



# 中国石油海外投资业务 合规指引系列之合规案例库

中国石油国际勘探开发有限公司



## 序 言

2020年11月，中央全面依法治国工作会议确立了习近平法治思想在全面依法治国中的指导地位，开启了全面依法治国的新时代。当前，集团公司深入贯彻落实习近平法治思想，扎实推动“四个坚持”的兴企方略，坚持依法合规治企，确定了2025年法治建设取得明显进步、2035年建成世界一流法治企业的总体目标和发展愿景。

回首29年波澜壮阔的国际化经营征程，中国石油国际勘探开发有限公司作为集团公司授权专门负责海外油气投资与经营作业的专业子公司，切实发挥标杆表率作用，始终倡导依法合规治企，持续提升法治建设水平，将法治建设纳入全局统筹谋划。特别是近年来，公司运用法律武器积极维权，稳妥应对美国制裁、新冠疫情挑战和重大商务法律纠纷，在大战大考前经受住了考验，圆满完成了生产经营任务，为国家能源安全做出了重要贡献！

当前世界处于百年未有之大变局，面对全球治理体系的深刻变革、国际上日益激烈的制度规则竞争博弈以及疫情蔓延和产业变革等前所未有的严峻挑战，作为党和国家“一带一路”的先锋、集团公司国际化战略最可信赖的骨干中坚力量，我们肩负着落实全面依法治国战略的光荣使命，肩负着推进公司治理体系和治理能力现代化的崇高职责，持续提升法治建设和合规管理能力已经成为我们必须面对的经常性问题和关键性任务。

知者行之始，行者知之成。为帮助广大员工深入理解合规要求，正确践行合规理念，公司组织编写了《海外投资业务合规指引系列丛书之合规案例库》。案例库聚焦于腐败反商业贿赂、反垄断反不正当竞争、经济制裁、反洗钱、安全环保、商业秘密、劳动用工、数据安全、国资监管与对外投资等九大合规重点领域，以贴合实际、具体生动的合规典型案例为载体，架构起了实践与理论的桥梁。希望每位员工深入贯彻习近平法治思想，深刻认识新形势下坚持依法合规治企的重要性和必然性，认真学习研究各类案例，牢固树立依法合规理念，以案例为警醒，以实践作承诺，以行动明底线，知规、懂规、合规，推动法治建设迈向更高水平，为奋进海外油气业务高质量发展和集团公司建设基业长青的世界一流企业做出更大法治贡献！



中国石油国际勘探开发有限公司 总经理

2021年12月7日

# 目 录

## 第一章 反腐败反商业贿赂

案例1：国企境外公司高管受贿案 .....	5
案例2：国有能源公司代表境外投标行贿案 .....	12
案例3：国有建设公司高管私分国有资产案 .....	20
案例4：国有集团公司项目经理贪污、挪用公款案 .....	25
案例5：国有化工企业财务行贿案 .....	30
案例6：国有石油公司高管境外业务失职案 .....	36
案例7：国有重型机械有限公司高管被监察委调查 .....	41
案例8：国有上市公司违反FCPA .....	47
案例9：国企高管在英业务行贿案 .....	56

## 第二章 反垄断反不正当竞争

案例1：国企达成并实施纵向价格垄断协议案 .....	68
案例2：电力行业横向垄断协议案 .....	72
案例3：天然气公司附加不合理交易条件案 .....	75
案例4：欧洲天然气公司横向垄断协议案 .....	82
案例5：国企赴欧洲收购境外企业案 .....	86
案例6：美国某石油公司固定、限制商品价格案 .....	89

## 第三章 经济制裁

案例1：制裁中的高管筛查 .....	94
--------------------	----

案例2：企业收购后的制裁监管责任 .....	99
案例3：出口管制案 .....	103
案例4：古巴制裁案 .....	106
案例5：制裁中的50%原则筛查 .....	108
案例6：涉军清单对合同违约和投标项目的影响 .....	112

## 第四章 反 洗 钱

案例1：广东省“飓风2号”地下钱庄系列案.....	120
案例2：中国企业与经济制裁国家交易遭遇外国制裁和反洗钱调查案 ..	124
案例3：高溢价海外并购洗钱案 .....	127
案例4：许超凡等人洗钱案 .....	130
案例5：矿业大亨通过贿赂矿产品出口国高官及其跨国公司 网络进行洗钱 .....	133

## 第五章 安全环保

案例1：雪佛龙公司巴西漏油案 .....	137
案例2：BP墨西哥湾漏油案 .....	140
案例3：道达尔“埃里卡”号油轮污染案 .....	143
案例4：BP德克萨斯州炼油厂爆炸事故 .....	145
案例5：加勒比石油公司油库爆炸案 .....	148

## 第六章 商业秘密

案例1：通过境外企业侵害商业秘密案 .....	154
案例2：某公司国内外系列招聘案 .....	161
案例3：合同缔结中的商业秘密案 .....	167
案例4：商业秘密中的保密措施要求 .....	171

案例5：海外专家人才被认定构成经济间谍罪	175
----------------------	-----

## 第七章 劳动用工

案例1：对外劳务合作企业与外派人员劳动关系认定案	184
案例2：对外承包工程企业与外派人员劳动关系认定案	187
案例3：外派员工的境内工伤保险待遇案	190
案例4：外派员工感染传染病工伤认定案	192
案例5：外派员工加班费争议案	194
案例6：开除境外派驻期间猥亵妇女员工案	197
案例7：境外派驻高管调岗回国案	200

## 第八章 数据安全

案例1：“滴滴出行”接受网络安全审查案	208
案例2：特斯拉建立中国数据中心案	216
案例3：意大利能源公司-GDPR处罚案	221
案例4：A能源公司数据泄露案	224
案例5：X公司并购数据泄露案	229
案例6：字节跳动接受国家安全审查案	234

## 第九章 国资监管及境外投资

案例1：中央企业子公司境外投资逃汇案	249
案例2：中央企业境外子公司财务管理以及境外投资违规	254
案例3：中央企业境外子公司因重大不利变化对外转让产权	260
案例4：能源类中央企业境外非主业投资	265
案例5：设立境外特殊目的公司及个人境外代持案	271
案例6：项目突发重大事件及退出案	276



# 第一章

# 反腐败反商业贿赂

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	国企境外公司高管受贿案	国企高管、海外工程项目、受贿	<p>1. 某国企高管负责海外工程项目分包商考察和项目管理工作时，以“翻译费”的名义收取某分包商支付的款项；</p> <p>2. 在负责另一海外工程项目时，该国企高管又收受另一分包商送予的款项；</p> <p>3. 该国企高管作为国家工作人员，收受财物，并利用职务上的便利为他人谋取利益，构成受贿罪，最终被判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币一百万元。</p>	<p>1. 《中华人民共和国刑法》第93条、第383条、第385条及第386条</p> <p>2. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条、第13条及第15条</p>	真实案例
2.	国有能源公司代表境外投标行贿案	海外项目投标、外国政府官员、行贿、挪用资金	<p>1. 某国有企业员工参与海外项目投标时，向负责招标的外国政府官员支付现金，涉嫌对外国公职人员行贿；</p> <p>2. 该员工为募集项目资金，邀请投资公司经理前往外国考察，期间为该经理安排豪华招待，最终该经理决定违规投资该海外项目，该员工的行为涉嫌对非国家工作人员行贿；</p> <p>3. 该员工在境外挪用公司账户上的存款用于个人消费，一周后全额归还，涉嫌挪用公款；</p> <p>4. 该员工的行贿行为有可能违反了《美国反海外腐败法》（“FCPA”）项下的有关规定，同时该国有企业可能因未能合理预防贿赂违反《英国反贿赂法》（“UKBA”）。</p>	<p>1. 《中华人民共和国刑法》第164条及第384条</p> <p>2. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条</p> <p>3. 《美国反海外腐败法》第78dd-1(c)条</p> <p>4. 《英国反贿赂法》第7条第(1)款及第(2)款</p>	模拟案例
3.	国有建设公司高管私分国有资产案	国企高管、私发奖金、私分国有资产	<p>1. 某国有企业高管以单位名义给领导班子成员及部分员工发放额外奖金，并安排财务将海外工程项目的资金转入会计个人账户；</p> <p>2. 该高管随后指示会计将收到的公款作为奖金安排发放至指定的领导班子成员和员工手中，涉嫌私分国有资产。</p>	<p>1. 《中华人民共和国刑法》第382条及第396条</p> <p>2. 《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》第4条</p>	真实案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
4.	国有集团公司项目经理贪污、挪用公款案	国企项目经理、贪污、挪用公款	1. 某国有企业项目经理通过虚增劳务费的方式提取工程款，并支取现金占为已有或用于个人消费，涉嫌贪污； 2. 该项目经理还将提取的工程款用于帮助他人垫付与公司经营无关的费用，涉嫌挪用公款。	1.《中华人民共和国刑法》第25条、第382条及第384条 2.《中华人民共和国反不正当竞争法》第7条	真实案例
5.	国有化工企业财务行贿案	国企员工、谋取高位、行贿、对有影响力的人行贿、介绍贿赂	1.某国企员工为了谋取高位，向工厂负责人的妻子行贿，随后该员工在不符合条件的情况下，被工厂负责人力排众议提拔为财务部主任，故该员工涉嫌对有影响力的人行贿； 2.升任财务部主任后，该员工得知其表弟有求于工厂负责人，介绍其表弟认识负责人并行贿，涉嫌介绍贿赂。	1.《中华人民共和国刑法》第388条之一、第390条之一及第392条 2.《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条 3.《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第7条	模拟案例
6.	国有石油公司高管境外业务失职案	国企高管、关联交易、非法经营同类营业、为亲友非法牟利、签订合同失职被骗、国有公司人员失职、国有公司人员滥用职权	1.某国企海外分公司高管在外私设公司，低价购买国企产品后高价对外出售，涉嫌非法经营同类营业； 2.该高管在国企的新建工程中，未通过公开招标，直接从自己表弟的公司购买建材，且价格高于市场价，涉嫌为亲友非法牟利； 3.该高管在新建工程中，在没有背景调查的情况下，贸然选择低价的施工队，被该施工队骗取工程款后潜逃，更换施工队后亦没有履行自己作为管理人员的责任，未对工程进行视察，导致重大事故，涉嫌签订合同失职被骗、国有公司人员失职、国有公司人员滥用职权。	1.《中华人民共和国刑法》第165条、第166条、第167条及第168条	模拟案例

## 中国石油海外投资业务合规指引系列之合规案例库

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
7.	国有重型机械有限公司高管被监察委调查	国企高管、收受回扣、监察委	<p>1. 某国企海外分公司高管在原材料采购中大量收取回扣，并给当地原材料供应商提供业务方面的便利；</p> <p>2. 国企总部所在市级监察委得知情况后，遂对该高管立案调查，并采取留置措施；</p> <p>3. 发现该高管涉嫌职务犯罪后，监察委将案件移送人民检察院依法审查、提起公诉。</p>	1. 《中华人民共和国监察法》第11条、第15条、第43条及第45条	模拟案例
8.	国有上市公司违反FCPA	美国上市国企、海外项目招标、外国国企、国际组织、疏通费、行贿、FCPA	<p>1. 某纽交所上市国企在参与境外基建项目招标时，向负责项目招标的当地国企负责人行贿，涉嫌违反FCPA；</p> <p>2. 为了顺利通过国际组织的环境评价，该国企的员工又向负责评价的国际组织官员行贿，尽管被拒绝，仍涉嫌违反FCPA；</p> <p>3. 获取项目后，为了加快某例行政审批进程，该国企的员工向负责的政府人员支付了小额现金，该等符合特定条件的疏通费构成FCPA的例外情况。</p>	1. 《美国反海外腐败法》第78dd-1(a)条、第78dd-1(b)条第78dd-1(f)条及第78m(b)条	模拟案例
9.	国企高管在英业务行贿案	英国反贿赂法、疏通费、行贿	<p>1. 某国企业在英国采购机器设备时，海关手续拖沓，为了加快进程，向海关官员行贿，违反UKBA有关规定，涉嫌行贿；</p> <p>2. 主管机关调查中，发现该企业采购设备时曾委托当地代理商代为采购，但是代理商采购过程中为了加快进程曾向厂商行贿，该国企因第三方的行为，亦有可能违反UKBA。</p>	1. 《英国反贿赂法》第1条、第7条、第13条、第14条及第12条	模拟案例

## 案例1：国企境外公司高管受贿案<sup>1</sup>

### （一）案情简介

2009年至2011年期间，马某担任国企中某有限公司沙特分公司（下称“沙特分公司”）总经理助理。2010年8月10日，马某负责沙特“H别墅”项目分包商的考察推荐及项目分包后的协调管理，期间以“翻译费”的名义收取分包商四川省隆昌某建设有限公司（下称“四川某公司”）法定代表人古某送予的人民币60万元。2010年12月23日至2011年期间，马某负责沙特“N别墅”项目分包商的考察推荐及项目分包后协调管理工作，先后收受分包商江苏省某集团有限公司（下称“江苏某公司”，与四川某公司合称为“两公司”）施工负责人送予的共计20万沙特里亚尔（约合人民币35.0432万元）。2015年7月，马某因涉嫌贪污被检察机关立案侦查，并于2015年9月被逮捕。

---

<sup>1</sup> 真实案例：马林受贿案，昆明铁路运输中级法院（2019）云71刑终1号刑事裁定书。

## (二) 案例分析

1. 中某有限公司的全资母公司为一家国有资产全额控股的有限公司，马某在沙特分公司任总经理助理，请问马某是否属于国家工作人员？

### • 结论

马某属于国家工作人员。

### • 法律依据

根据《中华人民共和国刑法》（下称“《刑法》”）第九十三条：

“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。”

### • 分析

本案中，中某有限公司的全资母公司为国有资产全额控股的有限公司，故中某有限公司应当为国有公司；沙特分公司为中某有限公司的分支机构，应属国有公司的一部分。马某在沙特分公司担任的职务为总经理助理，分管若干工程项目，具有一定职权，且对国有资产具有管理、监督职能，应属从事公务的人员。因此，马某属于国家工作人员。

2. 马某任总经理助理期间，在“H 别墅”项目管理协调上给予四川某公司关照，在“N 别墅”项目管理协调上给予江苏某公司关照，是否属于为两公司谋取利益？是否利用了职务便利？

### • 结论

该等行为属于为两公司谋取利益，且利用了职务便利。

### • 法律依据

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（下称“《贪污贿赂司法解释》”）第十三条：

“具有下列情形之一的，应当认定为‘为他人谋取利益’，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：

- (一) 实际或者承诺为他人谋取利益的；
- (二) 明知他人有具体请托事项的；
- (三) 履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。

国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。”

### • 分析

马某在两个项目上给予两公司关照，实际为两公司谋取了利益。此外，马某担任总经理助理期间，主要工作为建设项目的分包商考察及项目分包后协调管理，两公司均为沙特分公司建设项目分包商，马某给予其关照系利用了自己的职务便利。

3. 马某在本案中构成什么罪名？

### • 结论

构成受贿罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百八十五条：

“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者

非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。

国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”

#### • 分析

马某作为国家工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，可能构成受贿罪。

4. 马某在本案中的受贿金额大约是多少？

#### • 结论

马某本案中的受贿金额大约为人民币 95 万元。

#### • 法律依据

根据《贪污贿赂司法解释》第十五条：

“对多次受贿未经处理的，累计计算受贿数额。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益前后多次收受请托人财物，受请托之前收受的财物数额在一万元以上的，应当一并计入受贿数额。”

#### • 分析

马某前后两次分别收受贿赂人民币 60 万元及 20 万里亚尔，均未经处理，应当合并计算。

5. 马某可能受到的处罚是什么？

#### • 结论

马某可能被处以三年以上、十年以下有期徒刑，并处罚金或没收财产。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百八十三条<sup>2</sup>及三百八十六条<sup>3</sup>:

“对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

.....

(二) 贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

.....

对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条（注：即贪污罪的处罚）的规定处罚。索贿的从重处罚。”

---

2 《刑法》第三百八十三条：“对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

(一) 贪污数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。  
(二) 贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

(三) 贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

犯第一款罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，有第一项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第二项、第三项规定情形的，可以从轻处罚。

犯第一款罪，有第三项规定情形被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情況可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。”

3 《刑法》第三百八十六条：“对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。”

此外，根据《贪污贿赂司法解释》第二条<sup>4</sup>：

“贪污或者受贿数额在二十万元以上不满三百万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的‘数额巨大’，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

……”

### • 分析

马某受贿金额合计约人民币 95 万元，在 20 万元以上、300 万元以下，属于“受贿数额巨大”。现实中，马某最终被判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币 100 万元。

请注意，马某两次受贿金额无论是否合并计算，均属于“数额巨大”的范围。结合上述受贿金额累计计算的方法，即使受贿人单次受贿金额均低于人民币 20 万元，但如果合计超过了人民币 300 万元，仍应构成“数额特别巨大”，可能被处以十年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或者没收财产。在使国家和人民利益遭受特别重大损失时，还可能被处以无期徒刑或死刑。

此外，马某的受贿行为发生在 2010 至 2011 年，但直到 2019 年才被追诉，期间最高人民法院及最高人民检察院于 2016 年发

---

4 《贪污贿赂司法解释》第二条：“贪污或者受贿数额在二十万元以上不满三百万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的‘数额巨大’，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

贪污数额在十万元以上不满二十万元，具有本解释第一条第二款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的‘其他严重情节’，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

受贿数额在十万元以上不满二十万元，具有本解释第一条第三款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的‘其他严重情节’，依法判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

布了《贪污贿赂司法解释》，提高了受贿罪的追诉标准，相比此前的处刑较轻。一审及二审法院在 2019 年对此案进行审理时，均依据《刑法》第十二条采取了处刑较轻的《贪污贿赂司法解释》，这一做法即为常说的刑法中的“从旧兼从轻原则”。

## 案例2：国有能源公司代表境外投标行贿案<sup>5</sup>

### （一）案情简介

甲公司为一家跨国能源公司（国有企业），在世界各地均有不同规模的项目。近日，A国新发现了一处油田，希望通过公开招标的方式寻求一家国际能源公司一同合作开发。李某作为甲公司的代表，负责A国油田项目投标事宜。期间，A国负责招标的政府官员表示自己可以决定招标的结果，表示甲公司如果足够有诚意那么可以一同合作，李某遂支付其40万美元。一日，李某为维系商业关系，邀请与A国油田项目有关的商业伙伴及员工前往酒吧小酌，其中包括负责招标的A国政府官员。此外，为投资A国油田项目，李某多次与乙投资公司经理刘某沟通交流，邀请刘某赴A国考察项目，乘坐头等舱，期间安排刘某至当地高档餐厅就餐，并邀请其前往豪华度假村住宿，共计消费人民币12万元，最终刘某违规决定投资甲公司的A国油田项目。在A国期间，李某在某非法地下赌场消费时一时激动，将甲公司当地银行账户上的5万美元取出消费，一周后使用个人财产全额归还。

---

<sup>5</sup> 模拟案例。

## (二) 案例分析

1. 李某给予 A 国政府官员 40 万美元的行为可能构成什么罪名？可能受到什么处罚？

### • 结论

可能构成对外国公职人员行贿罪，如构成，可能被判处有期徒刑或拘役，并处罚金。

### • 法律依据

根据《刑法》第一百六十四条：

“为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的，依照前款的规定处罚。

单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

### • 分析

李某给予 A 国政府官员 20 万美元，是为了让 A 国政府官员在招标上舞弊让甲公司中标，为甲公司谋取了不正当利益，可能构成《刑法》第一百六十四条第二款项下的对外国公职人员行贿罪。此外需注意，为谋取不正当商业利益而给予国际公共组织官员财物，可能构成对国际公共组织官员行贿罪。如构成，可能被判处有期徒刑或拘役，并处罚金。

2. 李某宴请刘某、在度假村招待刘某的行为是否构成对非国家工作人员行贿罪？如果构成，行贿金额为多少？

#### • 结论

可能构成对非国家工作人员行贿罪，行贿金额为人民币 12 万元。

#### • 法律依据

根据《贪污贿赂司法解释》第十二条：

“贿赂犯罪中的‘财物’，包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额，以实际支付或者应当支付的数额计算。”

#### • 分析

贿赂犯罪中的“财物”包括货币、物品和财产性利益。其中，财产性利益包括物质利益（如房屋装修、债务免除）及需要支付货币的其他利益（如会员服务、旅游）。因此，高档餐厅宴请、豪华度假村招待的行为均属于需要支付货币的其他利益，属于向刘某给予财物的行为。此等行为是为了让刘某违规为甲公司发放贷款，属于谋取不当利益。因此，李某的行为可能构成对非国家工作人员行贿罪。此外，如果李某构成行贿罪，贿赂犯罪中需要支付货币的其他利益的犯罪数额，按照实际支付的数额计算。因此，本案中李某涉嫌向刘某行贿的金额为宴请和招待的消费金额人民币 12 万元。

3. 如果李某在行贿刘某前，向甲公司总经理及法定代表人王某进行了汇报，王某表示“拿到贷款最重要，想办法把事情办成”，那么甲公司是否可能构成犯罪？王某是否需要承担任何责任？

### • 结论

甲公司可能构成对非国家工作人员行贿罪的单位犯罪。王某可能被判处三年以下有期徒刑或拘役，并处罚金。

### • 分析

王某作为甲公司的总经理和法定代表人，其清楚知晓李某的行贿行为，默许甚至明示批准了李某的行贿行为，法律意义上可视为已能代表甲公司的意图，即甲公司本身具有犯罪故意。同时，行贿李某是为了给甲公司谋取不当利益，那么甲公司可能构成对非国家工作人员的单位犯罪。

王某作为甲公司的总经理和法定代表人，在上述行贿情形中决定、纵容，甚至批准、授意李某实施行贿行为，属于甲公司对行贿行为直接负责的主管人员，应当承担单位犯罪下的个人责任。就对非国家工作人员行贿罪的单位犯罪而言，直接负责的主管人员按照该罪个人犯罪处罚，行贿金额为 12 万元时，可能被判处三年以下有期徒刑或拘役，并处罚金。

### 4. 李某使用甲公司资金赌博的行为是否构成挪用公款罪？

### • 结论

将会涉嫌构成挪用公款罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百八十四条第一款：

“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进

行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”

### • 分析

李某作为国有企业甲公司在海外业务的代表，且对甲公司在海外账户的国有资产具有管理、监督的职能（即从事公务），故李某属于国家工作人员。尽管李某在挪用甲公司公款后，一周就全额归还，并没有超过三个月，但是李某挪用甲公司的公款是用于进行非法的地下赌博活动，仍可能构成挪用公款罪。

5. 不考虑李某向 A 国政府官员行贿的事实，邀请 A 国政府官员喝酒并为其买单的行为本身是否违反了《美国反海外腐败法 (Foreign Corrupt Practice Act, 下称 “FCPA” )》的有关规定？

### • 结论

不违反。

### • 法律依据

根据《美国反外国腐败法指南》第二章第 17 页：

“只有 ‘腐败地’ 向政府官员提供、承诺、授权支付、支付任何财物时，才会违反 FCPA。在国会通过 FCPA 时，其指出 ‘腐败地’ 意味着意图或希望错误地影响接收者。”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> 上述规定原文为：“To violate the FCPA, an offer, promise, or authorization of a payment, or a payment, to a government official must be made ‘corruptly.’ As Congress noted when adopting the FCPA, the word ‘corruptly’ means an intent or desire to wrongfully influence the recipient.”

### • 分析

FCPA 本身并不禁止一切对外国政府官员的招待，如果是为了促进商业合作、宣传公司产品及服务而提供的合法且善意的招待，在 FCPA 项下是允许的。单从邀请 A 国政府官员喝酒来看，除非有相反证据，该行为本身可能并不存在腐败的意图。当然，此处只是针对一个通常的情况进行考虑。如果邀请 A 国政府官员饮酒的场所过于奢侈、高档，甚至还有其他额外的高消费招待，那么该等招待可能超过了为了满足商业往来基本的友好招待，可能涉嫌 FCPA 项下的贿赂行为。

6. 假设相关主体符合 FCPA 项下行受贿方的条件，李某邀请刘某参观考察的行为是否可能违反了 FCPA 的有关规定？

### • 结论

可能违反。

### • 法律依据

根据 FCPA 第 78dd-1 (c) 条：

“对于本节第 (a) 或 (g) 条项下的行为而言，如下情况可以作为肯定抗辩：

(1) 支付、赠与、提供或者承诺的任何财物根据外国官员、政党、政党官员或候选人所在国家的成文法是合法的；或

(2) 支付、赠与、提供或者承诺的任何财物是由外国官员、政党、政党官员或候选人所支付的或在其名下的合理且善意的支出，例如交通费和住宿费，且直接关系到：

(A) 产品或服务的宣传、展示或说明；或

(B) 与外国政府或其机构所签合同的执行或实施。”<sup>7</sup>

### • 分析

李某邀请刘某参观考察本可能属于正常的公务行为，可以为刘某报销必要的交通费、餐饮费及住宿费。但是李某在招待刘某的时候，选择了飞机头等舱、高档餐厅、度假村等奢侈消费，易被认为存在一定的腐败意图。一方面，考虑到刘某有权决定项目投资及后续有关违规安排，该等行为可能涉嫌向刘某行贿。另一方面，如果甲公司在对刘某招待的有关报销进行记账时，将其记为合法的商业费用，不排除也有可能违反 FCPA 关于账册记录的有关规定。

7. 假设甲公司对于李某的行为并不知晓，甲公司高管也从未批准、决定、授意、纵容、指挥李某行贿，那么甲公司是否仍有可能构成《英国反贿赂法（Bribery Act，下称“UKBA”）》项下的有关罪名？

### • 结论

有可能构成未能合理预防贿赂罪。

---

7 上述规定原文为：“It shall be an affirmative defence to actions under subsection (a) or (g) of this section that— (1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official’ s, political party’ s, party official’ s, or candidate’ s country ; or (2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and bona fide expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to— (A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services ; or (B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.”

### • 法律依据

根据 UKBA 第 7 条第（1）款及第（2）款：

“如果商业组织有关的个人向其他个人行贿是为了如下目的，那么该商业组织也会因此构成本节项下的犯罪：

- (a) 为了让商业组织获得或保留业务；或
- (b) 为了让商业组织获得或保留开展业务的优势。

但是，商业组织可以通过证明已经制定了足够的程序来防止与商业组织有关联的个人进行此类行为，作为本罪的抗辩。”<sup>8</sup>

### • 分析

如果甲公司内部并未形成有效的合规体系，对于反腐败反贿赂也没有充分的内部规章制度、培训、指引等，在发现可能的违规线索也未能引起足够重视、且“睁一只眼闭一只眼”不做处置，那么可能会被认为未能采取足够的程序以预防贿赂。

---

8 上述规定原文为：“A relevant commercial organisation is guilty of an offence under this section if a person associated with commercial organisation bribes another person intending—(a) to obtain or retain business for the commercial organisation, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for the commercial organisation. But it is a defence for the commercial organisation to prove that the commercial organisation had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the commercial organisation from undertaking such conduct.”

## 案例3：国有建设公司高管私分国有资产案<sup>9</sup>

### (一) 案情简介

2012年至2014年，孙某先后任国企湖北某建设公司党委书记、总经理，兼任法定代表人。2013年12月，孙某以单位名义给湖北某建设公司的领导班子成员及部分职工额外发放奖金，并安排财务部主任曾某、公司会计刘某一落实奖金发放。为此，曾某采取虚列劳务费的形式，安排湖北某建设公司在土耳其的工程项目向湖北某人力公司转入在建项目资金人民币359万元。扣除3万元管理费后，湖北某人力公司将剩余356万元转至刘某的个人账户，并由刘某按照孙某拟定好的方案，发放奖金共计人民币336万元，剩余20万元一直放在刘某处未发放。2014年9月，湖北某建设公司的上级单位中国某建设股份有限公司纪检部门对上述孙某擅自发放奖金一事进行了查处，湖北某建设公司其余七名班子成员将领取的共计70万元奖金以及刘某未发放的20万元奖金，全部上交给湖北某建设公司财务。2020年6月9日，人民法院对本案做出终审判决，单就擅自发放奖金一事，认定孙某构成私分国有资产罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币

---

<sup>9</sup> 真实案例：孙仁好、湖北省电力建设第二工程公司单位受贿案，湖北省高级人民法院（2019）鄂刑终117号刑事判决书。

十万元。

## (二) 案例分析

1. 湖北某建设公司在土耳其的海外在建项目资金是否属于国有资产？

### • 结论

海外在建项目资金属于国有资产。

### • 法律依据

根据《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》第四条第（六）款：

“本规定中有关私分国有资产罪案中的‘国有资产’，是指国家依法取得和认定的，或者国家以各种形式对企业投资和投资收益、国家向行政事业单位拨款等形成的资产。”

### • 分析

本案中，湖北某建设公司的股权向上穿透，其上级企业中国某建设公司是由国务院 100% 出资的中央企业，而中国某建设公司至湖北某建设公司的投资链中每一层级均为 100% 持股。因此，湖北某建设公司在海外在建项目的资金，实际上是国家对企业的货币投资，属于国有资产。

2. 孙某以单位名义向领导班子和部分员工额外发放奖金构成什么罪名？

### • 结论

构成私分国有资产罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百九十六条规定：

“国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

### • 分析

孙某作为湖北某建设公司的法定代表人、党委书记，对于该公司履行全面管理职责。孙某给领导班子和部分员工额外发放奖金的资金，来源于公司海外在建项目的资金，且该资金被孙某等人伪装成劳务费用，转给湖北某人力公司后又转入刘某的个人账户，违反了国有企业领导人廉洁从业规定和财务管理制度。而此等额外奖金的来源为海外项目的资金，孙某无权自主决定分配和使用。因此，孙某以湖北某建设公司的名义，私自处分公司海外项目的资金，用以分配给公司中的部分个人，构成私分国有资产罪。

3. 本案中可能受到处罚的主体是谁？

### • 结论

孙某、曾某、刘某可能受到处罚。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百九十六条规定：

“国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大

的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

### • 分析

尽管私分国有资产罪是单位犯罪，但是本罪只处罚个人，即单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员。本案中，额外发放奖金的决定是孙某做出的，实际执行由曾某和刘某完成，故三人均有可能受到刑事处罚。

4. 若刘某将未分配的 20 万元占为已有，可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成贪污罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百八十二条：

“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。

与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”

### • 分析

刘某在本案中，受孙某指使，以个人账户接受计划用于私分给个人的国有资产，且该等资产是由于孙某的犯罪行为交由刘某管理的，即使刘某不知道孙某分配奖金是在没有处分权限且违反财务制度的情况下进行的，由于孙某作为湖北某建设公司的法

定代表人，实际上是代表湖北某建设公司将该等资金交由刘某保管，该等款项仍属于公共财物。此外，刘某作为公司会计，具有保管该等资金的职务便利，而刘某占有该等资金利用了自己的职务便利。因此，若刘某将未分配的 20 万元非法占为已有，可能构成贪污罪。

# 案例4：国有集团公司项目经理贪污、挪用公款案<sup>10</sup>

## （一）案情简介

2008年12月至2009年12月，何某任北京某集团公司国际建筑工程部驻安哥拉某体育场项目部项目经理。期间，何某伙同郑某、雷某采取虚增劳务费的手段从该项目中提取工程款作为国际建筑工程部的账外资金，由雷某保管。随后，何某共计从账外资金中支取款项51.5万元：2009年5月1日，何某支取人民币11.5万元为其个人在香港购买百达翡丽手表一块；2009年5月2日，何某支取人民币2万元据为己有；2009年11月3日，何某支取人民币3万元据为己有；及2009年11月14日，何某将人民币35万元转到其爱人冯某名下的账户用于家庭消费。此外，2009年3月至5月期间，何某伙同郑某、雷某帮助王某向安哥拉运送水泥用于王某公司对外销售，使用雷某保管的账外资金中的人民币160万余元为王某垫付部分海运费及港杂费。2018年10月15日，何某因涉嫌犯贪污罪、挪用公款罪被羁押，同年10月25日被逮捕。2020年6月9日，人民法院对本案作出终审判决，

10 真实案例：何丰贪污案，北京市第二中级人民法院（2020）京02刑终305号。

认定何某犯贪污罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币二十万元；犯挪用公款罪，判处有期徒刑五年，决定执行有期徒刑七年六个月，并处罚金人民币二十万元。

## (二) 案例分析

1. 何某从账外资金支取 51.5 万元的行为构成什么罪名？

### • 结论

构成贪污罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百八十二条：

“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有资产的，以贪污论。

与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”

### • 分析

本案中，何某通过虚增劳务费的手段从安哥拉项目中提取账外资金，并进一步支取使用账外资金。构成贪污罪的要件中，用以区分贪污罪和挪用公款罪的要点在于需要证明犯罪嫌疑人具有占有案涉财产的目的。本案中，除较为明显的两笔共计 5 万元的款项外，何某购买名贵手表为了供个人使用，转入其爱人账户的 35 万元是为了家庭消费，都具有永久占有而不归还的目的，故构成贪污罪。

2. 何某支取账外资金垫付王某的海运费及港杂费构成什么罪名？

• 结论

构成挪用公款罪。

• 法律依据

根据《刑法》第三百八十四条：

“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。”

• 分析

账外资金实质上是何某利用职务上的便利，虚增劳务费，从公司账户套取的资产。即使最终向王某支付时是从雷某的个人账户支付，该款项本质仍属于公款。此外，何某支取给王某的款项是用于王某的水泥生意，即属于营利活动，而本身数额也超过了立案标准。从案件事实上来看，何某是“垫付”王某的海运费及港杂费，而非直接占有或以个人名义借给王某，本质上不排除有归还的意图，故构成挪用公款罪而非贪污罪。

3. 王某可能构成什么罪名？

• 结论

王某可能构成挪用公款罪的共犯。

### • 法律依据

根据《刑法》第二十五条：

“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”

### • 分析

本案中，何某垫付王某海运费和港杂费的行为本身构成挪用公款罪。尽管王某本身不具有国家工作人员的身份，但如果其明知何某帮其垫付海运费和港杂费的款项是公款，有可能被认定为何某的共犯，本身也构成挪用公款罪。反之，如果其不知晓何某用于垫付其海运费及港杂费的款项是公款，那么王某的行为不应按照挪用公款罪的共犯处理。

4. 何某曾辩解支取的资金中有30万元用于宴请安哥拉海军司令以获得海军项目，如若属实，北京某集团公司是否可能违反《反不正当竞争法》？

### • 结论

可能违反。

### • 法律依据

根据《反不正当竞争法》第七条：

“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：

- (一) 交易相对方的工作人员；
- (二) 受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；
- (三) 利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。

经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。

经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的 behavior；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。”

### • 分析

如果何某支取 30 万元用于宴请安哥拉海军司令的行为属实，考虑到 30 万元远远超过了出于友好的正常招待，且海军司令在海军相关项目具有足够的影响力，即使海军项目本身可能是交由当地国有企业招标，而非直接交由海军司令管理，但是海军司令的职权及影响力足以影响该等项目的负责单位。另外，由于何某贿赂海军司令是为了给北京某集团公司获取项目，尽管其中很可能存在何某为了个人利益的考量，但是整体上该等行贿是为了北京某集团公司的交易机会或竞争优势，故何某作为北京某集团公司的工作人员，其行贿行为有可能被认定为北京某集团公司的单位行为，进而违反《反不正当竞争法》。此外，该等行为还可能构成《刑法》项下的对外国公职人员行贿罪及相应的单位犯罪，可参照案例 2 第 1 问及第 3 问下的有关分析。

## 案例5：国有化工企业财务行贿案<sup>11</sup>

### （一）案情简介

任某是 A 某化工有限公司（国有企业）的会计。2020 年 8 月，A 某公司在 B 国投资的 C 工厂扩建完成，派遣任某前往 B 国负责 C 工厂的财务。2020 年 9 月，任某到达 B 国并开始处理 C 工厂的财务问题。随后不久，C 工厂原财务部主任因家中有事不得不回国，留下岗位空缺。任某得知厂长黄某有权决定从目前派驻在 C 工厂的员工中提拔一名担任新的财务部主任，但自知条件不符合要求，遂携带 2 万美元上门拜访黄某。不巧的是，黄某当天因公务外出不在家，任某只见到黄某的妻子董某，董某爽快地收下钱款后答应了任某的请求。事后，黄某知道董某收钱的事宜，但没有要求董某返还。2021 年 1 月，黄某召开 C 工厂高层会议，在其他管理人员大多数持反对意见的情况下，力排众议任命任某为 C 工厂财务部主任。2021 年 3 月，任某在 B 国经营化学产品生意的表弟郝某资金短缺，但又急于寻找大批优质货源，找到任某帮忙。翌日，任某带着郝某上门拜访黄某，并向黄某说明了来意，黄某当场拒绝。随后任某告诉郝某准备 5 万美元“打点打点”黄某，并带着郝某再次上门并亲自和黄某沟通。黄某收

---

11 模拟案例。

下钱款后，安排将一批优质产品低价出售给郝某。

## (二) 案例分析

1. 如果黄某亲自收取任某行贿的2万美元，且收受该等贿赂有可能影响黄某行使职权，那么黄某的行为是否有可能被视为“为他人谋取利益”？

### • 结论

有可能被视为“为他人谋取利益”。

### • 法律依据

根据《贪污贿赂司法解释》第十三条：

“具有下列情形之一的，应当认定为‘为他人谋取利益’，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：

- (一) 实际或者承诺为他人谋取利益的；
- (二) 明知他人有具体请托事项的；
- (三) 履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。

国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。”

### • 分析

《刑法》中受贿类犯罪的“为他人谋取利益”应包括承诺为他人谋取利益，而国家工作人员收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。本案中，黄某系C工

厂的厂长，为国家工作人员，任某为 C 工厂会计，且黄某有权决定是否提拔任某担任财务部主任，两者之间存在行政管理关系，且任某为被管理人员。在决定具体提拔人员之际，黄某收受来自作为候选人之一的任某的款项，可能会影响黄某公正行使人事任命权，且金额超过了人民币 3 万元，应当视为黄某承诺为任某谋取利益，继而有可能被视为“为他人谋取利益”。

## 2. 黄某可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成受贿罪。

### • 法律依据

根据《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条：

“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，授意请托人以本意见所列形式，将有关财物给予特定关系人的，以受贿论处。

特定关系人与国家工作人员通谋，共同实施前款行为的，对特定关系人以受贿罪的共犯论处。特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋，由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受贿托人财物后双方共同占有的，以受贿罪的共犯论处。”

### 第十一条：

“本意见所称‘特定关系人’，是指与国家工作人员有近亲属、情妇（夫）以及其他共同利益关系的人。”

### • 分析

本案中，尽管任某并没有直接将行贿用的 2 万美元交给黄某

本人，但是董某作为黄某的妻子，属于黄某的特定关系人。就后续情况而言，黄某清楚地知晓董某收取贿赂的事实及任某的请托事项，却没有表示反对或退还款项。一方面，黄某作为任某的上司及行政管理人，在决定与任某息息相关的人事任命之际，黄某的妻子董某收受了任某的款项，则该等款项很有可能会影响黄某行使职权；另一方面从后续情况来看，黄某的确力排众议任命了任某作为财务部主任，实际上利用职权为任某谋取了利益。因此，考虑到黄某具有国家工作人员的身份，黄某有可能构成受贿罪。

3. 如果董某收取 2 万美元用于个人消费，且没有告知黄某，但是劝说黄某任命任某为财务部主任，请问董某可能构成什么罪名？

### • 结论

董某可能构成利用影响力受贿罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百八十八条之一：

“国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的，依照前款的规定定罪处罚。”

### • 分析

本案中，董某作为黄某的妻子，属于国家工作人员的近亲属。董某在收取任某的财物后，通过黄某的职务行为，在任某条件不符合的情况下强行将其任命为财务部主任，为任某谋取了不正当利益。因此董某可能涉嫌利用影响力受贿。

4. 在问题 3 的情况下，若任某发现黄某不在后，请求董某为其说情，请问任某可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成对有影响力的人行贿罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百九十条之一：

“为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”

### • 分析

同问题 3，因董某为黄某的妻子，即国家工作人员的近亲属，董某应属于有影响力的人。任某向董某的行贿的目的，是为了让黄某选任其为财务部主任，且考虑到其本身并不符合资格，黄某存在因该等贿赂而违规任命任某的可能性，故任某行贿董某极有可能是为了谋取不法利益。因此，任某向董某赠与财物的行为有可能构成对有影响力的人行贿罪。

5. 任某向黄某引荐郝某并促成郝某行贿的行为，可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成介绍贿赂罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第三百九十二条：

“向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。”

### • 分析

任某在知晓郝某欲低价收购 C 工厂产品的意图后，不仅将郝某介绍给了黄某，还明示其可以用财物“打点”黄某，并亲自带郝某认识黄某。这种程度的介绍已经超过了单纯介绍郝某与黄某认识，而是实际上已经在黄某和郝某之间沟通，并撮合郝某向黄某行贿，故任某可能构成介绍贿赂罪。

## 案例6：国有石油公司高管境外业务失职案<sup>12</sup>

### (一) 案情简介

中某石油有限公司（国有企业）为开拓海外业务，在“一带一路”国家K国成立了中某石油勘探股份有限公司K国分公司，委任孔某担任K国分公司的总经理。孔某上任后，发现当地的汽车市场近年来发展良好，但是能源供给不足，尤其是随着家用汽车数量的上升，加油站市场前景非常良好。于是孔某让自己的妻子庄某在K国成立了某甲能源有限公司，自己亲自负责该公司的实际经营，在当地通过收购土地并新建加油站，并利用职权低价购买中某石油有限公司自产油品，从事加油站及油品买卖生意，仅一年获利就超过了人民币100万元。见到孔某在K国发展得很好，孔某的表弟罗某前来投奔，在K国成立了某乙建材有限公司。不久，K国分公司需要为计划新建的几处加油站采买建材，按照公司规定应当公开招标，但是孔某为了照顾罗某的生意，故意不采用公开招标，而是安排某乙建材公司直接成为独家供应商，并且从某乙建材公司高价采购建材。随后，为了弥补高价采购建材导致的资金不足，选择施工方时，因当地的A施工队报价较低并宣称自己经验丰富，孔某没有认真查验A施工队背景

---

12 模拟案例。

的情况下贸然支付了第一笔款项 20 万美元，但 A 施工队随即卷款潜逃。随后，孔某为了赶上工期，在没有查验资质和过往业绩的情况下，直接委托 B 施工队负责加油站施工。随后，B 施工队开始进行施工，期间孔某未进行视察，竣工验收也简单进行，几座加油站相继落成。一年后，其中一座加油站主体结构倒塌，造成火灾继而引起爆炸，虽然没有人员伤亡，但是直接经济损失超过人民币 200 万元。经检查，某乙建材公司出售给 K 国分公司的钢筋严重不合格，B 施工队的工程质量也存在重大问题，且提供给孔某的有关资质证明系伪造。

## (二) 案例分析

1. 孔某通过某甲能源公司经营加油站和油品买卖生意可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成非法经营同类营业罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第一百六十五条：

“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

### • 分析

因中某石油有限公司为国有企业，其在 K 国的分公司也属于国有公司。孔某作为 K 国分公司的总经理，应属于国家工作人

员。某甲能源有限公司虽然由孔某妻子庄某成立，但是由孔某实际经营，且某甲能源有限公司的主营业务为加油站和油品买卖生意，与 K 国分公司的经营业务存在竞合。此外，孔某在经营某甲能源有限公司时，利用职务便利，从中某石油有限公司低价购买油品，且实际获利数额已超过立案标准。因此，孔某有可能构成非法经营同类营业罪。

2. 孔某高价从某乙建材有限公司购买建材的行为可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成为亲友非法牟利罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第一百六十六条：

“国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；

（二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的；

（三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。”

### • 分析

本案中，孔某为 K 国分公司加油站采购建材，本来应当通过公开招标的方式进行，但是孔某利用自己作为总经理的职务便

利，在没有招标的情况下，直接将自己表弟罗某经营管理的某乙建材有限公司定为独家供应商。而从某乙建材有限公司购买的建材中，一方面孔某为了给罗某牟利，以明显高于市场价格向某乙建材有限公司购买建材，另一方面后续事故调查显示，该批建材本身还是不合格产品，考虑到加油站的损失等其他可能存在的不利后果，孔某的行为可能为 K 国分公司造成重大损失，故孔某可能构成为亲友非法牟利罪。

3. 孔某在没有认真查验 A 施工队背景的情况下，贸然向 A 施工队支付了第一笔款项 20 万美元，但 A 施工队随即卷款潜逃，孔某可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成签订、履行合同失职被骗罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第一百六十七条：

“国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。”

### • 分析

本案中，孔某作为直接负责加油站建设的主管人员，为了弥补高价购买建材的亏损，在没有进行查验的情况下，只因 A 施工队的低报价轻易相信了 A 施工队，没有识破 A 施工队的诈骗行为，并且迅速向 A 施工队支付了第一笔款项，实际给国家利益造成了巨大损失。在这种情况下，孔某在签订、履行合同过程中，

没有尽责履行自己作为管理人员的义务认真审查 A 施工队的背景，继而未能识破 A 施工队的诈骗手段，致使国家利益遭受重大损失，可能构成签订、履行合同失职被骗罪。

4. 孔某因高价购买不合格建材、雇佣无资质施工队导致加油站事故，还可能构成什么罪名？

### • 结论

可能构成国有公司人员失职罪、国有公司人员滥用职权罪。

### • 法律依据

根据《刑法》第一百六十八条：

“国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯前两款罪的，依照第一款的规定从重处罚。”

### • 分析

孔某作为 K 国分公司的总经理，应当有义务管理加油站的建设工作，并确保加油站顺利落成、投入使用。然而，孔某由于严重不负责任，未对 B 施工队的资质和施工情况进行检查，又因滥用职权安排自己的表弟罗某的公司成为供应商，高价买入不合格产品，最终导致了严重的工程质量问題，给 K 国分公司造成了严重损失，可能构成国有公司人员失职罪、国有公司人员滥用职权罪。

# 案例7：国有重型机械有限公司高管被监察委 调查<sup>13</sup>

## （一）案情简介

某重型机械有限公司（下称“某重机公司”）是一家大型的国有企业，以生产推土机、压路机、挖掘机等工程机械名扬海外。为了进一步促进欧洲业务，某重机公司受东欧某国政府的邀请，在当地成立了欧洲分公司并在当地建设了厂房。该国因矿产资源丰富，冶金工业和铸造业发达，且能源富集。为了减少成本，某重机公司决定欧洲工厂的生产原料从当地采购，并委任庄某担任欧洲分公司采购部经理。一年后，欧洲分公司的员工向总公司纪检部匿名举报，称庄某伙同下属，在欧洲分公司的原材料采购中大量收取回扣，并给当地原材料供应商提供业务承揽、供货质量审核、货款结算等方面的便利。总公司纪检部对此情况高度重视，立刻向市纪委监委作出了汇报。市纪委监委对有关情况进行初步核实后，认为举报涉及的问题确实存在，遂依法报批后对相关问题立案调查。

---

13 模拟案例。

## (二) 案例分析

1. 庄某涉嫌的有关问题是否属于监察委负责调查的范围？

### • 结论

属于。

### • 法律依据

根据《监察法》第十一条<sup>14</sup>，监察委员会依法对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查。

### • 分析

调查职务违法和职务犯罪是监察委的主要工作和职能之一，也是监察委的经常性工作，体现了监察委作为国家反腐败工作机构的定位与监察工作的特色。其中，“贪污贿赂”主要是指贪污、挪用、私分公共财物、行受贿等破坏公权力行使廉洁性的行为，而庄某在行使作为采购部经理的职权时，收受回扣，为供应商谋取利益，应属于“贪污贿赂”的范畴，故应当属于监察委调查的范围。此外，需要注意的是，监察委的调查职能并不仅限于职务

---

14 《监察法》第十一条：“监察委员会依照本法和有关法律规定履行监督、调查、处置职责：

(一) 对公职人员开展廉政教育，对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查；  
(二) 对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查；  
(三) 对违法的公职人员依法作出政务处分决定；对履行职责不力、失职失责的领导人员进行问责；对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉；向监察对象所在单位提出监察建议。”

犯罪，还包括职务违法。对于职务违法但不构成刑事责任的公职人员，监察委可以依法对其作出警告、记过、记大过、降级、撤职、开除等政务处分。

### 2. 庄某是否属于监察委的监察对象？

#### • 结论

属于。

#### • 法律依据

根据《监察法》第十五条<sup>15</sup>，国有企业管理人员属于监察机关的监察对象。

#### • 分析

本案中，庄某作为某重机公司欧洲分公司采购部经理，对国有资产具有管理和处分的权限，且采购原材料系工业制造的重要环节，故其应当被视为欧洲分公司的管理人员。此外，国有企业在海外的分公司同样属于国有企业。因此，庄某属于国有企业管理人员，应当属于监察委的监察对象。

---

15 《监察法》第十五条：“监察机关对下列公职人员和有关人员进行监察：

- (一) 中国共产党机关、人民代表大会及其常务委员会机关、人民政府、监察委员会、人民法院、人民检察院、中国人民政治协商会议各级委员会机关、民主党派机关和工商业联合会机关的公务员，以及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员；
- (二) 法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员；
- (三) 国有企业管理人员；
- (四) 公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位中从事管理的人员；
- (五) 基层群众性自治组织中从事管理的人员；
- (六) 其他依法履行公职的人员。”

3. 监察委是否可以决定对庄某采取刑事拘留的强制措施？如否，监察委可以采取什么类似的措施？期限如何？

### • 结论

监察委不能对庄某刑事拘留，但是可以对庄某采取留置措施，最长不超过六个月。

### • 法律依据

根据《监察法》第二十二条：

“被调查人涉嫌贪污贿赂、失职渎职等严重职务违法或者职务犯罪，监察机关已经掌握其部分违法犯罪事实及证据，仍有重要问题需要进一步调查，并有下列情形之一的，经监察机关依法审批，可以将其留置在特定场所：

- (一) 涉及案情重大、复杂的；
- (二) 可能逃跑、自杀的；
- (三) 可能串供或者伪造、隐匿、毁灭证据的；
- (四) 可能有其他妨碍调查行为的。

对涉嫌行贿犯罪或者共同职务犯罪的涉案人员，监察机关可以依照前款规定采取留置措施。

留置场所的设置、管理和监督依照国家有关规定执行。”

根据《监察法》第四十三条第二款：

“留置时间不得超过三个月。在特殊情况下，可以延长一次，延长时间不得超过三个月。省级以下监察机关采取留置措施的，延长留置时间应当报上一级监察机关批准。监察机关发现采取留置措施不当的，应当及时解除。”

### • 分析

根据《刑事诉讼法》等有关规定，留置是公安机关在侦查过程中，对于犯罪嫌疑人采取的强制措施。人民检察院直接受理案件中，人民检察院也可以作出拘留决定，并送达公安机关执行。监察委对职务违法和职务犯罪进行的是调查，而非侦查。但是，监察委有权决定对调查对象采取留置措施，且除公职人员外，监察委还可以对行贿人员及共同职务犯罪的涉案人员采取留置措施。就留置措施的期限而言，一般留置时间不得超过三个月，特殊情况下可以延长一次，延长时间不得超过三个月，故留置时间最长不应超过六个月。

4. 如监察委经调查认为庄某涉嫌职务犯罪，应当如何处置？

### • 结论

应当对案件移送人民检察院依法审查、提起公诉。

### • 法律依据

根据《监察法》第四十五条<sup>16</sup>，监察机关根据监督、调查结

---

16 《监察法》第四十五条：“监察机关根据监督、调查结果，依法作出如下处置：

- (一) 对有职务违法行为但情节较轻的公职人员，按照管理权限，直接或者委托有关机关、人员，进行谈话提醒、批评教育、责令检查，或者予以诫勉；
  - (二) 对违法的公职人员依照法定程序作出警告、记过、记大过、降级、撤职、开除等政务处分决定；
  - (三) 对不履行或者不正确履行职责负有责任的领导人员，按照管理权限对其直接作出问责决定，或者向有权作出问责决定的机关提出问责建议；
  - (四) 对涉嫌职务犯罪的，监察机关经调查认为犯罪事实清楚，证据确实、充分的，制作起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送人民检察院依法审查、提起公诉；
  - (五) 对监察对象所在单位廉政建设和履行职责存在的问题等提出监察建议。
- 监察机关经调查，对没有证据证明被调查人存在违法犯罪行为的，应当撤销案件，并通知被调查人所在单位。”

果，对涉嫌职务犯罪的，经调查认为犯罪事实清楚，证据确实、充分的，制作起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送人民检察院依法审查、提起公诉。

### • 分析

监察委对职务犯罪具有调查的职权，经调查认为犯罪事实清楚，证据确实、充分的，应当同公安机关处理职务犯罪外的其他犯罪行为一样，制作起诉意见书后，将案卷材料、证据一并移送人民检察院审查起诉，后续通过刑事诉讼程序对犯罪行为进行处理。监察委也应当按照刑事审判的要求和标准对职务犯罪的证据进行收集、固定，以确保监察机关与司法机关顺畅衔接。

## 案例8：国有上市公司违反FCPA<sup>17</sup>

### （一）案情简介

中某通讯集团有限公司（下称“中某通讯”）是国有企业，此前已在纽约证券交易所上市。2020年9月，S国对当地通讯基站建设项目进行公开招标，并将有关招标事宜交由S国国有企业T公司负责。中某通讯派遣海外业务部经理丁某前往参与投标，临行前中某通讯总经理特意嘱托丁某“必要时给一些好处”。在T公司为了招标特地举报的欢迎宴会上，丁某见到了T公司专门负责此项目的业务经理A某、联合国环境规划署派出负责S国通讯项目环境影响评价的官员B某、S国负责基础设施项目审批的政府机关官员C某。为了能够顺利中标，丁某在宴会结束后，单独约见A某，并送给A某50万美元现金。会面结束后，丁某告诉公司会计将送给A某的50万美元分12个月记录为差旅费用，会计按要求照办。此外，丁某知晓中某通讯的项目计划书有可能无法通过联合国环境规划署的环境影响评价，又单独会见了B某，表示如果环境影响评价顺利通过，会分给B某20万美元，但是被B某当场拒绝。随后在A某的帮助下，中某通讯在评标分数不占优势的情况下，仍然顺利拿下了S国通讯项目，并且通过调

---

17 模拟案例。

整方案满足了联合国环境规划署的要求。2021 年 1 月，中某通讯向 S 国政府申请建设许可，期间为了加快审批进度，丁某向负责审批的 C 某支付了 500 美元现金。

## (二) 案例分析

1. 中某通讯是否属于受 FCPA 管辖的实体？

### • 结论

中某通讯属于 FCPA 监管的“发行人（issuer）”。

### • 法律依据

根据 FCPA 第 78dd-1 (a) 条：

“任何按照本法第 78l 条登记的任一类证券的发行人或按照本法第 78o (d) 条提交报告的发行人，或是该等发行人的管理人、董事、雇员或代理人，或者代表该等发行人行事的股东，均不得利用邮件、任何形式、州际商业的任何手段，在具有腐败意图的情况下（向政府官员）提供、支付、承诺支付、批准支付任何金钱，或者提供、赠送、承诺赠送、批准赠送任何有价物。”<sup>18</sup>

### • 分析

FCPA 项下被管辖的主体可以分为三类：(1) 国内实体：如

<sup>18</sup> 上述规定的英文原文为：“It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o (d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to …”

美国公民，依美国法律成立或主营地在美国的公司，上述公司的股东、董事、管理人员、雇员；(2) 发行人：任何在美国证券交易所上市的公司，上述公司的股东、董事、管理人员、雇员等；(3) 属地管辖：在美国领土内进行贿赂行为的外国人。本案中，因中某通讯已在纽约证券交易所上市，在美国境内发行了证券，属于 FCPA 项下的发行人，有可能会受到 FCPA 管辖。

此外，需要注意的是，FCPA 的“属地原则”不要求实体本身在美国国土开展业务，只要利用了美国的邮件系统、银行、支付系统等手段促进、达成该贿赂，均有可能受到 FCPA 管辖。

### 2. A 某是否属于 FCPA 项下禁止行贿的对象？

#### • 结论

A 某属于 FCPA 项下禁止行贿的对象。

#### • 法律依据

根据 FCPA 第 78dd-1 (f) (1) 条：

“本篇项下‘政府官员’是指外国政府或其任何部门、办事处、机构、或公共国际组织的任何官员或职员，或者代表该等政府或其部门、办事处、机构、或公共国际组织行使公务的任何个人。”<sup>19</sup>

#### • 分析

从 FCPA 的规定而言，“政府”应当包括外国政府或者其任何部门、办事处、机构的任何官员或者职员。从法律文本的用词

<sup>19</sup> 上述规定的英文原文为：“The term ‘foreign official’ means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.”

而言，FCPA 采用了“机构（instrumentality）”一词。结合上下文而言，在 FCPA 项下，对于一个实体是否属于其所在国政府的一部分，应当结合该国政府对该实体的所有权、控制权、地位和功能等多种因素综合判断。例如，在对某跨国企业的 FCPA 调查中发现，有关人员涉嫌向某国一电信公司的员工行贿。尽管该国财政部仅仅在该电信公司持股 43%，但是该电信公司的很多高管都是该国财政部任命，故美国证券交易委员会认定该电信公司的员工属于政府官员。因此，国有企业的员工，包括国有参股公司的员工，都有可能被认定为 FCPA 项下的政府官员。本案中，A 某属于 S 国国有企业 T 公司的员工，而且从 S 国可以将基础设施招标全权交由 T 公司负责来看，S 国政府很可能对 T 公司具有相当程度的控制权，故 A 某应属于 FCPA 项下的政府官员。

### 3. B 某是否属于 FCPA 项下禁止行贿的对象？

#### • 结论

B 某属于 FCPA 项下禁止行贿的对象。

#### • 法律依据

根据 FCPA 第 78dd-1 (f) (1) 条：

“本篇项下‘政府官员’是指外国政府或其任何部门、办事处、机构、或公共国际组织的任何官员或职员，或者代表该等政府或其部门、办事处、机构、或公共国际组织行使公务的任何个人。”<sup>20</sup>

<sup>20</sup> 上述规定的英文原文为：“The term ‘foreign official’ means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.”

### • 分析

联合国环境规划署系联合国统筹全世界环保工作的组织，属于公共国际组织。本案中，B 某代表联合国环境规划署在 S 国处理该国通讯项目的环境影响评价事宜，属于代表该公共国际组织行事，应属于 FCPA 项下的政府官员。

4. 中某通讯会计将行贿款在账簿内分期记为差旅费用，是否有可能违反 FCPA？

### • 结论

有可能违反 FCPA 项下对于发行人记账的要求。

### • 法律依据

根据 FCPA 第 78m (b) 条：

“…… (2) 任何按照本法第 78l 条登记的任一类证券的发行人或按照本法第 78o (d) 条提交报告的发行人应当：

(A) 维持和保留账簿、记录和账目的合理细节，以准确且公正地反映发行人资产的交易和处置情况；

(B) 构建并维持一个内部会计控制系统，以确保下述事项的准确性：

(i) 所有交易均由管理层的一般或具体授权进行；

(ii) 保留必要的交易记录，以便 (a) 按照通行的会计原则或任何其他使用的标准准备财务报表；及 (b) 保证资产的可靠性；

(iii) 任何对资产的适用均需管理层的一般或具体授权；及

(iv) 每隔一段合理的时间把资产的账目记录与资产现状进行核对，并对任何差异采取适当的行动。

.....

(5) 任何人不得故意回避或故意不采用本条第(2)款项下的会计控制系统，或故意伪造本条第(2)款项下的账簿、记录和账目。

.....”<sup>21</sup>

### •分析

本案中，中某通讯属于 FCPA 项下的发行人，其应按照 FCPA 的有关规定准确对公司支出记账，但是为了掩饰向 A 某行贿的行为，丁某要求会计将行贿款项记为差旅费，实质上是在伪造账簿、记录及账目，违反了 FCPA 关于发行人记账的有

---

21 上述规定的英文原文为：“… (2) Every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title and every issuer which is required to file reports pursuant to section 78o (d) of this title shall—

- (A) make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer;
  - (B) devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that—
    - (i) transactions are executed in accordance with management’s general or specific authorization;
    - (ii) transactions are recorded as necessary (I) to permit preparation of financial statements in conformity with generally accepted accounting principles or any other criteria applicable to such statements, and (II) to maintain accountability for assets;
    - (iii) access to assets is permitted only in accordance with management’s general or specific authorization; and
    - (iv) the recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences; and
- ...

(5) No person shall knowingly circumvent or knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2) …”

关规定。

5. 丁某提议向 B 某行贿遭拒绝，是否有可能违反 FCPA 的有关规定？

• 结论

可能违反。

• 法律依据

根据《美国反海外腐败法指南》第 13 页：

“当具有腐败意图时，FCPA 禁止任何支付、提供、或承诺支付金钱或任何有价物（或批准支付、提供、或承诺）。因注重于意图，FCPA 并不要求腐败行为达成其所希望的目的。追究行贿人的责任时，也不需要外国官员实际索要、接受、或收到腐败款项。”<sup>22</sup>

• 分析

FCPA 对于腐败行为的界定，看重的是行贿人是否具有腐败意图，而不强调腐败行为是否实际发生，即受贿人是否实际索要、接受、收到了贿赂款项。本案中，尽管 B 某当场拒绝了丁某行贿的提议，但是丁某的提议意在引诱 B 某违法或违规行使职权，或是为了取得不正当利益，具有腐败意图，本身已经违反了 FCPA 的有关规定。

---

22 上述规定的英文原文为：“Where corrupt intent is present, the FCPA prohibits paying, offering, or promising to pay money or anything of value (or authorizing the payment, offer, or promise) . By focusing on intent, the FCPA does not require that a corrupt act succeed in its purpose. Nor must the foreign official actually solicit, accept, or receive the corrupt payment for the bribe payor to be liable.”

6. 丁某支付给 C 某的现金在 FCPA 项下是否有可能存在可适用的抗辩事由?

• 结论

如果该等款项用于促进或加快获得通讯项目建设许可，且该建设许可属于例行程序，则有可能可以适用 FCPA 项下的例外情况。

• 法律依据

根据 FCPA 第 78dd-1 (b) 条：

“本条第 (a) 及 (g) 部分的规定不适用于任何促进或加快外国官员、政党、或党派官员办事的费用，前提是该等费用是用于加快或确保外国官员、正当、或党派官员办理一项例行政府行为。”<sup>23</sup>

根据 FCPA 第 78dd-1 (f) (3) (A) 条：

“本篇项下的‘例行政府行为’是指外国官员在如下事项中通常且一般均会进行的行为：

- (i) 个人为了在外国从事经营活动而获得许可、证照、或其他政府文件；
- (ii) 处理政府文件，如签证、工作令；
- (iii) 提供警方保护、邮政揽件和运送、或对合同履行情况或货物跨境的检查；
- (iv) 提供通话服务、能源及水供给、装卸货物、或确保易腐

<sup>23</sup> 上述规定的英文原文为：“Subsections (a) and (g) shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.”

烂产品或货物不腐坏；或

(v) 类似性质的行为。”<sup>24</sup>

#### • 分析

FCPA 项下的疏通费是腐败行为的例外情况，且要求该等费用必须用于促进或加快一项例行政府行为。对于例行政府行为，FCPA 采取了列举的方式呈现几种常见的情形，但是一般应认为“例行（routine）”的含义在于，政府官员对于该等政府行为通常不具有自由裁量权，而是一种程序性的、惯例的行为，如果政府官员有实质审查乃至不批准有关事项的权利，该等事项都不被认为是例行政府行为。本案中，如果支付给 C 某的 500 元现金符合 FCPA 项下的疏通费，则有可能使用例外情况而不被认为是腐败行为。

但是需要注意的是，即使该等疏通费并不违反 FCPA 的规定，我国法律对该等疏通费是严格禁止的。如员工在海外业务中向当地政府官员支付该等疏通费，仍有可能构成《反不正当竞争法》项下的商业贿赂，甚至触犯《刑法》项下的有关罪名，导致公司和个人的刑事责任。

---

<sup>24</sup> 上述规定的英文原文为：“The term ‘routine governmental action’ means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in—

(i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;  
 (ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;  
 (iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;  
 (iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or  
 (v) actions of a similar nature.”

## 案例9：国企高管在英业务行贿案

### （一）案情简介

某国有企业在境外开展业务时，因为需要购买特殊的机器设备，委派业务人员周某前往英国采购。顺利完成采购后，在为运输机器设备出境办理海关手续时，海关官员长时间未能办理完结。而某国有企业在其他国家的业务急需该机器设备投入使用，周某遂与某国有企业总经理卢某电话沟通此事。电话中，卢某再三嘱托周某一定要尽快将机器设备运输至生产现场，确保尽快投产。周某向卢某表示英国办理海关手续确实非常慢，提议是否要给海关官员“意思意思”。卢某没有直接对周某的提议作出反馈，而是再次叮嘱周某，想尽一切办法，甚至不择手段，一定要尽快把机器设备运输到位。第二天，周某约见了英国海关官员 D 某，并当面向其支付了 5 万英镑。此后，D 某安排海关优先为某国有企业办理了海关手续。不久，英国反严重欺诈办公室（Serious Fraud Office，下称“SFO”）知悉了有关情况，对该案进行调查。期间，除周某向 D 某行贿的有关情况外，SFO 还发现周某采购机器设备时曾委托英国当地外贸企业 E 公司帮忙协调，且 E 公司曾代表某国有企业与机器生产商谈判。期间，因所采购机器设备较为稀缺，为加快订购流程，E 公司在某国有企业不知情的情况下向机器生厂商支付了 20 万作为好处费。

## (二) 案例分析

1. 在周某的行贿行为中，周某及某国有企业是否可能属于受 UKBA 管辖的实体？

- 结论

属于。

- 法律依据

根据 UKBA 第 12 条：

“(1) 如果违反本法第 1、2 或 6 条的有关作为或不作为发生在英国境内，则该违法行为在英格兰和威尔士、苏格兰或北爱尔兰境内构成本法第 1、2 或 6 条项下的犯罪。

(2) 本条第 (3) 款满足以下条件时可以适用：

(a) 违反本法第 1、2 或 6 条的有关作为或不作为没有发生在英国境内；

(b) 如果相关个人在英国境外的该等作为或不作为发生在英国境内，则会构成本法第 1、2 或 6 条项下的犯罪；且

(c) 该等个人与英国具有紧密联系。

(3) 在该等情况下：

(a) 本条第 (2) (a) 款项下的作为或不作为构成犯罪；且

(b) 对该等犯罪的诉讼程序可以在英国境内进行。”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> 上述规定原文为：“(1) An offence is committed under section 1, 2 or 6 in England and Wales, Scotland or Northern Ireland if any act or omission which forms part of the offence takes place in that part of the United Kingdom.

(2) Subsection (3) applies if—

## • 分析

UKBA 的管辖通常采取的是“属人管辖”加“属地管辖”的模式，即任何在英国注册成立的商业组织在任何地区进行的犯罪行为和任何非英国注册成立的商业组织在英国境内进行的犯罪行为均受 UKBA 管辖。本案中，尽管某国有企业不是英国注册成立的商业组织，但是因为（1）周某的行贿行为发生在英国境内；（2）该等行贿行为与某国有企业在英国境内政府事务息息相关；及（3）周某属于某国有企业的员工，故在本案中，周某及某国有企业可能受到 UKBA 的管辖。

2. 周某的行贿行为是否可能构成 UKBA 项下的任何犯罪？

## • 结论

周某可能构成 UKBA 第 1 条项下的行贿罪。

## • 法律依据

根据 UKBA 第 1 条：

“(1) 任何个人将会在以下情况之一获罪。

(2) 第一种情况：

(a) 该个人向他人提供、承诺、或赠送财产性利益或其他好

---

a) no act or omission which forms part of an offence under section 1, 2 or 6 takes place in the United Kingdom,

(b) a person's acts or omissions done or made outside the United Kingdom would form part of such an offence if done or made in the United Kingdom, and

(c) that person has a close connection with the United Kingdom.

(3) In such a case—

(a) the acts or omissions form part of the offence referred to in subsection (2) (a), and

(b) proceedings for the offence may be taken at any place in the United Kingdom.”

处；且

(b) 该个人希望利用该等好处：

(i) 引诱他人在职务或其他活动中采取不当行为；或

(ii) 作为他人在职务或其他活动中不当行为的回报。

(3) 第二种情况：

(a) 该个人向他人提供、承诺、或赠送财产性利益或其他好处；且

(b) 该个人知晓或认为接受该等利益本身就会构成职务或其他活动中的不当行为。”<sup>26</sup>

### • 分析

本案中，周某向 D 某提供的现金属于财产性利益，且周某提供现金的目的在于让 D 某在职务活动中帮助自己加快办理海关手续。如果加快办理海关手续实质上导致了 D 某不当履行自己的职务，则周某有可能构成 UKBA 第 1 条项下的行贿罪。此外需要注意的是，UKBA 第 6 条规定了对外国公职人员行贿罪。虽然 D 某

---

26 上述规定原文为：“(1) A person ('P') is guilty of an offence if either of the following cases applies.

(2) Case 1 is where—

(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and

(b) P intends the advantage—

(i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or

(ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity.

(3) Case 2 is where—

(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and

(b) P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity.”

对于周某而言属于“外国”公职人员，但是 UKBA 界定“外国”是以英国为本国，而不是行贿人的国籍为本国，故周某的行为在 UKBA 项下，仅涉嫌行贿罪而不涉嫌对外国公职人员行贿罪。

### 3. 卢某及某国有企业是否可能因周某的行为承担责任？

#### • 结论

可能导致。

#### • 法律依据

根据 UKBA 第 14 条：

“(1) 如果本法 1、2 或 6 条项下的犯罪由法人或苏格兰合伙企业构成，则适用本条项下的有关规定。

(2) 如果犯罪被证实经过了以下人员的同意或默许：

- (a) 法人或苏格兰合伙企业的高级管理人员；或
- (b) 自称具有上述身份的人。

则该等高级管理人员或个人（包括该法人及合伙企业）也会因此获罪，并因此被起诉并受到相应的惩罚。”<sup>27</sup>

#### • 分析

本案中，卢某作为某国有企业的总经理，属于某国有企业的高级管理人员。根据 UKBA 的有关规定，虽然卢某没有明确同

---

27 上述规定原文为：“(1) This section applies if an offence under section 1, 2 or 6 is committed by a body corporate or a Scottish partnership.

(2) If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of—  
(a) a senior officer of the body corporate or Scottish partnership, or  
(b) a person purporting to act in such a capacity,  
the senior officer or person (as well as the body corporate or partnership) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.”

意周某行贿的建议，但是其直接告知周某“想尽一切办法，甚至不择手段”有可能实质上构成了对周某行贿行为的默许，故卢某及某国有企业有可能因周某的行贿行为而构成犯罪并承担相应的责任。

4. 某国有企业是否有可能以该等现金是“疏通费”而免于获罪？

• 结论

不能。

• 法律依据

根据 UKBA 第 13 (1) 条：

“因贿赂犯罪被控告的个人如能证明其个人的有关行为对于以下活动是必要的，则该等个人可以提出抗辩：

- (a) 适当履行任何情报部门的相关职能；或
- (b) 服役期间适当履行任何武装部队的相关职能。”<sup>28</sup>

• 分析

在 UKBA 项下，行为人只在两种情况下具有抗辩，即提供给其他个人的款项与情报工作或武装部队相关。与 FCPA 显著不同的是，“疏通费”在 UKBA 项下不属于例外情况，仍然属于犯罪行为。

---

28 上述规定原文为：“It is a defence for a person charged with a relevant bribery offence to prove that the person's conduct was necessary for—

- (a) the proper exercise of any function of an intelligence service, or
- (b) the proper exercise of any function of the armed forces when engaged on active service.”

5. 某国有企业是否有可能因为 E 公司的行贿行为获罪？

• 结论

有可能。

• 法律依据

根据 UKBA 第 7 条：

“(1) 相关商业组织会在本法下构成犯罪，如果与该商业组织有关联的行为人向他人行贿以：

(a) 为该商业组织获得或保持商业活动；或

(b) 为该商业组织在商业活动中获得或保持优势。

(2) 但是该商业组织如果可以证明其设计了充分的程序以阻止与该商业组织有关联的行为人进行行贿活动，该商业组织可以提出抗辩。”<sup>29</sup>

根据 UKBA 第 8 条：

“(1) 就本法第 7 条而言，如果（不考虑任何贿赂行为）行为人向商业组织提供服务或代表商业组织行事，则该行为人与该商业组织有关联。

(2) 行为人为商业组织提供服务的能力无关紧要。

(3) 据此，该行为人有可能（例如）是该商业组织的雇员、

---

29 上述规定原文为：“(1) A relevant commercial organisation ('C') is guilty of an offence under this section if a person ('A') associated with C bribes another person intending—

(a) to obtain or retain business for C, or

(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

(2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.”

代理人或子公司。

(4) 判断行为人是否为商业组织提供服务，应综合考虑所有相关情况，而不能仅仅依据行为人与商业组织之间的关系性质而界定。

(5) 但是，如果行为人是商业组织的雇员，除非有相反证据证明该行为人并没有向该商业组织提供服务或代表该商业组织行事，否则可以推定该行为人和商业组织具有关联关系。”<sup>30</sup>

#### • 分析

UKBA 与其他国家的反腐败法律相比，其项下最独一无二的罪名是商业组织的未能合理预防贿赂罪。根据该罪名，除非商业组织可以充分证明其设计了有效的内部程序以防止贿赂行为发生，否则该商业组织有可能因与其有关联的行为人的行贿行为而获罪。特别需要注意的是，有关联的人不止包括商业组织的员工，还包括商业组织的代理人、子公司及任何为商业组织提供服务或代表商业组织行事的相关方。因此，在本案中，E 公司向机器生产厂商行贿是为了加快某国有企业取得所需机器设备的过程。

---

30 上述规定原文为：“(1) For the purposes of section 7, a person ('A') is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C.

(2) The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter.

(3) Accordingly A may (for example) be C's employee, agent or subsidiary.

(4) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C.

(5) But if A is an employee of C, it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C.”

程，且 E 公司具有代表某国有企业和机器生产厂商谈判的行为，如果某国有企业未能在内部构建充分的反腐败程序（如第三方审查等），某国有企业仍然有可能因 E 公司的行贿行为构成未能合理预防贿赂罪。

# **第二章**

# **反垄断反不正当竞争**

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	国企达成并实施纵向价格垄断协议案	交易相对人、纵向垄断协议、限定转售价格	1. 国企与下游企业达成限定最低转售价格的纵向垄断协议，并通过多种方式监督纵向垄断协议的实施，达成并实施了“限定向第三人转售商品的最低价格”的纵向垄断协议； 2. 国企积极配合调查，及时撤销协议并全面整改； 3. 反垄断执法机构责令停止违法行为，并处以年度销售额6%的罚款。	1. 《反垄断法》第十四条 2. 《反垄断法》第四十六条第一款、第四十九条	真实案例
2.	电力行业横向垄断协议案	竞争者、横向垄断协议、固定或变更商品价格	1. 若干发电企业之间协议约定某省大用户直供电的价格，并在事实上按约定价格进行交易，达成并实施了“固定或变更商品价格”的横向垄断协议； 2. 反垄断执法机构可以责令停止违法行为，处以涉案经营者上一年度销售额1%至10%的罚款，同时可能会并处没收违法所得。	1. 《反垄断法》第十三条 2. 《反垄断法》第四十六条第一款、第四十九条	模拟案例
3.	天然气公司附加不合理交易条件案	相关市场、市场支配地位、滥用、附加不合理交易条件	1. 天然气公司是某地区管道燃气供气服务市场经许可的唯一供应商，在该市场具有市场支配地位； 2. 天然气公司没有正当理由强制向非居民用户以“预付气费款”名义收取保证金，构成附加不合理的交易条件； 3. 反垄断执法机构责令停止违法行为；处以年度销售额1%的罚款。	1. 《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第三条、第八条、第九条 2. 《反垄断法》第十七条 3. 《反垄断法》第十九条 4. 《反垄断法》第四十七条、第四十九条	真实案例
4.	欧洲天然气公司横向垄断协议案	横向垄断协议、分割市场或供应来源	1. 德国意昂集团和法国ENGIE集团通过协议约定彼此不进入对方所在的成员国市场，达成并实施了分割市场的横向垄断协议； 2. 欧盟委员会对德国意昂集团和法国ENGIE集团分别处以5.53亿欧元的罚款；同时责令终止违法行为，以及未来避免从事任何类似的行为。	1. 《欧洲共同体条约》第81条（现《欧盟运行条约》第101条） 2. 欧盟委员会《第1/2003号条例》第7条 3. 《根据第1/2003号条例第23(2)(a)条确定罚款的方法指南》	真实案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
5.	国企赴欧洲收购境外企业案	经营者集中申报、应报未报	1. 该国企拟收购欧洲的同类型生产商，并取得其控制权，该收购交易构成经营者集中；该国企和标的企业的营业额已经达到欧盟申报门槛，因此需要在欧盟进行经营者集中申报； 2. 未申报实施集中将面临总营业额10%以内的罚款。	1. 《欧盟合并控制条例》第1条 2. 《欧盟合并控制条例》第14条	模拟案例
6.	美国某石油公司固定、限制商品价格案	横向垄断协议、纵向垄断协议	1. 企业之间通过协议方式，共同控制当地市场原油批发供应价格，达成并实施横向垄断协议； 2. 与下游企业通过召开秘密会议的方式共同控制原油转售价格，达成并实施纵向垄断协议； 3. 企业面临最高1亿美元的刑事处罚；个人面临最高100万美元的刑事处罚，以及最高10年的监禁。	《谢尔曼法》第1条	模拟案例

# 案例1：国企达成并实施纵向价格垄断协议案<sup>1</sup>

## (一) 案情简介

2016年8月11日、8月25日，某国有石油企业天然气销售大庆分公司（下称“天然气公司”）相关负责人召集哈尔滨、齐齐哈尔、大庆地区（下称“哈大齐地区”）13家CNG（Compressed Natural Gas，指压缩天然气）母站开会，要求各家CNG母站向子站转售CNG的价格不得低于2.25元/立方，并从2016年9月1日起统一执行。此前，各CNG母站根据市场状况自行确定向子站的转售价格，主要集中在2元/立方。会议后，上述公司于2016年8月29日共同签署了《哈大齐CNG市场销售协议》，明确规定自2016年9月1日起CNG母站按照2.25元/立方的最低销售价格对外销售CNG天然气，且任何母站不得低于最低销售价格，并于之后下发《补充通知》，对于拒不执行最低限价的，威胁停气。

协议达成后，哈大齐地区CNG母站按照2.25元/立方的最低限价对外销售。与此同时，天然气公司要求CNG母站定期上报销售对象、销售单价等，跟踪最低销售限价执行情况，并对协

---

<sup>1</sup> 真实案例：中石油大庆油田天然气分公司纵向价格垄断协议案，国家发展和改革委员会（2018）价监处1号行政处罚决定书。

议签订后的“外销情况”等进行了问卷调查，进一步跟踪、监督限价执行情况。同时，天然气公司成立了监督小组，监督各母站最低限价执行情况，对拒不执行的以削减计划、限气乃至停气相威胁。监督小组通过现场检查的方式，密切监督各家母站价格执行情况。

在后续的反垄断调查中，天然气公司积极配合了执法者工作，如实陈述，及时撤销了纵向垄断协议并进行全面整改。

## (二) 案例分析

1. 请问天然气公司与下游 CNG 母站经营者的 behavior 属于何种垄断行为？

### • 结论

限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议。

### • 法律依据

《中华人民共和国反垄断法》(下称“《反垄断法》”) 第十四条：

“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：

...

(二) 限定向第三人转售商品的最低价格；

...”

### • 分析

首先，下游天然气母站是天然气公司的交易相对人，双方构成 CNG 供应链中的上下游关系。

其次，天然气公司与下游 CNG 母站达成了限定最低转售价

格的纵向垄断协议。天然气公司与下游 CNG 母站召开会议商定 CNG 母站的最低转售价格，并组织签订了《哈大齐 CNG 市场销售协议》。

再次，天然气公司与下游 CNG 母站实施了该等协议。达成协议后，哈大齐地区 CNG 母站事实上的确按照 2.25 元 / 立方的最低限价对外销售 CNG。与此同时，天然气公司采取了要求定期上报、组织监督小组等方式监督协议的落实情况。

## 2. 天然气公司会受到哪些处罚？

### • 结论

- (1) 停止违法行为；
- (2) 没收违法所得；
- (3) 罚款。

### • 法律依据

《反垄断法》第四十六条第一款、第四十九条：

“经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。”

“反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”

### • 分析

天然气公司的上述行为违反了《反垄断法》第十四条第（二）项的规定，属于达成并实施“限定向第三人转售商品的最低价格”垄断协议的违法行为，严重排除、限制了天然气产品的

市场竞争，损害了终端客户和消费者的合法权益，破坏了公平竞争的市场环境。考虑到天然气公司在调查过程中能够积极配合，如实陈述，及时撤销纵向垄断协议并进行全面整改，反垄断执法机构责令天然气公司停止违法行为，并对其处以 2016 年度 CNG 天然气销售收入 6% 的罚款。

## 案例2：电力行业横向垄断协议案<sup>2</sup>

### (一) 案情简介

2019年，某省电力行业23家企业在酒店召开“大用户直供电座谈会”，与会企业包括4家央企发电集团，4家省属发电集团，以及15家发电厂。座谈会期间，该等企业签署了《某省火电企业保障行业可持续发展公约》（“《公约》”）。《公约》第五条规定：“根据市场情况，各大发电集团及发电企业，按照成本加微利的原则，测算大用户交易报价。由与会企业组成的第三方平台公司加权平均后公布执行。”

《公约》签署后，与会企业根据第三方平台公司公布的交易价格与大用户签订直供电交易合同。同时，与会企业委托第三方平台公司监督与会企业对《公约》的遵守情况，对不遵守的企业进行相应的惩处。

### (二) 案例分析

1. 该等企业的行为可能构成何种垄断行为？

#### • 结论

固定或变更商品价格的横向垄断协议

---

2 模拟案例。

• 法律依据

《反垄断法》第十三条：

“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：

(一) 固定或者变更商品价格；

…”

• 分析

首先，该等企业均在某省从事电力供应业务，属于具有竞争关系的经营者。

其次，该等企业达成了固定或变更商品价格的横向垄断协议。该等企业达成的协议约定了该省大用户直供电的交易价格，属于《反垄断法》第十三条第一项禁止的“固定或变更商品价格”的行为。

再次，该等企业共同实施了该等协议。涉案企业事实上确实按照约定价格进行交易，且该等企业组成的第三方平台公司对不遵从约定价格的企业进行了相应的惩处，以监督《公约》的执行。

2. 该等企业的行为可能受到何种处罚？

• 结论

- (1) 停止违法行为；
- (2) 没收违法所得；
- (3) 罚款。

• 法律依据

《反垄断法》第四十六条第一款、第四十九条：

“经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断

执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。”

“反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”

### • 分析

具有竞争关系的发电企业之间固定大用户直供电的交易价格，严重影响了直供电市场的公平竞争，直接增加了下游企业的用电成本，具有排除、限制竞争的效果。反垄断执法机构可能要求涉案企业停止违法行为，并基于涉案企业违法行为的性质、程度和持续的时间等因素，在涉案经营者上一年度销售额 1% 至 10% 的幅度内确定罚款额度，并处没收违法所得。

## 案例3：天然气公司附加不合理交易条件案<sup>3</sup>

### （一）案情简介

某天然气公司是某地区唯一获得许可的管道燃气供应企业。自 1999 年开始，天然气公司开始对非居民用户收取“预付气费款”，费用标准自 2,000 元至 40,000 元不等，若非居民用户不缴纳该笔款项，天然气公司便不予供气。非居民用户缴纳的该笔“预付气费款”在日常购气中不能冲抵燃气费，一直存放在天然气公司银行基本账户上。非居民用户每月底仍需按当事人抄表数量缴纳燃气费，只有销户时，才会将上述“预付气费款”予以返还，因此其实质为保证金。截至 2020 年 2 月，天然气公司收取非居民用户“预付气费款”共计 4,033,230 元。

在反垄断执法机关启动反垄断调查前，天然气公司已开始向非居民用户清退“预付气费款”，截至 2020 年 12 月 10 日，累计清退非居民用户预付气费款 3,754,730 元。因部分用户关门停业、经营用户更名等原因，尚未清退的金额为 278,500 元，由天然气公司继续采取多种方式联系用户进行清退。

---

<sup>3</sup> 真实案例：富顺县天然气有限责任公司附加不合理交易条件案，四川省市场监督管理局（2021）市监处 2 号行政处罚决定书。

## (二) 案例分析

1. 本案中的相关市场为何?

### • 结论

本案中的相关市场为某地区管道燃气供应服务市场。

### • 法律依据

根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》(“《相关市场界定指南》”)第三条<sup>4</sup>,相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。相关商品市场,是根据商品的特性、用途及价格等因素,由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。相关地域市场,是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。在界定相关市场时需要从需求替代角度和供给替代角度进行分析。

---

<sup>4</sup> 《相关市场界定指南》第三条,“相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。在反垄断执法实践中,通常需要界定相关商品市场和相关地域市场。相关商品市场,是根据商品的特性、用途及价格等因素,由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。这些商品表现出较强的竞争关系,在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的商品范围。相关地域市场,是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系,在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。”

根据《相关市场界定指南》第八条<sup>5</sup>，从需求角度界定相关产品市场，通常考虑商品的价格、特性和用途、销售渠道等；从供给角度界定相关产品市场，通常考虑经营者的生产流程和工艺，转产的难易程度，转产需要的时间，转产的额外费用和风险等。

根据《相关市场界定指南》第九条<sup>6</sup>，从需求替代角度界定相关地域市场，通常考虑商品的运输成本和运输特征、多数需求者

---

5 《相关市场界定指南》第八条，“从需求替代角度界定相关商品市场，可以考虑的因素包括但不限于以下各方面：

- (一) 需求者因商品价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向购买其他商品的证据。
- (二) 商品的外形、特性、质量和技术特点等总体特征和用途。商品可能在特征上表现出某些差异，但需求者仍可以基于商品相同或相似的用途将其视为紧密替代品。
- (三) 商品之间的价格差异。通常情况下，替代性较强的商品价格比较接近，而且在价格变化时表现出同向变化趋势。在分析价格时，应排除与竞争无关的因素引起价格变化的情况。
- (四) 商品的销售渠道。销售渠道不同的商品面对的需求者可能不同，相互之间难以构成竞争关系，则成为相关商品的可能性较小。
- (五) 其他重要因素。如，需求者偏好或需求者对商品的依赖程度；可能阻碍大量需求者转向某些紧密替代商品的障碍、风险和成本；是否存在区别定价等。

从供给角度界定相关商品市场，一般考虑的因素包括：其他经营者对商品价格等竞争因素的变化做出反应的证据；其他经营者的生产流程和工艺，转产的难易程度，转产需要的时间，转产的额外费用和风险，转产后所提供商品的市场竞争力，营销渠道等。任何因素在界定相关商品市场时的作用都不是绝对的，可以根据案件的不同情况有所侧重。”

6 《相关市场界定指南》第九条，“从需求替代角度界定相关地域市场，可以考虑的因素包括但不限于以下各方面：

- (一) 需求者因商品价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向其他地域购买商品的证据。
- (二) 商品的运输成本和运输特征。相对于商品价格来说，运输成本越高，相关地域市场的范围越小，如水泥等商品；商品的运输特征也决定了商品的销售地域，如需要管道运输的工业气体等商品。
- (三) 多数需求者选择商品的实际区域和主要经营者商品的销售分布。

选择商品的实际区域和主要经营者商品的销售分布、地域间的贸易壁垒（如进口关税等）；从供给角度界定相关地域市场时，通常考虑其他地域的经营者供应或销售相关商品的即时性和可行性，如将订单转向其他地域经营者的转换成本等。

### • 分析

本案相关商品市场为管道燃气供应服务市场。在商品特性方面，燃气是一种清洁能源，较煤炭、成品油等其他能源相比更为环保，符合当地环保部门大气污染综合防治要求；在商品用途方面，非居民用户在使用炊具、锅炉等器具时，基于传统使用习惯和器具要求，多选择使用燃气进行加热，且与罐装燃气相比，管道燃气在使用过程中更为安全、便捷，气源更加稳定。因此，非居民用户更倾向于使用管道燃气作为生活和生产能源，其他能源（如煤炭、成品油等）与管道燃气商品的替代性较弱，管道燃气供应构成独立的相关商品市场；

本案相关地域市场为政府部门审批的特定地区。在中国，经营者在特定地区从事管道燃气供应需要取得当地政府的审批，未取得前述审批，不得在该地区从事管道燃气供应服务。因此，政府审批的特定地区往往构成独立的相关地域市场。

---

(四) 地域间的贸易壁垒，包括关税、地方性法规、环保因素、技术因素等。如关税相对商品的价格来说比较高时，则相关地域市场很可能是一个区域性市场。

(五) 其他重要因素。如，特定区域需求者偏好；商品运进和运出该地域的数量。从供给角度界定相关地域市场时，一般考虑的因素包括：其他地域的经营者对商品价格等竞争因素的变化做出反应的证据；其他地域的经营者供应或销售相关商品的即时性和可行性，如将订单转向其他地域经营者的转换成本等。”

2. 天然气公司是否具有相关市场的市场支配地位?

• 结论

天然气公司在该地区管道燃气供应服务市场具有市场支配地位。

• 法律依据

《反垄断法》第十九条

“有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

(一) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；

...

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。”

• 分析

在本案相关地域市场范围内，当事人为唯一的管道燃气供应企业，当事人占据了经营范围内的管道燃气供应服务市场的全部市场份额，因此在该地区管道燃气供应服务市场具有市场支配地位。

3. 天然气公司构成何种滥用市场支配地位行为?

• 结论

天然气公司通过在交易时附加不合理的交易条件滥用了其在该地区管道燃气供应服务市场的市场支配地位。

• 法律依据

《反垄断法》第十七条：

“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

...

(五) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；

...”

#### • 分析

天然气公司无正当理由，利用其在经营区域内经营管道燃气供应服务市场的市场支配地位，强制向非居民用户以“预付气费款”名义收取保证金，损害了非居民用户的合法权益和社会公共利益，破坏了公平竞争的市场交易规则。且天然气公司收取的“预付气费款”不能冲抵燃气费，属于不合理前置条件，因此其行为构成无正当理由在交易时附加不合理的交易条件。

4. 天然气公司会受到何种处罚？

#### • 结论

- (1) 停止违法行为；
- (2) 罚款。

#### • 法律依据

《反垄断法》第四十七条、第四十九条：

“经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”

“对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”

### • 分析

天然气公司以“预收气费款”的名义，实际收取保证金，凭借在该地区的市场支配地位给天然气交易设置不合理的前置条件，对当地市场造成了负面影响，应责令其停止违法行为。同时，考虑到天然气公司能如实反映情况，并在正式启动反垄断调查前已开始向非居民用户清退“预付气费款”并作相应整改，处以2019年度销售额1%的罚款。

## 案例4：欧洲天然气公司横向垄断协议案<sup>7</sup>

### （一）案情简介

2006年，欧盟委员会对德国能源公司意昂集团和法国天然气公司ENGIE集团展开调查，发现自1975年开始，两个集团即通过协议约定不进入对方市场（即意昂集团不将特定天然气销售给法国客户，ENGIE集团不将特定天然气销售给德国客户），并在事实上实施了该协议的安排，人为分割了相关市场。该等约定一直持续到2005年。

### （二）案例分析

1. 请问意昂集团与ENGIE集团签订的协议属于何种垄断行为？

#### • 结论

分割市场的横向垄断协议。

#### • 法律依据

《欧洲共同体条约》第81条（现《欧盟运行条约》第101条）：

“以防止、限制或者扭曲（欧盟）内部市场竞争为目的的企业之间的所有协议、行业协会的决定，或协同行为均应被禁止且

<sup>7</sup> 真实案例：Case COMP/39.401 — E.ON/GDF。

自动作废，尤其是关于以下内容的协议、决定或行为：

...

(3) 分割市场或者供应来源；...”<sup>8</sup>

#### • 分析

首先，意昂集团和 ENGIE 集团达成了分割市场的横向垄断协议。意昂集团和 ENGIE 集团在明知欧洲天然气市场已经自由化的前提下，约定不在彼此的国内市场销售天然气，违背了市场竞争的原则，人为进行市场分割并借此建立并巩固各自区域的市场主导地位。双方定期会面，商讨协议的实施方法与细节。双方后续的合同继续确认了这一市场划分的约定，该行为明显违反了《欧洲共同体条约》第 81 条（现《欧盟运行条约》第 101 条），属于“分割市场或供应来源”的行为。

其次，意昂集团和 ENGIE 集团事实上实施了这一垄断协议。自 1975 年以来，意昂集团和 ENGIE 集团事实上完成了垄断协议的安排，进一步巩固了划分市场的现状。

2. 意昂集团和 ENGIE 集团会受到何种处罚？

#### • 结论

(1) 救济措施（如停止违法行为和禁止再次实施类似行为

<sup>8</sup> 上述规定原文为：“The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

...

(c) share markets or sources of supply;  
...”

等)；

(2) 罚款。

• **法律依据**

《关于实施条约第 81 条和第 82 条制定的竞争规则的第 1/2003 号理事会条例》(欧盟委员会《第 1/2003 号条例》)<sup>9</sup>

根据《第 1/2003 号条例》第 7 条第 1 段，当查明存在条约第 81 条和第 82 条项下的违法行为时，委员会可以作出决定要求相关企业或协会停止该违法行为。为此目的，委员会可以对该企业或协会施加任何行为性或结构性的救济措施，只要该措施与所实施的违法行为在程度上是相称的，并且是有效终止该违法行为所必要的。只有在下列两种情况下才能实施结构性救济措施：(1) 没有同等有效的行为性救济措施；(2) 任何同等有效的行为性救济措施将给相关企业造成更沉重的负担。

《根据第 1/2003 号条例第 23 (2) (a) 条确定罚款的方法指南》(下称“《罚款指南》”)：

---

<sup>9</sup> Article 7 Para. (1) of COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty : “Where the Commission, acting on a complaint or on its own initiative, finds that there is an infringement of Article 81 or of Article 82 of the Treaty, it may by decision require the undertakings and associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end. For this purpose, it may impose on them any behavioural or structural remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement effectively to an end. Structural remedies can only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy.”

根据《罚款指南》，欧委会对垄断协议行为的罚款分为两步：（1）根据企业在相关地域市场销售相关产品 / 提供相关服务产生的收入与垄断行为持续的年份确定罚款基数，罚款的基本金额为该等罚款基数乘特定比例系数；以及（2）根据企业有无加重以及减轻处罚情形，对基本金额进行调整。<sup>10</sup>

### • 分析

欧盟委员会在处罚决定中认定，涉案企业在德国的违法期间至少从 1980 年 1 月 1 日持续至 2005 年 9 月 30 日，在法国的违法期间至少从 2000 年 8 月 10 日持续 2005 年 9 月 30 日。欧盟委员会据此对德国意昂集团和法国 ENGIE 集团分别处以 5.53 亿欧元的罚款；同时，欧盟委员会要求德国意昂集团和法国 ENGIE 集团在尚未终止违法行为的情况下终止违法行为，以及未来避免从事任何类似的行为。

---

10 上述内容为对《罚款指南》主要内容的概括总结。《罚款指南》原文为：<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>。

# 案例5：国企赴欧洲收购境外企业案<sup>11</sup>

## （一）案情简介

某能源领域国企（下称“该国企”）计划收购欧洲一家重要的同类型生产商，并取得标的企业的控制权。由于该国企与欧洲的同类型生产商营业额已经达到欧盟申报门槛，因此需要在欧盟进行经营者集中申报。由于该国企在欧洲并不开展业务，此项收购并不会导致重大的竞争对手之间的横向竞争问题。但是，欧盟对这项收购的审查还是历时一年之久，且该国企被要求提供了大量信息。

## （二）案例分析

1. 符合何种条件的交易需要在欧盟进行申报？

### • 法律依据

《欧盟合并控制条例》第一条：

“符合以下条件的经营者集中，应当向欧盟委员会进行申报：

- (1) 所有相关经营者在全球的合计营业额超过 50 亿欧元；  
并且
- (2) 在相关经营者中至少有两个，每一个在欧盟范围内的总

---

11 模拟案例。

营业额都超过 2.5 亿欧元，但每一个相关经营者在同一成员国内的营业额均超过其在欧盟范围内总营业额三分之二的情形除外。

若经营者集中不符合上述规定，但符合以下条件：(1) 所有相关经营者在全球的合计营业额超过 25 亿欧元；(2) 在至少三个成员国内，所有相关经营者的合计营业额在每个成员国都超过 1 亿欧元；(3) 在 (2) 中所列的至少三个成员国内，在每一个成员国，至少两个相关经营者中每一个的总营业额均超过 2500 万欧元；且 (4) 至少两个相关经营者中每一个在欧盟范围内的总营业额都超过 1 亿欧元，且每个相关经营者在同一成员国内的营业额未超过其在欧盟范围内总营业额的三分之二，则该经营者集中也应当向欧盟委员会进行申报。”<sup>12</sup>

#### • 分析

由于该国企与计划收购的生产商在全球的合计营业额已超过

---

12 上述规定原文为：“A concentration has a Community dimension where : (a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 5 000 million ; and (b) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 250 million, unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State” ; “A concentration that does not meet the thresholds laid down in paragraph 2 has a Community dimension where : (a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 2 500 million ; (b) in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 100 million ; (c) in each of at least three Member States included for the purpose of point (b), the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 25 million ; and (d) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 100 million, unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.”

50亿欧元，该国企与计划收购的同类型生产商在欧盟范围内的总营业额都超过2.5亿欧元，并且该国企与计划收购的标的公司在欧盟同一成员国内的营业额均未超过其在欧盟范围内总营业额的三分之二，根据《欧盟合并控制条例》第一条的规定，本次收购交易应当向欧盟委员会进行经营者集中申报。

2. 若未进行申报，该国企可能会面临怎样的处罚？

• **结论**

不超过总营业额10%的罚款。

• **法律依据**

《欧盟合并控制条例》第14条：

对于未能根据相关规定在实施集中前进行申报的交易，欧盟委员会有权决定对其处以不超过总营业额10%的罚款。<sup>13</sup>

---

13 上述规定原文为：“The Commission may by decision impose fines not exceeding 10 % of the aggregate turnover of the undertaking concerned within the meaning of Article 5 on the persons referred to in Article 3 (1) b or the undertakings concerned where, either intentionally or negligently, they : (a) fail to notify a concentration in accordance with Articles 4 or 22 (3) prior to its implementation, unless they are expressly authorised to do so by Article 7 (2) or by a decision taken pursuant to Article 7 (3) ; ”

# 案例6：美国某石油公司固定、限制商品价格案<sup>14</sup>

## （一）案情简介

数家美国石油公司（下称“该等美国石油公司”）为获得垄断利润，达成协议固定原油批发供应价格；此外，该等美国石油公司与当地部分原油零售商召开数次秘密会谈，以固定并控制其原油转售价格。

## （二）案例分析

1. 该等美国石油公司的行为可能构成何种垄断行为？

### • 结论

横向垄断行为；纵向垄断行为

### • 法律依据

《谢尔曼法》第1条：

“禁止限制州际间或与外国之间的贸易或商业的契约，以托拉斯形式或其他形式的联合、共谋，否则构成联邦重罪。”<sup>15</sup>

14 模拟案例。

15 上述规定原文为：“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”

## • 分析

### (1) 横向垄断协议行为：

该等美国石油公司属于同一行业（原油批发供应）中的直接竞争者，它们之间通过协议方式，共同控制当地市场原油批发供应价格，属于横向垄断协议行为，违反了《谢尔曼法》。

### (2) 纵向垄断协议行为：

该等美国石油公司与当地原油销售商处于原油供应链条的上下游，通过召开秘密会议的方式共同控制原油转售价格，属于纵向垄断协议行为，固定并限制了原油商品的转售价格。

## 2. 该等美国石油公司可能受到何种法律责任？

## • 结论

### (1) 企业：最高 1 亿美元的刑事处罚；

(2) 个人：最高 100 万美元的刑事处罚，以及最高 10 年的监禁。

## • 分析

该等美国石油公司共谋固定原油供应价格，同时固定并控制部分下游销售商的原油商品转售价格，其行为限制、排除了当地原油市场的正常竞争，违反了《谢尔曼法》，可能会受到美国司法部的起诉。根据《谢尔曼法》，违法经营者最高将面临 1 亿美元的刑事处罚；个人最高将面临 100 万美元的刑事处罚，以及最高 10 年的监禁。

# **第三章**

# **经济制裁**

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	制裁中的高管筛查	尽职调查、高管、个人筛查、正当程序	1. 虽然项目直接交易方不受制裁，但合同由受制裁的SDN清单主体签署，可能会导致违反美国经济制裁规定； 2. 该案具有特殊性，OFAC针对某一制裁项目的常见问题解答不当然适用于其他制裁项目。	1. 第13661号行政令（针对乌克兰制裁行政令） 2. OFAC常见问题解答第285问（已移除）、第400问（现行有效，适用于所有制裁项目）	真实案例
2.	企业收购后的制裁监管责任	伊朗制裁、企业收购、监管和审计	1. 美国公司在收购前后应进行与制裁相关的尽职调查； 2. 针对伊朗制裁项目： — 不仅禁止美国公司与受制裁伊朗主体进行交易，还禁止所有“受美国公司所有或控制的外国子公司”与受制裁伊朗主体进行交易； — 美国公司应对其所有或控制的外国子公司从事的违反制裁规定的行为承担责任。	1. 31CFR § 560.215（《伊朗交易制裁条例》）	真实案例
3.	出口管制案	出口管制条例、出口许可证、租赁	1. 向伊朗出口/再出口因反恐/国家安全原因受到管控的EAR管辖物项需获得许可证； 2. 在明知违反EAR的情况下，租赁/转让受EAR管辖的物项可能违反美国出口管制规定。	1. EAR § 746.7（《出口管制条例》针对伊朗的禁运政策） 2. EAR § 764.2 (e)（《出口管制条例》违法行为）	模拟案例
4.	古巴制裁案	古巴制裁、外国子公司、一级制裁	1. 针对古巴制裁项目，由美国公司/个人所有或者控制的外国实体被视为“受美国管辖的人”，适用一级制裁； 2. 未经OFAC授权，禁止“受美国管辖的人”从事与古巴或古巴国民利益相关的交易。	1. 31CFR § 515.329（《古巴资产控制条例》） 2. 31CFR § 515.201（《古巴资产控制条例》）	模拟案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
5.	制裁中的50%原则筛查	O F A C “50%”原则、被冻结实体	1. 由受到制裁清单指定的一个或多个个人或实体单独或累计拥有所有权达50%或以上的实体被认定是“被冻结实体”，受到美国政府的财产冻结和交易禁止。	1. 31CFR § 589.201 (《乌克兰制裁条例》) 2. 第13661号行政令 (针对乌克兰制裁行政令)	模拟案例
6.	涉军清单对合同违约和投标项目的影响	非SDN中国军事工业综合体企业清单(NS-CMIC)、穿透效力	1. NS-CMIC清单仅针对被列入的主体有效，不具有穿透效力； 2. 在拟定合同条款时，应谨慎考虑各类制裁/限制清单对交易的实质影响，明确约定范围，避免过度合规。	1. 第14032号行政令 (针对NS-CMIC清单企业的证券投资禁令)	模拟案例

## 案例1：制裁中的高管筛查<sup>1</sup>

### (一) 案情简介

美国公司 Exxon 及其子公司与俄罗斯石油公司（Rosneft 公司）在 2014 年 5 月期间签订了 8 份石油和天然气相关的交易文件，交易文件由 Rosneft 公司主席 Lgor Sechin 签署。Rosneft 公司本身未被美国采取制裁措施，但其主席 Lgor Sechin 于 2014 年 4 月 28 日根据第 13661 号行政令（针对乌克兰制裁行政令）被美国财政部海外资产办公室（Office of Foreign Assets and Control, OFAC）列入 SDN 清单。

2017 年 7 月 20 日，OFAC 宣布对 Exxon 及其子公司处以 200 万美金的罚款。同日，Exxon 向美国德克萨斯北区联邦地区法院提起诉讼，指控 OFAC 无权通过常见问题解答（FAQ）的形式对法律法规进行解释，并且 OFAC 的处罚是任意和武断的，违反了《宪法第五修正案》的正当程序条款（Due Process Clause）。

2019 年 12 月 31 日，法院做出最终判决，支持了 Exxon 的诉求，OFAC 的处罚决定因违反《宪法第五修正案》的正当程序条款而被认定无效。

Exxon 无需承担罚款。但是，经公开信息查询，Exxon 后续

---

<sup>1</sup> 真实案例。

也取消了和 Rosneft 公司的相关交易。

## (二) 案例分析

1. Exxon 公司是否违反了美国的经济制裁?

### • 结论

该案具有一定的特殊性，法院认定 Exxon 胜诉的主要依据是 OFAC 违反了正当程序条款，但法院并未对 Exxon 是否违反美国针对俄罗斯的制裁规定这一实体法问题进行明确判断。根据现行 OFAC 关于 SDN 清单实体的限制规定（即适用于所有制裁项目的第 400 问），Exxon 很有可能违反了制裁的规定。

### • 法律依据

1) 第 13661 号行政令规定，“本行政令第 1 节中的禁令包括但不限于：…… (b) 从任何此类人处接受任何捐助或资金、货物或服务。”<sup>2</sup>

2) 根据 OFAC 于 2013 年发布的常见问题解答 (FAQ) 第 285 问<sup>3</sup>，美国人在和（缅甸）政府部门进行交易时应当谨慎对待，以确保所订立的合同不是由 SDN 清单主体所签署的。（该 FAQ 之后被移除）

3) 2014 年 8 月 13 日，OFAC 发布其 FAQ 第 400 问答

---

2 上述规定的英文原文为 “The prohibitions in section 1 of this order include but are not limited to : … (b) the receipt of any contribution or provision of funds, goods, or services from any such person.”

3 FAQ, 285：“A government ministry is not blocked solely because the minister heading it is an SDN. U.S. persons should, however, be cautious in dealings with the ministry to ensure that they are not, for example, entering into any contracts that are signed by the SDN.”

“OFAC 通常禁止美国人在没有授权的情况下，直接或者间接参与涉及被冻结主体的交易，即使被冻结主体是代表未被冻结主体开展业务。因此，美国人与非被冻结主体的交易中涉及被冻结主体时，需要格外小心。例如，美国人不得签订由被冻结个人签署的合同。<sup>4</sup>”

#### • 分析

OFAC 认为，由于 Lgor Sechin 被 OFAC 列入 SDN 清单，其作为 Rosneft 公司的主席，无论是以个人名义或作为公司代表签署合同，Exxon 公司都应当视为与受制裁的 Lgor Sechin 进行交易，违反了第 13661 号行政令规定的禁止“从任何此类人处接受任何捐助或资金、货物或服务”的要求。另外，参考 OFAC FAQ 第 285 问答，Exxon 公司应确保其订立的合同不是由 SDN 清单主体所签署的。但 Exxon 公司仍与 Rosneft 公司订立了由被制裁主体，即 Lgor Sechin 签署的合同，Exxon 公司未尽到审查义务，违反了制裁规定。

美国德克萨斯北区联邦地区法院随后推翻了 OFAC 的上述决定。法院重点从程序角度进行了分析。具体而言，法院并未否认 OFAC 可以通过 FAQ 的形式对法律法规进行解释，但法院认为在 Exxon 公司的交易行为发生之时，OFAC 所援引的处罚依据

---

<sup>4</sup> 上述规定的英文原文为 “OFAC sanctions generally prohibit transactions involving, directly or indirectly, a blocked person, absent authorization from OFAC, even if the blocked person is acting on behalf of a non-blocked entity. Therefore, U.S. persons should be careful when conducting business with non-blocked entities in which blocked individuals are involved ; U.S. persons may not, for example, enter into contracts that are signed by a blocked individual.”

是针对缅甸制裁的 FAQ 第 285 问，并未被针对俄罗斯 / 克里米亚的制裁规定做出公平告知（fair notice），违反了《宪法第五修正案》的正当程序条款，因此被认定为无效。但需要注意的是，考虑到第 13661 号行政令的文义本身具有一定的模糊性，OFAC 和 Exxon 公司对于“接受服务”（Receipt of service）的定义存在争议，法院对 Exxon 公司的行为是否违反第 13661 号行政令这一实体法问题未予置评。

### （三）案例启示

#### 1. 明确尽职调查审查义务

此案非常具有代表性。对于企业而言，进行交易前尽职调查时不仅需要审查交易的主体，还需要审查参与交易的其他个人，包括项目谈判、审批及签署交易文件的个人等，避免违反美国的经济制裁相关规定。

#### 2. 对 OFAC FAQ 的持续关注和正确理解

企业应关注 OFAC 各类 FAQ 的更新，以免对法律法规的理解不够准确。此外，OFAC 针对某一特定国家制裁或行业制裁作出的 FAQ，并不当然适用于其他的制裁项目，但有一定的参考意义。

需要特别注意的是，2014 年 8 月 13 日，OFAC 发布了 FAQ 第 400 问答。第 400 问答从体例安排上，并未针对某一特定的制裁项目，而是针对所有制裁项目普遍适用的法律解释。这意味着，针对 2014 年 8 月 13 日之后签署的交易文件，Exxon 公司将不得以 OFAC 未做出公平告知为理由进行抗辩。可能正是因为考虑到这一点，Exxon 公司后续仍然终止了与 Rosneft 公司之间的

交易。

本案对 OFAC 和企业分别具有以下两方面的意义：对于 OFAC 而言，企业对 OFAC 的挑战使 OFAC 不得不对法律本身的不确定性进行明确解释，有利于法律体系的不断完善，也将会降低后续类似本案争议的出现。对于企业而言，企业应持续关注制裁制度的动态（包括 OFAC 各类 FAQ 的更新），并保持谨慎的态度，严格遵守适用的制裁合规制度；此外，本案也为特定情况下企业积极应对 OFAC 处罚提供了借鉴。

## 案例2：企业收购后的制裁监管责任<sup>5</sup>

### （一）案情简介

2011年，美国Stanley Black & Decker, Inc.（“Stanley”）公司计划收购中国江苏国强工具有限公司（“江苏国强”），在尽职调查时发现江苏国强向伊朗出口电动工具及零件，违反美国对伊朗制裁。2013年，Stanley以江苏国强在收购日前停止与伊朗的交易作为收购前提，Stanley在江苏国强同意此条件后完成收购。

在完成收购后，江苏国强仍违反制裁向伊朗出口货物。OFAC通过调查发现，在2013年6月29日至2014年12月30日期间，江苏国强在明知货物将直接或间接供应、转运或再出口至伊朗的情况下，仍出口或试图出口了23批货物，总价值约320万美元。Stanley在得知可能存在违反美国制裁的潜在风险后，即展开了内部调查。

Stanley在内部调查中发现，江苏国强的董事会成员及其高管在明知违反母公司合规政策和美国对伊朗制裁规定的情况下，仍然违规向伊朗出口货物。此外，江苏国强通过6家位于中国和阿联酋的贸易公司为其从事上述违规活动提供便利，并伪造提单上的卸货港和交货地点，试图掩盖文件中的“伊朗”字样等。

随后，Stanley向OFAC主动披露了上述违法行为。OFAC认

---

<sup>5</sup> 真实案例。

为，Stanley 在完成收购后并未对江苏国强采取监管及审计等合规措施，但其主动向 OFAC 报告的行为构成主动披露。Stanley 于 2019 年 3 月与 OFAC 达成和解，同意支付 1,869,144 美金的和解金。

## (二) 案例分析

1. Stanley 公司是否需要就江苏国强的违法行为承担责任？

### • 结论

违法事实方面：江苏国强符合 31CFR § 560.215 中“受美国人所有或控制”的外国子公司。根据美国针对伊朗制裁的法律规定，江苏国强作为“受美国人所有或控制”的外国子公司，被禁止与受制裁的伊朗政府或受伊朗政府管辖的人进行相关禁止性交易。

责任承担方面：作为美国公司，Stanley 需对其所有或控制的——江苏国强的违反美国对伊朗制裁的行为承担责任。

### • 法律依据

根据 31CFR § 560.215：

“除非根据本节另有授权，由美国人所有或控制并在美国境外设立或维持的实体不得直接或间接与伊朗政府或受伊朗政府管辖的人从事本节禁止的交易”。<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> 上述规定原文为：§ 560.215 Prohibitions on foreign entities owned or controlled by U.S. persons. “a) Except as otherwise authorized pursuant to this part, an entity that is owned or controlled by a United States person and established or maintained outside the United States is prohibited from knowingly engaging in any transaction, directly or indirectly, with the Government of Iran or any person subject to the jurisdiction of the Government of Iran that would be prohibited pursuant to this part if engaged in by a United States person or in the United States.”

“美国人对其所有或控制的外国实体违反本节禁止交易应承担行政责任”。<sup>7</sup>

#### • 分析

OFAC 认为，在 Stanley 收购江苏国强后，江苏国强符合第 31CFR § 560.215 条第二款中<sup>8</sup>的“受美国人所有或控制”的外国子公司。

第 31CFR § 560.215 条第一款禁止“由美国人所有或控制并在美国境外设立或维持的实体直接或间接与伊朗政府或受伊朗政府管辖的人从事本节禁止的交易”。因此，江苏国强作为“受美国所有或控制”的外国子公司，向伊朗出口货物，直接违反了本条规定。

从责任承担的角度，根据第 31CFR § 560.215 条第二款的规定，Stanley 作为“美国人”，应“对其所有或控制的外国实体违反本节禁止交易承担行政责任”。因此，美国母公司 Stanley 应对江苏国强的上述违法行为承担行政责任。

在随附的该案的执法信息中，OFAC 指出，该执法行动“强调了美国公司在并购前后进行与制裁相关的尽职调查的重要性，

---

<sup>7</sup> 上述规定原文为：“Note 4 to § 560.215 A U.S. person is subject to the civil penalties provided for in section 206 (b) of the International Emergency Economic Powers Act (“IEEPA”) (50 U.S.C. 1705 (b)) if any foreign entity that it owns or controls violates the prohibition set forth in this section. See § 560.701 (a) (4) for civil penalties.”

<sup>8</sup> 上述规定原文为：“For purposes of paragraph (a) of this section, an entity is “owned or controlled” by a United States person if the United States person : (i) Holds a 50 percent or greater equity interest by vote or value in the entity ; (ii) Holds a majority of seats on the board of directors of the entity ; or (iii) Otherwise controls the actions, policies, or personnel decisions of the entity.”

并应当采取适当措施对新收购的子公司和关联公司进行与 OFAC 合规工作相关的审计、监督和核查。美国人所有或控制的外国子公司受《伊朗贸易制裁条例》(Iranian Transactions and Sanctions Regulations) 的管辖，美国母公司可能因其外国子公司的行为面临行政罚款的潜在风险。”

在本案中，OFAC 的合规期望和要求变得更加严格，并强调仅依赖收购后的合规政策和培训不足以防范所有潜在的制裁风险。

## 案例3：出口管制案<sup>9</sup>

### （一）案情简介

A公司获得了某美国原产的海底探测设备（因反恐原因和国家安全原因受到管控）的再出口许可证，当A公司再出口该设备时和运输公司发生合同纠纷，船公司对该设备行使了留置权。后船公司将该设备租给阿联酋公司B公司使用。因阿联酋B公司和伊朗国家石油公司有着密切的关系，A公司知晓后，向船公司和B公司发函警告该设备属于受到《美国出口管制条例》（Export Administration Regulation，“EAR”）管辖的产品，且在伊朗水域内使用该设备需要出口许可证。但B公司在没有获得许可证的情况下，将该设备用于伊朗领海的天然气油田进行海上勘探。

### （二）案例分析

1. B公司和船公司是否违反美国出口管制？

#### • 结论

B公司明知该受到EAR管辖的产品不能运往伊朗，但仍将产品用于伊朗领海的海上勘探，违反了美国针对伊朗的禁运。

船公司在未获得许可证的情况下向B公司出租该设备的行

---

<sup>9</sup> 模拟案例。

为，以及明知 B 公司的行为可能违反 EAR 的规定使用该设备仍继续将设备出租给 B 公司的行为，均违反了美国出口管制的相关规定。

#### • 法律依据

1) 根据 EAR § 746.7 的规定，受到 EAR 管辖的物项如果属于因国家安全原因、反恐原因、控制犯罪等原因管控，向伊朗出口 / 再出口时均需要获得美国商务部产业与安全局（Bureau of Industry and Security, BIS）的许可证。且只有基于人道主义、民用航空安全和美产飞机安全运行原因时，许可证审查标准是个案分析。基于其他目的的其余许可证申请通常会被拒绝。<sup>10</sup>

2) 根据 EAR § 764.2 (e) 的规定，任何人不得在明知违反 EAR 的情形下，处置、转让或以其他方式服务于此类违反 EAR 的活动。<sup>11</sup>

---

10 上述规定原文是：“(a) EAR license requirements. A license is required under the EAR to export or reexport to Iran any item on the CCL containing a CB Column 1, CB Column 2, CB Column 3, NP Column 1, NP Column 2, NS Column 1, NS Column 2, MT Column 1, RS……… (b) Licensing Policy. Applications for licenses for transactions for humanitarian reasons or for the safety of civil aviation and safe operation of U.S–origin aircraft will be considered on a case–by–case basis. Licenses for other purposes generally will be denied.”。

11 上述规定原文是：“(e) Acting with knowledge of a violation. No person may order, buy, remove, conceal, store, use, sell, loan, dispose of, transfer, transport, finance, forward, or otherwise service, in whole or in part, or conduct negotiations to facilitate such activities with respect to, any item that has been, is being, or is about to be exported, reexported, or transferred (in–country), or that is otherwise subject to the EAR, with knowledge that a violation of ECRA, the EAR, or any order, license, or authorization issued thereunder, has occurred, is about to occur, or is intended to occur in connection with the item.”。

### • 分析

本案中，由于 A 公司向船公司和 B 公司发函警告，船公司和 B 公司应当知道该设备受到 EAR 管辖，且不能在伊朗水域内使用，但仍在没有获取许可证的情况下继续使用，违反了上述规定。

需要提请注意的是，涉及一些和伊朗联系密切的国家的业务时，公司需要进行额外的尽职调查。如果根据公开途径可以检索到其与伊朗存在着密切联系，仍然与其进行交易，则 BIS 在实践中是可以推定公司“应当知道”产品是用于伊朗的。

此外，即使不是直接出口或者再出口受 EAR 管辖物项的主体，如果明知其行为可能为违反 EAR 的活动提供服务（例如运输服务等），也存在违反 EAR 的风险。

## 案例4：古巴制裁案<sup>12</sup>

### (一) 案情简介

美国 A 公司主要从事海上石油和天然气钻探工程承包服务，A 公司的全资马来西亚关联公司 B 参与了古巴领海的油井钻探项目。

### (二) 案例分析

1. B 公司是否违反了美国经济制裁？

#### • 结论

由于该交易涉及古巴领海，属于和古巴存在利益相关的交易，因此 B 公司违反了美国制裁。此外，B 公司属于古巴制裁项目中受美国管辖的人，该笔交易存在美国连接点，属于一级制裁。

#### • 法律依据

1) 根据 31 CFR § 515.329 的规定，任何由美国人 / 美国实体所有或者控制 (owned or controlled) 的实体也属于该条例定义中的“受美国管辖的人”。<sup>13</sup>

---

12 模拟案例。

13 上述规定原文为：“§ 515.329 Person subject to the jurisdiction of the United States… (d) Any corporation, partnership, association, or other organization, wherever organized or doing business, that is owned or controlled by persons specified in paragraphs (a) or (c) of this section.”。

2) 根据 31 CFR § 515.201 的规定, 未经财政部的授权, 禁止受美国管辖的人从事与古巴或古巴国民有利益相关的交易。<sup>14</sup>

#### • 分析

一般的制裁项目中, 美国公司的外国子公司并不当然类推适用于针对美国人的禁止和限制性规定。但是, 在本案针对古巴的制裁项目, 如果美国公司 / 个人对外国实体有控制权, 则该外国实体在制裁项目中也被视作“美国人”。对该外国实体而言, 所有适用于美国人的禁止和限制性规定均适用于该外国实体。该笔交易因为涉及“美国人”而存在美国连接点, 适用一级制裁, OFAC 有权对其处以行政罚金和潜在的刑事处罚。因此, 在尽职调查中, 需关注不同制裁项目的特殊规定。

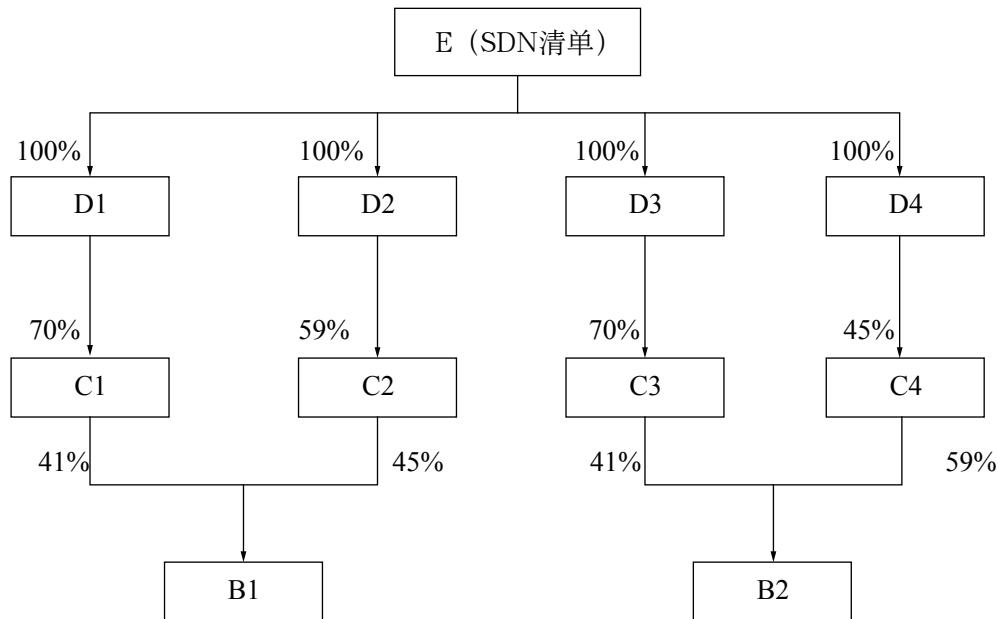
---

14 上述规定原文为: “(a) All of the following transactions are prohibited, except as specifically authorized by the Secretary of the Treasury (or any person, agency, or instrumentality designated by him) by means of regulations, rulings, instructions, licenses, or otherwise, if either such transactions are by, or on behalf of, or pursuant to the direction of a foreign country designated under this part, or any national thereof, or such transactions involve property in which a foreign country designated under this part, or any national thereof, has at any time on or since the effective date of this section had any interest of any nature whatsoever, direct or indirect… (d) For the purposes of this part, the term foreign country designated under this part and the term designated foreign country mean Cuba…”。

## 案例5：制裁中的50%原则筛查<sup>15</sup>

### (一) 案情简介

A公司为在美国境内设立的一家公司，分别通过加拿大和俄罗斯的分销商向俄罗斯B1公司和B2公司销售商品。B1公司和B2公司及其直接股东均未被列入SDN清单，但其间接股东D1、D2、D3和D4为被列入SDN清单的E公司的全资子公司。涉及制裁主体部分的股权示意图如下：



15 模拟案例。

## (二) 案例分析

1. A 公司与 B1 和 B2 公司交易是否违反了美国的经济制裁?

### • 结论

根据 OFAC “50%” 原则, B1 公司 86% 股权被多个“被冻结实体”(blocked person) 持有, 也被视为“被冻结实体”, A 公司与 B1 公司的交易违反了美国对俄罗斯和乌克兰的经济制裁; B2 公司 41% 股权被“被冻结实体”持有, 不属于“被冻结实体”, 在不考虑其他事实情况下, A 公司与 B2 公司的交易不违反美国对俄罗斯和乌克兰的经济制裁。

### • 法律依据

根据 31CFR § 589.201:

“本节禁止 2014 年 3 月 6 日第 13660 号行政令、2014 年 3 月 16 日第 13661 号行政令和 2014 年 3 月 20 日第 13662 号行政令中所禁止的所有交易”。<sup>16</sup>

根据第 13661 号行政令:

“(a) 下列人员在美国、此后进入美国, 或由美国人(包括外国的分支机构)所有或控制的财产和财产权益不得进行转让、支付、出口、撤回或采取其他处理方式: (i) 本行政令附件中列明的人员; (ii) 由财政部长与国务卿协商确定的人员: (A) …; (B) … (C) 由以下人员所有或控制、或直接或间接代表: (1)

---

<sup>16</sup> 上述规定原文为: “All transactions prohibited pursuant to Executive Order 13660 of March 6, 2014, Executive Order 13661 of March 16, 2014, and Executive Order 13662 of March 20, 2014 (“Ukraine-Related Executive Orders”), are also prohibited pursuant to this part.”。

俄罗斯联邦政府高级官员；（2）财产和财产权益根据本行政令被冻结的人；…”。<sup>17</sup>

### • 分析

OFAC 的 50% 原则是指，由受到制裁清单指定的一个或多个个人或实体单独或累计拥有所有权达百分之五十或以上的任何实体也会被指定是“被冻结实体”，同样将受到美国政府的财产冻结和交易禁止，即使这些实体自身并未在制裁清单上。OFAC 50% 规则具有向下穿透的效果，但不会向上或向左右穿透。这意味着，如果某实体或个人在 OFAC 制裁名单上，则该实体或个人持有 50% 或以上股权的子公司也被视同为“被冻结实体”；该子公司或其他被制裁或被冻结实体合并持有 50% 或以上的股权的孙公司也被视同为“被冻结实体”，即该穿透规则将持续往下穿透。

在本案中，C1、C2 和 C3 公司被 SDN 实体持有超过 50% 的所有权，属于“被冻结实体”；C4 仅被 SDN 实体持有 45% 的股权，不属于“被冻结实体”。B1 被 C1 和 C2 合计持有 86% 股权，属于“被冻结实体”；B2 仅被“被冻结实体” C3 持有 41% 的股

---

17 上述规定原文为：“(a) All property and interests in property that are in the United States, that hereafter come within the United States, or that are or hereafter come within the possession or control of any United States person (including any foreign branch) of the following persons are blocked and may not be transferred, paid, exported, withdrawn, or otherwise dealt in : (i) the persons listed in the Annex to this order; and (ii) persons determined by the Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State : (A) … ; (B) … (C) to be owned or controlled by, or to have acted or purported to act for or on behalf of, directly or indirectly : (1) a senior official of the Government of the Russian Federation ; or (2) a person whose property and interests in property are blocked pursuant to this order; or…”。

权，不属于“被冻结实体”。

请注意，在计算累计持股比例时，不能计算 SDN 实体的实际控制比例。以 B2 为例，计算 B2 被 SDN 实体或“被冻结实体”累计持股比例时，不能按照  $70\%*41\%+45\%*59\%=55.25\%$  进行计算。

# 案例6：涉军清单对合同违约和投标项目的影响<sup>18</sup>

## (一) 案情简介

A公司为中国某公司，其中国子公司B与沙特公司C签订合同，对某沙特项目进行投标。合同中约定，“若B公司因违反适用的经济制裁及出口管制法律法规被认定为“限制性主体”，则应对C公司就此遭受的损失进行赔偿。”同时，合同中规定，“限制性主体”指的是：“(a)：任何被列入美国及非美国的制裁及出口管制限制清单的实体，包括SDN清单以及因OFAC 50%规则受冻结的实体、SSI清单、被拒绝人清单、未经核实清单、军事最终用户清单及欧盟综合制裁清单；(b)：在全面制裁国家（古巴、伊朗、朝鲜、叙利亚和乌克兰克里米亚地区）设立或位于全面制裁国家的实体，或为委内瑞拉政府所有或控制的实体；(c)：被(a)款中的实体累计直接或间接持有50%及以上的股权，或由此类实体控制的实体，或受到美国、欧盟及英国财产冻结的实体。”

随后，A公司被OFAC列入非SDN中国军事工业综合体企

---

18 模拟案例。

业（Non-SDN Chinese Military-Industrial Complex Companies List，“NS-CMIC”）清单。B 公司未被列入任何限制清单。

## （二）案例分析

1. 如 A 公司持有 B 公司 51% 或 49% 的股权，在 A 公司被列入 NS-CMIC 清单后，B 公司是否会被认为属于合同约定的“限制性主体”？

### • 结论

如 A 公司持有 B 公司 51% 的股权，B 公司属于合同中列明的（c）款项下的“限制性主体”，应承担违约责任。

如 A 公司持有 B 公司 49% 的股权，B 公司不属于合同中列明的任何一款项下的“限制性主体”，不应承担违约责任。

### • 法律依据

拜登政府于 2021 年 6 月 3 日颁布第 14032 号行政令。该行政令为证券投资禁令，OFAC 为执行该禁令公布了 NS-CMIC 清单，禁止美国人与任何 NS-CMIC 清单企业的公开交易证券或任何衍生证券或旨在为此类证券提供投资安排的交易。<sup>19</sup>

### • 分析

判断 B 公司是否符合合同中（a）款的规定：由于第 14032 号行政令仅针对被列入 NS-CMIC 清单的主体（如 A 公司）有

---

<sup>19</sup> 上述规定原文为：“The following activities by a United States person are prohibited : the purchase or sale of any publicly traded securities, or any publicly traded securities that are derivative of such securities or are designed to provide investment exposure to such securities, of any person listed in the Annex to this order or of any person determined by the Secretary of the Treasury, in consultation with the Secretary of State…”。

效，未被列入 NS-CMIC 清单的其他关联公司或子公司（如 B 公司）不受投资禁令的影响。即 NS-CMIC 清单不具有穿透效力，因此 B 不符合此条规定的“限制性主体”；

判断 B 公司是否符合合同中 (b) 款的规定：本案中，B 公司是一家中国实体，明显不属于在全面制裁国家设立的实体，因此 B 不符合此条规定的“限制性主体”；

判断 B 公司是否符合合同中 (c) 款的规定：需考虑 A 公司的持股比例。

(1) 如 A 公司持有 B 公司 51% 的股权，则 B 公司构成合同中 (c) 款列明的“被 (a) 款中的实体 (A 公司) 累计或间接持有 50% 及以上的股权”的控制性实体。

(2) 如 A 公司持有 B 公司 49% 的股权，则 B 公司不构成合同中 (c) 款列明的“被 (a) 款中的实体 (A 公司) 累计或间接持有 50% 及以上的股权”的控制性实体。

2. 从 B 公司的角度，合同中“限制性主体”范围的约定是否合理？

### • 结论

从 B 公司的角度，“限制性主体”范围约定过于宽泛，存在 B 公司未受到制裁的情况下也可能落入“限制性主体”的范围并因此承担违约责任的可能，不利于 B 公司利益的维护。

### • 分析

以问题 1 中的场景为例，第 14032 号行政令仅针对被列入 NS-CMIC 清单的主体（如 A 公司）有效，未被列入 NS-CMIC 清单的其他关联公司或子公司不受投资禁令的影响，即法律并未

要求不能和 NS-CMIC 清单中实体的全资子公司进行交易，此外，NS-CMIC 清单也不适用 OFAC50% 的穿透性规则。

因此，在 A 公司被列入 NS-CMIC 清单后，B 公司不属于受制裁的情况，不影响其与 C 公司的履行。但根据本案合同中“限制性主体”的界定，A 公司如对 B 公司持股 50% 以上，则 B 公司仍构成合同项下界定的“限制性主体”，需对交易对方 C 公司进行赔偿。该等约定对于 B 公司而言过于严苛，导致 B 公司在未受到制裁并因此不会对相关合同履行产生影响的情况下仍须对 C 公司承担损害赔偿责任。

有鉴于此，实践中，公司需要在签订相关合同条款前，依据相关法律规定确定承诺义务范围，以免过度承诺。



# 第四章

# 反 洗 钱

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	广东省“飓风2号”地下钱庄系列案	地下钱庄、非法经营罪、洗钱罪的竞合罪名	1. 境内外关联公司之间安排虚构交易（包括服务贸易），实现资金的跨境流动； 2. 通过虚构的交易利用境内外法律对交易履行情况的监管漏洞为资金洗白，实现洗钱。	1. 《刑法》第225条 2. 《最高人民法院关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条	真实案例
2.	中国企业与经济制裁国家交易遭遇外国制裁和反洗钱调查案	国际贸易、银行反洗钱调查、保密制度	1. 国际贸易下A公司的交易相对方或交易相对方的关联公司或交易标的物涉及经济制裁国家或反洗钱高风险国家； 2. 境外银行发起反洗钱调查，要求A公司的境内银行披露A公司的交易资料并进一步要求A公司补充交易资料； 3. 客户交易信息属于《反洗钱法》规定的保密信息。银行对此等信息的泄漏将违反反洗钱法、商业银行法等相关规定； 4. A公司可以依据《反洗钱法》保密制度的相关规定要求其境内银行拒绝境外银行的反洗钱调查要求。	《反洗钱法》第5条、32条	模拟案例
3.	高溢价海外并购洗钱案	跨境并购、溢价并购、关联交易、估值失真	1. 跨境并购交易中，交易标的估值失真，进而导致存在高溢价跨境并购； 2. 隐蔽的关联公司之间进行高溢价跨境并购，以达到逃避监管，实现反洗钱。	《刑法》第一百九十一条	模拟案例
4.	许超凡等人洗钱案	帮助洗钱、境内外关联公司	1. 将贪污挪用款以投资名义投入合法设立的公司； 2. 境外设立空壳公司； 3. 通过伪造银行借款等手法实现资金在公司之间跨境转移，最终达到洗钱目的。	香港特别行政区《有组织及严重罪行条例》第25条 《刑法》第一百九十一条	真实案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
5.	矿业大亨通过贿赂矿产品出口国高官及其跨国公司网络进行洗钱案	跨国公司集团、贿赂政府高官、美国OFAC	<p>1. 以色列跨国公司集团通过行贿等方式买通矿产品出口国政府，低价购买矿产品赚取巨额利润；</p> <p>2. 利用跨国公司集团网络帮助政府官员洗钱；</p> <p>3. 依据美国《反海外腐败法》和《美国洗钱法》等文件被制裁。</p>	《反海外腐败法》、《美国洗钱法》	真实案例

## 案例1：广东省“飓风2号”地下钱庄系列案<sup>1</sup>

### （一）案情简介

2012—2015年，深圳市东某贸易有限公司等40余家企业，涉嫌利用其控制的50余账户，先后为北京、深圳等地的千余家企业非法支付结算人民币，并采用虚构贸易背景、提供虚假单证等手段实施骗购外汇，再转移至境外。团伙通过他人的身份注册一个空壳公司，或者直接在网上购买一个空壳公司，花费2万—3万元可购买注册的全套资料，然后制作虚假的合同，以购买设备等名义向银行购汇，接着以支付货款的名义转移到直接控制的境外指定账号，或者卖给下一手的钱庄，又或者转到客户账号上，从中赚取汇率差价、利息和佣金，其资金每天结清、快进快出、日交易记录达千万美元。

相关涉案人员最终被认定犯走私普通货物罪、非法经营罪，掩饰、隐瞒犯罪所得罪等，并判处刑罚。

---

<sup>1</sup> 真实案例：李贵兴等走私普通货物、非法经营案，海南省高级人民法院（2015）琼刑二终字第9号刑事判决书。

## (二) 案例分析

1. 案例中对于集团公司海外投资反洗钱实务有何启示?

### • 结论

一种常见的跨境洗钱方式是在境内外关联公司之间安排虚构交易（包括服务贸易），实现资金的跨境流动，并通过虚构的交易利用境内外法律对交易履行情况的监管漏洞为资金洗白，实现洗钱。

### • 分析

境内企业通过向境外关联公司账户进行付汇的渠道洗钱，往往通过虚构交易背景，伪造汇款交易单证。此外，部分企业为掩盖没有货物进口的事实，会使用一些手段，来获取虚假的进口报关文件，以逃避监管机构的监管。当需要的交易背景是跨境服务，比如海外工程咨询服务等，由于监管机构缺乏对服务是否实际提供等信息进行监管的有效渠道，更容易被利用成为洗钱工具。企业在海外投资过程中应注意对相关交易的监管，注意核实交易真实性以及商业合理性。

2. 就案例中涉及的非法经营罪具体如何认定?

赃款通过地下钱庄转移时，可能涉及洗钱罪与非法经营罪的竞合。地下钱庄为逃避监管进行资金转移，客观上使资金流向难以追索，起到了掩饰资金来源及性质的效果。然而，在主观方面，地下钱庄经营者对资金可能系违法经营犯罪所得未必明知。一般情况下，地下钱庄经营人不会问明资金来源，因而不会明确认知到某笔资金是上游犯罪的犯罪所得。洗钱罪的构成要件之一

是主观上明知是犯罪所得。这就导致把地下钱庄定罪为洗钱罪存在难度。

实务中，如单位实体以赚取汇率差价、利息、佣金为目的，利用其合法设立的国内外关联公司体系，通过虚构交易合同等方式达到转移资金、掩盖资金来源的效果，这些单位实体的行为符合洗钱罪的行为要件，但因为其并不明知资金的具体来源为犯罪所得，导致定罪洗钱罪存在难度，但仍有可能被定罪为非法经营罪。因此，建议适当了解与洗钱罪可能存在竞合的相邻犯罪，从而更全面的了解反洗钱相关领域的合规内容。

以下对案例中涉及的非法经营罪具体如何认定进行分析。根据刑法第二百二十五的表述，非法经营罪是指违反国家规定，扰乱市场秩序，情节严重的行为。案例中描述的“地下钱庄”部分行为完全符合定罪要件：

(1) 违反国家金融管理法规。金融管理法规是一个国家或地区管理金融活动的法律、法规的总和。目前我国现行的金融管理法律法规有《外汇管理条例》、《个人外汇管理办法》等一套比较完备的外汇管理法律体系，这些外汇管理法规对于境内机构、个人、驻华机构、来华人员的外汇收入或者经营都作了系统而详细的规定。只有违反这些规定的行为，才有可能引起刑法手段的介入，从而被纳入刑法调整范畴，具备刑事可罚性。案例中犯罪分子未经批准擅自法定场所外买卖外汇，违反了国家相关金融管理法规的规定。

(2) 有扰乱市场秩序的行为。非法经营外汇行为主要包括私自买卖外汇、变相买卖外汇以及倒卖外汇等。案例中，犯罪分子

所经营的非法买卖外汇活动则是比较典型的跨境非法买卖外汇行为，也就是通常所称的地下钱庄。其在境内外分别设立账户，从事人民币和外汇之间的汇兑业务，具体手法表现为客户如需从我国境内汇款至境外，只要在犯罪分子指定的国内个人银行账户存入人民币，犯罪分子则在境外支付相应数额的外币即可；从境外汇款至国内的操作手法也同样如此，无需资金在境内外之间相互划转，进而达到洗钱的目的。

(3) 达到入罪标准。根据最高人民法院《最高人民法院关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条的规定，非法买卖外汇20万美元以上或者非法所得5万元人民币以上，属于情节严重，应当按照非法经营罪定罪处罚。案例所涉金额达数百亿元人民币，已远超入罪标准。

(4) 主观方面应具有故意，且以营利为目的。案例中，犯罪分子曾辩护其不存在主观故意，理由是犯罪分子在境外的公司（比如加拿大）从事外汇买卖是合法的，故不知道在我国指定的外汇交易场所以外买卖外汇是违法犯罪行为。案例中，法院在认定非法经营行为人主观上是否具有故意时，除了坚持“不得因不知法律而无犯罪故意”的原则外，还根据行为人的具体情况来分析其是否具有主观故意。案例中，犯罪分子曾经向中国人民银行提出经营外汇买卖的申请，但未获批准，因此，犯罪分子主观上明知其在未获批准的情况下从事外汇买卖活动是违法的，具有违法性认识。法院因此认定其主观上具有非法经营的故意是正确的。

# 案例2：中国企业与经济制裁国家交易遭遇外 国制裁和反洗钱调查案<sup>2</sup>

## (一) 案情简介

1. A 公司是一家中国公司，作为货物卖方与某涉及经济制裁国家 X 公司签署 ABC 号买卖合同，实际运行中，由土耳其两家公司（T1, T2）分三笔先后向 A 公司支付货款，A 公公司将第 1、2 批次相应的货物发给 X 公司指定的另一公司收货（也在某涉及经济制裁国家境内）；

2. 第一笔货款在未与 X 公司签订买卖合同的前提下，由土耳其 T1 公司汇入，顺利入账，未接到银行要求提供任何文件，A 公司收到货款后排产；第二笔、第三笔货款由土耳其 T2 公司汇入，在汇款到达 A 公司银行账户后，银行提示从六月底开始，从土耳其收汇的钱必须提供证明材料，证明收汇跟涉及经济制裁国家组织和个人没有关系，否则无法落账，为配合银行收汇，A 公司向银行提供了与土耳其 T2 付款公司签署的 ABC 号买卖合同及形式发票。所有发运单据（合同、提单、报关单等信息均显示发运至某涉及经济制裁国家买方指定收货人，合同号为 ABC）；

3. A 公司合作银行收到境外银行反洗钱调查通知，要求 A 公

<sup>2</sup> 模拟案例。

司提供前述三笔货款涉及的合同，相关发运单据及三方代付协议等信息。因 A 公司最终交的交易资料涉及经济制裁的敏感地区，A 公司与合作银行最后均遭到境外银行所在国的制裁。同时，由于经济制裁禁止某些交易，就此等交易所获得的资金也是非法的，同时落入经济制裁实施国的反洗钱调查范畴。

## (二) 案例分析

1. 合作银行是否有权要求 A 公司配合境外银行对三笔土耳其汇款进行反洗钱调查并提供相关交易文件？

### • 结论

针对境外银行的反洗钱调查，境内合作银行无权要求 A 公司配合境外银行并直接或间接向境外银行提供交易文件。

### • 法律依据

《反洗钱法》明确客户身份信息及交易信息，应予以保密。该法第五条“对依法履行反洗钱职责或者义务获得的客户身份资料和交易信息，应当予以保密；非依法律规定，不得向任何组织和个人提供。”《反洗钱法》第三十二条<sup>3</sup>，“金融机构有下列行为之一的，由国务院反洗钱行政主管部门或者其授权的设区的市一

---

3 《反洗钱法》第三十二条的全文规定如下：金融机构有下列行为之一的，由国务院反洗钱行政主管部门或者其授权的设区的市一级以上派出机构责令限期改正；情节严重的，处二十万元以上五十万元以下罚款，并对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，处一万元以上五万元以下罚款：

- (一) 未按照规定履行客户身份识别义务的；
- (二) 未按照规定保存客户身份资料和交易记录的；
- (三) 未按照规定报送大额交易报告或者可疑交易报告的；
- (四) 与身份不明的客户进行交易或者为客户开立匿名账户、假名账户的；

级以上派出机构责令限期改正；情节严重的，处二十万元以上五十万元以下罚款，并对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，处一万元以上五万元以下的罚款：…

### （五）违反保密规定，泄漏有关信息的…”

客户交易信息属于《反洗钱法》规定的保密信息。银行对此等信息的泄漏将违反反洗钱法、商业银行法等相关规定，从而可能导致相应后果。

#### • 分析

保密制度是《反洗钱法》下的重要制度。企业主体为配合金融机构履行反洗钱义务而披露的各类信息包括主体身份信息、交易文件等均受保密制度保护。企业主体可以援引《反洗钱法》的相关规定保护自身权益。案例中，除非为配合其合作银行自身的反洗钱调查，A公司有权对其交易文件进行保密，包括电子文件及非正式文件，有权拒绝通过境内合作银行或直接向境外银行提供。同时，A公司可尝试与境内合作银行积极沟通，并表明无义务配合境外银行的调查，并与境内合作银行协商共同应对境外银行的要求，但该等沟通不建议通过书面或录音等方式留存。

- 
- (五) 违反保密规定，泄露有关信息的；
  - (六) 拒绝、阻碍反洗钱检查、调查的；
  - (七) 拒绝提供调查材料或者故意提供虚假材料的。

金融机构有前款行为，致使洗钱后果发生的，处五十万元以上五百万元以下罚款，并对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员处五万元以上五十万元以下罚款；情节特别严重的，反洗钱行政主管部门可以建议有关金融监督管理机构责令停业整顿或者吊销其经营许可证。

对有前两款规定情形的金融机构直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，反洗钱行政主管部门可以建议有关金融监督管理机构依法责令金融机构给予纪律处分，或者建议依法取消其任职资格、禁止其从事有关金融行业工作。

## 案例3：高溢价海外并购洗钱案<sup>4</sup>

### (一) 案情简介

A公司为境内某新材料生产企业，B公司、C公司分别为A公司在开曼群岛、英属维尔京群岛设立的全资子公司。B公司为境外原材料采购中心，向A公司提供原材料。C公司为产业链下游企业，A公司50%产品出口销售给C公司。C公司与A公司之间应收账款较少，多数以现金交易。为了资金周转需要，A公司有意出售其持有的B公司100%股权。但财务数据显示，B公司注册资本仅3000万元人民币，销售收入1.5亿元人民币，净利润为负，尚处于亏损状态。从并购视角看，B公司盈利能力较差，估值不会过高。但出人意料的是，D公司作为单一LP投资的私募股权基金，以3000万美元（以汇率6.3：1计算，折合人民币1.89亿元）溢价并购B公司的股权，并购对价超过B公司注册资本的5倍。合作银行在审查相关交易文件后发现该等不合理的溢价并购情形，向人民银行相关机构上报该交易。经监管机构核查，D公司与A公司存在隐蔽型关联关系，该并购交易存在明暗合同问题，溢价并购中存在非法资金利用并购估值定价机制不健全而乘机将资金换汇外逃的问题。同时，A公司通过在开

<sup>4</sup> 模拟案例。

曼、英属维尔京等多个避税地注册多个壳公司，形成层层交错的控股关系，开展关联交易，实现资金流动并漂白。

## （二）案例分析

1. 跨境并购交易被不法机构利用通过资本项下投资达到洗钱目的的重要特征有哪些？

### • 结论

跨境并购交易一般出现如下特征的，银行机构会进行必要的尽职调查，并上报是否存在可疑交易：

- (1) 虚构跨境并购背景；
- (2) 并购标的估值明显失真，比如实际交易价格远高于其权益净值；
- (3) 跨境并购交易结构过于复杂，在避税中间国嵌套多层结构；
- (4) 并购回收现金能力强的境外标的公司，比如体育俱乐部、贸易公司、酒店。如果某个领域能够经常和现金打交道，涉嫌洗钱的可能性较大，不排除收购这些境外资产是为了洗钱或者转移资产。

### • 分析

在上述案例中，标的公司估值是整个并购交易的核心。在采取竞标流程的跨境并购交易中，如果卖方估值远超过市场公允价格，而买方仍然愿意以全现金对价、无银行融资的方式支付，其中就可能隐藏着洗钱风险。此外，通过设计复杂的交易结构，借道避税天堂等方式绕开ODI（企业境外投资备案）审查，也是洗钱的一种途径。避税天堂是通过低税率或零税率手段并辅以宽松

的监管方式，吸引外来资金的国家和地区。这些国家和地区往往通过建立严格的银行保密制度，使得外来资金不透明。

2. 案例中涉案企业和人员涉嫌违反什么法律规定？相关涉案企业和人员可能被判何等处罚？

《刑法》第一百九十一条规定<sup>5</sup>：“有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：……单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

银行在办理相应跨境并购融资业务时，会识别到相关洗钱风险特征（如案例中存在明显的溢价并购），并通过大额交易和可疑交易报告制度上报中国人民银行。中国人民银行会协调其它执法机构对相应行为进行侦查。根据最终调查结果，因存在跨境资产转移帮助掩饰、隐瞒犯罪所得而被判洗钱罪。同时，也会根据相关资金的来源判以洗钱罪的上游犯罪，比如贪污贿赂犯罪等。

---

5 《刑法》第一百九十一条规定：“为掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

- (一) 提供资金帐户的；
- (二) 将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；
- (三) 通过转帐或者其他支付结算方式转移资金的；
- (四) 跨境转移资产的；
- (五) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

## 案例4：许超凡等人洗钱案<sup>6</sup>

### (一) 案情简介

中国银行广东开平支行前行长许超凡联同多名银行高层，涉嫌串谋盗取中行巨款 4.83 亿美元后，指使许超凡在香港的堂兄许日成及黄雪梅，利用夫妇之名在港开办多间空壳公司，于 1995 年 9 月至 2001 年 10 月期间通过伪造银行借贷等手法，协助许超凡等人洗钱。2007 年，香港区域法院裁定许日成涉及处理黑钱约十多亿元，黄雪梅涉及处理黑钱约三亿夫妇串谋洗黑钱罪名成立，各判入狱 6 年半。

许超凡等人的洗钱流程简述如下：许超凡等人将贪污挪用款项以投资的名义投入开平涤纶集团新建厂，再利用公司间资金往来的方式经该厂的银行账户转账至香港潭江实业有限公司，进而通过香港潭江实业有限公司将资金以公司经营所得的形式转至香港或海外其他账户。

### (二) 案例分析

1. 帮助洗钱属于什么犯罪？

#### • 结论

作为共犯涉嫌洗钱罪。

---

6 真实案例。

### • 法律依据

《中华人民共和国刑法》第一百九十九条第一款规定<sup>7</sup>：为掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质，有下列行为之一的……：

- (一) 提供资金帐户的；
- (二) 将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；
- (三) 通过转帐或者其他支付结算方式转移资金的；
- (四) 跨境转移资产的；
- (五) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。

香港《有组织及严重罪行条例》第25条第(1)款规定，如有人知道或有合理理由相信任何财产全部或部分、直接或间接代表任何人从可公诉罪行的得益而仍处理该财产，即属犯罪。香港刑事立法中的“洗钱罪”亦称洗黑钱罪，指明知或有合理理由相信有关的人曾犯可公诉罪行或曾从该罪行中获利，而直接参与或以其他方式参与任何安排，从而方便有关的人或其代表（不论是以隐藏、调离法律管限范围、转移予代名人或其他方法），保留或控制有关的人从可公诉罪行的得益；或使有关的人从可公诉罪行的得益被用作保证，以确保有关资金供有关的人运用，或被用作为有关的人的利益而以投资的方式取得该财产的行为。

---

<sup>7</sup> 参见注释5。

### • 分析

洗钱罪基本已成为各国和地区公认的刑事犯罪。建议跨国公司企业警惕其跨境关联企业被不法分子用于洗钱活动。集团总部在日常监管中应注意子公司、境外关联公司等的可疑交易。

# 案例5：矿业大亨通过贿赂矿产品出口国高官 及其跨国公司网络进行洗钱<sup>8</sup>

## （一）案情简介

2018年，美国制裁以色列亿万富翁丹·格特勒（Dan Gertler）及其14家关联公司。制裁文件显示，丹·格特勒利用其与刚果金总统的友好关系，在刚果金作为中间商销售矿产品，并利用丹·格特勒的跨国公司集团与刚果金政府进行商贸合作。其中，丹·格特勒控制的一家公司Fleurette Properties被指控低于市场价采购矿产品（包括石油），并将矿产品出售后获取的高额利润用于贿赂刚果金官员。丹·格特勒和Fleurette利用离岸公司体系完成这些交易并进行洗钱。据统计，在2010年至2012年间，刚果金因为向丹·格特勒的离岸公司低价出售矿产品损失13.6亿美元的收益。美国当局通过与丹·格特勒有业务合作的机构以及其它国际矿业公司搜集证据并最终作出制裁决定。美国前总统唐纳德·特朗普在最后一刻有争议地取消对以色列商人的制裁。据悉，美国OFAC对丹·格特勒及其关联公司的洗钱活动还在调查中。

在该案调查过程中，美国司法部发现全球最大的矿业公司嘉

<sup>8</sup> 真实案例。

能可存在通过向丹·格特勒的公司提供了4500万美元的秘密贷款以获得刚果金具有争议的矿业协议。美国司法部利用长臂管辖传唤嘉能可出具与《反海外腐败法》和《美国洗钱法》相关文件，相关调查尚未结束。

## (二) 案例分析

1. 上述案例对中国企业有什么启示？

### • 结论

中国企业在对外投资过程中应当如何审慎识别交易对象的“受益所有人”以便有效防范反洗钱调查和制裁风险。具体可以考虑从以下三个维度评估投资和交易的风险等级。

(1) 地域（慎重开展与被制裁或被关注地区经济体的交易和投资行为）；

(2) 美国 OFAC 办公室关注的高风险行业领域（能源业、采矿业、贵金属、钢铝、石墨及煤炭等原材料业、建筑业、汽车业、金融保险业、造船和航运业等）；

(3) 个人或实体方面（在建立客户筛查模型时，严格关注 SDN 清单，包括明确注明受制裁和虽然没有注明但同样存在制裁风险的）。

# 第五章

# 安全环保

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	雪佛龙公司巴西漏油案	石油泄漏、环境保护、石油勘探开发许可证	1. 雪佛龙巴西公司石油泄露，违反了当地《联邦宪法》、《石油法》和《巴西环境犯罪法》； 2. 该事件的法律后果包括：企业形象影响、经济赔偿及停止业务活动、暂停许可证等行政处罚措施。	1. 巴西《联邦宪法》 2. 巴西《石油法》 3. 《巴西环境犯罪法》	真实案例
2.	BP墨西哥湾漏油案	环境恢复、赔偿责任	1. BP向墨西哥湾泄露大量石油，违反《清洁水法案》和《石油污染法》； 2. BP作为区块作业者，被美国政府认定为“责任方”，被要求承担恢复生态环境的应急、清污和赔偿的“主要责任”。	1. 《清洁水法》(Clean Water Act) 2. 《石油污染法》(Oil Pollution Act)	真实案例
3.	道达尔“埃里卡”号邮轮污染案	石油污染、损害赔偿责任	1. 道达尔公司埃里卡号油轮泄露造成严重污染；根据最高法院判决，道达尔作为租船人，未能发现油轮不具备开航条件，具有重大过失，并导致溢油事故发生，道达尔作为货主在个案中承担油污损害赔偿责任。	1. 法国《民事责任公约》	真实案例
4.	BP德克萨斯州炼油厂爆炸事故	火灾爆炸、安全管理	1. BP公司德克萨斯州炼油厂发生严重火灾爆炸事故，此次事故中，BP在安全管理方面存在下列不足：安全文化欠缺、安全管理体系存在漏洞、未能有效地衡量和监管过程安全绩效，企业监管不到位。	/	真实案例
5.	加勒比石油公司油库爆炸案	应急预案、安全培训、安全管理	1. 加勒比石油公司一座位于波多黎各巴亚蒙的油库发生爆炸，此次事故中，其在安全管理方面存在下列不足：该事故设备不足、缺乏应急预案和联合培训、地方救援机构应急准备能力不足、救援机构重叠，多辖区响应。	/	真实案例

## 案例1：雪佛龙公司巴西漏油案<sup>1</sup>

### （一）案情简介

2011年11月8日，雪佛龙巴西公司弗雷德油田（Frade Field）位于巴西里约热内卢东北部离岸370公里、水深1200米的一口评价井出现漏油，雪佛龙公司公布的漏油数量为2400桶，巴西石油管理署（ANP）评估漏油1600～2640桶。

2011年11月18日，在距离漏油点较近的科伊塔卡则斯杜坎普斯市，联邦检察院对雪佛龙提起了民事诉讼。随后，巴西环境协会以“破坏环境”为由向雪佛龙开出了约合2750万美元的罚单。此外，巴西石油管理署也宣布暂停雪佛龙在巴西的石油勘探开发许可。

### （二）案例分析

1. 雪佛龙违反了巴西的哪些环境保护法律要求<sup>2</sup>？

#### • 结论

违反了《联邦宪法》、《石油法》和《巴西环境犯罪法》中的相应规定。

---

1 真实案例。

2 《雪佛龙样本：如何规避海外环保法律风险？》，<https://mp.weixin.qq.com/s/cF3IpIAjTvMH4iMCSakIXQ>。

## • 法律依据及分析

根据《联邦宪法》，巴西联邦、州、联邦特区、自治市或区都有权就环境保护问题进行立法并作出裁决。巴西宪法对环境污染的民事、刑事和行政责任采取严格责任原则，危害主体、环境质量危害的程度、行为主体的主观形态都不影响其承担责任。

根据《石油法》，“理性使用石油、天然气及其产品并保护自然环境”是国家石油管理署的职责之一，“区块作业者在终止作业后，要负责区块的环境恢复”，“矿税合同要明确规定特许权获得者有义务维护环境”。

巴西联邦警察局对漏油事件相关负责人展开了调查，包括查阅雪佛龙内部的《项目环境影响评估》、《钻井施工计划》等文件，根据《巴西环境犯罪法》，该法规定了宽泛的责任承担主体，如果犯罪是根据法人的法定代表或契约代表或集体决定，并为了该法人的利益而实施时，该法人要承担行政、民事和刑事方面的责任。其中对法人实行罚金、中止权利、社区服务等单独、合并或选择适用的处罚。根据巴西法律的“双罚制”，法人和自然人都受到指控。<sup>3</sup>

## 2. 雪佛龙公司巴西漏油案给雪佛龙公司带来哪些严重后果？

### • 结论

企业形象影响、经济赔偿及停止业务活动、暂停许可证等行政处罚措施。

<sup>3</sup> 于阜民：《雪佛龙公司巴西近海原油泄漏案分析及借鉴》，载《中国审判》。

### • 分析

巴西漏油事件不仅给雪佛龙公司带来直接经济损失（约合2750万美元的罚单），还影响了雪佛龙在巴西未来的石油勘探业务。弗雷德油田是雪佛龙公司在巴西的第一个油田开发项目，由雪佛龙公司、巴西石油公司和日本石油公司合作开发，雪佛龙公司是作业者。受漏油事件影响，雪佛龙公司在巴西的下一步发展可能步履维艰。

此外，由于巴西媒体连篇累牍的追踪报道，政府决策、企业表态和各方反应都在媒体上快速汇总，雪佛龙在巴西的企业形象也受到了影响。

## 案例2：BP墨西哥湾漏油案<sup>4</sup>

### （一）案情简介

2010年4月20日，由跨国石油巨头英国石油公司（下称“BP”）运营的“深海地平线”（Deepwater Horizon）石油钻机在路易斯安那州沿海约40英里处爆炸，造成11名工人死亡，并向墨西哥湾泄露了超过300万桶石油。

2015年7月2日，美国联邦政府、美国墨西哥湾沿岸各州政府宣布，已就2010年“深海地平线”钻井平台漏油事件所造成的环境灾难达成赔偿和解初步协议，BP 和其在美国的子公司 BP Exploration and Production 将因破坏环境及自然资源，向美国联邦政府及墨西哥湾沿岸路易斯安那、亚拉巴马、密西西比、德克萨斯、佛罗里达五个州支付至少71亿美元赔偿金，因违反美国联邦《清洁水法案》向联邦政府支付罚款55亿美元，因损害墨西哥湾沿岸5州经济发展，赔偿49亿美元，并向4000多个墨西哥湾沿岸县市政府赔偿10亿美元，总金额187亿美元以上。

---

<sup>4</sup> 真实案例。

## (二) 案例分析

1. 除经济上的赔偿和罚款，BP 在墨西哥湾漏油案中是否还需要承担清理油污等恢复环境的责任？<sup>5</sup>

### • 结论

根据美国政府公布的事故调查报告，BP 及其合作企业缺乏有效的生产安全体系，管理混乱、应对不力、封堵糟糕等原因导致了 2010 年 4 月 20 日墨西哥湾溢油事故的发生。BP 作为区块作业者，被美国政府认定为“责任方”，勒令其承担应急、清污和赔偿的“主要责任”，力求最大限度恢复生态环境。

### • 分析

为了控制和清理油污，BP 动员了 48000 人，部署了大约 2500 万英尺（超过 3000 英里）的油围栏，协调动用了近 7000 艘船只。2011 年 4 月 19 日、20 日，BP 与相关政府部门和州签署了环境重建早期框架协议，决定成立深海地平线漏油事件环境自然资源基金 (the Natural Resource Trustees for the Deepwater Horizon oil spill)。BP 先期注入 10 亿美元基金，用来重建沿海沼泽地，恢复沙滩和野生保护区原状。环境遭受损害的 5 个州各获得 1 亿美元的重建资金支持，促进遭受污染的环境自然资源尽快恢复。

2. 根据美国法律，BP 的赔偿标准如何界定？<sup>6</sup>

### • 结论

1977 年的《清洁水法》(Clean Water Act) 和 1990 年的《石

5 高翔：《论海上石油开发环境污染之法律救济》，载《法律适用》，2012 年第 3 期。

6 张海枫：《海洋油污损害双层归责体系比较研究》，载《政法论坛》，2018 年第 2 期。

油污染法》(Oil Pollution Act) 针对溢油事故及石油污染规定了赔偿标准，具体详情请见下文分析。

### • 法律依据及分析

在美国，涉及海洋油污导致的赔偿责任，由立法机构制定的最重要的法律是 1977 年的《清洁水法》(Clean Water Act) 和 1990 年的《石油污染法》(Oil Pollution Act)。

《石油污染法》第 33U.S.C.A. § 2702 (a) 条规定：“无论是否有法律的其他规定或规则，从属于本法的其他规定，当某一船舶或设施向可航行水域、毗邻海岸线或专属经济区泄露了石油，或造成了发生此种泄漏的实质性威胁时，每一个对该船舶或设施负责的人，均须就本条 (b) 款规定的由该事件导致的清污费用和赔偿金承担责任。”依此规定，由石油污染导致的金钱赔偿责任，应当由《石油污染法》专门规定，无论包括法院判决在内的其他法律是否作出了其他规定。

《清洁水法》第 311 条是规定溢油事故赔偿责任的主要法规，但并没有涉及个人利益损失、经济损失或地方政府支出的损害赔偿。该条针对船舶、陆上设施以及离岸设施的所有人、经营人或实际控制人泄漏石油或其他有害物质的情况，设立了民事处罚。依据该法条，上述责任人将被罚款：一般情况：每日 32,500 美元或者每桶排放物质 1100 美元；存在重大过失、渎职的情况：总额不少于 100,000 美元且每桶排放物质不超过 4300 美元。

## 案例3：道达尔“埃里卡”号油轮污染案<sup>7</sup>

### （一）案情简介

1999年12月12日，为法国道达尔集团公司运载燃料油的“埃里卡”（Erika）号油轮在狂风中断裂沉没，2万余吨燃油泄漏，造成严重污染。2008年1月16日，巴黎最高法庭作出判决：道达尔公司对Erika事件负有责任，罚款37.5万欧元，此外，道达尔公司还须与其他三名被告共同向受溢油污染的相关方支付1.92亿欧元赔偿金。

### （二）案例分析<sup>8</sup>

1. 道达尔公司是否应被追责？

#### • 结论

根据最高法院的判决，道达尔公司应承担责任。

#### • 法律依据及分析

根据1969年《国际油污损害民事责任公约》（International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, 以下简称“CLC”），道达尔石油公司是无可争议的船舶租期内的承租

<sup>7</sup> 真实案例。

<sup>8</sup> 王慧、邓一鸣《石油污染海洋环境责任公约的不足及其完善——以埃里卡号（The Erica）案为中心》，<https://mp.weixin.qq.com/s/h10Te5wUf7B7U7OkjGndTQ>。

人，属于免责范围之内。上诉法院认为道达尔公司石油公司不承担任何民事责任。虽然石油公司有疏忽大意的过失（违反了公司内部有关年检的规定），但是并没有违反法律规定。上诉法院认为根据 CLC 第 3 条第 4 款免责，因为石油公司及其代表很难意识到船舶在一年内恶化到沉没的程度，不是条文中所说“明知可能造成这种损害而毫不在意的行为”。

最高院驳斥了上诉法院的这条推断，认为道达尔公司石油公司“应当明白污染的危险可能发生”，确实有“明知可能造成这种损害而毫不在意的行为”。法院认定，道达尔作为租船人，未能发现油轮不具备开航条件，具有重大过失，并导致溢油事故发生，所以道达尔作为货主仍须在个案中承担油污损害赔偿责任。最高法院的判决道达尔公司石油公司承担责任。<sup>9</sup>

2008 年 1 月 16 日，巴黎最高法庭才作出裁决，法国石油工业巨头道达尔集团对 1999 年“埃里卡”号油轮断裂沉没造成的严重污染负有责任，罚款 37.5 万欧元。道达尔和跟“埃里卡”号相关的其他三被告还须向法国政府、一些环境保护团体、受污染地区渔民、旅店经营者和地方协会等大约 100 名原告支付 1.92 亿欧元赔偿金。

---

<sup>9</sup> 国际船舶网：《Erika 漏油事故，道达尔难逃法网》，<http://wap.eworldship.com/index.php/eworldship/news/article?id=59396>。

## 案例4：BP德克萨斯州炼油厂爆炸事故<sup>10</sup>

### （一）案情简介

2005年3月23日13时20分左右，英国石油公司（BP）位于美国德克萨斯州（Texas）的炼油厂异构化装置发生了严重的火灾爆炸事故，该事故为美国作业场所近20年间最严重的灾难。事故造成15人死亡，180余人受伤，爆炸产生的浓烟对周围工作和居住的人们造成不同程度的伤害，直接经济损失超过15亿美元。

该爆炸着火事故的直接原因是操作工在异构化装置开车前误操作，造成烃分馏液面高出控制温度25华氏度。操作工对阀门和液面检查粗心大意，没有及时发现液面超标。异构化装置的主管没有通过检查确保操作人员正确的操作程序，而且在事故发生的关键时刻离岗，设备操作人员没有及时拉响疏散警报，这都大大加剧了事故的严重程度。总之，异构化装置主管的失职和值班工人没有遵循书面程序的规定是事故发生的根本原因。

---

10 真实案例。

## (二) 案例分析<sup>11</sup>

1. BP 在此次事故中存在哪些安全管理方面的不合规之处？

### • 结论

企业安全文化欠缺、安全管理体系存在漏洞、未能有效地衡量和监管过程安全绩效，企业监管不到位。

### • 分析

BP 公司在美国的五家炼油厂没有把过程安全作为核心理念，更没有对其在美国的五家炼油厂的过程安全绩效提供有效的领导力或建立适当的预期目标。BP 的管理层没有把“过程安全”作为一个企业安全参数加以考虑，BP 集团经营经理执行的降低成本、投资失败、生产经营等压力严重影响了德克萨斯州炼油厂的过程安全绩效。BP 错误地将提高个人安全绩效（即人身伤害率）作为其五家美国炼油厂可接受的过程安全绩效的目标；BP 对这些数据的依赖和对过程安全理解的不足造成了一种错误的自信，认为此举可以有效地解决这些炼油厂的过程安全风险。

此外，BP 公司现行的安全管理体系未能确保对其五家美国炼油厂的过程危险进行充分的识别和全面深入的分析，并不能确保及时实施良好的外部工程实践，没有有效的监管其重大事故调查程序，没有成员负责评估和验证 BP 的重大事故危害预防程序的执行情况。

BP 德克萨斯州公司缺乏报告和学习文化。BP 公司未能确保

<sup>11</sup> 中国化学品安全协会：《BP 德克萨斯州炼油厂爆炸事故最详细的分析报告》，[https://mp.weixin.qq.com/s/tr6e\\_0LozgRp3QVAvGuulw](https://mp.weixin.qq.com/s/tr6e_0LozgRp3QVAvGuulw)。

美国 5 个炼油厂的工作人员和承包商具备足够的过程安全知识和能力，且在 BP 公司的大多数美国炼油厂，实施和过分依赖在线培训导致炼油厂员工的过程安全实践培训不足。

## 案例5：加勒比石油公司油库爆炸案<sup>12</sup>

### (一) 案情简介

2009年10月23日，加勒比石油公司（以下称“CAPECO”）一座位于波多黎各巴亚蒙的油库发生爆炸。当时，一艘油轮正在向该油库卸汽油，其中一座容量为500万加仑（约1.9万立方米）的地上储罐发生溢流，泄漏出的汽油流入二级围堰后产生雾化，形成大量蒸汽云，在扩散至污水处理区时遇到点火源后发生爆炸。

爆炸产生震动的震级达里氏2.9级。大火持续燃烧约60小时，罐区内17个储罐被烧毁；距离现场4公里外的居民区和商业区遭到破坏；航空和交通运输被迫中断；事故导致3人受轻伤。此外，大量汽油、灭火泡沫液和污水流入周围的土壤、附近的湿地及通航水道内。

### (二) 案例分析<sup>13</sup>

1. 此次事故中存在哪些应急管理方面的不合规之处？

#### • 结论

企业设备不足、缺乏应急预案和联合培训、地方救援机构应

12 真实案例。

13 中国化学品安全协会：《以史为鉴 | 美国加勒比石油公司储罐溢流爆炸事故》，[https://mp.weixin.qq.com/s/7AHNt0z-\\_Z7FV3yXP6aHfQ](https://mp.weixin.qq.com/s/7AHNt0z-_Z7FV3yXP6aHfQ)。

急准备能力不足、救援机构重叠，多辖区响应。

### • 分析

#### (1) 安全管理体系存在问题。

加勒比石油公司油库作业维护不良；出于经济考虑，在规定时间内完成罐装作业与安全相矛盾；该油库未从以往充装事故中吸取教训；浮子式钢带设备不便于使用，自动储罐计量变送器未事先维修；计算储罐充装时间的计算机不可靠；未设立溢流预防安全设施作为独立报警；未制定正式的储罐充装作业程序；关键安全设备的机械完整性方案存在缺陷。<sup>14</sup>

#### (2) 设备不足。

在现行的美国环境保护署和职业安全与健康管理局法规下，并未把 CAPECO 这样的含有码头的仓储企业列为高风险企业。因此，不需要对其开展发生蒸汽云爆炸和多储罐起火的潜在风险分析。CAPECO 和消防部门都没有充足的泡沫储备量和相适应的设备来有效扑灭和控制多储罐大火。

#### (3) 企业缺乏应急预案和联合培训。

CAPECO 没有与当地消防部门制定相应的应急预案，没有开展此类救援演习，没有与其它相邻危化品企业建立救援互助，也没有针对罐区内多罐着火的救援场景开展培训。美国化学品安全与危害调查委员会发现，自 2000 年炼油厂关闭后，CAPECO 减少了对其现场消防救援活动所需的必要投入。实际上，对 CAPECO 人员的培训仅限于扑救单个储罐火灾，而不涉及多个储

---

14 《美国加勒比石油公司储罐火灾爆炸事故》，载《思考发现》。

罐火灾事故。

(4) 地方救援机构应急准备能力不足。

当地消防部门缺少此类救援培训，救援设备（包括泡沫供应）缺乏，导致无法应对此类工业火灾和爆炸，救援效率低下。最后，一家专业的工业消防救援机构将此次大火扑灭。

(5) 救援机构重叠，多辖区响应。

共有 43 家救援机构参与了此次事故救援。一旦有新的救援机构参与，事件指挥官发生变化，此项并未遵循美国事件指挥系统 / 国家事件管理系统 (ICS/NIMS)。例如，波多黎各紧急管理局使用 ICS/NIMS 进行操作，而国民警卫队则使用军事标准参与救援。因此需要进行额外的联合培训和演习，以改善 ICS 与 NIMS 的整合。

# 第六章

## 商业秘密

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	通过境外企业侵害商业秘密案	商业秘密认定 / 侵权主体认定 / 刑事责任	<p>1. 中国法上，商业秘密需要满足秘密性、价值性、保密性的构成要件（旧法还需要满足实用性要求）；</p> <p>2. 中国法上，境内主体通过境外主体实施侵害境内权利人商业秘密的行为，构成中国法律上的商业秘密侵权行为；</p> <p>3. 中国法上，侵犯商业秘密情节严重的，可能构成《刑法》规定的侵犯商业秘密罪并需承担刑事责任。</p>	<p>1. 《刑法》第219条</p> <p>2. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条</p> <p>3. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第4条</p> <p>4. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第4条及第5条</p>	真实案例
2.	某公司国内外系列招聘案	商业秘密认定 / 客户名单 / 原单位信息	<p>1. 中国法上，客户因为认可雇员和雇员的新单位而开展交易，雇员及其新单位不构成对原单位的商业秘密侵权；</p> <p>2. 中国法上，客户名单需要包含区别于相关公知信息的特殊客户信息才构成商业秘密；</p> <p>3. 美国法上，即使原单位已经发表了结论，员工提供的原单位的市场调查结果与分析报告仍可能构成原单位的商业秘密；</p> <p>4. 美国法上，仅仅是对公开信息的收集，也不构成商业秘密保护的客户名单。</p>	<p>1. 《反不正当竞争法》第2条</p> <p>2. 《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第13条</p> <p>3. 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第1条及第2条</p> <p>4. 美国《统一商业秘密法》第1条</p>	真实案例及模拟案例
3.	合同缔结中的商业秘密案	商业秘密认定 / 投标标底 / 附随义务	<p>1. 中国法上，投标标底原则上构成企业的商业秘密；</p> <p>2. 中国法上，法律规定的附随义务不足以构成认定商业秘密要求的“保密措施”。</p>	<p>1. 《反不正当竞争法》第9条</p> <p>2. 《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第11条</p> <p>3. 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第5条</p>	真实案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
4.	商业秘密中的保密措施要求	商业秘密认定 / 保密措施认定	1. 中国法上，在多个主体共同共有商业秘密的情况下，部分共有人采取了保密措施，不足以视为全体共有人采取了保密措施； 2. 中国法上，仅仅签署竞业禁止协议不能满足商业秘密对于保密措施的要求	1. 《民法通则》第78条 2. 《民法典》第300条 3. 《最高人民法院最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第11条 4. 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第5条	真实案例
5.	海外专家人才被认定构成经济间谍罪	经济间谍罪认定	1. 中国公民有可能被美国有关部门以违反《经济间谍法》，构成“经济间谍罪”在美国起诉并被采取强制措施； 2. 中国国有企业在海外投资的公司有可能被认定为“经济间谍罪”构成要件中规定的“外国政府、外国机构、外国代理人”。	1. 美国《经济间谍法》第1831条及第1837条	真实案例

## 案例1：通过境外企业侵害商业秘密案

### (一) 案情简介<sup>1</sup>

2007年8月前，张钊锋担任甲公司副总裁兼首席科学家，主管该公司所有的技术项目。期间，张钊锋同甲公司签订了《保密及工作成果协议》、《非竞争、保密及工作成果协议》等，明确科研信息属于公司的保密信息，“在雇佣期及此后的任何时候，在为完成合同目的之外，雇员均不可以直接或间接地使用任何保密信息，或以任何形式向公司以外的第三方披露任何保密信息”，还约定“在雇佣关系因任何原因终止时，雇员需将所有的工作成果、保密信息、计算机软件、文件等返还公司，雇员不得保留任何它们的复本”。2007年2月，张钊锋违反公司规定，擅自备份了甲公司研发的某芯片设计的全部数据库文件。

2007年8月，张钊锋辞去职务，设立了乙公司，自任法定代表人兼总裁，并以个人名义在英属维尔京群岛成立了丙公司，并在渣打银行深圳分行开设了离岸账户用以和境内外客户结算芯片的加工费和货款。张钊锋将之前擅自备份的芯片的数据库文件复制到乙公司内网服务器上，并将目录位置告诉相关技术人员，要

<sup>1</sup> 真实案例：上海芯略电子科技有限公司、张钊锋犯侵犯商业秘密罪案，上海市浦东新区人民法院（2009）浦刑初字第2609号刑事判决书。

求相关人员在设计时参考使用。2007年12月起，乙公司委托第三方为其进行芯片的组装及测试。2008年2月起，乙公司开始将芯片产品销售给客户。

经专业机构鉴定，某芯片设计在2008年5月1日前不为公众所知悉。经查，乙公司通过境外的丙公司销售芯片所获毛利为330694.11美元，折合人民币2249017.57元。

上海市浦东新区人民法院经审理做出（2009）浦刑初字第2609号刑事判决书，以被告单位乙公司犯侵犯商业秘密罪，判处罚金人民币115万元，以被告人张钊锋犯侵犯商业秘密罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，罚金人民币110万元。

## （二）案例分析

1. 甲公司关于某芯片设计的数据库文件是否构成商业秘密？

### • 结论

芯片设计的数据库文件构成商业秘密。

### • 法律依据

《中华人民共和国刑法》（下称“《刑法》”）（2006年修正）第二百一十九条第三款：“本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。<sup>2</sup>

<sup>2</sup> 2021年3月1日施行的刑法修正案（十一）已将该款删除。关于“商业秘密”的定义，目前规定在《反不正当竞争法》第9条第4款：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。

## • 分析

本案中，甲公司的芯片设计的数据库文件经过鉴定含有在2008年5月前不为公众所知悉内容，不是公有领域的技术，具有实用性和经济价值。而且，被告单位乙公司和被告人张钊锋也使用该芯片设计文档生产了芯片并牟利的事实也可以佐证该设计文件的实用性和价值性。

加之，甲公司与张钊锋签订了《保密及工作成果协议》，明确科研信息属于保密信息，明确约定“在为完成合同目的之外，雇员均不可以直接或间接地使用任何保密信息，或以任何形式向公司以外的第三方披露任何保密信息”，并要求雇员在离职时交换该等保密信息，不得保留任何副本。该《保密及工作成果协议》属于《刑法》（2006年修正）第219条第3款要求的保密措施。

综上，涉案的芯片设计的数据库文件符合《刑法》（2006年修正）第219条第3款关于“商业秘密”应当具有秘密性、实用性、价值性、保密性的要求，该芯片设计的数据库文件构成甲公司的商业秘密。

2. 涉案芯片的技术信息由张钊锋提供，芯片由乙公司生产、销售。销售款通过英属维尔京群岛的丙公司收取。应当由哪些主体承担刑事责任？

## • 结论

张钊锋和乙公司。

## • 法律依据

《刑法》（2006年修正）第二百一十九条第一款规定：“有下

列侵犯商业秘密行为之一……（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”，第二款明确：“明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论”。<sup>3</sup>

### • 分析

张钊锋违反保密协议的约定向乙公司披露了商业秘密并允许该公司使用，乙公司明知其使用的商业秘密是张某以不正当手段获取的，仍旧使用该等作为商业秘密的技术信息。因此，法院判决张钊锋和乙公司应当就侵害商业秘密的行为承担刑事责任。关于英属维尔京群岛丙公司是否应当承担刑事责任，鉴于检察院并未将该主体列为被告，因此判决不涉及对该主体的刑事责任认定。

---

3 现行实施的《刑法》（2020年修正）规定在第219条第1款、第2款：“有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的”，“明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论”。

3. 张钊锋、乙公司的在本案中构成什么罪名？受到了什么样的处罚？

### • 结论

被告单位乙公司犯侵犯商业秘密罪，判处罚金人民币 115 万元，被告人张钊锋犯侵犯商业秘密罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，罚金人民币 110 万元。

### • 法律依据

《刑法》（2006 年修正）第二百一十九条规定：“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金……”，第二百二十条规定：“单位犯本节第二百一十三条至第二百一十九条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚”。<sup>4</sup>

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条第一款规定：“实施刑法第二百一十九条规定的行为之一，给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的，属于‘给商业秘密的权利人造成重大损失’，应当以侵犯商业秘密罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”，第二款明确：“给商业秘密的权利人造成损失数额在二百五十万元以上的，属于刑法第二百一十九条

<sup>4</sup> 现行实施的《刑法》（2020 年修正）第 219 条对表述略作调整：“有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金……”。

规定的‘造成特别严重后果’，应当以侵犯商业秘密罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”。<sup>5</sup>

《刑法》（2006年修正）第七十二条第一款规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑”。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第四条：“对于侵犯知识产权犯罪的，人民法院应当综合考虑犯罪的违法所得、非法经营数额、给权利人造成的损失、社会危害性等情节，依法判处

---

<sup>5</sup> 2020年9月发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第四条降低了入罪门槛，该条第一款规定：“实施刑法第二百一十九条规定的犯罪行为，具有下列情形之一的，应当认定为‘给商业秘密的权利人造成重大损失’：（一）给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；（二）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；（三）造成商业秘密的权利人其他重大损失的”。同时，该解释第五条规定了认定损失数额、违法所得数额的方式：“（一）以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据该项商业秘密的合理许可使用费确定；（二）以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定；（三）违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；（四）明知商业秘密是不正当手段获取或者是违反约定、权利人有关保守商业秘密的要求披露、使用、允许使用，仍获取、使用或者披露的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定；（五）因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定；（六）因披露或者允许他人使用商业秘密而获得的财物或者其他财产性利益，应当认定为违法所得”。

罚金。罚金数额一般在违法所得的一倍以上五倍以下，或者按照非法经营数额的 50%以上一倍以下确定”。

### • 分析

法院认为，侵犯技术秘密行为的获利就是技术秘密所有人的获利，侵权人无偿使用权利人的技术秘密，对技术所有人本身就是损失。因此，商业秘密权利人的经营损失难以计算时，应以侵权人的非法获利计算。在案证据显示，乙公司的实际非法获利额折合人民币为 2249017.57 元，已经构成《刑法》（2006 年修正）规定的“给商业秘密的权利人造成重大损失”，依法应当处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

法院基于被告单位及被告人归案后交代态度较好，对被害单位作出了一定的经济赔偿，酌情从轻处罚，并采纳辩护人提出的对被告人张钊锋适用缓刑的意见。

## 案例2：某公司国内外系列招聘案

### (一) 案情简介<sup>6</sup>

甲公司为一家跨国能源公司（国有企业），在世界各地均有不同规模的项目。甲公司为扩展其经营，在国内和美国分别设立了两家分公司，并统一由总公司人事部门会同法务部门审核拟聘用人员的情况：

1. 2006年9月，国内某分公司聘用了经理马达庆。马达庆在2006年12月前在一乙公司任职，乙公司与马达庆签订的保密协议约定的范围不包括客户名单，双方间也没有签订竞业禁止协议。马达庆在行业内积累了丰富的业务经验，并在相关市场的经营者中享有盛誉。乙公司诉称甲公司、马达庆的行为构成不正当竞争，最高人民法院经审理，认为马达庆的行为并未构成不正当竞争，裁定维持二审判决，驳回乙公司的再审申请。<sup>7</sup>

2. 2015年10月，国内分公司拟聘业务人员刘芳。刘芳在2010年之后在丙公司担任销售服务部经理。丙公司与刘芳签订有保密协议，保密范围包括了与客户业务、产品、服务有关的信息

6 案例2场景1、2为真实案例改编，场景3、4为模拟案例。

7 真实案例：山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司与青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷案，中华人民共和国最高人民法院（2009）民申字第1065号民事裁定书。

等商业秘密。刘芳持有一份主要能源产品消费企业的基础信息清单，清单信息包括企业名称、地址、电话等。最高人民法院再审认定，刘芳与甲公司的行为并未侵害丙公司的商业秘密，改判驳回丙公司的全部诉讼请求。<sup>8</sup>

3. 美国分公司拟聘工作人员 David，曾在丁公司的海外分部任职，David 称自己可以提供一份他在丁公司制作的市场调查结果与分析报告。根据公司目前掌握的信息，该报告可能属于 David 与丁公司签订的保密协议的范畴，但是 David 的丁公司已经根据报告的内容对外发表了结论。

4. 美国分公司拟聘业务人员 Edward，曾是美国戊地区的送货员，掌握着美国某市能源站的名称、地址、电话等信息。

## (二) 案例分析

1. 公司聘用经理马达庆后，马达庆原任职的乙公司的部分客户，明确表示因为马达庆在业内的经验和声誉，考虑到甲公司的实力，开始与甲公司合作。这是否构成商业秘密侵权？

### • 结论

不构成。

### • 法律依据

《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下称“《反不正当竞争法》”) (1993 年) 第二条第二款规定：“本法所称的不正当竞

<sup>8</sup> 真实案例：华阳新兴科技（天津）集团有限公司与麦达可尔（天津）科技有限公司、王成刚、张红星、刘芳侵害商业秘密纠纷案，中华人民共和国最高人民法院 (2019) 最高法民再 268 号民事判决书。

争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为”。<sup>9</sup>

### • 分析

马达庆原任职的乙公司并未与其签订竞业禁止协议。马达庆带来的客户均明确表示因为马达庆在业内的经验和声誉，考虑到甲公司的实力，才选择与甲公司合作。因此，马达庆并未使用乙公司的名义，也没有使用乙公司的商业信息。客户选择的变动是客户综合双方能力确定的结果。甲公司的行为没有违反诚实信用原则，不具有不正当性，而是正当商业竞争。此外，马达庆离职后有选择职业的自由，加之马达庆原任职的乙公司也没有把客户名单作为商业秘密的加以保护，因此甲公司聘用马达庆并吸引客户的行为，同样也不会构成对他人商业秘密的侵害。<sup>10</sup>

2. 刘芳在到甲公司任职后，有可能继续使用丙公司已经掌握的那份主要能源产品消费企业的基础信息清单，清单信息包括企业名称、地址、电话等，是否可能构成商业秘密侵权？

### • 结论

不构成。

9 现行《反不正当竞争法》第二条第二款为：“本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为”。

10 最高人民法院于2020年9月颁布的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《商业秘密司法解释》”）第二条明确规定：“当事人仅以与特定客户保持长期稳定交易关系为由，主张该特定客户属于商业秘密的，人民法院不予支持。客户基于对员工个人的信赖而与该员工所在单位进行交易，该员工离职后，能够证明客户自愿选择与该员工或者该员工所在的新单位进行交易的，人民法院应当认定该员工没有采用不正当手段获取权利人的商业秘密”。

## • 法律依据

《最高人民法院最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（以下简称“《不正当竞争司法解释》”）第十三条第一款规定：“商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户”。<sup>11</sup>

## • 分析

《反不正当竞争法》作为“商业秘密”加以保护的客户名单要求包含区别于相关已被公众所知悉的特殊客户信息，并非是指对所有客户名单的保护。目前，我国企业公开的工商信息多包含企业名称、地址、联系电话等，这些信息均属于公知信息，不足以反映交易习惯和交易意向。在没有涵盖相关客户的具体交易习惯和交易意向等深度信息的情况下，难以认定相关信息属于反不正当竞争法保护的商业秘密。劳动者运用其在原用人单位学习的知识、经验与技能，无论是从市场渠道知悉相关市场信息还是根据从业经验知悉或判断某一市场主体需求相关产品和服务，可以在此基础上进行市场开发并与包括原单位在内的其他同行业市场交易者进行市场竞争。在没有竞业禁止义务亦不存在商业秘密的情况下，不能仅因为某一企业曾经与另一市场主体有过多次交易

---

11 最高人民法院于2020年9月颁布的《商业秘密司法解释》第一条第三款明确：“前款所称的客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息”。

或稳定交易即禁止前员工与其进行市场竞争。<sup>12</sup>

3. 如果甲公司在经营活动中使用了 David 提供的、他在丁公司制作的市场调查结果与分析报告，是否涉嫌侵害丁公司的商业秘密？

### • 结论

如果公司使用了 David 提供的调查结果与分析报告，可能构成对丁公司商业秘密的侵权。

### • 法律依据

美国《统一商业秘密法》(Uniform Trade Secret Act) 第1条第(4)项规定：“信息，包括公式、样式、编译、程序、装置、方法、技术或过程，只要它们：(i) 具备独立的、实际或潜在的经济价值，然而不被广泛地知晓、也无法通过正当手段被他人轻易探知，而且他人能够通过披露或利用该信息来获取经济利益；(ii) 为了保护该信息的秘密性，持有者对其采取了合理的措施”。<sup>13</sup>

### • 分析

丁公司发表的结论从未超出概括性的程度，其专有资料作为分析用材料仍然具有价值，其他公司完全可以根据材料得出与丁

---

12 《最高人民法院知识产权案件年度报告（2019）摘要》中指出：“职工在工作中掌握和积累的知识、经验和技能，除属于单位的商业秘密的情形外，构成其人格的组成部分，是其生存能力和劳动能力的基础，职工离职后有自主利用的自由。商业秘密保护的客户名单，除由客户的名称地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等信息所构成外，还应当属于区别于相关公知信息的特殊客户信息”。

13 上述规定原文为：“Trade secret” means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process that : (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use ; and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.”

公司不同的结论，因此该报告的价值性、秘密性尚存。而且，甲公司使用该报告的内容反而会被法院认为，这正是该报告价值性的体现。丁公司已经要求 David 签署了保密协议，且该报告属于协议范围，商业秘密对于保密措施的要求并非滴水不漏。因此，该报告的内容仍旧是商业秘密法律保护的对象，甲公司如果使用了报告，可能会构成商业秘密侵权。

4. Edward 在入职后如果使用了他在戊公司任职期间掌握，美国某市能源站的名称、地址、电话等信息，是否构成商业秘密侵权？

• 结论

不构成。

• 法律依据

同问题 3。

• 分析

送货是一个开放的业务，不能因为一家公司经营了这个业务，就认为其垄断了某一地区的全部送货业务。作为商业秘密保护的客户名单不应当仅仅是对公开信息的收集，还必须有文字以外的价值才能够被认定为是商业秘密。本案中，Edward 持有的信息仅仅是公开的信息，没有文字以外的价值（比如体现客户的交易习惯）等，因此不应当认为是商业秘密。而且，从美国法院目前的司法实践也可知，单纯公开信息的收集不能获得竞争法，包括商业秘密法律的保护。<sup>14</sup>

---

14 例如：Home Paramount Pest Control Companies, Inc. v. FMC Corp./Agr. Products Group, 107 F. Supp. 2d 684 (D. Md. 2000), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/107/684/2511164/>, 最后一次访问时间 2021 年 10 月 14 日 11 时。

## 案例3：合同缔结中的商业秘密案

### (一) 案情简介<sup>15</sup>

1. 2014年1月至2015年11月，谭勇、陈亮在甲公司工作，并于2015年9月参与了某项目的投标。后查明，二人早在2014年11月就担任乙公司的股东。经调查，谭勇、陈亮在前述项目投标的过程中，利用自己掌握了甲公司标底的便利条件，泄露了甲公司标底，致使乙公司中标。甲公司认为乙公司、谭勇、陈亮侵害了其商业秘密。最高人民法院再审判决认定侵害商业秘密成立，并判决乙公司、谭勇、陈亮承担赔偿责任300000元。<sup>16</sup>

2. 2000年11月，甲公司经中间方介绍，与外商达成了供货协议。甲公司、中间方和丙公司签订协议一份，约定外销合同由丙公司代为对外签约，代理出口有关产品，三方还对甲公司供货的具体品名、数量、与丙公司结算的价格、交货时间、地点及合同履行过程中的权利义务进行了约定。2009年5月，甲公司起诉称，上述外商的信息构成商业秘密中的客户名单，且其已对此采取保密措施，丙公司在负有保密义务的前提下，却披露、允许他

15 案例3的场景1、2分别为真实案例。

16 真实案例：克拉玛依金驼运输服务有限公司与克拉玛依市凯隆油田技术服务有限公司、谭勇不正当竞争纠纷案，中华人民共和国最高人民法院（2018）最高法民再389号民事判决书。

人使用该商业秘密，因此，甲公司请求法院确认丙公司侵犯其商业秘密。请求法院确认丙侵犯其商业秘密。最高人民法院经过审查，认为一审判决认定甲公司主张的客户名单不构成商业秘密正确，裁定驳回申诉。<sup>17</sup>

## (二) 案例分析

### 1. 投标标底是否构成商业秘密？

#### • 结论

投标标底构成商业秘密。

#### • 法律依据

2017年修订前的《反不正当竞争法》第九条第四款规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。<sup>18</sup>

现行《反不正当竞争法》第九条第四款规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。

#### • 分析

投标文件由投标人自行制作，在开标之前必然采取密封措施，这是招投标活动的应有之意。涉案标书内容中的标底降幅不

<sup>17</sup> 真实案例：张家港市恒立电工有限公司清算组与江苏国泰国际集团国贸股份有限公司、张家港市宇阳橡塑电器有限公司侵害商业经营秘密纠纷案，中华人民共和国最高人民法院（2012）民监字第253号民事裁定书。

<sup>18</sup> 真实案例发生于2014年，故适用的法律是2017年修订前的《反不正当竞争法》。

为公众和其他投标单位所知晓，因此具有秘密性。通常而言，标书的制作限于参与投标活动的人员范围，并且标书的天然秘密属性要求任何知道标书内容的人都应负有保密的义务，标书所有人在对标书进行封存即可看作是对标书采取了保密措施，而且这种保密措施也达到了法律要求的标准，因此具有保密性。鉴于报价常常是招标方评分的重要内容，降低标底的作用是显而易见的。因此，在标书开封之前，竞标者的标底降幅能使其保有一定的竞争优势，一旦中标就能给所有人带来经济利益。因此，虽然最终中标取决于竞标者的技术部分及商务部分的综合得分，但是不能据此否认标底降幅在竞标能力中的贡献。尤其在标底降幅为其他竞标者获悉的情况下，不仅将使该竞标人丧失竞争优势，更使其处于不利境地。综上，投标标底构成商业秘密。

2. 法律对于附随义务的规定，是否足以认定采取了合理的保密措施？

### • 结论

附随义务不足以构成合理的保密措施。

### • 法律依据

《不正当竞争司法解释》第十一条第一款规定：“权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的‘保密措施’”。<sup>19</sup>

<sup>19</sup> 真实案例于 2009 年起诉，当时最高人民法院仅发布了《不正当竞争司法解释》。2020 年发布的《商业秘密司法解释》对于“保密措施”的要求与《不正当竞争司法解释》的规定实质相当。

《商业秘密司法解释》第五条规定：“权利人为防止商业秘密泄露，在被诉侵权行为发生以前所采取的合理保密措施，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的相应保密措施”。

#### • 分析

合同的附随义务与商业秘密的权利人对具有秘密性的信息采取保密措施是两个不同的概念，不能以合同相对方负有合同法上的保密附随义务来判定权利人对特定信息采取了保密措施。商业秘密是通过自己保密的方式产生的权利，如果权利人自己都没有采取保密措施，就没有必要对该信息给予保护，这也是保密措施在商业秘密构成中的价值和作用所在。派生于诚实信用原则的合同的附随义务并不体现商业秘密权利人对信息采取保密措施的主观愿望以及客观措施。因此纯粹的附随义务不符合商业秘密对于权利人主观追求保密和采取客观措施的要求，不能认为是商业秘密要求的“合理的保密措施”。

## 案例4：商业秘密中的保密措施要求

### (一) 案情简介<sup>20</sup>

1. 甲公司、乙公司共有一些客户名单、配方和公司技术。乙公司对上述信息采取了保密措施，甲公司认为既然乙公司已经采取了合理的保密措施，就应当视为自己也采取了合理的保密措施，因此并未采取其他保密措施。陈建新与周传敏系夫妻关系，于1999年2月至2003年7月间在甲公司工作。戴建勋于1997年7月至2004年4月在甲公司工作。李道敏于2002年4月至2003年7月在甲公司工作。上述四人离职后，加入了周传敏之父设立的丙公司并使用了甲公司、乙公司共有的配方、公司技术信息等。甲公司向法院起诉请求判令丙公司及上述自然人侵害了甲公司的商业秘密。一审法院认为因现有证据不能证明权利主体采取了合理的保密措施，所以认定原告主张的客户交易信息不符合商业秘密的构成要件，判决驳回原告诉讼请求。最高人民法院二审维持上述认定，判决驳回上诉，维持原判。<sup>21</sup>

---

20 案例4的场景1、2分别为真实案例。

21 真实案例：化学工业部南通合成材料厂、南通中蓝工程塑胶有限公司、南通星辰合成材料有限公司与南通市旺茂实业有限公司、陈建新、周传敏、陈晰、戴建勋、李道敏侵害商业技术秘密和商业经营秘密纠纷案，中华人民共和国最高人民法院（2014）民三终字第3号。

2. 1996 年，黄子瑜与案外人共同出资设立丙公司，并在该公司担任监事、副总经理，参与该公司的经营管理。丙公司与黄子瑜签订的劳动合同约定了竞业禁止条款。2002 年 4 月，黄子瑜退出丙公司并辞去相关职务，同时与他人投资组建了丁公司。某株式会社自 2000 年初起持续与丙公司交易，基于对黄子瑜的信任，在黄子瑜设立丁公司后，某株式会社便与丁公司建立了业务关系。丙公司仅与黄子瑜签订了竞业禁止协议，但是并未对某株式会社有关的信息采取任何保密措施。丙公司向一审法院请求判令黄子瑜、丁公司停止侵权并赔偿损失。一审法院判决驳回丙公司全部诉讼请求；上海高院二审驳回上诉，维持一审判决；最高人民法院经审查后裁定驳回丙公司的再审申请。<sup>22</sup>

## （二）案例分析

1. 甲公司关于商业秘密的共同共有人已经采取保密措施，就视为全体共有人采取了保密措施的看法是否正确？

### • 结论

不正确。

### • 法律依据

《中华人民共和国民法通则》第七十八条规定：“共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。共同共有人对共有财产享有权利，承担义务”。<sup>23</sup>

<sup>22</sup> 真实案例：上海富日实业有限公司与黄子瑜、上海萨菲亚纺织品有限公司侵犯商业秘密纠纷案，中华人民共和国最高人民法院（2011）民申字第 122 号民事裁定书。

<sup>23</sup> 该案例是 2014 年的案例，因此适用的法律是《民法通则》，《民法通则》现已为《民法典》取代。

《中华人民共和国民法典》第三百条规定：“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人人都有管理的权利和义务”。

### • 分析

对于共同共有的商业秘密，根据共同共人都有权利、义务管理财产的规定，应当认为商业秘密的各共同共人都应当采取合理的保密措施，才能够实质上确保商业秘密的秘密性，即保持不为公众普遍知晓的状态。因此，并非只要商业秘密共同共人中的一人或部分共有人采取了保密措施，就可以认定所有共人都采取了保密措施，进而认定该等信息构成商业秘密。相反，部分共有人未采取保密措施的行为可能会影响商业秘密的认定。甲乙两公司未明确其对涉案信息是按份共有还是共同共有，但不论共有方式如何，其均应就涉案信息采取合理的保密措施。因此，甲公司有关“只要某一方采取了合理的保密措施，就应视为甲乙两公司均采取了合理的保密措施”的主张缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

2. 仅仅签署竞业禁止协议是否可以认为已经采取了足够的保密措施？

### • 结论

单纯的竞业禁止协议不足以认为是合理的保密措施

### • 法律依据

《不正当竞争司法解释》第十一条第一款规定：“权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的‘保密措

施’”。<sup>24</sup>

《商业秘密司法解释》第五条规定：“权利人为防止商业秘密泄露，在被诉侵权行为发生以前所采取的合理保密措施，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的相应保密措施”。

### • 分析

商业秘密的保密性要求权利人采取的措施能够表明权利人保密的主观愿望，并明确作为商业秘密保护的信息的范围，使义务人能够知悉权利人的保密愿望及保密客体，并在正常情况下足以防止涉密信息泄漏。竞业禁止协议与保密协议在性质上是不同的。前者是限制特定的人从事竞争业务，后者则是要求保守商业秘密。用人单位依法可以与负有保密义务的劳动者约定竞业禁止，竞业禁止约定因此成为保护商业秘密的一种手段，即通过限制负有保密义务的劳动者从事竞争业务而在一定程度上防止劳动者泄露、使用其商业秘密。但是，相关信息作为商业秘密受到保护，必须具备反不正当竞争法规定的要件，包括采取了保密措施，而并不是单纯约定竞业禁止就可以实现的。单纯的竞业禁止协议没有明确作为商业秘密保护的信息的范围，也没有明确员工应当承担的保密义务，仅仅是限制员工离职后在特定时间内不能从事特定行业，或者不能与特定企业交易，因此不足以构成保护商业秘密要求的保密措施。

<sup>24</sup> 真实案件审理时，最高人民法院仅发布了《不正当竞争司法解释》。2020年发布的《商业秘密司法解释》对于“保密措施”的要求与《不正当竞争司法解释》的规定实质相当。

## 案例5：海外专家人才被认定构成经济间谍罪

### （一）案情简介<sup>25</sup>

任职于美国 XZY 公司的张某与任职于美国 UVW 公司的赵某，均系芯片领域（尤其是射频前端）的知名专家。2014 年，中国某知名大学招聘张某和赵某为其教授，并通过校办企业在美国投资的公司与张某和赵某建立合作关系，在美国共同开发业界前沿的技术并实现技术成果的转化。

2017 年，张某与赵某应邀出席在美国通信领域的专家研讨会，在机场被美国联邦调查局（FBI）逮捕，随后被检控涉嫌构成经济间谍罪。2019 年，张某与赵某因经济间谍罪被判处 18 个月监禁，并须支付近 50 万美元的赔偿金。

### （二）案例分析

1. 何为“经济间谍罪”？如果张某与赵某为中国国籍，是否受到美国《经济间谍法》的规制？

#### • 结论

张某与赵某为中国国籍，可以成为美国《经济间谍法》的追

<sup>25</sup> 案例 5 系真实案例，美国诉张浩案（United States v. HaoZhang），参见 <https://www.justice.gov/usao-ndca/pr/chinese-citizen-sentenced-economic-espionage-theft-trade-secrets-and-conspiracy>，最后一次访问时间 2021 年 10 月 14 日 11 时。

诉对象。

### • 法律依据

“经济间谍罪”，又称“商业间谍罪”，是美国国会1996年通过的《经济间谍法》(Economic Espionage Act, EEA)中创设的联邦罪名，其目的在于保障商业机密。经济间谍罪刑规范专门规制行为人未经授权非法窃取商业秘密，且意图或者明知其商业秘密窃取行为，“为外国政府、机构或代理人利益”仍实施之。<sup>26</sup>

《经济间谍法》第1837条规定，自然人犯罪的，只要是美国公民或永久居民，单位实施犯罪的，只要其是根据美国法律、各

---

26 18 U.S. Code § 1831 – Economic espionage

(a) In General.—Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly—  
(1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret;  
(2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret;  
(3) receives, buys, or possesses a trade secret, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;  
(4) attempts to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3); or  
(5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy,  
shall, except as provided in subsection (b), be fined not more than \$5, 000, 000 or imprisoned not more than 15 years, or both.

(b) Organizations.—

Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than the greater of \$10, 000, 000 or 3 times the value of the stolen trade secret to the organization, including expenses for research and design and other costs of reproducing the trade secret that the organization has thereby avoided.

州法律及其政治分支机构法律而成立的组织，无论其犯罪行为发生在境内抑或境外，联邦政府均可对其进行刑事追诉。即使犯罪实行行为发生在美国境外，只要促成实行行为的其他行为如帮助、教唆行为发生在美国境内，都系属本罪罪刑规范追诉的对象。<sup>27</sup>

### • 分析

虽然张某与赵某为中国国籍，但是侵害商业秘密的行为发生于美国，因此基于犯罪行为地，张某与赵某可以受到美国《经济间谍法》的规制。同时，鉴于中国某高校校办企业在美国投资的公司系基于美国法律成立，如能证明该主体明知张某与赵某窃取商业秘密而与之合作或者该主体与张某和赵某之间存在串谋，则基于此美国主体的联系，张某与赵某亦可以称为美国《经济间谍法》的追诉对象。

2. 如果受益方为中国国有企业在海外投资的公司，是否满足经济间谍罪的要件？

### • 结论

如果受益方为中国国有企业在海外投资的公司，可能满足经济间谍罪的要件。

---

<sup>27</sup> 18 U.S. Code § 1837. Applicability to conduct outside the United States

This chapter also applies to conduct occurring outside the United States if—

(1) the offender is a natural person who is a citizen or permanent resident alien of the United States, or an organization organized under the laws of the United States or a State or political subdivision thereof; or  
 (2) an act in furtherance of the offense was committed in the United States.

## • 法律依据

根据《经济间谍法》第 1831 条规定，经济间谍罪需要满足以下要件：

其一，涉案信息须是符合法定构成要件的商业秘密<sup>28</sup>；其二，行为人的行为须是不法的；其三，意图或者明知其行为裨益外国政府、外国机构、外国代理人的。

外国政府的定义和指向比较明确，而“外国机构”及“外国代理人”则需要依据《经济间谍法》中的定义。该法的定义部分规定“外国机构”系指实质上为外国政府所有、控制、资助、命令、管理或支配的任何机关、局、部门、协会，或任何法律组织、商务组织或商业组织、公司或实体等。<sup>29</sup>“外国代理人”系指任何外国政府之官员、雇员、受托人、公务员、与会

---

28 18 U.S. Code § 1839 (3) the term “trade secret” means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if—(A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and (B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, another person who can obtain economic value from the disclosure or use of the information.

29 18 U.S. Code § 1839 (1) the term “foreign instrumentality” means any agency, bureau, ministry, component, institution, association, or any legal, commercial, or business organization, corporation, firm, or entity that is substantially owned, controlled, sponsored, commanded, managed, or dominated by a foreign government.

人员以及代表。<sup>30</sup>

### • 分析

由此可知，根据以上对于“外国机构”的定义，只要实质上为外国政府所有、控制、资助、命令、管理或支配的公司等实体，都可以被视为外国机构。在上述案例中，检控指出赵某和张某长期为中国政府控制的大学和公司的利益获取商业机密中发挥了作用，因此构成了经济间谍罪。对于中国国有企业在海外投资的公司而言，如果其受到中国国内企业的控制与管理，则存在被认定为构成外国代理人的风险。在美国诉刘元轩案（US v. Walter Liew）案中，美国法院认定中国的国有企业均为政府所实际控制，进而直接认定 Liew 符合“意图使得外国政府获益”要件，构成经济间谍罪。<sup>31</sup> 在此情况下，如果张某和赵某的行为系意图或者明知为该海外投资企业牟利，则存在满足《经济间谍法》中经济间谍罪的“意图或者明知其行为裨益外国政府、外国机构、外国代理人”要件的可能性。

---

30 18 U.S. Code § 1839 (2) the term “foreign agent” means any officer, employee, proxy, servant, delegate, or representative of a foreign government.

31 US v. Walter Liew, 2014 U.S. Dist. LEXIS 79677, p. 5.



# 第七章

# 劳动用工

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	对外劳务合作企业与外派人员劳动关系认定案	对外劳务合作、劳动关系、书面服务合同	1. 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； 2. 对外劳务合作企业应当与国外雇主订立书面劳务合作合同，否则不得组织劳务人员赴国外工作； 3. 对外劳务合作企业未与劳务人员订立劳动合同的，不得组织劳务人员赴国外工作；对外劳务合作企业组织与其建立劳动关系的劳务人员赴国外工作的，对外劳务合作企业应当与劳务人员订立书面服务合同，否则不得组织劳务人员赴国外工作。	《中华人民共和国对外劳务合作管理条例》第2条、第21条、第23条	真实案例
2.	对外承包工程企业与外派人员劳动关系认定案	对外承包工程、劳动关系、人身意外保险	1. 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，按照合同约定向外国派员提供工作条件和支付报酬，履行用人单位义务； 2. 对外承包工程的单位应当为外派人员购买境外人身意外伤害保险。	1. 《中华人民共和国对外劳务合作管理条例》第2条 2. 《中华人民共和国对外承包工程管理条例》第12条及第14条	真实案例
3.	外派员工的境内工伤保险待遇案	派遣出境工作、工伤保险	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。	1. 《中华人民共和国社会保险法》第41条 2. 《中华人民共和国工伤保险条例》第44条	真实案例
4.	外派员工感染传染病工伤认定案	派遣出境工作、感染传染病、工伤认定	1. 职工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，应当认定为工伤； 2. 如果感染病系特定工作场所造成，且二者有必然联系的，则职工的死亡应视为系工作原因受到的事故伤害。	3. 《中华人民共和国工伤保险条例》第14条 4. 《中华人民共和国最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》（法释[2014]9号）第4条	真实案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
5.	外派员工加班费争议案	派遣出境工作、加班费	单位未规范执行其管理制度导致无法证明员工的实际出勤情况的，需承担举证不能的责任。	1. 《中华人民共和国劳动法》第44条 2. 《中华人民共和国民事诉讼法》第64条 3. 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第6条	真实案例
6.	开除境外派驻期间猥亵妇女员工案	境外派驻、违反当地法律和中国公序良俗、严重违反公司规章制度、开除	员工驻外期间违反当地法律的，即便未被追究刑事责任，但如果违反了中国的公序良俗、严重影响公司生产经营或损害公司声誉的，属于严重违反公司规章制度的情形的，单位仍有权基于员工严重违纪解除劳动合同。	《中华人民共和国劳动合同法》第39条	真实案例
7.	境外派驻高管调岗回国案	境外派驻、调岗、调整工作地点	单位及员工在劳动合同中明确约定公司生产经营特殊需要及岗位特性、工作地点不特定，且调岗或调整工作地点行为未给员工造成明显不利影响的，单位有权根据合同约定调整员工的工作地点或工作岗位。	《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》第5条及第6条	模拟案例

# 案例1：对外劳务合作企业与外派人员劳动关系认定案<sup>1</sup>

## （一）案情简介

中国某进出口公司在马达加斯加设立了某糖业公司，经营某糖厂项目。2010年9月，王某与该糖业公司签订《聘用合同》，自2010年8月至2013年8月在马达加斯加执行上述项目，担任该糖业公司财务经理。后双方发生争议，王某要求确认与中国某进出口公司存在劳动关系并要求其支付劳动报酬。

## （二）案例分析

1. 中国某进出口公司与王某之间是否成立劳动关系？是否应支付其劳动报酬？

### • 结论

中国某进出口公司与王某存在劳动关系；中国某进出口公司与该糖业公司共同承担聘用合同项下的法律义务，支付其劳动报酬。

### • 法律依据

《中华人民共和国对外劳务合作管理条例》

<sup>1</sup> 真实案例：王昌宏与中国成套设备进出口（集团）总公司等公司劳动争议上诉案，北京市第二中级人民法院（2016）京02民终9283号判决书。

**第二条：**

“本条例所称对外劳务合作，是指组织劳务人员赴其他国家或者地区为国外的企业或者机构（以下统称国外雇主）工作的经营性活动。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。”

**第二十一条：**

“对外劳务合作企业应当与国外雇主订立书面劳务合作合同；未与国外雇主订立书面劳务合作合同的，不得组织劳务人员赴国外工作。”

**第二十三条：**

“除本条第二款规定的情形外，对外劳务合作企业应当与劳务人员订立书面服务合同；未与劳务人员订立书面服务合同的，不得组织劳务人员赴国外工作。服务合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项，以及服务项目、服务费及其收取方式、违约责任。对外劳务合作企业组织与其建立劳动关系的劳务人员赴国外工作的，与劳务人员订立的劳动合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项；未与劳务人员订立劳动合同的，不得组织劳务人员赴国外工作。”

**• 分析**

本案中，王某虽与糖业公司签订了《聘用合同》，但该糖业公司为中国某进出口公司设立的境外企业，不符合法律规定的对外劳务合作经营资格。同时，根据《对外劳务合作管理条例》第二十三条之规定，对外劳务合作企业除与其派出的劳务人员签订劳动合同外，应当签订书面服务合同。本案中王某通过中国某进

出口公司派出工作，未与该进出口总公司签订书面服务合同，违反了《对外劳务合作管理条例》的规定，无法确认双方之间系服务合同关系。

同时中国某进出口公司系商务部批准的、具备向境外派遣各类技术劳务人员资格的企业，王某的出国手续系由中国某进出口公司办理，王某的工资及补贴亦由中国某进出口公司账户发放，符合劳动关系的构成要件。法院确认王某与该进出口总公司之间存在劳动关系。

该糖业公司虽不符合我国《劳动合同法》规定的用人单位的定义，但王某与糖业公司之间的《聘用合同》明确约定了合同期限、王某的工作地点、工作内容、待遇、双方权利义务等项，系王某本人所签，且双方按照合同内容实际履行，故法院确认该聘用合同真实有效，已具备了劳动合同应当具备的必备条款，明确了双方权利、义务，实现了书面劳动合同的功能，可视为双方已订立书面劳动合同；因中国某进出口总公司系糖业公司的境内投资主体，该聘用合同的约束力及于中国某进出口总公司，故糖业公司与中国某进出口总公司应共同承担该聘用合同项下的法律义务。

**• 合规提示：**

采取对外劳务合作方式聘用人员时，应注意选择具有对外劳务资质的对外劳务合作企业，并应关注对外劳务合作企业应与劳动者签订劳动合同。

# 案例2：对外承包工程企业与外派人员劳动关系认定案<sup>2</sup>

## （一）案情简介

2013年4月，董某被中国海外某工程有限责任公司（“中海外”）派往巴布亚新几内亚（“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。董某以要求确认其与中海外公司存在劳动关系为由向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申请，仲裁委驳回董某仲裁请求，董某诉至法院。

## （二）案例分析

1. 中海外与董某是否存在劳动关系？

### • 结论

中海外与董某存在劳动关系。

### • 法律依据

《中华人民共和国对外劳务合作管理条例》第二条第二款：

“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。”

---

2 真实案例：董某诉中国海外工程有限责任公司劳动争议案，北京市第一中级人民法院（2018）京01民终2264号。

《中华人民共和国对外承包工程管理条例》第十二条：

“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。”

《中华人民共和国对外承包工程管理条例》第十四条：

“对外承包工程的单位应当为外派人员购买境外人身意外伤害保险。”

### • 分析

中海外公司与董某之间是否存在劳动关系，关键在于以下三点：

1. 某公路工程是否由中海外公司承包；
2. 董某是否由中海外公司招用并由其外派至某公路工程工作；
3. 在董某与中海外巴新公司签订劳动合同以及董某的人身意外保险由中海外巴新公司出资投保后，董某与中海外公司之间是否还存在劳动关系。

首先，某公路工程由中海外公司承包，中海外公司作为对外承包工程的单位应当根据《中华人民共和国对外承包工程管理条例》第十二条等法律规定与其招用的外派人员订立劳动合同。

第二，中海外巴新公司为外国企业，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二条的规定，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，故董某如果不是通过中海外公司的招用，并由中海外公司将董某外派出国提供劳务，其不可能到中海外公司承包的境外建设工程项目工作，故认定董某系由中海外公司招用并由中海外公司外

派出国，给中海外公司承包的工程提供劳动。

第三，中海外公司作为中国国内的企业，承包境外建设工程项目，亦应当按照《中华人民共和国劳动合同法》第七条的规定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，虽然董某在到达巴布亚新几内亚后，与中海外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，故中海外公司仍旧应当承担用人单位的主体责任。根据《对外承包工程管理条例》第十四条的规定，对外承包工程的单位应当为外派人员购买境外人身意外伤害保险。中海外公司承包某公路工程，作为外派单位必须为其外派的劳动者购买境外人身意外伤害保险，故中海外公司所陈述的系代中海外巴新公司给董某投保之说法难以成立。

综上，中海外公司与董某之间存在劳动关系。

• **合规提示：**

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，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。

## 案例3：外派员工的境内工伤保险待遇案<sup>3</sup>

### （一）案情简介

孙某于1995年入职某商务学校，正常出勤至2006年4月16日，后根据市教委会派出函被派至韩国进行合作交流教学。在此期间，韩方支付孙某工资，某商务学校为其保留事业编制并缴纳失业保险及医疗保险。2007年1月8日，孙某在韩国受伤，于2007年1月15日回国。2008年2月1日孙某回到某商务学校提供劳动，并由该校根据其工作情况支付相应的工资。2014年1月6日，孙某在韩国所受的伤被认定为工伤。2014年3月31日，经劳动能力鉴定，孙某被确认为伤残四级。某商务学校自2007年4月开始为孙某缴纳工伤保险。

### （二）案例分析

1. 公司外派员工至境外教学期间未为其缴纳工伤保险，员工发生工伤是否应支付其工伤保险待遇？

#### • 结论

某商务学校在孙某发生工伤事故时未为其缴纳工伤保险，员工发生工伤事故，某商务学校应支付工伤保险待遇。

<sup>3</sup> 真实案例：孙纯与北京市商务管理学校人事争议上诉案，北京市第一中级人民法院（2016）京01民终643号。

### • 法律依据

《中华人民共和国社会保险法》第四十一条：

“职工所在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。”

《中华人民共和国工伤保险条例》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。”

### • 分析

根据《中华人民共和国社会保险法》第四十一条之规定，职工所在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。经审核，孙某有 38448.68 元的费用，符合工伤医疗费用报销标准，可以进行陈旧性工伤的二次报销。但由于孙某发生工伤事故的当月，某商务学校没有为其缴纳工伤保险，导致其不能享受上述工伤医疗费用的二次报销。故某商务学校应当支付孙某 2007 年 1 月 16 日至 2007 年 2 月 8 日期间的医疗费用 38448.68 元。

### • 合规提示：

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，则国内企业可以为其停止缴纳工伤保险。否则，国内企业应当在员工外派期间为其继续缴纳工伤保险。同时，应关注与对方国家签署双边社会保障协定的情况<sup>4</sup>。

<sup>4</sup> 截至 2021 年 10 月，与我国签订双边社保互免协定的国家包括塞尔维亚、日本、卢森堡、西班牙、荷兰、瑞士、芬兰、加拿大、丹麦、韩国、德国。具体内容参见人社部官网：<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbz/zhuanti/waiguorenban/sbsbhmxsd/>。

## 案例4：外派员工感染传染病工伤认定案<sup>5</sup>

### （一）案情简介

张某系某国工程建设公司西北分公司员工，2018年6月21日至12月23日期间在公司位于科特迪瓦的项目部工作，岗位为技术工，期间多次感染疟疾。回国后张某于2019年1月4日死亡，当日，当地医疗中心出具《疟原虫检验报告单》，检出恶性疟。张某之子向西安当地人社局申请工伤认定，随后人社局做出认定工伤的决定。公司方与人社局就张某感染疟疾后死亡是否应认定为工伤发生争议。

### （二）案例分析

1. 张某外派到国外工作感染疟疾回国后死亡是否应认定为工伤？

#### • 结论

张某感染疾病应认定为工伤。

#### • 法律依据

《中华人民共和国工伤保险条例》第十四条第一款：

---

<sup>5</sup> 真实案例：中铁二十五局集团有限公司西北分公司与西安市碑林区人力资源和社会保障局纠纷案，西安铁路运输法院（2019）陕7102行初3368号。

“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的”

《中华人民共和国最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》（法释[2014]9号）第四条：

“社会保险行政部门认定下列情形为工伤的，人民法院应予支持：（一）职工在工作时间和工作场所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的”

### • 分析

工伤是指劳动过程中发生的伤害，强调受伤与工作具有密切关联性。张某感染疾病系因特定的工作环境造成，与出国工作有必然联系，二者之间具有密切关联性。

首先，张某被原告派往非洲科特迪瓦工作，染上当地疟疾回国后发病死亡，与其特定的工作环境有必然联系，在该地区工作决定了张某感染恶性疟疾的概率也随之增加。其次，张某在工作过程中是因感染了当地所流行的恶性疟疾而最终导致死亡，其非因自身突发或已有疾病，其死亡是由于工作场所特定的劳动环境所造成的。因此张某的死亡应视为系工作原因受到的事故伤害。

## 案例5：外派员工加班费争议案<sup>6</sup>

### （一）案情简介

王某于2014年7月7日入职某国有航天公司，同年12月11日被派到海外马来西亚熟料线项目工作，岗位为项目会计，同时负责项目工作人员的工资核算。2016年7月13日，王某提出辞职，并于2016年8月13日回国。2016年8月31日，双方劳动关系解除。2016年12月23日，王某到仲裁委申请劳动仲裁，请求某国有航天公司支付劳动关系存续期间内的周六、日加班费以及该期间内的法定节假日加班工资共计114624.54元。

作为证据，王某提交了2014年12月至2016年7月期间的考勤记录表，反映其休息日及法定节假日存在“出勤天数”的记录。公司提交以自然天数为基础的考勤表及相关政策，主张出勤表上的“出勤天数”实际为“驻外天数”，王某并不存在加班事实，且海外派驻人员实行包干薪酬制度，无需支付加班费。

---

<sup>6</sup> 真实案例：王威与中国航空技术北京有限公司劳动争议案，北京市第二中级人民法院（2019）京02民终5784号。

## (二) 案例分析

1. 某国有航天公司是否应当向王某支付其所主张的加班费？

### • 结论

加班事实无法认定，但国有航天公司亦有未规范执行管理制度的过错，酌情支付加班工资 20000 元。

### • 法律依据

《中华人民共和国劳动法》第四十四条：

“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条：

“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条：

“发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。”

### • 分析

双方提交的证据无法排除王某在海外工作期间存在加班事实的可能性，而该情况系国有某航天公司未规范执行其管理制度所致，故国有某航天公司就王某实际出勤情况需承担举证不能的责

任，考虑本案的特殊性，对王某诉请的加班费予以酌情判处公司支付加班工资 20000 元。

• **合规提示：**

派驻海外工作的员工一般执行的是在境外集中工作，回国集中休息的工作形式，无法以标准工时制度衡量其工作时间，可以考虑根据《劳动法》等相关法律法规为该等海外派驻岗位申请综合计算工时制或不定时工时制并在劳动合同中明确。如相关岗位实行标准工时制或综合计算工时制，应注意加强对员工出勤记录和休假、倒休记录的管理。

## 案例6：开除境外派驻期间猥亵妇女员工案<sup>7</sup>

### (一) 案情简介

俞某于1998年8月1日进入厦门某实业有限公司工作，于2003年5月1日转入漳州关联公司工作，先后签订多份劳动合同，于2011年9月1日签订一份无固定期限劳动合同，约定岗位为干部。2012年11月15日，漳州关联公司调派俞某至其印尼关联公司工作。根据双方最后一次签订的《派驻印尼关联公司同意书》约定，派驻期限自2014年11月14日至2015年11月13日，俞某应遵守印尼关联公司的规章制度。2015年5月24日，俞某因被一女子举报行为不轨，被印尼警方以涉嫌违反当地法律为由传讯扣留，且印尼关联公司遭当地居民围攻。经印尼关联公司出面协调并代支付和解赔偿金印尼盾22条（折合人民币10526元），俞某与举报人共同签署一份《共同声明书》，声明书载明：俞某醉酒闯入举报人工作的网吧，抚摸举报人并且揉捏其乳房、亲吻其左颊；经双方协商和解，举报人同意不将此事与俞某对簿公堂等内容。声明书签订后，举报人向警方撤回举报。

俞某于2015年5月28日获得解讯并回国到漳州关联公司报

<sup>7</sup> 真实案例：俞卫荣、漳州灿坤实业有限公司劳动争议案，福建省漳州市中级人民法院（2016）闽06民终2534号。

到。2015年5月30日，漳州关联公司以俞某在派驻印尼关联公司期间，违反印尼法律，被印尼警方抓捕扣留为由，依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条的规定，对俞某作出解除劳动合同的处分（解除时间为2015年5月31日）

## （二）案例分析

1. 漳州关联公司解除俞某劳动行为是否违反法律规定问题？

### • 结论

漳州关联公司解除俞某劳动行为未违反法律规定。

### • 法律依据

《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款：

“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的。”

### • 分析

首先，公证、认证的“举报书”、“撤回举报书”、“共同声明书”、“谅解书”等证据可以证明存在俞某在派驻印尼关联公司工作期间，在酒后猥亵当地印尼女子，导致其本人被印尼司法机关传讯扣留，印尼公司遭受当地居民围攻并代俞某向受害人支付了印尼盾22条（折合人民币10526元）的事实。

其次，虽然俞某行为发生于非上班时间和非上班场所，也未被中国司法机关认定为违法犯罪，但根据俞某与举报人共同签署的“共同声明书”所体现的内容看，俞某猥亵妇女行为违反了中国的公序良俗，也导致印尼关联公司遭到当地居民围攻，其本

人被警方扣留并提前结束派驻工作期限，均影响了公司的生产经营，损害公司声誉和扰乱工作秩序，影响较为恶劣。俞某该行为属于漳州关联公司《员工手册》规定的“其他情节严重的违规行为”。

最后，虽然俞某不予认可《员工手册》，但根据双方签订的劳动合同书内容，均载明俞某已获得并知悉《员工手册》。根据《员工手册》第八十五条的规定，触犯国家法律以及情节严重的其他违规行为，予以解除劳动合同。结合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第（二）项的规定，漳州关联公司解除劳动合同符合法律规定，并无不当。

## 案例7：境外派驻高管调岗回国案<sup>8</sup>

### （一）案情简介

杨某于2012年6月7日入职某国有工程公司（中国境内公司），双方签订了无固定期限劳动合同，约定“乙方（员工）同意根据甲方工作需要，在甲方所属部门、驻外机构、项目部中从事甲方安排的工作……根据甲方生产经营、工程施工、企业管理的特点，乙方的工作区域或工作地点为北京及世界各国和地区”。2013年10月28日起，杨某任职于西部非洲区域，职务为西部非洲区域管理中心总经理。2019年5月7日，公司下发通知，免去杨某西部非洲区域管理中心总经理的职务，聘用其任轨道事业部副总经理（工作地点为中国）。同时，西部非洲区域管理中心下发《外派人员回国通知单》，通知杨某调回总部工作。杨某于2021年5月8日回国与领导商谈工作交接事宜，于2021年5月10日开始休假，并于2021年6月11日前往轨道事业部任副总经理。杨某调岗后不再享有驻外人员享有的职务津贴、地区津贴及配偶补贴，其他工资标准无变化。杨某于2019年7月4日提起劳动仲裁，请求撤销公司调岗的决定并要求公司支付未休年假共计96天的补偿。

<sup>8</sup> 模拟案例。

## (二) 案例分析

1. 公司调整杨某的工作地点、岗位及薪酬是否合理合法？

### • 结论

公司调整杨某的工作地点、岗位及薪酬不违反法律规定，且具有合理性。

### • 法律依据

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》第五条：

“用人单位与劳动者约定可根据生产经营情况调整劳动者工作岗位的，经审查用人单位证明生产经营情况已经发生变化，调岗属于合理范畴，应支持用人单位调整劳动者工作岗位……用人单位与劳动者在劳动合同中未约定工作岗位或约定不明的，用人单位有正当理由，根据生产经营需要，合理地调整劳动者工作岗位属于用人单位自主用工行为。判断合理性应参考以下因素：用人单位经营必要性、目的正当性，调整后的岗位为劳动者所能胜任、工资待遇等劳动条件无不利变更……应根据用人单位实际情况、劳动者调整后的工作岗位性质、双方合同约定等内容综合判断是否侵犯劳动者合法权益。”

### 第六条：

“用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛地约定工作地点是“全国”、“北京”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，属于对工作地点约定不明……用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的，

仍应对工作地点的变更进行合理性审查。具体审查时，除考虑对劳动者的生活影响外，还应考虑用人单位是否采取了合理的弥补措施（如提供交通补助、班车）等。”

### • 分析

杨某与公司在劳动合同中明确约定了杨某同意根据公司的工作需要，在公司所属部门、驻外机构、项目部中从事甲方安排的工作，且根据甲方生产经营、工程施工、企业管理的特点，杨某的工作区域或工作地点为北京及世界各国和地区。该约定符合公司生产经营模式，应属有效；公司将杨某调回国内的行为，根据一般公众认知，对杨某的生活并未产生明显不利影响。除驻外人员才享有的津贴、补贴外，公司未降低杨某的其他工资标准，杨某调岗后的工作地点、薪酬待遇等劳动条件并无不利变更。此外，杨某同意根据工作需要从事公司安排的工作，且已于 2021 年 6 月 11 日前往轨道事业部担任副总经理并出勤，符合劳动合同的约定。因此，公司对杨某的工作地点、工作岗位、薪酬的调整合法合理，并无不妥。

### • 合规提示：

对于与境内公司建立劳动关系并被派往境外工作的员工，应在其劳动合同中尽量明确因企业生产经营特性及员工所在岗位职责特性，导致工作地点不特定、可能涵盖全国或全世界各地区，基于此工作特性，公司有对员工进行调岗、调整工作地点的权利。

同时需要注意，该约定是否能够被认为足以支持公司单方调岗或调整工作岗位的正当性将取决于仲裁或法院的观点和裁量。

2. 杨某主张根据公司政策（境外员工全年年假不超过 40 天）要求公司就其劳动关系履行期间积累的 96 天未休年假进行补偿？

### • 结论

杨某主张 2016 年 12 月 31 日前的未休年假已超过仲裁时效，其已休完全部未休法定年假，公司无需就额外年假进行补偿。

### • 法律依据

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款：

“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”

《职工带薪年休假条例》第三条、第五条：

“职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天”；“年休假在 1 个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨 1 个年度安排……对职工应休未休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬。”

《企业职工带薪年休假实施办法》第十三条：

“劳动合同、集体合同约定的或者用人单位规章制度规定的年休假天数、未休年休假工资报酬高于法定标准的，用人单位应当按照有关约定或者规定执行。”

### • 分析

未休年假工资不属于劳动报酬范畴，应适用一年的仲裁时效。考虑年休假可以集中、分段和跨年度安排的特点，故劳动者每年未休年休假应获得年休假工资的时间从第二年的 12 月 31 日

起算。杨某于 2019 年 7 月 4 日提起劳动仲裁，其主张的入职起至 2016 年 12 月 31 日期间的未休年假已超过仲裁申请时效，不予支持。关于 2017 年 1 月 1 日至 2019 年的未休年假，根据《职工带薪年休假条例》的规定，杨某在上述期间每年享有法定 15 天年休假，且其自述每年已实际休取了 15 天年假，因此其要求公司支付剩余 96 天未休年假工资的请求不适用《职工带薪年休假条例》。杨某主张的高于法定年休假的假期是公司内部年休假，属于企业福利。根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十三条的规定，劳动者和用人单位可以在劳动合同中约定年休假天数及未休年休假是否可以折算为金钱或其他形式的补偿，但杨某并未提交证据证明双方约定或公司规章制度规定对于多于法定天数的休假可以折算为金钱补偿，因此该请求不予支持。

**• 合规提示：**

对于劳动者超出仲裁时效而提起的未休年假争议将不能得到仲裁支持，作为用人单位无需主动补救。

# 第八章

# 数据安全

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	“滴滴出行”接受网络安全审查案	网络安全审查、关键信息基础设施运营者	<p>1. 网络安全审查的重点对象是关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，影响或可能影响国家安全的；</p> <p>2. 网络安全审查重点评估采购网络产品和服务可能带来的国家安全风险；</p> <p>3. 网络安全审查办公室依法启动网络安全审查；</p> <p>4. 关键信息基础设施运营者使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或服务的，相关主管部门会责令其停止使用，并处一定数额的罚款。</p>	1. 《国家安全法》第59条 2. 《网络安全法》第35条、第65条 3. 《数据安全法》第24条 4. 《网络安全审查办法》第2条、第9条、第15条、第19条 5. 《网络安全审查办法（修订草案征求意见稿）》第2条、第6条、第16条、第20条 6. 《关键信息基础设施安全保护条例》第2条、第9条、第10条	真实案例
2.	特斯拉建立中国数据中心案	数据储存本地化、数据出境安全评估	<p>1. 根据《网络安全法》对关键信息基础设施运营者的数据存储要求，由于特斯拉落入关键信息基础设施运营者范围的风险无法完全排除，其需要在中国建立数据中心以存储在中国境内收集和产生的个人信息和重要数据；</p> <p>2. 因业务需要，确需向境外提供个人信息和重要数据的，特斯拉应当通过国家网信部门组织的数据出境安全评估。</p>	1. 《网络安全法》第37条 2. 《数据安全法》第31条 3. 《汽车数据安全管理若干规定（试行）》第3条、第11条至第14条	真实案例
3.	意大利能源公司—GDPR处罚案	营销信息发送、消费者同意	<p>1. 未经消费者同意，向其发送营销信息，违反GDPR规定；</p> <p>2. 消费者选择拒绝接受营销信息后，仍向其发送营销信息，违反GDPR规定。</p>	1. GDPR第6条第1款 2. GDPR第21条第2款及第3款	真实案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
4.	A能源公司数据泄露案	数据泄露、英国脱欧、GDPR的适用、个人数据处理原则、完整性与保密性原则、安全保障义务	1. 英国脱欧过渡期内，欧盟GDPR仍然在英国适用； 2. A能源公司缺乏保障数据安全的技术和组织措施，导致数据泄露，违反GDPR规定。	1. GDPR第3条及UK GDPR第3条 2. GDPR第5条及第32条	模拟案例
5.	X公司并购数据泄露案	数据泄露、公司并购、个人数据处理原则、完整性和保密性原则、安全保障义务、数据控制者、GDPR罚款数额	1. X公司在收购其他公司时未对目标公司的数据合规情况进行充分尽职调查，且收购完成后未采取充分措施保障数据安全，违反GDPR规定； 2. X公司作为GDPR下的数据控制者，应当对数据泄露承担责任； 3. ICO在确定GDPR罚款数额时，应当综合考虑多种因素，包括数据侵害的性质、严重性及持续时间、受影响的数据主体数量及其受损程度等。	1. GDPR第5条及第32条 2. GDPR第4条及第5条第2款 3. GDPR第83条第1款及第2款	模拟案例
6.	字节跳动接受国家安全审查案	美国外资投资委员会（后称“CFIUS”）、国家安全审查	1. 美方认为字节跳动对Musical.ly的收购可能导致中国人士控制美国经营实体，因此CFIUS将该交易纳入审查范围； 2. 对于导致外国政府享有实质性利益，且外国实体取得涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据、美国企业实质性利益的交易，需要强制向CFIUS进行申报。	1. 美国《外国投资风险审查现代化法案》第201条 2. 美国《关于外国人在美国进行特定投资的规定》第D子部分800.401条	真实案例

## 案例1：“滴滴出行”接受网络安全审查案<sup>1</sup>

### （一）案情简介

“滴滴出行”（“滴滴”）是涵盖出租车、专车、滴滴快车、顺风车、代驾及大巴、货运等多项业务在内的一站式出行平台，掌握个人位置信息数据、地图信息数据等数据。2021年6月30日，滴滴在美国纽约证券交易所挂牌上市。2021年7月2日，国家互联网信息办公室（下称“国家网信办”）下设的网络安全审查办公室发布公告，宣布将对滴滴启动网络安全审查，并要求审查期间停止新用户注册。7月4日，国家网信办通知应用商店下架“滴滴出行”App。7月9日，国家网信办通知应用商店下架“滴滴企业版”等25款App。7月16日，国家网信办会同公安部、国家安全部、自然资源部、交通运输部、税务总局、市场监管总局等部门联合进驻滴滴，开展网络安全审查。滴滴对此回应称将积极全面配合网络安全审查。

### （二）案例分析

#### 1. 网络安全审查的审查对象是什么？

##### • 结论

根据现行有效的《网络安全审查办法》（“《审查办法》”），网

<sup>1</sup> 真实案例。

络安全审查的重点对象是关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，但同时相关监管部门可依职权将其认为有可能影响国家安全的网络产品和服务纳入审查。2021年7月10日公布的《网络安全审查办法（修订草案征求意见稿）》（下称“《征求意见稿》”）则扩大了网络安全审查的对象范围，增加开展影响或可能影响国家安全的数据处理活动的数据处理者。此外，根据《征求意见稿》，掌握超过100万用户个人信息的运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。

#### • 法律依据

根据《国家安全法》第五十九条：

“国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动，进行国家安全审查，有效预防和化解国家安全风险。”

根据《网络安全法》第三十五条：

“关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的国家安全审查。”

根据《数据安全法》第二十四条：

“国家建立数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。”

根据《审查办法》第二条：

“关键信息基础设施运营者（以下简称运营者）采购网络产品和服务，影响或可能影响国家安全的，应当按照本办法进行网络安全审查。”

根据《征求意见稿》第二条和第六条：

“关键信息基础设施运营者（以下简称运营者）采购网络产品和服务，数据处理者（以下称运营者）开展数据处理活动，影响或可能影响国家安全的，应当按照本办法进行网络安全审查。”

“掌握超过 100 万用户个人信息的运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。”

根据《关键信息基础设施安全保护条例》第九条和第十条：

保护工作部门结合本行业、本领域实际，制定关键信息基础设施认定规则，并报国务院公安部门备案。

制定认定规则应当主要考虑下列因素：

（一）网络设施、信息系统等对于本行业、本领域关键核心业务的重要程度；

（二）网络设施、信息系统等一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露可能带来的危害程度；

（三）对其他行业和领域的关联性影响。

保护工作部门根据认定规则负责组织认定本行业、本领域的关键信息基础设施，及时将认定结果通知运营者，并通报国务院公安部门。

## • 分析

网络安全审查办公室目前尚未公布具体审查原因和审查结果。基于相关审查公告和法律规定，网络安全审查可能源于涉事企业

可能被认定为关键信息基础设施运营者（“CIO”），且其采购和使用的网络产品和服务存在网络安全风险和数据安全风险，可能影响国家安全。2021年8月17日，《关键信息基础设施安全保护条例》（《关基条例》）正式公布，并将于2021年9月1日生效。

根据《关基条例》第二条，关键信息基础设施，是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。此外，其中第九条和第十条规定了关键信息基础设施的认定方式，但仍未明确 CIO 的具体范围，相关监管部门对认定为 CIO 的企业及时发送通知。据此，我们理解不能排除能源公司被纳入 CIO 的范畴，具体情况需结合具体所持有的数据类型后个案分析。

2. 本案中，网络安全审查的要点是什么？

### • 结论

根据《审查办法》，网络安全审查重点评估采购网络产品和服务可能带来的国家安全风险。

### • 法律依据

根据《审查办法》第九条：

“网络安全审查重点评估采购网络产品和服务可能带来的国家安全风险，主要考虑以下因素：

（一）产品和服务使用后带来的关键信息基础设施被非法控制、遭受干扰或破坏，以及重要数据被窃取、泄露、毁损的风险；

（二）产品和服务供应中断对关键信息基础设施业务连续性

的危害；

（三）产品和服务的安全性、开放性、透明性、来源的多样性，供应渠道的可靠性以及因为政治、外交、贸易等因素导致供应中断的风险；

（四）产品和服务提供者遵守中国法律、行政法规、部门规章情况；

（五）其他可能危害关键信息基础设施安全和国家安全的因素。”

根据《征求意见稿》第十条：

“网络安全审查重点评估采购活动、数据处理活动以及国外上市可能带来的国家安全风险，主要考虑以下因素：

（一）产品和服务使用后带来的关键信息基础设施被非法控制、遭受干扰或破坏的风险；

（二）产品和服务供应中断对关键信息基础设施业务连续性的危害；

（三）产品和服务的安全性、开放性、透明性、来源的多样性，供应渠道的可靠性以及因为政治、外交、贸易等因素导致供应中断的风险；

（四）产品和服务提供者遵守中国法律、行政法规、部门规章情况；

（五）核心数据、重要数据或大量个人信息被窃取、泄露、毁损以及非法利用或出境的风险；

（六）国外上市后关键信息基础设施，核心数据、重要数据或大量个人信息被国外政府影响、控制、恶意利用的风险；

(七) 其他可能危害关键信息基础设施安全和国家数据安全的因素。”

#### • 分析

网络安全审查的目的是维护国家网络安全，涉事企业采购网络产品和服务可能带来的国家安全风险是国家安全审查的要点。在《征求意见稿》中，网络安全审查中新增审查重点，即数据处理活动以及国外上市可能带来的国家安全风险，并将数据出境、数据被外国政府控制、利用和影响纳入审查因素。

3. 本案中，网络安全审查的启动方式是什么？

#### • 结论

网络安全审查办公室依职权启动对涉事企业的网络安全审查。

#### • 法律依据

根据《审查办法》第十五条：

“网络安全审查工作机制成员单位认为影响或可能影响国家安全的网络产品和服务，由网络安全审查办公室按程序报中央网络安全和信息化委员会批准后，依照本办法的规定进行审查。”

根据《征求意见稿》第十六条：

“网络安全审查工作机制成员单位认为影响或可能影响国家安全的网络产品和服务、数据处理活动以及国外上市行为，由网络安全审查办公室按程序报中央网络安全和信息化委员会批准后，依照本办法的规定进行审查。”

#### • 分析

网络安全审查的启动方式分为报请审查和网络安全审查办公

室依职权启动审查两种。本次网络安全审查办公室对涉事企业进行网络安全审查，系依职权启动审查。

#### 4. 网络安全审查的影响是什么？

##### • 结论

根据《审查办法》的规定，CIO 使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或者服务的，由有关主管部门责令停止使用，处采购金额一倍以上十倍以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。除了法律责任之外，敏感行业的企业需要考虑对海外上市、企业日常数据处理合规以及数据跨境机制的影响。

##### • 法律依据

根据《审查办法》第十九条：

“运营者违反本办法规定的，依照《中华人民共和国网络安全法》第六十五条的规定处理。”

根据《征求意见稿》第二十条：

“运营者违反本办法规定的，依照《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》的规定处理”。

根据《网络安全法》第六十五条：

“关键信息基础设施的运营者违反本法第三十五条规定，使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或者服务的，由有关主管部门责令停止使用，处采购金额一倍以上十倍以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。”

### • 分析

截至目前，监管机构尚未公布对涉事企业的网络安全审查结果。参考国家网信办在发布网络安全审查启动公告后的一系列停止新用户注册和 App 下架的通知，除了承担相关法律责任，可能对涉事企业的日常经营也产生一定影响。因此，对于重点和敏感行业或掌握大量个人信息、重要数据的企业，建议（1）在海外上市前，需充分评估网络安全审查的可能性和风险，并考虑与监管机构进行充分沟通；（2）开展全球业务数据合规的同时，根据中国法律要求和拥有的数据类型，考虑对在中国境内收集和产生的数据进行本地化，避免直接自中国境内收集至境外服务器中，以满足监管对 CIO 在中国境内收集、产生的数据应当在境内存储的数据本地化要求；（3）结合《数据安全法》中重要数据安全审查制度，即关注可能接受国家安全审查的影响或者可能影响国家安全的数据处理活动，评估和更新企业数据跨境体系的设计，如应在数据跨境前加强对跨境行为的风险评估。此外，如果将来涉及处理个人信息的跨境传输，应当根据《个人信息保护法》，考虑出境的个人信息类型、数量等，决定个人信息的出境方式。

## 案例2：特斯拉建立中国数据中心案<sup>2</sup>

### （一）案情简介

特斯拉（Tesla），是一家主要产销电动汽车、太阳能板及储能设备的美国电动汽车及能源公司。此前，特斯拉将其通过电动汽车收集的数据均传输至美国，一度引发公众对于用户数据泄露和国家安全隐患的担忧。2021年5月12日，国家互联网信息办公室（下称“网信办”）发布关于《汽车数据安全管理若干规定（征求意见稿）》公开征求意见的通知。5月25日，特斯拉通过官方微博发表声明，称已经在中国建立数据中心，以实现数据储存本地化，并将陆续增加更多本地数据中心，同时强调所有在中国大陆市场销售车辆所产生的数据都将储存在境内。2021年8月16日，《汽车数据安全管理若干规定（试行）》（下称“《汽车数据规定》”）正式发布，并于2021年10月1日生效。

### （二）案例分析

1. 特斯拉为什么要在中国建立数据中心？

#### • 结论

根据《汽车数据规定》，运营者需要遵守将其在中国境内收

---

<sup>2</sup> 真实案例。

集和产生的重要数据（例如涉及个人信息主体超过 10 万人的个人信息）进行境内存储的要求。收集和产生的重要数据确有必要向境外传输的，应当履行相关评估手续。

#### • 法律依据

根据《网络安全法》第三十七条：

“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”

根据《数据安全法》第三十一条：

“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理，适用《网络安全法》的规定；其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法，由国家网信部门会同国务院有关部门制定。”

根据《汽车数据规定》第十一条：

“重要数据应当依法在境内存储，因业务需要确需向境外提供的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的安全评估。未列入重要数据的涉及个人信息数据的出境安全管理，适用法律、行政法规的有关规定。

我国缔结或者参加的国际条约、协定有不同规定的，适用该国际条约、协定，但我国声明保留的条款除外。”

根据《汽车数据规定》第三条：

“重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的数据，包括：

- (一) 军事管理区、国防科工单位以及县级以上党政机关等重要敏感区域的地理信息、人员流量、车辆流量等数据；
- (二) 车辆流量、物流等反映经济运行情况的数据；
- (三) 汽车充电网的运行数据；
- (四) 包含人脸信息、车牌信息等的车外视频、图像数据；
- (五) 涉及个人信息主体超过 10 万人的个人信息；
- (六) 国家网信部门和国务院发展改革、工业和信息化、公安、交通运输等有关部门确定的其他可能危害国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益的数据。”

### • 分析

现行法对 CIO 在中国境内收集和产生的重要数据和个人信息有存储在境内的要求，而该企业落入 CIO 范围的风险无法完全排除。如该企业不构成 CIO，根据《数据安全法》，对于处理的重要数据的出境，未来需遵守监管机关制定的重要数据的出境安全管理办法。根据《汽车数据规定》，汽车数据包括汽车设计、生产、销售、使用、运维等过程中的涉及个人信息数据和重要数据，因此汽车设计、制造、服务企业或者机构等都需要遵守重要数据境内存储的要求，该企业在中国境内收集和产生的重要数据应当在境内存储，确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的数据出境安全评估。

2. 如果特斯拉因业务需要将其收集的个人信息和重要数据传输出境，应当履行什么义务？

#### • 结论

因业务需要，确需向境外提供的，该企业应当通过国家网信部门组织的数据出境安全评估。

#### • 法律依据

根据《网络安全法》第三十七条：

“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”

根据《数据安全法》第三十一条：

“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理，适用《网络安全法》的规定；其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法，由国家网信部门会同国务院有关部门制定。”

根据《汽车数据规定》第十一条：

“重要数据应当依法在境内存储，因业务需要确需向境外提供的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的安全评估。未列入重要数据的涉及个人信息数据的出境安全管理，适用法律、行政法规的有关规定。”

根据《汽车数据规定》第十二条：

“汽车数据处理者向境外提供重要数据，不得超出出境安全评估时明确的目的、范围、方式和数据种类、规模等。

国家网信部门会同国务院有关部门以抽查等方式核验前款规定事项，汽车数据处理者应当予以配合，并以可读等便利方式予以展示。”

《汽车数据规定》第十三条和第十四条还规定了年度汽车数据安全管理情况的报送义务。

### • 分析

根据《汽车数据规定》，运营者需要遵守将其在中国境内收集和产生的的重要数据（例如涉及个人信息主体超过 10 万人的个人信息）进行境内存储的要求。确有必要向境外传输的，应当履行相关评估手续，并规定了年度汽车数据安全管理情况的报送义务。目前，关于数据出境安全评估的具体法律法规和标准尚未出台，有待进一步观察。此外，如果该企业被认定为关键信息基础设施运营者，则根据《网络安全法》的规定，确需向境外提供个人信息和重要数据的，也应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。

需要注意的是，《个人信息保护法》明确提出了个人信息处理者向境外提供个人信息的条件以及进行个人信息出境时应当履行的法律义务，包括向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。根据《个人信息保护法》，需将个人信息传输出境的企业应满足数据出境的条件并履行相应义务后，方可将个人信息跨境传输。

## 案例3：意大利能源公司—GDPR处罚案<sup>3</sup>

### （一）案情简介

意大利公司 Eni gas e luce S.p.A.（下称“EGL”）作为一家向家庭、公寓和企业销售天然气、电力和能源解决方案的企业，于2020年1月17日被意大利数据保护监管机构罚款850万欧元。罚款理由是，EGL 未经个人消费者同意向其发送营销信息，并在消费者选择拒绝接受营销信息后，EGL 继续向个人用户发送营销短信。

### （二）案例分析

1. EGL 未经个人消费者同意发送营销信息是否具有合法性基础？

#### • 结论

根据欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, 简称 GDPR)，处理个人信息应当具有处理个人信息的合法性基础，但是本案中 EGL 在未获得用户同意的情况下向用户发送营销信息，并且也不具有其他处理个人信息的合法性基础，违反了 GDPR 第六条的规定。

---

<sup>3</sup> 真实案例。

## • 法律依据

根据 GDPR 第六条第一款，处理个人数据的合法性基础包括获得数据主体的同意、为履行以数据主体为一方当事人的合同所必须或合同缔约前基于数据主体的请求、为数据控制者履行法定义务所必须、为保护数据主体或其他自然人的重大利益所必须、为数据控制者完成涉及公共利益或其官方职责的任务所必须、为数据控制者或第三方追求的正当利益所必须等。<sup>4</sup>

## • 分析

GDPR 下的数据控制者只有在具有合法性基础的前提下方可处理个人信息，本案中，由于 EGL 和个人消费者间不存在合同关系、发送营销信息不属于遵守法定义务所必须的、不属于处理

---

<sup>4</sup> Article 6 of GDPR : “Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:

- (a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes;
- (b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract;
- (c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject;
- (d) processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject or of another natural person;
- (e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;
- (f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child.”

是为保护重大利益所必须、也不涉及公共利益或履行法定职责所必须，因此 EGL 不具有处理个人信息的合法性基础。

## 2. 消费者是否有权拒绝接受营销信息？

### • 结论

消费者有权拒绝接受 EGL 公司的营销信息，并且消费者拒绝后 EGL 公司不应再次向消费者发送营销信息。

### • 法律依据

根据 GDPR 第二十一条第二款和第三款：<sup>5</sup>

“2. 为直接营销目的处理个人数据时，该数据主体有权随时就因该营销目的所涉及的对其个人数据的处理提出异议，包括与该直接营销有关范围内的画像。

3. 当数据主体拒绝为直接营销目的而处理个人数据时，该个人数据不得再基于该目的而处理。”

### • 分析

GDPR 下，数据主体具有提出异议的权利，即拒绝数据控制者对其个人信息进行处理的权利。此外，当数据主体拒绝为直接营销目的而处理个人信息时，数据控制者不得再次基于直接营销目的处理数据主体的个人信息。

---

5 Article 21 of GDPR : “Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing.

.....

Where the data subject objects to processing for direct marketing purposes, the personal data shall no longer be processed for such purposes.”

## 案例4：A能源公司数据泄露案<sup>6</sup>

### （一）案情简介

A能源公司（下称“A公司”）是一家业务遍布全球的光伏企业，为中国、美国、日本等多个国家的商业及民用客户提供太阳能产品、解决方案和技术服务，其注册地位于英国伦敦。2018年6月至9月，网络黑客借助非法手段，盗用A公司原材料供应商在A公司内部系统中的远程登录账号，通过非法访问A公司内部系统收集大量A公司供应商联系人及供应商员工的个人信息。据调查，网络黑客大约非法访问并收集了53,298名供应商联系人的个人信息，包括姓名、地址、邮箱等，以及A公司所有员工的个人信息，包括姓名、地址、身份信息、个人照片等。在长达3个月的网络攻击后，A公司才发现其内部系统被黑客入侵，后于2018年10月向英国信息专员办公室（Information Commissioner’s Office，下称“ICO”）报告了本次数据泄露事件。ICO随即对该事件进行调查，最终于2020年10月决定对A公司处以巨额罚款。

---

<sup>6</sup> 模拟案例。

## (二) 案例分析

1. 在英国脱欧的国际背景下，GDPR 是否可以适用于 A 公司？

### • 结论

本案中，GDPR 可以适用于 A 公司。

### • 法律依据

根据 GDPR 第三条第一款，GDPR 适用于在欧盟境内设立的数据控制者或处理者对个人数据的处理，不论其实际数据处理行为是否在欧盟境内进行。<sup>7</sup>

根据 UK GDPR 第三条第一款，UK GDPR 适用于在英国境内设立的数据控制者或处理者对个人数据的处理，不论其实际处理行为是否在英国境内进行。<sup>8</sup>

### • 分析

本案中，处罚做出的时间是 2020 年 10 月，虽然英国已于 2020 年 1 月 31 日正式脱欧，但欧英双边决定将过渡期的最后期限定为 2020 年 12 月 31 日，ICO 表示过渡期内欧盟 GDPR 仍然在英国适用。<sup>9</sup> 因此，A 公司作为一家设立在英国的公司，在过渡期内，欧盟 GDPR 仍应当适用于 A 公司。过渡期后，欧盟 GDPR

<sup>7</sup> Article 3.1 of GDPR : “This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.”

<sup>8</sup> Article 3.1 of UK GDPR : “This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the United Kingdom, regardless of whether the processing takes place in the United Kingdom or not.”

<sup>9</sup> 可参见：[https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/brexit/2617110/information-rights-and-brexit-faqs-v2\\_3.pdf](https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/brexit/2617110/information-rights-and-brexit-faqs-v2_3.pdf)。

则无法继续在英国适用，但欧盟 GDPR 的规定会直接纳入英国法律，成为 UK GDPR。在 UK GDPR 中，关于数据保护原则以及相关权利义务的规定，与欧盟 GDPR 相比，几乎没有变化。<sup>10</sup>

## 2. A 公司为何会受到处罚？

### • 结论

A 公司缺乏保障数据安全的技术和组织措施，违反 GDPR 第五条和第三十二条，因此受到 ICO 的处罚。

### • 法律依据

根据 GDPR 第五条，对个人数据进行处理应当遵循一系列原则，除了处理方式应当合法、合理和透明，处理个人数据不得超出原始目的之外，GDPR 还要求数据控制者在处理过程中采取合理的技术和组织措施确保个人数据的安全，以避免个人数据遭到非法处理。<sup>11</sup>

根据 GDPR 第三十二条，数据控制者和处理者应当履行一定的安全保障义务，包括但不限于采取合理的技术与组织措施以保持处理系统与服务的保密性、具有为保证处理安全而对技术和组

---

10 可参见：<https://ico.org.uk/for-organisations/dp-at-the-end-of-the-transition-period/overview-data-protection-and-the-eu/>。

11 Article 5 of GDPR：“Personal data shall be：

(a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject ('lawfulness, fairness and transparency')；  
.....

(e) processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures ('integrity and confidentiality')”。

织措施的有效性进行定期测试、评估和评价的流程、采取合理措施确保任何获得数据控制者或处理者授权的自然人不得对个人数据进行超越权限的处理。<sup>12</sup>

### • 分析

GDPR 提出了数据处理的一系列原则，包括透明度原则、目的限制原则、最小化原则、准确性原则、限期存储原则、完整性与保密性原则、可问责性原则等，其中完整性与保密性原则要求

---

12 Article 32 of GDPR: “

1. Taking into account the state of the art, the costs of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risk of varying likelihood and severity for the rights and freedoms of natural persons, the controller and the processor shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure a level of security appropriate to the risk, including inter alia as appropriate:
  - (a) the pseudonymisation and encryption of personal data;
  - (b) the ability to ensure the ongoing confidentiality, integrity, availability and resilience of processing systems and services;
  - (c) the ability to restore the availability and access to personal data in a timely manner in the event of a physical or technical incident;
  - (d) a process for regularly testing, assessing and evaluating the effectiveness of technical and organisational measures for ensuring the security of the processing.
2. In assessing the appropriate level of security account shall be taken in particular of the risks that are presented by processing, in particular from accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to personal data transmitted, stored or otherwise processed.
3. Adherence to an approved code of conduct as referred to in Article 40 or an approved certification mechanism as referred to in Article 42 may be used as an element by which to demonstrate compliance with the requirements set out in paragraph 1 of this Article.
4. The controller and processor shall take steps to ensure that any natural person acting under the authority of the controller or the processor who has access to personal data does not process them except on instructions from the controller, unless he or she is required to do so by Union or Member State law.”

数据控制者和处理者采取适当、有效和技术组织措施保障数据安全。本案中，A公司在运营过程中掌握大量供应商联系人和员工的个人信息，却缺乏适当的技术和组织措施以防止未经授权的数据访问、数据非法加工以及数据意外破坏或损失，使得黑客轻易攻入公司内部系统，违反了GDPR第五条的数据处理原则。同时，A公司也缺乏有效的安全评估，导致数据泄露事件发生3个月后才有所察觉。此外，A公司本可以采取访问控制、安全事件演习、多重认证等诸多低成本方式减少数据泄露事件的影响甚至防止其发生，却因缺乏相应技术和系统组织措施导致数万名客户及公司全体员工的个人信息被泄露，亦违反了GDPR第三十二条中的安全保障义务。

## 案例5：X公司并购数据泄露案<sup>13</sup>

### （一）案情简介

X公司是设立于英国的一家大型能源公司，业务领域包括石油、天然气以及其他能源的开发、相关工程建设等，其在全球建有多家全资和参股企业。2016年5月，X公司收购了一家开发新能源的英国企业Y公司，以发展其新能源开发业务，但在收购Y公司时未对其员工管理系统作任何检测。2018年，X公司发现Y公司的员工管理系统发生了大规模数据泄露，导致数百万名员工的个人信息被窃取，其中除英国居民外，还涉及多个欧盟国家的居民。ICO调查结果显示，攻击者通过向Y公司的系统设备植入恶意代码、安装恶意软件，非法访问Y公司销售系统并收集系统中的消费者个人信息。Y公司员工管理系统的数据漏洞自2014年起就一直存续，但X公司直至2018年才发现此漏洞。最终，ICO决定对X公司处以罚款。

### （二）案例分析

1. X公司为何会受到ICO的处罚？

#### • 结论

X公司在收购Y公司时未进行充分尽职调查，且在并购完成

---

13 模拟案例。

后未采取充分措施保障销售系统的数据安全，导致其受到处罚。

### • 法律依据

根据 GDPR 第五条，对个人数据进行处理应当遵循一系列原则，除了处理方式应当合法、合理和透明，处理个人数据不得超出原始目的之外，GDPR 还要求数据控制者在处理过程中采取合理的技术和组织措施确保个人数据的安全，以避免个人数据遭到非法处理。<sup>14</sup>

根据 GDPR 第三十二条，数据控制者和处理者应当履行一定的安全保障义务，包括但不限于采取合理的技术与组织措施以保持处理系统与服务的保密性、具有为保证处理安全而对技术和组织措施的有效性进行定期测试、评估和评价的流程、采取合理措施确保任何获得数据控制者或处理者授权的自然人不得对个人数据进行超越权限的处理。<sup>15</sup>

### • 分析

GDPR 下的数据完整性和保密性原则要求数据控制者和处理者在处理数据过程中，应采取合理的技术手段和组织措施确保个人数据的安全，X 公司在进行并购活动时，该“合理的技术手段和组织措施”即包括对目标公司的数据合规情况进行充分尽职调查，同时，在并购完成后，X 公司作为收购方，也有义务采取更多措施以保障原目标公司的系统和数据安全，否则就会被认定为违反上述 GDPR 第五条和第三十二条的规定。

---

14 参见注释 11。

15 参见注释 12。

2. 本案中，受到 ICO 处罚的主体为何是 X 公司？

### • 结论

虽然数据泄露发生在收购活动前的 Y 公司的员工管理系统中，但是在 X 公司收购 Y 公司后，其有义务维护该系统的安全。作为 GDPR 下的数据控制者，X 公司应当承担受 ICO 处罚的责任。

### • 法律依据

根据 GDPR 第四条中“数据控制者”的定义为：

“7. ‘数据控制者’是指单独或与他人共同决定个人数据处理目的与方法的自然人或法人、公共机关、部门或其他机构；该数据处理目的及方法依照欧盟法或成员国法决定，数据控制者或数据控制者认定的具体标准可由欧盟法或成员国法律规定；”<sup>16</sup>

根据 GDPR 第五条第二款：

“控制者有责任遵守以上第 1 段，并且有责任对此提供证明（‘可问责性’）。”<sup>17</sup>

### • 分析

GDPR 于 2018 年 5 月 25 日生效，生效时 X 公司已经完成对 Y 公司的收购，能够决定 Y 公司销售系统中数据的处理目的与方

16 Article4 of GDPR：“For the purposes of this Regulation: .....

(7) ‘controller’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data ; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law;

.....”

17 Article 5 of GDPR：“.....The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 (‘accountability’）.”

法，因此作为 GDPR 下的数据控制者，X 公司应当对该系统的安全泄露事件承担责任。

### 3. ICO 判定罚款数额时考虑了哪些因素？

#### • 结论

ICO 的罚款数额是综合考虑多种因素的结果，包括事件的性质、危害程度、持续时间、故意或过失、应承担的责任程序、过往侵权事实等因素。此外，考虑到新冠疫情对企业的影响，ICO 也将最终罚款数额作出一定减少。

#### • 法律依据

根据 GDPR 第八十三条第一款和第二款，监管机关在确定行政罚款数额时应当考虑的因素包括但不限于数据侵害的性质、严重性及持续时间、受影响的数据主体数量及其受损程度、数据侵害的故意或过失特性、数据控制着或处理者采取的安全保障措施、数据控制者或处理者采取的减少对数据主体损害的任何行为。<sup>18</sup>

#### • 分析

根据上述条文可见 GDPR 的处罚数额需要考虑多种因素后

---

18 Article 83 of GDPR:

1. Each supervisory authority shall ensure that the imposition of administrative fines pursuant to this Article in respect of infringements of this Regulation referred to in paragraphs 4, 5 and 6 shall in each individual case be effective, proportionate and dissuasive.
2. Administrative fines shall, depending on the circumstances of each individual case, be imposed in addition to, or instead of, measures referred to in points (a) to (h) and (j) of Article 58 (2). When deciding whether to impose an administrative fine and deciding on the amount of the administrative fine in each individual case due regard shall be given to the following:

再决定。本案中，ICO 考虑到数据泄露涉及到的数据主体数量之多、X 公司所对应规模的企业应当采取的安全保护措施、所泄露的数据类型之敏感程度等众多因素，甚至包括新冠疫情对企业经营的影响，最终确定了具体的罚款数额。

- 
- (a) the nature, gravity and duration of the infringement taking into account the nature scope or purpose of the processing concerned as well as the number of data subjects affected and the level of damage suffered by them;
  - (b) the intentional or negligent character of the infringement;
  - (c) any action taken by the controller or processor to mitigate the damage suffered by data subjects;
  - (d) the degree of responsibility of the controller or processor taking into account technical and organisational measures implemented by them pursuant to Articles 25 and 32;
  - (e) any relevant previous infringements by the controller or processor;
  - (f) the degree of cooperation with the supervisory authority, in order to remedy the infringement and mitigate the possible adverse effects of the infringement;
  - (g) the categories of personal data affected by the infringement;
  - (h) the manner in which the infringement became known to the supervisory authority, in particular whether, and if so to what extent, the controller or processor notified the infringement;
  - (i) where measures referred to in Article 58 (2) have previously been ordered against the controller or processor concerned with regard to the same subject-matter, compliance with those measures;
  - (j) adherence to approved codes of conduct pursuant to Article 40 or approved certification mechanisms pursuant to Article 42; and
  - (k) any other aggravating or mitigating factor applicable to the circumstances of the case, such as financial benefits gained, or losses avoided, directly or indirectly, from the infringement.

## 案例6：字节跳动接受国家安全审查案<sup>19</sup>

### （一）案情简介

2017年底，北京字节跳动科技有限公司（下称“字节跳动”）收购了在美国拥有大量用户的青少年音乐短视频应用 Musical.ly，随后将 Musical.ly 与字节跳动旗下的中文 App “抖音” 合并，推出“抖音”国际版——TikTok。2019年11月2日，美国外资投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States，下称“CFIUS”）决定对字节跳动收购 Musical.ly 的交易开展国家安全调查。2020年8月14日，特朗普签署 CFIUS 总统令，以字节跳动构成威胁国家安全为由，要求字节跳动公司在11月12日前完成出售或剥离 TikTok 美国业务。2020年11月10日，TikTok 在美国哥伦比亚特区上诉法院提起诉讼，称 TikTok 计划将美国用户数据及内容审核业务外包给一个新成立的美国代运营公司，而该代运营方案能够解决美国政府针对用户数据安全与平台内容的全部顾虑，却被美国方面否决，并申请法院叫停美国总统特朗普8月14日颁发的总统令。

---

19 真实案例。

## (二) 案例分析

1. CFIUS 调查字节跳动收购活动的可能原因是什么？

### • 结论

虽然美方并未公开其认为字节跳动威胁国家安全的具体事由，但根据美国《外国投资风险审查现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act，下 称 “FIRRMA 法案”) 字节跳动收购 Musical.ly 很可能被美方认为可能导致中国人土控制美国经营实体的交易，因此 CFIUS 将其纳入调查范围。

### • 法律依据

根据 FIRRMA 法案第二百零一条：

“(B) 本项所述的受监管的交易是指以下任何一项。

(i) 1988 年 8 月 23 日之后，由任何外国人提出或与之共同提出的、可能导致外国人控制任何美国企业的任何合并、收购、接管或合资企业。

(ii) 外国人士购买、租赁或特许使用私人或公共房地产，而这些房地产：

(I) 位于美国境内；并且

(aa) 是或接近于因与国家安全有关而具有敏感性的美国军事设施或美国政府的其他设备或财产；并且

(AA) 可以合理地使该外国人有能力收集关于在这种设施、设备或财产上正在进行的活动的情报；或

(BB) 可能以其他方式使这种设施、设备或财产上的国家安全活动面临被外国监视的风险；或

(bb) 本身是一个空港或海港，或位于空港或海港并可作为其一部分发挥作用；

(II) 不是人口普查局所定义的单一住房单位；

(III) 不在人口普查局在其最近的人口普查中规定的城市化地区，除非委员会与国防部长协商在条例中另有规定；并且

(IV) 符合委员会通过条例规定的其他标准，但这种标准不得将本条款适用的房地产类别扩大到本条款所述的类别之外。

(iii) 外国人对其投资的美国企业所拥有的权利的任何变化，如果这种变化可能导致：

(I) 外国对美国企业的控制；或

(II) (C) 项所述的投资。

(iv) 符合委员会规定的条例的，为规避本规定而达成或采用的任何交易或其他手段。

(C) 涉及特别关注国家的敏感交易。

(i) 一般情况下，本项所述的交易是指外国人对无关联的美国企业进行的任何投资，而这种投资是：

(I) 是：

- (aa) 特别关注国家的国民或政府，或根据该国家的法律组建的外国实体；或
- (bb) 一个外国实体：
  - (AA) 由特别关注国家的国民或政府，或根据该国法律组建的外国实体对其行使或可行使控制；或
  - (BB) 特别关注国家的政府在其中拥有重大利益；并且
- (II) 作为交易的结果，可以获得：
  - (aa) 委员会规定的条例所界定的美国公民的敏感个人数据，如果这些数据可能以威胁国家安全的方式被利用；
  - (bb) 除通过股份表决外，参与美国企业在以下方面的实质性决策：
    - (AA) 使用、开发、获取或发布美国公民的敏感个人数据（如 (aa) 项所述）；
    - (BB) 关键技术的使用、开发、获取或发布；或
    - (CC) 委员会规定的条例所规定的美国关键基础设施的管理或运作；或

(cc) 美国企业拥有的重大非公开技术信息。”<sup>20</sup>

---

20 Article 201 of FIRRMA : “(B) TRANSACTIONS DESCRIBED.—A transaction described in this subparagraph is any of the following : (i) Any merger, acquisition, takeover, or joint venture that is proposed or pending after August 23, 1988, by or with any foreign person that could result in foreign control of any United States business. (ii) The purchase or lease by, or concession to, a foreign person of private or public real estate that— (I) is located in the United States and— (aa) is, or is in close proximity to, a United States military installation or another facility or property of the United States Government that is sensitive for reasons relating to national security and— (AA) could reasonably provide the foreign person the ability to collect intelligence on activities being conducted at such an installation, facility, or property ; or (BB) could otherwise expose national security activities at such an installation, facility, or property to the risk of foreign surveillance ; or (bb) is itself, or is located at and could function as part of, an air or sea port ; (II) is not a single housing unit, as defined by the Bureau of the Census ; (III) is not in an urbanized area, as set forth by the Bureau of the Census in its most recent census, except as otherwise prescribed by the Committee in regulations in consultation with the Secretary of Defense ; and (IV) meets such other criteria as the Committee prescribes by regulation, except that such criteria may not expand the categories of real estate to which this clause applies beyond the categories described in this clause. (iii) Any change in the rights that a foreign person has with respect to a United States business in which the foreign person has an investment, if that change could result in— (I) foreign control of the United States business ; or (II) an investment described in subparagraph (C) . (iv) Any transaction or other device entered into or employed for the purpose of evading this section, subject to regulations prescribed by the Committee. (C) SENSITIVE TRANSACTIONS INVOLVING COUNTRIES OF SPECIAL CONCERN.— (i) IN GENERAL.—A transaction described in this subparagraph is any investment in an unaffiliated United States business by a foreign person that— (I) is— (aa) a national or a government of, or a foreign entity organized under the laws of, a country of special concern ; or (bb) a foreign entity— (AA) over which control is exercised or exercisable by a national or a government of, or by a foreign entity organized under the laws of, a country of special concern ; or (BB) in which the government of a country of special concern has a substantial interest ; and (II) as a result of the transaction, could obtain— (aa) sensitive personal data, as defined by regulations prescribed by the Committee, of United States citizens, if such data may be exploited in a manner that threatens national security ; (bb) involvement, other than through voting of shares, in substantive decisionmaking of the United States business regarding— (AA) the use, development, acquisition, or release of sensitive personal data of United States citizens (as described in item (aa)) ; (BB) the use, development, acquisition, or release of critical technologies ; or (CC) the management or operations of United States critical infrastructure, as specified in regulations prescribed by the Committee ; or (cc) material nonpublic technical information in the possession of the United States business.”

### • 分析

根据美国 1950 年《国防生产法》，CFIUS 有权审查 1988 年 8 月 23 日之后发生的任何可能导致境外人士控制美国经营实体的交易，同时，2018 年生效 FIRRMA 法案进一步扩大了 CFIUS 的管辖范围，使部分地产交易、处理关键技术、关键基础设施和美国公民个人数据的公司的非控制性投资、关于投资美国企业的外国人股东权利变动以及规避 CFIUS 管辖的任何安排都纳入到 CFIUS 的审查范围。因此，字节跳动收购 Musical.ly 的行为属于 CFIUS 管辖范围内的交易。

## 2. 什么样的交易需要完成向 CFIUS 的申报？

### • 结论

对于导致外国政府享有实质性利益的，外国实体取得涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据美国企业实质性利益的交易，需要强制向 CFIUS 进行申报。

### • 法律依据

根据《关于外国人在美国进行特定投资的规定》(Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons) 第 D 子部分 800.401 条：

#### “强制性声明：

(a) 除本节 (d)、(e) 或 (f) 款规定之外，本节 (b) 及 (c) 款所述交易的各方应根据 800.403 条向委员会提交声明，并附上有关交易的信息。

(b)

(1) 在符合本节 (b) (2) 款的前提下，外国人在 TID 美国企业<sup>21</sup> 中可以获得实质性利益，并且与单一外国国家（CFIUS 认定的豁免国家除外）的中央或地方政府机构在该等业务中拥有实质性利益的受管辖的交易。

(2) 就本节 (b) (1) 款而言，与 800.248 (a) 条有关的关键技术构成的评估，应从涉及到受管辖的交易时满足第 800.104 (b) (1) 至 (4) 条规定的条件之一的第一个日期开始。

(c)

(1) 在遵守本节 (c) (3) 款的前提下，涉及生产、设计、测试、制作、制造或开发一种或多种关键技术的 TID 美国企业的交易，这种关键技术的出口、再出口、转让（国内）或再转让需要美国监管部门的授权，而这种授权是给符合如下条件的人：

- (i) 由于受管辖的交易可能可以直接控制 TID 美国企业；
- (ii) 正在直接从 TID 美国企业的受管辖的投资中获得权益；
- (iii) 在 TID 美国企业中直接投资，该人对该 TID 美国企业的权利正在发生变化，而且这种权利的变化可能导致受管辖的交易或投资；

---

21 “TID 美国企业”是指涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据的美国企业。

(iv) 是 800.213 (d) 条所述的与该 TID 美国企业有关的任何交易、转让、协议或安排的一方；或

(v) 单独持有本节 (c) (1) (i) 至 (iv) 段所述人员的投票权，或如 800.256 (d) 条所述，是一个外国团体的一部分，该团体合计持有关键技术强制申报所需的投票权。

(2) 就本节 (c) (1) 款而言，向本节 (c) (1) (i) 至 (v) 段所述人员出口、再出口、转让（国内）或再转让关键技术是否需要美国的监管授权，应确定如下内容：

(i) 除本节 (e) (6) 款所述情况外，不考虑 ITAR 规定的任何许可豁免或 EAR 规定的许可例外。

(ii) 根据该人在第 800.239 条中定义的主要营业地（对实体而言），或该人在美国相关监管授权下的国籍（对个人而言），视情况而定；和

(iii) 判断该人是否为美国相关监管授权下的“最终用户”（如适用）。

(3) 就本节 (c) (1) 款而言，对构成关键技术的评估应从涉及到受管辖的交易时满足 800.104 (b) (1) 至 (4) 条规定的

条件之一的第一个日期开始。(见本节(j)(6)段中的例子)。”<sup>22</sup>

22 Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons, Article 800.401 of Part D : “Mandatory declarations. (a) – Except as provided in paragraph (d), (e), or (f) of this section, the parties to a transaction described in paragraph (b) or (c) of this section shall submit to the Committee a declaration with information regarding the transaction in accordance with § 800.403. (b) – (1) Subject to paragraph (b) (2) of this section, a covered transaction that results in the acquisition of a substantial interest in a TID U.S. business by a foreign person in which the national or subnational governments of a single foreign state (other than an excepted foreign state) have a substantial interest. (2) For purposes of paragraph (b) (1) of this section, the assessment of what constitutes a critical technology, as relevant to § 800.248 (a), shall be as of the first date on which one of the conditions set forth in § 800.104 (b) (1) through (4) is met with respect to a covered transaction. (c) – (1) Subject to paragraph (c) (3) of this section, a covered transaction involving a TID U.S. business that produces, designs, tests, manufactures, fabricates, or develops one or more critical technologies for which a U.S. regulatory authorization would be required for the export, reexport, transfer (in-country), or retransfer of such critical technology to a person that : (i) Could directly control such TID U.S. business as a result of the covered transaction ; (ii) Is directly acquiring an interest that is a covered investment in such TID U.S. business ; (iii) Has a direct investment in such TID U.S. business, the rights of such person with respect to such TID U.S. business are changing, and such change in rights could result in a covered control transaction or a covered investment ; (iv) Is a party to any transaction, transfer, agreement, or arrangement described in § 800.213 (d) with respect to such TID U.S. business ; or (v) Individually holds, or as described in § 800.256 (d) is part of a group of foreign persons that, in the aggregate, holds, a voting interest for purposes of critical technology mandatory declarations in a person described in paragraphs (c) (1) (i) through (iv) of this section. (2) For purposes of paragraph (c) (1) of this section, whether a U.S. regulatory authorization would be required for the export, reexport, transfer (in-country), or retransfer of a critical technology to a person described in paragraphs (c) (1) (i) through (v) of this section shall be determined : (i) Without giving effect to any license exemption available under the ITAR or license exception available under the EAR except as described paragraph in (e) (6) of this section ; (ii) Based on such person's principal place of business (for entities) as defined in § 800.239, or such person's nationality or nationalities (for individuals) under the relevant U.S. regulatory authorization, as applicable ; and (iii) As if such person is an “end user” under the relevant U.S. regulatory authorization, as applicable. (3) For purposes of paragraph (c) (1) of this section, the assessment of what constitutes a critical technology shall be as of the first date on which one of the conditions set forth in § 800.104 (b) (1) through (4) is met with respect to a covered transaction. (See the example in paragraph (j) (6) of this section.)”。

### • 分析

《关于外国人在美国进行特定投资的规定》作为 FIRRMA 法案的实施细则之一已于 2020 年 2 月 13 日生效，此前，大多数交易可以向 CFIUS 自愿申报，但此后，CFIUS 对导致外国政府享有实质性利益的，外国实体取得涉及关键技术、关键基础设施和敏感个人数据美国企业实质性利益的交易增设了上述强制向 CFIUS 申报的要求。

CFIUS 及其组成机构（尤其是国家情报局局长办公室）的作用是评估国家安全风险，以便向总统建议个案中可采取的行动。总统有最终的权力阻止某项交易，或对交易附加条件，或撤销已完成的交易。该等国家安全风险评估的细节通常涉及公众无法获得的机密信息，导致从公众视角看似“无害”的涉及数据的投资或交易，最终可能被 CFIUS 认定为对国家安全构成威胁，从而导致交易结束后还可能面临调查和撤资的风险。



# 第九章

# 国资监管及境外投资

## 案例概览

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
1.	中央企业子公司境外投资逃汇案	QDII境外投资、发改委核准/备案、外汇管理	1. 通过QDII进行境外投资未履行事前发改委核准/备案程序，违反境外投资管理规定； 2. 未取得境外投资核准/备案即对外汇出资金，违反外汇管理规定并因此被处以罚款。	1. 《企业境外投资管理办法》第2条及第32条 2. 《中华人民共和国外汇管理条例》第17条及第39条	真实案例
2.	中央企业境外子公司财务管理以及境外投资违规	财务人员选派、银行账户开立核准、个人名义银行账户开立、境外投资、国资核准/备案、评估/估值核准/备案、国有产权登记、违规个人责任	1. 国有企业重要境外投资项目的全部财务人员均为自主招聘（而未由国有企业选派），违反国有企业境外投资财务管理规定； 2. 未经中央企业核准，中央企业境外子公司以个人名义开立银行账户的，涉嫌违反国资境外投资监管规定； 3. 中央企业境外投资未履行国资监管程序，包括国资核准/备案、评估/估值核准/备案以及国有产权登记程序，违反国资境外投资监管规定； 4. 相关责任人违反国资境外投资监管规定，须承担个人责任。	1. 《国有企业境外投资财务管理办办法》第18条 2. 《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第23条及第29条 3. 《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第7条及第29条以及《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第8条及第10条 4. 《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第36条及第37条以及《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第18条	模拟案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
3.	中央企业境外子公司因突发重大不利变化而对外转让重要产权	重大影响突发事件报告义务、重要产权转让的国资核准、年度投资计划调整报送、评估/估值核准/备案、国有产权登记	<p>1. 中央企业的境外企业发生重大影响的突发事件，应当立即报告中央企业；影响特别重大的，应当通过中央企业在24小时内向国资委报告；</p> <p>2. 中央企业境外企业转让重要产权，应当报中央企业核准；对重要子企业失去控股地位的，应当报国资委审核同意；</p> <p>3. 境外重大投资项目出现重大不利变化，再决策涉及年度投资计划调整的，应报送国资委调整后计划；</p> <p>4. 中央企业控股的境外企业应对境外产权转让进行评估/估值，中央企业因此失去重要子企业控股地位的，评估/估值应当报国资委备案或者核准；</p> <p>5. 中央企业及其各级子企业因产权转让不再保留国有产权的，应向国资委申办产权登记。</p>	<p>1. 《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第29条及第31条 2. 《中央企业境外投资监督管理办法》第17条 3. 《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第8条、第10条及第11条</p>	模拟案例
4.	能源类中央企业境外非主业投资	非主业投资、发改委核准/备案、商务部核准/备案、境外投资项目负面清单、国资核准/备案、未履行评估/估值的法律责任	<p>1. 境内企业境外投资区分敏感类和非敏感类项目，需要分别履行发改委和商务部门的核准或备案手续；</p> <p>2. 中央企业原则上禁止在境外从事非主业投资。有特殊原因确需开展非主业投资的，应当报送国资委审核并与具有主业优势的中央企业合作；</p> <p>3. 中央企业境外投资未按要求履行评估/估值手续，造成国有资产损失以及其他严重不良后果，中央企业经营管理人员可能被追责。</p>	<p>1. 《企业境外投资管理办法》第13条 2. 《企业境外投资管理办法》第6条及第7条 3. 《境外投资敏感行业目录（2018年版）》 4. 《中央企业境外投资监督管理办法》第14条及第29条 5. 《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第10条</p>	模拟案例

序号	案例	关键词	案例要点	主要相关法条	备注
5.	设立境外特殊目的公司及个人境外代持、国资监管	境外特殊目的公司、个人境外代持、国资监管	<p>1. 中央企业设立特殊目的公司，应经中央企业决定或者批准并以书面形式报告国资委；</p> <p>2. 未经中央企业批准或授权，即以个人名义持有SPV违反国资监管规定。确有必要以个人名义持有的，应当统一由中央企业决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委；</p> <p>3. 已无存续必要的特殊目的公司，应当及时依法予以注销。</p>	<p>1. 《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第6条及第7条</p> <p>2. 《国资委关于进一步加强中央企业境外国有产权管理有关事项的通知》第三条</p>	模拟案例
6.	项目突发重大事件及退出案	未报告重大突发事件的法律责任、项目退出、国资进场程序、商务部境外投资注销	<p>1. 中央企业境外子企业在重大群体性事件发生后，未立即报告中央企业；影响特别重大的未在24小时内通过中央企业向国资委报告，相关责任人可能被追究责任；</p> <p>2. 中央企业及其各级子企业转让境外国有产权，未强制要求国资进场交易，仅规定要多方比选意向受让方，具备条件的情况下可以进场交易；</p> <p>3. 企业终止境外投资，应当在依投资目的地法律办理注销等手续后，向原核准/备案商务主管部门报告。</p>	<p>1. 《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第12条、第31条及第37条</p> <p>2. 《境外投资管理办法》第17条</p>	模拟案例

# 案例1：中央企业子公司境外投资逃汇案<sup>1</sup>

## （一）案情简介

A集团系国务院国有资产监督管理委员会管理的大型中央企业，甲公司隶属于A集团，为一家成立于北京的股份有限公司，主营业务包括演出与剧院管理、艺术品经营与拍卖、影院投资管理。乙公司为一家从事影视特效的香港上市公司（注册地百慕大），曾为多部耳熟能详的电影做过视觉特效。

2019年3月，甲公司和乙公司发布公告，甲公司认购乙公司53.236亿股新股（共5.5亿港元战略投资），乙公司拟将集资所得用于娱乐业务营运资金。该交易完成后，甲公司将成为乙公司引入的最大单一战略投资者，持股比例约为16.61%。根据甲公司的公告，在该交易中，甲公司乃通过某信托公司QDII<sup>2</sup>项目投资的乙公司定向发行股票。

2021年7月，国家外汇管理局北京外汇管理部对甲公司进行处罚，认为甲公司在通过QDII项目投资乙公司的过程中，在境

---

1 真实案例。

2 合格境内机构投资者（QDII：Qualified Domestic Institutional Investor），是指取得相关部门批准或许可开展境外证券投资的境内机构，包括但不限于：商业银行、证券公司、基金管理公司、保险机构、信托公司等。QDII可以自有资金或募集境内机构和个人资金，投资于法规及相关部门允许的境外市场及产品（银行自有资金运用除外）。

外投资资金汇出境外前未在国家发展改革委员会取得有效核准文件或备案通知书，构成逃汇，对其处以 23,754,612 元罚款。

根据法律规定，信托公司须审核委托人投资活动是否符合中国及投资所在地国家或地区的法律规定，严禁向境内机构出租、出借或变相出租、出借其境外可利用的投资账户。因此，国家外汇管理局北京外汇管理部对前述信托公司处以没收违法所得约 261 万元，并处 58 万元人民币罚款。

## (二) 案例分析

1. 甲公司的投资是否需要履行发改委的核准或备案手续？

### • 结论

甲公司公告显示，主管外汇管理部门认为甲公司的投资应履行发改委的境外投资核准或备案手续。

### • 法律依据

发改委 11 号令《企业境外投资管理办法》（以下简称“11 号令”）

第二条 本办法所称境外投资，是指中华人民共和国境内企业（以下称“投资主体”）直接或通过其控制的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得境外所有权、控制权、经营管理权及其他相关权益的投资活动。

前款所称投资活动，主要包括但不限于下列情形：

- (一) 获得境外土地所有权、使用权等权益；
- (二) 获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益；
- (三) 获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益；

- (四) 获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权益;
- (五) 新建或改扩建境外固定资产;
- (六) 新建境外企业或向既有境外企业增加投资;
- (七) 新设或参股境外股权投资基金;
- (八) 通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。

本办法所称企业，包括各种类型的非金融企业和金融企业。

本办法所称控制，是指直接或间接拥有企业半数以上表决权，或虽不拥有半数以上表决权，但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项。

第四条 投资主体开展境外投资，应当履行境外投资项目（以下称“项目”）核准、备案等手续，报告有关信息，配合监督检查。

第三十二条 属于核准、备案管理范围的项目，投资主体应当在项目实施前取得项目核准文件或备案通知书。

### • 分析

甲公司的公告显示，甲公司本次境外投资是通过 QDII 渠道进行。与传统的常见境外投资方式不同（即直接进行境外投资新设或收购境外企业股权 / 资产等），通过 QDII 进行境外投资的表现方式通常为境内投资主体通过认购 QDII 项目（如信托产品等）进行境外二级市场的投资。

根据发改委官方网站公布的《境外投资项目核准办事指南》第三十二条，投资主体通过 QDII、QDLP、QDIE 等途径开展境外投资，有关投资活动属于 11 号令第二条所称境外投资的，投资主体应按照 11 号令履行境外投资有关手续。

本案中，甲公司对乙公司的投资虽是通过 QDII 渠道进行，但可能因属于 11 号令项下的境外投资情形而被认定为仍应履行发改委的境外投资核准或备案手续。鉴于公开信息有限，上述认定的具体原因不得而知，是否因甲公司本次投资涉及境外投资敏感行业<sup>3</sup> 而需国家发改委核准还有待进一步澄清。

2. 甲公司开展境外投资，应当在何时履行发改委核准或备案手续？

### • 结论

甲公司应当在项目实施前取得发改委项目核准文件或备案通知书。

### • 法律依据

#### 11 号令

第三十二条 属于核准、备案管理范围的项目，投资主体应当在项目实施前取得项目核准文件或备案通知书。

本办法所称项目实施前，是指投资主体或其控制的境外企业为项目投入资产、权益（已按照本办法第十七条办理核准、备案的项目前期费用除外）或提供融资、担保之前。

### • 分析

根据 11 号令，甲公司应当在项目实施前取得项目核准文件或备案通知书。具体到本案中，甲公司应先履行核准备案手续才

---

<sup>3</sup> 根据《境外投资敏感行业目录（2018 年版）》，“娱乐业”及“影城”属于需要限制境外投资的行业之一。虽然未有规定明确规定乙公司从事的影视特效行业属于上述限制的“娱乐业”或“影城”行业，但仍不排除影视特效可能会被认定为与上述有关并从而构成境外投资项下的敏感行业。

可实施项目，汇出资金。甲公司在未取得国家发展改革委员会核准备案的情况下，将投资资金汇出，违反了 11 号令第三十二条的规定。

3. 国家外汇管理局对甲公司处以 23,754,612 元罚款的依据是什么？

#### • 结论

《中华人民共和国外汇管理条例》第三十九条关于“违反规定将境内外汇转移境外”的规定。

#### • 法律依据

##### 《中华人民共和国外汇管理条例》

第十七条 境内机构、境内个人向境外直接投资或者从事境外有价证券、衍生产品发行、交易，应当按照国务院外汇管理部门的规定办理登记。国家规定需要事先经有关主管部门批准或者备案的，应当在外汇登记前办理批准或者备案手续。

第三十九条 有违反规定将境内外汇转移境外，或者以欺骗手段将境内资本转移境外等逃汇行为的，由外汇管理机关责令限期调回外汇，处逃汇金额 30% 以下的罚款；情节严重的，处逃汇金额 30% 以上等值以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

#### • 分析

如前文所述，甲公司在未取得国家发展改革委员会核准备案的情况下，将投资资金汇出，违反了 11 号令第三十二条的规定；该行为同时也违反了《中华人民共和国外汇管理条例》第十七条的规定。根据《中华人民共和国外汇管理条例》第三十九条，甲公司的行为被认定为“逃汇”，处逃汇金额 30% 以下的罚款。

# 案例2：中央企业境外子公司财务管理以及境外投资违规<sup>4</sup>

## （一）案情简介

甲公司为一家从事能源行业的中央企业。2017年，为开拓南美洲市场，甲公司决定在南美洲A国投资100亿美元设立全资子公司银河公司，从事石油和天然气的开采、处理和销售业务。在银河公司设立组建过程中，银河公司在当地自主招聘了财务负责人和全部其余财务人员，且在财务负责人授权下，银河公司在当地银行以财务负责人个人名义开立了银行账户。银河公司正式运营以后，在甲公司不知情的情况下，银河公司对当地多个石油公司进行大额股权投资。

## （二）案情分析

1. 银河公司的财务负责人和财务人员是否可以全部由银河公司直接自主招聘？

### • 结论

不可以，甲公司应当向银河公司选派具备相应资格的财务负

---

<sup>4</sup> 模拟案例。

责人或者财务人员。

#### • 法律依据

财政部《国有企业境外投资财务管理暂行办法》

第十八条 ……对投资规模较大或者对企业发展战略具有重要意义的境外投资企业（项目），国有企业还应当事先在投资协议中作出约定，向其选派具备相应资格的财务负责人或者财务人员，定期分析财务状况和经营成果，及时向国有企业报送财务信息，按规定报告重大财务事项……。

#### • 分析

甲公司投资 100 亿美元设立了银河公司，很可能被认为属于投资规模较大的境外投资企业。根据上述《国有企业境外投资财务管理暂行办法》第十八条规定，对于该等投资规模较大的境外投资企业，甲公司应当在设立银河公司的投资协议中作出约定，由甲公司向银河公司选派具备相应资格的财务负责人或者财务人员。

2. 银河公司开立银行账户的行为是否合规？

#### • 结论

不合规，就开立银行账户的事宜，银河公司应按照法定程序报甲公司核准；此外，银河公司不得以个人名义开立公司账户，除非所在国法律对此另有规定。

#### • 法律依据

国资委《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》

第二十三条 ……境外企业应当选择信誉良好并具有相应资质的银行作为开户行，不得以个人名义开设账户，但所在国（地区）法律另有规定的除外。……

第二十九条 境外企业有下列重大事项之一的，应当按照法定程序报中央企业核准：

.....

(七) 开立、变更、撤并银行账户；

.....

### • 分析

银河公司作为中央企业的境外全资子公司，开立银行账户属于重大事项，需要按照法定程序报甲公司核准方可进行。在本案中，银河公司开立银行账户时只有银河公司财务负责人的授权，而未经甲公司核准。此外，除非当地法律另有规定，银河公司不得以个人名义开立公司账户。综上所述，银河公司开立公司账户的行为存在违规风险。

3. 银河公司在甲公司不知情的情况下擅自投资当地石油公司的行为是否符合国资监管规定？

### • 结论

不合规。就股权投资当地石油公司事宜，银河公司应取得甲公司的批准或授权；如涉及重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出资行为等，还应当报国资委备案或者核准。

银河公司投资当地石油公司首次取得当地石油公司产权的，应当由甲公司统一向国资委申办产权登记。此外，进行此类股权投资，还应聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对股权进行评估或者估值，评估项目或者估值情况应当由甲公司备案。

• 法律依据

国资委《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》

第七条 ……

中央企业及其重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出资行为应当依照法定程序报国资委备案或者核准。

第二十九条 境外企业有下列重大事项之一的，应当按照法定程序报中央企业核准：

……

(四) 收购、股权投资、理财业务以及开展金融衍生业务；

……。

国资委《中央企业境外产权管理暂行办法》

第八条 中央企业及其各级子企业发生以下事项时，应当由中央企业统一向国资委申办产权登记：

(一) 以投资、分立、合并等方式新设境外企业，或者以收购、投资入股等方式首次取得境外企业产权的。

……。

第十条 中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在境外发生转让或者受让产权、以非货币资产出资、非上市公司国有股东股权比例变动、合并分立、解散清算等经济行为时，应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值，评估项目或者估值情况应当由中央企业备案；涉及中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位等经济行为的，评估项目或者

估值情况应当报国资委备案或者核准。

### • 法律分析

银河公司对外收购、股权投资属于应报中央企业核准的重大事项，因此，应取得甲公司的批准或授权。此外，如该等对外收购、股权投资涉及重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出资行为等，还应当报国资委备案或者核准。同时，根据上述国资委《中央企业境外国有资产产权管理暂行办法》第十条，该等产权受让应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值，评估项目或者估值情况应当由中央企业备案。最后，银河公司以收购、投资入股等方式首次取得当地石油公司产权的，根据上述《中央企业境外国有资产产权管理暂行办法》第八条，应当由中央企业甲公司统一向国资委申办产权登记。

在本案中，银河公司在甲公司不知情的情况下完成了对外股权投资，既未进行报告、核准，也未进行有关评估或估值的备案，同时也未通过甲公司办理产权登记，存在违规。

4. 就银河公司未适当履行国资监管程序即在当地对多个石油公司进行大额股权投资的问题，相关责任人是否可能被追究个人责任？

### • 结论

是的，国资委可能依法追究银河公司相关负责人的个人责任。

### • 法律依据

国资委《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》

第三十六条 境外企业有下列情形之一的，中央企业应当按照法律、行政法规以及国有资产监督管理有关规定，追究有关责

任人的责任。

.....

(二) 越权或者未按规定程序进行投资、调度和使用资金、处置资产

.....。

第三十七条 中央企业有下列情形之一，国资委应当按照法律、行政法规以及国有资产监督管理有关规定，追究相关责任人的责任。

- (一) 未建立境外企业国有资产监制制度；
- (二) 未按本办法规定履行有关核准备案程序；
- (三) 未按本办法规定及时报告重大事项；
- (四) 对境外企业管理失控，造成国有资产损失。

国资委《中央企业境外国有资产管理办法》

第十八条 中央企业及其各级子企业有关责任人员违反国家法律、法规和本办法规定，未履行对境外国有资产的监管责任，导致国有资产损失的，由有关部门按照干部管理权限和有关法律法规给予处分；涉嫌犯罪的，依法移交司法机关处理。

### • 分析

银河公司在没有适当履行国资监管程序的情况下（包括未经甲公司批准或授权）就对外进行了大额股权投资，根据上述《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》及《中央企业境外国有资产管理办法》，国资委以及中央企业有权追究相关责任人的个人责任。

# 案例3：中央企业境外子公司因重大不利变化 对外转让产权<sup>5</sup>

## （一）案情简介

甲公司为中国领先石油公司（中央企业），甲公司在A国设立全资子公司先锋公司，先锋公司在A国通过与当地国家石油公司合资设立B公司从事石油开发业务多年。其中，先锋公司及国家石油公司在B公司的持股比例分别为60%及40%；B公司营业收入占甲公司及其下属子公司（“甲公司集团”）总营业收入的32%。2021年以来，A国政局不稳，安全形势恶化，先锋公司下属B公司的多个输油管道在7月份曾被恐怖分子袭击。先锋公司希望尽快出售B公司产权，将员工和资产撤出A国。

## （二）案例分析

1. 先锋公司是否应向甲公司和国资委报告安全形势恶化和遭受恐怖袭击的事实？

### • 结论

先锋公司应当在遭受恐怖袭击之后立即报告甲公司，如该

---

<sup>5</sup> 模拟案例。

等事件影响特别重大的，还应通过甲公司在 24 小时内向国资委报告。

• 法律依据

国资委《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》

第三十一条 境外企业发生以下重大影响的突发事件，应当立即报告中央企业；影响特别重大的，应当通过中央企业在 24 小时内向国资委报告。

.....

(三) 重大资产损失；

(四) 发生战争、重大自然灾害，重大群体性事件，以及危及人身或者财产安全的重大突发事件；

.....。

• 分析

先锋公司的多个输油管道在 7 月份遭受恐怖袭击，导致重大财产损失，同时此类恐怖袭击也可能构成危及人身或者财产安全的重大突发事件。根据《中央企业国有资产监督管理暂行办法》第三十一条，先锋公司应当立即报告甲公司。此外，如该等事件经评估被认定为影响特别重大，则先锋公司还应通过甲公司在 24 小时内向国资委报告。

2. 先锋公司就 B 公司产权出售应当履行哪些主要的国资监管程序？

• 结论

先锋公司就该等产权出售可能涉及如下主要国资监管程序：

(一) 报甲公司及国资委核准；(二) 甲公司年度投资计划调整并

报送国资委；（三）应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对公司资产进行评估或估值，将评估或估值情况向甲公司备案以及报国资委备案或核准；（四）甲公司还应就该等产权转让向国资委申办产权登记。

#### • 法律依据

国资委《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》

第二十九条 境外企业有下列重大事项之一的，应当按照法定程序报中央企业核准：

.....

（五）重要资产处置、产权转让；

.....。

国资委《中央企业境外投资监督管理办法》

第十七条 中央企业应当定期对实施、运营中的境外投资项目进行跟踪分析，针对外部环境和项目本身情况变化，及时进行再决策。如出现影响投资目的实现的重大不利变化时，应研究启动中止、终止或退出机制。中央企业因境外重大投资项目再决策涉及到年度投资计划调整的，应当将调整后的年度投资计划报送国资委。

国资委《中央企业境外国有资产产权管理暂行办法》

第八条 中央企业及其各级子企业发生以下事项时，应当由中央企业统一向国资委申办产权登记：

.....

(三) 境外企业解散、破产，或者因产权转让、减资等原因不再保留国有产权的。

……。

**第十条** 中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在境外发生转让或者受让产权、以非货币资产出资、非上市公司国有股东股权比例变动、合并分立、解散清算等经济行为时，应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值，评估项目或者估值情况应当由中央企业备案；涉及中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位等经济行为的，评估项目或者估值情况应当报国资委备案或者核准。

**第十一条** 境外国有资产转让等涉及国有产权变动的事项，由中央企业决定或者批准，并按国家有关法律和法规办理相关手续。其中，中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位的，应当报国资委审核同意。

### • 分析

考虑到 B 公司过往营收占甲公司集团营收 32% 以上，先锋公司对 B 公司产权的转让很可能被认定为中央企业下属境外企业的重要产权处置、转让，因此属于中央企业下属境外企业的重大事项，根据《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第二十九条，应经中央企业（即甲公司）核准。此外，B 公司还可能会因占甲公司集团营收比重较大，被国资委认定为中央企业的重要子公司，根据《中央企业境外产权管理暂行办法》第

十一条，先锋公司转让重要子公司（即 B 公司）产权导致先锋公司失去对 B 公司控股地位，须经国资委核准。

同时，先锋公司投资运营 B 公司很可能被认为构成甲公司的境外重大投资项目，根据《中央企业境外投资监督管理办法》第十七条，先锋公司出售 B 公司产权可能会构成对境外重大投资项目的年度投资计划的调整，甲公司应当将调整后的年度投资计划报送国资委。

根据《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第十条，作为中央企业的境外子公司，先锋公司在转让 B 公司产权前，应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对公司资产进行评估或者估值，且该等评估或者估值应向甲公司备案。鉴于，先锋公司出售 B 公司产权的行为将导致甲公司失去对重要子公司的控股地位，有关评估或估值还需要报国资委备案或核准。

最后，因为先锋公司转让所持 B 公司产权后不再保留国有产权，所以甲公司还应当根据《中央企业境外国有产权管理暂行办法》第八条向国资委申办相关产权登记，以反映上述变更。

## 案例4：能源类中央企业境外非主业投资<sup>6</sup>

### （一）案情简介

甲公司为跨国能源公司（中央企业），为扩大海外业务范围，提升海外业务实力，拟在友好国A国进行两项投资：（1）合作开发一处新发现的油田；（2）对某大型连锁酒店（含住宿）进行股权投资。在与交易对方商议上述投资价款的过程中，甲公司直接基于交易对方提议的报价进行协商，而未履行资产评估或估值手续。

### （二）案例分析

1. 对于该两项投资，是否需要履行发改委及商务部的核准或备案手续？

#### • 结论

对于第（1）项开发新油田的投资，需履行发改委和商务部的备案手续；对于第（2）项对大型连锁酒店（含住宿）的投资，需履行发改委和商务部的核准手续<sup>7</sup>。

---

6 模拟案例。

7 需要说明的是，如果甲公司仅投资不含住宿的餐饮，则根据国家发改委发布的《企业境外投资常见问题解答》，上述投资不构成敏感行业的酒店投资，并因此仅需履行发改委备案手续。

## • 法律依据

发改委 11 号令《企业境外投资管理办法》

第十三条 实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目。核准机关是国家发展改革委。

本办法所称敏感类项目包括：

- (一) 涉及敏感国家和地区的项目；
- (二) 涉及敏感行业的项目。

.....

敏感行业目录由国家发展改革委发布。

商务部 3 号令《企业境外投资管理办法》(以下简称“3 号令”)

第六条 商务部和省级商务主管部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。

企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理。

企业其他情形的境外投资，实行备案管理。

第七条 .....

实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。

《境外投资敏感行业目录（2018 年版）》

.....

四、根据《国务院办公厅转发国家发展改革委 商务部 人民银行 外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》(国办发〔2017〕74 号)，需要限制企业境外投资的行业，包括：

- (一) 房地产;
- (二) 酒店;
- (三) 影城;
- (四) 娱乐业;
- (五) 体育俱乐部;
- (六) 在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

#### • 分析

根据 11 号令和 3 号令的规定，中国企业的境外投资需要履行发改委和商务部门的核准或备案手续。履行核准或备案手续取决于境外投资的项目是否涉及敏感国家和地区或敏感行业（统称“敏感类项目”），构成敏感类项目的需履行核准手续，非敏感类项目则需履行备案手续。

首先，因甲公司的投资均在友好国进行，不涉及敏感国家，因此排除该等投资因涉及敏感国家而需要核准的情形。

其次，对于第（1）项油田开发，因油田开发未落入《境外投资敏感行业目录（2018 年版）》规定的敏感行业，因此不构成敏感类项目，仅需履行发改委及商务部的备案手续；对于第（2）项投资，因大型连锁酒店落入《境外投资敏感行业目录（2018 年版）》规定的敏感行业，并因此构成敏感类项目，因而，需履行核准手续。

综上，对于第（1）项开发新油田的投资，甲公司需履行发改委和商务部的备案手续；对于第（2）项大型连锁酒店（含住宿）的投资，甲公司需履行发改委和商务部的核准手续。

根据中国石油天然气集团有限公司发布的《中国石油天然气集团有限公司 2020 年度概览》，中石油海外业务模块主要包括：1、勘探和开发；2、管道建设与运营；3、炼油与化工；4、国际贸易。我们理解，该等业务领域原则上不涉及《境外投资敏感行业目录（2018 年版）》中规定的具体敏感行业。但值得注意的是，“在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”属于敏感行业，中石油在开展海外业务的过程中需要注意核查是否存在在境外设立无具体实业项目股权投资基金或投资平台的情况，若涉及，则可能需要按照敏感行业履行发改委和商务部核准程序。

2. 对于第（2）项对某大型连锁酒店进行股权投资，在国资审批上有何特别要求？

### • 结论

对于第（2）项对大型连锁酒店的投资，因涉及非主业投资，应报送国资委审核把关，并通过与具有相关主业优势的中央企业合作的方式开展。

### • 法律依据

#### 《中央企业境外投资监督管理办法》

第十四条 中央企业原则上不得在境外从事非主业投资。有特殊原因确需开展非主业投资的，应当报送国资委审核把关，并通过与具有相关主业优势的中央企业合作的方式开展。

### • 分析

第（2）项投资大型连锁酒店是甲公司的非主业投资，根据《中央企业境外投资监督管理办法》第十四条的规定，中央企业原则上不得在境外从事非主业投资。有特殊原因确需开展非主业

投资的，应当报送国资委审核把关，并通过与具有相关主业优势的中央企业合作的方式开展。对于何谓“特殊原因确需开展非主业投资”，现有法律法规并无明确界定，我们理解，实践中，国资委可能会从包括但不限于以下方面予以个案审核，主要包括非主业投资项目实施的必要性、对企业发展战略和主业发展的影响程度、企业投资承受能力和风险控制能力。<sup>8</sup>

3. 甲公司未履行资产评估或估值手续，可能会有什么后果？

#### • 结论

若造成国有资产损失以及其他严重不良后果，将由有关部门追究中央企业经营管理人员的责任。

#### • 法律依据

《中央企业境外国有资产管理办法》

**第十条** 中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在境外发生转让或者受让产权、以非货币资产出资、非上市公司国有股东股权比例变动、合并分立、解散清算等经济行为时，应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值，评估项目或者估值情况应当由中央企业备案；涉及中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控

---

<sup>8</sup> 在《中央企业境外投资监督管理办法》生效前，2012年至2017年期间，《中央企业境外投资监督管理暂行办法》（现已失效）负责调整中央企业境外投资活动。该办法第10条规定：“中央企业原则上不得在境外从事非主业投资。有特殊原因确需投资的，应当经国资委核准。国资委依据相关法律、法规和国有资产监管规定，主要从非主业投资项目实施的必要性、对企业发展战略和主业发展的影响程度、企业投资承受能力和风险控制能力等方面予以审核”。新法虽删除了该等表述，但国资委在审核特殊原因时不排除仍沿用该等标准或以此作为基础。

股转为相对控股或者失去控股地位等经济行为的，评估项目或者估值情况应当报国资委备案或者核准。

中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在进行与评估或者估值相应的经济行为时，其交易对价应当以经备案的评估或者估值结果为基准。

### 《中央企业境外投资监督管理办法》

第二十九条 中央企业违反本办法规定，未履行或未正确履行投资管理职责造成国有资产损失以及其他严重不良后果的，依照《中华人民共和国企业国有资产法》《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》（国办发〔2016〕63号）等有关规定，由有关部门追究中央企业经营管理人员的责任。对瞒报、谎报、不及时报送投资信息的中央企业，国资委予以通报批评。

#### • 分析

根据《中央企业境外投资监督管理办法》，对于境外投资项目，应按要求履行资产评估或估值手续。中央企业违反规定，未履行或未正确履行投资管理职责造成国有资产损失以及其他严重不良后果的，将由有关部门追究中央企业经营管理人员的责任。对瞒报、谎报、不及时报送投资信息的中央企业，国资委将予以通报批评。

# 案例5：设立境外特殊目的公司及个人境外代持案<sup>9</sup>

## （一）案情简介

甲公司为中国跨国能源公司（中央企业），在世界各地均有不同规模的项目。近年来，随着“走出去”步伐的不断加快，甲公司境外投资运营的规模大幅提升。其中，A国是甲公司的主要投资国之一，甲公司拟参与该国一处大型油田项目的投资运营。出于风险隔离、税收筹划等目的，甲公司拟通过其子公司乙公司在A国设立特殊目的公司（SPV）并通过该SPV进行有关油田项目的投资运营，就此，乙公司履行了内部决议程序批准SPV的设立。在设立组建SPV的过程中，该投资项目的负责人李某了解到，根据A国的法律，设立公司须以个人名义持有，李某遂经乙公司批准后以自己名义持有SPV。两年后，项目投资结束，甲公司根据协议并履行各项手续后退出有关油田项目的投资，但未对SPV进行注销。

---

<sup>9</sup> 模拟案例。

## (二) 案例分析

1. 就境外 SPV 的设立事宜，除乙公司内部决议外，是否须经甲公司决定或者批准，以及是否须向国资委报告？

### • 结论

设立特殊目的公司应进行系统的事前论证并由中央企业决定或者批准，以及以书面形式报告国资委，仅仅获得中央企业下属企业的批准是不够的。

### • 法律依据

#### 《中央企业境外国有资产管理办法》

第七条 中央企业应当加强对离岸公司等特殊目的公司的管理。因重组、上市、转让或者经营管理需要设立特殊目的公司的，应当由中央企业决定或者批准并以书面形式报告国资委。已无存续必要的特殊目的公司，应当及时依法予以注销。

《国资委关于进一步加强中央企业境外国有资产管理办法有关事项的通知》

三、中央企业要加强对个人代持境外国有资产和特殊目的公司的管理，持续动态管控。严控新增个人代持境外国有资产，确有必要新增的，统一由中央企业批准并报送国资委备案。对于个人代持境外国有资产，要采取多种措施做好产权保护，并根据企业所在地法律和投资环境变化，及时予以调整规范。对于特殊目的公司，要逐一论证存续的必要性，依法依规及时注销已无存续必要的企业。确有困难的，要明确处置计划，并在年度境外产权管理状况报告中专项说明。

### • 分析

根据国资监管相关法律法规，甲公司应当加强对离岸公司等特殊目的公司的管理。因需设立特殊目的公司的，不能径行设立，应当由甲公司决定或者批准并以书面形式报告国资委。

此外，提示注意的是，在项目后续退出等情况下，如特殊目的公司已无存续必要，根据前文所述监管规定，甲公司应注意及时依法予以注销，详见下第3点。

2. 李某未经中央企业批准或授权即以自己名义持有SPV的做法正确吗？

### • 结论

不正确。应当由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。

### • 法律依据

#### 《中央企业境外国有资产管理办法》

第六条 境外国有资产应当由中央企业或者其各级子企业持有。境外企业注册地相关法律规定须以个人名义持有的，应当统一由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。

《国资委关于进一步加强中央企业境外国有资产管理办法的通知》

三、中央企业要加强对个人代持境外国有资产和特殊目的公司的管理，持续动态管控。严控新增个人代持境外国有资产，确有必要新增的，统一由中央企业批准并报送国资委备案。对于个

人代持境外国有资产，要采取多种措施做好产权保护，并根据企业所在地法律和投资环境变化，及时予以调整规范。对于特殊目的公司，要逐一论证存续的必要性，依法依规及时注销已无存续必要的企业。确有困难的，要明确处置计划，并在年度境外产权管理状况报告中专项说明。

### • 分析

境外产权应当由中央企业或其各级子企业持有。如境外企业注册地相关法律规定须以个人名义持有的，应当统一由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。

本案中，受限于 A 国法律的规定，SPV 确需以个人名义持有，因此应适用上述《中央企业境外国有资产管理办法》规定，由甲公司决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。此外，根据《国资委关于进一步加强中央企业境外国有资产管理办法有关事项的通知》第三条，该等情况下，需要采取多种措施做好产权保护，并根据企业所在地法律和投资环境变化，及时予以规范调整。

3. 项目投资结束后，SPV 已无继续存续的必要，是否需要注销？

### • 结论

需要注销。

### • 法律依据

《中央企业境外国有资产管理办法》

第七条 中央企业应当加强对离岸公司等特殊目的公司的

管理。因重组、上市、转让或者经营管理需要设立特殊目的公司的，应当由中央企业决定或者批准并以书面形式报告国资委。已无存续必要的特殊目的公司，应当及时依法予以注销。

《国资委关于进一步加强中央企业境外国有产权管理有关事项的通知》

三、中央企业要加强对个人代持境外国有产权和特殊目的公司的管理，持续动态管控。严控新增个人代持境外国有产权，确有必要新增的，统一由中央企业批准并报送国资委备案。对于个人代持境外国有产权，要采取多种措施做好产权保护，并根据企业所在地法律和投资环境变化，及时予以调整规范。对于特殊目的公司，要逐一论证存续的必要性，依法依规及时注销已无存续必要的企业。确有困难的，要明确处置计划，并在年度境外产权管理状况报告中专项说明。

#### • 分析

对于特殊目的公司，中央企业要逐一论证存续的必要性，依法依规及时注销已无存续必要的企业。本案中，项目投资结束，甲公司根据协议并履行各项手续后退出了项目，因此 SPV 已无存续的必要，应根据上述规定及时办理注销手续。

## 案例6：项目突发重大事件及退出案<sup>10</sup>

### （一）案情简介

乙公司为中国跨国能源公司（中央企业），在世界各地均有不同规模的项目。甲公司为乙公司在A国进行油田开发而设立的子公司。2020年9月11日9:00，甲公司投资的油田所在地发生重大群体性事件，工人罢工、发生大规模打砸抢烧并造成19死91伤，属于影响特别重大的突发事件。在事件发生后，甲公司及时处理该突发事件，避免进一步扩大事态影响，但未在当天通知乙公司。9月12日10:00，甲公司向乙公司报告了事件的发生及处理经过。由于事态的严重性，乙公司决定将甲公司股权等全部出售，终止本次投资。

### （二）案例分析

1. 在重大群体性事件发生后，甲公司的报告程序存在什么问题？

#### • 结论

甲公司没有在重大群体性事件发生后立即向乙公司报告事件的发生及处理经过，也没有在24小时内通过乙公司向国资委

---

10 模拟案例。

报告。

### • 法律依据

#### 《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》

第三十一条 境外企业发生以下有重大影响的突发事件，应当立即报告中央企业；影响特别重大的，应当通过中央企业在 24 小时内向国资委报告。

- (一) 银行账户或者境外款项被冻结；
- (二) 开户银行或者存款所在的金融机构破产；
- (三) 重大资产损失；
- (四) 发生战争、重大自然灾害，重大群体性事件，以及危及人身或者财产安全的重大突发事件；
- (五) 受到所在国（地区）监管部门处罚产生重大不良影响；
- (六) 其他有重大影响的事件。

第三十七条 中央企业有下列情形之一，国资委应当按照法律、行政法规以及国有资产监督管理有关规定，追究相关责任人的责任。

- (一) 未建立境外企业国有资产监制度；
- (二) 未按本办法规定履行有关核准备案程序；
- (三) 未按本办法规定及时报告重大事项；
- (四) 对境外企业管理失控，造成国有资产损失。

### • 分析

根据《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第三十一条的规定，出现大规模打砸抢烧、造成 19 死 91 伤，属于重大群体性事件，在该等情况下，甲公司应当立即报告中央企业；此

外，甲公司还应通过中央企业在 24 小时内向国资委报告。没有及时报告重大事项，相关责任人将会依据《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第三十七条的规定被追究责任。

2. 乙公司拟出售甲公司股权，是否必须履行“国资进场交易”<sup>11</sup> 程序？

• 结论

不强制，但要求“多方比选意向受让方”。

• 法律依据

《中央企业境外国有资产产权管理暂行办法》

第十二条 中央企业及其各级子企业转让境外国有资产，要多方比选意向受让方。具备条件的，应当公开征集意向受让方并竞价转让，或者进入中央企业国有产权转让交易试点机构挂牌交易。

• 分析

《中央企业境外国有资产产权管理暂行办法》对于央企及子公司处置境外产权，并不强制进场交易，但要求“多方比选意向受让方”；具备条件的，应当公开征集意向受让方并竞价转让，或者进入中央企业国有产权转让交易试点机构挂牌交易。因此，甲公司不是必须履行“国资进场交易”程序，可以根据具备的条件具体决定，但应多方比选意向受让方。

3. 乙公司出售甲公司股权后，是否需要在商务部门办理境外投资的注销手续？

• 结论

---

11 具体程序请参见附件二。

需要，乙公司应向原办理其境外投资的商务主管部门报告，并由该主管部门出具注销确认函。

• 法律依据

《境外投资管理办法》

第十七条 企业终止已备案或核准的境外投资，应当在依投资目的地法律办理注销等手续后，向原备案或核准的商务部或省级商务主管部门报告。原备案或核准的商务部或省级商务主管部门根据报告出具注销确认函。

终止是指原经备案或核准的境外企业不再存续或企业不再拥有原经备案或核准的境外企业的股权等任何权益。

• 分析

根据《境外投资管理办法》第十七条，乙公司终止其对甲公司境外投资的，应在 A 国办理完毕甲公司注销等手续后，向原办理境外投资的商务主管部门报告，并取得该主管部门出具的注销确认函。

## 附件 1—国有企业境外投资的主要监管程序

主管 部门	具体 事项	具体规定
国资委	国资委的境外投资负面清单禁止类或特别监管类监管	<p>《中央企业境外投资项目负面清单（2017年版）》禁止类：            未按规定履行完成必要的审批程序的境外投资项目；            不符合国资委审核的企业发展战略和规划的境外投资项目；            不符合企业投资决策程序和管理制度的境外投资项目；            投资预期收益率低于投资所在国10年期国债利率的商业性境外投资项目；            项目资本金低于国家相关规定的境外投资项目；            单项投资额大于中央企业上年度合并报表净资产50%的境外投资项目；            未明确融资、投资、管理、退出方式和相关责任人的境外投资项目；            国资委债务风险管控企业推高企业负债率的境外投资项目；            国资委债务风险管控“特别监管企业”的境外投资项目。</p> <p>《中央企业境外投资项目负面清单（2017年版）》特别监管类：            投资额在20亿美元（含）以上的境外特别重大投资项目。</p> <p>《中央企业境外投资监督管理办法》第九条：            列入负面清单禁止类的境外投资项目，中央企业一律不得投资；            列入负面清单特别监管类的境外投资项目，中央企业应当报送国资委履行出资人审核把关程序；            负面清单之外的境外投资项目，由中央企业按照企业发展战略和规划自主决策。</p> <p>《中央企业境外投资监督管理办法》第九条：            中央企业应当在国资委发布的中央企业境外投资项目负面清单基础上，结合企业实际，制定本企业更为严格、具体的境外投资项目负面清单。</p>
	重大境外出资行为的核准、备案	<p>《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》第七条：            中央企业及其重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出资行为应当依照法定程序报国资委备案或者核准。</p>
	非主业投资审核	<p>《中央企业境外投资监督管理办法》第十四条：            中央企业原则上不得在境外从事非主业投资。有特殊原因确需开展非主业投资的，应当报送国资委审核把关，并通过与具有相关主业优势的中央企业合作的方式开展。</p>

主管部门	具体事项	具体规定
国资委	个人境外代持、境外特殊目的公司等特殊监管	<p>《中央企业境外国有资产管理办法》第六条、第七条：</p> <p>境外国有资产应当由中央企业或者其各级子企业持有。境外企业注册地相关法律规定须以个人名义持有的，应当统一由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。</p> <p>中央企业应当加强对离岸公司等特殊目的公司的管理。因重组、上市、转让或者经营管理需要设立特殊目的公司的，应当由中央企业决定或者批准并以书面形式报告国资委。已无存续必要的特殊目的公司，应当及时依法予以注销。</p>
	年度投资计划报送	<p>《中央企业投资监督管理办法》第十一条：</p> <p>中央企业应当按照企业发展战略和规划编制年度投资计划，并与企业年度财务预算相衔接，年度投资规模应与合理的资产负债水平相适应。企业的投资活动应当纳入年度投资计划，未纳入年度投资计划的投资项目原则上不得投资，确需追加投资项目的应调整年度投资计划。</p> <p>《中央企业投资监督管理办法》第十二条：</p> <p>中央企业应当于每年3月10日前将经董事会审议通过的年度投资计划报送国资委。</p> <p>《中央企业投资监督管理办法》第十八条：</p> <p>中央企业应当定期对实施、运营中的投资项目进行跟踪分析，针对外部环境和项目本身情况变化，及时进行再决策。如出现影响投资目的实现的重大不利变化时，应当研究启动中止、终止或退出机制。中央企业因重大投资项目再决策涉及年度投资计划调整的，应当将调整后的年度投资计划报送国资委。</p>
	评估估值备案	<p>《中央企业境外国有资产管理办法》第九条：</p> <p>中央企业及其各级子企业以其拥有的境内国有资产向境外企业注资或者转让，或者以其拥有的境外国有资产向境内企业注资或者转让，应当依照《企业国有资产评估管理暂行办法》（国资委令第12号）等相关规定，聘请具有相应资质的境内评估机构对标的物进行评估，并办理评估备案或者核准。</p> <p>《中央企业境外国有资产管理办法》第十条：</p> <p>中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在境外发生转让或者受让产权、以非货币资产出资、非上市公司国有股东股权比例变动、合并分立、解散清算等经济行为时，应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值，评估项目或者估值情况应当由中央企业备案；涉及中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位等经济行为的，评估项目或者估值情况应当报国资委备案或者核准。</p>

## 中国石油海外投资业务合规指引系列之合规案例库

主管部门	具体事项	具体规定
国资委	进场或多方比选要求	<p>《中央企业境外国有资产管理办法》第十二条：</p> <p>中央企业及其各级子企业转让境外国有资产，要多方比选意向受让方。具备条件的，应当公开征集意向受让方并竞价转让，或者进入中央企业国有资产转让交易试点机构挂牌交易。</p>
	产权登记	<p>《中央企业境外国有资产管理办法》第八条：</p> <p>中央企业及其各级子企业发生以下事项时，应当由中央企业统一向国资委申办产权登记：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>以投资、分立、合并等方式新设境外企业，或者以收购、投资入股等方式首次取得境外企业产权的。</li> <li>境外企业名称、注册地、注册资本、主营业务范围等企业基本信息发生改变，或者因企业出资人、出资额、出资比例等变化导致境外企业产权状况发生改变的。</li> <li>境外企业解散、破产，或者因产权转让、减资等原因不再保留国有产权的。</li> <li>其他需要办理产权登记的情形。</li> </ul>
发改委	核准制度	<p>《企业境外投资管理办法》第四条：</p> <p>投资主体开展境外投资，应当履行境外投资项目核准、备案等手续，报告有关信息，配合监督检查。</p> <p>《企业境外投资管理办法》第十三条：</p> <p>实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目。核准机关是国家发展改革委。</p> <p>敏感类项目包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>涉及敏感国家和地区的项目；</li> <li>涉及敏感行业的项目。</li> </ul> <p>《企业境外投资管理办法》第十三条 敏感国家和地区包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>我国未建交的国家和地区；</li> <li>发生战争、内乱的国家和地区；</li> <li>根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家和地区；</li> <li>其他敏感国家和地区。</li> </ul> <p>《企业境外投资管理办法》第十三条 敏感行业包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>武器装备的研制生产维修；</li> <li>跨境水资源开发利用；</li> <li>新闻传媒；</li> </ul> <p>根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。</p> <p>根据《关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》敏感行业还包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>房地产</li> <li>酒店</li> <li>影城</li> <li>娱乐业</li> <li>体育俱乐部</li> </ul> <p>在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台</p>

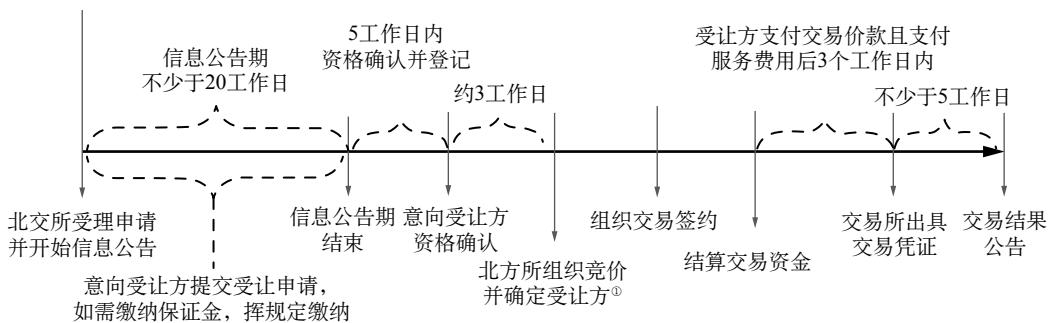
主管部门	具体事项	具体规定
发改委	备案制度	<p>《企业境外投资管理办法》第十四条：</p> <p>实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目；</p> <p>非敏感类项目，是指不涉及敏感国家和地区且不涉及敏感行业的项目；</p> <p>投资主体是中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业，下同）的，备案机关是国家发展改革委；</p> <p>投资主体是地方企业，且中方投资额3亿美元及以上的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额3亿美元以下的，备案机关是投资主体注册地的省级政府发展改革部门。</p>
	非敏感大额投资报告制度	<p>《企业境外投资管理办法》第四十二条：</p> <p>投资主体通过其控制的境外企业开展大额非敏感类项目的，投资主体应当在项目实施前通过网络系统提交大额非敏感类项目情况报告表，将有关信息告知国家发展改革委。</p> <p>大额非敏感类项目，是指中方投资额3亿美元及以上的非敏感类项目。</p>
	变更程序	<p>《企业境外投资管理办法》第三十四条</p> <p>已核准、备案的项目，发生下列情形之一的，投资主体应当在有关情形发生前向出具该项目核准文件或备案通知书的机关提出变更申请：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>投资主体增加或减少；</li> <li>投资地点发生重大变化；</li> <li>主要内容和规模发生重大变化；</li> <li>中方投资额变化幅度达到或超过原核准、备案金额的20%，或中方投资额变化1亿美元及以上；</li> <li>需要对项目核准文件或备案通知书有关内容进行重大调整的其他情形。</li> </ul>
商务部	核准制度	<p>《境外投资管理办法》第六条：</p> <p>商务部和省级商务主管部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。</p> <p>企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理。实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家。必要时，商务部可另行公布其他实行核准管理的国家和地区的名单。</p> <p>实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。</p> <p>根据《关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》敏感行业还包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>房地产</li> <li>酒店</li> <li>影城</li> <li>娱乐业</li> <li>体育俱乐部</li> </ul> <p>在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台</p>

## 中国石油海外投资业务合规指引系列之合规案例库

主管 部门	具体 事项	具体规定
商务 部	备案 制度	<p>《境外投资管理办法》第六条：</p> <p>商务部和省级商务主管部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。</p> <p>不涉及敏感行业、敏感国家，企业其他情形的境外投资，实行备案管理。</p> <p>对属于备案情形的境外投资，中央企业报商务部备案；地方企业报所在地省级商务主管部门备案。</p>
	变更 程序	<p>《境外投资管理办法》第十五条：</p> <p>企业境外投资经备案或核准后，原《证书》载明的境外投资事项发生变更的，企业应当按照本章程序向原备案或核准的商务部或省级商务主管部门办理变更手续。</p>
	境外 再投资	<p>《境外投资管理办法》第二十五条：</p> <p>企业投资的境外企业开展境外再投资，在完成境外法律手续后，企业应当向商务主管部门报告。涉及中央企业的，中央企业通过“管理系统”填报相关信息，打印《境外中资企业再投资报告表》并加盖印章后报商务部；涉及地方企业的，地方企业通过“管理系统”填报相关信息，打印《再投资报告表》并加盖印章后报省级商务主管部门。</p>
	注销 程序	<p>《境外投资管理办法》第十七条：</p> <p>企业终止已备案或核准的境外投资，应当在依投资目的地法律办理注销等手续后，向原备案或核准的商务部或省级商务主管部门报告。原备案或核准的商务部或省级商务主管部门根据报告出具注销确认函。</p> <p>终止是指原经备案或核准的境外企业不再存续或企业不再拥有原经备案或核准的境外企业的股权等任何权益。</p>
外汇 管理 局	境外投 资外汇 登记	<p>《外汇管理条例》第十七条：</p> <p>境内机构、境内个人向境外直接投资或者从事境外有价证券、衍生产品发行、交易，应当按照国务院外汇管理部门的规定办理登记。国家规定需要事先经有关主管部门批准或者备案的，应当在外汇登记前办理批准或者备案手续。</p> <p>《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》：</p> <p>取消境外直接投资项下外汇登记、核准两项行政审批事项。</p> <p>改由银行按照《直接投资外汇业务操作指引》直接审核办理境外直接投资项下外汇登记，国家外汇管理局及其分支机构通过银行对直接投资外汇登记实施间接监管。</p> <p>取消境外再投资外汇备案。境内投资主体设立或控制的境外企业在境外再投资设立或控制新的境外企业无需办理外汇备案手续。</p>

## 附件 2—国资进场程序

为了保证国有资产的公开、公平、公正交易，防止国有资产流失，依据《中华人民共和国企业国有资产法》第五十四条的规定，“除按照国家规定可以直接协议转让的以外，国有资产转让应当在依法设立的产权交易场所公开进行”。北交所是国有产权转让交易试点机构之一，该附件以北交所交易流程为例呈现国资进场程序。



注①：如原股东不放弃优先购买权的，在实践操作中，如原股东未参加竞价，则交易所一般会在确定受让方及其报价后，给予30天时间让原股东选择是否行使优先购买权；如原股东参加竞价，则一般会在竞价同时明确是否行使优先购买权。在上述第一种情形下，确认最终受让方的时间及交易时间表会实质性的延长。

