程序和处罚以及保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露,共计7个部分进行了约定。下文,笔者将按照《协议》的思路为大家就《协议》中关于商业秘

1.《协议》第一章 知识产权,第一节一般义务。

密和保密商务信息的内容进行介绍,并结合现行中国法下涉商业秘密的有关规定就如何合规构建商业秘密保护体系与应对涉商业秘密调查/诉讼与读者进行分享、交流。

1 / 《协议》有关商业秘密的相关规定

1. 商业秘密的定义

《协议》未就商业秘密进行明确的定义,我国目前也没有针对商业秘密的专门法律法规。现行中国法下,关于商业秘密的规定散见于《反不正当竞争法》《刑法》《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》等法律法规。根据上述及其他相关法律法规,在中国法下,商业秘密的构成要件主要有三:1)不为公众所悉知;2)商业价值性;3)保密性(即商业秘密权利人应采取相应保密措施)。从构成要件来看,“我国反不正当竞争法和刑法规定的商业秘密构成要件是与《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)一致的,也与其他国家的通行认知是接轨的”²。

2. 侵犯商业秘密责任人的范围

《协议》第1.3条明确约定:“双方应确保自然人和法人均可承担侵犯商业秘密的法律责任”,以及“中国应将侵犯商业秘密的‘经营者’定义为包括所有自然人、组织和法人”。我们认为《协议》之所以专门强调侵犯商业秘密责任人的范围,主要原因在于员工侵犯商业秘密的案件在商业秘密案件中的占比较大。企业之间通过“挖人才”的方式侵犯商业秘密、员工在职期间或离职之后侵犯商业秘密与雇主或原雇主不正当竞争的情况近年来也屡见不鲜。

而根据现行中国法,侵犯商业秘密的责任人被定义为“经营者”,但法律法规并没有对经营者范围进行界定(虽然也没有明确排除“自然人”和/或员工不属于“经营者”的范围)。然而,根据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》,“权利人的职工违反合同约定或者违反权利人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权利人的商业秘密”³被列为构成侵犯商业秘密的禁止行为。我们认为该条规定从侧面认可了“自然人”和/或员工属于“经营者”的范围。

3. 构成侵犯商业秘密的禁止行为范围

《协议》第1.4条约定:“侵犯商业秘密被追究责任的禁止行为,其

2.《反不正当竞争新原理 分论》,孔祥俊,第361页。

3.《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(1998年修正),第3条。

范围完全涵盖窃取商业秘密的方式”。“中国应列出构成侵犯商业秘密的其他行为,尤其是:(一)电子入侵;(二)违反或诱导违反不披露秘密信息或意图保密的信息的义务;(三)对于在有义务保护商业秘密不被披露或有义务限制使用商业秘密的情况下获得的商业秘密,未经授权予以披露或使用”。

我们认为上述《协议》对构成侵犯商业秘密的禁止行为的约定,没有超出现行中国法下对侵犯商业秘密的禁止行为的规定。我国现行法律对于侵犯商业秘密的禁止行为采取的是列举式规定。对于构成侵犯商业秘密的禁止行为的认定主要强调的是行为正当性的问题。获取手段不正当、使用行为不正当以及明知行为不正当仍作为,均被视为构成侵犯商业秘密的禁止行为。同时,虽然我们国家采用了列举式的方法规定了构成侵犯商业秘密的禁止行为,但在关于不正当手段的规定上留了一个兜底,即“其他不正当手段”。因此,我们认为该条约定不会对现行中国法下对侵犯商业秘密禁止行为的认定产生实质影响。

4.侵犯商业秘密案件民事程序中的举证责任转移

《协议》第1.5条规定了某些特殊情况下,若商业秘密权利人能够提供初步证据合理指向被告方侵犯商业秘密,则举证责任转移至被告方。(受限于篇幅,本文不就原文进行逐一引述,如有需要读者可以至商务部网站查阅。)⁴⁾

我们认为,从现行中国法的视角来看,本条约定的实质是要求对侵犯商业秘密民事案件采取优势证据原则。所谓优势证据原则,一般来说宜理解为《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》(以下简称“《民诉解释》”)第108条的规定。除《民诉解释》外,《反不正当竞争法》也对侵犯商业秘密民事案件的举证采用优势证据原则有所规定。有鉴于以上规定,我们认为《协议》第1.5条第一款的内容没有突破中国现行法律中优势证据原则的范围。至于第1.5条第二款,该规定其实是对第1.5条第一款所确立的优势证据原则的具体运用与细化,而相关内容在《反不正当竞争法》第32条中也有所体现。

4. <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202001/20200102930845.shtml>

5. 阻止使用商业秘密的临时措施

《协议》第1.6条约定：“双方应规定及时、有效的临时措施，以阻止使用被侵犯的商业秘密。中国应将使用或试图使用所主张的商业秘密信息认定为‘紧急情况’，使得司法机关有权基于案件的特定事实和情形采取行为保全措施”。我们认为这里所谓的“临时措施”，在现行中国法下对应的就是行为保全措施，本条约定的问题其实是侵害商业秘密案件的行为保全问题。

关于侵害商业秘密案件下的行为保全，中国法下最值得关注的案件之一是“礼来案”。该案中“上海市第一中级人民法院审查认为，申请人提交的证据能够初步证明被申请人获取并掌握了申请人的商业秘密文件，由于被申请人未履行允许检查和删除上述文件的承诺，致使申请人所主张的商业秘密存在被披露、使用或者外泄的危险，可能对申请人造成无法弥补的损害，符合行为保全的条件。2013年7月31日，该院作出民事裁定，禁止被申请人黄孟炜披露、使用或允许他人使用申请人美国礼来公司、礼来中国公司主张作为商业秘密保护的21个文件”。该案之所以值得关注，一方面，这是我国《民事诉讼法》增加行为保全制度后，将该制度适用到民事案件中的领先尝试。另一方面，该案作为先驱案例体现了“涉及商业秘密案件的行为保全是否准许应当把握三个利益平衡，即申请人的胜诉可能性与是否存在难以弥补损害之间的平衡、权利人利益与被控侵权人利益的平衡、私人利益和公共利益之间的平衡”。

6. 启动刑事执法的门槛

《协议》第1.7条约定“双方应取消任何将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求”。作为过渡措施，中国应“澄清在相关法律的商业秘密条款中，作为刑事执法门槛的‘重大损失’可以由补救成本充分证明，例如为减轻对商业运营或计划的损害或重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本，并显著降低启动刑事执法的所有门槛”，作为后续措施，中国“应在可适用的所有措施中取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提”。

所谓“启动刑事执法的门槛”，在现行中国刑事法律体系下对应的是立案追诉标准的问题。根据现行规定，就侵犯商业秘密而言，涉嫌下列情形之一的，即可启动刑事调查：（一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的；（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的；（三）致使商业秘密权利人破产的；（四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。《协议》第1.7条的约定，其实是希望降低侵犯商业秘密刑事案件的立案难度。

从法律实践上看，目前国内很多侵犯商业秘密案件确实存在报/立案难的困境。但是，如果直接“取消任何将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求”，也会存在一定问题。一方面，侵犯商业秘密罪属于结果犯，给商业秘密权利人造成重大损失（50万元以上是该罪的构成要件之一）。如果“取消任何将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求”。那么可能存在立案追诉标准与犯罪构成要件严重不一致的问题。另一方面，立案追诉标准是指公安机关、人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，或者公安机关、人民检察院、人民法院对于报案、控告、举报和自首的材料，以及自诉人起诉的材料，按照各自的管辖范围进行审查后，决定是否作为刑事案件进行侦查、起诉或者审判所依赖的标准。如果将侵犯商业秘密案件的立案追诉标准全部取消，那么既会出现打击过广的问题，也会出现执法部门实际难以应付繁多调查工作的情况。

对于实践中侵犯商业秘密案件存在报/立案难的困境，我们认为《协议》约定的“过渡措施”其实更具备可操作性。侵犯商业秘密案件报/立案难，问题主要出在商业秘密权利人难以证明其损失，或其所主张的损失难以说服执法部门就此立案。那么，只要解决如何证明和/或认定损失的问题即可。根据《协议》，作为“过渡措施”，刑事执法门槛的“重大损失”可以由补救成本充分证明。这既解决了如何证明的问题，又可以衔接已有的立案追诉标准。因此，笔者认为，在接下来的侵犯商业秘密刑事案件实践中，要完全实现《协议》的约定，可能有一定难度，且需一定时间。但《协议》1.7条中关于“过渡措施”的内容，可能很快就能在司法实践中得到体现与运用。

7. 刑事程序和处罚

《协议》第1.8条强调了通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为，以及未经授权或不当使用计算机系统的行为应当被包含在刑事程序和处罚中。我们认为本条规定可以被《刑法》第219条⁵的规定所吸收与涵盖，因此不另做展开。

8. 保护商业秘密和保护商务信息免于政府机构未经授权的披露

《协议》第1.9条要求“中国禁止政府工作人员或第三方专家或顾问未经授权，披露在中央或地方政府层面刑事、民事、行政或监管程序中提交的未披露信息、商业秘密或保密商务信息”。

其实，我国早已有意识地主动保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露，例如《法官法》第10条第五款和第46条第三款，《反不正当竞争法》第15条和第30条等。但需要注意的是，《协议》第1.9条还约定了“第三方专家或顾问”也需遵循保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露的义务。何谓“第三方专家或顾问”，《协议》没有明确，现行中国法律也暂时没有值得参考的内容。对于此问题，笔者认为，不论第三方专家或顾问的定义如何、身份如何，一般来说，只有经聘用后第三方专家或顾问才会开展工作。因此，企业只要在聘用协议中对其保密义务以《协议》内容为基本标准进行约定，即可在一定程度上满足《协议》对“第三方专家或顾问”的要求。当然，保密条款的具体内容，以及是否有必要将保密条款扩展、转化为单独的保密协议等问题，需要根据不同的项目和/或案件情况具体分析。

9. 保密商务信息

保密商务信息这个概念其实出现在《协议》第1.2条。根据《协议》，保密商务信息是“涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害”。

5.《刑法》第219条，“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）以盗窃、利诱、胁迫

或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业

秘密的...”。

根据上述规定及定义,我们认为保密商务信息既包括了商业秘密,也包括了对企业生产经营具有重要意义和/或价值的其他生产经营信息(以下简称“重要生产经营信息”),而中美双方应对该等重要生产经营信息提供有效法律保护。现行中国法中并没有保密商务信息的概念,对于重要生产经营信息的保护也暂时没有专门的和/或成系统的规定与保护。我们认为,对重要生产经营信息的保护对于企业来说是必要且具有积极意义的。但是,如何明晰重要生产经营信息与商业秘密的区别于联系,通过何种法律手段对重要生产经营信息提供保护,可能是接下来司法机关需要考量与斟酌的问题。尽管《协议》中对保密商务信息的约定具有积极意义,但从实践角度出发,笔者建议在有关保密商务信息和/或重要生产经营信息相关内容转化为国内法和/或出现司法实践案例之前,企业尽量以商业秘密的标准对企业重要生产经济信息采取保护措施。



2/ 商业秘密合规保护的具体建议

通过上文介绍,我们可以知道《协议》非常重视商业秘密保护,并从若干方面入手对商业秘密保护进行了约定。总的来说,我们认为《协议》的内容基本没有超出现行中国法对商业秘密保护的规定内容。但是,受《协议》的影响,可以预见在接下来的涉商业秘密保护案件中,执法机关的执法效率将会显著提高、执法尺度也会趋严趋紧。今后,企业保护自身商业秘密不受侵犯的手段会更加多样,救济自身商业秘密不被侵犯的途径会更加丰富。进而言之,企业也将会更多地因为不注重保护自身商业秘密,和/或侵犯其它企业商业秘密的行为而受到惩戒,并承担相应的责任。有鉴于此,为了更好地帮助企业构建商业秘密合规保护制度,我们准备了以下合规建议,供企业参考:

1.构建商业秘密合规保护体系

(1)对商业秘密采取妥善的保密措施

如前文所述,商业秘密的构成需要具备三个要素。其中,已采取相应保密措施是重中之重。企业可以从两个方面着手采取保密措施。首先,是技术方面,对于商业秘密的保存,应当采取具有一定科技含量的技术手段进行保护。其次,是管理制度方面,对于商业秘密的接触和/或使用,企业应当建立切实可行的规章制度进行管理。最后,除采取技术和/或管理制度手段外,企业还应当注意对相应保密措施的证据留存,以便在日后应对调查/诉讼时可以提出强有力的证明。例如,对于技术手段,企业应确保可以追踪技术痕迹或留存数据信息;对于管理制度,企业应进行公示,对于必要的人员还应对其就相关制度进行培训,并要求其出具知悉相关保密制度的承诺/确认书。

(2)对侵犯商业秘密的不当行为进行管控

对侵犯商业秘密的不当行为进行管控,这里主要包含两层意思。第一层意思是,企业应当注意管控和/或防范他人对自身商业秘密的侵犯,对于任何涉嫌侵犯自身商业秘密的行为,企业应当具有敏感性,并及时干预、管控与证据留存。其次,所谓管控其实强调的是企业合规

文化的构建。对于企业，特别是希望能走出国门拥抱世界的企业来说，合规经营应当是其始终所强调与倡导的。企业是否具有浓郁的合规文化，以及自上至下的合规意识，既是许多国家执法机关评判企业是否具有充分的合规体系/制度的标准之一，也是企业在应对域外调查、诉讼的重要抗辩之一。我们认为，对侵犯他人商业秘密的不当行为进行管控，既是避免企业陷入不必要的调查/诉讼的前提条件，也是企业合构涉建商业秘密保护体系的另一个重要方面，值得企业关注与自查。

(3) 对员工进行合规培训

企业合规的本质其实是企业员工行为合规。企业有必要定期对员工进行合规培训，培训应该从以下三个方面着手：首先，企业应当不断提供员工教育，告诉员工在内外部工作中什么可以做，什么不可以做。其次，企业应当为员工提供明确的行为指引，即告诉员工在发生涉商业秘密保护事件时，应当遵循怎样的标准流程进行处理。最后，企业还应当通过内部公告、确认函、培训记录等方式，确保员工明确知晓企业的要求，以免出现空有制度而无法落实的情况发生。

2. 应对涉商业秘密保护调查/诉讼

(1) 构建商业秘密保护合规体系

如前所述，构建商业秘密保护合规体系是多国执法机构评判企业是否具备完善合规体系，对于侵犯商业秘密行为应当负有何种责任的重要标准之一。因此，我们认为，构建商业秘密保护合规体系是有效应对商业秘密保护调查/诉讼的重要手段之一。关于如何构建商业秘密保护合规体系，前文已有简要介绍，笔者于此不再赘述。

(2) 合理利用优势证据原则

不论是《协议》还是现行中国民事诉讼法有对侵犯商业秘密民事案件中的优势证据原则相关规定。企业在商业秘密保护案件的应诉过程中，应学会巧妙利用该证据原则将举证责任转移至对方。诉讼案件的博弈不仅仅体现事实认定上，更体现在证据认定与程序问题上，合理利用证据规则可以让企业的应诉压力大大减小，并向对方施加无形的压力。

(3) 积极采取保全措施及时止损

在面对已经发生的商业秘密被侵犯事件时,除了积极准备诉讼材料外,企业还应积极寻求要求法院采取保全措施的可能性,以实现及时止损的效果。企业如果能站在司法机关的角度进行思考,并充分论证前文所述三个方面的平衡,加上《协议》的出台以及已有案例的加持,我们相信以后关于侵犯商业秘密的行为保全措施案件将会越来越多。

(4) 寻求刑事救济,利用公权力维护自身权益

除了民事救济外,企业还可以通过请求启动刑事调查的方式,寻求救济以及要求相关责任人承担相应责任。但如前文所述,虽然我们认为是认为接下来公安机关启动侵犯商业秘密犯罪刑事调查的门槛会有所降低,但这并不意味着公安机关会逢案必查。此时,如果企业前期有构建良好的合规体系,并注意对侵犯商业秘密行为的管控的话,我们相信会大大帮助企业提升报案成功率。另外,在刑事调查案件中,如果公安机关决定立案并启动调查,那么企业对于案件将不在处于主导地位。企业更多的会扮演配合公安机关进行调查、侦查的角色。在这个过程中,如何顺利配合公安机关工作,同时也将案件的进程与走向

控制在企业所能接受与承受的范围内,我们认为这需要企业聘用专门的、具有相关经验的人员辅助处理。

3 结语

目前我国涉外商业秘密侵权案件逐步增多,特别在中美贸易中,运营美国相关业务的中国企业也已经成为美国商业秘密法律诉讼打击的重点对象。和其他知识产权诉讼相比,美国企业对中国企业提起的商业秘密侵权“暗战”极有破坏力。笔者建议中国企业应提前做好准备,建立企业商业秘密合规保护体系,开展商业秘密侵权风险评估,首先做到对自身权利和义务的清晰认识,才能更好地更安全地拓宽业务范围。

除此以外,需要提醒读者注意的是,最高人民法院于2020年6月10日发布了《关于审理侵犯商业秘密纠纷民事案件应用若干问题的

解释(征求意见稿)》，并于2020年6月15日发布了《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定(征求意见稿)》。上述两部征求意见稿对本文所述问题进行了部分明确与解答，但考虑到征求意见稿的效力及终稿内容的不确定性，笔者在本文中并未涉猎相关内容，还望读者见谅。笔者将在观察相关实践动态后，另行撰文与大家分享心得。

GDPR的挑战与 企业应对之道

作者/陈际红



合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2288
chenjihong@zhonglun.com



《欧盟数据保护通用条例》(GENERAL DATA PROTECTION REGULATION, GDPR) 于 2018 年 5 月 25 日正式实施, 并取代 1995 年欧盟发布的数据保护指令 (DPD)。有人批评其在数据保护和数据流动之间过分倾向于个人数据的保护, 也有人认为其会重塑世界范围内的个人数据保护框架和数据流动秩序。就其对中国企业的影响而言, 其影响程度可能会超出一般人的考虑, 一是因其扩张型的域外适用效力, 中国企业和欧盟的关联因素已经非常广泛, 很多中国企业会落入 GDPR 的适用范围之内; 二是其规定的苛刻的法律责任, GDPR 生效不足一月, 其具体适用细节和执法的力度仍待观察, 但对于企业, 因合规不足而面对巨额的处罚风险是企业不能承受之重。

1 / 您的企业是否落入GDPR的管辖?

GRPR的适用场景会很复杂,比如一家位于中国的企业聘用欧盟的居民,其对该欧盟人士的数据处理是否适用GDPR?

(一) 适用事项

GDPR以保护数据主体权利之目的而制定,数据处理的技术方式不甚重要, GDPR适用事项范围包括全部或部分的自动化的个人数据处理,以及以其它方式进行的数据处理(只要数据处理构成文件的一部分),包括个人用户画像有关的个人数据处理活动。

GDPR项下的“个人数据”指的是任何已识别或可识别的自然人(“数据主体”)相关的信息¹。而“处理”则比通常定义里的数据处理要宽泛,包括任何一项或多项针对单一个人数据或系列个人数据所进行的操作行为,不论该操作行为是否采取自动或非自动化的处理方式。一般而言,企业针对个人数据的收集、传输、存储、加工、分析、画像、转移和其它使用活动,都会落入GDPR的事项范围。相较网络安全法, GDPR从“个人数据”的定义,到对于“处理”动作的规定,适用的范围均进行了一定的扩张。

(二) 地域管辖权

GDPR不仅适用在欧洲设立的机构,而且还会波及将欧盟客户作为业务目标的企业。对于后者,具体而言,包括为欧盟内的数据主体提供商品或服务(不论是否收费),以及对欧洲范围内的数据主体的活动进行监控(MONITOR),收集用户访问网站的COOKIES亦有可能构成监控(MONITOR)行为。

结合上述适用事项的规定,加之数据跨境流动的普遍现实, GDPR的域外效力不可小觑。即使企业的设立区域和服务器均位于欧盟境外,但只要收集或存储有欧盟居民的个人数据,都应该注意并分析这一新法规的适用情况。

我们再回头分析上面提出的位于中国的企业聘用欧洲居民的案

1.Art.4 of GDPR

例,分不同的场景进行讨论:

-在招聘阶段,企业会不可避免地收集应聘者的个人数据,如果该应聘者是在欧洲的居民,该过程的数据处理活动是适用GDPR的;

-如果欧洲居民在中国的企业长期工作,而非居住在欧洲,考虑到GDPR的适用不以国籍为界定要素,则此阶段的数据处理活动GDPR一般不适用;

-如果聘用该欧洲居民的企业虽位于中国,但是欧洲企业的一部分,比如分支机构,则由于其母企业的设立位于欧洲,虽其在中国工作,对该欧洲居民的数据处理活动仍可能导致GDPR适用;

-在上面第二种场景下,如果该欧洲居民结束在中国任职回到欧洲居住,该企业对其继续的数据处理会导致GDPR的适用。

作为企业合规的第一步,应先判断清楚企业是否适用GDPR及受GDPR的约束的业务范围。

2/ GDPR赋予数据主体哪些权利?

GDPR赋予数据主体的权利就是数据控制者和数据处理者对应的法律义务。

GDPR明确而系统地建立了数据主体对于个人数据的控制权体系,要求数据控制者建立透明和类型化机制:以透明的方式提供信息、做出沟通,以及提供为保障数据主体行使权利而采纳的类型化机制,从而实现GDPR第15条到22条所规定的包括知情访问、更正、删除、限制处理、可携带、反对等权利,详见下面图解:



在审视这些权利设置时, 应当注意的是, 由于GDPR还对个人数据处理的合法事由, 个人敏感数据的特殊处理, 处理应遵循的各项原则, 以及安全事件处理相关的通知义务等内容作出了规定, 对于数据主体的权利的理解和设定不应当仅限于上述几个条款所陈述的部分。

数据控制者负有保证数据主体有效行使其权利的义务, 即, 数据控制者不仅要允许数据主体行使其权利, 同时还要保证权利行使的有效性。例如, 允许数据主体行使反对数据处理的权利但未告知其关于数据处理的所有信息, 此种做法便不会保证权利的有效行使。

综上, GDPR赋予了数据主体多元化的权利, 对应的就是数据控制者的法律义务, 具体而言, 数据控制者一是要告知数据主体应当享有的各项权利(比如在隐私条款中明示), 二是要建立落实数据主体权利的内部组织措施和技术措施, 比如有方便的通信渠道、有响应数据主体权利要求的有效的内部程序、建立了企业的技术措施等。

3/ 数据处理者的主要法律义务有哪些？

企业除了需要提供透明和类型化机制,及时响应数据主体的请求,帮助数据主体实现上一节所提及的所有权利外,还需要证明自己已履行GDPR项下的其他义务,主要体现在以下几个方面:

1. 组织要求

GDPR中规定了一项新的问责要求,即企业必须证明其遵守了GDPR,这有些类似于法律制度中的举证责任倒置。

在某些情况下,企业有必要任命一名数据保护官,而一套由适当的规章制度、员工培训及数据保护意识所支持的企业治理结构是履行企业职责并证明其合规性的关键所在。企业必须在充分理解问责制要求的基础上对现有的规章制度进行审查、修改和补充以长期遵守。

1.1 数据处理活动的记录²

数据控制者应当保持其所负责的处理活动的记录,该记录应当包含如下信息:

- (1) 数据控制者、数据保护官的姓名、详细联系方式;
- (2) 数据处理的目的;
- (3) 对数据主体的类型以及个人数据的类型的描述;
- (4) 个人数据已经被披露或将被披露给的接收者(包括位于第三国或国际组织的接收者)的类型;
- (5) 将个人数据转移到第三国或国际组织的记录以及对适当保障措施的记录;
- (6) 删除不同种数据类型的预计期限;
- (7) 技术性与组织性安全措施的一般性描述。

1.2 数据保护影响评估³

如果数据处理活动可能对自然人的权利和自由造成很高的风险,该企业应在进行数据处理之前,对其影响进行评估。如果评估表明,在企业没有采取措施降低风险的情况下,处理过程将导致高风

2. Art.30 of GDPR.

3. Art.35,36 of GDPR.

险,应事先咨询监管机构。

近期,我国的信安标委亦颁布了《信息安全技术个人信息安全影响评估指南》征求意见稿,其中亦部分借鉴了GDPR关于数据保护影响评估的理念、方法和内容。

1.3 数据保护官⁴

若企业核心活动包括以下各种情形,则必须配备有独立、可靠的数据保护官:

(1)企业的核心业务活动包括对大规模的数据主体进行定期和系统的监测;

(2)对大量特殊类型的个人数据(健康、宗教、种族、性取向等)或与刑事定罪量刑相关的数据进行处理。

对于数据保护官而言,独立性是首要要求,其必须独立于企业内部其他所有的部门单独设置,可以是一个人,也可以是一个部门,这一点与中国的网络安全负责人不同,数据保护官无需对数据安全事件等侵犯数据主体权利的情形负责,需要独立向监管机关报告,而网络安全负责人是需要对于安全事件等问题承担责任的。

一组数据处理实施者可委任一名数据保护官,但须确保每个机构都易于联系该数据保护官。当地法律可能会要求在其他情况下仍需配备数据保护官(例如德国)。因此,一名全球数据保护官指导全欧盟范围的数据保护可能有助于应对不同的全欧盟范围的法规。

1.4 技术和组织安全措施的实施⁵

为保护所处理的个人数据,必须采取与数据处理活动相适应的和合理的技术和组织措施。这种技术和组织措施的实施需要跟记录等义务联系起来,形成一个贯通企业整体的管理系统,从而达到GDPR所要求的数据保护水平。

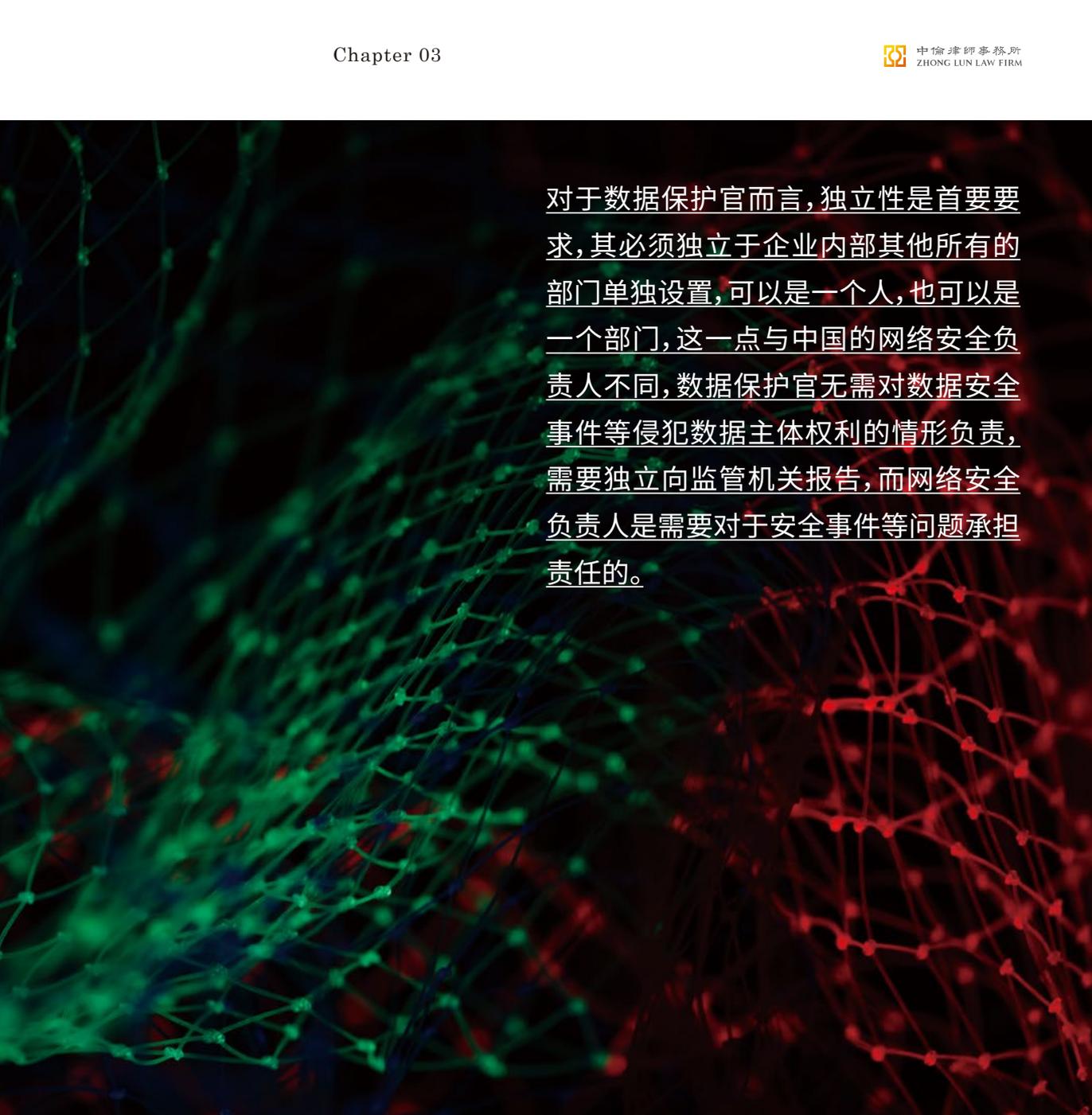
1.5 数据泄露的通知⁶

如果数据控制者或处理者发生数据泄露,应当在72小时之内报告给数据监管机构,除非这种泄露影响微乎其微,不会对数据主体的权利和人身自由造成侵害;若风险较高,相关数据主体也应知悉该等泄露事件。GDPR对给予受影响的数据主体的通知及与受影响的数

4.Art.37-39 of GDPR.

5.Art. 32 of GDPR.

6.Art.33,34 of GDPR.



对于数据保护官而言,独立性是首要要求,其必须独立于企业内部其他所有的部门单独设置,可以是一个人,也可以是一个部门,这一点与中国的网络安全负责人不同,数据保护官无需对数据安全事件等侵犯数据主体权利的情形负责,需要独立向监管机关报告,而网络安全负责人是需要对于安全事件等问题承担责任的。

据主体的沟通均提出了要求。

1.6 通过设计实现数据保护和通过默认设置实现数据保护⁷

企业一般应当采取适当的技术和组织措施,该措施设计的目的是为了实现在数据保护原则,如数据最小化和将必要的保障措施融入数据处理过程,以保护数据主体的各项权利,在默认情况下,确保为特定目的处理的数据是必要的。

1.7 欧盟代表⁸

除少数例外情形,受GDPR管辖但未在欧盟设立办事处的企业

⁷.Art.25 of GDPR.
⁸.Art.27 of GDPR.

须在欧盟委任一名代表以处理相关事务,他需要对监管机构的质询和数据主体的请求做出回应,并且协助对于违规行为的执行程序,保持对处理行为的记录并且保证该等记录可以应请求查询。

2. 对数据处理的实质性要求

2.1 对个人数据进行的任何处理均需满足GDPR基本原则的规定,并且获得有效的数据主体同意或满足其他合法事由。

2.2 跨境数据传输到欧洲经济区 (EEA) 之外的国家仍然需要除了2.1条之外的法定原因以外的额外机制进行保护,例如隐私保护盾等设置、标准合同条款或有约束力的企业规则等机制。

2.3 2.1与2.2条所涉及的对数据处理的实质性要求,需要得到企业内部的技术管理措施、流程和制度的保障,亦需在对外公示的隐私政策、隐私设置以及各种通知(邮件、弹窗等)中确保数据主体对于上述处理的明确知悉,获得其必要的同意。企业应谨慎地根据业务模式、数据流向以及面向的用户群体对于数据处理动作进行梳理和分类,为之配置合理的合法事由和适宜的呈现方式以达到GDPR的要求。

3. 联合控制者和数据处理者

3.1 联合控制者

联合控制者应当共同以一种透明的方式安排其各自的责任以履行各项义务;上述责任安排的实质内容应当被数据主体获知;数据主体可以向每一位数据控制者行使权利。

3.2 数据处理者

GDPR对于数据处理者亦有直接的约束力,要求数据处理者除法律要求外,只能根据数据控制者的指示进行个人数据的处理;必须提供充分保障以实施适当的技术、组织措施使数据处理满足GDPR的要求并确保数据主体的权利;在没有事先获得数据控制者的授权时,数据处理者不得引入其他数据处理者;最后,数据处理者应当保存关于所有其代表数据控制者实施的处理活动的记录。

4/ 如何进行数据的跨境传输？

数据跨境在全球化时代不可避免,但由于各国法律制度和文化的差异,数据跨境的传输又会对数据主体的权利的行使带来实质性的影响。

GDPR对于跨境数据传输的机制进行了专章规定,对于正在处理或计划进行处理的个人数据,将其转移到第三国或国际组织,包括将个人数据从第三国或国际组织转移到另一第三国或另一国际组织,控制者和处理者只有满足GDPR的规定才能进行转移。GDPR规定的合格的跨境数据机制主要包括四种:

1.充分性决定(ADEQUATE DECISION)⁹

欧盟会对单个国家、地区、国际组织或行业的个人数据跨境流动进行充分性保护评估,评估标准包括相关国际协议、国内法律规定、向独立监管机构做出的遵守数据保护规则的法律承诺等。

2.具有约束力的企业规则(BINDING CORPORATE RULES, BCR)¹⁰

设立BCR机制的初衷是为了通过企业的具有约束力的内部规则来约束和实现集团企业的数据流动,保障数据主体的权利。BCR协议范本规定了数据保护原则、数据主体的权利、跨国企业的责任及争议解决方式和救济措施等事项。GDPR对BCR规则给与了正式的法律地位,并详细规定了BCR获得认可的程序和内容标准。

3.标准合同条款(STANDARD CONTRACTUAL CLAUSES)¹¹

欧盟标准合同以数据主体权益保护为目的,规定了数据转移当事人和数据主体在数据保护上的权责分配关系,目前欧委会通过的三个格式合同条款仍然有效。如果一国企业在与欧盟成员国企业的经济往来中使用了标准合同,承诺按照合同履行其数据保护义务,便可以认定其满足了数据保护“充分性”要求。GDPR增加了成员国数据监管机构可以指定标准合同条款的渠道,但必须要经过欧委会的认可。

9.Art.45 of GDPR.

10.Art.47 of GDPR.

11.Art.63 of GDPR.

4. 已批准的行为准则 (CODES OF CONDUCT)¹²

数据控制者可以成立协会并提出遵守GDPR的详细行为准则(数据控制者协会),这种情形主要针对不适用于GDPR充分性决定,但从欧盟接收数据的主体。

如同之前分析的,由于跨境传输本身是一个处理动作,除了本节分析的保障机制外,还需获得数据主体的同意或者满足其他合法事由所规定的情形。



GDPR合规是企业系统性整改的过程,涉及不同的职能部门,包括全部受影响的产品,最后落实到具有实施力的企业组织措施和技术措施上。在GDPR合规中,应当覆盖“四个要素”,合规过程分为“三个阶段。”

¹².Art.46 of GDPR.

5/ 企业将面临哪些法律风险？

企业面临的法律风险是企业进行合规的最大动力，GDPR规定了严厉的处罚机制，企业应当评判自身的风险点，从高风险点入手，避免带来现实的法律风险。

在GDPR项下，当数据控制者或者处理者违反相关规定，未遵守数据处理的基本原则和合法事由的规定，对数据主体的权利造成损害时，数据主体有权直接向监管机构进行投诉，监管机构可决定向其提供司法救济渠道，以及是否对违规主体进行行政处罚。

违反 GDPR 以下规定，违规主体会被处以最高不超过2千万欧元或者企业上一财年全球营业额4%的行政处罚，以两者中较高者为准：

- 1)数据处理的基本原则(如合法、公平、透明处理，收集目的明确，确保准确，完整、保密等)
- 2)数据处理的合法性基础(如需征得同意，基于合同基础等)
- 3)同意的条款(如同意需自愿、知情)
- 4)数据主体的权利(包括透明和类型化机制、知情权、查阅权、更正权、删除权等)
- 5)个人数据跨境传输给第三国或国际组织。¹³

监管机构在行使行政裁量权时，以下情节将被重点考虑：

- 1) 侵权行为的性质、严重程度和持续时间等；
- 2)故意或过失；
- 3)是否采取弥补措施；
- 4)企业的安全技术措施或组织措施情况；
- 5)既往违法行为；
- 6)与监管机构的合作；
- 7)个人数据的类型等。

就企业可能面临的风险等级，企业可结合自身的欧盟市场的相应情况进行评估，总体而言：

- 1) 对于大企业、处理大量数据的企业，其合规要求较高，其面临

¹³.Art. 83 of GDPR.

法律风险的几率也会增大。欧盟在制定GDPR过程中,也充分考虑了大企业和中小型企业(SMES)的不同情况,大企业承担高标准责任是一个共识;

2) 如果企业遭受数据主体的投诉,也会增加企业面临的法律风险,数据监管机构的调查可能会因为对数据主体的调查而展开;

3) 企业如果面临数据泄露的风险或发生了数据泄露,可能会导致数据监管机构的调查。

6 企业实现GDPR合规的路径

GDPR合规是企业系统性整改的过程,涉及不同的职能部门,包括全部受影响的产品,最后落实到具有实施力的企业组织措施和技术措施上。我们认为,在GDPR合规中,应当覆盖“四个要素”,合规过程分为“三个阶段。”

四个要素即组织、流程、规章和培训,构成了一个完整的企业数据保护体系建设(DATA PROTECTION MANAGEMENT, DPM)。GDPR绝非一个法律部门或IT部门就能完成的工作,其首先需要的是管理层的重视,由管理层下达企业的决策,对执行合规的部门(核心包括法律和IT)进行必要的授权,安排充分的人力和财力资源,这是启动合规项目的第一步;GDPR所规范的数据处理活动包括数据的整个生命周期,GDPR合规中也需要进行全流程、全生命周期的合规,要根据数据的DATA MAPPING定位数据流,进而确定风险点和合规点。数据的流转既包括在组织内部的流转,也包括在组织外的流转,比如数据处理、共享和跨境的传输等;GDPR的合规核心是企业的组织措施和技术措施,保证这些措施的效力和可执行性,需要通过企业的规章制度和标准程序来实施,这些完成的规章制度和标准流程必须是针对企业现状的、并实时更新的;制度和合规培训是企业执行GDPR合规项目必要的阶段,其可以让相关的部门和员工了解其所承担的责任及要求,保证实施的效果,也可以培养企业数据保护的意识。

GDPR的合规过程一般分为三个阶段,即:差距分析,风险分析

及合规建议, 合规方案的实施和优化。

第一步: 差距分析

为评估一个企业的数据保护状况, 首先必须要分析数据保护合规的现状与GDPR所规定的义务之间的差距。这需要收集企业数据保护合规现状的相关信息, 例如: 处理数据的部门、处理数据的目的、处理的数据类型、内部责任的划分、数据主体权利的保障措施、数据保护官制度的实施、IT安全措施等; 其次, 评估特定适用于一企业的GDPR要求。

第二步: 风险分析及合规建议

实现GDPR的要求并非易事, 同时合理地满足所有的需求有相当难度。企业需评估各项数据处理活动对企业业务、数据主体的权利以及导致法律风险的可能性等的风险程度, 合理调配资源, 提出可行的合规建议。

第三步: 合规方案的实施和优化

GDPR的实现过程需要其所涉及的企业欧洲实体的配合, 以及企业管理层对于合规事务的明确认知。如果在欧盟设有办事处或实体, 企业应将项目职责分配给相关企业欧盟办事处的关键人员, 并指定一名主管项目经理领导该项目。若没有办事处或实体, 可考虑先从设立GDPR规定的代表开始, 结合其他合规措施一起推进。

GDPR对于个人数据处理设定了诸多严格的规定, 对企业的合规能力而言是一个巨大的挑战。但是, 基于风险控制的导向, GDPR对于企业的实质性要求其实是结合自身实际选择能够保障数据主体各项权利的技术和组织措施, 同时能够向监管机构证明采取的措施与其面临的风险程度相适应。面对世界各国逐步趋于严厉的数据监管趋势, 能够在这一挑战面前快速反应、深入思考的企业, 将有效降低其现存和潜在的合规风险, 从这个角度而言, GDPR对于企业也是一个难得的机遇。

CHAPTER 04

出口管制与 国际工程项目合规



新立法层出不穷,动态出口管制合规机制及应急预案怎样建立?

——《出口管制和经济制裁合规风险应对》

出口商面临境外海关严查,中国出口企业如何合规进行关税筹划,应对法律风险?

——《出口企业如何合规应对美国海关管理风险》

境外工程承包环境复杂,违规成本大,中国企业必须充分认识合规带来的经济、管理和社会价值。

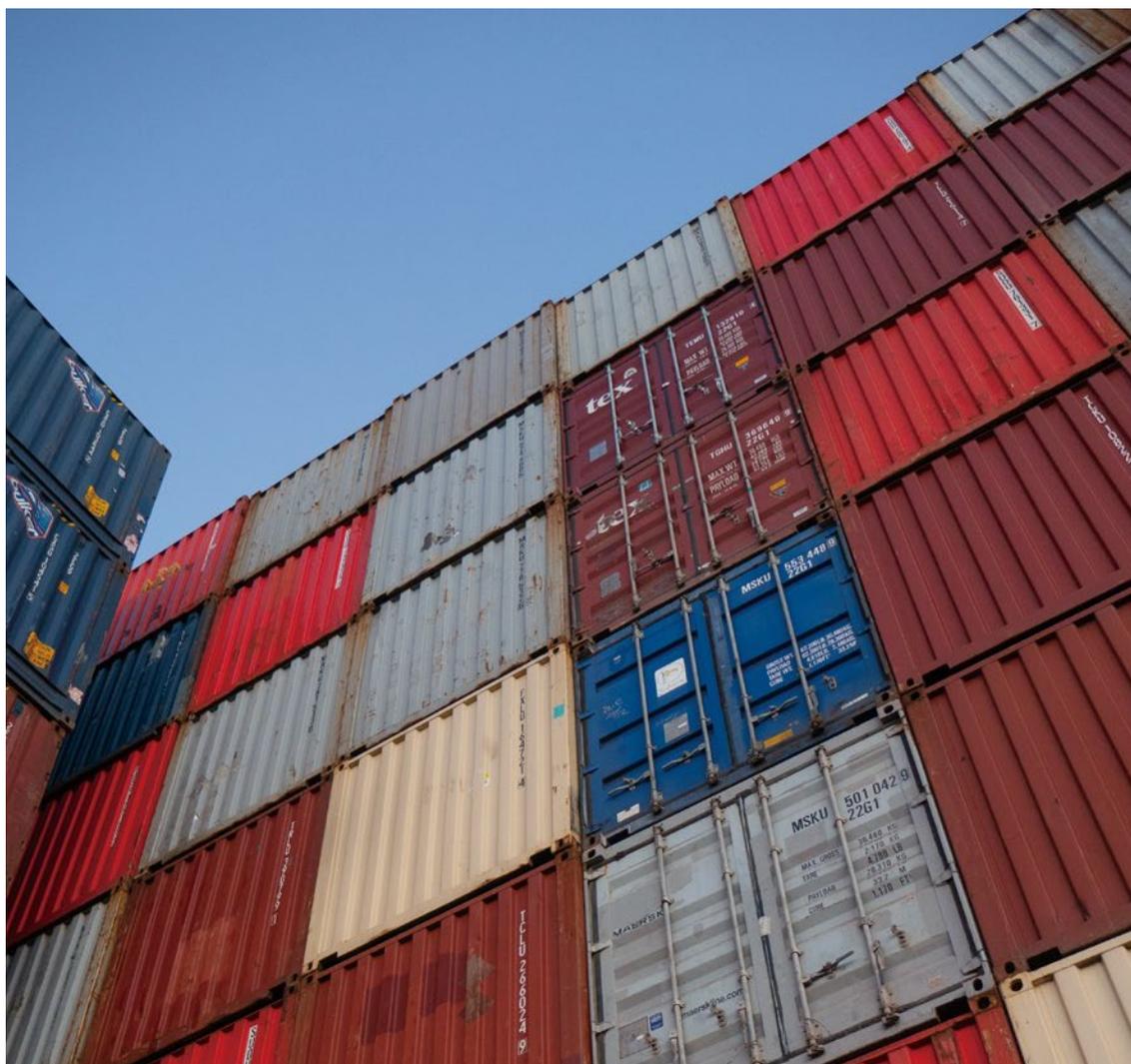
——《国际工程承包项目中的合规风险》

出口管制和经济制裁 合规风险应对

作者/张国勋



高级顾问
公司一部
北京办公室
+86 10 5957 2288
zhangguoxun@zhonglun.com



合规管理是企业“走出去”行稳致远的前提，也是企业国际竞争力的体现。改革开放四十年来，越来越多的企业走出国门，企业的合规建设显得越来越重要。而企业一旦出现合规性问题，势必会付出沉痛代价，一方面可能导致被处以数以亿计的天价罚款，另一方面企业本身的形象，甚至附带其他中国企业的国际形象也将遭受严重的负面影响。

习近平总书记在“一带一路”建设工作五周年大会上强调，要规范企业投资经营行为，合法合规经营，注意保护环境，履行社会责任，成为共建“一带一路”的形象大使。要高度重视境外风险防范，完善安全风险防范体系，全面提高境外安全保障和应对风险能力。

2018年，中国某通讯企业再度遭受美国商务部处罚和制裁，更是凸显了我国企业进行合规管理体系建设的紧迫性和重要性以及中国企业在出口管制和经济制裁方面合规的整体缺失。

在实施出口管制和经济制裁法律的国家中，美国的出口管制和经济制裁措施因具有广泛的管辖权范围及严厉的处罚后果，对中国企业的海外投资贸易影响最大。因此本文主要针对美国出口管制和经济制裁法律体系进行介绍，对其所产生的风险进行识别，并对中国企业在开展海外投资和贸易提出应对建议。

1 / 美国出口管制概述

(一) 管制机构和法规

美国出口管制法律体系由《出口管理法》(EXPORT ADMINISTRATION ACT, EAA)、《出口管理条例》(EXPORT ADMINISTRATION REGULATIONS, EAR)、《出口管制改革法案》(EXPORT CONTROL REFORM ACT, ECRA)、《武器出口管制法》(ARMS EXPORT CONTROL ACT, AECA)、《国际武器贸易管理条例》(INTERNATIONAL TRAFFIC IN ARMS REGULATIONS, ITAR) 以及其他相关法律法规组成。

美国出口管制法律核心制度内容规定包括：管制主体、管制物项、管制环节、管制清单和许可证制度。美国出口管制限制最终用户的清单包括：实体清单、未经证实名单和被拒绝人名单。美国出口管制领域的行政执法机构包括：商务部、国防部、能源部、国土安全部、司法部、国务院、财政部和国家情报总监，各部门各司其职，互相配合。

(二) 美国出口管制主体

美国出口管制的主体主要是出口商，指美国境内有权决定和控制物项出口的主要当事人。从事出口的“人”包括个人、合伙、公司或其他形式的联合，包括任何政府或机构。

美国出口管制法将主体分为“美国人”和“非美国人”。其中“美国人”的定义比较广泛，指：(1) 美国居民或国民(居住在美国境外并且被非美国人雇佣的个人除外)；(2) 任何国内实体(包括外国实体在美国设立的永久机构)；(3) 国内实体的外国附属机构或者子公司(包括在外国设立的永久机构)，但在事实上由该国内实体控制。可见，美国出口管制法主要是通过实际联系或实际控制标准确定受管制的主体。以上主体在从事管制物项出口时必须遵守出口管制法。

(三) 管制物项

(1) 管制物项的类型

从用途上看,管制物项可以分为两用物项、军品以及核物资。其中,两用物项是指具有商业、军事或其他用途的物项;根据类型,管制物项又可以分为货物、技术和服务。

(2) 管制物项的认定

在美国,受管制的物项与原产地有着密切的联系。受管制物项包括:1)美国境内的所有物项,包括在美国对外贸易区或从一个外国通过美国境内转运到另一个外国的物项;2)所有原产于美国的物项,无论位于何地;3)外国制造的商品但使用了原产于美国的管制物项、外国制造的商品但捆绑了原产于美国的受管制软件、外国设计的软件但使用了原产于美国的受管制技术,并且,使用美国原产商品、软件或技术在数量上必须达到一定要求,又叫最低含量规则(DE MINIMIS)。按照一般规则,包含在外国生产产品中的美国部分及成分,如果其在最终产品中的含量少于或等于最低比例含量,则不受EAR管制。对于目的地并非禁运国家或“支持恐怖主义”的国家,源自美国的成分不得超过成品价值的25%。对于禁运或支持恐怖主义的国家,最低含量界限在10%;4)外国使用美国原产技术或软件生产的直接产品。“直接产品”指直接使用技术或软件生产的直接产品(包括工艺和服务);5)美国境外的工厂或任何主要分支机构生产的商品,并且该商品是美国原产技术或软件的直接产品。由以上规定可以看出,美国可以对管制物项行使域外管辖权。

(四) 管制环节

美国的出口管制环节不仅包括传统出口环节,也包括视同出口的环节,即美国出口管制法下的“出口”既可能发生在美国境内,也可能发生在美国境外。

(1) 出口、技术或软件的视同出口

“出口”是指以下情况之一:1)货物或技术在事实上从美国境内装运、转移或转运;2)在美国境内的货物或技术转移到受管制国家的大使馆或附属地;3)将货物或技术转移给位于美国境内或境外的任

何人,并且该人知道或意图将货物或技术运交、转移或转运给未经授权的接收者。同时,EAR对出口的定义进行了进一步的细化,包括将受管制物项实际运送或转运至美国境外或将受管制技术或软件告知在美国境内的外国人。

(2)再出口、技术或软件的视同再出口

美国对“再出口”给予广义的解释,其中包含了视同出口。再出口包括:(1)受管制物项从某一外国实际发运或转运(TRANSMISSION)至另一外国;或者(2)将受管制技术或软件告知(RELEASE)给在美国境外的外国人。美国关于视同出口的规定只适用于技术或软件。

“视同出口”(DEEMED EXPORT)是指在法律上将某些特定行为视作与“出口”具有等同效果。这些行为的主要特征为具有接触和了解某些货物和技术的可能性,包括外国人到境内进行合作、考察、学习、交流、会议、就业等形式。对于可能雇佣外国高科技技术工人和科学家,吸收外国留学生,接收外国参观、访问人员,并且再这一过程中这些人可能涉及或接触到控制清单中的科技与知识时,这些机构必须向主管机构提出事先的视同出口许可证(DEEMED EXPORT LICENSE)申请。

(五)管制清单

出口商在进行货物出口申请审批时应该遵循以下几步:首先确定物项是否受管制、受管制物项须进一步确定其出口管制分类编号(又称为“ECCN编码”)、根据该编号确定相关物项的许可证要求,并确认出口商所需提交的出口申请材料等。

针对两用物项出口管制的《出口管理条例》附有两份清单,分别为《商业控制清单》(COMMERCE CONTROL LIST, CCL)和《商业国家图表》(COUNTRY CHART)。《商业控制清单》内所有货物和技术的出口或再出口都必须申请出口许可证或适用许可例外。

(六)清单外物项的全面管制

(1)全面管制条款

由于《商业控制清单》难免存在疏漏和滞后的问题,美国设置了兜

底条款,即“全面管制”(CATCH-ALL)条款。全面管制条款所管制的对象为某些清单外物项,虽然没有被列入清单,但如果落入不友好国家或敌对势力手中仍然会对美国国家安全产生威胁。但是,全面管制并不是“全部”管制,其更加注重出口管制法本身的立法目的,从制度内涵的层面上解决了清单外物项的管制问题。也可以理解为《商业控制清单》中未列明,但受限于《出口管理条例》的物项。

未被纳入《商业控制清单》的物项无法生成对应的ECCN编码,但美国商务部产业安全局(BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY, BIS)对此类物项设定了专门的分类代号,即“EAR99”。原则上,这些物项的出口或再出口不受限制,出口商无需申请出口许可证。但在某些情况下,EAR99物项的出口也需要受到管制。

(2) 最终用户和最终用途的审查

主管机关在决定是否给予出口许可证时,最终用户和最终用途为其主要考量因素。最终用途是指货物和技术的实际应用目的,最终用户是接受并最终使用出口或再出口物项的外国人,不包括运输代理人或中介,而是指买方或最终收货人。

基于最终用户的审查,商务部建立了相应的“黑名单”制度。近年来随着制度的发展,商务部也同时建立了“经验证的最终用户”(VALIDATED END-USER,简称VEU)授权制度。出口商向获得VEU授权的最终用户出口符合条件的产品可以免于申请出口许可证。只要用户通过美国政府的定期审核,该授权没有期限。

(七) 许可证制度

(1) 许可的范围

根据确定下来的ECCN编码、最终出口目的国或运往目的国途中途径的国家等因素,可以确定一个物项的出口是否需要申请许可证。美国将出口到国外的物项分为三类:第一类为不需要出口许可(NO LICENSE REQUIRED)的物项;第二类为许可例外(LICENSE EXCEPTION)的物项;第三类为需要获得出口许可(LICENSE)的物项。

不需要出口许可的物项:主要指未包含在CCL中或虽受CCL管辖,但根据国别分组规则不需要申请出口许可的物项。

许可例外:指一种可代替出口许可证的授权,只适用于法条明文规定的满足特定条件的CCL中以及禁运规定中涉及的部分需要申请出口许可证的物项。

需要获得出口许可的物项:除无需申请出口许可的以及可以申请许可例外的物项之外的其他物项都是需要获得出口许可的物项。

(2) 许可证类型

出口许可证分为单项出口许可证以及特别综合许可证。单项出口许可证在每次出口管制物项时提出申请,经申请后由政府部门核发。特别综合许可证为当出口商多次出口或者再次出口某些特定物项时申请。设立特别综合许可证的目的是简化贸易商进行重复出口或再出口的行政审批程序,节约行政资源,提高经济活动效率。对于特别综合许可证,《出口管理条例》还规定了若干例外情况以及若干例外国家。例外情况包括因导弹技术和受到管制的物项、因化学和生物武器原因受控的物项等十种情况。例外国家包括古巴、伊朗、伊拉克、朝鲜、苏丹及叙利亚。

(3) 许可流程

商务部应在收到出口许可申请9日内作出准许、拒绝、补充更多信息或退回申请的决定。根据需要,商务部还可以将相关信息提交其他政府部门进行联合审查,相关部门必须在30日内作出通过或拒绝该申请的建议。如果几个相关部门意见不一,持否定意见的部门可以提起申诉,但整个许可证审核过程必须在90日内完成。

(八) 法律责任

违反EAR的处罚措施规定在EAR第764章中,包括行政上的和刑事上的处罚,行政上又分为民事罚金和出口禁令以及代理机构从事与BIS相关业务禁令。根据最新《出口管制改革法案》,民事处罚增加至每次最高达30万美元,或处以交易额两倍的罚款,以金额更高者为准;刑事处罚仍为每次处以100万美元的罚款,个人违法行为最高可判处20年监禁,刑事罚金和监禁两者可并处;可能受到取消出口特权、扣押或没收货物、禁止美国供货商继续供货的行政处罚等。

2/ 美国经济制裁概述

(一) 美国经济制裁的法律依据

当前美国经济制裁来源于两部法律，一部是1917年出台的《与敌人贸易法》(TRADING WITH THE ENEMY ACT OF 1917, TWEA)。该法在1977年被《国际紧急经济权力法案》(INTERNATIONAL EMERGENCY ECONOMIC POWER ACT, IEEPA)取代。这两部法案授予总统实施制裁的持续权力。总统通过发布行政命令来行使该项权力，这些行政命令会宣布国家进入紧急状态并指示应就此采取特定行动，通常比如会冻结财产、对进出口和贸易实施限制等。

这些行政命令还通常会指示各部门和机构颁布法规以实行总统的指令。实行总统制裁指令的主要负责部门是美国财政部(“财政部”)。根据行政命令，财政部会颁布法规对各项具体计划的相关框架



和规程作出界定。

(二) 美国经济制裁的实施过程

美国经济制裁所依靠的是美国的市场、产品、技术和金融系统等,主要方式是切断美国制裁对象与美国之间的联系,既限制美国人与美国制裁对象的直接业务往来,也限制非美国人在一定情况下与制裁对象间的业务往来,最终目的是促使美国制裁对象按照美国的设想改变行为。

美国经济制裁在模式上分为两种:一种是国会通过立法授权总统进行经济制裁,在国家处于战时或紧急状态时总统发表进行经济制裁的声明或行政命令,再由相关行政部门负责制定具体条例予以实施;另一种是国会在立法中明确规定予以制裁的对象及行为,总统及行政部门负责具体执行。美国对外的经济制裁主要由总统、国会、联邦政府中的国防部、国务院、商务部、财政部和安全委员会等制定和执行。依照有关规定,总统可不经国会授权发布针对特定国家、组织或个人的“总统行政令”,对其实施经济限制或制裁。总统的外交关系团队决定是否及如何实施制裁,拟定多个方案交由总统做最终决定。同样,国会通过的有关涉及制裁的法案最终也须交由总统最终决定。

政府各部门在经济制裁的筹划、实施过程中分工较为明细。主要部门包括情报机构、国务院和财政部。在制裁过程中情报机构主要负责情报收集及研究,国务院则是实施制裁的重要参与者和协调者,而财政部负责执行金融方面的制裁,辨别制裁目标,协助获取相关信息,并对美国本土金融机构进行调查和监控等。国会和地方立法机构也是经济制裁的主要参与者。国会可通过立法、附加条款等方式实施制裁。当国会认为有必要对特定国家实施长期制裁或将已有制裁长期化时,就会通过立法程序推动有关制裁法律化。

(三) 美国经济制裁的分类

根据美国经济制裁法的规定,美国经济制裁总体上可分为贸易制裁和金融制裁。贸易制裁主要包括:禁止向被制裁国出口特定货

物、服务或技术;对被制裁国实行出口许可制度,要求出口前预先审查;禁止第三国向被制裁国出口包含美国技术或部件的物项;禁止从被制裁国进口特定货物或服务;对被制裁国实施全面进出口禁运等。金融制裁主要包括:禁止或限制向被制裁国放贷;禁止向被制裁国企业提供出口信贷和担保;禁止被制裁国在美投资;停止美国向被制裁国进行官方援助;要求国际金融组织(如世界银行、国际货币基金组织等)停止向被制裁国提供援助或贷款;冻结被制裁者在美国本土资产或在海外金融机构中被美国控制的财产;禁止被制裁金融机构在美国境内开立或维护代理账户或通汇账户,或其开立或维护代理账户或通汇账户会被施加严格条件;对被制裁者处以罚金;对违反规定与被制裁者进行交易的个人处以罚金或监禁等。

从制裁方式看,经济制裁可分为全面制裁(COMPREHENSIVE SANCTION)和定向制裁(TARGETED SANCTION)。全面制裁国家意味着美国政府对受制裁国家进行全面贸易限制。在未经授权的情况下,美国人(U.S. PERSON)不得开展与受制裁国家有关的任何业务(农产品,药品和医疗设备等通常存在例外),美国人(主要是银行)还需要冻结受制裁国家的政府资产。当前,受限于美国全面制裁的国家和地区为:伊朗、古巴、叙利亚、朝鲜以及克里米亚地区。除全面制裁外,美国还对损害美国国家利益的特定个人和实体实施定向制裁,将其纳入各种制裁清单中(例如美国财政部海外资产管理办公室管理的“特别指定国民名单”,即SDN名单),以实现精准打击的目的。

从适用对象看,美国经济制裁可分为一级制裁(PRIMARY SANCTION)和二级制裁(SECONDARY SANCTION)。一级制裁禁止美国个人和实体与被制裁对象之间的经贸往来。一般而言,一级制裁仅适用于美国人。然而,对于非美国人,在开展业务时,若与美国存在连接点,如使用美元或美国金融系统进行结算、交易涉及美国原产物项或交易有美国人参与,则也受限于一级制裁。二级制裁则限制第三国个人和实体与被制裁对象进行经贸往来,并对违反规定者施加处罚。

3/ 美国出口管制和经济制裁对中国企业的影响

(一) 美国出口管制对中国企业的影响

在出口管制领域,美国2018年8月6日发布的《出口管制改革法案》要求美国商务部长、国防部长和其他联邦机构加强对向中国的出口、再出口或者国内转让许可申请的审查。在电子、高性能计算机以及通讯技术等高科技领域,美国对中国实行严格管制,出口中国获取许可证的难度较大或时间较长,在一定程度上加大了中国企业获取相关产品以及先进技术的难度。

出口管制措施的实施将在一定程度上导致中国企业与交易相对方之间的交易不能迅速达成,繁琐的出口许可证申请程序也将在一定程度上导致交易成本的增加。而面对日趋频繁而严格的出口管制执法,中国企业在日常经营过程中需要主动投入人力物力,建立高效的出口合规机制,避免违规和遭到处罚,这也在一定程度上增加了中国企业合规的成本。

此外,中国企业一旦违反了美国出口管制法律,需要支付巨额罚款或和解金,致使企业因无法获得美国原产物项或技术而对其正常经营产生影响,且会遭受一定声誉损失,导致企业现有以及潜在客户的流失。对于企业的高管,若其违反美国出口管制法律法规且涉及刑事处罚,则当其位于同美国签订引渡条约的国家或地区时,相关国家或地区的执法机构可对其进行逮捕并进一步将其引渡至美国。

案例:

2012年12月3日,中国某建设有限公司在美国联邦法院对一项共谋违反美国出口管制法律的控罪及三项非法出口或企图出口的控罪认罪。该公司还同意向美国司法部和BIS支付300万美元的合并罚金。根据与BIS签订的和解协议,公司进一步同意实施外汇管制合规制度、完成对其合规制度的两项外部审计及接受长达五年的考验期,以避免被列入“被拒绝人名单”(DENIED PERSONS LIST)。据称,该案是中国公司首次就违反美国出口管制法律认罪。

具体而言,2006年6月,美国BIS拒绝了P公司向巴基斯坦出口环氧涂料的申请。随后,该公司与P公司通过一家第三方经销商向P公司采购同样的环氧涂料,然后再转移给该公司,试图以此规避出口管制,采购P公司的产品用于巴基斯坦核电站建设。

(二) 美国经济制裁对中国企业的影响

美国频繁实施的经济制裁,在很大程度上会影响到中国企业对“一带一路”沿线国家的投资。“一带一路”沿线国家中有许多恰好是美国经济制裁的重点目标,如伊朗、缅甸、苏丹、叙利亚等。金融制裁尤其是其中的投资禁止,成为了中国企业对外贸易的主要障碍因素。而随着“一带一路”倡议的不断推进,中国企业可能会因与沿线受制裁的“敏感国家”发生经贸关系而不断受到影响。同时随着国内和国际形势的变化,“一带一路”沿线可能还会出现新的被制裁国家。由此,随之而来的便是中国企业以及个人的经济制裁风险日益增加。

针对被制裁国家,货运公司可能会拒绝为企业提供发往被制裁国家的货运服务,因此企业可能需要通过第三国中转进行运输,这就延长了交易的时间,增加了交易成本。银行等金融机构可能拒绝为企业涉及制裁国家的交易提供融资、保险、结算服务,导致企业难以收回账款。

而中国企业一旦违反了美国经济制裁法律,将会无法使用环球同业银行金融电讯协会(SWIFT)银行结算系统,无法使用美元进行国际结算,不能与美国人进行交易,且位于美国境内或为美国人控制的财产、银行账户等可能被冻结、封存,被制裁企业的上下游企业可能也会暂停或终止履行合同,使其面临供应链断裂及潜在的违约风险。同时,被制裁企业也无法进行涉美交易或赴美投资。

另外,若自然人被纳入制裁名单,其可能被禁止入境美国;同时如其在企业中任职,特别是担任高管,则其代表企业的行为将受到一定的限制。近年来,美国司法部越来越注重对被认定为应对违规行为承担责任的企业高管、员工的刑事处罚力度。

案例:

2018年12月12日,美国财政部海外资产管理办公室(OFAC)宣布和J石油服务集团及其全球关联公司和子公司(以下统称为“J公

司”)达成一项2,774,972美元的和解协议。

具体而言,OFAC确认,从2014年10月2日前后至2016年3月4日前后,J公司至少11次违反了《伊朗交易与制裁条例》(IRANIAN TRANSACTIONS AND SANCTIONS REGULATIONS,ITSR)第203条和第204条的规定,被指控向伊朗出口,或者是试图向伊朗再次出口被美国所禁止的货物,方式有直接出口,也有把被禁的货物放在其他出口货物当中,一起把货发往伊朗。J公司向伊朗出口的11批货物中有2批在离境美国之前被美国海关边境保护局扣押。所涉货物包括油田设备,如备件、连续油管管柱和泵套。此外,J公司还在调查中向美国商务部产业安全局(BIS)作出虚假陈述。OFAC确定J公司没有自愿披露其违法行为且这些违法行为构成了一起性质恶劣的案件。

最终,J公司与OFAC签署了和解协议,协议规定:J公司同意支付2,774,972美元和解金;终止雇用被确定直接负责并参与涉及伊朗的违规交易的个人;聘请外部顾问进行内部审查并建立贸易合规体系;设立国际贸易合规部门,负责对业务单位、子公司和附属公司遵守美国经济制裁的情况进行监督;对其雇员和高级管理人员持续进行出口管制和经济制裁合规培训;编写、发布制裁和出口合规手册,执行出口管制和经济制裁合规政策和程序等;积极主动地与供应商联系,发布制裁合规证明,要求这些公司不得向被美国经济和贸易制裁的国家销售、转让、再出口或转移任何J公司的产品。

4 美国出口管制与经济制裁合规风险识别

中国企业在进行海外投资贸易活动的时候应该注意对合规风险的识别,这其中包括了对交易国别、交易对象、最终用途、交易物项、银行结算以及物流的识别。

(一) 交易国别

当前伊朗、朝鲜、叙利亚、古巴和克里米亚地区受到美国全面制裁,同时俄罗斯、乌克兰、委内瑞拉、也门、伊拉克、利比亚、索马里、黎



中国企业在进行海外投资贸易活动的时候应该注意对合规风险的识别,这其中包括了对交易国别、交易对象、最终用途、交易物项、银行结算以及物流的识别。

巴嫩、布隆迪、白俄罗斯、津巴布韦等国家也处于美国的定向制裁之中。因此,中国企业若有涉及上述国家和地区的交易,应在推进交易前进行全面的尽职调查,对交易各方、交易所涉物项的最终用途以及美国针对相关国家的制裁政策进行全面了解,从而确保自身交易的合规推进。

(二) 交易对象

美国在出口管制和经济制裁领域设置了不同的名单,例如出口管制领域的“实体清单”、“未经证实名单”与经济制裁领域的“特别指定国民名单”和“行业制裁名单”。

不同名单下中国企业面临的合规义务也不尽相同。出口管制名单下,中国企业的合规义务主要是向名单中实体出口受《出口管理条例》管辖的物项需要自BIS获得许可证或自交易相对方处获得额外的声明文件。而经济制裁名单下,中国企业的合规义务主要是不得与名单中实体进行重大交易或不得在美国境内为其提供融资支持等。同时,如上所述,美国经济制裁领域的“特别指定国民名单”和“行业制裁名单”还适用50%规则,即为被制裁实体直接或间接拥有50%或以上所有权的实体与其受到一样的限制。

(三) 最终用途

企业出口管制物项时,需提供最终用途和最终用户的相关证明,以确保物项和技术不会被用于非法用途。

全面管制原则下对最终用途的限制包括:

A.关于核最终用途的限制:除了对CCL所述物项的许可要求,如果出口商在出口、再出口、转移时知道该物项将直接或间接用于以下用途,则不得在未取得许可的情况下,将该物项出口、再出口或转移给指定国家之外的任何目的地:A)核爆炸活动;B)无保证监督的核活动;C)有保障监督和无保障监督的核活动。当某些出口物项用于或变相用于上述三类活动时,BIS可以通过个别通知或修改条例的方式告知有关经营者该物项出口需要取得出口许可证;

B.关于特定火箭系统最终用途的限制;

C.关于生化武器最终用途的限制;

D.关于特定海洋核动力推进系统最终用途的限制;

E.对美国人的行为限制;

F.有关外国船只和飞机的出口和使用限制。

(四) 交易物项

美国出口管制法律项下,根据最低限度规则(DE MINIMIS RULE)。除美国原产物项外,若中国企业生产过程中使用受美国管制的零部件、设备、软件或技术(“美国成分”)且其价值占比超过一定比例(0、10%或25%),则中国企业相关产品也受限于美国出口管制法律管辖,

其在对外进行交易时也需要遵守美国出口管制法律规定。

当前,尤其在部分高科技行业,中国企业对美国产品、技术的依赖性较强。因此在其产品嵌入“美国成分”且“美国成分”价值占比超过一定价值比例的情形下,这可能导致其产品的后续出口、再出口等活动都受到美国出口管制法律的管辖。除此之外,美国《出口管理条例》下仅对价值比计算做了概况的规定。实践中,企业可能因为自身生产模式而难以准确计算出美国成分的价值占比,进而导致自身面临一定程度的美国出口管制违规风险。例如,当前芯片行业,部分企业采取 FABLESS 的运作模式,即没有制造业务,只专注于集成电路设计。在该种模式下,通常由多家代工厂协助企业进行设备采购并实际生产。这会导致企业难以全面获取代工厂生产过程中涉及的美成分及其价值占比的数据。

(五) 银行结算

美国经济制裁法加大了对金融行业的制裁力度。比如,在伊朗制裁项目下,针对向位于特别指定国民名单中的伊朗人员促进重大金融交易的外国金融机构,美国政府可能会禁止相应外国金融机构在美国境内开设代理账户或存款账户;禁止其在美国境内维护上述账户,或为其维护上述账户设置严格的条件。诸如此类的制裁措施打破了信用证独立性原则。开证行受其影响,将交易双方、承运人、发货港、运输工具或者原产地也作为了拒绝支付信用证项下相符交单的理由。“制裁例外”原则逐渐形成。这一做法打破了信用证独立性原则,降低了信用证的安全性。如我国企业交易中的进口商、开证行、进口国、承运人、运输工具等受制裁,即使提交的单据相符,我国企业面临不能在银行结算的风险。

此外,如中国企业涉及敏感国家(例如:伊朗、朝鲜、俄罗斯等)的业务和投资活动,则应密切注意对业务和投资活动中涉及的所有银行(例如开证行、转开行等),及时进行实体筛查,确保相关金融机构并非被美国制裁的实体,否则与其进行账务往来的行为可能导致企业被美国处罚。

最后,如前所述,使用美元和通过美国金融系统进行结算是美国

经济制裁法律下的连接点,会导致中国企业受到美国一级制裁管辖。在受到一级制裁管辖的情形下,中国企业面临相对更多的合规义务,进而也面临相对较大的合规风险。

(六) 物流实践

物流也是中国企业开展对外贸易可能面临较大风险的一个方面。首先,美国经济制裁法律项下,特定船只、航空器等也可能被纳入制裁清单,企业使用相关船只和航空器可能导致自身违规;其次,部分敏感国家的客户为了便于自身获取美国原产物项,可能会通过物流商或转运商等进行交易,进而隐匿其真实身份;此外,若企业物流运输过境美国或通过美国进行转运,也可能导致自身交易受限于美国出口管制和经济制裁法律管辖,进而面临相关贸易违规风险。最后,部分美国制裁国家,例如朝鲜,会通过航运欺诈实践来规避美国的制裁措施。朝鲜运营一支由至少28条油轮组成的船队,能够从事石油精炼产品的船对船过驳,还有至少33艘船可以运输煤。同时,由于朝鲜试图掩盖从事非法贸易的船舶的身份,这些船名可能会发生变化,其国际海事组织编号也可能混淆。这些都使得相关企业难以识别交易中潜存的贸易合规风险。

5 中国企业海外合规风险应对

针对美国的出口管制和经济制裁措施,我国企业的首要任务就是建立一个贯穿企业内部的合规机制,同时建立相应的应急预案,以应对美国在出口管制和经济制裁方面的调查。

(一) 做好应对美国出口管制的合规管理

中国企业可以将美国商务部2017年发布的出口合规计划(EXPORT COMPLIANCE PROGRAM, ECP)作为其合规依据,建立一套有效的出口合规内控管理体系,贯穿研发、设计、采购、生产、销售等全流程,以识别对外贸易中的出口管制风险并及时采取应对措施。

一套有效的出口合规内控管理体系贯穿研发、设计、采购、生产、销售等全流程,其中包括:

(1) 管理层承诺。

高级管理层承诺是出口管制合规体系成功的最重要因素。通过高级管理层的支撑,出口管制合规体系更易被企业接纳并融入日常运营中。每个有效的出口管制合规体系都是自上而下的过程,企业的高级管理层应当公开支持合规政策和流程,为合规工作提供足够的资源,支持出口合规培训,持续赋予出口管制合规体系以重要性和正当性。

(2) 风险评估

出口管制违规风险可对企业的声誉和出口经营产生严重的负面影响。因此,企业须识别、评估可能面临的合规风险,然后通过建立管控机制防范此类风险。企业出口业务通常遇到的风险包括出口物项风险、企业运营风险、客户风险等。

(3) 出口合规审核

如企业出口的物项受EAR管控,则应当建立相应的审核流程,以判断是否需要事先向美国政府申请出口许可证。比如哪个执法机构对拟出口的物项具有管辖权、出口的物项是否受EAR管辖、出口物项的正确分类是什么、如何确定物项是否需要出口许可证、是否完成了黑名单筛查等等。上述问题,对企业开展出口合规审查并确定是否需要申请许可证十分重要。企业应当建立完整有效的流程和机制,帮助和指导员工做出一致且正确的出口决策。

(4) 文档保存

文档保存亦是出口管制合规体系的核心要素之一。企业应当明确内部文档需要保存多久、哪些文档需要保存、如需要文档如何复制、哪些文档可不必保存等等。实践中,部分文档可能并非EAR直接要求的保存范围,但维护与保存此类文档可能最符合企业的利益。例如,描述了根据某物项的技术信息对其进行ECCN编码分类的过程,以及最终由谁确定该编码的内部文档。再例如,企业与货代在尽职调查过程中产生的争议,或对客户进行黑名单筛查的流程。该类文档可在后续证明企业进行了一定的尽职调查程序。

(5) 员工培训

良好的培训计划对建立有效的合规体系至关重要。通过培训,可促进员工重视出口管制合规并积极配合相关工作。在设计培训方案时,出口管制合规人员应尽可能详细具体地编写培训内容,以帮助各个员工理解他们的角色以及职责。培训计划应根据员工的需要提供与其工作内容相关的出口管制知识,传达合规要求,并通过评估使员工重视培训。企业应当定期根据产品、服务、最终用途、最终用户以及EAR的变化审查和修订培训内容与方案。

(6) 合规审计

企业应当定期评估出口管制合规流程的有效性,并检查日常业务是否遵守了合规流程。出口管制合规人员应组建一个团队协助开展合规审计。根据可用的资源,该团队需要确定要开展的合规审计类型及范围。审计小组应具有完全的独立性和灵活性,以识别合规缺陷、潜在风险领域,然后提出解决方案。

(7) 违规行为处理及纠正

(8) 制定并维护合规手册

企业出口管制合规体系的重要部分之一,是为全体员工提供应对可能的出口管制不合规行为的清晰指南。尽早发现并快速响应以解决不合规问题,是最大限度地降低企业面临的风险的关键。企业应当建立可疑违规行为的内外部报告流程、确认是否存在违规行为的内部调查流程,以及对违规行为的处罚和纠正流程。

制定合规手册有助于企业确定各业务流程中的合规要求,防范潜在的违规行为、巨额的罚金及巨大的时间成本、以及企业声誉的损害。合规手册须获得高级管理层的批准和支持,缺少相应级别高管的批准和支持,可能会影响合规手册的效力。同时,合规手册也应当获取相关业务部门的认可,能够为相关业务的员工了解其具体的出口管制职责、如何参与到出口管制合规工作中来、如何与其它业务部门共同协作推进合规工作提供支持与帮助。

(二) 做好应对美国经济制裁的合规管理

2019年5月2号,美国财政部海外资产管理办公室发布的《OFAC

合规承诺框架》，建议中国企业根据此框架建立有效的制裁合规体系，其中包括：

(1) 高级管理层承诺 (SENIOR MANAGEMENT COMMITMENT)：

高级管理层应审查和批准公司的制裁合规体系；高级管理层应确保公司的合规部门有足够的权力自主性来执行制裁合规体系，并有效控制违规风险；高级管理层应采取措施确保公司的合规部门分配到足够的资源，包括人员、专业知识和IT支持，且应与公司的业务范围、目标市场与二级市场以及影响其整体风险状况的其他因素相匹配；高级管理层应在公司推广“合规文化”，预防员工违反合规义务。

(2) 风险评估 (RISK ASSESSMENT)：

风险评估的方式和频率应与潜在风险相匹配，风险来源包括客户、产品、服务、供应链、中介机构、交易对手、交易本身和地理位置。在评估制裁风险时，公司应尽可能收集相关信息，评估客户、客户群体或客户关系的风险概况。

(3) 内部控制 (INTERNAL CONTROLS)：

公司应跟进经济制裁政策的调整，包括特别指定国民名单、行业制裁名单等制裁名单的变化，根据信息的更新及时作出调整。公司应制定和实施合规制裁体系的书面政策和程序，具体到日常操作和程序，易于遵守，并有助于预防违规行为。此外，政策和程序应通过内外部审计来执行，相关的记录需保存，一旦发现内部控制漏洞，公司应采取迅速有效的措施进行补救。内控机制的政策和程序应明确传达给所有相关员工以及在高风险领域运营的业务单位和代表公司履行合规职责的外部主体。

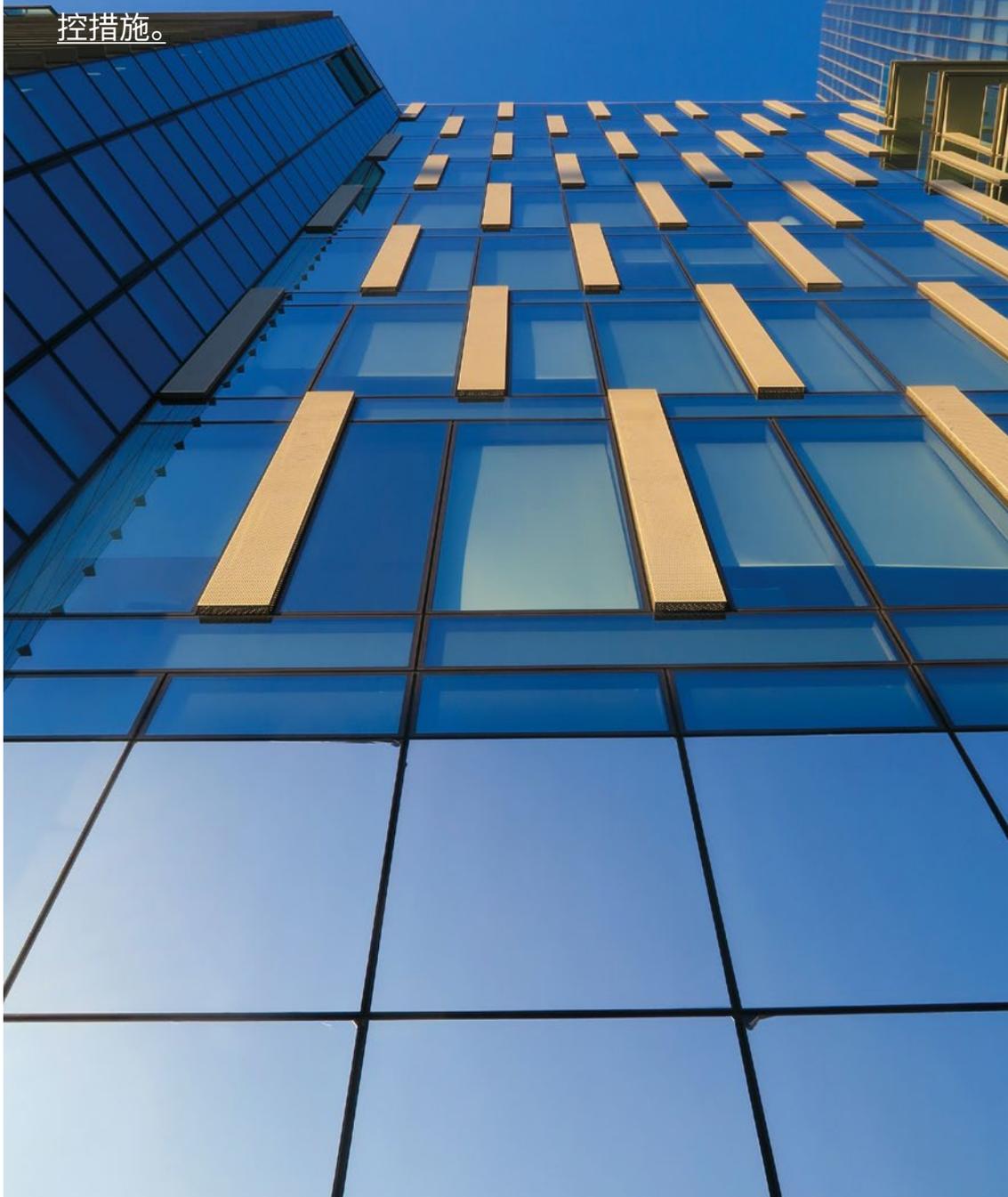
(4) 测试与审计 (TESTING AND AUDITING)：

全面、独立和客观的测试或审计功能，对于确保公司了解其制裁合规体系是否按预期实施至关重要。测试和审计应向高级管理层负责，应独立于被审计行为，应由具备足够权限、技能、专业能力和资源的人员进行。在测试后发现缺陷时，公司应采取迅速有效的行动来确定和实施补偿控制，直到合规漏洞的根源得到确定和纠正。

(5) 培训 (TRAINING)：

企业应根据自身风险状况定期为所有相关员工和人员提供经济制裁相关的培训。培训项目应根据岗位需要提供相关知识，宣贯合规责任，并通过评估强化员工合规培训。

美国针对其他国家的出口管制和经济制裁政策法规会根据不同情况进行更新或调整,对不断变化的美国出口管制与经济制裁法律法规,企业应建立其自己独立的实时监控机制和合规体系,并使之常态化,以及及时获取各方面信息,了解自身在美国贸易合规层面面临的潜在风险,方能够未雨绸缪,提前做好应对和防控措施。



(三) 建立常态化实时监控机制以了解美国正在实施的各类制裁项目的主要内容和进展

美国针对其他国家的出口管制和经济制裁政策法规会根据不同情况进行更新或调整,对不断变化的美国出口管制与经济制裁法律法规,企业应建立其自己独立的实时监控机制和合规体系,并使之常态化,以及时获取各方面信息,了解自身在美国贸易合规层面面临的潜在风险,方能够未雨绸缪,提前做好应对和防控措施。

(四) 交易前开展全面的尽职调查

尽职调查首先应从黑名单筛查开始,对交易相关方比照美国出口管制与经济制裁领域的“黑名单”进行筛查,同时,判定相关交易方是否会因适用50%规则而自动被视为特别指定国民或行业制裁名单人员。如供应商或合作伙伴在上述名单中,应审慎推进交易。如业务所涉及交易方未受制裁,但涉及敏感国家,则在交易架构设计时,注意避免交易涉及美国因素,例如交易不使用美元结算,交易不涉及美国人且交易所涉物项并非美国原产。

(五) 尝试使用其他货币进行结算

针对具有潜在美国经济制裁风险的交易,在结算币种和结算路径方面,企业应尽量选择非美元的其他货币作为结算工具,通过非美金融机构进行结算,以避免美元和美国金融机构结算带来的一级制裁风险以及经济制裁导致的资金流转困难。

(六) 尝试使用铁路方式进行运输

鉴于当前伊朗的航运业和港口运营商受到美国的制裁¹,中国企业如与伊朗的航运业或港口运营商进行重大交易,亦面临二级制裁的风险,建议中国企业可以通过铁路的方式(比如中欧班列)进行运输,以此降低自身交易面临的美国制裁风险。而中欧班列(CHINA RAILWAY EXPRESS, CR EXPRESS)是往来于中国与欧洲以及一带一路沿线各国的集装箱国际铁路联运班列,是中国与欧洲国家以及其

1.《伊朗自由与不扩散法案》(IFCA)第1242条; Executive Order 13846.

他一带一路国家之间贸易的主要连接点,并且是国际物流陆路运输的主干线。

(七)减少对美国技术的依赖度

在技术方面,企业应当尽量减少对美国进口技术的依赖度。首先,建议企业对所有美国原产物项和含有美国成分的物品进行梳理,对计算和判断的过程充分的进行记录,并保留文档,然后设计替代美国管制物项的方案,比如更换芯片、更换组件、调整业务策略等;此外,企业应积极拓展国际供货渠道来源,促进重要零部件进口来源多元化,优化企业供应链结构,从而突出美国技术封锁的重围。特别是对于自身关键技术不成熟的企业,应该争取与多个国家供应商展开合作,丰富企业的供应链渠道,建立多条供应关系渠道,进而分摊贸易合作风险;最后,企业应着眼于建立自身的科研创新激励机制,积极研发相关高新技术。

(八)在相关合同中加入普遍适用的陈述和保证条款

企业应在对外签署的合同中,尤其是涉及出口管制和经济制裁敏感国家和地区的交易合同中要求交易相关方在合同中承诺:1)其自身及其直接或间接控制的实体均不存在可能受到美国出口管制和经济制裁执法的情形,并承诺其运营全面符合美国出口管制和经济制裁法律规定;2)如违反前述陈述与保证,应在第一时间通知合同相对方,并配合采取一切止损措施,承担合同相对方由此而产生的一切损失。同时,也可以在相关交易合同中对现有条款表述进行修改和调整,使提前还款以及不可抗力等条款,可以覆盖相关交易方违反相关制裁规定、交易所涉国别所受相关制裁发生变化等情形(包括恢复制裁、制裁程度进一步深化、制裁范围进一步扩大等),以确保在相关制裁政策以及制裁情形发生变化时有充分的选择权和灵活性。最后,针对性质特殊的项目,可以考虑签署保密协议,严格约定除非依该协议约定或经所有签署方共同书面批准,不得向任何第三方披露项目文件的签署情况、内容以及任何相关保密信息,并将违反保密协议约定纳入项目文件项下的违约事件。

(九) 积极应对美国执法活动, 及时组织抗辩要点

企业一旦面临美国的出口管制与经济制裁行政执法或是司法诉讼, 建议积极应对执法程序, 聘用专业机构通过与媒体、政府监管机构的沟通和信息披露, 最大程度降低被执法的影响。聘用中美两国的律师事务所来应对涉及出口管制域外管辖的调查和提供双向结合的法律应对方案, 及时梳理抗辩要点, 与执法当局积极真诚地沟通。

6 结语

近年来, 美国在出口管制和经济制裁领域新的立法层出不穷, 同时执法力度不断加强, 增加了部门编制和预算, 并由司法部牵头发起了中国行动计划, 定向打击违法的中国企业。一方面, 这导致许多中国企业被美国处罚, 遭受经济损失和面临技术封锁; 另一方面, 也使得许多中国企业认识到合规经营的重要性和紧迫性, 需要抓紧了解美国的法律和执法特点。2018年12月29日, 国家发展改革委、外交部、商务部、人民银行、国资委、外汇局、全国工商联等七部委联合印发了《企业境外经营合规管理指引》, 在强调境外经营活动全流程、全方位合规的同时, 也重点针对了对外贸易、境外投资、对外承包工程和境外日常经营等四类主要活动, 明确了具体的合规要求。因此, 在前述背景下, 相关中国企业应积极构建贸易合规体系, 识别自身贸易违规风险并采取应对措施, 从而确保自身持续可预期地作出合规的出口计划, 进而降低美国处罚风险。

出口企业如何合规应对 美国海关管理风险

作者/徐珊珊 潘晓婷



合伙人
公司一部
上海办公室
+86 21 6061 3666
xushanshan@zhonglun.com



自2018年中美贸易摩擦开始,美国前后共发布四批加征关税清单,所涉商品的价值总计5400亿美元,占2018年美国从中国进口额的97%。自美国开始对中国商品加征关税起,中国商品出现改变税号、降低进口价格、“借道”欧洲、东南亚等地区,再出口美国的趋势,以期达到避免被加征关税的目的。但这样的贸易安排因不合规而成为美国海关与边境保护局(CBP,下称美国海关))重点审查的对象。美国海关加大单证审核力度,加强物流信息等数据风险分析,甚至提高实际查验的比例,从严掌握认定标准,加大对伪报、瞒报、误报等行为的查处力度。甚至,有的第三国也拒绝为在当地简单组装的中国材料所制的商品出具本地的原产地证。

本文对中国出口美国商品应如何合规地进行关税筹划提供指引,并对法律风险进行提示,对中国出口商的风险管理提出建议。

1 / 关税筹划的三大法律技术问题

(一) 原产地“反规避”与应对

在美国“实质性改变”规则是在产品生产涉及多个国家时判定原产地的基本标准,但在不同的贸易协定项下“实质性改变”规则的具体内容并不相同。

美国目前适用的主要有两类原产地规则:非优惠原产地规则和优惠原产地规则。前者主要适用于多边贸易协定WTO的成员间,后者则用于地区性协定或特别贸易安排,如USMCA(《美国-墨西哥-加拿大协定》)、GSP(普惠制)、AGOA(《非洲增长与机遇法案》)等。优惠性原产地规则下的“实质性改变”有三类具体的标准,即税号改变标准、加工工序标准和当地或区域价值成分标准。其中,税号改变标准在USMCA中使用较多。加工工序标准被《美-韩自由贸易协定》采纳。当地或区域价值成分标准是被美国GSP安排和《美-韩自由贸易协定》采纳。WTO把非优惠性原产地规则下的“实质性改变”立法空间留给了成员方。而美国尚无相关成文法,海关依赖一系列的法院判决、海关条例以及海关解释对货物原产地进行判定。最终认定取决于个案,缺乏稳定性和透明度。通常会考虑以下因素:

- 产品的性质、名称和用途是否发生改变;
- 与用于生产最终产品的进口原材料生产过程相比,最终成品的生产过程是否存在本质的不同;
- 产品生产过程的增值(以及生产成本、投资额、劳动力成本)与其它组件成本相比较;
- 产品最本质的特征是由生产过程赋予的还是进口原产料或零部件赋予的。

中美之间贸易适用的是“非优惠原产地规则”,如上,简单的转口和/或组装不能实现改变产品原产地的目的。而且,随着中美贸易摩擦日趋激烈,美国甚至在地原产地规则适用上针对中国出口企业的转口和/或组装安排,作出区分“标志”用途和“征税”用途的“反传统”的原产地裁定。

案例:根据针对NY N299096号决定的请求, 1999-1020656EP型号的直流电机, 是一种拉丝电机, 峰值输出功率为5.793瓦……该电机用于电动门锁。该产品由三个部件组成: 定子或后壳、转子或电枢总成和端盖总成。所有三种部件均归入美国协调关税表(HTSUS)税号8503。8503注释说明, 其下的部件是用于税号8501、8502的电机上的。这些零部件原产自中国, 被进口到墨西哥然后组装成成品出口至美国。

争议请求: 申请人请求确定原产国及NY N299096号决定是否正确? 其目的是确定如何适用在贸易摩擦下增加的(HTSUS)税号9903.88.01, 即“在适用一般税率之外, 是否还适用25%的从价税税率。”

本案裁定: 对此, 美国海关(CBP)分析认为美国《1930年关税法》第304节适用于本案。据此, 对于NAFTA的国家, NAFTA的标记原则(19 C.F.R. § 102.0)将被用于确定原产地。而前述102条中“税号改变”规则适用于该案。由于该电机的税号是8501.10.40不同于组件税号, 因此, 为“标记目的”的产品原产地是墨西哥。

但在进一步分析是否适用加征关税时, 美国海关引用了另一个案例, ENERGIZER BATTERY, INC. V. UNITED STATES, 190 F. SUPP. 3D 1308 (2016), 指出国际贸易法院裁定在中国组件进口至美国时, 作为第二代手电筒的零件及组件, 有预先确定的最终用途, 而并未因进口后的组装程序而改变用途。”“进口后加工包括装配时, 法院一直不愿在性质上作出改变, 特别是当进口物品没有发生物理变化时。”“最后, 法院认为不能构成实质性的转变, 除了两个部件外, 其余部件的来源国均为中国。”同理, 由于在墨西哥将中国零件组装成发动机并没有导致中国零件的实质性转变, 因此发动机仍然是中国的产品。归类于美国协调关税表项目8501.10.40下的中国产品, 除非特别排除, 否则须额外缴付25%的从价税。美国海关还特别强调在进口时, 进口商必须除上述美国协调关税表项目8501.10.40外, 申报税号9903.88.01, 即适用加税。

美国海关于2018年9月14日针对该直流电机公布了一个新的原产地裁定, 即以在墨西哥的组装不足以构成实质性改变为由, 对产品

开出了双重原产地认定：(1) 在原产地标记上，根据NAFTA规则，产品应标记为“墨西哥制造”；(2) 从适用税率上，由于产品未发生实质性改变，因此，应按中国原产缴纳25%的惩罚性关税。¹

该裁定引发了争议，但多重标准+“穿透”式的审查明白无误地提醒中国出口商“绕路”或“简单组装”无法回避“中国原产”。对此，中国出口企业可以据理力争，如仅在中国进行简单包装，或者是在中国进行的加工工序所产生的增值数额较小等。企业可以向美国海关提请复议，甚至司法复审。与此同时，结合原产地规则考虑对外投资，重构生产与供应链，并申请原产地预裁定来确保设计的可行性，将是中国出口企业应对美国原产地反规避的根本手段。

(二) 税号适用与加征排除

1. 依法调整而非伪报

有些出口企业会为避免被加征关税有意伪报HS编码。例如在2016年底，美国对来自中国的硬木胶合板开始反倾销调查，2017年美国进口的来自中国的硬木胶合板下降20%，但来自中国的软木胶合板则飙升549%。2017年11月，美国对来自中国的硬木胶合板开始征收183.4%的反倾销税，在2018年上半年来自中国的软木胶合板的进口量再次上涨了983%。

伪报税号的风险是极高的，但改变商品的归类素而导致税号依法改变却是可行的。

案例：比如，笔者曾无罪辩护成功的全国性行业性的“冒牌铝棒”的出口案中，出口商将本应归为7601的原料铝，根据69号归类决定中提示的归类要素及工艺要求制作并归类为7604铝棒，以获得7604税号下的出口退税。该案虽一度导致行业稽查、18家企业被立案、7家企业及相关人员被移送审查起诉，但最终全部退回。

世界上绝大多数国家和地区税号确定的依据是以《协调制度公约》为基础的法律和法规，出口美国的企业只有依法改变归类素，而非简单伪报，才可做到安全的税收筹划。

由于改变申报的税号的技术性非常强，建议企业改变税号前先与专家确认，或向美国海关申请归类预裁定。根据美国法律规定，进

1.H300226:Modification of NY N299096; country of origin of electric motors from Mexico; 2018 Section 301 trade remedy; 9903.88.01, HTSUS.
<https://rulings.cbp.gov/search?term=>

H300226&collection=ALL&sortBy=R ELEVANCE&pageSize=100&page=1.

口商可通过在线提交或邮寄信函的方式向美国海关的“全国商品专家处”提出裁定申请。裁定通常会在收到申请之日起30天内完成,如需实验室报告或与其他机构进行磋商,其完成时间会相应延长。裁定在下达后即刻全国生效,对有效期不作设定。除非被美国海关的规章或裁定所修订或废除,否则此项裁定对所有口岸海关都是有效的。

2. 排除申请

如果依法改变税号如有难度,对税号提出排除申请也是值得一试的。截止2020年8月,美国对其发布的4批次加征关税产品清单,共发布了33批次的关税排除清单,具体如下:

排除轮次	开始排除时间	所属加征清单	优先HTS角注编号	联邦公报编号
第一批	2018.12.28	340亿	9903.88.05	83 FR 67463
第二批	2019.3.25	340亿	9903.88.06	84 FR 11152
第三批	2019.4.18	340亿	9903.88.07	84 FR 16310
第四批	2019.5.4	340亿	9903.88.08	84 FR 21389
第五批	2019.6.4	340亿	9903.88.10	84 FR 25895
第六批	2019.7.9	340亿	9903.88.11	84 FR 32821
第七批	2019.7.31	160亿	9903.88.12	84 FR 37381
第八批	2019.8.7	2000亿	9903.88.13	84 FR 38717
第九批	2019.9.20	340亿	9903.88.14	84 FR 49564
第十批	2019.9.20	160亿	9903.88.17	84 FR 49600
第十一批	2019.9.20	2000亿	9903.88.18	84 FR 49591
第十二批	2019.10.2	340亿	9903.88.19	84 FR 52567
第十三批	2019.10.2	160亿	9903.88.20	84 FR 52553
第十四批	2019.10.28	2000亿	9903.88.33	84 FR 57803
第十五批	2019.11.13	2000亿	9903.88.34	84 FR 61674
第十六批	2019.11.29	2000亿	9903.88.35	84 FR 65882
第十七批	2019.12.17	2000亿	9903.88.36	84 FR 69013
第十八批	2019.12.31	2000亿	9903.88.37	85 FR 549
第十九批	2020.2.5	2000亿	9903.88.38	85 FR 6674
第二十批	2020.2.20	2000亿	9903.88.40	85 FR 9921
第二十一批	2020.3.10	3000亿	9903.88.39	85 FR 13970
第二十二批	2020.3.16	2000亿	9903.88.41	85 FR 15015

第二十三批	2020.3.17	3000亿	9903.88.42	85 FR 15244
第二十四批	2020.3.26	2000亿	9903.88.43	85 FR 17158
第二十五批	2020.3.31	3000亿	9903.88.44	85 FR 17936
第二十六批	2020.4.24	2000亿	9903.88.45	85 FR 23122
第二十七批	2020.5.8	2000亿	9903.88.46	85 FR 27489
第二十八批	2020.5.13	3000亿	9903.88.47	85 FR 28693
第二十九批	2020.5.28	2000亿	9903.88.48	85 FR 32094
第三十批	2020.6.12	2000亿	9903.88.49	85 FR 35975
第三十一批	2020.7.10	3000亿	9903.88.51	85 FR 41658
第三十二批	2020.7.23	3000亿	9903.88.53	85 FR 44563
第三十三批	2020.8.02	3000亿	9903.88.55	

注：排除失效说明：“开始排除时间”是指自该日期起一年内从中国出口美国享受免除加征关税；而且，自开征之日起至公布排除期间已被加征关税的，可向美国海关申请退回所加征关税税费（即排除具有追溯作用）。

在已经递交的排除申请中，常见的排除理由包括：

-中国产品所占比重太大，没有可以替代的国家，或者替代国的产能不足以满足美国市场的需求；

-中国产品拥有质量、工艺甚至技术专利上的优势，其它替代国的品质无法达到美国市场的要求；

-中国产品的生产已经在上下游形成的完整的产业链，而其它替代国在不具备这一产业链的情况下，即使可以完成该产品的生产，还是要依赖中国的产业链提供上下游的产品和服务；

-中国在资源、人才和基础设施方面有巨大的优势，因此即使可以在其它国家重建产能，所需付出的时间和财务成本过于高昂；

-中国产品已经凭借自身的品质，取得了进入美国市场所需的各种政府部门的资质和认证，更换供应商则需要重新取得准入的资质和认证，时间和财务成本同样过于高昂；

-涉案产品并不属于中国国家政策扶持的产业部门，因此不应该纳入本次征税的产品范围；

-涉案公司在中国的经营过程中并未遭遇本次301调查所针对的

强制技术转移或者知识产权剽窃,有些公司已经在中国为自身的产品和技术申请了专利,甚至还有公司在知识产权纠纷中得到了中国政府机关的支持和保护;

-征税导致企业裁员,中小企业甚至面临倒闭的风险;

-美国企业被迫提升产品的销售价格,从而增加美国消费者的生活成本;

-美国企业的竞争对手不需要承担关税的负担,会使美国企业、甚至行业的发展处于不利地位。

建议中国结合上述常见的排除理由,力争促使由美国进口商主体提出产品申请。

(三) 运用美国“海关估价”规则淘金

1. “出口至美国的销售”与“首次销售规则”

WTO《海关估价协议》第一条第一款规定,进口商品的应税价格应为成交价格,即为该货物出口销售至进口国时依照第八条的规定进行调整后的实付或应付价格。初看起来,“出口销售至进口国”是什么时候发生的不应该有什么问题。然而实践中当中间商介入交易而形成多层次交易(MULTI-TIER TRANSACTION,也常作连续销售,SUCCESSIVE SALES)的时候,这个概念便成为了一个非常复杂的问题。究竟哪个是进口商品的应税价格?是中间商支付给外国生产商的价格?还是进口商支付给中间商的价格?这是一个在商界与海关之间存在广泛争议的问题。因为显然的,由于费用和利润的增加,如采取后一个价格的话将使进口商品的应税价格要高出许多来。海关估价协议没有进一步解释“出口销售至进口国”的含义。在美国对这个概念的明确成为了“案例法”的领地。

在美格菲等诉美国案中²,联邦巡回上诉法院(US COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT, CFAC)第一次挑战了海关的“最直接引起出口”标准,裁定成交价格是中间商向外国裁缝支付的价格。因为服装是为美国的特定客户而定制的,并且最终也运送给了这些特定的客户,因此当中间商与裁缝之间进行交易时,货物便是以出口至美国为目的的。

2.E.C. McAfee Co. et. al. v. United States et. Al, 842 F.2d 314 (Fed. Cir. 1988).

这个问题在岩井美国公司诉美国一案中再次被讨论。³此案中双方的争议焦点是,对进口地铁车厢的估价是应基于纽约市城市交通管理局(美国买方)与岩井美国公司之间的合同价格,还是应基于由岩井公司(岩井美国公司的母公司)向车厢的生产商支付的价格。该案在上诉程序中⁴,联邦巡回上诉法院就哪一次销售构成对美国的出口确立了一项新的规则。联邦巡回上诉法院指出,当依据《1979年贸易协定法》外国生产商的价格与中间出口商的价格都可以作为成交价格时,生产商的价格应被作为成交价格。而且联邦巡回上诉法院还认为,设定“最直接地引起出口”标准的海关裁定在法律上是站不住脚的。如果交易价格是相互独立的主体间通过谈判而取得的,不存在非市场力量影响了销售价格,而且显然货物最终要出口至美国(CLEARLY DESTINED FOR EXPORT TO THE UNITED STATES)的话,生产商的价格也可接受为成交价格。联邦巡回上诉法院所确立的这项规则被称形象地称为“首次销售规则”(FIRST SALE RULE),并受到美国商界的欢迎。⁵之后在联合运动诉美国案中⁶,国际贸易法院遵循了岩井案的先例并重申了上述观点。

根据以上案例,企业在实际运用“首次销售规则”中要确认满足以下三个条件:

(1) 交易各方之间存在真实的销售交易;

(2) 中间商在向供应商购买商品时,该商品已明确无误注定将出口至美国;

(3) 符合独立交易原则要求(适用于买卖双方为关联企业时的情况)。

值得注意的是,虽然美国法院最终倾向于“首次销售价格”,但是美国海关却通过“直接引起出口标准”以及“假定进口商价格”等办法来尽力提高成交价格。如果进口商证明链存在欠缺,则美国海关会拒绝适用首次销售规则。根据美国海关2003年的一份备忘录,为适用首次销售规则进口商应基于“合理注意”义务自行申报,美国海关不再对常规的首次销售适用问题出具预裁定。因此为避免风险,建议出口商向专家、主管的口岸海关、海关税收征管中心(CEE)进行事先确认,或事后申请退税。

3. Nissho Iwai American Corp. v. United States, 15 Ct. Int'l Trade 644 (1991)

4. Nissho Iwai American Corp. v. United States, 982 F.2d 505 (Fed. Cir. 1992)

5. David Serko, Nissho Iwai Impacts Customs Valuation Law, Global Trade & Transportation, April, 1903.p. Headquarters Ruling No.54.

6. Synergy Sport Int'l, Ltd. v. United States, 17 Ct. Int'l Trade 18 (1993).



值得注意的是，虽然美国法院最终倾向于“首次销售价格”，但是美国海关却通过“直接引起出口标准”以及“假定进口商价格”等办法来尽力提高成交价格。如果进口商证明链存在欠缺，则美国海关会拒绝适用首次销售规则。

2. 转让定价报告可用于支持关联交易中运用“成交价格”估价

关联交易影响着“成交价格法”在海关估价中的适用，比如如果供应商和中间商之间存在特殊关系，则进口商需证明关联交易符合独立交易原则，否则，首次销售不能作为完税价格。根据WTO《海关估价协议》，进口商可通过(1)销售环境测试法；或(2)测试价格法，以证明买卖双方之间的特殊关系未影响成交价格，以证实关联交易的成交价格是可接受的。由于该测试价格在实践中往往不存在，所以进口商在面临海关对关联交易成交价格的质疑时，常常只能通过销售环境测试法来证实买卖双方之间的特殊关系未影响成交价格。在销售环境测试法下，进口商若能证明存在下述其中一种销售环境，就证明了特殊关系未影响成交价格：交易价格的确定方式与相关行业的正常定价方式一致（“例1”）；交易价格的确定与卖方将商品销售给无关

联的买方时的定价方式一致(“例2”);交易价格足以确保收回所有成本并获取利润,该利润相当于关联交易卖方在有代表性的期间销售同等级或同种类商品所实现的总利润(“例3”)。

为证实符合销售环境测试,进口商有时会主动向海关提交其为税收目的而准备的转让定价报告(TRANSFER PRICING STUDIES)、预约定价协议(ADVANCE PRICING AGREEMENT,“APA”)等证明文件。2016世界海关组织批准了一个由美国提交的案例研究,展示了转让定价研究报告可用于支持关联交易海关估价。经世界海关组织理事会批准,以TCCV案例研究14.1的形式发布。案例研究解释了转让定价的研究利用交易净利润率方法测试进口商/分销商的利润,可以证明当事人之间的关系没有影响价格,而是符合行业定价的惯例,因此双方交易定价可被认可符合成交价格。案例研究14.1是由美国基于海关在2009年出给CARDINAL HEALTH公司的裁决HQ H037375裁决⁷的提出的。

案例一:

HQ H037375裁决中美国海关决定,成交价格是对外国卖方/制造商与其相关进口商之间的医疗产品进口销售的适当估价方法。外国卖方/制造商所收取的价格是根据《美国国内收入法规》(IRS)第482条的再销售价格法(“RPM”)计算的。这些交易未作预约定价协议(APA)。在提交的转让定价分析中,所有的外部可比公司都是同一类商品分销商,它们是进口商的直接竞争对手。此外,尽管进口商的毛利率高于关联企业向无关的第三方销售中实现的毛利率,美国海关认定利润率是可比的,价格差异是由于案例中的进口商在关联交易中担负着额外的市场与分销职责。由于所有的可比公司都销售同类或同级商品,美国海关裁定,所提交的转让定价研究报告证明,进口商的价格以符合该行业正常定价惯例的方式结算。

案例二:

案例研究14.1的事实:位于I国的I公司作为独家进口商,仅从境外关联公司X进口继电器产品,然后在进口国直接销售,X公司并没有向I国的其他第三方公司销售同样的商品。关联方定价是根据OECD交易净利润率方法(“TNMM”)确定的,这与美国可比利润方法

7.HRL H037375, Dec.11, 2009

非常相似。在TNMM下，一关联方（测试一方）的利润率与一组具有相似功能和风险的基准公司与非关联方进行交易的利润率进行比较。在案例研究14.1中，进口商是一常规分销商，作为测试的一方，以其营业利润与基准的可比公司相比。转让定价报告显示I公司的营业利润率为2.5%，而由8家可比公司财务数据得出的四分位区间为0.64%到2.79%，中位值1.93%。此案例特别指出，本案中转让定价研究被用作双边预订价协议的基础。

案例研究14.1巧妙地将“转让定价的研究报告”与《WTO海关估价协议》附件的第一个符合不受关联关系影响的“销售环境”例子“关联方间的定价方式与所涉行业的正常定价做法相一致”联系起来。案例研究14.1中转移定价研究中对标的那些公司是“电气设备和电子零件的分销商”。案例研究指出，例一所使用的“行业”一词是指包含与进口产品相同类别或种类货物的行业或部门。在这种情况下，进口继电器被认为是电气设备和电子零件行业的一部分。通过转让定价研究中提供的行业独立交易范围可推导出进出口商之间的交易是符合独立交易原则的。案例研究14.1分析得出上述结论的主要条件包括：

进口商I公司的客户是非关联的当事人，可以合理推断I公司会最大化其销售利润，因此进口商的销售可以认为是符合独立交易原则的；

进口商I公司的营业费用也被认为是可靠的，是符合独立交易原则的，因为他们付给非关联方，可以合理推断I公司会最小化其成本和费用，并且I公司营业费用的发生并不会使卖方X公司受益；

功能风险和资产分析表明I公司与其他8家可比非关联分销商并无重大差异，可比公司所销售的货物也与I公司类似；进口商I公司的营业利润为2.5%，在0.64%到2.79%的营业利润范围内，即I公司营业利润率落在四分位区间内（虽然是高四分位区间），也在转让定价研究确定为行业独立交易的范围之内

因此，仅剩下的变量，即销售的商品成本（包括进口商品的购买），也可以视为符合独立交易原则。

这两个案例研究对中国出口商来说是个好消息，但仍有几个重

要事项要注意：

首先,以利润为基础的转移定价方法(如TNMM)的关注点通常是测试方与基准测试公司的功能、资产和风险的相似性,行业兼容性通常不会是转让定价研究报告的重点;尤其在集成生产的那些情况下,转让定价研究报告中往往找不到或是很难找到行业兼容性的信息或分析。甚至有担心“案例主要针对单一功能的分销公司I,进口后将国内货物继续销售给第三方。对于生产性公司,是否可以以及如何借鉴该案例存在不确定性”。⁸对此可以考虑其他的解释该行业的正常定价惯例的研究报告。其次,案例研究14.1特别提出一个观点,海关在其认为适当的情况下可能要审查进口商的经营费用。此外,对于存在混合销售收入的目标公司,要获得不同类型商品销售的营业利润率,可能存在一定难度。这是因为对于经营费用分摊的合理性,海关和企业之间看法不同,会存在一定的争议。⁹

3. 利用无“相关性”排除特许权费计入

眼下,在中国海关适用“成交价格法”进行估价实践中,计入特许权费的案件是热点。

案例一：

M汽车企业对海关作出的关于特许权使用费的稽查结论提起了行政复议。该企业认为,由于其特许权使用费合同中约定的支付特许权使用费的对价是货物进口后在中国境内组装、加工中使用的技术;而且其进口的货物中较大部分是通用料件,并不含有任何专利和专有技术。另外,该企业还提出其特许权使用费是否支付以及支付多少不会影响进口货物的种类及价格,M汽车的中国子公司每年依成品固定比例对外支付特许权费,而其进口量却每年存在大幅度的波动。综上,该企业认为其支付的特许权使用费和进口货物无关,且不构成向中国境内销售的条件,不应当被计入进口货物的完税价格。但是,上述意见没有得到中国海关的认可。

这个案例与美国海关所公布的类似案例的处理明显不同。

案例二：

在一个进口汽车部件的案件中,特许权费的支付是基于在美国生产的汽车整车的销售收入(即与M汽车案一样,特许权费的支付不

8.周重山:《海关估价对税务转让定价文档的运用》,载微信订阅号“商务联”,2017年3月22日。

9.徐珊珊:《〈海关估价与转让定价指南〉案例分析及合规提示》,《中国海关》2019年第6期,p73-74。

基于进口部件),而且这些汽车中可能包含也可能不包含进口的零部件(与M汽车案一样,进口甚至可能并不发生)。美国海关认为,这里特许权费的支付并不直接与进口零部件的生产、销售、再销售,处置或使用相关。¹⁰概括来说,如果进口商进口零部件而为制成品支付特许权费,并且如果特许权费的计算也并不基于进口商品,美国海关通常会作出特许权的支付与商品进口“不相关”的裁定。

为什么对如此接近的事实中国海关会与美国海关的判断相反呢?经过比较,可以发现两国对于“相关性”的理解存在明显差异。归纳起来,美国海关作出“不相关”裁定的最常见的考虑是——特许权费的支付不针对所进口之商品。

案例三:

在一个进口生产诊断器材原材料的案件中,美国海关认为,特许权费的支付是为了取得在美国境内制造、使用、销售诊断器材的事实本身就可说明,特许权费的支付与进口商品的生产及出口销售无关。¹¹

美国海关通常接受的证明角度还包括:特许权费的计算不基于进口商品;进口产品的生产不需要使用相应的专利或者技术秘密;¹²如果制成品中可能包含也可能不包含进口零部件,或者进口商可以向出口商采购也可以向其他供应商采购生产所需原料的话,美国海关便会更加确认,特许权费的支付与商品进口无关¹³……可以看到,美国海关衡量特许权费与进口商品“相关”标准,指进口商品就是含权利(特许权费标的)的商品。

值得注意的是,特许权费的支付不针对所进口之商品不是一项绝对的标准,美国海关判断会因交易中明显存在支持“相关性”的因素而改变。

案例四:

比如在一个有关计算机元件的案件中,进口商进口计算机元件以组装成一个大型计算机处理系统。进口商向出口商支付特许权使用费,以取得生产计算机系统所必需的技术信息和技术秘密。根据协议条款,进口商为生产计算机系统必须从卖方处购买相应的元件。在这种情形下,美国海关认为特许权使用费与进口商品的销售相关。¹⁴

10.Headquarters Ruling No.547532.

11.Headquarters Ruling No.545381 dated May 4, 1998.

12.Headquarters Ruling No.544742 dated June 6, 1995.

13.Headquarters Ruling No.236746

dated Jul. 1, 2013.

14. Headquarters Ruling No.545380 dated Mar. 30, 1995.

案例五：

如果特许权费的支付是为了取得某项专利权,而只有取得该专利权,商品才能够取得食品药品监督管理局的批准而进口,那么这项支付便被认作与进口商品直接相关。¹⁵

由于上述辅助性标准没有被“法典化”,建议进口企业可向美国海关申请价格预裁定。



15. Headquarters Ruling No.546038 dated July 19, 1996.

2/ “合理注意”等鼓励守法合规的制度

1993年12月8日,《北美自由贸易协定实施法》(NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT IMPLEMENTATION ACT)开始生效。该第六部分因为有关对美国海关执法制度的改革而通常被称为《海关现代化法》(CUSTOMS MODERNIZATION ACT),其目标是“要将海关业务流水线化及自动化”,并且“增进对于海关法的自觉遵守及保障执法统一性和进口商的正当程序权利”。¹⁶该法在许多方面修改了《1930年关税法》该法引起了美国海关执法理念与方法的变革。¹⁷比如通过引进“合理注意”、“知法守法”(INFORMED COMPLIANCE)、“责任共担”(SHARED RESPONSIBILITY)等观念强调海关通过各种方式及时地向公众公开其执法依据和裁决,以最大程度地确保进口商能够充分地了解最新的美国海关规定及要求。同时,也将更多的守法责任赋加到进口商身上。

(一)“合理注意”

比如,《海关现代化法》对《1930年关税法》第480节进行了修改,指出为海关估价的目的进口商应尽到“合理注意”以确定进口商品的价格;进口商应提供必要信息使海关能够准确地确定关税、收集准确的统计数据、确定进口商是否有其它的法定义务。如果一个进口商没有尽到“合理注意”,那么将拖延货物放行,有时还可能导致罚金。相反如果一个进口商尽到了“合理注意”,它将会因主动合规而受到宽容,不会由于在处理海关业务时的一些错误而被征收罚金。

以下是一份美国海关建议进口商为申报价格而制作发票或填写其它表格之前回答的问题清单,在美国海关看来,掌握了这些问题并进行了准确的信息披露才表明进口商尽到了“合理注意”的义务。¹⁸

基本问题:

1.你是否知道或者你是否已经建立了可靠的程序从而可以得知商品的实付与应付价格?

2.你是否了解交易条款——是否存在回扣,间接成本,附带支

16.H.R. Rep. No. 103-361(I), 103rd Cong., 1st Sess. 5 (1993), reprinted in 1993 U.S.C.C.A.N. 2552, 2555.

17.Edward J. Hayward, Julie Long, Comparative Views of U.S. Customs Valuation Issues In Light of the US

Customs Modernization Act, 5 Minn. J. Global Trade 311, Summer 1996; Guide to United States Customs Trade Laws After the Customs Modernization Act, 2nd Edition, by Leslie Alan Glick, Kluwer Law

International (1997) pp2-3

18.What Every Member of the Trade Community Should Know About: Reasonable Care, An Informed Compliance Publication (Feb. 2004), US Customs and Border Protection.

付,是否提供了援助,是否支付了佣金或者特许权费?相关价格是实际的还是估算的?

3.你与供应商是否是关联企业?

其它问题:

1.你是否依据《美国法典》第十九卷第1484节以及1401A节的要求向美国海关提供了(或者设立了可靠的程序以提供)正确的申报价格?

2.你是否得到了一份有关进口商品的海关“裁定”(参见《联邦法规汇编》第十九卷第177节),如果已经取得了这样的一份裁定,你是否设定了可靠的程序以确保执行该项裁定并向美国海关通知了有关执行程序?

3.你是否查询了海关估价的法律与行政法规,海关估价百科全书(CUSTOMS VALUATION ENCYCLOPEDIA),海关知法守法出版物(CUSTOMS INFORMED COMPLIANCE PUBLICATIONS),法院的案例以及海关的行政裁定来帮助你进行海关估价?

4.你是否向一个海关“专家”(比如,律师,会计师、海关经纪人、海关顾问)寻求帮助以对货物进行估价?

5.你是否是从一个“有关联的”卖方处购得相关商品,你是否设定了必要的程序以确保你在每次进口时都对于该项事实进行了汇报,以及你是否采取措施或者是可信赖的程序以确保向海关所申报的价格符合一项“关联交易”标准?

6.你是否采取措施或设定了可靠的程序确保所有法律规定的成本或者与进口货物相关的付款(比如,援助项目、所有的佣金、间接支付或者回扣、特许权费等)都向海关进行了汇报?

7.你是否在就你并非交易一方的交易而向海关进行申报时,确信该交易是符合“公平交易”原则的诚信交易,以及该商品在销售时就已明确将要出口至美国?

8.你是否在为进口商品主张有条件的免税,或者是优惠的关税归类(比如:普惠制,北美自由贸易协定等)时,建立了可靠的制度来确保汇报了所要求的价格信息以及取得了必要的支持你的主张的文件?

9.你是否设立了可靠的程序来制作所要求的进口文件以及提供辅助信息?

透过这张问题清单,特别是其中的暗含着各种引导合规问题,(如:是否已经建立了可靠的程序;是否查询了海关估价的法律与行政法规,海关估价百科全书,海关知法守法出版物,法院的案例以及海关的行政裁定来帮助海关估价;是否得到了一份有关进口商品的海关“裁定”;是否向一个海关“专家”寻求帮助以对货物进行估价),可以看到“合理注意”是比“诚实信用”更高的标准,在诚信的基础上,要求进口商应不仅尽到“关心”(DUTY OF DARE),并还应具备一定的“专业性”,从而完全熟悉自己的商业操作、了解海关的规则,准确且充分地进行信息披露,自觉地确保守法合规。

(二) 保存记录

除“合理注意”外,《海关现代化法》还对进口商设置了相当繁重的充分保存进口记录的义务以使得在任何需要的时候进口商都可以提供这些记录。进口商应保存的记录的范围非常广泛,包括:陈述、申报材料、往来通信、电子数据、会计账簿等,只要这些记录是反映通常交易的记录,有关进口商品的记录,有关确定进口权利的记录,有关确定进口申报正确性的记录,有关确定向美国缴纳关税和税收的义务的记录,有关缴纳罚款、罚金、没收货物等责任的记录,或者其它有关是否遵循了海关法律和法规的记录。¹⁹与进口相关的交易记录需要保存五年。²⁰如果进口商参加到海关的“记录保存守法项目”(RECORD KEEPING COMPLIANCE PROGRAM)之中定期提供相关记录,它便可将潜在的责任降至最低。²¹而如果进口商没有保存足够的文件以说明它适当地进行了进口申报,其将可能因为“疏忽”而承担罚金。²²

(三) 鼓励合规

为进一步鼓励企业守法,《海关现代化法》规定如果在得知海关进行调查之前,或者在不知海关进行调查的情况下,进口商向海关披露其违反海关法的行为并且对其所造成的关税损失进行补偿,那么只要是不存在欺诈行为,进口商的责任将仅限于支付关税以及迟付利息而不包括罚金。而如果进口商向海关定期提供进口记录的话那

19.19 CFR § 162.1a(a)

20.19 USCA § 1508

21.19 U.S.C. 1508 and 1509; What

Every Member of the Trade

Community Should Know About:

Record Keeping, An Informed

Compliance Publication (Jan. 2006),

US Customs and Border Protection.

22.United States v Yuchius Morality

Co. (2002, CIT) 24 BNA Intl Trade Rep

2127, judgment entered (2002, CIT)

25 BNA Intl Trade Rep 1063.

么进口商品将不会被扣押。

(四) 重奖举报

此外,根据《虚假申报法》,知道企业对政府机构/政府项目进行欺诈的普通公民可以通过代表政府起诉来进行举报,这是一种名为“告发人”诉讼("QUI TAM" LAWSUIT)的诉讼。成功“告发”的举报人可以获得重大奖励,即政府追缴款项的15%至30%。

案例:

美国联邦第三巡回上诉法院 (United States Court of Appeals for the Third Circuit) 在 2016 年 10 月 5 日作出了一个里程碑式裁决——如果企业通过进口未能适当标明外国原产地的商品来故意逃避关税,那么举报人可以依据美国《虚假申报法》来起诉这家企业。即在美国从事进出口业务的企业除了要面临美国海关调查的风险外,还会面临被普通公民举报的风险。因此,建立贸易合规风险管理体系对出口产品至美国的企业就显得尤为重要。

3/ 对不实与错误申报的惩罚

(一) “合理注意”

在美国,进口商有义务向海关提供真实和准确的发票。《1930年关税法》规定,进口人在申报时须起誓说明发票上所注明的价格是真实的。²³如果进口人向海关提交了虚假的发票,那么,美国政府将可以欺诈、重大疏忽、疏忽为由向其征收民事罚金。²⁴《1930年关税法》第592节规定:

无论美国政府是否可能丧失全部或部分的关税,任何人均不得欺诈、重大疏忽或疏忽地:(A)通过(I)实质且虚假的文件、书面或口头陈述、或者行为;或者(II)实质性的疏忽而将商品进口、介绍进口、试图进口到美国;(B)协助或教唆其他人违反(A)段的规定。如果文件、陈述、行为或者省略将可能改变海关的估价决定,那么,这些文件、陈述、行为或者省略就是实质的。

23. 19 USC § 1484

24. 19 USC § 1592

另外,根据第592节下所裁决的案例,不论应税价格等于或是高于发票金额,出具虚假发票货物将可能被没收。²⁵如果商品的发票价格低于实际支付金额,²⁶或者故意地制造两套发票并将其中金额较低的一套发票用于进口申报而将另一套发票用于取得信用证²⁷,都属于欺诈行为。即使是免税商品美国政府也会对进口人准备两套发票的行为征收民事罚金。²⁸

此外,根据美国法典第18卷第541-543条,一旦任何人被认定是故意在进口时做虚假申报,该人最高可被判处两年监禁、罚款或两者并处。

(二) 美国海关的调查权与裁量权

《1930年关税法》第509节授予了美国海关非常广泛的调查权,海关可以检查“任何记录、陈述、进口申报或其它文件……只要其可能有关于”海关“为确认进口申报的正确性,为确定任何人应当负担的关税或税收责任,……为确定罚款或罚金责任,或为确保美国法得到遵守的目的”而进行的调查或查询。²⁹换言之,一般只要所涉文件与海关问题有关海关便有权取得相关文件。而美国海关取得文件的法律途径也很多,除在取得进口商同意的情况下进行检查、发出行政命令进行检查等通常途径外,还可通过法院的命令使行政命令得到执行、通过大陪审团传单(GRAND JURY SUBPENA)要求进口商提供相关记录、根据司法程序所发出的搜查令而扣押相关证据。³⁰

《1930年关税法》第500节则给予了海关官员充分的自由裁量权,可依据所取得的文件通过“合理的方法和渠道”来确定商品的价值。³¹美国国会在《行政措施说明》中进一步指出,第500节允许海关估价时考虑最佳(最可信)的证据。比如,在发票记述不全或已知含有不准确数据或计算结果时参考买卖合同的规定;买卖双方出口前重新谈判修改了原合同条款,海关估价时将依据新的发票而不是原合同;如果相关进口交易没有内容准确的发票或其它文件,进口商无法或拒绝提供这些资料,海关将有权基于它能够收集到的任何证据用合理方式确定进口商品的应税价格等。³²

25. Wood v United States (1842) 41 US 342, 16 Pet 342, 10 L. Ed 987; Taylor v United States (1845) 44 US 197, 3 How 197, 11 L. Ed 559; Clifton v United States (1846) 45 US 242, 4 How 242, 11 L. Ed 957.

26. United States v Santini (1920, CA2 NY) 266 F 303.

27. United States v Brown (1975, SD NY) 404 F Supp 968, affd without op (1976, CA2 NY) 538 F2d 315.

28. United States v Modes, Inc. (1992)

16 CIT 879, 804 F Supp 360, 14 BNA Intl Trade Rep 2048

29. 19 USCA § 1509

30. Marc M. Levey, Steven, C, Wrappe, Transfer Pricing, Rules, Compliance, and Controversy, CCH

4/ 行政复议与司法救济

一般地, 进口商将有1年时间质疑海关核算的税款金额, 除非纳税期限延长或者终止。因此, 若是进口商在税款缴付以后对税率适用存有异议, 根据美国法典第19卷第1514(c)(3)条, 进口商可以自税款支付之日起180天内通过填报海关表格19来进行申诉。

如果进口商如对海关做出的最终决定不服, 可在最终决定做出后 180 天内向美国国际贸易法院 (The United States Court of International Trade) 提起诉讼。对国际贸易法院的判决不服的, 还可向美国联邦巡回上诉法院提起上诉。

(一) 法院对于事实问题的“重新审理”

《海关法院法》第2640节之中规定了对于被海关裁定否决的行政复议如果进口商提起民事诉讼的话, 国际贸易法院所应适用的复审标准:³³

第2640节 范围与复审标准

(a) 国际贸易法院对于属于以下类别的民事诉讼应当根据递交给法院的纪录自行作出决定:

(1) 不满对根据《1930年关税法》第515节提起的行政复议被否决而提起的民事诉讼;

实践中, 美国进口商根据《1930年关税法》第515节提起的民事诉讼大多数涉及海关估价或归类问题。对于这项规定, 美国国会指出其立法意图在于要求国际贸易法院对依据《1930年关税法》第515节提起的民事诉讼进行“重新审理”(DE NOVO REVIEW)。³⁴也就是说, 依据《海关法院法》国际贸易法院对海关税收案件进行司法复审时, 它应当“重新审理”“自行作出决定”。从法的行文来看, 这项“重新审理”标准应当既适用于对事实问题的审理, 也适用于对法律问题的审理。

就事实问题国际贸易法院应作出独立的判断还可以从《海关法院法》有关审理程序的要求中得到印证:³⁵

Incorporated Chicago, 2001, § 2030.
31.19 USCA § 1500
32.Statements of Administrative Action (SAA), House Doc. 96-153, Part II.

33.28 U.S.C. § 2640
34.H.R. Rep. No. 1235, reprinted in 1980 U.S.C.C.A.N. at 3770 (“Subsection (a)(1) of section 2640 provides for a trial de novo in the Court of International Trade in a

civil action commenced pursuant to section 515 of the Tariff Act of 1930. This provision restates existing law.”).
35.28 U.S.C. § 2643 (1994); See also Rollerblade, Inc. v. United States, 112

第2643节 救济

.....

(b)如果国际贸易法院不能根据在民事诉讼中提交的证据作出正确结论的话,法院可以要求出于任何目的的重新审理,或者如果法院认为是达成正确决定所必须的话,可要求进一步的行政或司法程序。

这是值得关注的,因为通常就行政机构对于事实问题的裁决,法院只在很少的情况下才需依“重新审理”的标准进行审查,除非“行政机构的行为具有司法性并且该机构的事实调查程序不充分”或者“在为强制执行一项非司法性质的行政行为的司法复审中提出了未向行政机构提出的新问题”。³⁶而《海关法院法》的上述有关“重新审理”的规定突破了美国最高法院对是否应在司法复审中就行政决定重新审查事实问题所提出的限制性观点。

(二) 法院对于法律问题的“重新审理”

在《海关法院法》颁布之时,美国国会没有预见到谢瓦让案的裁决。1984年美国最高法院在谢瓦让案中,³⁷指出,在某些情况下,复审法院应当尊重行政机关对于法律的解释。该案中美国最高法院设定



美国仍是中国的重要出口市场,面对当前美国海关的执法与美国司法诉讼的风险,中国出口企业的“软猬甲”就是加强自己的合规建设。

F.3d 481 (Fed. Cir. 1997); Universal Elecs. Inc. v. United States, 112 F.3d 488, 491-93 (Fed. Cir. 1997).

36. Citizen to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402(1971).

37. Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 104 S.Ct. 2778, 81 L.Ed.2d 694 (1984).

了一项尊重行政解释的“两步标准”：

当法院复审行政机关对其所执行的法律所作的解释时，会遇到两个问题。通常地，第一个问题是，国会是否直接对于争议问题进行了说明。如果国会的意图是明确的，那么事情便解决了。因为，法院以及行政机关必须执行国会清楚表达的意图。然而，如果，法院认为国会没有直接谈及所争议的问题，法院并不能像在没有行政解释时它所必须做的那样简单地实施它自己对于法律的解释。同时，如果法律对于所争议问题没有提及或者意图不明的话，法院面临的问题是行政机关的答案是否是基于可允许的对于法律的解释。

而最高法院在谢瓦让案中提出在某种程度上行政机关负有责任来说明法律的含义的思想时，并未解释如果成文法上明确要求由法院独立解释法律时如何协调成文法上的要求与谢瓦让案中所确立的规则。换言之，如果国会要创设一个专家法院并授权它来从事“重新审理”，那么法院是否有接受海关对有关成文法的解释的义务？

这个问题似乎一直困扰着海关案件的审理。概括地说，海关在对欠缺经验的重大而复杂的商业交易安排作出决定时，联邦巡回上诉法院不一定会尊重其决定。

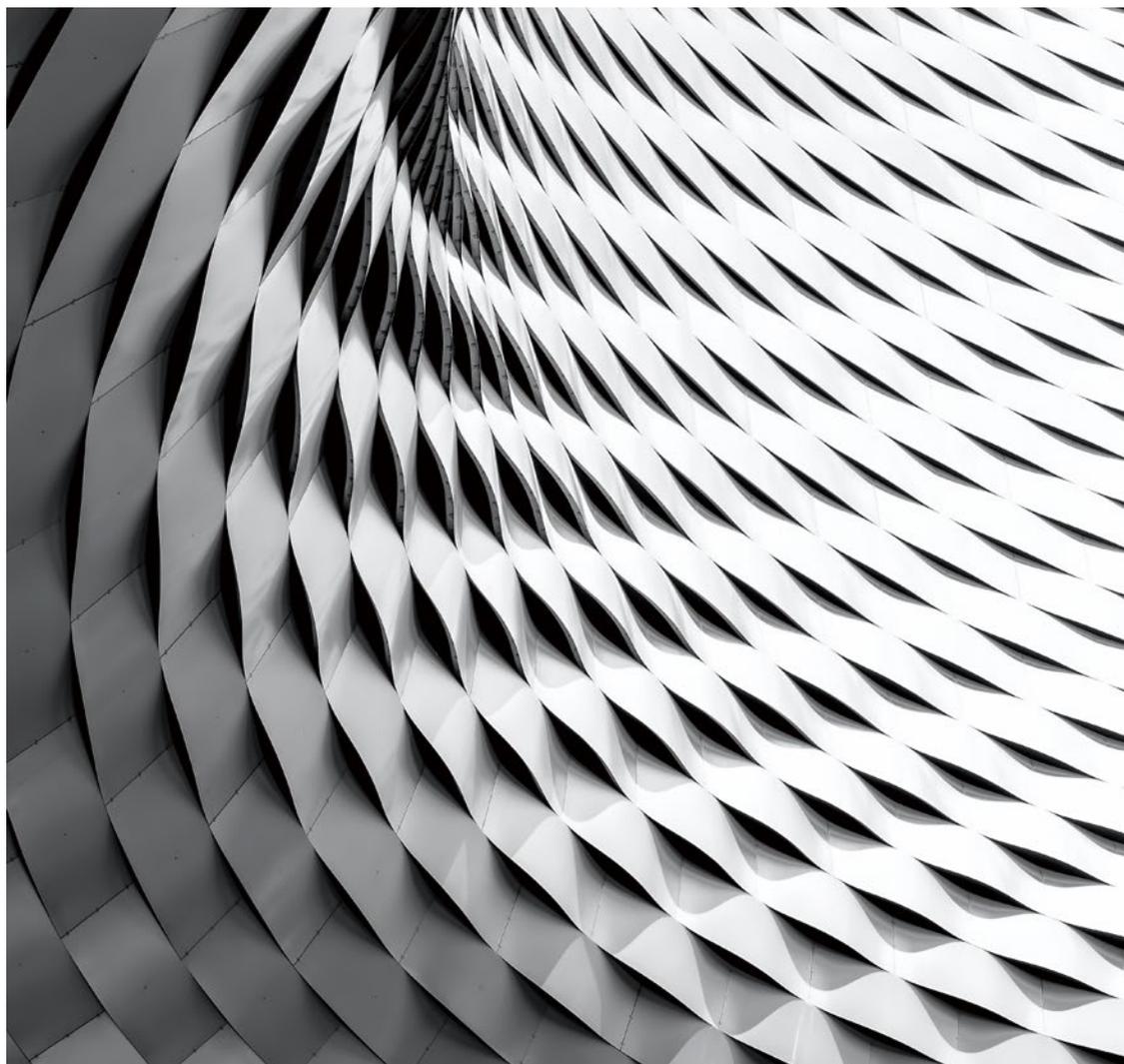
5 结语

美国仍是中国的重要出口市场，面对当前美国海关的执法与美国司法诉讼的风险，中国出口企业的“软猬甲”就是加强自己的合规建设。企业之间交流经验与请专业机构开展外部审计、风险测试和合规建设都是必不可少的。时代已经变化，如果观念仍然滞后，那就是航行靠运气了，实不可取。

国际工程承包项目中的 合规风险

作者/南锦林

合伙人
房地产和基础设施部
上海办公室
+86 21 6061 3666
nanjinlin@zhonglun.com



从改革开放到“走出去”战略,再到“一带一路”倡议,中国企业在国际上承担了一大批具有示范意义和带动效果的重大工程项目。纵观中国承包企业走出去的历程,大致经历了从上世纪80年代劳务输出及分包型,向施工总承包和EPC、EPC+F、EPC+I+F、通过并购形式取得工程等阶段的进化和转变。随着中国企业在国际工程领域高歌猛进的发展,逐步吸引了国际社会对于中国企业合规运营的重视。由于欧美等发达国家的合规管理制度相对完善,而坦率而言,中国企业的合规意识却远远落后于其发展的步伐,对海外合规风险的管控和应对往往成为中国企业参与国际化竞争的短板。合规案件时常由于企业对国际组织规则、项目所在地法律法规不了解、尽职调查不充分、签订合同不严密等而频发,且此类案件通常具有涉案金额大、波及范围广、政治敏感性强等特点。近几年,中国企业因在海外经营中的不合规行为,屡遭国际合规制裁,中国政府和企业均逐步意识到合规生长、合规管理、合规经营的重要含义,在国家层面表现为一系列合规相关法律法规的出台,在企业层面则表现得为对于全面合规体系搭建的迫切需求。

1 / 什么是合规

合规,顾名思义为“合乎规矩”之意。对于合规的定义,国内外学者、机构和政府部门的解读角度大体类似,基本都是从合规的主体、客体,即“谁要合规,合什么规”这两个方面来分析。从广义角度来看,合规的主体概念通常会被弱化,更多地被解读为一种有序、稳定、持续遵守规则、法律、标准和政策的过程和状态;从狭义角度来看,合规一般仅指企业合规,即企业及其员工的经营管理行为符合有关法律法规、国际条例、监管规定、行业准则、商业惯例、道德规范和企业依法制定的章程及规则制度等要求。¹

综合上述对合规概念的理解,我们通常所称的合规为企业合规。

1. 合规的主体,即“谁要合规”,主要为企业及其员工,具体而言包括企业本身、股东及实际控制人、董事、管理人员、一般员工,甚至可能涉及与企业有业务往来的第三方合作伙伴,如承包商、供应商、代理人等。

2. 合规的客体,即“合什么规”,从严格合规角度而言,所合之规尽可能作宽泛理解,不仅包括作为合规重点义务来源的法律法规、部门规章、企业规章制度、内部规范,还包括国际组织、行业协会的合规要求和标准,此外还涉及商业惯例、职业道德和党纪党规等。对于中国企业而言,党纪党规是一项具有中国特色的规则,国外企业一般不会将此作为合规的义务来源,因此中国企业,尤其是国有企业在面临国际社会的合规挑战时,对党纪党规的理解和定位属于敏感话题,容易产生争议。

对于国际工程承包领域的合规而言,工程承包企业及员工在项目开发阶段、招投标阶段、合同履行阶段、施工阶段、后期运营维护以及境外公司的日常经营、管理行为等皆需要符合多边合规要求,不仅包括国内法律法规、部门规章、母公司内部管理制度,还有项目东道国的有关法律法规、政策和行业标准。此外,目前很多国际工程项目,尤其是发展中国家的基础设施项目,都是利用来自国际金融组织的资金,比如世界银行、亚行、非开行等多边开发银行,对于这

1. 参考2018年12月26日,发改委等七部门联合发布的《企业境外经营合规管理指引》第三条;2018年11月02日,国资委发布的《中央企业合规管理指引(试行)》第二条。

些项目的参与方而言,还需要符合国际金融组织的合规标准,若在参与项目的过程中从事了不合规的行为,违反了这些国际组织的合规要求,则可能受到该组织的制裁。

2/ 国际工程领域常见的不合规行为

海外工程承包项目一般都具有资金体量大、周期长、参与主体众多、关系复杂等特点,且对于海外工程承包企业而言,传统观念往往还停留在“重效益、轻合规”,尤其是对于在陌生国别承揽项目的中国企业来说,常常为了成功获得项目、加快项目完成进度,将国内工程承包领域一些惯常的不合规行为套用在国际工程项目中,从而忽视了东道国和国际组织的合规要求,导致合规风险频发。

国际工程承包领域的不合规行为,经常发生在项目招投标阶段和实施阶段,一般可以归纳为欺诈行为、腐败行为、共谋行为、胁迫行为、妨碍调查行为五种²,其中又以欺诈行为最为常见,对腐败行为的打击力度最为严厉。根据世界银行对其在2007年—2017年制裁案件的统计,欺诈行为是最常发生的,占81%;腐败居其次占20%;共谋行为占10%;妨碍调查行为占5%;胁迫行为占1%。³而且,在相当数量的案件中,存在以上几种不合规行为并存的情形。

1. 欺诈行为(FRAUDULENT PRACTICES), 是任何作为或不作为, 包括失实陈述, 即明知或不顾实情误导, 或企图误导一方以获得财务或其它利益或者避免义务。

常见情形包括但不限于:

◆对公司业绩经验、人员组成、设备情况及资质认证等进行虚假陈述, 包括串用集团内其他公司的项目业绩、设备情况和成员简历等;

◆财务数据存在虚假信息;

◆未如实披露第三方代理(如咨询顾问、投标代理、政府公关等)的聘用情况, 未如实披露代理费、佣金约定和支付情况;

◆对第三方代理的能力和资质进行虚假陈述;

2. 参考世行等多边开发银行对于不合规行为的分类。

3. 数据来源:
<https://www.worldbank.org>

◆虚报项目工程量,如项目实际未竣工而虚报已竣工以提前请款;

◆为如实披露分包、联营体、转包情况,实际使用分包商与正式上报分包商不符(包括集团内母子公司分包情形);

◆实际施工现场关键人员与投标文件中人员不符,进行了更换,且更换后人员的资质低于招投标文件要求,并未获得业主方对此更换的同意;

◆项目偷工减料等。

2. 腐败行为 (CORRUPT PRACTICES), 直接或间接地提供、给予、收受或索取有价值的物品, 不正当地影响另一方的行为。

常见情形包括但不限于:

◆向政府或其公务人员提供贿赂,贿赂形式包括但不限于回扣、融通费、有价服务等;

◆对公务人员提供不符合合规规定的礼品、招待、旅行安排等,包括赠与公务人员价值高昂的礼物、提供不合时宜的或者超过报销规定的宴请,或者报销公务人员的配偶或者其他家庭成员的差旅费用等;

◆向项目所在国政府、政党、政治性组织或者公务人员等提供捐赠或赞助;

◆违反现金支付的相关规定违规进行支付;

◆通过第三方代理进行腐败行为,如支付高额佣金雇用代理进行贿赂,或者知悉或者应当知悉代理进行贿赂但未制止;

◆向项目业主方人员、监理人员、工程师等在验工计价、逢年过节等情形下提供好处费、融通费、协作费、变相加班工资等。

3. 共谋行为 (COLLUSIVE PRACTICES), 双方或多方之间的安排, 图谋达到不正当目的, 包括不当地影响另一方的行为。

常见情形包括但不限于:

◆与业主方人员、监理、工程师或政府官员合谋、勾结对工程进行多验多付、先验先付,以提前获得项目工程进度款;

◆与业主方人员、监理、工程师或政府官员合谋、勾结掩盖、虚报、谎报项目以次充好、以假乱真的材料、质量问题;

◆交易中未经正当的招投标程序,与他方(尤其是政府机构、第

三方代理机构等)合谋签署合同,为公司或关联方谋求不正当利益;

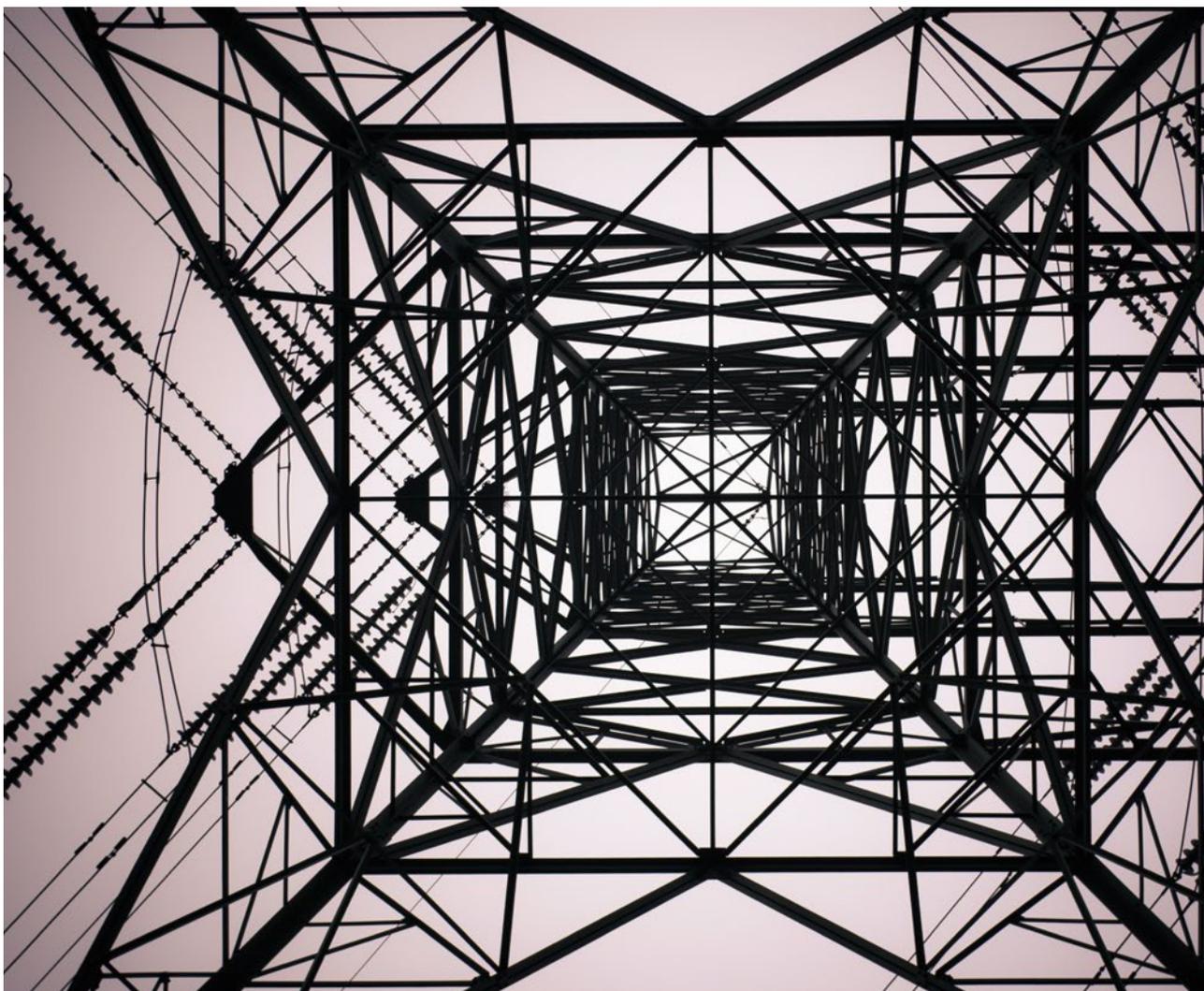
◆投标中与招标方或其他投标方合谋串标、围标、陪标,影响招投标活动的公平竞争;

◆采购招标中提前向投标方透露保密信息,包括透露已收到招标文件的潜在投标方的名称和联系信息,或者违反程序要求或允许投标方修改投标文件等。

4.胁迫行为 (COERCIVE PRACTICES), 直接地或间接地削弱或伤害、或威胁要削弱或伤害任何一方或其财产,不正当地影响一方的行为。

常见情形包括但不限于:

◆以暴力或者威胁业主或其员工的财产、人身安全的方式影响投标;



◆采取其他不正当手段影响其他投标人的投标,如阻挠其他投标人使其错过投标截止期限等;

◆以暴力或者威胁业主或其员工的财产、人身安全的方式加快工量、进度确认,或作出其他有利可图的协助。

5.妨碍调查行为(OBSTRUCTIVE PRACTICES),故意破坏、伪造、改变或隐瞒调查所需的证据材料或向调查官提供虚假材料严重阻碍世行对上述被指控的行为进行调查等企图实质上阻碍世行进行调查的行为。

常见情形包括但不限于:

◆向调查机构提供调查所需的文件资料时,存在伪造、变造或者不当隐瞒相关信息的情形;

◆指使员工或第三方证人作出虚假陈述,安排串供等;

◆威胁、骚扰或胁迫任何一方,使其不得透露与调查相关的所知信息,或不得继续调查;

◆有义务配合调查提供相应资料但无正当理由拒绝提供;

◆故意销毁需提供的资料等。

3/ 国际工程承包项目中的合规风险

合规风险,是指企业及其员工因不合规行为,引发法律责任、受到相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性⁴,也是企业作为市场主体没有遵守法律规章制度、国际条例、监管规定、行业准则、商业惯例、道德规范和企业依法制定的章程及规则制度,而使企业名利受损的可能性。

境外工程承包项目经常面临的合规风险,主要包括本国、东道国政府、国际组织的监管风险、公司治理的风险、劳动用工风险(童工、歧视、员工健康权、隐私权)、安全生产风险、环保风险、税务风险、政策变化风险、商业贿赂风险、文化差异风险等。

中国企业在海外承揽项目时,若从事不合规行为,可能会招致相关政府部门、国际金融组织的调查和处罚。

4.参考2018年11月02日,国资委发布的《中央企业合规管理指引(试行)》第二条。

1. 国际金融组织的制裁

若企业参与的是由国际金融组织提供资金的项目,就必须确保项目在资格预审、招投标、投资、建设和运营等各阶段均符合国际金融组织的合规要求,通常表现为反欺诈和反腐败的要求,这些一般会在国际金融组织的采购规则中进行规定,同时也会反映在项目的招标文件或合同文件中,通常会要求项目借款人、投标人、供应商、分包商、咨询服务提供者及其代理人或雇员都必须在项目的采购和实施过程中遵守最高的诚信合规标准,若上述主体违反了相关的诚信合规要求,不论企业是自身直接从事了违规行为,亦或是配合或支持其他主体而间接参与了违规行为,都将面临被国际金融组织调查和制裁的违规风险。

虽然各国际金融组织针对违规行为类型的划分会稍有不同,但世界银行已与其他多边开发银行达成协议,同意对某些形式的违规行为应予以制裁,主要针对腐败行为、欺诈行为、共谋行为、胁迫行为和妨碍调查行为。一旦企业或个人涉嫌从事上述违规行为,无论违规行为实际发生于或被发现于项目的哪个阶段,国际金融组织制裁体系下的调查部门都有权启动对于该案件的调查,随后由制裁机构依据制裁程序和规则,对违规主体进行处罚,常见的处罚类型有公开谴责、禁止参与项目、赔偿等。

此外值得注意的是,上述处罚或制裁的适用范围可能会导致母子公司同等适用制裁,或其他多边开发银交叉适用制裁。因此,制裁的适用范围不仅仅局限于受制裁人本身,制裁机构也可能依据违规行为的严重程度,以及受制裁的母公司和子公司在相关案件中的参与程度,将母公司以及下属子公司均纳入到相应的制裁适用范围之内,与受制裁人适用同样的制裁。同时根据世界银行与亚洲开发银行,非洲开发银行,欧洲复兴开发银行,泛美开发银行与 2010 年 04 月 09 日签署生效的《互相执行制裁决定的协议》(AGREEMENT FOR MUTUAL ENFORCEMENT OF DEBARMENT DECISIONS),由一家多边开发银行作出的制裁决定,在满足一定的条件下,将被其他任何一家多边开发银行交叉执行。多边开发银行之间的交叉执行体系将大大扩大制裁的打击范围和威慑力度。即

被一家多边开发银行处罚的企业和个人，将可能同时被其他多边开发银行限制或者取消参与其项目的资格。由此，制裁的适用范围进一步扩大。

2. 东道国政府的“黑名单”制度

我们在为客户提供合规法律服务时，对一些国家《政府采购法》中是否存在“黑名单”制度进行了研究，注意到有相当部分国家政府，例如新加坡、坦桑尼亚、肯尼亚、巴基斯坦、尼日利亚、卢旺达、圭亚那、纳米比亚、赞比亚、印度尼西亚，均将未曾受到制裁作为取得公共资金项目投标主体资格的硬性条件，对曾经因欺诈、腐败、胁迫、共谋行为或其他违法行为受到其他国家、国际组织处罚或制裁的企业或个人，设置了限制其参与项目资格预审、招投标的禁入门槛。

此外，根据本所以往项目经验，在一些国别或国际组织提供资金的项目资格预审或招标文件中，业主通常会将参与人是否受过国际组织的制裁作为资格预审(PREQUALIFICATION)的条件之一，或者是要求将受到制裁情况进行披露，并在评标的时候作为负面因素考虑。

因此，当企业因不合规行为受到过某个国家、国际组织的处罚或制裁时，很有可能也会产生被其他国家限制参与本国项目资格预审、投标的次生风险。

4 / 合规风险防范及应对

中国企业目前面临的国际外部环境严峻，合规风险加剧，一方面欧美等国的合规制度非常完善，且复杂严格，法律责任也较为严重；另一方面执法力度也明显加强，一旦违规极有可能面临严厉制裁或巨额处罚。合规风险在金额大、周期长、中国企业参与较多的国际工程项目中，更易爆发。因此，中国企业在承揽国际工程项目时，需要更加注重应对和防范合规风险，采取预防和控制并举的措施。

1. 从根本上转变对于合规的认识，改变“合规影响效率、合规增加成本”这类短浅、片面的老旧观念，充分认识合规带来的经济价值、管理价值和社会价值。合规创造价值，违规面临直接损



尽早引入专业第三方机构开展独立调查,指导和协助企业应对调查和制裁,更有利于保证调查和制裁过程的公平性和透明性,及时将内部调查和独立调查的结果与调查、制裁发起人共享。

失,合规为高效益经营保驾护航,是油门与刹车的关系。树立“合规减少风险”和“合规创造价值”的长远理念,改“被动合规”为“主动合规”。

2.加强合规管理,建立全面合规体系。企业以有效防控合规风险为目标,以企业和员工经营管理行为为对象,按照国际通行的合规要求统一制定并持续修订内部管理制度,监督其执行,并建立独立的机制来识别、评估、提供咨询、监控和报告合规风险,强化内部监督,实现对违规行为早期预警、防范、化解,以此培育合规文化,防范合规风险。

3.重点加强企业对高合规风险领域的管控,如反商业贿赂、公司治理、知识产权、市场竞争、政府关系、反垄断、电子合规、信息管理、跨境交易、劳动用工、税务、产品质量责任、应急管理、职业道德、消费者权益保护、环境保护、欺诈舞弊、行业特殊规定等。严格遵守项目所

在国上述领域的法律法规、行业标准等。

4.全面充分做好东道国国别法律环境调研和项目尽职调查。识别、防范项目所在国的合规风险,由于部分“一带一路”沿线国家政府行权履职法治化、规范化水平不高,法治意识不强,法律制度不健全,法律政策不稳定、不透明,容易导致重大合规风险。

5.重视中国律师和公司合规顾问在合规风险防范中发挥的重要作用。中国企业在海外经营项目时有时过分自信于自身的经验,有时又过分依赖国外律师、咨询机构的报告、意见,忽视了合规风险的政治敏感性,很多合规案件的发生往往是由于错用、错信外国律师导致的。

6.面对合规调查和制裁时,应积极主动沟通,配合调查,争取和解。尽早引入专业第三方机构开展独立调查,指导和协助企业应对调查和制裁,更有利于保证调查和制裁过程的公平性和透明性,及时将内部调查和独立调查的结果与调查、制裁发起人共享,并将企业在项目实施过程中主动承担的社会责任、作出的社会贡献形成有形化的资料,进行充分展示,形成瑕不掩瑜的效果,争取宽大减轻处罚,最大限度地防止合规风险的蔓延。

7.在制裁履行期间,积极配合合规官对制裁执行情况的监督工作,虚心诚实改进不足,完善诚信合规制度、组织内部培训及考核,定期进行自查工作,并将履行情况和自查结果定期提交给合规官,争取尽早解除制裁。

Zhong Lun

CHAPTER 05

反垄断合规



“控制权”的变化在大部分法域可能触发前置“经营者集中”申报,中国企业必须提前布局反垄断合规与安全审查,把握交易主动权。

——《中国企业在海外投资并购时应注意的反垄断申报和安全审查合规要求》

跨境并购反垄断风险合规复杂,不竞争条款“反竞争”吗?

——《跨境并购交易中不竞争条款的反垄断合规问题》

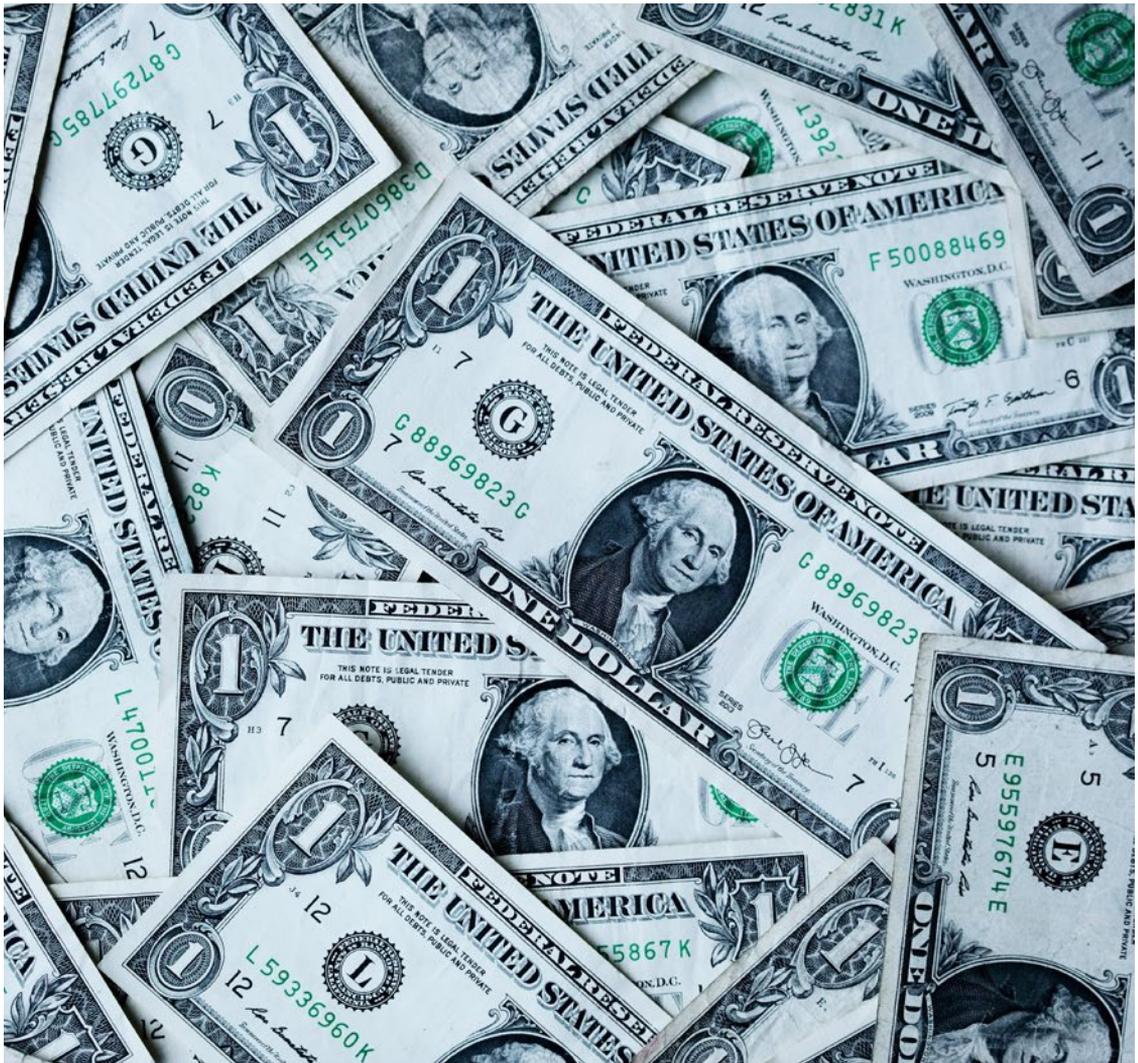


中国企业在海外投资并购时应注意的反垄断申报和安全审查合规要求

作者/余昕刚 蒋蕙匡



合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2288
scottyu@zhonglun.com



“我们这项交易和标的业务都在海外，还需要在中国进行反垄断申报吗？”“交易过后我们并不控股，不需要做反垄断申报吧？”“中国企业收购美国公司，为什么要在欧盟做反垄断申报”……随着中国企业越来越多地“走出去”，海外交易可能触发的监管问题也受到了越来越多的关注。在反垄断领域，中国企业在海外投资并购时就经常遇到上述反垄断申报（亦称经营者集中申报）相关问题。

本文将通过梳理各国关于反垄断申报的相关要求，对哪些类型的交易属于经营者集中、一项特定的经营者集中需要在哪些法域进行申报、以及主要法域的具体申报标准进行总结。同时，面对当前错综复杂的国际政治和贸易局势，涉及中国投资人的海外交易也经常面临不同法域的安全审查问题，本文也将对中国企业在海外投资并购时应注意的安全审查合规要求进行简要提示。

1 / 经营者集中申报和审查概览

各法域对何为“经营者集中”的规定不尽相同。总体而言,如果某项规模以上的经营者参与的交易发生了“控制权”的变化,即经营者通过合并、股权收购、资产收购、合同控制等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响,则其构成可能触发反垄断申报义务的“经营者集中”。

虽然部分法域允许事后申报(如阿根廷¹),但是在大部分主要法域,对于达到特定标准的经营者集中而言,获得反垄断机构的批准是实施集中的前提条件。如果在获得反垄断机构的批准之前就开始实施集中,则将面临责令停止实施集中、限期采取必要措施恢复原状、业务剥离、罚款等制裁。例如,欧盟(及其部分成员国,如德国)对相关企业未依法申报的处罚可高达交易各方营业总额的10%。2019年6月,日本某知名电子公司被欧盟委员会罚款2800万欧元,原因是其在寻求欧盟并购批准之前即推进了对某医疗系统部门的收购²。在美国,除可能被要求剥离已实施集中的资产外,申报人还可能面临根据违法期间长短计算的最高每日43,280美元的罚款。美国联邦贸易委员会(FTC)主席Joe Simons在2019年8月即表示,该机构正在调查包括FACEBOOK在内的大型科技公司是否存在损害竞争的行为,如有必要,他将通过撤销过去的并购来拆分企业³。在印度,未依法申报可能会被征收个人或企业总营业额或总资产1%的罚款(以较高者为准);在日本,罚金的上限为20亿日元;在韩国则为1亿韩元。

目前中国对未依法申报的金钱处罚额度有限(最高50万元人民币),但是企业声誉以及之后的其他交易可能会因此受到不利影响。例如,2018年9月30日,中国国家市场监督管理总局(“市场监管总局”)附加限制性条件批准林德集团与普莱克斯公司合并案,此项批准自第一次立案审查共历时362天,且在市场监管总局查清林德集团此前的一项未依法申报并做出处罚之前一直没有获批⁴。此外,目前正在讨论修改的《反垄断法》拟大幅提高未依法申报的违法成本,

1.2016年底,CNDC提交了一项旨在新反垄断立法的法律草案,其中,将强制申报由事后转为事前。该法案正处在议会审议过程中。

2.Case M.8179 - Canon/Toshiba

Medical Systems Corporation
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179_759_3.pdf

3.Bloomberg: FTC Head Says He's

Willing to Break Up Big Tech:
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-08-13/ftc-chief-says-willing-to-break-up-companies-amid-big-tech-probe>

并且市场监管总局近期对于未依法申报的执法强度与处罚力度都有从严格的趋势⁵。

2/ 各主要法域申报标准简介

如前所述，一项经营者集中只有符合特定标准才会触发申报义务。各主要法域有关经营者集中的申报标准不尽相同，大致包括参与集中的经营者在全球范围和/或特定市场上的营业额、资产、交易规模或经营者的市场份额四大类（参见下表）。总体而言，这些标准一般不关注交易方的国籍，也不关注交易发生在哪个国家或地区，如果参与集中的经营者的市场力量或本次集中的规模达到一定标准而可能对本国或地区的市场竞争产生一定影响，该项集中就可能需要在本法域进行反垄断申报。

申报标准考量因素	营业额	资产	市场份额	交易规模
中国	✓			
欧盟	✓			
美国	✓			✓
巴西	✓			
日本	✓			
韩国	✓	✓		
新加坡	✓(自愿申报)			
印度	✓	✓		
俄罗斯	✓	✓		
南非	✓	✓		
澳大利亚	✓		✓(自愿申报)	

实践中，某项具体交易要在哪些法域进行申报需要结合经营者和交易的具体情况进行更加精细化的判断。⁶

4. 2019年9月29日，市场监管总局发布对林德香港与上海华谊设立合营企业未依法申报案的行政处罚决定书，见 http://www.sohu.com/a/257019440_733746；2019年9月30日，市场监管总局

附加限制性条件批准林德集团与普莱斯公司合并案，见 http://www.sohu.com/a/257298921_742371。

5. 截至2019年11月底，未依法申报处罚

47件，其中2019年作出14件。

6. 如需了解某法域的具体申报标准，欢迎与本文作者联系。

3/ 中国企业在全球申报中的流程管理

考虑到各主要法域均将获得反垄断审查批准作为实施集中的前提条件,以及各法域的申报标准、流程和关注点不尽相同,是否需要进行申报以及需要在哪些法域进行申报可能对交易的进程和结果产生较大的影响。为了对交易流程进行更好的管理,我们建议中国企业在海外投资并购活动中可考虑采取以下措施:

(一) 在交易早期引入反垄断律师对交易可能触发的申报义务和风险进行评估

对于竞争性投标而言,提前对反垄断申报义务以及对交易可能产生的影响进行全面妥当的评估是能够提高中标几率的重要因素之一;对于已经初步确定交易意向的交易方而言,反垄断申报义务的评估能够帮助交易方更好地预见和掌控交易进程。鉴于大多数法域的反垄断申报标准是交易方在全球范围和/或特定市场上的营业额、资产、市场份额或本次交易规模,交易方可在尽职调查阶段即引入律师对交易是否属于触发申报义务的经营者集中进行评估。如果交易方的业务覆盖全球多个国家或地区的市场,可能还需要咨询相关法域的当地律师。

反垄断申报评估的内容通常包括:1) 交易方和/或交易是否达到某一法域申报标准;2) 如果要进行申报,此类交易应适用哪种申报程序,一般周期是多长时间;3) 本次交易有多大可能性不通过审查或被附加限制性条件,在附加限制性条件(如剥离业务或者保持独立等)后,交易目的是否还能实现。

(二) 涉及国企的交易需更加全面和谨慎评估

2017年8月1日,《国有企业境外投资财务管理办法》开始施行;2018年11月,国资委印发并施行《中央企业合规管理指引(试行)》。这对国有企业境外投资的合规提出了更为明确、具体、体系化的要求。

在反垄断申报审查中，“经营者”的营业额、市场份额通常包括参与交易的企业所在的集团。近年来我国国企之间的独立性在境外执法机构的反垄断审查中不断受到挑战。例如，在欧盟委员会对中国蓝星收购埃肯国际贸易（上海）有限公司、帝斯曼（DSM）集团与中化集团设立合营企业、中广核集团收购NNB股份等案件进行审查时，无论欧盟委员会是否明确认定国企之间实际构成单一经济体，都在考虑了全部相关企业业务的基础上进行审查，“最坏情形假设”（即在不明确认定交易企业与其他国有企业构成单一经济体⁷的情况下，假设其构成单一经济体并进行审理）正成为审理常态。因此，涉及国有企业的反垄断评估需要更为审慎。

（三）根据评估结果重新考虑交易结构的设计和交易文件的起草

一方面，在大多数主要法域只有引发“控制权”变化的交易才属于可能触发申报义务的“经营者集中”，交易方可以考虑是否可能通过交易结构的重新设计避免触发反垄断申报义务；另一方面，如果确定要进行反垄断申报，交易方应就申报义务的履行，申报可能对交割前提条件、交割时间表带来的影响，申报材料准备中各方的义务、申报的成本与费用的负担、以及如果交易不被批准或被附条件批准可能带来的后果与责任在交易文件中进行相应约定。

（四）积极制定申报策略并推进申报进程

如果确定进行反垄断申报，交易方应积极配合反垄断律师梳理双方业务关系，搜集交易方的产品/服务的市场（份额）信息。如果涉及多法域申报，不同法域之间应加强协调与配合，以统一信息披露的口径，全盘把握申报进程。对于中国企业走出去的相关交易而言，近年来，随着中国律所处理各类申报业务的经验日益丰富，并逐步建立起与各法域当地领先律所的合作网络，中国律所凭借与中国客户之间更为有效的沟通渠道、更加高效的反应速度以及灵活优化的成本安排，正越来越多地担当起中国企业在多法域申报中牵头律师的角色。

7. 根据欧盟委员会《合并管辖通知》（Consolidated Jurisdictional Notice），如果一家国有企业独立的经营决策权由国家或其他公共实体掌握，以至可使其“与其他国有企业发生协

同”，则前述国企共同作为单一经济体，共同构成一个经营者。参见，<http://www.cicn.com.cn/zggssb/2019-09/03/cms120383article.shtml>

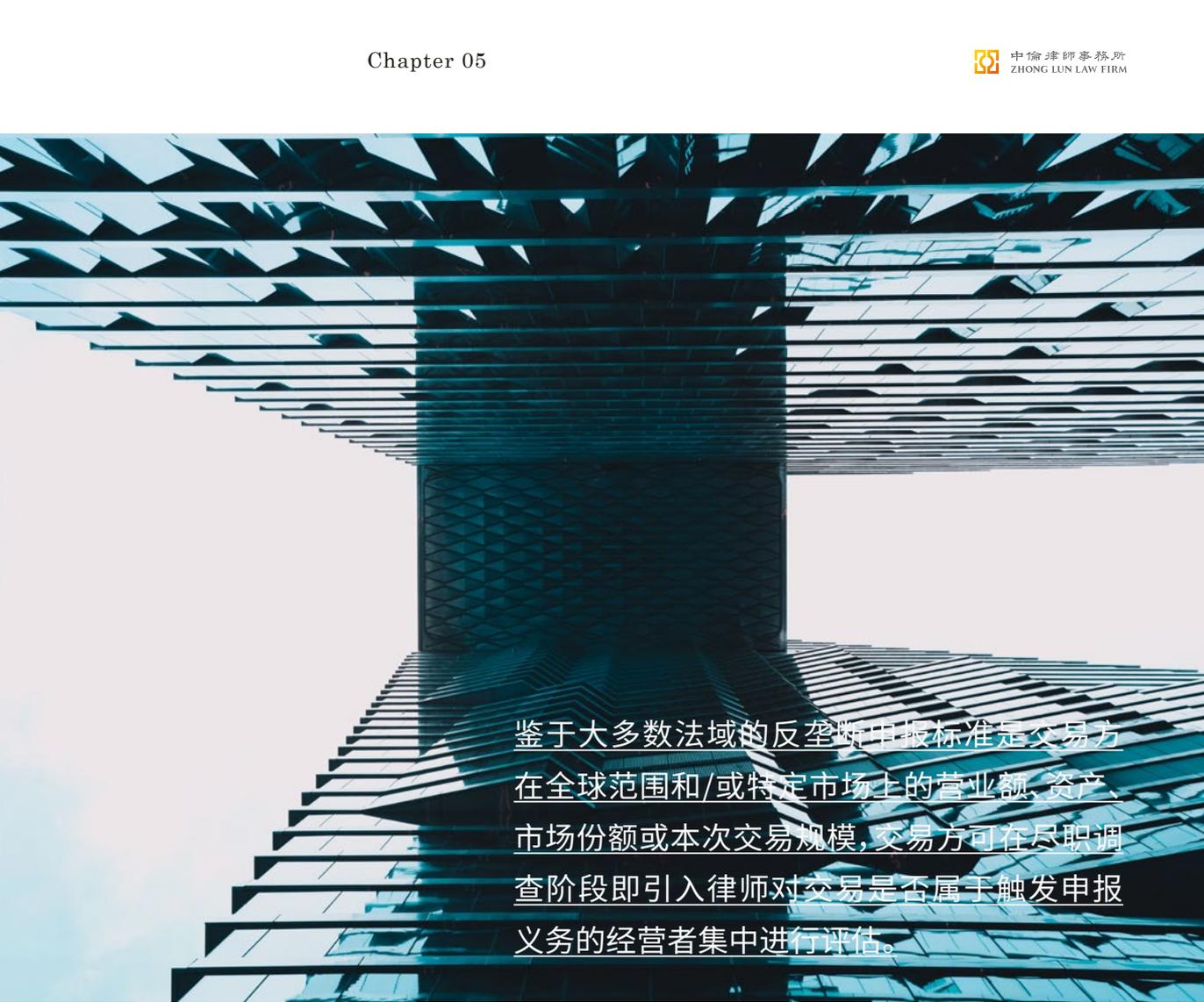
4/ 海外投资并购还可能涉及到国家安全审查的问题

中国企业在海外的投资并购活动不仅可能受到常态化的反垄断审查,还可能触发其他法域对外商投资的安全审查。例如,欧盟于2019年2月通过《欧盟统一外资安全审查框架建议》(PROPOSAL FOR A REGULATION ESTABLISHING A FRAMEWORK FOR SCREENING FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN THE EUROPEAN UNION),确立外商投资审查机制;该机制于2020年10月11日正式全面实施;欧盟还于2020年6月17日,发布《关于在外国补贴方面创造公平竞争环境的白皮书》⁸希望创设新的审查机制对外国补贴进行监管,对在欧盟存在业务或投资并购交易可能涉及欧盟市场的中国企业(尤其是国有企业)可能造成深远影响。美国于2018年8月13日签署了《外国投资风险审查现代化法案》(FOREIGN INVESTMENT RISK REVIEW MODERNIZATION ACT,“FIRRMA”),赋予美国外资投资委员会(THE COMMITTEE ON FOREIGN INVESTMENT IN THE UNITED STATES,“CFIUS”)更广泛的安全审查权力。

特别值得关注的是,近年来中国企业在海外投资并购由于安全审查等原因正频频遇阻。例如,2016年12月,福建宏芯基金收购德国半导体公司爱思强(AIXTRONSE)的交易由于涉及在美资产被CFIUS以危害美国国家安全为由叫停;2018年1月,蚂蚁金服正式发表声明,称其由于未能获得CFIUS批准,蚂蚁金服和速汇金(MONEYGRAM)正式放弃相关并购事宜,同时蚂蚁金服将向速汇金支付3000万美元的收购终止费;2018年9月,有中资背景的凯桥资本以13亿美元收购美国来迪思半导体公司的交易经历了多轮审查后被CFIUS以危害美国国家安全为由叫停;2019年3月,“由于担忧威胁美国国家安全”,CFIUS要求中国公司昆仑万维出售其此前全资收购的美国同性恋社交网站GRINDR.....

面对充满不确定因素的国际政治和贸易局势,中国企业在海外

8.该文件的内容和影响分析请参见《中国企业为何要关注欧盟的外国补贴监管制度?》, <https://mp.weixin.qq.com/s/0s2n35tvMSsgwnwLrzhhbig>。



鉴于大多数法域的反垄断申报标准是交易方在全球范围和/或特定市场上的营业额、资产、市场份额或本次交易规模，交易方可在尽职调查阶段即引入律师对交易是否属于触发申报义务的经营者优先进行评估。

进行投资并购时，除了关注反垄断审查相关要求，还需要对是否可能引发外国国家安全方面的担忧进行更加谨慎的评估并提前做出预案。尤其对于涉及敏感行业和地区的交易项目，尽早聘请有经验的律师/顾问开展工作可对交易进程和结果产生重要影响。

随着中国经济和全球贸易的发展，中国企业的规模持续壮大，交易体量不断增长，投资领域和投资目的地都在不断扩展。同时，由于反垄断申报和国家安全审查等交易合规要求在众多主要法域需经独立审查，中国企业在进行海外投资并购时可能同时面对多法域的不同监管要求。从合规以及交易流程管理的角度来说，我们建议中国企业做好准备，积极主动地评估并应对反垄断申报以及其他监管要求，将交易的主动权把握在自己手中。

附件一：各主要法域的反垄断申报标准概览

法域	反垄断申报标准
中国	<p>一项经营者集中达到以下标准之一就应报中国反垄断主管部门审批：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 标准一：参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币； · 标准二：参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。
欧盟	<p>符合以下标准之一的集中将被视为具有“欧盟规模”的集中，必须向欧盟委员会申报(需说明的是，如果未达到“欧盟规模”，则需要根据欧盟各成员国的标准个别判断是否需要在该国单独申报)：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 标准一：如果(I)所有参与集中的经营者在全球范围内的合计营业额超过50亿欧元；并且(II)其中至少有两个经营者在欧盟范围内的营业额分别超过2.5亿欧元，除非每个参与集中的经营者在欧盟范围内的总营业额的三分之二来自于同一个成员国。 · 标准二：同时满足下列条件，除非每个参与集中的经营者在欧盟的营业额三分之二以上来自于同一个成员国：(I)所有参与集中的经营者在全球范围内的合计营业额超过25亿欧元；(II)在至少3个成员国中，所有参与集中的经营者的合计营业额均超过1亿欧元；(III)包括为第(II)项之目的所列成员国在内的至少3个成员国中，在每一个成员国，至少2个参与集中的经营者的各自营业额分别超过2500万欧元；并且(IV)至少2个参与集中的经营者在欧盟的营业额分别超过1亿欧元。
美国	<p>若一项交易同时满足“交易规模”标准和“交易人规模”标准则须在美国进行并购前申报，标准中的具体数额还将根据国民总值的数字变化和调整。2019年2月美国联邦贸易委员会发布的最新申报标准如下：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 交易规模标准：如果并购交易会使得收购人获得被收购人的表决权证券、非企业利益和资产的价值超过9000万美元，则交易需要申报。如果交易规模在9000万美元至3.599亿美元之间，则交易必须也满足当事人规模标准。如果交易价值超过3.599亿美元，则不需要考虑当事人规模标准也需要申报。 · 交易人规模标准：如果交易规模在9000万美元至3.599亿美元之间，则如果交易一方的年度净销售额或总资产至少为1.8亿美元且交易另一方的年度净销售额或总资产至少为1800万美元，则在大多情况下交易必须申报。

巴西	<p>达到以下标准的经营者集中应进行申报：</p> <ul style="list-style-type: none"> ·参与集中的交易方中，一方所在经济集团上一财年在巴西的营业额不低于7.5亿雷亚尔，且其他交易方中至少有一方所在经济集团同一口径营业额不低于7500万雷亚尔。
印度	<p>同时满足“企业层面标准”和“集团层面标准”的经营者集中应在印度进行申报</p> <ul style="list-style-type: none"> ·企业层面标准： <ul style="list-style-type: none"> (A) 参与并购的各家企业在印度境内的资产总和超过200亿卢比，或其营业额总和超过600亿卢比；或 (B) 在印度境外也有业务的，则各企业全球资产总和超过10亿美元且在印度境内的资产总和超过100亿卢比，或全球营业额总和超过30亿美元且在印度境内的营业额总和超过300亿卢比； ·集团层面标准 <ul style="list-style-type: none"> (A) 并购完成后所隶属的集团在印度境内的资产总额超过800亿卢比，或者营业额总额超过2400亿卢比；或 (B) 在印度境外也有业务的，则该集团全球资产总额超过40亿美元且在印度境内的资产额超过100亿卢比，或全球营业总额超过120亿美元且在印度境内的营业额超过300亿卢比。
南非	<p>南非要求符合以下标准的中型经营者集中和大型经营者集中必须进行申报。</p> <ul style="list-style-type: none"> ·中型经营者集中： <ul style="list-style-type: none"> (A) 合并各方的南非销售额或在南非当地资产超过6亿南非兰特；且 (B) 被收购方的南非销售额或在南非当地资产以超过1亿南非兰特； ·大型经营者集中： <ul style="list-style-type: none"> (A) 合并各方的南非销售额或在南非当地资产超过66亿南非兰特；且被收购方的南非销售额或在南非当地资产以超过1.9亿南非兰特。
澳大利亚	<p>无强制申报要求。一项具有横向或相邻关系的经营者集中，如果交易后的市场份额将高于20%，则鼓励交易方进行申报。</p>
日本	<p>日本对于不同类型的集中交易规定了不同的申报标准，以股权收购为例，同时符合下列条件的，需要向公平交易委员会事先申报：</p> <ul style="list-style-type: none"> ·收购方在日本国内的集团营业额合计超过200亿日元； ·被收购方在日本国内的集团营业额合计超过50亿日元； ·交易后，收购方所持有的被收购方股份相应的表决权数与收购方所属集团所持有的被收购方股份相应的表决权数之和，占被收购方全体股东表决权数的比例将分别超过20%或超过50%的。

韩国

如果交易一方的全球总资产或营业额为3000亿韩元或以上,且另一方的全球总资产或营业额为300亿韩元或以上,则该交易需提交申报。除满足上述条件外,当交易双方都是非韩国公司,还需满足双方在韩国的营业额都达到200亿韩元;若符合申报要求的一方为韩国公司而另一方为非韩国公司,非韩国公司在韩国的营业额达到200亿韩元。

跨境并购交易中不竞争条款 的反垄断合规问题

作者/薛熠 谷田

合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2288
xueyi@zhonglun.com



近年来,在“走出去”和“一带一路”战略的推动下,中国企业在国际化的道路上取得了瞩目的成就。但是,机遇往往同时伴随着风险,海外投资由于涉及跨司法区域的法律适用,并且需适应不同的政治和文化环境,其所面临的法律风险比国内投资更加多面和复杂,涉及反垄断、反腐败、反洗钱、数据与隐私保护等对于国内企业而言相对陌生的领域。在此背景下,国家颁布了一系列有关境外投资和经营的合规指引,均提及了企业在境外投资和日常经营中要掌握反垄断等方面的具体要求¹,其原因在于反垄断监管适用长臂管辖且处罚力度极高,对于企业的并购活动及日常经营合规而言关系重大。从我们的经验来看,对于跨境并购中的反垄断合规问题,交易方关注的重点普遍集中于评估一项并购交易是否触发相关司法区域的反垄断申报申报义务²以及触发申报义务后的反垄断申报组织工作。然而,对于一项并购交易而言,需要从反垄断法角度考量的问题不限于此,尚有其他反垄断合规问题需要交易方谨慎评估。为此,本文将探讨一项对于跨境并购交易反垄断合规而言重要但尚未引起足够关注的议题:**并购交易中的不竞争条款。**

1.参见《企业境外经营合规管理指引》(《中央企业合规管理指引(试行)》)。
2.根据《中华人民共和国反垄断法》,经营者集中是指下列情形:经营者合并;经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权;经营者通

过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。经营者集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。

1 / 问题的提出:不竞争条款“反竞争”吗?

在我们近期处理的一起案件中,客户提出希望在交易协议的承诺条款中加入关于“不竞争”的承诺,并就如下草拟的条款内容征求我们的意见:

在限制期限内,卖方集团成员不得:1.直接或间接地1)开展或从事任何竞争业务;或2)招揽目标公司的现有客户或在前12个月内与目标公司有业务关系的客户;及2.在限制区域内,1)新设从事竞争业务的商业组织;或2)将既存商业组织的业务转变为从事竞争业务。

以反垄断律师的视角,我们需要向交易双方澄清若干问题:从反垄断的角度如何看待上述不竞争承诺条款?不竞争条款是否具有“反竞争”的效果?条款中对于限制期限、限制区域与竞争业务的定义是否会影响对前述问题的判断?

在并购交易中,通过主协议的特定条款或附属协议,交易双方可能会对一方的市场行为进行限制,不竞争条款是其中最为常见的限制之一。典型的不竞争条款的核心内容一般会表述为“卖方在交易交割之日起的一定期限内,不得在特定地域范围内从事特定业务”,作为一项重要的商业条款,交易双方通常会就不竞争条款的期限、地域范围及业务范围等关键要素展开谈判。由于交易双方通常将不竞争条款视为实现交易目的所不可或缺的条件,其往往会忽视其中的反垄断合规性问题:即不竞争条款可能具有潜在的竞争担忧,从而导致违反反垄断法的风险。例如,具有竞争或潜在竞争关系的交易双方之间的不竞争安排,在形式上涉嫌构成划分市场的横向垄断协议³。

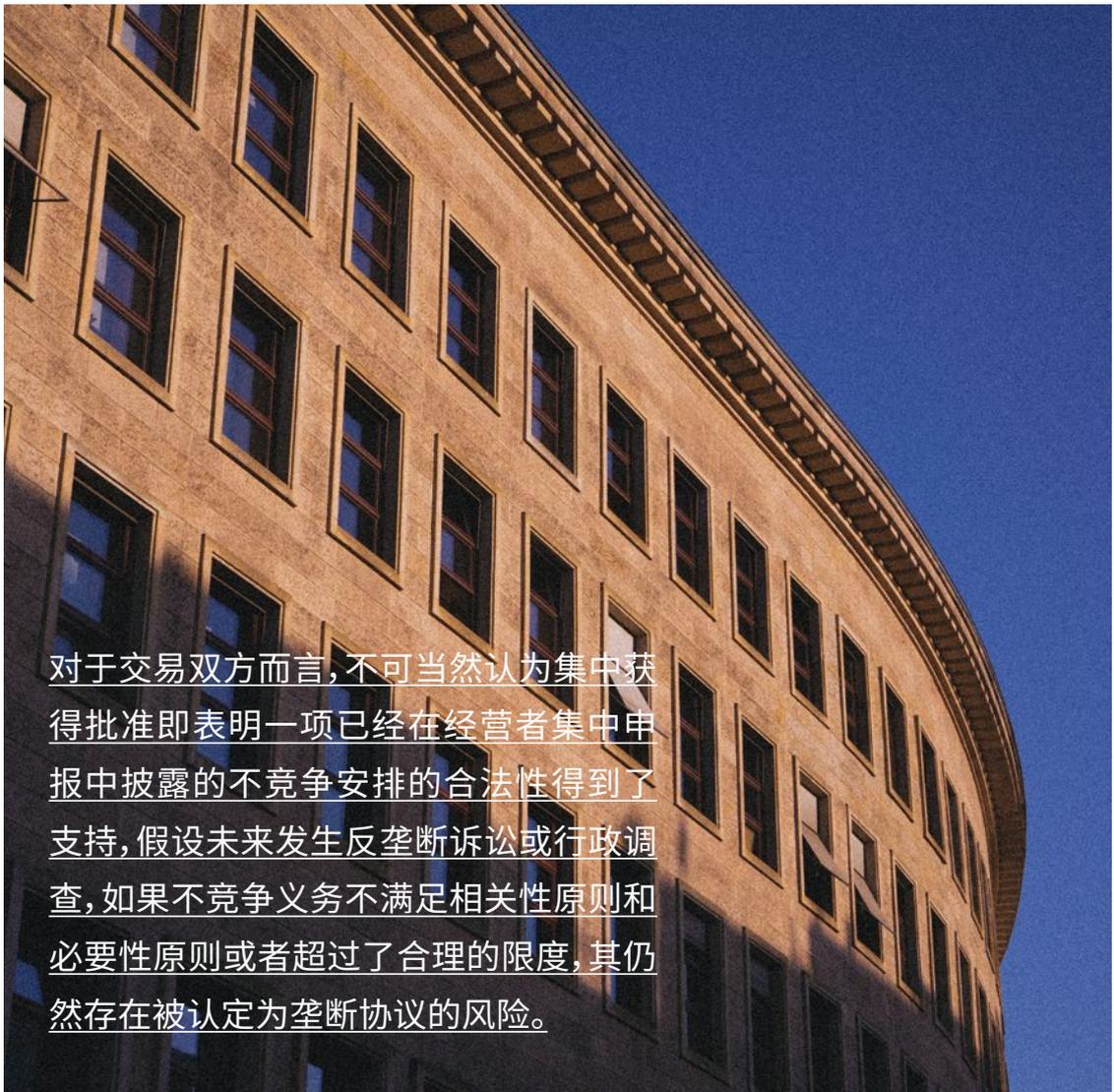
对此,交易双方在风险控制方面面临的迫切问题是:对于一项在并购交易背景下达成的不竞争条款,其合理的商业目的能否使其区别于一般的不竞争安排,从而避免被认为具有排除、限制竞争效果?以及对于一项已经在经营者集中申报中披露的不竞争安排,集中获得批准是否意味着不竞争安排的合法性得到了支持?

对于上述问题,《中华人民共和国反垄断法》(“**反垄断法**”)及经营者集中相关的实施细则未作明确规定。这一方面表明,并购交易背

3.《中华人民共和国反垄断法》规定,禁止具有竞争关系的经营者达成分割销售市场或者原材料采购市场的垄断协议。不竞争条款由于限制了卖方和目标公司之间销售产品的地域范围,有可能构成分割销售市场的垄断协议。

景下的合理商业目的不能当然作为不竞争条款豁免于反垄断法规定的理由,同时也意味着对于并购交易项下的不竞争条款的评估缺乏法律上的、明确的指引。

实践中,不竞争条款在跨境并购交易中并不鲜见,尽管具有限制竞争的一面,但因其具有一定的经济合理性,并不为竞争法所当然禁止,一些主要的反垄断司法区域,例如欧盟、美国,竞争执法机构均认可满足特定条件的不竞争条款的合法性。在此背景下,本文将结合竞争法的一般原理、其他司法区域的执法经验以及实践中的理解尝试梳理和归纳评估并购交易中的不竞争条款的分析框架,以期从反垄断合规角度为并购交易中谈判不竞争条款提供相对确定、有可操作性的参考。



对于交易双方而言,不可当然认为集中获得批准即表明一项已经在经营者集中申报中披露的不竞争安排的合法性得到了支持,假设未来发生反垄断诉讼或行政调查,如果不竞争义务不满足相关性原则和必要性原则或者超过了合理的限度,其仍然存在被认定为垄断协议的风险。

2/ 竞争法如何看待并购交易中的不竞争条款

1. 并购交易中的不竞争条款具有商业合理性

从一般的经济学原理角度出发,在并购交易中,施加于卖方的不竞争义务通常被认为是必要的,其目的在于保障交易标的的全部价值能够转移至买方,尤其是标的资产积累的商誉(GOODWILL)及卖方开发的专有技术(KNOW-HOW)。因此,为了使买方在收购后实现业务的平稳过渡,例如获得及维持客户、充分吸收和利用专有技术,买方需要一些保护机制,使其免受来自卖方的竞争,确保转让标的的价值不因转让而贬损。

2. 满足特定条件的不竞争条款可被视为附属于并购交易而非横向垄断协议

尽管不竞争条款在形式上与竞争法保护充分市场竞争的一般价值相悖,但鉴于不竞争条款的上述经济合理性,竞争法原则上认可并购交易中的不竞争条款一般不会导致排除、限制竞争的效果,但相关不竞争条款需要满足特定的条件。欧盟颁布的《委员会关于与集中直接相关且必要的限制的通告》⁴(“**附属限制通告**”)的规定反映了前述观点。欧盟委员会认为,一项不竞争义务如果能够满足:1)与实施集中直接相关(相关性标准);且2)为实施集中所必要(必要性标准),则该等限制会被视为集中的附属限制,欧盟委员会对于集中的批准将自动适用于不竞争条款。

需要澄清的是,无论是相关性标准还是必要性标准,均需要达到特定的程度且不以交易双方的主观判断为准。就相关性标准而言,不竞争条款与并购交易在同一背景下达成或同时达成是不足够的,而必要性标准需要满足的条件是“没有相关限制,集中无法实施,或者只能在相当不确定的条件下,以相当高的成本,在相当长的时间内或在相当大的难度下实施”。需要特别注意的是,由于不符合不竞争条款存在的初衷,向买方施加不竞争义务⁵,或者在交易标的仅限于有形资产或排他性工业产权的情况下设定不竞争义务通常会被认为缺乏必要性⁶。

4. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, 2005/C 56/03.

5. 不竞争条款的目的在于保障转让标的的价值不因转让而贬损,以及实现转让业务的平稳过渡,买方承担不竞争义务对于实现前述目的而言并非必要。

6. 土地、厂房、机器设备等有形资产,或是得到专利法保护的专利技术权利边界相对清晰,易于通过法律手段保护,因而无需特别通过限制双方竞争的方式保护转让标的的价值。

3/ 如何评估并购交易中的不竞争条款

除了考量上述原则性的标准外,交易双方还应确保不竞争条款的核心内容不超过合理的限度,参考附属限制通告的指引,交易双方至少应对以下几个方面给予特别关注:

序号	内容	合理限度
1	期限	视乎转让标的是否涉及专有技术,如涉及,则不竞争义务的期限最长为3年,否则一般不应超过2年。
2	地域范围	卖方承担的不竞争义务的范围应当限于卖方在交易前提供标的产品或服务的地域范围,一般不可延伸至交易后卖方新进入的地域范围。
3	标的产品	限于目标公司经济活动所涉产品或服务。
4	受限制的主体	可以限制卖方及其子公司、商业代理人,但不可限制卖方的经销商、用户。
5	对投资活动的限制	限制卖方持有或购买与转让业务相竞争的公司的股权通常能够被认为是与集中直接相关且必要的,但不得禁止纯粹为财务目的的投资。

4/ 反垄断审查与不竞争条款评估

与交易相关方开展的业务活动所涉及的地域范围相关,一项跨境并购交易可能涉及跨司法区域的反垄断审查。对于交易方而言,需要进一步考虑的是,如果一项交易涉及反垄断申报审查,交易协议中包含的不竞争条款是否在反垄断审查中进行评估?反垄断审查的通过是否表明不竞争条款在反垄断法意义上具有合规性?

首先,从我国的经营者集中反垄断审查实践来看,对于集中协议或其附件中包含的不竞争条款的评估是否属于经营者集中审查执法机构的职权范围,以及对于一项集中的审查批准决定是否意味着执法机构认可了不竞争条款在反垄断法意义上的合法性,尚无法律依据或裁判先例可供参考。现阶段我国反垄断执法机内部对于经营者集中反垄断

审查、垄断协议和滥用市场支配地位的调查有明确的分工,在未出台类似的有关认定集中附属限制的规定的情况下,经营者集中审查执法机构不太可能会特别对并购交易中的不竞争条款的评估承担责任。因此,对于交易双方而言,不可当然认为集中获得批准即表明一项已经在经营者集中申报中披露的不竞争安排的合法性得到了支持,假设未来发生反垄断诉讼或行政调查,如果不竞争义务不满足相关性原则和必要性原则或者超过了合理的限度,其仍然存在被认定为垄断协议的风险。

在欧盟,如不竞争条款因不符合前文所述相关标准而受到挑战,相关不竞争条款可能会被执法机构认定为违反《欧盟运行条约》第101条第(1)款(ARTICLE 101 (1) TFEU),构成具有限制竞争目的的协议(A RESTRICTION OF COMPETITION BY OBJECT)。受限于执法成本,反垄断执法机构无义务单独就包括不竞争条款在内的集中的附属限制进行评估,附属限制通告确立了“自我评估(SELF-ASSESSMENT)”的原则,委员会仅会依当事人请求就特定具有新颖性的问题进行评估。

美国法院在评估不竞争条款的合理性时会考虑限制所覆盖的地理区域、限制的期限及受影响的产品等因素,考虑的因素与前文提及的欧盟标准类似但具体标准相对而言更宽松、更具有灵活性。如不超过合理的、必要的限度,该等不竞争条款通常会被认为具有可执行性。同样地,反垄断审查通常不会对不竞争条款的合规性作出直接的评价。当有证据表明双方利用不竞争条款掩盖与交易无关的限制竞争的密谋时,双方将面临构成本身违法的卡特尔行为的法律风险。此外,当卖方有意违反不竞争条款时,其可能提起民事诉讼主张不竞争条款超过必要的限度因而无效,并可能主张损害赔偿。

总而言之,交易双方在起草、谈判不竞争条款时即应当保持谨慎,确保其对并购交易而言是相关和必要的,并且不超过合理的限度。当交易双方同时受到多个反垄断司法区域管辖时,“合理限度”应适用其中最严格的标准。

此外,除了不竞争条款,并购交易中也有可能同时约定不招揽义务,或就卖方与目标公司之间的购买与供应义务,以及知识产权许可作出限制性安排,考虑到此类限制在反垄断法项下的敏感性,交易双方亦应合理地平衡商业诉求与合规要求,必要时引入相关司法区域的反垄断律师把握限制性安排的尺度。

Zhong Lun

CHAPTER 06

劳动合规



海外用工情况交错复杂,劳动用工合规如何个性化处理?
——《中国企业“走出去”之劳动用工合规浅谈》

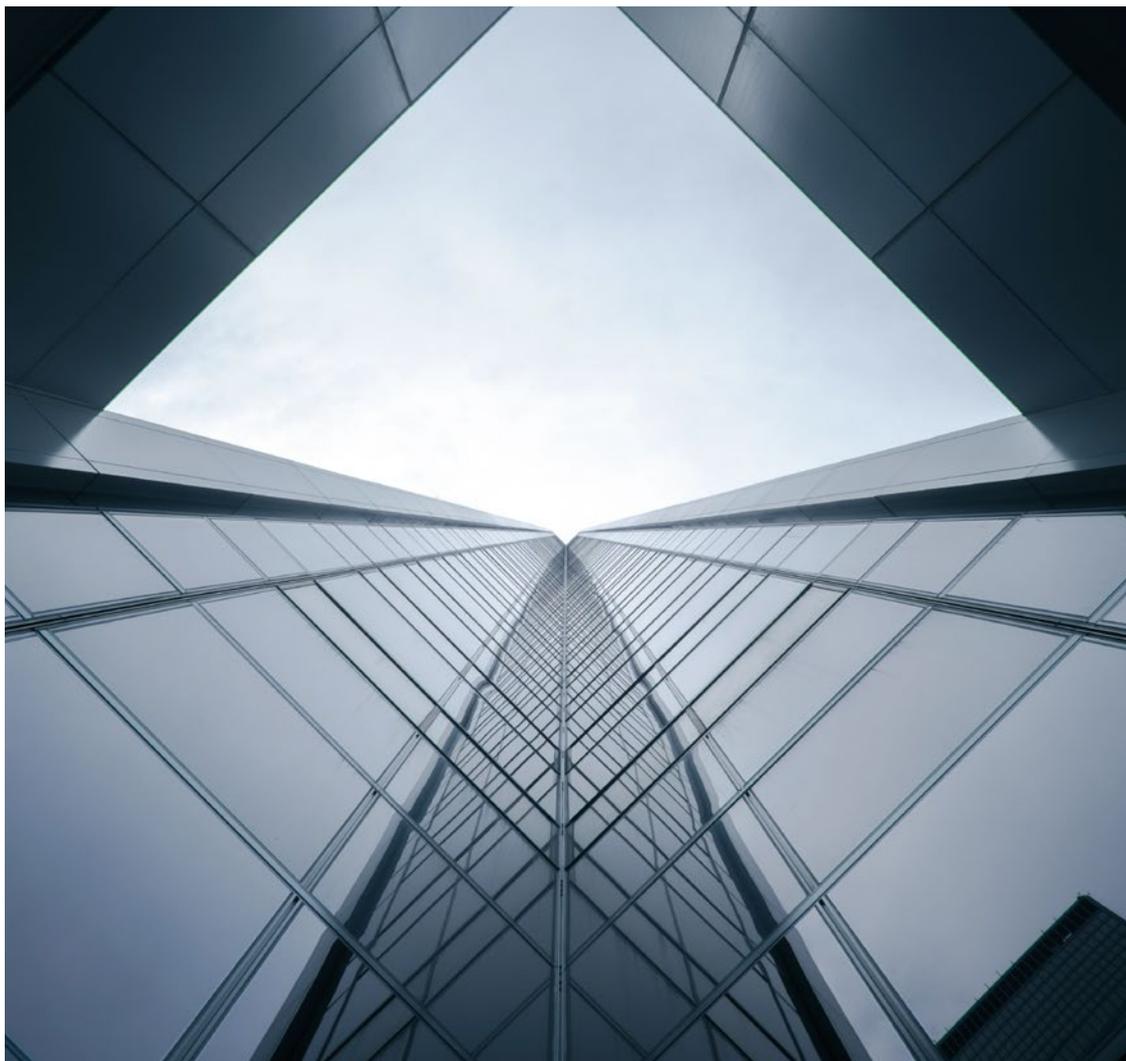
“走出去”面临着严峻的劳动合规管理,不同模式下,劳动合
规风险如何?
——《中国企业海外投资用工风险控制》

中国企业“走出去”之 劳动用工合规浅谈

作者/段海燕 卢子颖¹



合伙人
公司一部
北京办公室
+86 10 5957 2043
duanhaiyan@zhonglun.com



1.段海燕律师为北京市中伦律师事务所权益合伙人,在企业劳动用工合规管理和法律风险防范、劳动争议仲裁与诉讼等方面具有丰富的实务经验;卢子颖律师为北京市中伦律师事务所律师。

随着我国“一带一路”建设以及“走出去”战略的不断深化,对外投资及跨国经济合作成为中国企业发展的新机遇。然而,回顾过往,中国企业海外投资之路并非一帆风顺。早在1996年,首钢收购秘鲁国有铁矿公司四年后曾面临长达一个月的罢工;2016年,中远集团接管希腊比雷埃夫斯港同样遭受了持续的罢工和抗议²。可见,中国企业“走出去”往往会面临更严峻的劳动用工合规管理需求,该等需求会贯穿企业境外投资的全程,甚至会影响企业境外投资目标的实现。

本文中,笔者将结合实务经验,浅谈自己对企业劳动用工合规及其在企业境外投资中的目的及作用的理解,并通过梳理企业在境外投资中常见的劳动用工合规风险点,进一步提出相关建议。

2. 肖竹,《“一带一路”背景下“出海”企业的对外劳动关系治理》,载于《劳动与社会保障》(2019年第3期),第21页。

1 / 企业劳动用工合规及其在境外投资中的目的和作用

笔者认为,企业劳动用工合规是指企业采取措施,使其劳动用工行为符合适用法律规定,以实现企业健康、有序发展。企业劳动用工合规不仅是企业自身的制度完善,还涉及企业员工管理方式的提升,因此,企业劳动用工合规是企业在“法律底线”之上建立符合企业文化和价值的员工管理体系的过程。

具体到境外投资活动中,企业劳动用工合规的目的和作用主要体现在以下三个方面:

第一,将劳动用工法律风险降低到企业可接受的程度。在中国企业境外投资过程中,从适用法律的角度出发,企业一般会受到国际性和/或区域性劳工协定、中国劳动法、以及东道国劳动法等三重规制,有时还会面临员工国籍国法律的约束。从企业管理的对象看,按照员工国籍,一般可以分为中国员工、东道国员工、第三国(甚至无国籍)员工。从员工雇用方式看,则可分为母公司派遣员工、当地直雇员工、第三方雇用员工(例如劳务合作人员、劳务外包人员等)等。上述适用法律、用工主体、管理对象的多元化导致了中国企业在境外投资中面临着相较于本土经营而言更多样、更复杂的法律风险来源。因此,这就要求企业通过劳动用工合规管理将法律风险防控的时间节点提前。通过提前识别法律风险点、制定风险应对策略、以及培养员工的合规意识等手段,企业可以将劳动用工法律风险降低和控制的企业可接受的程度之内。

第二,帮助企业最大程度地发挥用工管理权。由于劳动关系具有较强的人身隶属性,尽管不同法域的劳动法规则千差万别,但在一定程度上均具有强行法的特征。一般而言,一个国家或地区仅会对最低劳动保障标准(例如,最低工资支付周期、最低工资标准、最少休假天数等)做出强制性规定。这就意味着,企业在强制性法律标准之上仍有一定行使用工管理权的空间。企业可以利用该空间,制定符合自身

特点和需要的内部政策,从而最大程度地发挥企业的用工自主权,并保证企业成员在开展经营活动和做出决策时均“有规可循”。

第三,服务于企业的价值导向并维护企业声誉。实践中,企业在制定内部劳动用工政策时,通常会在法律允许的范畴内进一步规范其成员行为,相关“行为准则”、“评价标准”、“可为与不可为”等恰恰体现了企业的文化和价值导向。因此,当一家中国企业“走出去”的时候,伴随着资产的输出,该企业的文化和价值观也传向了海外市场。在全球信息化的当下,包括耐克、沃尔玛、苹果在内的不少知名跨国企业均曾因劳动用工问题而引发舆情,可见,企业在劳动用工方面的管理尺度和价值体现也会对企业的声誉产生影响。因此,中国企业可以通过搭建合法、合理、合情的劳动用工管理体系向国际市场传送积极信号。

2/ 中国企业在境外投资中常见的劳动用工争议及相关建议

中国企业境外投资常见的方式包括在投资目标国(东道国)新设项目公司、收购在东道国的目标公司、承包东道国的工程项目等。与此相应,企业常选择的用工模式主要包括两种:一种是将中国籍员工派驻目标公司或项目公司(即“中国员工外派”);另一种是通过目标公司或项目公司直接在东道国招用东道国国籍或其他国籍的员工(即“当地员工直雇”)。下文将分别就两种用工模式下常见的劳动用工合规要点进行梳理,并提出相关建议。

(一)中国员工外派

在我国现行的法律体系下,调整中国企业境外用工的法律法规较为有限,主要包括:《对外承包工程管理条例》(国务院〔2008〕第527号)、《对外劳务合作管理条例》(国务院〔2012〕第620号)、《关于加强对外承包工程外派人员管理工作的紧急通知》(商合函〔2011〕

第201号)以及《关于加强对外投资合作在外人员分类管理工作的通知》(商合函〔2013〕第874号,以下简称“《在外人员分类管理通知》”)。结合前述法规以及实践经验,在中国员工外派模式下,企业需注意如下合规问题:

1、中国员工外派方式问题

根据《对外劳务合作管理条例》第二条的规定,国外的企业、机构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。因此,企业安排中国本地员工到境外的目标公司、项目公司或境外工程项目中工作时,需要特别注意对外劳务用工形式合法性的问题。在我国现行法律框架下,外派人员主要分为以下三类:

(1) 对外劳务人员。对外劳务人员是指由对外劳务合作企业组织赴其他国家或其他地区为国外的企业或机构(简称“**境外雇主**”)工作的人员。中国企业在境外投资的目标公司、项目公司等即属于境外雇主。依法取得对外劳务合作经营资质的对外劳务合作企业与境外雇主之间必须签订《劳务合作合同》,并载明与劳务人员权益保障相关的事项。对外劳务合作企业与外派员工之间可以签订劳动合同或服务合同。其中,如双方订立服务合同的,对外劳务合作企业可向外派员工收取服务费;如双方订立劳动合同的,则双方成立劳动关系,对外劳务合作企业不得向员工收取服务费。此外,无论对外劳务合作与外派员工形成何种法律关系,对外劳务合作企业必须为外派员工购买境外工作期间的人身意外伤害险。并且,如员工在境外工作期间享受劳动权益不符合《劳务合作合同》约定的,对外劳务合作企业应协助员工向境外雇主维权;如对外劳务合作企业不协助索赔或者员工未得到应有赔偿的,员工有权要求对外劳务企业承担相应的赔偿责任。

(2) 对外承包工程人员。对外承包工程人员是指对外承包工程企业向其境外承揽的工程项目派遣的人员。对外承包工程企业必须与外派员工签订劳动合同,履行用人单位的法定义务,同时为外派员工购买境外人身意外伤害保险。对外承包工程企业可以选择通过取得“对外承包工程外派人员中介服务许可”的中介服务机构招用外派人员,但对外承包工程企业仍应与通过中介机构招用的外派员工签订与项目工期相当的《劳动合同》。

(3) 对外投资外派人员。对外投资外派人员是指对外投资企业向其境外企业派出的人员。中国企业向其境外公司派出员工主要有两种方式：①境内企业与外派员工签订劳动合同，并将员工派驻境外公司；②以境内企业作为中介，直接为境外公司招收并外派员工。前述两种方式的区别在于外派员工与境内公司之间是否成立劳动关系。需要注意的是，在第②种方式下，境内企业必须依法取得对外劳务合作经营资质。否则，根据2017年7月24日商务部办公厅发布的《关于进一步加强对外劳务合作管理的通知》，不具有合法资质的境内企业将未与其建立劳动关系的员工直接派驻境外企业，将面临承担相关行政责任及刑事责任的风险。

2、东道国移民和就业政策问题

一般而言，出于对本国劳动力市场保护的目，各国要求非本国国籍或不具有本国永久居民身份的境外人员在本国从事劳动或提供服务的，应当根据该国的要求办理工作类签证、工作类许可以及工作类居留许可等。相关管理机构可能包括东道国的劳动行政部门、移民监管部门以及公共安全部门等。如果员工通过商务旅行签证等非工作类签证入境后从事雇用活动的，员工本人及其东道国雇主均有可能面临不同类型的罚则。

3、外派协议内容问题

在对外劳务合作的用工形式下，取得经营资质的对外劳务合作企业应当与劳务人员的境外雇主企业签订《劳务合作合同》。《劳务合作合同》应当载明下列事项：劳务人员的工作内容、工作地点、工作时间和休息休假；合同期限；劳务人员的劳动报酬及其支付方式；劳务人员社会保险费的缴纳；劳务人员的劳动条件、劳动保护、职业培训和职业危害防护；劳务人员的福利待遇和生活条件；劳务人员在海外居留、工作许可等手续的办理；劳务人员人身意外伤害保险的购买；因国外雇主原因解除与劳务人员的合同对劳务人员的经济补偿；发生突发事件对劳务人员的协助、救助；违约责任³。

在中国母公司与外派员工签订劳动合同并派至境外子公司工作的方式下，现行法律暂未对中国母公司与外派员工是否需要另行订立外派协议及其条款与条件作出明确规定。笔者发现，实践中，大部

3. 见《对外劳务合作管理条例》第二十一条。



在因法律因素导致投资失败的案例当中，“企业忽视和不熟悉东道国劳工法律制度”导致投资失败的比例约占1/3。

分企业在外派中国员工的过程中未充分考虑其与员工签署的协议中需明确的事项，从而为将来产生劳动纠纷埋下了伏笔。以我们曾处理过的外派引发的劳动争议为例：S公司将境内员工M以“跨国调动”的方式转移至境外关联公司，双方在派出时未就相关事项达成任何协议。M在境外工作期间，S公司停止缴纳M的社会保险，并按照公司内部政策为M缴纳境外员工享受的补充养老保险。其后，S公司单方解除了M的劳动合同，M主张确认其在境外工作期间与S公司存在劳动

关系,并要求S公司补缴外派期间的社会保险,同时主张S公司支付境外工作期间的未休年假工资、境外工作期间的津贴等等。因此,笔者认为,中国母公司向境外派遣员工时也可参考上述《劳务合作合同》的要求,充分考虑“与外派中国员工权益保障相关的事项”并通过书面协议予以确认。

根据《涉外民事关系法律适用法》第四条⁴及《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》第十条⁵的规定,我国法律对劳动者权益保护有强制性规定的,直接适用该强制性规定。因此,在母公司外派的方式下,母公司与外派员工的劳动关系及双方的权利义务在外派期间仍然受到中国劳动法相关强制性规范的约束(例如,用人单位负有社会保险缴纳的法定义务)。因此,在母公司与外派员工签订的《外派协议》中应当尤其注意明确以下三个方面:(1)薪酬待遇方面,包括员工在境外工作期间的基本薪酬、是否享有津贴补贴及其他额外待遇、是否停发或减发境内的相关待遇、各类薪酬及福利待遇的支付主体、加班认定方式及加班工资计算方式等;(2)休假方面,包括员工在境外工作期间享受公共假日和带薪休假的标准、外派期间回国探亲/休假是否冲抵法定带薪假期等;(3)保险方面,包括员工在境外工作期间中国社会保险的处理方式、是否参加东道国社会保险、是否享有补充商业保险及险种、标准、投保费用承担等问题。

4、员工在外派期间的工伤保险待遇问题

根据《工伤保险条例》第四十四条⁶的规定,员工在境外工作期间应当参加当地工伤保险的,员工参与当地工伤保险,其国内工伤保险关系中止;不能参加当地工伤保险的,其国内工伤保险关系不中止。尽管有上述规定,笔者一般建议境内企业在将员工派驻境外工作期间继续为员工在中国缴纳工伤保险。主要原因如下:

中国员工在境外工作期间,由于工作生活环境差异较大、对当地流行病的免疫力弱等种种原因,不幸出现意外或发生伤亡的情况并不少见。根据现行司法裁判尺度,工伤保险机构和法院一般倾向于认为,由于员工在境外工作是基于用人单位的派遣并为履行用人单位工作任务的目的,因此员工在境外期间如出现患病、负伤等情况时,应当认定为工伤。在此情况下,一旦出现境外工伤保险理赔不及时、

4.《涉外民事关系法律适用法》第四条：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。”

5.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十条：“有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系

问题的解释(一)》第十条：“有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系

法律适用法第四条规定的强制性规定：(一)涉及劳动者权益保护的；(二)涉及食品或公共卫生安全的；(三)涉及环境安全的；(四)涉及外汇管制等金融安全的；(五)涉及反垄断、反倾销的；(六)应当认定为强制性规定的其他情形。”

金额不足以覆盖员工治疗费用支出等情况时,境内母公司仍然可能面临承担员工工伤治疗相关费用的要求。那么,如果境内公司已经中止缴纳员工的境内工伤保险,根据《社会保险法》第四十一条⁷的规定,境内公司不仅需要承担法律规定的由用人单位支付的工伤待遇(例如,工伤治疗期间的工资福利、伤残等级为五、六级员工的伤残津贴以及一次性伤残就业补助金等),还需要支付本应由工伤保险基金支付的工伤待遇(例如,治疗工伤的医疗费用、住院伙食补助费、交通食宿费用、生活护理费、伤残等级为一至四级员工的伤残津贴等)。

此外,除中国工伤保险的处理问题之外,企业还可能面临法定工伤待遇之外其他因员工工伤产生的费用的处理问题。例如,2017年,某矿业研究院的员工在外派期间患病,员工家属花费包机费三十三万元通过专机将员工转运回国治疗,其后向法院主张由研究院承担此部分费用。研究院主张员工的病情并不紧急,且当时可以优先选择在当地或到邻国治疗,因此该费用并非必要支出;同时,研究院已为员工缴纳工伤保险,但包机费超出工伤待遇范畴,因此不应由研究院承担。但是,地方法院认为,缴纳工伤保险只是部分分担用人单位的责任,员工包机回国治疗的费用虽然不属于工伤保险基金支付范围,但仍属于应由用人单位承担的工伤责任,并判决研究院向员工返还三十三万元⁸。因此,一般建议公司为外派员工购买覆盖面较全、理赔金额较高的商业医疗保险,例如涵盖境内外治疗费用、紧急救助费用、转运包机费用等。同时,企业也可以事先与员工就工伤赔付的合理范畴进行约定。

(二)当地员工直雇

中国企业在“走出去”的过程中,如果大量输出中国劳工到东道国就业将不可避免地冲击东道国就业市场。同时,对于企业而言,尤其是劳动力密集型的产业,直接雇佣当地劳动者更能符合企业提高经济效率的需求。因此,我国境外投资政策鼓励员工“属地化”,相应地,雇用当地员工成为中国企业境外投资过程中主要的用工模式之一。

中国与全球化智库通过对“走出去”企业的失败样本进行分析发现,在因法律因素导致投资失败的案例当中,“企业忽视和不熟悉东

6.《工伤保险条例》第四十四条:“职工被派遣出境工作,依据前往国家或者地区的法律应当参加当地工伤保险的,参加当地工伤保险,其国内工伤保险关系中止;不能参加当地工伤保险的,其国内工伤保险关系不中止。”

7.《社会保险法》第四十一条:“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费,发生工伤事故的,由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的,从工伤保险基金中先行支付。”

8.案号:湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民终7797号。

9.王耀辉,《中国企业全球化报告(2015)》,社会科学文献出版社。转引自:肖竹,《“一带一路”背景下“出海”企业的对外劳动关系治理》,载于《劳

道国劳工法律制度”导致投资失败的比例约占1/3⁹。由此可见,在雇用当地员工的用工模式之下,劳动用工合规问题同样不可忽视。实践中,企业应当注意以下方面:

1、遵守东道国劳工保护的标准及规定

一般而言,东道国的劳动保护标准由三个部分组成:

第一,东道国当地的劳动法律法规及政策。如前所述,调整劳动关系的法律一般为强行法,尤其是各国均有强制的劳动基准法,标准高低主要取决于各国经济发展水平。以最低工资和带薪年假为例,不同国家之间存在较大的差异,如下表所示:

国家(地区)	最低工资(USD) ¹⁰	年休假 ¹¹
中国(广东)	200.31 ¹²	5-15个自然日 ¹³
孟加拉国	93.8 ¹⁴	每工作11日/18日/20日享受1个工作日 ¹⁵
柬埔寨	180.24 ¹⁶	18个工作日
巴西	235.58	30个自然日
马来西亚	251.50	8-16个自然日 ¹⁷
哥伦比亚	263.16	15个工作日
智利	347.79	15个工作日
西班牙	991.25	30个自然日
葡萄牙	660.90	22个工作日
法国	1675.62	30个工作日

第二,东道国已加入并生效的国际劳工公约规定的标准。出于保护劳工的目的,国际劳工组织通过公约等形式制定国际劳工标准,如东道国加入了相关公约,且公约已满足生效条件,则境外子公司与当地员工建立的用工关系也应当遵守公约规定的标准。常见的国际劳工公约包括,《工业工作时间公约》(第1号)、《每周40小时公约》(第47号)、《同工同酬公约》(第100号)、《带薪假期公约》(第132号)、《最低就业年龄公约》(第138号)等。

第三,东道国与第三国签订的双边协定中承诺的劳动保护条款。例如,根据美国2012年双边投资协定标准文本(2012 U.S. MODEL BILATERAL INVESTMENT TREATY,“BIT”)中有关“投资与劳动”的

动与社会保障》(2019年第3期),第21页。

10.本表格中的金额均为目前各国现行有效的最低工资标准,以2019年12月1日当日美元汇率换算的结果。除特别标明,数据均来自于

www.wageindicator.org。考虑到各国根据本国政策不时更新最低工资标准,上述数据仅供参考,实际情况以当地政府官方政策为准。

11.除特别标明,年休假信息来源于L&E Global Employment Law

Overview(2019-2020),网址为<https://knowledge.leglobal.org/leglobals-employment-law-overviews-2019-2020-global-edition/>。

规定,“为了鼓励投资而削弱或降低国内劳动法律的保护标准属于不当行为”,该等劳动保护标准包括“结社自由、集体协商权以及具有最低工资标准、工作时间要求、劳动安全及健康保障的劳动条件等”¹⁸。这意味着,如果中国企业投资的目标国与美国签订了包含有上述劳工保护标准条款的双边协议的,中国企业境外的子公司也需关注与该等协议相关的东道国国内劳动法标准。

2、重视同工同酬问题

除了遵守东道国当地劳动保护的强制规定外,对于同时采取中国员工外派和当地员工直雇两种用工方式的企业,还需要特别注意同工同酬的问题,以免相同岗位的员工由于薪酬福利待遇的差别引发对企业的不满或抵抗情绪。

3、正确认识工会问题

我国现有的企业与员工集体协商机制尚处于发展阶段,相关工会制度与其他国家的工会制度存在较大差异。这导致中国企业在境外投资的过程中屡屡因工会问题而碰壁。最典型的例子为首钢收购秘鲁国有铁矿公司的遭遇:除了1996年第一次发生罢工事件外,首钢秘铁其后又接连遭遇多次员工罢工事件;2004年,首钢秘铁工会781名员工为要求加薪开始无期限罢工;2005年3月,该工会又再一次提出加薪要求,并设置了封锁线;2010年3月,工人再次以罢工方式要求秘铁加薪;2012年7月,罢工事件再次以变本加厉的方式上演,因公司拒绝回应此次加薪要求,该铁矿1113名员工罢工近20天。据不完全统计,罢工事件给秘鲁铁矿公司带来的日平均损失在100至200万元不等¹⁹。

由首钢秘铁的经历可见,企业在决定在投资目标国招用或接收当地员工前,应当预先了解当地工会及集体谈判的法律政策以及环境。具体需要了解的法律政策及环境情况一般包括:当地法律及政策是否强制要求企业设立工会?当地工会组织享受何种权利(如组织罢工等)?企业有何应对措施?本企业工会、当地相关行业工会等属于温和型或激进型?其对外商投资企业的过往态度如何?

12. 此金额系以中国广东地区2018年第四类城市对应的最低工资标准1410元换算汇率所得。

13. 根据《职工带薪年休假条例》规定,根据员工社会工龄不同而变化。

14. 此为该国成衣制造业工人的最低

工资标准。

15. 根据员工所在行业不同,享受的带薪年假累计方式有所差异。来源于www.aig-qanoon.com。

16. 此为该国服装、制鞋行业工人的最低工资标准。

17. 根据员工在用人单位的服务年限不同而变化。信息来源于www.ilo.org/dyn。

18. 参见2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 网址为:https://ustr.gov/sites/default/fil

3/ 结语

总体而言,企业的境外投资劳动用工合规没有统一的标准和体系,每个企业需要结合自身的海外用工需求、管理模式、价值导向、以及东道国的劳动法环境作个性化的处理。作为企业的中国劳动法顾问,在中国企业境外投资劳动用工的过程中可以发挥的作用主要包括但不限于:①对企业境外投资涉及的劳动用工情况开展尽职调查、识别法律风险、提供合规方案;②与外国劳动法律师就企业境外投资涉及的外国劳动法律适用和执行问题进行沟通,进而向企业提供可行的本地劳动用工管理制度与投资目标国的劳动法规衔接的建议;③协助企业举行劳动用工合规培训,为企业相关业务和职能部门提供法律支持等。

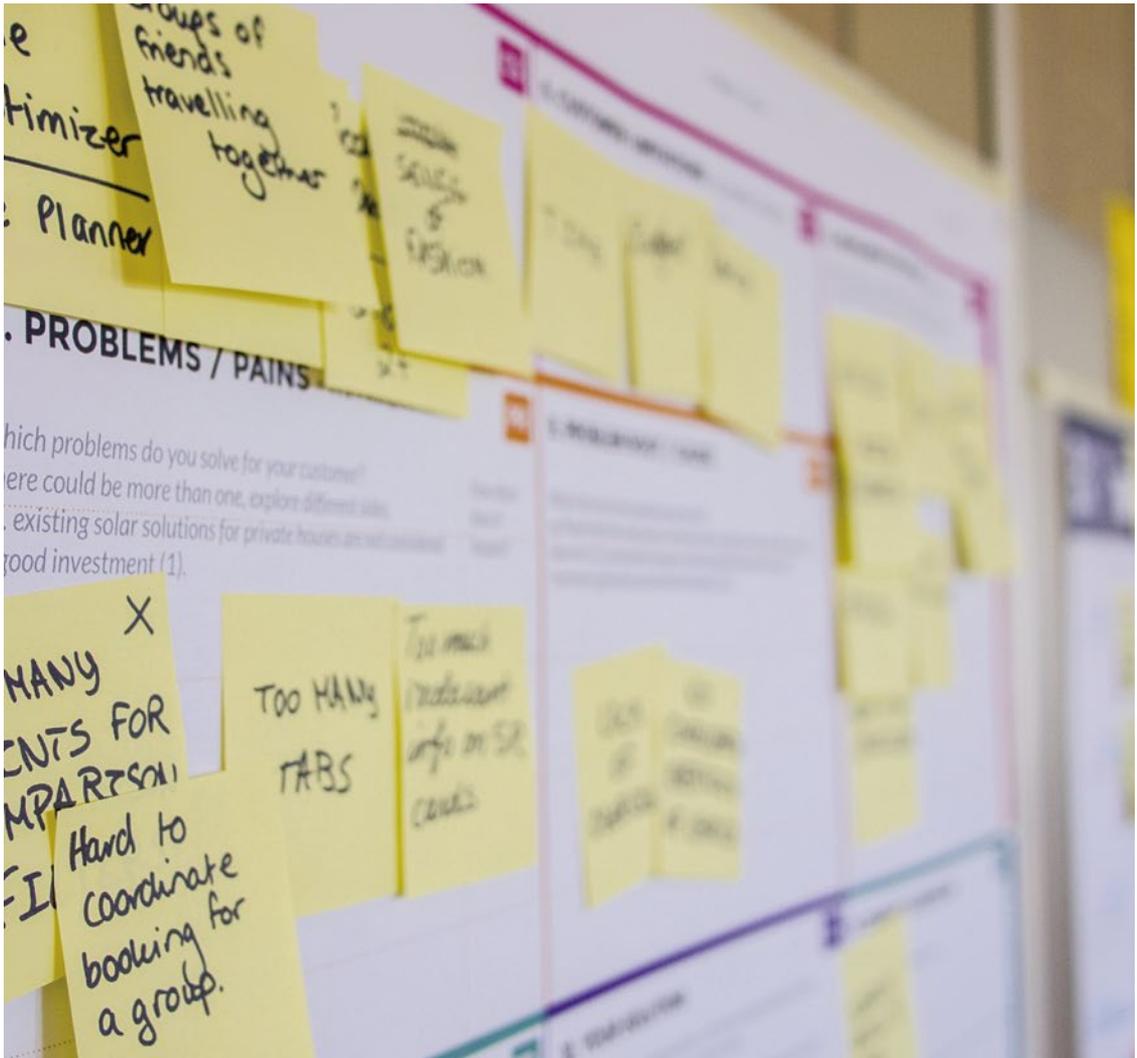
随着“走出去”的步伐越来越远,中国企业所面临的劳动用工情况将会越发复杂。随着实务问题的不断涌现,笔者期待为读者们呈现更深入的关于境外劳动用工合规的研究成果。

中国企业海外投资 用工风险控制

作者/张根旺 李旭



合伙人
公司一部
上海办公室
+86 21 6061 3191
andersonzhang@zhonglun.com



前言

随着经济全球化的深化发展,越来越多的中国企业放眼世界,通过海外投资的方式将业务战略部署全球。人力资源是每家企业正常运转的基石,在海外投资的过程中,境外中资企业如何通过合规的方式招募劳动力,并合理管控海外用工过程中的法律风险对于拓展海外业务有着重要意义。目前,境外中资企业的用工模式主要包括以下三种:

◆模式一:由中国总部向境外子公司外派员工;

◆模式二:通过符合资质的对外劳务合作企业向境外公司输送劳动力;

◆模式三:在投资国当地招聘员工。

1 / 模式一:由中国总部向境外子公司外派员工

在该种用工模式下,员工入职于中国总部,之后,由中国总部将员工派遣到境外公司工作。员工的薪资可能由中国总部或境外公司发放。

(一)员工劳动关系的认定

虽然员工系由中国总部招募,且通常与中国总部签订劳动合同,但在被派遣至海外公司工作以后,员工即在项目国当地提供劳动,且可能需要接受海外公司的管理。在这种情形下,是否可以视为员工与总部的劳动关系已经自动解除并与海外公司建立劳动关系?司法实践中,通常认为员工与中国总部的劳动关系依然存续。理由如下:

1.员工系由中国总部招聘,双方建立劳动关系的意愿已经达成。

员工是接受中国总部的指示赴海外公司工作,因此,本质上还是接受中国总部管理。中国总部将员工派遣至海外公司工作,仅仅是劳动关系中的工作地点的变动,不影响劳动关系的存续;

2.司法机关对这类问题的处理原则是,倾向于保护员工与境内用人单位之间的劳动关系,以避免用人单位通过外派的方式变相与劳动者解除劳动关系;

3.对于对外承包工程项目的外派劳务,《对外承包工程项下外派劳务管理暂行办法》等法规做出了特别规定。根据相关规定,具有对外承包经营资格的企业向其在境外签约实施的承包工程项目派遣各类劳务人员,应当与对外派人员签订劳动合同,所派各类劳务人员受雇于对外承包工程企业,而非外方雇主。这意味着对于对外承包工程项目的外派劳务,法律强制要求对外承包工程企业必须作为雇主与外派人员签订劳动合同,对外工程企业不能通过“劳务中介雇佣”、“境外企业雇佣”等方式转嫁自身的雇主责任。

案例分析——董某与中国海外某工程有限责任公司确认劳动关系之争¹

1.基本案情

2013年4月,董某被中国海外某工程有限责任公司(以下简称“中海外”)派往南太平洋的岛国巴布亚新几内亚(以下简称“巴新”)工作。董某在巴新工作期间遭遇当地黑人袭击,于2014年6月回国治疗,但中海外却不断推诿,撇清与董某的关系。无奈下,董某向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求认定其与中海外存在劳动关系。但由于董某的劳动合同是与中海外境外全资子公司巴新公司(以下简称“巴新公司”)签订的,其请求被北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会驳回。

董某不服劳动仲裁裁决,向北京市海淀区人民法院提起诉讼,请求确认其自2013年4月18日起与中海外存在劳动关系。董某主张其入职于中海外,并受中海外的派遣于2013年4月17日从北京出境,于4月18日到达巴新。其在巴新门迪至坎德普公路工程项目工作,担任工程技术人员。其直接领导是刘某,其工资标准为每月1650美元,工

1. (2015)海民初字第33877号判决书、(2018)京01民终2264号判决书

资是由巴新公司直接汇入其在中国银行的账户。2014年5月17日,其在工作中被打伤。另外,巴新公司未给其缴纳社会保险。

中海外辩称,董某与巴新公司签订了劳动合同,合同期限自2013年4月18日至2016年4月。巴新公司是独立的法人。因此,中海外与董某不存在劳动关系,故不同意董某的诉讼请求。

董某为证明其主张,提供团体意外险保险单。该保险单显示中海外给董某投保了2013年8月10日至2015年8月3日期间的团体意外险。某公司认可该证据的真实性,但表示费用是由巴新公司负担的。董某提供其与中海外几名人员的谈话,该谈话显示双方在协商工伤的处理事宜。中海外认可该证据的真实性,但对几名人员的身份提出不同意见。

中海外主张,门迪至坎德普公路工程项目是中海外承包的工程。因其公司将部分工程分包给了巴新公司,董某是巴新公司的员工,与中海外没有劳动关系。中海外提供了董某与巴新公司的劳动合同、董某的劳工许可证证明董某系与巴新公司建立劳动关系。

2. 法院观点

本案经过了一审和二审程序。北京市海淀区人民法院和北京市第一中级人民法院均支持了董某的请求,确认董某自2013年4月18日起与中海外存在劳动关系。法院的审判理由主要包括:

(1) 根据国务院《对外承包工程管理条例》第十二条的规定,对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同,按照合同约定向外派人员提供工作条件和支付报酬,履行用人单位义务。而《对外承包工程管理条例》同时规定,对外承包工程的单位不得将工程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位。中海外在海淀仲裁委及法院诉讼期间,数次陈述门迪至坎德普公路工程是由中海外承包或分包,但其数次所作的陈述前后均不一致,且其亦未提交其公司将部分工程转包或分包给巴新公司的证据,故对于中海外所陈述的巴新公司承包或分包门迪至坎德普公路工程的说法不予采信。故中海外作为对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同。

(2) 根据国务院《对外合作管理条例》第二条第二款之规定,国外企业、机构和个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。巴新公司为外国企业,外国企业不具备直接招用中国雇员的资格,也不能直

接与中国劳动者建立劳动关系、订立劳动合同。故法院采信董某的主张,认定董某系由中海外招用并由中海外外派出国、给中海外承包的工程提供劳动。

(3)根据国务院《对外承包工程管理条例》第十二条的规定,属于规定主体应当或必须做出一定积极行为的义务性规则。中海外作为中国国内的企业,承包境外建设工程项目,亦应当按照上述规定执行,与其外派人员签订劳动合同,履行用人单位的主体义务,且其不能通过协议的方式转嫁其用人单位的义务。因此,虽然董某在到达巴新后,与巴新公司签订了劳动合同,但对外承包工程的主体与外派人员之间的用工关系已由行政法规规定,按照劳动关系进行调整,故中海外仍旧应当承担用人单位的主体责任。

3. 律师点评

综合本案的各项事实与证据,中海外在海外用工的过程中存在明显不合规之处。其作为对外承包工程企业,应当按照《对外承包工程管理条例》等法规的规定与外派劳务人员签订劳动合同。而中海外却通过境外企业与劳务人员签署劳动合同的方式企图转嫁雇主责任,其行为违反了《对外合作管理条例》等法规的规定。对外承包工程企业与外派人员之间的用工关系已由行政法规所规定,企业无权通过协议的方式另创其他用工模式。因此,中海外最终被认定与董某存在劳动关系。

(二) 社会保险的缴纳

由于中国总部与外派员工之间的劳动关系不因外派而终止,因此中国总部应当履行雇主义务,按照《社会保险法》等法律规定为外派员工缴纳社会保险。

1. 工伤保险缴纳的特殊情形

在缴纳社会保险时,对于工伤保险,应当分情况区别对待。根据《工伤保险条例》第44条的规定:“职工被派遣出境工作,依据前往国家或者地区的法律应当参加当地工伤保险的,参加当地工伤保险,其国内工伤保险关系中止;不能参加当地工伤保险的,其国内工伤保险关系不中止。”因此,对于外派员工,如按照项目国当地的法律规定参加了当地的工伤保险,则国内企业可以停止为其缴纳工伤保险。否

则,国内企业应当在员工外派期间继续为其缴纳工伤保险。

2. 双边社会保障协定

由于外派员工的工作地点在项目国,项目国可能要求境外企业同时按照当地的法律法规为员工缴纳社会保险。这就产生了外派员工社会保险的双重缴纳问题,给企业带来额外的负担。为解决上述问题,目前中国已经与包括韩国、德国、日本、丹麦、芬兰、加拿大、瑞士、荷兰、法国等国家签署了双边社会保障协定。根据双边社会保障协定,对方国家特定员工在本国工作期间,中国与相关国家将相互免除员工及相应企业在本国缴纳特定社会保险的义务,从而减轻企业在社保缴费方面的负担。例如,根据中国与荷兰签署的社会保障协定,中国企业的雇员被派往荷兰工作期间,将免除该雇员以及相应企业在荷兰境内的养老保险、失业保险等强制社保缴费。荷兰人员和企业也将享受对等益处。

(三)特殊工时制的申请

对于部分外派至海外作业的员工,其工作模式可能存在以下特点:一年中的大部分时间被安排在国外工作,剩余时间在国内休息。实行这种工作模式的企业可能要求员工在海外工作期间集中工作,不安排或者很少安排休息时间。当员工回到国内时处于待岗状态,因此可以集中休息。

由于员工在外派期间连续工作,此种工作模式可能存在的风险包括员工主张工作时间超过法定标准时间,以及要求企业支付加班工资。为避免前述风险的产生,企业应当在劳动合同中就特殊的工作模式与员工做出明确约定,并征得员工同意。此外,建议企业为员工申请适用不定时工时制或综合计算工时制,从而避免特殊工作模式引发的法律风险。

案例分析²——外派员工与境内企业的加班费之争

1. 基本案情

高某于2009年5月27日入职北京A公司,双方签订劳动合同,高某被外派至A公司在伊拉克的项目,担任安保员,劳动合同约定双方执行综合计算工时工作制。高某在国外工作时其每周7天工作,没有休

². (2014)一中民终字第02952号判决书。

息日,同时支付国内、国外两部分工资;回国时则处于休息待岗状态,不工作,只支付国内工资。2009年至2012年高某在国外工作703天,在国内休息334天。后双方发生劳动争议纠纷,高某诉至法院,要求A公司向其支付双休日及法定节假日加班工资共计403,014元。

2.法院观点

本案经过了劳动仲裁、一审、二审。北京市第一中级人民法院认为:高某系A公司派驻境外工作的安保人员,其工作性质和收入构成与普通的实行标准工时制的工作岗位有明显的区别。双方认可其执行的是在境外集中工作,回国集中休息的工作形式,此形式符合该工作岗位的需要,也符合双方在劳动合同中对其工资构成的约定。上述情况符合综合计算工时制的特点,双方的劳动合同中也约定了对高某执行综合计算工时制,故法院参考综合计算工时制度核算高某的工作、休息时间、法定节假日加班费标准和工资发放情况。经统计,高某在职期间的工作时间不超过参考综合计算工时制计算的此期间其工作时间上限,且A公司亦安排高某享受了相应的补休。现高某主张休息日加班工资缺乏依据,法院不予支持。



2/ 模式二：通过符合资质的对外劳务合作企业向境外公司输送劳动力

海外投资企业的第二种用工模式为通过符合资质的对外劳务合作机构招聘中国员工。2012年6月，国务院发布了《对外劳务合作管理条例》，其中第二条第二款明确规定“国外的企业、机构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作”。因此，境外企业无权直接从中国境内招募劳务人员，并作为雇主与其签订劳动合同或劳务协议。对于有类似需求的境外企业，必须与符合资质的对外劳务合作企业签订劳务合作合同，并通过对外劳务合作企业向境外输送劳动力。

案例分析——一起境外劳务纠纷引发的思考

2017年，笔者团队有幸与某国际律师事务所美国三个办公室的律师合作，参与处理了一起海外中国劳务人员讨薪纠纷案。本部分将以本案例为出发点，就境外中资企业通过劳务合作机构用工过程中的法律风险作简要评析。

(一)案情简介

被卷入这起劳务纠纷的中资企业是国内某知名装饰公司“J公司”。J公司成立于1993年，总部设在中国苏州，经过二十几年的发展，J公司在国内的装饰行业已经处于领先地位，并于2006年11月在深圳证券交易所挂牌上市。随着国内市场的不断发展，J公司也将业务扩张的步伐扩展到海外市场，并在全球多个国家、地区设立了子公司。

2015年12月，J公司在塞班岛设立的子公司“S公司”与某国际休闲娱乐产业集团签订了《框架协议书》，S公司获得塞班岛某度假村项目的设计与施工精装修分包工程，该项目的签订对于提升J公司海外工程业绩，开拓广阔的海外市场有着重要意义。

在劳动力紧缺的情况下，为加快工程进度，S公司选择与塞班

岛当地的一家劳务公司合作,与该公司签订了劳务分包合同,约定由该劳务公司为S公司提供劳务服务。根据劳务分包合同,劳务分包合同项下的工人均由当地劳务公司负责招募与管理,劳务公司组织工人向S公司提供劳务。劳务分包合同同时约定,S公司直接向当地劳务公司支付劳务工程款,S公司与劳务公司人员无劳动关系。然而,这家劳务公司在用工管理方面存在诸多不合规的问题,包括:

1.劳务公司没有为前往塞班工作的中国工人办理合法的工作签证,所有工人持旅游签证在塞班当地工作。根据美国法律,这些工人都是非法劳工;

2.中国工人的工作时间明显超过了美国法律的规定,并且劳务公司没有向工人支付加班费;

3.中国工人的小时工资低于美国法律规定的最低工资标准。

2017年4月,该劳务公司携S公司支付的工程款逃匿,92名建筑工人被拖欠一个多月的薪水,滞留在美国塞班岛上。事发之后,被欠薪的92名建筑工人在塞班岛举行强烈的抗议,要求S公司按照美国劳动法律规定支付拖欠的薪资,同时受害的中国工人还通过中国驻洛杉矶总领事馆、塞班岛中国商会等多种渠道反映自身面临的困境。与此同时,美国劳工部工资和工时司以及当地劳动部门的官员也依照美国《公平劳工标准法》等法律法规,积极介入了这一事件的调查,此事甚至惊动了美国联邦调查局。

在各方推动下,中国驻洛杉矶总领事馆的工作人员、S公司代表、律师、还有美国劳工部的工作人员和员工代表进行了谈判,就拖欠工资、赔偿、滞纳金等问题达成了协议,问题最终得到了解决。而S公司也为此付出了沉重的代价,其所支付的全部款项高达已支付工程款的数倍。

(二)案件引发的法律思考

1.谨慎选择劳务合作机构

在S公司的劳务纠纷案中,S公司选择与塞班当地的一家华裔劳务中介合作,由该华裔劳务中介从中国境内雇佣劳工。经查看双方的劳务服务合同,该劳务服务合同通篇没有载明劳务公司的名称,仅有

公司负责人在合同上签字。而根据《对外劳务合作管理条例》、《对外劳务合作经营资格管理办法》的规定,从事对外劳务合作的企业必须是在中国境内注册的企业,且须经商务部许可,依法取得对外劳务合作经营资格。而S公司在未审核劳务公司资质的情形下即通过该劳务公司招募员工,这为日后的劳务纠纷埋下了巨大的风险和隐患。企业在海外用工的过程中应当选择取得合法资质的机构作为对外劳务合作企业,在签订劳务合作合同前务必核实对外劳务合作企业的《营业执照》、《对外劳务合作经营资格证书》等证件,确认资质无误后才能与其签署劳务合作合同。

2.制定完善的劳务合作合同,明确各方责任

在现行的法律规定下,境外公司与对外劳务合作企业之间的合作模式包括以下两种:

(1) 境外企业作为雇主

在该种模式下,对外劳务合作企业与在境内招募的劳务人员订立书面服务合同;而境外企业作为雇主与劳务人员签订劳动合同。

(2) 对外劳务合作企业作为雇主

在该种模式下,对外劳务合作企业作为雇主先与劳务人员签订劳动合同,双方建立劳动关系;之后对外劳务合作企业再将员工派遣到境外项目工作。

根据《对外劳务合作管理条例》的规定,对于以上两种合作模式,境外公司均应按照《对外劳务合作管理条例》第二十一条的规定与劳务服务公司签订书面劳务合作合同,且劳务合作合同应当至少载明以下事项:

- 1) 劳务人员的工作内容、工作地点、工作时间和休息休假;
- 2) 合同期限;
- 3) 劳务人员的劳动报酬及其支付方式;
- 4) 劳务人员社会保险费的缴纳;
- 5) 劳务人员的劳动条件、劳动保护、职业培训和职业危害防护;
- 6) 劳务人员的福利待遇和生活条件;
- 7) 劳务人员在国外居留、工作许可等手续的办理;
- 8) 劳务人员人身意外伤害保险的购买;

9)因国外雇主原因解除与劳务人员的合同对劳务人员的经济补偿;

10)发生突发事件对劳务人员的协助、救助;

11)违约责任。

以上规定的立法目的既是为了保护劳务人员的合法权益,同时也为了促进外国雇主与对外劳务合作企业之间明确各自的责任与义务。在本案中,S公司与劳务公司签订的劳务服务合同仅就“服务内容”、“付款方式”及“劳务公司的职责”进行了极为简要的约定,显然不符合《对外劳务合作管理条例》的规定。并且,经过美国劳工部的调查,S公司被认为应当就劳务中介的违法行为承担连带责任,而由于劳务合作合同未就双方的责任、义务做出明确约定,这使得S公司在承担连带责任后向劳务公司追讨的难度大大加大。

3.严格遵守项目国当地的用工管理规定

由于劳务人员在项目国当地提供劳务,在用工方面,海外投资企业还须遵守项目国当地的劳动法律规定,尤其在最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、签证管理等基本方面不得违反当地的标准性规定。在本案中,劳务人员的签证、工作时间、小时工资均违反了当地的法律规定,而S公司最终也向劳务人员和政府支付了高额的赔偿金、罚金等款项,代价不菲。因此,海外投资企业在境外用工的过程中还应深入了解项目国当地的劳动法律规定,并严格遵守当地的用工管理规范,减少、避免违反当地法律法规所引起的法律风险。

3/ 模式三:在项目国当地招聘员工

由于境内劳动力成本不断提高,加之投资国对于本国就业的保护力度不断加大,从成本和便利性的角度分析,境外中资企业还应充分利用项目国当地的劳务资源,在项目国当地招聘劳动力。在这种用工模式下,境外企业在招聘、用工管理及解除劳动/劳务合同的过程中均应严格遵守项目国当地的法律规定,境外企业与劳务人员

之间的权利和义务和争议解决应当适用投资国当地的法律。通常情况下,投资国当地的劳动法律与我国的劳动法律存在较大的差异,在开展用工前,建议境外中资企业提前就用工管理过程中的注意事项向当地的专业律师进行深入咨询,并请当地律师协助制定合规的用工管理方案,避免违反投资国当地的法律规定而引发各项法律风险。

总编辑

龚乐凡

张炯

编委 (按姓氏笔画排序)

刘相文

陈际红

余昕刚

张国勋

张根旺

段海燕

南锦林

高俊

顾萍

徐珊珊

薛熠

免责声明：

以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



中伦研究院出品